

משפטיך ליעקב

פסקים ותשובות

בדיני ממונות

שבין אדם לחבירו ובין איש לאשתו

חלק אחד עשר

מאת

צבי יהודה בן יעקב

דיין בביה"ד ת"א

ישראל, התשפ"א

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

תוכן הענינים

סימן א עדות ת"ח א
א. כשיש תועלת בעדות עד אחד. ב. ת"ח שתבעוהו להעיד בפני בי"ד קטן
ממנו. ג. החיוב לעשות לפנים משורת הדין.

סימן ב חתם על צוואה עם עד פסול טז
א. אל תשת ירך עם רשע. ב. כשהענין אמת, והדין כשלא נפסל העד בבי"ד.
ג. אם יש איסור לחתום עם עד פסול בשטר

סימן ג מכר קרקע בתמורה לחוב בריבית כז
א. שטר שיש בו ריבית. ב. קנסו השטר או החיוב.

סימן ד הכרעה כשיש דעות בחו"ד מומחים לו
א. מילתא מציעתא. ב. רוב באומדנא ורוב במציאות.

סימן ה לזה שפרע לערב מז
א. הימניה לערב. ב. כשאינו יכול לטעון פרעתני. ג. מיגו של טענה הנתונה
במחלוקת הפוסקים.

סימן ו תפילת ותיקין בחצר בית ס
א. קול תלמוד תורה, ושימוש בחצר עצמה. ב. בשאר עניני מצוה. ג. הפרעה
זמנית בשימוש בחצר השותפים. ד. נזק לא תדיר. ה. בגורם לחולי הראש.

סימן ז עץ ששרשיו מזיקים בחצר הסמוכה פ
א. על הניזק להרחיק אא"כ גירי דיליה. ב. מדוע לא צריך לשמור ממונו שלא
יזיק. ג. הרחקה בין כרם לשדה תבואה. ד. אם שורשים הוי ממונו המזיק. ה.
הניזק לא יכול לשמור עצמו מהנזק. ו. מי צריך לשלם על ניקוי מערכת הביוב.

סימן ח נטילת ערבה שנוטה לרשות הרבים קיא
 א. בתר שורשים או ענפים. ב. שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ. ג. יניקת
 שרשים בשדה חברו בחו"ל.

סימן ט חלוקת שותפות קכב
 א. נזקקין לתובע תחילה. ב. שיטת הרמב"ם. ג. יש לי בידך כטענת פרעון.

סימן י בעל שקונה חפץ דמצוה מכסף שבעו"ש משותף קלד
 א. חולקים לפי המנהג. ב. כוונת הקונה והמוכר. ג. שליח שקנה במעות משלח.

סימן יא שלח פועל לשבור חלון רכב קמט
 א. שולח בערה ביד חשו"ק או פקח. ב. שליח לדבר עבירה שאין בה חלות.
 ג. כרבינא או כרב סמא. ד. בנכרי. ה. בפועל נכרי. ו. כיון שאמר להם להזיק.
 ז. בחיוב לצאת ידי שמים. ח. מדינא דגרמי. ט. מגדר מילתא.

סימן יב קנין כסף בקניית ספרי קודש קפג
 א. התחייבות בשטר. ב. תן השיקים לפלוני. ג. נתן מקצת דמים, והדין בחפץ
 לא מסוים. ד. קונה ספרי קודש. ה. כסף בתורת סיטומתא. ו. בספק אם קנה
 במעות. ז. אם מקבל מי שפרע.

סימן יג הקנאת כלים לנכרי, כשאין אפשרות להטבילם רה
 א. אודיתא. ב. פועל. ג. קנין אגב, והדין בהפקיר כליו.

סימן יד קנין סודר בשליחות למכירת חמץ (2) רכה
 אם קנין סודר צריך נתינה, ובדין טול סודר מע"ג קרקע

סימן טו אם מותר לסתור אהל שנבנה על מצבה רכח
 א. אם יש קנין למת. ב. קנין מוגבל במה שעשו לכבודו. ג. בחילוק בין זכות
 המת לאיסור הנאה. ד. מת מצוה קונה מקומו.

סימן טז חמץ שנשלח בדואר, אם מהני המכירה רמה.
 א. אינו יכול לתבוע שיחזירו לו כעת. ב. אינו בשליטתו. ג. להפקיר. ד. דעת
 האחרונים שמועילה המכירה.

סימן יז שכר שכירות לאחר ביטול מקח רסד.
 א. החיוב לשלם דמי שכירות כשהתבטל המקח. ב. כשהרויח, אם צריך להעלות
 שכר למוכר. ג. בדין תוקף ספינתו של חברו. ד. כשלא תבעו.

סימן יח לוקח שתובע לתקן מום רפ.
 א. מום עובר. ב. בהתנה להדיא.

סימן יט מוכר שהסתיר מום המקח רפט.
 א. חיוב מוכר לגלות כל מומי המקח. ב. חיוב המוכר בהוצאות שנגרמו לקונה.
 ג. שיטת הריצב"א בגרמי.

סימן כ מצא כרטיס אשראי ומצא שיק שב.
 א. החזרת שטר שאינו שוה פרוטה. ב. שוה פרוטה לבעלים, ואינו ש"פ למוצא.
 ג. פחות משוה פרוטה אם הוא של המוצא. ד. שטר שאבד, למי יחזיר. ה.
 מחלוקת הראשונים בהחזירו שלא כדין אם גובה בו.

סימן כא בדין הפקר ויאוש בטעות שכו.
 א. הפקר בטעות. ב. יאוש ומחילה בטעות. ג. בנדו"ד הוי יאוש.

סימן כב קבלת שכר על חיפוש אבידה שמו.
 א. לא ראה האבידה. ב. נלמד מדין השבת אבידה אבל אינו בכלל המצוה. ג.
 שכר בהשבת אבידה.

סימן כג ספק בכור שנה.
 א. מוחזק כבכור. ב. מתנה קריה רחמנא. ג. בכספים המצויים בבנק וכד'.

סימן כד בדין צואה בלשון ירושה שסז
א. התורה נתנה רשות להנחיל. ב. במלוה ובדבר שלא בא לעולם. ג. אם גם
אם יכולה להנחיל. ד. בין ע"פ ובין בכתב. ה. בריא שכתב בלשון ירושה.

סימן כה אחד מהאחים שהשביח את עסק האב שפג
א. מחמת נכסים או מחמת עצמן. ב. באומר ראו וכו', כמה שבח יקבל. ג.
שיטת הרמב"ם. ד. כשאינם ניזונים יחד.

סימן כו חיוב שומר שכר בגניבה באונס שצג
א. כשיש לו רשות להשתמש בכסף. ב. השתמש במעות או בחלקם. ג. כששכרו
אינו על השמירה. ד. חיוב שומר שכר בגניבה באונס. ה. פשרה בגין אי שבועת
השומרים. ו. אם הפסיד שכרו.

סימן כז בדו"ד בין שוכר ראשון לשוכר שני תיט
א. חודש העיבור. ב. הסבר קרקע בחזקת בעליה, והדין במטלטלין. ג. בשכירות
קרקעות אם דמים מודיעים.

סימן כח בדו"ד בענין שכר שוחטים תלב
א. כפחות שבפועלים. ב. אדיבורא ידיה או דבעה"ב.

סימן כט השבת גזילה עצמה ליורשי הנגזל תלו
א. יחזיר ליורשיו. ב. חיוב דמים בגזלן. ג. נשתנית הגזילה. ד. חיוב דמים
בנשתנית

סימן ל שבר חלון רכב כדי להציל ילד שהיה בתוכו תנד
א. מציל נרדף מרודף. ב. רץ לדבר מצוה.

סימן לא הנותן סם המוות לפני בהמת חבירו תסא
א. היה לה שלא תאכל. ב. פטור מגרמא. ג. אם חייב בדיני שמים.

סימן לב הזיק ממון נכרי תעו

א. ממון ישראל שהזיק ממון נכרי. ב. ישראל שהזיק בגופו ממון נכרי.

סימן לג בדין שנים שהזיקו תפה

א. אם דין המפיל כמזיק. ב. כי ליכא לאשתלומי מהאי. ג. כשלאחד אין לשלם או ברח. ד. דינא דר' נתן באדם המזיק ובדיינים שטעו.

סימן לד ניזק שאינו רוצה לתקן הנזק תקד

א. בין ריפוי לנזק. ב. רופא בחינם. ג. כשלניזק אינו נזק.

סימן לה היתר חרד"ג תקטו

א. אשה שברחה ולא נודע מקומה. ב. מורדת. ג. מסרבת לדין תורה.

סימן לו אשה שמחלה על כתובתה מתוך כעס תקכז

א. לשון ברורה. ב. לך מעימדי.

סימן לז מכירת דירה שקבלה בירושה, כשהבעל חולה בדימנסיה .. תקלח

א. שיטת הראשונים שהמכירה מתבטלת רק כשמתה בחייו. ב. שיטת הרא"ש שמוציא לאלתר גם הגוף. ג. עשאוהו כלוקח או אלמוהו לקנין פירות. ד. שינוי בקרקע ע"י הבעל. ה. כשמוכרת גם הפירות. ו. בנשתטה הבעל, אם יכולה לקחת נדוניה. ז. אפוטרופסית ונושאת ונותנת בבית.

סימן לח בדין מתנה שאין לבעל רשות בה תקסה

א. שיור או תנאי, ואם בעלות מוגבלת הוי בעלות. ב. כשהתנה להדיא שלא יהיה לפלוני רשות בהם. ג. שיטת הראשונים בע"מ שאין לבעלך רשות בהם. ד. בבת יורשת.

סימן לט חיוב יורשים במדור אלמנה שאינה ניזונת תקעח

א. אשה שמפרנסת עצמה, האם זכאית למדור מהבעל. ב. אלמנה שאין לה מזונות.

סימן מ מסרב לשלם עד שתחזיר לו שטר כתובה תקפו
א. אם כותבין שובר. ב. כתיבת שובר בכתובה. ג. כשהשטר בעולם. ד. שיק
שאבד.

סימן מא התראה בעוברת על דת, לענין הפסד תוספת כתובה תרד
א. התראה בעוברת על דת משה. ב. עבירה בין איש לאשתו. ג. אדעתא למשקל
ומיפק.

סימן מב חיוב חליצה כשיש בן שהורתו לפני הנישואין תריד
א. נאמנות לומר זה בני כשאינו נשוי לאם. ב. יכיר בעובר. ג. הקושיא מהרמב"ם
הל' תרומות.

סימן א

עדות ת"ח

ראשי פרקים

א. כשיש תועלת בעדות עד אחד

ב. ת"ח שתבעוהו להעיד בפני כ"ד קמן ממנו

ג. החיוב לעשות לפנים משורת הדין

נדרשנו למקרה בו ת"ח גדול, ראש ישיבה חשוב ביותר, ידע ענין מסוים, ולכאורה עדותו יכולה לשפוך אור על הנידון בביה"ד, ולכאורה יש תועלת בעדותו אף שהוא עד אחד, והיתה שאלה אם לחייב אותו לבוא להעיד, או לבוא אליו לקבל עדותו, או לקבל עדותו בכתב. והנידון סובב על מה שנפסק בשו"ע חו"מ כח,ה, וכפי שיבואר להלן.

א. כשיש תועלת בעדות עד אחד

ולעצם השאלה אם לעד אחד יש חיוב להעיד כשיש תועלת בעדות, ראה מה שכתבתי בח"ח יא/ג, ואביא עיקרי הדברים לנדו"ד. דמהגמ' ב"ק נו,א נראה לכאורה שעד אחד אינו עובר על אם לא יגיד, ורק בשני עדים עובר, וחייב בדין שמים, אבל בחד לא. דלכאורה ממש"כ הרמב"ם בריש הל' עדות נראה דהמצוה להעיד היא גם בעד אחד, הגם שלא הזכיר הרמב"ם לשון של עד אחד, אלא דיבר בלשון יחיד, וז"ל: "העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיוודע, בין בעדות שיחייב בה את חבריו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות, שנאמר; והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו". והכס"מ למד בדברי הרמב"ם בתחילה שהכונה לעד יחידי, והקשה מהגמ' ב"ק הנ"ל, וכתב לישב דהרמב"ם מיירי כשיש שני עדים בדבר, ומצוה על כל אחד מהם להעיד, דעד אחד כבר כתב הרמב"ם בספי"ז מעדות, דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ועיין ביראים (סי' קעח, בדפוס חדש) שנראה דהחיוב הוא דוקא בב' עדים הכתוב מדבר, עיי"ש.

ובמנחת חינוך (ריש מצוה קכב) כתב לישב לשון הרמב"ם, דהרמב"ם מיירי באופן שעד אחד חייב להעיד וחייב קרבן שבועה, כגון לענין טומאה ומיתה, דבזה מיירי הרמב"ם דחייב להעיד. ובמהרש"ם (חו"ס סי' רמ) דיש האידנא חיוב לעד אחד להעיד, דודאי מהתורה אינו מחויב להעיד, אבל לאחר תקנת חז"ל דמחויב שבועה

ואינו יכול להשבע משלם, ולא נפטר הנתבע בטענת איני יודע, הוי ממון גמור וחייב העד להעיד עדותו, ולכן נקט הרמב"ם לשון יחיד, דמשמע אפי' עד אחד. וע"ע באמרי בינה (עדות ח) מש"כ בזה. ולכאורה לפ"ז דוקא לענין ממון, אבל לאסור אשה לבעלה וכד', אף שאינה נאסרת אלא בשני עדים, אין חיוב להעיד אף האידנא, אא"כ יש תועלת בעדותו.

ולעצם חיוב עד אחד להעיד, מצאנו כבר ברשב"א בסוגיא (ב"ק נו,א), דעד אחד המחייב ממון בעדותו ממש, כעד דנסכא דר' אבא, חייב נמי מדאורייתא להעיד כמו שיש חיוב על שני עדים להעיד, ואין חילוק בין אחד לשנים. וגם בדברי הרמב"ם אפשר לפרש כן. ומהר"ש יונה בשי' למורא ה' עדות כתב לבאר בסוגיא, דדחית הגמ' אלא בחד, לאו למימרא שבאחד אינו עובר על אם לא יגיד, אלא היא גופה תרוץ הגמ', דהו"א דדוקא בשנים, וע"ז הקשתה הגמ' דהוא פשיטא, ותירצה הגמ' דגם בחד עובר על אם לא יגיד. וראיתי מקשים עליו, עיין בחקרי לב (חח"מ ח"א סי' יד), דאף דחייב בדיני שמים, מ"מ גם אם עובר על איסורים דרבנן, חייב בדיני שמים.

ומלשון השו"ע חו"מ כח,א היה נראה דיש חיוב גם על עד אחד להעיד, דז"ל השו"ע: "כל מי שיודע עדות לחבירו וראוי להעידו, ויש לחבירו תועלת בעדותו, חייב להעיד, אם יתבענו שיעיד לו (בב"ד), בין שיש עד אחד עמו בין שהוא לבדו". ועיין בסמ"ע ט דיש תועלת בעדותו, דיחייב שבועה, ואלי ימנע הנתבע מלהשבע וישלם. ובנתיבות שם ס"ק א כתב, דמהסוגיא ר"פ הכונס מבואר דהחיוב מהתורה הוא בב' עדים, אבל עד אחד אינו עובר מדאורייתא רק מדרבנן. ונפק"מ לנשבע שלא יעיד, דבמקום שמחויבין מדאורייתא, אין השבועה חלה, דהוי נשבע לבטל המצוה, אבל מדרבנן חלה, ושכן כתב בתומים כח,א. עוד הוסיף, דבעדות מיוחדת אין הראשון עובר מדאורייתא, כיון דאינו יודע מעדות השני, רק השני אחר שכבר הגיד הראשון עובר מדאורייתא. עוד הוסיף הנתיבות, דבמקום שעד אחד מחייב ממון, כגון בקבלו כבי תרי, אף שאינו עובר באם לא יגיד, מכל מקום חייב להעיד מדאורייתא משום השבת אבידה לבעלים.

ומבואר דעל עד אחד יש חיוב מדרבנן להעיד, או במקום שאפשר להוציא ממון ע"פ העד אחד, עובר משום השבת אבידה. וכן הובא לעיל מקצוה"ח כח,ג, דאין עליו שם עד, וראיה מירושלמי, ורק יש מצוה להעיד משום השבת אבידה.

וכל זה לענין החובה מכח אם לא יגיד, אולם מהאיסור של לא תעמוד על דם רעך, יש לדון לכאורה אם עד אחד המונע עצמו מלהעיד, עובר על לא תעמוד וכו'. וראיתי בשו"מ (ב, ח"ג סי' קי) שכתב דכיון שלא הטילה התורה חיוב דאם לא יגיד, לפי שאין בו תועלת ממון, א"כ כל אחד בפני עצמו אינו עומד על דם רעהו, והרי

עד אחד אף שמחייב שבועה, מ"מ אינו בכלל לא יגיד. משא"כ בדיני נפשות דאף אם אין אחד יכול להגיד, מחויב לעשות מה שבכחו, משא"כ בדיני ממונות לא חייבה התורה לעשות מה שבכוחו רק עם חברו, ולכן אינו בכלל לא תעמוד על דם רעך. ולפ"ז יש לחלק בין ממון לנפשות, דבנפשות גם על יחיד יש חיוב להציל מה שיכול, גם אם אין תועלת סופית במעשיו, משא"כ בממונות התורה פטרה אותו לעשות, אא"כ יש תועלת בעדותו. וכיון שהחיוב הוא מדין השבת אבידה, ודאי דיש לדון בענין החיוב להעיד מצד זקן ואינה לפי כבודו.

ובמנחת חינוך רלזג, כתב דבכלל לא עובר על לאו זה אלא בשני עדים ולא בעד אחד; "דוקא שני עדים עוברים בלאו זה, אבל עד אחד אף דאפשר דלא ישבע, מ"מ אינו עובר כמבואר בב"ק דכובש עדותו אינו חייב רק בדיני שמים. ומקשה שם הש"ס דאורייתא דואם לא יגיד וכו', ומתרץ דמיירי בעד אחד דאינו חייב מדאורייתא. נראה דאף משום הלאו הזה אינו עובר, וזה פשוט". והמנ"ח לא חילק בין ממון לנפשות. ואפשר דלענין עדות נפשות אין חילוק, ורק לענין הצלת גופו ממש, דכל יחיד ויחיד מצווה בזה, עובר אם לא יציל.

ומדברי קצוה"ח, התומים והנתיבות הנ"ל מבואר דגם אם קבל עליו עד יחיד או קרוב וכד', אין עליו שם עד, ואם כבש עדותו אינו עובר באם לא יגיד, וחייב רק מדין השבת אבידה. קצוה"ח כחג הביא מנהג קצת דיינים כשמקבלין בעלי דין קרוב או פסול לעד, מזהירים את העד בעונש אם לא יגיד, וטעמם, דכיון דמקבלין עליהם לעד, הרי הוא עד. ודחה קצוה"ח מנהגם, והביא ראיה מירושלמי שגם בקבלו עליהו, אין עליו שם עד, ורק חייב להעיד מדין השבת אבידה. וכן בתומים כחב, למד מהירושלמי ומהר"ן בשבועות בשם הרמב"ן, דאם הכשיר קרוב או פסול לעדות, אף שיש תועלת בעדותו כמו עד כשר, הואיל ודבר תורה אינו בכלל עדות, אין עליו חיוב להעיד, ואינו בכלל דאם לא יגיד. וכן הביא הנתיבות כחא.

גם מסברא נראה, דאף אם קבלוהו לקרוב, אין זה מחייב את הקרוב לבוא ולהעיד, וכמש"כ בתש' הלכות קטנות סי' קכ, דלאו כל כמיניהו להכשירו לזה להעבירו על דת. ומדחייבו רק מדין השבת אבידה ולא הזכירו לחייב מדין לא תעמוד, נראה דגם בקבלוהו לעד אחד, אינו בכלל לא תעמוד. ועיין במש"כ הגרא"ז באבן האזל עדות א,א לפרש דברי הירושלמי, דדין חיוב עד להעיד הוא אם כבר נעשה עד בשעה שראה העדות, וזהו שאמר הכתוב והוא עד או ראה או ידע, אבל בקבלוהו לקרובים אפי' קבלוהו בקנין, כיון שבשעה שראה העדות לא היה עליו שום גדר עדות כיון שהוא קרוב, ולכן לא מהני לחייבו בהגדה כשקבלוהו.

ועיין במנ"ח (מצוה קכב) שסתר ראייתם מהירושלמי, ומשמע דבמקום שיש תועלת בעדותם, כגון בטומאה או במיתת הבעל, יש נשיאת עוון. ובשבות יעקב (ח"א

סי' קמו) חלק על הסוברים דאין נשיאת עוון בעד אחד שקבלוהו, וס"ל דפשוט דכל שהכשירוהו, מקרי ראוי להעיד ובר הגדה הוא, וגם מחייב קרבן שבועה. והביא ראייה מהסוגיא ב"ק נו"א, ממה שתירצה הגמ' על הקושיא פשיטא, והעמידה בעד אחד, יכלה להעמיד בשני עדים פסולים שקבלו עליהם. אלא דבפסולים שקבלו עליהם הרי הם כשנים לענין חיוב הגדת עדות. עוד הביא השבו"י ראייה מתש' הרא"ש והרשב"א המובא בשו"ע חו"מ סי' לו בענין הסכמות ותקנות הקהל שמקבלים עידי העיר אפי' לקרוביהם, דהוי כקבלו עליהם קרוב או פסול. ואם איתא דלא יענשו בעונש דאם לא יגיד, מה הועילו חכמים בתקנתם, כיון שאם לא ירצו להעיד אין שום עונש שמים עליהם. ועיין בדברי משפט כח"א שכתב לחלק, דאם קבל קרוב בקנין, שאין בעלי הדין יכולים לחזור בהם, אם לא יעיד חייב קרבן שבועה, משא"כ בקבלו בלא קנין, שיכולים הבע"ד לחזור בהם. ומ"מ בנדר"ד יש לחייב להעיד לכל הפחות מדין השבת אבידה וכנ"ל.

ב. ת"ח שתבעוהו להעיד בפני בי"ד קטן ממנו

איתא בשבועות ל"ב: ואמר רבה בר רב הונא, האי צורבא מרבנן דידע בסהדותא וזילא ביה מילתא למיזל לבי דיינא דזוטר מיניה לאסהודי קמיה, לא ליזיל. אמר רב שישא בריה דרב אידי, אף אנן נמי תנינא, מצא שק או קופה ואין דרכו ליטול (אם היה שלו – רש"י), הרי זה לא יטול (אינו מוזהר עליו בלא תוכל להתעלם שנאמר והתעלמת פעמים שאתה מתעלם), הני מילי בממונא, אבל באיסורא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה' (כגון אשה הבאה לפני חכם להתירה לינשא, ותלמיד זה יודע שבעלה חי, אין חכמה חשוב לנגד ה'), כל מקום שיש בו חלול ה' אין חולקין כבוד לרב. רב יימר הוה ידע ליה סהדותא למר זוטרא, אתא לקמיה דאמימר, אותבינהו לכולהו, אמר ליה רב אשי לאמימר והאמר עולא מחלוקת בבעלי דינין אבל בעדים דברי הכל בעמידה. א"ל האי עשה והאי עשה (את ה' אלהיך תירא לרבות תלמידי חכמים), עשה דכבוד תורה עדיף. ובגמ' מבואר לכאורה שאין לת"ח לילך להעיד בפני מי שקטן ממנו, מדין זקן ואינה לפי כבודו שנאמר בהשבת אבידה, והתעלמת – פעמים שאתה מתעלם. ומה שאינו מחויב לעמוד בשעת העדות, מטעם עשה דכבוד התורה. ולכאורה היה נראה, דעשה דכבוד התורה הוא דין בדיין שחייב לכבוד ת"ח, ולכן עשה דכבוד התורה עדיף, שאין חיוב לת"ח לעמוד בעדותו, דעמידה בעדותו היא ממצות ועמדו, ועשה דכבוד התורה עדיף שישב, ויכול הדיין הדין לכבוד ע"י שישב ולא יצטרך לעמוד. ודין זקן ואינה לפי כבודו הוא דין בת"ח, שאינו מחויב לעשות ולילך ולבזות עצמו. דלילך להעיד לפני מי שזוטר, הוי אינה לפי כבודו, ואין צריך להעיד. אולם כשבא להעיד אם יעיד בעמידה או לא, אינה בזיון ואינה לפי בגדר "אינה לפי כבודו", אלא שמחויב הדיין לכבודו מדין עשה דכבוד התורה.

אולם ברמב"ם (עדות א,ב) מבואר דמה שנמנע לילך ולהעיד בפני מי שקטן ממנו נלמד מעשה דכבוד התורה, ולא מזקן ואינה לפי כבודו, וז"ל: "היה העד חכם גדול והיה בבית דין פחות ממנו בחכמה, הואיל ואין כבודו שילך לפניהם, עשה של כבוד תורה עדיף ויש לו להמנע. במה דברים אמורים בעדות ממון, אבל בעדות שמפריש בה מן האיסור וכן בעדות נפשות או מכות, הולך ומעיד, שנאמר אין חכמה ואין תבונה לנגד ה', כל מקום שיש חילול השם אין חולקין כבוד לרב". והגר"י בלאזר (פרי יצחק ח"א סי' נב) הקשה כן על דברי הרמב"ם, דלכאורה הוא דלא כגמ' הנ"ל, וכתב לישב, דאינה לפי כבודו הוא תמוה, דמה יש בלילך להעיד אינה לפי כבודו, האם גם זקן יכול לומר כן. אלא רק בת"ח ומשום כבוד תורתו הוי אינה לפי כבודו, וזו כוונת הרמב"ם, דעשה דכבוד התורה עדיף, ולכן אינה לפי כבודו, ופטור מדין זקן ואינה לפי כבודו. ועיי"ש שביאר דעשה דכבוד התורה לכשעצמו אינו דוחה עשה דועמדו, רק משום והתעלמת, פעמים שאתה מתעלם, יכול לדחות באינה לפי כבודו, וכיון דיש עשה דכבוד התורה, לכן הוי בכלל והתעלמת, שדוחה השבת אבידה ועמידה בעדות.

והיה נראה לישב בדרך אחרת, דנחלקו הראשונים בזקן ואינה לפי כבודו, אם יכול למחול על כבודו, דהרמב"ם (גזילה ואבידה יא,יז) פסק: "ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין, מחזיר את האבדה בכל מקום ואף על פי שאינה לפי כבודו". והרא"ש (ב"מ ב,כא) פסק שאסור לו לזלזל בכבודו: "והחכם שבא לעשות לפנים משורת הדין, יותר מממונו ויעשה כמו שעשה רבי ישמעאל ב"ר יוסי, אבל אין לו רשות לזלזל בכבודו". ואפשר דהרמב"ם לשיטתו, דמדין והתעלמת, זקן ואינה לפי כבודו, יכול לבוא ולמחול ולהעיד, אלא דברי הרמב"ם לא נאמרו בת"ח שיש עליו עשה דכבוד התורה, שהוא אינו יכול למחול על כבודו. ובזה י"ל דלא פליגי הרמב"ם והרא"ש, דשניהם סוברים שיכול הזקן למחול על כבודו ולנהוג לפנים משורת הדין, ורק ת"ח אינו יכול לנהוג כך, וחייב לנהוג בעשה דכבוד התורה, ולכן לענין עדות לא הביא הדין דוהתעלמת, שלא נאמר דיכול למחול על כבודו ולהעיד, דבזה יש עשה דכבוד התורה, ואינו יכול למחול על כבוד התורה (ועיי' עוד להלן).

אמנם יש מהראשונים שכתבו להדיא דכל דין זקן ואינה לפי כבודו, הוא רק בחכם ומשום כבוד התורה, ולא במכובד דעלמא. שיטת הרמב"ם דזקן הוא גם חכם ומשום כבוד התורה וגם זקן דעלמא, שכן כתב בהל' גו"א יא,יג: "מצא שק או קופה, אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו, אינו חייב להטפל בהן ...". הרי שהתורה מדברת גם בחכם בחכמת התורה ומשום כבוד התורה, וגם במכובד דעלמא. וכן פסק בשו"ע חו"מ רסג,א, והרמ"א לא הגיה עליו. ולפי"ז אפשר לפרש דהרמב"ם מירי במחזיר אבידה לפנים משורת הדין, בזקן דעלמא ולא בתלמיד

חכם. ולכאורה מדברי הרא"ש הנ"ל שסתם דלא עושה לפנים משורת הדין ולא חילק, אין להביא ראיה, דהא הרא"ש נקט בלשונו; והחכם שבא לעשות לפנים משורת הדין וכו', הרי שהרא"ש התייחס לחכם, ואפשר דבזקן מודה. אולם יש מהראשונים שכתבו שדין זקן ואינו לפי כבודו הוא רק בחכם בחכמת התורה ומשום כבוד התורה. כן כתב הריטב"א (שבועות ל,ב), במה שאינו צריך לילך לפני ב"ד קטן ממנו, שהוא דין מיוחד בת"ח ולא בזקן דעלמא: "ושמענין מהכא דזקן ואינו לפי כבודו האמור גבי השבת אבידה, היינו צורבא מרבנן ומשום כבוד תורתו, ולא באיניש דעלמא משום כבוד עושרו, דעשה של מצוה עדיף, או שיתן מי שיעשה במקומו, דהכא לגבי סהדותא לא אמרו לא ליזיל אלא לצורבא מרבנן". וכן מבואר להדיא בריטב"א (ב"מ ל,א): "זקן ואינה לפי כבודו. פירש רבינו, זקן בחכמתו, ואינה לפי כבודו מפני חכמתו, ומשום כבוד תורתו דחי לה, אבל זקן או נכבד דעלמא לא חשיב אינה לפי כבודו, אלא או יטפל בה או יתן דמיה". וכן מבואר מהרמב"ן (ב"מ לג,א): "וקשה לי, כיון דצער בע"ח דאוריתא, זקן ואינה לפי כבודו אמאי אינו פורק. ואיכא למימר עשה דכבוד תורה עדיף". הרי דזקן ואינה לפי כבודו הוא דוקא בחכם בחכמת התורה, ומשום עשה דכבוד התורה. ודברי הרמב"ן הביאם גם הנימוק"י (ב"מ יז,ב מעמוה"ר), והביא את הר"ן שחלק עליו, דזקן אינו בדוקא ת"ח אלא כל זקן ומכובד: "דזקן לאו דוקא קנה חכמה לבד קא אמרינן, דה"ה למכובד, דאמרינן כל שבשלו פורק וטוען בשל חבירו נמי, וכדעת הרמב"ם ז"ל בפרק י"א מהלכות גזילה ואבידה". ומ"מ מש"כ לעיל יכול להתקיים בדברי הרמב"ם והרא"ש לענין לפנים משורת הדין.

ולכאורה אם יכול למחול על כבודו או על בזיונו, הרי זו מחלוקת הרמב"ם והרא"ש כנ"ל, למרות שאפשר כמש"כ לעיל, דאף הרמב"ם מיידי רק בזקן ולא בת"ח, דבת"ח גם הרמב"ם מודה שאינו יכול למחול על כבוד התורה, דדוקא על כבודו יכול למחול, כמו בזקן ואינה לפי כבודו, אבל בת"ח אין זה רק כבודו אלא כבוד התורה. והנה הרא"ש בשבועות ד,ה כתב דאם העידו בישיבה, עדותם עדות, דלא כסוברים דאין עדותם עדות. וכן כתב הר"ן (שבועות יד,א מעמוה"ר) דדין עמידה בעדות הוא רק לכתחילה: "דהא מוכח לקמן בעובדא דרב יימר דתלמיד חכם מעיד מיושב, ובשלמא אי אמרת דבכולהו אינשי בדיעבד עדותן עדות אלא דלכתחלה מצוה בעמידה מדכתיב ועמדו, היינו דתלמיד חכם אפילו לכתחלה מיושב דכבוד תורה עדיף, ואי אמרת בעלמא אפילו בדיעבד עדותן בטלה, תלמיד חכם היאך מושיבין אותו, וכי מכשירים עדות פסול מפני כבוד תורה, הוה לן למימר דלא ליסחיד כלל וכדאמרינן במלך (סנהדרין דף יח,א), אלא לאו ש"מ דדיעבד כשר". ועיין סמ"ע יז,ה דפסוק ועמדו אינו אלא אסמכתא ולא לעיכוב, וראייתו מהראשונים הנ"ל. וברש"ש (שבועות ל,ב) הביא מי שרצה להוכיח שאינו אלא אסמכתא, שאם היה דין גמור, יכל ת"ח למחול על כבודו

ולא לדחות עשה דועמדו, והרש"ש כתב לדחות דבריו, דעשה החמור דוחה לעשה הקל, עיי"ש.

ובטורי אבן (מגילה כח,א) כתב שת"ח לעיתים מותר לו למחול על כבודו ולעיתים אסור, ככל שמדובר בכיבוד שמכבדים את הת"ח, בקימה והידור וכיוצ"ב, יכול למחול על כבודו, אבל אינו יכול למחול על כבודו שיבזו אותו, ולכן אם נותן כבודו לעם הארץ, הרי זה בזיון כבוד התורה, ואינו יכול למחול, ולכן גם אינו יכול למחול על כבוד התורה ולהתבזות לילך לפני בי"ד שקטן הימנו. הטו"א כתב דבריו על הא דאיתא שם בגמ' (מגילה כז,ב – כח,א): שאלו תלמידיו את רבי פרידא במה הארכת ימים, אמר להם מימי לא קדמני אדם לבית המדרש, ולא ברכתי לפני כהן, ולא אכלתי מבהמה שלא הורמו מתנותיה ... ולא ברכתי לפני כהן, למימרא דמעליותא היא, והאמר רבי יוחנן כל תלמיד חכם שמברך לפניו, אפילו כהן גדול עם הארץ, אותו תלמיד חכם חייב מיתה, שנאמר כל משנאי אהבו מות אל תקרי משנאי אלא משנאי. כי קאמר איהו בשוין. והיינו שהקשתה הגמ' מדוע כיבד כהן לברך ראשון, אם הכהן עם הארץ, והרי זה בכלל משנאי, וכמו שפירש רש"י שם: שגורמין לבני אדם לשנאותו, שהרואה תלמיד חכם שפל לפני עם הארץ, אומר אין נחת רוח בתורה, דאף שכהן מצוה להקדימו ולקדשו, עיין בטו"א שהביא מנדרים סב,א, דשרי לצורבא מרבנן למימר צורבא מרבנן אנא, שרו לי תגראי ברישא. והקשה הטו"א מקידושין לב,א-ב, ממה שנחלקו שם רב חסדא ורב יוסף אם רב שמחל על כבודו מחול, ופסקו הר"ף והרא"ש והרמב"ם (הל' ת"ת ה,יא) כרב יוסף דכבודו מחול, וא"כ גם בזימון ימחל על כבודו. וכתב הטו"א לישב: "דאע"ג דהרב רשאי למחול על כבודו, הני מילי כגון בקימה והידור רשאי למחול עליהם כיון דתורה דיליה היא, אבל לתת כבודו לאחר אם הוא ע"ה, כבודו לאחר לא יתן דאיכא משום משנאי, כדפירש"י שגורם לבני אדם לשנאותו, שהרואה ת"ח שפל לפני ע"ה אומר אין נחת רוח בתורה, ואיכא זלזול לכבוד התורה ולומדיה. וכה"ג כתב הריב"ש בתשובה סימן (רכ) בשם הראב"ד, דאע"ג דהרב שמחל על כבודו מחול דתורה דיליה היא, היינו במידי דלית ביה בזיון אלא באותן דברים שחייב אדם לנהוג כבוד לרבו מחמת תורתו, כגון לעמוד מפניו וכיוצא בזה, יכול למחול, אבל על בזיונו אינו יכול למחול, אדרבה אסור למחול, דהתורה מתבזה בכך, ודמי למאי דאמר התם האב שמחל על כבודו כבודו מחול, דליכא למימר שהאב יכול למחול לבן לומר לו דברי חרופים וגדופים, והיינו דאמר בפ"ב דיומא (כג,א) דת"ח צריך שיהא נוקם ונוטר כנחש לדבר תורה". וממילא גם לבוא ולהעיד בפני בי"ד שקטן הימנו, אין זה מחילה על כבודו של כבוד וכד' אלא מחילה ע"י התבזות כבוד התורה, ובזה אינו יכול למחול.

ומשער המשפט יז,א נמצאנו למדים דיכול הת"ח למחול על כבודו, אלא שאין כופין את הת"ח למחול על כבודו, ורק במקום שיכול לקיים שניהם, כגון בגמר דין, דקיי"ל בע"ד בעמידה, ואם הוא ת"ח יש להושיבו משום כבוד התורה, אולם אין הכרח שיבוא לגמר דין, ויכול גמר הדין להעשות גם שלא בפניו, כפינן ליה שלא יבוא לגמר דין, דבכך יכול לקיים שניהם, שלא יהיה בע"ד בישיבה. שעהמ"ש מתיחס לדברי השו"ע (חו"מ יז,ב): "תלמיד חכם ועם הארץ שבאו לדין, מושיבים את החכם, ואומרים לעם הארץ שב, ואם לא ישב, אין מקפידין בכך. והביא מהגמ' שבועות ל,ב: דביתהו דרב הונא הוה לה דינא קמיה דרב נחמן, אמר היכי נעביד, אי איקום מקמה, מסתתמן טענתיה דבעל דינא, לא איקום מקמה, אשת חבר הרי היא כחבר. א"ל לשמעיה צא ואפרח עלי בר אווזא ושדי עלוואי ואיקום. והאמר מר מחלוקת בשעת משא ומתן אבל בשעת גמר דין דברי הכל דיינים בישיבה ובעלי דינן בעמידה. דיתב כמאן דשרי מסאניה, ואמר איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב. ובתוס' שם (ד"ה והאמר) הקשו, שיכל רב נחמן להושיבה מדין עשה דכבוד התורה. ותירצו, שלא רצה להושיבה אפי' בגמר דין שנגמרו הטענות, שלא לסתום טענות בעל דינה. או שלא יכל להושיבה מדין עשה דכבוד התורה, דאין באשת חבר לאחר מיתה עשה דכבוד התורה. ושעהמ"ש כתב: "דעשה דכבוד תורה עדיף טפי, שלא כפינן ליה למחול על כבודו אף בשביל מצוה אחרת, משא"כ להיות אצל הגמר דין, כיון דאין זה תלוי בכבודו כלל, פשיטא דאסור להיות אצל הגמר דין לדחות עשה דעמידה, זה נ"ל נכון". מבואר שיכול למחול על כבודו ולהעיד בעמידה או להתדיין אצל מי שקטן ממנו, רק לא כפינן ליה לת"ח למחול על כבודו, ורק בגמר דין שאינו חייב להיות, כפינן לת"ח שלא יהיה בגמר דין, ובזה אין מחילה על כבודו. וע"ע בתומים כח,יב דודאי יש לו לילך להעיד לפני מי שקטן ממנו, לפנים משורת הדין. אמנם עיי"ש דכ"ז כתב בדעת הרמב"ם והשו"ע, ואינה ראייה לדעת הרא"ש.

ומדברי החינוך (מצוה קכב) נראה שיכול הת"ח להמנע מעדות בפני מי שקטן ממנו, אם ירצה בכך, והכל תלוי בדעתו וברצונו: "שלא כל אדם חייב לבוא לפני בית דין להעיד להם, שאם היה העד חכם גדול והבית דין פחות ממנו, שיש לו להימנע אם ירצה מלהעיד לפניהם, שעשה של כבוד תורה דוחה עשה דעדות". ובמנחת חינוך שם כתב דהחינוך לשיטתו, שפסק כרמב"ם לענין השבת אבידה ופריקה וטעינה, שיכול לנהוג לפנים משורת הדין. וכך היא גם לשון הרמב"ם לענין עדות (עדות א,ב הנ"ל), דיש לו להמנע, משמע שתלוי ברצונו. אך הקשה, מדוע הרמב"ם כתב לענין עדות דיש לו להמנע, הרי דעת הרמב"ם שצריך לעשות לפנים משורת הדין. אמנם למש"כ לעיל י"ל, דהרמב"ם לא כתב דיעשה לפנים משורת הדין אלא בזקן ולא בת"ח.

והריטב"א (שבועות ל,ב) כתב דמלשון הגמ' משמע שאסור לת"ח לילך לפני דיין שהוא פחות ממנו, והקשה, מדוע בהשבת אבידה יכול להשיב וכאן אסור לו לילך להעיד, ותירץ, דבאבידה יש שהיו משיבים גם בשלהם, לכן יכולים לנהוג כן גם בשל אחרים, אבל בלילך אצל דיין שזוטר ממנו, הוי בזיון כבוד התורה: "שאני התם דאיכא כמה תלמידי חכמים שעושים כן בשלהם, אבל להתבזות בפני דיין דזוטר מיניה לא". ובהמשך הביא שם מהרמב"ן שהוא הדין לענין לילך להתדיין בפני דיין הקטן ממנו או לדרון עם עם הארץ, אלא משלחין לו שלוחי בי"ד, או ממנה מורשה, דעשה דכבוד תורה עדיף, ושכן היה דן הרא"ה. ומה שנקטו בגמ' בעדות ולא בהתדיינות בפני ת"ח, דבהתדיינות יש אפשרות למינוי מורשה, משא"כ בעדות, ולכן חידשה הגמ' דוקא בעדות שאין תקנה במינוי מורשה, ויש הפסד לבעל דין בזה שאינו הולך ומעיד. ועיין בתורת חיים שם דיכול לעשות לפני משורת הדין אף לרא"ש, דבשלמא בנידון האבידה, יכול ליתן ממון במקום להתבזות בהשבת אבידה, אבל בעדות שאינו יכול לעשות כן, גם לרא"ש יכול לעשות לפני משורת הדין, וודאי דאף לרמב"ם שכתב ויש לו להמנע, ולא כתב וצריך להמנע, שיכול לעשות לפני משורת הדין ולהעיד.

ועל דברי הריטב"א שחילק בין השבת אבידה לעדות, הקשה הרדב"ז (ח"ד סי' אלף קפט), שהרי יש עליו מצוה להעיד, וגם גורם הפסד לחבירו, וגם קיי"ל בקדושין כרב יוסף שיכול למחול על כבודו, דתורתו דיליה. ולכן כתב דיכול לילך להעיד או להתדיין בפני ת"ח שקטן ממנו: "הילכך מנקט מילתא מציעתא עדיף, שאם רצה למחול על כבודו ולמיזל לאסהודי או לעשות דין בפני דיין דבציר או עם הארץ, הרשות בידו, אבל לכופ אותו שילך, לא אמרה אדם מעולם". והוסיף שם, דדוקא שיש עוד עד עמו או במקום שעושים על פי עד אחד לעשות סייג לתורה, אבל בלא"ה אסור לו להעיד יחיד, עיי"ש (ועין לעיל אות א).

ובחוות יאיר (סי' רה) כתב לחלק בין מצוה שבין אדם לחבירו שענינה ממון, שבזה אינו יכול למחול על כבוד התורה (לשיטת הרא"ש), לבין מצוה שבין אדם למקום או מצוה שבין אדם לחבירו שאינה ממון, כמו קבורת המת. ובתש' החו"י יש מספר חילוקי דינים. החו"י דן בת"ח אם מותר לו לנגן בכינור כדי לשמח חתן וכלה. בתחילה כתב שניגון לפני חתן וכלה הוי רק העדר כבוד ולא בזיון, ואיזהו מכובד, המכבד את הבריות, וכל שעושה לכבד אחרים הרי הוא מכובד. ואף אם נאמר שיש בזה קצת בזיון לפי המקובל בעולם, וא"כ תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש (הנ"ל) אם יכול למחול על כבודו, ולשיטת הרא"ש ודאי אינו רשאי לבזות עצמו, דאינו דומה להשבת אבידה, כיון שאין המצוה לשמח חתן וכלה מוטלת עליו. ואין להקשות על הרא"ש ממה שדוד פיזו וכרכר לפני ארון ברית ה' (שמואל ב, ו,טז), ועיין סנהדרין כא,א), דודאי דבר שבקדושה שאני. ובזה כתב לישיב מה שת"ח מטפלים בעצמם

בעשיית סוכה, אף ברשות הרבים לעין כל, דכיון דבסוכה יש ענין של קדושה, דחל שם שמים על הסוכה, לכן אין בזה בזיון לת"ח שעוסק בזה. אך הקשה משאיבת מים שלנו, וכן מה שגדולי ת"ח עוסקים בקבורת המת (כנהוג בסתימת הגולל ע"י אדמה). עוד הקשה החו"י על הרא"ש מכתובות יז,א: אמרו עליו על רבי יהודה בר אילעאי שהיה נוטל בד של הדס ומרקד לפני הכלה ואומר כלה נאה וחסודה. רב שמואל בר רב יצחק מרקד אתלת. א"ר זירא קא מכסיף לן סבא. כי נח נפשיה איפסיק עמודא דנורא בין ידיה לכולי עלמא, וגמירי דלא אפסיק עמודא דנורא אלא אי אחד בדרא אי לתרי בדרא. הרי שהיה מעלה גדולה במה ששימח חתן וכלה מעל לכבודו. ותירץ, דר"י ברבי אילעאי היה מפורסם בחסידות. ולכן רצה להתיר גם בנדון ידיה כשמפורסם שעושה כן למצוה ולא מקבל על כך שכו. וכתב דהרא"ש מיירי רק בבין אדם לחבירו שענינו ממון: "ודברי הרא"ש אינם רק בדבר מצוה שהוא בין אדם לחבירו, דפטרה תורה לזקן ות"ח ואינו לפי כבודו, ככלל שארז"ל כל שהיה מטפל באבדה שלו וטוען ופורק בשלו, ה"נ בשל חבירו דלא ציוותה תורה רק ואהבת לרעך כמוך שהוא טעם בכל מצות שבכה"ג, ואם ירצה להחמיר נעשה כמבזה תורתו ליטפל בממון עצמו שאין ראוי לבזות עליה דג"כ אסור ... משא"כ במצות שבין ישראל למקום ב"ה, כ"ש מצוה שהזמן גורם הן על כל ישראל הן המפורסם לפי שעה ליחיד בציבור, אין בו משום ביזוי כבוד זקנה ותורה, וכל הנוהג קלות בעצמו לצורך גבוה ומצות ה', אף שאינה מצות עשה ממש רק גמילות חסדים שילפינן מוהלכת בדרכיו הרי זה משובח ותבוא עליו ברכה". ולפ"ז לחו"י לשיטת הרא"ש בנדון עדות ת"ח, כיון דהוי מצוה שבין אדם לחבירו ובענין ממון, אינו יכול למחול על כבודו.

ועיין גם לגר"א וואלקין (בית אהרן ב"מ ל,ב ד"ה בגמ' והא) שהקשה שמצינו כמה אמוראיים שעשו מלאכות בזויות לצורך שבת, עיין שבת קיט,א, דרב חסדא פריס סילקי, שהיה מחתך הירק לצורך סעודת שבת. רבה ורב יוסף מצלחי ציבי, שהיו מבקעין העצים. ר' זעירא מצתת צתותי - היה מדליק האש. רב נחמן בר יצחק מכתף ועייל מכתף ונפיק, אמר אי מקלעי רבי אמי ורבי אסי מי לא מכתפנא קמייחו. שהיה מתקן הבית ומכניס הכלים הצריכין לשבת ומפנה כלי החול. וא"כ מה הבזיון להשיב אבדה שהיא מצוה שציוותה התורה. וכתב לחלק בין פעולה שמוכח עליה שהיא לשם מצוה, כמו הני אמוראי, שזמן הפעולה מוכיח שהוא לשם מצוה, משא"כ השבת אבדה לא מוכח שעושה לשם מצוה ולא למלאכת עצמו (ועיין להלן במה שכתב הגרא"ז באבהא"ז). אך הקשה מעדות ת"ח בפני בי"ד דזוטר מיניה, משמע שאפי' במקום שניכר לכל שעושה למצוה, פטור מלעשותה. וכתב לחלק בדבר של ממון אין מחויב לזולל עצמו אפי' לצורך מצוה, עיי"ש.

אמנם רבו האחרונים הסוברים דיכול למחול על כבודו, עיין לעיל, ועיין גם בכנסת הגדולה (ח"מ כח הגה"ט ס"ק כו) שיכול למחול על כבודו, וכמסקנת הרדב"ז. ונראה שלדבריו הסכים הגר"א בהגהה על שו"ע חו"מ כח,ה: "אבל אם רוצה למחול ולמיזל שפיר דמי, דת"ח שמחל על כבודו מחול". והחיד"א בברכ"י (חו"מ ז,טו) כתב להצדיק דעת הסוברים דיכול למחול על כבודו, ואפי' לשיטת הרא"ש, דוקא באבידה שמצא שק או קופה וכיוצ"ב, הוא בזיון לעיני כל, וס"ל לרא"ש שאסור לו למחול על כבודו, משא"כ להעיד או להתדיין בפני דיין שזוטר ממנו, הרי זה בזיון נעלם, ואינו זלזול או גנאי גדול אלא העדר כבוד, ודאי למי שאינו מקפיד, ולכן גם הרא"ש יודה בזה דיש לו למחול על כבודו ולנהוג לפנים משורת הדין, וז"ל הברכ"י: "ואפשר לומר דיש לחלק בין היכא דמסהיד או נידון קמי דייני דזוטר מיניה, למצא שק או קופה דאין דרכו ליטול, דדוקא במידי דלאו אורחיא למיסב והוה זלזול לו, בההוא כתב הרא"ש דכיון דהתורה פטרתו, אין לו לזלזל בכבוד תורתו, ואיסורא הוא גביה אם יזלזל, משום דהזלזול הוא ממשי ודבר הניכר לעין כל, דגברא דחשיב כוותיה אין ידיו עסקניות בשק וקופה וכלי חרס באויר וסבכו בשוק, וכל כי האי לדלת העם אשר ימלא את ידו זה בא בכדו ותתפשטו בבגדו, ולמלך אין שוה, מאן מלכי רבנן, בהא הוא דאמר הרא"ש דאינו רשאי, גם איסור נלוה לזלזל בתורתו. ואולם למיזל לאסהודי ולידון את פני מבין דיינא בארעא דזוטר מיניה, הוא זלזול נעלם, דיש לך אדם גבר חכם נקיט מילתא בדעתיה ולו פניו יחוורו, כי איכא יוכל זאת קומתו קמי זוטרא דאחוהי, ועל כזה דנא אמרו בש"ס דגנאי הוא לו ושקול ישקל כמצא שק או קופה, דקושטא הכי הוי דלגבי מאן דקפיד נח לו קופה תלויה מאחוריו ולא ליקום קמיה מאן דבציר מיניה, אבל בכל זאת הזלזול הוא נעלם. ותו דאיכא כמה רבנן דלא קפדי בהכי, אי משום דאמרי מצוה קעבידנא, וגם הקימותי נכח פני ה' אלהים נצב, ואי משום דסבר לית אנא מוביד יקרא דאורייתא, דכולי עלמא ידעי כי גדול כחי בתורה יתר מאד, אלא דמשמיא אוקמוהו לכסא שופט וזיו יקרי מאן מירמי לי מאן, ומהני טעמי שנא ושנא מהשבת אבידה וטעינה, דבאסהודי או למידן קמי מאן דזוטר מיניה מצי מחיל אפילו לדעת הרא"ש, ובהכי נוחים דברי הטור. וגם הרב כנה"ג אפשר דכל זה היה פשוט אצלו". ומזה מבואר דלענין עדות והתדיינות בפני זוטר מיניה, אין זה בזיון אלא העדר כבוד, ובפרט מי שרוצה למחול על כבודו, אף הרא"ש מודה דיכול לנהוג לפנים משורת הדין ואין זה בזיון כבוד התורה כמו מצא שק או קופה בשוק, דיש בזה בזיון לת"ח. וחזרו דבריו בתש' (חיים שאל ח"א פח,ב), דכל הדין שעדות בפני זוטר ממנו הוא כשאוחז כן בדעתו, ואפשר שאוחז שאין הדיין קטן ממנו, וע"כ הוי בזיון נעלם. (ועיין בזה גם בפת"ש חו"מ כח,טו).

וכעת ראיתי לגרא"ז (אבהא"ז גו"א יא,יג) דלהשיב אבידה אינה בזיון, וממילא הוא רק מחילת כבוד, וכמו שאין איסור לת"ח לעשות מלאכה לצורך פרנסתו, ופשוט נבלה בשוק ואל תצטרך לבריות, ולכן גם השבת אבידה אינה זלזול בכבוד התורה, שעושה מצוה, והוי רק מחילת כבוד, וקיי"ל דרב שמחל על כבודו כבודו מחול (עיי' לעיל). [ועיי"ש מה שרצה לבאר במחלוקת הרמב"ם והרא"ש במה שעשה ר"י בר"י לפני משורת הדין, דלשיטת הרמב"ם ר"י ברבי יוסי היה גם עשיר, ומצד כבוד תורתו, לא רצה לפטור עצמו ולהנות מכבוד התורה, ורק רצה מכח עשירותו, דלרמב"ם זקן אינו דוקא ת"ח אלא גם עשיר, ולכן עשה לפני משורת הדין, שאין בזה בזיון כבוד התורה אלא נהג לפני משורת הדין על פטור של זקן עשיר. אבל לשיטת הרא"ש כל ההיכי תימצי של הפטור של ר"י ברבי יוסי הוא רק מכח היותו חכם, וע"ז כתב דלא יעשה לפני משורת הדין ויבזה כבוד תורתו].

ג. החיוב לעשות לפני משורת הדין

ולאמור לעיל שרבו הפוסקים שיכול לעשות לפני משורת הדין, אף שזה דין בת"ח עצמו שיכול לעשות ואין הבי"ד יכול לחייבו, מ"מ יכולים הבי"ד לשלוח לו הזמנה לעדות, ולאפשר לו להעיד ולנהוג לפני משורת הדין, ורק אם לא יבוא להעיד, להציע שישלח עדותו בכתב וכד', לנוהגים כסמ"ע כחמב, ועיי' בתומים ובנתיבות שם, או ששולחים אליו שלשה אנשים (עיי' רמ"א חו"מ כח,ה, ובסמ"ע ס"ק כז), אבל ליתן לו אפשרות למחול על כבודו, אם ירצה ואם יחשוב שנכון לעשות כן.

והגר"מ פיינשטיין (דברות משה ב"מ לא, הערה סג), כתב להוכיח שהת"ח מחויב מצד עצמו לעשות לפני משורת הדין, שהוא עצמו חייב לעשות לפני משורת הדין. והוכיח כן מר"י ברבי יוסי שנהג לפני משורת הדין בפעם השניה, דבתחילה נתן לה הוא גברא הוה דרי פתכא דאופי (משא של עצים) פלגא דזווא, וגם אחרי שאותו בעל משא זכה בעצים שוב ועשה שלא כהוגן, נתן לו שוב פלגא דזווא, ולכאורה למה נהג שוב לפני משורת הדין עם מי שנהג בו שלא כהוגן. אלא מזה מוכיח הגר"מ שיש חיוב על הת"ח לעשות לפני משורת הדין (אם לפי דרך הרמב"ם או לפי דרך הרא"ש).

ולכאורה יש להביא ראיה גם מב"מ כדב: רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא, אמר ליה מצא כאן ארנקי מהו, אמר ליה הרי אלו שלו, בא ישראל ונתן בה סימן מהו, אמר ליה חייב להחזיר. תרתי. אמר ליה לפני משורת הדין, כי הא דאבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא ואהדרינהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא לפני משורת הדין. ומלש' הגמ' דחייב להחזיר לפני

משורת הדין נראה שזה חיוב שצריך לחייב את עצמו, הגם אם אין בי"ד כופין על כך, הוא עצמו חייב להכליל עצמו בלפנים משורת הדין.

ויש להסביר, דאף שמצאנו מחלוקת אם בי"ד כופין לעשות לפנים משורת הדין, מ"מ הוא עצמו מחויב לעשות כן, אף אם בי"ד לא יכפוהו, עיין מה שכתבתי בח"ד כה"ו, דנחלקו הראשונים אם כופין לעשות לפנים משורת הדין, וכמו שהביא הרמ"א דעתם בחו"מ יב,ב. דהרא"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 ולוותר מממונו לפנים משורת הדין, א"כ כל שכן באבידה ובדרשת רב יוסף דכפינן. ונראה דהמרדכי ס"ל דהכל בדין צדקה וגמילות חסדים, דענין לפנים משורת הדין נכלל במצוות של גמילות חסדים, דוהודעת להם את הדרך וכו', וכפי דכייפינן על מצות צדקה, וע"כ חילק בהמשך דבמוצא עני לא שייך לכוף, כיון דלא שייך בזה מצות צדקה. ובמש"כ בראיה מדין שקולאי, שדינו כועשית הישר והטוב דכפינן, 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. ומ"מ גם אם בי"ד לא כופין לעשות לפנים משורת הדין, הוא עצמו חייב לעשות כן, וממילא שמא ואולי

ירצה הת"ח לנהוג לפנים משורת הדין ולבוא ולהעיד, ואם לא יבוא ויעיד, יעשו בדרכים אחרות.

לכן העצה היעוצה שישלחו לת"ח הזמנה, ואם ירצה לבוא ולנהוג לפנים משורת הדין, שפיר דמי. ויש שאמרו לשלוח לו הזמנה ולכתוב שאם ע"פ דין אינו מחויב לבוא ולהעיד, יכולים ביה"ד לשלוח אליו שלשה דיינים, או הבי"ד עצמו יבוא אליו לקבל עדותו, וכמו שכתב הב"י (חו"מ כח,ה, וכן פסק הרמ"א כח,ה): "וכתב רבינו ירוחם נ"ב ח"ב (יא ע"ד), דבעדות דליכא איסורא אינו בא לבית דין הקטן ממנו, אלא שולחין לו ומעיד בפני הבית דין או בפני שלוחם". ובסמ"ע ס"ק כז כתב דשולחים לת"ח שלשה אנשים שהם בית דין, וב"ד מוסר לב"ד כמש"כ בשו"ע חו"מ ל"א, בענין העיד אחד בבי"ד זה ואחד בבי"ד אחר. ובט"ז כח,ה הקשה, דהרי רבינו ירוחם כתב להדיא שיכול להעיד גם בפני שליח ב"ד. ולכן חלק על הסמ"ע וס"ל דכיון שהולך בשליחות ב"ד, אין עליו שם עד מפי עד, ושכן כתב מהרלב"ח בתש". ובשער המשפט כח,ד הקשה מהא שבי"ד לא ישמעו מפני מתורגמן, ואף שהבי"ד מעמידים את המתורגמן, הרי שהבי"ד עצמם צריכים לשמוע. וכתב דאפשר והט"ז ס"ל כסברת הרדב"ז בתש' (ח"א סי' שלא) שאם אין דיין המכיר לשון העדות, מקבלים עדות בדיני ממונות ע"י מתורגמן, שדין שלא ישמע הדיין מפי המתורגמן, אינו אלא מדרבנן. ולכן בחכם ששולחים אליו לקבל עדותו, הקילו באחד כמו במתורגמן. אך הקשה, דכיון שיש תקנה לשלוח אליו שלשה, מדוע יסתפקו באחד. עוד הקשה, דבמתורגמן עומד העד לפני בי"ד, רק אינם מבינים אלא לפי מה שתרגם המתורגמן, משא"כ בשליח בי"ד שגובה עדות, הוי עד מפי עד. ולכן הסיק כדעת הסמ"ע דבעינן דוקא שלשה שיבואו לת"ח לקבל עדות. וכן נראה מהתומים והנתיבות שהביאו דעת הסמ"ע בלא חולק. וע"כ העצה לפי הב"י והרמ"א שישלחו אליו שלשה ראויים לדון, שיקבלו עדותו, ועדיף שהבי"ד עצמם יבואו אליו.

דרך אחרת הינה לפי מש"כ הסמ"ע כח,מב, שיכול ת"ח לשלוח עדותו בכתב. תוס' ביבמות לא,ב (ד"ה דחזו) הביאו דעת ר"ת דמועילה עדות בכתב, אם זוכר העדות, ורק באילם שאינו יכול לדבר, לא מהני עדותו בכתב: "ואר"י דשמע מר"ת שנוהגין עכשיו ששולחין העדים עדותן בכתב ידם לב"ד, ולא קרינן ביה מפיהם ולא מפי כתבם כיון שהם זוכרין עדותן. והא דתניא במי שאחזו (גיטין עא,א) ואם לא יגיד פרט לאלם שאין יכול לדבר, ופריך ואמאי והרי יכול לדבר מתוך הכתב, שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם, שאני אלם שאין ראוי להגיד כדאמרין (מנחות קג,ב) כל שאין ראוי לבילה כו', אבל אחר מועיל כתב ידו כשזוכר העדות". וכן הביא הרא"ש שם (ה"ז) ובמרדכי (יבמות יז). ובסמ"ע כח,מב כתב שראה ממורי הוראה שלא רצו להטריח הת"ח לבוא ולהעיד, שלחו לו לכתוב עדותו בכתב ידו ולשלוח

לב"ד: "וכן נ"ל, מאחר דלר"ת וסיעתו אפילו בלא ת"ח מותר לעשות כן". ובנתיבות שם (כח,ו) הוסיף, דעדות בכתב אינה עדות עד שבא הכתב לבית דין, ואין העדים עוברין על לאו דלא תענה, עד שבא הכתב לבית דין, וכשקוראים הכתב בפני הבי"ד הרי זו הגדת העדות, והקריאה בפני הבע"ד נחשבת כהגדת עדות בפני בע"ד. והתומים (כח,טו) ס"ל שאינו נקרא בפני בע"ד, ומהני רק במקום שאין צריכה להיות הגדה בפני בע"ד. ועיי"ש בתומים ובנתיבות שהסכימו לנוהג זה של ת"ח השולח עדותו בכתב לבי"ד.

לכן לענ"ד ישלחו לת"ח הזמנה, וינהגו מנהג דרך ארץ וכבוד התורה ויציעו שיבואו אליו לקבל העדות, ואם אין זה אפשרי שיבואו אליו, יבקשו ממנו לכתוב עדותו בכתב ידו ובחתימתו, ואם ינהג הת"ח לפנים משורת הדין ויבוא להעיד, לא יצטרכו לדרך אחרת, אולם אם יחליט שלא לעשות כן, יבחרו באחת מהדרכים הנ"ל. ואם מדובר בת"ח מגדולי הדור, ודאי שלא ישלחו הזמנה אלא יתאמו ויבואו הבי"ד אליו לקבל עדות מפיו.

סימן ב

חתם על צואה עם עד פסול

ראשי פרקים

א. אל תשת ירך עם רשע

ב. כשהענין אמת, והדין כשלא נפסל העד בבי"ד

ג. אם יש איסור לחתום עם עד פסול בשטר

בראובן שבקש משמעון שיערוך לו צואה בעדים, ובצואה זו רצה לחלק נכסיו באופן מוזר, ולטעמו של שמעון שקול הדעת של ראובן משובש ואינו נכון, הגם שהוא כשיר, ואכמ"ל בזה שאינו ענין לנדו"ד. ובתחילה התחמק שמעון מראובן, ולבסוף בא ראובן עם צואה כתובה, ע"פ ההלכה, ובקש משמעון שיביא עוד עד, ויחתמו על הצואה. הלך שמעון והביא את לוי, עובד במשרדו, והוא יודע בו שהוא עד פסול, כדי שלצואה, שיחתמו בה שניהם, לא יהיה תוקף ע"פ ההלכה. אמנם לבסוף ראובן חזר בו מהצואה, ולא היה נפק"מ לדינא. אך ראובן בשאלתו, אם בכגון זה עבר על אל תשת ירך וכו', בכך שחתם על הצואה עם עד פסול.

א. אל תשת ירך עם רשע

אמרה התורה (שמות כג, א): אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס. מרש"י עה"ת משמע לכאורה שהאיסור הוא על הבעל דין, שטוען על חבירו תביעות שקר, שהבטיחו לו להיות עד שקר: "הטוען את חבירו תביעת שקר, שהבטיחו לו להיות עד חמס". כך לכאורה פשוט לשון רש"י. אבל בשפתי חכמים שם פירש, שהאזהרה הינה על העד, שאם היה לבע"ד כבר עד אחד שהוא עד שקר, מזהירה התורה לעד זה שלא ישתתף עם אותו עד שקר שהוא רשע. ולכאורה צ"ב הסבר השפתי חכמים, דאם העד השני הוא גם עד שקר, פשיטא שאסור לו גם להעיד. ואם הוא עד אמת, מה כתב רש"י שטוען על חבירו תביעות שקר, ומשמע שהתביעה עצמה היא שקר, וכיצד יעיד זה השני, שהוא אמת, על שקר שתובע התובע. ובתרגום אונקלוס משמע לכאורה שהוא אסור להעיד עדות שקר: "לא תשוי ירך עם חייבא, למהוי ליה סהיד שקר". לא לתת יד לחייב, להיות לו עד שקר. אך בתרגום יהונתן מבואר שהכוונה להצטרפות עם עד שקר: "ולא תשוי ירך עם רשיעא דיהי סהיד שקר".

ובספורנו שם פירש שהוא אזהרה על חותם שטר עם עד פסול: "אל תשת ידך עם רשע, לחתום עמו על שטר, כאמרם על אנשי ירושלים שלא היו חותמים על השטר אלא אם כן יודעים מי חותם עמהם (סנהדרין כג,א). להיות עד חמס. שתהיה מעיד יחידי, שאין הרשע ראוי להעיד, ויוציא הדיין כל הממון מהנתבע על פיך בלבד שלא כדין". ובגמ' סנהדרין כג,א שציין הספורנו, לא הובא הפס' דאל תשת ידך וכו', אולם במכילתא דר"י (משפטים פרשה כ), הובא לכאורה גם פסוק דאל תשת ידך לענין זה דלא היו חותמים עד שידעו מי חותם עמהם: "אל תשת ידך עם רשע. אמר לו, איש פלוני חייב לי מאתים דינרין, ולי עד אחד, בא והצטרף עליו, וטול אתה מנה ואני מנה, לכך נאמר אל תשת ידך וגו'. אמר לו רבו, אתה יודע בי, שאלו נותנין לי כל ממון שבעולם אין אני מבדה, מנה לי אצל פלוני ויש לי עד אחד, בא והצטרף עמו כדי שאטול את שלי, לכך נאמר אל תשת ידך וגו', עד חמס הוא זה. כך היו נקיי הדעת שבירושלם עושין, לא היה אחד מהם הולך לבית המשתה עד שהוא יודע מי הולך עמו, ולא היה חותם בגט, עד שהוא יודע מי חותם עמו". ולפ"ז מקור דברי הספורנו הם מהמכילתא, דכיון שיכול לעבור איסור דאל תשת ידך וכו', אם יחתום עם עד רשע, ע"כ נקיי הדעת שבירושלים לא היו חותמים אא"כ ידעו מי חותם עמהם. אולם לענין עצם האיסור, נראה מהמכילתא שהוא איסור על מי שלא ראה העדות, להצטרף עם מי שראה, כאשר זה שלא ראה מאמין לבע"ד, ואת זה אסרה תורה שהוא עד חמס, הוא העד שלא ראה, ולא נאמר במכילתא איסור על העד שראה להעיד, דאין עליו התיחסות של המכילתא. המכילתא מיירי במי שיצטרף אע"פ שלא ראה העדות, ויעיד כביכול ראה העדות, שעד חמס הוא זה. אך בהמשך ממה שכתבו שנקיי הדעת לא היו חותמים וכו', מבואר שיש גם בהצטרפות משום איסור דאל תשת.

ובגמ' סנהדרין כז,א וביבמות כה,א למדו לפסול רשע להיות עד. דאיתא בסנהדרין כז,א: עד זומם, אביי אמר למפרע הוא נפסל, ורבא אמר מיכן ולהבא הוא נפסל, אביי אמר למפרע הוא נפסל, מעידנא דאסהיד רשע הוא, והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע, אל תשת רשע עד. הרי שלמדו מאל תשת וכו', עצם פסול רשע לעדות. וכן ביבמות כה,א, לענין עצם הפסול לעדות, וממילא הצטרפות עם אחר, אך לא לענין האיסור של העד להעיד עם הרשע: והאמר רב יוסף פלוני רבעני לאונסי, הוא ואחר מצטרפין להרגו. לרצוני - רשע הוא, והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס. והצטרפות של אחר להעיד עם הרשע, נלמדת בגמ' שבועות לב, מהפסוק; מדבר שקר תרחק: מנין לדיין שיודע לחבירו שהוא גזלן, וכן עד שיודע בחבירו שהוא גזלן, מנין שלא יצטרף עמו, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. ופרש"י, שלא יצטרף עמו אף שהעדות אמת, שגורם לפסוק דין על פי שני עדים, ולמעשה אין כאן אלא עד אחד.

והרמב"ם בהל' עדות י,א, כתב וז"ל: "הרשעים פסולין לעדות מן התורה, שנאמר; אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס. מפי השמועה למדו, אל תשת רשע עד. ואפילו עד כשר שיודע בחבירו שהוא רשע ואין הדיינים מכירין רשעו, אסור לו להעיד עמו אף על פי שהוא עדות אמת, מפני שמצטרף עמו, ונמצא זה הכשר השית ידו עם הרשע עד שנתקבלה עדותו. ואין צריך לומר עד כשר שהוא יודע בעדות לחבירו, וידע שהעד השני עמו עד שקר, שאסור לו להעיד, שנאמר; אל תשת ידך עם רשע". גם בטור (ח"מ סי' לד) הביא איסור זה מקרא דאל תשת ידך וכו'. ובכס"מ הקשה על מקור דברי הרמב"ם, מדוע לא כתב הרמב"ם שהאיסור הוא מדבר שקר תרחק, כדאיתא בשבועות ל,ב. וכן הקשה בספרו ב"י (ח"מ סי' לד), על דברי הרמב"ם והטור. ועיין בלח"מ שכתב, דדעת הרמב"ם דבגמ' שבועות שהביאו הפסוק מדבר שקר תרחק, הביאו לדין דין שיודע בחבירו וכו', ואגב דין דין הביאו גם דין עד, אבל עיקר הלימוד הוא לדיין, (וזה דלא כרש"י שם בשבועות, ראה לעיל). ולכן בהל' סנהדרין כב, כתב: "דיין שהוא יודע בחבירו שהוא גזלן או רשע אסור להצטרף עמו, שנאמר מדבר שקר תרחק". דפסוק זה נאמר לדיין, אבל בעד, הלימוד לשיטת הרמב"ם הוא מאל תשת ידך עם רשע.

והרא"ה בחינוך (מצוה עה) כתב דהאיסור הוא על בית הדין מקבלי העדות, וז"ל: "שלא לקבל עדות איש חוטא ולא נעשה בשביל עדותו שום דבר, שנאמר (שמות כג,א) אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס ... ונוהגת מצוה זו בכל מקום ובכל זמן, בזכרים אבל לא בנשים, שאין דנות שיצטרכו לקבל עדות. ועובר עליה וקבל עדות איש רשע ועשה דבר בשביל עדותו, עבר על לאו ...". מבואר שהאיסור הוא על בית הדין לקבל עדות רשע, ולכן נשים שאינן דנות, אינן בכלל האיסור. ועיין במנ"ח שם שהביא שדעת הרמב"ם דהאיסור הוא גם על העד: "והנה בד' הרהמ"ח מבואר דהב"ד דמקבלי העדות עוברים בלאו זה. ובר"מ פ"י מבואר דגם העד הכשר שיודע בחבירו שהוא רשע, ואין הב"ד מכירים רשעו, עובר העד בלאו הזה". ועיין עוד במלבי"ם (שמות כג,א), שלמד מפשוטו של מקרא שהאיסור הוא מסייע לרשע להוציא ממון בגזל, ואף אם יודע שאומר אמת: "לשון זה מורה שלא יסייע לרשע, כמו והנה ידי עמך (ש"ב ג) אשר ידי תכון עמו (תהלים פט). ומפרש שלא יסייע לרשע ע"י שיהיה עד להוציא ממון בגזל. אולם ממה שאמר עד חמס ולא אמר להיות עד שקר, מפרש אפי' שמאמין לו שדבריו אמת, מ"מ עד חמס הוא זה, כי מוציא ממון נגד הדין, הגם שאין רבו רשע, הוא עד חמס". הרי שאיסור זה הוא על ביה"ד, והוסיף המלבי"ם והביא דברי הרמב"ם, שהאיסור הוא גם על העד המצטרף: "וברמב"ם (פ"י מהל' עדות) הוסיף שגם על העד יש אזהרה שלא להצטרף עם הפסול, אם אין הדיינים מכירים בו שהוא רשע, שעובר על אל תשת ידך עם רשע".

אמנם אפשר להביא ראיות לרמב"ם דהאיסור הוא אף בהצטרפות עם עד רשע, מדברי המכילתא הנ"ל, ממה שנקיי הדעת לא היו חותמים וכו', דמשמע שחששו להצטרף עם רשע, ולכן לא היו חותמים אא"כ ידעו מי חותם עמהם. וכן"ל דאין להביא ראיה ממש"כ במכילתא: "איש פלוני חייב לי מאתים דינרין, ולי עד אחד, בא והצטרף עליו, וטול אתה מנה ואני מנה, לכך נאמר אל תשת ירך וגו'. אמר לו רבו, אתה יודע בי, שאלו נותנין לי כל ממון שבעולם אין אני מבדה, מנה לי אצל פלוני ויש לי עד אחד, בא והצטרף עמו כדי שאטול את שלי, לכך נאמר אל תשת ירך וגו', עד חמס הוא זה". דשם האיסור על מי שמעיד מבלי שראה העדות, שהוא עצמו עד חמס, ולא על הצטרפות העד שראה העדות, שלכאורה עליו לא מיירי המכילתא. אך ממה שנקיי הדעת שבירושלים לא היו חותמים אא"כ ידעו מי חותם עמהם, מזה מוכח שיש איסור דאל תשת בהצטרפות כשר לעד פסול, שאם לא היה איסור, לא היו חוששים לחתום גם אם לא יודעים מי חותם עמהם.

ואף שבמכילתא לא הוזכר דלא חתמו אא"כ ידעו מי חותם עמהם הוא מחמת אל תשת ירך וכו', אבל כך היא משמעות המכילתא בסדר הדברים. אמנם עדיין י"ל, שהאיסור הוא אם בא אחד ובקש לצרף עמו עד אחר שלא ראה, כדי שיוציאו גזילה מתחת יד הגולן, דאפשר דבזה העד המבקש להצטרף עם האחר שלא ראה הוא עד חמס, ויש איסור להצטרף אל זה שלא ראה, דהוא עד רשע, דכן נראה מהתוספתא שבועות ה"ב: לא יאמר לאחר בוא אני ואתה ונעידני שנוציא גזילה מתחת ידו, תלמוד לומר אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס. הרי שהאיסור לעד שראה לומר לעד שלא ראה שיבוא ויעיד, וכמש"כ בתוספתא (בגירסא שלפנינו – אל יאמר וכו'), שאמירה זו והצטרפות זו אסור מחמת אל תשת ירך וכו', שעד שלא ראה שמעיד שראה הוא עד רשע, ואסור לזה שראה להצטרף עמו. (אמנם אפשר דגם זה שמצטרף עם העד שלא ראה, הינו רשע, עיין בקהילות יעקב סנהדרין סי' ז ד"ה ובעיקר). ובמדרש רבה (איכה ד, ד) מבואר להדיא שמה שלא חתמו אא"כ ידעו מי חותם עמהם, הוא כדי שלא יעברו על אל תשת ירך וכו': "ד"א, מה היתה יקרותן, שלא היה אחד מהן הולך לסעודה עד שהיה יודע עם מי סועד, ולא היה חותם עד שהיה יודע עם מי חותם, לקיים מה שנאמר (שמות כ"ג) אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס".

ובב"ח (חו"מ לד, ב) כתב לישב דברי הרמב"ם והטור שלמדו האיסור מאל תשת ירך וכו', ולא למדו מדבר שקר תרחק, כדאיתא בשבועות לב, דמדבר שקר אפשר ללמוד שלא יצטרף לכתחלה, שיתרחק מלהיות עד עמו, אולם בדיעבד אם כבר נצטרף עמו וראו שניהם, הוה אמינא דאסור לכבוש עדותו ולהפסיד לחבירו. ולכן כתב הרמב"ם האיסור אפי' בדיעבד שכבר הצטרף, ודבר זה נלמד מפשוטו של מקרא: "... אבל מפשוטו של מקרא דאל תשת רשע עד, למדנו דאף זה אסור, והרמב"ם

לא כתב מדרש רז"ל ממדבר שקר תרחק כלל, וטעמו כיון דמפשוטו דאל תשת למדנו דאפילו בדיעבד אסור להצטרף, כל שכן לכתחלה". הרי שלמד הרמב"ם פשוטו של מקרא, והוא האיסור לעד כשר להצטרף עם עד פסול, ואיסור זה הוא אף בדיעבד שכבר הצטרפו.

ב. כשהענין אמת, והדין כשלא נפסל העד בבי"ד

ומבואר ברמב"ם שהאיסור להצטרף עם עד רשע הוא אפי' יודע הכשר באמיתות הענין, וכמש"כ הרמב"ם (עדות י, א): "ואפילו עד כשר שיודע בחבירו שהוא רשע ואין הדיינים מכירין רשעו, אסור לו להעיד עמו אף על פי שהוא עדות אמת, מפני שמצטרף עמו". ובש"ך לד, ג, הקשה על דברי הרמב"ם, מהיכי תיתי יהיה איסור להצטרף ולהעיד כשיודע הכשר שהעדות אמת. ובתחילה כתב לישב דהרמב"ם ורש"י ס"ל לענין להצטרף לכתחילה, שלא ילך כשר לכתחילה לראות עדות עם פסול. או דמיירי בעדי קיום, כמו בגיטין וקדושין, שהמקדש בפני עד אחד אין חוששין לקדושיו, ולכן אף שהענין אמת, לא מהני עדות הכשר כשהצטרף עם הפסול. אולם בהמשך כתב דבכל ענין אסור לכשר להעיד, אף שהענין אמת, דכמו שפסלה התורה עדות שני עדים אם הצטרף עמהם קרוב או פסול, כך פסלה התורה עדות שני עדים, אם אחד מהם פסול אף שהעדות אמת, אסרה התורה להעיד עמו: "דכיון דקי"ל דשלשה עדים שהעידו ונמצא אחד מהן קרוב או פסול בטלה כל העדות כולה, וכדלקמן לו, א, א"כ אף שנשארו שני עדים כשרים, מ"מ גזירת הכתוב הוא כשיש עד אחד פסול בטלה כל העדות, א"כ ה"נ אף על פי שהענין אמת, גזירת הכתוב הוא כיון שיש עד פסול העדות בטלה ואסור להעיד עמו". הרי שלמסקנת הש"ך אף בעדות שהענין אמת ואינה לקיום, ואף בדיעבד שכבר ראו, אסור לכשר להצטרף עם הפסול, ואם הצטרף עם הפסול להעיד, עובר באל תשת ידך וכו'. ועיין בפת"ש לד, ב, דלפ"ז אם פסולו מדרבנן, כיון שלא אלים פסולו לפסול הכשרים בנמצא קרוב או פסול, לא עובר איסור בהצטרף עם הפסול. ולכאורה נראה דבכל ענין לא עובר מדאורייתא בהצטרפות עם עד חמס דרבנן, ואף אם נאמר כמו התומים (להלן) שהוא גזירת הכתוב שלא יצטרף. (ועיין בבאר היטב לד, א, מש"כ לישב, דהוי כיודע עדות לעכו"ם בדיניהם, שמוציאים ע"פ עד אחד, שלא יעיד, אף שיודע שכן האמת, כיון שמוציאים ממון ע"פ עד אחד, כך גם אסור לו להעיד עם הפסול).

והתומים לד, א כתב דאין כאן טעם, אלא כך היא גזירת הכתוב, שעד כשר לא יצטרף לעד פסול, הגם שהאמת כעדותם: "ונתן הש"ך הטעם משום דנמצא אחד מהן קרוב או פסול, כל עדות בטלה ואף עדותו בטל. ועם כל זה לא הועיל, דסוף כל סוף יודע שממון חבירו ביד זה, ולמה לא יעשה כל טצדקאות להציל העשוק,

וגם למה לא יצרף עם העד שמשקר ולא היה בעת העדות, וא"כ אין כאן צירוף, כיון דבשעת ראייה לא היה שם ולכו"ע בעת ראייה בעינן, ובפרט אם יעיד לאחר כדי דיבור דלכו"ע אין מצטרף. ומה יאמר הש"ך בשלשה שמלוים ואחד יהיה בע"ד ושני עדים (שבועות לא, א), דהא ג"כ אמת שהלוה, ומ"מ אסרה תורה, כי אין לנו לעשות תחבולות רשע וה' לא צוה, וכך גזרת המלך הוא, ואין לנו להרהר ולחפש בטעמים". הרי שדין זה הוא גזירת הכתוב בענין העדות, שאין להוציא ממון אלא בשני כשרים, ואסור לכשר להצטרף לפסול להעיד, ואפי' עדות אמת. וע"ע באולם המשפט לד, א, דאף שהענין אמת, "אין לנו לצאת מחוקי התורה", דכך היא גזירת הכתוב. (ועיין עוד בקובץ שעורים ב"ב תקפד מה שהקשה למ"ד שפסול רשע מפני שחשוד לשקר). ועיין עוד בכלבו (עדות פא, הובא בשער המשפט לד, א), כתב דכל האיסור הוא להעיד שהוא והפסול ראו כו"כ, אבל אם אומר ראיתי כך, אינו אסור, אף שהפסול מצטרף עמו, וז"ל הכלבו: "אסור לעד כשר להצטרף עם רשע אפי' העדות אמת, כן כתב בספר המצות. וקשיא, האיך יכבש עדותו. ויש לומר שאינו אסור אלא שלא יאמר הכשר אני ופלוגי ראינו כך, אלא יש לומר ראיתי כך".

ולפ"ז בנדו"ד אף שהענין אמת, יש איסור לכשר לחתום עם הפסול. אמנם בנדו"ד לא יודעים הכל שהעד השני פסול וגם לא נפסל בבי"ד, ובכגון זה אין אסור על העד הזה הפסול, שאין פסולו ידוע, להעיד, וכמש"כ התומים (אורים כח, ג). התומים הביא תש' חו"י שהסתפק אם עד שיודע שהוא פסול, מחמת קורבה או רשעות או נוגע, ואחרים אינם יודעים פסולו, האם חלה עליו חובה להעיד. וחילק התומים בין פסול קורבה, לפסול מחמת רשעות או נגיעה. דפסול מחמת קורבה, אם יודע שהוא קרוב, אף שאין ידוע לאחרים, פסול קורבה לא צריך להיות נפסק בבי"ד שפלוגי הוא קרוב ופסול לעדות. המציאות שהוא קרוב היא הפוסלת, וממילא עצם הקורבה פוסלת, ואף שאין יודעים בקורבתו, אסור לו להעיד. אולם בפסול של רשע, אין אדם נפסל מעצמו, אף שאמר כן לבי"ד. וכן פסול רשע מחשש משקר, ולא כמו בקרובים שהוא גזירת הכתוב, וכיון שיודע שמעיד אמת, יכול להעיד (ולכאורה אף חייב להעיד, ואם לא מעיד עובר על אם לא יגיד וכו'). וכן נוגע פסול מחשש משקר (עיין בנו"כ חו"מ ריש סי' לז), ואם יודע שאינו משקר, מדוע לא יעיד. ומבואר דכל עוד לא נפסל בבי"ד, יכול להעיד. ולכאורה דברי התומים דלא כרמב"ם עדות יא, הנ"ל, שכתב דאם יודע הכשר בפסול הפסול, אסור לו להעיד עמו. ולתומים דוקא בנפסל בבי"ד יש לו שם עד פסול. ודוחק לפרש ברמב"ם דמיירי שנפסל בבי"ד, והכשר יודע זאת. דאם נפסל בבי"ד והכשר אינו יודע שנפסל בבי"ד, לא עבר על אל תשת ידך וכו'.

והתומים פז, כז חקר מדוע אדם לא יכול לפסול את עצמו לעדות ולשבועה. האם זה מהטעם שאדם קרוב אצל עצמו, ולכן אינו יכול להעיד ולפסול את עצמו.

ולפ"ז אם אנחנו יודעים את האמת שהוא פסול, אסור להצטרף אליו לעדות. או שנאמר שפסול לעדות ולשבועה יתכן רק באופן ששני עדים מעידים בבי"ד על פסולו, וכל עוד לא פסולו עדים בבי"ד, ניתן להצטרף אליו לעדות. וז"ל התומים: "ולכן נראה, דסבירא ליה דהך דינא דאין נעשה חשוד על פי עצמו, יש לומר הטעם משום דלא מהימן לגבי עצמו ואדם קרוב אצל עצמו, הא אילו ידעינן דהאמת אתו הרי נעשה חשוד, ואף זה בכלל מה שאמרו (קידושין סה,ב) לא איברו סהדא אלא לשקרא. ולפי זה אתי שפיר דינו של רמ"ה לקמן בסימן צב דיכול שכנגדו לומר הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, והודית עצמך דחשוד אתה אני אשבע, ומי ימחה בידו. אבל אי אמרינן דזה מכלל גזירת הכתוב דאין אדם נעשה רשע וחשוד כי אם בב' עדים שמוציאין אותו מחזקתו, וכל כמה דליכא עדים אין יוצא מחזקת כשרות, ואפילו אמת שעבר עבירה, מכל מקום לא נפסל כי אם בשני עדים שראוהו, ואם כן לפי טעם זה מה מהני הודאתו, אף דהאמת אתו, מכל מקום לא נעשה חשוד".

ומוכיח התומים כסברא השניה, שאינו נעשה חשוד אלא ע"פ שני עדים שמעידים בבי"ד, מסנהדרין ט,ב; פלוני רבעני לרצוני, הוא ואחר מצטרפים להרגו, דהואיל דקרוב אצל עצמו, פלגינן דיבורא ולא משים עצמו רשע. ולכאורה אף איך העד האחר מצטרף עם הפלוני שמעיד פלוני רבעני לרצוני, הרי הוא כעד ראה את רשותו, ואיך יכול להצטרף ולהעיד עמו, וגם אם יעיד, העדות בטלה מדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול. וגם לא שייך לומר שפלגינן דבורא דעד השני ג"כ, דהא כתב הרא"ש (מכות א,יג) דלא אמרינן פלגינן דבורא אלא בקרוב אצל עצמו. ומה מוכח שאין המעיד שפלוני רבעני לרצוני נפסל לעדות, דכיון שאין כאן שנים המעידים עליו בבי"ד, לא נפסל לעדות. ומזה הוכיח התומים שאין פסול רשע אלא בעדות שני עדים על רשותו.

גם באור שמח (עדות יב,ב) חקר אם מה שפלגינן דבורא כשאומר פלוני רבעני לרצוני, האם זה מחמת שאנו לא מדייקים בדבריו, דאין זה מעיקר העדות למי רבע ואם לרצונו, דשמא עשה תשובה, וכיון שלא נפסל לעדות בבי"ד, יש לו שם של עד כשר. או נאמר שפלגינן דבורא, דבמה שנוגע לעצמו, אמרינן שבודאי משקר. ולפ"ז אם יבוא עד נוסף ויאמר כדבריו, איך אפשר להתיחס למה שאמר שרבעו לרצונו שהוא משקר, או שהנרבע משקר, ואם הנרבע משקר ולא רבעו לרצונו, א"כ העד שמעיד רבעו לרצונו הוא המשקר. ובהכרח י"ל כצד הראשון שלא מדקדקים בעדותו, דאם כצד שהוא משקר, איך מקבלים את עדות העד הנוסף, וז"ל האו"ש:

"... א"כ במעיד שנרבע לרצונו, ממה נפשך, אם שקר הוא אין כאן חיוב, ואם אמת בפיו שנרבע לרצונו, א"כ העד רשע ואין כאן עדים שעבר עבירה, דליכא עדים עליו, שאחד מעדיו רשע, וכיון שכן לא תוכל לקבל עדותו בצירוף

עד אחר, דהא לא עביד מידי, דאין עדים כשרים עליו, ולא תוכל לגמור דינו ולומר דהמיתו ע"י עדים כשרים. ורובא מחדש דלעצמו אינו נאמן, אבל מה דנוגע לאחרני נאמן, דפלגין דיבורו, ואמרינן דזה אינו נכנס בתורת עדות ונקטינן דרבע את אחד, וחייב מיתה, אבל למי רבע לא נחתינן לזה מידי, דאין זה מעיקר העדות, ואימור עשה תשובה או מילי אוחרי, תו כיון שאינו נפסל בב"ד ואינו חשוד כלל ע"פ עצמו, תו הוי עד כשר, ומאי איכפת לן מה דנעשה בו, דנסתר מעיני האדם, ולא אמרינן דאין אדם משים עצמו רשע, א"כ בודאי שקר בפיו, שהוא ודאי לא נרבע, רק דאינו נפסל ע"פ עצמו, ולא נחתינן לעיין על דבריו כלל וכלל, אבל מ"מ יתכן שהאמת כדבריו. ולכן א"ש, דאע"ג דהעד השני אומר שרבעו לרצונו, לא איכפת לן, דנאמר דהא לפי דברי העד עד אחד הוא, דכיון דאינו נפסל, דאין עליו שני עדים, א"כ לא דייקין למידק על דבריו את מי רבע, ומביטין רק מי הרובע. משא"כ אלו אמרינן דהכוונה דאינו נאמן ומשקר על עצמו, אז אם העד מעיד ג"כ שפלוני רבעו לרצונו, מה נאמר דהעד משקר, א"כ בטלה עדותו, דאצלו אמרינן דכיון דהוא קרוב אצל עצמו אינו נכנס בגדר עדות, אבל לגבי חבריה מה נאמר, ועל כרחין כמו דפרישית, וכן ראיתי להתומים בסי' פז בזה".

הרי שהסכים האו"ש עם דעת התומים, שאין העד נפסל אלא בעדות שהעידו עליו בבי"ד. אולם דברי התומים מוקשים לכאורה מדברי הרמב"ם עדות י,א, והשו"ע חו"מ לד,א: "ואפילו עד כשר, שיודע בחבירו שהוא רשע ואין הדיינים מכירים רשעו, אסור לו להעיד עמו אע"פ שהוא עדות אמת". ומקורו מהגמ' שבועות לב: וכן עד שיודע בחבירו שהוא גזלן, מנין שלא יצטרף עמו תלמוד לומר מדבר שקר תרחק (וכבר התבאר לעיל אם האיסור מאל תשת וכו' או מדבר שקר תרחק). משמע שאפי' בידיעת העד לבדה אסור לו להעיד. ומכח דברי הרמב"ם והשו"ע הנ"ל, דחה האמרי בינה (עדות מ) את דעת התומים שצריך להפסל בעדות בבי"ד. אולם בתש' חת"ס (חיו"ד סי' יא) כתב לבאר דברי הרמב"ם והשו"ע, דמיירי שנפסל בשני עדים בבי"ד, והעד המצטרף יודע זאת, אף שאחרים לא יודעים מזה, אסור לו להצטרף. אולם אם לא נפסל בקבלת עדות בבי"ד, אף שיודע שהוא פסול, חייב להצטרף ולהעיד עמו: "דהא דהיודע בחברו שהוא גזלן, פי' שיודע בו שהוא כבר נעשה גזלן בשני עדים בבי"ד אחר, וזה העד יודע מזה אע"פ שאין אחר עמו שיודע מזה, מ"מ לא יצרף כיון שהוא באמת פסול לעדות, משא"כ כשלא ראוהו שנים ולא הועד עליו בבי"ד, אע"פ שהוא יודע בו שהוא גזלן שבפניו גזל, מ"מ כיון שעכ"פ זה העדות הוא אמת ראוי ונכון מחוייב להצטרף עמו". ומבואר בחת"ס דכל שלא נפסל באמצעות קבלת עדות בבי"ד, אינו רשע עליו דברה התורה, ואף שיודע האחר שהוא רשע, מחויב

להצטרף עמו ולהעיד: "ע"א דעלמא שיודע בעצמו כי המעשה אמת נכון, וראוי היה לעשות כל הצטדקאות רק להציל העשוק, ואפי' להצטרף עם עד שקר כיון שנפשו יודעת מאוד שהדין דין אמת, אלא אפקעתא דמלכא הוא, כי ה' ציוה שכן לא יעשה להצטרף עם עד רשע אף על פי שהמעשה אמת, א"כ אין לך בו אלא חדושו, דכשאותו הרשע לא נפסל בב"ד, אף על פי שהוא מכיר ברשעו של זה, יכול הוא להצטרף עמו להעיד במה שהוא יודע שהוא אמת נכון".

והוזכר לעיל האמרי בינה (עדות סי' מ) שחלק על התומים, וס"ל מכח דברי הרמב"ם והשו"ע ומשמעות הגמ', שהאיסור להצטרף עם עד רשע הינה אפי' לא נפסל בב"ד, אלא בידיעה בלבד של העד המצטרף. ומה שהוכיח התומים מפלוני רבעני לרצוני, כתב החת"ס דפליגין דבורא גם של העד, דמקבלים מה שאומר שפלוני רבע, אבל לא מקבלים מה שאמר שרבע לרצונו, ואף דלא פליגין דבורא אלא לענין מה שאין אדם משים עצמו רשע, וכמו שהוכיח התומים מדברי הרא"ש במכות א, יג, בנדון זה הוא נוגע לעד לענין שאינו רשע, שאם נקבל את כל דבריו של לוי, שראובן רבע את שמעון לרצונו של שמעון, הרי לוי מעיד על עצמו שהוא רשע, שהוא מצטרף עם שמעון הרשע לעדות, והתורה אמרה אל תשת וכו'. לכן כדי למנוע את המשים עצמו רשע של לוי, פליגין דבורא גם בלוי, ומקבלים מה שהעיד שראובן רבע את שמעון, ולא מקבלים מה שהעיד שרבע לרצון שמעון: "דגם בזה פליגין דבורא ומקבלין עדותו שפלוני רבע, אבל לא מה שאמר שלזה האיש רבע לרצונו, דזה דבר הנוגע לעצמו שאומר שעשה שלא כדת להעיד עם רשע ביחד".

הש"ג (סנהדרין ה, ב מעמוה"ר), כתב וז"ל: "וכתב ריא"ז, ונראה בעיני שאף הפסול מן התורה אינו פסול אלא בדבר שהוא חשוד בו. והמקדש אשה בפני שני גזלנים, חוששין לקדושין וצריכה גט, שלא נפסל בדבר שהוא אינו חשוד בו אלא מדברי סופרים". פשוט דברי הריא"ז, שאם מקדש בפני עדים שהם חשודים על העריות, הפסול הוא מהתורה, אבל מקדש בפני גזלנים, הפסול הוא מדרבנן. ודברים אלה לכאורה חידוש גדול וצריכים הסבר, שהרי גזלן נפסל מאל תשת ידך עם רשע וכו' (סנהדרין כז, א). וראיתי שהגר"י מפוניבז' (זכר יצחק ח"א סי' יט) שהתקשה בדברי הריא"ז, וגם תמה שראה לאחר מגדולי דורו שהביא דברי הריא"ז לפסק הלכה. וכתב בזכר יצחק לישב, דכל פסול של עד צריך להיות בב"ד, והאידנא שאין לנו בי"ד מומחין, לא נפסל העד אלא מדרבנן: "אמנם נראה לי בטעמו, דס"ל דגזלן אינו נפסל כי אם כשיעידו עליו לפני ב"ד, וא"כ בזה"ז דליכא מומחין, א"כ כל פסול העדות הוא מדרבנן, כיון דלא נתקבל העדות לפני ב"ד, דמה דשליחותיהו קא עבדינן הוא מדרבנן לכמה שיטות מהראשונים (עיין רמב"ן ורשב"א יבמות מו, ב).". ובהמשך כתב לבאר, דיש בגזלן שני פסולים, האחד מפני שהוא משקר, והשני – מה שפסלה אותו

התורה באל תשת ירך עם רשע וכו'. לפסול את הגזלן מחמת היותו משקר, אין צריך ביי"ד, משא"כ לפסלו מחמת פסולו שהוא גזלן, ולאסור להעיד עמו מקרא דאל תשת ירך וכו', בעי ביי"ד, עיי"ש.

לפ"ז יכול לצרף הדעות הנ"ל, שעד לא נפסל אא"כ העידו עליו ביי"ד שהוא פסול, וכל עוד לא העידו עליו ביי"ד שהוא פסול, אין איסור להעיד עמו, אף שהכשר מכיר בפסולו, וכנדוד"ד שחותם עמו בשטר ויודע שהעדות אמת.

ג. אם יש איסור לחתום עם עד פסול בשטר

לכאורה אין לחלק בין עדות ביי"ד לעדות בשטר, שהרי עדים החתומים על השטר, נעשה כמי שנחקרה עדותן ביי"ד (כתובות יח, ב, וגטין ג, א), ואם חותם עם פסול, כביכול העיד עמו ביי"ד, ועד כמה שאסור להעיד עמו ביי"ד, אסור גם לחתום עמו בשטר, ועיין לעיל מה שהובא מהמכילתא ומהספורנו, דלמדו מאל תשת וכו', מקור לגקיי הדעת בירושלים, ומקור לאיסור לחתום בשטר עם עד פסול

אלא שיש מקום לחלק, דכל דין עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם ביי"ד, הוא דוקא כששני העדים כשרים והשטר כשר, אולם כשאחד מהעדים פסול או השטר פסול מאיזו סיבה, אין דין נחקרה. והנה בשו"ע חו"מ מה"ג, פסק וז"ל: "אם נפסל על ידי חתימת הפסולים, אם הכשרים זוכרים העדות ע"י ראיות השטר יכולים להעיד, ובית דין יכתבו עדותן כמו שכתוב בשטר, וחשוב כמו שטר הראשון". ובסמ"ע ס"ק לד הקשה, מדוע לא נפסלו הכשרים שהעידו עם הפסולים. וכתב לחלק בין העידו יחד ביי"ד או חתמו בשטר. ובש"ך ס"ק לד הקשה על הסמ"ע, וכתב לחלק בין אם היו הכשרים עם הפסולים בשעת ראיה, דאז נפסלו הכשרים, לנדון המחבר כאן, שלא היו הפסולים בשעת ראיה. וחלק על מה שחילק הסמ"ע בין עדות ע"פ לעדות בשטר, דבשטר הוי כהגדת עדות, וכנחקרה עדותם ביי"ד: "דפשיטא דכשהפסולים היו עמהם, דבטלה העדות לכו"ע, דהא הוה ליה ראיה והגדה, דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותם בב"ד דמי, ומה"ט קי"ל בכל דוכתי (לקמן סי' מו, לז-לח), עדים החתומים על השטר אין יכולים לחזור ולהעיד, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, דהגדה בשטר כהגדה בב"ד היא, כן נ"ל". ועיי"ש מה שכתב הש"ך דאף בחתימה ללא ראיה יחד יפסלו הכשרים. ועיין בקצוה"ח שם מה"ה, דבשטר הלואה אף שראו הלואה המעות יחד, כל שחתמו הכשרים אח"כ על פי ציווי הלואה, ולא ציוה הלואה לפסולים לחתום בשעה שציוה לכשרים, ורק אח"כ ציוה להם לחתום, השטר כשר ע"פ הכשרים.

ולכאורה נראה דמחלוקת הסמ"ע והש"ך, אם עדים כשרים חתמו על שטר עם פסולים, אם אמרינן נחקרה בשטר הפסול. דהסמ"ע ס"ל דדוקא בשטר כשר אמרינן נחקרה עדותם בבי"ד וחשיב הגדה, אבל בשטר פסול לא אמרינן נחקרה. והש"ך ס"ל דאין לחלק אלא בכל ענין הוי נחקרה, והוי כעדות כשרים ופסולים יחד בבי"ד. ובדברי משפט מה, ד כתב לבאר דעת הסמ"ע, דלשיטת הרמב"ם עדות בשטר פסולה מהתורה, דמפיהם ולא מפי כתבם, ומדרכנן עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה בבי"ד, וכיון דהוי מדרכנן, י"ל אי אפשרי בתקנת חכמים ולא הוי עדות. ולפ"ז גם בנדו"ד יכול לומר אי אפשרי בתק"ח שתהיה עדותי עם הפסול כנחקרה, וכדי שלא אעבור על אל תשת ירך עם רשע וכו'.

ובחדושי הרי"מ (חו"מ לג,ה) כתב שכל דין נחקרה בעדות בשטר, הוא בשטר כשר ולא בשטר פסול, ובזה ביאר את הסמ"ע הנ"ל, וז"ל הרי"מ: "והנה הא דקיי"ל עדים החתומים על השטר נעשה כנחקרה בבי"ד דמי, היינו דוקא בשטר כשר, אבל בשטר פסול לא הוי כלל נחקרה וכו' כמש"כ הפוסקים, ובפרט לרמב"ם דהוא משום נעילת דלת, דבפסול לא שייך כנ"ל. וא"כ התם דחתום עליו קרוב או פסול ונתבטל השטר, א"כ לא הוי כלל כנחקרה עדותן בבי"ד, כיון שהשטר בטל מחמת הצירוף, וא"כ לא העידו כלל בבי"ד מעולם והוי כחוץ לבי"ד, ויכולין אח"כ שפיר לחזור ולהעיד בבי"ד, דלא שייך עביד אינש, אבל בהעידו בע"פ בבי"ד, שפיר י"ל כנ"ל".

ולפ"ז בנדו"ד יכול לצרף דעות הנ"ל דבשטר פסול לא חשיב כנחקרה, או מחמת שיכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים של נחקרה, ולא יעבור על איסור של אל תשת ירך וכו'. וכן לצרף דעות הפוסקים שלא נפסל הפסול אלא בבי"ד.

אין באמור כדי לעשות כנ"ל לכתחילה, לא מדינא ולא מהמוסר, אלא כדיעבד שכבר נעשה, לברר שלא עבר איסור.

סימן ג

מכר קרקע בתמורה לחוב בריבית

ראשי פרקים

א. שטר שיש בו ריבית

ב. קנסו השטר או החיוב

ראובן הלוח לשמעון סכום כסף גדול בריבית גבוהה, ולא עשו ביניהם הית"ע. לאחר כמה שנים ששמעון לא פרע את החוב, בתמורה לקרן והריבית, העביר שמעון לראובן נכס מקרקעין. בהסכם נכתב כי שמעון המוכר חייב לראובן סכום מסוים (הקרן והריבית כאחד), ובתמורה מוכר שמעון את הנכס לראובן.

לאחר זמן זמן שמעון את ראובן לדין תורה, בתביעה לביטול המכר. ראובן מסכים כי ע"פ דין אסור לו לגבות ריבית, ולכן הוא מוכן להחזיר לשמעון את הריבית על ההלוואה, אולם מכירת הנכס תשאר בעינה. שמעון טוען כי כל המכירה נעשתה בעבירה, כאשר התבססה על הלוואה בריבית דאורייתא, ממילא דין המכר להתבטל, והוא מוכן לשלם לראובן את סכום קרן ההלוואה. והנפק"מ ביניהם, שהנכס מלכתחילה נמסר ע"י שמעון במחיר נמוך יותר ממחיר השוק, וגם ערכו עלה עם הזמן.

והשבתי לרב השואל, דלכאורה אין זה הדין של שטר שיש בו ריבית המבואר בב"מ עב,א ובשו"ע חו"מ סי' נב, דמחלוקת ר"מ וחכמים הינה בשטר הלוואה, שראובן הלוח לשמעון סכום כו"כ בריבית כו"כ לשנה, או באופן שכולל הריבית עם הקרן, שראובן הלוח לשמעון, ושמעון מתחייב להחזיר סכום כו"כ, הקרן עם הריבית ללא פרוט, לאחר שנה, דאליבא דכ"ע לא גובה הקרן, כנ"ל שעושים היום שטר הלוואה וכותבים שזמן הפרעון יהיה עוד שנה בסכום כו"כ, וכללו הקרן עם הריבית. אבל באופן שכבר עבר זמן הפרעון, ומחשב כמה חייב לו קרן וריבית וכותב שראובן חייב היום לשמעון כו"כ, אף שיש כאן איסור ריבית, אינו בדין שטר הלוואה שקנסו חכמים וכדלהלן, ובודאי אין המכר נפסל, דלא פסלו קנין מכר אלא רק את ההלוואה, ואף אם היה כאן פסול של ההלוואה, הרי המכר קיים, ויחשבו הסכום אך לפי הקרן, והריבית ישלם הקונה למוכר, דבזה לא גזרו חכמים לפסול שטר מקח אלא רק שטרי הלוואה. אמנם אם היה כותב בשטר המקח שלאחר שנה שיהיה החוב כו"כ (קרן וריבית, שכללם יחד) תהיה שדהו קנויה למלוח, הוי שטר שיש בו ריבית, ובזה גם פסלו חכמים. אולם אם בשטר מקח כתבו שכעת חייב לו כו"כ, אין זה שטר שיש בו ריבית שקנסו חכמים. אולם הרב השואל טען שטעם קנס חכמים לכאורה שייך גם בזה, ולכן השבתי לו את הדברים דלהלן לשיטתו, ולא הסכים לנ"ל.

עוד הוספתי, דבנדו"ד שכבר עשה המלוה הקונה קנין חזקה בקרקע, אין דין השטר כשטר קנין אלא שטר ראייה, וגם אם נפסול השטר כשטר מקח ואפי' כשטר ראייה, מ"מ המקח במקומו עומד מחמת החזקה, ורק צריך להחזיר למוכר את הריבית. עוד נשאלתי, דלכאורה תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, עיין שו"ע חו"מ רד"י ופתי"ש קצ"ב, והשבתי דאינו ענין לנדו"ד, דשם קונה בתורת כסף, ונחלקו אם בפרעון ההלוואה קונה בתורת כסף, וכאן לא בא לקנות בקנין כסף.

א. שטר שיש בו ריבית

איתא בב"מ עב"א: תנו רבנן, שטר שכתוב בו רבית (שכתוב בו פלוני לזה מפלוני מנה ברבית כך וכך לזמן פלוני – רש"י), קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית. במאי קמיפלגי, רבי מאיר סבר קנסינן התירא משום איסורא, ורבנן סברי לא קנסינן התירא משום איסורא. תנן התם, שטרי חוב המוקדמין פסולין והמאוחרין כשרין, מוקדמין אמאי פסולין, נהי דלא גבו מזמן ראשון, ניגבו מזמן שני. אמר רבי שמעון בן לקיש, במחלוקת שנויה ורבי מאיר היא. ורבי יוחנן אמר אפילו תימא רבנן, גזירה שמא יגבה מזמן ראשון (דאיכא דלא מסיק אדעתיה לדקדק כל כך בזמן הלוואה לומר למלוה שטרך מוקדם, ומקחי קדם להלואתך).

ומדברי הגמ' יש ללמוד דדוקא במפרש בשטר את הקרן ואת הריבית, אולם בכולל בסכום ההלוואה הקרן והריבית כאחד, ואינו מפרט כמה הקרן וכמה הריבית, גם חכמים יודו שאינו גובה גם את הקרן, מהא דשטרי חוב מוקדמין, אפי' רבנן מודים שאינו גובה בשטר כלל, שמא יגבה מזמן ראשון, וטעם זה שייך אף בכלל הקרן והריבית כאחד, שיבוא לגבות הקרן והריבית כאחד, ולכן אינו גובה בשטר כלל. ומזה הטעם פירש רש"י, דשטר שכתוב בו רבית היינו שכתוב בו פלוני לזה מפלוני מנה ברבית כך וכך לזמן פלוני, שמפורש הריבית בשטר, ומדלא פירש שכלל הריבית והקרן כאחד, משמע דבזה אף חכמים מודים לר"מ שאינו גובה בשטר כלל. וכן מבואר בתוס' שם (ד"ה שטר): "... ואין לפרש כגון שאין רבית מפורש בשטר אלא כתב סתם פלוני חייב לפלוני מנה וכללו הקרן עם הרבית והעדים לא ידעו, דא"כ בסמוך דקאמר ר' יוחנן דמודו רבנן בשטרי חוב המוקדמין גזירה שמא יגבה מזמן ראשון, ה"נ נגזור שמא יגבה רבית בתורת קרן". וצ"ל דמה שלמדו הראשונים דמפורש הריבית בשטר, מהא דת"ר: שטר שכתוב בו ריבית. ומשמע שהריבית כתובה בשטר, דאם לא היתה כתובה בשטר אלא כלל הקרן עם הריבית בסכום אחד, הו"ל שטר שיש בו ריבית, ומזה הוכיחו שמפורש הריבית בשטר. ומזה יש ללמוד שאם כלל הריבית והקרן ביחד, לא גובה כלל בשטר אף לחכמים.

אמנם יש ראשונים דס"ל שמחלוקת ר"מ וחכמים הינה בכלל הקרן עם הריבית, ולא הוזכר כלל ענין הריבית בשטר, דבזה ס"ל לחכמים שגובה הקרן. הרמב"ן בסוגיא הקשה, דאם מוזכר במפורש ריבית בשטר, א"כ העדים נפסלו. ודחה את הסבר הי"מ, דמייירי שגובה לחכמים מבני חורין, או שגובה בעדות אחרים. ולכן כתב הרמב"ן, שאם הריבית מפורשת בשטר, ככל שמדובר בריבית דאורייתא, המלוה והלוה והערב והעדים כולם נפסלין; "והכא בשאין הריבית מפורשת בשטר, ובאו שנים ואמרו כתב ידם הוא זה אבל רבית היה שם ולא ידעו הם, או אנוסים היו מחמת נפשות, וכן הם עצמם שאמרו במקום שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו וחתמנו רבית". והיינו שאין הריבית מפורשת בשטר, ועדים אחרים מקיימים את השטר ואומרים כתב ידם הוא זה וריבית היה שם, או שהם עצמם מקיימים השטר ואומרים שהיה שם ריבית, והיו אנוסים מחמת נפשות לחתום על השטר. והקשה הרמב"ן משט"ח מוקדמין, שאף לחכמים אינו גובה כלל, שמא יגבה מזמן ראשון, ביאר הרמב"ן דיש לחלק בין שט"ח מוקדמין לשטר שכתב הקרן עם הריבית; "דהתם אי גבי מזמן ראשון, הרי הכל אסור שטרף מן הלקוחות שלא כדין כל הממון, אבל כאן אפי' יגבה את הריבית אין בו איסור בקרן, ואפי' טרף מן הלקוחות, שהקרן ניתן ליכתב, וברבית יש בו איסור, ורבנן לא קנסי היתירא אטו איסורא, שלדברי המכריעין שטר שכתוב בו רבית סתם לרבנן אינו גובה כלל, ואינן אלא מן המתמיהין". דחכמים גזרו שמא יגבה מזמן ראשון וכד', רק כשכל הגביה תהיה באיסור, אבל בשטר שיש בו ריבית, גביית הקרן אינה איסור, ורק גביית הריבית הינה איסור, ולא גזרו היתר אטו איסור. וכן הביא דבריו הנימוק"י (ב"מ מב, מעמוה"ר): "דהתם אי גבי מזמן ראשון, הרי הכל אסור, שטרף מן הלקוחות שלא כדין כל הממון, אבל כאן אפילו יגבה את הריבית, בקרן שבשטר לא עבד איסורא, לא קנסינן היתירא אטו איסורא". וכן הביאו הריטב"א בסוגיא, ובב"ב צד, ב. ובהסבר דברי הרמב"ן, עיין בפנ"י (ב"מ עב, א ד"ה בא"ד ואין), דבשטרי חוב המוקדמים שייך לגזור ולפסול כל השטר, שכולו נעשה באיסור, שאם יגבה מזמן ראשון, כל הגוביינא שלא כדין, משא"כ בריבית לא שייך לגזור כלל קרן משום ריבית, דלעולם יגבה הקרן כדין והקרן מיקרי היתר, והשטר נכתב כדין על הקרן.

גם מדברי הרשב"א בסוגיא (ב"מ עב, א) מבואר שהסכים לדעת הרמב"ן. הרשב"א הביא דעת יש מפרשים, שלר"מ קונסים ואינו גובה כלל אפי' חייב מודה, ולחכמים גובה מבני חורין כשחייב מודה או בעדים המעידים במלוה ע"פ. והביאו ראיה מהתוספתא; המוצא שטר שיש בו רבית – יקרענו, בא לב"ד יקרעוהו. והביא הרשב"א דעת הרמב"ן שאין ראיה מהתוספתא, דאף שגובין קרן באמצעות שטר זה, הואיל והבעלים עצמם מצווים לקרעו, אף ב"ד קורעין אותו, אולם אם הוציא מלוה שטרו בב"ד, גובה את הקרן ע"י שטר זה. והוסיף הרשב"א: "וכן מסתברא לי", שאם מחלוקתם בענין בני

חורין, למה נקטו מחלוקתם בשטר שיש בו ריבית, היו צריכים להביא המחלוקת במלוה שיש בה ריבית. ואין רבנותא בשטר, כיון שטעמו של ר"מ הוא משום קנס, אין רבנותא בשטר יותר ממלוה ע"פ. עוד הביא הרשב"א מהרמב"ן, דאין לפרש שהריבית מפורשת בשטר, דאם היתה רבית מפורשת בשטר, העדים נפסלים ואינו גובה בשטר זה ממשעבדי. וע"כ צ"ל במחלוקת ר"מ וחכמים, דהריבית אינה מפורשת בשטר, ולכן אין העדים נפסלים, אלא שאין עדי השטר יודעים שהיה בו ריבית, ובאו עדים אחרים והעידו, או באין כת"י העדים יוצא ממקום אחר, והעידו שהיו אנוסים מחמת נפשות לחתום על השטר שיש בו ריבית. ומה שלא גוזרים חכמים שלא יגבה הקרן, כמו שגזרו בשט"ח מוקדמין, י"ל, דבשטרי חוב מוקדמין אם יטרוף מלקוחות, יטרוף הכל שלא כדין, משא"כ בשטר שיש בו ריבית, בגביית הקרן אין איסור, ולא קנסו חכמים היתרא אטו איסורא. וכן מבואר בתש' הרשב"א (ח"ג סי' ח). ועיין ברשב"א ב"ק ל"ב, דשטר שיש בו ריבית, היינו שריבית מפורשת בו.

אמנם מדברי הריב"ש (סי' שפב) נראה שסובר דלא כרמב"ן, אלא פסול לגמרי ואף את הקרן אינו גובה, וז"ל הריב"ש: "... ובהיא פירש ר"י ז"ל גם כן דאינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית כלל אפילו מבני חרי, ואפילו בשחייב מודה. ואע"פ שהרמב"ן ז"ל לא פירש כן, הנה בפ' המניח את הכר (ב"ק ל"ב) נראה כפי' ר"י ז"ל, דמדמינן הדין דשטר שכתוב בו רבית, להדיא דקנסו גופן אטו שבחן, דאלמא ר"מ קניס היתרא לגמרי אטו איסורא, וא"כ כי בעינן למימר דהדין דמוקדמין פסולין, איתא כר"מ משמע דלגמרי קנסינן להיתרא, והיינו שלא יהיה לשטר זה תורת שטר כלל. ואע"פ שעדיין יש קצת חלוק ביניהם, דבהדיא דשטר שכתוב בו רבית קנסינן אפי' בשחייב מודה או שיש עדים אחרים, ובשטרי חוב המוקדמים לא קנסינן כולי האי. מיהו משמע דלגמרי קנסינן להיתרא שלא יהא לו תורת שטר כלל ...".

ולכאורה מביאור הראשונים בב"ק ל"ב, נראה שהסכימו לפירוש רש"י, וכל היכא שיש שבח, קנסו גופן משום שבחן. דתנן בב"ק ל"א: המוציא את תבנו וקשו לרה"ר לזבלים והזק בהן אחר, חייב בנזקו וכל הקודם בהן זכה. רשב"ג אומר כל המקלקלין ברה"ר והזיקו חייבין לשלם, וכל הקודם בהן זכה. ובגמ' שם ל"ב, נחלקו רב וזעירי אם זכה רק בשבחן או גם בגופן: אמר רב בין בגופן בין בשבחן (במה שהשביחן ברה"ר – רש"י), וזעירי אמר בשבחן אבל לא בגופן, במאי קמיפלגי, רב סבר קנסו גופן משום שבחן, וזעירי סבר לא קנסו גופן משום שבחן ... לימא כתנאי, שטר שכתוב בו רבית, קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית, דברי ר"מ, וחכמים אומרים גובה את הקרן אבל לא את הרבית. לימא רב דאמר כרבי מאיר וזעירי דאמר כרבנן. אמר לך רב, אנא דאמרי אפי' לרבנן, עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא קרן דבהיתרא, אבל הכא קרן גופא קמזיק. וזעירי אמר לך אנא דאמרי

אפי' לר"מ, עד כאן לא קאמר ר"מ התם אלא דמשעת כתיבה דעבד ליה שומא (שם) עליו נשך ועבר בלא תשימון), אבל הכא מי יימר דמזיק. ואף שהראשונים פסקו כרב שקנסו גופן אטו שבחן, עיין ברמב"ם נזק"מ יג,יד, ברא"ש (ב"ק ג,ז), ברבינו חננאל שם ועוד, מ"מ אף אליבא דרב בריבית י"ל דגופא בהיתרא, ולא קנסו קרן אטו ריבית. ויש להוכיח מדברי התוס' (ב"ק ל,ב ד"ה דמשעת), שמפרש כרש"י שהריבית מפורשת בשטר, ואם לא היתה הריבית מפורשת בשטר, הרי זה כשט"ח מוקדמים שאינו גובה כלל. תוס' שם הקשו, וז"ל: "תימה לרבינו יצחק, מה שומא יש כאן ומה מזקת עדותן ללוה, והלא לא יגבו ב"ד הריבית ע"י שטר זה, כיון שניכר בתוכו רבית". ומבואר שפירשו כרש"י, שמפורש בשטר שיש בו ריבית. עוד מבואר, מזה שלא תירצו שבשטר לא הוזכר ריבית אלא כללו הקרן עם הריבית, קמ"ל שאם כללו הקרן עם הריבית, אף חכמים מודים לר"מ שאינו גובה הקרן והריבית הנכללים יחדיו, כדין שט"ח מוקדמים.

והם המשיך שיטת התוס' שם (ב"ק ל,ב ד"ה וחכ"א, וב"מ עב,א ד"ה שטר), ממש"כ התוס' שלכן לא נפסלו העדים, דכיון שהריבית מפורשת בשטר, לא יבואו לגבות הריבית ע"י שטר זה, ומה שמבואר שעוברים העדים, היינו באין הריבית ניכרת בשטר. ודחו התוס' מדברי הגמ', דמשעת כתיבה עבד ליה שומא, א"כ בשטר זה שבו איירי הסוגיא, שמפורש בו הריבית, עוברים העדים בלא תעשה. ותירצו התוס', דאינם נפסלים לעדות אף שעוברים בל"ת, דלא תשימון עליו נשך משמע לאינשי שהוא איסור רק למלוה ולוה וערב ולא לעדים, ולכן לא נפסלים לעדות, כמו בלא תחמוד (ב"מ ה,ב). או שיש עדים שהיו אנוסים מחמת נפשות. ומזה מוכח דס"ל לתוס' דהא דת"ר שטר שיש בו ריבית, שמפורש הריבית בשטר, וכמש"כ רש"י. דאף שלא יבואו לגבות בשטר זה כיון שמפורשת בו הריבית, מ"מ כיון דמשעת כתיבה שם עליו נשך, עוברים העדים ללא קשר אם יגבו בשטר. ועל זה לכאורה הקשו התוס' (ד"ה דמשעת), מדוע יעברו העדים, כיון שלא יגבו בשטר זה, אף שמשעת כתיבה שם עליו נשך. ועיין בדברי הגרע"א שם (ב"ק ל,ב) מה שהקשה בהבנת דברי התוס', ומ"מ להלכה כתב, דכל היכא שאין חשש שיגבו בשטר ולא יצא מזה איסור ריבית, אין העדים עוברים איסור: "ובאמת י"ל שהעדים אין עוברים כלל במפורש שעדותן אין מזקת כלום, כיון דהב"ד לא יגבו בזה, ומתני' מיירי באמת רק בכלול הריבית עם הקרן".

ועיין ברע"א שם, דאף במלוה ע"פ, אף שאינו בשעת כתיבה, מ"מ כיון שיש איסור דלא תשימון, יש איסור גם לעדים. אמנם הנצי"ב בהעמק דבר מג,ג כתב דבמלוה בשטר, אף אם מפורשת הריבית בשטר, כיון דלא בהכרח שיבא השטר לגביה בפני ביי"ד, ויתכן והלוה או היתומים יפרעו ללא ביי"ד, ולכן יש איסור במעשה העדים ונפסלים, משא"כ במלוה ע"פ שיכול הלוה לטעון פרעתי, עיי"ש.

ועיין גם בשעורי הגרש"ש (ב"ק סי' לה) שכתב לישב את קושית התוס', לפי המבואר בריטב"א קדושין ו,ב, דחיוב שמחייב אדם את עצמו ברבית, מכח החיוב מועילה ההתחייבות, רק יש איסור של התורה לשלם התחייבות זו; "אבל זכות ממון יש למלוה כפי חיובו של הלואה בחיוב רבית, ואם תפס היה נראה דמהני תפיסה, רק חייב להחזיר משום מצוה". כוונת הגרש"ש בבאור הריטב"א, דיש להפריד בין זכות המלוה בדיני חו"מ, לבין האיסור שיש עליו ביו"ד. זכות ממון יש לו, ונפק"מ, שאם ימכור את הזכות לאחר, דהיינו ימכור השט"ח לאחר, זכות הממון נמכרת, ואיסור יתכן ואין, דאין זה ריבית הבאה מהלואה למלוה: "ולפ"ז יש לדון אם ימכור אדם שטר חוב שיש בו רבית, דלפמש"כ זכה הלוקח גם בזכות הרבית, ומה שהיה על המלוה איסור לגבות הרבית, לכאורה לא שייך זה על הלוקח, דרק רבית הבאה מיד לזה ליד מלוה אסרה תורה. וגם ביוורשים יש לדון שיוכלו לגבות רבית מטעם הנ"ל. אם לא שנאמר דהא דבעינן רבית הבאה מלוה למלוה הוא רק שיהיה סבת הזכות מן הלואה למלוה, אבל בשעת הגביה אז אסור אף שגובה אחר או שגובה מיד אחר, וצ"ע". והיינו דתלוי בדין ריבית האסורה דוקא מלוה למלוה, אם הכוונה דוקא שגובה המלוה מהלואה, או שהכוונה שסיבת החיוב הוא מלוה למלוה, אבל אין נפק"מ מי יגבה בפועל.

ב. קנסו השטר או החיוב

ולכאורה היה נראה בבאור מחלוקת ראשונים הנ"ל, אם חכמים מודים שאינו גובה הקרן כשכלל הקרן עם הריבית בסכום אחד ולא פרט את הריבית בנפרד, מה יסוד הסיבה שאינו גובה את הקרן אליבא דר"מ, ואינו גובה ממשעבדי אליבא דחכמים, האם זהו קנס על עצם האיסור, דשטר שנעשה באיסור קנסו חכמים, דשטר צריך להיות כתקון חכמים, וכשלא עשה כתיקון חכמים, קנסו שלא יהיה לו דין שטר, לכל מר כדאית ליה, ואינו דומה לקנין שנעשה באיסור, דאף קנין דרבנן מהני (עיין שו"ע חו"מ קצה, יא, עיין משפטיך ליעקב ח"ט כו/ב, דבקנין הענין הוא בגמירות דעת, ואף אם גמר באיסור מהני, משא"כ שטר שצריך להעשות כתקון חכמים כדי שיהיה לו תוקף, ואינו תלוי בגמ"ד), ואף במלוה ע"פ (למש"כ התוס'), כיון שנעשה באיסור קנסו חכמים שלא יהיו לו תורת שטר, או שקנסו חכמים את כל החוב, כיון שיש חשש שיצא מזה גביה באיסור.

דהנה התוס' (ב"מ עב, א ד"ה שטר) הביא בתחילה דאליבא דר"מ בשטר שיש בו ריבית, גובה מבני חורין ולא ממשעבדי, ואח"כ כתב דר"מ לגמרי קנס. ושיטת התוס', כנ"ל, שהריבית מפורשת בשטר, ור"מ קונס שלא יגבו בשטר אפי' הקרן, כיון שהשטר/ ההלואה נעשית בעבירה: "ועוד נראה, דאפי' יש עדים אחרים או שחייב מודה, אפ"ה קניס ר"מ, דהכי משמע דאין גובה קרן דומיא דרבית, ובתוספתא (שם)

נמי משמע דאפילו במלוה על פה קניס, דקתני המלוה את חבריו ברבית ובא לפני ב"ד קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית, שהיה ר"מ אומר שטר שיש בו רבית וכו'. ובפ' המניח (ב"ק ל,ב) נמי מדמינן לההוא דקנסו גופן משום שבחן דמפסיד גוף הממון, הוא הדין דקניס בגוף המלוה, אף על פי שיש לדחות דהתם משעת כתיבה עבד ליה שומא ולכך לא קנסו אלא בשטר. ומיהו רבנן נראה דודאי לא קנסו כלל, ומשמע לכאורה דגבי לרבנן בשטר קרן אפילו ממשעבדי, ור"מ נמי לא פליג אלא משום דקניס". הרי שלר"מ גם במלוה ע"פ אינו גובה הקרן מבני חורין, דאף שעיקר העבירה בשטר, דמשעת כתיבה עבד ליה שומא, ששם עליו נשך, מ"מ כיון שבכ"ז עושה עבירה, קנסו חכמים, ורק דחו הראיה מקנסו גופן משום שבחן. הרי שאליבא דר"מ הקנס שקנסו חכמים הוא על העבירה שעשה, ולכן גם אינו גובה את הקרן, וחכמים ס"ל שאין לקנוס מחמת העבירה, וגובה את הקרן מבני חורין וממשעבדי, דהשטר בתוקפו. ושיטת התוס' דמפורשת הריבית בשטר, ואפשר שלכן לא קנסו חכמים, אבל אם לא היתה הריבית מפורשת בשטר, בזה אפשר דס"ל לחכמים, שאף שאין לקנוס מחמת העבירה, מ"מ מהחשש שמא יגבה הקרן עם הריבית, יש לגזור דומיא דשט"ח מוקדמים שאינו גובה כלל. ובה אפשר שנחלקו ר"מ וחכמים, דר"מ קונס מחמת העבירה, וחכמים קונסים רק בחשש שמא יגבה הריבית עם הקרן. ובה י"ל גם החילוק בין חכמים לר"מ לענין מלוה ע"פ, דאליבא דר"מ, כיון שיש עבירה, קנסו אף בזה, משא"כ אליבא דחכמים, אין שייך ענין לכלול במלוה ע"פ הקרן עם הריבית באופן שיהיה החשש דומיא דשט"ח המוקדמין, דדבר זה לא שייך במלוה ע"פ, דבשלמא בשטר, בשעה שיוציא השטר ובו סכום כולל, יתכן ויגבה בו בלי אומר ודברים, בפרט ביתומים, וכמש"כ הנצי"ב בהעמק דבר מג,ג, משא"כ במלוה ע"פ, בשעת הלואה הרי יודעים שיש קרן וריבית, ושעת גבייה עדיין לא באה ולא ידעינן איך יכלול הקרן והריבית, וע"כ לא שייכת גזירה זו אליבא דחכמים. וזה מה שהמשיכו התוס' (שם בד"ה קונסין), דאף שהלכה כר"מ בגזירותיו (כתובות ס,ב), היינו דוקא בגזירותיו ולא בקנסותיו, והכא קנס הוא, דאליבא דר"מ הוא קנס, אף שלפי חכמים הוא גזירה, ובקנס של ר"מ, לא קיי"ל כוותיה.

והדברים מדויקים לכאורה בשקו"ט בגמ' ב"מ עב,א. דבמחלוקת ר"מ וחכמים נחלקו אם קנסינן היתרא אטו איסורא, דלר"מ שלא גובה הקרן, מפני שקונסים היתרא משום איסורא: תנו רבנן, שטר שכתוב בו רבית קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית, דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית, במאי קמיפלגי, רבי מאיר סבר קנסינן היתרא משום איסורא, ורבנן סברי לא קנסינן היתרא משום איסורא. הרי שמחלוקתם היא אם קונסים, מחמת העבירה

שעבר בהלואה בריבית. ומקושת הגמ' ומהתשובה בענין שט"ח מוקדמים, מבואר שאף שחכמים לא קונסים, אולם במקום שיכולה לצאת מזה תקלה, גוזרים שלא יגבה בשטר; תנן התם, שטרי חוב המוקדמין פסולין וכו'. ... אפילו תימא רבנן, גזירה שמא יגבה מזמן ראשון. וזו גזירה שגם חכמים מודים בה, דכל היכא שיכולה לצאת תקלה, גוזרים שלא יגבה כלל. ולכן בשט"ח שהריבית לא מצוינת בשטר אלא כלל הקרן עם הריבית, ויבוא לידי תקלה לגבות הריבית, גם חכמים גוזרים שלא יגבה.

ובשו"ע חו"מ נב,א, פסק וז"ל: "שטר שיש בו רבית מפורש, אינו גובה בו הריבית, אבל גובה בו את הקרן אפילו ממשעבדי. אבל אם כלל הקרן עם הרבית פסול, מפני שיבא לגבות בו את הרבית. הגה: מיהו אם החייב מודה, צריך לשלם לו הקרן. וי"א דפטור, דקנסין למלוה ואין צריך לשלם לו". ונחלקו הסמ"ע והש"ך בהאי דינא. הסמ"ע נב,ד למד מדברי התוס' ב"ב קנז,ב ד"ה המוקדמין, דאף דבשטר מוקדם נפסל השטר אך חוב ההלואה במקומה עומד וחייב לשלם למלוה את חובו, דשאני שטר מוקדם שרק השטר נעשה באיסור, משא"כ בשטר שיש בו ריבית, כל ההלואה באיסור. ואף שהתוס' כתבו כן אליבא דר"מ, מ"מ נפק"מ בכלל הקרן עם הריבית בסכום אחד, שבוזא אף חכמים מודים לר"מ. דהתוס' בב"ב שם הביאו דעת ר"י, דשט"ח מוקדמים פסולים לגמרי, ואף מבני חורין אינם גובים, ואפי' בע"ח מודה. והביא ראיה מב"מ עב,א משטר שיש בו ריבית, ואף שברביבית י"ל משעת כתיבה עבד ליה שומא, מ"מ לשון פסולין, משמע פסולין לגמרי שלא לגבות מבני חרי. וכן הוא בהגמ"ר (ב"מ תלט), דשט"ח מוקדמין פסולים לגמרי, אפי' לגבות מבני חורין.

והש"ך שם נב,ד השיגו: "ומה שמסיים בסמ"ע דמדר' מאיר נשמע לרבנן, לא נראה כלל, דרבנן לא קנסי כלל היתרא אטו איסורא, רק דפסלי השטר היכא דיש לחוש שמא יגבה הריבית משום גזירה, אבל קנסא היכא דלא שייך גזירה לא שמעינן להו לרבנן כלל, ולא מצינו בתוס' ושאר פוסקים קנס בזה". והיינו דלא שייכת הגזירה אלא ביחס לשטר שכלל הקרן עם הריבית, אך לא ביחס לעצם החוב, ולכן ככל שהחייב מודה, חייב לשלם הקרן, דחכמים לא קנסו כלל, רק גזרו בדבר שיש לחוש ממנו לתקלה. ואף בשטר מוקדם גובה החוב, אם החייב מודה. והוכיח הש"ך מהראשונים דרק השטר נפסל, אבל לא גזרו על החוב. ומש"כ התוס' אפי' לזה מודה, היינו מודה שכתבו, שאינו גובה מבני חורין בשטר שכתבו, אבל את החוב כמלוה ע"פ חייב לשלם הקרן.

ובתומים נב,ג, הביא ראיה לשיטת הי"א שאינו גובה הקרן, מדברי הרא"ש בתש' קח,כב: "אם יתברר הדבר בעדים שאלו המעות הכתובין בשטר הלום בריבית, אף לרבנן קונסין אותו ואינו גובה אף הקרן, מדמוקי רבי יוחנן (ב"מ עב,א) ההיא

דשטרי חוב המוקדמין כרבנן, וגזרה שמא יגבה מזמן ראשון, א"כ בשטר חוב נמי אם הקרן והרבית כלול ביחד ואין ניכר מתוך השטר שהוא רבית, קנסו רבנן ולא יגבה כלום. והיינו כשבאו עדים והעידו שנכלל הרבית עם הקרן, אבל אם העידו עדים שהמעות הכתובים בשטר הם כולן קרן אלא שפסק בעל פה ליתן לו רבית, לא קנסו רבנן, כיון שלא יוכל לגבות הרבית בזה השטר. וכן במהריב"ל (ח"ג סי' כח) מבואר דלשיטת התוס', בכלל הקרן עם הריבית אינו גובה אף את הקרן: "וזהו מה שנראה רק להליץ בעד הרמ"א כי יש לו יתד ליתלות בו, אבל להלכה נראה עיקר כרוב הפוסקים דחייב לשלם, ובפרט דקשה קושיית התוס' וכי חוטא נשכר, דגם לזה עבר בלאו, ותירוץ התוס' דחוק, וכן נראה ברור, ולא מצי כלל לומר קים ליה, כי דעת רוב מחברים חולקים". והתומים לשיטתו, דאינו יכול לטעון קי"ל נגד דעת רוב הפוסקים.

והנה בנדו"ד, אף אם נאמר שחייב לשלם הקרן כשחייב מודה, מ"מ (לשיטת הרב השואל) שטר כזה הוא שטר פסול, וכשם שאינו גובה בו אם היה שטר הלואה, כך אינו יכול להיות שטר קנין, אם היה שטר המכר שטר קנין. ובנדו"ד כבר עשה המלוה/ הקונה קנין חזקה בקרקע, וע"כ י"ל דהשטר כעת אינו אלא לראיה, י"ל שמכר לו הקרקע בחובו, וצריך הקונה לשלם למוכר כל סכום שהוא מעבר לסכום קרן ההלואה, דהיינו, שווי הנכס בניכוי הקרן בשעת המכר, יצטרך הקונה המלוה לשלם ללוה המוכר. ובאופן שעדיין לא היה עושה קנין בקרקע, וכל שטר המכר אינו אלא התחייבות למכור (עיי' גם מה שכתבתי בח"ב סי' ט), דין זה (לשיטת הרב השואל) כשטר שיש בו ריבית וכלל בקרן עם הריבית, שיש לגזור שמא יגבה הקרן עם הריבית כיון שכלולים ביחד. אמנם למה שפסקו הפוסקים להלכה שאין לגזור בכה"ג, ושלא כדעת הי"א, וכמו שפסק הש"ך, וכמו שפסק התומים להלכה, לכאורה ככל הנוגע לקרן, אין לפסול את ההתחייבות, ורק ביחס לריבית, אינו יכול לגבות הריבית, אולם השטר קיים ביחס לקרן, ורק צריך להחזיר ללוה את הריבית הכלולה בשטר זה. דאם היינו פוסקים כשיטת הי"א שהביא הרמ"א, הרי גם הקרן לא יכול לגבות בשטר זה, וממילא כל השטר בטל ואין כאן התחייבות למכור, אולם שלא כשיטת הי"א, הרי שהקרן חייב לשלם, וא"כ המקח קיים ביחס לקרן, ורק צריך להשלים למוכר/ ללוה את הריבית כתמורת המכר.

כל זה כתבתי לשופרא דמילתא לשיטת הרב השואל. דלענ"ד בנדו"ד לא הוי כשטר שיש בו ריבית לפסלו, כיון שאינו שטר הלואה, ובפרט שגם אינו שטר קנין, שכבר עשה קנין חזקה בקרקע.

לאמור לעיל, יש לקיים את המכירה, אך על הקונה/ המלוה לשלם למוכר/ להלוה את הריבית הכלולה במחיר הקרקע.

סימן ד

הכרעה כשיש דעות בחו"ד מומחים

ראשי פרקים

א. מילתא מציעתא

ב. רוב באומדנא ורוב במציאות

נדרשים אנו מדי פעם להכרעה בשאלה, כשיש יותר מדעה אחת בחו"ד מומחה, האם חוב על ביה"ד לפסוק כרוב הדעות או הדבר נתון לשקול דעתו. במה דברים אמורים. ביה"ד מינה שמאי לקביעת שווי נכס. היו לאחד מבעל הדין השגות על השומה, ומונה שמאי נוסף. עקב הפערים הגדולים בין שני השמאים, מונה שמאי שלישי. האם ביה"ד יקבע בהתאם לאמור בב"ב קז,א ובשו"ע חו"מ קג,ב, או שהאמור הוא דוקא כשמינו את שלשתם כאחד, אבל כשמינו בזה אחר זה, הדבר נתון לשקול דעת ביה"ד. וכן אם הדין הנ"ל שייך בכל מקרה, להכרעת בי"ד ולפי שקול דעתו. וכך היתה השאלה כשממנים ר"ח חוקר, ומקבלים חו"ד שונות.

א. מילתא מציעתא

איתא בב"ב קז,א-ב: תנו רבנן, שלשה שירדו לשום (נכסי יתומין למזון האשה והבנות, ואין שומת בית דין בפחות מג' – רשב"ם), אחד אומר במנה ושנים אומרים במאתים, אחד אומר במאתים ושנים אומרים במנה, בטל יחיד במיעוטו (כלומר בטלו דברי היחיד מפני שהוא המעט, וכתוב (שמות כג) אחרי רבים להטות). אחד אומר במנה (דהיינו כה' סלעים) ואחד אומר בעשרים (דהיינו ה' סלעים פחות), ואחד אומר בשלשים (דהיינו חמשה סלעים יותר), נדון במנה. רבי אליעזר ברבי צדוק אומר נדון בתשעים [צ דינר, כל סלע שוה ד' דינרים]. אחרים אומרים עושין שומא ביניהן ומשלשין. מאן דאמר נדון במנה, מילתא מציעתא. רבי אליעזר בר' צדוק אומר נדון בתשעים, קא סבר הא ארעא תשעין שוה, והאי דקאמר עשרים דקא טעי עשרה לאחוריה, והאי דקא אמר מנה קא טעי עשרה לקמיה (דינר שויה דהיינו כב' סלעים וחצי, וכל אחד טועה מעט, זה שאומר כ' מזלזל שתי סלעים ומחצה משויין, וזה שאומר מנה מעלה בדמים שתי סלעים ומחצה, דניחא ליה למימר ששניהן טועין קצת זה למעלה וזה למטה ונאמר דשוה צ', דהיינו כב' סלעים ומחצה, דהשתא אזלינן בתר דברי שנים הפחותים ותפשת מועט תפשת, ולא נלך אחרי מי שאומר מנה ונימא שהוא לבדו עומד על אמיתתו של דבר מכל וכל והשאר טעו). אדרבה האי ארעא

מאה ועשרה שויה, והאי דקאמר מנה, קא טעי עשרה לאחוריה, והאי דקאמר שלשים, קא טעי עשרה לקמיה (והוה ליה למימר תידון במאה ועשרים, דמאי חזית דאזלת בתר ראשון ושני אבל השלישי טעה יותר מדאי, אדרבה תפוס דברי השני והשלישי, אבל הראשון טעה יותר מדאי). נקוט מיהת תרי קמאי בידך, דמתורת מנה לא מפקי ליה (כלומר, כיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי, יש לנו לילך אחרי שנים הפחותים דמתורת מנה לא מפקי ליה, כלומר שלפי דבריהם יש לנו לומר שקרוב למנה שוה אבל לא מנה בכלל, ולא אחר תרי בתראי שאומרין יותר ממנה, דתפשת מרובה לא תפשת, והרי כולם מודים שקרוב למנה שוה הלכך יתן תשעים). אחרים אומרים עושין שומא ביניהן ומשלשין, קא סברי האי ארעא תשעין ותלתא ותילתא שויה, האי דקא אמר עשרים קא טעי תליסר ותילתא לאחוריה, והאי דקאמר מנה קא טעי תליסר ותילתא לקמיה (ות"ק סבירא ליה דאיכא למימר דלא טעי איניש כלל, והלכך אמצעי תפוס, והשאר שמא טעו. ור' אלעזר בר' צדוק סבר טעי איניש בעשרה לזלזל או בעשרה להוקיר. ואחרים סברי טעי איניש ביג' ושליש בדבר ששוה יותר משמונים), ובדין הוא דלימא טפי, והאי דלא קאמר סבר מיסתאי דקא מטפינא כולי האי אחבראי (דשויהא טפי [מנה] וששה דינר, דהיינו יג' ושליש יתר על שויו, והאי דלא אמר היינו משום דדיו מה שמוסיף על חבירו כ', שחבירו אומר פ' והוא אומר מנה, ואע"פ שאין אנו יודעין איזה דברי ראשון, אפ"ה נושאין ונותנין בדבר וכל אחד יודע מה בלבו של חבירו, ולאחר שנשאו ונתנו בדבר תוקעין את לבם לומר הנראה בעיניהם, וכיון שידע שחבירו רוצה לומר שמונים, ירא הוא לומר יותר ממנה) [עיי"ש בתוס' ד"ה מסתייה, דהפוחתים מדברים תחילה, שכך הוא הסדר]. אדרבה הא ארעא מאה ותליסר ותלתא שויה, האי דקאמר מנה קא טעי תליסר ותלתא לאחוריה, והאי דקאמר שלשים טעי תליסר ותלתא לקמיה, ובדין הוא דקאמר טפי, סבר מיסתאי דקא מטפינא כולי האי אחבראי. נקוט מיהת תרי קמאי בידך, דמתורת מאה לא מפקי ליה. אמר רב הונא הלכה כאחרים. אמר רב אשי טעמא דאחרים לא ידעינן, הלכתא עבדינן כוותיהו (דלא מסתבר טעמייהו, הלכתא עבדינן כוותיהו – בתמיה, אלא הלכתא עבדינן כת"ק דאמר תידון במנה). תנו (סתם ברייתא שוין כאחרים) דייני גולה (שמואל וקרנא) עושין שומא ביניהן ומשלשין. אמר רב הונא הלכתא כדייני גולה, אמר רב אשי טעמא דדייני גולה לא ידעינן, הלכתא עבדינן כוותיהו.

ולהלכה פסק הרי"ף (נא,ב מעמוה"ר) כת"ק: "והלכתא כת"ק, ואף על גב דאמר רב הונא הלכתא כאחרים, לית הלכתא כותייהו, דהא דחי לה רב אשי דהוא בתרא ואמר טעמא דאחרים לא ידעינן, הלכתא עבדינן כוותייהו". וכן פסק הרא"ש שם (ב"ב ז,ג): "והלכתא כת"ק, ואף על גב דאמר רב הונא הלכה כאחרים, לית הלכתא כוותיה ...". וכן נקט הרמב"ם (מלוה ולוה כב,יד) כת"ק שנדון במנה: "אחד

אומר במנה ואחד אומר בשמונים ואחד אומר במאה ועשרים, נדון במאה. אחד אומר במאה ואחד אומר תשעים ואחד אומר מאה ושלשים, נדון במאה ועשרה, ועל דרך זו שמין ביניהן". ועיין בשו"ע חו"מ קג,ב, שפסק והסביר: "אחד אומר במנה ואחד אומר בשמונים ואחד אומר בקכ', נידון בק', מפני שאנו ממצעים מה שיש בין המועט למרובה, ומוסיפין על המועט המחצית, וגורעין מהמרובה המחצית, וכיון שבין האומר שמונים לאומר קכ' יש ארבעים, כשאתה מוסיף על המועט המחצית, וגורעין מהמרובה המחצית, נמצא שהוא נידון במאה. ולפי זה אם אחד אומר במנה, ואחד אומר בצ', ואחד אומר בקל', נידון בקי', ועל דרך זו שמין ביניהם לעולם".

ומדברי הב"י (חו"מ קז) מבואר שיש מחלוקת בין הרשב"ם לרמב"ם. לפי הרשב"ם (ד"ה מילתא מציעתא) הולכים אחרי השמאי הממוצע/ האמצעי בין הקיצונים; "דבר השוה הכרע בין שניהם, הוסיף ה' על הממעיט ופוחת חמשה מן המרבה. ובדין הוא דתידון כוותיה במנה, דהא תרוייהו של שלשים ושל מנה מודו דשוה מנה. ונראה בעיני דהוא הדין אם אמר בכ"ח סלעים דלא הוי מציעתא כל כך, ואפי' הממוצע בין שני הקיצונים שונה ממה שאמר האמצעי. אבל לשיטת הרמב"ם עושין ממוצע בין שני הקיצונים, וכך ישלם, ללא התחשבות במה שאמר האמצעי, ולכן; "אחד אומר במאה ואחד אומר תשעים ואחד אומר מאה ושלשים, נדון במאה ועשרה". המחלוקת ביניהם היא בפירוש מילתא מציעתא. הרשב"ם מפרש מכנה משותף בין שנים, הוא מילתא מציעתא. הרמב"ם מפרש שהוא ממוצע בין שני הקיצונים, וכמו שפירש המגיד שם, שאנו ממצעים מה שיש בין המועט למרובה.

וכדעת הרשב"ם נראה גם מהרמ"ה בסוגיא (ב"ב קז,ב): "הילכך הלכתא כת"ק דאמר נידון במנה. חדא דמסתברא טעמיה דנקיט מילתא מציעתא. ועוד, דיחיד ורבים הלכה כרבים. ועוד, דהאי דאמר עשרים דאינון שמונים זוז, ואידך דקאמר מנה, תרוייהו מודו דלא שויה טפי ממנה, ואידך דקאמר שלשים סלע דאינון מאה ועשרים זוז, הוה ליה חד ואין דבריו של אחד במקום שנים. והאי דקאמר מנה ודקאמר שלשים, תרוייהו מודו דלא שויה פחות ממנה, והאי דקאמר שמונים הוה ליה חד, ואין דבריו של אחד במקום שנים". מבואר להדיא כרשב"ם, שעושים כדברי השנים, ולא ממצעין בין שתי הדעות הקיצוניות כרמב"ם.

והסמ"ע (קג,ה, וכן כתב בדרישה) דדעת רוב הראשונים בדעת ת"ק דלא כרמב"ם, דאין ממצעים את שני הקיצונים, אלא הולכים לפי האמצעי, כיון שיש שנים שאומרים שאינו שוה יותר ממה שאמר האמצעי (האמצעי והנמוך), ויש שנים שאומרים ששוה כמו האמצעי (האמצעי והגבוה), רק זה שאמר סכום גבוה יותר, הוסיף על השווי יותר מהאמצעי, אך מודה ששווה כמו שאמר האמצעי, ולכן הסיק הסמ"ע

שהלכה דלא כרמב"ם והשו"ע (שעושים ממוצע בין שתי הדעות הקיצוניות): "ונ"ל דהלכתא כוותייהו, דהוא מילתא בטעמא, וגם הן רוב מנין". אולם בבאר הגולה קזח, כתב דאף שהרשב"ם פירש דלא כרמב"ם, דעת הר"ף והרא"ש כדעת הרמב"ם. ומש"כ בבאה"ג דמוכח דדעת הר"ף כרמב"ם, ממה שפירש הנימוק"י כך את דבריו, לכאורה אין הכרח לפרש מש"כ הנימוק"י כרמב"ם ולא כרשב"ם, וז"ל הנימוק"י (נא,א מעמוה"ר): "הם פ' דינרין ושלשים סלעים הם מאה ועשרים דינרים, נמצא דמנה היא מילתא מציעתא, והכי מסתברא". וזה ניתן לפירוש הן לרשב"ם והן לרמב"ם. ואפשר דמדלא האריך כרשב"ם לומר כנ"ל; "ונראה בעיני דהוא הדין אם אמר בכ"ח סלעים דלא הוי מציעתא כל כך, ואפי' הממוצע בין שני הקיצונים שונה ממה שאמר האמצעי ...", מזה הוכיח באה"ג דבלא ממוצע מדויק, יש לילך אחר האמצעי ולא הממוצע. אך לכאורה אין לזה הכרח.

ובתומים קג,א הביא ראייה לדעת הסמ"ע. דתנן בכתובות צט,ב: שום הדיינין שפיחתו שתות או הוסיפו שתות, מכרן בטל. רשב"ג אומר מכרן קיים, אם כן מה כח בית דין יפה. והלכה כת"ק דעד שתות מכרן קיים, ביותר משתות מכרן בטל. וכל זה בדיינים, אבל אלמנה שמכרה וטעתה בכלשהו, מכרה בטל, דכן מבואר במשנה כתובות צח,א. ובגמ' שם: איבעיא להו, שליח כמאן (שליח דטעה כמאן דיינין ליה, כאלמנה דיינין ליה שבטעות כל דהו בטל, כדתנן שוה מנה ודינר במנה מכרה בטל, או כדיינין הוא, ועד דטעה בשתות), רבא אמר ר"נ שליח כדיינין רב שמואל בר ביסנא אמר ר"נ כאלמנה, רבא אמר ר"נ שליח כדיינין, מה דיינין לאו לדידהו, אף שליח נמי לאו לדידהו, לאפוקי אלמנה דלדידה. רב שמואל בר ביסנא אמר ר"נ כאלמנה, מה אלמנה יחידה, אף שליח יחיד, לאפוקי ב"ד דרבים ניהו, והלכתא שליח כאלמנה. והחילוק בין ב"ד לשליח, דבי"ד הם רבים ושליח הוא יחיד. ומחלוקת רשב"ם ורמב"ם, באם אחד אוצר צ' דינרים, אחד אומר ק' דינרים, ואחד קל' דינרים, לרשב"ם נידון בק', כיון ששנים אומרים שאינו שוה יותר מק', ושנים מסכימים ששווה לכל הפחות ק', ולכן י"ל שאם טעו בכלשהו, הרי היא טעות של שנים, שהם רבים מבי"ד. אבל לרמב"ם נידון בקי' דינרים מחמת הממוצע בין צ' לקל', יוצא שמי שטעה פה הוא רק השלישי שאמר קל', ובגללו, עקב המחיר הגבוה שאמר, נפסק בקי', וא"כ זה יחיד שטעה, ומדוע לא יתבטל כדין שליח. (ואין לומר דהרמב"ם ס"ל דבכה"ג יתבטל, דהו"ל לפרש). ומזה מוכח לתומים כדעת הרשב"ם והסמ"ע, ולא כרמב"ם והשו"ע: "דהשנים באמת לא טעו כלל ואמרו שאין שוה, ואם כן מה הבדל יש בין בית דין לשליח, וכי בשביל שיהיה בקבוץ שלשה, אדרבא הא שנים אינן מסכימים, ועל כרחך צריך לומר כדעת הרשב"ם, וכן ברור לדינא, וכן כתב הסמ"ע".

ולכאורה אין כח ביי"ד בזה בהיותם רוב או שנים אלא זה כח של ביי"ד מומחין, דמה כח ביי"ד יפה לענין טעות פחות משתות, דהרי גם אלמנה מוכרת ע"פ ביי"ד של הדיוטות, דאיתא בב"מ לב,א: אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן, אלמנה אינה צריכה בית דין של מומחין, אבל צריכה בית דין של הדיוטות. וא"כ גם שם היה רוב. אלא הטעם שהוא כח ביי"ד מומחין, שהוא כח ביי"ד יפה, ונראה דלזה כיוונו התוס' (כתובות ק,א ד"ה מה), מה אלמנה יחידה, אע"ג שיש לה ב"ד הדיוטות כדאיתא בשילהי אלו מציאות, מ"מ כחד חשיב להו, והיינו החילוק בין כח ביי"ד מומחין וביי"ד הדיוטות, ואין זה מטעם תרי או חד.

ובאולם המשפט (לגאון הרב יוסף זונדל הוטנר, קג,ב) הקשה לשיטת הרמב"ם, שאם שנים היו אומרים ק', ואחד אומר קל', בטל היחיד במיעוטו והיה נידון כמו השנים שאומרים בק', וכעת שאחד מהם הפחית עשרה ואמר צ', נדון בקי', ביותר. ואמנם אפשר דכששניהם אומרים בק', היחיד בטל במיעוטו, ולכן נידון בק', עיי"ש שהוא קשה בלש' הגמ'. ולמעשה היא קושיית התוס' (קז,ב ד"ה אדרבה), בענין אחר בגמ', ובאופן אחר, אבל יסוד השאלה בתוס', איך שמאי שממעט בשומא, מרבה בתוצאה, עיי"ש. ועיין ברמב"ן שם מה שכתב על קושיית התוס', דאם היו רק שני שמאין, לא היו ממצעין, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה, משא"כ בשלשה, יש לילך אחרי רוב דעות, עיי"ש ברמב"ן. ועיין עוד בתורת חיים מש"כ בזה.

והפ"א נחלקנו בביי"ד בענין שעור לחייב בעל בכתובה, והיו ג דעות בענין גובה שעור החיוב. ובאנו בזה למחלוקת הרשב"ם ודעימיה והרמב"ם, ונו"נ בדבר, עשינו לבסוף כדעת הרשב"ם ודעימיה. וע"ע להלן].

ג. רוב באומדנא ורוב במציאות

ובשער המשפט קג,ג כתב דכל מה שבטל יחיד במיעוטו, כגון שנים אומרים ק' ואחד קכ', דדין בטל יחיד במיעוטו הוא דין של אחרי רבים להטות, וכמש"כ הרשב"ם (עיין לעיל), והוא דין מיוחד בכל דבר שהשאלה היא אומדן ושקול דעת, כמו בדיינים ושמאים, שאינן מעידים על המציאות אלא כך הם סוברים בדעתם שע"פ הנראה כך הדין, או שכך ערך הנכס, וכל דבר שהוא בגדר אומדן ושקול דעת, אמרה התורה אחרי רבים להטות. אבל בעדות שהשאלה היא המציאות, האם כמו שאומרים שני העדים האלה או כמו שאומרים מאה העדים האלה, כיון שהתורה נתנה נאמנות לשני עדים, הרי שמבחינתנו המציאות היא כמו שהם אומרים, דהם נאמנים במה שהם אומרים, שהתורה נתנה להם נאמנות, ומאידך – גם למאה נתנה נאמנות של עדים, ולא נתנה להם נאמנות יותר מאשר לשנים, לכן כשהשאלה היא מה המציאות, ויש

נאמנות, תרי הנאמנים דינס שוה למאה הנאמנים. משא"כ כשהשאלה היא שקול דעת ואומדן דעת, בזה אמרה התורה לילך אחרי רוב דעות.

והדברים מפורשים בגמ' שבועות מב,א: ההוא דא"ל לחבריה מהימנת לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא, אזל פרעיה באפי תלתא. אמר רב פפא כבי תרי הימניה, כבי תלתא לא הימניה. א"ל רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא, אימור דאמרי רבנן דאזלינן בתר רוב דעות ה"מ לענין אומדנא, דכמה דנפיש, בקיאי טפי, אבל לענין עדות, מאה כתרי ותרי כמאה. וברש"י שם על הא דאיתא בגמ', אימור דאמרי זיל בתר רוב דעות הני מילי לענין אומדנא, פירש רש"י: "דשומא, כדאמר במסכת ע"ז בפרק השוכר (דף עב) א"ל כדשיימי בתלתא, אפי' תרי מגו תלתא, כדאמרי בי תלתא עד דאמרי בתלתא, כדשיימי בד', עד דאמרי בד', וכ"ש כדאמרי בארבעה". והיינו דבשומא שהוא ענין של אומדן דעת, הוא כדיינים שענינם בשקול הדעת, ולכן יש לילך בזה אחרי רוב הדעות. ולכן אפי' שמו שלשה, ובאו אח"כ ארבעה ושמו בשונה מהשלשה, הולכים אחר הארבעה, כדמוכח בגמ' תמורה כז,ב: אמר עולא, לא אמרו אלא בשמוי בתרי, אבל בשמוי בתלתא, ואף על גב דאתי במאה לא הדר. איני, והאמר רב ספרא היכא אמר מאה כתרי ותרי כמאה לענין עדות, אבל לענין אומדנא בתר דעות אזלינן. ומזה מוכח לכאורה דדין השומא המבוארת בגמ' ב"ב קז,א-ב הנ"ל, הינה אף אם כל השמאין לא היו ביחד, ואף אם מינו אותם בזה אחר זה, שמה שהולכים אחר רוב דעות הוא מהסברא שכל דבר של שקול דעת ואומדנא יעשה ע"פ הרוב, וסברא זו קיימת גם אם מינו אותם בזה אחר זה, כדמוכח בגמ' בתמורה הנ"ל.

ולפ"ז יהיה נפק"מ ממחלוקת הרשב"ם ודעימיה והרמב"ם, גם לענין דיינים, שאם דיינים נחלקו, ואחד אמר צ', והשני ק', והשלישי קל', דלרשב"ם נדון בק', שהוא הדרך הממוצעת שהשנים מסכימים, ואילו לרמב"ם נדון בקי', שהוא הממוצע בין שתי הדעות הקיצוניות. דבפ"ח מהל' סנהדרין כתב הרמב"ם לילך אחר רוב דעות בשנים זכאי ואחד חייב וכד', אבל לא הזכיר אם נחלקו בסכום. אמנם מצאתי אח"כ במהריב"ל (ח"ב סי' כט) שכתב דדינו של הרמב"ם הוא דוקא בשמאין ולא בדיינים: "... היינו דוקא לענין שומא הוא דכתב הרב ז"ל שממצעין מה שיש בין המעט למרובה ומוסיפין על המועט המחצית וגורעין מן המרובה המחצית, ולפיכך כשהממעט אומר תשעים והמרובה מאה ושלושים והג' אומר מנה, אין אומרים נדון במנה אלא במאה ועשר, כך כתב הרב המגיד לפי דעת הרמב"ם, דעל זה הדרך דנין בשומא. אבל בדין ופשרה ניזל בתר רובא, ואם אחד אומר במנה ואחד אומר בתשעים ואחד אומר במאה ושלושים, נדון במנה, דכיון דבכלל מאה ושלושים מאה הוו להו תרי לגבי חד, וכל שכן לדעת כל הפוסקים זולת הרמב"ם דאפילו בשומא אזלינן בתר רובא כדאמרינן". הרי שמחלק

בין דין לשומא. ולכאורה אם הסברא לרמב"ם שבדבר התלוי באומדנא ושקול דעת יש לילך אחר הרוב וכך הוא הרוב, מדוע יש לחלק בין דיינים לשומא.

ואין להקשות ממה שפסק הרמ"א חו"מ קג,ג, והוא מהר"י בן הרא"ש: "ויכולין אלו שלשה השמאים להיות קרובים זה לזה", דאף ששומא ודיינים שניהם מסברא ואינם דומים לעדות, בדיינים יש גזיה"כ שלא יהיו קרובים הדיינים זה לזה, כמו בעדים שלא יהיו קרובים זה לזה, כן מבואר בירושלמי סנהדרין ג,ט, הובא בר"ן כתובות (יב,ב מעמוה"ר, וכן להלכה בשו"ע חו"מ ז,ט), וז"ל הר"ן: "והכי איתא בירושלמי בפ' זה בורר (הלכה ט), לא יומתו אבות על בנים, והרי כבר נאמר איש בחטאו יומתו, אלא שלא יהו העדים קרובים לבעלי הדין. ומניין אף הדיינים, כלומר שלא יהו קרובים לבעלי הדין, שנאמר ובנים לא יומתו על אבות. ומניין שלא יהו העדים קרובים זה לזה. הגע עצמך שאם הוזם אחד מהם כלום נהרג עד שיוזם חברו, אם אתה אומר כן לא נמצא נהרג על פיו (עיי"ש בפני משה שפירש: שיהו העדים קרובים זה לזה, לא נמצא שיהיה האחד נהרג על פיו של השני קרובו, שהרי עדותו עמו גרם לו שיהרג, ואי לאו דאסהיד עמיה לא הוה מיקטיל, דהא עד שיוזמו שניהן בעינן). ומניין שלא יהו העדים קרובים לדיינים, הגע עצמך שאם הוזמו לא מפיהם נהרגים. ומניין שלא יהו הדיינים קרובים זה לזה, אמרה תורה הרוג על פי עדים הרוג על פי דיינים, מה עדים אין קרובים זה לזה אף דיינים אין קרובים זה לזה ע"כ בירושלמי. וכתוב [בהלכות] בפ' זה בורר, אלמא פסול עדים הקרובים זה לזה אינו אלא משום הזמה, ומש"ה בשטר דלא שייכא הזמה כשרים". והבאתי הירושלמי כפי שהביא הר"ן, שכך פסק הר"ן להלכה. ומ"מ מבואר בירושלמי שפסול דיינים קרובים הוא מגזיה"כ של עדים. הרי שמעיקר הסברא אין ה"ג גם בדיינים קרובים זה לזה יש את הסברא לילך אחר רוב הדעות ולהכריע, אלא שגזיה"כ שכך אינם ב"ד. אולם בשמאין אין צריך דין של ב"ד, ומהני אם קרובים זל"ז. (ומזה ג"כ מבואר שבשמאין הדין אפי' לא היו כאחד, מפני שדוקא בב"ד בעינן כאחד, ועיין להלן).

ובנתיבות קג,ב כתב לחדש, דאף שקרובים זה לזה כשרים להיות שמאין, מ"מ אם קרובים לבעלי הדין עצמם, פסולים להיות שמאין, דאף שהר"י בן הרא"ש למד דין זה משומת מעשר שני שיכול להיות בקרובים, כדאיתא בסנהדרין יד,ב, ושם יכול להיות אף בפסולי עדות, מ"מ שונה דין שמאות ממון לשמאות מעשר שני, דבשמאות ממון צריך שיהיה כל אחד מהשמאים המעיד לפי שקול דעתו ואומדנא שלו, כשר להעיד לבעל דין: "דהא עיקר דין דשומא הוא, כיון שרוב מהשלשה מסכימין לדעת אחת שאינו שוה אלא כך, בודאי אינו שוה יותר. ולפי"ז צריכין שיהיה כל אחד כשר להעיד להבעל דין שיעיד כפי שכלו, דהיינו שמעיד שבשכלו נראה לו ששוה כך, משא"כ כשהיו פסולים לעדות, חיישינן שיאמר יותר או פחות מכפי מה

שבשכלו, משא"כ במעשר שני שדומה לאיסורין, ובאיסורין אפילו פסולי עדות נאמנין. אבל קרובים זה לזה שפיר יליף דכשר, דאין קרובין זה לזה פסולין רק במקום שצריכין שני עדים להעיד על דבר אחד, ושני קרובים כחד דמי, אבל בשומא, דתמיד אין כאן רק אחד, דהא אין אחד יודע מה שבלב חבירו ואין כל אחד מעיד רק על עצמו, דהיינו על מה שבשכלו, ואין כאן רק עד אחד, משו"ה אפילו קרובים זה לזה כשר". ונראה דכיון שכל דין רוב בשומא שהוא אומדנא, הוא קרוב לדעת שכך צריך לפסוק, כל זה כשהשמאי אינו נוגע בעדותו, דאם הוא נוגע מחמת היותו קרוב או מכל סיבה אחרת שנראה שמשקר, אין כאן שמאות וסברא לדון על פיה, ולכן דוקא בקרובים זה לזה, דאין בזה חשש משקר וכיוצ"ז, כשרים השמאים אף בקרובים זה לזה.

אמנם בתומים קג,ב נשאר בצ"ע על הר"י בן הרא"ש, מה שדימה למעשר שני, דבמעשר שני גם נכרים כשרים ואפי' הבעלים עצמם, כמש"כ הרמב"ם בהל' מעשר שני ד,כ, אף שלבעלים שצריכים לקחת הכסף לירושלים יש הנאה במה שנישום בפחות, וא"כ נאמר שגם בשומה של ממון יכשר אם אחד מהשמאים הוא בעל הקרקע, או הלוח או המלוה, וזה ודאי לא יתכן. ולכן כתב בתומים דהר"י בן הרא"ש מיירי בשומא למזון האשה והבנות, דלמזון האשה היא מוכרת שלא בבית דין, רק צריך ג הדיוטות לברר השומא, כדאיתא בב"מ לב,א, ולכן מועיל גם בקרובים: "אבל בשומא דבעי בית דין, פשיטא דלא סגי ולא מועיל קרובים וכדומה, דהא בעינן בית דין, וזהו ברור. אך אף דגם בזה צ"ע, כי מה ענין זה למעשר שני, דשם דבר תורה אפילו שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל, אבל כאן הא יש לחוש לנגיעה ולנטיות צד בכל אופנים, ולכן דינו צריך לי עיון". ונראה דכלל שיש חשש נגיעות, אין כאן שומא, אבל בקרובים זה לזה שאין בזה חשש נגיעות, כיון ששמאין אינם ביי"ד, אין בזה פסול של הסברא שיש לילך אחרי רוב דעות להכריע שומת הנכס.

ומצאנו לכאורה מחלוקת ראשונים בענין חו"ד של רופאים, אם הולכים בזה אחר רוב דעות. דאיתא ביומא פג,א: חולה מאכילין אותו על פי בקיאיין, אמר רבי ינאי חולה אומר צריך ורופא אומר אינו צריך, שומעין לחולה, מאי טעמא לב יודע מרת נפשו. פשיטא, מהו דתימא רופא קים ליה טפי, קא משמע לן. רופא אומר צריך וחולה אומר אינו צריך, שומעין לרופא, מאי טעמא, תונבא הוא דנקיט ליה ... מאכילין אותו על פי בקיאיין, פשיטא, ספק נפשות הוא וספק נפשות להקל, לא צריכא דאיכא תרי אחריני בהדיה דאמרי לא צריך, ואף על גב דאמר רב ספרא תרי כמאה ומאה כתרי, הני מילי לענין עדות אבל לענין אומדנא בתר דעות אזלינן, והני מילי לענין אומדנא דממונא, אבל הכא ספק נפשות הוא. ופרש"י שם: "דהא דאמור רבנן תרי כמאה ומאה כתרי, לענין עדות הוא דאמור, אבל לענין אומדנא בתר דעות אזלינן, אשמעינן במתניתין דכי אמרינן זיל בתר דעות באומדנא דממונא

כגון בשומא ששמין לבעל חוב, אבל באומדנא דחולה, אף על גב דרובא אמרי לא צריך כיון דאיכא תרי דאמרי צריך, ספק נפשות להקל". ומבואר דבאומדן דעת רופאים יש לילך אחרי רוב דעות, אך הואיל ומדובר בספק נפשות, יש לחוש אף למיעוט דעות שאומרים שצריך לאכול.

והרמב"ן בתורת האדם (שער המיחוש) כתב, שאף שמסקנת הגמ' שאף אם חולה ומאה רופאים אומרים אינו צריך, ושנים אומרים צריך, מאכילין אותו על פיהם, דספק נפשות להקל ואין הולכין בו אחר רוב דעות; "וחזינן מאן דפסק דבתר רוב דעות אזלינן, וכן נמי כתוב בשאלתות. ואע"ג דגמרא בהדיא היא דכי אזלינן בתר רוב דעות באומדנא, ה"מ לממונא אבל הכא ספק נפשות להקל, משמע דס"ל להני רבואתא דההיא אוקימתא ליתא, דמשום הא דמקשינן ע"פ בקיאים תרי פשיטא, תרי ותרי ניהו וספק נפשות להקל, איתוקים הכי, ומכיון דאתא רב אשי ואמר דכל היכא דאמר חולה צריך אני אפילו מאה אמרי לא צריך לדידיה שמעינן, קמה לה מתניאתא כדמעיקרא, דאיכא אחריני בהדי חולה ואמרי לא צריך, ומאכילין אותו ע"פ בקיאים תרי, ס"ד אמינא כשם כשהחולה אומר צריך אני שומעין לו אפי' כנגד מאה בקיאים, כך כשהוא אומר איני צריך לישמע לו דהכא והכא לב יודע מרת נפשו, קמ"ל להקל אמרינן אבל להחמיר כחד בקי בעלמא הוא ולא כתרי. הילכך היכא דאיכא אחרינא בהדיה ותרי דאמרי צריך, לדידהו שמעינן הא לחד לא שמעינן, ולא אמרינן חולה תונבא נקיט ליה אלא חד מנינן ליה תרי לא מנינן ליה". ויוצא מהרמב"ן, לדעה זו, למסקנת הגמ' הולכים לפי רוב בקיאים, וכל מה שנאמר בגמ' דספק נפשות להקל הוא לענין חולה אומר איני צריך לאכול, דבזה אינו נאמן נגד רוב, דאף שאם אומר צריך, לב יודע מרת נפשו, כשאומר שאינו צריך ויש רוב נגדו, בזה אזלינן בתר הרוב להחמיר.

והביא הרמב"ן ראייה שאף באומדנא של סנהדרין הולכים אחר הרוב בכל עניני סנהדרין, דאיתא בבב"ק זב: והתניא והכה איש את רעהו באבן או באגרופ, שמעון התימני אומר, מה אגרופ מיוחד שמסור לעדה ולעדים (שיכול להביאו לב"ד לאומדו אם ראוי אגרופ זה לעשות חבלה זו, ואם אין ראוי לא ישלם, שמחמת חלשותו של זה ורכותו נחבל – רש"י), אף כל שמסור לעדה ולעדים, פרט לשיצתה מתחת יד העדים (שנאבדה מהן וב"ד לא ראוה, אע"פ שראוה עדים פטור, דבעינן אומדנא בב"ד). אמר לו ר"ע (ונהי נמי דאבן בא בב"ד), וכי בפני ב"ד הכהו שיודעין כמה הכהו ועל מה הכהו (כלומר חשבון המכות שהכהו שיכול לאמוד), אם על שוקו או ציפר נפשו. ועוד, הרי שדחף את חברו מראש הגג או מראש הבירה ומת, בית דין הולכין אצל בירה או בירה הולכת אצל בית דין (בתמיה, וכי הטריח הכתוב בב"ד לצאת מלשכה ולראות אותה). ועוד, אם נפלה חוזר ובונה אלא מה אגרופ מיוחד שהוא מסור לעדים, אף כל שהוא מסור לעדים, פרט לכשיצתה אבן מתחת ידו של

מכה פטור (שנאבד מיד ולא ראוה עדים). מוכיח הרמב"ן מר"ע שהסנהדרין הולכת בזה בתר אומדנא, אם יש באבן כדי להמית, ובכל עניני סנהדרין הולכים אחרי אומדן דעת הדיינים, ואחרי רבים להטות. ומוכח משם דאף לענין נפשות הולכים באומדנא של סנהדרין אחרי הרוב: "והא מלתא מסייע להך סברא דאמרן. אלא מכל מקום כיון דבגמרא אתמר דגבי אומדנא דחולה לא אזלינן בתר רובא, לא דחינן סוגיא מפורשת ותפסינן סברא בעלמא. וסנהדרין איכא למימר שאני התם דכולהו דיינין נינהו, אבל הכא כיון דאיכא תרי דאמרי צריך, ואינך לא צריכי לן לאומדנא כלל, כמאן דליתנהו דמי". בסנהדרין כל הכג' הם דיינים, ויש שם רוב ומיעוט, ולכן הולכים אחרי הרוב. אבל בחולה ביום כיפור, כשיש שנים שאומרים שצריך לאכול, כבר אין לנו צורך בדעות אחרות, שנים אלה מצריכים את החולה לאכול, ושאר המומחים מתיתרים, ולכן אפי' יש מאה נגד השנים, הם מתיתרים והולכים אחרי השנים. ומ"מ מבואר מהסוגיא והרמב"ן, דגם באומדנא של רופאים יש לילך אחר הרוב, אלא במקרים מסוימים מתחשבים במיעוט מחמת ספק נפשות וכד', אבל בכל אומדנא לא אמרינן תרי כמאה אלא הולכים אחר הרוב.

עוד מצאנו בדברי הנתיבות (מו,ז), שבדבר התלוי בטביעות עין, הולכים אחר רוב דעות. הש"ך (חו"מ מו,יב) הביא מחלוקת בתוספתא (גיטין א,ו), כשהעדים אומרים כתב ידינו הוא זה, ואחרים אומרים שאין זה כתב ידם, אם צריך קיום אחר או לא. וכתב רבינו ירוחם שלא נפסקה ההלכה בדיון זה. שואל התומים מו,ו, מה יועיל שיבואו עוד אחרים ויעידו, הרי זה תרי ותרי. ובנתיבות מו,ז כתב לישב ע"פ תוס' יבמות (פח,א ד"ה אתא), בשנים אומרים מת, ובא הרוג ברגליו, וכל העולם אומרים זה בעלה של פלונית והוא חי, קיי"ל דתצא מזה ומזה; אמר רב, לא שנו אלא שניסת בעד אחד, אבל ניסת על פי שני עדים לא תצא. מחכו עליה במערבא, אתא גברא וקאי, ואת אמרת לא תצא. לא צריכא דלא ידעינן ליה. ומבואר שאם מכירים את המת, תצא מזה ומזה. והקשו התוס', מה יועיל מה שכל העולם יעידו שזה החי, הרי יש לנו שנים שאומרים שמת, וכל העולם אומרים שחי, ותרי כמאה. ותירצו התוס': "ויש לומר, דלגבי דבר הנראה וידוע לכל, לא היה אומר רב אבל בשני עדים לא תצא". בדבר הגלוי וידוע לכל, לא אמרינן תרי כמאה אלא הולכים אחרי רוב הדעות. ומזה לומד הנתיבות גם לענין חתימת העדים על השטר אם הוא כתב ידם אם לא, אף שהעדים מעידים שהוא חתימתם, ומאה מעידים שאין זה חתימתם, כיון שהדבר תלוי בטביעות עין, יש לילך בזה אחר רוב הדעות: "א"כ הכי נמי בהכרת הכתב בטביעות עין, דמה הפרש יש בטביעת עין דהכרת איש, או הכרת הכתב בטביעת עין, ובודאי אזלינן בתר רוב העולם ורוב דעות". ומבואר שכל דבר שתלוי בשקול הדעת, יש לילך בזה אחר רוב הדעות.

אמנם נראה דככל שמדובר בחו"ד סתמית, המלווה רק במסקנות או בנימוקים שביה"ד אינו מבין בהם, י"ל דאזלינן בתר רוב דעות. אולם ככל שמדובר בחו"ד של שמאות, כפי שנהוג היום להגיש חו"ד מפורטות, וביה"ד יכול להתרשם מהנימוקים שמגישים השמאים, בזה יכול ביה"ד להחליט לפי שקול דעתו ולנקוט לפי חו"ד מסוימת, ולא להסכים עם חו"ד אחרת. וכמו שקול דעת ביה"ד לענין אבן או אגרוף (ב"ק צב), שאינו חייב לקבל את אומדן דעת העדים, אלא שוקלים לפי הבנתם, אם אבן זו יכולה להרוג במקום זה אם לאו.

ולענין אם אזלינן בשמאין בתר רוב דוקא שישבו שלשתם כאחד ודנו או אפי' כ"א בנפרד ובזה אחר זה, למש"כ לעיל דהסברא בזה דבאומדנא אזלינן בתר רוב דעות, אין חילוק אם מינו שלשה כאחד ודנו יחד כמו בי"ד, או שהיו אלה שלוש דעות של שלשה שמאים שמונו בזה אחר זה, וכ"א לא מכיר את דעת השני. דדוקא בבי"ד יש דין שיהיו שלשתם כאחד וישאו ויתנו בדבר, ואינו שייך במומחין, אף שבשניהם אזלינן בתר רוב כיון שהוא נתון לשקול הדעת ולא כעדות על המציאות, אך בבי"ד אם אינם יחדיו, אין עליהם שם בי"ד רק כהוראת או"ה.

לאמור לעיל, בחו"ד מומחים יש לילך אחר רוב דעות, ואפי' לא מונו יחד. אמנם ביה"ד יכול לפי שקול דעתו להכריע כמומחה מסוים, לקבל חו"ד מסוימת, וחו"ד אחרת לפסול, הכל לפי ראות עיני הדיין.

סימן ה

לזה שפרע לערב

ראשי פרקים

א. הימניה לערב

ב. כשאנינו יכול למעון פרעתי

ג. מינו של מענה הנתונה במחלוקת הפוסקים

בראובן שהלוה לשמעון, והיה לוי ערב קבלן להלוואה, והלוואה זו היתה נפרעת בתשלומים, כך שכל חודש היה על שמעון לפרוע לראובן, והיה מעביר שמעון ללוי את הכסף, שיתן לראובן. וכך התנהלו הענינים במשך שנתיים. וכעת טוען ראובן שבשנה האחרונה לא קיבל את הכסף מלוי, ותובע את שמעון.

א. הימניה לערב

מהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' רכה) נשאל בראובן שאמר לשמעון תן לי מנה שיש לי בידך, והשיב שמעון פרעתי לאשתך. והשיב מהר"מ, שאם אשת ראובן הינה ברת דעת, וראובן מניחה לישא וליתן בעניניו, ישבע שמעון שמסר לה ופטור, דאין זה שייך לדין שומר שמסר לשומר חייב, דלטעמו של רבא שומר שמסר לשומר חייב מפני דאת מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה (ב"מ לו,א), הרי באשת ראובן לא יכול לראובן לטעון שאשתו לא נאמנת עליו, דאדרבא אשתו מהימנא טפי, שהרי כל אשר יש לו נתן בידה. אלא אפי' לאביי שמחייב מטעם דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, בנדון אשתו לא שייך טעם זה, כדמשמע בגמ' שם (ב"מ לו,א) בעובדא דהנהו גינאי דאפקידו מרייהו גבי ההוא סבתא, יומא חד אפקידו גבי חד מגייהו, שמע קלא בי הלולא, נפק אזיל אפקדינהו גבי ההיא סבתא ואגנוב, ומשמע שפטור מהטעם שכל יום הפקידו אצלה, וא"כ גלוי מלתא הוא דניחא להו, כל שכן באשתו. ועוד י"ל, דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד. ודין זה הביאו השו"ע חו"מ רצא, כד לענין פקדון, והרמ"א בשו"ע חו"מ קכב, לענין פרעון חוב.

ובתש' מיימוניות לספר משפטים (סי' ג) הביא בהגהה שם תשובה אחרת שהשיב מהר"מ בענין דומה, ללזה שפרע את חובו לערב, וז"ל: "והוא הדין והוא הראיה אשר השיב על הלוה אשר נתן דמי הפרעון לערב לתתם למלוה, דהא הימניה טפי מדידיה, ודמיא לעובדא דהנהו גינאי, הילכך משתבע הלוה שנתנם לערב לתתם

לו, ויפטר במיגו דאי בעי אמר לדידך פרעתין. ועוד לא גרע הערב משליח שעשאו בעדים, דקיימא לן בהגזול קמא (קדא) דהוי שליח ולא מחייב נפקד תו באחריותה מכי מטיא ליד שליח. (וחיפשתי תש' זו במאגרים שבידי, ולא מצאתיה. אח"כ ראיתי שגם התומים קכט,יב כתב שלא נמצא כן בתש' מהר"מ). ולכאורה הדברים צריכים באור. דמש"כ דהימניה טפי מדידיה, לכאורה האמין לערב רק לענין שאם הלוח לא ישלם, יפרע הערב, אבל מהיכי תיתי שהאמינו להיות שליח. אם האמינו בתורת ערבות, מדוע נאמר שהאמינו בתורת שומר. וכי מי שיחזיר הפקדון של אותו מלוה לערב, כעובדא דהנהו גינאי, יפטר אם יאנס אצל הערב. ואם לוח אחר של המלוה יחזיר את החוב לערב, שערב בחוב אחר, האם נאמר דהימניה, ומה השייכות לזה לשליח שעשאו בעדים, דהרי הימניה רק בתורת ערב, ולא בתורת שליח ושומר.

ודין זה הביאו הרמ"א חו"מ קכט,ב. והלבוש שם כתב לחלוק על פסק הרמ"א, שהרי הערב אינו בעל דברים של המלוה כשלא תבעו, ומדוע יכול הלוח ליתן לו: "והם דברים תמוהים בעיני מאד ואינו נראה לי כלל להורות כן, דמה לו למלוה שהוא פרע לערב, בין הוא ערב סתם בין הוא ערב קבלן, יאמר המלוה ללוח אני הלוייתך מעותי שאפרע ממך כשאמצא אצלך נכסים לפרוע, ואין הערב בעל דברים ידידי עד שאתבענו, ועכשיו אני תובע אותך ולא הערב פרע לי המעות שהלוייתך, ואם נתת לערב לך ויחזירם לך, כן נראה לי לדין ברור". ובסמ"ע קכט,לה הביא דברי הלבוש, וכתב דהלבוש סבר שהרמ"א כתב כן מסברא שלו, אולם הדבר מקורו מתש' מיימוניות. וכתב דאין לדחות דברי הרמ"א, דגם לענין שואל ושאר שומרים מצאנו בכל מקום שאם מסרו למי שהימניה, הרי הוא כמוהו: "הלכך נראה דאין לדחות דבריהם בסברא בעלמא". וכנ"ל, דלכאורה כאן לא הימניה להיות שליח. וכן כתב הש"ך קכט,ל, כדעת הלבוש, דאין ענין שליח שעשאו בעדים לדין זה. גם מדברי הגר"א (קכט,מא) נראה שלא הסכים לדברי הרמ"א והקשה עליו דהדברים קשים להלמם, דאף לסוברים דמהני לפרוע לאשת המלוה חובו (עיין שו"ע חו"מ קכב, ובנוכח שם), היינו דאשת המלוה ידו כידה, משא"כ כאן.

גם היש"ש (ב"ק ט,לט) כתב לחלוק על תש' מיימוניות הנ"ל שהביא הרמ"א להלכה: "אף שיצא הדבר מפי איש טהור, ואין משיבין הארי לאחר מיתה, מ"מ תורה היא, וללמוד אני צריך". דלענין פקדון, כל היכא דאיתא ברשות מריה קמא קאי, ולכן פטור אם נתן פקדון למי שהימניה או לאשתו ובניו. משא"כ פרעון חוב דלהוצאה נתנה, חייב הלוח בכל אונסין עד שיחזיר למלוה, ואפי' לאשתו ובניו של מלוה לא נפטר עד שיחזיר למלוה עצמו או לשלוחו. וכל החילוק בין אשתו ובניו לשאר אינשי דעלמא הוא רק לענין פקדון ולא לפרעון חוב. והביא ראייה מב"מ צח,ב, דאם שלח המשאיל לשואל ביד בנו של השואל ומתה, לא נתחייב השואל באונסין, אף שודאי

ניחא ליה שיהא ביד בנו, דלא קבל חיובי שואל עד שיגיע לידו, ק"ו לעניין תשלומין של חוב, כל זמן שלא בא ליד המלוה, לא קבל עליו להתחייב באונסין. אלא יהא באחריות הלוח.

ואף הט"ז (ח"מ קכט,יב) כתב לחלוק על הרמ"א, דכל יסוד הרמ"א הוא בדין הלואה שיכול להחזיר לאשת המלוה, וכמו שפסק הרשב"א בתש' (ח"א סי' אלף צו), וכמו שפסק הרמ"א (ח"מ קכב). והט"ז כתב דלא קי"ל כרשב"א בזה אלא כרא"ש בתש', דלא מהני מה שמחזיר הלואה לאשת המלוה, ורק בפקדון מהני. ועוד הקשה, דבערב אף הרשב"א יודה, שהרי בערב לא האמינו לערב לתשלום ההלואה אלא האמין גם לערב וגם ללוה יחד, ואין נאמנות יחודית לערב בתשלום החוב: "ואף שבממון זה לקחו לערב, מ"מ לא האמין הכל להערב, אלא טובים השנים מן האחד, על כן לא יצא הלוח מחיוב המלוה עד שיחזירנו לידו. ורבי מרדכי יפה בעיר שושן חולק מסברא דנפשיה על פסק זה, כמ"ש הסמ"ע [סקל"ה], והסמ"ע נחלק עליו. ולי נראה שיפה כיון רבי מרדכי יפה, שאף שלא ייחד מוצא הדבר ממי יצאו הדברים, אילו דקדק אחרי זה היה לו להסתייע מדברי הרא"ש שזכרתי. וכן עיקר דכאן כו"ע מודים". מבואר בט"ז דאין לפסוק כרמ"א, וחייב הלוח לפרוע למלוה, ואין בנתינה לערב משום פרעון.

והתומים קכט,יב, ולדבריו הסכים הנתיבות ס"ק יא, כתב לחלק בין ערב רגיל לערב קבלן, דערב רגיל, כיון שעיקר הפרעון מוטל על הלוח, לא שייך לומר שהרי זה כעשאו שליח בעדים, אולם בערב קבלן, שיכול המלוה לתבוע אותו תחילה, כיון שהמלוה יכול לתבעו כמו את הלוח, הרי זה כשליח בעדים. ובנתיבות הוסיף דבקבלן לא שייך לומר לאו בעל דברים ידי את, ובזה העמידו דברי תשובות מיימוניות, והוסיף: "ובקבלן לפי עניות דעתי אף הלבוש והיש"ש והש"ך מודים, ופשוט". ועדיין צ"ב, בפרט אם כן דעת היש"ש והש"ך, דהרי גם בקבלן הימניה בתורת אחריות, שאם לא יהיה ללוה לשלם או אפי' יהיה לו לשלם, שיוכל לתבעו, אבל מהיכי תיתי הימניה בתורת שומר, דיש אנשים נאמנים שניתן להאמין להם בתורת ערבות ואחריות, אבל אינם מתאימים להיות שליחים להולכה ולהיות שומרים. וגם מהתומים נראה דאינו מצד הימניה, אלא כיון דהערב קבלן הוא גם בבחינה מסוימת גדר של לוח, כשטוען הלוח למלוה שפרע לקבלן ואינו רוצה לפרוע, שיתבע את המלוה. אך אינו דומה להימניה של ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד האמור בתש' מיימוניות.

וצריך להבהיר בנדו"ד, דמה שבמשך שנתיים פרע ללוי שהעביר לראובן, אין מזה ראייה שראובן הימניה, די"ל דראה בלוי שליח של שמעון, ולא הימניה להיות שליח קבלה שלו, ולכן אין במה שפרע שמעון הלוח לערב לוי במשך שנתיים, נאמנות

של ראובן ללוי, ולא דמי לעובדא דגינאי וכד'. אמנם קשה להכריע להלכה נגד פסקו של הרמ"א, ובפרט שיכול הלוה לטעון טענת קים לי כוותיה. ועיין בתש' ושב הכהן סו"ס טז, דאין להוציא מיד המוחזק, כיון דדעת הרמ"א לפטור הלוה, עיי"ש. אך לשיטתו נראה דהיינו דוקא אם הערב קיבל אחריות אונסין כמו הלוה, אבל בלא"ה נראה דדעתו דאין לפטור הלוה מדין שומר שמסר לשומר. דמדין שליח כתב דיש לפקפק בטעם זה, ורק מטעם שומר שמסר לשומר יש לדון לפטור, ואין להוציא מיד הלוה רק אם הערב קיבל אחריות אונסין. אמנם גם בלא קיבל עליו אחריות אונסין, צ"ע להכריע דלא כרמ"א, בפרט ששמעון הלוה מוחזק.

ב. כשאינו יכול לטעון פרעתי

וכל הפוסקים שאינם חולקים ולא מלאם ליבם לחלוק על דברי הרמ"א שפסק כמהר"מ שהביא בתש' מיימוניות, לכאורה בנדו"ד י"ל דכיון שהמלוה מחזיק בכת"י הלוה, נראה דאף לרמ"א לא מועיל הפרעון של שמעון הלוה ללוי הערב. דנחלקו הראשונים אם יש ללוה נאמנות לטעון פרעתי כשהמלוה מחזיק בשטר בכת"י, וכאשר היה טוען פרעתי, על ב"ד להכריע במחלוקת הראשונים והאחרונים, אבל ליתן נאמנות ללוה שפרע לערב במיגו של פרעתי, הוי טענה גרועה. דלא אמרינן מיגו במקום שיש מחלוקת ויצטרך לטעון טענת קים לי, וכמש"כ מהר"א ששון, יובא להלן. דכל יסוד דין הרמ"א הוא כטעם הראשון של מהר"מ, דדוקא בנאמן לטעון פרעתי לערב במיגו דפרעתי לך, דאין לערב וללוה נאמנות שפרע לערב עבור המלוה. ואף אם יוכיח העברה בנקאית או שיק, מי ימר שפרע עבור החוב לראובן, ושובר של לוי גם לא מהני, דמהיכי תיתי יהיה ללוי נאמנות לכתוב שובר בזה.

דלענין עצם נאמנות של פרעתי לערב במיגו דפרעתי לך, דאף דמיגו זה לא נצרך למי שפרע חובו לאשת המלוה והיא ברת דעת ונו"נ בתוך הבית, וכמו שהתבאר בנו"כ חו"מ סו"ס קכ, דשם עצם הפרעון לאשת המלוה הרי הוא כפרעון למלוה עצמו, אולם בפרעון לערב אינו כמו באשת המלוה שידו כידה, אלא שהימניה לענין שיכול לפרוע לו (לשיטת מהר"מ שהביא בתש' מיימוניות), אך גם אם אומר הערב שהלוה פרע, לא האמין לערב לומר שהלוה פרע לו, ולכן צריך הלוה לנאמנות של מיגו דפרעתי לך. דאין לערב דין כמו אשת המלוה, דידו כידה, אלא כהיא סבתא, ורק גדר של הימניה לענין שמירת הפרעון, אך לא לעצם השאלה אם פרע אם לאו, ולכן צריך הלוה לנאמנות של מיגו.

וכאמור בדין זה של שטר בכתב ידו הנהוג בקופות הגמ"ח, אם נאמן הלוה לטעון פרעתי, נחלקו בזה ראשונים ואחרונים. וכתבתי בענין זה באריכות בח"י טו/ד,

ואביא הדברים הנוגעים לעניננו. 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 הלזה 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 הלזה על כתב ידו שפרעו, אין המלוה יכול לגבות בשטר, ונשבע הלזה 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 הלזה 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 הלזה להניחו ולהשאירו ביד המלוה לאחר הפרעון: "ואף על פי שלא נתברר הדבר לבעל המאור ז"ל, הגאונים הראשונים אמרו 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 הלזה, 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 בכתב, ואילו בתש' הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן סי' כב), כתב הרמב"ן שאינו יכול לומר פרעתי, והביא ראיה משטר כס, 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 במש"כ הש"ך חו"מ נט"א בשם מהרשד"ם). 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 וליטעמך, וכי א"ל נאנסו מי מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי. אמר ליה סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי, ה"ג

מאי נאמן, נאמן בשבועה. לימא בפלוגתא דהני תנאי, דתנאי, 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 הלוח חושש להניח השטר ביד המלוה, ולא יכול המלוה לטעון שטרך בידי מאי בעי. דמכאן מוכח דבשטר כס 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 קע"א, ד"ה ה"ג), על הא דאיתא בגמ' דשטר בכת"י אף שהוחזק בב"ד, אינו גובה אלא מבני חורין. והקשתי הגמ' מר"א הסובר שאם נתנו לה בפני עדי מסירה, גובה ממשעבדי. ות"י הגמ', שאני התם דמשעת כתיבה הוא דשעבד נפשיה. ופירש הרשב"ם שם דיש לחלק בין שטר שנכתב ע"מ למסור 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 לוח 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 הלוח לומר פרעתי, כשמחזיק המלוה שטר זה בידו.

ומחלוקת זו הביאה כבר התוס' (כתובות כא, 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 הר"י ור"י אם יש רגילות ליטול שטר בכת"י קודם פרעון, דהר"י 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 הלוח יטען המלוה שטרך בידי מאי בעי, מצאנו גם ברמ"ה (ב"ב קע"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 וכתבי 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 לאחוריי 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 הלוח לומר פרעתי, דיטען המלוה שטרך בידי מאי בעי.

ומחלוקת ראשונים זו, הביאה גם הריטב"א (ב"ב קעז,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 בכתבת רב אשי, שלא יטען פרעתי, דבכת"י אינו יכול לטעון פרעתי: "וכן דעת רבותי שאינו נאמן לומר פרעתי", והביא שהרשב"א הביא ראייה מב"ב ע,א-ב משטר כס 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 ממוןא. אבל אם מסר לו הלוח 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 מהלוח הטוען פרעתי.

גם הרא"ש בתש' (סז,א) הביא מחלוקת הראשונים, דדעת הרי"ף דנאמן הלזה לומר פרעתי כנגד שטר בכת"י, והרשב"ם ס"ל דאינו יכול לטעון פרעתי: "וראיתי את רבתי דנין שלא להוציא ממון, אלא מהימנין ליה בשבועה שפרע, ואינו גובה מן היתומים". דהלזה נאמן בשבועה שפרע, וגם אם הלזה 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 היסט ומיפטר". מבואר שסובר כדעת הרי"ף והרמב"ם, וכן כתב הטור בדעתו (חור"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 הלזה 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 הלזה 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 שעניו 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 הלזה לבקש מהמלוה את השטר שבכת"י בשעת פרעון. טעם נוסף, דדוקא שטר שחתומים בו עדים, יש להקפיד עליו שמא יתקיים בחותמיו ויוציאו 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 מהלוח, 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 שהלוח לחברו על חילוף כתב כנהוג, וטען הלוח פרעתי כנגד החילוף כתב שמחזיק המלוה בידו. וכתב שם בנו"ב, דבזמנינו נתפשט בכל העולם לפסוק בכל ביי"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. ולכאורה אם הטעם שאינו נאמן מחמת הדינא דמלכותא, הרי שבהתאם לדינא דמלכותא כל שטר שחתום עליו הלוח, אינו יכול לטעון טענת פרעתי. וא"כ גם בנדו"ד לא יוכל הלוח לטעון טענת פרעתי למלוה כנגד השטר בכת"י, ואין לו מיגו כלל.

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 שענינו רואות. והנ"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 קע"א; המלוה את חברו 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 מכתבת יד, וכן מוכח לעיל ריש סימן נ', ע"ש (ובש"ך סק"ג). וכ"ש האידנא דנתפשט המנהג דדין 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 שדין 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 שענינו 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 קושיית

הש"ך על הרשב"א. אמנם בקצוה"ח שם הקשה, דהובא בשם הראב"ד (עיין בעה"ת הנ"ל) הסובר דאין הלוח יכול לטעון פרעתי נגד מלוה המחזיק בכתב ידו, אולם בשטר העשוי בערכאות של גוים כתב הראב"ד (מלוה ולוה כז,א) דיכול הלוח 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 סטג.

ג. מיוגו של טענה הנתונה במחלוקת הפוסקים

והנה בנדו"ד לכאורה למש"כ הנו"ב דהאידנא בכל שטר בכת"י שאינו יכול לטעון פרעתי מדינא דמלכותא, קיי"ל דאינו יכול לטעון טענת פרעתי, א"כ הוא הדין בנדו"ד אין לו מיוגו של פרעתי. אבל גם להיות הדבר נתון במחלוקת, אין לו מיוגו לטענה שהיא במחלוקת שהיה צריך לטעון טענת קים לי. כן כתב מהר"א ששון בתש' (סו"ס צו): "ומ"מ נראה לי דאי משום הא, ודאי כבר ידוע המחלוקת הגדולות שיש על דברים אלו, ודברי הרמב"ם ז"ל בענין זה הם דחויים, וכבר ראיתי בכל ספרי הרבנים האחרונים ז"ל שלא חשו על זה, ובפרט כשאנו אומרים מטעם מגו, שהרי כמו שכתבתי טענת המגו צריכה שתהיה תשובה וחזקה, וכאן הרי היא חלושה וקלושה, שהרי במעט כל הפוסקים חולקים על זה. ומה גם כי כבר כתבתי במקום אחר דלא אמרינן מגו היכא שהוא מחלוקת וצריך לומר קים לי וכו', ואם כן היאך נאמר שיהיה נאמן במגו שהיה טוען אבדתי שטר הקניה, שהרי מציאות האבירה היא טענה חלושה, וכ"ש שצריך לומר קים לי כפלוגי בדבר שהוא מחלוקת וכו'". וחזר הדין שם (סי' קא): "ואף שנאמר כן ושהוא מחלוקת, כבר כתבנו במקום אחר דלא אמרינן מגו במקום שצריך לומר קים לי כפלוגי, וכיון שכן בנ"ד דלא נימא שנאמינהו בטענתו במגו דאי בעי אמר הנהו טענתי דאמרינן לעיל, ואינו ירא מהעדים שהם קרובים או פסולין משום דקים ליה דמגו במקום עדים קרובים או פסולים אמרינן, דודאי לא אמרינן הכי". מדברי מהר"א ששון בתש' זו מבואר דכל מקום שהטענה שיכל לטעון, אם היה טוען היתה לזכותו רק עם טענת קים לי, אינה טענה לענין מיוגו, כיון שהיא טענה גרועה. ובפרט במקום שטענת קים לי כשיטות דחיות לא יכולה להחשב כטענת מיוגו. אך לא רק בשיטה דחויה, גם במקום שההלכה לא הוכרעה, הוי טענת מיוגו שהיה צריך לטעון קים לי לצידה, הינה טענת מיוגו גרועה. וכנ"ל בנדו"ד נטיית הדין למש"כ הנו"ב, דאינו יכול לטעון פרעתי נגד מחזיק בכת"י.

ועיין במבי"ט (ח"א סי' רפט) שהביא מהרב השואל שפסק דלא אמרינן מיוגו בטענה שהיא מחלוקת, כיון שלא טוען כן ברצון. והמבי"ט כתב דבמקומו נהגו שיכול לטעון. והסברא שאינו נאמן במיוגו שצריך לטעון קים לי, דאינו רוצה לטעון טענה, שאם יבוא אח"כ שכנגדו ויתפוס ממנו, יוציאו מידו. וסברא זו כתב בכנה"ג (הגה"ט

חו"מ פב,קעט). ולכן בנדו"ד נראה דאין לו מיגו, וממילא גם לרמ"א שפסק כמהר"מ שבמיימוניות, אינו נאמן לטעון שפרע לערב. וטענת הימניה, כבר סתרו הנו"כ. ואף לחולקים י"ל שהוא דוקא במקום שרוב הפוסקים ס"ל כטענתו זו שיכל לטעון, וכמש"כ התומים (כללי מיגו, ס"ק קכה), דבמקום שרוב פוסקים סוברים כשיטה אחת, אף שמיעוט הפוסקים חולקים, מ"מ יכול לטעון בזה טענת מגו. והביא ראה מדברי הריב"ש (סימן תצא) דנאמן לומר התנתי שלא תשמטני בשביעית, במגו דפרוזבול היה לי ואבד, ואף שהרי"ף חולק וסובר שאינו נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד, כיון דרוב פוסקים חולקים וסוברים שנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד, יכול לטעון טענה זו במיגו. אולם בנדו"ד אינם רוב הפוסקים שיכול לטעון טענת פרעתי נגד מחזיק בשטר בכתב ידו, ולכל הפחות אין בזה הכרעה ברורה וגמורה, ולכן בכגון זה לכ"ע לא יוכל לטעון טענת מיגו דפרעתי בכה"ג.

לאור האמור לעיל, בנדו"ד שהגמ"ח מחזיק שטר בכת"י, אינו יכול לטעון פרעתי לערב, אף לשיטת הרמ"א.

סימן ו

תפילת ותיקין בחצר בית

ראשי פרקים

א. קול תלמוד תורה, ושימוש בחצר עצמה

ב. בשאר עניני מצוה

ג. הפרעה זמנית בשימוש בחצר השותפים

ד. נזק לא תדיר

ה. בגורם לחולי הראש

בזמן הקורונה כשהתפילות היו במרפסות ובחצרות הבתים, רצו בני ישוב מסוים לקיים תפילת ותיקין, המתחילה כעשרים דק' לפני נץ החמה, בחצר בית, והשכן המתגורר בקומה הראשונה טוען שזה מעיר אותו ואת ילדיו, ולטענתו: "זה הורס את כל היום", כאשר קמים בבהלה ובכאב ראש בשעה מוקדמת. המתפללים טענו כי מדובר בדבר מצוה, ואין השכן יכול להתנגד.

א. קול תלמוד תורה, ושימוש בחצר עצמה

תנן ב"ב כב: חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין, אבל עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק, ואינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הריחים ולא מקול התינוקות. ובהסבר קול התינוקות שאינו יכול למחות, איתא בגמ' שם (כב, – כא,א): אלא אמר רבא, סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן, ומתקנת יהושע בן גמלא ואילך, דאמר רב יהודה אמר רב ברם זכור אותו האיש לטוב ויהושע בן גמלא שמו שאלמלא הוא נשתכח תורה מישראל ... עד שבא יהושע בן גמלא ותיקן שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה ובכל עיר ועיר, ומכניסין אותן כבן שש כבן שבע ... מיתיבי, אחד מבני חצר שביקש לעשות רופא (מוהל – רש"י) אומן (מקיז דם) וגרדי ומלמד תינוקות, בני חצר מעכבין עליו (מפני שמרבה עליהן קול נכנסין ויוצאין). הכא במאי עסקינן בתינוקות דעכו"ם. ת"ש, שנים שיושיבין בחצר וביקש אחד מהן לעשות רופא ואומן וגרדי ומלמד תינוקות, חבירו מעכב עליו. ה"ע בתינוקות דעכו"ם. ת"ש, מי שיש לו בית בחצר השותפין, ה"ז לא ישכירנו לא לרופא ולא לאומן ולא לגרדי ולא לסופר יהודי (מלמד תינוקות) ולא לסופר ארמאי. הכא במאי עסקינן בסופר מתא (מלמד תינוקות העיר ומושיב מלמדים תחתיו והוא מורה

את כולם איך יעשו ויש שם קול גדול). וכך פסק הרמב"ם (שכנים ויב): "וכן יש לו ללמד תינוקות של ישראל תורה בתוך ביתו, ואין השותפין יכולין למחות בידו ולומר לו אין אנו יכולין לישן מקול התינוקות של בית רבן". וכך פסק הרמב"ם בהל' ת"ת (ב,ז): "אחד מבני מבוי שביקש להעשות מלמד, אפילו אחד מבני החצר, אין יכולין שכניו למחות בידו, וכן מלמד תינוקות שבא חבירו ופתח בית ללמד תינוקות בצדו כדי שיבואו תינוקות אחרים לו, או כדי שיבואו מתינוקות של זה אצל זה, אינו יכול למחות בידו, שנאמר ה' חפץ למען צדקו יגדיל תורה ויאדיר". וכך פסק בשו"ע חו"מ קנו"ג, ובשו"ע יור"ד רמה, כב.

והנימוק"י (ב"ב יב,א מעמדה"ר) הביא בשם הירושלמי, דטענת ריבוי נכנסים ויוצאים היא טענה על נזק בדרגה של קוטרא, דלמדנו מהירושלמי (ב"ב ב,ג) שהיזק רבוי הדרך של אומן בחצר, נזק גדול הוא כקוטרא ובית הכסא דלא מהני חזקה, דתני תמן גבי נכנסין ויוצאין, לשכנו יכול הוא לחזור בו. רשב"ג אומר, אף משקבל עליו יכול לחזור בו, כרבי מאיר דאמר יכולה אשה שתאמר סבורה הייתי לקבל ועכשיו איני יכולה לקבל. ואע"ג דלא קי"ל כוותיה, כדלא קי"ל כר"מ דמומין, שיכולה לומר כסבורה הייתי לקבל ועכשיו איני יכולה לקבל, היינו לענין מחילה בפירוש, אבל מ"מ למדנו הדין לענין חזקה, דמשמע דכולהו חשבי ליה נזק גדול כקוטרא וכבית הכסא, מדשקלו וטרו אי מהני ביה מחילה ואפילו בקבלה. ויהיה בזה נפק"מ במקום שיוכל למחות בקול התינוקות, אם מדובר במצב זמני, לשיטות דאינו יכול למחות בעשן לא תדיר, ויתבאר להלן.

והלבוש (בע"ש קנו"ג) כתב לחלק בין אם התינוקות לומדים בביתו ועוברים דרך החצר והמבוי, לבין אם כל השנים גרים בבית אחד, דאם כולם גרים בבית אחד, ודאי שיכול למחות, דאדעתא דהכי לא נשתתפו: "ונראה לי דוקא בני המבוי או בני החצר שדרים יחד במבוי אחד או בחצר אחת, ואינם דרים יחד בחדר אחד או בבית החורף אחד, אבל אותם הדרים בבית חורף אחד כנהוג בהרבה מקומות במדינות אלו מחמת שיש להם דוחק דירה, נראה לי ודאי שכל אחד יכול למחות חבירו אפילו להיות מלמד תינוקות של ישראל תורה באותו בית החורף שהוא דר שם עמו, שזה ודאי אין דעת רוב העולם סובלתו, ועל דעת זה לא נשתתף עמו בדירה זו, אם לא שהתנו מתחלה, נ"ל". החילוק בלבוש בין סבל גדול לסבל סביל, דהואיל ויש תקנת יהושע בן גמלא, השותפים מוכנים לסבול סבל של רעש תינוקות כדי לקיים את תקנת יהושע בן גמלא, ועל דעת כן השתתפו, אבל סבל גדול של רעש תינוקות בתוך בית שהוא דר שם, ודאי שהוא סבל גדול, ועל דעת כן לא השתתפו, ולא הסכימו שתקנים תקנת יהושע בן גמלא בזה האופן שהם יסבלו סבל כה גדול.

עוד י"ל בבאור דברי הלבוש, דכל מה שאינם יכולים למחות בקול התינוקות, הוא דוקא כאשר מלמד התינוקות עושה בביתו, וקול התינוקות מפריע לשכנים האחרים, דאנו דנים מצד נזקי שכנים, האם רעש התינוקות, או כשהם לומדים או מחמת שהם עוברים ושבים במבוי או בחצר, שנועדה לעוברים ושבים אך לא בכמות זו, אם הוי נזק שיכול למחות, דמתקנת יהושע בן גמלא לימוד התינוקות בבתי פרטיים הוא בגדר תקנת לימוד תורה, וממילא נזק שיצא לשכן מתקנה זו, אינו יכול למחות, דאם יוכל למחות, א"כ בטלת תקנת יהושע בן גמלא. אולם כאשר דרים בבית אחד, אין הנידון מצד נזקי שכנים אלא מדין זכות השותף להשתמש במשותף לצורך תלמוד תורה. זו אינה שאלה בנזקי שכנים אלא בשימוש במשותף, ובזה הכלל הוא שכל שאדעתא דהכי לא השתתפו, אין השותף יכול להשתמש במשותף בניגוד למקובל, וכמבואר בב"ב נז, א-ב, ולכן אין השותף יכול ללמד תינוק בבית המשותף. ולפי הסבר זה יצא נפק"מ, שאם השותף במבוי או בחצר, רוצה ללמד תינוק בחצר המשותפת, אינו רשאי לעשות כן, אף שהסבל פחות מלימוד תורה בבית אחד שבו גרות מספר משפחות, דכיון שרוצה להשתמש במשותף באופן שאינו מקובל, שילמדו תורה בחצר, אינו רשאי לעשות כן על אף תקנת יהושע בן גמלא.

ובזה נראה לבאר מה שכתב בערך שי (קנד, ב ד"ה לא). הערך שי דן אם שוכר יכול למלא ביתו תינוקות לתלמוד תורה. דשם בשו"ע מבואר דשותף יכול למלא ביתו אכסנאים, ומדמה שם שותף לשוכר. וכתב הערך שי דשוכר גרע משותף, ואינו יכול למלא ביתו אכסנאים, וכן אינו יכול ללמד תינוקות במושכר, ויכול המשכיר למחות בידו. ונראה לבאר הדין, דמלמד בביתו תינוקות, מכח תקנת יהושע בן גמלא אינו יכול לטעון לנזקי שכנים. אולם המשכיר בא למנוע מהשוכר ללמד תינוקות מכח הלכות שכירות, שאינו רוצה שבמושכר שלו יהיו הרבה אנשים או הרבה תינוקות, וכמו שיכול למנוע אכסנאים. ולכן ככל שהמניעה מכח הלכות שכירות ולא מנזקי שכנים, יכול למנוע מהשוכר שילמד תינוקות במושכר.

וכך יש לבאר דברי הגאון מטשעבין (דובב מישרים ח"א עה, ב). הגאון מטשעבין נשאל מאב"ד ראפשיץ, בראובן שהשכיר לשמעון דירה, ושמעון השוכר רוצה ללמוד במושכר עם תלמידים, וטוען ראובן המשכיר שלא השכיר לו אלא לדירה ולא לעשות תלמוד תורה. והעיר אב"ד ראפשיץ מחו"מ קנד, ב, דיכול המשכיר לעכב על השוכר שלא יביא קרוביו ומידעיו לשכון עמו, וא"כ גם יכול לעכב שלא ילמד תלמידים: "וממה דמבואר בסי' קנ"ו סעיף ג' דאין השכנים יכולים למחות מללמוד עם תשב"ר אין ראייה, די"ל דרק שכנים אינם יכולים לעכב, אבל משכיר שטוען שמלכלכים ומקלקלים הבית שפיר י"ל דיכול לעכב". אך מאידך הביא ראייה לכאורה מהא דאין דינא דבר מצרא במלמד, כמש"כ בדברי חיים (ח"ב חחו"מ סי' יח). והרב

מטשעבין כתב דאין ראייה מדינא דבר מצרא, דכיון דהוא משום ועשית הישר והטוב, במקום מצוה לא תיקנו, אבל אינו שייך לענין מושכר: "משא"כ הכא די"ל דהקפיד על זה ולא השכיר לו על זה, שפיר י"ל דיכול למחות". ומה שהעיר מסי' קנו שאינו יכול למחות בקול התינוקות, כאן כיון שיש היזק לקרקע, יכול למחות. והיינו כדאמרן, דכל דין שאינו יכול למחות בקול לימוד התינוקות הוא לענין טענת נזקי שכנים, שהרעש מפריע, דמתקנת יהושע בן גמלא אין השכנים יכולים למחות. אולם כאשר הטענה היא בהלכות שוכר ומשכיר, שטוען המשכיר שנגרם נזק לקרקע, יכול למחות שלא ילמד תורה.

והנה אם בבית משותף החליט אחד הדיירים לפתוח כתה של תלמוד תורה או כיתת גן של ת"ת, והדיירים מתנגדים, וטען מנהל הת"ת שאינם יכולים להתנגד, מהטעם האמור במשנה והגמ' הנ"ל. לענין זה יש להביא דברי הלבוש בעיר שושן, קנו, ג, דיכולים השכנים להתנגד, כיון שזה בבית אחד, ועל דעת כן לא השתתפו, וז"ל הלבוש: "אבל אותם הדרים בבית חורף אחד, כנהוג בהרבה מקומות במדינות אלו מחמת שיש להם דוחק דירה, נראה לי ודאי שכל אחד יכול למחות חבירו אפילו להיות מלמד תינוקות של ישראל תורה באותו בית החורף שהוא דר שם עמו, שזה ודאי אין דעת רוב העולם סובלתו, ועל דעת זה לא נשתתף עמו בדירה זו, אם לא שהתנו מתחלה, נ"ל". ואכן אין הדעת סובלת להכניס ת"ת לבנין, שימלאו את החצר המשותפת וחדר המדרגות בילדים במשך שעות הבוקר, ועל דעת כן ודאי לא השתתפו. עיין פת"ש חו"מ קנו, ב, ודבריו הביא בערוך השולחן קנו, ה. ולאחר מכן מצאתי לגר"ש וואזנר זצ"ל, בתש' שבט הלוי, ח"ז סי' רכז, שנקט כדעת הלבוש. ומה שנשאר בצ"ע, נראה דהכוונה לכל מקרה לגופו, אם יש בזה הפרעה שאין הדעת סובלתו. וכן שמעתי שמורה הגרמ"מ הכהן שפרן שליט"א, והובאו דבריו בספר חוקי חיים, שאין לפתוח כיתת תשב"ר בבית משותף. אמנם יש לחלק בין תשב"ר קבוע ותדיר, לבין אם מדובר באקראי לתקופה מוגבלת ומצומצמת, וכמו שיתבאר להלן.

ב. בשאר עניני מצוה

גם יש לדון אם מה שאינו יכול למחות בקול התינוקות הוא דוקא בתלמוד תורה של קטנים, וכדמשמע בגמ' שהוא מתקנת יהושע בן גמלא ואילך, או שמקול התינוקות נלמד לכל מילי דמצוה. דמהמשך הגמ' משמע שבני החצר מעכבים עליו מלהיות מוהל או מקיז דם, ולכאורה הוי מילי דמצוה לעסוק ברפואת הקזת דם, ובודאי להיות מוהל. ואפשר דמה שפירש רש"י רופא מוהל, היינו להו"א בקושיית הגמ', אבל לתרוץ הגמ' דמלמד תינוקות הכוונה לתינוקות עכו"ם, י"ל דגם רופא הוא באופן שאינו מילי דמצוה.

הרמב"ם בהל' שכנים ויב, פסק וז"ל: "וכן יש לו ללמד תינוקות של ישראל תורה בתוך ביתו, ואין השותפין יכולין למחות בידו ולומר לו אין אנו יכולין לישן מקול התינוקות של בית רבן". ולא הזכיר הרמב"ם שאר מילי דמצוה, ונקט רק מה דאיתא בגמ', ללמד תינוקות. וכן ברמב"ם בהל' ת"ת ב,ז, פירש לענין מלמדי תינוקות, ולא הרבצת תורה שאינה לימוד תינוקות. אולם בשו"ע חו"מ קנו,ג, פסק דהוא הדין לשאר מילי דמצוה, וז"ל: "וכן יש לו ללמד תינוקות ישראל תורה בתוך ביתו, ואין השכנים יכולים למחות בידו ולומר לו אין אנו יכולים לישן מקול התינוקות של בית רבן. והוא הדין לכל מילי דמצוה, שאינם יכולים למחות בידו". ובפשטות לכאורה י"ל, דהרמב"ם ס"ל דמה שאינו יכול למחות אינו במילי דמצוה גרידא, אלא דוקא במצוה כמלמדי תינוקות ותקנת רבי יהושע בן גמלא, דכשיש תקנה מיוחדת להושיב מלמדי תינוקות בכל מקום, אינו יכול למחות. והשו"ע ס"ל דאף בכל מילי דמצוה ואינו תקנה, אינו יכול למחות. ועיין בב"י חו"מ סי' קנו, דכן היא גם דעת הרמב"ם.

ולכאורה נראה דגם רש"י פירש כדעת הרמב"ם, ממה שפירש רש"י בקושית הגמ': ת"ש מי שיש לו בית בחצר השותפין, הרי זה לא ישכירנו לא לרופא ולא לאומן ולא לגרדי ולא לסופר יהודי ולא לסופר ארמאי, דמיירי בסופר – מלמד תינוקות, ומדוע לא פירש רש"י דמיירי בסופר סת"ם, ויבאר שתירוץ הגמ' דאה"נ, דסופר סת"ם אינו יכול לעכב, אבל סופר העיר, שהוא דבר הרשות, יכול לעכב. דלכאורה היה פשוט יותר לפרש סופר יהודי שהוא סופר סת"ם, ולא לפרש דמיירי במלמד תינוקות. ומזה מוכח לכאורה שרש"י ס"ל דדוקא מלמד תינוקות אינו יכול לעכב, משא"כ שאר מילי דמצוה. ולכן לא יכלה הגמ' להקשות מסופר סת"ם, שמעיקרא אין כאן קושיא. וכן מוכח להדיא ממה שפירש רש"י בברייתא שם על רופא, שיכולים לעכב, דהיינו מוהל, ומוהל הוי מילי דמצוה, ואף למסקנת הגמ' במוהל יכול לעכב.

ובתוס' שם (כב ד"ה בסופר), הקשו על פירוש רש"י, וכתבו לבאר דנראה כמו שפי' ר"ח, דסופר מתא היינו כותב שטרות העיר. ולפ"ז מי שכותב דבר מצוה כמו סופר סת"ם, אין יכול לעכב, וזו מעיקרא היתה קושית הגמ', מסופר שכותב סת"ם, שאינו דבר הרשות, מדוע יוכל לעכב, ותירצה הגמ', דמיירי בסופר שכותב שטרות העיר, והיינו דבר הרשות, ולכן יכול לעכב. ומזה יש ללמוד דס"ל לתוס', לפום קושית הגמ', דאין חילוק בין לימוד תינוקות לשאר מילי דמצוה. וכדעת הר"ח פירש גם ברשב"א בסוגיא. ועיין בריטב"א שהביא שני הפירושים, פירוש רש"י ופירוש ר"ח. ובתש' הריטב"א (סו"ס כו) כתב דאין חילוק בין מלמד תינוקות לשאר מילי דמצוה: "ולא דוקא מלמד תינוקות של בית רבן, אלא הוא הדין לעשות מדרש להרביץ תורה או לדרוש בו לרבים כדי להגדיל תורה ולהאדיר, ולא תשכח תורה מישראל. דכליה

חד טעמא הוא". וברבינו גרשם הביא כפירוש ר"ח, והביא יש מפרשים דמיירי בספר המגלח את בני העיר. ומ"מ משמע דלדבר מצוה אינו מעכב.

ומדברי רבו של הרמב"ם – הר"י מיגאש מבואר דאין חילוק בין מלמד תינוקות לסופר סת"ם, דכן מבואר בשטמ"ק ב"ב כב, וז"ל: "ת"ש, מי שיש לו בית בחצר השותפים הרי זה לא ישכירנו כו'. קא סלקא דעתך דהאי סופר יהודי דקתני מלמד תנוקות הוא, דכל מי שהתורה אומנותו, סופר מקרי. אי נמי, סופר ממש שכותב ספר תורה נביאים וכתובים הוא דהוה ליה כמלמד תנוקות, וקתני דמעכב עליה. ופריק דהאי סופר לאו מלמד תנוקות ולא כותב ספר תורה אלא סופר מתא, שכותב שטרות וכתבי הרשות לכל עובר ושב, ולהכי מעכב עליה, אבל מלמד תנוקות של בית רבן, אי נמי סופר שכותב ספר תורה, אע"ג דבאותה חצר הוא, לא מצי מעכב עליו, וקיימא לן כרבא". מבואר להדיא מהר"י מיגאש דמלמדי תינוקות לאו דוקא, אלא הוא הדין לכל מילי דמצוה כסופר סת"ם. ובזה י"ל דכן היא גם דעת הרמב"ם, וכמש"כ הב"י חו"מ סי' קנו.

וברמב"ן בסוגיא פירש סופר דמתא: "פירשו כותב שטרות העיר או ספרי תורה, והקשה על פירוש רש"י שפירש מלמד כל תנוקות שבעיר שיש שם קול גדול; "דכיון דמשום מצוה הוא דשרית ומשום תקנה, כ"ש דאיכא מצוה רבתי ותקנתא יתירתא. ואפשר כיון שהוא שונה ליותר מחמשים מעכב עליו, שהקול גדול ביותר ואין מצוה זו מן המובהר, דהוה להו לאותובי תרי". ומבואר מהרמב"ן דסופר סת"ם אינו בכלל דין התינוקות, ודוקא בתינוקות שיש גם מצוה וגם תקנה, אינו יכול לעכב, משא"כ בסופר סת"ם.

וברמ"ה בסוגיא (אות נה) מבואר דהוא הדין לשאר מילי דמצוה, שאינו יכול לעכב, וז"ל: "... ומסתברא דהוא הדין לשאר מילי, כגון מגרס אוריתא משנה ותלמוד וצלווי בצבורא, לא מצי למימר ליה איני יכול לישן לא מקול הנכנסין ולא מקול היוצאין". ועיין שם בהמשך (אות נו) שכתב להוכיח דסופר סת"ם הוי מילי דמצוה ואינו יכול לעכב: "אבל בסופר כותב ספרים תפילין ומזוזות, ואין צריך לומר במלמד תינוקות של בית רבן, לא מצי מעכב, דאי ס"ד בכותבי ספרים תפילין ומזוזות נמי מצי מעכב, למה לי לאפוקיה להאי סופר יהודי מפשטיה ולאוקומי סופר מתא, לשבקיה כפשטיה בכותב ספרים תפילין ומזוזות, אלא משום דהני נמי כיון דמלאכת שמים היא לא מצי מעכב". ומבואר ברמ"ה, שאף מילי דמצוה שאין בה תקנה כתקנת יהושע בן גמלא, אינו יכול לעכב עליו, ואף להתפלל במנין או תלמוד תורה בריבים.

וכן פסק הטור חו"מ קנו, ח: "וכן אין יכולין למחות בידו מללמד תינוקות של בית רבן ואפילו הן רבים. והוא הדין נמי לכל מילי דמצוה, כגון לחלק צדקה או

להתפלל בעשרה". הרי שאפי' חלוקת צדקה חשיב מילי דמצוה, ולא יכול לעכב בטענת ריבוי נכנסים ויוצאים וכיוצ"ב. וכן כתב בב"י דהוא הדין לכל מילי דמצוה, והראה מקורו לדברי הריטב"א בתש' הנ"ל. והב"ח שם (קנוא) כתב על דברי הטור דרופא היינו רופא אומן, ולא פירש כרש"י דהיינו מוהל, דהטור ס"ל דלאו דוקא מלמד תינוקות דהוא הדין לכל מילי דמצוה, כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה, ולכן מוהל לא יוכלו לעכב עליו, ומה שיכולים לעכב רופא, על כרחך רופא שהוא אומן קאמר. אולם לרש"י דדוקא מלמד תינוקות, ומשום תקנת יהושע בן גמלא שלא יחזור הדבר לקלקולו, אבל לכל מילי דמצוה יכול למחות, גם במוהל יוכל למחות. ועיין עוד בסמ"ע קנוג, שכתב דהביאור הוא רופא לעניני הגוף, ולא כרש"י והלבוש שכתבו דרופא הוא מוהל. ושם בסמ"ע ס"ק ד כתב, דסופר סת"ם אינם יכולים למחות, דלא כרמב"ן שגם בזה יכול למחות.

ובט"ז חו"מ קנוא, כתב, די"ל דאף במוהל יכול לעכב, אף שבמילי דמצוה אינם יכולים לעכב, דיש לחלק בין דברים שיכולים לעשות מחוץ לבית, לבין דברים שזקוקים לקבוץ אנשים, כמו תפילה במנין או חלוקת צדקה, וז"ל: "לפ"ז במה שפירש רופא נפשות, דאטו זה אינו מצוה. ונראה דלהכי כתב רבינו [הטור סעיף ח], מילי דמצוה כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה, להורות דדוקא בענין מצוה התלוי בצירוף אנשים כמו אלו דחשיב, משא"כ כשאפשר לו לילך לבתי האנשים שצריכין לכך, מעכבין עליו שלא ליעשות מוהל, אם הוא בענין שיבואו הרבה אנשים לביתו, כנלע"ד". ובזה תירץ מה שיש להקשות, דרופא הוי גם מילי דמצוה. אלא כיון שיכול לילך לבתי החולים לרפאותם, אינו יכול לעכב. אולם להקים בית חולים במקום, לחולים שאינם יכולים ללכת, לכאורה הוי מילי דמצוה, ואינם יכולים לעכב. ומבואר להדיא דלט"ז תפילה במנין לא יכול לעכב. אולם כאמור לעיל, הדברים אמורים כשעושה בתוך ביתו ולא בחצר השותפים, עיין לעיל אות א.

והאבני נזר (חחו"מ סי' כו) נשאל במקום שבנו בית מטבחים לשחיטת עופות, ונפל הבית מטבחים, ורוצים לבנותו, והשותפים טוענים שאין לזה חזקה כמו קוטרא, ולכן מוחים בעדם. ובתו"ד כתב להקשות על דברי הט"ז, דמה שתירץ הט"ז דיכול לילך לבית החולים, מי לא עסקינן בכרך גדול שהרבה חולים ואין הזמן מספיק לילך לכל אחד לביתו. לכן כתב לישב, לפמש"כ הב"י בטעם האומרים מלמד תינוקות דוקא, דדוקא במלמדי תינוקות שיש תקנת יהושע בן גמלא, וחיישינן שמא יחזור הדבר לקלקולו, משא"כ שאר מצוות יכולות להתקיים בבתי אחרים. ולחולקים שסוברים דאפילו שאר מצוות, י"ל דגם בשאר מצוות חיישינן אם נאריך עליהם את הדרך תתבטל המצוה. וזהו במצוה שאין בה צורך הגוף, כגון כתיבת ספר תורה ומוהל, אבל רפואה ולימוד נערים אומנות, שאפילו אינם יהודים עושים כן, לא חיישינן

שתבטל. ולפי זה הוא הדין שחיטה שמתיר בשר לאכילה לא חיישין כלל שיתבטל. ועיי"ש בהמשך דברי האבנ"ז, שהשואל כתב שבפלאצק נמצאים פושעים שיאכלו בלי שחיטה, והיא מצוה גדולה להציל מאכילת נבילות. והשיב האבנ"ז, דכיון דהכשרים שאינם אוכלים נבילה ח"ו, ימצאו מקום לשחיטה, יוכלו גם הפושעים לשחוט. שוב כתב ששמע שמצאו להם מקום מחוץ לעיר לשחוט, וקלי הדעת המשרתים כאשר יצטרכו ללכת מהלך רב ינחרו בעצמם, ושוב הוי מצוה רבה, ולכן התיר לבנות מחדש את בית המטבחים לשחוט העופות.

ובתש' חמדת שלמה (חחו"מ ה,א), דן במי שרוצה לישא אשה במקום שאין לו חזקה ישוב, אם בני העיר יכולים לעכב על ידו. ובתוך דבריו כתב להביא ראיה מדין מלמדי תינוקות, שאינו יכול לעכב מפני הנכנסים והיוצאים, ולמש"כ הר"י מיגאש דמקרי דרדקי לאו דוקא, הוא הדין שאר מילי דמצוה, י"ל דלשאת אשה הוי ג"כ מילי דמצוה, בפרט דמצוה זו דמי ממש לתלמוד תורה, שאין מוכרין ס"ת רק ללמוד תורה ולישא אשה, ואולי נזדמן לו בר מזלו בעיר זו, וא"כ י"ל דבזה לא תקנו. ואף שהב"י הביא שהרמב"ן חולק על הר"י מיגאש; "מ"מ נראה דהסכמת רוב הפוסקים כהר"י הלוי, וכן סתם המחבר". הרי שהכי קיי"ל שאין חילוק בין מקרי דרדקי ודבר מצוה אחר, ובכל ענין אינם יכולים לעכב. אמנם צ"ע האידנא שיש אולמות מסודרים לחתונה, ואין דרך לעשות שמחות כאלה בביתו באופן תדיר, יוכלו לעכב, אבל לא שמחות שעושים באופן אקראי.

ועיין בחת"ס בחידושי לב"ב כא,א, שכתב לחלק בין מצוה המוטלת על הציבור, למצוה המוטלת על היחיד, וכן חילק בין סוגי המצוות השונים, דודאי מאז ומעולם היו מלמדי תינוקות בישראל בכל עיר ועיר, ומי שיש לו אב שחייב ללמד בנו, שכרו האבות מלמדים לבניהם, ולא היה החיוב מוטל על הציבור אלא על האב או על עצמו. ולכן לא יכל האב להזיק לשכן ע"י ריבוי נכנסים ללמוד, ושום יחיד לא התחייב לסבול ריבוי דרך וקול תינוקות, והאב ימציא לבניו מקום שיפויסו השכנים לסבול. אולם משתיקן יהושע בן גמלא, והטיל החיוב על הציבור, גם מי שאין לו בן, הוטל חיובו של בן זה לסייע לאביו או לציבור להניחו לגור בשכונתו. עוד כתב החת"ס, דגוף הדין לאו מיהושע בן גמלא ואילך נתחדש, אלא כן הוא מעיקר הדין, וכל מצווה המוטלת על הציבור, כגון מוהל, דמילת הבנים מוטלת על כל ישראל למי שאין לו אב, הוא הדין כשיש לו אב, עכ"פ מוטל על כל ישראל להניח למוהל לדור בשכונתם, או רופא נפשות וכן תפלה בציבור. משא"כ תשב"ר, כיון שקודם התקנה לא היה מוטל אלא על האב, לא היה מקום לחייב את השכנים לסבול היזקם, ובא יהושע בן גמלא והטיל גם את זה על הציבור.

והקשה החת"ס על הט"ז שכתב רופא נפשות ואומן ומוהל, ילכו הם אצל הבנים והחולים ולא יבואו אצלם, ואף שרוב החולים אינם יכולים לילך אצל הרופא, מ"מ מהיכן ידע הרופא שיש חולה, או המוהל שיש בן למול, אם לא יבואו ויקראו להם לבוא, והיינו ריבוי נכנסים ויוצאים. וע"כ פי' הב"י, דרופא אומן שיכולים למחות, כאמור בברייתא, היינו מקיז דם שאין בו סכנת נפשות והצלה כל כך, משא"כ רופא העוסק בפיקוח נפש ואומן מוהל, אין יכול למחות. עוד כתב החת"ס "על דרך הלצי", על פסוק: והיה כי יראו המילדות את אלקים, ויעש להם בתים. שעשה פרעה להם בתים קבועים וידועים לדור שם, ויהיו מוכנות המילדות ולא יאחר דבר. ולפי הנ"ל י"ל, טענת המילדות היתה כי אין השכנים מניחים ריבוי דרך הקוראים למילדות, וצריכות המילדות לחשוב עת לידת כל אשה, ולהשכים לפתחה עת לידתה, והיות כי חיות הנה, בטרם תבא אליהם וילדו. ע"כ עשה להם המלך בתים ידועים כבי כנישתא שבעיר הנ"ל, ויקראו אותם בזמנו, עיי"ש.

והובאו הדברים גם בתש' חת"ס (חחו"מ סי' צב), והוסיף שם החת"ס, דאף שכתבו הפוסקים דלאו דוקא תשב"ר אלא כל דבר מצוה, וא"כ הא קיי"ל בזה"ז דמזונות דבר מצוה הוא, כמש"כ הרמ"א בשו"ע או"ח סו"ס רמח, מ"מ אין לומר דיתירו לאדם לפתוח עסק של ריבוי נכנסים, ולא יוכל השכן למחות, בטענה שכל עסק לפרנסה הוא דבר מצוה, דדוקא בבטול מצוה, דאם לא ילמדם יתבטלו, או שאר מצות המוטלות על הכל, משא"כ בזה, דפרנסת בניו ובני ביתו היא מצוה המוטלת עליו ואינה מוטלת על שכינו, שיוזקו ע"י קלא דלא פסק בחצרו. (ועיין לגר"ע יוסף זצ"ל בתש' יביע אומר, ח"ז חאו"ח כא, ג, מה שדן אם הוא הדין לענין למוד למודי חול, שיוכלו בדרך זו להתפרנס, עיי"ש).

ג. הפרעה זמנית בשימוש בחצר השותפים

לאמור לעיל, אף שתפילה בציבור הינה ממילי דמצוה, ודעת הרבה פוסקים שכל מילי דמצוה אינו יכול לעכב, ואף למש"כ לעיל שכל הנידון הוא רק בעושה בביתו ולא בחצר המשותפת, י"ל כיון שאין מדובר בבית כנסת קבוע אלא מנין זמני לתקופה מוגבלת, יש לכאורה להתיר מדין נזקי רעש, ולכאורה אף בשימוש בחצר באופן שאינו קבוע, לא יוכל למחות. יש לדון בענין זה בשתי נקודות: האם בנזק של נכנסים ויוצאים, שהוא כקוטרא ובית הכסא, יכול למחות כשאינו תדיר. והאם יכול למחות בחבירו המשתמש בחצר בשימוש אקראי, אך שימוש זה אינו מקובל, דכל המחאה בחצר השותפים הוא רק כשעושה בנין קבע ושימוש קבע.

דלענין חצר השותפים והשימוש באופן אקראי לא מקובל, דתנן במשנה ב"ב נז, א; אלו דברים שיש להן חזקה ואלו דברים שאין להן חזקה, היה מעמיד בהמה

בחצר, תנור, ריחיים וכיריים, ומגדל תרנגולים ונותן זבלו בחצר, אינה חזקה, אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה עשרה טפחים ... הרי זו חזקה. והקשתה הגמרא מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא. ותי' הגמ', אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבבה, הכא בחצר השותפין עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי, אמחיצה קפדי. ופירש הרשב"ם שם, דבהעמדת בהמות גרידא בלא בלא בנין לא הוי חזקה, דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה, משא"כ מחיצה ובנין דקפדי, מדשתקו ולא מיחו, בודאי ברשותן עשו. ובהמשך הקשתה הגמ', והא תנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין להכנס לחצר, אלמא דבהעמדה גרידא קפדי (עיי"ש ברשב"ם). ותירצה הגמ', אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבבה, הכא ברחבה שאחורי הבתים עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי ואמחיצה קפדי.

ולכאורה נראה דהקפידה היא לא על אופן השימוש אלא על המניעה שמונע ממנו השותף שבנה מחיצה להשתמש בחצר המשותפת, שגם לו יש בה זכות שימושים, ובבנית המחיצה מונע משותפו להשתמש בחצר כחפצו. וכך עולה מפירוש הרשב"ם (בד"ה והכא): "שאחד מן השותפין עצמו העמיד בהמותיו ותנור ואשפה שלו בחצר ג' שנים ולא מיחו בו, וסתם חצר לכניסה ויציאה הוא ולא להעמיד שם בהמותיו וחפציו זמן מרובה, והילכך בהעמדת בהמותיו גרידא בלא בנין לא הויא חזקה, דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיצטרכו לאותו מקום, וכשיצטרכו, יקפידו ויסלק זה חפציו". מבואר ברשב"ם שהקפדת השותף נובעת מכך ששותפו מונע ממנו את השימוש בחצר לטווח ארוך. כאשר מעמיד בהמותיו בלא בנין אין בכך מניעה קבועה, שהרי יוכל לתבוע ממנו סילוק בהמותיו בשעה שיצטרך לאותו מקום, וכשלא יצטרך, יחזירן שותפו למקומן, וע"כ לא מיחה בו השותף ולא הוי חזקה. אולם כאשר מעמיד מחיצה, הרי זו מניעה קבועה, ובכגון זה קפדי שותפין אהדדי, ומדלא מיחה הוי חזקה. ומשמע מדברי הרשב"ם דדוקא במחיצה של בנין ממש קפדי, משא"כ מחיצה הניתנת לסילוק אלתר. וכן נראה גם מפרושו בתירושו של רב נחמן המחלק בין רחבה שאחורי הבתים לרחבה שלפני הבתים: "מתני' ברחבה שאחורי הבתים דאינו מקפיד כל כך, אבל בחצר שלפני הבתים צריך שיהיה מקום פנוי לביאה ויציאה, והלכך קפדי בהעמדה דכדי". ההקפדה היא על המניעה שמונע ממנו להשתמש בחצר, להכנס ולצאת, ואפילו יעמדו הבהמות באופן ארעי ללא מחיצה יהיה בכך הפרעה לכניסה ויציאה, משא"כ באחורי הבתים שאין הדבר מפריע כ"כ, לא קפדי אא"כ יעשה מחיצה.

ובהמשך הגמ' מובא תרוץ נוסף, אמר רב יוחנן משום רב בנאה, בכל שותפין מעכבין זה את זה חוץ מן הכביסה, שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על הכביסה. הרשב"ם שם (בד"ה בכל), פירש: "בכל תשמישין הקבועים בחצר, דומיא

דהעמדת בהמות תנור וכיריים שממעטין אור החצר, יכולין לעכב אם האחד רוצה לעשות לבדו וחביריו אין רוצים לעשות כן". גם כאן נוקט הרשב"ם שימושים קבועים שממעטין אור החצר, ומשמע דדוקא בכגון זה שמונע ממנו את ההשתמשות בחצר יכול למונעו, משא"כ תשמישין ארעיים. ורבינו גרשום שם פירש: "בכל שותפין מעכבין זה לזה, שלא יעשה מלאכה בחצר שאין חבירו עושה". רבינו גרשום אינו מזכיר בדבריו תשמישין קבועין ומיעוט אור החצר ומניעת ההשתמשות של השותף השני, אלא סתמא דמילתא שיכול כ"א לעכב על חבירו מלהשתמש באופן שאין הוא משתמש. וא"ת א"כ לעולם יעכבו האחד את השני, במציאות שכ"א משתמש באופן שונה. י"ל דהכל תלוי במנהג המקום אם הדרך להשתמש באופן זה. א"כ לפירוש רבינו גרשום בתירוץ זה של הגמרא ההקפדה היא על מעשה השימוש של השותף ולא על מניעת השימוש של שותפו.

וכן נראה גם מדברי הרמב"ם (הל' שכנים ה,ג), וכפי שפסק המחבר בחו"מ קסא,ה (בלשון זהה ללשון הרמב"ם), וז"ל: "אחד מהשותפים בחצר שביקש להעמיד בה בהמה או רחיים או לגדל בו תרנגולים, חבירו מעכב עליו, וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשות בחצרותיהם, כולם השותפין מעכבין זה על זה". הרי שנקט המחבר דיכול לעכב מהשותף מלהשתמש בכל תשמיש שאין דרך בני אותו מקום להשתמש בחצר, ובמנהגא תליא מילתא. ועיי"ש בבאר הגולה ס"ק י שציין את סברת המחבר דיכול לעכב בכל תשמיש שאינו נהוג, לתירוץ רבי יוחנן בגמ' הנ"ל.

ונראה דאלו שני הסברים לא פליגי אהדדי, דכאשר משתמש בדבר שרגילות להשתמש באותו מקום, אין השותף יכול למחות בו מכח טענת מיעוט אור וכו', דהא רגילות להשתמש בכהאי גוונא בחצר, וא"כ אין שותפו יכול למונע ממנו השתמשות בדרך הרגילות בטענה שאף הוא חפץ להשתמש, לשני ההסברים מותר להשתמש באופן הרגיל. וכל אוקימתא של הגמ' על כל תרוציה, אף לפרוש הרשב"ם, מיירי באופן שמשתמש בחצר באופן שאין מקובל להשתמש באותו מקום, ובכגון זה יכול למחות בו בטענה שמונע ממנו להשתמש בחצר למטרה הרגילה, כגון הכנסה והוצאת סחורה. וע"כ, כאשר מעמיד תרנגולים ועושה להם מחיצה, לתרוץ קמא הוי השתמשות באופן לא מקובל המונעת מהשותף מלהשתמש באופן המקובל. ולתרוץ השני, אפילו ללא מחיצה, אם העמיד תרנגולים וכד', ברחבה שלפני הבתים, יש בכך שימוש לא מקובל המפריע לפריקת סחורה או לכניסה ויציאה וכד'. וע"כ לכ"ע יכול למונע את שותפו להשתמש בחצר בטענה שבשימושו מונע ממנו את השימוש בחצר, דוקא כאשר השותף פועל בחצר בדרך שאינה מקובלת, דהיינו שאין דרך בני אותו מקום לעשות זאת בחצר. והוא הדין בשותפים בשדה וכד', יכול למונעו מלהשתמש במקום בדרך

שאינה מקובלת, מהטעם הנ"ל. וכל שדרך להקפיד ולא הקפיד, יכול לבוא השותף בטענת חזקה.

ומדברי הלחם משנה (שכנים ה,ג) מבואר דיש היכי תימצי שיכול להקפיד, אבל אין באי הקפדתו משום חזקה. הלחם משנה הקשה סתירה בין דברי הרמב"ם שם בה"ג, דמבואר דיכול למחות בשותפו שלא יעמיד בהמה או רחיים בחצר, ובה"ה מבואר דדוקא במחיצה הוי חזקה. ותירץ בלח"מ שאף בלא מחיצה יכול למחות אלא שאין באי מחאתו משום חזקה, דיתכן ולא מחה הואיל ואין כאן תשמיש במחיצה, אך מ"מ לא מחל וע"כ לא הוי חזקה. אך במחיצה דהוי דרך קביעות ומניעת תשמיש גדולה ממנו, אי מחאתו מהוה חזקה, עיי"ש. ונראה דאף בלא מחיצה מה שיכול למחות הוא דוקא באופן של קביעות, אבל בשימוש אקראי, אף שאינו מקובל, אינו יכול למחות.

והריב"ש בתש' (סי' רמח) כתב, שענין ההקפדה משתנה בהתאם לקביעות התשמיש. הריב"ש דן במי שהחזיק לפרוק את בהמותיו בשעת הבציר בחצר חבירו, אם הוי חזקה. ובתוך דבריו מתיחס לנידון כזה בגוונא של חצר השותפים, וז"ל: "כי מה שהעמידה בגמרא ברחבה שאחורי הבתים, זהו לפי מה ששנו במתניתין, היה מעמיד בהמה בחצר וכו', רוצה לומר בתמידות בלי הפסק, ובזה דרך להקפיד אם לא ברחבה שאחורי הבתים, אבל מ"מ למדנו מן האוקימתא ההיא, שאם המקום הוא שאין מקפידין עליו בתשמיש ההוא, אינה חזקה. ובנידון זה שאינו תמיד בלי הפסק אלא מידי שנה בשנה, אין דרך להקפיד במקום כזה". לדעת הריב"ש יש לבדוק כל סוג תשמיש לא רק לגופו ומקומו אלא אף לתדירותו. אם יש שימוש שדרך להקפיד עליו כשנעשה באופן תדיר וקבוע, הוי חזקה משנעשה באופן זה ולא מיחה, משא"כ אם נעשה באופן ארעי ואין דרך בני אותו מקום להקפיד בשימוש ארעי מעין זה, לא הוי חזקה מדלא קפיד, דאין דרך להקפיד, ואפשר דאף אם היה מקפיד לא יכל למנוע את השימוש באופן זה. ומזה יש לומר לנדו"ד, דכיון שמדובר בשימוש ארעי בחצר השותפים, ומיד עם אפשרות התפילה בבתי כנסיות יפסק המנין בחצר, ולכן כיון דהוי ארעי ולזמן קצר בס"ד, אינו יכול למחות.

ד. נזק לא תדיר

כמו כן מצאנו מחלוקת אם יכול למחות בנזקי שכנים של קוטרא ובית הכסא, שרעש נכנסים ויוצאים שוה בערכו לנזקם, כמבואר בנימוק"י הנ"ל (אות א). וכתבתי בענין בח"ט סי' ט, ואביא את עיקרי הדברים הנוגעים לנדו"ד. בתוס' (ב"ב כג,א ד"ה בקוטרא) כתבו: "נראה לר"י דדוקא בקוטרא דכבשן שהוא גדול ומזיק ביותר אין

חזקה, כדאמר במרובה (ב"ק פב,ב) אין עושין כבשונות בירושלים, מ"ט משום קוטרא. ודוקא נמי בית הכסא שלהן שהיה למעלה מן הקרקע והיה מסריח ביותר, אבל בשלנו שהוא מכוסה יש חזקה". וכן הביא הרא"ש שם הי"ח מר"ת, דדוקא קוטרא דכבשן שהוא רב ומזיק ביותר, והביא ראייה מהא דאין עושין כבשונות בירושלים משום קוטרא. וכבשונות היינו משרפות סיד לקדירות, כמו שפירש רש"י ב"ק פב,ב. ועיין עוד רש"י עה"ת (בראשית יט,כח), דכבשן היינו חפירה ששורפין בה אבנים לסיד. וכל אלו יוצרים עשן רב, משא"כ עשן שאינו של כבשן, לכאורה אינו בכלל, ויש לו חזקה. והוא הדין בבית הכסא שיוצר סרחון רב, כדוגמא שהביא התוס', שהיה למעלה מהקרקע. וכוונת כבשונות, שיש בהם ריבוי עשן.

אולם יש מהראשונים שכתבו לחלק בין אם העשן תדיר או לא, וסוברים דאין חילוק בין עשן רב למעט, אלא כל שהוא מזיק, אפי' במיעוט עשן, אין לו חזקה, ורק עשן שאינו תדיר, יש לו חזקה, וכן כתב בנימוק"י (ב"ב יב,א מעמיה"ר), דבא מעשה לפני מורו הר"ר חסדאי, בעשן הרגיל לעשות בביתו לתיקון מאכליו, ואמר דכל עשן המזיק לאדם הוא קוטרא האמור בגמ', ועשן כבשונות בא למעט עשן שאינו תדיר. וכן הדין בריח בית הכסא, דכשאינו מגולה אינו תדיר ואינו רע ביותר, דדוקא ריח רע תדיר חשיב רע ביותר. והביא שכן כתב הרמ"ה.

ודברי הרמ"ה הם בחידושים לב"ב (פ"ב אות פד), וז"ל: "ומסתברא דלא מיירי אלא בכבשונות של נחתומין ושל יוצרים וכיוצא בהן, אבל תנור שהיחיד אופה בו פתו וכירה ששופת עליה קדירתו פעם או שנים ביום, כיון דלא שהי קוטריהו רובא דיומא, לאו תדיר הוא ואית ליה חזקה. ודוק מינה, חזקה הוא דאית ליה, הא לכתחילה מצי מעכיב, ואפילו בעשן שאינו תדיר, דכיון דעל כרחך נזקא הוא, דאי לאו נזקא הוא, כי הוי תדיר נמי אמאי לית ליה חזקה, אלא משום דתקיף נזקיה טפי משאר נזקים, הילכך כי לא הוי תדיר נמי, נהי דאית ליה חזקה, מיהו היכא דלא אחזיק מיהת מצי לעכובי עילויה". ודברי הרמ"ה הביאם גם הטור חו"מ קנה,ג. ומדברי הרמ"ה מבואר דעשן לא תדיר הוא עשן "דלא שהי קוטריהו רובא דיומא", וצ"ל דעשן תדיר הוא עשן השווה במקום רוב היום.

הרשב"א נשאל במי שיש לו בית ועליה, והשכיר הבית לאחד והעליה לאחר, ושוכר הבית מזיק לשוכר העליה בקוטרא. והשיב הרשב"א: "אם מזיקו בעשן תדיר, כגון שעושה שם חנות של נחתומין או של צבעין וכיוצא בזה, יכול הוא למחות. אבל אם מדליק זה אש בביתו, כשאר בני אדם בבתיהם לתבשילו ולפעמים להתחמם כנגד המדורה, אינו יכול למחות, שכל הדירים בבתיים כן דרכם, ובתים לך עשויים, וגם הוא על דעת כן שכר העליה". ומבואר דאינו יכול למנוע משכנו לעשות עשן

שיש רגילות לעשותו בבית. וכן מבואר במאירי בסוגיא (ב"ב כג,א), דעשן שאין לו חזקה, דוקא בעשן התדיר כגון של נחתום וצבע; "אבל בכדי צרכו לאפות את פתו ולבשל את תבשילו, אין ספק שאין יכול לעכב".

ולכאורה מהירושלמי ב"ב (ב,ב) מבואר כרשב"א, שאף לכתחילה אינו יכול למחות, ומהירושלמי משמע שאף בעשן לא תדיר שאינו מעיקר שימושי הבית, אינו יכול למחות. דאיתא בירושלמי: ר' יהושע אומר, ממחיי רבנין בעשן תדיר (כהא דוקא אמרו דאין חזקה לנזקין, ובוזה מוחין החכמים מלעשות כן, דכיון שתדיר הוא, אין הדעת סובלתו ואין זה יכול לטעון טענת חזקה – פני משה), כהדא (עובדא דשמעין דבעשן שאינו תדיר אין מוחין) חדא איתא הוות מדלקת חולין תחות ר' אילפיי, איבעה ממחייא בידה, אתא עובדא קומי רבי נסה, אמר, לא אמרו אלא בעשן תדיר (פחמין הנעשין מעפר הקרקע, והיתה מדלקת בהן תחת ביתו של רבי אילפיי, והיה רוצה למחות בידה, וא"ל רבי נסא דלא אמרו אין חזקה לנזקין אלא בעשן תדיר, כגון עשן הכבשן שהוא תדיר ומזיק ביותר). ומבואר מהירושלמי שאף לכתחילה אינו יכול למחות בעשן שאינו תדיר, וצ"ל דאותה אשה הדליקה לצורכי השימוש בבית. ולכאורה למה שפירש בפני משה דחולין היינו חולסית והמצולה, עיין ב"ב סז,א וברשב"ם שם, דהיינו קרקע שעפרו חול שמוציאין ממנו זכוכית, וא"כ אפי' אינו צרכי הבית ממש, אין יכול למחות בעשן שאינו תדיר.

ובר"י קרקושא בסוגיא מבואר שהר"ח למד דינו מהירושלמי, וז"ל: "ר"ח כתב, מסקנא דגרמא בנזקין אסור בקוטרא תדירא ובית הכסא וכל דדמי להו, ע"כ. וסמך אירושלמי דאמר, ולא אמרו אלא בעשן תדיר, כהדא חדא איתתא דהות מדלקא חולין תותי ר' אלפא, בעי למחויי בידה, אתא עובדא קומי רבי, אמר לא אמרו אלא בעשן תדיר ובבית הכסא". (ועיין גם ברבינו יונה בעליותיו בסוגיא, ובסמ"ג עשין פב). ולכאורה לשון בעי למחויי, משמע שהוא ענין למחאה ולא לחזקה, וכפירוש הפני משה. גם הרשב"א בסוגיא כתב לחלק בין עשן תדיר ללא תדיר, והביא ראיה מהירושלמי, ומשמע דבעשן שאינו תדיר, אף למחות אינו יכול. ואם את"ל דיכול למחות לכתחילה, מ"מ בעשן שהוא מעיקר שימושי הבית, אינו יכול למחות, וכמש"כ הרשב"א בתש' הנ"ל. וכן משמע להדיא מהרשב"א בתש' (ח"ב סו"ס מה), שהביא ראיה מהירושלמי לענין שימושי הבית, וז"ל: "ועוד, שאין זה כעשן שאמרו חכמים ז"ל שאין לו חזקה, שלא אמרו אלא בעשן תדיר וגדול כעשן הכבשן, אבל כעשן בעלי בתים לא. שאלו כן, אין לך בונה בית, ולא מדליק אש תחת תבשילו, כדי שלא יצא עשנו בחוץ. והכי איתא בירושלמי ... אתא עובדא קומי רבי נסה ואמר, לא אמרו אלא בעשן תדיר". ומבואר שלמד מהירושלמי שאינו יכול למחות בעשן שאינו תדיר, שאל"כ אין לך בונה בית וכו'.

ומש"כ הריטב"א בסוגיא: "י"מ בעשן הכבשונות תדיר, וכן פירשו בירושלמי שלא אמרו אלא בעשן תדיר. ומיהו נראה דעשן כבשן לאו דוקא, אלא ה"ה עשן בית אם הוא תדיר". נראה דהיינו דוקא בעשן בית שאינו מעיקרי תשמישי הבית כבישול והסקה, אלא עשן שאינו תעשייתי, אבל אינו מעיקרי הבית, שאם הוא מעיקרי הבית, אפי' הוא תדיר, כגון במקומות הקרים שצריך להסיק ביתו, לא ס"ל לריטב"א שיכול למחות. אולם בדברי הרמ"ה (הנ"ל), אין לפרש כן, דהרמ"ה מיירי להדיא בעשן הבא מחמת בישול על הכירה.

ומדברי מהר"מ מרוטנבורג נמצאנו למדים גדר נוסף. דאם עד עתה למדנו דיש עשן כבשונות ועשן בעלי בתים (תוס') עשן תדיר ושאינו תדיר, מחדש מהר"מ דיש גם עשן אקראי, שאם נעשה לזמן מועט של פעם בשבוע, אינו יכול למחות. מהר"מ בתש' (ד"פ סי' רלג) נשאל באחד שבנה מרחץ סמוך לבית כנסת, וטוענים הקהל שהעשן קשה להם וריח המרחץ. והשיב מהר"מ, דכבר פירש ר"י בתוס' דקוטרא היינו כבשונות גדולות; "דנפשי קיטרא טובא ומלתא דקביעותיא הוא, שאופים בהן תדיר ומזיק טובא, אבל כה"ג יש חזקה, וכ"כ רבינו מתתיה גאון ... וכן אמר רב עמרם גאון, וכ"פ ר"ח דוקא קיטרא תדירה, והביא ראי' מדגרסי' בירושלמי ... כל שכן הכא דבאקראי בעלמא קא עביד פעם אחת בשבוע ודבר מועט". מבואר דכל דבאקראי בעלמא, אינם יכולים למחות, וכגון המרחץ שעושה אחת בשבוע ודבר מועט. ולכאורה גם בנדו"ד שעושה לתקופה קצרה ומוגבלת, יחשב כאינו תדיר ולא יוכלו למחות באלו המתפללים בחצר.

ובתה"ד (ח"ב סי' קלז) כתב להדיא שבעשן שאינו תדיר, אין חזקה ואינו יכול למחות, דלא כרמ"ה. תה"ד סמך דבריו על תש' רב מתתיה גאון (מובא בהגהות מיימוניות שכנים יא,ד, וכן הביאו ר' ברוך בשיטת הקדמונים, בסוגיא ב"ב כג,א); "שאלו מקמי מר מתתיה גאון ז"ל, ראובן שביקש לבנות פורני (תנור), ועמדו שכניו לעכבו מהו. והשיב כי יכולין לעכבו. שפורני הזיקו מרובה ומצוי מחמת עשן, ועל המזיק להרחיק עצמו הזיקו. ואפילו לרבי יוסי דאמר זה חופר בתוך שלו, בקוטרא וריחא דבית הכסא מודה". ומוכיח מכאן תה"ד, דעשן שאינו תדיר ומצוי לא יכול לעכב אפי' לכתחילה, שהרי כתב שבקש לעשות פורני חבירו מעכבים עליו משום דהזיקא רב ומצוי, משמע הא לאו הכי, לא יכולים לעכב ואפי' לכתחילה. וגם רבי יוסי מיירי לענין לכתחילה ולא לחזקה. עוד הביא ראי' מהג"א ב"ב ב,ו, דמוכח דבאינו תדיר אינו יכול לעכב. וכתב תה"ד לשואלים שפסקו כרמ"ה שיכולים לעכב לכתחילה: "ואף כי בפלוגתא דרבוותא על הניזק להביא ראי', וכ"ש הכא דהירושלמי משמע הכי בפשיטות, מ"מ איני קורא עליכם טועים בפסק שלכם, הואיל ומצאתם כדבריהם בהדיא בפסקי הגאונים". ומבואר דדעת תה"ד שאף לכתחילה אינו יכול לעכב

בעשן שאינו תדיר. וכן מבואר בדברי המגיד שכנים יא,ד: "פירשו המפרשים עשן, דוקא בעשן תדיר כעשן הכבשן וכיוצא בו, אבל בעשן שאינו תדיר, אינו יכול למחות, וכן אמרו בירושלמי ...". הרי שבעשן שאינו תדיר, אינו יכול למחות אף לכתחילה.

והב"י (חו"מ סי' קנה, בבדה"ב) כתב לדייק מדברי הטור, דבתי כסאות בחפירות מכוסים, נהי דחזקה יש להם אם החזיק, אבל לכתחלה יכול למחות בו, דומיא דתנור וכירה דיחיד. ודין תנור וכירה דיחיד, עיין בב"י שהביא מדברי הרמ"ה לשני ענינים, האחד - דלא מיעט תנור שהיחיד אופה בו פתו וכן כירה, אלא משום דלא שהי קוטרייהו רובא דיומא, הא אי שהי קוטרייהו רובא דיומא, אף שאין עשן רב כעשן של כבשונות, אין לו חזקה. דכל שהוא רב אף שאינו תדיר, אין דרך בני אדם לסבלו ואין לו חזקה. ואח"כ הביא מתה"ד (ח"ב סי' קלו הנ"ל) שכתב דעשן שאינו תדיר ומצוי, לא יכול לעכב אפילו לכתחילה, וכתב הב"י דזה דלא כרמ"ה: "ולי נראה דלענין מעשה כדברי הרמ"ה נקטינן שהוא רב מפורסם". הרי דס"ל לב"י דבעשן שאינו תדיר, אף שיש חזקה, מ"מ יכול לעכב לכתחילה. וכן כתב הב"י בתש' אבקת רוכל (סי' קיז), דאף שתה"ד הביא ראיות דאפילו לכתחילה לא יכול לעכב, סומכים אנו על דברי הרמ"ה דלכתחילה יכול לעכב בעשן שאינו תדיר; "להיות הרמ"ה רב גדול מפורסם בחכמה ודבריו מבוארים, ודברי מה"ר איסרלן הם מדקדוק דברי הגהות המרדכי, וגם הוא עצמו כתב שהפוסקים כדברי הרמ"ה אינו יכול לקרות אותם טועים, ולדין לכתחילה נמי פסקינן הכי". הרי שפסק דלכתחילה יכול לעכב גם באינו תדיר. וכן פסק המבי"ט (ח"א סי' שה) כדעת הרמ"ה, שכן אנו דנים למי שמוחה בתחלה על תנורים שאין העשן תדיר ועל עשן הכירה שמבשלים בו כל יום והוי תדיר, אלא שאינו עשן מרובה ככבשונות ותנורים, דבכולם יכולים למחות וכדעת הרמ"ה. וע"ע בפרק מטה אהרן (ח"א סי' מח) מש"כ בזה. ולפי זה גם רעש של נכנסים ויוצאים שאינו תדיר, יכול שכנו למחות לכתחילה.

ובדר"מ שם (חו"מ קנה, יג) כתב לפסוק כהה"ד; "ונראה דהכי נקטינן דמהרא"י בתרא הוי וחכם ראוי לסמוך עליו, ודלא כמה שכתב בית יוסף דיש לדחות דבריהם מקמי דברי הרמ"ה שהיה רב מפורסם". ומחלוקתם גם בשו"ע חו"מ קנה, לז, דהמחבר פסק דלכתחלה מצי מעכב אפילו בעשן שאינו תדיר. והרמ"א הביא דעת תה"ד דבעשן שאינו תדיר, אפילו לכתחלה לא יוכל למחות; "וכן נראה לי להורות". ובש"ך ס"ק יט האריך לחלוק על פסק הרמ"א, וכתב להקשות על ראיות תה"ד, עיי"ש, וגם מש"כ תה"ד דבמחלוקת הפוסקים על הניזק להביא ראיה, כתב הש"ך דהיינו דוקא כשהחזיק כבר, משא"כ כשרוצה להחזיק, על המזיק להביא ראיה, וכל שאינו מביא ראיה, הרי הוא בחזקתו דמעיקרא. עוד כתב הש"ך דמסתבר כרמ"ה, דאיך יעשה לו נזק לכתחלה אפי' כל שהוא בעל כרחו. וכיון דהרמ"ה והטור והנמוק"י ס"ל דאף בעשן שאינו תדיר יכול למחות לכתחלה, הכי נקטינן.

והגרע"א (קמא, סו"ס קנא, הובא גם בפת"ש חו"מ קנה"ז) פסק כדעת הרמ"א דאינו יכול למחות, והביא מהריב"ל בתש' (ח"ב סי' פד - פה) במי שהחזיק בצינור על חבירו ובא להגביה, דהוי ספיקא דרבוואתא, דכל זמן שאינו מברר דהוא מזיק לו, אין שומעין לו. ולא דמי לנזק מבורר והוא בא לזכות, דכיון שהספק בעיקר הנזק אם מזיק אותו, אינו יכול למחות. דדעת המהריב"ל בעושה הכל בשלו והספק אם מזיק אותו, אינו יכול למחות. וכן כתב תה"ד בעשן שאינו תדיר דהוא ספיקא דרבוואתא אי מקרי היזק, דמותר לעשות כן בשלו לכתחילה, ושכן פסק הרמ"א. וכן דעת מהרש"ם (ח"א סי' קעח), שהביא מהעטרת צבי שהעיד דהמנהג פשוט כהרמ"א, ופוק חזי מה עמא דבר: "ויש לומר דאין ראייה מחכמי הספרדים, דגרירן תמיד בתר פסק הב"י, אבל אנו נוהגים כהרמ"א". ומכל זה י"ל דברעש שאינו תדיר, באנו למחלוקת הראשונים, ומחלוקת השו"ע והרמ"א כיצד לפסוק לדינא.

ה. בגורם לחולי הראש

והנה בנדו"ד יש לשכן טענה נכונה, שאם יתפללו מתחת לביתו בשעה כה מוקדמת, הדבר יעיר אותו ואת משפחתו, ובכלל זה ילדיו הקטנים, וכידוע התעוררות מרעש גורמת לחולשה במשך היום ולכאבי ראש. ואף אם אין טענה לחולי הראש לענין מלמדי תינוקת, י"ל דשם אין ברירה כיון שרשאי ללמד תינוקות בכל מקום, אבל בנדו"ד יכולים להתפלל בשעה אחרת, ואף שתפילת ותיקין שכרו מרובה מאד, כמש"כ בשו"ע או"ח נח"א, ומקורו בגמ' ברכות ט"ב, מ"מ כיון שיכול לקיים מצות תפילה בשעה אחרת ולא תתבטל התפילה במנין, מדוע יזיק את חבירו בנזקי גוף.

הריב"ש בתש' (סי' קצו) דן בטענה של שכן נגד שכן אחר העוסק באריגה, שקול הרעש מהאריגה מזיק לאשת השכן, מחמת היותה חולה. וקיבל הריב"ש את טענת הניזק ואסר על המזיק לעשות רעש באופן שגורם לאשת הניזק חולי הראש. אף שטענת רעש מבואר במשנה שאינה טענה, שאינו יכול לטעון שאינו יכול לישון מפני קול הפטיש והרחיים, כל זה בבריאים, אך בחולה יכול לטעות כנגד טענת הרעש, וז"ל הריב"ש: "וכן הטענה השלישית שטען ראובן, מפני חולי אשתו, שמזיק לה בראשה, גם זו טענה גדולה. ואע"פ ששינוי במשנה (שם): אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הפטיש ומקול הריחים, ואפילו בחנות שבחצר, כל שכן בזה שהוא בחצר אחרת, זהו בשאר בני אדם הבריאים. אבל כיון שהאשה זו מוחזקת בחולה, אין לך גירי גדול מזה, והוה ליה כקוטרא ובית הכסא, וכדאמר רב יוסף (כג"א): הני לדידי כקוטרא ובית הכסא דמו לי. ואם במה שאדם קץ מחמת שהוא מאניני הדעת, הוה לדידיה כקוטרא ובית הכסא, כל שכן במה שמזיקו בגופו מחמת שהוא חולה או חלוש המזג". מדברי הריב"ש נמצאנו למדים שבקוטרא ובית

הכסא, מחמת היותם נזקי גוף, לא רק שאין בהם חזקה ואינו מוחל, אלא גם בהגדרתם נחשבים כמזיק בגיריה. קול הפטיש וקול הרחיים זו הפרעה ולא נזק, לכן אינו יכול למחות. אבל בחולה, שזה נזק הגוף, עד כמה שזה נזק, הרי זה גיריה, ואסור להזיק וחייב להרחיק. הניזק, בהיותו חולה, הופך סוג של הפרעה לנזק. אותו מעשה יכול להחשב לאחד כהפרעה ולא כנזק, וביחס לניזק אחר, יחשב כנזק. הניזק מגדיר את המעשה כנזק, בהיותו חולה. וזה נלמד מדברי רב יוסף, שהאנינות של הניזק, קובעת את הגדרת המעשה, כהפרעה או כנזק. לכן אם מהראשונים הנ"ל למדנו שדבר ראשון יש להגדיר את המעשה כנזק הגוף, ופועל יוצא שאדם לא מוחל על נזק הגוף, הרי מדברי הריב"ש נמצאנו למדים שהניזק בעצמו מגדיר את המעשה כנזק.

ודברי הריב"ש הובאו להלכה ברמ"א קנה, טו וקנו, ב. ושני המקומות בהם הביא הרמ"א את דינו של הריב"ש, הם בבחינת לא זו אף זו. דבסי' קנה, טו הביא לענין כותשי ריפות המנידים את הקרקע וגורמים נזק לחצר, דחייב הכותש להרחיק, וע"ז כתב הרמ"א דהוא הדין אם אין מזיק לחצר, אלא שיש חולי הראש לבעל החצר וקול ההכאה מזיק לו, צריך להרחיק עצמו. והיינו שהשווה נזקי חולי לנזקי ממון. ובסי' קנו, על דברי המחבר דאין השכנים יכולים למנוע את קול הפטיש והרחיים בטענת רעש כשכבר החזיק, כתב הרמ"א; "וי"א דכל מה שעושה בחנותו ובביתו, אפילו לכתחלה אינן יכולין למחות. ודוקא בני אדם בריאים, אבל אם הם חולים והקול מזיק להם, יכולים למחות". והיינו שניזקי הגוף הם יותר מנזקי ממון, וכמשמעות דברי הריב"ש, ואף במקום שאינו יכול למחות בנזקי ממון, יכול למחות כשמזיק לגופו.

והחזו"א ב"ב יג, א הקשה על ראיית הריב"ש מהא דב"ב כג, א לדידי כקוטרא ובית הכסא דמי, ששם הנזק שעושים העורבים לתמרים, לכולי עלמא הוי נזק ולא רק לרב יוסף, והמחלוקת היתה רק אם מהני חזקה, וע"ז ענה רב יוסף שכוין דאנינא דעתאי, כקוטרא ובית הכסא דמי, וע"כ לא מהני חזקה, אבל עכ"פ עצם הנזק הוא לכולי עלמא, השאלה היא רק דרגת הנזק. אבל קול הפטיש וקול הרחיים, שאינם נזק בעצם, רק לאדם מסוים שהוא חולה הוי נזק, י"ל דעל הניזק להרחיק עצמו, "וילך החולה לדירה אחרת". והדבר מוכח לרבא בריש פרקין שהבא לסמוך אינו סומך, כיון שיכול הסמוך ג"כ לעשות בור אח"כ, א"כ תמיד יעכבו השכנים את בעל הפטיש והרחיים, שמא יהיה להם חולה במקום, וחולי מצוי, ולא דמי לשדה שאינה עשויה לבורות. ע"כ כתב החזו"א: "ונראה דמודה ריב"ש שאם אומנותו בפטיש או רחיים ואח"כ ארע חולי בשכנו, שאינו כופהו להפסיק אומנותו ורחיים שלו, אלא אם בא לעשות והחולה מעכב עליו, הדין עם החולה, כמו באוצר וחנות של נחתומין. ואפשר דהא דאינו מעכב בשעה שאין לו חולה בתוך ביתו, משום דדירה שאני, וכדאמר יח, א".

מבואר מהחזו"א שאם קדם הפטיש או הרחיים לחולה, אין מחייבים את בעל הפטיש והרחיים להפסיק בעבור החולה שבא לגבולם, דדירה שאני. ומה שחולה יכול לעכב תשמישי דירה, דכן הוא שרש נזקי שכנים, עיי"ש. והנה בגמ' יח,א מבואר לענין חנות ורפת דמהני קדימה דדירה שאני, עיי"ש ברש"י; "חנות ורפת בקר דירתן של אדם הן, ואין לנו לאסור דירתו עליו אא"כ ההיזק מוכן". וע"ע בהמשך דברי החזו"א שהביא ראיה דפטיש ורחיים אינם בכלל דירה, כיון שיכול להרחיק.

והנה הגר"ש רוזובסקי זצ"ל (בשעורי הגר"ש, ב"ב פ"ב סי' מט) כתב דשותף אינו יכול למחות בנכנסים והיוצאים, הואיל ומזכות השותפות שכ"א יכול להכניס לביתו כל מי שירצה, ואין השכן יכול לעכב עליו לשימוש זה שהוא חלק מזכות השימוש של השותף. רק לשכן יש טענה שהם מזיקים לו ברעש הכניסה והיציאה, ולכן כניסה כזו שעושה רעש, אין לשותף זכות להכניס דרך החצר. הרעש עצמו אינו מהוה נזק, אבל כל שאין זכות להכניס אנשים, מנוע הוא מלהכניסם, וכיון שעושים רעש, נמנעת ממנו הזכות להכנסת אנשים לחצר. נפק"מ שאם הרעש הוא מביתו או מחצר אחרת, אין השותף יכול למחות. הוא יכול למנוע זכות תשמישין שיש בה משום הפרעה, גם אם אין בה נזק. או שאפשר לפרש באופן אחר, דרעש של נכנסים ויוצאים במהותו הוא נזק, והיה מקום לומר שאפי' בביתו יש לאסור, אלא שטענת בעל הפטיש שעושה רעש, שעושה כן בביתו ולא נכנס בשל חבירו. משא"כ בנכנסים ויוצאים שאינו יכול לומר שעושה בשלו, שהרי זו חצר משותפת, נמנעת ממנו כניסת הנכנסים והיוצאים. והגר"ש רוזובסקי הקשה על שיטת הריב"ש דבחולי הראש יכול למחות בקול הפטיש. דלצד הראשון שאין רעש מהוה נזק, ורק מונעת ממנו שימוש בחצר השותפים, כיון שעושה בביתו, איך יוכל למנוע. ואף לפרוש השני, הרי אומר שעושה בשלו ולא במשותף, ונשאר בצ"ע.

והנה בנדו"ד שהרעש הוא במשותף, לשני הפירושים יוכל למחות אם הדבר גורם לחולי הראש. שהרי יכול למנוע משותף להשתמש בחצר תוך גרימת הפרעה, ובודאי יכול למנוע מאחרים שאינם שותפים בחצר להתפלל. וגם אם הוי נזק בפני עצמו, כיון שעושה במשותף יכול למנוע. ונראה דאף בקול התינוקת שאינו יכול למחות, ואף אם נאמר דתפילה בציבור ותפילת ותיקין הרי היא כקול התינוקת, כל זה שמלמד בביתו וטוען כנגד קול התינוקות שיוצא מביתו, וכמו שקול הפטיש והרחיים הם מביתו הפרטי ונשמע הקול בחוץ, כך גם קול התינוקות. אבל כשהרעש עצמו הוא בחצר המשותפת, יכול למנוע מהשכנים בטענת חולי הרעש עכ"פ, הגם שנראה דאף בלא חולי הראש יכול למחות, אלא שיש מקום לשכנעו לדבר מצוה, ובחולי הראש אין לעשות כן.

וראיתי בספר משכן שלום (לגרש"מ סגל שליט"א, סי' י ס"ק עו) שהביא מהגרי"ח זונפלד זצ"ל שאינו יכול למחות בקול התינוקות, אף בחולי הראש. ואף שבקול הפטיש והרחים יכול לשיטת הריב"ש למחות, בקול התינוקות אינו יכול. ונראה, דבקול התינוקות, כיון שתקנו להתיר, אינו יכול למחות, משא"כ בקול הפטיש, דרעש אינו נזק (לצד אחד בחקירה הנ"ל), לאחד הוא נזק ולשני אינו נזק, ולכן יכול למחות בחולי הראש. משא"כ בקול התינוקות, אחרי תקנת יהושע בן גמלא, לא יכול לטעון על קול התינוקות שהוא נזק, דהיא גופה התקנה. ואף אם קול הפטיש הוא נזק, רק מותר כיון שעושה בביתו (לצד השני הנ"ל), י"ל דבחולי הראש חשיב כגירי דיליה בהתאם לניזק, וכקוטרא ובית הכסא, אבל בקול התינוקות הוי תקנה שאינו נזק, וכיון שאינו בכלל נזק, אינו יכול למחות.

זה המקום להבהיר, שאם יש שכן שמתנגד לשימוש בחצר ע"י השכנים לצורך תפילה, ולא נותן טעם ראוי, וניכר לבי"ד שעינו רעה וצרה, אינו יכול להתנגד אף אם אין השימוש מקובל, דכופין על מידת סדום, ואף אם באים מחוץ לבנין לשעה קלה ואינם מפריעים, ופעמים הרבה נכנסים לחצר, שאינה סגורה ומסוגרת. דבנין אב לכל נזקי שכנים, מה שכתב הרא"ש ב"ב (ג,עב), וז"ל: "וגם יראה הא דאמר 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, אבל בלא טענה כופין על מדת סדום, רק שיקלחו מימיו יפה". דשינוי מרזב ממקום למקום, אף שיכול לעכב, כל זה כשבא בטענה על הפרעה, אבל בלא טענה כופין על מידת סדום. וזה הכלל לכל עניני נזקי שכנים, שאינו יכול לבוא רק עם טענות הלכתיות מבלי שיהיו לו טענות עובדתיות על הפרעה. ולכן אם ניכר לבי"ד שכל הטענה על הפרעה אין לה על מה לסמוך, יכול בי"ד להתיר שימוש בחצר השותפים.

ומ"מ לנדו"ד, כיון שעושה בחצר השותפים, וכיון שטוען שהדבר גורם לחולי, וככל וניכרים דברי אמת, אין לעשות מנין בשעת ותיקין בחצר.

סימן ז

עץ ששרשיו מזיקים בחצר הסמוכה

ראשי פרקים

- א. על הניזק להרחיק אא"כ גירי דיליה
 - ב. מדוע לא צריך לשמור ממונו שלא יזיק
 - ג. הרחקה בין כרם לשרה תבואה
 - ד. אם שורשים הוי ממונו המזיק
 - ה. הניזק לא יכול לשמור עצמו מהניזק
 - ו. מי צריך לשלם על ניקוי מערכת הביוב
- בענין עץ סרק שגדל בחצר ראובן, סמוך לחצר שמעון, ושרשי העץ נכנסו לחצר שמעון וסתמו הביוב, והוצרכו לשלם עבור הוצאות פתיחת הביוב וניקוי הביוב מהשרשים, והוסכם גם שיעקרו את העץ שלא יזיק מכאן ולהבא. ונשאלתי, מי צריך לשאת בהוצאות ניקוי השרשים מהביוב, ומי שצריך לשאת בעלויות עקירת העץ.

א. על הניזק להרחיק אא"כ גירי דיליה

קיי"ל כרבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, אא"כ הוי גירי דיליה. ויש לדון גם בגירי דיליה, וגירי דממוניה, וגרם גירי, אך בנדון השרשים הואיל ויתבאר דלא הוי גירי, אכמ"ל. וענינים אלה חוצים הסוגיות דפ"ב דב"ב, וכן בריש ב"ב בענין מחיצת הכרם, וכמו שיתבאר להלן.

תנן במשנה ב"ב כה, א: מרחיקין את הנבלות ואת הקברות ואת הבורסקי מן העיר חמשים אמה. אין עושין בורסקי אלא למזרח העיר, רבי עקיבא אומר לכל רוח הוא עושה חוץ ממערבה ומרחיק חמשים אמה. ומרחיקין את המשרה מן הירק ואת הכרישין מן הבצלים ואת החרדל מן הדבורים, ורבי יוסי מתיר בחרדל. ושם בע"ב בהסבר דברי רבי יוסי: שיכול לומר לו עד שאתה אומר לי הרחק חרדלך מן דבורי, הרחק דבורך מן חרדליי (שאני מזיק ועלי להרחיק את עצמי, אני אומר לך שאתה מזיק – רש"י), שבאות ואוכלות לגלוגי חרדליי (פרחי חרדליי). ובהמשך במשנה שם: מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה, ובחרוב ובשקמה חמשים אמה, בין מלמעלה בין מן הצד. אם הבור קדמה, קוצץ ונותן דמים (דכיון דברשות נטע, שאינו מזיק עד זמן גדול, לא חייבוהו חכמים לקוץ בלא דמים בשביל הזיקא דיחיד). ואם

אילן קדם, לא יקוץ. ספק זה קדם וספק זה קדם, לא יקוץ. ר' יוסי אומר אף על פי שהבור קודמת לאילן לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו.

ועיין בריש פירקין (יזב) בענין חפירת בור בסמוך לבור חבירו, ומחלוקת אביי ורבא בסומך בצד המיצר, ואיכא דאמרי דבשדה שאינה עשויה לבורות כ"ע לא פליגי דסומך, כי פליגי בשדה העשויה לבורות, אביי אמר סומך. אפילו לרבנן דאמרי מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמשה אמה, התם הוא דבעידנא דקא נטע איתא לבור, אבל הכא בעידנא דקא חפר ליתא לבור. ורבא אמר אינו סומך, ואפילו לר' יוסי דאמר זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, הני מילי התם דבעידנא דקא נטע ליתנהו לשרשיו דמזקי לה לבור, אבל הכא אמר ליה כל מרא ומרא דקא מחיית, קא מרפית לה לארעא (שהיא מרעדת ונדה מחמת המכה).

ובגמ' שם יח, א-ב דנה הגמ' בדברי רבי יוסי, אי ס"ל על המזיק להרחיק עצמו או על הניזק להרחיק עצמו, דחכמים במשניות הנ"ל ודאי ס"ל דעל המזיק להרחיק עצמו, אלא לרבי יוסי דס"ל דבחרדל ודבורים שניהם מזיקים, משמע דס"ל דעל המזיק להרחיק עצמו, וחרדל ודבורים שאני, דשניהם מזיקים אהדדי, ואין כאן מזיק ברור שנטיל עליו את החובה להרחיק. והקשתה הגמ' מהמשנה, דדעת רבי יוסי דאף שהבור קודמת לאילן לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ותירצה הגמ' דלעולם ס"ל לרבי יוסי דעל הניזק להרחיק עצמו, ואפי' משרה וירקא לא בעי רחוקי, אלא לדידכו דאמריתו על המזיק, תינח משרה וירקא דהני מזקי הני והני לא מזקי הני, אלא חרדל ודבורים תרויהו מזקי אהדדי.

ובגמ' ב"ב כה, ב – כו, א, על דברי רבי יוסי במשנה, דאע"פ שהבור קודמת לאילן לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי יוסי. אמר רב אשי כי הואן בי רב כהנא הוה אמרין מודי ר' יוסי בגירי ידידה. פאפי יונאה עני, והעשיר הוה, בנה אפדנא, הוה הנך עצורי בשיבבותיה דכי הוה דייקי שומשמי הוה נידא אפדניה (כשעושי שמן שומשומין היו מכים בשומשומין, היתה ההכאה מרעידה את חומת ביתו של פאפי יונאה). אתא לקמיה דרב אשי. א"ל כי הואן בי רב כהנא הוה אמרין, מודי רבי יוסי בגירי דיליה. וכמה, כדנייד נכתמא אפומיה דחצבא (שאם יניחו כד על החומה עם הכיסוי, הכיסוי יפול מחמת המכה). דבי בר מריון בריה דרבין כי הוה נפצי כיתנא הוה אזלא רקתא ומזקא אינשי. אתו לקמיה דרבינא אמר להו כי אמרין מודה ר' יוסי בגירי דיליה, הני מילי דקא אזלא מכחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. מתקיף לה בר רב אשי, מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו (דחייב בשבת מדין מלאכת זורה, וא"כ חשיב כחו) אמרוה קמיה דמרימר, אמר להו, היינו זורה ורוח מסייעתו (ואם רוח מסייעתו חשיב כחו גם

לענין נזיקין). ולרבינא (דס"ל דרוח מסייעתו לאו כחו) מאי שנא מגין היוצא מתחת הפטיש והזיק דחייב לשלם. התם ניחא ליה דליזל, הכא לא ניחא ליה דליזל (דבגין ניחא ליה שיצא הגין מחוץ לביתו שלא ישרוף הבית).

והראשונים נקטו להלכה כדברי רבי יוסי, וכדברי רבי יהודה אמר שמואל בב"ב כה,ב, שפסק כמותו. כן מוצאים אנו בדברי הרי"ף (ב"ב יג,א – ב בעמודה"ר), וז"ל:

"קיימא לן כר' יוסי. וחזינן בפירושא דגאון דלית הלכתא כר' יוסי בחרדל ודבורים, וקאמר נמי דלענין משרה וירק מודה ר' יוסי דמרחיקין, ובטעמא דמילתא בלחוד הוא דפליג רבי יוסי ולא בגופיה דדינא. ואנן קשיא לן האי פירוש דכד מעיינת ביה בגמרא משכחת ליה לרבי יוסי דבגופיה דדינא פליג, דהכי קאמר לדידי אפי' משרה וירק נמי לא בעו רחוקי. ודקאמר דמודה רבי יוסי בגיריה ובגרמא דגיריה אין ודאי הכין הוא, אלא הכא במשרה וירק ליכא לא לגיריה ולא גרמא דגיריה, דמיא מיתם תיימי והדר אזלי. ואי מודה רבי יוסי במשרה וירק וכרישין ובצלילין ליכא היזקא, דלא מודה ביה רבי יוסי דלא ליתיה להיזקא דהני אלא לאחר זמן, כענין זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ולענין חרדל ודבורים נמי מסתברא לן דהלכתא כותיה, דהא אוקימנא למתני' בלוקח, ולית חד מינייהו דקדים, דמה נפשך אי סבירא לן כרבנן דאמרי דבורים לחרדל לא מזקי אלא חרדל הוא דמזיק דבורים אפ"ה הלכה כר' יוסי דלאו גיריה הוא, דהא ליכא חד מינייהו דקדים. ועוד אפי' בעל דבורים קדים, לאו גיריה דבעל חרדל נינהו, דכי שדי ביניתא בעפרא לא משכחא ליה, ואי לבתר דסליק לאו גיריה נינהו ולא גרמא דגיריה נינהו אלא גרמא בעלמא נינהו. והלכך הלכה כרבי יוסי בכולה מתניתין בין במשרה וירק בין בחרדל ודבורים וכדקא פריש רבינא דהוא בתרא. אלא מיהו צריך ודאי לארחוקי משרה מירק, כי היכי דלא להוי גיריה, כי היכי דמרחיק בור שיח ומערה ואמת המים וכו' דלא ליהוי גיריה, דכולי' פירקין מודה ביה ר' יוסי, דמודה ר' יוסי בגיריה דאי לא מרחיק כי האי שיעורא, גיריה נינהו או גרמא דגיריה הוא."

מדברי הרי"ף מבואר דהלכה כרבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, אא"כ הוי גירי דיליה או גרמא דגיריה, ושעורי ההרחקה המבוארים במשנה ובגמ' בפרק לא יחפור, כל אלו שעורים שמודה בהם רבי יוסי שאם לא הרחיק, הרי זה בכלל גירי דיליה או גרמא דגיריה. וחלק על הגאון הסובר שבמשרה וירק מודה רבי יוסי, ובחרדל ודבורים לית הלכתא כותיה, דלא פליג אלא בטעם הדין, וס"ל לרי"ף דרבי יוסי חולק וסובר שאין צריך להרחיק, דבמשרה וירק אין לא גיריה ולא גרמא דגיריה, דמיא

מיתם תיימי והדר אזלי. ואף בחרדל ודבורים חולק על הגאון דס"ל דלית הלכתא כרבי יוסי, אלא גם בחרדל הלכה כרבי יוסי, דאין כאן גיריה דבעל החרדל ולא גרמא דגיריה, דבשעה שזורע אין נזק, ואח"כ כבר אינו גיריה אלא גרמא בעלמא, ואפי' בעל הדבורים קדם. ע"כ הלכה כרבי יוסי בכל ענין דעל הניזק להרחיק עצמו, אא"כ בגירי דמזיק ובגרמא דגיריה, דעל המזיק להרחיק עצמו, שאז לכאורה הוא מזיק בידים, ואינו ענין לדיני נזקי שכנים או שותפים אלא בדיני אדם המזיק לממון חבירו. ומהגמ' הנ"ל גם עולה, דככל שמעשה האדם הסתיים ללא נזק, אין ליחס אותו לאדם. ולכן במשרה וירק, המשרה נבלעת וכלה באדמה ואח"כ מזיקה, כך שמעשה בעל המשרה הסתיים. וכן בחרדל ודבורים. מעשה בעל החרדל הסתיים בזריעת החרדל, וממנו לנזק שקרה לבעל הדבורים, אין ליחס אליו במה שזרע את החרדל. ועיין בדברי הרמב"ם בהל' שכנים י"ה, שפסק כרבי יוסי, וז"ל:

"מי שבא לעשות משרה של פשתן בצד ירק של חבירו, שהרי מי המשרה נבלעין בארץ והולכין ומפסידין את הירק, או שנטע כרישין קרוב מן הבצלים של חבירו שהן מפיגין טעמן, או שנטע חרדל בצד כוורת דבורים, שהרי הדבורים אוכלין העלין ומפסידין את הדבש, וכל אלו וכיוצא בהן, אין צריך להרחיק בכדי שלא יזיק, ועל הניזק להרחיק את עצמו אם ירצה עד שלא יגיע לו הנזק, שזה בתוך שלו הוא עושה, והנזק בא לחבירו מאליו. במה דברים אמורים שאינו מרחיק, כשהיה הנזק בא מאליו אחר שיפסקו מעשיו של מזיק, אבל אם היו מעשיו של זה שעושה ברשותו מזיקין את חבירו בשעת עשייתו, הרי זה כמי שמזיק בידו. הא למה זה דומה, למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חבירו ואמר ברשותי אני עושה, שמונעין אותו. וכן כל הרחקות האמורות למעלה בענין זה, אם לא הרחיקו, הרי זה כמי שהזיק בחציו, לפיכך צריך שירחק משה מן הירק וכרישין מן הבצלים וחרדל מן הדבורים שלשה טפחים או יתר מעט כדי שלא יהיה היזק בידים, אבל להרחיק עד שלא יבא הנזק מאליו אין צריך."

מבואר דפסק כרבי יוסי בגירי דילה, דאם מזיק בגיריה, הרי הוא כמזיק בידים והיינו אדם המזיק. וכן הרא"ש פסק כרבי יוסי, עיין ברא"ש פ"ב דב"ב הכ"ה, וכן בהכ"ח. וכן מבואר ברשב"א ב"ב כה, דלהדיא נפסקה הלכה בגמ' כרבי יוסי. וכן פסק המאירי בכמה מקומות, עיין ב"ב כה, א וכה, ב. וכן פסק הריטב"א בב"ב יח, ב.

ב. מדוע לא צריך לשמור ממונו שלא יזיק

ויש להבין בשיטת רבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, הרי לכאורה על הבעלים לשמור ממונם ועצמם שלא יזיקו, עיין משנה ב"ק מה, ב; קשרו בעליו במוסרה

ונעל בפניו כראוי ויצא והזיק, אחד תם ואחד מועד חייב דברי ר"מ. רבי יהודה אומר תם חייב ומועד פטור שנאמר ולא ישמרנו בעליו, ושמור הוא זה. ר"א אומר אין לו שמירה אלא סכין. וכן בב"ק כג,ב; הנהו עיזי דבי תרבו דהו מפיסדי ליה לרב יוסף. א"ל לאביי, זיל אימא להו למרייהו דליצנעניהו. אמר ליה אמאי איזיל, דאי אזילנא אמרי לי לגדור מר גדירא בארעיה. ובתוס' שם ד"ה יכלי כתבו, דאביי נשמט בטענה, שלא היה חפץ לילך לומר לבעלים, דמצד ההלכה חובת השמירה היא על בעל העיזים, וכדתנן בב"ק יט,ב, אכלה מתוך החנות משלמת כו', ולא אמרינן היה לו לנעול חנותו, וכן אכלה מצידי הרחבה, ולעיל נמי לא פריך דליפטור בעל הכלב מן החררה. וכן בכל נזקי ממון או נזקי גופו, אין למזיק טענה שהיה על הנזק להזהר מהמזיק. ועיין בתוס' בב"ק כז,ב ד"ה ה"ג אמאי; "דיותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יוזק". וכן הוא בתוס' בב"ק כג,א ד"ה ולחייב (השני), וז"ל: "וא"ת, ואמאי לא פריך וליפטור בעל הכלב מן החררה. ונראה מכאן לדקדק, דיותר יש לאדם ליזהר עצמו שלא יזיק אחרים משלא יוזק, שמחויב לשמור גחלתו מן הכלב, אע"פ שאין לו רשות ליכנס לביתו כדי שלא יזיק אחרים, ואפשר לשמור עצמו כדי שלא יכנס כלב כדי ליטול חררתו. וכן משמע בהמניח (לקמן לא,א) בשמעתין דקדיין דפריך אי נתקל פושע, שני נמי ליחייב, אלמא חשיב שני פושע לחייבו בנזק שלישי, ואינו פושע לענין שיפטור ראשון בנזקיו". מבואר בתוס' דיש חיוב על הבעלים לשמור ממונם שלא יזיק ספי משלא יוזק. וא"כ מדוע רבי יוסי ס"ל דעל הנזק להרחיק עצמו. מה עוד דמדברי הראשונים הסוגיא מוכח שדימו נזיקין אלו לאבות הנזיקין.

כך מוצאים אנו בדברי הרשב"א בב"ב יח,ב, וז"ל: "ועל עיקר הרחקת החרדל מן הדבורים, תמיה לי, אמאי מרחיק כלל, והלא החרדל אינו נכנס לתוך תחומן של דבורים, ודבורים הן שבאות לתוך שדה החרדל ואוכלות אותו, וא"כ הו"ל כבור המיוחדת ברשות המזיק דפטור דא"ל תורך ברשותי מאי בעי. ונחי דבעל דבורים פטור מתשלומי נזק שמזיקין לחרדל, ואפי' לר"י דאמר דדבורים מזקי לחרדל משום שאינן בני שמירה, מ"מ בעל החרדל אמאי מרחיק אדרבה היה לו לבעל הדבורים להרחיק אליבא דר"י דאמר דמזקי ליה לחרדל כמו שחייבו בעל שובך להרחיק שובכו מן העיר חמשים אמה וכן משדה חברו, ומשמע דמודה בה ר"י דגיריה נינהו ... ומ"מ קושיא ראשונה במקומה עומדת, אפי' לרבנן דאמרי על המזיק להרחיק את עצמו, בעל החרדל למה מרחיק, דאע"פ שהן ניזוקין אינו אלא כשור של ניזק ברשות המזיק, וצל"ע. ומתוך הדוחק יש לי לומר דריח החרדל מחדד פי הדבורים וממקומו הוא מזיקן, ועדיין אינו מתיישב בעיני דא"כ גירי ידידה נינהו. ואמאי פליג ביה ר' יוסי דהא מודה ר' יוסי בגירי". מדברי הרשב"א מבואר דהדבורים האוכלים את החרדל, הם כשור המזיק בחצר הנזק, וע"כ הקשה מדוע על בעל החרדל להרחיק, דהרי הדבורים

נכנסים ואוכלים בחצר הניזק, ותורך ברשותי מאי בעי. ומבואר דדן דינא כשור המזיק, וע"כ הקשה על רבי יוסי. וא"כ מעיקרא קשה גם ללא טענה זו, מדוע על הניזק להרחיק את עצמו, הרי חובת השמירה היא על המזיק שלא יזיק.

וכן מבואר מדברי הרמב"ן במלחמות (טב, בעמוה"ר) דקנין הדבורים לבעליהם הוא רק מפני דרכי שלום, שאם היה קנינם קנין גמור דבר תורה, היה דין הדבורים כבהמה המזיקה בשן, וז"ל: "ואי קנין דבורים תורה, היינו נמי שן דאמר רחמנא לתשלומין כדאמרין ובער, אלא דלא קני להו אלא מפני דרכי שלום". וכן מוצאים אנו בדברי הרמב"ן בדינא דגרמי, שהקשה מדוע מתיר רבי יוסי לנטוע אילן בסמוך לבור, הרי שרשי האילן הם ממונו של בעל האילן, והם מזיקים לבור, והו"ל ממונו המזיק, וז"ל:

"ואכתי איכא למידק, ואי אזלי שרשין ומזקי ליה לבור, מאי טעמא פטור מלשלם הא שורו [הוא] והוה ליה לטפויי באפייהו. לא קשיא, דכיון דלאו גופיה דאילן קא מזיק אלא שרשים הוא דמזקי, ושרשין ממילא קא אתו, פטור אף על גב דממונו הוא. ומ"מ יש לזה רשות לקוץ השרשים. וליכא לדמויי לשורו שהזיק בצורות, דשאני התם דכחו דשור הוא וכנגיחה ידיה דמי והתורה חייבתו, אבל הכא נולד הוא ופטור שאין שמירתו עליו ואינו כחו של אילן הנטוע. וליכא לדמויה לאש שהוא הולך ומזיק. שכיון שלבה את האש עיקר השלהבת הוא שמזיק והולך ואוכל ומזיק, אבל הנך נולד הוא, ואף על פי שמחמת האילן הוא מזיק פטור, אי נמי כיון דשרשין הוא דמזקי ולא חזי להו, לית ליה לטפויי באנפייהו, דדמי למי שנפרצה בלילה (ב"ק נהב) שהוא פטור. ואין אומרים בנזקין אלו זו דומה לזו, שהדברים עמוקים והחלוקים דקים כחוט השערה וכולהו גמרא."

[ובענין שורשים שהוחרגו מגירי דיליה, עיין גם בסוף קונטרס הגרמי, וז"ל: "מכלל דברינו תוכל לדעת דעת הגאונים ז"ל שאמרו דכולה מתני' דלא יחפור מודה בה ר' יוסי דגיריה ניהו לפי שהן בעצמן המזיקין, ולא פליג ר' יוסי אלא בשרשי האילן שהם נולדים ואינם מזיקין באותו המקום שנטע זה שם אילנו, אלא לאחר זמן קופצין ובאין אצל הבור ומזיקין אותו, ואין בכל השנויין במשנת לא יחפור מי שיערב עליך טעם אלא הזרעים במפולת יד שאחרי זמן הם מחלידים את הקרקע". ושרשים הם כמו מים שכלים באדמה, או כמו זריעת החרדל, ואין לשייך אותם למעשה האדם שנגדיר את השרשים כגירי דיליה. הם דבר הנעשה מאליו והם תוצאה. המזיק בא מעצמו, ולא מיוחס לפעולה הראשונית של נוטע העץ, ועוד יתבאר להלן]. וא"כ כיון שכל המזיקים דפרק לא יחפור דמי לד' אבות, מדוע ס"ל לרבי יוסי דחיוב השמירה הוא על הניזק שלא יזק.

וקושיא זו הקשה הנתיבות קנה, יח, דהא כל ההיזקים דפרק לא יחפור הם בכלל ארבע אבות נזיקין, דיונים דמו לשון. וכן קשה בב"ב כג,א גבי עורבים בדם, דהא הוי כדליל דלא אצנעיה והוציאו תרנגול של הפקר, דמבואר בב"ק דף יט,ב דחייב. וכן כל הדברים דחשיב בפרק לא יחפור ובהלכות נזקי שכנים, לכאורה בכלל ארבע אבות נזיקין הן כשתדקדק בהן, כגון היזיקא דמתונתא שהמים הולכין ומזיקין, מי גרע מבור המתגלגל ברגלי אדם או מהיזק שהולך ע"י רוח מצויה דחייב, ומכל שכן במה ששיערו חכמים שילך המזיק בעצמו, וכיוצא בהן הרבה. והקשה על התוס' בב"ב כו,א ד"ה זיקא שהקשו גבי רקתא, דהיינו אש, ולא הקשו אדבורים ויונים דהיינו שור, ועל כל הדברים היה להן להקשות כך דמדאבות נזיקין הן. ותירץ הנתיבות, וז"ל: "וע"כ צ"ל, דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור, הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו, כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא".

הנתיבות מחלק בין מעשה שעושה ברשותו, שאם יזיק את האחר ברשות אחרת אף בלא גירי, יש לחייבו לשמור. אמנם כל זה כשאפשר שניהם, גם השימוש שעושה ברשותו וגם השמירה, אבל כשאין להם שמירה אלא סכין, דהיינו שהשמירה היא מניעת השימוש בחצירו, בזה לא חייבו אותו להרחיק אלא התירו לו להשתמש ברשותו, ועל הניזק להרחיק עצמו. דלכל אדם קיימת הזכות להשתמש ברשותו שימוש כפי שנוהגים להשתמש, ואין לנו למנוע ממנו להשתמש אא"כ מזיק בגירי דיליה, שאז הוא אדם המזיק ולא ממנו המזיק. ואף שהחובה עליו לשמור ממנו, היינו באם יכול להשתמש ולשמור, אבל באם השמירה היא המניעה, בזה לא הטילו עליו חיוב להמנע.

והביא הנתיבות ראייה לזה מב"ב כג,א גבי אומני, דפריך והא אחזיק להו, דקשה היאך מהני חזקה שלא לשמור הזיקו, וכי מועיל חזקה בד' אבות נזיקין. וכן משמע מרש"י (ד"ה אפיקו) שפירש אפיקו לי קורקור, שלא יקיצו עוד. משמע דבדברים אלו אי אפשר בשמירה רק בביטול התשמיש מרשות. וע"כ סובר ר' יוסי דעל הניזק להרחיק, דמהיכי תיתי יבטל רשות המזיק, תתבטל רשות הניזק, דהא כשהניזק ישמור עצמו לא יזק, משא"כ בד' אבות נזיקין, אין הניזק יכול לשמור, דאינו יודע מתי יבוא המזיק, והמזיק יכול לשמור ולא להמנע מלהחזיק ברשותו שור, רק שישמרנו כראוי. ודיני המשניות בסוגין הוא להפך, שהמזיק אינו יכול לשמור אלא להמנע מהשימוש ברשותו, ע"כ אין עליו חיוב המנעות רק חיוב שמירה, שאינו במציאות כאן אלא בהמנעות. ולכן גם באילן הסמוך לבור שהשרשים יוצאים ומזיקים בחצר הסמוכה, אין אפשרות לשמור השרשים אלא ע"י שלא יטע אילנות בחצרו, וזה לא חייבוהו.

וכאשר מזיק בגירי דיליה, י"ל לנתיבות דחשיב כעושה מעשה בחצר חברו, דאף שהוא מונח ארצה, ראשו מגיע השמימה, וחיציו הם פעולה של המזיק בחצר חברו. וכן כתב להדיא הרמ"ה ב"ב פ"ב סי' קה; "דכי האי גוונא על המזיק להרחיק את עצמו, דכמאן דעביד מעשה ברשותא דחבריה דמי". ולכן אין לו את ההיתר של שימוש בחצירו, כיון שהמעשה אינו רק בחצירו אלא גם בחצר חברו ע"י חיציו, וחשיב כעושה ממש בחצר חברו.

ולכאורה מש"כ הנתיבות דהשרשים מזיקים רק אח"כ, לכאורה צ"ב, דהא עדיין השרשים הם ממונו המזיק, וא"כ הוי גיריה דממוניה ומדוע אינו חייב להרחיק לרבי יוסי. ושמעתי מבארים, דכל מה שחייבה התורה לשלם או להרחיק הוא באופן שנתחייב בשמירה קודם הנזק. והשרשים מזיקים בגדילתם, וא"כ בטרם נוצרו השרשים, אין חיוב שמירה, שהרי המזיק אינו בעולם, וכשהמזיק בעולם, הנזק כבר נעשה. וראה עוד להלן.

עכ"פ יסוד הנתיבות הוא שאין מחייבים אדם להמנע מלהשתמש ברשותו, כשזו השמירה – המנעות משימוש. וכאלה הדברים מצאנו בדברי החזו"א ב"ב יד, דאם נכנס לרשות חברו וחפר בה בור סמוך לבור של בעל החצר, ונפל כותל הבור של בעל החצר, דחשיב מזיק ולא גורם, דמרפא לארעא מיד וההיזק הולך וגדל עד שנפל. וכן מניח גפת ברשות חברו, הוי תולדה דאש; "אלא הכא בעושה בתוך שלו תשמישים הנהוגים לשמש בהן. ויש מהן שהתירו חכמים, שכן טבע העולם ששכנים נפגעים זה מזה, שהרבה מן התשמישין מכניסין פעולה ופגיעה חוץ מגבולם, וזהו קנינו מתחילה, ועל הניזק להרחיק, ואם אינו מתרחק, חשיב הניזק כנכס ברשות המזיק, ואיהו דאזיק לנפשיה. ואף אלו התשמישים שקבעו חכמים שיש לשכנו זכות לעכבו, ס"ל לאביי דאם קדם וסמך זכה ...". מבואר מהחזו"א דסברת רבי יוסי, דכל אדם יש לו זכות לעשות תשמישים בשלו, וזה דין בהלכות שכנים שיש תשמישים (ראה להלן בדעת הריצב"א) שזכותו של כל בעל רשות, הגם שסמוכים לידו אחרים, לעשות ברשותו, וגם קבעו חכמים אלו תשמישים יכול לעשות ואלו צריך להרחיק. אך כל ההיתר שלו להשתמש ולגרום נזק לשכנו הוא מטעם שיש לו הזכות להשתמש ברשותו בשימושים המותרים, אף אם גורם נזק לחברו. וזו לכאורה סברת הנתיבות (וע"ע חזו"א ב"ב יב, לענין מרבה בדיוורין, דעיקרי דינים אלו נמסרו לחכמים, מה מיקרי עושה בשלו ומה מקרי מזיק לחברו).

וכיוצא בדברים אלו מצאנו בחזו"א ב"ק יא, כ לענין דברי אביי (ב"ק כג, ב) שחשש שיאמר לו לגדור שלא יכנסו העיזים לחצירו של רב יוסף, דלאביי שחיוב השמירה הוא על הניזק, לגדור שדהו מפני בהמות חברו, ושן דמשכחת לה הוא בחתרה או בנפל הכותל בלילה, א"כ על בעל העיזים אין כלל חיוב שמירה. וס"ל

לחזו"א דלאביי אפי' הבעלים רואים שבהמתו יורדת לשדה חבירו, אינו חייב למנעה. והקשה החזו"א, מאי שנא ממרחיקין הסולם מהשובך שלא תקפוץ הנמיה, והרחקת דבורים מהחרדל. ותירץ החזו"א, וז"ל: "ואמנם ענין נזקי שכנים תלוי לפי ישוב העולם, וכל שעל המזיק קשה הזהירות ביותר, ואם אנו מחייבים אותו בכך, אנו מקפחים את ישובו בעולם, אז אין אנו חושבים זה לנזק אלא זהו ישובו של עולם, ולפיכך לאביי שא"א לאדם לשמור בהמותיו בשדה שלא יתפשטו בסביבותיהם, אין זה בכלל נזקי שכנים". דאין אנו מונעים מאדם מלהשתמש ברשותו וכנ"ל, וכל השתמשות בדרך שהוא רשאי להשתמש, זהו חלק משימושי הרשות, וממילא אין בזה כל נזק. והדברים עולים עם מש"כ החזו"א בב"ב וכנ"ל, ועם סברת הנתיבות, דאין נזק בכלל מה שיכול אדם לעשות ברשותו, ואין מונעים אדם להשתמש ברשותו. והטעם שאין מונעים, כתב החזו"א כאן דהוה חלק משובו של עולם.

והנה הגר"ב (ברכת שמואל סי' יג, וסי' יד) דן גם הוא בשאלה הנ"ל, וכתב לבאר בשם הגר"ח, דכל דין מזיק המחייב בשמירת האדם על עצמו או על ממנו, היינו דוקא כשעושה ברשות חבירו (ולכאורה הוא הדין ברשות הרבים במקום שלשניהם יש רשות להלך, כשחייבה התורה כגון בקרן). אבל כשעושה מעשה ברשותו ולא ברשות חבירו, אין עליו שם של מזיק, דכ"א יכול לעשות מעשה של נטיעה או בנין ברשותו, אא"כ מזיק בגיריה. וגם חכמים ס"ל דאין לו שם מזיק אלא מחמת שהוא סומך לחצר חבירו, ובלא סמיכה לחצר חבירו אין עליו שם של מזיק, שהרי עושה בתוך שלו, והשרשין הוי רק נולדין. וחכמים ס"ל דעצם הסמיכה לחצר חבירו יש לו שם מזיק, ור"י ס"ל דרק בגירי יש לו שם מזיק, וז"ל:

"דעיקר דין חיוב שמירת נזקי ממנו מדין ושמירתן עליך, ודין שמירת גופו שבתורה, הוא רק אם עושה מעשה או פשיעה לכנס ברשות חבירו, זהו עצם דין שמירת נזיקין שחייבה התורה. אבל הכא גבי אילן ובור, וכן גבי מיא דעילאי ותתאי דפסקי מיא והדר נפלי, וכן אפי' בהנך דגירי דילה, אין לו דין נכנס ברשות חבירו, אם לא שבסמיכה יש לתת לו דין מזיק, ובלא מעשה סמיכתו אין עליו אפי' שם מזיק, דהא עושה בתוך שלו והשרשין הוין רק נולדין..."

מבואר שכל דבר שאדם עושה בתוך שלו, אין לו שם של מזיק, אא"כ בגיריה או בסומך באופן שחכמים אסרו, דאז יש לו שם של מזיק. וכאשר הוי גיריה דילה, אינו מסיר מעצמו שם מזיק מה שעומד ברשותו, דע"י חיוב שכנים נעשה מזיק, וחל עליו החיוב להרחיק (עיי' שם בס' כ"א) ועיי"ש בס' יד, דמחלוקת רבי יוסי וחכמים שיש לחייב המזיק רק היכא דלא כלו לו חיצו, ויש לדון בכל מקרה

מתי כלו לו חיציו, וזאת ע"פ דברי הרמב"ן בקונטרס הגרמי שהובאו לעיל, דהאילן אינו מזיק לא בגופו ולא בכוחו, וע"כ אין זה חיוב שור שבתורה, וע"כ לא שייך לחייבו בקציצת האילן לשמרו שלא יזיק. דבאילן ס"ל לרמב"ן דכבר כלו לו חיציו. ועיי"ש בסי' יט,ב, דכל היכא דהוי ליה גיריה, הרי שאינו נחשב כעושה בתוך שלו, ויש עליו שם של מזיק. משא"כ כשאין גירי דיליה, הרי עושה בתוך שלו ואין לו שם של מזיק (ועיין עוד שם סי' יח,ג ד"ה הרי). וכאשר מחייבים את בעל הכרם בהרחקה, אם שרשיו באו והזיקו, יש עליו שם של מזיק. וע"ע בברכת שמואל כ,ד דנידוני פרק לא יחפור אין עליהם שם של מעשה נזק (בניגוד למש"כ שאם עושה ברשותו אין עליו שם של מזיק), דאופן עשיית המעשה הוא בצורה שאינה דומה לד' אבות נזיקין, דאינו עושה מעשה שתיכף יחשב כאחד המזיקין שבתורה. (גם עיי"ש בסי' טז,ג דאין דיני ההרחקות דומים לדין מזיק, אף במקום שחייב להרחיק, אין על המזיק דין של מזיק גמור אלא דין תביעה של הניזק למזיק שירחיק. ונפק"מ שאם המזיק הוא מוחזק אפי' בספק, אין להוציאו מחזקתו, דדוחים את תביעת הניזק, דאין כאן ספק של איסור מזיק. משא"כ במזיק גמור, כשיש ספק, לא שייך היות המזיק מוחזק, דכיון שהוא ספק איסור אזלינן לחומרא, משא"כ בדיני ההרחקות הוא רק זכות תביעה של הניזק להרחיק המזיק).

והחילוק בין מש"כ הנתיבות למש"כ הגר"ח והנפק"מ ביניהם. דלכאורה מה יהיה הדין לנתיבות אם אדם יוכל לנטוע את אותו העץ בדיוק, עם אותן פירות, רק עץ שאינו שולח שרשיו. יש שני סוגים תאומים זהים של עצים. האחד שולח שרשיו והשני לא. לכאורה נחייב את בעל המטע לנטוע עצים ללא שרשים ארוכים. שהרי בעצים אלה אינו מבטל את התשמיש. תשמיש השדה נמדד בתוצאה, ואם יש תוצאה זהה לחלוטין, הרי אינו מבטל את תשמישו, ונחייב אותו לטעת עץ כזה ללא שרשיו. והוא הדין אם ימצאו דבורים שאינן אוכלות חרדל, לכאורה יש לחייב אותו להחזיק דוקא דבורים כאלה, אם הן ממש זהות לחלוטין לדבורים שאוכלות חרדל, שבכך גם אינו מזיק וגם התשמיש לא נמנע. מפני שלכאורה התשמיש אינו מתיחד באמצעי אלא במטרה, והתוצאה הזוהי יוצרת מצב שהתשמיש לא נמנע, ומאידך לחצר חבירו, שבה מגדלים חרדל, לא נגרם נזק לגידולי החרדל. אולם למש"כ הגר"ב בשם הגר"ח, הרי כל מעשה שאדם עושה בחצירו, ומותר לו לעשותו בחצירו, אין לו עליו שם של מזיק. א"כ גם אם יש לו אפשרות לחלופה אחרת, שתתן תוצאה זהה וכנ"ל, אינו חייב לעשות זאת ורשאי לכתחילה לעשות מעשה עם תוצאת נזק לחצר חבירו, כיון שאין לו בכך שם של מזיק.

ולתלמיד הגר"ח, הגרא"ז, אבן האזל שכנים י,ה, מצאנו שנקט בשיטת הנתיבות. הגרא"ז כתב דרבנן סברי דאף דשייך ישוב העולם בין בבורות ובין באילנות,

מ"מ הדין נותן שמי שמזיק הוא זה שצריך להרחיק, ללא כל קשר לדיני הזכויות שיש לשני הצדדים, למזיק ולניזק, לא מחמת הפגיעה בזכויותיהם אלא כך הוא הדין, כשיש מזיק וניזק, המזיק צריך להרחיק; "ורבי יוסי סבר דלא יוכל הניזק לחייב המזיק להרחיק היכי דליכא גירי דיליה אלא משום דיני זכות שכנים, דיש לכל אחד זכות להשתמש בתשמישו שלא ימנענו חבירו ... ולכן כתב הריב"א [ריצב"א] דאם במעשה המזיק ליכא ישוב העולם, גם רבי יוסי מודה דחייב להרחיק אפי' היכי דליכא גירי דיליה, משום לניזק יש זכות בתשמישו ולמזיק אין זכות בתשמישו". הרי שלדעת רבי יוסי הכל נמדד אם יש למזיק זכות שימוש או לא, דאם מדובר בדבר שהוא עיקר וחשוב מתשמישי השדה או החצר, הרי שאין למנעו, משא"כ כשאין זה שימוש עיקר, הרי שזכות הניזק לשימוש בחצירו ובשדהו גוברת. ועיין עוד במש"כ הגרא"ז בשכנים ב,טז בענין היזק ראייה, מה שצריך להרחיק עצמו שלא ימנע מחבירו זכות השתמשות, עיי"ש.

ועיין בדברי הגהות מיימוניות שכנים י,ה בשם הריצב"א, שמדבריו עולה דמה שאין מחייבים את המזיק לשמור, מפני שזכותו היא להשתמש ברשותו, רק רשות זו הוגבלה לדברים שהם עיקר תשמיש הרשות, וז"ל: "דלאו לכל מילי א"ר יוסי על הניזק להרחיק עצמו אלא שהן עיקר יישוב או דירה או תשמיש, שאין לו למזיק להניח ישובו או דירתו או תשמישו, מדתניא בתוספתא ר' יוסי מתיר, שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה. וכן משמע נמי בירושלמי דאמר טעמא דרבנן משום יישוב העולם בבורות, ור' יוסי משיב כמו דאית לכוין יישוב בבורות, אף אנא אית לי יישוב העולם באילנות. ומשרה וכרישים וחרדל, כולן עיקר יישוב ותשמיש הן. וכן הנהו עצורי דשומשי ונפצא דכתנא, דאי לאו דגירי דיליה הוא, הוה אמינא דעל הניזק להרחיק, אבל אם לא היה מעשה של מזיק עיקר יישוב, אפילו ר' יוסי מודה דעל המזיק להרחיק עצמו". הרי דעיקר הטעם שאין מחייבין את בעל האילן לעקור אילנות ששרשיהם מגיעים לבור חצר חבירו הסמוכה, מפני שזה תשמיש השדה, נטיעת אילנות, ותשמיש שהוא חשוב ולא טפל וארעי, וע"כ רשאי בעל המטע שיהיו אילנותיו נטועים. וכן בחרדל ודבורים, הם שימוש חשוב בחצרות ובשדות, הן גידול החרדל והן החזקת הדבורים, וגם עשיית שמן שומשומין היה שמוש חשוב בדירה ובחצר בזמנם, והיה חלק חשוב משמושי הדירה והחצר, והחצר נועדה גם לזה.

ולכאורה נראה דגם רש"י ס"ל דמה שאין לאסור לאדם לעשות בשלו, הוא דוקא בדברים שהם מעיקר תשמישי הדירה. אמנם רש"י כתב לענין אחר ואליבא דכ"ע, על הא דתנן (ב"ב כב,) לא יפתח אדם חנות של נחתומין או צבעין, ולא רפת של בקר מתחת לאוצרו של חבירו, והכל תלוי במי קדם. והובאה המשנה בגמ' יח,א, והביאה הגמ' דברפת בקר וחנות של נחתומין שהם תשמישי דירה, לכן דוקא ביש

כבר אוצר אסור לו לעשות רפת, כיון שההיזק מוכן. וכתב רש"י בד"ה דירה; "חנות ורפת בקר, דירתן של אדם הן, ואין לנו לאסור דירתו עליו אא"כ ההיזק מוכן". ולכאורה הכוונה שהוא שימוש חשוב בדירה, וכן"ל.

אמנם על עצם דברי הריצב"א שפירש נזקי הפרק בדברים שהם מעיקרי הדירה, ובדבר שהוא מעיקרי הדירה, אם מזיק בגירי דיליה גם רבי יוסי מודה דחייב המזיק להרחיק, לכאורה מדברי הראשונים דס"ל דבעשן של בישול רגיל, גם אם מזיק לשכן, ואף דעשן חשיב כגירי דיליה, מ"מ בעשן של בישול רגיל בבית, אין הנזיק יכול לעכב עליו. כן כתב הרשב"א בתש' ח"ב סי' מה, לענין עשן ראובן שנכנס בעלית בני שמעון דרך החלון, שאם זה עשן של בישול ואפיה הנהוגים בבית, אינם יכולים למחות; "שלא אמרו אלא בעשן תדיר וגדול כעשן הכבשן. אבל כעשן בעלי בתים, לא. שאלו כן, אין לך בונה בית, ולא מדליק אש תחת תבשילו, כדי שלא יצא עשנו בחוץ". וכן הוא בשלטי גבורים (ב"ב י, ב בעמוה"ר אות א) שמבשל תחתון בביתו, כדרך שכל אדם מבשל (וגרע מעשן לא תדיר שנחלקו הראשונים, עיין במחבר ורמ"א שו"ע חו"מ קנה, לז, דשם מיירי לא בעשן "בית", אלא בעשן שאינו מעיקר תשמיש הדירה, רק שאינו תדיר).

ועדיין יש לחלק בין עיקר שכתב הריצב"א לעיקר כמו בישול וכד'. דהריצב"א מיירי בעיקר שימוש חשוב, שבדר"כ משתמשים ברשות, ויש זכות וכך מקובל, הגם שאפשר עדיין להסתדר ללא שימוש זה, דאדם יכול גם שלא לעשות בביתו שמן שומשומין, וכן יכול גם לטעת אילנות אחרים, או לזרוע או לבנות. אבל האילנות במקום שהמקום נועד לנטיעה או שרגילות לטעת, זהו שימוש חשוב שיש לו רשות לעשות, אם אינו מזיק בגירי דיליה. והרשב"א והשלטי גבורים מיירי בבישול, שהוא שימוש שאי אפשר לבית בלעדיו, וזה עיקר אחר, בדרגה הרבה יותר חשובה, שכמו בית בלא אורה אינו בית, לא יתכן להגביל בית בבישול וכד'. וע"כ אף אם מזיק בקוטרא, כיון שאי אפשר לבית בלעדיו, יכול לבשל כנהוג. משא"כ נטיעת עצים ששרשיהם הולכים לחצר חבירו, זה עיקר, אף לא נאמר שלא יתכן הבית בלעדיו, ולכן אם מזיק בגיריה אסור. וע"כ נראה דאין מחלוקת בין הריצב"א לרשב"א, דמר אמר חדא ומר חדא, ולא פליגי. אמנם עיין בתש' מהרש"ם ח"ב סי' רסח דמשמע דלא קיי"ל כריצב"א, ומה שהקשה עליו. ולכאורה אם נחלק בדרגות העיקרים והחשיבות נראה דל"ק, וצ"ע.

וכל דבר שהוא עיקר בתשמישי הדירה, אף אם גורם נזק לשכנו, אינו חייב להמנע מלעשותו, כיון שאי אפשר לדירה בלאו הכי, וכמש"כ בענין הבישול בבית לצרכי בני הבית, (וזו דרגה לכאורה מעל דרגת החשיבות שכתב הריצב"א, וכן"ל). וכך

מוצאים אנו בחזו"א ב"ב יג, יא לענין דברי הריב"ש באנשים חולים שאינם יכולים לישן מקול הפטיש, שיכולים לעכב ולמנוע מהשכן להכות בפטיש, אף שמדין המשנה אינם יכולים לעכב, כיון דהמשנה איירי בבריאים (ויובא עוד להלן). ע"ז כתב החזו"א, וז"ל: "נראה דאין דברי הריב"ש אלא בעושה דבר שאינו עיקר דירה, כמו בעושה אריגה וכיוצב"ז, שאין זה מצוי בכל אדם ולא ברוב בני אדם. אבל אם עושה דברים שרוב בני אדם עושין, ולפעמים תשמישן ודיבורן משמיע קול שמפריע את החולה, אינו יכול למחות אף אם החולה קדם".

ואם תבוא ותאמר דכל זה דוקא באופן שאין אפשרות אחרת, כדוגמא שמביא החזו"א במי שטוען שרעש הבכי והצעקות של תינוקות שכנו מפריע לו, ואין לו אפשרות אחרת להמנע מלהזיק, ובה דוקא ס"ל לחזו"א שהוא מעיקר הדירה, על כך באים דברי החזו"א יד, לענין סולם שאסור לו להעמיד שלא תקפוץ הנמיה. דדוקא בסולם המטלטל, ס"ל לחזו"א דאסור, אבל מדרגות/ מעלות קבועות, אין אסור, וז"ל: "כיון דמעלות לעלות לעליה הן עיקר הדירה, והן נעשין לכל עליות, אין זה בכלל נזקי שכנים, שלא נאמר אלא בדברים העשויים ליחידים, אמרינן ליה כיון דשכנך ניזוק על ידך, עשה מילתא אחריתי שאין חברך ניזוק. אבל דבר שהכל עושין, א"א לו למחות. אע"ג דאפשר ליה להרחיק סולמו, אינו חייב לדחוק תשמישו בשביל זה. ואם אי אתה אומר כן, א"א לו לבנות מעלות לעלייתו בשום מקום, דלמא יבוא חבירו למחר ויעשה שובך תוך ד אמות לסולמו. ומיהו בזה י"ל דדירה שאני, ומודה רבא דסומך". מבואר דדבר שהוא שימוש עיקרי, אף אם יש לו חלופה, לא הגבילו חכמים את השימוש בדירה, (אא"כ מדובר בתנור וכיוצב"ז, שאף הוא מעיקרי הדירה, ואם לא ירחיקו יזיק ודאי, ומלכתחילה בתנור יש כח הזיק, ע"כ קבעו חכמים את שיעור הרחקתו), ע"כ קבעו הרחקות. אבל מדרגות, שכל הטענה לנזק הוא שתקפוץ הנמיה וכד', כיון שהמדרגות הקבועות הם חלק מתשמישי הדירה, אינו צריך להמנע ולהגביל את בנייתם.

וענין שימוש עיקרי בדירה, תלוי ברגילות שיש בתשמיש הדירה, הן במבנה עצמו כמו מעלות, וכמש"כ החזו"א, והן בשימוש הפנימי ע"י הדיירים, וכמש"כ החזו"א בענין רעש התינוקות. ומצאנו גם לעיתים דאם מדובר בפרנסה מקובלת במקום, וכך היא הדרך לעשות פרנסה זו במקום מגורים, אין השכנים יכולים למחות, עד כמה שזה חלק מעיקר השימוש במקום לצורך פרנסה. ולא יוכלו השכנים לומר שמתנגדים שיעשו שימוש במקום המיועד לחנויות, בטענת נכנסים ויוצאים וכד', ועיין מש"כ בזה מה שכת' ח"ה סי' יד. וראיתי אח"כ במהריב"ל ח"ג סי' לג בענין מלאכת צביעת בגדים, שטוען השכן שיש סרחון מהחביות של צביעת הבגדים, וע"כ משיב מהריב"ל, דאותה מלאכה מהבגדים הוא תשמיש קבוע ורוב אנשי אותה המדינה מתפרנסים באותו האומנות, וע"כ י"ל דאפילו דלהוי גיריה, אינו חייב להרחיק, ואפילו שהנזק יהיה בעין.

רק בנדון שם אין זו טענה, דאין הכי נמי דרוב אנשי אותה המדינה מתפרנסים באותה המלאכה, אבל רובם מניחים אותם החביות והגיגיות המלאות מי רגלים בסוף החצר רחוק מהבתים, ומיעוטא דמיעוטא הם אותם שמניחים בתוך הבתים. וא"כ כל היכא שמירי פרנסה ורגילות להשתמש ברשות לצורך פרנסה זו, אף בנזק כנ"ל, אינו יכול למנוע. וכן הוא במהרש"ך ח"ב סי' צח. ומה שחלק עליהם מהר"א ששון בתש' תורת אמת (סי' קלט), היינו מהטעם שלא נהגו לשים חביות בחצר בקרבת השכן, אבל בלא"ה מודה אם הוא עיקר הפרנסה. וע"ע מהרשד"ם חחור"מ סי' תסב.

ג. הרחקה בין כרם לשדה תבואה

לעיל הובא מש"כ הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, שהקשה מדוע מתיר רבי יוסי לנטוע אילן בסמוך לבור, הרי שרשי האילן הם ממונו של בעל האילן, והם מזיקים לבור, והו"ל ממונו המזיק. ותירץ הרמב"ן, שהשרשים אינם האילן אלא "ממילא קא אתו", אף שהשרשים הם ממונו, ולא חייבה התורה לשמור שרשים אלו שנולדו אח"כ, ואין זה כוחו של האילן הנטוע. והסבר לדברים כת' לעיל, דכל מזיק החיוב לשמור עוד לפני שהזיק. כאן השרשים קודם שהזיקו, אין עליהם חיוב שמירה. עוד הסביר הרמב"ן, דשרשים אלו, כיון שאין הבעלים רואים אותם, הרי זה כנפרצה בלילה, וכממונו המזיק באונס, שהוא פטור. עוד הובאו דברי הרמב"ן בסוף קונטרס דינא דגרמי: "מכלל דברינו תוכל לדעת דעת הגאונים ז"ל שאמרו דכולה מתני' דלא יחפור מודה בה ר' יוסי דגיריה נניהו לפי שהן בעצמן המזיקין, ולא פליג ר' יוסי אלא בשרשי האילן שהם נולדים ואינם מזיקין באותו המקום שנטע זה שם אילנו, אלא לאחר זמן קופצין ובאין אצל הבור ומזיקין אותו, ואין בכל השנויין במשנת לא יחפור מי שיערב עליך טעם אלא הזרעים במפולת יד שאחרי זמן הם מחלידים את הקרקע". וההסבר כנ"ל, או שלא שייך לחייב בשמירה דבר שבמהותו אינו מזיק רק לאחר שמזיק מקבל שם של מזיק, או דהוי ממונו המזיק באונס, שאינו רואה את השרשים שבתוך האדמה הולכים ומזיקים, ודמי לנפרצה בלילה. נפק"מ בשרשים היוצאים מהגזע הגלוי של העץ.

ובריש ב"ב (ב,א-ב, וכן ב"ק ק,א-ב): כדתינא, מחיצת הכרם שנפרצה, אומר לו גדור (לבעל הכרם גדור אתה שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה משום כלאים, לפי שסמך בעל השדה את זרעיו סמוך לגדר, כדתנן בפרק שני היה גדר בינתים זה סומך לגדר מכאן את אילנותיו וזה סומך לגדר את זרעיו מכאן, וכשאר שם גדר תנן בפ' שני, לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו א"כ הרחיק ממנו ד' אמות כדי עבודת הכרם, דבהכי הוי כלאים – רש"י), חזרה ונפרצה אומר לו גדור, נתיאש הימנה

ולא גדרה, ה"ז קידש וחייב באחריותה. ובתוס' שם (ד"ה אומר) כתבו דבעל הכרם הוא המזיק, דד' אמות שאמרו הוא לעבודת הכרם. ואף שלר"י הניזק צריך להרחיק עצמו, בגירי דיליה מודה ר' יוסי דהמזיק מרחיק. ובתוס' בב"ב לא ביאר מדוע הוי גירי דילה.

ובב"ק ק,ב (ד"ה אומר) ביארו התוס' מדוע הוי גירי דיליה: "והכא גירי דבעל כרם הם, דחשדינן ליה שלא יביא מחרישתו בשדה חבירו, לפיכך צריך לעשות כותל או להרחיק ארבע אמות". לכאורה הפשט בתוס', לא שהשרשים של הכרם המזיקים לתבואה הם גירי דיליה, אלא מניעת נזק של בעל הכרם עצמו, דחכמים קבעו הרחקות בין שכנים, וקבעו שבעל הכרם הסמוך לשדה תבואה, צריך להרחיק מהשדה ד' אמות או לעשות מחיצה, כיון שהוא זה שצריך את הד' אמות למחרשתו, ואם לא ירחיק או יעשה מחיצה, יכנס לשדה שכנו, ולכן מחשד זה חייבו דוקא את בעל הכרם להרחיק. דלרבי יוסי על הניזק להרחיק עצמו, כשעושה מעשה בחצרו שלו וכו"ל, אבל כאן ההרחקה כדי למנוע מבעל הכרם לפלוש לשדה חבירו, ואם יכנס לשדה שכנו עם מחרשתו, ודאי יחשב למזיק, דהכניסה והשימוש בשדה חבירו היא מזיק, וכדי למנוע נזק זה חייבוהו להרחיק או לעשות מחיצה. והיינו, דאם רבי יוסי חייב מזיק להרחיק בגירי דיליה, ודאי יש לו להרחיק כשיש חשש שיזיק, וכמש"כ רבינו יונה בעליות (ב,א ד"ה גמ'): "דקיי"ל מודה ר' יוסי בגירי [דיליה], וכ"ש דחיישינן להיזק גמור, שמא יכניס מחרשתו או יכנס וידרוס בשדה חבירו". ועיין לגר"ש רוזובסקי (שעורי ר' שמואל, ב"ב אות ל) בבאור דעת התוס': "דאף דהחויב לגדור הוא משום עבודת הכרם, מ"מ כיון דאם היה גודר לא הי' הנזק של כלאים, ועכשיו שלא גדר נעשה ע"י זה הנזק, א"כ חשיב מזיק מדינא דגרמי על האיסור כלאים בעצמו, דאי עשיית הגדר בכה"ג משוי ליה למזיק מדינא דגרמי גם על האיסור כלאים".

ועיין באבני נזר (חיור"ד סי' תע) שכתב לבאר דברי התוס', שאף שהחויב לגדור אינו אלא שלא יכנס לחצר חבירו ולא מחמת האיסור שתאסר התבואה, דמצד איסור התבואה, על הניזק להרחיק עצמו: "מ"מ מחייבין ליה משום שאוסר התבואה, וחשבינן ליה לגבי איסור התבואה כקלקל בידים". ולכאורה הביאור, דכיון שחייבוהו להרחיק מחמת המחרשה, אם אינו מרחיק הרי הוא כמזיק בידים את תבואת חבירו. עיין גם מש"כ באבנ"ז חאו"ח תקג אות י', דכיון שלא קיים חיובו לגדור, הרי הוא כפרץ מחיצת הכרם בידים. ויסוד זה נראה לכאורה מדברי הרמ"ה (ריש ב"ב אות יח), דאם יש חיוב לגדור ולא גדר, אף שהנזק יבוא כעת בשב ואל תעשה של המחויב, נחשב הדבר כמזיק בידים: "ושמע מינה דמאן דהוה מחייב למיגדר בינו ובין חבירו ולא גדר, ואתו גנבי וגנבו ליה מידי דרך הגדר, חייב לשלומי ליה. וכן כל מאן דגרם

לאפסודא ממונא דחבריה כי האי גוונא, ואף על גב דלא קא עביד מעשה, והוא דמתרו ביה מעיקרא".

וברשב"א כתב דהוא משום ערוב גפניו עם תבואתו של חברו, והוי גירי: "והכא נמי גירי ניהו וטפי מגירי, דמשום ערוב גפניו שמתערבין עם תבואתו של זה הוא שנאסרה התבואה". ובר"ן שם כתב: "ואפי' לר' יוסי דאמר על הניזק להרחיק את עצמו, כיון שיש איסור בדבר ובעל הכרם הוא שנכנס בתחום, אומרים לו גדור". וצ"ל, דכל מה שסובר רבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, דוקא כשעושה בשלו ומזיק בשל חברו, במחצית הכרם, מחמת ערוב הגפנים, נחשב כעושה בשל חברו, שהוא נכנס בתחום חברו, או מחמת המחרישה, או שהגפנים מתערבים בתבואת חברו. או י"ל, דכל דברי רבי יוסי שעל הניזק להרחיק, דוקא במקום שהשאלה ממונית, אבל באיסור כלאיים, שאוסר תבואת חברו, מי שבא לתחום חברו הוא זה שצריך להרחיק עצמו, ולכן על המזיק להרחיק עצמו.

ודבר זה מצאנו גם בדברי הרמב"ן בסוגיא (בתרוץ הראשון): "ואף על גב דקי"ל כר' יוסי דאמר על הניזק להרחיק את עצמו, כיון שיש איסור בדבר מחמת הכלאים שהערוב מבטל את השורה, מחייבין אותו לגדור, שהוא המקיים כלאים בכרם שבא לתחום של חברו ואין חברו נכנס בתחום, כנ"ל". מי שנכנס לתחום חברו, הוא המקיים את איסור כלאיים". ומבואר שהוא דין מיוחד בחיוב הרחקה במי שמקיים כלאים, וזה הבא לתחום חברו. וכיון שמדין איסור כלאיים בעל הכרם הוא המקיים כלאים, עליו להרחיק. וכן כתב הרמב"ן בסוף קונטרס דינא דגרמי: "דשאני מחיצת הכרם דכיון שיש בה איסור כלאים חייב לגדור, וחברו פטור מלגדור, שהוא בתוך שלו הוא עומד ואינו בא בגבולו של חברו. אבל זה שהוא בא בגבולו, עליו לגדור מחמת שאסור לערב הגפנים בתבואה, וכיון שלא גדר ונתייאש חייב לשלם כדכתיבנא לעיל, אבל היכא דליכא איסורא, סבר ר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו מאחר דלאו גיריה דמזיק ניהו". דמי שבא לתחום חברו הוא מקיים הכלאים, ומבחינת איסור כלאיים עליו לגדור, ואינו דומה לדיני ממונות ולחיובי הרחקה, דבזה כל שאינו מזיק בגירי, על הניזק להרחיק, אבל באיסור כלאיים החיוב הוא על מי שמקיים כלאים, ומי שמוגדר בהלכות כלאיים כמקיים הכלאים. ומדברי הרמב"ן בקונטרס הגרמי נראה שנקט כתרוץ זה, ולא כתרוץ שהביא בחדושו לב"ב בשם אחרים, דהברייטא כרבנן ולא כרבי יוסי, עיי"ש (ועיי' גם נימוקי"י ב"ב א,ב שנקט דברייטא דלא כר"י). ולכאורה גם מרש"י בסוגיא מוכח כרמב"ן, דכל מה שאומר לו לגדור, כדי שלא תאסר התבואה מדין כלאיים: "אומר לו לבעל הכרם גדור אתה, שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה משום כלאים, לפי שסמך בעל השדה את זרעיו סמוך לגדר". הרי שהטענה היא מחמת האיסור ולא מדין הרחקה נזיקין, וזה כדברי הרמב"ן הנ"ל.

והגר"ש רוזובסקי (שעורי ר' שמואל, ב"ב כח) הקשה מדוע רק בעל הכרם נחשב למקיים כלאיים ולא בעל התבואה, הרי גם בעל התבואה אוסר את ענבי בעל הכרם. ובתחילה הביא את דעת הרמ"ה והר"ר יהונתן, דמירי שאין ענבים בגפן, דלא הגיעו לכדי פול הלבן, וממילא בעל התבואה לא אוסר גפני בעל הכרם. ודחה תרוצם. וכתב לישב, דכיון דהרחקת ד אמות היא בשביל עבודת הכרם, בעל הכרם שלא הרחיק או לא בנה מחיצה, הוא זה שנכנס לשדה חבירו, שהתבואה במקומה עומדת, ובעל הכרם נכנס ד אמות לרשות חבירו. ושם באות כט הקשה מדוע יחשב כגירי דיליה לחייבו. ותיירץ כמש"כ הנתיבות קנה, כב (ראה להלן), דחשיב כגיריה דממוניה. ועיי"ש מה שהקשה דלכאורה חיוב הרחקה אליבא דר"י בגיריה דממוניה, הוא מחלוקת ראשונים, ואין זה מוסכם.

ועיין לגר"א וסרמן (קוב"ש ב"ב יב – יג), דלשיטת התוס' החיוב מדין נזיקין ולא מדין אסור כלאיים גרידא, דמשום אסור כלאיים גרידא, לא היה מקום לחייבו בתשלומי נזק, ולכן כתבו תוס' דהחיוב מדין נזיקין, עיי"ש. ועיין בקהילות יעקב (ב"ב סי' ג ד"ה והרמב"ן), דאחרי שיש עליו חיוב לגדור מטעם מקיים כלאיים, יש עליו גם חיוב תשלומין, כיון שהיה עליו חיוב לגדור, יהיה הטעם שיהיה. (וע"ע שם בקה"י, דלדעת הרמ"ה שחיוב התשלומין נובע מהחיוב לגדור, היינו דוקא במקום שיש לניזק תביעה לגדור, כמו במחיצת הכרם או בהיזק ראייה, שיש לניזק זכות תביעה, ולכן חייב בכל הנזקים, משא"כ בבור ברה"ר שאין לנתבע זכות תביעה כלפי בעל הבור, ורק אם ניזק חייבה התורה, ככל שלא חייבה התורה את בעל הבור, כגון כלים בבור, אין לחייבו במה שלא יכסנו. ועיי"ש מה שכתב לדעת הרמב"ן שהחיוב מחמת האיסור. ועיין עוד במש"כ הגרב"ב בברכת שמואל ב"ב יז,א, וכן כ,ג.).

והשאלה מדוע נחשב בעל הכרם כמקיים הכלאיים. ולכאורה הכל תלוי בדיני איסור כלאיים וכו"ל, אך אפשר לומר דאף בדיני ממונות יחשב בעל הכרם כמזיק, לפמש"כ הרמב"ן בקונטרס הגרמי, הנ"ל, דבשרשים חשיב ממונו המזיק באונס, כיון שאינו רואה את השורשים, שנסתרים הם מעיניו. ולפ"ז י"ל דכאן רואה את תערובת הכרם עם התבואה, וממילא הוי ממונו המזיק ויש עליו חיוב שמירה. גם מש"כ לעיל בהסבר הרמב"ן, דשרשים אין עליו חיוב שמירה, דאינם מזיקים עד שיזיקו (עיין לעיל), י"ל דכאן בכרם הסמוך לשדה תבואה יש עליו חיוב שמירה מיד, דהטילו עליו חיוב הרחקה ועשיית מחיצה, ולא דמי לשרשים.

והש"ך חו"מ קנה, כב כתב בחילוק בין מי שנפרץ ביתו, וע"י זה באים גנבים לשכנו, ואומר השני לראשון שיתקן הפריצה, שנחלקו בזה בראשונים והאחרונים, עיין טור חו"מ סו"ס קנה, ב"י, וברמ"א קנה, מד, דיש לחלק בין מחיצת הכרם לבית פרוץ,

דבמחיצת הכרם ברי היזקא, ובבית פרוץ, מי יימר שיבואו גנבים, וכיון דלא הוי ברי היזקא, הרי זה גרמא. ונראה דפירש כמש"כ הרמב"ן בשם אחרים והנימוק", דהב"י א"ב דרבנן דר"י, וקיי"ל כברייתא זו אף דקיי"ל כר"י, מפני שחייב במחיצת הכרם מדינא דגרמי. ובוזה אתי שפיר מה שהקשה הנתיבות קנה, כב על הש"ך, דבהרחקות נזיקין לא תלוי בברי היזקא. ומ"מ הנתיבות פירש דבמחיצת הכרם הוי גירי דממוניה, משא"כ גנבים לא חשיב גירי דיליה או דממוניה. וצ"ל בחילוק בין גירי דממוניה בכרם לשרשים, כמש"כ לעיל, דבכרם רואה להדיא, ואינו כשרשים נסתרים.

ד. אם שורשים הוי ממונו המזיק

עיין לעיל שהובאה דעת הרמב"ן דשרשים לא הוי ממונו המזיק, והסבר דבריו. וכן נראה מדברי העיטור (אות מ, מחאה, נגד), דבשעה שנטע האילן אין שרשים, ורק אח"כ פנים חדשות באו לכאן. וכן נראה מדברי הר"ן (ב"ב כהב), דאליבא דר"י כיון שהשרשים באים רק לאחר זמן, מותר לסמוך. וכן מבואר בנימוק"י (ב"ב טב, מעמוה"ר): "דלר' יוסי ודאי כיון דליכא כותל סמך, ואף על גב דכי בני לה לכותל בתר הכי מזיק ליה, ההיא שעתא לא עביד מעשה ולא מידי, והשתא דעביד מעשה לא מזיק ולא מידי, כיון דליכא לכותלו ולא גיריה נינהו אלא דוקא כשמניחו שם בזמן שיש שם כותל, דאז הוא דהוי גיריה, שבהוא מעשה מגיעו ההיזק תיכף, משא"כ באילן שבשעה שנטעו אינו מגיע לבור ממנו היזק כלל באותו מעשה עד שיגדלו שרשיו, ואז האי לא עביד מידי". מבואר שנוק משרשי האילן לא נחשב גירי לראשונים הנ"ל.

אמנם מדברי הרמ"ה (פ"ב דב"ב אות קה) מבואר דשרשי האילן הם ממונו המזיק: "וגבי שרשי אילן היכא דאזיקה לבור לאחר זמן, אף על גב דהני שרשין לאו איהו נטעניהו הם אלא נטיעת האילן הוא דגרמא להו לאיתניהו להני שרשין לאחר זמן, כיון דמגוף ממונו קא אתי, לא גרעי מאשו דאיתלאי במידי דלאו ממונו והלכה והיזיקה, דאפילו היכא דפסקי גיריה מעיקרא, מחייב עלה משום ממונו". הרי אפי' נפסק גיריה, כיון דנטיעת האילן שלו הביאה לשרשים, הרי זה ממונו המזיק. ועיין עוד ברמ"ה להלן (אות קז) דאליבא דרבי יוסי אין למנוע מהמזיק לעשות בתוך שלו ולמנוע ממנו להשתמש ברשותו, אלא שאם הזיק, גם רבי יוסי ס"ל דחייב לשלם, וכל המחלוקת אם לעכב לכתחילה ולהרחיקו: "ואי אהנו מעשיו לחודיהו בניזק גופיה, מיהו לא אהנו ביה אלא לאחר זמן, לא מיתסר לכתחילה, כרבי יוסי דאמר זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, וטעמא דמילתא כדי שלא לעכב על כל אדם לעשות בשלו מה שאינו מזיק לחבירו מיד, דאם כן אין לדבר סוף. ואי אתי מיניה לחבריה ניזקא לאחר זמן, כיון דעל ידי מעשיו לחודיהו קאתי ליה נזקא, אף על גב דארחיק שיעור

הרחקה, מחייב תשלומין". ויבואר עוד בהמשך בשאלת חיוב בעל האילן לשלם את הנזק שארע לשכנו בסתימת הביוב.

והנתיבות קנה, יח הסביר את דברי הרמב"ן שלא חייבו להרחיק, דכיון דמי שנוטע בתוך שלו, עושה זאת ברשותו, ואין אפשרות להמנע מהנזק אלא ע"י ביטול רשות של המזיק, שלא יטע אילנות, וזה לא חייבו את המזיק כשעושה בתוך שלו (עיין לעיל בבאור דברי הנתיבות), וז"ל הנתיבות: "ולפי"ז אתי שפיר נמי בהא דאילן דסמוך לבור (שם כה, ב), דלא תקשה הא השרשין היוצאין הן שלו, וכשמזיקין ליהוי כשורו ובורו שמזיקין דחייב. ולפי מה שכתבתי לא קשה, כיון דאי אפשר להחזיקו בשמירה כי אם בביטול רשות מנטיעת אילנות, ולניזק אפשר להרחיק ולשמור עצמו, בזה לא חייביה רחמנא למזיק". ולפי"ז י"ל דבכלאי הכרם שהרחקה הינה ד אמות כדי עבודת הכרם, ואין בזה ביטול רשות למזיק, דממילא צריך להרחיק משום המחרישה, לכן חייב בנזקי בעל התבואה, דבזה אף לרבי יוסי חייבוהו למזיק להרחיק. ומעין זה נמצא גם לגרבי"ב (ברכת שמואל סי' יג) בשם הגר"ח, דדין מזיק שיש עליו שמירת גופו או ממונו, דוקא כשעושה מעשה בשל חבירו, אבל כשעושה בשלו, אינו נחשב כעושה בשל חבירו, ואף במקום שחייבו אותו להרחיק, ואם לא הרחיק הוי גירי, לא חייבו אותו אלא על סמיכתו הראשונה, ומה שנולד אח"כ חשיב ליה ככלו לו חיציו. ולכן גם אין לחייב בעבור השרשין, כיון שלא היו בסמיכה הראשונה, שאף דהוי ממונו שהזיק, אין עליו חיוב שמירה כלל, וכל החיוב הוא רק על מעשה הסמיכה שלא בהיתר, והשרשים לא היו בזמן הסמיכה. ועיין עוד שם בסי' כב (ד"ה ובוזה).

ומש"כ לעיל בסברת דברי הרמב"ן, דכל עוד לא גדלו השרשים, אין כאן חיוב שמירה, ורק לאחר גדילת השורשים שכבר הזיקו לבור, היה אמור לחול עליהם חיוב שמירה, וחיוב שמירה על הבעלים לא שייך לאחר שכבר הזיקו, מצאתי הסבר זה בדברי הגר"ש רוזובסקי (שעורי ר' שמואל, ב"ב יז, א). הגר"ש הקשה לשיטת הנתיבות ששרשים הם גירי דממוניה, מדוע לא יתחייב לשלם מה שהזיקו. והביא את דברי הרמב"ן ששרשים הם נולד, והקשה דאף שהם נולד, מ"מ הם ממונו המזיק: "ולכאורה קשה, מה בכך דהשרשים הם נולד ואינם חיציו דאילן, הא מ"מ השרשים עצמם ממונו דבעל אילן נינהו. וצ"ל בכוונתו דעכ"פ קודם שנולד אין עליו חיוב שמירה, דלאו חיציו דאילן נינהו ואין חיוב שמירת נזקי האילן מחייבת לשמור שלא יולדו השרשים, ולאחר שנולד הרי בא הנזק תיכף עם לידתו דמקלקלי להבור ול"ש תו שמירה, ולהכי פטור מלשלם. ולפי"ז י"ל כן גם לענין חיוב הרחקה, דכ"ז שלא נולד המזיק לא מיחייב בהרחקה, ואח"כ הא כבר הזיק".

מהאמור לעיל עולה דדעת הרבה מהראשונים והאחרונים דשרשים אינם נחשבים כגיריה דיליה וכממונו המזיק לחייב בנזקיו, ודעת הרמ"ה דשרשים הם ממונו המזיק

וחייב, גם אם אפשר דאינו חייב להרחיק, חייב בנזקי השרשים שהזיקו בחצר חבירו. וכדברי הרמב"ן מצאנו גם במאירי, וכפי שיבואר להלן.

דהנה תנן במשנה ב"ב כו,א: לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו אלא אם כן הרחיק ממנו ארבע אמות (בין שדה הלבן בין שדה האילן, וטעמא כדי עבודת הכרם, שכשיחרוש את אילנותיו לא יהא צריך להכניס מחרישתו לתוך שדה חבירו – רש"י), אחד גפנים ואחד כל אילן. היה גדר בינתים, זה סומך לגדר מכאן וזה סומך לגדר מכאן. היו שרשים יוצאים לתוך של חבירו, מעמיק ג' טפחים כדי שלא יעכב את המחרישה. היה חופר בור שיח ומערה, קוצץ ויורד והעצים שלו. ובגמ' שם: רבא בר רב חנן הווי ליה הנהו דיקלי אמיצרא דפרדיסא דרב יוסף, הווי אתו צפורי יתבי בדיקלי ונחתי בפרדיסא ומפסדי ליה. א"ל זיל קוץ. א"ל והא ארחיקי לי. א"ל ה"מ לאילנות אבל לגפנים בעינן טפי. והא אנן תנן אחד גפנים ואחד כל אילן. א"ל ה"מ אילן לאילן וגפנים לגפנים אבל אילן לגפנים בעינן טפי. א"ל אנא לא קייצנא, דאמר רב האי דיקלא דטעין קבא אסור למקצייה, ואמר ר' חנינא לא שכיב שכחת ברי אלא דקץ תאנתא בלא זימניה, מר אי נחא ליה ליקוץ. רב פפא הו"ל הנהו דיקלי אמיצרא דרב הונא בריה דרב יהושע אזל אשכחיה דהוה חפר וקא קאיין שרשיו אמר ליה מאי האי אמר ליה תנן היו שרשים יוצאים לתוך של חבירו מעמיק שלשה כדי שלא יעכב המחרישה אמר ליה הני מילי שלשה מר קא חפר טפי אמר ליה אנא בורות שיחין ומערות קא חפרנא דתנן היה חופר בור שיח ומערה קוצץ ויורד והעצים שלו. ולכאורה מזה שרב יוסף אמר לרבה בר רב חנן שיקוץ הדקל, משמע שאם הדקל גורם נזק, יכול לתבוע מבעל הדקל שיקוץ הדקל.

והראשונים דנו במרחיקין האילן מן העיר, על מי החובה לקוץ את האילן, על בעל האילן או על בני העיר. והובא לעיל תוס' כד,ב דמשמע שהחויב על בעל האילן, ורק אם הוא אינו קוצץ, יכול אחד מבני העיר לקוץ. ובר"י מיגאש (ב"ב כד,ב) מבואר דהחויב על הניזק לקוץ את האילן, וכך פירש בסוגיית הגמ' הנ"ל: "פירש, קוצץ א' מבני העיר את האילן ואינו נותן דמים לבעל האילן. ודייקנן ומאי שנא מבור דתנן אם הבור קדם קוצץ ונותן דמים. אמר רב כהנא קידרא דבי שותפי לא חמימא ולא קרידא. כלומר דבר דבין שותפין מתרשלין הן בו, לפי שכ"א מהן סומך על חבירו, הילכך אם מחייבין אנו את בני העיר ליתן דמי האילן לבעל האילן, יבוא להתרשל בקציצתן, לפי שכל אחד מהן אינו רוצה ליתן מה שמגיע עליו מדמי האילן, וישאר האילן כמות שהוא ויבטל נויי העיר. אבל גבי בור של יחיד, כיון דלא איכפת לן אם יתרשל בקציצתו אם לאו, שהרי ההפסד עליו לבדו הוא, חייבוהו לתת דמי האילן". מבואר דהחויב הוא על בני העיר ועל בעל הבור, ובבני העיר אם נחייב בדמים, אף אחד מבני העיר לא ירצה לקוץ האילן מחשש שיתבע על דמיו, ובאי

קציצתו יתבטל נוי העיר, משא"כ בבור ואילן, אם יתרשל בעל האילן, אין זה אלא מענינו, ולא נעשה תקנה לזרזו לקוץ האילן, כיון שהאילן מזיק לו.

וכך מבואר גם בדברי הרמב"ם בפיהמ"ש (ב"ב ב,ז): "אם האילן קדם קוצץ ונותן דמים, כלומר קוצצו כל מי שקצץ מאנשי העיר, ואחר כך מקבץ דמיו מאנשי העיר ומשלם לבעל האילן". מבואר מהרמב"ם שאין חיוב על בעל האילן לקוץ האילן, ורק בני העיר רשאים לקוץ. וכן מבואר במאירי שם: "יקוץ אותו מי שקוצץ אותו מבני המדינה, ויתן לבעל האילן הדמים". וכן משמע ממהרי"ח שהביא הג"א (ב"ב ב,כח): "ומיהו בעל האילן יכול לומר אנא לא קציצנא, אלא את אי ניחא לך קוץ, דאמר רב (ששת) דיקלא דטעין קבא אסור למיקצייה. מיהו אם מפסידין יותר הרבה כגון ההוא דטעם בהו טעמא דחמרא ואמר ליה למחר אייתי לי מקורייהו מותר".

ולכאורה דברי הראשונים מדויקים במשנה: יקוץ ויתן דמים, שאם היה חיוב על המזיק לקוץ, היה לו לומר יקוץ ויקבל דמים, ומזה שכתב יתן דמים, משמע שרשות הקציצה היא לבני העיר ובעל הבור, שיכולים לקוץ וליתן דמים. אלא שלפ"ז קשה מה אמר רב יוסף לרבא בר רב חנן שיקוץ הדקלים. וראיתי לבעל הערוך לנר (תש' בנין ציון סי' סא) שכתב דאה"נ, רב יוסף היה צריך לקוץ, אבל הציע לרבא בר רב חנן שהוא יקוץ, וז"ל הבנין ציון: "דיש לחקור היכא שהדין שיקוץ, אי נימא שבעל האילן המזיק צריך לקוץ כדין מזיק את חבירו שהמזיק חייב לסלק את ההיזק, או אי נימא דהניזק יש לו רשות לקוץ, אבל המזיק לא חייב. והנה בהגהת אשרי כ' בשם מהרי"ח ומיהו בעל האילן יכול לומר אנא לא קציצנא, אלא את אי ניחא לך קוץ, עכ"ל. ונראה שיצא לו כן מדברי רב"ח לרב יוסף. אכן לפ"ז ממה שבקש רב יוסף ממנו שיקוץ, לכאורה משמע אפכא. אבל באמת ממתניתין הוא מוכרע, שהרי אמר קוצץ ונותן דמים, ואם קוצץ, על המזיק קאי, ה"ל למימר קוצץ ומקבל דמים, אע"כ דבעל האילן אפילו נטעו בלא שהי' לו רשות, מכ"מ הוא א"צ לקצצו, אבל הניזק יכול לקוצצו ואין יכול למחות בידו. ואפשר ג"כ שצריך לשלם לו את הדמים כמו בנוטע אילן סמוך לבור לת"ק דמתניתין. ומה שאמר רב יוסף זיל קוץ, י"ל דלא רצה רק להגיד לו שהדין לקוצצו מפני שמזיק לו. ואולי ניחא ליה טפי לקוצצו בעצמו. ויש נפקותא רבתא לדינא באילן העושה פירות, דאם בעל האילן צריך לקוצצו מדינא, אז אין בזה דרך השחתה, כיון שלא מקיים רק דין התורה, וכנראה מדברי הרמב"ן הנ"ל. אבל אם הוא א"צ לקוצצו, אזי אסור לקוצצו משום לא תכרות, דרך הניזק יכול לקוצצו, דאצלו הוא מעולה בדמים כיון שניצל עי"ז מהיזק ששוה יותר מאילן, שהרי קוצצו ונותן דמים, אלמא שההיזק הוא אצלו יותר מדמי האילן, אבל בעל האילן שאינו מקבל רק דמי האילן אצלו אין כאן מעולה בדמים, ולכן אסור שבשביל ריוח

הניזק לא מותר לעבור על ל"ת". ומבואר דאף בעובדא דרב יוסף ורבא בר רב חנן, הרשות לקוץ הינה על רב יוסף הניזק.

אמנם מש"כ הבנין ציון שלרב יוסף היתה הזכות לסלק ההיזק שבא עליו, לא משמע כן מדברי הראשונים, וגם נראה לחלק בין עובדא דרב יוסף למרחיקין אילן מהבור או מהעיר, דבהרחקת אילן מהבור והעיר אין כאן עדיין נזק, משא"כ בעובדא דרב יוסף ורבא בר רב חנן כבר היה הנזק, והוא גירי דיליה, והחויב על המזיק, רבא בר ב"ח, לסלק הנזק. והדברים מבוארים להדיא בראשונים. הרמב"ן (ב"ב כו,א), כתב: "והא דאמרינן אבל אילנות לגפנים בעינן טפי משום צפרי מודה בה ר' יוסי, דזמנין דסליק למגדריה לדקליה ומפרח לעופות על הגפנים והווי ליה גיריה, שכן דרך העופות שאדם מפריחן מקינן או ממוזנותיהן, שאין מפריחין אלא עד מקום קרוב משם". ובהמשך מקשה הרמב"ן מדוע רבא בר רב יוסף סרב לסלק הדקלים, הרי מצוה עליו לסלק הנזק: "הא דאמרינן אנא לא קאיצנא. קשיא לן, אמאי לא, והרי הוא מזיק ומצוה להרחיק את עצמו אפילו להפסיד כל מה שיש לו ולא יפסיד חברו פרוטה. ונראה שלא הודה לדבריו אלא שהיה סבור דבין גפנים לגפנים בין אילנות לגפנים בב' אמות סגי בבבל, ולא רצה לחלוק עליו אלא כענין שאמרו (יבמות ע"ז א') אם קודם מעשה אמרה שומעין לו ואם לאחר מעשה אמרה אין שומעין אמר לו לקוץ הוא בעצמו, ואנן כרב יוסף קיימא לן דליכא דפליג עליה" מבואר שאכן החיוב על רבא בר ר"ח לקוץ האילן כדי הרחקת נזיקין.

וכן מבואר בדברי הרשב"א שם בסוגיא. דבתחילה הביא י"מ שאין כאן גירי, ולכן כל חובת הקציצה היא ממידת חסידות. אך כתב דאינו מחזור, דא"כ לא היה רב יוסף אומר לרבא בר ר"ח לקוץ: "יש מפרשים דרב יוסף לאו מדינא קאמר ליה דלקוץ, דאנן כר' יוסי סבירא לן דאמר על הניזק להרחיק את עצמו, והא נמי לאו גיריה נינהו אלא מדין חסידות קאמר ליה, דכיון דלרבנן צריך להרחיק ומזיק הוא מדין חסידות הוא דליקוץ ולא יזיק, והיינו דאהדר ליה רבא בר רב חנן לבסוף אנא לא קאיצנא, דאמר רב דיקלא דטעין קבא אסור למקצייה, ואי מדינא חייב לקוץ אדרבה מותר ומצוה לקוץ, ולא הוה אמר ליה נמי מר אי ניחא ליה למיקץ זיל קוץ. ואינו מחזור כלל, דאם איתא, לא הוה א"ל רב יוסף זיל קוץ, דמשמע דמדינא קאמר ליה, אלא הוה אמר ליה ליקוץ מר". מבואר דיש חיוב על רבא בר ר"ח לקוץ, כיון דהוי גירי דיליה, ולא דמי להרחקת אילן מבור ומעיר, שעדיין לא מזיק, ובודאי אין כאן גירי דיליה. ועיי"ש שפירש דמה שסירב רבא בר ר"ח לקוץ, מפני שחלק על רב יוסף, וכמש"כ הרמב"ן הנ"ל.

וכדברים אלו כתב הריטב"א שם בסוגיא: "א"ל אנא לא קייצנא וכו'. קשה לי וכיון דמזיק לאחרים תו ליכא איסור בל תשחית, דבל תשחית דחבריה עדיף,

וכדאיאתא (ב"ק צב,א) בהווא דאייתי ליה אריסיה וכו'. ויש שתירצו כי מה שאמר לו קוץ, לא היה מן הדין, דהא לאו גיריה הוא, ואנן קי"ל כר' יוסי דעל המזיק להרחיק את עצמו, אלא ממדת חסידות אמר לו. וזהו אינו נכון כלל, דהא מייתי עלה מתני' ואמר ארחיקי לי כדיני, ועוד דהא פרישנא דגרמא דגיריה הוא דמודה רבי יוסי". הרי שס"ל דהוי גרמא דגיריה וחייב להמזיק להרחיק עצמו, דלא כמפרשים שהרחקה היתה ממדת חסידות.

וכן מבואר מדברי הר"ן שם, שיש על רבא בר ר"ח מצוה לקוץ ולהרחיק נזקו, שלא יזיק לאחרים, ורק רבא בר ר"ח חלק על רב יוסף אם יש עליו חובה להרחיק משום נזק העופות: "וא"ת ואמאי לא, והרי הוא מזיק ומצוה להרחיק, ואפי' מפסיד כמה, שלא יזיק את חברו, וכדאמר' גבי בור קוצץ ונותן דמים, וסתמא קאמרינן אפי' באילן שעושה פירות. י"ל דרבה בר חנה לא קבלה מנה רב יוסף שיהא חייב להרחיק יותר משום היזקא דעופות, ומ"ה אמר ליה אנא לא קאיצנא, דאנא לא מחייבנא בהכי, כענין שאמרו תלמיד חכם שהיה מורה ובא אם קודם מעשה אמרה שומעין לו, אם לאחר מעשה אמרה, אין שומעין לו, וכיון דלא מחייבנא, לא מצינא למיקץ משום איסורא, אבל לענין ממונא לא פליגנא בהדך ואי ניחא לך למיקץ קוץ".

ובמאירי שם בסוגיא כתב, שאם הנזק מצד השורשים, אין חיוב על המזיק לקוץ, ורק אם בא הנזק מצד דבר אחר, יש עליו חיוב לקוץ אם הוי גירי. וגם חידש שרב יוסף ורבא בר ר"ח נחלקו אם הוי גירי בנזק העופות: "ומתוך כך יראה לי שאם נטע ולא הרחיק, אין כופין אותו לקוץ מצד השורשים, אלא שחופר בתוך שלו וקוצץ שרשיו כפי צרכו, וזהו שנשנית משנה זו בלשון לא יטע, כלומר לכתחלה, ומ"מ כל שנולד לו היזק אחר חייב לקוץ אם הוא גירי, ואם אינו גירי, אינו חייב לקוץ. ומעתה נראה לי בביאור המעשה, שהיה המוחה דנו בדין גירי, מצד שלפעמים עולה הוא באילן והעופות מפרחין מצדו ומזיקין, והיה בעל האילן חולק בזה לומר שאין זה גירי, ומתוך שהיה הדבר נשאר אצלם בספק, לא היה רוצה ליכנס לחשש איסור מספק אלא שהרשהו שיקוצנו. ולמדנו שכל שהדין ברור לקוץ שכופהו לקוץ, ואינו יכול לומר לו שיקוצנו הוא". ודעת המאירי שבהיזק שורשים, אם באופן שיהיה גירי, אין מחייבים המזיק לקוץ, ורק בגירי אחר.

ולכאורה היה מקום להביא ראיה שיכול לסמוך אילן למיצר חברו, דע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ, כדאיאתא בב"ב כז,ב: כי אתא רבין אמר רבי יוחנן, אחד אילן הסמוך למיצר ואחד אילן הנוטה, מביא וקורא, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ (התנה עמהם שלא יקפידו על כך – רש"י). אלא שאין להביא ראיה מזה לנדר"ד. דהרמב"ם (בכורים ב,יא), כתב וז"ל: "... ואם היה האילן סמוך

למצר חבירו או נוטה לשדה חבירו, אע"פ שחייב להרחיק, הרי זה מביא ממנו וקורא, שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ". הרי שמה שהתנה יהושע הוא רק לענין בכורים, אבל מצד דיני נזיקין נשאר חיוב הרחקה. ועיי"ש בר"י קורקוס, דיש מי שפירש שללא תנאי יהושע מותר היה לסמוך, ותנאי יהושע הוסיף שיהיה נחשב האילן "מארצך" דבעל האילן, ויוכל לומר אשר נתת לי. אולם דעת הרמב"ם שיש חיוב הרחקה גם אחרי תנאי יהושע, והתנה יהושע שאם סמך ולא הרחיק שמ"מ דינו כארצך לענין בכורים. ועיי"ן גם בריטב"א (ב"ב כז,ב) דהתקנה הינה רק לענין בכורים ולא לענין דיני הרחקות נזיקין: "פי' שלא יקפידו בכך ויהא קנוי לכל אחד לענין יניקה, משום ביכורים מיהת, ובלבד שלא יזיק לו לענינים אחרים, כגון לעבודת הכרם ובורו אליבא דרבנן, דאי לא, הוי פליגא אמתני' דלעיל. ועולא סבר שלא התנה יהושע בזה כלל. ותדע לך דבפרק מרובה (ב"ק פא,א) לא מני ליה בהדי תקנות שתיקן יהושע, והתם מקשינן אליבא דרבי יוחנן אמאי לא מני לה". וע"ע בדרך אמונה לגר"ח שליט"א, בכורים ב,י, וב"א.

ה. הניזק לא יכול לשמור עצמו מהנזק

וכל הסברא שעל הניזק להרחיק עצמו, מאחר והמזיק עושה ברשותו, לא חייבוהו לבטל רשותו אא"כ מזיק בגיריה. מצאנו בראשונים שכל דברי רבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו הינם רק באופן שהניזק יכול להציל עצמו ולהרחיק עצמו מהנזק, אולם באופן שהניזק לא יכול להציל עצמו מהנזק, מודה רבי יוסי שעל המזיק להרחיק עצמו. וכך לכאורה צ"ל בנדרון דידן, שאין הניזק יכול להציל עצמו מנזקי שורשי אילן שכנו.

הרא"ש בתש' קח,י דן בראובן שחפר גומא בחצרו, כדי שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים, בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון, וגם גורמים לסרחון בחצר שמעון. וכתב הרא"ש לחלק בין היזק גדול ואין הניזק יכול להציל עצמו, להיכא שאין הנזק גדול, ויכול הניזק להציל עצמו בקל, וז"ל הרא"ש:

"נראה לי שראובן חייב לסלק היזקו. ואף לרבי יוסי, דאמר (ב"ב כה,ב) על הניזק להרחיק עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה, הכא מודה, כיון דנפיש היזקא דשמעון, וגם תשמיש של שמעון קבוע, ואי איפשר לו לסלק את עצמו, דאין דירה בלא מרתף וחצר. דלא קאמר רבי יוסי אלא בבור ואילן, אע"פ שהבור קדם לאילן, לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, משום דסתם בור הוא מים מכונסין, ובקל יכול הניזק לסלק עצמו ולהרחיק את בורו מן האילן כה אמה. ובור לא הויא כולי האי תשמיש קבוע, לכן הקלו בו

חכמים, וגם לא נפיש היזקא כולי האי. תדע לך דהיזק קטן הוא, דלא לישתמיט תנא בכולי הרחקות דמתניתין למיתני, היכא שסמך באיסור שיתן הניזק למזיק דמים לסלק היזקו מעליו, אלא בלא דמים צריך לסלק היזקו, לבר מהכא, דקתני אם הבור קדם, קוצץ ונותן דמים. אלא משום דלא נפיש היזקא, וגם אין בור תשמיש קבוע, לכן הקילו בו חכמים ליתן דמים לבעל האילן. ולהכי פליג רבי יוסי ואמר על הניזק להרחיק את עצמו. וזה הטעם ישנו במשרה וירק וחרדל, אבל בכולהו הרחקות דמתניתין, מודה רבי יוסי דעל המזיק להרחיק את עצמו."

בדברי הרא"ש מבוארים כמה תנאים לכך שמטילים את ההרחקה על המזיק; כשהנזק גדול שאין הניזק יכול לסבלו. כשאין הניזק יכול להציל עצמו. כשהנזק מונע מהניזק שימוש קבוע וחשוב בדירה. ולכן דוקא באילן ובור, שיכול בעל הבור בקל לחפור בורו במקום אחר, וגם אינו תשמיש קבוע כ"כ (ונראה דהיינו דוקא בשדה, אבל בבית אפשר דלא יכול להרחיק, וצ"ע). ולכאורה מראית הרא"ש מבור ואילן, א"כ כל היכא דלא נפיש היזקא כ"כ ובקל יכול להרחיק, רק בזה הטיל ר"י את חובת ההרחקה על הניזק, משא"כ אם אינו קל ונפיש היזקא, חייב המזיק להרחיק. ולכאורה שני תנאים אלה, לא נפיש היזקא ובקל יכול הניזק להרחיק, הם התנאים לחייב המזיק להרחיק נזקו.

ודברי הרא"ש הובאו להלכה בשו"ע חו"מ קנה"כ, וז"ל: "ראובן חפר גומא בחצירו שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים, בוקעין ועוברים דרך חומות מרתף שמעון, חייב ראובן לסלק היזקו. הגה: וכל היזקות שלא נתבארו שיעור הרחקתן, בכדי שלא יזיק לפי ראות הבקיאין". והשאלה נשאלת, מה יהיה הדין אם גם המזיק וגם הניזק, שניהם לא יכולים לסלק היזקם, ובשניהם התשמיש קבוע. לכאורה מדברי הרא"ש משמע דכל היכא שאין הניזק יכול לסלק הנזק הגדול, לא קאמר ר"י דחייב הניזק להרחיק, ומשמע דאף אם המזיק אינו יכול להרחיק, חובת ההרחקה היא על המזיק. אמנם ממה שהקשה הרא"ש בהמשך דבריו שהקשה מהגמ' ב"מ קי"א, בשנים שהיו דרים האחד בבית והשני בעליה, ונפחתה המעזיבה, וכל פעם שהיה עליון נוטל ידיו, היו המים יורדים על התחתון. ומבואר בגמ' דכיון דלא הוי גירי, דפסקי מיא והדר נפלי, לר"י על הניזק להרחיק עצמו. ומדוע בזה על הניזק להרחיק, ומאי שנא מנידון הבור והמרתף. והשיב הרא"ש: "לא דמי כלל, דהתם העליון אי איפשר לו לסלק היזקו למקום אחר, דאי איפשר לו להיות בלא מים, וגם התחתון בקל יכול לתקן המעזיבה, ואז אין המים נופלין עליו. ובלאו הכי פליגי רבנן ורבי יוסי על מי לתקן, רבנן סברי על התחתון, משום דמעזיבה אחזוקי תקרה ניהו, ועל התחתון בעי לאחזוקי, ורבי יוסי סבר מעזיבה אשוויי גומות הוא [ועליון בעי אשוויי]. והיכא דהתחתון ניזוק מממי העליון, ומעזיבה יכול לתקן שלא יפלו מי שופכים של נטילת ידי העליון,

מודה רבי יוסי שעל התחתון לתקן המעזיבה, ואז אין מים מועטין עוברין דרך המעזיבה. אבל אם העליון משתמש במים רבים, שאינן נבלעין כלם במעזיבה, ועוברין המעזיבה ומזיקין לתחתון, ואף על גב דפסקי והדר נפלי, מודה ר' יוסי דאסור, כיון דהתחתון אינו יכול לתקן לינצל מהיזק העליון אם לא יעשה כיפת אבנים, כולי האי לא אטרוהו חכמים, וצריך העליון לסלק היזקו והלשון מוכיח כן, מדקאמר כל אימת דמשי ידיה". מבואר מדברי הרא"ש דדוקא אם התחתון יכול להנצל בקל, אף שהעליון לא יכול ללא שימוש במים, מ"מ דוקא אם יכול להנצל בלא שיעשה כיפת אבנים, קבעו שעל הניזק להרחיק. אבל בלאו הכי, אם העליון משתמש במים רבים ואין התחתון יכול להנצל בקל, על המזיק להרחיק עצמו. ועיין בנתיבות קנה, ג, ובאבן האזל שכנים י, ה, ד"ה ובשיטת.

והרדב"ז בתש' (ח"א סי' תקנא) נשאל בראובן ושמעון שהיו דרים בבית אחד, וראובן יש לו תינוק קטן בביתו היונק עדיין, ושמעון נולד לו בן ורוצה לגדל אותו במיני סמנין הנקרא מחכוך, שכל קטן שמריח ריח המחכוך ואינו רגיל בו מקטנותו, יבוא לידי סכנה; "וזה מנוסה ובדוק", אם יוכל ראובן למנוע משמעון לגדל המחכוך, ומי צריך להרחיק, המזיק או הניזק. וע"ז השיב הרדב"ז דאף דקיי"ל כרבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, מ"מ בגיריה, מודה ר"י שעל המזיק להרחיק, וז"ל:

"הילכך בנדו"ד אם הדבר ברור שבשעה שמריחין לתינוק של שמעון, מגיע הריח ג"כ לבנו של ראובן ומזיק, על שמעון להרחיק עצמו שלא יזיק את חבירו או יצא מן הבית. ואפילו שלא יגיע הריח בכל זמן למקום בנו של ראובן, כיון שע"י רוח מצויה מוליך הריח עד בנו של ראובן, צריך שמעון להרחיק את עצמו עד כדי שלא יגיע הריח אפי' ע"י רוח מצויה. וכן כתבו הפוסקים ז"ל בהדיא. ואם הדבר ספק אם יגיע הריח ברוח מצויה או לא, מסתברא לי דבנדו"ד על המזיק להרחיק עצמו. חדא דהוי ספק נפשות וראוי לאדם שיתרחק אפי' מספק ספיקא דידיה. ותו, דבעיקר הדין כתב ריצב"א ז"ל דלאו לכל מילי א"ר יוסי על הניזק להרחיק עצמו אלא בדברים שהם עיקר יישוב או דירה או תשמיש שאין לו למזיק להניח ישובו ודירתו או תשמישו, אבל אם לא היה מעשה של המזיק עיקר ישוב, אפי' ר' יוסי מודה דעל המזיק להרחיק עצמו והביא לזה ראיה מן התוספתא. הילכך בנ"ד דלאו דבר של ישוב ולא של דירה הוא על המזיק להרחיק עצמו. וא"ת, הא עדיף מישוב דהא הוי דבר של חיות התינוק. הא ליתא, דפוק חזי כמה תינוקות גדלים וחיים בלי זה, וכל שכן בהצטרפות שיש ודאי סכנה לבנו של ראובן אם יריח הריח ההוא כפי מה שבא בשאלה, ופשיטא דעל שמעון המזיק להרחיק עצמו שלא יזיק את חבירו."

כמה טעמים כתב הרדב"ז שעל המזיק להרחיק עצמו. אם הוי גיריה, היינו בשעה ששמעון נותן לבנו את המחכוך, מריח גם בן ראובן ובא לידי סכנה, הוי גיריה ממש, וכן אם מגיע הריח ברוח מצויה, חשיב נמי כגיריה, דקיי"ל כמרמר ומר בר רב אשי בגמ' ב"ב כו,א לענין אם מסייעתו הרוח דלהוי גיריה, ודלא כרבינא, עיין ברמב"ם ריש פ"א משכנים ובשו"ע חו"מ קנה, לד. ואם ספק אם יגיע ברוח מצויה, כיון שהוא ספק נפשות, על המזיק להרחיק עצמו. וכן המחכוך אינו מעיקרי הדירה, דפוק חזי כמה אנשים חיים בלא זה.

ובחזו"א ב"ב יד,ג הקשה על דברי הרא"ש בפאפא יונאה (ב"ב כה,ב הנ"ל) דשמע דדוקא כשמניד כתלי הבית חשיב לר"י גירי דיליה, אבל בשרשי אילן שיפילו כתלי הבית, לא חשיב גיריה. וכתב החזו"א דנראה דעיקר הענין בשיקול הדעת, על מי למנוע את ההיזק, דכשעושה בתוך שלו, אין על זה שם מזיק; "ובזה צריך לשקול בפלס איזה דבר הוא בזכות המזיק ואיזה דבר הוא בזכות הניזק". ודוקא אילן הסמוך לבור, שהן האילן והן הבור אינם עיקר התשמיש, חשיב הנוטע כעושה בתוך שלו. וכן בשופך מים בעליה, הנידון רק בחיוב ההוצאות על המעזיבה, ואין אפשרות להשתמש בבית בלי התזת מים, בזה ס"ל דעל הניזק להרחיק ולא מיקרי גיריה. ואם לא היתה תקנה להנצל מההיזק, לא היה לבעל העליה רשות להזיקו, אף דתמו מיא והדר נפלי, עיי"ש.

ועיין עוד לעיל מה שהובאו דברי הריצב"א, שהובאו בהגהות מיימוניות (שכנים י,ה), דלא חייבו להרחיק דוקא דבר שהוא מעיקרי הדירה: "עוד אמר ריצב"א דלא לכל מילי א"ר יוסי על הניזק להרחיק עצמו אלא שהן עיקר יישוב או דירה או תשמיש, שאין לו למזיק להניח יישוב או דירתו או תשמישו, מדתניא בתוספתא ר' יוסי מתיר שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה, וכן משמע נמי בירושלמי, דאמר טעמא דרבנן משום יישוב העולם בבורות, ור' יוסי משיב כמו דאית לכוין יישוב בבורות, אף אנא אית לי יישוב העולם באילנות ומשרה וכרישים וחרדל כולן עיקר יישוב ותשמיש הן, וכן הנהו עצורי דשומשמי ונפצא דכתנא, דאי לאו דגירי דיליה הוא, הו"א דעל הניזק להרחיק, אבל אם לא היה מעשה של מזיק עיקר יישוב, אפילו ר' יוסי מודה דעל המזיק להרחיק עצמו". ועיין לעיל סוף אות ב מה שנו"נ בדברי ריצב"א אלו. ומ"מ ודאי שבאזור מגורים אין עץ נוי עיקר מעיקרי הדירה, וודאי שאין לו מקום להיות דוקא על מיצר חברו. ועיין באבן האזל שכנים י,ה, שביאר דברי הרא"ש בתש' הנ"ל, לפי דברי הריצב"א.

ועיין עוד בדברי מהריב"ל בתש' (ח"ג סו"ס לג), דכל היכא שיש נזק רב, אף דלא הוי גירי, מודה רבי יוסי דעל המזיק להרחיק עצמו: "ומטעמא אחריתי אפשר

למימר דעל המזיק להרחיק את עצמו בנדון דידן, ואף על גב דהוה ידיע לן דהחביות קדמו, כיון דנפיש היזקא, וגם היאך יניח ביתו ונחלתו, וכהיכי דקאמר הרא"ש בההיא תשובה דכתבין לעיל דמודה רבי יוסי דעל המזיק להרחיק את עצמו אפילו דלא הוה גירי היכא דנפיש היזקא, וגם התשמיש הוא דבר קבוע, כי אין בית בלא מרתף וחצר, הכי נמי אפשר למימר דאף על גב דלא קאמר ר' יוסי דעל המזיק להרחיק את עצמו אלא היכא דאיתא לנזק כשסמך, היינו דוקא דלא נפיש היזקא כולי האי, אבל היכא דנפיש היזקא וגם שיצטרך להניח ביתו ונחלתו, אפשר דאפי' דליתיה לנזק מודה רבי יוסי דחייב להרחיק, וכל שכן אחר דאיתיה לנזק". ולפ"ז בנדו"ד שהשרשים גורמים לנזק גדול, ולא שייך שיניח הנזק ביתו ונחלתו ולא ישתמש במערכת הביוב, והוא נזק בלתי נסבל מכל צד, על המזיק להרחיק עצמו, בפרט שעץ בגינה סמוך למיצר חבירו, אינו עיקר מעיקרי הבית, ועל המזיק להרחיק עצמו גם אליבא דר"י. וע"ע לגרצ"ה אורנשטיין בברכת רצה (סי' כב ד"ה ועניני).

ומ"מ בנדו"ד שאין הנזק יכול להציל עצמו כלל משורשי המזיק שסותמים את הביוב, וצינור הביוב הוא מעיקר תשמיש הבית, חייב המזיק להרחיק עצמו, ויש חיוב על בעל האילן לקצוץ את העץ. לכן לענין השאלה מי צריך לשאת בעלויות כריתת העץ, העץ אינו מעיקרי הדירה, בודאי לא מקומו בסמוך למיצר חבירו. כמו כן הנזק לא יכול להנצל מהנזק, וכי כל פעם יחפור באדמה ע"מ לנקות את מערכת הביוב. אם מדובר בפעולה פשוטה וקלה, מעשה הדיוט או מעשה אומן קל בעלות נמוכה מאד ללא מאמץ יתר, לכאורה אפשר דבזה הנזק יכול להציל עצמו. אולם בדר"כ מדובר בפעולה מורכבת בעלות גבוהה, וכן השורשים יכולים לגרום נזק מעבר לסתימה, כגון נקב וסדק במערכת הביוב. ולכן על המזיק להרחיק עצמו, ועליו לשאת בעלות כריתת העץ. דככל שיש חיוב לכתות את העץ, חובה על המזיק להרחיק עצמו ולשאת בתוצאות. ומה דתנן במשנה ב"ב כה, לענין מרחיקין אילן מהבור, דאם הבור קדם, קוצץ ונותן דמים, היינו אליבא דת"ק, דאליבא דר"י לא יקוץ אלא בגירי דיליה, וככל שמחייבין לקוץ גם אליבא דר"י, הרי שחייב המזיק להרחיק עצמו, וחייב ליתן כל אשר לו כדי למנוע נזק מחבירו, וכמו שכתבו הראשונים בעובדא דרב יוסף ורבא בר ר"ח (ב"ב כו,א, עיין לעיל).

ו. מי צריך לשלם על ניקוי מערכת הביוב

ככל שלא היה חיוב להרחיק, לכאורה בעל העץ פטור מההוצאה שהיתה לניזק בניקוי מערכת הביוב. אולם לדעת הרמ"ה הנ"ל, אף במקום דלא הוי גירי דיליה, דאליבא דר"י פטור מלהרחיק, מ"מ חייב לשלם אם הזיק, דרק פטורוהו מחובת הרחקה ולא מתשלומין. ומ"מ בנדו"ד לאמור לעיל היה על בעל העץ להרחיק, דבזה על המזיק

להרחיק עצמו, וכשלא הרחיק וגרם נזק, נחלקו הראשונים אם חייב בנזק, או שדינו כמזיק בגרמא.

הטור (קנה, מט-נ) הביא בזה מחלוקת בין הראב"ד לעיטור ורא"ש, וז"ל: "סמך בא' מאלו שהיה לו להרחיק וגרם הזיק לחבירו, כתב הראב"ד ז"ל שפטור מלשלם כי היכי דפטרין בהנך דהוו נפצי כיתנא והוה אזיל רקתא ומזיק לאינשי, וכן גבי אם סמך כותלו לשובך חבירו ומזיקתו הנמייה בגרמתו דחשבינן ליה גרמא בניזקין ופטור. וה"ה באינך כולהו. ומכל מקום לכתחלה כשבא לסמוך יכול חבירו לעכב עליו שלא יסמוך לו. אף על פי שאין ההיזק יכול להגיע אליו מיד אלא מן הרוח שמיסיעו כגון שמנפץ הפשתן והרוח מוליך המוץ למקום אחר ומזיק וכיוצא בזה, אפ"ה יכול למנען. אבל בעל העיטור כתב על ההיא דלא יעמיד אדם תנור, דקתני בה ואם הזיק חייב לשלם, דה"ה בכל אינך שיעורין אם הזיק אפילו לאחר שהרחיקו, חייב לשלם, ומשום דהיזק דנורא מינכרא לכולי עלמא וידיע נזקיה הוא דתנן הכי, אבל נזקין דלעיל לא ידיע, אבל אי ידיע ומינכרא מילתא לדייני חייב, דממונא ידיה אזיק. וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל שבכולם חייב לשלם, חוץ מהיזק הנמייה ע"י סמיכת כותל, והיזקא דמנפץ כיתנא שלא היה ההיזק ראוי לבוא מכח מעשיו אלא ע"י הרוח והנמייה, לפיכך לא חשיב מזיק אלא גרמא בנזקין הוא ופטור". (ועיין בב"ח שם מה המקור לדברי הרא"ש שהביא הטור).

והא דפטור לשלם, נמצא בדברי הרמב"ן בסוף קונטרס הגרמי בשם הראב"ד: "והראב"ד ז"ל כתב גיריה לר' יוסי גרמא בנזקין הוא ופטור. תדע, דהא כל היכא דמיחייב בנזקין קתני חייב ופטור, והכא לא קתני אלא או לא יחפור או מרחיקין, וחייב ופטור לא קתני, ומהאי משמעותא אפיקו בעלי הגמ' דגרמא בנזקין פטור. ולדברינו היינו טעמא דלא קתני חייב, משום שאין הנזק ניכר מיד אלא לאחר זמן מרובה הוא בא, ואי קתני הכי הוה אמינא אם הזיק חייב לשלם, וכיון שאין הזיקו מצוי, אינו חייב להרחיק כענין ששנינו בתנור וכירה". מבואר דדעת הראב"ד דפטור מלשלם אם הזיק כשלא הרחיק.

והרמב"ן שם בקונטרס הגרמי חולק ומחייב לשלם כל שלא הרחיק, דאף בגפת וכיוצא ב, הרי הוא כמניח גחלת על בגד חבירו, וז"ל: "ונראין הדברים דפלוגתא דרבנן ור' מאיר היא, דלרבנן פטור שהרי לא הזיק בידים אלא ששם באותו הכותל סלעים ונשתהו שם עד שהזיקו את הכותל מחמת הבלא, ולר' מאיר ודאי חייב, למה זה דומה למחיצת הכרם שנפרצה שמחמת שנשתהו שם עד שבא עליהן האיסור חייב, ואף על גב דהתם משום יאושו מתחייבנא ליה [כדכתיבנא] לעיל, לא עדיף יאוש מהנחת סלעים בצד הכותל שבשעה שהניח הסלעים הניח שם ההיזק בעצמו וגרם

להיזק שיבא הילכך גורם הוא, וכן נמי הנך דמשום מתונא לר"מ חייב, ואפשר דהנך אפי' לרבנן חייב שקרויתין מחמת עצמן הוא, למה זה דומה למניח גחלת על בגדו של חברו שהוא מבעיר והולך וחייב אף כאן הם מחלחלין את הכותל ומלקין אותו עד שנופל וחייב, אבל בהנך דמשום הבלא לא אינהו גופייהו מזקי אלא מחמת שנשתהו שם נתוסף בהן הבלא ובאה להם מעלמא, היא המזקת והסלעים גורמין, והמניח שם הוא גורם הגרמא ומ"מ חייב לר"מ כדין מחיצת הכרם שנפרצה וכו', ומסתברא דרבנן נמי מודו בה דחייב, שהסלעים הם עצמן חמין אלא שאין חמימותן נכרת עד שנשתהו, וכל אחת ואחת כגחלת היא אלא שאינה מזקת עד זמן מרובה הילכך לכולי עלמא חייב לשלם, והלשון עצמו מוכיח שהרי קראוהו גיריה". ועיין עוד בריטב"א (ב"ב כב, ב): "ונמצאו שלשה דינים לר' יוסי, גירי ממש חייב בדיעבד, גרמא דגירי אסור לכתחילה וחייב להרחיק ופטור עליו בדיעבד, וכל היכא דלא הוי אפילו גרמא דגירי אינו מרחיק כלל והלכה כמותו". הרי דכל היכא דהוי גירי דיליה חייב, אולם באין חובת הרחקה, כיון שאינו גירי דיליה, פטור לשלם אם הזיק.

ומהראשונים הנ"ל יוצא דדוקא בהרחקות ששייך לומר דהוי כגירי דיליה, סוברים הני ראשונים דחייב לשלם אם לא הרחיק והזיק, אבל בהרחקות שאינם גירי דיליה, ורק חייב להרחיק כדי שלא יזיק בגרמא, אין לחייב המזיק אם לא הרחיק והזיק. וכך מוצאים בדברי הרמב"ם, דכל היכא שהזיק בגירי דיליה, חייב לשלם נזקיו, משא"כ אם הזיק בגרמא, וז"ל הרמב"ם שכנים יא, ב-ג: "אע"פ שהוא חייב להרחיק כל כך, אם הוליקה הרוח המצויה המוץ ואת העפר והזיקה בהן פטור מלשלם, שהרוח הוא שסייע אותו ואין נזק זה בא מכח מזיק עצמו. הכותש את הריפות וכיוצא בהן בתוך שלו, ובעת שמכה מנדנד לחצר חברו עד שנדנדה כסוי החבית על פי החבית, הרי זה מזיק בחציו וחייב להרחיק כדי שלא ינדנד או יבטל מלאכתו שמזקת, ואם הזיק בעת הנדנוד חייב לשלם, שהרי מכחו בא הנזק". ומה שכתב בדין רוח מסייעתו, כן מוכח מהא דרקתא (ב"ב כו, א) ובראשונים שם, דהוי גרמא ופטור. ועיין בלח"מ שם (שכנים יא, ג) דהרמב"ם ס"ל כראב"ד דבכל ההרחקות שלא הרחיק והזיק פטור, מלבד בכותש את הריפות. ועיין בנתיבות קנה, יז, דאם הרחיק נזקיו כפי שחייבוהו חכמים ובכ"ז הזיק, אינו חייב רק באש. ואף שהטור הביא מהעיטור שאף שהרחיק חייב, המחבר לא פסק בזה כמותו.

ובשו"ע חו"מ קנה, לג הביא ב הדעות ולא הכריע: "סמך באחד מאלו שהיה לו להרחיק וגרם היזק לחבירו, יש מי שפוטור מלשלם, ויש מי שמחייב". ומשמעות דדעת המחייבים הינה דוקא במקום שחייבו חכמים להרחיק, ומחלוקתם אם זו זכות רק לכתחילה לתבוע להרחיק, או שגם באי הרחקה שחייבוהו בנזק. ועיין בב"י קנה, לג-לד דהסוברים לפטור, דהוי כגרמא בנזיקין, דאף שחייבוהו להרחיק שלא יזיק בגרמא, מ"מ

פטור בגרמא בנזיקין. ולראשונים המחייבים י"ל, או דהוי כגירי דיליה, וכמש"כ הרמב"ן, וא"כ דוקא במקום דהוי כגירי דיליה חייב לשלם, או דכיון שחייבוהו חכמים להרחיק, חייבוהו אף בגרמא של הנזק כשלא הרחיק.

ובחזו"א ב"ב יד, כתב דלא פירשו הראשונים בשמם את הנזקים שנחלקו בהם. וכתב החזו"א, דאפשר דבלא הרחיק מכותל חבירו, לכ"ע אינו חייב, דאין זה מזיק, וכן בלא הרחיק שובכו, שאין קנין ביונים מן הדין, וכן בנוטע אילן סמוך לשדה חבירו, אין כאן נזק אלא גרמא, וכן בלא הרחיק גרנו, וכן בהעמיד סולם סמוך לשוכך. וס"ל לחזו"א דמחלוקת הראשונים הינה רק באופן שעושה בתוך שלו, ואמרו חכמים למזיק להרחיק, נחלקו הראשונים אם זה רק זכות של הנזק למחות לכתחילה להרחיק, או שנתנו לניזק גם זכות לתבוע את נזקו מהמזיק אם הזיק. ואף לפוטריין היינו דוקא אם הנזק התרשל מלמחות במזיק שירחיק, אבל אם מחה בו והמזיק אינו צאית דינא, חייב המזיק בתשלום הנזק: "אבל משמע דאפי' כה"ג לא חשיב מזיק, כיון דעושה דרך שימוש הראוי, ומ"מ יש כאן איסור גרמא, שהרי אסרו חכמים. והוסיף החזו"א, דדעת העיטור דאם הזיק אף לאחר שהרחיק, חייב לשלם, דכל השיעורים הם בסתמא, אבל אם נראה שמגיע נזק גם בהרחקה, חייב להרחיק יותר, ואינו יכול לטעון שהוא אנוס. ודעת הרא"ש דוקא במקום שאמרו להרחיק ולא הרחיק חייב. ולדעת הראב"ד פטור בכל ענין, משום שאינו מזיקו לפי שעה שמניח גפת, ואפי' מניח בחצר חבירו. ומ"מ במזיק העושה בתוך שלו, אינו נקרא מזיק אלא מזיק בגרמא, כיון שחכמים חייבו להרחיק. (ועיין לגר"מ אריק באמרי יושר ח"ב סי' כא).

והנה בנדו"ד נראה דאין לחייב את בעל העץ. דעצם השרשים המזיקים למערכת הביוב, לא הו"ל לאסוקי אדעתיה, ובודאי הוי ממונו המזיק באונס, וכמש"כ לעיל לדעת הרמב"ן. אמנם ע"פ הדין חייב להרחיק, אך לא מפני ששרשים נחשבים כגירי, אלא מפני שרבי יוסי חייב את המזיק להרחיק אף בלא גירי, אם אין הנזק יכול להציל עצמו מנזקי המזיק העושה בתוך שלו, אך אין זה בגדר חיובי ההרחקות שחייבו חכמים בדיני מזיק, דחיוב הרחקות שחייב רבי יוסי הוא רק באופן שהוא מזיק בגירי דיליה, אולם חיוב הרחקה כשאינו גירי והניזק אינו יכול להציל עצמו, החיוב הוא מכח הנהגת נזקי שכנים ולא חיובי מזיק, בפרט שבעל העץ יכול לטעון טענת קים לי כפוטרים, הואיל והמחבר הביא ב הדעות ולא הכריע, אך בנדו"ד נראה דלכ"ע הוי גרמא ופטור. ולכן אין לחייב את בעל העץ בנזק שנגרם, ובהוצאת השכן שהוציא לניקוי מערכת הביוב משרשי העץ.

לאור האמור לעיל, בעל העץ מחויב לכרות את העץ ובהוצאות כריתת העץ, אך אין לחייבו בהוצאות שהוציא השכן לניקוי ותיקון מערכת הביוב מסתימת השרשים.

סימן ח

נטילת ערבה שנוטה לרשות הרבים

ראשי פרקים

א. בתר שורשים או ענפים

ב. שע"מ בן הנחיל יהושע את הארץ

ג. יניקת שורשים בשרה חבירו בחו"ל

בענין עץ ערבות הנמצא סמוך לגדר בנין, והוא נוטה לרשות הרבים, אם יכול ליקח את הערבה הנוטה לרשות הרבים בכלל, ולצורך ד מינים בסוכות בפרט.

א. בתר שורשים או ענפים

איתא בב"מ קז"א: אמר ליה רב יהודה לרבין בר רב נחמן, רבין אחי, הני דילי - דילך, ודילך - דילי (יש באילנותי שהפירות שלך, ובאילנותיך שהפירות שלי, ששדותינו זו לזו סמוכות, והמצרים גבוהים, ואילנות נטועין בהם, יש מהם נטועין בשלי ששרשיהן כפפו ונטו כולן לתוך שדך, ויונקים משלך, ויש בשלך שנוטין לתוך שלי ויונקים מארצי - רש"י). נהוג בני מצרא אילן הנוטה לכאן - לכאן, והנוטה לכאן - לכאן (נוטין שרשין לשדה זו - הפירות שלו), דאיתמר אילן העומד על המיצר אמר רב הנוטה לכאן לכאן והנוטה לכאן לכאן, ושמואל אמר חולקין. מיתיבי, אילן העומד על המיצר יחלוק, תיובתא דרב. תרגמא שמואל אליבא דרב בממלא כל המיצר כולו (שנוטין שרשין לכאן ולכאן). אי הכי מאי למימרא. לא צריכא דתלי טוניה לחד גיסא (משא פירותיו וענפיו נוטה לצד האחד). ואכתי מאי למימרא. מהו דתימא דאמר ליה פלוג הכי (טול אתה חציו שאצלך ואני חציו שאצלי), קא משמע לן דאמר ליה מאי חזית דפלגת הכי, פלוג הכי. ולפי איך שתוס' (ד"ה אילן) ביארו ברש"י, הרי שמדובר באילן העומד סמוך למיצר, דאליבא דרב הולכים אחר השרשים, דהיינו הרשות שהוא נמצא בה, ובממלא כל המיצר כולו, שעומד על המיצר ממש, לכ"ע חולקים ולא מתחשבים במקום שאליו הפירות נוטים, וז"ל התוס': "פי' הקונטרס אינו מיושב, שפירש אילן שנטוע בקרקע סמוך למיצר והשרשים נוטים בשל חבירו". ועיין בתוס' הרא"ש כאן, דמה שפירש רש"י השרשים נוטים ולא הענפים, דאם הענפים נוטים, פשיטא דאזלינן בתר השרשים, כדאיתא בב"ב כז"ב. וכן כתב תלמיד ר"פ, הובאו דבריו בשטמ"ק: "ולא רצה לפרש הנוטה בענפים, לפי דלא אזלינן בתר הנוף כדאמר בפרק לא יחפור אילן הנוטה מביא וקורא, פירוש בעל הקרקע, דאזלינן בתר הנקה". אמנם

הן תוס' הרא"ש והן תלמיד ר"פ פירשו דמיירי בנטיית הענפים, ובעומד על המיצר, כפירוש התוס'.

ובתוס' פירשו את דברי רב, שאינו הולך אחר השורשים אלא לפי הענפים, ונטיית הענפים היא הקובעת, שכיון שהאילן עומד על המיצר של שניהם, אין לילך אלא לפי הענפים, ומי שהענפים נוטים לרשותו, הרי הם שלו, דכיון שאין השרשים נוטים לכאן או לכאן, אליבא דרב יש לילך בתר הענפים. ושמואל ס"ל דבכל ענין יחלוקו, דכיון שהשרשים הם על המיצר של שניהם, יחלקו לפי השרשין, ואין לילך אחרי הענפים. אמנם אם כל העץ נטוע ברשות של אחד והענפים נוטים לשל חבירו, בזה גם אליבא דרב הכל לבעל הרשות ואין לילך בתר הענפים, והביא ראיה שהכל לבעל השרשים, מב"ב כזב, שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ. והקשתה הגמ' לרב מאילן העומד על המיצר שחולקים, ותירצה הגמ' (אליבא דרב), דכמו שהשרשים עומדים על המיצר, כך גם הענפים עומדים בשוה, רק שיש ענפים שיש בהם יותר פירות, וקמ"ל דאף שבענפים שבצד אחד יש יותר פירות, מ"מ חולקים בשוה.

ומקור הדין דאזלינן בתר השרשים ולא הענפים, מהגמ' ב"ב כזב: כי אתא רבין אמר רבי יוחנן, אחד אילן הסמוך למיצר ואחד אילן הנוטה, מביא וקורא, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ. ומזה מוכח שהולכים אחר השרשים. ובתוס' שם (ד"ה ואחד) הקשה, דאם כן הסוגיא לשיטת רש"י הינה אליבא דרב שהולך אחר השרשים, עיי"ש, ולכן פירש כנ"ל דמיירי בעומד על המיצר ממש ולא בסמוך. ועיין ברש"ש מה שהעיר.

והרי"ף (ב"מ סדא, מעמדה"ר) פסק כשמואל, וכן הרא"ש (שם הט"ז, ועיי"ש בהג"א דאם כל השרשים בשדה אחת, הכל לבעל השדה שאצלו השרשים, וכנ"ל בדברי התוס', מב"ב כזב), וכן פסק הרמב"ם (שכנים ד, ט): "... אבל האילן העומד על המצר, אע"פ שהוא נוטה לתוך שדה אחת מהן, הרי שניהם חולקין בפירותיו", וכן פסק בשו"ע חו"מ קסזב. והטור (חו"מ קנהמב) הביא תשובה לגאון, דאזלינן בתר הענפים (אף שהטור עצמו פסק כשמואל, עיין חו"מ סו"ס קסז), וז"ל הגאון שהביא הטור: "ועוד, אותן נופין שנוטין לרשות לוי, שלו הן ואוכל פירותיהן, דאיתמר אילן העומד על המיצר, אמר רב הנוטה לכאן לכאן והנוטה לכאן לכאן, ושמואל אמר חולקין, אע"פ שבכ"מ הילכתא כשמואל בדיני, הכא הילכתא כרב, שכן נהגו בני מיצרא אילן הנוטה לכאן לכאן". הרי שפסק כרב מכח מנהג בני מצרא ולא מכח הדין, ופירש דבריו שהולכים בזה אחרי הענפים, וכמו שפירשו התוס' דברי רב. וכן הביא בבאורו לשו"ע חו"מ (סמ"ע קנהסז). אלא שהתוס' מיירי באילן שהוא על המיצר ממש ולא סמוך למיצר, דמדברי הגאון ממש"כ נוטה לרשות לוי, משמע שהשרשים ברשות שמעון,

והנוף נוטה ללוי, ולא שהאילן עומד על המיצר. וכבר העיר בזה הב"י שם (חור"מ קנה) שאין דברי הגאון עולים לפרוש רשי או לפרוש התוס'. עוד כתב הב"י, דמש"כ הגאון דהלכה כרב, אינו כדעת הראשונים הנ"ל.

אמנם הפרישה שם (קנה, מב) כתב דהגאון מייירי שהשרשים נכנסים לתוך כתלו של לוי (כמבואר ברישא של תשובת הגאון, עיי"ש בטור ועיין להלן), ולכן הרי זה כעומד על המיצר, כיון שהשרשים גם בחלק לוי. ואף הגאון ס"ל דהלכתא כשמואל, אלא שנהגו בני דורו לעשות כרב ולילך אחר הנוף: "שהשיב לפי זמנו, שמצרני בני דורו נהגו כרב, ומנהג עוקר הלכה (מס' סופרים פ"ד הי"ח), דבפלוגתא רב ושמואל לא נזכר מנהג בני מצרא. והשתא אתי שפיר דרבינו הביא כאן כל דברי הגאון, דהכל מודים בזה, דאם נהגו בני הדור כרב, דכן צריכין לעשות על פי המנהג וכמ"ש רבינו בסוף סימן רלא (סע' ל), דהרשות ביד בני העיר לתקן ביניהן מה שירצו". ועיין עוד בדרישה שם שהביא סמוכין לדבריו בפרישה. אמנם הב"ח שם העיר, שלשיטת התוס', אם התאנה נטועה ברשות אחד, אף אם מקצת השרשים נכנסו לרשות השכן, הולכים אחר עיקר השרשים, ולשיטת התוס', אף לרב, בכל ענין פירות התאנה לבעל השרשים. ועיי"ש שביאר דשרשי התאנה מתפשטים לכותל לוי, כמו שהם במקום נטיעתם: "ומייירי דשרשי התאנה מתפשטים בתוך כותלו של לוי כמו בחצר ראובן, הלכך הענפים הנוטים לגגו של לוי הם שלו כרב". ומה שפסק הגאון כרב ולא כשמואל, דאע"ג דקיי"ל הלכה כשמואל בדיני, כיון דרב יהודה קאמר לרב אבין; הני דילי דילך ודילך דילי, ונהגו בני מצרא הנוטה לכאן לכאן והנוטה לכאן לכאן, דברים אלה אליבא דרב, ויוצא מן הכלל שהלכה כשמואל, שהרי בזה סובר כרב, עיי"ש.

ובט"ז חור"מ קנה, כח הקשה מדוע הביא הטור את תשובת הגאון, כשהוא עצמו בסי' קסז פסק דלא כוותיה. וכתב דרישא של תשובת הגאון היתה אם יכול לוי לסלק הענפים שמזיקים לו להטיח גגו: "ראובן יש לו תאנה, ושרשיה בתוך כותלו של לוי, נופו נוטה על גבי עלייתו ומעכבו מלהטיח את גגו, ורוצה לוי לקוץ נוף המעכבו. הדין עמו, שהתורה נתנה רשות לניזק לקוץ כדי היזקו, כדתנן אילן הנוטה לתוך שדה חבירו קוצץ מלא המרדעת". והמשיך הגאון שאף הפירות של לוי, אלה הנוטים לרשותו. וס"ל לט"ז דכוונת הטור לפסוק כגאון לענין שיכול לקוץ הענפים המזיקים לו, דכיון דיש מי הסובר שאף הפירות שלו, אף דלא קיי"ל כוותיה, ניתן לצרף דעתו לענין זה שיכול לקוץ הענפים המפריעים לו ומזיקים להטיח גגו, אבל לענין עצם פירות התאנה ס"ל לטור דלא כגאון, אלא ככל הראשונים שפסקו כשמואל, שהם של בעל הרשות שהשרשים אצלו.

ומה דס"ל לגאון שאם השרשים מתפשטים לשדה חבירו, אזלינן אחר הנוף, והפירות שעל הענפים שברשותו, הרי הם שלו, אף שהעץ ברשות חבירו, מדברי הר"ן

בסוגיא (ב"מ קז,א) מבואר שאם האילן ברשות אחד, אף שהשרשים מתפשטים לשדה חבירו, ואף אם נופו בשדה חבירו, אזלינן בתר עיקר היניקה: "אילן העומד על המיצר, רב אמר הנוטה לכאן לכאן, פירש, דוקא בעומד על המיצר ממש, אבל העומד בקרקע של אחד מהם, כולו שלו אעפ"י ששרשיו מתפשטין בשדה חבירו, וכדאמרינן בפרק לא יחפור, אילן הסמוך למיצר מביא וקורא פרשת בכורים, שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ". וכן הוא בנימוק"י (ב"מ סד,א מעמוה"ר). ומזה מבואר שהולכים אחר עיקר היניקה והשרשים, ואף אם מתפשטים חלק מהשרשים לשדה חבירו, אין לחבירו בפירות, אף לא באופן היחסי לכמות השרשים שברשותו. אמנם מדברי הנתיבות (קנה,טו) מבואר דהר"ן והנימוק"י מיידי במעט ולא משמעותי מהשרשים, אולם אם מדובר בכמות ניכרת של שרשים שיצאה לשדה חבירו, יש לחלוק הפירות באופן יחסי, וכדין אילן העומד על מיצר: "ואם השרשים נוטין לזה יותר מלזה, חולקין לפי ערך מה שהן יותר בזה מזה, ואין משגיחין על הנופות". דכן מוכח מהתוס' בסוגיא (קז,א ד"ה אילן): "שהאילן עומד ממש על המיצר שהוא של שניהם, ואין השרשים מתפשטין לקרקעו של זה יותר משל זה, אך הענפים נוטין יותר לשל אחד מהם", ומשמע שאם היו מתפשטים לזה יותר מזה, היו נוטלים כ"א לפי חלקו. וכן הוכיח הגר"א (באר יצחק, חיר"ד לא,ב), דיש לחלוק הפירות באופן יחסי לחלוקת השרשים.

והגר"מ פיינשטיין (אגרות משה חחו"מ ח"א סי' מג) הוכיח דמעיקר הדין אם האילן עומד בקרקע של ראובן, אף אם השרשים והענפים מתפשטים לקרקע של שמעון, הרי הפירות של ראובן, ותקנת יהושע היתה ששמעון לא ימחה בשרשים הנכנסים לרשותו, אבל מעיקר הדין הפירות של ראובן: "ולכן הוכחתי ששייך למי שגוף האילן במקום יציאתו עומד, ובארתי שם בטעמים נכונים וראיות ברורות ובאור נכון בסוגיא דאילן העומד על המיצר (ב"מ קז,א), וא"כ שייך הפירות לראובן. ומכיון שמדינא הוא כן לא רק מתנאי יהושע, אין לחלק בין אם הוא ישראל או עכו"ם, דגזל עכו"ם הא אסור, דאם היה זה רק מתנאי יהושע, היה מסתבר דלא תיקן שלא יקפידו אלא לישראל ולא לעכו"ם, אבל כיון שהוא מדינא, אין לחלק".

מהאמור לעיל מבואר דבנדו"ד לא הולכים אחר הענפים אלא השרשים, והשרשים הם בחצר היחיד ולא ברשות הרבים, ולדעת הראשונים הנ"ל הרי העץ על כל ענפיו לבעל החצר, למעט דעת הגאון שהביא הטור, דלא קיי"ל כוותיה, שהולכים בתר הענפים. אמנם ככל שהענפים מהווים הפרעה לבני רשות הרבים באופן האסור אף מדינא דמלכותא שיבלטו באופן זה, והם מפריעים לבני רשות הרבים ללכת שם, הרי שיכול לקוץ את הענפים, ולכאורה יש מקום לומר שזוכה בהם מדין הפקר, והוי שלו. ודינים אלה מבוארים במשנה ב"ב כז,ב, ובשו"ע חו"מ קנה-כו-כח. וצ"ע לדינא מה יחשב כהפרעה לבני רשות הרבים בכל מקרה לגופו, ועדיין צ"ע אם

יחשב כשלו, דאפשר דמה שהתירו הוא לקוץ, אבל עדיין חייב ליתן מה שקצץ לבעל השדה, דאף שבתש' הגאון שהביא הרי"ף כתב דהוי שלו, לא קי"ל כוותיה בזה אלא לענין שיכול לקוץ כשקיימת הפרעה, אבל הענפים שייכים לכאורה לבעל האילן, ולכן לא יקח ענפים אלה לבדי ערבה בחג הסוכות, אלא יקוץ מה שמפריע, ויניחם בשדה בעל האילן.

ב. שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ

והובא לעיל מה דאיתא בב"ב כז,ב: כי אתא רבין אמר רבי יוחנן, אחד אילן הסמוך למיצר ואחד אילן הנוטה, מביא וקורא, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ, ופירש"י, שהתנה עמם שלא יקפידו על כך. וזה שלא כמו ששמע ר"ל מרבי יוחנן (שם בגמ'), דאילן הסמוך למיצר בתוך טז אמה, בעל האילן דינו גזלן ואין מביאין ממנו בכורים, וזה כדברי עולה (ב"ב כז,ב): אמר עולא, אילן הסמוך למצר בתוך שש עשרה אמה, גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים. ורש"י פירש בדברי עולא, דגזלן הוא שיונק משדה חבירו, ואין מביאין ממנו בכורים, דאין צריך להביא ממנו בכורים, דבעינן אשר תביא מארצך. הרי שאם יונק משדה חבירו אין זה מארצך המחייב בביכורים, כיון שאינו ארצו בלבד אלא גם של חבירו, שיונק משדה חבירו בגזילה. ובפשוטו מדברי רש"י נראה שהוא דין מיוחד בבכורים, שיהיו הפירות מארצך, וכאשר יונק גם משדה חבירו, כבר אינו נחשב מארצך.

ועיין בחדושי הגר"ש רוזובסקי (ב"ב כג, ועיין גם בברכת שמואל סי' כג) שחקר אם מועילה הרשות של חבירו שיונק עצו מקרקעו, מבלי שיקנה לו בקרקע, אם נאמר שהשרשים הם חלק מעיקר העץ עצמו, הרשות לא מועילה, דאף שמותר לו שלא להרחיק, מ"מ אינו מארצך ומאדמתך, דהעץ עצמו אינו גדל באדמתך, גדל גם באדמת חבירו, או שהשרשים שהולכים גם לשדה חבירו דינם כמו ענף הבולט על שדה חבירו, שאין זה משנה את העובדה שהעץ גדל בארצך, אלא שיש גזה"כ שהפירות צריכות להיות מאדמתך, וכאשר יונק גם משדה חבירו שלא ברשות, הפירות לא נחשבים מאדמתך, אולם אם נתן לו רשות, הרי הפירות מאדמתך. דאם נאמר כמו הצד הראשון, שהשרשים הם חלק מהעץ, אם הקרקע אינה קנויה לו, הרי דינו של העץ, כעץ שעומד חלקו בארץ ישראל וחלקו בחו"ל, אולם אם העץ נחשב כעומד בחצירו אלא שהפירות אינם רק של בעל העץ, הואיל ויונקים משדה אחר, הרי שמהני רשות חבירו לינקת השרשים. דאם החסרון שהעץ עצמו לא באדמתו, צריך לקנות ממש את אדמת חבירו שאל"כ הו"ל כחו"ל, אבל אם החסרון בפירות, מועילה רשות בעל השדה שיחשבו כפירותיו, דיש חילוק אם העץ נחשב כעומד בחו"ל או נחשב רק כיונק מחו"ל, דלצד הראשון נחשב כעומד בחו"ל, עד שיקנה ממש מבעל השדה, אבל אם החסרון רק בפירות, הרי שעל קרקע האילן בעל האילן הוא הבעלים ונחשב מאדמתך, רק החסרון

שהפירות ינקו גם מחבירו, ולזה לא צריך להיות בעלים על הקרקע ומועילה רשות חבירו ליניקה.

והגר"ש הוכיח שהשרשים הם עצמם מהעץ, ונחשב העץ שעומד ברשות שאינה ארצך, מקושיית הגמ' על עולא מקונה אילן וקרקעו, ואם נאמר שהחסרון בפירות, הרי קיבל רשות, ואינו דומה לדין עולא שלא קיבל רשות. אלא בהכרח שרשות לא מהני, וצריך להיות בעלים ממש על הקרקע. וגם מקושיית הגמ' לעולא מאילן הגדל מקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל לענין תרומות ומעשרות, דאם החסרון שיונק משדה חבירו, השרשים חלק מגוף העץ והוי כמקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל, מובנת קושיית הגמ', אבל אם החסרון הוא גזה"כ שהפירות יהיו כולם מארצך וכו', מה הדמיון לתרו"מ. ומזה הוכיח הגר"ש דהשרשים הם חלק מגוף העץ, וכאשר מתפשטים השרשים לשדה חבירו, אין האילן נחשב כעומד בארצך, והרי הוא כמקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל. ועיין עוד להלן.

ובתוס' (ב"ב כו, ב ד"ה גזלן) הובאה דעת ר"ח, שלדעת עולא החסרון הוא מצד מצוה הבאה בעבירה, דבעצם כיון שהעץ עומד בחצירו הרי זה בארצך ומאדמתך, אך כיון שגזלן הוא שיונק גם משדה חבירו, הרי הבאת הביכורים היא מצוה הבאה בעבירה: "פי' ר"ח, משום דאין מביאין גזל על גבי המזבח, שנאמר; אני ה' שונא גזל בעולה (ישעיה סא), וכתיב והבאתם גזול וגו' (מלאכי א)". אולם לעצם ההלכה כתב ר"ח דאין הלכה כעולא, כיון דקיי"ל כרבי יוסי דאמר זה נוטע בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ובתוס' הקשו על שיטת הר"ח, ממה שהקשתה הגמ' על עולא מקונה אילן וקרקע שמביא וקורא, ומה הקושיא על עולא, הרי שם היה לו רשות ואינו גזל ואינה מצוה הבאה בעבירה. וע"כ פירשו התוס' כרש"י, שאם השרשים יונקים גם מחבירו, אין זה נחשב מארצך. ואף שקיי"ל כרבי יוסי, נצרכה תקנת יהושע לא לעצם ההיתר לסמוך, אלא שתקנת יהושע החשיבה היניקה כארצך: "לא קאמר שעל מנת כן הנחיל שיהא מותר לסמוך, דבלאו הכי שרי, אלא על מנת כן הנחיל שיהא חשוב כמו מארצך, ויכול לומר אשר נתת לי". ומה שתקנת יהושע נחשבת יותר מקנין פירות, עיין בקהלות יעקב (ב"ב סי' טז סד"ה ונראה דצ"ל), דקנין שמכח תקנת יהושע נקבע לכל ישראל בשעת עיקר חלוקת הנחלות, וע"פ מלך ובי"ד, וע"כ חשיב כקנין ממש בקרקע וחשיב כארצך. [ובטעם שנצרכו לתקנת יהושע אחר דקיי"ל כרבי יוסי, עיין ברשב"א ב"ב כה, ב, דבסמיכות אילן למיצר יש שני סוגי נזק: יניקה משדה חבירו, וקלקול בורות של חבירו. בענין היניקה משדה חבירו, כ"ע מודו שיהושע תיקן שיוכל לסמוך באופן שינק משדה חבירו, כיון שיש בקיום האילנות משום מצות ישוב ארץ ישראל, אבל סמיכה כשמקלקל בורות חבירו, בזה נחלקו חכמים ור"י, דר"י ס"ל דיהושע תיקן אף בכגון זה, וחכמים ס"ל דלא תיקן, עיי"ש]. ועיין ברמ"ה (ב"ב כו, ב, אות קיד) שנקט כשני הטעמים, כרש"י והר"ח: "אמר עולא, אילן הסמוך למצר בתוך

שש עשרה אמה למצר גזלן הוא. דמארעא דבעל המצר קא יניק, ואין מביאין ממנו ביכורים, דאמר קרא אשר תביא מארצך פרט לגזלן, ועוד דמצוה הבאה בעבירה היא". ולשיטת ר"ח שהוא מדין מצוה הבאה בעבירה, י"ל שאין צריך שיהיה כל הגידולים מארצו, וגם אם מקצת אינו מארצו יכול להביא בכורים, רק כשרשים נכנסים לחצר חבירו, הו"ל גזלן ומצוה הבאה בעבירה. ולשיטתו אין צריך שתהא הקרקע שבה התפשטו השרשים של בעל האילן, אלא כל שיש לו רשות מבעל הקרקע, כבר אינו גזל. וצ"ל דזו היתה תקנת יהושע וע"מ כן הנחיל את הארץ, שיש רשות לבעל האילן שיהיו שרשיו בשדה חבירו, אך אין שדה חבירו נחשבת כשדה בעל האילן. ועיין בזה ברשב"א (ב"ב פב,א) שהקשה איך לסוברים דהוי גזלן, יכול הלוקח אילנות מחבירו, באופן שיש לו קרקע, עיין במשנה ב"ב פא,א, להביא ולקרוא (עיין בגמ' שם), הרי לא כל הגידולים מאדמתו / מארצו. והסביר הרשב"א שלשיטה זו אין צריך שיהיו כל הגידולים מארצו, ורק ביונק מחבירו אינו מביא כיון שהוא גזלן והוי מצוה הבאה בעבירה, אבל בלוקח אילנות כיון שיש לו רשות, הגם שאין כל הגדולין מארצו ומאדמתו, כיון שיש לו רשות אינו מצוה הבאה בעבירה: "דלאו כל גדוליו מארצו בעינן, ואילן הסמוך למצר שאמר ר' יוחנן שאין מביאין ממנו בכורים, משום דגזלן הוא קאמר וכתוב שונא גזל בעולה, אבל לוקח אילנות ברשות קא יניק ושרי". אמנם לסוברים את תקנת יהושע, י"ל שכל הגידולים צריכים להיות מארצו, ואף שיכול בעל הקרקע לקוץ את השרשים אם רוצה לחפור בורות, כמבואר בב"ב כו,א, מ"מ כ"ז שלא קצץ נחשב מקום השרשים כקרקע בעל האילן (ועיין גיטין ס"פ השולח לענין קנין פירות): "דס"ל כמאן דאמר דתנאי התנה יהושע שיהו רשאים ליטע סמוך למצר חבירו תוך ט"ז אמה, שעל מנת כן הנחיל יהושע להם את הארץ, ועדיף תנאי של יהושע מלוקח לפירות, ואע"פ שיש לו לבעל המצר לחפור ולקוץ שרשין, כל שאינו קוצץ הרי הוא כשלו לגמרי ליניקה". הרי דתקנת יהושע היתה שיהיה הקרקע שלו לגמרי, ורק לחולקים י"ל שאין צריך אלא רשות.

והנה את שיטת ר"ח שהפסול הוא מצד מצוה הבאה בעבירה, ניתן להסביר בשני אופנים: או שעצם היניקה במקצת משדה חבירו, אף אם מדין התורה נחשב העץ כאדמתך, והפירות של העץ הינם פרי אדמתך (שאל"כ לא היינו נצרכים למצוה הבאה בעבירה, לא היה מביא בכורים מפני שאינו אדמתך), מ"מ כיון שבפירות יש יניקה גם משדה חבירו, הרי יש לחבירו חלק בהם, וממילא יש כאן גזילה בחלק חבירו. או י"ל, שיניקה כה מועטת לא נותנת לחבירו חלק בפירות, רק כיון שיש כאן מעשה גזילה מצד הבעלים, הרי הוא גזלן שביכוריו באים ממעשה גזילה, והוי מצוה הבאה בעבירה. בדבר זה דן הגרש"ש (שערי יושר שער ג סו"ס כו). בתחילה כתב הגרש"ש דבפשטות נראה דענין הגזילה בזה משום דיש לחבירו חלק גם בפירות, כיון

שיונק האילן קצת משדה חברו, דלענין משפט הקנינים, חברו משותף בפירות. אך הקשה לשיטת רש"י דס"פ השולח, שמפרש דלמ"ד אין קנין לנכרי להפקיע, אם מכר קרקע לנכרי מחויב מהתורה לקנות הפירות מהנכרי ולהביא ביכורים, עיי"ש. ולכן פירש שיש כאן מעשה של גזילה, שבעל האילן הוא גזלן, אבל אין לשני חלק בפירות: "דענין הגזילה האמור בירושלמי וכן לפירוש ר"ח בדברי עולא שאמר גזלן הוא ואין מביאים ביכורים, שאינו משום קנין בפירות, אלא שהמביא הוא גזלן ... אבל איך שנפרש ענין הגזילה בזה, מ"מ מוכח ענין זה דאיכא הבדל בין דין שמים למשפטי הזכותים והקנינים, דלענין דין שמים שהצריכה תורה שיהיו הגידולים מהאדמה שלו, חשבנין כאילו כל הגידולים מהאדמה שלו ומיעוט היניקה של חברו אינו מגרע כלום, ולענין פגיעה וגזל משל חברו, גם יניקה זו פועלת דין גזל". הרי שגם לעולא, מיעוט היניקה אינה מפקיעה מדין אדמתך, ואינה נותנת לחברו חלק בפירות, ורק כיון שעשה מעשה גזילה, שלא הרחיק משדה חברו כדין, הוי מצוה הבאה בעבירה ואינו מביא בכורים מהם.

ונדון זה, אם יש לבעל היניקה חלק בפירות, נמצא גם לגר"ז (אבהא"ז נזקי ממון ה,ג). דאף שלכאורה יש לבעל היניקה חלק בפירות, י"ל דיניקה לא הוי אלא גורם לגידול הפירות, ולא דעצם היניקה נמצא בהפירות; "דכיון דעיקר האילן הוא של בעל האילן והוא עומד ברשותו, לא נחשב בעל המצר אלא כגורם ואין לו זכות בפירות, וצריך עיון הרבה בזה". ועל הצד שאין לבעל היניקה חלק בפירות, לכאורה מדוע יש כאן גזל, הרי בבכורים שמביא אין כל גזל: "דכיון דחזינן דהתורה הקפידה בבכורים שיהיו גדולי אדמתך ושיהיו כל הגדולין מאדמתך, א"כ אם גזל יניקה הוי כמו גזל, דהא גדלו בגזל והיניקה שבהפירות הוא גזילה, ולכן אף דנימא דאין זכות לבעל המצר לתבוע חלק בהפירות, אבל הכא כיון שהקפידה התורה על היניקה, הוי גזל ... דכיון דאין לו זכות בהפירות, א"כ אינו גזל, וכל עיקר דין גזל הוא משום גזל יניקה, ולכן עיקר היסוד הוא שצריך גדולי אדמתך שתהיה היניקה שלו, וממילא יש בזה ג"כ דין גזל". מבואר שהוא דין מיוחד בבכורים, שהקפידה התורה שיהיו הבכורים מאדמתך, ואם יונק גם מאדמת חברו, הרי זה גזל יניקה מחברו, אף שלחברו, בעל היניקה, אין חלק בפירות.

והגר"ב (ברכת שמואל ב"ב סי' כג) כתב בבאור דעות הראשונים, (והאמור להלן הוא מה שנלענ"ד בבאור דבריו) דדעת הר"ח בדברי עולא, שהוא פסול מחמת מצוה הבאה בעבירה, דבעל האילן הוא גזלן במה שלא הרחיק וינק אילנו משדה חברו. ונראה שהכוונה שפסול מצוה הבאה בעבירה הוא מחמת העבירה שעשה בעל האילן, ולא שפירות הביכורים עצמם הם חפצא של גזילה, דלשיטת הר"ח אין צריך לעולא גדולי ארצו. ולשיטת הרמב"ן והרמ"ה בדעת עולא, שאם ינקו הפירות ע"י שלא הרחיק, הרי הפירות הם חפצא של גזילה, שיש בהם חלק יניקה של גזילה. ולשיטת

התוס', גם עולא ס"ל דבעינן שיהיו כל הפירות מגדולי ארצו, וכאשר יש יניקה מקרקע חבירו, הרי פירות הביכורים אין בהם דין תורה של גדולי ארצו, שיש בהם יניקה שאינה מארצו, אף שאין בזה גזילה, והוא דין מיוחד בביכורים, ואין לבעל היניקה חלק בפירות. ולכאורה לשיטת ר"ח וכן רמב"ן, מהני רשות מבעל היניקה שלא יהיה גזל בפירות או מעשה העבירה של בעל האילן. אולם לשיטת התוס' בעינן שתהיה הקרקע שלו וקנויה לו לבעל האילן. ותקנת יהושע, או שהנחיל את הארץ ע"מ כן שיחשב מקום היניקה כארצו של בעל האילן, או (לשיטת אחת ברשב"א, ושכן דעת הרמב"ם) שאם אין צריך כל גדולי ארצו, הוי כנתינת רשות ולא שמקום היניקה שלו אלא שיש לו רשות ששרשי אילנו יהיו שם.

ובמש"כ התוס' והרשב"א שתקנת יהושע היתה שתהיה זכות היניקה בשדה חבירו נחשבת כשלו, וממילא כל האילן הוא בארצך, מבואר החילוק בין מי שקונה אילן אחד בשדה חבירו, דקיי"ל שאינו מביא ממנו ביכורים (עיין ב"ב פא"א, ורמב"ם הל' בכורים ב,ג), והרי אף שאין לו קרקע, מ"מ הקרקע משועבדת לאילן. אלא החילוק בין היות הקרקע קנויה ליניקה לבין היותה משועבדת ליניקה, דמשועבדת ליניקה אין זה בכלל אדמתך או ארצך, משא"כ בקנויה לו ליניקה. וחילוק זה מצאנו בדברי הגר"ח (שם בכורים ב,ג), וז"ל: "דבקונה אילן אחד אין לו קנין בקרקע כלל, ואף יניקת הקרקע ומקום האילן ג"כ אינו קנוי לו, ואך שהאילן הוא שמכר לו, ובוה הוא קנינו, ורק דממילא מחוייבים הבעלים לתת לו מקום האילן ויניקתו, כי היכי דליהוי ליה האילן שמכר לו, ועל כן אין זה קנין בקרקע כלום, ולא הוי גם קנין פירות, ולהכי מיפטר גם מהבאה, כקונה פירות מן השוק, משא"כ בשלשה אילנות דיש לו זכות ליטע אחרים במקומם, א"כ הרי קנינו הוא בקרקע לאילנותיה ולפירותיה, ועל כן שפיר הוי כמו שקנה קרקע, אם לשעה אם לעולם כפי קנינו. וכן הוא מבואר בתוס' ב"ב (כז,ב) ובחי' הרשב"א לגיטין (מח,א) לחלק בין קונה אילן אחד לקנין פירות כמו שכתבנו. ואשר ע"כ לענין ביכורים, כל שקנה לעולם לנטיעה וזריעה הוי זאת קנין הגוף וחשוב אדמתך, ואף שלא קנה גוף הקרקע, מ"מ כיון דלגבי הפירות והאילנות הוי קנינו בעצם הקרקע לעולם, שפיר הוי כמי שקנה קרקע וחייב בביכורים מדבר תורה". וז"ל הרשב"א (גיטין מח,א) המחלק בין קונה הקרקע לפירות או שהגוף של הקרקע רק שאול ומשועבד לקונה האילן: "ומיהו שנים אינו קורא, ואע"פ שיש לו להעמידם שם כל ימי העץ, משום דגרע קונה שני אילנות מקונה שדה לפירות, דהתם קונה גוף השדה מיהא לפירות, והכא גוף האילן הוא שקנה וקרקע אינו אלא כשאול לו לימי העץ, ואין זה אלא כקונה פירות מן השוק". דבקונה גוף השדה ואפי' לפירות או ליניקה, הרי פירות האילן הם בכלל ארצך, משא"כ בשאול ומשועבד לו, אינו בכלל ארצך, ומצות ביכורים היא רק כאשר הפירות הם מארצך ומאדמתך.

ועיין לעיל שהובאו דברי הגר"ש רוזובסקי. ושם (ב"ב סי' כ סוף אות ב) כתב דהגר"א והגר"ז כתבו דיניקה אין זה חסרון באדמתך אלא בגדולי אדמתך, שצריכים שיהיו כל הגדולים מאדמתך. והינו שהוא דין בפירות ולא בקרקע. והנפק"מ, שאם בקרקע, שתהיה הקרקע שלך, צריכה הקרקע להיות קנויה לו, אבל אם הוא דין בפירות, סגי בנתינת רשות, שלא יהיה בפירות חלק שהוא גזול: "וכ"כ הגר"ז בספרו (תרומות א, כד) דהך דיניקת שרשים אין זה חסרון בעיקר דין אדמתך, רק בדין דעד שיהיו כל הגדולים מאדמתך, אשר לזה אין צריך שיהא קנוי לו, רק עיקר מיעוטא בזה שלא יהא מן הגזול". ועיין עוד שם בהמשך באות ד, וכבר הובאו עיקרי הדברים לעיל.

ג. יניקת שרשים בשדה חבירו בחו"ל

לכאורה היתר יניקת שרשים משדה חבירו הוא רק בארץ ישראל, שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ, שהתנה עמהם שמקבלים את הארץ ע"מ כן, עיין רש"י ב"ב כז,ב, וזה לא שייך בחו"ל, ואם ינק משדה חבירו בחו"ל, הרי הוא גזול את חבירו, ואם יש לו חלק בפירות, עיין לעיל מש"כ בזה. אמנם בגמ' ב"ק פא,ב איתא: ומהלכין בשבילי הרשות עד שתד רביעה שניה. אמר רב פפא והאי דידן אפילו טל קשי לה, ומסלקין לצידי הדרכים מפני יתירות הדרכים, שמואל ורב יהודה הוו שקלי ואזלי באורחא, הוה מסתלק שמואל לצידי הדרכים, א"ל רב יהודה תנאין שהתנה יהושע אפילו בבבל. א"ל שאני אומר אפילו בחוצה לארץ. וכן פסק הרמב"ם (נזקי ממון ה,ו): "ומשירד הטל בבבל אסור להלך בשבילין שיש להן בעלים". ולכאורה אם נאמר כשיטת רש"י שהוא תנאי בחלוקת הארץ, וכמו שהסביר הקה"י, שהוא ע"פ מלך ועדים, לכאורה הדבר שייך רק בארץ ישראל. אולם אם נאמר שתנאי יהושע אינו תנאי בחלוקת הארץ מכח דיני התנאים אלא הפקר בי"ד הפקר, לכאורה חל גם בחו"ל. עוד מצאנו בב"ח (חו"מ רעד,א) דתקנת יהושע היתה אכן רק בארץ ישראל, אבל נהגו כתקנותיו אף בחו"ל, דלש' הטור שם: "עוד יש דברים וכו', משום תקנת יהושע שנוהגת אף בחוצה לארץ". ומזה דיין הב"ח שהוא רק נוהגת ולא מכח התקנה: "דסבירא ליה דיהושע ודאי לא התנה תנאיו אלא בארץ ישראל, וכדמשמע מדקאמר תלמודא שעל מנת כן הנחיל להן את הארץ, אלא דמכל מקום כבר נהגו לקיים תנאיו גם בחוצה לארץ, והיינו כשמואל סוף פרק מרובה (פא,ב) דהלכתא כוותיה בדיני דקאמר אפילו בחוצה לארץ". וממש"כ דהלכתא כוותיה דשמואל בדיני, אם מטעם תנאי דיהושע, מה שייך תנאי יהושע לדיני, אלא מוכח דשמואל ס"ל שהוא מכח דין, והיינו הפקר בי"ד. ולפ"ז יהיה נפק"מ בין ארץ ישראל לחו"ל, דבארץ ישראל היניקה הינה לבעל האילן, דהיא שלו לענין שיחשב כאדמתך, בעוד שבחו"ל רק הפקירו והתירו שינקו שרשיו מחצר חבירו, אך אין הקרקע שלו אלא אינו נחשב כגזול, דהפקר בי"ד הפקר.

וראיתי שדבר זה כתב הגר"ב זולטי, במשנת יעבץ, חחו"מ ל,ו). ודייק משינוי לש' הרמב"ם בתנאי יהושע המוזכרים בהל' נזקי ממון, לתנאי הנ"ל הנז' בהל' בכורים. בהל' נזקי ממון ה,ג מנה הרמב"ם את עשרת התנאים, ובראש דבריו כתב: "עשרה תנאים התנה יהושע ובית דינו בשעה שחלק את הארץ...", ולא הזכיר תנאי הנ"ל שיכול לסמוך אילנו למיצר חברו וכו', בכלל עשרה תנאים. ובהל' בכורים ב,יא, כשהביא תנאי יהושע באילן הסמוך למיצר, כתב: "ואם היה האילן סמוך למצר חברו או נוטה לשדה חברו, אע"פ שחייב להרחיק, הרי זה מביא ממנו וקורא, שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ". דתנאי זה של אילן סמוך למיצר חברו, אינו בכלל עשרה תנאים, דעשרה תנאים אינם תנאי בחלוקת הארץ והנחלתה אלא שנעשו בשעה שהנחיל את הארץ, והוא ובית דין התנו תנאים אלו מכח הפקר ב"ד. משא"כ תנאי של סמיכה לאילן חברו הוא תנאי בעצם הנחלת הארץ, והוא דין רק בארץ ישראל, משא"כ עשרה תנאים שהיו רק בשעה שהנחיל את הארץ, הינם גם ביחס לחו"ל. ומה שלא הספיק לענין אילן הסמוך תנאי שיתנה בשעה שהנחיל את הארץ, כמו עשרה תנאים אחרים, דמטעם הפקר ב"ד לא יוכל להביא בכורים, שהיניקה לא תחשב ארץ ואדמתך, למ"ד קנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, וכן לא מהני אם נאמר שהפקר ב"ד מפקיר ומתיר להשתמש, אך אינו מקנה לאחר, ואין זה כשל הזוכה אלא רק היתר תשמיש. לכן נצרכה תקנה מיוחדת והתנאה בעצם חלוקת הארץ, כדי שתהיה היניקה של בעל האילן.

ועיין ברש"ש (ב"מ קז,א בד"ה תד"ה אילן), שלא רק עשרה תנאים הינם אף בחו"ל, אלא גם שאר תנאים. ומשמע שגם לסמוך אילן למיצר חברו. ומצאתי שכן כתב להדיא היש"ש (ב"ק ז,מב): "דהלכה כשמואל שאמר, אומר אני אפילו בחו"ל נוהגין תנאו של יהושע, וה"ה שאר תקנות". ולפ"ז י"ל, דלענין מביא וקורא, שהוא ענין מיוחד בבכורים, ע"ז תיקן יהושע וע"מ כן הנחיל את הארץ שיהיה סומך לשדה חברו, שתהיה היניקה שלו, שיוכל בעל האילן להביא ולקרוא. דבתקנה זו יש שני ענינים, עצם הסמיכה, והיות היניקה שלו. ולכן אפשר דענין שיכול לסמוך, תיקן יהושע אף בחו"ל, והוא מכלל התקנות האחרות, אך בתקנה זו נוסף להפקר ב"ד גם תנאי בחלוקת הארץ, שתהיה היניקה לבעל האילן, שיוכל להביא ולקרוא, וזה שייך רק בארץ ישראל.

לאמור לעיל, אין ליטול בדי ערבה, מעץ ערבות שענפיו נוטים לרשות הרבים, ואפי' הענפים מפריעים לבני רשות הרבים, שמותר לקוץ אותם, מ"מ אין ליקח בדי ערבה אלו למצות ד' מינים.

סימן ט

חלוקת שותפות

ראשי פרקים

א. נזקקין לתובע תחילה

ב. שיטת הרמב"ם

ג. יש לי בידך כמענת פרעון

נדרשנו לשאלת תביעה לחלוקת שותפות, כאשר ראובן ושמעון היו שותפים בשני עסקים שונים, עסק אחד נוהל ע"י ראובן ועסק שני ע"י שמעון. העסק האחד היה גם רשום ע"ש ראובן בלבד, והעסק השני היה רשום ע"ש שמעון, כאשר ביניהם יש הסכם שותפות, ששניהם שותפים בריוחי העסק. ראובן ושמעון החליטו להפסיק את השותפות, כשכל צד יקבל את חלקו בעסק השני. עסק ראובן נוהל בשקיפות, וביה"ד פסק סכום מסוים שצריך ראובן לשלם לשמעון בגין חלקו (של שמעון) בעסק (של ראובן). עדיין לא קוים דיון כמה שמעון צריך ליתן לראובן בגין חלקו בעסק, מאחר ועסק שמעון נוהל בחוסר שקיפות, ודי למבין. לראובן טענה שעסק שמעון הרויח לא פחות מעיסקו ואף יותר, כך שודאי אינו צריך לשלם לשמעון, ושמעון טוען כי עסקו הרויח פחות מעסק ראובן.

שמעון תובע שראובן יפרע לו לאלתר, מדין נזקקין לתובע תחילה, ואח"כ ידונו בסכום שצריך לשלם לראובן, כאשר חובת ההוכחה על ראובן. ראובן טוען שיש לדון קודם על שווי עסק שמעון, וחובת ההוכחה על שמעון.

והשבתי דדין נזקקין לא שייך בנדו"ד, דדין נזקקין הוא כשראובן תובע את שמעון ושמעון את ראובן, וכל תביעה ענינה שונה, אולם בנדו"ד בין שני שותפים, אף אם מדובר בשני עסקים, הרי זו תביעה אחת. והדברים דלהלן הם בדרך את"ל לטענת שמעון.

א. נזקקין לתובע תחילה

איתא בב"ק מו, ב: א"ר שמואל בר נחמני, מנין להמוציא מחבירו עליו הראיה, שנאמר; מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש ראיה אליהם. מתקיף לה רב אשי, הא למה לי קרא, סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא. אלא קרא לכדר"נ אמר רבה בר אבוה, דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה, מניין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה

(כגון, ראובן תובע משמעון מנה שהלוהו (בעדים או בשטר), ושמעון משיבו תפסת משלי החזר לי מה שתפסת, או משכון היה בידך ונפחת מדמיו, שנשתמשת בו בתחילה, נזקקין לטענת ראובן ומוציאים לו המנה משמעון ואחר כך נזקקין לו לטענת שמעון לדון על דבר התפיסה והמשכון – רש"י), שנאמר; מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש דבריו אליהם. אמרי נהרדעי פעמים שנזקקין לנתבע תחלה, והיכי דמי דקא זילי נכסיה (שיש כאן תגרין שיקנוהו בדמים יקרים ומחר ילכו להם, אי נמי שקרקעותיו זלות ע"י תביעה זו, שרואין אותו דחוק, ואם יוציאו לו תפיסתו או משכונו, ימכרו וישלם לו מהן).

ובתוס' שם (ד"ה שאין) כתבו בדברי רש"י, דצ"ל שיש לתובע שטר על חובו, דאם אין לו שטר והוי מלוה ע"פ, נאמן הנתבע בטענת פרעון, דהמלוה את חבירו בעדים, אין צריך לפרעו בעדים. ומיירי דשמעון הנתבע אומר שהיו שני עדים בשעת מעשה, ויכולים להעיד כדבריו (כדברי הנתבע), ואנו יודעים שהיו עדים בשעת מעשה, ולולי הפסוק היינו ממתינים להם אפי' לזמן מרובה. עוד כתבו תוס', די"מ דדין זה הוא דוקא בחבלות ולא במלוה: "וי"מ, כגון שזה תובע שחבל בו, ושמעון אומר יש לי שאר תביעות עליו, ומגבינן לראובן דמי חבלתו, אף על פי ששמעון אומר שהיום או למחר יביא עדים ואין ממתינין לו כלל, דקי"ל בהחובל (לקמן צא, א) דאין נותנין זמן לחבלות. ויותר משמע לפרש לענין חבלה מלענין מלוה, מדמייתי עליה קרא דאשרו חמוץ בפרק אחד דיני ממונות (סנהדרין לה, א). והרא"ש ב"ק ה, א הביא עוד הסברים בדין זה, וכתב; "וכל הני פירושי סלקי אליבא דהלכה, דסברות גדולות הם", ועיין עוד בנימוק"י (כ, ב מעמורה"ר).

ומה שלמדו דין זה מהפסוק (ישעיהו א, יז) אשרו חמוץ, על הא דתנן סנהדרין לב, א: דיני ממונות, גומרין בו ביום בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות, גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה, לפיכך אין דנין לא בערב שבת ולא בערב יום טוב, איתא שם בגמ' (סנהדרין לה, א): מנהני מילי, אמר רבי חנינא, דאמר קרא מלאתי משפט צדק ילין בה ועתה מרצחים. ורבא אמר מהכא אשרו חמוץ, אשרו דין שמחמץ את דינו. ואידך - אשרו חמוץ ולא חומץ. ופרש"י, דאשרו חמוץ ולא חומץ, דנזקקין לתובע תחילה, כגון מלוה התובע את הלוה, וטוען הלוה משכון היה לי בידך ואבד. ושם בתוס' (ד"ה אשרו) הביאו ג"כ בשם י"מ דקאי רק אחבלות. וצ"ל, דמשמעות הגמ' דכל השקן"ט לא מיירי לענין ממונות, ע"כ העמידו באופן של חבלות, דבזה דומה חבלות לנפשות דאשרו חמוץ ולא חמוץ, אבל בממונות קי"ל כמשנה דגומרים בו ביום, ולא נאמר עליו אשרו חמוץ.

עוד פירושים נשנו בדין נזקקין לתובע תחילה. תוס' בסנהדרין שם (לה, א ד"ה אשרו) הביאו פירוש ריב"א, דנזקקין לתובע תחלה פירושו לקבל עדיו תחלה, ונפק"מ

אם ימותו עדיו של נתבע או ילכו למדינת הים. והקשו התוס', דאם יש חשש שימותו עדי הנתבע, לא גרע מזילי נכסי שנוקקין לנתבע. והרא"ש ב"ק ה,א, ובמרדכי (ב"ק סי' נג) הביאו דברי ריב"א שלא הסכים לפרוש רש"י והתוס' דמוציאין מהנתבע תחילה וכו', די"ל דאטרוחי ב"ד לא מטרחינן. ועיין בתוס' סנהדרין שם דתירצו, דדוקא במילתא דעבידא לאיגלווי, ולא בדברים בעלמא. ומ"מ הריב"א מטעם אטרוחי ב"ד, לא קיבל פירוש רש"י והתוס', וכתב לבאר, דנוקקין לתובע היינו נוקקין לשמוע דבריו תחלה, ולא לענין פסה"ד והוצאה לפועל של פסה"ד. ושכן משמע מהראיה שמביאים מהפסוק; מי בעל דברים יגש אלי, היינו שיטען טענותיו. ובמרדכי הקשה, א"כ איך יש מציאות של נוקקין לנתבע כשזילי נכסיה, ומה שייך ענין טענות תחילה זילי נכסיה. וכתב המרדכי לתרץ, שאם יש לנתבע קרקע למכור והעולם יראו שראובן התובע יטעון תחלה, יסברו שלכך הנתבע דחוק למכור, שיש כנגדו תביעה, וזילי נכסיה. אולם כשהנתבע טוען תחלה, יסברו שהוא תובע ולא נתבע, ולא זילי נכסיה. עוד הביא המרדכי מהריב"א, שאם ראיות הנתבע לא מוכנות, מוציאים מהנתבע ונוקקין לתובע. ואם ראיות הנתבע מוכנות וראיות התובע לא, שומעים הנתבע, עיי"ש.

מבואר דכל היכא דיש ודאי חיוב של התובע לנתבע, ורק יש ספק בכמות החיוב, אין נוקקין לתובע תחילה. וכן פירש בשער המשפט כדא, בבאור הראשונים הנ"ל המחלקים בין מילתא דעבידא לאיגלווי לדברים בעלמא: "דבשלמא התם, הכל רואין שיש לו טענה מעלייתא להמחזיק בקרקע, דהא בשטר כתוב בו שנין סתמא, וכשיבואו העדים יתברר הדבר, לכך לא מפקינן מיניה. משא"כ הכא אין ידוע כלל אם יש לו ללוה שום טענה על המלוה, דדילמא לא היה לו בידו שום משכון כלל ורק דאשתמוטי קמשתמיט. וכן פירש מוהר"ם מלובלין בחידושיו שם. וא"כ בכהאי גוונא שידוע שנפחת המשכון ואין ידוע כמה, ואנו יודעים שיש עדים בדבר, א"כ דמיא ממש לכתוב בשטר שנין סתמא דלא מפקינן מיד המוחזק כיון דעביד לגלווי ע"י עדי השטר, והכא נמי עביד לגלווי על ידי העדים כמה נפחת, והוא נפחת לפנינו". מבואר דכל היכא שאינם דברים בעלמא, והספק לא בעצם החיוב אלא בכמות, אין נוקקין לתובע.

עוד הביא הרא"ש שם (ב"ק ה,א) פירוש הראב"ד, דנוקקין לתובע תחילה היינו כשראובן תבע את שמעון לדין ולא מצא ראובן ראיות לדבריו, והדין נוטה לפטור את שמעון, ומבקש ראובן שלא יפסקו הדין כעת אלא ימתינו, שמא בזמן הקרוב ימצא עדים או ראיות, ושמעון הנתבע תובע שיפסקו הדין לאלתר, דנוקקין לתובע תחילה, ושומעין לו שלא לפסוק הדין. אמנם אם זילי נכסיה של הנתבע מחמת הקול שיצא עליו בתביעת התובע, נוקקין לנתבע לפסוק הדין לפוטרו, כדי להשתיק הקול. וסיים הרא"ש: "וכל הני פירושי סלקי אליבא דהלכה, דסברות גדולות הם". גם בנימוק"י (ב"ק כב, מעמוד"ר) כתב דכל הפירושים עולים לענין הפסק, אולם שם הביא דברי

הראב"ד באופן שונה ממה שהביא הרא"ש, אך נראה דענינו אחד: "בראובן שתובע לשמעון מנה, ואמרו טענותיו בבית דין ולא גמרו הדין, שלא בא ראובן התובע לפניהם, או שב"ד חייבו את שמעון שבועה ולא בא ראובן לקבל שבועתו, ובא שמעון הנתבע תחלה ותבע מב"ד להזמין לראובן לקבל שבועתו, אין נזקקין לו, שיוכל לטעון ראובן איני רוצה עכשיו בשבועתו או בגמר דינו, כי שמא היום או מחר ישיב אל לבו ויודה, אבל ראובן שהיה תובע תחלה, נזקקין בודאי להכריח את שמעון לשמוע גמר דינו ולהשביע לו. ופעמים נזקקין לנתבע, כגון דזילי נכסי, שיצא קול שהיה חייב לראובן, ואם יצטרך למכור לא ימצא לוקח". ואף ששונה ממש"כ המרדכי, ענינו אחד, דנזקקין לתובע הכוונה לגמר הדין ולא לתחילתו, שיוכל התובע לתבוע שלא יגמרו הדין כעת, אא"כ זילי נכסי דנתבע. וכן נמצא ברשב"א בחידושו לבי"ק (מו,ב), וכן הוא במאירי בסוגיא (ב"ק מו,ב), דמה שאין נזקקין לבקשת הנתבע שמעון, שרוצה להשבע מיד, דהואיל והוא מוחזק בממון, אין טעם להשמע לטענתו להשבע מיד, דאין טעם לטענתו, אא"כ זילי נכסיה: "אין נזקקין לשמעון כלל, והרי הממון תחת ידו ולאיוז סבה הוא מחזור ובא על כך, ואף אנו אומרים לו הוי פקח ושתוק, ומ"מ לתובע תחלה והוא ראובן נזקקים ומביאין את שמעון לשמוע גמר דינו או להשבע, ופעמים שנזקקין לאותו שנתבע תחלה אף על פי שעכשו עושה עצמו תובע, כגון שהוזלו נכסיו מחמת תביעה זו, עד שחושדין אותו במגולגל ודמי נכסיו מפחיתים על כך, והדברים נראים". מבואר שמה שאין נזקקין לנתבע אלא לתובע, דלנתבע אין נימוק מדוע יזקקו לו לטענתו, אא"כ זילי נכסיה.

עוד הביא המאירי מגאוני המפרשים לפרש, שאין נזקקין אלא לתובע מיירי במי שהוא בעצם נתבע, שאין לו תובע אלא שהוא מפחד שעשוי להתבע, ובא לבי"ד ואומר ששמע שפלוגי טוען כנגדו; "הרי שהוגד לי שפלוגי קובל עלי שלא בפני, ומרנן עלי אחר שאני חנוק בידו, ומצד שאיני יודע מהו ושאיני רוצה לעמוד בחזקה זו אני תובעו לדין בפניכם שיבא ויפטרני או יברר טענותיו שיש לו עלי", דבזה אין נזקקין לטענתו שתובע את התובע שיבוא לבי"ד, אא"כ זילי נכסי, שהתפרסם ענין טענות התובע, שאין יכול למכור נכסיו בשוין. ומעין ענין זה נמצא בשטמ"ק (ב"ק מו,ב): "ושמעתי בשם ה"ר אפרים, מנין דאין נזקקין וכו', כלומר אם אמר אדם לחבירו שאל לי כל מה שתרצה עתה בפני בית דין, ואם לאו לא אבוא עוד עמך לדין, מנין שאין נזקקין לדבריו אלא אם כן תבעו מתחילה ולא נכריחנו לתבוע כל תביעותיו עד שירצה, תלמוד לומר וכו', פעמים שנזקקין וכו', דזילי נכסיה, שאמר הנתבע יצא קול שאני חייב לך ומזלזלים הקונים את נכסי, לפיכך שאל לי ויתברר הקול". והוא מענין הנ"ל, רק שבדברי ה"ר אפרים אומר זאת לתובע ולא לבי"ד, והיינו שהנתבע מבקש שיתבענו התובע לאלתר בבי"ד.

הש"ך חו"מ כד,א כתב דפירושים רבים נאמרו בדין זה, אבל פשטות הענין דנזקקין לתבע תחילה הוא ענין של סדרי דין, מי יטען ראשון, שהתובע הוא זה שצריך לטעון ראשון; "דודאי נראה עיקר הפירוש נזקקין לתובע תחילה, לענין שישמעו דבריו תחילה", שאם הפירוש הוא לענין פסיקת הדין כאשר שניהם תובעים, מה הוא לשון נזקקין. וכך היא פשטות הראיה מהפסוק; מי בעל דברים יגש אליהם, דהיינו יגיש דבריו אליהם, והוא שמיעת הטענות. וכך היא גם לש' התוספתא (סנהדרין ו,ג); התובע את חבריו הוא פותח ראשון. אך הסבר וטעם הדין לפרוש זה הוא דחוק, דמה שנזקקין לתובע תחילה שיוכל למתק דבריו, וזילי נכסיה, שיראו שהוא נתבע, ידחקו אותו במכירת נכסיו. ולכן כתב לפרש דנפק"מ מי טוען ראשון לענין שבועת מודה במקצת, דאם יטען הנתבע תחילה ויודה במקצת, אינו חייב שבועת מודה במקצת, כיון שלא תבעו התובע תחילה. ולכן נזקקין לתובע תחילה, אא"כ זילי נכסיה דנתבע. וכדברי הש"ך משמע לכאורה גם מדברי הירושלמי (סנהדרין ג,ח): כיצד דנין, הדיינין יושבין והנידונין עומדין, והתובע פותח בדבריו ראשון, שנאמר; מי בעל דברים יגש אליכם. מבואר שבדין הוא לענין הזכות לטעון ראשון. ועיין עוד בשבות יעקב ((ח"א סי' קמד) שפירש דין זה לענין הקדמת דין יתום, אלמנה, ת"ח ואשה (עיין שו"ע חו"מ טו,ב), דדוקא אם מי מהם תובע מקדימים דינו, משא"כ אם הוא נתבע.

והחזו"א (ב"ק יב,ג) למד מהתוס' הנ"ל, דדוקא אם טענת הנתבע אינה מבוררת, נזקקין לתובע תחילה אולם אם טענת הנתבע מבוררת, לא נפסוק הדין תחילה לתובע ונכריח הלוה לגבות. ונראה שלמד כן ממה שפירשו התוס' שאם אומר הנתבע שימתינו לעדים שרוצה לברר דבריו, נזקקין לתובע. ומשמע שאם טענתו של הנתבע מבוררת, שנזקקין גם לנתבע, וז"ל החזו"א: "בתוס' מבואר שאם טענת הנתבע מבוררת, לא אמרינן דיפסקו הדין מתחילה לתובע ונכוף לנתבע לשלם, ואח"כ נזדקק לטענת הנתבע ונוציא מיד התובע. שאין זו מידת הדין, שאם יש לנתבע ממון ביד התובע, הרי אינו חייב לשלם לתובע, וזכות התובע תלוי באמתת טענת הנתבע, ולא שייך לגמור הדין בטענת התובע בלי להזדקק לטענת הנתבע. ולא מבעיא אם הוא בענין הפוכי מטרתא, דודאי שומעין דברי שניהם ושוקלין הדין לפי זכיות של שניהם, וכדאמר כתובות קי,א. אלא אפי' בדין זה גובה וזה גובה, דאית ליה לחד עידית ובינונית ולחד זיבורית כדאמר כתובות שם, מ"מ אין מגבין לחד מקדם ויאכל פירות ואח"כ יזדקקו לשני, דאין כ"א חייב לשלם עד שישלם לו השני, דרשאי לעכב חוב חבריו להיות כופה לשכנגדו לשלם לו מה שחייב לו. ולפיכך פי' בתוס' דהא דנזקקין לתובע תחילה היינו בזמן שהנתבע צריך לברר". ונראה דבנדר"ד נקראת טענת הנתבע טענה מבוררת. שהרי ברור שהתובע חייב לו, רק השאלה כמה הוא חייב. דמה שלמד החזו"א בדברי התוס' הוא כשעיקר טענת הנתבע אינה מבוררת, אולם אם הטענה עצמה מבוררת והשאלה

היא בכמות החיוב, דודאי דיש כאן חיוב והשאלה היא כמה חייב, בזה הוי טענה מבוררת, שאין נזקקין לתובע לפסוק דינו ולגבות מהנתבע.

ב. שיטת הרמב"ם

והרמב"ם (בהל' חובל ומזיק ב,כ), פסק וז"ל: "כשפוסקין בית דין על המזיק ומחייבין אותו לשלם, גובין ממנו הכל מיד ואין קובעין לו זמן כלל. ואם בבושת בלבד נתחייב, קובעין לו זמן לשלם, שהרי לא חסרו ממון". מבואר שפירש דין זה דוקא בחבלות, עיין במגיד שם. ולכאורה לא פסק כדין נזקקין לתובע תחילה בשאר ענינים, וכבר העירו הש"ג (ב"ק כ, א-ב מעמוה"ר) והב"ח (ח"מ ריש סי' כד) שהרמב"ם לא הביא את דין נזקקין לתובע תחילה, וכתב דינו רק לענין תשלום חבלות.

ובתומים כד, א כתב בהסבר בדברי הרמב"ם, דכל האמוראים כתבו לבאר את הפסוק מי בעל דברים יגש וכו', אבל למעשה, לדעת הרמב"ם, אין נפק"מ, דהאידנא בכל ענין יש פסידא אם ישלם הנתבע לתובע בטרם יכיר הנתבע את טענת יש לי בידך, דשמא ימכור התובע מה שיקבל מהנתבע, ולא יוכל הנתבע להוציא אח"כ בחזרה מהתובע, ובכך זילי נכסיה. לכן ס"ל לרמב"ם דלמעשה אין נפק"מ לדינא בדין נזקקין לתובע תחילה, דהאידנא תמיד זילי נכסיה. וז"ל התומים:

"ולפ"ז י"ל דסבירא ליה לרמב"ם דכל הני אמוראים אמרו לדבריהם למסבר קרא, אבל לדידן לא קאי ולא נפ"מ לדינא, דהא לפי דברי נהרדעי בכל מקום דיש פסידא נזקקין לנתבע ג"כ, דהוא חמוץ ג"כ, ואם כן אם התובע תבעו והנתבע טוען יש לי כנגדו בידו, והדבר ניכר לב"ד דלאו לדחותו קמכוון ונכרים הדברים שאמת בפיו, כמש"כ התוס' (ב"ק שם) להדיא, ומכל שכן לשיטת המרדכי בריש ב"מ (סי' רכה) דמיירי דהודה התובע לנתבע בזה, רק אין שומתו ידוע מתביעתו, עיי"ש, איך יהיה הב"ד נזקקין לתובע להוציא מידו של נתבע קרקע או מטלטלין לפרעון, אולי ימכרם או יתנם הוא התובע לאחר, ואם אחר כך יבא הנתבע בתביעתו לא ימצא מקום לגבות, כי קרקע או מטלטלין שלו נמכר, ותביעתו מלוה על פה ואינו גובה ממשעבדי. מה שאין כן אילו היה הב"ד מתון מבלי לגבות מהלוה עד שיכיר בעדים איך ומה וכמה חייב לו, היה מנכה תביעתו מן מה שבידו ליתנם להתובע, ואם כי התובע אמוד ומוחזק לעשיר, הלא אין אדם יודע מטמוניות של חבירו עד שלקמן בסי' לו (סט"ו) אמרינן שאין יכול להעיד מפני שמעמידו לפני בעל חובו, אע"פ שהוא מוחזק לעשיר גבר עתיר נכסי, מכל מקום אמרינן אולי רבו נושיו ואין ידוע לב"ד, ועיין לקמן סי' לו כמה חששות חששו גבי עדות, וחששו שבשביל זה יעיד

ח"ו עדות שקר, מכל שכן דיש לחוש בכה"ג לפסידא דנתבע, ואם חששו זילי נכסי שהוא הפסד מועט, מכ"ש לזה שיכול להיות שיפסיד הנתבע כל תביעתו. ולכן סבירא ליה לרמב"ם דר"נ לא אתא אלא לפרושי קרא מי בעל דברים, דאתא לנזקקין לתובע תחילה ... אבל עכשיו דקי"ל מלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי ומטלטלין לא משתעבדי כלל אפילו מיתמי, אם כן בכל מקום יש פסידא לנתבע כמש"כ, דאיך נוציא קרקע אולי ימכרן, והוא באמת גברא דלית ליה ויפסיד הנתבע תביעתו, ומכל שכן להגבות מטלטלין, דאולי ימות ולא יניח קרקעות ומטלטלין אלו, אין ביד הנתבע לגבות דלא משתעבדי הואיל והם של יתומים. ואם כן נפל הך דינא דנזקקין לתובע וכו' בבירא, דבכל מקום יש חשש הפסד, ונותנים זמן להנתבע להביא ראיה כפי הנראה לב"ד ולכן השמיטו הרמב"ם."

העולה מדברי התומים, דלשיטת הרמב"ם, גם אם היינו מתיחסים בנדו"ד לצדדים כאל תובע ונתבע (מה שאינו, וכמש"כ לעיל), הרי שתמיד יהיה זילי נכסי, ואין נזקקין לתובע תחילה לגבות. (ועיין גם בשו"מ מהדו"ה סי' א ד"ה והא בהא, ובחת"ס גיטין מח,ב ד"ה אמר רבא, מש"כ בבאור שיטת הרמב"ם). ונראה שאף החולקים על הרמב"ם, והביאו להלכה הך דינא, ובכללם המחבר והרמ"א בחו"מ סי' כד, ס"ל לחלוק שאין זה כלל תמיד, ויש לבחון כל מקרה לגופו. ולכן בנדו"ד ודאי שיש פסידא לנתבע, שאם ישלם לתובע יהיה התובע מוחזק לענין טענת ספק והמוציא מחבירו וכו', וכן יש חשש שאח"כ לא יהיה לתובע לשלם לנתבע, ובוזה לכ"ע הוי זילי נכסיה.

האמור הוא לשיטת הרמב"ם. אמנם בשו"ע והרמ"א הביאו את פירוש הראשונים להלכה בהא דנזקקין לתובע תחילה, וז"ל המחבר והרמ"א בשו"ע חו"מ כד, א: "אין נזקקין אלא לתובע תחלה. ואם זילי נכסי דנתבע, נזקקין לו תחלה. הגה: פירוש, ראובן תובע שמעון בענין שלא יוכל לומר פרעתי, ושמעון משיב יש לך משלי כל כך, ומבקש זמן להביא עדים יותר מל' יום שהוא זמן בית דין, אף על פי שאנו יודעים שיש לו עדים שיודעים בדבר, נזקקים לתובע וצריך לשלם לו מיד, אם לא שזילי נכסיה ויש היזק בזה לנתבע. וה"ה אם התובע רוצה שישמעו דבריו תחלה קודם שישמעו דבריו של נתבע, או שמבקש מהב"ד שלא יפסקו לו הדין עכשיו אלא כשירצה הוא (טור בשם הראב"ד), או שהנתבע חייב לו שבועה ואומר התובע שאינו רוצה שישבע לו עכשיו רק כשירצה (נימוק"י), וכל כיוצא בזה, כגון שאומר שיש לו הרבה טענות על זה ואינו רוצה לטעון עכשיו, שומעין לתובע, אם לא שזילי נכסי הנתבע (ב"י בשם הרשב"ץ), או שיש לנתבע היזק בזה כפי ראות עיני הדיינים". וכנ"ל לעיל, מחלוקת הרמב"ם עם הפוסקים דין זה של נזקקין לתובע, הינה (לפי הסבר התומים), האם תמיד זילי נכסי, או שביה"ד צריך לבחון אם זילי נכסיה בכל מקרה

ומקרה. הרמב"ם ס"ל דתמיד זילי נכסיה, דודאי אם יגבו לתובע, יוכל להעלים מה שגבה, ולא יוכל הנתבע לגבות ממנו, אם יזכה בטענת יש לי בידך. ושאר ראשונים ס"ל דיש לבחון כל מקרה לגופו.

ויש לחזור ולהבהיר דכל האמור הוא לרווחא דמילתא, דמעיקר הדין כל התביעה כאן היא תביעה אחת של השותפות. אין הדבר דומה לראובן שהלוה לשמעון ושמעון הלוה לראובן, דזה שתי תביעות שונות, ורק שני האישים, ראובן ושמעון, פעם האחד תובע והשני נתבע ופעם להיפך. אולם בשני שותפים הכלל זה תביעה אחת של השותפות, והיא יכולה להתברר כאחת, ואין לחייב אחד לשלם, הגם אם ענין תביעתו הסתיים ברור.

ג. יש לי בידך בטענת פרעון

ובנדר"ד י"ל שאין לחייב את ראובן לפרוע לאלתר, כיון שטענתו היא טענת יש לי בידך, שהיא בטענת פרעון ואינה נחשבת כתביעה נפרדת. השלטי גבורים (ב"ק כב, מעמיה"ר, הובאו דבריו גם בקצוה"ח כד, א) מחלק בין טוען הנתבע; "יש לי בידך" מעות, שהם דבר שראוי לפרוע חוב התובע, לבין טוען הנתבע; "יש לי בידך", חפץ, כסות, כלים או קרקע, שהם דברים שאינם ראויים לפרעון. דאם טוען יש לי בידך מעות, הרי הכל תביעת אחת, מפני שטוען פרעתי, ואין נזקקין לתובע תחילה, משא"כ בטוען יש לי בידך חפץ. וז"ל השלטי גבורים: "הרי שתבע ראובן את שמעון בשטרו שחייב ליתן לו מנה, חזר שמעון ותבעו שיש לו בידו חפץ פלוני או קרקע פלוני, אומרים בית דין פרע שטרו תחילה שאתה מודה בו ואח"כ תחזור ותתבעהו... היה הנתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו, כגון שתבעו שאתה חייב לי כו"כ מטבע ממקום אחר, הרי זה כאילו טוענו ששטרו פרוע והכל תביעה אחת..."

ובקצוה"ח כד, א הביא דברי הש"ג הנ"ל, וכתב דמדבריו משמע לחלק בין דבר הראוי לפרעון, כמו כסף, לבין טוענו הלוה הפקדתי בידך מטלטלין, שאינם ראויים לפרעון, שבזה נזקקין לתובע תחילה, דאם טענו הנתבעים שאינם ראויים לפרעון, כמו מטלטלין או קרקע, אין המלוה צריך לישבע בנקיטת חפץ, אף שטען הלוה השבע לי, ואח"כ ישבע המלוה היסת. והקשה קצוה"ח, דהרי היכא שיש ללוה פסידא, יכול להגבותו קרקע, כמבואר בכתובות צב, א ובתוס' שם, וא"כ גם כאן מפסיד השבועה, ויכול לפרעו בקרקע, וא"כ דין הקרקע כדין מעות לענין זה. ותי' קצוה"ח, דאין זה נחשב כפסידא כ"כ, כיון שכל הנפקות הינה לענין שבועה ולא לממון. ומ"מ מוכח מקצוה"ח דס"ל כש"ג, וא"כ לנדר"ד הוי טענת יש לי בידך בטענת פרעון, והכל תביעה אחת, ואין בזה דין נזקקין לתובע תחילה. ודברי הש"ג הביאם גם קצוה"ח פב, ו.

קצוה"ח הסתפק לענין חיוב מלוה בשבועה כשטוען הלוה פרעתי, אם הדין כן גם כשטוען הלוה יש לי בידך, ומודה שהשטר לא פרוע. והביא קצוה"ח ראייה מהש"ג, שאם טוען יש לי בידך מעות, הרי זה כטענת פרוע, וחייב המלוה להשבע כאלו טוען הלוה שהשטר פרוע, משא"כ בטוען דברים שאינם ראויים לפרעון. מבואר מהנ"ל שהסכים קצוה"ח עם הש"ג דאם טוען יש לי בידך מעות, הכל תביעה אחת.

ובנתיבות כדא, כתב בבאור דברי הש"ג, דאין החילוק אם הוא דבר הראוי לפרעון או לא, דגם דבר שאינו ראוי לפרעון, אם רוצה הנתבע לפרעו בחובו, ושינכו לו מהחוב שחייב לתובע, הרי זה טענת יש לי בידך, וככל שנאמן לטעון פרעתי, נאמן אף להשביע, דהש"ג מיירי באופן שהקרקע זיבורית או שהנתבע אינו רוצה לסלק את התובע בקרקע זו, וכן בחפץ פלוני מיירי שאינו רוצה לפרוע בחפץ זה. ולכן אין תביעה זו כטענת פרעון לגבי השטר. וכיון שאינו רוצה לפרוע בחפץ או בקרקע, רק שיהיה בדין זה גובה וזה גובה, הרי זה כתביעה אחרת ולא כטענת פרעון, ואינו משביע בטענה זו את התובע. משא"כ אם הלוה אינו רוצה לתובעו, רק לנכות תביעת החפץ או הקרקע מחוב התובע, הרי יש כאן טענת יש לי בידך, ונאמן במיגו דפרעתי אף להשביע את המלוה: "ובקצוה"ח טעה בפירושו, ע"ש. והבין דדעת הש"ג לחלק בין תבעו מעות, שהוא דבר הראוי לפרעון, ובין תבעו חפץ שאינו יכול ליתנו לו בתורת פרעון היכא דאית ליה זוזי. ולכן הקשה הא במקום פסידא יוכל לסלקו במטלטלין. ולפמ"ש ליתא, דאין חילוק בין כלי חפץ למעות, רק הדבר תלוי בדעת הלוה אם עושה אותו לפירעון או שעשה מזה תביעה חדשה, דאף בחפץ כל זמן שכופר ואינו נותנו לו, הוא עושה אותו לפרעון, וצריך לישבע ע"ז כטענת השבע לי. אבל כשעושה מזה תביעה ולא בתורת פרעון, אין צריך לישבע. וכמו כן במעות דווקא היכא שעושה אותו לפרעון, דינא הוא דצריך לישבע על שטרו, אבל היכא שעושה מזה תביעה חדשה, ובמקום דדינא הוא דזה גובה וזה גובה, ודאי דאינו צריך לישבע על שטרו, דהא הוא עושה מזה תביעה בפני עצמו. ולפי זה אין מקום כלל לקושיתו מהך דאי פקח הוא". ומחלוקת קצוה"ח והנתיבות, מתי הוי כטענת פרעון לש"ג. קצוה"ח ס"ל דתלוי בנושא הטענה של הנתבע, מעות או חפץ. נתיבות ס"ל דתלוי באופן תביעת הנתבע. אם רוצה לעשותו לפרעון או לתביעה אחרת. ומ"מ ודאי כשרוצה הנתבע לתבוע מעות ורוצה לעשותו לפרעון לתביעת התובע, הוי טענת יש לי בידך כטענת פרעון לכ"ע.

עוד יש להביא ראייה דכאשר טוען הנתבע יש לי בידך, אין מתיחסים אל הטענות כשני חובות שונים שנאמר זה גובה וזה גובה, אלא הרי זה כטענת פרעון, וכמש"כ הנתיבות עה, ה. דהנה הש"ך עה, כז, על דברי המחבר שם דאיני יודע אם פרעתיך, חייב לשלם, ואין המלוה חייב שבועה, כתב הש"ך, דאף אם הספק פרעון

של הלוח הוא עוד לפני ההלואה, וא"כ לכאורה כבר בשעת ההלואה, שעת ההתחייבות נולד הספק פרעון עם ההלואה, והוי לכאורה איני יודע אם נתחייבתי, כגון שהלוח הפקיד עוד קודם ההלואה איזה פקדון ביד המלוה, ואחר שאבד הפקדון, לוח המפקיד מהנפקד, וטוען המלוה/הנפקד שלא היה שוה החפץ אלא חמישים, והמלוה/המפקיד אומר איני יודע, ואפשר שהיה שוה בסכום ההלואה וממילא מעולם לא התחייבתי לך דבר, מ"מ חייב הלוח והוי כטענת איני יודע אם פרעתיך, כיון דהחיוב ודאי והפטור ספק, וברי ושמא ברי עדיף.

ומדברי הש"ך למד קצוה"ח עה, ה, שאם המלוה ג"כ טוען שמא, לא היה הלוח חייב. וכתב קצוה"ח: "ולי נראה דאפילו המלוה ג"כ מסופק, חייב הלוח, דזה הוי טענת יש לי בידך כנגדו, וזה גובה וזה גובה ואינו טענה אלא במגו דפרעתי כמבואר בסימן כד, וכיון דהלוח טוען שמא וליכא מגו, צריך לשלם, והמלוה שאומר על הפקדון איני יודע כמה היה שוה, הו"ל איני יודע אם נתחייבתי, וא"כ המלוה דהוי איני יודע אם נתחייבתי פטור, אבל הלוח דהוא בחובו איני יודע אם החזרתי, כיון דהמלוה טוען ברי שלא נפרע, חייב לשלם, וזה ברור".

ועל דבריו השיג הנתיבות עה, ה: "ולפענ"ד נראה דליתא, דכיון שהלוח טוען יש לי בידך, עושה זאת לפרעון, ואינו בכלל זה גובה וזה גובה כלל". ובאמת יש להקשות לכאורה על קצוה"ח, דדין נזקקין לתובע תחילה, אינו מטעם זה גובה וזה גובה, דאם היה כן, מדוע בזילי נכסיה לא אמרינן זה גובה וזה גובה. ובעיקר יש להקשות, דכאן הוי טענה בדבר הראוי להפרע, דמחלוקתם כמה חייב לו על הפקדון שאבד, וא"כ הוי כטענת יש לי בידך מטבע, וקצוה"ח ס"ל דבזה הוי טענת פרעון ולא נזקקין לתובע תחילה, וכמובא לעיל. ועיין עוד בנתיבות עב, לו (ד"ה ולענ"ד יש לתרץ).

אמנם קצוה"ח כתב לישב קושיית הנתיבות עליו, עיין במשובב נתיבות עה, ה, שכתב לחלק בין טענת יש לי בידך, לבין טענת שמא יש לי בידך, דטענת יש לי בידך אינו נאמן אלא במיגו, וזה אינו שייך אלא כשהטוען טוען בברי, אבל בשמא אין מיגו, וז"ל המשובב נתיבות:

"ולא דק, דשם בקצוה"ח מבואר בטוב טעם, דכיון דיש לי בידך כנגדו אינו נאמן אלא במיגו דפרעתי, וכל שהלוח טוען שמא וליכא מיגו צריך לשלם, דהא תוך זמנו דאינו נאמן לומר פרעתי, אינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדו, ואם טוען יש לי בידך כנגדו קודם הלואה, ורוצה לעשותו פרעון, אינו נאמן, כיון דאין לו מיגו דפרעתי, דאם היה נאמן לומר קודם להלואה יש לי בידך כנגדו לעשותו פרעון, א"כ לא משכחת לה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו,

דהרי יכול לומר קודם להלואה היה בידו כנגדו ולעשותו פרעון ... אלא על כרחך שטענת יש לי בידך אינה טענה לעולם אלא היכא דאית ליה מיגו, וכאן דטוען שמא אינה טענה כיון דאין לו מיגו, ולא הוי אלא כטוען שמא נתחייבת לי והמלוה משיב איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור, והלוה דהוא ודאי חייב, צריך לשלם, וזה פשוט וברור."

ככל שראובן טוען טענת ברי על ריוחי עסק שמעון, הן לקצוה"ח והן לנתיבות הוי טענת יש לי בידך כטענת פרעון. ונפק"מ רק כשטוען שמא. אך דעתינו שאין צריך לכל זה, כיון שמדובר בנדו"ד בעסק אחד של שני שותפים, ואנו דנים על שני העסקים שהם שותפות אחת, שהיתה בשני סניפים, ממילא אין כאן טענת פרעון אלא טענת "לא נתחייבתי", או איני יודע אם נתחייבתי (ולכאורה לא הו"ל למידע).

ובהמשך למחלוקת קצוה"ח והנתיבות הנ"ל, נראה דאין להקשות על דברי הנתיבות עצמו (בסי' עה, ה), מדבריו בסי' נט, א. דהנה המחבר בשו"ע חו"מ נט, א, פסק וז"ל: "מלוה שהוציא שטר חוב מקויים, וטוען הלוה שהוא פרוע, והמלוה אומר איני יודע, אינו גובה בו". מקור דברי המחבר בשו"ע הם מבעה"ת (נג, א, א) שה"ר יהודה אלברצלוני כתב בדין זה שתי סברות, האחת - שהשטר בחזקתו וגובה בו. ויש אומרים, דכיון דלוה טוען ברי ומלוה טוען שמא, מעמידים ממון בחזקת מריה, ואינו מוציא מהלוה. והכריע בעה"ת, וז"ל: "ובודאי מסתברא מילתא דפקע שטריה, ואין למלוה כח לתבעו כלל אחר שהוא אינו יודע אם שטרו פרוע אם לאו, ודמאי לההיא 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 וה"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 היסט אלא על טענת בריא, דכלל גדול אמרו בדבר זה בריא ושמא בריא עדיף". (ועיין בסמ"ע נט, א שכתב בטעם דברי המחבר שהוא מדין המוציא מחבירו. ולכאורה זו סברת הי"א שהביא הר"י אלברצלוני, אולם לסברת בעה"ת הסברא היא דאיתרע שטרא וכפי שיוכח להלן). מבואר מבעה"ת דכאשר הלוה טוען על השטר שהוא פרוע והמלוה אינו יודע, איתרע השטר והרי זו כתביעת ע"פ ללא שטר, דשטר שאין המלוה יודע אם הוא פרוע אם לאו, הוי ריעותא בגוף השטר ואינו גובה בו. ועיין גם בגר"א בביאורו לחו"מ נט, א.

ובקצוה"ח נט, ב, כתב דדוקא אם טוען הלוה טענת פרעון והמלוה אינו יודע, אבל אם הלוה טוען טענת יש לי בידך והמלוה אינו יודע, בזה יגבה המלוה,

וז"ל קצוה"ח: "ומעשה בא לידינו במלוה שהוציא שטר חוב, וטען הלוח יש לי בידך כנגדו, ואמר המלוה איני יודע. ורצו קצתם לומר שהוא הך דינא דלוה טוען ברי ומלוה שמא. אבל נראה שהוא אינו דומה לזה, דכאן טעמא הוא משום דהמלוה גופיה מסופק בפרעון, ושטרא עומד לפרעון ואמרינן ברי ושמא ברי עדיף וכמ"ש סק"א, אבל טענת יש לי בידך כנגדו מצד עצמה לאו טענה היא כלל..."

ובנתיבות נט, א הצדיק דברי קצוה"ח, וז"ל: "והא דאמרינן דכשהמלוה טוען איני יודע דאינו גובה, היינו דוקא שמסופק בפרעון אם פרע לו, משום דאז הוי כמסופק בשטר, דהא אם נפרע, השטר בטל, וכשמסופק אם נפרע, הוי כמסופק אם נתבטל השטר אם לא. אבל כשמודה שלא נפרע השטר, רק שהלוה טוען שמגיע לו חוב אחר מהמלוה כנגדו, כיון דהדין הוא בשנים דיש להם חוב זה על זה דזה גובה וזה גובה [לקמן סי' פה, ג], א"כ לא נתבטל השטר אף אם אמת הדבר, ואין כאן ספק בשטר כלל, והדרינן לכללא דהמלוה נשבע איני יודע אם נתחייבתי לך ופטור מחובו, וכ"כ בקצוה"ח [סק"ב], והוא פשוט". ויש לבאר דבריו, דדוקא כשהשאלה היתה אם איתרע שטרא אם לאו, בזה ס"ל לקצוה"ח ולנתיבות, דשטר איתרע דוקא בטענת המלוה של איני יודע אם פרעת לי, דבכך איתרע השטר ואינו יכול לגבות אלא כמלוה ע"פ. אולם כשטוען המלוה איני יודע אם יש לי בידך, לא איתרע שטרא, וגובה מכח השטר שבידו. דככל שלא איתרע שטרא, יכול לגבות מכח השטר שבידו, אף אם המלוה אינו יודע, ורק באיתרע שטרא אינו יכול לגבות בשטר שבידו. ממילא כל זה שייך כשדנים על השטר. אולם בנדו"ד כאשר השאלה היא עצם החובות, ואין כאן מלוה בשטר דאיתרע שטרא, י"ל לשיטת הנתיבות דהוי כטענת פרעון, ולא אמרינן זה גובה וזה גובה.

[עוד יש לדון בענין טענת יש לי בידך, אם היא טענה עצמאית, כטענת פרעון, לענין נאמנות הלוח, וכדמשמע מלשון השו"ע חו"מ עה, ז, או שהנאמנות לטעון יש לי בידך היא רק במיגו, עיין ש"ך עה, כב, והראיה שהביא מהמרדכי (ב"ב סו"ס תסט), וכן דעת הסמ"ע עה, לג, אליבא דריב"ם (תוס' ב"ב לד, א ד"ה הוי), ובתש' נאות דשא (סי' סא, הובאו דבריו בפת"ש עה, ז), דאינו נאמן אלא במיגו. אמנם מהשלטי גבורים הנ"ל נראה דהוי כטענת פרעון, וכמו שהוכיח קצוה"ח פב, ו. ועיין עוד ברע"א בהגהות לשו"ע חו"מ פב, יא.]

לאור האמור לעיל, אין לחייב את ראובן לפרוע לשמעון, בטרם יתברר כמה חייב שמעון לראובן. וחובת ההוכחה תהיה על המוציא מחבירו, דאם יטען יותר מהחוב שחייב חבירו, חייב להוכיח, ועד לחוב שרוצה שמעון להוציא מראובן, חובת ההוכחה עליו.

סימן י

בעל שקונה חפץ דמצוה מכסף שבעו"ש משותף

ראשי פרקים

א. חולקים לפי המנהג

ב. כוונת הקונה והמוכר

ג. שליח שקנה במעות משלח

נדרשתי לשאלה, איך יכול אדם לקנות טלית כשהוא משלם למוכר בכסף הנמצא בחשבון עו"ש משותף, ותהיה כולה שלו ולא טלית של שותפים, שלו ושל אשתו. והדברים ברורים ופשוטים, אלא ששאלה זו חזרה מספר פעמים בצורות שונות, עד שראיתי לרב אחד שכתב תשובה, לפסול גיטין, כשהבעל משלם לסופר והעדים מכספי העו"ש המשותף, או אפי' מכספים הנמצאים בחשבונו הפרטי, הואיל ובהתאם לחוק יחסי ממון שייכים גם לאשה, ונכנס לדחקים מוזרים.

א. חולקים לפי המנהג

על הא דאיתא בגמ' ב"ק יא,ב: ואמר עולא אמר ר' אלעזר, האחין שחלקו, מה שעליהן שמין, ומה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין. אמר רב פפא, פעמים אף מה שעליהן אין שמין, משכחת לה בגדול אחי דניחא להו דלשתמעון מיליה, כתב הרא"ש (ב"ק א,יג), וז"ל: "האחין שחלקו שמין מה שעליהם מה שקנו מתפיסת הבית ועדיין לא בלו, שמין אותן כמה הן שוין עתה והמותר יחלקו. אבל אם נאבדו או בלו אין מנכין להן מחלקן, דמעיקרא מחלי אהדדי בכהאי גוונא שלא ידקדקו זה אחר זה אלא בדבר הנראה לעינים. וכל זה שקנו סתם, אבל מתחלה יכולין למחות שלא יקנה אחד מהם מתפיסת הבית אם לא שינכו מחלקו. מה שעל נשיהם בניהם ובנותיהם אין שמין, שמתביישין להביאם לבית דין ומחלי אהדדי. ומהאי טעמא דוקא בגדי חול, אבל בגדי שבת שיכלו להביא הבגדים לבית דין ואינן צריכים הם עצמן לבוא – שמין, והכי איתא בירושלמי. ובגדול אחים אין שמין מה שעליו, דניחא להו דמכסי בהו כי היכי דלישתמעו מיליה. ומיהו לכתחלה יכולין למחות בו, אבל כל זמן שלא מיחו מסתמא ניחא להו". הגמ' והרא"ש בפירושה, מיירי בשלשה; סתם אח שקנה בגדים מתפיסת הבית. קנו לנשיהם ובנותיהם של היורשים. גדול האחים. בסתם אח שקנה מתפיסת הבית, בין בגדי חול ובין בגדי שבת, מבואר שאין זו גזילה, ואף הבגדים שלא בלו, ששמין אותם אח"כ ומנכים מחלקו בירושה, אין לומר שמה שקנה מממון השותפות

הוא גזילה, רק מנכים לו מחלקו, דמן הסתם מסכימים שיוציא לקנות בגדים, ובלבד שינכו לו מחלקו אם לא בלו, אבל אם בלו הבגדים שקנה ממון השותפות, מוחלים היורשים אהדדי אף שלא לשומן בחלק ירושת האח שקנה. ומזה מבואר דמה שקנה האח מהשותפות, אין זה גזל, רק לעיתים שמין מחלקו ולעיתים לא, דכך היא הסכמה מן הסתם של האחים היורשים, דאם יקנה אחד האחים בגדים מתפיסת הבית, יוכל לעשות זאת, ובלבד שאם יהיו קיימים בשעת חלוקת העזבון, ישומו אותם מחלקם, אבל אם לא יהיו קיימים, לא ישומו מחלקם. ומבואר שאין מניעה לקנות מתפיסת הבית, אף שמן הסתם יכולים למחות, דלא עדיפי מגדול האחים, וממש"כ הרא"ש בסוף ההלכה, אבל כל עוד לא מחו, קיימת הסכמה לקניה מתפיסת הבית, והרי הבגדים של האח הקונה.

ויותר מזה, כשקנו לא רק לעצמם אלא לנשותיהם ובנותיהם בגדים מתפיסת הבית, גם אם הבגדים קיימים, אין שמין ומחלי אהדדי, ובלבד שיהיו אלה בגדי חול ולא בגדי שבת, אותם שמין. (עיין גם בתוס' ב"ק יא, ב ד"ה מה). ומבואר דלא מיבעיא שיכולים לקנות לעצמם בגדים מתפיסת הבית, אף לנשיהם ובנותיהם יכולים לקנות, ורק בבגדי שבת הקיימים שמין ומנכין מחלקו בירושה, אולם אין לאח כל איסור לקנות בגדים מתפיסת הבית, ואף בגדי שבת, והרי הם שלהם ולא של השותפות. ובגדול האחים גם מה שלא בלה לא שמין, כיון דניחא להו לאחים שיהיו בגדיו מכובדים כי היכי דלישתמעו מיליה, הגם שלכתחלה יכולין למחות בו, אבל כל זמן שלא מיחו מסתמא ניחא להו. דבגדול האחים זה רצון האחים שיהיו דבריו נשמעין, משא"כ בסתם אחים הוי מחילה. ועיין גם בתוס' (ב"ק יא, ב ד"ה בגדול), דאם מוחין, הרשות בידם, אבל כל זמן שלא מיחו מסתמא ניחא להו. והרשב"א (עיין בריטב"א ב"ב קל"ט, ד"ה הא) כתב, דאפי' מיחו הקטנים, יכול גדול האחים להוציא מתפיסת הבית; "דאי כשלא מיחו פשיטא". ולענין בגדי שבת בגדול האחים אם שמין מה שעליו, הש"ך קע"כ כתב דמדברי הרא"ש נראה דאין חילוק בין בגדי חול לבגדי שבת, מהטעם דניחא להו וכו', אולם לשיטת הרמב"ם, אין עולה על דעת האחים להקנות בגדי שבת, ונשאר הש"ך בצ"ע.

ובהסבר החילוק בין אחים שקנו מתפיסת הבית לגדול האחים ובגדי נשיהם ובנותיהם, עיין בתוס' רי"ד ופסקי הרי"ד (ב"ב קל"ט, א), דהגמ' בב"ק יא, ב מיירי באחים גדולים שהיו כולם אוכלים ולובשים מתפוסת הבית, וכולם הסכימו לכך ולא היו מקפידים אלא מוחלים זל"ז. ומ"מ כשבאים לחלוק, שמין מה שעליהן, דכל זמן שלא חלקו מוחלים זל"ז, אולם משעת חלוקה ואילך אינן מוחלים, חוץ ממה שעל נשיהם ובנותיהם, שאף לאחר חלוקה מוחלים אף בגדי חול הקיימים. וגדול האחים הוי מחילה משעה שקנה את הבגדים.

ובמשנה ב"ב קלט,א תנן: הניח בנים גדולים וקטנים, אין הגדולים מתפרנסין על ידי הקטנים ולא הקטנים נזונין על הגדולים אלא חולקין בשוה. וברשב"ם שם: ולפי שפרנסת הגדולים מרובין מפרנסת הקטנים, ומזון הקטנים וטפולן מרובה משל גדולים, לכך הוצרך לומר שהקטנים מעכבין על הגדולים מלהתפרנס, והגדולים מעכבין על הקטנים מלזון מתפוסת הבית, אלא חולקין בשוה ויתפרנס ויזון כל אחד מחלקו. ובגמ' שם: אמר רבא, האי גדול אחי דלבש ואיכסי מביתא, מאי דעבד עבד (ולא יטלו כנגדו, ומיהו לכתחלה אין לבזבו בממון אחיו כל כך). והא אנן תנן אין הגדולים מתפרנסין על הקטנים. מתני' בשרכא (אדם בטל, שאין להם ריוח בדבר). שרכא פשיטא, מהו דתימא ניחא להו דלא נינוול, קמ"ל.

ולכאורה לפי המשנה יצטרכו לשום גם בגדים שבלו, ובב"ק יא,ב מבואר דבגדים שבלו לא שמיין. עיין בפסקי רי"ד (ב"ב קלט,א), דהמשנה בב"ב מיירי ביורשים קטנים שאינם בני מחילה, משא"כ בב"ק מיירי בגדולים שמוחלים. וכן הוא בפסקי הריא"ז (ב"ב ח,ב): "... שאין לומר שמחלו להם הקטנים בעודן בשותפות, שהקטנים אינן בני מחילה, ואם היו כולם גדולים והיו הולכין ומתפרנסין כולם מן השותפות, אע"פ שאילו מתפרנסין יותר מאילו, כבר מחלו אילו לאילו הואיל ולא מיחו בידן". וכן כתב בט"ז רפוא, דכשכולם גדולים בשעת הוצאה, כשלא מיחו מן הסתם מחלו אהדרי, משא"כ כשיש יורשים גדולים וקטנים, קטנים לאו בני מחאה (ולענין זה ממילא גם אינם בני מחילה).

ועיין בסמ"ע רפוא, שחילק בדרך אחרת בין יורשים שכולם גדולים, ליורשים שיש בהם גדולים וקטנים, דבגדולים וגדולים שהקפדה אינה אלא בבגדים שעשה לעצמו או לאשתו ובניו יותר מאחרים, בזה י"ל דמתחילה כל זמן שלא גילו דעתן להקפיד, היתה כונתן שלא להקפיד אלא כל אחד יכסה במה שירצה, וכשיראה שחבירו יעשה לו ולאשתו בגד טוב, גם הוא יעשה כן. משא"כ בגדולים ובקטנים, שגדולים צריכים יותר בבגדים מהקטנים, והקטנים צריכים יותר מזונות מהגדולים, אין סברא לומר שנתרצו בתחילה לכך. ובזה כתב הסמ"ע לישב שלא יקשה על דעת הר"ר ישעיה שמביא הטור דאין כאן מחילה ויכולים לתבוע, בעוד שבס"י רפח חילק בין מה שעלהם ומה שבלה, וגם לענין בגדי נשיהם ובנותיהם. דמש"כ הר"ר ישעיה הוא בגדולים וקטנים דלא מהני מחילה, משא"כ בס"י רפח מיירי בגדולים וגדולים.

ובנימוק"י שם (סד,ב מעמוה"ר) כתב דבגדול האחים יכול לבזבו אפי' לכתחילה. ולכאורה אין זה כדברי הרשב"ם שלכתחילה אין לו לבזבו ממון האחין כ"כ. וכן מבואר מדברי הרא"ש שם (ב"ב ט,גה) דנחלקו בזה הראשונים: "ופרשב"ם דוקא דיעבד, אבל לכתחלה אין לזלזל בממון אחיו. ורבינו שמעון ז"ל פירש דאפי'

לכתחלה מותר, כדמשמע בגיטין פרק הניזקין (נב,ב) עמרם צבעא אפוטרופא דיתמי הוה, אתו קריביה קמיה דרב נחמן ואמרי קלביש ומיכסי מדיתמי, אמר להו כי היכי דלשתמעו מיליה, משמע דלכתחלה קאמר רב נחמן דשרי, דגדול אחי שנושא ונותן בממון לא גרע מאפוטרופא. והא דנקט הכא לשון דיעבד לאשמועינן דשאר אחי אפי' בדיעבד צריכים לשלם". וכן הוא בריטב"א ובמאירי שם, דאפי' לכתחילה יכול להוציא עבור בגדים יקרים, וכן מבואר בפסקי הרי"ד שם. ועיין באור זרוע שם (הל' קמח) שהוא מחלוקת רשב"ם וריב"ם. גם מדברי הרמב"ם (נחלות ט,טו) נראה דיכול אף לכתחילה, דלא כרשב"ם, וז"ל הרמב"ם: "גדול האחין שהיה לובש ומתכסה מלבושין נאים, אם יש לאחים הנאה ממנו כדי שיהיו דבריו נשמעין, הרי זה לובש מתפיסת הבית". ועיין בב"י חו"מ רפ"ג.

ולכאורה אין לפרש ברשב"ם כפירוש השני שהביא המאירי (ב"ב קל"ט,א). דהגירסא שלנו, וכן ברשב"ם, דהמשנה מיירי בשרכא, שהוא אדם בטל. והמאירי הביא יש מפרשים – בשדכה, והיינו בגד ארגמן; "שאף בגדול אחים המתעסק לא נאמר שמה שלבש לבש אלא בדרך ממוצעת לפי הראוי לו, אבל אם לבש ביתר מן הראוי לו, לא כל הימנו לצאת מן הגדר ולפזר על גבי האחים". ולולי גירסת רשב"ם דמיירי באדם בטל, אפשר היה לפרש דהרשב"ם מיירי בבזבזו כמו בגד ארגמן, שרק בזה אינו רשאי לכתחילה. ועדיין י"ל, אף לגירסא זו של הרשב"ם, דמש"כ הרשב"ם שאין לו לבזבז, היינו בבגד ארגמן.

עוד יש להביא, דאם נתן אחד האחים מתנה לאחר וידעו האחים (הגדולים), הרי זו מחילה, וכמש"כ הנימוק"י (ב"ק ה"א מעמוה"ר): "ומבגדים של חול שמעינן להיכא דיהיב חד מן האחים מתנה לאינש אחרינא מתפיסת הבית וחזו אחין ושתקו, דמחילה הויה". ועיין גם בש"ג שם אות א בהסבר הדין, מדוע נלמד מבגדי חול ולא מבגדי שבת, עיין גם בב"ח רפ"ב. ועיין בכנה"ג (חו"מ הגה"ט רפ"ט) ובגדו"ת (שער א א,ז) שפקקו בזה.

והנה בכל הראשונים מפירוש הדינים העולים, מבואר שכל הענין שאין שמין לפעמים ולעיתים שמין, זו הסכמה בין היורשים, ואף שאין הסכמה מפורשת, הרי שיש אומדן דעת שכך הסכימו, שמוחלים באופן מסוים, ובאופן מסוים אינם מוחלים או אינם יכולים למחול (כמו בקטנים). עיין גם בנמוק"י (ב"ק ה"א מעמוה"ר) דמה שעליהם שמין, דאין השתיקה מחילה אלא רצונו לתבוע אם יהיו קיימים בזמן החלוקה, אבל שתיקה עד שכלו הבגדים הוי מחילה. ועיין גם ברשב"א (ב"ב קל"ט,א) דבסתם שותפים מוחלים אלו לאלו, וכן הוא בריטב"א שם. ואף לדעות שיכולים לתבוע בגדי שאר האחים ואף מה שכלו, היינו בגדולים וקטנים שלא מועילה מחילה.

ומזה נלמד גם לנדו"ד, באיש ואשה השותפים בחשבון הבנק, דסתם שותפים מחלי אהדדי, ויותר מכך, ברור שקיימת הסכמה ברורה בין האיש והאשה שכל אחד יכול ליטול לצרכו מה שצריך, ולקנות מכסף הנמצא בחשבון המשותף. דזהו אומדן דעת ברור בשותפים, בודאי בין איש ואשה המנהלים חשבון בנק משותף, וכל אחד יכול לקנות מה שמקובל בין בני זוג ברמת חיים כזו, ובודאי טלית יכול לקנות מכסף המשותף, וכן כל צרכיו המקובלים, ואין צורך לפרטם. ובודאי יכול לשלם לסופר עבור כתיבת הגט, והוי שלו ולא שלה, דכל אלו מן הסתם שותפים מחלי אהדדי, ובאיש ואשה זה יותר מאשר באחים בתפיסת הבית, דבאיש ואשה זו הסכמה ברורה שכך יתנהלו בכסף הנמצא בעו"ש המשותף. וכי יעלה על הדעת אם קונה לעצמו ספר או בגד או דבר מאכל, חציו שייך לאשה, וכן להפך, כשהיא קונה. פשוט וברור שלא, מפני שכך היא הסכמת האיש והאשה שכ"א יכול לקנות מהעו"ש המשותף דבר שמקובל לקנות אותו, או בסכום לא משמעותי, כמו בתשלום לסופר גיטין, דודאי ניחא לה בזה, ואף במקום שלא ניחא לה בזה, אם לא מחתה, הרי זו מחילה. ואף אם אין מחילה, יכול לקנות גם דברים שאינה מוחלת, ואח"כ כשמחלקים את חשבון הבנק, יש לחשב אותם דברים, אבל ודאי אין בזה איסור ויכול לכתחילה לשלם לסופר הגיטין.

ב. כוונת הקונה והמוכר

אוסף ואעיר, דכל הנידון להלן הוא במכירת קרקע דנקנית בכסף, אבל במטלטלין לכאורה מה שייך בכלל קנין כסף, הרי מטלטלין אינם נקנין בכסף. אמנם עיין בנתיבות קפג, דשכתב דלא שייך בכה"ג נשרפו חיטיך בעליה, ולכן קונה בכסף. וכבר הארכתי להביא דעות פוסקים בענין, אם במקום דלא שייך טעם נשרפו חיטיך בעליה, בטלו קנין כסף או קנין כסף קיים, עיין מה שכתבתי כאן בסימן יב/ג, בקנין ספרי קודש.

בנוסף, ואף שאין בזה צורך, י"ל דככל שהקונה והמוכר כוונתם לקנות ולהקנות לקונה שלפניו ולא לבעל המעות, הרי מי שקונה הוא הבעל שקונה את הטלית, שלו מתכוין המוכר להקנות, והוא מתכוין לקנות לעצמו. דבמחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא, דבני מערבא ס"ל מי הודיעו לבעל החיטים וכו', וכמו שיתבאר להלן, כל זה הוא רק במקום שדעת המוכר דעתו להקנות למי שלפניו ולא לבעל המעות, והקונה, שהוא שליח, דעתו לקנות לבעל המעות, אולם לא באופן כשהקונה דעתו שהוא יקנה ולא בעל המעות, כשבעל המעות כלל לא עשאו שליח לקנות, ובודאי באופן שברור שאין לבעל המעות חפץ בחפץ זה, מהיכי תיתי שיקנה בעל המעות. ומה שנפסק בשו"ע חו"מ קפג, דבקונה שליח במעות משלח, אף שהתכוין לקנות לעצמו, קנה המשלח,

ואף בחזור בו בפני עדים נחלקו הראשונים, כמבואר ברמ"א שם, היינו דוקא בשלחו המשלח לקנות לו סחורה ולא שינה השליח, אבל כשאין כאן שליח ומשלח, אלא כסף של שותפים ואחד השותפים קנה לעצמו, וזו היתה כוונתו, הן לרבי יוחנן והן לבני מערבא, זכה הקונה ולא בעל המעות, ובזה מודה רבי יוחנן לבני מערבא, בפרט דמהיכי תיתי יקנה בעל המעות, כשכלל לא ברור אם הוא רוצה במקח זה, ולא גילה דעתו ברצונו במקח זה, ומהיכי תיתי יזכה בעל המעות כשלא גילה דעתו שרצונו במקח זה.

ולהבהרת הענין אביא את מחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא, וכבר כתבתי בענין בח"ח סי' יט, ואביא עיקרי הדברים. איתא בב"ק קב"ב, במי ששלח שליח לקנות חיטים, ושינה בשליחותו וקנה שעורים, דלחד תנא הריוח וההפסד לשליח, ולחד תנא, ההפסד לשליח, והריוח חולקים השליח והמשלח. ורבי יוחנן העמיד את התנא השני שאומר שהריוח מתחלקים, אליבא דרבי יהודה דשינוי אינו קונה, אולם אם פחתו ההפסד לשליח, דלא שלחו לעיוותי. (ובענין הריוח לאמצע, אם הוא דוקא בנשלח בתורת שותפות או גם בנשלח בתורת שליחות, עיין בראשונים בסוגיא). ושם בגמ', 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). מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי, אי הכי אפי' חטין וחטין נמי לא. אמר רבי אבהו, שאני חטין וחטין דשליחותיה קא עביד, וכי בעה"ב 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. ומבואר בגמ' דאליבא דבני מערבא, אם קונה בשליחות המשלח, ממילא מה שמקנה המוכר לשליח, קונה למשלח, שיד השליח כמשלח, אבל אם שינה בשליחותו ואינו שליח, חסר בדעת המקנה של המוכר. משא"כ לרבי יוחנן, קונה בעל המעות בכל ענין. ובהמשך הגמ' שם, א"ר אבא, לא כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו. והיינו שאף שהאשה והבת לא קנו ואינם שלהם, מ"מ מקדיש ומעריך אין דעתו על הבגדים שקנה לשמן, אף אם אינו שלהן. והקשתה הגמ' על ר' אבא, ותירץ, אלא אמר רבי אבא, כל המקדיש נכסיו, נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא. ובהמשך הגמ', אמר מר, הלוקח שדה בשם ריש גלותא, אין כופין אותו ריש גלותא למכור. מכלל דמקנא קניא ליה. לימא פליגא דבני מערבא דאמרי וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל הבית, אי משום הא לא קשיא, כגון דאודעיה לבעל שדה ואודעינהו לסהדי.

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 עברו. 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"ח, 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 עברו או עבור מי שקונה. וע"כ ס"ל לרא"ש דליתא לבני מערבא הסוברים מי הודיעו לבעל החטים 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 החטין 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, (עיי' להלן), שכל הקנין תלוי בדעת השליח הקונה. (ועיי' 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 יזכה ע"י אחר, איך זכו אשתו ובניו. וע"ז תירץ דאח"כ 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: "דעת, 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 עבדיה 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 וחיטים". 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 ובעינין 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, והרי לפני המוכר המשלח, 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; "ושמעין 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 קי"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"ח) 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. ותיירץ, דכיון שהודיע לעדים שקונה בשם ריש גלותא, העדים עומדים בשם ריש גלותא.

ובס"ק ד כתב קצוה"ח, דאם המשלח אמר לשליח זיל זבין והשליח קונה במעותיו, אף שהשליח קונה במעותיו (של השליח), יש לראות בכסף זה הלואה למשלח, ולכן המשלח הוא בעל המעות. אולם במש"כ הרבינו ירוחם, מדובר בלא אמר לו זיל זבין אלא שקונה מעצמו במעותיו, ואין לראות במשלח בעל המעות, דאי בעי אינו רוצה במקחו. וכן בכלים שצבע לשם האשה, דהבעל נותן מעות ואין האשה מחזרת כלום, אין לראות באשה בעלת המעות. עוד העמיד את דברי רבינו ירוחם, שנותן השליח את המעות עבור המשלח דרך מתנה, ובכגון זה לא היה זכות למשלח, וכמש"כ הרמ"א חו"מ קצה, ג.

ובקצוה"ח כתב חילוק בין דעת הרמ"ה שהביא הטור, דלפי שיטת הרמ"ה מה שלחולקים על בני מערבא אין צריך הודעה למוכר, משום דכל עיקר כוונת המוכר להקנות לבעל המעות. אולם לשיטת הרא"ש נראה דטעמא דר' יוחנן דהשליח דעתו לזכות לצורך בעל המעות, ובאופן שהשליח קנה בסתם ולא פירש למוכר שקונה למשלח, וקודם משיכה חזר בו וקנה לעצמו, דאינו צריך הודעה למוכר; "כיון דלהרא"ש עיקר כוונת מוכר לשליח, אלא דשליח דעתו לזכות לצורך בעל המעות, וכיון דקודם משיכה דעת השליח לעצמו, הרי הוא לעצמו". ומבואר לכאורה דעיקר הקנין הוא מהקונה, שדעתו לבעל המעות, והמוכר אינו אלא הסתלקות לטובת הקונה. ומש"כ ברישא: "... מ"מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות", היינו השליח דעתו לקנות לבעל המעות. אלא שהקשה לשיטת הרא"ש, אם הכל תלוי בדעת השליח, מה לי נתן המשלח מעות אם לאו, כיון דהכל תלוי בכוונת שליח. ולמש"כ לעיל י"ל, דאה"נ לקצוה"ח הכל תלוי בדעת שליח, אלא מן הסתם זוכה לבעל המעות, אבל אם יודה שזכה לאחר, או יוכח שזכה לאחר, זכה האחר, ולא תלוי בבעל המעות אלא מן הסתם זוכה לו, אבל הכל תלוי בכוונתו של שליח, שהוא פועל הקנין. עוד הקשה על מש"כ הרא"ש דמה שלא זוכה בצבע לאשה, דאין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר, דהא כיון דבעל מעיקרא מתכוין לזכות מיד הצבע לאשה ולא לעצמו, א"כ אין זה זוכה בשלו, כיון דמעולם לא היה שלו ובשל אחר הוא דזוכה לאשה, ונשאר בצ"ע.

ולפי ההסבר ברא"ש, כתב קצוה"ח דאף לשיטת הרא"ש אם התכוין השליח לזכות לעצמו, כשקנה במעות עצמו, אף שאומר למוכר שקונה בשביל פלוני, כפי שהיה בעובדא שהעלה השטר בשם ריש גלותא, דאף לרא"ש כשאין הקונה בעל המעות,

ואין השליח רוצה לזכות אלא לעצמו, זוכה לעצמו בהיותו בעל המעות, דלא כסמ"ע קפג,א שאינו זוכה לעצמו. וכמו בריש גלותא, דאף שדעת המוכר היתה על ריש גלותא, כיון דהקונה לא רצה לזכות לריש גלותא, ממילא זוכה לעצמו שהוא בעל המעות. ולכאורה, גם אם קונה במעות משלח, ודעת המוכר למשלח, כיון שהכל תלוי בדעת השליח הקונה, מדוע לא יוכל לקנות לעצמו, למש"כ דלדעת הרא"ש אין משנה כלל כונת המוכר, ורק כונת הקונה שמתכוין לזכות מן הסתם לבעל המעות. ומעין זה מצאתי במשכנות יעקב (חחו"מ סי' נג ד"ה והנה עיקר) בפירוש דעת הרא"ש.

ומצאתי סברא זו בדברי החלקת יואב (חחו"מ סי' ה). החלקת יואב כתב דלא קיי"ל כרבינו ירוחם דלא קונה הלוקח למשלח, אם קנה במעות עצמו ולא במעות המשלח, אף לחולקים על בני מערבא, אלא תמיד קנה המשלח, אף אם אינו מודיע למוכר ולעדים:

"... דבני מערבא סברי דבכל הקנינים צריך כח מהמוכר להקנות הדבר ללוקח, ואף בלך ומשוך וקני יש כאן כח מקנה, אבל שהזוכה לבד יזכה אף שהבעלים אין מעכבים, זה לא מהני. וע"כ צריך שהשליח יודיע למוכר למי שקונה, כדי שיהיה מקנה לו. אבל רבי יוחנן ור' שמואל חולקין דאין צריך כח מקנה כלל, רק הזוכה לבד יוכל לזכות כל שאין כאן מעכב..."

ובהמשך דבריו כתב דטעם בני מערבא, שאם אינו מודיע, הוי קנין הלוקח למשלח, דברים שבלב. וסגי בהודעה או לעדים או למוכר. וכתב, דלכאורה מדברי הרמב"ן, מוכח כרבינו ירוחם, שצריך לקנות במעות המשלח. דאיתא בגיטין כ,א: אמר רב חסדא, יכולנא למיפסלינהו לכולי גיטי דעלמא. אמר ליה רבא, מאי טעמא, אילימא משום דכתיב וכתב, והכא איהי קא כתבה ליה, ודילמא אקנויי אקנו ליה רבנן. וכתב הרמב"ן, דאף אם פרעה האשה דמי הסופר, הסופר קנה הניר וכו' עבור הבעל, והגט של הבעל. וכן בר"ן בגיטין (ט,ב מעמוה"ר): "דבאותן דמים שהיא נותנת לסופר, אקנו רבנן לבעל בין קלף בין דיו בין טרחו ועמלו של סופר". ומשמע שאם לא היו מקנים חכמים המעות לבעל, לא היה מועיל קנין הסופר. וכתב החלקת יואב לחלק בין קנין משיכה במטלטלין וחזקה בקרקע וכד', לקנין כסף, דקנין משיכה וחזקה שהוא מכח הקונה ואין צריך דעת המקנה, לקנין כסף, שהוא מטעם ההנאה שבאה למקנה, דבעינן דעת המקנה. ובגט מעות קונות אף בלא משיכה, ולכן צריך שיחיו המעות של הבעל, דדעת מקנה להקנות לבעל המעות. ועיי"ש מה שהקשה מקונה קרקע בשם ריש גלותא, הרי קונה בקנין כסף ובעי הודעה למוכר לכ"ע, לסברא שכתב, עיי"ש מה שתיירן.

עוד נמצא בשעורי הגרש"ש (ב"מ סי' יט) הסבר לשיטות הראשונים הנ"ל, דדעת מוכר להקנות לבעל המעות, ודלא כבני מערבא דס"ל מי הודיעו וכו', דלדידן דלא

קיי"ל כבני מערבא, י"ל דדעתו של מקנה להקנות לבעל המעות וכרצון בעל המעות, שאין כוונתו להקנות דוקא לאדם שהוא רואה אלא כוונתו לסיבת המכר - המעות, ובדעתו גומר להקנות לסיבה ולא לצורה שהוא רואה. והוא הדין והטעם לבני מערבא, אין כוונתו מיוחדת לגוף האדם שעומד נגד עיניו אלא לסיבה שהוא צריך אליו להקנות, ודעתו להקנות למי שמקנה לו הכסף. ולכן בשליחות ממש, כשאני משנה בשליחותו, וכמו בחיטים וחיטים, ס"ל לבני מערבא שמתן המעות ע"י השליח הם כמתן המעות ע"י המשלח. אולם כשמשנה בשליחותו, וקונה שעורים במקום חיטים, אין כאן שליחות, ורק מדין זכיה יכול השליח להקנות לו הכסף, ואת הכסף נותן הקונה/ השליח למוכר, ולכן הוא שהיה שליח נותן למוכר את סיבת המכר - המעות, ולו מקנה המוכר לבני מערבא. אבל לחולקים על בני מערבא, כל שנתן המשלח מעות, אף בחיטים ושעורים, היא הסיבה למכר, ודעת המוכר להקנות לו.

לאמור לעיל באנו למחלוקת, אם במקרה וקונה במעות שלו ומעלה על שמו, כאשר כוונתו לזכות לאחר, אם זכה האחר, אם כונת המוכר לבעל המעות, וממילא צריך שידע להתכוין לא להקנות לבעל המעות, או שאין צריך כלל כונת מוכר והכל תלוי בכונת לוקח.

ג. שליח שקנה במעות משלח

ולכאורה אם כוונת הלוקח לקנות לעצמו ולא למשלח, אף אם המעות של משלח, יזכה לעצמו וחייב למשלח מה ששלח ידו במעותיו. ומצאנו בדבר מחלוקת הראשונים. הרמב"ם בהל' מכירה ז,יב, כתב וז"ל: "הורו מקצת המורים שאם קנה לעצמו במעות חבירו אחר שזקפן עליו מלוה, הרי קנה לעצמו, ומקבלין ממנו כשאמר זקפתי אותם המעות על עצמי במלוה. ואני אומר שאין דין זה דין אמת, אלא המקח של משלח כמו שיתבאר בדין העסק". ומש"כ הרמב"ם; כמו שיתבאר בדין העסק, כוונתו להל' שלוחין ז,ו, שם כתב: "הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר ולא לקח, אין לו עליו אלא תרעומת. ואם נודע בראיה ברורה שלקח ומכר, הרי זה מוציא ממנו השכר בעל כרחו". ובכס"מ בהל' שלוחין מבואר שמקור הדין בירושלמי. אמנם אם שלח יד באותן המעות קודם שקנה בהם, או שאמר בפני עדים שחזור בו משליחותו, המקח לשליח. ואם אין עדים בדבר, אף שהשליח אומר ששלח בהן יד וזקפו עליו במלוה, המקח למשלח.

ועיין בדברי הרב המגיד (מכירה ז,יב), וז"ל: "דעת אלו הבעלי הוראה הוא מכח שמועה דהגוזל עצים (דף קב) גבי הנותן מעות לשלוחו ליקח בהן חטים וכו', וכבר האריך הרשב"א ז"ל שם להוכיח כן. מ"מ הפריזו על מדותיהם במה שאמרו

שהוא נאמן בדבורו הקל, דודאי דוקא כשיש עדים ששלח בהן יד לעצמו או שאמר לפניהם שחזור בו משליחותו וקונה באותן מעות לעצמו, הא סתמא אינו נאמן, וכ"כ הרשב"א ז"ל, וזה ודאי מוכרח דבסתמא אינו נאמן. ולכאורה היה נראה דאף לדעת הרמב"ם, ככל שיש עדים ששלח יד או שאמר לפניהם שחזור משליחותו וקונה באותן מעות לעצמו, כן משמע לכאורה מדברי המגיד, שאף לרמב"ם הדין כן, והראשונים האחרים הפריזו על מידותיהם וס"ל דבכ"ע נאמן. ומש"כ המגיד בהמשך דבריו: "ודעת המחבר כדעת בעל מתיבתא וקרוב לזה דעת ההלכות בענין העסק בהמקבל". דעת הרמב"ם והרי"ף כבעל המתיבות, עיין בר"ן קדושין (כדא מעמוה"ר), על הא דאיתא בגמ' (קדושין נט,א); רבה בר בר חנה יהיב ליה זוזי לרב, אמר זבנה ניהלי להאי ארעא, אזל זבנה לנפשיה. והתניא מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות. באגא דאלימי הוה ליה, לרב נהגי ביה כבוד לרבה בר בר חנה לא נהגי ביה כבוד. והקשה הר"ן מתוספתא (ב"מ פ"ד) והירושלמי (ב"מ ה,ג), דהנותן מעות לחברו ליקח לו פירות למחצית שכר ולא לקח, אין עליו אלא תרעומת, ואם ידוע שלקח, מוציא ממנו בעל כרחו, וא"כ גם כאן יוציא רבה בר ב"ח מרב את הקרקע בע"כ דרב. וכתב הר"ן לתרץ: "תירצו בשם בעל מתיבות ז"ל, דהתם בשלקח בזוזי משלח, אבל הכא רב בזוזי דנפשיה זבין". מבואר שהחילוק דככל שלקח במעות המשלח, קנה המשלח. ואין בדברי בעל מתיבות הכרע מה הדין אם חזר בו משליחותו בפני עדים. ואין לומר דמדלא תירץ דרב חזר בו משליחותו בפני עדים או שלח בו יד בפני עדים, דלא רצה לומר שרב יעשה כן, ורק לקנות במעותיו הוא, כשלא יכול לקנות למשלח רבה בר ב"ח, אין זו עוולה, משא"כ לחזור להדיא משליחותו ולקנות במעותיו של רבה בר ב"ח או לשלוח יד, ודאי שרב לא יעשה כן, ולכן תירץ את הפשוט והראוי, שרב קנה במעותיו. ומ"מ אין לכאורה הכרע שהרמב"ם חולק כשחזור בו בפני עדים משליחותו שקונה לעצמו. ומ"מ מהמגיד נראה שדעתו דלרמב"ם אם חזר בו מהני אולם מהתשב"ץ (ח"ד טור שני סי' א ד"ה ומצאנו) נראה דס"ל דלרמב"ם לא מהני אף בחזר בו בפני עדים או שלח יד, עיי"ש. ובב"י יור"ד סו"ס קעז הביא דעת המגיד דאם שלח יד בהם בפני עדים או שאמר בפניהם שחזור בו משליחותו, קנה השליח לעצמו אף לשיטת הרמב"ם, ושכן כתב רבינו ירוחם בנתיב כז.

והנה בשו"ע חו"מ קפג,ב, כתב וז"ל: "שליח שקנה לעצמו במעות המשלח, אע"פ שזקפן עליו במלוה, המקח של משלח". בסמ"ע ס"ק ה פירש דמיירי שחושב בנפשו לזקוף במלוה. ומשמע דבעדים מהני. אולם בש"ך שם ס"ק ד כתב דמיירי אפי' בעדים, דכן משמע דעת הרמב"ם. ובנתיבות קפג,ד (בסופו) הקשה על הש"ך, דביר"ד סו"ס קעז (כנ"ל), אם זקפן במלוה בפני עדים, הרי הם של שליח: "ואשתמיטתיה הא דביר"ד סי' קעז [סעיף מ] פסק המחבר בהדיא, דכשיש עדים המקח של השליח".

ובשו"ע אהע"ז לה, ט, כתב וז"ל: "העושה שליח לקדש לו אשה פלונית, והלך שליח וקדשה לעצמו, הרי זה מנהג רמאות ומה שעשה עשוי, אם לא קדשה במעות המשלח". ובב"ש ס"ק כא כתב, דדוקא נתן לו המשלח דבר שיש קפידא אם יחליף, ולכן הוי גזל אצל השליח ואינה מקודשת, משא"כ באין קפידא אם יחליף. ועיין בט"ז (לה, י, וכן הוא בדרישה), שהקשה מהא דקונה מקח במעות משלח, דהוי של משלח וכנ"ל. ובאבנמ"ל שם (לה, יא) כתב לחלק בין סחורה לקדושי אשה, דבסחורה כיון שקנה במעות המשלח, אף שקנה השליח במשיכה, אין דעת המוכר אלא לבעל המעות, ולכן המקח של משלח. אולם בקדושין ודאי אין דעתה של אשה לבעל המעות, דמנין לה מי הוא בעל המעות, אולי אינו הגון לה וכד'. לכן בקדושין לעולם לא תקנה לבעל המעות אם אינה יודעת, אא"כ אומר לה להדיא הרי את מקודשת לפלוני משלחי, אבל בעל מעות לא ידוע, ודאי שאינה רוצה להתקדש לו. ולכן אינה מקודשת למשלח בעל המעות, וא"כ מדוע לא תתקדש לשליח, וע"ז כתבו דהוא מטעם גזל. גם במקנה שם (בקר"א לה, ט) כתב דבקדושין בעינן מדאורייתא אמירה, דעיקר השליחות היא האמירה בלא כסף, וכיון דשינה באמירתו וקדשה לעצמו, אינה מקודשת לראשון, ולשני אינה מקודשת מטעם גזל. אולם אין לחלק כמש"כ הב"ש בין דבר שיש קפידא או לא, דאין כן משמעות הפוסקים, אא"כ י"ל דהב"ש מיירי שנתן לו המשלח רשות להוציאו ולהחליפו.

ובנדו"ד, הרי לא עשתה את הבעל שליח לקנות לה טלית או לשלם עבור הגט, ממילא גם מה שקונה הבעל, ולו קונה במעותיה, אין בזה קנין לבעל המעות, שהרי האשה מלכתחילה לא נתנה לו מעות והוא בעצמו לקח את המעות, וממ"נ, אם לא היה לו רשות לקחת המעות, הרי קנה במעות גזולים, ומה שקנה אח"כ, קנה בקנין משיכה וכד', ואם היה לו רשות להשתמש במעות, כפי שאכן הדין וכמש"כ לעיל אות א, הרי שלא היה בזה כל גזל, וקנה במעות שלו.

כאמור לעיל, יש לכ"א מבני הזוג רשות להשתמש בכסף המשותף לצרכו בצורה סבירה, וקנין טלית וכיוצ"ב, הרי הטלית שלו.

סימן יא

שלח פועל לשבור חלון רכב

ראשי פרקים

א. שולח בערה ביד חשו"ק או פקח

ב. שליח לדבר עבירה שאין בה חלות

ג. כרכינא או כרב סמא

ד. בנכרי

ה. בפועל נכרי

ו. כיון שאמר להם להזיק

ז. בחיוב לצאת ידי שמים

ח. מדינא דגרמי

ט. מגדר מילתא

מעשה שארע באזור תעשיה, כאשר באזור המפעל של ראובן, חנה מדי פעם רכבו של שמעון, באופן שחסם חלקית את הכניסה למפעל. ראובן בקש והתרה בשמעון, וללא הועיל. וכל פעם שחנה שם, נאלץ לגרור את רכבו של שמעון או לדחוף אותו כמה מטרים מהשטח. עד שפעם אחת "גברה חמתו" של ראובן, ואמר לשני הפועלים, בני מיעוטים, שעסקו בדחיפת גרירת רכבו של שמעון, שבסיום הגרירה/דחיפה ינפצו לו את כל השמשות. וכך עשו, וגרמו לרכב נזק הן לשמשות והן לפח. אמנם יש לשמעון בטוח, אך עדיין מדובר בהשתתפות עצמית גבוהה. נתבקשתי ע"י הבורר המוסכם לחו"ד אם ע"פ דין תורה ראובן חייב בנזקים אלו, ואף אולי ראוי לקנסו למגדר מילתא לפי שקול דעת בי"ד (הגם שבהתאם לשטר הבוררות יכול הבורר לחייב את ראובן מדין צדק ויושר, בכל אופן בקש לדעת האם בדין תורה יש מקום לחייב את ראובן).

א. שולח בערה ביד חשו"ק או פקח

תנן בב"ק נט"ב: השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן, פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. שלח ביד פקח, הפקח חייב. ובגמ' שם נחלקו ר"ל ורבי יוחנן אם מסר לחשו"ק שלהבת, אם חייב המשלח, ר"ל משמיה דחזקיה סובר דבמסר לחשו"ק

שלהבת, חייב המשלח, דמעשיו של המשלח גרמו לשריפה, כמו בכל חיוב אש, ורבי יוחנן ס"ל דאף במסר לחשו"ק שלהבת פטור. אולם במסר לפקח, פטור המשלח אף מדיני שמים. והטעם דפטור במסר לפקח, דכיון דאין שליח לדבר עבירה, חייב השליח ופטור המשלח, וכיון דחייב השליח, אין לחייב המשלח בדיני שמים, משא"כ בשוכר עדי שקר, שאין מי שישלם לזה שהעידו נגדו. כך פירש המאירי בסוגיא, וז"ל: "שלח ביד פקח, הפקח חייב. אף בשלהבת ועצים, שאין שליח לדבר עבירה, ואפילו כשאמר לו לך והדלק, והמשלח פטור אף מדיני שמים. ואע"פ שבשוכר עדי שקר לחבירו אמרו שבדיני שמים חייב, בזו הוא מפסידו, אבל כאן הרי פקח חייב לשלם לו. והוא הדין שאם לא יהא לו במה לשלם, שהמשלח יש עליו עונש שמים".

ודבר זה התבאר בגמ' קדושין מב,ב: והא דתנן השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, שילח ביד פיקח פיקח חייב, ואמאי, נימא שלוחו של אדם כמותו. שאני התם דאין שליח לדבר עבירה, דאמרין דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעים. ומבואר שם בגמ' דאף דבמעילה ושליחות יד יש שליח לדבר עבירה, הו"ל שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים.

ומה שפטור המשלח אף בדיני שמים, בנוסף למאירי הנ"ל, עיין בתוס' ב"ק נו,א (ד"ה אלא) דמה ששוכר עדי שקר חייב בדיני שמים: "כגון שאין לחבירה מה לשלם, או שהלך למדינת הים, או כגון שאין אנו יודעים שהם עדי שקר". דבכל אופן שאינו יכול להשתלם מעידי השקר, משתלם בדיני שמים מהמשלח. עוד הוסיפו התוס', דדוקא בשוכר חייב בדיני שמים, אבל אם אמר ולא שכר, פטור מדיני שמים: "דסבור שלא ישמעו לו". (ולכאורה מה הפטור מדיני שמים כשסבור שלא ישמעו לו, וה' יודע ללבב, דכל סבר שלא ישמעו, אפשר שיכול לפטור עצמו מדיני אדם, אך מה שייך בדיני שמים לפטור בסברא זו. ונראה לכאורה לבאר לפמש"כ בקצוה"ח לב,א, דיש חיוב תשלומים בידי שמים ועונש בידי שמים, וממילא י"ל דמה שפטור בסבר שלא ישמעו לו הוא מחיוב תשלומים מדיני שמים ולא מהעונש). וכן כתב הריטב"א (קדושין מב,ב), דשולח בערה ביד פיקח, פטור המשלח מדיני שמים, דכיון שכבר נשתלם הניזק מהפיקח, אין המשלח חייב בדיני שמים, משא"כ בשוכר עדי שקר, שלא השתלם ניזק מנזקו.

ואיתא בבב"מ יב, לענין שליח לדבר עבירה, אם חצר מדין שליחות אתרבאי, איך יכול לקנות גניבה בחצירו, הרי אין שליח לדבר עבירה: מי איכא מאן דאמר חצר משום שליחות איתרבאי, והתניא בידו אין לי אלא ידו, גגו חצירו וקרפיפו מנין (שאם נכנסה שם ונעל בפניה לגונבה, שהוא חייב – רש"י), תלמוד לומר המצא תמצא מכל מקום. ואי סלקא דעתך חצר משום שליחות איתרבאי, אם כן מצינו שליח לדבר

עבירה, וקיימא לן אין שליח לדבר עבירה. אמר רבינא, היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה, היכא דשליח בר חיובא הוא (שאף הוא מוזהר על הדבר, התם פטור השולח, דאמרינן ליה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ולא היה לו לעשות), אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא, מיחייב שולחו. אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו גנבו לי דלאו בני חיובא נינהו, הכי נמי דמיחייב שולחן. אמרת אשה ועבד בני חיובא נינהו, והשתא מיהא לית להו לשלומי, דתנן נתגרשה האשה נשתחרר העבד, חייבין לשלם. רב סמא אמר היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה, היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד, אבל חצר דבעל כרחיה מותיב בה, מיחייב שולחו. מאי בינייהו, איכא בינייהו כהן דאמר ליה לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, אי נמי איש דאמר לה לאשה אקפי לי קטן. להך לישנא דאמר כל היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחו, הכא נמי אי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מיחייב שולחן, להך לישנא דאמרת כל היכא דשליח לאו בר חיובא מיחייב שולחו, הני נמי כיון דלאו בני חיובא נינהו מיחייב שולחן.

ובעצם סברת דברי הרב וכו', יש ללמוד מהראשונים שאינו דבר מוחלט, ויש מקרים שאפי' שאין השליח עושה איסור, מ"מ כיון שהאיסור חמור אצלו, ויודע שמכשיל אחר באיסור שאצלו הוא חמור, ודאי לא יעשה כן מטעם דברי הרב וכו'. תוס' הרא"ש (ב"מ י"א) מקשה, מדוע בשלח כהן לקדש לו גרושה פטור המשלח, הרי השליח הכהן לא עובר בלאו דלא יקחו במקדש גרושה לכהן אחר, ורק לפני עיור, וזה קיים גם בישראל. ותירץ, דאח"כ הוא מחמת שגורם לעבור לפני עיור, ודוקא בשליח כהן לא יכשיל כהן אחר בגרושה, כיון שלא זה חמור בעיניו, משא"כ בישראל: "כיון דכהן הוא, חמיר עליו לאו דלא יקח, לפי שגרושה אסורה לו וסבור המשלח שלא יעשה שליחותו, אבל ישראל קילא ליה איסור גרושה לכהן ובודאי יעשה שליחותו". ולפ"ז אין להשתמש בסברת דברי הרב וכו', כאשר יש סברא שהדבר קל בעיניו ויעשה שליחותו. ולכאורה כשאומר לבן מיעוטים להזיק לרכב של חבירו, לא מיבעיא שאין בזה סברת דברי הרב וכו', גם מסתבר שקל הוא בעיניו, ולא יחשוש. אולם י"ל, דסברת קל הוא בעיניו הוא רק כשלא עובר איסור במעשיו אלא לפני עיור, אבל כשעובר בעצמו איסור, בכל מקרה יש טענה של דברי הרב וכו', רק כאן מיירי בנכרי שאין שייך טענה זו, אבל זו טענה אחרת ולא מצד קל בעיניו. ולענין שליחות לדבר עבירה בנכרי, עיין להלן.

ומדברי רש"י נראה דרבינא סמך תרוצו על סברת דברי הרב ודברי התלמיד. דרבינא שתירץ דאם השליח בר חיובא פטור המשלח, כמו שפירש רש"י, דבבר חיובא סבר שלא יעשה, דדברי הרב דברי התלמיד, ולכן פטור המשלח. ולכאורה גם לתרוץ רב סמא דדוקא חצר שאין לה בחירה ולא שייך גבה אי בעי עביד אי בעי לא עביד,

ובעל כרחק קונה לבעליה, חייב המשלח, משא"כ בשליח דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד, יכול המשלח לומר שסבור היה שלא יעשה השליח, דדברי הרב ודברי התלמיד, אבל בחצר אין לו טענה של דברי הרב וכו', דחצר בעל כרחיה.

ולכאורה אם טעם אין שליח לדבר עבירה הוא דברי הרב דברי התלמיד, דין זה אינו שייך בנכרי, דאם שלח נכרי לדבר עבירה, חייב המשלח (על הצד שיש שליחות לנכרי לחומרא, ואפי' אין שליחות כלל, חייב המשלח היהודי, עיין להלן), דאין לו טענה של דברי הרב דברי התלמיד. ונראה שסברא זו נקט בסמ"ע קפב,ב, בהסבר דברי הרמ"א (חו"מ קפב,א) דאין שליח לדבר עבירה: "דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ויכול המשלח לומר סברתי שלא ישמע לי לעשותו, לכך אין המשלח חייב. אבל אם אין השליח בר חיובא, לא שייך האי טעמא". ולכאורה משמע שנקט להלכה דבאינו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה וחייב המשלח.

והרמ"א עצמו (חו"מ שמח,ח) הביא להלכה דברי המרדכי (ב"מ רלז) דאם השליח אינו בר חיובא, חייב המשלח, וז"ל הרמ"א: "מיהו אם השליח אינו בר חיובא, י"א דהמשלח חייב". ובסמ"ע שם ס"ק כ הביא מחלוקת ראשונים, מה הדין אם השליח לא ידע שעובר איסור, כגון ששלח אותו לקחת שור מהרפת, והשליח לא ידע שהשור שייך לאחר, דלכאורה אין בזה סברת דברי הרב וכו'. ודעת המרדכי (ב"מ רלז) דחייב המשלח. אולם הנימוק"י (ב"ק כט,א מעמוה"ר) חלק וכתב בשם האחרונים דאינו נכון. הנימוק"י הביא ראיה מחצר דחייב המשלח לפי שאינה בת בחירה, ולמה נצרכה לטעם שבעל כרחיה, תיפוק ליה מצד אי הידיעה הקיימת גם במי ששייך בו אי בעי עביד אי בעי לא עביד. למה נצרכו לטעם חדש בחצר שהוא בעל כרחיה, תאמר דכיון שאינה יודעת שהיא גניבה, חייב המשלח. ולמרדכי י"ל דהיא גופה כלול בטעם דבעל כרחיה. וראיה נוספת הביא ממה שלא התחייב דוד על שהרג יואב את אוריה, אף שיואב יכל לסבור כשראה הדברים ששלח לו דוד המלך, שאוריה היה חייב מיתה כמורד במלכות.

ובאחרונים מצאנו שני הסברים בטעם דברי הרב וכו', אם הוא בטענת המשלח או בעצם השליחות. אם הסברא של דברי הרב היא שאומר המשלח סברתי שלא ישמע לי, וממילא כל היכא שלא שייך לומר כן, דלא יכול לומר שסבר שהמומר על כל התורה לא ישמע מטעם דברי הרב וכו', שהרי ברור שהמומר לא שומע בקול הרב, ואינו מקיים מצוות התורה, וודאי יעשה המומר מה שליבו חפץ, ואין המשלח יכול לטעון סברתי שלא ישמע לי. וכך נראה מדברי הסמ"ע הנ"ל, שסובר שלא ישמע לו, וזה לא שייך בישראל מומר. אבל הגרע"א (ב"מ יב) כתב דדברי הרב וכו' הוא סברא בשליחות. ויש לבאר, דענין שליחות הוא חידוש של התורה, מאתם גם אתם,

וככל שהשליחות בעבירה, שאסור לשליח לעשות את השליחות מדברי הרב, התורה לא חידשה דין שליחות. דברי הרב וכו' זו לא טענה של המשלח להפטר. זה דין המגדיר את השליחות בעבירה, ולכן אם השליח מחויב לשמוע דברי הרב, אין כאן שליחות. דהכל תלוי בשליח אם הוא מחויב לשמוע לדברי הרב ולקיים התורה, וככל שיש על השליח חיוב כזה, אין כאן שליחות הנלמדת מאתם גם אתם, דהטענה לא מצד מה חשב המשלח בשליחות אם יעשה השליח אם לאו, אלא הטענה היא שהשליח לא היה לו לעשות מצד דברי הרב וכו', וכיון שהשליח לא היה לו לעשות, השליחות באיסור ואין כאן שליחות. כן נראה בבאור הגרע"א, וז"ל: "לכאורה נראה דהך סברא היינו שהיה לו לשמוע לדברי הרב והוי שליחות באיסור ואין שליח בזה, כדאמרינן בקידושין רפ"ב דאשלד"ע, היינו דאינו יכול להעשות שליח לזה, דיותר צריך לשמוע לדברי הרב. ומזה נראה בישראל מומר להכעיס, מ"מ אע"פ שחטא ישראל הוא ושייך בו דברי הרב וכו'". והגרע"א הקשה על הסמ"ע, והוכיח מהתוס' דאף בשותפים שגנבו, שייך לומר סברת דברי הרב וכו', והרי שם רואה השותף שהוא גונב עמו, ולסמ"ע לא שייכת בזה סברת דברי הרב וכו', לומר סברתי שלא ישמע בקולי, ובכל זאת אמרינן שם דאין שליח לדבר עבירה.

וסברא זו דדברי הרב ודברי התלמיד וכו', היא בעצם השליחות לביטולה, ולא טענה של המשלח שסבר שלא יעשה השליח, מצאתי אח"כ ביד המלך (לנכד הנ"ב, נזקי ממון ידו), וז"ל: "ועל זה משני הגמרא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, והכוונה הוא, דכיון דכל ענין שליחות הוא רק מצד חק אשר מצינו בתורה, לכן אין כחו רק בענינים כאלה הדומים לאותן האמורים בתורה, דהיינו דוקא בענינים אשר אין איסור בעשיתן והמשלח בעצמו רשאי לעשותו, בזה נתנה התורה הרשות בידו למסור כח עשיה זו לשליח לעשותו עבורו ולהיות כמוהו. אבל בענינים אשר גוף העשיה הוא עבירת איסור, אז די לנו אם הוא בעצמו עבר האיסור, אבל אין לו כח למסור עשיה זו לשליח, ואם מסרו לשליח הוי המסירה כלא היה, וממילא אם עשאו השליח, לעבירת העשיה זו חל העבירה על השליח ולא על המשלח. וסברת דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין דקאמר הש"ס לאו אשליח קאי וכמו שהסביר הר"ן, דהלא לדעת רש"י גם בשליח שוגג אמרינן דאין שליח לדבר עבירה, ובשליח שוגג ודאי לא שייך סברא זו שהסביר הר"ן שהשליח לא היה לו לשמוע רק לדברי הרב, דהא השליח לא ידע כלל אם הוא עובר בזה על דברי הרב. רק דהכוונה הוא דכיון דע"פ מאמר וגזרת השם עצם העשיה אשר נעשה עליה לשליח הוא איסור, הרי ממילא עפ"י גזרת התורה אין מקום לשליחות כלל, והוי כאלו המשלח רוצה לקיים השליחות והתורה רוצה לבטלו ודבר מי יקום, בודאי גזרת התורה, דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, בודאי עלינו לשמוע לדברי הרב, ועפ"י דברי

הרב השליחות בטלה, דגזירת התורה לא הסכימה בשליחות זה. וכיון דהשליחות בטלה ממילא אין לענוש את המשלח על עשית השליח, דכמו זר נחשב בעשיה זו, והאשמת העשיה בין מחמת שוגג בין מחמת מזיד, כל אשר נגזר עליה הכל חל על השליח. והלכך בשולח [את] הבערה ביד פקח חייב הפקח, דכיון דגוף העשיה להבעיר גדישו של חבריו הוא איסור ועבירה גמורה הוא, לכן ממילא עפ"י גזרת התורה אין מקום בזה לשליחות כלל. ואף דהשליח נאנס בזה ע"י שליחות של המשלח, בכל זאת כיון דאין מקום לגוף השליחות הוי כמו אם היה נאנס ע"י עצה רעה שהטעהו או שהסיתוהו אחרים על כך, דחיוב התשלומין חל על זה שהזיק, ולפיכך גם כאן אף שהמשלח הזה היה עיקר הגורם שהטעה את השליח בשרפת הגדיש, בכל זאת כיון דאין כאן דין שליחות, הרי באמת המשלח הזה לא טוב עשה בעמיו, אבל התשלומין חלין על השליח דהוא היה גוף המזיק". מבואר דסברת דברי הרב מגדירה את השליחות כאיסור, וממילא התורה לא התירה שליחות כזו ולא נתנה לה תוקף, וכמו שכת' לעיל בהסבר הגרע"א. ובהמשך דבריו כתב יד המלך דאף שפירוש זה נוגד את מה שפירשו המפרשים, האריך להוכיח כן. ולמש"כ כן יש לפרש דברי הגרע"א.

ולפ"ז לכאורה אף בשולח נכרי להזיק וכדלהלן, לא שייך דברי הרב לענין משלח שיכול לומר סברתי שלא יעשה, מ"מ כיון שהמעשה הוא בעבירה, דלהזיק ממון חבריו הוא דבר עבירה, אין בזה שליחות, גם ללא הדין שאין שליחות לנכרי. ומעין הסברא הנ"ל דדברי הרב וכו' מגדיר את מעשה השליחות כאינו בר שליחות, ראיתי גם בפני יהושע (קדושין מב, ב ד"ה והדתינא), וז"ל: "והנראה לענ"ד דהא דאמרין דאין שליח לדבר עבירה משום דדברי הרב ודברי התלמיד כו', לאו מסברא אמרינן הכי ומטעמא דסבור שלא ישמע, דהא בפרק הכונס (ב"ק נו, א) כתבו התוס' דבשוכר שליח לא שייך האי סברא ... וכן משמע בסוגיא דשמעתין ובפ"ק דב"מ (י, ב) דאפילו היכא דלא שייך האי טעמא דסבור שלא ישמע, נמי אין שליח לדבר עבירה, וכ"כ בחידושי הריטב"א. והטעם נראה, דכיון דלא ילפינן שליחות בכל התורה אלא מגירושין ותרומה וקדשים, לית לן לרבוויי אלא דומיא דהנך דלית בהו עבירה, משא"כ היכא דאיכא צד עבירה, לא הוי דומיא דהנך, ולא אמרה תורה שלח לתקלה כיון דלקושטא דמילתא אין לשליח לשמוע דברי התלמיד אלא דברי הרב, והו"ל האי מילתא דדברי הרב כמו פירכא על מה הצד דילפינן מתרומה וגירושין". מבואר מהפנ"י דדברי הרב וכו' מוציא את השליחות שנעשית באיסור מדין שליחות הנלמד בתורה, וכסברא הנ"ל. וכן נמצא בשואל ומשיב (מהדור"ד ח"ג סי' קח) שמחמת דברי הרב וכו', אין כאן שליחות, ואינה חלה: "והסברתי דברי הש"ס בב"מ הנ"ל דאמר משום דברי הרב, דהכוונה כמו שאמרו בתמורה דף כה דברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין, דהיינו שיותר חל דברי הרב מדברי התלמיד, וא"כ ה"ה בזה לא תוכל לחול השליחות אם הוא נגד דברי הרב".

ובשני ההסברים הנ"ל נראה להסביר מה שחקר הגרש"ש (ב,מ סי' יג), אם בשליח לדבר עבירה המעשה קיים רק לא מענישים את המשלח, ולכן אם כהן שלח לקדש גרושה, הקידושין קיימים כמו בכל שליחות ללא עבירה, רק המשלח לא נענש, או שנאמר שהשליחות מתבטלת, ותלה החקירה בשני תרוצי התוס'. ולמש"כ י"ל, דלהסבר הסמ"ע שאומר דברי הרב וכו', שסברתי שלא יעשה, הוא רק כדי להפטר מהעונש, אבל אין השליחות מתבטלת, דאם נבוא להלקותו יאמר סברתי שלא יקדש, דדברי הרב וכו'. אבל לשיטת רע"א ודעימיה שאין כלל קיום לשליחות זו שהיא נוגדת את דברי הרב, דכל קיום השליחות הוא מחמת דברי הרב, אתם גם אתם, וכאשר השליחות היא לא כדברי הרב, אין כאן שליחות כלל.

והגר"ש קלוגר מביא סברא שונה שמשלכת בין שתי הסברות הנ"ל, גם טענה של המשלח לדברי הרב, וגם אי יכולת חלות השליחות. הגר"ש קלוגר (טוב טעם ודעת, קמא סי' קצא) כתב דשליחות וקנינים שניהם מצריכים כונה של הצדדים לפעולה, כמו שבקנין צריך כוונה וגמירות דעת של המקנה להקנות ושל הקונה לקנות, כך בשליחות, אף שנעשית בדיבור, צריך כוונה וגמירות דעת של המשלח לרוקן את כוחו לשליח, וגמירות דעת של השליח לקבל את שליחות המשלח. ולכן בשליח לדבר עבירה, כיון דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, לא סמכא דעת המשלח ולא גמר בדעתו לרוקן כוחו לשליח, ואין לו דין שליחות. סברת דברי הרב וכו', פוגעת בסופו של דבר בעצם השליחות, אך מחמת ההבנה של המשלח שהשליח לא יקיים שליחותו, ולכן חסר בעצם פעולת השליחות, שלא התכוין לעשותו שליח כשיודע שלא יקיים שליחותו.

ומהגמ' קדושין מב,ב יש ללמוד דדין זה נלמד מהא דשני כתובים, מעילה ושליחות יד שני כתובים הבאים כאחד שיש שליח לדבר עבירה, ואין מלמדים, וממילא הוי מדין תורה דאין שליח לדבר עבירה, והוא גזירת הכתוב. כן כתב הריטב"א בקדושין מב,ב: "דאמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, פירוש טעמא קאמרינן שהוא כן על הרוב, מיהו דינא דאורייתא הוא כדלקמן, ואפילו היכא דליתיה להאי טעמא כגון שהוא שוגג וכיוצא בזה". וכדבריו פסק בקצוה"ח שפת,יב. דהנה הרמ"א שפת,טו פסק: "מי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלח, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה, הואיל והוחזק בכך". ובש"ך ס"ק סז הקשה על דבריו, דלדברי רב סמא דוקא בחצר דבעל כרחיה יש שליח לדבר עבירה, א"כ בכל ענין אחר, אפי' הוחזק השליח לכך, אין שליח (ועיין מש"כ לעיל דאפשר דאף לרב סמא הסברא היא מצד דברי הרב וכו', דלא שייכא בחצר דבעל כרחיה). אלא הכל תלוי אם השליח בעל כרחיה או לא, ולא אם מוחזק לעבור עבירה, וכן מוכח מדברי הפוסקים שסתמו שאין שליח לדבר עבירה, ולא חלקו אם השליח מוחזק

בכך או לא. ולדבריו הסכים בקצוה"ח שם ס"ק יב, דכל הטעם שאין שליח לדבר עבירה הוא מגזירת הכתוב ולא מטעם דברי הרב וכו', ולכן אפי' בהוחזק השליח אין שליח לדבר עבירה.

ב. שליח לדבר עבירה שאין בה חלות

הגרמ"מ אפשטיין זצ"ל (לבושי מרדכי ב"מ סי' יג) כתב לחלק בין מעשה עבירה שיש במעשה חלות, כמו שלח שליח לקדש, לגרש, לקנות ולמכור באיסור, לבין שליח לעשות רק עבירה, כמו להזיק או לגנוב. ובזה נחלקו רבינא ורב סמא. רבינא סובר דגם לשליחות לעבירה עצמה, היה מקום שתתיחס העבירה, לענין העונש למשלח, אלא שגילתה התורה בשני הכתובים הבאים כאחד, דכל זמן שיש לחייב את השליח על מעשה העבירה, אין לחייב את המשלח. אולם כשהשליח אינו בר חיובא לעונש, מחויב המשלח:

"ונראה לי דהא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו, אין הכוונה שאמרה התורה, שאם שלח שלוחו לעשות מעשה, אז אמרינן דהמשלח הוא העושה המעשה. זה אינו, דודאי דהמעשה בעצמה נחשב שעושה השליח, רק דפעולת הדברים מועיל בעד המשלח כאילו הוא היה העושה. נמצא דשליחות לא הוי אלא רק בעושה שליח לעשות מעשה שיש בה חלות ופעולות, כמו לגרש ולקדש, אבל על דבר שאין בדבר חלות ופעולות, רק המעשה בעצמה, ע"ז לא שייך שליחות, למשל אם אחד ימכור בית לחבירו, ע"מ שהלוקח ילך למקום פלוני ביום פלוני, ע"ז לא שייך לומר שיעשה שליח לילך למקום פלוני [מלבד טעמא דקפידא], שהרי השליח הלך ולא הוא, והכא הוי מעשה בעלמא בלי חלות ופעולות.

ובדין אין שליח לדבר עבירה, נראה דנחלקו בזה רבינא ורב סמא בביאור הלימוד דילפינן מהגזיה"כ דשני כתובין. דרבינא [דס"ל דהיכא דהשליח לאו בר חיובא, יש שליחות לדבר עבירה], היה סבור לומר דעבירה ג"כ נכנסת לגדר השליחות, דאף שהמעשה עושה השליח, אבל העונש והחיוב הוא פעולת הדברים, ויכול להיות על המשלח, אלא דגילתה התורה דכל זמן שיש לחייב את השליח אין לחייב את המשלח, אבל היכא שהשליח איננו בר חיובא ואין על השליח חיוב, אז מחויב המשלח. ומשו"ה בחצר, דאין השליח בר חיובא, חייב המשלח."

דלרבינא בעצם יש שליחות למעשה העבירה, אך למדנו משני הכתובים, שאם מחייבים את השליח, אין לחייב את המשלח. ורב סמא ס"ל שמעשה עבירה לא שייך

לגביו בכלל דין שליחות לחייב את המשלח. לא מחמת שהשליח מתחייב ואין לחייב את המשלח, אלא שאין מעשה שליחות מתיחס למעשה העבירה. ולכן אין נפק"מ אם השליח בר חיובא או לא. ורק בחצר דבעל כרחא, המעשה של החצר נחשב שהמשלח עצמו עשה ולא החצר, דמה שהוא קונה ע"י החצר הוא מדין שליחות, דהשליחות של החצר היא לחלות המעשה – לקנין, אבל המעשה עצמו, כיון שהחצר לא בעלת בחירה, הדבר יהיה מעשה של המשלח עצמו. וצ"ל, דכשעושה המשלח מעשה ע"י מי שלא בעל בחירה, הרי אותו בעל בחירה לא נחשב כלל כעושה מעשה, ולכן המעשה נעשה ע"י המשלח:

"אכן רב סמא קמיה דרבינא אמר, דשני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין, היינו דמלמדין דבכל התורה עבירה אין נכנסת כלל תחת גדר וסוג השליחות, שיהיה זה עושה מעשה החטא, ופעולת הדברים דהיינו העונש החיוב והאיסור יהיה על המשלח, דעבירה אין נכנסת תחת סוג זה, רק איש במעשה חטאו יענש, משו"ה אף היכא שהשליח אינו בר חיובא, ג"כ לא אמרינן שיהיה זה עושה המעשה והחטא וזה יתחייב. וכיון דחיוב כפל אינו אלא דווקא במעשה העבירה, דמלבד קנין הגניבה, איסור העבירה מחייב הכפל, ובעי דווקא שיעשה מעשה הגניבה, משו"ה היכא דאי בעי לא עביד, אף דהשליח אינו בר חיובא, אפ"ה לא חל האיסור והחיוב על המשלח, דכלל הוא אין שליח לדבר עבירה, דעל עבירה לא שייך שליחות שיהיה זה עושה מעשה העבירה וזה מתחייב.

משו"ה אמר רב סמא קמיה דרבינא דדין אין שליח לדבר עבירה תליא באי בעי לא עביד, ובחצר דבעל כרחא מותיב בה קני גם לדבר עבירה, דאין הכוונה שהחצר הוא קונה בעדו, אלא הוא קונה ע"י חצירו, ורק דמדין שליחות הוא, דמה שהוא קונה ע"י חצירו הוא מדין שקונה ע"י שליח, אבל המעשה הוא בעצמו עושה. א"כ דווקא בחצר שהוא בעצמו עושה ע"י חצירו, מחויב כפל, אבל בשליח דאי בעי לא עביד, דאז השליח בעצמו עושה, אין המשלח מחויב בכל גווני."

לפי רב סמא אין בכלל דין שליחות ביחס למעשה של עבירה, העונש החיוב והאיסור, אלא איש בחטאו יענש, העושה ולא משלחו. דכל דיני שליחות נאמרו ביחס לחלות המעשה, כמו קנינים וכד'. ולכן על מעשה עבירה של גניבה, המחייב כפל, לא היה על בעל החצר לשלם כפל, רק כיון דחצר אינה בכלל אי בעי עביד, וכל מעשה החצר הוא בעל כרחא, יש לדאוג במעשה החצר את מעשה המשלח, שהמשלח עצמו עשה וקנה את הגניבה, דמעשה ע"י מי שעושה בעל כרחו נחשב למעשה המשלח עצמו, לא מעשה השליח המתיחס למשלח אלא מעשה המשלח עצמו. ועיין עוד להלן אות ד בענין זה.

ג. כרבינא או כרב סמא

הרמ"א (חור"מ קפב,א) פסק וז"ל: "בכל דבר שלוחו של אדם כמותו, חוץ מלדבר עבירה דקיימא לן אין שליח לדבר עבירה. ודוקא שהשליח בר חיובא, אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפילו לדבר עבירה". ומקורו (עיין בדרכ"מ חור"מ קפב) מדברי הגהות מיימוניות פ"ב דשלוחין, שתלה את ענין אי חיוב המשלח בכך שהשליח בר חיובא. אלא שלכאורה מהמשך דברי הגה"מ מבואר שסובר כרב סמא, דכל מקום שהשליח לא ידע שהוא לדבר עבירה, הרי הוא כחצר דבעל כרחא, וז"ל הגהות מיימוניות: "פ"ק דב"מ היכא דהשליח בר חיובא הוא לא מיחייב שולחו. אם אמר אדם לחבירו קח לי שור מבית פלוני שהוא שלי ונמצא שלא היה שלו אלא לגנוב נתכוין, נתחייב שולחו באחריותו של שור במשיכת השליח, דכיון שהשליח לא ידע שהוא גנוב, חשוב כמו חצר דבעל כרחא מוטיב בה, אע"ג דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד". הרי שבסיפא כתב כרב סמא, ולכאורה איך פסק הרמ"א כרבינא שתלוי בהיות השליח בר חיובא, כשמהג"מ עולה גם כרב סמא. וקושיא זו הקשה הש"ך קפב,א.

ובבאר הגולה שם ציין לדברי התוס' ב"ק ע"ט,א כמקור לדברי הרמ"א. ולכאורה שם התוס' (ד"ה נתנו) כותב את תרצו הן לרבינא והן לרב סמא, ולא מוכח דס"ל כרבינא. אמנם מדברי התוס' קדושין (מב,ב ד"ה אמאי) מבואר לכאורה שנקטו כתרין רבינא שהטעם הוא דברי הרב וכו'. תוס' הקשו על הא דאיתא בב"ק ע"ט,א: הרי שגנב טלה מן העדר ואמר לכהן טול טלה זה שהוא שלי, או נתנו לכהן לבכורות בנו והראה לו בטלה של חבירו, דמיד שהוציאו הכהן מרשות בעלים נתחייב הגנב במשיכת הכהן, והקשה ר"י, מדוע חייב המשלח, הרי אין שליח לדבר עבירה. ותירצו התוס': "כיון שאין הכהן יודע שהוא בא מגניבה, לא שייך למימר דברי מי שומעין". והש"ך קפב,א כתב דדעת המרדכי, שהוא מקור דברי הגה"מ, לפסוק כרב סמא ולא כרבינא, ורישא של דבריו הוא רק ציטוט מהגמ', אבל להלכה כמו שכתב בסיפא של דבריו, דכל היכא שהשליח לא שייך גביו אי בעי עביד, יש שליח לדבר עבירה. ושכן היא דעת הרא"ש בשם הרמ"ה (ב"מ פ"א הל' ל): "וכתב הר"מ מאיר הלוי ז"ל דהלכתא כרב סמא, דכיון דאמר קמיה דרבינא משמיה דרב אויא ושתק רבינא וקבל, הדר ביה ממאי דהוה אמר איהו וקבל מה שאמר משמיה דרב אויא, הלכך לא משכחת שליח לדבר עבירה אלא בחצר". וכדברים אלה כתב גם הנימוק"י (ב"מ ה,ב מעמוה"ר), וכתב דכן היא גם דעת הר"ן, ומשמע דהכי ס"ל להלכה כדעת הרמ"ה.

וברי"ף קדושין (טז,ב מעמוה"ר), כתב וז"ל: "ולדבר עבירה אין אומרים שלוחו של אדם כמותו, דק"ל אין שליח לדבר עבירה, דאמרינן דברי הרב ודברי תלמיד

דברי מי שומעין". לכאורה מבואר ברי"ף שפסק כטעם רבינא דברי הרב וכו'. אולם הש"ך קפב,א כתב, דמדלא סייג הרי"ף וכתב דדוקא בשליח שהוא בר חיובא, מוכח דס"ל כרב סמא. ולמש"כ לעיל דאפשר להסביר דרב סמא לא חולק על טעם דברי הרב וכו', רק ס"ל דלא תלוי במה שחשב המשלח, ורק בחצר דבעל כרחא לא שייך טענה זו של דברי הרב וכו', אתי שפיר. אולם מפשטות משמע ברי"ף דס"ל כטעם רבינא. ועיי"ש בש"ך דפירש דברי רבינו ירוחם ג"כ ברב סמא, ואף אם דברי רבינו ירוחם כפשטן שהכל תלוי אם השליח בר חיובא או לא, כדברי רבינא, מסקנת הש"ך כדברי הרמ"ה שהלכה כרב סמא: "ואע"ג שטעם הרמ"ה והרא"ש וסייעתם שפסקו כרב סמא הוא מדאמרי' בש"ס רב סמא אמר קמיה דרבינא, משמע דרבינא קבלה, ובש"ס שלפנינו ליתא, הכי פשוט שקצור לשון הוא בש"ס שלפנינו, וכן מצאתי בש"ס של קלף ישן נושן כגירסת הרא"ש והר"ן, וכן עיקר". וכן פסק הש"ך בחו"מ שפח,סז, ובחו"מ שמח,ו, דאפי' השליח אינו בר חיובא, אין שליח לדבר עבירה, כדעת הראשונים הנ"ל.

ולכאורה דברי הש"ך עצמם ביור"ד, סותרים למש"כ בחו"מ. דביור"ד קס,כב כתב הש"ך דהכל תלוי אם השליח בר חיובא. דהנה הרמ"א יור"ד קס,טז, כתב וז"ל: "י"א שמותר לישראל לומר לחבירו ישראל, לך והלוה לי מעות מפלוני ישראל ברבית, ומותר לתת אחר כך הרבית לשליח להביאו לו, דלא אסרה תורה אלא רבית הבא מיד לזה למלוה, והשליח אינו עושה שום איסור, דהאי רבית לאו ידיה הוא, ואי משום ששלוחו של אדם כמותו, אין שליח לדבר עבירה, ואין לפרסם הדבר בפני עם הארץ. (מרדכי בשם רש"י). וכן עיקר, אע"ג דיש מפקפקין בהיתר זה ומחמירים לאסרו". והלבוש כתב לחלוק על היתר זה, ושלא אמרו רש"י מעולם; "ואי איישר חילי, אצוה למחקו מכל הספרים". והש"ך כתב להצדיק דברי רש"י, דכיון דמקבל המלוה את הריבית מהשליח, והואיל ואין שליח לדבר עבירה, אין זה ריבית הבאה מלוה למלוה. וכל זה כשהשליח ישראל, אבל בשליח נכרי, כיון דאינו בר חיובא, יש שליח לדבר עבירה: "ומההיא דסי' קסט אין ראיה, כמ"ש הרב, והכי אמרינן רפ"ק דמציעא דהיכא דהשליח אינו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה, וכ"פ המרדכי שם, וכ"פ הרב בחו"מ ר"ס קפב והלבוש שם". הרי שפסק הש"ך ביור"ד כדברי רבינא לענין שליח נכרי, ודלא כרב סמא, דלרב סמא נכרי אינו דומה לחצר. אך עדיין י"ל, דהש"ך כתב דבריו לשיטת רש"י ולמש"כ בב"י, וליה לא ס"ל לענין נכרי, וצ"ע.

וכן נראה לכאורה מדברי הסמ"ע רצב"י. הסמ"ע מתיחס למש"כ בשו"ע חו"מ רצב"ד, דאם אמר שרוצה לשלוח יד בפקדון, אינו חייב עד שישלח יד. וכתב הסמ"ע דהחידוש בזה, דאף שכתוב בתורה; על כל דבר פשע, ויכולתי ללמוד אפי' דבור של פשע, קמ"ל דוקא אם לא שלח ידו במלאכת רעהו. ולמדו מדבר פשע, שאם אמר

לשליח לשלוח יד בפקדון והשליח עשה כשליחותו. והוסיף הסמ"ע; "דנראה דהיינו דוקא כשלא ידע השליח שהוא של אחרים או שאינו בר חיוב או שאין לו מה לשלם, וכמ"ש בריש סימן קפב, דאל"כ הא קי"ל דאין שליח לדבר עבירה". מבואר דס"ל לסמ"ע דהכל תלוי בבר חיובא (ומה שקשה על הסמ"ע, הרי בשליחות יד יש שליח לדבר עבירה, עיין ש"ך שם ס"ק ד בישוב דברי הסמ"ע). וכן היא דעת השבות יעקב (ח"א סי' קסד).

ד. בנכרי

ולכאורה דין נכרי תלוי במחלוקת רבינא ורב סמא, דלדעת רבינא, כיון שהנכרי אינו בר חיובא, מחויב המשלח, אף שאין שליחות לנכרי וכמו שיתבאר להלן, ולרב סמא כיון דלא דמי לחצר דבעל כרחא, גם בנכרי אין שליח לדבר עבירה. ומהר"י אבוהב (מובא בשטמ"ק ב"מ יב) הקשה, מדוע הגמ' לא כתבה נפק"מ בין רבינא לרב סמא, ישראל שאמר לנכרי לגנוב: "יש להקשות, דלימא איכא בינייהו ישראל שאמר לאינו ישראל צא וגנוב כליו, ורבים כאלה". ותירץ, שאכן יש עוד נפק"מ, רק הביא נפק"מ שיש בה חידוש, דאף שהישראל המשלח נראה כעובר על לפני עור לא תתן מכשול, מ"מ אין לו עונש כלל לרב סמא. ומ"מ לדעות דקיי"ל כרבינא דכשהשליח אינו בר חיובא חייב המשלח, הוא הדין בשלח נכרי להזיק וכנדו"ד. ומתוס' בסוגיא מבואר דלאו בני חיובא, הכוונה שהם בני שליחות אבל לא בני חיובא, כמו ישראל שהוא שליח לקדש לכהן גרושה, שהוא בן שליחות, אך לא בר חיובא לענין איסור זה, וז"ל התוס' (ב"מ יב ד"ה אשה): "והתנן פרק הכונס השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן פטור, ואמאי והא לאו בני חיובא נינהו. וי"ל, דהתם משום דלאו בני שליחות נינהו". מבואר דבני חיובא ממעט בני שליחות שהם לענין זה לאו בני חיובא, אבל עכו"ם שכלל אינו בר שליחות, לא שייך לגביו שיהיה שליח לדבר עבירה, כיון שאין בו שליחות כלל.

והריטב"א קדושין מב, ב, כתב וז"ל: "שאני התם דאין שליח לדבר עבירה, דאמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. פירוש, טעמא קאמרינן שהוא כן על הרוב, מיהו דינא דאורייתא הוא כדלקמן, ואפילו היכא דליתיה להאי טעמא כגון שהוא שוגג וכיוצא בזה". הנתיבות קפב, א מסביר בדברי הריטב"א, דיש בכל שליחות לדבר עבירה שני ענינים: קיום המעשה, וחיוב המשלח בעונש. קיום מעשה בשליחות נלמד מתרומה, והעונש על העבירה בשליחות, נלמד מחצר של גניבה. לענין קיום המעשה, אפשר ללמוד מתרומה, אתם גם אתם, ששליחות לדבר עבירה המעשה קיים, דמה חילוק אם המעשה מצוה או עבירה, ושליחות לדבר עבירה לא התמעטה מכל שליחות, לענין עצם קיום המעשה. וכל מה שאי אפשר ללמוד מתרומה בשליח

לדבר עבירה הוא רק לענין חיוב המשלח בעונש, דמעילה ושלוחות יד או טביחה ומכירה הם לענין העונש, והם אינם מלמדים לענינים אחרים, ולכן אינו נענש המשלח בשליחות לדבר עבירה. אולם באינו בר חיובא לרבינא, או כחצר דבעל כרחו, לומדים מחצר דגניבה דהמשלח חייב בעונש. ולכן כל מה שאין שליחות לקטן או לנכרי שאינם ברי חיוב, הוא רק לענין קיום המעשה, דלענין זה צריך שליחות דומיא דאתם, דכל הלימוד מאתם דתרומה הוא לענין קיום המעשה, אבל לענין העונש, חייב המשלח בעונש על העבירה ששלח. וז"ל הנתיבות:

"ועל כרחך צ"ל הטעם הוא הא דבאמת אין שליח לדבר עבירה, דהוא מטעם דליכא למילף מתרומה רק לענין שיהיה המעשה קיים, משא"כ בשליח לדבר עבירה דחייב המשלח בעונש כאילו עבר אלאו שיש בו מעשה, זה לא מצינו למילף מתרומה. ותדע, דהא לרוב הפוסקים אפילו בשליח לדבר עבירה, המעשה קיים ואפ"ה המשלח פטור מעונש, וכן הוא בתוס' ב"מ דף י' [ע"ב] בד"ה דאמר לישראל, לתירוצא קמא ע"ש, אלמא דעיקר מה דלא מצינו למילף שליחות לדבר עבירה מקראי דתרומה וקדושין, הוא רק לענין דלא לחייב שולחו בעונש, אבל לענין שיהיה המעשה קיים, ילפינן אפילו לדבר עבירה, וכיון דקיום המעשה וחיוב המשלח שני ענינים נפרדים הם, וחיוב המשלח לדבר עבירה באינו בר חיובא לרבינא ובעל כרחיה לרב סמא, מקראי דחצר דכתיב גבי גניבה דמחייב המשלח נפקי לה [ראה ב"מ שם], כל שהוא דומיא דחצר, דהיינו שאינו בר חיובא לרבינא וכו', אפילו הוא ע"י קטן או גוי חייב המשלח, כיון דגבי חיוב המשלח לא כתיב מיעוטא דגם אתם. והא דאין שליחות לקטן היינו דוקא לענין שאין המעשה של שליח קטן וגוי קיים, כגון בקדושין וקנין, אבל בדבר שהמעשה א"א להתבטל, כגון שאמר לקטן אקפי לי גדול, חייב המשלח ... ולפי"ז יש לישב ג"כ מה שהקשיתי לעיל על הש"ך, דהא יש נפקא מיניה הרבה לענין אונסין וכיוצא. ולפי הנ"ל אתי שפיר, דלענין קיום המעשה שפיר יש ללמוד שליח לדבר עבירה משאר שליחות, ואפילו ע"י מי שהוא בר חיובא המעשה קיים, ולזה לא היה צריך [הרי"ף המובא בש"ך שם] להביא הא דרב סמא בב"מ לענין קיום המעשה, ולא הוצרך ללמוד מחצר לענין גניבה במי שאינו בר חיובא לרבינא כו', רק לענין חיוב עונש להמשלח הוא, לחייב המשלח בעונש הכפל, וכיון דכפל אינו נוהג, לא היה צריך להביאו."

ולפי דברי הנתיבות יצא, שאם שלח נכרי להזיק, כל הדין שאין שליחות בנכרי, הוא לענין קיום המעשה, דבר שאינו שייך בנדו"ד. דלענין עונש המשלח, אף שאין שליח לדבר עבירה, דשני כתובים העוסקים בעונש בעבירה בשליחות אין מלמדים, מ"מ לומדים מגניבה, מהמצא תמצא מ"מ דבאינו בר חיובא או בבעל כרחיה דומיא

דחצר, נענש המשלח, ולכן בנכרי שנשלח להזיק, יש להעניש את המשלח, וחיובי
ממון הם חלק מהעונש, כפי שחלק מחיוב הכפל ותשלומי ארבעה וחמשה בגנבה
טביחה ומכירה, הם העונש עליהם מתיחס דין השליחות.

האחרונים לומדים מדברי התוס' שבועות ג, א (ד"ה ועל), דלפי רבינא שאין שליח
לדבר עבירה רק בשליח בר חיובא, וחצר אינה בכלל בר חיובא ולכן יש
שליח, כך הוא הדין שאם אמר לנכרי או לקטן להקיף פאת ראשו של גדול, יתחייב
המשלח. והגר"ש רוזובסקי זצ"ל (חדושי הגר"ש ב"מ סי' יד, ב) כתב לבאר דעתם,
דאף שנכרי וקטן אינם ברי שליחות והמשלח חייב במעשה שעשו, מפני שאין כאן
מעשה שיש בו חלות כמו קנינים אלא מעשה בלבד, ומוכח דשיטת התוס' בשבועות,
דכיון שיש כאן שליחות למעשה בלבד ללא חלות ותוצאה, לא נתמעטו בזה נכרי
וחשו"ק, ומעשה שלהם מתיחס למשלח, וז"ל הגר"ש: "דהנה יש מהראשונים דסברי
דבשליחות למעשה גם עכו"ם וחשו"ק נעשים שלוחים, ומשום דס"ל דמה שעכו"ם
וחשו"ק נתמעטו משליחות היינו דוקא משליחות דקנינים, דהתם השליח צריך לקבל
ע"י השליחות כח לפעול עבור המשלח במעשה ידיה, ומזה נתמעטו עכו"ם וחשו"ק,
אבל היכא דהוי שליחות דמעשה גרידא דאינו אלא לענין שהמעשה יתייחס למשלח,
לא מיעטה אותם התורה משליחות". והביא דמהתוס' ב"מ י, ב (ד"ה אשה נ"ל) מבואר
דאף שליחות שהיא מעשה בלבד, כמו שולח את הבעירה ביד חשו"ק, אין להם
שליחות כלל, גם לא לדבר עבירה, אף שאינם ברי חיובא, מ"מ מעשה שלהם אינו
מתיחס למשלח מחמת שהם אינם בתורת שליחות.

וכן מצאנו בתש' שבות יעקב (ח"א סי' קסד). השבו"י נשאל באחד ששלח שליח נכרי
לביישו ברבים והלבין פניו ברבים, אם יש להעניש את המשלח. וכתב לחייבו
מצד אי היות השליח בר חיובא, וגם הנכרי הוחזק לזה. והיינו שפסק כדעת רבינא,
ואף בנכרי, ואף שאין שליחות לעכו"ם, מ"מ לענין חיוב המשלח בעונש על השליחות
ששלח הנכרי, יש לחייבו. ודן שם באריכות להוכיח דקיי"ל כרבינא דכל היכא שהשליח
אינו בר חיובא, חייב המשלח. עוד הוסיף, שאין לומר דביוש ברבים הרי זה שפיכות
דמים, ונכרי מצווה על שפיכות דמים, דמ"מ על ביוש ברבים שהוא כשפיכות דמים,
אין הנכרי מצווה. והסיק השבו"י לדינא: "דנראה דיש לחייב המשלח, כיון דאין
העכו"ם בר חיובא וגם הוחזק לעשות. ובר מן כל דין הוא בכלל מסור (שמעליל
בשקר) יחשב שמוסר גופו. ואף אם העכו"ם עושה הדבר מאליו, מצוה להצילו מהלבנת
פנים, דהוא בכלל לא תעמוד על דם רעך, מכ"ש לצוות לעכו"ם על זה דהוי בכלל
מסור שמוסר גופו לצערו ולביישו ברבים, ודינו חמור ומסור לב"ד לקנסו כפי מגדר
מילתא ויקר פדיון נפשו". הרי שיש לקנסו הן מטעם היות השליח אינו בר חיובא
ומוחזק לכך, והן מצד היות השליח מסור, שמוסר גופו לצערו, ועל ב"ד לקנסו למגדר

מילתא. וכך פסק השבו"י גם בח"ב סי' קסה, בענין סוחר שהיתה לו סחורה עם מום בסתר, ורצה למכרה לישראל, וידע שיחשדו בו הואיל והוחזק לרמאי, ולכן שלח נכרי שימכור הסחורה לישראל, ואין הישראל יכול לבטל כעת המקח מהנכרי ולקבל מעותיו חזרה. וכתב דחייב משלח כיון דהנכרי אינו בר חיובא. ואף שהנכרי מצווה על הגזל, אונאה אינה בכלל, כיון שהיא דרך מקח וממכר, והתמעטו מלא תונו איש את עמיתו. וכל זה אם צוה המשלח למכור לישראל, אבל אם אמר לו סתם למכרו, יכול לומר סברתי שימכור לנכרי, והוי גרמא מה שמכר לישראל. ומ"מ מבואר שסובר דבנכרי שאינו בר חיובא, חייב המשלח בנזק שעשה השליח.

ובנתיבות שמח, ד הקשה, דאם בנכרי שאינו בר חיובא יש שליחות לדבר עבירה, א"כ אם ישראל אמר לנכרי שיבשל בשבת, הוי איסור דאורייתא, שהמשלח מתחייב במעשה השליח הנכרי. וביאר הנתיבות, דיש שליחות לדבר עבירה באינו בר חיובא כאשר נעשתה פה עבירה, כמו כהן שאמר לישראל שיקדש לו גרושה, היות הגרושה מקודשת לכהן הוי עבירה. אבל כשהנכרי מבשל בשבת, גם אם בציווי הישראל, אין כאן עבירה, שמותר לנכרי לבשל בשבת, ולכן אין כאן שליחות לדבר עבירה: "דדוקא עבירה שנעשית בישראל שהוא מצווה עליו, המשלח חייב כשהשליח אינו בר חיובא, כגון כהן שאמר לישראל קדש לי אשה גרושה, שע"י השליחות נתקדשה הגרושה לכהן, וכן באקפי לי גדול, שנעשה ישראל מוקף על ידו, אבל באומר לגוי בשל לי בשבת, שהגוי מותר לבשל בשבת ולא נעשתה עבירה כלל, ומה שאכל הישראל כשנתבשל אין בו איסור מדאורייתא כלל". ולענין מעשה הנזק, כיון שלישראל נגרם כאן נזק, הרי התוצאה היא עבירה, וככל שיש בנכרי שליחות לדבר עבירה, יש לחייב המשלח.

ובגמ' ב"מ ע"ב, הובאו בין השאר שני דינים. בסיפא של הרישא, ישראל לזה מנכרי, וכשרצה להחזיר מצאו ישראל חבירו ובקש ממנו שיתן לו את מעות הנכרי, והוא, הישראל השני, יתן לישראל הראשון את הריבית שמשלם הראשון לנכרי, שאם העמידו אצל הנכרי והנכרי ציוה לישראל הראשון לתת לשני, אין בזה איסור. ובסיפא של הסיפא – ישראל הלזה לנכרי, ורצה הנכרי להחזיר לישראל, ומצאו ישראל אחר ובקש שיתן לו את מעות הישראל, והוא, הישראל השני, יתן לנכרי את הריבית שהוא נותן לישראל הראשון, אם העמידו אצל הישראל, והנכרי נותן במצות הישראל הראשון, הדבר אסור. והקשתה הגמ': בשלמא סיפא לחומרא, אלא רישא, כיון דאין שליחות לנכרי, איהו ניהו דקא שקיל מיניה רביתא. אמר רב הונא בר מנוח משמיה דרב אחא בריה דרב איקא, הכא במאי עסקינן כגון דאמר ליה הניחם על גבי קרקע והיפטר. אי הכי מאי למימרא. אלא אמר רב פפא, כגון שנטל ונתן ביד. ואכתי מאי למימרא, מהו דתימא נכרי גופיה כי עביד אדעתא דישאל קא גמיר ויהיב, קא משמע לן.

וברש"י (ד"ה בשלמא) הסביר דבסיפא, שהישראל הראשון אומר לנכרי לתת לישראל השני, לכאורה אין איסור, כיון דאין שליחות לנכרי, ורק חומרא דרבנן אסור לעשות כן, וז"ל: "בשלמא סיפא דקתני אם העמידו אצל ישראל אסור, דמשמע שנכרי זה חשוב שלוחו של ישראל, חומרא דרבנן הוא למיסר, דהא דקיימא לן דשלוחו של אדם כמותו, בשולח ישראל ושליח ישראל נאמר, דמתרומה גמרינן, בפרק שני דקדושין (מא,ב): אתם גם אתם לרבות שלוחכם, מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית".

ובמל"מ (מלוה ולוה ה,יד) הקשה, מדוע הגמ' לא הקשתה, דאפי' יש שליחות לעכו"ם לחומרא, מ"מ לרב סמא כיון שאינו דומה לחצר דבעל כרחיה, אין שליח לדבר עבירה, ומותר לנכרי ליתן לישראל השני בשליחות הישראל הראשון. ותירץ המל"מ דלענין מה שיש שליחות לדבר עבירה בנכרי, הדבר מוסכם גם על רב סמא ולא רק לרבינא דנכרי לאו בר חיובא, דכיון דלא שייך גביה דברי הרב ודברי התלמיד, ובשלמא ישראל שמקדש לכהן גרושה בשליחות הכהן, אף שאינו בר חיובא, ס"ל לרב סמא דעדיין שייך גביה דברי הרב ודברי התלמיד, דיודע את האיסור, אולם בנכרי אין זה שייך כלל, ולכן גם אם לא דמיא לחצר, מ"מ כיון שאין שייך גביה דברי הרב וכו', יש שליחות לנכרי לדבר עבירה גם לרב סמא, וז"ל המל"מ: "ונראה דבעכו"ם לא שייך שליח לדבר עבירה אליבא דכ"ע, משום דע"כ לא קאמר רב סמא אלא גבי כהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, או איש דאמר לאשה אקפי לי קטן, דאף שאין השליח בר חיובא, הרי הם יודעים שמשלחם מוזהר בזה וסבור המשלח שלא יעשה השליח, משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ומשו"ה אין שליח לדבר עבירה. אבל גבי עכו"ם לא שייך האי טעמא, שהרי אינו יודע שהישראל עושה איסור, ולא שייך בזה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. וגדולה מזו כתבו התוס' בפרק מרובה (דף עט) דהיכא דהשליח הוא שוגג, אמרינן יש שליח לדבר עבירה אליבא דכ"ע, ואף לסברת החולקים על התוס' וס"ל דאפילו היכא שהשליח הא שוגג אמרינן אין שליח לדבר עבירה, מודו הכא גבי עכו"ם, דשאני שוגג דשייך ביה דברי הרב ודברי התלמיד, אבל גבי עכו"ם לא שייך ביה דברי הרב, והרי זה דומה לחצר דבעל כרחיה מותיב ביה ולא אמרינן אין שליח לדבר עבירה, ומשו"ה אי אמרינן דיש שליחות לעכו"ם לחומרא, אסור לומר לעכו"ם צא ולוה לי מעות ברבית מישראל, דלא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה". מבואר מהמל"מ דהן לרבינא והן לרב סמא בכל ענין בנכרי יש שליח לדבר עבירה, כיון דלא שייך בנכרי דברי הרב וכו', ואף לרב סמא, הרי זה כבעל כרחיה.

ולכאורה נמצא רשב"א מפורש שכתב דבנכרי אין שליחות כלל אף בדבר עבירה. הגמ' ב"ק נא, חפשה איך יכולה להיות מציאות של בור של שותפים ברשות הרבים; וברה"ר בור של שני שותפין היכי משכחת לה. אי דשוו שליח תרווייהו ואמרי

ליה זיל כרי לן ואזל כרה להו, אין שליח לדבר עבירה. דלא מהני שנים ששלחו שליח לחפור בור ברשות הרבים. והקשה הרשב"א, יעמידו ששלחו שליח נכרי. ותיירץ, דאין שליחות לעכו"ם. ולכאורה מבואר שאם ישלח עכו"ם להזיק, אין לחייב את המשלח. ועיין שער המשפט קפב,א מש"כ בדבריו. ואין להקשות ממה שכתב רש"י (לעיל) דלחומרא יש שליחות לנכרי, דבנדון ריבית השאלה היא לכתחילה, האם מותר להלוות בדרך זו, ולחומרא יש לאסור דיש שליחות. כאן בבור של שני שותפים השאלה היא בדיעבד, כשכבר עשה השליח, האם הבור הוא של השותפים או השליח, ולענין זה לא נאמר דיש שליחות לנכרי לחומרא.

ה. בפועל נכרי

ובנדו"ד שהם פועלים של ראובן לעשות מלאכתו לפי מה שיבקש, ואף שלא משלם להם ישירות על פעולת ניפוץ השמשות, כיון שהם עושים את מלאכת ראובן לכל פעולה שיבקש מהם, דינם כפועל, ובפועל יש לכאורה סברא שידו כיד בעה"ב, ובין בישראל ובין בנכרי תהיה פעולת הפועל כפעולת בעה"ב. וכבר כתבתי בענין זה במק"א (ח"י סי' יט), ואביא את הדברים בהקשר לנדו"ד.

המחנה אפרים (שלוחין יא) דן 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 דקא דקא מכיון 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 מהכתי שבלים לצורך מצוה ומרחן כותי בשביל ישראל, חייב בתרומה דשלוחו של אדם כמותו. וכתב המחנ"א להסביר דמירי 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' דקצורה גוים הרי זה פטורה, דקצירך אמר רחמנא ולא קציר כותים, אמרו עלה דאם קצורה 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 חברו 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 שמתחסת 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 שלגה, 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 כמינוי בעה"ב שמינה שליח.

ומקור דברי המחנ"א, מהגמ' ב"מ י"א: רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרווייהו המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, מאי טעמא, הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, והתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה. איתביה 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, ולא 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 כגב, 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.

ובשער המשפט קפב, א כתב דאף בשוכר שליח, אין שליח לדבר עבירה, ואינו דומה לדין התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, דבעשאו שליח לא מועיל ובשוכר פועל מועיל לתפוס עבורו, דלענין זה יד פועל כיד בעל הבית דמי, וכמש"כ הש"ך חו"מ קה"א, מ"מ לענין אין שליח לדבר עבירה, גם אם השליח בשכר, אין ידו כיד בעה"ב שיחשב כעושה העבירה. והביא ראיה מב"ק נו"א, דהשוכר עידי שקר להוציא מנה מראובן לשמעון, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ומשמע דפטור מדיני אדם מפני שאין שליח לדבר עבירה כדאמרינן התם, אלמא דאף בשוכר אמרינן כן. ובסמ"ע לב, ג כתב שני טעמים לפטור השוכר מדיני אדם: "הואיל שהוא לא העיד אלא ששכר עדים, יכול לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. ועוד, העדים הן עיקר הגרמא ולא השוכר". הרי שלטעם הראשון הוא מדין אין שליח לדבר עבירה.

עוד ראיה הביא שעהמ"ש מב"ק נא"א, בור של שני שותפין היכי משכחת לה, אי דשוי שליח תרוייהו ואמרי ליה זיל כרי לן ואזיל כרה להו, אין שליח לדבר עבירה. ואם מועיל בשוכר פועלים שיהיה פועל לדבר עבירה וידו כיד בעה"ב, משכחת לה בור של שני שותפים בשוכרים הפועלים פועל לכרות עבורם בור. מוכח מזה דאף בפועל לא מתיחסת הפעולה לשוכר של הפועל אלא לפועל עצמו: "והנה מזה יש ללמוד ג"כ, דאף כל הני דלאו בני שליחות ניהו כגון עכו"ם וחרש שוטה וקטן, אף בשכר לא מהני ולא אמרינן יד פועל כיד בעל הבית דמי. דהנה בחידושי הרשב"א לב"ק שם כתב אהא דפריך התם אי דשוי שליח תרוייהו, אין שליח לדבר עבירה, וז"ל; כלומר דדברי הרב ודברי התלמיד דברי וכו', וקשה לי, דילמא דשוי שליח עכו"ם, וי"ל דאין שליחות לעכו"ם, ואפי' אינהו לדידן כדאמרינן בפרק איזהו נשך (עא"ב), עכ"ל. ואי אמרת דבשכר יש שליחות לעכו"ם, אכתי קשה לוקמא 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". מבואר משעהמ"ש דאין שליח לדבר עבירה אף בפועל.

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 דמציאא 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, בדבר שהעבד והפועל פסולים לשליחות, לא מועיל מה שהוא פועל, דדין פועל מוסיף על שליחות, וכשארין 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 תרויהו 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 חברו ומירחו שלא מדעתו מה שעשה עשוי והוטבלו פירותיו למעשר, בהא ודאי לא אמרינן אין שליחות לגוי". ולפי"ז לכאורה בנדו"ד דכדי לחייב את ראובן בעינן לשליחות, לא מהני מה שהמזיקים הם פועלים שלו.

וכנ"ל, ראיה זו מבור של שותפים, 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; "וזה ראיה מוכרחת". וכן הסכים מראה 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. ועיין מש"כ מהר"מ שיק ב"מ צ,א ד"ה איבעיא, בשו"מ (מהדור"ד ח"ג סי' קח), ובלבושי מרדכי (ב"מ סי' יג הנ"ל) ועוד].

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, ועיין עוד בשו"מ מהדור"ד ח"ג סי' קח). גם באמרי בינה (בתש" 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 שומריין 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, חחור"מ סי' ריג).

ובנתיבות קפחא, 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 שהגבהה 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. לפי הנתיבות מתיחסים למעשה הפועל כאל דבר שנעשה מאליו, רק עדיף ממה שנעשה מאליו, שמועיל מה שמתכוין הפועל לקנין. ולכאורה דברי הנתיבות דלא כיסוד המחנ"א דיד פועל כיד בעה"ב, ומעשה הפועל יחשב כביכול בעה"ב עצמו עשאו בידו, דלנתיבות לא נעשה ביד בעה"ב, ומועיל במקום שאין צורך שיעשה המעשה ע"י בעה"ב בדוקא. (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 מזכותו. (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 זכותו שייכת לבעה"ב. ולפי"ז אפשר דלענין מעקה יש לו לפועל הנכרי יד לבנות מעקה, וממילא כביכול בעה"ב עצמו בנה את המעקה, אולם זה לא שייך לענין מזיק כנדר"ד.

ועיין בנחלת דוד (ב"מ יא,י) 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, 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 הוליקה 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. ולכאורה מהא דעבד שחבל פגיעתו רעה, (ב"ק פזא) חזינן דלענין נזק שעושה, אין ידו כיד בעה"ב.

וכן נראה מדברי האור שמח (שכירות ט,יא), שאין כאן ידו ממש אלא השכרת היד לענין מה שירווח: "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 האור"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 מהאור"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 בחידושו ל"ב"מ (סי' יב), ניסה בתחילה להסביר דיד פועל ממש כיד בעה"ב, (ועיין גם בשערי יושר זז, 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. ולכאורה אם שלח פועל להזיק, חייב בעה"ב השולחו, דיד הפועל ממש כיד בעה"ב להסבר זה. אולם גם את ההסבר הנ"ל דחה הגרש"ש, מכח קושיית 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 להרוחת 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, ושאינו זה מחפירת בור ברה"ר דהתם דנים לענין העונש, והכא כיון דלענין השכר היה שייך לבעה"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, לא מהני. ולפ"ז לענין אם שלח להזיק, כיון שאינו בכלל המלאכות השכור לבעה"ב, אין לחייב את בעה"ב ולומר שיד הפועל כידו של בעה"ב. ועיין עוד בבית יצחק (חחו"מ סי' נה) דלא אמרינן יד פועל כיד בעה"ב אלא לזכותו של בעה"ב ולא לחובתו, שכן כתב הרשב"א בשם הראב"ד (קידושין כגב): "דטעמא דמלתא משום דיד עבד כיד רבו, לזכות לו לאדון אמרינן אבל לא לחוב לו". וא"כ הוא הדין ליד פועל כיד בעה"ב דהוי רק לזכות ולא לחובה.

לאמור לעיל באנו למחלוקת הנ"ל אם יש שליח לדבר עבירה בנכרי, ומחלוקת אם בפועל נכרי מחייב בעה"ב מדין ידו כיד בעה"ב, ונפק"מ לנדוד.

ו. כיון שאמר להם להזיק

צד נוסף לחייב את ראובן במה שהזיקו פועליו, מפני שאמר להם להדיא שילכו ויזיקו וישברו שמשות של הרכב, וכיון שהם גם מוחזקים לזה, הוי ברי היזקא. דהנה

הריטב"א (ב"מ יב) שאל על הדין שאם השליח לאו בר חיובא חייב המשלח, והרי השולח את הבערה ביד חשו"ק, שאינם ברי חיובא, פטור המשלח. ותירץ הריטב"א: "י"ל דהתם שאני שלא אמר להזיק אלא שנתן הבעירה ברשותם, ובענין דלא מצי מזקי אלא בצבתא דחרש שאין השולח עושה אלא גרמא בעלמא". מבואר דדוקא בלא אמר להם להזיק, דהוי גרמא בעלמא מה שנתן הבערה לידם, אבל אם אומר להם להזיק, הוי ברי היזקא, במקום דמן הסתם יעשו כפי שמצוה עליהם בעה"ב. ולפ"ז בנדר"ד שאמר לפועליו להזיק, והם מוחזקים כבעלי רצון ויכולת להזיק, ובפרט שהם פועליו של ראובן, הוי ברי היזקא וחייב. אמנם הגר"ש רוזובסקי זצ"ל (חידושי ר' שמואל ב"מ יד, הנ"ל) למד בריטב"א דבפשטות יש לומר דס"ל לריטב"א שנקט שאם אמר לחשו"ק להזיק, היה מתחייב מדין שליחות, כיון שבא לישב קושית התוס' מדוע פטור המשלח, הרי אינם ברי חיובא, ולכן תירץ דמשליחות של מעשה ללא חלות לא נתמעטו, וכסברת התוס' בשבועות גא, (עיין לעיל בדברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל, וציין שדבריו אינם כמחנ"א דלהלן. ועיין עוד בשעורי ר' שמואל, קדושין פ"ב (אות שנא). ועיין בדברי יחזקאל (נזא) שלמד אף הוא בריטב"א שהוא מדין שליחות ולא גרמי).

דהנה במחנה אפרים (נזקי ממון ז) הקשה על הריטב"א, מהא דציוה דוד המלך ליואב לשלוח את אוריה למלחמה, ואוריה נהרג: ויהי בשמור יואב אל העיר, ויתן את אוריה אל המקום אשר ידע כי אנשי חיל שם (שמואל ב יא, טז), ועיין בגמ' קדושין מב, ובנימוקי (ב"ק כטא, מעמוה"ר) כתב: "דדוד לא נענש על שהרגו לאוריה, לפי שיואב הרגו, ואין שליח לדבר עבירה, ואע"פ שיואב לא היה יודע בדבר והיה סובר כשראה הספר ששלח לו המלך שהיה חייב לו מיתה". והקשה המחנ"א, דדודאי מחוייב היה יואב לקיים מאמר דוד, וא"כ הרי זה ברי היזקא, ולמה פטור דוד. ותירץ דברי היזקא מחייב ממון ולא נפשות, וכאן שהרגו לאוריה, בחיוב נפשות אין לחייב בברי היזקא. עוד הוסיף המחנ"א להקשות מקדושין מב, בגמ' הקשתה שם על המשנה בב"ק דשלח ביד פקח, פקח חייב, ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו. והקשה המחנ"א, שאם המשנה לא מיירי באמר לו להזיק אלא נתן לו סתם את הגחלת, כמש"כ הריטב"א, מדוע יש לחייב את המשלח שלא ציוה לו להזיק. בהכרח דהמשנה מיירי בציוה למשלח להזיק, ולא כריטב"א, ובכל זאת פטור כששלח ביד חשו"ק, מפני שאינם בני שליחות. אך הקשה, דמדוע לא נחייב כשברי היזקא, כשמוסר לקטן גחלת ומצוה להזיק, ולכאורה ודאי יזיק והוי ברי היזקא. ותירץ המחנ"א דיש לחלק אם הקטן יש בו דעת קצת, א"כ יש לו שקול דעת לא להזיק, לבין אין לו דעת כלל דודאי ברי היזקא ויש לחייב המשלח: "דמתני' איירי בקטן שיש לו דעת, וכדמוקי לה חזקיה במסר לו גחלת וליבה משום דלא בריא היזקא,

דאפשר דהקטן לא ילבה אותה, אבל אם אמר לקטן שאין לו דעת שישבור כלים של חברו דהוי בריא היזקא, דכיון שאין לו דעת ודאי ישבור והוי בריא היזקא, חייב המשלח". ועיין בדברי יחזקאל נז,א.

וכבר הוזכרו לעיל דברי התשב"ץ (ח"א סי' קנו) שנשאל, בראובן שלוח בשטר מנכרי, והפקיד הנכרי את השטר אצל שמעון, וראובן אומר שפרע החוב לנכרי, וציוה הנכרי לשמעון שיחזיר לו השטר, וטוען שמעון שאחד מזקני הקהל לקח ממנו השטר בחזקה ומסרו לשר העיר, דכעת תובע את ראובן, הואיל והנכרי המלוה עזב את העיר. וראובן תובע את שמעון בטענה שהוא גרם לו להפסיד ממונו, דמעשה שהיה, שיום אחד הוציא שמעון שטרות הרבה שהיו בידו לידע שם כל אחד ואחד, והלך לזקן הקהל לקרותם, מפני שהוא יודע לקרוא כתב הישמעאלים, וכשמצא אותו השטר, לקחו ממנו בחזקה ואנסנו ולא יכל שמעון להוציא מידו. והשיב התשב"ץ: "לענין עיקר דינא בנדון הזה הדין עם שמעון, שכיון שהזקן אינו מוחזק באנס, שפיר הוה מצי לאחוויה ליה ההוא שטרא ולית עליה דינא דמסור כלל ... שאם זה הזקן היה מוחזק במסור, היה חייב שמעון לשלם לראובן כל מה שהפסידו מחמת מסירתו השטר ההוא, ואע"פ שהזקן לא אנסו באותו ממון אלא שמסרו לאדון העיר ואדון העיר אנסו, והוה מצי למימר דשמעון פטור דמאי עבד, ואי משום שהזקן מסר לשר ע"פ דבורו של שמעון לא מחייב שמעון משום דקי"ל בפ' האיש מקדש (מבב) דאין שליח לדבר עבירה משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, אפ"ה לדידי סבירא לי דלא מפטר מהאי טענתא ומה"ט גופיה דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וכיון דהוחזק הוא במסור, לאו ישראל כלל הוא ... וכיון שהם פחותים מן העכו"ם, בכלל פורקי עול הם אין למשלח אותם לעשות שליחות של מסירה טענה לפטור אותו משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, שזה מפורסם הוא שאינו שומע דברי הרב, דעכו"ם גמור חשבינן ליה ... וכיון שכן, הדבר ברור שאם הזקן היה מוחזק במסור וזה הראה לו שטר זה שבשבילו בא הפסד לראובן, שהוא חייב לשלם לו כל מה שהפסידו מדין מסור, דלא גרע מדבורא ולא מדין פושע בפקדון". מבואר בתשב"ץ דכאשר הראה למי שמוחזק למסור, אין לו טענה של דברי הרב וכו'. ודבריו הביא הב"י חו"מ סו"ס שפח, וכן פסק הרמ"א שם (שפח, טו).

ודברי הריטב"א הנ"ל, הביאם גם הנתיבות קפב,א, בישוב דברי הש"ך שם מהשולח את הבעירה, דבשולח את הבעירה פטור המשלח דוקא כשלא אמר לו להזיק, אבל באמר לו להזיק, חייב המשלח, והנימוק"י ס"ל כריטב"א. ומה שאינו חייב באמירה לנכרי לבשל בשבת, כבר תירץ בנתיבות שמח,ד, דנכרי המבשל בשבת אין בזה עבירה כלל, דהרי מותר לנכרי לבשל, ולכן האיסור הוא רק שבות מחמת האמירה.

ז. בחיוב לצאת ידי שמים

ואין לומר דבנדו"ד אין לחייב את ראובן בדיני שמים לסוברים שהוא גרמא, למש"כ התוס' ב"ק (נו, א ד"ה אלא). תוס' כתבו דדין השוכר עדי שקר הוא דוקא בשוכר ולא באומר להם ומפתה אותם להעיד עדות שקר, וז"ל: "ודוקא שוכר, אבל אמר פטור מדיני שמים דסבור שלא ישמעו לו. דאין נראה לומר דנקט שוכר לאשמועינן דאפי' שוכר פטור מדיני אדם, שאין זה שום חידוש". ודברי התוס' הביאם להלכה הרמ"א חו"מ לבב. ועיי"ש בתומים לבב, דדוקא בשוכר, אבל מי שיש לו פועל בשכר ונוטל ממנו שכר על עבודות אחרות, ומצוה לו שיעיד שקר, אין זה בכלל שוכר עדי שקר, כיון שלא נתן לו שכר להעיד שקר.

ובש"ך שם לבב, כתב דלא כתוס', דחייב בדיני שמים בכל ענין, ומה שלא כתבו בשולח את הבערה דהמשלח חייב בדיני שמים, מפני שהשליח הפקח משלם, ולכן אין לחייב המשלח: "דלעולם חייב בדיני שמים היכא דגורם היזק לחבירו אפילו לא שכרן. והא דקתני השולח את הבערה ביד הפקח פקח חייב, ולא קתני דהשולח חייב בדיני שמים, היינו כיון דפקח משלם תו לא שייך חיובא דדיני שמים על המשלח. וכ"כ הריטב"א ... והא דקתני השוכר, אורחא דמילתא נקט, דאם אינו שוכר מסתמא אינן שומעין לו דתרי לא עבידי דחוטאים אם אין להם הנאה". ועיין בשער המשפט לבב. ובקצוה"ח לבב, כתב לחלק בין בין החיוב הממוני לצאת ידי שמים לבין עונש בידי שמים, דחיוב ממוני הוא רק בשוכר בידי שמים, אבל עונש בידי שמים, חייב אף באומר ומפתה שיעידו. וכן כתב החכם צבי (סי' קלח): "אבל עיקר ראייתו של הש"ך אינה כלום, דאטו מי לא מודו התוס' דאף שאינו מחויב לשלם לצאת ידי שמים עברה היא בידו, שהרי החזיק ידי עוברי עברה ומשום לפני עיור לא תתן מכשול נמי איכא, ובודאי יש עליו עון אשר חטא ועונש מחטיאי אדם בדבר, אלא שאינו צריך לשלם אף לצאת ידי שמים כיון שלא שכרן, ובתשובה בעלמא סגי". וכן כתב הגרי"א (נחל יצחק עה, סעיף ט, ענף ו).

ומ"מ אינו דומה אומר לשנים שיעידו שקר לנדו"ד, דבמבקש מעדים שיעידו שקר, מהיכי תיתי יעשו זאת עבור אם לא בשכר. משא"כ בנדו"ד שיודע שהפועלים הנכרים, לדאבון לב, שמחים להזיק ליהודים, ועוד בציווי של יהודי, ולכן גם אם לא שכרן. מה עוד שהם סבורים, אף שטעות בידם, שכיון ששמעון חסם את החניה של ראובן, מותר להם להזיק למי שחסם את החניה, בפרט לאחר שהוזהר. ולזה יש להביא דברי הרמב"ם (חובל ומזיק ה, יג), וז"ל: "האומר לחבירו שבר כליו של פלוני על מנת שאתה פטור, ועשה, הרי זה חייב לשלם, וכאילו אמר לו סמא עינו של פלוני על מנת שאתה פטור, ואף על פי שהעושה הוא החייב לשלם, הרי זה האומר לו

שותפו בעון ורשע הוא, שהרי הכשיל עור וחזק ידי עוברי עבירה". ומקור דברי הרמב"ם מהמשנה ב"ק צב,א. ורק הוסיף הרמב"ם שהאומר הוא שותף בעון לעושה, דכל הטעם שהשליח חייב הוא שאין שליח לדבר עבירה, ומ"מ האומר הוא שותפו של העושה לדבר עבירה ועוון בידו. ושם ידע השובר שהכלים של פלוני ולא של המשלח. וכן פסק בשו"ע חו"מ שפ,ב. ולכאורה מזה מוכח שהרמב"ם והשו"ע לא סוברים כדעת הריטב"א וכהסבר הדברי יחזקאל והגר"ש רוזובסקי זצ"ל, וצ"ל לשיטתם שהיא מחלוקת בין הרמב"ם לריטב"א. אמנם לשיטת המחנ"א י"ל, דהמשנה מיירי באופן שאינו מוחזק שיעשה כן, ולכן לא הוי ברי היזקא, משא"כ בחשו"ק. ומ"מ מבואר דהאומר הוא שותפו בעון, ואפי' לא שכרו, ולכאורה מוכח ברמב"ם שחייב בדיני שמים.

והנה גם אם נאמר שאין כאן אלא גרמא ולא גרמי, מ"מ חייב ראובן לצאת ידי שמים. אולם בנדר"ד יש צדדים רבים גם לחייבו בדיני אדם, ובודאי כאשר אדם מצוה לנכרי להזיק לישראל, יש מקום לחייבו הן מדינא דגרמי לריצב"א, או למש"כ הריטב"א, או מצד שיש בכה"ג שליחות לדבר עבירה, או מצד פועל וכמחנ"א.

ח. מדינא דגרמי

עוד נראה לחייב מדינא דגרמי בכמה צדדים. אליבא דהריצב"א, הביאו התוס' ב"ב כב,ב (ד"ה זאת): "ונראה לריצב"א דדינא דגרמי הוי מטעם קנס כדמוכח בירושלמי, ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים. וטעם דקנסו, שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין, והיינו טעמא דמאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר, ואפשר דבשוגג נמי קניס רבי מאיר, כי היכי דקניס במטמא ומדמע אחד שוגג ואחד מזיד". ודבריו הביא הרמ"א להלכה (חו"מ שפ,ג), והארכתי בזה במקום אחר. אמנם בש"ך שפ,כד כתב דרק מה שמצאנו בש"ס שחכמי התלמוד סוברים שהוא דבר שכיח, יש לדונו כגרמי, דכיון דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן, הבו דלא לוסיף עלה, ואין לך אלא מה שאמרו חכמים.

והנו"כ כתבו דדעת הרמ"א לפסוק כריצב"א. כן כתב הסמ"ע שפ,א: "ומשו"ה נראה דקיצר מור"ם ולא כתב כל הני פרטי דכתבו הרא"ש והטור לפטור ולחייב, משום דס"ל כהיש מפרשים, והוא המרדכי, דכולם פטורים, אי לאו בהני דשכיחי דקנסו בהן ואפילו בגרמא בניזקין". וכן כתב הגר"א בבאורו לחו"מ שפ,ו: "ולכן לא כתב הרב החילוקים של תוס', ולא כתב אלא דעת ריצב"א כמ"ש למטה י"א דבכל כו', וכן הסכים הש"ך". דכך היא דעת עצמו כדעת הריצב"א, כמש"כ בחו"מ שפ,א: "אמנם לפי מה שנ"ל עיקר דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן, אין צורך

לחלק בשום חלוקים רק כמ"ש שאר פוסקים, שחכמים קנסו בדבר שהיה נראה להם שהוא שכיח ורגיל וכי האי גוונא, ואין לדמות גזרות חכמים זו לזו. ושכן דעת מהרי"ל (סי' פו) ומהרי"ו (סי' כח); "ושאר הרבה אחרונים, ודבריהם נראה עיקר", עיין ש"ך סו, קד.

ובסמ"ע שפ"ח מבואר דלדעת הרמ"א, אין החיוב דוקא בנזקים שקנסו חז"ל, אלא כל דבר שהוא שכיח בעתו ובזמנו, חייב מדינא דגרמי, ולכן שליש שהחזיר שטר למלוה שלא כדין וגרם נזק, חייב מדינא דגרמי. וכן כתב הש"ך שפ"ח, כד בדעת הרמ"א, אף שהש"ך עצמו חולק בדוקא מה שגזרו חז"ל הוא דינא דגרמי, ולא כל דבר שכיח לפי חכמי הזמן. וכן כתב הח"מ (נ,י), לשיטת הרמב"ם, המובאת בשו"ע, שמי שחזרה בה מהארוסין וגרמה לו הפסד ממון הסעודה, חייבת לשלם מדינא דגרמי, והסביר הח"מ: "וגם גרמא בנזקין אם הוא דבר השכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס". וחזרה מארוסין אינו בכלל הדברים שקבעו חכמי התלמוד שהוא גרמא.

ולמעשה כדברים האלה מבואר מהב"י בתש' אבקת רוכל (סי' פז). הב"י כותב על טענה כנגד אחד שלימד ליתומה למאן, וגרם לבעלה שיפסיד כל נכסיה, שאין נזק זה דבר שכיח: "בנ"ד אין הזיק זה מצוי ורגיל לבא המיאון מילתא דלא שכיח הוא". ואם סבר כש"ך, אף אם היה שכיח ורגיל, כיון שלא קנסו חכמים, אין לקנוס. ומזה מוכח דס"ל דלריצב"א הדבר נתון לחכמי ודייני הדור לגזור על כל דבר שכיח. וכן נראה מדברי תה"ד (סי' שז) באחד שהוציא שם רע על חזן אחד, ולכן סילקהו ממשרתו ולקחו אחר, והתברר שהכל היה שקר והוצאת שם רע, ואין הקהל יכולים להחזירו למשרתו, ותובע החזן את מוציא שם רע על נזק שגרם לו בהפסד משרתו, ודן תה"ד לחייבו מדינא דגרמי, שמא דבר זה שכיח, ודחה שאינו שכיח ורגיל. ומ"מ מוכח דשכיח ורגיל אינו בדוקא מה שקבעו חכמים: "... כה"ג לא שכיחי כלל, שיוציא אחד שם רע דשקר על חבריו ויחזיק דבריו בשם רע גדול כזה שע"י כך יסלקוהו הקהל ויאמינו לדבריו. אמנם נראה דאע"ג דמדינא לא יתחייב שמעון כמו שביארתי, מ"מ אם רצו הב"ד וקנסו כדי לעשות גדר וסייג ולסכור פי דוברי שקר ומוציאי ש"ר, הרשות בידם, כפי מה שנראה להם צורך לפי הענין". ומבואר דאף שלא קנסו חכמי התלמוד בכה"ג, אם היה הוצאת שם רע וסילוק מהמשרה דבר שכיח, היה מקום לקנוס מגרמי וכריצב"א. וכן נראה מדברי שם (סי' שטו) במי שחתר מחתרת מתחת לחנות חמיו, שהיה שם הון רב, והראה לגנב מפורסם שגנב הון חמיו דרך מחתרת זו, דדבר זה אינו בגדר שכיח ורגיל: "דהיזק כה"ג לא הוה רגיל הוא, ואין כאן לקנוס. וא"כ לפי כל הטעמים מיהו נראה דשמעון אע"ג דחטא והחטיא, מ"מ פטור מלשלם". מבואר שאם היה שכיח, אף שחכמי התלמוד לא גזרו, יש לקנוס.

וכן נראה מדברי מהר"א ששון (תורת אמת סי' קפט), בשמעון ולוי שמסרו בגדים של ראובן לחמרים להוליכם ליהודה, ואבד אחד מהבגדים, והחמרים חששו לבוא לפני יהודה שמא יתבעם, ושמעון ולוי נתנו להם פטור, וראובן תובע את שמעון ולוי שבגרמתם, שנתנו הפטור לחמרים, שהם שומרי שכר והיו חייבים, הפסיד הבגד. והסתפק מהר"א ששון אם לחייבם מדין קנס, וכמש"כ ריצב"א. והרי דבר זה לא נזכר בתלמוד, ובכ"ז מוכח שרצה לחייבם מדין דבר שכיח ורגיל. וכן נראה מדברי הרדב"ז (ח"א סי' צה) בסופר שטעה וכתב בשטר מנה במקום מאתיים, ובכך נגרם נזק למלוה, והשיב הרדב"ז בין השאר: "אי נמי טעמא דדינא דגרמי משום קנסא, ודבר המצוי ורגיל לבוא קנסו חכמים, אבל הכא טעות לא שכיח".

עוד יש לחייב מדינא דגרמי, למה שיש ללמוד מדעת הרמב"ם, דכלל שהתכוין להזיק הרי זה גרמי. כן יש ללמוד מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין ו,א: "כל דיין שדן דיני ממונות וטעה אם טעה בדברים הגלויים והידועים, כגון דינין המפורשין במשנה או בגמרא, חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהיה ודינן בו כהלכה. ואם אי אפשר להחזיר, כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אלם, או שטמא דבר טהור, או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה, הרי זה פטור מלשלם, אע"פ שגרם להזיק, לא נתכוון להזיק". וכך פסק בשו"ע חו"מ כה,א. מבואר מהרמב"ם והשו"ע שכלל והיה מתכוין הדיין להזיק, היה חייב מדינא דגרמי, וכל פטור הדיין מפני שלא נתכוין להזיק. והגר"ז (בכורות כח,ב) הביא דהגר"א כתב דלטעם הרמב"ם דגרמי חייב דוקא בנתכוין להזיק, מומחה פטור, ובאינו מומחה הרי הוא כמזיק בכוונה. ודברי הגר"א הובאו בכ"מ בבאוריו, עיין בחו"מ שצו,ח: "וס"ל דגרמי הוא רק שאינו חייב אלא במתכוין להזיק, וכשיטתו דס"ל דכל גרמא חייב כמ"ש בסי' שפו, ואינו מחלק אלא בין מתכוין או לא כמ"ש בסי' כה ס"ג ע"ש, ועמ"ש בסי' כה ובסי' שפח". וע"ע בגר"א חו"מ רלב,לה, תיח,יט ועוד.

ודברי הרמב"ם המחייב בגרמא במתכוין להזיק, נמצא גם בתש' הרמב"ם (סי' תלב) לחכמי לוניל. הרמב"ם מחלק בין פרצוה ליסטים לפורץ גדר בפני בהמת חבירו, שהליסטים כוונתם לגנוב את הבהמה, ולכן כל זמן שלא הוציאוה מרשות הבעלים, אין לחייבם, שלא היתה להם כוונה שתצא הבהמה ותזיק. משא"כ פורץ גדר של דיר חבירו, כוונתו שתצא הבהמה ותזיק, ולכן יש לחייבו מגרמי: "הפרש גדול יש בין ליסטים שפירצו הדיר ובין חבירו שפרץ לפני בהמתו, שהליסטים כוונתם לגנוב הבהמה, לפיכך כל זמן שלא הוציאוה מרשות בעלים, לא נתחייבו ולא נעשית ברשותם, ובעת שיוציאוה נעשית ברשותם ונתחייב בנזקיה, אבל אם הניחוה שם, הרי לא עשו הנזק שנתכוונו לו שהוא הגניבה, ולפיכך פטורין. אבל הפורץ גדר לפני בהמת חבירו, אין

כוונתו לגנוב ולא נתכוון אלא שתצא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלים בנזקיה, ולפיכך הוא חייב באותו נזק כדין כל מזיק".

וכן למד המחנה אפרים (נזקי ממון ו) בדברי הרמב"ם (נזקי ממון ד,ב). המחנ"א כתב דמדברי הרמב"ם יש ללמוד, דתנאי לחיוב מדינא דגרמי, היות המזיק מתכוין להזיק, והביא מדברי הרמב"ם דפורץ גדר לפני בהמת חברו, כיון דמתכוין להזיק הרי זה חייב אם יצאתה והזיקה, אבל פרצוה לסטים שהתכוונו לגנוב ולא להזיק, הרי הם פטורים. ושכן כתב הראב"ד, הביאו הרב בעה"ת, וכן כתב הטור. ובמראה דינר לשולחני דחייב מדינא דגרמי אף שלא כיון להזיק, דכיון שאינו בקי ואמר דעתו, הרי הוא כמתכוין להזיק. ועיין בחזו"א ב"ק א,ו מה שהקשה בזה.

ט. מגדר מילתא

בנוד"ד מדובר במעשה בריונות חמור, ובודאי בי"ד מצוה למגדר מילתא ואפי' לקנסו. וכאמור לעיל, בורר יכול לחייב מכח שטר הבוררין בין לצדק ובין ליושר, ולחייב אף בנזקי גרמא עקיפים. דאיתא בסנהדרין מו,א: תניא, רבי אליעזר בן יעקב אומר, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים, והביאו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. ומבואר בגמרא שביד חכמים להעניש עונש של מלקות, ואפילו עונש של מיתה, אפילו שלא במקום שדין תורה מחייב זאת אלא מפני צורך השעה לעשות סייג וגדר. ועיי"ש ברש"י בסוגיא. ובנימוק"י (יבמות כח,ב בעמוה"ר), כתב וז"ל: "והכי מסקנא דמילתא דמצות עשה דחינן בשביל גזירה דרבנן היכא דלאו עקירה בידים הוא ... או אם יש בדבר ממיגדר מילתא כמעשים אלו דאמרינן הכא וכהוא דאליהו (בהר הכרמל), עקרינן לא תעשה ממש בידים שאינו אלא לצורך שעה, אבל לעקור דבר מן התורה לדורות לא, אבל הפקר ממון, אפילו לעולם יש יכולת בידם כדאמרינן לעיל דהפקר בית דין היה הפקר". מבואר מדבריו שבניגוד למלקות ועונש מיתה שיכולים חכמים לענוש רק למיגדר מילתא וכצורך שעה וכהוראת שעה אך לא הלכה לדורות, הרי שבממון יכולים בית דין לענוש אפילו לא לצורך שעה ומדין הפקר בית דין הפקר. ופרוש הגמ' שהשעה צריכה לכך, היינו שלא עשאוה תקנה לדורות, אבל במקום שעושים זאת כמקרה לגופו, אין בכך לכאורה מניעה אם הדבר נעשה מתוך שיקול הדעת.

ומהגמ' ביבמות (צ,ב) משמע דשרי לענוש שלא מן הדין רק בענין דהוי למיגדר מילתא, וכהיא דאליהו בהר הכרמל שהשיבם ע"י כך מעבודה זרה, עיי"ש

ברש"י. ועיין במהרי"ק (סי' קפ) דדוקא למיגדר מילתא במילי דשמיא ושהדור פרוץ בכך שרי לענוש שלא מן הדין, וכההיא דאליהו בהר הכרמל. ובסי' קפח כתב דשרי לענוש רק היכא דאיכא קצת דררא דאיסורא, וכעובדא דהגמ' בסנהדרין במי שהטיח אשתו תחת תאנה או מי שרכב ע"ג סוס בשבת, אבל במקום דליכא דררא דאיסורא אין כח ביד בי"ד לענוש בהוראת שעה. וכן הביא להלכה השער אפרים (סי' עב) בענין מי שביטל שידוכין ודיבר סרה במבוטלת, שעשו אנשי הקהל הסכמה שלא ינהג בבת ישראל מנהג בזיון שלא כדת לבישה ולהכלימה, וגזרו בכל אלות התורה ששום אחד מהם אינו רשאי לשדך עצמו עם הבחור. וכתב השער אפרים דאף דהוי איסור לבייש בת ישראל, מ"מ לא הוי מילי דשמיא כ"כ ואין לנו אלא הקנס שמחייב צד העובר לצד המקיים, וא"כ כיון שיש בדינו לענושו לא הוי מיגדר מילתא ובפרט שאין הדור פרוץ בכך.

מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין כדו, (הנ"ל) משמע לכאורה שלכל דיין הראוי לדון דיני ממונות, יש כח להפקיר ממון. דבהל' ו כתב הרמב"ם; "וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון", (ועיי"ש בכסף משנה דחידוש הרמב"ם במילה "תמיד" דאפילו בזמן הזה יכול להפקיר ממון). ומיהו הדיין - לכאורה הוא הדיין המדובר בפרק זה ברמב"ם, וכמש"כ הרמב"ם בריש פרק כד; "יש לדיין לדון דיני ממונות", והיינו בית דין הראוי לדון דיני ממונות הוא הראוי להפקיר ממון. אמנם צ"ע שלענין מלקות נקט הרמב"ם שם בהל' ה לשון "בית דין" ("וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם...), ואילו לענין הפקר בית דין נקט הרמב"ם לשון יחיד - "דיין".

ועיין בנימוק"י יבמות (כח, בעמוה"ר) שכתב על דברי הרי"ף שם (לענין הפקר בית דין הפקר): "ופסק הרמב"ם ז"ל דהוא הדין לכל בית דין חשוב בכל מקום וכל זמן, וכדאמרינן במו"ק טז,א". וכוונת הנימוק"י לנאמר שם בהל' ה לענין מלקות, ומזה למד הנימוק"י גם לענין הפקר. אלא שבנוסחאות הרמב"ם שבידנו לא נזכר בית דין "חשוב". והגדרה זו של בית דין חשוב, נמצאת גם בדברי הרשב"א בתש' (ח"ג סי' ס) לענין בית דין שהכריחוהו לעשות קנס (אחד הצדדים בדברי הרשב"א) דהוי אסמכתא; "אא"כ הוי הבית דין בית דין חשוב שיש בידו כח להפקיע ממון", וכפירוש קנין בבית דין חשוב לענין אסמכתא (ועיין שו"ע חו"מ רז,טו). ועיין עוד בתש' הרשב"א (ח"ד סי' רמז) שכתב דבית דין של עכשיו לא אלימי לאפקועי ממונא. ואפשר דהתם מיירי שהקהל מינו ג אנשים סתם, אבל בית דין קבוע בעירו גם בזה"ז אלימי לאפקועי ממונא. ואף מדברי רש"י (ב"מ לב,א ד"ה אם) משמע לכאורה דאפילו בית דין סתם יכולים לאפקועי ממון, וז"ל: "וסתם בית דין שלשה, אלמא אין כח להפקיר ממון זה אצל זה בפחות משלשה". ומשמע דבכל ג מהני להפקיר ממון.

אך לכאורה דין זה תלוי בדעת הראשונים בהא דאיתא בגמרא בגיטין לו,ב: ת"ש דאמר שמואל לא כתבינן פרוזבול אלא אי בבי דינא דסורא אי בבי דינא דנהרדעא, ואי סלקא דעתך לדרי עלמא נמי תקין, בשאר בי דינא נמי לכתבו. דלמא כי תקין הלל לדרי עלמא, כגון בי דינא ידיה וכרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא, אבל לכולי עלמא לא. ובתוס' שם (ד"ה דאלימי) כתבו דר"ת כתב פרוזבול "כי היה אומר דלא בעינן אלא בית דין חשוב שבדור". ולכאורה משמע מדברי התוס' דאף דבי דינא הראוי להפקיע ממון הוא רק בית דין של חכמים גדולים ביותר, וכמש"כ הרמב"ם בהל' שמיטה ט,זו, רק דס"ל לר"ת דלענין פרוזבול לא בעינן בית דין של חכמים גדולים. אלא שבעה"ת (שער מה, א,טז), כתב וז"ל: "ומסתברא שכל ג בקיאיין בדין ובענין פרוזבול ויודעים מצות שמיטה והמחווה רבים עליהם באותה העיר שהן דריין בה, הרי הן באותה העיר ובאותו הזמן כבי דינא דרב אסי וראויין להפקיע ממון בני עירם בתקנתם הנראה להם כמו הם בדורם, וכדגרסינן במסכת ר"ה (כה,א), ויעל משה ואהרן ושבעים מזקני ישראל, למה לא נתפרשו שמותם של זקנים, ללמדך שכל ג וג' שנתמנו בית דין על ישראל, הרי הן כבית דין של משה". ומבואר דבית דין שהמחווה רבים עליהם באותה העיר, יכולים להפקיע ממון והפקרם הפקר, ולא דוקא בית דין חשוב שבדור. וכן כתב המרדכי (ב"מ סי' רנז), וכן מבואר בדברי הריב"ש בתש' (סי' שצט) דכל בית דין קבוע בעירו יכול להפקיע ממון. ועיי"ש בריב"ש שלמד כן בדברי ר"ת (הנ"ל) וכן בדברי הרמב"ם (הנ"ל), וע"ע ברא"ש גיטין פ"ד סה"י.ג. ומדברי הריב"ש הביא גם המהריב"ל (ח"ב סי' מד), ועיי"ש מה שהאריך בדין זה.

ועיינן בגמ' ב"ק צו,ב: ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה (צמד שוורים). אזל כרב בהו כרבא (חרש בהם), זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה. אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו, זילו שומו שבחא דאשבת. ומבואר שם בגמרא דאף דע"פ הדין חזרה הגזילה לבעלים, בכל זאת הואיל והאי איניש גזלנא עתיקא, קנסו רב נחמן. וכתב הרי"ף שם (לד,א בעמוה"ר) דשמעינן דקנסינן בכהאי גוונא אף בחו"ל, והביא ראיה מדברי הגמ' בסנהדרין מו,א (הנ"ל) דבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין לעשות סייג לתורה. והרא"ש שם (ב"ק פ"ט ה"ה), כתב על דברי הרי"ף, וז"ל: "ודוקא גדול הדור כגון רב נחמן, דחתנא דבי נשיאה היה וממונה ע"פ הנשיא, או טובי העיר שהמחוס רבים עליהם, אבל דייני דעלמא לא". מבואר דלא כל בית דין יכול להפקיע ולקנוס בממון, דדוקא גדול הדור או המחוס רבים עליהם יכולים לעשות כן ולא כל ג הדנים דיני ממונות. (ועיינן ברשב"ש בתש' סי' ריא).

וכן היא גם דעת השו"ע חו"מ ב,א: "כל בית דין אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון ... ודוקא גדול הדור

או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם. ופתח השו"ע בלשון "כל" בית דין, והיינו לרבותא בתי דין של חו"ל, וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק א, וסיים דדוקא גדול הדור או שהמחוס בית דין עליהם, והיינו שהמחוס הציבור לבית דין עליהם (עיין בסמ"ע שם ס"ק ט). ובמהרי"ק (סי' קפח) כתב דאפילו לסוברים דאף בית דין של ג הדיוטות הפקרן הפקר ויכולים לענוש שלא מן הדין, מ"מ גם לשיטתם "לכל הפחות בעינן שיהיו ממונים לדיינים כבית דין של ג הדיוטות". וע"ע במהרי"ק סי' א. לפ"ז כל בית דין שהם ממונים לדיינים, הן מכח המלכות, וק"ו כשקיבלו ציבור היראים עליהם את הדיינים לדון להם דין תורה והם ממונים לדיינים ע"פ רבני העיר וגדולי התורה, או שהם עצמם רבני המקום והמרא דאתרא, יש להם כח להפקיר ממון, ויכולים לחייב ממון למגדר מילתא.

לאמור לעיל, יש כמה צדדים לחייב את ראובן בדיני אדם, ומוטל על הבי"ד למגדר מילתא לחייבו בדיני אדם, ויכול הבורר לחייבו מכח השטר הבוררין וכנ"ל בגוף השאלה, ומ"מ חייב בדיני שמים.

סימן יב

קנין כסף בקניית ספרי קודש

ראשי פרקים

א. התחייבות בשטר

ב. תן השיקים לפלוני

ג. נתן מקצת דמים, והדין בחפץ לא מסוים

ד. קונה ספרי קודש

ה. כסף בתורת סיטומתא

ו. כספק אם קנה במעות

ז. אם מקבל מי שפרע

בראובן שרצה לקנות שו"ע (מהדורה מסוימת וגודל מסוים), ופנה לשמעון (סוחר ספרים), והלה שכנע אותו לקנות שו"ע אחר שנמצא במבצע כעת. סוכס שראובן יביא ללוי 12 שיקים עבור שמעון, וכך עשה. אחרי יומיים התחרט ורצה לקנות את השו"ע שרצה מעיקרא. המחיר ששמעון הציע לו היה גבוה מהמחיר שיכל לקנות אצל סוחר אחר. הוא בקש משמעון את השיקים חזרה. בתחילה שמעון הציע שיקח את השו"ע האחר, אולם משסרב ראובן, החזיר לו את השיקים, כיון שע"פ החוק יש לקונה זכות חזרה, בפרט שהספרים עדיין אצל המוכר. נשאלתי ע"י ראובן אם ע"פ ההלכה אכן יכל לחזור בו מהמקח, דאם ע"פ הלכה לא יכל לחזור בו מהמקח, ואפי' אם רק לענין מי שפרע, יקנה את השו"ע משמעון, גם במחיר יקר יותר במעט ממה שיכול לקנות אצל אחרים.

ולענין אם מועיל בכלל קנין בספרים שאינם ברשותו, והוא פונה לסוכן הראשי כדי לקנותם, ראה מה שכתבתי בח"י כד/ד לענין שני תרוצי הכס"מ ומחלוקת האחרונים אם מהני בדיני הקנינים במצוי בשוק ואינו ברשות המוכר, ומ"מ חייב לקיים מדין מחוסרי אמנה ומקבל מי שפרע, עיי"ש באריכות הדברים, ואכ"מ לחזור ולהאריך.

א. התחייבות בשטר

עיי' ממה שכתבתי בח"א סי' כא לענין מעמדם של השיקים. אם נתיחס לשיקים כאל מעמד שלשתן ע"י כתב, הרי לפנינו קנין כסף. אם נתיחס כאל הוראה בכתב, אין כאן קנין כסף כלל. אולם יש לדון אם נתיחס לשיקים כאל שטר ממרנ"י,

שהוא גם שטר התחייבות לתשלום, האם יש בזה משום קנין כסף. ומצאנו שנחלקו בזה האחרונים.

ידועים דברי רש"י (קדושין ה, א ד"ה שטר), על הא דאיתא שם בגמ' שאין פודין הקדשות בשטר: "אם כתב לגזבר שטר על מעות פדיון הקדש, אין הקדשו פדוי, דבעינן ונתן הכסף וקם לו". ומבואר שלחולין מהני כתיבת שטר התחייבות מדין כסף. וכן ביאר הרשב"א שם ברש"י והקשה עליו: "ואינו מחזור, דבכה"ג אפילו באשה אינה מקודשת, דאלו האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ומחייב אני עצמי לך בשטר באותו מנה, אינה מקודשת, דמנה אין כאן ושטר אין כאן, שהרי אינו מקדשה בשטר אלא במנה ומנה איננו כאן, ובעינן כי יקח איש כלומר בכסף". ולכן פירש שכתב בשטר הקדש זה פדוי. ועיין עוד בקצוה"ח קצ"ו. ודברים אלה מבוארים להדיא בריטב"א (ב"מ עז, ב): "כיצד, כותבין אני פלוני בן פלוני מכרתי שדה פלונית לפלוני באלף זוז ונתן לי מהם מאתיים זוז, והריני נושה בו ת"ת זוז. פירוש, דכיון דזקפן במלוה, הרי הוא כאילו קבלם וחזר והלוים לו. ובדין הוא דאפילו לא נתן לו כלום אלא שזקף כל האלף זוז במלוה היה קונה מדין כסף, דאע"ג דמלוה אינה קונה בקרקעות כדאיתא בירושלמי דקידושין, התם הוא במלוה שעמו מקודם לכן, אבל זה שזקף עליו הכסף במלוה ואומר הריני כאילו התקבלתי, זה כפרעון גמור חשוב". ועיין גם בריטב"א קדושין ח, א (ד"ה אמר רבא). העולה מרש"י וריטב"א דהתחייבות לתשלום הרי היא ככסף לענין קנין כסף, דכשזוקף במלוה ואומר המוכר הריני כאלו התקבלתי, יש בזה קנין כסף. וכן נמצא בש"ג (קדושין ד, ב מעמזה"ר): "ונראה בעיני שאם כתב לה שטר חוב עליו וקדשה בו מקודשת, שהרי יכולה לגבות ממנו מכח השטר". ולפ"ז הוא הדין בנותן שיק, אם נתיחס לשיק כאל התחייבות, הרי זה קונה בקנין כסף. גם בתש"ב"ח (סי' קמט) האריך להוכיח מדברי הראשונים, דכאשר כותב ומתחייב מנה בשטר, יש לזה דין של קנין כסף, הן לקדושין והן למקח וממכר. דוקא בשט"ח שיש לו על אחרים או במקדש במלוה שלה אינה מקודשת, משא"כ במתחייב מנה בשטר. ואף לשיטת הרשב"א, דוקא בקדושי כסף לא מהני, אבל כקנין כסף במקח וממכר מהני.

ובמחנה אפרים (מעות ה) כתב דקנין זה עדיף מקנין כסף, דבקנין כסף שייך החשש של שמא יאמר נשרפו חטיף בעליה, אבל כשמקבל רק התחייבות ולא קיבל המוכר כסף ממש, ודאי טרח ומציל. ואין התחייבות של הקונה דומה לשט"ח דאחרים, דבשט"ח דאחרים לא סמכא דעת המוכר, משא"כ בהתחייבות הקונה. וגם אין להביא ראיה מהא דלא מהני שטר בפדיון הבן, דבפדיון הבן מיעטה התורה שלא פודין בשטרות. והביא המחנ"א ראיה מדברי הריטב"א קדושין טז, א, לענין שחרור עבד, דאי כתב העבד לאדון שאר על דמי העבד, היינו כסף, וכמפורש שם בגמ', דמדעת האדון

הוי קנין כסף, אף דמלוה אינו כסף לענין קנינים. והזכיר שיטת רש"י הנ"ל, ומה שחלק עליו הרשב"א, אך ציין שאף הרשב"א רפיא בידיה, שהרשב"א נשאר בזה בצ"ע. ולכן הסיק להלכה דשטר התחייבות של הקונה הרי הוא ככסף לענין קנין.

ובנתיבות רד"א כתב לחלוק על המחנ"א, וכתב דלא פלוג חכמים, וכל ששם קנין כסף עליו לא קנה, וכל ששם שאר קנינים עליו, אף דלפעמים שייך גם בו החשש של נשרפו חיטיך, כיון שברוב קנין זה לא שייך החשש של נשרפו חיטיך, לא פלוג רבנן. וכאשר נותן שטר התחייבות, ודאי שיש על זה שם של קנין מעות, ולא קנה במטלטלין, וק"ו הוא מנתן מקצת המעות דלא קנה, כל שכן בכתב לו שטר התחייבות על כל דמיו. גם הגרע"א בתש' (סי' קלד) כתב דבקנין כסף, אף במקום דלא שייך נשרפו חיטיך, לא פלוג חכמים ולא קנה: "דאף בענין דלא שייך נשרפו, מ"מ חז"ל לא חלקו בדבריהם, דבכל ענין מעות אינן קונות, זולת במה דמצינו להדיא דבדבר שלא שכית, כגון דמים שהן כחליפין, וכן במכור באלו, ובעליה של לוקח מושכרת, דדמי קצת שהם ברשות הלוקח, אבל בעלמא הוא בכלל לא פלוג". ובשו"מ (תנינא, ח"ד סי' קי) כתב לישב דברי המחנ"א מקושיית הנתיבות, דאינו דומה למקצת מעות, דבמקצת מעות נתן לו קצת מהמעות, משא"כ בשטר התחייבות לא נתן לו כלום. אך נשאר בצ"ע, דסו"ס קשה, דשטר שאין גופו ממון ויש בו רק שעבוד ממון, יקנה במטלטלין, בעוד שגוף ממון עצמו לא יקנה.

ועיין בבית הלוי (ח"א כג) שכתב להקשות על תרוץ קצוה"ח קצו, על קושיית הרשב"א על רש"י. אולם לעיקר הדין כתב לחלק בין שטר התחייבות לענין קנינים, לשטר התחייבות לענין פדיון הבן, דלענין קנינים הרי התחדש בהתחייבות זו כח וזכות למוכר, דנתינת שטר ההתחייבות בו משעבד הקונה את נכסיו, הוי נתינה של כסף. אולם בפדיון הבן לא חידש הפודה המתחייב דבר, שגם קודם לכן יש עליו חוב שחייבה אותו התורה, ונכסיו משועבדים לחוב זה, וא"כ בשטר ההתחייבות לא חידש דבר, ואיך תחשב נתינת שטר זה ככסף שמקבל הכהן. ולכן גם בקדושין, שלא היה חייב לאשה דבר קודם לכן, מהני ההתחייבות ככסף. ועיי"ש שביאר הסוגיות כדעת רש"י והריטב"א, וכתב דלענין קדושין יש לחוש לדעתם אם קדשה בשט"ח ידיה, וכן לצרף דעתם לענין מכירת חמץ בשט"ח.

גם בדבר אברהם (ח"א סי' לט ענף ב) הביא חבל של ראשונים הסוברים דשט"ח ידיה דינו ככסף: "העולה לנו מכל זה שדעת רב האי גאון ורש"י והרא"ש ורא"ה ורבינו משה הכהן ותוס' רי"ד והריטב"א והריב"ש והש"ג, ולהח"מ והב"ש גם דעת הראב"ד ור"י שבריתב"א קידושין [והר"י מיגש אליבא דהרשב"ץ, ואולי אחד הוא עם הר"י שהזכיר הריטב"א], דהמתחייב עצמו במנה בקנין או בשטר קונה בזה כמו בכסף.

ולהמח"א נפיק רב האי גאון ועייל הגאון שהביאו רה"ג דסבר דהוי ככסף. ודעת הרמב"ן והרשב"א וחי' ריטב"א ב"מ שאין קונין בזה. [ולהמח"א רב האי גאון מסופק בדבר, אך כבר כתבנו שאינו כן]. וכבר הזכרנו לעיל שהמח"א מצדד לומר שהרשב"א ז"ל מסופק בדבר ורפיא בידה, ולפמ"ש הגאון חיד"א דחידושי הריטב"א ב"מ מהדור"ק הם הנה חזר בו הריטב"א בתר הכי וס"ל דקונה, ובאופן זה נתמעטה סיעת החולקים ועמדה רק על הרמב"ן ז"ל. וכבר התבאר לעיל דדעת הריטב"א שקונה בשטר התחייבות ידיה, כדמוכח מדברי הריטב"א הנ"ל.

ודעת הרמב"ן דלא מהני שטר חוב ידיה כקנין כסף, נמצא בחידושו לקדושין ח.ב. ודברי הרמב"ן הינם לענין קדושין, דבשטר חוב ידיה הרי זה כמקדש במלוה ואינה מקודשת: "אבל שעבוד ידיה כגון חייב אני לך מנה בשטר או בקנין, אין אשה מתקדשת בכך דומיא דמלוה, דהכא לא מטי לידה כלום והכא לא נפיק מיניה כלום, דשעבודא ברשות ליה הוא וכולי ממונא גביה, וכיון דאגיד ביה לאו קדושין נינהו כדפרישית, כך נראה לי". ולכאורה הוא הדין והטעם גם לענין מקח וממכר, לשיטות הראשונים (דלא כרמב"ם) שאינו יכול לקנות במלוה, דלא מטי ליד מוכר כלום ולא נפיק מלוקח כלום, דהשעבוד ברשות הלוקח וכל הממון אצלו ואגיד גביה.

ודבריו הביא הר"ן בקדושין (ד,ב מעמוה"ר), בהסבר דברי הרמב"ן דמנה אין כאן משכון אין כאן, דמנה אגיד גביה דבעל, ולכן גם משכון לא מהני במנה שאגיד גביה דבעל, ולכן אם מקדשה במנה שהוא אגיד גביה, אינה מקודשת, וז"ל הר"ן: "כלומר דעיקר שעבודא דמנה גבי ליה הוא ולא גבי אשה, ומש"ה משכון נמי, אף על גב דגבי אשה הוא, הרי הוא כאילו משכון אין כאן, שאין המשכון אלא להבטחת השעבוד, וכיון דמנה אין כאן, גבי אשה משכון נמי אין כאן. וכי תימא נהי דשעבודא גבי ליה, למה אינה מקודשת באותו שעבוד, והא אמרי' בפרק האיש מקדש (מז,ב) המקדש בחוב דאחרים בין במלוה בשטר בין במלוה על פה מקודשת מדינא, אי לאו משום טעמא דלא סמכא דעתה דלמא מחיל ליה, וכדשמואל דאמר חזר ומחלו מחול, והכא ודאי לא שייכא ביה מחילה, וכיון שכן היכי אמרינן דמנה אין כאן, איכא למימר דלא דמי, דבשלמא מקדש במלוה דאחרים לא שייכי [כסף] קידושין גבי מקדש כלל, שכיון שקדש את האשה באותה מלוה אין כאן [אצלו ממנה] כלום, משא"כ במקדש במלוה ידיה, דמנה אין כאן, כלומר דאותו מנה שהוא מקדש בה אכתי אגיד גביה, וכסף קדושין דאגיד גבי בעל לא כסף קדושין הוא". לכאורה מהסבר הר"ן משמע דחסרון דאגיד גביה, דהוא חסרון בכסף הקדושין, בחפצא של הכסף, שכן משמע מלש' הר"ן: "וכסף קדושין דאגיד גבי בעל לא כסף קדושין הוא". אבל נראה דהוא חסרון במעשה של קדושי כסף, דכיון דאגיד גביה, יש חסרון בנתינת הכסף, וזו כוונתו לאו כסף קדושין, שלא קבלה האשה כסף קדושין, דבהגדרת כסף

קדושין צריך להיות כזה שהאשה תקבל אותו, כסף כזה של קדושין שהבעל אגיד גביה, אינו כסף קדושין, שלא קבלה כסף קדושין. כך לכאורה נראה. דקשה להסביר שזה חסרון בחפצא של הכסף, דאגיד גביה לא נחשב כסף, ועדיין צ"ע. ומ"מ לא יועיל לפי הרמב"ן שט"ח ידיה, כיון שהוא אגיד גביה.

ובהמשך הביא הר"ן את הראב"ד שחולק על הרמב"ן: "אבל הראב"ד ז"ל פירש דה"ק, מנה אין כאן, שהרי לא נתחייב לה בו דמילי בעלמא ניהו, וכיון דמנה אין כאן משכון נמי אין כאן, דלא קניא ליה למשכון במידי, דמאי יהבה ליה דקניא לה משכון. ודכוותה נמי הא דאמרינן בסמוך, פריטי אין כאן נסכא אין כאן, כלומר דכיון שלא נתחייב בפריטי, אין השעבוד נתפס על הנסכא שהוא משכון, אבל היכא שנתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת". דחסרון הוא בעצם ההתחייבות, אבל כשהתחייב בשט"ח, יש כאן התחייבות, ויכול לקדשה בהתחייבות זו.

והרמ"א בשו"ע אהע"ז כטו, על דברי השו"ע שם דבהתקדשי בדינר ונתן לה משכון עד שיתן הדינר, דאינה מקודשת, פסק כדעת הרמב"ן והרשב"א: "וכ"ש אם נתן לה שטר על הדינר, דלא הוי קדושין". וכבר העירו הגו"כ דזו שיטת הרמב"ן והרשב"א דחסרון מנה אין כאן וכו', מפני דאגיד גביה, משא"כ לראב"ד שאין כאן התחייבות ושעבוד, מהני אם יתן לה שט"ח על התחייבותו. הח"מ כטח כתב דדין הרמ"א נתון במחלוקת הרמב"ן והראב"ד, ולכן הוי ספק קדושין, וגם חוששים שמא הניר שוה פרוטה במדי. גם הב"ש כטי העיר דדעת הרא"ש כדעת הראב"ד, דהרא"ש כתב בטעם מנה אין כאן וכו' (קדושין א,י) דהחסרון הוא בעצם ההתחייבות: "... אבל בדבר שלא נתחייב, לא חל שיעבוד על נכסיו, ובמתנה שאמר ליתן לו, לא נתחייב בה ולא יתחייב בה לעולם לפי שיכול לחזור בו, לפיכך לא נשתעבד לו המשכון במשיכתו". וזו כדעת הראב"ד דהחסרון הוא בהתחייבות ולא באגיד גביה. וא"כ הדבר נתון למחלוקת הראשונים, וכמש"כ גם בח"מ. גם בגר"א (כט,יד) כתב שהדבר נתון במחלוקת הראשונים.

ומהר"ל צונץ בטיב קדושין (כט,טו) כתב לישב דברי הרמ"א, באופן שלא יסתרו דבריו לדברי הראשונים הנ"ל. הרמ"א מירי שלא היתה התחייבות כלל מצד הבעל, וכל מה שנתן לה משכון הוא על האמירה של התקדשי לי במנה, שהיא אמירה לקדושין ולא התחייבות למתן מנה. וגם כשכתב שטר, לא כתב שטר התחייבות אלא כתב לה שטר חוב במה שקדשה במנה, ובזה כולי עלמא מודו דכיון שאין כאן התחייבות, אין קדושין: "ובאמת אפשר לפרש דברי רמ"א לכולי עלמא, דכי היכא דבאמר התקדשי לי במנה ונתן לה משכון לפירוש ראב"ד, כיון שלא אמר תזכי בגוף

המשכון אמרינן שאין כוונתו אלא על קיום הקידושין שאמר שתתקדש במנה, ואמרינן כיון שאתה בא לחייבו על ידי שקידשה במנה אמרינן מנה אין כאן, שלא נתן המשכון רק על קיום המנה שנתחייב לה על ידי הקידושין, ובאמת לא נתחייב על ידי אמירת התקדשי לי במנה, ואין כאן לא קידושין ולא משכון, ובזה צדקו דברי רמ"א אם אמר התקדשי לי במנה ואני נותן לך שטר על המנה, אמרינן נמי מנה אין כאן שטר אין כאן, שלא נתן השטר רק על חיוב המנה, ובאמת לא נתחייב בה כלל". ומחלוקת הרמב"ן והראב"ד הינה רק באופן שאמר לה הריני מתחייב מנה בשטר, דלראב"ד הוי התחייבות, ולרמב"ן לא מהני מפני שאגיד גביה. וכן נמצא בתש' פנים מאירות (ח"א סי' צז) שקדשה במנה ונתן לה שטר על המנה, ובזה מיירי הרמ"א שאינה מקודשת, ודין זה הינו אליבא דכ"ע, משא"כ בהתחייב לה בשטר, שבזה לא מיירי הרמ"א, והוא נתון למחלוקת הראשונים הנ"ל. וכך פירש דברי הרמ"א: "נראה דזה אליבא דכ"ע כתבו רמ"א, כיון דאינו חייב ליתן לה הדינר לא קנתה במשכון שנתן עבור הדינר, וכל שכן בשט"ח שנתן לה אחר כך על הדינר שקידשה, אבל אם מתחילה כתב לה שט"ח שחייב לה דינר ואמר התקדשי לי בו – מקודשת".

ובאופנים אחרים בישוב דעת הרמ"א, עיין בבני אהובה (אישות ה, כג), דכוונת הרמ"א דאינה מקודשת ודאי אלא מספק, ואפי' לרמב"ן והרשב"א יש לחוש שמא ניר השטר שוה פרוטה במדי, וכיון דאף לרמב"ן והרשב"א הוי ספק קידושין, כך יש לנקוט, שאף שנחלקו הראשונים וסוברים דמקודשת, כיון שיש ראשונים שסוברים שספק מקודשת, יש לנקוט כן, מחמת הדין או מחמת מחלוקת הראשונים. ומ"מ מבואר מדברי הגר"י אייבשיץ, דהרמ"א פסק דהוי ספק קדושין, והיינו שאינה מקודשת ודאי. ועיין עוד בעצי ארזים כט"ב, דאף לסוברים דמקודשת בשטר התחייבות, היינו בנתן לה משכון על המנה שהתחייב, עיי"ש.

ובבאור דעת הרמב"ן והרשב"א, עיין במש"כ הגרש"ש (בחידושי ר' שמעון שקופ, קדושין סי' ח), דיש לחלק בין קנין כסף מצד המקנה לקנין כסף מצד הקונה. קנין כסף בקדושין ובמקח וממכר ענינו שהמוכר זוכה בכסף, ובזה מתקיים קנין כסף, ולכן בשטר התחייבות שלא זוכה המוכר בכסף, לשיטת הרמב"ן והרשב"א אין בזה קנין כסף. אולם בעבד עברי שיוצא בעל כרחו של האדון, צריך רק שיתן הקונה את הכסף למקנה, באופן שאם ירצה המוכר לזכות בכסף יוכל לזכות, דכיון שהקנין הוא בעל כרחו של האדון, אין צריך המוכר/ האדון לזכות בכסף כדי שיצא העבד לחרות, וז"ל הגרש"ש: "אמנם נראה דז"ל דהא דצריך בקנין כסף שיזכה אותו המקבל את הכסף, הוא רק היכא שהוא בגדר הקנאה מצד המקנה, או ודאי צריך שיזכה מקודם את הכסף כמובן, אבל בכה"ג כיון שהוא קנין מצד הקונה לחוד, כיון שיוצא בעל כרחו של אדון, אין צריך רק שיתן הקונה את הכסף באופן שאם ירצה לזכות יוכל

לזכות, ומכיון שנתן באופן כזה, כבר נשלם קנינו מצדו ולא איכפת לך. ואף דבכל מקום קנין כסף הוא מצד המקנה, הנה מקדושין נראה דגם מצד הקונה איכא קנין כסף, דאי לאו הכי היו כל הקדושין נגמרים רק מכח הקנאת האשה, ורחמנא אמר כי יקח ולא כי תלקח, וכמו שכתבו הראשונים ז"ל דעיקר הקדושין הוא מכח הבעל, אלא ודאי דגם מצד הקונה שייך קנין כסף. וכן נראה לי להוכיח ממאמר ביבמה דניקנית בכסף לרבי אף בעל כרחא, ונתקשיתי זה כמה כיון דבעל כרחא אינה זוכה בכסף ובמה נקנית. ולדברינו נחא כיון דבעל כרחא היא נקנית ואין צריך קנין רק מצדו, שפיר מהני בע"כ אף שאינה זוכה את הכסף, כיון שהוא נותן לה שתזכה ... ולפי זה היה נראה לי לומר דאף דשטר התחייבות לא מהני בקנין כסף, זהו רק בקנינים דצריך הקנאה מצד המקנה, דכתבנו דבקנין כזה צריך שיזכה בכסף דשייך בו שיגרום דין חיוב בתמורת הכסף, כמו שהוכחנו מדברי הש"ס ב"ק (עב), ואז מהני הקנאתו, אבל אם זוכה בכסף באופן שאין עליו דין חיוב בעד דמי הכסף והנאתו, אז ליכא גם דין הקנאה, אבל בכה"ג דאין צריך רק קנין מצד הקונה שיתן כסף משלו, י"ל דמהני גם כסף שע"י התחייבות, דהחיסרון בכסף התחייבות הוא דבזכיות המקנה ליכא דין חיוב עליו משום דלא חסר אצל המתחייב, אבל הכא דא"צ להקנאתו כלום רק שיתן הוא כסף שיוכל המקבל לזכות ומזכהו, הרי נתן לו כסף ונשלם קנינו בהכי. ולפ"ז הנה בעבד שיוצא בגירעון כסף בעל כרחו של אדון, אף שהוא בגדר קנין כמו שכתבנו, אבל כיון שהוא רק מצד העבד לחוד, הוה כסף מעליא גם בכה"ג".

לאמור לעיל, אם נאמר ששיק דינו כשטר התחייבות, באנו למחלוקת ראשונים אם מהני כקנין כסף. ועיין מה שכתבתי בענין בח"א סי' כא בענין מעמדו של השיק. ואמר לי הגר"י בלוי זצ"ל (בעמח"ס פתחי חושן ועוד), דלדעתו אף אם שיק דינו כשטר התחייבות, מהני לכ"ע, כיון שיש לו דין של שוה כסף, שעובר לסוחר כשוה כסף, ואינו דומה לשט"ח דאחרים, שצריך כתיבה ומסירה, וגם אינו עובר לסוחר כשיק. ולכן בכל מקרה לשיק לכ"ע יש דין של שוה כסף. ולפ"ז בנדו"ד מה שנתן לו שיקים הרי זה כקנין כסף במטלטלין. אמנם אם ירצה ראובן יוכל לטעון טענת קים לי כרמב"ן והרשב"א, וכדעת הרמ"א הנ"ל. אך נראה דרצונו לדעת אמיתה של תורה ולא לטעון טענת קים לי, ובודאי לחוש לשיטות הראשונים הסוברים דדינו ככסף, ולמש"כ לכהפ"ח דינו כשוה כסף.

ב. תן השיקים לפלוני

נתינת השיקים לפלוני, עד כמה שיוגדרו כקנין כסף, מועילה אם נותן לצד ג בהוראת המקנה. כן מבואר בקדושין ו,ב – ז,א דמהני מדין ערב: אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש לך, מקודשת מדין ערב, ערב לאו אף ע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא

משעבד נפשיה, האי איתתא נמי אף על גב דלא מטי הנאה לידה, קא משעבדא ומקניא נפשה. ושם בגמ': איתמר נמי משמיה דרבא, וכן לענין ממונא. וצריכא, דאי אשמועינן קידושין, משום דהא איתתא ניחא לה בכל דהו, כדריש לקיש, דאמר ר"ל טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו, אבל ממונא אימא לא. ואי אשמועינן ממונא משום דאיתיהיב למחילה, אבל קידושין אימא לא צריכא. והראשונים והאחרונים האריכו בבאור גדר וטעם הדין, ואכמ"ל. והר"ף לא הביא דברי רבא שכן הדין לענין ממונא (בספרים שלנו, קדושין ג, א מעמוה"ר מופיעים דברי רבא בסוגריים). והר"ן תמה מדוע השמיט הר"ף דין זה. וברא"ש קדושין פ"ק (ה"ו) הביא דברי רבא בסוגריים. ועיין בגר"א בבאוריו בחו"מ קצ, ה שציין שהר"ף והרא"ש השמיטו דברי רבא. אולם הרמב"ם הביא דין זה בהל' מכירה א, ו, וז"ל: "האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויקנה ביתי לך, כיון שנתן קנה הבית מדין ערב". וכן פסק בשו"ע חו"מ קצ, ג.

ובמחנה אפרים (קנין מעות סי' ב) כתב לחדש, דאם קנין כסף נעשה מדין ערב, תן מנה לפלוני, יועיל קנין זה במטלטלין, אף שקנין כסף לא מהני. דבר זה תלוי במחלוקת הראשונים בהסבר כסף מדין ערב. דלשיטת התוס' דנחשב כבא ליד המוכר, א"כ גם בכסף שנתן לאדם אחר חשיב כבא ליד המוכר, והוי ככסף שלא קונה מטלטלין דגזרו שמא יאמר המוכר נשרפו חיטיך. אבל לשיטת הראשונים דמהני הכסף מדין הנאה שעשה מה שאמר לו המוכר, דהמוכר מקבל את ההנאה שעשה הקונה כדבריו, אותה הנאה נחשבת כחליפין, וקנין חליפין לא גזרו שלא יקנה במטלטלין. והביא המחנ"א את הר"ן (קדושין ג, א) על דין ערב בממון: "ההיא הנאה מחשבא חליפין דיהביה הקונה למקנה. ולפ"ז אף במטלטלין קנה". עוד הוסיף, דאף הסוברים דנחשב המוכר כמקבל הכסף, יודה שיקנה במטלטלין, דכיון דאופן זה לא שכיח, לא גזרו חכמים לבטל קנין כסף. ולפ"ז למחנ"א אם נתן הכסף לצד ג, דמנהני מדין ערב, יקנה במטלטלין.

והנתיבות רדא חולק על המחנ"א. דדברי הר"ן (קדושין ג, א מעמוה"ר) שדינו כחליפין הוא רק בהילך מנה באדם חשוב, שלא קיבל רק הנאה והנאה זו היא כחליפין, משא"כ בתן מנה לפלוני, לא עדיף מתן מנה לי דלא קנה רק למי שפרע. ולפ"ז באנו למחלוקת אחרונים אם מה שנתן השיקים לצד שלישי, על הצד שיש לשיק דין של התחייבות ומהני מדין כסף, אם מועילה במטלטלין טפי מכסף. למחנ"א מהני במטלטלין, ולנתיבות לא קנה אלא למי שפרע.

ג. נתן מקצת דמים, והדין בחפץ לא מסוים

יש לדון אם נתן רק מקצת דמים, כשלא נתן עדיין את כל השיקים לתשלום, האם בזה אין לחוש שיאמר לו המוכר נשרפו חיטיך בעליה, כיון שלא קיבל את כל

הדמים טרח ומציל. הסמ"ע רא"ד, בהתייחס למש"כ בשו"ע שם שאם נהגו הסוחרים במתן פרוטה מהקונה למוכר, מהני מדין סיטומתא, דלכאורה מדוע לא בטלו קנין זה כקנין כסף. ואף שבפשטות יכל הסמ"ע לישב דלא בטלו קנין סיטומתא, ופרוטה זו אינה קנין כסף אלא סיטומתא, כתב לישב בדרך אחרת, דכיון שקיבל המוכר רק פרוטה, ולא קבל כל הדמים, טרח ומציל: "ולא חשו בהני גווני שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעלייה, דכבר כתבתי דלא חשו לזה אלא במקום שכבר קיבל המוכר כל דמי שוויו של המכר". וציין הסמ"ע למש"כ בסי' קצח, ז. שם כתב הסמ"ע דלא ביטלו קנין סודר כיון שלא מקבל כל הדמים: "דכל זמן שלא קיבל המוכר דמי שוויו הפירות מציל הוא הפירות, כי לא ניחא ליה לילך אח"כ עם הלוקח בדינא ודיינא. ומזה הטעם נמי בסיטומתא קניא". ולפ"ז מש"כ בסי' רא"ד היינו דלענין קנין סיטומתא כל עוד לא מקבל כל המעות, לא בטלו הקנין, אף אם בסיטומתא מקבל פרוטה. אבל בקנין כסף שמקבל מקצת מעות, לא מבואר בסמ"ע דמהני במטלטלין כיון דטרח ומציל. ועיין גם בנתיבות רד"א, דבנתן מקמת מעות לא פלוג חכמים, ורק בסודר לא בטלו קנינו במטלטלין אף אם כבר נתן המעות, עיי"ש.

אולם הגרע"א בתש" (קמא סי' קלד) למד בדברי הסמ"ע רא"ד דבכל קנין מעות אם נתן מקצת דמים, קנה אף במטלטלין, וחלק עליו, וז"ל הגרע"א: "ומה"ט נלענ"ד דמ"ש הסמ"ע (סי' ר"א) דלא חיישינן לזה אלא במקום שכבר קבל כל המעות וכו', משמע דבלא קיבל כל המעות מעות קונות, ולענ"ד אינו כן, דקנין מעות בכ"מ 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". ולכאורה הבאור בסמ"ע כנ"ל וכמש"כ הסמ"ע קצח, ז, דדוקא בקנין סודר או סיטומתא מהני, אף אם הסיטומתא בכסף, אך לענין קנין כסף אין ראיה.

השו"מ (תנינא ח"ד סי' קי) הסביר דין זה דאף במקצת מעות לא מהני במטלטלין בקנין כסף, לא מחמת לא פלוג אלא מטעם אחר: "אך נראה כיון דעכ"פ נגד המעות שקיבל שייך החשש שמא יאמר לו, וא"כ כיון דמה שקונה כל החפץ בעד ערבון הוא מצד דקונה אותו מעט שכנגד ערבון, וא"כ לפ"ז יהיה יציבא בארעא שכנגד המעות שקיבל לא יקנה ונגד שלא קיבל יקנה, וזה אי אפשר דנגד זה שוב לא קבל מעות כלל". דיצא דכנגד מה שקיבל מעות לא יקנה, ויקנה רק על מה שלא קבל מעות, דזה טרח ומציל, וא"כ יצא שהוא קונה בקנין כסף רק על מה שלא קיבל כסף, וזה לא יתכן. דלשו"מ ברור דכנגד מה שקיבל מעות, ודאי דיש מקום לגזירת חכמים שיאמר לו נשרפו חיטיך, ולבטל קנין כסף, דכנגד המעות שקיבל לא יציל. גם ראיתי טעם אחר באגרות משה (חחו"מ ח"א סי' נב ענף ב אות ב),

שלא יהיו דברי חכמים כחוכא ואיטלולא, שאם נתן כל הכסף אינו קונה, ובנתן פרוטה קונה, עיי"ש.

ולכאורה נראה דהדבר תלוי אם בקנין כסף, במקום דלא שייך הטעם של נשרפו חיטיך בעליה, בטלו קנין כסף. המרדכי (ב"מ תמט) הביא מהעיסור דבבית דלא שכיח דליקה, קונה קנין כסף במטלטלין, דדוקא בעליה ששכיח בה דליקה, גזרו חכמים: "מסתברא דוקא עליה דשכיח ביה דליקה, אבל מכר לו חטין שבבית דלא שכיחא בה דליקה, מעות קונות. וה"ג בירושלמי, בר איניש יהיב לחבריה ' דינרין, א"ל אית לי גבך מאתן גריוי מן גו ביתא שרי, מגו כרמא אסור, מה בין בית לכרם, בית אין מצוי נפול, כרם מצוי לישרף. אמר ר' יוסי זאת אומרת בר איניש דיהיב לחבריה ' דינר ע"מ דתיקו ליה בהון מאה גריון, כיון דשלח בהן ידו חייב להעמיד לו מקחו, והא מעות אין קונות, מלתא דלא שכיחא לא גזרו. ש"מ דכל כה"ג ליכא למימר נשרפו חטיך בעליה, דמלתא דלא שכיחא הוא, וכן הלכתא בכל מלתא דלא שכיחא". מבואר דחלקו חכמים בגזירתם, ודוקא במקום דשכיח דליקה, גזרו שלא יקנה מטלטלין בכסף. (עיין עיטור ח"א, מאמר ב קנין, יא, ד). ומה שחלק הב"י (חו"מ קצח) הוא לעצם העובדה שגם בבית שכיחה הדליקה, אולם לעצם הדין לכאורה לא חלק על העיסור.

ודברי העיסור הביאם להלכה הרמ"א חו"מ קצח, ה. וכן פסק הב"ח (חו"מ קצח, א בסופו). ועיין בש"ך קצח, ט שכתב דלא כרמ"א מדברי הב"י, וגם מהטעם דלא פלוג חכמים ולא נתנו דבריהם לשעורים, ושכן נראה לש"ך עיקר דלא כרמ"א אלא כרמב"ם והשו"ע. (ומה שכתב דכן דעת הב"ח, עיין למהרש"ם במשפט שלום שהקשה עליו). ועיין בשער המשפט (קצח, ג) דאף במקום דלא שייך טעם דנשרפו, לא חלקו חכמים ולא קונה בכסף. וכן כתב האמרי בינה (קנינים סי' ה). ומ"מ להלכה רבו הפוסקים דס"ל דלא פלוג חכמים, וכתבו להדיא דאף בנתן מקצת מעות, לא קנה במטלטלין בתורת קנין כסף, ורק בסיטומתא, אם נהגו הסוחרים להקנות בפרוטה, קנה במטלטלין. ולפ"ז אפשר דלסוברים דשיק מהני מדין סיטומתא, קנה אף בנדו"ד. אך אין זה הנידון לפנינו, דכל הנידון הוא רק על הצד שלשיק יש דין של קנין כסף, דאם מהני מדין סיטומתא, בנדו"ד אינו יכול לחזור בו, ואכמ"ל.

ובאמור לעיל יהיה תלוי גם הנידון כשקונה בכסף מטלטלין לא מסוימים, דבנדו"ד כיון שלא קונה ספרים מסוימים שנמצאים אצלו, ובכלל אינם נמצאים ברשותו וכנ"ל, הרי אין כאן סחורה מיוחדת שיוכל המוכר לומר לקונה נשרפו חיטיך בעליה, דאין כאן "חיטיך", שהרי לא קנה מטלטלין מסוימים, ובנדו"ד ספרים מסוימים. דאם נאמר כמש"כ האחרונים לעיל דחכמים לא פלוג וגזרו על קנין כסף גם במקום דלא

שייך החשש שיאמר לו נשרפו חיטיך, גם בזה לא יועיל קנין כסף, ואם נאמר דבמקום שיטרח ויציל או שאין חשש שישרפו החיטים מועיל קנין כסף, גם בזה יועיל קנין כסף.

הגרע"א בתש' (קמא סי' קלד הנ"ל) דן באנשי פולין שקנו מאנשי מדינתו פירות יבשים, ונתנו מקדמה, וחזרו הקונים מהמקח. ומדובר בפירות לא מסוימים שאף עוד לא באו לעולם. ובין השאר עלתה הטענה דלא שייך בכגון זה נשרפו חיטיך בעליה. ועל זה השיב הגרע"א דהוי בכלל לא פלוג, ואף דלא שייך נשרפו חיטיך, מ"מ לא קנה בכסף: "דאף בענין דלא שייך נשרפו, מ"מ חז"ל לא חלקו בדבריהם דבכל ענין מעות אינן קונות, זולת במה דמצינו להדיא דבדבר שלא שכיח כגון דמים שהן כחליפין, וכן במכור באלו, ובעליה של לוקח מושכרת, דדמי קצת שהם ברשות הלוקח, אבל בעלמא הוא בכלל לא פלוג". ועיין בתש' מהר"ש ענגיל (ח, ג סי' כה) שדן בשאלה זו, וכתב דתלוי במחלוקת הפוסקים אם במקום שטרח ומציל ולא שייכת טענת נשרפו חיטיך, קונה בקנין כסף.

ומהנתיבות רט, ט עולה שבמקום דלא שייך טעם של נשרפו חיטיך, מחמת שאין המקח מסוים וכעת אינו בידו, קונה במעות קנין גמור, לולי החסרון של דבר שאינו ברשותו. הנתיבות מתיחס לשאלה אם מוכר דבר שאינו ברשותו ומצוי בשוק, אם קנה הלוקח מחמת היות הדבר מצוי בשוק אף שאינו ברשות המוכר, או לא קנה. הנתיבות מביא את שני תרוצי הכס"מ, ומחלוקת הסמ"ע והש"ך (עיין לעיל בקצרה), וכותב דלא מהני הקנין של דבר שאינו ברשותו ומצוי בשוק אלא לענין מי שפרע, דאם קונה קנין גמור, גם במעות יקנה קנין גמור הואיל ולא שייך הטעם של נשרפו: "וכן נראה בפוסק על סמך ההיתר מחמת שיש לו, דלא קנה אפילו בקנין רק למי שפרע, כיון שכתבו התוס' (ב"מ סד, ב ד"ה האי קרוב לשכר), דיש לו הוא רק משום היתר פסיקה ויכול לאכלם וליתן אחרים, ואי נשרפו מחויב ליתן אחרים, וכיון שאין לו קנין גמור בגוף החיטין שיש לו, לא קנה רק למי שפרע מכח הוכחה הנ"ל, דאלת"ה אף במעות ליקני קנין גמור כיון דלא שייך החשש דנשרפו חיטיך". מבואר דקונה בקנין כסף במקום דלא שייכת טענת נשרפו חיטיך וטרח ומציל. והדבר סותר מש"כ הנתיבות רדא, (עיין לעיל), דאף במקום דלא שייכת טענת נשרפו חיטיך, מ"מ לא פלוג חכמים, וחלק על המחנ"א הסובר דבקנין בשט"ח ידיה קונה אף במטלטלין: "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". וא"כ גם בסוג מכר במטלטלין דלא שייך הטעם, כמו באינו ברשותו ומצוי בשוק, לא פלוג חכמים ואינו קונה.

ולכאורה החילוק בנתיבות, דכאשר הלא פלוג מתיחס לעצם מהות הכסף, שבסוג כסף כזה לא שייך נשרפו, מפני שעדיין לא קיבל את הכסף או את כל הכסף, ולכן לא יטען נשרפו חטיף וטרח ומציל, לא פלוג חכמים, דאם שם קנין כסף עליו, גזרו חכמים שלא יקנה אף בליכא טעמא של נשרפו, דהפקיעו קנין כסף. אבל כאשר השוני הוא מחמת המטלטלין הנקנים, כאשר המטלטלין אינם מסוימים או אינן ברשותו וכד', מעיקרא על כאלה מטלטלין לא תקנו חכמים שלא יקנה כסף, דעליהם לא תיקנו אלא על מטלטלין ששייך בהם טעם של נשרפו חטיף בעליה. דבקנין כסף שגזרו במטלטלין, ידעו שפעמים נותן פרוטה ופעמים נותן הכל, ובכ"ז קבעו שלא יקנה בכסף ולא חילקו, משא"כ במטלטלין, על מטלטלין אלה לא גזרו מעיקרא.

ד. קונה ספרי קודש

עוד יש לדון אם בנדו"ד דקונה ספרי קודש, שהוא לכאורה קנין לדבר מצוה, אם הפקיעו חכמים קנין כסף. דתנן בחולין פג,א: בארבעה פרקים בשנה המוכר בהמה לחבירו צריך להודיעו, אמה מכרתי לשחוט, בתה מכרתי לשחוט. ואלו הן, ערב יום טוב האחרון של חג, וערב יום טוב הראשון של פסח, וערב עצרת, וערב ראש השנה, וכדברי רבי יוסי הגלילי אף ערב יום הכפורים בגליל. ובהמשך המשנה: בארבעה פרקים אלו משחיתין את הטבח בעל כרחו, אפילו שור שוה אלף דינרים ואין לו ללוקח אלא דינר, כופין אותו לשחוט, לפיכך אם מת מת ללוקח, אבל בשאר ימות השנה אינו כן, לפיכך אם מת מת למוכר. ובגמ' שם הקשו, איך קונה בכסף ללא משיכה, ותיירצה: רבי אלעזר אומר, אמר רבי יוחנן בארבעה פרקים אלו העמידו חכמים דבריהם על דין תורה (שקונין לו מעותיו בלא משיכה – רש"י), דאמר רבי יוחנן דבר תורה מעות קונות, ומה טעם אמרו משיכה קונה, גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעליה. ובדרכי משה (חו"מ סי' קצט הביא ממהרי"ל, דאדם שנתן מעות ליין לקידוש בערב שבת, אסור למוכר לחזור בו, והואיל והוא לדבר מצוה, יש להעמיד על דין תורה. ומקור הדברים ממהרי"ל במנהגים (ליקוטים סי' לב), וז"ל: "לפי המסקנא דגמרא פ' חלון, דכשעושה מצוה העמידו דבריהם על דין תורה, נראה הדין אדם שנתן מעות על יין בערב שבת ליטול היין בשבת, אסור המוכר לחזור בו, מאחר דזה רוצה לעשות מצות קידוש והבדלה באותו היין, גם שם העמידו דבריהם אדין תורה". והביאו הרמ"א להלכה בשו"ע חו"מ קצט,ג: "ויש מי שכתב, דה"ה הנותן מעות על יין לקידוש בערב שבת, דקנה, דכל כהאי גוונא העמידו דבריהם על דין תורה". מבואר שלמד מהרי"ל, וכן פסק רמ"א, דדין ד פרקים דמעות קונות הוא מפני שהם דבר מצוה, והוא הדין לכל דבר מצוה.

ובקצה"ח נראה שהוא דין מיוחד לקידוש לשבת ולא לסעודת שבת. בקצה"ח קצט,ב כתב דגם בנותן פרוטה לנחתום על חלה לשבת דקנה, כיון דמקדשין גם על הפת. ולכאורה למה נצרך לטעם שמקדשים על הפת, תיפוק ליה מצד סעודת שבת. ומזה מוכח דלסעודת שבת לא קונה בכסף, והוא דין מיוחד רק בקדוש לשבת, ואינה דומה סעודת שבת לסעודת יו"ט של הד' פרקים (עיין להלן). ובפרמ"ג (א"א תרנו,א) כתב דמהני קנין כסף אף לקניית ד מינים: "ואם כן הוא הדין אתרוג וכל מצוה שאין מצוי יש לומר כן". והיינו שאם יחזור בו המוכר, לא ימצא הלוקח יין לקידוש או אתרוג לסוכות. עוד מצאנו דגם לנר חנוכה משתתף האכסנאי עם בעה"ב בפרוטה, עיין שו"ע או"ח תרעז,א: "אכסנאי שאין מדליקין עליו בביתו, צריך לתת פרוטה לבעל הבית להשתתף עמו בשמן של נר חנוכה". אך משם אין ראיה, דשם לא שייך הטעם של נשרפו חטיף, דכיון שהמוכר שותף עמו בשמן, טרח ומציל. גם שם אין בעה"ב צריך להעמיד לאכסנאי את השמן, אלא בכל שמן שידליק, יהיה האכסנאי שותף עמו.

ובמג"א שסט,א הקשה על מהרי"ל מהא דתנן בעירובין פא,א: נותן אדם מעה לחנוני ולנחתום כדי שיזכה לו עירוב דברי רבי אליעזר, וחכמים אומרים לא זכו לו מעותיו. ומבואר בגמ' שם (פא,ב) שסובר רבי אליעזר דעשאוהו כארבעה פרקים בשנה. עיי"ש ברש"י (ד"ה בארבעה), דאף כאן בערובי חצירות, מפני תיקון שבת העמידו דבריהם על דין תורה. (ועיין עוד במאירי שם, דד' פרקים הם דוקא בפרקים אלו, משום כבודם של ימים אלו: "בזו החזירה לדין תורה מפני כבודן של ימים אלו ... אבל בשאר ימות השנה הם עומדים בתקנת חכמים ואינו כופהו לשחוט"). ומזה יש ללמוד דלא כל דבר מצוה, ודוקא בימים אלו, ולכאורה גם לכבוד שבת). ולהלכה נפסק כחכמים דלא קונה, כן פסק הרמב"ם בהל' עירובין ו,כ, וכן פסק בשו"ע או"ח שסט,א. והקשה המג"א על מהרי"ל ורמ"א שפסק כמותו, מדוע לא קונה העירוב במעות, הרי עירוב הוא גם מצוה, ונשאר בצ"ע. ובא"ר שם כתב דאין לדמות מצוות זו לזו. ובפרמ"ג שם הביא מתוספות שבת דעירובי חצירות אינה מצוה כ"כ. (עיין במחצה"ש דאינה מצוה גמורה ורק נועדה להציל מטלטול). והקשה, דלא גרע מד' פרקים בהם מרבית בסעודות. וכתב דד' פרקים הוא טעם מיוחד, כיון שמשחיטין בעל כרחו, ולכן אינו יכול לחזור בו (וצ"ב, אם כוונת הפרמ"ג רק לדחות קושיתו מד' פרקים, או להעצים קושיית המג"א, דאין לדמות דבר מצוה לד' פרקים). ובברכי יוסף שם כתב: "דדבר שהוא כולל ושוה לכל נפש כגון בד' פרקים ויין לקידוש, שהרוצה לקנות זה דרכו לתת מעות, העמידו דבריהם על דין תורה, אבל גבי עירוב דהנהוג הוא שנותן לחם או המערב מזכה לו כארז כל ארעא, לכך לא העמידו דבריהם על דין תורה בזה שיצא לידון בדבר חדש לתת מעה וכו' ולא קנה

עירוב., ולפ"ז יצא לחלק בין דבר שיש רגילות ליתן בעדו מעות, כמו במקח וממכר לדבר מצוה, או עירוב שאין דרך ליתן אלא פת. ולכן עירוב חצירות הוחרג מכל דברי מצוה שקונה במעות.

ומצאנו לאחרונים שחילקו בסוגי המצוה. הבית יצחק (חאו"ח קז,א) כתב דכל דין ד פרקים ודין מהרי"ל, הוא דוקא במקום שקונה ונצרך לדבר באופן מידי תוך יום אחד, דביום אחד לא חוששים שתפול דליקה ויאמר לו נשרפו חיטין. אבל אם קנה בשר ליו"ט, לא בערב היו"ט אלא יום קודם לכן, וכן יין לקידוש אם קנה ביום חמישי, בזה העמידו דבריהם על דין תורה: "דנ"ל הסברא דבד' פרקים העמידו על דין תורה, דהתוס' בעירובין (פא,ב ד"ה שמא יאמרו) כתבו דאם לא שכיח שישהה המשיכה אחר נתינת המעות, לא חיישינן שמא יאמר נשרפו חיטין. וא"כ צ"ל דמה"ט עקרו קנין כסף, דשכיח שישהה, משא"כ בד' פרקים אלו דבודאי הבעלים ימשכו תיכף דצריכין לבשר, משום חד יומא לא חיישינן שיאמר נשרפו חיטין. ומשו"ה פליגא רבנן על ר"א בעירוב, דבעירוב כיון דהפת נשאר אצל החנוני והוא מערב בו, ואם אחר השבת ישרף לא טרח ומציל, ושייך הטעם שמא יאמרו, ואינו דומה לד' פרקים. משא"כ ביין לקידוש, דבודאי ימשך תיכף, משום חד יומא לא חיישינן, ושפיר קאמר מהרי"ל. ולפ"ז כ"ש באתרוג ... אבל כל זה בעיו"ט דלא הוי אלא חד יומא. משא"כ כשיש יותר מיום אחד דשייך הגזירה דרבנן, מי יהין לומר זאת מעצמו". דדוקא במקום שמיד יקח את המקח, דביום אחד לא חוששים שתפול דליקה, משא"כ בערוב שצריך לעמוד ימים רבים. ולפ"ז יש לדון בכל מקח בפני עצמו, אם מדובר בסוג מקח שאמור לקחת ביומו מהמוכר, אם הוי דבר מצוה, יקנו מעות ולא חוששים שתפול דליקה, משא"כ ביותר מיום אחד.

ומהרש"ם במשפט שלום (קצט,ג) כתב לחלק בין מצוה דאורייתא דרבנן, ולכן בעירובי חצירות שהוא מדרבנן, לא תיקנו. ולכאורה צ"ב, דבד' פרקים לא הוי מצוה מהתורה. וצ"ל דדין ד פרקים הוא מטעם שמחת יו"ט, של ושמחת בחגך, ואין שמחה אלא בבשר ויין (ועיין בתש' חוות יאיר סי' קעח, ובדרכי תשובה יור"ד פט,יט, ובשבט הלוי ח"ג סי' יח, ואכמ"ל, ועיין עוד להלן), ומ"מ דבר מצוה שדיבר מהרי"ל הוא דוקא מצוה מהתורה. ולכן כתב דגם אתרוג הוא דוקא אם יום א דסוכות חל בחול, אבל חל יום א דסוכות בשבת, דמצות אתרוג היא דרבנן, אינו קונה בכסף. ובזה יש להבין גם מש"כ בקצוה"ח דהוא הדין פת דלפעמים מקדשים על הפת, דדוקא קידוש הוי דאורייתא, עיין בחינוך מצוה לא, משא"כ סעודת שבת אף שהיא סעודת מצוה וצורך מצוה, אינה מצוה מהתורה.

ויש מהאחרונים שכתבו דלא כמהרי"ל. הגרע"א בהגהותיו לחו"מ (קצט,ג) הביא את קושית המג"א שסט,א (הנ"ל), וכתב דממה שפסק הרמב"ם דלא מהני קנין כסף

לערוכי חצרות, משמע דלא כמהרי"ל, ויכול לטעון קים לי כדעתם, דלא כמהרי"ל, ויכול לחזור בו ממקח שקנה לדבר מצוה בכסף. וציין לתש' מוצל מאש. מהרי" אלפנדרי בתש' מוצל מאש (סי' מב) שנשאל מי שקנה לולב בקנין כסף, ונתן לחבירו במתנה ע"מ להחזיר, אם יוצא ידי חובה בלולב, כיון שהעמידו דבריהם על דין תורה לענין קנין כסף, כמו בד' פרקים. וכתב דבתחילה חשב דדין ד פרקים הוא מחמת המצוה לאכול בשר ביו"ט. אך הביא דברי הרמב"ם (הל' מכירה טז): "ארבעה פרקים בשנה העמידו דבריהם על דין תורה בבשר, מפני שהעם כולן צריכין לבשר ...", הרי שאין זה מטעם המצוה אלא מפני שהעם צריכים לבשר, ואם היה מטעם המצוה שבאכילת בשר, היה הרמב"ם מציין זאת כטעם המשנה. גם הביא ראייה מדין ערובי חצרות דלא מהני לקנות ככר הלחם בפרוטה (עיין לעיל), ומזה מוכח שאפי' במקום מצוה צריך לקנות במשיכה. ומוכח ממהרי" אלפנדרי שאינו סובר כמהרי"ל, ואף במקום מצוה לא מהני קנין כסף. גם מדברי הגר"א (חו"מ קצטו) מבואר דלא ס"ל כמהרי"ל. הגר"א הקשה מערובי חצירות, וכתב דערובי חצירות אינה חובה כקידוש: "ומ"מ דברי מהרי"ל אינו מוכרח". ומבואר דלהלכה אין הכרח לדברי מהרי"ל, ובודאי לא לנהוג כן לכתחילה, כמו בד' מינים לסוכות וכד', ויוכל המוחזק לטעון טענת קים לי דלא כמהרי"ל, וכמש"כ הגרע"א.

ולכאורה נדו"ד תלוי בנ"ל. ויותר נראה דבכל מקרה ספרי קודש וקנייתם לא דמי לקידוש, ולא עדיף מערובי חצרות דלא מהני, דאין בזה מעשה מצוה כמו קניית אתרוג ויין לקדוש. ולכן לכאורה בכל מקרה לא מהני קנין כסף מטעם דבר מצוה ושיטת מהרי"ל. אמנם מצאנו בתש' שו"מ (תליתאה, ח"ב סי' צט) שכתב טעם נוסף דספרי קודש נקנים בכסף, דלא שייך בהם טעם של נשרפו ספרי, דודאי ספרי קודש יטרח ויציל: "וגם נראה דבספרי קודש ודאי טרח ומציל ולא שייך הטעם דלא יטרח". אמנם בערך שי (לגאון הרב שלמה לייב טאבאק, ראב"ד סיגעט, חו"מ קצח, א) כתב לחלוק על השו"מ, והביא מתוס' (ב"מ מזב, ד"ה אי), דהתקנה שלא יקנה מטלטלין אלא במשיכה; "לא תקנו אלא משום שאינם מהוגנים, שיניחו פירות חבריהם לשרוף". ושאינם מהוגנים גם יניחו ספרי קודש לשרוף. כמו כן הקשה, דלא פלוג חכמים בתקנתם, כמו שלא חילקו בין אם נתן מקצת דמים לכל דמים (עיין לעיל). ולפ"ז אין ללמוד שספרי קודש מהני בקנין כסף טפי משאר מטלטלין.

ה. כסף בתורת סיטומתא

אלא שיש מקום שיועיל השיק מדין קנין, כיון שכך נהגו הסוחרים לקנות ע"י מתן שיקים, ומהני מדין סיטומתא. דבשו"ע חו"מ רא"ב, פסק וז"ל: "... ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו,

וחייב זה ליתן הדמים ... וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר ...". מבואר דמהני נתינת פרוטה מדין סיטומתא, אם נהגו התגרים לקנות. ומקור דברי השו"ע (כמבואר בב"י שם), מדברי הרא"ש ב"מ ה,עב, וז"ל: "ור"ח פי' כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח, תוקע כפו לכף חבירו ובזה נגמר המקח, וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח, כגון במקום שנהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח". ולכאורה מדברי הרא"ש אפשר דנתינת מטבע אינה בדוקא פרוטה או מטבע היוצא בהוצאה, דאפשר שהוא מטבע שרק בו עושים קנין כסודר וכיוצא"ב, דאף דלא מהני מטבע בתורת סודר (עיין שו"ע חו"מ קצה,ב וברמ"א שם), מ"מ בתורת סיטומתא יועיל, גם כשעושים בו קנין ומחזירו ללוקח, והרי הוא כסודר, דהרא"ש לא מיירי דוקא בפרוטה, דבפרוטה י"ל דהוא קנין כסף, אבל הרא"ש שכתב מטבע, אפשר כנ"ל, ואין ראייה דמהני כסף בתורת סיטומתא. דהראשונים שדברו על קנין כסף, נקטו לשון פרוטה או כסף ולא לש' מטבע.

ודבר זה מצאתי אח"כ להדיא בריטב"א (ב"מ עד,א): "והנכון בזה מה שאמר מורנו בשם ה"ר פינחס אחיו ז"ל, דסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה, והתגרין נותנין אותו לסימן כשלוקחין דבר אחד, ולא ידיע אי בתורת דמים יהבי ליה וכאומר ערבוני יקנה הכל וליכא אלא מי שפרע, או בתורת חליפין יהבי ליה דקני לגמרי, דכיון שאין עליו צורה נעשה חליפין". הרי דמיירי במטבע שאינה בתורת כסף אלא חליפין, ורק בכה"ג קונה קנין גמור. וכך לכאורה יש לפרש גם דברי הרא"ש. וכן נראה להלכה דעת מהר"מ שיק (חחו"מ סי' מא).

והשו"ע שינה מלשון הרא"ש שכתב מטבע, וכתב דבפרוטה הוי סיטומתא אם נהגו התגרים, י"ל דהבין שכך היא כוונת הרא"ש. ואפשר שלמד כן ממה שהביא הטור דברי אביו הרא"ש (חו"מ סי' רא): "וכתב א"א הרא"ש ז"ל, וכיוצא בזה באיזה דבר שנהגו לגמור המקח, כגון במקום שנותן הלוקח פשוט אחד למוכר ובזה נגמר המקח". ממש"כ פשוט אחד, למד הב"י דמיירי בפרוטה הניתנת מהקונה למוכר, כמו שנהגו בקנין כסף, ולא במטבע כקנין סודר, דלא מהני אלא בתורת סיטומתא ולא בתורת סודר.

והסברא לשיטת השו"ע, דכיון דשם קנין סיטומתא עליו ולא קנין כסף, רק קנין כסף תקנו שלא יקנה, אבל בקנין סיטומתא, אף אם נתן כל המעות, לא פלוג חכמים, כמו שלא פלוג בקנין כסף כשלא נתן כל המעות. כן מבואר גם בנתיבות קצח, ד: "ובסיטומתא ובקנין סודר נראה, כיון דסתם אינו נותן המעות, לא פלוג רבנן, ואפילו נתן המעות ג"כ קונה. ובמעות לחוד, אפילו לא נתן רק מקצת מעות דלא שייך לומר נשרפו חיטיך, מ"מ לא קנה רק למי שפרע, כיון דעקרו קנין מעות, לגמרי

עקרוהו". ולפ"ז יצא שאפי' יתן כל המעות, אם קנה בסיטומתא, מועיל קנינו, ולא גזרו בזה חכמים.

וזה לכאורה דלא כסמ"ע רא"ד שכתב דמהני פרוטה בסיטומתא, דוקא אם לא נתן כל הדמים: "ולא חשו בהני גווני שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעלייה, דכבר כתבתי (קצח, ז) דלא חשו לזה אלא במקום שכבר קיבל המוכר כל דמי שוויו של המכר". ומבואר דבכל שווי המכר, ששייך טעם נשרפו חיטיך, לא מועיל גם בסיטומתא. ובוזה חולק לכאורה הנתיבות הנ"ל, דלא פלוג חכמים. גם מתש' חת"ס (חחו"מ סי' צט) מבואר דבסיטומתא אפי' נתן כל המעות, מועיל קנינו, והרי זה כקונה בהגבהה ונתן כל המעות, שלא הפקיעו חכמים קנינו, אף דשייך טעם נשרפו מחיטיך, וז"ל החת"ס: "אבל אם קונה בדבר שיש בו קנין כגון בהגבהה, אע"פ דיהיב כולי זוזי ואיהו רוצה לזוק בנכסיו מה איכפת לו, וכיון שכן הוא הדין בסטומטא שקונה ע"פ המנהג שהוא כקנין מן הדין כמ"ש רשב"א על זה, דמנהג עוקר הלכה אם היה רוצה שלא לתת מעותיו נמי היה בטוח בקנינו שלא יחזור בו המוכר, והאי דיהיב זוזי מדעתיה הוא דיהיב, אין אני רואה עקירת תקנת חז"ל ... אבל אסטומטא נ"ל דהוה כקונה בהגבהה ויהיב כל זוזי דקנה, אלא שבסמ"ע נראה דאפי' בסטומטא אמרו נמצא לפי הנ"ל עכ"פ להרב"י ורמ"א דפסק כוותיה דיכול להתנות נגד תחז"ל פשוט דקנה, אף על גב דיהיב כולי זוזי, ולהש"ך נמי דפליג י"ל היינו בהתנה לקנות במעות, אבל בקונה בסטומטי מודה הש"ך, ואפוי פלוגתא לא מפשינן, ומשמעות הסמ"ע צ"ע". הרי שבסיטומתא קונה אף כשנותן כל המעות. ועיין בחושן אהרן רא"א, מש"כ בזה. גם מהר"ש ענגיל (ח"ז סי' קיא) כתב דמהני כסף במקום שנהגו הסוחרים לקנות בו, מדין סיטומתא, והשיב על השגת הגר"מ אריק שלא הסכים עמו, עיי"ש. ובאולם המשפט (לגרי"ז הוטנר, רא"ב) הסכים לדעת הסמ"ע.

ו. בספק אם קנה במעות

הנה בנדו"ד רבו הספיקות ומחלוקות הפוסקים אם קונה בנדו"ד בקנין כסף לחוד. בפת"ש חו"מ קצח, ח הביא את קושית האחרונים על השו"ע, מדוע פסק דשכירות מטלטלין נקנים בכסף (חו"מ קצח, ו), בעוד שהדבר נתון למחלוקת ראשונים. וכתב הפת"ש לישב לפי מש"כ המגיד (גזילה ד, ז) לענין תקנת נגזל בשכיר ולקיט, דכיון שהוא ספק תקנה, מעמידים על הדין, ואף תפיסה לא מהני. ומוכח דבספק תקנה, אף שהיא תקנה מחכמי התלמוד, מעמידים על הדין, ולכן גם בענין שכירות מטלטלין, כיון דדבר תורה מעות קונות, כיון שנחלקו הראשונים אם דין משיכה קונה במטלטלין הוא גם בשכירות מטלטלין, מעמידים על דין תורה ומוציאים מהמשכיר, דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא. והביא הפת"ש שם מתש' נאות דשא (סי' 10)

צא) ופרח מטה אהרן (ח"א סי' יא), שלענין תקנות חכמי התלמוד לא מעמידים על קודם התקנה, שתקנות חכמי התלמוד נחשבות לדין תורה, וכל ספק בתקנת חכמי התלמוד הרי הוא כספק בדין, ודינו המוציא מחבירו עליו הראיה. ולפ"ז בזה גופה מצאנו מחלוקת אם בתקנה זו שכסף אינו קונה במטלטלין, לענינים שיש בהם מחלוקת הפוסקים, אם מעמידים על התקנה או על הדין שקודם התקנה.

ועיין בשו"מ (תניא, ח"ג סי' קכז) שכתב לענין מקום שיש ספק אם עקרו קנין כסף במטלטלין: "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". ולפ"ז באנו למחלוקת האחרונים אם יכול הלוקח לתפוס, אם אומרים שמעמידים על עיקר הדין וקנה בכסף, או בספק תקנת חכמי התלמוד מעמידים על התקנה. ונפק"מ אם יוכל התופס לטעון טענת קים לי, דמהמגיד מוכח דלא מהני תפיסה, וממה שהביא הפת"ש משמע דמהני תפיסה, והיא גופה המחלוקת אם מהני תפיסה, וגם בזה גופה אם מועילה תפיסה במקום שיש מחלוקת אם מהני תפיסה, מצאנו בזה מחלוקת באחרונים.

המל"מ (הל' מלוה ולוה דו, בסופו) לענין לזה שנתן למלוה אבק ריבית, אם יכול הלוח לתפוס מה שנתן, כתב וז"ל: "ולענין הלכתא בהאי דינא דהראב"ד, הנה כל הפוסקים חלקו עליו, והגאונים ג"כ ס"ל דתפיסה לא מהני כמ"ש בעל התרומות בשמם. אך ראיתי להרא"ה בס' החינוך מצוה שמד שכתב כדעת הראב"ד בלא שום חולק, ולא חילק בין משכנתא לשאר אבק רבית אלא כתב סתם דכל אבק רבית אי תפס לא מפקינן מיניה. ומסתמיות הרא"ה והריב"ה נראה כן דלהראב"ד בכל אבק רבית מהני תפיסה. ומשום הכי נראה דאי תפס לא מצי למימר קים לי כהראב"ד והרא"ה דס"ל דמהני תפיסה, מאחר שהתפיסה עצמה במחלוקת היא שנויה אי מהני אי לא, אין לומר קים לי וכמו שהשרישונו הרבנים האחרונים ז"ל". ומקור לדברי המל"מ נמצא במהרי"ט בתש' (ח"א סי' קנא) שהביא ראייה דכשהמחלוקת היא בתפיסה עצמה, לא מהני תפיסה, מכתובות פד"ב, בקריביה דרבי יוחנן תפס פרה דיתמי בסימטא, אתו לקמיה דרבי יוחנן, ואמר להם דשפיר תפסו, ורשב"ל אמר להם להחזיר. אתו לקמיה דרבי יוחנן, אמר ליה מה אעשה שכנגדי חלוק עלי. וברש"י שם – שהוא שקול כמותי. והקשה מהרי"ט, דלא יהיה אלא ספק השקול, כיון שיש מחלוקת, יעמוד בתפיסתו. אלא כיון שעיקר המחלוקת אם מהני תפיסה, לא יכול לתפוס. ואין לומר דרבי יוחנן פסל עצמו לדין כיון שהיה קרוב כמובא בגמ', ורשב"ל היה בתורת בי"ד, דלא משמע הכי, דנראה דבדרך שאלה באו לשניהם.

והש"ך בתקפו כהן (סי' קא ולהלן) דחה את ראית מהרי"ט, דגם רבי יוחנן עצמו לא היה ברור לו דמהני תפיסה, ממה שאמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי, ונראה

שרבי יוחנן עצמו חזר בו, וגם מצד שהיה רבי יוחנן פסול לדון. ועוד, דרבי יוחנן לא אמר להחזיר מה שתפס, רק אמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי ושקול כמותי, ונתן להם הברירה לעשות כפי שמבינים. והביא הש"ך ראייה ממנהיר"ל (א,פז) דס"ל דמהני תפיסה אפי' במקום שהיא גופה המחלוקת, וכן דעת הרד"ך (בית ב סי' ט), ועיי"ש מה שהביא ראייה מדברי הרמ"א בשו"ע אהע"ז צג,כב. וע"כ ס"ל לש"ך להלכה דמהני תפיסה גם במקום שנחלקו הפוסקים אם מהני תפיסה. ולדברי הש"ך הסכים התומים בקיצור תקפו כהן (עיי' בדפוסים שלנו דף מו,א טור א).

אמנם בקצוה"ח פז,יד הביא ממנהיר"ל דכל היכא דאיכא ספק בתפיסה עצמה, לא יכול לתפוס (ולא מצאתי במקום שציין קצוה"ח), וז"ל: "ועיין בתשובת מוהר"י בן לב ספר א סי' עד דכתב דכל היכא דאיכא ספק בתפיסה עצמה אי מהני או לא, אינו יכול לומר קים לי, ובפרט שהסברא מכרעת דלא מהני תפיסה וכמ"ש בס"ק יב דאין לו כח יותר מב"ד, וכיון דהב"ד אין לו לירד לנכסיו אם אינו רוצה לישבע, גם הוא אין [לן] כח בנכסיו, וא"כ הכא דספיקא הוא אין הב"ד מנדין אותו ותפיסת התובע לא מהני". וחזר הדין בקצוה"ח פח,ט. ועיין עוד בפת"ש עה,כ מש"כ בזה. ולפ"ז גם בזה באנו למחלוקת אם מועילה תפיסה.

ז. אם מקבל מי שפרע

על הצד שאינו קונה במטלטלין, לכאורה תלוי במחלוקת הראשונים אם שיק דינו ככסף, והוא ספק לענין מי שפרע, ובודאי בעל נפש יחוש לספק מי שפרע. אולם יש עדיין לדון על חיובו במי שפרע אף אם קנה בכסף. דעל הצד שיש עליו מי שפרע, נחלקו גם האחרונים אם פסול לעדות ואם חייב בדיני שמים. עיין מה שכתב בשו"מ (תנינא, ח"ד סי' קי בסופו) שהסתפק במי שחייב במי שפרע אם חייב בדיני שמים או לא. והביא מתש' מהר"ם מינץ (סי' קא) דאין עליו בדיני שמים. ועל הצד שהיה חייב בדיני שמים, היה פסול לעדות, עיין שטמ"ק ב"ק נו,א, דכל החייבים בדיני שמים פסולים לעדות. אולם אם אינו חייב בדיני שמים, צ"ע אם פסול לעדות, וציין לתש' כנסת יחזקאל שהביא בשם המעד"מ שכל מי שהוא חייב במי שפרע פסול לעדות, והוא חולק עליו; "וכן עיקר לפע"ד". ומ"מ ודאי דצריך לחוש לעצמו על הצד שיש כאן חיוב מי שפרע מחמת השיקים, לשיטות הראשונים הנ"ל באות א, יש צד אף שפסול לעדות, ואף שהכנסת יחזקאל והשו"מ פסקו שאינו פסול לעדות, מ"מ בעל נפש ודאי יחוש לעצמו.

צד נוסף להקל בנדו"ד שאינו מקבל מי שפרע, מה שכתב הגר"ש קלוגר (תש' טוב טעם ודעת, תילתא ח"ב סי' קנט). הגר"ש קלוגר הביא דעת הט"ז דבריבית אינו

חייב להחזיר ללוה, אא"כ תבעו הלוה למלוה להחזיר הריבית, ושכן הדין בשוחד (עיין שו"ע חו"מ ט,א ובסמ"ע ג, ועיין להלן), והוא הדין לענין מי שפרע שהוא לטובת הלוקח, אינו חייב לקבל מי שפרע כל עוד לא תבעו, ואם לא תבעו, הרי הוא פטור לגמרי, ואף חיוב לצאת ידי שמים אין בזה. והנה מה שכתב הגר"ש קלוגר דבשוחד חייב להחזיר רק אם תבעו, מבואר להדיא בשו"ע חו"מ ט,א: "מאוד מאוד צריך הדיין לזהר שלא ליקח שוחד אפי' לזכות את הזכאי. ואם לקחו, צריך להחזירו כשיתבענו הנותן". אך מה שכתב דאף בריבית הדין כן, נחלקו בזה האחרונים. הסמ"ע ט,ג כתב דאין השוחד דומה לריבית, דשוחד שקיבלו מרצון הנותן ולזכות הזכאי, אין צריך להחזירו בלא תביעה, אבל בריבית דכתיב (ויקרא כה,לן) וחי אחיך עמך, יש חיוב להחזיר ללוה כדי שיחיה בו.

אולם בט"ז שם (וכן ביור"ד קסא,ג) כתב דאף בריבית לא חייב להחזיר ללא תביעה, והביא ראיה מרש"י (ב"מ סא,ב ד"ה ע"כ): "ריבית קצוצה, וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תובעו בחייו". וכתב הט"ז דנפק"מ אם הלוה לא תבעו, ויש מלוה נוסף ללוה שתובע את המלוה לוקח הריבית מדין שעבודא דר"נ, דכיון שאין תביעה מהלוה, אין צריך המלוה לוקח הריבית ליתן הריבית למלוה השני: "כיון שאין כאן תביעה מן הלוה שיחזירם, אין כאן ממון כלל, דהרי בעינן תביעה כנ"ל". וטעם נוסף, כיון שביחס ללוה לא יתקיים וחי אחיך עמך, ולכן כופין המלוה לשלם, כשאינו מגיע הריבית ללוה אלא למלוה האחר, אין כאן עשה דוחי אחיך עמך.

ועיין בקצוה"ח ט,א שחלק על הט"ז לענין שעבודא דר"נ, דכיון דפריעת בע"ח מצוה, ואין ללוה לקיים המצוה לשלם ללוה, כופין את הלוה שיתבע את המלוה להחזיר הריבית, עיי"ש. אמנם בעיקר הדבר מבואר דס"ל לקצוה"ח דהחזרת ריבית ממלוה ללוה הוי כמו צדקה והענקה, ונפק"מ שאף לאחר שתבעו יכול למחול. ועיין בנתיבות ט,ב מש"כ על דבריו. גם בפנים מאירות (ח"ב סו"ס עד) חלק על דין הט"ז לענין שעבודא דר"נ, דהואיל ונכסי מקבל הריבית משועבדים למלוה של נותן הריבית, ואף אם מחל בשעת נתינה ריבית, כיון שהתורה לא מחלה ובידו לתבוע, המלוה של נותן הריבית הוא כבעל דבר של מי שלקח ריבית. ואף שלא בא לחיותו של לוה, אין זה המעוה של לוה. ועוד, אם חסה התורה על חיותו של גופו של לוה, ק"ו שחסה תורה על נפשו ונשמתו של לוה שלא יקרא לוה רשע ולא ישלם, עיי"ש. ועיין עוד בברכי יוסף (חו"מ ט,א) שהביא חולקים על הט"ז בענין שעבודא דר"נ, כנה"ג יור"ד סי' קסא הגה"ט אות יט, והגאון מהר"א ברודא בספר אשל אברהם, וכן הרב עטרת צבי, שגם הוא דחה ראית ודין הט"ז.

ובמחלוקת הסמ"ע והט"ז נחלקו האחרונים. הב"ח (חו"מ ט,ב) כתב דדין אחד לריבית ושוחד, דיוצאים בדיינים, ואם אינו תובעו הוי מחילה. ובתומים (אורים ט,ב)

הביא את דעת הסמ"ע, ואת דעת הב"ח והט"ז החולקים עליו. ובשער המשפט ט,א כתב דהן בשוחד והן בריבית חייב להחזיר מטעם גזל, ומה שאינו חייב להחזיר אא"כ תובעו, דבלא תביעה הוי מחילה: "דלכך בעי להחזיר השוחד משום דאי עביד לא מהני והוי גזל, וא"כ קשה למה בעינן תביעת הנותן, דהא גזילה פשיטא דחייב להחזיר אף בלא תביעת הנגזל. אלא ודאי ע"כ צריך לומר דלכך בלא תביעה אינו צריך להחזיר, משום דאמרינן כיון דמתחילה נתנו לו מרצונו הטוב מסתמא מחל לו אח"כ כיון שאינו תובעו, וא"כ אף בריבית שייך האי טעמא, דאף דריבית קצוצה יוצאה בדיינים, מ"מ מהני מחילה גביה כדאיתא ביו"ד סי' ק"ס ס"ה, וכיון שאינו תובעו מסתמא מחל לו".

ובשבות יעקב (ח"א סי' קלה בסופו) כתב לחלוק על הסברא דאי תביעה הוי מחילה, וכתב דמה שלא מוציאים בלא תביעה הוא מפני שאין ביו"ד פוסקים יותר מהתביעה (עיין חו"מ סו"ס יז), אבל ודאי יש חיוב למקבל להחזיר לצאת ידי שמים אף בלא תביעה, ורק ביו"ד לא כופין ללא תביעה, הן בשוחד, הן בריבית והן בגזל: "ומה דמשמע קצת מדבריהן דאם לא תבעו מיד הוי מחילה, זה אינו, כמ"ש בזה בספרי משפטי יעקב בסי' ט', דכל שאינו מוחלו בפירוש יכול לתבעו כל זמן שירצה, אך כל זמן שלא תבעו אין הב"ד נזקקין לו, כי בלא"ה אין לדיין לפסוק יותר ממה שתבעו כדאיתא בשו"ע יז,טז, וכן הדין ג"כ בריבית וגזל, ודלא כהסמ"ע דכל שאינו תובעו אין נזקקין לו. אכן אם רוצה לצאת ידי שמים ולהשיב בתשובה, אזי צריך להחזיר אף אינו תובעו". ומבואר שבכל אופן יש חיוב לצאת ידי שמים אף באינו תובעו. ולפ"ז גם לענין מי שפרע יש מקום לחייב אף בלא תובעו, לצאת ידי שמים, עיין לעיל בדברי השו"מ מש"כ בזה.

ודברי השבו"י הביאם גם הברכ"י (חו"מ ט,א), וכתב דמפשט דברי הרמב"ם והשו"ע שכתבו שצריך להחזיר השוחד כשיתבענו, משמע דאף בבא לצאת ידי שמים אינו חייב להחזיר השוחד מעצמו מבלי שיתבענו, דעל הרוב מחל לו. והוסיף הברכ"י, דמה שא"כ בריבית, דבריבית לא מועילה מחילה בעת נתינת הרבית, ולכן אף בלא תביעה צריך להחזיר, משא"כ בשוחד מועילה המחילה בזמן הנתינה, וגם יותר מצוי ששוחד נותן בלב שלם וברצון גמור יותר מריבית. עוד הוסיף בברכ"י: "וראיתי למהר"ר אורי בביאורו כ"י, שהסכים עם הסמ"ע, וביאר הטעם לחלק בין ריבית לשוחד, דהשוחד עצמו מתנה ואינו אסור רק מטעם כי השוחד יעור, ולכן כשכבר קבלו ולא הטח המשפט אין המתנה באיסור, דעיקר איסור השוחד אינו אלא שמא יטה הדין, משא"כ בריבית, דהתורה קפיד על הרבית עצמו, לכן גם שלא תבעו חייב להחזיר".

ומכל הלין נפק"מ לנדו"ד לענין מי שפרע כשלא תבעו המוכר לקיים המקח. דכאמור בנדו"ד יש בכלל ספק אם הוי קנין כסף, וגם אם הוי קנין כסף, יש בזה

מחלוקת אם מקבל מי שפרע, ואם יש חיוב לצאת ידי שמים. ואף שמחמת כל הספיקות נראה דלדינא יכול לחזור בו, מ"מ בעל נפש יחמיר על עצמו.

וע"כ נראה להלכה דבנדו"ד שרבו הספיקות לומר שיועיל קנין כסף, והנטיה היא שלא יועיל קנין כסף, ונחלקו במספר נקודות הפוסקים בזה, ואף לענין מי שפרע, צ"ע אם מקבל בנדו"ד מי שפרע, יוכל ראובן לטעון טענת קים לי דלא מהני קנין כסף בכה"ג, וגם שאין בזה כסף כלל, ואף לצד שכן, לא צריך לקבל מי שפרע ולא חייב לצאת ידי שמים, וממילא אינו חייב לקנות משמעון. אך אם ראובן בעל נפש ורוצה להחמיר על עצמו, יכול לעשות כפי שהציע.

סימן יג

הקנאת כלים לנכרי, כשאין אפשרות להטבילם

ראשי פרקים

א. אודיתא

ב. פועל

ג. קנין אנב, והדין בהפקיר כליו

בחדש ניסן תש"פ, נסגרו בערים מסוימות מקוואות הכלים, וזוגות רבים שהתכוונו לעשות את חג הפסח בבית ההורים, ונאלצים לעשותם בביתם, ורכשו כלים חדשים לצורך כך, לא יכלו להטבילם, ובשעת הדחק הורו הרבנים שיקנו את הכלים לנכרי במתנה, וישאלו ממנו. ונכרי אינו מצוי בכל מקום, וגם במקומות שיש נכרים, חלקם מסרב לפתוח את הדלת במקום בו הם עובדים (עם קשישים), ולכן נשאלתי איך יקנו את הכלים לנכרי דרך הטלפון או הפקס. הועלתה הצעה שכולם יקנו את כל הכלים לראובן, שמכיר רופא נכרי, איתו הוא ביחסי הכרות טובים, והוא יקנה לו את כל הכלים שלו (שלמעשה גם של חבריו וידידיו), באמצעות הפקס או הדוא"ל. ונשאלתי איך שייך לעשות זאת. (החברים יקנו לראובן, ע"י שאחר יזכה את הכלים מיד החבר לטובת ראובן, ויגביה את הכלים ג טפחים. והאחר לא יהיה אשתו או בן בית הסמוך על שולחנו).

והשבתי, דראשית יש לדעת שחייב טבילה של כלי מתכות, הוא להרבה מהראשונים והפוסקים (וי"א רוב הראשונים והפוסקים) מהתורה. וזה כולל סירים, סכ"ס וכד'. ולכן ככל שרוצים לסמוך על הקנאה זו, יש לבדוק היטב אם הנכרי מבין את משמעות המתנה, וכן לעשות בקנין המועיל ביותר, אף בשעת דחק זו. כמו כן קשה לענ"ד לסמוך על הפקר הכלים אף בשעת דחק זו, כאשר מיד כוונתו לזכות בהפקר, וכמו שיתבאר בגוף הדברים.

ושמעתי, שיש מהרבנים שהוסיפו לתקן בשטר מכירת חמץ שלהם, כשהם מוכרים חמץ של שולחיהם, שמוכרים גם כלים חדשים, וכן מופיע בשטר השליחות. וזו תקנה טובה, ובלבד שלא ישתמשו בכלים לפני זמן המכירה, ביום י"ג או י"ד, כל שטר לפי ענינו. דפעמים עקרות הבית מעונינות לבשל עוד קודם לערב החג, ויש להזהר בזה לא להשתמש בכלים קודם מכירתם.

א. אודיתא

ההצעה הראשונה היתה שראובן יודה בפני שני עדים, לדעת קצוה"ח מ"א, עיין מה שכתבתי בח"י סי' כג. ועיי"ש מה שהארכתי במחלוקת הראשונים והאחרונים אם אודיתא הוי קנין או הודאה. ומקובל לסמוך על כך שאודיתא הוי קנין, ולכן יכול להקנות במתנה באודיתא, אחרי שיודיע למקבל המתנה, שמא יאמר הנכרי אי אפשר בה, עיין ב"ב קלזב, ובשו"ע רמה"י.

השאלה אם מהני קנין אודיתא בנכרי. מדברי רבים מהפוסקים עולה שמועיל קנין אודיתא בעכו"ם. כן מבואר מדברי הב"ח (יור"ד קסט"ג) הביא ראייה מאיסור גיורא (ב"ב קמט"א) דמהני אודיתא אף בנכרי, ולכן מועיל אודיתא שהמעות של נכרי, להנצל מאיסור ריבית: "דאפילו בגוי גמור קני ליה באודיתא, וכדכתב הרמב"ם (זכיה ומתנה ט, ט) ... והעיקר כדפרישית, דזכה בו במקום גוי על ידי אודיתא". וכן הביא הש"ך (יור"ד קסט"ו) בשם הב"ח. ובקצוה"ח קצד"ג, שמועיל אודיתא למכירת חמץ לעכו"ם: "וכאשר 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". והביא את דברי הב"ח דמהני אודיתא לאיסור ריבית להקנות לעכו"ם, והט"ז שחלק עליו (עיין להלן), והביא קצוה"ח ראייה לב"ח מתוס' ב"מ מו, א (ד"ה ונקנינהו), דאיתא שם בגמ', היה עומד בגורן ואין בידו מעות, אומר לחבירו הרי פירות הללו נתונים לך במתנה, וחוזר ואומר הרי הן מחוללין על מעות שיש לי בבית. והקשתה הגמ', מדוע לא יקנה לו חבירו את המעות שיש לו בבית, ובעל הגורן יחלל את פירות המעשר שני, והקשתה הגמ' שיקנה בסודר או באגב וכו'. ובתוס' שם הקשו, שיקנה המעות באודיתא. והניחו בקושיא (ועיין להלן תרוץ ר"מ הכהן). ומזה מוכח שמועילה אודיתא אף לאיסורין. ולאחר שמוכיח בקצוה"ח דאודיתא הוי קנין, הסיק וז"ל: "וכיון דנתבאר מכל הנך פוסקים דהודאה הוי קנין, ממילא נמי לענין איסור דמהני, ובפרט גבי חמץ דאינו אלא מדרבנן דסגי ליה בביטול וכמש"כ, וא"כ אם אין החמץ בביתו, יכול למוכרו באודיתא וכמש"כ, והיינו שיכתוב בשטר מודה אני שמכרתי באופן המועיל וכמש"כ, 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".

ובט"ז (יור"ד קסט"ד) הקשה על מש"כ הב"ח דמהני אודיתא לענין איסור. הט"ז סובר שאין לרמות הודאה לענין ממון, להודאה לענין איסור, דבאיסור גיורא הודה שהממון אינו שלו, ולענין ממון אדם נאמן לחובתו והודאת בעל דין כמאה עדים דמי,

אף שאנו יודעים שהוא משקר, אולם לא תועיל הודאה לאפקועי איסורא כשאינה אמת. כשם שאין סברא להתיר ריבית, אם ילוה ישראל מחבירו ויתן לו רבית ויאמר לו הנני מודה שמעות אלו הם של נכרי. כמו כן הביא מתש' מיימוניות (משפטים סי' לא) בשם העיטור, שלא מועילה מכירת חוב לנכרי באודיתא. והגרע"א שם חלק על הט"ז, דחוב שאינו בעין, לא נקנה באודיתא, אולם בחפץ שהוא בעין שמועילה הקנאתו באודיתא, מהני אף לענין איסור. ומבואר דלדעת הט"ז לא מהני אודיתא לאפקועי מאיסורא, והגרע"א דעתו כדעת הב"ח דמהני אודיתא אף לאפקועי מאיסור. וכן מבואר מתש' בית שלמה (לגר"ש מסקולא, חאו"ח סי' סה), דאם נכתב בשטר מכירת חמץ בפירוש לשון הודאה, או שנכתב בסוף השטר שכל זה נעשה באופן המועיל, הרי זו הודאה המועילה כקנין אודיתא. ואף שבמקור חיים כתב דלא מהני קנין אודיתא לענין מכירת חמץ, יש לסמוך על דעת קצוה"ח בזה, ובפרט לענין חמץ שאחר הפסח. וחזר הדין בסי' ע, דאם נכתב בפירוש בשטר לשון הודאה, מהני מתורת קנין אודיתא, אף שבאמת לא הקנה לו בקנין אחר.

ונראה דמחלוקת הפוסקים אם מהני אודיתא לענין איסור כמו לממון, נתונה במחלוקת אם אודיתא הוי הודאה או קנין. דאם הוי קנין, מהני לכל הענינים, כולל איסורים, אולם אם הוי הודאה, מהני רק לענינים שבהם מועילה הודאה, ממון ולא איסור. דעת הנתיבות (מקור חיים תמח"ה), דלא מהני אודיתא לענין איסור: "אבל אין לסמוך על קנין אודיתא האמור בב"ב (קמט,א) דלענין הפקעת איסור לא מהני הודאה בשקר, כמו שכתב הט"ז ביו"ד (קסט,יד), וכן מוכח בחידושי הרשב"א (קדושין כו,ב), דאודיתא לאו קנין הוא רק הוא מטעם שאדם נאמן על עצמו לחוב לעצמו והבי"ד עושין עפ"י הודאתו". משמע מהנתיבות דטעמו דלא מהני אודיתא, מפני שאינו קנין אלא הודאה, ולכן מהני רק בממון ולא באיסור. אלא שלכאורה דבריו במקו"ח סותרים למש"כ בנתיבות מ"א ובסי' ס"ז. דהנה בנתיבות מ"א הביא מדברי הר"ן בכתובות (ס"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. מבואר דאודיתא הוי קנין. ולפ"ז צ"ל דמהני אף לאיסורים, ותמוה מה שהביא במקו"ח מדברי הרשב"א דאודיתא לא הוי קנין ולכן לא מהני לאיסורים.

וכן מבואר מדברי הנתיבות ס,יז. דבשו"ע חו"מ ס,ח פסק: "ראובן הוציא שטר שלוח שמעון מלוי, וטען ראובן שלוי היה שלוחו וכתב השטר על שמו ולא הקפיד עליו, ושמעון טוען לאו בעל דברים ידי 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 דמעוץ להוצאה ניתנו, נעשה שמעון לוח של לוי, ולוי לוח 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 שהמעוץ 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 ... והנ"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 הלוח 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' (חיו"ד סי' שיד ד"ה והנה גם).

גם בנו"ב (קמא, חחו"מ סי' ל) מבואר דאודיתא הוי קנין, דכן מוכח מהסוגיא דאיסור גיורא; "הרי דקאמר ולקנינהו באודיתא שמשמע שהודאה הוא הקנין בעצמו, ולא מטעם שכיון שהודה אמרין 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 ידיעין דמשקר, כיון שהוא פעולת קנין, והוא הקנין הגדול שבכל הקנינים, ומהני אף בדברים שאינם נקנים בשאר קנינים, כמו חוב.

ומאידך יש אחרונים שכתבו דהוי הודאה ולא קנין, והיכא שהודה בשקר, לא קנה המקבל, ונפק"מ גם לענין איסורים. 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 ומחזיקין 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. וקושי 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. ועיי' בספר בני יעקב (דף ק) שהאריך לבאר דדעת רובא דרובא, 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, הקנס 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, והקנה 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 שיוודע בעצמו, ואין איסור בידו, וע"כ מוכח מזה דהוי הודאה ולא קנין, וכפוסקים הנ"ל. ועיי' בחזו"א (סנהדרין יז,ג) 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, ונפק"מ אף לאיסורים.

גם מדברי הגרא"ז (אכן 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.

והנה בנ"ל ב"מ מ"א, בהיה עומד בגורן וכו', הקשה הריטב"א (בריטב"א הישנים) כקושיית התוס' הנ"ל, מדוע לא הקנה באודיתא. וכתב הריטב"א וז"ל: "ותירץ רבינו משה הכהן, דכי מהני אודיתא הני מילי בדבר שאינו ברשותו דלא מצי הדר ביה, כגון שהודה וישנו ביד אחר, דמהני אודיתא וזכה בה תכף מי שהקנין בידו בעבור המקבל באותה אודיתא של מקנה, והכא הא לא נפיק מרשותיה של מקנה. וההיא דאסור נמי דאקני באודיתא, נפיק מרשותיה של מקנה הוא, ולפום הכי אקניה ניהליה באודיתא". והריטב"א הקשה על הרמ"כ, וכתב דמה שלא רצה להקנות באודיתא, דרצה למצוא חן בעיני המקבל, שידעו כל העולם שנתן לו כעת במתנה, ואם יודה ששייך לו, לא יהיה בזה נשיאת חן. ועיי"ש מה שדחה הדעה, שאם ההודאה בשקר לא מהני. ומ"מ מדברי רבינו משה הכהן מבואר דקנין אודיתא מהני דוקא כשאינו ברשותו, והוא ברשות אחר הזוכה עבור המקבל. וזו סברא חדשה שלא נמצאה בדברי הראשונים האחרים, וכבר דחאה הריטב"א. דלפי דברי ר"מ הכהן לא יועיל אודיתא במכירת חמץ, כשהוא ברשות המודה. ועיין באמרי בינה (הלואה סי' טז) שלמד בדבריו דלא מהני אודיתא לנכרי, כיון שאין מי שמונח החפץ ברשותו יכול לזכות לנכרי, דאין זכיה לנכרי, ובזה ישב דברי הט"ז, וז"ל האמ"ב: "אבל אם מונח ביד מי שאין בכחו לזכות בעד המקבל, כגון אצל נכרי, וכן אם המקבל הוא נכרי, דלא מהני לזכות בעדו, דלא מהני קנין אודיתא עד שיבא לרשות הנכרי".

לאמור לעיל, אף שיש הרבה פוסקים שאפשר לסמוך עליהם שיועיל קנין אודיתא, דהיינו שיוודה בפני שני עדים שכל הכלים החדשים שברשותו שייכים לפלוני הנכרי, מ"מ כיון שרבו החולקים, אין זה כדאי לעשות כן כקנין יחיד, אלא לצרף לקנינים אחרים, וכפי שיובא להלן.

ב. פועל

דרך נוספת שסברתי, שימנה הנכרי את שמעון (מי שאינו בעל הכלים) להיות פועל שלו, תמורת שכר של כמה שקלים, שיזכה עבורו בכל הכלים שרוצה ראובן ליתן לו, ויגביה את כל הכלים, דאף שאין שליחות לנכרי, מ"מ מהני מדין פועל. ואף בזה יש מחלוקת אם מהני בנכרי, וכמו שיתבאר.

המחנ"א (שלוחין יא) דן 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 מכיין 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 באפטורפוס 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 שבילים לצורך מצוה ומרחן כותי בשביל ישראל, חייב בתרומה דשלוcho 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' דקצורה גוים הרי זה פטורה, דקצירך אמר רחמנא ולא קציר כותים, אמרו עלה דאם קצורה פועלים כותים חייבת.

טעם 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

שמתחסת 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 שלגה, בסופו, וש"ך ס"ק לא. ועיין בנתיבות בהקדמה לסי' ר, דדוקא בפועל בשכר הוי ידו כיד בעה"ב, וז"ל הנתיבות: "ואף דפועל בעינן דוקא בשכר, כמבואר בש"ך (קה"א), גבי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דלא מהני רק בשכר, אבל בחנם לא הוי כשואל גופו שיהיה לו דין פועל, דשאני פועל שאין לו דין עבד רק כשמשכיר עצמו בשכר, דבחנם יכול לחזור בו אפילו בדבר האבוד"). 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. ונראה דאין חילוק בין ישראל השוכר פועל לנכרי השוכר פועל ישראל, דאף שאין בו דין שליחות, לכאורה יהיה יד הפועל ישראל כיד בעה"ב הנכרי.

ומקור דברי המחנ"א, מהגמ' ב"מ י"א: רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרויהו 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, ולא 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.

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 תרווייהו 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 במירות, 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; "וזהו ראיה מוכרחת". וכן הסכים מראה 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 (בתש' ס' 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 ועושה שכן שכיר ודיני שומרין ואבות נזיקין. והביא מהש"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 ס' 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, חח"מ ס' ריג).

ובנתיבות קפחא, 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 ס' יט, ובדברי חיים, שלוחין ס' 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 לאחרני, 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 מזכותו. (וכן ראיתי להדיא שכתב הגרא"ז, אבן האזל מכירה ז, 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 זכותו שייכת לבעה"ב. ולפי"ז אפשר דלענין מעקה יש לו לפועל הנכרי יד לבנות מעקה, וממילא כביכול בעה"ב עצמו בנה את המעקה, ולכאורה הוא הדין לנדו"ד, כיון דיש לישראל יד לקנות כלים ולקבל מתנה, יש לו ידא אריכתא של בעה"ב הנכרי לקנות עבורו.

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, 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 הויליכה 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. ולכאורה בנדו"ד שהוא נשכר לקנות כלים חדשים שינתנו לו במתנה, מהני מה שהפועל זוכה לבעה"ב הנכרי.

וכן נראה מדברי האור שמח (שכירות ט,יא), שאין כאן ידו ממש אלא השכרת היד לענין מה שירווח: "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 האור"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 מהאור"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. וכנ"ל, דלכאורה הוא הדין לנדו"ד ששכר אותו לקנות כלים חדשים.

והגר"ש שקופ בחידושו ל"ב"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 להרוחת 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, ושאינו 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 בנדו"ד יכול הפועל גם ליתן רשות להשאל את הכלים לנותן או למי שירצה, אם ישכור אותו למלאכה זו.

מהאמור עולה, דאף שנחלקו האחרונים בנדון פועל שנשכר לבעה"ב נכרי, אם ידו כיד בעה"ב, ולכאורה רבו האחרונים דידו כיד בעה"ב לפחות לענין מה שנשכר לבעה"ב, וכנדו"ד שנשכר לענין לקנות כלים חדשים שניתנים לו במתנה, ואף שנראה בשעת הדחק לסמוך על זה, מן הראוי לצרף כמה אפשרויות, כמו באודיתא ופועל. והדרך הראויה לעשות באופן של קנין אגב, וכמו שיתבאר להלן.

ג. קנין אגב, והדין בהפקיר כליו

הדרך הראויה לכאורה לעשות בקנין אגב. והיינו להכין שטר ובו יהיה כתוב כדלהלן: אני ראובן (מספר ת"ז) המתגורר בכתובת פלונית משכיר לנכרי פלוני (מספר ת"ז) וכתובת הנכרי, ארבע אמות שמתחת לארונות שבמטבח ומתחת למכשירי החשמל

שבמטבח בכתובת הנ"ל, תמורת עשרה ש"ח, למשך 24 שעות, שיחלו מיום ... שעה ואני מקנה לו את כל הכלים החדשים שבבעלותי או ברשותי אגב הקרקע הנ"ל. פלוני הנכרי הנ"ל, נותן לראובן רשות להשאיל את הכלים הנ"ל שקיבלם במתנה. תמורת רשות זו ישלם ראובן הנ"ל לנכרי הנ"ל סך של עשרה ש"ח. על כל הנ"ל קבלו הצדדים בקנין המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר, הן ע"פ ההלכה והן ע"פ חוקי המדינה. ולראיה וקנין באו הצדדים על החתום ביום פלוני. ויחתום ראובן. וישלח בפקס לנכרי, שיחתום אף הוא, ויחזיר השטר לראובן בפקס. ובזה יועיל הן מדין אגב, והן מדין סיטומתא עם דינא דמלכותא. (לכן הוספתי גם מספרי ת"ז, כדי לתת תוקף ע"פ החוק). לענין חתימה על הסכם כקנין מדין סיטומתא עם דינא דמלכותא, ראה מה שכתבתי בח"ו סי' כ. וכאן חותמים, ויש לזה תוקף גם אם חתמו באמצעים דיגיטאליים או בפקס, וחווה זה יהיה תקף אף ע"פ החוק.

דמה שצריך בקרקע גם כסף וגם שטר, היינו לענין מכירה, כמבור בקדושין כו,א ובשו"ע חו"מ קצ"ז וקצ"א, אבל בשכירות נהגו בשטר בלבד. ולענין קנין שטר בעכו"ם, עיין שו"ע קצ"ד, ובנו"כ שם. ולענין קנין אגב, קרקע בשכירות ומטלטלין במתנה, עיין רמ"א חו"מ רב"א, ועיי"ש בש"ך ס"ק ב. ולענין אם דירת ראובן אינה בבעלותו אלא בשכירות, יש בזה אריכות גדולה, וכבר נהגו שאף בקרקע שכורה יכול להקנות באגב, וכמו שכתב מהרש"ם במשפט שלום (רב"א סוד"ה ועיין בתוד"ר) שהתפשט המנהג במכירת חמץ להשכיר החדרים לעכו"ם, וכל המשיכרים ע"ד המנהג הם משכירים, ולכן מהני קנין אגב קרקע בשכירות (כשהקרקע נמצאת אצל המקנה בשכירות), ומנהג ישראל תורה היא. ולענין אם יכול להקנות בקנין אגב בעיר ירושלים, שלא נתחלקה לשבטים, עיין בשואל ומשיב (קמא, ח"א סי' רה), ובאמרי יושר (ח"ב קלא), ונהגו להקנות אף בירושלים.

בנוסף, אם רוצה, יאמר ראובן (לאחר החתימה), ויקרא את השטר בפני עדים, לצאת ידי חובת מש"כ הגרי"א בבאר יצחק (סי' ד סוף ענף א), ובדבר אברהם (ח"ב יד) דאמירת קני אגב מעכבת בעצם הקנין. ולכאורה בענין זה י"ל דכתיבה כדבור, עיין מה שכתבתי בח"ד ל,ה-ו, אולם מהיות טוב יכול לומר הנוסח של השטר בפני עדים. אך גם אם אינו יכול או לא אמר, לא מעכב, כיון שכתב כן בכתב, וכתיבה כדבור. עיין גם בדבר אברהם (ח"א א,יג); "דאף באגב וקני לא בעינן אמירה דוקא, אלא בידיעת כוונתו לחודא נמי סגי". לכן אין בחזרה בע"פ על נוסח השטר אלא חומרה וסלסול בקנין אגב.

דהנה לענין קנין אגב בנכרי דעת ראשונים ואחרונים דמועיל הקנין לנכרי, ואף לענין בכור, ומזה נלמד אף לענינים של חמץ וכלים חדשים. רבינו ירוחם (נתיב כ

חלק ב), לאחר שהביא מחלוקת רש"י ותוס' אם נכרי קונה בכסף או משיכה, כתב לענין לפטור בהמה מבכורה, שיקנה הבהמה המעוברת בקנין אגב: "ולצאת ידי שניהם, יקבל מהגוי מעות בשביל און הבהמה כדי פרוטה, וימשוך הבהמה. או יקנה לגוי המקום שהבהמה עומדת שם, ויקנה לו אגביו און הבהמה עם העובר". וברא"ש בכורות (א,ב בסופו) כתב: "ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם, ויקנה לו און הבהמה". ולא התבאר אם כוונתו לקנין חצר או אגב. אבל בקיצור פסקי הרא"ש שם מבואר שהכוונה לקנין אגב: "ויקנה לו מקום שהבהמה עומדת לשם, ויקנה לו אגבן און הפרה". ובשו"ע יור"ד שכ"ו פסק: "והקנין יהיה שיקבל פרוטה מהעובר כוכבים, ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם, והמקום יקנה לו חלק באם". ובט"ז שם ס"ק ז כתב: "בטור כתוב שהדרך הראשון, דהיינו שיקנה לו המקום, הוא יותר מובחר. ונראה טעמו, לפי שקנין אגב המקום הוא עדיף ממשיכה". מבואר שקונה בקנין אגב. ועיין בהגהות רע"א שם ובשו"ע חו"מ ריש סי' ר, שפירשו דהוא מטעם אגב ולא חצר, דיש נידון אם יש בכלל חצר לנכרי, כיון דחצר משום שליחות אתרבאי, ואין שליחות לנכרי. גם בקצוה"ח קכ"ג, הביא דברי רבינו ירוחם, ונראה שנקט כוותיה להלכה, דלא כתומים: "וכבר נתפשט בכל ישראל במכירת חמץ על קנין אגב קרקע, והוא מדברי הגאון מוהר"ש קודנייבור (הובא בשו"ת נחלת שבעה סי' ל'), דשדי נרגא בקנין חצר משום דחצר מדין שליחות ואין שליחות לגוי, וזה ברור".

וכן מבואר בפסקי ריא"ז (פסחים פ"ב ג,א), דאם הקנה הישראל חמצו לנכרי אגב קרקע, אינו עובר עליו, וז"ל הריא"ז: "ישראל שמשכן חמצו לנכרי לפני הפסח, ואמר לו שאם לא יפרענו לאחר הפסח עד זמן פלוני יהיה החמץ קנוי לו מעכשיו, והגיע הזמן ולא פרעו, הרי הוא כחמץ של נכרי שעבר עליו הפסח ומותר באכילה. אם לא אמר מעכשיו, או שלא מסרו קודם הפסח ביד הגוי, אף על פי שהוחלט לגוי אחר הפסח, אסור אפילו בהנאה, שאינו קנוי לגוי אלא משעה שהוחלט לו, ונמצא שכל ימות הפסח הוא שלישראל. ונראה בעיני, שאם לא אמר מעכשיו והקנהו לגוי בקנין או אגב קרקע, אע"פ שלא מכרו לגוי אלא אחר הפסח, הרי הוא קנוי לו מתחלה, ואינו אלא כמו פקדון ביד ישראל, והרי הוא מותר באכילה אחר הפסח, כמבואר בקונטרס הראיות, והוא שלא היה כל ימי הפסח באחריותו של ישראל". ודבריו הביא גם המג"א תמא,א. וכן נמצא בדברי הרמב"ן במלחמות (פסחים ט,ב מעמוה"ר), דבע"ח למפרע הוא גובה גם במטלטלין, אם הקנה לו באגב, ושם מדובר במקנה לנכרי. ואף דשם מיירי לכאורה לענין שעבוד מטלטלי אג"ק, נראה דאין לחלק.

וכן מבואר בדברי הנתיבות (מקור חיים תמח,ה) דקנין דרבנן שהוא לטובת הישראל, מהני לכ"ע אף לאיסורי תורה: "ואפילו לדעת הסמ"ע (סו,א) דמשמע מדבריו דקנין דרבנן לא מהני בעכו"ם, היינו דוקא כשהוא לטובת הישראל, שהישראל יכול לחזור

בו, אבל לא נגד טובת העכו"ם, כמו במעמד שלשתן (חור"מ קכו,כב) דאמרינן אם ממונו של ישראל הפקיעו כ"ש ממון העכו"ם, עיין שם. וא"כ הכא בחמץ דקנין זה הוי להפקעת ממון העכו"ם, דלישראל החמץ לאו בר דמים הוא, אמרינן אם בישראל העמידוהו ברשותו ע"י קנין דרבנן והפקיעו ממנו, מכ"ש כשהקנין הוא רק להפקיע ממונו של עכו"ם ... ולפ"ז אם החמץ הוא במקום אחר שא"א להקנותו במשיכה, יכול להקנותו באגב קרקע או בשאר קנין דרבנן". דמה שלא מועיל קנין דרבנן הוא שהישראל יוכל לחזור בו על אף הקנין, אבל כשמקנה החמץ לנכרי בקנין דרבנן, לישראל אין נפק"מ לחזור בו, שהרי אינו בר דמים, ותועלת הקנין היא רק נגד הנכרי שלא יוכל לחזור בו, ולכן מהני קנין דרבנן אף לאיסור חמץ דאורייתא.

גם בתש' חת"ס מבואר בכ"מ שמועיל קנין אגב למכירת חמץ. עיין בחאו"ח (סי' קיג): "ומוכר החמץ אגב שכירות קרקע בשטר, שגוי קנה קרקע בשטרא, ובפפד"מ הדפיס מ"ו הגאון בהפלא"ה זצ"ל נוסח שטר בלה"ק, ואחריו מ"ו מו"ה הגאון נתן אדלער כ"ץ זצ"ל בשינוי, והוא נדפס בס' קונטרס הסמ"ע, ואני תקנתי השטר בלשון אשכנז ובדפוס ע"י ר' בער פרענק בסדר הגדה בוועין, וב"ד צדק דפראג תקינו קצת בנוסח אחר ונדפס בהגדה דפראג, וכל אפין שווין המכירה גמורה היא, וכל המפקק ראוי לגערה". ושם בס' קיז הוסיף, דאף אם אגב הוא קנין דרבנן, מ"מ היינו דלא מהני שיהיה של הקונה, אבל מ"מ הוי הפקר, ובחמץ סגי בזה שיהיה הפקר, ולכן אפי' אם אגב קנין דרבנן, מועיל הקנין דרבנן שיהיה הפקר: "ודי בזה להעמיד מנהג כל ישראל להקנות החמץ ע"י קנין אגב שכירות קרקע, ואין לפקפק ולהרהר כלל". ולכאורה הוא הדין לענין כלים חדשים. אלא שבכלים חדשים שמיד זוכה בהם ומשתמש בהם, לא מהני.

ובאתי כאן במאמר מוסגר להביא דלכאורה קשה להתיר על סמך הפקר הכלים, ואף בשעת דחק זו. דהנה בכ"מ בש"ס, עיין ב"ק כח,א, הובאה ברייתא: המפקיר את כרמו והשכים בבקר ובצורו, חייב בפרט ובעוללות ובשכחה ובפאה ופטור מן המעשר. ובגמ' ב"ק צד,א מבואר דחייב בפרט ועוללות וכו', מפני שכתוב בפאה פעמיים תעזוב (ויקרא יט,י, ויקרא כג,כב). והרמב"ם בהל' מתנות עניים ה,כז, פסק וז"ל: "המפקיר את כרמו והשכים בבקר וזכה בו לעצמו ובצורו, חייב בפרט ובעוללות ובשכחה ובפאה, שהרי שדך וכרמך אני קורא בו, מפני שהיה שלו והרי הוא שלו, אבל אם זכה מן ההפקר בשדה של אחרים, הרי זה פטור מן הכל, ובין כך ובין כך פטור מן המעשרות כמו שיתבאר". ואם היא שדהו של הבעלים, היתה שדך וגם כעת שדך, מדוע פטור מן המעשר. עיין בר"ש פאה א,ו דיש גזה"כ של ובא הלוי, וכאן יד הלוי והבעלים שוה, ולכן פטור מן המעשר, והביא לימוד זה מהספרי. עוד מבואר בר"ש, דפטור המעשר הוא רק באופן שזכה בפירות ולא בקרקע, אבל אם זכה גם

בקרע, חייב במעשרות. אמנם בתוס' (תמורה ו,א ד"ה המפקיר) שהעמיד את כל הברייא באופן שזכה אף בקרקע, אבל אם זכה רק בפירות, פטור גם מפרט עוללות וכו'. ויתכן דזה פירוש הדברים ברמב"ם, שהרי שדך וכרמך אני קורא בו, שהפקיר את השדה ולא רק את הפירות, ולכן גם הביא טעם נוסף שאינו בגמ' ב"ק צד,א, ללמד שהכל תלוי בשדך וכרמך. ובפשטות שהפקיר שדהו וכרמו וזכה בהם. ולכאורה יש ללמוד לנדו"ד, שאם הפקיר כלי ומיד זכה בו, חייב בטבילה, שהרי קודם היה כלי שלו וגם כעת הוא שלו.

ובשער המלך (לולב ח,ב בסופו) הביא מהרב מנוח דלא מהני הפקר אם זוכה בו אח"כ, והקשה מהברייא שפטור מהמעשר. וכתב שער המלך לחלק: "דהתם מיירי בשהפקירו מתחלה לגמרי אדעתא שיזכו בו אחרים אלא שלמחר חזר הוא בו וזכה, משא"כ הכא גבי אתרוג דמעיקרא לא אפקריה לגמרי ואין רצונו שיזכו בו אחרים אלא שהוא מפקיר כדי לזכות בו אחר כך, כל כי האי לא חשיבא הפקר כלל אלא הערמה". ולכאורה הוא הדין לנדו"ד, שמפקיר כדי לזכות בכלים מיד. אמנם עיין באור זרוע (ח"א סי' תשמח) דהפקר כזה מועיל, אף שמתכוין לזכות מיד, דלא חיישינן להערמה. ועיין במהרש"ם (ח"ג סי' קא) מש"כ בדברי האו"ז. ועיין עוד בדבר אברהם (ח"א יג,ג) מש"כ בהסבר דברי הרב מנוח. ועיין עוד במש"כ הגר"ח שליט"א (דרך אמונה, הל' מתנות עניים אות קפה), דכל הפטור ממעשר במפקיר כרמו וזוכה בו, דוקא כשזוכה בו בתורת זכיה מהפקר, אולם אם זוכה בתורת חזרה, חייב במעשר. ואם זוכה בסתם, ללא כוונה של זכיה מהפקר או חזרה, דעת הר"ן דהוי כחזור בו, ודעת הרשב"א והמאירי דהוי כזוכה מהפקר.

ובתש' מהר"ל דיסקין (קונטרס אחרון סי' ה אות קלו), כתב דלהפקיר ולשוב להשתמש בכלי, הרי זה כשלו ממש, שכן כתב במג"א יג,ח, והדין עמו. וז"ל המג"א: "הקשה אחי המנוח מהר"ר יודא סג"ל זצ"ל מק"ק קראקא, למה שרינן ללובשו בשבת מפני כבוד הבריות, הלא יש תקנה שיתננו לאחר במתנה ויחזור וישאלנו לו, ואז הוא פטור מציצית וכמש"ל סי' שכג לענין טבילת כלים. ונ"ל דמ"מ חייב מדרבנן שנראה כשלו, כמ"ש סי' י"ד ס"ג בטלית שאולה לאחר ל' יום, וכ"ש הכא שבאמת הוא שלו". עיי"ש בהמשך הדברים. אמנם הגרש"ז זצ"ל (מנחת שלמה ח"ב סו,טז) כתב להתיר בשעת הדחק, וז"ל: "הקונה מגוי כלי והפקירו, ולקחו יהודי אחר ואינו מתכוין לזכות בו, כיון שאין לכלי בעלים אין חובת טבילה, וממילא אין אסור השתמשות. ומה שלענין שבת לא נתנו עצה להפקיר, אף שרבו המתירים להפקיר בשבת, היינו מפני שע"י ההשתמשות הוא נראה כחזור וזוכה ... ואפשר שבשעת הדחק יכולים גם בשבת להפקיר ולכוין שמשמש כל השבת בשל הפקר". ולכאורה לדברי הגרש"ז גם בנדו"ד יוכל להפקיר ולהשתמש בכלים, ובלבד שיתכוין להשתמש בתורת הפקר. אולם

יש לציין שגם הגרש"ז זצ"ל לא החליט להתיר אלא כתב בדרך אפשר, ולכן בנדר"ד שאפשר בדרכים אחרות שאינן בשבת, לכאורה לא התיר אף לא בדרך אפשר.

ובמשנה הלכות (לגר"מ קליין זצ"ל, ח"ד סי' קז), כתב בענין שתית סודה מבקבוקים שלא טבלו אותם, דהקונה מי סודה, הואיל ואינו צריך לבקבוק כלל, ולאחר ששותה הסודה זורק הבקבוק, א"כ אין כוונתו ורצונו לקנות הבקבוק כלל ואין דעתו אלא על המשקה שבו; "וא"כ הבקבוק הוא כעין הפקר לכל ואינו צריך טבילה. וליתר שאת כדאי אולי להפקיר הבקבוק בפירוש בפה מלא, ואף דהוה שלא בפני שלשה, מ"מ בשעת הדחק ובאופן כזה דאולי גם לכתחלה אינו צריך, גם כי טבילת כלי זכוכית אינו אלא מדרבנן, יש לסמוך ע"ז". ולענ"ד אין מזה ראייה למקום שודאי צריך טבילה מעיקר, בפרט סירים ממתכת, לא מוכח שהסכים להפקיר בשעת הדחק. בפרט שבנדון שלו לא מתכוין אח"כ לזכות, ורק שאינו מפקיר בפני ג, שזה רק מדין דרבנן, כמבואר בשו"ע חו"מ רעב"ז, והרמ"א שם חולק, ומביא דעת הרא"ש דמהני הפקר בינו לבין עצמו, וע"כ אינו דומה לנדר"ד.

מזה הטעם גם אין להביא ראייה ממה שהביאו בשם החזו"א (ארחות רבנו ח"ד עמ' נד). הביא שם מהקה"י זצ"ל שסבר שאין צורך לרוקן דבר מאכל מקופסת שימורים או בקבוק שלא הוטבל, כיון שאין דעתו להשתמש בכלי. והביא שהחזו"א סבר שמיד שפותחים קופסת שימורים יש לרוקנה לכלי אחר, ולא להשתמש בכלי שלא הוטבל. וכתב דנתן עצה (כנראה כוונתו לחזו"א) שלא יצטרך לרוקן מיד הקופסא, שיפקיר את הקופסה, עיי"ש. שוב זה אינו מועיל אלא לדברים שמעיקר הדין אינם צריכים טבילה, וגם במקום שאינו מתכוין לזכות בהם מיד לאחר ההפקר, ולכן אינו דומה לנדר"ד, וא"א להביא מזה ראייה לנדר"ד.

ומזה נלענ"ד פשוט, דיותר יש לסמוך על קנין אודיתא, לאחר שיודיע לנכרי וכו"ל, מאשר להפקיר ואח"כ לזכות בכלים, כאשר מלכתחילה הוא מתכוין להפקיר על דעת לזכות בהם מיד ולא שאחרים יזכו בהם, והוי דברים שבלבו ובלב כל אדם שאין כאן הפקר כדבעי, ולכן לא צרפתי הפקר הכלים, להתיר ללא טבילה.

והדברים הנ"ל היו לעיני גאב"ד דרכי הוראה הגאון הרב אשר וייס שליט"א, שהשיב וביאר דלדעתו יש לסמוך על הפקר הכלים שלא להצריכם טבילה, בשעת דחק זו, וכפי שהאריך לבאר בקונטרס שי"ל. וציין שבשטר מכירת חמץ של ב"ד דרכי הוראה, מונה הרב לשליח למכירת הכלים לגוי, ורק סמך על ההפקר למי שרוצה להשתמש בכלים קודם המכירה. ויש למפקיר על מי לסמוך, ודברי אינם אלא לעורר לב המעיין.

הדרין לקנין אגב. כאמור לעיל רבו הפוסקים הסוברים דמהני קנין אגב בנכרי, כנ"ל. אולם יש מהפוסקים שכתבו דלא מהני קנין אגב בנכרי. התומים (קכג, יב בסופו) הביא מתוס' (קדושין ג, א ד"ה ואשה) שר"ת היה רגיל לשלוח הרשאה ביד עובד כוכבים והיה מקנה בחליפין, וכתב שם בהרשאה וקנה העכו"ם, ולא כתב וקנינא מיניה, דאין שליחות וזכיה לעכו"ם. ומזה שלא הנהיג להקנותו באגב, הוכיח בתומים דס"ל לר"ת דלא מהני אגב, וז"ל התומים: "והנה מכאן נראה דקנין אגב קרקע אינו בגוי, דאם לא כן למה לא צוה ר"ת בהרשאה של גוי להקנות אגב קרקע, דהוא קנין הנהוג בהרשאה ויותר מועיל לכמה דברים שאין סודר מועיל בו, וגם שם בחמץ ובבכורות למה לא ציוהו המחברים להקנות אגב קרקע, ש"מ דאינו מועיל, כמו שבאמת לא מצינו בשום דוכתא כי קנין אגב קרקע יועיל בשל גוי, וכמש"כ התוס' דאין להם שטר הואיל ואקח ספר המקנה (ירמיה לב יא) בישראל כתיב, אף ויתן להם מתנות וכו' ביהושפט כתיב (דה"ב כא ג)". (ולכאורה מש"כ דאין להם שטר, כוונתו לענין מטלטלין ולא לקרקע, דלענין קרקע עיין בשו"ע חו"מ קצד, א, ולענין מטלטלין עיין בסמ"ע שם ס"ק א ובש"ך ס"ק א, ואכמ"ל).

גם בקצוה"ח קצד, ג כתב דקנין אגב לא מהני בנכרי, לשיטות הראשונים דקנין אגב הוא רק מדרבנן (תוס' ב"ק יב, א ד"ה אנא, ורא"ש הל' יד), ולכן כתב דיש לעשות קנין חצר בנכרי. ודבריו סותרים למש"כ עצמו בס' קכג, ו, הובא לעיל, שהביא דברי רבינו ירוחם, ונראה שנקט כוותיה להלכה, דלא כתומים: "וכבר נתפשט בכל ישראל במכירת חמץ על קנין אגב קרקע, והוא מדברי הגאון מוהר"ש קודניבור (הובא בשו"ת נחלת שבעה סי' ל'), דשדי נרגא בקנין חצר משום דחצר מדין שליחות ואין שליחות לגוי, וזה ברור". גם במהרי"ט אלגאזי (בכורות פ"ב, כג, א מעמודי הספר בדפוס הש"ס) שהסכים לדעת רבינו ירוחם, וס"ל דקנין חצר ל"מ בנכרי, דחצר מדין שליחות, ואין שליחות לנכרי, עיי"ש.

והנה לא עשיתי נוסח לקנין חצר ולחוש לדעת התומים וקצוה"ח (בסי' קצד, דלא כבס' קכג), דבקנין חצר צריכים כל הכלים להיות בחצר משתמרת לשוכר, וכאן שמשכיר לנכרי חצירו, צ"ע איך יהיה חצר משתמרת לשוכר הנכרי, וגם יש מחלוקת אם חצר שכורה קונה לשוכר או למשכיר, ראה כל זה מה שכתבתי בח"ב סי' ל, ואכמ"ל. בפרט שרבים מהאחרונים כתבו שלא מועיל חצר לנכרי, כיון דחצר מדין שליחות ומטעמים אחרים, עיין בתש' פני יהושע (ח"ב סי' ה), בתש' נודע ביהודה (תנינא או"ח סי' סג, ועיין להלן מבנו השיבת ציון מה שהביא מהנו"ב), וכן בנשמת אדם (הל' פסח סי' א) דאין קנין חצר לנכרי. ומזה הטעם אין צורך לעשות קנין חצר להקנות הכלים, תוספת לאגב.

ובענין ראית קצוה"ח ותומים הנ"ל, חלק עליהם האמרי בינה (הלואה סי' סג). האמ"ב כתב דמה שתקנו חז"ל לקנין המועיל בין אדם לחבירו, מועיל אף בנכרי, כמבואר מדברי רבינו ירוחם (הנ"ל) דמהני קנין אגב להקנות לעכו"ם, ודלא כתומים שם. ואף אם הוא קנין דרבנן, מהני לדאורייתא, דל"מ קנין דרבנן לדאורייתא דוקא כמו במעמד שלשתן בקדושי אשה, דבמלוה ע"פ לא שייך קנין אלא באופן של מעמד שלשתן, וכיון שהוא מדרבנן, לא מועיל לדאורייתא כשאין קנין אחר, משא"כ במקום ששייך קנינים מהתורה.

ובתש' שיבת ציון (סי' י) הביא מכת"י אביו (הנודע ביהודה), איך לעשות מכירת חמץ, והדרך הראויה היא קנין אגב: "היותר טוב ומובחר שבדרכים להקנות החמץ לא"י אגב החדר, כי כל המטלטלים נקנים אגב קרקע בודאי בלי שום פקפוק, ואין צריך למכור החדר רק שמשכירו, אבל החמץ צריך למכור מכירה גמורה וחלוטה. ואף שהקרקע הוא בשכירות והמטלטלים במכירה חלוטה, מ"מ קנין המטלטלים נקנים אגב השכרת החדר, וכיון שכן יותר טוב להשכיר החדר בתורת שכירות מלמכור החדר במכירה גמורה, כי בשכירות ודאי קונה האיננו יהודי בכסף לחוד, משא"כ בתורת מכירה אז אינו קונה אלא בכסף ובשטר. וכן מי שאין לו בית אינו יכול למכור החדר בלי רשות בעל הבית, ולפעמים אין הבעל הבית עמו בעיר, ולפעמים הבית הוא של א"י. ולכן החלטנו משום לא פלוג תקנה השוה לכל, להשכיר החדר על משך תשעה ימים מערב פסח עד כלות ימי הפסח". מבואר להדיא דמהני אגב בנכרי. גם מדברי העונג יו"ט (סו"ס לח) מבואר שהשליח של ישראל ימכור החמץ לנכרי בקנין אגב. וכן מבואר בפרמ"ג (א"א תמח, ד): "על כן טוב שימכר החדר והמטלטלין אגב קרקע, ולא מטעם חצר דהוא מטעם שליחות ואין חצר לעכו"ם, עיין חק יעקב אות יד". ועיין גם בבית יצחק ח"ב קו"א סי' יא) דקונה בחצר ובאגב ממ"נ, עיי"ש.

לאור האמור הדרך הראויה היא כנ"ל, להקנות לנכרי בקנין אגב באופן המפורט לעיל ריש סעיף ג, ויכול להוסיף לחזוק הענין גם קנין אודיתא, באופן הנזכר בסע' א. ואם רוצה, יכול להוסיף גם דין פועל באופן הנזכר לעיל סע' ב. אבל מעיקר הדין נראה דסגי באגב לחוד.

סימן יד

קנין סודר בשליחות למכירת חמץ (2)

עיינן מה שכתבתי בח"א סי' לה, לענין קנין סודר שממנה את הרב כשליח, שאין בו צורך, ואך כיון שהוא כנראה מנהג ותיקין וחומרא, נהגו לעשותו. ונשאלתי כעת, בעקבות מצב החרום בערב פסח התש"פ, שיש אמנם רבנים שמוכרים באמצעות הפקס והדוא"ל, ויש שבאים לרב למנות אותו שליח למכור את החמץ, והרב אינו רוצה ליתן את הסודר שעל השולחן ולגעת בו, אף שהוא הולך עם כפפות. והציע הרב, להניח כמות כפפות, שכל מי שממנה אותו שליח, יקח את הסודר בעצמו (ויניח הרב במקום חבילת כפפות חד פעמי). אם הוי קנין סודר. והשבתי, שקנין זה ממילא אין בו צורך, ולכן יכול גם לעשות כך. אולם אמר שבקהילתו יש מקפידים מאד בקנין זה, אם יחשב כה"ג כקנין סודר.

אם קנין סודר צריך נתינה, ובדין טול סודר מע"ג קרקע

השאלה אם בסודר צריך נתינה ואם מועיל שאומר הקונה למקנה טול סודר מע"ג קרקע, לכאורה נתון במחלוקת ראשונים. איתא בקדושין ז,א לענין אדם חשוב, שאם נתנה לו מתנה, מקודשת בה היא הנאה שקיבל ממנה: איתמר נמי משמיה דרבא, וכן לענין ממונא. ובר"ן (קדושין ג,א מעמיה"ר) הביא דעת ר"ח, שהנאת אדם חשוב נחשב גם ככסף וגם כחליפין, ולכן באשה נקנית מדין כסף, ובמטלטלין שאינם נקנים בכסף, נקנה מדין סודר, וז"ל: "דההיא הנאה מיחשבא ככלי דיהביה הקונה למקנה, וקונה בו בתורת חליפין אותן נכסים. ולפי זה אף מטלטלי קנה בה. ולא תטעה בדבריו לומר שהוא סובר דההיא הנאה מדין חליפין קניא ולא מדין דמים, שאם כן אשה שאינה נקנית בחליפין היאך נקנית באותה הנאה, אלא כך דעתו ז"ל דההיא הנאה דאדם חשוב חשיבא ליה כנותן בחליפין ובדמים, ולפיכך אשה נקנית בה מדין דמים, מטלטלין מדין חליפין, קרקעות שהן נקנין בשניהם, מדין שניהם". וכן כתב הרשב"א שם (קדושין ז,א ד"ה אתמר) בשם ר"ח; "דההיא הנאה חשיבא ככלי דיהביה הקונה למקנה, וקנה בו בתורת חליפין אותם הנכסים". ומדברי ר"ח נמצאנו למדים שקנין סודר אינו צריך נתינה, שהרי ההיא הנאה הנחשבת ככלי, לא היה בה מעשה נתינה, ומזה יש ללמוד דמהני בסודר גם טול סודר מע"ג קרקע, דכמו דבההיא הנאה שאין בה מעשה נתינה, מהני מדין סודר וחליפין, הוא הדין בכל סודר.

והרמב"ן שם (קדושין ז,א) כתב על דברי ר"ח: "ואיני רואה בשמועה זו זכר לכלי וחליפין, אלא למעות וכסף שקונין באשה וקרקע". וכן הוא בריטב"א שם.

ועדיין לכאורה ממה שהקשה שאין כאן כלי, ולא כתב דאין כאן נתינה, דלרמב"ן החסרון הוא שאין כאן כלי וחליפין, וא"כ אפשר דאף לרמב"ן מהני סודר ללא נתינה. אך אינו מוכרח. ובמקנה (קדושין ז, א ד"ה בגמ') כתב דלא מהני הנאת אדם חשוב מדין חליפין, דכיון שילפינן מבוועז, צריך שתהיה נתינה, ובהנאה אין נתינה, וז"ל: "... כיון דקנין חליפין ילפינן מבוועז שנתן לגואל, ליכא למילף לגבי חליפין אלא דומיא דהתם דהוי נתינה ממש, אבל הנאת מתנה לא מהני אלא גבי קנין כסף וקדושי אשה הכא, אבל מדין חליפין בעינן נתינה ממש, וכן מוכח מדברי תוס' לעיל דף ג' ד"ה אשה בפחות מש"פ וכו' שכתבו שם ובנכרי צריך ליזהר שלא לכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות וזכיה לנכרי כמ"ש שם, דהני דיני דרבא לא שייכי בחליפין דבעינן דומיא דבוועז". ומש"כ דבעינן נתינה, עדיין אפשר לומר שצריך שיתן לו דבר מסוים, כמו בבוועז שנתן לו נעל, אך עדיין אין צורך שיתן הקונה למקנה מידו. דמש"כ המקנה דבעינן נתינה, אין הכוונה למעשה הנתינה אלא לחפצא, שיתן לו דבר מסוים, אבל אין צריך בדוקא שיהיה בצורה של נתינה מיד ליד.

ובאבנמ"ל קלט, יג כתב להדיא שמועיל טול סודר מע"ג קרקע, דכל טלי גיטך מע"ג קרקע לא מועיל אלא בגט, שהוא קבלה בעל כרחא, ואינו מדין זכיה כמו בסודר, ובמקום שצריך רק לזכות, כמו בסודר, יכול המקנה לקנות הסודר אפי' לא מידו לידו, ורק בגט שמקבלת בעל כרחא, צריכה לקבל מיד הבעל, דגט אינו צריך זכיה אלא נתינה וז"ל: "דגבי גט לא בעינן זכיה בגוף הגט אלא נתינה לחודה סגי כיון דאיתיה בע"כ, א"כ איסור הנאה נמי הוי נתינה, אבל חליפין דבעיה שיקנה המקנה את הסודר מן הקונה כדי להקנות לו החפץ, ואיסור הנאה אין בו קנין. והיינו נמי טעמא דטלי גיטך מע"ג קרקע דלא מהני גבי גט ומשום דכתיב ונתן, וגבי חליפין דנמי כתיב ונתן לרעהו, וכן בהקדש כתיב ונתן לכהן, ואפ"ה לא בעינן שיתן מיד ליד ואם אמר טול מע"ג קרקע מהני, אלא דכוליה חד טעמא אית ביה דכל היכא שהנתינה היא שיזכה המקבל בדבר הניתן לו, לא בעי מיד ליד ואפי' טול מע"ג קרקע מהני, דעיקר הנתינה היא הזכיה, וכל שזוכה בו אח"כ מהני, אבל גבי גט דהוא בע"כ ואינו משום זכיה אלא משום נתינת הבעל, משו"ה צריך בו נתינה ולא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע". הרי להדיא דבסודר מהני טלי גיטך מע"ג קרקע.

ובחידושי הרי"מ (חו"מ קצה, א) כתב בתחילה דלכאורה בעינן נתינה מיד ליד, ולא יועיל טול סודר מע"ג קרקע, דבכסף עיקרו שוויותו, וממילא אין נפק"מ אין הגיע ליד המקנה, משא"כ סודר דאין ענינו בשוויותו, דמועיל בכלי שאינו שוה פרוטה, אלא בנתינתו מיד ליד, כמו בגט שעיקרו הנתינה. אולם בסוף דבריו כתב דמועיל אף בטול סודר מע"ג קרקע: "ודוקא בגט דמהני בעל כרחא, וכשנותן בע"כ מ"מ נעשה הגט שלה, א"כ הנתינה רק מצד עצמו, ולכך בטלי לענין שיהיה בידה

אין אמירתו מסייע כלל". אך הקשה מדברי הב"ש ל,א שכתב דבקדושין אם אמר טלי קדושין מע"ג קרקע, דהוי ספק קדושין, כמש"כ בתש" ש"ך סי' קנב, די"ל דקדושין ילפינן מגיטין מויצאה והיתה, עיי"ש. ועיין עוד בחדושי הרי"מ חו"מ רג,ב.

ומזה השבתי שאין מניעה, בפרט בקנין סודר שהוא רק לחיזוק, וכמש"כ באבנמ"ל ומסקנת חידושי הרי"מ.

והראה לי ת"ח אחד את דברי התרגום, על הפס' ברות (ד,ז), שהוא מקור דין קנין סודר: לקיים כל דבר, שלף איש נעלו ונתן לרעהו. וז"ל התרגום: "וטלע גבר ית נרתק יד ימיניה ואושיט ביה קנין לחבריה". והיינו, שלא עשו קנין עם הנעל (דבאמת צ"ע אין אוחזים בנעל) אלא עם נרתיק או כפפה של יד ימין, של קונה או מקנה, לכל מר כדאית ליה, וקיי"ל של קונה. ולפ"ז מן הסתם גם המקנה היה לו נרתיק על ידו הימנית, והגביה את נרתיק/ כפפת הקונה. ומזה מוכח שאין בזה חציצה לקנין.

ומ"מ כאמור לעיל, בנדון קנין סודר בכלל, ובקנין סודר לחיזוק בפרט, אין לחוש כלל שיטול המשלח הסודר מעצמו מבלי שיתן לו הרב, וכן יכול לעשות הקנין עם כפפות.

סימן טו

אם מותר לסתור אהל שנבנה על מצבה

ראשי פרקים

א. אם יש קנין למת

ב. קנין מוגבל במה שעשו לכבודו

ג. בחילוק בין זכות המת לאיסור הנאה

ד. מת מצוה קונה מקומו

באחד שעלה לקבר של סבא רבה, שהיה רב גדול וחשוב, במזרח ארופה, וגילה מצבה שבורה, ושיפץ את המצבה, ואף עשה שם אהל קטן על מקום הקבר. ובאו צאצאים אחרים ומתנגדים לאהל שעשה, ולכאורה הטענות שמעלים הינן מוצדקות ואכמ"ל, ורוצים לסתור את האהל, והכריעו שהדין עם הצאצאים האחרים, ועלתה השאלה אם בכלל מותר לסתור את האהל שנבנה לצורך המת.

עוד שאלה שעלתה, משפץ המצבה לקח את חלק מהמצבה הישנה לביתו. בדור"כ משאירים את חלקי המצבה הישנה בתוך החדשה ולא נוגעים בה, במקרה זה הוא שיפץ את המצבה באופן זהה לישנה, והתיר לעצמו לקחת את הישנה. לדבריו נאמר לו שזו סגולה. שאר הצאצאים תובעים שיחזיר את החלק הנ"ל לקבורה.

א. אם יש קנין למת

איתא בסנהדרין מח,א, בענין מחלוקת אביי ורבא אם הזמנה מילתא או לא, דאביי ס"ל דהזמנה מילתא, ורבא ס"ל דהזמנה לאו מילתא: תא שמע מותר המתים למתים (גבו צדקה למתי מצוה או לעניים מתים והותירו מהן, יניחום לצורך מתים אחרים – רש"י), מותר המת ליורשיו (גבו לשם מת פלוני. ליורשיו - ליהנות מהן, אלמא הזמנה לאו מילתא היא). הכא במאי עסקינן שגבו מחיים. הא לא תני הכי, דתנן מותר המתים למתים, מותר המת ליורשיו, ותני עלה, כיצד, גבו למתים סתם זהו מותר המתים למתים, גבו למת זה זהו מותר המת ליורשיו. וליטעמך אימא סיפא, רבי מאיר אומר לא יגע בהן עד שיבא אליהו, רבי נתן אומר יעשנו דימוס (בנין) על קברו או זילוף לפני מטתו. אלא אביי מתרץ לטעמיה ורבא מתרץ לטעמיה, אביי מתרץ לטעמיה דכולי עלמא הזמנה מילתא היא, תנא קמא סבר דחזי ליה תפיס, דלא חזי ליה (שאינו צריך להוציא בו, דהיינו מותר) לא תפיס. ורבי מאיר מספקא ליה

אי תפיס אי לא תפיס, הלכך לא יגע בהן עד שיבא אליהו, ורבי נתן פשיטא ליה דודאי תפיס, הלכך יעשה דימוס על קברו. ורבא מתרץ לטעמיה, לכולי עלמא הזמנה לאו מילתא היא, תנא קמא סבר כי בזו ליה, אחולי מחיל זילותיה גבי יורשין, ורבי מאיר מספקא ליה אי מחיל אי לא מחיל, הלכך לא יגע בהן כו', ורבי נתן פשיטא ליה דלא מחיל, הלכך יעשה דימוס על קברו או זילוף לפני מטתו. ועיין משנה שקלים ב,ה, שהיא מקור המחלוקת הנ"ל. והרמב"ם (הל' מתנות עניים ט,יח) פסק כת"ק, דמותר מתים למתים, ומותר המת ליורשיו. וכן פסק בשו"ע יור"ד שנו,א: "מת שלא היה לו צרכי קבורה, וגבו לו והותירו, אם כשגבו יחדו לצרכי זה המת, ינתנו ליורשיו, ואם לאו, יעשו מהם צרכי מתים אחרים". ומה שינתנו ליורשיו, ביארו הט"ז והש"ך (שם ס"ק א) לפי המבואר בסוגיא לעיל, דאף שהזמנה לאו מילתא היא, כיון דהוה ליה זילותא לגביה, אחולי אחליה לגבי יורשיו.

והשאלה אם מה שנותנים ליורשים של המת מכח המת כיון שנתבזה המת, דאין כאן איסור הנאה ממת, דהזמנה לאו מילתא, אבל יש כאן איזה גדר של זכות למת שנותנים ליורשיו, מחמת מה שנתבזה שאספו עבורו מעות צדקה, האם זו זכיה מכח הבזיון, ולכן זכה המת במעות ונותנים ליורשיו, או שאין כאן זכיה אלא הנהגה של גבאי צדקה בממון, דאף שהמת שאספו עבורו לא זכה בכסף זה, מ"מ כיון שהם אספו עבור מת פלוני, ובכך התבזה, לכן גבאי הצדקה ינהגו בכסף ויתנו ליורשיו, אף שאביהם לא זכה בכסף זה, והיא הנהגה בכל כספי צדקה, שאם אספו עבור פלוני ובכך התבזה, שיתנו ליורשיו, וכמו שפסק הרמב"ם בהל' מתנות עניים ט,יח): "עני שגבו לו כדי להשלים מחסורו והותירו על מה שהוא צריך, הרי המותר שלו, ומותר עניים לעניים, ומותר שבויים לשבויים, מותר שבוי לאותו שבוי". שכן יש לנהוג בכספי הצדקה, ולא שזכה בהם אותו מת אלא על הגבאים ליתן ליורשיו.

ומצאנו בזה לכאורה מחלוקת. הרשב"א בתש' (ח"א סי' שעה) נשאל, באחד שאמר לחברו, זכה במעות אלו לקנות מצבה על ציונו של פלוני שמת, וזכה הזוכה, ואח"כ חזר בו המזכה ואומר שהמת לא זכה מפני שאינו בעולם, והרי זה כמזכה לחמור דלא קנה. והזוכה טוען שהמת זוכה בכל מה שהוא לכבודו, והביא ראיה מהמשנה שקלים ב,ה, והגמ' סנהדרין הנ"ל, דמותר המת ליורשיו. והשיב הרשב"א שהדין עם הזוכה, דאף שהזמנה לאו מילתא, ואין איסור הנאה ממה שגבו, אלא מה שגבו הגבאים, זכו למת עצמו, ולכן המותר ליורשיו: "... וטעמא משום דגבאין אלו גבאום לשם מצות צרכי המתים, ולזה נתנום הנותנים. וכשגבו למת אחד נמי, מאי שנא כבר זכו לו הגבאין לצרכו ולכבודו והרי הן כדברים המיוחדים לצרכו ולכבודו, וכל שיש לו ספק ממקום אחר כל מותרו ליורשיו". מבואר ברשב"א שהמת זכה במה שגבו עבורו. ודברי הרשב"א הביא הדרכ"מ (חו"מ סו"ס רי'): "אם אמר לחבירו זכה

במעוֹת אלו לצורך מצבת קבורת מת, זכה המת ולא יוכל לחזור, ולא הוי דומיא דקנה לעובר או לחמור דלא קנה, דכל מה שהוא לכבוד המת זכה בו". וכך פסק ברמ"א (חו"מ רי"ג): "המקנה דבר למת, כל שהוא לצורך קבורתו וכבודו קנה". וציין לתש' הרשב"א הנ"ל. ומבואר שיש למת עצמו זכיה, דמה שזוכים היורשים, הוא מכח המת שזכה במה שגבו עבורו, ומהמת זכו יורשיו.

וכן מוכח מהרשב"א ב"ב ח.ב. הרשב"א מתיחס למה שיכולים הגבאים לשנות מצדקה לצדקה, איך יכולים הגבאים לשנות מצדקה לצדקה, הרי אם גבו לצורך עני מסוים, כבר זכה בו העני, ומורישו ליורשיו, ואף שגבו לצורך המת, זכה המת להורישו ליורשיו: "ולדידי קשה לי קצת, דהא תנינן בההיא מותר המת ליורשיו ואף על פי שגבו אותן לצורך תכריכי המת וקבורתו והותירו, נותנין המותר ליורשיו ואפי' הם עשירים, אלמא כבר זכה בהן לצרכו ושל מת הוא להורישו לבניו, וא"כ היאך ישנו אותו לדברים אחרים, ואפילו הפרנסין, והרי הן גוזלין את החיים ואת המתים. ואפשר דכל מה שהגבאין גובין, על דעת הפרנסין הן גובין, ומי שנותן, על דעתן הוא נותן, והרי זה כאלו התנו בשעה שהם גובים, וכענין שאמר רב אשי אנא אתנוי נמי לא צריכנא, כיון דכל דאתי אדעתא ידידי אתי, מאי דבעינא עבידנא ביה". הרשב"א מישב, דכיון שכל הנותנים לגבאי צדקה, נותנים על דעת הגבאין, אין כאן גביה וזכיה עבור העני שעבורו גבו, אלא הגבאים הם אלה שזכו עבור צדקה שיעשו על דעתם ושקול דעתם.

וברמ"ה שם (סנהדרין מח,א) כתב לבאר בדין מותר המת ליורשיו: "היכי דמי, כגון שגבו למת זה, דכ"ע מכי נפקי זוזי מידא דנותן, קננהו מיתנא, ואף על גב דמת לא בר זכיה הוא, דאפילו לרבי מאיר גופיה למי שאינו בעולם לא שמעת ליה (גיטין יג,ב), גבאי גופיה מכי מטי לידיה, קני ליה למעבד ביה צרכי המת, ואשתכח דאית ליה למת זכותא בגויה". לפי הרמ"ה אין למת זכיה, יש לו זכות. הגבאי זוכה עבור אותו מת לעשות עבורו צרכי מיתה, כמו קבורה ומצבה, וזו זכות שיש למת אצל הגבאי שזכה עבורו, ואת הזכות הממונית הזו שזכה הגבאי עבור אביהם המת, מקבלים יורשי המת. ומ"מ מבואר ברמ"ה שאין למת זכיה כלל, ורק הגבאי זכה במה שגבה עבורו, ויש למת זכות אצל הגבאי בכספים אלו שנגבו עבורו. ומה שזוכים היורשים, צ"ל כדאיתא בגמ' בסנהדרין שם, אליבא דרבא הסובר דלכולי עלמא הזמנה לאו מילתא היא, ות"ק סבר שכיון שעבר בזיון במה שאספו עבורו, מוחל ליורשיו; כי בזו ליה, אחולי מחיל זילותיה גבי יורשין, עיי"ש ברש"י דלפי שנתבזה המת עליהן כשגבו אותם בשמו, מחיים אחליה לזילותיה, וניחא ליה שיתבזה לאחר מיתתו להנאת יורשיו. אבל אין למת זכיה וקנין בכספים אלו, אלא כיון שהמת התבזה בגביית כספים אלו, מוחל על הבזיון אם יורשיו יהנו מכסף זה. ול"פ מה שהיורשים זוכים זו הנהגה

בכספי צדקה שאספו עבור אחד, כיון שאותו אחד – המת, התבזה באסיפת הכספים, ינתן הכסף ליורשיו.

ואיתא בגיטין יד,ב: הולך מנה לפלוני, והלך ובקשו ולא מצאו, תני חדא יחזרו למשלח, ותניא אידך ליורשי מי שנשתלחו לו. לימא בהא קמיפלגי, דמר סבר הולך כזכי (וכיון שזכה בהן בחייו, ינתנו ליורשיו – רש"י), ומ"ס הולך לאו כזכי. אמר ר' אבא בר ממל, דכ"ע הולך לאו כזכי, ולא קשיא הא בבריא (יחזרו למשלח, דהולך לאו כזכי דמי, וזה לא שלחו אלא למקבל ולא ליורשיו) הא בשכיב מרע (שכל זמן שלא חזר בו, דבריו ככתובים וכמסורים, והולך ידידה זכי הוא ויתנם ליורשי מי שנשתלחו לו, שהרי זכה אביהן בחייו). רב זביד אמר הא והא בשכיב מרע, הא דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות, הא דליתיה למקבל בשעת מתן מעות. רב פפא אמר הא והא בבריא, הא דמית מקבל בחיי נותן (שכבר מת, וזה לא היה יודע, נמצאת זכיה בטעות ולא קנו יורשין), הא דמית נותן בחיי מקבל. ממש"כ רש"י דכשמת מקבל בחיי נותן, והנותן לא היה יודע שכבר מת המקבל; "נמצאת זכיה בטעות ולא קנו יורשין", משמע שאם לא היה בטעות והיה רוצה להקנותו אף במת, זכה המת והיורשים באים מכח זכייתו, ורק מחמת שלא ידע שמת והיתה טעות ולא התכוין להקנותו למת, יחזור למשלח. מבואר לכאורה כדעת הרשב"א, שיש קנין למת, ורק מחמת הטעות אינו זוכה, דאם ס"ל לרש"י שאין זכיה וקנין למת, הו"ל למימר שאין זכיה למת.

דכך פירש הרי"ף שם (גיטין ו,ב – ז,א מעמוה"ר), שיחזרו למשלח מפני שאין זכיה למת: "ואי ליתיה למקבל בשעת מתן מעות, יחזרו ליורשי משלח, דקיימא לן דאין קנין למת וכן הלכה". וכן מבואר בנימוק"י שם (ו,ב מעמוה"ר) דאין קנין למת, ולכן אף במתנת שכ"מ, כיון שחלה רק לאחר מיתה, ובאותה שעה כבר ליתא למקבל, אין לו קנין לזכות, עיי"ש. וכך פסק הרמב"ם להדיא (זכיה ומתנה י,יב): "שכיב מרע שנתן מנה לאחד ואמר לו הולך מנה זו לפלוני והלך ומצאו שמת, אם קיים היה בשעה שנתן לו השכיב מרע, ינתנו ליורשי מי שנשתלחו לו, שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין הן, ואם לא היה קיים יחזרו ליורשי משלח, שאין קנין למת.. הרי שהרמב"ם פסק להדיא שאין קנין למת, והוא הטעם שיחזרו ליורשי משלח. וכך פסק הרא"ש בגיטין (א,יט בסופו): "ואי ליתיה למקבל בשעת מתן מעות יחזיר ליורשי משלח, דקי"ל דאין קנין למת, וכן הלכתא". וכן כתב המאירי (גיטין יד,ב): "אבל אם בשעה שאמר השכיב מרע כן לא היה המקבל חי אלא שהשכיב מרע היה סבור עליו שהוא חי, יחזרו ליורשי משלח, שהרי לא זכה המקבל מאחר שלא היה חי באותה שעה, שאין קנין למת". וכן פסק הטור (חור"מ סי' קכה,יב): "ואם שכ"מ היה הנותן, חזינן אם מת מקבל בשעה שנתן המנה ליד השליח יחזיר לו ליורשי משלח, דכיון שמת

המקבל, לא היה ראוי לקנות". מבואר מהרי"ף, הרמב"ם, הרא"ש, המאירי והטור הנ"ל, דאין קנין וזכיה למת.

אבל יותר קשה, דהרשב"א שם בסוגיא בגיטין יד,ב, כתב ג"כ כדברי הראשונים הנ"ל, שיחזרו ליורשי משלח, מפני שאין זכיה למת, וז"ל הרשב"א בחידושיו שם: "ובשכיב מרע אפי' במה שהוא מצוה לתת בחייו ומסר לשליח ואמר לו הולך, הולך ידידיה כזכה, דקי"ל דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו. ודוקא דאיתיה למקבל בעולם בשעת מתן מעות, אבל ליתיה למקבל בשעת מתן מעות לא, דאין זכיה למת". ולענ"ד נראה לישיב סתירת הדברים, דהרשב"א ס"ל דאפשר לזכות למת בזיכוי ע"י אחר, ולכן גבאי צדקה שזכה עבור המת, זכה המת. אבל כששכיב מרע נותן באמירתו, אין כאן זכיה אלא מעשה קנין, ובזה לא תקנו חכמים שיועילו דברי שכ"מ אף למת, כמו שקנינים אחרים אינם מועילים אלא בדרך של זיכוי. ואם כדברינו, אין ראייה כ"כ מהראשונים הנ"ל שדברו בשכיב מרע שאמר, ומת המקבל קודם האמירה, וצ"ע.

ולמש"כ בשיטת הרשב"א לחלק בין זוכה עבור המת למתנת שכ"מ, ברש"י אין לומר כן, אלא לרש"י אף במתנת שכ"מ זוכה המת, למה שמדייקים ברש"י שיחזרו למשלח מחמת טעות ולא מפני שאין קנין למת כדעת שאר הראשונים. וראיתי בקצוה"ח קכה,ה שכתב דמתנת שכ"מ יכול המקבל לזכות אף לאחר מיתה, דמתנת שכ"מ כירושה שויה רבנן, ולכן גם אם מת אינו יכול לקנות, יכול לזכות בתורת ירושה: "... ועי"ש בתוס' (קמח,א ד"ה שכיב מרע) הואיל ויורש יורשה, לא בעי למימר מטעם דאיתא בבריא, אלא כיון שיוורש יורשה, יש כח לשכיב מרע ליתן דברשותו הוי דמתנת שכיב מרע כירושה היא, וע"ש ברשב"ם (ד"ה ומשני) דכתב ג"כ דאמרינן לקמן (קמט,א) מתנת שכיב מרע כירושה שויה רבנן עי"ש. וכן אמרו להדיא שם (קמז,א) במתנה דשכיב מרע והעברתם את נחלתו (במדבר כז,ח) יש לך העברה אחרת. וא"כ לפי"ז כיון דשכיב מרע יכול ליתן הלואתו, אע"ג דליתיה בהקנאה משום דאינו ברשותו וליתיה בבריא בהקנאה, מכל מקום כיון דאיתא בירושה זוכה בהלואתו בתורת ירושה, ודין מתנת שכיב מרע כירושה, וא"כ תו לא קשה דהיכי זוכה המקבל אחר מיתת הנותן כיון דאין קנין למת, דנהי דאין קנין למת, זוכה בו מתורת ירושה ויורש יורשה אפילו אחר מיתה, דכן סדר הנחלות שממשמשת והולכת עד יעקב (עיי' ב"ב קטו,ב), ואפילו אחר מיתה איתא בירושה, אלא כי ליתיה למקבל בשעת מתן מעות הו"ל זכיה בטעות, אבל איתיה למקבל בשעת מתן מעות, הו"ל דבריו כמו כתובין ומסורין שיזכה בו בתורת ירושה אחר מיתת הנותן, ויורש יורשה אחר מיתתו נמי". הרי דכל היכא שאין בו משום מתנה בטעות, זוכה במתנת שכיב מרע אף לאחר מיתה. וצ"ל דכן היא שיטת רש"י, והרשב"א ס"ל דלא עדיף מתנת שכיב מרע שדבריו ככתובין וכמסורין,

מכל קנין, ולא זוכה המת, רק במקום שזכו עבורו הגבאים. (ובענין גדר מתנת שכ"מ, אם כמתנה או כירושה, עיין מה שכתבתי בח"ד סי' ה).

וכדברי הראשונים הנ"ל דאין זכיה למת, כן נראה מתש' ר' יצחק ב"ר מרדכי, הובא במהר"ח או"ז סי' מ, דמה שזוכים יורשי המת הוא מכח הנותן ולא מכח המת: "וההיא דסנהדרין, דמותר המת ליורשיו, בס"פ נגמר הדין, הרי פליג עליה ר' מאיר ואמר הרי זה לא יגע. וגם תנאי טובא פליגי עליה, וקצת הסוגיא מוכחא התם, שקבצו לצורך תכריכי המת, ודעת הנותן דמה שיצטרך המת יהא למת, והמותר יהא ליורשיו. נמצא שהיורשין לא זכו מכחו, אלא מכח הנותן". אמנם דעת מהר"ח או"ז דזוכה מכח המת, וכפי שהובא שם בתחילת התש': "מה שכתב מרי וזה לשונך, נראה דהנותן מתנה למת, זכה בו יורשיו מכחו, כההיא דסנהדרין (מח,א): מותר המת ליורשיו. ואם בנחלה דאורייתא זוכה ומזכה ליורשיו על ידי משמוש, כל שכן בדעת אחרת מקנה". מבואר דדעת מהר"ח או"ז דיש קנין למת. ועיי"ש מה שדחה הריב"ם ראיותיו.

וכדברי הרשב"א בתש' ורש"י מבואר לכאורה בראבי"ה, הובאו דבריו במרדכי כתובות (סי' קעו): "ובספר ראבי"ה סי' תקצ"ב כתב מעשה באחד שנדר מעות להשיא יתומה א' להרויח בהם, ונפטרה היתומה, ותבעוהו יורשיה, ופטרו ה"ר חיים כהן ז"ל, והביא ראיה מפ' אף על פי, שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, ומסקינן בגמ' הלכה כרבי אלעזר בן עזריה וקי"ל כוותיה, כ"ש הכא דלכולי עלמא לא יתן, שלא כתב ושלל נדר לה אלא ע"מ להשיאה. ולראבי"ה נראה, כיון דאמר בירושלמי עלה דההיא בפרק הזהב, האומר לחבירו מתנה אני נותן לך וכו', יכול לחזור בו, ואמרינן מותר לחזור בו, שאין בו משום מחסורי אמנה, ואמר רבי יוחנן במתנה מועטת לא יכול לחזור בו, דסמכא דעתיה עלויה, וגרסי' בירושלמי, אמר לחבירו מתנה מרובה אני נותן לך, מותר לחזור בו, הדא דתימא בעשיר, אבל בעני נעשה נדר וזכו בה היורשין, מדתניא שילהי נגמר הדין [סנהדרין מח,א] מותר המת ליורשיו, וע"כ לא פליגי ר"מ ור' נתן אלא בתפיסה דאיסורי הנאה, הא לאו הכי לכ"ע ליורשיו, אלמא אף על גב שלא נתנו הנותנים וגם הגובים לא גבו לצורך היורשים, אפילו הכי זכו היורשין מכח המת, ולההיא דפרק אף על פי לא דמי, שלא כל האומדנות שוין". הרי שנחלקו הר"ר חיים הכהן וראבי"ה, בגבוי מעות לצורך יתומה ומתה היתומה, דלר' חיים הכהן לא יתנו ליורשיה, שלא זכתה היתומה, ולראבי"ה זכתה כדין מותר המת, שזכו יורשי היתומה מכח היתומה, הרי שיש למת זכיה. אמנם ראיה זו צ"ע, דשם כשגבו המעות, היתה היתומה בחיים, וזכתה היתומה בחיים, ורק נחלקו אם יכולים היורשים לזכות מכח היתומה, דלר' חיים הכהן, כיון שגבו רק לצורך נישואיה, אין ליורשים זכות בזה לאחר שמתה היתומה ולא נשאה, ולראבי"ה זכו היורשים במה שזכתה היתומה. אבל אין ראיה שאם זכו למת בהיותו מת, שזכה המת להנחיל ליורשיו, דבנדון

הראבי"ה אספו הכסף בעודה בחיים. ועיין עוד להלן במש"כ המחנ"א במחלוקת הר"ח הכהן וראבי"ה.

ולכן גם צ"ע אם יש לקשור מחלוקת רשב"א ורא"ש אחרת, למחלוקת זו. הרשב"א בתש' (ח"ד סי' נה) נשאל בגבאי צדקה שגבו מעות לצורך פדיון שבוי מסוים, ומת השבוי קודם שנפדה. והשיב הרשב"א דמעות אלו של יורשים, מהמשנה שקלים ב,ה (הנ"ל), דמותר שבוי לאותו שבוי, מותר המת ליורשיו, דמשעת גוביינא זכו לו גבאי הצדקה, ולכן פשוט לרשב"א שהמעות ינתנו ליורשי אותו שבוי. והרא"ש בתש' לב,ו נשאל באספו כסף לצורך שבוייה מסוימת, ואותה שבוייה הלכה ונטמעה בין הגויים, והשיב הרא"ש: "על אודות השבוייה אשר כתבת שזכתה היא ובניה במעות שנגבו לצורך פדיונה, ודמית אותו לומר שבוי לשבוי, אינו נראה בעיני. דהא דאמרינן מותר שבוי לשבוי היינו היכא שנעשית המצוה שנגבית הממון בשבילה, ומה שהותרו המתנדבים יותר מכדי פדיונה, זכה בהן השבוי, מאחר שהתנדבו לצרכו. אבל בנדון זה שנטמעה בין הכותים ונשאת וילדה בנים, ודאי לא זכתה במעות, כיון שהתנדבו לפדיונה ולא יזכו בניה אחריה, דאדעתא דהכי לא התנדבו שתאכלם בגיורתה, שהרי לא התנדבו אלא לצורך פדיונה". והביא שם הרא"ש ראייה מדיני אומדנא במתנה, וודאי גם כאן יש אומדנא ברורה שלא התנדבו אדעתא דהכי שתטמע בין הגויים. ממשיך הרא"ש ומחלק בין המשנה בשקלים לנדון שלפניו: "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 השבוייה ולא נפדית, דמה לי מתה מה לי נתחלפה, הילכך לא זכתה בהן השבוייה". מבואר ברא"ש דמכח אומדנא, אם מתה השבוייה, לא זכתה השבוייה. ומחלוקת זו הובאה להלכה בשו"ע יור"ד רנ"ג,ז: "מעות שגבו לפדיון שבוי, ומת קודם שנפדה, יש מי שאומר שהם של יורשיו, ויש מי שאומר שלא זכו בהם יורשיו, ולזה הדעת נוטה בזמן הזה, דאמדינן דעתייהו שלא התנדבו על דעת כך. והוא הדין לנטמע השבוי בין העובדי כוכבים קודם שנפדה". וברמ"א שם המשיך, והוא מדברי המרדכי כתובות (הנ"ל): "והוא הדין אם נדר א' ליתומה מעות להשיאה ומתה, דלא זכו בהם יורשים".

ואף שקל היה לומר דהרשב"א והרא"ש לשיטתם, דהרשב"א ס"ל דיש קנין למת, והרא"ש ס"ל דאין קנין למת, בפרט למה שהביא הרשב"א ראייה מהמשנה בשקלים שהובאה בסנהדרין מחא, מותר המת ליורשיו, המעין בתש' הראשונים רואה שאין לזה לכאורה הקשר לדין קנין מת. בנידון הרשב"א אספו את המעות בהיות השבוי עוד בחיים, וממילא זכה השבוי עוד בחייו, והרשב"א הביא ראייה ממותר השבוי לאותו שבוי ולא ממותר המת למת, דהם שני דינים חלוקים, מותר השבוי

אספו עוד בחייו וזכה בחייו, מותר המת, אף שאספו לאחר מותו, זכה המת במה שאספו עבורו, לשיטת הרשב"א דס"ל דטעם הדין מפני שיש קנין למת. והרא"ש שכתב דלא זכה השבוי ולא יורשיו, הוא מטעם אומדנא במתנה, ואינו שייך כלל לדין קנין המת, דלשיטתו אין קנין למת, דאומדנא שלא נתנו הנותנים על דעת שתטמע בין הגויים אלא ע"ד לפדותה.

ובמחנה אפרים (זכיה ומתנה לא) הביא דברי הרשב"א בתש' שיש קנין למת וזכו היורשים מכח המת, והקשה עליו, שהטעם במותר המת ליורשי המת, שנתבזה המת כשגבו על שמו, ומוחל ליורשיו, ולא מהטעם שיש לו קנין, ונפק"מ כשלא היה בזיון. והביא את הגמ' גיטין יד, ב. (הנ"ל); שכיב מרע שאמר הולך מנה לפלוני, והלך ומצאו שמת, אם היה קיים בשעה שנתן לו השכיב מרע, ינתן ליורשיו, ואם לא היה קיים, ינתנו ליורשי משלה. ואף שרש"י פירש שהוא משום קנין בטעות, ומשמע דבלא טעות היה זוכה המת ויש קנין למת, הראשונים האחרים חלקו על רש"י (עיין לעיל), והזכיר שאף הרשב"א נקט כדבריהם (עיין לעיל, ובישוב הדברים). ולכן הסיק המחנ"א דמש"כ הרשב"א בתש' שינתן ליורשי המת הוא לא בתורת זכיה שזכה המת אלא מדין מצוה: "ומ"ש הרשב"א בתשובה הוא מדין מצוה". וצ"ל דמדין מצוה הכוונה לתורת צדקה, וכמו שביאר הר"ן בסנהדרין שם (מח, א): ואין טעם באיסור מותר זה אלא מטעם איסור הזמנה בלבד, שהרי אפשר להוציא הכל בענין המת כגון דימוס או זילוף, ומתורת הצדקה היה ראוי לנהוג איסור במותר, ולא אמרו שהוא ליורשיו אלא משום דאחולי אחיל לגבייהו. ומעתה אף בגבו מעות שלא לקחו מהן בגד למת, ראוי לנהוג איסור במותר מתורת צדקה, אלא שהותר ליורשים משום דאחולי מחיל לגבייהו". דמתורת צדקה היה ראוי לנהוג איסור במותר, אלא ינתן ליורשים דאחולי מחיל לגבייהו. אבל קשה קצת להסביר את המחנ"א כר"ן, דהר"ן כתב דינתן ליורשים לא בתורת צדקה אלא מפני שמוחל ליורשיו על הבזיון, דמתורת צדקה היה מקום לאסור. ולכן צ"ל דהמחנ"א ס"ל דיעשה בהם מצוה, והמצוה היא לתת ליורשים.

ובמחנה אפרים (צדקה ו) כתב בבאור מחלוקת ר"ח הכהן וראב"י"ה (הנ"ל), והסביר המחנ"א דר"ח הכהן פוטר את הנודר ליתן, דכיון שנדר דוקא להשיא, הרי יש אומדנא ברורה שאם לא שייך להשיאה, כיון שנטמעה בין הגויים, אין כאן נדר, ואפי' היה מקבל בקנין יש לפטרו מחמת האומדנא, משא"כ אם נדר מתנה לעני, ואחרי שנדר לעני מת אותו עני, דכיון שכבר זכה העני, ינתן ליורשיו. ומזה שהביא ראב"י"ה ראייה ממותר המת ליורשיו, מוכח שסובר שגם בנדר, אף שלא היה גבאי שזכה עבור המת, זכה המת. דלכאורה היה מקום לחלק בין מותר המת ליורשיו, לדין נדר ומת העני, דבמותר המת ליורשיו, זכה הגבאי עבור המת; "דזכה המת משעת גוביינא שבאו ליד גבאי, הילכך ינתן ליורשיו שזכו מכח המת", משא"כ בנדר ומת העני. אלא מזה

מוכח שגם בנדר לעני ומת העני (וצ"ל קודם שנדר, באופן דאין לומר שהיה בטעות, וצ"ע, דאם העני חי בשעת הנדר, מה הדמיון למותר המת), זוכה המת: "אבל בנודר ליתן לעני, נהי דחייב הוא ליתן לעני כדי לקיומי נדריה, מ"מ כיון דאין העני זכה באותו ממון עדיין זכיה גמורה, היאך יורשיו ירתי מכח המת. אלא נראה דסובר דכל הנודר מתנה לעני, זכה בו העני מיד באמירה, דאמירתו לעני כאמירתו לגבוה". וכתב דלזה מסכים גם הר"ח הכהן. וצ"ל דמה שחולק הוא מטעם טעות, וכנ"ל.

ב. קנין מוגבל במה שעשו לכבודו

ולעיל הובאה סתירה לכאורה בין מש"כ הרשב"א בתש', דיש קנין וזכיה למת, למש"כ בחידושי פ"ק דגיטין, שאין קנין למת (ועיין לעיל מה שכת' בישוב הדברים). דדין מותר המת ליורשיו הוא דוקא בגבו דבר לצרכו של המת, כגון צרכי קבורה ומצבה, בזה כיון שמדובר בצרכי המת עצמו, זוכה בהם המת. אבל במי שיבוא ויתן מתנה, ואפי' מתנת שכיב מרע למת, אין למת קנין, דמת זוכה רק לצרכי קבורתו וכד'. ולכן בתש' הרשב"א מיירי בנדר אחד לצורך מצבה של מת, וזכה המת במה שהוא לצורך קבורתו, דנידון הרשב"א באחד שאמר לחברו, זכה במעות אלו לקנות מצבה על ציונו של פלוני שמת, וזכה הזוכה, ואח"כ חזר בו המזכה. וכן בב"ב ח,ב, מיירי הרשב"א באספו מעות לצרכי קבורתו ומצבתו, וז"ל הרשב"א שם: "... דהא תנינן בההיא מותר המת ליורשיו, ואף על פי שגבו אותן לצורך תכריכי המת וקבורתו והותירו, נותנין המותר ליורשיו ואפי' הם עשירים, אלמא כבר זכה בהן לצרכו ושל מת הוא להורישו לבניו, וא"כ היאך ישנו אותו לדברים אחרים...". דכל דין מותר המתים ומותר המת, הוא בגבו כסף לצרכי קבורתו, כמבואר במפרשים שם במשנה שקלים ב,ה, עיין ברע"ב וברמב"ם שם, ועוד. משא"כ בגיטין יד,ב, שנתן השכיב מרע למי שכבר מת, דנודע אח"כ שמת בשעת הנתינה, שלא היתה כאן זכיה לצרכו של המת, קבורתו ומצבתו, שלא זכה בהם המת, דאין קנין למת אלא לדברים שהם לצרכי קבורתו וכד'.

אמנם נראה לבאר שאין למת קנין גמור ובעלות, במה שנעשה לצרכו, והוא רק קנין מניעה, האוסר לאחרים להשתמש במה שנעשה לצרכו, וכאשר נאסף עבורו כסף ויש מותר מהכסף, ינתן ליורשיו, כיון שלהם מוחל על בזיונו, אבל כל זה לא נובע מבעלות מוחלטת. למת יש קנין שיהיה הדבר לצרכו, וכיון שנתבזה, נותנים המותר ליורשים. דבר כזה מצאנו בדין קנין אומן בשבח כלי (לראשונים הפוסקים דאומן קונה בשבח כלי), וכן בבע"ח הקונה משכון מדר". ואביא בקצירת האומר את דעות הראשונים והאחרונים בזה, ועיין מה שכת' בח"ד סי' לא.

הרשב"א (ב"ק צח,ב, ד"ה מאי טעמא), כתב וז"ל: "כלומר, אומן קונה בשבח כלי ואף כל שבחו ובשקלקלו לאחר שהשביחו, לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב את עצמו בתשלומי נזקו. וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו כנגד שכרו אע"פ שלא קלקלו. אבל לכולי עלמא בשלא קלקל אינו קונה כל שבחו, שעל דעת שיהיה שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנו ומשביחו". ועיין בנתיבות שו"ד, (ועיין גם בס"ק ג) שכתב לבאר את דברי הרשב"א שיהיה האומן קונה נגד דמי השכירות "קנין שעבוד", כדוגמת קנין בע"ח במשכון שלא בשעת הלואתו, דאם קונה קנין גמור בכלי, א"כ אם יאנס הכלי ביד האומן, יפטר בעה"ב מליתן לאומן שכרו, והוכיח מהראשונים דדין האומן רק כשומר שכר, ובאונס חייב בעה"ב ליתן לו שכרו. וע"כ ס"ל לנתיבות בדעת הרשב"א שאין לאומן קנין גמור אלא רק קנין לשעבוד, ואף בשבח אינו זוכה בגוף השבח.

ועיין ברמב"ן במלחמות (שבועות כה,א בעמוה"ר), בענין מש"כ בעל המאור (שם) בדין משכון שחייב המלוה עליו אפילו באונסין מפני שקנה אותו מדרבי יצחק, וחולק עליו הרמב"ן וסובר שאין המלוה חייב באונסין, וז"ל: "... ואע"פ שקנה אותו למקצת דברים, שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו, כיון שאין כל ההנאה שלו, אינו נעשה עליו אלא שומר שכר. והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין בו את האשה ואינו אלא שומר שכר, דתנן כל האומנין שומרי שכר ...". ומבואר שדינו כשומר שכר ולא קונה קנין גמור. ועיין בקצוה"ח שו"ג שלמד כן בדברי הרמב"ן דאין האומן הקונה בשבח כלי קונהו אלא לקדושי אשה, איסור בל תלין ואם הזיקו האומן "אפילו שבחו עולה יותר מדמי שכירותו. ובזה הוא דיותר קונה מבע"ח במשכון שאינו אלא כדי חובו, אבל באיכות הקנין אינו יותר מבע"ח במשכון שאינו ליקח גמור". ולענין בע"ח קונה משכון, עיין בש"ך עב"ט, ומה שחלקו עליו קצוה"ח עב"ו והנתיבות עב"ה, ואכמ"ל.

וכמו שמצאנו בגמ' קנין שהוא חלקי לענינים מסוימים, כן נראה קנין המת במה שעשו לכבודו, שהוא קנין מוגבל, המונע מאחרים להשתמש ולקחתו מהמת, וכאשר אין אפשרות להשתמש למת, יש כח למת, שקנה בהתבזותו את מה שעשו לכבודו, שיהיו יורשיו מקבלים את המותר למת. ולכן אפשר שאין מחלוקת ראשונים, דמש"כ הרשב"א בתש' הוא לענין מה שאספו לצורך המת, ויש למת קנין שאין לאחרים זכות בזה, ויורשיו יורשים דאחולי אחליה. והראשונים שחלקו מיירי בהקנאה למת, דבזה ודאי אין לו זכיה במתנה שאינה לכבודו, וודאי אין יורשיו באים מכח מי שלא זכה. ולכן כל הראשונים, ובכללם הרשב"א, בגיטין יד,ב, כתבו דאין קנין למת. ומדיוק ברש"י אפשר שאין הכרח.

וסברא הנ"ל יש לדייק בעיקר מדברי הרמ"ה (סנהדרין מח,א הנ"ל): "... ואף על גב דמת לא בר זכייה הוא, דאפילו לרבי מאיר גופיה למי שאינו בעולם לא שמעת

ליה (גיטין יג,ב), גבאי גופיה מכי מטי לידיה, קני ליה למעבד ביה צרכי המת, ואשתכח דאית ליה למת זכותא בגויה". דיש למת זכות, וזכות זו עוברת ליורשים, אבל הוא בגדר זכות, שהיא קנין חלקי ולא קנין גמור. ואף בדברי הרשב"א בתש' יש ללמוד כן, שכך כתב הרשב"א: "וטעמא משום דגבאין אלו גבאום לשם מצות צרכי המתים, ולזה נתנום הנותנים. וכשגבו למת אחד נמי, מאי שנא כבר זכו לו הגבאין לצרכו ולכבודו, והרי הן כדברים המיוחדים לצרכו ולכבודו, וכל שיש לו ספק ממקום אחר כל מותרו ליורשיו". דברים מיוחדים לצרכו ולכבודו. זה הגדר של הקנין גם לשיטת הרשב"א.

וכך יש לפרש דברי הרא"ש במו"ק ג,עט, וז"ל: "עוד תניא באבל רבתי, מזרקין כלים על המת וקולטין ומצילין מן האויר עד שלא יזכה בהן המת, שכל הכלים שהמת זוכה בהן אסורין בהנאה, חוץ מן הסל והמגריפה המיוחדין לקבורה. ויש לומר, הא דקאמר כלים שהמת זוכה בהן אסורין בהנאה, היינו דוקא בכלים שבמרירות לבו זרקם על המת שיהיו נקברים עמו ונגעו במטה הנקברת עמו, אז זכה בהן המת. ולא דוקא זכה, דמשום זכיית המת לא נאסרו, וגם לא שייך זכייה לגבי המת, אלא אסורין משום דמיחלפי בתכריכי המת, והיינו דקאמר שהמת זוכה בהם, כלומר תכריכים שהוא זוכה ליקבר בהן, אבל אם מניחין את המת על המצע, או מניחין כר וכסת תחת מראשותיו, או פירשו סדין או טלית על הארון, או על המטה שמוליכין בה את המת לקבורה, אינו נאסר". מש"כ הרא"ש כלים שהמת זוכה בהם, ומיד כתב דזוכה לאו דוקא, דלא שייך זכיה במת, אלא אסורין וכו', היינו שאינה זכיה גמורה ואינה קנין גמור, אלא שיש למת בהם זכות, שהיא זכות וקנין חלקי, שאחרים אסורים בכלים אלו. ולכן בתחילה כתב הרא"ש שהמת זוכה, והסביר שאינה זכיה שהוא הבעלים על חפצים אלו שנעשו לכבודו, אלא שהיא זכות חלקית למנוע מאחרים הנאה מחפצים אלו.

ומש"כ הרדב"ז בתש' (ח"ב סי' תשמא), מה שראה במצרים, שכל מצבה שנשתכח שם בעליה, באים וגונבים אותה וחוזרים ומוכרים לישראל אחר: "ונמצאו גוזלים את המתים, וישראל מחזיקין בידיהם לקנות אותם, לפיכך ירא שמים יזהר שלא יניח על מתו אלא מצבה חדשה, או מאותם שברור אצלו שפינו את בעליהם משם". וממשיך הרדב"ז, דאף המצבות שגונבים מהצדוקים והשמונים, אסור ליקח מהם, ואף אם השומרונים הם כעכו"ם, ואין מתייהם אסורים בהנאה, וקיי"ל דמתי עכו"ם אינם אסורין בהנאה: "מ"מ לענין גזל וגניבה הכל שוין, ואסור לסייע ידי עוברי עבירה". והיינו, דאף אם אינו אסור בהנאה, מ"מ ודאי נעשה לשם המת העכו"ם, ויש למת העכו"ם זכות במצבה לענין שלא יקחו את המצבה אחרים, וזכות זו הינה גם למתי עכו"ם, ולכן מה שלוקחים מצבות השומרונים, הרי זה גזל, והקונים מסייעים עוברי עבירה. לא שיש למת קנין גמור בגויה, ואינו תלוי רק בענין אסור הנאה, אלא זכות קנינית

יש לו במצבה, שאסור לאחרים לקחת מצבה זו, וזכות זו הינה בין מת ישראל ובין מת עכו"ם.

ג. בחילוק בין זכות המת לאיסור הנאה

והנה לנדוד"ד אם יש למת זכות באותו אהל שבנו על הקבר, הרי שאין יכולים להרוס את האהל שבנו על הקבר, ואם נאמר שאין למת זכות באותו אהל, כיון שבנו שלא כדין וכו', מ"מ יש לדון שאף אחרי שיהרסו את האהל, יהיו האבנים אסורות בהנאה.

דבגמ' סנהדרין מז,ב מבואר דקבר עצמו, ככל שמדובר בקרקע עולם, אין קרקע עולם נאסרת בהנאה, אבל בנין שעל הקבר שהוא תלוש ולבסוף חברו, נאסר בהנאה, דאיתא שם בגמ': קבריה דרב הוו שקלי מיניה עפרא לאישתא בת יומא (ביום ראשון שלה, והן מתרפאין באותו עפר – רש"י). אתו אמרו ליה לשמואל, אמר להו יאות עבדין, קרקע עולם הוא וקרקע עולם אינה נאסרת, דכתיב; וישלך את עפרה על קבר בני העם, מקיש קבר בני העם לעבודה זרה, מה עבודה זרה במחובר לא מיתסר, דכתיב אשר אתם ירשים אתם את אלהיהם על ההרים הרמים, על ההרים אלהיהם, ולא ההרים אלהיהם, הכא נמי במחובר לא מיתסר. מיתיבי, החוצב קבר לאביו והלך וקברו במקום אחר, הרי זה לא יקבר בו עולמית. הכא במאי עסקינן בקבר בנין (שבנאו למעלה מן הקרקע, דכוותיה בעבודה זרה בית שבנאו מתחלה לעבודה זרה אסור, דתלוש ולבסוף חיברו הוי תלוש לענין עבודה זרה, וקבר נמי איתקש לעבודה זרה). תא שמע קבר חדש מותר בהנאה, הטיל בו נפל אסור בהנאה. הכא נמי בקבר בנין. וכך פסק הרמב"ם בהל' אבל יד:ז: "עפר הקבר אינו אסור בהנאה, שאין קרקע עולם נאסרת, אבל קבר הבניין אסור בהנאה". וכן פסק בשו"ע יור"ד ססד,א. ולפ"ז ברור שהמצבה עצמה שהחליפו אותה, למצבה הישנה יש דין של תלוש ולבסוף חברו, שאסורה בהנאה, ואסור למשפץ המצבות לקחתה לעצמו.

ואף שהמצבה נשברה או נמחק השם של הנפטר, מוכח מהרדב"ז הנ"ל (ח"ב סי' תשמא) שאסורה בהנאה, דבמצרים מכרו את המצבות שנשכח שם בעליהם מהם, והיינו שבלו המצבות עד כדי כך שהשם לא ידוע ולא ברור. וכן מוכח מהג"א מו"ק ג,עט: "ובתשובה כתב, דכל מה שנעשה לצורך המת ולכבוד המת אסור בהנאה, ומתוך כך אסור למכור מצבה שנשברה. ולפי דבריו אסור להשען על המצבה. ואם כן אסור לדרוך על גבי בית הקברות משום דאסור בהנאה". ומבואר שאפי' מצבה שנשברה אסורה בהנאה. ולכן גם אם בנדוד"ד יחליטו לפרק את האהל, יש לאסור בהנאה מה שנעשה לכבוד הנפטר, דכל דבר שהוא לכבוד הנפטר, יש לאסרו בהנאה.

ובשו"ע יור"ד שסד,א הביא דין זה המחלק בין קבר של בנין לקרקע עולם: "קבר של בנין, אסור בהנאה, אבל קרקע עולם של קבר אינו נאסר". וברמ"א שם הביא מהטור שהביא מהר"ר ישעיה, דהקרקע שלקחו מהקבר וחזרו ונתנו עליו, אסור הנאה, דהוי תלוש ולבסוף חברו. ובהמשך הביא הרמ"א מחלוקת הרא"ש והאור"ז, אם מותר להשתמש במצבה שנותנים היום על הקבר, אם מותר לישב על האבן שנותנים היום למצבה, דעת האור"ז שהביא הג"א, שאסור להשתמש במצבה, דהוי כתלוש ולבסוף חברו, ודעת הרא"ש להתיר. ודברי האור"ז הביאם הג"א (מו"ק ג,עט): "ובתשובה כתב דכל מה שנעשה לצורך המת ולכבוד המת, אסור בהנאה. ומתוך כך אסור למכור מצבה שנשברה. ולפי דבריו אסור להשען על המצבה. ואם כן אסור לדרוך על גבי בית הקברות משום דאסור בהנאה". ודברי הרא"ש הביאם הטור יור"ד סי' שסד: "וא"א הרא"ש ז"ל לא היה אסור לישב על האבן, שאינו נחשב מן הקבר אלא ציון שנותנים עליו אח"כ". ועיי"ש בפרישה ו, שלא נחשב אלא לציון, כמו שאנו מעמידים על הקבר מצבה של אבן או של עץ ומציינים עליו שם הנקבר להיות לזכרון מי שקבור שם.

ובב"י הסביר דעת הרא"ש, שקבר בנין הוא רק מה שבונים בחפירה ליתן את המת בתוכו, וממילא למצבה אין דין קבר של בנין, ואינה אסורה בהנאה. ובפת"ש יור"ד שסד,ב הביא מתש' יד אליהו (סי' צד), דיש בשיבה על מצבה ובהליכה על העפר, משום שני דינים, אסור הנאה וכבוד המת, ונפק"מ בדבר שאין בו אלא הנאה אלא רק כבוד המת, כגון לילך ע"ג הקבר, שאין בזה הנאה לילך ע"ג קבר, ורק אסור משום בזיון המת, ואם הולך לדבר מצוה, יכול לילך ע"ג קבר, משא"כ לישב ע"ג קבר, הואיל ויש בזה הנאה, גם במקום מצוה אסור. ועיין עוד בט"ז ס"ק א, שאין אסור בדריכה ודריסה ע"ג קבר לפי שעה, דהיינו שעושה זאת בדרך הילוכו למק"א. עוד כתב שם בט"ז בשם הרש"ל, דהעולם נהגו איסור לישב ע"ג מצבה. וכן פסק ברדב"ז (ח"ב סי' תשמא הנ"ל), שאף המצבה בכלל אסורי הנאה. ובברכי יוסף (יור"ד שסד,א) כתב דיש איסור למכור את המצבה הישנה ולהחליפה בחדשה, אף באופן שהיא מוסיפה כסף שיחליפו את הישנה בחדשה, ועושי המצבות לוקחים את המצבה הישנה ומוכרים לאחרים, דסו"ס יש בזה הנאה ממצבה שאסורה בהנאה.

ומכל זה יש ללמוד לנדו"ד, אם לאסור אהל שעשו על הקבר, שהוא פחות ממצבה, דלדעת הרא"ש פשיטא שאין בזה משום אסורי הנאה, דלא עדיף ממצבה עצמה, ולדעת הג"א ודעימיה, וכפי שפסקו האחרונים, לכאורה לאהל יש דין של חלק מהמצבה, או יש לחלק, דדוקא מצבה נחשבת לחלק מהקבר, משא"כ האהל שעושים על המצבה והקבר. ועיין בתש' חת"ס (חיו"ד סי' שלה) מה שדן להתיר להשתמש באבני חומת בית הקברות, והוא מטעם שחומת בית הקברות לא נאסרה בהנאה, דדוקא משמשים הקרובים לגופו של מת כמו קברו ומצבתו נאסרו בהנאה, משא"כ חומת בית הקברות.

ועיין עוד בחזו"א (סנהדרין ליקוטים סי' כב) דכל שאינו על הקברות ממש, אין בו שום איסור, עיי"ש בדבריו. ולפ"ז נראה לכאורה לאסור בהנאה גם אבנים שעשו אהל על הקבר.

ד. מת מצוה קונה מקומו

ומש"כ לעיל בענין קנין המת, שהוא קנין חלקי וזכות ללא בעלות וקנין גמור, כן נראה לפרש הא דמת מצוה קונה מקומו, דאיתא בכ"מ בש"ס, עיין סנהדרין מז,ב הנ"ל, וכן ב"ק פא,א, שהוא מעשרה דברים שהתנה יהושע בהנחלת הארץ, ועיי"ש ברש"י, דמקום שנפל שם בעת מותו, קנאו לקבורה, ואין בעל השדה מעכב עליו. ובגמ' שם פא,ב: ורמינהי, המוצא מת מוטל באיסרטיא (רה"ר ט"ז אמה – רש"י), מפנהו לימין איסרטיא או לשמאל איסרטיא. שדה בור ושדה ניר, מפנהו לשדה בור. שדה ניר ושדה זרע, מפנהו לשדה ניר. היו שתיהן בורות שתיהן נירות שתיהן זרועות, מפנהו למקום שירצה. ומזה שמפנהו לשדות כ"א לפני ענינו, מוכח שלא קנה מקומו, שאם קנה מקומו, יכול בעל השדה שמפנים אליו לעכב ולומר שיקברוהו במקומו ולא אצלו. ותירצה הגמ', אמר רב ביבי במוטל על המיצר (מוטל ברוחב הדרך ועוברין ומאהילין עליו עושי טהרות ומטמאות), מתוך שניתן לפנותו, מפנהו לכל מקום שירצה. והיה נראה דתקנת יהושע אינה שהמת הוא הבעלים על מקומו, אלא שיהושע תיקן שמקום המת מצוה לא יעשה בו שימוש אחר אלא קבורת המת, וכמש"כ לעיל דהוי קנין חלקי כמו בע"ח קונה משכון, שקונה הקרקע רק לענין זה שיקברו אותו שם, וגם אם יש קנין למת לשיטות מי מהראשונים, אפשר דיהושע תיקן שיהיה מקומו קנוי לו לענין זה, או שאין קנין למת כלל, ויהושע תיקן שמקום זה אסור בהנאה ובשימוש, ויהיה רק לקבורת המת. וכך מצאתי בדברי מלכיאל (ח"ג סי' פז ד"ה ויש): "דהא באמת אין קנין למת, כמ"ש הרמב"ם פ"י מהל' זכיה ומתנה הי"ב. והא דאיתא ביבמות ס"ו ע"ב דקנינהו מת, אינו בתורת קנין רק מצד איסור הנאה קרי לה קנין, ורק יהושע תיקן דמ"מ קנה מקומו בב"ק פ"א, וג"ז אינו בתורת קנין רק שאסור להזיזו ממקומו, ואיסור הנאה בקבר תלוש הוא מגזה"כ ולא מצד קנין, וא"כ לא שייך לומר דמיקרי ממון דלא ניזל בתר רובא". מבואר מהדברי מלכיאל שאין המת מצוה קונה מקומו בתורת קנין. וצ"ל לשיטות דיש קנין למת, י"ל שהוא כנ"ל קנין חלקי, רק לענין זה שיהיה קבור שם, ואינה בעלות ממונית גמורה.

ובעצם התקנה של מת מצוה קנה מקומו, יש לדון אם במיתתו קנה את מקומו ואוסר בהנאה לאחרים או שקנה בקבורתו. ולכאורה הדבר תלוי אם מותר לפנות את המת ולקברו בבית הקברות, אם נאמר שקנה מקומו במיתתו, לכאורה חייבים לקברו דוקא במקומו, אבל אם נאמר שקנה מקומו בקבורתו, קונה מקומו

דוקא כשקברוהו שם, אבל אם משום כבודו פינהו לבית הקברות, לא נאסר מקומו. ולכאורה תלוי בשני תרוצי התוס' כתובות יז,א (ד"ה מבטלין). התוס' הקשו ממעשה דר"ע שלקח מת מצוה לקברו ונטפל לו ד' מילין עד שהביאו לבית הקברות, וכשבא והרצה דבריו לפני ר"א ור' יהושע, אמרו לי על כל פסיעה ופסיעה כאילו שפכת דם נקי. ותירצו התוס' שני תרוצים: האחד שהיה חייב לקברו במקומו, דמת מצוה קנה מקומו, ותרוען שני תירץ הר"ר יהודה מקורבי"ל, שחייב עצמו שביטל משימוש ת"ח. הרי שלתרוען קמא דוקא קונה מקומו, ולתרוען הר"ר יהודה מקורביל, יכל להוליכו לביה"ק מדין מת מצוה קונה מקומו, רק נתחייב שלא שימש ת"ח בזמן זה, דגדול שימושה יותר מלימודה.

ודבר זה נמצא גם בשיטה ישנה כתובות יז,א, הובא בשטמ"ק שם: "ואי קשיא הא דגרסי' במסכת שמחות, אמר רבי עקיבא כך היתה תחלת תשמישי לפני חכמים, פעם אחת הייתי מהלך בדרך ומצאתי בו מת, ונטפלתי בו ד' מילין, וכשהרצתי דברים לפני רבי אליעזר ורבי יהושע, אמרו לי כל פסיעה ופסיעה שפסעת כאלו שפכת דם נקי. י"ל התם לא מפני שנתבטל מת"ת, אלא משום דלא הוה ליה לסלוקיה משם, דמת מצוה קנה מקומו, כדקתני ריש מסכת שמחות מת מצוה קנה מקומו, והעובר על דברי חכמים חייב מיתה. ותימה, נהי דמת מצוה קנה מקומו, אבל אם רצה לסלקו משם בשביל להוליכו לבית הקברות ולקוברו לכבודו, מה איסורא יש בכך. והיה אפשר לומר דענשו של רבי עקיבא לפי שאין להתבטל אלא בשעה שמוציאין אותו לקוברו, אבל מדקתני רישא והעובר על דברי חכמים וכו', משמע שהעונש היה מפני שהזיזו ממקומו". ולכאורה שני הצדדים תלוי בשני התירוצים בשטמ"ק. למש"כ השיטה ישנה שמותר היה לפנותו לקברו, ונענש ר"ע מפני שהתבטל מת"ת, מוכח שקונה מקומו רק בקבורה. אולם ממסקנת דבריו שנענש על שעבר על דברי חכמים, משמע שאסור לפנותו לבי"ק וקנה מקומו במיתתו, וחייב לקברו במקומו, שכך היא תקנת יהושע. ותירוען קמא בשיטה, הוא כתרוען שני בתוס', ותרוען שני בשיטה, הוא כתרוען ראשון בתוס'.

גם מדברי היש"ש (ב"ק ז,מא) נראה שמת מצוה קנה מקומו במיתתו ולא בקבורתו, ממה שחיפש היש"ש טעם לכך שבזמן הזה אנו מפנים לבית הקברות ולא קוברים במקום, מפני שהשדות של נכרים וכו', ומזה מוכח דבלא טעם זה מן הדין במיתתו קנה מקומו, ורק מחמת שהשדות של נכרים, ואפי' בארץ ישראל ושדה של ישראל, שמא מחר יקחהו המלך ויפנהו: "ואין לתמוה על זה, שנוהגין עכשיו היכא שמוציאין הרוג, אפילו היכא שאין לו יורשים בגליל זה, מ"מ מביאין אותו לבית הקברות, אפילו כמה מילין. ומצינו ג"כ בפרק ד' דשמחות (הל' לד) שרבי עקיבא היה מטפל עם הרוג אחד ג' תחומים עד שהביאו לבית הקברות, וכשסיפר לפני חכמים, אמרו לו,

על כל פסיעה כאילו היה שופך דמים, דמת מצוה קונה מקומו. אפשר היינו משום דעכשיו כל השדות הן של גוים, ולא חל עליה תקנה דיהושע. ואפילו בא"י, עכשיו שאין לנו רשות, ואם יודע לגוים יפנוהו. ואפילו נודמן בשדה של ישראל, מ"מ דילמא למחר יקח המלך או הגוי השדה מידו, כאשר אנחנו בזה הגלות המשוך הארוך בלא קבע בעו"ה כלל דרך עראי, נע ונד כל הימים, מבית לבית מעיר לעיר, א"כ טוב יותר להביאו לבית הקברות". ומזה מוכח דמעיקר הדין קנה מקומו ואסור לפנותו אפי' לבית הקברות, דאפ"ל דקנה מקומו שיקברוהו במקומו אם אין אפשרות להביאו לבית הקברות, כמו שמביאים כל המתים לביה"ק. אלא בהכרח שקנה מקומו מיד במיתתו, ויש חיוב לקברו במקומו ולא לפנותו לביה"ק אף כשאפשר, ומיד נאסרה קרקע שמת בהנאה, רק כיום שאנו תחת שלטון גויים, ויש חשש שאם יקברוהו שלא בביה"ק יפנוהו, לכן מפנים אותו לביה"ק, אבל בלא"ה קנה מקומו במיתתו.

ועדיין צ"ל דקונה מקומו בשעה שמצאוהו ישראל באופן מסוים, ורק אז קנה מקומו. דהיש"ש שם מביא ראיה מנזיר מגא, דדוקא כשמצא ראשו ורובו או שדרה וגולגולת, אבל מצאוהו בלא ראשו ורובו וכו', לא קנה מקומו. וכן הוא בירושלמי (נזיר ז,א): מיכן שאינו נעשה מת מצוה עד שיהא ראשו ורובו. ואם נאמר שקנה מקומו בשעת מיתתו, איך הופקע ממנו זכות הקבורה במקום בגלל שמצאוהו ללא ראשו ורובו. ועדיין י"ל שקונה מקומו בשעת מיתתו, וכך היה התנאי שהתנה יהושע, שקונה מקומו דוקא מצאוהו ראשו ורובו או שדרה וגולגולת, אבל בלא"ה לא התנה שיקנה מקומו בשעת מיתתו.

החזו"א (ב"ק יח,יד) מסביר את השאלה אם מפנים אותו לביה"ק או דוקא במקומו, בדרך אחרת. האם תקנת יהושע היתה שיקבר דוקא במקומו, או לאו דוקא במקומו, אלא שאם אין אפשרות לקברו בביה"ק, כגון שאין ב"ק בסביבה או שאין מסייעים להוליכו לביה"ק, יקבר במקומו, אבל אין חיוב דוקא לקברו במקומו, או שיש חיוב לקברו במקומו, שמא יתחיל להוליכו לביה"ק, ולא יסתייע מילתא, ובאמצע הדרך יצטרך לקברו במקום אחר, ויבואו לידי קטטות. ומזה שאם מצאו על המיצר, קוברו באיזה מקום שירצה, כמבואר בגמ' פא,ב, וכן מצאו ברה"ר, מפנהו לימן או לשמאל, משמע שקוברו אפי' שאין זה מקומו ממש, ומוכח שהתקנה לא היתה שקונה מקומו בכל ענין אלא בדלא אפשר בדרך אחרת. אולם כתב להסביר אף לאידך גיסא, שזו היתה התקנה, שאם נמצא במקום שאין ראוי לקברו, מפנהו למקום אחר. וכתב דלשון מת מצוה קנה מקומו, משמע מקומו ממש, ובמקום שמת, שם יש את החובה לקברו, רק אם אי אפשר, מפנהו למקום אחר.

והובא לעיל מש"כ היש"ש מדוע כיום אפי' באר"י לא קוברים מת מצוה במקומו, והביא דבריו הב"ח יור"ד שסד,ח, והט"ז יור"ד שסד,ב, והש"ך שם ס"ק י.

ובחזו"א (ב"ק יח,טו) כתב דבזמננו שאין לנו בתי דין כימים הראשונים שיפקחו על ציון הקברות, ראוי לקבור רק בבתי קברות מיוחדים, דזה מגן על טהרת אר"י, כדתנן במקוואות פ"ח מ"א, ולכן ראוי בשעת מלחמה לקבור ע"מ לפנות, ומן הסתם קברו ע"מ לפנות, שכן הוא הנכון והראוי. וגם שמשפחת ההרוג במלחמה ליבם שבור על כך שהוא קבור בארץ ציה וצלמות ולא בבי"ק, ואילו היו שואלים את המשפחה ודאי היו רוצים שיוליכו אותו לביה"ק, ויקברוהו במקומו ע"מ לפנותו, א"כ מן הסתם דעת הקוברים כרצון קרובי המת, וכהתנה ע"מ לפנותו. וכן אם יקברו כל מתי מצוה במקומם, תהיה תקלה לכהנים מחמת חסרון ציון הקברות, וכ"ש אם מפנים לקברו בקברי אבותיו.

לאמור לעיל נראה שאף שמותר להרוס את האהל שבנה שלא כדין, מ"מ האבנים אסורות בהנאה. וכן כל מצבה ישנה אסורה בהנאה, ובכלל זה מה שמביאה לביתו להנות ממנה בדרכים שונות.

סימן מז

חמץ שנשלח בדואר, אם מהני המכירה

ראשי פרקים

א. אינו יכול לתבוע שיחזירו לו כעת

ב. אינו בשליטתו

ג. להפקיר

ד. דעת האחרונים שמועילה המכירה

במי ששלח מחו"ל לארץ חבילה בדואר, ובה גם מוצרי חמץ, והיתה החבילה אמורה להגיע ליעדה כחודש לפני חג הפסח, ועקב הקורונה התעכבה ולא נשלחה דרך האויר, וכמה ימים לפני פסח עדיין לא הגיעה ליעדה, ולפי הרישומים נמצאת בארץ ברשות הדואר. ושאל השולח אם יכול למכור את החמץ שבחבילה, הואיל ואינו ברשותו, ואם יוכל המקבל להשתמש בחמץ לאחר הפסח.

ובתחילה סברתי שלכאורה חמץ שנשלח בדואר הוי ברשותו, דהדואר הם כמו שלוחים ושומרים של המשלח, אולם אחר העיון השבתי דחמץ זה לכאורה אינו ברשותו, כיון שאם ידרוש מהדואר שיחזירו לו, לא יחזירו למשלח אא"כ מי שנשלח אליו לא יקבל מאיזה סיבה, בפרט שהשולח בחו"ל, וכיון שכיום אינו יכול לדרוש מהדואר שיחזירו לו, לכאורה אינו ברשותו. והראני השואל שכן כתב הגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה (חאו"ח ח"א סי' קמו). ולכאורה גם אינו ברשותו של מקבל, שהרי לא זכה ע"י הדואר ואינו שלו עד שיבוא לידו.

א. אינו יכול לתבוע שיחזירו לו כעת

בקצוה"ח שנדד, כתב במי שבא לידו חפץ או מעות של חבירו בטעות דין או בטעות אחרת, כמו מקח טעות, אע"פ שמחזיק החפץ שבא לידו בטעות הוא צאית דינא ומוכן לבוא לבי"ד ולקיים כל אשר יצווהו, מ"מ החפץ נחשב כאינו ברשותו. דדוקא פקדון שאינו צריך לתבוע את השומר לדין, יחשב כברשות בעלים לענין שיכול להקדישו ולמכרו, אולם אם צריך לתבוע את הנפקד לדין, אף שהנפקד צאית דינא, יחשב הדבר כאינו ברשותו. והביא בזה מחלוקת ראשונים. דדעת התוס' (ב"ק סח, ב, ד"ה הוא דאמר), דאם חילל מעות מעשר שני וקנה בהם בהמה טמאה וכו', יאכל כנגדן בירושלים, ואיך יאכל כנגדן בירושלים, הרי המעות של המעשר שני הם ביד

המוכר. ותרצו התוס', או דהוי כגזל ולא נתיאשו הבעלים או דהוי קנס. מבואר מהתוס' דאם התיאשו הבעלים, אף שהמוכר צאית דינא ומוכן להחזיר, לא הוי המעות כברשות הבעלים. ותוס' רי"ד והריטב"א (קדושין נו,א) כתבו, דמעות המעשר שני הוי כפקדון ביד המוכר, כיון שהוא צאית דינא, ונכון ומוכן להחזירם כשיתברר שהיה כאן טעות בדין. ובקצוה"ח שם הביא ראייה מצנועין שמלקטים שלשה במקום שנים (ב"ק סט,א), והדבר נחשב אינו ברשותו, אף שעניים צנועין ודאי אינם בקיאים בדין, כמש"כ רש"י שם, וודאי כשיעירו להם יהיו צאית דינא: "ומבואר דעני לאו גנב הוא אלא טועה בדין, ואפ"ה הו"ל דבר שאינו ברשותו, כיון דאינו מחזיר עד שיחזירוהו ב"ד. ודוקא פקדון הו"ל דבר שברשותו ומשום דכל אימת דבעי מפקיד שקיל ליה, אבל כל שבטעות דין אתי לידיה או בטעות אחר, ומחוסר ראייה והעמדה בדין, אע"ג דציית דינא הו"ל דבר שאינו ברשותו". (ועיין בתרומת הכרי ריא,ב שממנו עולה דבעניים לא הוי ברשותו, דהוי כיאוש שלא מדעת, עיי"ש). וכן הביא שם ראייה מב"ק סח,א, במי שגנב ומכר, ובא גנב אחר וגנבו מהלוקח, דאם מכרו הגנב הראשון ללוקח קודם יאוש, אין הגנב משלם כפל לא לבעלים ולא ללוקח. ומה שאינו משלם לבעלים כפל, מפני שאינו ברשות הבעלים. ומדוע אינו ברשות הבעלים. הרי הלוקח קנה בטעות וודאי יסכים להחזיר לבעלים, וא"כ רשות הלוקח כרשות הבעלים: "אלא ודאי דאינו מיקרי דבר שברשותו אלא פקדון דלית ליה לנפקד שום טענה ולחזרה קאי כל אימת דבעי מפקיד, אבל כל שיש לנפקד איזו טענה ולא מהדר ליה למפקיד כל אימת דבעי, הו"ל דבר שאינו ברשותו ואין הבעלים יכולין להקדישו ולא להקנותו". וכן הוכיח קצוה"ח קכג,א (בתחילתו), מהא דלא כתבינן הרשאה על מטלטלין, עיי"ש.

ועיין עוד בקצוה"ח ריא,ג, שהביא מחלוקת הרמב"ן ובעל המאור בגזלן הרוצה להחזיר את הגזילה לבעלים, אם יחשב כברשות הבעלים לענין הקדש ומכירה. דבעה"מ (ב"ק יח,א מעמיה"ר) כתב דאם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה, הרי זה כפקדון ויכולים הבעלים להקנותו ולהקדישו. והרמב"ן במלחמות שם כתב, שאע"פ שהגזלן רוצה להחזיר לבעלים, אין הבעלים יכולים להקדישו, כיון שבתורת גזל הוא אצלו. ומזה למד קצוה"ח דהוא הדין בפקדון דכפריה, אף שלא בא ליד הנפקד בתורת גזילה, כיון שכפר בפקדון הרי הוא גזלן, ואפילו אח"כ רוצה להחזיר הו"ל גזילה, ולשיטת הרמב"ן אינו יכול להקדישו ולהקנותו. ולכאורה כשלא כפריה אלא בא לידו בטעות, כמו במקח טעות, ומוכן להחזירו בכי"ד והוא צאית דינא, יודה הרמב"ן דיחשב כברשות הבעלים.

ולכאורה נראה דלשיטת קצוה"ח, הואיל ואת החבילה ששלח, השולח לא יוכל לקבלה בדרך הרגילה, אלא יצטרך לתבוע את הדואר שיחזיר לו (בשלב זה שהחבילה לא חזרה מהנמען אלא בדרכו אליו), לשיטת קצוה"ח יחשב כאינו ברשותו וכמש"כ באגרות משה הנ"ל. ובפרט שלעיתים מתנים את חזרת החבילה בתשלום דמי משלוח

חוזר (בפרט שהשולח בחו"ל, אא"כ שולם כבר מראש בדמי הדואר), לא הוי ברשותו. ואף שהגר"מ זצ"ל כתב בפשטות דהוי אינו ברשותו, וז"ל: "לע"ד הוא רק כשאם יחזור בו מהשלוח לקרובו, יהיו מחוייבין מהבי דואר להחזיר לו, וגם שיהיה סיפק בידו להודיע להבי דואר שחזר בו ולא יתנו למי שנשתלח לו, שהוא כשהדיעה לבי דואר והחזרה לידו לא יעלה כסך שיוי החמץ. אבל כשלא יחזירו לו, או אף במחוייבין להחזיר לו אבל יעלה הוצאת הידיעה להבי דואר והחזרה לידו כסך החמץ, שודאי לא יעשה זה שום איש, שא"כ יצא כבר החמץ מרשותו והוי זה כשלו ואינו ברשותו, שאינו יכול לא למכור ולא להפקיר כמפורש בב"ק דף ס"ט ודף ע', וא"כ גם בטולו לא יהני ויהיה עוד אסור מדאורייתא. והרבה פעמים שולחים החבילה לא רק מחמץ אלא חמץ יש שם מעט ושאר מינים מרובים, וגם לפעמים שולחים גם בגדים שהבי דואר לא יחזירו החמץ לבד אלא כל החבילה, שאז יהיה לו עוד הפסד לבקש שיחזירו לו, וא"כ אין להועיל בזה מכירת ובטול המשלח".

ולכאורה יש להביא ראיה לדינו מקצוה"ח הנ"ל, דאף שהדואר יחזירו לו, בשלב זה יצטרך לתובעם וההליך אינו פשוט כלל ועיקר מבחינת רשות הדואר, בפרט בחבילות המגיעות מחו"ל, ובזה הוי אינו ברשותו לשיטת התוס', ולמה שפסק בקצוה"ח הנ"ל כוותיה.

והנראה בבאור מחלוקת הראשונים אם בפקדון שצריך לתבוע הנפקד חשיב ברשותו, תלוי בבאור האחרונים אם דבר שאינו ברשותו החסרון הוא מחמת שלגזלן יש בדבר קניני גזילה, וממילא הקניני גזילה של הגזלן פוגמים בבעלות הבעלים, כיון שיש אחר שיש לו בחפץ קנין, או שהחסרון אינו מחמת קניני הגזלן, ואף במקום שאין לו קנין, אלא כיון שלבעלים אין יכולת שליטה בחפץ לעשות בו כרצונו, אינו נחשב כבעלים להקדישו ולמכרו, דמהות הבעלות היא היכולת לעשות בחפץ מה שליבו חפץ, וכשהוא מנוע מחמת היות החפץ ברשות הגזלן, הוי חסרון בעצם הבעלות להקדישו ולמכרו.

דלמש"כ לעיל, דעת הריטב"א דאף חפץ שצריך לתבוע מהנפקד, והנפקד צאית דינא, הוי ברשות הבעלים. הריטב"א לשיטתו, דבגזלן הוי אינו ברשות הבעלים מפני קניני הגזילה, ולכן בנפקד שאין לו קנין בחפץ, הוי ברשות הבעלים. כך כתב הריטב"א ב"מ מג"א, וז"ל: "וא"ת, וכיון דגזלן הוא וחייב באונסין, למה אינו משלם כשעת האונס, דשואל כשעת האונס הוא משלם וכדמוכח לקמן בשמעתין. וי"ל, דשואל לא קנייה כלל ולא אפקיה מרשות בעלים, כי הבעלים יכולים למכרה ולהקדישה, הילכך חיובו על שעת האונס, אבל גזלן משעת גזילה אפקה מרשות בעלים למכרה והקדש, וכיון שכן על ההיא שעתא בעינן לחיוביה כל היכא דלא עבד בה מעשה

אחרינא". בריטב"א מבואר דכל חיוב הגזלן שונה מחיוב השואל. שואל אינו קונה את החפץ ואינו מוציאו מרשות הבעלים, לכן חיובו בשעת האונס, שנאנס חפץ של הבעלים. גזלן קונה את החפץ ומוציאו מרשות הבעלים, לכן שעת האונס אינה אונס בחפץ של הבעלים, וחיובו הוא לפי שעת הגזילה. מבואר דהוצאה מרשות הבעלים של הגזלן הוא הקנין שקונה הגזלן את החפץ, והיינו שעת הגזילה, והוא מחמת הקנין. א"כ מה שאינו יכול להקדישו הוא מחמת קניני הגזילה, ולכן בפקדון שצריך לתובעו, שאין לשומר קנין בחפץ, הוי ברשות הבעלים.

ודברי הריטב"א שהביא קצוה"ח, הם בקדושין נו"א, דכל היכא שמחזיק האחר את החפץ בטעות, לא יחשב כאינו ברשות הבעלים. וז"ל הריטב"א: "וכי תימא, וכיון דלא הווי ברשותיה היכי מצי עביד הכי, דהא אמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים אין הנגזל יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו. ואיכא למימר דלא אתו לידיה דמוכר בתורת גזל אלא בתורת מקח וממכר, והיה סבור שיצאו לחולין, ואילו איתיה קמן ונימא ליה דליהדרניהו ללוקח הוה מהדר להו, וכיון דטעותא הוא ואיהו לא הוה מעכב להו, כפקדון חשיב גביה שיכול מפקיד להקדישו ולחלל עליו מעשר בכל מקום שהוא, מה שאין כן בגזלן דאי אמרינן ליה דליהדרה לגזילה לא הוה ציית לן". ולכאורה מה שסיים הריטב"א דגזלן לא ציית לן, הו"ל למימר שלגזלן יש קניני גזילה. אך י"ל דכוונת הריטב"א לומר את הניגוד למחזיק מעות מעשר שני בטעות, אך אין ללמוד מזה שהריטב"א סובר דחסרון אינו ברשותו הוא מחמת חוסר שליטה, דבלא צאית דינא אינו שולט בחפץ הגזול, דאל"כ יסתרו דברי הריטב"א אהדדי. ועיין בדברי יחזקאל (נד,ג) מה שפירש בסיפא של דברי הריטב"א הנ"ל.

ולעיל הובאה מחלוקת בעה"מ והרמב"ן (ב"ק יח,א מעמוה"ר), ומש"כ קצוה"ח ריא,ג בדבריהם. ובדברי יחזקאל (נד,א) כתב דמחלוקתם תלויה בהסבר אם חסרון שאינו יכול להקדיש הוא מחמת קניני הגזילה של הגזלן, או חוסר שליטת הבעלים בחפץ: "דעיקר הדין דאם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה אם מיקרי ברשותו, תליא בטעמא דאינו ברשותו, דאם נימא דעיקרו הוא מצד דפתיך ביה קנין הגזלן שקונה לכמה דברים, א"כ אף שרוצה להחזיר הגזילה, מ"מ כל כמה שלא קיים מצות השבה ועדיין היא באחריותו, לא פקעו גם קניני גזילה ממנה ומש"ה הויא אינה ברשותו. אבל אם נימא דהוא מטעמא שאין ברשות הנגזל להשתמש בה ולעשות בה כל צרכו מחמת הגזלן שמעכב, א"כ כשכבר נתרצה הגזלן להחזיר וברשות הנגזל ליטול ממנו ולעשות בו מה שירצה, דמי לפקדון וחשיב ברשותו". מבואר שהיא גופה מחלוקת הראשונים בטעם שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש, וכנ"ל. [ועיין בדברי יחזקאל שם, דדברי הב"ש כח,טז (ראה להלן), תלויים בטעם שלא מהני להקדיש באינו ברשותו, דאם מחמת קניני הגזלן, א"כ אף שרוצה להחזיר, כל עוד לא קיים מצות השבת אבידה

ועדיין היא באחריותו, לא פקעו קניני גזילה ולכן אינה ברשותו, משא"כ אם מטעם שאינה ברשות הבעלים לעשות כל רצונם, כשמסכים הגולן להחזיר, כבר נחשבת הגזילה כפקדון, ויכול להקדישה, ולא חשיב אינה ברשותו. עיי"ש מה שהאריך בראיות, ויישב דברי הראשונים.]

ונמצא לתומים (תקפו כהן קח – קיג) דכאשר אחד תופס מחבירו חפץ בגין חוב וכיוצ"ב, שיש לו רק תפיסה, יכולים הבעלים להקדיש: "כי חפץ שתופס ואין לו טענה בגוף החפץ, כל היכי דאיתא, ברשות דמרא קמא קאי, וכיון דמודה שהוא של חבירו רק תופסו למשכון, הרי חבירו יכול להקדישו, ואין זה בגדר גזל ולא נתיימשו הבעלים, דהרי זה מודה לו בו ואין לו עליו רק תפיסה, א"כ הרי חבירו יכול להקדישו וכל היכי דאיתא ברשות דחבירו קאי, ואינו נקרא תפיסה כלל זולת בטוען על גוף החפץ הרי זה עביד דינא לנפשיה". מבואר בתומים להדיא דכל דבר שיש למחזיק בו רק תפיסה, אין זה מונע מהבעלים להקדישו ולמכרו, אף שהמחזיק לא יתן את החפץ לבעלים כדרישתם, ובודאי ירצה לדון בדיון וכו'.

גם בנתיבות (מט"ז) כתב להדיא דלא כקצוה"ח. בשו"ע חו"מ שם (מטז, בסופו) פסק, שאם יוסף בן שמעון הלוח ללוי, ויש בעיר שני יב"ש, ויש ללוי שובר מאחד מהם, אולם לוי אינו יודע למי מהם פרע (עיי' בנתיבות שם בביאורים ס"ק טז), אם יכתבו הרשאה זל"ז, יוכלו לגבות החוב ולא מהני השובר. שואל הנתיבות, הרי לכאורה אחד מהם רשע, וכאשר אחד רשע לא מהני הרשאה, כמש"כ תוס' בב"ב (לה, ב ד"ה אין), ואיך כאן מועילה הרשאה. ותירץ הנתיבות: "לכן נראה דדוקא שם דמיירי שגזלה האחד, דקאמר התם גזלן דרבים, ובזה שפיר דלא מהני הרשאה, דמדינא דש"ס אין כותבים הרשאה אמטלטלין דכפריה, מטעם שגזל ולא נתיימשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו, כמבואר בבבא קמא ע"א, רק מתקנת חכמים מועילה הרשאה אפילו בדבר שאינו יכול להקנותו, כמבואר לקמן סי' קכג בש"ך ס"ק א עיי"ש, וכיון דרשעים הם, יש לומר דלא תיקנו להם חכמים הרשאה. אבל הכא שהלוח אינו רוצה לגזול לעצמו רק שאינו יודע למי יחזיר, דמי לאומר לשנים אחד מכם הפקיד לי, דודאי שניהם יכולים להקדישו, דדוקא גזילה שהגולן קנאו לענין שינוי ושאר דברים, יצא מרשות הנגזל. תדע דהא הגולן צריך לעשות קנין בגזילה כגון הגבהה או משיכה או חצר. אבל פקדון לא יצא מרשותו". הרי דדוקא כשקנה הגולן בקניני גזילה, לא יכולים הבעלים להקדישו. וק"ו אם מחזיק החפץ או הכסף מוכן להחזיר בדיון, ורק צריך לבוא עימו בדיון ודברים בדיון תורה, אין בזה כל מניעה שהבעלים יוכלו להקדיש.

וכסברא זו שאינו ברשות הבעלים מחמת קניני הגזילה של הגולן, מצאנו ברע"א בגליון הש"ס (ב"מ ז, א). דהנה בב"מ ו, ב: ת"ש דההיא מסותא (מרחץ – רש"י) דהו

מנצו עלה בי תרי, האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא, קם חד מינייהו אקדשה. ובגמ' זא: מאי הוי עלה דמסותא. תא שמע, דאמר רבי חייא בר אבין, הוה עובדא בי רב חסדא ורב חסדא בי רב הונא, ופשטה מהא דאמר רב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש, הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש אף על גב דלא אפקיה. והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו, זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו. מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא. והגרע"א (בגליון הש"ס) הקשה, דעיקר החילוק בין מטלטלין לקרקעות, דמטלטלין נגזלין וקם ליה ברשותיה דגזולן; "מקרי אינו ברשותו דהנגזל, אבל קרקע אינה נגזלת ולא קם ברשותיה דגזולן. א"כ במטלטלין וגזל בלא קנין, דלא קם ברשותיה דהנגזל ואינו חייב באחריותו, וכדאיתא בב"ק עט,א במתני', הוי כקרקע דמנחי ברשותיה דהנגזל. וא"כ הכא במסותא דהגזילה במה דאמר דידי הוא וליכא קנין, יכול להקדישו, וצ"ע". דגם במסותא מטלטלי, אם לא קנה בקניני גזילה, הרי היא ברשות הבעלים, ויכולים הבעלים להקדישו, דבמסותא לא עשה קנין רק אמר דידי היא, ונשאר בצ"ע. ומבואר ברע"א שחסרון אינו ברשותו נובע מחמת קניני הגזולן בחפץ הגזול.

וכך מבואר בעונג יו"ט (סי' צג). העונג יו"ט מתיחס לשאלה של גזל ולא נתיאשו הבעלים וכו', אם מועיל הקדש מדעת שניהם, הגזולן והנגזל. דהנה הרמ"א בשו"ע אהע"ז כח,ה, פסק מתש' מהר"מ פאדווה, וז"ל: "אשה שחטפה מעות מאיש אחד, והוא בקש ממנה שתחזירם לו, ולא רצתה, ואמר לה הרי את מקודשת לי בהם, ושתקה והחזיקה המעות, לא הוי קדושין, דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולא כולם הוא". ובב"ש שם ס"ק טז הסתפק מה הדין אם אמרה הן, דלכאורה מדיוק דברי הרמ"א משמע שאם אמרה הן מקודשת, דס"ל דאם אמרה הן, נעשה מיד פקדון אצלה ומקודשת, ונעשה פקדון וקדושין כאחד. והקשה הב"ש מדברי רבי יוחנן, בגזל ולא נתיאש שניהם אינם יכולים להקדיש, ותירץ, דהיינו כ"א אינו יכול להקדיש, אבל בריצוי שניהם נעשה הקדש. ומוכח מזה דס"ל לב"ש דבריצי שניהם, נעשה הקדש. והעונג יו"ט הנ"ל הקשה, דמדברי הרמב"ן במלחמות (הנ"ל), ממש"כ: "שאע"פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש, כיון שבתורת גזל הוא אצלו". מוכח שלא מהני ריצוי הגזולן.

ובעונג יו"ט שם כתב לחקור, אם מה שהבעלים אינם יכולים להקדיש הוא עקב כך שלגזולן יש כח קנין בחפץ, וכיון שיש כאן בעלים נוספים, אינו יכול להקדיש, או מטעם שכח הבעלים נקלש כשהחפץ ברשות הגזולן, ולכן לא יכולים להקדיש. והנפק"מ בזה, אם נאמר שאינו יכול להקדיש מחמת בעלות הגזולן בחפץ, א"כ כאשר הגזולן מסכים להקדש הבעלים, יכול להקדיש, וכמש"כ בב"ש, אולם אם

מחמת קלישות כח הבעלים, כשהחפץ ברשות הגזלן, לא מהני ריצוי הגזלן, וכדעת הרמב"ן. ועיין בהגהה שם, אם חשו"ק גזלו את החפץ, דאם נאמר מחמת קנין הגזלן, הרי לחשו"ק אין קנין בחפץ, וממילא הסכמתו לא תעלה או תוריד. אך אם נאמר מחמת קלישות כח הבעלים בחפץ, כיון שהחשו"ק לא קנו בחפץ, לא נקלש כח הבעלים, ויכולים להקדישו.

והביא העונג יו"ט ראיות לכאן ולכאן, עיי"ש באריכות דבריו, וכתב דאפי' נאמר שלא יכול להקדיש מחמת קנין הגזלן בחפץ, י"ל דגם אם הגזלן מתרצה להקדיש, לא יועיל הקדש הבעלים, כדאיתא בב"ק צ"א דאיש ואשה שמכרו בנכסי מלוג, לא עשו ולא כלום. ופרש"י, משום דלא דמי לשותפין בעלמא, דהתם יש לזה חלק בכולו ליטול חצי, ולזה חלק בכולו ליטול חצי, משא"כ בגזילה הכל קנוי לבעל לפירות, והכל קנוי לאשה לגוף, וליכא מיוחד לא לזה ולא לזה. וא"כ מה שאין האיש יכול למכור הוא משום זכותה של האשה, והאשה אינה יכולה למכור הוא מפני זכותו של האיש, אפ"ה לא מהני מה ששניהם מתרצים. והכי נמי, אף שהנגזל אינו יכול להקדיש מפני כחו של הגזלן והגזלן אינו יכול להקדיש מפני כחו של הנגזל, אפ"ה לא מהני מה ששניהם ביחד מתרצים לזה, עיי"ש. אולם בעיקר החקירה נראה שסובר דדוקא בגזלן שיש לו קניני גזילה לא יכולים הבעלים להקדיש, אולם גזלן שאין לו קניני גזילה, לא אמרין שהוחלש כח הבעלות.

ועיין עוד במש"כ העונג יו"ט בהגהה שם. העונג יו"ט הסתפק מה הדין בחשו"ק שגזלו מטלטלין, אם הבעלים יכולין להקדיש הגזילה, דכיון שחשו"ק אינם מתחייבים באונסין ולא קנו הגזילה, אין מניעה שיוכלו הבעלים להקדישם. וממשיך העונג יו"ט, דאף שהוכיח מסוגיא דצנועין דמה שמגרע כח הבעלים אינו המונע להקדיש אלא קניני הגזילה של הגזלן: "מ"מ אם נגרע כח הבעלים ואין הגזלן מתחייב באונסין, נמי אין יכולים להקדיש, ובחד מיניהו סגי, או בגרעון כח או בקנין הגזלן להתחייב באונסין, וכל היכא דאיכא חד מהנך טעמא אין הבעלים יכולים להקדיש". והביא ראיה מתוס' בשבועות דכל שלא יצא מרשות הנגזל בקניני גזילה של הגזלן, אין חיוב האונסין של הגזלן מוציא מרשות הבעלים. ועדיין נראה דמסקנתו כמש"כ בגוף התש', אף ששיטת התוס' לכאורה מתבארת בדרך אחרת.

ב. אינו בשליטתו

ומצאנו לאחרונים שכתבו דהמניעה להקדיש את החפץ שברשות הגזלן הוא מחמת שאין לבעלים שליטה עליו, וממילא י"ל, דאף אם הגזלן לא עשה קניני גזילה, ואף אם אחד תופס בחפץ ואינו רוצה להחזיר רק בדין תורה, אין לבעלים שליטה

על החפץ ואינם יכולים להקדיש ולמכור, וכן בדבר דואר שאין השולח יכול לקבל כעת את החבילה חזרה מהדואר, וכן"ל. ומבואר לעיל דכן היא דעת קצוה"ח שנו"ד.

כן כתב האחיעזר (ח"ג סי' לח) דמהסוגיא בב"מ ז,א לענין מסותא, מבואר שהחסרון הוא מחמת שליטת הבעלים, ורק הגרע"א נשאר בצ"ע, אבל פשטות הסוגיא מוכח שאף בלא קניני גזילה, אינו יכול להקדיש: "ובעיקר סברת הגרע"א והנתיבות דהא דחשיב אינו ברשותו הוא משום קנין של הגזלן, הנה לדבריהם צ"ל בהא דמבואר בב"מ ז,א דגם בקרקע היכא דאינו יכול להוציאו בדיינים דהוי אינו ברשותו לענין הקדש, דאע"ג דקרקע אינה נגזלת ואין לגזלן בה קנין, מ"מ כיון שא"י להוציאו בדיינים גרע. אבל בפשוטו היה נראה דהיכא שאינו ברשותו של הגזלן בפועל חשיב אינו ברשותו אע"ג דאין לגזלן בו קנין, וכן מוכח באמת מהא דמסותא בב"מ ז' שתמה הגרע"א שם". גם הגרא"ו (קובץ שעורים ב"ק ט) הביא ראיה ממסותא דאינה ברשותו, ואין צורך בקניני גזילה של הגזלן כדי למנוע מהבעלים להקדיש. וכן הוכיח מב"ק קט"ו: מי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו, לא יאמר הרי פירות שיש לי בתוך ביתי מחוללים על מעות, הללו ואם אמר דבריו קיימין. הכא במאי עסקינן בשיכול להציל. אי בשיכול להציל לכתחלה אמאי לא יאמר. בשיכול להציל על ידי הדחק. ומבואר שאם אינו יכול להציל ע"י הדחק, לא מהני חילול מעשר שני על מעות אלו, וכמו שפסק הרמב"ם (מעשר שני ד,ב): "היה בא בדרך ומעות בידו ואנס בא כנגדו, אם יכול להציל על ידי הדחק פודה בהן פירות שבביתו, ואם לאו ואמר פירות שיש לי בתוך ביתי מחוללין על המעות הללו לא אמר כלום". ומבואר שאף שהאנס בא כנגדו, ובודאי לא עשה קניני גזילה, נחשבים המעות שאינם ברשותו לחילול מעשר שני. והסביר הגרא"ו, דאף הרמב"ן במלחמות (ב"ק יח,א מעמוה"ר, הנ"ל) סובר שהכל תלוי אם הוא בשליטת הבעלים אם לאו, אך סובר שאם יש לגזלן קניני גזילה, אף אם החפץ לכאורה בשליטת הבעלים, אינם יכולים להקדיש. אבל העיקר תלוי אינו ברשותו אם לבעלים יש שליטה בחפץ: "וע"כ צ"ל דגם הרמב"ן ס"ל דמיקרי אינו ברשותו גם בלא קניני גזילה, משום שאינו שולט בנכסיו בפועל, אלא שהוסיף, דאפי' אם הגזלן אינו מסרב להשיב, מ"מ כיון דיש לו עדיין קנינין בהגזלה, מיקרי ג"כ אינו ברשותו". והוסיף שם לישב קושיית הגרע"א, דגם במסותא, אף שאין קניני גזילה, נחשבת מסותא מטלטלין כאינה ברשותו, דבמקרקעי כיון דיכול להוציאה בדיינין, והגזלן אינו יכול להבריחה ולהצניעה, המסותא ברשות הבעלים דסופן של בעלי זרוע ליפול. משא"כ במטלטלי שיכול להבריחן קודם שיבא לבי"ד, יש כאן חסרון בשליטת הבעלים על המסותא ואינה ברשותו להקדישה.

וכן נראה מדברי החזו"א (ב"ק כ"א, בסופו), לענין מחלוקת הרמב"ן ובעה"מ הנ"ל, דאין כאן מחלוקת: "שאם הבעלים אינם בוטחים בו, אין אמירת הגזלן כלום,

כיון שאפשר שיחזור בו ואין הבעלים עדיין שולטים על הממון. ואם אין הדבר ספק ואינו אלא כפקדון בידו, ודאי מקרי ברשותו, ואת"ל דפליגי, פליגי בסתמא". ומבואר דעיקר רשותו תלוי במה ששולטים בחפץ שבבעלותם. והגרש"ש בחידושיו לב"ק מג"א, כתב דענין זה תלוי בהסבר הדין דלא מהני הקדש הבעלים: "דלכאורה זה תלוי בעיקר טעמא בהא דמחשבינן בגזילה אינה ברשותו, דאם נימא דבגזילה נעשה אינה ברשות הבעלים להקדיש ע"י קנין וזכות של הגזולן שקנה להתחייב באונסין, שע"י זה נקלש כח הבעלים להקדיש ולמכור, אז ודאי מסתבר כדעת הרמב"ן, דע"י שרוצה ליתן לא פקע דין גזילה, שזה יתחשב כהשבה ליד בעלים, דדוקא אם הבעלים מתרצים שישאר ביד הגזולן אז פקע דין גזל מזה, ומיפטר מאונסין, כדאמרינן ב"ק דף קה, יעו"ש, אבל כל זמן שלא נתרצו הבעלים על זה, ודאי דלא נפטר עדיין מחיובו, אבל אם נאמר דנקלש כח הבעלים רק מחמת שאינו יכול לשלוט בזה החפץ בזה שהגזולן אינו מניחו להשתמש בפועל, אז ודאי מסתבר כדעת תוס', דאם מתחרט מגזילתו ורוצה להחזיר, אף שעדיין לא החזיר בפועל, הוה ודאי כפקדון, דמה שלא רצה מתחילה להחזיר אינו מגרע להאי שעתא". וזה בשונה מהסבר העונג יו"ט. הגרש"ש ס"ל דודאי מה שאינו יכול להקדיש הוא מחמת קלישות כח הבעלים, רק השאלה מה גרם לקלישות כח הבעלים, מה שהגזולן קנה, או העדר השליטה של הבעלים, אם מחמת קנין הגזולן, הרי שהתרצות הגזולן לא גורעת בקנין הגזולן, וממילא לא מרפאה את קלישות כח הבעלים, משא"כ אם קלישות כח הבעלים הוא מחמת העדר שליטה על החפץ, הרי שהסכמת הגזולן להחזיר, הו"ל כפקדון, וכמו שבפקדון לא נגרע כוחו, הוא הדין בזה, משא"כ אם מחמת קנין הגזולן להתחייב באונסין, הרי שהסכמתו של הגזולן לא משנה את חיובו, וממילא קלישות כח הבעלים בעינה עומדת.

ובהמשך דבריו הוכיח הגרש"ש, דאף לרמב"ן מה שנחשב אינו ברשותו הוא לא מחמת חיוב הגזולן באונסין, אלא מפני שאין הדבר מצוי בידם מחמת עיכוב הגזולן בפועל. דמה שחשוב אינו ברשותו, דכיון דנטל שלא מדעת בעלים, יצא בכך מרשות הבעלים לרשותו, ולכן יש עליו חיוב לשלם מיד בעד החפץ דכבר חשוב אבוד מבעלים, כמו בשואל אם נגזל ממנו החפץ ואח"כ התייקר. שאין קלישות כח הבעלים מחמת חיוב האונסין אלא מפני שאינו מצוי תחת ידם, אולם אחר שאינו ברשות הבעלים, הגם שהגזולן רוצה להחזיר, כיון שהוא עדיין חייב באונסין, עדיין חשיב שאין לבעלים כח להקדיש, עיי"ש.

ונפק"מ ממחלוקת זו הינה גם לענין חפץ שאבד מהבעלים, אם יכול להקדישו ולמכרו. אם נאמר שהחסרון בגזולן מפני שעשה קניני גזילה, בחפץ אבוד לא עשה המוצא קנין, ואם מחמת שאינו בשליטת הבעלים, הרי גם חפץ אבוד אינו בשליטת הבעלים. כנ"ל שיטת הריטב"א דהמניעה להקדיש הינה מחמת קניני הגזולן. והריטב"א

לשיטתו שיכולים הבעלים להקדיש ולהקנות חפץ אבוד. על הא דאיתא בב"מ לד"א, בהקנות הכפל לשומר; איכא דאמרי אמר רבא, נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, סמוך לגניבתה קנויה לך. דבגניבה צריך להקנות לו סמוך לגניבתה, דלאחר גניבתה אינו יכול להקנות. וכתב הריטב"א: "ודוקא בגנבה אמרינן הכי, אבל באבדה דכל היכא דאיתה מצי מקני לה, בשעת תשלומין דוקא מקנה לה, וכן פירשו מרי ז"ל". מבואר בריטב"א שיכול להקנות אבידה. דהריטב"א לשיטתו דהמניעה מחמת קניני גזילה, ובאבידה שאין קנין למוצא, אין מניעה לבעלים להקנות ולהקדיש.

וכן י"ל דהרמב"ן לשיטתו. לעיל הובאה דעת הרמב"ן במלחמות (ב"ק יח, א מעמוה"ר) שאף אם רוצה הגזולן להחזיר, לא יכולים הבעלים להקדיש ולמכור, דלרמב"ן המניעה נובעת מקניני הגזילה. ולפ"ז באבידה שאין קניני גזילה, יכולים הבעלים להקנות. דבר זה נלמד מהרמב"ן במלחמות (ב"מ יד, ב מעמוה"ר), בטעם החילוק שבנטל ע"מ להשיב קודם יאוש, דאינה נקנית לאחר יאוש, דבאיסורא אתי לידיה, לנטלה ע"מ לגזולה, שנקנית ביאוש: "... וזו כיון שנטלה לגזולה ולא להשיבה, הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה, דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבדה ולא ע"מ לגזולה קודם יאוש, דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, אבל בזו שע"מ לגזולה נטלה, הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש". ומבואר שבאה לידו קודם יאוש, אם נטלה ע"מ להשיבה, הרי הוא שומר של הבעלים, ואין כאן אבידה, דכיון שהיא משתמרת לבעלים, היא כאבידה ברשותו. ודברי הרמב"ן הובאו גם בחידושי הר"ן ב"מ כו, ב.

וכן למד הנתיבות (מט"ז הנ"ל) לענין הרשאה שמועילה בשני יוסף בן שמעון (ראה לעיל), שמחלק בין גזילה לשאר ענינים ובהם אבידה, לשיטת הרמב"ן הנ"ל: "אבל הכא שהלואה אינו רוצה לגזול לעצמו רק שאינו יודע למי יחזיר, דמי לאומר לשנים אחד מהם הפקיד לי, דודאי שניהם יכולים להקדישו, דדוקא גזילה שהגזולן קנאו לענין שינוי ושאר דברים, יצא מרשות הנגזל. תדע דהא הגזולן צריך לעשות קנין בגזילה כגון הגבהה או משיכה או חצר, אבל פקדון לא יצא מרשותו, ואפילו באבידה כתב הרמב"ן בפ"ב דב"מ (במלחמות יד, ב מעמוה"ר) דהוי ברשותו ע"ש. ואם כן כאן דהלואה אינו רוצה לגזול והשטר חוב הוא ביד אחר דלא קנאו השני שרוצה לגזול, וגם אפילו היה ביד השני, הא אפילו בגזילה יכול הנגזל להקנות הגזילה לגזולן כמבואר בבית שמואל באה"ע (כח, טז), וכיון דמדינא יכול להקנות השטר חוב להאחר ולא צריך תקנת חכמים, מהני הרשאה כנ"ל". הרי שמהרמב"ן מוכח שבאבידה יכול להקדיש ולמכור. וכנ"ל דהרמב"ן לשיטתו דבגזילה המניעה מחמת קניני הגזילה של הגזולן. (ואין להקשות מהנתיבות רנט"י, ורעח"י, ראה להלן דבריו).

וסברא זו שדין אבידה תלוי בהסבר אם אינו ברשותו לא יכול להקדיש מחמת קניני גזילה או מחמת שאינו בשליטתו, מצאתי אח"כ באמרי משה (לד,ז): "ועיקר הספק אם אבדה מקרי אינו ברשות הבעלים תליא בזה, אי הא דגזלה מקרי אינו ברשותו הוא משום דיש לגזלן קנינים בגזילה לקנות בשינוי וכדומה, ולא משום שהוא אבוד לחוד מהבעלים. ולפ"ז אבדה מקרי ברשות הבעלים. או משום דאבוד לחוד משוה לגזלה אינו ברשותו, וע"כ גם אבדה מקרי אינו ברשותו הבעלים להקדיש. והנה מצינו ברמב"ן במלחמות פ' דו"ה שנחלק עם המאור בהודה הגנב ורוצה להחזיר, דס"ל להמאור דבכה"ג מקרי ברשות הבעלים, והרמב"ן ס"ל דגם בכה"ג מקרי אינו ברשותו להקדיש. והיינו דפליגי בזה, דלהרמב"ן הא דגזילה אינו ברשותו היינו משום הקנינים שיש לו לגזלן, וע"כ גם כשהודה הגנב ורוצה להחזיר לבעלים ושוב אינו אבוד מהם בכ"ז מקרי אינו ברשותו, כיון דעדיין יש לגזלן קנינים בגזילה וחייב באונסין. וגם נראה דיקנה בשינוי, וע"כ מקרי אינו ברשותו. והמאור ס"ל דרק משום שהגזילה אבוד מהבעלים מקרי אינו ברשותו, וע"כ כשמודה ורוצה להחזיר, שוב מקרי ברשותו".

וע"ע בנו"ב (תנינא, חאהע"ז סי' עז) דדעתו דאבידה נחשבת ברשותו לענין הקדש ומכירה: "דהה"ד אבידה שנאבדה, כל זמן שלא מצאה שום אדם או אף אחר שמצאה, אם זה שמצאה נטלה על דעת להחזירה, אז כל מקום שהיא ברשות בעלים היא ויכול להקדישה". וכן כתב הגר"ח ע (אחיעזר ח"ג סו"ס ד): "ובאבידה הוי ברשותו, וכדמוכח ג"כ בב"מ דעובר משום לא תגזול". והגר"י בלאזר (פרי יצחק ח"א מז) כתב להוכיח שאבידה נקראת ברשותו, לפי מה שהסביר קצוה"ח לד,ג, דהחולק עם הגנב אינו נפסל, דכיון שהחפץ כבר נגנב ע"י הגנב הראשון, שותפו של השני, הרי השני לא גנב מבית האיש, ואין עליו חיובי כפל ואין עליו תורת גזלן. ואם נאמר שאבידה נחשבת כאינה ברשות הבעלים, א"כ מדוע בנטלה ע"מ לגזלה עובר בלא תגזול, הרי לא גונב מבית האיש. ומזה מוכח שהאבידה נחשבת ברשות הבעלים, והרי הוא כגונב מבית האיש. (ועיין עוד בחלקת יואב בקבא דקשיתא סי' פג, ובאמרי משה סי' לד, שדן באריכות בדברי קצוה"ח הנ"ל).

ומש"כ שהריטב"א לשיטתו, דבאבידה כיון שאין קניני גזילה הוי ברשות הבעלים, הגרא"ז (גו"א ידו) הקשה, דמן הסתם אבידה נקראת אינה ברשות הבעלים. ומביא ראיה מב"ק צח,א לענין הזורק מטבע של חברו לים הגדול פטור, דהא מנח קמך אי בעית שקליה, והני מילי בצלולין דקא חזי ליה, אבל עכורין דלא קחזי ליה לא. והקשה רבא מהא דאין מחללין מעשר שני על מעות שאינן ברשותו, דאם היו לו מעות בקסטרא או בהר המלך או שנפל כיסו לים הגדול, אין מחללין. ותירץ רבה שאני, לענין מעשר דבעינן מצוי בידך, דרחמנא אמר וצרת הכסף בידך וליכא. ומזה

הוכיח שאם אינו בידו, הרי הוא אינו ברשותו. ואף שלכאורה היה לחלק בפשיטות דבמעשר שני זו גזרת הכתוב של וצרת הכסף בידך, הגרא"ז סובר שאין לחלק. ולכן מסביר הגרא"ז את הריטב"א, דאבידה נקראת ברשותו, דודאי יחזיר המוצא לבעלים: "ונראה בטעמו של הריטב"א דזה אינו נקרא אינו יכול ליטלה, כיון שבעת שאבד הסלע ראה זה שנפל ממנו, וכיון דאיכא מצות השבת אבדה, היה עומד שישוב הסלע אליו, לכן לא נקרא זה כלל אינו ברשותו. אלא דלפי"ז יש לומר עוד יותר, דכל אבדה שיש בה סימן בעיר שרובה ישראל, כיון דעומד לכך שאחד ימצא ויכריז ויגיע לבעלים, לא מיקרי אינו ברשותו, ודוקא דבר שאינו יכול ליטלו בודאי זה נקרא אינו ברשותו. ואף דלכאורה כיון שנטל ע"מ לגזלה א"כ תיכף כשחשב ליטול הרי כבר לא היה עומד שישוב אליו הסלע, וא"כ שוב כשנטל לא נטל מרשותו. אבל באמת זה אינו, דמחשבה אינה מועלת, וכיון דבסתמא כל א' מישראל עומד לקיים השבת אבדה, לכן עד רגע שנטלה ע"מ לגזלה היה עומד שישוב, וקיימא הסלע ברשותו". הרי שהסביר דברי הריטב"א באופן שונה, דאף אם אינו תלוי בקניני גזילה, אבידה שאני שעומדת להחזרה, אא"כ נטלה המוצא ע"ד לגזלן, שכבר אינה אבידה אלא גזילה.

אמנם מדברי הרמב"ם (מכירה כב,ט) מבואר לכאורה שאינו יכול להקנות אבידה, דאינה ברשותו. וז"ל הרמב"ם: "מי שהיה לו פקדון ביד אחר, הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא והרי הוא בחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו, אינו יכול להקנותו, שזה כמי שאבד שאינו ברשותו". מבואר דאבידה אינה ברשותו. וכן נפסק בשו"ע חו"מ ריא,ז. וכן היא דעת הנתיבות (רנט,א) דאבידה נקראת אינה ברשותו. הנתיבות מחלק בין אם האבידה נמצאת במקום המשתמר, דנחשבת ברשות הבעלים לענין יאוש, ולא מהני יאוש, והוא הדין אם נמצאת ברשות המוצא, הרי היא במקום המשתמר ולא מהני יאוש, וכמש"כ הרמב"ן, לבין אם האבידה נמצאת במקום שאינו משתמר, דבזה הרי היא כבמקום הפקר ומהני יאוש: "ולפענ"ד נראה, דכמו דגזילה מיקרי אינו ברשותו, כמו כן אבידה. אמנם דוקא כשהיא מונחת במקום שאינו משתמר, דהוי כהפקר לכל עובר ושב, מיקרי האבידה שכבר יצאה מרשותו ומהני בה יאוש, אבל כשהיא במקום המשתמר, מיקרי ברשותו ולא מהני בה היאוש. דלא ריבתה רחמנא יאוש רק גבי אבידה, וזו לאו שמה אבידה, כמבואר בסימן רס (ס"י ברמ"א), דכשמונחת במקום המשתמר לאו שמה אבידה, משו"ה כתב הרמב"ן באבידה כשנטלה ע"מ להחזירה, כיון דהוא שומר של הבעלים, לא מהני יאוש, והוא מהאי טעמא, דכיון דמונחת במקום המשתמר של הבעלים, הרי לא יצאה מרשותו. ולפי"ז כשמונחת האבידה במקום המשתמר, הוי כחצירו ולא גרע משלוחו, והוי כאילו שלוחו משמרה ולא שמה אבידה ולא מהני יאוש". וע"ע בנתיבות רעח,י. וי"ל דאינו סותר למש"כ בסי' מט,יז, דשם מסכים מי שהחפץ בידו להחזיר לבעלים, ולכן הוי ברשותו, משא"כ אבידה המונחת במקום הפקר.

ג. להפקיר

לאמור לעיל נדו"ד, בחמץ הנמצא בחבילה שנשלחה וכעת היא ברשות הדואר, והדואר אינו מחזיר את החבילה לשולח אלא לאחר שהנמען לא יקבלה לפי נהלי הדואר, ויתכן שאם יתבע לדין יוכל להוציא, אך ודאי לא יוכל לקבלה בדרך בקשה בלבד, והנמען עוד לא זכה בה, אם יכול המשלח למכור את החבילה לנכרי במכירת חמץ, ותלוי בטעם אינו ברשותו שאינו יכול למכור, וכנ"ל.

והוספתי לשואל דיתכן ומן הדין אף שאין החבילה תחת אחריותו, מ"מ עדיין החמץ שלו ועובר עליו בבל יראה ובל ימצא, וכפי שנפסק בשו"ע או"ח תמ"ד: "ישראל שהפקיד חמצו אצל ישראל חבירו או אצל הא"י, אע"פ שקבל עליו הנפקד אחריות, עובר עליו (אף) המפקיד". ומקור הדין מהרא"ש בפסחים (א,ד): "יש מן הגאונים שאמרו ישראל שהפקיד חמצו אצל נכרי או אצל ישראל חבירו וקבל הנפקד עליו אחריות, הנפקד חייב בביעורו ולא המפקיד, אף על פי שהוא שלו כיון שאינו ברשותו. והביאו ראיה ממכילתא, דתני התם בבתיכם למה נאמר, לפי שנאמר בכל גבולך שומע אני כפשוטו, ת"ל בבתיכם מה ביתך ברשותך אף גבולך ברשותך, יצא חמצו של נכרי ברשות ישראל שהוא בביתו ואינו יכול לבערו, יצא חמצו של ישראל ברשות הנכרי שהוא שלו ואין ברשותו. וה"ר יונה ז"ל היה אומר דלעולם ברשות המפקיד הוא וחייב לבערו מן התורה, כדאמרינן בפ' מרובה (עו,א) וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש. כך מצאתי בשם ה"ר יונה ז"ל ולא הבנתי ראייתו. וגם לא כתב לפרש הא דמכילתא שהביאו ממנה ראיה. ונ"ל דדבר פשוט הוא דאע"פ שהנפקד קבל עליו אחריות, מ"מ עיקר הממון של הבעלים הוא, וכיון שהשאלו הנפקד ביתו לשמירת ממונו, קרינא ביה ביתו. וההיא דמכילתא מיירי בנכרי שהלוה לישראל על חמצו, כדתנן בפ' כל שעה (לא,א). ולכאורה מדברי הרא"ש שכיון שעיקר החמץ של הנפקד עובר עליו, א"כ גם אם הנפקד לא השאלו ביתו לשמירת ממונו אלא קבלת שמירת באופן שלא הסכים שביתו יהיה רשות הנפקד, דהואיל ועיקר החמץ של הנפקד, עובר הנפקד בב"י וב"י. מהרא"ש נראה שבא לפרש את הפסוק בבתיכם ובכל גבולך, דאף דסו"ס החמץ הוא שלו, אינו בביתו או בגבולו, וע"ז השיב דהמפקיד השאל רשותו לנפקד. ולכאורה צ"ע בנדו"ד אם היות החבילה ברשות הדואר הרי היא ברשותו, אם נחשב כשהשאל לו מקומו, ולמש"כ לעיל, הדבר תלוי אם רשות הדואר מוכנה להחזיר את החבילה בכל עת לשולח, הוי החבילה כמו פקדון שחייב למכור ומהני מכירה, אולם אם אינם מוכנים להשיב לשולח בכל עת, אין החבילה ברשותו, ואינו צריך מכירה. ואם אינה רשות השולח, לכאורה למש"כ הרא"ש אינו עובר עליו בב"י וב"י, ועיין מ"ב תמ"ט, ובשאגת אריה סי' פה. ועיין בביאור הלכה שם מה שהביא משו"ע הרב, דאף בלא השאל לו הנפקד מקום, עובר מדברי סופרים. ומ"מ יכול ממ"נ למכרו, או

דקיי"ל שהוא ברשותו ויכול למכרו, או אינו כלל ברשותו, ומחמת שאינם מוכנים להחזיר כעת לשולח, אינו עובר בב"י, ועיין להלן אות ד.

עצה אחרת היא להפקיר את החמץ, דאף דדעת רוב הפוסקים שכמו דלא מהני למכור ולהקדיש, כך אינו יכול להפקיר, מ"מ יכול לסמוך על דעת הפוסקים שיכול להפקיר, אך יעשה זאת לאחר המכירה לנכרי, שאם לא הועילה המכירה לנכרי, יכול להפקיר ולצאת דעת הפוסקים הסוברים דיכול להפקיר גם מה שאינו ברשותו (וראה להלן אות ד שעצה זו כתב הגר"ש קלוגר בחכמת שלמה). דלכאורה מהגמ' ב"ק סט, א מוכח שאף הפקר לא מהני בדבר שאינו ברשותו. דהגמ' משמע שרק ככל שהפירות ברשותו יחול לחלל כרם רבעי במעות אלו, אבל לאחר שכבר לקטו עניים, אינו יכול לחלל, דאיתא בגמ' שם: והצנועין מניחין את המעות ואומרים כל הנלקט מזה מחולל על המעות הללו ... ומי א"ר יוחנן הכי, והא"ר יוחנן צנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחד, ורבי דוסא נלקט קאמר, דתניא, רבי יהודה אומר שחרית בעל הבית עומד ואומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר, רבי דוסא אומר לעיתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר. איפוך דר' יהודה לר' דוסא, ורבי דוסא לרבי יהודה. דנלקט פירושו שכבר לקטו עניים, וכמו שפירש רש"י שם: "אלמא אע"ג דליתיה ברשותיה, מפריק ותופס פדיונו". וקיי"ל כצנועין, וכמו שפסק הרמב"ם (מעשר שני ונטע רבעי, טז), וצנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחר, והיינו דוקא מה שילקט ולא מה שכבר נלקט.

ועיין בקצוה"ח קכג, א בסופו, מה שהביא מהרמב"ן דמשמע דדוקא להקדיש אינו יכול, אבל למכור יכול. וכן הוא ברשב"א ב"ק ע, א, לאיכא דאמרי דלא כתיבין אורכתא אמטלטלי דכפריה, ואם לא כפריה כתיבין: "ונפקא מינה לגזל שהוא בעין ביד גזלן ולא נתייאשו הבעלים, וא"נ מלוה בשטר, שאע"פ שאינו יכול להקדיש, דגזה"כ היא מדכתיב כי יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, אבל במכר או במתנה יכול ליתן ולזכות אגב קרקע או בחליפין בכל מקום שהן כמו שאמרנו". הרי דדין אינו ברשותו לשיטה זו הוא דוקא בהקדש, שבו גזרה התורה איש כי יקדיש ביתו, דבעינן ברשותו דומיא דביתו. ובקצוה"ח שם הקשה, דהדבר פשוט דאף למכור אינו יכול, והלכה מרווחת שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו ונלמד מהקדש. והביא מצנועין ורבי דוסא שאפי' להפקיר אינו יכול אם אינו ברשותו. ועיין עוד בקצוה"ח לז, שהקשה על מה שפירש הרשב"ם (ב"ב מג, א), לענין בני העיר שנגנב ספר תורה שלהן, אין דנין אותו בדיני אותה העיר, והקשתה הגמ', ואי איתא ליסלקו בי תרי מינייהו ולדייניה. ופירש רשב"ם שם; יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת זה ויקנו מידם. והביא קצוה"ח מאחיו להקשות, איך יועיל להקנות חלקם בס"ת לבני העיר, הרי אינו ברשותם. וניסה קצוה"ח לומר שאולי כוונת רשב"ם שיקנו לגנב. וכתב דאין

זה משמעות הרשב"ם, וגם הגנב לא ירצה לקנות, מפני שבקניית חלק השנים, יוכלו להעיד נגדו. ולכן נשאר קצוה"ח בצ"ע על הרשב"ם.

הב"ח בתש' (סי' קכד) דן בדברי האגודה שאף מה שנתחמץ בפסח הוא בכלל הביטול חמץ שביטל בערב פסח, דאין לומר שחמץ שנתחמץ בפסח, הרי הוא ביחס לביטול כדבר שלא בא לעולם, דכמו שבידו להחמץ את כל הקמח שבידו בשעת הביטול ולעשותו חמץ, כך יכול להפקיר ולבטל כל קמח שברשותו בשעה שיוחמץ, וממילא אין ביטול של חמץ עתידי שייך לדין דבר שלא בא לעולם או לא בא לרשותו. ועוד הוסיף הב"ח, דיכול להפקיר אף כל דבר שאינו ברשותו, ואינו דומה למתנה, דהפקר מדין נדר: "ועוד, שלפי האמת אין דין הפקר כדין מתנה, ומאי דקאמר בפ' אין בין המודר אליבא דר' יוסי דהפקר כמתנה, אינו במסקנא כדאיתא התם; אלא אמר רבא היינו טעמא דר"י גזירה משום מתנה בית חורין. פי', ומדינא אפילו לר"י מכי אפקריה נפיק לה מרשותיה. ועיקר הפקר הוא מדין נדר כמ"ש הרמב"ם בפ"ב דנדרים והביאו הטור בסי' רע"ג בספר חושן, ולכן כתב הרמב"ם דיני הפקר בהל' נדרים והשתא ודאי אין דינן כמתנה לענין דבר שלב"ע או דבר שאינו ברשותו, אלא כמו הנדר שהוא חל בכל ענין, אף ההפקר חל אכל דבר ואפי' לא בא לעולם או לא בא לרשותו". מבואר מהב"ח דכיון דהפקר אינו הקנאה אלא כנדר, מהני אף בדבר שאינו ברשותו, כמו דמהני הפקר בדבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו. ולכאורה צ"ב לומר דהב"ח מיירי רק באופן של חמץ שנתחמץ בתוך הפסח, דמדברי הב"ח משמע דבכל ענין מהני הפקר באינו ברשותו, והחילוק בין קמח שנתחמץ בפסח שאינו דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו, חילק בתרוץ קמא, וזה הוסיף ליתר שאת, דהפקר מהני באינו ברשותו, וכמו שהאריך להוכיח שם. וכיון שהאחרונים למדו בדעת הב"ח דדבריו הם רק לענין חמץ, עיין להלן, כך יש ללמוד דברי הב"ח.

וכן יש להוכיח לכאורה ממש"כ התוס' (ב"ק סו,א ד"ה כיון). הגמ' שם מביאה שני צדדים אם יאוש קונה בגזילה. אם דומה לאבידה, וכמו שבאבידה קונה המוצא ביאוש, הוא הדין בגזילה, או יש לחלק, דבאבידה בא לידו בהיתרא, משא"כ בגזילה בא לידו באיסורא, וקונה רק מדרבנן מפני תקנת השבים. ובתוס' שם כתבו דמזה מוכח דיאוש אינו הפקר גמור, שאם היה הפקר, גם אם בא לידו באיסורא היה קונה. ואיך יקנה בהפקר כשבא לידו באיסורא, הרי אינו ברשותו. ומוכח מזה שסוברים התוס' דהפקר קונה אף שאינו ברשותו. ובמחנ"א (זכיה מהפקר ז) הקשה, דנראה דשיטת התוס' דיכול להפקיר הנגזל מה שנגזל ממנו ואינו ברשותו; "וזה תימה, דהא מסיק רבא לקמן בפרקין דכמו שאין הנגזל יכול להקדיש מה שביד הגזולן לפי שאינו ברשותו, כמו כן אינו יכול להפקירו".

ובבית אפרים (חאהע"ז סי' נ) כתב דהפקר מהני בדבר שאינו ברשותו, והביא ראיה מב"ק קטז,ב: ת"ר, שירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה, ועמד אחד מהן והציל, הציל לאמצע, ואם אמר אני אציל לעצמי, הציל לעצמו. והעמיד רב אשי שם כשיכול להציל ע"י הדחק. ורשי שם פירש בדברי רב אשי: "ושמעו בעלים ושתקו ולא מסרו עצמן, אסח דעתייהו וגלו דאייאוש ולא בעו ממסר נפשייהו". ועיי"ש בב"א דיאוש זה הוא הפקר, ומועיל ההפקר, אף שהוא ברשות גזלן, ומהני ההפקר באינו ברשות שיקנה המציל שאמר שמציל לעצמו.

גם בפרמ"ג (א"א תמו"א) כתב לנקוט כדעת הב"ח, ושיאמר שמבטל כל חמץ שיהיה ברשותו: "ועיין שו"ת ב"ח (סימן קכד) מסיק ביטול מדין הפקר ונדר, וקיימא לן ביורה דעה (רד,ד) דאוסר דבר שלא בא לעולם בנדר. וא"כ אם אומר בפירוש הריני מבטל כל חמצי שיהיה לי בפסח, אף קנה תבואה בפסח ונתחמץ בטל. אבל כל חמירא דאיכא ברשותי אין זה בכלל. וטוב שיאמר כן, אף שחששא שמא גררה חולדא בפסח מחוץ, חמץ דאיסורא לא ניחא ליה דלקני, מכל מקום שמא יתחמץ בפסח טוב שיאמר כן". ועדיין י"ל דס"ל דדעת הב"ח דלא מהני הפקר באינו ברשותו, ורק באם יתחמץ בפסח מהני שלא יזכה, וכמו שביאר הנתיבות, עיין להלן. ועיין עוד בתש' חת"ס (חאו"ח סי' קלא) מש"כ בענין הפקר חמץ בכה"ג.

ורבים מהאחרונים כתבו דלא מהני הפקר בדבר שאינו ברשותו, ודין ההפקר כדין הקדש ומכר. כן כתב קצוה"ח ריא,ד: "ואינו נראה, דודאי כשם שאין יכול להקנות ולהקדיש, כן נמי אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו", ודחה שם ראיות הב"ח. וראית קצוה"ח מצנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחד (וכן כתב באבני מילואים כח,נו, עיי"ש). ובנתיבות ריא,א כתב דאף הב"ח מודה דהפקר לא מהני בדבר שאינו ברשותו, ורק שם בחמץ קודם שהתחמץ, מועיל הגילוי דעת קודם זמן איסורו ולפני שיתחמץ, שאינו רוצה שיהיה ברשותו: "והב"ח לא כתב כן רק לענין אי מבטל התבואה לכשיתחמץ שלא יעבור על כל יראה, דחמץ אינו ברשותו ורחמנא אוקמי ברשותו, וכיון דמהני הגילוי דעת קודם פסח לומר שאינו רוצה במה שזיכה לו רחמנא החמץ בפסח, ה"נ מהני כשאומר קודם שנתחמץ איני רוצה במה שזיכני רחמנא בהחמץ כשיתחמץ להעמידו ברשותי, דמה לי קודם פסח או קודם שיתחמץ, ואפילו קודם שהיה התבואה שנתחמץ תחת ידו יכול לומר כן, כיון שהוא קודם שהעמידו רחמנא ברשותו. ומביא ראיה ברורה לזה, דכמו שיכול לומר אי אפשרי בו קודם שהגיע המתנה לידו ומהני לבטל המתנה, ה"נ יכול לומר כן קודם שזיכהו רחמנא לבטל הזכות שזיכה לו רחמנא". אמנם לכאורה המעיין בב"ח יראה דדבריו נכתבו באופן כללי, דמהני הפקר באינו ברשותו, וכהבנת קצוה"ח. ומ"מ מדברי הנתיבות עולה ברור שלא מועיל הפקר באינו ברשותו, וסובר שאף הב"ח מודה שלא מהני הפקר (ועיין עוד

בדבריו במקור חיים תמח"ט). ועיין בשעורי הגר"ש רוזובסקי (ב"מ ח"ב א,א) אין שביאר דברי הנהגות.

גם הנו"ב (תנינא חאהע"ז סי' עז) כתב דהפקר לא מהני בדבר שאינו ברשותו, וראייתו מרבי דוסא וצנועין. וכן נראה דעת הגרע"א בתש" (קמא סי' כג), דאין חילוק בין הפקר להקדש, עיי"ש. וכן נראה לפרש דעת הפרמ"ג והחת"ס הנ"ל, דהפקר לא מהני בדבר שאינו ברשותו. גם השו"מ (מהדור"ק, ח"ג סי' קנח) כתב דהפקר לא מועיל בדבר שאינו ברשותו, דאף שמצד הסברא יש מקום לומר שיועיל הפקר בדבר שאינו ברשותו, שהרי רק מסלק עצמו מהדבר שאינו ברשותו. אך הסביר, דהפקר הינו כשמיטה, ונלמד מונטשת, יש לך נטישה אחרת שהיא כזו, והפקר צריך שיופקר לכל כשמיטה. ולכן כאשר החפץ גזול ביד אחר והגזולן זכה בו ואינו ברשותו, איך יוכל להפקיר לכל כשמיטה: "ולפ"ז לכך י"ל דאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, דהא כל שאחר גזלו ממנו או שאחר זכה בו ובאופן דאינו ברשותו של המפקיר, א"כ כיון שעכ"פ אינו יכול להפקיר לכל דמים שהפקיר וזכה בו הלה, א"כ לא מקרי הפקר כשמיטה ולכך אינו מועיל ההפקר". ולפ"ז ישב דברי הב"ח, דהב"ח מיירי בחמץ שרק מצד איסורו אינו ברשותו, ולכן יכול להפקיר לכל העולם. ובזה ישב גם דברי התוס' (ב"ק סו,א הנ"ל), דהתוס' מיירי באבידה, וביאוש דבידה יכול להפקיר לכל. גם המרחשת (קונטרס היאוש ענף א אות ו) כתב דברור שיאוש לא מהני בדבר שאינו ברשותו, וכפי שמוכח מצנועין ורבי דוסא, ועיי"ש מה שכתב לישב דברי התוס' (ב"ק סו,א הנ"ל).

ומעין תרוצו בדברי התוס', נמצא גם לגר"י בלאזר זצ"ל (פרי יצחק ח"ב סי' סד), דראית התוס' הינה שיאוש אינו כהפקר, דאם הוי כהפקר, מה לי דבאיסורא אתי לידיה, מדוע הגזולן לא יוכל לזכות, שהרי הבעלים הפקירו לכל: "ולפ"ז דברי התוס' ניחא שפיר, דאי נימא דיאוש אינו כהפקר גמור אלא דהתורה נתנה לזכות לכל מי שירצה, אפ"ל דהגזולן אינו יכול לקנות משום שכבר נתחייב בהשבה. אכן אם נימא דיאוש הוי כהפקר גמור והיינו דביאוש הבעלים מפקירין לכל העולם, א"כ ע"כ מפקיר גם לגבי הגזולן, דאל"ה לא הוי הפקר כלל וכמבואר בב"מ (לב) גבי ר' ישמעאל בר"י לכו"ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו, ופריך מי הוי הפקר כה"ג, עיי"ש. ועכ"פ כיון דהנגזל מפקיר לכל אף לגבי הגזולן, א"כ מדוע לא מצי הגזולן לזכות מן ההפקר, ומה בכך שנתחייב בהשבה כיון שהבעלים הפקירו לכל אף להגזולן". ומעין זה נמצא לגאון מטשיבין זצ"ל (דובב מישרים ח"ב סי' לו) בישוב דברי התוס', דכוונת התוס' שהגזולן או מוצא האבידה יזכה מההפקר, אף שבאיסורא אתי לידיה: "ונראה ליישב לפי דברי השאגת אריה בסי' צג (בסופו), שהעלה דהא דאמרין גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו וה"ה לא ליתנו במתנה, הני מילי לאחר אבל

להגזלן בעצמו יכול ליתנו במתנה ולמחול לו, ומשו"ה מהני יאוש לגבי הגזלן וגם לגבי המוצא אבידה". אבל הפקר לאחרים לא מהני באינו ברשותו גם לתוס'. ועיין עוד במה שכתב הגרש"ש בחידושו (ב"ק סי' נ) לחלק בין הפקר מרצון, שהוא דומה להקנאה, להפקר שבא מיאוש, שאינו מרצון, ואינו דומה להקנאה.

והא דלא מהני הפקר באינו ברשותו, עיין בתש' מיים חיים (לגר"ח רפפורט, חאו"ח סי' ו), שתמה על הב"ח, וכתב לישב האופן בו תועיל המכירה לנכרי אף באינו ברשותו. וכן היא דעת הגר"י ה"ר (עמודי אור סי' יז) דלא מהני הפקר באינו ברשותו, ועיי"ש מה שישב איך יועיל ביטול חמץ שביד העכו"ם. וכן נראה מדעת זקני הגרמי"ל זילברברג זצ"ל (זית רענן ח"ב ח,א), דלא מהני הפקר באינו ברשותו. ועיין עוד בשדי חמד (כללים, מערכת ה אות ק) מש"כ בזה. ועיין עוד במש"כ השו"מ (תנינא ח"ד סי' י), הגר"י מקוטנא בישועות מלכו (חאו"ח סי' לז), והגר"מ אריק (אמרי יושר ח"א סי' כג).

ומ"מ בנדו"ד לאחר שימכור חמצו לנכרי, לצאת הדעה אולי כן חשיב ברשותו, גם יפקיר החמץ, ולצאת הדעה שמהני הפקר בדבר שאינו ברשותו. דמש"כ האחרונים בשוב דעת הב"ח לא יועיל בנדו"ד, כיון שהאינו ברשותו אינו מחמת האיסור חמץ אלא מחמת מוחזקות הדואר.

ד. דעת האחרונים שמועילה המכירה

עוד יש להתיר לפמש"כ הגר"ש קלוגר בחכמת שלמה (או"ח תמח,א). החכמש"ל דן במי שהיתה לו סחורה של חמץ שהיה צריך לשלם עליה מכס, והואיל ולא שילם, לקחו לו את הסחורה לאוצר המכס, והבעלים מנהלים משפט מול המכס, אם יתברר שהמוכס צדק, יהיה כל החמץ שלו, ואם הבעלים צדקו, יחזור אליו החמץ, ושאל מה לעשות בפסח בחמץ זה, ואם מועילה המכירה לנכרי. והשיב דאף שלכאורה הואיל והמכס תופס את החמץ, הוי החמץ כאינו ברשותו ולא מהני מכירה, מ"מ בזה תועיל המכירה משני טעמים. הואיל ודעת המכס להחזיר לבעלים אם יזכו במשפט, דעתם כבר מעתה להחזיר לבעלים, ובכגון זה יחשב החמץ כברשותו: "דמה דקיימא לן דדבר שהוא שלו ואינו ברשותו אין בידו למוכרו, י"ל דזה הוי דוקא כגון אם גזל ממנו הדבר, דכעת לפי דעת הגזלן רוצה לגזלו ממנו לגמרי ואין בדעתו להחזיר לו, לכך הוי כעת אינו ברשותו. אבל בזה אין דעת שרי המלך לגזלו ממש, רק להחזיר לו אם יזכה בדין. א"כ ממה נפשך, אם יזכה המלך בחמץ הוי למפרע של המלך ואינו שלו כלל, דדינא דמלכותא דינא, ולא עבר בבל יראה. ואם יצא הפסק דשל ישראל הוא, א"כ דעתם מהשתא להחזיר לו, וא"כ אין זה בכלל דבר שאינו ברשותו.

ועדיף ממשכון, דמשכון יש עליו שעבוד ברור ע"י החוב, ולכך אין יכול למכרו. אבל בזה אין עליו שיעבוד וחוב מבורר, לכך ראוי לומר ממה נפשך". עוד טעם, דדין אינו ברשותו נלמד מהקדש מהפסוק יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו, וחמץ של ישראל ברשות נכרי דאינו עובר בבלי יראה, נלמד ג"כ מבתיכם, וא"כ אם החמץ ברשותו לענין בל יראה, הוא ברשותו גם לענין מכירה והקדש, ואם אינו ברשותו לענין מכירה, דאינו ביתו, גם אינו ברשותו לענין לעבור עליו בבל יראה: "וא"כ ממה נפשך, אם הוי דבר זה בנידן דידן ברשותו לענין בל יראה, הוא הדין נמי דהוי ברשותו לענין מכירה. ואם אינו ברשותו לענין מכירה, אינו ברשותו לעבור עליו בבל יראה, לכך ממה נפשך מותר למוכרו לנכרי באופן שיהיה הנכרי במקומו לזכות בו אם יזכה הוא". וכל זה הוא דלא כמש"כ הגר"מ פיינשטיין, הובא לעיל בריש הדברים.

עוד הוסיף בחכמש"ל, דליתר שאת אחר המכירה יאמר בפני שלשה שמפקירו ומתייבש ממנו לגמרי; "ולכך ניהו דמצד הפקר לא יועיל, אם אינו ברשותו למכירה אינו ברשותו להפקיר, דדינם שוה, מכל מקום יועיל מצד לשון יאוש, דהרי יאוש שפיר מהני לדבר שאינו ברשותו, דהרי עיקר דין יאוש הוי כן בגזל או בגניבה. לכך ממה נפשך, אם הוי ברשותו הרי כבר מכרו ומהני מכירתו, ואם אינו ברשותו, א"כ מהני ביה יאוש ויצא מרשותו לגמרי ע"י יאוש. ולכך מצד יאוש הוי די אף בפני שנים ולא בעינן שלשה, רק לצאת ידי כל החששות צויתי לו גם להפקיר ממש, וכדין הפקר דבעינן בפני שלשה ממש, ויוצא בזה כל הדיעות". הרי שלשיטת החכמש"ל גם בנדו"ד תועיל המכירה, וליתר שאת יפקיר אחר המכירה בפני שלשה.

עוד נראה לפמש"כ האבני נזר (חאו"ח סי' שלט) שאם מכר דבר שאינו ברשותו, כשבא לידו אח"כ חלה המכירה למפרע. בנידון האבני נזר במוכסים שלקחו י"ש של ישראל לפני הפסח, והחזירו בתוך הפסח, והישראל מכר כל חמצו קודם הפסח: "דממה נפשך אינו עובר, אם אינו שלו, לא עבר. ואם שלו, חל המכירה ואף דאינו ברשותו, כ' בשיטה מקובצת ב"ק ל"ג,א בשם הרא"ש שאם בא אחר כך לידו, חל ההקדש למפרע, הכא נמי חל המכירה למפרע". וא"כ הוא הדין בנדו"ד כשיבוא אח"כ לידו תחול למפרע. אמנם בנדו"ד יגיע ליד המקבל, ואפשר דלענין זה המקבל הינו שלוחו של הנותן שתחול המכירה למפרע, שהרי גם המקבל רוצה בקיום מכירת המשלח, וכשיגיע ליד המקבל, הרי זה כהגיע ליד הנותן, וצ"ע.

ומ"מ בנדו"ד יכול לסמוך על המכירה, לשיטות דלא נחשב אינו ברשותו, כיון שאין בזה קנין גזילה, וכן למה שכתב החכמש"ל. ובנוסף לאחר המכירה יפקיר חמצו בפני שלשה, ויועיל מדין יאוש וכמש"כ בחכמש"ל.

סימן יז

שכר שכירות לאחר ביטול מקח

ראשי פרקים

א. החיוב לשלם דמי שכירות כשהתבטל המקח

ב. כשהרויח, אם צריך להעלות שכר למוכר

ג. בדין תוקף ספינתו של חבירו

ד. כשלא תבעו

ראובן קנה רכב משמעון. לאחר כחודש התגלה ברכב מום, ושני הצדדים הסכימו על בטול המקח, ראובן יחזיר את הרכב לשמעון, ושמעון יחזיר לראובן את הכסף ששילם. ראובן שואל, הואיל ואמרו לו שע"פ דין חייב לשלם לשמעון שכירות רכב לתקופה בה הרכב היה בשמשו, האם חייב לשלם לשמעון, כשמעון לא תבע ממנו את דמי השימוש ברכב, בפרט שלדבריו כמעט ולא השתמש ברכב. ות"ח אחד הוסיף לשאול, מה היה הדין אם ראובן השכיר את הרכב באותו חודש ללוי, וכבר גבה ראובן דמי שכירות מלוי.

א. החיוב לשלם דמי שכירות כשהתבטל המקח

הרמב"ם בהל' מכירה טז, ח, כתב וז"ל: "המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר קרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל, ואם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר". והרב המגיד הראה מקורו לדברי הגמ' ב"מ סו, ב: אמר רב נחמן, השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא, הדר ארעא והדרי פירי. ומזה למד המגיד, דכל היכא שמחזיר הלוקח את הקרקע, מחזיר למוכר אף פירות שאכל. ובמחנ"א על הרמב"ם שם, הקשה על המגיד, דשם בגמ' הוא דין של ריבית, ולכן הדרי פירי, וכאן הוא מדין מקח טעות והוי גזל בידו: "התם ה"ט משום רבית, אבל הכא ליכא משום רבית, ודמי ללוקח קרקע גזול ולא הכיר בה, אלא הכא ה"ט משום גזל". וציין שכן כתב הסמ"ע. עיין בסמ"ע רלב, לג, דאף אם הקונה לא נתן למוכר עדיין דמי המכר, שאין בזה שאלה של ריבית, מ"מ מחזיר למוכר פירות שאכל, דהטעם כאן הוא משום גזל: "לכן נראה פשוט דלאו מטעם ריבית הוא, אלא כיון דהמקח בטל מעיקרו, הפירות שאכל או שכר השכירות דחצר שדר בו, יהיה בגזל בידו, ומשו"ה אף אם עדיין לא נתן לו דמי הקניה, צריך להחזיר לו הפירות ושכר החצר".

והסמ"ע שם הוסיף להקשות מדברי הרמב"ם (זו"מ ו,יג). הרמב"ם פסק שכל מי שנתן מתנה, והתבטלה המתנה מחמת אומדנא, כמו במכירתו, או במי ששמע שמתנו בננו ונתן מתנה לאחר, ואח"כ התברר שבנו חי, כל אלו שמתבטלת המתנה מחמת האומדנא, אין מקבל המתנה מחזיר פירות שאכל. מסביר הסמ"ע ומחלק, דבנותן מתנה חפץ הנותן ליתן למקבל עד שיבוא בנו או עד שיעבור האונס, והרי זה כנותן מתנה לחבירו ע"מ שיחזירנה לו לזמן מסוים, שאינו מחזיר פירות שאכל. משא"כ במוכר ונמצא מום, ודאי אם היה יודע שיש בו מום ויתבטל המקח, לא היה מוכרו לקונה, וע"כ אם הקונה אינו מחזיר, הרי זה גזל בידו: "מה שאין כן זה דבטעות בא לידו, ואילו ידע שיחזור בו מחמת המום בודאי לא היה נותנו לו מעיקרא ... משו"ה אף אם כבר אכלה, אם אינו מחזיר הוה כמחזיק בשל חבירו בגזל, וזה ברור". ולכן לא נקט הרמב"ם טעם ריבית.

ולכאורה יש לעיין, ואפשר שתלוי במחלוקת ראשונים, דשם בגמ' מבואר לחלק בין הלואה למכר, דאחר שהביאה הגמ' דלר"נ הדרא ארעא והדרי פירי, הקשתה הגמ': למימרא דסבר רב נחמן מחילה בטעות לא היא מחילה, והאיתמר, המוכר פירות דקל לחבירו, אמר רב הונא עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו, משבאו לעולם אין יכול לחזור בו. ורב נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו. ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה. התם זביני הכא הלואה (ומיחזי כרביית, שמתחילה בהלואה בא לו, וכרביית קצוצה דמי, ואין אבק רבית בדבר הלואה, אלא בדבר מכר, כגון המרבה בפירות – רש"י). ומבואר ברש"י דבמוכר פירות שלא באו לעולם, ואחר שבאו אכלן הלוקח, כיון שאינו ריבית קצוצה כמו בהלואה, הוי מחילה בטעות ומהני. ולפ"ז לכאורה, גם מה שאכל פירות מחמת שסבר שיש כאן מקח והתברר שאין מקח, מה שאכל הלוקח פירות הוי מחילה בטעות, והוי מחילה לענין הפירות, וככל שלא שילם הלוקח למוכר את תמורת המכירה, ואין כאן מעות חוזרים ואין שאלה של ריבית, הוי מחילה בטעות ומהני. כך לכאורה נראה לשיטת רש"י.

ובתוס' שם (ד"ה התם) הקשו על רש"י כמה קושיות, ובין השאר, דמשמעות הגמ' כאן להסבר רש"י, דרב נחמן ס"ל דמחילה בטעות הוי מחילה, והביאו התוס' כ"מ בש"ס דלר"נ מחילה בטעות לא הוי מחילה, וכן מפורש במשנה ובגמ'. בב"ב מא,א, דרב ענן שקיל בידקא בארעיה, ששטף מים שטף את המחיצות בין חצירו לחצר חבירו, ולא נודע מקומם, ואח"כ החזיר המחיצה באופן שהרחיב גבולו, כלומר העמיד את המחיצה בחצר שכנו. ובא רב ענן בטענה שהשכן סייע לו, והוי מחילה, וענה לו ר"נ שהיא מחילה בטעות. עוד הביא מב"מ לה,א, לענין מי שהפקיד נזמים אצל חבירו, והשומר איבד את הנזמים והסכים לשלם, ולבסוף נמצאו הנזמים והוקרו, וס"ל לרב נחמן דהדרא כיפי (נזמים) למריהו, כיון שהיא שומא בטעות. עוד הביאו

התוס' מהמשנה נזיר לא, א: ב"ה אומרים הקדש טעות אינו הקדש, וכן בגיטין יד, א: כל קנין בטעות חוזר. וא"כ איך עולה מסקנת גמ' דידן דס"ל לר"נ דמחילה בטעות הוי מחילה, לגמ' הנ"ל בדעת ר"נ. ותירצו התוס': "ומפר"ת הכא הלואה, דהלוה לא הקנה אלא בתורת מכר והמכר אינו כלום, דאסמכתא לא קניא, נמצא דהוי מחילה בטעות ולא הוי מחילה ולכך הדרי פירי. אבל אם היה נותנו בתורת רבית לא הוי הדרי, דאבק רבית הוא. אבל התם גבי פירות דקל זביני ולא מחילה בטעות היא, דנהי דיכול לחזור, מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנותיה, ולכך אית לן למימר דאפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר". דכשהמכר אינו כלום, הדרי פירי, דמחילה בטעות לא הוי מחילה, ולכן באסמכתא שאינה מכר, מה שהניחו המוכר ללוקח לאכול פירות הוי בטעות, ומחילה בטעות לא הוי מחילה. משא"כ במקנה פירות שלא באו לעולם, מעונין לעמוד בדיבור, ומה שנתן לו המוכר לאכול, מפני שהיה מעונין באכילת הלוקח. וצ"ל דיש הבדל בין אסמכתא לדבר שלא בא לעולם. אסמכתא, זה לא רק חסרון בגמירות דעת, ודאי המוכר סומך בדעתו שהתנאי לא יתקיים ואינו רוצה בו, ולכן ככל שאסמכתא לא קניא, אין כאן מכר ואינו רוצה לעמוד בדיבורו. בפירות שלא באו לעולם, החסרון הוא בחלות הקנין, ואף אם נאמר שהיה חסרון בגמירות דעת, המוכר רוצה במכר, ונח לו שהלוקח יקח את הפירות והוא המוכר יעמוד בדיבורו. דבפירות שלא באו לעולם, הוא מכר שטוב לשניהם, רק החסרון בקנין, משא"כ אסמכתא, רעה היא למתנה המוכר. ולפ"ז במקח שהתבטל, הרי זה דומה לאסמכתא והדרי פירי. ולזה כיון המגיד לדעת התוס', דמקח טעות דמי לאסמכתא ואינו מחמת הריבית. משא"כ לשיטת רש"י דכל החסרון בפירי הוא מחמת הריבית, דמחילה בטעות הוי מחילה למסקנת הגמ' כאן. ואפשר דאף רש"י מודה להלכה, דכיון דקיי"ל דמחילה בטעות לא הוי מחילה, בכל ענין הדרי פירי אף במקום שאין חשש ריבית, וכגון שלא שילם הקונה למוכר את תמורת המכר.

ובב"ח (חו"מ רלב"ב) כתב דיש כאן שני איסורים, דאם קבל כבר המוכר דמי המקח, כיון שמתבטל המקח, שמעיקרא לא היה כאן מקח, המעות הלואה, והפירות שאכל הם ריבית קצוצה. ואינו דומה לאסמכתא דהוי אבק ריבית ולא ריבית קצוצה: "דהתם המקח מקח אלא דאית ביה אסמכתא, אבל בנמצא בו מום, לא היה מקח כלל ורבית דאורייתא היא". נראה שמחלק בין אם מתבטל המקח מחמת דבר מהותי במקח, שאין מקח כלל, לבין אם החסרון הוא מחמת מעשה הקנין כמו באסמכתא, שאם החסרון במעשה הקנין, מצד המקח יכול להתקיים, רק שלא נתפס בו קנין, משא"כ במום במקח, שהוא דבר מהותי במקח, וכביכול לא מכר לו מה שרצה לקנות. זה באופן שכבר נתן הלוקח מעות למוכר, דהוי ריבית קצוצה. ואף אם לא נתן עדיין מעות למוכר, מ"מ צריך להחזיר מדין גזל, דכיון שבטל המקח, הפירות שייכות למוכר,

והרי הוא כאוכל פירות המוכר: "דכיון דאין כאן מקח כלל, אם כן הפירות שאכל גזל הן בידו". יוצא א"כ שאם נתן הלוקח למוכר המעות, יש גם איסור ריבית וגם איסור גזל, ואם לא נתן המעות, באכילת פירות שאינם שלו עובר על גזל.

והגרי"א (נחל יצחק, פא, לב, ס"ק ו ענף א) כתב דאין אסור ריבית באכילת פירות מקח שבטל, דכיון שבטל המקח, המעות שביד המוכר הם גזל, ובגזל אין אסור ריבית. הגרי"א מביא ראיה מהמרדכי ב"מ (סי' רצה), וכן הוא בתש' הרשב"א (ח"א סי' תתקלח), באחד שהפקיד אצל חבירו, והנפקד הלווה המעות שלא ברשות בריבית, בדרך שאין איסור ריבית, שאם הנפקד רוצה ליתן למפקיד מעות ריבית ממה שקיבל, שאין בזה איסור, וכמש"כ הרשב"א בתש' הנ"ל, דלא שייך בזה אגר נטר. וכך הכריע לדינא המל"מ (מלוה ולוה ז, יא בסופו), דבשולח יד בפקדון, אם רצה ליתן מה שהרוויח כולו או מקצתו, אין בזה איסור ריבית, דאין כאן אגר נטר לי, עיי"ש במל"מ מה שהאריך בזה. ועיין בנח"י שהביא ראיות רבות לדין זה, ומה שהאריך במו"מ בראיותיו.

ב. כשהרויח, אם צריך להעלות שכו' למוכר

בתש' הרשב"ש (סי' תעו) דן בקונה בגד או בד, ועשה ממנו מלבוש, ואח"כ גילה בו הקונה מום, באופן שלא יכל להכיר המום קודם לכן: "וצריך ליתן לו שכר לבישתו, כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפיו מהלכות מכירה גבי המוכר בית ומצא בו מום. ואם תפרו והשביח בתפירה, מחשב עליו דמי התפירה ומחשב עמו על שכר לבישתו, והשאר משלם לו". מבואר מהרשב"ש שאם השביח הלוקח את הבגד, השבח שייך למוכר, ומחזיר לו הבגד המושבח, והמוכר מחזיר לו דמי הבגד והוצאות תפירה, פחות שכר לבישתו. וכך מוצאים אנו בש"ג (ב"מ ל, ב מעמוה"ר, בסוף), באחד שמכר סוס לחבירו, ומצא בו הלוקח מום, שצריך הלוקח ליתן למוכר כל מה שהרויח מאותו הסוס, ואפי' לא הרויח אלא עשה בו מלאכה, צריך ליתן למוכר שכרו. ומזה למדים, שלא מיבעיא שכר הסוס חייב לשלם, אלא גם מה שהרויח ע"י הסוס, ג"כ צריך לשלם למוכר.

ובאור שמח (מכירה טז, ח) כתב להקשות על הש"ג, דלשלם את שכר הסוס, חייב לשלם כיון שלא נחת אדעתא דגולונתא, אבל מה שהרויח אינו צריך לשלם, דחייב לשלם מה שהרויח שייך לומר רק אם הוי ברשות המוכר, כמו בקרקע שאינה נגזלת והיא ברשות המוכר, דכל מה שהרויח בקרקע שייך למוכר, משא"כ במטלטלין. והביא ראיה מתוס' ב"מ צו, א. דאיתא שם בגמ': והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב, התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור, ואי ס"ד עבדא כמקרקעי דמי

אמאי פטור, ברשותא דמריה קאי. הכא במאי עסקינן שלא בשעת מלאכה. כי הא דשלח ליה רבי אבא למרי בר מר בעי מיניה מרב הונא, הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך להעלות לו שכר, ושלחו ליה אינו צריך להעלות לו שכר. הכי השתא, בשלמא התם בין למ"ד ביתא מיתבא יתיב נחא ליה, בין למ"ד ושאיה יוכת שער נחא ליה, אלא הכא מי נחא ליה דנכחוש עבדיה. אמרי ה"נ נחא ליה דלא ליסתרי עבדיה. ובתוס' שם (ד"ה ומי) כתבו: "ואם היה כמקרקעי דמי, אפי' נחת ליה בתורת גולנות לא נפק מרשותיה דמריה, דהוי כקרקע דאין נגזלת, ומשלם אגרא היכא דקאי לאגרא, כמו ספינה דלקמן היכא דלא נחת ליה בתורת גולנות". ומזה לומד האו"ש דבסוס אין שייך שיהיה ברשות הבעלים לענין שישלם מה שהרויח באמצעות הסוס, ורק לענין שכר הסוס, יש לדון לפי מה דאיתא שם בגמ' בתוקף ספינתו של חבירו, דיש חילוק אם ירד ע"ד גולנות או ע"ד שכר, אם יהיה חייב לשלם למוכר שכר, דכיון שהיה סבור שהוא שלו, ולא התכוין להשתמש על דעת גולנות, ולכן כל כוונתו היתה להשתמש בשלו, ואם מתברר שאינו שלו, אין רצונו לגזול מהמוכר, ולכן משלם שכרה, והרי זה כנחית אדעתא דשכר, כיון דלא נחית על דעת גולנות. או שנאמר שהמודד הוא אם נחית על דעת שכר אם לאו, דרק בירד ע"ד ליתן שכר חייב ליתן שכרה, וכיון שבמקח טעות לא ירד על דעת שכר, לא צריך לשלם שכרו, ונשאר בצ"ע.

עוד הביא האור שמח ראיה מהרשב"א, שאם השתמש מחמת שסבר שהוא שלו, אינו צריך להעלות שכר לבעלים, דחייב שכר יש רק אם ירד ע"ד שכר. דתנן במשנה ב"ק (לג,א): שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום, נוטל את השור. ובגמ' שם העמידה כמו רבי עקיבא הסובר יוחלט השור, דלא כרבי ישמעאל הסובר יושם השור בב"ד ונותן לו את שווי, דלר"ע נוטל השור ממש, דהוחלט השור. והגמ' שם הסתפקה, מה יהיה הדין לרבי ישמעאל הסובר יושם השור, אם המזיק מכר את השור לאחר, כיון דא"ר ישמעאל בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה מכור, או דלמא כיון דמשעבד ליה לניזק, לאו כל כמיניה. א"ל אינו מכור. והתניא מכרו מכור. חוזר וגובהו. וכי מאחר שחוזר וגובהו למה מכור. לרידיא (שאם חרש בו לוקח אינו נותן דמי החרישה לניזק – רש"י). וזה אליבא דרבי ישמעאל, אבל לר"ע הסובר יוחלט השור, לכאורה צריך להיות הדין שמשלם לו שכר החרישה. והרמ"א (ח"מ תז,ב) פסק שאם השתמש בו, צריך לשלם שכירות לניזק: "שחטו מזיק, גובה מבשרו. רמ"א - וי"א דצריך לשלם פחת השחיטה. וכן אם נשתמש בו, חייב ליתן לניזק שכירות".

ורשב"א שם (ב"ק לג,ב) הביא את פירוש רש"י והראב"ד, דלרבי ישמעאל אינו צריך לשלם לניזק שכר חרישה, כיון דיושם השור, ומזה יש ללמוד דלר"ע הסובר

יוחלט השור, נותן הלוקח לניזק שכר חרישה: "ואני מסתפק בדין זה, דמזיק לר"ע כשמכרו כמתכוון לגזול הוא, דהניזק שותף הוא, וגזול שור וחורש בו אינו מעלה שכר לניזק, דלאו אדעתא דשכירות נחת ביה, וכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וכדאיתא נמי לקמן בר"פ הגזול קמא (צו, ב) גבי ההוא דגזול פדנא דתורי, ולוקח מגזולן כגזולן דאתי מיניה, דאיהו נמי לאו אדעתא דשכירות נחית, וכדאמרינן נמי בפרק הגזול. ואמרינן נמי התם התוקף בספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אמר רב רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל, ושמואל אמר אין לו אלא פחתה, ולא פליגי, אידי ואידי דקיימא לאגרא, הא דנחית אדעתא דאגרא והא דנחית אדעתא דגזלנותא. ונ"ל לפרש דלר' ישמעאל דאמר יושם השור עד שיושם בב"ד ויחליטוהו לניזק הרי הוא של מזיק, ומי שלקחו ממנו רשאי לחרוש בו ואינו נמנע, אבל לר"ע הוחלט השור ושותפי נינהו, ואם מכרו מזיק אינו מכור, ואין ללוקח לחרוש כנ"ל, שכבר זכה בו ניזק". הרשב"א מפרש הנפק"מ בין ר"י לר"ע ברדיא הוא לא לענין השכר, כמו שפירשו רש"י והראב"ד, אלא אם לכתחילה יכול הלוקח לחרוש בשור, דלר"י מותר ללוקח לחרוש בשור, ולר"ע דיוחלט השור, אסור לו לחרוש בשור. אבל הן לר"י והן לר"ע אינו צריך להעלות לו שכר החרישה, דכל שכר החרישה הוא רק במי שירד על דעת שכר, וכל עוד לא ירד על דעת שכר, אינו צריך להעלות שכר. ואף שהלוקח מהגזולן גם לא ירד על דעת גזלנות, דסבר שהוא של המוכר וקנה ממנו, מוכח שאם סובר שהוא שלו, אף שבאמת אינו שלו, אינו צריך להעלות לו שכר. וא"כ הוא הדין כשהמקח התבטל מחמת מום, כיון שהשתמש מחמת שסבר שהוא שלו ולכן השתמש, לא השתמש על דעת שכר ואינו צריך להעלות שכר, דלא כרמב"ם הנ"ל. והאור"ש הביא רשב"ם שלכאורה חולק על הרשב"א, אבל דחה, שאין להביא ראיה מהרשב"ם, עיי"ש. ומ"מ לומד האור"ש דמש"כ הרמב"ם דבביטול מקח צריך להעלות הלוקח שכר השכירות למוכר, נתן במחלוקת הרמב"ם והרשב"א: "יהיה איך שיהיה הדבר ספק לדין, דלדעת רשב"א יש לצדד הרבה דאף כאן פטור מלשלם". ומוסיף האור"ש, דאפשר שהדבר תלוי אם המוכר יכול לחזור מהמקח, קודם שנודע ללוקח מהמום, שאם נאמר שאינו יכול לחזור בו מהמקח, מוכח שיצא כבר מרשות הבעלים, וא"כ אין צריך להעלות לו שכר, דאינו ברשות הבעלים.

ולפ"ז יוצא דלענין מה שהרויח, אם השכיר את המכונתית לאחר, דעת הש"ג והרשב"ש דצריך ליתן למוכר גם מה שהרויח במקח שנמצא בו מום, והאור"ש ס"ל דאין צריך להעלות שכר, דאינו ברשות הבעלים, ורק בקרקע י"ל שצריך להעלות שכר מה שהרויח. ולענין עצם השכר במקח שנמצא בו מום, דלדעת הרמב"ם נותן למוכר שכר השכירות, ולרשב"א כיון שלא ירד על דעת שכר, אין צריך להעלות הלוקח למוכר שכר.

ג. בדין תוקף ספינתו של חברו

ולכאורה צ"ע להגדיר את השימוש בפירות כגזל. דמהיכי תיתי שיחשב כגזל, כשסבור שמשתמש בשלו, והגם שיש לבעלים זכות תביעה לומר לקונה, שחלק מהחזרת המקח הוא גם החזרת דמי השימוש במקח לשיטת הרמב"ם, רש"י והראב"ד, אבל לומר שהשתמש בתורת גזל ודמי השימוש בידו בתורת גזל, לכאורה מהיכי תיתי, בפרט חפצים דלא עבידי לאגרא. וכך גם כשמכר את המקח, הרי לא עבידי לאגרא, וגם לכאורה מה עדיפות יש לזה ממבטל כיסו של חברו. והנפק"מ אם מדין נהנה או מדין גזל, כשלא נהנה. דמדין נהנה פטור, ומדין גזל, כל מה שגזל מהמוכר, חייב לשלם, וגזל ממנו מניעת השכר לאותה תקופה.

איתא בב"ק צז,א: איתמר, התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אמר רב רצה שכרה נוטל, רצה פחתה נוטל (אם נשברה או נתקלקלה ודמי פחתה יתירין על שכרה, נוטל דמי פחתה – רש"י). ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה. אמר רב פפא לא פליגי, הא דעבידא לאגרא (מסתמא כי נחית לה אדעתא דאגרא נחית, הלכך לאו בתורת גזלן דיינינן ליה ונותן שכרה על כרחו, אם רבין הן על דמי פחתה), הא דלא עבידא לאגרא (לא יהיב ליה אלא פחתה). ואיבעית אימא, הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא (רצה שכרה נוטל, ואם פחתה יתר על שכרה נוטל דמי פחתה, דהא ע"כ שקלה וגזל הוא), והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא (אפי' שכרה גדול מפחתה, לא יהיב אלא פחתה, דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה). מהגמ' יוצא לפי תרוץ קמא שאם אינה עשויה לשכר, נוטל פחתה, ואם עשויה לשכר, יכולים הבעלים לדרוש את שכרה או את פחתה. לפי האב"א, תלוי אם ירד ע"ד שכר או ע"ד גזלנות. אם ע"ד גזלנות, בכל מקרה רק נוטל פחתה, אפי' עשויה לשכר ושכרה רב, ואם ירד ע"ד שכרה, ועבידא לאגרא, יכולים הבעלים לבקש שכרה ולא פחתה. ולפי שני התירוצים, אם אינה עשויה לשכר, נוטל רק פחתה בכל מקרה. ומחלוקתם בעשויה לשכר וירד התוקף ע"ד גזלנות, דלתרוץ קמא נוטל שכרה, ולתרוץ האב"א נוטל פחתה.

והרמב"ם בהל' גו"א ג, ח פסק כאב"א, וז"ל: "התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר שמין כמה פחתה ומשלם. ואם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה נוטל, רצה ליטול פחתה נוטל, ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחתה, וכן כל כיוצא בזה". וכן פסק בשו"ע חו"מ שסג,ה. הרי שבירד ע"ד גזלנות בעשויה לשכר, נוטל פחתה, וזה כאב"א. וכן כתב הרב המגיד שם, דהרמב"ם פסק כאב"א. ועוד חידוש, שאם אינה עשויה לשכר, אף שירד ע"ד שכר, משלם פחתה, דבזה ס"ל לרמב"ם,

לשיטת המגיד, דלא פליגי שני התרוצים, דגם לתרוץ בתרא אם אינה עשויה לשכר, קיי"ל שמשלם פחתה. ובאור שמח שם העיר, דזה דלא כרשב"א (ב"ק צז,א), הסובר דכיון שירד על דעת שכר, אינו גולץ. והמגיד סובר דכיון דלא קיימא לאגרא, לא מהני מה שיוורד ע"ד שכר, והרי הוא כגולץ ומשלם כשעת הגזילה.

על השאלה מאי שנא ממבטל כיסו של חברו, ומדוע חייב התוקף בשכרה אם ירד אדעתא דאגרא. החו"י (סי' קנא) נשאל במי ששכר סוס לרכב למקום מסוים, ועקב עלילת השר התעכב הסוס חודש ימים, ותובע המשכיר את השוכר דמי שכירותו לאותו חודש ימים. ודן החו"י בדין מבטל כיסו של חברו, וכתב להקשות, מאי שנא מבטל כיסו של חברו שפטור, בעוד מי שדר בחצר חברו דקיימא לאגרא, חייב להעלות לו שכר, וכן הקשה מדין תוקף ספינתו של חברו הנ"ל, דצריך להעלות לו שכר. ובתחילה ניסה החו"י לתרץ ולחלק, בין אם נכנס לדבר בהיתר, שבוזה הוי מבטל כיסו של חברו ופטור, לבין אם נכנס שלא בהיתר, כמו בתוקף ספינתו של חברו, או דבר בחצר חברו שלא מדעתו, דכיון שלא נכנס בהיתר, חייב לשלם שכרה: "ולכאורה יש לחלק ולומר, דהא דמבטל כיסו מיירי בשבא המעות בהיתר לידו, והכי משמע המשך לשון הג"ה סי' רצ"ב, לכן מה שמעכב הוי רק גרמא. משא"כ זה שתוקף בספינתו של חברו, וכן זה הנכנס לבית חברו ודר בו שלא ברשות, אחר שעושה להשתמש בשל חברו, לא הוי גרמא רק גרמי. ולפי זה מי ששכר בית חברו בפחות, או שאלה לו חנם על שנה, ואחר שנה א"ל לצאת מביתו ונתעכב על כרחו כמה שנים, יהיה פטור מליתן לו יותר ממה שנתן לו לפניו. וזה לא מסתבר". דאף שמלכתחילה נכנס בהיתר לבית, אם נתעכב בעל כרחם של הבעלים, לכאורה היה צריך להיות פטור מדין מבטל כיסו, וזה לא מסתבר. ולכן דחה חילוק זה.

ולכן מחלק החו"י בין בית וספינה למעות. מעות צריך התחכמות כדי להרויח, ומי יאמר שהבעלים היו מרויחים, ולכן מבטל כיסו של חברו הוי גרמא, דלא ברי היזקא, משא"כ ספינה ובית, שבקל אפשר להשכירם ולהרויח בהם, הרי הפסיד לבעלים ריוח ברור: "ויותר נ"ל לחלק, דבית וספינה שעומדים להשכיר, ודרך העולם שאינם עומדים פנויים, דשכיחי טובא שוכרים, ואין צריך בעלים דדהו לשום טורח ועמל להמציא פירותיהם שהם שכרם, דממילא באו. משא"כ מעות דצריך התחכמות והתעסקות קניה ומכירה וחליפין ובכח"ג, לכן אפילו אם ידוע וברור שהיה בעל המעות מרויח בהן אם היו מעותיו בידו, מ"מ פטור זה, כ"ש באינו ברור, דמצי למימר מי יימר שהיית מרויח". ולפי חילוק זה, בסוס שהשכרתו מצויה ודמי לספינה ובית, חייב מה שהפסיד לבעלים בשכרו.

ומ"מ כותב החו"י לפטור את משכיר הסוס, כיון שלא נהנה מבטול מלאכת הסוס, ואינו דומה לתוקף ספינתו של חברו או דר בחצר חברו, ששם נהנה ממה

שבטל מלאכת הבית והספינה של הבעלים, ולכן כל חיובו של המשכיר הוא מדין מזיק ולא מדין נהנה, והיה לחיובו מדין שבת בבהמה, וקיי"ל דאין שבת בבהמה, ובפרט שלא פשע המשכיר: "רק שי"ל, דכל מה שמצינו בבית וספינה הנ"ל המשתמש נהנה, וכן במבטל כיסו, דאפי' רמ"א דס"ל דחייב ליתן הריוח אם אמר תן לי פקדוני, היינו בהרוויח, משא"כ בנשאר המעות בטלים אצלו, ודאי אינו חייב לשלם לבעל המעות הזיקו, דדמי לסוגר בית חבירו, וקיי"ל סו"ס שז דאין שבת בבהמה, וכך הכריע רמ"א והסכים עמו בש"ך, ודלא כסמ"ע. ובנדון דידן דלא פשע המעכב, לכ"ע פטור. וגם הש"ך ס"ל דאין פלוגתא בזה. וכן זה שלא נהנה בסוס של חבירו. ואע"פ דקיי"ל הדר בחצר חבירו דעבידא לאגרא חייב ליתן לו שכר, אע"ג דהוא גברא דלא עביד למיגר, דעכ"פ דר בו ונהנה, וכמ"ש שם הסמ"ע, משא"כ זה שלא נהנה מן הסוס כל ימי היותו שם אצל השר, אדרבה היה מוציא הוצאות במזונותיו חנם". מדברי החו"י נראה דחיוב שכר בתוקף ספינתו של חבירו, ולכאורה גם בדין ביטול מקח ולענין שכר החפץ או הקרקע שהשתמש הקונה במקח שהתבטל, החיוב הוא מדין נהנה ולא מדין גזילה, דמעשה גזילה אין כאן, רק מה שנהנה. ונפק"מ אם למשל הקונה הניח את החפץ בקרן זוית, או שלא גר בדירה שנמצא בה אח"כ מום, כיון שלא נהנה מהדירה, לא יצטרך לשלם למוכר את שכר הדירה. וכן בנדו"ד שלדבריו לא נהנה, ורק נסע ברכב פעם או פעמיים, לא יצטרך לשלם שכירות לכל אותו תקופה, כיון שלא נהנה.

ובקצוה"ח שי,א חלק גם לדינא על החו"י (עיי"ש בסוף הס"ק), וגם בסברת החילוק בין מבטל כיסו, לדר בחצר חבירו ותוקף ספינתו. דר בחצר חבירו, כיון דקרקע אינה נגזלת, לכן חייב לשלם שכר, משא"כ מטלטלין דנגזלין. וככל שלא התכוין לגזול, חייב להעלות שכרה, דומיא דתוקף ספינתו של חבירו: "ולבבי לא כן ידמה בכל דבריו בזה, דמה שהקשה מהא דמבטל כיסו על האי דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו, טעמו מבואר דקרקע אינה נגזלת ומשו"ה חייב לשלם שכר, משא"כ מטלטלין דנגזלין, וכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה (שם צג,ב), ושבח גזילה דמטלטלין דגולן הוא, אבל שבת גזילה דקרקע דנגזל הוא, וכמבואר בטור סי' שעא (סעיף ו-ז), כשם שהקרקע בחזקת הנגזל שיוכל לומר הרי שלך לפניך, כן היא ברשותו לטובתו, דאע"ג דגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת הגזילה, גבי קרקע אינו כן, אלא אם נשתמש ואכל פירותיה צריך לשלם מה שנהנה, והובא ברמ"א שם (סעיף ב), עיי"ש. ומה שהקשה מספינה העשויה לשכר דחייב, התם נמי אינו אלא אם ירד אדעתא דאגרא, אבל אם ירד אדעתא דלא לשלם אגרא אינו משלם שכרה, ומשום דכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה וכמבואר להדיא פרק הגזול קמא (צז,א), עיי"ש. וכן הוא בטור ושו"ע סי' שסג (ס"ה), עיי"ש. וכה"ג נמי במבטל כיסו, אם

עוסק אדעתא ליתן ריוח לבעל המעות צריך לשלם לו הריוח, וכמבואר בסימן רצב שם, ואם עוסק אדעתא ידידה ושלא ליתן ריוח לבעל המעות פטור, ומשום דגבי ספינה נמי כה"ג פטור". ומה שיש להבין בדברי קצוה"ח, דלכאורה במבטל כיסו פטור אף אם לא גזלו אלא הזיקו, כגון שסגר חנות חבירו או כיסו של חבירו באופן שלא גזלו. ונראה דקצוה"ח בא לחלק בין שני סוגים של מבטל כיסו, יש מבטל כיסו שהנידון הוא מדין מזיק, וזה פטור כיון שהוא גרמא, ויש מבטל כיסו שהנידון הוא גזילה, ובזה פטור מפני ששבח גזילה לגזלן, דאם ירד על דעת גזלנות וביטל כיסו, פטור כיון ששבח גזילה לגזלן, וכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, דלא כסוגר חנותו של חבירו, שהנידון מדין מזיק. והקושיא של החו"י הינה ממבטל כיסו של גזילה, כמו בתוקף ספינתו של חבירו ודר בחצר חבירו שלא מדעתו, וע"ז השיב שדין הכיס והספינה שוים, שאם ירד על דעת גזילה, פטור וכנ"ל, ואם ירד ע"ד ליתן שכרה, חייב ליתן שכרה בשניהם, ואם התעסק אדעתא ידידה ושלא ליתן ריוח, פטור לשלם וכדין גזלן. השאלה מה יהיה הדין אם ירד על דעת ידידה, מפני שחשב שהספינה שלו, והתברר שאינה שלו, וא"כ לא ירד לא על דעת גזלנות ולא על דעת ליתן שכרה, האם חייב לשלם לבעלים את שכר הספינה.

ומצאנו ביש"ש (ב"ק טז) שכתב, דכל שלא ירד ע"ד גזלנות, הרי זה כיורד ע"ד שכר, וז"ל: "והאי נחית אדעתא דאגרא, נ"ל דלאו דוקא קאמר, אלא כל היכא שלא נכנס אדעתא דגזלנותא נקרא אדעתא דאגרא, כלומר שלא נכנס בחזקה ובגזילה, אלא סבר בדעתו, אף אם יפסוק הדיין עליו תשלומין ישלם". בחזקה ובגזלנותא, הרי הוא כגזלן ומשלם פחתה. ואם נכנס לא באלימות, הרי מן הסתם נכנס לשלם כל מה שיפסקו לו. לכאורה אומדנא בדעת התוקף, שאף שלא חשב לשלם שכר, ודאי חשב שישלם אם יחויב, וזה נקרא אדעתא דאגרא, דכל אדם שנכנס שלא באלימות וחזקה, דעתו לעשות מה שחייב ע"פ דין. ולכאורה סברא זו שייכת בתוקף ספינתו של חבירו, ולא ירד ע"ד גזלנות ולא ע"ד שכר, אך סברא זו אינה שייכת במקח שבטל מחמת מום, שבזה ודאי מה שייך לומר אומדנא שדעתו לשלם כל מה שיחויב, שכך חשב בשעה שהשתמש. הרי בשעה שהשתמש סבר שהוא שלו, ורק אח"כ התבטל המקח. וצ"ע לומר שהלוקח מבטל את המקח ע"ד ב"ד, אם יחייבוהו לשלם שכר, אולם מהיכי תיתי יחייבוהו, כשלא ירד ע"ד שכר אלא סבר ששלו הוא נוטל ומשתמש.

ודברי היש"ש אינם כדעת הטור (חו"מ שסגה), דלדעת הטור כל ששאל שלא מדעת, הרי הוא גזלן: "וכן הדין אם נטלו על דעת שאלה, דשואל שלא מדעת הוי כגזלן". וכן פסק בב"י ובשו"ע חו"מ שסגה. ולהדיא כתב ביש"ש שם דלא כדעת הטור, וז"ל היש"ש: "ונ"ל, אפילו היכא דנכנס בתורת שאלה, שבדאי אסור לכתחלה גבי ספינה, דליכא שום טענה דניחא ליה, אפ"ה אינו נעשה גזלן בעל כרחו, מאחר

שלא נחית בתורת גזלנות". ומבואר דע"ד שאלה, שהוא לא ע"ד גזלנות ולא ע"ד שכר, לטור הרי הוא כגזלן, וכ"פ במחבר בשו"ע, וליש"ש הרי הוא כיורד ע"ד שכר, שמשלם שכרה. ועיין בחזו"א (ב"ק כ, ד"ה ואי), שאם ירד ע"ד להשתמש בה בלא שכר, הרי זה כע"מ לגזלה, ואינו משלם אלא פחתה, ונשאר בצ"ע, עיי"ש.

גם יש לדון אם שייך לומר דחשיב דנחית אדעתא דאגרא בנדו"ד, כאשר לכאורה הרכב לא קיימא לאגרא, שהרי הוא ברשות הקונה ולא היה עשוי לשכר. דדעת הרא"ש (ב"ק ט, ט) שמהסוגיא עולה דדוקא בעשויה לשכר, אם ירד ע"ד שכר, משלם שכרה: "... הלכך אי לא עבידא לאגרא, אפילו נחית לה בתורת אגרא אין לו אלא פחתה. ואי עבידא לאגרא ונחית לה בתורת אגרא כרב, ואי בתורת גזלנותא כשמואל". אמנם הרמ"ה פסק שאין לו אפי' פחתה, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ק צז, א: "התוקף בספינתו של חברו ועשה בה מלאכה אפילו בשעת מלאכה בספינתא דלא קיימא לאגרא, אין לו פחתה, ואף על גב דנחית לה בתורת אגרא, דהא ליכא שכירות מדעת בעלים". והביאו גם הנימוק"י (ב"ק לד, ב מעמוה"ר), שטעם הרמ"ה הוא מפני שזה נהנה וזה אינו חסר, ולכן אין לו פחתה. והמגיד למד מדברי הרמב"ם (גזילה ג, ח), שאם ירד על דעת שכר בלא עבידא לאגרא, משלם רק פחתה, וז"ל הרמב"ם: "התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר שמין כמה פחתה ומשלם ...", והיינו בין ירד על דעת שכר ובין שלא על דעת שכר. ועיין באור שמח שם. ועיין גם במחנה אפרים גזילה טז בהסבר מחלוקת הראשונים.

וראיתי למהר"מ מרוטנבורג (דפוס לבוב סי' קכב) שדן בראובן שמכר סוס לשמעון, ונמצאו בסוס מומין, ויש ויכוח בין הקונה למוכר אצל מי נולדו המומין. וכתב מהר"מ לחייב את המוכר שבועה שלא ידע מהמום ולא הרגיש במום זה מעולם, שלא נולד ברשותו. ואם ראובן המוכר אינו רוצה להשבע שלא ידע ממום זה מתחילה, יש לפטור את שמעון מתשלום דמי המקח לראובן המוכר ומחזיר המקח, דכיון דמום שבסתר הוא, אין לומר ראה ונתפייס, ואפילו אם כבר קיבל ראובן מעות: "ולעניין כחש הסוס, נראה דיש לו לשמעון לשלם לראובן כל מה שכחש מחמת מלאכה שרכב עליו משעה שנולדו בו, כדאמר בהגוזל קמא (ב"ק צז, א) גזלנותא לא עבידא למיגר דאינו נוטל אלא פחת בעלמא, פחתא מיהא שקיל". ומזה שלא חייב מהר"מ שישלם שכירות אלא רק פחת, וממה שכתב דגזלנותא לא עבידא למיגר, שאין הסוס שהיה אצל הקונה ונמצאו בו מומין, חשיב כעבידא למיגר, ולכן לא משלם שכרו אלא פחתו. ומזה לכאורה נראה דלא ס"ל למהר"מ כרמב"ם הנ"ל, דלרמב"ם היה לו לחייב שכר הסוס. או י"ל דהרמב"ם ס"ל דוקא בקרקע משלם שכירות ולא במטלטלין, וכנ"ל. (אמנם אפשר דמה שכתב מהר"מ דמשלם פחתה, היינו דוקא כשהשתמש בסוס באופן שאינו רגיל וסביר, אבל אם הפחת בא כתוצאה משמוש רגיל וסביר, לכאורה יש

לפטור, ממש"כ הרמב"ם מכירה טזו, הביאו להלכה בשו"ע חו"מ רלב, יג: "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". או י"ל דס"ל דכחש מחמת מלאכה שאני, וצ"ע).

ומ"מ בנדו"ד מצאנו מחלוקת ראשונים אם חייב הקונה לשלם דמי שכירות לתקופה בה היה הרכב אצלו, ואף שאין לומר קים לי נגד מה שפסק בשו"ע, מ"מ אפשר דבמטלטלין אינו צריך להעלות שכר, כמש"כ באור שמח. וכן נחלקו אם חייב ליתן שכר שכירות מה שהשכיר לאחרים. ולכאורה גם בהתבטל המקח, כיון שלא עבדא לאגרא, שהרי היא ביד הלוקח, אין חיוב לשלם שכרה. אולם באחרונים הנ"ל נראה שחיובו כמו גזלן.

והנראה דמש"כ האחרונים שאם התבטל המקח מחמת מום, חייב לשלם השכירות, דעל השכירות הרי הוא כמחזיק בשל חבירו בגזל כנ"ל, דאף שלכאורה התביעה היא שנהנה מממון חבירו, מ"מ חיובו הוא כגזלן. דהנה הגרא"ל מאלין (חדושי רבי אריה לייב סי' ט), חקר אם חיוב של נהנה הוא מטעם ממוני גבך, דכמו שמתחייב לשלם עבור שכירות חפץ, כן חייב לשלם כשנהנה מממון חבירו, וכמו בחיוב שחייב לשלם בגין הלואה שקיבל. או שזהו חיוב חדש שחייבה התורה, וכמו שיש חיוב מזיק, וגנב, יש חיוב של נהנה. והביא ראיה מהא דנפלה לגינה משלמת מה שנהנית (ב"ק נז, ב), ושמין בית סאה באותה שדה, ואם הוי מטעם ממוני גבך, היה צריך לשלם כפי מה שחיסרו לניזק. ונו"נ בדברי הראשונים עיי"ש. ואם הוא מטעם ממוני גבך, לכאורה יש לדון כנ"ל, אולם אפי' בלא ממשות של שבח ג"כ חייב, עיי"ש מש"כ בזה. והגר"ב בברכת שמואל ב"ק יד, כתב ששאל את פי הגר"ח דתביעת מה שהנהנו היא לכאורה תביעת ממוני גבך, דאינה מדין מזיק שתובע תשלומי חפץ אלא תביעה על החפץ עצמו, ע"י שהוא נהנה מהחפץ ונתרבה אצלו דמים ותובעו דממוני גבך, וא"כ איך שייך שיפטר בדין קים ליה בדרכה מיניה, עיין כתובות לב, דמדין קלבד"מ הוא נפטר ממה שחבירו דחף לו לתוך בית הבליעה. והשיב הגר"ח, דתביעת מה שהנהנו הוא ג"כ מלוה הכתובה בתורה, וכתב הגר"ב להסביר דבריו ע"פ מש"כ המל"מ במשתמש בממון חבירו שלא מדעתו באופן שלא נעשה גזלן כגון בשוגג, צריך לשלם לו שכר שימוש כדי שלא יהיה שולח יד בפקדון. והיינו, דבדר בחצר חבירו שלא מדעתו באופן שחייב לשלם מה שנהנה, לא כמו בשכירות שהוא משתמש בשל עצמו, כיון ששכר מבעה"ב ועכשיו בשלו משתמש. לכן בנהנה, משלם מפני שמשתמש בדבר של חבירו ונהנה מדבר של חבירו והוי כשולח יד בפקדון כל זמן שלא משלם לו מה שנהנה, וזה הוי מלוה הכתובה בתורה, עיי"ש. וברכת שמואל

ב"ב ז,א הוסיף לבאר: "דהא לית ליה זכות ממון ולא ברשותיה ידיה נתאכלו, אלא דמחויב הוא לשלם בכדי שלא יהיה גזלן על אותה ההנאה, ולא הוה כמלוה דהוא לאו מלוה הכתובה בתורה, אלא סברא שיש לו לשלם מה שלוה ממנו". ומבואר דכשאינו משלם מה שנהנה, הרי הוא כגזלן.

ד. כשלא תבעו

ומ"מ נראה בנדר"ד, דכיון שחייב הקונה לשלם שכירות, בפרט במטלטלין, נתון במחלוקת, ואף שכר השכירות שהשכיר, כל שלא תבעו, יכול להחזיק בידו, דעדיף ממלוה כשלא תבעו. דבמלוה החייב הוא ודאי, וכאן יש מחלוקת אם בכלל חייב לשלם, ואף אם לא יכול לטעון קים לי נגד מה שנפסק בשו"ע כדעת הרמב"ם שחייב לשלם, היינו בקרקע, משא"כ בנדר"ד שהוא במטלטלין, כל שלא תבעו לא חשיב גזל בידו.

והנה לענין הלואה כשאינו תובעו, כתב בשלטי גבורים בב"ק (מה,ב בעמוה"ר): "וכן נראה בעיני שהמלוה את חבירו ואינו תובע הלואתו, אין הלואה חייב לשלם לו מאיליו, הואיל ואינו תובעו, במתנה ביקש ליתן לו". הובאו דבריו בש"ך חו"מ רלב,ב, וסיים הש"ך שם בצ"ע. ולכאורה אי התביעה לא עדיפא ממתנה בלב, ומוכח מדברי השלטי גבורים דדברים שבלב הוי דברים. ומה שכתב השלטי גבורים "במתנה ביקש ליתן לו", נראה שאין כוונתו למתנה גמורה ומוחלטת, דא"כ אם עבר זמן הפרעון ולא תבעו, שוב לא יוכל לתובעו. ודבר כזה לא נשמע ולא ניתן להאמר בדברי השלטי גבורים. אלא כוונתו שמתכוין להאריך לו את הזמן, ובמתנה נותן לו אורכה של זמן מעבר לזמן שקבעו ביניהם. ולפ"ז אין כאן מתנה של כל החוב אלא זמן פרעון מאוחר.

אלא שהשלטי גבורים הוסיף; "כמבוארים הדברים בפרק איזהו נשך". וכוונתו לדברי הגמ' בב"מ סג,ב במי שלוה מחבירו ומצא בהם יותר וכו', דבכדי שאין הדעת טועה, אינו צריך להחזיר לו. ולכן הביא הש"ך את דברי השלטי גבורים על דברי המחבר בשו"ע חו"מ רלב,ב, שהם הראיה שהביא השלטי גבורים. ושם הרי מדובר במתנה גמורה. גם צ"ע, דשם מדובר שנתן לו בפועל יותר ולא טעה וע"כ הוי במתנה, וכאן מדובר באי תביעה - מתנה בשתיקה. ואפשר שכוונתו להביא מקור לכך שמצאנו מתנה שנותן לו בלי להודיעו. אך מ"מ צ"ל שכוונתו להארכת הזמן שהיא המתנה - ולא לגוף החוב, דלענין גוף החוב פשיטא שיכול לתבוע גם אחרי זמן הפרעון.

ועיין בשער המשפט (צח, סוף ס"ק א) שהביא את דברי השלטי גבורים, וכתב עליו: "ולפענ"ד אף שבגוף הדין הדעת נוטה לדברי השלטי גבורים דאין צריך לשלם לו מאיליו משום דאפשר הרחיב לו הזמן, מ"מ הטעם שכתב השלטי גבורים דבמתנה

ביקש ליתן לו, ולפי דבריו אף אם מת המלוה אין היורשים יכולים לגבות חוב זה. ולפי מש"כ זה אינו, דכיון דמחילה בלב לא מהני, א"כ לא זכה בו הלוח והיורשים גובים ממנו. ולא דמי לההוא דפרק איזהו נשך דאזויף זוזי מחבריה ואשכח ביה טופיינא, דאי אמרינן שבמתנה נתן לו, לא הוי דברים שבלב כלל, דהרי עשה מעשה שנתן לו המעות במתנה, ולכך אף יורשי המלוה אין גובין ממנו, וכן עיקר לפענ"ד.

מדברי שער המשפט עולות מספר נקודות בדברי השלטי גבורים. בתחילה כתב דלדברי השלטי גבורים שאין צריך לשלם ללא תביעה, "דאפשר הרחיב לו הזמן". דגם לדברי השלטי גבורים אין מדובר כאן במתנה של גוף המעות אלא בהרחבת זמן. לפ"ז צ"ע מה שהסיק שלפי דברי השלטי גבורים אין הלוח מחויב להחזיר ליורשי המלוה, דכיון שרק הרחיב לו את הזמן, א"כ החוב לא פקע אלא הורחב זמנו, וא"כ פשוט שיהיה חייב לשלם ליורשים, דבשלמא במלוה, כל זמן שלא תבע את הלוח הרי הוא מרחיב לו את הזמן, כיון שמניחים אנו שהמלוה יודע על החוב ועל זמן פרעונו, ומדשתק שמע מינה שמרחיב לו הזמן. אך יורשים, אין ראייה משתיקתם שמרחיבים לו את הזמן, וע"כ גם לדברי השלטי גבורים חייב לשלם במטא זימניה. עוד מבואר מדברי שער המשפט, שהסברא בדברי השלטי גבורים מבוססת על כך שמחל לו בליבו, ולא מכך שאין מצוה לפרוע את החוב כל זמן שלא תבע, דיתכן דמעצם מצות פריעת בע"ח חייב הלוח לפרוע אף בלא מטא זימניה, אך אמדינן לדעתיה של מלוה דמדלא תבע מרחיב לו את הזמן, וע"כ אין מצות פריעת החוב כל זמן ששותק.

גם מדברי הרא"ש בתש' (ח,ו) מבואר שאין הלוח מחויב לפרוע את החוב, כל זמן שלא תבעו המלוה. הרא"ש דן בראובן שהתחייב לשמעון מאה זהובים בשטר לזמן פלוני, ונשבע בשבועה חמורה שיפרע לו או לכל מי שיוציא השטר קודם המועד הקבוע, ולא תבעו המלוה או אחר תוך הזמן, עד שעבר הזמן. והשיב הרא"ש, וז"ל: "אע"פ שלא תבע שמעון לראובן בתוך זמן, השבועה במקומה עומדת, כי הזמן נעשה לזרז שימהר לפרוע, ועיקר השבועה על הפרעון. וכן מוכח לשון השטר, שהפרעון סמוך לשבועה, והזמן למהר הפרעון. ונהי שלא עבר על השבועה כיון שלא תבעו אדם, מ"מ עדיין מוזהר ועומד הוא בשבועתו כשיתבעהו ...".

דברי הרא"ש הובאו להלכה בשו"ע חו"מ עג,ו. ומבואר מדבריו שחייב הפרעון הוא גם בנידון שם - רק ע"י תביעת המלוה. וכך גם לומד הסמ"ע (עג,יט), וז"ל: "ונלמד מדבריו, דאף שנשבע לו לפרוע לו לזמן פלוני סתם, אין חומר השבועה מחייבו לשלם מעצמו עד שיתבענו המלוה". ועיין שם בקצוה"ח ס"ק ו. אך בהגהות אמרי ברוך שם ציין לדברי הרשב"א בתש' (סי' אלף יח) שמבואר מדבריו שכשנשבע

- חייב לשלם אף אם אינו תובעו. וז"ל: "באחד שנשבע לפרוע לחבירו מנה לזמן פלוני, ועבר הזמן ולא פרעו. דאפילו איכא עדים שלא האריכו, כגון שלא זזה ידם מתוך ידו של מלוה, אפילו הכי אינו נפסל, דדילמא אנוס היה ולא איתרמו ליה זוזי...". מהא דמצריך הרשב"א עדים שלא האריך המלוה את הזמן, משמע שהארכת הזמן הינה רק כשאומר המלוה מפורשות ולא מכך ששתק ולא תבעו. אמנם הרשב"א מדבר על מציאות שנשבע לפרוע, אך לכאורה אפשר שאין חילוק בין נשבע או לא, ואף אם לא תבעו מלוה - חייב לשלם. דלענין לפוסלו לשבועה, שייך דוקא כשנשבע ועבר על שבועתו, אך לענין עצם פריעת החוב, אין חילוק בין נשבע או לא, בשני המקרים חייב לשלם אא"כ האריך לו הזמן במפורש, וצ"ע אם כן היא דעת הרשב"א. ועיי"ש בהמשך דברי האמרי ברוך שרצה ללמוד ברא"ש, דדוקא בנידון שהיה לפני הרא"ש שנשבע שיפרע לו או לכל מי שמוציאו, שהחויב הוא רק למי שיוציא השטר, ע"כ צריך דוקא שיתבענו, משא"כ אם היה נשבע לפרוע למלוה, היה עליו לפרוע לו אף אם אינו תובעו.

והנה הב"י בחו"מ סי' קד הביא מתשובות מימוניות, במי שיש לו כמה בעלי חובות, ויש לו רק מטלטלין ואין לו לפרוע לכולם, שאין בית דין יכול לכופו לפרוע מטלטלין לאחד מבעלי החוב התובעו, שרק אם תפס המלוה לא מפקינן מיניה, אך אין בית דין נזקק להוציא מהמלוה ולחוב ע"י כך לאחרים. והב"י חלק עליו, וכי אם אחד מבעלי החובות במדינת הים, לא יכופו בית דין לפרוע לאותם בעלי חובות הנמצאים כאן. ועיין בב"ח שם, בש"ך קדו, ובפת"ש שם ס"ק ד.

והקצוה"ח קדב, כתב בהסבר דברי הב"י, וז"ל: "ונראה דכיון דבמטלטלין ליכא דין קדימה, ועל כן לית ביה משום שעבוד ואינו אלא מצוה לפרוע, וכמו שאמרו בפרק הכותב למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא, וא"כ כיון דאם אין המלוה תובעו, אינו מצווה לפרוע חובו, וכמבואר בסי' עג דאפילו נשבע לפרוע אינו עובר אלא כשתובעו, ואינו חייב ליתן ליד בית דין או להוליכו למדינת הים אלא בגזל ונשבע עליו לשקר. וא"כ הרי זה מוטל עליו היום לקיים מצות פריעת בעל חוב לזה שתובעו, ולזה שבמדינת הים עדיין לא הגיע זמן מצותו". הקצוה"ח מזכה במקום שאין שעבוד לבעל החוב התובע, וע"כ במטלטלין שאין בהם דין קדימה וכל חיוב הלוי הינו מדין פריעת בעל חוב מצוה, א"כ במקום שאינו תובעו, כגון שאחד המלוים במדינת הים, אין מצוה לפרועו, ורמיא עליה המצוה לפרוע לבעל חוב שתובעו. והביא הקצוה"ח ראייה מתש' הרא"ש המובאת בשו"ע חו"מ סי' עג (הובא לעיל).

והנתיבות שם בס"ק א חולק על הקצוה"ח, וז"ל: "והא ודאי ליתא, דודאי אף שהמלוה שוכח ואינו תובע, חייב לפרוע. ולא דמי לנשבע, דאינו חייב בלא תבע,

דאמדינן לדעתיה שכך היתה כוונתו בשעה שנשבע, משא"כ מצות פריעת בעל חוב דרחמנא חייביה לפרוע". מדברי הנתיבות מבואר דמצות פריעת בעל חוב קיימת אף כשאינו תובעו, ורק כשנשבע לפרוע, אין הוא חייב לפרוע כשאינו תובעו. הקצוה"ח והנתיבות לומדים את תש' הרא"ש הנ"ל כ"א לפי דרכו. הקצוה"ח סובר שעצם השבועה היתה לפרוע ע"פ גדרי פריעת בעל חוב, וכאשר מחויב לפרוע ע"פ גדרי מצות פריעת בעל חוב, חייב לפרוע גם מכח השבועה. השבועה הוסיפה חיוב לפרוע מכח השבועה, אך לא הרחיבה את עצם החיוב. וע"כ לשיטת הרא"ש - מצות פריעת בעל חוב לא קיימת כשאינו תובעו. הנתיבות לומד ברא"ש שיש שני חיובים שונים - חיוב מכח המצוה וחיוב מכח השבועה. מכח המצוה חייב אף אם אינו תובעו, ומכח השבועה חייב רק אם תובעו, והרא"ש בתשובתו הנ"ל מתיחס רק לחיוב מכח השבועה, וע"כ אין להוכיח מדבריו שאין מצות פריעת בעל חוב כשאינו תובעו.

ולכאורה מדברי השלטי גבורים בסוף מסכת ב"ק (הובא לעיל) מוכח כקצוה"ח, דאינו חייב לפרוע אא"כ תובעו. ועיין באמרי בינה (גביית חוב סי' ב ד"ה ועיין ב"י) דלפי דברי השלטי גבורים אין מצוה לפרוע אא"כ תובעו, וכדעת הקצוה"ח. ואף שהשלטי גבורים כתב בטעם הדין שאינו חייב לפרוע מפני שבמתנה ביקש ליתן לו, "ובאמת הוא רק מספק, דהא כשמת ודאי חייב לשלם ליורשיו", אך מ"מ כשהלוה חי ואינו תובעו, אינו חייב לשלם יהיה מאיזה טעם שיהיה, ושפיר י"ל כדעת הקצוה"ח. לכן, היות ולפי השלטי גבורים אינו חייב לשלם מחמת הספק שמא במתנה ביקש לתת לו, אין על הלוה חיוב לפרועו, והחיוב מוטל על הלוה לפרוע לבעל חוב אחר שתובעו. עוד מבואר מדברי האמרי בינה, דלא כמש"כ שער המשפט, דאף לדברי השלטי גבורים יש על הלוה חיוב לשלם ליורשים, עיי"ש.

וכאמור לעיל, בנדו"ד שעצם החיוב נתון במחלוקת ואינו חיוב ודאי, ואף שאינו יכול לטעון טענת קים לי נגד מה שפסק בשו"ע, מ"מ בזה ודאי יש את הסברה שאם אינו תובעו, במתנה ביקש ליתן לו. ולא דמי לגזל, שאין כאן גזל ממש וכנ"ל, וחיובו מפני שנהנה מחפץ של חבירו, ואם אינו תובעו כשבוטל המקח, יש סברה שבמתנה ביקש ליתן לו. וסברא זו אלימא כאן בנדון כזה של בטול מקח, שיתכן ואינו רוצה לתבעו מחמת הצער והטרדה שנגרמו ללוקח. לכן כל שלא תבעו, פטור מלשלם. משא"כ אם היינו אומרים שהוא כגזל ממש.

לאור האמור לעיל, כשאין המוכר תובע את הלוקח בדמי שכירות הרכב, אינו צריך לפרוע ללא תביעה. וכן הדין לענין שכר השכירות שכבר גבה הלוקח משוכרים אחרים, שאינו חייב ליתנו למוכר ללא תביעה.

סימן יח

לוקח שתובע לתקן מום

ראשי פרקים

א. מום עובר

ב. בהתנה להדיא

במי שקנה מקפיא יד שניה, והתברר שהמקפיא מקולקל וזקוק לתיקון לא גדול, ואין מחלוקת שהמום היה אצל המוכר. שאל הלוקח, אף דקיי"ל לכאורה שאם בכה"ג הוא מום, אין מחשבין פחת המום (עיין שו"ע חו"מ רלב"ד), האם יכול לתבוע מהמוכר שיתקן או ישלם את התיקון, ובכך תהיה תועלת גם למוכר וגם לקונה (מאחר והובלה חזרה למוכר גם תעלה כסף, וסו"ס יצטרך לתקן כדי למכור), או כיון דזה מום, יכול לתבוע רק בטול מקח.

א. מום עובר

כתב בשו"ע חו"מ רלב"ה: "ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתיים וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן. הגה: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם, וכל כיוצא בזה". ומקור דברי השו"ע הוא מתש' הרא"ש, וממנו עולה דכל שהוא מום עובר, אינו מום המבטל את המקח. וברמ"א הגביל למום עובר שאין מתקנים אותו ע"י פנים חדשות, כגון להרוס כותל רעוע ולבנותו מחדש. ויש להבין בדברי השו"ע, דהשו"ע הביא בסעיף שאחריו (ס"ו) את דברי הרמב"ם להלכה, דכל שנהגו בני המדינה שהוא מום, הרי הוא מום, ואם נהגו שאינו מום, אינו מום המבטל את המקח. א"כ לכאורה צריך להיות הדין כך גם לענין מום עובר, אם נהגו בני המדינה שהמום עובר הוא מום, הרי זה מום, ואם לא, אינו מום, ומה השאלה אם הוא מום עובר או לא, השאלה היא בנהגו בני המדינה. ואף שהיה מקום לומר שהרא"ש לא ס"ל כדעת הרמב"ם לענין נהגו בני המדינה, אבל השו"ע שהביא להלכה הן את הרא"ש והן את הרמב"ם, משמע דס"ל כדעת שניהם להלכה, ולכאורה הדינים

סותרים זה את זה, במקום שינהגו בני המדינה שכתלים מעושנים הוא מום, דלרמב"ם הוי מום, ולרא"ש אינו מום.

ולהבין דברי השו"ע, יש להביא את דברי הרא"ש בתש' (צו,ו), שהם מקור דברי השו"ע, וז"ל הרא"ש בתש': "ראובן ושמעון היו באישבילי, ויש לראובן בתים בקרטבא, ושניהם היו מכירין בהם במוצאיהם ובמובאיהם ותכונתם וצורתם, והסכימו יחד שימכור ראובן לשמעון הבתים בסכום ממון, ועשו ביניהם שטרי קנסות שלא יחזרו בהם, ולאחר ג' חדשים נעשה המכר. ובין ההסכמה והמכר באו כותים לקרטבא, וחנו בבתים ההם וקלקלו בהם מקצת מקומות, ועשנו כותלי הבית מחמת אש שהדליקו בו ועקרו דלתי הבית והחלונות, וגם הקהל מכרו במס שהיה להם על הבתים דלתות החצר והבית. ושמעון רוצה לחזור במקח כי נתגלגל קודם גמר המקח, והוא לא ידע והוי מקח טעות, וראובן אומר שדבר מועט הוא הקלקול לנגד ערך הבית, ושהוא יגבה מדמי המכר קלקול הבית על פי ערך שמאים. ושמעון אומר אדרבה, מפני שהוא חשוב מאוד, קלקול מועט נחשב בו למום גדול והוי מקח טעות. רואה אני את דברי ראובן, כי בית מכר לו עדיין נקרא בית, אם אירע בו קצת קלקול מום עובר הוא, ובדמים שהוא מנכה לו יחזור הבית לקדמותו ואין כאן מקח טעות". היסוד בדברי הרא"ש דמום עובר לא יחשב כמום, אם המוכר יתקן את המום, בפועל או ע"י תשלום. דגם אם בני המדינה יחשבו מום עובר למום, אם המוכר מוכן להעביר את המום ע"י תיקונו, אין זה מום, כיון שמסלק את המום. ולכן אף שבני המדינה יראו במום זה העובר טענה לביטול המקח, עם תיקון המום הסתלקה הטענה של ביטול מקח מחמת מום. אך כל סילוק טענת המום במום עובר היא נכונות המוכר לסלק המום והסילוק בפועל. דאם לא יסלק המוכר את המום, אף שהוא מום עובר, הרי כיון שנהגו בני המדינה שמום זה מבטל המקח, המקח בטל, ורק סילוק המום בפועל מבטל טענת ביטול המקח. והחידוש של הרא"ש, שיש למוכר זכות לתקן המום, בפועל או ע"י דמים, וע"י זה לסלק הטענה של ביטול המקח.

ולכן אם המוכר גילה נכונות לתקן את המום אבל בפועל לא תיקן וגם לא שילם על תיקון המום, לא איבד הקונה את זכותו לביטול המקח. דמום עובר יחשב כמום, ככל שבני המדינה נהגו במום זה לביטול מקח, דאין חילוק בין מום עובר למום קבוע אלא לענין זכות המוכר לתקן ולסלק המום, וככל שלא סילק המום, הרי נשארה לקונה טענה לביטול המקח.

גם נראה מדברי הרא"ש דדוקא ב"קצת קלקול", שהתיקון מחזירו לקדמותו, אולם באופן שפנים חדשות באו לכאן, כאשר הוא יוצר מציאות חדשה, הרי מכר לו מוצר אחד ונותן לו כעת מוצר אחר. אמנם בנידון כותל רעוע שכתב הרמ"א, לא ברור ברא"ש אם יתקן את אחד הכתלים יחשב הדבר כפנים חדשות. אך נראה דהדבר

מתיחס לכל מוצר לגופו ולמצבו, אין דומה מוצר חדש שיחליפו לו חלק משמעותי, למוצר משומש יד שניה. ובזה נראה דהכל לפי מה שנהגו בני המדינה. אם נהגו בני המדינה שתיקון המום משנה מהותית את המוצר, הרי שאין למוכר זכות לתקן ולסלק המום, אלא יש ללוקח טענת ביטול מקח.

ולכאורה בדברי הרא"ש יש ללמוד שזו זכות של המוכר לתקן המום העובר. דכאשר בא הלוקח וטוען טענת מום במקח, משיב המוכר שמעונין לסלק המום. אולם אם יבוא הלוקח ולא יתבע בטול מקח אלא יתבע מהמוכר לתקן את המום, לכאורה לא יוכל לתבוע מהמוכר לסלק המום, וזכות הלוקח רק לתבוע בטול מקח. אמנם כאשר יש מוצרים שיש עליהם אחריות, יוכל הלוקח לתבוע מהמוכר לתקן המום מכח האחריות שיש למוכר על החפץ. אולם בחפצים שאין עליהם אחריות, לכאורה טענת הלוקח הינה רק לבטול המקח ולא לתקון המום.

ות"ח אחד הראני מש"כ הגרי"ז הוטנר באולם המשפט (רלב,ה): "ותדע, דאם לא רצה המוכר לתקן, פשיטא דאין מחייבין אותו כיון דגוף המקח אינו בעולם, וכיון דבטל המקח לגבי המוכר, כל שכן גבי לוקח. אבל אם גוף המקח קיים וצריך מבחוח, ודאי מחויב המוכר לתקן, וז"ב". ומבואר בדבריו שככל שהמקח קיים בעולם ויכול לתקן את המום העובר, מחייבים את המוכר לתקן. ומבואר שזו גם זכות של הלוקח לתבוע את תיקון המקח, וגם שיכולים לחייב המוכר לתקן המקח. ולכאורה מהיכי תיתי לחייבו לתקן המקח, שאם מדובר במום עובר, שבהשארותו כמות שהוא הוי מום שנהגו בני המדינה שמקח בטל בגינו, יכול לבטל המקח אם הלוקח חפץ בבטול המקח, דכל דברי הרא"ש שיכול המוכר לסלק המום וממילא אין ללוקח טענת בטול מקח, אבל מהיכי תיתי לחייבו בתיקון המום. ואף שהיה אפשר לומר כסברת הגרי"ז הוטנר במקום שאין אפשרות להחזיר המקח, כגון שאין למוכר דמים להחזיר ללוקח, ויש לו דמים לתיקון המקח, אולם זה לא במשמעות דבריו. וקשה לפרש בדברי הרא"ש דמום עובר הוא ענין בפני עצמו, שדינו שאין מבטל המקח אלא חובה על המוכר לתקן, דמתש' הרא"ש לא משמע אלא שזו זכות של המוכר לסלק המום בדרך תיקון ולמנוע ביטול מקח. דאם נפרש בדברי הרא"ש שהוא ענין בפני עצמו, יצא שאם המוכר לא תיקן את המום, לא התבטל המקח מחמת המום, דמשמעות דברי הרא"ש דדוקא ביחזיר הבית לקדמותו אינו מום, וא"כ מום עובר שאינו מחזיר לקדמותו הוי מום המבטל את המקח. ולפ"ז בנדו"ד לא יוכל הלוקח לתבוע את תיקון המקח במקום שיש מום.

אמנם במוצר שיש עליו אחריות, הרי שהאחריות מחייבת את המוכר לתקן או להחליף את המוצר לחדש, לפי הענין. גם במקום שחלה חובת תיקון בהתאם לחוק הגנת הצרכן, לכאורה יש לזה דין של מנהג מדינה. אך בנדו"ד שזה מוצר יד שניה, אין מקום לטענה זו, ואין הלוקח יכול לחייב את המוכר לתקן את המום, אלא זכותו

לתבוע את ביטול המקח, ככל שנהגו בני המדינה שהוא מום.

והגר"א רכזט הביא ראייה לדין הרא"ש מכתובות עה"א. דבמשנה כתובות עב,ב תנן: כל המומין הפוסלין בכהנים פוסלין בנשים. ובגמ' עה"א, שהוסיפו עליהם זיעה ושומא וריח הפה. והקשתה הגמ', דאף בכהנים פוסל מזוהם. ותירץ ר' יוסי ב"ר חנינא, דבכהנים פסול זיעה שאינה עוברת, ובנשים הוסיפו שאפי' זיעה עוברת הוי מום. ורב אשי תירץ: זיעה אמזוהם קא רמית, התם גבי כהנים אפשר לעברה בקיוהא דחמרא, ומריח הפה נמי אפשר דנקט פילפלא בפומיה ועביד עבודה, אבל גבי אשה לא אפשר. והיינו, דזיעה אינה פוסלת בכהנים ורק באשה, דדוקא מזוהם שהוא מום גדול, שכל גופו מסריח, משא"כ זיעה שיכול להעבירה, אבל גבי אשה לא יכול לחיות כל רגע שתעביר הזיעה וריח הפה, משא"כ בכהנים יכול להעביר בזמן העבודה, וז"ל רש"י: "לאו רומיא היא, מזוהם גופו מסריח ובאדם נמי פוסל, אבל זיעה דאדם אינה פוסלת בכהנים, כדקתני הוסיפו עליהם, דאפשר לעברה בקיוהא דחמרא, ביין קהה עד שיעבוד עבודתו. אבל גבי אשה שהוא מדבר עמה כל שעה, לא אפשר". ולכאורה מבואר דמום עובר פוסל באשה, ומה ראייה לשיטת הרא"ש. אלא הפירוש דבאשה כיון שמדבר עמה כל שעה לא שייך להעביר הזיעה, ממילא אינו מום עובר, משא"כ בכהן הוי מום עובר. ומוכח שמום עובר אינו מום. ובהסבר דברי ר' יוסי ב"ר חנינא, פירשו התוס' שני פירושים בזיעה עוברת, או שיכול להעבירה ע"י מים, ואין צריך שיכול להעבירה בקיוהא דחמרא. או י"ל, בתרוץ השני, דזיעה עוברת שעשויה להתרפאות, ואפילו לא העבירה כשר לעבודה, שאינה מאוסה כ"כ. והן לר"י ב"ר חנינא והן לרב אשי, באשה אף בזיעה עוברת הוי מום. והגר"א שהראה מקורו כתב: "כמ"ש גבי אשה בכתובות ע"ה א' כאן בזיעה עוברת וכו'". ולכאורה באשה הוי ראייה שאפי' מום עובר הוי מום. וצ"ל דבאשה לא הוי מום עובר, דאף אם הזיעה עוברת, כיון שאינה עוברת לגמרי ואינה יכולה להעבירה לגמרי, אינה מום עובר אלא הוי ביחס אליה מום קבוע. אלא שא"כ מה הראיה ממום זיעה לבית שעישנו הכתלים, דבבית המום עובר לגמרי, ובזיעה אינו עובר לגמרי אלא יכולה להעבירה זמנית, ולענין כהנים לא הוי מום, ולענין אשה הוי מום, אבל אינו אותו מום עובר שבבית, דבבית כשיעביר ויתקן המום, אין כאן כבר מום, משא"כ בזיעה זו רק העברה זמנית, וא"כ מה הראיה מזיעה לתיקון כתלי הבית שעישנו הנכרים. דודאי אם היה בא המוכר ומציע ללוקח שכל פעם שיבואו אורחים הוא יכסה את הכותל בבד, וכי אז היה המקח קיים. ודאי שלא. א"כ אין המום העובר בזיעה דומה למום העובר בעישנו הכתלים, ומה ראייה הגר"א ממום של זיעה.

דאופן כזה של תיקון מום הזיעה, הוא לא כמו תיקון הכתלים אלא כמו כיסוי הכותל בבד לזמן מסוים. ועיין גם במאירי שכתב הטעם שבאשה הוי זיעה העוברת

מום: "אבל אשה אי איפשר שמא יבא עליה בהיסח הדעת, ולא יהא לה מתון בשפשוף וברייח הפה, או שמא כל שהוא בקירוב בשר ובדבוק נשיקה, אין פלפל וזנגביל מספיקין לכך". ומבואר שבאשה אינו יכול להעביר המום בהעברה זמנית, שמא יבוא בהיסח הדעת, או באופן שאין פלפל וזנגביל מספיקים. אך כל זה אינו תיקון המום העובר, משא"כ בעישנו הכתלים מתקן לגמרי המום העובר. ומה שכתב המאירי בהמשך דבריו שאין מום זיעה יחשב כמום אם בא מחמת סיבה של עבודה קשה וכד', הפרוש שאינו מום שכך הוא דרך כל הארץ, שאם עובד קשה הרי הוא מזיע, ומום זיעה עוברת הוי מום כשבא לא מחמת סיבה, וז"ל: "ומכל מקום אף באשה לא נמנית זיעה בכלל המומין אלא זיעה שאינה עוברת, ר"ל הבאה בלא שום סבה של עמל או טורח דרך או רוב מלבוש או חולי, עד שאין לומר בה שתהא עוברת בעבור הסבה, אבל זיעה עוברת, ר"ל שאינה באה אלא מצד סיבה, אין זה מום". והיינו דמחמת סיבה אינה מום אלא דרך כל הארץ. ומ"מ לא זכיתי להבין ראית הגר"א מזיעה לעישנו הכתלים.

והנה בתש' הר"י מיגאש סי' נא (הובא בב"י ובדרכ"מ חו"מ סי' רכז, וברמ"א רכז, בשם הגמ"ר), נשאל בראובן שהחליף עם שמעון בתים תמורת שדה, וטען שמעון שמצא בבתיים מומים שלא היה מודע להם. וטוען ראובן שהודיע לשמעון על המומים, ושמעון מכחיש. עוד טוען ראובן, שאף אם לא ידע שמעון מהמומים, הוא מוכן לתקן ולהסיר את המומים מהבתים. ובתשובתו מחלק הר"י מיגאש לענין תיקון המומים, בין מום שהוא בגוף המקח, לבין מום שהוא חיצוני למקח, כגון צינור מקלח על הבית או אמת המים שעוברת ליד הבית, שבהם מועיל תיקון, אבל תיקון גוף הבית, לא מציל את המוכר מטענת מום של הלוקח, דמה שתיקן בגוף הבית, פנים חדשות באו לכאן: "אם המומין הנזכרים אינם בגוף הבתים אלא באים אליהם ממקום אחר, כגון אמת המים העוברת בהם או צנור מים מקלח עליהם או שיש לאחד מן השכנים תשמיש בכתלים ומה שיהיה בכיוצא בזה, שבהסרת המומין הנזכר יהיו הבתים שלמים ונקיים מבלתי שיחדש דבר בגוף הבתים, הנה חויב שמאחר שהוסרו אותם המומין הנזכרים יהיו החליפין קיימים. ואם יהיו המומים בגוף הבתים, כגון שהיו כתליהם כפי נגליהם שלמים ואינם אלא מודבקים, או שהיה בעינם נראה שלם ונמצא שהוא נפסד, אפי' שבנה הכתלים באופן שסר הרקבון שהיה בהן ויחליף הבנין הנפסד, החליפין אינם קיימין, לפי שהבנין והחדוש שהוא מחדש בהם לא היה בבתיים קודם החליפין אבל נתחדש עתה אחר החליפין, והיה כאלו פנים חדשות באו לכאן מה שלא נעשו החליפין על כך". דהכל הולך אחר שעת החליפין, והואיל ובשעת החליפין היה כאן מום בגוף המקח, לא יועיל מה שמתקן לאחר מכן, אפי' ישביח את הבית בתיקונו יותר ממה שהיה אמור להיות הבית בשעת החליפין לדעת הקונה. והביא ראיה מכתובות עד, ב, מהא דת"ר, הלכה אצל חכם והתירה מקודשת, אצל רופא וריפא אותה

אינה מקודשת, דחכם עוקר את הנדר מעיקרו, ורופא אינו מרפא אלא מכאן ולהבא. ומוכח שריפוי הרופא אינו מתקן טענת מומים. ואף שאם הבעל הלך לרופא וריפא אותו מקודשת, ואינה טוענת טענת מומים, שם הוא טעם מיוחד דטב למיתב טן דו, ואין למדים ממנו לדברים אחרים.

ולכאורה הר"י מיגאש חולק על הרא"ש, דלכאורה לשיטת הר"י מיגאש אם עישנו הכתלים, הוי מום, כיון שבשעת החליפין והוא מום בגוף הבית, המקח בטל, והרא"ש כתב דאינו בטל. ואם איתא, איך הביא הרמ"א את דברי הר"י מיגאש על דברי הרא"ש, ולא ציין שחולקים לדינא בעישנו הכתלים, ורק באמת המים ס"ל לר"י מיגאש שאין המקח מתבטל אם תיקנו, כיון שאינו מום בגוף הבית. וצ"ל, דהרמ"א הבין בר"י מיגאש שהמומים עליהם דיבר הם מומים שאינם עוברים בנקל, ואף שאפשר לתקנם, אין הם מומים עוברים, דדוקא במום כעישנו את הבית חשיב מום עובר, כיון שיש רגילות לצבוע את הבית, ואין זה פנים חדשות אלא כמו נקיון והסרת מום, ובזה גם ר"י מיגאש מודה. אלא הר"י מיגאש מיירי במום שאינו בגדר מום עובר, רק שניתן לתקנו באופן שמחליפים וכד', ובזה ס"ל דכבר בשעת המקח כיון שיש כאן מום, בטל המקח, משא"כ מום עובר כעישנו הכתלים.

ועל עצם ראית הר"י מיגאש מהלכה אצל הרופא וריפא אינה מקודשת, הקשה בשער המשפט רלב"ג, דהטעם דבהלכה אצל רופא וריפא אינה מקודשת, אינו מן הטעם דפנים חדשות באו לכאן והתבטל בשעת הנישואין, אלא שאף שריפא אותה הרופא, מאוסה היא בעיניו, שזוכר המומין שהיו בה ונמאסת בעיניו, שכן כתבו התוס' (כתובות עד, ב ד"ה חכם): "אין לפרש דבלשון תליא מילתא, שהרי קדשה על מנת שאין בה מומין והיו בה מומין, דא"כ הלך הוא אצל הרופא וריפאו אמאי אמר לקמן דמקודשת. אלא בקפידת המומין תלוי הטעם, שאף עתה לאחר שנתרפאת היא נמאסת בעיניו כשזוכר שהיו בה מומין, אבל נדרים ליכא קפידא הואיל ועוקרו למפרע, אבל אי לא הוה עקר להו אלא מכאן ולהבא, הוי נמי קפידת עונש משעת הנדר עד שעת התרה". וכן כתב הרא"ש שם (הי"ג). וא"כ הוא טעם מיוחד במומי אשה, ואינו ראייה למום של מקח וממכר, שאם יתקנו לכאורה אין טענת ביטול מקח. ואדרבא, מזה שנצרכו לטעם שזוכר המומין ונמאסת בעיניו, מוכח שעצם הריפוי הוי תיקון למום, ורק באשה יש טעם מיוחד.

ב. בהתנה להדיא

עוד הקשה בשער המשפט, ע"פ מה שחילק המג"א (תלוז) אם התנו הדיא שאין בו מום מסוים, לאם לא התנו. בהסבר המג"א נראה לכאורה להסביר. המג"א מתיחס לדברי הגמ' פסחים ד, ב בענין שוכר בית בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק, שאינו

מקח טעות, דניחא ליה לאינש לקיומיה מצוה בממוניה. ובפשטות היה אפשר לפרש דהגמ' מייירי בלא התנו להדיא שהבית בדוק. אלא שהרמ"א (תלז,ג) מביא להלכה דעת המגיד, שמ"מ צריך להחזיר לו הממון שהוציא עבור הבדיקה, כיון שהתנו להדיא. מבואר שהמגיד לומד דהסוגיא מייירי בהתנו להדיא. ונראה מפשט לשון המג"א (אף דהוי קושיא ותרין), שבא להסביר את דברי המגיד, דמי הכריחו למגיד לפרש שהתנו להדיא שהבית בדוק. דלכאורה יש להקשות בסוגיא, מדוע הגמ' כתבה דאין בבית לא בדוק טענת מום, דניחא ליה לאינש לקיומיה מצוה בממוניה, תיפוק ליה שאין בו מום מחמת שהמום אינו בגוף הבית וניתן לתיקון, וכמו שפסק השו"ע כדעת הר"י מיגאש. אלא שדין הר"י מיגאש אינו אלא בסתם, אבל בהתנו להדיא לא מהני מה שהמום אינו בגוף הבית, וזה הכריחו למגיד לפרש שמדובר שהשוכר והמשכיר התנו להדיא שהבית בדוק. ומזה הקשה שער המשפט על הראיה ממומי אשה, דשם התנה להדיא ע"מ שאין כך מומין, ואינו ראייה למום שלא התנו להדיא.

ובדרכו של המג"א יש לפרש גם דלא יקשה על דברי הרא"ש בתש' דמום עובר לא הוי מום המבטל מקח, דהרי בית בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק, מדוע הוי מקח טעות לולי הטעם דניחא ליה לקיים מצוה בממוניה, תיפוק ליה דלא מבטל המקח מחמת שהוא מום עובר, שיכול לבדוק הבית. ולכן י"ל כמש"כ המג"א דכאן לא מהני מום עובר לקיים המקח כיון שהתנה בהדיא שהבית בחזקת בדוק. ועיין להלן מה שהקשה האו"ש.

וכדברי המג"א נמצא למחנה אפרים (אונאה סי' ו). המחנ"א מביא מחלוקת אבי אסף וראב"ן, באחד שמכר לחבירו כסף צרוף ונמצא כסף סיגים, דדעת אבי אסף שיחזיר לו האונאה, וראב"ן חולק על אבי אסף, דלא שנא מיפות ונמצאו רעות, שיכול הלוקח לבטל המקח בטענה שרוצה דוקא ביפות. וכתב המחנ"א דנראה לו כאבי אסף, ע"פ דברי הרא"ש בתש' (הנ"ל) דבמום שניתן לתקנו, לא בטל המקח. ולכן כשמוכר לו חתיכת כסף, יכול לקחתו לצורף ותהיה חתיכת הכסף כסף צרוף, בתשלום מה שישלם לו המוכר. משא"כ במוכר כלי כסף בחזקת צרוף ונמצא סיגים, אינו יכול לתקנו, ויכול הקונה לבטל המקח. אולם המחנ"א דוחה הדמיון לדברי הרא"ש, דהרא"ש לא מייירי בהתנו להדיא, וכאן התנה להדיא. ולכאורה צ"ע, דמכר לו בחזקת צרוף, ולא אמר לו ע"מ שהוא כסף צרוף. וצ"ל דס"ל למחנ"א דבחזקת צרוף הוי כהתנו. וי"ל, דכסף צרוף הוא שם המוצר, ואם אינו צרוף הוי כמוצר אחר והוי כהתאה וכמון. והוי כמו מי שקונה בית, ומכר לו שדה, דאם יבנה עליו הבית, הוי פנים חדשות. וזו כוונת המחנ"א, דבחזקת צרוף הוי כתנאי להדיא. ולפ"ז י"ל דכך היא כוונת המגיד בפרוש דבריו דהוי כהתנו, דאף אם לא התנו, כיון ששכר בית בחזקת בדוק, הרי זה כהתנה להדיא דשוכר בית בדוק. ואינו דומה לקונה חפץ בחזקת שאין בו מומים, דזה

סתמא ולא במהות המכר, אבל כשמבקש לקנות כסף צרוף, הרי זה כהתנה דוקא כסף צרוף ולא סיגים.

והמחנ"א כתב דבהתנה במקום שיכול לתקן אם הוי מום או לא, הוא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד (מכירה טו,ב). הרמב"ם כתב שם, וז"ל: "כיצד, מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו מאה ואחד או תשעים ותשעה, נקנה המקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר כמה שנים". ומשמע שאפי' אמר להדיא מאה אגוזים, יכול להשלים ולתקן המקח. והראב"ד חולק: "פעמים שאין המקח נקנה, שאם רצה לחזור עד שלא השלים חזור, כגון שהיה תופס לפניו שק של אגוזים ואמר לו הילך שק זה שיש בו סאה של אגוזים בדינר, ונטלו והלך לו ומדדו ולא מצא מדתו, הרי זה חוזר, ואף על פי שרצה זה להשלים". מבואר דבהתנה חוזר בו, ורק בלא התנה, כגון אם היה לפניו שק של אגוזים והלוקח יודע שאין בו אלא כדי שיעור מדה, ואמר לו המוכר הנה שק של אגוזים לפניך, ונטל הלוקח את השק ולא מצא בו מדתו, הרי זה קנה וישלים. מבואר שבאמר לו להדיא מאה אגוזים, ס"ל לראב"ד דלא מהני תיקון המום. והביא המחנ"א כמה ראיות דבליכא קפידא ללוקח, מהני תיקון או השלמה. וכן דייק מדברי הרמב"ם (מכירה טו,ד): "אין מחשבין פחת המום, אפילו מכר לו כלי שוה עשרה דינרין ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו הילך איסר פחת המום, שהלוקח אומר בחפץ שלם אני רוצה", דבכל מקום שאין טענה שאומר הלוקח בחפץ שלם אני רוצה, יכול לקיים המקח ע"י השלמת המעות. והוסיף דבשכרו בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק יש צד לומר שהוא מקח טעות, לולי הטעם דניחא ליה לקיומיה מצוה בממוניה, י"ל דאיירי שהתנה עמו.

והאור שמח (מכירה יז,ט) הקשה על הסבר המג"א דהסוגיא בפסחים בבית בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק מיירי בהתנו שיהיה בדוק, דאם מיירי שהתנה שיהיה הבית בדוק, הרי גילה דעתו דלא ניחא ליה לקיים מצוה בממוניה. וע"כ צ"ל דלא מיירי בהתנו להדיא אלא שהמשכיר אמר שהוא בדוק והלוקח לא התנה, ובזה אמרינן דניחא ליה לקיומיה מצוה בממוניה. וע"כ מחלק האו"ש בין מום של בדיקת הבית מחמץ לעשינו הכתלים, דבדיקת הבית יתכן ולא יתגלה הדבר עד שיהיה המום בבחינת מעוות לא יוכל לתקון, שיגלה את המום תוך כדי הפסח, שידור בבית באיסור, בזה ודאי מקפיד המשכיר גם במום עובר של בדיקה, משא"כ בעישנו הכתלים אין התכנות שלא ידע מהמום וידור בבית בלי ידיעת המום, לכן אינו מקפיד כמו בבדיקת חמץ, וכיון דהוי מום עובר לא הוי מקח טעות: "דבכל מקום דאיכא קפידא, ואם לא יתודע אליו יוכל היות כי יומשך הדבר עד שלא יהא שהות להתיקון, ויהיה מחוסר תיקון ומעוות שלא יוכל לתקון, בזה ידעינן דלא ניחא ליה למיעל כלל בספק דין, וכמו במשכיר בית ביד', דאם לא יודע אל השוכר שהבית אינו בדוק, אז יכול להיות שידור

בה באיסור בפסח, או שיתוודע לו תוך החג ויוכרח לדור בבית שאינה בדוקה, די שחששא שמא יבוא לאוכלו, בזה לא ניחא ליה למיעל בספק כלל והוי מקח טעות, משא"כ בהך עובדא דרבינו אשר, דלא יתכן לו שישתמש בהך בית אם לא שיתודע אליו המום שבו, שהחלונות שבורים והכתלים עשונים וכיו"ב, לכן בכה"ג דהוי מום עובר לא הוי מקח טעות לבטל המקח, רק ינכה לו הדמים".

וממשיך האו"ש לחלק בין מכירת בית לשכירות, דבשכירות בית הזמן הוא חלק מהותי מעצם הקנין, ולכן אם יש חשש שידור בפסח באיסור, הוי מום המבטל את המקח, משא"כ אם קונה את הבית קנין עולם, וקנאו בערב פסח בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק, אין המום של הזמן שבוע בתוך קנין עולם, כדי לבטל את המקח, שהרי גם בעישון הכתלים יצטרך זמן לתיקון הכתלים, ובכ"ז לא הוי מום, כיון שאין ביטול זמן מועט מהוה סיבה לבטול מקח עולם, משא"כ בשכירות שהוא קנין לזמן והזמן הוא ממהות הקנין: "אמנם יתכן דזה דוקא בשכירות, שהזמן הוא עצם הקניה, שקנה להבית לזמן כך וכך, וכאן שהיה יכול להיות שלא יודע לו עד הפסח ויהא דר באיסור, א"כ הוי מום בגוף המקח שקנויה לו לדור זמן קצוב, ובתוך הזמן יהיה פסח וידור בה באיסור, דשמא יבוא לאכול חמץ, ולכך הוי טעות בגוף הקניה, משא"כ במקח כה"ג, כיון שאין זה מום רק בזמן, לא שייך להיות זה מקח טעות לבטל המקח, דאטו כאן בעובדא דרבינו אשר, דאף דלא אפשר ליה להשתמש שלא יתודע לו המום הוא שבירת החלונות ועישון הכותל, בכ"ז הלא עד שיתוקן יהא צריך זמן, ולא חזי בה למידר, בכ"ז כיון דהוא יכול להתקן ושם בית עליו, אין זה מקח טעות. אבל בשכירות לזמן ויעבור משך זמן עד שיתוקן הוי מקח טעות. ולכן בחמץ בפסח, דאם לא נתוודע לו דר זמן הפסח באיסור, הוי טעות לבטל השכירות, אבל באין הטעות בגוף המקח, ששם אחר עליו, אז ודאי דבטל". ולכן אם מכר לו בית בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק, אף בלא טעם דניחא ליה לקיומיה מצוה בממוניה, המקח אינו בטל.

לאמור לעיל י"ל שאין הלוקח חפץ ונמצא בו מום, יכול לתבוע את המוכר שיתקן החפץ, אלא ככל שיש כאן מום שנהגו בני המדינה שהוא מום, יכול לבטל המקח. אמנם אם יש אחריות על החפץ, יכול לתבוע את המוכר לפעול לפי תנאי האחריות, ובכלל זה תיקון המקח או החלפתו.

כל זה מעיקר הדין, אולם כבר נהגו בתי הדין להחתים את הצדדים על שטר בוררין בין לדין בין לפשרה ובין ליושר, ויכול הדיין לפסוק בדרך מעשית, אם נראה לו טוב וישר לעשות כן לטובת שני הצדדים.

סימן יט

מוכר שהסתיר מום המקח

ראשי פרקים

א. חיוב מוכר לגלות כל מומי המקח

ב. חיוב המוכר בהוצאות שנגרמו לקונה

ג. שיטת הריצב"א בגרמי

ראובן – המוכר, הינו בעל חברה למכירת/ תיווך משאיות יד שניה. שמעון – הקונה, התעניין על משאית מסוימת, וראובן טען שמדובר במשאית שעברה בדיקה, ואין בה שום תקלה או מום. ראובן אמר שאין צורך לקחת לבדיקה, מפני שהוא נותן אחריות לשלשה חד'. שמעון לקח את המשאית לבדיקה, והתברר שיש בה רצף של בעיות, שעלות תיקונן עשרות אלפי ש"ח.

כשחזר שמעון לראובן, התברר שראובן ידע על המומים שבמשאית, ואף ניסה להסביר ולשכנע. כשהבין שמעון שראובן ידע מהמומים, טען כנגדו שנגרם לו נזק של 3000 ש"ח, עלות בדיקת המשאית, ולכן תבע אותו שישלם לו הוצאות הנ"ל. ראובן טען כי לא חייב לומר לשמעון את הבעיות שיש למשאית, ותמיד עליו לקחת לבדיקה, ואין חיוב על המוכר לשלם את עלות הבדיקה. מה עוד שלדבריו, מזה הטעם נותן אחריות לשלשה חד'.

א. חיוב מוכר לגלות כל מומי המקח

הרמב"ם בהל' מכירה יח,א, כתב וז"ל: "אסור לרמות את בני אדם במקח וממכר או לגנוב את דעתם, ואחד עובד כוכבים ואחד ישראל שוים בדבר זה. היה יודע שיש בממכרו מום, יודיעו ללוקח. ואפילו לגנוב דעת הבריות בדברים אסור". הרמב"ם בתחילת הפרק העוסק באונאת דברים, הביא דין זה שיש חיוב למוכר לגלות את מומי המקח. וכן פסק בסמ"ג (לאוין סי' קע ד"ה אסור לרמות), בסמ"ק (מצוה רעב), ובחרדים (ל"ת פ"ה), וכן פסק בשו"ע חו"מ רכח,ו. ולכאורה דיני אונאה והדוגמאות של אונאת דברים, מובאים במשנה ב"מ נח,ב ובגמ' שם, ומדוע בחר הרמב"ם לפתוח דין אונאת דברים בדין זה, דלכאורה אינו כתוב מפורש במשנה ובגמ'.

ולכאורה י"ל, דאיסור אונאה שמצאנו בתורה הוא דוקא באונאת ממון, כאשר מאנה את הקונה (או הקונה את המוכר), בשתות או ביותר משתות, דזו היא אונאת

ממון. ואם מוכר מקח לחבירו שיש בו מום, לכאורה אינו בכלל איסור אונאת ממון. והראיה, דקרקעות ועבדים ושטרות התמעטו מדין אונאה, דאינו מיד עמיתך, אולם לענין מום מתבטל המקח אף בעבדים ובקרקעות, עיין שו"ע חו"מ רלב,ג ורלב,י ועוד. ולפ"ז יוכל המוכר למכור דבר עם מום ולא יעבור איסור. ע"ז הביא הרמב"ם שאיסור מכירת קרקע או חפץ עם מום ולא הודיעו לקונה, עובר על אונאת דברים. וס"ל לרמב"ם שאיסור התורה של לא תנונו איש את עמיתו, כולל בתוכו גם אונאה זו של מכירת חפץ לחבירו ולא הודיעו. ואם הוא מום שמבטל המקח, אסור מהתורה מלא תנונו איש את עמיתו, ואם הוא מום שאינו מבטל המקח, כיון שבני המדינה לא מקפידים על מום זה (רמב"ם הל' מכירה טו,ה, ושו"ע חו"מ רלב,ו), והקונה מקפיד, ואין בזה ביטול מקח, והמוכר ידע שהקונה מקפיד, צ"ע אם יש בזה איסור גניבת דעת מדרבנן.

הריב"ש (סי' תג) נשאל בבעל בהמה שנשחטה, ולא בדקו הסימנים ולא ידע אם נשחטה כהוגן, ובא אחד ורצה לקנות ממנו בני מעיים של הבהמה, והתנה המוכר ואמר שמוכר לו בין אם הבהמה כשרה ובין טריפה, והתברר שלא נשחטה כהוגן, וא"כ הרי היא נבילה ולא טריפה, אם המכירה קיימת. וכתב הריב"ש דלשון התנאי בין נבילה ובין טריפה, כולל גם נבילה, דכך הוא לשון בני אדם. ובסוף התש' כתב הריב"ש: "ומעתה אין מקום להשביע המוכר אם ידע בפסול השחיטה בשעת המכירה, שהרי אף אם ידע, כיון שהזכיר לו כן בפ"י בתנאי, פטור הוא מלשלם, אלא שעשה אסור ושלא כהוגן, אם היה יודע בדבר ונתכון לרמותו ולגנוב את דעתו, ורו"ל אמרו (חולין צד) אסור לגנוב דעת הבריות, ואפי' דעתו של עובר כוכבים. ומ"מ כל שאין בדבר אונאת שתות, אין כאן מקח טעות, מחמת מום הנמצא במכר מחמת טרפות זה". ומבואר מהריב"ש שאפי' התנה, אם ידע מהמום והתכוין לרמאותו, הרי זה עובר איסור של אונאת דברים, אם הוי מום המבטל את המקח (וס"ל לריב"ש דבזה הוי מום, אם יש בו אונאת שתות, דכך כנראה נהגו בני המדינה). ומ"מ משמע שאיסור אונאת דברים כשהמוכר ידע מהמום, אף שהתנה בין כשרה בין טריפה, אם התכוין לרמאות דעת הלוקח. ובמום שאינו מבטל המקח, לכאורה אין בזה איסור. דנראה דמום שאינו מבטל המקח, כמי שאינו, שהחפץ שלם מכל מום, דמום שלא נהגו בני המדינה שהוא מום, אין לו שם מום.

גם מהרש"ם במשפט שלום רכחו, כתב, דאף במקום שיכול לבטל המקח, מ"מ יש בזה איסור של אונאת דברים. אולם בסמ"ע רכח,ז כתב דאיסור אונאת דברים באינו מגלה המום, הוא אף במום שאין בו אונאת ממון, ולכאורה אף בלא נהגו בני המדינה שהוא מום, דדומיא דאונאת דברים שאינה תלויה באונאת ממון: "אע"פ שאין בו אונאת ממון, מ"מ היה לו להודיעו, והוא דומה לגניבת דעת דאסור אע"פ שאין

בו חסרון ממון". וכן כתב הלבוש חו"מ רכח, ו: "אסור לרמות בני אדם במקח וממכר, או לגנוב דעת אפילו אינו מרמה אותו בממון שיעור האונאה, כגון אם יש מום במקחו אפילו אינו מוכרו לו ביוקר, צריך להודיע ללוקח יש בו מום זה". ומשמע שבכל ענין שאין בו חסרון ממון, צריך להודיעו. ולכאורה אם לא נהגו בני המדינה שהוא מום, לכאורה הוא כמאן דליתא, שאין כאן מום. ואפשר דמייירי בנהגו בני המדינה שאינו מום, אבל ידע המוכר שהלוקח מקפיד, וכגון איל מסורס שכתב תה"ד, הביאו הרמ"א חו"מ רלג,א.

והנה הרמב"ם בהל' מכירה טו,ו, פסק וז"ל: "כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמחל צריך לידע הדבר שימחול לו בו ויפרש אותו, כמו המפרש בהונייה". ובמגיד שם כתב דהרמב"ם למד דין זה ק"ו מאונאה, שכך פסק בהל' מכירה טו,יא: "מכאן אני אומר, שהמוכר חפץ לחבירו במאה דינרין ואמר לו חפץ זה אינו שוה אלא זוז אחד, על מנת שאין לך עלי אונאה, הרי זה יש לו עליו אונאה, שהרי אומר כיון שראיתי שאמר שאינו שוה אלא זוז, ידעתי שאינו מתכוין אלא להשביח דעתי, עד שיפרש כדי ההונייה שיש במקחו בודאי, או קרוב לה בכדי שהדעת טועה, שהרי ידע בודאי הדבר שמחל בו, וכזה ראוי לדון". ואם באונאה שאינו חוזר אלא עד זמן שיראנו לתגר או לקרובו, צריך לפרש שיעור האונאה, ק"ו מום שחוזר לעולם ואינו מוגבל בזמן, שחוזר בו כל זמן שלא מפרש בדיוק את המום, ואם התנה בכלליות, שיש בו מום ולא פירש איזה מום, חוזר בו הלוקח, ואין בהתנאה כדי לבטל זכות הלוקח. וכדברי הרמב"ם פסק בשו"ע חו"מ רלב,ז.

ובסמ"ע רלב,טז הביא הסבר הטור ברמב"ם, דלא מהני מחילה אלא עד שיפרש המום (ואולי גם האונאה), דהרמב"ם לשיטתו דלא מהני להתחייב או למחול בדבר שאינו קצוב, ולכן לא מהני מחילה אם אינו קוצב המחילה ומפרש האונאה או המום. והקשה בסמ"ע, דא"כ דברי המחבר סותרים זא"ז, דבכמה מקומות, ובעיקר בשו"ע חו"מ ס,ב פסק דלא נקטינן כרמב"ם, ומהני התחייבות ומחילה אף בדבר שאינו קצוב, וא"כ איך בסי' רלב לענין מום, פסק שלא תועיל מחילה עד שיפרש, מפני שזה דבר שאינו קצוב. ולכן פירש הסמ"ע כמגיד, שלומדים ק"ו מאונאה, ובאונאה הטעם שיכול לומר סברתי שאין בו אונאה, ולהשביח דעתי אמר המוכר שיש בו אונאה סתם.

ובנתיבות ס,ד, כתב לחלק ע"פ דברי הרמב"ן שהביא בעה"ת (סד,א,ב), וז"ל: "ולענין אונאה שחלקו בין בסתם בין במפרש, ההיא טעמא רבא הוא משום דבסתם

[ליכא] מחילה, דהא כשאר כל מקח וממכר הוא, דבכל מקח וממכר נמי כל אחד יודע שחברו מעלה בדמי ממכרו כמו שיוכל לעלות ורחמנא אמר לא תהוי מחילה בכדי שיראה לתגר או לקרובו". כלומר, כשהמוכר מתנה סתם ואומר שחפץ זה אינו שוה אלא זו, לא חידש דבר, שהרי כל מקח, גם כשלא מתנה ואומר, כ"א יודע שמעלה בדמי ממכרו, ולכן אין באמירה ובהתנאה מעין זו כל משמעות שהלוקח יחשוב שצריך למחול מעבר למה שסבר לולי אמר המוכר אמירה זו, וגם ללא אמירה זו היה לכאורה מוחל, אלא שהתורה גזרה שלא תהיה מחילה. משא"כ במום, שאינו מוחל במומין, ובודאי סבור שאין בו כל מום, ואם המוכר מתנה, כנראה שיש כאן מום שצריך למחול. לכן גם אם מועילה מחילה בדבר שאינו קצוב, כאן יש גזה"כ של התורה שלא מועילה מחילה. משא"כ במום ס"ל לרמב"ן שאין גזירת הכתוב של התורה שלא תהיה מחילה. ואם מתנה על המום, והקונה לא מעלה על דעתו שיש כאן מום, מועילה ההתנאה הסתמית שהקונה מוחל. ולכן היה מקום לחלק בין אונאה למום בהתנאה סתם, דבאונאה צריך לפרש, ובמום אין צריך. ולכן הטור בענין אונאה פסק כרמב"ם, שזה אפי' לחולקים עליו בדבר שאינו קצוב, משא"כ במום, לא פסק כרמב"ם. ועיין בשער המלך (מכירה יא, טז בסופו): "דלמה לא הביא הטור ז"ל סי' רכ"ו גבי אונאה לשון רבינו ז"ל ויכתוב עליו דאזיל לשיטתיה, ולמה זה איחר עד כה גבי מום לכתבו יע"ש. אכן כפי דברי הרמב"ן ז"ל שכתבנו הנה נכון, דגבי אונאה אפי' למאן דס"ל דאדם מתחייב בדבר שאינו קצוב, מודה הוא דכל שלא פירש האונאה יש לו עליו אונאה, דגזירת הכתוב הוא דלא תהוי מחילה בכדי שיראנו לתגר כמ"ש הרמב"ן, אבל גבי מוכר חפץ ע"מ שאין אתה חוזר עלי מום, דליכא גזירת הכתוב, משו"ה כתב הטור ז"ל דאזיל לשיטתיה, וזה פשוט".

וממשיך הנתיבות, דלרמב"ם אין לחלק, דגם מום הוא בכלל לא תונו, ולכן כל שבאונאה צריך לפרש, כך הדין גם במום: "והרמב"ם ס"ל דמום גם כן בכלל לא תונו הוא, וכל שהוא באיסור אונאה, רחמנא אמר דלא תהוי מחילה כל זמן דלא ידע דמחיל, ונלמד מק"ו מאונאה". החידוש בנתיבות דלשיטת הרמב"ם גם מום הוא בכלל לא תונו. ונראה דהוא בכלל לא תונו איש את עמיתו, ולא בכלל לא תונו איש את אחיו, דאם נכלל באיסור אונאת ממון, מהיכי תיתי תהיה טענת מום בקרקעות, שאינן ניקחות מיד ליד, אלא בהכרח נכלל באונאת דברים וכנ"ל.

לאור האמור עבר המוכר במה שלא סיפר לקונה על מומי המשאית, בלא תונו איש את עמיתו, דלשיטת הרמב"ם, וכמו שנפסק בשו"ע, יש חיוב על המוכר לומר לקונה על המומים. עוד נראה, דאף שחיוב באונאת ממון תלוי בגמר המקח, וכל עוד רצה למכור במחיר גבוה יותר ולא קנה הלוקח, לא עבר המוכר בלא תונו, באונאת דברים שהוא בעצם הדבור והיעוץ השקרי, עבר אף בלא נגמר המקח, וכמו בנותן

עצה רעה, אף שלבסוף מהשמים סייעו ולא יצא לפועל, דזה מהות החילוק בין אונאה במקח וממכר, שכל עוד אין מקח וממכר, אין אונאה, לבין אונאה בדברים, שכל מהותה היא הדברים, וכמו זכור מעשיך הראשונים וכד' וגניבת דעת, ולכן גם הרמב"ם הנ"ל כתב: "היה יודע שיש בממכרו מום, יודיעו ללוקח. ואפילו לגנוב דעת הבריות בדברים אסור", דהוא כמו גניבת דעת, ועובר גם אם לא נקנה לבסוף המקח.

ונראה שאף מתווך שלא אמר את המומים הידועים לו, עובר בלא תוננו. ואף מי שיודע ומשיא עצה לקנות ויודע מהמומים, אף הוא עובר בלא תוננו. דאם יודע על מום ואינו אומר לשואל, זה בבחינת עצה שאינה הוגנת, (אא"כ סבור שאי הידיעה היא טובה לצד השואל, וצריך עיון בכל מקרה לגופו, אבל במתווך לכאורה כל כוונתו לטובת עצמו), עיין רש"י ויקרא יט,יד, על הפס'; ולפני עור לא תתן מכשל - "לפני הסומא בדבר לא תתן עצה שאינה הוגנת לו, אל תאמר מכור שדך וקח לך חמור, ואתה עוקף עליו ונוטלה הימנו". ונראה דאף אם לא עוקפה ולוקח הימנו אלא נותן לו עצה שאינה הוגנת, עובר לרש"י על לפני עיור. וכן מבואר בחינוך מצוה רלב דעובר על לפני עיור במשיאו עצה שאינה הוגנת, ומקורם מהתורה כהנים פר' קדשים סו"פ ג, עיי"ש. וכן פסק הרמב"ם בהל' רוצח יב,יד.

עוד מבואר ברש"י שעובר גם על לא תוננו, עיין רש"י ויקרא פר כה פסוק יז דהזהיר על אונאת דברים; "... לא ישיאנו עצה שאינה הוגנת לו לפי דרכו והנאתו של יועץ. ואם תאמר, מי יודע אם נתכוונתי לרעה, לכך נאמר ויראת מאלהיך, היודע מחשבות הוא יודע. כל דבר המסור ללב, שאין מכיר אלא מי שהמחשבה בלבו, נאמר בו ויראת מאלהיך". ומ"מ אם נתכוין לטובה, לכאורה אין בזה איסור. ומבואר גם מרש"י דאיסור האונאה הוא לא רק על המוכר אלא גם על המיעץ.

וכן נראה מהא דיבמות מד,א וקא,ב דמשיאין לו עצה ההוגנת לו, אם הוא ילד והיא זקנה וכו', היינו בעצה המתאימה לכל אחד ואחד, ואם כוונתו לטובה, שחושב שזה מה שמתאים לו, לכאורה זה בכלל עצה ההוגנת לו. עיין גם בשערי תשובה שער ג אות נג. ועיין בשו"ע חו"מ צז,א דנראה דלהשיאו עצה ההוגנת לו הוא בכלל מצות עשה של אם כסף תלוה את עמי, וז"ל המחבר: "מצות עשה להלוות לעניי ישראל, והיא מצוה גדולה יותר מהצדקה, וקרובו עני קודם לעניים אחרים, ועניי עירו קודמים לעניי עיר אחרת, ואפילו עשיר שצריך להלוות, מצוה להלוותו לפי שעה ולההנותו אף בדברים וליעצו עצה ההוגנת לו". ועיין עוד במנחת יצחק חלק ג סימן צג ד"ה ועוד י"ל, דאף אם לא עונה לו ושותק, הרי זה בכלל לפני עיור, שנותן מכשול לחבירו.

ב. חיוב המוכר בהוצאות שנגרמו לקונה

הטור חו"מ רלב, כ, כתב וז"ל: "הלוקח מקח ונמצא בו מום ואבד או נגנב אח"כ, הרי הוא ברשות לוקח, ואם התליע או נפסד מחמת המום, הרי הוא ברשות המוכר. היה לו להודיעו למוכר ולא הודיעו, הרי הוא ברשות לוקח. והרמ"ה ז"ל כתב ואם המוכר ידע שהיה בו מום, חייב אף בהוצאה שהוציא הלוקח להוליכו למקום פלוני משום דינא דגרמי, אבל אם לא היה המוכר מכיר במום, אז ההוצאה שצריך להוציא עליו להביאו משעה שנגלה המום הוא על המוכר, כיון דלצורך המוכר הוא ואין הלוקח חייב אלא בטרחא בעלמא, אבל בהוצאה דהולכה אלוקח הוא". וכן פסק בשו"ע חו"מ רלב, כא. ומבואר ברמ"ה, דדוקא בידע המוכר שיש בו מום, חייב בהוצאות שהוציא הלוקח להוליכו מדינא דגרמי, אבל בלא ידע המוכר, אף שלכאורה גם בזה יש דינא דגרמי, מ"מ כיון שלא ידע המוכר, לא התכוין להזיק ופטור מלשלם על הוצאות הולכה שהוציא הלוקח. וכך הם דברי הגר"א בבאוריו לחו"מ רלב, לה: "אבל ההוצאה פטור כמ"ש בדיני דגרמי, כל שלא כוון להזיק אף על פי שגרם פטור, משא"כ בידע דלד"ה חייב משום דינא דגרמי". הרי דבידע חייב בגרמי, ובלא ידע, כיון שלא כוון להזיק פטור.

ועיין בב"ח רלב, כ, שדן אם הרמ"ה חולק על הרמב"ם, דהרמב"ם בהל' מכירה טז, ב, כתב וז"ל: "מכר לו זרעים הנאכלין, כגון חטים ושעורים וזרען ולא צמחו, אינו חייב באחריותן, אפילו היה זרע פשתן, שרוב בני אדם קונין אותה לזריעה, הואיל ואוכלין אותה אינו חייב באחריות זריעתו. ואם הודיעו שהוא קונה לזרע, חייב באחריותן, והוא הדין לדברים הנמכרים לרפואה ולצביעה, וכן כל כיוצא בזה". מבואר שיש חיוב אחריות על המוכר זרעוני גינה, אם המוכר הודיעו שהוא קונה לזרע. ושם בה"ג, כתב הרמב"ם וז"ל: "מכאן אתה למד שכל הלוקח מחבירו מקח והודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית למכרו שם, ואחר שהוליכו לשם נמצא בו מום, אינו יכול לומר החזיר לי מקחי לכאן, אלא מחזיר לו את הדמים והמוכר מטפל להביא ממכרו או למכרו שם, ואפילו אבד או נגנב אחר שהודיעו, הרי הוא ברשות מוכר, אבל אם לא הודיעו שמוליכו למדינה אחרת, והוליכו ונמצא שם בו מום, הרי זה ברשות לוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר". דמדין זרעוני גינה נלמד לחיוב אחריות של המוכר משעת ידיעת המום, אם הודיעו המוכר שהוא מוליכו למדינה פלונית. והרמב"ם לא הזכיר חיוב לשלם ללוקח הוצאות שהוציא להוליך את החפץ למדינה פלונית, דהיינו לא כתב כרמ"ה, ומזה לכאורה משמע שהרמב"ם לא פסק כרמ"ה. אולם י"ל דהרמב"ם מיירי בלא ידע המוכר מהמום, ולכן לא הזכיר חיוב המוכר בהוצאות הולכה של הלוקח, משא"כ הרמ"ה מיירי בידע הלוקח מהמום, וכמבואר ברמ"ה. (ומה שכתב הב"ח דנחלקו הרמב"ם והרמ"ה, הוא לענין הטרחה כשהמוכר לא ידע מהמום, עיי"ש). וכן כתב

בפרישה רלב, כ, דאין מחלוקת בין הרמ"ה והרמב"ם, וגם הרמב"ם יסבור דבידע המוכר מהמום, שחייב לשלם ללוקח הוצאותיו, רק הרמב"ם שלא הזכיר חיוב זה, מיירי בלא ידע המוכר מהמום: "דגם הרמב"ם מודה בזה, כיון שהמוכר היה יודע בהמום שחייב אף בהוצאה דהולכה, ולא פליג אהרמב"ם אלא כשלא ידע, שהוא כתב דאין הלוקח חייב אלא בטירחא כו', משמע דבטירחא להביאה מיהא חייב, והרמב"ם כתב דהטיפול להביאה על המוכר, כמבואר לעיל בדבריו".

והנה במשנה ב"ב צב, א תנן: המוכר פירות לחברו וזרען ולא צמחו, ואפילו זרע פשתן, אינו חייב באחריות. ר"ש בן גמליאל אומר, זרעוני גינה שאינן נאכלין חייב באחריות. ולהלכה פסק הרמב"ם (מכירה טז, א-ב) דזרעונים שאינם נאכלים, חייב באחריות ומחזיר לו את הדמים שלקח ממנו, שחזקתן לזריעה. וכן בזרעונים הנאכלים, אם הודיעו שהוא קונה לזרע ולא צמחו, חייב באחריות. ומבואר שחיוב האחריות הוא על דמי המקח, שמחזיר המוכר ללוקח את דמי המקח. וכן הוא בשו"ע חו"מ רלב, כ-כא. ודבר זה נחלקו בגמ' שם אם חיוב האחריות הוא רק על דמי המקח או גם על הוצאות שהוציא, עיי"ש ב"ב צג, ב: ת"ר, מהו נותן לו, דמי זרע ולא הוצאה, ויש אומרים אף הוצאה. ולהלכה נפסק כנ"ל דרק דמי מקח.

ובתוס' (ב"ב צב, א ד"ה המוכר) מעמיד באחד מתרוציו את המשנה ואת חיוב האחריות, בידע המוכר שאינם ראויים לזריעה, ובכל זאת קיי"ל שאינו חייב בדמי כל ההוצאה שהיתה ללוקח אלא רק בדמי המקח. תוס' הקשו על רשב"ג, מדוע לא יכול המוכר לטעון כלפי הלוקח, דמה שלא צמחו הזרעים, מפני שלא זרען בזמן שהיו ראויים לזריעה, כמו שמצאנו טענה כזו בב"מ קו, ב. ותירצו התוס' שני תרוצים: יכול לטעון טענה שהיה לך לזרוע בזמן הראוי לזריעה, הרי היא טענה כמבואר בב"מ שם, דוקא שלכל בני המדינה לא צמחו, וממילא אין לומר שכל זרעי בני המדינה לא היו ראויים לזרע, ולכן יכול לטעון שהבעיה היתה בזמן שזרעו, אבל בלא"ה אין המוכר יכול לטעון כן. תרוץ שני – מתברר שהמוכר ידע מלכתחילה שלא היו ראויים לזריעה, ולכן יש מ"ד המחייב בכל ההוצאות, כיון שידע המוכר שאינם ראויים לזריעה: "אי נמי, הכא מיירי דאיגלאי מילתא למפרע שלא היו ראויין לזריעה כלל. וכן משמע בגמרא דאיכא למאן דמחייב לשלם אפי' ההוצאה. ואין סברא לחייבו כלל כל ההוצאה אלא כשלא היו ראויין כלל לזריעה, וידע המוכר שלא היתה ראויה לזריעה". וכיון דקיי"ל שאינו חייב בכל ההוצאה אלא רק בדמי המקח, והואיל ולתרוץ זה של התוס' המשנה מדברת בידע המוכר מהמום, מוכח שאינו חייב בכל ההוצאה, דלא כרמ"ה.

ראיה זו מדברי התוס' דלא כרמ"ה, ראיתי במהרש"ם (משפט שלום רלב, כ). ותמה מהרש"ם, מדוע לא הביא הב"י את דעת התוס' החולקים על הרמ"ה. וכתב

לישב דכיון שיש תרוץ אחר, דמיירי במכת מדינה, שאין לומר שכולם זרעו זרע שאינו ראוי, ולכן יכול המוכר לטעון היה לך לזרוע בזמן הראוי, ממילא אין הכרח לתרוץ השני, ואין להוכיח ממנו דלא כרמ"ה. ועיין לגר"א בעין יצחק, חאהע"ז סח"ז מש"כ בזה.

ומדברי הרמב"ן (בקונטרס דינא דגרמי, ד"ה והמוכר פירות) נראה דלא ס"ל כרמ"ה, ואף בידע המוכר שיש בו מום, אינו אלא כמטעהו, ואינו חייב בהוצאות שהוציא הלוקח, וז"ל הרמב"ן: "והמוכר פירות לחברו ולא צמחו, דקיי"ל כתנא קמא דרשב"ג דאמר אינו משלם אלא דמי זרע ולא דמי הוצאה, היינו טעמא משום שאין זה מזיק ולא גורם היזק אלא הוא גרם על עצמו, וזה אף על פי שמכרו לו אינו אלא כמטעהו. והמשיא את חברו לעשות דבר שאינו הגון לו, אינו בדין שישלם לו. והיינו נמי דאמרינן מאן יש אומרים רשב"ג, ולא אמרינן דהיינו ר' מאיר דדאין דינא דגרמי, ומשמע נמי דרשב"ג דמחייב לאו משום דינא דגרמי, שא"כ נימא בפירקין דרשב"ג דאין דינא דגרמי כר"מ, ואי גרמא בנזקין חשיב לה כתנא קמא ואפילו הכי מחייב, הא אנן אפילו דינא דגרמי לא אשכחן מאן דמחייב בה אלא ר"מ, כל שכן גרמא בנזקין. אלא טעמא דרשב"ג, משום דכל מוכר או אומן כיון שיש לו הנאה, עליו לשמור שלא יפסיד חברו כלום בשלו, אבל במזיק פטור. אי נמי קנסא בעלמא הוא, ומנהג אנשי ירושלים ותקנתן שתקנו בכל כיוצא בה ...". מבואר מהרמב"ן שאף בידע המוכר, שהטעה את הלוקח, אין חיוב מדינא דגרמי, שאינו אלא כמטעהו. ולפ"ז חולק הרמב"ן על הרמ"ה.

גם מדברי הרדב"ז (ח"א סי' קצז) מבואר דמחלוקת ת"ק ורשב"ג אם נותן לו דמי יציאה, הינה אף בידע המוכר, וקיי"ל כת"ק דאינו חייב אלא בדמי מקח. דאם מחלוקתם בלא ידע המוכר, מה טעם המחייב בדמי יציאה, אלא בהכרח מחלוקתם אף בידע המוכר, וקיי"ל שאינו נותן לו דמי הוצאותיו: "... ת"ר, מהו נותן לו, דמי זרע ולא דמי הוצאה, ויש אומרים אף ההוצאה, ופסקו הלכתא כת"ק שאינו נותן לו דמי ההוצאה. וכתב עלה רש"י ז"ל, דמי זרע ולא דמי יציאה, דגרמא בעלמא היא ופטור אף ההוצאה יציאת חרישה ושכר פועלים, ונראה בעיני דקנסא הוא, עד כאן. וא"ת, דילמא התם איירי בשלא היה יודע שאין באותם לזריעה, אבל בנ"ד שהיה יודע שיש בה תערוכת ולא הודיעו, מודה ת"ק שנותן לו אף דמי ההוצאה. הא ליתא כלל, דאי בדלא ידע אם היו ראויים לזריעה, מ"ט דיש אומרים דקניס ליה, הא לא ידע. ואפילו תרצה לפרש דמדינא קאמר, הא ודאי לא מסתבר דלחייב דמי ההוצאה, כיון דלא ידע מאי הוה ליה למיעבד, אלא אפילו בדידע פליגי והלכתא כת"ק. ומ"מ אומר אני שאם הוא רגיל לעשות כן, דקונסים אותו ב"ד כדעת יש אומרים, והכל לפי ראות ב"ד, ובלבד שיהיו מכוונים לשמים כדי שלא ירבה הגזל והחמס". מבואר מהרדב"ז דאף

בידע המוכר מהמום, אין המוכר משלם ללוקח אלא דמי מקח ולא הוצאות שהוציא, אא"כ דעת בי"ד לקנוס מי שרגיל למכור חפצים עם מום, ועיין להלן. ובאמרי בינה (דיינים סי' כא) תמה על הרדב"ז שפסק דלא כרמ"ה והשו"ע שפסק כמותו. והביא האמרי בינה מספר נתיבות המשפט (לרבי חיים אלגזי), דמי שמוכר חפץ ויודע המוכר מהמום, לכ"ע חייב לשלם כל הוצאותיו.

ובהמשך הביא האמרי בינה שם הביא מכמה ראשונים דמשמע מדבריהם דלא כרמ"ה. מדברי הגהות מימוניות (מכירה טז,א) משמע שרק לרשב"ג הסובר שמשלם כל הוצאותיו, מיירי שידע מהמום, ואנן קי"ל כת"ק שמשלם רק דמי המקח. והמעין בהגה"מ שם יראה שהן דברי התוס' ב"ב צב,א הנ"ל. ובאמרי בינה כתב דסברתו כרדב"ז, אך נראה יותר שכתב כתוס' הנ"ל בתרוץ ב, לאחר שגם הביא את תרוץ התוס' דמיירי במכת מדינה, עיי"ש. וכבר לעיל כת' דראיה מתרוץ ב דהתוס' אינה מוכחת כלל, די"ל כתרוץ קמא.

עוד הביא מדברי הראב"ד, על הרמב"ם (מכירה טז,ג): "ולמ"ד שמשלם דמי ההוצאה, אף זה יכול לתבעו הוצאת ההובלה בהולכתה לאותו מקום, וכ"ש שאין זה יכול לומר לו החזר לי ממכרי לכאן". והקשה האמרי בינה, למה לראב"ד לומר דבר שהוא אליבא דמ"ד שמשלם דמי הוצאה (ב"ב צג,ב), יכל לומר שאם ידע המוכר מהמום וכו', שהוא אליבא דכ"ע, גם אליבא דת"ק שפוסקים כמותו שמשלם דמי המקח בלבד, ובידע המוכר במום, מודה שמשלם כל הוצאותיו. אלא בהכרח ס"ל לראב"ד שאפי' ידע המוכר במום, אליבא דת"ק דקי"ל כוותיה, לא ישלם אלא דמי מקח ולא כל הוצאותיו, ולכן כתב דבריו רק אליבא די"א שמשלם כל ההוצאה. וגם ראיה זו לכאורה אינה מוכרחת, דאפשר שהראב"ד נקט כמ"ד המפורש, ולא הביא היכי תימצי שאינה מפורשת בהלכה, בגמ' או ברמב"ם, והעדיף לכתוב כ"א שם.

עוד הביא האמרי בינה ראיה מתש' הרשב"א (ח"ב סי' נג). הרשב"א נשאל בראובן שהשכיר לשמעון בור לאחסן בו חיטים, ואמר המשכיר לשוכר שהבור שלם, ונמצא בבור חור, כך שיצאו משם חלק מהחיטים, וגם מה שנשאר בבור נפסד מחמת אותו חור. והשיב הרשב"א שאין על המשכיר חיוב בנזק מדינא דגרמי: "בעל הבור פטור, דאין זה אלא כגרמא בעלמא בניזקין, שאין דינא דגרמי אלא בנזקין שהוא עושה ממש, כגון מוכר שטר חובו לחבירו וחזר ומחלו, שבדברו נמחל והזיק את הלוקח, וכגון שורף שטרותיו של חבירו וכיוצא בזה. אי נמי שעם גמר מעשיו או דברו בא ההיזק, כגון מראה דינר לשלחני שאומר לו שהוא טוב ונתקבל לזה בפרעונו, דדברו של שלחני, שעם גמר דברו הפסיד זה, אבל כל שבא לאחר גמר דברו או לאחר גמר מעשיו כזה, אין זה דינא דגרמי אלא גרמא בניזקין". ומזה י"ל שהוא הדין

ביודע המוכר במום, שאינו חייב בכל הוצאותיו, שלא עשה המוכר את הנזק, ולא נעשה מיד עם גמר דבורו. אך י"ל דהרשב"א חולק ביסוד דינא דגרמי, וס"ל דאף דברי היזקא לא הוי בכלל דינא דגרמי, ועיין גם בשער המשפט שפ"א. אבל אם פוסקים דכל ברי היזקא הוי גרמי, חייב גם בידע המוכר במום. ולכאורה כל ראיית האמרי בינה דמן הסתם בנידון הרשב"א המשכיר ידע מהמום, אך לכאורה אין הכרח לזה, ואפשר שלא ידע המשכיר מהמום, רק הטענה ששכר בור לחיטין, והיה עליו לדעת ולבדוק שאין בו מום שיכול לגרום נזק.

ומכל האמור, אף שיש שכתבו שדעת הרמ"ה אינה מוסכמת ויש ראשונים החולקים עליו, לכאורה אין זה מוכרח כ"כ לומר שהראשונים הנ"ל חולקים על הרמ"ה. ובפרט שהמחבר בשו"ע פסק כוותיה לדינא, וכן נראה דעת הטור, והרמ"א והנ"כ לא העירו עליו, לכן יש להוציא מהמוכר המוחזק, מה שהוציא הקונה עבור בדיקת המשאית.

ג. שיטת הריצב"א בגרמי

בנדו"ד יש להוסיף ולחייב לפי שיטת הריצב"א, המחייב בגרמי בכל מקום ששכח ורגיל, ומשום קנס. תוס' ב"ב כ"ב, (ד"ה זאת), כתב וז"ל: "ונראה לריצב"א דדינא דגרמי הוי מטעם קנס כדמוכח בירושלמי, ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים, וטעם דקנסו, שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין, והיינו טעמא דמאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר, ואפשר דבשוגג נמי קניס רבי מאיר כי היכי דקניס במטמא ומדמע, אחד שוגג ואחד מזיד". וכדבריו פסק הרמ"א חו"מ שפ"ג, ו"א דבכל גרמא בנזקין, אם הוא דבר שכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס". ועיין בגר"א (חו"מ שפ"י, דדעת הריצב"א דחיוב גרמי אינו אלא מדרבנן, וכן היא דעת הריב"א (ב"ק ע"א, תוס' ד"ה וסבר), ועיין מרדכי ב"ק (ס' קיט), וכן במרדכי שם (ס' קפ) שכתב להדיא שחיוב גרמי הוא מקנס ולא מדינא. המרדכי הוכיח מב"ק ס"א: בעי אמרימר, עשו תקנת נגזל במסור או לא, אליבא דמ"ד לא דיינינן דינא דגרמי לא תבעי לך, דמסירות נמי לא דיינינן, אלא כי תבעי לך אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי, עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל או לא, תיקו. ואם חיוב מוסר הוא מהתורה, הרי הוא כגזול, ולמה לא ישבע הניזק ויטול כגזול. אלא בהכרח מוסר שהוא מגרמי, חיובו מקנס ומדרבנן: "ודינא דגרמי הוי קנסא דרבנן, מדקא מיבעיא לך אי עשו תקנת נגזל במסור לאנשים, ואי מדאורייתא, מה לי גזולן מה לי מסור לאנשים, מסור לאנס נמי גזולן הוא".

ומש"כ דמוכח בירושלמי דגרמי מדין קנס, הוא מדברי הירושלמי שבועות ו', המקרע שטרות חבירו חוץ מדעתו, רבי חנניה ורבי מנא חד אמר חייב, וחד אמר

פטור. מאן דאמר חייב משום קנס, ומאן דאמר פטור, כסותם פי עידי חבריו (משום דלא הוי אלא כסותם פי עד חבריו, שלא יעידו לו אם יכפור בו הלוה, ה"נ כן היא, ולא הוי אלא כגרמא בנזקין בעלמא ופטור - פני משה). ודא ארמלתא דתפשה שטרייא כאינש דצייר פומהון דשהדייא דלא ישהדון (אם תפסה שטרות שאינן עומדין אלא לראיה, ולא הוי תפיסה לגופן, דלא הוי אלא כאדם הסותם מפי עדים שלא יעידו, ועליה להביא ראיה שתפסתן מחיים).

וכך הסיק להלכה מהירושלמי, מהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' תס), שלכן לא יחייבו את בנו של המוסר, כשמת המוסר, דהחויב הוא מקנס ולא מדינא, ולא קנסו בנו של המזיק בגרמי, שהוא קנס. וכך למד הרמב"ן (דינא דגרמי) בדברי הירושלמי, שחויב גרמי אינו מדינא אלא קנס: "וכיון דמאן דמחייב, משום קנס מחייב ליה, שמע מינה דינא דגרמי לאו דינא הוא אלא קנסא, ומשום הכי תנן במתני' נפרצה אומרים לו גדור, נפרצה אומרים לו גדור, כלומר שאלו לא התרינו בו, דילמא שוגג הוא ומיפטר". אולם הרמב"ן שם האריך להוכיח שדינא דגרמי הוא דין ולא קנס, והביא ראיה מב"ק קטז,ב, מדין מוסר, והירושלמי שחייב מקנס, לא ס"ל כר"מ ולא דן דינא דגרמי. ובחידושו לכתובות (לדא) הביא הרמב"ן שתי הדעות, לענין החילוק בין דבר הגורם לממון כממון דמי ודינא דגרמי, דר"מ שדן דינא דגרמי סובר שאין הנזק נעשה בממון עצמו, ואין זה נחשב כממון, כמו בשורף שטרותיו של חבריו, והחויב הוא מדרבנן, או אפי' מהתורה, אך אינו כממון. ונפק"מ אם יגנוב לו שור או שה שאינם שלו אלא רק גורמים לממון (כמו בהמה של קדשים שחייב באחריותה, שאמר הרי עלי עולה, והפריש זו, או בגונב משומר של עכו"ם, שעשאו העכו"ם שומר על בהמתו, וגנב מבית השומר), שלא ישלם תשלומי ארבעה וחמשה: "דמאן דדאין דינא דגרמי, לאו כממון משוי ליה, הואיל ואין גופו ממון אלא מדרבנן בעלמא הוא דדאין דינא דגרמי, א"נ מדאורייתא, מ"מ לאו ממון הוא, והוה אפשר דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי לשלומי עליה תשלומי כפל ותשלומי ד' וה', אלא דקרנא משלם משום דמפסיד ליה". אך בהמשך ציין הרמב"ן לקונטרס דינא דגרמי, ששם התבאר.

גם בעה"ת (שער נא ו,ח) כתב דדינא דגרמי הוא דין ולא קנס, ולכן המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו, ומת המוכר, שחייב בנו לשלם, כיון שדינא דגרמי הוא דין ולא קנס: "וקא מייתו ראיה מירושלמי ... וכל זה בעיני רחוק מן השכל, לפי שאני אומר שהמוכר שמחל ומת בנו חייב לשלם, ואין צריך לומר אם הוא עצמו מחל, אף על פי שהוא יורש ולא קבל מעות, שהוא חייב, שהרי שורף שטרותיו של חברו, פסקנו שאע"פ שאין גוף השטר ממון, כיון שהוא גורם לאבד ממון חברו חייב ...", והביא שכן דעת הראב"י, וכן דעת הרמב"ם (חובל ומזיק ז,י): "וכן ראובן שהיה נושה בשמעון ומכר השטר ללוי, וחזר אחר שמכרו ומחלו לשמעון, הרי נפטר שמעון כמו

שיבתא במקומו, ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה שבשטר, שהרי גרם לו לאבד השטר והרי הוא כמי ששרפו. וכן אם מחלו יורש ראובן, משלם המוחל מן היפה שבנכסיו". ומזה שמשלם היורש מעידית, מוכח שהוא מדינא, עצם החיוב אם היה קנס, היה לפטרו, ובודאי לא היה משלם היורש מעידית. ומזה הוכיח שדעת הרמב"ם שהוא מדינא ולא קנס. וכן מוכח ממה שפסק הרמב"ם בענין מוסר (חובל ומזיק ח, א): "המוסר ממון חבירו ביד אנס, חייב לשלם מן היפה שבנכסיו, ואם מת גובין מיורשיו כשאר כל המזיקין". ממה שגובים מיורשי מוסר, מוכח שאינו קנס, דאם היה קנס, לא קנסו יורשיו. וע"ע שם בגדו"ת. ומוכח שכל הראשונים הנ"ל הסוברים שגרמי חיוב מהדין, לא ס"ל כריצב"א. וע"ע בתה"ד (סי' שטו).

אולם הש"ך שפוא כתב באריכות להוכיח שדינא דגרמי הוא קנס דרבנן, ולא דין דאורייתא כשיטת הרמב"ן, והביא שכן דעת רבים מהראשונים, הריצב"א (הנ"ל), המרדכי (הנ"ל), הסמ"ג, האגודה (פ"ב דב"ב), תש' מימוניות (נזיקין סי' ד), ה"ר יקר בן ה"ר שמואל הלוי, מובא בתש' הרא"ש (קא, א), וכן בש"ג בב"ק בכמה מקומות, ובתוס' ובפסקי התוס', והנימוק"י ריש ב"ק, דמוסר ומפגל מאבות נזיקין לשלם ממיטב, ודוקא במזיד אבל בשוגג פטורין. ולכן אין לומר שהפוסקים שהוא מקנס דרבנן, הם מיעוט, ורק יכול לומר קים לי כמותם כמש"כ מהריב"ל. ועיי"ש בש"ך שכתב והאריך לבאר כדעת הראשונים שגרמי הוא קנס מדרבנן, ולישב הסוגיות. ועיין עוד בש"ך שפוא, כד, וכן בש"ך סו, קד, עיי"ש. ועיין בקצוה"ח שפוא, מה שהקשה על ראיות הש"ך.

ובמנחת יצחק (ח"ד סי' קד) דן במי שנתן לחבירו עצה מוטעת במכירת בית, והיתה כוונת נתן העצה להטעותו (השאלה לא הובאה במנחת"י, אבל מהתשובה יש ללמוד), וכתב המנח"י לחייבו מדינא דגרמי ואליבא דהריצב"א: "אבל ברור דאם היה כוונת ראובן להטעותו, אין לך אונאה גדולה מזו. וביותר אם היה יודע שעל סמך זה הלך הנ"ל ומכר את ביתו, אשר מזה החיה ונתן טרף לטפלים אשר תלוי ביה, ועי' בכה"ג בתשו' מהרי"ט (חלק ב' חו"מ סי' ס"ט), ואף אם לא הוי רק גרמא בנזקין, דלא גרע מיעץ לו עצה רעה, דאיתא ברמ"א (חו"מ שפוא, ג), דהוי עכ"פ גרמא, א"כ אף אם פטור מדיני אדם, חייב דיני שמים, וכמבואר (בחו"מ סי' שפוא), ומבואר שם ברמ"א, דשמתנין ליה עד דמסלק היזקא, וי"א דאם הוא דבר שכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס, וכמו שהביא כ"ת, וכמו שהסביר בערוך השלחן (שם סעי' כ), דכיון דראו חכו"ל לקנוס במילי דשכיחא, ולסימן זה קראו גרמי, ולכן בכל גרמא ג"כ, אם לפי ראות עיני ביי"ד, נעשה שכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס. ואפשר גם לדיעה דגרמי דינא הוא ולא קנסא, מ"מ הרי אנו רואין בהיזק שאינו ניכר, דקנסי רבנן כדי שלא יהא רגיל לעשות כן להזיק לחבירו, א"כ אם לפי ראות, רגילין אנשי רשע להזיק בגרמא, למה לא יקנסו אותם, וכבר נתבאר (בסי' ב) דאם רואין איזה

פירצה, ביכלתם להעניש, עיין שם, א"כ הכל תלוי בראות עיני הב"ד". ולפ"ז אף בנדו"ד אפשר לצרף דעת ריצב"א, כיון שיש רגילות לא לספר מומים, ושולחים את הקונה למכון לבדיקה, שמא ואולי לא ימצאו את המומין, ושמא אולי אחרי שטורח כ"כ הרבה ירצה לקנות, ונגרם לקונה נזק כספי בעלות הבדיקה, ולכן גם מטעם זה יש לחייבו.

לאור האמור לעיל, אם המוכר ידע מהמומים ולא סיפר לקונה, עבר בלא תונו איש את עמיתו, באונאת דברים, אף שלא יצא המקח מהכח אל הפועל. כמו כן יש לחייב את המוכר בהוצאות שהוציא הקונה לצורך בדיקה, שידע המוכר במומים ולא סיפר לקונה.

סימן ב

מצא כרטיס אשראי ומצא שיק

ראשי פרקים

א. החזרת שטר שאינו שוה פרוטה

ב. שוה פרוטה לבעלים, ואינו ש"פ למוצא

ג. פחות משוה פרוטה אם הוא של המוצא

ד. שטר שאבד, למי יחזיר

ה. מחלוקת הראשונים בהחזירו שלא כדין אם גובה בו

במי שמצא כרטיס אשראי במכשיר כספומט. על הכרטיס יש שם, אבל אינו יודע מי הוא, ויש רבים בשם זה, וחברת האשראי אינה עונה אלא לאחר הקלדת מספר ת"ז של בעל הכרטיס. והשבתי לו לגזור את הכרטיס. בכך לא יגרם נזק לבעל הכרטיס, כיון שהכרטיס עצמו אין גופו ממון ואינו שוה פרוטה, ורק החשש שמהשימוש בו ע"י אחר, עלול להגרם נזק לבעל הכרטיס, וכשגזור הכרטיס כבר לא יכול להגרם נזק לבעל הכרטיס. וגם מסתבר שמיד שיוודע לו יבטל את הכרטיס, ובכך לא יגרם לו עגמת נפש. דאף שיש על הכרטיס מספר סניף ומספר חשבון, ויכול להחזיר דרך הסניף, לענ"ד אין בזה צורך ומספיק שגזור הכרטיס. ושאל, אם מקיים בזה מצות השבת אבידה.

עוד נשאלתי, במי שמצא שיק סחיר שנכתב לפקודת פלוני. בגב השיק לא נמצאה חתימה. והשיק נמצא בסמוך לבנין שבו מתגורר אדם עם שם זהה לשם שנכתב השיק לפקודתו. האם על המוצא להחזיר לאותו אדם, אם יאמר שממנו נפל שיק ויאמר מי בעל החשבון או סימן אחר, או שיחזיר לבעל החשבון, שאפשר שבעל החשבון בא ליתן את השיק לאותו אחד, וממנו נפל קודם שנתן. השואל פנה הן לבעל החשבון והן לשכן עם השם הזהה. בעל החשבון ענה שיחזיר לו את השיק, מפני שלא נתן שיק לאדם המוטב בשיק. השואל פנה גם לאותו שכן, והלה ענה שלא זוכר שקיבל שיק מבעל החשבון, וכנראה אחר שקיבל את השיק, העביר לו את השיק ורשם לפקודתו. וכשנשאל, אולי אותו מקבל שיק, הוא עצמו איבד את השיק, השיב שלא מסתבר אבל יתכן.

א. החזרת שטר שאינו שוה פרוטה

כל דבר שאינו שוה פרוטה, התמעט מחיוב השבה. ולכאורה גם כרטיס אשראי וגם שיק אין גופם ממון. כרטיס אשראי, גם לבעלים לא בהכרח מהוה גופו דבר בעל

שווי, רק חושש שמא יפול בידים של רמאים שיעשו בו שימוש, ואם ביטל בחברת האשראי ויקבל כרטיס אחר, לכאורה לא נגרם לו נזק של ממש, למעט הטרחה ועגמת נפש. בעוד שיק, אם הוא המוטב, יתכן ולא יוכל לקבל את כספו, כך שאף אם גופו אינו ממון, הוא גורם לממון, במידה ונותן השיק לא יסכים ליתן למקבלו שיק אחר. כל זה אם נפל מהמקבל. ואם נפל מבעל החשבון, הרי שעלול להגרם לו נזק בשימוש של רמאי שימצא את השיק, אבל בהיכי תמצוי שיבטל את השיק, למעט עגמת נפש ועמלת הביטול, לא נגרם לו נזק. והשאלה היכן מצאנו חיוב להשיב אבידה בכה"ג של כרטיס אשראי ושיק שאין גופם ממון, ולכאורה התמעטו ממצות השבת אבידה, כדין כל אבידה שאינה שוה פרוטה, כדאיתא בב"מ כז,א: תנו רבנן, אשר תאבד, פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה, רבי יהודה אומר ומצאתה, פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה. וכן פסק הרמב"ם (גו"א יא,יב): "אבידה שאין בה שוה פרוטה, אינו חייב להטפל בה ולא להחזירה", וכן פסק בשו"ע חו"מ רנט,ב ורסב,א. ואף ששטר הוא גורם לממון, ונחלקו ר"ש וחכמים אם דבר הגורם לממון כממון, (בכ"מ בש"ס, עיין ב"ק עא,ב), אך קי"ל כחכמים שדבר הגורם לממון אינו כממון.

ונראה דחזרת כל דבר, אפי' אינו שוה פרוטה, אם מונע נזק מהבעלים, נלמד מאבידת קרקע, שחייב להציל חברו מנזק, כדאיתא בב"מ לא,א: ראה מים ששוטפין ובאין, הרי זה גודר בפניהם. אמר רבא, לכל אבידת אחיך לרבות אבידת קרקע. אמר ליה רב חנניא לרבא, תניא דמסייע לך, ראה מים ששוטפין ובאין, הרי זה גודר בפניהם. אמר ליה אי משום הא לא תסייעי, הכא במאי עסקינן בדאיכא עומרין. אי דאיכא עומרין מאי למימרא, לא צריכא דאית בה עומרין דצריכי לארעא, מהו דתימא כיון דצריכי לארעא כי גופה דארעא דמיין, קא משמע לן. וכן פסק הרמב"ם (גו"א יא,כ): "הרואה מים שוטפין ובאין להשחית בנין חבירו או להשחית שדהו, חייב לגדור בפניהם ולמנעם, שנא' (דברים כב,ג) לכל אבדת אחיך, לרבות אבדת קרקעו". וכן פסק בשו"ע חו"מ רנט,ט. וממהלך הגמ' נראה, דמה שכתבה הגמ' רואה מים ששוטפין ובאים הרי זה גודר בפניהם, אינו מדין השבת אבידה ולא נלמד מהפסוק שיש חיוב להציל, ואף אם אפשר ללמוד ולסמוך על דין השבת אבידה, אינו ככל השבת אבידה. ובא רבא ללמדינו שכמו שאבידת קרקע חייב להשיב, אף שאינו משיב גופו לבעלים אלא מונע מנזק, ונלמד מהפסוק לכל אבידת אחיך, הרי זה בכלל אבידה שציוה התורה להשיב, דהצלת הבעלים מנזק הוא בכלל המצוה של השבת אבידה, וזה בא רבא ללמד מעבר למימרא דגמ'. ורק כשרב חנינא רצה לומר שמימרת הגמ' היא מדין השבת אבידה, דחה רבא, דאף שנלמד הצלת נזק מאבידה, מי אמר שדין השבת אבידה והצלת נזק הוא גם בקרקע גופה, דאפשר שהוא רק בדבר שהוא בר השבה כמטלטלין, וזה חידוש רבא שחייב להציל גם מנזק שבגופה דקרקע. ועיי"ש בריטב"א

דאף שדחה רבא דמהא אין לסייע, מ"מ קושטא דמילתא דאפי' באבידת קרקע ממש חייב להחזיר.

ומזה למדו האחרונים דיש איסור להזיק לחבירו, שאם חייבה התורה בלאו ובעשה (עיין להלן) להציל חבירו מנזק, בראה מים ששוטפים ובאים לקרקע חבירו, קל וחומר שאסור להזיק בידים. כן מצאנו ברש"ש (כתובות יח, ב): "ואפי' גרמא בניזקין דפטור, ג"כ הוי איסורא (ב"ב דף כב). והא מחוייב להשיב אבידתו ולהצילו מנזק דממילא, כ"ש שלא יגרום לו היזק". וכן נמצא בחלקת יואב (חחו"מ סי' כ), לענין היזק שאינו ניכר, שהמזיק עבר על איסור דרבנן (למש"כ רש"י גיטין נג, א ד"ה שוגגין), ואף שלכאורה מחויב למנוע אפי' נזק, וכמו שלמדנו בהשבת אבידה, וא"כ בהיזק שאינו ניכר אם הזיק, לא גרע מלא הציל ממון חבירו שעובר בלאו, מ"מ כיון שאין מזיק גוף הממון, שאינו ניכר בגופו, לא חייבה התורה בזה, כמו שלא חייבה בהשבת אבידה בדבר שאין גופו ממון, ורק מדרבנן חייב להחזיר. והביא מהגאון מקוטנא בספרו ישועות ישראל (סי' כח) שיש איסור מהתורה להזיק בהיזק שאינו ניכר. וכן כתב בקהילות יעקב (ב"ק סי' א).

ולכאורה היה נראה לומר דחיוב השבת שיק או כרטיס אשראי, הוא מחיוב השבת אבידה דומיא דאבידת קרקע, שחייב למנוע מחבירו נזק. וכך גם בכרטיס אשראי או שיק, חייב למנוע מחבירו שלא יהיה ניזוק ממציאת הכרטיס אשראי והשיק ע"י אינשי דלא מעלי. ואף שלכאורה אינו דומה ממש למים ששוטפין ובאין לחצר חבירו, דכאן הוא חשש עתידי ולא ברור, מ"מ כיון שמצוי ביותר שימצאו אנשים לא ישרים, הרי שבלקחת הכרטיס וקריעתו, מציל חבירו מנזק. וא"כ לכאורה כדי למנוע מהם הנזק, מספיק יהיה אם יקח את השיק ויקרע אותו, ובכך למנוע מחבירו נזק, כך שאם בא הכרטיס אשראי לידו, יקרע אותו, ובכך ימנע נזק מחבירו.

ודבר זה נמצא בבית יצחק (אבעה"ז ח"א סי' פז, ז). הבית יצחק לומד שיש חיוב השבה בשטרות, אף שאין גופן ממון, מדין הצלת ממון חבירו מדין אבידת קרקע: "הנה כתבתי בחידושי לסוגיא, דמצא שט"ח דחייב בהשבת אבידה בשטרות אף שאין גופן ממון, דכמו דחייב בהשבת אבידה בקרקע, כדדרשינן בב"מ לא, א לכל אבידת אחיך לרבות אבידת קרקע, וכן אמרינן בגיטין מה, א בעבד דשלח להו, כן תעשה לכל אבידת אחיך ... ולפ"ז בשטרות שייך השבת אבידה, וכמבואר בב"מ במצא תכריך של שטרות ובסי' סה. ובכ"ז אם אין הנייר גופיה שוה פרוטה, י"ל כיון דממעטין דבר שאין בו שוה פרוטה מהשבה, א"כ אין חייב להחזיר. אך כיון שהשטר שוה פרוטה למכור בשביל החוב, שוב הוה דבר השוה פרוטה וחייב בהשבה. ועיין בקצה"ח סה, ונתיבות שם, וזה ברור כדמשמע בש"ס. ולפי"ז נייר שאין בו שוה

פרוטה ואין ראוי למכור, כגון רייזעפאס, אינו חייב בהשבה". מבואר דדין השבת אבידה בשטרות שאין גופן ממון, נלמד מאבידת קרקע, וככל שאינו שוה פרוטה, אינו בכלל חיוב השבה כלל, ומ"מ לכאורה בכרטיס אשראי כיון שיגרם נזק, דמי לאבידת קרקע שחייב להציל ולקרוע הכרטיס, אך אינו חייב בהשבה ליד הבעלים.

והגרא"ז (אבהא"ז גו"א יא, ב), על דברי הרמב"ם, ע"פ הגמ' הנ"ל, שאם רואה מים שבאים להשחית קרקע חבירו, חייב לגדור בפניהם ולמנעם, הקשה הגרא"ז מה באמת הסברא מלכתחילה שאבידת קרקע לא יהיה חייב להציל. וכתב, דקרקע שהיא תמיד ברשות הבעלים, לכאורה מעולם לא יצאה מרשותם, ולא דמי לאבידה. ולכן גם תלוש ולבסוף חברו, כיון דסו"ס היא ברשות הבעלים, אינו דומה למטלטלין שיצאו מרשות הבעלים. והנפק"מ, שאם אבידת קרקע בכלל אבידה, הרי שהחיוב להציל הוא בחינם, כמו באבידה, אולם אם החיוב להציל הוא חיוב אחר ואינו בכלל אבידה, יכול להציל בשכר, כמו בטעינה, שלא כבפריקה: "ולפי האמת דאבדת קרקע נמי חשוב אבדה, וחזינן דקלקול נמי חשוב אבדה, צריך ע"כ לומר דטעינה לא חשוב כ"כ חסרון כיס משום דהא דבטיל משוקיה זהו רק מניעת ריוח, ומה דאמר דאיכא גנבי ושללי מה דאיתא בהדיה, אפשר דהוא רק חשש ולא ודאי אבוד, והיכי דאיכא גזלנים ובודאי יקחו, באמת דמי לאבדה". למדנו מדברי הגרא"ז, דאבידת קרקע הוי ודאי הפסד, ולכן הוי כאבידה, וטעינה לא חשוב הפסד אלא מניעת ריוח, אולם אם החשש מגנבים הוא חשש ממשי, הרי זה כאבידה שיש בה הפסד, וחייב לטעון בחינם. לפ"ז גם אם מוצא כרטיס אשראי, אם שכיחי גנבים, ולענ"ד שכיחי, הרי זה כאבידה, שמצילו מהפסד, וחייב להצילו בחינם, משא"כ אם לא שכיחי גנבים, כשכל הנזק שיגרם הוא חשש גניבה, שימשכו מהכרטיס ויבצעו קניות, החיוב הוא דומיא דטעינה, ויכול לבקש שכר על ההשבה.

ויש להסתפק אם בכלל אחר שכבר הגביה את כרטיס האשראי או השיק, יש חיוב להחזירם לבעלים, או רק לקרוע ואין כל חיוב להשיב לבעלים, האם החיוב להציל מנזק קרקע שנלמד מלכל אבידת אחיך, מכליל את הצלת הנזק בהשבת אבידה לכל דיניה, או שזה לימוד מיוחד ונפרד, שחייב להציל חבירו מנזק. המנ"ח (מצוה תקלט) הסתפק אם באבידת קרקע עובר רק בלא תוכל להתעלם, או שיש גם מצות עשה של לכל אבידת אחיך. דבתורה (דברים כב, א-ג) סדר הפסוקים הוא: לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם, השב תשיבם לאחיך. ואם לא קרוב אחיך אליך ולא ידעתו, ואספתו אל תוך ביתך והיה עמך עד דרש אחיך אתו והשבתו לו. וכן תעשה לחמרו, וכן תעשה לשמלתו, וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה, לא תוכל להתעלם. ובפשטות לכל אבידת אחיך קאי רק על לא תוכל להתעלם, ואם התעלם מלהציל אבידת קרקע, עבר על לא תוכל להתעלם, דעל זה

קאי הפסוק. או שעובר גם על העשה של השב תשיבם, שהוא ריש הפרשה. וז"ל המנ"ח: "ואע"פ שבתורה נפרט אבידות בהמות ומטלטלים, מ"מ מרבינן אבידת קרקע גם כן, כגון אם ראה מים שוטפים בתוך שדה חבירו חייב להציל, דכתיב לכל אבידת אחיך לרבות אבידת קרקע. ואפשר אינו עובר רק בלאו דלא תוכל וכו', ולא בעשה דלכל אבידת וכו'. ואפשר כיון דכתיב וכן תעשה וכו', קאי אדלעיל דעובר על העשה ג"כ, כן נראה". ולפ"ז אבידת קרקע נכללה ממש במצות השבת אבידה, ואין השבת אבידה דוקא במטלטלין וכיוצ"ב, אלא יש עליו חיוב להציל חבירו מהפסד. ועיין בבית יצחק (אבהע"ז ח"א סי' פז), שהוכיח דעובר גם בעשה. וכן כתב בגדולי שמואל (ב"מ ל, א ד"ה פשיטא), דאבידת קרקע איתרבי אף בעשה דהשבה כשאר אבידה, ואף דלא שייך נטילה בקרקע. דהיכא ששייך נטילה בהצלת הפסד, וכגון בשטרות, התרבו מאבידת קרקע שצריך להשיב האבידה לבעלים. ועדיין י"ל, שאף שחיוב להציל מנזק בכלל השבת אבידה, לכל אבידה יש את האופנים שלה, ובהצלה מנזק, אף שנכלל בהשבת אבידה, ואם לא יציל יעבור בלאו ועשה, אינו חייב להשיב לבעלים אלא להציל מנזק, וככל שהציל מנזק, קיים המצוה. ולכן בנזק כרטיס האשראי, אם יקרע את הכרטיס, כך שלא יגרם למאבד נזק, קיים המצוה של השבת אבידה, דמצוה זו מהותה בכגון אלו, בפעולה שעושה למניעת נזק מהבעלים.

והנה מה שלכאורה יש לחדש חיוב השבת אבידה בשטר, מדין אבידת קרקע, נמצא למבי"ט (קריית ספר גו"א פ"ח) דחיוב השבה של שטר שאבד, הוא רק מדרבנן, כיון שאין כאן נזק ודאי ויתכן שכלל לא יגרם נזק, ולא דמי לאבידת קרקע, שאם לא ימנע מהמים לבוא לשדה חבירו הנזק ודאי, משא"כ בשטר, יכול להיות שהלוה יפרע לו תמורת שובר, וא"כ אין נזק ודאי, וז"ל המבי"ט: "נראה דהשבת שטרי מציאה לבעלים הוי מדרבנן, כיון דלא הוי גופן ממון בפרטי דאבדה שור שה שלמה, דהא אפילו קרקע דגופו ממון מרבינן ליה מכל אבדת אחיך כדאמר' לעיל, ואינה נקראת אבדה כיון שאפשר שיפרעו לו החוב ויכתבו שובר, דלראיה בלחוד הוא דקיימי, ובגט ובענין קידושין סמכינן אסימנין דאורייתא או אטביעות עין, כדאמרינן בהלכות גירושין פרק שלישי. וממה שכתב הרב ז"ל סוף הפרק, שהשטרות שדינם שלא יחזיר אם החזיר הם כשרים, נראה גם כן שאין החזרת שטרות מן התורה כדאמרינן". מבואר דלא מרבינן מאבידת קרקע לחייב המוצא להחזיר ולמנוע נזק, דוקא בנזק ודאי, לא כשיתכן ולא יגרם נזק, ורק מדרבנן חייב להחזיר. והראיה שהביא מדברי הרמב"ם (גו"א יח, ד): "כל השטרות הנמצאות שדינן שלא יחזיר, אם החזיר הרי אלו כשרים וגובין בהן, ואין מוציאין אותן מתחת יד בעליהן, והרי הם בחזקתן ואין חוששין להם". נראה כוונתו, שאם החזיר כשרים, לכאורה מדוע לא יחזיר, הרי יש מצוה מהתורה להחזיר, ובשלמא אם היו פסולים כשהחזיר, אינו צריך להחזיר, דנפסלו בנפילה,

אבל אם הם כשרים כשהחזיר, מדוע לא יקיים מצות התורה ויחזיר, ואיך יכלו חכמים להפקיע ממנו מצוה דאורייתא. ומזה הוכיח שמצות החזרת שטר הינה רק מדרבנן, כיון שאין גופן ממון, וגם אין הכרח שיגרם נזק, והם אמרו והם אמרו, אמרו מצוה להחזיר ולהשיב אבידה, ואמרו לפעמים שאין מצוה ושלא יחזיר. אמנם עיין לגר"י בלאזער (פרי יצחק ח"ב סה"ו) שכתב דגם שטרות מחויב בהשבה מהתורה, ושכן משמע מסתימת הפוסקים שלא הזכירו דין זה לפטור שטרות מהשבת אבידה.

ב. שוה פרוטה לבעלים, ואינו ש"פ למוצא

ולכאורה בשטרות וכרטיס אשראי, למוצא ודאי אינו שוה פרוטה, שהפלסטיק אינו שוה לו כלום, אך למאבד הוא לכאורה שוה כמה פרוטות, שלא צריך לקבל ולטרוח בהשגת פלסטיק חדש, ולא צריך לטרוח בביטול השיק ובלקחת שיק חדש מהבעלים. דשיק עצמו יש לו לעיתים עלות של פרוטה, עמלה לבנק, וזה רק ביחס לבעלים ולא למוצא. והשאלה אם באבידה צריך שוה פרוטה גם למוצא וגם למאבד.

וסברתי דלכאורה השאלה היא גמ' מפורשת. דאיתא בב"מ כז"א: תנו רבנן, אשר תאבד (שתהא קרויה אבידה - רש"י), פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה. רבי יהודה אומר, ומצאתה (שתהא קרויה מציאה) פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה, מאי בינייהו. אמר אביי משמעות דורשין איכא בינייהו, מר נפקא ליה מאשר תאבד, ומר נפקא ליה מומצאתה ... רבא אמר, פרוטה שהוזלה איכא בינייהו (דבשעת אבידה שוה פרוטה, ובשעת מציאה הוזלה), מאן דאמר מאשר תאבד איכא, ומאן דאמר מומצאתה ליכא. ולמאן דאמר אשר תאבד, הא בעינן ומצאתה וליכא. אלא פרוטה שהוקרה איכא בינייהו, מאן דאמר ומצאתה איכא, ומאן דאמר אשר תאבד ליכא. ולמאן דאמר ומצאתה, הא בעינן אשר תאבד וליכא. אלא פרוטה שהוקרה והוזלה וחזרה והוקרה איכא בינייהו, מאן דאמר אשר תאבד איכא, ומאן דאמר ומצאתה, בעינן דאית בה שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה.

ולכאורה היה נראה דנפק"מ בין ת"ק לרבי יהודה, לשיטת רבא, דלאביי רק משמעות דורשין איכא בינייהו, לת"ק שלומד דין שוה פרוטה מאשר תאבד, אם דין פרוטה נאמר על המאבד, הבעלים, שלהם שוה החפץ פרוטה, ואם אינו שוה לבעלים פרוטה, אינו בכלל אשר תאבד, אף שלמוצא שוה פרוטה, דדין פרוטה תלוי באשר תאבד, והוא גם זמן האבידה וגם מי שאיבד את החפץ. ולרבי יהודה שלומד מומצאתה, אף אם למאבד אינו שוה פרוטה, אם למוצא שוה פרוטה, חייב בהשבה, דהכל תלוי בשעת מציאה ובמוצא האבידה, ולכן דין פרוטה תלוי בהם. ואין להקשות דא"כ מדוע הגמ' הביאה נפק"מ רק לענין זמן האבידה או המציאה, ולא נפק"מ בגוף המאבד או

המוצא, דרבא הביא רק נפק"מ אחת, ולא כן רוכלא. אמנם מקושת הגמ' על דברי רבא והדחיה, יש ללמוד דבעינן שתהיה האבידה שוה פרוטה הן למאבד והן למוצא, דומיא דשוה פרוטה הן בזמן האבידה והן בזמן המציאה.

ואף לשיטת הרמב"ם, שאם הוזלה לאחר המציאה, ובשעת המציאה שוה פרוטה, חייב להכריז, דהכל תלוי בשעת המציאה, מ"מ בשעת האבידה גם צריכה להיות שוה פרוטה, אלא שאם הוזלה אח"כ, מ"מ חייב להחזיר, שכבר התחייב בהיותה שוה פרוטה בשעת אבידה ומציאה. וז"ל הרמב"ם (גו"א יג,א): "המוצא אבדה שהוא חייב להחזירה, חייב להכריז עליה ... אפילו היתה שוה פרוטה בעת המציאה והוזלה, חייב להכריז עליה ...". אולם ברב המגיד שם ביאר בדעת הרמב"ם, דהכל תלוי בשעת המציאה, וז"ל: "דעת הרב ז"ל, דאע"ג דאסקינן בגמרא דבעינן שתהא שוה פרוטה בשעת אבדה ובשעת מציאה לכ"ע, כיון דשוה בשעת מציאה פרוטה, חייב בכך, והכי משמע התם באלו מציאות (דף כ"ו).". ומהרריה שהביא המגיד לרמב"ם, נמצאנו למדים שצריכה להיות שוה פרוטה הן למאבד והן למוצא. דאיתא בגמ' (ב"מ כו,ב): אמר רבא, האי דאמרת בשלשה אינו חייב להחזיר, לא אמרן אלא דלית ביה שוה פרוטה לכל חד וחד, אבל אית ביה שוה פרוטה לכל חד וחד חייב להחזיר, מאי טעמא אימור שותפי ניהו ולא מיאשו. איכא דאמרי, אמר רבא, אף על גב דלית ביה אלא שוה שתי פרוטות חייב להחזיר, מאי טעמא, אימור שותפי ניהו, וחד מנייהו אחולי אחליה למנתיא גבי חבריה. ולכאורה בנדון הגמ' שם, שעת אבידה ושעת מציאה היא אותה שעה, דהגמ' מיירי בראה סלע שנפלה משלשה וכו'. אלא מוכח שצריך להיות שוה פרוטה בשעת אבידה ושעת מציאה, ואין לנו נפק"מ אם אח"כ הוזלה, והכל תלוי בשעת האבידה ושעת המציאה, ששם היא אותה שעה. ומזה י"ל דכוונת המגיד לפרש בדברי הרמב"ם שהכל תלוי בשעת אבידה ומציאה, ולא בשעה שאחרי המציאה, אם הוזלה, כמשמעות פשט דברי הרמב"ם, ואין בהם סתירה לדברי הגמ' כזו, א בדברי רבא שם. ועיין בכס"מ שם שהקשה על המגיד, שפירש דברי הרמב"ם נגד מסקנת הגמ'. וכן הקשה בספרו ב"י, ונשאר בצ"ע. אולם אפשר דכוונת המגיד כמש"כ לעיל, מכח הראיה שהביא מ"מ כו,ב, דמוכח דעדיין הכל תלוי גם בשעת אבידה וגם בשעת מציאה, וכוונת המגיד לפשטות דברי הרמב"ם, דלא אכפת לנו ממה שהוזלה אח"כ, דבראה סלע שנפלה, ודאי הכונה לפרוטה או ב או ג פרוטות, לפי שעת המציאה והאבידה, דכך היא משמעות הגמ' שם. ולכן בלח"מ כתב על דברי הכס"מ: "ולא ידעתי למה כתב כן". מפני שפירש את דברי המגיד, באופן שאינו סותר למסקנת הגמ' כזו, א, דבעינן שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה. ומהסוגיא כו,ב נמצאנו למדים שצריכה האבידה להיות שוה פרוטה הן לבעלים והן למוצא, ולכן אף שהיא שוה פרוטה למוצא, צריכה להיות שוה פרוטה לכ"א מהשותפים.

וכנ"ל, בב"י נשאר בצ"ע על המגיד בבאור דעת הרמב"ם. ובטור חו"מ רסב, א פסק: "כל אבידה שאינה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת השבה, אינו חייב בה", ולכאורה אינו כמסקנת הגמ', דבגמ' מבואר דבעינן בשעת אבידה ובשעת מציאה, ואין נפק"מ כלל בשעת השבה. וצ"ל, דס"ל לטור דשעת השבה היינו שעת המציאה, שאז נתחייב בהשבה. אלא שראיתי אח"כ בב"ח שפירש באופן שונה. דבב"י רסב, א כתב דמקור דברי הטור ממסקנת הגמ' כז, א. ואם מפרש ששעת מציאה היינו שעת השבה, ודאי שיש מחלוקת ראשונים, דהרמב"ם ס"ל דחייב להשיב אף אם הוזלה לאחר המציאה. דמשמעות לשון הגמ' דבעינן שוה פרוטה משעת אבידה ועד שעת מציאה. ועיי"ש גם ברא"ש ב"מ ב, יב. ולכאורה מהיכן נקט הטור דבעינן שוה פרוטה בשעת השבה.

ובדרכ"מ שם (רסב, א) כתב דכדעת הטור, כן הם דברי הרמב"ם אף לפירוש המגיד: "נראה פירוש, דאע"ג דלא היה שוה פרוטה בשעת הכרזה, מאחר שהיה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה, חייב להשיב. וכן נראין דברי המגיד משנה פיי"ג מהלכות גזילה. ובית יוסף לא הבין דברי הרמב"ם בדרך זה, והניחו בצריך עיון". הרי דלמד בדעת המגיד והרמב"ם, דהכל תלוי בשעת אבידה ובשעת מציאה, ואף אם הוזלה אח"כ, חייב להשיב, אם היתה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה. עוד נמצאנו למדים מהדרכ"מ, שפירש דברי הטור "שעת השבה" היינו שעת מציאה, שהוא הזמן שהתחייב בהשבה. כך צריך לבאר את דברי הטור באופן שלא יסתור למסקנת הגמ' כז, א, דהכל תלוי בשעת אבידה ובשעת מציאה, ולא בשעת השבה.

ובב"ח (רסב, ב) כתב בבאור דברי המגיד, דברור ופשוט שאף לרמב"ם והמגיד, הכל תלוי בשעת אבידה ובשעת מציאה, ואם שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה, חייב להשיב. ואף לרמב"ם והמגיד, אם לא היתה שוה פרוטה בשעת אבדה, אינו חייב להחזיר כיון שלא נאבד מהבעלים ממון, אף שחזרה והוקרה: "וזאת היא דעת הרב המגיד שכתב דאע"ג וכו', כלומר דאע"ג דלכולי עלמא בעינן שתהא שוה פרוטה בשעת אבדה ובשעת מציאה, אפילו הכי כיון ששוה בשעת מציאה פרוטה, חייב בכך להכריז עליה, אף על גב דהוזלה ולא חזרה והוקרה מקמי הכרזה, דאין לנו אלא שתהא שוה פרוטה בשעת אבדה ובשעת מציאה, אף על גב דהוזלה בתר הכי". אלא שבהמשך דבריו כתב הב"ח, דמש"כ הטור דבעינן שתהיה שוה פרוטה בשעת השבה, חולק על הרמב"ם הסובר שהכל תלוי בשעת מציאה, ואף אם הוזלה עד להשבה, חייב להשיב. וכתב לבאר בדעת הרמב"ם, דשעת מציאה היא שעת השבה, ואף לרמב"ם אם אינה שוה בשעת השבה פרוטה, אינו חייב להשיב, רק ס"ל לרמב"ם דאף שאינו חייב להשיב, מ"מ חייב להכריז, שמא תתיקר אח"כ. ובוה רצה לבאר ע"פ דברי הגמ' ב"מ נה, א: המוצא אבידה שוה פרוטה, חייב להכריז ואף על גב

דזל. ופרש"י שם: אף על גב דזל בין מציאה להכרזה. והיינו דחייב להכריז, ואינו חייב להשיב. ולכאורה משמעות הגמ' היא להכריז ולהשיב, ולא כפירוש הב"ח שצריך רק להכריז ולא להשיב, שמא תתיקור. גם לכאורה צריך להבין איך לישב לשון הרמב"ם להסבר הב"ח. ובשו"ע חו"מ רסב, א פסק דהכל תלוי בשעת אבידה ובשעת מציאה, ואין נפק"מ במה שהוזלה בין אבידה למציאה, או הוזלה לאחר המציאה. ולפ"ז בנדר"ד אפשר דבעינן לא רק לענין הזמנים, אלא גם לענין הגברא – המאבד והמוצא, שזה פרוטה הן למאבד והן למוצא, דנלמד מאשר תאבד וממצאתה.

והגרא"ז (אבן האזל גו"א יג,א), לאחר שביאר מהלך דברי הנו"כ, המגיד, הכס"מ והלח"מ, דכוונת המגיד אכן שהכל תלוי בשעת אבידה ובשעת מציאה, וכמו שנתבאר לעיל, כתב להקשות על הרמב"ם, מדוע לא הביא להדיא שתלוי גם בשעת אבידה. כמו כן הרמב"ם לא הזכיר את הדרשה שממנה נלמד הדין של שוה פרוטה – אשר תאבד ממנו ומצאתה. ולכן כתב לבאר דהרמב"ם ס"ל דהעיקר כסוגיא בב"מ נה,א; המוצא אבידה שוה פרוטה, חייב להכריז, ואף על גב דזל, שהיא על דברי המשנה שם שאבידה שוה פרוטה, וממנה למד הרמב"ם דין שוה פרוטה באבידה, ולא מאשר תאבד ממנו ומצאתה, ולכן לא הביא את הדרשה של אשר תאבד ממנו ומצאתה, וכן ס"ל לרמב"ם שהכל תלוי בשעת מציאה, כמשמעות הגמ' ב"מ נה,א: "והנראה דבאמת הרמב"ם השמיט הסוגיא בכונה, משום דבמתני' לקמן נה,א קתני להדיא המוצא אבדה שהיא שו"פ חייב להכריז, ולא הצריך כלל שיהיה שוה בשעת אבדה אלא בשעת בשעת מציאה לחוד. וכאשר נעיין נראה שהרמב"ם השמיט לגמרי הדרשא על אבדה שאין בה שו"פ, מה שאין זה דרך הרמב"ם שדרכו לכתוב גם מקור הדרשא מה שנלמד מקרא להדיא, ובזוטו של ים למד הרמב"ם להדיא מאשר תאבד ממנו ומצאתה, ובאבדה מדעת למד הרמב"ם מאשר תאבד פרט למאבד מדעתו, והכא לא הביא הדרשא לא מאשר תאבד ולא מומצאתה. ולכן אפשר דבאמת סובר הרמב"ם דכיון דמתני' מוכח דלא בעינן שיהיה שו"פ בשעת אבדה, אלמא דלא ילפינן מאשר תאבד, ואשר תאבד ממנו ומצאתה איצטריך לזוטו של ים ולאבדה מדעת "... ולפ"ז לדעת הרמב"ם הכל תלוי בשעת המציאה. ובדרכו של הגרא"ז סברתי לישב לשיטת הרמב"ם, מה שלכאורה קשה, איך אפשר לדעת אם היתה שוה פרוטה בשעת האבידה, הרי אינו יודע מתי אבדה. דאפשר דלכן ס"ל לרמב"ם דלית הלכתא אלא כמשנה והסוגיא בב"מ נה,א, דהכל תלוי בשעת מציאה. ומ"מ למש"כ לעיל דילפינן אף לענין המוצא או המאבד, הכל תלוי אם שוה פרוטה למוצא, ואין תלוי לרמב"ם, להסבר הגרא"ז, אם לבעלים שוה פרוטה אם לאו, והכל תלוי במוצא ובשעת המציאה.

והנה בגמ' גיטין כז,ב (וכן ב"מ יט,א): רבה בר בר חנה אירכס ליה גיטא בי מדרשא, אמר אי סימנא אית לי בגויה, אי טביעות עינא אית לי בגויה, אהדרוה ניהליה.

אמר לא ידענא אי משום סימנא אהדרוה, וקסברי סימנים דאורייתא, אי משום טביעות עינא, ודוקא צורבא מדרבנן אבל אינש בעלמא לא. והגר"ע (אחיעזר ח"א יד,ג) הקשה, דאף שמצאנו נאמנות לצורבא מרבנן לענין החזר אבידה, היינו לענין ממונות, אבל בגט זו שאלה של איסורין, והיכן מצאנו נאמנות לצורבא מרבנן. והביא הגר"ע מהתו"ג (קלב, ד ד"ה שם שמצאו, עיי"ש), שצריך שיהיה צורבא מרבנן לענין גוף הניר, שיש בו דין ממון ושוה פרוטה, שבזה נאמן דוקא צורבא מרבנן ולא עם הארץ. והגר"ע הקשה, שהרי גט שאין בו שוה פרוטה כשר, וא"כ כל הנפק"מ רק לענין איסורין. וכתב לישב: "אם לא דנימא דיש לגט שאין בו שוה פרוטה, שיווי פרוטה בשביל ערך הגט להשליח או לבעל הגט משום פשיטי דספרא, כיון דנצרך הוא לו. כמו כן לגבי שטר יש בו שוה פרוטה להמלוה לנצרך לגבות בו, ואף על פי שאין גופו ממון, מ"מ הא איתרבי בב"מ לא, גם אבידת קרקע להשבה, וה"ה שטרות מחויב בהשבה, אף על גב דלגבי המוצא אין לו שיווי, מ"מ לגבי בעל האבידה יש בזה שיווי ממון". מבואר מהגר"ע דאם שוה לבעלים פרוטה, אף שלמוצא אינו שוה פרוטה כלל, חייב בהשבה, ולכן גם שטרות שאין גופן ממון, שהתרבו מאבידת קרקע, חייב להשיב אף שאין שוים פרוטה, כיון שלבעלים – המלוה, שוים פרוטה משום פשיטי דספרא. ומזה מוכח דלא כמו שכת' לעיל, ואין הדבר תלוי גם בבעלים וגם במוצא, אלא כל שלבעלים שוה פרוטה, חייב בהשבה, דהואיל ולבעלים שוה פרוטה, אף שאין גופן ממון, חייב למנוע מהם נזק אחר, דילפינן חיוב זה מאבידת קרקע.

אחר הדברים האלה, מצאתי במרחשת (ח"ב ז,יג) שלהדיא למד מהסוגיא ב"מ כז,א, מאשר תאבד ממנו ומצאתה, שצריך שתהיה האבידה שוה פרוטה הן לבעלים והן למוצא. המרחשת דן במי שמצא מכתבים, שאפי' בלא יאוש הם של המוצא, כיון שאינם שוים למוצא פרוטה. ובתחילה הביא דברי הנתיבות קמח,א, לענין חפץ ששוה רק לבעלים, (עיי' מה שכתבתי בענין זה בח"ה סי' יז), וכתב דאף אם נאמר שיש דין ממון בחפץ השוה רק לבעלים, באבידה צריך החפץ להיות שוה גם לבעלים וגם למוצא, והביא ראיה ממה שלמדו באבידה שצריכה להיות שוה פרוטה, מאשר תאבד או מומצאתה: "שבעינן שתהיה אבידה אצל בעל האבידה, ומצאתה, שתהיה מציאה אצל המוצא, ואם אינו שוה לאחד מהם שוה פרוטה, לא קרינן בו אשר תאבד או ומצאתה, ואינו מחויב בהשבתה, משום דכאן כתוב קרא ומיעט אבידה כה"ג".

והמרחשת כתב להקשות על שער המשפט צג,ב. בשבועת השותפים קיי"ל שיכול להשביע השותף, כשחושדו בשתי כסף (עיי' שו"ע חו"מ צג,א): "ואין כל אחד מאלו נשבע בטענת ספק, עד שיחשוד המשביע אותן בשתי מעין כסף". ודנו האחרונים, אם צריך שתי כסף לכל שותף שחושדו, או סגי בשתי כסף לכל השותפות. ושעה"מ"ש הביא ראיה מדין אבידה (ב"מ כז,ב הנ"ל), שצריכה להיות האבידה שוה

פרוטה לכל שותף ושותף: "קיי"ל בסי' רסב, דאבידה אפילו היא שוה הרבה, אם היא של שותפים הרבה שאין מגיע לכל אחד שוה פרוטה, אינו חייב להחזיר, אלמא דשותפין לא מצרפין להו בהדי הדדי ובעינן דבר חשוב לכל אחד, וא"כ הוא הדין לענין שבועה, כיון דהתורה לא חייבה שבועה אלא בשתי כסף שהוא חשוב, בעינן שיגיע לכל אחד מהשותפים שתי כסף בדוקא, דמהיכי תיתי נחלק בין ממון לשבועה כיון דאידי ואידי מקראי ילפינן להו, והוא הדין לענין שבועת השותפות נמי דכעין דאורייתא תקנוהו, כן נראה לפענ"ד עיקר". וע"ז הקשה המרחשת, דאין לדמות דין שבועה לאבידה, דאבידה היא גזירת הכתוב, אשר תאבד ממנו ומצאתה, שצריך שיהיה שוה פרוטה גם למאבד וגם למוצא. וגם נפק"מ אם הבעלים אבדו שני חפצים יחד, ששניהם יחד שוים פרוטה, ומצאום שני אנשים, כ"א פחות משוה פרוטה, שאינם חייבים להחזיר, כיון שצריך שוה פרוטה הן לבעלים והן למוצא.

אולם לאחר מכן ראיתי לגרי"מ (תש' הרי"ם חאהע"ז סי' טז ד"ה ומיושב בזה) שכתב שאין הכוונה שצריך שיהיה למוצא שוה פרוטה, אלא שתהיה האבידה שוה פרוטה למאבד בשעת המציאה, והדיון הוא על הזמן ולא על הגברא, וכל נידון למי שוה פרוטה, רק ביחס למאבד ולא ביחס למוצא, ומצאתה מלמדינו שתהיה האבידה שוה פרוטה למאבד בשעת המציאה. הרי"מ מתיחס לאבידת שטר, לר"ש דדבר הגורם לממון כממון, אף שלבעל השטר הוי גורם לממון, למוצא אינו גורם לממון ואינו שוה פרוטה, וא"כ לא יהיה חייב להחזיר. וז"ל: "... אבל נגד המוצא לא מיקרי ממון, א"כ למאי דבעי למימר בהיה שוה פרוטה בשעת אבידה והוזלה, דבעינן ומצאתה שבשעת מציאה יהיה שוה פרוטה, וא"כ לגבי המוצא אינו שוה פרוטה כנ"ל. אך זה אינו, דהכוונה שיהיה נגד המוצא שוה פרוטה, דהא אינו שלו. רק הפי' שיהיה בשעת מציאה הפסד של בעל האבידה שוה פרוטה. והפי', מהו דתימא אשר תאבד, הא בעינן ומצאתה, היינו שבשעת מציאה יהיה נקרא אשר תאבד, הא בעינן ומצאתה היינו שבשעת מציאה יהיה נקרא אשר תאבד כו'. ואף דרש"י פי' שיהיה נקרא מציאה היינו ג"כ כנ"ל, שיהיה נקרא שמוצא דבר של חבירו, אבל הכוונה שנגד בעל האבידה יהיה נקרא מציאה". ומבואר דאין צריך להיות שוה פרוטה למוצא, ואין ללמוד מאשר תאבד ממנו ומצאתה, שיהיה שוה פרוטה למוצא, אלא למאבד בשעת מציאה.

[והסתפקתי, מה הדין אם מצא כלי ששוה פחות מפרוטה, כמו שמצאנו לענין שבועת מודה במקצת, שצריך שיתבענו בשתי כסף ופרוטה, ויכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה, שאם תבעו ב מחטין והודה לו באחד מהם, כיון שהמחט היא כלי, אפי' אינה שוה פרוטה, חייב שבועת מודה במקצת, עיין שבועות מ,ב, ושו"ע חו"מ פח,ג. ודעת הסמ"ע פח,ז והש"ך פח,ד, שהוא הדין לשבועת השומרים ושבועת עד אחד. אם הדין כן לכל ענינים שצריך שוה פרוטה, שבכלי סגי. ועיין בקצוה"ח פח,ג,

דלא מהני לקדש אשה בכלי שווה פחות מפרוטה, ורק לענין שבועה השתנה הדין דבכלי סגי. ואח"כ מצאתי בתומים פח, ג שכתב להדיא דבהשבת אבידה, אם מצא כלי שהוא פחות משוה פרוטה, אין חייב להחזיר: "דלאו לכל מילי קרוי כלי ממון, דכי יכול לקדש בו אשה, או המוצא אבידה כלי פחות משוה פרוטה יתחייב להחזיר, זה אינו". מבואר דלענין השבת אבידה בעינן פרוטה, בין בכלי ובין באינו כלי.

ולפ"ז בנדו"ד שהשיק שוה לבעל האבידה פרוטה, אך למוצא השיק או כרטיס האשראי אינו שוה פרוטה, לכאורה אינו חייב להשיב את האבידה אף קודם יאוש, ורק חייב למנוע נזק מבעל השיק או בעל הכרטיס, ולכן בכרטיס אשראי יקדש את הכרטיס. אולם בשיק כיון שיכול להגרים נזק למלוה, אם ע"פ ההלכה השיק שלו ויתן סימנים וכדלהלן, חייב להחזיר השיק למלוה, שבכך מונע ממנו נזק, אולם בכרטיס אשראי דיינו אם יקדש הכרטיס, שאין עליו חיוב השבה, דודאי למוצא אינו שוה פרוטה, ויתכן שרק לבעלים שוה פרוטה ויתכן ואף להם אינו שוה פרוטה.

ג. פחות משוה פרוטה אם הוא של המוצא

ובעבר נשאלתי במי שמצא כרטיס אשראי, ורוצה לפסול את הכרטיס ע"י גרוד הפס המגנטי, ולתת אותו לילדים כמשחק. והשאלה, אם פחות משוה פרוטה אינו חייב להכריז והרי אלו שלו, או רק פטור מחובת השבה, אבל אין המציאה פחות משוה פרוטה של המוצא.

דלשון הרי"ף והרמב"ם שאבידה שאין בה שוה פרוטה, אינו חייב לטפל בה ולהחזירה. כך כתב הרי"ף (ב"מ טו, א מעמיה"ר): "ת"ר, אשר תאבד ממנו, פרט לאבדה שאין בה שוה פרוטה, שאינו חייב לטפל בה ולא להחזירה". דהרי"ף הוסיף על הנאמר בגמ': "שאינו חייב לטפל בה ולא להחזירה", ודייק מינה שאינו חייב להשיבה, אך לא כתב הרי אלו שלו. וכך היא גם לשון הרמב"ם (גו"א יא, יב): "אבידה שאין בה שוה פרוטה אינו חייב להטפל בה ולא להחזירה". (ועיין לעיל, וגם במנ"ח מצוה תקלט, מדוע לא כתב הרמב"ם דאף שהיא שוה פרוטה כעת, אם לא היתה שוה פרוטה בשעת אבידה, שחייב להשיב. ולמש"כ לעיל אפשר, דכיון דלא יכול לדעת שוויה בשעת אבידה, לכן יכול למדוד רק לפני שוויה בשעת מציאה). ומ"מ מלשון הרי"ף והרמב"ם נמצאנו למדים לכאורה שפחות משוה פרוטה לא נאמר הדין של הרי אלו שלו, ורק מיעטה תורה מחיוב השבה, ונפק"מ אם יקדש אשה בפחות משוה פרוטה, אם יש לחוש שמא שוה פרוטה במדי, כיון שאינו שלו, או שצירף לחצי פרוטה שמצא, חצי פרוטה מדיליה, וקידש אשה, דאם אינו שלו, אינה מקודשת, למעט החשש שמא החצי פרוטה שלו, שוה פרוטה במדי.

ומדברי המחנ"א (גזילה א) למדנו שאכן פחות משה פרוטה אינו חייב להשיב, ואינו שלו אלא רק לאחר שהתיאשו הבעלים, ואף שהבעלים מתיאשים כשהפחות משה פרוטה בידו, כיון שאינו חייב בהשבה, הרי היא כמונחת בקרקע ומהני יאוש (והסברא בזה לפי הרמב"ן במלחמות ריש אלו מציאות, עיין קצוה"ח רנט"א, דכשלוקח המוצא קודם יאוש, התחייב בשמירת החפץ, ולכן לא מועיל יאוש, כיון דהמוצא שומר עבור הבעלים, וחשיב כיאוש של חפץ הנמצא ברשות הבעלים. אולם אם לא התחייב בהשבה, לא נהיה שומר של הבעלים, ולכן מהני יאוש. גם אם לא התחייב בהשבה, לא חשיב באיסורא אתי לדידה כשהתיאשו הבעלים אח"כ. ועיין לגר"י בלאזער בפרי יצחק, ח"ב סה"ו שהסתפק בזה אם מהני יאוש בשטרות לאחר שזכה בהם המוצא, דס"ל דודאי התחייב בשמירה, כיון שיש חיוב מהתורה להחזיר השטרות, רק כיון שיפטר מגניבה ואבידה, אפשר דמהני יאוש, ונשאר בצ"ע). ומ"מ לפי המחנ"א לא הוי שלו קודם יאוש בעלים, ורק נפטר מהשבה.

המחנ"א הביא ראיה מהמשנה ב"ק קג"א, בנגזל שמחל לגזול את הקרן פחות משה פרוטה, שאין הגזול צריך להוליך הפחות משה פרוטה לנגזל, אלא הנגזל יבוא לגזול ויקח הפחות משה פרוטה. מוכח שכל עוד לא מחלו הבעלים, הרי הוא של הבעלים, רק נפטר הגזול מהחובה לטרוח ולהשיב. עוד הביא ראיה מהרמב"ם אישות ה"ח, שכתב: 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", ומיירי בקדשה בתמרה או אגוז שאין בעה"ב מקפיד, ואינו שוה פרוטה, ומקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי (עיין מה שכתבתי בח"י ג/ד). ומוכח דדוקא בדבר שאין בעה"ב מקפיד, אף שאינו שוה פרוטה, אבל אם אינו תמרה או אגוז שבעה"ב לא מקפיד, כל עוד לא התיאשו הבעלים, אף שאינו שוה פרוטה, אינם שלו ואינה מקודשת אף לא מחמת הספק שמא שוה פרוטה במדי: "וההיא דפ' אלו מציאות (ב"מ כו"ב) דקאמר משלשה אינו חייב להחזיר, כיון דליכא שוה פרוטה לכל חד וחד ואע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים בשעה שמצאה, ה"ט משום דכל פחות משה פרוטה לא חייבו הכתוב להשיבה כדאמרין שם בדף כז"א, וכיון דלא נתחייב בהשבה חשבינן לה כאלו עדיין מונחת בקרקע, ויאוש דבתר הכי מהני לזכותה לזה שמצאה, ועיין במלחמות להרמב"ן פ' אלו מציאות גבי נטלה ע"מ לגזולה". ולכן אף פחות משה פרוטה, כל עוד לא התיאשו הבעלים, אף שאינו חייב בהשבה, אינו שלו. ולפ"ז בנדו"ד אם יתן לבנו לשחק לאחר זמן שכנראה נודע לו והתיאש וביטל את הכרטיס, הרי אלו שלו ויכול להשתמש כמשחק.

והגרש"ש (שערי יושר ד,ח) למד מדברי המחנ"א, דראוי לומר דאף באבידת נכרי יהיה הדין כן, שאינו מחויב להשיבה, אבל אינה שלו בטרם יתיאש הנכרי, וכך

עולה מדברי הב"ח שהביא הש"ך ביור"ד קמו"א לענין עבודה זרה של נכרי, דבלא יאוש לא זכה בה הישראל. ומהרש"א בגליון שם הוכיח שלא כדבריו. והגרש"ש כתב דמדברי תוס' ב"מ כד, א (נראה כוונתו לתוס' ד"ה כי קאמר, שהקשה, מדוע אמר ר"ש בן אלעזר דבמקום שהרבים מצויים הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשים, לצד דמיירי ברוב כנענים, גם בלא יאוש בעלים יהיה שלו כיון שיש רוב כנענים, עיי"ש מה שתרצו. ומוכח דבכנענים לא בעינן ליאוש כלל). ושכן מוכח ענין זה מטעות נכרי בשו"ע חו"מ סימן קפה (כוונתו לסי' קפג,ז, שזכה המטעה את הנכרי, ומשמע דמיד זכה אם הבחין בטעות, אף שהנכרי לא הבחין ולא יכל להתיאש): "והטעם בזה י"ל דכל שהמוצא אינו מחויב בהכרזה והשבה, הוי כאבודה ממנו ומכל אדם דאין צריך יאוש והתירה תורה לזכות בה". מבואר שאין שני דינים חלוקים, פטור מהשבה והרי אלו שלו, אלא ככל שפטור מהשבה, הרי אלו שלו, דאם פטור מהשבה, הרי שהתירה התורה את החפץ ויכול לזכות.

וביתר אריכות, ראה בשעורי הגרש"ש (ב"ק סי' נא). הגרש"ש הביא שם את היראים המובא במג"א סי' תרמט, דאף למ"ד גזל עכו"ם מותר, מ"מ אינו יוצא באתרוג של נכרי, דלא מיקרי לכם, דהתורה לא עשתה ממונם כהפקר שיוכל כל אדם לזכות בהן בלא הקנאת הנכרי, אלא דמה שיש בישראל איסור גזל, התירה התורה בנכרי, אבל לא שיוכל לזכות בהן שיהיה שלו בעל כרחו של העכו"ם. וכתב הגרש"ש, דלפי"ז י"ל דגם באבידת עכו"ם אין המוצא זוכה בה בלא יאוש הנכרי, ורק נפטר מחובת השבה, שלא מצאנו שהפקירה התורה ממון עכו"ם אם נאבד מידו. והביא דברי המחנ"א (הנ"ל). ועיי"ש שכתב להקשות באריכות על שיטתם, עיי"ש. ועיין עוד באמרי משה סו"ס לו בהגהה שם, ובשעורי הגר"ש רוזובסקי (ב"מ מח, א-ב).

וכבר מצאנו בשער המשפט ו,א שאין חילוק, וככל שפטור מהשבה, הרי אלו שלו. שעהמ"ש הביא מדברי הגמ' בשבועות לח,א (על המשנה שם: תן לי פקדון ותשומת יד גזל ואבידה שיש לי בידך כו' תן לי חטין ושעורין) א"ר יוחנן, פרוטה מכולם מצטרפת. והיינו שאם תבעו מחלקי פרוטות, שבסכ"ה שוה פרוטה, כגון חצי פרוטה מגזל וחצי פרוטה מאבידה, ונשבע שאין לו גזילה ואבידה, ונמצא שיש לו, חייב קרבן. והקשה שער המשפט, איך מצרפים פחות משה פרוטה של אבידה עם פחות משה פרוטה של גזילה, הרי פחות משה פרוטה של אבידה, הרי אלו שלו: "וגם לענין אבידה קשה טובא, דמשמעות לשון הרמב"ם פ"א מהל' אבידה (ה"ו) והטור ושו"ע בריש סי' רס"ב, דאבידה שאין בה שוה פרוטה אין שום חיוב להחזירה אף לכתחילה משום דקנה האבידה לגמרי במציאתה, והתורה לא חייבה לקיים בה מצות השבה כלל, וא"כ אמאי מצרפינן אבידה של פחות משה פרוטה לחוב של הלואה, כיון שקנה האבידה לגמרי והוי שלו". ותירץ שעהמ"ש, שהאבידה והגזל היו

יותר משה פרוטה, ורק כעת נשאר לו פחות משה פרוטה. ומ"מ מדברי שעהמ"ש נמצאנו למדים שבאבדה פחות משה פרוטה, כיון שפטור מחובת השבה, הרי אלו שלו, ולא נחית לחילוק בין פטור מחיוב השבה לבין אם הרי אלו שלו.

והגרא"ז (אבן האזל גו"א יא,י) למד ודייק מדברי הרמב"ם שאבדה שאין בה שוה פרוטה, התמעטה מחיוב השבה, אבל אינה של המוצא, ובזוטו של ים הרי היא שלו מחמת יאוש בעלים, משא"כ באינה שוה פרוטה. והקשה, א"כ מדוע אבדת עכו"ם היא של המוצא, דאף שהתמעטה אבדת עכו"ם מאבדת אחיך, מ"מ ומצאתה הוא מיעוט לכל מה שאינו חייב בהשבה, דכל מה שהתמעט מהשבה, נכלל בומצאתה, וא"כ מדוע אבדת עכו"ם הרי אלו שלו. וכתב לישב, לפימש"כ הגר"ח מוולאזין בס' חוט המשולש, הובא באבהא"ז פ"א מגו"א, דגזל עכו"ם אינו אסור מלא תגזול אלא מקרא דואכלת שלל אויבך, בזמן שהם מסורים בידך, ולכן דוקא כשגזול ונוטל באלמות, וכן בעושק כשעושקו ואינו מחזיר לו חובו באלמות, משא"כ באבדה שאינה באלמות, כיון שאין הבעלים יודעים. והקשה הגרא"ז לדעת הטור שבפחות משה פרוטה היא של המוצא, מדוע נצרך לומר באבדה מדעת שהיא מותרת מדין הפקר, הרי גם אם אינה הפקר, כיון שאינו חייב להשיבה, הרי היא של המוצא, גם ללא טעם של הפקר. וכתב, דאם מטעם אבדה, אינה של מוצא קודם שיש עליה שם אבדה, דאם זרק כיס לרשות הרבים, מדין אבדה יכול לחזור וליטול, ואין המוצא יכול לזכות מדין אבדה, אבל מדין הפקר, מיד שהפקיר או איבד לדעת מדין הפקר, יכול המוצא לזכות לאלתר, דחלוק דין אבדה מדין הפקר. וכל זה לדעת הטור, אבל לדעת הרמב"ם שאסור לו ליטול לעצמו באינה שוה פרוטה, גם באבדה מדעת פטור מהשבה ואינה של מוצאה, דאבדה מדעת התחדש שאין עליה שם אבדה, וכן באינה שוה פרוטה, ומה שאין עליה שם אבדה, אין עליה חיוב השבה, אבל אינה של מוצאה, לשיטת הרמב"ם. וכדברים האלה כתב הגר"ב בברכת שמואל ב"מ יז,ה, וציין שאמרו לו שהגרא"ז כתב כדברים האלה, עיי"ש.

וראיתי לגר"י אברמסקי (חזון יחזקאל, ב"מ ב,ה) שפירש דברי הרמב"ם באופן אחר לגמרי. דאבדה שאין בה שוה פרוטה, אינו חייב להטפל בה, והיינו שאינו צריך להגביה ויכול להתעלם, ואם הגביה, אינו חייב להחזיר והרי היא שלו. רק הקשה, היא גופה מנא לן שיכול ליטלה לעצמו, הרי פחות משה פרוטה גם נקרא ממון חבירו, שאם נזקקו ב"ד לשוה פרוטה, גומרים הדין אף בפחות משה פרוטה. וכתב דדין זה נלמד מאבדת עכו"ם, שאינו מחויב להחזירה, והרי היא שלו, ומזה ילפינן שכל מה שאינו מחויב בהשבה, זוכה המוצא לעצמו, עיי"ש.

ומ"מ כל הנפק"מ בבאור דעת הרמב"ם, ואם יש בזה מחלוקת ראשונים, הינה רק קודם יאוש, אבל אם עבר זמן וודאי התיאשו הבעלים, אף שהיתה האבדה ביד המוצא קודם היאוש, מהני לכ"ע שתהיה המציאה פחות משה פרוטה של מוצאה.

ד. שטר שאבד, למי יחזיר

תנן ב"מ יב,ב: מצא שטרי חוב, אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר, שבית דין נפרעין מהן, אין בהן אחריות נכסים יחזיר, שאין בית דין נפרעין מהן, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים, בין כך ובין כך לא יחזיר מפני שבית דין נפרעין מהן. ובגמ' שם: במאי עסקינן, אילימא כשחייב מודה (שהלוה מודה שהשטר אינו פרוע – רש"י), כי יש בהן אחריות נכסים אמאי לא יחזיר (אם לטרוף לקוחות בא, בדין הוא טורפן). הא מודה, ואי כשאין חייב מודה, כי אין בהן אחריות נכסים אמאי יחזיר, נהי דלא גבי ממשעבדי, מבני חרי מגבא גבי. לעולם כשחייב מודה, והכא היינו טעמא דחיישינן שמא כתב ללות בניסן ולא לוח עד תשרי ואתי למטרף לקוחות שלא כדין. אי הכי כל שטרי דאתו לקמן נחושו להו הכי. כל שטרי לא ריעי, הני ריעי (הואיל ונפל אתרע, דיש לומר אם היה כשר, היה נזהר בו). ובגמ' שם יג,א: שמואל מוקי למתניתין כשאין חייב מודה (בכתיבת השטר, שאומר לוח לא כתבתי, ומזויף הוא, ואם תאמר יתקיים בחותמיו, כיון שנפל אתרע ליה, ואמרינן מפני שפסול היה לא נזהר, ומהמנינן ליה להאי). אי הכי כי אין בהן אחריות נכסים אמאי יחזיר, נהי דלא גבי מן משעבדי, מבני חרי מגבי גבי. שמואל לטעמיה, דאמר שמואל, אומר היה רבי מאיר שטר חוב שאין בו אחריות נכסים אין גובה לא ממשעבדי ולא מבני חרי. וכי מאחר שאינו גובה אמאי יחזיר. אמר רבי נתן בר אושעיא לצור על פי צלוחיתו של מלוה. ונהדריה להו ללוה לצור על פי צלוחיתו של לוח. לוח הוא דאמר לא היו דברים מעולם. ובגמ' יג,ב: אמר רבי אלעזר, מחלוקת בשאין חייב מודה, דרבי מאיר סבר שטר שאין בו אחריות נכסים אינו גובה לא ממשעבדי ולא מבני חרי (אם אין הלוה מודה, דשטרא דלא שעבד בה נכסים לאו שטרא הוא, והוה כמלוה על פה, ושאין עליה עדים), ורבנן סברי מגבא גבי (להא מיהא הוי שטרא, שתהא כמלוה על פה בעדים, הלכך גבי מבני חרי, ולהכי לא יחזיר, דכיון דנפל אתרע ליה, ואמרינן מזויף הוא, כדקאמר לוח), אבל כשחייב מודה דברי הכל יחזיר ולא חיישינן לפרעון ולקנוניא. ורבי יוחנן אמר מחלוקת כשחייב מודה, דרבי מאיר סבר שטר שאין בו אחריות נכסים ממשעבדי הוא דלא גבי אבל מבני חרי מגבא גבי, ורבנן סברי ממשעבדי נמי גבי (כדמפרש לקמן אחריות טעות סופר הוא, וחיישינן לפרעון ולקנוניא), אבל כשאין חייב מודה (ואפילו מודה שכתבו, אלא שאמר פרעתיו), דברי הכל לא יחזיר, דחיישינן לפרעון. תניא כוותיה דרבי יוחנן, ותיובתא דרבי אלעזר בחדא, ותיובתא דשמואל בתרתי. ובהמשך במשנה (ב"מ כ,א): מצא בחפיסה או בדלוסקמא תכריך של שטרות או אגודה של שטרות, הרי זה יחזיר (דדבר שיש בו סימן הוא, כדמפרש בגמרא שהכלי סימן, כשיאמרו הבעלים בכלי כך וכך מצאת אותם, וכן תכריך ואגודה הרי זה יחזיר, דדבר שיש בו סימן הוא, כדמפרש בגמרא). וכמה אגודה של שטרות, שלשה קשורין זה

בזה. רבן שמעון בן גמליאל אומר, אחד הלוח משלשה (אם שלשה שטרות של לוח אחד הן, שלוח משלשה בני אדם), יחזיר ללוח, שלשה הלוחין מן האחד, יחזיר למלוח. העולה מהגמ' אליבא דחכמים, דאם בשטר יש אחריות, או לא מוזכר אחריות, וקיי"ל אחריות טעות סופר, אפי' הלוח מודה, לא יחזיר לא לזה ולא לזה, דחיישינן לפרעון ולקנוניא, אבל אם מפורש בשטר שהוא בלא אחריות, וכל הנפק"מ לגבות מהחייב, אם החייב מודה, יחזיר למלוח, ואם אינו מודה, לא יחזיר. כך נפסק להלכה ברמב"ם גו"א יח, א: "המוצא שטר חוב, אע"פ שלא פירש בו אחריות נכסים, ואע"פ שהחייב מודה, ואע"פ שהוא מקויים, הרי זה לא יחזיר, שמא פרעו וקנוניא הם עושים כדי לטרוף בו לקוחות שלא כדין, ולפיכך הודה לו, שהרי יש לו לטרוף בשטר שלא פירש בו אחריות, שהאחריות שלא נתפרשה טעות סופר הוא בין בשטרי הלוחה בין בשטרי מקח וממכר. לפיכך אם פירש בשטר זה שהוא שלא באחריות, אם היה החייב מודה יחזיר, ואם לאו לא יחזיר שמא פרעו". כל זה כשצריכים אנו להודאת הלוח שממלוח נפל, אבל אם המלוח נותן סימן מובהק, שאינו נקב יש בצד אות פלוני אלא שהיה באגודה של שטרות וכך וכך מנינם, מחזירים לנותן הסימן. דבנקב בצד אות פלוני, יכול המלוח לדעת וגם הלוח, המלוח שהיה אצלו, אף אם החזירם למלוח, והלוח מלכתחילה כשנכתב השטר על ידו. משא"כ בדרך אחסונו בתכריך של שטרות וכמה שטרות היו בתכריך, יכול לדעת רק המאבד. לכן בזה אין צריך להודאת הלוח, ומחזירים לנותן הסימן המובהק. וכך מבואר במשנה דלעיל, וכך פסק הרמב"ם (גו"א יח, ג): "מצא שטר בחמת או בכלי עץ וכיוצא בהן, הרי זה יחזיר למי שנתן סימן, מצא שלשה שטרות כרוכין בכרך אחד, או מונחין זה על זה ואגודים אגד אחד, יחזיר למי שנתן סימן".

דבשו"ע חו"מ סה"ו, פסק שאף אם אמרו הלוח או המלוח נקב יש בו בצד אות פלוני, לא יחזיר לא לזה ולא לזה. והש"ך שם ס"ק כ כתב, דכשהמלוח נותן סימן נקב בצד אות פלוני, לא מהני לענין לגבות אפי' מהלוח עצמו, משא"כ סימן אחר מובהק מועיל לגבות מהלוח עצמו. אבל לגבות ממשעבדי, לא מועיל סימן, שיש לחוש שהלוח מסר למלוח את הסימן, או שהלוח יודע הסימן ועושה עצמו כלא יודע; "דהא אפילו שניהם מודים חיישינן לקנוניא, כן נ"ל". ובקצוה"ח סה"ז כתב דאין חילוק, ואף ממשעבדי גובה, ולא חיישינן לקנוניא.

דהנה הרא"ש ב"מ א, גא הקשה, מדוע בתכריך של שטרות לא איתרע בנפילה, ותי' דאין לחוש לריעותא זו כשנותן המלוח סימן. וכך הביא השטמ"ק מתוס' מכת"י והרא"ש: "לא דמי למצא שטר חוב דלעיל דאמרין משום דנפל איתרע ליה וכו', דהתם חשיבא ריעותא מה שהוא מוטל באשפה ומוכיח עליו שמחמת פיסולו זרקו, אבל הכא שהם בחפיסה או בתכריך ניכר שדרך נפילה נפלו שם אבל כשרים הם,

שהדבר מוכיח שהיה מכוון לשומרם. ועוד, דהתם יש להסתפק אם מיד הלוח או מיד המלוח, אבל הכא מחזיר למי שנותן סימן של חפיסה וכו'". ובהמשך הביא השטמ"ק שכתוב על הנ"ל בגליון, וז"ל: "אבל כאן מחזיר למי שנותן סימן של חפיסה וכו'". ואין להקשות, אם המלוח נותן סימן, נחוש שמא הלוח מסר לו הסימן בשביל לעשות קנוניא. ויש לומר, אם כן יתן הוא בעצמו הסימן וימסרו לו בצינעא או לקנוניא. לכן יש לומר, דדוקא לעיל דלא ידעין של מי הוא בלא הודאה, אין לנו לנטות לעשות על פי הודאה כלל דחיישין לקנוניא, אבל הכא דלא אזלינן בתר הודאה כלל כי אם בתר סימנין נחא". מבואר החילוק בין הודאה של הלוח לסימנים, דבסימנים של המלוח אין לנו לחוש לקנוניא, דמחזירים ע"פ סימנים, משא"כ אם מחמת מה שמורה הלוח, יש לחוש שמורה מפני שעשה עם המלוח קנוניא על לקוחות. ולזה נראה שהסכים קצוה"ח סה"ז, ולכן יגבו בסימנים מובהקים של מלוח ממשעבדי, דלא כש"ך.

ובסברת הדין שאם נותן סימן מובהק, לא איתרע בנפילה, הסביר קצוה"ח סה"ט, דכל ענין איתרע בנפילה הוא מחמת שלא נזהר לשומרו ונפל, מן הסתם פרוע הוא, אולם כשיש לו סימן מובהק, לא חשש לשומרו, דידע שאף אם יפול, יתן סימן ויקבל השטר בחזרה, ולכן לא איתרע בנפילה, וכן אם רואים שנפל השטר עם הכלי, הרי על הכלי לא שייך לומר איתרע בנפילה, ומדנפל הכלי ש"מ שהוא אנוס על הנפילה, וז"ל קצוה"ח: "ואולי יש לומר, כאן לא שייך כיון דנפל ולא נזהר לשמרו שמע מינה פרוע הוא, דהא חזינן שנפל ממנו גם הכלי, ע"כ אונס היה באבירה. וסברא כזו כתב בחידושי הרב הגאון מהור"ר בצלאל אשכנזי (שטמ"ק ב"מ טז, ב בסופו) והעתקנו אותו לעיל ס"ק ה' גבי אירכס כתובתה דשבתאי בריה דר' מרינוס (שם יז, א), עיין שם. אך מה נענה בסעיף י' גבי מצא שטרות כרוכים, עיי"ש. ומצאתי באשר"י סוף פרק קמא דמציעא (סי' נא) שכתב וז"ל, תכריך של שטרות או אגודה של שטרות הרי זה יחזיר למי שנותן בו סימן, ונלא איתרע בנפילה זו כיון שע"י הסימן מתברר אי מהמלוח נפל אי מהלוח נפל, עכ"ל. ואפשר דלא אמרינן כיון דנפל אתרע ומדלא נזהר לשמרו פרוע הוא אלא היכא דאין בו סימן למלוח, אבל היכא שיש בו סימן למלוח, המלוח סומך על הסימן ולכן לא איתרע בנפילה דמשום הסימן שיש לו בו לא נזהר בו כל כך, ועדיין צ"ע". ולכן אין לחוש לנפילה, וגם לקנוניא אין לחוש, כיון שאין צריכים להודאת הלוח וכו"ל. וכן המשיך קצוה"ח בס"ק י', בסברת הדין מדוע צריך לומר כרוכים עם המנין, ולא סגי במנין לחוד, דהסברא שלא איתרע בנפילה, כיון דע"י הסימן מתברר ממי נפל, לכן לא נזהר וסמך על הסימן, משא"כ מנין לחוד אם אינם כרוכים, אינו סומך על סימן המנין, דשמא לא נפלו יחד, ולכן אין לו סימן מובהק לסמוך עליו לשמרו בשמירה פחותה, ומדלא נזהר לשומרו ש"מ פרוע הוא. ועיין בנתיבות סה"יח.

והגר"ש רוזובסקי (שעורי ר' שמואל, ב"מ יב, אות ו) הביא קושית העולם, על הא דאיתא בגמ' דאי חייב מודה, כי יש אחריות נכסים אמאי לא יחזיר, דכיון שחב לאחרני, לא מהני הודאת בע"ד, ולכן לא יחזיר, ומה הקשתה הגמ' שיחזיר בהודאת החייב. וכתב לישב, והקדים את יסוד הגרי"ז והגרש"ש, מדוע לא נאמן הלוה לטעון פרעתי, כאשר המלוה או חזו את השטר בידו. אין זה מדין שטרך בידך מאי בעי אלא מטעם שכך הוא דין מלוה בשטר, שאינו נאמן לטעון פרעתי כל זמן שאוחז המלוה את השטר בידו. והנפק"מ אם השטר נפל מהמלוה ומצאו המלוה עצמו, אם יכול לגבות בו. או שמצאוהו אחרים, והחזירו למלוה שלא כדין. שאם נאמר שהטעם הוא שטרך בידי מאי בעי, אין זו טענה כנגד שטר שהגיע למלוה בדרך לא ראויה, כגון לאחר שנפל, אבל אם נאמר שכך הוא הדין שאם המלוה או חזו השטר אין הלוה יכול לטעון פרעתי, אין נפק"מ איך הגיע השטר לידו, אם נפל ואם הגיע לידו אח"כ מהמוצא שלא היה צריך להחזיר לו:

"ונמצא לפ"ז דהא דלא מהדרינן השטר ליד המלוה כשחייב מודה, אין הטעם משום דלא סמכינן אהודאתו להוציא ממון מן הלקוחות, דהרי מה שמוציאין ממון אח"כ, אינו משום הודאת הלוה אלא עם הכח שטר שבידו, ורק כל הספק השתא הוא מצד דיני ההשבת אבידה של השטר המונח לפנינו, וא"כ היה ראוי להאמין הלוה בהודאתו, דהרי מצד ספק השבת אבידה הוא עצמו מודה דנאבד מן המלוה, אלא דצ"ל דבדיני השבת אבידה כלול נמי דאין להחזיר השטר היכא דעיי"ז יוצא הפסד לאדם אחר, וכיון דיכול לצאת הפסד להלקוחות אין להחזיר השטר. אבל עכ"פ אין אנו צריכים בזה להכח נאמנות דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, רק צריך בירור האמת, וכל שנתברר לנו ע"פ הוכחה דממנו נפל שפיר מהדרינן ואין צריך בזה שני עדים כשאר דיני ממונות, כיון דמה שמוציאין הממון אח"כ אינו מכח הבירור שממנו נפל, רק עם השטר שבידו."

ענין החזרת השטר או אי החזרתו, אינה מדיני שטרות אלא מדין השבת אבידה, דכלל שעלול להגרם נזק לאחר, אין להחזיר האבידה. כח גביית השטר אח"כ, אינה נגזרת מדין השבת אבידה אלא מכח דין מלוה בשטר, שאם מוציא השטר כנגד הלוה, חייב הלוה לשלם, ולא מחמת שטרך בידי מאי בעי, דכאשר הלוה לו בשטר כביכול התנו ביניהם שמחזיר לו החוב כנגד השטר. בהודאת בע"ד יש שני דינים: הנאמנות וברור האמת. כח נאמנות אין כאן, כיון שחב לאחרני, אבל יש כאן ברור, שאמנם אין לו תוקף כמו שני עדים, כיון שהודאת בע"ד כעדים רק באינו חב לאחרני, אבל יש כאן ברור האמת שמהמלוה נפל. רק שברור האמת אינו מוחלט כמו עדים או כמו הודעת בע"ד כשיש לו נאמנות, אלא בדרגה פחותה מכך, שכך התאמת אצלינו שמהמלוה

נפל. ונפק"מ שאם כח גביית השטר היה מדין שטרך בידי מאי בעי, לא היה מספיק מה שאוחז השטר מהחזרתו ע"י שנתאמת אצלינו, אלא היה צריך כח נאמנות כעדים, אולם כשאין צריך אלא שיתאמת אצלינו שמהמלוה נפל, אין צריך לכח הנאמנות של ההודאה אלא ככל שמתאמת אצלינו. ולכן שאלה הגמ' דאי חייב מודה, כי יש בו אחריות נכסים אמאי לא יחזיר, דאף שחב לאחריני, אין אנו צריכים לכח נאמנותו שיהיה כעדים, אלא שיתאמת אצלינו, וזה מהני אף בחב לאחריני.

והביא הגר"ש ראייה מהתוס' (חולין צו,א ד"ה פלניא) שהקשו, איך מחזירים שטר ע"פ סימנים, שהרי אם היו באים עדים ולא אומרים מי הוא הלוה, אלא היו מעידים שפלוגי שסימנו כו"כ, לזה מהמלוה, וכי היינו מוצאים ממון מאותו פלוגי, וא"כ איך מחזירים את השטר ע"י סימנים. ותירצו התוס': "וי"ל, דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא, מהדרינן שפיר, אבל ממון שביד הבעלים, אין להוציא ע"י סימנים, דה"נ לא הוה מפקינן חפץ מיד בעלים אי אתו סהדי ואמרי ההוא חפץ דהאי סימניה והאי סימניה דפלניא הוא". החזרת שטר אינה הוצאת ממון, ולכן מחזירים השטר בהתאם לדיני השבת אבידה, אף בראיות שאין בהם להוציא ממון, כיון דעצם החזרת השטר אינה הוצאת ממון, ורק כשהשטר בידו, מכח דין מלוה בשטר, מוציא המחזיק מהלוה.

ומיסוד הדברים, שאיתרע בנפילה, אין בזה ריעותא לשטר, דמהלכות שטרות אף שטר שנפל הוא בתקפו ויכול לגבות בו, והריעותא הוא לענין דיני השבת אבידה, שאין להשיב שטר כזה שנפל, כשיש לחוש לקנוניא וכד', ונפק"מ אם החזירו השטר, או שאח"כ הגיע השטר ליד המלוה, שיכול לגבות בו, דמהלכות שטרות לא איתרע בנפילה, והוא בתקפו, עיין מש"כ הגר"ש בחידושי (חידושי הגר"ש ב"מ יח,ז): "ובהקדם מש"כ הרמב"ם (סוף הל' גזילה ואבדה), שכל השטרות הנמצאים שדינן שלא יחזיר, אם החזיר הרי אלו כשרים וגובין בהן. ומסידור דברי הרמב"ם שם משמע שלא רק גבי חשש פרעון כתב שאם החזירו ה"ז גובה על ידו. ומטעם שזהו דין השטר, שכל זמן שהשטר ביד המלוה, לא חיישינן לפרעון, אלא אפילו היכא דאיכא חששא דשמא כתב ללות ולא לזה נמי אם החזירו ה"ז כשר וגובה בו, שהרי לעיל בה"ט שם הזכיר גם חששא דשמא כתב ליתן ולא נתן דמה"ט לא יחזיר, וגם ע"ז קאי מש"כ שכל השטרות שדינן שלא יחזיר אם החזיר הרי אלו כשרים וגובין בהן. ומבואר מזה דכל הנך חששי דחיישינן להו, היינו רק לענין שלא יחזיר, והוא מדיני השבת אבדה דלא מחזירים אבדה כשיכול לצאת עי"ז הפסד ממון לאחרים, אבל בהלכות שטרות, כל שהשטר ביד המלוה, אף על פי שיודעים שהגיע לידו אחרי נפילה, מ"מ כיון שעכשיו השטר יוצא מתחת ידו הרי השטר מעיד על כל הכתוב בשטר ולא חיישינן למידי. ואפילו הראשונים שנחלקו על הרמב"ם, היינו דוקא היכא שהגיע לידו שלא כדין, אבל היכא שהוחזק בהיתר או היכא שהמלוה בעצמו מצא את השטר, גם הם מודים שגובה

ולא חיישינן למידי. והיינו נמי מה"ט, דמצד הלכות השטר הרי השטר מעיד שהיתה הלואה ולא חיישינן שמא כתב ללוות ולא לזה, והא דחיישינן להכי, היינו דוקא לענין שלא יחזיר. מבואר דכל הריעותא של הנפילה היא ביחס להלכות השבת אבידה, שלא יחזיר שטר שאיתרע בנפילה, אך מצד הלכות שטרות השטר בתקפו, ואין הריעותא מגרעת את כח הגביה שבו.

וכך הביא גם בחידושו לגיטין (ה,ו) בשם הגרי"ז, דאין ספק בדיני ממונות, והראיה שבדיעבד אם החזירו בו גובה בו, אלא דמדין השבת אבדה אין להחזיר שטר למלוה כל זמן שאין בירור שמהמלוה נפל וכדין יגבה בו, דבדין השבת אבדה חיישינן שמא מהלוה נפל ונפרע השטר. ואף החולקים על הרמב"ם לענין לגבות בו כשהוחזר שלא כדין, מודים לרמב"ם שהחשש אינו בדיני שטרות אלא רק בדין השבת אבידה, ולכן אין צריך בזה גדר בירור הנצרך בדיני ממונות ולא תורת עדות או דין הודאת בע"ד, וצריכים רק ידיעת האמת שמשיבים השטר לבעליו, אך אין צריך בירור ככל הבירור בדיני ממונות, כיון שמניע ההחזרה הוא מדין השבת אבידה ולא מריעותא בכח גביית השטר. וחזר הדין בשעוריו לגיטין ב,א (אות כב): "ובאור דבריהם שמעתיה בשם הגרי"ז זצ"ל, ע"פ שי' הרמב"ם בסוף הל' גו"א שכתב דכל השטרות הנמצאין שדינן שלא יחזיר אם החזיר הרי אלו כשרים וגובין בהם, ואין מוציאין אותן מתחת יד בעליהן והרי הם בחזקתן ואין חוששים להם, והראב"ד נחלק עליו שם, ע"ש. וביאר בזה הגרי"ז דס"ל להר"מ דכל מה דבנפילה איתרע וחיישינן למזויף ושאר חששות, הוא רק מהל' השבת אבידה, דמהל' השבת אבידה הוא דאין להשיב אבידה כשע"ז גורמים לגבות שלא כדין, אבל בהל' טוען ונטען של שטרות, גם אחר דאיתרע בנפילה לא חיישינן מידי, דהריעותא דנפילה אינו עושה חששות בהל' טוען ונטען, וממילא כל מה דחיישינן בנפל ואיתרע היינו רק כשהנדון אם להחזיר או לא, אבל לאחר שהחזירו דהשתא הרי הנדון בהל' טוען ונטען של שטרות, בזה לא חיישינן מידי אף דנפל ואיתרע, וס"ל להר"מ דכן הוא גם היכא שהחזירו לו שלא כדין".

ה. מחלוקת הראשונים בהחזירו שלא כדין אם גובה בו

נחלקו הראשונים באם החזירו השטר שלא כדין, אם גובה בו. הרמב"ם בהל' גו"א יח,יד, כתב וז"ל: "כל השטרות הנמצאות שדינן שלא יחזיר, אם החזיר הרי אלו כשרים וגובין בהן, ואין מוציאין אותן מתחת יד בעליהן והרי הם בחזקתן ואין חוששין להם". והראב"ד שם חולק: "דין זה אינו מחוור, אם הוחזק נפול בבית דין או אפילו בעדים, ואין דנין בו מעשה". והרשב"א (ב"מ יב,ב) הקשה על שיטת הרמב"ם, ממה שהקשתה הגמ', דאם חוששים שכתב ללוות ולא לזה, ניחוש בכל השטרות שמחזיק המלוה שכתב ללוות ולא לזה, וז"ל הרשב"א: "ומכאן נראה לי

קושיא על דברי הרמב"ם ז"ל שכתב דכי תנן מצא שטרי חוב לא יחזיר ה"מ לכתחלה, הא אם החזירו מוחזר וגובה בו. ונראה שדקדק אותו מלשון משנתנו דקתני לא יחזיר ולא קתני הרי זה פסול. ומכאן היא תיובתיה דאינהו ודאי בקיאי בדינא דמתני', ומידע ידעי דאם החזירו מוחזר, ואם איתא מאי קא מקשה כל שטרי דעלמא ניחוש להו, השתא האי דנפל ולכתחלה לא יחזיר אם החזירו מוחזר ולא חיישינן, שטרי דעלמא דאיתנהו בידא דמלוה מתחלתן ועד סופן ניחוש להו". שאם הדין שיכול לגבות במה שמוחזק בידו, ואף שהחזירו לו שלא כדין, מה שייך לחשוש שמא כתב ללוות ולא לזה, הרי כל חשש זה הוא לענין החזרת השטר ולא לענין הגביה, ובשטרי דעלמא אין חשש לענין החזרת השטר, כיון שהשטר בידו, וא"כ מה הקשו לשיטת הרמב"ם דבשטרי דעלמא נמי ניחוש לכך. ומזה נראה דס"ל דלא כרמב"ם, שדייק דינו ממש"כ המשנה לא יחזיר, והיינו שהשאלה רק לענין ההחזרה.

ובתש' (ח"ב סי' מ) כתב הרשב"א להדיא שלא כדברי הרמב"ם, וז"ל: "מסתברא לי דאף לכשתמצא לומר דאלו נמצא לא' שטר בין שטרותיו לאחר שמת, אמרינן ביה יהא מונח כדינא דמתניתין, אפילו כן אם מצאו המלוה בעצמו ולקחו קודם שנפל ליד יורש, יש לדון בדבר להקל ולומר דגובה בה, ולא אמרינן יהא מונח אלא כשנפל ליד אחר קודם שבא לידו, דאז אין גובה בו, אבל אם בא ליד המלוה קודם שבא ליד היורש, גובה בו ואין חוששין לו לכלום, וכדמוכח כהיא שנים אוחזין בשטר מלוה אומר ממני נפל ומצאתו, ולזה אומר ממני נפל שפרעתי לך ומצאתו, דאלמא אפי' נפל מן המלוה גובה בו, דהא איהו גופיה מודה דנפל, ואפילו הכין גובה בו, ולא אמרינן ליה מדמודית דנפל ולא איזדהר ביה איתרע ליה, דאי לאו דיפרע מיזדהרת ולא נפיל. ובודאי אלו אנסו ממני שמצאו או שהחזירו לו ממני שמצאו, אינו גובה בו אלא דיינינן ביה כתחלת דינא. וזה נראה לי שלא כדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בזה דגובה לו, וליתא". הרי שמחלק הרשב"א אם נפל ומצאו המלוה קודם שהגיע ליד אחר, או אם הגיע ליד אחר, שאם הגיע ליד המלוה לאחר נפילה שמצאו אחר, אינו גובה בו, דלא כרמב"ם, אא"כ מצאו המלוה קודם שהגיע ליד אחר, דהוחזק בהיתר, ומעולם לא נפסל לענין זה, וגם אם מצאו בעצמו, לא איתרע בנפילה לעשות ספק בגוף הממון (עיי' גם ברכת שמואל, ב"מ יג,ב).

וכן כתב הריטב"א על המשנה (ב"מ יב,ב): "ודעת רבותי דכל היכא דאמור רבנן לא יחזיר, אע"פ שהחזיר פסול, ואינו גובה בו המלוה". והביא את ראית הרשב"א מקושיית הגמ', שאם חוששין שכתב ללוות ולא לזה, בכל שטרי דעלמא ניחוש כן. והרי בכל שטרי דעלמא השאלה לא לענין השבת אבידה, שהרי הם ביד המלוה, אלא השאלה לענין גביה ע"י שטרות אלו, ומזה מוכח שהנידון הוא לגבות בשטרות אלו ולא אם להשיבם כשנפלו: "וזהו ראיה ברורה". ולדבריהם הסכים גם הר"ן (ב"מ יג,ב),

הובאו דבריו גם בנימוק"י ב"מ ו,א מעמוה"ר), והביא ראיה לדברי הראב"ד, מב"מ יט,א לענין מצא גט אשה בשוק, שיאמרו הלקוחות לאשה הבאה לגבות מהם, אייתי ראיה אימת אתי גיטא לידך, ומבואר דבלא זה לא מהני, ומזה ראיה שאיתרע בנפילה גם לענין עצם כח השטר ולא רק לענין השבת אבידה, ואינו בחזקתו. ובשטמ"ק (ב"מ יב,ב) הוסיף, דאפי' פרעו הלזה כשלא נודע לו ענין הנפילה ושהחזיר למלוה שלא כדין, ואח"כ נודע הדבר, על המלוה להחזיר מה שגבה ללוה. ורק אם פרעו הלזה מעצמו ואח"כ נודע הדבר שנפל והוחזר שלא כדין, דמסתבר דמהני התפיסה.

וראיה זו (מב"מ יט,א במצא גט), הביא גם בעה"ת (נב,א,ט), ושם באות י הוסיף כדעת השטמ"ק: "אך נראה לי שיש לעיין, אם פרעו הלזה מכח ב"ד מהו, מי מהניא ליה תפיסה או לא. ומסתברא שאחר שב"ד דנו כן מפני שלא נתבאר להם עדין שהשטר נפל, נמצא שתפיסתו בטעות ולא שמה תפיסה, וכשנודע לב"ד בעדים הנפילה יש להם להחזיר את דינם, כדין עובדא דאפדני וכיפי. ואם מדעת עצמו פרעו הלזה ואח"כ מצא עדיו, לא מבעיא אם פרע למלוה עצמו דמהניא ליה תפיסה, שהרי הוא בריא שעדיין חייב לו, דאפילו פרע ליתומיו מהניא להו תפיסה הואיל ומדעת בעליהן בא לידן, ואע"פ שאין תפיסתם ברורה להם שהוא כדין...". מבואר שאם התפיסהו בי"ד, הוי תפיסה בטעות, שלא ידעו מנפילת השטר, ובי"ד מחזירים הדין, משא"כ אם הלזה עצמו פרעו, מהני תפיסה, דאף שהיא תפיסה בטעות, מהני תפיסה, ורק כשהתפיסה מכח גביית בי"ד בטעות, יכולים בי"ד להחזיר הדין.

ובגדו"ת שם כתב, דלכאורה נראה דעיקר הטעם שאם פרעו מעצמו מהני התפיסה, כדין שהלזה נתן מדעתו, ודאי ידע שלא נפרע, שאל"כ מדוע פרע מעצמו, היה לו לטעון פרוע הוא וממני נפל, והרי זה כהודאה על החוב, ואף ללא תפיסה אין המלוה צריך להחזיר מחמת הודאת הלזה. ע"כ כתב בבאור דברי בעה"ת, שאף אם הלזה צווח שממנו נפל ובכ"ז פרעו, מועילה תפיסת המלוה שלא יוכל הלזה להוציא מידו אפילו בעדי נפילה, אם לא בראיה ברורה של פרעון או שאינו חייב. משא"כ כשגבה המלוה מכח בי"ד ולא היו שם עדי נפילה, ואח"כ באו עדים שנפל, הרי זו למפרע תפיסה בטעות, וכביכול תפס מעצמו ותקפן מידי הלזה, כיון שבי"ד הכריחו את הלזה לפרוע שלא כדין, והוי תפיסה בטעות ואינה תפיסה, משא"כ בפרע הלזה מעצמו, כיון שאינו בכח בי"ד אלא מעצמו, הרי זו כתפיסה ברשות. ועיין בש"ך סה,מח, דאף שתפיסה ברשות מהני בכל ענין, כשהוכרח ליתן לו מחמת השטר, לא מיקרי תפיסה ברשות, ומהני רק מהטעם שאם פרעו בודאי לא היה פורע לו בשנית. והצדיק בזה את טעם הטור, ודלא כטעם שכתב הגדו"ת.

ובשו"ע חו"מ סה,טז, פסק וז"ל: "המחזיר שטר שמן הדין לא היה לו להחזירו, יש מי שאומר שגובין בו, ויש אומרים שאין גובין בו, ויש מי שאומר שאפילו

גבו בבית דין ואחר כך נודע בעדים שנפל, מחזירין ב"ד ומוציאין מהמלוה ללוה. אבל אם מעצמו פרע למלוה או ליורשיו, אין מוציאם מידם". ועיין בנתיבות סה"כ, לישב קושית האחרונים על הרמב"ם, מב"מ יט"א ממצא גט, שיאמרו הלקוחות לאשה, אייתי ראייה מתי בא הגט לידך. דשם כבר ניכר פסולו בב"ד קודם שהחזירו השטר לידה, ובה הרמב"ם מודה דאיתרע בנפילה ואינו גובה בו, דכיון שנראה פסולו בב"ד והחזירו לה לגבות מבני חרי, בגביה מלקוחות צריכה להביא ראייה מתי בא השטר לידה: "דהרמב"ם לא קאמר רק דוקא כשהחזיר השטר קודם שנראה פסולו בב"ד, אבל אחר שנראה פסולו בב"ד ודאי לא מהני חזרה, וקאמר התם שפיר, דשם בהוחזר על פי ב"ד מיירי, כדקאמר התם מדאדורוה רבנן וכו', וכשהיה השטר בפני ב"ד בפסולו וכשנראה פסולו בב"ד, ודאי אף הרמב"ם מודה דאינו חוזר ונכשר בתפיסתו, ובפרט שהב"ד לא החזירו לו רק לגבות מבני חורין ולא ממשעבדי".

ובתומים סה"כ כתב לישב קושית האחרונים על הרמב"ם מגט, דס"ל לרמב"ם דשטר שנפל הרי הוא בחזקתו, ושטר חוב אם אינו יכול לגבות בו, הוצאת אותו מחזקתו, שהרי עיקרו לגביה. משא"כ גט ושטר שחרור, שאין עיקרם לגביה, רק אפשר גם לגבות בהם, אם מחייבים אותו להביא ראייה מאימתי בא השטר לידו, לא הוצאת את השטר מחזקתו, דעיקרו אינו לגביה אלא לגרושין, ועיי"ש בהמשך דבריו ראייה לרמב"ם. ועיין לגרי"א (נחל יצחק סה"טז) מש"כ לישב בשיטת הרמב"ם מדוע השטר בחזקתו. ועיין עוד באור שמח (גו"א יח"ד) מש"כ בשוב דעת הרמב"ם.

והרדב"ז (ח"א סי' תקי) הסכים לדברי הרמב"ם, וראיה מה דתנן יחזיר או לא יחזיר, ולא תנן פסול, הרי שאין השטר נפסל, והדיון הוא רק לענין חזרת השטר. ועוד, דאם גובים בשטר, לכן נכתב במשנה שבכל מקרה לא יחזיר, אולם אם אין גובים בו, מדוע לא יחזיר, יעמידו עליו עדים שנפל, ויחזירו למלוה לצור ע"פ צלוחיתו. ועוד, כיון שהשטר מצד עצמו כשר אלא משום שאיתרע בנפילה, כיון שהחזירו חזר לחזקתו, ואם החזירו גובין בו. והא דאמרינן גבי מצא גט אשה בשוק וכו', שאני גטי נשים משטרי הלואה. ולכן הסיק הרדב"ז כדעת הרמב"ם. ומה שכתב דגט שונה משטר, אף שלכאורה הנידון הוא לענין גביית פירות מלקוחות, מ"מ כיון שבגט זה יכולה להנשא, היה לה להזהר בו יותר ואיתרע בנפילה.

לאמור לעיל, לענין כרטיס אשראי, יכול לקרוע הכרטיס, ומקיים בזה מצות השבת אבידה כדין הצלה באבדת קרקע, שמנע מבעל הכרטיס נזק. ובענין השיק, לא יחזיר לבעל החשבון אלא יהא מונח אצלו, ובכך ממילא לא יגרם נזק לבעל החשבון, דבבעל החשבון לטענתו שלא יצא מתח"י, לא שייך ליתן סימן מובהק. ואם המוטב יתן סימן מובהק, יחזיר למוטב את השיק, אלא שבנדון השאלה לא נתן המוטב סימן מובהק, ויהיה מונח ביד המוצא.

סימן כא

בדין הפקר ויאוש בטעות

ראשי פרקים

א. הפקר בטעות

ב. יאוש ומחילה בטעות

ג. בנדרו"ד הוי יאוש

בהמשך למה שכתבתי בח"י סי' כט בענין אבידה מדעת, נשאלה שאלה במי שהיה לו בבית מכשיר חשמלי, והמכשיר התקלקל ולא פעל, וסברו הבעלים שאין טעם לתקנו, והניחו את המכשיר ברשות הרבים במקום בו עוברים עובדי מחלקת התברואה ויקחו את המכשיר, וקודם להם עבר שם אדם ולקח את המכשיר, וביודעו שיש מתג פנימי שלעיתים גורם לאי פעולת המכשיר, והזזת המתג מפעילה את המכשיר, וכך הווה, הוא הפעיל את המכשיר בהזזת המתג הנסתר. וכעת שאל אם צריך להחזיר לבעלים או שזכה במכשיר. ואחד הרבנים הורה לו שחייב להחזיר לבעלים, כיון שמה שהפקירו הבעלים הוי הפקר בטעות.

א. הפקר בטעות

דלכאורה יש מקום לחלק בין הפקר, שמפקיר בפיו, לבין מי שעושה מעשה וזורק חפץ ומאבדו בידים, אף לשיטת הרמב"ם שאסור ליטול, מ"מ אין חיוב להחזיר וזה התמעט מהשבת אבידה, והחיוב כיום הוא רק להשיב אבידה, וגם דומה לזרק כלי מראש הגג, ששוברו פטור, עיין ב"ק כו,ב, ורא"ש שם הט"ז. ועיי"ש במה שכתבתי בח"י סי' כט אות ב בענין זה. גם יש לדון מצד דבר שיכל להבחין ע"י בדיקת טכנאי, ולא לזרוק בלי בדיקה פשוטה של טכנאי, ומזה מוכח לכאורה שכוונתו לאבדו בכל מצב.

ולענין הפקר בטעות. איתא בגיטין מז,א: דתנן, הלקט והשכחה והפאה (סתמן הפקר ופטורין מן המעשר, שנאמר ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך (דברים יד), במי שאין לו חלק ונחלה עמך, יצאו אלו שיש לו בהן חלק ונחלה עמך שהרי אף לו הן מופקדין, והלקט והשכחה והפאה של עובד כוכבים חייבין במעשר כו' – רש"י) של עובד כוכבים חייבין במעשר אלא א"כ הפקיר. היכי דמי, אילימא דישאל וליקטינהו עובד כוכבים, אלא א"כ הפקיר, הא מפקרי וקיימי (שהניחן ישראל בשדהו וליקטינהו

עובר כוכבים, וקאמר דאם חזר עובר כוכבים ומכרן לישראל חייב לעשרן, אלא א"כ הפקירן ישראל ראשון בשדהו. הא מיפקרי וקיימי, דכל לקט ושכחה ופאה הפקר הן). אלא לאו דעובר כוכבים וליקטינהו ישראל (שהיו משדה העובר כוכבים והניחן כישראל. וליקטינהו עניי ישראל, וכיון דעובר כוכבים לא מיפקד להניח פאה ולקט, לא חייל עלייהו שמא, אא"כ הפקירן עובר כוכבים ממש לשם הפקר ולא לשם פאה להניח סתם), טעמא דהפקיר, הא לא הפקיר חייב (במעשר אלמא שדה העובר כוכבים חייבת במעשר). לא, לעולם דישאל, וליקטינהו עובר כוכבים, ודקא אמרת הא מפקרי וקיימי, נהי דמפקרי אדעתא דישאל, אדעתא דעובר כוכבים מי מפקרי.

ובתוס' שם (ד"ה אדעתא), הביא דברי הירושלמי פאה ו,א, דנחלקו ריו"ח ור"ל בהפקר לישראל ולא לנכרי, אם הוי הפקר, דעת רבי יוחנן דהוי הפקר, ור"ל ס"ל דאינו הפקר: הפקר לבהמה אבל לא לאדם, לגוים אבל לא לישראל, לעשירים אבל לא לעניים, דברי הכל אין הפקרו הפקר. לאדם אבל לא לבהמה, לישראל אבל לא לגוים, לעניי אותה העיר אבל לא לעניי עיר אחרת, פלוגתא דר' יוחנן ור"ש ב"ל. על דעתיה דר' יוחנן הפקרו הפקר, ועל דעתיה דר"ש ב"ל אין הפקרו הפקר. והקשו התוס', דאם לרבי יוחנן הוי הפקר, א"כ מה שהפקירה התורה לישראל ולא לעכו"ם, הוי הפקר, ולמה חייבים במעשר. ותירצו התוס': "הני מילי כי שקיל ליה ישראל, אבל כי שקיל ליה עובר כוכבים הפקר בטעות הוא ואינו הפקר". מבואר דלדעת רבי יוחנן, אף שאם הפקיר לישראל ולא לנכרים, מצד דיני הפקר דינו הפקר, מ"מ אם זכה בו נכרי, התבטל ההפקר מדין הפקר בטעות, ולכן חייב במעשר. ולכאורה לדעת ריו"ח, אף שאמר הפקר לישראל ולא לנכרים, מצד דיני הפקר הוי הפקר לכל, דבודאי הפקיר לכל, רק רצה שיזכו ישראל, ואם לא זכו ישראל, הוי הפקר בטעות. ומזה אפשר ללמוד, דלכאורה דוקא באופן שגילה דעתו להדיא הוי הפקר בטעות אם זכו נכרים, אבל לא באופן אחר. שאם הפקיר פירותיו, וזכה בו ישראל שאינו מאוהביו (בלשון נקיה), וכי נאמר על דעת שיזכה בו אותו פלוני לא הפקיר. זה לא מצאנו. אא"כ גילה דעתו להדיא שרוצה שיזכו דוקא אוהביו.

ועיין בתפארת יעקב (גיטין שם) שהקשה מה ענין הפקר לפאה, הרי התורה הפקירה לעניי ישראל ולא לעניי עכו"ם, שכך הוא דין התורה ליתן לעני וללוי לקט שכחה ופאה ולא לאחר, וכיון שיש ללוי חלק בה פטורה ממעשר, ומה ענינה להפקר, הרי לקט שכחה ופאה אינם מכח הפקר הבעלים אלא התורה הפקירה. וכתב לישב, דאה"נ, דכיון שהתורה הפקירה, גם הבעלים מסיחים דעתם מהלקט שכחה ופאה וגם הם מפקירים, ולכן בנוסף למה שהתורה הפקירה, הפקירו גם הבעלים, וא"כ יהיה פטור מהמעשר מכח הפקר הבעלים, ואף שהסיחו דעתם מישראל ולא מנכרי, הרי ס"ל לריו"ח שהפקר לישראל ולא לנכרי הוי הפקר. וע"ז תירצו, שאם לקח הנכרי, הוי

הפקר הבעלים הפקר בטעות. ולפ"ז מיירי כאן בהפקר שהוא מחמת אומדן דעת הבעלים, שודאי הסיחו דעתם ממה שהפקירה התורה, וכיון שכל מה שמן הסתם הסיחו דעתו הינו לישראל ולא לנכרי, אם זכה נכרי הוי הפקר בטעות.

ובפסחים נז"א: תנו רבנן, בן בוהיין נתן פיאה לירק, ובא אביו ומצאן לעניים שהיו טעונין ירק ועומדין על פתח הגינה, אמר להם בני השליכו מעליכם ואני נותן לכם כפליים במעושר, לא מפני שעיני צרה, אלא מפני שאמרו חכמים אין נותנין פיאה לירק (משום דמפקע ליה ממעושר, דכתיב (דברים יד) ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך, מי שאין לו נחלה עמך חייב לעשר, יצא פיאה שיש לו נחלה עמך, דהפקר נינהו, וכן בשביעית, דהפקר פטור ממעושר, דכתיב (שמות כג) ואכלו אביוני עמך ויתרם תאכל חית השדה, מה חיה אוכלת ופטורה ממעושר, אף אביונים פטורין מן המעושר-רש"י). למה ליה למימרא להו לא מפני שעיני צרה, כי היכי דלא לימרו דחויי קא מדחי לן (ולא יתן לנו כלום, דמה לו ליטול זו וליתן פי שנים, לפיכך הוצרך לפרש להן טעמא של דבר). ובתוס' שם (ד"ה אלא) הקשה, שמ"מ יהיה פטור ממעושר, דכיון שהפקירם, פטור ממעושר. ותירצו התוס' בתרוץ השני (לפי הגירסא בגליון שם): "אפילו בית שמאי דילפי מפיאה וסברי דהפקר לעניים הפקר, וטעמא מפרש התם דכתיב בפיאה לעני ולגר מה תלמוד לומר תעזוב אותם יש לך עזיבה אחרת שהיא כזו ומה היא זו לעניים ולא לעשירים, הכא מחייבי משום דהפקר בטעות הוה". דמה שבן בוהיין נתן פאה לירק, היה זה בטעות, ולכן לא הוי הפקר, ואינו פטור מהמעושר, שטעה ולא ידע שירק פטור מפאה, ולכן לא הוי הפקר. ומזה מוכח שאם הפקיר מפני שטעה בדין, הוי הפקר בטעות ואינו הפקר.

וכדברים אלה מצאנו בר"ש (פאה ו,א), שאם הפקיר לישראל ולקטינהו נכרי, הגם שדינו הפקר, כיון שהפקיר לישראל ולקט נכרי, הרי זה הפקר בטעות: "דהתם כמו הפקר בטעות הוא, דלא הפקיר על דעת שיזכה בה כותי, אבל אם הפקיר על דעת ישראל וזכה ישראל, פטור מן המעושר אע"פ שלא הפקיר לנכרי. וההיא דבן בוהיין פסחים (נז"א) דנתן פאה לירק ומצאו אביו אמר להם בניי הניחו לי ואני אתן לכם כפלים במעושר, ולא מפני שעיני צרה אלא מפני שאמרו חכמים אין פאה לירק, והיה ירא שלא יאכלו בלא מעושר כדין פאה, לב"ה ניחא שאינו פטור עד שיפקיר אף לעשירים, ואפילו לב"ש הוי כמו הפקר בטעות דלא הפקיר אלא מפני ברית חיוב פיאה". וטעם הדין דלא מהני הפקר בטעות, דהפקר בטעות הוא כמו מתנה וקנין בטעות, דלא מהני, כן מצאנו במהרי"ט אלגאזי (בכורות פ"ח, דף סד,ב אות ח ד"ה והנה), דכל היכא שלא נתן לו על דעת כן, לא הוי מתנה.

ובביאור דברי התוס' והר"ש, עיין בחדושי הגר"ח (פאה ד,ט), דרק לרבי יוחנן הוי הפקר גמור כשהפקיר לישראל ולא לעכו"ם, שאין כונת רבי יוחנן שיסאר

ההפקר רק לישראל ולא לעכו"ם, וכן בהפקיר לעיר אחת, אחר שחל ההפקר לעיר אחת או לישראל, נתפשט ההפקר בכולו עד שכולם יכולים לזכות בו, בין ישראל בין עכו"ם, בין עיר זו בין עיר אחרת, משא"כ לריש לקיש לא חל ההפקר לישראל לחוד, וכיון שלא חל ההפקר כלל, אין יכולים לזכות בו. וזה מה שהקשו התוס' והר"ש אליבא דרבי יוחנן, דכיון שחל ההפקר לכולם, מדוע לא יוכלו עכו"ם לזכות בו. ותירצו, דאף שלעולם כשהפקיר לאחד ולא לאחר, יכול האחר שלא הפקירו בשבילו לזכות בו, כאן ברורה דעתו שלא הפקיר לעכו"ם, וכיון דאדעתא דעכו"ם לא מפקיר, אם יזכה העכו"ם הרי מה שהפקיר הוא הפקר בטעות, ומעיקרא לא חל ההפקר.

ועיין ברש"ש (גיטין מז,א) שהקשה על דברי התוס', דהתורה לא הפקירה לעניי עכו"ם, ורק חכמים נתנו רשות לעניי עכו"ם ליטול, כדתנן במשנה (גיטין נט,ב), אין ממחין ביד עניי עובדי כוכבים בלקט שכחה ופאה, דהתורה לא הפקירה לעניי עכו"ם, ורק חכמים נתנו רשות לעניי עכו"ם, והפקר לעניים אינו הפקר אליבא דבית הלל. ולפ"ז הקשה הרש"ש, דמה שייך הפקר בטעות, כאשר התורה לא נתנה לעניי עכו"ם רשות לזכות בלקט שכחה ופאה, דהתורה גזרה שיזכו רק ישראל, וחכמים נתנו רשות לעכו"ם לזכות, אך אינו מתורת הפקר, ומה שייך בזה הפקר בטעות. עוד הקשה (ועיין בחדושי הגר"ש רוזובסקי, ב"מ סי' כב), דבשלמא בפאה שיש קריאת שם שייך לומר דאדעתא דהכי לא קרא שם, אבל בלקט הא לא בעי קריאת שם (עיין ת"כ, קדשים א,א,ט, שאין פאה אלא שיש לה שם, דהיינו שקרא לה שם פאה, אבל כל עוד שלא קרא לה שם פאה, אין דין פאה עליה וחייבת במעשר).

ואיתא בכריתות כד,א: אמר רבי כרוספדאי אמר ר' יוחנן, שור הנסקל שהוזמו עדיו (לאחר שנגמר דינו ליסקל – רש"י), כל המחזיק בו זכה בו (דהפקר הוא משנגמר דינו). אמר רבא, מסתברא טעמא דרבי יוחנן כגון דאמרי ליה נרבע שורו (וגמרו דינו בסקילה על פיהם, דודאי מסתמא אפקריה מיניה דסבר עדי אמת הן, הילכך הפקר הוא), אבל אמרו רבע שורו, הוא בעצמו מידע ידיע דלא רבע ולא מפקר ליה וטרח ומייתי עדים. וכך פסק הרמב"ם (נזקי ממון יא,ג): "שור הנסקל שהוזמו עדיו, כל הקודם בו זכה, שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו, ואם העידו שבעליו רבעוהו והזים את העדים, הרי השור לבעליו והקודם ומשכו לא זכה בו, שכיון שהבעל יודע בעצמו שלא חטא ושאלו עידי שקר והרי הוא מיחל להזימם, לא הפקיר". ובירושלמי ב"ק ד,ח נחלקו בזה רבי יוחנן ור"ל: שור שהיה יוצא ליסקל ונמצאו עדי זוממין, רבי יוחנן אמר כל הקודם בו זכה (דמשנגמר דינו הפקר הוא, שכבר נתייאשו בעליו ממנו – פני משה), ריש לקיש אמר ייאוש טעות הוא. וכן עבד היוצא ליהרג ונמצאו עדי זוממין, רבי יוחנן אמר זכה עצמו, ריש לקיש אמר ייאוש טעות הוא.

וקשה אליבא דרבי יוחנן, דמה שהפקיר את השור לאחר שנגמר דינו הוי הפקר בטעות, כיון שהוזמו עדיו. ולכאורה אם הפקיר והוזמו עדיו, הרי הוא הפקר בטעות.

וקושיא זו הקשה גם המרחשת (קונטרס בענין יאוש, ה,ט). וכתב לישב ע"פ דברי הנתיבות רסב,ג, דיש יאוש דלא מהני עד דאתי לרשות זוכה, וכל עוד לא אתי לרשות זוכה, יכול לחזור בו מיאוש, משא"כ יאוש של אבודה ממנו ומכל אדם, מטעם הפקר הוא, ואפי' לא אתי לרשות זוכה, וע"כ אפי' הוזמו עדיו קודם שבא לרשות זוכה, הוי יאוש יאוש. וז"ל הנתיבות: "דמציל מן הנהר ג"כ אין לו דין הפקר, שלא הפקיר מדעתו, רק מטעם יאוש הוא, דדוקא באבידה שאבוד מכל אדם כגון שור הנסקל שהוזמו עדיו, יש לו דין הפקר ממש ואפילו לא אתי ליד זוכה, משא"כ הכא דמיירי על כרחך ביכול להציל ע"י הדחק, דאי לאו הכי מצי אמר מהפקירא זכינא, וכיון דיכול להציל, ממילא אינו רק מטעם דכיון שעמד שם ולא רדף אחריו הוי יאוש כמבואר בתוס' בב"מ דף כב,א ד"ה שטף נהר ע"ש, וכיון שעלה מאליו וכלה היאוש קודם שבא ליד זוכה, נעשה של בעלים כדמעיקרא, וע"כ הוצרך לטעם דמשמיא רחימו עליה, וכמו בחמרא דרב ספרא". ובזה ביאר המרחשת מחלוקת ריו"ח ור"ל, דריו"ח ס"ל דשור הנסקל הוי אבודה ממנו ומכל אדם והוי הפקר, ור"ל ס"ל דהוא רק יאוש ולא כדין אבודה ממנו ומכל אדם, ולכן כל עוד דלא אתי לרשות זוכה, כשהוזמו עדיו פקע יאוש.

והיסוד מדברי הנתיבות, דהפקר שלגביו שייך לדון דין הפקר בטעות, הוא הפקר שהוא מדעתו, כשהוא מדעתו ומרצונו מפקיר, אם היתה לו כוונה מסוימת וטעה, שייך לומר שההפקר בטעות, אך יש גם הפקר שאינו מדעתו, שהוא למעשה יאוש, שבליבו התיאש ולא מדעתו ומרצונו, שבזה יש חילוק אם היאוש היה מפני שאבודה ממנו ומכל אדם, שאז היאוש חל מיד כהפקר, ואפי' לא אתי לרשות זוכה, ליאוש של אבידה, או בחמורו טובע בנהר ויכול להצילו ולא ירד להציל, שבזה הוי יאוש שאינו יוצא מרשותו עד דאתי לרשותו זוכה.

ובדרך זו אפשר להסביר את קצוה"ח רנט,א, שלא יחלקו קצוה"ח והנתיבות בדין שור הנסקל. קצוה"ח רנט,א כתב יסודו בענין יאוש שלא מדעת, דלא מהני יאוש בדבר שהוא ברשות הבעלים, וכיון שאחר מצא קודם שהתיאשו הבעלים, הרי הוא שומר של הבעלים והוי כברשות הבעלים, ומה שהתיאשו אח"כ הבעלים הוי יאוש מדבר שהוא ברשות הבעלים, ברשות השומר/ מוצא האבידה, שידו כיד הבעלים. והקשה קצוה"ח מדין שור הנסקל שהוזמו עדיו, דכל הקודם בו זכה בו, ומשמע שדין זה הוא אף אם השור עודנו בביתו וברשותו, ואיך מהני יאוש ברשותו. ותירץ קצוה"ח, דאין זכות האחר בשור הנסקל מדין יאוש אלא מדין הפקר, וז"ל: "מיהו התם יש

לומר דמצד הפקר אתינן עלה. וכן משמע מלשון הש"ס שם ומלשון הרמב"ם פרק יא מנזקי ממון הי"ג ז"ל; שור הנסקל שהוזמו עדיו, כל הקודם בו זכה, שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו, ע"ש, והפקר ודאי מהני אפילו ברשותו ממש". (ומה שציין קצוה"ח שהוא מלש' הגמ', כן הוא בגמ' שם כריתות כד, א: אמר רבא, מסתברא טעמא דרבי יוחנן כגון דאמרי ליה נרבע שורו, אבל אמרו רבע שורו, הוא בעצמו מידע ידיע דלא רבע ולא מפקר ליה וטרח ומייתי עדים. ומבואר שהוא בתורת הפקר). והנראה בזה, דיאוש דאבידה, שמתיאש בליבו מחפץ שאבד, מפני שאינו יודע היכן החפץ נמצא, ממילא יצא מרשותו, אך כאשר החפץ נמצא ברשותו או בשמירת מי מטעמו, כמו בשומר אבידה, החפץ לא יכול לצאת מרשותו, כשהוא בפועל ברשותו. אולם יכול אדם להפקיר חפץ שנמצא ברשותו. וס"ל לקצוה"ח דיאוש דאבודה ממנו ומכל אדם, הרי הוא כהפקר, וכמש"כ הנתיבות הנ"ל, דאין היאוש מחמת שאינו יודע היכן הוא, אלא אף שהוא יודע היכן הוא והוא רואה בעיניו איך שנהר שטפו, או שרואה חיה רעה נכנסת לביתו ומחזיקה בפיה חפץ שלו, הגם שזה בביתו, מתיאש בליבו מהחפץ, שאינו מחמת שאינו יודע היכן החפץ, הוא יודע ורואה שהחפץ ברשותו, אך יודע שכעת כבר אינו בידו ולכן מתיאש, והוי כדין הפקר שמהני אף ברשותו, שהוא מחמת שיודע שאף שהוא ברשותו, אינו בידו או שאסור לו להנות יותר ממנו, כמו בשור הנסקל שנגמר דינו לסקילה, שהוא יאוש שיש לו דינים של הפקר, שמועיל אף שהוא ברשותו, דעצם היאוש של אבודה ממנו ומכל אדם אינו תלוי ברשות ובכך שיצא מרשותו, משא"כ ביאוש של אבידה, מה שמתיאש הוא מחמת שאינו יודע היכן הוא ולא כבאבודה ממנו ומכל אדם, שהיאוש הוא מחמת אי היכולת להיות החפץ בידו ולהשתמש בו כרצונו, וע"כ הוי יאוש מדין הפקר דמהני אף ברשותו. דברור שבשור הנסקל אין הבעלים עומדים ומפקירים, וכל הפעולה נעשית בלב ואינה הפקר כדין ההפקר דש"ע חו"מ סי' רעג, ולכן ההגדרה היא למה שבליבו, וכיון שרואה שורו מול עיניו ויודע שאינו יכול להשתמש בו יותר, בליבו התיאש דומיא דאבודה ממנו ומכל אדם, שמהות יאוש הינה הפקר, לענין יאוש ברשותו. ולענין הפקר בטעות כיון שאינו מדעתו ומרצונו אלא מחמת המצב התיאש בליבו, אף שהוא בטעות הוי הפקר, דכל דין הפקר בטעות הוא רק כשמפקיר מרצונו ומדעתו ולא בעל כרחו.

ואף שהסבר זה נראה בקצוה"ח רנט, א, א"א לאמרו, מחמת מה שנמצא בדברי קצוה"ח תו, ב. קצוה"ח דן לענין שור הנסקל, דבאיסורי הנאה לא מועיל הפקר, ואי אפשר להפקיר שור אחרי שנגמר דינו לסקילה, דכיון שהוא איסורי הנאה, אינו ברשותו להפקירו. ומה שמועיל בשור הנסקל שהוזמו עדיו, מפני שלמפרע התברר שהוא כן הבעלים, שהרי הוזמו עדיו. והוסיף גם דאין זה שייך כלל לדיני יאוש, דיאוש לא יצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה, וז"ל קצוה"ח תו, ב: "וכן נראה מדברי הרמב"ם

שכתב בפרק י"א מנזקי ממון (ה"ט) ז"ל, שור שהמית את האדם והקדישו בעליו אינו קדוש, וכן אם הפקירו אינו מופקר כו', במה דברים אמורים אחר שנגמר דינו לסקילה. ואח"כ (הי"ג) כתב ז"ל, שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה, שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו, ע"ש. ומאי מהני הפקר בעליו, כיון דכבר כתב דהפקירו אינו הפקר. אלא נראה כמ"ש, דודאי איסורי הנאה בעלים אית ליה, ואפ"ה הפקירו אינו מופקר, ומשום דלא עדיף מדבר שאינו ברשותו, דאע"ג דשלו הוא, אינו ברשותו לאקדושיה ולהפקירו וכמ"ש בסימן רי"א (סעיף ז' ושם סק"ד) ע"ש, אבל בהוזמו עדיו למפרע בעלים אית להו וברשותיהו הוי קם לאפקוריה. ואף על גב דאוש ודאי מהני אפילו בדבר שאינו ברשותו, דהא בגזילה מהני יאוש, וא"כ כי נגמר דינו נימא דיאוש מיהא הוי, דליתיה, דיאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה ואינו כהפקר. וראיה מהא דאמרין במרובה (ב"ק סו"ב) זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנותו, ע"ש, ואי נימא דביאוש יצא מרשות בעלים, נהי דאינו רוצה לקנות אכתי היכי מצי אמר הרי שלך לפניך בתר דמייאש מאריה מיניה, כיון דתו לאו דמאריה". ולכאורה למה לא תירץ דהוי הפקר, אך אינו כהפקר מדעתו. דמה שכתב הרמב"ם דבנגמר דינו אינו יכול להפקיר, הוא כהפקר מדעתו, שהולך ומפקיר את השור, שזה אינו יכול, אבל הפקר שהוא מחמת מה שמתיאש בליבו כדין אבודה ממנו, הוי הפקר דממילא ומהני אף באיסורי הנאה, ומהני אף בלא הוזמו עדיו, שלמפרע הוא הבעלים. ולכן אף שהסבר הנ"ל נראה נכון, יש לאמרו בדברי הנתיבות, אך בדברי קצוה"ח נראה שהוא מדין הפקר ממש. ועדיין אפשר אף לקצוה"ח לומר, דהפקר בטעות כה"ג, כהפקר שאינו מרצונו ומדעתו, מהני אף בטעות, דדין הפקר בטעות דלא מהני שייך רק בדבר שבא מרצונו ומדעתו, משא"כ כהפקר שאינו מרצונו אלא שנמשך אחר ליבו.

ואיתא בב"ק קטז, א: בעא מיניה רב כהנא מרב, ירד להציל ועלה שלו מאליו מהו (מי אמרין מעיקרא דאפקריה כאבוד דמי ומחייב לו היאך לשלומי והדר זכה ביה מריה מהפקירא, או דלמא כיון דסליק סליק – רש"י). א"ל משמיא רחמו עליה (ויהיב ליה דמי כאילו מת). כי הא דרב ספרא הוה קא אזיל בשיירתא, לוינהו ההוא ארי (נתחבר עמהם ארי, והיה משמר בהמותיהם מחיות וליסטים). כל לילא קא שדר ליה חמרא דחד מינייהו וקא אכיל, כי מטא זמניה דרב ספרא, שדר ליה חמרא ולא אכליה. קדים רב ספרא וזכה ביה (קודם שיחזיק בהן אחר, שהרי הפקר היה). א"ל רב אחא מדיפתי לרבינא, למה ליה למיזכי ביה, נהי דכי אפקריה, אדעתא דאריה אפקריה, אדעתא דכ"ע לא אפקריה. א"ל רב ספרא, לרווחא דמילתא הוא דעבד (שלא יהא ערעור בדבר). ופשטות דברי הגמ', שאם אחר היה זוכה בחמור של רב ספרא, לא היתה מועילה זכייטו, כיון שרב ספרא הפקיר רק על דעת האריה ולא על דעת אחרים, ומשהאריה לא אכלו, אין כאן הפקר. ולכאורה נראה, דההפקר של החמור הוא

בגדר הפקר מדעתו, שמפקיר מרצונו כדי שהאריה ישמור השיירה, וככל שהאריה לא טרף החמור, הוי הפקר בטעות, ולכן לא יכל אחר לזכות, ואינו בגדר יאוש דאבודת ממנו ומכל אדם, מפני שהוא מדעתו ומרצונו.

והרא"ש בב"ק שם (י, כא) הביא תשובת מהר"מ, במי שהיה חייב לעכו"ם, ושלח שליח לתת מעות לעכו"ם, ולבסוף לא תבע העכו"ם את המעות מהשליח ונעלם העכו"ם, אם זכה השליח במעות או יחזיר למשלח, והביא מהר"מ דעתו, ואת תש' רבינו אפרים ברבי יצחק שחולק. ותשובת מהר"מ מובאת בתש' מהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' תתקנ"ג), וז"ל מהר"מ בתש': "מעשה היה בראובן שאמר לשמעון תקיף לי בגדים מן הגוי, וכן עשה. לאחר ימים נתן ראובן לשמעון המעות לתנן לגוי, ושכחם הגוי ולא תבעם. ונשאלתי למי יתנו המעות. והשבתי, שיחזרו לראובן. והבאתי ראיה מכאן, אדעתא דאריא אפקריה כו', ה"נ אדעתא שיתנן לגוי נתנן לשמעון ולא אדעתא שיעכבם הוא, וכיצד הלה עושה סחורה במעותיו של זה, יחזרו המעות לבעלים הראשונים. וליכא למימר כיון דאמר תן לגוי זכה הגוי וקיי"ל תן כזכי, ויצאו מיד מרשות ראובן, וכי שכחם שוב הגוי זכה שמעון במה שבידו מן ההפקר, דזה אינו, דאמר פ"ק דב"מ (י"ב ע"א) דזכייה מתורת שליחות אתרבי, [ואנן] אמרי' בפ' איזהו נשך (עא, ב) דאין שליחות לגוי אפי' מדרבנן, וא"כ אפי' אמר בהדיא זכי לגוי לא זכה, כ"ש דלא מהני תן כזכי טפי מזכי גופיה ... ואחר זמן מצאתי שאילה זו שנשאלה לרבינו אפרים ב"ר יצחק, על ראובן שקנה חפץ מן הגוי במנה, והאמין לו הגוי עד למחרתו, ולמחרת היה דרך ראובן לצאת מן העיר, ונתן המנה לשמעון לתת לגוי ושכח הגוי המנה. והשיב, אם הדבר ברור ששכחו הגוי, ודאי למ"ד בכריתות (כד, א) הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה א"א בה, זכה בה כל הקודם בה, ולא מצי אמר הנותן על דעת כן שלחתי אם יקבל ואם לא יקבל יחזיר לי, אלמא משעה שיצא מתחת ידו הסיח דעתו ממנו. וכן אמרי' גבי שור הנסקל אם הוזמו [עדיו] כל [הקודם] בו וזכה בו, דמההוא שעתיה אפקריה. וא"ת מהאי חמרא דרב ספרא בפ' הגוזל בתרא דלא אמרינן הכי אלא אדעתא דאריא אפקריה, אדעתא דכ"ע לא אפקריה, התם טעמא כדקאמר גבי עלה [שלון] מאליו משמיא דרחימו עליה, כלומר הואיל ונעשה לו נס מה שלא נעשה לכל אדם, אדעתא דהכי נעשה לו כדי שיזכה רב ספרא ולא אחר, אבל שכחת הגוי הוי שכחה". מהר"מ ס"ל דלא שייך כאן הפקר או יאוש מצד ראובן, ומה שנתן לשמעון לתת לנכרי, הוא בתורת שליחות, ולכן על השליח להחזיר למשלח. ואף אם אמר לו זכה לנכרי, אין זכיה לנכרי, ולא מהני מה שהנכרי אח"כ הפקיר. וזו דעת מהר"מ שנתנית ראובן לשמעון הינה בתורת שליחות שלו (של ראובן) ליתנו לנכרי. אולם רבינו אפרים ס"ל שמשעה שנתן ראובן לשמעון את המעות ליתנן לנכרי, הסיח דעתו מהמעות. וצ"ל שסילק רשותו מהמעות מיד בשעת הנתינה, שיתן לנכרי,

ומששכח הנכרי, אין לראובן המשלח שייכות למעות. ולא דמי לחמור של רב ספרא, דשם מה שהצילו את חמורו של רב ספרא מהשמים, מפני שרצו לעשות נס לרב ספרא, ולכן הוי כמו שמהשמים זכו לרב ספרא דרך הנס. רק השאלה היא לרבינו אפרים מה הגדר של הסחת דעתו של ראובן מהמעות. דלכאורה מריהטא דתש' נראה שהוא תורת הפקר, שמפקיר ממונו לחלוטין. וזה צ"ע איזה הפקר יש כאן. ואם נאמר שהפקיר שיזכה הנכרי, צ"ע. ואף שמצאנו דבר דומה בב"ב נדב, עובד כוכבים מבי מטו זוזי לידיה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה, ולכן כל הקודם זכה. ויש לחלק.

ב. יאוש ומחילה בטעות

וכנ"ל דיש שני סוגים של הפקר. יש הפקר שכולו סילוק רשות, שהוא מעין הקנאה לכל מי שיזכה במה שהופקר, ואם ההפקר היה בטעות לכאורה הוי כמו קנין בטעות. משא"כ הפקר שהוא כמו יאוש, שהפקיר מפני שהתיאש מהחפץ, ובזה י"ל שאין דין יאוש בטעות, שהרי כל יאוש הוא בטעות, שאם היה יודע שתמצא אבירתו ע"י אחר, ודאי לא היה מתיאש, וכמש"כ גם קצוה"ח קמב, א: "משום דיאוש אפילו בטעות מהני, דיאוש דאבידה נמי בטעות הוא, דאילו הוי ידע היכן האבידה לא היה מייאש". גם י"ל שיש הבדל בין הפקר ליאוש במהות הפעולה. הפקר היא פעולה רצונית, כמו קנין, שאדם מחליט מרצונו החפשי להקנות / להפקיר את החפץ, וכאשר מתברר כי כל פעולתו נבעה משיקולים של טעות, יש מקום לומר שהפעולה מתבטלת. אולם יאוש היא פעולה לא רצונית, היא באה מאונס הלב, תחושה אנושית של וי לי לחסרון כיס. זו אינה פעולה שבא בכוונת מכיון של המפקיר / המקנה, זו תוצאה של לב האדם, וכמו שאומרים בעלי המוסר, שכל יאוש הוא שלא מדעת. משכך אין לומר שאם היה יודע לא היה מתיאש, שהרי היאוש לא בא מחמת הדעת והרצון, ליבו אנסו להתיאש, לכן לא שייך לשקול דברים שהם שייכים להכרה, בענין שבא בלא הכרה.

והקביעה כי נדו"ד הוא בבחינת יאוש ולא הפקר, יש ללמוד ממש"כ הגרש"ש (שערי יושר ה"ב אות רנו): "דהנה ענין זה של יאוש לא נתבאר היטב במפרשי הש"ס, ולדעתי נראה שהוא ענין התרצות וניחותא, דבדבר שהבעלים חושבים שאבוד ממנו לעולם ולא יחזור אליו, מתרצים המה על כל המקרים שיתהוו עוד ואינם חסים עוד עליו, מחמת שכבר הוא אבוד מהם אין להם שום קפידא מעתה אם יטלנו זה או אחר, שאין שום תועלת בו עוד, וכל חפץ שאין הבעלים מקפידים על חסרונו, יכול כל אדם לזכות בו. ומה דיש חילוק בין יאוש דגזילה ליאוש דאבידה, הוא משום דכיון דהתרצות זו באה בעל כרחם של הבעלים, י"ל דלא חידשה תורה רק באבידה

ולא בגזילה. וענין זה דיאוש הוי כהתרצות וניחותא, נראה לי דמוכח מסוגית הש"ס ריש אלו מציאות דבהא דפליגי אביי ורבא ביאוש שלא מדעת, מביא שם הש"ס לדמות לזה עוד ענינים כמו הכשר זרעים ולענין אם תרם שלא מדעת ואח"כ מתרצים הבעלים, יעו"ש, דמזה מוכח דענין יאוש הוא ניחותא והתרצות, דאביי סובר דעל ענין כזה צריך רצון בפועל, שידעו הענין ומתרצים בפועל במחשבת הלב, ורבא סובר דכיון דאילו היה יודע היה מתרצה, חשוב כרצון, ומשו"ה מביא הש"ס לדמות שאר ענינים כה"ג, היכא דבעינן ניחותא דבעלים, כמו הכשר זרעים ושליחות דתרומה".

ודברים אלה בחילוק בין יאוש, שהוא מעשה לא רצוני, להפקר שהוא רצוני, והנפק"מ לענין טעות, צ"ב לכאורה מדברי הש"ך שנח"א, וע"מ להבין ולהסביר, אביא את מקור הדברים מהסוגיא. איתא בב"מ כב"א: אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמיהו. אמימר ורב אשי אכלי, מר זוטרא לא אכיל (דגזל נינהו, שהבעלים לא ידעו – רש"י). אדהכי אתא מרי בר איסק, אשכחינהו ואמר ליה לאריסיה, אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא. אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא, השתא אמאי לא אכיל מר, והתניא אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה (אלמא גלי דעתיה דניחא ליה, הכא נמי גלי דעתיה דניחא ליה במה שנתן לנו). אמר להו הכי אמר רבא, לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא ליה, אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר הכי. ובתוס' שם (ד"ה מר זוטרא) כתבו, דמה שאכלו אמימר ורב אשי, הטעם מפני שסברו דאריס מביא מדנפשיה, דהיינו מחלקו המגיע לו, וכדאיתא בב"ק קיט"א, דאריסא מדנפשיה קא זבן. ואין לומר שסמכו על מה שיבוא אח"כ מרי בר איסק ויסכים למה שעשה אריסו, דכיון שהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, לא מהני יאוש למפרע, דאע"ג דהשתא ניחא ליה, מעיקרא לא הוה ניחא ליה. ומזה יש ללמוד שהסכמה בדיעבד לא מועילה למפרע. ומה שתירצה הגמ' לחלק בין תרומה לאורחים, דדוקא במצוה מהני ניחותא, היינו אליבא דרבא, אבל לאביי דקיי"ל כוותיה, לא מהני ניחותא אף במצוה, כן צ"ל בדברי התוס'. ומבואר בתוס' להדיא שלא מועילה הסכמה למפרע, ומה שאכלו קודם ההסכמה, הוי גזל, ומה שסמכו אמימר ורב אשי, מפני שסברו שמביא מדנפשיה, אבל מטעם שמועילה הסכמה למפרע. וע"ע בתוס' קדושין נב, (ד"ה אם).

וכן מבואר בראשונים אחרים, עיין בריטב"א (מיוחס לריטב"א, בסוגיא ד"ה שם אייתי), שמה שאכלו אמימר ורב אשי, לא מטעם הסכמה למפרע, אלא יש כבר הסכמה בהווה, שהאריס ידע שמרי בר איסק רוצה שת"ח יהנו מנכסיו, ולא אתא לידיה באיסורא, דרחמנא שרית מעיקרא. ולכן כבר כעת יש הסכמה של מרי בר איסק, מחמת ידיעת האריס בדעתו, אך לא הסכמה למפרע. ודברי הריטב"א הובאו בשטמ"ק (ב"מ

כב,א): "נראה לי דהיינו טעמא, דידע במרי בר איסק שהיה אוהב הלומדים וניחא ליה, והוה ליה כאלו הרשה את האריס מתחלה לכך, ולא מתורת יאוש שלא מדעת או מתנה או מחילה שלא מדעת נגעו בה. וכי אמרו ליה נמי למר זוטרא השתא נמי אמאי לא אכיל מר, לא תפסו עליו על העבר אלא על ההוה, כיון שגילה דעתו. ואהדר שאין זה גילוי דעת אפילו על ההוה, כיון דאיכא טעמא דכיסופא, אע"ג דהשתא אמר דניחא ליה בהכי". ומר זוטרא סבר שלא מיבעיא שאין בזה גלוי דעת על העבר, גם על ההוה, כשאומר מפורש כלך אצל יפות, לא מהני לענין אורחים, דדילמא מחמת כיסופא הוא דאמר הכי. ובריטב"א בסוגיא כתב דמעיקרא אממר ורב אשי סברו דשרי, כיון שיש לו חלק בפירות, ומר זוטרא לא אכל, כיון דהוי חולק שלא מדעת, וכשאמר לאריסו למה לא הבאת להם מהטובים יותר, שאלו את מר זוטרא, הרי כאן יש גלוי דעת על להבא, ומהני גילוי דעת על להבא, וע"ז השיב להם מר זוטרא, דאפשר דמשום כיסופא אמר כן, ולכן לא מהני הגילוי דעת גם מכאן ולהבא.

וכן במאירי בסוגיא מבואר דלא מהני הסכמה למפרע, ורק כיון שכנראה נח לו כבר כעת, מהני מה שלקחו מהאריס, אבל אם לא יודעים את דעתו כעת, לא מועיל מה שיגלה אח"כ דעתו, דאין להם זכות במה שמגלה דעתו אח"כ, כיון דקיי"ל דיאוש שלא מדעת, לא הוי יאוש, דגלוי הדעת לא נאמר אלא בתרומה, שמן הסתם הואיל ומצוה היא, ראוי לתפוש גלוי הדעת שלו בבידור הגמור, אולם לענין נכנס בכרם חברו או גינתו, ושלוחו של בעל הבית או אריסו נותן לו מפירות, אסור לאכול מהם, ואפי' בא בעל הבית ואמר כלך אצל יפות. ויש מתירין באריס. ומ"מ אם היו תלמידי חכמים, ובטוחים בבעלים שנוח להם להנות תלמיד חכם מנכסיו, אף בלא גלוי הדעת מותר; וז"ל זה דומה ליאוש שלא מדעת, שיאוש שלא מדעת כשיתאשו, לא יתיאשו אלא מתוך שאין להם בה סימן, אבל זו בידוע שרוצה בכך, ואין כאן לומר באיסורא אתא לידיהו". מבואר במאירי, שניחותא בת"ח הרי זה כגילוי דעת תמידי, ואין כאן גילוי דעת למפרע, אלא בשעת הנתינה לת"ח, ידוע שזה רצון הבעלים. משא"כ ביאוש שלא מדעת, בשעת המציאה לא ידועה דעתו, ורק אח"כ מתיאש, והיאוש לאביי מכאן ולהבא ולא למפרע. הרי דכל היכא דבעינן דעתו כעת, אם יש אומדן דעת לדעתו כעת, מהני. אולם אם אין ידוע דעתו אלא מחמת גילוי דעת דאח"כ, לא מהני למפרע. וכן מבואר בהג"א (ב"מ ב,ג): "... אך על זה לא היה סומך שהיה יודע שמרי יתרצה בדבר כשידע, דהא קי"ל כאביי דאמר מה שעתיד להיות, אינו חשיב כתחלה". וכן הוא בהגמ"ר (סי' תכה). והיינו כל דבר שצריך עכשיו הסכמה או שליחות, אין ההסכמה של אח"כ חלה למפרע, משא"כ אם ההסכמה מגלה מה היתה דעתו באותה שעה. ודעת ר"י המובאת בהג"א, דרב אשי סמך על זה שודאי האריס הביא מחלקו.

והנה הש"ך שנחא, כתב, דאף שמדברי התוס' והגמ"א והגמ"ר (הנ"ל) מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו, אפי' אם יודע שחברו יתרצה, אסור לאכלו, דהלכה כאב"י 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, דבמה יקנה, אי ביאוש הא השתא אינו מתייאש ואלו היה יודע שהוא אצלו לא מתייאש, משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה, דמסתמא אינו מקפיד על זה". 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 הנ"ל, ותלוי במחלוקת הראשונים בסוגיא, וכמו שהתבאר לעיל.

ולכאורה מבואר מהש"ך, דאף שיאוש אינו מעשה רצוני, מ"מ אם היה יודע שכעת האבידה ביד מוצאה, לא היה מתיאש. אלא שלפ"ז קשה, דהרי ביאוש מהאבידה שעדיין לא נמצאה, מדוע לא נאמר שאם היה יודע שבעתיד תמצא האבידה, לא היה מתיאש, דהרי ביאוש שעדיין לא אתי ליד מוצא, מהני יאוש, ומדוע לא נאמר אדעתא דהכי לא התיאש. ובפשטות יש לחלק בין נתון שקיים בזמן היאוש, לבין נתון עתידי. דלענין טעות שכבר כיום קיימת, אף שהיאוש אינו רצוני, אמרינן שלא היה מתיאש אם היה יודע שהנתון הוא כזה, שהאבידה כעת שמורה ביד מוצאה. אבל לענין נתון עתידי, בזה אין לומר שאם היה יודע מה שיהיה בעתיד, שהואיל והעתיד לא ברור, ומעשה היאוש אינו רצוני, לא מתחשבים במה שיהיה בעתיד לומר שהיה בטעות. ועיין לזקני הגרמ"ל זילברברג (זית רענן ח"ב סי' יב אות יז) מה שלמד מדברי הש"ך: "וכל עיקר יאוש הוא בטעות, כמ"ש הש"ך (שנחא) דהיכא דבהיתרא אתא לידו קונה ביאוש, אע"ג דנתייאש בטעות, משום דלא ידע היכן הוא או שיכול להוציאו". הרי ששם דגש על מה שמועיל יאוש אף שהוא בטעות. ובזה יישב מה שהקשו על שור הנסקל שהוזמו עדיו, שכל המחזיק בו זכה, דהרי הוא הפקר בטעות, דשם הוא מדין יאוש ולא הפקר, ולכן מהני אף בטעות. ועיין קצוה"ח שנחא, וברכת שמואל (ב"מ סי' כב, וכן סי' כג,ג).

ולכאורה הנפק"מ תהיה בנדו"ד, שהתיאש מהמכשיר החשמלי עקב טעות שהיתה כבר כעת, שסבר שהמכשיר אינו בר תיקון, ואילו היה יודע שכעת הוא בר תיקון

לא היה מתיאש, ולש"ך לכאורה דמי ליאוש שלא מדעת שהוא בטעות עקב נתון שקיים כעת, ולא מחמת נתון שיהיה בעתיד, ספק יקרה ספק לא יקרה. או שנאמר, שהנתון הנוכחי הוא מחמת שבא משהו בעתיד וגילה את הטעות, וזה דומה ליאוש בטעות מחמת העתיד, דהוי יאוש. וראיה לצד זה ממש"כ בזית רענן לענין שור הנסקל שהוזמו עדיו, שהרי השקר כבר היה בזמן היאוש, רק נתגלה אח"כ. הרי שאם המציאות לא ידועה עדיין לכל העולם, ורק אח"כ התבררה, מהני יאוש ולא חשיב יאוש בטעות, שאינו על ידיעה קיימת נוכחית. וכן הדין במכשיר, שאין הידיעה שהמכשיר הנוכחי בר תיקון ידועה למי בעולם, ורק אח"כ מצאה המוצא ובאה ידיעה זו, וע"כ הוי כידיעה עתידית.

ולכאורה צריך באור, למש"כ לעיל שיאוש אינו רצוני, בניגוד להפקר וקנין, מה החילוק בין אי ידיעה על מציאות קיימת כעת, לבין אי ידיעה על דבר שיקרה בעתיד. וצ"ל, דאף שיאוש אינו מעשה רצוני, מ"מ אם נעלם דבר שקיים כבר כיום, הרי העלמותו היא זו שהשפיעה על היאוש, וכיון שהיה בטעות, הוי יאוש בטעות, דכל המעשה הלא רצוני בא מחמת טעות של אי ידיעת המציאות הנוכחית. אבל ככל שמדובר באי ידיעה מה שיקרה בעתיד, זה דבר המצריך חשיבה בשעת מעשה, וכיון שבשעת מעשה היאוש אינו רצוני, אינו יכול להפעיל דעת ושיקול דעת אם היה רוצה להתיאש אם היה יודע מה שיקרה בעתיד, דלזה צריך דעת וחשיבה, וזה קיים במעשה רצוני כקנין והפקר, אבל כאשר היאוש נובע מאי ידיעת המציאות הנוכחית, לזה אין צריך דעת וחשיבה, הוא מעיקרו נובע מחמת טעות של אי ידיעת המציאות הקיימת. ולפ"ז אפשר דאף יאוש לא מהני בטעות, אך דוקא בטעות של המציאות הנוכחית, ולא חשבון וחשוב של דבר עתידי, שלזה צריך דעת, ושייך רק במעשה שבא מכח רצון ודעת.

וכן נמצא בבית יצחק (חאו"ח סי' ע"ג): "דבאמת כל יאוש הוא בטעות, דאלו ידע שימצא לא היה מתיאש, אך אם נתיאש קודם שנמצא בשעת היאוש לא הוי טעות והועיל אז אח"כ לא נתבטל, משא"כ בנתיאש לאחר דאתי ליד זוכה הוי טעות בשעת היאוש ולא מהני. וכיוצא בזה איתא בש"ס דכתובות צ"ז לענין זבין ולא איצטרך זוזי, דמשני התם זביני בטעות הוה דארבע בעיקולי' הוה קיימא, ופרש"י שהיה טעות בשעת מכירה, משא"כ היכא שבשעת מכירה לא הוי טעות ורק אח"כ נעשה, והוא הדין ביאוש כה"ג". מבואר בבית יצחק החילוק בין הטעות בזמן היאוש, או שהטעות נולדה לאחר היאוש, דאם טעה במציאות הקיימת, הוי טעות ביאוש, אולם אם הטעות נולדה לאחר היאוש, לא הוי טעות, וצ"ל, כיון שהיאוש הוא דבר לא רצוני, אין מקום לטעון שיחשב דברים עתידיים, ולא גמר בדעתו עקב דברים עתידיים, ולכן לא הוי טעות מחמת מה שאינו בשעת היאוש. ועיי' תש' מהרש"ג (ח"ב סי' רלב).

ודברים אלה יש לומר ולבאר בדברי הגרש"ש (שערי יושר ה"ב, אות רסו), בענין דברי קצוה"ח (תוב) ששור הנסקל הוא הפקר ממש כשאר הפקר דעלמא, והגרש"ש ס"ל דדין שור הנסקל הוא בתורת יאוש, ואף שאח"כ הוזמו עדיו, יש לבחון את המציאות הנוכחית ולא העתידית, וכיון שבשעה שהתיאש המציאות היתה שהשור עומד למיתה, הרי שמהני היאוש, וז"ל הגרש"ש: "דלענין אינו ברשותו לא שייך לומר איגלאי מילתא למפרע דהיה ברשותו, דכיון דחסר הבאת עדים וגם לא ידע בעצמו ששקר העידו, והשור עומד להסקל לפי המצב דהשתא, אין לך אינו ברשותו גדול מזה, דהרי בכל ממון שיכול להוציא בדיינים במטלטלים חשיב אינו ברשותו, אף שיודע שמשקר וטרח ומייתי עדים, מ"מ כיון דחסרה הבאת עדים הוי כאינו ברשותו, מכל שכן בכה"ג באינו יודע בעצמו כלום. אלא נראה ודאי דמה דאמרו בגמרא בלשון הפקר הוא לאו דוקא והכונה דמתיאש, וכמו שכתבו התוס' בב"ק (כא, ב) בהא דאמרין שם פירות ברה"ר אפקורי מפקר להו, דלאו דוקא אלא דמתיאש". וצ"ל דמה שאין מסתכלים על המציאות העתידית לומר שהיה יאוש בטעות, דכיון שהיאוש אינו מעשה רצוני, לא שייך לחשב חשבונות של דעת בדבר שבא שלא מדעת אלא מאונס הלב, משא"כ אם המציאות כעת היא של טעות.

היסוד של הגרש"ש בענין יאוש, שהבעלים משלימים עם הפרדותם כבעלים מהחפץ, ולא אכפת להם מה יקרה עם החפץ, ואם יזכה בו אחר, וז"ל הגרש"ש (שם) אות רנו ולהלן): "ולדעתי נראה דהוא ענין התרצות וניחותא, דבדבר שהבעלים חושבים שאבוד ממנו לעולם ולא יוחזר אליו, מתרצים המה על כל המקרים שיתהוו עוד ואינם חסים עוד עליו, מחמת שכבר הוא אבוד מהם אין להם שום קפידא מעתה אם יטלנו זה או אחר, שאין שום תועלת בו עוד. וכל חפץ שאין הבעלים מקפידים על חסרונו יכול כל אדם לזכות בו, ומה דיש חילוק בין יאוש דגזילה ליאוש דאבידה, הוא משום דכיון דהתרצות זו באה בע"כ של הבעלים, י"ל דלא חידשה תורה רק באבידה ולא בגזילה". דהתורה חידשה באבידה שאם אדם משלים מהפרדותו מהחפץ, יכול כ"א לזכות בו, וללא חידוש התורה, מהיכי תיתי שתועיל התרצות וניחותא זו, שאינה קנין והפקר, אלא שחידשה התורה באבידה, אך בגזילה לא חדשה. ולכאורה הכוונה שבגזילה בלבד, כיון שנעשתה באיסור, וההשלמה נובעת מאיסור שהגזולן הפריד את הבעלים מהחפץ, אף שבדיני ה"התרצות והניחותא" של התורה, מדוע לא יועיל, אלא שהתורה לא הסכימה שתועיל ההשלמה בלב של הבעלים, כשהיא נובעת מגזילה. ובכך הסביר את מחלוקת אב"י ורבא ביאוש שלא מדעת, דלדעת אב"י, באופן כזה שנמצא כבר ביד המוצא, צריכים הבעלים לדעת את המציאות (שנמצא ביד אחר) כדי שהניחותא תחשב כהתרצות, דהתרצות מבלי לדעת המציאות שנמצא החפץ מכבר, אינה התרצות, ורבא ס"ל דאף באי ידיעה, כיון שהתרצה/ התיאש, מהני ההתרצות.

ונראה בהסבר כנ"ל, דיש שתי ידיעות, יש ידיעה על המציאות הקיימת כעת, ויש ידיעה על מציאות שתהיה בעתיד. לענין מציאות הקיימת כעת ונעלם ממנו דבר זה, אף שכל מהות היאוש הוא אונס הלב ולא בא מדעת ומרצון ובהכוון, מ"מ אם היאוש בא מחמת אי ידיעה של המציאות הקיימת כעת, אף שהוא מחמת אונס הלב, הוי יאוש בטעות, דיש כאן כעת מציאות של טעות. משא"כ חישוב היכי תימצי עתידי, שייך לומר רק בפעולה שבא מתוך חישוב ודעת, כמו קנין והפקר, שיחשב קנין או הפקר בטעות, אך לא ביאוש, שחישוב היכי תמצי עתידי שייך רק בפעולות הבאות מרצון ומדעת. אבל טעות במציאות עכשיו, שייכת בכל ענין, שהיאוש עצמו נבע מטעות. דיאוש הוא רק הסתלקות, ולא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, כמש"כ קצוה"ח תוב. ולגרש"ש, זו השלמה עם חוסר בעלותיו, וחוסר מניעה שאחר יזכה בחפץ או מה יארע עם החפץ, ולכן ממהות היאוש, לא יוצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, דרך נתנו לזוכה רשות לזכות. משא"כ הפקר שהיא מעין פעולה קנינית, שהבעלים מסלקים עצמם כבר כעת מהחפץ, ואף אם אחר לא זכה בחפץ, הם כבר סלקו עצמם מדעתם מהחפץ. ועיי"ש בגרש"ש אות רסא תוספת הסבר לענין זכויות יורשי בעלים שהתיאשו.

ובדרך זו של חילוק בין יאוש בטעות להפקר בטעות, מצאנו גם במהר"מ שיק (חידור"ד סי' שצא) שהסביר מדוע בשור הנסקל שהוזמו עדיו, כל הקודם זכה בו, דאף שהוא בטעות, כיון שהוא יאוש מהני אף בטעות, וז"ל מהר"מ שיק: "דיאוש אפי' בטעות הוי יאוש, דהרי כל יאוש הוי בטעות דאם היה יודע שימצאנה אדם לא היה מיאש, ואפ"ה ילפינן מקרא דיאוש קונה, דכיון דהסיח דעתו ממנה ונסתלק זכותו, אפי' אם היה יודע לא היה מסלק, מ"מ כיון שסילק עצמו ממנו יוכל כל אדם לזכות בו, אבל אם עדיין לא זכה אדם והוא חוזר ושם על לבו שאפשר לו עוד שישגי הדבר הנאבד ממנו בוודאי מועיל. וכל זה לענין יאוש דהוי יאוש בטעות מועיל מה שחוזר, אבל לענין הפקר דקיי"ל דהוי קנין, דהיינו כדלעיל דזכה לרבים בזכות דבר הזה וא"י לחזור, או משום נדר, ואם היה בטעות הוי קנין בטעות ואינו מועיל. וא"כ א"ש, דהתם קאמר גבי שור הנסקל כל הקודם זכה משום דמיאש מיניה, אף על גב דהוי בטעות מ"מ כשזכה בו אחר א"י לחזור בו והוי הדבר להזוכה, אבל בלא זכה בו עוד אחר בוודאי יכול לחזור, אבל התם דמירי בפאה, דכל שאמר דלהוי פאה מיד הוי לעניים וא"י לחזור בו, אבל כשאמר דיהא זה קנוי לעניים, ואם זכה בו גוי ממילא הוי קנין בטעות ולא קנאו העניים כלל, ושפיר קאמר דלא הוי הפקר".

ולפ"ז היה מקום להקשות על מש"כ בהג"א (ב"מ הלב), דמחילה בטעות הוי מחילה, כיון שמה שמחל נמצא ביד הזוכה, ולכן אינו יכול לחזור בו: "לכך נראה לי דודאי גם רב נחמן סבר דמחילה בטעות הויא מחילה, אף על גב דקנין טעות חוזר,

בדין שיכול לחזור בו כיון שהממון עדיין הוא בידו יש כח בידו לחזור כיון דבטעות הקנהו, והקדש נמי לא חייל בטעות כיון דבעינן שיגמור בלבו ואין זה גמר כיון דטעה ... אבל אדם שיש לו ממון ומוכר אותו לחבירו ומוחל לו, אע"פ שהוא בטעות, זכה חבירו, מידי דהוה אהפקירא בעלמא דחשוב הפקר, א"כ שכנגדו קנאו ביאוש בעלים". ולכאורה מחילה היא מעשה רצוני, שמוחל לחבירו, ומדוע מחילה בטעות הוי מחילה. ובשלמא לענין מחילה בלב (עיין מה שכתבתי בח"ב סי' ג), יש מקום לומר שמוחל בליבו מפני שמבין שאינו יכול לגבות יותר החוב, ודמי ליאוש. אך אין הכרח. ובודאי אם התברר שבזמן המחילה שהנתונים היו לא נכונים, הוי מחילה בטעות, דלא עדיף מיאוש, ורק לענין דברים שיקרו לאחר זמן, יש חילוק בין יאוש בטעות להפקר בטעות, ומדוע מועילה מחילה.

ונראה דבזה ס"ל להג"א סברא נוספת, דכל ענין הפקר בטעות, שאינו גומר בדעתו אם היה יודע שיקרה כפי שקרה בעתיד, וכדוגמת הפאה, שלקטו עניי עכו"ם. אולם כאשר יודע הנותן/ המוחל/ המפקיר, שהחפץ אותו הוא נותן נמצא כבר ביד הזוכה, הרי הוא גומר בדעתו להקנותו בכל ענין. דמציאות זו שהחפץ/ הכסף ביד המקבל/ הזוכה, מחייבת את הנותן/ המוחל ליתר שיקול דעת במעשיו, שהרי יודע שמעשה כזה שעושה, ככל הנראה כבר לא יהיה הפיך. לכן כשמוחל לחבירו, הרי יודע שהמחילה מיד חלה ומיד הנמחל מוחזק בממון שבידו, והדבר כבר בלתי ניתן לחזרה, ולכן כשמחל ודאי שקל דבכל מקרה תחול המחילה, ולא יכול לטעון אילו הייתי יודע לא הייתי מוחל, דודאי בכה"ג מוחל בכל ענין, שידוע שהנמחל מוחזק בממון או בחפץ, דגומר בדעתו בכל ענין, משא"כ בקנין שהחפץ עדיין ביד המקנה, לא גומר להקנותו על הצד שיתברר שהיה הקנין בטעות.

ויסוד הדבר, דכל ענין של טעות, לא היה מקום להחזיר את המקח, אלא כיון דאמרינן שהואיל והמקנה מחזיק בידו בחפץ, בודאי חשב שאם תהיה מציאות שונה אינו רוצה להקנות, וע"כ לא גמר להקנות בהיכי תמצי של טעות ומוחזק בידו, משא"כ כשמוחזק בידו גמר להקנותו. ובדרך זו חשבתי לבאר מש"כ הגר"ש קלוגר בחכמת שלמה (אהע"ז קיט, ג) לענין שור הנסקל שהוזמו עדיו, מדוע זכה בו המחזיק, הרי הוי הפקר בטעות. וכתב לישב, דהזמה הוי לא שכית, ולכן אינו נחשב טעות שיבטל ההפקר, ודימה שם לנדרים. והיה נראה למש"כ לעיל, דכל ענין הטעות הוא מחמת שאין המקנה/ המפקיר גומר בדעתו בדבר שהוא טעות, אך כל זה על היכי תמצי שיכול לחשוב שיהיה, ובאופן זה אינו מקנה או מפקיר, אבל בדבר דלא שכית, אינו מעלה בדעתו, וגומר בדעתו להקנות / להפקיר בכל ענין.

וביאור זה נלמד גם מדברי קצוה"ח קמב,א, שכתב בבאור דברי הג"א, וז"ל קצוה"ח: "דהיינו משום שהממון תחת ידו, יש כח בידו לחזור כיון דבטעות הקנהו,

והקדש נמי לא חייל בטעות, כיון דבעינן שיגמור בלבו ואין זה גמר כיון דטעה כו', א"כ אדם שיש לו ממון ומוכר אותו לחבירו ומוחל לו, אף על פי שהוא בטעות זכה חבירו, מידי דהוי אהפקירא בעלמא דחשיב הפקר, א"כ שכנגדו קנה ביאוש בעלים ע"ש. וביאור דברים, משום דיאוש אפילו בטעות מהני, דיאוש דאבידה נמי בטעות הוא, דאילו הוי ידע היכן האבידה לא היה מייאש". דכאשר מוחל או מקנה חפץ שנמצא ביד חבירו, הרי זה בגדר של יאוש, דמהני אפי' בטעות, דודאי גומר בדעתו להקנותו בכל ענין.

עוד יש להוסיף בנדו"ד להתיר למוצא לקחת לעצמו, ע"פ מש"כ השו"מ (תנינא ח"ב סי' נט), דכל שזכו אחרים קודם שנודע הטעות, לא שייך הפקר בטעות. השו"מ כתב לענין שור הנסקל שהוזמו עדיו, דכל הקודם זכה בו, היינו שזכה בו קודם שהוזמו, דאחר שהוזמו, הוי הפקר בטעות וחזר לבעלים: "באמת צ"ע דלמה יזכו בו והא הוה הפקר בטעות. וצריך לומר, כיון דתפס בו אחר, לא שייך הפקר בטעות, ועיין ב"מ סו גבי אי שמיט ואכיל, וברא"ש סוף ב"ק דף קטז גבי חמרא דר"כ אדעתא דארי' אפקריה וכו' ע"ש היטב, אבל כל שלא זכה בו אחר בודאי הוא של בעלים". ונראה דהשו"מ מסביר דחסרון דבר שלא בא לעולם הוא מחמת חוסר גמירות דעת בקנין, דכאשר מקנה דבר שלא בא לעולם, הא דלא מהני אפשר להסביר בשני אופנים: או שאין לקנין על מה לחול, או שהוא חסרון בגמירות דעת (וכתבתי בענין בכ"מ, עיין ח"י כד/ח). וס"ל לשו"מ דהוא חסרון בגמירות דעת, דסובר כיון שלא באו עדיין לעולם, יש את האפשרות לחזור עד שיבואו לעולם, ולכן כעת לא גומר בדעתו ומשאיר לעצמו את זכות החזרה. אולם משבאו לעולם ותפס בהם הזוכה, כבר לא יכול לחזור בו, ומהני הקנין, דחוסר הגמירות דעת משאירה למקנה רק פתח לחזרה, אבל אם תפס הזוכה, כבר אין לו כבר אפשרות חזרה, ומהני הקנין. וס"ל לשו"מ דהוא הדין לענין הפקר בטעות, דכשמפקיר משאיר לעצמו הזכות לחזור בו אם יתברר שההפקר היה בטעות, ולא גמר דעתו בצורה מוחלטת. ולכן כשזכה בו אחר, כבר אינו יכול לחזור בו. וא"כ הוא הדין בנדו"ד שכבר זכה קודם שהתבררה הטעות, דאף אם היה זה בגדר הפקר, אינו חוזר מדין הפקר בטעות.

ג. בנדו"ד הוי יאוש

וכאמור בנדו"ד הוי יאוש בנוסף להפקר, ולכן אין טענה לבטל היאוש מדין טעות, דאף שהטעות היתה כבר בזמן שהתיאש, מ"מ לא יכל להוודע הדבר אלא לאחר שאחר זכה בו ודוקא בהיותו מומחה לענין. דהנה בדין זורק לאשפה, כתבו הראשונים דהוי בגדר יאוש. תנן בב"מ כהב: 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 הוא, 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 נמליכים 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 ולחוץ הרי אלו שלו, דכיון שהניחו במקום שיד הרבים שולטת שם, הרי זו אבידה מדעת: "דכיון שהחזיר 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 ממשמת 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 חדר, 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. ותירוצו 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, חח"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 רס"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 ולקייטם 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 כסחו, אלא כוונת הגמ' שהתיאש מהחפץ: "דאיאוש מייאש מיניה ולא מצא מקום להצניעו, ואמר אניחנו בכאן במקום כל דהו". הרי שאם כסחו באשפה העשויה ליפנות, אין כאן הפקר אלא יאוש, אולם

אם הניחו ליד אשפה ולא כסהו והחביאו, הרי זו אבידה מדעת. ולפ"ז בנדו"ד שהניח במקום שעשויה לפנות, הרי זה יאוש והפקר ואבידה מדעת.

ואגב זה אוסיף בענין מחלוקת הרמב"ם והטור אם אבידה מדעת הוי הפקר, דדעת הרמב"ם שרק אין מחויבים להחזיר לו אבידתו, והטור חולק דהוי הפקר. דמחלוקתם דוקא במי שנוהג מנהג טפשים ומוזרים, כמו זורק כיס לרשות הרבים, או מאבד לדעת פרתו, שנותן לה לרעות באופן שתאבד. אבל כשמשליך חפץ מפני שסבור שאין בו צורך, נראה דאף הרמב"ם יודה דהוי הפקר, שכן הדרך להפקיר, ורק ס"ל לרמב"ם שאם זורק כיס ובו מעות לרה"ר, שהוא מנהג הטיפשים והמוזרים, אין לכיס דין אבידה, אולם גם הפקר אין כאן. ולפ"ז בנדו"ד יודה דחשיב הפקר. ולמש"כ יש כאן גם יאוש.

ולעיל הובאו דברי החכמת שלמה, שאם הטעות שהתבררה היתה דבר לא שכיח, כמו הזמת עדי שור הנסקל, אין זה הפקר בטעות. ולענין זה יש להביא את דברי הנתיבות רלב"ח, על דברי הרמ"א שם (רלב"ח), ומקורם מהמרדכי (ב"מ פ"ב סוף רנח): "ואם קנה הסרסור דבר בחזקת בדיל ומכרו, ואחר כך נודע שהיה בו כסף או זהב, זכה הלוקח, שלא זכה בו הסרסור מעולם הואיל ולא ידע בו". וע"ז כתב הנתיבות: "דוקא בכה"ג שאין דרך להוודע כלל, והוי כאבודה ממנו ומכל אדם דהוי הפקר. משא"כ במצא כסף שהוא כרוך במטלית ולא ידע מה הוא, וכיוצא בזה בדבר שדרכו להוודע, זכה הראשון. דהא המרדכי למד דין זה ממצא בכותל ישן (ב"מ כהב), וברמב"ם (גו"א טזח) כתב שם הטעם משום דהוי אבודה ממנו ומכל אדם, וכן המהרי"ק סי' קיח כתב דוקא מידי שאינו מצוי להמצא וכו', ע"ש". ולכאורה הכסף היה מצוי להמצא ע"י מומחה. הרי שמציאה ע"י פעולה של מומחה, לא חשיב מצוי להמצא, ולכן זכה השני. ואף שיכל להתברר ע"י מומחה שהבדיל הוא כסף, מציאות זו אינה שכיחה ואין דרך להוודע בה כלל, והוי כאבודה ממנו ומכל אדם. וכן נראה בנדו"ד, שזרק המכשיר החשמלי לרחוב, ומירב הסיכויים שהיה נלקח ע"י עובדי התברואה, כך שהסיכוי שידעו שניתן בנקל להפעילו, הוי דבר לא שכיח, והוי אבודה ממנו ומכל אדם, ואין בזה דין הפקר בטעות, וכמו שעולה מדברי הנתיבות הנ"ל.

לאמור לעיל בנדו"ד אין המוצא צריך להחזיר החפץ לבעלים.

סימן כב

קבלת שכר על חיפוש אבידה

ראשי פרקים

א. לא ראה האבידה

ב. נלמד מדין השבת אבידה אבל אינו בכלל המצוה

ג. שכר בהשבת אבידה

בענין יהודי מחו"ל שבטעות אנוש נזרקה לאשפה בביתו שקית יהלומים ששויה כמה מאות אלפי דולאר, והדבר התגלה בזמן, והוא פנה לחברה שמפנה את האשפה מהאזור שיאפשרו לו לחפש את השקית בין הררי האשפה. ומדובר בכמות גדולה מאד של אשפה, והסכימו לשפוך את האשפה במקום מסוים למשך שעה בלבד. הוא פנה לכעשר שכנים יהודים מהאזור שיעזרו לו, והבטיח להם סכום של 200 יורו לשעת העבודה, ואם תמצא האבדה, יתן להם 1000 יורו לכ"א. האבידה נמצאה. רובם כנראה סרבו לקחת כסף, אבל היו כמה שנטלו את אשר נתן להם. ושאל אחד מהם אם מותר לו ליטול שכר על הנ"ל. והשבתי שאינו בכלל איסור נטילת שכר על אבידה, כיון שלא היה עליהם חיוב של השבת אבידה.

א. לא ראה האבידה

כשאנו רואה את האבידה, רק שומע מהבעלים שנאבדה לו אבידה ומסייע במציאתה, אינו מקיים בחיפוש מצות השבת אבידה אלא מצות גמילות חסדים, ועושה חסד עם חבריו, והוא מהדברים שהעולם עומד עליהם, ולכן אינו מחויב לעשות פעולה זו בחינם כהשבת אבידה. ואפי' יחשב כמציל ממון חבריו מהפסד, הנלמד מאבידת קרקע, יוכל ליטול שכר וכמו שיתבאר. דהנה במצות השבת אבידה נאמרה ראה, דחייב ההשבה מתחיל משעת ראה, והראיה של האבידה היא מהותית לחיוב במצוה, דכך ציוותה התורה (דברים כב, א-ג): לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם, השב תשיבם לאחיק ... וכן תעשה לחמרו וכן תעשה לשמלתו, וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה, לא תוכל להתעלם. ובגמ' ב"מ כו, א: ואמר רבא, ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש על מנת לגזולה, עובר בכולן, משום לא תגזול, ומשום השב תשיבם, ומשום לא תוכל להתעלם. וכן פסק הרמב"ם בהל' גו"א יא, א: "... והרואה אבידת ישראל ונתעלם ממנה והניחה, עובר בלא תעשה, שנאמר; לא תראה את שור אחיך והתעלמת מהם. ובטל מצות עשה, ואם השיבה קיים מצות

עשה". וכן בשו"ע חו"מ ריש הל' אבידה ומציאה (רנט,א) תלה החיוב בראיה. ועיין מה שכתבתי בח"ט כו"ט.

ואיתא בגמ' ב"מ לג,א: תנו רבנן, כי תראה, יכול אפילו מרחוק (והטיל עליו שילך שם – רש"י), תלמוד לומר כי תפגע, אי כי תפגע יכול פגיעה ממש, תלמוד לומר כי תראה, ואיזו היא ראייה שיש בה פגיעה, שיערו חכמים אחד משבע ומחצה במיל וזה הוא ריס. תנא, ומדדה עמו עד פרסה. אמר רבה בר בר חנה ונטל שכו. ובשטמ"ק שם הביא מהרא"ש שכתב, דאע"ג דכי תפגע נאמר באבידה וכי תראה נאמר בפריקה, מ"מ ילפינן מהדדי. ולפ"ז לכאורה כן הוא הדין גם בהלכות אבידה, שרק אם רואה ממרחק של ריס, ראייה שהיא פגיעה, חייב להחזיר. ובב"ח (חו"מ רנט,א) מבואר שכן השעור גם לענין אבידה, שממרחק כזה שראה את האבידה, חייב בהשבתה. והאור שמח בחידושו בסוגיא הקשה, שכל הפוסקים לא הזכירו כלל אם רואה אבידה יותר מריס דאינו מחויב בהשבה; "והדבר תמוה, וצ"ע". ומ"מ ברור שככל שאינו רואה, אין עליו חיוב להשיב האבידה. והחינוך (מצוה פ) לענין מצות פריקה כתב, דרחוק משעור ריס אינו חייב להטות הדרך אליו, והעושה לפנים מן השורה תבוא עליו ברכה. ועיין במנ"ח שם מש"כ בזה.

אמנם לפי מה שהגיה הגר"א בגליון הש"ס, ומקורו מהספרי, שאין הלימוד מהפסוק לא תראה דמיירי באבידה, אלא מכי תראה, דמיירי בפריקה. דלא תראה נאמר בהשבת אבידה, וכי תראה, שנאמר בפרשת משפטים, כי תראה חמור שונאך רובץ וגו', עוסק בפריקה וטעינה, והברייתא מיירי רק בפסוקים של פריקה וטעינה. ולפ"ז מובן מדוע לא הביאו הפוסקים דין זה באבידה, כיון שנאמר רק בפריקה וטעינה. ולפ"ז אפשר דבכל ענין שרואה המוצא, אפי' ביותר מריס, חייב להשיב. ומ"מ הכל תלוי בראיה, דללא ראייה כלל של האבדה, לכ"ע אינו חייב להשיב, וא"כ בנדון כנדון דידן לכאורה לא מקיים מצות השבת אבידה אלא מצות חסד.

אלא שדבר זה צריך ברור. דהנה בדין מציל חבירו מהפסד, כמו מברית ארי מנכסיו, מבואר בראשונים שהוא בכלל מצות השבת אבידה. ומברית ארי אינו בדוקא כשרואה את הארי, אלא אם שמע שארי בא לעיר ועושה מכשולות בשדה חבירו שלא יזיקנו, הוי ג"כ מציל חבירו מנזק, ומברית ארי מנכסיו. דהנה בב"ב נג,א, על קנין חזקה; א"ר אסי א"ר יוחנן, נתן צרור והועיל, נטל צרור והועיל, ה"ז חזקה. מאי נתן ומאי נטל. אילימא נתן צרור וסכר מיא מינה, נטל צרור ואפיק מיא מינה, האי מברית ארי מנכסי חבירו הוא. אלא נתן צרור דצמד לה מיא, נטל צרור וארוח לה מיא. ופירש הרשב"ם על מברית ארי, דלא מקרי חזקה: "הא למה זה דומה למשיב אבידה, דכל ישראל מצווין להציל ממון חביריהם מן ההיזק, ואין קרוי חזקה אלא דומיא

דגדר ופרץ, שעושה בו בנין או כל תיקון הצריך לו לשדה כגון משקה מים או זומר או זורע או חורש". וכן מבואר בנימוק"י (ב"ב כח,ב מעמוה"ר)

ודבר זה מבואר אף ברמב"ן (ב"ב נב,ב). הרמב"ן מביא בשם איכא דאמרי, דבנעל לא הוי מבריה ארי, דמבריה ארי שייך רק באופן שארי רביע עילויה, שאז מוכח שכוונתו להבריה ארי, אבל במקום שאין כאן נזק, אין זה מבריה ארי וקונה בנעילה; "שמעשיו מוכיחין עליו שלהבריה ארי עשה כך, ולא מיבעיא בנכסי חברו שלא בפניו דהשבת אבדה עבד ומצוה דרמיא עליה היא, כדתניא בפ' אלו מציאות (לא,א) ראה מים שוטפין ובאין הרי זה גודר בפניהם, אלא אפילו בפניו, אי נמי בנכסי הגר דליכא מצוה, מכל מקום זרוזי הוא דמזוזו נפשיה דלא ליקרו ליה מפסיד ואין דרך הקנאה בכך. אבל היכא שאין מעשיו להבריה, כגון הכא דלא רביע ארי או שאין שם כלום בבית או שהוא יושב ומשמר – קנה". מבואר שהחיוב להציל חברו מהפסד, כמו חיוב להציל אבידת קרקע, מקיים מצות השבת אבידה. ודברי הרמב"ן בשם האיכא דאמרי, נראה שהם מדברי הרי"ד בפסקיו שם: "ונראה לי שאם היתה הגדר נקובה ולא היה שטף המים עדין, ונתן צרור וסגרו שלא ייכנס שם השטף היום ומחר, הכי נמי דהויא חזקה, ולא ייקרא זה מבריה ארי מנכסי חברו שאין הארי שם". אלא שברי"ד לא הוזכר שמקיים בזה מצוה, עיי"ש דמבריה ארי אינו חזקה לא מצד המצוה אלא שאין בזה תועלת ורק מניעת נזק.

ועיין בר"י מיגאש שפירש שהוא מצוה דאורייתא להציל חברו מנזק: "האי מבריה ארי מנכסי חברו הוא, פירוש שהוא מחוייב מן התורה בכך, כדגרסין בפרק אלו מציאות (לא,א) לכל אבידת אחיך, לרבות אבידת קרקע, וחזקה לא הויא אלא עד דהוי ההוא מידי דעבד דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו לחברו, דודאי שלא עשאו אלא לעצמו לקנות בו אותה שדה". הרי שלהציל חברו מהפסד הוא חיוב מהתורה, כמו באבידת קרקע. וכן הוא ברבינו גרשם שם: "מצוה עבדת שהצלת נכסי, כי כן חובה לבר ישראל להציל ממון חברו". וכן פירש הרמ"ה שם: "ולא הויא חזקה אלא היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד, וקא עביד אדעתא דמיקנא. אבל היכא דמצוה לעשות, כיון דבלאו הכי נמי הוה מיחייב למעבד, לא הויא חזקה". הרי שישי חיוב של מצוה להציל מהנזק, וכן הוא במאירי (ב"ק נח,א) בשם יש מתרצים, דכל דבר שיש בו צד מצוה וסרך צווי ביי"ד, אינו בכלל מבריה ארי, עיי"ש.

ב. נלמד מדין השבת אבידה אבל אינו בכלל המצוה

אלא שעדיין לא התבאר הגדר של חיוב הצלת חברו מנזק, אם הוא נלמד מהשבת אבידה אבל אינו בכלל המצוה, או שהוא חלק ממצות השבת אבידה. דנראה

שאינן ענין מצות השבת אבידה למציל חבריו מהפסד, שהוא לכאורה מצות חסד, דאף שנלמד ממצות השבת אבידה, אין בו גדרים ודינים של מצוה זו, ורק דינו נלמד מהשבת אבידה. וכמו שמצאנו לענין החיוב להעיד, במי שיודע עדות לחבירו, וצריך למנוע ממנו הפסד, דאף במקום שאינו בכלל אם לא יגיד וכו', יש עליו חיוב להעיד כדי למנוע מחבירו הפסד, והוא נלמד מדין אבידה, אך אין על העדות שם של אבידה, ונלמד מדין אבידת קרקע והחיוב למנוע מחבירו נזק, שחייב להעיד לחבירו. ונפק"מ שיכול לקבל שכר, דאם אינו עדות מכלל ציווי התורה של אם לא יגיד, לכאורה אין איסור בנטילת שכר, דאין בזה מה אני בחינם, ומחויב השבת אבידה, כיון שאינו בכלל המצוה רק נלמד ממנה, לכאורה אין איסור ליטול שכר.

חיוב הגדת עדות מדין השבת אבידה, מצאנו בדברי קצוה"ח כח"ג. קצוה"ח כותב דאם קבלו עליהם קרוב או פסול, אינו חייב להעיד מדין אם לא יגיד ונשא עווננו, והביא ראיה מהירושלמי (שבועות ד,א) דאין עליו שם עד, ושכן כתב הר"ן (שבועות טו,ב מעמוה"ר) בשם הרמב"ן (שבועות לה,א). ומ"מ ס"ל לקצוה"ח דיש עליו חיוב להעיד מדין השבת אבידה: "מיהו נראה דאע"ג דאינו חייב משום לא יגיד, אפ"ה מצוה איכא להעיד ומשום השבת אבידה". וכן נמצא בנתיבות כח"א, דנהי דאינו עובר באם לא יגיד, מכל מקום חייב להעיד מדאורייתא משום השבת אבידה לבעלים, ואף בלא תבעו ובכל מקום דאינו חייב משום אם לא יגיד, מכל מקום חייב משום השבת אבידה. גם האמרי בינה (עדות ח) כתב דיש חיוב להעיד מדין השבת אבידה, אך נפק"מ דמדין השבת אבידה אינו חייב לטרוח ולילך לפני ב"ד ולהעיד, דמדין השבת אבידה אינו חייב להפסיד ממנו, ואף שכר בטלה מותר לקבל, ע"כ באה התורה והוסיפה חיוב של ואם לא יגיד ונשא עווננו, לחייב את העד לטרוח ולהעיד בפני ב"ד.

וכבר מצאנו טעם כזה בדברי הראשונים, לחייב להעיד מדין גמילות חסדים. דהרי"ף ב"ק (כד,א מעמוה"ר) כתב על הא דעד אחד היודע עדות ואינו מעיד, דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, דכיון שחייב שבועה ע"פ עד אחד ולא העיד העד, יש לחייבו בדיני שמים. וכתב ע"ז הנימוק"י שם בטעם הדין, וז"ל: "דדילמא לא הוה משתבע בשקרא ומשלם, דאילו בב' עדים שאין רוצין להעיד פשיטא דמדאורייתא חייב בדיני שמים דכתיב אם לא יגיד וכו', דאפילו בלא שבועה איכא נשיאות חטא, דהא דכתיב ושמעו קול אלה ... ודוקא בב"ד דכשאמרו אין אנו יודעין שוב אין יכולין להעיד, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אבל חוץ לב"ד אין לחוש כ"כ הרא"ה ז"ל. והא דמחייבין הכא בכובש עדותו היינו בדיני שמים אבל בדיני אדם לא, ואפי' למאן דדאין דינא דגרמי, לפי שאין אדם חייב להעיד לחבירו אלא ממידת גמילות חסדים כ"כ הרא"ה ז"ל". ונראה בהסבר הרא"ה, דאף שיש חיוב להעיד מכח אם לא

יגיד, מ"מ זהו חיוב ככל המצוות שבין אדם למקום, וכמו שאם אינו שומר שבת, אין לכל יהודי שהדבר מפריע לו חילול שבת, תביעת ממון כנגד מחלל השבת, והכל בדיני שמים, וכל הסלקא דעתך לחייב את הכובש עדותו הוא מכח הלכות נזיקין, שהעד מזיק לבעל דין כשכובש עדותו, ע"ז אמר הנימוק"י שהחיוב הממוני שבין אדם לחבירו הקיים בהגדת העדות הוא מכח גמילות חסדים, וכשמנע עצמו מעשיית חסד, אין לחייבו בדיני אדם, ורק בדיני שמים יש לחייב מכח החיוב להעיד דאם לא יגיד ונשא עונו. יוצא איפוא דמש"כ הרא"ה: "לפי שאין אדם חייב להעיד לחבירו אלא ממידת גמילות חסדים", היינו לחיוב שבין אדם לחבירו, והוא חיוב נוסף לחיובים שהטילה התורה בין אדם למקום.

ולכן גם שנים פטורים מדיני אדם, וכן הוכיח הרמב"ן בקונטרס גרמי (ד"ה והיודע עדות) ממה הקשתה הגמ', שאם מיירי בשני עדים, פשוט שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, דדאורייתא הוא וכו', הרי ששנים פטורים גם מדיני אדם. והטעם דכל החיוב בבין אדם לחבירו הוא מדין גמילות חסדים, ודומיא דהשבת אבידה, ומי שלא קיים השבת אבידה או גמילות חסדים, אף דעבר על מימרא דרחמנא, אין לחייבו מדין מזיק, כיון שהחיוב לגמול חסד אינו חיוב ממוני כמו במחיצת הכרם וכמו בשמירת נזיקין אחרת אלא חיוב מצוותי, וז"ל הרמב"ן: "טעמא דמילתא שאף הוא אינו חייב להעיד לו אלא מדין גמילות חסדים שחייבה תורה להעיד, ואם לא רצה לקיים אותה מצוה אין מן הדין לחייבו ממון, מה שאין כן בנתיאש הימנה ולא גדרה, דכיון שהוא חייב חיוב ממון לגדור ולא גדר ונתיאש חייב, שהרי הוא מזיקו ביאושו וגפניו הם האוסרין והוא גורם האיסור, אבל מי שאינו רוצה להעיד פטור, שאין עליו חיוב ממון אלא מדרך גמילות חסדים, ואם אינו רוצה לטרוח ולהצילו לזה אינו חייב. למה זה דומה למי שרואה כיסו של חברו אבד ואינו מצילו, או מי שאינו רוצה ליתן פרוטה משלו לעני, שאין בית דין מחייבין אותו בכך, אף כאן אין בית דין מחייבין אותו לשלם מביתו שלא חייבתו התורה בכך אלא כשאר המצות היא זו ואינה בדין ממון". ובקוב"ש (ב"ב יב-יג) הוכיח מהרמב"ן דחיוב ההרחקה של הכרם הוא מכח הרחקת נזיקין ולא מטעם איסור כלאים, דאי מאיסור כלאים, לא היה מקום לחייבו, משא"כ אם מהרחקת נזיקין, כשלא הרחיק הרי הוא מזיק וחייב. (ועיין קצוה"ח סו, כא, ומהרש"ם ח"ג סי' צו מה שהקשה בזה).

וכן מצאנו גם לענין נזיקין. ידוע מה שכתב הקהילות יעקב זצ"ל (ב"ק סי' א) דיסוד האיסור להזיק ממון חבירו, נלמד מדין השבת אבידה, שחייבה תורה להציל ממון חבירו מהפסד, אף שההפסד עדיין לא בא. ומזה נלמד בק"ו שאסור להזיק. והרי אין איסור להזיק בכלל המצוה של השבת אבידה או אבידת קרקע אלא נלמד ממנו. והקה"י זצ"ל מציין במהדרו"ב שהעירו לו שכן כתבו הרש"ש והחלקת יואב. הרש"ש

(כתובות יח,ב) כתב לענין עדות שקר שגורם נזק לחבירו, דאסור אף לגרום נזק בגרמא, כדאיתא בב"ב כב,ב, ונלמד מחיוב להציל ממון חבירו: "והא מחוייב להשיב אבידתו ולהצילו מנזק דממילא, כ"ש שלא יגרום לו היזק". וכן הוא בחלקת יואב (חח"מ סי' כ), דבגורם שממון חבירו ילך לאיבוד, אסור מהתורה מטעם השבת אבידה. ומ"מ אינו בתוך גדרי ודיני המצוה, אלא שנלמד האיסור מהשבת אבידה.

והנה בנדו"ד כל המקום לחייב אינו דין של השבת אבידה אלא להציל ממון חבירו, שהוא דין בגמילות חסדים שנלמד גם מהשבת אבידה. ויסוד זה מצאתי אח"כ בקונטרס יונת אלם (לגאון הרב יונה קרפילוב זצ"ל, סי' כ). ביונת אלם דן שם בענין בעלים שמרדפים אחר קורות ואבנים ששטפם נהר, שחייב להחזיר לשיטת הרמב"ם (גזילה ואבידה ו,א): "קורות ואבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפם הנהר, אם נתיאשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין והן של מצילן, ואם אינו יודע אם נתיאשו או לא נתיאשו, חייב להחזיר, ואין צריך לומר אם היו הבעלים מרדפין אחריהן". (ועיין מה שכתבתי בח"ח סי' לח, ואכמ"ל). דלכאורה מה מהני מרדפין באבודה ממנו ומכל אדם. וכתב בהסבר הדין, וז"ל:

"ואשר יראה לומר בשיטת הרמב"ם ... דתרי דיני אבידה איכא. עיקר דין אבידה הנאמר בקרא דאשר תאבד ממנו ומצאתה, והוי דוקא היכא שהדבר אבוד מן הבעלים דרך נפילה ואינם יודעים היכן הוא, ובאבידה זו יש חלות שם אבידה, ויש בה כל דיני האבידה הנאמר בקרא. אבל אם הבעלים יודעים היכן הוא, ורק שהחפץ עומד לאבד אם לא יצילנו, אין זה מעיקר דין אבידה ואין בה חלות אבידה כלל הנאמר בקרא. ואין זה אלא חיוב הצלת ממון חבירו מהפסד, ורק דזה מכלל דינא המבואר לקמן (ב"מ לא,א), דאם ראה מים ששוטפין ובאין, הרי זה גודר בפניהם, שיש עליו חיוב להציל ממון חבירו מהפסד. ונראה פשוט דלא הוי רק חיוב הצלת ממון, אבל לית בזה דיני וחלות אבידה. וכמו כן שהחפץ לפני הבעלים אלא שהולך לאיבוד, אין עליו דין אבידה כלל, ואין בזה אלא מצות הצלת ממון גרידא. ונראה דכל היתרי אבידה, כאבידת עכו"ם ופחות משהו פרוטה, וכן ההיתר דאבודה ממנו ומכל אדם, שהוא ג"כ מהיתרי אבידה ... אבל בדין אבידה דהצלת ממון, דלית עליה חלות שם אבידה, ליתא לכל היתרי אבידה. ודוקא יאוש דמצינו דמהני באבידה דגזילה, מהני גם באבידה כגון זו דהצלת ממון."

הרי דיש שני דינים בהשבת אבידה. יש אבידה שהיא בכלל תאבד ממנו ומצאתה, וזו האבידה שעליה יש את כל דיני התורה האמורים מאבידה, ויש דין הנלמד מהשבת אבידה והוא הצלת ממון חבירו, שנלמד מאבידת קרקע, ועליו אין כל דיני השבת

אבידה, רק נלמד מהשבת אבידה שיש חיוב להציל ממון חבירו מהפסד, אבל אינו בתוך גדרו ופרטי דיני השבת אבידה. ולכאורה הוא הדין לענין שכר אבידה, כיון שאם אינו בכלל המצוה של השבת אבידה אלא נלמד ממנה, י"ל שמותר לו ליטול שכר. וראיה שמותר ליטול שכר במציל ממון חבירו, מהא דאיתא בב"ק קטו, א-ב, במשנה שם: 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. ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, חייב ליתן לו. הרי דאף בלא התנה, ואף שיש עליו מצוה להציל ממון חבירו וכנ"ל, יש לו שכר כלי ושכר פעולה, כמו שפירש רש"י שם במשנה. ובנדר"ד שאינו רואה כלל האבידה, לא שייך הלאו דלא תוכל להתעלם והשב תשיבם, ורק נלמד מהם שצריך להציל ממון חבירו מהפסד, אך אינו בכלל גוף הלאו והעשה.

ג. שכר בהשבת אבידה

גם יש להוסיף דאפשר דבנדר"ד יהיה מותר ליטול שכר מטעמים נוספים, ואף בהשבת אבידה, כמו בנדר"ד שרוצה בעל האבידה ליתן להם שכר, יש הסוברים שאין בזה איסור. דתנן במשנה נדרים דב (ובגמ' לג, א): המודר הנאה מחבירו, שוקל את שקלו ופורע את חובו ומחזיר לו את אבדתו, מקום שנוטלין עליה שכר, תפול הנאה להקדש. הר"ן פירש שנוטל שכר בטלה, כשהיה בטל ממלאכתו, וכן פירשו רש"י והריטב"א שם. אולם בפירוש המשניות לרמב"ם משמע שיש מקום שנוהגים שמקבל שכר על החזר אבידה: "ואם היה המנהג שהמחזיר אבדה מקבל שכר, הרי זה לא יקבל, לפי שמחמת המנהג יצא מחיוב תורה וכאלו בשביל מה שיקבל החזירה, והרי הוא מהנה לזה שנדר שלא ינהו, בגלל הדבר שמחזיר לו. וגם אם יוותר לו על השכר הנהוג, הרי הוא מהנהו באותו השכר שמוותר לו, ולפיכך מקבלין ממנו את השכר ויפול להקדש". ולכאורה איך יטול שכר מחמת המנהג שהוא נגד דין תורה שאין לוקחים שכר. כן הקשה בתוס' יו"ט שם, דדוחק להעמיד המשנה במנהג שהוא נגד ההלכה, דאטו ברשיעי עסקינן. וכן לא העמידו בגמ' נטילת שכר בלמוד תורה או בקור חולים כשהמנהג כן, אלא רק באופן המותר ע"פ דין תורה.

גם בתפארת ישראל שם הקשה, איך שייך מנהג נגד דין תורה שחייב להשיב בחינם. ותירץ שהיא תקנה שתיקנו חכמים שיוכל ליטול שכר, שחששו שאם נעמידו על דין איסור לקיחת שכר, ימנעו להחזיר אבידה, ותיקנו ליתן שכר כמו שתיקנו פרוזבול, וז"ל: "דכמו בפרוזבול כשראו חכמים שע"י קיום המצוה באים בני אדם לחטא בענין ממון, היו רשאים לתקן פרוזבול, והיינו משום דבכל דבר שבממון הפקר ב"ד הפקר [כיבמות פט, ב], ה"נ כשראו ב"ד שרוב בני אדם היו מתעצלים מלהטריח מאד בהשבת

אבדה, מה גם בעניים, דאע"ג דבשעת ההשבה לא היה מזומן לפניהם דבר אחר להשתכר, אפ"ה חששו אולי ביני ביני כשיתעסקו בהשבה יזדמן להם עסק להרוויח ולא יהיה כאן, ולהכי לא עסקו בהשבה ועברו על לאו דלא תוכל להתעלם, וודאי יש כח ביד חכמים לתקן שיתנו להמשיב שכר טרחתו בההשבה, ולא שיהיה כשכר רק שהפקירו ממונו של בעל אבדה לגבי משיב, וכן נוטין דברי רמב"ם. הרי שהיתה תקנה שיוכלו ליטול שכר, שמא ימנעו מלהשיב אבידה, וכך פירש דברי הרמב"ם בפירוש המשניות. בעוד דעת הר"ן רש"י והריטב"א, דהמשנה מיירי בשכר בטלה, שמותר לקחת מעיקר הדין. ועיין במה שביאר הגרא"ז (אבהא"ז גזו"א יב,ג) בדעת הרמב"ם. ומאידך, עיין במחנ"א (שכירות סי' טו) שלמד לסוברים דהאיסור ליקח שכר הוא מחמת שכר מצוה, א"כ אפי' הבעלים רוצים ליתן לו שכר, אסור לו ליטול שכר. אולם כאמור בנדר"ד שאינו מצות השבת אבידה, אף למחנ"א יוכל ליטול שכר.

עוד י"ל דבנדר"ד אינו נוטל שכר על השבת האבידה אלא על החיפוש אחר האבידה, וזה אינו מצוה דאורייתא של השבת אבידה וכנ"ל, כיון שלא ראה ממון חבירו, וגם אינו בכלל מציל ממון חבירו מהתורה, הנלמד מאבדת קרקע, כיון שאינו רואה כעת דבר הבא להפסיד ממון חבירו, וחיפוש אחר ממון חבירו הוא כמו מי שמדדה עם בעל החמור לאחר פריקה, שמותר ליטול שכר, וכדאיתא ב"מ לג,א: ומדדה עמו עד פרסה, אמר רבה בר בר חנה ונוטל שכר. ואפי' בפריקה נוטל שכר כשמדדה עמו, וכמש"כ התוס' שם (ונוטל שכר). ובמנ"ח (סוף מצוה פ) כתב לבאר, דכיון שהדידי אינו מצוה מהתורה רק מדרבנן; "אף דאין נוטלין שכר על מצוה רק בטעינה לשיטות שהבאנו לעיל מגזה"כ, מ"מ הלוויה זו רק מצוה דרבנן, ועל מצוה דרבנן רשאי ליטול שכר". ולפ"ז הוא הדין בחיפוש אחר האבידה, דאינו מצוה מהתורה וכנ"ל, יכול ליטול שכר.

עוד עלה צד, דחיפוש באשפה הוי בבחינת זקן ואינה לפי כבודו, וזקן ואינה לפי כבודו שנהג לפנים משורת הדין, לכאורה יוכל ליטול שכר על השבת האבידה. אך נראה דהדבר תלוי בהסבר לפנים משורת הדין, האם לפנים משורת הדין מכניס לתוך המצוה ממנה היה פטור, או שהיא מצוה בפני עצמה. האם זקן ואינה לפי כבודו שמחזיר אבידה מקיים מצות השבת אבידה, או שמקיים מצות והודעת להם את הדרך וכו'. ועיין מה שכתבתי בענין זה באריכות בח"ד סי' כה. עוד נראה דבכגון זה לא שייך דין זקן ואינה לפי כבודו, דאיתא בב"מ ל,ב: אמר רבא, כל שבשלו מחזיר, בשל חבירו נמי מחזיר, וכל שבשלו פורק וטוען, בשל חבירו נמי פורק וטוען. וכן פסק בשו"ע חו"מ רסג,א. ולפ"ז בנדר"ד נראה דכל אדם בשלו היה מחפש גם באשפה, וא"כ אין לכאורה את הפטור של זקן ואינה לפי כבודו. אולם כאמור, כיון שאין בזה מצות השבת אבידה וכנ"ל, יכול ליטול שכר.

כמו כן אין לפטור את בעה"ב מדין אסמכתא, דכיון שהתחייב להם כשכר פועלים, חייב לשלם להם כדין פועל. דלכאורה לא הוי יותר מכדי שכרן, כיון שלענין כזה מקובל לשלם שכר מעין זה, בפרט אנשים מכובדים שצריכים לעסוק בחיפוש באשפה ובמהירות החיפוש. ואף אם הוי מעט טפי משכרו, עיין מה שכתבתי בח"ז סי' כג, דבכל שכיר שהתחייב לתת לו יותר מהשכר הראוי, חייב ליתן לו כמו שהבטיחו. דהנה מהרמב"ם בהל' שכירות ט, ג מוכח שאם אדם שוכר פועל והתחייב לתת מעבר לשכירות, חייב לשלם כל מה שהבטיח, ורק בשליח שהתחייב יותר ואמר שכרכם על בעל הבית, יש לדון כדאיתא בגמ' ר"פ האומנין (ב"מ עו, א), אבל בעה"ב שהתחייב בארבע, חייב לשלם ארבע, אף אם כל הפועלים נשכרים בג'. ועיי"ש מה שדנתי במתחייב לבעל המעבורת יותר משכרו (ב"ק קטו, א-ב), אם הפטור מצד דבר מצוה או מחמת התחייבות באונס, ועיי"ש הנפק"מ בזה.

לאמור לעיל, אין מניעה שיטולו שכר כפי שהבטיח להם בעל האבידה.

סימן כג

ספק בכור

ראשי פרקים

א. מוחזק בבכור

ב. מתנה קריה רחמנא

ג. ככספים המצויים בבנק וכד'

יעקב שנפטר בזקנה מופלגת, ועוד בחייו נפטרו שני בניו, ראובן ושמעון, שנולדו בזמן מלחמת העולם בארופה, וכעת יורשיו הם בני ראובן ובני שמעון. בני ראובן טוענים שאביהם היה בכור, שכך מקובל במשפחה, ולכן מגיע להם שני שליש מירושת יעקב. בני שמעון טוענים שאביהם סיפר להם שהסבתא ילדה שתי לידות בניתוח קיסרי, ולכן גם לא יכלה ללדת יותר (לפי התנאים של לפני עשרות שנים), וממילא אין דין ראובן כבכור. (והא דיורש חלק בכורה אף שמת הבכור בחיי אביו, עיין ב"ב קטזב, וש"ע חו"מ סו"ס רעז).

א. מוחזק בבכור

איתא בב"ב קכחב: שלח ר' אבא לרב יוסף בר חמא, האומר על תינוק בין הבנים נאמן, ורבי יוחנן אמר אינו נאמן. מאי קאמר ... אלא אמר רבא הכי קאמר, האומר על תינוק בין הבנים בכור הוא נאמן כר' יהודה, ור' יוחנן אמר אינו נאמן כרבנן. ופירש הרשב"ם שם: "ואף על גב דמוחזק לן באחר שהוא בכור, אפילו הכי אב נאמן, והכי הלכתא, ... וש"מ אם הוחזק אחד מן הבנים בבכורה בחיי האב, אף שלא אמר האב כי בני בכורי הוא, נוטל פי שנים, שלא נחלקו רבי יהודה וחכמים אלא במוחזק שאחר בכור ואמר אביו על המוחזק בפשוט שהוא בכור, והתם אמר רבי יהודה נאמן האב לבטל החזקה, אבל אם לא אמר האב על האחר שהוא בכור, התם אפילו רבי יהודה מודה שהחזקה קיימת. דאי לא תימא הכי, הוה ליה לרבי יהודה למימר הכי, רבי יהודה אומר כל בכור שלא הכירו אביו ואמר זהו בכורי אינו נוטל פי שנים, אלא מדלא תני הכי שמע מינה כדאמרינן". מבואר שאם הוחזק בן מסוים כבכור, אף שאביו לא החזיקו כבכור ולא אמר עליו דבר, הרי הוא בחזקתו ויורש שני חלקים. וכן כתב המאירי (ב"ב קכזב): "ומ"מ יראה מכאן שאם הוחזקו בו שהוא בכור, נוטל פי שנים על פי אותה חזקה אף על פי שלא אמר אביו בכורי הוא, הואיל ולא אמר כן גם על אחר, שאם לא כן היה לו לומר כל שלא החזיקו אביו אינו בכור". וכן מבואר ברשב"א, על מי שקראו לו בכור שוטה, דבחזקה כזו

מוציאים ממון. וכן כתב הרמ"ה (ב"ב פ"ח אות קא): "ודוקא שלא היו מוחזקין בו שהוא בכור לאביו, אבל אם היו מוחזקין בו שהיה בכור לאביו, כגון שהיה אביו מוחזק שלא נולד לו בן ולא בת קודם לזה, אף על גב דלא אמר אביו עילויה ולא מידי, נמי שקיל פי שנים". הרי שנוטל פי שנים בעצם החזקה שלא היה לאביו בן אחר לפניו.

ונחלקו הראשונים אם הידיעה שנוולד לפני אחיו צריכה להיות בעדים, או אפי' בקול סגי. דעת הרשב"ם (ב"ב קכז, ד"ה היו), דאין צריך שיהיו עדים שנוולד לפני אחיו אלא בקול סגי. והרמב"ן שם חלק על הרשב"ם, דדוקא שיש עדים שנוולד לפני אחיו הוי חזקה. ולכאורה אין נפק"מ בזמן הזה אם ידוע כ"א מהו יום הולדתו ותאריך הלידה שלו, הרישום במשרדי הממשלה יחשב כחזקה שלא נולד אחר לפניו, אף לשיטת הרמב"ן, והרמב"ן מיירי במקום שלא ידעו תאריכי הלידה.

ור"ן זה שהיורשים לפי חזקה שהוא בנו וכו', מבואר ברמב"ם (נחלות ד, ז): "כל היורשין יורשין בחזקה, כיצד עדים שהעידו שזה מוחזק לנו שהוא בנו של פלוני או אחיו, אע"פ שאינן עדי יחוס ולא ידעו אמתת היוחסין, הרי אלו יורשין בעדות זו". וברב המגיד כתב דכן מפורש בהרבה מקומות בש"ס, ובפרט בקדושין פ"א, דמלקין וסוקלין ושורפין על החזקות. וציין במגיד לתוספתא ב"ב ח, ב, בשנים שהיו באין ממדינת הים, אף שמשאן ומתנן ומאכלן ומשקן כאחד, אין חבירו יורשו, ואם היה נוהג עמו משום אחוה יורשו. וכדברים אלה פסק המחבר בשו"ע חו"מ רפ"א, וברמ"א רפד"א. ובתש' ריב"ש (סי' מז) דן במי שמת ולא הוחזקו לו קרובים, ויש רק משפחה אחת ששם המשפחה (כינוי המשפחה) כשם משפחת הנפטר, וטוענים שהם היורשים הקרובים ביותר, ורוצים לקחת את ירושתו (פקדון שהפקיד אצל אחר), והנפקד מסרב ליתן עד שיביא עדים לברר את הקורבה, והביא (אחד מבני המשפחה, בהרשאת כולם) עדים: "שהיו שומעים שהיו קרובים, ולפעמים היו קוראים זה לזה קרוב, אך לא ידעו איזה גבול מקורבה יש ביניהם או רחוקה או קרובה. ועד אחד העיד שפעם אחת שאל את פי נפתלי הנזכר איזו קרובה יש לך עם בני המשפחה הפלונית, ואמר לו בנים לבני אחים אנחנו, וזה העיד העד האחד לבדו". ובריב"ש השיב שאין מספיק בחזקה שהוא קרוב, אלא צריכה להיות חזקה שהוא הקרוב ביותר ליורשו, ולא סגי בזה בעד אחד. ועיין בב"י חו"מ רפד ובדרכ"מ שם, דמדברי הריב"ש עולה שאין מורידים יורש לנחלה רק כשמביא ראיה שהוא ראוי ליורשו ושאיין קרוב אחר ראוי לירש יותר ממנו, וכל זמן שאינו מביא ראיה, אינו יורד לנחלה. ובתש' הרא"ש (פ"ט) מבואר שסגי בחזקה, ואין צריך להביא ראיה שאין קרוב יותר ממנו. הרא"ש דן במי שהיה מוחזק מחמת שהיו קוראים אחד לשני בן דודי, ולא היה מוחזק למת אחים וכו', שיורשו מחמת החזקה, והשיב הרא"ש: "מאחר שראובן אמר על שמעון בחייו שהיה בן דודו ולא נודע לו קרוב ממנו, הרי שמעון יורשו אע"פ שאין שם עדים

שהיה קרובו אלא על פיהם שהחזיקו עצמן קרובין זה לזה". ומשמע שאין צריך להביא עדים שאין קרוב יותר ממנו.

ובב"י (ח"מ ריש סי' רפד) הביא בתחילה את דברי הריב"ש והרא"ש שלכאורה חולקים אם צריך להביא ראיה שאין קרוב יותר ממנו, וציין שם למש"כ הב"י בתש' אבקת רוכל, שהריב"ש מסכים לרא"ש שאין צריך ראיה שאין קרוב יותר ממנו, רק בנידון הריב"ש שהחזקה היתה חלשה הצריך זאת. והביא בב"י שמצא לתשב"ץ והאגודה שחלקו שחלקו על הריב"ש, עיין תשב"ץ (ח"א סי' נח): "ואני אומר שאין אנו צריכין לעדים שהוא הקודם בירושה ואין אחר קודם לו, אלא כל שאין יורש קודם אחר בפנינו אנו מורדין לנכסים, ולא נחוש לקרוב יותר קדום כיון שלא הוחזק", עיי"ש. ומכל הלין מבואר דיורשים בחזקה, וכן הבכור נוטל פי שנים בחזקה זו, וככל שהוא מוחזק שלא נישא קודם ולא נולדו לו ילדים קודם לאותו יורש, הרי הוא בכור. ולא מצאנו מי שיצריך שיביא ראיה שלא נולד בניתוח קיסרי ואינו יוצא דופן. ואפשר שלא היה שייך להביא ראיה לזה, דאיך יביא הבן ראיה על לידתו, בפרט בזמנים בהם לא היה רישום מסודר, אא"כ ההורים החזיקו שהוא יוצא דופן. ומה שמצאנו שנאמן לומר על הטוען שהוא אחיו אין זה אחי, היינו כשאנו מוחזק כאחיו, אף שיצא קול שיש לו אח במדינת הים, עיין בשו"ע ח"מ רפ"ו, ולמדו כן מעובא דמרי בר איסק (ב"מ לט, ב). ואף שבעובדא דמרי בר איסק לא נאמן הטוען שהוא אחיו, כיון שמרי הוא ודאי והטוען שבא ממדינת הים הוא ספק, עיין תש' הרא"ש נה"ה, י"ל דאף בנדו"ד ראובן מוחזק בהיותו בכור, ואין בטענה בעלמא לכאורה להצריכו להביא ראיה שאינו יוצא דופן, ואינו דומה לספק בכור דשו"ע רע"א, דכיון שהוא מוחזק, אין בטענה שמא הוא יוצא דופן להוציאו מחזקתו.

ב. מתנה קריה רחמנא

דהנה לענין שתי נשים שילדו יחד ואין ידוע מי מבניהן הוא הבכור, דאם הוכרו ולבסוף נתערבו, כותבים הרשאה זה לזה ונוטלים חלק בכורה, עיין שו"ע ח"מ רעז"א. ובנתיבות רע"ט הקשה, הרי חלק הבכורה הוא ודאי אינו של האחים, ואיך יכולים לדחות הטוען ללא הרשאה. ומזה הביא הנתיבות ראיה דחלק בכורה הוא מתנה שנותנים הפשוטים לבכור: "היינו משום הטעם דחלק בכורה הוא בחיוב על היורשים, דרחמנא חייביה להיורשים ליתן מתנה זו להבכור, וראיה לזה מרעז"א במי שנסתפק, דאין גובין בלא הרשאה, והוא שם מפורש בב"ב קכ"א, ובלא הרשאה מדחין היורשים לכל אחד עיין שם, וקשה דהיאך היורשים מצי מדחו, הא חלק זה בודאי אינו של היורשים, ואין הספק רק בין שני אלו בחלק זה, והיה לו לפסוק ביניהם או יחלוקו או יהיה מונח, ומה שייכות להיורשים בחלק זה. אלא ודאי דהוא כחיוב שהטילה

רחמנא על היורשים לתת לו, והויין היורשים כטוענין איני יודע אם נתחייבתי לך, משו"ה מצי מדחי". ואם זה חיוב על היורשים ליתן לבכור, א"כ בנדו"ד טוענים הפשוטים (בני שמעון) לא נתחייבנו. ובנדו"ד יש לדון דהוי כטענת ברי, עיין שו"ע חו"מ עה, כג, ובש"ך שם ס"ק פב, דבנדו"ד הוי אמר לי אבא, דהרי זה טענת ברי. ואף אם הוי טענת שמא, הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, וכמש"כ הנתיבות בענין הספקות שהתערבו שצריכים הרשאה.

ודין זה דמתנה קריה רחמנא, מבואר בגמ' ב"ב קכד, א: ירשו שטר חוב, בכור נוטל פי שנים, יצא עליהן שטר חוב, בכור נותן פי שנים. ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי, מאי טעמייהו דרבנן, אמר קרא; לתת לו פי שנים, מתנה קרייה רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידיה, אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה. ורבי אומר אמר קרא פי שנים, מקיש חלק בכורה לחלק פשוט, מה חלק פשוט אף על גב דלא מטא לידיה, אף חלק בכורה אף על גב דלא מטא לידיה. ופירש רשב"ם בדעת חכמים, דקמ"ל דבעל כרחו לא זכי ליה רחמנא; "דכתב לתת לו, כעין מתנה, אם ירצה לקבלה, ואם ימחה שלא לקבל, אין מזכין לו לאדם בעל כרחו, דלא קרייה רחמנא ירושה אלא מתנה, אבל מחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן, שהרי יורש הוא בעל כרחו". ומה שהבאתי בראשית הדברים את הנתיבות, מפני שבנתיבות מוסבר שמתנה קריה רחמנא, היינו שהפשוטים נותנים חלק הבכורה לבכור. דמדברי הראשונים בסוגיא אפשר שהוא רק לענין שאינו חייב לקבל חלק בכורה בעל כרחו, דחלק בכורה כמתנה. ובפשטות, מתנה שנותן האב לבנו הבכור, לתת לו פי שנים. אבל בנתיבות מבואר דחלק בכורה הוא מתנה מפשוטים לבכור, ונפק"מ לאיני יודע אם נתחייבתי. דלולי הנתיבות היינו מפרשים שלחלק בכורה יש גדר של מתנה, שאי אפשר לתת לו בעל כרחו, ולכן יכול לומר איני נוטל ואיני פורע, דגדר חלק בכורה הוא מתנה. אך לא מתפרש שהפשוטים נותנים את המתנה לבכור, וזה חידוש הנתיבות, דמתנה קריה רחמנא, לא שהתורה נתנה מתנה לבכור אלא הפשוטים נותנים חלק בכורה לבכור.

אך נראה דאין ענין מתנה קריה רחמנא שייך לנדו"ד, דלענין השאלה אם פלוני הוא בכור או לא, וכשיש חזקה שפלוני הוא הבכור, אין בהעלאת ספקות ללא ראיות כדי לסתור את החזקה ולומר מתנה קריה רחמנא ועל הבכור הראיה, דהגדרת חלק הבכורה כמתנה הוא לענין דיני סילוק והקנאה, אך לא לענין עצם השאלה אם פלוני הוא הבכור, לאחר שהוחזק כבכור. ומש"כ הנתיבות הוא באופן שאף אחד מהשנים לא הוחזק כבכור והוא עצמו ספק ובא לתבוע חלקו ללא הרשאה, דכיון שאין כאן הוחזק בכור, יכולים הפשוטים לומר איננו יודעים אם התחייבנו, אולם כשפלוני הוחזק כבכור, שלא הוחזק אביו שנשא או שהיה לו בן לפניו, הרי הוא בחזקת בכור, ואין בהעלאת טענות גרידא, בתורת ודאי או ספק, כדי ליצור שאלה בעצם החיוב שנאמר

דהוי כטוען לא התחייבתי או איני יודע אם התחייבתי. אולם לענין ספק אם נכס מסוים נכלל בדין מוחזק, ויש לבכור פי שנים, או שדינו כראוי, וכפי שיתבאר להלן בדין עסקא, בזה י"ל שהפשוטים מוחזקים והוי איני יודע אם נתחייבתי, דזו שאלה לגבי עצם הממון, אם הוא בכלל ירושת בכור אם לאו, ובוה יכולים הפשוטים לומר קים לי דהוי ראוי ולא מוחזק, דהם מוחזקים בממון ואינם חייבים ליתן לבכור, והוי איני יודע אם נתחייבתי, משא"כ בשאלת הגברא אם הוא בכור, כיון שהוא מוחזק כבכור, אינם יכולים לטעון שמא אינך בכור, דהואיל ונפסק שהוא בכור ע"פ החזקה, אין הם יכולים למנוע ממנו חלקו.

ג. בכספים המצויים בבנק וכד'

לאמור לעיל יצא שאין בטענת יורשי שמעון למנוע מיורשי ראובן ליטול פי שנים בנכסי יעקב, הואיל וראובן הוחזק כבכור, ואינם יכולים לבטל החזקה מחמת שמועה ששמעו. הדברים אמורים לענין נכסים מוחזקים כקרקעות ומטלטלין או כספים הנמצאים תחת ידו, אולם כספים המצויים בבנק יהודי, הואיל ותורת עיסקא חלה עליהם גם מכח ההיתר עיסקא, ויש מחלוקת אם עיסקא דינה כראוי או מוחזק וכדלהלן, ללא כל קשר לטענת היורשים שמא ראובן יוצא דופן, יכולים להחזיק בידם ולא ליתן ליורשי ראובן חלק בכורה. ואף כספים המצויים בבנקים של נכרים שאין בהם היתר עיסקא, נראה שהכסף דינו כהלואה ולא כפקדון, ואף בעו"ש הוי הלואה שמועד פרעונה בכל רגע, והבנק יכול להשתמש בכל הכספים שברשותו ולהשקיעם לפי הוראות הבנק הראשי של המדינה, ולכן לכאורה אינו כמוחזק אלא ראוי, ולפחות הוי ספק ויכולים הפשוטים לטעון טענת קים לי, וכנ"ל. וכך מצאתי גם לגריי"י בלוי זצ"ל, (פתחי חושן ירושה ב,לו, ובהערה עד), ויתבאר להלן.

ומצאנו בדין עסקא אם הוי ראוי או מוחזק, ג דעות. י"א דהוי ראוי, וי"א דהוי מוחזק, וי"א דפלגא מלוה הוי ראוי, ופלגא פקדון הוי מוחזק. מדברי הרדב"ז בתש' (ח"ג סי' תקסד ד"ה ולענין העיסקא) מבואר שפלגא מלוה הוי ראוי, ופלגא פקדון נחשב כמוחזק. הרדב"ז דן שם לענין אם בעל יורש מלוה של אשתו (עיין מה שכתבתי בח"ז סי' כז), ודעתו שאינו יורש מלוה של אשתו, ושם בתש' מבואר שלענין מחצה מלוה חשיב ראוי, ואינו יורש בכור או בעל מחצה מלוה: "ולענין העסקא אשר ביד שמעון, כיון שסתם עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, וקיי"ל דאין הבעל יורש בראוי כבמוחזק, וקיי"ל דמלוה נקרא ראוי ואין הבכור נוטל פי שנים, גם הבעל אינו יורש ... הילכך היורש יורש פלגא דמלוה ואין יורש הכל". גם בתש' פני יהושע (חחו"מ סי' קד ד"ה לבד) דן בהלואה שנהגו להלוות בריוח ע"ד היתר עיסקא: "שאם הוא דרך עיסקא כנהוג לפי תקנת מהר"מ ז"ל, נ"ל ברור כיון דקיי"ל כל עיסקא פלגא

מלוה ופלגא פקדון, א"כ נוטל הבכור לפחות מן הפלגא דפקדון פי שנים", והביא ראיה מהיתה לו פרה מושכרת ביד אחרים (ב"ב קכג,ב), ואף שיש לחלק בין פקדון שהוא בעין ביד הנפקד: "אבל הכא לאו האי פקדון שבק אבוהון, שהרי מקבל העיסקא מתעסק בהן, וזווי דיהיב ליה הנותן כבר החליף משכורתם עשרת מונים, מ"מ נראה לי ברור דשקיל, מידי דהוי אשותפות שיש להמת ביד אחר, דכתב מהרי"ק ז"ל (שורש קמה) דחשיב מוחזק חלקו דיש לו בשותפות, אע"פ דהמעות שנתן המת כבר החליפם כמה פעמים, ואפ"ה כתב ז"ל דלא חשיב מלוה מה שחבירו מתעסק בשלו, דהרי גוף הממון שלו, עכ"ל, הכי נמי הוי הכי דגוף הממון שלו וחבירו מתעסק לצרכו ואין זה מלוה". ורצה לדון שאף בפלגא מלוה יטול הבכור פי שנים, כיון שאינו דומה למלוה שניתנה להוצאה לעשות בה כל צרכו, משא"כ פלגא מלוה דעיסקא, שאסור למימתי ביה שיכרא. גם אם מת, לא נעשה מטלטלין אצל בניו: "מ"מ נ"ל דלא שקיל מפלגא דמלוה, דכל אלו דברים לא נאמרו אלא דסמך הנותן עליהו שיהיו בעין והוי כמקרקעי כמש"כ רש"י שם בהדיא, וכיון דקיי"ל דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה אפי' יש ללוה קרקע, א"כ לא עדיף זה מקרקע, אבל פלגא דפקדון נ"ל ברור דשקיל". והעיר הפנ"י, דאף שהאידינא נהוג שיכול להוציא העיסקא לכל מה שיחפוץ, מ"מ אין זה הופך את העיסקא למלוה, דא"כ הוי הלואה באיסור ריבית, עיי"ש. ומ"מ מבואר בפנ"י דבמחצה פקדון נוטל הבכור פי שנים, אך במחצה מלוה הוי ראוי ואינו נוטל שני חלקים.

ומהר"י אדרבי (תש' דברי ריבות סי' עח) כתב ג"כ דפלגא מלוה הוי ראוי: "... ואין לטעות ולומר בפלגא מלוה דעסקא דלא הוי ראוי, ומשום דאשכחן דהאי ממונא גופיה ידידיה הוא ואי בעי מתעסק למשתי ביה שיכרא לא יכיל, כדאמר רבה בפרק המקבל, דלהכי קרי ליה עסקא, דאי בעי וכו'. עוד אמרו שם, דאם מת אינה נעשית מטלטלין אצל בניו, דמהא לא אריא, דלא עדיפא ממלוה בשטר דעלמא שכל נכסי ליה משועבדין למלוה ואי זבין להו ליה מלוה טריף מהלקוחות, ופסקינן הלכתא בהדיא דמלוה אפי' בשטר אין הבכור נוטל בה פי שנים. וטעמא דמילתא כתבו המפרשים ז"ל מפני שהיה יכול להפקיעו מאלו המעות ומזה הקרקע לתת לו מעות אחרים וקרקע אחר, דצד הפקעה משוי ליה ראוי, והכי נמי בהאי פלגא מלוה הוא הדין והוא הטעם ... הרי לך בהדיא ממה שכתבנו דבפלגא מלוה דעסקא הוי כשאר מלוה דעלמא, והוי ראוי לגבי בכור". ולכאורה מדברי מהר"י אדרבי נראה שחילק בין מחצה מלוה דהוי ראוי, למחצה פקדון, שעליו לא דיבר כלל. וכן הביא רע"א בהגהה לחור"מ רעח,ז.

ובנתיבות רעח,ד הביא את דברי מהר"י אדרבי, ומשמע שכל העיסקא הוי ראוי, וז"ל הנתיבות: "ואם הוא שטר עיסקא, מבואר בתשובת דברי ריבות סי' עח דאפ"ה הוי ראוי, אף שאסור להמקבל להוציאן רק לצורך העיסקא. ומסתבר טעמיה, דהא מחוסר גוביינא הוא, וגם לאו הני מעות שבק אבוהון כדאמרינן פרק יש נוחלין

(ב"ב קכ"ה ע"א). מבואר שטעם מחוסר גוביינא, ולא הני מעות שבק אבוהון, הם טעמים לכל העיסקא, גם למחצה מלוה וגם לפקדון, שתהיה העסקא ראוי ולא יטול הבכור שני חלקים. ולכאורה היה מקום להקשות סתירה מהנתיבות סו, לח. הנתיבות סו, לח כתב דבעיסקא יכול להקנות באגב גם מחצה מלוה, דכיון שאסור למשתי ביה שכרא, יכול להקנותו באגב, כמש"כ הרא"ה, עיין נימוק"י ב"ק (לז, ב מעמוה"ר). הרי שגם מחצה מלוה היא בעין, ואילו לענין ירושת בכור פסק דהוי ראוי אפי' מחצה פקדון, כיון דמחוסר גוביינא, ולא הני מעות שבק אבוהון. וצריך לחלק בין קנינים לירושה, דקנינים ככל שאסור למשתי ביה שכרא, גומר בדעתו להקנות, דהוי בעין ברמה כזו שכבר אינו מוגדר כמלוה, ולכן לענין קנינים אינו צריך לקניני הלואה אלא ככל דבר שבעין. משא"כ לענין ירושת בכור, לא חשיב ימצא לו, כיון שמחוסר גוביינא, דלענין גמירות דעת, כיון שהוא בשליטת הנותן, שאסור למקבל למשתי שיכרא, יש לו גמירות דעת להקנותו כביכול היה ברשותו, כיון שהוא בשליטתו המסוימת, משא"כ לענין בכור צריך להיות מוחזק ממש, שיוגדר כהני מעות שבק אבוהון.

ובמהרי"ק (שורש קמה), כתב וז"ל: "ואשר נסתפקו האם יקרא מוחזק מה שהניח המת שהיו לו בשותפות ביד אחרים במקומות אחרים חוץ מביתו או אפילו מעירו, הלא דבר פשוט הוא דחשיב מוחזק חלקו שהיה לו בשותפות, כאלו היה לו תחת ידו, דפשיטא דלא חשיב מלוה מה שחבירו מתעסק בשלו, שהרי גוף הממון שלו". וראיתי מביאים דברי מהרי"ק, שממנו עולה דנוטל הבכור שני חלקים גם מחלק המלוה. אמנם לכאורה אפשר דמהרי"ק מיירי בשותף העוסק בחלקו ובחלק המת, בתורת שותפות ולא בתורת עיסקא, ואינו מוציא המעות בהלואה וכד', אלא הכל נמצא במסגרת השותפות, ע"י שקונה סחורה וכד', ומה שמקבל במכירתה, קונה סחורה אחרת, כך שכל חלקו של המת מצוי בשותפות, ולא דמי לעיסקא שהמקבל מתעסק ומוציא את ממון הנותן בהלואה וכד', כך שממון הנותן לא מצוי תחת ידו, משא"כ בשותף המתעסק בממון השותפות שדיבר מהרי"ק.

וכדברים אלה מצאתי לחוות יאיר (תש' חוט השני סי' א), שכתב דמדברי מהרי"ק אין ראייה דבעיסקא הוי מוחזק ולא ראוי, דיש לחלק בין שותפות לעיסקא: "אבל אין הדברים דומים זה לזה כלל, דהתם לא איירי אלא כשיש מן השותפות בעין כסף ושוה כסף, אז הוא מקרי מוחזק, שהוא כאילו תחת ידו, ואפי' אם אינו יכול ליטלו כל שעה שירצה, וכגון שנתן אותו ביד המתעסק, (ואין המתעסק יכול לסלקו בדבר אחר) לזמן, והמתעסק נוטל ג"כ חלק בריוח, מ"מ כל העסקא הוא בעין, והעסקא ההוא שבק המוריש בעצמו, ואין המתעסק יכול לסלקו בדבר אחר, ומקרי מוחזק". הרי שמהרי"ק לא דבר כלל בעיסקא שהיא להוצאה אלא בממון השותפות שהיא בעין.

והנה החיד"א (חיים שאל ח"א סי' עד) כתב: "ולענין עסקא כתב מהריק"ש בח"מ סי' רעז דהוי מוחזק, והוא מדברי מהרי"ק שרש קמה. וכן נרא' מהתוספות בקמא דף ע' ע"א". הנה מה שהביא מהריק"ש ראייה מדברי מהרי"ק, לכאורה י"ל כנ"ל דמיירי בשותפות ולא בעיסקא. ומה שהביא ראייה מהתוס' ב"ק ע"א, עיי"ש בסד"ה אמטלטלין, וז"ל: "ויש סמך למנהג בהגוזל (קד,ב), דרב פפא הוה מסיק זוזי בי חוזאי, אקנינהו לרב שמואל בר יהודה אגב אסיפא דביתיה, כי אתא נפק לאפיה עד תווך. ומסיק משמע לשון הלואה. ויש לדחוק דמסיק בעיסקא מיירי, שלא ניתן להוצאה". הראיה מהתוס' שיכול להקנות באגב עיסקא, ומשמע גם מחצה מלוה. וכבר כת' לעיל דיש לחלק בין קנין אגב למוחזק בירושה, וכמו שי"ל לנתיבות שפסק דיכול להקנות באגב את כל העיסקא, ומאידך אף מחצה פקדון לא חשיב מוחזק אלא ראוי.

ובהמשך הביא החיד"א ממהרי אדרי הנ"ל, דעיסקא לא נחשבת כמוחזק, ומשמע דאף מחצה פקדון לא חשיב מוחזק אליבא דמהר"י אדרי: "והיה אפשר לשים שלום ביניהם, דמר מיירי בפלגא מלוה ומר בפלגא פקדון. אבל מסתמות דבריהם לא מוכח הכי, וצריך להתישב בדבריהם". הרי שלמד במהר"י אדרי דסתימת דבריו משמע שגם מחצה פקדון יחשב כראוי לירושת בכור, ומ"מ אפשר דדעת החיד"א לחלק ולעשות פשרה בין הדעות, ולהלכה יש לחלק בין מחצה מלוה למחצה פקדון, דמחצה מלוה הוי ראוי, ומחצה פקדון מוחזק.

והובאו לעיל דברי החו"י (תש' חוט השני סי' א) מה שחילק בין שותפות לעיסקא. שם בתש' מבואר שכל העיסקא, גם מחצה הפקדון, כיון שלא הני מעות שבק אבוהון, הרי היא בבחינת ראוי. החו"י דן בשטר הלואה שנעשה בדרך של עיסקא, אם הבכור נוטל שני חלקים: "אבל בענין השטרות הנזכרים שאין העסקא בעין כלל ויש רשות ביד הלוח לסלקו במה שירצה, הא ודאי מקרי ראוי, ואע"ג שאין הלוח רשאי להוציאו לצרכו, דהא גבי עסקא אמרינן בהמקבל להכי קרי ליה עסקא דא"ל להכי יהיבנא לך לאעסוקי ביה ולא למשתיה ביה שכרא, אפי' גבי פלגא דמלוה וכ"ש לגבי שותפות, מ"מ כיון שביד הלוח לסלקו בדברים אחרים שאינם מן השותפות, כשאר מלוה מקרי ראוי. וראיה לזה מדאמרינן בפ' י"נ (קכה,א) דפריך אביי לרבא מ"ש מעות דלאו הני מעות שבק אבוהון, קרקע נמי לאו האי קרקע שבק אבוהון. וכן הקשה לרב נחמן. ואסיקנא דרב נחמן ורבא טעמא דבני מערבא קאמרי, ולחו לא ס"ל הכי אלא אין חילוק גבו קרקע או מעות אין הבכור נוטל פי שנים, ומשמע מזה דהא דמסיק רב פפא הלכתא אין הבכור נוטל פ"ש במלוה, היינו משום טעמא דאקשי אביי לרבא משום לאו הני מעות שבק אבוהון ולאוי האי קרקע שבק אבוהון, והך טעמא שייך נמי בעניין השטרות אשר בפראג, ולא אמר מהר"י קולון אלא כשיש השותפות בעין, דשייך לומר דהני מטלטלי שבק אבוהון".

וחילוק זה נמצא גם בשואל ומשיב (תנינא, ח"ד סי' פד). השו"מ נשאל אם בכור נוטל פי שנים בעיסקא. וכתב לחלק בין עיסקא ממש שנעשו שותפים בפרקמטיא, דאף שיכול להחליפה, עיקר העיסקא באה ממנה, ונקרא מוחזק במחצה פקדון, לבין שטרי עיסקא דידן שנועדו להפקיע איסור ריבית ולא נועדו לעיסקא מיוחדת, ויכול הלוח לעשות במעות מה שירצה ואפי' למישתי ביה שיכרא, בכגון זה אף בחלק הפקדון לא מקרי מוחזק. ולא מיבעיא לענין בכור, אלא אף לקנינים אינו יכול להקנותו באגב, דמיקרי "אינו ברשותו". ולדבריו י"ל, דמה שתירץ הרא"ה דבעיסקא מהני בה אגב, מיירי בעיסקא ממש ולא כהלואה שניתנה בעיסקא ומטרתה להציל מאיסור, וז"ל השו"מ: "הנה לפענ"ד יש חילוק בין אם באמת היה עיסקא, על דרך משל שנעשו שותפים בעסק אחד, אז אף שיכול להחליף אותה, אבל עיקרו הוא בא מהפרגמטיא הלז, ובזה נקרא מוחזק, אבל שטרי עסקות שלנו שנעשה על צד היתר עיסקא, אבל אינו מיוחד להיות עושה בהם עסק מיוחד, והלוח יכול לעשות מה שירצה וגם למשתי ביה שכרא, אז אף החלק פקדון אינו נקרא מוחזק, וז"ב". דבפועל לענין ירושת בכור לא הני מעות שבק אבוהון, ולכן הוי ראוי, ואף מחצה פקדון, שבמהותו מוציאו המקבל כהלואה, ולכן לענין מוחזק וראוי יחשב כראוי, ללא שייכות להגבלה ולאפשרויות הגבייה הבטוחות ממקבל העיסקא.

ובגינת ורדים (חלק אה"ע כלל ד סי' יט) כתב בדין מעות המונחות בבנק, אם חשיב כראוי לענין ירושת הבעל, שאם החוב הינו בטוח, יש לדמותו למכירי כהונה שבכור נוטל בהן פי שנים, דחשיב כמוחזק, וא"כ ה"ה בבנקים הרגילים לפרוע חובותיהם הו"ל כגבויים ועומדים. וממשיך הגינת ורדים ומחלק בין מתנות כהונה שמשעה שנשחטו הוכרו המתנות, הזרוע הלחיים והקיבה, כמופרשין ועומדים דמו אלא שעדיין לא הגיעו ליד הכהן, ולכך במכירי כהונה חשיב כאילו ברשותו של כהן, משא"כ מעות הבנק שלא הופרשו דינם כראוי: "גם אין לומר דמעות שבבנק דמו למעות שהן בעיסקא שביד אחרים, ואפי' הן מחוץ לעיר חשיב כמוחזק, וא"כ י"ל כיון שנותנים הנכסים בבנק להרויח כו"כ מעות לשנה דחשיב כעיסקא, הא ליתא, דדוקא בשותפות ועיסקא חשיב מוחזק, דאכתי אגיד בהו בעל המעות להפסד ולריוח ולא יצאו המעות מרשותו לגמרי. אכן בבנק יצא מרשותו של בעל המעות לגמרי ולא שייך בהו ולא אגיד בהו כלל, והרוח שמקבל אינו אלא שכר המתנת הלואתו שממתין עליהם, וא"כ הוא כדין הלואה לגמרי". היוצא מדבריו דמעות המונחות בבנק שעוסק בהן אין דינו עליהם כעיסקא אלא כהלואה גמורה. (ומה שכתבתי ח"א כא, יט דהית"ע מחייב הוי מוחזק, היינו לענין קנינים ולא לענין ראוי של בכור). ומ"מ מבואר לחלק בין שותפות להלואה שנותנים לבנק בדרך של היתר עיסקא, דהלואה בדרך עיסקא לא חשיב מוחזק, כיון שהמקבל/ הלוח מוציאה לצרכו, ואין העיסקא בענין, משא"כ בשותפות.

ובשבות יעקב (ח"א סי' קעב) כתב דאף פלגא מלוה נקראת מוחזק, והראיה ממה שנקנית באגב, והביא מדברי רש"י (ב"ק קד"ב); "ולחכי קרו להו עיסקא שתהא קיימת תמיד ומתעסק בה ויסמכו עליה בעליה, שלא תנתן להוציאה ואם מת לזה יגבו ולא תיעשה כמטלטלין שלהן, דכיון דצריכה להיות קיימת סמיכותו עליה כמקרקעי, דטעמא דלא קא משתעבדא מטלטלי דיתמי לבע"ח משום דמעיקרא לאו עלייהו סמך, דלא למגבי מינייהו אוזפיה, שהרי בידו להוציאן, אבל הני אין בידו להוציאן וסמך עלייהו". ומזה הוציא השבו"י דבעיסקא כולה הרי היא מוחזקת, דלחכי קרו לה עיסקא, והרי היא כמוחזקת, וחלק על החו"י, עיי"ש. ומבואר שהשו"י אינו מחלק בין קנין אגב למוחזק בבכור. (ועיין במהרש"ם ח"א סי' נב ד"ה והנה לענין ראוי). גם בשער המשפט רע"ב כתב דעיסקא הוי מוחזק, ואפי' מחצה מלוה, וראיתו ממה שיכול להקנות כל העיסקא בקנין אגב. ושם הקשה סתירה ברדב"ז, דלענין שמיטת כספים פסק הרדב"ז שאפי' מחצה מלוה אינו משמט, ולענין ראוי פסק דמחצה מלוה הוי ראוי. ונראה לישיב בדעת הרדב"ז, דלענין שמיטת כספים עיסקא אינה מלוה אלא עיסקא, וכמו חוב שאינו מחמת הלואה כהקפת החנות ושכר שכיר, דכל שאינם דרך מלוה, אין השביעית משמטת, וכמש"כ תוס' גיטין (יח, א ד"ה מאימתי), תוס' כתובות (נה, א ד"ה ולשביעית), ר"ן בכתובות (כב, א מעמוה"ר), הרמב"ן, הרא"ה והריטב"א בכתובות שם, והרשב"א בתש' (ח"א סי' תשסט), תה"ד (סו"ס שכא), ומהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' תתקעב). (ועיין מה שכת' בח"א סי' לא). ולכן גם עיסקא, אף שאינה מצויה תח"י, מ"מ כיון שאינה דרך מלוה, אין השביעית משמטת גם מחצה מלוה, דעיסקא אינה דרך מלוה והיא גדר ושם חדש, כמו הקפת החנות וכו', משא"כ לענין ראוי, לא חשיב מוחזק אלא ראוי, ולאו הני מעות שבק אבוהון, ולפחות לענין מחצה מלוה. כ"ז לשיטת הרדב"ז. אמנם המחבר בשו"ע חו"מ סז, פסק דשביעית משמטת מחצה שהיא מלוה, דס"ל דאין עיסקא שם בפני עצמה כמו הקפת חנות ושכר שכיר, אלא הוי מחצה מלוה ומחצה פקדון, ואינה שם מושג וגדר בפני עצמו, ולכן על מחצה מלוה שבעיסקא, משמטת השביעית. (ובענין סתירת דברי הרדב"ז, עיין לגרי"א, עין יצחק ח"א סי' כא, ד, וגם כתב לדינא דכיון דהוי מחלוקת הפוסקים, הוי לכל הפחות ספיקא דדינא לענין מחצה מלוה, עיי"ש).

והיעב"ץ (שאלת יעבץ ח"ב סי' לא) כתב אודות אלה שפסקו במי שהניח מלוה ביד צבור, שבכור יטול בה פי שנים, דהו"ל כמונח בבנק, וחלק עליהם היעבץ וכתב, דלדעתו רבים גריעי טפי, דאע"ג דאין עניות בציבור מ"מ קדירא דבי תרי לא חמימא ולא קיריא. ובבנק אע"ג שנחשב לבטוח, מ"מ אינה נגבית אלא בראית פנקסים, ואם ארע בהם טעות, אינו גובה מעותיו. ואפי' בפקדון, לא מיבעיא במפקיד אצל שולחני שמשמש בהם והם באחריותו, דפשיטא ליה דחשיב כמלוה ואין בכור נוטל

בהם, אלא אפי' בבעה"ב שהם אצלו באחריות פשיעה, ואי בעי כפר בהם או שלח יד, חשיב כראוי: "כללל דמילתא, כל היכא דקיימי זוזי ברשות אחרת ואין למפקיד ראייה בעדים שלא החזירם הנפקד ושישנם בעין בידו, וגם שלא השתמש בהם מעולם להתחייב באחריותם, שהרי נעשו מלוה ביד הנפקד, לא יקח בהם בכור פי שנים. אלא דוקא בפקדון דאיכא עדים דאיתיה בעין ושלא שלח בו הנפקד יד, כה"ג לא שנה זוזי או מטלטלי, ירש בה פי שנים". מבואר מהיעבץ דאף בפקדון שניתן להוצאה והוציאו הנפקד, לא יטול בו הבכור פי שנים. עוד מבואר, דכספים שבבנק גריעי טפי ממלוה שביד אחר, ולא חשיב כמוחזק.

וראיתי לשני פוסקי זמננו שפסקו לדון בכספים שבבנק מדין ראוי, אם מצד הספק, ואין להוציא מהיורשים, או שמעיקר הדין דינם כראוי. הגר"ש ואזנר זצ"ל (שבט הלוי ח"ד סי' רטו) כתב דאין להוציא מהיורשים, כיון דסו"ס לאו הני מעות שבק אבוהון, וכספים אלה יוצאים ע"י הבנק להשקעות וכו', וז"ל: "ולפ"ז באמת פה בא"י שההיתר לקחת הרווחים מהבנקים נבנה על יסוד ההיתר של היתר עיסקא שהיא מחצה מלוה מחצה פקדון, א"כ בחצי הסכום שמכח פקדון איכא דין בכור דפי שנים, ומ"מ עדיין לבי מהסס, כיון דהלב יודע דעיסקות של כהיום ע"פ המבואר בפוסקים יו"ד סי' קע"ז גם חצי הפקדון אינו עומד להחזירו בעין, והוא מוציאו ומחליפו כאוות נפשו ולא נקראו הני כספים מעין דשביתק להו אבוהון, ונראה דזה שרומזו רבינו עקיבא איגר בהגהותיו שם בסוף דבריו שכתב ואם עשה שטר עיסקא אם עשה תנאי שביו"ד סי' קע"ז, אם בזה גם פקדון הוי ראוי עי' ס' שביתת יום טוב וכו', ואין הספר נמצא אתנו. עכ"פ נראה דהיינו ספק ידידה כנ"ל, וקשה להוציא ממון מיורשים גם בא"י". הרי שאף שכל עניני הבנק נעשים לפי היתר עיסקא, דין ראוי תלוי במציאות, אם הוי המעות בעין והני מעות שבק אבוהון, ולכן אין להוציא חלק הבכורה מהיורשים.

גם הגר"ע יוסף זצ"ל (יביע אומר ח"ח חתו"מ סי' ח) דן באריכות בכל ענין זה, והביא את דעות הפוסקים, ודעת הגר"ע זצ"ל דהעיקר שיש למעות שבבנקים דין ראוי, וכן נראה להלכה ולמעשה. ובתוך דבריו הזכיר החילוק בין עיסקא לכסף שמונח בבנקים: "והנה הדבר ידוע שבבנקים שלנו בודאי שהם משתמשים בכל סכומי כסף המופקדים אצלם, ועל דעת כן הופקדו אצלם, ודינם כדין מעות שהופקדו אצל שולחני, שבודאי נחשבים כדין ראוי ולא כמוחזק, וכדאמרין בב"ב (קכה,א) דה"ט שאין הבכור נוטל פי שנים מן המלוה לאחר שגבו מעות, משום דלאו הני מעות שבק אבוהון, הילכך מה שהמפקידים מקבלים רווחים על יסוד היתר עיסקא שבבנקים, וסתם עיסקא חצי מלוה וחצי פקדון, מ"מ בנידון הבנקים גרע טפי, כיון שהם משתמשים בכל הסכום המופקד, ללא כל הגבלה, באין שום מניעה, ומלוה גמורה חשיבא, וכמ"ש הגאון יעב"ץ הנ"ל". הרי שסמך על חילוק היעב"ץ בין כספים המונחים בעיסקא לכסף

שניתן לבנק בדרך של עיסקא, דבנק ודאי קיבל את הכסף על דעת להשקיע, הרי דינם כראוי ואינם מוחזקים, שלא אלו המעות הניח אביהם. וכן הוא גם בהמשך דבריו (סוף אות ג): "ועכ"פ נראה שבדין המעות שבבנקים, אע"פ שנושאים רווחים כמו בעיסקא, מ"מ אין הבכור נוטל בה פי שנים לחלק הבכורה, וכמ"ש הרב גינת ורדים (כלל ד סו"ס יט), שאע"פ שבכל עיסקא יש לדון בה דין מוחזק, זהו דוקא בעיסקא ממש, משום דאכתי בעל המעות אגיד בהו לריוח ולהפסד, והמעות לא יצאו מרשותו לגמרי, אבל המעות שבבנק כבר יצאו מרשות בעל המעות לגמרי, ולא אגיד בהו כלל, והריוח שמקבל אינו אלא שכר המתנת הלואתו, והרי הם כדין הלואה לגמרי, ואין הבכור נוטל מהם פי שנים". וכאמור, כך היא מסקנת הגר"ע יוסף זצ"ל, שדין הכספים בבנק כדין ראוי.

ומסקנת הגר"ע זצ"ל הינה על אף שהביא דעות הפוסקים שיש לחלוק את חלק הבכורה. דאיתא בב"ב כו,א: ומלוה שעמו פלגי. ונחלקו רשב"ם ותוס' בפירוש הדין. הרשב"ם שם פירש, שהבכור נתחייב לאביו, וחולקים חלק הבכורה, כך שהבכור יקבל רק מחצית מחלק הבכורה: "דהוי ליה ממון המוטל בספק וחולקין, דאין ידוע אי חשיב מוחזק לאביו, שהרי הבכור רוצה הוא לשעבד נכסיו לאביו לגמרי ובעין יפה גמר ומקני נכסיו לאביו כדי שיהא אביו מוחזק בהך מלוה ויטול בה אותן פי שנים, או דלמא לא שנה משאר מלוה הלכך פלגי". הרי שכיון שיש ספק אם יחשב ראוי או מוחזק, הוי ממון המוטל בספק וחולקים, וכך לכאורה צריך להיות הדין לרשב"ם בכל ספק אם הוי ראוי או מוחזק, שיקבל הבכור חצי חלק בכורה. ובתוס' שם (ד"ה ובמלוה) כתבו דאין זה מדין ממון המוטל בספק כרשב"ם, אלא תקנת חכמים: "לא משום דקי"ל ממון המוטל בספק חולקין, דהא לא קי"ל כסומכוס כדפרישית לעיל (לה, א ד"ה ומ"ש) אלא תקנת חכמים היא הכא, ובמקום שמפורש בהדיא דחולקין". הרי שדין זה שחולקים הוא מיוחד כאן, אבל אינו בכל ספק אם הוי ראוי או מוחזק. ועיי"ש ביביע אומר שהביא מחלוקת הפוסקים אם בספק ראוי או מוחזק יחלקו בחלק הבכורה, או שעל הבכור להביא ראיה להוציא מהיורשים, עיין בבעי חיי (חחו"מ סו"ס ו), מוצל מאש (סי' מב), שביתת יו"ט (חאהע"ז סי' ו), עדות ביעקב (סי' עב), ובפני יהושע (ח"ב סי' קד). ומ"מ בנדו"ד נראה שאין להוציא מיד היורשים חלק בכורה של כספים המונחים בבנק.

לאור האמור, הואיל וראובן הוחזק כבכור לאביו, הרי בניו יורשים חלק הבכורה, ואין בטענת בני שמעון למנוע מהם חלק בכורה. אך כל זה במוחזק, אולם בכספים המונחים בבנק דינם כראוי, ולא יטלו בני ראובן בהם חלק בכורה, גם ללא טענת בני שמעון.

סימן כד

בדין צואה בלשון ירושה

ראשי פרקים

א. התורה נתנה רשות להנחיל

ב. במלוה ובדבר שלא בא לעולם

ג. אם גם אם יכולה להנחיל

ד. בין ע"פ ובין בכתב

ה. בריא שכתב בלשון ירושה

באלמנה שהיו לו שני בנים, וכתבה צואה בלשון ירושה, ששני בניה ואחד מנכדיה ירשו את נכסיה שוה בשוה. גם רוב העזבון הינו כספים המונחים בבנק, ויש שם גם הלואות שחייבים למורישה וכו'. ולמעשה הסכימו לחלק כך את העזבון, אך עלתה השאלה האם מבחינת ההלכה יש לצואה זו תוקף, כשכתבה לבן הבן שירש בלשון ירושה (מבלי להכנס לשאלה של מצוה לקיים דברי המת, עיין מה שכתבתי בח"ד סי' ז, שבאמצעותה יש לדון להכשיר, אך השאלה היתה לפי דיני הירושה, כשכותבת לשון ירושה למי שאינו יורשו ע"פ ד"ת).

א. התורה נתנה רשות להנחיל

תנן בב"ב קל"א: האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת, בתי תירשני במקום שיש בן, לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. ר' יוחנן בן ברוקה אומר, אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין, ועל מי שאין ראוי לו ליורשו אין דבריו קיימין. ובגמ' שם דנה מה נקודת המחלוקת בין ת"ק לריו"ח בן ברוקה: טעמא דאחר במקום בת ובת במקום בן, הא בן בין הבנים ובת בין הבנות דבריו קיימין, אימא סיפא, רבי יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין, היינו תנא קמא. וכי תימא רבי יוחנן בן ברוקה אפילו אחר במקום בת ובת במקום בן קאמר, והתניא רבי ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקה אומר לא נחלקו אבא וחכמים על אחר במקום בת ובת במקום בן שלא אמר כלום, על מה נחלקו, על בן בין הבנים ובת בין הבנות, שאבא אומר יירש וחכמים אומרים לא יירש. איבעית אימא מדקאמר לא נחלקו, מכלל דתנא קמא סבר נחלקו. איבעית אימא כוליה דרבי יוחנן בן ברוקה היא וחסורי מחסרא והכי קתני, האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת,

בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום, הא בת בין הבנות ובן בין הבנים אם אמר יירש כל נכסיו דבריו קיימין, שר' יוחנן אומר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין. אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי יוחנן בן ברוקה, וכן אמר רבא הלכה כר' יוחנן בן ברוקה. אמר רבא מאי טעמיה דרבי יוחנן בן ברוקה, אמר קרא, והיה ביום הנחילו את בניו (והוה מצי למכתב ביום שינחלו בניו – רשב"ם), התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה (מבניו הן להרבות לו מאחיו הן להורישו הכל).

וברשב"ם שם (ד"ה הלכה), ביאר וז"ל: "... ואיכא נמי למידק, מדלא קאמר שמואל הלכה כרבי יוחנן בן ברוקה אפי' אחר במקום בת ובת במקום בן. וטעמא דרבי יוחנן בן ברוקה דמפרשין לקמן מביום הנחילו את בניו, משמע נמי דבבן בין הבנים קאמר. ולעיל נמי הכי אמרינן, אמר אביי הכי קאמר האומר על תינוק בין הבנים יירש כל נכסי נאמן כרבי יוחנן בן ברוקה, מכלל דהוה סבירא להו דלא פליג אלא בבן בין הבנים, הלכך ל"ש אם אמר פלוני בני יירש חצי נכסיי, לא שנא אם אמר יירש כל נכסיי, דבריו קיימין. ואפי' אם כתב כן, דלא שנא אם אמר ל"ש כותב, כדמוכח לקמן בפירקין (קלגא) א"ר הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה, וא"ל ר"נ גנבי גנובי למה לך, אי סבירא לך כרבי יוחנן בן ברוקה, אימא הלכתא כר' יוחנן בן ברוקה דשמעתך כר' יוחנן בן ברוקה קא אזלא. והא דאמרינן לקמן אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא, ואמרינן הוא הדין נמי לבנו דאם כתב לו כל נכסיו לא עשאו אלא אפוטרופא, ה"מ כותב לשון מתנה או אומר לשון מתנה דלכבודו איכוין להקנות לו נכסיו, אבל לשון ירושה קנה הכל כדין תורה, כדנפקא לן מביום הנחילו את בניו, דבשלמא לשון מתנה איכא למימר דהקנה לו הני נכסים להיותן בחזקתו כדין אפוטרופא, שגם כשעשאו אפוטרופוס נתקיימה מתנתו, שיש נותן מתנה גמורה ויש שנותן מתנת אפוטרופוס, אבל ירושה אינה יכולה להיות אלא אם כן קונה הנכסים קנין גמור, דלשון ירושה משמע שקם תחת המוריש לקנות נכסיו לגמרי ולהיות מוחזק בהן להיות שלו כמורישו, אבל אם אינו אלא אפוטרופוס, נמצא שלא הוריש לו כלום. וגם בהלכות גדולות מצאתי סייג לדבריי. והני מילי כשאין בכור אז יכול להנחיל כל נכסיו לאחד מהן, אבל אם יש בכור אינו יכול להנחיל חלקו לאחד מהן, כדנפקא לן לקמן מלא יוכל לבכר".

וכדברי ריו"ח ב"ב פסק הרמב"ם בהל' נחלות ו,ב: "לפיכך האומר איש פלוני בני בכורי לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, לא אמר כלום. איש פלוני יירשני במקום שיש לו בת, בתי תירשני במקום שיש לו בן, לא אמר כלום, וכן כל כיוצא בזה. אבל היו לו יורשין רבים, כגון בנים רבים או אחים או

בנות, ואמר כשהוא שכיב מרע פלוני אחי יירשני מכלל אחי, או בתי פלונית תירשני מכלל בנותי דבריו קיימין בין שאמר על פה בין שכתב בכתב, אבל אם אמר פלוני בני יירשני לבדו, אם אמר על פה דבריו קיימין, אבל אם כתב כל נכסיו לבנו, לא עשהו אלא אפוטרופוס כמו שביארנו. ובטור, הובא גם ברמ"א חו"מ רפא,א, דאף אם ריבה לאחד או מיעט לאחר, דבריו קיימין.

וז"ל הטור (חו"מ רפא): "אבל אם היו לו בנים רבים ואמר על אחד מהם שיירש הכל, או שריבה לאחד ומיעט לאחר, וכן אם יש לו בנות רבות ואמר על אחת שתירש הכל או שריבה לאחת ומיעט לאחרת, דבריו קיימים. בד"א בלשון ירושה, שאמר פלוני בני יירש הכל או יירש כך וכך, אבל אם אמר פלוני לא יירש, לא אמר כלום. וכתב הרמ"ה, אי נמי אמר פלוני לא יירש אלא כך וכך, א"נ אמר ראובן בני יירש חלקו וחלק שמעון, לא אמר כלום, דלאו כל כמיניה לאורותי חלקיה לאחרני וכמאן דאמר לא יירש שמעון דמי. וכן היכא דתליא לירושה דראובן בלא יירש דשמעון, כגון שאמר לא יירש שמעון אלא ראובן, לאו כלום הוא. והני מילי דתליא נחלת ראובן בהעברת נחלת שמעון כדאמר', אבל אם אמר ראובן בני יירשני או יירש כל נכסי ולא יירש שמעון כלום, כיון דלא תליא לירושת ראובן בלא יירש דשמעון דבריו קיימים, דכיון דאמר ראובן בני יירש קנה, ודקאמר שמעון לא יירש מילתא באפי נפשיה הוא וכמאן דליתיה דמי".

ולכאורה דין זה לא שייך לנדו"ד, דהואיל והנכד אינו ראוי לירש, אינו בכלל הפרשה של והיה ביום הנחילו את בניו. וככל שמדובר בצואה שאין בה קנין ואינה ע"פ ההלכה, ונקטה המצוה בלשון ירושה, וכאמור מבלי להכנס לדיון של קיום הצואה מדין מצוה לקיים דברי המת, הרי שאין מקום לקיום צוואה זו. והואיל ואתא לידן דברי דרבי יוחנן בן ברוקה, יש מקום לברר הדין.

מדברי הראשונים מוכח לכאורה שהתורה נתנה כח למצוה לקבוע את החלוקה הפנימית שבין יורשיו. זה דין במוריש, שכמו שיש בכור שמקבל שני חלקים וכד', התורה קבעה שיכול המוריש לקבוע את חלקי הירושה איך יתחלקו בין היורשים. אין כאן מעשה קנין בנכסים, אלא דין ביורשים. לקבוע שהוא יירש חלק גדול יותר, והאחר חלק קטן יותר. התוס' ב"ב קיגב, (ד"ה אורעה), כתב לבאר הא דתניא בגמ' שם: והיתה לבני ישראל לחוקת משפט, אורעה כל הפרשה כולה להיות דין, וביאר ר"י: "אורעה כל הפרשה כולה להיות דין לענין שעל כרחם של בנים נעשים דיינים אותם העומדים שם בשעת צוואה ועושין דין, ולא מצי האי למימר אני רוצה לדון לפניכם אלא לפני ב"ד הגדול או לפני ב"ד חשוב שבעיר, אלא על כרחו מקבל אותן בדיינין. ולא מיירי במתנת מרע דהא לא הוו דבריו ככתובין וכמסורין אלא מדרבנן, אלא מיירי כשנותן בקנין גמור במתנת בריא מעכשיו אם ימות, וקרי לה נחלה לפי שהיא

כעין נחלה שאינו קונה אלא לאחר מיתה. ולר' יוחנן בן ברוקה אתי שפיר אפילו בלא קנין, דאמר במתניתין (לקמן דף קל.) אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין מן התורה". וכן מבואר ברבינו יונה שם בעליותיו, דמירי בלא קנין, הרי שפעולה זו נעשית ללא קנין כלל, והוא ע"י שקובע מה יקבל היורש, שהתורה נתנה לו זכות לעשות יורש בין היורשים, לרבות ולהמעט.

ובהסבר הדין מצאנו בקצוה"ח רפא,ג, שהתורה נתנה למוריש רשות לעשות יורש בין היורשין למי שירצה, להרבות לו את חלקו, ולענין זה הרי הוא יורש, ואין המוריש יכול לחזור אח"כ ולומר שלא יירש, דהואיל שכבר נעשה יורש כפי הסך שריבה לו, אינו יכול למעטו בלשון לא יירש הריבוי; "כיון דכבר נעשה יורש תורה זה שריבה לו, והוא יורש גמור והו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה". אבל אם פירש בדבריו שמרבה לאחד וממעט לאחר, וחזור מדבריו ורוצה למעט למרובה ולהרבות למועט, כיון ששניהם בלשון ירושה: "ודאי כיון דהשני ג"כ יורש, יכול לחזור ולעשות יורש לזה בריבוי". ואפי' עשאו לאחד בין הבנים יורש בכל, יכול לחזור לעשות לשני יורש בכל. דהיינו, אם אמר ראובן בני ירש כל נכסי, יכול אח"כ לחזור ולומר שמעון בני ירש כל נכסי, ושמעון ירש כל נכסיו, דכיון שגם שמעון יורש וראוי ליורשו, יכול לומר שמעון יירש הכל. אולם אינו יכול לומר בלשון שראובן לא ירש מה שריבה לו, דבלשון שלילית – לא ירש, אינו יכול, דכיון שעשאו יורש על הכל, לחזור בו בלשון שלילה הו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה. והוסיף קצוה"ח, דאמנם אם עדיין עסוקין באותו ענין וריבה לראובן, יכול לחזור ולומר לא יירש הריבוי, כיון דאפילו בקנין יכול לחזור כל זמן שעסוקין באותו ענין, הוא הדין כשעשאו יורש, משא"כ לאחר הזמן של עסוקין באותו ענין. ובנתיבות רפא,ג הקשה על מה שכתב קצוה"ח דבאמירת המוריש נעשה יורש מהתורה ואינו יכול לחזור בו, מדברי הנימוק"י (ב"ב נט,א מעמוה"ר), וז"ל הנימוק"י: "דוקא בלשון ירושה הוא דבעי אי מהני אי לא היכא שלא חזר בו, אבל אם חזר בו פשיטא, כשם שיכול לחזור בשכיב מרע יכול לחזור בבריא". ומשמע שיכול לחזור בו לגמרי.

ובהסבר מחלוקת קצוה"ח והנתיבות, הסביר הגר"ש רוזובסקי (שעורי ר' שמואל, ב"ב קל,א, אות פז) דקצוה"ח ס"ל שהאב עושה את אחד מבניו יורש על נכסים מסוימים, וממילא לענין הנכסים האלו הוא הוא היורש ע"פ דין תורה. ממילא אחרי שעשאו יורש בגברא לנכסים אלו, אין האב יכול לחזור בו. והנתיבות ס"ל דמעשה האב מתיחס לנכסים ולא לגוף היורש, שנכסים אלו בשעת הירושה יהיו של בן פלוני, והואיל ושעת הנחלה היא שעת המיתה, ושעה זו לא הגיעה, ותבוא רק בשעת מיתה, וכל עוד לא הגיעה השעה, מחלות דין הירושה שהחיל המוריש על הנכסים, בקבעו שבנו פלוני ירש אותם, יכול לחזור בו וליתן אותם נכסים לאחר, כיון שחלות דין

הירושה הוא על הנכסים לאחר מועד הירושה, שירש אותם אותו פלוני מדין יורש. משא"כ לקצוה"ח, החיל שם יורש על בנו פלוני על נכסים פלוני, ובשעה שהבן נקבע כיוורש, הרי זו כקביעה של התורה שהבן הוא יורש על נכסים אלו, ומקביעה זו המחילה שם של יורש, אינו יכול לחזור בו, כמו שלא יכול לקבוע שמי שירש על פי דין תורה, אינו בגדר יורש. וז"ל הגר"ש שם:

"דהקצוה"ח ס"ל דבהנחלה לא מהני חזרה, ואינו יכול לחזור בו אא"כ ינחיל לאחר בלשון ירושה, דזה ודאי מהני, דאף אם הנחיל לראשון את כל הירושה, ג"כ חשיב עדיין השני ראוי ליורשו ואפשר להנחילו, דמה שאינו יורש הוא רק משום דאין לו מה לירש אבל דין יורש נשאר לו, ויכול להנחיל לו כמו בתחילת ההנחלה, דמצי מנחיל לראוי ליורשו, אבל לחזור בו מההנחלה אינו יכול. ובטעמא דמילתא נראה, דס"ל להקצוה"ח דגדר הנחלה דריב"ב לא הוי מעשה הנחלה על הנכסים דמוריש לו נכסיו, אלא הוי חלות דין יורש על הבן על כמה שנותן לו. וכיון דכן אין יכול המנחיל לחזור בו, דכבר זכה הנוחל וחל עליו חלות דין יורש, ואין בכח המנחיל לבטל זכייתו. והנתייה"מ לטעמיה באותו סימן שחלוק על הקצוה"ח, וס"ל דמהני חזרה בהנחלה, וכ"ה דעת רבינו יונה בדף קידא, ובדף קלאא, דמהני חזרה ממש (ולא רק כהקצוה"ח דיכול להנחיל לשני). וכתב הנתיבות הטעם משום דירושה נתפס רק בשעת מיתה, והיינו דס"ל דהנחלה הוי רק מעשה הנחלה על הנכסים ולא דמשוי ליה ליורש, ולהכי כל עוד שלא הגיע זמן הירושה, לא חלה כלל ההנחלה, דהתורה נתנה לו זכות להוריש את הנכסים, ואף דמה שהוא יורשו אח"כ הוא מדין בן, ולכן בעינן ראוי ליורשו, מ"מ מעשה ההנחלה הוא בנכסים דאית ליה זכות להנחיל את הנכסים דיירש אותם מדין בן ... ולהכי מהני חזרה, כיון דלפני המיתה עדיין לא חלה הנחלה. ומהאי טעמא אזיל הנתיבות לשיטתו וס"ל דלא מצי מנחיל דשלבל"ע ומלוה, דהואיל וההנחלה על הנכסים, אזי מה דלא מצי להקנות, לא מצי נמי להנחיל. והקצוה"ח אזיל לשיטתו דהוי חלות דין יורש על הבן ולא מעשה הנחלה בנכסים, ולהכי לא מגרע מה דהנכסים לא באו לעולם או מלוה."

מבואר מדברי הגר"ש, דנחלקו קצוה"ח והנתיבות אם מעשה ההנחלה של האב, הוא קביעת שם יורש על הבן ביחס לנכסים אלו, או הנחלה של הנכסים לבן, שיקבל אותם בתורת ירושה. והנפק"מ (ועוד יבואר להלן), אם יכול האב להנחיל לבנו מלוה או דבר שלא בא לעולם, דברים שלא נתפס בהם קנין כעת. אם עשאו יורש לבן ביחס לנכסים אלו, הרי אין כאן מעשה ביחס לנכסים אלא קביעה שהבן יש לו שם יורש ביחס לנכסים אלו, והקביעה היא בשם יורש. אולם לנתיבות שקובע שהנכסים

המסוימים ירש הבן, והוא דין בנכסים, שנתנה לו התורה רשות לקבוע ביחס לנכסיו מי יהיה היורש מבין יורשיו, הרי זה דוקא ביחס לנכסים שנתפס עליהם קנין, ולא במלואו או בדבר שלא בא לעולם, שבזה אינו יכול להנחיל. אולם בהמשך דבריו כתב דאף לקצוה"ח אפשר דלא מהני לעשותו שם יורש בדבר שלא בא לעולם, כיון דסו"ס עושה אותו יורש על נכסים אלו, ונכסים אלו לא בעולם: "דעשאו יורש על קרקע זו, ובמנחיל כל נכסיו עשאו יורש על כל הנכסים. ומעתה נמצא דחלות דין יורש קשורה לנכסים, ובהנחלתו עשאו ליורש על הנכסים, וכיון שכן הוא שפיר אפ"ל דלא יוכל להנחיל דשלבל"ע, דע"ז אין יכול לעשותו ליורש. וביותר מזה נראה, דכיון דדין יורש תלוי בנכסים, אזי הגדר הוא דבעלותו על הנכסים נותנת לו כח לעשותו ליורש, ולהכי על דשלבל"ע דאינו בעלים, אין בכחו לעשותו ליורש".

ומעין זה נמצא לגרא"מ שך זצ"ל באבי עזרי (זכיה ומתנה יב, ד"ה והנראה). האבי עזרי חקר בדין רבי יוחנן ב"ב, אם מה שחדשה התורה שיכול לעשות לאחד מהיורשים יורש, על הכל או על יתר מחלקו, ומה שעשה אותו יורש וקיבל דין ושם של יורש, ממילא הוא היורש היחיד של הנכסים המסוימים. או שהפירוש יכול להנחיל את הנכסים, וכמו שיכול להנחיל את הנכסים בלשון מתנה מעכשיו, כך יכול להנחיל לאחד מיורשיו את הנכסים בלשון ירושה, שיזכה בנכסים לאחר מיתת המוריש. וכתב דלצד שמנחיל הנכסים, יש להבין מדוע יכול לומר ראובן בני ירש כל נכסי, וממילא שמעון לא ירש, אבל אינו יכול לומר ששמעון לא ירש, וממילא ראובן ירש הכל. דכאשר אומר ראובן בני ירש, מנחיל לראובן כל נכסיו, ממילא אין שמעון יורש. אבל כשאומר שמעון לא ירש, לא הנחיל לראובן כלום. ואף שבפועל ראובן ירש מדין יורש, אבל כיון שאין מנחילו בנכסים, אין כאן דין של רבי יוחנן ב"ב, ואין דבריו קיימין, שלא הנחיל לראובן כלום. ולכאורה צ"ע, דאף לצד הראשון אפשר, דכיון שאמר שמעון לא ירש, לא עשה את ראובן ליורש אליבא דרבי יוחנן ב"ב, דדין רבי יוחנן ב"ב הוא באופן שעושה אותו יורש על הנכסים, וכאן עשה על דרך השלילה, שאמר ששמעון לא יהיה יורש. וצ"ל, דלצד הראשון, כמו שיכול לעשות יורש לגברא מסוים, יכול לעשות שגברא מסוים לא יהיה יורש, וצ"ע.

עוד נפק"מ בין ההסבר לפי קצוה"ח ולפי הנתיבות, במה שהסתפק הגרא"ו (קוב"ש ב"ב תלג), אם האב יכול להנחיל בעל כרחו של הבן: "יש להסתפק אם אין הבן רוצה בנחלה זו, אם יכול האב להנחילו בעל כרחו, כמו בירושה דממילא דיורש בעל כרחו". ולכאורה צדדי הספק, דאם ההנחלה היא שעושה את בנו ליורש בנכסים, והתורה נתנה לאב כח להרבות ולעשותו ליורש בנכסים, ממילא יש לו דין יורש, ויורש הבן בעל כרחו. אולם אם זו הנחלת נכסים בדרך של ירושה, שהנכסים יעברו

לבן ע"י שהנחיל לו אותם, יש בזה לכאורה דין כמו הקנאה, שאינו יכול לעשותו ליורש בעל כרחו.

הגדרה בענין כח האב להנחיל, נמצא גם בחזון יחזקאל (כתובות ט, ג ד"ה וא"ת), שהתורה נתנה לאדם רשות בעודו בחיים לסדר את ענין נחלתו בין אלה הראויים ליורשו, אולם העברת הנחלה אינה מכח המוריש, כמו בהקנאה מנותן למקבל, אלא מכח החוקה שחקקה התורה לחוקת משפט בירושה. דבחוקת משפט, נתנה התורה כח למוריש לסדר את אופן החלוקה בין היורשים, שירשו אח"כ בתורת ירושה. ועיינתי בדבריו שוב, וניתן להסביר דבריו הן לפי קצוה"ח והן לפי הנתיבות, למה שביאר הגר"ש והאבי עזרי.

ב. במלוה ובדבר שלא בא לעולם

כבר הוזכר לעיל בדברי הגר"ש, שתלה בהסבר מחלוקת קצוה"ח והנתיבות, אם עושה יורש לענין נכסים או מנחיל הנכסים, אי מהני להנחיל בדבר שלא בא לעולם או מלוה או כל דבר שהקנין לא נתפס בו. שאם עושה את בנו ליורש ביחס לנכסים מסוימים, הרי שיש לו דין יורש עליהם, ובשעת מיתה ירש נכסים אלו כדין יורש. משא"כ אם מנחיל את הנכסים לאחד מבניו, א"כ דין רבי יוחנן ב"ב הוא בנכסים, וזה אינו יכול לעשות בדבר שלא בא לעולם, דכמו שאינו יכול להקנותם, אינו יכול להנחיל. ועיין רשב"א קדושין ס, ב (ד"ה נותנת), שאינו יכול להנחיל אחד מיורשיו אלא דבר שהוא מוחזק בו ולא ראוי, עיי"ש. (ועיין בדברי משפט רפא, ב ובדברי חיים נחלות ה, מש"כ בבאור דברי הרשב"א).

ובקצוה"ח רנ"ט, (ד"ה איברא) הוכיח שיכול להקנות דבר שלא בא לעולם, מפני שעושה אותו יורש, אך אינו יכול לעשות יורש מי שאינו בעולם: "ואף על גב דבנכסים שיפלו אחר מיכן נראה דמצי להנחיל בראוי ליורשו בלשון ירושה, דהא דעת ר"ח (הובא ברא"ש ב"ב פ"ח סי' ל) דאפילו בבריא מצי להנחיל בלשון ירושה, ומשמע אפילו בנכסים שנפלו אחר מיכן, היינו משום דגוף היורש איתיה בעולם והתורה נתנה לו רשות להנחיל למי שירצה, וכיון דנעשה יורש ממילא זכי בנכסים שנפלו לו גם אחר מיכן, אבל בנולדים דליתיה ליורש בעולם, לא מצי להנחיל ולעשות אותו יורש". וזה ודאי שלדעת הסוברים דדוקא בשכ"מ יכול לעשותו ליורש, אלא אף בבריא לדעת ר"ח שיכול לעשותו יורש על הנכסים, ואף שבבריא היה צד לומר דהוי כקנין ואינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כשעושה את בנו ליורש על נכסים אלו, אינו בגדר פעולה משפטית בנכסים אלא ביורש עצמו, שעושה אותו יורש. (ועיין במש"כ המל"מ נחלות ב, יד בקטע הראשון). (ומה שהביא קצוה"ח מדברי הרא"ש,

היינו שרב האי ורי"ף פסקו דלא איפשיטא אם בריא יכול להנחיל, ור"ח פסק דיכול להנחיל, ומחלוקתם רק מי יכול להנחיל, ולא מה יכול להנחיל, דלרב האי ורי"ף יכול להנחיל שכ"מ, בין ישנו בעולם ובין לא, והוא הדין לר"ח שבריא יכול להנחיל, שעושה אותו יורש על הנכסים, ואף אם הנכסים אינם בעולם).

ובנתיבות רנ"ג, כתב וז"ל: "נראה דאם אמר ליורש בלשון ירושה שיירש שני חלקים בנכסיו, דזכה אף בהלואה גוי, ואף דלענין לעשות עובר ליורש מדמה הש"ס (ב"ב קלא,א) לקנין, דכשם שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם כך אינו יכול לעשות יורש לדבר שלא בא לעולם, מ"מ נראה דמהני לעשותו יורש בזה, דהא כתב [הד"מ סע' לה] הטעם דכיון דלא סמכה דעתיה, לא נתכוין למתנה גמורה, והכא דעשאו יורש בסתם על שני חלקים מכל הנכסים לא שייך סברא זו, אבל אם לא עשאו ליורש רק על הלואה גוי, יש לומר דשייך בזה סברת הד"מ דלא נתכוין למתנה גמורה". מהנתיבות רואים שדין רבי יוחנן ב"ב שמנחיל ליורש בין היורשים, הוא הנחלת נכסים, שמנחיל את הנכסים ליורש, שהוא דין בנכסים, ולכן יש חילוק בין אם מנחיל להדיא הלואה נכרי, או שעושה אותו יורש על שני חלקים מנכסיו, דאם הנחיל על חלקיות מנכסיו, הרי יש גמירות דעת על הנחלת החלקים, ובכללם גם הלואה נכרי, אולם אם הנחיל לבנו הלואה נכרי, יש חסרון בגמירות דעת. ולקצוה"ח שעושה יורש, והוא דין ביורש ולא בנכסים, גם בהלואה גוי לכאורה מהני. וקצוה"ח יסביר דברי הרמ"א שם רנ"ג, כ: "וי"א, הא דשכיב מרע יכול להקנות הלוואה שלו שביד אחרים, היינו בהלוואה שיש לו ביד ישראל, אבל לא הלוואה שיש לו ביד עובד כוכבים". היינו במתנת שכ"מ ולא באופן של הנחלת נכסים. ומ"מ אף לנתיבות שמנחיל את נכסיו ליורש ולא עושה יורש על נכסים, יכול להנחיל נכסיו על דבר שלא בא לעולם, אם ההנחלה היא באופן שמנחיל אותו על חלק מסוים מנכסיו, כגון שני שלישי וכד', ולא הנחלה מיוחדת על הלואה או דבר שלא בא לעולם.

ובתש' חת"ס (חו"מ סי' קנ, תשובה שכתוב לחמיו, הגרע"א) כתב, דנראה פשוט מאוד דהנחלת האב הינה ירושה ממש ואינה ענין למתנה וקנין, דבפסוק מפורש להדיא; והיה ביום הנחילו, שניתן רשות להנחיל: "ומה דלא יכול להקנות ולהנחיל לבניו, לא לדבר שלא בא לעולם ולא דבר שלא בא לעולם, התם לאו מטעם הואיל וליתא בבריא הוא, דמה ענין הנחלה לקנין בריא, אך משום דליתא ביורשה דממילא, דדבר שאין בו ממש ושלא בא לעולם לא שייך ביורשה דממילא". כמו שפירש החת"ס בתחילת התש', דאין מציאות ביורשה שירש הבן פירות דקל שלא באו לעולם, אלא מחמת שיש לו בגוף מקום הפירות. ועיין ברמ"א חו"מ רע"ו, ומקורו מהמרדכי ומהרי"ק ומהר"מ פאדווה, דאין היורשין יורשין דברים שאין בהם ממש או טובת הנאה שאינה ממון. ולפ"ז יש לחלק בין מלוה לדבר שלא בא לעולם או אין בו

ממש, דמלוה איתא בירושה, משא"כ לא בא לעולם או אין בו ממש. ועיין לזקני הגרמי"ל זילברברג זצ"ל (זית רענן ח"ב ע"ג), מה שהעיר בדברי החת"ס. ועיין גם בשואל ומשיב (מהדור"ד ח"ג סי' ע"ג) שכתב דלא מהני הנחלת דבר שלא בא לעולם או אין בו ממש: "ועכ"פ נראה דלאו מכח ירושה יורש, דביד האדם אין בו כח להנחיל דבר שאין בו ממש או דבר שלב"ע, רק דמצד ירושה דממילא כל זכות שהיה לאב כשמת האב ממילא זוכים הבנים, דתחת אבותיך יהיו בניך, וזהו סברת הש"ס בב"ב דף קמ"א וקמ"ב ירושה דממילא שאני, אבל בדבר שצריכין לזכות מכח הנחלה, וכגון שחלק לזה יותר מלזה בזה, נראה לי ברור דאין כח ביד אב להנחיל גם כן דבר שאין בו ממש ודבר שלב"ע".

והנה האור שמח (מכירה ו', יא) הביא ראיה מהגמ' ב"ב קמא, ב, דלרבי יוחנן ב"ב יכול להנחיל אף שטרות, כשיקבע שפלוני בני יקבל שטרות, ואין צריך כתיבה ומסירה, וכן יכול להקנות דבר שלא בא לעולם. ולהבנת דבריו אביא דברי הגמ' שם (ב"ב קמא, ב): ההוא דאמר לה לרביתו, נכסי להאי דמעברת. אמר רב הונא, הוי מזכה לעובר, והמזכה לעובר לא קנה. איתביה רב נחמן לרב הונא, האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה, ילדה זכר נוטל מנה. אמר ליה, משנתינו איני יודע מי שנאה. ולימא ליה רבי מאיר היא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אימור דשמעת ליה לרבי מאיר לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי שמעת ליה. ולימא ליה רבי יוסי היא דאמר עובר קני, דתנן עובר פוסל ואינו מאכיל דברי רבי יוסי. שאני ירושה הבאה מאיליה. ולימא ליה רבי יוחנן בן ברוקה היא דאמר לא שנא ירושה ולא שנא מתנה, דתנן רבי יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין. אימור דשמעת ליה לרבי יוחנן בן ברוקה לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי אמר. ולימא ליה רבי יוחנן בן ברוקה היא וסבר לה כרבי יוסי. מי יימר דסבר לה. ואף שהגמ' דחתה, שמה שרב הונא לא השיב לרב נחמן שרבי יוחנן בן ברוקה היא, מפני שיתכן שלעובר אינו יכול להנחיל אליבא דריו"ח ב"ב, מ"מ כיון דקיי"ל כמשנתינו שהמזכה לעובר שהוא בנו קנה, מפני שדעתו קרובה אצל בנו, א"כ אליבא דריו"ח ב"ב יכול להנחיל גם לעובר, אף שאינו בעולם, כיון שראוי ליורשו. ומזה הוכיח האו"ש דיכול להנחיל גם שטרות וגם דבר שלא בא לעולם: "ונעלם זה משו"ת חתם סופר חו"מ סימן ק"נ, דפסיקא ליה דלעובר לא מצי לעשותו יורש, וגמרא ערוכה מכחישתו, וא"כ פסיקא לן דמצי להנחילו בשטרות בלא כתיבה כלל ... אולם ראיתי להרב בנתיבות (חו"מ) סימן רפ"א, שפוסק דלר' יוחנן ב"ב אינו יכול להנחיל שטרות, כיון דליתנייהו בקנין דבר תורה, עיין שם, ולענ"ד דבריו לא נהירין מהך סוגיא שהבאתי, דאף ע"ג דאין לעובר זכיה, בכ"ז כיון דבר ירושה הוא מצי להנחילו דבר תורה, כש"כ בשטרות וכיו"ב". ועיי"ש מה שהביא משער המלך ומה שביאר בדבריו.

ועיין עוד במש"כ הגרא"ו בקוב"ש (ב"ב, סי' שפט, תלה, תפג), ובמרחשת (ח"ב סי' לח, ענף א אות א).

ג. אם גם אם יכולה להנחיל

ובדינא דרבי יוחנן ב"ב יש לעיין, אם הוא דין מיוחד באב, והיה ביום הנחילו את בנו, או גם אם יכולה להנחיל, לרבות ולהמעט למי מהיורשים. דהנה בגמ' ב"ב קיא,א-ב ממעט בכור בירושת האם, שאין הבכור נוטל פי שנים: א"ל, אי מה מטה האב בכור נוטל פי שנים, אף מטה האם בכור נוטל פי שנים. אמר ליה לשמעיה גור, לית דין צבי למילף (משוך אותי ואלך. לית דין רוצה למילף, אלא להקשות דברים שאינן צריכין, כלומר דדבר קל הוא לתרץ כדלקמן – רשב"ם), וטעמא מאי, אמר אביי, אמר קרא בכל אשר ימצא לו, לו ולא לה. והקשתה הגמ' על דברי אביי, ומסקנת הגמ' דנלמד מלו משפט הבכורה: אלא אמר רבא, אמר קרא לו משפט הבכורה, משפט הבכורה לאיש ולא משפט הבכורה לאשה.

ומזה למד מהרי"ט אלגאזי (בכורות סה,ב סוף אות פב), דמכאן אף יש להוכיח שאין לדייק לו ולא לה, גם לענין דין רבי יוחנן ב"ב, שלמד דינו מהפסוק (דברים כא,טז): והיה ביום הנחילו את בנו, את אשר יהיה לו, יש לדייק שאין האם יכולה להנחיל, לרבות ולמעט: "דנראה דאחר האמת דרשינן מתיבת לו, לו ולא לה, דאינו נוטל פי שנים בנכסי האם, דא"כ ברישא דקרא דאמר קרא והיה ביום הנחילו את בנו את אשר יהיה לו, ודרשינן בספרי, מלמד שהבן נוטל בראוי כבמוחזק, דדייק מדלא כתיב את אשר יש לו וכתב אשר יהיה לשון עתיד, דמשמע אפי' ראוי לבא, ובפ' יש נוחלין (קל,א) אמרינן דהיינו טעמא דר"י ב"ב דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים, דאמר קרא והיה ביום הנחילו את בנו, התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה ע"כ, ואם איתא דמתיבת לו ממעטים לו ולא לה, א"כ בהאי קרא דכתיב את אשר יהיה לו, יש למעט דדוקא האיש ולא האשה. דאע"ג דלעיקר ירושת הבן את אמו אי אפשר למעט, דהא איכא קרא שהבן יורש את אמו, מ"מ יש למעט דאין הבן נוחל בנכסי אמו בראוי כבמוחזק. וכן שאין רשות ביד האשה להנחיל לכל מי שתרצה מבניה כמו שהוא באיש, ולא מצינו שיש חילוק בין ירושת האב לירושת האם כי אם לענין משפט בכורה ולא לדבר אחר. וע"כ צ"ל דלא ממעטי לומר לו ולא לה". ומבואר שאין חילוק בין אם לאב, וגם אם יכולה להנחיל, להרבות ולמעט.

ואיתא בגמ' ב"ב קנא,א: אימיה דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגא דשטראי, כי קא שכבא אמרה ליהוי לעמרם ברי, אתו אחוה לקמיה דרב נחמן, אמרו ליה והא

לא משך, אמר להו דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו. והגרא"ו (קוב"ש ב"ב תקמח) הקשה, מדוע צריך לדין שכ"מ ככתובים וכמסורים, הרי יכול רב עמרם לזכות מהתורה מדינא דרבי יוחנן ב"ב, שיכולה לרבות לאחד וכו': "ושמא י"ל לשיטה זו, דכיון דקרא והיה ביום הנחילו איירי לענין בכורה, אין דין זה נוהג אלא באב ולא באם. אבל קשה לומר כן, דהא חזינן דבניו לאו דוקא, אלא כל הראוי ליורשו ואפילו לאחיו דאין בו דין בכורה". הרי שדחה הגרא"ו את האפשרות לומר שאין הפסוק והיה ביום הנחילו את בניו, מתיחס רק לאב ולא לאם, אלא הוא בכל היורשים, ואפי' במי שאין לו בנים שיכול להוריש לאחיו, ולהרבות לאחד, והוא הדין באם, דגם באחים וגם באם אין נוהג דין בכורה, ומדיכול להנחיל לאח בין האחים, הוא הדין שיכולה האם להנחיל, ואין לחלק בין אב לאם.

ומו"מ זה בענין מתנת השטרות של אימיה דרב עמרם חסידא, מצאתי במחנה חיים (לגר"ח סופר, ח"ב חור"מ סי' מג ד"ה ועלה), דמזה הטעם אימיה דרב עמרם חסידא נתנה השטרות במתנת שכ"מ ולא בהנחלת דרבי יוחנן ב"ב, דהנחלת רבי יוחנן ב"ב היא רק באיש ולא באשה, דלאם לא נתנה התורה כח להנחיל בתורת ירושה, אלא שכשמתה יורשיה יורשים אותה. אך דחה, דכיון דקיי"ל שאף אח בין אחים יכול להנחיל, וכמבואר בשו"ע חו"מ רפא,ה, ע"כ גם אם יכולה להנחיל לבן בין הבנים. ובזה ישב מדוע הנתיבות (ראה להלן) לא חילק בין איש לאשה.

דהנה הנתיבות רפא,ג הוכיח שלא מועילה הנחלת שטרות בתורת ירושה מדין רבי יוחנן ב"ב, וראיה מאימיה דרב עמרם חסידא, שהקנתה השטרות במתנת שכ"מ ולא בתורת הנחלת נכסים דרבי יוחנן ב"ב, ומזה מוכח דלא מועילה הנחלת ירושה בשטרות או בדבר שלא בא לעולם: "וראיה לזה מב"ב קנא,א באימיה דרב עמרם חסידא דהוי לה מלוגא דשטרא ואמרה להוי לעמרם ברי, וקאמר התם דקנה מטעם מתנת שכיב מרע, ולא קאמר שזוכה בו משום ירושה, כמש"כ בב"ב קלג,א, אם ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה, וכבר הוכחתי (בסק"ב) דאפילו במקצת זוכה בו משום ירושה. אלא ודאי דכל מה שאינו יכול להקנות, אינו יכול להנחיל מן התורה, ומתנת שכיב מרע שאני, שהיא מדרבנן ויכול להקנות שטרות והלואות". ולכאורה אם לא יכולה להנחיל, מה הראיה, הרי אמו של רב עמרם חסידא לא יכלה להנחיל, דרק אב מנחיל. ומזה מוכח דהנתיבות סובר שאין חילוק בין אב לאם, וכמו שאח יכול להנחיל ולהרבות לאחד מאחיו כשאין לו בנים ואב, כך גם אם יכולה להנחיל. וע"ע בתש' מוהר"ש הלוי (חו"מ סי' מה) שממנו מבואר דאין חילוק בין אם לאב.

ד. בין ע"פ ובין בכתב

ואף שבמשנה (ב"ב קל"א) ובדברי רבי יוחנן ב"ב שם, מיירי באומר בני פלוני ירשני: האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת, בתי תירשני במקום שיש בן, ... ר' יוחנן בן ברוקא אומר, אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין, לכאורה אין חילוק בין אמירה לכתיבה, ורק לענין כותב כל נכסיו, אמרינן שלא עשאו אלא אפוטרופוס, דדוקא כתיבה ולא אמירה (עיי' מה שכתבתי בח"ח סי' ח), ומשמע שענין דין דרבי יוחנן ב"ב אין חילוק, ורק בכותב כל נכסיו לא מהני הנחלה, לא מדין נחלות אלא מאומדן דעת הנותן. דהרי"ף ב"ב (נט,א-ב מעמוה"ר), כתב וז"ל: "אמר רב יהודה אמר שמואל, הכותב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס, לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס. פשיטא בנו גדול לא עשאו אלא אפוטרופוס, בנו קטן מאי. אמר רב חנילאי בר אידי משמיה דשמואל, אפילו קטן המוטל בעריסה. ומפרשי רבנן דוקא הכותב, אבל אמר יירשני בני שפיר דאמי וירית ליה, דקיימא לן כר' יוחנן בן ברוקא. ואי קשיא לן ההיא דאמרינן לקמן (קל"ג,א) אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה, ואם לאו נוטלן משום מתנה, וא"ל רב נחמן גנבא גנבוי למה לי, אי סבירא לך כר' יוחנן בן ברוקא, אימא הלכה כר' יוחנן בן ברוקא, דשמעתין כר' יוחנן בן ברוקא אזלא, דשמעת מינה דא"ר יוחנן בן ברוקא אפי' בכתיבה נמי למי שראוי ליורשו דבריו קיימין. ההוא בשאר יורשין, כגון בת בין הבנות ואח בין האחים, אבל בן בין הבנים בכתיבה, לא עשאו אלא אפוטרופוס, כדקאמר שמואל, והא דרב הונא לא פליגא עליה ולא פליגא נמי אדרי' יוחנן בן ברוקא אלא כל חדא וחדא קיימא באנפי נפשה ולא פליגי אהדדי. ואי אמרת בנו, מ"ט לא קני בכתיבה, אלא אמרינן אפוטרופוס הוא דשווייה וכולהו יורשים קני, הא מילתא כבר אמרינן עלה בגמרא דהלכתא בלא טעמא היא ולית לן אלא מאי דאמור רבנן". ומשמע מדברי הרי"ף דאין חילוק בדינא דרבי יוחנן בין כותב לאומר. וכן מבואר בנימוק"י שם: "אלא שבעל הלכות ז"ל כתב דדוקא כותב כל נכסיו לבנו, אבל אם כתב כל נכסיו לשני בנים במקום שיש בנים אחרים, או לשתי בנותיו במקום שיש בנות, קנו ולא אמרינן דאפוטרופוס שוינהו. ואפשר דכיון דהלכתא בלא טעמא הוא, אין לנו אלא מה שהוזכר בפירוש, כן כתב אחד מחכמי הדור". ומבואר להדיא שאף בכותב יכול להנחיל, ורק בבן אחד עשאו אפוטרופוס, ובשני בנים הוי נחלה גמורה. וכך פסק הרמב"ם (נחלות ו,ב): "... אבל היו לו יורשין רבים, כגון בנים רבים או אחים או בנות, ואמר כשהוא שכיב מרע פלוני אחי יירשני מכלל אחי, או בתי פלונית תירשני מכלל בנותי, דבריו קיימין בין שאמר על פה בין שכתב בכתב ...". וכן מבואר ברא"ש (ב"ב פ"ח הל' לא). וכן פסק בשו"ע חו"מ רפ"א, דאין חילוק בין כתב לאמר. ועיי' בסמ"ע שם ס"ק ב-ג.

ולכאורה יש להוכיח כן מהגמ' ב"ב קלא,א: בעי רבא בבריא היאך, כי קא"ר יוחנן בן ברוקה בשכ"מ דבר אורוטי הוא אבל בבריא לא, או דלמא אפילו בבריא נמי. אמר ליה רב משרשיא לרבא, תא שמע דאמר לו רבי נתן לרבי, שניתם משנתכם כר' יוחנן בן ברוקה, דתנן, לא כתב לה בנין דיכרין דיהוין ליך מינאי אינון ירתון כסף כתובתיך יותר על חולקיהון דעם אחוהון, חייב שתנאי ב"ד הוא, ואמר לו רבי יסבון תנן. ואמר רבי ילדות היתה בי והעזתי פני בנתן הבבלי, אלא דקיימא לן בנין דכרין לא טרפא ממשעבדי, אי סלקא דעתך יסבון תנן אמאי לא טרפא ממשעבדי. אלא ש"מ ירתון תנן. מאן שמעת ליה דאית ליה האי סברא ר' יוחנן בן ברוקה, ושמע מינה אפי' בבריא. ומבואר דאין חילוק בין כותב לאומר, דהא הביאו דברי רבי יוחנן ב"ב לכותב בנין דכרין וכו'.

והמורם מהאמור לעיל, דבנדוד"ד שכתבה לבן הבן בלשון ירושה, אין דבריה קיימים בכל ענין, ורק אם היתה כותבת ליורשים בלשון ירושה, מרבה וממעיטה, מהני בלשון ירושה. וכנ"ל דלאחר העיון יש מקום לקיים הצוה מדין מצוה לקיים דברי המת, אך לא נצרכנו לכך, כיון שהיתה הסכמה וקנין בין המוטבים.

ה. בריא שכתב בלשון ירושה

עוד התעוררתי לבאר, שבנדוד"ד אם היתה כותבת רק לראויים לירשה, ממעטת ומרבה בין היורשים, כיון שכתבה הצוה בהיותה במצב של בריא ולא שכ"מ, יש לדון אם מהני הצוה, אם רבי יוחנן ב"ב אמר דבריו רק בשכ"מ או גם בבריא. ודעת רוב הראשונים דבבריא לא מהני, ודעת ר"ח דאף בבריא יכול להנחיל בלשון ירושה.

איתא בב"ב קלא,א: בעי רבא בבריא היאך (בריא שאמר פלוני יירש שדה פלונית, מי אמר ר' יוחנן בן ברוקה דקני כיון דראוי ליורשו – רשב"ם), כי קא"ר יוחנן בן ברוקה בשכ"מ דבר אורוטי הוא (ראוי להוריש מיד שהולך למות, וקרינא ביה ביום הנחילו את בניו) אבל בבריא לא, או דלמא אפילו בבריא נמי. והגמ' שקו"ט בזה. והרי"ף שם (נחב מעמוה"ר) פסק, דכיון דלא איפשיטא, לא עבדינן בה עובדא בבריא. ובנימוק"י שם (נטא מעמוה"ר) הוסיף: "וכן כתב רבינו האי דלא איפשיטא, והר"ש ז"ל כתב כן בפירוש, הלכך בבריא עבדינן כרבנן שאין יכול להעביר נחלה מזה לזה בלשון ירושה ואפילו תפס מפקינן מיניה דלאו ידיה שקל, דכיון דדבריו בטלים, נמצא שהיורשים אחרים מוחזקים בנכסיהם". וכך פסק גם הרמב"ם (זכיה ומתנה יב,א-ב), דלא מהני הנחלה בבריא: "שכיב מרע שאמר בני פלוני יירשני, הרי זה יורש אותו לבדו ולא יירשוהו שאר הבנים, וכן אם אמר על בת בין הבנות או אח בין האחין או שאר יורשין, דבריו קיימין. אבל הבריא אין דבריו קיימין". וברב המגיד שם, דמיירי

שכתב בשטר ובלשון ירושה, וכיון דלא איפשיטא, לא עבדינן בה עובדא. וכן פסק הרמב"ם בהל' נחלות ו,ד: "ואם היה בריא, אינו יכול להוסיף ולא לגרוע לא לבכור ולא לאחד משאר היורשין". וכן פסק בשו"ע חו"מ רפא,ה.

אמנם דעת הרשב"ם להעמיד מסקנת הגמ', דאפי' בבריא, וכדאיתא בגמ' שם. דהגמ' הביאה ראייה שאפי' בבריא: אמר ליה רב משרשיא לרבא, תא שמע, דאמר לו רבי נתן לרבי, שניתם משנתכם כר' יוחנן בן ברוקה, דתנן לא כתב לה בנין דיכרין דיהוין ליך מינאי אינון ירתון כסף כתובתיך יותר על חולקיהון דעם אחוהון חייב, שתנאי ב"ד הוא. ואמר לו רבי יסבון תנן. ואמר רבי, ילדות היתה בי והעזתי פני בנתן הבבלי, אלא דקיימא לן בנין דכרין לא טרפא ממשעבדי, אי סלקא דעתך יסבון תנן, אמאי לא טרפא ממשעבדי, אלא ש"מ ירתון תנן (דהא קיימא לן דכתובת בנין דיכרין לא טרפא ממשעבדי ממה שמכר אביהן, ואם יסבון תנן דמשמע לשון מתנה, הוה משמע מעכשיו, ואם מכר לאחד הוי טרפא ממשעבדי, שהרי כל נכסיו משועבדים לכתובת אמן, ואי מההיא שעתא חלה מתנתו, הוה טרפא ממשעבדי. אלא משום הכי אמרינן לשון ירתון, דלשון ירושה אינו אלא לאחר מיתה, משום הכי לא מטרפא ממשעבדי דלא חלה עד לאחר מיתה, על כרחין ירתון תנן, ויפה הקשה לי ר' נתן). מאן שמעת ליה דאית ליה האי סברא ר' יוחנן בן ברוקה, ושמע מינה אפי' בבריא. והרשב"ם שם (ד"ה ש"מ), כתב: "ומיפשטא בעיא דרבא לגמרי, ולא האריך כל כך אלא כדי לסיים דבריו של רבי ור' נתן ...". ודעת הראשונים, הרי"ף והרמב"ם וכו', דהמשך דברי הגמ': אמר ליה רב פפא לאביי, בין למאן דאמר יסבון ובין למאן דאמר ירתון, הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. שהיא דחייה לש"מ דאפי' בבריא. אבל הרשב"ם כתב שאינה דחייה לש"מ דהגמ', אלא מילתא באפי' נפשה, וכמו שכתב דאיפשיטא בעי אדרבא, וז"ל הרשב"ם (ד"ה א"ל): "רב פפא לאו אבעיא דרבא קאי, דהא איפשיטא, אלא אמאי דקאמר ליה רבי לרבי נתן ...". שנפשטה הבעיא, ודינו של רבי יוחנן ב"ב הוא אף בבריא.

וכך מצאנו גם דעת ר"י בתוס' (קלא,ב ד"ה דלמא), שאף בבריא אמר רבי יוחנן ב"ב את דינו: "פירוש דספיקא הוי אי אמר בבריא אי לא. ולר"י נראה דבבריא נמי אמר, מדאמר רבי נתן שניתם משנתכם כר' יוחנן בן ברוקה". וכך נמצא בר"י מיגאש (ב"ב קלא,א), על הא דש"מ ירתון תנן, שאם לא מהני לשון ירושה בבריא, היה צריך לומר בכתובת בנין דיכרין לשון מתנה ולא לשון ירושה: "ופשטינן מינה דאפילו בבריא נמי אמר". וכן נראה מדברי הרמ"ה (אות קלז), דרב פפא לא בא לחלוק על הש"מ, שממנו נלמד שאף בבריא אמר רבי יוחנן ב"ב. וכך היא דעת הראב"ד, הובאה בשטמ"ק ב"ב קלא,א. וכך היא דעת הרמב"ן במלחמות (ב"ב נח,ב מעמוה"ר), שחלק על הרי"ף שכתב דלא איפשיטא ולא עבדינן עובדא בבריא, וס"ל לרמב"ן כדעת ר"ח ולא כרב

האי, ואח"כ כתב לישב דברי הרי"ף ורב האי, עיי"ש. ועיין עוד ברבינו יונה בסוגיא וברשב"א בסוגיא, בהסבר מחלוקת הראשונים. גם בריטב"א בסוגיא הביא מחלוקת הראשונים, ונקט כדעת ר"ח, שאף בבריא אמר רבי יוחנן ב"ב. וכן נראה מדברי המאירי להלכה, דאף בבריא אמר, עיין שם (ב"ב קלא,א ד"ה זה שביארנו).

ובאו"ז בפסקיו (ב"ב פ"ח אות קיב) פסק דלא איפשיטא ומהני תפיסה. גם הרי"ד בפסקיו (ב"ב קלא,א) פסק דאם אמר בריא בלשון ירושה, אין לעשות כדבריו עד שיאמר בלשון מתנה, כיון שלא נפשטה הבעיה: "ולא איפשיטא, והילכך לא עבדינן עובדא בבריא עד דאמר בלשון מתנה". וכן פסק הרא"ש ב"ב ח,ל: "ונראה כדברי רב האי וכדברי רב אלפס ז"ל, כיון דשקלא וטריא דגמ' בלשון ודלמא, לית כאן פשיטותא". וכן פסק הטור חו"מ רפא,ד. וכן פסק הב"י שם ובשו"ע חו"מ רפא,ה: "אם היה בריא, אינו יכול להוסיף ולא לגרוע לא לבכור ולא לאחד משאר יורשים", עיי"ש בנו"כ.

ומה שפסק באו"ז דמהני תפיסה, כן כתב גם בהג"א (ב"ב ח,ל), וכן כתב הראב"ה באביאסף, הביאו הג"מ (נחלות ו,ד): "בעי רבא בבריא היאך ... וכתב רבינו שמואל השתא דלא איפשיטא לן אי אמר ר' יוחנן בבריא או לא, הילכך מספקא לן ומי שתפס תפס עכ"ל וכן כתב ראב"ה באביאסף". והש"ך בתקפו כהן (סי' עב) כתב בתחילה שמוכח מדבריהם דמהני תפיסה בספיקא דדינא, ואין לומר דאף אחד לא מוחזק בירושה, דפשיטא דיש לראות את היורשים כמוחזקים, ומזה הטעם נפסק ברמב"ם ובשו"ע בדין בריא שציוה פלוני בני ירשני, להעמיד נכסים בחזקת יורשים. ודעת הנמוקי" (ב"ב נט,א מעמוה"ר), דאפי' תפס מפקינן מיניה, דלאו ידיה שקל, דכיון דדבריו בטלים, נמצא שהיורשים אחרים מוחזקים בנכסיהם. ובש"ך שם הוסיף, דאף דמוכח דלראב"ה לא מהני תפיסה, י"ל שהראב"ה מחלק בין תיקו, דלא מהני תפיסה, לבעיא דלא איפשיטא, דמהני תפיסה. ומסיק הש"ך שם: "ומ"מ לענין דינא נ"ל בהך בעיא דבבריא היאך, אי תפס מי שנתן לו במתנה לא מפקינן, כיון דהאו"ז ור' שמואל וראב"ה נמי ס"ל הכי, ואף על גב דלא אתפרש לן טעמייהו מאי, מכל מקום כיון דבלאו הכי הרבה פוסקים דבתיקו מהני תפיסה וכמ"ש בסי' עא, א"כ בכה"ג ודאי לא מפקינן מיניה, דנהי דראב"ה ור' שמואל ואור זרוע אית להו טעמא אחרינא, הא כתב מהרי"ק שורש מ"א ומהרמ"א בחו"מ סימן כ"ה ס"ב, דאפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד אלא כל אחד יש לו טעם בפני עצמו, הואיל והם מסכימים לענין הדין, מיקרי רבים ואזלינן בתרייהו". וכן פסק בנתיבות (דיני תפיסה אות ו).

ובלח"מ (נחלות ו,ד) הקשה, מדוע לא כתב הרמב"ם שאם תפס לא מפקינן מיניה, כמו שדרכו לפסוק בכל תיקו שבש"ס. וכתב לישב, דודאי דעת רבנן הסוברים

שבעל ענין, גם בבריא וגם בשכ"מ, לא יכול להוריש מחיים, ורבי יוחנן ב"ב חולק, והשאלה אם בכלל אמר דבריו בבריא, וא"כ כשיש ספק אם יש בכלל מחלוקת בדבר, קיי"ל כחכמים דאינו יכול להוריש בלשון ירושה מחיים בהיותו בבריא, כיון שלא ברור לנו אם רבי יוחנן ב"ב חולק על חכמים בזה, ולכן קיי"ל כחכמים: "דהבעיא היה אם אמר ר' יוחנן בן ברוקה בבריא או לא, אבל רבנן ודאי דפליגי אפי' בשכ"מ, וכיון שכן בבריא דהוי ספיקא אי אמרו ר"י בן ברוקה, קי"ל כרבנן, כיון דלא אשכחן פלוגתא דר"י בן ברוקה עלייהו בהדיא".

ומהאמור לעיל מבואר דיש ריעותא נוספת בצואה דנן, כיון שכתבה בהיותה מוגדרת כ"בריא", ודעת הרבה ראשונים, וכן פסק בשו"ע, דמוקמינן בחזקת יורשים, אף שהראשונים והאחרונים כתבו דמהני תפיסה, בנדו"ד שלא היתה תפיסה, לא מועילה הצואה בלשון ירושה, כשנכתבה שלא בהיותה שכ"מ.

לאמור לעיל, כיון שכתבה לבן הבן בלשון ירושה, אין דבריה קיימים בכל ענין, ורק אם היתה כותבת ליורשים בלשון ירושה, מרבה וממעטה, מהני בלשון ירושה. ודוקא אם היתה כותבת בהיותה שכ"מ, אבל בבריא הוי בעיא דלא איפשיטא, דאף דמהני תפיסה, מ"מ כל שלא תפס, מוקמינן בחזקת היורשים. וכנ"ל דלאחר העיון יש מקום לקיים הצואה מדין מצוה לקיים דברי המת, אך לא נצרכנו לכך, כיון שהיתה הסכמה וקנין בין המוטבים.

סימן כה

אחד מהאחים שהשביח את עסק האב

ראשי פרקים

א. מחמת נכסים או מחמת עצמן

ב. באומר ראו וכו', כמה שבח יקבל

ג. שיטת הרמב"ם

ד. כשאנים ניוונים יחד

יעקב ז"ל נפטר, ולו בנים ובנות. ליעקב היו נכסים, קרקעות וכו', וכן עסק של יבוא. חמש שנים לפני פטירתו, חלה בדימנסיה, ובפועל כבר לא תפקד בעסק, בחלק מהזמן היה בבית עם עובד זר, ובחלק בבתי חולים ומוסדות סיעודיים. אחד הבנים – ראובן, עבד עוד קודם בעסק עם האב, ועם היותו בדימנסיה, ניהל לבדו את העסק. היורשים מסכימים לחלוקה שזה בין כל הילדים, כאשר ראובן יקבל את העסק, ושוי העסק יוערך ע"י רו"ח מוסכם, כשכנגד העסק יקבל פחות בנכסים האחרים. המחלוקת בין היורשים – ראובן טוען, והדבר מוכח, שבמשך השנים בהן ניהל לבדו את העסק, היקף הפעילות ושוי העסק גדלו ביותר מפי שלוש. הוא טוען שיש להעריך את שוי העסק עד לזמן שהאב ניהל אותו, וכי הגידול בתקופה בה הוא ניהל, שייך רק לו, ולא יחשב בכלל העזוב. שאר היורשים טוענים שראובן קיבל במהלך השנים משכורת גבוהה על ניהול העסק, וכמו שאם אדם זר היה מנהל את העסק, לא היה לו חלק בגוף העסק, כך הדין גם עם ראובן.

א. מחמת נכסים או מחמת עצמן

תנן במשנה ב"ב קמג, ב: הניח בנים גדולים וקטנים, השביחו גדולים את הנכסים (ששבחו נכסים מחמת הנכסים – רשב"ם) השביחו לאמצע. אם אמרו ראו מה שהניח אבא הרי אנו עושין ואוכלים, השביחו לעצמן (ואם אמרו גדולים לקטנים בפני עדים או אמרו לבית דין או בצבור, ראו מה שהניח לנו אבא ומזומנים אנו לחלוק ומה שנשביח נשביח מחלקנו, ונתעצלו ב"ד לחלוק, אז השביחו לעצמן). ובגמ' שם: אמר רב חביבא בריה דרב יוסף בריה דרבא משמיה דרבא, לא שנו אלא ששבחו נכסים מחמת נכסים (לא טרחו ולא הוציאו משלהם כלום, אלא מנכסי אביהן שכרו פועלים והשביחו הנכסים), אבל שבחו נכסים מחמת עצמן, השביחו לעצמן (שחפרו ונטעו ושכרו משלהם ולא משל אביהם, אז השבחו לעצמן). איני, והא אמר ר' חנינא

אפילו לא הניח להם אביהם אלא אודייני (בור וכיסוי, ושוכרין אותו להשקות שדות מממיו) השכר לאמצע, והא אודייני דמחמת עצמו הוא (שמשרין אותו הגדולים, וצריכין לעמוד על גביו פן יהיה הפקר לכל שואבי מים). שאני אודייני דלנטירותא הוא דעבידא, ואפילו קטנים נמי מצו מנטרי לה (אינן צריכין להוציא משלהן כלום עליו אלא לשמרו, וגם הקטנים יכולין לשמרו). ובהמשך הגמ' ; רב ספרא שבק אבוא זווי, שקלינהו עבד בהו עיסקא (וחשיב ליה שבח נכסים מחמת נכסים, הואיל ואין צריך טורח כל כך אלא לקנות ולמכור). אתו אחי תבעוהו בדינא קמיה דרבא. אמר להו, רב ספרא גברא רבה הוא, לא שביק גירסיה וטרח לאחרני (וכמי שאמר ראו מה שהניח לנו אבא דמי. ושמעינן מהכא דכל היכא דמאן דהוא כמו רב ספרא, אף על גב דלא אמר לעצמי אני עושה, כמאן דאמר דמי והשביח לעצמו).

מהמשנה ומהגמ' מבואר דאם השביח האח באמצעות נכסי האב, הרי שהשבח לאמצע, אא"כ אמר ראו וכו', ואם השביח מחמת הוצאות שהוציא האח מכיסו הוא, השבח שלו. דהכל תלוי לא מי השביח אלא ממה השביח, אם מנכסי האב, הרי זה של כל האחים, אף שגם חכמתו גרמה להשבחה, ואם השביח מכיסו, השבח שלו. ובסברת הדין, כתבו התוס' (ד"ה והשביחו), דאינו דומה ליורד ברשות או לשותף שהשביח, דאחין מחלי אהדדי אם ההשבחה היא מנכסי האב ורק השקיע עבודה, ורק כשאומר ראו מה שהניח, מגלה דעתו שאינו מוחל, דכשאמר ראו מה שהניח, היו קרובי האחים האחרים שוכרים ג"כ מנכסי אביהם פועלים לעשיית המלאכה, כמו שהסבירו בתוס' שם (ד"ה לא שנו).

ולכאורה כאשר אינו משקיע אלא את חכמתו, הוי כהשביחו מחמת נכסים, ורק כשמשקיע כספים פרטיים הוי מחמת עצמן. כן מוכח לכאורה מהמשך הגמ' מעובדא דרב ספרא שעשה עיסקא, דחשיב כאומר ראו וכו', מחמת היותו גברא רבה, ומזה מוכח שעיסקא שעשה הוי מחמת נכסים ולכן צריך לאמירת ראו. כן מבואר בדברי המרדכי כאן (ב"ב סי' תרח), וז"ל: "הא נמי חשיב שבחו נכסים מחמת נכסים, שהשביחו נכסים בגופן שניתוספו מחמת שעשו פרקמטיא. ומכאן אני מדקדק שאינו חשוב בטרחו לבדו מחמת עצמו דלהוי כמו ראו שאני עושה לעצמי, דהא רב ספרא כל הטורח עשה לבדו בעצמו, והיינו כמו נטיעת כרמים וגנות, ואפ"ה חשיב מחמת הנכסים".

אולם יש ראשונים בהם מבואר דטרחא דגופא הוי כמחמת עצמן, וז"ל הר"ן ב"ב קמג,ב): "לא שניא אלא ששבחו מחמת נכסים – כל' ששבחו פועלים מממן הבית, אבל שבחו נכסים מחמת עצמן, כל' שהוציאו ממון משלהם והשביחו, אי נמי שהן עצמן עשו מלאכה, השביחו לעצמן, דמסתמא אין אדם עושה מלאכה או מוציא

ממנו אדעתא דשקלי אחריני בהדיה, והוי כאלו התנו בפירוש דלעצמן הן משביחין". דמלאכה שהיא טרחה דגופא כזו שאין אדם מוחל לאחרים, חשיב כהשביחו מעצמן. וכן מבואר בנימוק"י (ב"מ כב,ב מעמוה"ר), לענין עובדא דמרי בר איסק (ב"מ לט,ב) שהטוען שהוא אחיו, בקש ממנו שיתן לו חלק מהפרדסים ששתל, דהשביח לאמצע. והסביר הנימוק"י שמרי בר איסק שכר פועלים מממון האב לנטוע הפרדסים, ולכן הוי השביחו מחמת עצמן: "דאי טרח מרי בגופו או הוציא ממנו, בכה"ג לא אמרינן בשום דוכתא שיהיה לאמצע". הרי דטרחא דגופו הוי כמחמת עצמן. ולכאורה כן נראה ברשב"ם הנ"ל (קמג,ב ד"ה אלא): "לא טרחו ולא הוציאו משלהם כלום, אלא מנכסי אביהן שכרו פועלים והשביחו הנכסים". ולכאורה פירושו שאם טרחו הוי מחמת עצמן, דיש שני ענינים שהוא מחמת עצמן, או שטרחו או שהוציאו משלהם.

וברב המגיד (נחלות ט,ב) כתב לחלק בין טרחה של ישיבה בחנות, שבזה לא הוי טרחה כשבחו מעצמן, לבין טרחה גדולה כמו לחפור ולבנות, שהיא טרחה דגופו שאינו מוחל לאחרים, דבזה יהיה כשבחו מחמת עצמן, וז"ל המגיד: "דהשביחו לאמצע אלא ששבחו נכסים מחמת נכסים, פירוש כגון ששכרו פועלים מממון תפיסת הבית, והגדולים לא עשו אלא שטרחו להכניס פועלים ולהוציא פועלים ולקנות ולסחור ולישב בחנות וכיוצא בזה, אבל שבחו נכסים מחמת עצמן, פירוש שהוציאו הוצאות הגדולים משלהם, וכן אם טרחו בגופן לחפור ולבנות וכיוצא באלו המלאכות שאין אדם טורח ומוחל לאחרים, השביחו לעצמן. ויש פירוש אחר, וזה נכון, והוא דעת אבן מיגש ז"ל. והקשו מאודיני, ופירש אבן מיגש ז"ל שהוא כסא גדול וגבוה ויושבין עליו שמרי הגנות והפרדסין ורואין בכל הגן, ואלו שהניח להן אביהם אודיני זה והשכירו עצמן לישוב עליו ולשמור, וקתני השכר לאמצע, אף על פי שהשכר בא מחמת עמלן. ותירצו, שאני אודיני דאפילו קטנים מצו מנטרי, ולא אמרו השבח לעצמן אלא במלאכות שאין הקטנים יכולין לעשות, ע"כ". מבואר מפירוש הר"י מיגאש, דכל טרחה דגופו שאין האחרים יכולים לעשות, חשיב כמחמת עצמן, והשביח לעצמו. והב"י (בבדה"ב חו"מ רפז) הקשה ממש"כ לישוב בחנות, דהרי הקטנים אינם יכולים לישוב בחנות, ומדוע יחשב כמחמת נכסים. ותירץ, דאפשר דמיירי בדברים שהקטנים ראויים למכרם. וכדעה זו, דטרחה בגופו הוי כמחמת עצמן, פסק גם בשו"ע חו"מ רפז,א.

ולכאורה קשה לראשונים הנ"ל מעובדא דרב ספרא. ואין לפרש שרב ספרא נתן לאחר לעסוק בעיסקא למחצית שכר, שאם כן לא היה בזה לא שביק גירסיה וטרח לאחרני, דאם נתן לאחרים, לא שבק גירסיה. וצ"ל דטרחה עליה מדברים הראשונים דחשיב כמחמת עצמן היינו טרחה בגוף ממש, כמו לעבוד בשדה וכד', אבל התעסקות בסחורה אינה נחשבת כטרחה לענין שיהיה כשבחו מחמת עצמן. כן מבואר בטור חו"מ רפז,א: "בד"א ששבחו מחמת הנכסים, כגון שלקחו מן השותפות ושכרו פועלים, אף

על פי שטרחו בשכירות הפועלים השבח לאמצע, כיון שאין בו אלא ריבוי טורח, וכן אם טרחו בשכירות הבתים או בסחורה השבח לאמצע, אבל אם השביחו משלהם שהוציאו יציאות מכיסם או שטרחו בגופן השבח לעצמן". והיינו דוקא בריבוי טורח, שהוא טורח גופני כעבודת השדה ולא ישיבה בחנות או עיסוק בסחורה וכד'. ולפ"ז בנדו"ד הוי כשבחו מחמת נכסים.

ובאור זרוע (ב"ב קסב, הובא גם בהג"א ב"ב ט,ט) הביא הסבר אחר מריב"ם, דמחמת עצמן היינו שהשבח היה בגוף הנכסים ולא הוציאו מממונם, ומחמת עצמן הביאור שהנכסים נשארו כמו שהיו והריוח הוא חיצוני, כמו שכירות של בתים, אא"כ גם הקטנים יכולים להביא ריוח חיצוני זה, כמו באודייני: "כתב רבינו יצחק בר מרדכי זצ"ל, לא שנו אלא ששבחו נכסים מחמת נכסים, כלומר שהשביחו הנכסים בגופן שעכשיו הם מוטבים ממה שהיו בשעת מיתה, כגון שהקרקע היתה כמה שנים והם העלוה שירטון ע"י עידור וזיבול, אי נמי נטעה כרמים, שעתה היא שוה יותר ע"י שהושבחה. ואפי' טרחו בגופן זהו נקרא מחמת נכסים. וכגון שהיה בתפוסת הבית מעות שהיה יכול לקנות צורכי השבח ולשכור פועלים, אבל אם לא היה אלא הם הוציאו בממונו, זה דבר אחר. אבל שבחו מחמת עצמן, כגון שהנכסים הם כמו שהיו מעולם אלא שעל ידם נשתכרו, כגון שהיו בתים ונשתכרו בהם, ולא היו מצויים בני אדם להשכיר אלא שהם טרחו אחר הצריכים, אי נמי ריחים וטרחו בהם ונשתכרו, אי נמי בית המרחץ ורחצו בני אדם בשכירות, אי נמי בהמות עצמן שהם טרחו אחר בני אדם, וגם טרחו בטחינה וגם בעשיית בית המרחץ, מה שהקטנים אינם יכולים לעשות, והנכסים עצמן כמו שהיו מעולם". מבואר דמחמת נכסים היינו שהנכסים עצמם השביחו, ובלבד שהשביחו ללא השקעה ממון המשביח אלא מממון הירושה, ומחמת עצמן, שהנכסים לא השביחו אלא הם הריוחו מחמת התעסקות בנכסים. ולכאורה בעיסקא אין זה השבחת הסחורה אלא ריוח מהסחורה, ומדוע נחשב רב ספרא כהשביחו מחמת עצמן.

עוד הביא או"ז שם פירוש ר"ת המחלק בין אם שתלו בוסתן ופרדס, שהרי הוא כמשביח מחמת נכסים, לבין הניח להם אביהם מתכות ועשו מהם כלים. והביא האו"ז שאין חילוק זה ברור ומוכן. עוד הביא שם מרבינו ברוך מארץ יון, דמחמת נכסים, היינו מתפיסת הבית, ומחמת עצמן, שהשקיעו מממונם. וכבר כתב הב"ח (חור"מ רפז,א) דפירושים אלו לא ישרו בעיני הטור, ולכן כתב החילוק בין השקיעו מממונם או טרחו בגופם, יחשב כהשביחו מחמת עצמן. ומכל הפירושים יהיה נפק"מ לנדו"ד בהגדרת השבח, אם הוא מחמת הנכסים או מחמת עצמן, וקיי"ל בשו"ע חור"מ רפז,א כדעה הנ"ל, דדוקא טרחו בגופם הוי מחמת עצמן, וז"ל השו"ע: "שאם השביחו גדולים את הנכסים השביחו לאמצע, היינו דוקא כששבחו הנכסים מחמת עצמן, דהיינו

ששכרו פועלים מממון תפיסת הבית, או שנשאו ונתנו בסחורה, אבל אם השביחו על ידי שהוציאו הוצאות משלהם, או שטרחו בגופם לחפור ולבנות, השבח לעצמן". וכנ"ל בנדו"ד לא יחשב כטרחת יתירה לענין השביחו לעצמן. גם בתוס' (קמג, ב – קמד, א סד"ה לא) כתב דפירוש ריב"ם ור"ת לא ישרו בעיני ר"י. ועיין ברמב"ן (ב"ב קמג, ב) שפירש דמחמת עצמן היינו שהוציאו הוצאות מנכסיהם, ודחה את הפירוש ששבחו נכסים מחמת עצמם היינו דיקלא ואלים ארעא ואסקא שירטון, ומחמת עצמן היינו טרחן ועמלן, עיי"ש. גם הריטב"א (ב"ב קמג, ב) כתב שמחמת עצמן הוא שהוציאו הוצאות מנכסיהם, ודלא כפירוש האחר. וכן כתב הרשב"א שם והוסיף; "וכן הדין במה שטורחין בגופן, כגון שנוטע או מביא משא על כתפו ועושה מלאכה שאין הקטנים יכולין לעשות, וכן פי' הראב"ד ז"ל וכן פר"ח ז"ל". ולפ"ז בנדו"ד הוי כמחמת נכסים.

ובמאירי בסוגיא מבואר שאם יש הוכחה ברורה שאינו מוחל טרחו, הרי זה כעמל הגוף, והשבח שלו. וז"ל המאירי: "למדת לפי דרכך על מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים ועמד אחד מהם ונשא ונתן במעות בעסקים וסחורות ומיני פרקמטיאות השכר לאמצע, אע"פ שהוא משתדל בכך וטורח לצאת ולבא ומתבטל ממלאכתו. ומ"מ פירשו בגמ' שאם הוא תלמיד חכם וידוע בו שאינו מתבטל אלא בהכרח, הרי זה כמי שהתנה ... ומ"מ אף אחר שנעשה באותה סחורה כתף וחמר, הרי זה עמל הגוף ודומה לשבחו מחמת עצמן. ואע"פ שכלל השבח נכסים מחמת נכסים הוא, משערין מה שיש בו מן השבח מחמת עצמו, אבל רב ספרא לא נעשה כתף ולא חמר, ואע"פ שהיה יושב למכור ומתבטל או הולך לתבוע חובותיו הנה והנה, אלמלא שבטולו בטול תורה היה לא היו שמין לו כלום, אבל אחר שהיה בטולו בטול תורה, שמו לו ליטול חצי שבח בחלקם. וכן אתה דן בכל שיש בו הוכח ברור שאינו מוותר חלקו". הרי דכל היכא שיש הוכחה ברורה שאינו מוותר חלקו, גם עמל של גביית חובות וכד', יחשב כעמל הגוף, דכל החילוק בין טרחת הגוף לגובה חובות, דטרחת הגוף אינו מוחל, וא"כ הכל לפי הענין. ועיין עוד בנימוק"י (ב"ב סז, א מעמוה"ר) דיש שלוש דרגות. כמו כיסוי בור, שהוא טורח מעט של שמירה, דודאי מחלי. יש הלואות עיסקא וכד', שצריך הבנה וחכמה למי לתת ולמי לא וכו', שאף שאינו טורח מעט, מ"מ אינו טורח הגוף ומחלי. ויש טורח הגוף, דלא מחלי.

ובנתיבות רפז, כתב בחילוק טעם הדין בין שכירות פועלים לנטיעה. הנתיבות ס"ל דעיקר החילוק הוא גם בכמות הטורח ולא רק באיכותו: "דבחפירה ונטיעה צריך כל חלק וחלק חפירה ונטיעה בפני עצמו, משא"כ שכירות פועלים שנשכר ביחד וטורח אחד הוא רק שצריך מעט טורח יותר, ואמרי אינשי גביל לתורא גביל לתורי ב"מ ט, א), ובכה"ג אחין מחלי אהדדי". וממשיך הנתיבות, דיש היכי תמצוי ששותף

יוכל לתבוע שכרו כאריס בהשכרת פועלים. אם השתתפו בשדה הלכן, שאינו לזריעה ונטיעה, ושכר פועלים לזרוע ולנטוע, נוטל שכרו כאריס, אבל אם השתתפו בפרדס, ושכר אחד השותפים פועלים לנטוע או לזבלה וכד', אינו יכול לתבוע שכרו, כיון שאם היה מודיע לשותפים האחרים, גם הם יכלו לשכור פועלים, וכן בכל דבר שיכל האחר לעסוק. ומ"מ מבואר בנתיבות דהחילוק בין נטיעה לשכירות פועלים הוא בכמות הטירחה, ונפק"מ שטירחה כה מרובה אינו מוחל.

עוד חידש הנתיבות (רפז, ג), דאם היה ממון בתפיסת הבית, והגדולים שכרו פועלים מממון עצמם, לא יהיה כל השבח לעצמן אלא יקבלו כאריס כנכסי הקטנים, דמצד אחד טרחו, ומצד שני, היו יכולים קרובי הקטנים לשכור פועלים מתפיסת הבית, לכן לא יהיה כל השבח שלהם אלא יטלו כאריס.

והנה ראיתי לגר"ש אייגר (חחו"מ סי' כב) שדן אם מקרי שבח מחמת עצמן מה שלוותה האלמנה (בנדון שם) מאחרים, וסחרה בדמים בסחורות חנותה. די"ל, דכיון שדרך המלוים והמקיפים סחורה נותנים אמון למי שחנותו פתוחה ועוסק במסחר, א"כ הוי כמחמת הנכסים, שנתנו ההלוואה מחמת החנות, דהרי זה כנתנו או הלוו מחמת עושר תפיסת הבית, והריוח לאמצע. כמו כן, לולי המלאי שהיה בחנות, לא היתה האלמנה מעלה בנפשה לקחת הלוואות. ולכן יש לראות בריוח זה כמחמת נכסים, והכל לאמצע. וא"כ גם בנדו"ד אף שלוחה כספים מבנק ונו"נ בהם וקנה סחורה, לא יחשב כמחמת עצמו אלא כמחמת הנכסים.

ב. באומר ראו וכו', כמה שבח יקבל

ונחלקו הראשונים באומר האח ראו מה שהניח אבא, שהשבח שלו, האם מקבל שבח בכל הנכסים. הרשב"ם במשנה פירש: "... ומזומנים אנו לחלוק, ומה שנשביח נשביח מחלקנו". ובפשטות היה נראה לפרש ברשב"ם שכל השבח שמשביח יחשב לחלקו של המשביח. אולם התוס' לא פירשו כן בדבריו, וכתבו בפירוש דבריו: "שאינו משביח אלא מחלקו המגיעו, ואין לו אלא שבח המגיע לחלקו". דמקבל שבח באופן יחסי לחלקו. ונראה דכוונתם, שאם השביח במאה ויש שני אחים, מחצית יקבל המשביח, ומחצית השניה יחלקו המשביח ואחיו. ותוס' חלקו על הבנתם ברשב"ם, דלא כן משמע מעובדא דרב ספרא, דמשמע שלקח כל השבח. וע"כ פירשו התוס' כפירוש ריב"ם, דשבח שהשביח מכל הנכסים, הכל הוא של המשביח. ובהמשך מבואר בתוס' דדין זה הוא דוקא בגדולים המשביחים, ואלה שאינם משביחים הם קטנים. התוס' הקשו מדין יורד לשדה חבירו שלא ברשות שאין לו אלא שכר טרחו עם היציאה, או שותף שדינו כיורד ברשות ונוטל כאריס. ותירצו, דביורד לשדה חבירו גם בעל הקרקע יכול

להשביח ואינו מוחל, אבל כאן שהקטנים לא יכולים להרויח, לא מפריע להם שהגדולים יתעסקו וירוויחו. וכן פירשו שהאחים של רב ספרא היו קטנים ולא היו יכולים להרויח, ולכן כיון שרב ספרא גברא רבה ולא שבק גירסיה וטרח לאחריני, מחלי הקטנים אף בלי אמירת ראו. ומ"מ מבואר דדוקא בגדולים וקטנים, אבל גדולים וגדולים יהיה דין המשביח כדין יורד או כשותף שיוורד. ובתוס' הרא"ש (הובא בשטמ"ק ב"ב קמג,ב) כתב דאין ראייה מרב ספרא שנטל הכל, דכיון שדין האחים אצל המעות של תפוסת הבית כדין שולחני במעות מותרים, שיכול להשתמש בהם, כיון שמותר להשתמש בהם נוטל כל השבח.

והרמב"ן בסוגיא (ב"ב קמג,ב) חלק על התוס' ופירש כמו שפירשו התוס' ברשב"ם, דמקבל מחלקו הכל, ובשאר חולק עם אחיו: "אלא דים שיטלו מחצה שלהם וחצי מחצה בשל אחיהם, או שליש או רביע כשאר אריסי העיר כדין היורד ברשות. והכי נמי אמרינן בענין מרי בר איסק בפרק המפקיד, אבל ליטול הכל לא. ורב ספרא נמי למישקל הכי מחצה שלו וחצי מחצה בשל חברו בעי, ויש לומר שלא עשה עיסקא אלא במחצה שלו". גם מדברי הרשב"א בסוגיא מבואר שאינו נוטל את כל השבח, דלקתה מדת הדין שיטלו יותר משאר אריסין, אלא נוטלין מחצה שלהם ומחצה בחלק אחיהם או שליש או רביע כשאר אריסין שבעיר, וכשותף שהוא כיורד ברשות. וכן כתב רבינו יונה בעליותיו, דאם השביחו נכסים מחמת עצמן לעצמן, שנוטל המשביח בחלק אחיו כדין אריס. וכן כתב בר"ן. גם בריטב"א הסכים לדעת ר"ת, דבהשביחו לעצמן נוטלים בשבח אחיהם כיורד ברשות כאחד מאריסי העיר למחצה לשליש ולרביע, והשאר להם. וכן משמע מהמאירי הנ"ל. וכן הסכים בתוס' הרא"ש לדעת ר"ת (עיין שטמ"ק ב"ב קמג,ב)

ובאו"ז (ב"ב קסא – קסב) הביא שבאומר ראו וכו', כל השבח שהשביח הוא שלו: "וכן נראה לרבינו יצחק בר שמואל זצ"ל כדבריו שכל השבח מכל הנכסים שהשביח הוא שלו. ולא דמי ליורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דאין לו אלא שכר טורחו או בעדים או בהוצאתו, דהתם היו שותפין ויכולים להרויח זה כמו זה ואינם בני מחילה, אבל הני קטנים דהכא הוו בני מחילה, שאם לא ירויחו הגדולים, הקטנים לא ירויחו בהם ... ור"ת זצ"ל פי' דלאו לגמרי ידיה הוא, אלא מזה הוא שלו שנוטל שכר טורחו, וברישא לא שקיל אפי' שכר טורחו, ולא נהירא". הרי שנקט שיש לו מכל השבח שהשביח. ועיין במגיד נחלות ט,ב, דכן משמע גם מדברי הרמב"ם, ועיין להלן.

ולענין אם דין גברא רבה נוהג בזמננו, לענין שנאמר דחשיב כאומר ראו וכו'. עיין בנימוק"י (ב"ב סז,א מעמזה"ר) דבזמננו אין דין של גברא רבה, דאין חשובים כרב ספרא, ודין צורבא מרבנן שוה לאלה שאין עוסקין כל כך בתלמוד תורה. ובב"י רפז,א כתב דאין דבריו נראין כלל. והרמ"א בדרכ"מ שם השיג, דאין דין ת"ח נוהג בזמננו. ואפשר דעדיין לענין זה שאינו מניח תלמודו, ס"ל לב"י דיש ת"ח שאינם

מניחים תלמודם ועוסקים בתורה, ולא מחלי על התעסקות בעניני עוה"ז, והוי כאומרים ראו וכו'. ועיין בסמ"ע רפז,ג שביאר המונח שאינו מניח תורתו, אם לא שיש לפניו עסק להרויח בו, כי יפה תורה עם דרך ארץ, אלא שבשביל אחרים ודאי אינו מבטל כיון שאדוק כ"כ בתורה. ולכן ס"ל לב"י דאף בזה"ז יש ת"ח שאינם מניחים תורתם בשביל אחרים.

ג. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם מפרש שהחילוק בין השביחו מחמת נכסים או מחמת עצמן, אינו מתיחס לרישא של המשנה אלא להמשך, דהיינו שבאומרים הגדולים ראו וכו', השבח לעצמם דוקא בהשביחו מחמת נכסים, דכדי שיהיה השבח לעצמם צריך שני תנאים, גם אמירת ראו וכו', וגם השביחו מחמת עצמן. וזאת בניגוד לשיטות שאר הראשונים, דבראו וכו' לחוד, השבח לעצמם, וכן בהשביחו מחמת עצמם. וז"ל הרמב"ם בהל' נחלות ט,ב: "היו היורשין גדולים וקטנים והשביחו הגדולים את הנכסים, השביחו לאמצע. אמרו ראו מה שהניח לנו אבא והרי אנו עושין ואוכלין, השבח של משביח, והוא שיהיה השבח מחמת הוצאה שהוציא המשביח, אבל שבחו נכסים מחמת עצמן, השבח לאמצע". והראב"ד השיגו, דגירסא זו היא משובשת. ובמגיד נראה שלא יכל להעמיד גירסת הרמב"ם, והסכים לראב"ד, דגירסת הרמב"ם מוחלפת מגירסתנו. ועיין בכס"מ שהעמיד גירסת הרמב"ם, דדברי הגמ' מתיחס לסיפא של הרישא, וכנ"ל. ועיין בלח"מ שהקשה על הכס"מ, וע"ע במרכבת המשנה שם, ובחידושי האו"ש (ב"ב קמד,א). ובשו"ע חו"מ רפז,א הביא תחילה את דעת הרמב"ם, ולאחר מכן כתב שדעת הכל דלא כרמב"ם אלא כראשונים הסוברים דבמחמת עצמן, אף בלא אמרו ראו וכו', השבח לעצמן. ומ"מ לשיטת הרמב"ם, אף אם השביח מכיסו, ואף אם טרח בגופו, כל עוד לא אמר ראו וכו', השבח לאמצע, דלרמב"ם צריך שני תנאים שהשבח של המשביח: אמירת ראו וכו', ושבחו מחמת עצמן. ושאר הראשונים ס"ל דבאחד מהם סגי (עיין סמ"ע רפז,א ורפז,ה).

והנה הסמ"ע רפז,ה, כתב וז"ל: "והוא שיהיה השבח מחמת ההוצאה שהוציא המשביח. ובאלו הדברים מחולקים ג"כ הפוסקים עם הרמב"ם, דלדידהו אף ששיבחה הנכסים מתפיסת הבית, השבח הוא שלה, דכיון דאמרה תחילה להן ראו וכו'". וכוונת דבריו אינה לאפושי פלוגתא בין הרמב"ם לראשונים בפירוש המונח מחמת עצמן או מחמת הנכסים, רק דלרמב"ם במחמת נכסים ואמרה ראו לא יהיה השבח למשביח, כיון שצריך שני תנאים, גם מחמת עצמן וגם אמירת ראו וכו', אך אין מחלוקת בין הרמב"ם לראשונים בענין פירוש מחמת עצמן ומחמת נכסים. ובנתיבות שם (ס"ק א) כתב לפרש דברי הרמב"ם, שמחמת נכסים היינו כגון דיקלא ואלים, דבזה כ"ע מודים שהוא של

היורשים אף באמירת ראו. ולדבריו יצא, דדוקא בדיקלא ואלים לא מהני ראו, אבל בשבח מחמת נכסים, כמו בעיסקא של רב ספרא, וכל שבח מחמת טרחה שאינה טרחת הגוף, אם יאמר ראו, גם הרמב"ם מודה שיהיה של משביח.

ד. כשאנים ניזונים יחד

הטור (ח"מ רפז,ב) והרמ"א (ח"מ רפז,א) הביאו מהראב"ד שכל דין המשנה הוא באחים הניזונים יחד, אבל אם אינם ניזונים יחד, אפי' השביח מחמת עצמו, אין המשביח נוטל בשבח אלא דינו ככל יורד שלא ברשות. ומקור הדברים מובא ברא"ש (ב"מ ג,יד), בענין מרי בר איסק שחויב ליתן לאח שבא ממדינת הים, והעידו עדים שהוא אחיו, חלקו בירושת האב, גם מהפרדסים ששתל מרי בר איסק (ב"מ לט,ב – מ,א), ולכאורה מדוע נצרך ליתן לאחיו חלק במה שהוציא מחמת עצמו. וע"ז תירץ הראב"ד (הובא שם ברא"ש), וז"ל: "מדלא דקדק ר"ח אם השביח מרי הנכסים מחמת נכסים או מחמת עצמן, משמע שאין חילוק. והא דמפלגי התם היינו כשבנים גדולים וקטנים מתפרנסים יחד מתפוסת הבית, אז רשאיין האחין לירד ולהשביח, מיהו לאמצע השביחו אי לא חסרי מדידהו דמסתמא מחלי לגבייהו, כיון דקטנים נינהו, ואם השביחו מחמת עצמן, השביחו לעצמן. ואם אמרו לב"ד הרי אנו עושים ואוכלים, השביחו לעצמן ואפילו השביחו נכסים מחמת נכסים, שב"ד נותנין להן רשות כ"ז שהם שותפין וניזונין מן האמצע. אבל הכא שלא היה האח ניזון עמו, אין לו רשות לירד ולהשביח, ואפילו השביחו מחמת עצמן אינו נוטל אלא כיורד שלא ברשות". מבואר מהראב"ד שכל דברי המשנה והגמ' בב"מ קמג,ב הינה באחים הניזונים יחד מתפוסת הבית, דבזה אם הוציאו מחמת נכסים, מחלו לקטנים, ומחמת עצמן, השבח לעצמן. אבל באינם ניזונים, הרי הם כשני זרים, ולא היה לו רשות להשביח, ואינו אלא כיורד שלא ברשות. ועיי' בריטב"א (ב"ב קמג,ב), דאם ניזונים יחד, הוא הדין גדולים וגדולים מחלי אהדדי, ולא כיש מפרשים דגדולים וגדולים לא מחלי אהדדי. והנה אף שבנדו"ד היה לו רשות להשביח, מ"מ שבחו נכסים מחמת נכסים, שהרי לא השביח מממון שלו אלא מממון החברה. וגם אם השביח מעצמו, לטעם שכתב הט"ז רפז,א, דכל שאינן ניזונים הוו כאחרים לגמרי, והיה לו ליטול רשות ממנו תחילה, משא"כ בניזונים, לא איכפת לאחד שישביח חבירו בנכסים ויקח לו השבח, א"כ בנדו"ד היה לו ליטול רשות להשביח לעצמו. וכאמור, בנדו"ד הוי שבחו מחמת נכסים.

דשם בגמ' אמר רב חסדא למרי בר איסק שיתן לו חלק גם במה שהשביח: אמר ליה לפלוג לי נמי מפרדיסי ובוסתני דשתל. אמר ליה שפיר קאמר לך, דתנן הניח בנים גדולים וקטנים והשביחו גדולים את הנכסים השביחו לאמצע, וכן אמר

רבה השביחו לאמצע. אמר ליה אביי, מי דמי, התם גדולים גבי קטנים ידעי וקא מחלי, הכא מי ידע דליחיל. אגלגל מלתא ומטא לקמיה דרבי אמי. אמר להו גדולה מזו אמרו שמין להם כאריס, השתא ידיה לא יהבין ליה. אהדרוה הא לקמיה דרב חסדא, אמר להו מי דמי, התם ברשות נחית, הכא לאו ברשות נחית. ועוד, קטן הוא ואין מורידין קרוב לנכסי קטן. אהדרוה לקמיה דרבי אמי, אמר להו לא סיימוה קמי דקטן הוא. מבואר בגמ' דבקטן חולקים גם בשבח שהשביח מרי בר איסק. הדו"ד בין רב חסדא לרב אמי, עיין בר"ן (ב"מ לט,ב), דאלו הפרדסים לא טרח מרי בר איסק בגופו ושתלם, אלא שכר פועלים ממון האב, שידוע שלא היה למרי נכסים מחמת עצמו ורק ממה שהניח לו אביו קנה והשביח, והרי זה כהשביחו נכסים מחמת נכסים. וע"ז הקשה לו אביי, שכיון שלא ידע מרי בר איסק שיש לו אח, ודאי לא היתה כוונתו למחול אלא לעשות לעצמו, והרי זה אומדנא ברורה, והרי הוא כאומר ראו מה שהניח אבא וכו', וכמו ברב ספרא שמחמת אומדנא שאינו מניח תלמודו, חשיב כאומר ראו וכו'. ואף רב אמי הוסיף, דכיון שלא ידע שיש לו אח, ודאי ירד ע"ד להשביח לעצמו. וענה לו רב חסדא, דמרי בר איסק לא ירד ברשות בעל הקרקע, שלא ידע שיש לו אח, ואף ב"ד לא היו מורידים את מרי, כיון שאחיו היה קטן, ואין מורידין קרוב לנכסי קטן, וכיון שמרי זה ירד בקרקע בחזקת שהיא שלו ונמצאת שאינה שלו, אינו נוטל כאריס, וכיון שלא הוציא משלו כלום ואף בגופו לא טרח, חולק בשבח עם אחיו. ומסקנת הר"ן: "נמצא פסקן של דברים, דקטן בין ידע ליה בין לא ידע ליה השביח לאמצע, אבל גדול אי ידע ליה השביח לאמצע, ואי לא ידע ליה שמין לו כאריס". ולכן כל שלא אמר ראו באחים גדולים, ושבחו נכסים מחמת נכסים, השבח לאמצע. וכן הדין בנדו"ד.

ועיין עוד בזקן אהרן (הקדמון, סי' פז) שכתב, שהאחים שהשביחו ויש להם אחים קטנים, צריך ששה תנאים כדי שהשבח יהיה לאמצע. שלא אמרו הגדולים ראו וכו'. בהשביחו הנכסים מחמת הנכסים. שלא טרחו בגופם. שלא הוציאו משלהם. שהיו הקטנים יכולים להתעסק בהם. שלא היו חלוקים בעיסתם. והנה בנדו"ד לכאורה חלוקים בעיסתן, והשביחו מחמת נכסים, ולזקן אהרן יהיה דינו כאריס. אמנם נראה להלכה בנדו"ד, דכיון דשבחו נכסים מחמת נכסים ולא אמר ראו, גם אם שמין לו כאריס, הרי בנדו"ד קבל משכורת גבוהה על עבודתו, ובדר"כ זה השמין לו כאריס בעסקים מסוג זה, שמנהל מקבל משכורת על עבודתו לטובת החברה, ותמורת המשכורת משביח את החברה ככל יכולתו.

לאור האמור, הואיל וההשבחה היתה מנכסי החברה, והואיל וראובן קיבל משכורת ראויה עבור הניהול, יש לחלק את שווי העסק בחלקים שווים בין היורשים.

סימן בו

חיוב שומר שכר בגניבה באונס

ראשי פרקים

א. כשיש לו רשות להשתמש בכסף

ב. השתמש במעות או בחלקם

ג. כששכרו אינו על השמירה

ד. חיוב שומר שכר בגניבה באונס

ה. פשרה בגין אי שבועת השומרים

ו. אם הפסיד שכרו

בענין מעשה הגניבה שארע בש"ק בפנימית הישיבה, כאשר נגנבו בין השאר 3000 ש"ח שהיו מונחים בכספת בחדרו של ראובן, והיתה זו כספת שאף הת"ת השתמש בה בעבר, ולא תיאר לעצמו, הוא ואחרים, שניתנת לפריצה בקלות כ"כ. הבחור הנ"ל שהיה הכסף בחדרו, אוסף כסף לצורך ההסעות לשמחות ע"מ לפרוע אח"כ (לאוטובוסים וכו'), וכן מקבל שכר מסוים מהחתן על עבודתו (והשכר אינו על שמירת הכסף אלא על האיסוף והתשלום), ונמצא אצלו הסכום הנ"ל שהיה אמור להעביר לחברת האוטובוסים וכו', והכסף נגנב, והשאלה אם הבחור הנ"ל חייב. והשאלה אם מעמד הבחור הוא שומר חנם או שכר, ואם הגניבה הינה בבחינת אונס הפוטר שומר שכר.

א. כשיש לו רשות להשתמש בכסף

דין הבחור כשומר שכר (לפחות) משני טעמים. גם אם לא היה מקבל כסף עבור אסיפת הכספים וחלוקתם, הרי מותר לו לכאורה להשתמש בכסף שאסף לצרכו, ולתת לנהגי/ חברת האוטובוס כסף אחר, לשלם בשיק או בכרטיס אשראי, ובזה כפי שיתבאר דינו כשומר שכר. ואם השתמש, וי"א אפי' בפרוטה אחת, חייב אף באונסין. טעם שני – הגם שלא קיבל שכר על השמירה, כיון שקיבל שכר מחמת הכספים (גבייה ותשלום), הרי הוא כאומן המשתכר מהחפץ, אף שאינו מקבל שכר על השמירה, דינו כשומר שכר.

מקור הדין לחיוב כשומר שכר, במי שהפקידו אצלו כספים שיכול להשתמש בהם, מהמשנה והגמ' מג.א. תנן במשנה שם: המפקיד מעות אצל שולחני, אם צורוין

לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן, מותרין ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו חייב באחריותן. אצל בעל הבית, בין צרורין ובין מותרין לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן. חנוני כבעל הבית דברי רבי מאיר, רבי יהודה אומר חנוני כשולחני. ובגמ' שם: מותרין ישתמש בהן כו', אמר רב הונא ואפילו נאנסו (קאמר מתניתין דחייב באחריותן, ואפילו לא נשתמש בהן, דמהשתא הוי שואל עליהו – רש"י), והא אבדו קתני, כדרבה דאמר רבה נגנבו בלסטין מזויין, אבדו שטבעה ספינתו בים. ורב נחמן אמר נאנסו לא (כל זמן שלא נשתמש לא הוי שואל, אלא אבדו דוקא חייב, כשומר שכר). אמר ליה רבא לרב נחמן, לדידך דאמרת נאנסו לא, אלמא לא הוי שואל עליהו, אי שואל לא הוי, שומר שכר נמי לא הוי (מה שכר נטל על שמירתם, אלא על שסמך עליהם להחליפן ולהשתכר אם יבא לידו אתה מחייבו, ושאלה היא זו, שהרי כל הנאה שלו). אמר ליה, בהא מודינא לך דהואיל ונהנה מהנה, בההוא הנאה דאי מיתרמי ליה זבינא דאית בה רווחא זבן בהו, הוי עליהו שומר שכר.

וכן נמצא בב"מ כטא, לענין שומר אבידה, שאם חכמים היו מרשים לשומר אבידה להשתמש במה שמצא, דינו היה כשואל: דאתמר, שומר אבידה, רבה אמר כשומר חנם, רב יוסף אמר כשומר שכר. אמר לך רב יוסף, בגניבה ואבידה דכולי עלמא לא פליגי דחייב, כי פליגי באונסין דשואל, רבי טרפון סבר שרו ליה רבנן לאשתמושי בגוייהו והוה ליה שואל עליהו, ורבי עקיבא סבר לא שרו ליה רבנן לאשתמושי בגוייהו, הלכך לא הוי שואל עליהו ... ולפיכך דרבי טרפון למה לי, הכי קאמר, כיון דשרו ליה רבנן לאשתמושי בגוייהו, כמאן דאשתמש בגוייהו דמי וחייב באחריותן. והא אבדו קתני, כדרבה, דאמר רבה נגנבו בלסטים מזויין, אבדו שטבעה ספינתו בים. אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי טרפון. ביד רחבה הוה ליה הנהו זוזי דיתמי, אתא לקמיה דרב יוסף, אמר ליה מהו לאשתמושי בגוייהו, אמר ליה הכי אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי טרפון. אמר ליה אביי ולא אתמר עלה, אמר רבי חלבו אמר רב הונא לא שנו אלא בדמי אבידה (שמכרה לאחר שנטפל בה כמו שאמרו חכמים) הואיל וטרח בה, אבל מעות אבידה דלא טרח בהו לא, והני כמעות אבידה דמו. אמר ליה זיל לא שבקן לי דאשרי לך.

והראשונים הקשו סתירה בין פסקי הגמ'. דלענין שומר אבידה הלכה כרבי טרפון, שכיין שיש לו רשות להשתמש בדמי אבידה שמכר, דינו עליהם כשואל וחייב באונסין, וכדמוכח מהלך הסוגיא בגמ' כטא-ב הנ"ל, וכן פסק הרמב"ם (גזילה ואבידה יג,יז): "מה יעשה בדמים, ינתנו למוצא ויש לו רשות להשתמש בהן. לפיכך אם נאנסו, כגון שטרפן גייס או טבעו בים, חייב לשלם ואף על פי שלא נשתמש בהן, שכיין שיש לו רשות להשתמש בהן, הרי הן אצלו כשאלה". וכן פסק בשו"ע

חז"מ רסז, כה, שדינו כשואל בדמי אבידה שטרח להטפל בה. משא"כ אם מצא מעות, הואיל ולא ישתמש בהם, אם אבדו באונס פטור, שאינו עליהם אלא כשומר שכר, כדין שומר אבידה. ואילו בדין מפקיד מעות אצל שולחני, שהפקידם צוררים ולא חתומים, ויכול החנוני להשתמש בהם, אין דינו אלא כשומר שכר לחייבו בגניבה ואבידה, אולם באונסין פטור, וכמו שמוכח בסוגיא ב"מ מג, א, וכן פסק הרמב"ם (שאלה ופקדון ז, ו): "המפקיד מעות אצל חנווני או השולחני, אם היו צוררין וחתומין או קשורין קשר משונה, ה"ז לא ישתמש בהן. לפיכך אם אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן. ואם אינן חתומין ולא קשורין קשר משונה, אף על פי שהן צוררין, יש לו להשתמש בהן לפיכך הוא נעשה עליהם ש"ש, ואם אבדו או נגנבו חייב באחריותן, ואם נאנסו כגון שאבדו בליסטים מזויין ה"ז פטור". וכך פסק בשו"ע רצב, ז. ודנו הראשונים בסתירה לכאורה במסקנות הגמ', דבדמי אבידה הרי הוא שואל וחייב באונסין אף שלא השתמש, ובמעות מותרים או צוררים ולא חתומים, כל עוד לא השתמש הרי הוא שומר שכר, ואינו חייב באונסין.

דעת התוס' (ב"מ כט, א ד"ה והוי), דכיון דכל דברי רבי טרפון הם אליבא דרב יוסף, ולא קיי"ל כרב יוסף אלא כרבה ששומר אבידה הרי הוא שומר חינוס, ובדמי אבידה שמותר לו להשתמש, הרי הוא שומר שכר, והראיה מרב נחמן דקיי"ל כוותיה, דבמעות מותרים הרי הוא שומר שכר ואינו חייב באונסין, ואין טעם לומר שבדמי אבידה מחמת פרוטה דר"י יהיה לו דין שואל: "ועוד ראיה מפרק המפקיד (מג, א) דרב נחמן סבר נאנסו לא, אלמא ס"ל דבהנאה שמותר להשתמש לא הוי אלא שומר שכר, והיינו כרבה, דלרב יוסף הוי שואל. ואין לומר דהכא דהוי שומר אבידה דבלא היתר תשמיש הוי שומר שכר, השתא דשרו ליה לאשתמושי בהו הוי שואל, אבל התם דלא מיירי באבידה משום הנאת היתר תשמיש לבד לא הוי אלא שומר שכר, לא היא, כיון דבשביל היתר תשמיש לבד לא הוי אלא שומר שכר כרב נחמן, א"כ בשביל שיש לו עוד פרוטה דרב יוסף משום שמירת אבידה אין סברא שיהא לו דין שואל, דאטו אם מוסיפין שכר לשומר יהיה לו דין שואל". ולכן דעת התוס' שדין שומר אבידה כשומר חינוס, ובדמי אבידה דמותר לו להשתמש בהם, הרי הוא שומר שכר, וממילא אין גם סתירה בין מסקנות הסוגיא. וכן הוא בתוס' ב"ק נו, ב (ד"ה בההיא), וכן מבואר גם בתוס' הרא"ש (ב"מ כט, א). וכן פסקו הסמ"ג, ורבינו ירוחם, היש"ש (ב"ק ו, ט), עיין בש"ך רסז, יז.

אמנם נמצא בראשונים אחרים שפסקו בדמי אבידה שדינו כשואל, ובמעות מותרים הוי רק שומר שכר. כך פסק הרמב"ם (גזילה ואבידה יג, ז): "מה יעשה בדמים, ינתנו למוצא ויש לו רשות להשתמש בהן, לפיכך אם נאנסו כגון שטרפן גייס או טבעו בים, חייב לשלם ואף על פי שלא נשתמש בהן, שכיון שיש לו רשות להשתמש

בהן הרי הן אצלו כשאלה". וכן הרשב"א (ב"מ מג,א) כתב לישב סתירת הסוגיות בשני אופנים: בשם רבינו אפרים, דכיון ששומר אבידה בטרם התירו להשתמש דינו כשומר שכר, וכרב יוסף, ממילא ההיתר להשתמש הוסיף לו חיוב באונסין כשואל. ההיתר להשתמש מעלה את דרגת החיוב באחת, ממה שהיה חייב לולי ההיתר. ובשם הראב"ד כתב לישב, דההיתר להשתמש מצד עצמו לא אמור לחייב באונסין, אא"כ ההיתר להשתמש יש בו אפשרות מעשית לשימוש, ולכן בדמי אבידה, שאינו חושש שמא יבואו הבעלים ויבקשו דמי האבידה, האפשרות להשתמש הינה מעשית יותר, ולכן בעצם האפשרות להשתמש כבר מונח השימוש, כיון שההיתר הוא מעשי וממשי יותר וקרוב לשימוש, משא"כ במפקיד מעות מותרים, חושש הנפקד שיבואו הבעלים לבקש פקדונם, ע"כ אף שההיתר להשתמש במעות קיים, עקב החשש ההיתר פחות ממשי ומעשי, לכן אין בעצם ההיתר לחייב את הנפקד באונסין. וז"ל הרשב"א: "וקי"ל כרב נחמן, ואע"ג דקי"ל בדמי אבדה כר' טרפון דאמר בפרקין דלעיל אפי' באונסין, כבר תרגמה רבינו אפרים ז"ל, דהתם כיון דמעקרא חייב בגנבה ואבדה כשומר שכר משום דעוסק במצוה הוא וחייב משום פרוטה דרב יוסף, השתא דהתירו לו להשתמש בהן אסקוה דרגא וחייב אף באונסין, אבל הכא דאי לא הוה שרי ליה לאשתמושי בהן הוי עלייהו שומר חנם ושרינן ליה לאשתמושי בהו, אי מסקת ליה דרגא הו"ל כשומר שכר. והראב"ד ז"ל פי', משום דהתם סמכא דעתיה לאשתמושי בהו, אבל הכא לא סמכא דעתיה, אמר השתא אתי מרי דזוזי ובעי להו, הילכך לא הוי שואל גמור עד שישתמש". ושני הטעמים הביא הרשב"א גם בתש' (ח"ב סי' שלו), ושם נקט עיקר כטעם רבינו אפרים, עיי"ש. והראב"ד, הובא גם בשטמ"ק (כט,א), עיי"ש.

גם בעל המאור (ב"מ טו,ב – טז,א מעמוה"ר) נקט כטעם רבינו אפרים: "כתב ה"ר אפרים ז"ל, איכא למיבעי, הכא מכדי קי"ל דהלכתא כר"ט דאמר בדמי אבידה ישתמש בהן ולפיכך אם אבדו חייב באחריותן, ואפילו נאנסו קודם שישתמש בהו, אמאי קאמר רב נחמן במפקיד מעות אצל חבירו נאנסו לא, והא שרי ליה רבנן לאשתמושי בהו דומיא דדמי אבידה, מ"ש הכא דהוי שואל ומ"ש הכא דלא הוי שואל עד דמשתמש בהו. וחזינא לרבוותא ז"ל ולרישי מתיבתא נמי בהאי פירוקא דלא מסתברי, ואיכא מנייהו מאן דחזא להאי קושיא וקא דחי לה לדרב נחמן ופסק הלכתא כרב הונא משום דדמיא לדר"ט, ואנן עיינינן בה ואנהרו לן מן שמיא פירוקא דלא למדחיה לר"נ, דלא דמיין להדדי ולא קשיא חד על חברתה, דהתם לגבי דמי אבידה, אבידה גופיה מעידנא דאשכחא שומר שכר הוה עלה כרב יוסף, וקאמרינן נמי דמתהני פרוטה דרב יוסף אף על גב דלא מתהני מינה כלום, כי קא מזבן לה וה"ל אהניתא מינה, נפק ליה משומר שכר והדר ליה שואל. אבל פקדון, כיון דשומר חנם הוא עליה בדליכא הנאה, כי הוי זוזי דאית בהו הנאה, לא מפקינן ליה מתורת שומר חנם למהוי

שואל אלא משומר חנם לשומר שכר ומשומר שכר לשואל. אלו דברי הרב זה ז"ל ונראין דבריו.

והר"ן (כט,א) הביא את תרוץ רבינו אפרים, ודחה תרוצו מהטעם שכתבו התוס', דבנתרבה שכרו לא נהפך לשואל או לזה, וקיים תרוץ הראב"ד, דבמפקיד מעות מותרים, שמא אין דעת הנפקד להשתמש בהם, שמא יבוא המפקיד בשעה שלא יהיו ביד הנפקד המעות, ויבקש פקדונו, משא"כ בדמי אבידה, שמו חכמים דעת השומר/המוצא, שודאי רצונו להשתמש ולהתחייב באונסין, כיון שאין מכיר הבעלים, ואינו חושש שיבואו הבעלים, מעדיף להשתמש ולהתחייב באונסין, מאשר לשמרם עדי עד ולא להשתמש, ולהתחייב רק בגניבה ואבידה. ולדבריו הסכים הנימוק"י (טו,ב מעמוה"ר). ועיין בנימוק"י (כד,ב מעמוה"ר) שנקט שם כתרוץ רבינו אפרים. ובמאירי (כט,א) הביא שני התרוצים הנ"ל. ותלמיד הרשב"א (מג,א) כתב דלפי טעם רבינו אפרים, אם השולחני שומר שכר זה מכבר ומסיבה אחרת, הרי שבהיתר להשתמש, אפי' לא השתמש, מעלין חד דרגא וחייב באונסין. ועיין גם ברב המגיד (שאלה ופקדון ז,ה) שכתב כתרוץ רבינו אפרים.

והרא"ש (ב"מ ג,כו) הביא את דעת התוס' ודעת הראב"ד. והריטב"א (ב"מ כט,ב) הביא את תרוץ רבינו אפרים, דמעלים דרגה אחת מהחיוב הקודם, וכתב עליו "ונכון הוא". והוסיף הריטב"א תרוץ נוסף, דבמפקיד מעות מותרים, כיון שהגיעו ליד הנפקד מדעת הבעלים, מן הסתם דעתם היתה שלא יתחייב אלא בגניבה ואבידה ולא באונסין, משא"כ בדמי אבידה שהרשות להשתמש אינה מכח הבעלים אלא בי"ד נתנו לו רשות להשתמש, התנו רשות זו בחיובו באונסין: "ועוד י"ל, דהתם מדעת הבעלים באו לו, ומן הסתם כך היה דעת שניהם שלא יתחייב אלא בגנבה ואבדה מפני הנאת שימוש, אבל הכא שלא באו המעות לידו ברשות הבעלים וב"ד הוא דיהבי ליה רשותא להנפוקינון, דאלו מדינא לא היה לו ליגע בהן, לא רצו חכמים לתת לו רשות אא"כ הן אצלו מעכשו כמלוה גמורה להתחייב באונסין", עיי"ש.

ובפני יהושע (כט,א ד"ה בא"ד ועוד ראייה) כתב לחלק בין מפקיד מעות לדמי אבידה, דמפקיד מעות מותרים, ודאי לא היתה כוונת המפקיד והנפקד שיהיה הנפקד לזה על המעות, שאם היה כוונתם לחייבו באונסין, מדוע הפקיד אצלו בתורת פקדון, היה לו להלוות לנפקד את המעות. אלא בהכרח מה שהסכימו שהמעות הם פקדון הוא ע"ד כן שאינו חייב באונסין כל עוד לא השתמש בהם. משא"כ בדמי אבידה שנתנו לו זכות להשתמש בדמי האבידה, אין כאן דעת בעלים, ולכן עצם מתן הרשות לשימוש מחייב באונסין: "דההיא דהמפקיד, כיון שהבעלים הפקידו אצלו לדעתם בתורת פקדון ולא בתורת הלואה, ועל שם כן קיבלם הנפקד, ע"כ שלא רצה להתחייב באונסים,

דאל"כ היה לו ליתנם בתורת הלואה, כיון דסוף סוף שרי לאשתמושי בהו ... משא"כ הכא בשומר אבידה שלא קיבל דמי האבידה כלל מדעת הבעלים אלא לדעת עצמו, שהרשוהו חכמים למכור את של חבירו, וא"כ שפיר שייך לומר דזוזי הו"ל הלואה גביה, דלגמרי אוקמוהו רבנן ברשותיה, ומהאי טעמא דיכול להשתמש בהם אמרינן דמסתמא איהו גופא בהכי נחא ליה דזוזי ליהוי הלואה גביה".

ובשו"ע חו"מ רסז, כה, פסק וז"ל: "מה יעשה בדמים, ינתנו למוצא ויש לו רשות להשתמש בהם, לפיכך אם נאנסו חייב לשלם, ואף על פי שלא נשתמש בהם, שכיון שיש לו רשות להשתמש בהם הרי הם אצלו כשאלה. בד"א שיש לו רשות להשתמש בהם, בדמי אבידה, מפני שטרח להטפל בה, אבל אם מצא מעות, לא ישתמש בהם, לפיכך אם אבדו באונס פטור, שאינו עליהם אלא כשומר שכר. הגה: וכבר נתבאר סעיף ט"ז דיש חולקין וסבירא להו דאינו אלא שומר חנם". הסמ"ע רסז, לח פירש דמש"כ הרמ"א דיי"ח וסוברים ששומר אבידה דינו כשומר חנם, בא לחלוק גם על הרישא, דכיון שאינו אלא שומר חנם, בדמי אבידה שמותר לו להשתמש בהם, מעלינן חד דרגא והרי הוא כשומר שכר. ומה שקיצר הרמ"א, מפני שסמך על מש"כ ברסז, טז, אם שומר אבידה כשומר חנם או שומר שכר, אף שהיה לו לפרש ולכתוב, שלא נטעה לומר שלכ"ע בדמי אבידה דינו כשואל. ובסמ"ע רצב, טז כתב הביא הסבר הראב"ד, דבפקדון אף שמותר לו להשתמש, חושש להשתמש שמא יבואו הבעלים ויתבעו פקדונם, משא"כ בדמי אבידה. וכן כתב בט"ז רסז, כה, דלכן במעות יתומים, אף שידוע מי הבעלים, כיון שיהיו בידו זמן מרובה, אינו חושש להשתמש בהם. אולם דעת הש"ך רסז, יז כדעת התוס' ודעימיה, שגם בשומר דמי אבידה אינו אלא שומר שכר.

והנה הרשב"א בתש' (ח"א אלף כט) כתב דאם הלואה על המשכון, המלוה שומר שכר, ואם נתן לו רשות להשתמש במשכון, חייב המלוה באונסין, וכדין דמי אבדה. וכן הוא בתש' הרשב"א (ח"ב סי' שלו). ודברי הרשב"א הביאם להלכה בשו"ע חו"מ עב, ד: "המלוה על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו ונאנס, אפשר שאפילו בנתינת רשות בלבד הוי שואל וחייב".

ובסמ"ע עב, כג הקשה סתירה מדברי הרשב"א בתש' (ח"ב סי' לב), שממנו עולה שבכל ענין כאשר מלוה על משכון, אף שנותן לו רשות להשתמש, אינו שואל אלא שומר שכר, דשואל שייך רק היכא שכל ההנאה שלו, אבל במלוה על המשכון, כיון שהלוהו על מעותיו, אין כל ההנאה של המלוה אלא גם של הלוה, ובכה"ג הוי שומר שכר, וז"ל הרשב"א שם: "ואני חוזר לעיקר הדין בין שיודה שמעון שעל תנאי כן היתה הלוואה, בין שלא יודה אלא שראובן טוען כן, אינו שואל לפי דברי ראובן

אלא בשוכר. ואפילו לא התנו על נכיתא, דאינו עושה שואל אלא בזמן שכל הנאה שלו, וכדאמרין בריש פר' השואל. וזה כיון שהוא מלוה מעותיו על הספרים ואומר אני הלוה על תנאי שאקרא בהם, אין כל ההנאה שלו, ולפיכך שנינו בברייתא השאילני ואשאילך, השאילני ואשמור לך, נעשין שומר שכר זה לזה". וע"כ תמה הסמ"ע על השו"ע שפסק שדינו כשואל. ולכן כתב דמספק לא מוציאים ממון, הלוה פטור מדמי החוב והמלוה פטור מדמי יתרון המשכון.

ובש"ך עב, כתב לישב, דאם הלוהו ע"מ כן, אין בנתינת רשות אח"כ לעשותו כשואל. אולם אם לא הלוהו ע"מ כן ורק אח"כ נתן לו רשות להשתמש במשכון, אין קשר בין הנאה הלוה מההלוואה להנאת המלוה מהמשכון, ונעשה שואל בנתינת הרשות. ולדבריו הסכים התומים (אורים עב, ל). ועיין בנתיבות עב, יח מה שהקשה על הש"ך וישוב דברי הרשב"א. ולשון אפשר שכתב המחבר בשו"ע, והוא לשון הרשב"א, הסביר הש"ך (עב, לא), דכיון שהלוהו על המשכון, אפשר שכבר בשעת הלוואה נתן לו רשות להשתמש במשכון, ולא הוי שואל, כיון דאין כל ההנאה שלו. ומה שאינו דומה למפקיד מעות מותרים, עיין בתומים עב, יט, דבמעות אם משתמש בהם מוציאים ואינם עמו, ואם יבואו הבעלים, לא יהיה בידו להחזירם ומירתת, משא"כ בשמוש בחפץ, החפץ בעין ויוכל מיד להחזירו.

ולהלכה פסק בשו"ע חו"מ רצב, ז: "היה הנפקד שולחני או חנוני והופקד אצלו מעות, אם אינם חתומים ולא קשורים קשר משונה, אעפ"י שהם צרורים, מותר לו להשתמש בהם, לפיכך נעשה עליהם שומר שכר וחייב בגניבה ואבידה אפילו קודם שנשתמש בהם, ואם כבר נשתמש בהם, חייב גם באונסים אפילו אחר שהחזירם למקומם, עד שיחזירם לבעליהם, ואם היו המעות צרורים וחתומים, או קשורים קשר משונה, לא ישתמש בהם, לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן. ואם הופקדו אצל בעל הבית, אפילו הם מותרים, לא ישתמש בהם. לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן, והוא שיטמנה בקרקע כמו שנתבאר (בסי' רצ"א סט"ו). ובעל הבית שרוב עסקיו בריבית דינו כשולחני, לפי שצריך תמיד למעות". ובסמ"ע שם רצב, יח כתב בשם המרדכי, דבזמנינו שאין לנו שדות וכרמים כל עסקינו בריבית וקניית סחורה, וכו"ע דינם כשולחני. ולכן בכל ענין נראה דמותר לו להשתמש בכסף, ודינו כשומר שכר.

ועיין עוד בנתיבות שא, ט, לענין מש"כ בשו"ע שם שא, ח, שמעות יתומים דינם כשאר מעות של כל אדם, ואסור להשתמש בהם, וכתב הנתיבות שם דיש להסתפק במעות ציבור שביד הגובה או הפרנס, אם מותר לגובה או הפרנס להשתמש במעות. דאין זה דומה לנדון מפקיד מעות מותרים, דשם כיון שהפקיד בידו מעות מותרים,

הרי הוא כנותן לו רשות מפורשת להשתמש במעות אלו, משא"כ בגובה מעות מיחידים שלא נתנו לו רשות, עיי"ש מה שהסתפק. אמנם נראה דכל זה במעות ציבור שנהגו לא להשתמש בהם, אבל בנדו"ד ודאי יש האוספים כספים ומשלמים באשראי או בשיק, ומשאירים המזומן בידם, ואין קפידא כלל אם ישתמש במעות עד שישלם, ובלבד שהאחריות עליו. לכן בנדו"ד נראה פשוט שהיה מותר לבחור להשתמש במעות, ואף אם לא השתמש עדיין, דינו כשומר שכר.

ב. השתמש במעות או בחלקם

חייב השומר בנדו"ד כשומר שכר הוא אפי' לא השתמש במעות, דאם השתמש במעות, הרי הוא שואל וחייב באונסין, וכמבואר לעיל. ולשון הרי"ף (ב"מ כד, ב מעמוה"ר) שאם השתמש בהם, הרי היא כהלואה אצלו: "אבל אי אשתמש בהו, הוו להו הלואה גביה וקמו להו ברשותיה, ואי איתניסו ליה חייב, ובהא אפילו ר"ג מודה, וכן כתב רבינו האי גאון זצ"ל". ועיין בש"ך רצב, ט כתב דהוי הלואה ולא שואל, ונפק"מ שאם נפסלה המטבע, צריך לשלם לו מהמטבע היוצאת באותה שעה, שאם היה דינו כשואל, ואפי' שואל שלא מדעת שהוא כגזלן, יכול לומר למפקיד הרי שלך לפניך. ומדכתבו דהוי הלואה גביה, מוכח שצריך ליתן לו מטבע היוצאת באותה שעה.

והנה הנתיבות רצב, כתב דאפי' השתמש בפרוטה, התחייב באונסין על הכל. והביא ראיה משליחות יד. ולכאורה למש"כ הש"ך הנ"ל צ"ע, דהרי למש"כ הרי"ף ורב האי גאון, אין למשתמש דין של שואל או שולח יד אלא דין של לוח, ומהיכי תיתי אם לוח פרוטה, יחשב כלוח על הכל. ואם היה החיוב מדין שואל או שולח יד, היה מקום לחייבו אף בשולח יד בפרוטה, וכראיה שהביא הנתיבות, אולם בלוח לכאורה חייב רק במה שהשתמש. וגם אם דינו כשואל צ"ע לחייבו בכל אם השתמש בפרוטה, דחלוק דין שואל ברשות משולח יד. ואפשר דס"ל לנתיבות דמה שנתן לו רשות להשתמש, שאם ישתמש אפי' במקצת, כבר יחשב כמשתמש בכל וכדין הלואה, דכך הוא כוונת הבעלים והנפקד כשנתן לו מעות מותרים. ועיין בתש' הגר"מ אריק (אמרי יושר ח"ב סו"ס קפה) שהסכים עם הנתיבות, אך כתב דזהו דוקא בהפקידו בבת אחת ולא בזה אחר זה, דבזה אח"ז לא נעשה לוח על הכל בשימוש במקצת. ונפק"מ לנדו"ד שאוסף את הכספים מקצת מקצת.

ומהרש"ך בתש' (ח"א סי' קמה) כתב דמי שאינו רשאי להשתמש במעות, אם השתמש במקצת, חייב בכל כדין שולח יד, אך כתב שאין זה ברור, דלא התכוין בעה"ב לגזול אלא להשתמש, ואין לחייבו אלא במה שהשתמש: "אמנם אם הנפקד הוא בעל הבית שאינו רשאי להשתמש במעות, איכא לספוקי ולברורי, דאפשר שאם

הגביה על מנת להשתמש במקצתן חייב בכולן, כהוא דתנן גבי חבית. או אפשר דדלמא דבההיא דחבית דווקא אמרינן הכי, משום דנתכוון לגזול, אבל בבעל הבית המשתמש במעות כיון שלא היתה כוונתו לגזול כי אם להשתמש בהם לצרכו ולהחזירם אחר כך, אין לחייבו רק באותו סך שנשתמש בפועל. ואף על פי שלכאורה יראה דאין לחייבו רק באותו סך שנשתמש בפועל, מכל מקום לא ברירא מילתא כולי האי, ואפשר לספוקי אי מתחייב על הכל". וכל זה במי שהשתמש שלא ברשות, אבל אם השתמש ברשות, נראה דלמהרש"ך אין לדמותו לחבית, ויהיה חייב רק במה שהשתמש בפועל. (ומש"כ בכנה"ג הגה"ט רצב"ז, מדברי מהרש"ך: "נשתמש בקצת המעות שהופקדו בידו, אין לחייבו רק בקצת המעות שנשתמש בהם". מהרש"ך הסתפק בזה, ומיירי דוקא באין לו רשות להשתמש במעות, וכנ"ל).

ולאמור, אם השתמש אוסף הכספים בכסף, נעשה לזה על הכסף. ואם השתמש במקצת, דעת הנתיבות שנעשה לזה על הכל. אך אין זה מוסכם, בפרט בנדו"ד שאסף כספים מקצת מקצת, ולא היתה מעין הפקדה בבת אחת.

ג. כששכרו אינו על השמירה

ובנדו"ד מקבל הבחור מהחתן סכום מסוים על הטרחה באיסוף הכספים ובתשלומם להסעות. ובכגון זה דינו כשומר שכר, שאף שאינו מקבל שכר על השמירה, ושכרו הוא מחמת אסיפת הכספים ולא ישירות על השמירה, כבר כתבו האחרונים דבכה"ג דינו כשומר שכר, ולא גרע מאומן שמשכר מהחפץ, ומקבל שכר על אומנותו ולא על השמירה, וחייב כשומר שכר, וכדתנן ב"מ פ"ב – פ"א, דכל האומנן שומרי שכר. והטעם שיש לאומן דין שומר, אף ששכרו הוא על אומנותו ולא שמירתו, עיין תש' הרשב"א (ח"ה סי' קסו) שדן אם מלמד חייב בשמירה של ספרי התלמידים, אף שהוא מקבל שכר על הלימוד, אין הוא מחויב בשמירת ספרי התלמידים. ובחילוק בין דין המלמד לאומן, שדינו כשומר שכר, כתב הרשב"א שני חילוקים בין מלמד לאומן: "שכל הנפקדים שנעשים שומרים מבלתי הזכיר אליהם שם שמירה, יגיע עליהם ריוח או תועלת בקיום ממנם אצלו עבור החפץ המופקד בביתם שמור מכל מיני מזיקין. והגעת הריוח והתועלת לנפקד מצד הפקדון הוא שיש חיוב גדול להתחייב בעבורו, אם בהטיל עליו משא השמירה בסתם ומבלי הזכרה כלל, ואם להתחייב על אבדן החפץ בדברים לבד מבלי קנין". דבמלמד אין לו כל הנאה מהספר ומקיומו, משא"כ במי שאוסף כספים לשלם וכו', ומקבל על כך שכר, ודאי שיש לו ריוח מקיומם של הכספים, וזה חלק מתפקידו שיהיו הכספים קיימים, שיוכל לחלקם, ולא יוכל לבצע מלאכתו מבלי היות הכספים קיימים, וע"כ אם קבל שכר על אספתם וחלוקתם, מחויב בגניבה ואבידה.

ועיין עוד בתפא"י (כ"מ ז, ח אות מא) שהמשנה לא בטאה בלשון שומר שכר אלא נושא שכר, ללמדך שאפי' אינו מקבל שכר על השמירה, או ששכרו הוא מחמת טובת הנאה, הרי הוא נושא שכר וחייב בגניבה ואבידה: "ונושא שכר. ר"ל שומר שכר, ונ"ל דלהכי קראו בכל דוכתא נושא שכר ולא שומר שכר או מקבל שכר, דקמ"ל דאפילו אינו שומר ולא מקבל שכר אלא אפילו סרסור, שמקבל דבר למכרו וכדי להרוויח בו, ושאם לא מכר יחזירו, נמי הוה ש"ש".

ובתש' גליא מסכתא (לאב"ד נוברדוק, סי' יג), נו"נ באחד שנתן מעות לבעל עגלה שיקנה עבורו מלח בפנינסק, ונגנבו המעות בדרך, וכתב דאפי' קיבל שכירותו לפני תחילת פעולת הנסיעה, יש לו דין שומר שכר, אף שלא קיבל שכר על השמירה, דכמו גבי אומן שדינו כשוכר, בההיא הנאה דשביק לאחרנא ואוגיר לדידה, אף שאינו מקבל שכר על השמירה, דינו כשומר שכר. בפרט בנדון שם שגם היה לו רשות להשתמש במעות או להחליפם. ודברי הגליא מסכתא הובאו בפת"ש רצב, ד.

וכן נמצא בתש' בית דוד (לגר"ד טעביל ממנינסק, חחו"מ סי' א, מובא גם בפת"ש חו"מ רכה סוס"ק ה), וז"ל הבית דוד: "והנה הדבר זר בעיני לחייב את בעל הספינה באחריות גניבה ואבידה, כי כפי הנהוג בקאנטראקטין באיספלאוו דפה שלא לכתוב קבלת אחריות בפירוש, אף דודאי הוי כשומר שכר להתחייב בגניבה ואבידה, דלא גרע מהאומנין דבההיא הנאה דתפיס ליה אאגריה הוי שומר שכר [ועיין לקמן סימן ש"ו סעיף א'], עם כל זה מעולם לא החלטנו הדין לחייבו בגניבה ואבידה, והיינו מהא דאמרין בב"ק נ"ו ע"ב, מאי מסרו לרועה מסרו רועה לברזיליה, דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה, וכן פסק בשו"ע סימן רצ"א סעיף כ"ב, וכתב הש"ך שם [סקל"ב], דאפילו לזעת החולקין בסעיף כ"ד גבי אשתו ובניו אם אין להם במה לשלם, מודים בזה דפטור כו'. וכיון שהדבר ידוע ומפורסם שאין מדרך בעל הספינה ללכת בעצמו על ספינתו, רק להושיב אחר במקומו הנקרא שאפער, א"כ אין דינו של בעל הסחורה באחריות גניבה ואבידה עם בעל הספינה כלל רק עם השאפער". מה שכתב דחייב אומנין דתפיס ליה אאגריה, היינו דאף שלא קיבל עדיין שכרו, ובקיבל כבר שכרו, הרי הוא שומר שכר מטעם אחר. ומה שרצה לפטרו מחיוב כיון שדרכו למסור האחריות לאחר, אינו שייך לנדו"ד. ומ"מ מבואר דאף שאינו מקבל שכר על השמירה, כיון שמקבל שכר בענין זה, הרי הוא כאומן ודינו כשומר שכר.

אמנם יש מקרים שבהם נראה להדיא שלא קיבל עליו לשמור, כמו מי שנוסע במונית עם חפציו, אף שנהג המונית קבל תוספת שכר עבור המטען, כיון שבעל המטען נוסע עם נהג המונית, נראה ששכר הנהג אינו אלא על ההסעה ולא על השמירה, משא"כ אם מוליך את המטען ממקום למקום, נוסף על ההולכה, חייב בשמירה, ורק

כשהבעלים עם המטען, אומדן דעת שלא קבל עליו לשמור כשהבעלים עם המטען. כך נמצא בתש' שאילת שלום (טויבש, תנינא סי' קצג), באחד ששכר בעל עגלה להביא לו סחורה למקום אחר, ונסע בעל הסחורה עם הבעל עגלה בכדי לשמור סחורתו, ונגנבה הסחורה, ותובע בעל הסחורה את בעל העגלה מדין שומר שכר. והשיב השאילת שלום, וז"ל: "אמנם לדינא גם דעתי נוטה לפטור העגלון, ומשום דהא באמת העגלון שכר הליכת הסחורה הוא נוטל, אלא דכשהבעלים נשארין במקומן ע"כ מקבל הוא גם השמירה על עצמו, והשכירות שמקבל הוא על הכל, על ההולכה ועל השמירה ... אבל כשנוסע הבעה"ב עמדו לשמור סחורתו, הבעל עגלה אינו מקבל עליו שמירת הסחורה מסתמא, והשכירות שנוטל הוא רק עבור הולכת הסחורה ולא עבור השמירה, ואם הוא שומרה מרצונו הטוב, לכל היותר אין דינו אלא כשומר חנם ופטור מגניבה ואבידה". מבואר מהשאילת שלום דאין חיוב שמירה על בעל העגלה, כאשר בעל הסחורה נוסע עימו, דבזה לא קיבל עליו שמירה, אולם כשאין בעל הסחורה נוסע עימו, חיובו כדין שומר שכר. וכן מבואר בתש' אגרות משה (חור"מ ח"א סי' ע).

ואין לדמות נדו"ד, למה שדן בדברי מלכיאל (ח"ג סי' קעב), בשמש שאין דינו כשומר שכר, כיון שתפקידו לעשות מלאכות אחרות ולא מלאכת השמירה, דשונה מלאכת השמש, שיש לו תפקיד מסוים שעליו מקבל את הכסף, ואין זה מתפקידו להיות יושב ושומר על הבית, וז"ל הדברי מלכיאל: "יפה הביא דברי הרדב"ז ח"ד סי' ק"מ דהוי שומר חנם שאינו נוטל שכר על שמירתו. וע' מחנ"א הל' שומרים סימן ל"א בשם המהרש"ך דגם במשרת ס"ל הכי. ובקצה"ח סי' רצ"א סק"ו משמע דמשרת הוי ש"ש. ונראה שבשעה שמצוה להמשרת לעסוק בשמירת איזה דבר, הוי ודאי ש"ש דהא נוטל שכר על מלאכתו, וזהו מלאכתו כעת לשמור דבר זה. אבל בשעה שעושה מלאכות אחרות, ודאי דלא הוי ש"ש על כלים שבבית, וזוהי דעת הקצה"ח שם ... ועכ"פ פשוט דשמש לא הוי ש"ש, כיון שידוע שאינו יושב ומשמר רק מניח הכל בביהמ"ד וסוגר הביהמ"ד, וכיון ששמר כדרך השומרין הוי כגניבה באונס, שדעת הרבה פוסקים שפטרו, וכתב הש"ך סי' ש"ג שכן עיקר. ואף שכתב הנתיבות שם דבנם בעידנא דניימי אינשי כ"ע מדודו דחייב, מ"מ הכא שידוע שאין חיוב על השמש להיות תדיר בביהמ"ד ואף ביום לשמור החפצים, ורק להשגיח לסגור הארונות ביום ודלתי ביהמ"ד בלילה, בזה ודאי שפטור". דיש לחלק בין שמש, שאין לו כל הנאה מקיום הנכס בו הוא עוסק, שלא יגנבו שם את המטלטלין, ובגינו הוא מקבל שכר, לבין אומן או אוסף כספים, שנהנה מקיום הכספים, שרק בקיומם יכול לעשות פעולתו. וכן יש דין שומר שכר במקרים בהם יש אומדנא שקיבל עליו שמירה, כגון במוליך הכסף או סחורה, בלי שהבעלים הולכים עמו, משא"כ בשמש דלא שייך לשייך בין שכרו לשמירה על החפצים וקבלת אחריות של גניבה ואבידה כדין שומר שכר.

מהאמור לעיל עולה דדין הבחור שאסף כספים כשומר שכר, וחייב בגניבה ואבידה. רק יש לדון אם בכה"ג ששומר כראוי ונגנב לכאורה באונס, אם חייב בכה"ג שומר שכר. (כ"ז בהנחה שלא השתמש בכסף, דאם השתמש בכסף, כולו או מקצתו, עיין לעיל דינו).

ד. חיוב שומר שכר בגניבה באונס

דיני השומרים מבוארים במשנה ב"מ צג,א וצג,ב. ושם בגמ' מבואר לדעת רבה דאם שמר כדרך ששומרים, פטור גם בגניבה, אא"כ בשומרי העיר או במתחייבים לשמור שמירה יתירה. ולחולקים, והכי קיי"ל, שצריך שומר שכר לשמור שמירה יתירה. וכן שומר שכר חייב לקדם ברועים ומקלות, ולשכור בשכר, ושומר חנם אינו חייב אלא לקדם ברועים ומקלות בחנם. ובמשנה שם צג,ב הביאה דוגמאות לאונס: זאב אחד אינו אונס, שני זאבים אונס. רבי יהודה אומר, בשעת משלחת זאבים, אף זאב אחד אונס. שני כלבים אינו אונס. ידוע הבבלי אומר משום רבי מאיר, מרוח אחת אינו אונס, משתי רוחות אונס. הלסטים הרי זה אונס. הארי הדוב והנמר והברדלס והנחש הרי אלו אונס וכו'.

ובגמ' ב"ק נז,א, לענין טוען טענת גנב על אבידה שמצא, שמשלם כפל, דאם דינו כשומר שכר, הרי בטענת גנב חייב, ולמה משלם כפל ולא קרן. ותירצה הגמ' דמיירי בטוען טענת ליסטים מזוין, וכיון דמיטמר מאינשי גנב הוא. והתוס' שם ד"ה כגון הקשו, מדוע נדחקה הגמ' להעמיד בטענת ליסטים מזוין, שתעמיד באופן שטענו טענת גניבה באונס, שנגנבה ממנו באונס גדול, כגון ששומר כספים בחפירה בקרקע שאי אפשר לגנבם אלא במחילות תחת הקרקע דהוי אונס כליסטים מזוין, או אם בא עליו חולי של טירוף הדעת, או שינה נפלה עליו באונס, או אונס אחר שאינו יכול לשמור. דבכל אלו כיון שנגנבה מחמת אונס, היה לו להפטר, ואם נמצא שלא נגנב, משלם כפל. ותירצו התוס', וז"ל: "ונראה לר"י, דכיון שחייב הכתוב שומר שכר בגניבה, וסתם גניבה קרובה לאונס, כדאמרין בהשואל (צה,א), סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה, יתחייב מגזרת הכתוב אפילו באונס גמור. ואע"ג דבלסטים מזוין דהיינו שבויה דקרא פטר בו הכתוב, אע"פ שאין אונסו גדול יותר". מבואר מדברי התוס' דבגניבה אף שהיא אונס, גזירת הכתוב שחייב בכל אופן המוגדר כגניבה, וכל ליסטים מזוין פטור. שאין גניבה נמדדת במודדים של אונס או לא, אלא בהגדרת שם גניבה. אם העדר החפץ הנשמר הוא מחמת פעולה המוגדרת כגניבה, אף שהיתה באונס, חייב השומר בשכר לשלם לבעלים.

ובב"מ מב,א (ד"ה אמר) הסתפקו התוס', אם שומר שכר חייב על כספים שהיו טמונים בקרקע ונגנבו. ואת הראיה מב"ק נז,א הנ"ל, דחו התוס', דדברי הגמ' נאמרו

בדרך דחיה. והביאו ראייה מהגמ' ב"מ צה,א דאין היכי תימצוי ששומר שכר יפטר בגניבה. והקשו התוס'; "אך תמהון גדול הוא, למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק אמות, דמאי הו"ל תו למיעבד, או אם תקפתו שינה או חולי גדול, ואיך יתכן ששום גניבה לא נמצא שתהא אונס גמור כליסטין מזויין ... ומ"מ אין סברא כלל שלא נמצא גניבת אונס שיפטר בה שומר שכר". ואין לומר דחייבה התורה מגזה"כ שומר שכר בכל אונס, עיי"ש. ודחו הראיה מב"מ צה,א, ונראה דמסקנת התוס' דשומר שכר פטור מגניבת אונס.

ולפ"ז יוצא דנחלקו התוס' בב"ק והתוס' בב"מ אם שומר שכר חייב בגניבה באונסין. דעת התוס' בב"ק דשומר שכר חייב בגניבה, גם אם היא באונס גמור, דכך גזרה התורה, ודעת התוס' בב"מ דאינו חייב בגניבה באונס, דמה הו"ל למיעבד. ומדברי הרא"ש ב"מ ג,כא מבואר כדברי התוס' בהכונס, דשומר שכר חייב בגניבה, אפי' היתה הגניבה באונס גמור, וז"ל: "כיון דשם גניבה היא מחייב עליה שומר שכר. והיינו טעמא דכל גניבה קרובה לאונס הוא, כדאמר לקמן בפ' השואל (צד,ב), אפי' הכי חייבה תורה שומר שכר בגניבה, הלכך אין חילוק בין אונס קטן לאונס גדול, דכל הנקרא גניבה חייב בשומר שכר ... דשמירה האמורה בשומר חנם, כיון ששמר כל צרכו פטור, ושמירה האמורה בשומר שכר, אפילו הקיפהו בחומה של ברזל, אין רואין אותו אם היה שם אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור, אלא אומרים אילו היה שם היה יכול להציל. ואמר לקמן בפ' הפועלים (צג,ב) ואלו הן אונסין ששומר שכר פטור, כגון ותפול שבא ותקחם, אלמא ליכא מידי דשומר שכר פטור אלא אונס דלסטים מזויין. וכן כתב רב אחאי בשאלתות בפרשת ויצא יעקב, ואי באגרא אשלימו ליה, אע"ג דאוקמה בדוכתא דנטירותא ונגנבה, מחייב לשלומי, דבעי למיתב בהדה ולנטורה ביממא ובליליא, שנא' הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה. ואי יתיב בהדיה ואתי לסטין מזויין ולא מצי קאי באפיה – פטור". ונראה דמש"כ הרא"ש דליכא מידי דשומר שכר פטור אלא אונס דלסטים מזויין, אין הכונה שאין אונס אחר פטור ולא מצאנו בשומר שכר אונס שיפטר אלא ליסטים מזויין, אלא דוקא באופן של גניבה, לא מצאנו אונס שיפטר אלא ליסטים מזויין, אבל באונס אחר שאינו גניבה, ודאי יפטר שומר שכר.

והרמב"ן בחידושו ל"ב"מ מב,א הביא את מחלוקת הראשונים הנ"ל, די"א דבקרקע יש להם שמירה אפי' בשומר שכר. והנפק"מ בין חיוב שמירה בשומר חנם לשומר שכר, נעל בפני הבהמה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, אך אינה יכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה, דשומר חנם פטור, ושומר שכר חייב, אא"כ נעל בדלת שיכולה לעמוד בפני כל רוח, ואם נעל בדלת כזו העומדת בפני כל רוח ובאו ליסטים ופרצוה, אף שומר שכר פטור. ויש סוברים דשומר שכר יש עליו חיוב לישב ולשמור, ואם הניח הכספים במקום שמור כקרקע, לא נפטר. ודעת הרמב"ן דשומר שכר אינו

פטור אלא בליסטים מזוין, אבל בכל גניבה, אף אם שמר בקרקע שמירה מעולה, חייב לשלם, ואינו פטור אלא ביושב ומשמר וליסטים מזוין. והביא גם ראייה מהירושלמי ששומר שכר חייב; "אפי' הקיפוהו חומה של ברזל, אין רואין אותו כאלו הוא שומר אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור, ואין אומרים אלו היה שם היה יכול להציל". וכן הביא מב"מ צגב, דאלו הן אונסין ששומר שכר פטור, כגון שהוא אומר ותפול שבא ותקחם. מבואר דאינו פטור אלא באונס כליסטים מזוין. וכן הביא מרב אחא משבחא גאון, בשאלתא דויצא יעקב, ומתש' לרב צמח גאון, עיי"ש. וכן נראה דעת הרשב"א בסוגיא ב"מ מבא. וכן נראה מדעת הריטב"א ב"מ מבא, שהסכים לרמב"ן; "ומיהו מקצת רבותינו בעלי התוס' חלוקין בדין זה וכדכתיבנא בב"ק, והאמת מורה דרכו". וכדעת הרמב"ן כתב הנימוק"י (ב"מ כד, א מעמוה"ר). וכן דעת הר"ן, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ מבא. וכן דעת הרב המגיד שאלה ופקדון ד,ד.

ובשטמ"ק ב"מ מבא הביא מהר"ש די וידאש שכתב להקשות על שיטות הראשונים הנ"ל המחייבים את השומר שכר לשמור כל העת, דאין זה מן הסברא שכל שומר שכר יהא חייב עד שיהא יושב ומשמר. ולפי זה לא תמצא לעולם מי שישמור דבר לחברו, שיצטרך להיות קשור אליו כל היום. וכתב בבאור ראיות הראשונים מהירושלמי, דרק בבעלי חיים שצריכין שמירה תדיר, חייב לשבת ולשמור, ולא בשאר חפצים ומטלטלין; "והוא ביאור הפרשה עצמה של שומר שכר שנאמרה בבעלי חיים, כי הראשונה בכסף או כלים נאמרה בשומר חנם, והשניה בבעלי חיים בשומר שכר, והיינו ההיא דהפועלים שהזכיר יעקב בשמירת צאן לבן, אבל מטלטלים אינם נשמרים במקום שיוכל להגיע לשומר חורב ביום וקרח בלילה". עוד הקשה הר"ש, דמאיזה סברא יהיה המלוה על המשכון, שהוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ומשום דבר מועט כזה יתחייב להיות יושב ומשמר את המשכון, ואם כן נעלת דלת בפני לוי, שלא יהיה אדם מלוה לחבירו, שהרי לא יוכל לקחת משכון, שהמשכון יחייב אותו להיות שומר כל העת.

וכן נראה מדברי המרדכי (ב"ק רפ), וז"ל: "אבל ר"י פסק דגניבת כספים מן הקרקע גניבה היא ולא אונס, ושומר שכר חייב. ותימה גדולה היא, דמה הו"ל למיעבד. וכי תימא היה לו לשמור שם לעולם שלא יבאו הגנבים, א"כ וכי לא יישן לעולם ולא ילך חוץ לאותו מקום. וכי תימא יעמיד שם הנפקד שומר לעולם כשירצה לישן, א"כ למ"ד שומר שמסר לשומר לעולם חייב, מאי איכא למימר, לא ירויח כלום. מיהו בהא י"ל כיון שאינו יוכל לתקן רק בענין זה שיעמיד שם שומר אחר, לא יתחייב בכך אפילו למ"ד שומר שמסר לשומר חייב". מבואר מהמרדכי דאין זה מן הסברא שיהיה חייב השומר שכר לשמור כל העת, ובאם לא שמר, חייב, ואף שדחה הקושיא משומר שמסר לשומר, מבואר דעתו דגניבה כששמר כראוי הוי אונס. וכן נראה מדברי הגמ"ר (ב"ק רו), דכל גניבה באונס יפטר שומר שכר. גם בהגהות מיימוניות ריש הל'

שכירות אות ג מבואר דבגניבה באונס פטור, עיי"ש, הובאו דבריהם בש"ג (ב"ק נג, ב בעמודה"ר אות ב).

והרמב"ם בריש הל' שכירות א, ב כתב; "... נושא שכר והשוכר משלמין את האבידה ואת הגניבה. ונשבעין על האונסין הגדולים כגון שבורה ושבויה ומתה וטריפה, או שאבד הדבר בספינה שטבעה בים, או נלקח בלסטים מזויין וכל כיוצא באלו משאר אונסין הגדולים". ובגינת ורדים (חחור"מ א, א) דייק מדברי רמב"ם אלו, דמדכתב הרמב"ם ונשבעין על האונסים הגדולים כגון שבויה, ולא קאמר בקיצור ונשבעין על השבויה, אלא הוסיף על הלשון ונשבעין על האונסין הגדולים כגון כו', וגם חזר וכפל בסוף הלשון וכן כל כיוצא באלו משאר אונסים גדולים, כל זה מורה בהדיא דהרמב"ם בא לרבות גניבה כשהיא באונס גדול, פטור עליה שומר שכר כמו שבויה, שהוא בכלל אונסין גדולים. והביא הגינת ורדים את דעת החולקים המחייבים שומר שכר בגניבה באונס, והסיק להלכה דאין לחייב השומר, דכיון שהוא פלוגתא דרבוותא, לא מפקינן ממון. (ועיין במהרש"ם ח"ב סי' ק שהביאו להלכה, אך כתב דכל זה באונס גמור, אבל במקום דשכיחי גנבים, היה לו לשמרו טפי, ואינו אונס גמור. גם מהר"מ שיק בתש' (חחור"מ סי' מח ד"ה אלא) כתב, דכיון דדעת הש"ך כיש"ש, אי אפשר להוציא ממון). עוד טעם כתב, דיש לחייב באונס גדול לדעת המחייבים, דוקא כשלוקח שכר בהדיא על השמירה, אבל כשלוקח רק שכר טירחא, כמו בשותפים ועיסקא, אין לחייבו באונס גדול. ולפ"ז לכאורה גם בנדוד אין לחייב שוכר בגניבה או אבידה באונס, כיון שאינו מקבל שכר להדיא על השמירה, דלכאורה אין לחלק בין שוכר למקבל עיסקא. ועיין שו"מ תליתאה ח"א קלב.

[אמנם מה שהקשה הר"ש ממלוה על משכון, שהוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ואם כן נעלת דלת בפני לוין וכנ"ל, עיין בקצוה"ח עב, ה דלדעת הרמ"א דפוסק כרבה ולא הוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, אלא בכדי מעותיו הו"ל כאילו פירש שאם יאבד או יגנב יפסיד מעותיו, כיון דבאונס לא מפסיד ומשום דאין דעתו על אונס, א"כ הקיפוהו מחיצה של ברזל ונגנבה אינו מפסיד חובו, דכיון דאין דעתו על האונס, א"כ מה לי אונס אחר או אונס גניבה, דבשלמא שומר שכר דחייביה קרא הוי גזירת הכתוב, אבל זה שתלוי בדעתו ובתנאי, אינו מפסיד על ידי אונס, וכן עייל בעידנא דעיילי אינשי ובא זאב או נגנבה, נוטל כל חובו ואינו מפסיד כלום. דשונה דין שומר שכר על משכון שהוא מטעם שכאילו פירש המלוה, לשומר שכר, שחיובו מגזירת הכתוב.]

ובבאור מחלוקת הראשונים הנ"ל אם חייב שומר שכר בגניבה באונס, נמצא לגר"א וסרמן בקובץ שעורים פסחים יז, שכתב לחקור אם חיוב שומר שכר בגניבה ואבידה הוא מפני שלא שמר כראוי, כמו חיוב של שומר חנם בפשיעה, או שהוא מטעם חיוב

אחריות כמו שואל, והיינו שכך קיבל עליו אחריות, שאם יגנב או יאבד, ישלם לבעלים. דבשומר יש שני ענינים, החיוב לשמור, וההתחייבות לשלם ולהחזיר החפץ, עיין קצוה"ח עד,א. וכתב הקובץ שעורים מדברי הרמב"ם מוכח דהוי מטעם אחריות, ומשום הכי פטור בקרקעות; "וכן מוכרח לדעת הסוברין דחייב על גניבה באונס גמור". וע"ע במשך חכמה שמות כב,ט וכב,יא מש"כ בחיוב שומר שכר בגניבה באונס.

והסתפק הרמב"ן, מה יהיה דינו של שומר שכר שארע לו אונס, דהיינו על גופו של שומר ולא על גוף החפץ, כגון שישב ושמר כפי שחייב מכח שמירתו, אלא שחלה או ארע לו אונס אחר בגופו, דאם תחייבו, נמצא שומר שכר חייב באונסין; "אלא ודאי מודינא באונסין כגון אלו שהוא פטור, למה זה דומה שבאו עליו ליסטים ונשבה ואחר כך בא גנב וגנבה, שבודאי פטור, שהוא בכלל אונסין מאחר שהוא אינו יכול לשמור ולהציל". והקשה הרמב"ן מב"ק נז,א, דלא משכחת לה פטור של שומר שכר בטוען טענת גנב אלא בליסטים מזוין, ולכאורה משכחת לה בטוען טענת גנב שהיה אונס בגופו של שומר שלא יכל לשמור. ותירץ הרמב"ן דאפשר שאם טען טענות שהיה אונס בעצמו ונמצא שהוא גנבו, אינו משלם תשלומי כפל; "דכיון שהוא טוען נאנסתי בגופי ולא יכולתי לשמור, כטוען לא נעשיתי לך שומר לאותה שעה שנגנבה, שאינו משלם תשלומי כפל, שלא מצינו תשלומי כפל אלא בשומר שהוא חייב לשמור וטען שמרתי כראוי לי, אבל זה מכיון שנאנס, נפטר מן השמירה לגמרי, וזה צ"ע. ומ"מ למדנו ששומר שכר חייב בגנבה ואבדה עד שיהא יושב ומשמר. הילכך לא משכחת ביה גנבה לעולם שהוא פטור אלא בליסטים מזוין שהוא גנב, למ"ד הכי או בכיוצא בו שאינו יכול להציל".

מדברי הרמב"ן מבואר שגנב חייב בכל גניבה חוץ מליסטים מזוין, ומה שפטור מגניבה כאשר היה אונס בגופו, מפני שכשהוא אונס עצמו, אין לו דין שומר ואין עליו חיובי שומר, אבל לא מדין פטור גניבה אלא מפני שאין עליו דין שומר שהוא גופו אונס. וכן היא דעת הנימוק"י ב"מ (כד,א מעמוה"ר). ועיין קצוה"ח שמא,ד שכתב דמיתת השומר הוי אונס הגוף, ואם אביהם קבל בהמה לשמור ומת, ונאבדה או נגנבה ביד היורשים, אף שאביהם היה חייב בגניבה ואבידה, מ"מ הוי אונס בגופו ופטורים, עיי"ש.

והרשב"א ב"מ מב,א הקשה על הרמב"ן (וכן הקשה הר"ן, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ מב,א), דא"כ גנא (שכב לישן) בעדנא דגנו אינשי, ליפטר, דשינה אנסתו, ואין לך אונס גדול מזה, שהרי הנודר שלא לישן ג' ימים לוקה וישן מיד (נדרים טו,א), וא"כ משכחת לה בטוען שנאנס באונס שינה. ובגמ' ב"מ צג,ב מבואר דרק לרבה פטור, אבל לחולקים, והכי קיי"ל, חייב גם בגנא בעידנא דגנו אינשי; "ושמא כל שלא בא האונס בפקדון ממש כגון שמתה הבהמה או שנטלה לסטים מזוין, ואע"פ

שאיירע אונס לשומר שלא מחמת האבדה ממש חייב, שהרי לא נאנס הפקדון אלא הוא ואונסין דשומר שכר כאונסין המפורשין בשואל, דכתיב ומת או נשבר או נשבה. כלומר שמת הפקדון או שנשבר או שנשבה, הא נשברה רגלו של שומר ואינו יכול לשומר, או שנשבה – חייב, וצ"ע. אח"כ מצאתי בתוספות שמגמגמין בה מחמת קושיא זו בעצמה שהקשיתי בישן". מהרשב"א מבואר דבאונס בגופו בכל ענין חייב, דאין בשומר את הפטור של אונס בגופו, דשומר שכר חייב לשמור ולהחזיר החפץ לבעלים, ועל כך התחייב וחייב, ורק אם ארע אונס בפקדון כמו נשבר או נשבה הפקדון, בזה הוא שפטרה התורה, אבל בלאו הכי חייב בכל. ועיין במבי"ט ח"א סו"ס שמא דנראה שלא הכריע במחלוקת זו. ועיין בחדושי הגרע"א לב"ק נו,א בקושיא מהר"מ שיף מדוע לרבה פטור בעידנא דעייל אינשי, עיי"ש בבאור דעת הרשב"א.

ובשו"ע חו"מ שגב, פסק די"א "אפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה, שאי אפשר לגנבם משם אם לא ע"י מחילות, או גם בעידנא דניימי אינשי ונגנבו, או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה, חייב. ואפילו הקיפו חומה של ברזל. ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל, חייב בגניבה ואבידה, אלא אם כן היה שם ולא היה יכול להציל", ורק באונס דליסטים מזוין פטור, כמש"כ שם בס"ג. וכן כתב גם בתשובותיו אבקת רוכל סי' קלט. ולפ"ז בהתאם לפסק השו"ע יש לחייב הבחור אוסף הכסף/ השומר בנדו"ד.

וביש"ש ב"ק ו'א דחה את ראית התוס' מהא דלא מצאנו שומר שכר שפטור אלא בליסטים מזוין, ולא שייך גביה טוען טענת גנב, דפשיטא דמי שסובר שליסטים מזוין גזלן הוא, ק"ו נגנבה באונס גדול, והוי כטענת אונס. דמאחר שטען נגנבה באונס גדול, אינו דומה כלל לטוען טענת גנב, אלא לטוען סתם נאנסה וגרוע יותר מליסטים מזוין דאינו כ"כ אונס גדול. וס"ל ליש"ש דאף השאלתות והירושלמי לא איירי באונס גדול, אלא בשמירה סתמא כדרכה. והיינו משום דבעי נטירתא יתירתה. ואף התוס' ב"מ מב,א כתבו דשומר שכר פטור בגניבה ואבידה באונס. ועוד, דלישנא דסתמא דתלמודא בב"ק קיח,ב נגנבה באונס והוכר הגנב כו', דמשמע להדיא דפטור שומר שכר בגניבת אונס, ואף שהתוספות (שם ד"ה נגנבה) פירשו דאיירי בליסטים מזוין, מ"מ לישנא דנגנבה באונס משמע כפשוטו. וע"כ הסיק היש"ש; "הילכך שומר שכר חייב בגניבה ואבידה, עד דנטיר נטירה יתירה. כדאיתא בפרק הפועלים (ב"מ צג,ב) דאי עייל בעידנא דעיילי אינשי. וכן ניים, ונגנבה ונאבדה חייב. וכן כל כה"ג, כדאיתא התם. והיכא דהוי אונס, שלא היה יכול לשמור, מאיזה סיבה שבעולם שנאנס, פטור, כן נ"ל הלכה למעשה". וכדעת היש"ש פסק הש"ך חו"מ שגד, דהעיקר כפוסקים דגניבה באונס פטור, וכמש"כ ביש"ש. ומה שציין הש"ך לתש' המבי"ט ח"א סו"ס שמא, ותש' מהרשד"ם חו"מ סי' תנט (עיי"ש בדברי השואל), לכאורה בדבריהם שם

משמע דלא כיש"ש אלא שחייב בגניבה בכל ענין ורק בליסטים מזוין פטור. ועיין להלן שהובאו דברי מהרשד"ם (תחומ"מ סי' קלד), שמשמע דעתו כדעת הראשונים ששומר שכר פטור בגניבת אונס.

ובקצוה"ח שגא, כתב לחדש דכל מה שכתבו הראשונים שחייב בגניבה אפי' באונס גדול, היינו דוקא בגניבה, דכיון שחייבה התורה בגניבה שהיא קרובה לאונס, ממילא חייבה בגניבה אפי' הוא אונס, אבל באבידה שחייבה התורה היא קרובה לפשיעה, לא חייבה באונס, וז"ל:

"ונראה דהיינו דוקא בגניבה הוא דחייב אפילו אם היתה ע"י אונס גדול או שבא עליו חולי ואונס אחר שאינו יכול לשמור, ומשום דכל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייבו רחמנא, וליסטים מזויין למאן דאמר גנב הוא נמי ראוי לחיובו, כיון דכל גניבה חייב אפילו באונס, אלא דגלי קרא לפטור שבויה וכמ"ש תוס'. אבל אבידה ע"י אונס, כגון שבא עליו חולי או אונס אחר שאינו יכול לשמור, הרי הוא פטור, כיון דאבידה קרובה לפשיעה לא חייבו הכתוב ע"י אונס. ולפ"ז אפילו לרבה דס"ל פרק הפועלים צג,א-ב בעל בעידנא דעיילי אינשי ונס בעידנא דניימי אינשי ובא זאב וטרף דפטור, היינו דוקא משום דבא זאב וטרף, אבל על בעידנא דעיילי אינשי או נס כד ניימי אינשי ונגנב, גם לרבה חייב, כיון דאפילו גניבה שע"י אונס חייבתו התורה כיון דכל גניבה קרובה לאונס. וכן להנך אמוראי שם דפליגי אדרבה ומטעמא דאמרו שם דלהכי יהבי לך אגר כי היכי דלינטר נטירותא יתירתא, היינו בבא זאב וטרף הוא דהוצרכו להך טעמא, אבל בנגנב אפילו נטריה נטירותא יתירתא חייב, וכגון שהקיפו חומה של ברזל ונגנב, אבל בא זאב וטרף כד נטריה נטירותא יתירתא ובא עליו אונס שינה פטור, זה הנראה לענ"ד בשיטת תוס'."

מבואר מקצוה"ח דבכל היכי תימצי שאינה גניבה, אם היה באונס, לא חייבה התורה שומר שכר. וס"ל דהן לרבה והן לאמוראי דפליגי עליה, בגניבה אם היה אונס, חייב, ומה שחולק רבה הוא דוקא באופן של בא זאב וטרף שאינו גניבה. (ועיין מש"כ קצוה"ח עב,ה, ועיין בנתיבות שג,ב מה שכתב על דברי קצוה"ח, ובבית אהרן לגר"א וולקין, ב"מ צג,א מש"כ בישוב קושית הנתיבות. וע"ע בדברי משפט בדברי משפט שג,ב שכתב דלא כקצוה"ח.)

אמנם מדברי מהרי"ק בתש' סי' קד נראה דאין חילוק בין גניבה לאבידה. מהרי"ק נשאל בשותפה שנשאה עימה כס של מעות לפרוע לאחר, ובדרך נקרעה הרצועה של הכיס ונאבד הכיס. וטענה דלא הו"ל לאסוקי אדעתא שתקרע הרצועה, ושמרה בדרך השומרים. וע"ז השיב מהרי"ק; "דאין לומר מאי הוה לה לרבה למיעבד הלא

שמרה כדרך השומרים, דפשיטא הוא דשומר שכר חייב בכל אבידה ואפי' שמר כדרך השומרים, ואפי' בדבר שהוא קרוב לאונס מתחייב ולא מפטר אלא באונס גמור.

והשואל ומשיב (קמא, ח"ב קסז) כתב להקשות על קצוה"ח בחילוקו בין גניבה לאבידה, הקשה דמהרא"ש ב"ק ו,ה, מהשאלות והירושלמי שהביא שם, משמע שאין לחלק בין גניבה לאבידה. וכן הקשה, דהרי קיי"ל דגניבה קרובה לאונס ואבדה קרובה לפשיעה, והרי אבדה דקרובה לפשיעה הוא פטור כד נם כדניימי אינשי, ובגניבה הקרובה לאונס יתחייב בדנים כדניימי אינשי. וכתב דכל הדברים הם אליבא דרבה, ולא קיי"ל כוותיה, עיי"ש. אולם במהדורא תליתאה ח"א סי' תלב הביא ראיה לדברי קצוה"ח, עיי"ש.

ומצאתי גם לנצי"ב בהעמק שאלה כ,ג, דכתב להקשות על קצוה"ח, וכתב דאין לחלק בין גניבה לאבידה, אולם בהמשך דבריו (מכתי"ק) כתב לחלק בין גניבה ואבידה לשאר אונסין, דסברת התוס' דגזה"כ דחייב בגניבה באונסין, אבל בשאר אונסין, דאפי' לא יתיב בהדא פטור. והביא שכן משמע ברש"י ותוס' ב"ק מה"א (ועיין במש"כ הנצי"ב במרומי השדה ב"ק מה"א). ומ"מ לשיטת הרי"ף הכל תלוי אם היה שם השומר, לא היה קורה האונס, ואם היה קורה אפי' היה שם, שומר שכר פטור.

מכל הלין נלענ"ד דדין המקרה שלפנינו הינו גניבה ולא אונס, דאף ליש"ש והש"ך שגד דפטור בגניבה באונס גמור, אונס גמור הוא ודאי רק במי שהחביא במקום שרוחק לחלוטין מהדעת שיכול להגנב, כגון אם יחביא במקום שכמעט לא יתכן שהגנב ימצא, אא"כ יהיה לו זמן רב מאד. אבל כספת ביתית, אם אינה מוחבאת כראוי, ניתן לקחת את כל הכספת, ולענ"ד אינו בבחינת אונס גמור שכתב הש"ך. ולכאורה לא נראה לענ"ד שיכול בנדו"ד לטעון טענת קים לי כדעת היש"ש והש"ך, כיון שהם מיירי באונס גמור, וכנידון מש"כ בשו"ע: "שאפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה, שאי אפשר לגנבם משם אם לא ע"י מחילות", שהוא האופן בו נחלקו אם חייב שומר שכר, אבל לא כבנדו"ד.

אמנם עדיין יש מקום לומר שהדבר נחשב כגניבת אונס, כיון שכך הרגילות להניח כספים בכספת זו. וכבר העיר לי עמיתי הגר"מ בצרי שליט"א, דמקרה זה קשה להחשיב כגנבה קרובה לאונס, דהרבה פוסקים פוטרם שומר שכר, גם מגנבה ואבדה ולא רק מפשיעה, כשידעו הבעלים שהוא שומר באופן זה, ואדעתא דהכי הפקידו בידו. ובפרט במקרה זה שהת"ת של הישיבה (שאפשר להגדירו כציבור התלמידים, שהם הבעלים בנדו"ד) נתנו לו את הכספת לשמור בה, ומוכיח הדבר שסמכו על שמירה זו. ואפילו עצם הידיעה שיודע המפקיד שהוא שומר בכה"ג, הוי כקיבל עליו שבשמירה זו יפטר השומר שכר גם בגנבה ואבדה, כמו בדין המפקיד שעל דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.

והביא מדברי מהרש"ך ח"ד סי' כו, וז"ל: "ויראה דכעין זה אין מקום לחייב מהטעם שאמרו לחייב השומר שכר עד שהחמירו עליו, דלא אמרינן אומדין אותו אם היה שם היה יכול להציל חייב אם לאו פטור אלא אמרינן אילו היה שם היה יכול להציל, דיראה דאותם הדברים לא שייכי אלא דוקא בדברים שדרך שמירתם היא שיהיה תמיד עין השומר עליהם ויהיה תמיד אצלם, דהכי משמע לישנא דקאמר אומדין אילו היה שם היה יכול להציל, אמנם כדומה דאלו הסחורות שדרךן ליתנם בוולטא מקום המשתמר כל מה שאפשר, אין דרך הפאטוריש להיות אצל הסחורות ביום ובלילה, ואדעתא דהכי נותנים הסוחרים סחורותיהם בידי הפאטוריש, א"כ יראה לענ"ד בפשיטות דכהאי גוונא אין לחייב לפאטוריש". אך עדיין י"ל דמהרש"ך ס"ל כהני ראשונים שאין לחייב שומר שכר באונס גדול.

עוד הביא עמיתי שליט"א מדברי מהרשד"ם (חחו"מ סי' קלד), דאם שמר באופן שהיה ברור למפקיד שכך צריך לשמור, כגון שהפקידו בידו מעות באופן שיהיו מזומנים לשלחם בשיירה, ממילא לא היה שייך שיטמינם בקרקע, י"ל דאדעתא דהכי נתנו לו לשמור שלא יצטרך לטמנם בקרקע, דיש לילך בשומרים אחר אומדן דעת המפקידים, וז"ל מהרשד"ם: "בנ"ד יש לנו לומר קרוב לזה כי אלו המעות היה צריך הנפקד לשלחם עם השיירה ההולכת לאנגורה ולא לעכבם, א"כ פשיטא שיש לומר שלא קבלם אלא אדעתא שיהיו מוכנים ומזומנים לשלחם בשיירה, ואם כן ודאי שאפי' בש"ש אין לחייבו מצד שהניחם בתיבה, כי ודאי אדעתא דהכי קבלם להניחם שם, וכיון דאדעתא דהכי, אין כאן מקום לחייבו אלא מטעמא שנהי נמי שלא היה חייב לקוברם בקרקע, מ"מ יש לחייבו כיון דהוי ש"ש, היה לו להיות יושב ומשמר, שכן כתב הרשב"א כמו שכתבנו למעלה, מ"מ ראיתי כתב המרדכי בפירוש, וז"ל; והיכא דשמר בקרקע, אפילו ש"ש פטור, כן פירש בספר המצוות הגדול. אבל ר"י פסק דגנבת כספים בקרקע גנבה היא ולא אונס, וש"ש חייב. ותימא גדול היא מה ה"ל למיעבד, וכי תימא היה לו לשמור שם לעולם שלא יבואו הגנבים ... כתב ונראה דר"ל דכיון דיודע המפקיד שאין הנפקד רגיל לשמור שום דבר כלל כי אם בענין זה, מעיקרא אדעתא דהכי קא מפקיד, ע"כ. ואחר שאנו הולכים בתר אומדן דעת המפקידים, שכבר יודעים שהשומרים אין להם מקום כל אחד אלא כפי מה שהוא, אין בין שומר שכר לש"ח בזה שום חלוק, א"כ מצינו מקום לומר שראובן פטור, שהרי לפי דעת הסמ"ג כיון ששמרו שמירה מעולה אינו חייב להיות יושב ומשמר, ואם נגנב משם פטור, גם המרדכי תמה על ר"י ואמר דתימא גדול היא כנ"ל ... נמצא דאיכא מרבוותא דפליגי אהרשב"א ושאר הגדולים, דסברי שלעולם ש"ש חייב אפי' באונס גופו של שומר עד שיגיע לפקדון גופיה, שהרי נרא' שאין כן דעת הסמ"ג. גם לזה נוטה דעה הרמב"ן שהביאו רי"ו, שדעת הרמב"ן שאם קפץ על השומר חולי או אירעו אונס בגופו פטור, שזה

דומה כמי ששבאוהו ליסטים ואח"כ נגנבה הבהמה ... אבל האי דלא שמר בקרקע, לא אמרינן הכי משום הא ליכא לחיוביה, דכי היכי דבזמן דנהוג עלמא לשמור בקרקע פטור אפי' נגנב משם, שלא כדעת הרשב"א, גם בזמננו זה כל ששמר שמירה מעולה כפי הזמן הדין שוה, וכמו שנראה מהגהה במרדכי שהבאתי שהכל הוי אונס. וא"כ אחר שראובן שמר כדרך הנהוגה לקומישאריוס, ומצא ביתו שחתרוהו, מה שלא היה עולה על הדעת, נראה דמצי למימר קים לי כהני רבוותא, ויש לנו לומר כמ"ש אבי העזרי, שהכל תלוי לפי מנהג המקום, ויש לנו (לומר) שהמפקידים על דעת כן הם מפקידים, וכמ"ש הר"י בעל ת"ה".

דברי מהרשד"ם הובאו באריכות, ואף שמדבריו עולה ששומר שכר אינו חייב בגניבת אונס, מבואר שסמך יתדותיו על הפוסקים הסוברים כן, וכמו שהביא מדברי המרדכי והגמ"ר, ופסק דלא כדעה שאם שמר בקרקע חייב. אך בשו"ע פסק להדיא שחייב שומר שכר אפי' הטמין בקרקע. וכמש"כ לעיל, דעת מהרשד"ם מצטרפת לדעת הפוסקים שיש לפטור שומר שכר בגניבת אונס.

עוד הביא עמיתי שליט"א מהפת"ש (חז"מ רצא, ח), על דברי המחבר בשו"ע שם רצא, כ, דמעות שמולכם בדרך צריכים להיות קשורים בגופו עד שיגיע לביתו, והביא הפת"ש מתש' חת"ס (חזו"מ סי' קסח) בבן של שותף, שהיה בידו צרור כסף משותפות אביו, ושם הכסף בחפיסה שלו עם מעותיו של עצמו, והניח הכסף בכיס התפור בבתי שוקיים, ובדרך אבדו המעות, וכתב החת"ס דהוי כעין פשיעה, כיון שהיה הארנק צריך להיות בכיס קשור לבית החזה. והפת"ש חלק, דכיון שמה שהניחו בכיס התפור בבתי שוקיים היה במעמד השותפים, ונתרצו השותפים על שמירה פחותה כזו, אין לחייבו, ושכן כתב מהרש"ך. הנה לכאורה אינו ראייה לנדו"ד, דשם הפת"ש כתב לענין דלא הוי פשיעה, ובן השותף לכאורה אינו שומר שכר, וכיון דאינו פשיעה, פטור מגניבה ואבידה. אבל שומר שכר יתחייב. וגם אם ראו השותפים ששומר שכר שומר בדרך מסוימת, הסכימו שכך יש לשמור, אך אין זה פוטר אותו מגניבה ואבידה, ואפי' באונס לשיטות המחייבים שומר שכר בגניבת אונס.

ומה שהביא עמיתי שליט"א מערוך השולחן שג, וז"ל: "וזה דבר פשוט אם ידוע בעיר דרכי השמירה של שומרי שכר ושמר בשמירה זו דפטור אף לדיעה ראשונה דעל דעת כן מסר לו (מרדכי שם)". מבואר להדיא דמש"כ ערוה"ש הוא לשיטת המרדכי, ודעת המרדכי הובאה לעיל. וע"כ אין ראייה שבכה"ג ששמר לפי דרכי השמירה, שיהיה השומר פטור מגניבה ואבידה, אף לא גניבה של אונס, דדעת המרדכי הינה דעת החולקים, שכמותה פסק ביש"ש והש"ך, אך לא כן דעת המחבר בשו"ע.

ולכן לדינא, על הצד שהשתמש בכסף (ואם השתמש בחלקו, עיין לעיל), חייב ודאי בכל ענין, כדין מלוה שחייב באונסין. ואם לא השתמש ודינו כשומר שכו, דעתי נוטה שחייב הבחור שאסף כספים, כיון שכך נפסק בשו"ע, וכן דעת רוב הפוסקים. ולכאורה עדיין יש מקום לומר שיכול לטעון טענת קים לי כראשונים הנ"ל החולקים, וכמו שפסקו הש"ך והיש"ש. לכן לענין דינא בכה"ג, יש אפשר, באופן שאין לחייב את הבחור בכל הסכום אלא בשני שליש מהסכום.

ה. פשרה בגין אי שבועת השומרים

לענין הפשרה צרפתי כבר את חיוב השומר בתשלום מדין פשרה, מחמת אי השבעת השומר בשבועת השומרים. שהרי אם השומר נאנס, הוא חייב להשבע שבועת התורה של שומרים, כדקיי"ל בשו"ע חו"מ רצה"ב: "נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו ג' דברים, ששמר כדרך השומרים ושאיננו כן, ושאינו ברשותו, ושלא שלח בו יד קודם שאירעו המאורע הפוטר אותו. ואם רצה לשלם, נשבע שאינו ברשותו וכולל בשבועתו שכך וכך היה שוה".

ובזמננו נוהגים שלא להשביע אלא אפשר, כך נמצא בדברי האחרונים, וכך נהגו בתי הדין. השבות יעקב בתש' (ח"ב סי' קמה) כתב דפשר הקרוב לדין, הכוונה שלא לחלוק את הדין לחלקים שונים: "אך אכתי אין שעור לדבר, אפילו זהוב אחד שעושין יותר ממה שמתחייב בדין, ג"כ מקרי קרוב לדין ... אך ורק ליבי אומר לי דעכ"פ לא יפטור זה שמתחייב בדין בכל השלוש מאות, לא יפטור אותו יותר משליש ... ויתחייב עכ"פ בשני שלישים שזה מקרי קרוב לדין". מבואר מדברי השבות יעקב, דקרוב לדין היינו, שאם הדין נותן שפלוני יתחייב סכום מסוים, הפשרה הינה שישלם שני שלישי.

ובדברי מלכיאל בתש' (ח"ב סי' קלג) כתב שמנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שליש מכפי הטענה. אך הדברי מלכיאל סובר שאין לדמות מש"כ השבות יעקב לנודון השבועה, דהא השבות יעקב מיירי בפשרה שאינה מכח שבועה. וממשיך הדברי מלכיאל, וז"ל: "והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה, אני נוהג באופן כזה, דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים, הדרך האחד - לשום כמה שוה השבועה לאיש זה, היינו כמה היה נותן להפטר ממנה, וזה תלוי בערך האיש המחויב השבועה ובערך השבועה, אם לפי אומדנא טענתו חזקה ויכול לישבע או לא. והדרך השני - לפי הענין, כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש, או להיפוך, שהנתבע כופר בשקר".

ובהמשך דבריו משלב הדברי מלכיאל בין הדרך הראשונה לדרך השניה, דכאשר מרגיש הדיין שהאמת עם התובע, א"כ הנתבע אינו יכול להשבע את השבועה המוטלת

עליו, ובודאי מניעת שבועת שקר שוה הרבה. לפ"ז על הדיין לשקול ולאמוד בדעתו את מהות התביעה והטענות של הצדדים. נטיית דעתו תקבע את הנקודה שבה תעצר הפשרה לאורך התביעה. ואם נראה לו שהצד שצריך להשבע אינו צודק, ואם היה מחייב שבועה היה נשבע לשקר, עליו לשקול את מהות האדם, כמה שוה לו להנצל משבועה שכו"כ סיכוייה שתהא שיקרית. ובהמשך הביא דרך שלישית לפשר ע"פ מה שנראה לדיין כישר והגון. ולפ"ז הלכה למעשה יש לשקול את טענות הצדדים ומהות האדם, וכל דיין לפי ראות עיניו.

ומש"כ הדברי מלכאל לדחות את מנהג הדיינים הזקנים לתת ניכוי שליש בעד השבועה, נראה דמנהג הדיינים הזקנים התיחס לשבועת הנוטלין, אולם בשבועת הנפטריין ישלם שליש מהתביעה, שהרי אם היה נשבע היה נפטר לחלוטין, וא"כ ישלם שליש, משא"כ כשהיה נוטל בשבועה הכל, כשנוטל בלא שבועה, ינכו שליש. ונמצא גם לגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה, חח"מ, ח"א סי' לב) שכתב דהמנהג הוא לנכות שליש בעד השבועה, אך בסוף דבריו כתב דאין בידו ספרי האחרונים לדעת בברור מנהג דיינים, אם יש חילוק בין שבועת הנפטריין לשבועת הנוטלין: "אבל כמדומני שנוהגין לפשר בניכוי שליש בעד שבועה בין נפטר בין נוטל, אבל כיון שאין לזה מקור גדול מגמ' ופוסקים הראשונים, אין זה ענין מוחלט והכל לפי עיני הדיין, כי לפעמים ניכר שאינו רוצה לישבע משום שהוא שקר, ובזה צריך לפשר ליתן יותר, ולפעמים ניכר שהתובע מאמין לנתבע רק רוצה להטיל עליו שבועה משום שיודע שלא ישבע ויתרצה להתפשר, בזה יש לפשר ליתן פחות, לכן תלוי בעיני הדיין, אבל אם לא ניכר כלום, כמדומני שנוהגין בניכוי שליש בעד שבועה, בין נפטר בין נוטל". והבאתי רק מראי מקומות לדין הנ"ל של פשרה במקום שבועה, ואף אותה לקחתי בשקול הפשרה הנ"ל.

ו. אם הפסיד שכרו

עוד התעוררתי לדון אם ראובן הפסיד שכרו כשנגנב. ולכאורה י"ל דכל הנידון להלן הוא באופן שלא שמר כראוי, אולם בנדו"ד ששמר כראוי, רק אנו מחייבים אותו בגניבת אונס מכח האחריות שקבל על עצמו כשומר שכר, אינו מפסיד שכרו. וכ"ז אפי' היה שכרו גם על השמירה עצמה (ובנדו"ד לכאורה שכרו רק על אסיפת הכספים ולא על השמירה).

לכאורה הא דשומר שכר שלא עשה מלאכתו כראוי ולא שמר כראוי, מפסיד שכרו, מהא דאיתא בגיטין נדב: ההוא דאתא לקמיה דרבי אמי, אמר ליה ספר תורה שכתבתי לפלוני, אזכרות שלו לא כתבתים לשמן. אמר ליה, ספר תורה ביד מי. אמר ליה, ביד לוקח. אמר ליה, נאמן אתה להפסיד שכרך ואי אתה נאמן להפסיד ספר

תורה. אמר ליה רבי ירמיה, נהי דהפסיד שכר אזכרות, שכר דספר תורה כוליה מי הפסיד. אמר ליה, אין, שכל ספר תורה שאין אזכרות שלו כתובות לשמן אינו שוה כלום. ולכאורה מה הקשה רב ירמיה לרב אמי, וכי לא ידע שס"ת שאין אזכרות שלו כתובות לשמן, אינו ס"ת. אלא שאם היה מדובר במוכר או בקבלן, פשוט שלא עשה לו ספר תורה ואין לו שכרו, אלא דמיירי בפועל, דאף שחלק מהזמן לא כתב כראוי, מ"מ על מה שכתב כראוי, סבר רב ירמיה שמגיע לו שכר. וע"ז ענה לו רב אמי, דכל ס"ת שאין אזכרות שלו וכו', דכיון שהסופר השכיר לא שמר כראוי, אין לו שכר כלל גם על מה ששמר. כן נראה לכאורה בהסבר דברי הגמ'.

והנה הרשב"א בתש' (ח"ד סי' קל), כתב וז"ל: "שאלת, הא דקיי"ל בפרק הגזול עצים (צטב) בטבח אומן שקלקל שאם עושה בשכר חייב לשלם, אם שחט כראוי ונמצאת סכיניו פגומה מהו שישלם. ואמרת דמסתברא לך שהוא פטור מלשלם דאימור בעור נפגמה. תשובה. כדין אמרת לפוטרו מן התשלומין ... אבל שכרו הפסיד, דאף הטבח אינו נוטל שכרו מספק, דדלמא בסכין פגומה שחט". מדברי הרשב"א למדים שאומן שקלקל במלאכתו אינו נוטל את שכרו, ואף אם ספק קלקל, אינו יכול להוציא שכרו מספק. ואפשר דיש לחלק בין כשודאי שחט בסכין פגומה, דחשיב פשיעה במה שלא בדקה, וכמש"כ לעיל, לבין טבח שקלקל בשעת מעשה, דבכה"ג יש צד לומר שיש לו שכרו.

ובקצוה"ח (שה ס"ק ב) מבואר שאפי' אין לחייבו על הנזק, מפסיד שכרו, וז"ל: "ונראה דאע"ג דשמירה בבעלים פטור אפי' מפשיעה, אבל שכרו מיהא מפסיד, דלא גרע מעבדים ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן, כמבואר בפרק הזהב והוא בטור ושו"ע שא"א. וכל שלא שמר כראוי מפסיד שכרו, ואפי' בשמירה בבעלים. אלא דנראה דהיינו דוקא היכא דנתן לו שכר לשמור, א"כ כל שלא שמר כראוי, אפי' שאין בו דין שמירה, אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשמרו כתורת שומר שכר". מדברי קצוה"ח מבואר שאפי' במקום שאין לחייבו על הנזק שנעשה, מ"מ מפסיד את שכרו. וראיה משומר עבדים שטרות וקרקעות, שאף שאין בהם דין שמירה, מ"מ אם לא שמר עליהם כראוי הפסיד שכרו, כדאיתא בב"מ נח, א ובחו"מ שא"א.

וכאשר נאנס שומר שכר, מבואר ברב המגיד שכירות ב,ב, שלא הפסיד שכרו: "ומהשמועה האמורה בגמרא גבי הקדש יש ללמוד, ששומר שכר שפטור מאונסין בכל מקום, אם נאנס ה"ז לא הפסיד שכרו אלא נשבע שנאנס ונוטל שכרו ועיקר". והביאו להלכה הש"ך שגה, וכתב דכן מוכח מהגמ' ב"מ נח, א: רמי ליה רב יוסף בר חמא לרבה, תנן נושא שכר אינו משלם, ורמינהו השוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק לשמור את הזרעים אין נותנים לו שכר שבת, לפיכך אין אחריות שבת עליו,

היה שכיר שבת שכיר חדש שכיר שנה שכיר שבוע, נותנין לו שכר שבת לפיכך אחריות שבת עליו, מאי לאו לשלם, לא להפסיד שכרו. ומוכח דדוקא כשלא שמר כראוי מפסיד שכרו. וכן פסק בשו"ע חו"מ שא"א: "... ומכל מקום שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי". ועיין בפת"ש שם ס"ק ב, שהביא מתש' בית דוד (חחו"מ סי' א), שאם מסר לשמור עשרה שטרות תמורת שכר של עשרה זהובים, ונאבד אחד מהם בפשיעת השומר באופן דמפסיד שכרו, מפסיד שכר כולן ואין צריך לשלם לו שכר שמירה כלל, אפילו בעד השטרות ששמרן יפה. וציין הפת"ש לתומים סו,סח, שאם שכרו על כמה ימים בהבלעה, הפסיד גם שכר הימים שעברו, רק אם שכרו לימים נפרדים, אין מפסיד של שאר ימים, והביא ראיה מב"מ נח,א הנ"ל, וכמש"כ הרש"ש שם, דאם היה שכיר שבת שכיר חודש כו', מפסיד שכר כל השבת וכל החודש, כמו בהעבר לי מאה חביות בק' פרוטות, משא"כ בשכיר יום אינו מפסיד אלא שכר אותו היום בלבד, דדמי להעבר לי חבית חבית בפרוטה, דכל חבית שכרה באפי נפשה.

ועל מש"כ המגיד, כתב הנתיבות שג,ג, דשומר שכר יש לו שכר בנאנס עד לזמן האונס, אבל משעת האונס ואילך שכבר אינו שומר על החפץ, פטור בעה"ב, דדין זה תלוי בדין אונס בשכירות פועלים, שעל המוציא מחבירו הו"ל לאתנויי (עיין מה שכתבתי בח"א סי' יא ועוד). ודוקא באונס שאירע על החפץ, אבל אם השומר נאנס ולא שמר, כיון שלא ההנה לבעה"ב, פטור בעה"ב משכרו. ולפ"ז בכ"ע בנדו"ד ששמר כראוי, רק מחייבים אותו מכח האחריות, יש לו שכרו, אף אם חלק משכרו היה על השמירה.

גם לכאורה נראה דבשומר יש שני ענינים, יש פעולת השמירה ויש קבלת האחריות, וכמש"כ קצוה"ח עד,ב, ולכן שומר יכול לחזור בו בחצי היום מפעולת השמירה, אך לא מקבלת האחריות: "דוקא פועל יכול לחזור, משום דלי בני ישראל עבדים (ויקרא כה, נה. ב"מ י, א), אבל שמירה דהוא חיוב ושעבוד שיתחייב לשלם אם יגנב או יאבד תוך הזמן, א"כ גם כשמחזירו למפקיד ונגנב או נאבד בבית הבעלים, נמי חייב השומר לשלם, וכמ"ש בשו"ע בסימן ע"ב סעיף ג במשכון שהחזיר ללוה, וא"כ הא נמי דכתב בשו"ע יו"ד סימן קע"ז (סעיף ל"ו) במקבל עיסקא דיכול לחזור בחצי יום, נמי דוקא מטורח פעולתו שמחויב מקבל העסק יכול לחזור, כדכתיב כי לי בני ישראל עבדים, אבל מדין שמירה שמקבל עליו לשמור חלק הפקדון, לא נפיק מחיובו, דלא גרע משאר שומרין דאינו יכול לחזור עד הזמן, וכמ"ש בשו"ע בסימן רצ"ג". ולפ"ז לכאורה בכל שומר שכר מה שמפסיד שכרו הוא על פעולת השמירה, אבל חלק משכרו זה גם קבלת האחריות, וזה אינו מפסיד גם בפשע. וצריך לבחון כמה חלק הוא בפעולת השמירה וכמה באחריות, וצ"ע לדינא. אך מ"מ בנדו"ד בכל ענין יש לו

שכרו, גם ששכרו לא היה על השמירה, וגם כיון שנאנס ושמר כראוי, יש לו שכרו בכל מקרה.

נקודה נוספת שהתעוררתי, אם במסגרת הפשרה יש לקחת בחשבון שאם נחייב את הבחור בסכום גבוה, בעתיד ימנעו בחורים מלאסוף כספים, וכדין אפוטרופוס שנחלקו ת"ק ואבא שאול בגיטין נב,ב, מתי פטרוהו משבועה, כשהשקול הוא שלא ימנע מלהיות אפוטרופוס: אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע, מאי טעמא, אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא הוה ליה אפוטרופוס, ומשום שבועה לא אתי לאמנועי . מינוהו ב"ד לא ישבע, מלתא בעלמא הוא דעביד לבי דינא, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי. אבא שאול אומר חילוף הדברים, מ"ט מינוהו ב"ד ישבע, בההיא הנאה דקא נפיק עליה קלא דאיניש מהימנא הוא, דהא סמיך עליה בי דינא, משום שבועה לא אתי לאמנועי. מינוהו אבי יתומים לא ישבע, מילתא בעלמא הוא דעבדי להדדי, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי. ועיין שו"ע חו"מ רצ,טז.

ובפת"ש חו"מ עב,י, על דברי המחבר בשו"ע עב,ה: "מי שנתמשכן על ידי נאמני הקהל על חלקו המגיע מהמס, ונגנב המשכון, אין לקהל ולא לנאמן דין שומר שכר", הביא הפת"ש מתש' שיבת ציון סי' צט, דהשואל רצה לומר דגם גבאי צדקה הוא כנאמן הציבור לגבות מסים, דלא שייך ביה לומר דניחא ליה להתחייב מפני שם טוב שיצא עליו, וממילא יש לפוטרו אפילו בפשיעה לדעת הפוסקים באפוטרופוס שמינהו אבי יתומים דפטור אפילו בפשיעה משום דאתי לממנע (עיין ש"ך רצ,כה). והבנין ציון השיב שאין לדמות ממונים על הציבור זה לזה: "דנאמן הציבור לגבות מסים, אין לו לתפארת ושבח, שכמה פעמים נעשים ע"י תחבולות כו", וזה לא שייך בגבאים דבתי כנסיות אשר בקהילתנו, שאין מתמנים ע"י תחבולות, רק ע"י הפצרות אנשי בהכ"נ שנתנו עיניהם בו, ובודאי הוא לו לתפארת ושבח, ויצא עליו קלא דגברא מהימנא הוא. ולכן יש לו דין אפוטרופוס שמינהו בית דין לאבא שאול, דהא סמכו עליו הציבור, וליכא חשש דאתי לממנע, וחייב לשלם אם פשע בשמירת מעות צדקה".

ואף שבנדו"ד לא נעשה ע"י תחבולות, ואין מזה תוספת כבוד ושבח, מ"מ כיון שמקבל שכר על פעלו, לא אתי להמנע מלאסוף כספים, ולכן לא סברתי שיש למעט חלקו של ראובן במסגרת הפשרה.

לאמור לעיל, על הצד שראובן לא השתמש בכסף, יש לחייבו בשני שליש מהסכום שאסף ונגנב.

סימן כז

בדו"ד בין שוכר ראשון לשוכר שני

ראשי פרקים

א. חודש העיבור

ב. הסבר קרקע בחזקת בעליה, והדין במטלטלין

ג. בשכירות קרקעות אם דמים מודיעים

בראובן שהשכיר דירתו לשמעון. בדירה יש גם יחידת דיור, וראובן התיר לשמעון להשכיר את יחידת הדיור לאחר. שמעון השכיר את יחידת הדיור ללוי. בין שמעון ולוי נפלה מחלוקת על הזמן שהשכיר שמעון ללוי את יחידת הדיור. שמעון טוען שהשכיר לארבעה שבועות, ולוי טוען שהשכיר לחמשה שבועות. השאלה היתה אם גם בכה"ג אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואם בשכירות קרקע אמרינן דמים מודיעים.

א. חודש העיבור

תנן בב"מ קב,א-ב: המשכיר בית לחבירו לשנה, נתעברה השנה נתעברה לשוכר השכיר לו לחדשים, נתעברה השנה נתעברה למשכיר. מעשה בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהב לשנה מדינר זהב לחדש, ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל ולפני רבי יוסי ואמרו יחלוקן את חדש העיבור. והקשתה הגמ' שם: מעשה לסתור. ות", דהמעשה בציפורי מיירי שאמר לו לשון כפולה, יב דינרים לשנה, דינר זהב לחודש. ובגמ' שם נחלקו רב ושמואל. רב אמר שאם היה שם היה חודש העיבור כולו למשכיר, דס"ל תפוס לשון אחרון. ושמואל ס"ל דאם בא בתחילת החודש, כולו למשכיר. בסוף החודש, כולו לשוכר. באמצע החודש יחלוקו. ופרש"י שם, דכיון דמספקא לן איזה לשון לנקוט, בתחילת החודש, העמד קרקע בחזקתה, בסופה שכבר דר בה והשאלה על דמי השכירות, העמד ממון על חזקתו, ובאמצע החודש, מה שדר כבר, העמד ממון על חזקתו, ומה שלא דר, העמד קרקע בחזקתה. ורב נחמן אמר, קרקע בחזקת בעליה קיימת. ולא משנה אם אמר בתחילה יב דינרים בשנה דינר בחודש, או אמר דינר בחודש יב דינרים בשנה, ופרש"י שם דברי רב נחמן: "ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר, שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחילת החדש נולד, והעמד קרקע על חזקתו, ונמצא שדר בשל חבירו, וצריך להעלות לו שכר".

ולכאורה מה שמעמידים הקרקע בחזקת המשכיר אף בבא בסוף החודש, ואף כשהדין הוא על פירות הקרקע, ובתחילת החודש השוכר מוחזק, ומדוע מעמידים בחזקת המשכיר הבעלים, ולא בחזקת השוכר המחזיק בפירות הקרקע. נראה, דאין לנתק ענין פירות הקרקע מגוף הקרקע, וגם כשנופל ספק בפירות הקרקע והשוכר מוחזק, פירות הקרקע הקשורים בקרקע עצמה, אין לדון בהם במנותק מהקרקע. ולכן יסוד השאלה מי הוא המוחזק בבסיס הדבר, דהיינו הקרקע. כך נראה גם לפרש דברי מהרי"ק (סי' קיח): "... דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ואף על גב דאפי' מיפוך, ואפי' בא בסוף הקדש כולן למשכיר וצריך השוכר לפרוע כל שכר החודש למשכיר, אף על גב שהבית בחזקתו לענין הדירה שהרי מושכרת לשנה, ואפי' הכי לא אמרינן דתהוי בחזקתו לפוטרו מספק כדמוכח שם בהדיא וכדפי' שם רש"י, אלא אמרינן העמד קרקע בחזקת בעליה. וע"כ היינו טעמא דמאחר שגוף הקרקע למשכיר, אף על גב שהדירה לשוכר, יפה כח המשכיר בקרקע מכח השוכר וחייב השוכר לפרוע כל השכירות, אף על גב דמספקא לן אי אמר תופס לשון ראשון או לשון אחרון כדאיתא התם". דפירות הקרקע אינם מנותקים מגוף הקרקע, וכיון שיסוד השאלה מתחילה בקרקע, שממנה באים הפירות, יפה מוחזקות הבעלים שהם בקרקע, ממוחזקות השוכר שאינה בקרקע אלא בפירות.

אמנם אפשר לפרש לכאורה לשיטת רש"י, דהספק לא נולד בחודש העיבור אלא מיד כשהשכיר המשכיר לשוכר נולדה השאלה מהו הזמן של השכירות, יב חדשים או יג, ממילא בשעת לידת הספק לא היה השוכר כלל מוחזק אלא הבעלים, וממילא אין אפשרות להעמידו על חזקתו בשעת לידת הספק. וכך נמצא בדברי הגרא"ו (קובץ הערות ליבמות, סז, יב): "... ואמאי לא נימא אדרבא, בחזקת שוכר קיימא עד השתא וספק אם יצאה עכשיו מרשותו, אלא אמרינן דכיון דהספק הוא על תחילת היציאה מרשות בעלים, אם נפקעה מרשותו לזמן מרובה או לזמן מועט, מוקמינן בחזקת בעלים הראשונים". דאף שברש"י מבואר להדיא דהספק נולד בתחילת החודש, כתב הגרא"ו לבאר (לא בדעת רש"י) דהספק נולד מיד בתחילת השכירות.

ג. הסבר קרקע בחזקת בעליה, והדין במטלטלין

וענין קרקע בחזקת בעליה עומדת אפשר להסביר, דכיון שיש ספק בתחילת החודש אם ליתן את הקרקע למשכיר או לשוכר, כיון דהשאלה אם להחזיר את הקרקע למשכיר כבר כעת או לא, קרקע בחזקת בעליה עומדת ומחזירים למשכיר, ואף אם בא בסוף החודש, כיון דהספק נולד בתחילתו, כבר בתחילת החודש, זמן שנולד הספק, תחזור למשכיר, כיון שהקרקע דינה לחזור למשכיר, והשאלה מתי תחזור למשכיר אם בתחילת החודש או בסופו, וכיון שהקרקע בחזקתו, דהיינו שעשויה לחזור לבעלים,

חודש הספק תחזור למשכיר. או שההסבר, דקיי"ל בכל ספק המוציא מחבירו עליו הראיה, והשאלה מי מוחזק בספק החודש, האם המשכיר שדר במקום או הבעלים של הקרקע, וס"ל לרב נחמן שאין מציאות מגורים בקרקע מהוה חזקה אלא כל שאלה של הקרקע, גם שכירות קרקע שאינה אלא השתמשות בגוף הקרקע, היא שאלה של מוחזקות בקרקע, המוחזק בקרקע הוא בעלי הקרקע ולא השוכר, ולכן חודש העיבור שייך למשכיר. הנפק"מ לכאורה, מה יהיה הדין אם חודש העיבור יחול באמצע שנת ההשכרה, דהיינו שבכל מקרה הקרקע לא עומדת לחזור למשכיר אחרי חודש העיבור או בתחילתו, אלא השכירות נמשכת לאורך השנה. אם נאמר דקרקע בחזקת בעליה, היינו שעומדת לחזור לבעלים והשאלה מתי תחזור לבעלים, בתחילת החודש או בסופו, דבר זה שייך לכאורה דוקא אם הנידון באדר שבסוף השכירות. אולם אם ההסבר שהמשכיר מוחזק בכל ספק, אין חילוק אם הספק נולד באמצע השנה או בסופה. וראיתי שבדבר זה נחלק השו"מ (תנינא ח"ב סי' כט) עם אביו זצ"ל, ודעת השו"מ דבכל ענין קרקע בחזקת בעליה קיימא, גם אם הספק באמצע שנת השכירות, וראיה דבסוגיא הגמ' לא חילקה בין אם הספק נולד בחודש האחרון או באמצע השנה. ועיי"ש שהסביר, דאף שלכאורה הספק בגמ' הוא אם תפוס לשון ראשון או אחרון, ומה שייך קרקע בחזקת בעליה עומדת בספקא דדינא. וע"ז כתב דהספק בתפוס לשון ראשון או אחרון הוא ספק במציאות, מה היתה הכוונה כשאמר יב' דינרים לשנה דינר זהב לחודש, ולכן בזה מעמידים הקרקע בחזקתה, משא"כ בספיקא דדינא, עיי"ש.

[ומה שיש הכרח להסביר שיב' דינרים בשנה דינר זהב לחודש, אי תפוס לשון ראשון, תלוי בכוונה ואינו ספיקא דדינא, דבספיקא דדינא לא שייך היה להעמיד בחזקת מרא קמא, וכמו שכתבו התוס' בב"ב לב"ב (ד"ה והלכתא): "התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי, ואוקמינן ארעא בחזקת מרה קמא, אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן, התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרה קמא ונוציא מיד המוחזק". הרי שאם היה הספק ביב' דינרים לשנה וכו', אם תפוס לשון ראשון הוא ספיקא דדינא ולא בכוונה, לא היו מעמידים בחזקת מרא קמא. ועיין בתש' הגרע"א (קמא סי' לז) בהסבר הדין, דחזקת מרא קמא היא כחזקת איסורים, שמחזיקים שהדבר לא השתנה ממה שהיה, וזה שייך בספק במציאות ולא בספיקא דדינא: "דחזקת מרא קמא הוא כמו כל עניני חזקות, דאוקי אחזקה דלא נשתנה ממקודם, וכמו חזקת היתר ואיסור, משו"ה בספיקא דדינא דלא שייך לומר אוקי אחזקה דמקודם, ממילא אין עושין מעשה להוציא מיד המוחזק".]

ולכאורה הנפק"מ בין ההסברים תהיה גם לנדו"ד. דאם נאמר דהטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת מפני שעשויה לחזור לבעלים, ובשעת לידת הספק השאלה אם ימשיך השוכר בשכירותו או תחזור לבעלים, וכיון שעשויה לחזור לבעלים הרי

היא בחזקת הבעלים, א"כ גם בשוכר ראשון יהיה הדין כן, דכיון שעשויה לחזור אליו, הקרקע בחזקתו לענין ספק חודש העיבור. משא"כ אם נאמר שקרקע בחזקת הבעלים היא מעצם מהות הקרקע שהיא בחזקת הבעלים, והשוכר הוא המוציא ועליו הראיה, לכאורה זה שייך רק בבעלים ששם על הקרקע, משא"כ בשוכר ראשון אין שמו על הקרקע, ואין הקרקע בחזקתו לענין שהשוכר השני יחשב למוציא. ומ"מ יצא לכ"ע, שאם הספק הינו בחודש שהוא באמצע השכירות, הן להסבר הראשון והן להסבר השני, אין הקרקע בחזקת השוכר הראשון, דגם לטעם הראשון אינה עשויה לחזור כעת לשוכר.

ומזה יצא נפק"מ גם לענין שוכר מטלטלין, ונפל ספק לענין חודש העיבור, האם השוכר יחשב מוחזק והמשכיר מוציא, או שגם במטלטלין הדין כן. דאם נאמר שדבר המושכר עשוי לחזור לבעלים, הדין כן גם במטלטלין שיהיה המשכיר מוחזק. אך אם נפרש שהוא דין בחזקת קרקעות, ששם בעליה עליה, דבר זה אינו שייך במטלטלין. ונחלקו בדבר זה האחרונים, ולמעשה מקור מחלוקתם בשתי שיטות בתוס'. איתא בב"ב סא,ב: ההוא דא"ל לחבריה ארעא דבי חייא מזבננא לך, הואי ליה תרתי ארעתא דהוה מתקין דבי חייא, אמר רב אשי חדא אמר ליה תרתי לא א"ל, ואי א"ל ארעתא סתמא, מיעוט ארעתא שתיים, ואי א"ל כל ארעתא, כל ארעתא דאית ליה לבר מבוסתני ופרדיסי. ובתוס' שם (ד"ה ארעתא) הקשו, מדוע ארעתא משמע תרתי, הרי בב"מ קג,א, מי שהשאל לחבירו כלי חפירה לחפור פרדסים, יכול לחפור כל פרדסים שיש לו, ולא אמרו דוקא שני פרדסים. ותירצו התוס' בתרוץ ראשון, דבכלי חפירה הדרך לפרש כוונת השואל, וממילא גם המשאל, שכוונתו לחפור כל פרדסיו, משא"כ במכירת קרקע לא ימכור כל שדותיו בלשון ארעתא. ובתרוץ שני תירצו התוס' בשם י"מ, דבכלי החפירה השואל מוחזק בכלי החפירה, לכן בספק יכול לחפור כל פרדסיו, משא"כ בקרקע המוכר, הבעלים, מוחזק בקרקע, ועל הקונה המוציא הראיה. ודחו תוס' את תרוץ הי"מ, וז"ל: "ואין נראה לר"י, דהתם נמי הואיל וסופה לחזור לבעליה הוי משאל מוחזק, כדאמר רב נחמן (שם דף קב,ב) קרקע בחזקת בעליה עומדת, הואיל וסופה לחזור לבעליה". מבואר מדברי התוס' פשט בקרקע בחזקת בעליה, שעשויה לחזור לבעלים, ולכן כבר כעת בהיותה ביד השוכר, הרי היא בחזקת הבעלים, וממילא סברא זו הינה גם למטלטלין שכורים, שעשויים לחזור לבעלים.

וממשיך התוס': "ואין לומר דיש לחלק בין קרקע למטלטלין, דאין חזקת השוכר חשובה בקרקע כמו במטלטלין כדאשכחן (לקמן דף צב,א) גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, דאזלי בתר מוחזק במעות עתה אף על פי שתחלה היו של לוקח ולא אמרינן בחזקת בעלים הראשונים קיימא. דאין נראה לחלק, דהא מיירי התם רב נחמן אפילו בא בסוף החדש שנגמרה חזקתו שדר בה אפילו הכי מוקמן בחזקת

בעלים, וכן בהמקבל (ב"מ קיב) מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש פירות בחזקת אוכליהן, ופריך אמאי לא מוקמן בחזקת בעלים אף על פי שהפירות כבר אכלן מלוה, אם כן לא הוי טעמא משום דחזקת קרקע גרועה אלא משום דסופה לחזור. תוס' מוכיח מזה ששאלת חודש העיבור הינה גם בבא בסוף החודש, שהנידון הוא תשלום דמי השכירות ולא השימוש בקרקע, שאין לפרש קרקע בחזקת בעליה, שהקרקע היא בחזקת הבעלים המשכיר ולא בחזקת השוכר, משא"כ במטלטלין, יש לשוכר מוחזקות במטלטלין השכורים, דאם זה הפירוש, מדוע בבא בסוף החודש, שהשאלה אינה על החפץ המושכר, שייך החודש לבעלים. אלא בהכרח ההסבר הוא שהקרקע, וכן המטלטלין, עשויים לחזור לבעלים, וממילא כבר מתחילת החודש שנולד הספק, חודש העיבור שייך לבעלים, הן בקרקע והן במטלטלין. (ועיין בדברי מלכיאל ח"א נח,ה בסופו, משמע שנקט כשיטת התוס' הנז').

אולם בתוס' ב"מ קג,א (ד"ה פרדיסי) כתבו לחלק בין קרקע למטלטלין, וז"ל: "ועוד י"ל, דהתם יד לוקח על התחתונה שהמוכר מוחזק, והכא יד המשאיל על התחתונה שהשואל מוחזק. וכ"ת לא מקרי שואל מוחזק כיון שסופו להחזיר ואין נשאר בידו, כדאמר לעיל קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפי' בסוף החדש, לא דמי, דדוקא קרקע שאין יכול להצניע לשמטו מיד בעלה אזלינן בתר חזקה קמא, אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתופס השתא היכא דליכא חזקת קרקע כנגדה". מבואר בתוס' בב"מ, דדין קרקע בחזקת בעליה הוא דין יחודי לקרקע, ששם בעליה עליה, ודוקא בקרקע שם בעליה עליה כיון שלא יכול להצניעו וכו', אבל במטלטלין שהם תחת יד השוכר, הוא המוחזק, והמשכיר דינו כמוציא ועליו הראיה. וכן מפורש ברא"ש שם (ב"מ ח,לד).

ודבר זה נמצא במחלוקת ראנ"ח ומל"מ. הראנ"ח בתש' (מים עמוקים סי' מז) כתב, דכל דבר שהוא לחזרה, אפי' מטלטלין, אם נולד ספק על הדבר, הרי הוא בחזקת הבעלים. ראנ"ח דן בשטר הלואה שיש בו זמנים שונים לפרעון, ויש ספק בלשון השטר אם החיוב לפרעון הוא בסוף ו' חדשים או ג' שנים, וכתב ראנ"ח דכל שלשון השטר מסופק, דנים לזכות המלוה, כמו בדין יב' דינרים לשנה דינר זהב לחודש, דאם נתעברה השנה, קרקע בחזקת בעליה עומדת: "והכא נמי ממון בחזקת בעליו עומד, והלוה בא להחזיק מחמת תנאו שהאריך לו הזמן ועליו הראיה". והמל"מ (טו"נ טו,יא) כתב דדברי ראנ"ח הם נגד דברי התוס' (ב"מ קג,א הנ"ל). ובקצוה"ח מבב, העיר, שאף שמדברי התוס' ב"מ קג,א יש סתירה לדברי ראנ"ח, הרי שמהתוס' ב"ב סא,ב (הנ"ל), יש סייעתא לראנ"ח. אלא שלענין שטר הלואה, לא הסכים בקצוה"ח לדברי ראנ"ח, עיי"ש. ולדברי קצוה"ח יש לחלק בין מטלטלין למלוה, וגם אם נולד ספק בזמן הפרעון, אין הכרח להעמיד בחזקת המלוה.

אמנם הגרי"א (נחל יצחק ז, ענף א) כתב להביא ראיה לראנ"ח שאף במלוה ולוה, בספק שנולד על זמן הפרעון, יחשב המלוה מוחזק, מדברי הרשב"א גיטין סג, ב, דאיתא שם בגמ': אתמר, התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי, והוא אומר הולך ותן לה, אמר ר' אבא אמר רב הונא אמר רב נעשה שלוחו ושלוחה וחולצת. למימרא דמספקא ליה לרב אי הולך כזכי דמי אי לאו כזכי דמי, והא אתמר, הולך מנה לפלוני שאני חייב לו, אמר רב, חייב באחריותו (המשלח באחריותו, שהרי לא צוהו המלוה לשולחו – רש"י) ואם בא לחזור אינו חוזר (אלמא כזכי דמי). התם ספק ממונא לקולא (והמוציא מחבירו ידו על התחתונה לפיכך אינו חוזר), הכא ספק איסורא לחומרא. ומסביר הרשב"א למה יחשב המלוה מוחזק, וז"ל הרשב"א: "ויכולני לתרץ דהא דאמר אביי שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט להולך לאו כזכה, לאו מדרך הבירור קאמר אלא מספקא ליה כרב, ומספיקא להחמיר עליה אמרינן ביה דלא הוי כזכה וחולצת, ולגבי מתנה נמי מספקא לן ואוקי ממונא בחזקת מריה. דלא דמי לחוב ופקדון, דכיון דמה שיש בידו משל אחרים הוא דמשדר להו, ספיקא לקולא, דבעלים הוא". הרי שהחוב שאמר הלוח לשליח הולך, וספק אם הולך כזכי, אין הכסף בחזקת מרא קמא – הלוח, דכיון שהוא להשבה, הרי הוא בחזקת המלוה, ולכן הולך כזכי לענין שאין הלוח יכול לחזור בו. וזה כסברת הראנ"ח.

עוד הביא הנח"י ראיה מהתו"ג (גיטין עח, א על תוס' ד"ה מחצה, ששם בע"ב), דאיתא שם (עח, ב): וכן לענין החוב, זרוק לי חובי וזרקו לו, קרוב למלוה זכה הלוח (שכיון שזכה המלוה, נפטר הלוח מתשלום החוב), קרוב ללוה, הלוח חייב, מחצה על מחצה שניהם יחלוקו. והקשו בתוס', מדוע יחלוקו, הרי קיי"ל המוציא מחבירו עליו הראיה. ותירצו, דאין כאן ספק ולכן לא שייך דין המוציא. והקשה התו"ג מהגמ' גיטין סג, ב והרשב"א הנ"ל, דלענין הולך כזכי, לא מעמידים המעות בחזקת מרא קמא אלא בחזקת המלוה, ומדוע כאן לא נעמיד בחזקת המלוה. וכתב לחלק, דבהולך כזכי מיירי לאחר זמן הפרעון, שאין ללוה כל זכות, ולכן מעמידים בחזקת המלוה, משא"כ תוך זמן ההלוואה, יש ללוה זכות בכסף זה, ובזה מיירי במחצה על מחצה: "ואפשר לחלק, דשם מיירי באחר זמן פרעון דשוב לית בהו שום זכות ללוה, משא"כ כאן דמיירי בתוך זמן פרעון שיש זכות להלוה, וכשהלוה מחזיר תוך זמן, דמי קצת למתנה שמחל זכותו להמלוה ויש בו קצת חזקת מרא קמא ללוה". מוכח מזה דאף בחוב המלוה נחשב מוחזק, לכהפ"ח לאחר זמן הפרעון. וכן מוכח מהנתיבות מב, י (אמנם שם כתב דהעיקר כדעת המל"מ, וכמש"כ תוס' ב"מ קג, א).

וכנ"ל דין דידן, בשוכר ראשון שהשכיר לשוכר שני, יהיה תלוי בשתי הדעות בתוס', ובהסבר הדין של קרקע בחזקת בעליה וכאמור לעיל, והנפק"מ אם גם בדו"ד בין שוכר מטלטלין משכיר, הוא בחזקת המשכיר. והנה הרי"ף (ב"מ נט, ב מעמיה"ר)

מחלק בין קרקע למטלטלין, דדין רב נחמן הוא דוקא בקרקע ולא במטלטלין: "ושמעין מינה דליתה להא דאמר רב אסתירא מאה מעי מאה מעי מאה מעי אסתירא אסתירא, אלא כשמואל דאמר הלך אחר הפחות שבלשונות, דמספקא לן אי תפסינן לשון ראשון אי תפסינן לשון אחרון, הלכך הלך אחר הפחות שבלשונות, כדקי"ל דמספקא לא מפקינן ממונא, אבל אי תפס לא מפקינן מיניה, דהוה ליה לאחר תפיסה נתבע, והני מילי במטלטלי, אבל במקרקעי קי"ל כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה קיימת ...". מבואר שדין קרקע בחזקת בעליה הוא דין מיוחד בקרקע, אולם במטלטלין אף שעומדים לחזור לבעלים, אינם בחזקת הבעלים. וכן כתב בנימוק"י שם: "העמד ממון על חזקתו משום דתפיס, וכיון דספקא היא למאן דתפס לא מפקינן מינה, ואתא מילתיה דשמואל כתנא דמתני' דאמר יחלוקו ומטעם ספקא. ופסקו כל המפרשים ז"ל כוותיה במטלטלי, וכרב נחמן בקרקעות דאמר דכיון דספקא היא קרקע בחזקת בעליו תעמידנה". הרי שבמטלטלין קי"ל כשמואל, ודין רב נחמן הוא דוקא בקרקע. וכן הוא בפסקי הרי"ד (ב"מ קב, ב), וכן מבואר ברא"ש (ב"מ פ"ח סוף ה"ל). וכן פסק הסמ"ע שיב, כו: "והיינו דוקא במקרקעי, אבל במטלטלין כל היכא דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או האחרון, מי שתפס לא מפקינן מיניה", ועיין עוד בש"ך שם ס"ק יד לענין חילוק במטלטלין אם תפס ברשות או לא.

מכל זה יהיה נפק"מ לנדו"ד. דאם אמרינן שהסברא דקרקע בחזקת בעליה הוא דוקא בקרקע ולא במטלטלין, דקרקע מוחזקת לבעלים מחמת שאין אחר, חוץ מהבעלים, יכול להחזיק בה, שאינו יכול להעלימה וכד', סברא זו שייכת דוקא בקרקעות ולא במטלטלין, ולמש"כ גם אינה שייכת בשוכר ראשון ביחס לשוכר שני. ובראשונים, הרי"ף והרא"ש מבואר כסברא זו, כפי שכתבו התוס' ב"מ קג, א הנ"ל. אולם מצאנו גם באחרונים שכתבו כדעת התוס' בב"ב סא, ב הנ"ל, כראנ"ח וכן בקצוה"ח וכנ"ל. ולפ"ז אם המשכיר הראשון יהיה מוחזק, יוכל לטעון טענת קים לי כדעתם. והיינו אפי' אינו מוחזק ממש, אלא בא בתחילת החודש, על השוכר השני לפנות, משא"כ בבא בסוף החודש, נראה דלא יוכל להוציא מהשוכר השני.

ג. בשכירות קרקעות אם דמים מודיעים

תנן במשנה ב"ב עז, ב: מכר את הצמד, לא מכר את הבקר, מכר את הבקר, לא מכר את הצמד, ר' יהודה אומר הדמים מודיעין. כיצד, אמר לו מכור לי צימדך במאתים זו, הדבר ידוע שאין הצמד במאתים זו. וחכמים אומרים אין הדמים ראייה (אלא במתנה ביקש ליתן לו המותר, אי נמי ליהוי מקח טעות כדאמרינן בגמרא, ויחזיר לו מעותיו ויטול צמדו – רשב"ם). וקיי"ל כחכמים שאין דמים מודיעים, עיין ברמב"ם מכירה כז, ג, ושו"ע חו"מ רכ, ח.

ומדברי הראשונים מבואר דמה שאין דמים מודיעים, הוא בתורת ודאי ולא בתורת ספק, ונפק"מ שאפי' הלוקח מוחזק בדמים, לא יתנו לו את הצמד, אף שהדמים מודיעים. כן מבואר מדברי הרמב"ן בסוגיא שם: "ומיהו מדתנן לא מכר, מילתא פסיקא תנן, שאפילו דמים ביד לוקח ומכר לו בקנין או באגב, נותן לו צמד וכופין אותו ליתן מאתים, ולא מהניא הכא חזקה דממונא, דכל היכא דתנן לא מכר, דינא פסיקא קתני בהו בכולה מתניתין". וכן היא דעת הרשב"א בסוגיא: "והילכך אפי' משך הלוקח צמד ובקר ועדיין המעות בידו, מוציאין ממנו המעות והבקר, דכל ששנינו מכר ולא מכר, דינא קתני ולא משום ספק שנו כן". וכן יש ללמוד בדברי הרשב"א ב"ב צב,א, וכן כתב הר"ן בחידושו שם (עז,ב).

אולם מדברי הרשב"ם והתוס' מבואר שהוא מחמת ספק ולא בתורת ודאי, ואם המוכר מוחזק, אין הלוקח יכול להוציא ממנו דמים. על הא דאיתא בב"ב צב,א: המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, 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. והרשב"ם שם פירש בקושית הגמ' ולחזי דמי היכי נינהו, שיודיעו הדמים למה קנה, אם לרדיא או לנכסתא, ואף שלכאורה קיי"ל כחכמים שאין הדמים מודיעים, חילק הרשב"ם בין צמד ובקר לשור לחרישה: "דהא אפילו לרבנן דאמרי אין הדמים ראיא (ב"ב עז,ב), הני מילי גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר, וכדאוקימנא בדוכתא דקרי לצמד צמד ולבקר בקר, ואיכא נמי דקרי ליה לבקר צמד, דכיון דלאו כולי עלמא קרו ליה לבקר צמד, איכא למימר דהאי לוקח הוי מהנהו דקרי לבקר בקר, והלכך קא"ל מוכר צמדי מכרתי לך ולא בקר, שהמוציא מחבירו עליו הראיה, והלכך על הלוקח להביא ראיא שהוא מאותן הרגילין לקרוא לבקר צמד, ומדלא מייתי ראיא מפסיד. אבל הכא דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה, מודו רבנן דהדמים מודיעים, דכיון דידעינן בודאי בהאי לוקח דרגיל לקנות לרדיא וגם הדמים מודיעין, הלכך הדמים ראיא". מבואר מהרשב"ם דמה שלא מודיעים הדמים, מפני שהמוכר מוחזק ואמרינן ליה המוציא מחבירו עליו הראיה, ועליו להביא ראיא שהוא מאותן הרגילים לקרוא לבקר צמד. ומבואר שזה מדין ספק ולא ודאי, וס"ל לחכמים שאין הדמים מודיעים מול חזקת ממון. וכן מבואר בתוס' שם (ד"ה וליחזי) בדעת ר"ת: "משום דיכול לומר המוכר ללוקח קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט דקרו לכדא חביתא, וכשהתנה עמו חבית, לא יתן אלא כד. אבל הכא במוכר שור ונמצא נגחן, אזיל בתר רובא דזבני לרדיא והוי מקח טעות, דלא מצי אמר ליה מוכר ללוקח אתה מן המיעוט דזבני לשחיטה". דבצמד יכול לומר על עצמו קים לי שאני מהמיעוט, משא"כ בשור תלוי בלוקח, ואין יכול המוכר לומר קים לי בנפשאי. וטענה זו של קים לי בנפשאי, הינה

רק באופן ובענין שהוא מוחזק, וא"כ הוי בתורת ספק ולא בתורת ודאי. וכן מבואר בתוס' ב"ק מו, א (ד"ה ונחזי).

וכן מבואר מדברי הרמ"ה (ב"ב צב, א), בחילוק בין צמד ובקר, לשור לחרישה או לבשר, דאם יש רוב וחזקה המסייעת למוכר, כגון צמד ובקר, דרובא לא קרו ליה לבקר צמד, ויש גם חזקת ממון המסייעת למוכר; "דאוקימנא בחזקת מאריה והמוציא מחבירו עליו הראיה, לא אזלינן בתר דמים לאורועי רובא וחזקה". וכל שיש רוב המסייע ללוקח ואין לו חזקה המסייעת, כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, כשיש רוב לחרישה, די"ל לילך אחר הרוב והוה ליה מקח טעות, או להעמיד ממון בחזקתו ולא מקח טעות הוא, אזלינן בתר דמים המודיעים, דאי דמי דרידיא לרידיא והוה ליה מקח טעות, דלא אלימא חזקה למידחא רובא ודמים. ומבואר מהרמ"ה שדין דמים מודיעים הוא מחמת חזקת הממון, ולא אמרינן שאין דמים מודיעים בתורת ודאי אלא ספק, והמוציא מחבירו עליו הראיה. וכן מבואר בדברי רבינו יונה בעליותיו (ב"ב עז, ב, ד"ה לא צריכא), דאין לדון מהודעת דמים שזה האיש מאותם שקוראים לבקר גם צמד: "כיון שהוא טוען בברי שאינו מהם, והמוציא מחבירו עליו הראיה". ועיין ברא"ש ב"ב ו, ב שפירש באופן שונה, וכן ברשב"א צב, א, ומבואר דס"ל דהוא בתורת ודאי ולא ספק. וע"ע בנימוק"י ב"ב (לד, א מעמזה"ר).

והגר"ח בחידושיו (ב"ב עז, ב) כתב לבאר, דיש חילוק אם הספק הוא מה מכר, או אם הספק למה התכוין כשמכר. כאשר הספק הוא על מה נכלל במכירה זו, לדמים אין כל משמעות אלא רק ללשון של המכירה, ובזה יש כללים, או שהולכים לפי מנהג המקום, כאשר לשון בני אדם באותו מקום ברורה וידועה, או אחר לשון חכמים בענינים אלו, ורבי יהודה ס"ל דדמים מודיעים, שהדמים מלמדים מה הלשון אמרה, וחכמים חולקים עליו וס"ל דיש לילך בזה אחר לשון חכמים. משא"כ בב"ב צב, א, אם מכר לחרישה או לשחיטה, בזה השאלה היא מה התכוין במכירה, ובזה הדמים מודיעים אף לחכמים, וז"ל הגר"ח:

"והנה הרמב"ם (מכירה כו, ח) כתב (אחרי כל הדינים דמכור ולא מכור); וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בנ"א באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדים, אלא יש קורין כך ויש שקורין כך, עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו, עכ"ל. והיינו דהרמב"ם מפרש דכל המשניות שם דזה מכור וזה לא מכור, היינו לשון חכמים בענינים אלו, ובמקום שאין מנהג קבוע ולשון מיוחד, הדין דהולכין אחר לשון חכמים וכמו שמפורש בהמשניות. ור"י סבר דהיכא דהדמים מודיעים הולכין אחר הדמים, והיינו דהדמים משוים לשון, דכן היה בלשונם צמד עם הבקר.

ורבנן סברי דאין הדמים משוים לשון, דכיון דאין מנהג ולשון קבוע, הלשון הוא כלשון חכמים. והיינו דכל השקלא וטריא הוא על הלשון שאמר בשעת המכירה, וכפי הלשון אנו דנין, ואין אנו דנין כלל על כוונתו בעת המכירה אלא על לשון המכירה. אבל היכא דהספק הוא על כוונת המכירה כמו התם, דשור מכר לו, והספק הוא רק למה כיון במכירתו אם לרדיא או לשחיטה (ובכוונה תלוי הדין), בזה פשיטא דראית הדמים ראייה הוא על כוונתו, וגם רבנן מודו דהדמים מודיעים, ורק דפליגי על ר"י דאין הדמים מודיעים מועיל לאשוויי לשון, ושם הדין דהולכין אחר לשון חכמים, אבל איה"נ דראית הדמים ראייה גמורה היא על כוונתו."

הרי שהחילוק הוא, אם הספק מה מכר, יש לילך אחר הלשון ואין הדמים מודיעים ויוצרים פרשנות ללשון, משא"כ כשהנידון הוא בכוונת הלוקח או המוכר, למה התכוין כשמכר, הרי שהדמים יכולים לגלות לנו את כוונתו. ולכאורה בנדו"ד כשהספק הוא על לכמה זמן השכיר, הוא בבחינת ספק מה מכר, ואין הדמים מודיעים. שאם היה ספק אם השכיר לשם דיורים או משרד, בזה הוי כמו לחרישה או שחיטה, שתלוי בכוונתם, ודמים מודיעים. וכדברי הגר"ח נמצא גם בדברי הגר"ב (ברכת שמואל, ב"ב סי' יב):

"מיהו עכ"פ מכיון דהספק הוא אם הבקר נכלל במכירה בכלל לשון של צמד או לא, וע"כ אם אמרינן במכירה הזאת דניזל בתר הדמים, הרי זה לענין להכחיש הלשון דנאמר דע"י הוכחת הדמים יוכיחו על המשמעות של הלשון שהיתה להיפוך מה שמשמע ע"י הלשון לחוד, בזה פליגי ר' יהודה וחכמים, וקיי"ל כחכמים דלא יכולין על ידו להוכיח על משמעות של הלשון. משא"כ לענין הדו"ד של מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, ונולד ספק בדעתו של הלוקח, אם היתה כוונתו לרדיא או לנכסתא, הלא לא שייך שהספק יש בזה על משמעותו של הלשון, אלא דהספק הוא על דעתו של הלוקח, ובזה כו"ע מודו אפי' החכמים, דמהני הוכחת הדמים לגלות על דעתו של הלוקח איך היתה, אם לרדיא או לנכסתא."

והנה לענין שכירות קרקע אם אמרינן דמים מודיעים, בשו"ע חו"מ שיב, א פסק: "המשכיר לחבירו בית או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב, אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו, אפילו נפל ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו, ואפילו העני וצריך למכרו לאחר, אינו יכול להוציאו, והמקח קיים, ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו ... ואם הקדים לו השכר, אפילו לזמן מרובה, אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו". וברמ"א הוסיף, ומקורו מהב"י:

"ואפילו לא קצב לו זמן, אפילו הכי מסתמא שכרו נגד מעותיו". ובסמ"ע שיבא הביא את דברי הב"י שדייק כן מהטור, וכתב שאינו מוכרח, אולם אף שהדיוק אינו מוכרח, הדין נכון. ומזה רואים שדמים מודיעים על זמן השכירות בלא קצב זמן. ועיין גם בב"ח חו"מ שיבג. והש"ך שיבד, חלק על הסמ"ע וכתב דאף הדין של הב"י אינו נכון, והביא ראיה מתוס' ראש השנה ז.ב. דאיתא שם בגמ': תנו רבנן, המשכיר בית לחבירו לשנה מונה שנים עשר חודש מיום ליום, ואם אמר לשנה זו, אפילו לא עמד אלא באחד באדר, כיון שהגיע יום אחד בניסן עלתה לו שנה. ובתוס' שם (ד"ה עלתה) כתבו, ולא אמרינן הדמים מודיעים, אלא המעות מתנה או פקדון. ואף שאפשר לחלק בין הנידון בראה"ש לנדון הב"י, דבגמ' ראה"ש אמר לשון לשנה זו, שהלשון סותרת הודעת הדמים, משא"כ בנדון הב"י אפשר שהלשון לא סותרת, מ"מ לא נראה לש"ך לחלק בזה, וראה ממכר את הצמד לא מכר את הבקר, דקי"ל כחכמים דאין הדמים ראה, אפי' פלגא קורין לבקר צמד, והיינו אף שאפשר כוונת לשונו על הבקר, אין הדמים ראה, ומכל שכן למש"כ הב"י בשם הרשב"ם דאפי' רוב קורין לבקר צמד אין הדמים ראה.

ובקצוה"ח שיבב, כתב להצדיק דברי הב"י והרמ"א, דכל שאין סתירה מהלשון, אמרינן דמים מודיעים. קצוה"ח הביא את דברי הרשב"ם צבא (ד"ה ולחזי): "כיון דהאי גברא עביד דזבין להכי ולהכי, היה לנו לילך אחר הדמים ונימא הדמים מודיעים, דשור לרדיא קונין בעשרים דינרים ולשחיטה ב' דינרים, וניחזי אי דמי רדיא יהב ליה, דהיינו כ' דינר, הדמים מודיעים דלרדיא זבין, והרי זה מקח טעות כמוכר יין ונמצא חומץ, ואמאי קאמר שמואל דיכול לומר לשחיטה מכרתיו, הא ודאי לרדיא זבין, דהא אפילו לשחיטה זבין כיון דדמי רדיא קביל מיניה דלוקח מקחו בטל, דנתאנה יתר משתות, דהא לא חזי לרדיא שהרי נמצא נגחן ואינו שוה אלא י' דינרים לשחיטה. ואי דמי נכסתא יהב ליה, ודאי דלנכסתא זבין, ... דהא אפילו לרבנן דאמרי בפרק המוכר את הספינה (עזב) אין הדמים ראה, הני מילי גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר, וכדאוקימנא בדוכתא דקרי לצמד צמד ולבקר בקר, ואיכא נמי דקרי ליה לבקר צמד, דכיון דלאו כולי עלמא קרו ליה לבקר צמד איכא למימר דהאי לוקח הוי מהנהו דקרי לבקר בקר, והלכך קא"ל מוכר צמדי מכרתי לך ולא בקר שהמוציא מחבירו עליו הראיה, והלכך על הלוקח להביא ראיה שהוא מאותן הרגילין לקרוא לבקר צמד, ומדלא מייתי ראיה מפסיד. אבל הכא דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה מודו רבנן דהדמים מודיעים, דכיון דידעינן בודאי בהאי לוקח דרגיל לקנות לרדיא וגם הדמים מודיעין, הלכך הדמים ראה, דכי האי גוונא נמי אמרינן התם היכי דמי אי דקרו ליה לצמד צמד כו' אלא דקרו ליה נמי לבקר צמד כולה זבין ליה, אלמא היכא דכל בני העיר קורין לבקר צמד, אף על פי שקורין לו לפעמים בקר, אמרינן דכוליה

זבין, דכיון דידעינן ביה בהאי לוקח שרגיל לקרות נמי לבקר צמד כשאר בני העיר וגם הדמים מודיעין דבקר עם צמד זבן, הלכך אמרי רבנן דהדמים ראייה. וה"נ כיון דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה והדמים מודיעין דלרדיא זבין, ודאי כיון דאיכא מילתא דמוכחא הדמים ראייה, כן נראה בעיניי. דדוקא כשיש סתירה בין הלשון של המכירה לדמים, לא אמרינן דמים מודיעים, אבל כשאין סתירה בלשון המכירה, והשאלה בכוונת המוכר והקונה, בזה אמרינן שהדמים מודיעים. והביא קצוה"ח שכן דעת הרמב"ן (ב"ב סג,א, בפרוש רב האי), שאם אמר המוכר לקונה חלק בקרקע שלי אני מוכר לך בכך וכך, הכוונה לחלק בשווי הדמים שנתן.

עוד הביא שם קצוה"ח להקשות מאחיו, מהרשב"ם שמוכח שבשכירות קרקעות כיון שאין בהם אונאה, אין הדמים מודיעים. (רשב"ם ב"ב סא,ב ד"ה בבקעה). וכתב קצוה"ח לישב, דמה שאין אונאה לקרקעות הוא מצד גזירת הכתוב, ואין הדמים ראייה לר' יהודה, דלפעמים אדם קונה קרקע הרבה יותר משווייה, ובשכירות קרקע שאין דרך להרבות יותר משווייה, הדמים ראייה, ואף שמצד גזירת הכתוב אין אונאה לשכירות קרקע. עוד תירץ, דשם הלשון סותר, עיי"ש. עוד הביא קצוה"ח ראייה, מתה"ד (סי' שכג), בראובן שכר את שמעון תמורת עשרה זהובים, ולאחר שחזר שמעון משליחותו, תובע מראובן הוצאות הדרך, וטוען ראובן שלכן נתן בעבור השליחות עשרה זהובים, שהוא סכום גבוה מאד, שממנו מוכח שכולל גם את הוצאות הדרך. והשיב תה"ד: "יראה דהדין עם ראובן מאותו טעם שהוא טוען דהדמים מודיעין, שהרי שמעון מודה שאין ראוי לתת לו שכר גדול כ"כ בשליחות כזאת ... הא מחלק באשר"י פרק המוכר פירות (ב"ב ו,ב), וכן בהגהת אשר"י פרק המניח (ב"ק ג,א) בשם ר"ת, דאפילו רבנן מודים דהדמים מודיעין היכא דאין מכחישין עיקר הלשון. ונדון דידן נמי אין עיקר הלשון מוכחש כלל". ומבואר מתה"ד דכל שאין הלשון סותר, הדמים מודיעים. ומזה הסיק קצוה"ח כדברי הב"י והרמ"א, דכל שאין הלשון סותר לדמים, הדמים מודיעים את זמן השכירות. (ועיין בנתיבות שם שיב,ד, שהביא את מחלוקת הש"ך וקצוה"ח, וכתב דאם אמר השכר לי ביתך במנה ולא אמר זמן השכירות, דכיון דסתם שכירות שלשים יום, הרי זה כסותר הלשון ואין הדמים מודיעים, אם לא שהמנהג בעיר שאין שוכרין בית לפחות משנה, שאז הסתם הוא שנה, עיי"ש).

ובשבות יעקב (ח"א סי' קעה) כתב להצדיק דברי הב"י והרמ"א, וכתב דכל מקום שאין סתירה בין הלשון להודעת הדמים, הדמים מודיעים: "ודאי היכי שנתן לו שכירות ולא קצב לו זמן, הוא נגד הסברא דלא שדי אינש זוזי בכדי, איך לא יפרש השוכר או המשכיר איזה זמן קצוב, אלא ודאי סמכו אשכירות כנגד מעותיו, משא"כ היכי ששכר לזמן שאמר לשנה זו, רק שאנו מסתפקין איך היה כוונתם, וכן במכר את הצמד אף דאיכא דקרי לצמד בקר ולבקר צמד, מ"מ אין הדמים ראייה,

ואמרינן ששוכר או מכר לו הפחות והדמים מתנה, ובחנם השיג בזה הש"ך על הסמ"ע". הרי שהסכים לדינו של הרמ"א דהדמים מודיעים בכה"ג בשכירות. גם בשואל ומשיב (מהדורא ד ח"ב סי' רכ) כתב, דכל שאין הלשון סותר את הודעת הדמים, דמים מודיעים.

לאור האמור, נדו"ד אם השוכר הראשון יחשב כמוחזק ביחס לשוכר השני, יהיה תלוי בשתי הדעות בתוס'. והראשונים, הרי"ף והרא"ש, וכן פסק במל"מ, שבחזקת הבעלים היינו דוקא בקרקע ולא במטלטלין, וממילא גם אינו בשוכר ראשון ביחס לשוכר שני. וכל זה בדו"ד בסוף החודש שעליו דנים, אבל בתחילת החודש נראה דכולו לשוכר הראשון. ולענין הודעת הדמים, כל שאין הודעת הדמים סותרת את הלשון שסיכמו ביניהם, אמרינן דמים מודיעים.

סימן כח

בדו"ד בענין שכר שוחטים

ראשי פרקים

א. כפחות שבפועלים

ב. אדיבורא דידיה או דבעה"ב

ראובן, ראש צוות שחיטה בחו"ל, פנה לשמעון השוחט, אם יהיה מוכן לבוא לשחוט עבורם למשך עשרה ימים. שמעון השיב שלא יוכל, אבל ינסה להשיג שוחט אחר. שמעון פנה ללוי ואמר לו שמקבלים 200 דולאר על כל יום שחיטה. לוי הסכים. מתברר ששמעון אמר ליבואן שיש לשלם ללוי 300 דולאר ליום, וכך אכן שילם היבואן ללוי. שואל לוי אם מותר לו להחזיק בסכום זה של ה – 100 דולאר נוספים שקיבל (כפול מספר הימים). יצוין כי שני המחירים אפשריים, ויש שוחטים ששכרם 200 דולאר ליום, ויש ששכרם 300 דולאר ליום. [ולא שייך בזה ולחזי עבדתייהו, ב"מ עו,ב, ואכמ"ל].

א. כפחות שבפועלים

והשבתי לו דלכאורה מה שהסכים לוי למה שאמר שמעון ששכרו 200 דולאר ליום, אין הכוונה שאינו מוכן לקבל יותר, רק שלא יקבל פחות מ 200 דולאר ליום, וזה אפי' היה מסכם עם ראובן, בודאי שאם סיכם עם שמעון כוונתו שיכול לומר לבעה"ב שמסכים לשחוט ב 200 דולאר ליום, אבל פשוט שאם ישיג עבורו תוספת שכר, או שבעה"ב יתן לו תוספת שכר, טוב יעשה. דזה הפשט דעתייהו אעילויה (ב"מ עו,א), דאיתא התם: פשיטא, אי אמר ליה בעל הבית בתלתא ואזל איהו א"ל בארבעה ואמרי ליה כמו שאמר בעל הבית, דעתייהו אעילויה. וכמו שפירש רש"י שם: "אע"פ שאמרו לו הרי אנו נשכרים כדבר בעל הבית, לא לפחות מקצבתו של זה אמרו אלא להוסיף, וכך אמרו, מהימנת לן דהכי אמר בעל הבית". וכך יש לפרש כוונתם שהסכימו למאתיים דולאר, שלא יפחות מסכום זה.

אלא שהרב השואל טען שבכה"ג ששמעון אינו שליח לקבוע מחיר עם ראובן ולוי, ורק מהוה צינור להעברת הודעות, ולמעשה אין סיכום בין לוי לראובן, הרי זה כלא קצצו שכרם, ודינם כמבואר במרדכי שהובא ברמ"א שלה,א: "ואם אחד אומר למלמד למוד עם בני, ולא קצב לו שכירות, צריך ליתן לו כפי מה שנותנים אחרים", ומקורו מדברי המרדכי (ב"מ סי' שמו): "נשאל להר"מ, מלמד שאמר לו בעה"ב למוד בני ולא נדר לו שום דבר, ולאחר הזמן לא רצה ליתן לו שום דבר הואיל שלא נדר

לו כלום. והשיב שצריך ליתן לו לפי הזמן שלמד, הן רב הן מעט, כמו שרגילין ליתן במקום אחר, ואין לעכב לו שכר טורחו, עכ"ל. ונ"ל טעמא דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות". ואם רגילים ליתן בטווח מחירים, דהיינו כמו נדו"ד שיש נשכרים בכך ויש בכך, לכאורה יתן לו כפחות שבשכירות, וכמש"כ הריטב"א ב"מ ע"א: "והוא הדין היכא דמיתגר מג' ומד' ומה', ואף על גב דאמרין באידך פירקא (פז,א) השוכר את הפועל כאחד וכשנים מבני העיר שמשמנין ביניהם, התם משום דאמר כאחד וכשנים מבני העיר, אבל בשוכר סתם או כשעושה מלאכה שלא בקציעה אין לו אלא כפחות שבפועלים, כנ"ל". ולפ"ז ס"ל לרה"ג השואל דדין דנן הוא כבלא קציעה, ויקבל כפחות שבפועלים. והשבתי שאין נראה כן. דדין פחות שבפועלים הוא כשבאים לתבוע, אולם כשבעה"ב נתן שכרם והפועלים הסכימו, ודאי שאינם צריכים להחזיר, דכל הדין שבלא קציעה מקבל כפחות שבפועלים הוא היכא שבאים הפועלים לתבוע את בעה"ב, אבל לא כבנדו"ד שהוא נתן והוא הסכים לקבל.

ב. אדיבורא ידיה או דבעה"ב

דבסוגיא ר"פ האומנין (ב"מ ע"א-ב) דנה הגמ' על האופן שיש לפועלים תערומת על השליח ששכר אותם. אם בעה"ב אמר בג' והשליח אמר בד', אם אמר השליח שרכם עלי, יתן להם משלו ויגבה מבעה"ב מה שההנו אותו. ואם אמר שרכם על בעה"ב, ויש שנשכרים בד' ויש בג', יש להם תערומת, שאם לא היה אומר להם השליח בד', היו טורחים ומשכירים עצמם למי ששוכר בד'. או בפועלים שיש להם שדות, שאם לא היה אומר להם בד', לא היו נשכרים כלל, שזילותא הוא להם להשתכר בג'. או שעשו עבודה ששוה ד. עוד אופן העמידה הגמ', בבעה"ב שאמר בד', והשליח אמר לפועלים בג', ואף שסבור וקבלו, יש להם תערומות מחמת שלא קיים; אל תמנע טוב מבעליו. ובהמשך הגמ': פשיטא, אי אמר ליה בעל הבית בתלתא ואזל איהו א"ל בארבעה ואמרי ליה כמו שאמר בעל הבית, דעתייהו אעילווא, אלא אי אמר ליה בעל הבית בארבעה ואזל איהו אמר להו בתלתא ואמרי כמה שאמר בעל הבית מאי, אדיבורא ידיה קא סמכי דאמרי ליה מהימנת לן דהכי אמר בעל הבית, או דלמא אדיבורא דבעל הבית קא סמכי. והביאה הגמ' ראייה שאדיבורא דשליח סומך, מאשה שאמרה לשליח שיהיה שליח להוליך לה גט, ולבעל אמר השליח שהאשה אמרה שיהיה שליח קבלה, ואמר הבעל הילך כמו שאמרה, אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא אמר רב, אפילו הגיע גט לידה אינה מגורשת. ואם היה סומך הבעל על דיבור האשה, אם יוליך לה השליח את הגט, כשיגיע הגט לידה תהיה מגורשת. ורב אשי דחה את ראית הגמ', וכתב דטעם רב נחמן לא מפני שסומך על דיבורא ידיה אלא מפני שעקר לשליחותו, דא"ל שליח לקבלה הוינא, להולכה לא הוינא.

והרי"ף (ב"מ מו,א מעמוה"ר) כתב לענין הספק, אם אמר בעה"ב בד' והוא אמר בג', והם אמרו כמו שאמר בעה"ב, אם אדיבור של שליח בשם בעה"ב סכמו, או במה שאמר בעה"ב בפועל: "ולא איפשיט הלכך לית להו אלא תלתא". ששאלה זו לא נפשטא, ולכן אין להם אלא ג. ולכאורה הוא מהטעם ככל ספיקא דלא איפשיטא, שיד המוציא על התחתונה. ולזה הסכים הרא"ש שם (ה"א). וכן פסק הרמב"ם (שכירות ט,ג): "אמר לו בעל הבית בארבעה והלך השליח ואמר להם בשלשה ואמרו לו כמה שאמר בעה"ב, אע"פ שמלאכתן שוה ארבעה, אין להם אלא שלשה, שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם". ואף שמהרמב"ם אפשר לומר שהוא בתורת פשיטות הבעיא שאין להם אלא שלשה, במגיד שם הביא דברי הרי"ף דלא איפשיטא, ולכן אין להם אלא ג.

אולם יש מהאחרונים שכתבו דלשיטת הרמב"ם הוי בתורת פסיקת הדין ולא מחמת אי פשיטות הבעיא. הצ"ח (ב"מ עו,א) כתב דמלשון הרמב"ם משמע שסובר שאדיבור דשליח סמכו הפועלים, ממש"כ דאין להם אלא שלשה; "ומלשנו זה משמע שברור הדבר שקיבלו עליהם". והקשה על הרי"ף, שמצד אחד פסק כאן דהוי ספק, ובגיטין (ל,ב מעמוה"ר), כשאמרה האשה לשליח התקבל, והשליח אמר לבעל שעשתה אותו שליח להולכה, ואמר הבעל הילך כמה שאמרה, משהגיע הגט לידה מגורשת. ומבואר שאינו ספק אלא על דיבור השליח סמך ועשאו שליח להולכה, דאם הוי ספק, אף קודם שהגיע לידה הרי היא ספק מגורשת, אם על דיבור של השליח סמך או על דיבורה. והביא שהר"ן שם כתב דאף קודם שהגיע לידה חולצת ולא מתייבמת. גם הגרא"ז (שכירות ט,ג) כתב לפרש דברי הרמב"ם שבכאן, דאדיבורא דשליח סמכו. והביא הגרא"ז את דברי התוספתא (נפסק בשו"ע חו"מ רכא,א): המבקש לקנות מחבירו מקח, מוכר אומר במאתים אני מוכר לך והלוקח אומר אני קונה אלא במנה, והלך זה לביתו וזה לביתו ואח"כ נתקבצו, ומשך זה החפץ סתם, אם המוכר הוא שתבע הלוקח ונתן לו החפץ, אינו נותן אלא מנה, ואם הלוקח הוא שבא ומשך זה החפץ סתם, חייב ליתן לו מאתים. וכיון שהבעלים אמרו לשליח לשכור בארבעה, והשליח אמר לפועלים בשלשה והפועלים אמרו כמו שאמר בעה"ב, אף אם סומכים על דבור בעה"ב, מ"מ הפועלים אין מכירים את בעה"ב ולא הוא שכן אלא השליח הוא ששכרן, וכיון שהוא לא הסכים לדבריהם, מדוע הלכו בסתם לעשות מלאכתן. אלא שבהליכתם למלאכה נתרצו על דברי השליח שאמר להם בשלשה, עיי"ש. וע"כ דברי הרמב"ם שמקבלים רק ג, אינו בתורת ספק בבעיא דלא איפשיטא אלא שכן הוא הדין, ונפק"מ דלא מהני תפיסת הפועלים, ובכל ענין שכרם רק ג. ועיין עוד במאירי (ב"מ עו,א): "ומספק אין מוציאין מבעל הבית אלא שלשה. ויראה שאם תפשו אין מוציאין מידן. ומ"מ הרבה גאונים מחליטין לפסוק דאדבורא דשליח סמכי, ולית להו אלא תלתא תלתא". הרי שדין תפיסה תלוי במחלוקת הראשונים.

גם באמרי בינה (דיינים מב) כתב דשיטת הרמב"ם דמעיקר הדין החיוב הוא ג' ולא מחמת הספק, ונפק"מ דלא מהני תפיסה. והביא הסבר לפי דברי הר"ן (בחדושים ב"מ קב,ב), לענין משכיר בית לשנה, אם חודש העיבור בכלל (ב"מ קב,ב), דרב נחמן ס"ל שחייב השוכר לשלם עבור חודש העיבור, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ושמאל ס"ל דבתחילת החודש כולו למשכיר. והקשה הר"ן בחדושו, דמשמעות הגמ' דאפי' השוכר תפוס בשכרו של בעה"ב, ועדיין לא נתן לו את שכר השנה - יב דינרים, אין המשכיר חייב ליתן לו לדור בבית, ומדוע לא יהיה המשכיר חייב בזה. ותירץ הר"ן: "דלא דמי חיובו של שוכר לחיובו של משכיר, דשוכר חיובו ברור שהוא חייב ליתן לו י"ב זהובים לשנה, שאפי' את"ל דחדש העיבור דשוכר הוי, מ"מ אם ירצה משכיר שידור בתוכו י"ב חודש, אי אפשר לו שיפטור מחיובו דהיינו י"ב זהובים, הילכך עיקר חיובו של שוכר ברור הוא, משא"כ בחיובו של משכיר, שהרי יש ספק בעיקר חיובו דשמא אין חודש העבור בכלל, הילכך כיון דבא בתחילת החדש מחייבים את השוכר לפרוע שחיובו ברור, ולא מפקינן ארעא מחזקת משכיר מספק". שהרי אם יטען השוכר שאינו רוצה ליתן יב' זהובים כשלא נותן לו לדור בחודש העיבור, יחייבו אותו ליתן, כיון שהחיוב של יב' זהובים הוא ברור, משא"כ החיוב של המשכיר ליתן לדור לשוכר בחודש העיבור הוא ספקי, ולכן מעיקר הדין חודש העיבור למשכיר לרב נחמן. והוא הדין לענין פועלים, חיובם במלאכה הוא ברור, ורק הספק אם בעה"ב צריך ליתן להם ג' או ד', ובזה בעה"ב הוא המוחזק ועליהם הראיה.

ולפ"ז אם בנדו"ד היה שמעון שליח של ראובן, לכאורה שכרו של לוי היה רק 200 דולאר ליום, לשיטת הרמב"ם ודעימיה שמעיקר הדין שכרו כפי שאמר השליח בג'. אולם גם לשיטת הרמב"ם ודעימיה כיון שנתן לו שכר כפי שאמר בתחילה בעה"ב, הרי זו מחילה והסכמה ליתן מרצון, וכמו שנותן לו לדור בביתו בחודש העיבור מבלי לבקש שכר. ובפרט לפמ"ש"כ לעיל שכוונת הפועלים שלא יתן פחות ממאתיים דולאר ליום.

ובפרט למש"כ הראשונים הנ"ל דמדי ספק לא יצא, א"כ מהני תפיסה, וכמש"כ הריטב"א בסוגיא (ב"מ עו,ב): "ובעיין לא איפשיטא, והוה ליה חומרא לתובע וקולא לנתבע ולית להו אלא תלתא, ואי תפסי ד' לא מפקינן מינייהו". וכן כתב הרמ"ך, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ עו,ב: "ואי תפסו ארבעה מבעל הבית, נראה לומר דלא מפקינן מינייהו". גם המאירי (ב"מ עו,א) כתב דמועילה תפיסה, אך הזכיר שיש מהראשונים הסוברים שדינם בג' מעיקר הדין ולא מספק, עיין לעיל בדברי הרמב"ם. וכן כתב הש"ך שלב"ד, דכיון דהוי בעיא דלא איפשטא, הולכים אחר המוחזק, ואם תפסו פועלים, לא מוציאים מידם, לשיטת הרמב"ם וסמ"ג וסייעתם שמועילה תפיסה בבעיא דלא איפשטא, ואפי' אין מלאכתן שוה ד' מהני תפיסה.

מכל הלין נראה לענ"ד, דכיון שכבר שילם ראובן ללוי 300 דולאר ליום, אין לוי צריך להחזיר. משא"כ לפני ששילם, אם יבואו לתבוע, אין שכרו אלא 200 דולאר.

סימן כט

השבת גזילה עצמה ליורשי הנגזל

ראשי פרקים

א. יחזיר ליורשיו

ב. חיוב דמים בגזלן

ג. נשתנית הגזילה

ד. חיוב דמים בנשתנית

במי שגזל מחבירו חפץ, והנגזל נפטר, והגזלן רוצה להחזיר ליורשי הנגזל, וחושש שאם יחזיר החפץ עצמו ידעו מי הגזלן, ושואל אם יכול להחזיר דמי החפץ. גם שאל, דככל הנראה החפץ התיקר במעט ושוה מעט יותר משעת הגזילה, אם יכול להחזיר לפי שעת הגזילה. והשאלה היתה אם דין והשיב נאמר רק לבעלים, או גם ליורשים יש דין והשיב, דאפשר דליורשים אין דין והשיב, ויש להם רק תביעה ממונית כנגד הגזלן.

א. יחזיר ליורשיו

תנן ב"ק קג,א: הגזל את חבירו שוה פרוטה ונשבע לו, יוליכנו אחריו למדי (דאין לו כפרה עד שיחזיר לנגזל עצמו, דכתיב לאשר הוא לו וגו' (ויקרא ה), וגבי נשבע לשקר כתיב – רש"י). לא יתן לא לבנו (של נגזל להוליכו לנגזל, שאם יאנסוהו חייב להחזיר, דלא הוי השבה עד דמטי לידיה כדאמרן) ולא לשלוחו, אבל נותן לשליח בית דין (תקנתא הוא דעבוד רבנן מפני תקנת השבים, שלא נחייב לזה להוציא מנה בהוצאת הדרך). ואם מת יחזיר ליורשיו (ואם מת נגזל, יחזיר גזלן ליורשיו דנגזל). לכאורה מבואר מהמשנה שדין והשיב הוא לנגזל עצמו, ואם מת יחזיר ליורשיו, שכך היא מצות התורה. וכך נראה מדברי התוס' שם (ד"ה ואם מת): "נראה דאתא לאשמועינן דאפילו ליורשים יוליך למדי. א"נ, אתא למימר דאין חילוק בין שהנגזל קיים בין שהוא מת לענין קרן חומש ואשם, כי היכי דיש חילוק בגזלן בין הוא לבניו, דבניו אין משלמין חומש על גזל אביהם, קמ"ל דלענין נגזל אין חילוק". ותוס' חיפשו מה אתא לאשמועינן, דהדבר היה פשוט לתוס' שיש חיוב להחזיר לבעלים, וכיום הבעלים הם היורשים, וחל על הגזלן חיוב להחזיר להם, שהם עומדים במקומו, ומה באה המשנה להשמיענו. וע"ז תירצו בב' אופנים. או שחייב גם להוליך ליורש למדי, או לענין חיוב קרן וחומש ואשם. וכן הוא שם ברשב"א (ב"ק קג,א).

ונפק"מ בין שני פרושי התוס', אם יש חיוב על הגזלן להוליך למדי גם במת הנגזל, ולתרוץ קמא חייב להוליך למדי, ולתרוץ השני אפשר שאינו חייב, ולכן לא פירשו גם כפירוש קמא. וצ"ל, דהחיוב להוליך למדי הוא מחמת שיש בידו גזילה של אחרים, וא"כ גם כלפי היורשים יש חיוב זה, כיון שיש בידו גזילה של אחרים. או נאמר שחייבוהו להוליכו למדי מחמת מעשה הגזילה שעשה, ובוז אפשר דרק כנגד הבעלים עצמם, שפשע כנגדם, חייבוהו להוליכו למדי, ולא כלפי יורשיו, שכלפיהם לא עשה מעשה של גניבה. ואף שלכאורה היה נראה דשני התרוצים אינם חולקים, ואלו ואלו קיימא לדינא, הן לענין להוליכו ליורשים שבמדי והן לענין קרן וחומש ליורשים, אולם מצאתי אח"כ באחרונים בבאור דעת הרמב"ם, דס"ל כתרין השני של התוס' ואין צריך להוליך ליורש למדי, עיין להלן.

אמנם פירוש אחר בבאור המשנה, מצאנו ברבינו יהונתן מלוניל (על הרי"ף, ב"ק לו, ב, מעמה"ר), דהכונה שאם מת הנגזל, יכול הגזלן ליתן את החפץ לאחד מבני הנגזל, דאף שיש יורשים אחרים, כיון שיש לו זכות בגוויה, יכול ליתן לו, ואינו כדין רישא של המשנה, שהנגזל חי ולא יתן לבנו וכו': "ואם מת יחזיר ליורשיו, כלומר ואם מת נגזל יחזיר ליורשיו, דכיון דמית ליה, אית חלק ליורשיו בממונו ומקיים ביה לאשר הוא לו יתנו ביום אשמתו, לפי שאמרנו מתחלה לא יתן לא לבנו ולא לשלוחו, מפרש ואזיל דאפשר לתת לשלוחו אי הוי בב"ד, ואפשר נמי לתת לבנו אי מית ליה אביו, ואפילו יהיו לו [אחין] אחרים, יצא ידי חובתו בהשבה דחד, דכיון דאית ליה זכותא בגויה יכול [למזכי ביה] נמי לאחרני, ונפיק ידי חובתיה". אך גם לרבינו יהונתן מבורא שיש דין השבה ליורשים, שיש לו זכות בזה, ומקיים ביה לאשר הוא לו יתנו ביום אשמתו, הרי שחיוב התורה להשיב הוא לבעלים, והיורשים הם בכלל לאשר הוא לו, ומקיים בזה מצות והשיב כשמחזיר ליורשים. וכדברי רבינו יהונתן מצאתי אח"כ גם במאירי בסוגיא (ב"ק קג, א): "אתא לאשמועינן שאם יש לנגזל יורשים ואחד מיורשיו בעירו של גזלן או סמוך לו ושאר היורשים במקום רחוק, הרי זה מחזיר הגזלה לזה שבעירו ונפטר מכלם, הואיל ויש לו לזה חלק בה. ויש חולקים בזה ומפרשים, אם מת יחזיר ליורשיו, להשמיענו שאם נשבע ואחר כך הודה ומת, מחזיר קרן וחומש ליורשים". ולכאורה הנפק"מ בין הפירושים, אם חייב קרן וחומש ליורשי נגזל.

והרמב"ם בהל' גזילה ואבידה ח, א, כתב וז"ל: "הגזל את חבירו ומת הנגזל, יחזיר הגזלה ליורשים, ואם אבדה או נשתנית, נותן להם דמיה. ואם נשבע לו ואחר כך מת, נותן הקרן והחומש ליורשין". ומדלא הזכיר שחייב להוליך למדי, ורק בנשבע שחייב בקרן וחומש, מבורא דס"ל כתרין השני של התוס' ולא כתרין הראשון, ואין צריך להוליך ליורש שבמדי. דמה שכתב הרמב"ם דין החומש, אף שאינו נוהג בזמן הזה, להורות שבא לאפוקי מפירוש קמא של התוס'. ומה שכתב הרמב"ם שאם

אבדה או נשתנית נותן לו את דמיה, להורות שיש חיוב דמים גם ליורשים, ואין חילוק בין נגזל ליורשיו.

ובב"י (ח"מ סי' שסז, ד) כתב על המשנה הנ"ל: "שם במשנה, ואם מת יחזיר ליורשיו. וידוע שהיורש במקום מורישו עומד, וכל שמחזיר למורישו בעין, מחזיר גם לו בעין, וכל שמחזיר למורישו דמים, מחזיר גם לו דמים". מבואר להדיא מב"י שהחיוב להחזיר ליורש הוא בדיוק כמו החיוב להחזיר לאב, וככל שהיה חייב להחזיר לאב גוף החפץ שגזל, כך הדין גם בחיוב והשיב ביחס ליורשים. וזה מקור ראשון שמבואר שכל שיש חיוב להחזיר גוף החפץ לנגזל, חיוב זה קיים גם אם מת הנגזל וביחס ליורשים. ומש"כ בשו"ע ח"מ שסז, ד: "מת הנגזל, כשבא הגזולן לעשות תשובה, יחזיר ליורשיו, אם הגזילה בעין. ואם אינה בעין (או שנשתנית), יחזיר להם דמיה, כשם שהיה מחזיר למורישם". וצ"ל שמש"כ; "כשם שהיה מחזיר למורישם", קאי גם על הרישא, בגזילה קיימת, ולא רק על הסיפא. כך יש לפרש לפי מש"כ לבאר בב"י.

ב. חיוב דמים בגזולן

איתא במכות טז, א: ותו ליכא (מצות לא תעשה שיש בה קום עשה דלילקי עלה – רש"י), והא איכא גזל, דרחמנא אמר לא תגזול, והשיב את הגזלה. משכון (משכחת לה ביטלו ששרפו), דרחמנא אמר לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו, השב תשיב לו העבוט כבא השמש. ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו, וביטלו ולא ביטלו. התם כיון דחייב בתשלומין, אין לוקה ומשלם. ובתוס' שם (ד"ה התם) פירשו דחייב בתשלומין: "כשרפו וחייב ממון, הלכך לא משכחת ביה בטלו, דכל אימת דיש לו ממון לא ילקה". מבואר דחיוב תשלומין בוהשיב את הגזילה וכן במשכון, הוא מהתורה במקום שאינו יכול להשיב הגזילה עצמה או המשכון עצמו, דחייב לשלם ממון, ובזה מקיים מצות עשה של והשיב את הגזילה, וניתק הלאו דלא תגזול לעשה והשיב ע"י תשלום הממון, אף שאינו מחזיר הגזילה עצמה, כיון שחייב בתשלומים, אין בזה בטול של מצות עשה של והשיב, אלא מקיים בתשלומי הממון מצות עשה של והשיב. וכן פירש הריטב"א שם (מכות טז, א ד"ה כיון): "דכיון דחייב בתשלומין כשרופו, לא חשיב בטול עשה להלקותו, ותשלומין כמותו לענין זה". הרי שדין תשלומים כדין השבת הגזילה עצמה לענין מצות עשה דוהשיב.

וכן מבואר מדברי הרא"ש ב"מ ב, ט: "ואף על גב דאזהרה לאחר יאוש, מתנה בעלמא יהיב ליה ואיסורא דעבר עבד. אלאו דלא תוכל להתעלם קאי. אבל לאו דלא תגזול, אפילו אכלה או נשרפה ושילם דמים, תקן הלאו וקיים עשה דוהשיב את הגזילה". מבואר דבתשלום דמים תיקן את הלאו דלא תגזול. ועיין בקוב"ש (כתובות

קכד) שכתב בדברי הרא"ש, דאם תברא בידיים, לא מקיים השבה בדמים. ולכאורה ברא"ש מפורש שאפי' אכלה או נשרפה משלם דמים ומקיים מצות השבה. ובשלמא נשרפה אפשר דאינו בידיים, אבל אכלה לכאורה הוי כתברא בידיים.

והרמב"ם בריש הל' גזילה ואבידה (א,א), כתב וז"ל: "כל הגזול את חבירו שוה פרוטה, עובר בלא תעשה, שנא': (ויקרא יט,יא) לא תגזול. ואין לוקין על לאו זה, שהרי הכתוב נתקן לעשה, שאם גזל, חייב להחזיר שנא': (ויקרא ה,כג) והשיב את הגזלה אשר גזל, זו מצות עשה. ואפילו שרף הגזלה אינו לוקה, שהרי הוא חייב לשלם דמיה, וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו". הרי שבאינה קיימת לא כתב הרמב"ם שהוא ניתק לעשה אלא שניתן לתשלומין, ולכאורה לא מקיימים בתשלום הדמים מצות והשיב אלא חיוב תשלומין כמו מזיק וכיוצ"ב. ולפ"ז י"ל נפק"מ, במי שיכל להחזיר החפץ עצמו ולא החזיר החפץ אלא הדמים, אף שעשה שלא כהוגן, דלשיטת התוס' והריטב"א קיים מצות עשה של והשיב, ולשיטת הרמב"ם ביטל עשה, אף שהוציא הגזילה מתחת ידו ושילם לבעלים את אשר חסרו כתוצאה מהגזילה. ונפק"מ, דלשיטת הרמב"ם אפשר דיש לכופו להשיב החפץ עצמו, כדי לקיים מצות עשה של והשיב, וכופין על מצות עשה. אבל לשיטת התוס' והריטב"א שבין כך ובין כך מקיים עשה, אין כופין להשיב דוקא הגזילה עצמה, ואף שעשה שלא כהוגן, אין לכופו על כך, כיון שגם בתשלומין מקיים מצות עשה של והשיב. (ובדרך צחות אמרתי, דאפשר דהמצוה להחזיר הגזילה עצמה קודמת למצוה להחזיר שווי הגזילה, לשיטת התוס' והריטב"א, שבשניהם מקיים מצות והשיב, אלא שגזילה עצמה קודמת, דמי למצוה של הגדול ליבם, ואם לא רצה, אין כופין, אלא חוזרים על כל האחים, ואם גם הם לא רצו, אז המצוה עליו וכופין אותו, עיין במשנה יבמות לט,א, ובגמ' שם לט,ב, ועיין מה שכתבתי משפטיך ליעקב ח"ז ו/ב. וכך גם בהשבת גוף הגזילה, כיון שיש מצוה גם בהשבת גוף הממון, והן בהשבת גוף הגזילה והן בתשלום שווי הגזילה מקיים מצות והשיב, רק השבת גוף הגזילה קודמת)

ודברי הרמב"ם נלמדים לכאורה מהגמ' ב"ק סו,א: אמר רבה, שינוי קונה, כתיבא ותנינא, כתיבא והשיב את הגזלה אשר גזל, מה ת"ל אשר גזל, אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי. מבואר לכאורה שוהשיב מיירי רק בכעין שגזל, ומצות התורה להשיב מה שגזל, ורק יש חיוב דמים אחר, אך אינו מדין והשיב, והוא חיוב דמים כמו במזיק וכיוצ"ב. ולכאורה הם דברי הרמב"ם בפיהמ"ש (ב"ק ט,ט): "אמר ה', והשיב את הגזלה אשר גזל, ולפיכך מי שגזל אין לו תקנה עד שתצא גזלה מתחת ידו או ימחול לו הנגזל. במה דברים אמורים בשחיתה הגזלה קיימת אצלו ולא נשתנית ולא קנאה בשנוי כמו שקדם". ומשמע שמצות והשיב היא רק בגזילה עצמה מעין שגזל.

ומחלוקת זו למדנו מדברי הגרא"ו (קוב"ש ב"ק כז). הגרא"ו הקשה על התוס' (ב"ק סז,ב סד"ה רבא אמר), דמשמעות דברי תוס' דלאחר יאוש לא מקיים מצות השבה, אלא מתנה בעלמא יהיב ליה. והקשה הגרא"ו, דהרי אחרי יאוש, אף אם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, מחויב בתשלום דמים, וא"כ מקיים מצות השבה בתשלום הדמים. וכתב לישב:

"ולקושיא זאת היה אפשר לומר, דס"ל לתוס' הכא כדעת הרמב"ם ריש הל' גזילה, דלא מיקיימא מצות השבה רק בגוף החפץ ולא בדמיה, ואם כן לא ניתקן הלאו כיון דלא נתקיימה העשה ואיסורא דעבד עבד, וזה שלא כדברי הרא"ש שם בב"מ, דגם בשרף הגזילה ושילם דמיה תיקן הלאו וקיים עשה דהשבה. וכדעת הרא"ש כן היא דעת תוס' מכות ט"ז והריטב"א שם, ולקמן גבי הגזול את אביו ונשבע לו ומת, נותן לבניו או לאחיו לקיים מצות השבה, וכתב שם הרמב"ם בפירוש המשניות, דזה דוקא אם הגזילה בעין, אבל אם אינה בעין א"צ לשלם דמיה, וזהו לטעמיה דבדמים ליכא מצות השבה, אבל לדעת תוס' ורא"ש נראה שגם הדמים חייב ליתן לבניו או לאחיו. אבל צ"ע, כיון דבקרא דוהשיב כתיב אשר גזל כעין שגזל, איך אפשר לומר דמיקיימא מצות השבה בדמים. וגם לדעת הרמב"ם קשה, דנהי דמצות והשיב ליכא בדמים, אבל מ"מ הא בקרא כתיב ג"כ ושילם, דקאי בתשלומי דמים כמבואר שם בספרא, למה לא יהא ניתק לעשה דושילם, ומאי שנא עשה דושילם מעשה דוהשיב, וצ"ע."

מבואר מהקוב"ש שנחלקו הראשונים אם בתשלום דמי הגזילה מקיים מצוה של והשיב. אך הקשה הן לסוברים שמקיים מצוה, והן לרמב"ם שאינו מקיים מצוה, דכיון שכתוב אשר גזל, א"כ המצוה היא דוקא מה שגזל ולא דמיו, וקשה לתוס' ודעימיה. ועל הרמב"ם הקשה, שהרי הפסוק שם (ויקרא ה, כג-כד) מדבר גם על אופן של תשלומין: והיה כי יחטא ואשם, והשיב את הגזלה אשר גזל, או את העשק אשר עשק, או את הפקדון אשר הפקד אתו, או את האבדה אשר מצא. או מכל אשר ישבע עליו לשקר, ושלם אתו בראשו וחמשתיו יסף עליו. ומהמילה ושלם, יש ללמוד גם על מצוה לשלם, אם אינו משיב גוף הגזילה, ולמה לא יהיה ניתק לאו דלא תגזול, לעשה של ושלם. ונשאר בצ"ע.

ומקור הדין דושילם שהוא חיוב תשלומין, כמו שכתב בקוב"ש, הוא מדברי הספרא (פרשה יג סוף פרק כב אות א): "אי והשיב, יכול והשיב דוקא, ת"ל ושלם. יכול יהא משיב ומשלם, ואל תתמה על זה, שהרי הגנב משלם כפל, אם טבח ומכר משלם ד וה', ת"ל גזלה, גזלה משלם ואין משיב ומשלם". מבואר דהתשלום של ושילם הוא במקום שאין מחזיר הגניבה עצמה.

ולכאורה אם יש מצות עשה של ושלם בדמי החפץ, צ"ע לכפותו להשיב החפץ עצמו. אא"כ נאמר, דלתוס' והרא"ש והריטב"א, כיון ששני סוגי ההשבות נלמדים מפסוק אחד, זה רק ענין של סדר קדימות. משא"כ לרמב"ם, אם הגזילה קיימת ואינו רוצה להשיבה אלא ליתן דמיה, לא מקיים מצות ושילם, שהיא רק באין הגזילה קיימת, שרק אז ציותה התורה ושילם. משא"כ לשיטת התוס' והריטב"א ששניהם נלמדים מוהשיב, נראה שבשני האופנים מקיים מצות והשיב, רק יש קדימה להשבת מעין שגזל.

ודבר זה מצאנו בדברי הגר"ח (גזילה א,ט), שלשיטת הרמב"ם בתשלום דמים לא מקיים והשיב אלא ושילם. וחייב דמים וחייב והשיב הם שני חיובים שונים. דחייב והשיב הוא רק בדבר שחל עליו דיני גזילה, ולכן בעבדים שלא חל עליהם דין גזילה, אין עליהם דין והשיב, שאין גופם נגזל. אולם חיוב תשלומים הוא מאחר שנעשה בהם מעשה גזילה, וכיון שנעשה בהם מעשה גזילה, יש עליהם חיוב תשלומים. הגר"ח ביאר בזה את שיטת הראב"ד (גזילה א,ט) שאם נשרף העבד, חייב הגזלן לשלם דמיו. הראב"ד השיג על מה שהשוה הרמב"ם עבדים לקרקעות, שאם הזקינו העבדים אומר לו הרי שלך לפניך: "מיהו הני מילי לענין כחשה, אף על גב דלא הדרא, גזלה מיהא בעינה איתא ואומר לו הרי שלך לפניך, אבל מ"מ נגזלים הם ונקנים ביאוש, כדכתיב וישב ממנו שבי, ואמרינן (גטין לז) העבד שנשבה ופדאוהו, אם לשם בן חורין ואחר יאוש, לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני, אלמא לאו כקרקע דמי, דהא קני נפשיה ביאוש. הילכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו, שהרי משמת אין שלו לפניו, וכשמת - לגזלן מת". ובזה פירש הגר"ח לשיטת הרמב"ם, דיש שני חיובים בהשבת הגזילה, חיוב השבת הגזילה עצמה, שנלמד מוהשיב, וחייב תשלומין כשאין הגזילה קיימת, והוא נלמד מהפסוק ושילם:

"ולפי זה נראה לומר, דהראב"ד ס"ל, דבעבדים דאינן נגזלים, מ"מ כיון דחזינן דאית בהו דין מעשה גזילה, וכדחזינן דמועלת בהו הגזילה לחול בהו דין יאוש, ובעל כרחך דדין גזילה שלהם מתחלק, דגופם אינו נגזל, ומעשה גזילה מ"מ איתעביד בהו, וא"כ ממילא גם דינם וחייבם מתחלק, וכל דיני הגזילה דאיתנהו בעצם הגזילה, דהם מדין השבה, אימעות עבדים מינייהו, ומשום דלא חייל על גופם דין גזילה. אבל חיוב תשלומין שפיר אית בהו, ומשום דעל מעשה גזילה בלחוד ג"כ מתחייב הוא בתשלומין, ועל כן כשאיתנהו לעבדים אלא דנשתנו, בזה שפיר אומר לו הרי שלך לפניך, ולא בעינן בהו כאשר גזל, ואין השינוי קונה בהן, כיון דהן גופן אינן נגזלים, משא"כ כשמתו ואינם עוד בעולם שפיר חייב בתשלומין משום מעשה גזילה דאיתעביד בהו. וגם דכיון

דאמרינן דהא דעבדים אינן נגזלים, היינו דגופן אינו נגזל, אבל מ"מ מעשה גזילה מיהא איתעביד בהו, א"כ ממילא דיש לחלק גם בחיוב תשלומין גופיה ובמעשה גזילה עצמה ולומר, דהיכא דאיתנהו לעבדים בעין, אז שפיר אמרינן דהואיל וגופם אינו נגזל ע"כ ממילא לא חלה המעשה גזילה וחיובא דידה כלל, כיון דהרי הן ברשות בעליהם בכל מקום שהן. מה שאין כן בליתנייהו בעין, אז חיילא המעשה גזילה ומתחייב ע"ז בתשלומין. וזהו דתלי הראב"ד הכא חיוב תשלומין בדין יאוש, כיון דמדין יאוש הרי חזינן דאע"ג דאין בגופם חלות דין גזילה, מ"מ איתעביד בהו מעשה גזילה, ועל זה הוא דחייב תשלומין כשאין הגזילה קיימת, וכמו שנתבאר.

הנראה בדברי הגר"ח ולפי שיטתו, דמצות והשיב תלוי במי שחל על גופו שם של גזילה. בעבדים לא חל על גופם שם של גזילה, שהרי בכל מקום שהם נמצאים, הם ברשות הבעלים. ומצות והשיב שייכת רק במי שחל על גופו שם של גזילה. ואף שאין חל על גוף העבד שם של עבד גזול, מ"מ נעשה בו מעשה גזילה. מעשה של גזילה עצמו מחייב בתשלומין. ואפשר, דכיון שבפועל עשה בהם מעשה גזילה, יש עליו חיובי שמירה ואפי' באונסין, והוא המחייב לתשלומין, אף שעל העבד יש שם הבעלים ולא שם הגזול, דחיוב תשלומין לא תלוי בשם הגזילה שחל על החפץ, אלא כיון שבפועל כעת לקחו מרשות הבעלים, יש בזה חיוב תשלומים דומיא דשומר, וזה גילתה התורה בחיוב ושילם. ומה שמועיל בהם יאוש, דיאוש אינו תלוי אם חל עליהם שם גזילה, אלא כיון שאינם ברשות הבעלים כעת, מועיל בהם יאוש, וכמו שמועיל יאוש באבידה. לכן גם חיוב ההשבה שוראי קיים גם כשהעבד בעין, נראה דלא גרע מחיוב השבה של אבידה, אבל אינו מדין והשיב, ואין עליו פרטי דין של והשיב, רק יש עליו חיוב להחזיר לבעלים חפץ שלהם שנמצא כעת בשליטתו, אך אינו מדין והשיב, שוהשיב תלוי בחלות שם של גזילה על החפץ.

ומהמשך דברי הגר"ח נראה שחיוב התשלומין הוא מדין מזיק. הגר"ח שאל על מש"כ הרמב"ם (גניבה א, ט): "העבד שגנב פטור מן הכפל ובעליו פטורין, שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע"פ שהן ממנו, מפני שיש בהם דעת ואינו יכול לשמרן, שאם יכעיסנו רבו ילך וידליק גדיש באלף דינר, וכיוצא בזה משאר נזקין". דמקור דברי הרמב"ם הוא מהמשנה במס' ידים, ושם מירי לענין מזיק ולא לענין גניבה, דאף שכל שהוא ממנו שמירתו עליו וחייב בנזקיו, בעבדו ואמתו שהם בני דעת, אין שמירתן עליו, ולא נכתב דין זה לענין גניבה, וא"כ מדוע הביא הרמב"ם הלכה זו בהל' גניבה, דחיוב גניבה הוא רק מחמת עצמו, וגם אם היו הבעלים מתחייבים בשמירת עבדם ואמתם, אין זה שייך לחיוב גניבה. ולכן הכריח הגר"ח לבאר בדעת הרמב"ם, דאף שדין השבה הוא חיוב שהוא על מי שגנב, ולא שייך בזה דין שמירתן

עליך; "אבל מ"מ חיוב תשלומין שבהן, כיון דהוא גם מדין מזיק, שפיר יש לחייבן גם מדין שמירתן עליך. והא דמיפטר בעבד ואמה הוא רק משום טעמא דבני דעה נינהו ואין שמירתן על הבעלים. ולפי זה גם נזק גנבה וגזילה ג"כ איכלל בהך מתני' דידים, וזהו דקבעה הרמב"ם בדין גנבה ולא בדין נזקין, כדי להשמיענו זה גופא דגם בגנבה וגזילה אית בהו דין נזקין". מבואר שחיוב תשלומין בגניבה הוא מדין מזיק, שמונע מהבעלים את השימוש והבעלות שלהם על החפץ. ולפ"ז המשיך הגר"ח לבאר דעת הראב"ד הנ"ל, דבעבדים אף שאינן נגזלים חייב בתשלומין, דמעשה הגזילה מחייב בתשלומין, משא"כ קרקע דלא שייך בה מעשה גזילה כלל. וצ"ל דחיוב התשלומין לראב"ד הוא מדין מזיק, או אפשר גם מדין שומר, שחייב לשמור העבד לאחר שהוציאו מבית הבעלים.

גם הגר"ז (אבן האזל גזילה א,א) הקשה לשיטת הרמב"ם, כיון דמפורש בספרי שאם אינו מחזיר הגזילה יש חיוב מהתורה של ושלם, מדוע לא ניתק הלאו דגזילה לעשה דושילם, כשאנו מחזיר הגזילה בעין. וכתב הגר"ז לישב לפמש"כ התוס' כתובות (לב,ב ד"ה שלא השם): "ונראה לר"י לפרש, שלא השם המביאו לידי מכות כו', כלומר שהתשלומין לא נכתבו בסמוך למלקות, דאם היה כתוב באותו פסוק עצמו לא תענה, ואם ענה ועשיתם לו כאשר זמם, אז ודאי הוה אמינא דה"ל לאו שניתק לעשה ולא ילקה עליו. אבל עתה שנכתב רחוק זה מזה, לא הוי ניתק לעשה ולא דמי ללאו דגזילה דחשיב ליה ניתק לעשה בפ' בתרא דמכות (טז,א) ובשלוח הקן (חולין קמא,א). אף על גב דעשה דוהשיב את הגזילה לא כתיב אצל לאו דלא תגזול, דהתם ודאי ע"כ הוא ניתק לעשה, שהרי עוקר גזילה מתחת ידו, אבל קרא דועשיתם לו כאשר זמם אינו עוקר הלאו דלא תענה, דעל ידי שאנו עושין לו כאשר זמם אינו נעקר עדותו אלא ע"י שהזמם, הלכך לא חשבינן ליה ניתק לעשה כיון שלא נכתב אחריו סמוך לו". ולכן דוקא אם משיב את הגזילה, על כרחך בזה מתקן הלאו, אבל כשמשלם אינו מתקן את מעשה הגזילה, ולכן כיון שכתוב במרחק מקום מהלאו, אין התשלומין מתקנים את הלאו, דכיון שאינו משיב את הגזילה עצמה, אינו מתקן את הלאו. ואח"כ ראיתי גם בשו"מ (מהדור"ד ח"ג סי' כט) שכתב בהסבר דברי הרמב"ם: "דגוף הגזילה הוא מתורת השבה כאשר גזל, אבל הדמים הוא מתורת חוב", וכיון שהוא מתורת חוב, אינו מתקן הלאו.

ובתש' נו"ב (תנינא, או"ח סי' קלו) חקר שם, מה יהיה הדין אם אחד גזל בהמה והקריבה לקרבן, שאי אפשר להחזירה לבעלים ורק לשלם דמיה, אם נאמר שתשלם הדמים הוא תיקון ללאו של גזילה. והביא שהדבר נתון במחלוקת הרמב"ם והתוס' (כנ"ל), אם מקיים מצות והשיב, דלרמב"ם רק ניתן לתשלומים, אבל לא מקיים את העשה. והוסיף, דאף לשטת התוס' דהתשלומין הם תיקון הלאו, ואף לשיטת כל

הראשונים דבהשבת הגזילה מתקן את הלאו, היינו רק לענין מלקות, שאינו לוקה מפני שניתק לעשה, אבל מ"מ צריך כפרה על האיסור שעשה במה שציער את חבירו בגזל שגזלו, וזה האיסור נעשה בשעת הגזילה ואינו בחזרה ותיקון, אף שישלם את הגזילה, וע"ז אמרינן (ב"ק ס,ב) חבול ישיב רשע גזלה ישלם, אע"פ שמשלם רשע הוא, וכן נפסק בשו"ע חו"מ שנטב. ולפ"ז האיסור שעשה בגזלו את הבהמה כבר עבר וליתא בחזרה, ואף בדיעבד אינו יוצא ידי קרבנו, והוא הדין בכל מצוה הבאה בעבירה.

ג. נשתנית הגזילה

וחיוב הדמים בנשתנית הגזילה, נלמד מהא דאיתא ב"ק סו,א: אמר רבה, שינוי קונה (היכא דשני להו בידים, פשיטא ליה דמדאורייתא ודאי קנה, וכי מהדר, לא בעי לאהדרינהו בעיניהו אלא דמים משלם, כגון צמר ועשאו בגדים, דהא כתיבא בהדיא ותנינא כו', אבל יאוש מספקא ליה הא דאמור רבנן קני, אי דאורייתא אי דרבנן – רש"י) כתיבא ותנינא, כתיבא והשיב את הגזלה אשר גזל, מה ת"ל אשר גזל, אם כעין שגזל – יחזיר, ואם לאו – דמים בעלמא בעי שלומי. תנינא, הגזל עצים ועשאו כלים, צמר ועשאו בגדים, משלם כשעת הגזילה. אי נמי, לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו פטור, אלמא שינוי קונה. וכך פסק הרמב"ם בהל' גניבה א,יב: "נשתנית הגניבה ביד הגנב קנייה וקנה שבחה אפילו לפני יאוש, ואינו משלם אלא דמים". וכן הוא בהל' גזילה ואבידה ב,א: "ואם נשתנית ביד הגזלן, אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה, קנה אותה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזלה". וכן פסק בשו"ע חו"מ בכ"מ, שנג,א, שס,א, שס,ה, שסב,א.

ואיתא שם בב"ק סה,ב: א"ר ששת, הא מני ב"ש היא דאמרי שינוי במקומו עומדת ולא קני (אע"ג דאישתני לא נפיק מרשות בעלים – רש"י), דתניא נתן לה באתננה חיטין ועשאו סולת, זיתים ועשאו שמן, ענבים ועשאו יין, תני חדא אסור (לקרבן), ותני חדא מותר, ואמר רב יוסף תני גוריון דמאספורק ב"ש אוסרין ובית הלל מתירין, מאי טעמא דבית שמאי, דכתיב גם לרבות שינוייהם, ובית הלל הם ולא שינוייהם. מבואר דבית הלל לומדים ששינוי קונה, ממה שאמרה תורה (דברים כג,יט): לא תביא אתנן זונה ומחיר כלב בית ה' אלהיך לכל נדר, כי תועבת ה' אלהיך גם שניהם. ומהמילה שניהם דייקו, הם ולא שינוייהם, דשינוי כבר אינו בכלל אתנן. ובתוס' שם (ד"ה הן) הקשו, הרי בסמוך למדו מאשר גזל, מעין שגזל. ותיירצו, דמאשר גזל לומדים שאפי' שינוי החזור לברייתו קונה, וצריכים את שני הפסוקים, שאם היה רק פסוק אחד, היינו מעמידים הפסוק בשינוי שאינו חוזר, עיי"ש. ועיין ביש"ש שם סי' ו.

ועיין בפנ"י שם, דכוונת התוס' להקשות, דאשר גזל מיותר, וילמדו רק מהפסוק גם שניהם, שאם לגבוה מועיל שינוי, כל שכן שלהדיוט יועיל השינוי. וגם צריך את הפסוק גם שניהם, למעט ולדות. (ובנתיבות שסא, הקשה על תרוץ התוס', דא"כ רבה דלא כהלכתא, דאנן קיי"ל דשינוי החזור אינו קונה). אך הוסיף דדברי התוס' לכאורה אינם מוכרחים, שפסוק אשר גזל נצרך ללימוד שהגזלן יקנה בשינוי, שאף אם היינו לומדים מגם שניהם, הם ולא שינוייהם, ששינוי יחשב כגוף אחר, לא היינו יודעים מסברא שהגזלן יקנה את הגזילה בשינוי בלי דעת הנגזל ויגזול כל שבחו בעל כרחו של הנגזל, דבכל קניני ממון צריך דעת אחרת מקנה. לכן נצרך הפסוק אשר גזל, דגזירת הכתוב שאם השתנית הגזילה, אין צריך להחזיר. ועיין בפרי יצחק (לגר"י בלאזער, ח"ב סי' סג) שהסכים לסברת הפנ"י, דצריכים לפסוק אשר גזל ללמד שקונה הגזלן, שאם לא חידשה זאת התורה, מהיכי תיתי יקנה הגזלן ללא דעת הבעלים. ומה שנצרך לפסוק גם שניהם, דלולי הפסוק באתנן לא היינו יודעים ששינוי לא הוי כעין שגזל, דמדוע לא יהיה מעין שגזל אם נשתנית הגזילה, וכי בשביל שנשתנה צורתו נעשה כגוף אחר, ולכן נצרכו לפסוק באתנן ללמדנו דשינוי הוי כגוף אחר. ועיין גם באבן האזל (נזקי ממון ז, יב ד"ה והנראה בזה).

ובקצוה"ח שס"ב כתב לישב קושית התוס' מדוע צריכים שני פסוקים, לפי מה דאיתא בתמורה ו, א, במחלוקת אב"י ורבא במאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני או לא, והקשתה הגמ' מהמשנה, הגזול עצים ועשאן כלים כו' שמשלם כשעת הגזילה, והטעם מפני שקנה בשינוי, ורואים שאי עביד מהני ותיובתא לרבא. ותירצה הגמ', אמר לך רבא, שאני התם דאמר קרא אשר גזל כמה שגזל, והיינו שיש גזירת הכתוב שקונה בשינוי. ולפ"ז מובן מה שהוצרכו שני פסוקים, גם באתנן וגם בגזל. אם היה פסוק רק בגזל, שאם היה רק בגזל, לא היו לומדים באתנן, שהקדש מהדיוט לא ילפינן. דאף מאן דאמר שינוי קונה, סובר באתנן דלא מהני, כדאיתא ריש פרק הגזול קמא (צד, א) דגבוה שאני ומשום דאימאס. ואם היה כתוב רק באתנן הם ולא שינוייהם, היינו אומרים דבגזל לא מהני, דכיון דאמרה התורה לא תעביד, אי עביד לא מהני, דמזה הטעם ס"ל לגמ' ששינוי בגזל לא קונה, לולי מה שגילתה לנו התורה אשר גזל כעין שגזל.

והגרא"ו (קובץ שעורים ב"ק יג) כתב לישב קושית התוס', דמהפסוק באתנן לומדים שאם יש שינוי, פנים חדשות באו לכאן, שהשינוי קובע שהחפץ אינו אותו חפץ, אבל עדיין איננו יודעים שכשהשתנה החפץ, אין עליו חיוב השבה, דאפשר דאף שפנים חדשות באו לכאן, מחויב להשיב את אשר גזל אף שהשתנה, וזה בא הפסוק אשר גזל ללמדנו שאין חיוב השבה בשינוי: "דמקרא דהן ולא שינוייהם מוכח, דע"י השינוי פנים חדשות באו לכאן ואין זה שגזל, אבל אכתי לא ידעינן דפקע מיניה חיוב

השבה, דשמא חייב להשיב גם אם אינו כעין שגזל, ולזה ילפינן מקרא דבעינן שיהא כאשר גזל, ואי מקרא דאשר גזל אכתי לא ידעינן דמפני השינוי לא הוי כעין שגזל, דאפשר דגם אם נשתנה אכתי מיקרי כעין שגזל, ולא אמרינן דע"י השינוי פנים חדשות, וכדחזינן גבי אתנן דאי לאו קרא היה פסול גם כשנשתנה, ולא אמרינן אחר הוא ולא אותו שנתן לה, והכי נמי גבי גזילה אכתי מיקרי כעין שגזל".

ויש שני טעמים מדוע כשהשתנה החפץ, יש חיוב לשלם דמים ואינו יכול להשיב הגזילה ולומר לנגזל הרי שלך לפניך, או מטעם שקנאו בשינוי, ולכן אינו של הנגזל, ולא יכול להשיב לנגזל מה שאינו שלו, או מטעם גזירת הכתוב אשר גזל, וכיון שאינו מעין שגזל, לא מקיים את והשיב את הגזילה אשר גזל. ונפק"מ, שבמציאות שהיה קונה ביאוש, כגון לשיטת הרא"ש ב"ק פ"ז סה"ב, והטור והשו"ע (בשם י"א) בחו"מ שנגב, ביאוש עם שינוי השם החוזר לברייתו, שלטעם שקנה ביאוש עם שינוי השם, אף שהוא כעין שגזל, דלא נשתנית גוף הגזילה, מ"מ כיון שקנאה, אינו יכול להחזיר את החפץ עצמו (אלא בתורת שוה כסף), והחיוב עליו להחזיר הדמים. דבר זה נלמד מתורת הגר"ח, (גזילה ב,טו). הגר"ח הביא את דברי הגמ' (ב"ק צח,ב) על המשנה שם (צו,ב); אשכחיה רב חסדא לרבה בר שמואל, א"ל תנית מידי באיסורי הנאה. אמר ליה אין, תנינא, והשיב את הגזלה, מה תלמוד לומר אשר גזל, יחזיר כעין שגזל, מכאן אמרו, גזל מטבע ונפסל, פירות והרקיבו, יין והחמיץ, תרומה ונטמאת, חמץ ועבר עליו הפסח, בהמה ונעבדה בה עבירה, ושור עד שלא נגמר דינו, אומר לו הרי שלך לפניך. ובמשנה שם צו,ב מבואר דבהמה והזקינה, משלם כשעת הגזילה. כל'. בהמה והזקינה לא יכול לומר הרי שלך לפניך, דאינו כעין שגזל. ובגמ' ב"ק סה,ב נחלקו ר' אילעא ורבי חנינא בטלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור, אם הוי שינוי; אמר רבי אילעא, גנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור, נעשה שינוי בידו וקנאו. טבח ומכר, שלו הוא טובח שלו הוא מוכר. איתיביה רבי חנינא לר' אילעא, גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור, משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב, ואי ס"ד קנייה בשינוי, אמאי משלם, שלו הוא טובח שלו הוא מוכר וכו'. ולכאורה, לפי רבי חנינא שלא קנאו בשינוי, מדוע בבהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה, כיון שלא קנאו בשינוי, יאמר לנגזל הרי שלך לפניך. מזה מוכיח הגר"ח שינוי לענין לקנות החפץ, ויש שינוי לענין שאינו כעין שגזל. בהמה והזקינה, ובודאי טלה ונעשה איל, אף שאינו שינוי לקנות בו, מ"מ הוי שינוי לענין שאינו מעין שגזל, וז"ל הגר"ח:

"אלא דצ"ע, אם זה דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך הוא משום דקני בהשינוי, ומשום דקנייה הוא דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, או דנימא דמשום זה גופיה דאינו כעין שגזל, משום הכי אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וכמו דמהני זה דאינו כעין שגזל לקנותו, כמו כן מועיל זה גופא דלא הוי כעין

שגזל לענין שלא יוכל לומר הרי שלך לפניך. ונראה פשוט דשניהם אמת, דמשום דקנייה אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וכמבואר לעיל (ב"ק סו, א-ב) דהיכא דקני ביאוש, שוב אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, והכי נמי קנין שינוי לא גרע מיאוש. אלא דגם בלאו הכי טעמא דקניי, ג"כ אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, משום דלא הוי כעין שגזל, וראיה לזה מהא דפליגי ר' אילעא ורבי חנינא (ב"ק סה, ב) בגנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור, אם קנאו בשינוי אם לא. וקשה לר"ח דס"ל דלא הוי שינוי לקנות על ידו, מהא דתנן (ב"ק צו, ב) דגזל בהמה והזקין משלם כשעת הגזילה. אלא ודאי צ"ל דרבי חנינא ס"ל ג"כ דהבהמה מיהת נשתנית ולא הויא כעין שגזל, וע"כ אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אלא דס"ל דלא מועיל השינוי כי האי לקנות על ידו, הרי להדיא דאף דלא קנאו בהשינוי, מ"מ מועיל השינוי לזה דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך."

ונראה לגר"ח, דכל זה לרבי חנינא הסובר שיכולה להיות מציאות שאותו שינוי לא יהיה מעין שגזל, אבל לא יהיה שינוי מספיק לקנות, ואנן קיי"ל כר' אילעא, שגנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור, קנה, וכמו שפסק הרמב"ם בהל' גניבה א, יג, גזילה ב, יד, ובשו"ע חו"מ שנגא, וברמ"א חו"מ שס, י. ולכן לר' אילעא ככל שהשינוי אינו מעין שגזל ואינו חייב להחזיר, ממילא קנה את הגזילה: "ובאמת שכן הוא מוכרח גם מצד הסברא, דנראה דכל עיקר הכ דינא דבעינן כעין שגזל על דין השבה נאמר, דדוקא אם היא כעין שגזל מיקיימא בה חובת השבה, ובאינה כעין שגזל לא מיקיימא בה שוב בהשבתה חובת השבה ומתחייב בתשלומין, וממילא הוא דהדר דינא דכיון דאינה בדין השבה, בזה הוא דנקנית לו הגזילה, וא"כ הרי הא ודאי דכל שאינו כעין שגזל, אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, כיון דלא מיקיימא ביה דין השבה". דלר' אילעא דקיי"ל כוותיה, ככל שיש כאן שינוי לענין דין השבה, הואיל ואינה בדין השבה, נקנית לו הגזילה, ואין שני דיני שינוי לענין גזילה ולענין קנייתה. ולמ"ד ששינוי אינו קונה, צ"ל דאינו קונה וחייב בהשבה, דלא צריך להיות כעין שגזל כדי שיתחייב בהשבה, ואף אם השתנית הגזילה, למ"ד ששינוי אינו קונה, יכול לומר לו הרי שלך לפניך: "וגם דהרי עיקר הדין דשינוי אחד הוא דלא הוי כעין שגזל, ורק דמתחלק לתרי נפקא מינה, חדא לענין לקנות את הגזילה, ועוד שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל תרומיהו הרי הויין חד דינא דשינוי, וע"כ אם שינוי אינו קונה א"כ הא ליכא דין שינוי כלל בגזילה, וממילא דיכול לומר הרי שלך לפניך ג"כ, ולא איכפת לן כלל מה דנשתנית הגזילה כיון דליכא דין שינוי כלל בגזילה. משא"כ למ"ד שינוי קונה ובעינן בהשבת גזילה כעין שגזל, ואיכא דין שינוי בגזילה, וע"כ היכא דנשתנית אינו יכול לומר הרי שלך לפניך גם משום זה גופא דלא הויא כעין שגזל, ולא צריכין

לטעמא דהואיל וכבר קנה". יש שינוי ויש דין שינוי. יכול להיות שיהיה שינוי, ולמ"ד שינוי אינו קונה, אין דין שינוי אף שיש שינוי, וככל שאין דין שינוי, הוי כעין שגזל, דאם הוא כעין שגזל או לא, לא תלוי בשינוי אלא בדין שינוי. וכאשר יש דין שינוי, אינו כעין שגזל וממילא אין עליו חובת השבה, גם מבלי הסיבה שקנאה בשינוי, שהוא גם תוצאה של דין שינוי.

ובענין מה שמוכח לכאורה מרבי חנינא, שיכולה להיות מציאות של שינוי לענין כעין שגזל, כמו בהמה והזקינה, אך לא מהני לענין שיקנה, כמו בטלה ונעשה איל. עיין לגר"ח"ע (אחיעזר ח"ג סי' פב) שכתב לישב ע"פ דברי התוס' רי"ד בפסקיו (ב"ק צו,ב): "ומבמהמה והזקינה דתנינן לקמ' ליכא למילתא, דזקנה הויא שינוי גמור דלא ילדה ולא עבדא מלאכה, אבל טלה ונעשה איל הוה אמינא אין זה שינוי גמור, דדמי לקטן ונעשה גדול, ולאיל בן יג' חדשים ונעשה בן שנים ובן שלש דלא הוי שינוי, קמ"ל". וס"ל לרבי חנינא דהזקינה הוא שינוי גמור שקונה וגם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, דהא בהא תליא, אבל טלה ונעשה איל, אינו קונה ויש עליו חיוב השבה. ומסביר הגר"ח"ע: "והטעם נראה, דמקרא דאשר גזל דילפינן דשינוי קונה, כמ"ש בדף סז, אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, מוכח דדוקא שינוי הקונה מיקרי לאו כעין שגזל וא"י לומר הרי שלך לפניך, משא"כ היכא דלא קנה אף שנשתנה ... מ"מ כיון דאין זה שינוי שעושה קנין, יכול לומר הרי שלך לפניך". הרי ששני הדינים תלויים האחד בשני, קנין הגזלן וחיוב ההשבה, דשניהם נלמדים מאשר גזל.]

ממשיך הגר"ח, שיש מציאות שיהיה שינוי לענין כעין שגזל, שלא יתחייב בהשבת החפץ, אבל עדיין השינוי לא מהווה קנין שהגזלן קונה אותו. אם היה השבר קטן ואינו בכל החפץ, הרי זה שינוי לענין כעין שגזל, אבל כדי שיהיה שינוי שיקנה הגזלן את החפץ, צריך שיהיה זה שינוי בכל החפץ. ולכן בשבר קטן לא יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך, אף שהגזלן לא קנאו, ועדיין הוא של הבעלים, וז"ל הגר"ח: "ואשר על כן נראה, דבאמת הא כל שבר וכל היזק ניכר הוי שינוי, אלא דלא חשוב שינוי בכל החפץ, והחפץ עוד חשוב כשהיה, וא"כ כל זה הוא רק לענין קנין, דלענין לקנות את הגזילה בעינן שיחול השינוי על כל החפץ, ולא מהני מה דהוי שינוי במקומו, משא"כ לענין הרי שלך לפניך, דזהו דין בחיובא דגזלן, דכיון דאינו כעין שגזל אינו יוצא בו ידי השבה ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, בזה לא צריכין כלל שיחול השינוי על כל החפץ, וכל דהוי שינוי במקומו שוב לא הוי כעין שגזל. ואף בשבר קטן שוב אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וגם דלא שייך שיעורא רק לענין לקנותו, דבזה חלוק, דשבר קטן אינו מועיל לקנותו ושבר גדול מועיל לקנותו,

משא"כ לענין הרי שלך לפניך, כל דלא הוי כעין שגזל, שוב אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, ולא שייך ביה שיעורא כלל, ובכל גווני אינו יכול לומר הרי שלך לפניך".

ובזה כתב הגר"ח לישב דעת הרמב"ם (גזילה ב,טו) מקושית המגיד. הרמב"ם שם כתב, וז"ל: "גזל כלי ושברו, אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזלן, ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור, נוטלין ומשלם הפחת, שזו תקנה היא לבעלים, ואם לא רצו בה הרשות בידן, וכן כל כיוצא בזה". והקשה המגיד, מדוע לא יקנה הגזלן בשינוי מעשה. וכתב דאפשר דמיירי בששמו עליו. וכתב הגר"ח לישב, דהרמב"ם מיירי באופן שנשבר קצת, ולכן לא יכול לומר לו הרי שלך לפניך, כיון שאינו כעין שגזל, אבל עדיין לא קנאו בשינוי זה והוא של הבעלים, לכן הוא ביד הבעלים לבחור אם רוצים את החפץ וישלם הגזלן הפחת, או ישלם הגזלן כולה, כיון שלא קנאה הגזלן בשינוי מועט זה. (ולכאורה זה דוחק להעמיד בנשבר קצת, דמדברי הרמב"ם משמע שנשבר בכל אופן ויש מכל הכלי שברים, ולכאורה הוא שבירה גמורה, וצ"ב. ועיי"ש בהמשך הסבר הגר"ח).

גם הגרא"ו (קובץ שעורים ב"ק יד) כתב, דככל שהוא פטור מהשבה, קנה הגזלן, דשני הדינים, פטור מהשבה וקנין הגזלן, הא בהא תליא: "דכיון דפקע דין השבה, ממילא הוא קנוי לגזלן מגזילה הראשונה". והביא ראיה מהא דאיתא בסנהדרין עב,א: אמר רב, הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור (מלהחזירם אף על פי שהם קיימין – רש"י), מאי טעמא בדמים קננהו (בדמי נפשו קנאן, הואיל ונתחייב מיתה בלקיחתם). ואיזה קנין יש בקלבד"מ שאפשר לומר שהבא במחתרת קנאו. אלא כיון שהוא פטור מהשבה, ממילא קנאו הגזלן. ומה שלא קיי"ל כרב, מפני שפטור דמים בקלבד"מ הוא רק כשצריך לשלם משלו, אבל עצם היסוד שנפטר מהשבה בגלל קלבד"מ, קנאו הגזלן בדמי נפשו, כ"ע ס"ל כן. וממילא מוכרח שכל שאין חיוב השבה, קנאו הגזלן. וקניית הגזלן היא לאלתר משעת הגזילה, ורק חיוב ההשבה מפקיעה את הקנין, וככל שאין חיוב השבה, משעת הגזילה נקנית לגזלן, ואינו דומה לקנין לאחר ל', כשכבר כלתה קנינו: "דהתם חלות הקנין הוא לאחר זמן, ולא מהני משום דכלתה קנינו, אבל בגזילה חלות הקנין הוא לאלתר, אלא דחיוב השבה הוא דבר המפקיע קנינו בכל רגע, וכיון דנפקע חיוב השבה ע"י שינוי, ממילא נשארת שלו, דמיד בשעת הגזילה נעשית שלו על הזמן שלאחר פטור השבה". ושם (אות יח): "היוצא מכל המבואר, דהגזילה קנויה לאלתר להגזלן, על הזמן שלאחר הפקעת חיוב השבה מהחפץ, כגון ע"י שינוי מעשה או שינוי רשות, והנגזל הוא בעלים כל זמן שלא נפקע חיוב השבה".

לדבר אברהם (ח"א סי' א סוף ענף ה) יש מהלך אחר. קנין הגזלן ומצות והשיב, אינם תלויים זה בזה. יכול שינוי שלא לקנות, אבל אין חיוב השבה ממצות

התורה להשיב את הגזילה, מפני שאינו כעין שגזל, אף שהגזולן לא קנה את הגזילה. ואף שאין חיוב השבת הגזילה ממצות התורה והשיב את הגזילה אשר גזל, יש על הגזולן חיוב להשיב לבעלים חפץ שלהם הנמצא ברשותו, כמו שיש חיוב להשיב אבירה. מצות והשיב תלויה אם זה כעין שגזל או לא. יכול להיות שינוי שהופך את הגזילה לכזו שאינה כאשר גזל, ולכן אין עליו חיוב השבה מוהשיב, למרות שאין כאן שינוי שקונה. אך ככל שלא קנאה הגזולן והחפץ עדיין של הבעלים, יש חיוב להחזיר את החפץ, אמנם לא מכח מצות התורה של והשיב את הגזילה אשר גזל, אלא כמו כל חפץ של בעלים הנמצא ברשותו, ולא גרע מאבירה, וז"ל הדבר אברהם:

"ויש לחקור אלו לא הוה שינוי קונה אם היה מקיים המצות עשה בהשבת החפץ, כשנשתנה מכעין שגזל או שהיתה השבתו רק כתשלומי דמים. ונראה דזה תלוי בפלוגתא דשינוי קונה או לא, דמ"ד שינוי קונה דריש (ב"ק סז,א) והשיב את הגזילה, מה ת"ל אשר גזל, אם כעין שגזל - יחזיר, ואם לאו, דמים בעלמא בעי שלומי. ומ"ד אינו קונה דריש התם והשיב את הגזילה מכל מקום. ונראה לומר דהפקעת המצות עשה מהשבת גוף החפץ כשנשתנה [למ"ד שינוי קונה], אינה נובעת מקנייתו של גזולן לחפץ ואינה תלויה כלל בזה, אלא דאפילו אם היה יצויר שלא קנאו הגזולן, נמי בטלה המצות עשה מהשבת החפץ שנשתנה, דהא אשר גזל כעין שגזל אמרינן. ונהי דאם לא קנאו לא היה רשאי לעכב את החפץ לעצמו ולשלם דמיו אלא מחויב היה להחזיר גופו דוקא, דהא ממונו של נגזל הוא ולא גרע מאבדתו, אבל המצות עשה של השבה שעל גוף החפץ, לא היה מקיים עוד, דהא לאו כעין שגזל הוא ולא הוה עדיף לענין המצות עשה מתשלומי דמיו. ולמאן דדריש והשיב את הגזילה מכל מקום, קיימא המצות עשה אף על גזלה שנשתנית. ולפי"ז נמצא דהא דשינוי גמור קונה, אינו גורם להפקעת המצות עשה של השבת גוף החפץ, והלכך אין לנו ללמוד דשינוי קונה אלא לענין הממון, אבל היכא שע"י קנין השינוי תתבטל ותפקע המצות עשה, שאלמלא קנין השינוי עדיין לא היתה מופקעת, לא מצינו כלל דשינוי קונה, ואדרבא נימא שלא יקנה ויקיים המצות עשה. ולכן י"ל, דאף שינוי החזור לברייתו, השתא לפני חזרתו מיהא הרי הוא משונה והוי שינוי גמור, אלא דמ"מ כיון דבידו לחזור ולסותרו וישוב להיות כעין שגזל ויקיים המצות עשה, עדיין לא פקעה מיניה מצות השבה ובעמוד וסתור והשב קאי, דלענין הפקעת המצות עשה אין קנין שינוי כלל, ולא אמרינן שיקנה ויפקיע."

הדבר אברהם לומד שאין כל שייכות בין קנין הגזילה להפקעת מצות והשיב. מצות והשיב נפקעת כאשר אין הגזילה כעת במצב של כעין שגזל, ואינה תלויה אם נשתנית באופן שיקנה הגזולן אם לאו. שינוי קונה יש לו נפק"מ רק לענין גוף הממון,

אם יש עליו חיוב להשיב את הממון לבעלים, הואיל והממון שלהם, וכמו בהשבת אבידה, אך אינו ענין להפקעת מצות והשיב, שהיא תלויה אך ורק אם הגזילה היא במצב של כעין שגזל או לא. וגם אם אינה כעין שגזל, אם קנה בשינוי, לא מיבעיא שאינו מחויב להשיב את החפץ לבעלים ממצות והשיב, גם אינו מחויב להחזיר גוף החפץ לבעלים מדיני ממונות של חו"מ. ולענין שינוי החזר לברייתו, אף שכעת הוא במצב שאינו כעין שגזל, יש על הגזלן חיוב להחזירו לברייתו לכעין שגזל, כדי שיקיים מצות והשיב.

ד. חיוב דמים בנשתנית

עיין לעיל אות ב לענין חיוב דמים בגזלן. ויש להוסיף, דכאשר אין הגזילה כעין שגזל, יש על הגזלן חיוב לשלם דמיה. הרא"ש ב"מ ב"ט, לענין מי שנטל אבידה לפני יאוש ע"מ לגזלה, והמתין עד שהתיאשו הבעלים ואח"כ החזיר, שלא דלא תוכל להתעלם עבר, אבל לאו דלא תגזול, מתקן עם החזרה אפי' לאחר יאוש, והביא ראיה מגזילה, שאם אכלה ושילם דמיה, שמקיים מצות והשיב, וע"כ לא גרע משיב אבידה לאחר יאוש, ממשלם דמי האבידה, לענין תקון הלאו, וז"ל הרא"ש: "אמר רבא, ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש על מנת לגזולה, עובר בכולן, משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם. ואף על גב דאהדרה לאחר יאוש, מתנה בעלמא יהיב ליה ואיסורא דעבר עבר. אלאו דלא תוכל להתעלם קאי. אבל לאו דלא תגזול, אפילו אכלה או נשרפה ושילם דמים, תקן הלאו וקיים עשה דוהשיב את הגזילה". היינו שמפרש דברי רבא רק לענין לא תוכל להתעלם, אבל לענין לא תגזול, כמו שמקיים מצות והשיב בדמי הגזילה, כך יכול לקיים השבת אבידה לענין איסור לא תגזול, באבידה שלאחר היאוש. וכן הדין לענין עשה דהשב תשיבם, וכמש"כ תוס' שם בסוגיא (ב"מ כו, ב ד"ה מתנה), וז"ל: "וא"ת והלא לאו דלא תגזול מקרי ניתק לעשה ... א"כ כיון דלענין גזילה לא מקרי מתנה, גם השב תשיבם למה לא תיקן. וי"ל, דלא קאי אלא על לאו דלא תוכל להתעלם שעבר שלא החזיר קודם יאוש". מבואר דאף השב תשיבם תיקן באבידה שלאחר יאוש. וכן כתב בפ"ח על הרא"ש שם (אות ב), וכן מדויק ברא"ש הנ"ל, דרק לענין לא תוכל להתעלם איסורא דעבר עבר.

ובעל המאור (ב"מ יד, ב מעמוה"ר) דן גם בשאלה אם מתקן הלאו של לא תגזול, כשמחזיר את האבידה לאחר יאוש, וכתב דכוונת רבא דאכן עבר בשעה שלקחה ע"מ לגזלה גם בלא תגזול, וממילא קאי על כל הלאוין, ואף שיכול לתקן הלאוין והעשה, מ"מ מה שעבר בשעה שנטלה – עבר: "ואיכא דקשיא ליה, כיון דאהדרה, היכי עבר משום בל תגזול והא מיתקן לאויה, שהרי קיים עשה שבה והשיב את

הגזלה, וגזלן מצוה הוא בהשבה לעולם ואפילו לאחר יאוש, ואף על פי שקונה ביאוש, נפקא מינה שקנויה היא אצלו הגזלה עצמה, אבל דמים משלם לעולם, ואם כן הא מיתקן לאויה וקאי. ונ"ל מאי עובר משום בל תגזול דקאמרינן, שכבר עבר קודם השבה, דומיא דעובר משום השב תשיבם דקאמרינן בנטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגזולה, דהא מאחר שנתכוין לגזולה הוה ליה גזלן וקונה ביאוש וליכא מצות השב תשיבם, אלא כל היכא דבעיניה מיחייב לאהדוריה אילו איתיה בעיניה, אלא מאי עובר שכבר עבר". מבואר שיש על גזלן חיוב להשיב את הגזילה אף לאחר יאוש, ואף במקום שקנויה היא אצלו, חייב לשלם דמים, ובכך מתקן הלאו.

והרמב"ן במלחמות שם (ב"מ יד,ב מעמוה"ר), כתב הסבר אחר בדברי רבא, וז"ל: "והכי הוא סברא דגאון ז"ל דגזילה ואבידה היא זו, ואבידה נקנית ביאוש היכא שלא נטלה, וגזלה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם, ואם תמצא לומר נקנית, דמים מיהא משלם, וזו כיון שנטלה לגזולה ולא להשיבה, הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה, דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבדה ולא ע"מ לגזולה קודם יאוש, דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, אבל בזו שע"מ לגזולה נטלה, הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש, ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה, שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה, הלכך אף על פי שהחזירה עובר בכולן, וזה הפירוש ברור ונכון". מדברי הרמב"ן עולה דכאשר נקנית לו האבידה, שנטלה ע"מ לגזלה, לגמרי ביאוש דאבידה, אין עליו כל חיוב השבה של דמים. ובזה צריך לומר שמחלק הרמב"ן בין גזילה לאבידה, דגזילה, אף אם נקנית לו לגמרי, עדיין יש עליו חיוב דמים על מה שגזלה, אבל באבידה, אפי' נטלה ע"מ לגזלה, החיוב הוא רק על החפצא של האבידה, וככל שהאבידה עצמה קנויה לו, אין במצות השבת אבידה חיוב דמים רק חיוב החזר החפצא של האבידה, וע"כ עובר בכולן. ולפ"ז נחלקו הראשונים הנ"ל, אם במצות השבת אבידה יש חיוב החזרת דמים, במקום שאינו חייב או אינו יכול להשיב החפץ. אמנם צ"ל דאף לרמב"ן, ככל שהיתה האבידה מחויבת בהחזרה, וניזוקה בפשיעת מוצא האבידה, בזה יש חיוב דמים מדין שומר, אבל מדין השבת אבידה אין חיוב דמים, ככל שהיא קנויה למי שנטלה ע"מ לגזלה. ועיין לעיל מה שהובאו דברי הגר"ח לענין חיוב תשלומין בגזילה.

והגרנ"ט בחידושו (סי' קלב) כתב דאף שחיוב דמים בגזלן הוא מהתורה, ודרשו מפי השמועה שוהשיב את הגזילה אשר גזל, דוקא כעין שגזל, אבל אם נשתנית חייב בדמים, ודבר זה למדו מפי השמועה, מ"מ יש עליו חיוב השבת החפץ עצמו וחיוב שלא לגרום לשנות החפץ ולהתחייב בדמים. הגרנ"ט הקשה, מנין לגמ' (ב"ק

סו,א) שאם נשתנית חייב בדמים, אולי אין בכלל חיוב של והשיב רק בכעין שגזל, ואם אין כעין שגזל, אין שום חיוב. והביא דברי הרמב"ם (גזילה ב,א-ב): "הגזלה שלא נשתנית אלא הרי היא כמות שהיתה, אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה ואע"פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו, הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה, ואם נשתנית ביד הגזלן אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה, קנה אותה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזלה. ודין זה דין תורה הוא שנאמר (ויקרא ה,כג) והשיב את הגזלה אשר גזל, מפי השמועה למדו אם היא כשגזלה משלם אותה, ואם נשתנית בידו משלם דמיה". דדרשה זו שמשלם דמיה, למדו מפי השמועה. וממשיך הגרנ"ט ומוכיח, דחיוב דמים, כמו גם הקנין שקונה הגזלן בשינוי, חל למפרע משעת הגזילה ולא משעת השינוי או הקנין. ועיי"ש הראיות שהביא, דכל שקונה בשינוי, חזרה השומא לשעת הגזילה. ומזה הוכיח דחיוב הדמים חל בשעת הגזילה, וגם קנין הגזילה חל מיד בשעת גזילה על תנאי, שאם לא תשתנה, חייב להחזיר הגזילה עצמה.

וממשיך הגרנ"ט, דזה דוחק לומר דמצות השבה הינה על תנאי שלא תשתנה: "ונראה בזה, דבאמת מצות השבה מדין ודאי היא, דאף שביד הגזלן לשנות הגזילה וממילא חייב רק דמים, מ"מ יש עליו מצות השבה הכוללת בתוכה שיוזר לא לשנות החפץ ולגרום חיוב דמים, אלא יקפיד שישאר החפץ כפי שהוא וישיבו כך לבעליו, ונמצא שאם שינה את החפץ בידיים, ביטל בכך מצות השבה". מבואר מהגרנ"ט דחיוב השבה הוא רק השבת הגזילה גופה, והוא החיוב של והשיב את הגזילה אשר גזל, ורק יש חיוב נוסף, שאם אינו יכול להשיב את הגזילה, כיון שנשתנית ואינה כאשר גזל, יש חיוב דמים, אך בחיוב דמים אינו מקיים את מצות והשיב. ונראה דס"ל כשיטת הרמב"ם לפי מה דתנן בספרא, שחיוב דמים נלמד מושילם, אך לכאורה לשיטת הראשונים הנ"ל שלא למדו כרמב"ם, שני החיובים, חיוב השבת הגזילה וחיוב דמים, שניהם נלמדים מוהשיב, רק לכתחילה חייב להחזיר את הגזילה עצמה, וכשאינו יכול מחזיר דמיה, אבל שניהם נלמד מוהשיב. אולם לגרנ"ט והשיב הוא רק ביחס לגזילה עצמה, ולכן אם שינה בידיים את הגזילה עצמה עד שאינה כאשר גזל, ביטל מצות עשה של והשיב, וזה כאמור לכאורה כשיטת הרמב"ם הנ"ל דיליף חיוב דמים מושילם, וכדתנן בספרא.

לאמור לעיל, חיוב והשיב את הגזילה עצמה קיים הן ביחס לנגזל עצמו והן ביחס ליורשיו, ואין חילוק בין נגזל ליורשיו. ואם שילם דמים והחזיר הגזילה עצמה אצלו, יש ראשונים שסוברים שחיוב דמים נלמד אף הוא מוהשיב, וא"כ אין ביד יכולים לכופו, שלא ביטל מצות עשה, אף שלא עשה לכתחילה ויש עליו חיוב להשיבה הגזילה, אבל יש ראשונים ואחרונים הסוברים שבתשלום דמים ולא השבת הגזילה עצמה, ביטל מצות עשה ובי"ד כופין על ביטול עשה.

סימן ל

שבר חלון רכב כדי להציל ילד שהיה בתוכו

ראשי פרקים

א. מציל נרדף מרודף

ב. רץ לדבר מצוה

בראובן שעבר בחניון ציבורי וראה רכב נעול ובתוכו ילד כבן שלוש, ואף שמצבו לא היה נראה בסכנה עדיין, הבין שתוך זמן קצר הילד יכול להגיע לכדי סכנה. ובתחילה ניסה לקרוא למשטרה וגם ניסה לפתוח את הרכב ע"י טפול במנעול, דבר שהביא לנעילת הרכב, ובזמן זה הילד נכנס להיסטריה ונראה במצב סכנה, מיד שבר את אחד מחלונות הרכב וחילץ את הילד. ואף שלא נתבע ע"י בעל הרכב, שאל אם ע"פ דין חייב לשלם על הנזק שגרם לרכב (מנעול הרכב, צבע בדלת, וחלון), והבהרתי לו שפטור מתקנת חכמים, וכפי שיתבאר.

א. מציל נרדף מרודף

לרכב הסגור יש דין של רודף, גם אם אין סכנה מיידית, הרי שתוך דקות ספורות ביותר, הילד יכול להמציא בסכנת נפשות. ובדין רודף תקנו חכמים שאם שבר כלים כדי להציל את הנרדף, פטור לשלם, כדי שלא ימנעו להציל נפשות, דכן איתא בב"ק קי"ב, (וכן הוא בסנהדרין ע"ד, א): ורודף שהיה רודף אחר רודף להציל ושבר כלים, בין של נרדף בין של כל אדם – פטור, ולא מן הדין, אלא שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמציל את חבירו מן הרודף. ופרש"י שם דמן הדין היה לחייב המציל, שמציל עצמו בממון חבירו חייב, וא"כ קל וחומר אם הציל אחרים בממון חבירו. וכן פסק הרמב"ם (חובל ומזיק ח"ד) ובשו"ע חו"מ שפ"ג. ועיין גם במאירי שם: "לא מן הדין אלא תקנה היא, שלא ימנע מלהציל או יתאחר שלא לשבר את הכלים במרוצתו". הרי שהתקנה היתה לא רק בהצלה מיידית אלא גם שלא יתאחר בהצלתו וישקול אולי לפעול בדרך אחרת ללא גרימת נזק, ובזה תתאחר הצלתו אף אם יציל בדרך אחרת, שהרי מצווה הוא להקדים מה שיותר מהר את הצלתו.

ובחדושי אנשי שם (על הרי"ף ב"ק מד, א מעמוה"ר) הקשה על הגמ' שאין הפטור מן הדין, מדוע שונה הדין ממי שרץ ברשות והזיק במרוצתו שהוא פטור, כדאיתא בב"ק לב, א: ומודה איסי בערב שבת בין השמשות שהוא פטור מפני שרץ ברשות. וכמו דקיי"ל כאיסי בן יהודה דפטור מפני שרץ לדבר מצוה, כן יש לפטור

מן הדין בשובר כלים להציל נפש. ותירץ, דלא לכל דבר מצוה פטר איסי בן יהודה אלא דוקא בערב שבת, שמייהר לשבת, אולם למצוה אחרת לא פטר. ולכן גם במציל את חבריו וגורם נזק לכלים של אחר, אף שיכל להציל ללא שבירת הכלים, כדי שלא ישתהה לדון עם עצמו אם יכול להציל ללא שבירת הכלים וימהר להציל חבריו. וזה נראה כדברי המאירי הנ"ל, שימהר ולא יתאחר להציל חבריו, אף אם יכול להציל ע"י דבר אחר, ובזה טעם הפטור הוא תקנת חכמים ולא מן הדין. ועיין עוד להלן אות ב.

ותקנת חכמים לפטור המציל שהזיק, אפי' הזיק בכוונה. כן מבואר בפ"ח (על הרא"ש ב"ק וי"ב), על הא דאיתא בגמ' ב"ק ס"ב: 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 ... רב הונא אמר גדישים דשעורים דישאל הוה, דהוו מטמרי פלשתים בהו, וקא מיבעיא ליה מהו להציל עצמו בממון חבריו, שלחו ליה אסור להציל עצמו בממון חבריו, אבל אתה מלך אתה [ומלך] פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו. ובתוס' שם (ד"ה מהו) כתבו, דהשאלה היתה אם חייב לשלם כשהציל עצמו כשהיה בסכנה של פקוח נפש. והרא"ש שם בה"ב כתב, שלא היתה השאלה אם מותר לשרוף הגדישין להצלת ישראלים. דפשיטא שאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, ויכול לשרוף להציל. והשאלה היתה אם מותר לשרוף על דעת להפטר מתשלומין, וע"ז ענו לו שאסור להציל עצמו בממון חבריו ע"ד להפטר מתשלומין אלא יציל עצמו וישלם. ובפולא חריפתא שם העיר, שגם להציל אחרים על דעת להפטר מתשלומין אסור, אלא שבהצלת אחרים יש תקנת חכמים שהוא פטור: "ה"ה דלהציל אחרים נמי אסור, כמו שהיתה השאלה להציל ישראל, אלא דשאני המציל לאחרים אף על גב דאסור מ"מ פטור מלשלם, כדמסיק רבינו בסוף הגוזל בתרא, שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם מציל אחרים". הרי שאפי' שרף בכוונה גדישין כדי להציל אחרים, פטור מלשלם, ורק במציל עצמו חייב לשלם, ואין חילוק בין בשוגג או בכוונה. ועיין עוד בפנ"י (שם, על תוס' ד"ה מהו), דבנדון דוד לא היה הפטור של תקנת חכמים, דאף שהיתה בזה גם הצלה של אחרים, כיון שדוד היה גם בהצלה, אין חשש שימנע מלהציל אם לא יפטר, לכן אין בזה תקנת חכמים. ומ"מ גם מדבריו מבואר שאם הציל אחרים, אף שהזיק בכוונה תחילה כדי להציל, הרי הוא בכלל תקנת חכמים שפטור מלשלם. ועיין עוד בנתיבות שמו, דאף שואל שלא מדעת, שלקח כלי להצלת נפשות אחרים, שפטור מלשלם מתקנת חכמים, ואפי' יש בזה גם הצלת עצמו, כיון שיש בזה הצלה גם של אחרים, יש לפטור מתקנת חכמים (דלא כפנ"י), וז"ל הנתיבות: "... ואפילו שאל שלא לדעת ונאנס מידו פטור, דלא גרע מרודף שרדף אחר רודף ששבר כלים בין של הרודף בין של כל

אדם, דפטור כמבואר בסנהדרין (עד,א), כיון שיש בזה ג"כ הצלת אחרים, ודוקא נרדף שבא להציל עצמו חייב, אבל הכא שיש בו ג"כ הצלת אחרים פטור, דמשום שיש בו ג"כ הצלת עצמו לא גרע". וע"ע בנתיבות עב,יז.

אמנם נמצא לאב"ד סובאלק, הגר"י הלר (עמודי אור סי' קטז,י, בדרוש לשבת הגדול בהגהה שם), שממנו עולה דהפטור של תקנת חכמים הוא דוקא כשרדף המציל להציל הנרדף, אך לא כשמלכתחילה שבר כלי של אחר להציל הנרדף, דבזה יהיה חייב הנרדף לשלם לבעל הכלי. העמודי אור מביא את הרא"ש בסנהדרין ח,ב, וז"ל: "והניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא. דאין אדם מחויב להציל נפש חברו בממונו היכא דאית ליה ממונא לניצול. כדאמר לקמן (עד,א) נרדף ששיכר את הכלים של רודף פטור, של כל אדם חייב, ואם היה מחויב להציל את הנרדף בממונו, א"כ יפטור משבירת הכלים, שהרי ממון חברו מחויב להציל וברשות שברם כדי להנצל". וכותב העמודי אור בהגהה שם: "ונפלאתי על הנתיבות עב,יז שכתב בפשיטות דהשואל כלי לצורך דליקה ונאנס, דפטור מלשלם, והביא ראיה מהא דאחר ששבר את הכלים להציל את הנרדף פטור. ותמוה, הא הרא"ש כתב מפורש דאין ממון חברו מחויב להצילו אפי' לפקוח נפשו, והמשבר כלים של אדם להציל את הנרדף, בהא לחד אתמר, לפי שהוא דבר פתאומי, גם לא נחית אדעתא דאגרא, והא גם בזה אמרו לא מן הדין ... והש"ס כתב להדיא דמחייב להצלת חברו כשהוא טובע בנהר וכד' ומטרח ואגורי, וכתב הרא"ש שהניצול חייב לשלם, וגם הצלת דליקה כיוצא בה לענ"ד, וההיא דנרדף שאני, כמבואר למבין שיש לחלק בתקנה זו". מבואר מדבריו דדוקא ששבר את הכלים באופן פתאומי ולא מתוך מחשבה. אמנם בנדו"ד אפשר דגם חשיב אופן פתאומי, ובמיוחד דבנדו"ד הרי הורג את הרודף עצמו, דהזכוכית ומנעול המכונית הם הרודפים עצמם, ולכן בכל מקרה, ואפי' שבר בצורה מחושבת ולא פתאומית, פטור מלשלם.

והגר"מ פיינשטיין באגרות משה (חור"מ ח"ב סי' סג) נשאל ע"י האדמו"ר מבובוב זצ"ל, על כספים שלוה בארה"ב בשנות עברה וזעם, ושלח לארופה כדי להציל בכספים אלה יהודים, וסבר האדמו"ר מבובוב שפטור מלשלם מתקנת חכמים של מציל נרדף, שהציל אחרים בממון זה. והשיב הגר"מ זצ"ל, שכל הפטור הוא דוקא כשהזיק תוך כדי הצלה, ודוקא בדין מזיק, אבל גזל והלואה ודאי שאין כל פטור למציל, וחייב לשלם מה שלוה להציל אחרים, וז"ל: "הנה במחילה מכ"ג חייב כתר"ה ע"פ דין התורה בחיוב גמור ואין בזה שום שקלא וטריא, כי בין להציל עצמו ובין להציל אחרים, כשהציל בממון אחרים חייב לשלם כידוע מגמ' ופוסקים. והתקנה שאמר רבה בב"ק קיז,ב וסנהדרין עד,א ברודף להציל ששבר כלים של כל אדם פטור, שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמציל את חברו מיד הרודף, הוא רק ליפטר מדין מזיק, ורק מהמונעים בדרכו, אבל להפטר מחיוב גזל והלואה לא תקנו. ואף במזיק שלא

בעומדים בדרכו, כהא דרודף ששבר, נמי אינו בכלל התקנה, ולכן אי לאו מדין מלך פורץ גדר לעשות לו דרך, היו חייבין לשלם על שרפת הגדישין בב"ק סב, אף שהיה זה להצלת רבים ולא היה גם בזה התקנה. דפטור חכמים הוא בכל דבר שעומד בדרכו להציל הנרדף, והוא הדין בנרדף, ולמש"כ לעיל לכאורה הזכוכית ומנעול הדלת הם גופה חלק מהיותם רודפים, ואף אם אינו הרודף, מ"מ הוא המונע מלהציל, ובודאי פטור מתקנת חכמים. וכן כתב הגר"ש וואזנר (שבט הלוי, ח"ט סי' רצג), לפטור רכב של הצלה שנסע במהירות להציל חיים, והזיק בדרכו, עיי"ש.

ב. רץ לדבר מצוה

וכבר הוזכרו לעיל דברי איסי בן יהודה (ב"ק לב,א); ומודה איסי בערב שבת בין השמשות שהוא פטור מפני שרץ ברשות. ופטור זה הוא מעיקר הדין, ומדוע יש צורך בתקנת חכמים מיוחדת לנרדף. והובאו לעיל חדושי אנשי שם (על הרי"ף ב"ק מד,א מעמדה"ר) שהקשה כן, ותירץ, דלא לכל דבר מצוה פטר איסי בן יהודה אלא דוקא בערב שבת, שמיהר לשבת, אולם למצוה אחרת לא פטר, עיין לעיל. ומבואר שסובר שפטור זה הוא דוקא ברץ בערב שבת, שממהר לא לחלל שבת. ובמרדכי (ב"ק לט, הובאו דבריו גם בב"י חו"מ שעח,ח) כתב: "ודוקא אותה מצוה דבין השמשות דאין לו שהות, אבל בשאר מצות כגון לרוץ לבית הכנסת או לבית המדרש דיש לו פנאי, אם הזיק חייב". ולכאורה לפ"ז יש לפטור גם בהצלת נרדף, ומדוע יש צורך בתקנת חכמים מיוחדת לפטור את המציל מהרודף, שהרי גם בזה אין שהות וחייב להציל. ונראה דכדי שלא יצטרכו לדון אם אכן היה זמן ושהות להציל הנרדף ללא שבירת הכלים, וידון המציל בינו לבין עצמו ויסקן בזה הנרדף שיכול להצילו, תקנו חכמים שבכל מקרה, אף אם היה שהות להציל בדרך אחרת, יפטר המציל אם הזיק ממון אחרים. ובזה הבנתי גם מה שענה בשבט הלוי (הנ"ל) לפטור איש הצלה שהזיק לרכב במהירות נסיעתו, שלכאורה היה צריך לבחון אם יכל לנהוג פחות מהר וביתר זהירות. אלא שזה גופה תקנת חכמים לפטור המציל המזיק ממון אחרים בדרך הצלתו, שלא יצטרך לדון אם היתה שהות כזו או אחרת, אלא ימהר להציל חיים. וכן הביא דבריו בחו"י (סי' רז), דדוקא בין השמשות שהוא בהול להכנס לשבת מהר, עיי"ש. ועיין בחת"ס (שבת כא,ב) מש"כ על דבריו.

ובתש' עונג יו"ט (סי' ט) הגדיר את הפטור, דדוקא אם יש מצוה לרוץ, יש פטור אם הזיק בריצתו, וכן בכל דרך ואופן שיש הוראה איך לקיים את המצוה, אם הזיק בדרך החיוב בקיום המצוה, פטור אם הזיק, אבל אם אין מצוה לרוץ, אף שאם לא ירוץ יפסיד את המצוה, אין פטור אם הזיק בריצתו, ודוקא בערב שבת בין השמשות שיש מצוה לרוץ, פטור אם הזיק, משא"כ אם ירוץ לשמוע קול שופר, אף

אם יפסיד את קיום המצוה, כיון שאין מצוה לרוץ, אין את הפטור אם הזיק בריצתו לדבר מצוה, וז"ל: "ודוקא רץ בערב שבת בין השמשות פטור אם הזיק, שמצוה לרוץ, כמ"ש רש"י, כאדם המקבל פני מלך, אבל רץ למצוה אחרת כמו לקיים מצות לולב או מצה והזיק חייב, דהתם אין העצם הריצה המצוה אע"פ שהוא היה צריך לרוץ לקיים המצוה, שבאופן אחר לא היה יכול להשיגו אע"כ לא מיקרי ריצה מצוה, וכדאמר במכות (דף ח) דחרישה לצורך עומר לא מיקרי מצוה, שאם מצא חרוש אינו חורש, אבל קצירה מקרי מצוה, שאם מצא קצור קוצר. והכי נמי לגבי שבת מיקרי רץ מצוה, שמצוה לרוץ כאדם המקבל פני מלך, לכך אם הזיק פטור, אבל רץ למצוה אחרת חייב, שאין הריצה מצוה. והכי נמי גבי ק"ש אם הזיק בהטייתו את חבירו או ממנו פטור לב"ש, שמצוה להטות, ולב"ה חייב שאין מצוה להטות". ולפ"ז י"ל שאין מצוה להציל הנרדף דוקא בריצה ובדרך שיזיק, לכן את הפטור של דבר מצוה, ומזה הטעם תיקנו חכמים לפטור את המציל שהזיק ממון אחרים כשרצה להציל הנרדף.

עוד י"ל הטעם שתיקנו חכמים במציל נרדף והזיק ממון אחרים, דיש לחקור בטעם הפטור של רץ בערב שבת לדבר מצוה, אם הוא מטעם שהוא אנוס, וא"כ יש לפטור כל מי שרץ לדבר מצוה, או שהטעם שבערב שבת היה לניזק להזהר, לדעת שאחרים רצים בבהלה, והיה לניזק לשמור ממנו. ולצד זה, טעם זה אינו שייך במציל את הנרדף, דמה שייך לטעון לניזק שהיה לו להזהר. וכצד זה נראה מדברי הר"ר יהונתן, הובאו דבריו בשטמ"ק (ב"ק לב,א): "אע"ג דמי שהוא רץ ברשות הרבים נראה משונה, דאין דרך לרוץ, ואם פגע והזיק רץ במהלך דינא הוא שיהיה חייב לשלם כוליה נזק, דאדם מועד לעולם, אבל כיון שהוא ערב שבת, דאדם טרוד לקנות צרכי שבת או לקנות שמן לנר של שבת, דרך הוא למי שהוא בן ברית לרוץ, על כן אם הזיקו זה את זה נפטר שהרי יש לו רשות לרוץ בדרך, ועל הניזק היה להרחיק את עצמו, אבל בחול, דוקא כששניהם רצים, דשניהם משונים, דמיפטר המזיק, שהרי לא שינה המזיק יותר מן הניזק ועל הניזק היה לו להרחיק את עצמו שלא יזיקוהו, אבל אחד רץ ואחד מהלך, אם הזיק רץ משלם נזק שלם". מבואר ברבינו יהונתן דטעם הפטור הוא שהיה על הניזק להרחיק עצמו, לאסוקי אדעתיה שבערב שבת כולם ממהרים, והיה לו לשמור ממנו שלא ינזק מהרצים. ולפ"ז טעם זה לא שייך במי שהציל נרדף והזיק כלים של אחר, ולכן נצרכה תקנת חכמים לפטור המציל כשהזיק.

והדברים מפורשים להדיא בחידושי האור שמח (ב"ק לב,א): "נראה דוקא ברץ בין השמשות, דמצוה למירהט קמי מלכתא וכו"ע ידעי דא מילתא ובעי ליה לאזדהורי מיניה דרץ ברשות. אבל ברץ למצוה אחרת, אף דפקוח נפש, מ"מ חייב, דאיהו לא בעי למידע מיניה לאיזדהורי ביה, כנלע"ד". מבואר מהאור שמח דטעם הפטור שהיה לניזק לדעת שרצים בערב שבת בין השמשות, והיה לו להזהר, וזה

שייך רק בערב שבת בין השמשות שיודעים הכל שרצים, משא"כ אם רץ פתאם מחמת פיקוח נפש, כגון שהוא רץ להציל עצמו או אחרים, אין הפטור של רץ לדבר מצוה, כיון שאין על הניזק להזהר, ולכן נצרכה תקנת חכמים. אולם אם מדובר בפיקוח נפש שאנשים יודעים שכעת כולם רצים, כגון שיש אזעקה, ויכל להכניס ממונו בזמן זה ולהסתירו, אין צורך בתקנת חכמים, אבל כיון שלא כל המקרים שוים, נצרכו חכמים לתקן ולפטור המציל שהזיק ממון אחרים. (ואגב זה י"ל, שאם אדם שמע אזעקה ורץ למקלט, ובדרך הזיק ממון אחרים, אין את הפטור של תקנת חכמים, כיון שרץ להציל עצמו. אבל אם רץ להציל אחרים, כגון את בני משפחתו או שכנים או שהיה מכוחות ההצלה, יש את הפטור של תקנת חכמים). ועיין בחו"י (הנ"ל סי' רז) דהפטור הוא לא מחמת חובת הניזק להזהר, אלא שבבין השמשות בערב שבת אדם בהול לכניסת שבת: "דאין למידין כלל מרץ בין השמשות בע"ש דבהיל טובא, שהרי הוא ספק לילה והוא זמן מועט לפני הלילה ממש, לכל היותר כדי הילוך אלף ות"ק אמה". ולפ"ז גם ברץ מחמת פיקוח נפש יש לפטור. (ועיין בכלי חמדה, פרשת כי תצא אות יא מש"כ בדברי החו"י). אבל דעת רבינו יהונתן, וכן הסיק באור שמח, דוקא במקום שהיה על הניזק להזהר, כמו בערב שבת בין השמשות, אבל לא ברודף ונרדף שבא בפתאם ולא יכול הניזק להציל ממונו ולהזהר, ואין הפטור אלא משום תקנת חכמים.

אמנם גם למסבירים שפטור רץ בערב שבת בין השמשות הוא מחמת היותו אנוס, יש להקשות הרי אדם מועד לעולם, ומה אם הוא בהול ואנוס, הרי אדם המזיק חייב באונס, וצ"ע להגדיר כאונס גמור. וראיתי ביד המלך (חובל ומזיק א"א) שפירש דדוקא בהזיק לחבירו בדרך הילוכו ולא בשיבר ממון חבירו, דכיון דלשניהם יש רשות, מה שנהיה כאן נזק הוא לא רק אונס של המזיק אלא גם אונס של הניזק, ובכגון זה אונס רחמנא פטריה: "ואכתי מה בכך דרץ ברשות ואנוס הוא בהזיקו, הלא אדם מועד לעולם, ובניזקין גם אונס חייב, ודוחק לומר דאונס של ריצה בע"ש בין השמשות עדיף מכל אונס דעלמא, חדא דא"כ בהיו שנים מהלכין כדרכן והזיקו זא"ז, יתחייבו שניהם ומשום דאדם מועד לעולם. ועוד תמוה דלמה לא מצינו דין זה של פטור ההזיק בדרך הילוכו או ברץ בע"ש בין השמשות רק בשנים שהזיקו זא"ז, אבל באחד שהיה מהלך כדרכו ברה"ר בצידי כותל וחלונות חבירו, ואצ"ל אם רץ אף בע"ש בין השמשות ושיבר לחלונות של חבירו, דודאי חייב לשלם, וכמו שהביא רבינו בהלכותיו לקמן ר"פ ששי, ואיזה חילוק יש בין הזיק את חבירו בדרך הילוכו או דשיבר חלונותיו של חבירו בדרך הילוכו, הלא בשניהם היה עכ"פ הליכתו ברשות". וע"ז תירץ, דכיון דהליכת שניהם היתה ברשות, כל אחד אנוס הוא בהזיקו, ואונס זה פוטרו מתשלומין: "ובזה אין מקום לומר דאין בכח אונסו של המזיק לחייב ולהפסיד את הניזק, דהא לאו אונסו של המזיק בלבד סיבב ההפסד של הניזק, דאי לאו דגם חבירו הניזק היה

נאנס בהליכתו ברשות, לא היה מקום להמזיק להזיקו, וא"כ הרי לאו אונסו של המזיק הפסיד וחייב את הניזק, ובכגון זה אנו קיימין בכלל דאונס רחמנא פטריה". אמנם לפ"ז אם הזיק ממון חבירו, גם ברץ לדבר מצוה חייב לשלם, אא"כ חבירו גם הוא רץ עם ממונו וניזוק. ולפ"ז ודאי היה מקום לתקנת חכמים לפטור המציל שהזיק לממון חבירו, ולא סגי בפטור של רץ לדבר מצוה.

לאור האמור פטור ראובן מתקנת חכמים, ויישר חילו לאורייתא.

סימן לא

הנותן סם המוות לפני בהמת חבירו

אשי פרקים

א. היה לה שלא תאכל

ב. פטור מגרמא

ג. אם חייב בדיני שמים

בישוב מסוים החזיק אחד השכנים כלב מסוכן מאד, שהתהלך ברחוב ללא רצועה וללא שמירה של הבעלים. לא אחת נשך הכלב ילדים ומבוגרים, וחלקם הגיעו לכדי סכנה. השכנים פנו לבעל הכלב ובקשו ממנו שיסלק את הכלב, או לפחות שישמור עליו שלא יצא לרחוב ללא שמירה. השכנים אף פנו לרשויות, אך ללא הועיל. לאחר שבעל הכלב לא שמע לאזהרות ובקשות השכנים, החליטו להניח חתיכת בשר מורעלת, ואכן הכלב אכל את חתיכת הבשר, ומת כעבור יום. לא נדרשתי לעצם שאלת המתת הכלב, מפני שהשאלה הינה גם חוקית, ואיני מביע דעתי בנושא. השאלה שנשאלתי היתה רק אם הם חייבים בתשלום לבעלים על הכלב. יוער כי לא שמעתי את שני הצדדים בענין מסוכנות הכלב, וכל הדברים שנכתבים להלן הם בדרך אם תימצא לומר. אין בהם כדי להתיר לעבור על החוק, ככל שיש כזה, האוסר דברים מסוג זה.

והראתי מקומו למה שכתבתי בח"ז סי' כד, לענין חתול רע שמותר להרגו ואין לחייב ההורגו, והרוצה לעיין לעצם השאלה וההיתר לכך ותנאי ההיתר, יעיין שם. ועתה שנשאלתי הוספתי סניף נוסף שלא לחייב ממון את אלה ששמו את הרעל, וזאת מדין הנותן סם המוות לפני בהמת חבירו.

א. היה לה שלא תאכל

כאמור, בנדו"ד יש לצרף סניף נוסף, שאף אם לא התברר בבי"ד שהכלב הינו בבחינת כלב רע, אין לחייב את נותן הרעל באוכל, ואכל הכלב מעצמו. תנן במשנה ב"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' שם (מז, ב), לענין הכניס פירותיו לחצר בעה"ב שלא ברשות: אמר רב, לא שנו אלא שהחלקה 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, היא 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 באפרותא, דהיינו פירי. ובהמשך שם מח, א הקשתה הגמ' מאשה שנכנסה לחצר בעה"ב ברשות לאפות, והעז של בעה"ב אכלה את הבצק ומתה, וחייב רבא את בעלת הבצק לשלם דמי העז, והקשתה הגמ', דא"כ חולק על רב הסובר שהיה לה שלא לאכול. ותרצה הגמ', דכיון שנכנסה לבית בעה"ב ברשות, קבלה עליה שמירת העז, משא"כ כשנכנסה שלא ברשות לא קביל עליה נטירותא, הכא ברשות קביל עליה נטירותא. והקשתה הגמ', 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. ותי' הגמ', אמרי לטחון חטים כיון דלא בעיא צניעותא מידי, לא בעי מסלקי מרוותא, דחצר נפשיהו ועליה ידיה רמי נטירותא, אבל למיפא, כיון דבעיא היא צניעותא, מרוותא דחצר מסלקי נפשיהו, הלכך עלה ידיה רמיא נטירותא. דלטחון אין בעיה של צניעות, ולכן בעל הבית יכול להשאר בחצר, ועליו לשמור העז, משא"כ כשאופה מגלה זרועותיה וצריכה צניעות, ולכן אין בעה"ב יכול לשמור, וחובת השמירה עליה.

ובתוס' שם (מזב, ד"ה הוה) כתבו דאין לפרש דברי הגמ' דהוה לה שלא תאכל, מפני שאכילת הבהמה נחשבת כאונס, וכרוח שאינה מצויה, שאל"כ מדוע בהמשך דברי הגמ', בהיה אוכל חטין והתריז ומת, משום דברשות מקבל עליה נטירותא, והרי שומר חנם פטור ברוח שאינה מצויה; "אלא היינו טעמא, כיון שבמתכוין מביא עליו דבר שמזיקו, אינו ראוי זה להתחייב בכך". יש כאן כוונה של הבהמה לאכול את מה שהיה מונח שם. ולכאורה היה נראה ממה שפירש התוס' כן ולא פירש דהוי רק גרמא. נראה דר"ל דאף אם הוי ברי היזקא, וודאי תאכל הבהמה ותמות, מ"מ מעשה נזק זה נעשה לא מעצמו אלא מפעולת הניזק, שהוא עצמו אכל את סם המות, ולכן אין לחייב המזיק, אף למאן דמחייב מדינא דגרמי, דבדינא דגרמי עושה המזיק את הנזק, משא"כ בזה הניזק בפעולתו עושה את הנזק.

ולכאורה יש להבין בסברת דברי התוס', דא"כ גם בבור נאמר שלא בעל הבור הוא המזיק אלא הניזק בהליכתו ובנפילתו בבור, הוא זה שעשה הנזק, ומזה שחייבה התורה בעל הבור מוכח דאף בכה"ג חייב המזיק. החזו"א (ב"ק ח, ט) כתב בהבנת הדברים, דבבור הוא אמנם מתקרב בהליכתו אל הבור, אולם עצם הנפילה לבור אינה מרצונו ומדעתו אלא בעל כרחו; "אבל היזק אכילה היא עצמה מביאה עליה בתחילה ועד סוף". היזק הבור הוא בנפילה, לא במעשה הניזק בהליכתו. אין כאן מעשה של הניזק שהוא עושה הנזק. באכילת סם המות הבהמה עושה את כל מעשה הנזק.

וראיתי ברשימת השעורים של הגרי"ד מבריסק (ב"ק נו,א) שכתב לבאר את דברי התוס', ולחלק בין בור לפירות, דבור הוא חפצא של מזיק, לא התקרבות הנופל לבור עשו אותו למזיק. משא"כ פירות אינם מזיק אלא באכילה. ולכאורה צ"ל דגם סם המוות אינו נחשב לחפצא של מזיק, דז"ל הגרי"ד: "כוונת דבריהם שאין לחייבו אלא משום בור, שכן הפירות הם תקלה לבהמה, אולם חיוב בור תלוי בתחילת עשייתו לנזק (לעיל ו,א), היינו שהבור מוכן להזיק בשב ואל תעשה ע"י הליכת הניזק אליו, והבור חפצא של מזיק גמור הוא, לפי שאינו חסר אלא התקרבות הניזק אליו. הליכת הבהמה לבור אינה עושה את הבור למזיק. כשאכלה הבהמה את הפירות, לעומת זאת, הרי בכך היא עשתה את הפירות למזיק, כי אלמלא היתה אוכלתם לא היו יכולים להזיקה. משו"ה יש מעשה ניזק המסייע בעשיית המזיק, ואין כאן תחילת עשייתו לנזק המחייבת בור דעלמא, ומשום כך בעל הפירות פטור. החיוב בידי שמים שחל עליו אינו מדין תקלה ובור, שהרי הפירות אינן תקלה, אך הוא מדין אדם המזיק שהזיק בגרמא". החיוב בידי אדם מדין בור הוא רק כשהוא תחילת עשייתו לנזק, אבל אם אין תחילת עשייתו לנזק, ועשייתו לנזק באה ע"י מעשה הניזק, אין כאן דין בור המחייב. ואפשר שגם סם המוות אין תחילת עשייתו לנזק, דכיון שלא היה לה לאכול, בין אם סם המות בעצמו או בתוך הפירות, הרי שהבהמה באכילה עשתה והחילה שם מזיק על סם המוות, ואינו מזיק בעצם כמו בור אלא נהפך למזיק ע"י פעולת האכילה, ולכן אין לחייב גם בסם המוות מדין בור.

ועיין במש"כ זקני הגרמי"ל זילברברג זצ"ל (זית רענן ח"ב טזז), שהביא דברי התוס' (ב"מ פב,ב ד"ה סבר) דאדם המזיק חייב ככעין אבידה: "ולא מחייב אדם המזיק אלא בדבר שהוא כעין אבידה, דהוי קרוב לפשיעה, כדאמר בהשואל (לקמן צד,ב) דאבידה קרובה לפשיעה וגניבה קרובה לאונס, ורוח שאינה מצויה חשובה כעין אבידה, ולהכי חייב בה אדם המזיק". וא"כ מדוע נותן סם המות לפני בהמת חבירו פטור, וכי יעלה על הדעת ששומר חנם שראה מי שנותן סם מות לפני בהמה שמופקדת אצלו ולא מנעה, יפטר מלשלם. וכתב דחיוב אדם המזיק וחיוב שומר, אף שהם בדרגה אחת, שונים הם. חיוב שומר הוא חיוב לשמור את ממון חבירו המופקד אצלו שלא יוזק, אף שהנזק לא נעשה ע"י גוף השומר. ובאותה מדרגה, אם אדם יזיק בגופו ע"י פשיעה, כגון שיפול ברוח מצויה וישבור כלים, חייב מדין אדם המזיק. אבל אין לחייב אדם המזיק על מעשה שלא עשה המזיק בגופו בממון שניזוק.

והרא"ש (ב"ק ה,ג) כתב בבאור דברי רב, בהכניס פירותיו לחצר בעה"ב ואכלה הבהמה של בעה"ב והוזקה מהם, דהו"ל לבהמה שלא תאכל, וז"ל: "וכיון שבמתכיון 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". וסברא זו שייכת בניזוקה מאכילת יתר. ולענין סם המות י"ל, דמילתא דלא שכיחא שתאכל סם המות. ואף שהכניס שלא ברשות בעה"ב, לא הו"ל לאסוקי אדעתיה. ואף שיכול בעה"ב לטעון פירותיך ברשותי מאי בעי, מ"מ כיון שהבהמה היא זו שהביאה על עצמה את האכילה, אין לחייבו.

ולכאורה טענה זו לא שייכת אם הרעיל דבר מאכל שבדר"כ הבהמה אוכלת. וי"ל, דעיקר הפטור הוא כמש"כ הרא"ש שבמתכוין הביאה עליה דבר המזיק, ולכן אין לחייב את המזיק. אלא שטוען בעל החצר, פירותיך ברשותי מאי בעי, שהכניס שלא ברשות, ומחמת שהכנסת פירותיך לרשותי שלא ברשות, קבלת על עצמך לשמור הבהמות שלא ינזקו מהפירות. ועל זה משיב בעל הפירות שקיבל על עצמו שמירה מנזק שכיח, אבל מנזק לא שכיח לא קבל על עצמו, ולכן דוקא הוחלקה וניזוקה חייב, ולא באכלה וניזוקה. והוא הדין באכילת סם המות, דלא שכיח שתאכל. ולפ"ז יצא נפק"מ, שאם הניח סם המות בתוך מאכל שסביר שתאכל, אם הניח ברשות הרבים, אין לחייבו, דהו"ל שלא תאכל והיא הביאה על עצמה, אבל אם הניח ברשות בעל הכלב, לכאורה לפי החילוק הנ"ל לא יכול לטעון שזה מלתא דלא שכיחא שיאכל האוכל המורעל, ולכאורה בזה שהניח שם מקבל עליו שמירה.

ועיין בבית שלמה (חומ"מ סו"ס קכו) שהקשה על הרא"ש הנ"ל מש"כ שהיה לניזק לשמור בהמתו, דא"כ יכלה הגמ' להעמיד את הברייתא מנותן סם המות וכו', דדוקא סם המות דלא עבידא דאכלה, אבל פירות יהיה חייב אף בדיני אדם, ותירצה הגמ' דרבנותא בפטור הוא בפירות. ומה הקשתה הגמ', הרי יתכן שיש חיוב בפירות בנותן הפירות בשדה ברשות הרבים שאינו יכול לשמור. (ולענ"ד צ"ב, דא"כ גם סם המות מיירי בנותן ברשות הרבים, ולמה יפטר נותן הסם), וממשיך הבית שלמה, וז"ל: "וע"כ הוא מטעמא שכתבו התוס' והר"ן והנימוק", ובעניותי בחפזי לעת עתה לא יכולתי לישב דברי הרא"ש, ולא מצאתי במפרשי הש"ס שתחת ידי שעמדו על דבריו. ועכ"פ לדינא משמע להדיא מדברי התוס' והרמב"ן והנימוק"י דבכ"ע פטור בנותן סם המות לפני בהמת חבירו היכא דלא קיבל השמירה על עצמו".

ב. פטור מגרמא

אמנם י"ל אף לשיטת הרא"ש, דהפטור במכניס פירותיו לחצר בעל הבהמה, הוא מהטעם שכתב דהיה לה שלא תאכל, ומהמשך הטעם, שלא היה לו לשומרה, אבל בעצם הפטור סגי בטעם שהיה לה שלא תאכל, והיא במתכוין הביאה על עצמה

דבר המזיק, דאין כאן אדם המזיק אלא בגרמא, וכמו שמצאנו במקצת מהראשונים, וכן מוכח לכאורה מהגמ' ב"ק נו,א, על הא דתניא (ב"ק נה,ב): אמר ר' יהושע, ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, הקשתה הגמ', ותו ליכא, והאיכא, הנותן סם המות בפני בהמת חבירו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ומשמע שהפטור בדיני אדם הוא מדין גרמא, וכן החיוב בידי שמים. כן מבואר במרדכי (ב"ק קיט): "אבל גרמא בניזקין דכ"ע פטור, כדמשמע בכמה דוכתין, סוף פרק כיצד הרגל גבי זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא א' וסלקן פטור כו', וכן פרק שור שנגח הפרה, דתנן הכניס פירות בחצר בעה"ב שלא ברשות כו', אמר רבא לא שנא אלא שהוחלקה בהן, אבל אכלה פטור. והנותן סם המות לפני בהמת חבירו, פטור מדיני אדם, וכן פרק הכונס, השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן, וכל הנהו דחשיב ריש פרק הכונס דפטורין מדיני אדם". מבואר שפטור נותן סם המות לפני בהמת חבירו הוא מטעם גרמא.

וכן מבואר במאירי (ב"ק מז,א): "הכניס פירותיו ... ופירשו בגמרא דוקא אם הוזקה בהחלקה, הא אם הוזקה מדרך אכילתה פטור, היה לה שלא תאכל. ואף על פי שגורם הוא לכך, הרי גרמא בנזקין פטור". הטעם לחייב את בעל הפירות או את מי ששם סם המות הוא מחמת היותו גורם לנזק, וכיון דהוי גרמא, אין לחייבו. וכן מבואר בתוס' רי"ד (ב"ק מז,ב): "כלומר היא הזיקה עצמה בידים, וזה ששם הפירות לפניה, לא עשה אלא גרמא בעלמא". וכן הוא בפירוש רבינו יהונתן (ב"ק כא,א מעמדה"ר): "ואע"ג שנעשית הגרמא על ידו, הא קיי"ל גרמא בנזקין פטור". ועדיין י"ל, דדוקא סם המות דלא עבידא דאכלה הוי גרמא, אבל אם הניח אוכל שעשויה לאכול, לכאורה יש מקום לחייבו מדינא דגרמי, דלכאורה ברי היזקא. אך נראה דכיון שתלוי ברצון הבהמה, אין זה ברי היזקא, דברי היזקא הוא רק כשאין כח אחר מעורב בו ומפעילו וגורם לנזק, אלא שודאי יהיה נזק, אבל ככל שצריך למעשה הבהמה ותלוי ברצונה, כבר אינו ברי היזקא, ויש עוד לבאר.

ובמאירי (ב"ק נו,א) כתב דהחילוק בין גרמא לגרמי, דכל שלא נתכוין להזיק או שהוא לבדו לא עשה ההיזק, הרי זה גרמא, ורק בנתכוין להזיק והוא לבדו עשה הנזק, הרי זה גרמי וחייב לר"מ מדינא דגרמי: "שכבר ידעת שהרבה מפרשים טרחו ליישב מה הפרש בין דינא דגרמי שהוא חייב, ובין גרמא בנזקים שהוא פטור, עד שפרשו שכל שכונתו להזיק ושעל ידו לבד נעשה ההזק הוא דינא דגרמי, כגון שורף שטרותיו של חברו ומוחל שטר חוב אחר שמכרו. וכל שאין כונתו להזיק או שכונתו להזיק אלא שיש מסייע לאותו הנזק, הוא גרמא בנזקין ופטור, כגון מה שאמרו בפרק לא יחפור (ב"ב כב,ב) מרחיקין את הסלם מן השוכך ארבע אמות כדי שלא תקפוץ הנמייה, ואם לא הרחיק את הסלם אין כונתו להזיק. וכן משסה כלבו של חברו

בחברו, שאע"פ שכונתו להזיק, כח אחר מעורב בו. וכן אתה מפרש את כלם על פי כלל זה. ואף בזו אנו אומרים לדעת גדולי המחברים, שגרמא זו הואיל וכונתו להזיק ושעל ידו לבד הנזק בא, הרי הוא בכלל דינא דגרמי וחייב על הנזק, וכותל רעוע, הרי פשע חברו וגרמא עם פשיעת חברו פטור". ומזה י"ל אף לנדו"ד, שאף שהיתה כוונתו להזיק לבעל הכלב, כיון שאין המזיק עושה את הנזק אלא הכלב, והו"ל שלא לאכול, הרי זה בבחינת גרמא ולא גרמי.

וכן י"ל לשיטת הראשונים שגרמא הוא כל דבר שאין המזיק גופו עושה ההזק, וכן שאין הנזק נעשה אלא לאחר זמן ולא מיד. כן כתבו התוס' ב"ב כב, (ד"ה זאת) מרבינו יצחק: "דינא דגרמי חייב היינו שעושה הוא עצמו הזק לממון חברו. ועוד חילק, דינא דגרמי דחייב היינו משעת מעשה שבא ההזק". וברא"ש שם (הי"ז) ובב"ק ט, יג (ועיין בתש' הרא"ש נח, וקא, י), דכל היכא שהוא עצמו עושה ההזק לממון חברו וברי היזיקא, הרי זה דינא דגרמי וחייב. ובנדו"ד לא חשיב ברי היזיקא, דלא ודאי שהכלב יאכל את האוכל המורעל. (ועיין רא"ש סנהדרין ט, ב בסופו שהביא כל התנאים הנ"ל, עיין להלן). ואף לשיטת הריצב"א (תוס' ב"ב כב, ד"ה זאת) המחלק בין דבר שכיח שחייבו חכמים בגרמי, לבין אינו שכיח דאוקמא אדינא שפטור, בנדו"ד ודאי לא חשיב שכיח לחייבו בגרמי.

ושיטת הרמב"ן (בקונטרס הגרמי) שהכל תלוי אם ברי היזקא אם לאו, דרק בברי היזקא מחייב ר"מ מדינא דגרמי, וז"ל הרמב"ן: "וזה הטעם לכל אלו. כלל גדול יהיה בידך כל הגורם ומחמת גרמתו בא הזק שאי אפשר אלא באותו היזק ואינו תלוי בדעת אחרים, אלא בשעה שגרם בא ההזק או שהוא עתיד לבוא, כגון זה חייב ר"מ, ונקרא בגמ' ברי היזיקא. לפיכך דן את הדין לדברי האומר אין מחזירין, חייב דמעידנא דאמר איש פלוני אתה חייב ונתחייב לשלם ממון ועל פיו שלם, מההיא שעתא הוא דגרם נזק, ואע"פ שאחר כך הוא משלם, כיון שהדין חייבו לשלם ממון ועל כרחו משלם, הדיין הוא הגורם משעה שחייבו. וכן במחיצת הכרם שנפרצה, שבשעה שנתיאש ממנה גרם לזה נזק, שהרי הגפנים גדלין והולכין ומתערבין, וכל דבר שאינו תלוי בדעת אחרים אלא על כרחנו יבא הנזק מחמת גרמתו של זה, ברי היזיקא חשבינן ליה". מבואר מהרמב"ן שהכל תלוי אם ברי היזקא אם לאו, להחשיבו כגרמי.

ועיין ברשב"א בתש' (ח"ג סי' קז) כתב שהכל תלוי אם הוא עצמו עושה מעשה נזק בממון חברו, והכל תלוי אם הוא עצמו (או ממונו) עושים הנזק בדבר הניזוק, וז"ל: "דינא דגרמי הוא שעושה מעשה בגוף הדבר, כגון מראה דינר לשלחני ואמר ליה מעליא הוא ... ועלך סמיכי, דהוה ליה כעושה מעשה בו. ואי נמי, שורף שטר,

דמחמת ששרף את השטר שיש בו שעבוד נכסים, ומחמת שרפתו נאבד השעבוד שבו, הרי הוא עושה מעשה בדבר שבגרמתו נאבד. וכן מחיצת הכרם שנפרצה, שבגרמתו שלא סילק ההיזק שהיה לו לגדור ולא גדר, ממנו אוסר ממון חברו ממש, וחייב משום דינא דגרמי. אבל בשאינו עושה מעשה, לא הוא ולא ממנו, בגוף הדבר, כגון זוקף את הסולם סמוך לשובכו של חבירו, ואי נמי באומני דיתבי תותי אילני כקורקור דרב יוסף והיוצא בזה, לא הוי אלא גרמא בנזקין ואסור ופטור. מבואר מהרשב"א שהכל תלוי אם המזיק עצמו עושה מעשה הנזק בגוף הדבר הניזוק, וכמש"כ התוס' והרא"ש הנ"ל בחילוק הראשון.

ולשיטות הראשונים הנ"ל י"ל שאין חילוק בין הרעיל אוכל שראוי לבהמה לנותן סם, כיון דהוי גרמא, פטור נותן הסם. וכן מבואר להדיא בדברי הש"ך (ח"מ שפ"כג), דמהסוגיא מוכח דאפי' אכלה בצק או פירות הרעים לה ומתה, אין לחייב נותן הפירות, (הראיה מהסוגיא שם ב"ק מז"ב באפרזתא, ופרש"י שהוא עשב, עיי"ש, וזה מה שהזכיר הש"ך). וממשיך הש"ך: "ונראה דהוא הדין כשעירב סם המות במאכל הראוי לה פטור", דכל הטעם שפטור הוא שאין כאן אדם המזיק וכל היזקו בגרמא. והש"ך הקשה, מדוע השו"ע לא הביא בשום מקום דין זה, בעוד הרמב"ם (נזקי ממון ד, ב) פסק דהנותן סם המות לפני בהמת חבירו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. (אמנם בשו"ע ח"מ שצ"ב הביא הדין של מכניס פירותיו לחצר בעה"ב ואכלה הבהמה וניזוקה מאכילתה; "בעל הפירות פטור, מפני שהיה לה שלא תאכל". אך לא הביא דין של נותן סם המות בפני בהמת חבירו).

ומדברי הרמב"ם נראה שהכל תלוי אם נתכוין להזיק אם לא, ולא הזכיר שפטור גם אם לא המזיק עשה לבדו הנזק (וכמש"כ המאירי). דז"ל הרמב"ם (סנהדרין ו, א): "כל דין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים ... ואם אי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אדם או שטמא דבר טהור או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה, הרי זה פטור מלשלם, אע"פ שגרם להזיק, לא נתכוון להזיק". ולא הזכיר הרמב"ם לפטור מחמת שלא הוא עשה הנזק לבדו. ולכאורה לפי הרמב"ם בנדו"ד הרי נתכוין להזיק במה שהניח אוכל מורעל ברה"ר שיאכל הכלב. אולם י"ל, שאין כוונתו להזיק אלא להועיל, שלא יזיק הכלב לאחרים.

וממה שפסק הרמב"ם (נזקי ממון ד, ב) שנותן סם המות לפני בהמת חבירו הוי גרמא ופטור מדיני אדם, ומוכח שסובר שהוא גרמא ולא גרמי, דהרמב"ם מחייב בדינא דגרמי, כדמוכח בהל' חובל ומזיק ז, ז, ולהלן, ומדפטר בנותן סם המות, מבואר דס"ל שהוא גרמא ולא גרמי. ונותן סם המות לכאורה התכוין להזיק, ולמש"כ לעיל

מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין, היה לחייבו מדינא דגרמי. וצ"ל דהרמב"ם ס"ל דאף בנתכיון להזיק פעמים זה גרמא ולא גרמי, וכחילוקי הראשונים הנ"ל. (ועיין להלן דעות בדעת הרמב"ם).

ותוס' רי"ד (ב"ק נו,א, וכן צח,ב) ס"ל דלר"מ דדאין דינא דגרמי חייב, וז"ל: "הנותן סם המות לפני בהמת חברו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ... וכל הני דפטורי מדיני אדם הני מילי למאן דלא דאין דינא דגרמי, אבל למאן דדיין דינא דגרמי, כולהו מיחייבי". ואין לומר דהשו"ע שלא הביא דין זה ס"ל דנותן סם המות אינו למאן דדאין דינא דגרמי, וס"ל דלר"מ חייב ולכן לא הביא דפטור מדיני אדם, דא"כ למה הביא לפטור כל דיני הגרמא, עיין שו"ע חו"מ תכ"ב לענין מבעית את חברו, שו"ע חו"מ שצה"א לענין משסה כלבו של חברו בחבירו, ובשו"ע חו"מ לב"ב לענין שוכר עדי שקר ועוד, מוכח דס"ל דסם המות ג"כ אינו חייב אלא כגרמא בדיני שמים ופטור מדיני אדם.

ולעיל הובאה דעת התוס' והרא"ש בענין החילוק בין גרמא לגרמי, וסימנך; בע"מ – ברי, עצמו, מיד. ברי היזקא, עצמו של ניזק, מיד נעשה הנזק. והרא"ש סנהדרין ט,ב בסופו הביא לכל ג החילוקים הנ"ל כמחייבים בגרמי, וז"ל: "לפי הטעמים שפירש התם בפרק לא יחפור (כב,ב) וחילקו בין דינא דגרמי לגרמא בניזקין, כי הוא עצמו עושה ההיזק לממון חברו שהוא מצמצם בהמתו, וברי היזקא כי ודאי תמות, וההיזק מתחיל מיד והולך וחזק". והנתיבות רצ"א, בהסבר דברי הרמ"א (חו"מ רצ"ב, ומקורם מהמרדכי והרשב"א), דאפוטרופוס שטען בבית דין מה שלא היה לו לטעון, וע"י זה נפסק הדין שהבעל דין שכנגד היתומים ישבע, ואילו היה טוען כהוגן, היו היתומים נשבעים, דאין זה פשיעה, דמי יימר דמשתבע. ולא יחשב פשיעה אלא אם זה שכנגדם נוטל בלא שבועה, ואילו היה האפוטרופוס טוען כהוגן, היו נוטלים היתומים בלא שבועה. והסביר הנתיבות שמעשה האפוטרופוס שטען וגרם שהצד השני התחייב שבועה במקום החיוב על היתומים להשבע, אין זה אלא גרמא ולא גרמי: "ובדינא דגרמי לא חייב עד שיהיה ברי היזקא, וכל שמזיק ועדיין נשאר בו ספק ממון, הוי לא ברי היזקא ופטור, א"כ הכי נמי באפוטרופוס שלפי טענתו עדיין נשאר ספק ממון משום דמי יימר דמשתבע, פטור דהא לא הוי ברי היזקא". ולכאורה משמע שעיקר הגדרת גרמי – ברי היזקא, וכדעת הרמב"ן והרא"ש. אמנם אפשר שאין זה ראייה למודד יחיד. דכאן האפוטרופוס עשה הנזק בעצמו, ע"י דבורו, והנזק נעשה מיד בטענתו. ואף אם יש בזה ספק אם מקרי מיד או לא, אם זמן הנזק הוא המועד בו טען או כשבי"ד פסקו שבועה, מ"מ הטעם היחיד הברור הוא שאין כאן גרמי מחמת שאין כאן ברי היזקא, ולכן הביא הנתיבות רק טעם זה של ברי היזקא לפטור, אבל אה"נ ס"ל דכל

אחד מהטעמים הוא טעם לפטור, ורק כשכל ג הטעמים התקיימו, ברי היזקא, עצמו של ניזק ומיד, יש לפנינו דינא דגרמי.

ומצאנו פוסקים שהביאו את כל תנאי התוס' והרא"ש, שרק בהצטרף שלשתם יש לחייב מדינא דגרמי. תה"ד (סי' שז) דן במי שהוציא שם רע על ש"ץ, והקהל קבלו כבר ש"ץ אחר, ואח"כ התברר שכל מה שאמרו על הש"ץ הראשון הוא שקר והוצאת שם רע, וכבר אין אפשרות להחזיר את הש"ץ לתפקידו, שלקחו אחר, ותובע הש"ץ את מוציא השם רע שהפסידו לפרנסתו. ותה"ד כתב דמעיקר הדין אין לחייב את המוציא שם רע במה שהפסיד פרנסת הש"ץ דהוי גרמא ולא גרמי, אולם יש מקום לקנסו, לפי שקול דעת ביה"ד. ובהסבר הטעם שאין בזה גרמי אלא גרמא, הסביר תה"ד, וז"ל: "משום דלא מחויב משום דינא דגרמי, אלא כשהוא עצמו עושה היזק לממון חברו, אבל בנ"ד שמעון לא הזיק כלום ממון של ראובן וגם הוא לא בטלו ממלאכתו, אלא ע"י גרמות נסתלק ע"י אחרים, וכה"ג הוי גרמא בנזקים ... ולפי טעם חילוק הב' דאינו חייב אא"כ ההיזק נעשה מיד בשעת המעשה של הגורם, כאן נמי ההיזק לא נעשה מיד, שלא סלקוהו הקהל לראובן מיד כששמעו הוציא שם רע, מסתמא נתיעצו כבר מה לעשות עמו". הרי שהביא ב החילוקים של ר"י, עצמו ומיד, ולא הביא חילוק דברי היזקא. ובסי' שטו הביא תה"ד את חילוק הרא"ש, דאין לחייב אלא בברי היזקא. תה"ד נשאל במי שהראה לגנב מפורסם חפירה מתחת לבית חמיו, שמשם ניתן לגנוב, והגנב המפורסם גנב והלך לו, ותבע הגנב את חתנו על כך שבגללו גנבו לו כו"כ זהובים. והשיב תה"ד, דאף שהחתן חטא והחטיא, אין לחייבו מדינא, כיון דהוי גרמא ולא גרמי, דאינו ברי היזקא, דגנב ישראל יתכן שיהרהר תשובה בליבו ולא יגנוב, ולכן אין ממה שהראה לגנב את החפירה, ברי היזקא. וגם יתכן שהגנב יפחד בסופו של דבר שמא יתפס. ולענין ברי היזקא ס"ל לתה"ד דצריך להיות ברור לגמרי מכל וכל, וכל שיש צד שלא יקרה הנזק, אין בזה ברי היזקא. ומבואר משתי התש' של תה"ד שנקט כשלושת טעמי התוס' והרא"ש, שבכל טעם בפני עצמו אפשר לפטור, דהוא גרמא ולא גרמי.

גם מתש' הב"י (אבקת רוכל סי' פז) מבואר שסגי באחד מג' החילוקים הנ"ל, כדי שלא נחייבו מגרמי. הב"י דן במי שטענו עליו שלימד קטנה למאן בליקוחיה. והשיב הב"י שדבר זה לא התברר שאכן לימדה למאן, ואף אם לימדה למאן, אין לחייב את מי שלימדה, מפני שלפי כל אחד מג' החילוקים של התוס' והרא"ש, אין לחייב מגרמי: "דדינא דגרמי היינו שעושה הוא הזיק לממון חברו, ועוד חילק דדינא דגרמי היינו שמשעת מעשה בא ההיזק. ובנדו"ד אין גם אחד מאלו, כי הממאנת היא עצמה היא העושה ההיזק לא המלמדה למאן, וגם ההיזק לא נעשה מיד כשלמדה למאן אלא בעת שמיאנה. ועוד שהרא"ש ... כתב וברי היזקא, והכא אפילו בעת

שמיאנה לא ברי הזיקא, שכבר אפשר שתחזור בה ותתקדש לו ולא נעשה ההיזק עד שאח"כ הלכה ונתקדשה לאחר". מבואר מהב"י דבלא ג החילוקים יחדיו, אין לפנינו דינא דגרמי אלא גרמא. (ועיין שם בסי' פח מה שהשיבו הר' שמואל ן' וירגא שכתב דמהרמב"ם יש ללמוד שלא סובר דבעינן לג' החילוקים כדי לחייבו מגרמי).

ודעת התוס' והרא"ש הביא הטור חו"מ שפוג. ובתש' משאת בנימין (סי' כח) כתב ששני החילוקים שכתבו התוס' (שהוא עצמו עושה ההיזק והנזק בא מיד) אמת לדינא: "אלא בדבר דאית ביה תרתי, שהוא עושה ההיזק בעצמו וגם ההיזק בא מיד בשעת מעשה. אבל משום חד מינייהו לא מחייבין ליה, משום דאנן לא פסיקא לן מלתא איזה חילוק שבין גרמא לגרמי הוא אמת, אי חילוק הראשון דר"י אי חילוק השני, ובכל חד וחד באנפי נפשיה אין לחייב למזיק, דשמא האי דינא דגרמי לאו משום טעם זה הוא אלא משום טעם אחרנא. ועוד דאפשר לומר דגם חכמי התלמוד לא חייבו מדינא דגרמי עד דאיכא תרי טעמי, דעושה ההיזק בעצמו וגם שההיזק בא מיד בשעת מעשה". אמנם בהיזק שכיח חייב המשאת בנימין בכל ענין. והסמ"ע (נה,ה) הביא דהחילוק בין גרמי לגרמא, אם ההיזק נעשה מיד ואם הוא ברי היזקא. וכן כתב בנתיבות שם (ס"ק ב) שגם נקט דגרמי הוי כשנעשה מיד וברי היזקא.

ובשער המשפט (שפוג,א) כתב לישב את דברי הרמב"ם, שחזרה משדוכין הוי גרמי ולא גרמא, ממה שהקשה עליו הראב"ד ממוכר זרעוני גינה. וז"ל הרמב"ם (זכיה ומתנה ו,כד): "הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לריעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנן וכיוצא בהן, ועשה כדרך שעושים כל העם וחזרה בה, משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון, וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם". והראב"ד שם השיגו והקשה, דמאי שנא מזרעוני גינה שלא צמחו, שאין המוכר מחויב לשלם, דאינו אלא גרמא. ותירץ שעהמ"ש, דבזרעוני גינה לא נעשה הנזק מיד רק עד שיזרע אותם, משא"כ כשהאכיל כבר לרעיו בסעודת שדוכין, מיד שחזרת בה מפסיד מה שהאכיל לחבריו וקרוביו בסעודת השידוכין, עיי"ש. ומזה מוכח שפירש דברי הרמב"ם כדעת הרא"ש. גם האור שמח (זכיה ומתנה ו,כד) כתב לפרש דברי הרמב"ם, ולהצילו מהשגת הראב"ד, לענין חיוב מבטל שידוכין הנ"ל, דבבטול השידוך הנזק נעשה מיד, וכמו שחילקו התוס' והרא"ש, דככל שהנזק נעשה מיד, הרי זה גרמי, בפרט כשבעל הממון עושה הנזק בעצמו. וז"ל האו"ש: "... אבל כאן שאימת בא ההיזק, כשחזרה, דאז נעשה כאילו כל הממון שהוציא הלך לטמיון, כיון שבטל האירוסין והשדוכין, א"כ בחזירתה בא ההיזק תיכף, לכן חייב, וכאן שבעל הממון עושה אותו, כו"ע מודו דבהא תלוי". מבואר שפירש דעת הרמב"ם דכל שהנזק נעשה מיד, ונעשה ע"י המזיק עצמו, חייב לשיטת הרמב"ם מדינא דגרמי.

לאמור לעיל לדעת הראשונים הנ"ל אין לחייב מדינא דגרמי, במי ששם רעל ברה"ר שכלב מסוכן יאכל את הרעל. דבנידון זה אינו ברי היזקא, ואין הנזק נעשה מיד, ולא עשה המזיק הנזק בעצמו. ונראה דאף לשיטת הרמב"ם הנ"ל, שמשמע בהל' סנהדרין דפטור גרמא הוא רק באינו מתכוין להזיק, וכשמתכוין להזיק חייב מדינא דגרמי, נראה דאין לחייב בנדר"ד, שהרי אינו מתכוין להזיק לבעלים אלא לסלק המזיק מרשות הרבים, וכדין כלב רע.

וכשיטת הרמב"ם, לדיוק מהל' סנהדרין שהכל תלוי אם מתכוין להזיק, כתבו ראשונים ואחרונים, שהכל תלוי בכוונה להזיק (דלא כשיטות הנ"ל). כן כתב המאירי (ב"ק נו,א): "שכבר ידעת שהרבה מפרשים טרחו ליישב מה הפרש בין דינא דגרמי שהוא חייב, ובין גרמא בנזקים שהוא פטור, עד שפרשו שכל שכונתו להזיק ושעל ידו לבד נעשה ההזק הוא דינא דגרמי, כגון שורף שטרותיו של חברו ומוחל שטר חוב אחר שמכרו, וכל שאין כונתו להזיק, או שכונתו להזיק אלא שיש מסייע לאותו הנזק, הוא גרמא בנזקין ופטור". המאירי תלה בכוונתו להזיק ואין מסייע אחר לפעולתו. וכן כתב הרשב"ש בתש' (סי' תקטז): "ודינא דגרמי הוא בהתחבר שניהם, כלומר שעשה הוא המעשה בידים בלא מסייע, ושכונתו להזיק".

אמנם יש שלמדו בדעת הרמב"ם שהכל תלוי בכוונה להזיק בלבד, ללא תוספת התנאי שלא יהיה כח אחר מעורב בו. כן מצאנו במחנ"א (נזקי ממון סי' ו): "וגדולה מזאת נראה מדברי הרמב"ם ז"ל, דכל דינא דגרמי כל היכא דלא מתכוין להזיקו פטור, שכתב בפ"ד מהלכות נזקי ממון, דפורץ גדר לפני בהמת חברו, כיון דמתכוין להזיק הרי זה חייב אם יצאתה והזיקה, אבל פרצוה לסטים המתכוונים לגנוב פטורים. וכ"כ הראב"ד ז"ל הביאו הרב בעל התרומות בדף ש"י יע"ש, וכן כתב הטור. ואל תיקשי לך מדין מראה דינר לשולחני דחייב מדינא דגרמי, ואף על פי שלא כיון להזיק, דהתם כיון שאינו בקי, חשיב כאלו כיון להזיק, שלא היה לו לראותה". והנה מה שציטט מדברי הרמב"ם בפורץ גדר, בנוסחאות שלנו לא נמצא נוסח זה. אבל כן יש לדייק מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין, וכנ"ל, דהכל תלוי אם התכוין להזיק אם לאו. ורמב"ם שהביא המחנ"א נמצא בתשובותיו (סי' תלב), שהשיב לחכמי לונל על הנאמר בהל' נזקי ממון דב, דפורץ גדר בפני בהמת חברו ויצאה והזיקה חייב, אם הכוונה לחייבו על הכותל או על הנזק, דאם על הנזק חייבים, הרי אין הלסטים חייבין אלא בהכישוה והדריכוה למקום הנזק. והשיב הרמב"ם דהחויב על הנזק, ומה שהקשו שאין לחייב הליסטים אא"כ הדריכוה למקום הנזק: "הפרש גדול יש בין ליסטים שפירצו הדיר, ובין חבירו שפרץ לפני בהמתו, שהליסטים כוונתם לגנוב הבהמה, לפיכך כל זמן שלא הוציאוה מרשות בעלים, לא נתחייבו ולא נעשית ברשותם, ובעת שיוציאוה נעשית ברשותם ונתחייב בנזקה, אבל אם הניחוה שם הרי לא עשו הנזק שנתכוונו

לו שהוא הגניבה, ולפיכך פטורין. אבל הפורץ גדר לפני בהמת חברו, אין כוונתו לגנוב ולא נתכוון אלא שתצא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלים בנזקה, ולפיכך הוא חייב באותו נזק כדין כל מזיק. וזהו הפרש בין לסטים ובין פורץ בהמת חברו". מבואר להדיא בדברי הרמב"ם דכל שמתכוין להזיק חייב בגרמי, והכל תלוי בכוונת המזיק. ובחזו"א (ב"ק א,ו) הביא תש' רמב"ם ז', והוסיף להביא ראיה מדברי הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ז,ג, לענין היזק שאינו ניכר; "וכן המזיק היזק שאינו ניכר בשגגה או באונס פטור, שלא קנסו אלא המתכוין להזיק מדעתו". והגר"א בבאוריו לחור"מ (שצו,ח) כתב גם דהמחייב לשיטת הרמב"ם בדינא דגרמי תלוי בכוונת המזיק: "וס"ל דגרמי הוא רק שאינו חייב אלא במתכוין להזיק, וכשיטתו דס"ל דכל גרמא חייב כמ"ש בסי' שפו, ואינו מחלק אלא בין מתכוין או לא". וכן כתב גם בבאוריו (חור"מ תיח,יט): "וכן הוא שיטתו של הרמב"ם, דגרמי אינו חייב אלא במתכוין". ועוד מקומות.

ומצאנו דחייב גרמי הוא במתכוין להזיק, גם לרבינו אפרים. הרי"ף (ב"ק מג,א בעמוה"ר) פסק שישראל שאנסוהו להביא ממון והראה ממון חברו, אף שהוא אנוס, חייב. ורבינו אפרים (בגליון הרי"ף שם אות א) כתב דפטור; "דגרמא הוא, וגרמא בעלמא לא מחייב אלא מתכוין לאזוקי". ועיי"ש דאנסוהו על ממון חברו, אף בנו"נ ביד פטור. ודעת רבינו אפרים הביא הרשב"א (ב"ק קיז,א), וחלק עליו; "ודברי תימה הם, למה פטור, כיון דדייננין דינא דגרמי, אטו המראה דינר לשלחני, מי מכוון להזיק, וזה שאנסוהו להראות בשלו והוא הראם בשל חברו, הא מתכוון להזיק בשל חברו להציל את שלו, ולפיכך דברי הרי"ף ז"ל נראין יותר. ויש לראב"ד ז"ל דרך אחרת, שהוא חלק בין אנסוהו אנוס ממון ובין אנסוהו אנוס בגופו, דבאונס ממון, אם הראה ממון חברו להציל את שלו פטור, דגרמא בעלמא הוא, אבל נשא ונתן ביד חייב, שאסור להציל את ממון שלו בממון חברו, אבל אנסוהו אנוס הגוף, בין הראה בין הביא פטור. אלו דברי הרב ז"ל. ודברי הרב נוטין במקצתן לדברי הרב ר' אפרים ז"ל, ודברי הרב ז"ל שכתב בהלכות נוחין יותר". הרי שהקשה הרשב"א על רבינו אפרים ממראה דינר לשלחני, שאף שלא מתכוין להזיק חייב. ולכאורה י"ל לרבינו אפרים, דמראה דינר חיובו מכח היותו אומן וכדין שומר שחייב אף בגרמא, ולא דמי לאדם המזיק.

וכנ"ל, גם אם נפרש בשיטת הרמב"ם דכל שנתכוין להזיק חייב מדינא דגרמי, בנדו"ד לא התכוין להזיק אלא לסלק היזקו. דאם במוסר גופו של חברו להציל את שלו, נחלקו בראשונים אם חייב מדין מוסר, כיון שהתכוין להציל את שלו. דאיתא בב"ק קיז,א: ההוא שותא (מכמורת לדגים או לחיות – רש"י) דהוּוּ מנצו עלה בי תרי, האי אמר ידידי הוא והאי אמר ידידי הוא, אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא. אמר אביי, יכול לומר אנא כי מסרי, ידידי מסרי. א"ל רבא, וכל כמיניה. אלא אמר

רבא משמתינן ליה עד דמייתי ליה וקאי בדינא. ובמרדכי (סי' קצג) הביא מהראב"י"ה דאין מחייבים את המוסר, כיון שלא התכוין להזיק אלא להציל את שלו, וז"ל: "ההוא שותא כו', היו משמתינן ליה עד דמייתי לבי דינא. 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 מחייבין ליה. והיכא דתקפה לעצמו בידי עובדי כוכבים, אף שאין לו לעשות כך, דהא דק"ל 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, ואע"פ שהפסיד אותו שתקפו הרבה מידו, כגון שהעלילו עליו הכותים ולקחו ממנו יותר או הענישוהו, אפילו הכי אין על התוקף דין מסור, דלא מצינו בתלמוד מסור לאנס אלא במתכוין להזיק את חברו, אבל זה נתכוין להוציא את שלו, ודומה לההיא דנסכא דר' אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפיי". הרי שאינו נקרא מזיק כשעושה את הפעולה כדי להציל את שלו, ואף שמשמתינן ליה שלא יעשה כן, אין מקום לחיוב ממוני בדיני מזיק, כשמתכוין להציל את שלו. והובא גם בתש' מיימוניות נזיקין כא.

אולם במקום אחר הביא המרדכי דעה חולקת (ב"ק סי' קיח), וז"ל: "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". הרי שאף שעיכב חובותיו של חברו אצל השר האנס, כדי להציל את שלו, בכל אופן חייב לשלם מדין מזיק. וכן מבואר בתש' הרא"ש יו"ד, שנשאל במי שיש לו טענות על חברו שחייב לו ממון; "ואומר שרוצה להתרעם ממנו בדיני עובדי אלילים (מכחישי השם)", וחבירו מוכן להתדיין בדין תורה. והשיב הרא"ש שיש לו דין מסור. וכן היא דעת מהרי"ק סי' קנד, במי שמוסר דינו לערכאות להציל את שלו. ושתי דעות הראשונים הנ"ל, הובאו להלכה ברמ"א חו"מ שפח,ה. והש"ך שפח,כו פסק כדעת המחייבים אף במתכוין להציל את שלו, ולא כמהר"מ מלובלין שפסק לפטור, דהא הסברא ראשונה היא רק סברת יחיד רבי אליעזר מטולא, במרדכי ס"פ הגוזל בתרא. וגם דעת הי"ש"ש ב"ק י, מט לפסוק דלא כר"א מטולא, והוסיף הש"ך דאף הר"א מטולא לא אמר אלא באינו יכול להציל בענין אחר. אמנם מדברי הרמ"א בתש' סי' פח (ד"ה תשובה) נראה שסובר כדעה קמייתא, דכשאין כוונתו להזיק, אין לו דין מסור, עיי"ש. ודעת הי"ש"ש ב"ק י, מט, כפי שציין הש"ך, לחייבו ממון, דדוקא לענין שיהיה לו דין מוסר, שיהיה מותר לאבד ממנו, בזה ס"ל שאם כוונתו להציל את שלו, אין לו דין מסור, אבל חייב לשלם מדינא דגרמי.

וכל זה לענין מסור החמור, שמוסר גופו של חברו, אבל בנדו"ד נראה להקל ולא לחייב היכא שעושה כל הפעולה למנוע נזק מרבים, וגם לולי ההיתר להרגו

(וכמש"כ בח"ז סי' כד), הרי ככל שאין כוונתו להזיק אלא להצלת רבים, אין לחייבו כדין מתכוין להזיק, שהרי אינו מתכוין להזיק לבעל הכלב.

ג. אם חייב בדיני שמים

עצם חיוב המזיק בגרמא בדיני שמים, מפורש בגמ' ב"ק נה,ב, ומינה נלמד לכל מזיק הגרמא. האמור להלן הוא ללא המצוה להרוג כלב רע, אלא רק אם מחמת הפטור בדיני אדם של הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, אם בנדו"ד שלא התכוין להזיק, אם חייב בדיני שמים. דראיתי לזקני הגרמי"ל זילברברג (זית רענן ח"ב סי' טו, התשובה השניה) שהוכיח כן מדין כופף קמת חבירו בפני הדליקה (ב"ק נו,א), דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, והחויב בדיני שמים הוא דוקא כשאחר (לא מדליק האש) עשאהו טמון, אולם כשמדליק האש עשאהו טמון, פטור אף מדיני שמים, כיון שלא כיון אלא להציל עצמו מתשלומים: "ואע"ג דהתם חייב בדיני שמים, זהו היכא דאיש אחר בא ועשאו טמון באש וגרם להפסיד לחבירו בדבר שחייבתו התורה, ואע"ג דמציל בזה את חבירו, כיון שהצלתו הוא שלא כפלס מאזני תורתנו הק', שהתורה חייבתו והוא נכנס בריב שאינו שלו וגרם לפוטרו, אזי חייב בדיני שמים מיהת, ולהכי לא אישתמט חד מהפוסקים להשמיענו שגם אם המזיק בעצמו שויה טמון באש שחייב בדיני שמים, אלא וודאי דבזה פטור אפילו בדיני שמים, משום שכוונתו להרויח לעצמו. והדברים עתיקים שגם בדיני דגרמי שחייב לשלם מדינא, פטור לגדולי פוסקים היכא שמתכווין להרויח לעצמו". וראיתי שאף רש"י פירש שם בסוגיא שהמכסה הוא לא המבעיר, וז"ל רש"י: "שכיסה קמת חבירו בסדינן כשראה דליקה אצלה, והוא לא שלח את הבערה, ושוייה טמון, וגרם להפסיד את הניזק ולפטור את המבעיר, דפטור על טמון באש". והיינו בדיני אדם וחייב בדיני שמים, אבל אם המבעיר כיסה קמת חבירו, לכאורה אפשר דלרש"י פטור אף מדיני שמים (ועיין להלן במה שכתב האמ"ב).

ולכאורה צ"ע מה שהביא הזית רענן ראייה מדברי הש"ך סו,פב. דהנה שם בשו"ע (חו"מ סו,כג) יש שתי דעות בדין מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו, אם יורש יכול למחול לעצמו כדי להפסיד הלוקח: "ראובן הלוח לבנו בשטר, ומכרו לשמעון, ומת ראובן, לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעצמי ואין לי לשלם כלום מדינא דגרמי, שאני לא כיוונתי להזיק ללוקח אלא לפטור עצמי, אלא פורע כל החוב ללוקח. ויש מי שחולק ואומר שאף לעצמו יכול למחול". ועי"ש בש"ך ס"ק פב, דאף אם יכול למחול, חייב לשלם מדינא דגרמי, דכל היכא דחייב מדינא דגרמי, חייב אפילו לא כיון להזיק. ועוד, אף אם היה פטור מגרמי, מנין שהיה פטור אף מדיני שמים. ולכן לא זכיתי להבין ראיית זקני זי"ע.

והאמרי בינה בתש' (א,ט) כתב דאם המדליק עצמו כיסה כדי להפטר מטמון, אף מדיני אדם חייב מדינא דגרמי: "נראה לכאורה אם המדליק בעצמו עשאו טמון באש דחייב, דאף שעל ההיזק מהדליקה פטרתו התורה, מ"מ הואיל דהוא בעצמו גורם ומתחכם שלא יבא לידי חיוב מה שהיה מוכן לבא, הוי כמו גרמא ממש". והביא דמהיש"ש (ב"ק ו,ג) משמע דחייב בדיני שמים דוקא כשהוא בעל המעשה שכסהו, אבל נתן עצה לבעל האש שיכסנה ויפטור, וכן עשה זה, פטור אף בדיני שמים. ומדבריו יוצא שאף אם בעל האש בעצמו עשאו טמון, ג"כ פטור מדיני אדם. וכתב לבאר ברש"י, שאם המבעיר עשאו טמון, חייב גם בדיני אדם. שאם נפרש ברש"י שהמבעיר שעשאו טמון פטור אף מדיני שמים כיון שכיון להציל לעצמו, א"כ לעולם לא יתחייב בדליקה, יבעיר ומיד יעשה טמון: "א"ו דעכ"פ בדיני שמים לעולם חייב". ועיין שם בסוף התש' שהזכיר את הזית רענן בתש' הנ"ל. ומ"מ מבואר דלענין החיוב לצאת ידי שמים, באנו למחלוקת הזית רענן והאמרי בינה. ובדיני שמים לא שייך קים לי.

לאור האמור, בנוסף לאמור בח"ז סי' כד לענין הורג כלב רע, יש לפטור בנדו"ד את מניח הרעל, וכדין המזיק בגרמא. ולענין חיובו לצאת ידי שמים, לולי טעם שמותר להרגו, באנו למחלוקת אחרונים.

סימן לב

הזיק ממון נכרי

ראשי פרקים

א. ממון ישראל שהזיק ממון נכרי

ב. ישראל שהזיק בגופו ממון נכרי

ביהודי שנפש בחו"ל, ובמהלך שהותו שם הזיק לחפץ השייך למלון (זרק שלט ונפל על הרצפה, ויצא מכלל פעולה) ומלון זה אינו שייך ליהודים, וליבו נוקפו, אם חייב לשלם. והשבתי לו על אתר שחייב לשלם מעיקר הדין, דאף שיש חולקים ופוטרים, אין להקל, וישלם מה שהזיק.

א. ממון ישראל שהזיק ממון נכרי

תנן ב"ק לז,ב: שור של ישראל שנגח לשור של כנעני פטור, ושל כנעני שנגח לשור של ישראל, בין תם בין מועד משלם נזק שלם. ובגמ' שם לח,א הקשו ממה נפשך, אם שור רעהו דוקא, יש לפטור גם שור של כנעני שנגח שור של ישראל, ואם שור רעהו לאו דוקא, לחייב גם שור של ישראל שנגח שור של כנעני. והביאה הגמ' שני לימודים אחרים לפטור ממון של ישראל שהזיק ממון נכרי: א"ר אבהו, אמר קרא (חבקוק ג,ו); עמד וימודד ארץ ראה ויתר גוים, ראה שבע מצות שקיבלו עליהם בני נח, כיון שלא קיימו, עמד והתיר ממון לישראל. רבי יוחנן אמר מהכא; הופיע מהר פארן, מפארן הופיע ממון לישראל. ויש להבין אם למסקנת הגמ' יש פטור הדדי של רעהו בנכרי שהזיק ישראל או הוזק מישראל, ורק התירו ממון וחייבו כשהזיק ישראל, דדוקא רעהו חייב ונכרי אינו רעהו, ולא חזרה הגמרא ממצעו רעהו ביחס לנכרי. או נאמר שרעהו לאו דוקא, והן ישראל שהזיק לנכרי חייב והן נכרי שהזיק ישראל, ופטרו ישראל שהזיק נכרי מראה ויתר גויים.

ובתוס' שם (ד"ה עמד) כתב דמשמעות הגמ' דדוקא באופן זה, שהזיק ממון ישראל ממון נכרי, התיר ממון, אבל לא באופן אחר: "משמע דוקא בענין זה שנגח שור שלנו שור שלהם. ולמ"ד בפ' בתרא (ב"ק קיג,א) גזל כנעני אסור – ניחא, אבל למ"ד מותר – קשה". ולכאורה משמעות דברי התוס' שרעהו לאו דוקא, וחזרה הגמ' מלימוד רעהו ביחס לנכרי, וקנסו לנכרי, שישלם אם שורו נגח לשור נכרי, וזה הפקיר ממון, ודוקא בנזיקין ולא בשאר מילי. וכך מבואר גם בתלמיד הר"פ, מובא בשטמ"ק בסוגיא, דמהלך דברי הגמ' עולה דנכרי נכלל ברעהו, ומן הדין היה ששור

נכרי שנגח או שנגחו אותו, כדין שור של ישראל, רק כיון שלא קיימו שבע מצוות, פטר שור של ישראל שנגח שור של נכרי: "ואם תאמר, מאי קאמר, והא פשיטא דרעהו דוקא, מדמיעט הקדש לעיל. יש לומר, הני מילי לענין הקדש דאינו בכלל רעהו, אבל עו"ג כיון דהדיוט הוא, מיקרי הוא שפיר רעהו, והכי קאמר ... ומשני, אמר קרא; עמד וימודד ארץ, כלומר לעולם עו"ג איתיה שפיר בכלל רעהו, מיהו אתא קרא דויתר לומר דהתיר ממונם לישראל. וא"ת מאי איריא בנגיחות, אפילו בעלמא נמי. יש לומר, דאית ליה דגזל העו"ג אסור, מוחשב עם קונהו, והילכך על כרחיה האי קרא לענין נזקין קאמר, דסברא הוא שיהא מותר בכהאי גוונא". מבואר דס"ל כתוס' דדוקא בממון ישראל שהזיק ממון נכרי פטרו ישראל, אבל שאר עניני ממון לא התירו. ועיין גם בתלמיד ר"ת שהקשה מדוע לא התיר גזילם ג"כ, ותירץ דגזל עכו"ם אסור. ואף למ"ד שאין אסור, מ"מ גזל העכו"ם אסור משום חלול ה'. וכן דעת הנימוק"י (ב"ק יט,א מעמדה"ר), וכן כתב ביראים (ב"ק ס' נג), וכן כתב המבי"ט בקרית ספר (פ"ח מנזק"מ). אמנם עיין בר"ן (סנהדרין נז,א) דמבואר דמפסוק זה דהתיר ממונם, דהתיר אפי' גזל הנכרי. וכן נראה מדעת היראים (ס' קכד). וע"ע להלן.

וברבנו יהונתן (מובא גם בשטמ"ק שם) מבואר שהוא קנס, מפני שחשודים להפסיד ממונם של ישראל: "וקנס הוא דקנסו חכמים בממונם לשלם הכל, משום דחשידי להפסיד בהמתן של ישראל וממונם, וכדי שלא יהיו רגילין בכך קנסום, מה שאין לקנסו כן בישראל, שכן דרך כל בן ברית לשמור בהמתו שלא יזיק חבירו, וכשמזיק - על כרחו עושה הוא, והשם יתברך יודע הנסתרות, וענש העו"ג כפי אכזריותו ופטר ישראל כפי תום לבבו. ולתשובת המינין נוכל להשיב, שלא דברה המשנה אלא על שבעה גויים הקדמונים, דהותר לנו דמן, כדכתיב; לא תחיה כל נשמה, דין הוא שלא יהא ממונם חביב מגופן". לכאורה י"ל ברבינו יהונתן, דנכרי אינו בכלל רעהו לענין נזיקין, ומן הדין היה צריך להיות פטור נכרי שנגח לישראל, רק קנסו דחשידי להפסיד בהמתן של ישראל, ורק הקשה דא"כ יקנסו גם ישראל שנגח לנכרי, ותירץ דישאל לא חשודים בכך, שדרכם לשמור בהמתם שלא יזיקו. והמשמעות לכאורה שנכרי ממועט מרעהו. עוד הוסיף, לתשובת המינים, שדין זה הוא דוקא ביחס לשבעת העמים, שבכלל לא תחיה כל נשמה. עוד הוסיף רבינו יהונתן: "עמד והתיר ממונם לישראל. כלומר, ראה שאכזרים ולב רע להם וחשודים על שהן מצווין משבע מצוות, וכל שכן שאינן מצירים בצרת אחיהם, לפיכך קנסם הכתוב כדי שישמרו שוריהן".

וברמב"ם (נזקי ממון ח,ה) פירש ג"כ דחיוב העכו"ם הוא מדין קנס, ופטור ישראל מפני שכן דין העכו"ם שאין מחייבים בנזק בהמתם: "שור של ישראל שנגח שור של נכרי בין תם בין מועד פטור, לפי שאין הגוים מחייבין את האדם על בהמתו

שהזיקה, והרי אנו דנין להם כדיניהן. ושור של נכרי שנגח שור של ישראל, בין תם בין מועד משלם נזק שלם, קנס הוא זה לגוים לפי שאינן זהירין במצות אינן מסלקין הזיקן, ואם לא תחייב אותן על נזקי בהמתן, אין משמרין אותה ומפסידין ממון הבריות". דסיבת הפטור בישראל שנגח נכרי, שאין מחייבים בדיניהם בנזק בהמתם, רק מ"מ היה לקנסו שישמור הישראל בהמתו. ולכאורה אם סובר הרמב"ם דעכו"ם התמעט מרעהו, ולכן צריך סיבה לקנסו עכו"ם שנגח לישראל, מדוע צריך סיבה לפטור ישראל מפני שכך דיניהם, הרי רעהו מיעט חיוב ישראל שנגח עכו"ם, ואם רעהו לא מיעט עכו"ם, צריך רק סיבה לפטור ישראל שנגח עכו"ם ולא צריך לטעם קנס. ולענין שמירה כתב הרמב"ם דרעהו ממעט עכו"ם והקדש, עיין להלן. ועיין עוד בדברי יחזקאל (סו"ס נא), דלכאורה מה צריך לטעם קנס, הרי פסוק מפורש; ראה ויתר גויים, ומה צריך לתוספת טעם מעבר למה שכתבה הגמ' שאינם מקיימים שבע מצוות בני נח. וע"ז השיב הדברי יחזקאל, דאף הרמב"ם ס"ל שמהפסוק ראה ויתר גויים צריך הנכרי להתחייב, ולא צריך לטעם של הקנס שכתב הרמב"ם והרבינו יהונתן, אלא שהיה קשה לרמב"ם, דאף שהתיר ממונם ויש לחייבם, לא יהיה דינם חמור מישראל שנגח לישראל, שתם משלם חצי נזק, וע"ז ענה שהוא קנס שאינם שומרים ממונם, עי"ש. ובדעת הרמב"ם, ראה עוד להלן.

וביש"ש (ב"ק ד,ח, וכן הוא בחדושי בסוגיא) למד דבעצם יש פטור הדדי בנזקי ממון בנכרי כבהקדש, בין אם הזיק ובין אם הוזק, דיש למעט עכו"ם מרעהו, ומה שמחייבים ממון נכרי שהזיק לממון ישראל הוא מראה ויתר גויים. היש"ש כתב דלכאורה מהגמ', בפרט למש"כ התוס', נראה שחזרה הגמ' ממיעוט רעהו ביחס לנכרי, והקשה דמאי שנא הקדש מנכרי, דהקדש ממועט מרעהו. וע"כ כתב לישיב, דישראל שנגח לנכרי ממועט מרעהו, אבל החיוב של נכרי שנגח ישראל הוא מטעם קנס: "לעולם כי נגח ישראל לגוי ממועט מרעהו, והא טעמא דגוי חייב לישראל משום קנסא, שקנס הקדוש ברוך הוא להם להתיר ממונם וליקח ממונם שלא בדין ואין בו גזל, וכן פי' הר"ן, וכן הרמב"ם (נזקי ממון ח,ה) כתב טעמא דגוי משלם בין תם בין מועד נזק שלם משום קנסא. ועוד נ"ל, דהך קרא בודאי לחיובי גוי אתא, אבל למפטר ישראל לא צריך קרא, דפשיטא אפילו בלא רעהו נמי פטור, דהא אפילו למ"ד דגזל הגוי אסור, מ"מ מודה בהפקעת הלואה דשרי, והא נמי כמאן דאית ליה הלואה גביה דמי". מבואר דישראל שנגח לנכרי או שפטור מדין רעהו או מדין הפקעת הלואתו, וחיוב עכו"ם שנגח ישראל הוא מקנס דראה ויתר גויים. וכדברים אלו מבואר גם בסמ"ע תו,א.

וכן גם נלמד מדברי הרמב"ם (שכירות ב,ה), שאין חיובי שמירה לעכו"ם ששמר לישראל: "... וכן עכו"ם שהפקיד ואחר כך נתגייר, כל אלו אין בהן כל דיני

השומרינן, עד שתהיה תחלתן וסופן נכסי הדיוט ונכסי ישראל". ועיין גם בסמ"ע שא"ב, דנכסי הקדש ונכרי נתמעטו בשמירה מרעהו. ובגדר הדין מתי קנסו נכרי ומתי לא, דלכאורה יש פטור הדדי גם לנכרי שהזיק ישראל מרעהו, ולעיתים קנסו ולעיתים לא, עיין באור שמח (שכירות ב,ה), דדוקא בגזל ונזיקין, שבאים לו לישראל בעל כרחו, שהנכרי גזל או הזיק, בזה קנסו לחייב הנכרי, אולם שמירת נכרי, שהישראל נתן מדעתו ומרצונו לנכרי לשמור, הרי הוא נותן לו ע"ד כן שלא יתחייב: "ופשוט דאין שייך לומר שלא יהא חמור מישראל, כמו בנזיקין ואונאה, דכי אמרינן כן דוקא בהונם או שורו שהזיק לישראל, בהא אמרינן דלא עדיף מישראל, משא"כ בשמירה, כיון שלא חייבתו התורה, הוי כמפקיד הישראל בביתו של שומר חנם, דכיון דידע מעיקרא אדעתא דהכי הפקיד אצלו שאפשר להיות שיפסע ויפטר, או מידי אחריני, ולא שייך בזה לקנס העו"ג על זה, משא"כ בגזל ואונאה דשלא מדעת הישראל הוא, לכך קנסתו התורה לשלם, שלא יהא עדיף מישראל, ופשוט מאוד". הרי שקנסו דוקא בדבר שלא ידע מעיקרא, כמו בנזק וגניבה או אונאה, משא"כ בשומרים אוקמא אדינא למעטו מרעהו. דליש"ש בכל ענין ממועט נכרי מרעהו.

והנצי"ב במרומי השדה (ב"ק לח,א) כתב דמרעהו לא נתמעט נכרי, אא"כ נכתב פעמיים המיעוט, כמו בשומרים שנכתב רעהו הן בשומר חנם והן בשומר שכר, וכן לענין חלה נאמר פעמיים עריסותיכם, אחד למעוטי הקדש ואחד למעוטי נכרי (מנחות סז,א, ובתוס' פסחים ה,ב ד"ה אבל). ולפ"ז אם רעהו לאו דוקא ביחס לנכרי, גם ישראל שנגח נכרי וגם נכרי שנגח ישראל, הדין דחייב הנוגח, רק בא הכתוב ראה ויתר גויים, לפטור ישראל שנגח נכרי. ויוצא דרעהו דנזיקין לא ממעט נכרי. ונמצא שכן פירש מהרש"א (ב"ק לח,א) דרעהו דנזיקין לא ממעט נכרי. (ועיין בדבר אברהם ח"ב יג,ד שהקשה על שיטת מהרש"א, דלמהרש"א למסקנא רעהו לאו דוקא, והרי בכל מקום רעהו ממעט עכו"ם. עוד הקשה, דשור של הקדש ממעט מרעהו, ואין נמעט הקדש ולא עכו"ם, ובבכורות יג,ב משמע שיותר יש למעט עכו"ם מהקדש. ועיי"ש שהקשה עוד קושיות על מהרש"א. וכתב דמדוברי תלמיד רבינו פרץ (הנ"ל) מוכח כמהרש"א. והקשה דמהפסוק ראה ויתר גויים יש ללמוד רק היתר ממונם, ולא שנטיל עליו חיוב לשלם. וכתב דלמ"ד גזילו מותר, י"ל דראה ויתר גויים בא להטיל חיוב.

והחזו"א (ב"ק י,ה) למד פשט בגמ', דמיעוט נכרי מרעהו נשאר על מקומו, רק הגמ' הקשתה שאם נכרי ממועט מרעהו, מדוע יש לחייבו כשנגח לישראל, וע"ז תירצה הגמ' שהתיר ממונם של ישראל, ולכן גם אם ע"פ דיניהם יהיה לחייב בנגח ישראל לנכרי, אין לחייב כיון שהתמעט מרעהו, והקשה עמש"כ הרמב"ם דפטור משום דכך דיניהם, וזה דברי הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם שם: "הטענה הזאת אינה מספקת,

שהרי הם תופסים גוף המזיק ונפרעין ממנו, והיינו דאיך לרמב"ם יכול ישראל להוציא מהנכרי גוף המזיק אם תפס. לכן ס"ל דהפטור הוא מעיקר הדין, שהתמעט נכרי מרעהו. ובעיקר קושית התוס' כתב החזו"א, דאף אם גזל הנכרי מותר, יכול הנכרי להגן על רכושו ולא ליתן לישראל לגזול ממנו, ומנין לחייבו בנגח שורו לישראל, עד שאם הנכרי אינו משלם, הרי הוא גוזל הישראל. ולכן היתר גזל הנכרי אינו מחייב את הנכרי בתשלומים.

ולפ"ז יצא, דלשיטת היש"ש כל החיוב של הנכרי שנגח ישראל הוא מקנס, דרעהו מיעט גם חיוב של נכרי לישראל. ולשיטת מהרש"א והנצי"ב דרעהו לאו דוקא, יש חיוב מעיקר הדין לנכרי לשלם אם נגח לישראל, ויש רק פטור לישראל שנגח נכרי מראה ויתר גויים. ועיין בגדולי שמואל (ב"ק לח,א) שכתב נפק"מ אם הנכרי לזה מישראל אחד וגם הזיק ממונו לישראל אחר, ואין לו לשלם כדי שניהם, שאם החיוב כמזיק הוא מקנס, לא קנסו להפקיע זכות ישראל אחר הלוה, משא"כ אם החיוב הוא מעיקר הדין. וציין בזה לדברי שער המשפט שא"ג.

ולעיל הובא הרמב"ם (נזק"מ ח,ה) שחיוב העכו"ם שנגח ישראל הוא מדין קנס, ופטור ישראל שנגח עכו"ם, שכן הוא בדיניהם, ומקור פטור ישראל שנגח נכרי דאזלינן בתר דיניהם, מהירושלמי ב"ק ד,ג, ועיין באבנ"ז חו"מ סי' נה מה שכתב בבאור דברי הרמב"ם. והגר"ע (אחיעזר ח"ג לו,ה) כתב דשיטת הרמב"ם דנכרי בכלל רעהו לענין נזיקין, ולכן פטור הישראל מפני שכן דיניהם. אלא שא"כ קשה לכאורה ממש"כ הרמב"ם שסיבת החיוב היא קנס. וצ"ל כמש"כ הדברי יחזקאל הנ"ל, דחיוב מקנס הוא רק בתם שמשלם נזק שלם. וע"ע לגרא"ז (אבהא"ז נזק"מ ח,יג אות ב) דחיוב עכו"ם שהזיק ישראל הוא מעיקר הדין, ואף תם המשלם נזק שלם שקנסוהו הוא מדיני ישראל ולא מדיני עכו"ם, רק לענין דיני הראיות, כשיש הכחשה בין הישראל לעכו"ם אם נגח וכמה, בזה אזלינן בתר דיניהם להביא ראיה ולהוציא ממון: "ולפ"ז אף דעכו"ם שנגח של ישראל, מה דהוא מחוייב לשלם אינו על פי דיני נכרים אלא ע"פ דיני ישראל, דאפי' תם משלם נזק שלם משום שקנסו להם שישמרו נזקיהם, מ"מ אפשר לומר דזהו שני ענינים, עיקר החיוב מחייבין לעכו"ם ע"פ דיני ישראל, אבל בדיני ברור כשיש הכחשה בין התובע והנתבע, שהניזק טוען לעכו"ם בהמה שלך הזיקה שורי והעכו"ם מכחיש או טוען אינו יודע ... א"כ בודאי עיקר דינם הוא שיהיו בני נח נאמנים על בני נח, דאל"כ מי יעיד עליהם, וכיון שכן יש לומר דענין הנאמנות אינו שייך לעצם החיוב". וע"ע בחזו"א (ב"ק י,ה).

ומה שהובא לעיל דעת רוב הראשונים שלא התיר ממונם אלא בשור שנגח אבל לא ממון אחר, בקצוה"ח עב,מג כתב דדרשת רעהו הוא לפטור הן ישראל מעכו"ם

והן עכו"ם מישראל, ורק לענין נזיקין חייבו עכו"ם שנגח ישראל, מראה ויתר גויים. ומבואר דחייב מראה ויתר גויים הוא רק בנכרי שנגח לישראל, בנזיקין ולא בשאר דברים. וחזר דבריו באבנמ"ל (בתש' ס' כד), דדוקא בנזיקין אמרו ולא בשאר מילי. ובנתיבות עב, נג חלק עליו, דבכל מקום שישראל חייב נגד ישראל, גם הגוי חייב מקרא דראה ויתר גויים, עיי"ש. (והובאו הדברים גם במנ"ח נז, ו). ובמשובב שם (עב, נג) דחה דבריו והוכיח מהראשונים הנ"ל דדוקא לנזיקין אמרו ולא לשאר מילי. ובשער המשפט שא, ג הקשה מדוע יפטר נכרי ששמר לישראל ופשע, וכן עכו"ם שאונה לישראל, ולכן הסיק דהחייב מדין קנס מראה ויתר גויים, הוא גם לענין אונאה ושומרים: "לכן נראה לי, דודאי אף עכו"ם לגבי ישראל חייב בדין השומרים, כמו שור של כותי שנגח לשור של ישראל, וכן עכו"ם שאינה לישראל דהעכו"ם חייב, אף דכתיב רעהו דמשמע דוקא ישראל לישראל, מ"מ גלי קרא דויתר גוים, שהתיר ממונם לישראל. אך מ"מ כיון דמדינא העכו"ם פטור אלא דקנסיה רחמנא, יש לומר דלא קנסיה רחמנא אלא דוקא להעכו"ם גופיה, אבל לא שיסתעף מזה היזק לישראל אחר". עיין לעיל בנפק"מ, שלוה הנכרי מישראל והזיק הנכרי לישראל אחר. ובמחנא"א (שומרים סוף הל' לג) הסתפק בזה, אף שנראה דעתו שאין הנכרי שומר של הישראל, מ"מ הביא גם הצד שחייב נכרי השומר לישראל נלמד מנזיקין: "דהגוי מעיקרא לא נעשה שומר לישראל משום דרעהו כתיב, וכי היכי דאימעיט ישראל משמירה בנכסי הגוי, כמו כן גוי בנכסי ישראל, ואפי' תימא דגוי מיהא מתחייב בשמירת נכסי ישראל מידי דהוה אנזיקין, דאע"פ שאין הישראל מתחייב בנזקי הגוי, גוי מיהא מתחייב לישראל, מיהו כי חזר הגוי והפקידם לישראל, הגם דהן נכסי ישראל, מ"מ כי אתו ליד זה הישראל, מכח גוי אתו בידיה שהרי מיד גוי קבלם". וע"ע לגר"ח"ע באחיעזר (ח"ג לז, ד) מש"כ בזה.

ב. ישראל שהזיק בגופו ממון נכרי

האמור לעיל הוא בממון ישראל שהזיק ממון נכרי, ודנו האחרונים מה דינו של ישראל שמזיק בעצמו ממון נכרי. המנ"ח (מצוה נא) מסתפק בזה, דלכאורה רעהו לא נאמר כלל באדם המזיק ובשן ורגל, ולפ"ז לא מועט ישראל שהזיק נכרי, בשן ורגל ובאדם המזיק, או שדין הנכרי הוא כהקדש, ופטור בכל מיני נזיקין: "גם שור עכו"ם שנגח של ישראל היה מן הדין לפטור, דלאו רעהו הוא, אלא מחמת ראה ויתר גוים או כדעת הר"מ שקנס הוא וכו'. ואינו מבואר אם דוקא נזקי שור פטור בעכו"ם, אבל נזקי שן ורגל ואדם המזיק חייב, דלא כתיב רעהו, או אפשר דינו לגמרי כהקדש שהבאתי לעיל בשם התוס', דאין שום דין נזיקין להקדש, הכי נמי, או אפשר דוקא גבי הקדש". אמנם במצוה נז מבואר במנ"ח שאם הזיק ממון נכרי, פטור מלשלם דהוי כהפקעת הלואתו. המנ"ח מדייק מדברי הרמב"ם (שכירות ב, ג) שחייב פשיעה בעבדים

שטרות וקרקעות, ולא חייב בנכרי, וז"ל הרמב"ם: "יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן, חייב לשלם, שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן, שאם היה שומר חנם על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע, ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה. וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין, פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם, שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין, ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון". והקשה המנ"ח מדוע לא הזכיר גם נכרי בכלל. ומזה דייק דבנכרי גם באדם המזיק פטור, וז"ל המנ"ח: "ומדכתב דוקא עוש"ק (עבדים, שטרות וקרקעות), והוציא נכסי עכו"ם והקדש, מבואר מדבריו דעל נכסי עכו"ם פטור אפי' פשע, דגם מזיק בידים פטור, דלא גרע מהפקעת הלואתו, עיין סמ"ע סי' צ"ה סק"א ובתוס' ב"ק והבאתי לעיל כמה פעמים, דגבי הקדש נתמעט אפי' מזיק בידים, א"כ הכי נמי עכו"ם, ואפי' בלא הטעם דהפקעת הלואתו כנ"ל". וכן נראה דעת הדברי מלכאל (ח"ג סי' ל ד"ה ולכאורה).

אמנם מצאנו לבעל הנתיבות (בחור"ד קסט,יד) שמדבריו מבואר שמזיק ממון נכרי, חייב כמו בישראל. החור"ד מביא את תש' מיימונית שהמעכב דמי שכירות למשכיר, חייב ליתן למשכיר מה שיכל להרויח בדמי השכירות, והב"י השיג עליו ופטר מטעם ריבית. וכתב החור"ד דלפ"ז בנכרי שאין איסור ריבית, חייב המעכב לשלם מה שהפסידו, כיון שבגזול ונזק דינו כמו ישראל, וז"ל החור"ד: "הב"י בסו"ס קס הביא בשם הגהות מיימוניות (מלוה ולוה חז, תשובות מיימוניות משפטים סימן טו), דהמעכב דמי שכירות חבירו, דחייב ליתן מה שהיה יכול להרויח, והביא ראיה מהא דריש מכות (ג,א) דאומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיה בידו מכאן ועד עשר שנים וכו'. והשיג עליו הב"י מטעם דבשכירות יש ג"כ איסור ריבית, עיי"ש בב"י, וא"כ בעובדי כוכבים דרביית מותר בהו, ובגזול ומזיק דינייהו כמו בישראל, ואם כן המעכב מעות עובד כוכבים בידו נראה דחייב ליתן לו מדינא מה שאומדין, כמו בישראל כשמעכב דבר שרביית מותר בו". מבואר מהחור"ד דישאל שהזיק לנכרי חייב.

וכן מוצאים אנו במשך חכמה (ויקרא כד,יח), על הפסוק: ומכה נפש בהמה ישלמנה, הקשה, מדוע הביאו פסוק זה בפרשת אמור ולא במשפטים, ששם לכאורה מקומה. ותירץ, דהפסוק בפרשת אמור מתיחס גם לנכרי, שמי שהזיק ממון נכרי חייב, ומי שהרג נכרי, מיתתו בידי שמים: "נראה הא דלא כתביה קרא במשפטים, משום דכאן מייירי אפילו בשל עכו"ם. לכן אתי שפיר דלא כתוב "מכה אדם מות יומת", רק "יומת" לחודיה, דמצאנו במיתה בידי שמים, וכמו (במדבר ג י, יח,ז) "והזר הקרב יומת", דממית עכו"ם דינו מסור לשמים ויומת בידי שמים, וכמו שאמר במכילתא משפטים איסי בן עקיבא, יעויין שם". ובזה ביאר המשך חכמה, מדוע נצרכה התורה

לכתוב אדם שהזיק שור, הרי יכול להלמד בבמה הצד מאחד מהמזיקים ובור, כמבואר בב"ק ה,ב: "ועל כרחין דקרא לחייב אדם דאזיק בהמה דעכו"ם, דבנזקי ממונו שהזיק את של עכו"ם פטור (ב"ק לז,ב), ד"רעהו" כתיב. ועל זה צריך קרא דעכו"ם, שגופיה אם הזיק את ממונו דעכו"ם דחייב". ומבואר מהמשך חכמה דישאל שהזיק ממון עכו"ם, חייב כמו אם הזיק ממון ישראל.

וכך גם נראה ללמוד מדברי האמרי בינה (הלואה עג). האמ"ב הביא את דברי השו"ע חו"מ עב,ח, ברובן ששאל משמעון סייף שהיה בידו משכון מעכו"ם, ואבד אצל ראובן, דאין ראובן חייב לשלם אלא דמי שויו, אף שהעכו"ם מבקש ממון רב. ומקורו מהגהות מרדכי (ב"ק רז). ועיין באחרונים מה שדנו לגבי עלילת העכו"ם, הובאו דברים בקצוה"ח רצא,ד, ובהם דברי היש"ש והש"ך עב,מ, ובענין אם הזיק ראובן את הסייף במתכוין, אם חייב לשלם כל מה שמעליל העכו"ם. האמרי בינה (שם בסוף סי' עג) הקשה מדוע יתחייב לשלם אפי' כדי שויו, שהרי מדינא אין שמירה לעכו"ם, ופטור ביחס לעכו"ם, וביחס לשמעון, הרי רק הוי גרמי, ויאמר הישראל המזיק לא הזקתי רק לעכו"ם, ומה שאתה מתחייב לשלם לו, הרי זה רק כגרמי בעלמא. והביא מהדברי חיים (נזקי ממון סי' ג) לחייב, הואיל וכדי שויו מחויב, מגלגלין עליו את הכל, והקשה האמ"ב, דהרי כדי שויו הוי רק גרמי. וכתב לישב: "ואולי י"ל כיון דמ"מ חייב לשלם לעכו"ם אם היוזקו בידים, יכול לבא עליו ממה נפשך, שהוא מוכרח לפרוע לעכו"ם, ומ"מ על המותר מכדי שויו צ"ע". מבואר מהאמרי בינה דככל שהזיקו בדיים לממון עכו"ם, חייב לשלם.

והחלקת יואב (תנינא סי' יד) כתב לחלק בין הזיק לעכו"ם בשוגג או במזיד, דבשוגג פטור ובמזיד חייב. החלקת יואב כתב דמפטור הקדש אין ללמוד דפטור, דבהקדש יש גזיה"כ, איש כי יאכל, פרט למזיק. והקשה סתירה, דבמשנה ב"ק ט,ב, מבואר דוקא נכסים של בני ברית, ומתיחס לכל ארבעת אבות נזיקין, כולל אדם המזיק, ובמשנה ב"ק לז,ב, מבואר דרק נזקי ממון פטור בנכרי. וכתב להסביר: "דבמזיק לבן נח במזיד ודאי חייב, ומתני' דשל בני ברית מיירי בשוגג, כיון דשוגג נפיק מפצע תחת פצע (ב"ק כו,ב), ע"כ שפיר פטור בבן נח, דהא הפרשה ע"כ בישראל מיירי, דבן נח נהרג על העוברין. והסברא נ"ל דמה דמזיק בשוגג חייב, הלא הוא מחמת דאדם שמירת גופו עליו, כמבואר בש"ס ריש ב"ק (ד,א), ובן נח הא נתמעט מדין שמירה ... אכן מדברי הרמב"ם (שכירות ב,ג) מבואר דאף במזיק בנכסי עכו"ם בשוגג חייב, שהרי שומר שפסע לא עדיף ממזיק בשוגג, ומלש' הרמב"ם שם דקאמר וכיוצא בהן, משמע דקאי על כל מה שכתב לעיל מיניה. שוב ראיתי בסמ"ע צה,א דגם שליחות יד פטור בעכו"ם ... ומלש' הסמ"ע שם שמסיים כיון שלא נשאר בידו משל עכו"ם, משמע דאף מזיק פטור בבן נח בשוגג עכ"פ, וכעת לא ראיתי הדבר מבואר".

ומשמעות החלקת יואב דאם הזיק במזיד ממון עכו"ם, חייב לשלם, ובשוגג הסתפק מחמת דעת הרמב"ם והסמ"ע.

ועיין בחזו"א (ב"ק י, יד) שכתב להדיא דהפטור הוא דוקא באופן של שור ישראל שהזיק לשור של עכו"ם, אבל ישראל שהזיק בידיים ממונו של נכרי, חייב לשלם, והביא ראיה מהשו"ע חו"מ שעח"ט, בשנים שרכבו על סוס, והזיק אחד הרוכבים את הסוס שרוכב עליו חברו, שאף אם הוא סוס שמושאל בידו מנכרי, חייב המזיק לשלם הנזק, ופטור אם תובע הנכרי סכומים שאינם מגיעים לו בדין. ועיין גם בשעורי הגרש"ש (ב"ק נא ד"ה ובזה תתישב), דיש חילוק בין ממון של ישראל שהזיק ממון של נכרי, לישראל שהזיק נכרי, עיי"ש. ומכל האמור מבואר דרבו האחרונים המחייבים ישראל שהזיק ממון נכרי.

לאור האמור יש למזיק לנהוג כדעת רוב הפוסקים המחייבים מי שהזיק ממון נכרי, ואף שיכול לומר קים לי כדעת הפוטרים וספק ממון להקל (עיין תש' חת"ס חיוור"ד סי' רמא ד"ה אמנם, ברכת שמואל ב"ק ב, ג), אין לנהוג כן, בודאי ישלם במקום שיש חלול ה'. בפרט דלדעת המחייבים, לשיטת הב"ח חו"מ לד, ב, יהיה רשע דחמס ופסול לעדות.

סימן לג

בדין שנים שהזיקו

ראשי פרקים

א. אם דין המפיל כמזיק

ב. כי ליכא לאשתלומי מהאי

ג. כשלאחר אין לשלם או ברח

ד. דינא דר' נתן באדם המזיק ובדיינים שטעו

באופנוע שחסם רכב חונה, וביקש בעל הרכב להרים את האופנוע והזיזו במקצת, ובקש מעובר אורח שיבוא לסייע בידו, ושניהם הרימו את האופנוע, ונשטט מידם ונפל לכביש וניזוק. עובר האורח הלך לו ואין ידוע מי הוא, ותובע בעל האופנוע את בעל הרכב שישלם לו על כל הנזק שנגרם לאופנוע.

א. אם דין המפיל כמזיק

חייב השנים הוא לכאורה מדין מדין אדם המזיק, כמו שמצאנו בזרק כלי מראש הגג, שזורק הכלי חייב, ורק כשבא אחר ושברו, אין לחייב את השני, דמנא תבירא תבר, אבל הראשון חייב, דמשעה שזרק נחשב כשבור, ועיין שו"ע חו"מ שפ"ד, ובגמ' ב"ק יז, ב, וכו'. וגם כאן כששניהם הרימו ונפל מידם, חשיב כזרק הכלי באופן המשברו. ואף שלא זרקו אלא נשטט מידם, לכאורה הוי פשיעה, ולא היה להם להרימו, ואף אם אונס, אדם המזיק חייב אף באונס, עיין ב"ק כו, ב. ולפ"ז דין המרימים את האופנוע ונפל מידם, לכאורה כדין אדם המזיק.

ועמית הגר"מ בצרי שליט"א העיר שתי הערות שלכאורה יש לפטור את מרימי האופנוע. ואסביר מה שהאיר עיני. ההערה הראשונה, מהא דריש פרק המניח, על המשנה: המניח את הכד ברה"ר ובא אחר ונתקל בה ושברה פטור, ואיתא שם בגמ' (כז, ב): אמאי פטור, איבעי ליה לעיוני ומיזל. אמרי דבי רב משמיה דרב, בממלא רה"ר כולה חביות. שמואל אמר באפילה שנו. רבי יוחנן אמר בקרן זוית. אמר רב פפא לא דיקא מתניתין אלא או כשמואל או כרבי יוחנן, דאי כרב מאי אריא נתקל, אפילו שבר נמי. אמר רב זביד משמיה דרבא הוא הדין דאפי' שבר, והאי דקתני נתקל, אידי דבעי למתני סיפא ואם הוזק בה בעל חבית חייב בנזקו, דדוקא נתקל, אבל שבר לא, מאי טעמא, הוא דאזיק אנפשיה, ומבואר בגמ' דבממלא רה"ר כולה חביות, אפי' שבר

פטור, והוא הדין בנדו"ד שחסם חנייתו של חברו, דאפי' שבר פטור. ועיין להלן אם הדין דאפי' שברו בידים פטור, או דוקא שברו באינו מתכוין.

ובגמ' שם (ב"ק כח,א), במחלוקת רב יהודה ורב נחמן אם עביד אינש דינא לנפשיה במקום שאין פסידא, דר"י ס"ל דעביד דוקא במקום פסידא, ור"נ ס"ל אפי' באין פסידא עביד דינא לנפשיה, והקשתה הגמ': תא שמע, הממלא חצר חברו כדי יין וכדי שמן, בעל החצר משבר ויוצא משבר ונכנס. ומזה ראיא לר"נ דעביד דינא אפי' בליכא פסידא. ותירצה הגמ' אליבא דר"י, אמר ר"נ בר יצחק, משבר ויוצא לב"ד משבר ונכנס להביא זכויותיו. ולדין דקיי"ל כרב נחמן דעביד אינש דינא לנפשיה, יכול אפי' לשבר בידים במי שמילא חצירו בכדים בלא רשות.

והטור (חו"מ תיב,ג), כשהביא דין בממלא רה"ר חביות, כתב דאפי' שבר בידים חייב, דכך היא משמעות הסוגיא, וז"ל הטור: "ואם מילא כל הדרך כדים שא"א לעבור, אפי' שברם בידים פטור". אמנם מדברי הרמב"ם נזק"מ יג,ו משמע לכאורה שפטור דוקא אם שברה, אבל לא בשברה בידים, וז"ל הרמב"ם: "... ואם היתה אפילה או שמילא כל הדרך כדים, פטור על שבירתה". ועיין בנימוקי (ב"ק יב,ב מעמוה"ר) דיש חילוק בין ממלא כל רוחב החצר בכדים, באופן שאין אפשרות לעבור, שאז מותר לו לשבור בידים, משא"כ אם יש לו אפשרות לעבור, אסור לו לשבר. הנימוקי כתב דבריו על הברייאת הממלא חצר חברו וכו': "מדנקט ממלא, שמעינן דאי הוה מקום פנוי למיזל ביה לית ליה רשות לשבר, ואם שבר חייב, דאע"ג דבעל הכד שלא ברשות הוא דעיילה לחצר חברו, נהי דאית ליה רשותא לאפוקינהו, אבל לשבר כיון שיכול לעבור כדרכו לא. ואי אפילו בחצירו כן, כ"ש ברשות הרבים כדאמרן לעיל (כז,ב), אבל כשמילא דהשתא אינו יכול לעבור כדרכו, משבר כשיוצא, ואף על פי ששבר בכדי שיכול לצאת בכניסתו, משבר ונכנס כדי שיכול ליכנס ולצאת ברחבה. ואף על גב דבלא שבירה הוה מצי לסלק החבית ולסדרם, אפ"ה כיון דאיכא טירחא למעבד הכי לא אטרחו ליה רבנן". ולכאורה י"ל לנדו"ד, דאף דאיכא טירחא להזיז את האופנוע, שכשחסם החניה דמי לממלא חצירו בכדים, מ"מ יש טרחה בשבירתה יותר מאשר בהרמה ופינוי סבירים. רק הטענה שאם שבר כשניסה להזיז את האופנוע, לא גרע ממשבר דפטור.

ולמעשה כן יש ללמוד גם מדברי התוס' (ב"ק כז,ב ד"ה ה"ג אמאי). תוס' שואלים מהא דב"ק כד,ב: שתי פרות ברשות הרבים אחת רבוצה ואחת מהלכת, ובעטה מהלכת ברבוצה פטורה, רבוצה במהלכת חייבת. א"ל אנא בההיא חיובי מחייבנא, דאמרין ליה כי אית לך רשותא לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא. שואל תוס', מדוע יש לה רשות להלך עליה, הרי איבעי לה לעיוני: "ולכא למימר בממלא רה"ר

שאינה יכולה לעבור אלא דרך עליה, דא"כ לבעוטי נמי אית לה רשותא". הרי שאם חוסמת את כל דרך ההליכה, יכולה אפי' לבעוט בה ולהזיקה בבעיטה.

ובניגוד לתוס', נימוק"י והטור, ברמב"ם (חובל ומזיק ו,ה) מבואר להדיא דאפי' בממלא חייב לשלם אם שיבר בידים, וז"ל: "הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן אפילו הכניסם ברשות, הואיל ולא קיבל עליו בעל החצר לשמור, הרי זה נכנס ויוצא כדרכו, וכל שישתבר מן הכדים בכניסתו וביציאתו הרי הוא פטור עליהן, ואם שברן בכוונה, אפילו הכניסם בעל הכדים שלא ברשות, הרי זה חייב לשלם, וכן כל כיוצא בזה". ועיין לגרא"ז באבן האזל שם שהקשה, הרי עבד אינש דינא לנפשיה. ותי', דבדבר שאין בו פסידא כלל, גם לרב נחמן לא עביד אינש דינא לנפשיה. דגם לרב נחמן יש הבדל בין אין בו פסידא לאין בו פסידא כלל. ועיין בש"ג ר"פ המניח (יבא מעמוה"ר) שאם מילא כל הדרך ושבר בכוונה, הוא מחלוקת ראשונים. (ועיין ב"ח תיב, ג שכתב דדעת הרמב"ם דבשיבר בכוונה חייב). ולפ"ז י"ל דבנדו"ד לשיטת הרמב"ם יהיה חייב.

ובפנ"י (ב"ק כח,א ד"ה בא"ד שאדם) כתב לחלק (לשיטת התוס') בין אם משבר כדרכו מפני שאינו רוצה להתאמץ למשבר בכוונה בידים. התוס' מחלקים בין ממלא כדים בחצר חבירו שיכול לשבור, לבין ממלא ברה"ר, שיכול לעקוף את הכדים. והקשה הפנ"י, דא"כ גם ברה"ר איבעי ליה לעיוני. ותירץ, דנתנו לו רשות לדרוס עליהם, ורק לא נתנו לו רשות לשברם בכוונה בידים: "די"ל, דלא אטרחוהו רבנן כולי האי, אלא נותנין רשות לדרוס עליהם, ואם נשברו נשברו, אבל לשברם במתכוין אינו יכול למ"ד לא עביד אינש דינא לנפשיה במקום דליכא פסידא", ולפ"ז בנדו"ד יש שני צדדים לטיבותא: גם שלא התכוין, וגם קיי"ל כרב נחמן דעביד אינש דינא לנפשיה אפי' בלא פסידא, עיין בשו"ע חו"מ דא. ומ"מ לשיטת הרמב"ם נראה דחשיב שיבר בידים, כיון שלא היה בכלל נכנס ויוצא כדרכו. וגם לשיטת הרמב"ם י"ל, דוקא כשאינו רואה ונכנס ויוצא, אבל אם נכנס ויוצא ורואה שישבור הכדים, הרי זה כמשבר בידים בכוונה, והחידוש בנשבר ויוצא, שאף שנשבר שלא במתכוין ובשוגג ואדם מועד לעולם, בכ"ז פטור. ולפ"ז י"ל דאף בנדו"ד לא חשיב כמשבר בידים אלא נשבר שלא במתכוין, ובזה אפשר דאף לרמב"ם יהיה פטור.

ובשו"ע חו"מ תיב,ב, פסק: "הניח הכד במקום שיש לו רשות להניחו, כמו במקום פנוי שלפני בית הבד, ובא אחר ונתקל בו ושברו, חייב. ואם הוזק בו המהלך, בעל הכד פטור, מפני שהיה לו להסתכל. ואם היתה אפילה, או שמילא כל הדרך כדים, פטור על שבירתם. ואם נתקל בה והוזק, בעל הכד חייב, וכן כל כיוצא בזה. ואם מילא כל הדרך כדים שאי אפשר לעבור, אפילו שברו בידים פטור". ועיין בסמ"ע

ס"ק ג דיש לחלק בין מילא כל הדרך באופן שלא יכל לעבור, שאם שברו בידים פטור, לבין מילא באופן שיכל להגביה רגליו או לעבור מן הצד, אם שברם בכוונה חייב. אמנם עיין בחידושי האור שמח (ב"ק כחא ד"ה ת"ש) דלשיטת הרמב"ם פטור דוקא כשמשבר דרך הילוכו, אבל במשבר בכוונה חייב. ולא חילק בין ממלא כל הדרך ליכל לעבור, ומשמע אף בממלא כל הדרך, דוקא בדרך הילוכו פטור, ולא בשברו בכוונה. וצ"ע אם נדו"ד חשיב כדרך הילוכו או כשברו בכוונה, דמצד אחד אינו בדרך הילוכו, ומאידך – לא נתכוין לשבור ולהזיק אלא נפל מידו.

גם מדברי הבית אפרים (חחו"מ סי' עט) מבואר דלשיטת הרמב"ם אם שברו בידים חייב: "ודוקא בנתקל בה פטור וכמ"ש בש"ס, דסיפא נתקל דוקא, ולכך כתב הרמב"ם ואם נתקל בה כו', דמתחלה מיירי בשובר דרך הילוכו, ובזה פטור בין באפילה בין בממלא אף דרך הילוכו בכלל נתקל הוא ובממלא פטור, כיון שזה עביד שלא ברשות עביד אינש דינא לנפשיה, אבל משובר בידים לא מיירי הרמב"ם, דבכה"ג לא שייך עביד אינש דינא לנפשיה רק אם שיבר דרך כניסה ויציאה, אבל בידים ממש דהיינו ששובר בכוונה לא עדיף מאם הכניס חבירו לחצירו שלא ברשות דאם שיבר בכוונה חייב, כנ"ל ברור בלשון הרמב"ם ז"ל". מבואר דלרמב"ם בכ"ע אם שברו בידים חייב.

הספק בנדו"ד אם נחשב העמדת האופנוע באופן החוסם יציאה מחניה לרכב אחר, כדבר שיש לו רשות לעשותו, ואם השבירה בנפילה מהידים, תחשב כשבירה בידים. לענין אם החסימה תחשב כדבר שיש לו רשות, אם מדובר בחניה פרטית של בעל הרכב, ודאי שאין לו רשות, ולכאורה גם בזה יודה הרמב"ם שאם שברה בידים פטור. אולם אם מדובר ברה"ר, אם מדובר בחסימה מוחלטת, לכאורה יחשב הדבר כאין לו רשות לחנות במקום באופן זה, וחזר הדין. ונפק"מ גם אם רכב אחר חסם באופן מוחלט יציאה מחניה, והנהגה היוצא הזיק לרכב שחסם, לכאורה פטור. ועדיין יש להסתפק, מפני שיתכן ובשעה שהחנה את הרכב צמוד לרכב החונה, היתה לרכב החונה הקודם אפשרות לצאת מהחניה, במרווח סביר מרכב שאחריו, ורק אח"כ יצא הרכב שחנה מאחור, ובא רכב אחר ונצמד במקצת, כך שאין להגדיר את האופנוע/ הרכב השני כמי שחונה שלא ברשות, וכמעמיד כדים במקום שאין לו רשות. גם נפק"מ באופנוע קל יותר או אופניים, שקל להזיזם, ואינו נחשב כממלא כל הדרך כדים במקום שאסור לו להעמידם. לכן היא גופה צ"ע לכל מקרה לגופו, לפחות לשיטת הרמב"ם.

גם צ"ע כיום שע"פ החוק, גם אם רכב חוסם לך חניה פרטית, אסור לבעל החניה להזיז את הרכב, אלא עליו לקרוא לרשויות החוק, ובודאי בחסימת חניה במקום

ציבורי, וכי כל נזק שיגרם לרכב יושת על בעל החניה. ויש לדון אם חשיב בכה"ג מנהג מדינה. ובשלמא אם הפגיעה היתה ע"י הרכב, לכאורה בזה יש מקום לומר שכך הוא המנהג, ועל דעת כן קיבל רשיון רכב, אולם במזיק בידים ע"י הזזת הרכב, לכאורה לא שייך בזה מנהג מדינה.

ולענין אם נפל האופנוע מידיו של בעל הרכב שרצה להזיזו, צ"ע אם יחשב כשבירה בידים או כנשבר בדרך כניסה ויציאה. ונראה דענין החילוק בין משבר בידים למש"כ הרמב"ם שאם נשברה פטור, דנשברה פטור אף ביכל לראות ובמקום שמחייבים לראות, ואף אם היה חייב להתבונן, שהיה זה באור יום ולא באפילה, אם נכנס למקום ושברם, פטור. שברם בידים אין לפרש ששברם בכוונת מכין בדוקא, אלא כל שהיה מודע שכעת הוא שובר את הכדים, אף שלא היתה לו כוונה להזיק או לשבור, חייב לשיטת הרמב"ם גם בממלא כל הדרך חביות. ונדו"ד, לא היה זה בדרך הילוכו מחד, ומאידך – לא היה מודע שמתכוין לשבור, שהרי נפל מידיו. דמצד אחד י"ל, דבשעה שמגביה את האופנוע נעשה שומר עליו, והתירו לו לפנות ולא להזיק, שאם יזיק אפי' בפשיעה, חייב לשלם. דלשיטת הרמב"ם רק אם לא היה מבחין, אם שברם פטור, אבל אם הגביה החביות כדי לפנותם, נעשה עליו שומר חינוס לחייבו בפשיעה. או נאמר דאף לשיטת הרמב"ם, כל שלא שברו בכוונה תוך ידיעה שכעת הוא שובר, אין לחייבו, וצ"ע. [ומה שהעיר עמיתי שליט"א שאם לא ידעו להעריך את כובדו חשיב אונס, לענ"ד אינו אונס, דמלכתחילה אין להרים דבר לפני שיוודעים אם יוכלו להניחו. ומ"מ הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס].

עוד העיר עמיתי שליט"א, ביחס למי שעזר לבעל הרכב, שאם אדם קיים מצות פריקה וטעינה, ובשעה שקיים המצוה נפל מידו, האם התורה חייבה אותו לשלם על מה שנפל מידו, והוא הדין למי שעושה חסד. ולכאורה מנין לנו לפטור את הפורק וטוען (באופן שאין הבעלים שם (עיין ב"מ לב,א, וש"ע חו"מ רעב,ז), דאם הבעלים שם ודאי לא נהיה שומר, ומ"מ אם הזיק באופן שיש לחייב אדם המזיק באונס, מנין לנו לפטור. דלכאורה לא גרע משומר אבידה, שאף הוא עושה חסד, ומצווה במצות התורה להשיב אבידה, והרי הוא שומר חינוס או שומר שכר (עיין שו"ע חו"מ רסז,טז ב' דעות).

ב. כי ליכא לאשתלומי מהאי

לאמור לעיל יש צדדים רבים לפטור בעל הרכב כשנפל האופנוע מידו. ומ"מ אם יבוא לחייב כשיטת הרמב"ם, ולצד דחשיב כמזיק בידים, יתבאר הדין כדלהלן. נחלקו רבנן ור' נתן בשנים שהזיקו ואי אפשר להשתלם מאחד מהמזיקים, אם חייב השני

לשלם, דאיתא בב"ק נג,א (ועיין גם ב"ק יג,א, שם הובאה מחלוקת רבנן ות"ק): אמר מר, נפל לפניו מקול הכרייה חייב, ואמאי, נימא כורה גרם ליה. אמר רב שימי בר אשי הא מני רבי נתן היא דאמר בעל הבור הזיקא קא עבד, וכל היכא דלא אפשר לאשתלומי מהאי משתלם מהאי (כלומר בתוך שלו נמצא הנזק, וכל היכא דלא אפשר לאשתלומי מכורה, דקול גרמא בעלמא הוא, משתלם מיניה דבעל הבור – רש"י), דתניא שור שדחף את חברו לבור, בעל השור חייב בעל הבור פטור, רבי נתן אומר בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה, והתניא רבי נתן אומר בעל הבור משלם ג' חלקים ובעל השור רביע, לא קשיא הא בתם הא במועד.

והגר"ש שקאפ (ב"מ ט,ה) כתב דדין רבי נתן אין לפרש שהחייב הוא מחמת שאנו קובעים שכ"א משניהם עשה את כל הנזק, שא"כ לא היה מקום לדעת הראשונים שאם ברח אחד החייבים או אין לו לשלם, חייב הנשאר בכל (ראה להלן אות ג), אלא שחייבו מחמת שהכשיר את מעשה חברו, והוא מעין ערבות. ולכן דוקא אם מלכתחילה לא הוטל החיוב על השני, חייב הראשון בכל, דכשאי אפשרות להטיל את החיוב על השני, חייב הראשון בכל, אבל משהוטל החיוב גם על השני ואין אפשרות לגבות ממנו, כגון שברח או אין לו לשלם, יש ראשונים הסוברים שאין לחייב את הראשון, וז"ל הגרש"ש:

"וכן נלענ"ד בהא דפליגי ר' נתן ורבנן בשנים שעושים היזק, דלר"נ כ"א חייב אם השני אינו בר חיובא, ויש סוברים דגם אם השני ברח או אין לו לשלם, עיין חו"מ סי' תי, נראה דהענין הוא ג"כ מהאי טעמא, דלא חשבינן כאילו כ"א עשה בעצמו ממש את כל ההיזק אלא שחייב גם על פעולת השני, משום דמחזק ומכשיר את פעולת המעשה של השני, ולו היינו חושבין כאילו כ"א עושה אחר חברו וגומר את ההיזק אז היה ראוי שיהיה דין רצה מזה גובה ורצה מזה גובה, כגוזל ובא אחר ואכלה, ולמה לא ישלם האחד אם אין לשני מה לשלם או ברח לרוב הפוסקים. אלא ודאי דמה דמחייב ר"נ בכולה הוא משום שמחייב גם על מעשה חברו, אבל לא הוה כעושה ממש בכולו, ודמא האי חיובא כעין ערבות על חברו. ועפ"ז יש מקום לדון את ערך החיוב של כ"א, ומשו"ה סברי הרבה ראשונים דרק אם מתחילה לא הוטל חיוב על השני חייב הוא, אבל אם מתחילה רמיא החיוב על שניהם, לא הוטל עוד עליו כ"א החצי. ומה"ט נתחזקו דברינו בהא שכ' בב"ק בענין מושיט פירות בפי פרה, דאם המושיט פקח ואין לו לשלם דחייב בעל הפרה, וקשה מזה על הטוש"ע דקיימא בשיטת הסוברים בדיני דר"נ דאם אין לו לשלם אינו חייב השני בכולה, ומ"מ פסקו במושיט דחייב בעל הפרה כשאין לו לשלם למושיט, עיין בקצוה"ח סימן שצא שהניח בצ"ע. וכתבנו לחלק, דשם אינם כשנים שהזיקו,

אלא דעל מעשה הפרה איכא שני בעלים, בעל הפרה משום שן, והמושיט משום אש, כמקרב הדבר אצל האש, משו"ה יש לחייב כ"א בכולה, והארכנו שם בזה [בסי' כט]. ולפ"ד כאן חילוק זה מורגש ומוטעם מאד, דבכל שנים שהזיקו כשמחייבין לאחד בכולו לר"נ הוא רק כעין ערבות שחייב על מעשה של השני, אבל במושיט הוא חייב על מעשה עצמו ממש, דכל אחד חייב על כל מעשה הפרה, רק לכ"א יש שם אב בפ"ע, זה משום שן וזה משום אש. וכמדומה לי שראיתי בתשו' מיימונית לספ' נזיקין שכ' בשנים שהזיקו ענין ערבות."

מבואר מהגרש"ש, ולפחות לשיטת הראשונים שאם הוטל החיוב על שניהם ואחד ברח או אין לו לשלם, שאין הנשאר חייב לשלם הכל (יובא להלן), דלר' נתן אין כאן מעשה שלם של כ"א מהמזיקים שנאמר שכיון שעשה כ"א את כל הנזק, ממילא יש אפשרות לחייבו בכל הנזק, דא"כ מדוע בברח האחד או אין לו לשלם, ישלם הנשאר. אלא שכ"א עשה חצי נזק והחצי השני מתיחס גם אליו מחמת שסייע לשני בחצי הנזק האחר, ולכן אם אין לחייב את השני מחמת שהשני היה בבחינת גרמא (כמו בקול הכרייה, או בשור תם שדחף לבור שמשלם רק חצי מחצי נזק), התיחסות הנזק שעשה השני המתיחסת גם לבעל הבור, מחייבת את בעל הבור להשלים את תשלומי הנזק. ומה שמתכוין הגרש"ש שהוא מעין ערבות, היינו ערבות על החפצא של הנזק ולא על הגברא של המזיק, ולכן אם חל החיוב על הגברא המזיק, אין לחייב את הראשון אם ברח השני או אין לו לשלם, אבל אם יש מניעה לחייב את הגברא השני, כיון שמעשה השני מתיחס גם לראשון שהכשיר את נזקו, אם אי אפשר לחייב את השני, מחייבים את הראשון. ובדרך זו כתב הגרש"ש לישב, מדוע בבי"ד ששנים אומרים חייב ואחד זכאי, והתברר שהשנים טעו וא"א להחזיר וחייבים לשלם, שמשלמים רק שני שלישי, ואת השליש שזיכה אחד הדיינים, יפסיד הבע"ד. דמה שזיכה הדיין השלישי אינו מוגדר כמעשה נזק, ממילא לא שייך ליחס את מעשה השנים האחרים למעשה השלישי שאינו מעשה נזק. וע"ע להלן אות ג.

ועיין גם בשערי יושר (ז, כא בסופו) שכתב לבאר כן, דבשנים שהזיקו לא אומרים רצה מזה גובה רצה מזה גובה, דכל זמן שאפשר לחייב בעל המעשה עצמו, אין לחייב אחר על מעשיו, ורק אם השני פטור מתחילה, נתחייב חברו בעדו:

"ופליגי בזה הפוסקים, אם משעת הנזק היו שניהם בני חיובא ואח"כ ברח או אין לו לשלם, דכיון דמתחילה לא נתחייבו כל אחד רק חצי התשלומים, דאי אפשר שיתחייבו יותר מחצי תשלומים, שוב לא יתחייב אחד בעד חברו, ושיטת הסוברים דגם אם ברח משלם השני, הוא בגדר ערבות, כמו שכתוב

בתשובות מיימוני, הובא בביאור הגר"א שם בסימן ת"י סקמ"ח, ומדמה זה לשנים שלוו יעו"ש, היינו כיון דמצינו חיובים כה"ג, שלאחד שעבוד הגוף לשלם בעד חיוב של חבירו, כמו כן הכא כיון שאם היה אחד פטור מתחילה היה מתחייב השני בכולו, אלא מחמת שהיה בר חיובא אי אפשר שיתחייב מתחילה יותר מחצי תשלומים, אבל חיוב בגדר ערבות אפשר לכל אחד להתחייב מתחילת המעשה, כן נראה לענ"ד שורש מחלוקתם של הראשונים ז"ל בזה. והנה בדין חיוב ערבות קיי"ל היכא דליכא לזה ליכא ערב, ולפי"ז י"ל דרק אם ברח או אין לו לשלם, חייב השני בגדר ערבות, אבל בנידון דידן שהשני נפטר מחיובו, אם מחמת שהודה או אם העלים את השור, וליכא כפית ביי"ד דאז פטור מקנס גם מדין שמים, או כמו שמיירי התוס' שהשני פטור מחמת ספק, כל כה"ג ליכא לחייב את הראשון משום חיוב ערבות".

הנה מש"כ הגרש"ש דלמ"ד שהיה בר חיובא וברח דפטור, י"ל דכיון שהוא ערב על עצם הנזק, וכאן היה חיוב על השני, זה שברח, ממילא לא שייך שיהיה ערב על מעשה הנזק שהתחייב אחר. ולשיטות המחייבות את זה שנשאר לשלם את חלקו של זה שברח, מסביר הגרש"ש שהוא מדין ערבות וכמו שנים שלוו, והיינו שהוא ערבות על הגברא, וכמו בשנים שלוו שהוא ערב לא רק על ההלוואה אלא על הלוה עצמו, שאם שותפו לא ישלם, חייב לשלם, וכל עוד שותפו קיים, חייב השותף בחצי, הוא הדין בשנים שהזיקו כ"א ערב על חיובו של המזיק השני; "כיון דמצינו חיובים כה"ג, שלאחד שעבוד הגוף לשלם בעד חיוב של חבירו, כמו כן הכא כיון שאם היה אחד פטור מתחילה היה מתחייב השני בכולו, אלא מחמת שהיה בר חיובא אי אפשר שיתחייב מתחילה יותר מחצי תשלומים, אבל חיוב בגדר ערבות אפשר לכל אחד להתחייב מתחילת המעשה", והיינו ערבות על חיוב המזיק ולא על הנזק. דלמ"ד שאם השני בר חיובא הראשון פטור אם ברח השני, מפני שאינו ערב לשני אלא על מעשה הנזק, וכיון שהשני בר חיובא והתחייב, כבר אין מקום לחייבו מדין ערבות על הנזק, דערבות זו שייכת רק אם השני פטור. ולשיטה שהוא ערב על המזיק השני, כשהשני פטור מחמת שהודה בקנס וכד', אין כאן לזה שיהיה מקום לחייב את הערב.

ולשיטת הסוברים שחייב במזיק האחד לשלם הכל, גם אם התשלום הוטל בחלקו על השני, וברח השני או אין לו לשני לשלם, נראה שדינם כערכים לגברא, דשנים שהזיקו יש עליהם חיוב לשלם את חלקם מדין מזיק, וחלק חברים מדין ערבות למזיק השני, וכיון שהם ערכים למזיק השני כמו שנים שלוו, אם השני לא ישלם את אשר יוטל עליו, חייב הראשון לשלם חלקו של השני מדין ערבות של שנים שהזיקו. דלחולקים שאין צריך לשלם, הערבות היא למעשה הנזק ולא לגברא המזיק, משא"כ

לסוכרים שחייב לשלם גם בברח חבירו או אין לו לשלם, הערבות היא לגוף המזיק, כמו בשנים שלוו. ודבר זה ראיתי אח"כ בשואל ומשיב (חמישאה, סי' ו), וז"ל השו"מ:

"והנה באמת צ"ב שיטת הרמ"ה שמביא הטור שם, דאם הזיקן שניהם והאחד אין לו לשלם משתלם מאותו שיש לו. ולכאורה טעמא בעי. ולפענ"ד נראה טעמו של הרמ"ה הוא, דבשעשו שניהם ההיזק שניהם נעשו ערבים זה בעד זה, וכמבואר סי' ע"ז בשנים שלוו ביחד או שהפקידו ביחד, ובשו"ת רמ"א סי' כ"ו הובא בש"ך שם ס"ק א' מבואר דגם בשני מזיקים כל שעשו שניהם ההיזק צריכין לשלם ההיזק ביחד מטעם ערבות. ולפ"ז מה נ"מ במה שזה נתחייב כל שאין לו לשלם צריך זה לשלם בעדו מטעם ערב, ובאמת כשיהיה לזה אח"כ לשלם יצטרך לשלם לחבירו חלקו."

ולכאורה נראה שהן השו"מ והן הגרש"ש לדבר אחד התכוונו. דלגרש"ש לשיטת הסוכרים דבאין לאחד לשלם או ברח השני פטור, דס"ל דהערבות היא על מעשה הנזק, שסייע והכשיר חצי הנזק השני. ולשו"מ הוי ערבות למזיק עצמו, כמו בשנים שלוו, ולכן באין לאחד לשלם, השני חייב, וכמש"כ גם הגרש"ש בשערי יושר.

אלא שבגמ' ב"ק נגא, שם מבואר בסברת ר' נתן, דהאי כוליה היזקא עבד והאי כוליה היזקא עבד: דתניא שור שדחף את חבירו לבור, בעל השור חייב בעל הבור פטור, רבי נתן אומר בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה, והתניא רבי נתן אומר בעל הבור משלם ג' חלקים ובעל השור רביע, לא קשיא הא בתם הא במועד. ובתם מאי קסבר, אי קסבר האי כוליה היזקא עבד והאי כוליה היזקא עבד, האי משלם פלגא והאי משלם פלגא, ואי קסבר האי פלגא היזקא עבד והאי פלגא היזקא עבד, בעל הבור משלם פלגא ובעל השור רביע, ואידך ריבעא מפסיד. אמר רבא רבי נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא, לעולם קסבר האי כוליה היזקא עבד והאי כוליה היזקא עבד, ודקא קשיא לך לשלם האי פלגא והאי פלגא, משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור שותפותאי מאי אהניא לי. ובתרוץ שני תירצה הגמ': איבעית אימא לעולם קסבר האי פלגא היזקא עבד והאי פלגא היזקא עבד, ודקא קשיא לך בעל הבור משלם פלגא ובעל השור משלם רביע ואידך ריבעא נפסיד, משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבירך אשכחיתיה, את קטלתיה, מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך – משתלמנא, מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך, משתלמנא ממך. ועיין תוס' ב"ק נגב, (ד"ה הא) שנקטו כתרוץ קמא דטעמא דרב נתן דהאי כוליה היזקא עבד, ולא מטעם אנא תוראי בבירך אשכחיתיה. (ולענין האי כוליה היזקא עבד, אם שנים הזיקו, והאחד לא יכל להזיק אלא בסיוע השני, עיין מש"כ הסמ"ע תיגז, ומש"כ ע"ז קצוה"ח שם ס"ק ג).

וביש"ש ב"ק ה,מ כתב ששני התרוצים אמת. לענין שור שדחף לבור, אי אפשר לומר שהאי כוליה היזקא עבד והאי כוליה היזקא עבד, שהרי לולי דחיפת השור, לא היה נופל לבור, ולולי הבור, לא היתה דחיפת השור מזיקה לשור הנדחף, כך שאי אפשר לומר האי כוליה היזקא וכו', וצריכים לטעם של אנא תוראי בבירך אשכחתי. אבל בשור ושור פסולי המוקדשין שנגחו (ב"ק נג,א), שא"א לגבות משור פסולי המוקדשין, ובעל השור ההדיוט משלם הכל, דשם לא שייך הטעם של אנא תוראי בבירך אשכחתי אלא כל אחד מנוגחים עשה כל ההיזק. וששני הטעמים לא קיימים, גפ לפי ר' נתן לא אמרינן כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. וז"ל היש"ש: "על כן נראה, דלשון בתרא עיקר. וכמו שרגיל הרי"ף לפסוק בכל התלמוד, ומשום הכי מוקמינא מתניתא שפיר כרבנן, ומה שאמר התלמוד הטעם משום דתוראי בבורך אשכחתי כו', משמע זולת האי טעמא לא אמרינן מה דליכא לאשתלומי כו', היינו גבי שור שדחף חבירו לבור, דכל חד פלגא הזיקא קעביד, והכי ק"ל לתלמודא כלישנא בתרא, משום דהבור לא עביד מידי, אי לא הוי השור שדחפו, וה"נ אי לא הוה הבור לא היה ניזק מדחיפתו, כה"ג בודאי כל חד רק פלגא הזיקא קעביד וא"כ אין הדין נותן לומר מאי דליכא לאשתלומי כו', אם לא מטעמא דתוראי בבירא אשכחתי. אבל היכא ששניהם הזיקו כאחד, כגון שור ושור פסולי המוקדשים, דנוכל לומר כל חד כולה הזיקא קעביד, בודאי אמרינן מאי דליכא לאשתלומי כו', דלא צריכים אנו לטעמא דתוראי בבירך כו', ומש"ה לעיל גבי שהזיקו ס"ל לר' אבא דכל חד וחד לא עביד כולה הזיקא, כי הבשר לא הזיק בלא אימורים, דאי לא ה"ל אימורים לא הוה חי ולא הוה נגח, וכן האימורים בלא בשר, משום הכי מאחר דליכא טעמא דתוראי בבירך כו', משתלם מן הבשר לפי ערך הזיקו". ועיין בקצוה"ח כה"ב מש"כ בזה.

והגרש"ש (שערי יושר ז,כא אות תקכז ולהלן) כתב לבאר, דאין לפרש האי כוליה היזקא עבד, שכ"א עשה מעשה נזק מושלם, שהרי בשנים שהזיקו לא אומרים רצה מזה גובה רצה מזה גובה, כמו בגזל ובא אחר ואכלו, דכ"א עשה מעשה מושלם של נזק, אלא ההסבר הוא שכ"א משלים את פעולת חבירו: "דהנה זה נראה, דלכו"ע בשנים שהזיקו לא אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, כמו בגזל ובא אחר ואכלו, והטעם בזה דהתם איכא לכל אחד סיבה שלימה להתחייב בכולו, דכל אחד עשה מעשה בפני עצמו שראוי להתחייב עליו. אבל בשנים דעשו, מה דאמרינן לרבי נתן דכל אחד כוליה היזקא עביד, אינו משום דחשבינן שכל אחד עשה מעשה גמור, דזה אי אפשר לומר בשום פנים, שהרי כיון שגם חבירו עשה בזה, ממילא חסר בזה איזה חלק המעשה ממנו, אלא שאנו מחייבים כל אחד גם על מעשה חבירו, משום שכל אחד משלים פעולת חבירו". הרי שהאי כוליה היזקא עבד, אין הפירוש שעשה את כל מעשה הנזק, אלא שעשה מעשה נזק מצד עצמו, וגם השלים את מעשה חבירו,

כך ששלמות המעשה נזק של כ"א נובע ממעשה הנזק שעשה, ומהשלמה של מעשה חבירו. ובזה כתב לישב, מדוע אם שלשה ישבו לדין, ושנים מתוך השלושה חייבו את הזכאי, באופן שחייבים לשלם מביתם, שאינם משלמים אלא כ"א שלישי, ואת השלישי השלישי מפסיד, ואף שלר' נתן היה צריך להשתלם חלק השלישי מהשנים האחרים (כמו שהקשה קצוה"ח כה"ב). אלא שבנדון דיינים אין כאן מעשה נזק של הדיין המזכה: "דמה שעשה הדיין כדין אינו נחשב למעשה היזק כלל, ולכן גם השני דיינים אינם מחויבים בעד מעשה הדיין שעשה על פי התורה". דכל החיוב מפני שהשלימו את מעשה הנזק של חברם, וכאן שהשלישי זיכה את חבירו, לא עשה כל מעשה נזק שנאמר שחבריו משלימים את המעשה שלו לחייבו מדר' נתן.

ג. כשלאחד אין לשלם או ברח

תנן במשנה ר"פ ד' דב"ק (מו"א): וכן פרה שנגנחה את השור ונמצא ולדה בצדה, ואין ידוע אם עד שלא נגנחה ילדה אם משנגנחה ילדה, משתלם חצי נזק מן הפרה ורביע נזק מן הולד. ובגמ' שם (מו"ב) מבואר דפרה שייכת לאחד והולד שייך לאחר, ואם היה תובע לבעל הפרה תחילה, היה תובע נזק שלם, שאומר הניזק לבעל הפרה, הבא לי ראהי שיש לך שותף. אלא המשנה מיירי שתבע הניזק את בעל הולד: דאמר ליה גלית אדעתך דשותפא אית לי. איכא דאמרי, אף על גב דקדים תבעיה לבעל פרה תחלה, מצי מדחי ליה דאמר ליה מידע ידעי דשותפא אית לי. ובתוס' שם (ד"ה גלית) פירשו, דכיון שגילה דעתו שיש לו שותף, בעל הולד משלם רק רבע (חצי מהחצי, מחמת הספק שמא ילדה קודם הנגיחה), ובעל הפרה ישלם חצי נזק, ורביע הנותר יפסיד הניזק. והקשו התוס', למה לא ישלם בעל הפרה גם את הרביע הנותר, כך שישלם שלשה רבעים, אליבא דר' נתן דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. והסבירו התוס', דדין דר' נתן הוא באופן שמלכתחילה היה על אחד המזיקים חיוב מופחת או פטור, שאז כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. אבל במקום שמעיקר הדין חל על אחד המזיקים חיוב של חצי, ורק מחמת איזה סיבה לא ניתן לגבות ממנו כלל או את הכל, כמו בנדון פרה שנגנחה, שאינו יכול לגבות מבעל הולד חצי, כיון שלא יודע אם נגנחה קודם שילדה, במקום שלא יכול להוציא את החיוב מהכח אל הפועל, אין לחייב את המזיק השני, וז"ל התוס': "דעד כאן לא קאמר רבי נתן אלא בשור תם שדחף את חבירו לבור, שבעל השור אין לחייבו אלא רביע אף על פי שודאי הזיק, לפיכך משתלם כל השאר מבעל הבור, כיון שהבור הרגו לשור. אבל כאן שאם הולד במעי אמו בשעת נגיחה יש לו להתחייב בתשלומין, אין לחייב הפרה תשלומין שהם על הולד לשלם אם נגח". והיינו, שאם מלכתחילה אין לחייב את אחד המזיקים, כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. אבל כאשר מניעת החיוב נובעת מהספק, דלמעשה אם בעל הולד הזיק חייב לשלם חצי נזק, אלא שאנו מסתפקים

ואין גובים אלא מחצה, שאין לנו היכולת לגבות ממנו כדינו, בזה לא מחויב המזיק השני למלא חסרון הניזק. ומזה יש ללמוד, דכל שיש להטיל החיוב על המזיק השני אם הזיק, רק יש מניעה להוציא החיוב מהכח אל הפועל, כמו כשיש ספק עובדתי, או שהוטל עליו החיוב וברח, אין לחייב את המזיק האחר לשלם על חסרון הניזק.

והגר"ח (בסטנסיל, עמ' צו) הקשה מהגמ' ב"ק יג, א-ב: אמר רבי אבא, שלמים שהזיקו גובה מבשרן ואינו גובה מאימוריהן. פשיטא, אימורין לגובה סלקי. לא צריכא לגובה מבשרן כנגד אימורים. אליבא דמאן, אי אליבא דרבנן פשיטא, הא אמרי כי ליכא לאשתלומי מהאי לא משתלמא מהאי, ואי אליבא דרבי נתן, הא אמר כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. ותירצה הגמ' שם הן אליבא דר' נתן והן אליבא דרבנן. והקשה הגר"ח, דהרי באימורין יש מעילה רק לאחר זריקת הדם, א"כ כשהזיקו מחיים, הרי הם נכסים שיש בהם מעילה, וצריך להשתלם גם מגופם, אלא דמגופם לא יכולים להשתלם כיון שעולים לגבוה, א"כ לשיטת התוס' דכשיש חיוב רק אי אפשר להוציאו לפועל מאיזה סיבה, גם אליבא דר' נתן לא משלם המזיק האחר, ולא יגבה מבשרם כנגד האימורים. וקושיא זו הקשה גם הגרנ"ט (סי' קכד).

ותירצו בסגנון אחד. דכששנים מזיקים, כ"א עשה נזק שלם וצריך לשלם את כל הנזק, רק כ"א מהמזיקים שחייב בכל הנזק, פוטר את חבריו במה שהוא משלם, ולכן במה שמשלם השני חצי, פוטר את הראשון מחצי, וכן להיפך. אולם כאשר אין לחייב את השני מעיקר הדין, נשאר הדין שהראשון כוליה היזקא עבד, ואין מה שיפטור אותו, וכיון שאין להשתלם מהשני, משתלם מהראשון שעשה הכל. אולם כאשר השני חייב מעיקר הדין רק אין אפשרות לגבות ממנו, מחמת שברח או ספק אם קודם שילדה נגחה, הרי בחיובו כבר פטר את הראשון, ומה שאין אפשרות בפועל לגבות ממנו, לא מחייב את השני. כל זה כאשר יש שני מזיקים. אבל כשיש מזיק אחד שיש לו בעלים אחד, ויש חלק באותו מזיק שהוא חייב מעיקר הדין רק אי אפשר בפועל לגבות ממנו, כמו האימורין, בזה האימורין לא פוטרים את גוף הפרה, שאין המחייב חלק אחד מהגוף פוטר את החלק האחר, דזה לא שייך בחד מזיק, כמו גוף פרה ואימורין, אלא דוקא בשני מזיקים, כמו שור שדחף לבור.

ובהגה"מ (נזקי ממון יב, ט) הביא מתש' מהר"מ מרוטנבורג (עיין ד"פ סי' צג), דאם שנים הזיקו, שמסרו ממון חבריהם או שפטרו חוב וכד', אם אי אפשר להשתלם מאחד, משתלם מחבריו. ואח"כ הביא שמצא תש' אחרת של מהר"מ, דדוקא כשמעיקר הדין פטור השני, כמו בשור תם, אבל אם חייב ורק א"א לגבות מחמת שהוא עני, אין דינא דר' נתן. ועיין גם בתש' מיימוניות (נזיקין סי' יב). ובטור חור"מ תי, כט הביא מהרמ"ה, דאף אם אחד מהמזיקים ברח, משתלם הכל מהאחר שנשאר: "וכתב הרמ"ה, דה"ה נמי שנים שמזיקין ושניהם בני חיובא, אלא שהאחד ברח או

שהוא כאן ואין לו לשלם, משתלם מן האחר, ודוקא עד שיעור מה דהוה חייב ביה אהאי נזקא היכא דהוה עביד ליה איהו לחודיה, אבל טפי לא". מבואר מהרמ"ה דאף בעני או ברח אחד המזיקין, משתלם מחבירו. והטור חלק עליו: "ואין נראה, דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך אלא היכא שפטור מדינא, דכיון שהתורה פטרה אותו שעמו והוא עשה כל הנזק, צריך לשלם, אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם, למה יפרע הוא בשבילו, וכ"כ הר"ר חזקיה". מבואר דעת הטור שאין משתלם מהאחר רק כשמעיקר הדין השני לא בר חיובא, אבל אם הוא בר חיובא, רק מאיזה סיבה לא ניתן לגבות ממנו, כגון ברח או עני, אין משתלם מהאחר.

וברא"ה (מובא בשטמ"ק ב"ק נב) מבואר להדיא שאם ברח האחד או אין לו לשלם, אין לחייב את הנשאר, וז"ל: "והיכא דליכא לאשתלומי מחד מינייהו משום דלית ליה נכסי, הפסיד. ואפילו לרבי נתן, דלא אמרינן טעמא דהיכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אלא היכא דליכא לאשתלומי מיניה מדינא, אבל היכא דמשום דלית ליה נכסי הוא דליכא לאשתלומי מיניה לא". וכ"כ המרדכי (ב"ק נה) לענין שנים שמסרו, שכ"א משלם מחצה על היותו מוסר, ואם אין לאחד לשלם, אין לחייב את השני מדינא דר' נתן: "נמצא שניהם חייבים, כמו שור ואדם שדחפו שור לבור כולן חייבין לענין נזקין, ה"ה האי כולא הזיקא עבד והאי כולא הזיקא עבד דכל חד לחוד היה יכול לעשות זה ההיזק במסירתו, והאי משלם פלגא והאי משלם פלגא. ואם בעל הסעודה עני ואין לו מה לשלם, בזה לא יפסיד שמעון לשלם הכל, ולא אמרינן כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, ואפילו לרבי נתן דקיי"ל כותיה לא אמרינן הכי אלא היכא דשותפין לאו בר תשלומי כלל, כגון שור תם שדחף את חבירו לבור, או שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו, או שלמים שהזיקו דבשר שהוא חלק בעלים והאימורין שהוא חלק גבוה הזיקו יחד, אבל בשביל עניות של מסור חבירו של שמעון, לא יפסיד שמעון לשלם הכל יותר מדינא".

וצ"ל דלכל השיטות, לא שייך לחייב מזיק אחד אם חבירו ברח, בתשלומי נזק שהוא אינו שייך בהם. כגון, שור ואדם הזיקו אדם, דשותפות השור והאדם המזיק הינה רק לענין תשלומי הנזק, אבל לענין חיוב ד דברים, צער ריפוי שבת ובושת, אדם המזיק חייב בהם לבדו, ואין לשור צד חיוב בד' דברים מחמת האי כוליה היזקא עבד. ולכן אם יברח האדם, אין לחייב את בעל השור אלא בתשלומי נזק (לשיטת רוב הראשונים), אבל בד' דברים שהוא כלל אינו שייך בהם, אין לחייב השור מחמת אי יכולת גביה מהאדם. דברים אלה כתב הסמ"ע תיגז. ודברי הסמ"ע דלא אמרינן שהשור עומד במקומו בכולו, מהטעם שאף אם היה השור מזיק לבדו את האדם לא היה חייב לשלם, הן לשיטת הרמ"ה, ולחולקים בכל ענין פטור בברח, ובודאי באופן זה דמעיקרא לא חל עליו חיוב. ועיין בשו"מ (חמישאה, סי' ו) שאין לחייב השור בד' דברים,

כיון שהתורה פטרה אותו, ואיך אפשר לחייבו בערכות כשהתורה פטרה אותו: "אבל פשיטא דלא נתערב על מה שהתורה פטרה אותו, ולענין זה לא עשו ההיזק ביחד".

ובשו"ע חו"מ תי"לז הביא שתי הדעות, ומשמע שמסכים לדעה שאין לחייב את הראשון, ממה שכתב הנפק"מ בשור תם שדחף לבור, שאינו משלם אף רביע האידנא שאין דנים קנסות, ולא ישלם בעל הבור אלא ג רבעים, וז"ל השו"ע: "יש מי שאומר הוא הדין לשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא, אלא שהאחד ברח או שאין לו במה לשלם, משתלם מהאחר עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אילו עשאו לבדו, ויש חולקין, דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם, למה יפרע זה בשבילו. ולפי זה שור שדחף בהמה לבור, האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים, אף על פי שהשור פטור אף מהרביע, שהרי אין דנין דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו". ונראה שהשו"ע פסק כדעה השניה, ממה שהביא הנפק"מ לדעה זו, והיא דעת הטור שהביא שם תי"ל. ועיין גם בש"ך שם ס"ק ד שפסק כדעה זו דפטור מלשלם. וכבר ציין לדברי היש"ש (ב"ק ה,מ) שפסק דאם ברח או העני האחד, אין השני חייב לשלם: "וכן יראה לי, כי מצאתי בספרים מדויקים, שכתב בתחילת הסוגיא, כל היכא דלא אפשר לאשתלומי כו', משמע שאינו מן האפשרי לעולם, אבל היכא שברח והעני, איכא מן האפשרי".

ובקצוה"ח תי"ד כתב דאף לשיטת הרמ"ה, חיוב המזיק האחד כשאין אפשרות לגבות מהשני, העני או ברח, הוא דוקא כאשר החיוב הוא על אדם המזיק או בעל הממון המזיק, אבל כאשר החיוב הוא על גוף הבהמה המזיקה, כגון שור תם שהזיק, כיון דקיי"ל יוחלט השור לניזק, אין לניזק אלא שורו, ואין המזיק השני חייב במה שאין להשתלם מגוף המזיק, והרי זה כמו שכבר גבה הניזק את גוף השור, ואח"כ ברח השור. והביא ראיה מכיחש המזיק, שאינו משלם אלא כשעת העמדה בדין, והבעלים אינם חייבים לשלם מה שפחת, וכן לא חייבים לשלם אם נאבד. וכן הדין בשני שוורים שדחפו לבור, וכחש גוף אחד המזיקים, אין גובים מהמזיק השני, דכיון שהוחלט השור לניזק ואבד, ברשות הניזק אבד. ובזה גם הרמ"ה מודה. ולכן מה שכתב בטור ובשו"ע כדעת הפוסקים: "ולפי זה שור שדחף בהמה לבור, האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים; אף על פי שהשור פטור אף מהרביע, שהרי אין דנין דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו", בזה גם הרמ"ה מודה דבשור תם שאינו משתלם אלא מגופו ויוחלט השור לניזק, שאין הבעלים וק"ו לא המזיק השני, משלמים מה שאין אפשרות לגבות מגופו. (ועיין באו"ש נזק"מ יב,יט שהקשה, דלא שייך יוחלט השור קודם העמדה בדין, ורק בהעמדה בדין הוחלט למפרע).

והש"ך שצא, הקשה סתירה לכאורה בפסקי הטור. דבשו"ע חו"מ שצא,ז, השו"ע מיירי בפרה שלקחה פירות ברה"ר, והלכה ואכלה ברשות הניזק, דיש מחייבים

הפרה בחיוב שן, דפי פרה כחצר הניזק, דכיון שהאכילה והכליון היו בחצר הניזק, יש לראות גם את הלקיחה בפיה כחצר הניזק (עיין סמ"ע שצא,י). וממשיך השו"ע, (ומקורו מהרא"ש ב"ק ב,ט): "ונ"מ אפילו במקום שאין לחייב על הנטילה, כגון שהיו הפירות מונחים במקום שאי אפשר ליטלם משם ובא ראובן והושיט פירות של שמעון שבחצר שמעון לפי פרת לוי, חייב לוי אם המושיט חרש, שוטה וקטן או שאין לו לשלם, שאם היה אפשר להשתלם ממנו, היה הוא חייב ובעל הפרה פטור". והקשה הש"ך, דמה שאין לראובן לשלם, איך זה מחייב את לוי, הרי אליבא דר' נתן, לשיטת הראשונים דלא כרמ"ה, כשאין לאחד לשלם, אין השני חייב, ומדוע כאן יהיה לוי חייב במה שאין ראובן יכול לשלם. ותירץ, דהחיוב בהושיט לפרת לוי אינו מדינא דר' נתן דליכא לאשתלומי מהאי וכו', אלא מדין הגוזל ומאכיל, דכיון שמה שעשה ראובן שהושיט פירות שמעון לפי פרת לוי, אינו נזק בעצם אלא גזילה, דמה שלקח פירות שמעון, עשה מעשה גזילה, והאכיל לפרת לוי, והרי זה גוזל ומאכיל, דקיי"ל (ר"פ י דב"ק), רצה מזה גובה, רצה מזה גובה, וז"ל הש"ך: "וא"כ הפרה עשתה כל ההיזק, והמושיט לא הו"ל רק כגזול, דמעידנא דאגביה הו"ל שולח יד בדבר שאינו שלו דהו"ל גזול, א"כ ה"ל כגזול ומאכיל דרצה מזה גובה רצה מזה גובה דלעיל סי' ס"א ס"ה, אלא דאם יש לו לשלם, כיון דעכ"פ חייב המושיט מטעם מזיק ובעל הפרה לא הזיק בידים, שהרי אלו לא הושיט לא אכלה, לכך גובה מהמושיט". (והא דאין בשני שורים אפי' של איש אחד דין דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה, עיין בגמ' ס"פ המניח לו,א, ולמסקנת הגמ' לא קיי"ל דרצה מזה גובה, אף לא בחד בעלים, עיין ברמב"ם נזק"מ ט,ח-ט).

ובקצוה"ח שם (שצא,א) הביא דבפ"ח (ב"ק ב,ט) כתב להדיא שדין חיוב בעל הפרה כשאין למושיט לשלם, הוא מדינא דר' נתן, דליכא לאשתלומי מהאי וכו', וז"ל הפ"ח: "וטעמא, אף על גב דפיקח בר תשלומין הוא, מ"מ כיון דליכא לאשתלומי מיניה השתא, חייב אידך לשלם כרבי נתן, דכל דין שותפים יש לשנים שהזיקו ביחד". מבואר להדיא שחיוב בעל הפרה הוא מדינא דר' נתן. ולכן כתב קצוה"ח, דאם הפרה יכלה להגיע בעצמה לפירות, אין על המושיט אלא דין של גזול, אבל בלא יכלה להגיע מעצמה לפירות, דין המושיט פירות לפי הבהמה כדין מזיק, והוי כשנים שהזיקו, ולכן חייב בעל הפרה מדינא דר' נתן כשאין לו לשלם. וא"כ קשה, איך פסקו כאן כדעת הרמ"ה, ונשאר בצ"ע: "ואף על גב דטור ושו"ע (סימן ת"י סעיף ל"ז) לא סברי כהרמ"ה, כתבוהו אליבא דהרמ"ה, וצ"ע". אמנם יש לישב, כמש"כ הגרש"ש (בשעורים, ב"מ ט,ה), דהחיוב בדינא דר' נתן הוא באופן ששנים הזיקו אותו נזק, כגון שנים שנגחו או דחפו לבור, דשניהם עושים ביחד את מעשה הנגיחה והדחיפה, וממילא כ"א חייב על מעשהו וערב על חברו, אבל במושיט פירות לפי פרת חברו, החיוב של המושיט על מעשה הפרה אינו מחמת ערבות אלא חיוב ממש על מעשה

הפרה, והמושיט עשה פעולה אחת והפרה פעולה אחרת, אבל החיוב של המושיט הוא על כל מעשה הפרה, ומעשה אכילת הפרה היא מעשה המושיט, ולכן בזה כולם יודו לרמ"ה שאף בברכה בעל הפרה, חייב המושיט, כיון שהחיוב שלו הוא על מעשה הפרה: "בכל שנים שהזיקו כשמחייבין לאחד בכולו לר"נ הוא רק כעין ערבות שחייב על מעשה של השני, אבל במושיט, הוא חייב על מעשה עצמו ממש, דכל אחד חייב על כל מעשה הפרה, רק לכ"א יש שם אב בפ"ע, זה משום שן וזה משום אש".

ובמנ"ח (מצוה נא, ו) הסתפק, מה הדין אם שני שורים תמים נגחו שור, דהדין דכ"א משלם רביע נזק, ואחד מבעלי השורים המזיקים, הודה בקנס קודם שבאו עדים, האם השני חייב לשלם את חצי נזק מדינא דר' נתן, לשיטת הראשונים דדוקא אם היה פטור מעיקרא יש דינא דר' נתן, ולא אם היה חיוב וא"א לגבות. ומקור הספק, דמצד אחד מודה בקנס עוקר וקובע דין למפרע, מזה דקיי"ל הוחלט השור לניזק, ואם הניזק הקדישו, הרי הוא קדוש, ואם אח"כ הודה המזיק קודם שבאו עדים, הקדש הניזק מתבטל למפרע (עיין שטמ"ק ב"ק לג, א בשם הרא"ש, ומנ"ח נא, א בתחילתו). ולפ"ז היה מקום לומר דבמודה בקנס לא חל כלל החיוב, וממילא חייב השני מדינא דר' נתן. או לאידך גיסא – כיון שהפטור לא היה בשעת הנגיחה אלא נולד אח"כ, אין זה פטור דמעיקרא אלא דומה לברח או העני, שהודאתו פטרתו, וממילא אין השני חייב לשלם לדעת החולקות. אמנם ביש"ש (הנ"ל, ב"ק ה, מ) כתב דאם אחד הודה קודם שבאו העדים, אין לחייב את השני בחלקו, וז"ל היש"ש: "ונ"ל, אף היכא שהיו דנים דיני קנסות, והודה בעל השור, ונפטר, כדרך המודים בקנס. אינו גובה מבעל הבור, דכלל הדבר, דלא אמרינן כי ליכא לאשתלומי כו' אלא היכא שפטור לגמרי ואי אפשר להשתלם ממנו". הרי שאין זה פטור דמעיקרא. וצ"ל לס"ל ליש"ש דאין להביא ראיה מהקדש הניזק שמתבטל בהודאת המזיק, דיוחלט השור הוא החלטה על תנאי, שלא יודה ולא יפטר, ולא שהפטור חל מעיקרא אלא החלטת השור לניזק חלה רק על תנאי שלא יודה המזיק, וכיון שהודה המזיק קודם שבאו עדים, לא הוחלט השור לניזק וממילא הקדשו מתבטל, אבל אין זה עקירת החיוב מעיקרא אלא פטור מכאן ולהבא. כך נ"ל בדעת היש"ש.

ומ"מ לנדו"ד גם מחמת כי ליכא לאשתלומי מהאי, קיי"ל כדעת הראשונים שאין לחייב בנזק כשאי אפשר לגבות מהשני, כגון בהעני או ברח, וממילא בנדו"ד גם אם חשיב אדם המזיק לחייבו, אין לחייב את הנשאר בגין מעשה חברו. ולמש"כ לעיל, גם את בעל הרכב החונה אין לחייב, ועכ"פ אין להוציא מידו.

ד. דינא דר' נתן באדם המזיק ובדיינים שטעו

ומדינא דר' נתן הוא רק לא רק בנזקי ממון אלא גם באדם המזיק, כדמוכח בגמ' לענן שור ואדם שדחפו לבור (ב"ק נג, ב), ומהראשונים הנ"ל בדין מוסר. היש"ש

ב"ק ה, מא מביא שמצא באשר"י ישן בהג"ה, שמביא בה"ג תשובה בשם גאון, וז"ל: "שאם ישראל וגוי הוו שותפין בעיסקא, ועשו סחורה עם יהודי אחר, ואנוהו לישראל דעבד סחורה בהדייהו יותר משתות, דינא הוא דמחייב בכל האונאה, אע"ג דליכא לאשתלומי מגוי, משתלם מישראל כר' נתן, וצ"ע". והיש"ש כתב דאכן דין זה צ"ע, דכיון דעל הגוי יש חיוב אונאה מה שהונה את הישראל, רק בפועל אין אפשרות לגבות ממנו מאחר ואינו צאית דינא, הרי דינו ככרח המזיק, דקיי"ל שאין לחייב את המזיק האחר במה שאי אפשר לגבות מהמזיק שברח או העני. ואף שלא מצינו להדיא שנכרי חייב אם הונה לישראל, יש ללמוד דין זה משור של נכרי שנגח שור של ישראל, דחייב אף שממועט מרעהו. וכיון דהנכרי חייב רק אי אפשר לגבות ממנו, אין לחייב את שותפו הישראל בכל האונאה. וכתב היש"ש לישב, דכיון שבדיניהם אין כלל חיוב אונאה, אין זה דומה לברח המזיק, שהיה חיוב רק לא יכל להוציאו לפועל, כאן שהנכרי בדיניהם אין עליו כלל חיוב, הרי זה דומה לפטור דמעיקרא, שיש בו דינא דר' נתן לחייבו במה ששותפו הנכרי פטור, משא"כ באונאה של בטול מקח, כגון כסף ונמצא בדיל, דבזה אף בדיניהם חייב הנכרי, אין לחייב השותף הישראל בכל. עוד תירץ היש"ש, דהישראל שהונו אותו, סמך מעיקרא רק על הישראל ולא על הנכרי, דעל הנכרי לא היה סומך במקח וממכר, ממילא י"ל דיחשב כביכול הישראל עשה את כל האונאה, ולכן צריך לשלם הכל.

והאור שמח (נזק"מ יב, יט בסופו) תמה על מה שדימה היש"ש דין הבה"ג לדינא דר' נתן, דמה שייך באונאה דינא דר' נתן, והחיוב של מי שמאנה אינו מדינא דר' נתן אלא ממוני גבך, וכיון שלא הרויח אלא חצי, אינו חייב להחזיר אלא חצי מהאונאה, והרי זה כשנים שלוו, רק בשנים שלוו חייב לשלם החצי השני מדין ערב, ובזה נראה לאו"ש שלא שייך דין ערב. וז"ל האו"ש: "והדברים תמוהים מאד, דדוקא במזיק אמרינן דכל היכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מאידך, משום דהזיקו שניהם, אבל אונאה אטו דין מזיק הוא, רק משום דממונא דחבריה אית ליה גביה, ואיהו לא שקיל רק פלגא ומשלם פלגא, והוי כשנים שלוו כאחד, שצריך האחד להחזיר שלו, רק מדין ערב אמר בירושלמי (שבועות ה, א) דגבי כוליה מכל אחד, עיין סימן עז, ובזה כמדומה לא שייך ערב, וצ"ע".

והן מהיש"ש והן מהאו"ש מבואר דדינא דר' נתן הוא בכל מזיק, ורק באונאה ס"ל לאו"ש שהחיוב מדין ממוני גבך, ולא שייך דינא דר' נתן, וליש"ש אף באונאה שייך דינא דר' נתן. ומ"מ באדם המזיק לכ"ע יש דינא דר' נתן, בשנים שהזיקו. ומכאן גם באה קושיית האחרונים בדין דיינים, ששנים חייבו ואחד זיכה, וא"א להחזיר הדין, דהשנים משלמים שני שליש והדיין המזכה פטור, מדוע לא יתחייבו שני הדיינים בכל הנזק מדינא דר' נתן. ועיין לעיל סוף אות ב בדברי הגרש"ש בשערי יושר. דהנה

קצוה"ח כה"ב הקשה מדוע לא יתחייבו שני הדיינים המחייבים בכל הנזק, כולל גם בחלק של הדיין השלישי המזכה, מדינא דר' נתן. וכתב לישב ע"פ מש"כ היש"ש (ב"ק ה,מ הנ"ל) דיש שני טעמים לחיוב מדינא דר' נתן, או מטעם האי כוליה היזקא עבד, או אנא תוראי בבירך אשכחי, ולכן בשור פסולי המוקדשין, שלא שייך האי כוליה היזקא עבד, כיון שא"א לבשר בלא אימורין, וגם לא שייך אנא תוראי בבירך אשכחיה, אין דינא דר' נתן. ולכן גם בדיינים דלא שייך שיהיו דיינים ויחייבו ללא השלישי, וא"כ לא שייך בהם האי הדיין כוליה היזקא עבד, לכן אין לחייבם מדינא דר' נתן. אלא שהקשה מדברי התוס' (ב"ק יג,א ד"ה אנא), שהאי כוליה היזקא עבד, אין הפירוש שיכל לעשות את כל הנזק, אלא כיון שהאחד לבדו לא יכל לעשות את הנזק, הרי שניהם בבחינת האי כוליה היזקא עבד, דמה שמוכרחים לעשות הנזק בשותפות מחמת אי יכולת האחד לעשותו לבדו, יחשב כ"א ככולא היזקא עבד. וכתב דלא מצא ישוב לקושייתו. וחזר הדין בקצוה"ח תי"ג, שענין זה תלוי לכאורה במחלוקת הרמב"ן עם רש"י ותוס', בפשט של האי כוליה היזקא עבד, דדעת רש"י ותוס' שאם לא יכול לעשות בלתי חבירו, כ"א יחשב האי כוליה היזקא עבד. ודעת הרמב"ן במלחמות (ב"ק כג,ב מעמוה"ר), שחייב מדינא דר' נתן רק במקום ששייך הניזק לטעון שאחד עשה כל הנזק, וז"ל הרמב"ן: "ודקא קשיא לך אמאי אינו גובה בשר כנגד אימורין, איכא למימר משום דאמר ליה בשר בלא אימורין לא כולה נזקא ולא פלגא נזקא קא עבד, ואפילו בפלגא נזקא אימורין מסייעי ודיו שמשתלם מבשר ולא שישתלם מבשר כנגד אימורין, שאין הבשר בלא אימורין מזיק, ואי רביע אריה אימורין לא משתלם מבשר, אבל בשור ושור לכל חד וחד אמר את קטלתיה, שהרי הוא מזיק בלא כחו של חבירו". ולפ"ז השאיר קצוה"ח הלכה זו בצ"ע. ועיין בנתיבות כה"ב שכתב בדיינים דמי לבשר ואימורין, ולכן אין משלמים חלק המזכה. ועיין גם בשער המשפט כה"ב, יג מש"כ בזה.

ועיין באמרי בינה (דיינים לח), שהביא תש' מהרח"ש (חחו"מ סי' מב), דהן בעדים שהעידו שקר, ואחד העדים מודה, שאין צריך לשלם כל הנזק שגרם בעדות השקר, והן בדיינים ששנים חייבו כנ"ל, דדינא דר' נתן שייך רק באופן ששייך לומר שעשה החייב את כל הנזק, אולם בדיינים ועדים שלא שייך לומר כן, אין לחייב האחד מה שליכא לאשתלומי מהאי. אך טען האמ"ב, דמה שהביא בקצוה"ח ראייה, שאין זה הפשט לרש"י ותוס' בהאי כוליה היזקא עבד. ורצה האמרי בינה לחלק בין אדם המזיק לממונו המזיק, דמחלוקת ר' נתן וחכמים היא רק בממונו המזיק, אבל באדם המזיק גם חכמים מודים לר' נתן, דכל דליכא לאשתלומי מהאי, משתלם מהאי, דבאדם המזיק אף אם לא עשה כל הנזק, החלק שלא נעשה כביכול על ידו, נעשה בגרמתו, ויש לחייבו בכה"ג: "אבל באדם המזיק ממש או היכא דחייב מדינא דגרמי,

כמו במעיד עדות שקר וכדומה, היכא דנעשה ע"י שנים, לכ"ע החיוב על כל אחד ואחד לשלם, דמ"מ כל ההיזק נעשה בגרמתו של כל אחד ואחד וכ"א חייב בכל. אבל באדם המזיק ממש או היכא דחייב מדינא דגרמי כמו במעיד עדות שקר וכדומה, היכא דנעשה ע"י שנים לכ"ע החיוב על כל אחד ואחד לשלם, דמ"מ כל ההיזק נעשה בגרמתו של כל אחד ואחד וכ"א חייב בכל. וגם אפשר דנעשין אחראין וערבאין זה לזה, וכבר כתב בתשובת שבות יעקב (ח"א סי' קע"ח) לדון דשנים שגנבו ביחד וחלקו ביניהם ואחד מהם ברח או שאין לו לשלם, דיכול הנגנב לתבוע הכל מהשני, דדומה מכ"ש משנים שלוו. אולם האמ"ב דחה חילוק זה, והוכיח מראשונים שדינא דר' נתן הוא גם באדם המזיק, וכל החיוב הוא רק מדינא דר' נתן. ועיי"ש עוד מה שרצה לחלק, דדינא דר' נתן שייך דוקא ששניהם מזיקים בידים או ממונו מזיק, אבל כשהאדם מזיק בגרמי, אין חיוב מדינא דר' נתן. ועיי"ש מה שהקשה על זה מדין מוסר.

גם הגר"א (נחל יצחק כה, ג על הרמ"א, ענף א) הביא חילוק דבדינא דגרמי לא אמרינן דינא דר' נתן, אך הקשה ממוסר (מהרמ"א שפחז, ובש"ך שם ס"ק מב). ובהמשך דבריו כתב שחיוב מדינא דר' נתן, דכיון שע"י גרמתו נגרם הנזק לחבירו, ואף שגם חבירו עשה חצי נזק, מ"מ כך הוא בכל דינא דגרמי, וחייב לשלם כל הנזק, דכל גרמי כך הוא, כמו מי שהראה למלך שדה של פלוני, דאף שלא גזלה הוא עצמו, אלא שמע מבית המלך שמבקשין לגזול שדות, והראה להם טלו קרקע זו של פלוני, חייב מדינא דגרמי, עיין ב"ק קטז, ב; לא צריכא דאחוי אחוויי, ולכן אם הנזק שעשה הוא שותפות בנזק וגרמי לכל הנזק, חייב מדינא דר' נתן, וז"ל הנחל יצחק: "והנראה לעניות דעתי בזה, והוא דבאמת צריך ביאור, למה דאמרו בב"ק שם דאף אי האי פלגא היזיקא קעביד כו', דחייב לשלם כולו משום הסברא דאנא תוראי בבירך אשכחתייה, דבאמת קשה בסברא לחייבו משום זה, דהא לא עשה רק פלגא היזיקא, ועיין בתוס' שם ד"ה לעולם קסבר. ולכן נ"ל לומר בזה דעיקר הסברא במה דאמרו דאף דלא עביד רק פלגא היזיקא, אפילו הכי חייב לשלם כולו אי ליכא לאישתלומי מהאי, דזהו משום דינא דגרמי, כיון דלולא מעשה של בורו בהפלגא היזיקא שלו לא היה ניזק השור כלל, ואיהו דגמר וגרם ההיזק ועל ידי גרמתו מגיע פסידא להניזק, ואף דהוי על ידי פלגא היזיקא של אחר, מכל מקום הא בכל גרמי הוא כן, כמו באחוי אחויי [ב"ק קטז, ב] וכהאי גוונא, על כן דיינינן בזה דכי ליכא לאשתלומי מהאי יהיה חייב לשלם כולו, והעיקר הוא משום דינא דגרמי".

מהאמור לעיל עולה שאין מדינא לחייב את בעל הרכב בחלקו של עובר האורח שסייע בידו. וגם נראה שאין לחייב את שניהם בנזק שנגרם בכך שרצו לפנות את האופנוע, שמנע את יציאת הרכב מהחניה ונשמט מידם.

סימן לד

ניזק שאינו רוצה לתקן הנזק

ראשי פרקים

א. בין ריפוי לנזק

ב. רופא בחינם

ג. כשלניזק אינו נזק

בתאונת דרכים שבה נגרם נזק לרכבים ישנים. ברור שיש שם מזיק וניזק, כאשר המזיק הוא האשם בנזק. המזיק אומר לניזק שמוכן לקחת את הרכב למוסך של חבר במקום רחוק, ולתקן את הנזק. הניזק מסרב. (עיין מה שכתבתי בח"ד סי' כ, ובח"ה סי' כ. אמנם שם מדובר ברכב חדש, ולתקנו במוסך החברה, משא"כ בנדו"ד). בהמשך, המזיק טען שמוכן לשלם לניזק תמורת קבלה ממוסך סביר. הניזק השיב שכיון שהרכב ישן, אינו מעוניין לתקן את הרכב, וכי רוצה שיקחו את הרכב לשמאי שיאמור את הנזק, וישלם לו המזיק לפי השומה. המזיק מסרב לשלם, כל עוד הניזק אינו מתקן רכבו שניזוק.

ונו"נ בדברי הש"ך צה"ח ושפזא, והנתיבות שמ"ג, דיש חיוב על המזיק לתקן הנזק, והחיוב הוא להחזיר החפץ למצבו הקודם. ועיין מה שכתבתי בח"ד סי' כ"א, דדוקא באין אפשרות לתקן הנזק, כמו בשבירת הכלים או מיתת הבהמה, יש חיוב תשלומין, אבל בלא"ה החיוב הוא לתקן הנזק. (ועיין בתומים צה"ז שאין דעתו כש"ך. התומים 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). והשאלה אם חיוב זה לתקן הנזק הוא זכות של הניזק, שרוצה לחייב המזיק בתקון החפץ, או שזה גם זכות של המזיק לדרוש לתקן הנזק לפני חיוב התשלומין.

א. בין ריפוי לנזק

ולכאורה אין טעם לומר שיכול המזיק לדרוש לתקן את הנזק ולא לשלם, מבלי טעם, ורק אם נותן טעם מדוע רוצה דוקא לתקן ולא לשלם דמים בלבד, יכול לדרוש כן מהמזיק. דאיתא בב"ק פה"א: ואי א"ל אסייך אנא (מזיק - אסייך אנא, אני מרפא אותך ואיני נותן דמי אסייך - רש"י), א"ל דמית עלי כאריא ארבא. ואי א"ל מייתנא אסיא דמגן במגן, א"ל אסיא דמגן במגן - מגן שוה. ואי אמר מייתנא לך

אסיא רחיקא, אמר ליה אסיא רחיקא עינא עזירא (שעתיד לילך לדרכו, ואין חושש אם עזיר עינו של זה). ואי א"ל היאך הב לי לדידי ואנא מסינא נפשאי, א"ל פשעת בנפשך ושקלת מינאי טפי. ואי א"ל קוץ לי מקץ, א"ל כל שכן דפשעת בנפשך, וקרו לי שור המזיק (דלא ניחא לי בהכי, דאי פשעת בנפשך, גנאי גדול הוא לי דקרו לי שור המזיק). מבואר בגמ' שאם אמר הניזק שיקוץ לו המזיק מחיר לריפוי, יכול המזיק להתנגד ולדרוש לשלם דוקא לרופא שירפא, מהטעם שאם הניזק יפשע ולא ירפא עצמו, יקראו למזיק שור המזיק. וכך פסק הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ב"ז: "אמר לו הניזק פסוק עמי ותן על ידי ואני ארפא עצמי, אין שומעין לו, שהרי אומר לו שמא לא תרפא עצמך ואחזיק אני עצמי במזיקיך, אלא נותן לו דבר יום ביומו, או פוסק על הכל ונותן דמי הרפוי על ידי בית דין". וכך פסק בשו"ע חו"מ תכ,כג.

והשאלה אם הטענה שטוען הניזק בענין ריפוי, נכונה גם בנזקי ממון. האור החיים (שמות כא,ט), על הפסוק: רק שבתו יתן ורפא ירפא, מחלק בין נזק לריפוי, דריפוי יש על הניזק חובה לרפאותו, משא"כ שבת, שהוא נזק ממוני, החובה היא תשלום, ומדייק מלש' הפסוק, ששבתו – יתן, ורפא – ירפא, וז"ל האור החיים: "ורפא ירפא. יתבאר על דרך מה שכתב רמב"ם (הל' חובל ומזיק ב"ז) אמר לו הניזק פסוק וכו' ואני ארפא את עצמי אין שומעין לו, והוא או' ורפא ירפא, ולא אמר יתן כאומרו בשבתו הסמוכה, שהיה לו לומר שבתו ורפאותו יתן". מבואר באוה"ח חילוק בין ריפוי לשבת, דשבת החיוב הוא תשלומים, ליתן את שבתו, משא"כ ריפוי, החיוב הוא לרפאותו, ורק ברפואה שייך האי טעמא שיקראו לי שור המזיק, שהולך חולה ושואלים מי הוא זה שהזיקו. ולכאורה צ"ע מדוע אין גנאי זה בחפץ הניזוק, שיאמרו פלוני הזיקו. אולם מדיוק הגמ' שם מבואר שהוא דין מיוחד בריפוי, שבו הבושה גדולה יותר להזיק אדם, ואם יהיה בחוליו ובפציעתו ויאמרו פלוני פצעו, יהיה זה גנאי גדול, משא"כ במזיק ממון. אך בעיקר י"ל, דכל מה שיקראו למזיק שור המזיק הוא מפני שלא קיים חיובו, ודבר זה שייך בריפוי שלא קיים חיובו, שהנה הניזק לא התרפא, משא"כ בנזקי ממון, כיון שאין עליו חיוב לתקן אלא לשלם, באי תיקון החפץ לא יקראו לו שור המזיק, דשמא קיים חיובו הממוני לשלם.

וכך מוצאים אנו בחזו"א (ב"ק ו,ג בסופו). [בתחילת הס"ק כתב החזו"א לענין שומת נזק, דאם אדם הזיק בית של חברו, שאם נשום הנזק לפי מכירת כל הבית, כמה שוה קודם הנזק וכמה אח"כ, לא יהיה הבדל במחיר. ולכן כתב, דדבר שאינו עומד למכירה אלא לתיקון, ישלם המזיק את עלות התיקון. ומזה יש ללמוד לכאורה למי שהזיק דבר שאינו ראוי אלא לבעליו, שאינו ראוי למכירה בשוק, חיוב המזיק לשלם לניזק מה שהפסידו, בתיקון או בקניית דבר חדש, עיין מה שכתבתי בח"ה סי' יז]. ודן החזו"א בדברי הש"ך (צה,יח) דהחובה הראשונית היא לתקן את הנזק, דלשיטת

הש"ך, אם בשעת הנזק היה שוה א' ובשעת התשלום ד', משלם לפי שעת התשלום, שהוא זמן חובת התיקון, וכן להיפך, אם בשעת הנזק שוה ד' ובשעת התקון א', ישלם רק א', דכיון שהחובה הראשונית אינה תשלום אלא תיקון הנזק, הכל הולך אחר שעת התיקון. והביא החזו"א מהשטמ"ק ב"מ ה"א, שהביא מר"י, שאין החיוב לתקן הנזק אלא לשלם הנזק וליתן לניזק דמי הנזק, והביא ראיה מב"ק מח"א, דבעל החצר חייב בנזקי הבור, דעליה ידידה רמיא למילויי, ולא על בעל השור, שאם עיקר חיוב המזיק למלא החפירה, כל זמן שלא תיקן או שילם לבעל הבור, הרי הוא חייב בנזקי הבור. ועוד, דאם עיקר חיוב למלא החפירה, הו"ל תביעת קרקע. ומזה מוכח דלא כש"ך, אלא עיקר חיובו הוא ממון כשאר נזיקין. ולפ"ז אם בשעת הנזק היה שוה ד' ובשעת תשלומין א', אינו נפטר בזה שממלא את החפירות, דאינו משלם בזה ד' כחיובו הממוני. ומוסיף החזו"א:

"ולא עוד אלא אם הניזק טוען שאין רצונו למלא ורצונו בדמי הנזק, הרשות בידו. וראיה מהא דאמר (ב"ק) פה"א: אמר ליה קוץ לי מקץ, א"ל כל שכן דפשעת בנפשך וקרו לי שור המזיק. ואם איתא דבכל נזק מיפטר בתיקונו ואינו יכול לתבעו דמי נזק, למה צריך טעם בריפוי. אלא ודאי בכל נזיקין יכול לתבוע דמי נזק, רק בריפוי של אדם המזיק לא מצי לתבוע דמים, אם המזיק רוצה ליתן דמים לרופא לרפאותו. ומזה יש להוכיח ג"כ דחיוב נזק הוא בממון ולא בתיקון הנזק, וכמש"כ לעיל."

מבואר מהחזו"א דהדין שאינו נותן לו דמי חבלתו אם אינו מתרפא, הוא דוקא בנזקי גוף ובריפוי, מהטעם דאיתא בגמ', דקרו לי שור המזיק, והוא טעם דוקא בריפוי, אבל בנזק ממוני טעם זה לא שייך, והוא נאמר רק בריפוי. ומזה הוכיח החזו"א שיכול הניזק לבקש דמי הנזק גם אם לא רוצה לתקן הנזק. ונראה דאף לשיטת הש"ך הנ"ל, דחיוב המזיק הוא לתקן את הנזק, נראה דבניגוד לחזו"א ששמין את הנזק, הרי שלש"ך ישומו את שומת הנזק, ויוכל הניזק לדרוש מהמזיק שישלם עלות התיקון, שהוא חובת המזיק, דראית החזו"א דאינו יכול לבקש רק בריפוי מהגמ' הנ"ל, לכאורה י"ל גם לשיטת הש"ך, ורק הנפק"מ מה ישלם המזיק, מה שהזיק או כמה שעולה התיקון, אבל גם לש"ך יש לניזק זכות לבקש מהמזיק שיתן לו דמי עלות התיקון, וכדמוכח מהגמ' בענין ריפוי, שהוא דין מיוחד בריפוי, דאין הכרח לומר שהש"ך חולק בזה. דמחלוקתם היא מה חובת המזיק, תשלומין כשעת הנזק או חובת תיקון, אבל אין מחלוקת בענין אם יקראו לו שור המזיק כשהחפץ הניזוק לא יתוקן. ולכן לפי הראיה מדין ריפוי, וכמו שלמד החזו"א מפשטות דברי הגמ' שהוא דין יחודי בריפוי, יהיה הדין שישלם המזיק אף בלא תיקון הניזק, אליבא דכ"ע. ולפ"ז יוכל הניזק לבקש מהמזיק עלות התיקון (או עלות הנזק כשעת הנזק, ולכאורה בדרכ

בנזק של רכב אין חילוק, דשומת הנזק ברכב נמדדת לפי עלות התיקון, דכך משערים גם ירידת ערך, וכן בחפץ שאינו עומד למכירה שהנזק הוא עלות התיקון, וכמש"כ החזו"א הנ"ל. ואם יש הבדל בין שומת הנזק לעלות התיקון, נראה שיוכל הניזק לטעון טענת קים לי, ולשלם הפחות מביניהם).

והרמב"ן עה"ת (שמות כא,ט), על הפס': רק שבתו יתן ורפא ירפא, כתב וז"ל: "ואמר רק שבתו יתן ורפא ירפא, ולא אמר שבתו ורפואתו יתן, להגיד שיתן השכר אל הרופאים וירפאו אותו, ולא יוכל לתבוע שיתן לו השכר והוא יעשה בו דברים אחרים, רק ירפא בו על כל פנים". ואם כרמב"ן שזה גזירת הכתוב בריפוי, שנותן המזיק שכר לרופאים, ואין הניזק יכול לתבוע שיתן לו תשלום הריפוי ויעשה בו דברים אחרים, מה צריך המזיק לענות לניזק כ"ש דפשעת בנפשך וקרו לי שור המזיק, יענה לו שאין לו חיוב לתת, שכך גזירת הכתוב שיתן המזיק הריפוי לרופא שירפא הניזק. ונראה, דאם היה בא המזיק וטוען שרוצה לעשות בדמי הריפוי דברים אחרים, אכן היה עונה לו המזיק שאין לו חיוב לתת לו דמי ריפוי שיעשה בו דברים אחרים. רק הניזק בגמ' רוצה את דמי הריפוי כדי להתרפאות בהם, שהוא יתן לרופא לרפאות, ובזה אפשר שלא גזרה התורה שיתן דוקא ישירות לרופא, אלא גם יכול לתת ע"י שליח או ע"י הניזק, וע"ז עונה לו המזיק דכ"ש פשעת בנפשך, ולא תרפא עצמך, ויקראו לי שור המזיק. ומ"מ נמצאנו למדים גם מהרמב"ן שיש שינוי בין ריפוי לדמי נזק, דבריפוי יש גזירת הכתוב של ורפא ירפא, ולכן החיוב הוא לרפאות, ואינו יכול לתבוע דמי הריפוי לעשות דברים אחרים, ומשמע ששאר דברים כמו נזק, יכול לתבוע שיתן לו ויעשה בהם דברים אחרים, דגזיה"כ נאמרה רק לענין ריפוי.

ובקובץ שעורים (כתובות ריח) הביא ראייה דבחובל החיוב הוא לרפאותו ולא חיוב תשלומין, וראיה מגיטין יב,ב, דחובל בעבד כנעני, הריפוי לעבד, דבעי איתסויי ביה, ואף שמה שקנה עבד קנה רבו, מ"מ ממה שהריפוי לעבד מוכח; "דחיוב ריפוי אינו חוב ממון, רק צריך לרפאותו ממש, ואם אינו יכול לרפאותו צריך לשכור רופאים, כיון דזכות הנחבל שירפאוהו ממש אין שייך לומר בזה מה שקנה עבד קנה רבו. וכן חיוב הבעל לרפאות אשתו הוא ג"כ חיוב ריפוי ולא חיוב ממון, ומה שהחובל נותן להבעל דמי ריפוי, היינו שהבעל יתעסק בשכירות רופא, אבל לא שהריפוי שייך לבעל. ונראה שאם נתחייב החובל הריפוי ואח"כ נהרג הנחבל, אין צריך לשלם ליורשיה, ולא אמרינן כבר זכה הנחבל בדמי רפואתו, דאין זה זכות ממון אלא שיוכל לתבוע להחובל לרפאותו בכל טעדיק דאית ליה למיעבד". מבואר מדברי הקוב"ש דחיוב ריפוי הוא חיוב לרפאות או לשכור רופאים שירפאו את הניזק. ודין זה הוא גם בעבד שניזוק, וכן הדין באשה. ומה שנותן את דמי הריפוי לבעל, שהבעל ישכור רופא לרפאות (ומוכח מזה שלא שייך בבעל הטענה שיפשע בריפוי אשתו ויקראו לו שור המזיק,

דאפשר דבעל לא חיישנן שיפשע בריפוי אשתו, וצ"ע. אך יותר נראה, דבעל פוסקים לו לפי מה שהרופא יקח, ובזה אין לחוש שלא ירפא את אשתו. משא"כ בנדרון הגמ' פה,א, כשהניזק אומר למזיק קוץ לי מקץ, יש יותר לחוש שאינו רוצה להתרפאות מהכסף אלא ליטלו לדברים אחרים, וע"כ משיב לו דכ"ש פשעת בנפשך. עוד נפק"מ כתב בקוב"ש, במת הניזק, דהחייב לרפאות כבר פקע, משא"כ בחייב תשלומין. עוד נפק"מ כתב שם בענין אם הניזק מבוטח, דאם החייב לרפאות, אם יש אחרים המרפאים אותו, אין על המזיק חיוב לשלם, דכיון שכבר רפאוהו, אין כאן חיוב תשלומין (ועיי"ש מה שנו"נ לענין חיוב מזיק כשהניזק מבוטח, לענין תשלומי נזק, ועיי"ן מה שכתבתי בח"ה סי' יח).

והגר"ש רוזובסקי (שעורי רבי שמואל, גיטין יב,ב, אות רלד) חקר אם החייב הוא לרפאות את הניזק, רק שבמקום לרפאותו משלם לו דמי הריפוי, או שהוא דין כמו תשלומי נזק, שהזיק לניזק שנצרך לריפוי. ורצה להוכיח מהגמ' גיטין שם, באמדוהו לחמשה יומי ועבדו ליה סמא חריפא ואיתסי בתלתא יומי, שחייב לשלם כפי מה שאמדוהו בתחלה, ובהפרש זוכה רבו, דאיתא בגמ' שם: נותן שבתו ורפואתו לרבו. שבתו - פשיטא. רפואתו איצטריכא ליה. רפואתו ידידה היא, דבעי איתסויי ביה. לא צריכא דאמדוהו לחמשה יומי, ועבדו ליה סמא חריפא ואיתסי בתלתא יומי, מהו דתימא צערא ידידה הוא, קמ"ל. ואם החייב הוא לרפאותו, מה שייך בזה לחייב לפי מה שאמדוהו, העיקר מה שנרפא בפועל, ואם בפועל נרפא בשלשה יומי, החייב לפי שלשה יומי, דזה החייב. ומכאן מזה לכאורה שהחייב הוא חיוב תשלומין.

אלא שהקשה ממה שחייב ריפוי ידידה דעבד. דבשלמא אם נאמר שחייב הריפוי הוא לרפאותו, שייך החייב לעבד ולא לאדון, אולם אם החייב הוא תשלומין, כתשלומי נזק, מדוע לא יזכה האדון בתשלומין אלו. עוד כתב, דמוכח מכמה מקומות שהחייב הוא לרפאות, והביא שם מהסוגיא ב"ק פה,א הנ"ל, שאינו יכול לתבוע דמי ריפוי שיתן לו המזיק, דכ"ש פשעת בנפשך וכו', ומוכח שהחייב הוא לרפאות ולא חיוב תשלומין. ומה שיש להקשות שאם אמדוהו לה' יומי, נותן לו לפי האומד של תחילה ולא מה שרפאו בפועל, י"ל דאפילו אם החייב הוא לרפאות, מ"מ יש לחייב לרפאות דין מזיק, שחל עליו חיוב תשלומין דריפוי; "ואין החייב לרפאותו בפועל, רק צריך לשלם לו את הריפוי, וזה הוי ג"כ דין מזיק, והך חיוב תשלומים נקבע לפי מה שאמדוהו בתחלה כדרך הריפוי, וכיון שבתחלה היה צורך לריפוי בה' יומי, אינו נפטר אח"כ ע"י מה דאיתסי בסמא חריפא". החייב לרפאות היינו לשלם תשלומי ריפוי, לפי מה שאמדוהו תחילה, דכך הוא דין המזיק. ולכן אף שהחייב לרפאות, היינו שצריך לתת לניזק תשלומין שירפא עצמו, וחייב זה הוא כבכל מזיק, לפי האומד דתחילה.

מכל האמור עולה דריפוי הוא דין מיוחד, שחייב לרפא הניזק, ואף שאינו חייב לרפא הניזק בפועל ויכול ליתן לו דמי רפואתו כבכל מזיק וניזק, מ"מ כיון שהחיוב הוא לרפא הניזק, יכול למנוע ממנו קבלת דמי הריפוי, אם הניזק רוצה לקחת דמי הריפוי לדברים אחרים, או שיש חשש שלא ישתמש בדמי הריפוי כדבעי, כיון שיש על הניזק חיוב ריפוי. ולכן אפשר דדוקא בריפוי יש הטענה דקרו לי שור הניזק. דאין זה כמו שאפשר לכאורה להבין, שהולך הניזק ברבים ויאמרו פלוני הכהו, דמה נאמר לענין מומים שבסתר. אלא הכוונה דאומר המזיק לניזק, כיון שיש עלי חיוב לרפאות אותך, אם לא תרפא את עצמך, הרי שיאמרו שאני לא קיימתי חיובי, ויאמרו עלי שאני שור המזיק. ומ"מ בכ"ע דבר זה שייך רק בריפוי ולא בשאר תשלומי נזק, דבשאר תשלומי נזק, כיון שהחיוב הוא תשלומין, לא יקראו לו שור המזיק, דאין חיוב דוקא לתקן, הגם שזה החיוב הראשוני לשיטת הש"ך ודעימיה, אבל יכול לשלם לו גם תשלומי נזק, ולכן לא קרו ליה שור המזיק, אם לא יתקן הניזק את הנזק.

ב. רופא בחינם

ולכאורה צ"ב בדעת החזו"א דס"ל דהסרוב לתת דמי הריפוי ביד הניזק, שלא יקראו למזיק שור המזיק, הוא דוקא בריפוי, אם כל הדינים הנזכרים שם בגמ', כמו רופא בחינם וכו', הם גם יחודיים רק לריפוי, ואם אינם יחודיים רק לריפוי והם לכל נזק, שמתקן בחינם שוה חינם, מנ"ל לחלק. אף שיש מקום לומר דס"ל לחזו"א דאסיא דמגן במגן, זו סברא לכל בעלי מקצוע, משא"כ הטענה דכ"ש דפשעת בנפשך, וקרו לי שור המזיק, היא טענה יחודית רק לריפוי, וכך ס"ל מסברא לחלק בין שני הדינים. או אפשר דס"ל לחזו"א דאסיא דמגן במגן, הוא רק בריפוי, ולא בשאר ענינים של תיקון נזק.

והעולם נוהג להשתמש בביטוי של אסיא דמגן במגן וכו', לכל הענינים, אך אין זה ראיה שכך היא האמת. גם צ"ע לענין הטענה של המזיק שיביא לו רופא מרחוק, ועונה לו הניזק; אסיא רחיקא עינא עזירא. דלכאורה סברא זו נכונה לכל בעלי מקצוע שבנויים על מוניטין, שרוצים לשמר את המוניטין שלהם, וככל שאין להם ענין בשמירת המוניטין, יש לחוש לפשיעה, משא"כ בעלי מקצוע מקומיים שישתדלו יותר ויחששו למוניטין שלהם, ואין טענה זו יחודית דוקא לריפוי. וכן למה שפירש במאירי, דאסיא רחיקא, מרמה העולם שהוא מומחה ולא ניתן לברר עליו, שייך בכל בעלי מקצוע. וכן למה שפירש הנצי"ב (מרומי השדה שם), דיותר נראה שמעוור את העין, שנראה לכל אדם שכבר ריפא את המכה, ונוטל דמיו והולך לו, ואח"כ מתגלה שלא ריפא כלל, טעם זה שייך בכל בעלי מקצוע ולא דוקא ברופא.

והנה לפי מה שהובא לעיל, דהחיוב של ריפוי על המזיק לרפאות את הניזק, והוא חיוב מיוחד ושונה מחיוב נזק, י"ל דאסיא דמגן במגן שו"א, אינה מציאות הכרחית, ויתכן גם דאסיא דמגן במגן, יהיה בהחלט ריפוי מושלם ומוצלח, אלא כיון שעל המזיק לרפאות הניזק, וכאשר בא המזיק ורוצה להביא לניזק רופא בחינם, יכול הניזק לטעון ולומר לו שאין זה החיוב המוטל עליו, דכיון שמוטל עליו חיוב לרפאותו, יכול הניזק לטעון כנגדו שאין זה החיוב שהטילה עליו התורה, דכיון שהטילה עליו התורה חיוב לרפאותו, היינו לרפאותו כראוי, ולא ריפוי כזה שיתכן והרופא יפשע, כמו באסיא רחיקא או כמו ברופא בחינם. וממילא דין זה של אסיא דמגן וכו', שייך רק ברפואה ולא בשאר הנזקים, ומזיק שימצא מי שיתקן את הנזק בחינם, או יביא מי שיתקן ממקום רחוק, לא יוכל הניזק לטען שאינו רוצה מתקן בחינם, דכיון שחלוק החיוב לתקן (גם אליבא דהש"ך) מהחיוב לרפאות, דהחיוב לתקן הוא ביסודו חיוב תשלומין, רק אופן התשלומין ושעור התשלום הוא לתקן ולהחזיר החפץ לקדמותו, ולא רק לשלם לניזק מה שנחסר ע"פ שומא. אולם בריפוי החיוב הוא לרפאות, או לדאוג לשכור לו רופא לרפאות, ממילא צריך מלכתחילה שיהיה הריפוי באופן הראוי כפי שחייבה התורה, שלא יפשע הרופא וכו', משא"כ בתיקון הנזק, אם לא יתקן כראוי, יהיה על המזיק חיוב תשלומין נוסף. דכיון שהטילה התורה על המזיק חיוב לרפאות את הניזק, יכול הניזק לטעון שהחיוב הוא לא באופן שעלול להיות מגן שוויא. אך כל זה בריפוי שהחיוב הוא לרפאות, ולא כשהחיוב הוא חיוב תשלומין, אף אם החיוב לתקן כשיטת הש"ך.

ומזה עולה שהטענה אסיא דמגן במגן וכו', הינה טענה בין הניזק למזיק בגדר חובת הריפוי, אך על הרופא עצמו אין חובה לקחת כסף עבור הטיפול, ולא אמרינן שאם יעשה בחינם, יעשה שלא כראוי. בזה אתי שפיר מה שנלמד מהגמ' תענית כא, ב. באבא אומנא, שלא לקח כסף מאלו שבאו להקזי דם, אלא שם קופה, וכל אחד שילם בסתר לפי יכולתו ורצונו: אבא אומנא (מקזי דם – רש"י) הוה אתי ליה שלמא ממתכתא דרקיעא כל יומא (בת קול אומרת לו שלום עליך), ולאביי כל מעלי יומא דשבתא, לרבא כל מעלי יומא דכיפורי. הוה קא חלשא דעתיה דאביי משום דאבא אומנא, אמרו ליה לא מצית למיעבד כעובדיה, ומאי הוו עובדיה דאבא אומנא, דכי הוה עביד מילתא הוה מחית גברי לחוד ונשי לחוד ... ואית ליה דוכתא דצניעא דשדי ביה פשיטי דשקיל, דאית ליה שדי ביה, דלית ליה לא מיכסיף (דלאחר שהכה לא הוה ידע מאן רמי (בכסילתיה) פשיטי להתם, ומאן דלא רמי), כי הוה אתרמי ליה צורבא מרבנן, אגרא מיניה לא שקיל, ובתר דקאי יהיב ליה פשיטי ואמר ליה זיל בריא נפשך ..., ומבואר בגמ' דאבא אומנא עשה לעיתים עבודתו ללא קבלת שכר, ולכאורה מקזי דם הינו כרופא המרפא בהקזת דם, ואיך עשה אסיא דמגן במגן. אלא

מוכרח שרופא יכול לעשות בחינם את עבודתו, וכל הטענה של אסיא דמגן במגן הינה טענה של הניזק למזיק בחובת ריפוי שהטילה התורה על המזיק.

ומדברי השבות יעקב (ח"א סי' פו) נראה שהוא דין בכל מטופל אצל רופא, שיתן לו כסף, שאל"כ אסיא דמגן במגן וכו', אך הרופא רשאי שלא ליטול. השבו"י דן שם בענין רופא שהוא אבל, אם מותר לחולים לילך אצלו באבלו להתרפאות אצלו, אם הוא מומחה, ובעיר יש רופא שהוא פחות מומחה (השאלה היתה בענין שוחט, אך השבו"י השיב גם לענין רופא). וכתב השבו"י דיכולים לילך לרופא, ואף ליתן לו שכר, דאסיא דמגן במגן וכו', אך הרופא עצמו יחוש ולא יקח השכר, וז"ל: "איברא לענין רופא שאירע בו אבילות, ראיתי מרבתי שהתירו לילך אל החולה כי חשש סכנה ומצוה שאני, ואפשר להתיר אף דאיכא רופא אחר, כי לאו מכל אדם זוכה לרפואה, וכדאיתא (ע"ז נה,א) חלאים רעים ונאמנים, נאמנים בשליחתם וכו', שלא תצאו אלא ע"י פלוני וע"י סם פלוני, וגם תשועה ברוב יועץ, אף גם ע"פ הרוב אינו עושה הרופא שום מלאכה בידיים רק אמירה וכתובה בעלמא סם פלוני יפה לו. ואפשר דאפי' שכירות מותר ליתן לו, משום דאסיא דמגן מגן שוויא. אך הרופא עצמו יחוש לעצמו, וימנע מליקח שכר אם יש לו". ועכ"פ מבואר דאם הוא בכל רופא, היינו שהמטופל צריך לחוש וליתן שכר, אך הרופא יכול שלא ליטול שכר.

ומהדברי מלכיאל (ח"ג סי' מד) מבואר שאסיא דמגן וכו', הינו גם ביחס לשאר ענינים, כמו רב העיר, שאם עושה בחינם, הרי זה אסיא דמגן וכו', משא"כ אם אינו בחינם ממש ויש לו טובת הנאה וכד'. אמנם אם הרב עושה לשם מצוה, כבר אינו אסיא דמגן וכו': "ואם כוונתו לשם מצוה, בודאי לא שייך לומר עליו אסיא דמגן, דאדרבא ישתדל יותר ברפואתו, כי זהו עיקר קיום המצוה. והרי מצות לימוד והוראה הוא דוקא בחנם, וכי נימא דהלימוד יהא גרוע בשביל דהוי בחנם. ועכצ"ל דכיון שעושה לשם מצוה, לא מיקרי בחנם, דשפיר משתדל ללמוד כראוי". ומחלק הדברי מלכיאל בין רב עיר למגיד שעור, דרב עיר צריך להיות פנוי באופן מוחלט לצרכי העיר, ואם יהיה עסוק לפרנסתו, לא יוכל למלא את תפקידו, ולכן חייבים ליתן לו שכר, משא"כ מגיד שעור וכד', יכול ללמוד אף בחינם. עוד כתב, דאף בעושה הרב לשם מצוה, יש לחוש שתזדמן לו מצוה אחרת, וכן הוי אסיא דמגן וכו'. ועיין עוד בצמח צדק (הקדמון, סי' א, הגהה מבן המחבר), דדין אסיא דמגן וכו', הוא גם ברב וחזן: "לפי זה לפום ריהטא יש להוכיח אם ירצה רב או חזן ושמע להיות בקהל בחנם בלי שכירות, ויתרצו להם רוב מנין, לא יצטרכו לדעתם של העשירים כלל. הא ליתא, חדא דיכולים לומר אסיא דמגן וכו'...". ומ"מ זו טענה של הציבור, מקבל השרות, אך הרב רשאי גם שלא ליטול שכר על רבנותו.

ומש"כ בדברי מלכאל דאפי' בטובת הנאה כבר אינו נקרא בחינם, ומשמע שאפי' שאינו כל שכר, מדברי היש"ש (ב"ק ח,י) מבואר שאם פוחת משכרו, כבר יש טעם של אסיא דמגן, דאף לפחות שכרו אסור לו. אך נראה דכל דברי היש"ש הינם ביחס לטענת הניזק שאינו רוצה ברופא בחינם או שפוחת משכרו, אבל יכולים בני העיר לשכור רב בפחות משכרו, ובזה לא יחשב אסיא דמגן וכו', וע"כ אין מחלוקת בין היש"ש לדברי מלכאל. היש"ש מדייק את דינו שיכול הניזק לעכב ברופא שפוחת שכרו, מהדין שאם אמר המזיק יש לי רופא ממרחקים, ופי' רש"י והר"ן, שרופא ממרחק יקח מעט שכר. ויכול הניזק לומר שאינו רוצה בו, דרופא מרחוק עינא עיור, מסמא את העין והולך לו, ומשמע דרק מטעם עינא עיור יכול לעכב, אבל אינו יכול למנוע מהטעם שפוחת משכר שאר הרופאים. וע"ז כתב היש"ש דזה אינו, דגם אם הרחוק אינו מוזיל, יכול לעכבו, רק שרש"י תפס ההוה, למה מהדר אחרי הרחוק, משום דמוזיל. אולם גם אם אינו מוזיל, יכול לעכב דעינא עיור. והביא ראיה ממה שהשמיט הרמב"ם דין זה של רופא מרחוק. והטעם, דכיון שכבר כתב הדין של רופא בחינם, הוא הדין רופא מרחוק שמוזיל גביה, עיי"ש.

ולפי"ז אם אסיא דמגן במגן וכו', הוא בכל הענינים ולאו דוקא ברופא, א"כ גם לענין תיקון נזק יכול הניזק להתנגד שהמזיק יתקן בחינם או במקום רחוק, ואפשר דכל זה תלוי בראות עיני ביה"ד לפי הענין, לפי גודל ומורכבות התיקון וכד', שאם מדובר בתיקון פעוט ושאין צורך בידע מקצועי גדול, ונראה שאין בעיה לטלטל את החפץ למקום אחר, אין בזה את הסברא של אסיא רחיקא. ואפשר שגם לענין ריפוי הדין כן, אם מדובר בחולי פשוט. ולכן מה שסירב הניזק שיביא את הרכב למוסך במקום רחוק, נראה דברכב יש לניזק טענה, שבכך יושבת הרכב זמן רב יותר, וגם לא יהיה לו פיקוח, ויתכן ויגרמו נזק אחר, ולא תהיה לו אחריות, והכל לפי הענין.

ובענין אסיא דמגן במגן, ראיתי פירוש לבעל ההפלאה (פנים יפות, שמות כא,יט), דבסוגיא (ב"ק פה,א) למדו מורפא ירפא, שניתנה רשות לרופא לרפאות. ולכאורה מדוע צריך רשות לרפאות, הרי זו מצוה. וכתב לישב דילפינן מכאן שניתנה לו רשות לרפאות, ולכן יכול לקבל שכר על רשות זו, אף שיש מצוה, דמהריבוי שניתנה לו רשות, היינו שאין כאן רק מצוה אלא גם רשות, והרשות שיוזדרז באומנותו, דאסיא דמגן וכו', ולכן יכול ליטול שכר.

עוד ראיתי מישבים ע"פ הזוהר (סוף פר' האזינו), שכל מה שהקב"ה מביא מחלה על אדם ככפרה על מעשיו, אף שיכול לילך לרופא לרפאותו, וא"כ מה תועלת בחולי, הרי יכול להתרפאות. אלא שע"י החולי יצטער, שיצטרך להוציא הוצאות אצל רופא, ובכך יתכפרו עוונותיו. ומזה י"ל, דאסיא דמגן במגן, מגן שויה, כיון שהרפואה היא

בחינם, ולא הוציא הוצאות, לא יזכה שע"י החולי יתכפרו לו עוונותיו. ולכן המגן שוויא, הכוונה לא שהרפואה מגן שוויא אלא תכלית החולי – הכפרה, לא תהיה כאן, כיון שלא הצטער בהוצאת ממון. ודברים אלה יש לישב אמירת העולם, אולם לענין מה שהוזכר בגמ' לענין טענת ניזק למזיק, דהרי בנדון הגמ' הניזק אינו משלם מכיסו.

ג. כשלניזק אינו נזק

והתעוררתי לענין, שמא כשאינו רוצה לתקן הנזק, אינו נחשב כנזק לגבי הניזק. דהיינו, אם לדוגמא מדובר ברכב שאינו חדש, וסביר להניח שלמזיק אין קפידא בכיפוף קטן של הפח או שריטה, ורואים שבמשך שנים נוסע ברכב עם כיפוף פח כזה או אחר, וכן עם שריטות בצבע, ונראה שאינו מקפיד בנזק כזה, די"ל שאין מעשה המזיק יחשב כמעשה נזק, דמעשה נזק לעיתים הוא סובייקטיבי, וככל שהניזק אינו מקפיד, אין זה מעשה נזק.

מעין זה מצאתי בחזו"א ב"ב יג,א, וז"ל: "יש לעיין בנזקי שכנים במקום שיש לו זכות לחברו לעכב, אם הניזק בעצמו יש לו גפת וזבל אצל כותלו ואינו חושש, אם יכול לעכב על המזיק, מי אמרינן בזה אע"פ שאדם רשאי לחבל בעצמו, אחרים שחבלו בו חייבין, ואת"ל דמ"מ מעכב את חברו, יש לו רחיים בתוך ביתו, והחולה בתוך ביתו ואינו חושש, מהו שיעכב את חברו לדעת הריב"ש נאם החולה הוא אחד מבני ביתו, החולה יכול לעכב, שהרי החולה אינו מחזיק רחיים, אלא אם בעה"ב חולה יש להסתפק, או שהחולה מתרצה ברחיים של האב ושל הבעל, אפשר דהוי כהחולה עצמו מחזיק את הרחיים". ודברי החזו"א הם באותו נזק עצמו שבו רוצה לעכב את חברו, ובוה מסתפק החזו"א אם יכול לעכב את חברו, כאשר מוכח שהוא עצמו אינו חושש לאותו נזק. ומה שמסתפק החזו"א הוא בנזקי גוף, דבזה י"ל שלא שייך מחילה וכד' וכנ"ל, אולם בנזקי ממון לכאורה אם רואים שאין הנזק מתיחס לנזק כאל נזק, אפשר שאין לחייב את המזיק אא"כ יתקן את הנזק.

והאירו עיני במקצת, מדברי החזו"א (ב"ק ו,ג הנ"ל). החזו"א למד בדברי הר"י מיגאש שאין על המזיק 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 לכאורה דמעיקרא אין עליו חיוב הגוף לתקן אלא הוי חיוב ממון, דאף במקום שאפשר לתקן, החיוב הוא חיוב ממון ולא חיוב הגוף לתקן. אולם מדויק מדברי החזו"א דהחיוב הוא דוקא בנזק העומד לתקן, וז"ל: "ולאמור 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". מזה יש ללמוד שאם מדובר בנזק שאינו עומד לתקן, כגון רכב ישן שיש בו סריטות רבות, וסריטה זו ודאי אינה באה בחשבון לתקן אלא מתוך רצון לנצל את המזיק, הרי שיש לאמוד ולשום את הנזק מדינא דגמרא, כמה היה שוה קודם הנזק וכמה כעת, וכנראה שלא יהיה נפק"מ, ואפי' לא נזק של שוה פרוטה. ואף שהחזו"א חולק לכאורה על הש"ך וס"ל כדעת התומים הנ"ל, נראה דבכל ענין יוכל הניזק לטעון טענת קים לי כמותם, גם אם יבוא מי ויאמר שאין הלכה כמותם.

לאור האמור לעיל, אף שלכאורה יכול ניזק לדרוש תשלום נזק מבלי לתקן את החפץ הניזוק, ואינו דומה לריפוי, מ"מ לדינא כשרואים שהניזק אינו מקפיד בנזק כזה, הרי זה נזק שאינו עומד לתיקון, ויכול הניזק לטעון טענת קים לי, שישומו את הנזק, כמה היה שוה החפץ קודם הנזק וכמה כעת.

סימן לה

היתר חרד"ג

ראשי פרקים

א. אשה שכרחה ולא נודע מקומה

ב. מורדת

ג. מסרבת לדין תורה

הצדדים נשאו זל"ז כדמו"י בתאריך 22.2.11, ומנישואין אלה נולדו הילד (ת"ל 5.4.12). מכתב התביעה של הבעל התובע, ומהחומר שבתיק, עולה התמונה דלהלן:

כחצי שנה אחרי החתונה, חודש נובמבר 2011, עבר הבעל תאונת דרכים קשה בה נפצע אנושות. הוא אושפז, עבר שיקום, וכיום נמצא בשלב של שיקום שמטרתו חזרה לשגרה. מספר חדשים לאחר מכן, בחודש אוגוסט 2012, טסה האשה עם בנם הקטין לצרפת, לבקור משפחתי בן 10 ימים. יוער כי משפחת האשה כולה מתגוררת בצרפת. מאז לא חזרה לארץ. בתחילה עוד טענה שבדעתה לחזור לארץ, והאריכה מדי פעם את השהייה בצרפת. בפועל האשה נשארה בצרפת עם הקטין, ולא חזרה לארץ.

הבעל ניהל בביהמ"ש במארסיי תביעה להשבת הקטין לארץ, מכח אמנת האג, ובתאריך 11.4.13 ניתן פס"ד ע"י ביהמ"ש במארסיי, ולפיו העברת הקטין לצרפת הרי הוא כמעשה חטיפה לפי אמנת האג, וביהמ"ש הורה על השבת הקטין לישראל. האשה ערערה על פסה"ד הנ"ל לביהמ"ש לערעורים, ובתאריך 30.1.14 נדחה ערעורה. ע"ס הנ"ל, בתאריך 15.12.14 קבע ביהמ"ש לע"מ בישראל, כי משמורת הקטין תהיה משותפת לשני ההורים.

הצדדים בפרוד בפועל במשך למעלה משש שנים, והבעל עותר לחייב את האשה בגט, ובהעדר אפשרות אחרת, ליתן היתר נישואין. כתב התביעה (שהוגש לביה"ד בתאריך 7.6.18) נשלח לב"כ האשה, עו"ד אילת ישראלי מרגלית, וכן למשפחת האשה בצרפת. האשה לא הגיבה, ומדברי ב"כ הבנו כי היא אינה מיצגת את האשה בהליך בפני ביה"ד.

ביה"ד פנה לכבוד הדיין הרה"ג בצלאל אבא לוי שליט"א, דיין בפאריש, שניהל מו"מ עם אבי האשה. אבי האשה, באמצעות הרב לוי, הגיש הסכם גרושין, שעקרונותיו: יבוטלו כל התביעות נגד האם, ולא תהיה אפשרות לחדש פסה"ד בענין חטיפה לפי אמנת האג. משמורת הילד לאם. מקום מגורי הקטין יהיה בארץ מגורי האם. הסדרי

הראיה יהיו בצרפת, בתחילה בליווי של צוות פסיכולוגים, הואיל והילד אינו מכיר את אביו. האב ישתתף בהוצאות חינוך הבן.

יאמר ברורות, ביה"ד התלבט מאד בסוגיא. מצד אחד, לדברי ב"כ הבעל, שנאמרו שלא לפרוטוקול, האם נמצאת במדינה שלישית, שאינה חתומה על אמנת האג, ואין לה הסכם הסגרה. כמו כן זו כנראה עובדה, ויש להשלים עמה, שהילד ככל הנראה ישאר עם האם ובארץ מגוריה, וככל הנראה גם האם לא תאפשר את חזרת הבן לארץ. המשך ההליכים כנגד האם כיום, בהיותה נרדפת ע"י שלטונות החוק, לא נראית לנו כפעולה חכמה מצד האב. האב גם אינו מכיר את בנו, ולא ברור אם שייך בכלל שיטפל בו. כך שיש לראות את ענין מקום מגורי הבן, כמציאות עובדתית מוגמרת, וטוב לדעת ביה"ד להגיע להסכם שיאפשר לאב לראות את הבן.

ביה"ד מבין, שאם האב יכול לפתוח חיים חדשים, מן הראוי שגם האם תוכל לפתוח חיים חדשים, בין השאר, להפסיק להיות רדופה ע"י שלטונות החוק. מאידך, ספק רב אם האם תאפשר לאב לראות את הבן בצרפת, ולא תערים קשיים. אם יכלה האם לברוח משלטונות החוק ומפסקי ביהמ"ש בצרפת בענין חטיפת הבן לפי אמנת האג, איך יוכלו לאכוף את הסדרי הראיה בהסכם שיאושר בביה"ד. זאת ועוד, המו"מ נוהל עם אבי האשה. האשה לא תקשרה עם הרב בצלאל לוי. לאשה גם אין ב"כ שייצג אותה, והיא אינה מגיבה לכתב התביעה, ואינה מנהלת מו"מ בגפה או באמצעות ב"כ. גם ענין חיוב של האב במזונות/ הוצאות חינוך של הבן, לא נראה לנו צודק בנסיבות הקיימות. כמו כן ב"כ הבעל הוזמן לשיחה בלשכה, שיחה שלא לפרוטוקול, בנסיון לקדם את התיק. ב"כ הבעל טען כי ההליך שנוהל, בענין החטיפה, אינו בסמכות ביה"ד, ואל לביה"ד להפעיל לחץ על הבעל לוותר על זכויותיו בהתאם לחוק.

אשר על כן, מהנימוקים ההלכתיים דלהלן, לאור העובדה כי הצדדים פרודים כבר שש שנים, מקומה של האשה אינו ידוע והיא מתחבאת מאימת החוק, ביה"ד סבור שיש לחייב את האשה לקבל ג"פ כדמו"י, והואיל ואין אפשרות בשלב זה לסדר ג"פ, יש ליתן היתר נישואין לבעל, לאחר השלשת גט והיתר מאה רבנים, ולאחר אישור כבוד נשיא ביה"ד הגדול הגאון הרב דוד לאו שליט"א. ביה"ד סבור כי טוב תעשה האשה ותנצל את הזמן שנותר לביצוע היתר הנישואין בפועל, למנות ב"כ כאן בארץ, ע"מ להגיע להסכם גרושין הוגן ומכובד, לטובת שני ההורים ובנם.

א. אשה שברחה ולא נודע מקומה

נדו"ד הוא אשה שברחה, ואף שיש תקשורת אתה (באמצעות אביה), אין מקומה ידוע לבעל או/ו לביה"ד או/ו לרשויות, הואיל והיא בורחת מאימת פסקי הדין שניתנו

בענין השבת הקטין ארצה, ואף הרשויות, שידם ארוכה, אינם משיגים אותה כדי לקיים פסה"ד הנ"ל. בענין זה של אשה שברחה ואין מקומה ידוע, דנו הפוסקים להתיר לבעל לשאת אשה שניה על אשתו.

בתש' זית רענן (לזקני הגרמי"ל זילברברג זצ"ל, כרך א, דיני אהע"ז סי' ה) נשאל באשה שברחה מבעלה מספר פעמים, ובפעם הראשונה החזירה לביתו, ובפעם השניה ברחתה למרחק, ומזה ג שנים אין הבעל יודע היכן היא נמצאת, וחיפש אחריה ולא מצאה, ולא נודע מאומה ממדרך כף רגלה. וכתב הזית רענן בתחילת דבריו שיש להתיר לבעל לשאת אשה על אשתו, ואף ללא היתר ק' רבנים, רק ישליש הגט אצל שליח: "ען כי הדבר נחוץ והוא שעת הדחק טובא, והיותר שאין ידו משגת לקבץ התירא ממאה רבנים, לכן נראה להקל בזה בכל האפשרי. וכה יעשה ויגהה מזוור, הבעל הנ"ל יכתוב גט לאשתו הנ"ל וימסור אותו ליד שליח הולכה, ובכל עת שתבא אשתו במקומות הסמוכים ילך וימסורנו לה כדת וכהלכה בלא עיכוב ואיחור לבל תתענג על מגן". והביא שם שמהר"י מינץ (סי' י) החמיר מאד להתיר לבעל לשאת אשה על אשתו אפי' במקום מצוה, כבר השיב על תמיהותיו הב"י בתש' (תש' ב"י סי' יד). והזית רענן כתב להשיב על כל תמיהות מהר"י מינץ. והסיק הזית רענן, וז"ל:

"ונמצא לפי זה תבנא לדינא בנידון דידן, שברחה אשתו ממנו ואין לו אשה כלל לקיים עיקר המצוה מה שביכולתו, גם מהר"י מינץ מודה דבמקום מצוה רבה כזו לא גזר. והגם אם נימא דמשום לא פלוג רבנן נגדר ממילא גם במקום מצוה רבה, דזה אינו, דכל כהאי גוונא דלא שכיח כלל, שהרי כל אשה רוצה בצוותא דבעלה, וזו הרחיקה ממנו בלא פשע ומרד ממנו ... וכיון שכן מובן מעצמו דלא דמי לנשתטית דהחמירו האחרונים לדינא, התם יכול לקיים עיקר המצוה פרו ורבו, אף דאין אדם דר עם נחש בכפיפה, זהו מפני שאין רצונו לצער עצמו. וכן לא דמי לרואה דם מחמת תשמיש, עיין בתשובת מהרש"ל סימן ס"ה, דכיון שהוא מחמת חולי אמרינן לא פלוג רבנן, דכגון זה שכיחא טפי מאשה שתברח מבעלה. ועוד, דהתם בעיקר הדבר שניהם אנוסים, מה שאין כן בנידון דידן שהיא הזידה בשאט נפשה. אבל מ"מ אי אפשר להתירו רק כשיכתוב לה גט וימסורנו לידי שליח, והשליח יקבל עליו בחומר שבועה לקיים שליחותו כשתהיה במקום קרוב, וכאשר משמע מדברי מפרשי ש"ע. שהרי התורה חסה גם על המחויב מיתה לדונו במיתה יפה, ואין תשוב עד שתלבין ראשה כשתבא לביתה ותבקש שיגרשנה."

מבואר מהזית רענן דאשה שברחה, והבעל רוצה לקיים פו"ר, יש להתיר לו לשאת אשה על אשתו, אף בלא היתר ק' רבנים, רק שישליש הגט לשליח, שיהיה

במקום שאם תבוא לכאן, שתוכל לקבל הגט לאלתר. ועיין עוד בתש' זית רענן (ח"ב סי' כח) שאם האשה אנוסה שלא לחזור למקום הבעל, לא גרע מנשתתית, אף שגם בנשתתית אפשר שתתפקח, וכיון שבנשתתית יש לו היתר ע"י מאה רבנים, הוא הדין גם בזה. ואם מרצונה אינה שבה לבית בעלה, הרי היא מורדת, ויש להתיר לו לשאת אשה אחרת.

על דברי הזית רענן הנ"ל, סמך גם הגר"ע זצ"ל (תש' אחיעזר ח"א סי' יד), דאם ברחא מבעלה ואינה מודיעה מקומה כמה שנים, דינה כמורדת, ולענין היתר חרד"ג, אין צריכה התראה והכרזה, ורק צריך היתר ק רבנים והשלשת גט, וז"ל:

"ועוד נראה, דבברחה ועזבתו כמה שנים שאינה מודיעה לבעלה מקומה ורק יודע מעוברים ושבים, אף אם בתחלת הבריחה לא היתה מורדת, אבל עצם ישיבתה בהעלמה לעגן את בעלה הוי מורדת. שו"ר בשו"ת זית רענן מהדו"ת חאה"ע שכ"כ. ואעפ"י דמורדת מדינא דגמרא צריך התראה והכרזה, ומה"ט נתחבט בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ק סי' קי"ד וכתב דלאו קל וחומר הוא דאם לממון הקל לא הוציאו אלא בהתראה והכרזה, מכש"כ להתיר חרד"ג החמור, מ"מ אינו נראה כן מדברי רבותינו האחרונים, ורק להפסיד כתובתה צריכה הכרזות, אבל לא להתיר חרד"ג, דאדעתא דהכי לא גזר. שו"ר בשדי חמד שהביא דעת המחברים שכתבו שלא כדעת השואל ומשיב, ולכל היותר נצרך היתר ק' רבנים והשלשת הגט כמו בנשתתית. ואעפ"י שנראה מדברי החת"ס אה"ע סי' פ' שצריך להתרותה שיתירו החרם, מ"מ בודאי אין התראה זו מעכבת בברחה וא"א להתרותה, והרי היא כמותרת ועומדת, ואי אפשר שיעוגן עי"ז. ובנוגע להשלשת כתובה, שלא הפסידה מדין מורדת שלא היו התראות והכרזות, נראה שצריך להשליש, והנובי"ת כתב בשהה עשר שנים ולא ילדה שא"צ להשליש הכתובה, דדוקא בנשתתית שאנוסה לקבלת הגט, משא"כ בזה שבידה להתגרש ואינה רוצה להתגרש, אינו מחויב להשליש. אבל בברחה ולא נודע מקומה, ואי אפ"ל שהרי בידה להתגרש כעת, בודאי שצריך להשליש הכתובה. וכן נראה מדברי המחברים. וכן בהשלשת הגט כדי שלא תתעגן אח"כ אם תרצה להתגרש, והנני נמנה בזה עם הגאון מו"ה רפאל שפירא נ"י להתיר לכשיקום כל התנאים בזה."

מש"כ האחיעזר לענין השלשת כתובה, נראה דאינו שייך בנדו"ד, שהרי היא יודעת, באמצעות אביה וכנ"ל, על רצון הבעל להתגרש, והיא מסרבת להתגרש וא"כ יקבל את תנאיה, ולכן לא הוי כגרושין בנשתתית, ואין צריך להשליש כתובה.

ומצאנו גם בנצי"ב (משיב דבר ח"ד סי' ה) שדן להתיר לשאת אשה שניה, כשאשתו ברחא, ושם כתב לענין הכתובה, דאף שמצד המרידה לא הפסידה אא"כ התרו

בה, ויתכן ויש לה טענות מדוע מגיעה לה כתובתה: "מ"מ אין אנו מחוייבים להודק לה, ואפוטרופיא לדקנני לא מוקמינן, וכשתבא תתבע המגיע לה, ולא מצינו תקנת הגאונים להשליש כתובה כי אם בנשתתית וכדומה, דפתח פיך לאלם כתיב". אך עיי"ש בנצי"ב שכתב לזכות לה גט ע"י שליח קבלה, דאף שבמקום קטטא קיי"ל שאין מזכין לה, דטב למיתב טן דו, מ"מ כשמתירים לו לישא אשה אחרת אפשר שזכות הוא לה. והנצי"ב חושש שלא תכשל ותכשיל באיסור אשת איש או תרבה ממזרים, וטוב להוציאה מאיסור אשת איש ודאי. ואף שדעת הראשונים בדעת הרי"ף שאין לזכות גט אלא לענין שאין הבעל יכול לחזור בו מהגרשוין, אולם אינו גט עד שיגיע לידה. דאף אם כך דעת הרי"ף, רבו החולקים עליו, ונראה דגם הרי"ף לא כתב דבריו אלא בגט שחרור ובאומר תן שטר שחרור זה לעבדי דוקא, אולם מודה בגט אשה דהוי גט. ואף אם האשה תדרוש לקבל גט, יש ליתן לידה הגט, מ"מ יש לחוש שמא אח"כ יסרב ליתן גט אחר, ויש לזכות לה גט באמצעות שליח קבלה.

מהרא"ל צונץ (תש' משיבת נפש, ח"א סי' מב) נשאל באשה שמיד אחרי החופה ברחא מבעלה, ולא נודע לבעל מקומה כבר י שנים. והביא מהרא"ל צונץ תש' מהר"ם שהובא במרדכי, ותש' מהר"מ פאדווה (סי' יג) להתיר לבעל לשאת אשה שניה, כאשר האשה מורדת. בפרט שיתכן ובמשך זמן כה רב נאסרה לבעל, ופשיטא שלא יעלה על הדעת לעגן את הבעל ולאסרו בכבלי העיגון, דלא כמהר"י מינץ, וס"ל למהרא"ל צונץ דכאשר המניעה היא מחמת פשיעת האשה, גם מהר"י מינץ מודה להתיר. ואף הוסיף שאין צריך היתר ק רבנים, דר"ג לא מיירי רק כשהיא בת כתובה וראוי לפקח בתקנתה, אולם כשהדבר בא מחמת פשיעה, ואינה בת כתובה, פשיטא שאין צריך ק רבנים. והביא שם מהרש"ל בתש' (סי' סה) שהחמיר בענין רואה דם מחמת תשמיש. אך שם אין זה מחמת פשיעתה, משא"כ בברחה. ולכן מסיק מהרא"ל, וז"ל: "וא"כ נראה עיקר בנדו"ד להתיר לו אשה אחרת ... ואין צריך להאריך בזה, כי אין שום חומרא לבטל אדם מפריה ורביה להיות שרוי בלא אשה, שיש לחוש לכמה תקלות, בפרט בנדו"ד, בפרט עכשיו שכבר כלה האלף החמישי ... א"כ נראה אפי' לדעת המחמירין במקום מצוה, היינו במקום פריה ורביה, אבל היכא דאסורה עליו ומצוה לגרשה, לכ"ע לא תיקן ר"ג. וכן היכא שפשעה היא ומעגנת הבעל כמו בנדו"ד, ליכא מאן דפליג ... וא"כ מילתא דפשיטא להתיר לו לישא אשה אחרת, וערוקה מסתייע". מבואר גם ממהרא"ל צונץ, שאם האשה עזבה את מקום הבעל בפשיעתה ומרצונה, יש להתיר לו לשאת אשה על אשתו, ואין צריך להיתר ק רבנים.

גם הגדול ממינסק (אור גדול סי' ד) דן באשה שברחה מביתה, ואין ידוע מקומה כמה שנים. לאחר שהאריך להוכיח כדעת הפוסקים דבמורדת יש להתיר חרם דר"ג, כתב שם (אות י'), דאף שלאשה יש אמתלאות לברירתה, כיון שאינה רשאית לעשות

כן ע"פ דין, ובודאי לא להתרחק באופן כזה שאינה יכולה לחזור למקומה, וגם לא ידעו היכן מקומה כיום. ואף לשיטתה, היה עליה לבקש מהבעל גט קודם עזיבתה, דודאי אם היתה מבקשת להתגרש, לא היה מונע ממנה: "ע"כ נראה פשוט במה שהרחיקה נדוד זה כמה שנים בלי שום ידיעה מאתה, דהוי ליה מורדת, דנתבאר לעיל במורדת כה"ג דנראה דכולהו מודו דמותר לישא אחרת". והמשיך לדון, שמא יש להמליץ עליה דתחילת עזיבתה היתה על דעת לשוב בזמן קרוב ולא לשהות זמן רב, ואח"כ ארע לה אונס וכו', וכתב לדחות דאין בזה טעם שלא להתיר חרד"ג (עיי"ש), ואינו נוגע לנדוד, דכעת ודאי אינה רוצה לשוב לאר"י, אף שיכולה לשוב עם בנה).

ולענין אם צריך היתר ק רבנים בכגון זה. בתחילת התש' הביא מתש' ברית אברהם (סו"ס פט) שלא שמע להתיר בלא ק רבנים. ובברית אברהם (סי' צד) הביא מהשבות יעקב, דאף באשה שזינתה ונאסרה על בעלה, צריך היתר ק רבנים. וכן בתש' נודע בשערים (מהגאון מלובלין, ח"ב סי' כו), דאף שיש מקום לצדד להתיר בלא ק רבנים, לא חזינו לרבנן קשישאי דעבדי הכי. והגדול ממינסק בסוף התש' הנ"ל (אות יד) כתב דמשמעות הפוסקים שבמורדת אין צריך להיתר ק רבנים, כיון שבנידון שלפניו הבעל עני ולא יכול להשיג חתימת ק רבנים, נראה להתיר בלא ק רבנים. אך כ"ז מעיקר הדין: "אמנם מצד המנהג הא נהגו בו איסור לבל להתיר בלי ק רבנים אף בזינתה". ומזה מבואר דיש להתיר בנדוד"ד לפחות ע"י ק רבנים, כיון שמרדה והרחיקה לארץ אחרת, ואינה רוצה לשוב לאר"י, ומתחבאת מפני שלטונות החוק, ואין יודעים מקומה אלא קרוביה הקרובים בלבד.

גם בתש' צמח צדק (לובאוויטש, חאהע"ז סי' י) כתב להתיר מי שברחה ולא ידוע מקומה, כדין מורדת, דלאחר יב חודש יש להתיר לבעל חרד"ג, וז"ל: "... אך גם כאן נפרדה מתוך הקטטות שהיו ביניהן, ואם כן מי יודע אולי מחמתו הוכרחה ליפרד, וכיון שהוא אינו קורא לה, יש לומר אין לה דין מורדת. אך כ"ז יתכן אילו היתה במקום ידוע לבעלה שיוכל לקרוא לה, מה שאין כן זו שאיננה מודיעה לו מקומה כלל ולא נודע לו ממנה כלום שנים טובא רק ע"י סיבה מעוברים ושבים ולא שהיא הודיעה. י"ל דאינה יכולה לעגנו והו"ל כדין מורדת אחר י"ב חדש. אף אם בתחלה לא היתה [עליה] דין מורדת, מכל מקום מחמת זה העיכוב במקום שלא נודעו עקבותיה שנים טובא, הו"ל כדין מורדת". מכל הפוסקים האמורים לעיל מבואר שיש להתיר בנדוד"ד, שמזה שש שנים האשה עזבה את בית הבעל, וכעת כנראה היא בורחת מאימת החוק, ואין יודעים מקומה אלא הקרובים ביותר, ובפועל מסרבת לקבל גט אא"כ יחתום על הסכם גרושין.

ב. מורדת

ודברי האחרונים להתיר חרד"ג באשה שברחה, הוא מטעם שהיא מורדת. וכבר האריכו האחרונים הנ"ל בבאור דעת הרמ"א והחולקים. דהנה הרמ"א אהע"ז עזב, כתב וז"ל: "וי"א דבזמן הזה שאין נושאים שתי נשים, לא משהינן לה י"ב חדש אם רוצה לגרשה, ואם אינה רוצה, מתירין לו לישא אחרת. ויש חולקין שאין להתיר לו לישא אחרת, וכן עיקר". ומקור דברי הרמ"א להתיר אף תוך יב חודש, מהראב"ן המובא במרדכי (כתובות קפו), וז"ל: "וראב"ן כתב, אף על פי שהלכה כרבותינו בדורות הללו שאין אדם נושא שתי נשים ביחד, לא משהינן לה, ואם בשביל אחרות שתווסרנה קנסינן להתיר לישא אחרות והיא תשב ותתעגן". ודעת האוסרים הם הרשב"א בתש' ומהרי"ק, כמבואר שם. אך כל מחלוקתם היא תוך יב חודש, אבל לאחר יב חודש, לכ"ע מתירים לשאת אשה שניה. וממשיך הרמ"א: "ונ"ל דוקא תוך י"ב חדש, אבל לאחר י"ב חדש אם הוא רוצה לגרש, צריכה לקבל ממנו בעל כרחה, או מתירין לו לישא אחרת, דאין כח ביד האשה לעגנו לעולם, וכן נראה (להורות)". ועיין בב"ש עז"ט.

וכן התיר הגרע"א (תנינא סי' פב) במורדת, דמסתימת הרמ"א אהע"ז עזב, עולה שאחר יב חודש מותר לישא אחרת עליה, ולא הזכירו שצריך היתר ממאה רבנים, דמשמע שבמורדת לא תיקן ר"ג. והביא מתש' מהרשד"ם (חאהע"ז סי' קכ), שהביא מהרשב"א, דלא תיקן ר"ג אלא לגדור גדר בפני הפריצים, אבל באלו שמן הדין או מהחויב לגרש או לישא אחרת, לא גזר ר"ג. וממשיך מהרשד"ם להתיר במורדת, שהיו שלא רצו להתיר במורדת מחמת שהדור פרוץ, ואם יתירו במורדת, יבואו להתיר אף בהקדיחה תבשילו, שיאמר שהיא מורדת (הובא שם ברע"א):

"מ"מ אני ממשכן נפשי להתיר בנ"ד, כי ידוע שאמרו בכמה מקומות מלתא דלא שכיחא לא גזור ביה רבנן, ובודאי אם היה במורדת דעלמא, אפשר שכיח טובא, אבל במורדת שיש קרוב ד' שנים שאינה רוצית לשמשו, פשיטא דאין לחוש ע"ז. עוד אני אומר, לו יהא הדבר בספק הוי ס"ס, ספק אם עבר זמן התקנה, ספק במורדת לא תיקן, ספק ג' דשמא במורדת כה"ג לא יעלה ע"ד אדם חלילה שיהיה האיש אסור בנחושתיים ואשתו שוחקת עליו, ויש בזה כמה איסורים, ודרכי התורה דרכי נועם הם, ודבר כזה לא עלה ע"ד הרב לתקן. ע"כ אין בזה ספק ואדרבא המעכב בידו חטא עכ"ל המהרשד"ם."

ונראה שהגרע"א הסכים לדבריו להתיר. והוסיף הגרע"א, שאף לראנ"ח (ח"א סי' מא) שהחמיר בזה, י"ל דדוקא בנדון ידיה כשטוען הבעל מאיס עלי, בזה אין להתיר, משא"כ מי שהפקיעה עצמה ע"י שהלכה לערכאות להוציאה ממנו. וכן י"ל

בכל מקרה שהיא עצמה פשעה, כנדוד שהיא נעלמה מאר"י ומסרבת לכל דין ולכל דיין ובורחת אף מארצה מאימת החוק, שלא יחזירו בנה לאר"י.

ועיין בעין יצחק (לגרי"א, חאהע"ז סי' ג, מאות יד ולהלן), שכתב להתיר חרד"ג במורדת, אף ללא חתימת ק רבנים, דמדברי המרדכי וראב"ן (הנ"ל) משמע שמתירים לו אף בלא השלשת גט, ממה שכתבו שהיא תשב ותתעגן, ואם היה צריך להשליש גט, לא תתעגן. והטעם, דמורדת לא גזר ר"ג. ומדלא הצריכו להשליש גט במורדת, מוכח דר"ג לא גזר כלל במורדת, וע"כ אין צריך היתר ק רבנים. והוסיף הגרי"א:

"א"כ זה ברור דבמורדת לא תיקן ר"ג כלל לגזירתו. וכן אחר י"ב חודש הכריע הרמ"א כן בסי' ע"ז, דמתירין לו לישא אחרת וכדברי המרדכי וראב"ן הנ"ל. ... אבל עכ"פ במורדת גם המהרי"ק מודה דמוכח מהמרדכי וראב"ן דלא מהדרינן אחר היתר כלל, כי בכה"ג לא גזר ר"ג כלל וקנסינן לה, כמש"כ המרדכי וראב"ן כנ"ל. וגם הא כתב בלשונו דיש קצת לדחות ראייה זו, אלמא דס"ל לאמת דאין ממש בדחייה זו, אך כיון דכתב דיש קצת לדחות ראייה זו, ע"כ כתב המהרי"ק עוד טעם בזה, כיון דנאסרה לו, אין זה אשה הראויה לו ולא גזר כה"ג. אבל במורדת, אף דאין שייך טעם זה, אפ"ה מודה המהרי"ק דכה"ג לא גזר ר"ג כלל, וכמבואר במרדכי וראב"ן הנ"ל ... ע"כ ברור לדינא דמוכח מהמהרי"ק דלדינא א"צ מאה רבנים והשלשת גט לזכות לאשה המורדת. וע"כ כיון דכתב החמדת שלמה דבמורת יש להתיר בלא מאה רבנים ובלא השלשת גט, והכל חדא הוא, דלא מהדרינן אחר צד היתר כלל, כי בלא"ה מותר לו לישא אחרת, כי בכה"ג לא גזר ר"ג כלל, הוא הדין במורדת. ואדרבה י"ל דאף להחתם סופר שכתב דהמנהג הוא שלא להתיר בלא מאה רבנים אף בנאסרה עליו, י"ל דטעם המנהג הוא דס"ל כמש"כ המהרי"ק, דיש קצת לדחות ראייה זו של המרדכי וראב"ן הנ"ל וכנ"ל, אבל במורדת דמבואר בפירוש במרדכי בשם הראב"ן כנ"ל, ע"כ בזה י"ל דלא נהגו כן. וכ"ז דלא נתברר במדינתנו איך הוא המנהג, ע"כ לא מבטלינן משום ספק מנהגא בעלמא להדין הברור וכמבואר בכ"ד. ובפרט שהחמדת שלמה כתב להקל בפירוש, ומסתמא לא היה המנהג הנ"ל במדינתו. וע"כ יש להקל במורדת ולהתיר אף בלא ק רבנים. וכש"כ כשהיא עוברת על דת ומורדת ביחד. וכן מצאתי בספר נחלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל בסי' ה', שכתב בפשיטות להתיר בעוברת על דת בלא מאה רבנים כלל והסכים כן לדינא. ע"כ כיון דלהמהרי"ק מבואר דבמורדת א"צ מאה רבנים עליו סמכינן. ובפרט דכן פסקו השב יעקב והנחלת יעקב. וכן לחמדת שלמה דסמך על המהרי"ק. וכבר נתבאר דהמהרי"ק מודה במורדת להיתירא. ע"כ אם

היו ב' עדים בנ"ד, היה דעתי מסכמת להתיר בלא מאה רבנים, אך כיון דלא נתברר רק ע"פ ע"א, ע"כ הבו דלא לוסף עלה ובעי לכה"פ מאה רבנים שיסכימו להתיר."

ובאר"י נהגו תמיד לבקש היתר מק' רבנים, ככל שמדובר בבעל שמוצאו אשכנזי. ומ"מ מבואר מהגר"א דבמורדת ברורה, יש להתיר לבעל לשאת אשה שניה, ולדעתו אפשר להתיר אף ללא מאה רבנים.

ג. מסרבת לדין תורה

בנדו"ד יש להוסיף טעם נוסף להתיר לו חרד"ג, מאחר שהוזמנה לדין תורה בפנינו, והיא מסרבת להופיע בפנינו ואף אינה מגיבה לכתבי בית דין, ואין לה עו"ד, ורק במאמצי ביה"ד הפעלנו את הדיין הרה"ג בצלאל לוי שליט"א, ואף הוא דיבר רק עם אביה. וברור שהיא קבלה את כתבי ביה"ד, וכיון שמקום מגוריהם היה בארץ, הרי שהחובה עליה לדון באר"י, שהרי ע"פ תקנות הדיון מקום המגורים המשותף האחרון הוא הקובע, שלא יהיה כ"א מרחיק נדוד ומבקש שיתבעוהו במקומו. אמנם מצד חיוב האשה לילך אחר ביה"ד של הבעל, הפוסקים כתבו שאם מתדיינים על הגרושין, אין מקום לחייב את האשה לילך אחר הבעל (עיין בזה מחלוקת הפוסקים בפת"ש חו"מ יד, ד, אמרי יושר לגר"מ אריק, ח"א סי' לח, אגרות משה לגר"מ פיינשטיין, חו"מ ח"א סי' ה, וישכיל עבדי לגר"ע הדאיה, ח"ה חו"מ סי' ח, ואכמ"ל). וכיון שהיא לא התיחסה כלל לכתב התביעה, שנשלח לבית אביה, (עיין באמרי יושר הנ"ל), וכנראה ידעו מהתביעה גם ע"י ב"כ הקודמת, שיצגה אותה בהליך בביהמ"ש לע"מ, הרי היא בכלל מסרבת לדון בדין תורה, ויש להתיר לבעל חרד"ג.

בספר יהושע (לגר"ה באב"ד, סי' צח) כתב, דאשה המסרבת לציית לדין תורה, ואין בידינו כח לכפותה באמצעי כפיה לבוא לדין תורה; "פשיטא ופשיטא דהוי עוברת על דת יהודית, ואם אינה רוצית לשמוע שום דברי ב"ד כשרים, כי אם עומדת על דעתה ולא תזוז לשמוע דברי כשרים, רק כפי מה שעולה בשכלה כן תעשה, אין לך אשה רעה בדעותיה שמצוה לגרשה". ומבואר דעצם הסרוב לבוא לדין תורה הוא בבחינת עוברת על דת יהודית, והיא גופה סיבה להתיר לו לשאת אשה שניה, דדינה כעוברת על דת, ויש להתיר לו חרם דר"ג.

ובהסתמך על התש' הנ"ל, התיר מהרש"ם (ח"ה סי' מח) לשאת אשה שניה, וז"ל: "וגם מחמת שהאשה מסרבת מלציית ד"ת באם שהזמין רו"מ גם את האשה והתרה בה והיא מסרבת, י"ל דמותר לגרשה בעל כרחה, וכמ"ש בשו"ת ספר יהושע סו"ס צח, דהוי' עכ"פ רעה בדיעותיה ומצוה לגרשה. וכן השבתי בשנה דאשתקד

לק"ק ביטשאטש. ומהגם די"ל דכיון דמסרכת, יש עליה עונש נח"ש (נידוי, חרם, שמתא), דאף שבעוה"ר אין יד ב"ד תקיפה לפרסם מגזירת המלך כנודע, אבל מ"מ דת תוה"ק בתוה"ק בתקפו וכרוך על ראש המסרב, ובעון זה בנים מתים כדין נודרת ואינה מקיימת, וא"כ יוכל לגרשה בע"כ ויוצאת בלא כתובה". הרי שהסרוב לבוא לדון בד"ת היא גופה טעם וסיבה להיתר חרד"ג, או מטעם של רעה בדעותיה, או שבעוון סרבנות היא בחרם ונידוי, ובנים מתים וכו'.

גם בתש' אבני צדק (לגרי"י טייטלבוים, אב"ד סיגעט, חאהע"ז סי' מ) כתב, שאם מסרכת לעמוד לדין תורה, יש להתיר גם מטעם עוברת על דת: "ובשגם גיסי הגאון אבד"ק זלאטשוב נ"י, העד העיד בנו שחותנו הגאון החו"ד ז"ל עשה מעשה כך באשה שסירבה לעמוד עם בעלה לדין תורה, תיכף התיר לו לעשות כרצונו. וכן כתב לי ש"ב הרה"ג מסקאליט, כי הרב הגאון בעל החו"ד, והרה"ג מוהרא"ל אבד"ק סטאניסלאוו ז"ל, ומו"ח הרה"ג ז"ל מטאלטשווא נתועדו יחדיו לדין באשה שמסרכת לעמוד לדין תורה, והתירו לבעל. ואחריהם עוד מגדולי הדור". וצירף טעם זה לטעמים נוספים, ובהם שרואים אנו שאין האשה רוצה לדור עם הבעל אלא רק לעגנו, ובזה היא גם מעגנת את עצמה, הגט אינו חוב לה אלא זכות.

וכן נמצא לגר"מ תאומים בתש' אוריין תליתאי (סי' קמד) לצרף לסניף את מש"כ בספר יהושע, שאם מסרכת לדין תורה הרי היא כעוברת על דת, ואין עליו חרם דר"ג. ואף שהביא מי שהקשה על ספר יהושע, דאינה נקראת עוברת על דת אלא בדברים שיש בזה מכשול לבעל, או בעוברת על נדר ושבועה, שבעוון זה בנים מתים, משא"כ ברעה בדעותיה. והביא מהדברי חיים שדינה כעוברת על דת לענין חרם דר"ג, דבזה לא תיקן ר"ג, וגם כשעוברת בזה על ציווי ב"ד, מונעת מהבעל אפשרות של קיום מצות פו"ר, ובזה הוי גם דברים שמכשילתו.

ומה שהביא מהדברי חיים, הוא בחאהע"ז סי' נא, וז"ל: "והנה אם לא תקבל דברי הבית דין, הרי היא עוברת על דת דמותר לגרשה, דעל עוברת על דת לא תיקן הרבינו גרשום מאור הגולה, כמבואר בכל הפוסקים (עי' אהע"ז קטו, ד בהגה). והנה לפי דברי מהר"ם מפאדווה ז"ל בתשובה משמע בהדיא דבכל איסור שעוברת, מותר לגרשה בעל כרחא יעו"ש בסי' יד. אך אפילו לפי דמבואר בבית שמואל (קטו, ח) ובחלקת מחוקק (קטו, ח) דדוקא בעי עוברת על דת מה דנוגע לבעל כגון מאכילתו שאינו מעושר, מ"מ גם זה הוא מה שעוברת על צווי הבית דין נוגע לבעל, דהא על ידי זה לא יוכל לקיים מצות פריה ורביה כיון דאגיד בה, אם כן נמצאת עוברת על דת". מבואר בדברי חיים דבעצם סרובה לעמוד לדין תורה, יש לה דין של עוברת על דת, שמונעת ממנו לקיים מצות פו"ר, והיא גופה סיבה להתיר לו לשאת אחרת.

ובתש' חבצלת השרון (חאהע"ז סי' ו) כתב לסמוך על דעת הפוסקים דבמסרבת לדין תורה, יש להתיר לבעל לשאת אשה אחרת, אך לא מטעם עוברת על דת, אלא כיון שסירבה לעמוד לדין תורה אחרי כמה פעמים שהתרו בה, שוב אין חיוב על הבי"ד להזקק לה, וכיון שהוא אומר שהיא מאוסה עליו, ונותן אמתלאות טובות לדבריו, אף שהבי"ד לא היו מאמינים לו וחוששים שמא עיניו נתן באחרת, מ"מ עתה שסירבה לדין תורה, אין בי"ד נזקקין לה, והוא לפי דבריו אינו עושה איסור. וכיון דכל תקנת ר"ג הוא משום קטטה, ולדבריו הראשונה מאוסה בעיניו ולא ידור עמה, לא יעבור על החרם, ולכן נאמן, עיי"ש.

ובתש' חת"ס (חאהע"ז ח"ב סי' קסז) נראה שאינו טעם בפני עצמו להחשיבה עוברת על דת, אלא כיון שהיא מורדת בבעלה, וסרבה לעמוד לדין תורה יותר מי"ב חודש, יש להתיר לו לשאת אשה אחרת, והיינו מטעם היותה מורדת ומעגנת את בעלה, ולא הזכיר שהוא עוברת על דת, וז"ל: "שהאשה מ' הינדא, אשת מה' משה פיזינגר, מורדת על בעלה ומעגנת אותו, והבעל נתרצה לכל אשר יורו המורים, הן לדור עמה בכפיפה אחת, הן לפוטרה בג"פ כדמו", ואך היא עומדת בסרבנותה, ולפי מכתב הרבנים נ"י נמשך זמן הסירוב יותר מי"ב חודש הרבה ... ובכל ההתראות היא עומדת בסירובה מבלי לעמוד כלל עם בעלה לפני דייני ישראל. הנה לכאורה כיון ששהתה בסרבנותה יותר הרבה מי"ב חודש, פשוט הוא שיכולים להתיר לו לישא אשה על אשתו ע"פ ק רבנים כנהוג, וישליש לה גט בתחלה ... אבל כשהיא אינו רוצה לקבלה, וכבר שהינו י"ב חודש, ג"כ פשוט שאין לענגו לעולם אלא או יגרש בע"כ או נתיר לו חרד"ג ... והנה לפי ששמעתי מפי מה' ישראל טעם מרידתה מפני שהוחזקה כבר ב פעמים שמשתגעת בלידה וחוששת שתילד ותלקה בשגעון עולם, ע"כ מורדת היא מתשמיש ותשב על בלתה היות לה אורח כנשים ואז תחזור לבעלה, והוא והיא רכים בשנים, וא"כ אין לה צער בעיגון שלה, ושפיר שייך יאכל הלה וחדי והוא יצטער ויהי מעוגן על ידה, וכזה לא תיקן הגאון ז"ל". ולא דן החת"ס להתיר מצד עוברת על דת, במה שמסרבת לבוא לדין תורה, אלא מטעמים של מורדת ומצערת לבעל, וכמבואר בגוף התשובה, וא"כ משמע שאין בטעם סרבנותה לבוא לדין תורה, סיבה עצמאית להתיר לו חרד"ג, מטעם עוברת על דת או טעם אחר, וכמש"כ בספר יהושע. ועיין גם במהר"מ שיק (חאהע"ז סי' קטו) שדן שם באשה שקבלה גט ונמצא בו ספק פסול, ומסרבת לבוא לקבל גט נוסף, ולא הזכיר להתיר מדין סרבנות ומדין עוברת על דת, ודן שם בצדדים אחרים, עיי"ש.

ובתש' פרי השדה (לגרא"ח דייטש, ח"ג סי' כ) כתב עמש"כ בספר יהושע, דאף אם רעה היא בדעותיה ומצוה לגרשה כשמסרבת לעמוד בדין תורה, עדיין לא מבואר דרשאי לגרשה בעל כרחה. ובפרט שיש הרבה אנשים, ונעשה להם כהיתר,

שמשמטין עצמם מלבוא לדין תורה, וקשה לומר שיהיה זה בכלל רעה בדעותיה. והיינו שאינה מזידה שתחשב כרעה בדעותיה, שכן רואה הרבה שעושים כך. ועל דבריו סמך הגר"ש טייכטל זצ"ל הי"ד, בתש' משנה שכיר (חאהע"ז סי' עד) שאין בטעם זה לחוד להתיר חרם דר"ג, ורק אם רוצה לעגנו ולצערנו, יש להתיר, משא"כ ברוצה להמשיך ולדור עימו, אין בעצם הסרוב בלבד טעם להתיר, עיי"ש.

ולפ"ז בנדו"ד שמסרבת לבוא לדין תורה וגם מסרבת לדור עימו, והיא ברוחה מזה שש שנים, ומקומה כיום לא ידוע, ואינה מתיחסת לכתבי ביה"ד, כאשר ע"פ דין וע"פ ההלכה היא חייבת לדון בביה"ד בת"א, הרי שיש להתיר לבעל לשאת אשה שניה.

לאור האמור לעיל ביה"ד סבור שיש מקום להתיר לבעל חרד"ג, לאחר חתימת ק' רבנים והשלשת גט. אמנם כבר הבענו דעתינו, שראוי לו לבעל להגיע להסכמות סבירות, תוך הבנה שהבן בסופו של דבר יגדל אצל האם, ולאפשר לאם חיים שקטים. אך יחד עם זאת למצוא דרך להסדרי ראייה שיהיה ניתן לאכפם. לצערינו נראה כעת שהדבר חסר סיכוי.

בהתאם לתקנה קעד (1-3) לתקנות הדיון, ביה"ד מעביר את פסק הדין לכבוד נשיא ביה"ד הרבני הגדול הגר"ד לאו שליט"א. דעתינו, לאור הנימוקים דלעיל, שיש צורך בהיתר ק' רבנים, להשליש גט, אך אין צורך להשליש כתובה.

יומיים לאחר מתן פסה"ד ע"י ביה"ד, התקבל אשור של נשיא ביה"ד הגדול, וז"ל: "בפני החלטת בית הדין האזורי בתל אביב יפו ... למתן היתר אשה שניה למבקש. פרטי המקרה מפורטים בהחלטה, כאשר אשתו של המבקש ברוחה ממנו בשעה שהיה פצוע קשה, ילדה את בנם, עברה לחו"ל וסירבה לחזור ארצה. מלבד היותה מורדת ומסרבת לדין ולקבלת גט לפי הוראת בית הדין, הרי היא גם במצב של בורחת שמקומה אינו ידוע, עקב פסק דין בצרפת שעליה להשיב את הילד לאביו.

בית הדין החליט שיש להתיר במקרה זה את חרד"ג לאחר השלשת גט וחתימת ק' רבנים, תוך כדי פניה נוספת לאשה הראשונה, למנות בא כוח ולקבל גט מבעלה. החלטה זו טעונה אישור עקרוני של נשיא בית הדין הגדול. לאחר העיון בנימוקי בית הדין הריני מחליט לאשר באופן עקרוני את פסק הדין. בהתאם לתקנות הדיון [תקנה קעד 2] תעביר מזכירות הרבנות הראשית לישראל את ההיתר למאה רבנים לשם חתימה, ולאחר מכן יוחזר ההיתר לבית הדין האזורי, לביצוע התנאי או התנאים שבהיתר".

בטרם ניתן ההיתר נישואין בפועל, פנה ביה"ד לרה"ג בצלאל לוי שליט"א, דיין בביה"ד פאריש, ובהשתדלותו הסכימה האשה לקבל ג"פ כדמו"י. בין הצדדים סודר ג"פ באמצעות שליח, ובכך אף האשה הותרה להנשא לעלמא.

סימן לו

אשה שמחלה על כתובתה מתוך כעס

ראשי פרקים

א. לשון ברורה

ב. לך מעימדי

בני זוג התדיינו בפנינו, ולאחר דיון הסכימו להתגרש, וכן הגיעו להסכם בעניני הממון. כששאלתי את האשה אם היא מותרת על הכתובה בכפוף לסדור הגט, ענתה בכעס ובצעקות: "אני לא רוצה ממנו כלום. כלום! לא רוצה לראות אותו יותר. מה שקבלתי בהסכם, זה שלי. אם הוא לא רוצה לתת כתובה, שלא יתן אני מותרת לו". והוסיפה עוד כל מיני דברים ומשפטי כעס כלפי הבעל. מבלי להכנס לעצם השאלה אם האשה בנדו"ד היתה זכאית לכתובה (האשה תבעה גרושין, וכדי לחייב בכתובה היה צורך לקיים דיון להוכיח טענותיה, שאף בהן לא ברור אם בכה"ג מחייבים בגט, עיין מה שכתבתי בח"ז סי' ה), וכן במסגרת ההסכם קבלה רכוש רב בהתאם לחוק שאינו ע"פ ההלכה, לכאורה מעבר לסכום תוספת הכתובה. אך השאלה בנדו"ד אם אפשר לומר שע"פ דין יש כאן מחילה על הכתובה, או שאין במחילה מתוך כעס משום מחילה, ויש לדון שאין לחייב את הבעל בכתובה וכמש"כ לעיל, אבל מוחלת כתובתה אין כאן.

א. לשון ברורה

הרמב"ם בהל' אישות יז,ט, כתב וז"ל: "... אבל המוחלת כתובתה לבעלה איבדה כל תנאי כתובתה ואפילו מזונות אין לה עליו, ומוחלת כתובתה אינה צריכה קנין ולא עדים, כשאר המוחלים שאינן צריכין לא עדים ולא קנין אלא בדברים בלבד, והוא שיהיו דברים שהדעת סומכת עליהן, ולא יהיו דברי שחוק והתול או דברי תימה אלא בדעת נכונה". בבאור ומקור דברי הרמב"ם, שיהיו הדברים שהדעת סומכת עליהם, הפנה הכס"מ לגמ' ב"ק צג,א. על הא דתנן במשנה (צב,א): האומר סמא את עיני קטע את ידי שבר את רגלי – חייב, ע"מ לפטור – חייב. קרע את כסותי שבר את כדי – חייב. ע"מ לפטור – פטור. ובגמ' (צג,א), מדוע בע"מ לפטור נזקי גוף חייב, ובע"מ לפטור נזקי ממון פטור. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא. ומספר תרוצים נשנו שם, ואחד מהם; רבי יוחנן אמר, יש הן שהוא כלאו ויש לאו שהוא כהן. תניא נמי הכי, הכני פצעני, על מנת לפטור ואמר לו הן, הרי יש הן שהוא כלאו. קרע את

כסותי על מנת לפטור ואמר לו לאו, הרי לאו שהוא כהן. ועיין שם ברש"י, שהתשובה שעונה הוא בלשון שאלה, עונה לו הן או לאו בלשון שאלה, וממילא לשון השאלה הופך את ההן ללאו ואת הלאו להן. ובתוס' שם (ורבי יוחנן) שאף באומר בניחותא, מסתמא בתמיה קאמר. ועיין בשטמ"ק שהביא מהר"מ מסרקסטה, דהכל לפי הענין, אם הוא מדברים שאין דרך למחול עליהם, ותמיהתו מתפרשת על זו הדרך, והכל לפי איך שהדבר נשמע, אם נשמע ההן כמי שרוצה לומר לו לא, רק אומר לו בדרך הן בתמיה, והכל לפי הענין: "ודבר זה עיקר, אם נראה מתמיהתו שאין דעתו למחול, וכן הוא לשון בני אדם בדברים כאלה לומר לאו במין אחת ממיני התמיהות, כמו שרוצה לומר מי הוא זה שיוכל לחייבך בתשלומין, ואם אמר לו לאו בענין תמיה אחרת שדרך העולם להתמיה ולומר לאו, ורצה לומר לא חלילה לי מלתבעך, בזה יש לפטרו אפילו על נזקי הגוף".

ובגמ' סנהדרין סא, א-ב נחלקו ר"מ ור"י במי שמסית לעבוד את עצמו כעבודה זרה, ואמרו לו אנשים אין, דר"מ מחייב, דס"ל דאף מסית לעבוד את עצמו אנשים שומעים לו ומוכנים לעבדו, ור"י סובר שאנשים אינם משומעים לו: מאי שנא איהו מינן דידן, ואין דקאמרי אחוכי עליה. שאינו שונה מהם, ומה שאומרים לו כן, לצחוק אומרים לו. ובערל"נ שם כתב דלכאורה נחלקו אם אומרים הן שהוא כלאו או הן שהוא הן. והסביר שאין זו מחלוקתם, אלא אם ההן שאמרו, שעשו ממנו צחוק אם לאו, ותלוי איך מתיחסים לאדם שעושה מעצמו עבודה זרה. כלומר שצריך בכל דבר שתהיה הלשון ברורה שאכן מתכוין באמירת כן, שרוצה ומסכים, או באמירה זו משיב בהיתול וצחוק. והכל לפי הענין, איך העולם מתיחס לעצם השאלה והרצון של אדם שיעשו ממנו עבודה זרה, אם ההתיחסות רצינית מעיקרא, או התיחסות מזלזלת, ובהתאם לזה יש לפרש את התשובה.

לפ"ז יש לחלק בין מי שאומר מעצמו דרך כעס שהוא מוחל על חוב, לבין אם ב"ד שואלים אותו והוא משיב בכעס שמוחל עלן חוב. כאשר אומר מעצמו דרך כעס, הדבר לא בא כתשובה, ויש לדון במחילה מתוך כעס בפני עצמה, האם הוי מחילה או לא, וכפי שיתבאר להלן. אולם כאשר התשובה באה לשאלת ביה"ד, הכעס הוא דרך ביטוי, אך אין לומר שיש כאן חוסר רצינות וגמירות דעת, כשהיא באה כתשובה לשאלת ביה"ד, דכאשר ביה"ד שואל את השאלה, המשיב, גם דרך כעס, מבין את המשמעות מבחינת האמירה ותוצאותיה, כיון שלא הוא זה שיזם את הדברים אלא הם נאמרו כתשובה לשאלת ביה"ד, וככל שהמשיב מתיחס ברצינות לשאלה, הרי שתשובתו, גם אם נאמרה דרך כעס, אין בה כדי לשלול את תוצאות התשובה, ואיש לפי דרכו וסגנונו.

והנה הרמב"ם בהל' מכירה (ה,יב-יג), כתב וז"ל: "נהגו רוב המקומות להקנות למקצת אלו הדברים או כיוצא באלו, ואומרים וקנינו מפלוני שעשה פלוני שליח, או שמחל לפלוני חוב שיש לו אצלו, או שבטל המודעה שמסר על גט זה וכיוצא באלו, אף על פי שאינו צריך. קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום, אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו ואחר כך אמר, לפיכך אם אמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי לעשות דבר זה אין צריך דבר אחר כלל". ומבואר לכאורה הרמב"ם שהקנין בא לאפוקי מטענת משטה. וכן מבואר מדברי הרדב"ז בתש' (ח"ו סי' שני אלפים פז). ולכאורה יש להבין אם אומר דרך כעס, לכאורה איך מהני המחילה, אא"כ קבלו ביה"ד בקנין (ואולי כן ראוי לעשות כשאומרת דרך כעס).

ובזה י"ל דכיון שהבעל תפוס בממון הכתובה, אין האשה יכולה לטעון משטה, וממילא גם אם לא היתה ההודאה באופן שאינה יכולה לטעון טענה השטאה או השבעה, מהני המחילה, כמש"כ בעה"ת (שער מב, א, ב): "ומסתברא דכל היכא דהודה בלא אתם עדי שפסקנו שיכול לטעון משטה אני בכך, אם יש לו מחברו תחת ידו בשעת הודאתו, אף על גב דאיכא עדים וראה, מהניא ליה תפיסתו, שחזקת הדבר שהוא תחת ידו משויא ליה להודאתו הודאה גמורה, ולא מצי למטען השטאה, כדאמרינן בטענו חטים והודה לו בשעורים שהוא פטור, ואם תפס משלו אפילו בעדים וראה משוינן ליה הודאה וזוכה במה שתפס, וצריכה התפיסה להיות קודם ההודאה". (ועיין בגדול"ת שם מה שהקשה לדמיון מטענו חטים). וכן פסק בטור ובשו"ע חו"מ פא, ד. ומזה יוצא לדינא שאם הבעל מוחזק בכתובה, שאין האשה יכולה לטעון טענת השטאה וכו'. ועיי"ש בטור שהתפיסה להודאתו הודאה גמורה. דכיון שיודע שממונו ביד שכנגדו, לא היה לו להודות. ולפ"ז גם במחילה, כל עוד תפוס החייב בממון, לא היה לו למחול. ועיין עוד להלן

עוד נראה דכיון שמחלה בפני בית דין, ואפי' בדיין יחיד, שוב אינה יכולה לטעון טענת השטאה והשבעה. דז"ל בעה"ת (שער מב, א, ב): "ובתשובה לקמאי, הודאה בפני ב"ד איכא מרביותא דפסקי דאפילו הודה מעצמו, ואין צ"ל אם תבעו בפניהם והודה, אינו יכול לחזור אלא תוך כדי דיבור. והני מילי בפני שלשה, אבל ביחיד אפילו היה מומחה אין הודאתו בפניו מחייבו". וכן פסק בשו"ע חו"מ פא, כב. ואמנם דעת בעה"ת כדעת הרמב"ם דלא מהני הודאה בפני יחיד ואפי' מומחה, אולם כבר העירו הנו"כ, וכן כתב הטור בשם הרא"ש, דהודאה מהני אף בפני יחיד. ונראה לכאורה, דכיון שיושב דיין יחיד המאשר הסכמים, ודבריו ודברי הצדדים נרשמים בפרוטוקול, ויש לזה תוקף של מעשה בית דין בהתאם לנהוג והמקובל, וכ"א יודע שהוא כעת עומד בפני ב"ד, ודאי לא היתה למוחלת הכתובה טענה שהמחילה לא

היתה גמורה והתכוונה רק בכעס, וכמשטה ומהתל, דכיון שעומדת בפני ב"ד המוסמך לכך, אינה יכולה לטעון כן, ומחילתה מחילה. ואף למה שהקשה הש"ך פא,נו, דבהודה מעצמו בב"ד לא הוי הודאתו הודאה, ויכול לחזור בו אחר כדי דבור, מ"מ אף לשיטתו יכול רק לומר טעיתי, אך אינו יכול לטעון משטה, עיי"ש.

ומהרי"ט בתש' (חחו"מ סי' קיח) למד מדברי הרמב"ם הנ"ל, דכל שאמר בדרך של כעס ומריבה, ולא בישוב הדעת, אין מחילתו מחילה: "משמע בהדיא שכל מקום שיש לחוש שלא מחפץ לבו מחל ולא גמר בלבו, צריך שיקנו מידו או עד שיאמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי, אבל זה שאמר מתוך מריבה והקפדה, הדבר מוכרח דלא גמר ומחיל, שזו דרכן של בני אדם מתוך הכעס אומר אדם לחבירו או לשפחתו לכו מעלי הרי אתם לעצמכם, וכן כשהוא בא בהקפדה עם בע"ח אומר לו מה אתה מקפידני מחול לך שרוי לך דין ודברים אין לי עמך, וכי מפני זה נשתחרר עבדיו או הופקעו שטרי חובותיו, בכל מידי בעינן שיגמור בלבו מתוך נחת וישוב הדעת". וכן כתב הגינת ורדים (תש' דרכי נועם חחו"מ סי' ג). הרי שכל שלא אמר דרך נחת אלא מכעס ומריבה, אין מחילתו מחילה, והוא הדין לכאורה לנדר". ועיין במהרש"ם (ח"ה סי' כב) דנראה שהסכים לדרכי נועם: "דאם יש הוכחה שמחל מתוך כעס וכדומה, לא הוי מחילה. והוא האריך להוכיח דבכל מחילה בסתם בעינן שיהיה הוכחה שהיה ברצון הטוב, וכל זמן שאין לנו הוכחה, תלינן דהיה באונס ולא הוי מחילה יעו"ש, וא"כ לפי דבריו בנ"ד בודאי לא הוי מחילה".

והגרע"א (בתש' החדשות, חחו"מ סי' ה) כתב דמחילה מתוך כעס הוי מחילה, דכל שאמר לו מחול לך מתוך כעס מהני, ורק בלשון של לך מעמדי, שאינו לשון מחילה, בזה אם אמר מתוך כעס, לא הוי מחילה, דלא מצאנו קנינים וכד' שיתבטלו מחמת שנעשו מתוך כעס, דאין עשייה מתוך כעס כעשייה בטעות: "ומה שטוען דהיה מתוך כעס, אין בזה ממש, דלא מצינו דקנין או מחילה בכעס יהא נקרא מחילה או קנין בטעות, ולכל הדברים הוי כפקח לכל דבריו, ואף שהרמ"א בחוה"מ סוף סימן שלג כתב ויש אומרים שאם אמר לו דרך כעס שאינו פטור, ומקורו מדברי רבינו ירוחם, נ"ל דקאי דוקא אשלמעלה, דבאם אמר לפועל לך מעמדי, פטור בלא מחילה, ועל זה אמר דאם אמר לו דרך כעס, ר"ל הך לישנא דלך מעמדי א"ל בדרך כעס, אינו פטור, דאז לא הוי לישנא דמחילה, אלא כדוחפו לחוץ לך מעמדי ולא אראה פניך, אבל במחול לו ממש אף בדרך כעס מהני. וקצת נוטה לזה לישנא דהלבוש, ואין אתי ספר הרבינו ירוחם לעיין בו, אולם לענ"ד מדלא נזכר הך דינא רק בסוף סימן שלג הנ"ל, נראה לי ברור דמיירי דוקא בלישנא דלך מעמדי, מה שאין כן במחילה ממש". מבואר דכל שאמר לשון ברורה, אף אם נאמרה דרך כעס, הרי זו מחילה גמורה, ורק כשאומר לך מעימדי, דאינו לשון ברורה שמוחל שעבודו, ורק

אנו מפרשים כן, וכל שאומר דרך כעס אין לפרש כן שמוחל שעבודו של הפועל, אבל בלשון ברורה שאינה זקוקה לפרשנות, גם אם אומר את דבריו דרך כעס, מחילה מחילה. ומבואר שנחלק הגרע"א עם מהרי"ט והגינת ורדים.

ובגמ' ב"ב קסב, מבואר דתקנו גט מקושר לכהנים, שהיו כעסנים ומגרשים נשותיהם, ולכן תיקנו גט מקושר, דאדהכי והכי מיתבא דעתייהו. ומוכח מזה שאף אם גרשו מתוך כעס מהני. כן הוכיח התו"ח בב"ב שם, והקשה על הרבינו ירוחם (ראה להלן, נתיב כט חלק ד), דמגט מקושר מוכח דקנין או מתנה ומחילה שאדם עושה על ידי כעס מועיל. ובאמרי בינה (דיינים כה) כתב דיש לחלק בין אמירה מתוך כעס למעשה מתוך כעס. אם מדובר במעשה מתוך כעס, כמו קנין או גרושין, המעשה לא מתבטל מחמת שעשה מתוך כעס, אולם באמירה לחוד כמו מחילה, או שאומר לפועל לך מעמדי, לא הוי מחילה מתוך כעס. והביא מדעת מהרי"ט ועוד. הרי דלא ס"ל כרע"א הנ"ל. וכן כתב הגר"י מסלוצק בתש' (סי' עא) לענין מחילה בשידוכין, שצריכה להיות מחילה גמורה לא דרך פטומי בעלמא. ונראה דהוא הדין דרך כעס. הרי דדעת רוב האחרונים דמחילה מתוך כעס לא מהני. ורק י"ל דמה שנאמר לפני ב"ד, אין לאדם טענה לטעון אח"כ שלא התכוין למחילה גמורה, וכמש"כ לעיל.

ב. לך מעימדי

הוזכרו לעיל דברי רבינו ירוחם (ועוד ראשונים) באחד שאמר למלמד לך מעמדי, שיכול בעה"ב לחזור בו, כיון שאינו יכול למחול שעבוד הנער. וברבינו ירוחם הוסיף, דכל זה במלמד, אבל בשאר פועל, אם אמר לו בפני שנים לך מעמדי, פטור בלא מחילה. ויש אומרים שאינו פטור אם אמר לו דרך כעס. וכן מובא ברבינו ירוחם (נכ"ט ח"ג). ושמ' (בנכ"ט ח"ד) הוסיף רבינו ירוחם: "אם אמר לפועל או לשכיר בפני בית דין או בפני שנים – לך, פטור בלא מחילה אחרת. ויש מי שאומר, כי אם אמר ליה כך בכעס שאינו פטור. בקדושין". דלענין שטר שחרור בעבד, הקשתה הגמ' בקדושין טז, א שטר למה לי, לימא ליה באפי תרי זיל. א"נ באפי בי דינא זיל. ותירצה הגמ', אמר רבא זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול. ומשמע דפועל שאינו כעבד, מספיק אם אומר לו זיל (ואין צריך שיאמר לו דוקא בפני שנים, דכוונת הגמ' שאומר לו הלשון הכתובה בשטר, עיין בתוס' שם ד"ה לימא. וכן הוא בש"ך חו"מ שלג, מח, שמועיל אפי' אמר לו דרך מחילה בינו לבינו, דלא איברי סהדי אלא לשיקרא). ועיי"ש בנו"כ דכל דין לך מעימדי הוא אם נאמר שאין גופו של פועל קנוי לבעה"ב.

דהנה בתש' מהר"מ מרוטנבורג (ח"ד, דפוס פראג, סי' עז) נשאל באב ששכר מלמד לבנו, ואחר זמן תוך זמן השכירות, אמר לו דרך כעס "לך מעמדי", ואח"כ חזר

בו אבי הבן ורוצה שהמלמד ימשיך ללמד את בנו, והמלמד מסרב בטענה שכבר מחל שעבודו, והשיב מהר"מ שעל המלמד להמשיך ללמד, ולא נפסקה השכירות במה שאמר לו לך מעמדי, וז"ל:

"נראה דלא נמחל שיעבודו באמירה בעלמא, וראיה מפ"ק דקדושין (טז,א) גבי עבד עברי [דפריך] ולימא ליה באפי תרי זיל, ומשני עבד עברי גופו קנוי לו, אלמא דלא [זכי] לנפשיה באמירה בעלמא. הוא הדין בנדון זה דמדמינן פועל לעבד עברי בפ"ק דב"מ (י,א). ועוד, כיון שהשכירו לבן, הרי כבר נשתעבד לבן ללמוד, ולא כל כמיניה דאב למחול שעבודיה דבן, דזכיין לקטן ואין חבין לו. וראיה מתוספתא דכתובות פ' מי שהי' נשוי, כתב [לזון] את בת אשתו [ושברה לו], לא כל הימנו שזכיין לקטן ואין חבין. כל שכן לדברי רבינו יואל ורבינו אבי"ה שפסקו שמלמד לא חשיב כפועל דבחצי היום חוזר, אלא כעבד חשוב ולא כל הימנו לחזור בו."

מבואר במהר"מ שני טעמים שחייב המלמד להמשיך וללמד. כיון שגופו קנוי, לא מהני מחילה במקום שגופו קנוי וצריך לחזור ולקנות הגוף מבעה"ב, וכל עוד לא הסתיימה השכירות, לא מהני מחילה, אא"כ חוזר בו הפועל, דזה דין מיוחד דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, שבחזרתו הוא קונה עצמו מבעה"ב, אבל מחילת בעה"ב לא מהני. וטעם נוסף, שאין האב יכול למחול שעבוד הבן. ומש"כ מהר"מ דכל שכן לרבינו יואל וראבי"ה דמלמד אינו חוזר בו (עיי' מה שכתבתי בח"ז סי' ל), היינו דלא מיבעיא אם דין המלמד ככל פועל ויכול לחזור בו, י"ל דמחילת האב לא מהני מהטעמים הנ"ל, דצריך לקנות את עצמו מבעה"ב, ואינו יכול למחול האב שעבוד הבן, אלא אפי' לסוברים דגם מלמד דינו כפועל החוזר בו בחצי היום, הוא דין מיוחד שע"י חזרתו הרי הוא כקונה עצמו, אבל ללא חזרת הפועל, אין מחילת בעה"ב מחילה. ומה שמלמד אינו ככל פועל, י"ל כמש"כ הראשונים דדינו כדבר האבד. גם י"ל כמש"כ האחרונים דדינו כעושה חפצי שמים ועבד לה' בעבודתו (עיי' מש"כ בח"ז סי' ל, ושם נתבאר). ותש' מהר"מ הביאה גם הרשב"א בתש' ח"א סי' תתעג, והמרדכי ב"מ שמו, רבינו ירוחם במישרים כט,ג, והרמ"א בחו"מ שלג,ח.

ואם זה דין מיוחד במלמד או בכל פועל, לכאורה תלוי בב' הטעמים שהביא מהר"מ, דלטעם הראשון כיון שגופו קנוי, דין זה בכל פועל, דלא מהני מחילה בדבר הקנוי לאחר שימחול למוכר. ולטעם דלא יכול למחול שעבוד בנו, הוא דוקא במלמד או בכל דבר שזכה בו עבור קטן. ולכאורה אף לטעם זה אם שכן פועל עבור קטן, לא מהני מחילה שעבוד הקטן. וברמ"א שם בסוף סי' שלג הביא את הטעם השני, שאינו יכול למחול שעבוד הנער. והביא ב דעות אם בשאר פועל כשאמר לך מעמדי

אם מהני: "מיהו בשאר פועל, אם אמר לו בפני שנים לך מעמדי, פטור בלא מחילה. ויש אומרים אם אמר לו דרך כעס, שאינו פטור". ומבואר שלא בדרך כעס, לכ"ע פטור בשאר פועל. ומקור הדין מרבינו ירוחם במישרים כ"ט, ד: "אם אמר לפועל או לשכיר בפני בית דין או בפני שנים לך - פטור בלא מחילה אחרת. ויש מי שאומר, כי אם אמר ליה כך בכעס, שאינו פטור".

והקושיא הנ"ל, דלטעם קמא של מהר"מ אין חילוק בין פועל למלמד, הקשה בש"ך שלג, מז. וכתב הש"ך דהעיקר כטעם השני במהר"מ שאינו יכול למחול שעבוד הנער, דאף שפועל יש לו דין עבד עברי, היינו לקולא שיכול לחזור בו אבל לא שיהא גופו קנוי לו, ושכן משמע בתוס' קידושין י"ז, א (ד"ה חלה). וגם מהר"מ עשה טעם זה סניף לטעם שאין יכול למחול שעבוד הנער. ושכן דעת רבינו ירוחם, ושכן עיקר. וכן מבואר בדברי הגר"א שם שלג, מו על מש"כ הרמ"א דבשאר פועל מהני מחילה, דאין גופו של פועל קנוי לבעה"ב: "ופועל אין גופו קנוי לו, וכמ"ש תוס' שם (קדושין) י"ז, א בד"ה חלה, ודלא כמ"ש במרדכי בשם מהר"מ שם". וככל שאין מדובר במחילת שעבוד של קטן ואין חבין לקטן, מהני המחילה.

גם הרדב"ז בתש' (ח"א סי' שלג) הקשה על הטעם הראשון במהר"מ, דאם מדמה פועל לעבד עברי, ולא מהני מה שיאמר לו באפי תרי זיל, א"כ יצטרך הפועל גט שחרור, וזאת לא שמענו. ועוד, אם מדמים פועל לעבד עברי, איך יכול פועל לחזור בו בחצי היום: "אלא ודאי לאו לכולה מלתא מדמינן להו". עוד כתב הרדב"ז על הטעם השני שכתב מהר"מ שאינו יכול למחול שעבוד הקטן, דנחלקו בזה אם מלמד הוא דבר האבד. ועוד, אף אם הוא דבר האבד, יכול לחזור בו, רק יש תביעת ממון; "ואפי' בדבר דלא מצי למיהדר פועל כגון דבר האבד, אי מחל שעבודו הוא מחול, שהרי אם הפסידו אינו חייב לו אלא ממון והרי מחלו ... ואפי' במלמד מסתבר דאם מחל שעבודו הוא מחול. וגם הרב הנזכר נראה דלא סמך אלא על הטעם השני, וגם בטעם הזה יש לגמגם אלא שכבר הורה זקן. וכל זה לדעת האומרים דמלמד לא דמי לפועל, אבל לדברי האומרים דמי לפועל, מצי למיהדר אפילו בלא מחילה, וכיון שהוא מוחזק בעצמו מצי למימר קים לי כהנך רבוותא ולא כייפין ליה". ולפ"ז אף לטעם השני להלכה יכול המלמד המוחזק בעצמו לחזור בו ולומר קים לי שאינו דבר האבד, אבל ודאי דלא קיי"ל כטעם הראשון דגופו קנוי. וע"ע ש"ך שלג, מו ונתיבות שם ס"ק יח מש"כ בענין כתיבה אם מהני.

וכל הנ"ל תלוי אם לבעה"ב יש קנין בגוף הפועל שיעשה לו מלאכה, דאף שאין אדם יכול למכור עצמו אלא בתורת עבד עברי, היינו כשמוכר עצמו כעבד אינו יכול, אבל למכור עצמו שיהיה לבעה"ב קנין בו שיהיה חייב לעשות מלאכה אך לא בתורת

עבד, יכול להקנות. כן מצאנו בדברי הראב"ד שלוחין ושותפין דב, על דברי הרמב"ם דלא מהני קנין לשיתוף, וז"ל הראב"ד: "ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים, וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן". ועיי"ש בכס"מ ה"א דמה שחולק הרמב"ם על הראב"ד, דלא משתעבד גופו בהדיא, דאין שניהם משתעבדים זה לזה בפירוש והו"ל כמוכרים זה לזה דבר שלא בא לעולם, דלא קנו. ולפ"ז לכס"מ אם ישתעבדו להדיא, יועיל הקנין כבכל חפץ.

ועיין בקצוה"ח שלג, שדן בדברי הראב"ד והכס"מ דיכול לשעבד עצמו בקנין. ועיין באגרות משה חחו"מ ח"א סי' פא שיש ג שיטות בשכירות פועלים. תשובת מהר"מ שבמרדכי, הראב"ד והקצה"ח, דיש קנין בגוף הפועל כמו עבד עברי, וממילא אינו יכול לחזור ככל קונה חפץ. ולתוס' קידושין יז, א, וכן דעת הש"ך, דאינו קנין בגוף אלא קנין להתחייבות; "ואפשר לומר שעכ"פ הוא קנין התחייבות שיש לאחד על חברו, שבעה"ב יש לו זכות חיוב ותביעה על הפועלים שיעשו מלאכתו שהתנו, והפועלים יש להם זכות חיוב ותביעה על בעה"ב שיתן להם המלאכה שהתנו". ולדעת הירושלמי אליבא דרב, ושכן דעת הנתיבות, דזהו חיוב בעלמא שיש לכל אחד על עצמו, שהפועלים מחוייבין מצד עצמם לעשות המלאכה שהתנו, ובעה"ב מחוייב מצד עצמו ליתן להם המלאכה שהתנו. ועיין עוד מחנה אפרים עבדים א (ד"ה והשתא) דאף אם אינו משועבד אלא למעשה ידיו, לא מהני מחילה ולא נפקע שעבודו באמירה בעלמא, עיי"ש.

כל זה בלא אמר בדרך כעס, אולם בדרך כעס הובא לעיל מש"כ רבינו ירוחם בשם יש אומרים, דאם אמר בדרך כעס לא הוי מחילה. ולעיל הובא מה שהקשה בתו"ח על רבינו ירוחם מהגמ' ב"ב קסב, דתקנו גט מקושר לכהנים, שהיו כעסנים ומגרשים נשותיהם, ולכן תיקנו גט מקושר, דאדהכי והכי מיתבא דעתייהו. ומוכח מזה שאף אם גרשו מתוך כעס מהני. וקשה על הרבינו ירוחם, דמגט מקושר מוכח דקנין או מתנה ומחילה מהני אף שעושה מחמת כעס. ובאמרי בינה (דיינים כה) כתב דיש לחלק בין אמירה מתוך כעס למעשה מתוך כעס. אם מדובר במעשה מתוך כעס, כמו קנין או גרושין, המעשה לא מתבטל מחמת שעשה מתוך כעס, אולם באמירה לחוד כמו מחילה, או שאומר לפועל לך מעמד, לא הוי מחילה מתוך כעס. ולכן בגט שהוא מעשה, אינו מתבטל מחמת כעס, משא"כ במחילה באמירה כמו בלך מעמיד.

גם מתש' חת"ס (חחו"מ סי' קל) מבואר דמה שמוחל דרך כעס לא מהני, אא"כ מוחל בפני בי"ד ועדים, דדוקא במוחל בפני בי"ד ועדים מהני אפי' בדרך כעס: "ולא עוד אלא אפי' היו כל בני הקהלה באותו מעמד ואמרו לו כן ע"ד כעס אנו מוחלים לך, נמי לא היה מועיל לדעת ר' ירוחם בש"ע סוף סי' שלג. ואפי' לתורת חיים ר"פ

גט פשוט שהקשה ע"ז ממה דאמרי' התם הני קפדי ומגרשי נשיהו, דמשמע מה שאדם עשה בכעסו מהני, יע"ש, מלבד כי בקל יש לדחות קושייתו כמובן, מ"מ גם הוא לא אמר אלא בעושה מעשה בפני ב"ד ועדים כמוכח מלשונו למעיין שם, אבל הכא לא הי' שם ב"ד ועדים, כי כל הקהלה נוגעים הם, ולכ"ע פטומי מילי בעלמא נינהו". ומש"כ שיש לדחות התו"ח בקל, ראיתי לגאון מטשיבין (דובב מישרים ח"ב סי' לח) שכתב, דיש לחלק בין אם אמר מתוך כעס מי שאינו רגון בטבעו, לבין כהנים שהם בטבעם רגונים, וממילא כל מעשיהם אפשר ע"ד הרוגז והכעס, ולכן מהני מחילתם. וכדעת האמרי בינה והחת"ס נראה מהחקרי לב (חחו"מ ח"ב סי' כד עמ' ל) ברב שמרוב כעסו אמר שאם לא ינדו מי שהחציף נגדו, מתפטר מהרבנות, ואח"כ עשו לו התרה. ודן החק"ל מצד מחילה מחמת כעס, וכתב לחלק בין מחילה בדיבור, דלא מהני לפעמים, לבין מחילה ע"י מעשה, ושם נתן לקהל את שטר הרבנות שלו חזרה והוי מחילה מתוך כעס ע"י מעשה. כמו כן מחלק החק"ל אם כעס ומיד למחרת השניה הפיגה לו את הכעס, שבזה י"ל דלא הוי מחילה, אבל אם החזיק בכעסו חודש ימים כנודן שם, הוי מחילה אף שהיתה מתוך כעס, עיי"ש.

והנה הגאון מטשיבין (דובב מישרים ח"ב סי' לח) הביא כמה מקורות מהש"ס והראשונים בענין מעשה שעושה אדם מתוך כעס או צער. הגמ' בגיטין כו,ב דנה מדוע לא יכתוב בטופסי גיטין גם תורף, ונשנו כמה תירוצים; רב חסדא אמר אבימי משום תקנת עגונות. אמרי לה ר"מ ואמרי לה ר"א. אמרי לה ר"מ דאמר עדי חתימה כרתי, ובדין הוא דאפי' תורף נמי לכתוב, וזמנין דהוה ליה קטטה בהדה ורתח עלה וזריק ליה ניהלה, ומעגן ומותיב לה. ולכאורה איך יועיל הגט מתוך כעס וקטטה לרבינו ירוחם. וע"ז ביאר הדובב מישרים שזה הפירוש מעגן לה, דלכאורה אם היא מגורשת, אינה עגונה, אלא כיון שעושה זאת מתוך כעס, לא תהיה גרושה אלא עגונה. אמנם למש"כ לעיל מהאחרונים (האמ"ב והחת"ס) י"ל דכיון שעושה מעשה של גרושין ואינו רק אמירה מתוך כעס, מהני המעשה אף שנעשה מתוך כעס. [והדובב מישרים שלא תירץ כן, נראה דלא ניחא ליה בתירוצם].

עוד הביא מהגמ' נדרים מח,א. דתנן במשנה שם; רבי יהודה אומר אין אנשי גליל צריכין לכתוב, שכבר כתבו אבותיהן על ידיהן, ומבואר שם בגמ' דאנשי גליל היו קנטרנים, ובכעסם היו נודרים הנאה זה מזה, עמדו אבותיהם וכתבו חלקיהם לנשיא, שאם בניהם אחריהם ידרו הנאה זה מזה, לא יהיו אסורים ברחבה של עיר או בתיבה או בספרים, דממון נשיא הם. מבואר שנדר מתוך כעס הוי נדר. וכן כתב הרשב"א בתש' (ח"א סי' תרנו) שהקדש מתוך כעס הוי הקדש: "שאפי' הקדיש האב מתוך הכעס הקדשו הקדש. שאין הכעס נדון באונס גמור שלא יהא צריך שאלה אלא

שהוא פתח לנדרים". ולכאורה בזה הוי רק אמירה ללא מעשה, ובכל זאת מהני מתוך כעס וצער.

ונראה דלענין נדרי אנשי גליל י"ל כמש"כ הדובב מישרים לענין כהנים, דכיון שהכעס הוא בטבעם, אין זה נחשב מעשה מתוך כעס, דזהו טבעם להיות רגזנים וכעסנים, וא"כ נפסול כל מעשיהם. ובראיה שהביא מתש' הרשב"א, לכאורה י"ל דהמעין ברשב"א מיירי שהמקדיש עשה מעשה, שנתן התיבה לשני אנשים והקדיש בפניהם, עיי"ש. וא"כ אינה ראייה דלא כרבינו ירוחם דמחילה בכעס לא מהני. ובח"ג סי' לד (בסופו) הביא הדובב מישרים מחתנו הגרב"ש (וצ"ל), דבתש' הרשב"א גוף ההקדש לא היה מתוך כעס, רק מחמת שכעס על בניו, העביר אותם מנחלה והקדיש רכושו להקדש, משא"כ כשגוף המחילה היה בכעס, לא מהני; "ודבריו מסתברים". ולענ"ד לכאורה יש להבין החילוק בין אם כעס על בניו דמהני, דעדיין מעשה ההקדש מתוך כעס, דלולי כעס על בניו לא היה מקדיש, הרי שהמעשה מתוך כעס, ומה לי כעס על בניו או כעס על דבר אחר, וצ"ב.

עוד הביא ראייה לכאן ולכאן, אם מעשה מתוך צער הוי מעשה. איתא בסנהדרין מח,א-ב: תא שמע, היו אביו ואמו מזרקין בו כלים, מצוה על האחרים להצילן. ומוכח מזה שהזמנה לאו מילתא, שאם מילתא היא, אסור להצילן. ותרצה הגמ', התם מחמת מרריהו. ופירש רש"י, מתוך צערן הן עושין כן, ואין זו הזמנה. מבואר שהזמנה מתוך צער לא הוי הזמנה. ולאידך גיסא הביא מהרמב"ן עה"ת (ויקרא יב,ב) לענין קרבו יולדת: "ורבותינו אמרו (נדה לא,ב) בשעה שכורעת לילד קופצת ונשבעת לא אזקק עוד לבעלי. ועיקר הכונה בזה, כי בעבור שהיא נשבעת מתוך הצער, ואין השבועה ראויה להתקיים מפני היותה משועבדת לבעלה, רצתה התורה לכפר לה מעלות רוחה. ומחשבות השם יתברך עמוקות ורחמיו מרובים, שהוא רוצה להצדיק בריותיו". ומשמע שאם לא היתה משועבדת לבעלה, היתה מועילה השבועה מתוך צער.

ומה שמסיק הדובב מישרים שמחילה מתוך כעס לא מהני, היינו דוקא לענין משכון, אם הלואה אמר למלוה שדוחקו מתוך כעס - יהיה שלך, דלא מהני, כיון שנפסק בשו"ע חו"מ עב,כו, דמי שיש בידו משכון מחבירו, ודוחקו המלוה לפדותו, ואמר לו הלואה יהא המשכון שלך, דלא קני, דדחויי מדחי ליה. ואף שהש"ך (עב,קיד) נראה שחולק, עיין בתומים (עב,מא) שחלק על הש"ך. וכן כתב הדובב מישרים בח"ג סי' לד, דמחילה מתוך כעס לא מהני דוקא במשכון וכנ"ל. ושם דן ג"כ במחילה מחמת אונס, וכתב דלכאורה כיון שהוא מחלוקת אי מהני מחילה מתוך כעס, יש לדון כמו בכל ספק מחילה (בענין זה של ספק מחילה כתבתי באריכות בח"ז סי' ט, עיי"ש). ומסקנת דבריו דיש לחלק בין חוב ברור לבין חוב שיש להוציאו עוד באמצעות דו"ד,

ויש ספק מה יפסקו (עיינן מה שכתבתי שם בח"ז סי' ט אות ב), מהני המחילה: "וא"כ כל זה בחוב ברור בשטר, אבל בנדון דידן שהתביעות היו נאחזין עדיין בסבך הספיקות והיו דנין עליהן ואין החוב ברור, וממילא לא חשיב מוחזק והזוכה חשיב מוחזק, וכיון דאנן מספקא לן אי מהני המחילה שוב הזוכה יכול לומר קים לי. וע"כ לפ"ז שפיר י"ל דמהני מה שמחל אף שאמר זאת בשעת כעסו".

ולפ"ז גם בנדון הכתובה, כיון שאין זה חוב ברור, ויש לדון אם מגיעה לה כתובה, ואם כבר קבלה כספים מחמת החוק ולא בהתאם להלכה, כל אלה מציבים סימן שאלה על הכתובה, ובזה מהני מחילה מתוך כעס. כמו כן עיינן מה שכתבתי בח"י סי' ט אות ד לענין כתובה בחזקתה או שהאשה נחשבת למוציאה מהבעל, והבאתי מפד"ר (ח"ג עמ' 161 ולהלן, הגר"י בן מנחם, הגר"י עדס, הגר"ב זולטי) בבאור דברי הב"ש (קנד,א), 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 שפרעתוך שחייב לשלם, ועיינן בשו"ת המהרי"ט ח"א סי' קיט, עיי"ש". ובנדו"ד הוא ספק מחמת מחלוקת הפוסקים אם מהני מחילה מתוך כעס. וכבר כתבתי לעיל דככל שהמחילה נעשתה בפני ב"ד, הרי גם אם נעשתה מתוך כעס, מהני המחילה לכ"ע. ומ"מ כתבתי והארכתי להעיר ולשים לב לענין, ולבקש ממנה לחזור ולומר באופן רגוע וללא כעס, אף שמעיקר הדין נראה דמהני בכ"ע.

לאור האמור מהני המחילה בנדו"ד.

סימן לו

מכירת דירה שקבלה בירושה, כשהבעל חולה בדימנסיה

ראשי פרקים

א. שיטת הראשונים שהמכירה מתבטלת רק כשמתה בחייו

ב. שיטת הרא"ש שמוציא לאלתר גם הגוף

ג. עשאוהו כלוקח או אלמוהו לקנין פירות

ד. שינוי בקרקע ע"י הבעל

ה. כשמוכרת גם הפירות

ו. כשנתנה הבעל, אם יכולה לקחת נדוניתה

ז. אפוסטרופסית ונושאת ונותנת בבית

באשה קבלה בירושה חלק מדירה של הוריה (האחים והאחיות חלקו בחלקים שונים), ורוצים כל היורשים למכור את הדירה וכ"א יקבל חלקו. אלא שהתעוררה שאלה. בעלה של האשה חולה בדימנסיה, ואינו יכול להסכים או לא להסכים למכירה זו, אם יכולים למכור את הדירה, שלאשה יש בה חלק, והם נכסי מלוג שהבעל אוכל פירות. והערתי שאם מדובר במקרה שאין צוואה, וכולם הסכימו לחלק בחלקים שונים בין הבנים והבנות, הרי שיכולים הבנים להקנות לאחות באופן שאין לבעלה רשות בהם וכל מה שתוצה תעשה, עיין שו"ע אהע"ז פה"א, וג' השיטות שהביא הב"ש שם בס"ק כג, ועיין גם באבנמ"ל שם ס"ק א. ומ"מ הדברים דלהלן הם במקרה והאב נתן לבת מתנה במסגרת של צוואה, ולא כתב והתנה ע"מ שאין לבעלך רשות וכו'. אולם ככל ומדובר במקרה שלא היתה צוואה, הרי האחים יכולים להקנות ולהתנות כנ"ל. ואם הקנו ולא התנו ע"מ שאין לבעלך וכו', נראה לדון בזה שלא יהיה לנכסים אלו דין נכסי מלוג, מדין אומדנא במתנה, שהרי נתנו לה בזמן חולי הבעל, ולא היתה כוונתם שיהיה לבעל בנכסי מלוג, והוא נידון אחר, ואכמ"ל. והדרינן לנדו"ד, אם יכולים למכור הדירה, שחלקה נכסי מלוג, במציאות זו שהבעל אינו בר הכי להסכים למכירתה.

א. שיטת הראשונים שהמכירה מתבטלת רק כשמתה בחייו

האמור להלן מתיחס הן למציאות בה הורישו ההורים באופן המועיל את נכסיהם גם לבנות, או שהאחים הקנו באופן שיחלקו הבנים והבנות שוה בשוה. בשני המקרים יש להגדיר את הנכסים כמתנה שניתנה לה, מאחר והירושה באופן המועיל

היא בדר"כ באופן של מתנה מחיים. מתנה שקיבלה האשה במהלך חיי הנישואין, הינם נכסי מלוג. וכך הדין גם לענין ירושה שקיבלה האשה.

דברים אלה מפורשים במשנה כתובות סה,ב: מציאת האשה ומעשה ידיה לבעלה, וירושתה הוא אוכל פירות בחייה (אם נפלה לה ירושה, הוא אוכל פירות בחייה והקרן שלה – רש"י), בושתה ופגמה (נזק חבלה אם יחבלו בה) שלה. רבי יהודה בן בתירא אומר בזמן שבסתר לה שני חלקים ולו אחד, ובזמן שבגלוי לו שני חלקים ולה אחד, שלו יתן מיד, ושלה ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות. וכן הוא במשנה כתובות עט,א: נפלו לה כספים ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות (והקרן קיימת לה, שלא תיקנו לו חכמים תחת פירקונה אלא פירות). וכך פסק הרמב"ם (אישות כב,כא): "היו לאשה כספים, אם נכסי צאן ברזל הן הרי זה נושא ונותן בהן, ואם נכסי מלוג הן בין שהכניסה אותן לו בין שנפלו לה בירושה או נתנו לה במתנה או נפלו לה מטלטלין או נתנו לה, הרי אלו ימכרו וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירותיהן". ואף שמציאתה לבעלה, כמבואר במשנה סה,ב, מ"מ מתנה חלוק דינה ממציאה, ומתנה הרי היא שלה והבעל אוכל פירות, ועיין בח"מ פה,טו. וכן כתב הרשב"א בתש' (ח"ג סי' קמג): "והאשה שמעשה ידיה לבעלה, אין מציאתן להם מן הדין אלא מן התקנה, בת משום איבה, ואשה כדי שלא תבריה משל בעלה ותאמר מציאה מצאתי. ומתנה שנתנו לה אחרים הרי היא לעצמה ולא לאב ולא לבעל כדאיתא בגמרא בהדיא, אלא שבעל אוכל פירות כנסכי מלוג".

ובדין אשה שמכרה בנכסי מלוג בלא דעת בעלה, איתא בב"ב נ,א: האמר אמימר איש ואשה שמכרו בנכסי מלוג, לא עשו ולא כלום. כי איתמר דאמימר היכא דזבין איהו ומית, אתיא איהי ומפקא, אי נמי, זבנה איהי ומתה, אתא איהו ומפיק בתקנתא דרבנן, וכדר' יוסי בר חנינא, דאמר רבי יוסי בר חנינא, באושא התקינן, האשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה, הבעל מוצא מיד הלקוחות. ומפשטות לשון הגמ' משמע, שאם הבעל מכר גוף נכסי מלוג, האשה מוציאה לאלתר, ואם האשה מכרה, הבעל מוציא מהלקוחות לאחר מיתתה כשירשנה. וז"ל רשב"ם: "כי איתמר דאמימר, לא שמכרו שניהם ביחד אלא איש או אשה קאמר, כגון היכא דזבין איהו לאחר ומית, דאיתא איהי האשה ומפקא מן הלקוחות גוף הקרקע והפירות מכאן ואילך, שבעל אין יכול למכור אלא הפירות שהן שלו בחייו, וגם הגוף אם תמות אשתו ויירשנה הוא, אבל אם ימות הוא, היא טיטול נכסי מלוג שלה. הלכך האיש שמכר, לא עשה ולא כלום לגבי הכי שאם ימות בחיי אשתו היא תקח נכסי מלוג שלה, א"נ אם מכרה היא גוף הקרקע בלא פירות, שהרי הפירות של בעל הן תחת פרקונה, ואח"כ מתה, לא עשתה ולא כלום, ולא נאמר מאחר שמתה אין לבעל עוד פירות, שהרי לא יפדנה עוד, וגם גוף הקרקע לא ירש מאשתו, אף על פי שהבעל יורש את אשתו, שהרי מכרה גוף

הקרקע בחייה, אי אפשר לומר כן, אלא אתי בעל ומפיק כמו שהתקינו באושא כשהיתה סנהדרין לשם באחת מ" גליות שגלתה סנהדרין, כדאיתא בראש השנה (דף לא) וכדר' יוסי בר' חנינא כו'. הבעל מוציא מיד הלקוחות, כדמפרש טעמא בב"ק (דף צ), דאלמיהו רבנן לשעבודא דבעל משום איבה ועשאוהו לוקח ראשון. ומיהו להכי אהני מכירת האשה, שאם ימות בעלה בחייה יטלם הלוקח". מבואר שמכירת הבעל לא מתבטלת לאלתר, רק אם מת בחייה, תקח היא את נכסי המלוג שמכר הבעל, וכן מה שמכרה האשה גוף נכסי מלוג, אם מתה בחיי הבעל, הבעל מוציא מיד הלקוחות. ומשמע לכאורה שזו זכות הבעל להוציא מיד הלקוחות אם יתבע אותם, דכך היא התקנה, לא שמתבטלת המכירה לאחר מיתתה וחוזרים הנכסים לבעל, אלא שיש לבעל זכות לבטל את המכירה. כך משמע לכאורה מהלשון שהבעל מוציא מיד הלקוחות, דמשמע שצריך להוציא מהלקוחות ולא שחזר אליו מעצמו, דאם אין צריך לתביעת הבעל, היה לתקנה לכתוב הרי הם של הבעל או שהבעל יורשה.

ומה שכתב רשב"ם דדוקא מתה מוציא הבעל מלקוחות, כן מבואר גם מדבריו בב"ב קלט, ב: "שאם ימות בעלה, יזכה בהן, ואם תמות היא וירשה בעל – יפסידו". הרי שעם מיתת הבעל בחיי האשה, זוכה הלוקח, ורק אם מתה היא בחייו, ירשנה הבעל ויפסיד הלוקח. וכן מבואר מדברי רש"י (ב"ק פח, ב ד"ה הבעל) על תקנת אושא שהאשה מכרה בנכסי מלוג ומתה, דהבעל מוציא מיד הלוקוחות: "שהבעל יורש את אשתו, והוא היה לוקח ראשון". ומבואר ברש"י דדוקא במתה האשה בחיי הבעל, דכיון שהבעל הוא לוקח ראשון, שקדמה זכותו לירושה, בשעת הנישואין, ללוקח שקנה מהאשה, בכח זכות הירושה הקודמת, מוציא מיד הלוקח שקנה. וזה תקנו באושא, שיהיה דינו כלוקח ראשון משעת הנישואין. הרי שדוקא במתה האשה בחייו מוציא הבעל מיד הלוקח. וביותר מבואר מדברי רש"י בב"מ לה, ב: "האשה שמכרה בנכסי מלוג - להיות הבעל אוכל פירות בחייה, וגוף הקרקע יהיה ללוקח לכשתמות, ומתה. בעל מוציא - גוף הקרקע מיד הלוקחות, והכי מוקי לה בפרק האשה בכתובות (עח, ב), תקנת אושא בגופה של קרקע לאחר מיתה, אלמא כלוקח שוויהו רבנן, ואומר לו אני לקחתי ראשון, דאי כשאר יורש שוויהו רבנן, יורש שמכר אביו נכסיו בחייו אין לו ירושה בהן". מבואר שאת הפירות שכבר זכה בשעת הנישואין ואוכל מיד, אינה יכולה למכור כלל וכלל, ומה שיכולה למכור הוא רק את גוף הקרקע. וחידשו באושא, דאף שמוריש יכול למכור נכסיו בחייו, ואין ליורש במה שמכר המוריש, באושא תיקנו דדינו כלוקח ראשון, שיש לבעל זכות בירושה משעת הנישואין אם תמות בחייו, ולכן מוציא ההבעל מהלוקח.

ומה שהוכיח רש"י מהגמ' ר"פ האשה שנפלו, דשם במשנה נחלקו ב"ש וב"ה לענין נפלו לה נכסים בין ארוסין לנישואין, אם יכולה למכור לכתחילה, ומודים שאם

מכרה ונתנה קיים. ואם נפלו לה אחר הנישואין ומכרה, מודים שהבעל מוציא מיד הלקוחות. ונחלקו במשנה בנכסים שנפלו קודם נישואין ונשאת. ובגמ' שם ע"ב, הובא דעת רבותינו שחזרו ונמנו; בין שנפלו לה עד שלא תתארס ובין שנפלו לה משנתארסה וניסת, הבעל מוציא מיד הלקוחות. דככל שניסת האשה, בכל מקרה הבעל מוציא מיד הלקוחות. והקשתה הגמ' דא"כ לימא תנינא לתקנת אושא, שכבר במשנה יש את דין תקנת אושא שהבעל מוציא מיד הלקוחות. ותירצה הגמ': מתניתין בחייה ולפירות, תקנת אושא בגופה של קרקע ולאחר מיתה. ופרש"י, דאליבא דהמשנה לרבותינו, הבעל מוציא מיד כדי לאכול פירות בחייה, אולם אם מתה בחייו, יחזיר הקרקע ללוקח ולא ירשנה, ובאה תקנת אושא לחדש שאף גוף הקרקע יורש הבעל. והיינו, שכל עוד לא מתה בחייו, הרי הקרקע בחזרת הלוקח, ולאחר מיתתה בחיי הבעל, תקנו באושא שירש הבעל גוף הקרקע, משא"כ בדין המשנה, תהיה הקרקע של הלוקח כדין כל מוריש שמכר בחייו.

ומדברי רש"י ב"מ צ"ב, מבואר גם חידוש נוסף, דכיון שהבעל יורש גם קרקע שמכרה בחייה, אסור לה למכור נכסי מלוג. בגמ' שם לענין אשה ששכרה פרה ואח"כ ניסת, אם דינו של הבעל כשואל או כשוכר, ונפק"מ למחלוקת ת"ק ור"י (ב"מ לה, ב). דאליבא דת"ק, אם הבעל שואל והפרה נאנסה, כיון שמשלם לאשה, הוי שאלה בבעלים, שהיא עמו תדיר במלאכתו, ונשאלה לו משנשאת, אולם אליבא דר"י שמשלם לבעלים ראשונים, אין כאן שאלה בבעלים, ונפק"מ אם חייב באונסין. ותירצה הגמ' דאינו שואל או שוכר אלא לוקח, מכח תקנת אושא. ורש"י שם פירש: "הבעל מוציא מיד הלקוחות - אלמא אין לה רשות למכור, דהוא הוי לוקח ראשון". ומבואר ברש"י דכיון דמוציא מיד הלקוחות, כבר מעתה אין לה רשות למכור, דכיון דעשאוהו כלוקח ראשון, כבר מעתה יש לו זכות, ואינה יכולה למכור. ולכאורה יש להבין, למה לא תוכל למכור, שאם ימות הוא בחייה, יהיה הגוף ללוקח, ומהיכי תיתי ימנע ממנה זכותה למכור, כדין מוכרת כתובה על תנאי. ונראה שמה שכתב רש"י שאין לה רשות למכור, כוונתו שאין לה רשות למכור באופן שאם תמות היא בחייו שלא ירשנה, שאין דינה כמוריש אחר היכול למכור ולהפקיע זכות היורש, דבאושא תקנו שאין לה זכות למכור כבר מעתה באופן שתפקע זכות ירושת הבעל.

ומה שמבואר דכל תקנת אושא הינה לאחר מיתת האשה בחיי הבעל, אבל קודם מותה המקח קיים, כן מבואר להדיא בדברי הרמב"ם (אישות כב, ז), וז"ל: "כל נכסים שיש לאשה, בין נכסי צאן ברזל בין נכסי מלוג, הבעל אוכל כל פירותיהן בחייה, ואם מתה בחיי בעלה, יורש בעלה הכל. לפיכך אם מכרה האשה נכסי מלוג אחר שנשאת, אף על פי שאותן הנכסים נפלו לה קודם שתתארס, הבעל מוציא הפירות מיד הלקוחות כל ימי חייה, אבל לא גוף הקרקע, שאין לו כלום בגוף נכסי מלוג

עד שתמות. מתה בחייו, מוציא הגוף מיד הלקוחות בלא דמים, ואם הדמים שלקחה מן הלקוחות קיימין בעצמן, מחזירין ללקוחות, ואינו יכול לומר שמא מציאה הן". מבואר להדיא דכיון שאין לבעל בגוף נכסי מלוג כלום עד שתמות, אין הבעל מוציא בחיי האשה מהלוקח אלא פירות ולא גוף הקרקע. ומה שכתב הרמב"ם שמוציא בלא דמים, עיין ברב המגיד שנחלקו בזה הגאונים, ודעת הרמב"ם כרבינו האי גאון, שמוציא בלא דמים. ומש"כ הרמב"ם שאינו יכול לומר על דמים קיימים מציאה מצאה, כן מבואר גם ברשב"א, אולם אם אין הדמים קיימים אלא חלופיהם, פטור מלהחזיר ללוקח; "דמדשלחה בהו יד, קמו זוזי עלה בהלואה ומימר אמר להו אנא מטלטלי שבקה לי, וזוזי דידכו קמו עלה בהלואה, ואינו משלם", עיי"ש במגיד.

ועיין בפרישה (אהע"ז צ, לז) שכתב בבאור דברי הרמב"ם, שאין הלוקח יכול לתבוע מהאשה דמים על המקח שעשוי להתבטל, דכיון שהמקח בידו עד שתמות בחייו ואין לבעל כלום בחייה בגוף, אין ללוקח תביעת דמים כנגדה: "צ"ל דר"ח סבר כהרמב"ם שגוף הקרקע ישאר ביד הלוקח עד שתמות היא תחלה, ולכן אינו נוטל כלום עד שהיא תמות, דאז הקרקע יוצא מרשותו, אבל קודם שתמות אין ליתן לו כלום, שהרי הקרקע עדיין יש בידו". ועיין עוד בב"ש צ, לו, יובא בהמשך. וצ"ל דהנפק"מ במה שהקרקע שייכת ללוקח, שאין הבעל יכול למכור את הפירות קודם שבאו לעולם, כיון שאין לו בגוף הקרקע ורק בפירות, כן כתב הגר"י אייבשיץ בבני אהובה (אישות כב, ז).

ב. שיטת הרא"ש שמוציא לאלתר גם הגוף

אמנם ברא"ש (כתובות ד, יז) פסק שעוד בחייה מוציא הבעל מיד הלוקח גוף ופירות, וז"ל הרא"ש: "הילכך מוציא בלא דמים. ומוציא לאו דווקא דכל ימי האשה הקרקע ביד הבעל ואוכל פירות, והיא מוכרת הגוף מעכשיו והפירות לאחר מיתתה, והבעל מוציא מיד הלוקח הגוף שמכרה לו מעכשיו וישאר אצלו". ומבואר ברא"ש דאף שיכולה האשה למכור את הגוף מעכשיו ופירות לאחר מיתה, מ"מ מיד הגוף ישאר בידו. ונראה שאינו מכלל תקנת אושא. דתקנת אושא היתה רק לענין מכירת נכסי מלוג כשמתה בחייו, שאף שמוריש יכול למכור, באה תקנת אושא וקבעה כי הבעל יהיה יורש על אף המכירה. מה שהבעל מוציא את הגוף לאלתר מהקונה, נראה שהוא מכח זכות אכילת הפירות, דמכלל הזכות לאכילת פירות נכסי מלוג, שיהיה הגוף אצלו, וכך היא דרך אכילת הפירות. ואף שיכול להיות הגוף אצל האשה, אבל ודאי לא יכול להיות אצל לוקח, שיצטרך הבעל כל פעם לבקש ממנו פירות, ולכן מכח זכות אכילת פירות, מוציא הבעל הגוף לאלתר. הנפק"מ אם הוא מכלל תקנת אושא או מזכות אכילת פירות, שאם נאמר שהוא מכח תקנת אושא, הרי שהתקנה היתה

שהמכר בטל לאלתר, ולא יועיל המכר כלל גם אם ימות הוא בחייה. ואם נאמר שמה שמחזיק הבעל בגוף כעת הוא מכח זכות אכילת פירות, הרי שלא התבטל המקח, ואם ימות בחייה, יזכה הלוקח בגוף, ורק בפועל מחזיק כעת את הקרקע.

ומש"כ דנראה דמה שמוציא הבעל הגוף כבר עתה הוא מכח זכות אכילת פירות ולא מתקנת אושא, כן נראה ממה שלא הגיה בתקנה. שהרי לשון התקנה: האשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה, הבעל מוצא מיד הלוקחות. הרי שהתקנה דוקא במתה. ולא העמיד הרא"ש בהיכי תימצי שכתב לה דו"ד אין לי בנכסיך, כמו שכתבו ראשונים אחרים (ראה להלן). גם לשון הרא"ש: "דכל ימי האשה הקרקע ביד הבעל ואוכל פירות, והיא מוכרת הגוף מעכשיו והפירות לאחר מיתתה, והבעל מוציא מיד הלוקח הגוף שמכרה לו מעכשיו וישאר אצלו". מה שהקדים שכל ימי האשה הקרקע בידו, ואח"כ הוסיף שיכולה למכור. משמע שמה שמוציא מיד הלוקח את הגוף, ממה שכל ימי האשה הקרקע בידו והוא אוכל פירות, ואף ללא תקנת אושא.

ואין להקשות מהמשך דברי הרא"ש שם: "ואי איתנהו להנהו דמי דשקלה איתתיה, מהדר להו ללוקח, דגזל הו, כיון דהמכר לא הוה מכר, אם נמצאו מעות בידה, אנו תולים שדמי מכר זה הן, ולא מצי בעל למימר דילמא מציאה אשכחה". מבואר לכאורה דהמכר בטל ומחזיר דמים ללוקח. אין זו קושיא, דאף הרמב"ם שכתב להדיא שמוציא מהלוקח הגוף רק לאחר מיתת האשה, מחזיר הדמים. והטעם, דכיון שקנה קרקע שיהיה הגוף שלו לחלוטין, ולא מותנה באם ימות הבעל בחייה, הרי זה מקח טעות, ויכול הלוקח לתבוע הדמים אם מתה בחיי הבעל, אף שעצם הקנין בגוף הקרקע היה מותנה ולא התקיים התנאי, שלא מת הבעל בחייה, מ"מ יכול לתבוע דמים כדין מקח טעות (ועיין בב"ש צ"ל, שדייק מהרמב"ם שיכול התובע לתבוע דמים רק אם מתה בחיי הבעל, ומ"מ צ"ע מדוע יכול לתבוע הדמים אם היתה הקרקע בבעלותו לזמן, ואין אונאה לקרקעות). וכן ס"ל לרא"ש, דהואיל והבעל מחזיק בקרקע מיד, אף שאם ימות הוא בחייה יזכה הלוקח בקרקע, למש"כ דמה שמחזיק הבעל הוא מתקנת הפירות ולא מתקנת אושא, הרי יש בזה טענת מקח טעות כבר כעת, ויכול הלוקח לבטל המקח ולדרוש החזר דמים, שלא קנה קרקע למצב ספקי אלא שתהיה שלו, ולכן בכל מקרה יכול לתבוע ביטול מקח. ונראה דאף לרמב"ם יוכל לתבוע לאלתר, רק נפק"מ בחיוב הבעל להחזיר הדמים, כיון שהאשה מתה, ובחייה פשיטא לרמב"ם שיכול הלוקח לתבוע מהאשה דמי המקח, אף שמחזיק כעת הגוף, דסו"ס הרי זה מקח טעות, וא"כ מלכתחילה קנה על הספק. ועיין בהפלאה צ"ט, ועוד יתבאר להלן).

ומש"כ דאם ימות הבעל בחייה, יזכה הלוקח בקרקע, כן מבואר להדיא מדברי הטור (אהע"ז סי' צ), ומזה יש ללמוד דמה שמוציא הבעל את הגוף כבר מהיום,

אינו מתקנת אושא אלא מזכות הפירות, וז"ל הטור: "כיון שהבעל יורש את אשתו, אינה יכולה למכור שום דבר מנכסיה, ואם מכרה אחר שניסת, בין אם נפלו לה קודם אירוסין או אחר אירוסין, הבעל מוציא מיד הלוקחות, שעשו אותו כלוקח בנכסיה והוא לקח תחילה. לפיכך מכרה בטל לאלתר, שהוא מוציא מיד הלוקח הגוף ופירי. אלא לענין זה הוא מכר, שאם תתאלמן או תתגרש יחזור ללוקח, ואם תמות בחייו ישאר בידו. והרמב"ם כתב הבעל מוציא מיד הלוקח פירות כל ימיה, אבל לא גוף הקרקע שאין לו כלום בגוף נכסי מלוג עד שתמות, מתה בחייו מוציא הגוף מיד הלוקח. וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה". מבואר שאם מת הוא בחייה, המקח קיים. הרי שמה שמוציא הבעל את הגוף מהלוקח עוד בחייה, אינו מפני שהמכר בטל לאלתר ותיקנו שאין כאן מכר, דאם אין כאן מכר, איך יזכה כשימות הבעל בחייה. אלא בהכרח מה שמוציא הבעל את הגוף עוד בחייה הוא מכח זכותו בפירות, שצורת אכילת הפירות היא שהגוף אצלו (או אצלה) והוא אוכל את הפירות, ולא שיהיה ביד צד אחר כמו לוקח. ולפ"ז יוצא שמחלוקת הרמב"ם והרא"ש, אם מוציא הגוף לאלתר, אינה מחלוקת בפרשנות תקנת אושא אלא באופן זכות הבעל בפירות נכסי מלוג, אם מוחזקות הלוקח בגוף נוגדת את זכות הבעל באכילת פירות ובאופן אכילתם אם לאו.

ומה שמהני מכירת האשה, אם מת בעלה בחייה, מבואר כן בירושלמי (כתובות ט, א להדיא, וז"ל הירושלמי: מכר הוא ומתה היא, אמר לו מכרה בטל, לבן שמכר בחיי אביו ומת אביו. מכרה היא ומת הוא, אמר ליה מכרה קיים, לאב שמכר בחיי בנו ומת בנו. מבואר בירושלמי שאם מת הבעל בחייה, זכה הלוקח במקחו. ולמבואר לעיל, כן היא שיטת כל הראשונים, הרמב"ם ודעימיה והרא"ש ודעימיה, ורק נחלקו בזמן אכילת הפירות אם הגוף בידו או ביד הלוקח.

ומאידך, אם מכר הבעל נכסי מלוג בחיי האשה, אף שמתה היא בחייו, ולכאורה במקרה כזה המקח צריך להיות קיים משעת מיתתה, אולם בטלו המקח לגמרי, כמבואר בירושלמי, הביאו הרא"ש ב"ב ג, ג, וז"ל: "לכאורה משמע מדקאמר דזבין איהו ומת אתיא איהי ומפקא, אלמא דהמקח קיים כל ימי חיי הבעל, אף על פי שהיא מעכבת על מכירת הפירות משום רווח ביתא, כדאיתא בכתובות (פ, ב), מ"מ אינה יכולה לבטל לגמרי מכירת הגוף, ואם מתה איהי איגלאי מילתא שהמכר קיים מתחלתו, דבעל לוקח ראשון הוי, אבל כשמת הוא נתבטלה מכירת הגוף ואתיא איהי ומפקא. ומיהו בירושלמי קאמר מכר הוא ומתה היא מכרו בטל, ופירש ה"ר יונה ז"ל הטעם דאע"ג דהבעל לוקח ראשון הוי לכל דבר שהוא זכות לו, אפילו הכי משום שבח בית אביה בטלו המכר לאלתר, שאין כבוד לאשה שיהיו נכסיה מכורין מעכשיו, ולא מכר גמור אלא מכר על תנאי אם תמות היא בחייו, הלכך המכר בטל מעכשיו. תדע שהרי בנכסי צאן ברזל, אפילו מכרו שניהם לפרנסה, מוציאין מן

הלקוחות משום שבח בית אביה, כל שכן בנכסי מלוג דאיכא טפי שבח בית אביה, שתמיד הקרן שלה קיים, דבטל המכר לאלתר. והא דקאמר בירושלמי מכר הוא ומתה היא מכרו בטל, הוא הדין דלאלתר בטל, אלא לרבנותא נקט, אף על פי שלא ערערו על המקח עד שמתה היא, וסלקא דעתך אמינא דבעל לוקח ראשון ויתקיים המקח, קמ"ל". מבואר שאם מכר הבעל בחייה, המכר בטל לאלתר משום שבח בית אביה, ואם אם תמות האשה בחייו, לא יכולים הלקוחות לממש המכר. ומ"מ כשהאשה מכרה, אף שהבל מחזיק הגוף בחייה, אין לומר שהמקח בטל לאלתר, כיון שאם ימות הבעל בחייה, המקח קיים. ועיין מש"כ בזה האבנמ"ל צ"כ, ומש"כ הדברי חיים, דיני כתובה סי' כא.

ומדברי הרא"ה (כתובות נא) נראה שסובר כדעת הרא"ש. הרא"ה פירש בתקנת אושא: "באושא התקינו, האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות. מוציא מיד זכותן קאמר, אי נמי מוציא ממש, וכגון שכתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן, דקיי"ל [לקמן פג,א] דאינו אוכל פירות, והחזיקו הלקוחות בנכסים לאלתר, כשמתה בא הבעל ומוציא מידן ובלא דמים כלל, דלא חיילא עליהו שיעבוד מכירה כלל קאמרינן". מבואר ברא"ה שאין הלוקח יכול להחזיק בגוף, ולכן פירש הרא"ה דמה שמוציא הבעל מיד הלקוחות לאחר שמתה האשה, דמדוע יצטרך להוציא, הרי הגוף בידו. ולכן פירש בשני אופנים: או שמוציא מיד הזכות שהיתה לו אם היה מת הבעל בחייה, ומזכות זו מוציא את הלוקח. או שהיתה הקרקע ביד הלוקח, במציאות שלא היתה לבעל זכות של פירות, וכגון שכתב לה דו"ד אין לי וכו', דכיון שאינו אוכל פירות, היה גוף הקרקע ביד הלוקח, וכשמתה בחייו מוציא הבעל מהלוקח את הקרקע. ולפ"ז יוצא שהרא"ה נוקט כשיטת הרא"ש, שכל זמן שהבעל אוכל פירות, הקרקע בידו של הבעל. וגם מבואר דמה שהקרקע בידו בחייה, הוא מכח זכות הפירות ולא תקנת אושא.

וכן מבואר בדברי הרשב"א (כתובות נא), שסובר כשיטת הרא"ש, וז"ל: "האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה, הבעל מוציא מיד הלקוחות. פי', מוציא מהם זכותן, דעד שמתה היא, זכותן תלוי ועומד בדין שמא ימות הוא בחייה והן נכנסין לנחלה. וכן מצאתי בירושלמי בריש פ' הכותב ..., אבל עכשיו שמתה בחיי הבעל, הבעל מוציא מיד הלקוחות זכות זה שהיה תלוי ועומד בידו, ולא מוציא ממש קאמר, דנכסים לאו ביד הלקוחות הוו קיימי". מפורש שביאר בתקנת אושא שהבעל מוציא מיד הלקוחות הכוונה מבטל את הזכות שהיתה קיימת להם במקרה שימות הוא בחייה, וזכות זו הוציא הבעל מהלקוחות עם מיתת האשה בחייו. ומזה שפירש שגוף הנכסים ביד הבעל, מבואר דס"ל כשיטת הרא"ש. ודברי הרשב"א הביאם גם הר"ן (כתובות יח,א מעמזה"ר).

ומה שהרא"ש והרשב"א לא פירשו כדברי הרא"ה דמיירי שסילק עצמו מפירות, ובזה מוציא גם הגוף מהלוקח, מדברי הרא"ה מבואר שבעל שסילק עצמו מפירות, מוציא מהלוקח מתקנת אושא, אולם מדברי הרשב"א (ב"ק פח, ב) מבואר דכל שסילק עצמו מפירות, לא שייך שיהיה לוקח ראשון שיוציא מהלוקח, מתקנת אושא, וז"ל הרשב"א: "ובנותן מתנה לאשתו דקי"ל (ב"ב נא, ב) שקנתה ואין הבעל אוכל פירות, דאפשר לומר בשתי אלו, שאם מכרה בחיי בעלה אין הבעל מוציא מיד הלוקחות, שאם בחייו אינו מוציא, לפי שאין לו בהן כלום והיא גם היא אין לה כלום בהן, היאך יירש הוא לאחריה, שבתקנת אושא עשו את הבעל כלוקח ראשון, ואם הוא שנעשה לוקח ראשון סלק עצמו מהן, היאך יחזור ויוציא מיד לוקח שני". מבואר מהרשב"א שכל שסילק עצמו מפירות, אינו מוציא מתקנת אושא מהלוקח שקנה מהאשה. ולפ"ז י"ל שהרא"ש ס"ל כדעת הרשב"א שכיון שסילק עצמו מהפירות, אין לו לבעל בתקנת אושא. ולכן העמיד הרא"ש את תקנת אושא "ומוציא", דמוציא לאו דוקא, ולא העמיד כדברי הרא"ה שסילק עצמו מפירות. ולדעת הרא"ה, מה שסילק עצמו מפירות, ויתר על זכות הגוף ג"כ לזמן שיש לו פירות, אבל לא ויתר על זמן שאין לו פירות, דהיינו לאחר מיתה ומתקנת אושא, דדוקא זכות הנגזרת מהפירות ויתר, והיינו גוף שנובע מזכות הפירות, משא"כ זכות תקנת אושא שאינו תלוי בפירות, לא ויתר כלל, ולכן העמיד את ההיכר תימצי של מוציא הבעל בתקנת אושא באופן זה שסילק עצמו מפירותיה.

וכן נראה מדברי המאירי (ב"ק פח, ב). במאירי מבואר שזכות הלוקח להוציא את הקרקע מהבעל, שמחזיק אף הגוף לפירות, הופקעה מתקנת אושא והבעל יורשה: "הבעל יורש את אשתו בכל נכסיה אפילו נכסי מלוג, ולא יורשה בלבד עד שלא יירש אלא הנמצא בנכסי מלוג שלה שלא מכרתה, וכן שבלשון יורשה לא תהא רשאה להניח לאחרים, הא בלשון מתנה או מכירה תהא רשאה, אלא אף מה שמכרה מנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה, הבעל מוציא כל זכות הלוקחות מידם ונשארים הנכסים בידו, שכך התקינו באושא, האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה, אף על פי שידוע שלא היה לבעלה בהם אלא קנין פירות, וידוע בקנין פירות שאינו כקנין הגוף, ונמצא שהגוף שלה, ומכרתה הן בלשון מעכשו לגמרי הן מעכשו לאחר מיתה בעלה, והיה ראוי לומר שיהיו הלוקחים במקומה עד שאם תמות היא בחיי בעלה לא יהא הבעל יורש אלא יחזיק בהם לפירות כאלו היא חיה עד שימות, וכשימות יזכו הם במקום האשה כאלו היא חיה, שהרי במקומה הם, מ"מ כח התקנה מפקיע מדבר זה, שלא יורש בלבד עשאוהו אלא אף לוקח, ר"ל שמשעה שנשאה נעשה לוקח בנכסיה מעכשיו ולאחר מיתתה והרי הוא לוקח ראשון, וכשמתה בחייו מוציא זכות הגוף שמכרה מיד הלוקח ונשאר הקרקע בידו לחלוטין. ומ"מ אם מת הוא בחייה, הרי זכתה היא בנכסיה,

וכשזכתה היא, זכו הלוקחים ממנה". הרי שאינו מוציא הקרקע בפועל מהלוקח, דכיון שהקרקע בידו לפירות, מוציא את הזכות שהיתה ללוקח לקבל הקרקע, אם היה מת הבעל בחיי אשתו, וזכות זו הוצאה ממנו בתקנת אושא.

והפרישה צ, לד הקשה, דמאי נפק"מ יש בזה שהקרקע ביד הלוקח, דכל הנפק"מ בקרקע מי אוכל פירותיה, ופירות אוכל הבעל, ומה נפקות יש בזה שהקרקע היא ביד הלוקח. ותירץ שם, דנפק"מ לענין כתיבת פרוזבול, או לענין נפל הבית עליו ועל אשתו. ובב"ח (אהע"ז סי' צ בקו"א) הוסיף דיש נפקות לעוד דברים, לענין מציאה שזכתה לו רשותו, ולענין משיכה שצריך שימשוך לרשותו, ולענין כליו של מוכר ברשות לוקח או איפכא, וכן לענין זרק לה גט לרשותה, אם היה הלוקח אשה, וכן לענין דינא דבר מצרא, דהלוקח שדה אצל שדה זו מסלקו ללוקח מדינא דבר מצרא, ועוד כמה ענינים.

גם בח"מ צ, כז כתב שאין ללוקח תועלת לשיטת הרמב"ם אלא לענין פרוזבול, דחשיב כיש לו קרקע, אולם לענין מה שיכול למחות בבעל שלא יקלקל גוף הקרקע, גם הרא"ש מודה שיכול למחות, כיון שאף לרא"ש יש היתכנות שהקרקע תהיה ללוקח, וצ"ל כמ"כ, שהמכירה חלה, ומה שמוציא הבעל הוא מכח זכות הפירות, ממילא גם לרא"ש יכול למחות בבעל שלא יקלקל הקרקע. וזה דלא כדעת הדרישה הסובר דלרא"ש אין הלוקח יכול למחות. ועיין בב"ש צ, לו שחלק על דבריו, דכיון דיש היכי תמצוי שיהיה ללוקח אף לרא"ש, יכול למחות בבעל שלא יקלקל. ועיין בלבוש (צ, ט), וז"ל: "... ומכרה בטל לאלתר, והוא מוציא מיד הלוקחות הגוף והפירי, אלא לענין זה הם מכורים שאם תתאלמן או תתגרש יחזרו ללוקח, ואם תמות היא בחייו ישארו בידו. ויש אומרים שאין מוציא מיד הלוקחות אלא הפירות ולא הגוף, ונפקא מינה שכל ימי חיי האשה אם ירצה הבעל לבנות או לסתור בקרקע יכול הלוקח למחות בו, שהגוף עדיין שלו ...". מה שכתב שהמכר בטל לאלתר הוא לאו דוקא, כמבואר בהמשך דבריו, דאף לרא"ש יש היתכנות לקיום המקח, ואין בדיני מקח דין חוזר וניעור, אלא שכבר כעת אינו בטל, רק בטל לענין זה שהגוף ביד הבעל (לשיטת הרא"ש). עוד מבואר בדבריו שכתב כדעת הדרישה, שדוקא לשיטת הרמב"ם יכול למחות בבעל שלא יקלקל הקרקע, ולשיטת הרא"ש אינו יכול למחות בבעל. (ועיין בזה גם בתש' הרי בשמים, מהדור"ד סי' קנה, דזה גופה היתה תקנת אושא, שיכול הבעל לבנות ולהרוס בגוף הקרקע).

וראיה לכאורה כדעת הב"ש, דהרי הרמ"א פסק כרא"ש, והביא שם הרמ"א את דעת הנימוק"י שיכול הלוקח למחות בבעל: " נתאלמנה או נתגרשה, מכרה קיים. (טור ורוב הפוסקים). וכל ימי חייה, אם הבעל רוצה לבנות או לסתור בקרקע, הלוקח

יכול למחות". ומקור הדין מדברי הרא"ה, הביאו הנימוק"י (ב"ב כז, א מעמוה"ר): "דדוקא הוא דכשמתה מוציא מיד הלכות מתקנת אושא, כדמפרש בבבא קמא (ז, א), דאלמנה רבנן לשעבודא דבעל משום איבה ועשאוהו כלוקח ראשון, ומכירתה בגוף הקרקע מהני היכא שמת הוא, וכדאמרינן בירושלמי (כתובות פ"ט ט סוף הלכה א) מכרה היא ומת הוא, אין האשה מוציאה מיד הלכות. וכתב הרא"ה ז"ל, דכיון דממכרה קיים, אם רצה הבעל לבנות או לסתור או לשנות אותו קרקע ממה שהוא, הלוקח מעכב עליו". ועיין לעיל דדעת הרא"ה כדעת הרא"ש, ומזה מוכח דלא כדרישה והלבוש אלא כב"ש, דאף לרא"ש יכול הלוקח למחות בבעל שלא יבנה ויהרוס. ומש"כ הסמ"ע ריב"ג שהאשה אינה יכולה למחות, דממה נפשך לא יהיה של האשה, או של הבעל, אם תמות בחייו, או של הלוקח, אם ימות הבעל בחייה, ולכן אינה יכולה למחות.

ג. עשאוהו כלוקח או אלמנהו לקנין פירות

ובשו"ע (אהע"ז ז, ט) פסק כדעת הרמב"ם: "האשה שמכרה מנכסי מלוג אחר שנשאת, אע"פ שאותם הנכסים נפלו לה קודם שתתארס, הבעל מוציא פירות מיד הלכות כל ימי חייה, אבל לא גוף הקרקע, ואם מתה בחייו, מוציא הגוף מיד הלכות בלא דמים". והרמ"א שם פסק כדעת הרא"ש: "וי"א דאף בחייה מוציא גוף הקרקע מיד הלוקח בלא דמים". (ועיין תש' רדב"ז ח"א סי' קיח, שהביא הפת"ש שם אהע"ז ז, יא). ומבואר לכאורה שהדין כן אף לרא"ש, ממה שפסק כן הרמ"א שפסק כרא"ש. וכן פסק ביש"ש (ב"ק ח, לא): "והאי מוציא דקאמר, לאו דוקא הוא, אלא כל ימי האשה הקרקע ברשות בעלה, ולא כמו שכתב הרמב"ם (ה' אישות כב, ז)". (ומה שהזכיר היש"ש שכן כתב בהרחבה בכתובות ח, ב, אין בידינו יש"ש כתובות מפ"ה ואילך). וכן פסק הש"ך קג, כ, דכיון דלאחר תקנת אושא הבעל מוציא מיד הלכות, מוכח שעם מיתת האשה הרי הבעל לוקח למפרע משעת נשואין, והרי הוא כקונה הגוף מחיים, ולכן כבר מחיים מוציא הגוף. ומבואר בש"ך שזכות הבעל בגוף מחיים לשיטת הרא"ש הינה מכח היותו לוקח למפרע ומכח תקנת אושא ולא מזכות הפירות, ודלא כמו שכת' לעיל.

ועיין גם בתומים קג, יז, וכוותיה נראה גם דעת הנתיבות בחדושים קג, כה, דבעל הוי לוקח בנכסי אשתו, מחיים מכח תקנת הפירות, ולאחר מיתת מתקנת אושא, והביא ראייה מריש האשה שנפלו (כתובות עח, ב) על הא דתנן במשנה שם; משנשאת, אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה הבעל מוציא מיד לקוחות, והקשתה הגמ', לימא תנינא לתקנת אושא, ותירצה, מתניתין בחיים ולפירות, תקנת אושא לאחר מיתה ובגופה של קרקע: "הרי דבחיים דהוי לוקח ומוציא מיד לקוחות הוא משנה שלימה, אבל לאחר מיתה היה מדינא דמשנה יורשה, ותקנו באושא דגם כן הוי כלוקח ... וברור דהך

ומתה רבותא, דתו ליכא תקנת המשנה. ואם כן לדינא, הן בחיי אשתו והן במות אשתו הוי כלוקח, ואדרבא בחייה לוקח מכח משנה, ובמותה מכח תקנות אושא, ולכך סתם המחבר פה בכל גווני, רק שם באבן העזר דכל ענין הסימן הוא להודיענו תקנות אושא, כנראה שם מכל ענין הסימן, לא דיבר מן חיי אשתו, דזהו בכלל תקנות המשנה, ואין ענינו לתקנות אושא שדיבר בו בסימן ההוא, ולכך אמר דתקנת אושא הוא לאחר מיתת אשתו, דבזו צריכין לתקנת אושא להיותו גם כן ללוקח, וזה פשוט וברור ובחנם טרחו האחרונים".

והסברים אלו, אם הבעל מחזיק בגוף הקרקע מחיים הוא מדין אכילת פירות ואינו מכח תקנת אושא, או שמחזיק מחיים מכח תקנת אושא שעשאוהו כלוקח למפרע, בקצוה"ח קג"ט דן בענין זה, ונראה שהוא מכח תקנת אושא. ואף בתחילה רצה קצוה"ח לבאר שעשאוהו מתקנת אושא כלוקח מחיים, דחה קצוה"ח וכתב דאלמוהו לשעבוד הפירות, ומ"מ מתקנת אושא מחזיק הבעל הקרקע כל זמן אכילת פירות ומכח סיבת הפירות אך לא מתקנת הפירות. וכאמור בתחילה הביא קצוה"ח מהב"ש צא"ו דתקנת אושא עשתה את הבעל לוקח מחיים, ולכן ס"ל לקצוה"ח שיחזיק הקרקע עוד מחיים ואף לפני שמתה מחזיק בקרקע. לאחר שקצוה"ח הביא את דעת הרא"ש ודעימיה שמחיים מוציא הבעל מהלקוחות, כתב: "ואע"ג דמחיים לית ליה אלא פירי, וקי"ל (חומ"מ רנז,ה) קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, מ"מ כיון דלבתר תקנת אושא הבעל מוציא מיד הלקוחות, אלמא דכשמתה הוי לוקח למפרע והוי כלוקח מחיים, וכן משמע בהחובל (ב"ק פח,ב), ע"ש. גם הב"ש באה"ע סימן צ"א (סק"ו) כתב וז"ל, מ"ש הרב רמ"א ומתה, למד זאת מדברי הב"י דמפרש כן דברי הטור. ואינו מוכרח, וכמ"ש הב"ח, וכן נראה לי, דהא דין זה נובע מתקנת אושא, ושם מבואר אפילו בחיים דינו כלוקח, עכ"ל".

אולם בהמשך דבריו כתב קצוה"ח שלא עשאוהו כלוקח מחיים, אלא שבאושא אלמוהו לשעבודיה דבעל, שקנין פירות שלו כמו קנין הגוף, שיכול לעכב את מכירת הגוף כבר מעתה, הואיל ויש לו קנין פירות, ורק כשיופקע הקנין פירות באופן שגם לא יורש הגוף, תתקיים המכירה, וז"ל קצוה"ח: "אמנם אחר העיון נראה דלא קשה מתקנת אושא, דלא התקינו באושא שיהיה הבעל כלוקח הגוף מחיים, דהגוף של האשה ולבעל אין לו אלא פירות, והא דמוציא מיד הלוקח, כבר כתב רש"י בפרק החובל (ב"ק פח,ב) באושא התקינו, דאע"ג דבעלמא לאו כקנין הגוף דמי, בעל בנכסי אשתו אלמוהו רבנן לשעבודיה משום איבה, ע"ש. והיינו כמו לר' יוחנן (שם) דאית ליה קנין פירות כקנין הגוף, הבן שמכר בנכסי אביו ומת הבן דהמכירה בטל, משום דקנין פירות שיש לאב מעכב את הגוף למכור, הוא הדין לדידן נמי, נהי דקי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף, באושא התקינו שיהיה אלים קנין פירות דבעל לעכב מכירת הגוף".

ורק אלמוהו לשעבוד הבעל, אבל הגוף של האשה, וכן מוכח מדברי רש"י מעוד מקומות, עיי"ש.

ולכאורה נראה דכן מוכח גם מדברי הרא"ה הנ"ל. הרא"ה כתב דאם סילק הבעל עצמו מפירות נכסי מלוג, כגון שכתב דין ודברים אין לי בנכסייך, הגוף יהיה ביד הלוקח עד שתמוה האשה בחיי הבעל. ואם נאמר שעשאוהו כלוקח מחיים, אף שסילק עצמו מהפירות זוכה הבעל בגוף לבטל המכירה, כיון שלא תלוי בפירות. אולם למש"כ דאלמוהו לשעבודיה דבעל ועשו קנין פירות כקנין הגוף, דוקא ביש לו פירות, ולא כשסילק עצמו מהפירות. ועיין בקצוה"ח קגט ובאבנמ"ל ז,יא, דתקנת אושא הינה דוקא במקום שיש לבעל פירות, משא"כ כשהסתלק מפירותיה, אין הבעל מוציא מיד הלוקחות. ועיי"ש בקצוה"ח מה שהאריך בדעת התוס', אם חולקים על הנ"ל. (ועיי"ש בקצוה"ח מה שהקשה על הראיה שהבעל לוקח לאחר מיתה, דלמא דינו כיוורש, ומה שאינה יכולה למכור ולהפקיע זכות היורש, מפני שמחיים דינו כלוקח, דאלמוהו לקנין פירות).

ועיין גם מה שכתב באבנמ"ל ז,יב, דלשיטת הרא"ש דאין ללוקח בגוף הקרקע בחיי הבעל, דכך היא תקנת אושא שיהיה קנין פירות דבעל כקנין הגוף, ומעכב אותו קנין פירות של הבעל את הקנין הגוף של האשה שלא תמכור, ומ"מ אין לבעל זכות בגוף הקרקע בחיי האשה. ולשיטת הרמב"ם שיש ללוקח זכות בגוף הקרקע עד שתמות, י"ל דתקנת אושא לאו משום שאלמוהו לקנין פירות דבעל, אלא להרמב"ם תקנת אושא שלא תפקיע ירושת הבעל ותתן לאחרים, ולכן לאחר מיתתה מוציא הבעל מהלוקחות, אבל בחייה הוא של הלוקח. ושם ז,יא הביא מהשטמ"ק, דמשמע לכאורה כסברת הרמב"ם, שתיקנו באושא שלא תפקיע ירושת הבעל, וז"ל השטמ"ק כתובות עח,ב: "... אבל תקנת אושא שאמרו הבעל מוציא מיד הלוקחות היא בגופה של קרקע ושמתה היא בחייו, והיה מן הדין דכיון שהנכסים שלה היו, שתהיה מכירתה מכירה קיימת ולא יירש הבעל אלא מה שישאר בשעת פטירתה, כדין כל שאר היורשין, אבל חכמים תקנו שהבעל יוציא מיד הלוקחות, שאם לא היה תקנה זו, כל אשה שבעולם לא היתה מנחת ירושתה לבעלה אלא היתה נותנת לבניה או לאחיה". מבואר שתקנת אושא היתה שלא תוכל להפקיע זכות ירושת הבעל, וא"כ תקנה זו הינה לאחר מיתתה, וכשיטת הרמב"ם.

ומה שכתבתי בהסבר דברי הרא"ש, מצאתי לאחר מכן להדיא בתש' בית אפרים (חאהע"ז סי' סט ד"ה ולפי), שכתב שאין לבעל בחיים זכות בגוף הקרקע של נכסי מלוג, ורק לאחר מיתה זוכה הבעל, ומחיים מחזיק בגוף מחמת הפירות, וז"ל הבי"א: "... והרי פשטא דש"ס אמרינן דתקנת אושא בגופה של קרקע ולאחר מיתה,

משמע דמחיים כדקיימא קיימא ואין כאן תקנה חדשה על בחייו כלל. ואדרבא משמע לי דהרא"ש סובר כהרמב"ם שבחייו אין לו בגוף הקרקע. והצעת דברי הרא"ש כך הם, דקשיא ליה לשון מוציא דלא שייך בדבר שהוא תחת ידו ואוכל פירות, ולפרש דקרו היה מוציא מחמת הנפקותות שכתבו האחרונים אליבא דהרמב"ם, אין זה במשמע, ולכן כתב דלאו דווקא, רק דזה גופא קרי ליה מוציא הוא לשון הפקעת זכות, לפי שהאשה מכרה הגוף מעכשיו ועתה ומתה, מוציא הבעל זכות זה שמכרה להם מידם וישאר אצלו. וכך שם דברי הרשב"א שהביא הר"ן, וכך מבואר למעיין בדברי הר"י מגאש בב"ב ובדברי הרא"ה בכתובות, וכאשר כתבתי בפירוש דברי הרא"ש, כך נלענ"ד מדברי רי"ו בס' מישרים נתיב כ"ג ח"ד".

וועיין באבנמ"ל צ"ט, שהקשה על השטמ"ק ב"ק פח"ב, שמדבריו עולה שזכות הפירות של הבעל נמשכת אף לאחר מיתת האשה, ואפי' אינו יורשה, ולכן אילולי תקנת אושא, היו הלקחות עומדים במקום האשה לאחר מיתתה, כאשר הבעל מחזיק בגוף לצורך הפירות גם לאחר מיתת האשה, ורק לאחר מיתת הבעל, יזכו הם בגוף ובפירות, וז"ל השטמ"ק: "התקינו באושא, האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה, אע"פ שידוע שלא היה לבעלה בהן אלא קנין פירות, וידוע דאינו כקנין הגוף, דנמצא שהגוף שלה ומכרתה, הן בלשון מעכשיו לגמרי הן מעכשיו ולאחר מיתת בעלה, והיה ראוי לומר שיהיו הלוקחין במקומה עד שאם תמות היא בחיי בעלה לא יהיה הבעל יורש, אלא יחזיק בהן כאילו היא חיה עד שימות, וכשימות יזכו הם במקום האשה כאילו היא חיה שהרי במקומה הן, מ"מ כח התקנה בדבר זה שלא יורש בלבד עשאוהו אלא אף לוקח, ר"ל שמשעה שנשאה נעשה לוקח בנכסיה מעכשיו ולאחר מיתה, והרי הוא לוקח ראשון, וכשמתה בחייו, מוציא זכות הגוף שמכרה מיד הלוקח ונשאר הקרקע בידו לחלוטין". וע"ז הקשה האבנמ"ל, שמהיכי תיתי יש לבעל פירות לאחר מיתת האשה מדין פירות. וכתב לישב, דאפשר דס"ל לשטמ"ק דתקנת הפירות תחת פורקנה הם לכל ימי חיי הבעל, אף לאחר מיתת האשה, ואף שלא שייך כבר פורקנה, תיקנו לו פירות לכל ימי חייו, תחת פורקנה שחייב בו בחייה. ועיי"ש מה שהקשה מר"פ האשה שנפל, ומה שתירץ בדוחק.]

ובמחלוקת אחרונים זו, הש"ך וקצוה"ח, אם בתקנת אושא עשאוהו כלוקח ראשון (כהסבר הש"ך) או שאלמוהו לשעבוד פירות של הבעל (כהסבר קצוה"ח), דן הגרי"א (נחל יצחק סי' קג). בתחילה כתב שדבר זה נתון במחלוקת הרא"ש והתוס', דדעת הרא"ש דעשאוהו כלוקח ראשון, ולתוס' י"ל שאלמוהו לשעבוד פירות של הבעל. דהנה הרא"ש ב"ב ח' יד הביא מדברי התוס', שאין הבעל יורש מלוה שהלוותה אשתו, ואפי' הלוותה מנכסי מלוג כשהיא תחתיו: "וגם אין נוטל ממלוה אשתו, ואפי' מה שהלוותה מנכסי מלוג שלה כשהיתה תחתיו, כדמוכח פרק שור שנגח ד' וה' (מב,ב)

דאין הבעל יורש נזקי אשתו לרבנן משום דהוה כמלוה, ואע"פ שאם היו באין לידיה בחייה היה בהן דין נכסי מלוג". כל זה לשיטת התוס'. אבל הרא"ש עצמו ס"ל שאם הלוחה האשה מנכסי מלוג כשהיא תחת בעלה ומתה, הבעל יורש אותה מלוה, דכיון שהלוחה שלא כדין, לא עדיף ממכרה נכסי מלוג, שהבעל מוציא מיד הלוקחות מתקנת אושא: "משום דכלוקח ראשון שוינהו רבנן, וכל שכן אם הלוחה ממון שהיה בידה שהבעל מוציא מידו ויורש אותה מלוה". מסביר הגרי"א, דלשיטת הרא"ש י"ל דכלוקח ראשון עשאוהו חכמים בתקנת אושא, ממילא הוא קדם ללוה, ומדין לוקח ראשון מוציא מיד הלוחה. אבל אם נאמר כהסבר קצוה"ח שאלמוהו לשעבוד פירות, כל מה שיכל להוציא מתקנת אושא הוא מדין יורש, שאלמוהו לשעבוד הגוף שלא יכולה למכור ולהפקיע זכות ירושה של הבעל, וא"כ אף שהלוחה שלא כדין, והכסף שביד הלוחה אינו הלואה אלא גזילה, מ"מ הרי הוא ראוי, ואין הבעל יורש בראוי. ולשיטת התוס' שהבעל לא יורש מלוה של אשתו שהלוחה מנכסי מלוג, אין הבעל יכול להוציא מתקנת אושא, כיון שהוא יורש, רק אלמוהו לשעבוד הפירות שגם הגוף אינה יכולה למכור, ועדיין הרי ראוי, ואינו יורש בראוי, משא"כ לרא"ש דס"ל שעשאוהו כלוקח ראשון, אינו בא מדין ירושה שנאמר בו שאינו יורש בראוי אלא מדין לוקח. וממה שפסק השו"ע (אהע"ז ז, א): "וכן אם היה לה מלוה ביד אחרים כשנשאה, ומתה האשה קודם שגבתה אותה, אינו יורשה, אבל אם הלוחה מנכסי מלוג, ומתה קודם שגבתה, בזו יורש אותה בעלה", מוכח שפסק כדעת הרא"ש שעשאוהו כלוקח ראשון, ומוכח לכאורה כהסבר הש"ך ודלא כקצוה"ח.

אמנם בהמשך דבריו הקשה הגרי"א מכמה סוגיות. מס"פ השולח (גיטין מח, ב) דבעל נכסי אשתו צריך הרשאה, אא"כ נחית אפירי, דמיגו דנחית אפירי, נחית גם על הגוף. ולמה צריך הרשאה, הרי באושא תקנו שדינו כלוקח. וכן הקשה מב"מ ז, א, באשה ששאלה ונשאל לבעל, דקיי"ל שקנין פירות לאו כקנין הגוף, וממילא לא חשיב שאלה בבעלים (עיין שו"ע חו"מ שמו, ט), ומדוע לא יחשב כשאלה בבעלים, הרי באושא התקינו שדינו כלוקח. ובתחילה רצה לישב שלא תיקנו שדינו כלוקח אלא כשהאשה עשתה מעשה בפשיעתה או שלא כהוגן, אך הקשה מדין שומא הדרא שדינו כלוקח. וע"כ כתב לבאר ע"פ דברי הרא"ש ב"ב ג, ג, בשם רבינו יונה, שאף שבעל לוקח ראשון הוא לכל דבר שהוא זכות לו, מ"מ אם מכר הבעל בחייה, המקח בטל לאלתר משום שבח בית אביה: "הרי דדוקא במה דהוי זכות לו, בזה תקנו דדינו כלוקח, א"כ ממילא מה שהוא לזכות האשה לבדה, אינו דינו כלוקח". ולכן באשה ששאלה ונשאל המשאל לבעל, כיון שחייב באונסין לא יהיה של הבעל אלא של האשה, ואף בזה תצטרך לשלם רק לאחר שתתאלמן או תתגרש (עיין בשו"ע אהע"ז פה, ו, שו"ע חו"מ שמו, יז, ב"ש ס"ק יא, אין זה נוגע לבעל אלא רק לאשה, וע"כ

לא עשאוהו כלוקח בדבר שהוא רק טובה לאשה. ובהמשך דבריו (ענף ה ד"ה וע"כ) הגביל את תקנת אושא בהגבלה נוספת, שכל התקנה לזכותו הינה רק באופן שעשויה להפגע זכותו בירושתה: "א"כ י"ל בהך תקנת אושא ג"כ דלא הוי לוקח גמור לכל מילי, ולא עשאוהו כלוקח רק לגבי שלא יופקע זכותו בירושתה בשום אופן בעולם כלל, וכמש"כ השטמ"ק (כתובות עח,ב), דעיקר טעם תקנת אושא היה כדי שלא תעקור ירושתו שלא תתן לקרובים עיי"ש, ועדיין יש לומר דלשאר מילי לא עשאוהו ללוקח, וכמו דמצינו במעשה ידיה דאמרו אלמנה רבנן לשעבודיה והוי כלוקח גמור כפי' רש"י, ואפ"ה לא הוי לוקח גמור לכל מילי, דהוא הדין בהך דתקנת אושא". ומבואר מהגר"א שתקנת אושא עשתה את הבעל כלוקח במקומות בהם עשויה להיות מופקעת זכות ירושת הבעל.

ד. שינוי בקרקע ע"י הבעל

הובאו לעיל דברי הרשב"ם ב"ב נ,א, דאלמנה רבנן לשעבודא דבעל משום איבה ועשאוהו לוקח ראשון, ומועילה מכירת האשה לענין שאם ימות בעלה בחייה יטלם הלוקח. וכן הובאו דבריו מב"ב קלט,ב, ודברי רש"י ב"ק פח,ב. וכנ"ל בשיטת הרשב"ם שהיא כשיטת הרמב"ם שהמכר קיים, דמשום איבה אלמנה לשעבוד הבעל, ודוקא במתה, מוציא הבעל מלקוחות, עיין לעיל. ובשטמ"ק (ב"ב מט,ב) הביא מהר"י מיגאש המסביר כדעת הרמב"ם, דדוקא במתה מוציא הבעל מהלוקח: "אי נמי דזבנה איהי ומתה, דאתי איהו ומפיק כתקנתא דרבנן, כדרכי יוסי בר חנינא דאמר באושא התקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות, לפי שמעיקר הדין אף על פי שיש לו פירות נכסי אשתו בתקנתא דרבנן כל זמן שהיא בחיים, אם קדמה ומכרה הגוף ואחר כך מתה, קנה לוקח ואין לו לבעל כלום, לפי שמכרה אותו ולא הניחה לו מה שירש ממנה. ואע"פ שבשעה שמכרה אותו ברשות הבעל היה לפירות ... הא אפסיקא הלכתא כרבי שמעון בן לקיש דאמר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, וכי מסתלקי ליה פירות מיהא לבעל במיתת האשה, קנה הלוקח גוף הנכסים, כדאמרינן התם בפרק יש נוכלין, אתמר מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב, רבי יוחנן אמר לא קנה, ריש לקיש אומר קנה לוקח כו', וכיון שמעיקר הדין מכירתה מכירה היא, עבוד רבנן תקנתא באושא שאם מכרה ומתה שיהא הבעל מוציא מיד הלקוחות". הרי שהמקח שמכרה האשה קיים, ורק לאחר מיתת האשה מוציא הבעל מהלקוחות. ודעת הר"י מיגאש הביאו גם הרשב"א (ב"ב נ,א), שאם ירצה הבעל לבנות או לסתור או לשנות אותה קרקע ממה שהוא, שהלוקח מעכב עליו.

וכן כתב המאירי (ב"ב נ,א): "מכרה היא לבדה בהם, הבעל אוכל פירות בחייה וגוף הקרקע עומד בחזקת הלקוחות, שאם רצה הבעל לבנות או לסתור או לחפור בורות

שיחין ומעורות, הם מוחין בידו. ואם מת הוא בחייה, זכו הלקוחות במקחם. ואם מתה היא בחייו, הרי הבעל מוציאן מחזקת הלקוחות". וכן כתב הנימוק"י (ב"ב כז, א מעמדה"ר) שלשיטתו המקח קיים כל עוד לא מתה, ויכול הלוקח לעכב על הבעל שלא יבנה ויהרוס בקרקע: "... דזבנה איהי ומתה, דדוקא הוא דכשמתה מוציא מיד הלקוחות מתקנת אושא כדמפרש בב"ק (צ, א) דאלמדה רבנן לשעבודא דבעל משום איבה ועשאוהו כלוקח ראשון, ומכירתה בגוף הקרקע מהני היכא שמת הוא, וכדאמרין בירושלמי (כתובות ט, א בסופו) מכרה היא ומת הוא, אין האשה מוציאה מיד הלקוחות. וכתב הרא"ה ז"ל, דכיון דממכרה קיים, אם רצה הבעל לבנות או לסתור או לשנות אותו קרקע ממה שהוא, הלוקח מעכב עליו".

וכן פסק הרמ"א (אהע"ז צ, ט): "וכל ימי חייה, אם הבעל רוצה לבנות או לסתור בקרקע, הלוקח יכול למחות". ואף שהרמ"א פסק כרא"ש שאף בימי חייה גוף הקרקע אצל הבעל ולא אצל הלוקח, מ"מ היינו שנמצא בידו וברשותו, אבל הבעלות הינה של הלוקח, שהמקח לא התבטל לגמרי. וכ"כ הרדב"ז בתש' (ח"א סי' קיח). הרדב"ז נשאל אם הבעל יכול לסתור ולבנות, כשהאשה מכרה בנכסי מלוג. והשיב הרדב"ז דהלוקח יכול למנוע מהבעל לסתור ולבנות: "כיון שאם ימות הוא בחייה או יגרשנה, קנה הלוקח, הרי הגוף שלו אפילו בחיי הבעל, ומצי לעכב". והוסיף הרדב"ז, שאם ירצה הבעל לבנות כדי להרבות בפירות, ועושה תנאי שאם יזכה הלוקח בקרקע תהיה ידו של הבעל על התחתונה, מסתבר שלא יכול הלוקח לעכב, דאף שביורד לשדה חבירו יכולים הבעלים לעכב, כאן אינו יכול לעכב: "שאני הכא שיש לו בקרקע זה שייכות, חדא שהוא אוכל פירות ואיכא מ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי. ותו דאיפשר שלא יזכה הלוקח בקרקע זה לעולם, דקי"ל כתקנת אושא שהתקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה, הבעל מוציא מיד הלקוחות". מבואר ברדב"ז דהבעלות על הגוף של הלוקח, כיון שאם ימות בחייה או יגרשנה, קנה הלוקח. וכנ"ל דין זה הוא אף לרא"ש ודעימיה, כן נראה מפסקי הרמ"א, וגם מדברי הרדב"ז, דלרמב"ם פשיטא שיכול הלוקח לעכב, כיון שהבעל מוציא מידו רק לאחר מיתת האשה.

אמנם מדברי הסמ"ע ריב, יג מבואר שדברי הרמ"א הם לשיטת הרמב"ם, וז"ל הסמ"ע: "באה"ע סימן צ' סעיף ט' כתב מור"ם שאשה שמכרה נכסי מלוג שלה לאחר שנשאת, דהלוקח יכול למחות בבעלה שלא יבנה ולא יהרוס, משמע אבל אם לא מכרה, אין האשה בעצמה יכולה למחות בו, והוא מהאי טעמא שבעלה קנאה כל ימי חייה. והא דכתב שם דהלוקח יכול למחות, הוא לשיטת הרמב"ם (אישות כב, ז) דכתב שם [המחבר] בשמו, דאשה שמכרה הבעל אינו מוציא מיד הלוקח גוף הקרקע כי אם הפירות". וכן כתב הסמ"ע בדרישה (אהע"ז סי' צ). ולכאורה צ"ב, דא"כ סתרי פסקי

הרמ"א, שפסק כרא"ש, ופסק שהלוקח יכול למחות כשיטת הרמב"ם. אא"כ נאמר דלא כסמ"ע, דאף לרא"ש יכול הלוקח למחות.

ובח"מ ז, כז מבואר להדיא דהלוקח יכול למחות אף לשיטת הרא"ש: "אין ללוקח תועלת בגוף הקרקע, מאחר שהפירות וכל תשמישי קרקע הכל לבעל. ואם למחות ביד הבעל שלא לקלקל בקרקע ולחפור בורות שיחין מערות, גם הרא"ש (דס"ל דמוציא אף גוף הקרקע, וכמו שכתב בהג"ה אח"ז) יודה לזה, דכל האשה יכולה למחות, גם הלוקח יכול למחות. ומכל מקום יש ללוקח תועלת בגוף הקרקע לענין פרוזבול". ואף האשה עצמה כשלא מכרה גוף הקרקע, יכולה למחות בבעל שלא יקלקל, יבנה ויהרוס, כמש"כ הח"מ שם ס"ק ל (עיין רע"א בהגהות לשו"ע אהע"ז ז, ג, דהסמ"ע חולק, וכנ"ל). גם הב"ש ז, לו דחה דברי הדרישה, וס"ל דאף לרא"ש יכול הלוקח למחות, כיון שהמקח קיים אחר מיתת הבעל.

ה. כשמוכרת גם הפירות

ולפי האמור בנדו"ד אם מכרה בנכסי מלוג, לשיטת הרמב"ם ודעימיה המכר קיים לענין גוף הקרקע, ורק אם תמות בחייו, יוציא הבעל הגוף מהלוקח, ולשיטת הרא"ש המכר קיים, אך הבעל מחזיק הגוף כיון שאוכל פירות, ורק מת הבעל בחייה יקבל הלוקח את הקרקע. הבעיה שבנדו"ד מוכרת את הקרקע (חלקה בדירה) באופן מוחלט לקונה, כך שגם הגוף וגם הפירות הם שלו מיידית, ובודאי אם היה הלוקח יודע שאם תמות היא בחיי הבעל, יוציא הבעל את הקרקע (חלקה בדירה) מידו, בודאי לא היה קונה, ובודאי לא במחיר זה. כמו כן לא היה קונה אם היה יודע שאין לו פירות כל חיי הבעל, וכאן מוכרת גם לפירות, ואיך תוכל למכור לפירות.

והסתפקתי לומר שיכולה למכור גם הפירות, משני טעמים, ואף שאין בהם כדי להכריע להתיר למכור הפירות, אפשר שיהיו חזי לאצטרופי לטעמים אחרים, וכפי שיתבאר עוד להלן. דהנה טעם תקנת הפירות הוא משום ריוח ביתא. ובכגון זה שהבעל סיעודי, אפשר שאין טעם של ריוח ביתא, דמי שנשתטה דמי למי שהלך למדינת הים או שעזב ביתו, שאין כאן "ביתא", ששייך לומר שיש לבעל פירות משום ריוח ביתא. הגם שיש לחלק בשופי בין הולך למדינת הים לנשתטה לענין זה, מ"מ אפשר שכל ענין ריוח ביתא הוא להרבות שלום בין בני הזוג כשיש רווחה כלכלית בבית, אולם כשהוא סיעודי, אין בזה טעם של ריוח ביתא, הגם שהוא ינהג במישרין מהפירות, מטרת הריוח ביתא לא קיים בכגון זה, וצ"ע.

איתא בכתובות פ, א – ב: איבעיא להו בעל שמכר קרקע לפירות מהו (מכר לאחרים קרקע מלוג שיעשה הלוקח ויאכל פירות – רש"י), מי אמרינן מאי דקני (לה)

אקני, או דלמא כי תקינו ליה רבנן פירות לבעל משום רווח ביתא (שיכניס הפירות לביתו, ויהא מזון הבית מצוי ויטיב לה) אבל לזבוני לא. יהודה מר בר מרימר משמיה דרבא אמר מה שעשה עשוי. רב פפא אמר משמי' דרבא, לא עשה ולא כלום. אמר רב פפא, הא דיהודה מר בר מרימר, לאו בפירוש אתמר אלא מכללא אתמר, דההיא איתתא דעיילה ליה לגברא תרתי אמהתא, אזל גברא נסיב איתתא אחריתי. עייל לה חדא מנייהו. אתאי לקמיה דרבא, צווחה, לא אשגח בה. מאן דחזא סבר משום דסבר מה שעשה עשוי, ולא היא (לעולם משום רווח ביתא אית ליה לרבא תקנת פירות), משום רווח ביתא והא קא רווח (ביתא שאף עתה היא עושה צרכי הבית). והלכתא בעל שמכר קרקע לפירות לא עשה ולא כלום, מאי טעמא, אביי אמר חיישינן שמא תכסיף. רבא אמר משום רווח ביתא. מאי בינייהו איכא בינייהו ארעא דמקרב למתא (דחזיא ליה כל שעתא אי מכסיף לה). אי נמי, בעל אריס הוא (כלומר שנותן ללוקח פירות מזומנים). אי נמי, זוזי וקא עביד בהו עיסקא (שהבעל עושה סחורה במעות שקיבל מן הלוקח ומשתכר בהן ואיכא רווח ביתא).

ולהלכה נפסק בגמ' דלא עשה כלום, ובראשונים פסקו כרבא דהטעם משום ריוח ביתא, כן פסק הרי"ף בכתובות (לט,א בעמוה"ר), וכן ברא"ש הי"א. ועיי"ש ברא"ש דלאחר שליקט את הפירות, פשיטא שיכול למכרם, דאיכא ריוח בית בדמים, וגם נהנו מהפירות קודם שמכרן, משא"כ במוכר קרקע לפירות ולשנים מרובות ומקבל הדמים כאחד ומוציאן, ליכא ריוח בית מכאן ואילך. וכן פסק הרמב"ם בהל' אישות כב,כ, וז"ל: "בעל שמכר קרקע לפירות לא עשה כלום, מפני שלא התקינו פירות לאיש אלא כדי להרויח בהוצאת הבית, לפיכך אם מכר לפירות ולקח אותן המעות לעשות בהן סחורה שומעין לו". עוד הביא הרא"ש מרב האי בשער ד בספר מקח וממכר, שאם רחוק הקרקע ממנו ומכרו לפירות מכור, דכיון שהוא רחוק ממנו ואינו יכול להביא הפירות לביתו, גם מעיקרא ליכא רווח ביתא, ואף על פי שהיה מוכר פירות של כל שנה ושנה והיה לה ריוח בדמיהם, כיון שהוא רחוק ממנו וצריך להוציא הוצאות ולטרוח בכל שנה, טוב יותר למכור לפירות.

והנה טעם ריוח ביתא מבואר בראשונים וכמש"כ ברש"י שיהיה המזון מצוי בבית וירוח לה, כך שלא היתה זו תקנה לתת לבעל פירותיה תחת פורקנה (כתובות מז,ב) לא שיהיו הפירות שלו באופן מוחלט, אלא שיהיו הפירות מכלל כלכלת הבית, שיהיה בזה גם הרוחה לאשה. ומהגמ' מוכח שהטעם הוא חלק ממהות התקנה, ולכן בעל שמכר קרקע לפירות, לא עשה ולא כלום, שלא נתנו לו המזון שיהיה שלו לגמרי אלא באופן שיהיה ריוח ביתא, וכלש' הרמב"ם; "שלא התקינו פירות לאיש אלא כדי להרויח בהוצאת הבית...". וכן במאירי בסוגיא, וז"ל: "אף על פי שחכמים תקנו פירות של נכסי מלוג לבעל, לא תקנו לו שיהא יכול למכרם להעמיד את הלוקח

במקומו ליטול את הפירות. והילכך בעל שמכר קרקע לפירות לא עשה כלום והיא מבטלת המקח, שלא תקנו לו הפירות אלא ליטלם הוא ויהא הבית עומד בשפע והוא הנקרא רווח ביתא ... ומכל מקום אם מכרו כדי להשתכר מן המעות בסחורה שומעין לו, שהרי יש בבית שפע יותר בסבת המעות יותר מן הפירות ...". הרי שאין לו בעלות מוחלטת על הפירות אלא באופן שיהא הבית עומד בשפע. וע"כ אין הוא יכול לנהוג בפירות בדרך שמטרת התקנה תסוכל. וכן נמצא ברבינו יהונתן, הובאו דבריהם בשטמ"ק (כתובות פ,ב), וז"ל: "בעל שמכר קרקע לפירות, כלומר קרקע של נכסי מלוג לפירות שיהא הלוקח אוכל פירות השנה בחיי האשה והוא נותן לו עשרים דינרים בכל שנה ושנה ... או דילמא מציא אמרה כי תקינו רבנן פירות לבעל תחת פרקונה דוקא היכא דאיכא רווח ביתא, כלומר שיהו שניהם מתפרנסין בכבוד יחד מן הפירות שיצאו מהן בכל יום ויום, אבל לזבוני לא אקנו ליה לפי שבשעה קלילא יוציאו אותן עשרה דינרין ויצטערו וילכו כל השנה".

וכן אנו מוצאים בדברי הריטב"א בב"מ צו,א לענין מי ששאל פרת נכסי מלוג, ונשאל הבעל עם הפרה, אי חשיבה שאלה בבעלים. ובגמ' איתא; שאל מן האשה, וביאר הריטב"א שמייירי בשאל מן הבעל ברצון האשה, דהבעל אינו יכול להשאל שלא ברצון ודעת האשה, דכל מה שיש לבעל פירי הוא משום ריוח ביתא, וע"כ צריך את דעת האשה להשאל פרת נכסי מלוג, דלפעול בפירות נכסי מלוג באופן שלאשה לא יהיה הנאה מהפירות, אין לו רשות ולא תיקנו לו פירות בכגון זה, וז"ל הריטב"א: "שאל מן האשה. פי' שאל מן האשה פרה של נכסי מלוג ונשאל לו בעלה למלאכתו, והכין מוכחא שמעתא דמיייתי על הקנין פירות כקנין הגוף דמי, והא ליכא למימר אלא בפרה של נכסי מלוג, וכן פרש"י ז"ל, ומייירי כששאל מדעת הבעל, דאי לא, אין כאן שאלה שאין רשות לאשה להשאילה דפירי דבעל ניהו, אלא ודאי כדאמרן, והא דנקט שאל מן האשה לומר ששאל מן הבעל ברצון האשה, ואשמעינן דאע"ג דפירי דבעל לא היה הבעל יכול להשאל אלא מדעת האשה, דלא תקון רבנן פירי אלא משום ריוח ביתא וכדאיתא בפרק האשה שנפלו לה נכסים (כתובות פ,ב)".

ובב"ק פח,ב - פט,א הביאה הגמ' ראייה דאיתא לתקנת אושא, דהאשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה, דהבעל מוציא מיד הלוקחות: אמר רב אידי בר אבין, אף אנן נמי תנינא, מעידים אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ונתן כתובתה, והרי היא תחתיו ומשמשותו, ונמצאו זוממין (דאי ודאי נתגרשה ע"י עדים אחרים, כי משתכחי הנך עדים זוממין הוו משלמין לה כל כתובתה, דהא בעו לאפסודי כולה מינה דקאמרי נתן לה אבל השתא שמא אינה עתידה ליטול כתובתה לעולם, שמא תמות ויירשנה בעלה ונמצא שלא היו מפסידין אותה כלום. לפיכך אין אומרים ישלמו לה כתובתה, אלא אומדים כמה אדם רוצה ליתן לה מיד בכתובתה על הספק שאם נתארמלה או

נתגרשה יטלנה הוא, ואם תמות יירשנה בעלה והוא יפסיד מה שנתן, ודמים הללו יתנו לה העדים, דטובת הנאה זו מפסידין אותה מיד, שאם תבא למוכרה בטובת הנאה זו לא תוכל, טובת הנאה - כלומר דבר מועט - רש"י, אין אומרים ישלמו כל כתובתה אלא טובת הנאת כתובתה. איזהו טובת הנאת כתובתה. אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובה של זו שאם נתארמלה או נתגרשה, ואם מתה יירשנה בעלה. ואי סלקא דעתך ליתא לתקנת אושא, אמאי יירשנה בעלה, תזבין כתובתה לגמרי. אמר אביי, אם אמרו בנכסי מלוג, יאמרו בנכסי צאן ברזל. [וע"כ אפילו ליתא לתקנת אושא היינו בנכסי מלוג, אבל בנדוניתא בצאן ברזל אפילו בלי תקנת אושא יוציא מלקוחות, עיי"ש ברש"י דכיון דעומדים באחריותו, פשיטא שאינה יכולה למכור]. אמר אביי, טובת הנאה הואיל ואתא לידן נימא בה מילתא. טובת הנאה לאשה היא, דאי ס"ד לבעל היא, לימרו לה עדים מאי אפסדין, אי הות מזבנת לה לטובת הנאה, בעל הוה שקיל מינך. אמר רב שלמן: משום דאיכא רווח ביתא (אפילו אם הבעל נוטלן, נוח לאשה למוכרה בחייה כדי שתהא פרנסתה מצויה בביתה בריוח - רש"י). ועיי"ש בשטמ"ק שהביא מהגאון, דחשיב הנאה של האשה; "מחייביתו לשלומי לי דהא מטיא הנאה לדידי משום ריוח ביתא לפי שמשתכרת הבית בריוח". ובתורת חיים שם הקשה, מדוע צריכים העדים לשלם לה כל טובת הנאת כתובתה, לא ישלמו אלא רווח ביתא, דהיינו כפי הנאתה המגיע על חלקה בלבד, ועיי"ש מה שתירץ. ולפי הנ"ל נראה דאין כאן חלק הנאתה אלא הכל להנאתה, דכל מה שיש לבעל זה כדי שהיא תהנה, יש לבעל את הפירות כדי שהיא וכל הבית יהנו מכל הפירות, וע"כ לא כתבה הגמ' חלק או חלקה, דהכל חלקה וחלקו, דכל התקנה היא רק באופן שיש ריוח ביתא.

לאור הנ"ל שענין ריוח ביתא אינו טעם גרידא אלא גוף מהות התקנה, שיהיה הבעל מקבל פירות וירווח לבית, הן לבעל והן לאשה, וע"כ במקום שאין ריוח ביתא, אין לבעל פירות, דכל השימוש בפירות הוא רק באופן של ריוח בית, וע"כ במקום ששני הצדדים חיים בנפרד, יהיה הטעם אשר יהיה, או שלמעשה אין ביניהם שום אישות, כאשר הבעל נמצא בבית אבל נמצא ואינו נמצא, אין כאן את מהות ומטרת התקנה - ריוח ביתא. וכאמור, אף שי"ל שגם בהיותו סעודי הוא נהנה מהפירות, מ"מ התקנה לא היתה שיהנה הוא או היא מהפירות, אלא שהבית יהיה מרווח מהבחינה הכלכלית ויהיה שלום בבית, וכמו שתקנו מציאתה לבעל משום איבה, כך גם בפירות שלא תהיה ניזונת מנכסיו והבית מתנהל בצמצום והוא עובד קשה לפרנסה, וע"י זה תהיה המריבה מצויה כשהיא אוכלת פירות נכסי מלוג, ולכן תקנו משום ריוח ביתא, שהריוח יביא יותר שלום בין הבעל והאשה, וזה לכאורה לא שייך בבעל סיעודי.

וראיתי בענין אחר, בבעל שהרחיק את אשתו מהבית, ואין לה אפשרות לקבל טובת הנאה מהפירות, כתב בפד"ר כרך ב עמ' 102 (פס"ד בהרכב: הגרי"א הרצוג

זצ"ל, הגר"ע הדאיה זצ"ל, והגרי"ש אלישיב זצ"ל), וז"ל: "וא"כ יש לדון כמו שלא תקנו פירות לבעל באופן שהוא מרחיק את הפירות מן הבית, הוא הדין באשר הוא מרחיק את האשה מן הבית, ואין לה כל אפשרות לקבל שום טובת הנאה מפירותיה, י"ל דגם בכה"ג לא תקנו פירות לבעל. גם אם - כפי האמור לעיל - מורד על אשתו יש לו פירות, מ"מ י"ל דבמה דברים אמורים אם גם האשה נהנית מהפירות, לא שהבעל יקח את הפירות לעצמו והאשה תהיה מרוחקת מהם".

אמנם כאמור בנדון שם הבעל הרחיק את האשה, או באופן שהוא מורד, ואף אם מורד יש לו פירות, היינו כשהם גרים בבית אחד והיא נהנית מהפירות, משא"כ בגרים בבתים נפרדים. אך יש מקום לסברא לומר שאין תקנת פירות כשהוא עצמו לא נהנה מהפירות, דבפועל מי שיכול להנות מהפירות זו האשה והבעל הסיעודי כ"א בדרך אחרת, ואין כאן מטרת ריוח ביתא שיהיה שלום ביניהם, וזה לא שייך, כמו שלכאורה טעם איבה לא שייך בכגון זה. אך לא ניחא לי בסברא זו, דודאי יש לבעל דין לבוא ולחלוק ולומר שסו"ס הבעל יכול להנות מהפירות, ולאפשר לו רווחה כלכלית גם בהיותו סיעודי, ואף שאינו ריוח הבית במהות, מ"מ הוי ריוח לשניהם. וע"כ צ"ע לצרף סברא זו. [ואין להקשות מהא דכתובות מח,א, הובא להלכה בשו"ע אהע"ז עח,ד: "מי שנשבת אשתו והוא במדינת הים, ב"ד יורדים לנכסיו ומוכרין בהכרזה, ופודין אותה כדרך שהבעל פודה", דאם לסברתינו אין לו פירות כיון שנשטתה, מדוע בי"ד פודין. וצ"ל, דכיון דקודם שנשטתה היו לו פירות, ממילא נתחייב בפדיונה].

סברא אחרת, אם ננקוט כדעה שיכולה אשה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות. דבעל שנשטתה לכאורה דינו כבעל שהלך למדינת הים, שאם נשבת אשתו, בי"ד יורדים לנכסיו ופודים האשה, כמבואר בשו"ע אהע"ז עח,ד. דאיתא בכתובות מז,ב: תנו רבנן, תיקנו מזונותיה תחת מעשה ידיה וקבורתה תחת כתובתה, לפיכך בעל אוכל פירות. פירות מאן דכר שמייהו. חסורי מחסרא והכי קתני, תיקנו מזונותיה תחת מעשה ידיה ופירקונה תחת פירות וקבורתה תחת כתובתה, לפיכך בעל אוכל פירות. מאי לפיכך. מהו דתימא מיכל לא נכלינהו אנוחי ננחינהו, דאם כן מימנע ולא פריק, קמ"ל דהא עדיפא, זימנין דלא מלו ופריק לה מדידה. ובתוס' שם בד"ה זימנין כתבו, דאינה יכולה לומר איני נותנת פירות ואיני נפדית; "ויש ליתן טעם, אף על גב דלרב הונא יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת כו', התם משום דאינה מפקעת לגמרי התקנה, שאם אמרה היום איני ניזונת ואיני עושה למחר תעשה ותהא ניזונת, אבל אם אמרה איני נפדית ואיני נותנת פירות, הרי מפקעת לגמרי תקנת פירות, דהא פירות של כל ימיה הם תחת פרקונה, ואפילו את"ל דיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה לעולם, אכתי יש לומר דלא מצי אמרה איני נפדית שלא תטמע בין העובדי כוכבים.

א"נ, שאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע, אבל מעשה ידיה אינם בעין דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים".

הרי שכתבו התוס' ג טעמים בשוני בין מזונות ומעשי ידים, לפירות ופורקנה. דבאיני נותנת פירות מפקעת התקנה לגמרי, שלא תטמע בין העכו"ם, וכן דבפירות ידו כידה. ועיין עוד בראשונים, הרמב"ן, הרשב"א והמאירי, שכתבו טעמים נוספים, וכן נפסק להלכה בשו"ע אהע"ז סט,ה. וברמב"ן בסוגיא כתב דהא שאינה יכולה לומר כן, מפני שפירות עיקר, אבל אם פורקנה עיקר, וכן משמע בסוגיא, יכולה לומר כן, ושכן דעת מקצת מחכמי הדורות, אף שהרמב"ן חולק, וז"ל:

"הא דתניא ופרקונה תחת פירות, לאו למימרא דפירות עיקר, דהא כולה סוגיין פרקונה עיקר כדאמרינן מיכל לא ניכלינהו וכו', ולעיל נמי אמרינן בהדיא בשלמא בעל תקינו ליה רבנן פירי דא"כ ממנע ולא פריק, וטעמא דרבי יוסי בר יהודה נמי מוכחא דאף לאב יהיב פירי משום פרקונה, ותנן נמי מפני שהוא תנאי ב"ד וכל דתנן תנאי ב"ד איהו עיקר, אלא מדבעי למתנא סיפא לפיכך בעל אוכל פירות אלמא פרקונה עיקר, משום הכי לא קפיד ... ויש במשמע לפום מאי דאמרן שאם אמרה איני נפדית ואיני נותנת פירות רשאה היא, וכן דעת מקצת מחכמי הדורות. אלא לדידי מסתברא דתנאי פרקונה לתרוייהו נחא להו, ואע"ג דתקנתא דילה עיקר לדידיה נמי אית ליה תקנתא במילתא, שהרי קנה שפחה לשמשו וצריך הוא לפדותה, לפיכך יכול הוא לומר אוכל אני ופודה דאי אכלת להו את זימנין דלא מלו ורמית עלי לפרוקך, ונראה שכן דעת הגאונים ז"ל שלא פירשו שתהא אשה רשאה לומר לא תאכל פירות. וכן בקבורתה שתחת כתובתה אין אחד מהם יכול לומר איני רוצה בתקנת חכמים כגון זו, שהירושה עיקר, ואינו יכול לבטל כדאיתא לקמן בהכותב וכל שכן היא, אלא ע"כ קובר ויורש."

וכדעת מקצת מחכמי הדורות שיכולה לומר איני נותנת פירות ואיני נפדית, דכיון שפורקנה עיקר, יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות, מצאנו גם מדייקים בדברי הרמב"ם אישות יב,ד. הרמב"ם שם הביא את הדין שתקנו חכמים שיהיו מעשה ידי האשה כנגד מזונותיה, ופדיונה כנגד אכילת פירות נכסיה, וקבורתה תחת כתובתה, וכתב דאם אמרה האשה איני ניוזנת ואיני עושה שומעין לה, ולא הזכיר דבפירות וירושה אינה יכולה לומר כן. אמנם הרב המגיד כתב דדעת הרמב"ם שהזכיר רק מזונות, מפני שפירות וירושה אינה יכולה לומר כן. אבל בהגהות הרמ"ך על הרמב"ם נשאר בצ"ע מדוע לא כתב הרמב"ם שבפירות אינה יכולה לומר איני נותנת פירות ואיני נפדית, וכתב דמהסוגיא משמע דלהנאתה תקנו, דפורקנה עיקר; "יכולה היא לומר

בהאי תקנתא לא ניחא לי, אבל הוא אינו יכול לומר, דהא הוי פורקנה תנאי ב"ד כמו מזונות, וצ"ע. ובתחילת הדברים הביאו הרמ"ך; "ורבותי האריכו בזה ושמו חילוק בין אמרה קודם שיבואו לידה הנכסי מלוג ובין אמרה לאחר מכן, וצ"ע".

ולכאורה בנדו"ד כיון שיש מהראשונים הסוברים שיכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות, וכמש"כ הרמב"ן והרמ"ך בדעת הרמב"ם, אפשר לצרף דעתם להיתר, ועדיין צ"ע לצרף דעה שנדחיתה מההלכה, וכמו שאינו יכול לטעון טענת קים לי נגד דעת המחבר והנ"כ שלא הגיהו (עיין תש' חוות יאיר סי' קסה, נתיבות כללי התפיסה כלל כ, ש"ך תקפו כהן סי' עד, תומים קיצור תקפו כהן, דפוסים שלנו דף מחב). אשר על כן צ"ע להיתר למכור את גוף הדירה ואת פירותיה.

ו. בנשתטה הבעל, אם יכולה לקחת נדוניתה

והסתפקתי אם יכולה למכור נכסי מלוג, דכיון שנשתטה הבעל ואינו מפרנסה, תקח את נכסי מלוג שלה ותמכרם. דהנה הרשב"א בתש' (במיוחסות לרמב"ן, סי' צט) נשאל בבעל שנשתטה, אם אשתו רשאית ליטול את נדוניתה, והבעל יתפרנס הוא מקופה של צדקה, או שישארו הנכסים בחזקתן, והוא ואשתו נזונין מהם. ומה הדין אם הנכסים לא בחזקת הבעל אלא ביד האשה או אביה, אם קרובי הבעל יכולים להוציא נכסים הללו מידם ולפרנס הבעל והאשה. והשיב הרשב"א: "דבר ברור הוא זה, דכיון דנשתטה אין לאשה תקנה כלל, להוציא בגט אינו יכול שאינו בן גירושין, וכדתנן פרק חרש (יבמות קיב, ב), נשתטה נתחרש הוא או נשתתה לא יוציא עולמית. ולקחת היא מה שהביאה בנדונייתה, אי אפשר בלא גירושין או באלמנות, כמו עיקר כתובה שאינה נגבית עד שתתאלמן או עד שתתגרש, בתנאי ב"ד שהתנו בתנאי כתובה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי. אלא כך דינו, ב"ד יורדין לנכסיו ומוציאין אותם מיד כל אדם, ויתפרנסו מהם הוא ואשתו ובניו הקטנים. ואם ימצאו איש נאמן ואמיד שירצה להשתדל ולפקח בנכסים, ממנים אותו עליהם והוא זן ומפרנס מהם אותו ואשתו ובניו הקטנים, כמו שאמרו בכתובות פרק נערה (כתובות מח, א), אמר רב חסדא אמר מר עוקבא, מי שנשתטה, ב"ד יורדין לנכסיו וזנין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר". ולפ"ז אין תקנה לאשה שבעלה נשתטה, שתקח את נדוניתה ותתפרנס ממנה. ותש' זו הובא בקצרה בתש' הרשב"א (ח"א סי' תתקפח), כשמעות הנדוניא עדיין ביד קרובי האשה, אם מוציאים מידם כשנשתטה הבעל, והשיב הרשב"א: "דמוציאין, דאי אפשר לגבות היא כתובה כל שהוא אינו יכול לגרש, אלא נזונין בה היא ובעלה ובניהן". וכן השיב הבנימין זאב (סי' לג) דאינה יכולה לגבות נדוניתא בנשתטה, דאשה אינה גובה כתובתה ונדוניתה אלא כשהתגרשה או התאלמנה, וכיון שבבעל שנשתטה אינו מוציא עולמית מהתורה, יתפרנסו שניהם מהנדוניא, הם ובניהם.

אלא שלכאורה יש לדון בזה לפי שיטת הר"מ שהביא המרדכי ר"פ המדיר (סי' קצד), הובאו דבריו ברמ"א אהע"ז קנד, כא, דאלה שמחייבים אותם להוציא וליתן כתובה, גם אם אין כופין להוציא, מ"מ יכולה ליטול כתובה ונדוניא, ולענין תוספת כתובה נחלקו הראשונים, וז"ל המרדכי: "כתב הר"ם ז"ל, כל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה, נהי דאין כופין אותו אלא בראיה ברורה, מ"מ נפיק ממונא מיניה כאן, דכיון דחייבוהו חכמים להוציא ולתת כתובה, אם לא הרשינו לכוף להוציא, דאם היינו כופים ה"ל מעושה שלא כדין, מ"מ כתובה מ"ט לא נפיק מיניה, כיון דחייבוהו חכמים בממון זה לתת לה, הלכך מפקינן מיניה כתובה, ויהבינן לה מנה ומאתים ונדוניא דהנעלת ליה, אבל תוספת איכא פלוגתא דרבותא. ר"ת פירש בריש אף על פי דתוספת נמי אית לה, דלכל מילי תנאי כתובה ככתובה דמי, ור"ח פי' דדוקא להני מילי דמייתי בריש פרק אף על פי ואמר' דתנאי כתובה ככתובה דמי, אבל למידי אחרינא לא, ומספיקא לא מפקינן מיניה תוספת כיון דפליגי בה רבוותא". ונראה דסברת הר"מ בזה, שאף שאין כופין להוציא, מ"מ במקום שמחייבים להתגרש, לפחות מבחינת זכויות הממון בכתובה ובנדוניא, חיי הנישואין הממוניים הגיעו לקיצן, ולכן יכולה ליטול את נדוניאת וכתובתה, דאף שאין כופין לגרש, כל זה מחמת חומרת אשת איש בכפיית גיטין, אך לא לענין הממונות, וזכותה לקחת נדוניאת. והנה אם אשת מי שנשטתה היתה תובעת גרושין מבעלה, לכאורה כיון שמונע ממנה כל עניני אישות, היה מקום לחייבו בגרושין, עיין בשו"ע אהע"ז קנדה, ואף שבפועל לא שייך לגרשה, כיון שדינו כשוטה שאינו יכול לגרש, מ"מ הרי הוא מאלו שמחייבים לגרש ואין כופין, ולשיטת הר"מ אף שאין כופין אותו לגרש וגם אינו יכול לגרש, דינה שתקח כתובתה ונדוניאתה, ולכל הפחות נדוניאתה, ולא יגרע חלקה מתובעת גרושין, שאם רוצה ליטול כתובה ונדוניאת רשאת. אך סברא זו מחודשת, ולא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה.

ז. אפוטרופסית ונושאת ונותנת בבית

אולם נראה להתיר בנדו"ד למכור את חלקה בדירה, כיון שכיום הבעל כלל לא מתפקד בעניני הבית, בודאי לא בעניני הממון, ובפועל האשה היא האפוטרופסית על כל נכסיו, והיא זו הנושאת ונותנת בתוך הבית ופועלת לטובת נכסי הבעל ונכסיה, וגם היא המטפלת ונהנית מפירות הנכסים לתועלת המשפחה. ולא גרע מיתומים קטנים שסמכו אצל בעל הבית מעצמם, ונשתדל בשלהם, שיש לו דין אפוטרופוס לכל דבר, עיין שו"ע חו"מ רצ, כד.

וכאפוטרופוס יכולה האשה לעשות כל מה שיראה לה שהוא טובת נכסי המשפחה, ומן הסתם עושה כן, וכמבואר בשו"ע חו"מ רצ, ז: "כשמעמידים בית דין אפוטרופוס ליתומים, מוסרים לו כל נכסי הקטן, הקרקע והמטלטלים שלא נמכרו, והוא

מוציא ומכנים ובונה וסותר ושוכר ונוטע וזורע ועושה, כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים, ומאכילן ומשקן ונותן להם כל ההוצאה כפי הממון וכפי הראוי להם. ולא ירויה להם יותר מדאי ולא יצמצם עליהם יותר מדאי". וכן מצאנו שצריכים לאמוד דעת הבעל לענין עישור נכסים ונדוניא לבנות, עיין שו"ע אהע"ז קיג,א: "מי שמת והניח בת, אומדים דעתו כמה היה בלבו ליתן לה לפרנסת נדונייתה ונותנים לה. ומנין יהיו יודעים אומדן דעתו, מריעיו ומיודעיו ומשאו ומתנו וכבודו, וכן אם השיא בת בחייו אומדים בה..."

וגם אשה זו, תנהג בנכסי המשפחה לפי אומדן דעת הבעל, ומסתבר שהיה מוכר את חלקה בדירה ומשקיע בדבר אחר העושה פירות, וכך אמדינן לדעתיה שהיה נוהג בענין זה כפי שהיא רוצה לנהוג, שהרי אין זה טובת הנכסים להיות שותף בדירה בחלק קטן, ולהמשיך להיות שותף בעל כרחם של האחים, וגם בחיי הבעל יכל מי מהאחים לטעון טענת גוד או אגוד וכד', ובודאי מכירה בהסכמה ללא מחלוקת עדיפה, [עיין שו"ע חו"מ יב,ג, דמותר לב"ד לוותר בממון היתומים חוץ מן הדין, כדי להשקיעם ממריבות. ועיין בפת"ש שם ס"ק ז, שהביא מת"ש חת"ס חחו"מ סו"ס קיב, דהוא הדין אפוטרופוס יכול לותר לטובתם, ושכן מבואר להדיא בתשובת רשב"א (ח"א סי' אלף טו) דאין לחלק בין ב"ד לאפוטרופוס, ושכן כתב בתשובת מהרלב"ח (סי' צה)]. ולכן גם בזה יכולה למכור בנכסי מלוג מדין אפוטרופוס, שלא יהיו מריבות בתוך המשפחה וכו'. ובזה יש גם אומדן דעת ברור בהנהגת הבעל שכך היה עושה, ולא נשאר שותף בעל כרחם של האחים, וגם לא יכל להשאר שותף בעל כרחם, וכנ"ל שיכלו לתבוע מכירת הדירה מדין חלוקת השותפות, או לטעון גוד או אגוד. לכן היא רשאית למכור את חלקה יחד עם האחים, ותשקיע את הכסף לטובת הבית בדבר העושה פירות, או תעשה עם הכסף דברים שאמדינן לדעת הבעל שכך היה עושה בדמי המכירה.

ואין לומר שבית דין ימנו אותה כאפוטרופוסית ויפקחו על המכירה והשקעת דמי התמורה. אף שכך לכאורה ראוי ונכון, היינו דוקא במקרה שלא יכלה למכור ללא רשות ב"ד, אולם בנדו"ד יכולה לפעול מעצמה, למכור ולהשקיע, כפי שעושה בכל נכסי המשפחה, ובודאי במה שקבלה בירושה, רק היא מיושר לבה פנתה בשאלה ע"מ לעשות בהתאם לדין, לכן אין לחוש ולפקח על המכירה וההשקעה, וניתן לסמוך שתפעל בהתאם לאומדנא בדעת הבעל.

[וכבר הובא בראשונים, דסתם אשה נושאת ונותנת בעניני הבית. אמנם שם נכתב לענין נאמנות אשה לומר על דברים שהם של אחרים, או בשטרות היוצאים על שמה, ויש לזה נפק"מ לנדונים אחרים, ומ"מ מינה יש ללמוד דכך היא המציאות בדבר"כ אשה נו"נ בעניני הבית. על הא דאיתא בב"ב נב,ב: וכן האשה שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית, והיו אונות ושטרות יוצאין על שמה ואמרה שלי הן שנפלו לי מבית

אבי אבא או מבית אבי אמא, עליה להביא ראייה. הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתקנז בסופו) כתב: "וסתם אשה בחיי בעלה נושאת ונותנת בתוך הבית, ועליה להביא ראייה כל שלא חלקה". וכך גם פסק הרמ"א (חו"מ סב,א): "וסתם אשה נושאת ונותנת תוך הבית". וכך מצאנו גם לענין אחר, במרדכי ב"ק פרק החובל (סי' פז): "פסק ראב"ן, כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה, הרי כאלו מינום בעלים שלוחים, ואם יש עדים, חייב הבעל לשלם מפני תקנת השוק שישאו ויתנו עמהם". והב"י, הובא בתש' המבי"ט (ח"א סי' קצ) סובר ג"כ דסתם נשים נו"נ בתוך הבית, ובפרט שבעליהם אינם בעיר: "ואף על גב דנשים שלנו אין רגילות כל כך לשאת ולתת, היינו כשבעליהן בעיר, אבל כשבעליהן אינם בעיר, הן רגילות להיות נושאות ונותנות בתוך הבית". ומזה גם למקרה של בעל שנשטתה, דחשיב אינו בעיר, והרגילות שתהיה נו"נ בתוך הבית. גם בתש' מהרשד"ם (חאהע"ז סי' לב) מבואר דסתם נשים נו"נ בתוך הבית. ועיין בטור אהע"ז סי' פו, דלאו דוקא שעוסקת בפרקמטיא, אלא שהבעל מאמינה בכל מה שבבית ונותן בידה. ועיין בגר"א חו"מ סב,ז, דאפי' שעה אחת שעוסקת בעניני הבעל, חשיב נו"נ בעניני הבית. ואין כאן המקום והצורך להאריך, רק הבאתי שכך הרגילות, ויראה הנפק"מ לענינים אחרים. ואף בנדו"ד האשה נו"נ בממון הבית, ותפעל לטובת הבית גם בתמורת מכירת חלקה בדירה, ועדיף שתשקיע בדבר העושה פירות, או תעשה לפי אומדן דעת הבעל.]

לאמור לעיל יש להתיר לה למכור חלקה בדירה שקבלה בירושה, ותפעל עם דמי המכירה לפי אומדן בדעת הבעל, לטובתם ולטובת המשפחה.

סימן לח

בדין מתנה שאין לבעל רשות בה

ראשי פרקים

א. שיור או תנאי, ואם בעלות מוגבלת הוי בעלות

ב. כשהתנה להדיא שלא יהיה לפלוני רשות בהם

ג. שיטת הראשונים בע"מ שאין לבעלך רשות בהם

ד. בבת יורשת

אשה שיש לה בנים ובנות, ורצתה לחלק את רכושה בחלקים שוים בין הבנים לבנות. אחת הבנות, השלום לא שורר בביתה, וחוששת האם שאם תתן לבתה חלק בנכסיה, אף שע"פ החוק אין לבעל זכויות בירושה, הרי שע"פ ההלכה יש לירושה דין נכסי מלוג והבעל אוכל פירות וכו', ומעונינת שחתנה, בעל בתה, לא יהנה מירושה זו ולא יטען לזכויות בה. והצעתי לכתוב בצוואה (במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה, שחלה שעה אחת קודם מיתתה, ועיין מה שכתבתי בח"ז סי' כו) לאחר הסעיף שמבאר את החלוקה, כי מה שנותנת לבת פלונית הוא ע"מ שאין לבעלה רשות בהם ומה שתרצה תעשה, וע"מ שתקנה בעזבונו מטלטלין או מקרקעין (עיין בסוף הנוסח הברור). ואף לרמב"ן, שהביא הרמ"א אהע"ז פה"א, המתנה בעינה גם לאחר מיתת המוריש, כיון שהבת אינה באה מכח ירושה, הואיל ויש בנים יורשים, וכמו שיתבאר.

א. שיור או תנאי, ואם בעלות מוגבלת הוי בעלות

תנן בנדירים פח"א: המדיר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות, אומר לה הרי המעות האלו נתונין לך במתנה, ובלבד שלא יהא לבעלך רשות בהן אלא מה שאת נושאת ונותנת בפיו. ובגמ' שם הובאה מחלוקת רב ושמואל: אמר רב, לא שנו אלא דאמר לה מה שאת נושאת ונותנת בפיו, אבל אמר מה שתרצי עשי, קנה יתהון בעל. ושמואל אומר אפילו אמר מה שתרצי עשי, לא קנה יתהון בעל. הר"ן על המשנה שם מסביר דדוקא ברוצה ליתן מעות, אבל ברוצה ליתן מזונות, אינו צריך להתנות כלום, דלא גרע מנתן לה הבעל מזונות והותירה. ודוקא במעות שיש לבעל זכות פירות, צריך האב להתנות. ודוקא אם התנה ע"מ שלא יהא לבעלך רשות בהן אלא מה שאת נותנת לפיו, שאם התנה רק ע"מ שאין לבעלך רשות בהן לחוד לא מהני, דמתני' רבי מאיר היא דאמר יד אשה כיד בעלה, דכיון שאין אשה זוכה בנכסים עד שתתן אותם לתוך פיה, הרי באותה שעה אין הבעל יכול לזכות בהן. ולפ"ז דוקא

שאמר מה שאת נותנת לפיך, אבל אם אמר מה שאת מתכסה וכיוצא בו לא מהני. וי"א דהוא הדין בשיחודן לה לאיזה דבר שיהיה דלא קנה הבעל, כיון שאף לה לא הקנה לגמרי אלא לאותו דבר בלבד. ובהמשך בהסבר דברי שמואל, כתב הר"ן דמחלוקת רב ושמואל אם אמרינן יד אשה כיד בעלה, דלרב יד אשה כיד בעלה, ולכן דוקא מה שאתה נותנת לפיך לא זכה הבעל. והפירוש השני בדברי הר"ן, נראה שהוא מהטעם שכתבו התוס' (להלן), שאין זו מתנה גמורה. ולשמואל גם אם אומר ע"מ שאין לבעלך רשות בהם, אין לבעל רשות במתנה: "דרב מוקי מתני' כרבי מאיר דאמר יד אשה כיד בעלה, וסבר לה כוותיה, ומשום הכי פסיק ואמר דאי אמר לה מה שתרצי עשי קנה יתהון בעל. ושמואל ודאי מודה ליה דמתני' הכי קתני, אלא דפליג עליה בדינא משום דסבירא ליה דהלכתא כרבנן דלא אמרינן יד אשה כיד בעלה, הילכך אי אמר לה מה שתרצי עשי, אי נמי ע"מ שאין לבעלך רשות בהן בלחוד דכי הדדי נינהו מהני". ויוצא דאם נתן מתנה לאחד ע"מ שאין לפלוני רשות בו ומה שתרצה עשה, מהני אף לרב, דאין בזה את הדין של יד אשה כיד בעלה.

מדברי הר"ן בפירוש הראשון עולה דמה שאת נותנת לפיך, אינו מחמת שהמתנה אינה גמורה, וכמו שפירשו התוס' והרא"ש, וכמו שי"ל בדברי הר"ן בפירוש השני, אלא שהזכיה היא באופן שהבעל אינו זוכה במה שהיא נותנת לפיה. ולפי הר"ן היינו דוקא במה שאתה נותנת לפיך, ולא כשנותן לה לכסות, דבכסות זכה הבעל. משא"כ לתוס' שפירשו דמה שאת נותן לפיך אינו מתנה גמורה, ולכן גם במה שתתכסי אינו מתנה גמורה ולא זכה הבעל. וכנ"ל נראה דזה הפירוש של האיכא מ"ד שהביא הר"ן. וז"ל התוס' (שם ד"ה לא שנו): "לא שנו אלא דאמר לה מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך, דלא הוא המתנה שלה לכל דבר, הילכך אם אמר לה ע"מ שאין לבעלך רשות בהם לא קנה הבעל, אבל אמר לה מה שתרצי עשי קני יתהון בעל, וכי הדר אמר לה על מנת שאין לבעלך רשות בהם, לא אמר כלום, דיד אשה כיד בעלה דמיא, שנתנם לה לעשות כל מה שתרצה, קנאתם בעל, אבל כי אמר לה מה שאת נושאת ונותנת לפיך, דמתנה לא היא גמורה, לא אמרינן יד אשה כיד בעלה". ולפי"ז יצא נפק"מ בין שני הפירושים לענין מיחד לה מתנה לכסות וכנ"ל. כמו כן אם נתן מתנה לאחר ע"מ שאין לפלוני רשות בהם, אם הוי מתנה גמורה ואין לפלוני רשות בהם, או שהיא מתנה חלקית, וזוכה המקבל במתנה החלקית שקיבל.

והנה לפירוש הראשונים דע"מ שאין לבעלך רשות בהם הוי מתנה שאינה גמורה, היינו ששייר האב, נתן המתנה, זכות במתנה זו. דהחילוק בין שיור לתנאי, דשיור נתן לו בעלות שאינה גמורה, ותנאי – נתן לו בעלות גמורה, רק בתנאי שיעשה כו"כ, או ע"מ שיחזיר וכד', אבל אינו שיור, אלא או שיהיה בעלים לחלוטין או לחלוטין לא יהיה בעלים, אולם שיור אינו מותנה אם יעשה כו"כ אלא מלכתחילה

אינו בעלים אלא למטרה מסוימת או למטרה מסוימת אינו בעלים. השאלה איזה שיוך מגביל בבעלות ומגביל את המתנה. נראה דהדבר תלוי לכאורה בשני תרוצי התוס' לענין מתנת בית חורון. דאיתא בב"ב קל"ג, ב – קל"ד, א (ועיין נדרים מח, א במשנה): ת"ר, מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגין כשורה, עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל. מה עשה יונתן בן עוזיאל. מכר שלישי והקדיש שלישי והחזיר לבניו שלישי. בא עליו שמאי במקלו ותרמילו, א"ל (יונתן בן עוזיאל לשמאי) שמאי, אם אתה יכול להוציא את מה שמכרתי ומה שהקדשתי, אתה יכול להוציא מה שהחזרתי, אם לאו אי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי. אמר, הטיח עלי בן עוזיאל, הטיח עלי בן עוזיאל. מעיקרא מאי סבר, משום מעשה דבית חורון, דתנן; מעשה בבית חורון באחד שהיה אביו מודר הימנו הנאה והיה משיא בנו, ואמר לחבירו הרי חצר וסעודה נתונין לך במתנה ואינן לפניך [אלא כדי] שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה. אמר לו, אם שלי הן הרי הן מוקדשין לשמים. אמר לו, לא נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים. אמר לו, לא נתת לי את שלך אלא שתהא אתה ואביך אוכלין ושותין ומרצין זה לזה ויהא עון תלוי בראשו. אמרו חכמים, כל מתנה שאינה שאם הקדישה מוקדשת אינה מתנה. ועיי"ש ברשב"ם (ד"ה במקלו), דשמאי טעה ולא חילק בין מעשה דבית חורון למעשה דיונתן בן עוזיאל, דמעשה דבית חורון פירש להדיא שאינן אלא ע"מ שיבוא אבא ויאכל, משא"כ בנידון יונתן בן עוזיאל לא התנה שום תנאי.

ובתוס' שם (ד"ה כל) הקשו ממתנה לזמן דמהני, דאם נותן לחבירו אתרוג ע"מ להחזיר, אף שאינו יכול להקדישו כיון שצריך להחזירו, כמבאר בב"ב קל"ז, ב. ותירצו התוס' ב תרוצים: "דהתם יכול להקדישו כל זמן שהוא בידו שלא יהנו אחרים ממנו, אבל הכא לא היה יכול להקדישו כלל". דאתרוג יכול להקדיש לאותו זמן עד שיחזיר, לזמן הזה הוא בעלים מוחלט, דהבעלות אינה מוגבלת מהותית אלא בזמן. ולפ"ז כל מתנה שיש בה בעלות מוגבלת, אינה מתנה. ותירץ שני תירץ ר"י: "ולר"י נראה דלא תליא מתנה בהקדש, דאפילו אינו יכול להקדיש הויה מתנה. והכי פ"י, כל מתנה שאינה כו', כלומר שגרועה כזאת שלא נתנה אלא ע"מ שיאכל אביו. ולאו דוקא נקט שאם הקדישה אינה מקודשת, שהרי לא היה יכול לעשות ממנה כלום ולא נתנה כלל אלא ע"מ שיאכל אביו, כדאמר' בנדרים (מח, א) לחד לישנא דסעודתו מוכחת עליו, ולא נקט שאם הקדישה אלא משום דמעשה הכי הוה". נראה בבאור דברי ר"י, מתנה שהבעלות מוגבלת הרי היא מתנה. במעשה דבית חורון לא היתה בעלות כלל, דכיון שנתן למטרה מסוימת, אין מקבל המתנה בעלים כלל, דאין לו כל שקול דעת מה לעשות עם המתנה. יכול הוא לעשות בה רק מה שהתנה עמו נותן המתנה, ולכן אינה מתנה. ועיין גם בתוס' נדרים מח, א.

ועיין תוס' סוכה מא, ב (ד"ה הילך), דחסרון מתנת בית חורון מפני שהיתה בערמה, לא מחמת שאינו יכול להקדישה, אלא שכל כולה נועדה למטרת הערמה ולא שיהיה למקבל זכיה בה, וז"ל התוס': "דהתם נמי לא בהקדש תלוי טעם המתנה, כדמוכח בנדריים ירושלמי, דאמר עלה רבי ירמיה רבי יהודה בעי מעתה מתנה אין אדם נותן מתנה לחבירו ע"מ שלא יקדשה לשמים, ומשני מתני' כל מתנה שהיא כמתנת בית חורון שהיתה בערמה שאם הקדישה אינה מוקדשת אינה מתנה. כלומר, שלא נתנה לו שיהנה המקבל שום הנאה שבעולם אלא שיהא מותר לאביו של נותן זה, ודאי הערמה בעלמא ולא שמייה מתנה, שהרי לא זכה בה לענין עצמו לשום דבר וא"כ מה הקנה לו, אבל הכא דמזכה ליה שיהנה בו, שמייה מתנה. ולא הזכיר שם הקדש אלא משום שעל הקדש היה מעשה". והיינו שלא נתן לו דבר, וכל מה שעשה היה לשם הערמה בלבד, ובפועל לא נתן לזוכה כל זכיה במתנה.

ולכאורה נראה דאם נותן מתנה לבתו ע"מ שאין לבעלה רשות בהם, יהיה תלוי בשתי דעות התוס'. אם נאמר דלא מהני בעלות מוגבלת, וכתירין הראשון של התוס', הרי כאן היא גם מתנה המגבילה את הבעלות ולא מהני. אולם לתירין ר"י, כל מקום שיש בעלות, אפי' מוגבלת, הרי זו מתנה, ורק כשנותן למטרה מסוימת אינה מתנה. ובמודר הנאה מחתנו, לרבי מאיר, דלא קיי"ל כוותיה (עיין רמב"ם ערוכין א, כ, ושו"ע או"ח שסז, י), כיון שהיא זוכה גם לבעלה ורשותה כרשותו, ע"כ נצרך למה שאת נותנת לפיך. אבל יכול לתת לה ע"מ שאין לבעלך רשות בהם, לשיטת ר"י הנ"ל, דאף שמגביל את בעלותה, אין בכך חסרון בעצם המתנה.

ודעת ר"י הנ"ל שבתוס', דדוקא בבית חורון דהוי הערמה ולא נתן לו כלל לא הוי מתנה, מבואר כן בעוד ראשונים. דתנן בנדריים מח, א: המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל, נותנו לאחר לשום מתנה והלה מותר בה. מעשה באחד בבית חורון שהיה אביו נודר הימנו הנאה, והיה משיא את בנו, ואמר לחברו, חצר וסעודה נתונים הינן לפניך אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה. אמר, אם שלי הם, הרי הם מוקדשין לשמים. א"ל, נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים. אמר לו, נתת לי את שלך אלא שתהא אתה ואביך אוכלין ושותין ומתרצין זה לזה ויהא עון תלוי בראשו. אמרו חכמים, כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת, אינה מתנה. והר"ן שם בנדריים פירש, דלא כל מתנה בעינן שיהיה יכול להקדישה, ודוקא מתנה שהיא בערמה, לא מהני אם אינו יכול להקדישה, אבל גם מתנה שאינו יכול להקדישה מהני, כגון אם נתנה לו לזמן, בתנאי שיחזיר לו: "דנהי דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, אע"ג דאם הקדישה אינה מקודשת, וכדאמרין בפרק יש נוחלין (ב"ב קלז, ב) דעל מנת שתחזירהו לי, הקדישו אינו קדוש, דמידי דחזי ליה קאמר ליה, שאני התם דמ"מ לשעתה מתנה היא, אבל מתנה זו של בית חורון, אפי' לשעתה אינה, שלא נתכוון

להקנותה לו כלל אלא שתקרא על שמו, כדי שיהא אביו מותר בה. והיינו לישנא דמתני' דקתני, כל מתנה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת וכו', ולא קתני כל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת וכו', משום דתנא הכי קאמר כל מתנה שאינה כלום כזו שהיא בהערמה, שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה". ומבואר דדוקא מתנה בהערמה לא מהני אם אינו יכול להקדישה, משא"כ במתנה ע"מ להחזיר. וכן מבואר שם ברשב"א (נדרים מח, א ד"ה מתני'), דדוקא במתנה בהערמה אמרינן כן. הרי כשכמגביל הבעלות בע"מ שאין לפלוני רשות בהם, אין מניעה בעצם המתנה. וכן הוא ברשב"א (ב"ב קלד, א): "אלא כל מתנה שהוא בהערמה, שאינה מתנה גמורה אפי' לשעתה קאמר". וכן הוא ברשב"א קדושין ו, ב.

ועיין גם בשטמ"ק שם בנדרים מה שהביא מהרנב"י: "כלומר שכבר פירש לו שאינן נתונין לפניו אלא לדבר זה בלבד, שיבא אבא ויאכל עמהם בסעודה, לא שתהא לו המתנה נתונה לו לחפץ אחר ... דמכיון דגלית אדעתך שאין מתנתך מתנה גמורה, עדיין נכסיך הם, ונמצא אביך אוכל על ידי דבר האסור לו". והיינו שלא זיכה לו דבר למקבל, ולכן לא הוי מתנה. וכן נמצא הרמב"ן (ב"ב קלד, א) כתב: "ומתני' שאני, דלאו משום תנאי הוא דאינו יכול להקדיש אלא סתם נתן לו לגמרי, אבל בהערמה היא, שהרי כשרצה להקדישה עכב עליו ומן הדין, ונמצא שלא קנה כלל ולא נתן לו אלא הערמה היתה, וכן הוא ברמב"ן (קדושין ו, ב): "ושמעת מינה בהדיא שלא אמרו אינה מתנה אלא במקום שמראין הדברים שהיא הערמה, כגון התם דסעודתו מוכחת עליו, אי נמי דוקא במודר הנאה". וכן הוא בריטב"א בכ"מ (ב"ב קלד, א, קדושין ו, ב, סוכה מא, ב, נדרים מח, א). וכן הוא בנימוקי" (ב"ב סא, א מעמוה"ר).

וכדעתם פסק בשו"ע (ח"מ רמא, ה, עיין להלן), וכן פסק הרמ"א (או"ח תרנח, ד): "ומותר לתת לו אתרוג במתנה על מנת שלא יקדישה, דלא גרע ממתנה על מנת להחזיר". ובבבאור הלכה שם כתב דלכן הוי מתנה אפי' אמר שנותן לו ע"מ שלא יתנו לאף אחד. והוכיח כן מהמאירי הסובר דממילא אסור לו ליתן לאחר ללא רשות הבעלים: "וממילא נראה דכ"ש באם אמר לו הרי הוא שלך במתנה ע"מ שלא תתנו לשום אדם, או אפילו באומר לו הרי הוא שלך ואינך רשאי ליתנו לשום אדם, בודאי הוא שלו ויוצא בו, אף על גב שלא נתן לו כל כחו באתרוג זה. וכ"מ במאירי שהביא יש פוסקין שבנותן מתנה ע"מ להחזיר אינו רשאי ליתנו לרבים אלא ברשות הנותן הראשון ... אכן מוכח עכ"פ במתנה בפירוש דאינו רשאי ליתנו לאחר ואעפ"כ יוצא בו. והנה הגאון מליסא בדה"ח החמיר בזה, וכתב דכל שאינו בכח המקבל ליתנו לאחר אינו מתנה כלל, ולענ"ד אינו כן כמו שהוכחנו. ומצאתי בשדי חמד שהביא כבר דעת כמה גאונים לחלוק עליו בזה". דאף שהנתיבות בדה"ח כתב דלא הוי מתנה, כבר חלקו עליו, ולכן אפי' נותן לו המתנה ע"מ שלא יתן לאף אחד, הוי מתנה.

ב. כשהתנה להדיא שלא יהיה לפלוני רשות בהם

ובשו"ע חו"מ רמא"ה, פסק וז"ל: "יש מי שאומר שהנותן מתנה לחבירו אינו מתנה, אלא אם כן שיהיה בדעת הנותן שתהא ברשות מקבל לעשות בה כל חפצו. בד"א, שנתנה לו סתם אלא שניכר מתוך מחשבתו שאינו מכוין ליתנה לו שיעשה בה כל חפצו. אבל אם מפרש, אפילו אם נותנה לו על מנת שלא ליתנה לאחר או שלא למוכרה או שלא להקדישה, או אפילו ע"מ שלא יעשה בה שום דבר אלא דבר פלוני, הוי מתנה לאותו דבר שפירש בלבד". דבסתם הוי חסרון בגמירת דעת במתנה, אבל במפרש, הרי הם כשני שותפים במתנה, ששייר לו הנותן חלק במתנה, וכמש"כ בסמ"ע רמא"ט, דלא גרע ממקנה לו חלק ועשאו שותף עם מקבל המתנה. כך גם כשנותנו ע"מ שלא יעשה דבר מסוים, הרי הוא של המקבל בדבר זה ושל הנותן במותר. ומ"מ מבואר מהשו"ע שפסק דמהני בעלות מוגבלת, ובלבד שמפרש להדיא שנותן לו בתנאי מגביל.

ודעת השו"ע חו"מ רמא"ה, לחלק בין נותן סתם ואומדן דעת שלא נתן לחלוטין, דלא מהני, לנותן בתנאי דע"מ דמהני, היא דעת הרא"ש ב"ב ח,לח. הרא"ש הביא ראיה שאם המתנה מוגבלת בכך שלא יוכל למכור את המתנה, אינה מתנה. שהרי בגמ' ב"ב קלג,ב – קלד,א, הובאו מעשה דבית חורון על דברי יונתן בן עוזיאל, באחד שלא היו בניו נוהגים כשורה. עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל. מה עשה יונתן בן עוזיאל. מכר שלישי והקדיש שלישי והחזיר לבניו שלישי. בא עליו שמאי במקלו ותרמילו, א"ל יונתן בן עוזיאל לשמאי, אם אתה יכול להוציא את מה שמכרתי ומה שהקדשתי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי, אם לאו, אי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי. ועיי"ש ברשב"ם, דאם יכול להוציא ממנה שנתן לבניו, בטענה שזו היתה כוונתו שלא יתן לבניו של נותן, א"כ אין זו מתנה גמורה, וממילא יכול להוציא גם מה שנתן והקדיש. ועי"ז בא מעשה דבית חורון. ומזה מוכיח הרא"ש דלאו דוקא להקדיש, אלא הוא הדין אם אין יכול ליתנה במתנה ולמוכרה דאינה מתנה אם לא שיוכל לעשות בה כל חפצו, דאין חלוק בין הקדש לשאר דברים ואינה מתנה עד שתהא ברשותו לעשות בה כל צרכי חפצו. והיינו דוקא כשנותן לו בסתם, אבל אם פירש דבריו, אפילו נתן שלא ליתן ולא למכור ולא להקדיש ולא יעשה בו דבר כי אם דבר אחד, הוי מתנה לאותו דבר. וכן הוא בתש" הרא"ש ע"ד. וכן כתב הכס"מ (מלוה ולוה ב,ב) דכן היא דעת הרמב"ן, דמאי דאיתמר במתנת בית חורון שכל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה, היינו בנותן סתם ומעשיו או דבריו מוכיחין עליו שאינו גומר ליתנה, אבל נתן בדעת גמורה ע"מ להחזיר, הרי היא כשאר כל התנאים דעלמא. (ועיי"ן באמרי בינה הל' יו"ט סי' כא, ובאבני נזר תאהע"ז סי' תה, מה שהקשו על הרא"ש).

וסברת הדין, דכאשר נותן סתם, ואומדן דעת שנתן באופן מוגבל, הרי זה חסרון בגמירות דעת וחסרון בקנין המתנה, ולכן לא זכה מקבל המתנה, וכמש"כ הרא"ש בדין מתנה מוסתרת (ב"ב פ"ג הל' לג): "שאנו אומדין דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה, אלא שהוצרך לפנים לתת לו הלכך לא קנה. ולא שיהיה הדבר מסופק אם קנה אם לא קנה". הוא טעם כשנותן לו מתנה סתם ואמדין שלא נתן לו באופן גמור, דבזה שייכת סברת הרא"ש, דכמו שאמרינן שנתן לו בעלות מוגבלת, אמרינן שודאי לא נתן לו בנפש חפצה וכו'. משא"כ כשמתנה תנאי שתהיה בעלותו מוגבלת, הרי פירש להדיא, ואין מקום לאומדן דעת לבטל המתנה.

ג. שיטת הראשונים בע"מ שאין לבעלך רשות בהם

ויצא לנדר"ד שיכולה האם ליתן לבתה מתנה ע"מ שאין לבעל רשות בהן, דלכאורה כמו שיכול ליתן מתנה ע"מ שאין לפלוני רשות בהם, יוכל ליתן מתנה גם ע"מ שאין לבעל רשות בהם. ולכאורה כל הסוגיא דשלהי נדרים דאומר ע"מ שאין לבעלך רשות בהן אלא מה שתרצי עשי, הוא אליבא דרבי מאיר דיד אשה כיד בעלה, וכשזכתה האשה, זכה הבעל לאכילת פירות, ולכן דוקא מה שאת נוי"נ בפ"ך. אולם לשמואל לכאורה גם באמירת ע"מ שאין לבעלך רשות בהן, לא זכה הבעל בפירות המתנה.

אלא שמדברי הרמב"ם בהל' נדרים ובהל' זכיה ומתנה, מבואר דע"מ שאין לבעלך רשות בהם לחוד, לא מהני. וז"ל הרמב"ם בהל' נדרים ז"ז: "מי שנאסרה הנייתו על בעל בתו והוא רוצה לתת לבתו מעות כדי שתהיה נהנית בהן ומוציאה אותן בחפציה, הרי זה נותן לה ואומר לה הרי המעות האלו נתונין לך במתנה ובלבד שלא יהא לבעלך רשות בהן אלא יהיו למה שאת נותנת לפיך או למה שתלבשי וכיוצא בזה. ואפילו אמר לה על מנת שאין לבעלך רשות בהן אלא מה שתרצי עשי בהן לא קנה הבעל ומה שתמצא תעשה בהן. אבל אם נתן לה מתנה ואמר לה על מנת שאין לבעלך רשות בהן ולא פירש שתהיה המתנה הזאת לכך ולכך או למה שתמצא תעשה בהן, הרי קנה אותה הבעל לאכול פירותיה, ודבר זה אסור, שהרי הוא אסור בהניית חותנו". והראב"ד הקשה על הרמב"ם; "גם ענין דבריו לא ישרו בעיני, מה הפרש יש בין מי שאמר עשי מה שתרצי, למי שאמר על מנת שאין לבעלך רשות בהן ולא אמר יותר, הלא נתן הכל לבתו מתנה גמורה ולא שייר במתנה כלום ומה שתמצא תעשה בהן. אלא שמחלוקת שבין רב ושמואל אינה אלא דרב ס"ל כר"מ ומוקים לסתמא דמתני' כר"מ, ושמואל ס"ל כחכמים ומוקים למתניתין כחכמים". הראב"ד הקשה על הרמב"ם, מדוע לא יועיל התנאי של ע"מ שאין לבעלך רשות בהם, הרי נתן נתן מתנה על תנאי, ומדוע לא תועיל מתנתו שלא יהיה לבעל רשות בהם, לשמואל

דס"ל כחכמים דלא אמרינן יד אשה כיד בעלה. (אמנם דעת הראב"ד לפסוק כרב כמבואר שם).

גם הכס"מ העיר, דלראשונים שפסקו כשמואל צריך להיות הדין שיועיל התנאי של ע"מ שאין לבעלך רשות בהם בלבד, ללא תוספת. דהר"ן (פ"ק דקידושין) כתב שהרי"ף פסק כשמואל. ובפרק בתרא דנדרים כתב הר"ן, שהנגיד הרב רבי שמואל הלוי בשם רב עמרם פסק כשמואל, וכן פסק הרמב"ן, שאף שמחלוקת רב ושמואל הינה לענין איסור, כיון דעיקר מחלוקתם תלויה בדין אם יד אשה כיד בעלה, הלכה כשמואל בדיני. וגם רב כר"מ ושמואל כרבנן, והסוגיא בפ"ד דנזיר ובפ' בן סורר ומורה כשמואל; "ולפי זה כי אמר לה על מנת שאין לבעלך רשות בהן בלחוד מהני". משא"כ לר"ת והראב"ד הפוסקים כרב, לא מועיל אלא באומר ע"מ שאין לבעלך רשות בהם אלא מה שאת נו"נ לפיך. ולכן פירש בדעת הרמב"ם, שאף שפסק כשמואל, ס"ל דרב ושמואל לא נחלקו אלא לענין מה שתרצי עשי, דלרב דוקא אם אומר מה שאת נותנת לפיך, ולשמואל מהני גם באומר מה שתרצי עשי. וס"ל לרמב"ם דכדי שלא יזכה בהם הבעל, צריך שלא יתן לאשה מתנה גמורה, ולכן נחלקו האופן שהמתנה אינה גמורה ולא יזכה הבעל, דלרב מה שאת נותנת לפיך הוי מתנה שאינה גמורה, ולשמואל אף במה שתרצי תעשי הוי מתנה שאינה גמורה, ולא זכה הבעל. אבל בע"מ שאין לבעלך רשות בהם, הרי זו מתנה גמורה, וזכה הבעל.

ומקור דבריו מהר"ן (נדרים פח, ד"ה ולענין): "והרמב"ם ז"ל מיצע את הדרך שפסק כשמואל, אלא שכתב דלשמואל נמי תרתי בעינן, ע"מ שאין לבעלך רשות בהן ומה שתרצי עשי, שהוא ז"ל מפרש דרב ושמואל בהא פליגי, דרב סבר דהאי דנקט מתניתין שאת נותנת לפיך דוקא הוא, ולישנא אחרינא לא מהני ביה, דאי אמר נמי מה שתרצי עשי קנה יתהון בעל. ושמואל סבר דלאו דוקא דהוא הדין מה שתרצי עשי. ומיהו לכולי עלמא תרי לישני בעינן. והקשו עליו, וכי מאי מוסיף במאי דאמר לה תו מה שתרצי עשי, הא אינו אלא כאומר ע"מ שאין לבעלך רשות בהן בלחוד. ונראה לי דהיינו טעמא משום דכי אמר לה מה שתרצי עשי לדידה נמי לא יהיב לה לגמרי דנימא לאלתר זכה בהן בעל, אלא הרי הוא כאומר לה לא יהו שלך אלא לאותו דבר שתרצי לעשות בהן בכל שעה ושעה, וסבירא ליה לשמואל דכי היכי דמייחד לדבר אחד מיוחד מהני, הכי נמי כיון דמייחד לאותו דבר שתרצה לעשות מהן כל שעה ושעה מהני, שאין קנין חל, אלא באותה שעה שתרצה לעשות בהן איזו דבר, לאותו דבר בלחוד". ועיין בתוס' יו"ט (נדרים יא, ח) דדעת הרמב"ם דרב ושמואל שניהם סוברים כרבי מאיר, ונחלקו אליבא דרבי מאיר. והקשה התוס' יו"ט מהרמב"ם בפירוש המשנה (קדושין א, ג), דמוכח שפוסק כחכמים. ולכן כתב התוס' יו"ט לבאר דהרמב"ם ס"ל דרב ושמואל נחלקו במחלוקת ר"מ וחכמים, ושמואל כחכמים,

אולם ס"ל דאף לחכמים לא מועיל ע"מ שאין לבעלך רשות בהן. דדוקא במיוחד תנאי במתנה, לא קנה הבעל, אף אם לא אמר ע"מ שאין לבעלך רשות בהן.

ובח"מ פה, כו הביא ג' דעות הראשונים בהלכה זו. דעת הרמב"ם (וכן דעת השו"ע אהע"ז פה, יא) שצריך בנוסף לע"מ שאין לבעלך רשות בהן, להוסיף גם מה שתוצי תעשי או מה שאת נו"נ לפיך. שיטה שניה אליבא דשמואל, ולא כרמב"ם, דכיון דקיי"ל כשמואל ולא קיי"ל דיד אשה כיד בעלה, יכול להתנות ע"מ שאין לבעלך רשות בהן. שיטה שלישית, ר"ת והרא"ש, דקיי"ל כרב, ודוקא שמתנה מה שאת נו"נ לפיך. והח"מ הביא הכרעת הריב"ש כשמואל, והיינו דמהני אם אומר ע"מ שאין לבעלך רשות בהם, ותמה הח"מ על הכרעתו, שהיא נגד ר"ת והרא"ש ומהר"ם ראבי"ה וראב"ד, ובפרט אם הבעל מוחזק. וכן בש"ך פה, כג, דנראה דאם הבעל מוחזק, יכול לומר קים לי כדעת תוס' והרא"ש, דדוקא במתנה כרב, מה שאת נו"נ לפיך. ועיין בריב"ש (סי' רטו) שהסיק להלכה: "העיקר כדברי פוסקים האחרים דעל מנת שאין לבעלך רשות בהן בלחוד, או שתוצי עשי בהן בלחוד מהני. ולרוחא דמילתא בהני תרי לישני רוצה לומר על מנת שאין לבעלה רשות בהן אלא מה שתוצי עשי בהן, לחוש לדברי הרמב"ם ז"ל". ומבואר דמעיקר הדין ס"ל דסגי בע"מ שאין לבעלך רשות בהם, כראשונים שפסקו כשמואל וס"ל דלא קיי"ל דיד אשה כיד בעלה, רק לרווחא דמילתא לחוש לשיטת הרמב"ם, יוסיף גם ומה שתוצי עשי. וכך לכאורה יש לנקוט להלכה, ורק כשחושש שמא הבעל יהיה מוחזק ויטען טענת קים לי כר"ת וסיעתו, יש להתנות כרב, ע"מ שלא יהא לבעלך רשות בהן אלא מה שאת נושאת ונותנת בפיך.

ומהרי"ק בתש' (סי' י) פסק דמהני התנאי דוקא אם מתנה מה שאת נו"נ לפיך, וכדעת רב והראשונים שפסקו כמותו: "ואף כי טען המורשה שקרוביה נתנו לה על מנת שלא יהיה לבעלה חלק ונחלה בהם, מכל מקום תנאי זה אין מועיל לרוב הפוסקים עמודי התורה, הלא המה רבינו יעקב ורבינו יצחק בעל התוס', ורבינו משה, וגם הסכימו גדולי האחרונים, דהיינו רבינו מאיר, כמו שכתב המרדכי בפרק קמא דקדושין, וכן האשרי שם בפר' קמא, וכן בנו הר"ר יעקב בטור אבן העזר, כולם הסכימו דהלכה כרב ששת אליביה דרבי מאיר דבעי שיתנה הנותן ואין לך בו אלא שתאכלי ותשתי כו', אבל בע"מ שאין לבעלך רשות בה לא מצינו". מבואר במהרי"ק שנקט דלא מהני תנאי אלא במה שאת נו"נ לפיך, וכשיטת רב.

ובמחנ"א (זכיה ומתנה סי' יב) כתב דאף בע"מ שאין לבעלך רשות בהם, רבו הפוסקים דקיי"ל כשמואל ומהני תנאי זה לחוד, שכן כתב הנגיד בשם רב עמרם גאון, ולזה הסכימו הרמ"ה והרמב"ן והריטב"א. והריב"ש בסי' רט"ו כתב שכן עיקר, וכן היא סברת תוספות רי"ד בקידושין. שאף אם יד אשה כיד בעלה, כל שהתנה הנותן

ע"מ שאין לבעלה רשות בה, תנאו קיים, דכל תנאי שבממון קיים, וזכתה האשה בלא בעלה. והוסיף המחנ"א, דאף שרבים חולקים וסוברים שהלכה כרב, ואין התנאי מועיל עד שיאמר לה מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך; "ולפי דבריהם בבת יורשת לא יועיל התנאי לאחר מיתת אביה, וכמ"ש הרשב"א בתשובות המיוחסות סי' ק"ו, מ"מ כיון דהוי הדבר מחלוקת, אין הבעל יכול להוציא מיד האשה, מכיון דאין לבעל זכות בנכסי אשתו כי אם לפירות והגוף הוא שלה והיא גופיה מתקנתא, ולא אתי ספק תקנה דפירות ומוציא מיד האשה, דאיהי ודאית והוא ספק". הרי דלהלכה ס"ל למחנ"א, דאף בע"מ שאין לבעלך רשות בהם, אין הבעל יכול להוציא ממנה פירות, כיון שהיא ודאי והוא ספק, וכל זכותו היא גם מכח תקנה, ולכן אינו יכול להוציא מהאשה פירות מתנה זו. ועיי"ש במחנ"א גם בסי' יג דאם התנה מה שאת נו"נ בפיך, כל עוד לא נו"נ לפיה, לא זכתה במתנה, וממילא אין הבעל יורשה. ועיין בב"ש פה, כג מש"כ בזה.

והרשב"א בתש' (ח"ב סי' קמ) נשאל במי שחלק נכסיו לפני פטירתו, והיתה לו בת אחת שאינה נשואה, ונתן לה שדה וכרם ובית, והתנה: "ע"מ שלא יהא בדבר מכל אלו הקרקעות לבעלך קנין ולא צווי ולא מניעה, לא בגוף הקרקעות הנתונות לה ולא בפירותיהן בכל שעה שבעולם, אלא תמכר ותתן ותמשכן למי שתרצה שלא ברשות". ודן הרשב"א בתנאי זה, וכתב דתנאי זה היה מועיל אילו הבת היתה נשואה, אולם משלא היתה נשואה ונשאת, הרי היא כמוכרת לבעל: "ונמצא תנאי האב אין לו קיום כיון שהיתה פנויה באותה שעה, שאילו היתה הבת נשואה בשעת צואת האב, היה התנאי מועיל לסלק זכות הבעל, מפני שבאותה שעה שנתן לבת הבעל ראוי לקנות ועמד תנאי האב בפניו, והבת לא נתנה לו זכות באותן הנכסים לאחר מכאן ולא מכרה לו. אבל אילו רצתה הבת ליתן לו לבעל הרשות בידה. וזו כשנשאת לו, הרי היא כמוכרת לו נכסיה". ועולה מדברי הרשב"א, שאם התנה האב ע"מ שאין לבעלך רשות בהן אלא תמכר ותתן ותמשכן למי שתרצה שלא ברשות, מהני. ונראה דזה מהני לשמואל אף לפי הסבר הרמב"ם, דלשמואל הסובר כחכמים שיד אשה לא כיד בעלה, למה צריך להמשך התנאי שתוכל למכור. ואינו ראייה, דאפשר דזו היתה נוסח השאלה, אולם לשיטת הרשב"א סגי בע"מ שאין לבעלך רשות בהם.

ונוסח תנאי באופן מורחב, מצאנו בתש' הריטב"א (סי' מט), לענין מי שרוצה ליתן לבתו באופן שלא יהיה לבעלה רשות בהם, שנוסח השטר יהיה כך: "שעל מנת כן נתן לפלונית בתו כל המתנה הנזכרת, שלא יהיה לבעלה פלוני שום רשות בהם ולא שום זכות ולא שום שעבוד ולא שום דכרא דממונא משום צד בעולם בשום דבר מכל המתנה הנז', לא בגוף ולא בפירות ולא בפירי פירות עד עולם, ולא במאי דאתי מחמתו, לא בחייה ולא לאחר מיתתה, אלא שתעשה כל מה שתרצה מכל המתנה בין

מן הגוף בין מן הפירות ופירי פירות עד עולם ככל רצון נפשה, להוציאו לצורכי עצמה או שתמכור או שתתן או תמשכן ותעשה כל הקנאה שתמצא בין מחיים בין לאחר מיתה, כמו שעושה כל איש בנכסיו". ונראה שנוסח זה עולה אף לשיטת הרמב"ם והשו"ע, שיש בכלל הדברים התנאה שיכולה לעשות מה שרוצה. אמנם לפוסקים כרב, לא מהני, דדוקא מה שאת נז"נ לפיך, שלא תזכה לבעל אליבא דר"מ דס"ל יד אשה כיד בעלה. אולם לכאורה אין לחוש לשיטות אלה, רק במקרה והוא מוחזק, ואינו שכית. ועיין עוד שם בתש' הריטב"א (סי' נא) שכתב דבעצם לשון המתנה בתנאי שע"מ שאין לבעלך רשות בהן מהני, ככל מתנה בתנאי, ואינו דומה למעשה דבית חורון שהיה הערמה; "והריני רואה בשטר זה שנשמר הסופר מכל הלשונות האלה וכתב לשון שהוא מספיק לדברי הכל, ואף לדברי הר"מ במז"ל שפסק כדברי המחמיר". ומבואר דלשונות הנ"ל מהני אף לשיטת הרמב"ם.

ד. בבת יורשת

והנה הרמ"א חו"מ פה"א פסק: "נתן לה אביה מתנה, והתנה באחד מדרכים אלו, ואח"כ מת אביה והיא יורשה אותו, נתבטלה המתנה וזוכה בה הבעל כבשאר נכסי מלוג". ומקור דברי הרמ"א מתש' הרשב"א המיוחסות (סי' קו), וז"ל: "... ואם רוצה שלא יהא לבעל רשות בהן, יכתוב כן, וע"מ כן נתתי מתנה זו לבתי הנזכרת שלא יהיה במתנה זו רשות לבעלה כלל. לא בגוף הנכסים ולא בפירותיהן ולא בפירי פירותיהן עד עולם, אלא מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיה, ושתלבש ושתהנה בהן. אבל על מנת שלא יהא רשות לבעלך לבד, אינו מועיל עד שייחד לה דבר, ופולוגתא דרב ושמואל היא ... ומכל מה שכתבתי לסלק זכות הבעל מהם, אינו אלא בנותן לבת שאינה יורשת, ובין בחיי האב בין אחר מותו אין לה בה כלום אלא מכח מתנה, אבל בבת יורשת לא יועיל לה בחיי האב אלא לאחר מיתה, ולא ששייר שלא יהיה בהן אלא מה שייחד לה עכשיו, דזוכה בכל מכח ירושה והרי הן לפניה כנכסי מלוג". ולכאורה משמע דאפי' התנה מה שאת נז"נ לפיך, כבר זוכה מכח ירושה והבעל אוכל פירות.

ודין זה מבואר בתש' הרא"ש ש"ע, ג, הובא להלכה בשו"ע חו"מ קא, ד. במי שנתן לבנו קרקע בתנאי שלא יחול עליה שיעבוד, והוא בן יחיד, ומת האב והבן היחיד יורשו, בעל חוב של הבן גובה ממנה, דאותו כח ששייר האב לעצמו במתנה, עם מתתו זכה הבן מכח ירושת אביו. ובסמ"ע קא, ט כתב, דאם יש שם בנים אחרים, גובה הבע"ח כפי חלק ירושת הבן הלזה בכלל הירושה, דרק חלק זה זכה משיוור האב. עוד הוסיף הסמ"ע, דאין לומר דבשיוור גילה האב דלא ניחא ליה שירש הבן

החייב שיור זה אלא שאר הבנים, דא"כ נאמר כן גם בבן יחיד מכח האומדנא שלא ירש בן יחיד זה השור, רק ירשו הקרובים האחרים שיור זה, עיי"ש.

ונראה דאין לומר דהרא"ש לשיטתו שפסק כרב, וכן הדין לכאורה גם לרמב"ם שפסק כשמואל, ולשיטתו דלא סגי בתנאי דע"מ שאין לבעלך רשות בהם, אולם לראשונים הפוסקים כשמואל דמהני בתורת תנאי שאין לבעל רשות בהם, הרי זו מתנה על תנאי, ואף לאחר מיתת האב התנאי לא מתבטל, ככל דין מתנה על תנאי. זה אינו. דכיון דהרא"ש מיירי בתנאי דע"מ שאין לבעל רשות בהם, ואינו שייך לדין יד אשה כיד בעלה, ובזה כ"ע מודו דהוי מדין תנאי טבכ"ז יורש הבן היחיד את אביו, והוא הדין גם בתנאי אליבא דרב בע"מ שאין לבעלך רשות וכו'.

והנה בנדו"ד אם היו למצוה רק בנות או שמקבלת המתנה הינה בת יחידה, לכאורה יהיה לבעל זכות בפירות לפי חלק הבת בירושה, ואם בת יחידה, לכאורה יהיה לבעל פירות. אלא שמצאתי דרך אחרת, לפמ"ש"כ מהר"א ששון (תורת אמת סי' רכה), הובא בקצוה"ח קא, ג. מהר"א ששון מחלק בין מתנה ע"מ שלא יהיה לבעל חוב, דבמת הנותן האב, זכה הבן מכח ירושה וגובה בע"ח, לבין אומר חוץ מבעל חוב שלא יגבה, דכיון דקי"ל (עיי' ב"ב קמח, ב) חוץ שיורא הוא, האב שייר לעצמו זכות זו שלא יחול עליה חוב, וזכות זו לא נפקעה במיתתו. ובתומים קא, ב. הקשה על מהר"א ששון, וכי במיתת האב פרח השור, הרי בכל מקרה מה שיש לאב בחוב כתוצאה מהשור, יזכה הבן היורש לאחר מיתת האב. ובקצוה"ח כתב לישב, דכל השור אינו ממון אלא טובת הנאה, ומהרי"ק לשיטתו דאין היורשים יורשים טובת הנאה: "דכיון דכתב מוהרי"ק שורש קס"א דאין היורשין יורשין דברים שאין בהם ממש או טובת הנאה בעלמא שאין ממון, הובא ברמ"א סימן ער"ו (סעיף ו') ע"ש, וטובת הנאה נמי הכי הוא דהתורה זכתה לו בתרומותיו ליתנם לאיזה כהן שירצה, ואפילו הכי כשמת אין היורשין יורשין זכות זה שיהיו המה זכאין בו ליתן למי שירצה, אלא כיון דגוף הדבר אינו שלו רק טובת הנאה ליתן לאחרים אינו בירושה. אם כן אף אם נאמר כיון דכבר הוא במתנה לבן שיהיה שלו לגמרי לכל דבר רק חוץ לפלוני לא יוכל ליתנו וזה השור נשאר לאב, וגם אחר מיתתו לא מצי יורש זכות זה ליתנו לזה, דהו"ל טובת הנאה ואינה ממון". אולם לשיטת הש"ך רע"ב דאם טובת ההנאה ביד היורשים, זוכים הם בטובת הנאה בתורת הפקר, לכאורה הוא הדין בזה. ודחה קצוה"ח, דבתורת הפקר אינם רוצים לזכות, וירושה שהיא בעל כרחו של היורש, אין ירושה בטובת הנאה. בפרט למש"כ קצוה"ח רע"ב, בשם השל"ה, דאפי' הטובת הנאה בידו ממש אינו יכול לזכות בו. ומדברי קצוה"ח נלמד, שאם יש למוריש רק בנות או בת יחידה, יאמר בלשון חוץ מבעלך שלא יהנה במתנה.

לאור האמור לעיל:

אם כתבה בצואה ע"מ שאין לבעלך רשות בהם, אין הבעל יכול להוציא הפירות מיד הבת היורשת.

לכתחילה יש לכתוב: ע"מ שאין לבעלך רשות בהם ומה שתרצי בהם תעשי. או לרווחא דמילתא, באופן מפורט יותר תכתוב שנותנת לבת פלונית, וע"מ כן נתתי לפלונית בתי כל המתנה הנזכרת, שלא יהיה לבעלה פלוני שום רשות בהם ולא שום זכות ולא שום שעבוד ולא שום דכרא דממונא משום צד בעולם בשום דבר מכל המתנה הנז', לא בגוף ולא בפירות ולא בפירי פירות עד עולם, ולא במאי דאתי מחמתו, לא בחייה ולא לאחר מיתתה, אלא שתעשה כל מה שתמצא מכל המתנה בין מן הגוף בין מן הפירות ופירי פירות עד עולם ככל רצון נפשה, להוציאו לצורכי עצמה או שתמכור או שתתן או תמשכן ותעשה כל הקנאה שתמצא בין מחיים בין לאחר מיתה, כמו שעושה כל איש בנכסיו. נוסח זה נכון לשיטת הרמב"ם והשו"ע, והכי קיי"ל.

לשיטת הראשונים הפוסקים כרב, יש לכתוב: המתנה הנזכרת נתונה לבתי פלונית במתנה, ע"מ שלא יהא לבעלה רשות בה אלא תהיה למה שהיא נותנת לפיה או למה שתלבש וכד'. יש דעות באחרונים שאם לא כתב כן, יוכל הבעל המוחזק לטעון טענת קים לי, ככל והוא מוחזק. גם צ"ע איך תוכל להשתמש לענינים אחרים בנכסים אלו. לכן אין להשתמש בנוסח זה אא"כ מדובר בכספים מועטים, או במקום שיש חשש שיהיה מוחזק בפירות. דלכאורה הלכה כדעת השו"ע, והרמ"א שלא השיג עליו, ובהכי סגי.

אם הבת מקבלת המתנה הינה בת יחידה או בת בין הבנות היורשת מד"ת, יכתוב: המתנה הנזכרת נתונה לבתי חוץ מבעלה פלוני שאין לו רשות בה ולא שום זכות או שעבוד, לא בגוף ולא בפירות ולא בפירי פירות עד עולם, אלא תעשה בהם כרצונה, להוציא לצרכי עצמה וכו', כנוסח הנ"ל. או לחוש לדעת רב ולכתוב כנ"ל, ולשנות במקום ע"מ שלא יהא וכו', י"ל חוץ מבעלה פלוני שלא יהיה לו רשות בה, אלא תהיה למה שהיא נו"נ בפיה.

סימן לט

חייב יורשים במדור אלמנה שאינה ניוזנת

ראשי פרקים

א. אשה שמפרנסת עצמה, האם זכאית למדור מהבעל

ב. אלמנה שאין לה מזונות

באלמנה המפרנסת את עצמה ואינה ניוזנת מעזבון הבעל, אך מתגוררת במדור הבעל, טען אחד מיורשי הבעל, הואיל והאלמנה אינה ניוזנת מנכסי היתומים ואין מעשי ידיה שלהם, גם איבדה זכותה במדור, שהוא חלק מחייב המזונות. והבהרתי שאין הדין כן, ואף באינה ניוזנת, יש לה זכות מדור. ונשאלתי, מה הדין באשה האומרת איני ניוזנת ואיני עושה, אם בזה גם איבדה את זכותה למדור. נפק"מ לאשה נשואה שמפרנסת את עצמה, ואין ילדים (לטעון שיש חיוב מדור מכח הילדים), וטוענת האשה לשל"ב, ורוצה זכות למדור במדור הקיים.

א. אשה שמפרנסת עצמה, האם זכאית למדור מהבעל

ובתחילה נדון באשה שאינה נותנת מעשי ידיה לבעלה, וניזונת מכח מעשי ידיה, וכעת באה לתבוע מדור במסגרת תביעה לשלום בית וכד'. הרמב"ם (אישות יג,ג), כתב וז"ל: "ובכלל הכסות שהוא חייב לה, כלי בית ומדור שיושבת בו. ומה הן כלי בית, מטה מוצעת ומפץ או מחצלת לישב עליה, וכלי אכילה ושתייה, כגון קדרה וקערה וכוס ובקבוק וכיוצא בהן. והמדור ששוכר לה בית של ארבע אמות על ארבע אמות, ותהיה רחבה חוצה לו כדי להשתמש בה, ויהיה לו בית הכסא חוץ ממנו". וברב המגיד שם הראה מקורו למשנה כתובות סד,ב, בדין משרה את אשתו ע"י שלישי: ונותן לה מטה מפץ ומחצלת, ונותן לה כפה לראשה וחגור למתניה ומנעלים ממועד למועד, וכלים של חמשים זוז משנה לשנה.

וידועה דעת הר"ן שהביא הרמ"א אהע"ז סט,ד, דכל שאומרת איני ניוזנת ואיני עושה, אין לה כסות, ולאמור לעיל, גם מדור אין לה, שהוא בכלל הכסות. ודברי הר"ן (כתובות כג,ב מעמיה"ר) לענין יכולה אשה לומר איני ניוזנת ואיני עושה: "תחלת תקנתם לטובתה תקנוה, משום דזמנין לא ספקא במעשה ידיה למזוני, ותקנו תחלת עיקר תקנתם שיוון איש את אשתו, והדר תקון שיהא מעשה ידיה לבעלה משום איבה, וכיון דעיקר תקנתם לטובתה ומשום דידה הוא, אי אמרה לא ניחא לי בהך טיבותא שומעין לה ... וכתב הרא"ה ז"ל, דכל שאמרה איני ניוזנת ואיני עושה, מיד נתבטלה

תקנתה, ושוב אינה יכולה לומר ניוזנות אני ועושה, שאינו בדין שיהא הרשות בידה לשנות הדבר כל פעם כמו שתדע, שאם כן כשלא תמצא מלאכה תרצה להיות ניוזנות, וכשתמצא תאמר איני ניוזנות, ולקתה מדת הדין. אלא ודאי מיד שאמרה אי אפשר בתקנת חכמים הפסידה, ושוב אין לה מזונות. והה"נ דאין לה כסות, דכסות בכלל מזונות הוא. מבואר להדיא בר"ן, דכל שאומר איני ניוזנות ואיני עושה, גם אין לה כסות, ולכאורה כנ"ל, גם אין לה מדור, דמדור בכלל הכסות.

וכדברים אלה כתב גם הרא"ה (מובא גם בשטמ"ק כתובות נח,ב): "ומסתברא דפרנסה בכלל מזונות, והאומרת איני נזונית ואיני עושה, שזונית לעצמה, מתפרנסת לעצמה, דכסות בכלל מזונות". וכן כתב הריטב"א שם, שאם אמרה האשה איני ניוזנות ואיני עושה: "אין הבעל חייב במזונותיה וכסותה ופרנסתה". וכן כתב המאירי שם: "זה שאמרנו שיכולה אשה לומר איני נזונית ואיני עושה ... וכל שאמרה כן אינו חייב בכסותה, שהרי כל שהגיע זמן שחייב להעלות לה מזונות אף בכסות הוא חייב, שהכסות בכלל המזונות הוא". וכך פסק הרמ"א סט,ד: "וכל שאינה ניוזנית, אין לה כסות, דהוא בכלל המזונות".

ובב"ש סט,א הביא ג דעות ראשונים בענין מזונות כסות, אם הוי דאורייתא או דרבנן. דעת הרמב"ם דהן מזונות והן כסות והן עונה הם מהתורה. שיטת הר"ן והרמב"ן דעונה מהתורה, ומזונות וכסות דרבנן, ותיקנו מעשי ידיה תחת מזונות וכסות, ולכן כל שאינה ניוזנית אין לה כסות. ושיטת הרא"ש והמגיד, דמזונות דרבנן, וכסות ועונה מהתורה, ולשטתם תקנו מעשי ידיה תחת מזונות היינו דוקא מזונות ולא כסות, וא"כ כשאומרת איני ניוזנית, יש לה כסות. ולכן תמה הב"ש על הרמ"א שסתם כר"ן שבאומרת איני ניוזנית אין לה כסות, דהרי לרא"ש והמגיד יש לה כסות, וכתב דיש לישב קצת.

דהנה הרמב"ם בהל' אישות יב,ב, פסק וז"ל: "והעשרה, שלשה מהן מן התורה, ואלו הן שארה כסותה ועונתה, שארה אלו מזונותיה, כסותה כמשמעה ...". ובמגיד שם (בה"א) ציין שהרשב"א הסכים לדעת הרמב"ם שכולם מהתורה. ודעת המגיד דמזונות דרבנן וכסות מהתורה, והביא מהגמ' כתובות מז,א-ב, דאף שנחלקו לענין מזונות, לכ"ע כסותה כפשוטו. ועיי"ש בלח"מ. גם ביש"ש (כתובות ד,טו) כתב דמזונות מדרבנן וכסות מהתורה: "אבל מה שכתב הרמב"ן (שם), שאף הכסות הוא דרבנן, לא דקדק יפה, שהרי כולי עלמא מודים בזה שהוא דאורייתא, גם בדברי חכמים לא מצינו שתקנו שום ממון נגד כסות, וכמו שפי' הסכים המ"מ". ומהמבי"ט (בקריית ספר פ"ג מאישות) עולה שסובר שכסות מהתורה, ונראה דגם מזונות מהתורה, וכדעת הרמב"ם: "כסות שחייב מן התורה, בגדים שיהיו ראויים לימות הגשמים ולימות החמה בפחות שלובשת כל האשה שבאותה מדינה, ובכלל הכסות שחייב, חייב ליתן

לה כלי בית ומדור ותכשיטה. ונראה דכל זה הוי מדאורייתא בכלל כסותה, וגלי קרא דאם בית אשה נדרה, דיושבת בביתו, וכמו שמוכרין ב"ד למזונותיה, מוכרים ג"כ לכסותה ומדורה".

ובהפלאה בקו"א סט,א כתב דדברי הרמ"א דכל שאינה ניזונת אין לה כסות, נכון אף לשיטת הרא"ש, ודלא כמש"כ הב"ש, דאף אם מזונות דרבנן וכסות מהתורה, מ"מ גם הכסות נכלל בתקנה של מעשי ידיה תחת מזונותיה, ואם אמרה איני ניזונת ואיני עושה, פטור אף מכסותה: "והיינו דכתב הרמ"א בהג"ה בסעיף ד', דכל שאינה ניזונת אין לה כסות, דלא כהב"ש שנתקשה בזה". וכ"כ בבית יעקב (הל' כתובות סט,ב), דדעת הרמ"א היא לא רק אליבא דהר"ן אלא ודאי גם לדעת הרמב"ם, ששניהם דאורייתא, תקנו מעש"י תחת מזונות, היינו גם תחת כסות, ואף לדעת הרא"ש, התקנה הינה תחת מזונות וכסות, וע"כ מש"כ הרמ"א דבאיני ניזונת אין לה כסות, הוא אליבא דכ"ע. גם בבני אהובה (אישות יב,ב) כתב דבלישנא דמזונות נכלל כסות אף לרא"ש, ולכן לכ"ע באומרת איני ניזונת, אף כסות אין לה, ודלא כב"ש.

ומכל זה עולה, דבאין לה מזונות מחמת שאמרת איני ניזונת ואיני עושה, גם אין לה כסות, ואף מדור אין לה, דהכל בכלל. וכן בכל מקום שהפסידה מזונותיה, בכלל הפסד זה גם כסות ומדור. אולם זכות הילדים למדור (עיין שו"ע אבהע"ז עג,ו), שאינו מכח מזונות האשה, לא פקע. [ובתי הדין נוהגים שלא לאפשר מכירת מדור המשפחה, באשה התובעת שלום בית, גם אם היא עובדת ומפרנסת עצמה ואין בעלה חייב לזונה, וזאת מכח זכותה לשלום בית, שכל עוד לא נדחיתה תביעתה לשלום בית, הרי שאם ימכר מדור המשפחה, שלום הבית יפגע אנושות. ואין זה מכח זכות המזונות אלא מכח זכותה לברר התביעה לשלום בית, וע"כ אף באינה ניזונת עומדת לה הזכות לדרוש שלא יפורק מדור המשפחה, כל עוד לא התבררה התביעה].

ב. אלמנה שאין לה מזונות

תנן במשנה 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' נד,א: תני רב יוסף, בביתי ולא בביקתי (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, צריך צר וקטן ... יכולין לומר לכי מאצלנו, דאת תהא יתבא בביתי כתב לך, ולא בביקתי – רש"י), אבל מזוני 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). מר בר רב אשי אמר אפילו מזוני נמי לית לה, ולית הלכתא כמר בר רב אשי. מדברי רב יוסף דקיי"ל כוותיה עולה, שאין שייכות בין המדור של האלמנה למזונותיה, וכל חד יש לו עמידה בפני עצמו. כך מבואר בדברי רב יוסף, וכמש"כ רש"י, שתקנו לכתוב פעמיים בביתי. ועיין ברא"ה בסוגיא, שתקנו שתדור ברווחה, וזה נלמד מהביתי היתירא. ולומדים מזה גם, שאם יש שם בית, שתדור ברווחה כדרך שנשתמשה בחיי בעלה, ואם אין שם בית, ראוי שיוציאה היורשים משם. ובודאי לפי מה שפירשו ראשונים אחרים (עיין ברמב"ן בסוגיא נדא), דודאי לפי ברכת הבית יש לה, רק השאלה אם יש לה יותר מברכת הבית, אילו היתה גרה עם, ובזה נחלקו רב יוסף ומר בר רב אשי, ונפסק כרב יוסף שצריך ליתן מזונות מלאים. ואף לפי רב אשי בכל מקרה יש לה מזונות, וא"כ גם למר בר רב אשי יש לה מזונות אף בלא מדור, רק מזונות מצומצמים ולא מלאים.

ומזה למד הרא"ש (כתובות ד, כט) שאף אם תרצה לשבת במדור ללא מזונות, יכולה לישב במדור, שאין המדור והמזונות תלויים זה בזה, וז"ל הרא"ש: "שאם היה בית קטן מהכיל אלמנה והיתומים, ובחיי אביהן היו יורשין שוכרין בתים ועתה רוצים לחזור לביתם, או שהיה בעלה שוכר בית ובניו היו דרים בביתו, וכשמת אין היורשין חייבין לשכור לה בית, שלא התנה אלא שתהא יושבת בביתו, והבית קטן מהכילם, תצא האלמנה מן הבית, אבל מזוני אית לה. וה"ה נמי אם אין הנכסים מספיקין לזונה והיא רוצה לשבת בבית בעלה בלא מזונות ובלא תביעת כתובתה – תשב, דאין המזונות והדירה תלויין זה בזה". ומזה שהופרדו עניני המזונות מהמדור, י"ל דגם במקום שאין לה מזונות, מפני שרוצה לעשות מעשי ידיה לעצמה, עיין שו"ע אבהע"ז צה,א, יש לה זכות מדור.

ובב"ש צד,א כתב דבתובעת כתובה, הפסידה גם זכות המדור, וזאת על אף דברי הרא"ש הנ"ל: "ונראה אם תובעת כתובה הפסידה כל הני כמו דמפסדת מזונות. אף על גב דכתב הרא"ש דאין מזונות ודירה תלויים זה בזה, כי לפעמים יש לה דירה בלא מזונות, מ"מ אם תובעת הכתובה או מכרה הפסידה הכל". ולכאורה בתש' הרשב"א שהביא הב"י באהע"ז סי' צד, משמע דלא כב"ש. הרשב"א בתש' (ח"ב סי' קסה) כתב דאין המדור תלוי בזכות הכתובה או המזונות אלא ענין בפני עצמו, ואף במקום שאין לה מזונות או כתובה, יש לה מדור, וז"ל הרשב"א: "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; ותניא רב יוסף

בביתי ולא בביקתי אבל מזוני אית לה, מר בר רב אשי אמר אפילו מזוני נמי לית לה, ולית הלכתא כמר בר רב אשי, שאין זה תלוי בזה, אע"פ שהיתה התקנה אחת ואת תהא יתבה בביתי ומתזנה מנכסי". מבואר להדיא ברשב"א דזכות המדור אינה תלויה במזונות או בכתובה, ואף אם הפסידה כתובה, יש לה זכות מדור בבית. וע"ע בבית מאיר צד,א שכתב דלא כב"ש, דאין המזונות והמדור תלויים זה בזה, ואף בהפסידה הכתובה ואפי' מכרה כתובתה, אף שהפסידה מזונותיה, יש לה מדור. ודן שם אם כשיכולים היתומים לפרוע האלמנה כתובתה בעל כרחיה, אם מסלקים גם מהמדור, ונשאר בצ"ע על הנוהגים לסלקה מהמדור, וע"ע להלן.

והנה בשבות יעקב (ח"ב סי' קכד) כתב דאלמנה שסילקו היורשים את כתובתה, איבדה זכותה למזונות ומדור, ותמה על מה שנתנו לאלמנה מדור לאחר שפרעו לה כתובתה. השבוי"י מחלק בקשר שבין המדור למזונות, דבעצם הכל כרוך אחד בשני, רק כשאין אפשרות לבצע אחד מהם, השני יש לו זכות עמידה עצמאית. אולם אם מן הדין אין לה מזונות מחמת שסילקו הכתובה, גם אין לה מדור, וז"ל השבוי"י:

"דמאיזה טעם חייבו היורשים בפסק דין לתת לה דירה כל ימי מיגר ארמלותא כיון שכבר סילקו אותה היורשים ונתן לה כתובתה, כמו שפוטריין אותם מליתן לה מזונות, וכן הן פטורים מליתן לה דירה, שהרי משנה שלימה שנינו בכתובות (נב,ב); לא כתב לה את תהא יתבה בביתי ומתזנא כל ימי מיגר אלמנותיך חייב שהוא תנאי ב"ד, כך היה וכו' אנשי יהודא היה כותבין עד שירצו היורשין ליתן לך כתובתך, לפיכך אם רצו היורשין נותנין לה כתובתה ופוטריין אותה מכל וכל, הן מהמזונות הן מהדירה. וכן מבואר להדיא בפ"י המתני' להרמב"ם והרע"ב, דלאנשי יהודא כשנותנין לה היורשים כתובתה אף מהדירה צריכה לצאת, וכ"כ הרמב"ם (אישות יח,ב), וז"ל; כשם שניזונית אחר מותו מנכסיו, כך נותנין לה כסות וכלי תשמיש ומדור, וכ"כ הטור בא"ה ריש סימן צ"ד, והיא מוסכם מכל הפוסקים דדירה ומזונות שווים הם, ובדבור א' נאמרו בתנאי ב"ד. רק לענין זה אינם תלויין זה בזה, שאם אין כאן לתת אחד מהם, מחויב ליתן השני, כמבואר שם בטור ובש"ע אה"ע סי' צ"ד. ולפי מה שפסק רמ"א בהג"ה בש"ע צג,ג, וז"ל; ויכולין ב"ד לתקן במקומותם שהיתומים יסלקו אותם כשירצו להיות פטורין ממזונות, וכן נתפשט המנהג במדינות אלו. א"כ שוב פטורין מכל תנאי ב"ד, גם מדירה, כי מזונות ודירה בחדא מחתא מחתינהו. וכן מבואר בבית שמואל סי' צ"ד, אף שכתב כן רק לענין תובעת כתובתה, היינו לפי שכתב כן בדברי הב"י בש"ע אה"ע דפסק שם כאנשי גליל, משא"כ לפי תקון ומנהג שלנו שהוא כאנשי יהודא. וכן משמע ומבואר בתשובת מהר"מ גלאנטי סימן קכ"א, וכן עשינו הלכה למעשה כמה פעמים בק"ק פראג

במושב ב"ד, כשסלקנו האלמנה סלקנו אותה מכל וכל. הדין פשוט כביעתה בכוחא."

מהשבו"י נראה דדוקא באופן שהפסידה את כתובתה, הפסידה גם מזונות ומדור התלויים זה בזה, דהכתובה היא הבסיס לכל החיובים, וכאשר מפסידה את בסיס החיוב, אין על היורשים כל חיוב הנובע מזכות הכתובה. המזונות והמדור קשורים זה בזה ביחס לבסיס החיוב שהוא הכתובה, וככל שבסיס החיוב קיים, רק מאיזה טעם אינה מקבלת מזונות מהיורשים, אין בכך כדי להפקיע זכותה למדור, דמזונות ומדור גם לשבו"י אינם תלויים זה בזה, ורק כאשר מפוקע חיוב המזונות מכח שאין לה כתובה, גם מדור אין לה. ונראה לכאורה דלא מיבעיא לרא"ש והרשב"א די"ל דבנדוד"ה, שאף שאין לה מזונות מכח היותה מפרנסת עצמה ואינה ניונת מהיתומים, יש לה זכות מדור, שאין המדור והמזונות תלויים זה בזה, אלא אף לב"ש והשבו"י באינה ניונת ואינה עושה, לא איבדה זכותה למזונות, רק מקבלת את המזונות בדרך אחרת, באמצעות מעשי ידיה, ולכן אף שאינה ניונת, יש לה זכות למדור אלמנה.

גם נראה דדוקא תובעת כתובתה ס"ל לב"ש דהפסידה מדור, אבל אם מסלקים אותה בעל כרחה, אפשר דלא הפסידה מדור, וכמו שכתב בבית מאיר הנ"ל. ונראה דשאלה זו אם כשמסלקים אלמנה כתובה בעל כרחה, יש לה מדור או לא, תלויה במחלוקת הראשונים בטעם של תובעת כתובתה, מדוע הפסידה מזונות. רש"י (גיטין לה, א ד"ה אין) כתב דתובעת כתובתה אין לה מזונות, דבתביעת הכתובה גילתה דעתה שרוצה להנשא, וכל זכותה כאלמנה הוא משום כבוד בעלה בהיותה אלמנה בית בעלה ומשום כבודו, וברצונה להנשא כבר אינה בגדר מיגר אלמנותיך: "מעתי דגליא דעתה דבעי לאינסובי, ואיהו לא אתני בהדה אלא כל ימי מיגר ארמלותיך בביתי, שהיא אלמנה בשביל כבודו". הרי שבתביעת כתובה כבר אינו בכוונת מיגר אלמנותיך, ואין בכוונת המתנה אלא משום כבודו. אולם יש מהראשונים שכתבו דתובעת כתובתה, הרי זה נחשב כגבוי, עיין רשב"א כתובות נד, א: "ומדברי הרב בעל ההלכות ז"ל ... פי' כי תביעת כתובתה אנו חושבין כגבייה לענין מזונותיה שהוא תנאי כתובה, ואבדה אותן, דמשעת תביעה ואילך לא קרינן בה מיגר אלמנותיך ...". ולפ"ז י"ל דכשמסלקים את האלמנה בעל כרחה, לענין טעם שתובעת כגבוי, הרי דין מסלקין בע"כ כדין תובעת, שבתובעת כגבוי ובסילוק גבוי ממש, ומפסידה כל תנאי כתובה. אבל לטעם של כבוד בעלה, י"ל דוקא בתובעת מפסידה כל תנאי כתובה, דאינו מיגר אלמנותיך, אבל במסלקים בעל כרחה, תיקנו משום מזונות ולא משום מדור, דבעצם אין כאן הטעם של תובעת כתובתה, שהרי לא פגעה בכבוד בעלה ולא אמרה בתביעתה שרוצה להנשא ולצאת מאלמנותה, אלא שתיקנו לטובת היתומים שלא יצטרכו לשלם מזונות, ודוקא לענין מזונות תיקנו ולא מדור, וכמש"כ גם בב"מ.

ולענין סילוק כתובת אלמנה בעל כרחא, אם מסלקים אף ממדור, במשנה כתובות נב, ב תנן: "לא כתב לה ... את תהא יתבא בביתי ומתזנא 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". הרי שיש מקומות שתלו את חיוב מזונות האלמנה במתן הכתובה, ואם רצו יורשים לתת לה כתובתה, אין לה מזונות. ואיפלגו בגמ' (שם נד, א) אם הלכה כאנשי יהודה או הלכה כאנשי גליל. וכן בר"פ אלמנה ניוזנת (כתובות צה, ב): איבעיא להו, ניוזנת תנן וכאנשי גליל, ולא סגי דלא יהבא לה, או דלמא הניזונת תנן וכאנשי יהודה, ואי בעו לא יהבי לה.

הרי"ף (כ, ב עמוה"ר) פסק דכולי עלמא דלית להו מנהגא, כשמואל עבדי, דהיינו כאנשי גליל. וכן התוס' (כתובות נד, א ד"ה ושמואל) הביאו מרבינו חננאל דבמקום שיש מנהג, ילכו אחר המנהג, אולם במקום שאין מנהג, ינהגו כאנשי גליל, שהרי שמואל פסק כמותם, והלכתא כוותיה דשמואל. וכ"פ הרא"ש (הל' לא), והביא שכן פסק רב שרירא גאון. וכן למד הרב המגיד (אישות יח, א) בדברי הרמב"ם; "שאיין היורשין יכולין לפרוע כתובתה ולסלקה מן המזונות אלא היא ניוזנת על כרחם כל זמן שלא תתבע כתובתה, וכן הסכימו האחרונים ז"ל". ועיי"ש בהגהות מיימוניות ס"ק ב, שלאחר שהביא את דעת הפוסקים כאנשי גליל, כתב שיש גאונים שפסקו כאנשי יהודה, וגורסים ששמואל פסק כאנשי יהודה, וכ"ה דעת הראב"ן והראב"ה. ובשו"ע אהע"ז צג, ג, פסק וז"ל: "... ואין היורשין יכולין לפרוע לה כתובתה ולסלקה מהמזונות, אלא היא ניוזנת על כרחם כל זמן שלא תתבע כתובתה, אא"כ התנו כן בפירוש שלא תיזון אלמנתו מנכסיו, או שהיה מנהג המקום כן. (רמ"א) ויכולין בית דין לתקן במקומן שהיתומים יסלקו אותה כשירצו". ועיי"ש בח"מ (ס"ק ו) ובב"ש (ס"ק ז) שהיורשים חייבים לתת לה מזונות ג חדשים ראשונים, דכיון דאסורה להנשא מחמתו ג חדשים, יש לה מזונות בעל כרחם. ועיי"ן בהפלאה (קו"א צג, ג), שהוא הדין לענין מעוברת ומינקת, וס"ל להפלאה דאף לאנשי יהודה הדין כן. אלא שהאבני מילואים (צג, ד) למד דלאנשי יהודה יכולים לסלקה בעל כורחה אף כשאסורה להנשא מחמתו, משום דכותבים "כל זמן שירצו יורשים", אלא דאנן קיי"ל כאנשי גליל, ויכולין בית דין לתקן כאנשי יהודה, אולם זה דוקא כשאינה מעוכבת מחמתו.

לפ"ז, כל היכא שלא תיקנו בתי הדין לסלק האלמנה בעל כורחה, חייבים היורשים במזונותיה. ובישועות יעקב (אהע"ז צג, ה), כתב וז"ל: "וכעת נהגו בתי דינים שבישראל לסלק לאלמנה כל כתובתה כל זמן שירצו היורשים, וכל הנשאת על דעת המנהג היא נשאת, וטעמא דמילתא כיון שהמזונות ביוקר מאד מן מה שהיה מלפנים

בישראל וסך כתובתה כמו שהיה מקדם, וא"כ כל אחת לא תרצה לקבל כתובתה רק הנדוניה, ותהיה כל אחת נוטלת נדוניה שלה ותרצה להיות ניוזנת, לכך עשו בזה תקנה". מדברי הישועות יעקב נמצאנו למדים על מנהג בתי הדין לסלק את כתובת האלמנה בעל כורחה. מנהג זה נזכר אף בדברי השבות יעקב (ח"ב סי' קכד), וכן פסק כותיה הבית מאיר (צג,ג), דהוי מנהג קבוע. ועיין במשנת יעקב (לגרי"נ רוזנטל זצ"ל - נשים, א, עמ' רכה), ששמע מזקני גו"ר (גדולי 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. ובבית מאיר הנז' מבואר דאף אם מעשים בכל יום שמסלקים לאלמנה את כתובתה ביתומים קטנים, שלא יופסדו בתפיסת כל הנכסים למזונות, אבל על המדור, "מהיכי תיתי לתקן נגד ההלכה".

ומ"מ בנדו"ד שלא הפסידה כתובתה, ויש על היתומים חיוב מזונות, אלא שמקבלת מזונותיה ממעשי ידיה, קיי"ל כראשונים הנ"ל שאין המזונות והמדור תלויים זה בזה. ואף אם מפסידה מזונותיה באיני ניוזנת ואיני עושה, כיון שלא הפסידה כתובתה, ואין בזה פגיעה בכבוד בעלה ובאלמנותה, ואף כתובתה אינה גבויה ואינה כגבויה, לא מפסידה משום זה את זכותה למדור אלמנה.

לאור האמור, אלמנה הניוזנת ממעשי ידיה, לא הפסידה זכותה במדור האלמנה. ואשה הניוזנת ממעשי ידיה, אין לה זכות לתבוע מדור מהבעל, אולם זכות מדור הילדים אינו תלוי במזונות האשה.

סימן מ

מסרב לשלם עד שתחזיר לו שטר כתובה

ראשי פרקים

א. אם כותבין שובר

ב. כתיבת שובר בכתובה

ג. כשהשטר בעולם

ד. שיק שאבד

בעל שחויב בתשלום כתובה בסכום מסוים, פחות מאשר נכתב בכתובה, מסרב לשלם לאשה את כתובתה עד אשר תחזיר לו את שטר הכתובה המקורי. האשה טוענת שהכתובה אצל אמה, וצריך לחפש, ואינה יודעת בדיוק היכן הניחה, ויתכן שאבדה כשעברה האם דירה, ומוכנה שיכתב בפרוטוקול ובהחלטת ביה"ד שעם התשלום כפי שנפסק, היא קבלה את כל דמי כתובתה ותוספת כתובה, הכל לפי נוסח שיכתיב הבעל.

א. אם כותבין שובר

נחלקו רבי יהודה ורבי יוסי במשנה ב"ב קע"ב, אם כותבים שובר: מי שפרע מקצת חובו, ר' יהודה אומר יחליף (יקרע אותו השטר ויכתוב לו שטר אחר לפי חשבון הנשאר מזמן ראשון – רשב"ם). רבי יוסי אומר יכתוב שובר. אמר רבי יהודה, נמצא זה צריך להיות שומר שוברו מן העכברים (שאם אבד שוברו, יחזור המלוה ויגבה כל חובו). אמר לו רבי יוסי, כך יפה לו (למלוה שיהיה הלוה בדאגת שימור שוברו ולא המלוה דעבד לזה לאיש מלוה), ולא ירע כחו של זה (של מלוה להחליף שטרו). ובגמ' שם: אמר רב הונא אמר רב, אין הלכה לא כרבי יהודה ולא כרבי יוסי, אלא ב"ד מקרעין השטר וכותבין לו שטר אחר מזמן ראשון. ובהמשך הגמ' (קע"א, ב) מוכח שכותבים שובר לא רק על מקצת החוב אלא אף על כל החוב: אמר רב הונא בריה דרב יהושע, אפילו למ"ד כותבין שובר הני מילי אפלא, אבל אכוליה לא. ולא היא, אפי' אכוליה כותבין, כי הא דרב יצחק בר יוסף הוה מסיק ביה זוזי ברבי אבא, אתא לקמיה דרבי חנינא בר פפי, אמר ליה הב לי זוזי, אמר ליה הב לי שטראי ושקול זוזך, אמר ליה שטרך אירכס לי, אכתוב לך תברא. אמר ליה הא רב ושמואל דאמרי תרוייהו אין כותבין שובר. אמר, מאן יהיב לן מעפריה דרב ושמואל רמינן בעיינין, הא רבי יוחנן והא ריש לקיש דאמרי תרוייהו כותבין שובר, וכן כי אתא רבין אמר ר' אילעא כותבין שובר, ומסתברא דכותבין שובר, דאי סלקא

דעתא אין כותבין שובר אבד שטרו של זה יאכל הלה וחדרי. מתקיף לה אביי, ואלא מאי כותבין שובר, אבד שוברו של זה יאכל הלה וחדרי. א"ל רבא, אין, עבד לזה לאיש מלוה.

ובגמ' שבת עח, ב נחלקו ת"ק ורבי יהודה, אם אחד הוציא בשבת מרשות לרשות שטר חוב. רבי יהודה סובר דדוקא אם השטר לא פרוע, כיון שצריך לו, חייב על הוצאתו, ואם השטר פרוע, כיון שאין לו בו צורך, פטור על הוצאתו. ורבי יהודה סובר שאף לאחר שפרעו חייב על הוצאתו. ובגמ' שם עט, א הסבירו את מחלוקתם אם כותבים שובר: רבא אמר דכולי עלמא מודה בשטר שכתבו שצריך לקיימו, והכא בכותבין שובר קמיפלגי, תנא קמא סבר כותבין שובר, ורבי יהודה סבר אין כותבין שובר. ורש"י שם פירש: יש גורסין, תנא קמא סבר אין כותבין שובר על שטר פרוע שאתה מצריכו לשמור שוברו מן העכברים, אלא מחזיר לו ושורפו ואסור להשהותו, ור' יהודה סבר כותבין שובר, ועל ידי שובר מותר לשהות שטר פרוע לצור על פי צלוחיתו. ולא היא, חדא, דכיון דאסור לשהות שטר פרוע, אפילו על ידי שובר נמי אסור להשהותו, שמא יאבד השובר וזה חוזר וגובה בו. ועוד, לר' יהודה אין כותבין שובר שמעינן ליה בבבא בתרא (קע, ב), דתנן: מי שפרע מקצת חובו, ר' יהודה אומר: יחליף, ר' יוסי אומר: יכתוב שובר. והכי גרסינן: תנא קמא סבר כותבים שובר, והכי קאמר, משפרעו לזה והוציאו מלוה בשבת פטור, שאינו צריך לו, ואי אמרת כיון דראוי לצור על פי צלוחיתו הוא, דבעי אהדורי ללוה, לא משהי ליה, שמא יבא לידי מלוה ויחזור ויתבענו, ואי נמי לא מהדר ליה מלוה, לא איכפת ליה ללוה, דמלוה כתב ליה ללוה שובר עילויה. ור' יהודה סבר אין כותבין שובר, הלכך צריך הוא המלוה דבעי אהדורי, ואי לא מהדר ליה, חוזר ותובעו לו מה שפרעו, דלא סגי ליה בשובר, דצריך לשומרו מן העכברים.

ומהגמ' הנ"ל (ב"ב קעא, ב) פסק הרי"ף (ב"ב עט, א מעמוה"ר) דכותבין שובר גם על כל השטר אם אבד. וכן פסק בה"ג (הלכות הלואה), דמהמעשה בגמ' הנ"ל מוכח דכותבין שובר. ומדברי רש"י בכתובות פט, א משמע שפוסק שאין כותבים שובר, שלא יצטרך לשמור שוברו מן העכברים. רש"י ביאר על הגמ' שם: ש"מ כותבין שובר, וז"ל: "מדקתני גובה כתובתה בהוצאת גט ולא חייש לאיערומי מערמא והדרא ומפקא כתובתה בבי דינא אחרינא ותגבה לאחר מיתתו בתורת אלמנה לומר לא נתגרשתי ולא נפרעתי, דהא ודאי בתורת גרושה לא הדרא גביא, דהא קרענין לגיטא, וכי הדרא מפקא לכתובתה בלא גט, תנן מתני' הרי אלו לא יפרעו. ומיהו הוה לן למיחש שהיא תמתין עד שימות ותגבה בתורת אלמנה, ומדלא חייש ש"מ כותבין שובר על כרחו של לזה, ואינו יכול להשמיט עצמו לומר לא אפרע עד שתחזיר לי שטרי שמא תחזור ותוציאנו, אלא אומרים לו פרע והוא יכתוב לך שובר. ופולגתא היא בבבא בתרא (דף

קעא,ב), וקיימא לן כמאן דאמר אין כותבין, לפי שנמצא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים". מבואר מרש"י שסובר דקיי"ל שאין כותבין שובר. והריטב"א בכתובות שם הקשה על רש"י, דאדרבה, מסקנת הגמ' דכותבין שובר. וכן פסק הריטב"א בתש' (סי' ו) במי שאבד שטרו, שיפרע הלוח ויכתוב המלוה שובר: "יעשה שובר ויפרענו, דקיי"ל כמאן דאמ' כותבין שובר". וכן מבואר מדברי הר"ן (כתובות מט,א מעמדה"ר), וכן פסק בהגמ"ר (כתובות רפה): "זאת אומרת כותבין שטר שובר, וכן הלכתא דכותבין שובר בין אכולה בין אמקצתה". ובעה"ת (שער לא, א,ב) הביא דעת הרי"ף הנ"ל, וכתב להלכה: "מכאן למדנו שכותבין שובר בין כשפורע מקצת שטרו בין כשפורע כולו. ויש ללוח להחרים סתם על מי שכובש שטרו וטוען שאבד". ועיין בגדול"ת שם, דכך היא הסכמת כל הפוסקים, למעט דעת רש"י (הנ"ל). וכן פסק הרמ"ה (ב"ב פ,י אות קד) דכך היא מסקנת הסוגיא דכותבין שובר. וכן פסק הרמב"ם (מלוה ולוה כג,טז): "הבא לפרוע חובו ואמר המלוה אבד לי השטר, ה"ז יכתוב לו שובר ויפרע כל חובו". וכן פסק הרא"ש (ב"ב י,כח), וכן פסק בשו"ע חו"מ נד,ב. ומכל זה מבואר שעשו חכמים תקנה בשובר, דאף שבזה יצטרך הלוח לשמור שוברו, כיון דעבד לוח לאיש מלוה, תקנו שיכתוב המלוה שובר כשאבד שטרו. ועיין תוס' כתובות טז,ב (ד"ה כותבין), דאף במקום דלא שייך עבד לוח לאיש מלוה, כמו בכתובה ובשטרי מקח, כותבין שובר, דכן מוכח מהסוגיא בכתובות (שם ופט,א) דאף בכתובה כותבין שובר, ויתבאר בהמשך.

בהסבר תקנת שובר, יש ללמוד מדברי הנתיבות נד,א. דהנה בכתובות טז,ב, על המשנה בריש פ"ב, הקשתה הגמ' איך ניתן לגבות כתובה בעדי הינומא, הרי יכולה להביא עדים בבי"ד זה ולגבות כתובתה, ואח"כ להביא עדים בבי"ד אחר ולגבות כתובתה. ותירצה הגמ', א"ר אבהו, זאת אומרת כותבין שובר. וכתבו התוס' שם (ד"ה זאת), דאע"פ שבכתובה מוכרחים לכתוב שובר בכל מקרה, שהרי יכולה לשרוף כתובתה בעדים, ואח"כ לגבות בעדי הינומא. ומשמע לכאורה מהתוס' שלא היתה נאמנת לטעון שנשרפה כתובתה אלא היתה צריכה להביא עדים שנשרפה כדי לכתוב שובר, דחובת ההוכחה עליה שאבד השטר. והקשה הנתיבות, מה החילוק בין משכון לשטר, דבמשכון שגופו ממון יכול המלוה לטעון שנאנס, ונאמן המלוה לגבות חובו, דטענת הלוח הרי היא כאיני יודע אם פרעתין, ומדוע בשטר שאבד לא יהיה נאמן המלוה בשבועה שאבד (אם צריך להביא עדים שנשרף). וכתב הנתיבות לחלק, דמשכון אינו אלא כאפותיקי סתם, ובאפותיקי סתם אין הלוח יכול לכופו לסלק אותו באפותיקי זה, אם הוא זיבורית, כשבע"ח דינו בבינונית (עיין תומים קיז,א). כמו כן אם ללוח יש מעות, יכול המלוה לכופו לקבל המשכון ולפרעו במעות. ולפ"ז מלוה על המשכון, יש לדונם כמי שיש להם חוב זע"ז שאינו קשור האחד לשני, המלוה תובע את חובו והלוח את

משכוננו, וכיון שתביעת הלוח על המלוה הינה טענת ספקית, אין המלוה צריך לפרוע ללוח. משא"כ שטר, שאין חיוב על הלוח לפרוע החוב מבלי שמחזיר המלוה את השטר, וז"ל הנתיבות:

"אבל בשטר כל זמן שהוא בעין תחת ידו, אין הלוח חייב לשלם כלל, דלא נתן לו השטר שיהיה חוב על המלוה בהחזרת השטר, רק שלא התחייב עצמו לשלם רק בהחזרת השטר. ועיין בכנה"ג סימן פ"ב (כללי מיגו אות נז) דשטר ברור שתחת יד המלוה קיי"ל כגבוי דמי, כיון דהנכסים משועבדים בשטר, וכל זמן שהשטר בידו הוי ממש כפרעון בידו קודם הלואה כיון דכגבוי הוא בשעת כתיבה, והוי כספק חיוב, וכל זמן שאין מחזיר שטרו אין עליו שום חיוב לשלם ממון אחר, דכבר הוי כגבוי בידו כשהשטר בידו, ולכך צריך להביא ראיה שנשרף שטרו, דבזה הוי טענת הלוח כאיני יודע אם נתחייבתי לך לשלם. ולמ"ד כותבין שובר, אינו רק משום תקנה, שאם יאבד שטרו של זה יאכל הלה וחדו כדאמר התם".

ודברי הנתיבות שאין חיוב לתשלום החוב בלא החזרת השטר, הם הן למ"ד כותבין והן למ"ד אין כותבין, אלא דלמ"ד כותבין, אע"פ שאין חיוב תשלומין בלא החזרת השטר, יש תקנה של שובר.

ב. כתיבת שובר בכתובה

בכתובה לכאורה יש טעם נוסף לכתיבת שובר, מאחר ואין תקנה בלא שובר, וכמש"כ התוס' כתובות טז, ב (ד"ה זאת) דבכתובה אין תקנה אלא בשובר, שהרי יכולה לגבות כתובתה בעידי הינומא בבי"ד אחר, אחר שגבתה כבר עם השטר בבי"ד זה, ואם לא היתה תקנה בשובר, גם בכתובה לא היו כותבים שובר: "אע"ג דהכא לא אפשר, דאיכא למיחש דלמא תשרוף כתובתה בעדים והדרא וגביא בעדי הינומא, כדאמרינן בסמוך ודלמא הדרא ומפקא בעדי הינומא וגביא, למ"ד הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום, וע"כ זקוק הוא לשובר, מ"מ דייק שפיר דבעלמא נמי כותבין שובר, דאי אין כותבין בעלמא, למה יפרע כאן, כיון שיכול לבא לידי הפסד במה שהכתובה בידה כדפירשנו". וכן כתב בתוס' הרא"ש שם, ועיין בריטב"א שם מה שתירץ.

ואיתא בב"מ יז, א-ב: אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן, הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום, מאי טעמא, כל מעשה בית דין כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי. אמר ליה רבי חייא בר אבא לרבי יוחנן, ולא משנתינו היא זו, הוציאה גט ואין עמו כתובה, גובה כתובתה. אמר ליה אי לאו דדלאי לך חספא לא משכחת מרגניתא

תותה. אמר אביי מאי מרגניתא, דלמא במקום שאין כותבין כתובה עסקינן, דגט היינו כתובתה, אבל במקום שכותבין כתובה, אי נקיטא כתובה גביא, אי לא - לא גביא. הדר אמר אביי, לאו מלתא היא דאמרי וכו'. והמשנה הנזכרת, בכתובות פח, ב - פט, א: הוציאה גט ואין עמו כתובה, גובה כתובתה. ובריי"ף שם (מח, ב מעמוה"ר), הובאה גירסה, שכן הביאה בעה"מ, ובדפוסים שלנו בסוגריים: "(הוציאה גט, אוקמה שמואל במקום שאין כותבין כתובה, והלכתא כותיה)". וכיון שהרי"ף לגירסה זו פסק לכאורה שבמקום שכותבים כתובה, אינה גובה בגט ללא כתובה, דלא כסוגיא בב"מ הנ"ל. ובעל המאור שם הקשה, דכיון שהלכה שכותבים שובר, גובה בגט ללא כתובה, אף במקום שכותבים כתובה, ויכתבו שובר. וכן נראה להלכה דכותבים שובר, מהר"ן (כתובות פט, א). גם בתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס ברלין סי' צ, מרבי יצחק ב"ר שמואל) נפסק דגובה כתובתה, וכותבין שובר.

והרמב"ן במלחמות (ב"מ י, ב) כתב לבאר דברי הרי"ף, דדוקא במקום שאין כותבים כתובה, יכולה לגבות כתובתה בלא שטר כתובה, אבל במקום שכותבים כתובה, נאמן הבעל לומר פרעתי. ובתוספת כתובה, כיון שתמיד נוהגים לכתוב, אינה גובה בלא כתובה, עיי"ש. וכן הביא מרב שרירא גאון, דיש לחוש לפרעון הכתובה כשאינה מוציאה כתובה: "והכי נמי אשכחן לקמאי וקמאי דקמאי ז"ל. ובהלכות הנגיד מר רב שמואל הלוי ז"ל במס' כתובות כתוב, ונשאל ממר רב שרירא, אשה שאבדה כתובתה ונתארמלה או נתגרשה כיצד גובה כתובתה גובה מאתים עיקר ותוספת או לא, והשיב שהלכה רווחת היא וכלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ודלמא פרוע הוא, כדתינא, מצא שטר כתובה בשוק וכו', ואליבא דרבינא הלכה כרבי יוסי דחייש לפרעון, וכמה מעשים באו לידינו ולא אגבינא מעולם". גם בחידושו לב"מ (יז, ב) ביאר הרמב"ן את שיטת הרי"ף הנ"ל, וכתב להסביר דאף לרבי יוחנן מייירי הסוגיא דוקא במקום שאין כותבין כתובה, אולם במקום שכותבים כתובה ואינה מוציאה שטר הכתובה, רגליים לדבר שפרע לה. ואין לכתוב שובר, דכיון דגט במקום כתובה, הרי שהשטר קיים, וכל זמן שהשטר קיים, אין מרעין כחו של המלוה לכתוב שובר. ודחה שם הרמב"ן אלו הרוצים לומר דאין כותבין שובר בכתובה, ורק בהלואה כותבין, דעבד לזה לאיש מלוה, מזה שבגמ' כתובות טז, ב, ופט, א איתא, ש"מ כותבין שובר ביחס לכתובה: "ודברי הבאי הם, דכיון דתקון רבנן שובר, בכל הלואות שבעולם תקנו, וכל מי ששעבד עצמו לאחד, לזה ועבד מיקרי". והסבר הרמב"ן ברי"ף, הביא הרא"ש שם (ב"מ א, מד), ונראה דכך נקט להלכה. ומ"מ כל הנידון שאין לפרוע הכתובה ללא שטר כתובה הוא רק באופן שטוען הבעל פרעתי, אולם כשמודה שלא פרע, כותבין שובר.

גם הרשב"א (ב"מ יח,א) כתב דהלכה שאף דבמקום שכותבים כתובה, יכולה לגבות כתובתה בלא שטר הכתובה, דכיון שאביי חזר בו מהסברא דדוקא במקום שאין כותבין כתובה גובה כתובה בלי שטר הכתובה, קיי"ל כרבי יוחנן, וכן פסקו כל הגאונים כרבי יוחנן, ומשמע מדבריו במהלך הסוגיא שהמשנה בכתובות פט,א הינה אפי' במקום שכותבין כתובה. והקשה הרשב"א על הרי"ף שפסק דוקא במקום שאין כותבין כתובה, כדברי שמואל (שם כתובות פט,א), דהא שמואל ורבי יוחנן, הלכה כרבי יוחנן. ואם מחמת טענת הבעל שלא יפרע עד שתחזיר שטר הכתובה, הרי קיי"ל דכותבין שובר. וכתב הרשב"א לבאר את דברי הרי"ף לפי הסבר הרמב"ן בסוגיא, דאף רבי יוחנן ס"ל דהמשנה בכתובות שגובה בלא שטר כתובה, עוסקת במקום שאין כותבין כתובה, ואם כך מה הביא אביי (ב"מ יז,ב) ראייה מהמשנה דהטוען אחר מעשה ביד, הרי המשנה מייירי במקום שאין כותבים כתובה, שסבר אביי שאם המשנה בכתובות מייירי במקום שאין כותבין כתובה, אין להביא ראייה, דגובה כתובתה לא מפני שטוען אחר מעשה ביד אלא מפני שהגט הוא שטר הגבייה. ולבסוף שחזר בו דגט לאו היינו כתובה, אפי' המשנה מייירי במקום שאין כותבין, הטעם הוא משום טוען אחר מעשה ביד הוא. וכיון שאין הכרח לומר שרבי יוחנן מעמיד המשנה אף במקום שכותבין, וכיון ששמואל סובר להדיא שהמשנה במקום שאין כותבין, נקטינן כשמואל: "ובזה עלו דבריו של הרי"ף ז"ל. וכן פסק הרמב"ם ז"ל (אישות טז,כח) שהאשה שהוציאה גט ואין עמה כתובה, אם דרך אותו מקום לכתוב, הרי זה נשבע היסת שפרעה ונפטר, וכן כתב הרב הנגיד בשם רבינו שרירא גאון ז"ל והכין הוה עביד גאון אביו ואביו אביו ז"ל". וכנ"ל, דדעת הרמב"ם (אישות טז,כח) דהמשנה שיכולה לגבות בגט ללא כתובה, מייירי במקום שאין כותבים כתובה: "הוציאה גט ואין בידה שטר כתובה, אם דרך אותו מקום שלא יכתבו כתובה, גובה עיקר כתובה בגט שבידה, ואם דרכן לכתוב כתובה, אפילו עיקר אין לה עד שתוציא שטר כתובה כמו שביארנו, ונשבע הבעל שבועת הסת על טענתה ונפטר". ועיי"ש במגיד.

והנה אף שהיה מקום לפרש דכל האמור הוא במציאות שלא כותבים שובר, דהדיון היה אם קריעת הגט הינה כמו קריעת שטר הכתובה, דהרי"ף (לגירסת הראשונים הנ"ל) ס"ל דקריעת הגט בגובה כתובתה, בהוציאה גט ואין עמה כתובה, הוא כמו קריעת הכתובה, אבל אה"נ, אף במקום שכותבים כתובה והוציאה גט, גובה כתובתה ויכתבו שובר, כדמוכח בגמ' בכ"מ דאף בכתובה כותבים שובר. אולם הראשונים לא כתבו כן. עיין בראב"ד (בהשגות על הרי"ף, כתובות מח,ב): "... אלמא עדיף קריעת הגט משובר, משום דשובר מירכס, וקריעת הגט דמי לקריעת השטר, ואפי' במקום שכותבים כתובה נמי סמכין אקריעת הגט, דהא הדר ביה אביי דהוה מוקים לה במקום שאין כותבין ואוקימנא אפי' במקום שכותבים, ומשום דגט היינו כמעשה ביד

ואין טוענין אחריו כלום כאילו הוציא גוף הכתובה, ולמנה מאתים מיהא כרב. ועוד קשיא לי, דהא קי"ל בב"ב בפ' גט פשוט כר' יוסי דאמר כותבין שובר, הלכך אפי' במקום שכותבין גובה בגט ע"י שובר. ואולי נאמר דכי אמרי' כותבין שובר ה"מ בשטרי חוב, אבל בכתובה לא, דהכי אמרי' התם ומסתברא דכותבין שובר, דאי אמרת אין כותבין שובר, איך שטרו של זה יאכל הלה וחדו, והאי טעמא לא שייך אלא בבעל חוב". ולפ"ז יצא שבכתובה בכל ענין לא מהני שובר, דשמא צריי אתפסה או מחלה לו כתובתה, וכמש"כ הרי"ף בתש', עיין ברמב"ן ב"מ יז,ב.

וברמב"ן (ב"מ יז,ב הנ"ל) כתב בתחילה לענין כתיבת שובר במקום שמוציאה גט, מדוע צריכה לגבות בגט, תגבה בלא גט ותכתוב שובר, ותיירך, דכיון דגט במקום כתובה, אין כותבין שובר, דכל זמן שהשטר קיים לפנינו, אין מרעין כחו של זה לכתוב שובר. ובהמשך דבריו דחה הרמב"ן את דעת הסוברים דאין כותבין שובר בכתובה ורק בהלוואה, עיין לעיל. אבל נראה דלמסקנה נקט דאף שבכתובה כותבין שובר, כשלא הוציאה כתובה יש לחוש דצריי אתפסה או מחלה. עיין בזה במש"כ בעה"ת (שער לא, א,ה), דבתחילה הביא דעת הפוסקים דכותבין שובר בכתובה: "דאיכא מאן דאמר דאי אמר פרעתי, אע"ג דלא נקיטא כתובה, גביא אלמנה בעידי מיתה, וגרשה בגט, וכתבה ליה שובר. וראיתם מההיא דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום. והא דשמואל דאוקמה במקום שאין כותבין כתובה ליתא, דאפילו במקום שכותבין אי אבדה כתובתה כותבין שובר, וכיון דלא נתנה כתובה לגבות מחיים, כמאן דנקט שטרא בידיה דמיא וגביא נמי תוספת". ובהמשך הביא דעת הרי"ף והרמב"ם שאינה גובה כתובה, ולא כותבין שובר: "ובתשובה לקמאי דאפילו כתובה לא גביא בשאין חייב מודה, אלא בשהוציאה גיטה ואין עמה כתובה ובמקום שאין כותבין, וכדשמואל דאוקמה במקום שאין כותבין, אי נמי בעידי מיתה ומקום שאין כותבין, אבל במקום שכותבין אינה גובה אפילו עיקר כתובה, דאמרינן אימר צריי אתפסה. וכן פסק הרב אלפסי ז"ל בפרק הכותב כשמואל. וכן דעת הר"א בר"ד ז"ל. וכתב בתשובה שהראיה דכתובה כמעשה ב"ד דמיא וכמאן דנקט בידיה דמיא, הכל רוח והבל, כי הטוען אחר מעשה ב"ד צריך שיוציא שטר ב"ד, אבל אם אינו תופס שום שטר יכול שכנגדו לטעון פרעתי. גם הרב ר' משה פסק שאם אין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אין לה כלום ...". ועיין בגדול"ת, ובב"ש ק,כח. גם מדברי הרדב"ז בתש' (ח"א סי' תקנד) מבואר דלהלכה אין מגבין כתובה, לא עיקר ולא תוספת, כשאינה מוציאה שטר כתובה: "אבל במקום שכותבין כי האידנא, שכל מקום כותבין, אינה גובה אפילו מנה או מאתים אלא בשיש כתובתה בידה, אבל אם אין כתובה בידה לא, דאיתרע ליה מעשה ב"ד, והדבר מוכיח דפרעה והחזיר לה כתובה. וכך אנו נוהגין שלא להגבות לאשה אפי' מנה או מאתים אלא א"כ כתובה בידה, ואם מת טענין ליורשים".

ומהרי"ק (שורש יט) נוקט כדעת הראשונים שגובה כתובתה אף במקום שכותבים כתובה, ויכתוב שובר. בתחילת דבריו הביא דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש, שפסקו כשמואל שאין גובה כתובה בלא שטר כתובה במקום שכותבים כתובה. אולם דעת ר"י בעל התוס', הר"ש משאנץ והעיטור בשם גדולים; "ורבינו מאיר הלכה למעשה, וכל גדולי אשכנז וכל גדולי צרפת עשו מעשה שגובה כתובתה אפי' לא נקיטא ליה בידה, וכן כתב ראבי"ה במשפטי הכתובות. ולא דוקא מנה ומאתים, אלא גובה כפי מנהג שנהגו לכתוב לכתולות, כמו שכתב המרדכי, שמביאין שנים או ג' כתובות מקרובותיהם ונותנים לה בפחות שבהם". וכן כתב השואל בתה"ד (ח"ב סי' רכט): "וע"כ פשוט במדינתנו להגבות לאלמנות כמו לכתולות אע"פ שאין שטר כתובתן בידיהם, לכל אחת כמנהג המדינה סך הנ"ל, כדכתב מרדכי ס"פ הנושא בשם מהר"ם הלכה למעשה, ובשם כל גדולי אשכנז מהר"י ב"ר מנוח בשם כל גדולי צרפת, ולאקראי בעלמא מלתא דלא שכיח כלל לא חיישינן, דמיעוט דמיעוטא הוא". ונראה שלזה הסכים גם בתה"ד.

ורדין זה נפסק בשו"ע וברמ"א (אהע"ז ק,ו): "אלמנה, אם אין שטר כתובה יוצא מתחת ידה, אינה גובה אפילו עיקר כתובה. וכן הגרושה, אם הבעל טוען פרעתי או מחלה, אפילו עיקר כתובה אין לה עד שתוציא שטר כתובה. בד"א, במקום שדרכם לכתוב כתובה, אבל במקום שאין דרכם לכתוב כתובה, אלא סומכים על תנאי ב"ד, הרי זו גובה עיקר כתובה אף על פי שאין בידה שטר כתובה, בין נתגרשה בין נתאלמנה. הגה: ואם יש עדים שנאבדה הכתובה או נשרפה, אפילו במקום שכותבין הוי כמקום שאין כותבין. וי"א דאפי' במקום שכותבין גובה את כתובתה בלא שטר כתובה, דאין נאמנין לומר פרועה היא. ולא מבעיא עיקר כתובתה, אלא אפילו התוספת שמנהג כל המדינות להוסיף, וכן נראה סברת האחרונים. אבל לא נהגו במדינות אלו לגבות בלא כתובה, ולכולי עלמא אם אין המנהג פשוט, אע"פ שכתובתה בידה ואינה מקוימת, אינה גובאת בה". ועיין בב"ח (אהע"ז ק,ח) דדעת מהרש"ל (בביאורו לטור ד"ה ובספר המצוות) לפסוק כדעת ר"י דגובה כתובתה. ועיי"ש בב"ח שחילק בין מנה מאתיים, דגובה, לתוספת, שאף רש"ל מודה שאינה גובה.

ומ"מ אף לשיטות הראשונים שלא גובה כתובתה בלא שטר כתובה, היינו בגרושה שהבעל טוען פרעתי או מחלה כתובתה, או באלמנה וטענין ליתומים כנ"ל. אולם כאשר הבעל נמצא כאן ומודה שלא פרע כתובתה ולא מחלה, ככה"ג הדרינן לכלל שכותבים שובר, וחייב הבעל לפרוע כתובתה, ואין בחסרון שטר הכתובה כדי למנוע ממנה את זכותה לגבות כתובתה, דהכי קי"ל דכותבין שובר. ולכן גם אין סתירה בין מש"כ הראשונים הנ"ל, להא דאיתא בכ"מ לענין כתובה דכותבין שובר, דדין כתיבת שובר הוא במקום שהחסרון הוא מחמת העדר שטר הכתובה בלבד, אולם

במקום שטוען הבעל גם פרעתי או טענת מחילה, בזה השובר אינו מרפא את טענתו, וכל כתיבת השובר היא רק במקום שהעדר השטר הוא החסרון היחיד.

הח"מ (ק,לב) מביא את דברי ה"ב"ח הנ"ל שהשוה בין הרמ"א לרש"ל, דמה שנהגו שאין גובים היינו לענין התוספת, וזו דעת הרמ"א, ומה שכתב רש"ל שגובים, היינו עיקר כתובה, ומוסיף הח"מ: "ולוי נראה שיש לדון בזה לפי ראות עיני הדיין, כי באמת בזמן הזה לא שכיח לפרוע הכתובה או למחול בלא ידיעת ב"ד". דכל הפטור מתשלום כתובה הינו רק בטענת פרוע או מחלה הכתובה, וכיון שדבר זה אינו שכיח, לענין יתומים לא טוענים מילתא דלא שכיחא, ואף בגרושה עצמה הוי טענה רעועה, ואין בחסרון שטר הכתובה כדי למנוע ממנה את זכות הגביה אף בטענת פרעתי, הואיל ואין דרך לפרוע כתובה שלא בבי"ד. הגם שלכאורה מחילה יש דרך ונוהג למחול שלא בבי"ד, ע"ז כתב הח"מ דהכל לפי עיני הדיין. ועיין בב"ש ק,כח דלא קיי"ל כש"ג הסובר שבכתובה אם אבדה השטר, אין כותבים שובר, כיון שבכתובה לא שייך עבד לזה לאיש מלוה. ועיין לעיל שהובאו דעות הראשונים דאף בכתובה כותבים שובר, והיינו בלא טוען פרעתי, תוס' כתובות טז,ב (ד"ה כותבין), דאף במקום דלא שייך עבד לזה לאיש מלוה, כמו בכתובה ובשטרי מקח, כותבין שובר, דכן מוכח מהסוגיא בכתובות (שם ופט"א) דאף בכתובה כותבין שובר, הרמב"ן ב"מ יז,ב, דכיון דתקון רבנן שובר, בכל הלואות שבעולם תקנו, וכל מי ששעבד עצמו לאחד, לזה ועבד מיקרי, וברשב"א שם. וכן הוא ברמב"ן כתובות טז,ב: "ואע"ג דליכא למימר עבד לזה לאיש מלוה, מיהו כיון דמחייב לה כותבין שובר, ומילתא בעלמא הוא דקאמר התם משום דעבד לזה לאיש מלוה". וכן הוא ברשב"א שם, דעבד לזה לאיש מלוה אינו עיקר הטעם, אלא הסיבה שכותבים שובר, דלא יאכל הלה וחדיו. ומזה מבואר דלא כש"ג (כתובות מח,ב מעמוה"ר): "ואני אומר שאין כותבין שובר אלא גבי מלוה ולוה, שאם אבד שטרו של מלוה וידוע שלא נפרע חובו, כותב שוב ללוה וגובה חובו, לפי שעבד לזה לאיש מלוה. אבל האשה אינה גובה ע"י שובר ...". ונפק"מ לנדו"ד דכותבים שובר, שהרי אינו טוען פרעתי.

ומצאנו לעוד ראשונים שכתבו דאף בחוב שאינו הלואה כותבין שובר. כן מבואר בתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס ברלין סי' צ), בתוס' ר"ד בכתובות שם (פט"א), וכן מבואר מדברי הריב"ש בתש' (מובא בשטמ"ק כתובות שם). השואל בריב"ש רצה לטעון שבכתובה יש צד שלא לכתוב שובר, שלא שייך בה עבד לזה לאיש מלוה, והשיב הריב"ש: "תשובתך הכי נמי איכא לאקשוויי איפכא, דבשלמא בעלמא איכא למיחש דהדר מפיק שטרא וגבי ביה בבי דינא אחרינא והיזק מצוי וקרוב הוא, ולכך יכול להשמיט עצמו ולאמר לא אפרע עד שתחזיר שטרי שמא תחזור ותוציאנו, ולא כתיבי תברא כיון דהיזקו קרוב, אבל הכא בכתובה אין לחוש דדילמא הדרא מפקא שטר

כתובתה, דבתורת גרושה לא הדרא גביא, דהא קרעין לגיטא, וכי הדרא מפקא לכתובה בלא גט, תנן במתני' הרי אלו לא יפרעו, ולשמא תמתין עד שימות ותגבה בתורת אלמנות לא הוה לן למיחש דהויא לה חששא רחוקה, ולכך לא ממנעין מלפרוע לה כתובתה, ואפילו שובר לא היה צריך, אלא דכל מאי דאפשר לתקוני מתקנינן, וכיון שכן דאיכא פנים לכאן ולכאן מעתה שוין הם, ומייתנין מכתובה לשטר חוב דעלמא ומשטר חוב דעלמא לכתובה כנ"ל. וכן כתב בשער המשפט (פג,א) דאף בחוב שאינו הלואה, כיון דנתחייב בכך, ושייך בו הטעם של עבד לזה וכו'.

וכאמור לעיל, בנדו"ד שלא טוען הבעל שפרע לה כתובתה, למעט דעת הש"ג, קיי"ל דכותבים שובר, ואף שאין בידה שטר כתובה, פורע לה כתובתה וכותבים שובר. בפרט האידנא שהשובר מצוי בתיק ובמחשבי ביה"ד, לא יצטרך לשמור שוברו מהעכברים.

ג. כשהשטר בעולם

בנדו"ד טוענת ששטר הכתובה אצל אמה ואינה יודעת היכן מקומו, ויתכן אם תחפש תמצא את שטר הכתובה ויתכן ולא, האם גם בכה"ג כותבים שובר. ויש לדון בשני אופנים, כששטר הכתובה בידה, והאשה מטעמים שעמה רוצה לשמרו ולא להחזירו, ובאופן אחר, כבנדו"ד, שהשטר נמצא בעולם, אך קשה לה לחפשו ולמצאו, ואינה יודעת במדויק את מקומו.

הרשב"א בתש' (ח"א סי' אלף קי) כותב שכל תקנת שובר היא רק במקום שאין השטר בידו, אבל אם השטר בידו ואינו רוצה להחזירו לו, אין הלואה חייב לפרוע לו, שמעיקר התקנה היתה רק למי שאבד שטרו, דמעיקר הדין כלל אין צריך הלואה לשלם אם לא מחזיר לו השטר, דכל החזר החוב הוא על דעת החזר השטר, ורק בנאבד תקנו בשובר: "ואם השטר בידו ואינו רוצה להחזירו, נראה לרבינו נר"ו להלכה אבל לא למעשה שזה פטור עד שיחזיר לו שטרו, ואינו צריך לתת המעות אפי' ביד בית דין, שלא נתכוין זה מתחילה אלא שיפרענו וישאר השטר ביד המלוה. ולמאן דאמר אין כותבין שובר מסתברא שאפילו חייב לו בשטר ובשבועה פטור עד שיחזיר לו שטרו, ואם ממון אין כאן שבועה נמי אין כאן. ולדידן נמי אף על גב דקיימא לן כותבין שובר, כל שהשטר בידו אינו חייב לפרוע עד שיחזיר לו השטר, שלא יאכל הלה וחדו, ובמקום שנאבד שטרו הוא שתקנו לכתוב שובר". וכן הוא בתש' הריטב"א (סי' ו), וכן פסק הרמ"א חו"מ נד,ג, בכ"ש ממי שהשטר בעולם, שפסק בשו"ע שאין חייב לשלם: "אמר המלוה אין שטרי עתה בידי כי הוא בעיר אחרת, ואכתוב לך שובר, יש מי שאומר שאין שומעין לו, כיון שהוא בעולם לא

יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו. הגה: וכל שכן אם שטרו בידו ואינו רוצה להחזירו, דאינו חייב לשלם לו עד שיחזיר לו שטרו.

והנה שיטת התוס' (ב"מ יז, ב ד"ה לא) דאף אם שטר כתובה בידה, הבעל חייב לשלם לה כתובה בלא החזרת הכתובה ויכתוב שובר, ואף שיכול להגרם לו נזק אם יאבד שוברו, מ"מ חשש ההפסד הוא רחוק, דיכול לטעון פרעתי במיגו דאין את אשתי, ורק אם תביא עדי קדושין יפסיד אם יאבד שוברו. התומים נדא מסביר את שיטת התוס', דכל הטעם שמחייבים החזרת השטר כשהשטר בידו ולא כותבים שובר, הוא רק במקום שאם השטר ימסר ללוה, לא יוכל המלוה לגבות שוב, ולכן כשהשטר בעולם מחייבים המלוה להחזיר השטר ללוה. אבל בכתובה, גם אם תחזיר השטר כתובה לבעל תוכל לגבות ללא שטר, לשיטת התוס' דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום, תוכל לתבוע בעדי הגט, ולכן בכל מקרה צריך שובר, ושצריך בכל מקרה שובר כדי למנוע ממנה לתבוע כתובה בשנית, אין צורך בלקיחת השטר מהאשה. אבל בשט"ח שאם יקח הלוה את השטר לא יצטרך השובר, בזה לא תיקנו שובר, כיון שיש פתרון בלקיחת השטר ללא שובר, משא"כ בכתובה, לשיטת התוס'. ולכן בשט"ח אף התוס' מודים. ובכתובה קי"ל כראשונים הנ"ל שבמקום שכותבים כתובה אינה גובה בלא כתובה, גם בכתובה אין כותבים שובר אם שטר הכתובה בידה ואינה רוצה להחזירו: "אבל בשטרי מלוה, דאם הוא מחזיר גוף השטר ללוה תו אין צריך כלום, ולא מצי עוד לטעון דבר על הלוה, לכו"ע דיש רשות ביד הלוה לעכב על המלוה עד שיחזיר לו השטר, דאם יאבד שוברו יאכל הלה וחדו, ולהיפוך לא שייך דיש בידו להחזיר לו השטר כנ"ל וא"ש. ואם כן בשטר לכו"ע מודים כבעה"ת והרא"ה וריטב"א הנ"ל. ולדידן דלא קי"ל כתוס' בזה בהטוען אחר מעשה ב"ד, כי אם כהר"ף (כתובות מח ב) במקום שכותבין כתובה ואין כתובה בידה אין גובה כלום, אם כן חזר דין כתובה לדין שטר דאין צריך שובר כלל רק החזרת כתובה, ולכן לעולם צריך להחזיר, וגם באה"ע (סי' ק סעיף ו) לא הביא מחבר דעת התוס', ודו"ק. אך מכל מקום אם השטר בעיר אחרת וטורח גדול יש למלוה להביאו, ובין כך חשש שיתקלקל הלוואה ביד הלוה לכמה טעמים ואופנים, ודאי כו"ע מודים דכותבין שובר והמלוה יקבל על עצמו בב"ד ליתן לו שטר כשיגיע לידו". מבואר מהתומים דאף בכתובה, אם היא בעולם, אין הבעל צריך לשלם לה עד שתחזיר לו הכתובה, כיון דלא קי"ל כתוס', ורק אם שטר הכתובה במקום רחוק ויש חשש שאם יתעכב הדבר מלהביאו עשויה להפסיד מכל מיני טעמים, יכולים לכתוב שובר תוך התחייבות של האשה להחזיר לו הכתובה בשעה שיגיע לידה. ולכן בכל מקרה שהאשה טוענת שאינה יודעת היכן הכתובה, והחיפוש עלול לארך זמן רב בבית אימה, אם בכלל, אין לעכב תשלום הכתובה מחמת היות הכתובה בעולם.

ודעת הטור (ח"מ נד,ב) דאם אמר המלוה אין שטרי עתה בידי כי הוא בעיר אחרת ואכתוב לך שובר, אין שומעין לו, דכיון שהוא בעולם, לא יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו. ולכאורה הטור חולק על הרשב"א, דהרשב"א מיירי כשהשטר בידו ואינו רוצה להחזירו, ואף זה כתב להלכה ולא למעשה, ואילו הטור כתב דאפי' השטר בעולם, אינו צריך להחזיר לו החוב ללא החזרת השטר. ומלשון הרמ"א לא משמע שיש בזה מחלוקת. ועיין בכנה"ג (סי' נד הגהב"י סע' ב) דלא נחלקו הרשב"א והטור, דהטור מיירי שהוא ברשותו של המלוה, רק בעיר אחרת, והרשב"א מיירי שהוא בידו, והכוונה גם לרשותו, ולא משנה בעיר זו או אחרת, דאין חילוק בין בידו או ברשותו, ולכן לא נחלקו הרשב"א והטור, דאם הוא ברשותו ואפי' בעיר אחרת, הרי הוא כבידו, והרשב"א ס"ל דאין הלוה צריך לפרעו בלא חזרת השטר. והביא את דעת בעה"ת דכל שהוא בעולם, אינו חייב לפרעו ללא חזרת השטר, ומשמע אפי' שלא בידו או ברשותו. ומסקנת כנה"ג דיש בזה ג דעות. דעת בעה"ת שאף אם השטר אינו ביד המלוה אלא נמצא בעולם, חייב המלוה לטרוח ולהביא השטר. ודעת הטור דוקא כשהוא ברשותו ואפי' בעיר אחרת. ודעת הרשב"א דדוקא כשהוא בידו ואינו רוצה להחזירו, יכול הלוה לעכב תשלום החוב: "ואף בזה להלכה ולא למעשה. ותימה מרבינו המחבר ז"ל שלא ביאר מזה כלום, ולא עוד אלא שכתב על דברי רבינו בעל הטורים ז"ל כ"כ בעל התרומות, ורחוקים דברי בעל התרומות מדברי רבינו בעל הטורים ז"ל כמו שכתבתי, ואע"פ שבכלל דברי בעל התרומות דברי רבינו, היה לו לבאר דבכלל דברי רבינו אינם דברי בעל התרומות". והבנה זו שיש לחלק בין שיטת הרשב"א והטור, כתב גם בגדו"ת (לא,א,ז), דדעת הרשב"א דוקא שהמלוה מודה שהשטר בידו וברשותו כעת, ואינו מחזירו רק מחמת שלא רוצה להחזירו, ולכן אין על הלוה חיוב לפרעו. אולם כשהשטר ברשותו ובעיר אחרת, ס"ל לרשב"א שכותבים שובר: "ולא ידעתי למה הרב ז"ל מביא תשובות אלו על דברי הטור ז"ל בלשון וכתב הרשב"א ז"ל וכו', כאלו בא לחסכים עם סברת הטור ז"ל, כיון דאיכא למידק מינייהו כדאמרן".

ודברי בעה"ת הנזכרים הינם בשער לא (א,ז). ומפורש בדבריו שהידיעה שנמצא בעולם אינה ידיעה סתמית על קיומו בעולם, דגם שטר שאבד "נמצא בעולם", אלא הכוונה שידוע לנו היכן הוא נמצא, ביד מי נמצא, בזה מטריחים את המלוה להביא השטר. אבל אם יש ידיעה כללית שהשטר נמצא ברשות פלוני, וגם פלוני לא יודע היכן השטר, לכאורה יהיה דינו כאבד השטר, וז"ל בעה"ת: "וזה שפסקנו שכותבין שובר כשחייב מודה, דוקא כי טעין מלוה שנאבד שטרו ולא ידע לן אם נאבד אם לאו, אבל אם ידע ומגליא לן בידא דמאן איתיה, אמרינן ליה למלוה זיל טרח אבתרה ואהדרה ללוה, ואי לא, לא פרע לך בשובר, מאחר שידענו השטר היכן הוא, שלא אמרו לכתבו אלא היכא שאין השטר בעין ... וכן תמצא בזה דעת הר"א בר"ד ז"ל

שכתב במשפטי ההרשאות ... שבכולם יכול הלוח לעכב מפני טענת חזרת שטר חובו, שכל זמן שידוע לנו ששטר החוב קיים, אין אומרים בזה לכתוב שובר, ע"כ". הרי שככל שידוע השט"ח קיים, יכול לעכב מתשלום. ובנדו"ד צ"ע אם נחשב ידוע ששט"ח קיים, הגם שיתכן שיש לשלחה לחפש כמה שעות, ואם לא תמצא, הרי זה כאבד. כך נראה לכאורה.

ועיין במש"כ קצוה"ח נד, בבאור דברי בעה"ת, דפשוט מדבריו דכל שהשטר בעולם, אין הלוח חייב לפרוע בלא חזרת השטר. והביא דדעת רש"י ותוס' דדוקא הטמינה כדי לחזור ולגבות אין כותבין שובר, אבל הטמינה סתם, כותבין שובר אפילו ישנו בעין. עיין תוס' ב"מ יז, ב (ד"ה לא) דכותבין שובר אפי' אם היא מודה שהכתובה בידה. ומת' הרשב"א (הנ"ל) מבואר דמה שאין צריך לפרוע כשהשטר בידו, הוא להלכה לא למעשה. והביא שדעת הרמב"ם (מלוה ולוה כג, טז), שאם השטר בעולם ויכול להחזיר, מעכבים את הפרעון עד שיחזיר לו שטרו, דכיון שהלוח נותן שכר הסופר, ואף שאינו שוה פרוטה, מ"מ צריך להחזיר השטר, דכיון דשוה הוא ללוח שלא יצטרך לשמור השובר. ומיהו אם המלוה כופר, אין הלוח יכול לעכב הפרעון. [אגב דברי קצוה"ח שלמד ברמב"ם שחייב להחזיר השטר אף שאינו שוה פרוטה לעלמא, כיון דשוה פרוטה ללוח, יש להוכיח דדבר ששווה רק לניזק עצמו, כמו בשבר משקפיים, חייב המזיק לשלם לניזק הנזק, אף שאין החפץ שוה להמכר לעלמא, ראה מה שכתבתי בח"ה סי' יז, דכמו שיכול הלוח למנוע פרעון בגין השטר ששוה לו, אף שאינו שוה לעלמא, מוכח שהמודד הוא לפי הניזק, ולכן כיון שללוח יגרם נזק, המודד הוא לשווי ששוה לו.]

והמאירי (סוטה ז, ב) מביא ראיה דאף אם השטר ברשותה ואינו תחת ידה, כותבין שובר. דבמשנה שם (ז, א) תנן, שאם הסוטה אומרת טמאה אני, שוברת כתובתה ויוצאת. ופרש"י שם: "כותבת שובר על כתובתה זניתי והפסדתי כתובתי, ונותנת ביד בעלה, שלא תתבענו לאחר זמן". ובגמ' שם ז, ב: שמעת מינה כותבין שובר. אמר אביי תני מקרעת. א"ל רבא והא שוברת קתני. אלא אמר רבא במקום שאין כותבין כתובה עסקינן (אלא סומכין על תנאי בית דין שתקנו לכתולה מאתים ולא למנה מנה, וכשמגרשה מוציאה גיטה וגובה בה, וכשנתאלמנה מביאה עדי מיתה וגובה. והתם כיון דלא אפשר, מודי רבי יהודה שכותבין שובר, דטוב לו שיהא בידו קצת ראיה שפרע, כדי שלא תחזור ותביא עדי מיתה אחרים בבית דין אחר ותתבענו – רש"י). ובמאירי שם הביא יש שואלים, שהרי בסוטה אינה באה להפרע כתובתה, ואין הבעל משלם לה כתובתה, ולכן כותבים שובר, אבל בעלמא באמת אין כותבין שובר. ותירץ שאין זו קושיא, דכיון שהפסידה כתובתה, כופין אותה להחזיר כתובתה, ומזה שכותבים שובר מוכח שהשובר הוא תחליף להחזרת הכתובה. ממשיך המאירי לשאול, מדוע כותבים

בסוטה שובר, הרי שובר כותבים רק כשאבדה כתובתה, וכאן בסוטה לא אבדה כתובתה אלא שאינו תחת ידה כעת. ותירץ, דכיון שאינו תחת ידה אף שהוא ברשותה, שהרי לא אמרו לה להביא הכתובה לירושלים, מ"מ כותבים שובר: "אף זו כמי שאין השטר בידה הוא, שבודאי לא הכריחוה להביא כתובתה בירושלם על הספק. ושמע מינה שאף האומר יש לי שטר אבל אינו בידי ובמקום פלוני הוא, שכותבין שובר". מוכח שאם השט"ח אינו בהישג יד אלא בריחוק מקום, שאין כופין המלוה להביאו אלא כותבים שובר, ולא יכול הלוח למנוע התשלום. וזה דלא כדעת השו"ע (חו"מ נד, ג, הנ"ל) בשם יש מי שאומר שאין שומעין לו, דכיון שהוא בעולם, לא יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו.

וז"ל הרמב"ם (מלוה כג, טז): "הבא לפרוע חובו ואמר המלוה אבד לי השטר, ה"ז יכתוב לו שובר ויפרע כל חובו, ויש ללוה להחרים סתם על מי שכותב שטרו וטוען שאבד, ואם טען הלוח טענת ודאי ואמר השטר אצלו ועתה הניחו בכיסו, הורו רבותי שישבע המלוה היסת שאבד השטר, ואח"כ יפרע חובו ויכתוב שובר". ומזה למד קצוה"ח נד, א (הנ"ל) שככל שהשטר בעולם, חייב המלוה להחזיר השטר, ויכול הלוח לעכב הפרעון עד החזרת השטר, דלכן יכול להחרים או להשביע היסת בטענת ודאי, דיש ללוה זכות ממון בזה השטר, וזכות הממון היא שאינו צריך לשמור שוברו מהעכברים.

לכן נראה בנדו"ד, שיש על האשה לחפש את השטר בבית אמה, ולבקש מאמה ומהמשפחה להצטרף לחיפוש, ואחרי שתצהיר בביה"ד ששטר הכתובה לא נמצא, הרי דינו כאבד וחייב הבעל לשלם. בפרט שכאמור האידנא, לא צריך לשמור שוברו מן העכברים, כיון שהדבר מתועד במחשבי ביה"ד ומגובה בשרתים של המחשב.

ד. שיק שאבד

בהמשך לנ"ל אביא כאן מה שהשבתי לשאלה חוזרת ונשנית, אם חייב נותן השיק לפרוע בשנית למקבלו, כאשר המקבל איבד את השיק, כשנותן השיק חושש שימצאו את השיק אינשי דלא מעלי, ויבואו לגבות בבנק או בהוצל"פ, בפרט אם השיק אינו למוטב בלבד, או שהוא למוטב בלבד ולא כתבו שם המוטב וכיוצ"ב (וכתבתי בעבר בענין בח"ג סי' יג, ויש כאן מקום להאריך).

הצמח צדק בתש' (סעי' י) נשאל בממרני שאבד, והמלוה תובע מהלוח שישלם לו ללא השטר, והלוח חושש שמא ימצא אחר ויגבה ממנו, כיון שבממרני אין כותבים שם המלוה, והוא לכל מוציא כתב זה (מוכ"ז), והוסיף השואל: "והנה באמת כבר אירע זה פעמים הרבה, ונהגו הדיינים להכריז על שטר שסך כך וכך הוא וזמן

פירעון כך וכך וחתום עליה פלוני, מי שיש לו שטר כזה יבא לב"ד ויהא מראה זכיותיו תוך שלשים יום או יתבטלו זכיותיו. ונותנים ביד הלוה כתוב וחתום שכך הכריז. והוא חייב לשלם למלוה שלו. כך הוא מנהג הדיינים". אלא שהלוה חושש שמא מוצא השטר יטען שלא ידע ולא שמע מהכרזה, שלא היה במדינה או שהיה אנוס, ויאמר שהוא עצמו המלוה ומעולם לא יצא שטר זה מתחת יד. או שיאמר שהמלוה נתן לו שטר זה בפרעון חובו. ותובע הלוה כתנאי לתשלום שיתן לו המלוה התחייבות, שאם יגרם ללוה נזק מאיבוד השטר וממציאתו, המלוה מתחייב לפצותו. והמלוה טוען שאינו צריך ליתן ללוה אלא שובר ולא התחייבות כפי שמבקש.

הצמח צדק דן תחילה איך מועיל שובר לממרני, ומביא את דברי הנימוק"י (ב"ב פ,א מעמיה"ר) דבשטר ממרני כל שהוציאו אחד ופרעו לו ועשה ממנו שובר, נמחל שעבודו לכל אדם שיוציאו מכאן ואילך, שלא נתחייב זה אלא במנהג לבד. וכן פסק הרמ"א (חו"מ נ,א). ודוקא כשידוע שכותב השובר, השטר ממרני היה כבר בידו, הואיל והשטר היה כבר בידו והוא היה יכול לגבות בו, הרי הוא בבחינת בעל השטר שמוחל שעבודו. אולם כשאין ידוע ששטר זה היה כבר בידו אלא שהוא בא לבית דין עם הלוה ואומר שטר כזה היה לי על לזה זה ואבדתיו וכותב לו שובר, אין השובר מועיל לאחר שיאחז בשטר. ולכן אם יודעים ששטר הממרני היה בידו של המלוה, יש להסתפק בשובר. אולם אם לא ידוע ששטר זה היה בידו, לא מועיל השובר, ואין הלוה צריך לשלם למלוה עד שיקבל המלוה על עצמו אחריות הפסד הלוה מחמת אבדת השטר, שאם יוציאנו אחר ויגבה ממנו, יחזיר לו המלוה מה שפרע לו הלוה. ואף שמכריזין על כל מי שיש לו שטר כזה, שיראה לבית דין, ומחזיק השטר לא בא לבי"ד, יש לחוש שמא יוציאנו לאלתר ויברר שהיה אנוס ולא היה יכול לבא להראות זכיותיו, או שלא היה במדינה, או שיטען שהוא הלוה הכסף לחייב. לכן צריך המלוה לקבל עליו אחריות הפסדו של הלוה מחמת אבדן השטר: "אבל בנדון דידן דמיירי בשטר שלא נזכר בו שם המלוה ואין ידוע ששטר זה היה בידו, ולא מהני שובר ממנו כדפירשתי, ואיכא למיחש לשמא ימצאנו אחר ויגבה מן הלוה, והך חששא לאו חששא רחוקה היא, לא מהני האי טעמא דעבד לזה וגו' לחייב את הלוה שישלם למלוה, אם לא שיקבל המלוה אחריות הפסד הלוה, ודיו לטעמא דעבד לזה וגו' שמהני, שמכל מקום צריך לשלם לו כשיקבל המלוה עליה אחריות הפסדו מחמת אבדת השטר, אבל שיהא חייב לשלם לו בלי שיקבל המלוה אחריות, ודאי דלאו מלחא הוא". וא"כ בנדו"ד לשיטת הצמח צדק, צריך מי שקבל את השיק ואבד ממנו, להתחייב לבעל החשבון שישלם לו כל תשלומי נזק שיהיו, אם ימצא אחר השיק ויתבע את בעל החשבון.

גם הרדב"ז בתש' (ח"א סי' קצג) כתב שאין לפרוע למלוה כשאבד שטר הממרני, אא"כ יקבל עליו אחריות, ואם המלוה אינו אמיד דיו, יפרע הלואה למלוה רק אחרי שהמלוה יעמיד ערב: "והוי יודע כי חוב כזה לא יוכל לגבות אותו בעל השטר אם אין השטר בידו אע"ג דכתב ליה תברא, דמצי למימר שמא נתת השטר לאחר או שמא יפול וימצא אותו אחר ולא אוכל לדחותו כיון שכתוב בו תנאי זה. לפיכך אם נאבד השטר, אין לו תקנה. ומ"מ מסתברא שאם שמעון המלוה אמיד, כופין את ראובן לפרוע לו חובו ויקבל עליו כל ערעור ונזק והפסד שיבא לו מצד הפירעון הנז', ואם אינו אמיד, יביא לו ערב או משכון על זה כדי שלא יפסיד זה שלו ויאכל הלה וחדו, וכזה ראוי לדון". ואת דברי הצמח צדק והרדב"ז הביא שער המשפט (נדב), והוסיף: "ואף שאין דבריהם מוכרחים כל כך, מ"מ כבר הורו זקנים ולהם שומעין". ועיין עוד בשע"מ עב"א. גם הבן איש חי ברב פעלים (ח"ב חתומ"מ סי' ח בסופו) הביא דברי הצמח צדק, ונראה שהסכים לדבריו הלכה למעשה.

ומש"כ שער המשפט שאין דבריהם מוכרחים, עיין בתש' גבעת שאול (לגר"ש מלומדה, סי' כה) שכתב להקשות על הצמח צדק, שאם חוששים אנו לרמאים, א"כ כיון שכותבים שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, יכתוב שטר כזה ללא שם המלוה, כפי שכותבים שטר ממרני, ויתן ביד אחר, ויבוא עמו לבי"ד ויכתוב עליו שובר, ויבטל שטר אחר בדיוק כמותו שנתן למלוה אחר. אלא דלרמאי ורשעי כה"ג לא חיישינן, וסגי אם יכתוב שובר על השטר, דכיון דגם בממרני מהני שובר, לא חיישינן לרמאים ורשעים. אמנם לענ"ד צ"ע אם האידנא שייך בכלל שובר בשיק, כיון שהשיק נגבה באמצעות הרשויות (אחר ששה חד' בהוצל"פ), ולא יועיל כל שובר לבטל השיק. ע"כ בשיק אין עצה אלא כמו שכתב הצמח צדק. ואפשר גם שיש מקום להמתין ששה חדשים, כדי למנוע גביה ישירה מהבנק, ושיצטרך המוצא, אם ירצה לרמאות, או אחד שקיבל מהמוצא, לפנות להוצל"פ, שהוא הליך אחר, ובזה יועיל יותר אחריות אוהז השיק שאבדו.

ובגמ' ב"ב קסט, א-ב מחלקת הגמ' בין שובר בשטר הלואה, לשובר בשטרי מקח, שאם הלוקח איבד את שטר המכר, אין כותבים ללוקח שטר מקח חדש עם אחריות, מחשש שמא בע"ח של המוכר יטרוף מאותו לוקח, ואותו לוקח יטרוף מלקוחות אחרים, ולהם לא יהיה את השובר שביד המוכר. והקשתה הגמ', והרי סו"ס יחזרו הלקוחות למוכר שבידו השובר. ותירצה הגמ', דביני וביני יאכל פירות מהשדה שטרף שלא כדין. דהכי איתא בגמ' שם: אמרוה רבנן קמיה דרב פפא ואמרי לה קמיה דרב אשי, זאת אומרת אין כותבין שובר. אמר להו בעלמא כותבין שובר, והכא היינו טעמא דדלמא אזיל בעל חוב וטריף מיניה דלוקח, ואזיל איהו וטריף לקוחות, ושובר גבי לקוחות ליכא. סוף סוף לקוחות לאו אמרי דארעא הדרי. אדהכי והכי שמיט ואכיל

פירי. והגרע"א (בתש' החדשות סי' כא) כתב לחלק בין אם החשש שבעל השטר שאיבד השטר יגבה בעצמו, כמו החשש שהעלתה הגמ' בלוקח שרוצה שיכתבו לו שטר, בזה לא מועיל קבלת אחריות של הלוקח, שאינו בדין שיתן לו המוכר מעותיו על דעת שיגבה ממנו אח"כ. אולם בשטר ממרני שהחשש שאחר יגבה השטר, אין לדון את המלוה כמזיק, אם מתחייב לשלם לו מה שיגבו ממנו שלא כדין: "גם יש לומר, דווקא התם דהחשש שהוא בעצמו יגבה שנית, בזה לא סגי פיצוי, דאינו בדין שהוא יגבה מעותיו שלא כדין אדעתא דיהי' בע"ח להחזיר לו. אבל בדינא דצמח צדק, דהחשש שימצא אחר ויגבה ממנו, בזה אף אם נידון אותו כדין מזיק, כיון דמקבל עליו לפצות אותו מהיזקו לא מקרי מזיק". דיסוד החילוק שהעלה השואל לחלק, כאשר החשש שהוא עצמו יגבה פעמיים ויפסיד בידים להלוה, אין כותבין שובר, אולם כשהחשש שמא ימצא אחר, דמדניא אפילו גרמי אין כאן, לא יפסיד המלוה חובו. כל זה לחילוקו של השואל. והגרע"א נו"נ בדבריו.

ובסוף דבריו כתב הגרע"א בענין תקנת הצמח צדק שיתן לו המלוה שטר פיצוי, שהתקנה לא היתה לעיכובא, שאם לא יתן המלוה שטר פיצוי או שטר פיצוי שלו לא יועיל, כגון שהמלוה עני ואביון, אין לעכב את הפרעון מחמת העדר שטר הפיצוי, דתקנת הצמח צדק היתה שאם אפשר לתקן ולהועיל שלא יהיה ללוה נזק, כך יש לעשות, אולם במקום שתקנה כזו לא תועיל, כגון במלוה עני ואביון, אין לעכב התשלום למלוה, ויש להסתפק בהכרזה בלבד: "גם יש ללמוד כן מעדותו של השואל צ"צ במנהג בתי דינים דמגבינן על ידי הכרזה. ומה שהכריח הצ"צ ליתן שטר פיצוי, וזהו ל"ש בנ"ד כמ"ש מעכ"ת נ"י לנכון, דבממרמי שלנו שכותבין סך מעות בריש מגלתא ואחר כך ברחוק ממנו חותם את שמו, דבזה המוצא יכול לחתוך הסך ולכתוב סך כמה דבעי ואין קצבה לדבר, מ"מ בוודאי תקנתא דפיצוי לא אליס כ"כ, דהיכי דרואים שהמלוה הזה הוא איש עני ואין לו אחיזת קרקעות, ותיכף כשישלם לו בעודו בכפו יבלענה, מהיכי תיתי נחייב להלוה להאמין להמלוה ע"י שטר פיצוי שלו. אלא ודאי דהצ"צ נקט לה זה בדרך כל מה דאפשר לתקוני לתקנת הלוה להצילו מפסידו עבדינן, אבל לא שיהיה עיכוב בדבר, ואם כן נראה דהדין עם מעלכ"ת נ"י, דאם הלוה מאמין להמלוה שלא מכר השטר חוב, ושנאבד ממנו באונס בענין דללא שייך איהו דאפסיד אנפשיה, דצריך לשלם לו ומכריזים שכל מי שיש לו שטר חוב בחתימת ידו שביא זכותו תוך ל' יום, ובאם לאו יאבד זכותו". מבואר דתקנת הצמח צדק אינה לעיכובא, וכשאין אפשרות בתקנה זו או אינה ברת תועלת, אין לעכב את תשלום הלוה למלוה עקב איבוד הממרני. אבל ודאי יכול לכתחילה לבקש שטר פיצוי, גם אם לכאורה אין בו תועלת מחמת היות המלוה עני ולא יוכל לפצותו.

והשואל אליו השיב הגרע"א את תשובתו, הוא החמדת שלמה, עיין בתש' חמדת שלמה (חחו"מ סי' ב). ושם בסי' א כתב החמד"ש שאין לחוש שמא יגבו אחרים שלא כדין, דאין בזה על המלוה שאיבד השטר שם מזיק אף לא בגרמא, ולכן אין צריך בזה שטר פיצוי מהמלוה וסגי בשובר, ולכן נהגו בהכרזה. ומזה חלק החמד"ש על הצמח צדק וס"ל שאין צריך ליתן שטר התחייבות על נזק שיצא ללוה מאיבוד השטר. אמנם כיון שהלוה יכול להתלות בצמח צדק ולדרוש שלא לשלם ללא שטר פיצוי, יש אפשר. וע"ז השיב לו הגרע"א כנ"ל.

המורם מהאמור לעיל לענין שיק שאבד, דלכתחילה יש לחייב מי שאיבד את השיק לכתוב לבעל החשבון התחייבות, לשפוטו על כל נזק שיארע ממציאת השיק אח"כ, ואין בעל החשבון יכול לעכב תשלום החוב, אם מאבד השיק יכתוב התחייבות זו.

לאור האמור לעיל, לענין שטר הכתובה, אם הבעל מודה שלא פרע לה הכתובה ולא טוען שמחלה, חייב לשלם לה הכתובה גם אם אין השטר בידה, ותכתוב שובר, ובודאי האידנא שהשובר נשמר במחשבי ביה"ד ומגובה באופן שלא יכול לילך לאבוד. אמנם אם היא מודה שהשטר בבית אימה, לכתחילה עליה לחפש אחרי השטר, ואם תאמר שחיפשה ולא מצאה, דינו כאבד השטר, וחייב לשלם ותכתוב שובר. וכנ"ל דכתיבת שובר האידנא, שהדבר נרשם בפרוטוקול הדיון או בהחלטה, ונותנים ביד הבעל וגם שומרים במערכת. לכן כאמור אינו יכול לעכב את תשלום הכתובה.

סימן מא

התראה בעוברת על דת, לענין הפסד תוספת כתובה

ראשי פרקים

א. התראה בעוברת על דת משה

ב. עבירה בין איש לאשתו

ג. אדעתא למשקל ומיפק

נדרשתי לשאלה, אם בעוברת על דת, שצריכה התראה כדי להפסידה כתובתה, אם דין זה הוא גם ביחס לתוספת כתובה, או דלענין תוספת כתובה אין צריך התראה, דאדעתא למשקל ומיפק לא כתב לה.

ולכאורה הוא ירושלמי מפורש, הביאו הרי"ף (כתובות לג, א מעמוה"ר), וז"ל הרי"ף: "איבעיא להו, עוברת על דת צריכה התראה להפסידה כתובתה או לא, ואסיקנא צריכה. ירושלמי, תמן תנן נשים שאמרו יוצאות בלא כתובה צריכות התראה, ואם לא התרה בהן יוציא ויתן כתובה, ולא מנה ומאתים אלא אפילו אלף דינר מאבדת הכל ונוטלת בליות שבפניה ויוצאה". הרי שגם תוספת כתובה אין לה, ודוקא בהתראה, דמשמע שהשוו מידותיהן דאין לה תוספת כתובה של אלף דינר אם התרה בה. דזה הכוונה אפי' אלף דינר מאבדת את הכל. אולם המעין בירושלמי (כתובות ז, ו) מבואר דהדברים אמורים על יתומה שניה ואיילונית: תני רבי חנין בשם רבי שמואל, אחד נשים שאמרו אין להן כתובה ואחד נשים שאמרו יוצאות שלא בכתובה, כגון היתומה והשנייה והאיילונית, לא שנו אלא כתובת מנה מאתים אלא אפילו היתה כתובה של אלף דינר מאבדת וברי"ף נראה לכאורה דכך הדין גם בעוברת על דת, דכן הוא פירוש הירושלמי, ושניה ואיילונית רק נקטו כדוגמה, וכלשון הירושלמי שהוא רק בכגון.

א. התראה בעוברת על דת משה

איתא בסוטה כה, א: איבעיא להו עוברת על דת צריכה התראה להפסידה כתובתה או אינה צריכה, מי אמרינן כיון דעוברת על דת היא לא בעיא התראה, או דלמא תיבעי התראה דאי הדרה בה תיהדר בה. ובהמשך הביאה הגמק ראייה שעוברת על דת צריכה התראה: א"ר חנינא מסורא, ת"ש, ואלו שבית דין מקנין להן, מי שנתחרש בעלה או נשתטה או שהיה חבוש בבית האסורין, ולא להשקותה אמרו אלא לפוסלה

מכתובתה, ש"מ בעי התראה ש"מ. וידועה מחלוקת הראשונים אם מה שצריכה התראה להפסידה כתובתה הוא רק בעוברת על דת יהודית, אבל עוברת על דת משה אינה צריכה התראה, או בין דת משה ובין דת יהודית צריכה התראה להפסידה כתובתה. דעת רש"י ששאלת הגמ' הינה על דת יהודית, שכתב (בד"ה עוברת על דת) דהיינו דת יהודית. אולם בכל הראשונים לא כתבו דוקא דת יהודית אלא בין דת משה ובין דת יהודית. כך מבואר בדברי המאירי שם, וז"ל: "העוברת על דת, ר"ל שמכשלת בעלה בדברים שהוא סומך עליה, כגון מאכילתו שאינו מעושר או משמשו נדה, וכן העוברת על דת יהודית, ר"ל שפרוצה ביותר ושללא כמנהג בנות ישראל ... ומ"מ דוקא בהתראה, ר"ל שיתרה אותה בעלה בעדים או בבית דין שלא תתנהג עוד בכך, ושם תתנהג בכך שתפסיד כתובתה, אבל בלא התראה לא הפסידה". וכן נראה מדברי הרמב"ם (אישות כד, יד) שכתב דין התראה בעוברת על דת, ולא כתב דמיירי דוקא בדת יהודית: "העוברת על דת צריכה התראה ועדים, ואחר כך תפסיד כתובתה".

והדברים מפורשים במרדכי (כתובות קצו), שהביא מדברי הר"מ, בבעל שטען שאשתו עוברת על החרם, והתברר בעדים שגם הוא עובר על החרם, ופסק הר"מ שאין יכול להוציאה, אבל אם תעבור על דברים אחרים, כמו משמשו נדה, יכול להוציאה אף שהוא עובר על החרם, ויכול להפסידה כתובתה במשמשו נדה, צריך התראה, וז"ל המרדכי: "ומעשה בא לפני הר"ם באחד שהביא עדים שאשתו עברה על החרם לאחר שהתרה בה, והיא גם היא הביאה עדים שהוא עבר על החרם, ופסק שאין יכול להוציאה בלא כתובה, דטעמא מאי אמור רבנן נודרת ואינה מקיימת יוצאה בלא כתובה, דאמרין אין אשה אלא לבנים ובעון נדרים בנים מתים, וכיון שגם הוא עובר חרמות, לא בעי בנים ואין טענתו טענה. אבל עדים המעידים על האשה שעוברת על שאר דת משה ויהודית, אע"פ שהוא עובר חרמות, החשוד על דבר אחד אין חשוד לכל התורה כולה, ויכול להוציאה בלא כתובה בעל כרחיה, דאיכא למימר דנהי דעבר עבירה שעובר על החרם, מ"מ לא היה בא על הנדה, ואם משמשת נדה תצא או בשביל דבר אחר, דשאר מילי דמיקריא בהו עוברת על דת ויכול לגרשה בעל כרחיה, וגם כתובתה הפסידה אם התרו בה". ומבואר דלא כרש"י, דס"ל לר"מ והמרדכי דאף בדת משה צריכה התראה.

והרשב"א בתש' (ח"א סי' תתסד) משמע שההתראה היא לדת משה, מהרריה שהביאה הגמ' סוטה כה, א מקינוי שמקנים ב"ד, שהוא כהתראה להפסידה כתובתה. וקינני הוא ליחוד, שהוא דת משה, דדעת הראשונים דיחוד הוא מהתורה, כמו שמבואר בתוס' שבת יג, א (ד"ה מה), ותוס' סנהדרין לז, א (ד"ה התורה), חינוך מצוה קפח, ברבינו יונה סנהדרין לז, א, וכן מבואר בתש' הרשב"א (ח"א סי' תקפז, ואלף קעח). ואף לרמב"ם שכתב שהוא מפי הקבלה (עיין רמב"ם אסורי ביאה כב, ב), י"ל שהוא

דת משה. אולם לשיטת הרשב"א דיחוד הוא אסור מהתורה, מוכח שאף על איסור תורה צריכה התראה להפסידה כתובתה. ועיין בב"ש קטו, וזו דעת כל הפוסקים דאף בדת משה צריכה התראה, ורק רש"י ס"ל דבדת משה אין צריכה התראה.

ומהר"א הנ"ל דיחוד בעי התראה להפסידה מכתובתה, ויחוד הוי דאורייתא, הביא רע"א בתש' (קמא סי' קיד) דגם שיטת רש"י דיחוד דאורייתא, וא"כ גם לרש"י מוכח דדת משה בעי התראה למסקנת הגמ'. והגרע"א כתב לחלק בין משמשתו נידה, דמכשילתו באיסור, דבזה ס"ל לרש"י דלא צריכה התראה, לבין עוברת על דת משה שאינה מכשילתו, כמו ביחוד, שאף לרש"י צריכה התראה: "והא דנקט רש"י דת יהודית, היינו דזהו מלתא דפסיקא, אבל עוברת על דת משה לא הוי מלתא דפסיקא, דהא נכלל בזה גם כן משמשתו נדה וכדומה, דבזה אין צריך התראה". ועיין בבית מאיר קטו, דמש"כ בדבריו.

גם בדברי חיים (ח"א חאה"ע ז' סי' מט) כתב בתחילה כסברא זו, דכל שהכשילתו באיסור תורה, אינה צריכה התראה לשיטת רש"י, דעברה על דת משה שלשיטת רש"י אין צריכה התראה, היינו באופן שהכשילה את בעלה, כגון שימשותו נדה או האכילתו שאינו מעושר, דכיון שהכשילתו הפסידה כתובתה. אך בשארי איסורים, אף שהם מהתורה, כמו יחוד שאינה נאסרת לבעלה, דאין אשה נאסרת על בעלה רק על ידי קינוי וסתירה, ומה שעברה היא על דת לא הפסידה כתובתה, כמו בעוברת על שארי איסורי תורה שאין בהם הכשלה לבעל, אינה מפסדת כתובתה. אולם הדברי חיים דוחה הסבר זה, דהרי גם במאכילתו שאינו מעושר וכיוצ"ב, צריכה התראה להפסיד כתובתה: "ובאמת הדבר נכון מצד הסברא, דכיון דבמה שכבר עברה, הגם שהכשילתו לבעלה לא בשביל זה נקנסה הכתובה, דהיכן מצינו זה להפסיד ממון בהכשיל לחבירו באיסור. ולכן מצד הסברא גם במאכילתו שאינו מעושר וכהאי גוונא אין מפסדת הכתובה, רק משום שחיישין שתכשילו לעתיד". ולכן כתב לבאר דכל דברי רש"י דדוקא בדת יהודית צריך התראה, מפני שהיתה סברא לומר דבדת משה חייב להוציאה, ואם חייב להוציא, היא נתנה אצבע בין שיניה. אולם להלכה שאינו חייב להוציאה אף בדת משה, לא מפסדת כתובתה ללא התראה אף לרש"י: "ולכן אם איתא דאסור לקיים עוברת על דת, גם בלא התראה אסור לקיימה, וא"כ לא שייך למיבעיא כלל לענין הכתובה אם בעי התראה, דכיון דאסור לקיימה בלא התראה, תצא בלא כתובה, כיון שמעשיה גרמו לה, משום הכי פירש רש"י ז"ל הפירוש באבעיא ראשונה לענין כתובה אם בעיא התראה היינו בדת ישראל לחוד, אבל לפי מה דמסקינן דמותר לקיים עוברת על דת, אם כן גם בעברה על דת משה בעי התראה, דבלא התראה י"ל שלא תעבור עוד מחמת יראה שלא תפסיד הכתובה. ולכן לדינא גם רש"י ז"ל מודה לראשונים שצריכה התראה לעוברת על דת משה". ואף שאין אדם דר עם

נחש בכפיפה אחת, היינו לענין איסור שמצוה לגרשה, משא"כ לענין הכתובה, מחמת יראה תשמור עצמה.

עוד אציין מה שראיתי מישבים דברי רש"י, דיש אופנים שיחוד אינו אלא דת יהודית, כגון מי שהתייחדה עם שני אנשים, והגמ' מיירי בקינוי שקינא לה משני אנשים. דהנה הרמב"ם (איסורי ביאה כב,ח) פסק דלא תתייחד אשה אחת אפילו עם אנשים הרבה, וכן פסק בשו"ע אבה"ע כב,ה. אולם בתש' חוות יאיר (סי' עג) כתב דאין אסור תורה להתייחד אלא איש אחד עם אשה אחת, וכן כתב בבינת אדם (שער בית הנשים סי' כו), דאין איסור מהתורה אלא דוקא איש אחד עם הערוה, כדילפינן מקרא; כי יסיתך אחיך בן אמך וכו', ואם כן אינו אלא דומיא דאם עם בנה וכו'. וכן כתב במל"מ (סוטה א,ג) הרמב"ם, דפשיטא דמדינא אין איסור ייחוד בשני אנשים. וכיון שאיסור זה הוא רק מדרבנן, י"ל דהברייתא שמביאה הגמ' סוטה כה,א ואלו שבית דין מקנין להן וכו', מיירי בקינוי משני אנשים, שאינו אלה דת יהודית. ותרוץ זה מצאתי בתש' הרב"ז (לגאון הרב בצלאל זאב שאפראן, ח"ב אבה"ע"ז סי' לג,ט). ומעין זה נמצא גם בתש' אור שמח (ח"ב סי' לח), דהת"ש מיירי במקנא לה שלא תסתור בפתח פתוח לרה"ר ובעלה בעיר, דנאסרת ע"י קינוי זה, אף שאינו באיסור ייחוד דאורייתא.

ב. עבירה בין איש לאשתו

ויש להבין במהות התראה זו, מדוע נצרכה התראה זו כלל לענין הכתובה, וכן לענין שיכול להוציאה בעל כרחיה (עיין שו"ע אה"ע"ז קטו,ד בסופו וברמ"א, ובב"ש ס"ק יט, שנחלקו הראשונים אם נפשטה הבעיא בסוגיא בסוטה אם יכול לקיימה, דלדעת הרא"ש המרדכי והראב"ד לא נפשטה הבעיא, ולכן לא כופין לגרש, ולתוס' והרשב"א נפשטה הבעיא ויכול לקיימה, אך מצוה לגרשה). ואף שמטרת ההתראה שלא תכשיל אותו בעתיד, מ"מ צריך להבין מדוע יש להתרות בה באיסורים ידועים ובוררים כדת משה, שהרי היא יודעת את איסורם וחומרתם. ובשלמא דת יהודית אפשר שאינה יודעת, אך איסורים חמורים כדת משה, מדוע צריכים להתרות בה, הא סו"ס עברה על איסורים אלו וידעה שעוברת על איסורי תורה, ואין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת.

והנראה בזה, דעצם מעשה האיסור, שעוברת איסורים, ואפי' איסורי תורה, אינה סיבה להפסד הכתובה. דהפסד הכתובה הוא רק בדברים ובאיסורים שבין איש לאשתו. ועצם האיסורים שבין אדם למקום, אפי' מחללת שבת או אוכלת מאכלות האסורות, אין בזה כדי להפסידה כתובתה, דאין באיסורים שבין אדם למקום כדי לחייבו לגרשה

(לאיבעיא בגמ') או להפסידה כתובתה. ההתראה מעבירה את האיסורים שעליהם מתרה אותה, לאיסורים שבין איש לאשתו. מעשה ההתראה הוא מהותי להגדרת האיסור, האם לפנינו רק איסור של בין אדם למקום או שהאיסור הוא גם בין איש לאשתו.

דאיתא בגמ' כתובות עב,א, במאכילתו שאינו מעושר (וכן הקשו על משמשתו נידה), שאם ידע שאינו מעושר, שלא יאכל, ואם לא ידע, מניין ידע. ותירצה הגמ', דאמרה פלוני חכם תיקן לי הכרי. והראב"ד (הובאו דבריו בר"ן כתובות לב,א מעמוה"ר) הקשה, שתעמיד הגמ' דמירי שהאשה מודה שהאכילתו שאינו מעושר. ותירץ שאינה נאמנת, שאין אדם משים עצמו רשע. והר"ן הקשה עליו, דלהפסיד כתובתה ודאי נאמנת, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ומה שלא העמידה הגמ' במודה, דמילתא דלא שכיחא היא לא אוקמה בהכי. והגר"ב (ברכת שמואל כא,ד) כתב לבאר דברי הראב"ד, וז"ל:

"ובודאי הביאור דלא דמי, דהתם מהני הודאתו שעשה מעשה גניבה להתחייב ממון ע"פ עצמו, אבל עוברת על דת מה שהפסידו אותה חכמים מכתובתה, לא ע"י מעשה שעברה על דת מפסדת, אלא דוקא ע"י שיש לה דין עוברת על דת בדין, וע"כ כיון שאינה נעשית ע"פ עצמה עוברת על דת, אע"פ שכלפי שמיא גליא עברה על דת, מ"מ יש לה כתובה".

והנראה בבאור דבריו, דלא העבירה שבין אדם למקום היא הגורמת לה להפסיד את כתובתה אלא העבירה בין איש לאשתו, וההתראה עושה את העבירה שבין אדם למקום, למעשה אסור שבין איש לאשתו. דההתראה יוצרת את החלות שהמעשה הינו בבחינת עוברת על דת לענין הפסד כתובתה. דלא כל עבירה, אף כזו שיש לה זיקה ליחסי איש ואשתו, כמו בעבירות שמכשילתו, יחשבו כמעשים שתפסיד בגינן את כתובתה, וההתראה עושה את המעשים האסורים, לא רק בין אדם לחבירו אלא גם בין איש לאשתו, שמחמתם תפסיד את הכתובה שכתב לה. דלולי ההתראה שתפסיד כתובתה (או שלא תעשה מעשה זה, מחלוקת הראשונים, עיין בח"מ קטו,טז, ובב"ש קטו,יז) היינו אומרים שמעשה זה אין בו כדי להפסידה כתובתה, דאינו כמעשה זנות או אפי' מעשה כיעור (עיין שו"ע אהע"ז יא,ג), דהיא זו שגרמה לגרושין, אבל במכשילתו אין במעשה כדי לאסרה עליו, וכשמתרה בה יחשב המעשה כמכשילתו כהיא נתנה אצבע בין שיניה, שחזרה ועשתה מעשה המכשילו. דלהגדיר מעשה של עבירה כעוברת על דת, שהוא מושג בין איש לאשתו, יכול לעשותו ע"י התראה שמתרה בה.

ואף לשיטות שיכול לגרשה בעל כרחא בעוברת על דת (עיין תש' ב"ח החדשות סי' פד, ופת"ש קטו,יד מהגרע"א, ושם מירי לענין שמשותו נידה), י"ל דלענין לגרשה

בעל כרחא לא תיקן ר"ג שלא לגרש בעל כרחא, כשעשה איסורים מסוימים, ואף אם לא תוגדר כעוברת על דת, כיון שעשתה איסור כמו שמשותו נידה, יכול לגרשה בעל כרחא, דר"ג לא תיקן בכה"ג, אף שאינה מוגדרת אלא כעבריינית בין אדם למקום ולא כעוברת על דת. כן מבואר בתש' הב"ח (הנ"ל), וז"ל: "ובענין התראה, דבר פשוט הוא שהתראה הנזכרת בתלמוד פרק ארוסה אינה כ"א להפסיד כתובתה. וכן מבואר מן הלשון איבעיא להו עוברת ע"ד צריכה התראה להפסיד כתובתה כו', והטעם משום שיכולה לומר לא הייתי יודע שבשביל כך אפסיד ממון מה שהיה חייב לי, דמה ענין זה לזה, לכך צריכה התראה כדי שתדע שאם תעבור עוד ע"ד שקנסו אותה בכתובה. אבל כדי להוציאה אין צריך התראה, שהרי לפי דין התלמוד אשה מתגרשת לרצונה ולא לרצונה ומה צורך בהתראה, וא"כ באשה בנ"ד שלא תיקן ר"ג בזה כלום חזר דינה ככל הנשים דעלמא קודם תקנתו של ר"ג שאינה צריכה התראה אלא כדי להפסיד הכתובה, וכבר הודית שהתרה בה הבעל ועברה על התראתו". ומבואר דלענין לגרשה בעל כרחא אין צריך התראה, משא"כ לענין כתובה; "מה ענין זה לזה", דהיינו, מה ענין מעשה שעשתה להפסיד הכתובה, ובאה ההתראה ליצור זיקה בין המעשה להפסד הכתובה.

ומזה מובן מדוע גם בדת משה צריכה התראה. דאף אם האיסור ידוע ומופרסם, ואף שהוא איסור חמור, הוא עדיין עבירה שבין אדם למקום, ואין בהם כדי להפסידה כתובתה, ואף במכשילתו, שלא נאסרה עליו ולא גרמה לסיום הנישואין. דאין לענין זה חילוק בין איסור חמור לאיסור קל, אלא כשהאיסור יוגדר כעוברת על דת, וזה יתכן רק ע"י התראה.

וכיון שללא ההתראה לא תוגדר כעוברת על דת, לא שייך להפסידה תוספת כתובה מסברא של אדעתא למשקל ומיפק לא כתב לה (דבר שידון לגופו להלן), דכיון דכל מה שיכול להפסידה הוא רק אם עוברת על דת (במעשים אלה), ולולי ההתראה אין כאן עוברת על דת, ולכן אינו יכול להוציאה בלא כתובה או תוספת כתובה, כיון דלענין הכתובה אין כאן עוברת על דת.

אמנם לפי מש"כ בתש' שבות יעקב (ח"ג סי' קכז), הדבר צ"ע אם ההתראה יוצרת חלות של עוברת על דת, דמדבריו נראה דכל ענין ההתראה כדי שתזהר באיסור. השבוי"י דן במי ששימשותו כשהיא נידה, וסובר השבוי"י שאין צריכה התראה לשיטות הראשונים שההתראה היא רק שמתרה בה שלא תשמשו בנידתה, ואין צריך להתרותה שתפסיד הכתובה, וז"ל השבוי"י: "ונלע"ד דאפילו נימא דכל עוברת על דת משה צריכה התראה, מ"מ משמשותו נדה שהוא דבר הידוע לכל האנשים אפי' שהיא עם הארץ גמור, מ"מ בשעת נישואין לומדים עמה קרובים ושכנים כיצד יזהר בנדתה, שוב אין

צריכה התראה אחרת בשעת מעשה. דהא מבואר בפוסקים דאין זו התראה גמורה, דהרי אין צריך התראה בשעת מעשה כמ"ש בהגהות מרדכי ומיימוני ותשובת הרשב"א (סי' תקס). אע"ג דשם בתשובה משמע דגם במשמשת נדה בעי התראה, היינו לפי שאזיל לשיטתו שם שפסק דבעי התראה לומר לה שתפסדה כתובתה, וכל שלא אמר כן הוי כלא התרה בה, אבל לפי הסכמת אחרונים כדעת הרי"א"ז בש"ג, וכן משמע בב"ש שם ס"ק יז, וכ"כ בתשובת מהר"ח שבתי סי' נז, עיי"ש דבריו באורך בראיות ע"ז, הרי דהתראה בזו רק הודעה שנזוהר בנדתה, וזו הכל יודעים ואין צריך התראה עוד יותר". מהשבו"י נראה דמש"כ לעיל יהיה תלוי במחלוקת הראשונים על אופן ההתראה, אם צריך להתרות בה שתפסיד כתובתה, או שצריך להתרות בה שלא תשמשו נידה, מבלי להזכיר ענין הכתובה, והובאה מחלוקת זו בח"מ ובב"ש כנ"ל, ועיין פת"ש אהע"ז קטו"א. ולפ"ז נראה, דלדעת הראשונים הסוברים שצריך להתרות בה שתפסיד כתובתה, אין זו התראה כדי להודיע את חומרת האיסור אלא כדי ליצור חלות שם של עוברת על דת על מעשה האיסור, ובוזה להפסידה כתובתה, כדי שמעשה זה יהיה בין איש לאשתו. אולם לשיטות הראשונים שאינו צריך להתרות שתפסיד כתובתה, ההתראה, לשיטת השבו"י, אינה אלא להודיעה חומרת האיסור, ואיסור זה שכולם יודעים חומרתו, אין צריך התראה. ועיין במהרש"ם (ח"ד סי' ל' בסופו) מש"כ בדברי השבו"י. [ועיין בתש" ב"ח (החדשות סי' פד) דמשמע דעתו כדעת הרי"א"ז שאין צריך להתרות בה שתפסיד כתובתה, עיי"ש].

ואין להביא ראיה מתרומת הדשן (סי' רמב), שכתב דבאשה הרגילה להתיחד עם עכו"ם, אינה צריכה התראה, וז"ל תה"ד: "אמנם היה נראה קצת דאיתתא דכה"ג דרגילה להתייחד בין הנכרים שטופי זמה, בכמה גווני קעבדית כמה מיני חוצפות יתירא, לא בעי התראה להפסיד כתובתה. ונראה ראיה לזה מפ' ארוסה (סוטה כה, א) ... דשאני התם דלית לה אימתא דבעל כלל. ופרש"י דמש"ה לא חשיב פריצותא אא"כ התרה בה, אבל איתתא דאית לה אימתא דבעל, איכא למימר דבלא התראה איכא פריצותא מדלא אשגחה אבעלה. הא קמן דטעם דהתראה משום פריצותא וחציפותא הוא. נהי נמי דמסיק תלמודא ופשט מאשת מי שנתחרש, ולא מפליג בין היכא דאיכא אימתא דבעלה ובין היכא דליכא אימתא, נוכל לומר דהיינו משום דסבר דלא חשיב פריצותא כ"כ הא דלא אשגחה אבעלה, אבל מ"מ סברו אמוראי קמאי דלא מדחינן לגמרי דבפריצותא חוצפה תליא מילתא, ואימא כל היכא דאיכא פריצותא יתירתא, נשארית הסברא דלא בעי התראה בכה"ג, ומפני שאנו מדמין לא נעשה מעשה". דנראה דמה שלא צריך התראה בפריצותא יתירא, דבפריצות גדולה הרי זה בבחינת מעשה כיעור שאינו צריך התראה, דברגילה בפריצות, אפשר דס"ל לתה"ד שכבר אינו בכלל עוברת על דת, ולכן לא בעי התראה. ומה דמבואר בדברי תה"ד דינה כעוברת על דת, הוא

קודם שכתב דרגילה להתיחד עם עכו"ם שטופי זימה וכו'. ולמסקנת תה"ד דלא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה, פסק הרמ"א אהע"ז קטו,ד (בסופו) דרגילה להתיחד עם עכו"ם הוי עוברת על דת, דלמסקנת תה"ד אפשר דלא מפני שאנו מדמים לא נעשה מעשה, ואף בפריצות יתירה כמו מתיחדת עם עכו"ם, אין זה מעשה כיעור אלא עוברת על דת, וממילא דינה גם שתצטרך התראה.

ג. אדעתא למשקל ומיפק

לאמור לעיל אין חילוק בין כתובה לתוספת כתובה לענין הפסד בעוברת על דת דבעי התראה, הואיל וההתראה יוצרת את חלות שם עוברת על דת על מעשה האשה, שאינו סתם איסור אלא עוברת על דת, ועבירה שהינה גם בין איש לאשתו, ולכן ככל ולא התרה בה, אין להפסידה תוספת כתובה.

והרב השואל העלה טענה שתוספת כתובה מפסידה אף ללא התראה, דאדעתא למשקל ומיפק לא כתב לה, וא"כ י"ל שגם בעוברת על דת, על דעת שתעבור על דת ויהיה מצוה להוציאה, על דעת כן לא כתב לה, דכיון שהיא הביאה במעשיה למצב זה שמצווה לגרשה כמבואר בשו"ע אהע"ז קטו,ד, ע"ד כן לא כתב לה. והשבתי דזה אינו, דהסברא של אדעתא למשקל ומיפק וכו', היא רק במקום שאינו מגרשה מרצונו, שכופין או מחייבים לגרש, שעל דעת שיכופו או יחייבו אותו לגרשה, לא כתב לה, אבל במקום שמצווה לגרשה, הואיל וזה נתון לשקול דעתו ורצונו, אין לו טענה שע"ד כן לא כתב לה.

עוד ציין להא דאיתא בגמ' כתובות קא,א, שכל מקום שנאמר תצא שלא בכתובה אין לה עיקר ותוספת כתובה, כגון עוברת על דת וחברותיה. חברותיה היינו שנמצאו עליה נדרים או מומין, שבכל אלו נאמרה הלשון "תצא שלא בכתובה". והמשותף בין עוברת על דת ונמצאו בה מומין, דגם עוברת על דת הרי זה מום גדול, וכשם שבבעלת מום אין צורך בהתראה, כך גם בעוברת על דת אין צורך בהתראה כדי להפסידה תוספת. והשבתי דההשוואה לחברותיה הינו רק לעצם הדין שמפסידה הן כתובה והן תוספת כתובה, אבל כל אחד ודינו, כל מקרה ומסלולו. הגמ' הביאה ברייתא, שכל מקום שכתוב אין לה כתובה, תוספת יש לה, וכל מקום שכתוב יוצאת שלא בכתובה, מפסידה גם תוספת. ולשון זו של יוצאת שלא בכתובה נאמרה כמה פעמים. בעוברת על דת, במומין, נמצאו עליה נדרים. אין כל מקום להשוואה בין הדינים. הברייטא רק הסבירה את הלשון "יוצאת שלא בכתובה" שנכתב כמה פעמים, שהכוונה גם ללא תוספת, אבל זה לא בא להשוות את מסלול ההפסד של כולם.

ומה שכתב בשו"ע אה"ע קטו,ה שעוברת על דת והוא הדין מזנה וכו', אין להן לא כתובה ולא תוספת. מה שנכתב שם בשו"ע להשוות בין עוברת על דת למזנה הוא רק ביחס למה שנוטלת מנכסי מלוג שבעין, דגם זינתה, לא הפסידה בלאותיה הקיימים. מפורש בשו"ע שהשוואה היא רק לנקודה זו.

ובשו"ע אה"ע קיז,א פסק באשה הרואה דם מחמת תשמיש, שמפסידה את כתובתה ואת תוספת כתובתה. ובח"מ שם ס"ק א הביא מהרב המגיד שהטעם שמפסידה את תוספת כתובתה; "מאחר דקיי"ל עוברת על דת וחברותיה, היינו נמצאו עליה נדרים או מומין אין להן תוספת כתובה, הוא הדין מום זה". וכן כתב שם בביאור הגר"א בטעם שמפסידה את תוספת כתובתה, שאין לך מום גדול מזה. ואינו ענין לנדו"ד. הח"מ דן שם האם מום כזה שהאשה אינה יודעת ממנו, הוא בכלל המומים שלהם תוספת כתובה ככתובה, או שהוא דומה לחייבי לאוין שלא הכיר בה (ולמעשה זו מחלוקת ראשונים, עיי"ש). עוברת על דת וחברותיה, חברותיה היינו מומין, והשאלה אם רואה דם מחמת תשמיש הוא בכלל מומין של חברותיה, או חברותיה של עוברת על דת הם רק מומים שהסתירה ממנו. וכנ"ל, דאין באמור בברייתא כדי לדמות את הדינים. הברייתא רק פירשה שכל מקום שכתוב יוצאת שלא בכתובה, הכוונה גם בלי תוספת. אבל לכל הפסד של "יוצאת שלא בכתובה" יש את הדרך שלו.

וברואה מחמת תשמיש לא נזכר שיש צורך בהתראה כדי להפסידה את תוספת כתובתה, אלא שמפסידה בגלל שזה מום גדול, ויש את הסברא שאדעתא למיפק ולמשקל לא כתב לה, והח"מ בשם המגיד והגר"א השוו בין רואה דם מחמת תשמיש לבין עוברת על דת, ומזה רצה להוכיח שגם בעוברת על דת מפסידה את תוספת כתובתה מאותו טעם. והביא לשון המגיד (אישות כה,ח) בטעם הדין שאשה הרואה דם מחמת תשמיש מפסידה את תוספת כתובה: "וכתב רבינו שאף תוספת אין לה, והטעם שאין לך מום גדול מזה שהרי אינה ראויה לעמוד תחתיו וחייב הוא לגרשה, ועל דעת כן לא כתב לה, ולא יהא מום זה פחות מאחד מן המומין הנזכרים פ"ז (פרק ז מאישות ה"ז)". ואין בדברים ראייה לנדו"ד. ברואה דם מחמת תשמיש, לשיטת הרמב"ם (ויש ראשונים שחולקים כמו הרמב"ן) הרי זה כמום שדינה בכלל יוצאת שלא בכתובה. הטעם במומים שיוצאת שלא בכתובה, דאינו דומה לזינתה, דזינתה מעשיה גרמו לה, ומומים כיון שזה מום שחייב להוציאה, ואסורה לישב תחת בעלה (ראה גם בשו"ע קיז,א), ממילא שייכת בזה הסברא של אדעתא למשקל ומיפק. דבר זה אינו דומה כלל לעוברת על דת, גם מחמת שאין כאן "מעשיה" ללא התראה, והעיקר, שאינו חייב להוציאה, ולכן אין לדמות דין רואה דם מחמת תשמיש לדין עוברת על דת.

וכאמור לעיל, אין לדמות דין כפיה לגרש, וכמש"כ ר"ח, הביאו התוס' ביבמות סה,ב (ד"ה כי): "דכל הנך דכופין מחמתה דוקא מנה ומאתים אית לה אבל תוספת

לית לה, דאדעתא למיפק לא אוסיף לה, ודייק מהא דאמר בריש אע"פ כתובות נד, ב, תנאי כתובה ככתובה נפקא מינה למורדת כו', ולא קאמר נפקא מינה לבאה מחמת טענה וכיוצא בה". דבעוברת על דת אין כופין לגרש, רק מצוה לגרש. גם אשה רעה מצוה לגרשה, עיין שו"ע קיט, ד, ובח"מ ד, והוא מהגמ' יבמות סג, ב, ועיין בגמ' יבמות סג, ב, דאשה רעה וכתובתה מרובה, ומשמע דחייב בכתובתה. דמצווה לגרשה אינו מפקיע חיוב ליתן לה כתובה. ובודאי אין בזה סברא של אדעתא למשקל ומיפק וכו', כיון שהכל תלוי ברצונו, דאין מצוה זו חיוב או כפיה.

לאור האמור לעיל, עוברת על דת אינה מפסידה כתובה או תוספת כתובה אלא בהתראה שהתרה בה.

סימן מב

חיוב חליצה כשיש בן שהורתו לפני הנישואין

ראשי פרקים

א. נאמנות לומר זה בני כשאני נשוי לאם

ב. יכיר בעובר

ג. הקושיא מהרמב"ם הל' תרומות

בזוג שחיו כמה חדשים תחת קורת גג אחת ללא חופו"ק, והאשה הרתה, ורצו להנשא כדמו"י עוד לפני הלידה, ובאו לפני ב"ד והצהיר האיש שהעובר הוא בנו, ונשא כדמו"י. לאחר כשנה מלידת הבן נפטר הבעל, ונדרשנו לשאלה אם האשה מותרת להנשא ללא חליצה.

א. נאמנות לומר זה בני כשאני נשוי לאם

הרמב"ם בהל' יבום וחליצה ג,ד, כתב וז"ל: "מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה, ואמר זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו, אף על פי שהוא בנו לענין ירושה, הרי זה ספק לענין יבום, כשם שזינת עמו כך זינת עם אחר. ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה, אלא לעולם ספק הוא ולהחמיר דנין בו וחולצת ולא מתיבמת". מבואר דבן הפוטר מיבום הוא דוקא כשהאשה היתה נשואה לבעלה שכעת נפטר, בשעת הורתו של הבן, דבנשואה יש חזקה של רוב בעילות אחר הבעל, אבל באינה נשואה לא מהני הכרת האב, דשמא זינתה גם עם אחר. ובמגיד שם ציין שדין זה אין לו מקור מפורש בגמ' והוא דעת הרמב"ם עצמו, דדוקא באשתו נשואה נאמן לומר זה בני לפטור את אשתו מיבום, משא"כ באומר על אחד שהוא בנו מאנוסתו או ממפותתו, אינו נאמן כיון שלמעשה אינו יודע הדבר בברור כמו בנשואתו, דרוב בעילות אחר הבעל, ולכן יש להחמיר בזה ולא להאמינו, ויש להצריכה חליצה מספק.

וממשיך המגיד דאף בפנויה ומזנה, יש לחלק אם היא חשודה ממנו בלבד או שחשודה גם מאחרים, שאם אינה חשודה מאחרים אלא ממנו בלבד, יש להאמינו לענין חליצה, כמו שנאמן לענין תרומה. דאיתא ביבמות סט,ב; כהן שבא על בת ישראל וילדה, תאכל בתרומה. ונחלקו בגמ' שם אם הדין שאוכלת האשה בתרומה מדין ויליד ביתו, כדתנן במשנה יבמות סט,ב, הוא רק באופן שלא דיימא מעלמא, שאינה חשודה מאחרים, או אף בחשודה מאחרים תאכל בתרומה. והרמב"ם פסק שאוכלת בתרומה

רק כשאינה חשודה מעלמא, והכל מרננים עליה שהיא עם הכהן, וז"ל הרמב"ם בהל' תרומות ח, יד: "מי שנשאת לכהן שוטה, או שאנס אותה או שפיתה אותה כהן וילדה אוכלת בשביל בנה, ואף על פי שהדבר ספק הואיל ובלא קידושין היא שמא מאחר נתעברה, הרי הולד בחזקת זה שבא עליה. והוא שלא יצא עליה קול עם אחר, אלא הכל מרננין אחריה בזה הכהן". ובתרומה יש איסור מהתורה, ומהני מה שהיא אינה חשודה מעלמא והכל מרננים עליה על זה הכהן, א"כ גם לענין יבום בלא דיימא מעלמא, נאמינו לאומר זה בני, וכל שכן לסוברים דנאמן אף בדימא מעלמא. ולכן ס"ל למגיד דאינו מוצא טעם לחלק בין תרומה לחליצה, וכשאינה דיימא מעלמא, נאמן לומר זה בני לפטור את אשתו מיבום וחליצה.

ועל מש"כ המגיד דאף בנו מאנוסתו הוא ספק לשיטת הרמב"ם, הקשה הגרע"א (יבמות כב, א), דמה שייך באנוסתו שתהיה דיימא מעלמא ומדאפקרא נפשא לו אפקרא לאחרים, ומדוע לא יהיה נאמן שהוא בנו. ואכן הרמב"ם לא הזכיר אנוסתו, אבל המגיד שכתב כן בדעת הרמב"ם, צ"ע. וכתב, דמצא לבעל ההפלאה בפירושו לתורה (פנים יפות פר' כי תצא), על הפסוק: כי תהיינה לאיש שתי נשים וכו', דנקט בפשיטות דבאנוסה לא שייך מדאפקרה וכו'. רק כתב דנפק"מ לענין אם אנס אשה ולא ילדה, ומת האנס, דאין אחיו יכול ליבמה, שמא אנס גם אחרות ויש לו בנים מהם, עיי"ש דנשאר בצ"ע. אולם לעצם החשש שהבן אינו בנו וצריך חליצה, דבר זה לא שייך לרע"א ולהפלאה באנוסתו, דבה לא שייך הטעם דמדאפקרא וכו'.

ומדברי הרשב"א בתש' (ח"א סי' תרי) מבואר דכל שהוא מודה שבא עליה, הרי הוא בנו לענין יבום וחליצה. הרשב"א נשאל בראובן היתה לו משמשת יהודיה בביתו, והתעברה ולא יודע אם ממנו או מאחר, והוציאה מביתו, ולאחר זמן החזירה ובזמן הלידה שם אותה בבית קרובתו, ופרנס אותה ואת הילד, ובשמחת הברית לא רצה להשתתף, ולא ידוע אם מחמת הבושה או שהיה לבו נוקפו שמא אינו בנו. לאחר זמן נתישבה דעתו להחשיבו כבנו, או מפני שנתרצה באמו ונראה לו שלא היתה מזנה תחתיו, או על ידי שהיה דומה לו, ויש עדים מרובים שהיה קורא אותו בנו, ואוהבו כבנו. ונפטר ראובן, ויש לו אשה נשואה ואחים, והשאלה אם אשתו נפטרה מיבום וחליצה מחמת הילד שנולד מאותה משרתת. ודן הרשב"א בדין עבדי וחזר ואמר בני, דאינו נאמן (ב"ב קכז, ב), דבנדון השאלה לא אמר בתחילה שאינו בנו אלא הסתפק, וכעת נוהג כבנו, הרי הוא יורשו. אך כל זה לענין ירושה, ולענין חליצה יש שני אופנים לפטרה, או שראינו שבא עליה, ואז אפי' דיימא מעלמא, מחזיקים אותו עיבור ממנו. או באופן שאומר שהוא בנו או שהוא מודה שבא עליה. וז"ל הרשב"א: "אבל אם ראינו שבא עליה ממש, מחזיקין אותו ולד בשלו, ואף על גב דדימא מעלמא, כההיא דפרק אלמנה לכהן גדול (דף ס"ח) דתנן, כהן שבא על בת ישראל וילדה

תאכל בתרומה, לפי שראינו שבא עליה ממש ואומר מאותה ביאה נתעברה, ומחזיקין אותו עיבור ממנו, אף על גב דדימא מעלמא, כההיא דפרק אלמנה לכהן גדול דתנן בתרי' שדינן ליה, כדאיתא התם. אי נמי כשאמר בני או שהודה שבא עליה, בתר ידיה שדינן ליה, אבל לא ראינו שבא עליה ממש וגם הוא לא אמר, אף על גב דדימא מיניה, אין אומרים שתפטר אשתו מן החליצה, דהא חליצה מיהא בעי'. וכתב המגיד בדעת הרשב"א, דמבואר דפוסק הרשב"א כלישנא בתרא, דאפי' דיימא מעלמא תאכל בתרומה, דכל שלא יודעים בבירור שבא עליה אחר, אף שחשודה מאחרים, תולים הבן בכהן. ובחשודה גם מעלמא ס"ל למגיד להחמיר, אבל כשדימא מיניה ולא מעלמא, הרי גם לענין חליצה דינה כתרומה, ואינה צריכה חליצה, ואפילו בחשודה מעלמא אפשר שהלכה כלישנא בתרא. (ועיין תוס' כתובות יד, ד"ה חדא (הראשון), שהעמיד הסוגיא שם בארוס וארוסתו שהתעברה הארוסה, ושניהם הודו שהילד מהארוס, דאפשר אפי' דיימא מעלמא נאמנת, כיון שהארוס מודה, עיי"ש).

ומעין דברים אלה נמצא גם בתש' הרא"ש (פב,א), הביאו הטור אבהע"ז סי' קנו), במי שילדה המשרתת שבביתו, והייתה דיימא מבעה"ב, ואמר שהוא בנו, שפוטר את אשתו מן היבום, אף שלא רצה ליכנס למילה כשמלוהו. והביא הרא"ש את דעת הרמב"ם המצריך חליצה, והקשה עליו: "ודבריו תמוהין, מאחר שקוריהו ספק, למה כותב שהוא יורשו ומוציא הממון מחזקת יורשין הודאין, ואי משום מגו קאמר, דאי בעי יהיב ליה כל ממוניה, חדא, דהא ברירנא לעיל דלא שייך הכא מגו, ועוד, אי משום מגו מהימנת ליה לענין ירושה, נהמנה נמי לפטרה מן החליצה במגו דאי בעי פטר לה בגט. ואי משום דנאמנות דאב קאמר שהוא יורשו כרבי יהודה ולא משום מגו, אם כן לענין חליצה נמי יהא נאמן, כדתנן בפרק יש נוחלין (קלד,א) האומר זה בני, וקאמר בגמרא למאי הלכתא, אמר רב יהודה אמר שמואל ליורשו ולפטור את אשתו מן היבום, ... ואף לפי דבריו בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו, דבכי האי גוונא לא קאמר שתחלוץ, כי אף הוא לא כתב אלא זנות באקראי, פנויה דומיא דאשת איש". מבואר בדברי הרא"ש שאם לדוגמא פנוי ופנויה דרים יחד, או אפי' אינם דרים יחד אבל ידועים כזוג ידוע בציבור, שאין כאן זנות באקראי, גם לשיטת הרמב"ם פטורה מהחליצה. (ועיין גם מהר"מ מינץ סי' צה). ולדברי הרא"ש הסכים מהרשד"ם (חאהע"ז סי' רלג): "הרי ברור מדברי הרא"ש, שהוא אחרון וגדול הפוסקים, מסכים בפירוש לכל מה שאמרנו, עד שלפי דעתו מה שאמר הרמב"ם דלענין יבום הוי ספק, היינו באשה באקראי, ואפי' הכי כתב שירשנו, ובזה מסכים הוא הרא"ש אלא שסובר דכשהיא מיוחדת לו אפילו לענין יבום, מחזקין ליה בבן ופוטר מן החליצה. הרי שכל הנביאים פה אחד מסכימים שאפילו שיש לאדם בן מאשה אחת בזנות, שהוא בנו לכל דבר ואפילו לענין יבום, אם אינה חשודה מאחר". ועיין נו"ב (תנינא חאהע"ז

לג) דאף שהרמב"ם חושש גם במיוחדת שמא זינתה עם אחרים, מ"מ במיוחדת לו, תלינן רוב בעילות במי שהיא מיוחדת לו, כמו ברוב בעילות אחר הבעל.

והתוס' יבמות ע, א (ס"פ אלמנה לכה"ג, ד"ה אבל) כתבו דדיימא מיניה היינו שבא עליה בודאי, וז"ל: "פי' דיימא מיניה שבא עליה בודאי, ודיימא מעלמא היינו שם רע, דאי דיימא מיניה נמי שם רע בעלמא, א"כ מאי מייתי רבא ממתני', דהתם בא עליה ודאי, משום הכי בתר ידיה שדינן ליה". ומש"כ בא עליה ודאי, אין הכוונה שראו עדים שבא עליה, דבמשנה שם מיירי בישראל שבא על בת כהן, ולא כתבה המשנה שראוהו עדים שבא עליה, אלא באופן שהם מוחזקים שבא עליה, כגון שהתיחדו יחד וכד', ולא היה רק דבורים של חשד בעלמא, אלא ראו שהתיחדו והוא מודה שבא עליה, ובכחאי גוונא מיירי התוס' שודאי בא עליה. וכן צ"ל במי שדירים יחד, או שנוהגים כזוג וכד', שניכר שיש ביניהם קשר אישי באופן שודאי בא עליה. עכ"פ מבואר דלשיטת הרא"ש כל היכא שמיוחדת למי שמודה שהעובר ממנו, אין אשת המת צריכה חליצה אף לשיטת הרמב"ם.

והתשב"ץ (ח"ב סי' יט) כתב דכל שאינה חשודה מאחרים, אם הודה שהוא בנו, הרי הוא בנו לכל דבר, גם לענין חליצה, וז"ל: "... אבל ללישנא בתרא כל היכא דדימא מיניה דארוס, בתריה ידיה שדינן ליה. וגם כל זה לא נאמר אלא בבא על ארוסתו בבית חמיו ולענין חשש ממזרות, אבל באונס אשה ומפתה אותה, אם נתברר הדבר שבא עליה זה האונס או המפתה בהודאת פיו או בעדים, כיון דלא דימא מעלמא, דבר ברור הוא דבתריה ידיה שדינן ליה, ולא אמרינן כי היכי דאפקרא נפשה להאי אפקרא נפשה לאחרים, דהא תנן התם (שם סט, ב) במתני' גבי האונס והמפתה, שאם כהן הבא על בת ישראל הוא וילדה, שהולד אוכל בתרומה, אע"פ שיש בתרומה חיוב מיתה לזרים, ולא פסלינן ליה מהאי טעמא כי היכי דאפקרא נפשה להאי אפקרא נפשה לאחרים. וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהל' תרומות. וכן יש ראייה לזה ג"כ בפ' נושאים ביבמות. וכן לענין ירושה כתב הרב ז"ל בפ"ג מה' יבום שאם אמת הדבר שבא עליה שהוא בנו. ואע"פ שלענין יבום כ' הרב ז"ל שהוא ספק, כבר חלקו עליו מגדולי האחרונים ז"ל". ועיין באבני מילואים ד, יט מש"כ בדברי התשב"ץ.

גם הרדב"ז (ח"ג סי' תקכו) כתב דהרמב"ם מיירי בדיימא מעלמא, ולכן כתב הרמב"ם: "מי שזינה עם אשה ...", והיינו דדיימא מעלמא, וכן ממה שכתב הרמב"ם בין פנויה ובין אשת איש, הרי ביחס לאשת איש שרוב הבעילות אחר הבעל, יחשב מי שזינה עמה כדיימא מעלמא (מבעלה), ומזה מוכח דהרמב"ם המחייב חליצה מיירי רק בדיימא מעלמא, ולכן כל היכא דלא דימא מעלמא, גם הרמב"ם מודה שפוטר אשתו מחליצה: "ונ"ל שהרב ז"ל לא איירי הכא בהלכות יבום אלא באשה דדימא מעלמא כגדון דידן, ודקדקתי כן מלשונו ז"ל שכתב; מי שזינה עם אשה, ולא כתב מי שבא

על אשה, משמע דבאשה זונה איירי. ותו, דמדכלל אותה עם אשת איש, ואשת איש רוב בעילות אצל הבעל, והוי כדימא מעלמא, ועדיפא מיניה. ותו, שכתב ומאין יודע הדבר שהוא בנו, ודאי הרי אין לו חזקה, ובשלמא אי דימא מעלמא היינו דאין לו חזקה, אבל אי לא דימא מעלמא, היכא דאיתרע רעותא, דהיינו לגבי האי איתרע, לגבי עלמא דלא איתרע מוקמין לה אחזקתיה ולא נבעלה אלא לזה, וא"כ היכא דלא דימא מעלמא בין לענין תרומה בין לענין יבום הרי הוא בחזקת בנו, דבתר ידידיה שדינן ליה. ונמצא בחלוקה זו מסכים הרב עם שאר הפוסקים. אבל היכא דדימא מעלמא, בין לענין תרומה בין לענין יבום, ספק הוא ואינו אוכל בתרומה, ואשת אביו חולצת ולא מתיבמת". מבואר מהרדב"ז דבמיוחדת לו ולא חשודה מעלמא, האומר זה בני, פוטר אשתו הנשואה מחליצה.

אמנם יש מהראשונים והאחרונים שמשמע מדבריהם שאף באינה חשודה מעלמא, חייבת בחליצה באומר זה בני. כן נראה מדברי האגודה והמרדכי שהביא הב"ש קנו"א, על מש"כ המחבר, ומקורו מהמשנה יבמות כב, א, דאף בן ממזר פוטר מחליצה ויבום, דאיך יכול להיות שבן ממזר פוטר מחליצה ויבום, הרי כשם שזינתה עמו זינתה עם אחרים, וכתב הב"ש דמייירי בהיו חבושים בבית האסורים, שאל"כ יש להקשות מדברי הרמב"ם יבום ג, ד הנ"ל. ולמה נדחק הב"ש לומר שהיו חבושים בבית האסורים, יכל לפרש שאינה חשודה מעלמא. ומזה מוכח שאף באינה חשודה מעלמא חייבת בחליצה ואינו פוטר האשה מחליצה. ומקורו מדברי האגודה (יבמות ב, טו): "צריך לומר הא דממזר פוטר, כגון שהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים, דאי לאו הכי הוה ספק. וכן כתב במיימוני, מי שזנה עם אשת איש ונתעברה ממנו ושניהם מודו, בנו הוא לענין ירושה וספק לענין יבום, כשם שזנתה עמו זנתה עם אחר". וכן כתב המרדכי (יבמות סי' יב). ולפ"ז אפי' באינה חשודה מעלמא צריכה חליצה. וכן כתב מהרי"ט (חאהע"ז סי' יז), ולא חילק בין חשודה מעלמא או לא, דעיקר טעמו של הרמב"ם ממש"כ; ומנין יודע הדבר שזה בנו והרי אין לו חזקה, ולכן כל שאין לו חזקת כשרות, ואביו אינו יכול לטעון ברי, הרי זה ספק לענין יבום, עיי"ש.

וכן יש ללמוד לכאורה מדברי הריטב"א יבמות ע, א (הובאו דבריו גם בנימוק"י יבמות כג, ב מעמיה"ר), דאפי' בפילגש יש לחוש שזינתה עם אחרים. אמנם הריטב"א מייירי לענין נאמנות אשה לומר שבנה מפלוני, ולענין ירושה, דלענין כשרות הילד, נאמנת לומר לכשר נבעלתי, אבל לענין ירושה אינה נאמנת, דיש לחוש שזינתה אף עם אחרים, ומבואר דאף בפילגש יש חשש שזינתה עם אחרים, וז"ל הריטב"א: "... אבל בפנויה שילדה ואמרה מפלוני הוא, אף על פי שנאמנת עליו להכשירו ליוחסין מדשמואל ואבא שאול כשהוא שותק או שאינו יודע או שהוא במדינת הים, אינה נאמנת עליו לירושה, ואפילו היכא דבא עליה ודימא מיניה, דכשם שזינתה עמו כן

אפשר שזינתה עם כשר דעלמא, ואין הנאמנות שלה באדם מסויים יותר מאחר, אלא הנאמנות הוא שנבעלה לכשר לה משום חזקה דגופה כדאיתא התם, ואפילו בפלגש המיוחדת לו נמי אינה נאמנת עליו, וכן עיקר". ועיין בתש' שיבת ציון (סי' סז) שכתב לחלק בין פלגש שהיא מיוחדת לו וגר עמה בבית אחד, דכיון שהוא מצוי עמה בביתו ומשמר אותה קצת שלא תזנה עם אחרים, לא חיישינן שזינתה עם אחרים. אבל במיוחדת לו כפלגש ואינו דר עמה, יש לחוש שזינתה עם אחרים. ובהמשך דבריו כתב השיבת ציון דדעת הריטב"א הינה דעת יחיד, דמהרמב"ם לא התבאר דבמיוחדת לו צריכה חליצה כשאומר זה בני.

ובשו"ע אהע"ז קנוט הביא השו"ע דעת הרמב"ם, והרמ"א הביא דעת המרדכי דדוקא בחבושין פוטר מחליצה, וכן את דעת המגיד דאף במיוחדת לו פטורה מחליצה, וז"ל השו"ע והרמ"א: "מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש ונתעברה, ואמר זה העובר ממני הוא, ואפי' היא מודה לו, הרי זה ספק וחולצת ולא מתיבמת. (רמ"א) ואם היו חבושין בבית האסורים, שודאי הוא ממנו, פוטר. וי"א אפילו בזונה אחרת המיוחדת לו". ועיין בב"ש קנוט שלמד בדעת הרמב"ם והשו"ע, דאפי' לא דיימא מעלמא, אינו פוטר מחליצה. ובשיבת ציון (סי' סז הנ"ל) הקשה על הרמ"א שלא פסק כדעת הרשב"א והרא"ש, דלא חיישינן שמא זינתה עם אחרים, וגם כתב דדעת הריטב"א (שהובאה גם בנימוק"י) היא דעת יחיד, וז"ל השיבת ציון: "על כל פנים במיוחדת לו הוי הנימוק"י יחיד בזה, דמהרמב"ם לא נתבאר דעתו אם במיוחדת לו ג"כ חוששין, ויען כי אף באינה מיוחדת לו ג"כ חולקים הרשב"א והרא"ש על הרמב"ם, וגם הרב המגיד בפ"ג מהל' יבום מכריע וכתב היכא דלא דיימא מעלמא בתר ידידיה שדינן ע"ש, א"כ בנדון הזה שהיתה דיימא מיניה ולא מעלמא הוי הולד ממזר ודאי, ולא אמרינן שזינתה גם עם אחרים לשיטת רוב הפוסקים אשר מימיהם אנו שותים. ובשולחן ערוך לא הכריע בזה, ואף שמור"ם בהג"ה בסימן קנ"ו סעיף ט' חושש גם לדעת הנמוק"י יוסף והמרדכי בפרק ב' דמסכת יבמות, והביא דעת הרא"ש בשם יש אומרים דבזונה מיוחדת לו פוטר מהיבום, ודבריו תמוהין דלא חש לדעת הרשב"א והרא"ש והה"מ אשר שלשת הרועים קיימי בשיטה אחת, דלא חיישינן שזינתה עם אחר, וא"כ דעת הנ"י והמרדכי המה מועטים נגד גדולי הפוסקים האלה". ומבואר דס"ל לשיבת ציון דלהלכה אין לחוש שזינתה עם אחרים, כדעת הרשב"א והרא"ש והמגיד.

ועיין בראנ"ח (מים עמוקים ח"ב סי' לו), שנראה מדבריו שהסכים עם המגיד לחלק בדברי הרמב"ם בין חשודה מאחרים, שאינו נאמן, לבין אינה חשודה מאחרים, שבזה לא הצריך הרמב"ם חליצה. גם מהריק"ש בתש' (אהלי יעקב סי' צא) הסכים לדעת המגיד והרא"ש לבאר כן ברמב"ם, דלא לאפושי פלוגתא, דגם הרמב"ם מודה דבלא חשודה מעלמא פטורה מחליצה. גם מדברי הח"מ ד, כה נראה דסובר דאין לחוש

שמה זינתה עם אחרים, כשלא דיימא מעלמא. הח"מ על דברי השו"ע אהע"ז ד,כו: "פנויה שנתעברה וילדה, אם אינה לפנינו לבדקה או שהיא שוטה או אלמת, ואפי' אם אומרת של פלוני הוא ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר, אין זה הולד אלא ספק, אפי' אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה כך זנתה עם אחר", והקשה הח"מ, מדוע לא פסק הרמ"א כדעת הרא"ש הרשב"א והמגיד, שכשאינה חשודה מאחרים לא חיישין שזינתה עם אחרים, וגם את דברי הרמב"ם אפשר לפרש דמיירי שהיא חשודה מאחרים, אבל בלא חשודה מעלמא, הרי זה בנו. עוד הקשה, דהרמ"א עצמו באהע"ז ג,ט הביא להלכה את תש' הרא"ש, דכהן הבא על הפנויה ומודה שהוא בנו, הבן כהן לכל דבר, ולא חיישין שמה הפקירה עצמה לאחרים". ומבואר דעת הח"מ, גם בס"ק כו, דבמודה שנבעלה לו ואינה חשודה מאחרים, הוא בנו לכל דבר. וכן נראה מהיעב"ץ בתש' (שאלת יעב"ץ ח"ב סי' קיב), עיי"ש.

ועיין בתש' שב יעקב (אהע"ז סי' לח), ובתש' חת"ס (חאהע"ז ח"ב סי' עה), הובאו דברים בפת"ש קנו,כב, דמשמע מדבריהם דלכתחילה לחוש שמה זינתה עם אחרים. ובשב יעקב לא התבאר אם היא מיוחדת לו ואם דיימא מעלמא, רק נשאל שילדה ודר עמה ששה שבועות אחרי הנישואין, ולא נזכר שלא הייתה דיימא מעלמא, והשאלה שם היתה לענין דיעבד שכבר נשאת לאחר. אמנם בחת"ס מיירי בלא חשודה מאחרים, אך גם לא מיוחדת לבעול.

עוד יש להביא דעת הנו"ב (תנינא חאהע"ז סי' לג), דלדבריו יש לכאורה להחמיר בנדו"ד. הנו"ב כתב דאם כל דברי הבעל נאמרו כדי שנתיר לו להנשא עם הפנויה המעוברת, אף שנאמן לענין דין מעוברת חבירו שהוא מדרבנן, אינו נאמן לענין חליצה, כיון שהוא נוגע: "וכ"ז בבא על פנויה שאנו דנין לפטור אשתו אחרת שיש לו, או אפילו אשה פנויה זו עצמה שנשאת לו אחר ימי עבור וההנקה, ומה שהוא אומר שהוא ממנו הוא נפקא מינה רק לירושא או לייבום או לכהונה. אבל נידון דידן שרצה לישא אותה בימי עיבורה, ואם לא אמר שבא עליה היינו אוסרין אותה עליו מטעם מעוברת חבירו ואולי עיניו נתן בה ורצה לישא אותה, ועל כרחו צריך לומר שבא עליה חשדינן למשקר כדי שיוכל לישא אותה, ועל גוף הנישואין אנו סומכין עליו ומתירין לישא אותה, היינו מטעם שהוא איסור דרבנן כמ"ש הב"ש בסימן י"ג סק"ו, אבל עכ"פ אם לא היה אומר שבא עליה לא היה רשאי לישא אותה, וא"כ הוא נוגע בדבר ולא שייך בזה להאמינו לענין חליצה שהוא איסור תורה, ואין כאן לא מיגו ולא אין אדם חוטא ולא לו, ואסורה בלא חליצה לכל הפוסקים". אמנם נראה דאף לנו"ב אם נשאה בזמן עיבור והנקה והחזיק את הילד כבנו לכל דבר במשך זמן, רחוק לחשוש דעביד אינש לאחזוקי בדיבוריה, ויש לילד חזקה מכח מה שהחזיקו, ללא דבורו.

ולענ"ד היה נראה לבאר בדעת הרמב"ם, דכל דבריו הינם באופן שהודה על עובר שהוא ממנו, ומת עוד לפני שהחזיקו כבנו, אבל אם הודה על עובר שהוא בנו, ואחרי שנולד החזיקו כבנו לכל דבר, שהשתתף בברית ונהג בו כבן וכו', הרי זו חזקה שהוא בנו לפטור אשת המת מחליצה, דז"ל הרמב"ם: "מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה, ואמר זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו, אף על פי שהוא בנו לענין ירושה, הרי זה ספק לענין יבום, כשם שזינת עמו כך זינת עם אחר. ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה, אלא לעולם ספק הוא ולהחמיר דנין בו וחולצת ולא מתיבמת". הנה הרמב"ם מדבר שהודה שהעובר ממנו, דהיינו שהודה על עובר ולא נולד עדיין, דכל ההודאה היתה ונשארה על עובר, ומת המודה עוד בטרם נולד העובר, ולכן גם המשיך הרמב"ם; "ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה". ואף שבפשטות הכוונה לחזקה של רוב בעילות אחר הבעל, י"ל דכוונת הרמב"ם דמת המודה בעוד לא נולד העובר, ואין לו חזקה, שלא החזיקו כבנו. אבל אם נולד הילד והחזיקו האב כבנו, יש לו חזקה מכח מה שהאב מחזיקו כבנו, וסוקלין על החזקות בבנה כרוך אחריה, כדאיתא בקדושין פ"א; דאמר רבה בר רב הונא, איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית, נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה. א"ר שמעון בן פזי אמר רבי יהושע בן לוי משום בר קפרא, מעשה באשה שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה והגדילתו ובא עליה, והביאום לבית דין וסקלום, לא מפני שבנה ודאי אלא מפני שכרוך אחריה. ולפ"ז גם כל היכא שהחזיק העובר לאחר שנולד כבנו וכבנדו"ד, גם הרמב"ם יודה שאשתו פטורה מחליצה, כיון שהחזיק הבן כבנו, ורק בהודה על עובר, ומת האב בטרם נולד העובר ולא הספיק להחזיקו כבנו, ס"ל לרמב"ם להחמיר להצריכה חליצה. ועיין באבני נזר (חאהע"ז סי' ע אות יג) שכתב לישב הסתירה ברמב"ם בין הל' תרומות להל' יבום (מה שהקשה המגיד). וכתב לישב, שאם אומר זה בני, נאמן עליו והרי הוא בנו. משא"כ בהל' יבום לא אומר שהוא בנו אלא מודה שבא עליה, דהלש' של הרמב"ם שאומר זה העובר ממני, והיינו שבא עליה, ולכן לא מתיר אשתו מחליצה, דחיישינן שמא זינתה עם אחרים, וז"ל האבני נזר:

"ולפענ"ד נראה, דהנה התורה הימניה לאב באומר בנו הוא, אבל אם אינו אומר בנו הוא רק שבא עליה, ומזה אינו מבורר עדיין שבנו הוא, דאפשר כשם שזנתה עם זה כך זנתה עם אחר, ואף שמדין תורה לא חיישינן לזה, זה דין תורה, אבל האב אינו אומר בנו ואצלו הדבר מסופק, ושוב אינו נאמן כלל שבא עליה, וע"כ בתש' הרא"ש שהביא הטור בהלכות יבום, ושם המעשה שהאב אמר שהוא בנו, בזה נאמן האב, ואף שאי אפשר לידע רק מחמת שידוע לו שבא עליה, מה בכך הלא גם מדין תורה לא חיישינן שזנתה עם אחר, נמצא

שהשערת האב שבנו הוא השערה אמיתית ושפיר הוי עדות האב שבנו הוא עדות מעליא, אבל אם אינו אומר בנו רק שבא עליה, על אמירת בא עליה לא האמינתו תורה.

ומזה יש לומר, דאם האב החזיק את בנו לאחר שנולד, או אחר שנולד אמר זה בני, יהיה נאמן. ובכל מקרה אם החזיקו לאחר שנולד כבנו לכל דבר, הוי חזקה. ורק באומר שבא עליה אינו נאמן. ולשיטת האבני נזר י"ל, שאם אומר על עובר זה בני, לכאורה גם יהיה נאמן (עיין להלן בדין יכיר בעובר).

אמנם מצאתי לנצי"ב במשיב דבר (ח"ד סי' יד) שכתב לבאר, דאה"נ אחר שהוחזק כבנו, היה צריך לפטור גם מחליצה, אלא שלא מחזיקים אותו כבנו, כיון שהעולם סבור שכל המוחזקות כבנו הינה מחמת סברתו שהוא בנו, ולמעשה הוא עצמו מסופק בזה, ולכן אין כאן חזקה שהוא בנו, אף אם החזיקו כבנו, וז"ל: "דבאמת אחר שאמר האב שהוא בנו והתורה האמינתו לענין ירושה ולכל דבר, אמאי אינו פוטר מיבום. הן אמת שאין נאמנות האב מועיל לענין שיחא ממיתין עליו, וכדקיי"ל בקידושין (דף ס"ג) לענין נאמנות האב בבן ובת, מ"מ כל זה עד שלא הוחזק, אבל אחר שהוחזק, מלקין ושורפין על החזקות, וכמש"כ הרמב"ם בה' סנהדרין (טזו), אינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה, אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק כיצד כו'. והכי מבואר מהא דקיי"ל האשה שהוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה, פי', אף על גב דבאומרת שהיא נדה, אף על גב שהתורה האמינתה דכתיב וספרה לה, מ"מ אין בעלה לוקה על דיבורה, אבל בהוחזקה נדה בעלה לוקה עליה, וכמו שביארנו יפה בחיבורי העמק שאלה (סי' צ"ו אות כ"ב) בס"ד. וה"נ אף על גב שאין נאמנות האב מועיל לענין מלקות, מ"מ אחר שהוחזק שהוא בנו ה"ז ממיתין עליו, וא"כ היה לנו לפטור מיבום ג"כ, משו"ה כתב הרמב"ם שאין כאן חזקה, שהכל מסתפקים בדבר, וחושבים שהוא מאמין לה שלא זינתה עם אחר, ומאין הוא יודע בברור". הרי דלא מהני החזקה מה שמחזיקו, כיון שהעולם סבור שמה שהוא מחזיקו כבנו הוא מפני שמאמין לה, ומנין יודע בברור.

ב. יכיר בעובר

והרמב"ם יבום וחליצה ג,א: "האומר זה בני או שאמר יש לי בנים, הרי זה נאמן ופוטר את אשתו מן החליצה ומן היבום". ונאמנות זו הינה מכח מה שבידו לגרשה, כמבואר בגמ' ב"ב קלד, א-ב. דתנן במשנה שם (ב"ב קלד,א): האומר זה בני – נאמן. ובגמ' שם: זה בני נאמן, למאי הלכתא, אמר רב יהודה אמר שמואל, ליורשו ולפטור את אשתו מן היבום. ליורשו - פשיטא, לפטור את אשתו מן היבום אצטריכא ליה. הא נמי תנינא, מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן, יש לי אחים אינו נאמן. התם דלא מוחזק לן באח, הכא אף על גב דמוחזק ליה באח. אמר רב יוסף

אמר רב יהודה אמר שמואל, מפני מה אמרו זה בני נאמן, הואיל ובעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן. א"ר יוסף מריה דאברהם, תלי תניא בדלא תניא, אלא אי אתמר הכי איתמר, א"ר יהודה אמר שמואל, מפני מה אמרו זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה.

והראשונים נחלקו שם אם הנאמנות לירושה הינה רק מכח מיגו או מדין יכיר. רשב"ם שם (קלד,ב ד"ה לירשו) כתב דהנאמנות הינה מכח מיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה, ולכן אינו נאמן על נכסים שיבואו לו לאחר מכן, דמדין יכיר נאמן רק בידוע שהוא בנו, והאב מכירו בככור: "ואף על גב דדרשינן לעיל (קכז,ב) יכיר בצריך היכרא, ואוקמינן דהאב נאמן אפילו לנכסים הבאים לאחר מיכן, אי נמי שנפלו לו כשהוא גוסס, ה"מ גבי חלק בכורה, דידעינן שהוא בנו אך אינו ידוע אם בכור הוא אם לאו, ואתא קרא למימר דכיון דידעינן דבנו הוא, נאמן לומר בכורי הוא, אבל היכא דלא ידעינן אי בנו הוא או לאו, לא מהימנינן ליה אלא לנכסים שיש לו עכשיו, משום דאיכא למימר מגו". וכן היא דעת התוס' שם (ד"ה לירשו). אולם דעת הרא"ש (שם הל' ט) שנאמן אפי' על נכסים שיפלו לו לאחר מכן, וכמו שנאמן על בנו מדין יכיר.

ובאור שמח (יבום ג,א) הקשה, דאם נאמנות לירשו הוא נאמנות מדין יכיר, יהיה נאמן גם לפטור אשתו מיבום וחליצה, והביא שכן הקשה המחנה אפרים, מדוע נאמן על אשתו לפטרה מחליצה כשאומר זה בני, מפני שבידו לגרשה, תיפוק ליה שיהיה נאמן מדין יכיר. ותירץ האור שמח, וז"ל: "אך אתי שפיר בפשיטות, דחזינן דלא האמינה תורה אותו רק באינו חב לאחרים, וכמו דאמרינן בפרק החולץ (יבמות מז,א) נאמן אתה לפסול את בניך ואי אתה נאמן לפסול בני בניך יעו"ש, אם כן אתי שפיר, דכאן הרי חב לאחיו שאוסר את אשתו על אחיו להתיבם, וכן חב לאשתו שאוסרה על היבם, ואף כשהיא מחייבי לאוין ליבם, מכל מקום הוא חב שעושה אותה ערוה על אחיו, וכיון דהוא חב לאחרים, וכמו ביש להבן בנים ואומר שהבן ממזר דאינו נאמן, ולכן אמר שמואל דכיון דבידו לגרשה ובידו לאוסרה על אחיו ולעשותה עליו לאיסור ערוה, תו אינו חב לאחיו במה שאומר זה בני, ונאמן מצד שנאמן מדין תורה שאמרה הבכור בן השנואה יכיר, תו נאמן לגמרי שהוא בנו, ואף לפטור אשתו מן היבום. ולפי זה מוכרח דשמואל פוסק כר' יהודה דנאמן לעשות בנו לממזר ...". מבואר מהאו"ש, דמה שאינו נאמן לומר זה בני לפטור אשתו מחליצה, דלא נתנה לו התורה נאמנות לומר זה בני כשחב לאחרים, ולענין אשתו ואחיו, חב להם שאסורים להתיבם. ועיין עוד ביש"ש יבמות ז,יב.

והנה בהל' יבום ג,ד (הנ"ל) שחייב הרמב"ם אשתו נשואה חליצה מספק, באומר על עובר מפנויה שהוא בנו, אף שלכאורה גם יכול לגרש אשתו הנשואה, וא"כ מדוע לא נאמינו במיגו. וצ"ל דלא שייך להאמינו במיגו כשיש ריעותא שמא התעברה מאחר, דאנו מאמינים לו שהוא חושב שהעובר בנו, רק החשש שלנו הוא לא שמא

הוא משקר, אלא אינו מבין ואינו יודע שיש חשש שמא התעברה מאחר, ולזה לא מהני מיגו. (ואח"כ מצאתי סברא זו באור גדול, לגדול ממינסק, סי' ב ד"ה אמנם העיקר, דלא שייך להאמינו במיגו דבידו לגרשה אלא שאמירת זה בני הוי בבחינת ברי אצלו, ואז נאמן גם לענין יבום. וצ"ל בזנות לא שייכת טענת ברי). וכל זה אם הנאמנות מדין מיגו, אולם מדין יכיר היה צריך להיות נאמן בכל ענין, ורק למש"כ האו"ש דאינו נאמן מפני שחב לאחריני, ולכן מדין יכיר אינו נאמן, ורק הנאמנות מכח מיגו שבידו לגרשה, וכיון שחיישינן שמא התעברה מאחרים, חולצת ולא מתיבמת. ועיין להלן דתלוי במחלוקת האחרונים אם נאמנות יכיר היא גם ביחס לדברים שאינם נוגעים לבן.

ולמש"כ לעיל אפשר לכאורה לישב, דלא נאמן בנדון פנויה שעברה מדין יכיר. לעיל כת' דדין הרמב"ם הוא דוקא בעובר, ומת האב בעוד בנו עובר, וכיון שלא הוחזק על ידו כבנו, אין לו חזקה לפטור אשתו מחליצה. ולפ"ז י"ל, דבעובר לא שייך נאמנות מדין יכיר, דדין זה הוא דוקא בבן שכבר נולד, אבל בעובר אין דין של יכיר לענין ירושה. כך כתב הגרע"א בתש' (קמא סי' קכח), וציין שכן כתב בהגהות על שו"ע חו"מ רעזב, (לא נמצא בדפוסים שלפנינו), וז"ל הגרע"א: "והרב פילא נ"י אמר שעל עובר אינו נאמן בהכרת בכורו, דאין הכרה לעובר. ונזכרתי עי"ז שגם אנכי כתבתי כן. וחפשי ומצאתי כתוב ממני בגליון שו"ע חוה"מ (סי' רע"ז ס"ב) בכור שנולד אחר מיתת אביו, כתבתי בזה"ל; בסוגיא אמרינן דיכיר אמר רחמנא והא ליכא. לפ"ז יש לדון באומר על עובר שהוא בכורו ונולד אח"כ, לא משוינן ליה לבכור, דאינו נאמן על עובר שאינו בכלל יכיר. ויש ראייה לזה מדברי הרא"ש פ"ח דב"ב (סי' כא) במ"ש, ומההיא דפ' בתרא דקדושין וכו', עכ"ל בגליון. הרי שבקצירת אמרים פירשתי כן בכוונת הרא"ש. וא"כ בנ"ד אמירתו אז בעודה מעוברת אינו נאמן". הרא"ש (ב"ב ח, כא, שהביא הגרע"א כראיה לדבריו), מתיחס למשנה קדושין עח, ב: האומר בני זה ממזר, אינו נאמן, ואפילו שניהם מודים על העובר שבמעיה ממזר הוא אינם נאמנים, רבי יהודה אומר נאמנים. ובגמ' שם: רבי יהודה אומר נאמנים, כדתניא יכיר יכירנו לאחרים, מכאן אמר רבי יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור, כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה, וחכמים אומרים אינו נאמן. ומדברי הרא"ש הנ"ל מבואר דדברי רבי יהודה שנאמן, הוא אפי' בלא הכרת בכורה ולא מדין יכיר, מהא דנאמן על העובר, וז"ל הרא"ש: "ומההיא דפרק בתרא דקדושין משמע דאפי' בלא הכרת בכורה קאמר רבי יהודה דנאמן, דתנן האומר זה בני ממזר ואפי' שניהן אומרים על העובר שבמעיה אינן נאמנים, ר' יהודה אומר נאמנים. וגם מלשון ה"ג משמע דר' יהודה אית ליה דבכל ענין מהימן, אלא דלא קי"ל כוותיה אלא על ידי הכרת בכורה". מבואר דבעובר אין דין יכיר, וקיי"ל כרבי יהודה רק בהכרת בכורה ולא בעובר.

גם בחת"ס בתש' (חאהע"ז ח"א סי' עו) כתב להביא ראייה דאין דין יכיר בעובר, מהגמ' ב"ב קמב,ב: בפומבדיתא מתנו הכי, אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא, בכור שנולד לאחר מיתת אביו, אינו נוטל פי שנים, מאי טעמא יכיר אמר רחמנא והא ליתא דיכיר. ומזה למד החת"ס דההכרה שאמר האב קודם שנולד, אינה הכרה, אפילו נולד בחיי האב, דהדבור שאמר עליו בהיותו עובר אינו בתורת יכיר. וכן כתב הנצי"ב בשאלתות, עיין משיב דבר ח"ג סי' ח, דאינו נאמן בתורת יכיר להכיר אלא לאחר לידתו ולא בהיותו עובר, ולמד כן מהפסוקים (דברים כא, טז-יז): לא יוכל לבכר את בן האהובה על פני בן השנואה הבכר. כי את הבכר בן השנואה יכיר, לתת לו פי שנים. דעל פני משמע שהוא בחיי חיותו ולא עובר.

אמנם נראה דדין נאמנות יכיר שאינו בעובר, הוא דוקא לענין נחלה ולא לפוסלו, שהרי האב נאמן לפסול את בנו אף בהיותו עובר, כדאיתא במשנה וגמ' קדושין עח,ב. והרמב"ם בהל' אסור"ב טו,טז, פסק וז"ל: "וכשם שנאמן לומר בני זה בכור, כך נאמן לומר בני זה ממזר או בן גרושה או בן חלוצה, וכן אם היתה אשתו מעוברת, נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהיה ממזר ודאי". הרי שיש לו נאמנות לפסלו, ורק לענין הכרת בכורה הוא דין מיוחד שאינו נאמן אלא בחיי חיותו של הבן ולא בהיותו עובר, אבל לפסול הבן נאמן אף בהיותו עובר. ועיין בנצי"ב (הנ"ל) שדייק כן מדברי רש"י שם על המשנה. דהגירסא במשנה: ואפילו שניהם מודים על העובר שבמעיה ממזר הוא, אינם נאמנים, רבי יהודה אומר נאמנים. הרי רבי יהודה ס"ל דשניהם נאמנים. וגירסת רש"י: רבי יהודה אומר נאמן. דזו נאמנות של האב, ואין צריך לאמירת האם. וכן משמע מדברי הרמב"ם הנ"ל, דהנאמנות הינה שלו לפסול את בנו. הרי דאף בעובר נאמן לפסול את בנו, ורק לענין ירושת בכור ונאמנות מדין יכיר, לא מהני אלא כשהבן כבר נולד ולא בהיותו עובר. וכן נמצא בדברי מהרש"ם בתש' (ח"ד סי' כו): "ובעכצ"ל דס"ל להש"ס דכיון דגם בעודנו עובר נקרא בן, וכמ"ש היש"ש בפ"א דיבמות סי' ו, דהנודר שלא לשתות יין עד שיהיה לו בן, דמשנתעברה אשתו מקרי בן, וכמ"ש ויתרוצצו הבנים בקרבה עיי"ש, א"כ הוי בכלל בנו להיות נאמן עליו במה שנתנה לו תורה נאמנות. ודוקא משום בכורה, דטעמא משום חביבות הבכור, אכתי ליכא חיבוב בשעת עיבור, משא"כ לענין נאמנות". הרי שיש חילוק בנאמנות על עובר בין נאמנות לומר שזה בנו או לפסלו, לבין הכרת בכורה, דאף בעובר דינו כבנו לענין נאמנות לומר עליו שהוא בנו ולפסלו. ולפ"ז יש להבין בדברי הרמב"ם, מדוע לא נאמן לומר על העובר שהוא בנו, כדי לפטור אשתו מיבום וחליצה, כמו שנאמן לפסלו.

ועיין עוד בשב שבעתתא (ו,יא בסופו), שבתחילה רצה לומר שאב אינו נאמן לפסול בנו העובר, אבל הקשה ממשנה מפורשת (קדושין עח,ב הנ"ל), דבדברי ר"י

מבואר דנאמן על בנו אף בהיותו עובר, וז"ל: "ואפשר דאב אינו נאמן אלא לפסול הבנים שבעולם ולומר זה בן גרושה, כדיליף לה מדכתיב יכיר יכירנו לאחרים, ובהכרח ליתיה אלא כשבא לעולם בחיי אביו, וכדאיתא פרק מי שמת (קמב, ב), בכור שנולד לאחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים משום דכתיב יכיר עיי"ש, וה"ה למפסל בניו אפשר דאינו נאמן אלא היכא דנולדו בחיי אביו, וזה שהוחזק ככהן עפ"י עצמו ואח"כ נשא גרושה והוליד בנים לא נפסלו ע"י מאמרו שאמר כהן הוא קודם שנולדו הבנים. אלא דבפ' עשרה יוחסין (עח, ב) תנן בהדיא ר' יהודה אומר נאמן אפילו על עובר שבמעיה, ואף על גב דעובר אינו בתורת הכרה וצ"ע". מבואר דנאמן לפסלו גם בעובר. וצריך לחלק בין הכרת בכור לבין הנאמנות לפסלו.

וי"ל בדעת הרמב"ם, דאין נאמנות האב אלא לענין הנוגע לבן עצמו, אולם כל דבר שאינו נוגע אלא לצד אחר, אין האב נאמן. ודברים אלו מצאנו בשב שמתנתא (ב, כ) בבאור דעת הרמב"ם (הל' יבום ג, ד הנ"ל), שנאמן לענין ירושה, ואף שאמירתו סומכת על מה שהיא אומרת, אבל אינו נאמן לאחרים, ובכלל זה אשתו, לפטרה מחליצה. דדעת הרמב"ם, דכל שמאמין לאחר וסומך דעתו עליו, הרי זה כיודע והודה מעצמו ושויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, אף שהוא עצמו אינו יודע, דכשסומך דעתו בדברי אחר, הרי זה כהודה מעצמו, וכן הדין לענין יכיר:

"ומשום הכי לענין ירושה כיון דסומך על דבריה שהוא מיניה הוי ליה יכיר, דאב נאמן לומר זה בני בתורת יכיר הן לירושה והן לפוסלו, אבל לחליצה דאינו ענין הנוגע לגוף הבן [אינו בתורת יכיר], ואומר יש לי בנים דנאמן (ב"ב קלד, ב) אינו אלא משום מגו דבידו לגרשה, כדאיתא פרק יש נוחלין, אבל אינו בתורת יכיר, כיון דאינו נוגע לבנו אלא לאשה אם זקוקה לחליצה או לא, והיכא דהוא עצמו אינו יודע, דלא שייך ביה תורת מיגו, דאע"ג דקושטא קאמר שמאמין לדבריה, כיון דאין זה בתורת יכיר אם כן נאמנות שנותן לאחר לאו כלום הוא, אבל לירושה כל שסומך דעתו הוי ליה תורת יכיר דנאמן, וכמו שכתב הבית שמואל לענין לפוסלו לחלל. והרא"ש לטעמיה דסבירא ליה דאב אינו נאמן בתורת יכיר לומר זה בני בכורי אלא היכא דמוחזק בבנו לומר שהוא בכור, אבל אם אינו מוחזק בבנו אינו נאמן לומר שהוא בנו בתורת יכיר אלא בתורת מגו דאי בעי יהיב ליה כל נכסיו, וכן הוא דעת התוספות והרשב"ם, הובא אצלינו בספר קצה"ח סי' רע"ז סק"א עיי"ש, וכיון דהוי ליה ספק שמא זינתה עם אחרים, אם כן תו ליתא בתורת יכיר, ומשום מגו נמי ליכא כיון דהוא עצמו אינו יודע וכמו שכתבתי, ומשום הכי קשיא ליה להרא"ש מאי שנא ליורשו או לחליצה. והרמב"ם דסבירא ליה דאפילו אינו מוחזק בבנו נאמן בתורת יכיר לומר שהוא בנו, וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' רע"ז

ע"ש, משום הכי לירושה הוי בנו כיון שהוא סומך דעתו עליו ומאמין לדבריו, ולדידיה דומה לאמת דמיניה הוא הוי ליה תורת יכיר, אבל לייבום כיון דאינו נוגע לבנו, לית ביה תורת יכיר, ומשום מגו דבידו לגרשה ליכא כיון שהוא עצמו אינו יודע."

מבואר מהש"ש, דלשיטת התוס' והרא"ש לא מהני מה שסומך על אחרים גם לענין יכיר, ולכן גם לענין ירושה לא מהני מה שאומר זה בני כשסומך על דבריה. אבל שיטת הרמב"ם שנאמן מדין יכיר גם כשסומך על דבריה, מדוע לא נאמן לענין חליצה. ועל זה יישב, דכיון שדבריו נוגעים לאחרים ולא לבנו, אינו נאמן כלל, דמה שנתנה לו התורה נאמנות הוא רק לענין בנו ולא לאחרים. וכן כתב הגרש"ש (שערי יושר ויג) דפלגינן נאמנות, דכיון שמה שאומר זה בני נוגע לשני דינים, לירושה ולהיות האם אינה זקוקה לחליצה, דמה שהאם תהיה זקוקה לחליצה אינו גורם כל דין על הבן, ומה שהבן ירש את אביו, אינו יוצר דינים על האם, ולכן פלגינן נאמנות: "וכן צריך לומר לשיטת הרמב"ם, הובא בחו"מ סימן רע"ז סעיף י"ב, דגם היכא דלא הוחזק לבנו נאמן לומר זה בני ובכורי הוא לענין ירושה, עיין שם. ולפטור את אמו מחליצה אינו נאמן רק משום מיגו דבידו לגרשה, כמש"כ בב"ב דף ק"ל, וכתב בספר שב שמעתא ש"ב פרק כ שהטעם בזה, דכיון דענין זה של חליצה אינו ענין הנוגע לגוף הבן אלא להאשה, אם זקוקה ליבום או לחליצה לא מהני אמירתו בזה ... הרי מבואר דלענין יכיר מתחלקת הנאמנות אם רק הדינים נפרדים הם כמו ענין זה של יבום, דמה שהאם נזקקת לחליצה אינו גורם שום דין על בן זה, רק המעשה בכללה מקפת שני הדינים". ועיין עוד בחדושי הגרש"ש (כתובות סי' מד ד"ה ואם נימא), מש"כ בזה.

ודברים אלה מפורשים ביש"ש (יבמות י, כז), שהתורה האמינה להוראת האב שהוא בנו לענין ממונו, ואגב זה האמינה לו התורה שיוכל לפסול את בנו ולומר שהוא בן גרושה או חלוצה, משא"כ לענין שיהיה נוגע לאחרים, לא האמינתו התורה שיאמר זה בני, בפרט שיתכן וזינתה עם אחר. ועיי"ש ביש"ש שדחה את החשש שמא זינתה עם אחר, מיבמות ק, ב; אמר שמואל, י' כהנים, ופירש אחד מהם ובעל פנויה, הולד שתוקי, והיינו שמשחקין אותו מדין כהונה, שפסול לעבודה ואינו אוכל בתרומה מדרבנן, ואסמכוה אקרא, דכתיב (במדבר כה, יג); והיתה לו ולזרעו אחריו, מי שזרעו מיוחס אחריו כו'. ומה צריך לשתקו מדין כהונה מטעם דהיתה לו וכו', שישתקו מחשש שמא זינתה עם אחר.

והגרא"י (קובץ שעורים ב"ב תנו) כתב לישב מדוע לא נאמן לפטרה מחליצה מיכיר באומר זה בני, דנאמנות מדין יכיר שייכת רק כשאומר זה בני, אבל אם אומר יש לי בנים, אינו נאמן מדין יכיר, שהרי לא הכיר לשום אדם. ולפ"ז כאשר אומר זה בני, לענין לפטרה מחליצה, אין נפק"מ במה שאומר זה בני אלא בזה שאומר

שיש לו בן, דפטור חליצה הוא מחמת שיש לו בן ולא מפני שפלוגי הוא בנו. ולכן לענין חליצה אין כאן הכרה גם אם אומר זה בני, כיון שלענין חליצה האומר זה בני הוא כאומר יש לי בן, וזה אינו בכלל יכיר. וכן הוא בקובץ הערות (מא,ד): "דאפילו נאמר דאיכא נאמנות דיכיר לומר זה בני, אבל באומר סתם יש לי בנים ודאי לא שייך יכיר, דלא הכיר לשום אדם, והא דפטורה מחליצה באומר זה בני, אינו מפני שזהו בנו, אלא מפני שיש לו בן, אלא דכשאומר זה בני, ממילא אומר שיש לו בן, וכיון דאין לו נאמנות לומר סתם יש לי בן, ממילא אינו נאמן לפטורה מחליצה באמירתו זה בני, דהא פטור חליצה אינו דוקא מפני שזה בנו, אלא מפני שיש לו בן סתם". (ועיין במש"כ הגר"ש טנא, ברכת שלמה חאה"ע"ז סי' ט, יא-יב).

ג. הקושיא מהרמב"ם הל' תרומות

לעיל הובא מה שהקשה המגיד על הרמב"ם בהל' יבום (ג,ד), מהרמב"ם הל' תרומות (ח,יד), דכהן שאנס או פיתה אשה וילדה, אוכלת בשביל בנה, ואף שהיה הדבר בלא קדושין ויש חשש שמא מאחר נתעברה, הולד בחזקת זה שבא עליה, כשלא יצא עליה קול עם אחר, והכל מרננין אחריה בזה הכהן. ומזה הוכיח המגיד דאף לרמב"ם כשאינה חשודה מעלמא, האומר זה בני פטורה מחליצה. והתבאר לעיל שכן היא דעת הרדב"ז (ח"ג סי' תקכו): "ונ"ל שהרב ז"ל לא איירי הכא בהלכות יבום אלא באשה דדימא מעלמא כנדרן דידן, ודקדקתי כן מלשונו ז"ל שכתב מי שזינה עם אשה, ולא כתב מי שבא על אשה, משמע דבאשה זונה איירי". והרמב"ם שכתב דבריו בחשודה מעלמא, בא לחדש שלענין ירושה נאמן אף בחשודה מעלמא. ולכן גם אינו נאמן לפטור אשתו בגט, דכיון שחשודה מעלמא חזקה שמאחרים, ומיגו נגד חזקה לא אמרינן.

והב"ח קנו,טז כתב לחלק בין תרומה ליבום. דהרמב"ם ס"ל דתרומה בזה"ז דרבנן, ולכן לענין תרומה כתב להקל דכשלא דיימא מעלמא אוכלת בתרומה, ולענין יבום וחליצה שהוא איסור תורה, פסק להחמיר שצריכה חליצה. אך הקשה מדברי הרמב"ם (איסור"ב טו,יח), וז"ל הרמב"ם: "היו העם מרננים אחריה והיא ארוסה עם ארוסה ועם אנשים אחרים, אע"פ שבא עליה ארוסה בבית חמיו, הרי זה ספק ממזר, כשם שהפקירה עצמה לארוסה הפקירה לאחרים. ואם נבדקה ואמרה עובר זה מארוסי הרי זה כשר כמו שביארנו". ומה מועילה בדיקתה, הרי לענין איסור דאורייתא יש לילך לחומרא. וע"ז תירץ הב"ח, דכיון שלענין הארוס הוי היתרא ולאחרים הוי איסורא, יש להקל אם אינה חשודה מעלמא אף לענין איסור תורה. משא"כ למי שזינה עם הפנויה, שהבועל הוא במעמד שוה לאיסור עם אחרים, ובודאי עם אשת איש שלגביו הוי איסור כמו לאחרים ולבעל היתר. ועיין בב"ש ד,מ שהביא מהרי"ו הסובר דלרמב"ם

אף באיסור דרבנן חיישינן שמא זינתה עם אחר (ועיין בתש' חת"ס חאהע"ז ח"ב סי' קעה שהקשה על הב"ש בהבנת דברי מהרי"ו), ונראה שם שהב"ש הסכים לב"ח. וע"ע בב"ש קנו"ט. והגרע"א בתש' (קמא סי' פה) כתב, דאף אם לא נאמר כהב"ח, ונאמר שלהרמב"ם אפילו בעיקר איסור דרבנן חוששים שמא זינתה עם אחרים, מ"מ יש להקל בחשש חללות כשהחשש הוא מדרבנן, אף שעיקר האיסור מהתורה (כשאין תרי רובי להיתרא), כיון ששיטת הרא"ש והרשב"א שלא לחשוש כלל שהפקירה עצמה; "ובפרט בלא דיימא, דנראה דהרמב"ם יחידאה בזה, וכל הפוסקים ס"ל כפשטא סוגיא דיבמות דאפילו לל"ק עכ"פ רבא ס"ל דלא חיישינן בלא דיימא, א"כ בדרבנן אף בשורש איסור דאורייתא, מ"מ כיון דמדאורייתא מותרת, ולגבי דרבנן למה לא נסמוך על רובא דרבוותא להקל". ועיין עוד בתש' הגרע"א (תנינא סי' נד).

ובתש' חת"ס (חאהע"ז ח"ב סי' קעה) כתב לחלוק על סברת הב"ח, דודאי גם המגיד ידע חילוק זה, ובכל זאת סבר דהרמב"ם בכל ענין התיר כשאינה חשודה מעלמא, ופשוט למגיד שאף בתרומה דאורייתא פסק הרמב"ם שהוא בנו באינה חשודה מעלמא. ולכן כתב דהרמב"ם החמיר בחליצה, מפני שאפשר בחליצה; "דס"ל לרמב"ם שאני ייבום כיון דאפשר בחליצה, תחלוץ ומה בכך. ואי משום שתפסלה לכהונה ע"ז, ולא ישפוך אדם מי בורו ואחרים צריכים לו, הכא אין לחוש אם תפסול לכהונה ע"י חליצה, וטעמא אפשר לומר משום חומרת עריות החמיר טפי, כמו שמצינו שחשו חז"ל למיעוט נפלים והצריכו חליצה". ועיין עוד בבית יצחק (חאהע"ז ח"א סי' נד) שהקשה על הב"ח, שהרי לשיטת הרמב"ם כל ספק איסור דאורייתא הוי מדרבנן, ולמה לא הקל בחליצה. וכתב הבי"צ לישב, דביבום איתחזק איסורא, ומחזקים מאיסור לאיסור, וכמו שאסורה קודם באיסור אשת איש, כך כעת מעמידים אותה בחזקת איסור שהיא זקוקה ליבום. ובאבנ"ז (חאהע"ז ע, יג-יד) כתב לחלוק על הב"ח, דאם הסוגיא ביבמות סט ס"ל לאביי ורבא דתרומה בזה"ז דאורייתא, מהיכי תיתי יפסוק הרמב"ם דתרומה בזה"ז דרבנן (ועיין לעיל סוף אות א).

ועיין עוד לנתיבות (קהלות יעקב ד, כו) שכתב לישב, דלענין תרומה מהני מה שהאם אומר שהוא מהארוס, משא"כ לענין יבום, עיי"ש. והחכם צבי (סי' מד) כתב לישב, דלענין תרומה מהני חזקת כשרות של הולד לאמו, דעובר ירך אמו, אבל לענין יבום לא מהני חזקת הולד להתיר אשה אחרת, ואף אם אח"כ תנשא לאותו אחד, לא מהני חזקת הולד, כיון שבשעה שבא עליה לא היה נפק"מ לאשה זו, וגם מחמת שכשבא עליה היתה פנויה, הרי היא כשתי נשים, ולא מהני לה חזקת הולד, וז"ל: "ונהנראה לי בטעם הרמב"ם ז"ל, דבתרומה דחזקת הולד הוא לצורך לאמו, כיון דעובר ירך אמו הוא, אף שאינו מאכיל עד שילוד, מהני לה חזקת הולד שבמעיה, דמוקמינן ליה בחזקת זה שבא עליה להאכילה בתרומה לכשילוד. אבל ביבום שבא לפטור אשתו

הנשואה מכח ולד זה שנולד מן הזונה, לא מהני חזקת ולד לפטור אשה אחרת, כעין אותה שא"ר אשי בהמדיר (עו,א), רישא מנה לאבא בידך וסיפא מנה לי בידך. ואף שלפעמים הזונה עצמה אפשר שתינשא לו, ואפ"ה חולצת כשימות, ובן אחר אין לו, לא פלוג רבנן. ועוד, דכיון שבשעה שנתעברה בזנות לא הוי לה נפקותא לענין פיטור היבום, אף שאח"כ נישאת לו, כשתי נשים דמיא". ולדבריו הסכים הדברי חיים מצאנז (ח"א חאהע"ז סי' צו). ועיי"ש שכתב דאין להקל אלא במיוחדת לו.

ובתש' כנסת יחזקאל (סי' נו) כתב לישב בדרך אחרת, דכל ענין דיימא מעלמא או לא, עד כמה מה שמודה שהוא בנו הוא ברי אצלו שהוא בנו. ולכן דוקא בארוס וארוסתו שאומר שהוא בנו, הוי ודאי כשאינה חשודה מאחרים, דבזה אומרים אנו שודאי אצלו שהוא בנו, שאל"כ ארוסתו אסורה עליו, ולא היה מכניס עצמו לבית הספק. אבל בבא על הפנויה ואומר זה העובר ממני, לא מכניס עצמו לבית הספק, ולכן גם אם אינה חשודה מאחרים, אין אנו יודעים שאמירתו זה בני הוא בתורת ודאי אצלו, דכיון שלא מכניס עצמו באמירתו לספק איסור, יכול לומר זה בני גם אינו אין זה מוחלט אצלו. ועיין עוד לחוות יאיר בתש' חוט השני (סי' יח), דביש עדים שבא עליה ודיימא מעלמא, יש לפסוק כדעת הרמב"ם וסייעתו שרק הרשב"א חלק עליו, ואף הרא"ש שחלק בתש', בפסקיו לא ס"ל כן. אולם כל זה באינה רגילה אצלו, אבל ברגילה אצלו אמרינן רוב בעילות ממנו, אפי' אם טען שזינתה גם עם אחרים, עיי"ש. ועיין עוד בתש' כתב סופר (חיו"ד סי' קמה).

ובנו"ב (תנינא חאהע"ז סי' כז) כתב לחלק בין תרומה ליבום, דבתרומה כל ההיתר הוא לאשה עצמה, ולענין עצמה נאמנת שלא נבעלה אלא לכהן, משא"כ להתירה לזר בלא חליצה, בזה אינו נוגע רק לעצמה, ולכן אינה נאמנת. ומצאתי אח"כ סברא זו גם לגר"ח שליט"א בדרך אמונה (תרומות ח,יד): "והנה מקור דברי רבנו בהל' יבום לא ידענו, אך מסתמא היה לו מקור לזה. ולפ"ז אפשר לחלק בין תרומה ליבום, דבתרומה כיון שאינו נוגע אלא לה, והיא יודעת בעצמה האמת אם הולד ממנו או לא, אי אפשר לאוסרה בתרומה, דכיון שאוכלת הו"ל כאומרת ברי לי שהוא ממנו וכנ"ל. [ובשוטה אולי באמת אסור ואולי מותר מטעם קטן אוכל נבלות]. ואף על גב דבדיימא מיניה ומעלמא לא האמיניה, הכא דלא דיימא מעלמא נאמנת, אבל גבי יבום שנוגע לאשה אחרת [שהרי היא פנויה], אינה נאמנת בתורת ודאי".

וראיתי בחת"ס (גיטין סד,א) שכתב דאם בא על הפנויה ואח"כ נשא אותה, כשם שנאמנת לגבי עצמה, כך נאמנת גם ביחס לזר: "אבל פשוט דודאי אם בא על פנויה ונתעברה ממנו ואח"כ נשא אותה בהיתר ומת ואין לו בן ממנה אלא זה, הרי זו פטורה מיבום וחליצה, כשם שנאמנת על עצמה להנשא לשוק, כך נאמנת על

הנושא אותה. והכי נמי לענין תרומה, היא ועבדיה ובניה אוכלים, כיון שגם היא עבדית איסורא. אבל רמב"ם מיירי שבא על פנויה או אשת איש ואח"כ נשא אשה אחרת, דהרי בבא על אשת איש ע"כ אשה אחרת נסיב, דהרי אשת איש אסורה לבועל, וע"כ נשא אחרת". ומבואר דכל שנשא את אם הילד אחר שבא עליה בהיותה פנויה, אינה צריכה חליצה, וכמו שנאמנת לענין תרומה לכל דאתי מחמתה. וחזרו דבריו בחידושו לכתובות (יג,א), ובתש' חת"ס (חאהע"ז ח"ב סי' קד, וסי' קכא, וסי' קכג).

ובמרחשת (ח"ב סי' כא) כתב בישוב דברי הרמב"ם, דלענין החשש שמא הולד מאחר, לענין תרומה עדיין יש ספק שמא האחר הוא גם כהן ואוכלת בשבילו, משא"כ לענין יבום, אם הולד מאחר, חייבת בחליצה, עיי"ש בראיות לדינא שהביא לחילוקו. עוד הביא ראיה ממה שאמר יוסף ליעקב אבינו (בראשית מח,ט): ויאמר יוסף אל אביו, בני הם אשר נתן לי אלהים בזה. ופרש"י שם, שהראה לו שטר ארוסין ושטר כתובה. ולמה היה צריך להראות לו שטר ארוסין וכתובה, הרי נאמן לומר בני הם. אלא שאם ללא ארוסין וכתובה, יש לחוש שהם מאחר. ודחה המרחשת די"ל, דיוסף קודם מתן תורה לא היתה לו נאמנות של יכיר, שהיא מהפרשה דלא יוכל לבכר, וממה שיעקב העביר הבכורה מראובן ליוסף, מוכח שלא היה דין יכיר קודם מתן תורה.

והנה לענין הלכה, ראיתי לגר"ע יוסף זצ"ל (יביע אומר ח"ז חאהע"ז סי' כד) שכתב להקל בנידון ידידה (בנדון ידידה היבם נתן כתף סוררת, והאשה ישיבה בלא חופו"ק עם אחר ואף הרתה לו). ולאחר שהביא דברי הראשונים והמגיד, הסוברים שלא הצריך הרמב"ם חליצה אלא בחשודה מאחרים, כתב וז"ל "נמצא שרבו האחרונים שסוברים לחלק בזה בין היכא דדימא מעלמא ללא דיימא מעלמא, ושכן דעת הרמב"ם. ולפי זה אף שמרן השלחן ערוך (סימן קנו סעיף ט) פסק כדברי הרמב"ם, יש לומר שאף לדעת מרן אין להחמיר להצריכה חליצה אלא היכא דדימא מעלמא, אבל לא דיימא מעלמא מותרת לעלמא. ואף על פי שהמהר"י עייאש בשו"ת בית יהודה (חלק אבן העזר סימן לא) כתב, שממה שסתם מרן דבריו, ולא חילק בזה, משמע שאף בלא דיימא מעלמא צריכה חליצה. עיי"ש. אבל אין דבריו מוכרחים, שמאחר שרבו האחרונים שפירשו בדעת הרמב"ם לחלק בזה, (אף על פי שסתם דבריו ולא פירש הדבר להדיא), גם בכוונת מרן יש לומר כן, שהם הם דברי הרמב"ם. וכן ראיתי בשו"ת נדיב לב (חלק אבן העזר סימן ג') הנ"ל, שהשיג על דברי הבית יהודה בזה, וכנ"ל. ע"ש. וכן כתב בשו"ת תעלומות לב חלק א' (חלק אבן העזר סימן ה') בתשובת המפ"ה ז"ל. עיי"ש". ולאחר שהביא דעת החולקים וסוברים שהרמב"ם אסר בכל ענין אף באינה חשודה מאחרים, הוסיף שזו חומרא בעלמא, דעיקר החשש שמא זינתה עם אחר כשאינה חשודה מאחרים אינו אלא מדרבנן ואינו ספק גמור, עיי"ש. ועיין בפד"ר

(כרך ט, עמ' 307 ולהלן, ובעמ' 323, ביה"ד הרבני ברחובות, מהגר"ע בצרי שליט"א, מובא גם בשו"ת שערי עזרא ח"א סי' צז), שפסקו להחמיר אפי' בלא דיימא מעלמא, ואפי' במיוחדת לו, עיי"ש.

ועמיתי הגר"מ בצרי שליט"א, הביא את הדברים קמיה אביו, הגר"ע בצרי שליט"א, שדעתו להחמיר, שאף ביביע אומר לא הקל אלא במקום שקשה לעשות חליצה, אולם כשאין קושי לעשות חליצה, מדוע נסמוך להתיר בלא חליצה. עוד הקשה, מדוע תקנו זקני הדיינים לכתוב בפסק דין של הכרת אבהות, שהרי הוא כבנו לכל דבר וענין חוץ מיבום וחליצה. והשבתי לו, דמדוע נחמיר להצריך חליצה בחינם, כאשר דין הרמב"ם הוא חומרה שחלקו עליו חלק מהראשונים, במקום שנראה שאף הרמב"ם מודה, וכמש"כ המגיד באינה חשודה מעלמא. גם השבתי, דבזמן הזה כמעט כל מקרים של הכרת אבהות היא מיוחדת לו, ובכמעט כל המקרים גם גרים ביחד, שלא כבזמנים עברו, ולדאבוננו הדבר נפרץ שחיים בלא חופו"ק, ויש קשרים גם שבועות וחדשים ושנים, ואינו דומה לדור קודם שהתביישו לחיות בבית אחד בלא חופו"ק. ולכן כמעט כל מקרים של הכרת אבהות מיירי במיוחדות לו, ובכל אופן אם גרים יחד הרי זה בבחינת מיוחדת לו. אמנם אם יש ספק אם היתה מיוחדת לו ואם דיימא מעלמא, ודאי שאין להקל בלא חליצה, אם אפשר לחלוץ בלא קושי, ובאם לא הכירו כבנו.

עוד הביא עמיתי סברא להקל, ממה ששמע מאחד מהדיינים, דיש לחלק בין נדון הרמב"ם לנדון דידן. בנדון הרמב"ם היה הבעל/ האב נשוי לאשה אחרת ולא היו לו ילדים, ובא ואמר יש לי בן מחוץ לנישואין, והרי אשתו בחזקת זקוקה ליבום, לכן לא מהני אמירתו כדי להוציאה מחזקתה. משא"כ כשהנדון הוא על אם הבן שעליו עשו הכרת אבהות, לאם לא היתה חזקת זקוקה ליבום. דכאשר הנידון על אשה אחרת הנשואה לו, באופן שדיבר הרמב"ם, הרי שאשתו הנשואה לא יכולה לומר טענת ברי שהוא ממנו, ולא מהני לה ברי של בעלה ואם הבן, וממילא היא בחזקתה. משא"כ בנדון הכרת אבהות, טוענת ברי שהוא ממנו ואיני זקוקה ליבום וחליצה, אינה בחזקת זקוקה ליבום.. והעלה סברא דמה שכותבים שהוא בנו לכל דבר חוץ מיבום וחליצה, הוא באופן שאם יתגרש אח"כ מאם הבן וישא אחרת ולא יהיו לו ילדים, שאשתו השניה זקוקה לחליצה לשיטת הרמב"ם, כיון שאין לה טענת ברי.

לאור האמור לעיל נראה להקל ולא להצריך חליצה באחד מאלו האופנים: אם דרו ביחד, יש לראותה כמיוחדת לו. וכן אם אינה חשודה מאחרים. וכן אם לאחר הלידה החזיקו כבנו. בכל אחד מאלו האופנים אין להצריכה חליצה.