

משפטיך ליעקב

פסקים ותשובות

בדיני ממונות שבין אדם לחבירו ובין איש לאשתו
ובדיני אישות

חלק ששי

מאת

צבי יהודה בן-יעקב

דיין בבית הדין הרבני האזורי

תל-אביב

ישראל, התשע"א

ניתן להשיג תקליטור של חמשת החלקים הקודמים

בכתובת דוא"ל הר"מ

nativ@013.net.il

©

כל הזכויות שמורות

כתובת המחבר דוא"ל:

benyaakov1@neto.bezeqint.net

נדפס בישראל, תשע"א

תוכן הענינים

ז	הקדמה	
יט	סימן א קדושין בטבעת, כשקיימת אפשרות להחזירה למוכר	א. זכות חזרה ולא הגבלה בבעלות. ב. מוכר שדהו ע"מ שאם יהיה למוכר מעות שיחזיר לו
לה	סימן ב נשאה אזרחית ויש לה ילד מאחר, אם צריכה גט מראשון	א. מחלוקת הגאונים והרמב"ם בפניו הבא על הפנויה. ב. חזקה זו באשה האסורה לו. ג. הדעות להלכה בקשר אזרחי ובאינם שומרים תו"מ. ד. אם לחוש ללעז ולסדר גט בקשר אזרחי. ה. אם לסדר גט מראשון כשהשני כהן
נג	סימן ג זוג הנמצא בהליך גרושין, לענין פירות נכסי מלוג	א. תקנת פירות משום ריוח ביתא. ב. איני נפדית ואיני נותנת פירות. ג. נתן עיניו לגרשה. ד. נכסים שאינם ידועים. ה. ספק בפירות נכסי מלוג
עא	סימן ד התכתבות באינטרנט וכו' כעילה לגרושין	א. מחלוקת הראשונים אם בכיעור נאסרת על הבעל. ב. כיעור בהתכתבות. ג. חשש שמא במקרה הכיעור או בפעם אחרת. ד. תנאים בכיעור. ה. לגרשה בעל כרחה. ו. עוברת על דת. ז. אסור עצמי או חשש שמא תזנה. ח. כשהבעל עצמו עובר על דת. ט. מעשה חד פעמי. י. עוברת על דת צריכה התראה. יא. לגרש בעל כרחה ללא התראה. יב. כשאין עדים שעברה על דת. יג. בעל שמתכתב בדברים לא צנועים באינטרנט
קיב	סימן ה חיוב האב בהוצאות הבר מצוה לבנו	א. חיוב האב לקנות לבנו תפילין. ב. חיוב האב בשכר לימוד הטעמים. ג. אולם לסעודת בר מצוה
קכא	סימן ו דו"ד בין בני זוג לאחר הגרושין	א. גרושת כהן או גם בגרושת ישראל. ב. האם בכל גוונא אסורים לתבוע בלי שליח
קכו	סימן ז בענין יבום בזה"ז	א. יבום ללא עדים. ב. דעת האחרונים להלכה שצריך עדים. ג. דעות האחרונים שאין צריך עדים
לז	סימן ח שמיעת חו"ד מומחה שלא בפני בעלי הדין	א. אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד - דאורייתא או דרבנן. ב. הטעם שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד. ג. בדיעבד כשקבלו עדים שלא בפני בע"ד. ד. ענינים בהם מקבלים עדים שלא בפני בע"ד. ה. עדות בכתב

ד	משפטיך	תוכן הענינים	ליעקב
סימן ט	חתימה על הסכם בפני קונסול	קנז	א. קיום שטרות בפני בי"ד ובפני יחיד מומחה. ב. חתימת יד המתחייב, האם צריכה קיום מדאורייתא. ג. קיום ע"י ערכאות
סימן י	קדימויות בפרעון חובות	קסט	א. קדימת אביו בהשבת אבידה ובפרעון חוב. ב. טוען שיש לו עוד בע"ח. ג. עיקול אינו תפיסה. ד. סידור לבע"ח בדירה בה הוא גר. ה. תוכניות חסכון שע"ש ילדיו
סימן יא	שיק של צד ג שהוחזר לנותן לאחר זמן רב	קפו	א. חיוב ראובן וחיוב שמעון בגרמא. ב. אסור להזיק בגרמא. ג. חיוב שומר בשטרות. ד. אם שומר י"ל הרי שלך לפניך
סימן יב	פרע חוב לא ברור של חבירו	רח	א. פורע חובו של חבירו כשיש בידו. ב. בחוב לא ברור. ג. חיוב הנפרע להחזיר לפורע
סימן יג	הרחקת נזיקין בנזקי גוף	ריח	א. מי צריך להרחיק עצמו, המזיק או הנזק. ב. השוני מכל המזיקים המחויבים בשמירה. ג. תשמיש המזיק קבוע, וכשתשמיש הנזק קבוע. ד. כשאין הנזק יכול להרחיק עצמו. ה. גירי דיליה. ו. גרמא דגיריה. ז. ספק אם צריך להרחיק. ח. נזקי גוף. ט. ההנהגה למעשה. י. חיוב תשלומים על החלפת הגג
סימן יד	שימוש במבנה של דייר עליון	רנו	א. מחלוקת ראשונים אם צריך לבנות בקרקע של שניהם. ב. מבריה ארי, נהנה ומשתרשי. ג. כוונה להשביח לחברו במוציא הוצאות וביורד. ד. נהנה מממון חבירו כשאינו חסר. ה. מי הבעלים על החלק החיצוני, בקיר וברצפה. ו. אופנים שונים בחיוב ופטור תחתון. ז. הסכמת העליון מדין דור בחצרי
סימן טו	קנין בהליכה	רצג	א. חזקה ללא שטר. ב. קנין בהליכה. ג. הוראת בעלות והוראת עבדות. ד. קנין חזקה באכילת פירות. ה. תנאי שתועיל ההליכה כקנין
סימן טז	בדין חצר משתמרת וקנין ד אמות	שיג	א. חפץ משתמר בחצר. ב. משתמרת בעצם. ג. בשדה גדולה, כשהשדה אינה משתמרת, והחפץ משתמר. ד. ד אמות - תקנת חכמים או קנין חצר
סימן יז	קנה לולב מקטן שהוא ספק נכרי	שבז	א. שעור קטן ופעוטות בנכרי. ב. ביותר מכדי חייו. ג. שליח ופועל בנכרי לאמירת לך משוך וקני
סימן יח	חזרה מקנית דירה	שלד	א. אונאה במידה, משקל ומנין. ב. יכל להבחין לאלתר. ג. כתבו בחוזה שהקונה בדק ואין לו טענות על המוכר. ד. מחילה בטעות. ה. הקנס בגין ביטול החוזה

משפטיך תוכן הענינים ליעקב ה

סימן יט	דו"ד בין יורשים על חלוקת בית/ מגרש	שמז
א. לשון "תגור פה". ב. אם לנתבע יש חזקה. ג. חזרת בכור מהסתלקותו מחלק בכורה. ד. גוד או אגוד. ה. חיוב הנתבע בשכר דירה		
סימן כ	תוקף חתימה על הסכם	שסט
א. גדר סיטומתא. ב. דברים שנחלקו אם מהני סיטומתא. ג. כשהחתימה תקפה גם ע"פ החוק		
סימן כא	חיובים מותנים בחוזים (2)	שעז
א. אסמכתא - דאורייתא או דרבנן. ב. אסמכתא במתחייב בתמורה. ג. התחייבות בדרך קנס		
סימן כב	הצגת מחיר על טובין והמחיר המחייב	שפו
א. אומר למכור במחיר נמוך. ב. גילה הקונה לאחר הקניה ששילם יותר מהנקוב		
סימן כג	ביטול עיסקת חליפין	שצא
א. שיטות הראשונים בדין אונאה ומום בחליפין. ב. תשלום דמי השימוש באופנוע. ג. חליפין שוה בשוה. ד. ההשקעה שהשקיע בתיקון הרכב		
סימן כד	בדין העברת נחלה	תח
א. בטעם הדין. ב. בנותן מתנת בריא או משייר מקצת לבניו. ג. בן חכם ובן שאינו נוהג כשורה		
סימן כה	בדין מתנה מוסתרת	תכד
א. בטעם מתנתא טמירתא. ב. הנפק"מ מב' הטעמים. ג. כשיש סיבה להסתיר		
סימן כו	משכורת של בת הסמוכה על שולחן אביה	תלא
א. מעשי ידי קטן או גדול הסמוך על שולחן אביו. ב. זכות ממון או זכות תביעה. ג. אומדנא במתנה ובהתחייבות		
סימן כז	מציאה שספק אם התיאשו הבעלים	תנ
א. במוצא קודם יאוש, ובספק. ב. שם דמיהם ומניהם		
סימן כח	מציאה שנאבדה מבית המוצא	תנט
א. הודיע לבעלים - באבידה ובפקדון. ב. דבר שהבעלים לא יכולים לשמור. ג. שומר אבידה שמסר לשומר		
סימן כט	ספרים שהושארו בישיבה	תע
א. עשה שלא כהוגן. ב. אם צריך להודיעו. ג. מודעה על לוח המודעות		
סימן ל	שכירת עובד מחברה מתחרה	תעט
א. עני המהפך בחררה - זכות ממונית או מוסרית. ב. לשכור שכיר השכור לאחר. ג. שיטת ר"ת שמוציאים מהלוקח מהמהפך		

סימן לא תפיסה של דמי שכירות תפו

א. עבד איניש דינא לנפשיה - כח בית דין או רשות שנתנה התורה. ב. קים לי שיכול לעשות דין לעצמו. ג. תפיסה ומתדיין אח"כ. ד. המשך תנאי החוזה הקודם, כשהמשיכו ללא חידוש החוזה. ה. שוכר בית ויצא תוך הזמן מהבית. ו. שוכר בית ומת. ז. מי נחשב לנתבע

סימן לב נזקי שבת במכונות/ מטלטלין של חבירו תקכו

א. שבת בבמה. ב. לא החזיר לבעלים

סימן לג שוכר דירה בדמי מפתח שהשכיר לאחר תקלז

א. שינה מתנאי השכירות, אין מבטל השכירות. ב. תשלום שכירות משמעון לראובן

סימן לד בענין אסור הלנת שכר תקמד

א. האיסור, המצוה והטעם. ב. איסור בל תשהה ומצות פריעת בע"ח. ג. דוקא בתובע השכיר לבעה"ב. ד. סיים מלאכתו ביום שישי לפני כניסת השבת. ה. אשה השוכרת עוזרת. ו. פועל לשיפוץ הבית, לענין בל תלין

סימן לה תשובות קצרות בעניני הלנת שכר תקעב

א.א. האם בשכיר קטן יש איסור של לא תלין. א.ב. שכר בלילה, למשך מספר שעות בלילה, האם עובר בסוף הלילה או בסוף היום שלאחריו. א.ג. כשלא תובעו. ב.א. מתקין מזגנים דינו כקבלן, האם גם בו נאמר איסור בל תלין. ב.ב. האם פרעון בשיק נחשב כפרעון לענין איסור בל תלין. ב.ג. בשיק דחוי. ב.ד. בכרטיס אשראי. ב.ה. ואם מתקין המזגנים נשלח ע"י החברה המוכרת. ג.א. תשלום מראש. ג.ב. שכירות קרקע אם עובר בבל תלין. ג.ג. כאשר הכסף מופקד בתוכנית חסכון. ד.א. עני קודם לעשיר וגם קודם לאביון. ד.ב. שעבודא דרבי נתן בשכר שכיר

סימן לו תשובות קצרות בעניני שיקים תקפב

א. שיק ללא תאריך, שניכר שהוא מלפני זמן רב. ב. טענת פרעתי בשיק ישן. ג. שיק פתוח. ד. שטר שנפגם, ובדין שיק. ה. דין שבועה בזה"ז בשטר פגום

סימן לז שטר פרוזבול תקפז

תוכן מפתח הענינים תקצא

מפתחות הענינים לששת החלקים תקצב

הקדמה

טוב להודות לה', ולזמר לשמו עליון, על כל החסדים שעשה ועושה הי"ת עימנו, עד הנה עזרונו רחמיו ולא עזבונו, ומידו המלאה, הפתוחה, והרחבה, לחייבים טובות גומל במתנות חנם, ושם חלקי מטועמי צוף תורתו הקדושה, מצור דבש השביעני, וממעין הנובע השקני. וזיכני לעסוק בדיני ממונות, שאין לך מקצוע בתורה יותר מהם, פלגי מי החכמה, ואף בהלכות אבן העזר, כי הלבישני בגדי שש, להביא על שולחן מלכים את החלק השישי, אקדמה פניו בתודה. שש אנכי על אמרתך, כמוצא שלל רב.

ענינו של הספר בתשובות לשאלות שנשאלתי ע"י רבנים, מורי הוראה ודיינים, וכדרכה של תורה, התשובה היתה קצרה לאין שעור ממה שמופיע עלי ספר. ומקום וזמן הניחו לי מן השמים, לשוב לברר וללבן, להרחיב ולהעמיק מאשר חנני יתברך. ולאחר הרחבת התשובה, היא נבחנה במבחנת השעור, הדק היטב מפני שהקול יפה, בכולל "כתר שם טוב" קרית ביאליק, שבנשיאות המרא דאתרא הגאון רבי עמינדב קריספין שליט"א, יאריך ה' ימיו ושנותיו בטוב ובנעימים, מתוך שמחה ונחת של תורה, לראות ברכה והצלחה בפרי עמלו. וכל אשר כתבתי, אף שנכתב לשואלים דבר ה' זו הלכה, זאת למודעה שאין בהם כדי לקבוע הלכה למעשה אלא לברר וללבן את הנושאים, ומראה מקום אני להם.

וזה מקום איתי להביא את דבריו המאירים של בעל ההפלאה, בפירושו על התורה "פנים יפות" (שמות כא,א), שענין המשפטים שצוה הבורא ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, הוא הבנת הדברים בטעמים, ויהיו המשפטים עריבים ומוטעמים במתיקות טעמי התורה (ואפשר שזהו הפשט - כשולחן ערוך);

"ומה שהזהירו בזה במצות הדינים יותר משאר מצות, מפני שאחז"ל בגמרא ב"ב (קעה,ב); אמר רבי ישמעאל הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות, שאין לך מקצוע בתורה יותר מהן והם כמעין הנובע, ענינו שכולם הם בדרך החכמה והשכל ונלמדים בדמיונם זה מזה, מה שאינו בשאר המצות, כמו שאחז"ל (חולין מח,ב) אין מדמין בטריפות. ואמרו עוד (מו"ק יב,א) הלכות מועד שהן עקורות, וזהו שאמר דוד המלך ע"ה (תהלים יט,י) משפטי ה' אמת צדקו יחדיו, שנלמדים זה מזה ומצדיקים זה את זה. וזהו לשון מקצוע מחוברים יחדיו כענין הזויות המחבר יחד שתי הצלעות, ואמר והם כמעין הנובע, כי בידיעת שרשי הטעמים הוא ממקור החכמה הנובע כמעין המתגבר."

וכל העוסק בתורת המשפט, רואה עד כמה שהיא מקצוע, איך כלליה ופרטיה, טעמיה ונימוקיה, דקדוקיה והלכותיה, משולבות הן זו בזו, והיו לאחת בידיך, צדקו

יחדיו, שהרי תשובה בדיני ממונות מורכבת מחלקים רבים, הנאספים לבאר אחת, ואינה דומה האחת לרעותה.

"כי [כל] מה שירבה תלמודו במשפטי התורה, יותר יתרבה חשקו וחמדו להם להגדיל ולהאדיר כמעין הנובע" (פנים יפות שם). אין לך מקצוע בתורה יותר מהם. יותר הם מאלפי זהב וכסף, שזהב וכסף "אין תכלית", ורק מתרבה תאוותו בעוסקו באסיפת הממון. אוהב כסף, לא ישבע כסף. ואילו הדבש, אף שימצא בהם טעם מתיקות, כשישבע, אין לו יותר תאוה אליהם. לא כך הם המים החיים ממעין הנובע, מעין הישועה, שככל שלומד ומתעמק וטועם את מתיקות התורה, את טעמו של עץ הדעת שבתוך הגן, כך נמשכת תאוותו ללימודה.

הגאון הרב יחזקאל אברמסקי זצ"ל, בהקדמתו לסדר נזיקין על התוספתא, מבאר את דברי המשנה בסוף ב"ב, הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות וכו'. היחודיות שבדיני ממונות:

"חיי האדם גם הם מעין מהפכה תמיד מבלי הפוגות, מעשים שונים והמצאות חדשות. וכל התגלות שלא היתה עוד לעולמים בעולם המעשה, דורשת גלוי חדש בתורתנו הקדושה, לדלות ממעמקיה את הוראת הדרך אשר ילכו בה בני אדם, בכל מעשה אשר יעשו תחת השמש בכל דור ודור. יען וביען שהלכות התורה והליכות העולם מתאימות הנה. אלו ואלו הן רצונה של החכמה העליונה, וכולן מרועה אחד נתנו. הרבה הרבה נשתנה ישובו של עולם, ממעמד הר סיני עד היום. ההמצאות החדשות שהמציאו בני האדם בשני יובלות האחרונים, מן הכוחות הטמירים באוצר המוכן, אשר הכין הקב"ה בעולמו בגנוי הטבע ... בדיני ממונות של תורת ישראל, שניתנה מפי קורא הדורות מראש, יש פתרונים על כל השאלות העולות על הפרק מדי דור בדור ומדי תקופה בתקופה ... ואם יש מי שאומר שאין באסיפת הדינים שבשור"ע כי לכלכל את סדר ומשטר חיינו על יסוד המשפט העברי לבד, אינו אלא מפני שעסקו בדיני ממונות היה בדרך השוואה, בהשוותו כל חזון בתורת ישראל לאותם החזיונות הקרובים לו בספרי החוקים של הרומאים וכיוצא בהם, ולא שנה את פרקו בתורת ישראל בחקירה ובהבנה מן היסוד ... סדר נזיקין נחקר ונדרש בכל מקום, בכל עת ובכל שעה ... ואחרי כל זה, אם יאמר לך אדם מה יתן לנו ומה יוסיף לנו ספר חדש במילי דנזיקין, כבר נשמעו דבריו בין החיים, וכבר שקלי וטרי בכל אלה קדמאי. אל תשמע לאומר לים התלמוד עד כאן תבוא, ואל תאמין למי ששם מעין נובע, למעין שפסקו מימיו ונסתם ונחתם ... כל מי שליבו חש, עינו פקוחה ואזנו קשובה, תגיע מנבכייהן לאזניו המיית מים חיים מפכים."

קטנתי מכל החסדים ומכל האמת, הנני העני ממעש, דלותי בבואי לדלות ולהשקות מנבכי המעין, מנביעתם, מים חיים מפכים של נחל נובע מקור חכמה. כי מה הוא המעין? אין הוא אוצר של מים אגורים. אלה מים המתחדשים. שואב ושואב, ואין מימיו כלים, ואף לקצה קצהו של מקור נביעתו לא הגעת. אמרתי אחכמה, והיא רחוקה ממני. מים זכים וצלולים, הממלאים את כל חדרי הלב והמח. מעינות תהום רבה. ובחרדת הקודש, ללמוד באתי, לשמור, לעשות ולקיים, את אותן המציאויות המתחדשות בעולם, ולתת עליהן את הדעת, לשנות פרקינן בחקירה ובהבנה מן היסוד, ולא לומר לים התלמוד, עד כאן תבוא. ותפילתי לבורא עולם, נותן התורה; היה נא מצליח דרכי אשר אנכי הולך ועומד, האר עינינו בתורתך, דבק ליבנו במצוותיך, ויהי נא דגלנו עליך אהבה, ואל יבוא שום מכשול ותקלה על ידי.

◇ ◇ ◇

איתא בגמ' ב"מ ל"ב: אשר יעשון, זו לפנים משורת הדין. דאמר רבי יוחנן, לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה. ושאלה הגמ', אלא דיני דמגזינתא לדיינו. ותירצה, אלא אימא שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפנים משורת הדין. ומדברי מהרש"א בחדושי אגדות שם נראה שהחיוב לעשות לפנים משורת הדין הוא על בעלי הדין ולא על הדיין, ומזה שבעלי הדין לא הסכימו לנהוג לפנים משורת הדין, והעמידו דיניהם על הדין, לכן חרבה ירושלים, וז"ל מהרש"א: "הוא ענין נוסף נאמר לב' בעלי דינין, שכ"א מהם יתרצה בו לפנים משורת הדין, שהדבר תלוי בהם, דהדיין לא יעשה לפנים משורת הדין בעל כרחם". וכן מבואר בב"ח בתחילת שו"ע חו"מ, וכן כתב בתורת חיים (ב"מ ל"ב), וז"ל:

"אלא אימא שהעמידו דיניהם על דין תורה, לאו אדיינין קאי, דאין כח ביד הדיינין לכוף לבעל דין לפשר עצמו וליכנס לפנים משורת הדין, אלא אבעלי דינין קאי שהיו נושאים ומקפידים זה על זה ולא רצו שום אחד לוותר על חבירו לפנים משורת הדין. והשתא ניחא הא דקאמר אלא אימא על שהעמידו דיניהם וכו' ולא קאמר דהכי קאמר על שדנו בה דין תורה ולא עבדו לפנים משורת הדין, משום דעל שדנו בה דין תורה הוה משמע דאדיינין קאי. וכן משמע ממה שכתב בשו"ע טור חו"מ ס' יב שאין בית דין יכולין לכוף ליכנס לפנים משורת הדין, אף על פי שנראה להם שהוא מן הראוי, אלמא דהא דקאמר הכא שהעמידו דיניהם על דין תורה כו' אבעלי דינין קאי ולא אדיינין. ולפי זה אפשר לומר דהא דאמר ביומא דלא חרבה אלא מפני שנאת חנם, חד מילתא הוא, דמחמת שנאה העמידו דבריהם על דין תורה דוקא ולא רצו לוותר כלום."

ולולי דברי האחרונים הנ"ל חשבתי לבאר בפשטות, שאין הדברים אמורים ביחס לבעלי דין שבאו לדין תורה, דבזה לא היתה חרבה ירושלים כשדיינים פוסקים ע"פ

דין תורה, שהרי זו לכאורה חובתם. והטענה היתה על עצם העמדת מעשיהם של בני אדם מלכתחילה על הדין, בלא שנהגו מעצמם לפנים משורת הדין. כדוגמת מוצא מציאה שאבדה לבעליה במקום דשכיחי רוב נכרים, שמעיקר הדין האבדה שייכת למוצא, אך לפנים משורת הדין יש להחזירה לבעלים, וכדאיתא בב"מ כד,ב, שיש לנהוג לפנים משורת הדין ולהחזיר האבדה לבעליה, כפי שעשה אבוב דשמואל (שם בגמ'). לא היתה כאן שאלה לפני מורה הוראה או דיון בפני הדיינים. הטענה היא כלפי מי שמצא אבדה. מדוע מלכתחילה לא נהגת לפנים משורת הדין ולא החזרת את האבדה, הגם שע"פ דין זכית בה.

ודברי רבי יוחנן בב"מ ל,ב, הובאו בהקשר לרבי ישמעאל ב"ר יוסי, שהיה זקן, ואינו לפי כבודו לפרוק ולטעון, שפטרנו התורה מפריקה, טעינה והחזרת אבדה, "והתעלמת", פעמים שאתה מתעלם. אך רבי ישמעאל ב"ר יוסי נהג לפנים משורת הדין בדיני פריקה וטעינה. והטענה כנגד אלה שאינה לפי כבודם, אף שהתורה פטרה אותם, מדוע לא הכנסתם עצמכם לתוך הכלל, לפני ולפנים, לפנים משורת הדין, ובראותכם חמור רובץ תחת משאו, היה עליכם להטעין או לשלם לבעל החמור דמי סחורתו (תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש, עיין רמב"ם גזילה ואבדה יא,יז, וברא"ש ב"מ ב,בא).

וכן בכתובות צו,א: ההוא גברא דזבין ארעא לרב פפא דאצטריכו ליה זוזי למיזבן תורי, לסוף לא איצטרכו ליה, ואהדריה ניהליה רב פפא לארעיה. רב פפא לפנים משורת הדין הוא דעבד. הגמרא איבעיא במי שמכר מפני שהיה זקוק לכסף, ולבסוף לא נזקק למזומנים, אם המכר חוזר. והביאה הגמרא ראייה מרב פפא שקנה קרקע ממי שהיה זקוק לכסף לקנות שוורים ולבסוף לא נצרך לזה, שהחזיר לו רב פפא את הקרקע. ודחתה הגמרא דרב פפא עשה כן לפנים משורת הדין. והטענה על הדור שקודם החורבן, מדוע לא נהגו כן כפי שנהג רב פפא, אלא העמידו מעשיהם על הדין, ולא החזירו הקרקע למוכר, כשארע והמוכר שמכר מחמת היותו צריך לכסף מזומן, לא נזקק לבסוף לדמי המכירה, ואילו היה יודע שכך יארע, ודאי לא היה מוכר מלכתחילה.

וכן בב"ק צט,ב - ק,א: ההיא איתתא דחזיה דינרא לרבי חייא. אמר לה מעליא הוא. למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה, אחזיתיה, ואמרו לי בישא הוא, ולא קא נפיק לי. אמר ליה לרב זיל חלפיה ניהלה וכתוב אפנקסי דין עסק ביש (סחורה רעה היא שעל עסקי חנם אני מפסיד, שלא היה לי לראותה - רש"י). ומאי שנא דנכו ואיסור דפטירי, משום דלא צריכי למיגמר, רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי. רבי חייא לפנים משורת הדין הוא דעבד. ואלה אנשי דור החורבן, כיון שהיו פטורים מכח היותם אומנים מומחים, לא היו משלמים כשגרמו נזק, ולא נהגו בזה כפי שנהג רבי חייא שלא רצה לסמוך על מה שנפטר בדין אומן מומחה שטעה.

וע"כ י"ל שלא באו עדיין לדין תורה, אלא מלכתחילה נהגו האמוראים עם הזולת לפנים משורת הדין, וויתרו ממונם, מפני שזה "המעשה אשר יעשון". ואנשי ירושלים קודם החורבן, לא היו נוהגים כן אלא הולכים כל דבר ודבר ע"פ דין תורה ולא מוותרים מממונם לזולת. וכשבאו להתדיין בדין תורה, פסיקת הדיונים היתה ע"פ דין. אולם לא פסיקת הדיונים גרמה לחורבן, אלא עצם ההליכה לדין תורה. עצם השאלה – מטריפה. חוסר הרגישות. העדר מידת הוותרנות. לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה. גייסו את דין התורה לטובתם. לצרכיהם האישיים. פתאם, כשזה נח, יש דין תורה. זה מתאים לרצונותי.

אמנם מדברי האחרונים שתלו את הדבר בכח הכפיה של הדיין, ומשמעות דברי האחרונים הנ"ל שאם לדיין יש כח כפיה לדון לפנים משורת הדין, חלה עליו החובה לכוף בפסקו את הצדדים לנהוג לפנים משורת הדין, ואם יש לו כח זה ולא היה נוהג כן, הוא היה הגורם לחורבן, משמע שהטענה היתה לא על ההנהגה שקודם הדין אלא הנהגת בעלי הדין בזמן הדין.

ולכאורה דברי הב"ח, מהרש"א ותורת חיים, מתלא תלי במחלוקת הראשונים, אם בית דין יכול לכוף בעלי דין לעשות לפנים משורת הדין. דהנה הרא"ש בב"מ ב,ז הביא את דרשת רב יוסף והוסיף: "ולאו דכייפינן ליה, דאין כופין לעשות לפנים משורת הדין". וכן נראה מדברי הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה יא,ז: "הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין, מחזיר האבידה לישראל כשיתן את סימניה". והיינו דתלוי ברצונו. ודברי הרא"ש הובאו ברבינו ירוחם במישרים (א,ד), עיין בב"י חו"מ סי' יב וברמ"א יב,ב. והחידוש בדברי הרא"ש, דאף שדרשת רב יוסף בא ללמד על החיוב לעשות צדקה וחסד ולהכליל עצמו בכלל הדין, ואף דקיי"ל דכופין על מצות צדקה (עיין ב"ב ח,ב ובתוס' ד"ה אכפיה, ושו"ע יור"ד רמח"א), מ"מ אין העשייה לפנים משורת הדין בכלל גברי 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". ועיין בקצוה"ח רנט,ג דלא כפינן לעשות לפנים משורת הדין, אא"כ היה מנהג או תקנה.

והמרדכי שם (ב"מ סי' רנז) הביא לעשות לפנים משורת הדין, מהגמ' ב"ק קיח,א האומר לחבירו מנה לי בדרך 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. ושתי דעות אלו נשנו ברמ"א חו"מ יב,ב, עיי"ש.

לפ"ז לדעת המרדכי הטענה היתה כלפי הדיינים, מדוע הדיינים העמידו דיניהם על הדין, והיה להם לעשות לפנים משורת הדין, ולפי שיטת המרדכי ודעימיה, להסבר מהרש"א, הדיינים הם שגרמו לחורבן ירושלים, שלא דנו לפנים משורת הדין. ולכאורה מה עוון היה בדיינים, הרי בדין תורה דנו, ומדוע היה עליהם לעשות לפנים משורת הדין.

וסברתי לישיב ע"פ מש"כ התומים יב,ד. התומים למד מהגמ' כתובות מט,ב בהא דרבי אילעא, הכותב נכסיו לבניו, הוא ואשתו ניזונים מהם: ת"ש דרבי חנינא ור' יונתן הו' קיימי, אתא ההוא גברא גחין ונשקיה לר' יונתן אכרעיה. א"ל רבי חנינא, מאי האי, א"ל, כותב נכסיו לבניו הוא ועשיתנהו לזניה. והיינו שכפאם ר' יונתן לבנים לזון את אביהם מנכסים שכתב להם. ועיי"ש ברש"י (ד"ה ועשיתנהו) שכפה אותם לפנים משורת הדין. וכתבו התוס' שם (נא ד"ה עשיתנהו) דכפאם בדברים, דכיון דאינו מדינא, ע"כ כפאם בדברים. ומינה יליף בתומים (יב,ד) דאף הכפיה לעשות לפנים משורת הדין היא רק בדברים.

לפ"ז י"ל דהטענה היתה על הדיינים מדוע לא כפו בדברים, היינו לשכנע ולהשפיע על בעלי הדין, שאין לעמוד על דקדוק הדין, ויש להבין גם את רעהו את אחיו, ולנהוג עימו בדרך טובים ובארחות צדיקים. וכיון שהדיינים לא השפיעו על בעלי הדין לעשות כן, היו גם הדיינים שדנו בדין תורה, חלק בלתי נפרד מהגורמים לחורבנה של ירושלים. למדים אנו עכ"פ שזה חלק מתפקידו וחובתו של הדיין, להפעיל השפעתו בדברים לנהוג לפנים משורת הדין. ויתכן דבחורבן ירושלים הטענה היתה על הדיינים שלא כפו בדברים, או שהדיינים ניסו, אך המידות של המתדיינים היו כה רעות, עד שדבר זה לא צלח.

ואף שירושלים חרבה בעוונותיהם, מ"מ אם היו בעלי הדין נוהגים לפנים משורת הדין, או שהדיינים היו משכנעים אותם לנהוג לפנים משורת הדין, הקב"ה היה נוהג עם עמו ג"כ לפנים משורת הדין במידת חסד ורחמים, וכמש"כ בעל ההפלאה בפנים יפות (דברים ו,יח):

"אף שהתחייבו גלות בעוונותיהם, אם היו מתנהגים לפנים משורת הדין, לא היה הקב"ה מדקדק עליהם במדת הדין, והיה מסלק מלפניו כל המסטינים והמקטרגים עליהם, והיה עושה עמהם במדת החסד לפנים משורת הדין, וכן אמר דוד המלך ע"ה [תהלים פה,יב] אמת מארץ תצמח וצדק משמים נשקף, דהיינו כשהי"ת רואה שישראל מתנהגים במדת חסד של אמת, אז גם ה' יתן

הטוב וארצנו תתן יבולה, והיינו דכתיב וירשת את הארץ להדוף את כל אויביך מפניך."

עוד י"ל בבאור דברי הגמ' שלא חרבה ירושלים וכו'. דלא מיירי בדוקא על דיני ממונות אלא על כל הלכה ודין, כאשר בא לפניך אדם לשאול שאלה, בין בהלכות שבת, בין באיסור והיתר, או גם בדיני ממונות, ואתה רואה איזה צד היתר ע"פ דין, בשו"ע ובספרי הפוסקים נמצא ההיתר המיוחל. השואל יכול לקחת את הממון לעצמו. זו אינה דרכה של תורה. הדיין, הרב, המורה הוראה חייב להתבונן במשקפת לטווח רחוק, במבט מעמיק וחודר, בראיה רחבה, על הפרט ועל הכלל, הציבור והיחיד. להעלות חששות, ואולי רק תהיות, ספקות רחוקים, שמא ושמא ההיתר הזה יגרום ל"פורץ גדר", פירצה בגדר ההלכה, פריצה של חומת המידות שבין אדם לחבירו. פתח כפתחה של מחט, שילך ויתרחב לפתחו של אולם, עד שהפרץ בו ירבה על העומד. עבר הדיין והעמיד דבריו על הדין, עטף עצמו בחומר בידוד, עצם עיניו מראות, השיב מבלי לשקול בפלס המאזניים ומבלי להתבונן לפנים משורת הדין, זה החורבן הדיני. על זה חרבה ירושלים!

שהיה על המורים והמנהיגים לראות את הנולד, לא בזוית צרה ומצומצמת של השאלה הנשאלת. דבר ה' זו ההלכה מקיף את כל תולדותיהן ותולדות תולדותיהן. זו ההלכה. לראות את הלפני ולפנים ממשורת השאלה הנשאלת. את הפרספקטיבה הרחבה. הראיה המערכתית. על זה חרבה ירושלים. מפני שתפקידו של הרב ומורה ההוראה והדיין, לראות למרחוק, לחוש את הסימפטומים של הפסק, את ההשלכות של ההיתר, ומוטלת עליו חובה קדושה לא להעמיד את דבריו על אדני הדין. פסקת את הדין, יתכן וגרמת לחורבן. שהרי מי יודע כמה גרורות נגררו אחרי הפסק. איזה היתרים מופלגים למדו השומעים, ואיך הרחיבו את הפירצה, והחריבו את החומה.

ומעין דברים אלו מצאתי בתש' מנחת יצחק (ח"ג סי' לא) שהביא מספר משכיל אל דל (מהגה"צ מוה"ר הלל ל"ש ז"ל מקאלאמייא, כלל ז פרט א), בדרך זו יישב המנחת יצחק את הסתירה לכאורה בין מאמרי חז"ל בשבת קיט,ב: אמר אביי, לא חרבה ירושלים אלא בשביל שחללו בה את השבת, שנאמר (יחזקאל כב) ומשבתותי העלימו עיניהם ואחל בתוכם. ומאידך - הא דאיתא בב"מ ל"ב, דחרבה ירושלים על שלא נהגו לפנים משורת הדין. והדברים כמין חומר. דמכח הנהגת הדין, עקב פסיקת הדין נטו ללא מחשבה לרחוק, נאמרו כל מיני היתרים ע"פ דין, לעשות דבר פלוני בשבת? בדוחק, בהפסד גדול, בהיתר כזה או אחר. יש להקל, אפשר להקל. ותוצאה של היתרים אלה - באו לידי חלול שבת. על זה חרבה ירושלים.

וסברתי שאף הדברים האחרים שנאמרו שם בגמ' שבת קיט,ב, שלא חרבה ירושלים, שבטלו ק"ש, בטלו תנוקות של בית רבן, ביזו תלמידי חכמים, השוו קטן וגדול, פסקו אנשי אמנה. כל זה בא מחמת ירידת כבוד התורה. דסהדי שקרי, אאוגרייהו זילי.

והציבור מחפשי ההיתרים, בו ומבזה את הרבנים נותני ההיתרים, שעושים צחוק ממש מהתורה רח"ל. כשראו אנשי ירושלים איך שמורי ההוראה והדיינים מוציאים להם כל מיני היתרים, הגם שהיו ע"פ דין, הדבר גרר זלזול בלימוד תורה, בתורה ובנושאי דגלה - התלמידי חכמים, בתפילה, ופועל יוצא, שהורו כבר לעצמם היתרים בכל הענינים, מבלי ששאלו לפוסקי ההלכה.

ומדברים אלו עולה כי הטענה היתה על הנהגת הדיינים, שלא השכילו לדעת ולהבין את השאלה ולראותה נכוחה, לא למדו כראוי את הפסיכולוגיה האנושית, ולא ראו את תוצאות הדין. והם אלה שהביאו את החורבן על ירושלים, וזה פרוש אחר ממש"כ לעיל מהב"ח ומהרש"א ותו"ח.

ומהנ"ל נמצאנו למדים כי ההנהגה של לפנים משורת הדין, שבהעדרה חרבה ירושלים, מחייבת בשלשה דרכים: חובתם של בעלי הדין. חובה על כל אחד ואחד לנהוג בעין טובה ובמידה נכונה, במידות שהתורה נדרשת ודורשת בהם. לא להעמיד זכויותיו על הדין. כמו כן חובה על הדיין לכוף בדברים, לשכנע ולהשפיע ככל יכולתו, לנהוג לפנים משורת הדין ולא שתדוקדק מידת הדין. וחייב לכופם בדברים, ואף בדברי תוכחה. עוד חובתו של הדיין להפעיל את רגש האחריות בבואו להוציא הלכה או דין. האחריות ההלכתית מחייבת לשקול כדבעי כל דין, אם הוא הלכה ומורין, או הלכה ואין מורין.

ובכלל נמצאנו למדים שהנהגה של דיין, מיוחדת היא משאר הנהגות הציבור, וצריכה היא להיות למעלה מן הדין. דבגמ' ב"ב נח,ב מבואר דכל דיין שמוציאים ממנו ממון בדין, לאו דיינא הוא. וכן פירש רש"י על דברי יתרו למשה רבינו ע"ה, שיחפש דיינים שונאי בצע (שמות יח,כא); "ששונאין את ממונם בדין, כההיא דאמרינן כל דיינא דמפקין ממונא מיניה בדינא, לאו דיינא הוא". והיינו שאם אינו משלם אלא לאחר שתובעים אותו ומחייבים אותו, אינו דיין. ההטרה. אי הודאה על האמת. כפיות טובה. הם שורש פורה ראש ולענה. וטעם הנהגה זו למעלה מן הדין, לאו דוקא בדיין, אך בדיין יש לה משמעות שבהעדרה נשמט ממנו כוחו כדיין. וטעמה, כדאיתא בגמ' ב"ב ס,ב; משום דריש לקיש דאמר (צפניה ב) התקושו וקושו, קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים. וכך מבאר המאירי (ב"ב נח,א), וז"ל:

"אף על פי שראוי לכל אדם להזהר שלא לחמוד ממון אחרים ולהרחיק כל סרך עול וכל אבק גזל, מי שנתמנה דיין, מ"מ ראוי לו להזהר מדברים אלו ביותר. גנאי הוא למי שהבריות נזקקות לילך לפניו לדין ושהן בטוחות על ישרו שלא לעות אדם בריבו, שיהא הוא נזקק לדין על ידי תביעת אחרים עליו, כל שכן אם מזיקין אותו בדין עד שיצא מתחייב מתוך הטענות, שזה פגם גדול, אוי לה לאותה בושה אוי לה לאותה כלימה. באמת אמרו כל דיין דמיתקרי לדין ומפקין מיניה ממונא בדינא, לאו דיינא הוא. לא סוף דבר בממון

אחרים, אלא אף ממון עצמו ראוי לו להזהר, שלא יפתהו חשש פסידתו להטות את הדין. הוא שאמרה תורה שונאי בצע, ודרשו בו ששונאין ממון בדין. וחזרו ופירשו בזו שאפילו אמר לו זה לקוץ את כרמו ולשרוף את גדישו אינו מטה את הדין. וזהו שונאים ממוןם."

כל אדם מצווה, אבל על הדיין החיוב הוא ביותר. לנהוג בעניני הממון שלו לפנים משורת הדין, ובודאי שלא להגיע למצב שיחייבו אותו ויצטרך לשלם רק מכח חיוב של פס"ד, אלא מיד עליו לשלם, שאל"כ בכך נפגם יושרו, ואם רואים אותו מתנהג עם ממון המסופק בקטנות מוחין, בטרחנות, בהשתמטות, כל אמן הציבור בדיין ובדין שהוא דן ללא פניות, כאבק פורח, כענן כלה וכרוח נושבת. בידו לקבוע אם במשפט "יעמיד ארץ", או חלילה "יהרסנה". כמו כן מצווה הדיין לשיקול דעת נקי ומנופה כסולת נקיה, ללא פחד וללא מורא, לא להטות מחשבותיו מחשש שמא יגרם לו נזק, ועל זה נאמר; לא תגורו מפני איש, כי המשפט לאלוקים הוא. ובודאי שלא להטות ליבו לטובות הנאה בין של ממון ובין של דברים. והכל בכלל שונאי בצע. (עיין ברמב"ם ספר המצוות, ל"ת רעו, חינוך מצוה טו, וברבינו יונה בשערי תשובה, שער השלישי אות לג).

והפרוש "לא סוף דבר" שהביא המאירי, שאין לו לפחד שמא ישרוף גדישו וכו', כך הם דברי התורת כהנים, הביאם הרמב"ן עה"ת (שמות יח, כא). וכך יש לפרש לכאורה את דברי הרמב"ם בהל' סנהדרין ב,ז:

"שונאי בצע, אף ממון שלהם אינן נבהלין עליו, ולא רודפין לקבץ הממון, שכל מי שהוא נבהל להון, חסר יבואנו".

ובשלמא ברישא של דברי הרמב"ם, יש לפרש כתורת כהנים, שאינו נבהל על ממון, ואפי' מאימים, חשש פסידתו לא יביאו להטיית הדין. אולם המשך דברי הרמב"ם; " ולא רודפין לקבץ הממון, שכל מי שהוא נבהל להון, חסר יבואנו", לכאורה אינם מטים לדרך זו. ונראה דהרמב"ם בא להוסיף פרוש מדיליה על שונאי בצע, דלא רק שאינו נבהל וכנ"ל, אלא שיש לו סימן מובהק נוסף; אינו רודף אחר הממון. אינו מחפש להתעשר. לא רדוף לקבץ עוד ועוד ממון. הכסף אינו מטרה. אינו נבהל להון. הרודפים, המקבצים, הנבהלים, אלה גם אלה, ימצאו עצמם תמיד במצב של חסר, עדיין לא מלאו כיסם בממון. סאתם אינה מלאה, מביאים הם עצמם למציאות של ריקנות, גשמית ורוחנית. איזהו עשיר, השמח בחלקו. והם הרודפים, אין להם שמחה בחלקם. חובת הדיין ל"צדק צדק תרדוף", ורדיפת הממון היא הפך מוחלט לרדיפת הצדק, ואין היא והוא יכולים לדור בכפיפה אחת.

בעת סיום מלאכת כתיבת הספר, נסתלק מעימנו לעולם שכולו טוב, חמי, הר"ר אלעזר לב ז"ל, ביום בו ארעו חמשה דברים, (תענית כו, א-ב) ובהם; ביטול התמיד, והובקעה חומת העיר, צום הרביעי, התשע"א. הדברים הנ"ל כתבתי בסמוך ונראה, בימי בין המצרים, ימי החורבן, והם מתחברים ומחברים ומקשרים בקשר של קיימא ובחוט המשולש, בין ענינו של הספר, עניני דיומא, וחמי ע"ה.

מיוחד היה באהבת התורה ואהבת תלמידי חכמים. התורה היתה משוש חייו, וכל שאיפת לבו, לדרוש ולתור בחכמה. צמא היה לכל טיפת מי מעין, עם שמחה אמיתית בדברי תורה, והתלהבות מיוחדת המתאימה לאלה שיודעים באמת להנות מזיו כבודה ומצוף הדרה. מתיקות מי המעין הנובע, היו מקור חיותו. "שהאדם לא נברא אלא להתענג על ה' ולהנות מזיו שכינתו, שזהו התענוג האמיתי והעידון הגדול מכל העידונים שיכולים להמצא" (תחילת מסילת ישרים לרמח"ל). בעל כשרון מיוחד, חריף ובקי, שכל שנותיו רצף של עליה בהר ה', לקום במקום קדשו. לא היה לו עונג גדול יותר משמיעת שיעור, ועיסוק בדברי תורה. ומאידך – ביטולה הסב לו צער רב. לעולם לא אמר לים התלמוד, עד כאן תבוא.

נקי כפיים ובר לבב. בלט במיוחד במידת ה"לפנים משורת הדין". לא היה לדידו מושג של העמדת דבריו על הדין. כל ההנהגה היתה במידת הוותרנות. מחשבותיו היו בכיוון של הבנה והתחשבות בזולת, לעשות חסד עם השני, להעמיד עצמו במקום חברו. נוהר כמפני שלהבת אש, לגעת בממון שיש בו חשש איסור, מכל סוג שהוא, ומחל משלו לאחרים, ובלבד שלא להעמיד ממונו על הדין. שנאת בצע. דברי התורה על הנהגת הדור שקודם החורבן; " שהיו נושאים ומקפידים זה על זה ולא רצו שום אחד לוותר על חברו לפנים משורת הדין", מידה זו נעקרה ממנו מן השורש, שמה לא היתה בו כלל מעיקרא. זה התיקון לחורבן. הבנין, בנין ירושלים והמקדש.

נקיון הכפיים הוא פועל יוצא של הפשטות והצניעות. לא חי ברמת חיים לפי אפשרויותיו הכלכליות. ובכלל, רמת חיים היתה מושג ברוחניות ולא בגשמיות. מושגים רחוביים של פאר ותענוגות, היו מחוץ לתחום. הרחק כמטחוי קשת. לא ראה בכסף מטרד, ספק אם אמצעי במושגי זמנו. "ולא רודפין לקבץ הממון, שכל מי שהוא נבהל להון, חסר יבואנו". לא היו לו מושגים באסיפת ורדיפה אחר הממון, קל וחומר לא לבהלה להון. רק תורה וחסד רדף כל ימי חייו. ופועל יוצא, שלא הסכים בשום אופן לחפש היתרים ממינים שונים, הגם שהיו מקרים שנתנו לו היתרים, ויכל לגרוף ממון רב בזכות היתרים אלו, לא הסכים בשום אופן להעמיד ממונו על הדין. ציותו המוחלט לדעת רבותיו, ולרוח דבריהם, ללא התחכמות ופלפול, ללמד את הכלל יצאה.

ניצל כל רגע מיותר ללימוד תורה, והיה בבחינת "תמיד", לא לבטל שיעור, לא לבטל זמן של לימוד. גם אחרי יום עבודה קשה ומפרך, לא פינק עצמו במנוחה.

דורש את ה', ומבקש. תמיד של בוקר, ותמיד של בין הערביים. שאף כל העת לצאת בהקדם לגמלאות, להביא לקודש גם תמיד של בוקר, על תמיד של בין הערביים. ובימי מחלתו הביע כמה פעמים את כאבו, שלא זכה לכך כראוי.

ביום בו בטל התמיד, הלך לבית עולמו ובטל מן המצוות. ביום בו הפטרנו "דרשו את ה'", נדרש לישיבה של מעלה. וביום בו הובקעה חומת העיר והחל החורבן, על שהעמידו דבריהם על הדין ולא נהגו לפנים משורת הדין, נלקחה נשמתו לגנוי מרומים. יהי שמו ברוך ומבורך, ויעמוד לגורלו לקץ הימין עם שאר מתי ישראל בב"א.

◇ ◇ ◇

נותן הודאה על העבר, ומבקש ומתפלל על העתיד. והערב נא ה' אלוקינו את דברי תורתך בפינו ובפיות עמך בית ישראל, ונהיה אנחנו וצאצאינו וצאצאי צאצאינו, כולנו יודעי שמך ולומדי תורך לשמה. והנחילנו ה' אלוקינו באהבה וברצון, חננו ועננו, מתוך שמחה אמיתית בלימוד התורה וקיום מצוותיה.

ערש"ק לסדר "ראשי המטות לבני ישראל", שישי בשבת, עשרים יום לחודש תמוז, התשע"א

צבי יהודה בן יעקב

סימן א

קדושין בטבעת, כשקיימת אפשרות להחזירה למוכר

ראשי פרקים

- א. זכות חזרה ולא הגבלה בבעלות
- ב. מוכר שדהו ע"מ שאם יהיה למוכר מעות שיחזיר לו

במי שקדש אשה בטבעת שקנה אך יום לפני החתונה, ונשאלתי בדבר תקפות הקדושין, הואיל וע"פ תקנות הצרכן התשע"א 2010, ע"פ סעי' 22 לתוספת (תקנה 2), תכשיט שהמחיר ששולם בעדו אינו עולה על 3000, חלים עליו סעי' 2 (7) לתקנות, ועל פיהם הוא יכול להחזיר את התכשיט מיום הרכישה ועד תום יומיים שלאחריו שאינם ימי מנוחה (במידה והתכשיט מחירו מעל 3000, לא ניתן להחזירה ע"פ החוק). אמנם שם בסעי' 2 נאמר כי תנאי להחזרת הטובין הוא שלא נעשה שימוש בהם, נראה שקדושין בטבעת הנרכשת, לא תחשב כשימוש לענין חוק זה. וכיון שיכול הבעל שרכש את הטבעת להחזירה למוכר, לכאורה אין הוא הבעלים אלא רק לאחר היומיים הנזכרים, וא"כ הקדושין שנעשו בתוך היומיים הנ"ל, לא היו בטבעת של הבעל. או י"ל שהקונה הוא בעלים גמור על הטבעת, וקדושיו קדושין גם בתוך זמן אפשרות החזרה.

א. זכות חזרה ולא הגבלה בבעלות

ולכאורה נראה דזכות החזרה אינה פוגמת בעצם הבעלות, והקונה הינו הבעלים משעה שעשה קנין כדין, וזכות החזרה היא רק זכות שיש לו כבעלים, וכשיחזיר, תהיה הקניה בטלה למפרע, אבל כשלא מימש את זכותו להחזיר, הרי הוא בעלים גמורים משעת הקנין. דהנה לענין אונאה איתא בב"מ נ,ב: אמר רבא הלכתא פחות משתות נקנה מקח, יותר על שתות, ביטול מקח. שתות קנה ומחזיר אונאה. וברש"י שם דבפחות משתות נקנה מקח לאלתר, וביותר משתות, דהוי בטול מקח ושניהם חוזרים. ובמשנה ב"מ נא,א; מי שהוטל עליו (מי שנתאנה) ידו על העליונה, רצה אומר לו תן לי מעותי או תן לי מה שאניתני. ומשנה זו אינה כרבי נתן, ורבא פסק כרבי נתן שהמקח ביותר משתות בטל. ומבואר בדעת רש"י ששניהם יכולים לחזור בהם. ומעיקרא הו"א דמה שנחלקו הראשונים אם רק מתאנה יכול לחזור בו או שניהם יכולים לחזור בהם, היינו שאם רק מתאנה יכול לחזור בו, הוא מטעם שכל ביטול המקח הוא זכות המתאנה לבטל המקח, אך כל זמן שלא ביטל, המקח קיים. אולם אם שניהם יכולים לחזור בהם, הא דמתאנה יכול לחזור בו, י"ל שאין כאן מקח, דמקח ביותר משתות אינו מקח, ולכן אף מאנה יכול לחזור בו, כך היה מקום לפרש

במחלוקת הראשונים. דדעת רש"י דביותר משתות, שניהם יכולים לחזור בהם. וכן כתב הריטב"א בסוגיא, ודעת הרמב"ם בהל' מכירה יב, ד דרק מתאנה יכול לחזור ולא מאנה, וז"ל:

"היתה ההוניה יתירה על השתות בכל שהוא, כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה, בטל מקח, והמתאנה יכול להחזיר החפץ ולא יקנה כלל, אבל המאנה אותו אינו יכול לחזור אם רצה זה וקבל, ואע"פ שבטל המקח, אין המאנה חייב להחזיר עד שתהיה ההוניה יתר על פרוטה. היתה פרוטה בשוה אינו מחזיר, שאין הוניה לפרוטות."

ועיין ברב המגיד שם, דאף דלא קיי"ל כמשנה נא,א, דקיי"ל כרבא שפסק כרבי נתן, וס"ל לרמב"ם דרק בתובע מתאנה אונאתו, יכול גם מאנה לחזור בו. ועיי"ש בכס"מ. וכדעת הרמב"ם פסק המחבר בשו"ע חו"מ רכז, ד. וברמ"א שם הביא דעת הי"א דאף המאנה יכול לחזור בו, אלא אם כן נתרצה המתאנה פעם אחת. והיא דעת הראשונים החולקים. ובבעל המאור (ב"מ ל, ב בעמוד"ר) הביא בשם יש אומרים שאין שניהם יכולים לחזור בהם, ודחה בעה"מ סברתם וכתב דאם מתאנה תובע אונאתו, יכול גם מאנה לחזור בו; "אבל אם המתאנה אינו תובע כלום, לא דינא ולא דיינא שאין המאנה חוזר בו". והיא דעת הריטב"ם שהביא התוס' ב"ב פד, א ד"ה אי לאו, דאפילו ביתר משתות אין המאנה חוזר בו אלא כשהמתאנה תובע אונאתו, דכיון שתובע יותר משתות דהוי ביטול מקח, הוי מקח טעות ויכול גם המאנה לחזור בו, אבל אם המתאנה אינו תובע אונאתו ורוצה להחזיק המקח כמו שקנה, אין סברא שיוכל המאנה לחזור בו. ועיי"ש ברא"ש ב"ב ה, יד.

ועדיין י"ל דבין אם נאמר ששניהם חוזרים בהם או רק המתאנה יכול לחזור בו, בעינן לחזרה, וכל זמן שלא חזר בו, הוא הבעלים הגמור, ורק יש לו זכות חזרה, ומחלוקת הראשונים הנ"ל, אם גם למאנה יש זכות חזרה. אלא שמדברי הסמ"ע רכז, ח, על דברי הרמ"א שהביא את דעת הריטב"ם והרא"ש שיכול לחזור בו גם מאנה, אא"כ נתרצה מתאנה פעם אחת, מבואר לכאורה שכל זמן שלא נתרצה המתאנה, אין המקח קיים, ורק בריצוי המתאנה פעם אחת, התקיים המקח ואינו יכול לחזור בו, וז"ל:

"דכיון שהנתאנה יכול לחזור, לא נגמר המקח מעולם, משו"ה גם הוא יכול לחזור, אא"כ אם נתרצה הנתאנה פעם אחת, דאז מיד נגמר המקח וגם הוא אינו יכול לחזור בו. ואע"ג דכתב הטור בסוף סימן שלפני זה [ס"ז] ובסימן ק"ץ [סי"א] בהיכא דעייל ונפק אזוי, כיון שנתבטל המוכר לגבי המוכר נתבטל גם גבי לוקח, ואפילו אם נתרצה המוכר יכול הלוקח לחזור בו אלא שידו על התחתונה, שאני התם דמיד שעיייל ונפיק אזוי אזי נגלה שלולי צריך המעות לא היה מוכרו, ונתבטל המקח מיד כשלא נתנו לו, משו"ה אף שנתרצה אח"כ לקיים המקח, כיון שכבר נתבטל יכול הלוקח לחזור בו, אבל הכא דלא גילה המתאנה מתחילה דעתו שרוצה

לחזור בו, משו"ה כשנתרצה אח"כ הו"ל כאילו נתרצה מעיקרא, משו"ה אין המאנה יכול לחזור בו.

דעייל ונפיק אזוזי, זה גילוי דעת שאינו רוצה למכור אלא מפני שצריך למעות, והרי יש כאן גילוי דעת חיובי לבטול מקח, מכח הגילוי דעת מדוע מכר, אבל באונאה כל עוד לא גילה דעתו שרוצה לחזור בו, המקח לא נגמר ולא נתבטל, ובריצוי המתאנה, מתקיים למפרע. חזינן מדברי הסמ"ע, דעד שלא התרצה, המקח לא קיים, ובשעה שהתרצה, המקח חל למפרע. ועיין בנתיבות רכז, א שכתב על דברי הסמ"ע הנ"ל, וז"ל:

"ולפי"ז נראה דאם הלוקח קידש אשה בחפץ זה, דאם הלוקח שהוא המקדש והמאנה רוצה לחזור מהמקח ולבטל הקדושין קודם שנתרצה המוכר, הקדושין בטלין דאין אדם מקדש בדבר שאינו שלו, אבל אחר שכבר נתרצה המוכר, שכתב הסמ"ע דהוי כאילו נתרצה מעיקרא, ממילא שוב אינו יכול לבטל הקדושין."

מדברי הנתיבות למדים דכל זמן שהמתאנה לא נתרצה, יכול המוכר המאנה לחזור בו ולבטל קדושין שנעשו בחפץ הנדון. ורק אם נתרצה המתאנה, חלים הקדושין למפרע. כלומר, שאם מקדש בחפץ שקנה באונאה יותר משתות לרעת הקונה, יש לשניהם זכות חזרה, והמקח תלוי ועומד, אם יחזרו בהם, יתבטל למפרע, ואם יתרצה המתאנה, המקח קיים למפרע. אך בהמשך דבריו כותב הנתיבות לרעת הרמ"א שפסק כריב"ם והרא"ש, שאין הקדושין חלים כלל, דהמקח לא התקיים כל זמן שלא התרצה, דכל זמן שהמתאנה יכול לבטל, לא נגמר המקח עדיין ויכול גם המאנה לבטל, אבל אחר שהמתאנה אינו יכול לבטל, גם הם מודים שאין המאנה יכול לבטל מטעם שלא יהיה חוטא נשכר, וכמש"כ התוס' ב"מ נב, ד"ה ואילו. וא"כ י"ל דאין המקח נגמר עד אחר שנתרצה המתאנה, וממילא אין הקדושין שבנתיים חלין כלל כיון שאין כאן מקח כלל. וע"ז השיב דמ"מ יש לקיים דעת הסמ"ע, שכל זמן שלא גילה המוכר דעתו שרוצה לבטל המקח, המקח קיים, וז"ל:

"ומכל מקום נראה כדברי הסמ"ע, דכשלא חזר בו המוכר הראשון, הוי כגילוי מילתא למפרע שהמוכר לא היה רוצה לחזור כלל, וממילא המקח קיים למפרע. וקצת ראיה לזה, בנושא ונותן באמנה בסע' כז בש"ך ס"ק טו, דאף אם אינה להמוכר דהמקח קיים, ומשמע אפילו אם היה המוכר הראשון ישראל, מ"מ כשאין המוכר הראשון מבטל המקח, דנתקיים המקח להלוקח הראשון, ממילא נתקיים גם נגד הלוקח השני, ולא אמרינן כיון דבשעת מכירה מכר דבר שאינו שלו ממילא נתבטל המקח. אלא ודאי דכשאין המוכר הראשון מבטל המקח, דנתקיים המקח להלוקח הראשון, ממילא נתקיים גם נגד הלוקח השני, ולא אמרינן כיון דבשעת מכירה מכר דבר שאינו שלו ממילא נתבטל המקח, אלא ודאי דכשאין המוכר הראשון מבטל המקח, נתקיים המקח למפרע."

מבואר שמסכים הנתיבות לדעת הסמ"ע, דכל זמן שלא גילה המאנה את דעתו שרצונו בבטול המקח, הרי זה גילוי דעת למפרע שהמוכר לא היה בדעתו לחזור, וממילא המקח קיים למפרע, והקדושין קדושין אף בקידש קודם שגילה המתאנה דעתו שרוצה במקח, וראיה מנו"נ באמונה, דאף שמכר הלוקח הראשון דבר שיכל המאנה לחזור בו, מ"מ כיון שלא ביטל המקח, המקח קיים למפרע. והיינו שיש לשניהם זכות חזרה עד שיתרצה המתאנה (לשיטת הריב"ם), אך כל זמן שלא היתה חזרה, הרי הקונה הוא בעלים גמור על החפץ, רק לקונה ולמוכר קיימת הזכות והאפשרות לבטל המקח, וכל עוד לא בטלו המקח, הקונה הוא בעלים גמור על החפץ.

ובגמ' ב"מ נז,א איבעיא בקרקעות והקדשות, אם מה שאין בהם הוא דוקא אונאה של שתות, אבל ביטול מקח של יותר משתות, בטל מקח גם בקרקעות והקדשות, או גם בטול מקח אין בהם. ובשטמ"ק הביא מהראב"ד שהקשה, מה טעם יש לחלק בין בטול מקח לאונאה, הרי שניהם נלמדים מלא תונו;

"ואם נאמר שמו רבותינו דעת המוכרים והקונים דאשתות מחיל איניש טפי לא, מתחלה לא חל עליו שם מכר. והא אידי ואידי אם שהה כדי שיראה לתגר מחילה הוי, ואם לא חל עליו מתחלה שם מכר היאך מתקיים המכר אחר זה השיעור. אלא לעולם שם מכר חל עליו. מיהו אומדן דעתא הוא, עד שתות אינו ניכר לרוב בני אדם ואין המתאנה מתבייש עליו, אבל יותר משתות ניכר הוא הטעות לרוב בני אדם ובושת גדול הוא לו שיאמרו נסתמה פלוני בזה המקח או נשתטה. גם על המוכר יאמרו כמה עסקו רע, כי הוא רמאי וגונב דעת הבריות שהונה את פלוני באונאה גדולה כזו. ומפני כך טוב לשניהם שיבטל המקח, כדי שלא תזכר האונאה ההיא עליו. ומיהו אם שהו כשיעור שיראה, כבר מחלו ולא חשו על השם הרע ולא על הבושת."

מדברי הראב"ד מבואר דאין לומר דביותר משתות אין כאן מקח, ולא בעינן למילף מלא תונו, אלא אין כאן מקח, וע"כ גם בקרקעות בטל המקח, דא"כ איך אחר שיעור כדי שיראה לתגר, חל המקח. אלא בהכרח אומדן דעת דטוב לשניהם שיבטל המקח. ומוכח עכ"פ מהראב"ד דגם ביותר משתות יש כאן מקח, רק אומדן דעת ששניהם מעונינים שיהיה להם זכות חזרה, אבל בעצם הבעלות כל עוד לא היתה החזרה, הרי שיש כאן מקח, דאל"כ איך חל המקח אחר השעור של כדי שיראה לתגר.

ומצאנו בדברים אלו ברבינו יונה בעליותיו, על הא דאיתא בב"ב פג,ב - פד,א: אמר רב חסדא, מכר לו שוה חמש בשש, והוקר ועמד על שמנה, מי נתאנה - לוקח, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, משום דא"ל, אילו לא אוניתן לא הוה מצית הדרת בך, השתא דאוניתן מצית הדרת בך. עיי"ש ברשב"ם דדעת רב חסדא דלא כרבא שפסק כרבי נתן אלא כמשנה שם, שרק לוקח יכול לחזור בו באונאת שתות ובבטול מקח, ולכן גם בהוקרו יכול לחזור בו רק לוקח. דאף שלבסוף נתאנה מוכר אפילו ביותר

משתות, דהוי ביטול מקח, ורוצה מוכר לחזור עתה משום דעדיין לא נתקיים המקח לגמרי כל זמן שיכול לוקח לחזור, דעדיין לא הראה לתגר או לקרובו, ובתוך כך נתאנה גם המוכר ורוצה לחזור, שהרי עתה נתאנה שניהם, אפ"ה אינו חוזר המוכר, דמי שנתאנה מעיקרא בשעת מכירה הוא זה שיכול לחזור בו כל שעה שירצה בתוך זמן הקצוב לו. שאומר הלוקח למוכר, אם לא היית מאנה אותי בשעת מכירה, היה מתקיים המקח ולא יכולת לחזור בכך, ואף שהוקר אח"כ, וכי בשביל שאוניתי וייפו חכמים את כחי לחזור אם ארצה, ונתנו ידי על העליונה, תחזור בכך גם אתה כשהוקר לבסוף ותהיה גם ירך על העליונה, א"כ מצינו חוטא נשכר. כך פירוש דברי רב חסדא. ומ"מ ברשב"ם ציין דאנן קיי"ל כרבא, וע"כ גם מוכר יכול לחזור בו מעיקרא, ולא קיי"ל כרב חסדא. וברבינו יונה כתב ג"כ דלא קיי"ל כרב חסדא אלא כרבא, וממילא כיון שמירי כאן בבטול מקח, שהרי הוקרו ועמדו בשמנה, יכול גם המוכר לחזור בו (לרבא החולק על רב חסדא), וטעם הדבר לרב חסדא שאין המוכר יכול לחזור בו, כתב רבינו יונה, וז"ל:

"... וכל זמן שהלוקח יכול לחזור בו, דהיינו בכדי שיראה לתגר או לקרובו, לא נתקיים המקח עד שיאמר הלוקח רוצה אני. הלכך כיון שהוקרו קודם שיקיים הלוקח את המקח, וחזר האונאה אצל המוכר ביתר משתות, הו"א שוב אין ביד הלוקח לקיים המקח כיון שלא נתקיים עדיין, שהרי יש שם מעתה בטול מקח גבי מוכר, וקמ"ל רב חסדא דאפ"ה אין המוכר יכול לחזור בו משום דא"ל לוקח אי לאו דאוניתן ... ונראה בעיני שאין הלוקח יכול לתבוע אונאתו לאחר שהוקרו, דכיון שהיה יכול לחזור בו, לא נתקיים המקח עד עתה, ואין מי שנתאנה יכול לתבוע אונאתו אלא בשיש שם אונאה בשעה שהוא מקיים המקח. ומהא אמינא לה מלשון הטעם שנתן רב חסדא לדבריו, דאם איתא דקסבר רב חסדא דכל זמן שהלוקח חפץ במקח, איגלאי מילתא שנתקיים המקח מתחילה ולעצמו הוקר, א"כ למה ליה דדחיק ונסיב טעמא משום דא"ל אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בכך, והו"ל למימר כיון דהשתא אתרצאי במקח, ברשותי איקר, איגלאי מילתא למפרע שחל המקח מתחילה וחייב נמי ליתן מה שהונהו. אלא ודאי לא חל המקח אלא משעה שמסיים אותו מי שנתאנה ..."

מבואר מרבינו יונה אליבא דרב חסדא, דבריצוי המתאנה, לא חל המקח למפרע, שאם היה חל המקח למפרע, הרי התיקר החפץ ברשות הלוקח. אלא בהכרח שאפי' מתרצה המתאנה, המקח קיים מכאן ולהבא, וע"כ לא התיקר ברשות קונה. ואפשר דמה דפליג רבא הוא רק לענין שגם המוכר יכול לחזור בו עד שיתרצה המתאנה, דאפשר גם רבא היה מסכים לסברא שאי לאו דאוניתן, אם רק הלוקח היה יכול לחזור בו, רק ס"ל ששניהם יכולים לחזור בהם, לכן גם המוכר יכול לחזור כל זמן שלא נתרצה. ועדיין צ"ע מה הדין לרבא. ומ"מ לרב חסדא ס"ל לרבינו יונה שחל המקח מהריצוי ולהבא, וכמו שמצאנו שרצה הנתיבות לומר באמצע דבריו, ואם היה מקדש אשה, לא

היתה מקודשת. הרי שכל עוד יש זכות חזרה, אין כאן בעלות גמורה על החפץ, ומקדש בחפץ לא שלו. אמנם כיון דלהלכה קיי"ל כרבא, צ"ע אם חל למפרע, דלרבא לא בעינן לסברא של אי לאו דאוניתן לענין זה.

ושם בסוגיא הקשה רבינו יונה, לרב חסדא שהמתאנה יכול לחזור ולא המתאנה משום דא"ל אם לא אוניתני וכו', א"כ גם באונאה יותר משתות יכול רק מי שנתאנה לחזור בו ולא המתאנה, והרי קיי"ל כרבא ששניהם חוזרים (וכמו שהקשו הראשונים). ותירץ רבינו יונה, וז"ל:

"וי"ל דביתר משתות אין שם תורת מקח כלל לגבי מי שנתאנה, כיון שהמקח רחוק ממכרו, וכיון דליתא למכר כל עיקר, אין כאן משיכה כלל, וממילא גם המתאנה יכול לחזור בו. משא"כ ביפות ונמצאו רעות, בתורת מכר יש שם אפי' לגבי מי שנתאנה, אלא כיון שהטעהו, יכול לחזור בו. וכן במכר לו שוה חמש בשש, תורת מכר היה בשעת המכר לגבי מי שנתאנה, הלכך אע"פ שהוקרו ויש שם בטול מקח לגבי מוכר, מצי א"ל אי לאו דאוניתן וכו'."

מבואר מרבינו יונה, דביותר משתות אין כלל תורת מקח, והקנין שנעשה, כמתעסק בעלמא הוא, דקנין מועיל במקח וממכר, וכאשר המרחק בין המחיר למה ששילם הוא כה גדול - יותר משתות, אין כאן מקח, וממילא לא מהני בזה המשיכה שנעשתה, וע"כ שניהם יכולים לחזור. ובהמשך דבריו - שהוא כנושא ונותן בדברים בלי מעות ומשיכה. משא"כ ביפות ונמצאו רעות או בשתות, שיש מכר רק היתה הטעיה, בזה יכול לחזור רק מי שנתאנה. ובזה נחלק רבינו יונה על הרי"ף והרמב"ם ותוס', דשניהם חוזרים ביותר משתות, רק כשהמתאנה תובע אונאתו. אולם גם רבינו יונה ס"ל דאם נתרצה המתאנה, שאין המתאנה יכול לחזור, וכן בשהה יותר מכדי שיראה לתגר, שבזה נתקיים המקח. ולכאורה צ"ל דנתקיים המקח מכאן ולהבא, דהיינו משעת הרצוי או כשעברה השעה שיראנו לתגר או קרובו. ועיין בשטמ"ק ב"ב פגב, דלאלתר שנתרצה, זכתה לו חצרו ברצון המוכר, דמסתמא ניחא ליה בקיום המקח. הרי שחל מכאן ולהבא ע"י זכיית חצירו.

ובדעת הרא"ש - בטור חו"מ סי' רכז כתב דדעת הרא"ש כרבינו יונה, דכן כתב בב"מ ד,טו. ועיי"ש בב"י. וכן נראה מדברי הרא"ש ב"ב ה'ד, שהביא בסוף ההלכה את דעת רבינו יונה, ונראה דס"ל כוותיה דחל המקח מכאן ולהבא ולא למפרע, וז"ל:

"וה"ר יונה ז"ל כתב שאין יכול לתבוע אונאתו, דכיון שהיה יכול לחזור בו, לא נתקיים המקח עד עתה, ואין המתאנה יכול לתבוע אונאתו אלא כשיש שם אונאה בשעה שהמקח מתקיים. ועוד דקדק מלשון הטעם שנתן רב חסדא לדבריו, דאם איתא דסבר רב חסדא דכל זמן שהלוקח חפץ במקח, איגלאי מילתא שנתקיים המקח מתחלה ולעצמו הוקר, א"כ למה ליה דדחיק ונסיב טעמא משום דא"ל

אי לא דאוניתן וכו', דה"ל למימר כיון דהשתא איתרצאי במקח, ברשותי אייקר, דאיגלאי מילתא למפרע שחל המקח מתחלה וחייב נמי ליתן דמי אונאתו. אלא ודאי לא חל המקח אלא בשעה שמקיים אותו מי שנתאנה. וע"כ למאי דבעי למימר דהא דרב חסדא תרוייהו מצי הדרי בהו, לא אמרינן דחל המקח למפרע כשמקיים אותו עכשיו. ורב חסדא לא פליג על סברא זו אלא בהא דקאמר שהמקח קיים לגבי מוכר שאין יכול לחזור, אבל במאי דלא פליג לא פליג.

ומ"מ מדברי רבינו יונה מבואר דביותר משתות אין כאן מקח כלל, ובשעה שנתרצה חל המקח מכאן ולהבא. וכן מבואר במחנה אפרים (אונאה יב) לענין אם הלוקח נתן לאחר במתנה והוקר, דאע"פ שעכשיו נתרצה הלוקח הראשון, לא אמרינן דחל המקח מעיקרא, וממילא כשנתן קודם לאחר או קדש בו אשה, לא משלו נתן ולא משלו קדש;

"אלא השתא הוא דנתרצה ואין המקח חל אלא מכאן ולהבא, וכי יהביה במתנה קודם שהוקר, לאו ידידיה הוא עדיין. וכמו כן אם השתא שהוקרו אינו ברשות לוקח אלא שהניחו אחר שמשכו ברשות מוכר, כיון דאמרינן דאין המקח חל למפרע, נראה דלא קנאו הלוקח וכמו שכתב הר"ר יונה ז"ל."

והביא דמהב"י משמע דדעת הרא"ש והרמב"ם דחל למפרע, וחילק בין אונאת שתות ליותר משתות, עיי"ש. ומ"מ מבואר מדבריו דלדעת רבינו יונה המקח אינו חל למפרע אלא מכאן ולהבא. ונפק"מ אם קדש אשה או נתן מתנה, שאין הקדושין והמתנה חלים כלל. וכן כתב הגר"ב בברכת שמואל ב"מ סי' מו (ד"ה נמצא).

וכאמור לעיל, ראשונים אחרים ס"ל כדעת רב חסדא דמי שנתאנה יכול לחזור ולא המאנה. כך פסק הרי"ף (ב"ב מב, א בעמוה"ר) דכי ליתיה לדרב חסדא, בשתות הוא דליתיה אבל בביטול מקח, כגון שמכר לו שוה ארבע בחמש ולא הספיק בכדי שיראה לתגר או לקרובו עד שהוקרו ועמדו בשבע, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר. והוא הדין במוכר שמכר שוה חמש בארבע והוול ועמד על שלש, דמוכר יכול לחזור בו ולא לוקח, מאותו הטעם דאי לאו דאוניתן וכו'; "וטעמא דרב חסדא טעמא דמיסתבר הוא". וכן מבואר ברמב"ם בהל' מכירה יב, דאין המאנה יכול לחזור בו מהמקח ביותר משתות, אם הסכים המתאנה. ועיין ברב המגיד שם שהראה מקורו למשנה ב"מ נא, א מי שהוטל עליו ידו על העליונה. אלא שהקשה שמשנה זו דלא כהלכתא, דלא כר' נתן דגמרא דאמר שתות קנה ומחזיר אונאה, ורבא פסק כרבי נתן, ומשנתנו בשתות הוא. וכתב הרב המגיד לישב, דאפשר דדעת הרמב"ם כדעת הראשונים שאמרו שאין המאנה יכול לחזור בו אלא כשהמתאנה תובע האונאה, וזהו בבטול מקח, אבל כשאין המתאנה תובע אונאתו, אין המאנה יכול לחזור בו. ומקור הדברים הוא בריב"ם בתוס' ב"ב פד, א ד"ה אי לאו, הביאו גם הרא"ש הנ"ל ב"ב ה, יד, וכן כתב בריטב"א. ועיין עוד ברמב"ן ב"ב פג, ב שאין המאנה יכול לחזור בו בשום ענין, וכן ברשב"א שאין המאנה יכול

לחזור בו כלל, ואפי' תובע אונאתו, דאין המתאנה יכול לתבוע אונאה בבטול מקח, אלא או לשותק ולקיים המקח או לבטלו, אבל המתאנה בכל ענין אינו יכול לבטל המקח.

[ועיין בגרנ"ט סי' קסג שרצה לבאר מחלוקת רבי יהודה ורבי נתן, דר"י דס"ל דמי שנתאנה ידו על העליונה, וגם בשתות קנה יכול להחזיר המקח, ורבי נתן ס"ל דשתות קנה ומחזיר אונאה, ואינו מבטל המתאנה את המקח. דב"ב פה"ב מבואר דמשך ולא פסק, שניהם יכולים לחזור, והיינו דבכל מקום עיקר גמירות הדעת ומה שנותן את האפשרות לקנין לחול הוא פסיקת הדמים, "דכיון שפסקו כו"כ, ממילא חייבים לקיים דבריהם, וממילא הקנין קיים, אבל במקום שלא פסקו, א"כ כ"א יכול לטעון שאינו רוצה בפסיקה זו, וממילא בטל הקנין". דכשאינן פסיקה, אין מה שיחייב את הבע"ד לקיים הקנין במקח. ובב"מ טז, א באומר לחבירו שדה זו לכשאקחנה, תהיה קנויה לך מעכשיו קנה. ובתוס' הקשו, דמה מהני מעכשיו, הרי יכול לחזור כיון שהדבר לא בעולם. וברמב"ן תירץ, דאף שהקנין לא חל, מ"מ כיון שגמרו בדעתם ועשו מעשה המועיל, מהני לענין שלא יוכלו לחזור בהם. והנה רבי נתן ס"ל דעיקר הקנין הוא הגמירות דעת, וכשיש גמירות דעת אינו יכול לחזור בו וכמש"כ הרמב"ן, והחסרון מצד הפסיקה, זה ציווי של התורה להחזיר השתות. ורבי יהודה ס"ל דעיקר הקנין היא הפסיקה, "ובכח"ג כיון שהפסיקה אינה כלום, א"כ כל הקנין בטל, וא"ש דס"ל דרצה מקיים רצה חוזר, אבל המתאנה אינו יכול לחזור בו, כיון דלגבי ידידה חלה הפסיקה, שהרי נתרצה בכך". ומבואר שגם אם הקנין בטל, יכול להיות דבטל למאנה ולא למתאנה, וצ"ב.

וראיתי בעיטור (מכירת קרקעות דף סה טור ג), לאחר שהביא את דברי רבא דיותר על שתות בטל מקח, שתות קנה ומחזיר אונאה, כתב; "ומסתמא כל זמן שלא החזיר האונאה לא נגמר המקח". ובפשטות אינו נגמר כלל. ועיין שם בשער החדש אות צה דהמקח מתלא תלי וקאי. ואפשר דזו גם כוונת הגרנ"ט, דגם בפסיקה הקנין מתלא תלי וקאי, ויכולים לחזור בהם, אבל לא שאין כאן כלום. ולפ"ז י"ל, דהיכא שהיתה פסיקה לקונה ולא למוכר או איפכא, לגבי מי שהיתה פסיקה, הקנין כבר לא מתלא תלי וקאי, והקנין מבחינתו נגמר ואינו יכול לחזור בו, ומי שלא היתה פסיקה, לגביו עדיין מתלא תלי וקאי. (ולענין מום במקח, עיין בבית יצחק חחו"מ סי' סד סוף אות א שכתב דמכירת חפץ היא ע"מ שאין בו מום, ואם נמצא בו מום תליא בקפידא, כמו גבי קדושין, ואם לא יקפיד הלוקח, לא הוי מקח טעות, וע"כ אין המוכר יכול לחזור בו, עיי"ש.)

והנה גם לדברי רבינו יונה ולמש"כ שאין הקנין כלום, היינו דוקא במקום ששניהם יכולים לחזור בהם, אבל ברור דגם לרבינו יונה אם רק המתאנה יכול לחזור בו, אין בזה פגם בעצם הבעלות והקנין אלא זכות חזרה. ואף בשניהם שחוזרים דעת הסמ"ע והנתיבות דיכול לקדש, וכנ"ל דאין בזה פגם בבעלות הקונה על החפץ אלא זכות חזרה. אמנם ראיתי לגדול ממינסק בתש' אור גדול (סי' לד) שכתב דדברי הנתיבות והסמ"ע

הם מחלוקת ראשונים, דלפי הרא"ש ורבינו יונה חל המקח מכאן ולהבא ולא למפרע, וכמש"כ לעיל דעת רבינו יונה והרא"ש. אמנם כתב דלמה שפסק במחבר בשו"ע והפוסקים דמאנה אינו יכול לחזור בו, המקח קיים למפרע. וא"כ י"ל דהסמ"ע והנתיבות קאי אליבא דהלכה, כפי שנפסק בשו"ע. ומ"מ בנדו"ד, אפי' היתה זכות חזרה של שניהם, כבר פסקו השו"ע והפוסקים דרק מתאנה יכול לחזור, וא"כ בכ"ע חל למפרע ואינו חסרון בעצם הבעלות. בפרט שבנדו"ד זו זכות חזרה רק של הקונה, אין לומר שחסר בעצם הבעלות של הקונה בחפץ, ואם קדש אשה, הקדושין תופסים לכ"ע.

ב. מוכר שדהו ע"מ שאם יהיה למוכר מעות שיחזיר לו

איתא בב"מ סה"ב: מכר לו בית (ונתן לו כל דמיו - רש"י) מכר לו שדה ואמר לו לכשיהיו לי מעות החזירם לי (מוכר, על מנת כן אני מוכר לך, שכשיהיו לי מעות, החזירם לי וטול מעותיך), אסור (דנמצא שאין זה מכר, וכשאכל פירות, שכר מעותיו עומד ונוטל). לכשיהיו לך מעות אחזירם לך (הלוקח אמר לו מאליו כן), מותר. מאן תנא, אמר רב הונא בריה דרב יהושע דלא כרבי יהודה, דאי רבי יהודה האמר צד אחד ברבית (דלמא אתי לידי רבית, דלמא לא אתי) מותר. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא. אמר רבא סיפא דאמר ליה מדעתיה (אם ארצה אחזירם ולא שתתבעני בדין, הלכך מותר, דאי נמי חזר וקיבל מעותיו עד עכשיו שלו היתה, וחוזר ומוכרה לו, אבל רישא, שעל כרחו צריך להחזיר, מעיקרא לאו מכר הוא). וגמ' זו הביאה הרי"ף בהל' (ב"מ לז, א בעמודה"ר), והרא"ש ב"מ ה, לז, וכן פסק הרמב"ם בהל' מלוה ולוה ו, ה, וז"ל:

"המוכר בית או שדה, ואמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקעי, לא קנה, וכל הפירות שאכל רבית קצוצה ומוציאין אותם בדינין, אבל אם אמר לו הלוקח מדעתו, כשיהיו לך מעות אני אחזיר לך קרקע זה, מותר והלוקח אוכל פירות עד שיחזיר לו מעותיו."

מבואר מדברי הרמב"ם דבהתנה אין כאן מכר כלל. ובלחם משנה הקשה סתירה לרמב"ם בהל' מכירה יא, י, דמשמע שיש כאן מכר ורק מחויב להחזיר, וז"ל הרמב"ם:

"מי שהקנה לחבירו והתנה עליו, על מנת שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני, אם נתנו או מכרו לאותו פלוני קנה, ואם לא קיים התנאי ומכרו לאחר, או שלא מכרו ולא נתנו בזמן שקבע לו לא קנה. וכן המוכר או הלוקח שהתנו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות, הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה."

ומוכח מהרמב"ם שהמקח קיים, ולא הזכיר בהל' מכירה דכל הפירות שאכל הם ריבית קצוצה. ותירץ הלח"מ (גם בהל' מכירה וגם בהל' מלוה ולוה), דבהל' מלוה ולוה מיירי בקרקע שעושה פירות, ולכן הוי ריבית קצוצה והמכר בטל, משא"כ בהל'

מלוה בלוה מיירי במכר לו מטלטלין שאין להם פירות, שהמקח קיים ואין בזה ריבית. העולה מדברי הלח"מ דמעצם המכירה, לולי איסור ריבית, המכר קיים עד זמן חזרתו, ורק מחמת איסור ריבית, מדין מקח שנעשה באיסור, אין כאן מקח (ועיין בזה בשו"ע חו"מ סי' רח ובנו"כ שם לענין מקח שנעשה באיסור דאורייתא). ומ"מ מבואר דבמטלטלין שאין בהם פירות, המקח קיים. ולכאורה גם במטלטלין יש פירות, והוא השימוש בהם.

ובגדולי תרומה (שער מו ב,ח), לענין הסתירה לכאורה בדברי הרמב"ם בדין מש"כ כאן למש"כ בהל' מכירה יא, יב בדין כל את ונוולא אחי (יובא להלן), כתב דאין שום צד לחלק בין קרקע למטלטלין ולומר דבמטלטלין דוקא המקח קיים משום דלית בהו פירי וליכא ריבית, אבל בקרקע כיון שיש פירות הוי ריבית ומשום הכי לא קני. דודאי מילתא דפשיטא היא דאין דין קנין הקרקע תלוי ונמשך מדין הריבית, אלא אדרבא, דין הריבית נמשך מהקנין, דכל שהקנין קיים והמקח עומד אין ריבית, ובאסמכתא הוי ריבית, דודאי אם יש איזה צד לומר שהמוכר אינו גומר להקנות, אין כאן מקח בין יש פירות ובין אין פירות, בין בקרקע ובין במטלטלין.

והגרא"ז באבן האזל מכירה יא, כתב גם דמדברי המגיד משמע דלא כלח"מ, דמהרב המגיד מוכח דדוקא בהביא המעות והחזיר המקח הוי ריבית, אבל בלא"ה המקח קיים. עוד הקשה הגרא"ז, דהא קיי"ל דמקח שנעשה באיסור קיים, וכמש"כ הרא"ש ב"מ ה"ט (עיין חו"מ סי' רח וכנ"ל). גם הקשה דאף במטלטלין יש פירות, והוא השימוש בהם.

לכן כתב הגרא"ז לישב, דאין נפק"מ בין קרקע למטלטלין, והמכירה תלויה ועומדת עד אשר יביא המוכר את מעותיו. ומש"כ הרמב"ם בהל' מלוה דלא קנה ובהל' מכירה כתב דקנה, דבהל' מכירה מיירי בעיקר קיום המכירה, ולכן כתב המקח קיים כמו שהתנה, רק כתב דהפירות הם של המוכר, דאם יביא לו מעות התבטלה המכירה. אבל בהל' מלוה מיירי לענין הפירות ולענין הריבית, דכיון דאם יחזיר המוכר ללוקח מעות, המעות שנתן הלוקח בזמן המכר הם הלואה, לכן הפירות הם ריבית קצוצה. אלא שהקשה, מדוע הפירות של מוכר, הרי המקח תלוי כל העת עד שיביא לו המוכר מעות, ואם לא יביא, הפירות של לוקח, וא"כ הו"ל משלשין את הפירות, וכמו בנתן מקצת דמים. וכתב דזה מה שהכריחו לריב"ש לומר דמעיקר הדין המקח קיים והפירות של לוקח, ורק מדרבנן אסרו חכמים שיקח הפירות מחשש שמא יחזיר המוכר מעותיו, והוי ריבית קצוצה.

ומ"מ לנדרו"ד דהוי מטלטלין, לשיטת הלח"מ לא חשיב פירות שיהיה המקח בטל, ולכן גם בנדרו"ד המקח קיים אא"כ יחזיר המקח למוכר. וגם למש"כ הגרא"ז, בין בקרקע ובין במטלטלין, כל זמן שיכול להחזיר, הרי המקח מתלא תלי ועומד, ואם לא יחזיר, לא מתבטלת המכירה. ואפשר דלשניהם אין פגם בעצם הבעלות (במטלטלין ללח"מ, ולגרא"ז גם בקרקעות) כל זמן שלא יחזיר, ורק ביחזיר, מתבטל למפרע.

אמנם מדברי הרשב"א (ח"ג סי' תלה, הובא גם בב"י יור"ד סי' קעד) נראה דאין כאן מקח אלא הלואה. הרשב"א דן על מכירת שיג"ש, שהיה כתוב בתיקוני מס הקהל שיכול להחזיר המעות ולסלק הלוקח. והשיב הרשב"א, וז"ל:

"שיג"ש זה הרי הוא כמכר, רצוני לומר כאלו מכר קרקע זה לחבירו, וחוזר ולוקחו ממנו להעלות על אותו סך בכל שנה. ושורת הדין כל מי שמוכר קרקע לאחר, ומתנה בשעת המכר שאם יהיו לו מעות יחזירם ללוקח, אין זה מכר אלא מלוה, ובכל כיוצא בזה יש בו משום ריבית, וחוב הוא זה. אבל אם לא היה תנאי בשעת מעשה, אלא שלאחר מכן עשה הלוקח למוכר שטר חסד, שאם יחזיר לו המעות יחזיר לו המקח, הרי זה מכר גמור, והשטר שטר חסד ... ומכאן אתה למד למה שהתנו בני כת החברים מכאן ולהבא, שכל מי מבני החבורה שימכור להם לשיג"ש, שיוכל לפדות כל זמן שירצה, הרי זה אסור מן הסתם בלא שום תנאי בשעת המעשה, שכיון שהתנו מתחילה, כל מה שיעשו מכאן ולהבא, הרי הוא כאלו התנו בשעת המעשה שכבר נודע שעל דעת כן עושין, וסתמן כפירושן. וזה מבואר בריש פרק המקבל בדרישת ההדיוטות, שאעפ"י שאינו תנאי גמור, אלא שכן נהגו, אעפ"י שלא התנו כמו שהתנו, דסתמן כל מה שעושין, על דעת המנהג הנהוג הן עושין, והרי זה כתנאי הכתובה ששנינו, שאם לא כתב, הרי הוא כמי שכתב."

מדברי הרשב"א מבואר שמכירת קרקע עם תנאי שאם יהיו לו מעות שיחזיר לו, אין זה מכר אלא הלואה. עוד מבואר שאפי' לא התנו כן בשעת המכר, אלא שהיתה תקנה כזו, הרי זה כמי שהתנו בשעת מכירה, ואין כאן מקח אלא הלואה, וראיה מב"מ קד,א לענין רבי יהודה שהיה דורש לשון הדיוט, ועיי"ש בתוס' ד"ה היה. וכן פסק הרמ"א בשו"ע יור"ד קעד,א. ומ"מ מבואר דאין כאן מקח אלא הלואה. וכדברי הרשב"א שאין כאן מקח כלל, מבואר גם בתש' המבי"ט (ח"א סי' כ), עיי"ש. והנה גם בנדר"ד אין התנאה מפורשת בין הקונה למוכר שיוכל להחזיר לו, ולמש"כ הרשב"א אם נהגו כן, הרי זה כהתנו, וכאן זה תקנה מכח החוק. מ"מ כאמור לעיל, ללחם משנה רק בקרקעות חשיב כהלואה, משא"כ במטלטלין, יש כאן מכר. ולמש"כ הגרא"ז בכ"ע יש כאן מכר, ומתלא תלי אם יחזיר המעות, יתבטל המקח למפרע.

ובגמ' ב"מ סז,א: ההיא איתתא דאמרה ליה לההוא גברא זיל זבין לי ארעא מקריביי. אזל זבן לה. אמר ליה (מוכר לשליח - רש"י) אי הווי לי זוזי מהדרת לה ניהלי (רוצה אני שתקבל מעותי). אמר ליה את ונוולא אחי (אתה והיא קרובים אתם, ותתנו ביניכם, ונוולא לשון ארמי בין בזכר בין בנקבה, כשרוצה לומר אתה והוא או אתה והיא קרובים אתם, ותתנו ביניכם, ונוולא לשון ארמי בין בזכר בין בנקבה, כשרוצה לומר אתה והוא או אתה והיא). אמר רבה בר רב הונא כל את ונוולא אחי אמר סמכא דעתיה, ולא גמר ומקני. ויש בזה גירסאות, אם גרסין סמכא דעתיה או לא סמכא

דעתיה. דאי גרסינן סמכא דעתיה, י"ל שהמוכר סמך על התנאי, אף שהשליח אמר לו דברים לא ברורים, הרי שמכר רק על דעת שתחזיר לו אם יביא מעות. ואם גרסינן לא סמכא דעתיה, הכוונה שלא סמך דעתו כיון שהשליח לא אמר דברים ברורים, ולא גמר ומקני. עיין בזה בהגהות הגר"א בגמ' דלגירסת גמ' כמו שהיא אצלנו, לא גמר להקנות אלא על תנאי שאמר. אבל דעת הרמב"ם בהל' מכירה יא, יב, דלא קנה כלל, מפני שהמוכר לא סמך דעתו על דבריו הלא ברורים של השליח, וז"ל:

"מעשה באשה ששלחה ראובן לקנות לה חצר משמעון שהיה קרובו, ואמר שמעון המוכר לראובן השליח אם יהיו לי מעות תחזיר לי פלונית קרובתי קרקע זו, והשיבו ראובן ואמר לו, אתה ופלונית קרובים כמו אחים, כלומר הדבר קרוב שהיא תחזיר לך ואינה מקפדת על זו, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו הרי זה השליח לא קנה כלום שהרי לא סמכה דעתו של קרוב זה על דברי השליח, מפני שלא השיבו תשובה ברורה, ונמצא שלא גמר ולא הקנה, וכן כל כיוצא בזה."

[ועיין בחת"ס בחידושי לב"מ שהביא סתירה לכאורה בפסקי השו"ע, וכתב לישב, דבחז"מ סי' קפב מיירי שאמרה לו סתם קנה קרקע. ובכגון זה לא עיוות השליח בשליחות כלל, כיון שלא מצא קרקע אחרת וקנה על תנאי. ובשו"ע חז"מ סי' רז מיירי שהקפידה על קרקע מאיש פלוני, והשליח לא הלך אלא אצל פלוני, ולא היה לו כח והרשאה לשנות בשליחותו, על כן לא קנה כלום והמוכר יכול לחזור מיד. ובשו"ע יור"ד מיירי כשהמוכר שתק והניח לאכול הפירות, וקמ"ל דדין הפירות הוא כריבית קצוצה כיון דעכ"פ יכול לחזור בו כשיהיו לו מעות, דה"ל כמשכנתא באתרא דמסלקי ובלא נכייטא, דלר"ף הרי זה ריבית קצוצה.]

ובגדולי תרומה (שער מו ב, ח) הקשה, דכאן משמע שאם היה מהני התנאי, שהיה משיבו תשובה ברורה, המקח היה קיים, ואילו בהל' מלוה ולוה ו, ה, מבואר שאם מהני התנאי, אין מקח כלל. ובמחנה אפרים הל' ריבית סי' יג כתב לישב, דכיון שהשליח לא השיב תשובה ברורה, לא סמכא דעתא, ונמצא שהתנאי היה מן המוכר לחוד, ולא גמר שליח הלוקח לקנות על תנאי זה. אבל אם היו גומרים ביניהם התנאי, לא היה המקח נגמר אלא על תנאי זה, ואם יביא הדמים אין כאן מכר, ואם לא יביא הרי המקח קיים, ולענין הפירות הוי צד אחד בריבית, אם יחזור בו המוכר, והוי אבק ריבית. ואם הלוקח התנה מדעתו, הרי המקח קיים, אלא שחייב הלוקח לקיים התנאי ולהחזיר. אבל החזרה היא לא למפרע אלא מכאן ולהבא. ועיין בסמ"ע רז, יד מש"כ בדברי הרמב"ם.

ולעיל הבאנו את דברי הרמב"ם בהל' מכירה פ"א ה"י והי"ב. ובהי"א הביא הרמב"ם את החילוק בין התנה המוכר להתנה הלוקח, דבהתנה המוכר, הפירות של המוכר, ובהתנה הלוקח, אוכל הלוקח פירות, וז"ל הרמב"ם:

"מכר קרקע לחבירו והתנה המוכר ואמר ללוקח כשיהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע זו, הרי הפירות של מוכר, מכר לו סתם ואמר לו הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות תביאם לי ואני אחזיר לך קרקע זו, הרי התנאי קיים והלוקח אוכל פירות, ואין בזה אבק רבית שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה."

והטור חו"מ סי' רז הקשה על הרמב"ם שאינו מבין דבריו, שאם מה שאמר הלוקח הוי תנאי, א"כ איך אוכל הלוקח פירות, אלא בהכרח אין כאן בסיפא כשהתנה הלוקח, שום תנאי. ובכסף משנה כתב לחלק, דבסיפא מיירי שלא היה בדרך תנאי אלא בדרך חיוב, כלומר שהמקח נגמר בצורה מוחלטת, והקונה קנה את הקרקע, אלא חייב עצמו בקנין שאם יביא לו המוכר מעותיו, שיחזיר לו. וכיון שהוחלט המקח ורק התחייב להחזיר, ואין החיוב בגוף שלמות המקח, ע"כ אוכל הלוקח פירות. וכל זה פירש הכס"מ בפירוש השני. בפירוש הראשון שם פירש, דבין אמר לוקח בין אמר מוכר, מיירי בשעת המכר וחייב להחזיר. אלא שכשאמר מוכר תנאי זה, הרי הוא כמי שרצה ללוות ברבית, לזה כסף מהקונה, והקונה/ המלוה אוכל פירות הקרקע. אבל כשהמוכר לא התנה, אף שאמר הלוקח כן, הרי הוא כאומר לו שלא יצטער שהוא מוכר השדה, הואיל וכשיביא מעות יחזיר לו הלוקח הקרקע. ע"כ בנדון הסיפא המוכר לא התכוון להלוות ברבית, שהרי לא התנה, וגם הלוקח אף שהתנה, שלא יצטער המוכר נתכוון ולא להלוות ברבית, וע"כ לוקח אוכל פירות. ופירוש זה הביאו הסמ"ע רז, יג.

ולפ"ז בנדו"ד ודאי שהמוכר לא התכוין להלוואה אלא למכר, ואף הלוקח לא התכוין להלוואה, וע"כ ודאי לפירוש הראשון מה שהחוק מחייבו להחזיר המקח תוך יומיים מהקניה, אינו כדרך הלוואה וכרישא של דברי הרמב"ם. ובודאי לפירוש השני של הכס"מ בדברי הרמב"ם, נראה דנדו"ד אינו דרך תנאי הפוגם בשלמות המקח אלא דרך חיוב, שחייב אותו החוק לקבל את המקח בחזרה אם ירצה הלוקח, בתנאים שקבע החוק, אך לא נראה שהיה כאן גדר תנאי שיפגום בשלמות המקח.

והמחנה אפרים ריבית סי' יג (הנ"ל) כתב בבאור דברי הרמב"ם, לחלק אם כתוצאה מההתנאה צריך להחזיר למוכר ולעשות קנין מחדש או שהמקח חוזר ללא קנין מחדש. דכשמתנה המוכר ואומר כשיהיו לי מעות ואביאם לך, החזר לי הקרקע, לשון זו משמע שכל זמן שיביא המעות, המקח חוזר בעל כרחו של הלוקח, ואין צריך קנין מחדש אלא ממילא הדרא ארעא לבעליה. אבל באומר ע"מ שתחזירם לי, או כשאמר לו שכשיביא המעות יחזור וימכרם, גילה דעתו שגמר והקנהו לגמרי, ולכשיחזיר המעות לא פקעה המכירה שלא מדעת הלוקח, אלא צריך שיחזור ויקנה למוכר, מידי דהוי כנותן מתנה על מנת להחזיר, דאע"ג דחייב להחזירה, מ"מ צריך שיחזור המקבל ויקנה אותה לנותן, דעד השתא היתה של לוקח. וכן כתב הריטב"א לענין שומא הדרא, דכיון דפירי לא הדרי, הרי דעד השתא היתה של לוקח, דכיון דצריך לחזור ולהקנותו מחדש, עד השתא היתה של לוקח. לפ"ז בנדו"ד נראה שהחוק לא מחייב החזר הפירות, הרי

שבזה יש לנו גילוי דעת דעד החזרה המקח של לוקח, ואין המקח מתבטל למפרע אלא צריך להקנותו לו מחדש. ואדרבא, אם אכל פירות, היינו השתמש, אינו יכול להחזיר. ואפשר שעצם השימוש ואכילת פירות הוי מחילת זכות החזרה, וכמו בשימוש לאחר שנודע לו מהמום, עיין שו"ע חו"מ רלב,ג. וגם מעצם הדבר לא נראה שיש כאן ביטול למפרע אלא חיוב שמחייבים אותו לקחת בחזרה ולהחזיר המעות, דכוונת החוק היתה למנוע מצב של מכירות בכח או בחוסר שיקול דעת וכד', לכן נתנו ללוקח זמן וחייבו את המוכר לקחת מקחו חזרה.

עוד נראה ע"פ מש"כ הסמ"ע רז,יא. הסמ"ע כתב לישב את דברי הרמב"ם בהל' מכירה יא, והי"א (הנ"ל), דבה"י כתב הרמב"ם; "המוכר או הלוקח שהתנו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות, הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה". ובהי"א כתב הרמב"ם; "מכר קרקע לחבירו והתנה המוכר ואמר ללוקח כשהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע זו, הרי הפירות של מוכר". וכמש"כ בהל' מלוה ולוה דאין כאן מקח כלל. וכתב הסמ"ע לישב, וז"ל:

"הן שיתנה שיתן לו המקח במתנה בזמן פלוני או שיתנה במכירה כשיחזירנו לו בזמן פלוני, ועד אותו זמן יהיה השדה בידו בקנייה גמורה, ומשום הכי מותר לאכול הפירות וליהנות ממה שקנה, דאז מחזירנה לו בחנם, והו"ל כמשכנתא דסוריא דכתבו במשלם שניא אילן תיפוק ארעא דא מינך בלא כסף, ואם מחזירנה לו כשיתן לו המעות, הו"ל כמשכנתא באתרא דלא מסלקי דמותר להרא"ש [ב"מ ה,לד] אפילו בלא נכייטא, וכמ"ש הטור והמחבר ביו"ד ריש סימן קעב ע"ש. ואפילו למאן דאסר במשכנתא [ר"ח ורי"ף המובאים בטור שם], שרי בזה, כיון דלא בתורת הלואה נתנם לו כי אם בתורת קנין גמור לזמן, ולא גרע ממתנה על מנת להחזיר בזמן פלוני, משום הכי סיים וכתב בזה דהמכר קיים ויחזור כמו שהתנה. משא"כ כשלא קבע לו זמן אלא מכר לו השדה והתנה עם הלוקח דיחזור לו השדה כל זמן שיביא לו מעותיו, דזה אין שם מקח עליו כלל אלא הלואה הוא, לכך אסור ללוקח לאכול פירות מהשדה."

הסמ"ע מחלק בין אם קצב את אפשרויות החזרה בזמן, לבין אם אפשרות החזרה לא תלויה בזמן והיא עולמית. דאם אפשרות החזרה תלויה בזמן, הרי המכירה היא מכירה לזמן ובעינן קנין מחדש כמו במתנה ע"מ להחזיר. משא"כ אם אפשרות החזרה אינה תלויה בזמן, אין כאן מכירה אלא הלואה (ועיין ברשב"א בתש' ח"ד סי' קעז). ובנדו"ד שהוא תלוי בזמן, שיכול להחזיר רק תוך יומיים, הוי מכירה לזמן ואינה כהלואה, וכמו במתנה ע"מ להחזיר דבעינן קנין חדש מלוקח למוכר.

והנתיבות בחו"ד קעד,א הקשה על דברי הסמ"ע, דאי דמי למתנה ע"מ להחזיר, א"כ אפי' בלא קבע זמן נמי יוכל לאכול פירות, דמתנה ע"מ להחזיר היא אפי' בלא קבע זמן, כמבואר בשו"ע חו"מ רמא,ו. וכתב החו"ד לחלק, דמתנה ע"מ להחזיר היא מתנה

חלוטה רק שיש על הנותן חיוב להחזיר, כמש"כ הרא"ש והרשב"א בפ"ג דסוכה. ומה הטעם אינו יכול לתת לתינוק אתרוג, כיון שהמתנה אינה חוזרת מאליה אלא ע"י קנין מחדש, ותינוק לאו בר הקנאה הוא. והביא מש"כ הרמ"א ביור"ד שה"ח, מדברי הרשב"א בתש", דהפודה את בנו במתנה ע"מ להחזיר, בנו פדוי; "דוקא שאמר ע"מ להחזיר, אבל אי אמר הא לך ה' סלעים ותחזירם לי, לא הוי מתנה ואין בנו פדוי". והוא הדין בדברי הרמב"ם, שאם אמר המוכר לקונה ע"מ שתחזירם לי, הו"ל כמתנה ע"מ להחזיר, שיש כאן מקח גמור וחייב להחזיר מכח התנאי בקנין חדש. משא"כ כשאומר בסתם ותחזירם לי, אין כאן מקח אלא הלואה, ואסור לאכול פירות. וזה מעין מש"כ המחנה אפרים הנ"ל. ודברים אלה חזר בנתיבות רז"ו, וז"ל:

"עיין בספרי חוות דעת על יו"ד סימן קעד [ביאורים סק"א] שחילקתי בין כשאומר על מנת שתחזירם לי, דאז כשמחזיר בעי קנין חדש מהלוקח למוכר, והוי כמו כל מכירה על תנאי שהמכירה היא מכירה חלוטה ותנאי מילתא אחריתי הוא, והוא רק חיוב על הלוקח לקיים התנאי, משום הכי הוי מכירה גמורה ומותר להלוקח לאכול הפירות. משא"כ כשאומר סתם לכשיהיו לי מעות אחזירם לך, משמע אדרבא כשמחזיר נתבטל המקח למפרע, משום הכי לא הוי מכירה כלל ואסור לו לאכול הפירות, וכעין שמחלק ביור"ד סימן ש"ה [סעיף ח בהג"ה] לענין פדיון בכור בין שאמר על מנת שתחזירם לי, ובין אם אמר ותחזירם לי, עיי"ש. אחר כמה שנים הגיע לידי ספר מחנה אפרים ומצאתי כדברי בהלכות ריבית סי' י"ג וששתי בו כעל כל הון..."

ועיין שו"ע הרב הל' ריבית סע' נד - נה. ולכאורה ממש"כ בסע' נד יש ללמוד שאפי' אם חובת ההחזרה היא בתורת חיוב, אין כאן מכר אלא הלואה, עיי"ש. אך י"ל עדיין דמיירי בהתנה באופן שאין כאן מכר, לסמ"ע בלא הגבלת זמן, ולנתיבות שלא אמר ע"מ. דאם יש כאן מקח, והחובה להחזיר אינה מכח המקח אלא מחמת חיוב שחל עליו, א"כ המקח הוא מקח גמור, וזכות החזרה נובעת מחיוב שהוא מילתא אחריתא ובעינן קנין חדש.

לאור האמור לעיל נראה דאין בזה חשש, בהיות המכירה מתחילתה ואף בתוך הזמן המוגבל לחזרה, מכירה מוחלטת, רק יש על המוכר חיוב מכח החוק לקבל בחזרה, והן לדעת הסמ"ע כיון שמוגבל בזמן, והן לנתיבות שאין כאן דרך הלואה אלא קנין גמור, ודעת שניהם לקנין גמור רק עם זכות חזרה, הרי הקונה בעלים גמור גם במשך יומיים אלו, ואם קדש אשה, קדושיה קדושין.

אמנם מקרה זה אינו שכיח כ"כ, כיון שאין דרך לקנות טבעות נישואין יומיים לפני החתונה, אך אם קנה וליבו נוקפו, יכול למחול בינו לבין עצמו (דמחילה אינה צריכה קנין, ואין צריכים עדים לחלות המחילה, וכיון שכלפי שמיא מחל, אין צריך יותר),

ויאמר שמוחל ומוותר על זכות החזרה, ובזה בכל ענין נגמר המקח, וכמש"כ המל"מ בהל' מלוה ולוה ח, א (לקראת הסוף), וז"ל:

"וכן המוכר קרקע לחבירו, והתנה המוכר שיחזירנה לו כשיהיו לו מעות, דקי"ל דאסור הלוקח לאכול פירות, הכי נמי יכול הלוקח לכופ את המוכר שיחזיר לו מעותיו, דהא לאו אדעתא דשלא לאכול פירות ירד. ומיהו אם המוכר רוצה לוותר התנאי מכאן והלאה ממכרו ממכר, ואין הלוקח יכול לחזור בו, וכמו שכתב המבי"ט."

ודברי המבי"ט הם בתש' בח"א סי' רעג, דכל משכנתא שיש בה איסור מצד התנאים, אם ירצה בעל התנאי לוותר, המשכנתא קיימת ואינו יכול שכנגדו לבטלה מטעם שנעשה באיסור. אבל אם אינו רוצה בעל התנאי לוותר תנאו יכול לבטל המשכנתא, דלאו אדעתא דהכי ירד. (וכן מצאנו לענין אונאה, עיין לעיל). וא"כ גם בנדו"ד, אף שלכאורה אין בזה חשש, יוכל הלוקח למחול ואפי' בינו לבין עצמו. ואם רוצה לצאת ידי כל הדעות, שימחל בפה ולא בלב. דבקצוה"ח יב, א הביא בשם הרש"ל על הסמ"ג (עשין מח) שאם מחל בליבו על חוב שיש לו על חבירו אפילו יש לו שטר חוב, שאסור לו לגבות חוב זה, ואם גבה הוי גזל בידו (עיין ברש"ל), וראיה ממי שלא תבעה כתובתה כה שנים, שאף שלא מחלה אלא בלב, הוי מחילה. ובקצוה"ח חלק עליו וחילק בין מי שלא תבעה כתובתה כה' שנים למוחל חוב בלב, דדוקא במקום שידועה מחשבתה לכל העולם, כמי ששהתה כה' שנים ולא תבעה כתובתה, הוי דברים שבלב דברים, משא"כ כשלא ידועה מחשבתו לכל העולם, כגון מי שמחל בליבו על החוב, דהוי דברים שבלב ואינם דברים. והביא ראייה לדבריו מהמהרי"ט הנ"ל (סע' ג). ועיין לעיל סוף סע' ו מש"כ בנידון. וע"ע בשער המשפט צח, א ובנחל יצחק סי' צח שפסקו ג"כ דלא מהני מחילה בלב, (וע"ע במש"כ שער המשפט סח, א). אך כאמור כל זה לשופרא דמילתא.

לאור האמור לעיל, יכול לקדש אשה גם במהלך היוםיים לקניית הטבעת, אף שיש לו זכות חזרה, ולשופרא דמילתא יאמר בפה שמוחל על זכות החזרה.

סימן ב

נשאה אורחית ויש לה ילד מאחר, אם צריכה גט מראשון

ראשי פרקים

- א. מחלוקת הגאונים והרמב"ם בפנוי הבא על הפנויה
- ב. חזקה זו באשה האסורה לו
- ג. הדעות להלכה בקשר אורחי ובאינם שומרים תו"מ
- ד. אם לחוש ללעז ולסדר גט בקשר אורחי
- ה. אם לסדר גט מראשון כשהשני כהן

אשה נשאה אורחית ליהודי בגרמניה, ונפרדה ממנו אורחית. הגיעה לארץ וחייה ללא חופו"ק עם אחר ויש לה ממנו בן. כעת רוצה להנשא לאבי הבן בחופו"ק, ונשאלנו אם רשאית להנשא לו, ואם צריך להזקק לגט מראשון מאחר ויש לה בן משני.

א. מחלוקת הגאונים והרמב"ם בפנוי הבא על הפנויה

נחלקו ראשונים ואחרונים במי שחי עם אשה ללא חופו"ק, או נשא לאשה בנשואים אורחיים, והבעל או/ו האשה אינם שומרי תו"מ, אם צריכה גט מעיקר הדין או רק לרווחא דמילתא. והשאלה אם אמרינן בכה"ג דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וגמר ובעל לשם קדושין, ואם אמרינן כן גם באדם שאינו שומר תו"מ. הרמב"ם בהל' גרושין י,ט, כתב וז"ל:

"הורו מקצת הגאונים שכל אשה שתבעל בפני עדים צריכה גט, חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והגדילו והוסיפו בדבר זה שעלה על דעתם עד שהורו שמי שיש לו בן משפחתו חוששין לו ולא תתייבם אשתו שמא שחרר שפחתו ואחר כך בא עליה, ויש מי שהורה שודאי שחרר שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. וכל הדברים האלו רחוקים הם בעיני עד מאד מדרכי ההוראה ואין ראוי לסמוך עליהן, שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד או במקדש על תנאי ובעל סתם שהרי היא אשתו, ובאשתו הוא שחזקתו שאינו עושה בעילתו בעילת זנות עד שיפרש שהיא בעילת זנות או שיפרש שעל תנאי הוא בועל, אבל בשאר הנשים הרי כל זונה בחזקת שבעל לשם זנות עד שיפרש שהוא לשם קדושין, ואין צריך לומר בשפחה או בגויה שאינה בת קדושין שאין חוששין להן כלל והרי הבן מהן בחזקת גוי ועבד עד שיודע בודאי שנשתחררה אמו או

נתגייירה. (ובראב"ד שם) בגויה ודאי כן הוא כדבריו שהרי אין בידו לגיירה, אבל בשפחתו שיש בידו לשחררה, דבריהם קרובים דלא שביק היתירא ואכיל איסורא אלא א"כ הוחזק בפריצות עריות. וכן בת ישראל שתבעל בעדים, אם לא היו חשודים בפריצות עריות, העמד בני ישראל ובנות ישראל על חזקתן ובחזקת כשרות הן שלא יתפרצו בפני עדים לזנות, ודברי הגאונים ז"ל קיימים הם.

וכדי לבאר את שיטת הגאונים, הרמב"ם והראב"ד, יש להבין בגדר קדושין בביאה. האם קדושי ביאה דמי לקדושי כסף ושטר, וכמו שבקדושי כסף ושטר צריך שתהיה כונה לשם קיחה של קדושין, כך גם בקדושי ביאה, כל שלא כיון לשם קדושין ולשם קיחה אינה מקודשת לו. ומעשה הקדושין שהתחדש במתן התורה בכי יקח איש אשה ובעלה, יצר את המסגרת והגדר לכל האופנים של מעשי הקדושין, דאיתקוש הוויות להדדי. או י"ל שקדושי ביאה אין בה כונה לקיחת קדושין אלא על דעת שיחיו יחד כאיש ואשה שלא על דרך זנות, ובמעשה הביאה נוהג בה כפי שנוהג עם אשתו, וכיון שהתכוין לחיות עמה כאיש ואשה, מקודשת לו בקנין ביאה. והיינו כשם שקודם מתן תורה היתה אשתו בביאה, כך גם אחר מתן תורה, לאחר שחידשה התורה קדושין היינו שהאופן שהיה קודם מתן תורה, נשאר גם לאחר מתן תורה, אלא שהתוצאה שלאחר מתן תורה שהיא מקודשת וצריכה גט להתירה לעלמא, וכן שהקדושין יהיו בפני עדים, ועוד נפק"מ, אבל בעצם מעשה ואופן קדושי ביאה, לא השתנתה המציאות בין קודם מתן תורה לאחר מתן תורה. דהרמב"ם בריש הל' אישות, כתב וז"ל:

"קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה, כיון שנתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחלה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה, שנאמר; כי יקח איש אשה ובא אליה."

והיינו דמה שחדשה התורה ב"ובעלה" או ב"בעולת בעל" הוא שע"י הביאה תהיה מקודשת, כמו שקודם מתן תורה היתה בכה"ג "לו לאשה". או שכשחדשה התורה קדושין בביאה, דומיא דכי יקח של קדושי כסף ושטר, וצריך להתכוין לקחתה לו לאשה, והיינו לשם קנין קדושין, שתהיה היא מקודשת לו וקנויה לו, ואסורה אכולי עלמא כהקדש.

עוד יש להבין בחזקה זו שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וגמר ובעל לשם קדושין, אם זה גדר חזקת כשרות, שמחזיקים את הבא על הפנויה כאדם כשר שבדאי בעל לשם קדושין, דכיון דיש בידו היתרא ואיסורא, בודאי לא שביק אינש היתרא ואכיל איסורא. או שאין זה מחזקת כשרות אלא כך הטבע של האדם שכאשר מתיחד בפני עדים, אין רוצה שתהיה בעילתו בעילת זנות אלא לשם אישות. וצד זה מתבאר יותר אם כל קנין הביאה הוא לא עם כונה לעשות ליקוחין של קדושין אלא להיות כמו איש ואשתו, דבזה י"ל טפי שכך הוא הטבע, שכשמתחד בפני עדים ודאי עושה כן

על דעת שתהיה אשתו וע"ד לחיות איתה כאיש ואשה, וזה כבר חזקה מטבע הנהגת האדם ולא מכח חזקת כשרות. ונפק"מ בזה למי שאינו מוחזק בכשרות, וגם אינו פרוץ בעריות, דאי פרוץ בעריות, כבר יצא מתורת דרך הנהגת האדם לחיות כאיש ואשה, משא"כ אם לא מוחזק בכשרות ואינו פרוץ בעריות, עדיין יש לו את הנהגת טבע האדם לחיות כאיש ואשה.

ובדרך זו סברתי לבאר את מחלוקת הגאונים, הרמב"ם והראב"ד הנ"ל. דנראה דדעת הגאונים ברישא של דברי הרמב"ם היא לא מחמת חומרת האיסור, ואשר על כן מעמידים את הבעל בחזקת כשרות שלא עשה בעילתו בעילת זנות, אלא מחמת קולת הקנין, דעצם קנין הביאה אינו מצריך כונה של "ליקוחין לקידושין", אלא להיות לו לאשה ולחיות עימה כדרך איש ואשה, ובזה כל מי שבוועל בפני עדים, חזקה שאינו עושה בעילתו בעילת זנות, ואינו תלוי בכשרות האדם. ולכן מה שהביא בשם הגאונים לענין הבא על שפחתו, כתב הרמב"ם בלשון: " והגדילו והוסיפו בדבר זה ...", שאין זה מאותו טעם של הרישא, אלא הוסיפו שבזה יש טעם נוסף והוא מחמת חזקת הכשרות, דודאי לא יבוא על שפחתו ללא ששיחרר אותה, או דחיישין או ודאי שחרר, עכ"פ היא סברא שונה מהסברא של הבא על הפנויה, דבהבא על הפנויה זה מחמת הרצון לחיות כאיש ואשה, וקנין הביאה הוא כמו קודם מתן תורה ולא בעינן כונה לקדושין, משא"כ בבא על שפחתו היא סברא נפרדת מחמת חזקת הכשרות שאינו בא על שפחתו. ונפק"מ במי שאתרע חזקת כשרות שלו, שמה שהוסיפו הגאונים והגדילו הוא מחמת חזקת הכשרות.

ושיטת הרמב"ם שקנין ביאה הוא באופן שמתכוין לעשות ליקוחין של קדושין, כמו אשה שנקנית בכסף ובשטר שצריך להתכוין לעשות ליקוחין של קדושין, הוא הדין בקונה את האשה בדרך השלישית של ביאה. וס"ל לרמב"ם שאין חזקה של כונה לקדושין בפנוי הבא על פנויה, דמהיכי תיתי יתכוין לקדושין, ואף במי שמוחזק לכשרות, אין סלקא דעתך שיתכוין לקדושין. ורק באופן שגירש את אשתו והתיחד איתה, או במקדש על תנאי ובעל סתם, דבמקרים אלה יש קשר של אישות ביניהם, ועל כן יש חזקה שבוועל לשם קדושין. דהנה הרא"ש בגיטין ח"ג כתב בהסבר המגרש אשתו ולנה עימו בפונדקי, וז"ל:

"... אם ראוה שנבעלה בין ארוסה בין נשואה צריכה הימנו גט, דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קידושין. ומסתבר דווקא בגרושתו מן האירוסין כיון שכבר היתה ארוסתו אומר נתחרטו על הגירושין וחזר ובעל לשם קידושין, אבל אם ראו עדים שבעל אשה דעלמא אין חוששין לקידושין, דהא אמר ר' אלעזר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה ולא אמרינן שבעל לשם קידושין, ולא מפליג בין בעל בפני עדים ובין בעל שלא בפני עדים. וכן נושא אדם אנוסת

אביו ומפותת אביו, ולא חיישינן שמא בעל לשם קידושין והויא אשת אביו, וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"י דקידושין. "

ומבואר ברא"ש דדוקא באשתו שגרשה די"ל שמתחרט על הגירושין, בזה אמרינן שבעל לשם קנין קידושין, כיון שברצונו לחזור למצב הקודם של היותה נשואה לו, וע"כ בעל לשם ליקוחין של קדושין. ולענין מקדש על תנאי וכנסה סתם, דאיפלגו רב ושמואל אי צריכה גט, וקיי"ל כרב דצריכה הימנו גט (כתובות עב, ב - עג, א), ובגמ' שם; אמר אביי, לא תימא טעמיה דרב כיון שכנסה סתם אחולי אחליה לתנאיה, אלא טעמיה דרב לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ועיין בתוס' שם (ד"ה אלא), וז"ל:

"צריך לפרש שמחמת כך נתכוין לקדש בבעילה, דאם נפרש דאין אדם בועל בעילתו בעילת זנות ולפיכך מחל התנאי וחלו קדושי כסף, א"כ מאי פריך והא איפליגו בה חדא זימנא, דהתם מקודשת לפי שבעל לשם קידושין והכא מקודשת מחמת קדושין הראשונים."

מבואר מדברי התוס' דמקדש בביאה, ודוקא בכה"ג שמתחרט על מה שקידש על תנאי, אמרינן שבביאה מקדש דומיא דקדושי כסף ומתכוין ללקוחין של קדושין, מחמת שרוצה שבביאה זו תהיה מקודשת לו דומיא דקדושי כסף דמעיקרא. ורק באופנים אלה ס"ל לרמב"ם שמתכוין לקדש בביאה. אבל אי הוה ס"ל דקדושי ביאה לא בעינן כונה לקדושין אלא כונה שתהיה אשתו ולחיות עימה כמו איש ואשה, וכמו קדושין דקודם מתן תורה, א"כ מה החילוק בין פנוי הבא על הפנויה לבא על גרושתו ומקדש על תנאי ובעל סתם, דמבחינת הרצון לחיות כאיש ואשה, מה מהני מה שקודם היתה מקודשת לו. משא"כ אם בעינן כונה לקדושין, הרי כונה זו קיימת רק כשכבר היתה מקודשת לו (אא"כ מפרש להדיא, וכמש"כ הרמב"ם). כמו כן אין לומר ברמב"ם דחזקה זו דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות היא חזקת כשרות, דא"כ מה שנא פנוי הבא על הפנויה או בא על שפחתו מקידש על תנאי ובעל סתם, או בא על גרושתו. אלא דלרמב"ם זו חזקה הבאה מכח הנהגת האדם, כאשר בא על גרושתו או במקדש על תנאי, הוא עושה זאת על דעת הקדושין הקודמים, כיון שהוא מתחרט על ההגבלה שעשה (התנאי) או הגרושין שגרש את אשתו. ודוקא בכה"ג בועל לשם ליקוחין של קדושין. ובאור שמח (גרושין י, ט) כתב בבאור דברי הרמב"ם, וז"ל:

"והמכוון מדברי רבינו דלא מן חומר האיסור דבעילת זנות אמרו חזקה זו, רק באשתו אמרינן דמתחרט על הגט, או בועל שלא לשם תנאי, אבל לומר מחזקה דעושה אזיקים על צוארו לומר שמקדש אשה דעלמא, זה לא אמרינן ... וכל זה רק לסברת רבינו דלאו משום חומר האיסור מיירי, משום איסור זנות. רק דבאשתו תולין דרוצה לקנותה לאשה להיות בלתי תלוי בספק, ועיין רא"ש (גיטין ח, ג) שהסביר כדפרישית. ולפי דברי רבינו נראה ברור דאף אם היתה נדה ג"כ אמרו

דלשם קדושין בעיל, כיון דלאו משום חומר האיסור, רק שרצונו לחזור ולהתקשר עמה שתהיה אשתו, וחוזר בו מהגט. וכיון דבנדה תופסין הקדושין, ודאי לשם קדושין בעיל. ואם כי הריב"ש (בסימן ו') כתב והיתה בחזקת נדה כו', ואם לאיסור כרת התירו בביאתו, איך יחוש לאיסור קל דפנויה. זה לדברי הגאונים דאפילו בפנויה דעלמא אמרו חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והוא משום חומר איסור דפנויה, והיכי דמצי למיעבד היתרא לא שביק ואכיל איסורא, אז יתכן לומר כן, כיון דעבר על איסור חמור, תו לא איכפת ליה במה דפש איסורא דזנות. אבל לשיטת רבינו דהוא ענין אחר אין כאן מקום לסברא זו, ודוק."

מדברי האור שמח מבואר דלשיטת הרמב"ם החזקה קיימת במקום ששייך לומר שמתחרט על המעשה הקודם ורוצה לחזור למציאות של קדושין הקודמים, שזה דרך האדם בכה"ג לבעול לשם קדושין. וממילא זה שייך גם באשתו נידה ומי שאינו שומר תו"מ, דאין זה מחמת חזקת כשרות אלא שחוזר בו מהגט ומהתנאי, וזה שייך גם בבא על הנידה. וכל החילוק שכתב הריב"ש דלא שייכת חזקה זו בבא על הנידה, היינו דוקא לשיטת הגאונים דחזקה זו היא חזקת כשרות, משא"כ לשיטת הרמב"ם. אמנם למש"כ לעיל דגם לגאונים יש שתי דרגות, האחת מחמת קלות הקנין, שאין צריך כונה אלא לחיות כאיש ואשה, וזה שייך אף במי שאינו כשר. (אולם למי שהוא פרוץ בעריות, נראה דאין בזה את החזקה שבא עליה כדי לחיות עימה כאשתו, ועיין להלן בדברי הראב"ד). והדרגה השניה בבא על השפחה וכו', וכמדויק מדברי הרמב"ם בדברי הגאונים; "והגדילו והוסיפו בדבר זה ...", וזה מחמת חזקת הכשרות. אבל בפנוי הבא על הפנויה, לא מחמת חזקת כשרות צריכה גט, וכמש"כ לעיל, ממילא גם לגאונים הוא הדין בבא על פנויה נידה.

ועל דרך זו נראה לבאר את דברי הראב"ד הנ"ל בהשגתו על הרמב"ם. הראב"ד מחדש ומחלק שאין חזקה זו בפרוץ בעריות. ולכאורה למה לי פרוץ בעריות, אפילו אינו פרוץ בעריות רק שאינו שומר תו"מ, כגון בא על הנידה לכאורה ג"כ צ"ל דאין לו חזקת כשרות. והנה הראב"ד כשמצדיק דברי הגאונים בשפחה, כתב הטעם דבידו לשחררה וע"כ לא שביק אינש היתרא ואכיל איסורא. ולענין פנוי הבא על הפנויה כתב דהעמד ישראל בחזקת כשרות. ונראה לענין לא שביק היתרא ואכיל איסורא יתכן ושייך גם בבא על הנידה, דכעת אין לו אפשרות של היתר, שהרי היא נידה, וכיון שהוא בעל עבירה, בא עליה באיסור, משא"כ אם היה בידו לטהרה, לא שביק היתרא ואכיל איסורא, ולכן בשפחתו שבידו לשחררה, ודאי ישחררה, אא"כ הוא פרוץ בעריות. ובזה דייק הראב"ד שצריך להיות מוחזק כפרוץ בעריות, דלאכול איסור כשיש היתר, זו חזקה שטבועה בעצם מהות היהודי, אא"כ הוא מוחזק כפרוץ בעריות. ולא מספיק שיהיה חשוד על העריות כדי שאיתרע חזקתו, כיון שזו הנהגה של כל יהודי שלא לאכול

איסור כשיכול לאכול היתר. [ואנו רואים כיום שהרבה שאינם שומרי תו"מ, מקפידים להנשא דוקא כדמו"י. אמנם באר"י אין כ"כ ראייה, דכך הוא החוק. או י"ל שאינם מקפידים להנשא כדמו"י אלא רק שיהיה טקס של קדושין]. משא"כ בפנוי הבא על הפנויה דשיטת הראב"ד שאין בזה איסור של קדשה לשיטת הראב"ד (עיין אישות א,ד), א"כ לא שייך בזה לא שביק היתרא ואכיל איסורא, וא"כ כל זה הוא מחמת "חזקת כשרות שלא יתפרצו בפני עדים לזנות", זו כבר חזקה של התנהגות ראויה, וזו אינה אצל כל אחד, ואם הוא חשוד על העריות, כבר איכא למיחש שלא יתנהג בדרך הראויה. ולכאורה גם אם בא על הנידה, לענין זה כבר הוא בבחינת חשוד בפריצות עריות ואיתרע חזקת כשרות שלו, ע"א שלענין לא שביק היתרא ואכיל איסורא אינו נחשב כפרוץ בעריות וכמש"כ לעיל. או י"ל דגם בא על הנידה עדיין יש לו חזקת כשרות לענין שאינו פרוץ בעריות. דפרוץ בעריות משמעותו שאינו רוצה לחיות עימה שתהיה אשתו והוא אישה, וגדר פרוץ בעריות גם כאן הוא באופן שפרוץ שאינו רוצה שתהיה לו אשה המיוחדת לו לחיות עימה כאיש ואשה, וזה אינו בבא על הנידה. ומ"מ גם לראב"ד החזקת כשרות של פנוי הבא על הפנויה בפני עדים היא חזקת הנהגה שאדם לא מתפרץ בעריות אלא רוצה לחיות עימה כמו איש ואשה ולא לזנות.

ופנוי ופנויה שנרשמו ברשויות כנשואים (נשואים אזרחיים), הגם דלשיטת הגאונים ברור שצריכה גט, דהא בלא רישום אזרחי ג"כ צריכה גט, נראה דלשיטת הרמב"ם אינה צריכה גט. דאם ההסבר ברמב"ם היה דסגי בכונה שיחיו כאיש ואשה ולא צריך כונה ללקוחין של קדושין, בזה י"ל דבפנוי אין כונה כזו, ובנרשמו אזרחית יש כונה לחיות יחד כאיש ואשה, ומש"כ הרמב"ם דדוקא בהתיחד עם גרושתו או קדש על תנאי ובעל סתם, היינו כשלא נרשמו בערכאות מוכח שרוצה לחיות עימה כאיש ואשה, והוא הדין בנשאו אזרחית. אולם למש"כ בהסבר הרמב"ם דבעינן כונה לקדשה בביאה זו, ממילא גם בנשאו אזרחית לא שייכת כונה זו טפי מבפנוי הבא על הפנויה. ויותר מזה י"ל, דאף אם הרמב"ם היה סובר דבפנוי הבא על הפנויה מחמת החזקת כשרות יש כונה לקידושין, מ"מ בנשאו אזרחית מוכח לכאורה שיש כונה הפכית, אא"כ חזרו אחר קדושין כדמו"י ולא אפשרו להם מחמת כל סיבה שהיא. אולם גם ללא כונה הפכית, כיון שאין כאן כונה חיובית, בזה סגי שלא יצטרכו גט.

ובתש' בית אפרים (חאהע"ז סי' מב) הביא תש' מבעל השאגת אריה שכתב בתו"ד בענין חזקה זו, לצדד להתיר ללא גט, דכל מה שאמרו חזקה זו שודאי בעל לשם קדושין אינו אלא בדורות ראשונים שהיה דרכם לקדש בביאה, וממילא היה דין זה ברור לכל;

"אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה, אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאים בהלכות קדושין ... והלואי שרוב המורין בדורינו ידעו הלכות קדושין על מתכונתו."

אמנם נראה דסברא זו של השאגת אריה היא דוקא לשיטת הרמב"ם דצריך להתכוין לשם קדושין. אולם לשיטת הגאונים שהכונה היא לחיות כאיש ואשה ואין צריך כונה ללקוחין של קדושין, כונה זו שייכת גם אם אינו יודע הלכות קדושין. גם בתש' חתם סופר (ח"ב סי' נח) דן בבעל שנתן גט לאשתו מחמת שהיה צריך לילך לצבא המלחמה, ומיד עשו ביניהם קשר שדוכין, ולאחר זמן בא הבעל לחופשה מהצבא, והתארח בבית אשתו, וטבלה ונולדה להם בת, וכעת חזר לצבא המלחמה ומי יודע מתי ישוב. ויש שטענו שכיון שהתגרשה גרושין גמורים והתקשרה בקשרי שדוכין, ודאי בעל לשם קדושין וצריכה גט שני. ובסוף דבריו השיב החת"ס, וז"ל:

"אי היתה חושבת שהיא פנויה והוא מחזיר גרושתו, אין דרך לקדש ולישא בפעם אחת בביאה אלא מקדשין בכסף ומכניסה לחופה לנישואין, אבל לקדש בביאה אין דרך כלל, מכ"ש לקדש ולישא בפעם אחת. ומה דאמרי' בסוגיא דמומין אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, התם כבר אירסה ונכנס לחופה כדמו"י אלא בשעת בעילת מצוה מצא בה מום, אמרינן חוזר ובוטל לשם קידושין דלא לשויא בעילתו זנות, אבל אלו שהכינה עצמם לכך להחזיר גרושתו, בודאי היה מקדש בכסף והדר בעל. ולא מלבי אני אומר זה אלא זהו כוונת בית שמואל קמטא, למעייין ומבין בדבריו, וכ"כ הרא"ש להדיא סי' ה' דבזה"ז אין מקדשין בביאה דרב מנגיד ע"ש, ע"כ יש הוכחה שלא קידש בביאה, אא"כ במקום שאחז"ל. מכל הנ"ל נ"ל שבעילת זנות היתה, ומ"מ הבת היא בתו לכל דבר אפילו לפטור את עצמה מחליצה, ולא לימא כי היכא דאפקרא נפשה לגבי דהאי וכו', דהא לא אעקרא נפשה אלא בטעותא הוה ואיתתא שריא לעלמא, כנלע"ד."

מבואר מדברי החת"ס דבזה"ז שאין דרך לקדש ולישא בביאה אלא לקדש בכסף ולישא בחופה, ובכלל אין דרך לקדש בביאה, בודאי אם היתה כונתו להחזיר גרושתו, היה מקדשה בכסף ואח"כ נושא בחופה. וכל דברי הרמב"ם לענין מחזיר גרושתו הם בזמן שהיה דרך לקדש בביאה.

ב. חזקה זו באשה האסורה לו

לעיל הובאה דעת האור שמח דלשיטת הרמב"ם גם בבא על הנידה אמרינן חזקה זו, בבא על גרושתו או במקדש על תנאי ובעל סתם. הריב"ש בתש' סי' ו' דן באשה ממשפחות האנוסים שילדה בן אחר שנשאת בחוקות העכו"ם לבן ממשפחות האנוסים, לאחר שרצה להנשא לה קודם הגזירה ולא עלתה בידו. והלך האיש מעבר לים, ושאלתה בפיה אם צריכה גט. וכתב הריב"ש שאין בנשואין שנעשו בנימוסי העכו"ם חשש קדושין. ודן הריב"ש בענין חזקה זו של אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ובמחלוקת הגאונים והרמב"ם, וס"ל דאף לגאונים בנדרן זה לא בעל לשם קדושין; "דכיון שהתנו בנישואין

בחקות העובדי ככבים ובבית במוותם מפי הכומר, הרי הוא כאילו פירשו שאין דעתם לשם קדושין כדת משה ויהודית, אלא בדרכי עובדי כוכבים, שאינן בתורת קדושין וגיטין. וא"כ אינה כנשואה, אלא שהיא אצלו כמו פלגש בלא כתובה וקדושין". עוד הביא מהראב"ד (הנ"ל) דבפרוצים בעריות אין חזקה זו, ושכן היא דעת הרמב"ם בהל' נחלות ד,ו:

"ובנדון זה ודאי אין לך פרוצין יותר מאלו ההולכים ברצון נפשם לפני עבודת ככבים להשתחות שם, ומעשיהם מוכיחים בפריצותם ובקלותם. ואף כי בעונות אחר הגזרה, זולתי יחידים מיעוטא דמיעוטא, רבו המתפרצים בזנות של נכריות, אף כי בזנות של בת ישראל פנויה דנעשה להם כהיתר, אין צ"ל בקלי עולם כזה, שהוכיח סופו על תחלתו, שהניחה מעוברת והלך לו. ועוד שזו כשתבעוה לינשא ונתפייסה, היתה צריכה לישב ז' נקיים, והיתה בחזקת נדה, ולא טבלה לנדתה, שהרי לא היה להן אז אחר הגזירה מקוה טהרה, וא"כ הרי בא עליה ביאת זנות מספק נדה. ואם לאיסור כרת התיר עצמו בביאתו, איך יחוש לאיסור קל של פנויה. אצ"ל לדעת הרמב"ן ז"ל המתיר פלגש בלא קדושין, כיון שהיא מיוחדת לו. ולדעתו ז"ל אין איסור בפנויה, אלא בבא עליה דרך מקרה אם באונס אם בפתוי, אבל הפנויה המיוחדת לאיש מדעת שניהם, אין בה ביאת זנות. ובר מן דין לפי מה שנראה מן השאלה, לא היו כאן אפי' עידי יחוד, ולכ"ע אין חוששין לקדושין בלא עדים..."

מבואר מדברי הריב"ש דאלו ההולכים להתחתן בנימוסי העכו"ם, מוכיחים את פריצותם וקלותם. ובפרט שאינו חושש לאיסור נידה, ואיך יחוש לביאת זנות. ומבואר דמי שבא על הנידה או אינו חושש לאיסורי עריות וחייבי לאוין של קדושין, לא אמרינן גביה חזקה זו. וכן מבואר בתש' הרדב"ז (ח"א סי' שנא) במומר שהתחד עם גרושתו ואף נשא אותה בערכאות, אם אמרינן דבמומר ג"כ חיישינן שבעל לשם קדושין. והשיב דאף שלכאורה בא על גרושתו, ואף לרמב"ם אמרינן גביה חזקה זו דאינו עושה בעילתו בעילת זנות, מ"מ אין לחוש בנדון זה. דקדושי מומר לאו דאורייתא נינהו אלא משום חומרת אשת איש אמרו מומר שקדש חוששין לקדושו, דמדין תורה הרי הוא כעכו"ם לכל דבריו, והכא חששא הוא שמא בעל לשם קדושין, שהרי אינה ודאי מקודשת, שאם בא אחר וקדשה קידושי ודאי, תפסו בה קדושי שני, וכיון דהוי ספיקא באיסורא דרבנן אזלינן בה לקולא;

"ותו דלא אמרו רבנן חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלא בישראל הכשר שהוא זהיר במצות, דלא שביק היתרא ואכיל איסורא, או אפילו בישראל סתם דאכתי לא אתחזק לן, אבל מומר שהוא עובר על כל התורה כולה והוא פרוץ בעריות ובגויות איתרע חזקתיה ולא אמרינן חזקה אין עושה בעילתו בעילת זנות. וכיוצא בזו כתב הראב"ד ז"ל לתקן דברי הגאונים ז"ל ... וכל שכן בנדו"ד

שהוא מומר לכל התורה כולה, שאינו מתבייש לזנות אפילו בפני עדים, ופשיטא דלא בעל לשם קדושין ... תו איכא טעמא אחריתי כיון שנשא אותה בערכאותיהם, שוב אינו רוצה בדת משה וישראל, וא"כ איך נחוש שמא בעל לשם קדושין והוא אינו חפץ בתורת קדושין. וכיוצא בזה כתב ריב"ש ז"ל בתשובה סי' ו' ... ומכאן אתה למד שהמתייחד עם גרושתו והיא בנדתה אינה צריכה גט, דמה נפשך, אם הוא זהיר בנדה, הרי לא בעל, ואם אינו זהיר בנדה, כיון דלא חייש לאיסור כרת לא חייש לבעילת זנות ולא בעל לשם קדושין. וכן הדין במי שהוא פרוץ בעריות ורגיל לבוא ביאות אסורות, דכיון דלא קפיד בהכי לא בעל לשם קדושין אלא לשם זנות בעלמא כשאר ביאותיו ..."

מבואר מדברי הרדב"ז דבמתייחד עם הנדה, לא אמרינן שבעל לשם קדושין וכמש"כ הריב"ש, דכיון שאינו זהיר באיסור כרת, ודאי לא חייש לבעילת זנות. אמנם מדברי הש"ג (גיטין לה, א - לה, ב בעמוה"ר) נראה מדויק דלא כריב"ש והרדב"ז. הש"ג כתב לענין מתייחד עם גרושתו, שאם התייחד עימה אחר שנשאת לאחר והתאלמנה, שאינה צריכה ממנו גט, שאין בעילתו לשם אישות אלא לשם זנות, דאם יבעל לשם אישות הרי הוא לוקה. ומדנתן הש"ג טעם שאם יבעל לשם אישות ילקה, ולא כתב דכיון שעבר על איסור אף אם אינו לוקה, כבר לא חייש לאיסור חמור וכו', הרי דמחמת ביאת איסור לא איתרע חזקתו. וכן נראה מדברי הרשב"א בתש' (חדשות סי' קסב) בענין אשת איש שאמרה פנויה אני והתקדשה לאחר, ולאחר שהתקדשה, הביאו לה גט מבעלה הראשון, דלכאורה אינה צריכה גט משני, כיון שבשעת הקדושין לשני היתה נשואה לראשון. וכתב הרשב"א להצריכה גט, הן מחמת הגזירה שיאמרו גרש ראשון ונשא שני, כדאיתא בר"פ האשה רבה, אמנם בזה צריכה מעיקר הדין;

"כיון שידע זה השני שיש עדים שנתקדשה כבר לראובן, וראה הגט ביד האשה שגרשה ראובן, יודע הוא שאין קדושין תופסין באשת איש, וגמר ובעל אחר גרושי הראשון לשם קדושין. וכדאמרינן במקדש את הקטנה, דהיכא דבעל אחר שגדלה ועמדה ונתקדשה לשני, אינה צריכה גט משני, מפני שאדם יודע שאין קדושי קטנה כלום וגמר ובעל לשם קדושין, כסברתו של רב, כדאיתא בפרק המדיר ובפרק ב"ש דיבמות, וקימא לן כותיה. ובוראי אף על פי שהיא אסורה לו דבר תורה, וכדאמרינן בסוטה כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבעול, כמו שדרשו מדכתיב ונטמאה ונטמאה ונטמאה ג פעמים, מכל מקום קדושין תופסין בה מן התורה, הילכך כשהיא יוצאה אינה יוצאה בלא גט מן הספק הזה. ואם יש עדים שנתיחדה אצלו אחר שגרשה, צריכה גט ממנו, כמו ששנינו המגרש את האשה ולנה עמו בפונדקי, שצריכה גט שני כדברי ב"ה והלכה כדבריהם."

ומש"כ הרשב"א מן הספק, היינו ספק נבעלה, אבל בודאי נבעלה, צריכה גט. ומ"מ מבואר ברשב"א דאף שהיא אסורה לו מדין ונטמאה, כיון דקדושין תופסין בה, בעל

לשם קדושין, ולא אמרינן מדלא חש לאיסור החמור, לא יחוש לאיסור הקל. אמנם גם הרשב"א מיירי שיש להם קשר של אישות קודם לכן, אבל באין כל קשר של אישות, וכגון פנוי הבא על הפנויה בפני עדים, י"ל גם לרשב"א לא אמרינן חזקה זו. ועיין באחיעזר ח"א ט,ט שהקשה סתירה לדברי הרב"ז ח"ד סי' רעז, וכתב לישב דשאני בנידון הרשב"א "דהא מיירי שקידשה בתחילה וכנסה לתוך ביתו כאיש ואשה שניסת אליו במזיד, וגם אחרי שנתודע אליו שהיא אשת איש ואחרי הגירושין שהתה אצלו כבתחילה כאיש ואשה ולא הוציא את הרשעה מתוך ביתו ...". ומבואר דהיינו דוקא כשהיה ביניהם קודם קשר של אישות אמרינן חזקה זו. [ועיין באבנמ"ל לג,א דמוכח מהרשב"א דעשה דנטמאה עובר אף בלא קידוש, דאל"כ אמרינן דלא קידש כדי לא לעבור על העשה. וע"ע שם במה שהביא דגם התוס' ס"ל כרשב"א, ומש"כ בחילוק בין הרשב"א לתוס'].

אמנם י"ל דלסוברים כשיטת הרמב"ם דדוקא ביש לו קשר אישות קודם, כבגרושתו או במקדש על תנאי, בזה אמרינן שבעל לשם קדושין, וא"כ אף בעושה איסור, דהחזקה אינה מחמת האיסור וחומרתו אלא מחמת רצונו של האדם שתהיה האשה מקודשת לו כדמעיקרא (בגרושתו), או באופן מוחלט (במקדש על תנאי), ממילא אין חילוק בין בא על הנדה או עושה איסור אחר, דרצונו לקדשה אינו מחמת חומרת האיסור או כשרות האדם אלא דזו הנהגה בטבע האדם, שבא על גרושתו או על ארוסתו שקדשה על תנאי, שגמר ובעל לשם קדושין.

ג. הדעות להלכה בקשר אזרחי ובאינם שומרים תו"מ

ובאוצר הפוסקים ריש הל' קדושין אסף כעמיר גרנה את דעות כל הפוסקים ראשונים ואחרונים בדין מי שנשאו אזרחית, בפרט אם אינם שומרי תו"מ. הנה עיקר הדיון נסוב סביב חזקה זו של אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והדין בבוועלי נידות, אם שייכת חזקה זו. כמו כן דנו לעצם קנין ביאה, ואם בעי עדים או סגי במה שיודעים שגרים יחד. אולם העלו עוד חששות לחייב בגט, מהא דתנן יבמות פזב; האשה שהלך בעלה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעלך ונשאת ואח"כ בא בעלה, תצא מזה ומזה וצריכה גט מזה ומזה. ובגמ' פחב, הקשו, דבשלמא מראשון צריכה גט, אבל משני הוי זנות בעלמא, ואמאי צריכה גט. אמר רב הונא, שמא יאמרו גירש זה ונשא זה, ונמצאת אשת איש יוצאה בלא גט. הרי דגזרו על גט מדרבנן מחשש הרואים שיאמרו שנשואה לשני לאחר שראשון גרשה. וא"כ גם בנשואין אזרחית יש לחוש מהרואים שיאמרו שנשאו זל"ז באופן המועיל, כגון שפעם חזרו בתשובה ובעל לפני עדים, או שחזר ונשאה בחו"ק, ויאמרו אשת איש יוצאה בלא גט, כיון שיש פומבי שהם בני זוג, וירבה פרעות בישראל. וכל זה מחשש דרבנן. ויש שחששו שאם נתיר באופן גורף נשואין אזרחיים

בלא גט, יהיו כאלה שיביאו אח"כ עדים שבעל לשם קדושין, ואיך נוכל לחקור בכל פעם, ויוציא הבעל לעז על בניה מהשני. עוד חששו לדעת הרמב"ן בתש', הביאה הרמ"א אהע"ז קמט,א דבמשודכת דליבו גס בה, יש לחוש אם בא עליה בפני עדים. והוא הדין בנישואו אזרחית דליבו גס בה. ויש מחמירים מחמת מה שנותן לה טבעות, שמא הזדמנו שם עדים כשרים, וכן מחמת שנותן לה שטר הערכאות, שמא יש בו לשון קדושין. ועיין עוד בצפנת פענח ח"א סי' כו וכו שכתב דנלמד מהעשה של ודבק באשתו האמור בבן נח, עיי"ש.

אמנם רבים מהאחרונים כתבו דאינה צריכה גט, ורק מחומרת אשת איש, היכא דאפשר מסדרים ביניהם ג"פ. וסברות שונות נאמרו בטעם זה, דחזקה זו לא אמרינן באלו הפרוצים בעריות, ובודאי אינו בועל לשם קדושין, וחזקה זו לא נאמרה אלא במי שמחזר אחר קדושין כדמו"י, וכשנישאים אזרחית הרי הם מצהירים שלא רוצים להנשא כדמו"י, ורבים מהם יש בהם גם חסרון ידיעה של ביאה לשם קדושין, ובפרט שיודעים כיום שאין להנשא אלא בחופה ורב, ואף אם ימצא באחד מאלף שידע ויכוין, שוינהו רבנן ביאת זנות. וכן מה שמחזרים אנשים חילונים אחר נשואין כדמו"י, אין כוונתם אלא על טקס הנשואין ולא בעצם הקדושין כדמו"י, דמתכוונים לאישות ע"פ הדין האזרחי. ובפרט שרבים מהם ניחא להו כיום להיות בקשר אזרחי בלבד, שיוכלו להפרד מתי שיחפצו ללא קשר מחייב.

ופה באר"י מנהג בתי הדין שמצריכים גט לחומרא, אולם כשאין אפשרות להשיג גט או בשעת הדחק, מתירים לאשה להנשא ללא ג"פ. כן דעת הגר"מ פיינשטיין (אגרות משה חאהע"ז סי' עה), בחלקת יעקב (הגר"י ברייש), שבט מיהודה (הגר"י אונטרמן), הגרש"ז אויערבך (מובא בדברי משפט) ועוד. לפ"ז בנדו"ד לכאורה יש לסדר ג"פ, כיון שניתן להשיג ג"פ, ואין לומר שתאסר על מי שחיה עמו כעת (אבי הבן), דודאי מה שמצריכים גט הוא משום חומרת אשת איש, ולא אמרינן שתאסר לבעול (עייין היכל יצחק ח"ב סי' לג, יובא להלן). אך מחמת חשש לעז על הבן, יש לדון אם להזקק לגט, אם עדיף להתירה בלא גט, כיון שרוב הפוסקים ס"ל דאין לחוש לקדושין, או אין לחוש בכה"ג על לעז הבן שנולד מאחר.

ד. אם לחוש ללעז ולסדר גט בקשר אזרחי

הרמב"ם בהל' גרושין י,ב, כתב וז"ל:

"וכל מקום שאמרנו בחיבור זה שהגט פסול הרי זה פסול מדברי סופרים בלבד ונפסלה בו מן הכהונה מדברי תורה, ולכתחלה לא תנשא ואם נשאת לא תצא והולד כשר, וכותבין לה גט אחר כשר ונותנין לה והיא תחת בעלה, ואם אי

אפשר לכתוב אחר והיה הבעל ותיק וגירש מעצמו הרי זה משובח אם אין לו בנים, אבל אם יש לו בנים לא יוציא מפני פסול הגט שמא יוציא לעז על בניו. מבואר מדברי הרמב"ם דאם גרשה בגט פסול מדרבנן והלכה ונשאת, אם יש לה בנים מהשני, לא יכתבו לה גט אחר כדי שלא יוציאו לעז על הבנים. ועיין בגר"א לאהע"ז קנ"ח דמקור דברי הרמב"ם מגיטין פ"ב, לרב דס"ל בג' גיטין פסולין דתצא, ביש לה בנים לא תצא. וכן ביבמות כ"ב, תנן: הנטען על אשת איש והוציאה מתחת ידו, אע"פ שכנס יוציא. ושם בגמ', דביש לה בנים לא תצא. ועיין ברש"י שם, דכי מפקי לה, קא מחזקיה לקלא קמא ועבדינן להו ממזרים. אמנם כ"ז לענין שלא יוציא, אולם לענין לת לה גט והיא עורה תחת בעלה, ס"ל לתה"ד (ח"ב סי' כא) שאין בזה משום הוצאת לעז, וז"ל:

"ואשר כתבת לי דיש לה בנים, ומתוך כך רצית לומר דאין להצריכה גט שני שלא להוציא לעז, אין נראה כלל. דלא אשכחן דחיישינן ללעז בנים אלא היכא דאמרינן תצא, כההיא דפרק שני דיבמות (כ"ב) ופרק בתרא דגיטין (פ"ב) זמנין אמר רב לא תצא כו', אבל אי מצריכנא גט שני ליכא לעז, דאמרי - רבנן לרווחא דמילתא החמירו, אבל להוציא מתחת בעלה ודאי איכא למיחש ללעז. דאי לאו דהו"ל לרבנן חששא גמורה, לא היו אמרי רבנן תצא, דנראה דשלשה גיטין ודאי אפי' נשאו ויש לה בנים ואפשר לתקן ע"י גט אחר מזקינא לגט אחר, דהא קתני רב דפסולים הן. ורב נמי הו"ל לאשמועינן דאין צריך גט אחר אם יש לה בנים, וכ"ש שלא תצא. ותו, הגע עצמך, דמאי חזית דתיחוש ללעז בנים הילודים כבר ולא נצריכנה גט שני, אדרבה ניחוש ללעז בנים שילדו אחר כך בשביל גט ראשון שנמצא בו פסול, אפילו בדיעבד היכא דליכא בנים. ומסברא זו לא דמיא נמי כלל לההיא דפ' בתרא דקדושין (פ"א, א) דאין מלקין אשת איש על היחוד שלא להוציא לעז על בניה, משום דהתם לא מתקנינן ולא מכשרינן מידי במלקיות, כי הכא דמכשרינן לגמרי מכאן ולהבא."

תה"ד מחדש דמה דחיישינן ללעז הוא רק כשנוציאה מתחת בעלה השני, אבל אם מצריכים גט ונשאת תחת בעלה השני, אין בזה הוצאת לעז, ויש לחוש אם לא נסדר גט, ללעז הבנים שיולדו לאחר מכן. וכדברי תה"ד פסק הרמ"א אהע"ז קנ"א. ובתה"ד מבוארים שני טעמים: אין בגט משום לעז. וטעם שני דיש לחוש ללעז הבנים שלאחר מכן. ולענ"ד נפק"מ בין הטעמים באשה שנשאה אורחית ונפרדה ונולדה לה ילדים מאחר, אם לסדר גט מראשון. דהנה הרמב"ם ותה"ד מייירי בגט שהוא פסול מדרבנן, דבזה ס"ל לתה"ד דיש לסדר גט. אבל בנשואין אורחיים שהגט הוא מחמת חומרא, דהרי למה דקיי"ל אם נשאת בלא גט, לא אמרינן דתצא. ובזה אולי יש לחוש ללעז ולא לסדר ג"פ. וע"כ לפי טעם הראשון שכתב תה"ד דבגט ליכא לעז, דאמרי - רבנן לרווחא דמילתא החמירו, ואם אין כלל לעז, מה לי מחמת פסול דרבנן או מחמת

חומרא, כיון שאין בזה לעז, יש לסדר לכתחילה ג"פ גם בגט שמסדרים מחמת חומרא. אולם לטעם השני שכתב תה"ד דמאי חזית דתיחוש ללעז בנים הילודים כבר ולא נצריך גט שני, אדרבה ניחוש ללעז בנים שיולדו אחר כך, בשביל גט ראשון שנמצא בו פסול. זה לא שייך בגט שמסדרים מחמת נשואים אזרחיים, דבזה לא יהיה לעז גם על הבנים שיולדו לאחר מכן, דהגט הוא רק מחמת חומרא, ולא דמי לגט שפסולו מדרבנן. ונראה ששני הטעמים אינם חולקים אלא כ"א יש בו כדי נימוק לסדר גט, וע"כ גם בני זוג שנשאו בקשר אזרחי ולאשה יש ילדים מאחר, יש לכתחילה לסדר ג"פ. ובנדו"ד לא דמי לגט שפסולו מדרבנן שלא תנשא לכתחילה, דכיון דכל מה שמזקקין גט הוא מחמת חומרא של איסור אשת איש, לא אסורה לבעל ולבועל, דרק לענין חומרת אשת איש החמירו האחרונים ולא לאיסור לבעל ולבועל.

לאור האמור יש להשתדל להשיג ג"פ מהראשון עמו היתה קשורה בקשר אזרחי, ואם לא יהיה ניתן לסדר גט מראשון, יש להתירה לשני בלא גט. ואף שתקבל גט מראשון, אין לאוסרה להנשא לשני ואף לראשון י"ל שלא נאסרה, דכל הגט הוא מחמת חומרת אשת איש, ולענין שאר איסורים קיי"ל שאינה נשואה לראשון.

ה. אם לסדר גט מראשון כשהשני כהן

אמנם בנדו"ד לא עלתה שאלה זו, אך אכתוב כאן מה שאנו נתקלים פעמים רבות, כשהשני הוא כהן, אם לסדר גט, ועי"ז יש לדון אם אסורה לכהן, או עדיף שלא לסדר גט. דהנה הרשב"א בתש' (ח"א סי' תקנ) נשאל בענין שדוכים שהתבטלו, ואמרו לאבי האשה שטוב יותר שיתן המשודך גט לבתו, כדי שלא יוציא עליה קול שהיא מקודשת. והיה אבי האשה עם הארץ ושמע בקול המלחשים, ונתן המשודך גט למשודכת, ולא יצא עליה שום קול הברה שהיתה מקודשת. ואף העדים מעידים שלא נעשה אלא מפני החשש ולא משום קול קדושין. כמו כן יש תקנה בעיר בחרם ובקנס שלא לשדך אלא בעשרה ובשליח צבור. וכעת רוצה המשודכת להנשא לכהן. והשיב הרשב"א, וז"ל:

"גט זה פוסל לכהונה. חדא דמאן לימא לן דלא נתקדשה לו כהוגן, אע"פ שיש תקנה בעיר ובקנס שלא לקדש אשה שם אלא בעשרה ובשליח צבור, דילמא עבר וקדש או לא ידע או שקדש על ידי שלוחו או שלוחה חוץ מן העיר. ואפי' אם לא נתקדשה לו כמו שאמרת, מכל מקום אין זה ידוע לכל, ואיכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהא. וכדאמרינן ביבמות לה, ב גבי פלוגתא דריש לקיש ורבי יוחנן בחליצת מעוברת ... ועוד דאמרינן בקדושין סה, א, היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך הוא מותר בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו. ואיבעיא לן עלה מהו ליתן גט, רב אמר כופין ושמאל אמר מבקשין. בשלמא מבקשין לחיי, אלא כופין למה, לימא לא ניחא לי ליתסר בקרובותיה. והא הכא דהוא

אומר לא קדשתיך וכל זמן שלא נתן גט מותר בקרובותיה. אע"פ שהיא אומרת קדשתי, ומבקשים ממנו ליתן גט, והכל יודעין שאינו אלא לספיקא ופטור מליתן כתובה. אפילו הכי כל שנתן גט הוא אסור בקרובותיה."

מבואר מדברי הרשב"א שתי ראיות לאסור מחמת גט זה לכהונה, ויש נפק"מ בין הראיות. מהראיה הראשונה דיש לחוש אולי כן קדשה, ואף שנתן הגט מעצמו, איכא למיחש לקדושין, דאיכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהא דלא היו קדושין. משא"כ לראיה השניה שהוא אומר לא קדשתיך והיא אומרת קדשתי, דלכאורה דוקא כשכופין אותו בית דין מחמת הספק יש לחוש לגט לאוסרה לכהונה, כמו ששם אסור בקרובותיה, משא"כ כשלא בית דין כפו אלא הוא מעצמו. אולם הרשב"א ס"ל דלראיה מהיא אומרת קדשתי, שמעינן את הכלל שאף גט שניתן מחמת סיבה אחרת, יש לו את כל הנפקויות של הגרושין, דאל"כ היה לרשב"א לחלק בין נדון היא אומרת קדשתי לנדון ידיה, דבנדון ידיה המשוך מעצמו נתן גט. וא"כ לכאורה הרשב"א ס"ל דאין נפק"מ אם ב"ד כפו מחמת הספק או הוא מעצמו נתן הגט.

וכדברי הרשב"א מבואר גם בדברי הרא"ש בתש' (לה,יא), באשה שיצא עליה קול שנתקדשה ולא הוחזק הקול בבית דין, אלא שהיה קול הברה, שבלילה בצאתה מן המרחץ בא פלוני וקדשה שלא מדעת קרוביה, ולא נשמע הדבר הזה מפי עדים. והאשה מכחישה ואומרת להד"ס. וקרובי האשה הכריחו למקדש ליתן גט. ושוב נתקדשה לאחר, קידושין ודאין, וגרשה האחר, ורוצה להנשא לראשון שיצא עליו קול הקידושין. והשיב הרא"ש, וז"ל:

"מילתא דפשיטא שהיא אסורה, דלית דין צריך בשש, כי היודע שנתגרשה, מה יודע שהגירושין לא היו אלא לרוחא דמילתא. וכי תימא יכריזו שלא היתה צריכה גט, איכא דשמע בגטה ולא שמע בהכרזה..."

ובתש' אחרת (ח"ד סי' שד) נשאל הרשב"א באחת שהתקדשה לראובן, והוציא עליה שמעון קול שנתקדשה לבנו בהיותה קטנה, והוא היה שליח לקדושין וכו', והאב והבת מכחישים, ואע"פ שאין בדברי שמעון כלום מכמה טעמים, אפ"ה חששו בדבר שמא יזייף עדים לקלקלה, והצריכו גט לרווחא דמילתא. ויש אומרים שצריכה היא להמתין שלשה חדשים, הואיל וקבלה גט, דגזרתו של ר' מאיר בכל היא, משום הרואים. ויש אומרים שאינה צריכה להמתין ג' חדשי הבחנה, שאין גזרתו של ר' מאיר בכל, שהרי בכל קידושין שאין מסורין לביאה, כגון מגרש ראשון ונושא שני. ואי נמי, כההיא דאמרינן שניהם נותנין גט, ואחד כונס. כל אלו, אינה צריכה להמתין, שאין הטעם אלא משום הבחנה. ואחת מבנותיך מקודשת לאחד מבני דצריכה חמשה גיטין, מה יועיל המתנה בזה, והם חמשה. ואפי' תמתינן, לא יודע אם מזה או מזה. ואפי' בקדושין ודאי, לא גזר ר"מ במילתא דלא שכיח, כההיא דבשעת כניסתן לחופה הוחלפו. והשיב הרשב"א, וז"ל:

"רואה אני בנדון שלפנינו כדברי המתירין, שאין זו צריכה להמתין, דלא נכנסה זו בכלל גזירותיו של ר' מאיר, לפי שאשה זו ודאי אין חוששין לקידושה כלל ולא היתה צריכה גט כלל, ומחמת כל הטענות הקודמות. ולא עוד, אלא קלא דמתחזק בבי דינא חיישינן לה, אי הוי בתר אירוסין לא חיישינן לה, כדאסיקנא בשלהי פרק המגרש (פטב). ואין זה גט מאישה, אלא מאיש אחר, ומותרת לכהן ולקרביו, וכדאמרינן ואשה גרושה מאישה, ולא מאיש אחר, אלמא אע"פ שקבלה גט ליכא משום הרואים, דכלל זה עולה בידינו, שכל גט שאינו גט כלל, הרי הוא כמי שאינו. ואפילו נתגרשה מאישה בגט שאין לו תורת גט, אינה כגרושה לאסור לכהונה. כארבעת גיטין שבפ' כל הגט (דף כה) ... וכבר נשאלתי על כיוצא בזה, והתיתי, ומחמת טענה זו התיתי. ואם נפשך לומר, והלא שנינו בפרק האומר (סה,א): האומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתך. איתמר, אמר רב כופין ... דשאני התם, דכיון שהיא אומרת שנתקדשה לו, ונאסרו עליו קרובותיה, ואפשר שהוא כדבריה שנתקדשה לו בפני שנים, והלכו להם למדינת הים, כל שהגט ניתן לה ממנו, הרי הוא בספק גט, ולפיכך נאסר בקרובותיה ואפי' עומד וצווח. וכ"ש אם יהיו ב"ד רואין לכופף אותו ליתן לה גט. וכ"ש היא, שצריכה להמתין שלשה חדשים, דלפי דבריה ארוסתו היתה. אבל זו שאנו רואין, ודנין קדושין אלו שאינם קדושין, ומצד עצמם אנו מבטלין אותם, אין זה גט של כלום. ועוד ראיה, מההיא דהאשה רבה (דף צב) דקא מייתי נמי מר, דהתם תנן, נתקדשה ואח"כ בא בעלה, מותרת לחזור לו, ואע"פ שנתן לה גט, האחרון לא פסלה מן הכהונה, ומשום דנתגלה שהקדושין אינם קדושין, והוי גט מאיש שאינו אישה ... ולא חיישינן לרואים, שמא יאמרו ראינו גרושה נשאת לכהן. אלא כל שאין הגט גט שמצריכים אותו ב"ד, אינו גט ואין חוששין לו. שאילו הצריכוהו ב"ד, בזה ודאי חוששין ופסלה מן הכהונה ..."

ולכאורה תשובה סותרת למש"כ הרשב"א בח"א דיש לחוש לאוסרה לכהן אף בגט שניתן שלא לצורך ומדעת עצמו, ואף אם ב"ד לא היו מצריכים גט. ובפשטות היה לחלק בין איסור כהונה לג' חדשי הבחנה, דבאיסור כהונה אף ריח הגט פוסל לכהונה, ובזה יש לחוש לרואים, משא"כ בהבחנה. ועדיין צ"ע לשיטת הרמב"ם בהל' גרושין י,א דריח הגט פוסל לכהונה רק מדרבנן, א"כ מה החילוק בין הבחנה לריח הגט. ואפשר דהרשב"א ס"ל כסמ"ג (לאוין קכג) דהוא מהתורה, ועיין בריב"ש סי' שמח, ובאור הגר"א אהע"ז ו,ג דכתבו דאיסורו דבר תורה, עי"ש. ועיין עוד במרדכי קדושין (תקלא) שהביא בזה מחלוקת ראשונים, רבי אליעזר מביה"ם ור"י הלבן אם גט שניתן מחמת חומרא נפסלה לכהונה, עיי"ש.

והח"מ ו,ב הביא את המרדכי הנ"ל ואת סתירת דברי הרשב"א הנ"ל, וכתב: "ויש לחלק". ואפשר דהחילוק הוא בין חדשי הבחנה לאיסור גרושה לכהן, וכנ"ל. ובב"ש

ס"ק ג כתב בתחילה לחלק בין אם הבי"ד הצריכו הגט או הוא מעצמו נתן. אך הקשה דהרשב"א גופיה בסי' תקנ מיירי בגירש מעצמו, ובכל זאת פסלה מכהונה. וכתב לחלק, דבסי' תקנ שגירש מעצמו, ויש לחוש שאולי אכן היו קדושין, כיון שגירש מעצמו אנו חוששים שאולי היו קדושין, משא"כ בח"ד מיירי שגם לדבריו היו שם רק ב עדים, ועד אחד מכחיש, אין לנו לחוש לקדושין. לפי חילוקו של הב"ש י"ל דדוקא כשאנו חוששים למציאות או להלכה שיש כאן קדושין, ומכח זה הצרכנו גט או שנתן מעצמו, פסלה מכהונה. משא"כ שלפי המציאות שלפנינו אין צריך גט והוא נתן מעצמו, בזה לא פסלה מכהונה. וא"כ למאי דקיי"ל דבקשר אזורי צריכה גט מחמת חומרת אשת איש, לכאורה הרי מחמת ההלכה אנו חוששים שיש כאן קדושין, וא"כ לכאורה הגט פסלה מכהונה. או י"ל דלמעשה אין חוששים לקדושין, והראיה שכשאי אפשר להשיג גט, מתירים ללא גט, א"כ מה שמחמירים רק לענין זה שלא יהיה לפני אשת איש שיוצאה בלא גט, ורק לענין זה, אבל מעיקר הדין אין כאן חשש קדושין, וממילא הגט לא פוסל לכהונה, כיון שאין כאן חשש למציאות של קדושין כדברי המקדש בתש' הרשב"א, דהמציאות ברורה לנו, אלא אנו מחמת חומרת איסור אשת איש מצריכים גט, וצ"ע.

ואף שבב"י הביא את הרשב"א בתש', בשו"ע לא פסק כוותיה, ורק הרמ"א הביאו (ו,א). וכן לענין ימי הבחנה, המחבר לא כתב להחמיר, והרמ"א בשו"ע אהע"ז יג,ט כתב להצריך ימי הבחנה בגט מחמת קול. ועיין בב"ש יד דבגירש מעצמו אין צריך להמתין. לפ"ז לספרדים ההולכים ע"פ פסקי מרן הב"י, אין להחמיר, ואף אם תתגרש בגט לחומרא, אין לאסרה לכהן. וכן ראיתי לגר"ע יוסף שליט"א ביביע אומר (ח"ו חאהע"ז סי' א) שפסק להתירה לכהן בהתגרשה בגט מחמת קשר אזורי, עיי"ש. אמנם לפוסקים כרמ"א, צ"ע אם לאוסרה לכהן, ועל הצד שאסורה, צ"ע אם עדיף לגרשה בגט ולהתירה לכהן, או עדיף שתצא בלא גט כיון שהקשר הוא אזורי, ולא תאסר לכהן. ועיין לבעל הלחם משנה בתש' לחם רב סי' לג שכתב דכיון דהוי פלוגתא במילי דרבנן, אזלינן לקולא, עיי"ש. אמנם למש"כ לעיל, דעת הסמ"ג והריב"ש דאיסורו דבר תורה. וע"ע בתש' שאגת אריה בחדשות סי' ב שכתב דאף לרמב"ם איסורו מהתורה, אלא דדרכו דכל דבר שאינו מפורש בתורה הוי מדבריהם. וע"ע בנתיבות לשבת (לבעל ההפלאה) ס"ק ב דלענין האיסור לבעל הכהן עצמו, הוי דאורייתא, משא"כ לכהנים אחרים הוי מדרבנן.

וע"ע בתש' היכל יצחק (לגרי"א הרצוג, אהע"ז ח"ב סי' לג) שדן בזוג שחי יחדיו בלא חופו"ק, שיש להצריך גט (והאידנא לא נהגו כן), אם אסורה למי שבא עליה בהיותה מיוחדת לראשון, דכיון שצריכה גט, האם אסורה לבעל ולבועל. ודן על חיוב הגט מצד אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכו', ואף שחששו להצריך גט, לאיסור לבועל שאסור מעשה, לא חששו. והתוס' במנחות סח,א כתב בפירוש דלאיסור עשה

אין סברא לגזור ולהחמיר, והאיסור לבועל אינו אלא איסור עשה, ומ"ט חיישינן כ"כ לשמא יאמרו, ואסורה לשני. וע"כ י"ל דאין זה משום שמא יאמרו, אלא דמדינא אסור משום דהוה מקודשת מדבריהם, וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. וכן בהא דנתגרשה מחמת קול בעלמא דאסורה לחזור משום מחזיר גרושתו ג"כ כך דהוא מחזיר גרושתו מדרבנן. והא דבנתגרשה מכח חומרא בעלמא דאסורה לכהן, התם הוא באמת משום חששא שמא יבואו להקל בגרושה לכהן, דהוא איסור לאו ובמלקות, וראוי לנו יותר לחוש ולגזור. ובענין חדשי הבחנה שצריך להמתין אם נתגרשה מחמת חומרא, שאני התם דהוי כדבר שיש לו מתירין אחרי ג חדשים. ומסקנת דבריו:

"אולם העיקר לע"ד שזה הגט היה רק לרווחא דמילתא בעלמא, ולא דמי להא דאה"ע סי' מו וכדומה, ושאין כאן איסור לאו."

ומ"מ צ"ע בנדו"ד כשמצריכים בנשואים אזרחיים אם להתירה לכהן, דלא דמי לנדון הרשב"א, דאנן ידעינן דאין כאן חשש קדושין וכך נפסק להלכה, רק משום חומרת אשת איש משתדלים לסדר ג"פ, או דאין לחלק. ואם יודעים שאח"כ יחתנו אותם הפוסקים כדעת מרן שאין לאסרה לכהן, אם כדאי לסדר גט, או שעדיף שלא לסדר כדי לא להכשילם באיסור גרושת ריח הגט לכהן. ולכאורה הדבר תלוי אם האיסור בריח הגט הוא דאורייתא או מדרבנן וכנ"ל. ואני משתדל להמנע מלסדר גט ולפסוק בענין, והצדדים מופנים להרכב אחר של דיינים שליכם שלם בענין.

[ועובדא היתה לאחרונה לפני בבני זוג שנשאו זל"ז אזרחית רק כדי שהבעל יוכל לקבל אזרחות בארה"ב, ולא חיו ביניהם אפילו שעה אחת ולא התיחדו כלל, ודבר הנישואין לא נרשם פה בארץ. ואחרי כמה שנים באה האשה לביה"ד ובקשה להתיר לה להנשא לאחר, אף שלא היה כל הכרח ויכלה להרשם לנשואין כרגיל ואיש לא ידע את הענין הנ"ל, וסיפרה דברים כהויתם, ואמרה שחוששת שאם לא תנשא ע"פ היתר ב"ד ותלך ותנשא בלי לספר (ויכלה היתה לעשות זאת), יבוא ה"בעל " אחרי שנים ויספר שהיתה נשואה לו, ויציא כתב מהרשויות בחו"ל, ובתמימותה חששה שילדיה יהיו ממזרים וכו'. וקראתי לבחור, ואישר שהוא מכיר את הבחורה הנ"ל ומוקיר לה טובה, שבזכותה קבל אשרת שהייה והגירה ואזרחות בארה"ב, ומעולם לא היה איתה אף לא רגע קט, ושיבח את מעשיה שעשתה הכל ללא תשלום (איזה חבר תיווך ביניהם). וסברתי שמעיקר הדין אין להצריך גט פיטורין. אולם כיון שלא קבלתי עדים, ואף שהם נאמנים כיון שאין חזקה או עדים המכחישים אותם, שהרי אינם רשומים כנשואים, ודמי למוחזקת כפנויה ואומרת אשת איש הייתי והתגרשתי מדין הפה שאסר (עיין שו"ע אהע"ז קנב, ו), מ"מ לשופרא דמילתא רציתי גם לשמוע מעדים שמכירים אותם, אף שזה חומרא ע"ג חומרא, גם אזרחית - שאפילו חיו ביחד א"צ גט אלא מחמת חומרא, וגם ספק בכלל אם חיו יחד, מ"מ היכא דאפשר יש לברר. והואיל והבעל נחפז לדרכו לארה"ב ולא היה בזה בכדי שיעשו, סדרתי ג"פ וכתבתי שלכאורה הגט היה כלל ללא

צורך, ואין כאן ריח קדושין, וע"כ לכאורה האשה מותרת להנשא לכהן (אף שכעת רוצה להנשא לישראל, מ"מ לא רציתי לכתוב שמותרת לבר מכהן, כיון שאין זה האמת ע"פ ההלכה). וציינתי שהגט נעשה מחשש רחוק. ובזה נראה לענ"ד ודאי דמותרת לכהן לכל הדעות.]

תבנא לדינא דיש לסדר ג"פ בין האשה לבעלה הראשון, אם ניתן בנקל לסדר ג"פ, ואין לאסרה לשני. ואם השני כהן, צ"ע אם לסדר ג"פ ואם לאסרה לכהן, והמחמיר לסדר ג"פ ומקל להתירה לכהן, יש לו על מי לסמוך.

סימן ג

זוג הנמצא בהליך גרושין, לענין פירות נכסי מלוג

ראשי פרקים

- א. תקנת פירות משום ריוח ביתא
- ב. איני נפדית ואיני נותנת פירות
- ג. נתן עיניו לגרשה
- ד. נכסים שאינם ידועים
- ה. ספק בפירות נכסי מלוג

בני זוג שנמצאים בהליך גרושין, ותוך כדי הליך הגרושין נודע לבעל שהאשה קבלה בירושה מסבה חלק בנכס מסוים המניב שכירות, כאשר מנהל הנכס, מסיבות שונות, עדיין לא העביר את השכירות לאיש מהשותפים. הבעל תובע כיום את דמי השכירות שנצברו מהנישואין ועד לגרושין בפועל.

א. תקנת פירות משום ריוח ביתא

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 וייתב 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 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, 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 הממון 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 ליטולם הוא ויהא הבית עומד בשפע והוא הנקרא רווח ביתא ... ומכל מקום אם מכר 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 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 שיהיו שניהם מתפרנסין בכבוד יחד מן הפירות שיצאו

מהן בכל יום ויום, אבל לזבוגי 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 שמירי 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 דמייתי על הקנין פירות כקנין הגוף דמי, והא ליכא למימר אלא בפרה של נכסי מלוג, וכן פרש"י ז"ל, ומירי כששאל מדעת הבעל, דאי לא, אין כאן שאלה שאין רשות לאשה להשאלה דפירי דבעל נינהו, 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 הלקוחות: אמר רב אידי בר אבין, אף אנן נמי תנינא, מעידים אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ונתן כתובתה, והרי היא תחתיו ומשמשו, 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 אומרים 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 בנדוניא 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 אפסדינך, 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 שמשכרת 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, בסופו של דבר מהות התקנה - ריוח ביתא - , לא תוכל להתקיים, ובוזה אין תקנת פירות לבעל. 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: הגי"א הרצוג זצ"ל, הגר"ע הדאיה זצ"ל, ויב"חט"א הגר"ש אלישיב שליט"א), 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 תהי' 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 נראה דאין לחלק ובכל גוונא דלא מקיימא מהות תקנת חכמים לתת לבעל פירות כדי שירווח הבית, לא נותנים לבעל פירות, דכל תקנת חכמים היתה לתת לבעל פירות כדי שירווח הבית, ובאופן שהאשה לא תהנה מהם, לא תיקנו לבעל פירות. וא"ת, יפקידו את הכסף בחשבון משותף וכ"א יוכל למשוך. ע"כ י"ל, דא"כ גם בפירות כשאניס באותו בית, יניחו הפירות במקום מסוים שכ"א יוכל לקחת. אלא כשאין "בית", אין ריוח הבית, ולא שייכת תקנת חכמים.

ועיין בציץ אליעזר חט"ז סי' מה שדן בבעל שעזב את ביתו לגור עם אשה אחרת,

וכתב לדון הן מצד מורד שאין לו פירות, והן מצד שאין כאן קיום תקנת חכמים של ריוח ביתא, וז"ל:

"וא"כ לפי"ז בנידוננו שהמדובר בסוג מורד כזה שבגד באשת נעוריו ועבר לגור במקום אחר ולחיות בתמידות עם אשה אחרת באיסור, מן הדין הוא שאין לו זכות בפירות מנכסי מלוג של אשתו החוקית. והבעל הזה בעצמו גילה את דעתו בטענותיו בביה"ד, שאין לו כל מגמה לרווח ביתא או להטיב לה, ועל אחת כמה לא שיהיו שניהם מתפרנסים בכבוד, אלא כל מטרתו בתביעתו את זכות מעשי ידיה והפירות היא כדי שעי"כ יקזזו לו או יפטרנהו לגמרי מחיובו במזונותיה, והיינו שיהא לו ממילא עי"כ רווח ביתא עם האשה הבלתי חוקית שלו. וא"כ אין זה רווח ביתא אלא "רועץ ביתא", שמבלעדי כן לא יוכל לעמוד בפרנסת שניהם ויאלץ לציית ולחזור לשלום בית עם אשתו. ואז יפסק ביתם מלהיות "בית מלא זבחי ריב", ויבוא הרווח ביתא."

ואמנם בנדון שם מדובר בבעל שחי עם אשה זרה והוא גם מורד (שהוא טעם נפרד כמבואר שם ועיין להלן), אבל עיקר הטעם שתקנת חכמים היתה לריוח הבית ולטובת שניהם, גם לטובתה של האשה, וכאשר "אין לו כל מגמה לרווח ביתא או להטיב לה, ועל אחת כמה לא שיהיו שניהם מתפרנסים בכבוד", והוא טעם ששייך גם כשאינו גר עמה שלא באשמתו אלא כיון שהשנים החליטו להפרד והם מצויים בהליך גרושין. ועיין גם בפד"ר ח"ב עמ' 276, וז"ל:

"הרי מבואר דאף להאומר שמורדת יש לה מזונות, זה רק כשיושבת עמו בבית, אבל כשאינה יושבת עמו אין לה דין מזונות. א"כ הכא נמי יש לומר דאף להאומרים דמורד יש לו פירות נכסי מלוג זה רק כשיושב עמה בבית והפירות הוא לרווח ביתא של ביתם המשותף, אבל כשאינו יושב עמה בבית, אין לו דין פירות כיון שאין כאן משום רווח ביתא."

אמנם גם הנידון שם הוא במורד, אבל הכלל שתיקנו והוא במהות התקנה, משום ריוח הבית, וכאשר הבעל והאשה אינם גרים יחד, יהיה הטעם אשר יהיה, אין כאן ריוח בית, וכאשר נפרדה דרכיהם ואין כאן בית וריוח בית, הרי זה חסרון בעצם מטרת תקנת חכמים שיהיו הפירות לבעל. ע"כ נראה דבנדו"ד ששני הצדדים גרים בנפרד וחפצים בגרושין, מהאמור לעיל אין הפירות שייכים לבעל, ובכה"ג שאין בית ואין ממילא גם ריוח בית, לא תקנו חכמים.

ב. איני נפדית ואיני נותנת פירות

איתא בכתובות מז,ב: תנו רבנן, תיקנו מזונותיה תחת מעשה ידיה וקבורתה תחת כתובתה, לפיכך בעל אוכל פירות. פירות מאן דכר שמיהו. 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 מדידיה. 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 נזונית כו', התם משום דאינה מפקעת לגמרי התקנה, שאם אמרה היום איני נזונית ואיני עושה למחר תעשה ותהא נזונית, 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 נזונית 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 נכלינהו 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 ניחא 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 וירושא אינה יכולה לומר כן. אמנם הרב המגיד כתב דדעת הרמב"ם שהזכיר רק מזונות, מפני שפירות וירושא אינה יכולה לומר כן. אבל בהגהות הרמ"ך על הרמב"ם נשאר בצ"ע מדוע לא כתב הרמב"ם שבפירות אינה יכולה לומר, וכתב דמהסוגיא משמע דלהנאתה תקנו, דפורקנה עיקר; "יכולה היא לומר בהאי תקנתא לא ניהא 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, יכולה לומר קים לי כוותייהו. אמנם צ"ע לטעון כן נגד דעת המחבר והנו"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 מח,ב).

ג. נתן עיניו לגרשה

איתא בב"ב קמו,א-ב: אמר רב יהודה אמר רב, מעשה באדם אחד שאמרו לו אשתו תותרנית היא (חולי הוא שאינה יכולה להריח ומום שבסתר הוא, ותנן בהמדיר בכתובות עב,ב המקדש את האשה ע"מ שאין בה מומין ונמצאו עליה מומין אינה מקודשת, כנסה סתם ונמצאו בה מומין תצא שלא בכתובה כו' עד וחכ"א במה דברים אמורים במומין שבסתר כו', וזה האיש לא קבל עליו את המומין, ואם קדשה סתם וכנסה סתם ונמצאו בה מומין תצא בלא כתובה. ומיהו גט בעיא כדמפרש בגמרא בפרק המדיר - רשב"ם), ונכנס אחריה לחורבה לבודקה (שם, ונשא עמו בתוך חיקו צנון לנסותה אם תריח. ויש מפרשים כותבת נטל בתוך חיקו ולא צנון וקרוב לגליל היה מעשה), אמר לה, ריח צנון אני מריח בגליל (לנסותה אם תריח, שמתוך דבריה ניכר אם תריח, ועל הצנון שבתוך חיקו אמר. וללישנא דמפרש שכותבת היה עמו, לכך אמר לה ריח צנון, לדעת אם תשיבנו דבר לאמר ריח כותבת אני מריחה ולא ריח צנון). אמרה ליה, מן יהיב לן מכותבות דיריחו ואכלנא ביה (שהן מתוקים ונאכל עם הצנון שהוא חד, שכן היה דרכן לאכול תמרים עם הצנון שזה חד וזה מתוק ומתקן זה את זה, ולפי שהבינה שלנסותה נתכוין השיבתו דרך שחוק כך. וללישנא דאמר' שנטל עמו כותבת, אמרה כותבות דיריחו אני מריח ולא צנון. יריחו נקראת עיר התמרים והיינו כותבות). נפל עליה חורבה ומתה. אמרו חכמים, הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבודקה, מתה - אינו יורשה. (ובא הבעל לפני ב"ד והיה רוצה לירש את אשתו, ואמרו חכמים הואיל ולא

נכנס עמה לבא עליה אלא לבודקה ולגרשה ומתה בתוך כך - אינו יורשה. אית דגרסי הכי ומוקי לה בארוסה. ולא נהירא לי, דאפילו בא עליה בימי אירוסין קודם הכנסתה לחופה לא ירית לה, כדתני חנן בר אמי אשתו ארוסה לא אונן כו' מתה אינו יורשה, דאין הבעל יורש את אשתו עד שתכנס לחופה, כדנפקא לן בב"ב קט"ב, ירושת הבעל משארו הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה, דהיינו לאחר שנכנסה לחופה, הלכך בנשואה מוקמינן לה. והכי גרסינן, ואמרו חכמים הואיל ונכנס אחריה לבודקה, מתה אינו יורשה, דכיון דהיה בדעתו לגרשה אם ימצאנה בעלת מום ובתוך כך מתה קודם שנתפייסו, אינו זוכה בירושה. ומהכא שמעינן שמי שמתה אשתו מתוך קטטה שיש בדעתו לגרשה שוב אינו יורשה, כדאמרינן בגיטין יח, א משנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות). ועיין גם ברבינו גרשם בסוגיא שהביא דעת הרשב"ם ("ואיכא דאמרי").

מבואר מפירוש הרשב"ם דהנכנס לבודקה מיירי בנשואים זל"ז, ונכנס אחריה לבודקה במומין שבסתר לבדוק אם לגרשה, וכיון שנתן עיניו לגרשה, אינו יורשה, וכדפירש רבא טעמא דרבי שמעון דגט שנכתב ביום ונחתם בלילה כשר, דמיד שנתן עיניו לגרשה לית ליה פירות. וס"ל לרשב"ם דהוא הדין לענין ירושה, וע"כ כיון שנכנס לבודקה אם ימצא בה מום, אף שעדיין לא מצא, כיון שדעתו היתה שאם ימצא יגרשנה, ומתה קודם שהחליט שלא לגרשה, אינו יורשה. דס"ל לרשב"ם דהגמ' מיירי בנשואה, דאי בארוסה, ממילא אינו יורשה, דאינו יורשה אלא מנשואין. ויש להבין בדברי הרשב"ם, דהרי סו"ס התברר שאינה בעלת מום, ובודאי לאחר שהתברר לו כן אינו חפץ לגרשה, וא"כ מדוע אינו יורשה (ועיין בזה מהרש"א ב"ב קמ"ב, על תוס' ד"ה נכנס דכתב דלרשב"ם ע"כ דנמצאת תותרנית, עיי"ש). עוד יש להבין, דמה ענין פירות לירושה, ובשלמא אי הוי ירושה דרבנן ומתקנת חכמים, י"ל דבכהאי גוונא שנתן עיניו לגרשה לא תיקנו חכמים, אבל אי ירושת הבעל מדאורייתא, מה ענין נתן עיניו לגרשה לזכות הירושה, וכי יורש שיש לו קטטה עם מורישו לא ירשנו? וקושיא זו הקשה הרא"ש בב"ב פ"ט הט"ז, וז"ל הרא"ש:

"ועוד תמיה לי מה ענין אכילת פירות שהוא תקנת חכמים, ואפשר שלא תקנו לו כשנתן עיניו לגרשה, אבל ירושה דאורייתא מי הפקיע ירושתו אם הוא שונאה, אטו אב שבנו שונאו לא יירשנו. ועוד, אי הא עובדא בנשואה איירי, מה הוצרך ליכנס אחריה לחורבה כדי לבודקה, למה לא בדקה בתוך ביתו."

הרי שהקשה דאי ירושה דאורייתא, לא שייך להפקיע ירושה בשנאה או בנתן עיניו לגרשה. ולזה י"ל דהרשב"ם ס"ל כשיטת הרמב"ם דירושת הבעל מדרבנן, וכמש"כ הרמב"ם בהל' נחלות א.ח. ומש"כ הרשב"ם בכמה מקומות דירושת הבעל דאורייתא, עיין ב"ב קט"ב, ד"ה הואיל, וב"ב קיא"ב, בכמה מקומות שם, היינו דבגמ' ודאי איכא מ"ד דדאורייתא כמבואר בב"ב קט"ב, אולם להלכה אפשר דס"ל דקיי"ל כרב בריש האשה שנפלו (כתובות פג, ב - פד, א) דירושת הבעל דרבנן, ועיין עוד להלן. וראיתי

לנתיבות משפט (על הרבינו ירוחם למהרי"ח אלגאזי, נתיב כג ח"ח) שכתב לישב ג"כ דלרשב"ם י"ל דס"ל דירושת הבעל דרבנן. וכתב לבאר בדברי הרא"ש שהקשה על הרשב"ם, דאף אי הוי דרבנן, עכ"פ עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, דירושא שכיחא ופירות לא שכיחי, וכמש"כ התוס' גיטין יח,א. והרשב"ם ס"ל דמ"מ כיון דירושת הבעל דרבנן, דמי לפירות, וכיון שנתן עיניו לגרשה, לית ליה פירות, עיי"ש. וכן נמצא בתש' מימוניות סוף הל' אישות סי' לה שכתב כדעת הרשב"ם על הדרך שירושת הבעל מדרבנן, עיי"ש.

עוד יש להקשות על ראית הרשב"ם מפירות נכסי מלוג (גיטין יח,א), דהא לא קי"ל כרבא בזה, דהא הן לרבי יוחנן והן לר"ל יש לו פירות עד שעת כתיבה או נתינה. וקושיא זו הקשו התוס' בב"ב קמ"ב (ד"ה נכנס), עיי"ש. וכן מה שהקשה הרא"ש דאי בנשואה, מדוע לא בדקה בביתו. עוד הקשו הראשונים (עיי' בתוס', ברמב"ן, ברא"ש ועוד בסוגיא) על לשון הגמ': "הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבדקה", דלשיטת הרשב"ם הו"ל לגמ' לגרוס הואיל ונכנס אחריה לבדקה, דהכניסה לבדקה היא הנותנת, דגירסה דידן משמע דהואיל ורק נכנס לבדקה ולא לכנסה, ע"כ לא הוי נישואין, וזה דלא כרשב"ם. ואפשר דהרשב"ם גורס הואיל ונכנס אחריה לבדקה, עיי' ברא"ש הט"ז. ולענין הקושיא דלכאורה הרי גילה כבר שאינה בעלת מום של תורתנית, וא"כ ודאי כבר לא היה דעתו לגרשה, ואמאי אינו יורשה, מהריט"ן בתש' (סי' רכ) הביא את קושיית הראשונים, וכתב לישב, וז"ל:

"דכיון שנתן עיניו לגרשה מפני המום, אע"פ ששוב נודע שלא היה בו מום ונתפייס הוא - אינו יורשה, משום דאם הוא נתפייס היא לא נתפייסה, כי תתרעם ותאמר וכי היית מביישני במום שאין בי או אפי' היה בי לא מפני כך היה לך לגרשני. נמצא שהיא היתה בכעס עמו, וכיון שמתה קודם שפייסה אינו יורשה." הרי דס"ל דלשיטת הרשב"ם משעה שנתן עיניו לגרשה, צריכה גם היא להתפייס, עיי"ש הביא לזה ראיה מפירוש התוס' גיטין יח,א לענין פיוס בגט ישן, עיי"ש. ומ"מ כתב מהריט"ן דלא קי"ל להלכה כרשב"ם כיון שחלקו עליו כל גדולי המורים. גם בנתיבות משפט (למהרי"ח אלגאזי, על הרבינו ירוחם נתיב כג ח"ח) כתב דלכאורה זה תלוי בב' פירושי הרשב"ם, דלפירוש השני ברשב"ם הוא הכניס כותבת ואמר לה ריח צנון, והיא ענתה שמריחה כותבת, וא"כ לא נמצאה תורתנית. ולפירוש הראשון שצנון היה לו בחיקו, והיא השיבה דרך שחוק מאן יהיב לי מכותבת דיריחו שהם מתוקים, וא"כ לפירוש זה יכול לומר שעדיין תורתנית היא ולא הבין תשובתה (ומש"כ התוס' בב"ב קמ"ב ד"ה נכנס דלרשב"ם נמצאה תורתנית, היינו לפירוש קמא). ומ"מ לפירוש ב' לא נמצאה תורתנית, וא"כ מדוע לא ירשנה בעלה. ובתחילה כתב דהיינו טעמא דרשב"ם דמתה מתוך קטטה אינו יורשה, דכיון דלא נמצאה תורתנית א"כ מדוע אינו יורשה, אלא בהכרח מפני שמתה מתוך קטטה ואינו יורשה. אלא שהקשה, דהא לא

היה להם שום קטטה חוץ מענין התורנית, ואם לא נמצאה תורנית, הרי התפיס ולמה לא ירשנה. וכתב לישב בדוחק דמה שאמר הבעל שהיא תורנית, אמר כן בפני עדים, ובפניהם נכנס אחריה לבדקה, ומה שאמרה שמריחה כותבת וממילא אינה תורנית, היה בינו לבינה, וכיון שמתה אינו נאמן ליטול ירושתה ע"פ דבריו, כיון שכבר הוחזקה בפני עדים לתורנית. אמנם להלכה כתב מהרי"ח אלגאזי בנתיבות משפט דלא כרשב"ם, וכפי שיובא להלן.

הסבר נוסף בדברי הרשב"ם נמצא במהרי"ק שורש פא בתוך תשובתו, דממנה עולה דלרשב"ם כיון שדעתו היתה לגרשה, מיד הפקיעו חכמים ירושתו. וז"ל:

"... הרי לך בהדיא שמחמת שראו שכוונתו היתה לגרש אם ימצאנה בעלת מום, הפקיעו ממנו ירושתו, ואעפ"י שהיה יכול להשמיט ולומר שאפילו היתה בעלת מום שלא היה רוצה לגרשה, מ"מ כיון שהיו הדברים מוכיחים שדעתו היה לגרש, עשאוהו כוודאי עד שהפקיעו ממנו ירושתה ...

אמנם לא נתבאר בדבריו אם הפקעת חכמים היא גם אם ירושת הבעל דאורייתא, ומכח הפקר בית דין הפקר קנסו לבעל. ומ"מ למד ברשב"ם דעצם הרצון לגרש מהוה סיבה להפקעת חכמים של זכות ירושת הבעל. (אולם להלכה נראה שם דמהרי"ק לא ס"ל כרשב"ם אלא רק לענין אומדן דעת הבעל דמעשיו מוכיחים דדעתו לגרשה, דבזה כ"ע מודים דזו המציאות, דרגלים מוכיחות שדעתו לגרשה, ורק להלכה נחלקו אם במציאות כזו הפסיד הירושה, וע"כ הוכיח לנדרון ידידה שדעת הבעל לגרשה, עיי"ש). אמנם כדברי הרשב"ם נמצא בתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג סי' תתר - אמנם צוין כי תשובה זו לא העתיקה המרדכי, דתשובה זו הביאה המרדכי ב"ק סי' קיג, וחלק זה לא הביא), וז"ל המהר"מ:

"וששאלת אם תמות תוך הזמן קודם שיגרשנה, אם זכה הבעל בערבונות כיון שלא אמרה אלא בלשון ירושה שאם תמות תוך הזמן שאביה ירש הב' זקוקי' מכחה (ע"כ הביא המרדכי). נראה שאין הבעל יורשה ואע"פ שלא גרשה, כיון שנתן דעתו לגרשה אינו יורשה, כדאמרינן פ' מי שמת קמ"א ... ופסק רבינו שמואל שמכאן יש ללמוד מי שמתה אשתו בתוך קטטה שבדעתו לגרשה שוב אין יורש אותה ... ואע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא בהאי אי הלכה כרבי יוחנן או כר"ל בהאי מי שנתן עיניו לגרשה אם יש לו פירות או לאו כמ"ש רב אלפס, מ"מ בהאי שוין שאינו יורשה. "

ומבואר מדברי מהר"מ כדעת הרשב"ם דכיון דנתן עיניו לגרשה, אינו יורשה, דאף אם יש לו פירות, אינו יורשה לכ"ע. והמרדכי שלא העתיק תשובה זו, אפשר דלא שמיעא ליה או דלא סבירא ליה. או דבתש' מהר"מ שם סי' תריא דפסק להדיא דלא

כרשב"ם אלא כשאר הראשונים, דשאר מיקרי כל זמן שלא התגרשה, והבעל בירושתו, עיי"ש. אמנם כדעת הרשב"ם נמצא בתוס' רי"ד (ב"ב קמ"ב, אות י'), וז"ל:

"נ"ל דה"ג ונשואה הות, ומפני שנכנס לבודקה והיה רוצה לגרשה אמרו חכמים שאינו דין שיירשנו. ומכאן מוכיח שהמורד על אשתו וביני ביני מתה אשתו אינו יורשה, כיון שאינו נוהג עמה כשורה."

ומבואר כשיטת הרשב"ם דנשואה היתה, ואם נתן עניו לגרשה, אינו יורשה. וכן נמצא לבנימין זאב בתש' (סי' תטז) בנידון ידידיה שהיה בעלה מצערה, וציותה קודם מותה שירשה בעלה (אף שסילק עצמו מנכסיה קודם הנישואין, עיי"ש באריכות), ובתוך דבריו כתב לדמות להא דאם דעתו לגרשה אינו יורשה, דכן הוא הדין אם היתה עימו במריבה, ומבואר שם דס"ל כדעת הרשב"ם, וז"ל הבנימין זאב:

"דבנשואה מיירי כדפירשב"ם, וכיון דאם היה מוצא בה מום היה בדעתו לגרשה ובעוד שלא נתפייסו זה לזה מתה - אינו יורשה, וכתב ספר האגודה בב"ב פרק מי שמת; מכאן פוסקין איש ואשה המתקוטטים יחד ומתוך קטטה מתה אינו יורשה. אמנם יש לבעל דין לחלוק עלי ועל פי' רשב"ם דבנשואה מיירי, אם כן למה לא ברק אותה בתוך ביתו אלא הוצרך ליכנס אחריה לחורבה לבודקה. וכתב רשב"ם שם ומיהא שמעינן מי שמתה אשתו משום קטט אינו יורשה כדמייתי לה נמי ספר האגודה בב"ב פרק מי שמת סימן קצו..."

והנראה מדבריו שם דס"ל כדעת הרשב"ם, אף שיש לבעל דין מקום לבוא ולהקשות כמש"כ. והביא דכן דעת האגודה בב"ב כרשב"ם. [ובריקאנטי סימן תקיב, כתב וז"ל: "האשה שמתה מתוך קטטה שיש לה עם בעלה שהיה בדעתו לגרשה. פסק רשב"א דאין בעלה יורשה. אבל ר"ת ור"י פסקו דיוורשה."]

ונראה שטעות סופר מה שכתב בדעת הרשב"א, וצ"ל רשב"ם, דהרשב"א בב"ב קמ"ב, כתב להדיא דלא כרשב"ם]. וכדברי רשב"ם מצאנו להדיא בתש' מימוניות (סוף הל' אישות סי' לה) שנשאל בבעל שנתן עניו לרחק ולא לקרב ובתוך כך נפטרה האשה, והשיב שטוב אם הבעל מיוזמתו יחזיר ליורשי האשה (אחותה) מחצית מהנדוניא, ואם לאו - מגלגלין עליו את הכל:

"כי אחרי שנתן עניו לגרושין והוציא עליה שם של מקח טעות, הרי לענין ממון כתובתה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואין לו ליורשה. ואפילו לא טען טענת מקח טעות כ"א גירשה מביתו, נמאסה עליו ואין לו ליורשה, וכה"ג אמרינן גיטין יח, א כיון שנתן עניו לגרשה שוב אין לו פירות, ובכמה דוכתינן מוכח דירושת הבעל מדרבנן."

מבואר להדיא דס"ל כרשב"ם דאפילו ללא טענת מקח טעות, כיון שנתן עניו לגרשה, אינו יורשה (ועיין להלן בדברי הרמ"א באהע"ז ז,ה מש"כ בזה). אתה הראית לדעת דדעת הרשב"ם אינה דעת יחיד. דהנה בשו"ע אהע"ז ז,ה, כתבו המחבר והרמ"א, וז"ל:

"מי שנתגרשה ספק גרושין, ומתה, אין הבעל יורשה. הגה: אבל כל זמן שלא נתגרשה, אף על גב שנתן עיניו לגרש, יורשה. (טור בשם הרא"ש). הטוען על אשתו שהיו בה מומין ומקחו מקח טעות, כמו שנתבאר לעיל סימן ל"ט, אם מתה אינו יורשה (תשובת מ"י סוף אישות ובמדרכי פרק מי שמת). אשה שמרדה בבעלה ומתה, בעלה יורשה. (כן משמע מל' המ"מ פ' כ"ב), וע"ל סימן ט"ז. המורד על אשתו או מדירה ואינו נוהג עמה מנהג אישות, י"א דאם מתה אינו יורשה. (הגהות מדרכי פ' אף על פי.)"

והנו"כ דחו דעת הרשב"ם דבנתן עיניו לגרשה אינו יורשה, וע"כ דחו גם מהלכה את מש"כ הרמ"א בסיפא של דבריו, דלא קי"ל כרשב"ם, עיי"ש בח"מ ובב"ש. ומקור דברי הרמ"א הם הש"ג כתובות (כז, ב ס"ק ב בעמוה"ר). ועיין בדרכי משה אהע"ז צ, שהש"ג כרשב"ם, אולם כתב לחלק, דשאני אלו שכופין לגרש מדינא, דנוהג עמה מנהג אישות ולא פשע כלל וע"כ יורשה, משא"כ מורד או מדיר דאינו נוהג מנהג אישות ולמיפק קאי, ע"כ אינו יורשה, ונשאר בצ"ע, עיי"ש. אמנם מדפסק ברמ"א בשו"ע כדעת הש"ג מחד ודלא כרשב"ם מאידך, משמע דס"ל כחילוק שכתב. ונראה דהמקור לש"ג נמצא בשיטה מקובצת (כתובות סד, א בשם הר"י מטראני), וז"ל:

"ולדברי הכל כל מאן דכייפין ליה לאפוקי בין מעיקרא דדינא וכו' ובין מעיקר תקנתא, אם מתה לה איתתא מקמי דתיפוק מיניה, בעל ירית לה וכו'. ונ"ל דוקא המורדת על בעלה וכן אותן שכופין להוציא ירית לה בעל, אבל אם הדיר את אשתו, אם הוא מורד בה ואינו רוצה להתפייס עמה אלא רוצה לגרשה ומתה אשתו קודם גירושין, אינו מן הדין שיוורש אותה, שהרי אינו נוהג בה מנהג בעל, ודוקא בעל יורש את אשתו שהנהיג מנהג בעל, אבל זה שאינו נוהג בה מנהג בעל אינו מן הדין שיירשנה."

מבואר להדיא מדברי הר"י מטראני שאף שאין הירושה נפקעת אלא בגרושין גמורים, היינו דוקא בבעל הנוהג עם אשתו מנהג אישות, אבל אם אינו נוהג עמה מנהגי אישות, אינו מן הדין שירשנה. ועיין בתוס' רי"ד (ב"ב קמ"ב, ה"ל) דמורד אינו יורש את אשתו, אך בתוס' רי"ד גזר דין מורד מדין נתן עיניו לגרשה, עיי"ש. גם הח"מ צ"ז הקשה על הרמ"א, שפסקו זה כש"ג סותר למה שפסק לעיל דלא כרשב"ם. והביא הח"מ את הדרכ"מ ה"ל, וכתב דמ"מ מלשון הרי"ף דכל הני דכופין להוציא, כל זמן שלא הוציא בגט, אם מתה הבעל יורש את אשתו, משמע דגם במורד יורש הבעל את אשתו, וזה דלא כש"ג. גם הב"ש ס"ק כג הביא את דברי הרי"ף והרא"ש דלא נפקעת זכות הבעל מירושה אלא בגרושין גמורים, ואפילו באלו שכופין להוציא. והקשה דהא הרי"ף כללא כייל כל הני דכופין בין מדינא דתנן אלו כופין, ובין בתקנתא, והיינו מורד ומורדת. והביא את תש' מהר"א מזרחי (סי' ל) דמורד יורש אותה. וע"כ הסיק הב"ש דדעת הש"ג יחידאי היא.

ועיין בהפלאה צ, יד שהביא את קושית האחרונים הנ"ל, וכתב דמיירי שמורד עליה ואין ביד בית דין לכפותו לגרשה, דאינו בדין שיעגנה כל ימיה כדי שיאכל פירות וירש אותה; "לפ"ז י"ל דדעת הש"ג דבכל הני דכופין אם אין הבית דין יכולים לכפותו אינו יורשה, וצ"ע. ומ"מ בנדו"ד אינו בכלל הכופין, ואדרבא היא בכלל הכופין לגרש, ואינו מפסיד את התנאי כתובה של ירושתה.

ובבית יעקב צ, ה כתב דהש"ג ס"ל דהבעל מפסיד זכויות שיש לו מתנאי כתובה, ובכלל זה ירושה ומעשה ידיים, בהיותו מורד, דכמו במורדת דהיא מפסידה זכויות שלה, כך במורד הוא מפסיד זכויותיו, דחז"ל לא תיקנו מעשה ידיים ופירות תחת מזונות ופורקנה רק לבעל ולא למורד מאישות, עיי"ש.

אמנם לענין פירות, כיון שהוא תקנת חכמים, יש צד יותר לומר כדברי הרשב"ם, וכפי שהובא לעיל בדברי הרא"ש בסוגיא ובנתיבות משפט הנ"ל. ועיין בשטמ"ק ב"מ יב, מהרמ"ך, וז"ל:

"מציאת אשתו שהיא מגורשת ואינה מגורשת, הרי היא שלה, ואעפ"כ הוא חייב במזונותיה, והוא הדין שחייב בכל תנאי ממון של כתובה, ואם מתה יורשה מכל מה שתחת ידו מספק. וקרוב לומר שאם נשבת אינו חייב לפדותה, כיון שהיא ספק מגורשת אין אני קורא בה ואהדרינך לי לאינתו. והוא הדין שאינו אוכל פירות כיון שנתן לה גט. ואפשר לומר כיון שאינה מגורשת ודאי, עדיין אשתו היא לכל דבר חוץ מזכות מציאתה."

מבואר מדברי הרמ"ך שירושא אינה נפקעת בספק מגורשת, ואף שלענין פירות ופורקנה הביא ב דעות, לענין ירושה משמע שהוא יורשה. עוד למדנו מהראשונים הרשב"ם ודעימיה, דכל היכא שנתן עיניו לגרשה, אף שאינו מורד בדין, מ"מ לשיטות אלו. ולמש"כ ששיטת הרשב"ם אינה דעת יחיד, יכולה לומר קים לי כוותיה, ולכל הפחות לענין הפירות שאינה צריכה לתת לו, דכיון שנתן עיניו לגרשה, שוב אין לו פירות לשיטות הראשונים הנ"ל, ומה שכתבו שאין לומר קים לי כרשב"ם, גם לסוברים כן היינו דוקא לענין ירושה ולא לענין הפירות, דלענין פירות י"ל דלא תיקנו כיון שנתן עיניו לגרשה. [ועיין בפד"ר ח"ה עמ' 279 מהגר"א גולדשמידט זצ"ל, מה שכתב לחלק בין פירות וירושא לענין מורדת, כי גם אם הבעל מפסיד פירות, היינו דוקא זכויות, אבל ירושה שנובעת מדין קורבה, דין קורבה אינו מפסיד אלא בגרושין בלבד, דעד הגרושין הוא נשאר קרוב.]

והנה כששני הצדדים לא רוצים לחיות האחד עם השני וקיימת הסכמה של עקרונית לגרושין, המצב מוגדר הלכתית ששניהם מורדים זע"ז, ונותנים אף לבעל דין מורד לענין זכויות וחובות, כיון שגם הוא אינו רוצה לחיות עם האשה (עיין פד"ר ח"א עמ' 95 מהגר"ג צימבליסט שליט"א). וכתבו שם, דאף שדעת רוב הפוסקים דאין מורד מפסיד

אכילת פירות, מ"מ יכולה האשה המוחזקת לטעון טענת קים לי שאין לו פירות עקב היותו מורד. גם בפד"ר (כרך א עמ' 246 וכן בעזר המשפט עמ' פא ולהלן, לגר"א גולדשמידט זצ"ל) כתב דאף שרוב הפוסקים סוברים שלמורד יש פירות, "יתכן אמנם שאין הבעל מוציא ממנה מספק", אא"כ הבעל מוחזק, כגון שבאה להוציא ממנו מזונות, אין היא יכולה להוציא ממנו מזונות, מאחר ויכול לטעון טלי מזונותיך מפירות נכסי מלוג שלי הנמצאים בידך.

[ועיי"ש מה שכתב בבאור מחלוקת הראשונים אם למורד יש פירות, דעת הראשונים דיש לו פירות, שהזכויות והחובות קשורים הם זה בזה, ומכיון שאין לשחררו מחובותיו כלפי אשתו - פורקנה, אין לשלול ממנו גם את הזכויות שיש לו בתמורה לחובות אלו. משא"כ לרשב"ם ודעימיה י"ל שיש לשלול מהבעל כיון שדעתו לגרשה, אף שממנה אין לשלול, כיון שלא עשתה דבר כנגדו.]

ואין מקום לדון מצד מחלוקת הראשונים אם במורדת המפסידה כתובתה, אם גם הבעל מפסיד פירות נכסי מלוג, דנחלקו הראשונים אם מיד אחר ד שבועות של הכרזה אבדה כתובתה, או אחר יב חודש. ועיין בח"מ עז"ב, ובכ"ש עז, טו-ז. ודעת הרשב"א דלא הפסיד פירות גם לאחר יב חודש. מ"מ כ"ז בנתנו לה דין מורדת ע"י הכרזה וכו', אבל בלא"ה היא אינה מפסדת וגם הוא אינו מפסיד, עיין בבית יעקב עז, ג, ובפד"ר ח"ב עמ' 267 ולהלן, ואכמ"ל דבנדו"ד ודאי לא הוכרזה כמורדת. וע"כ אין היא מפסידה זכותה לפורקנה מדין מורדת, ועקב כך לא שייך לדון שיפסיד גם הוא הפירות. דכשהיא מפסידה זכותה לפדיונה, גם כלפיו לא תקינו שיקבל פירות, עיין גם בחזו"א כתובות סט, יב].

לאור האמור, כיון שהבעל גם הוא אינו חפץ באשה ורוצה לגרשה, יכולה האשה המוחזקת לומר קים לי כדעות הפוסקים שאם נתן הבעל עיניו לגרשה, שאין לו פירות, ואינה צריכה לתת לו פירות נכסי מלוג.

ד. נכסים שאינם ידועים

במשנה רפ"ח דכתובות (עח, א) נחלקו בית שמאי ובית הלל באשת איש שמכרה נכסים שנפלו לה משנתארסה, דב"ש סוברים שתמכור לכתחילה, וב"ה סוברים שלא תמכור, ורק בדיעבד מהני מכירתה. ואם נפלו משנשאת, גם בית שמאי וגם ב"ה סוברים דהבעל מוציא מיד הלוקחות. ורבי שמעון חולק בין נכסים לנכסים, נכסים הידועים לבעל, מכירתה בטלה, ושאינם ידועים לבעל, לא תמכור, ובדיעבד מהני מכירתה ואין הבעל מוציא מהלוקחות. ובגמ' שם בע"ב: אלו הן ידועין ואלו הן שאינן ידועין. אמר ר' יוסי ברבי חנינא ידועין מקרקעי, שאינן ידועין מטלטלין. ור' יוחנן אמר אלו ואלו ידועין הן, ואלו הן שאינן ידועין, כל שיושבת כאן ונפלו לה נכסים במדינת הים. תניא

נמי הכי אלו הן שאינן ידועין, כל שיושבת כאן ונפלו לה נכסים במדינת הים. ולענין מברחת אמר אביי, עשאוּם כנכסים שאינם ידועים ואליבא דר"ש. וכתב הרי"ף (כתובות לז, ב, בעמודה"ר) דשמעינן מינה דהלכתא כרבי שמעון. וכן פסק הרמב"ם בהל' אישות כב, ח, דאם נפלו לה נכסים במדינה אחרת ולא ידע בהן הבעל ומכרה אותן, מכרה קיים. וברא"ש כתובות ח, א, כתב וז"ל:

"ומסתברא שאם מכרתן קודם שנודעו לבעל, אבל לאחר שנודעו לבעל מכרה בטל, דלא גרע ממתנה שנתנו לה, דבשעת מתנה לא ידע הבעל, ואעפ"כ הוא אוכל פירות. או שמא במתנה נמי אם מכרה לאחר שנודע לו מכרה קיים. ומיהו לישנא דשאינן ידועין לבעל משמע דבשעת מכירה אכתי לא היו ידועין לבעל. ואף על גב דמפרש שאינן ידועין לבעל שנפלו לה במדינת הים, אלמא אינם ידועים אשעת נפילה קאי, ואז אמרינן דמוכרת וקיים ואפילו נודעו אח"כ לבעל, לא היא, דתרווייהו בעינן נכסים שלא היה הבעל מצפה שיפלו לה בירושה, כגון שמת מורישה במדינת הים ולא הכיר הבעל באותן המורישין או כיוצא בזה שהיו נכסים לאב ביד אחר, ולא נתברר שהיו של אביה עד אחר נישואין של זה. וגם בעינן שלא נודעו לבעל בין נפילה למכירה, דמיד שנודעו לבעל יש להם דין נכסי מלוג. וכן מוכיח לעיל פרק מציאת האשה (סה, ב) דתנן גבי בשתה ופגמה שלה ילקח בהן קרקע והבעל אוכל פירות. ואין לך נכסים שאינם ידועין יותר מחבלה, וקתני ילקח בהן קרקע. וכי היכי דתנן במתני' נפלו לה נכסים ילקח בהן קרקע. וה"ר מאיר הלוי ז"ל נתן טעם לדבר, דטעמא מאי תקינו רבנן פרי לאיש תחת פרקונה, דאי לאו הכי לא פריק לה, אמר כיסא נקיטה לה תיזיל ותיפרוק נפשה, והאי טעמא לא שייך אלא בידועין לבעל, אבל כשאין ידועין לבעל לא תקינו רבנן לבעל שום זכות לא בגוף ולא בפירות, ואם מכרה הפירות קודם ידיעת הבעל מכרה קיים. ואחר שנודעו לבעל הקרקע הוי נכסי מלוג. וכן הפירות או דמיהן הנמצא בידם ילקח בהן קרקע."

בתחילה דן הרא"ש אם נכסים שלא היו ידועים בשעת נפילה והיו ידועים בשעת מכירה, דדינם כנכסים ידועים. והביא לענין פירות הסבר מהר"מ (הובא גם בשטמ"ק כתובות עח, ב), דכל תקנת פירות תחת פורקנה, שלא יאמר הבעל שיש לה מהיכן לפדות עצמה, אבל כנכסים שאינם ידועים, לא שייך טעם זה, וכל זמן שאינם ידועים, לא תיקנו לבעל פירות. ומיד שנודעו והפירות בידה, הרי הם נכסי מלוג ואינם של הבעל, ודינם כנכסים ומוטלטלין שנפלו לה בירושה או במתנה, שילקח בהם קרקע, ומהקרקע יאכל פירות, אבל הפירות עצמם אינם של הבעל. וכן כתב הרשב"א בתש' (ח"ב סי' קח, הביאו גם הב"י אהע"ז צ, יא), וז"ל:

"לאו דוקא שנפלו לה במדינת הים, אלא הוא הדין אפילו בשנפלו לה במקום שהיא ובעלה שם, כל זמן שלא ידע הוא כשנפלו לה ולא הספיק לדעת עד

שמכרה או נתנה היא. וכן פירש הר"י מיגא"ש. וכן מה שאמרו שנפלו לה נכסים, כלומר בירושה, לאו דוקא, אלא הוא הדין אפילו ניתנו לה במתנה או שמצאה מציאה. זה הכלל כל נכסים שיבואו לה ולא ידע בהם הבעל עד שמכרה או נתנה, ואפילו לא נתנה אותם במתנה גמורה אלא בהברחה, אין הבעל מוציא מיד אותו מקבל מתנה, וכדנניא (כתובות עט). הרוצה שתבריה נכסיה מבעלה כיצד היא עושה וכו'. ואף על פי שלא קנה מקבל מתנה לגמרי, אפילו הכי מתנה זו מוציאה מיד זכות הבעל, שאין הבעל אוכל פירות אותם נכסים, כיון שלא ידע הבעל באותם נכסים עד שנתנתם היא. ומעתה זו שנתנה לבנותיה קודם שידע בהם הבעל מתנתה קיימת."

ומבואר שאין לבעל פירות בנכסים שאינם ידועים, והרי הם כנפלו לה או נתנו לה במתנה, שילקח בהם קרקע, ומקרקע יאכל פירות, דגוף הפירות קודם היותם ידועים, הרי הם של האשה, ובהגלותם לבעל, הרי הם נכסי מלוג שאוכל פירותיהם. וכן פסקו הטור והשו"ע אהע"ז צ"ב, וז"ל:

"נכסים שאינם ידועים לבעל, כשיודעו לו, מיד נעשו נכסי מלוג. וכן הפירות שימצאו בידה, מיד שיודעו לו הם נכסי מלוג."

ובגר"א שם ס"ק לז הראה מקורו לגמ' כתובות סה"ב לענין חבלה, וכן לענין מתנה שלא ידע בה הבעל, כדאיתא בשו"ע אהע"ז פה"ז. אמנם מהרמב"ן כתובות עט"א נראה דס"ל דאוכל פירות, שהקשה על הא דאמר אביי עשאום כנכסים שאינם ידועים לבעל ואליבא דר"ש; "אטו נכסים שאינם ידועים לבעל לר"ש אם לא מכרה ומתה, מי לא ירית לה בעל ומי לא אכיל פירות בחייה, ואמאי לא קני להו בעל". עיי"ש מה שתיירץ. ועיין בהפלאה בקו"א צ"כ, שכתב דגם מהרמב"ן, וגם מהרמב"ם שלא הזכיר שאינו אוכל פירות בנכסים שאינם ידועים, משמע דלא ס"ל כרא"ש. ואף שכתב דמוכח כדבריהם, כתב בסוף דבריו דצ"ע לדינא כיון שלא הביאו האחרונים דברי הרמב"ן להלכה. ומ"מ כאן שהיא מוחזקת, ובשו"ע נפסק להדיא להלכה כרא"ש והרשב"א, (ועיין גם באחיעזר ח"ג סי' לה, ובעין יצחק ח"א אהע"ז סי' עד, ובשבט סופר חח"מ סי' יח, שנקטו בפשטות שאין הבעל אוכל פירות מנכסים ידועים) א"כ בנדו"ד כיון שהיו אלה נכסים שאינם ידועים, אין הפירות לבעל אלא דינם כנכסי מלוג, ורק מעתה ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות (גם אם היה היכי תימצוי של ריוח בית, מה שאינו). ואינו נפק"מ, כיון שכבר עומדים להתגרש והנפק"מ היא על השכר דירה מהעבר.

ה. ספק בפירות נכסי מלוג

מחנה אפרים הל' זכיה ומתנה סי' יב דן במי שנתן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן, שהדבר נתון במחלוקת רב ושמואל (עיי' נדרים פח"א), דיש פוסקים כשמואל,

הרמ"ה, הרמב"ן, הריטב"א והריב"ש, ושכן עיקר, דאף דבסתמא יד אשה כיד בעלה, מיהו כל שהתנה הנותן ע"מ שאין לבעלה רשות בה, תנאו קיים, וזכתה האשה בלא בעלה. והגם דרבים חולקים וס"ל דהלכה כרב דאין יד לאשה בלא בעלה, ואין התנאי מועיל עד שיאמר לה מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיה, מ"מ כיון דהדבר תלוי במחלוקת, אין הבעל יכול להוציא מיד האשה;

"מכיון דאין לבעל זכות בנכסי אשתו כי אם לפירות והגוף הוא שלה, והיא גופה מתקנתא, ולא אתי ספק תקנה דפירות ומוציא מיד האשה, דהיא ודאית והוא ספק."

והנה במשנה רפ"ט דכתובות (פג,א): הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך, הרי זה אוכל פירות בחייה ואם מתה יורשה. אם כן למה כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך, שאם מכרה ונתנה קיים. ושם בגמ' בע"ב: ותימא ליה מכל מילי סליקת נפשך. אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה. ואימא מפירי, אמר אביי בוצינא טב מקרא. ואימא מירושא, אמר אביי מיתה שכיחא, מכירה לא שכיחא, וכי מסליק איניש נפשיה ממילתא דלא שכיחא, ממילתא דשכיחא לא מסליק איניש נפשיה. רב אשי אמר בנכסיך ולא בפירותיהן, בנכסיך ולא לאחר מיתה. והנה בגמ' מבואר לדברי אביי, דמפרשים את דברי הבעל באופן הפחות ביותר, שהסתלק רק שאם מכרה ונתנה קיים, ולא מירושא ולא מפירות, דיד בעל השטר על התחתונה. ופירש רש"י שם, וז"ל:

"כל המוציא שטר על המוחזק בדבר מה שמפורש בשטר, יכול לתבוע עליו. ואם השטר סתום, מורידים אותו לפחות שבמשמעות השטר. וכאן הבעל בא בתקנת חכמים על נכסי אשתו בשלשה דברים; לאכול פירות, ולירש, ואם תמכור מכרה בטל. וזו מוציאה עליו שטר שכתבת לי דין ודברים אין לי בנכסיך, ולשון סילוק הוא זה, והוא יכול לטעון ודאי לשון סילוק הוא אבל לא נסתלקתי אלא מפחות שבדברים וזו היא המכירה, אבל כל זמן שלא תמכור אוכל פירות."

הרי שהוא מוחזק והיא באה להוציא מהבעל שכוחו מכח תקנת חכמים שתיקנו לו פירות. ומדברי התוס' שם ד"ה רב אשי מבואר דרב אשי שתירץ בנכסיך ולא בפירותיהן וכו', חולק על אביי, מזה שהקשו התוס' דלמאי דלית ליה לרב אשי יד בעל השטר על התחתונה, תימה, אמאי קתני שאם מכרה ונתנה קיים בדיעבד לכתחילה נמי תמכור. ועיין במהר"מ שי"ף שכתב דבעלמא ס"ל לרב אשי דיד בעל השטר על התחתונה, אבל רק בכגון אשה ובעלה שהיא מוחזקת בנכסים ("דהנכסים קצת בחזקתה"), בזה פליג דיד בעל השטר - האשה, על העליונה.

אמנם נראה דיש לחלק בין נדון הסוגיא דריש הכותב לנדון המחנ"א, דבנדון הסוגיא דריש הכותב אין ספק דחלה תקנת חכמים על הפירות, והספק הוא בהסתלקות הבעל, ובזה כיון שהתקנה היא ודאית ויש לבעל זכות מכח התקנה והאשה באה לסלקו מכח

הסתלקותו, בזה היא בעל השטר וידה על התחתונה (ועיין בזה בנימוק"י ב"ב ד,א בעמוה"ר, ורע"א בהגהות לשו"ע חו"מ סו"ס סה, ועיין מה שהארכתי בח"ב סי' כה,ה ולהלן). משא"כ כאשר יש בכלל ספק על נכסים מסוימים אם חלה עליהם תקנת הפירות, בזה ס"ל למחנה אפרים דהאשה שהיא מוחזקת בגוף, היא זו המוחזקת כנגד הבעל התובע את הפירות מכח ספק. והוא הדין בכל ספק שיש אם חלה תקנת חכמים של פירות נכסי מלוג.

לאור האמור לעיל, הבעל לא זכה בשכר הדירה שיש לאשה מהנכס שקבלה מירושת סבה, והיא רשאית להחזיק בהם.

סימן ד

התכתבות באינטרנט וכו' כעילה לגרושין

ראשי פרקים

- א. מחלוקת הראשונים אם בכיעור נאסרת על הבעל
- ב. כיעור בהתכתבות
- ג. חשש שמא במקרה הכיעור או בפעם אחרת
- ד. תנאים בכיעור
- ה. לגרשה בעל כרחא
- ו. עוברת על דת
- ז. אסור עצמי או חשש שמא תזנה
- ח. כשהבעל עצמו עובר על דת
- ט. מעשה חד פעמי
- י. עוברת על דת צריכה התראה
- יא. לגרש בעל כרחא ללא התראה
- יב. כשאין עדים שעברה על דת
- יג. בעל שמתכתב בדברים לא צנועים באינטרנט

אשה שהתכתבה באינטרנט דברים מכוערים ביותר, וכן הפיצה תמונת לא צנועות שלה (בלשון המעטה), והאשה הודתה בכך, אולם נראה שלא היה לה קשר כזה או אחר עם המכותבים, ולכל הפחות לא הוכח קשר כזה, והבעל תובע גרושין ע"ס הנ"ל. והשאלות שעלו לדיון: א. האם אפשר לחייב את האשה להתגרש. ב. בעל ששואל אם מותר לו להמשיך ולחיות עם אשתו. ג. האם אסורה להנשא עם אלה שהתכתבה אתם או עם החברים שאליהם הופנתה התמונה. ד. האם מפסידה כתובתה. ה. מה הדין במכחישה וטוענת שלא היא כתבה, אבל לפי דעת מומחים נכתב מהמחשב שלה, שסגור לאחרים בסיסמא. ו. דינו של בעל שעשה כנ"ל והתכתב דברי כיעור וזימה, לחייבו בגרושין.

אף שהדברים נכתבו למקרה מאד מסוים, במתכוין לא נכנסתי לפרטי השאלה והדיון הוא כללי, כיון שהדין, כפי שיובהר להלן, תלוי ברמת הכיעור לפי שקול דעתו של בית הדין, לכן יש לדון בכל מקרה ומקרה לגופו, לפי כללי ההלכה המובאים להלן.

א. מחלוקת הראשונים אם בכיעור נאסרת על הבעל

יש נפק"מ אם נגדיר את מעשה ההתכתבות ופרסום התמונות כדבר כיעור או כעוברת על דת, וכפי שיתבאר. תנן ביבמות כד, ד: הנטען על אשת איש והוציאוה מתחת ידו אף על פי שכנס יוציא. ואיתא ביבמות כד, ב - כה, א: ... דתניא רוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר, אמר רבי הואיל ומכוער הדבר תצא. רוק למעלה מן הכילה, אמר רבי הואיל ומכוער הדבר תצא. מנעלים הפוכים תחת המטה, אמר רבי הואיל ומכוער הדבר תצא ... והלכתא כוותיה דרב והלכתא כוותיה דרבי, קשיא הלכתא אהלכתא, לא קשיא, הא בקלא דפסיק הא בקלא דלא פסיק, קלא דלא פסיק וליכא עדים כרבי, קלא דפסיק ואיכא עדים כרב. ונחלקו הראשונים אם דברי הגמ' ביחס לכיעור נאמרו לענין החיוב לצאת מהנטען או גם לחייב את הבעל להוציאה. מדברי הרי"ף בסוגיא מוכח שכל הסוגיא מיירי לענין הנטען ולא ביחס לבעל, דמבעל לא מוציאים אלא בעדי טומאה. כן מוכח בתחילת דברי הרי"ף בסוגיא (ו, א בעמודה"ר), וכן כתב להדיא שם בע"ב, וז"ל:

"... והני מילי מבעל שהוא הנטען אבל מבעל עצמו לא מפקינן לה אלא בעדי טומאה בין יש לה בנים בין אין לה בנים כדגרסינן בקדושין בפרק האומר לחבירו, איבעיא להו זינתה אשתו בעד אחד מהו אמר רבא הוה דבר שבערה ואין דבר שבערה פחות משני עדים..."

וכך מבואר מדברי התוס' יבמות כד, ב ד"ה אמר רבי, דתצא מן הרוכל, דכל הסוגיא אירי בנטען, דלבעל אינה נאסרת אלא בקינוי וסתירה או בראו דרך המנאפים. וכך פסק הרמב"ם בהל' אישות כד, טו, וז"ל:

"כיצד היא יוצאה משום שם רע, כגון שהיו שם עדים שעשת דבר מכוער ביותר שהדברים מראין שהיתה שם עבירה אף על פי שאין שם עדות ברורה בזנות, כיצד כגון שהיתה בחצר לבדה וראו רוכל יוצא ונכנסו מיד בשעת יציאתו ומצאו אותה עומדת מעל המטה והיא לובשת המכנסים או חוגרת אזור, או שמצאו רוק לח למעלה מן הכילה, או שהיו שניהם יוצאים ממקום אפל או מעלין זה את זה מן הבור וכיוצא בו, או שראו אותו מנשק על פי חלוקה, או שראו אותו מנשקין זה את זה, או מגפפין זה את זה, או שנכנסו זה אחר זה והגיפו דלתות וכיוצא בדברים אלו, אם רצה בעלה להוציאה, תצא ואין לה כתובה, ואין זו צריכה התראה."

והדוגמאות שהביא הרמב"ם לדברי כיעור, מקורם מהגמ' יבמות הנ"ל ומהירושלמי כתובות פרק המדיר ה"ו. ומ"מ מבואר שפירש הרמב"ם שדבר כיעור אינו מחייב את הבעל לגרשה אלא הוא בגדר מוציאה משום שם רע, שרשאי הוא לגרשה ללא כתובה וללא התראה. ושם בהט"ז כתב להדיא דגם עוברת על דת וגם דבר כיעור, אין כופין

את הבעל שיוציא אלא ברצונו הדבר תלוי, רק שיש מצוה להוציאה, ומשמע אפי' בעל כרחיה. וכן הוא בהל' סוטה ב,יג-טו, וז"ל:

"אבל אם לא קדם קינוי ובאו עליה עדים שנסתרה עם זה ובאו ומצאו דבר מכוער, כגון שנכנסו אחריו ומצאוה חוגרת חגורה, או מצאו רוק למעלה מן הכילה וכיוצא בזה, אם הוציאה בעלה בדבר מכוער זה, הרי זו לא תנשא לנטען אלא אסורה עליו, ואם עבר ונשאה והיו לה בנים ממנו לא תצא, ואם לא היו לה בנים תצא. בד"א שנבוכה העיר עליה ועל זה הנטען יום ומחצה או יתר ואמרו פלוני זנה עם פלונית ולא פסק הקול, והוא שלא היו לה או לו אויבים שמעבירין הקול, אבל אם לא היתה שם רנה לדבר זה בעיר או שפסק הקול שלא מחמת יראה, אם נשאת לנטען לא תצא אף על פי שאין לה בנים, אפילו בא עד אחד שזינת עמו לא תצא. מי שהוציאה בעלה בעידי דבר מכוער ונשאת לאחר וגירשה, הרי זו אסורה להנשא לנטען שיצאת מתחת בעלה בגללו, ואם נשאת לא תצא אף על פי שאין לה בנים."

והרא"ש בסוגיא (יבמות ב,ח) הביא את פרוש רש"י בסוגיא דמכוער הדבר תצא מהבעל, וקושיית ר"ת, דאין האשה נאסרת על בעלה אלא בקינוי וסתירה וכו', ופירש דתצא מרוכל, וכן פר"ח וכן בה"ג;

"ומפר"ת תצא מן הרוכל אם גירשה הבעל ונשאה הרוכל הואיל ומכוער הדבר תצא, דלדידיה הוא קלא דקמי נישואין ולקלא דקמי נישואין חיישין, אבל מבעל לא מפקינן אלא בעדים, וכן מוכח סתמא דהש"ס דקאמר כל הוציאוה בב"ד, וב"ד בעדים הוא דמפקי, אלמא דדבר פשוט הוא דלא מפקינן מבעל אלא בעדים, ומנטען מפקינן בקול כשאין לה בנים מן הראשון."

וחזר ר"ת לפרש כשאלתות, ודוקא בדבר כיעור בעדים, דכיון שראו רוכל יוצא וכו' וכל הני דלקמן, מוכחא מילתא דיש כאן טומאה. , ורגלים לדבר כאלו ראוה שנבעלה ואסרינן לה לבעלה כפתח פתוח;

ובשאלתות דרב אחאי בפרשת (פנחס) אי איכא דבר מכוער וקלא דלא פסיק, מפקינן לה בין מבעל בין מבועל, דתניא רוכל היוצא וכו'. ור"ת חזר לפרש כפירוש השאלתות בהאי דקאמר רב ובעדים, היינו דאיכא עדים בדבר מכוער, משום דקשיא ליה הא דקאמר כי אתא אחר ואפסקי' לקלא מאי הוי, ואי בדאיכא עדי טומאה לא הוה קרי ליה קלא. ופלוגתא דרבי ורבנן דרוכל בדבר מכוער בלא עדים אלא בקול. ומיהו בבעל שראה דבר מכוער לא משוינן ליה אנפשיה חתיכה דאיסורא בהכי אלא בדבר מכוער בעדים דאיכא לעז טפי שיתפרסם ויצא הקול."

וכתב לישב את כל הראיות שהביא לדעת ר"ת שבתחילה, שאין האשה נאסרת אלא בעדי טומאה וכו'. ועיי"ש שנחלקו בפירוש דברי השאלות, מה שנחלק הרא"ש על פירוש הר"מ, עיין בח"מ יא,ה וב"ש ס"ק ד. ונחלקו המחבר והרמ"א בשו"ע אהע"ז יא,א. דעת המחבר לפסוק כרי"ף, הרמב"ם ור"ת קודם חזרה וכמובא בתוס', דאין האשה נאסרת על בעלה אלא בעדי טומאה, וכל הנידון בסוגיא הוא לאסרה על הנטען. ודעת הרמ"א לפסוק דבקול ממש עם עדי כיעור, מוציאים גם מבעלה אם אין לו בנים ממנה, אבל באחד מהם אין מוציאים מהבעל, אא"כ הוציאה בעלה וכנסה הנחשד, דמוציאים גם באחד מהם אם אין לו בנים ממנה.

ובטרם נכתוב הנפק"מ העולה מפרטי הדינים העולים ממחלוקת הראשונים והפוסקים, יש לברר אם התכתבות ופרסום תמונות הוא בכלל דבר כיעור עליו דברה הגמ'. יש לציין כי אין ספק שבעצם המעשה של התכתבות שנודף ממנה ריח של זימה, ק"ו עם פרסום תמונות לא צנועות, יש בזה דבר מכוער. אך השאלה אינה בהגדרה המוסרית, אלא אם הדבר נכלל בדין ההלכתי של דבר כיעור האמור בסוגיא פ"ב דיבמות ובשו"ע אהע"ז סי' יא. והשאלה אם המעשה הוא בגדר ההלכתי של כיעור, ואם כן, האם נאסרת על בעלה, והוא לכאורה המחלוקת הנ"ל בין הראשונים, והאם לשיטת השאלות יש כאן עדי כיעור וקלא דלא פסיק. האם התקיימו כאן התנאים של כיעור הלכתי, האוסר את האשה על הנטען, אם יש כאן נטען מוגדר, או שאין צורך בנטען מוגדר. האם מפסידה את כתובתה ללא התראה וכמש"כ הרמב"ם הנ"ל, בניגוד לעוברת על דת. והאם בכל מקרה יכול לגרשה בעל כרחיה.

ב. כיעור בהתכתבות

שוב בראשית הדברים חובה להדגיש כי הדיון דלהלן הוא בהגדרה ההלכתית של כיעור, ע"פ הסוגיא פ"ב דיבמות, מאחר ואין ספק כי מהבחינה המוסרית מדובר בנ"ל בדבר מכוער שאינו מוסרי, וכל הדיון הוא אם לשייך את נדו"ד לנפקויות ההלכתיות הנובעות מהדין של דבר כיעור. דוגמאות לכיעור מצאנו בגמ' יבמות כד,ב כנ"ל, ובירושלמי כתובות פרק המדיר, וכפי שהובא לעיל בדברי הרמב"ם.

דהנה המחבר בשו"ע אהע"ז יא,א הביא את דברי הרמב"ם ואת לשונו הנ"ל בהל' אישות כד,טו "וכיוצא בדברים אלו", וע"ז הוסיף הרמ"א; "לפי ראות עיני הדיינים". דהנה המבי"ט בתש' ח"א סי' רפז, לאחר שהביא את דברי הרמב"ם, כתב וז"ל:

"ומה שכתב הרמב"ם וכיוצא בדברים אלו היינו דוגמתן ממש, שיהיו הדברים מכוערים כמו אלו, אבל מה שאינו כל כך מכוער אינה מפסדת. וגם אם יש ספק אם הוא דבר מכוער או לא אינה מפסדת, דכתובתה בחזקתה היא."

הרי דבעינן שיהיו הדברים מכוערים ברמה שהוזכרה בגמ' בבלי וירושלמי, הגם אם אינם ממש כאותם דברים. השאלה אם התכתבות של דברי זימה וניאוף ופרסום תמונות, הם ברמת כיעור של הדברים שהובאו בגמ'. והנה באבני נזר (חאהע"ז סי' לז) דן באשה שנמצא מכתב בכתב ידה שכתבה לאחר, אם נאסרת על בעלה, דאף שנמצאו במכתב דברים מכוערים, מ"מ לא חשיב אלא דבר כיעור ואינה נאסרת על בעלה. ולכאורה נראה שכוונתו לכיעור שבגינה נאסרת על בעלה אם יש שני עדים וקלא דלא פסיק, שאם כוונתו על צד המוסר בלבד, מה המשך הדיון של קיום כתב ידה, דהרי אין בזה נפק"מ להלכה. אלא בהכרח מדובר בכיעור דומיא דכיעור הנ"ל בגמ', ורק השאלה אם יכול לקיימה בדרך של דמיון לכתב יד. וז"ל האבני נזר:

"אך עיקר החשש מחמת המכתב שנמצא אצל יאקל ממנה, והמכתב נמצא בו כמה דברים מכוערים, מ"מ הואיל ולא נכתב בו בפירוש שזנתה לא נחשב יותר מן כיעור. וזה אם יתברר שהוא כתב ידה, אך מה שהכתב דומה אל הקוויטעל שמודית שהוא שלה, איננו ראי' מכמה טעמים, הא' כיון שהקוויטעל הי' אצלו י"ל שמא זיופי זיף, ואת"ל שא"א לזיף אות אות לבד רק חתימה לחתימה כמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות [סי' טז], א"כ אי אפשר להכיר נמי, ואת"ל שאפשר להכיר בדמויי אות לאות כמו כן אפשר לזיף ... ועוד דקיום ע"י דמויי נ"ל דלא יועיל לאסור על בעלה, שהרי כתב המרדכי פ"ב דכתובות [סי' קמ"] שאינו אלא תקנת חכמים בקיום שטרות משום פסידא דלקוחות, ומה שאינו כשר בדיני ממונות רק משום תקנת חכמים, לא יועיל לאסור אשה על בעלה כמו לענין דרישה וחקירה, דצריך דרישה וחקירה לאסור אשה על בעלה ... ולא יועיל רק אם יכירו [אפשר אפי' אחד יכיר כמו שיבואר לקמן] בטביעת עין שהוא כתב ידה, אך אין מחוייבים לחקור על זה, שאם יחקרו ויתקיים ע"כ לא יהיה רק כיעור, והא אין מוציאים רק בעידי כיעור [בצירוף קלא דלא פסיק] אבל לא אם הבעל עצמו ראה הכיעור, והטעם מבואר בהרא"ש משום דע"י עדים יתפרסם הדבר ויצא הקול, וכיון דטעם עדי כיעור משום הקול, וא"כ כשלא יתקיים אף אם הדבר אמת, כל זמן שלא יתקיים לא יצא הקול ומותרת היא ... אך אם הבעל ירצה לברר הדבר לצאת ידי שמים, אם יבואו עדים ויקיימו מכתבה שמכירים בטביעות עין שהוא כתב ידה, נראה ודאי דחשוב כיעור, ואם ירצה יכול לגרשה בעל כרחיה, ולדעת הרמב"ם [אישות כד, טו] אפי' בלא כתובה, ואפי' רק אחד יכיר שהוא כתב ידה אפשר שיצטרף עם עדות הנחשד שזינה עמה משום פלגין דיבוריה, ועדות מיוחדת מהני לאסור אשה על בעלה."

מבואר עכ"פ שבפעם הכתיבה יש משום דבר כיעור, ככל שדרגת חומרת הכתיבה לראות עיני הדיינים כדבר מכוער, אפי' לא כתבה להדיא שזינתה. רק השאלה לגבי הקיום. שאם האשה מכחישה, אם חו"ד מומחה שנשלחו הדברים מהמחשב שלה הסגור

בסיסמא, אם חשיב כהכרה בטביעות עין. ונראה דענין טביעות עין הוא כסימנים, רק בסימנים מובהקים ושאינם מובהקים, מדובר בסימן בודד או בכמה סימנים, מובהקים או מובהקים ביותר (עיי' מה שכתבתי בח"ד סי' ו'). טביעות עין הוא צרוף של סימנים רבים היוצרים טביעות עין והכרה שפלוני הוא הכותב (ראה מה שכתבתי בח"ד סי' ל,ה). שבהכרת טבעות עין של הכתב, התאמת אצלנו שהיא כתבה, והרי היא כמדברת עם הנמען. ונראה שחור"ד מומחה שהדברים נכתבו ממחשב האשה, אף שהיא מכחישה, עד כמה שנראה לביה"ד שאכן הדברים נכתבו ממחשב האשה שסגור בסיסמא, הרי זה כסימן מובהק ביותר. ועדיין צ"ע בכל מקרה לגופו, עד כמה מדובר כאן בעדות סימנים. הדבר תלוי גם באופי חור"ד. ובעדות של סימן מובהק ביותר נראה להחשיב הדבר כדבר כיעור, למש"כ האבני נזר. אך עדיין צ"ע למעשה, דתלוי באמת עד כמה התאמת לעיני הדיינים שהדברים נכתבו ע"י האשה, ואם גם הכחשתה היא מהשפה ולחוץ, והכל בזה לפי ראות עיני הדיינים, אם נתאמת אצל הדיינים שהיא כתבה, ברמה של הכרת עד בטביעות עין, וכסימן מובהק ביותר כהגדרתו אחד מאלף שאינו כן.

ובתש' העמק שאלה (לגאון הרב מרדכי דוב טווערסקי, חתן הדברי חיים ומאדמור"י טשערנאביל) חאה"ע"ז סי' יז דן בענין דבר כעור, ובין שאר הדברים, הראה הנחשד לרב שני מכתבים ללא חתימה, אך הוא כתב ידה בברור, ותוכן הדברים שמבקשת אותו מאד שלא יגיד האמת משום חלישות דעת הוריה, ובמשך הזמן תאמר לאביה ששונאת בעלה ותתגרש. ובהתיחס לשאלת המכתבים, השיב העמק שאלה, וז"ל:

"עתה נבוא לעיין אם המכתבים שכתבה שמבקשת מאד שלא יגיד האמת, וכן כותבת שהיא לא תגיד האמת בשום אופן, אם זה נחשב להודאה. ולכאורה נראה דזה תלוי אי אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ... וא"כ הוי כאן איסורא דאית ביה ממונא, דלדעת הרמב"ם דפוסק הלכה כר"מ, לא אמרינן בזה מכלל לאו אתה שומע הן, א"כ לא מקרי כאן הודאה. דכל ענין חשיבות הודאתה הוא מחמת דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וכאן אין כאן הודאה בפירוש רק שנשמע מכלל לאו, וזה לא נחשב הודאה לר"מ במה שיש בו ממון. ... אבל מ"מ קשה לענ"ד לומר שזה מיקרי הודאה על כל הדברים, דאולי היה כוונתה רק על דברים מכוערים שהיה בינם קודם שנשאת לאיש, שזה היה ג"כ בכלל הסיפור, וע"ז בקשה שלא יגיד האמת, ואיך נוכל להחליט מדברים דשוויא נפשה חתיכה דאיסורא או עכ"פ עוברת על דת משה ..."

ונראה מהדברים דשייך הודאה בכתב, אך לא מוכח מהדברים דהכתיבה עצמה יכולה להחשב כדבר כיעור אלא רק אם יש כאן הודאת בעל דין על כיעור וזנות, ששוויא אנפשא חתיכא דאיסורא. גם מהאבני נזר לא מוכח שהמכתב עצמו יחשב דבר כיעור אלא הודאה על כיעור, למשל אם כתבה במכתב שזינתה או שעשתה דבר כיעור. כך גם מהכתב סופר בתש' סי' יד באשה שכתבה מכתב לנחשד, והיה כתוב באגרת בלשון

אהבה וחיבה יתירה, והוכיחתו על שעזבה ורוצה לישא אחרת, וכתבה לו איך היתה האהבה עזה ביניהם, ושהילד הקטן שיש לי ממך הוא כאשר קלסתר פניו דומה לשלך כאשר כולם אומרים ויודעים, ואיך אתה יכול לשכוח האהבה העזה אשר היתה בינינו ולעזוב אותי. וצירף שם כתבה לאסרה, עיי"ש. אך כל זה שבכתב מודה בזנות ממש, אך לא הכתב הוא הכיעור. דכתיבה שהיא גופה הכיעור, זאת לא מצאנו. וע"כ אם כתבה בדואר אלקטרוני וכד' דברי זנות המוכיחים שזנתה עימו או שעשו דברים מכוערים, בזה חשיב הודאתה וכתביבה כדבר כיעור שאפשר לאסרה לנטען או לבעלה. אבל אם פרסמה עצמה שמעוניינת להפגש עם גברים וכד', אין בזה גדר הלכתי של מעשה כיעור לאסרה לבעלה. ובכלל אם אין נטען מסוים, לא מצאנו גדר של מעשה כיעור, דלא שייך מעשה כיעור ללא נטען. וקשה לומר שכל מי שקרא את הדברים באתר, יחשב כנטען. והוא הדין אם פרסמה תמונה לא צנועה שלה, כיון שאין כאן נטען מסוים לדבר עבירה, אין בעצם המעשה משום דבר כיעור הלכתי. דגם אשה שהולכת בפריצות, אין הדבר מוגדר כמעשה כיעור אלא כעוברת על דת משה.

ג. חשש שמא במקרה הכיעור או בפעם אחרת

בח"מ יא,ג הסתפק במקום שודאי מהכיעור שעליו מעידים העדים לא היתה טומאה, כגון שודאי לא נסתרו שער זמן טומאה, האם נאסרת לבעל או לנטען (לכ"א משיטות הראשונים) מחמת הכיעור, שאף שודאי לא היתה טומאה בכיעור זה, חיישינן שמא בפעם אחרת היתה טומאה. וז"ל הח"מ:

יש להסתפק אם מיירי ג"כ שנסתרה ושהתה כדי טומאה והעדים באו ומצאו עושים דבר כיעור זה, דיש לחוש דשמא קודם שבאו העדים נטמאת, אבל אם לא היה כאן סתירה כלל, או שתכף אחר הסתירה באו עדים ומצאו מנשקין זה את זה והעדים יודעים ברי שלא היה עכשיו טומאה, אם יש לחוש דהואיל והיה כיעור זה, מסתמא יש לחוש שמא בפעם אחר נטמאה, או דילמא לא חיישינן רק במקום סתירה היכא דיש לחוש שעתה נטמאה.

ובח"מ ציין לתש' רא"מ סי' כה. ושם נשאל, וז"ל:

"על אודות האיש שגרש את אשתו מפני שראה גוי אחד ממשרתי ביתו שנכנס בתוך ביתו כשהיה הוא שוכב על מטתו בצהרים, וכשראה את הגוי שנכנס בביתו עשה עצמו כישן לראות מה יעשה, ויפן כה וכה וירא כי אין איש מאנשי הבית שם אתה בבית, ויקרב אליה ויחבקה וינשקה בכל אות נפשו, והאיש משתאה לה מחריש לדעת היבואו לידי זמה אם לא, וירא כי לא בא אליה ואינו יודע אם היה סבת המניעה מפני שהרגישו בו אם לא. ועל המעשה המגונה הזה שראה

באשתו כאחת הנבלות, נכנסה טינא בלבו וגרשה. יורנו מלכנו אם מותר להשיאו עצה להחזיר גרושתו כיון שלא ראה שנטמאה, או אם יהיה אסור להשיאו עצה כזו כיון שהיא פרוצה אצלו, ואף על פי שלא ראה בה דבר טומאה כי אם נישוק וגיפוף נאמר עליו הרחק מן הכיעור ומן הדומה לו, כי בודאי מעשה הפריצות הזה מוכיח שהיה רגיל אצלה מקודם ולבו גס בה, ובודאי נסתרה והיא נטמאה."

והוא נדון של כיעור, כשאין חשש במקרה הכיעור שבא לידי זנות, והחשש שמא פעם אחרת נטמאה. ודן הרא"מ שם שלא להשיאו עצה להחזירה מצד הכיעור, ומוכח מדבריו דהכיעור עצמו אף במקום שעצם המעשה בודאי לא היה בו זנות עכשיו, יש לחוש שמא בפעם אחרת נטמאה. ולא כתב הרא"מ דכיון דודאי לא נטמאה אין כאן כיעור, וכל דבריו נוסבים סובבים ודנים על דין זה של כיעור. אמנם הב"ש בסוס"ק ד כתב דמלשון הרמב"ם אישות כד, טו הנ"ל; "... כגון שהיו שם עדים שעשת דבר מכווער ביותר שהדברים מראין שהיתה שם עבירה אף על פי שאין שם עדות ברורה בזנות..." מוכח שכיעור היינו שהדברים מראים מצד עצמם שהיתה שם עבירה, ו"שם" הכוונה לאותו מעשה ואותו זמן, וממילא לא חיישינן שהיה קודם לכן עבירה. אבל לכאורה אפשר לפרש "שם", בין הנטען לאשה, ולא דוקא באותו זמן כפועל יוצא מאותו מעשה כיעור.

והנה אם נאמר שמעשה כיעור הוא מחשש שמא במעשה זה זינתה ג"כ וכפשיטות הב"ש מדברי הרמב"ם, לכאורה אין מקום בנדו"ד להגדיר את המעשה כמעשה כיעור. אך אם נאמר שהחשש שמא פעם אחרת נטמאה, יש מקום לפי הענין ולפי ראות עיני הדיינים להגדיר את ההתכתבות ופרסום התמונות כמעשה כיעור, אם נראים הדברים שמי שעושה מעשים כאלה ודאי אינו חושש לאיסור עריות, והדברים מכוונים לטומאה. ובתש' אמרי אש (ח"ב סי' קז) דן ג"כ בספיקו של הח"מ, וכתב דאין כל הענינים שוים, כי רוק למעלה מן הכילה או מנעלים הפוכים, ואפילו מעלים זה את זה מן הבור או מתיחדים באפילה, כל שלא שהו שעור טומאה, אין בכל אלו לחוש שנטמאה פעם אחרת. אבל חבוק ונשוק, שהוא לוקה מן התורה לרמב"ם וסיעתו, וכן דעת הטור אהע"ז סי' כ שהוא לוקה משום לא תקרבו לגלות ערוה, שהדברים הללו מביאים לדבר עבירה והוא נקרא חשוד על העריות, בזה יש לחוש לפעם אחרת. לפ"ז נדו"ד שלא היה בהתכתבות ובפרסום התמונות משום דברים שלוקים עליהם, אין לחוש לפעם אחרת, וכיון שבמעשה עצמו לזמנו אין לחוש לטומאה, שוב אין להגדירו כמעשה כיעור.

עוד ראיתי שלא לחוש בנדו"ד לזנות לספיקת הח"מ, אם אין בזמן מאז פרסום הדברים ולהבא לחוש שארע הזנות, דספיקו של הח"מ הוא מחשש שמא אחרי הכיעור היה זנות ולא לפניו, דרק אחרי הכיעור אתרע חזקתה. כן כתב הבית שלמה חאהע"ז סי' עד, וז"ל:

"ולפענ"ד דאף הח"מ לא נסתפק רק במקום שיש ספק שמא זינתה פעם אחד אחר הכיעור, כיון דכבר אתרע חזקת כשרות שלה ע"י הכיעור, אבל להסתפק שמא זינתה קודם הכיעור, לא נסתפק הח"מ, ולהא ודאי לא חיישינן, דאף דעתה בשעת הכיעור אבדה חזקת כשרות, אמרינן העמידנה על חזקת כשרות עד עתה והשתא היא דאתרע ..."

ולכן בנדו"ד גם לצד ספיקת הח"מ שיש לחוש לפעם אחרת, היינו דוקא אם היה זמן לאחר פרסום הדברים לחוש לכך, באופן שאיתרע חזקתה. ועיין בתש' שאילת שלום ח"א סי' כז שהיא מקשים על הח"מ מדוע יש לחוש שמא זינתה פעם אחרת, הרי כל ישראל בחזקת כשרות. וכתב לישב, דספיקת הח"מ דוקא באופן שיש קלא דלא פסיק, אם אמרינן דהכיעור מעיד על הקול שהוא אמת, א"כ אף דכעת לא חיישינן לזנות, כיון שראו דבר מכוער, הכיעור מעיד על הקול שהוא אמת ואמרינן דזינתה מקודם כפי הקול, ובזה לא שייך להעמיד בחזקת כשרות. ולפ"ז דוקא אם לנדו"ד היה קלא דלא פסיק, וכפי שיתבאר להלן.

ונראה לשיטת השאלות ודעימיה, דלצד שבכיעור יש כאן מעשה זנות, היינו שאם רואים כיעור, הרי זה כרואים זנות, וכמו בעדי יחיד שהן עדי ביאה, דעדים שראו יחדו כרואים ביאה, דאנן סהדי שיש כאן ביאה, כך עדים שרואים כיעור, הרי הם כרואים ביאה, ולכן אפשר לשיטת הראשונים שנאסרת על בעלה, היינו שיש בעדי כיעור וקלא דלא פסיק, לכל שיטה מהראשונים הנ"ל, משום עדות על זנות ממש, וע"כ נאסרת על בעלה. ולרמב"ם שאינה נאסרת הוא מטעם ספק, ולא הוי כאנן סהדי אף לצד זה.

ד. תנאים בכיעור

וכיעור לכאורה הוא מעשה שבו יש נטען. לאמור - אם אשה עושה מעשה של פריצות ברבים, אך אין נטען מסוים, כגון שהלכה בצורה פרוצה ביותר ברבים וכד', כיון שאין כאן נטען, לא יוגדר הדבר הלכתית כדבר כיעור אלא כעוברת על דת משה, דכל הסוגיא לפי רי"ף, רמב"ם ור"ת, וכפסק המחבר בשו"ע, מיירי לענין לאסרה לנטען ולא לבעלה כלל, ובדליכא נטען מסוים, אין לדון מדין דבר כיעור. לכן אם פרסום התמונות היה כללי, וכן כל ההתכתבויות באינטרנט היו כלליים ולא לאדם מסוים, אין לדון מדין דבר כיעור. דכל הנידון בדבר כיעור הוא כיעור עם פלוני או כמה אנשים (כמו שמצאנו בעדות מיוחדת, עיין ברמ"א סו"ס א ובנו"כ, וגם בעדות אחת עם כמה נטענים, נאסרה לכולם). ואם כתבה דברים חמורים לאדם מסוים, על הצד שהדבר יחשב כדבר כיעור כאמור לעיל, יש לאסרה לנטען אם יש עדים או שהודתה, או שיש קלא דלא פסיק על הכיעור.

גם לאסרה על בעלה בעינן שיהיה לשיטות האוסרים עדי כיעור וקלא דלא פסיק, או באחד מהם אם הוציאה הבעל וכנסה הנחשד, כמבואר ברמ"א אהע"ז יא,א. ולשיטת הראשונים שאינה נאסרת אלא לנטען, היינו בקלא דלא פסיק ובתנאים האמורים בסוגיא ובמחבר שו"ע אהע"ז יא,א. ואין להאריך בפרטי הדינים, רק לציין מקצת הנוגע לעניננו. כמו היות העדים עדים כשרים. דאם העדים ריקים ופוחזים, כפי המקובל בגולשי האתרים מסוג זה, כבר כתב הרמ"א בתש' סי' יב דעדות אלה הריקים והפוחזים, וכך הם ניכרים בפי כל, אף שלא נפסלו, אין לסמוך על עדותם בזה, וז"ל הרמ"א בתש':

"ותו, דהא גלוי לכל דאלו שנים עדים שהעידו הם חשודים, כי האחד מהם הוא נקרא פוקש והוא ראש לשועלים הקטנים המחבלים כרמים ... ניכרים לפוחזים ורקים לכל אדם. אף על גב דלא ידעינן בהו שהם פסולים ממש, מ"מ מאחר שהוחזקו בפי כל לפוחזים ורקים, פסולים הם לעדות כזה. וראיה מהא דכתב מהרא"י בפסקיו סימן רכד בענין התרת אשה שמת בעלה, שהסכים להתיר וכתב לבסוף, וז"ל: אך בתנאי זה אם ידוע למר שהועד העדות בלי רמיה, כי אינני מכיר את העד אם הוא מן הרקים הפוחזים דלא חיישי במידי לאסהודי שיקרא ... ומהשתא נדון ק"ו, שהרי לאסור אשה על בעלה בעי עדות טפי מלהתירה כמו שאכתוב לקמן אי"ה ... ומאחר שמצינו שאף לענין להתירה על בעלה שהאמינו אף לעדות קל, ואפ"ה כתב שאין לסמוך אעדות רקים ופוחזים במקום דאיכא למיחש שמסהדים שקר ... ותו דלא גרע מעם הארץ דפסול לעדות, כדאיתא פרק מקום שנהגו (פסחים מט,ב) ... ודוקא בעם הארץ דליתא במקרא ובמשנה ודרך ארץ כדאיתא ספ"ק דקידושין (מ,ב). וכתבו הגהת מרדכי סנהדרין (סימן תשכא) דכל מי שאינו זריז בקריאת שמע ובתפלה ובמצות פסול לעדות. וכתב הרמב"ם בהלכות עדות יא,ב דאין מוסרין עדות לעם הארץ ואין מקבלין עדות ממנו אא"כ הוחזק שהוא עוסק במצות וכו', עד וכל עם הארץ בחזקת פסול עד שיוחזק שהולך בדרכי הכשרים עכ"ל. ק"ו לרקים אלו שהוחזקו לחשודים וקלים, שאין מקבלין עדותן כלל."

לפ"ז בעינן עדות של עדים כשרים, לא מיבעיא שלא נפסלו, אלא שאינם ריקים ופוחזים, כדי שיהיה לדבר דין של מעשה כיעור שמעידים עליו עדים. דאם הבעל עצמו ראה הכיעור, אין אוסרים לבעלה אפילו בקלא דלא פסיק, כמבואר בתש' מהר"מ לובלין סי' פד, וכן כתב בבית יצחק ח"א סי' מח. ואף לענין לגרשה בעל כרחה אינו נאמן בליכא עדים וראה בעצמו, עיין בחתם סופר חחו"מ סי' רג, שכתב דלא כמבי"ט. וע"כ בעינן עדים כדי שיתקיים בו דין כיעור. אך עיין בתש' הגרע"א (קמא סי' צט) שכתב על דברי הרמ"א, וז"ל:

"ואיני כדאי להרהר אחרי הרמ"א ז"ל, אך תורה היא וללמוד אני צריך, דהרי הבזוים ועמי הארץ המה רק פסולי עדות דרבנן [כמבואר בהרמב"ם רפי"א מהל'

עדות], ואיך נקל לפוסלם לעדי טומאה ולהתיר איסור דאורייתא, ומהאי טעמא גופא נסתר הק"ו דלהתיר אף דקיל יותר משום דייקא ומנסבה, מ"מ הא ראוי שלא להאמין לפסולי עדות דרבנן, אבל להתיר איסור דאורייתא ע"י פסול עם הארץ וכדומה, מניין לנו וכו', וגם בעדות להתיר אשה לבעלה, לכאורה עם הארץ נאמן, כמו גזלן דרבנן וכדמשמע מדברי מהרא"י דפסקינן (סי' רכ) במומרים שלא עשו תשובה כראוי עיין שם. וההיא (דסימן רכד) י"ל דניכר שהיה מרמה בעדות וכמבואר בתה"ד שם, ועכ"פ להתיר בדאורייתא צ"ע.

גם אם הנטען הזה חשוד על העריות יש לדון, כיון דפסול רק מדרבנן, (כמ"ש בח"מ וב"ש ססי' מ"ב) י"ל דלענין עדות טומאה לא מקילינן בדאורייתא, ומה דקיי"ל דפסול בין לאפוקי בין לעיולי, י"ל היינו בעדות גרושין וקידושין ולחומרא כדין עידי גט ועידי קדושין שהם פסולי עדות דרבנן, אבל להקל לגמרי אם חשוד על עריות הוא מעידי קדושין לפטרה בלא גט, וכן אם הוא מעידי טומאה להתירה לבעלה מניין לנו ... גם יש לומר דחשוד על העריות, היינו דוקא כמש"כ הרא"ש (פ"ז דסנהדרין) שהוא רגיל וגם בעריות ומתיחד עמהם וסני שומעניה, עכ"ל. אבל משום דנסתר עמה פעם אחת י"ל דלא מקרי חשוד עכ"פ דברי הרשב"א ברור מיללו, דלענין עידי טומאה חשוד על העריות פסול, א"כ בנ"ד אם ידוע לב"ד דהנטען חשוד על העריות כעין שכתב הרא"ש, אין ממש בעדותו, אבל אם הוא רק בכלל פוחזים וריקים צ"ע לדינא.

ואכן לרמ"א לכאורה אלה המשוטטים באתר אלה ודאי יחשבו לריקים ופוחזים, ואין ממש בעדותם. ולגרע"א בעינן שיהיו חשודים על העריות, ולא סגי בריקים ופוחזים. ורק כשכשרים כל חד לשיטתו יעידו על כיעור, יש לדון בדבר ככיעור בעדי כיעור. וכבר כתבתי לעיל דצ"ע אם יכולים בהתכתבות לבד להעיד שפלוני או פלונית עשו הדבר, וגם האידנא שרואים במצלמה, יש לדון בזה, ועיין מה שכתבתי בח"ד ל,יא לענין מינוי סופר ועדים דרך הטלפון. והשאלה עד כמה נתאמת אצל העדים ועד כמה ידוע להם שמדובר בפלוני או פלונית.

גם בעינן שיהיה קלא דלא פסיק, וכדאיתא בסוגיא ביבמות כה,א ובשו"ע אהע"ז יא,א, דבעינן רינון העיר יום ומחצה לפחות, ולא פסק הקול, ולא היו אויבים לה ולבעלה. ועיין בב"ש ס"ק יב, דאפי' לא הוחזק הקול בבי"ד. ומלשון הרמב"ם והשו"ע משמע שבעינן שהקול יצא על זנות, ולא סגי בקול על כיעור, כן כתב בשב יעקב סי' ו, ושכן משמע מתש' הרמ"א סי' יב הנ"ל, ובתש' מהרש"ל לג.

ה. לגרשה בעל כרחה

וכל זה לענין לכוף על בעלה לגרשה ולאסרה על הנטען, הב"ש יא,ו כתב דהבעל רשאי להוציאה בעל כרחה, אבל אין כופין אותו ואין משיאין לו עצה להחזיקה. ואפי'

בזמן הזה שיש חרם דר"ג, יכול להוציאה, שכ"כ בתשובת מהר"ם מלובלין וכ"פ בט"ז, ולא כרש"ל. ואין צריך התראה כמ"ש ברמב"ם פכ"ד ה"א. אך כל זה אם היה מעשה של כיעור, ואם נגדיר את המעשה ככיעור למש"כ לעיל, אולם אם אינו כיעור אלא עוברת על דת, הדברים יבחנו במסגרת ההלכה של עוברת על דת.

והמעין בדברי האחרונים יראה שדעת היש"ש דעת יחידאה, ויכול לגרשה בעל כרחיה, וגם להוציאה בלא כתובה. אך כל זה נאמר לשיטת הראשונים שדין מעשה כיעור נאמר לאסרה על הנטען ולא על בעלה, ועל זה נאמר שיכול עכ"פ לגרשה בעל כרחיה, הגם דלשיטת הראשונים שאין אוסרים אלא בעדי טומאה או קינוי וסתירה, ובכיעור אין מוציאים אשה מבעלה, בכל אופן רשאי ואולי מצוה לגרשה. ולכן כל הדיון דלהלן הוא רק על האופן אם נגדיר את המעשה שנעשה כמעשה כיעור, והיינו על צד ספיקו של הח"מ, לפי חלק מהסבר האחרונים. אא"כ מדובר בכיתובים שהיתה בהם הודאה על זנות, או דברים שלפי ראות עיני בית דין מורים על זנות כדוגמת וברמת המקרים האמורים בגמ' בבלי וירושלמי, וכמובא ברמב"ם ובשו"ע סי' יא.א. על כן כל הדיון דלהלן לגרשה מדין מעשה כיעור (להבדיל מעוברת על דת דלהלן) הוא על הצד שנגדיר את המעשה שנעשה ככיעור.

היש"ש יבמות ב,טז הביא בריש דבריו, דבעידי טומאה מוציאין מבעל ומנטען, אפי' לא העידו שזינתה עמו, רק שיש קלא דלא פסיק עליו, בין אין לה בנים, בין יש לה בנים מראשון, והיכא שהוציאו אותה מבעל בעידי טומאה, פשיטא שאין לה כתובה מבעל, אבל מנטען יש לה כתובה, ומ"מ היכא דאיכא עידי טומאה שזינתה עמו, פשיטא דאין לה כתובה, מאחר שאסורה לו מדאורייתא. ובעידי כיעור, שראו דבר מכוער מהנטען, וקלא דלא פסיק, אז מוציאין אותה אפי' מבעל באין לה בנים, ואין לה כתובה:

"ובראיית הבעל לחוד אפי' בקלא דלא פסיק, או בשני עידי כיעור, וקלא דפסיק, אין מוציאין לא מבעל, ולא מנטען, ואם רצה להוציא יש לה כתובה, ובמקום דאיכא חרם ר"ג, אינו יכול לגרשה בעל כרחיה..."

והיינו דדעת היש"ש כדעת הראשונים האוסרים אפי' לבעל בעדי כיעור ובקלא דלא פסיק, ובאחד מהם אין מוציאים מבעל ומנטען. ובאחד מהם, עדי כיעור או קלא דלא פסיק, בזה ס"ל ליש"ש שאינו יכול לגרשה בעל כרחיה. אבל עדיין צ"ע לשיטתו, אם לשיטת הרי"ף והרמב"ם, שאין מוציאים מבעל בעדי כיעור עם קלא דלא פסיק, אפשר שיוכל לגרשה בעל כרחיה.

והרבה כתבו דיכול לגרשה בעל כרחיה, וכאמור הדברים בעדי כיעור וקלא דלא פסיק, לראשונים שאינה יוצאה מבעלה, שיכול עכ"פ לגרשה. כן כתב מהריב"ל (ח"ד סי' יט) דלפי מה שכתב הרב המגיד בפ' כב מהל' אישות לדעתו ולדעת הרבה מהמפרשים אפשר שלא תהיה האשה היוצאת משום שם רע בעידי כעור אסורה לבעל, ואם ירצה

לקיימה יקיים אותה, ואפילו הכי אם ירצה לגרשה אינה נוטלת אלא מה שבפניה. ומבואר גם שמפסידה כתובתה. אמנם מדברי מהרשד"ם חאה"ע"ז סי' קסא מבואר דאם אינה יוצאה בעדי טומאה, אינה מפסדת כתובתה, וע"כ אם הבעל רוצה להחמיר על עצמו ולהוציאה בעדי כיעור, אינה מפסדת כתובתה.

אולם לעצם היכולת לגרשה בעל כרחיה, כבר ציין הב"ש לדברי הט"ז סוס"ק א שדן דלר"ת ע"פ השאלות, מוציאים מהבעל אפילו בעדי כיעור או בקלא דלא פסיק, ולא בעינן שניהם, דלא כרמ"א. ומ"מ ביש שם עדי כיעור לחוד, אין כח לכופו לגרש, אע"פ שלדעת ר"ת גם בזה כופין, מ"מ כיון שהרא"ש חולק עליו, אין כח לכופו;

"אבל ודאי אם הבעל עצמו אינו רוצה לדור עמה, אין כופין אותו לדור עמה, ובזה אפי' הרמב"ם ס"ל תצא בלא כתובה אם רוצה לגרש. ואפי' באותן מדינות שנוהגים חרם דר"ג שלא לגרש בעל כרחיה..."

גם בתש' צמח צדק (לובביץ חאה"ע"ז סי' ד) דן לענין לגרש אשה בעל כרחיה בעדי כיעור, והביא את הב"ש שיכול לגרשה בעל כרחיה, וזו ג"כ הלכה מפורשת ברמ"א שו"ע אה"ע"ז קט"ד, ודברי הרש"ל באמת קשים להולמן. דהא בששמע מן האשה שזינתה, אף על פי שאין עדים בדבר מכוער כלל, דיכול לגרשה בע"כ גם בזה"ז אחר הטלת שבועה, ובשעדים מעידים בדבר מכוער החמיר לא לגרשה בע"כ. ובמהרי"ק משמע להדיא בשרש קז איפכא, עיי"ש. וכן דעת מהרא"ל צונץ בתש' סי' יא דיכול לגרשה בעל כרחיה, וגם לענין הכתובה נראה דעתו דהפסידה, ואינה מקבלת אלא הנדוניה ותוספת שלישי. וכן ראיתי בתש' מהר"י הלוי סי' מ שהתיר לגרשה בעל כרחיה.

אמנם כאמור כל זה אם יש כאן עדי כיעור לכל הפחות, ובאופן שאסורה לנטען לשיטת הרמב"ם ודעימיה. אבל אם אין כאן עדי כיעור ודין כיעור כלפי הנטען, בזה לא התירו לבעל לגרשה בעל כרחיה ולעבור על חרם דר"ג, ובדאי דאינה מפסידה כתובתה.

ו. עוברת על דת

תנן במשנה כתובות עב, א: ואלו יוצאות שלא בכתובה, העוברת על דת משה ויהודית. ואיזו היא דת משה - מאכילתו שאינו מעושר, ומשמשו נדה, ולא קוצה לה חלה, ונודרת ואינה מקיימת. ואיזוהי דת יהודית - יוצאה וראשה פרוע, וטווה בשוק, ומדברת עם כל אדם. אבא שאול אומר אף המקללת יולדיו בפניו. רבי טרפון אומר אף הקולנית. ואיזוהי קולנית, לכשהיא מדברת בתוך ביתה ושכיניה שומעין קולה. ובגמ' שם לענין יוצאה וראשה פרוע, דפריעת ראש דאורייתא. ותירצה הגמ' דיוצאת בקלתה לשוק, והיינו סל שיש לו בית קבול למטה לראשה ושערה, ובית קבול למעלה, דבשוק הוי דת

יהודית. אבל ראשה פרוע - הוי דת משה. ולענין טוה בשוק איתא בגמ': אמר רב יהודה אמר שמואל, במראה זרועותיה לבני אדם. רב חסדא אמר אבימי, בטוה ורד כנגד פניה (טוה בכפה על ירכה, וחוט מתרדד כנגד פניה של מטה - רש"י). ומדברת עם כל האדם, אמר רב יהודה אמר שמואל במשחקת עם בחורים. וכעובדא שם בגמ' בערביה שזוקה הצמר ובקשה שירימו אותו. ובתוס' שם עב, ד"ה בטוה הביא פר"ח שטוה בצמר אדם שיפול על פניה מזהרוריתו, וזה עזות מצח ופריצות. ועיי"ש ברש"י מה שפירש, ובריטב"א. ולענין מדברת עם כל אדם פירש הריטב"א, דאף על גב דלא שחקה, דלא משחקת ממש אמרו אלא מטיילת ומדברת דברי בטלה. ובשטמ"ק הביא מתלמידי רבינו יונה, דמדברת עמהם בשחוק או שאוהבת להאריך עמהם בדברים יותר מדאי. ועיי' בחתם סופר בחידושי שם שכתב דהמשנה השמיעה שני ענינים: איסורים, וכן ועניני פריצות או קטטות. בעניני איסורים לא קנסינן אלא כשמכשילתו דוקא או בנדרים משום דבנים מתים, אבל זולת זה אפי' היא עוברת על תורת ה' ואוכלת חלב ביום הכיפורים, אין לבעל עליה כלום כיון שלא הכשילתו. משא"כ בעניני פריצות לא בעינן שמכשילתו בדוקא. ודינים אלה הביא הרמב"ם בהל' אישות כד, י"ב, וז"ל:

"מי שזינת תחת בעלה אין לה כתובה לא עיקר ולא תוספת, ואין מוציאין מן הבעל דבר ממה שאבד או נגנב מנכסי צאן ברזל שלה ואין צריך לומר נכסי מלוג, ולא המזנה בלבד אלא אף העוברת על דת משה או על דת יהודית או היוצאה משום שם רע אין לה כתובה לא עיקר ולא תוספת ולא תנאי מתנאי כתובה, וכל אחת מהן נוטלת הנמצא מנדוניתה ויוצאה ואין הבעל חייב לשלם כלום לא מה שפחת ולא מה שאבד. ואלו הן הדברים שאם עשת אחד מהן עברה על דת משה: יוצאה בשוק ושער ראשה גלוי ... ואיזו היא דת יהודית, הוא מנהג הצניעות שנהגו בנות ישראל, ואלו הן הדברים שאם עשת אחד מהן עברה על דת יהודית: יוצאה לשוק או למבוי מפולש וראשה פרוע ואין עליה רדיד ככל הנשים, אף על פי ששערה מכוסה במטפחת, או שהיתה טוה בשוק וורד וכיוצא בו כנגד פניה על פדחתה או על לחיה כדרך שעושות הגויות הפרוצות, או שטוה בשוק ומראה זרועותיה לבני אדם, או שהיתה משחקת עם הבחורים ..."

והנה בנדו"ד יש לדון במספר ענינים: א. באיזה גדר להכליל מי שמתכתבת דברי זימה או/ו מפרסמת תמונות לא צנועות. ב. מה הדין כשהבעל עצמו גם הוא עושה בדברים מעין אלו ואינו מקפיד על גדר צניעות, בלשון המעטה. ג. האם צריכה התראה כדי שיגרשה בעל כרחה. ד. האם מפסידה כתובתה. ה. עדות על עוברת על דת, ואם אשה נאמנת על עצמה. ו. אם גם בזמן הזה שיש חרד"ג, יכול לגרשה בעל כרחה.

ואביא כאן מה שנמצא בתשובת שבט הלוי לגר"ש הלוי וואזנר שליט"א, ח"ג סי' קפה, בענין איסור דאורייתא ברחצה מעורבת, וז"ל:

"אודות הנשים הרוחצות עם אנשים בפומבי מקומות הרחצה, אם יש בזה איסור דאורייתא, ואם מותר בעלה לגרשה אם אינה חדלה מזה וכיו"ב, דבר פשוט מאד שיש בזה לאו דאורייתא דלא תתורו שדרשו בברכות זו זנות, ואפי' אינו מתכוין לכך, מ"מ כבר אחז"ל שני דברים אינם ברשותו של אדם, העינים ואזניו, ואפי' אם יש ספק אם יבא לידי הרהור אסור להכניס עצמו לספק זה מן התורה כעין שכ' הב"י יו"ד סי' קפג. ולא עוד אלא שודאי יבא לידי איסור כקושית הש"ס בפרק הערל, אטו כ"ע כיעקב אבינו. ואמרו בע"ז י"ז, אל תקרב אל פתח ביתה, כמבואר להלכה פכ"א מאיסורי ביאה הכ"ב ובאה"ע סי' כ"א, ועיין ב"ב נזב, ובסוף מכות ובש"ס סוף גיטין רוחצת סלקא דעתך אלא במקום וכו' ע"ש ברש"י. ועיין ש"ס עירובין יח,ב כל העובר אחורי אשה בנהר אין לו חלק לעוה"ב, ופרש"י באשת איש משום דרואה בשרה ... ואם בעלה מותר ומצוה לגרשה אם התרה בה, הנה ש"ס מפורש בכתובות פ' המדיר דאפי' במגלה זרועותיה לבני אדם מגרשה, וכל שכן וקל וחומר כה"ג, ומובא כן להלכה סי' קט"ו יע"ש. ואם יש בכחו למחות בכה"ג ולהציל אפי' אחד או אשה אחת מלרדת שחת אשרי לו ואשרי חלקו. מ"מ פשוט מאד דהעובר ע"ז וכיו"ב מותר לקרותו רשע גמור מה"ת אם יודע שהתורה אסרה לן (וע"ע ש"ס עירובין נ"ה סוע"ב וברמ"א יו"ד סוס"י קצ"ח). ואין חילוק בזה בין פנוי לאשת איש, אלא מפני חומר העונש של אין לו חלק לעוה"ב מפרש לה רש"י באשת איש, וז"פ. "

והנה ודאי אשה שמפרסמת תמונות לא צנועות שלה בפרהסיא, ודאי דינה לכל הפחות כמי שרוחצת בפרהסיא במקום שמצויים אנשים, ודינה כעוברת על דת משה בעינים של צניעות, שאפי' אינה מכשילתו, דינה כעוברת על דת. וראיתי בתש"י ים הגדול (לגרי"מ טולידנו, שהיה רב בת"א, סי' פ) באשה שמגלה זרועותיה וטוענת שכך נוהגות רוב הנשים מהישוב החדש, שיכול הבעל לעכבה מכך, ואם לא תשמע ויתרה בה בפני עדים, תצא בלא כתובה, הביאו בתש"י דברי ישראל (לגרי"מ וועלץ) סי' יח.

וכל זה במפרסמת תמונות, ולכאורה הוא הדין במפרסמת דברי זימה ופונה בכתב לאחד או אחדים בדברים אלו, שיש בזה את האיסור של לא תתורו שדרשו בברכות זו זנות, ואפי' אינו מתכוין לכך, מ"מ כבר אחז"ל שני דברים אינם ברשותו של אדם, העינים ואזניו, ואפי' אם יש ספק אם יבא לידי הרהור אסור להכניס עצמו לספק זה מן התורה, וודאי יבואו לידי איסור. ומ"מ ודאי לא גרע ממדברת עם כל האדם ובמשחקת עם הבחורים, שבזה דברה אך לא דברי זימה, ובדברי זימה ודאי שיהיה עוברת על דת, לכל הפחות דת יהודית.

ז. אסור עצמי או חשש שמא תזנה

לעיל הבאנו לענין דבר כיעור את ספיקו של הח"מ, במקרה וידוע שלא עשתה מעשה זנות במעשה כיעור, האם אסורה לנטען אפ"ה מחשש שמא זינתה, או אינה אסורה. לענין עוברת על דת כתב הב"ש בר"ס קטו דדוקא איסורים אלה, שמכשילתו בדבר איסור, או עוברת על נדרים, שבעוון נדרים בנים מתים, או שעשתה דבר פריצות, דיחש לחוש שמא תזנה תחתיו. והנה המל"מ בהל' סוטה ב,א, על דברי הש"ג בכתובות פרק המדיר, שאין צריך להתרות על עוברת על דת שתפסיד כתובתה, אלא כל שהתרה בה שלא תעבור על דת ועברה, יוצאת בלא כתובה. והקשה מבעל שאינו רוצה להשקות את אשתו ורוצה לגרשה, שנוטלת כתובתה, הא כיון שנסתרה אחר הקינוי, הרי עברה על דת אחר התראה, דהקינוי הוא התראה שלא תסתיר, אף שלא התירה שתפסיד הכתובה. וכתב המל"מ לישב, וז"ל:

"והנראה אצלי דבירורן של דברים הוא זה, דכל אותן ששנינו בפרק המדיר ביוצאות בלא כתובה, לא משום דאינהו עבוד איסור, דלא מצינו בשום מקום דאם האשה אכלה חלב ודם שתצא בלא כתובה אלא דעוברת על דת דוקא שמכשלת את בעלה, ונודרת ואינה מקיימת משום דקי"ל בעון נדרים בנים מתים, אבל משום איסורא דידה לא היתה מפסדת כתובה וכמ"ש הרא"ש כלל לב,ח, יעי"ש. ודת יהודית שיוצאה בלא כתובה, התם לאו משום איסורא דידה הוא אלא כיון שעשתה דבר פריצות אימור זונה היא וזינתה תחתיו, ומש"ה הפסידה כתובתה לא משום האיסור עצמו, ולפיכך בהתברר לנו דאשה זו שעברה על דת יהודית טהורה היא ואין בה עון אשר חטא, כגון ע"י שתיית מי סוטה, פשיטא דאינה מפסדת כתובה, שהרי לפי שעשתה איסור לא מפני זה תפסיד כתובתה. ומש"ה במי שבעלה אינו רוצה להשקותה והיא אומרת שרוצה לשתות ולברר שהיא טהורה והוא אינו רוצה לברר, אינה מפסדת כתובה, וזה נ"ל שהוא אמיתותן של דברים."

מבואר מהמל"מ דעוברת על דת יהודית במעשה פריצות, המעשה אינו הסיבה אלא סימן שהיה כאן מעשה פריצות מצידה. לא החשש העתידי אלא החשש בהווה, שהמעשה עצמו מוכיח שהיה כאן מעשה זנות האוסר. והבית מאיר סי' קטו, ד"ה אם הביא דברי המל"מ וכתב דדברי הב"ש מסתברים, דיותר יש לחוש שמא תזנה מלשמא זינתה, כמבואר תוס' גיטין יז,ב (עיי"ש ד"ה זנות שכתבו כן להדיא), ושאר עניני פריצות יוכיחו, כגון משחקת עם בחורים ומגלה זרועותיה, דודאי עדיין ליכא למיחש לשמא זינתה אלא לשמא תזנה.

ונראה דאף למש"כ לעיל משבט הלוי שליט"א שהאיסור בנדו"ד הוא מלא תתורו, נראה דאיסור זה אינו בפני עצמו אוסר אשה לבעלה או מתיר לגרשה בלא כתובה מדין

עוברת על דת, דמלאו דלא תתורו אין לאסרה או להתיר לגרשה, אלא החשש שמא תזנה תחתיו לב"ש ודעימיה, או שמא יש במעשה עצמו שעוברת על לא תתורו, סימן שזינתה.

ח. כשהבעל עצמו עובר על דת

ופעמים רבות אנו נתקלים בבעל הבא לגרש את אשתו בטענות מסוג הנ"ל, כשהוא עצמו פגום בזה, ומום שבו, ועילה מצא. האם דין עוברת על דת הוא דין מוחלט בכל האנשים, או שאם הבעל גם הוא עובר על דת, אין לו טענה ועילה לחייב את אשתו ולגרשה בעל כרחיה. (עיי' גם מה שכתבתי בח"ג סי' מד, יובא במקצת גם להלן).
דהנה הרשב"א בתש' ח"א סי' תתסו הביא בדין של נודרת ואינה מקיימת, שהוא בכלל עוברת על דת משה, ותצא שלא בכתובה, כדאיתא במשנה ובסוגיא, דבעוין נדרים בנים מתים. ואם גם הבעל נודר ואינו מקיים, לא אבדה כתובתה, וז"ל:

"אמנם יש לדקדק במה שכתבת שהיא הביאה עדים שגם הוא עבר על החרם. אם אותם עדים שהביא הוא שהיא עברה על דת היינו מזה שנודרת ואינה מקיימת ועוברת חרמות. נראה לי שאינו יכול להוציאה שלא בכתובה. דטעמא מאי אמור רבנן נודרת ואינה מקיימת יוצאה שלא בכתובה. דמצי למימר אין אשה אלא לבנים ובעוין נדרים בנים מתים. וכיון שגם הוא עובר חרמות, ההוא גברא לא בעי בני ואין טענתו טענה. וגרסינן בירוש' נחא כולהון דאית ליה בהון נודרת ואינה מקיימת, מה אית ליה בה. יכול למימר אי אפשר באשה נדרנית שקוברת את בניה. הרי משמע בירושלמי דטעמא משום בני. אבל אם יש עדים מעידים עליה שעוברת על שאר דת משה ויהודית, אף על פי שהוא עובר על חרמות, החשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל התורה כולה ויכול להוציאה בלא כתובה בעל כרחיה. דאיכא למימר דנהי דעבר עבירה שעובר על החרם, מכל מקום לא היה בא על הנדה. ואם משמשתו נדה תצא. או בשביל אחד משאר מילי דמקריא בהו עוברת על דת משה ויהודית, ויכול לגרשה בעל כרחיה."

וכדברים אלו מצאנו בתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס לבוב סי' שצג), הובא בתש' מיימוניות לספר נשים (סי' טז), וכן הובא במדרכי כתובות (סי' קצו), וכן בשלטי גבורים כתובות (לג, א בעמודה"ר ס"ק א), והובא להלכה ברמ"א אהע"ז קטו, ג, ועיי"ש בח"מ ס"ק ז ובב"ש ס"ק ז. ולכאורה נראה דמהר"מ מייירי בעובדא דידיה ששניהם נודרים ואינם מקיימים. אך נראה דהוא הדין והוא הטעם למי שבא על הנדה ואוכל שאינו מעושר, שאינו יכול לטעון שאשתו מכשילתו, דלענין זה של משמשתו נידה ומאכילתו שאינו מעושר וכו', הטעם מפני שהיא מכשילה אותו, וכשהוא פרוץ בדברים אלה, אין מקום לטענת מכשילתו. וכן מבואר להדיא בב"ש קטו, ז, דאם היא האכילתו דבר איסור

והוא אוכל ג"כ דבר איסור, לא הפסידה. ודן רק אם האכילתו דבר איסור והוא נודר, עיי"ש. ועיין בתוס' כתובות עב, א ד"ה אי תימא שהקשה על דברי הגמ', אי דידע נפרוש, דאפשר שידע, אבל היא לא ידעה שהוא יודע, וז"ל:

"תימא דלוקמה כגון דידע ופרש, אבל היא היתה רוצה להאכילו, שלא היתה סבורה שהיה יודע. ואומר ר"י, דמאכילתו משמע שהאכילתו ומדקדק היאך האכילתו."

ונלמד מדברי התוס' שאם היא ידעה שהוא אוכל שאינו מעושר, לא הפסידה. ורק כשהיא לא ידעה שהוא יודע ורצתה להכשילו, אבל אם לא היתה מכשילתו, שהיא יודעת שהוא אוכל שאינו מעושר, דכך היא דרכו, לא הפסידה כתובתה. והראשונים שנקטו לענין נודרת כשגם הוא נודר, י"ל דהחידוש שאפילו בנודרת ואינה מקיימת, שהיה מקום לומר שהיא גורמת לבנים מתים, ומה משנה אם גם הוא גורם, סוף סוף היא במעשיה גורמת לכך, ע"ז באו דברי מהר"מ שאין לו טענה, ואינו יכול להוציאה בלא כתובה. דבמאכילתו שאינו מעושר והוא אינו מקפיד, אין שום טענה. משא"כ כששניהם נודרים, יש לו סוף סוף טענה שהיא גם גורמת, וע"ז התשובה דכיון שגם הוא אינו מקפיד ולא איכפת לו במיתת הבנים, לא הפסידה כתובתה.

אולם לענין דת יהודית, יש מקום לכאורה לומר, שאם המעשה מהוה סיבה לזנות וכמש"כ במל"מ, הרי גם מי שפרוץ בעריות ואשתו זינתה, אסורה היא עליו. וכן למש"כ בב"ש דהטעם הוא שמא תזנה, שאין זה קנס שקנסוה חכמים אלא חשש לזנות, שוב גם בבעל הפרוץ בעריות אם זינתה אשתו, אסורה עליו, ואם החשש שתזנה וע"כ מוציאה, לכאורה אין חילוק בהתנהגותו של הבעל.

אולם גם לענין משמשתו נידה, נמצא בדברי הרמב"ם בתש' (סי' שכא) לענין נשים שאינן טובלות לנידתן וטוענות שהבעל מרוצה ומסכים לכך, וז"ל:

"ילמדינו רבי' במה שנהגו בו אנשי דמנהור ואשר סביבותיה בדין הטבילה, כי הנשים מקצתן בלתי טובלות, ומוצאות להם קצת עלילה להתעולל בה והוא אומרם כי בעליהם אינם מבקשים מהם לטבול, והם מרוצים בהם בהיותם בלתי טובלות, ואינם חוששים על זה ואינם מניחים אותנו לטבול בשום פנים, והואיל והבעל מרוצה מזה לא נפסיד את כתובתינו ... תשובה חזקו ידיים רפות וברכים כושלות אמצו, רצוי האנשים והסכמתם על הזנות לא יותר בזה, כי ביאת הנדה בשלא תטהר במי מקוה זנות היא והנשים הפסידו כתובתן בזה, ואין להם על הבעל מאומה בשום פנים בעולם, עד אשר תשבע האשה שהיתה טובלת כדת ולא חששה לרצון בעלה והסכמתו."

אך עדיין יש לחלק בין בעל שמסכים בשתיקה ואפי' מרוצה מכך שאין אשתו טובלת, לבין אם הבעל פרוץ בנידה ובא על הנדה ואינו חושש כלל לאיסור נידה, דבנדון

הרמב"ם היתה הסכמה שבשתיקה, והן טוענות שהוא מרוצה, וכנראה שלא הסכים ממש או רצה בכך, אלא הנשים עשו כן, והוא ידע ושתק. אבל בבעל פרוץ בניה, שהאיסור בעיניו כהיתר, ובא על הנדה והנידות כמותרות, בזה לכאורה לא מפסידה כתובתה. או י"ל למש"כ הרמב"ם שאי טהרה במקוה לזנות יחשב, דהיינו שבשניהם אסורה לבעלה, וכיון שאסורה לבעלה, אפי' הבעל מסכים, מגרשה בלא כתובה כמו אשה שאסורה מחמת זנות, ובנידה עוד האיסור חמור יותר. רק בניה יכולה לתקן האיסור ע"י שתבע שמכאן ולהבא תטבול, ולא יוכל לגרשה ללא כתובה, דמכאן ולהבא אינו זנות, משא"כ בזינתה או במעשה פריצות שהחשש שזינתה. ודברי הרמב"ם הובאו בתש' הרדב"ז ח"א סי' צ, וז"ל:

"שאלת ממני אודיעך דעתי באשה שלא היתה טובלת לנדתה ובעלה יודע ושותק ובא לגרשה אם יש לה כתובה או לא. תשובה; דבר זה נשאל מלפני הרמב"ם ז"ל, והשיב שאין לה כתובה כלל, והטעם הוא לפי דעתו כדי שלא יהא חוטא נשכר. ואע"פ שגם הוא חוטא נשכר שנפטר מלפרוע כתובתה, מניעת פריעת הכתובה לא נקרא שכר כיון שלא קבל ממנה כלום. ומ"מ אם יש לה עליו בלאות, הרי הם חוב עליו וחייב לפרוע אותם כדי שלא יהא חוטא נשכר. ואעפ"י שגם היא חוטאת, את שלה היא נוטלת ואין כאן שכר. וראוי לב"ד ליסר אותם כפי הזמן בגופם או בממונם. ובתשובה אחרת כתב שראוי לקחת המאוחר ולתת אותו לעניים דרך קנס כדי שלא יהא חוטא נשכר גם הוא, וכן ראוי לדון."

מבואר מדברי הרדב"ז דטעם הרמב"ם הוא משום קנס. ולפ"ז אפשר שהוא הדין אם הוא עצמו פרוץ, יש לקנסה, ובתש' מאוחר דגם לקנסו אותו. אמנם הרדב"ז מירי ביודע ושותק ולא שהוא פרוץ בעריות, ואפשר שאם הוא פרוץ בעריות, לא הפסידה ולא קנסינן לה, וצ"ע.

ויש להבין אם מה שעוברת על דת מפסידה כתובתה, אם הוא קנס שקנסו חכמים למי שעוברת על דת שתצא שלא בכתובה, או שאמדינן לדעת הבעל שלא התחייב בכתובה על דעת שאשתו תעבור על דת. ונפק"מ לנדו"ד, אם הבעל עצמו בשעת הנישואין ידע שאשתו אינה נוהגת בדת משה ודת יהודית, ועל דעת כן נישא לה, הרי שלא יכול לומר שהתחייב דוקא על דעת שתנהג בדת משה ודת יהודית, שהרי ידע שאינה נוהגת כן. אבל קנס שקנסו חכמים, י"ל דקנסו אף בכה"ג, דזהו קנס על עצם המעשה שעברה על דת משה ודת יהודית. כמו כן אם הבעל עצמו אינו נוהג בפריצות וכד', לכאורה לא יכול לומר שעל דעת שהיא תעבור על דת לא התחייב, שהרי מסתבר שאם הוא עובר על דת, גם היא תעבור על דת, ואף שאסור לשניהם לעבור על דת, ואחד לא תלוי בשני, מ"מ באומדן דעת ודאי היה לו להעלות על דעתו שגם היא תנהג כן, וממילא לא יכול לטעון שעל דעת כן לא התחייב. אמנם לטעם שקנסו חכמים,

צ"ע אם חכמים קנסו לאשה שבעל עובר על דת. ומדברי הרמב"ם והרדב"ז הנ"ל משמע שקנסו. אבל אפשר שהם מיירי רק בידע ושתק ולא כשהוא עצמו פרוץ בעריות.

ושני הצדדים הנ"ל, הם לכאורה ספיקת הגמ' בסוטה כה, (יובא להלן): 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. ולכאורה מה הצד בגמ' דכיון דעוברת על דת לא בעי התראה, דבשלמא בעי התראה כדי שתחזור, אבל לצד הראשון "כיון דעוברת על דת לא בעיא התראה", לכאורה מה הטעם, וכי עוברת על דת לא בעי התראה. אלא נראה שצדדי הגמ' הם שני הצדדים דלעיל. דאם הוא קנס שקנסו חכמים, הרי שצריכה התראה, שאם תחזור בה לא קנסו חכמים, ואם אמרינן שעל דעת כן לא התחייב, היינו דכיון דעוברת על דת ועל דעת כן לא התחייב, ממילא אין צורך בהתראה, דאין כאן חיוב. ומסקנת הגמ' דבעי התראה, ולפ"ז הוא גדר של קנס.

ומפורסמת חקירת האחרונים (עיין חרושי ר' שמואל, כתובות סי' יג ד"ה והנראה) האם מה שאשה מפסידה כתובתה במעשה הזנות הוא לא מחמת המעשה החמור לכשעצמו אלא מחמת שנאסרת על בעלה, ואשה שמעשיה גרמו לה להאסר לבעלה, ועל כן רוצה או חייב לגרשה שהיא אסורה עליו, יוצאת שלא בכתובה. או שעצם המעשה הוא הגורם, מפני שלא התחייב על דעת שתעשה מעשה כזה, הגם אם יש היכי תמצוי שבמעשה כזה אינה נאסרת. הרמב"ם בהל' אישות כדו, כתב: "מי שזינת תחת בעלה, אין לה כתובה לא עיקר ולא תוספת ולא אחד מתנאי כתובה, שהרי מעשיה גרמו לה להאסר על בעלה". מבואר שאין לה כתובה מפני שהיא במעשיה גרמה להאסר לבעל, וכיון שאסורה עליו, ורוצה או חייב לגרשה, אין זה מן הדין שיהיה חייב לה כתובה, שהרי היא גרמה לו להוציאה. ונפק"מ לאשת כהן שזינתה בשוגג, שנאסרה לבעלה, אך אפשר שאין כאן מעשה שנאמר שעל דעת כן לא התחייב, כיון שלא עשתה מעשה זנות במזיד, עיין בעין יצחק ח"א חאהע"ז סי' ע שלמד מדברי הרמב"ם הנ"ל דאשת כהן דזנתה בשוגג, דמעשיה גרמו להאסר, כיון דאיבעי לעיוני, דאדם מועד לעולם בין שוגג, עיי"ש. ונפק"מ לאשת כהן שנאנסה, וכבר אסורה לבעלה, ואח"כ זינתה ברצון, דמפסידה הכתובה, אף שכבר היתה אסורה משעה שנאנסה, והזנות מרצון לא הוסיפה כל איסור לבעל, עיין בהפלאה כתובות נא, ב. עוד נפק"מ בספק זינתה, אם הוי ספק בהתחייבות או ספק בפרעון, דאם מעשיה גרמו לה להאסר לבעל, הרי זה ספק פרעון והוי איני יודע אם פרעתיך וחייב. אבל אם על דעת כן לא התחייב, הוי ספק בהתחייבות, ואינו חייב בספק.

ובגרע"א (כתובות לב, א על תד"ה שלא השם) מבואר שאם עדים העידו שאשה זינתה, אף שמפסידה הכתובה, אין ההפסד מחמת המעשה שהעידו העדים אלא תוצאה, וז"ל:

"דהתם מה דמפסידים האשה הכתובה אינו בכלל עונש, דא"כ האיך דנים אותה ב רשעיות. אלא הטעם דכיון שזינתה ממילא פקע כתובה, דאדעתא דהכי לא נתחייב הבעל, וא"כ העדים לא היו מחייבים אותו ב רשעיות, משא"כ במוציא שם רע דבאו לחייב אותו ב רשעיות, בזה סברת התוס' דגם הם מחייבים כן." ומבואר בדבריו דאינה מפסידה מצד המעשה עצמו אלא שעל דעת כן לא התחייב. וכן מבואר מדברי ההפלאה כתובות נא, ב הנ"ל לענין אשת כהן שנאנסה ואח"כ זינתה ברצון, דמפסדת כתובתה, אף שמעשה הזנות לא גרם לה להאסר לבעלה.

ונראה דלשיטת הרמב"ם שמפסידה כתובתה מפני שמעשיה גרמו לה להאסר לבעלה, טעם זה לא שייך בעוברת על דת, שהרי מעשיה לא גרמו לה להאסר לבעלה, שאין בעצם המעשה איסור לבעל, וע"כ צריך היה הרמב"ם לטעם קנס כדי להפסידה כתובתה. אבל לטעם הגרע"א וההפלאה שלא מפסידה מחמת שנאסרה על בעלה אלא שעל דעת כן לא התחייב, טעם זה שייך אף בעוברת על דת, שלא התחייב בכתובה על דעת שתעבור על דת משה ויהודית.

אמנם גם לשיטת הרמב"ם שמפסדת כתובתה מפני שמעשיה גרמו לה להאסר לבעלה, י"ל שלא המעשה הוא הגורם אלא תוצאת המעשה, והיינו שאינה מפסידה מפני המעשה החמור שעשתה, ולא מחמתו קנסוה, אלא כיון שאינו יכול לדור עימה, ממילא אין לה כתובה וכסברא הנ"ל, אבל אין זה מטעם קנס. וכן ראיתי לגרא"ו בקובץ שעורים כתובות רלב, וז"ל:

"... דאינה מפסדת כתובתה מפני עבירות שהיא עושית לעצמה, אלא מפני שאינו יכול לדור עמה, ונמצא דהיא הגורמת לגרושיה, ובכהאי גוונא ליכא חיוב כתובה אלא דוקא היכא דהוא מוציא לרצונו, ומשום הכי מפסדת כתובה בזינתה, לא מפני שעברה עבירה אלא מפני שהיא גרמה להאסר עליו ... ובמאכילתו שאינו מעושר, דנעשית חשודה ואסור לו לסמוך על נאמנותה, אבל אילו לא נעשית חשודה, לא היתה מפסדת גם בהאכילתו שאינו מעושר, דהפסד הכתובה אינו בתורת קנס מפני העבירה שעברה אלא מדינא, מפני שאינו יכול לדור עמה בגרמתה."

הרי דאף שמעשיה גרמו לה להאסר, בעוברת על דת אינו בתורת קנס כמש"כ לעיל, אלא דמעשה העוברת על דת הוא לכשעצמו גורם לה, אמנם לא להאסר, אך למצב שלא יוכל לדור עימה. עוד יש לכאורה לחלק בין עוברת על דת, אם אמרינן שהמעשה מהוה סימן לזנות כדברי המל"מ, או חשש לזנות. דאם הוא סימן, כיון שאסורה לבעלה מפסידה כתובתה, ומעשיה גרמו לה, וממילא גם בבעל פרוץ בעריות. אמנם אם הוי רק חשש, י"ל שאף שמעשיה גרמו לה שאינו יכול לחיות עמה, אם כסברת הקובץ שעורים, אין לחלק, ואם כסברת הגרע"א שעל דעת כן לא התחייב, י"ל שאין זה שייך

בבעל פרוץ. אמנם באחרונים נראה שבבעל פרוץ, אינו מוציאה ללא כתובה, ונראה שם הטעם דבכה"ג לא קנסו אותה, וגם לא שייך דעל דעת כן לא התחייב.

בחלקת יעקב לגר"י ברייש זצ"ל, חאהע"ז סי' ו, דן בבעל שהביא עד שאשתו עברה על דת. וכתב שם בתחילת הדברים לחלק אם הבעל עצמו פרוץ בדברי אסור, אף שהוא אינו רוצה שאשתו תתן אהבתה לאחרים, אך אין זה מצד האיסור אלא מהנהגותיו ונמוסיו הוא, כפי שמקובל גם אצל אנשים הרחוקים מתורה ומצוות, מ"מ אינה עוברת על דת, וז"ל:

"ואם כן בבא לפנינו עובדא שהבעל רוצה להיפטר מאשתו מפני שהיא עוברת על דת יהודית שהיא עושה מעשי פריצות, מתחילה צריכין לחקור דאפשר הוא הבעל, בעוונותינו הרבים בדור פרוץ הלזה, מהאנשים שאין מדקדקים בטבילת אשתו ומשמשים נדה בדיעת שניהם, ואם הוא אינו חושש לאיסור נדה שהוא בכרת וחמיר מאיסור סוטה שהוא רק בלאו או עשה, עי' תוס' כתובות מ, א ד"ה ניתי, ותוס' גיטין צ, א, ודאי אף כשהיא עושה מעשי פריצות ועוברת על דת יהודית, ויש חשש שתזנה לא יחשוש ע"ז דשמא יהיה נכשל באיסור סוטה כיון שעובר בשאט נפש על איסור כרת החמור. אמת שהוא אינו רוצה בזנות אשתו, שלא תתן אהבתה לאחרים שגם עכו"ם מקפידים על זה, אבל לא משום חשש האיסור, ואם בעוברת על דת משה שכבר האכילתו איסור או שימשו נדה בדיעתו נקטינן דאין יכול לגרשה, כיון דאנו יודעים שהוא אינו חושש לאיסור הנ"ל, א"כ מכל שכן בעוברת רק על דת יהודית במעשי פריצות, דיש רק חשש שמא תזנה ויהיה איסור סוטה, ודאי דאין יכול לגרשה משום זה כיון דאנן סהדי דאין כוונתו משום הכשלת האיסור כיון דכבר עשה עמה איסור יותר חמור בדיעתו, ומשום מעשיה המכוערים שאינו נוגע לבעלה שיהי' נכשל באיסור, הדין מבואר בח"מ ובב"ש הנ"ל דאין יכול לגרשה."

אולם בהמשך דבריו כתב דאיסור סוטה, אף אם לא מחמת האיסור אינו רוצה אלא גם בהשקפתו החילונית, מ"מ תאסר מדין עוברת על דת. דבגמ' סוטה כה, א גבי בעל שמחל על קינויו, דמשמע דבקפידא דבעל הדבר תלוי, וידועה תשובת מהרי"ק שורש קסח באשה שזנתה ברצון ולא ידעה שיש בזה איסור, דאסורה לבעלה משום דמעלה בו מעל כתיב, וכיון דנתכוונה למעול בו אסורה, וכיון דהבעל מקפיד על זנות אשתו אף דאנן סהדי דלאו משום חומר האיסור סוטה מקפיד, אסורה בעוברת על דת יהודית, כיון דבאיסור סוטה השוותה התורה המעל של הבעל למעל דקב"ה, דבמעלה בו אסורה אף דלא מעלה בקב"ה, שלא ידעה האיסור, ולהיפך ג"כ, אסורה אף שזינתה ברצון הבעל.

עוד כתב החלקת יעקב, דאינו דומה מאכילתו שאינו מעושר או משמשו נדה בדיעתו דלא שייך דין דעוברת, כיון דראינו דגם הוא לא קפיד על האיסור והוי כדבר

שאינו נוגע לו כלל, כיון שאינו חושש על האיסור, וע"כ אינו יכול להשתמש בטיעון זה כדי לגרשה בלא כתובה. אבל בעוברת על דת יהודית במעשי פריצות, ויש חשש שתזנה עליו ותיאסר עליו; "מה איכפת לך בזה שידוע לך שהבעל אינו חושש להאיסור, סו"ס היא עושיית מעשי פריצות שיש חשד שתזנה עליו ותיאסר עליו, ואין לך דבר נוגע להבעל יותר מזה". אולם מאידך י"ל, דכיון דבעוברת על דת יהודית ובמעשי הפריצות עדיין לא נאסרה לבעלה, והרשות בידו לדור עמה, רק חז"ל נתנו לו גם רשות לגרשה כיון שהדבר נוגע לו שיכול לבוא לידי איסור, א"כ באופן שאנו יודעין שהוא אינו חושש לאיסור, מניין לנו שחז"ל נתנו לו רשות לכך;

"ועוד יותר אם האשה עושיית מעשי פריצות ועוברת על ד"י בדיעת בעלה וגם ברצון בעלה (לא נדבר על פרוצות ראש שכבר נעשה בעוה"ר אצל הרבה ואף גם חרדים להיתר), רק למשל אם האשה הולכת ומרקדת עם אנשים אחרים לעיני בעלה, או כשהולכת להתרחץ בתערובת יחד עם בעלה, והבעל אינו מקפיד על חציפות כזה, או שארי עניני חציפות הנוהגת בדור הפרוץ והבעל אינו מקפיד, א"כ מהיכי תיתי נאמן לומר על שאר עניני פריצות שאינו מתרצה לזה ורוצה להיפטר בחרם דר"ג. קיצור הדין דעוברת על דת ישראל הוא רק כשהבעל נודע לאיש חרדי וסימן לדבר שמירת שבת וטהרת משפחה, ועי' בתשובת האלף לך שלמה למהרש"ק סי' ז, וז"ל: כי אף המתירין חרם דר"ג באין לו בנים רק בימים הקדמונים שלא הי' הדור פרוץ כ"כ, לא כן בזמננו שהדור פרוץ וקרוב לומר שעניניו נתן באחרת, ואם בזמן הש"ס לא התירו לאשה לומר טמאה אני לך למשנה אחרונה והתירו איסור ממש בקום ועשה, וכאשר מקהו ב"י אקהייתא כל הראשונים ואף לאשה כשרה שבכשרות מנשים באהל תברך, מכש"כ בזה"ז מי יודע אם כוונתו לשמים, עכ"ל. וכן שם בס"י י', ואף דודאי דיש לחלק בין פשעה ללא פשעה, מ"מ בני"ד כיון דודאי אינה אסורה לבעלה כיון דלא הוי עדי כיצור ורק משום עוברת ע"ד, צריכין לידע אם כוונתו רצויה, אם לא עשתה מעשי פריצות גם בדיעתו."

מבואר מהחלקת יעקב שלא התירו חכמים לבעל לגרש את אשתו ולהוציאה בלא כתובה כשעברה על עניני צניעות, רק כשידעין שהבעל נוהג מנהג כשרים, אבל כשהוא עצמו אינו נוהג מנהג כשרים, מה שחששו חז"ל לאסרה על בעלה שמא זינתה, זה רק כשהבעל נוהג מנהג כשרים, אבל כשמעשי האשה נעשו בדיעתו, ק"ו כשהוא עצמו נוהג כך, לא התירו לו לגרשה בלא כתובה, כיון שאינה אסורה עליו. וכן נמצא בהיכל יצחק לגרי"א הרצוג זצ"ל, חאהע"ז ח"א ט,ג, וז"ל:

"ובעצם הענין שלפנינו יש לצרף עוד דבר לזכות והדבר הזה ללמד על הכלל כולו יצא. שאם יתברר שהבעל באמת רועה זונות, קשה הדבר בעיני שהוא יבוא לבית דין וידרוש מאתנו להתיר לו חרם דר"ג, מפני שלדעת רוב הפוסקים מצוה

עליו לגרש את אשתו שעברה על דת יהודית. ודומני שהגאונים ז"ל שפסקו שזכאי הבעל להתיר לו חרם דר"ג בעוברת על דת יהודית, לא כיוונו על אדם כזה, שיש לחוש הרבה מאד שהעיקר אצלו שעינו נתן באחרת ועלילות היה מבקש מבתחילה. ואף לאחר הבירור שהיא בכלל עוברת על דת יהודית, יש לומר שאיננה כל כך חייבת, שכשראתה מבעלה שהוא רועה זונות, וזלזל בעיניה ענין הצניעות והוא שגרם. ועל כגון זה אמרו רז"ל אין האיש מנוקה מעון וגו', שנאמר לא אפקוד על בנותיכם וגו' כי הם עם הזונות יפרדו וגו', ואומר להם נביא לישראל אם אתם מקפידים על עצמכם, מים בודקים את נשותיכם, ואם לאו, אין המים בודקין את נשותיכם, ומשרבו הנואפין הפסיק ר' יוחנן בן זכאי את המים המרים (סוטה מז,ב). ומובן שאין אני אומר דברים הללו בתור יסודות החלטיות ממש של הלכה, אבל כשאנו דנים להוציא את חומר הדין בעוברת על דת יהודית ותועבתו של אדם כזה נגד עינינו, אזי לדעתי בהשקף לחומרת חרמו של רבינו גרשום מאור הגולה ז"ל צריך לקחת הכל בחשבון.

מבואר להדיא שאם הבעל לא נוהג מנהג כשרים, לא אמרו חכמים את דין עוברת על דת. וכאמור, כל הדברים אמורים בעוברת על דת בעניני צניעות שלא נאסרה עליו, שאם נאסרה עליו, אין זה משנה מה דרכו של הבעל, כיון שהם אסורים זע"ז, מצוה לגרש [ופעם דנו בכהן שנשא גרושה, ולא ספר שהוא כהן והצליח בדרך זו להרשם לנישואין, ולאחר זמן התברר שהוא כהן, והמשיכו לחיות יחד, ולאחר שנים בא לגרשה בין השאר בטענה שהוא כהן והיא גרושה, וטענה האשה שהבעל הוא מגדולי פורקי העול, מהחל ועד כלה. ובכל אופן לענין הגרושין כיון שאסורה לו, מצוה לגרשה]. אבל בעניני צניעות שלא נאסרה עליו, אם חוזרת בתשובה, לכאורה לא יכול לגרשה בעל כרחא או לגרשה בלא כתובה, וכמש"כ בתש' מהרש"ל סי' לג, דכל היכא שמותרת לבעלה, לא יכול לגרשה בעל כרחא לאחר חרם דר"ג (ועיין מש"כ בזה בתש' בית אבי לגרי"א ליעבעס, חאהע"ז סי' קל).

והגאון מטשיבין בדובב מישרים (ח"א קכד,ב) דן בבעל שרוצה לגרש את אשתו מחמת שאינה מכסה ראשה, והכל יודעים שהבעל אינו מהמקפידים על-כך "ואך תואנה הוא מבקש". והביא הדובב מישרים דמיון לזה מהמבואר בשו"ע חו"מ סי' שצג, (ומקורו מדברי הגמרא בב"ק מח,א), באשה אחת שנכנסה בבית שכנתה ללוש ולאפות, "והניחוח ונתעלמו כדי שלא יביטו בה בעת לישתה ואפייתה, ובא עז של בעה"ב ואכל הבצק ומת, וחייבוה חכמים לשלם דמיו", והיינו מפני שהיה לאשה לשמור שלא תנזק העז באכילתו, דהוה לה לאסוקי אדעתא שבעה"ב לא נשאר לשמור. וכתב ע"ז הט"ז שם, וז"ל:

"כתב רש"ל, בעולם הרע במדינות הללו פולין ואשכנז, אין חוששין לזה לא אנשים ולא נשים, ואפילו בלא זה מגלין זרועותיהן, ואי אתא דינא כהאי גוונא

פשיטא שהאשה פטורה. ואי טען בעה"ב שמשום צניעות הלך, נאמן בשבועת היסת. ואי נראה בעיני הדיין להיות מוחזק בכך להיות בודל עיניו מראות ברע, פשיטא דלאו כל כמיניה להוציא ממון, עכ"ל.

ומזה רוצה הדובב מישרים להסיק דגם בנידון שלפניו כיון שידוע שהבעל אינו מהמקפידים, ואין חפצו בכיסוי ראש האשה ואך תואנה מצא לו להתגדר בה כדי להוציא את האשה ולחייבה בקבלת גט, ע"כ אין אנו מקבלים טענתו ואין אנו דנים בה דין עוברת על דת. אמנם הדובב משרים, לאחר שהביא את דברי הט"ז, כתב: "ובפרט שברצונה שמהיום והלאה תלך כדרך נשים הצנועות, בודאי לא חשיבה כעוברת על דת דיהיה מותר לגרשה", מ"מ נראה מדבריו דאף אם לא היתה מקבלת על עצמה ללכת בכיסוי ראש, לא היה דינה כעוברת על דת. אמנם גם בנידון שלפנינו טוענת האשה שכעת הפסיקה ללכת לריקודים, ואף שלא התחייבה שלא ללכת בעתיד, מ"מ נראה שלא יוכל בכגון זה לחייבה בקבלת גט. וכך ראיתי גם לגרא"י ולדינברג (ציץ אליעזר ח"ז, סי' מח, פרק ג), שהסיק מדברי הט"ז הנ"ל, וז"ל:

"... דמכיון דלא הוחזק הבעל הזה להיות בודל את עצמו מלעבור על מצות התורה, ואדרבא הוחזק להיפך, לאו כל כמיניה להוציא עבור טענתו זאת את אשתו ולהוציאה בלא כלום ... יש בזה גם משום גדירת גדר בפני הפורצים שלא יעשו את התורה קרדום לחפור בה למען הגשמת שרירות ליבם, ושלא ימצאו להם מקום להאחז בקרני הדת להיות נבל ברשות התורה לבגוד באשת נעוריהם, ובפרט בדור פרוץ זה בעו"ה שרבים המה הבעלים הנותנים עיניהם בנשים אחרות ומואסים עי"כ בנשותיהם ומחפשים כל מיני דרכים להפטר מהם ולהשאירם לאנחות יחד עם ילדיהם."

וכך גם נראה מדברי הגר"ע יוסף שליט"א בספרו יביע אומר (ח"ג, חאהע"ז, כא, יט) שאם נראה לביה"ד שכל מגמת הבעל לגרשה ואין טענתו כנה, אין לקונסה אף אם לא תאבה לתוכחות ביה"ד לכסות ראשה:

"שאל"כ כל איש חופשי הנשוי עם חופשיה כמוהו ויתן עיניו באחרת, יבוא בטענות כאלה להתעולל על אשתו להוציאה בעל כורחה ובלי כתובה, והיא לא תוכל לעמוד בדרישותיו פן תהיה לבזו בעיני חבריהם וחברותיהם, ויוציא מחשבתו לפועל לגרשה בלי כתובה ובניגוד לרצונה, ונמצאנו מסייעים ידי עוברי עבירה לבגוד באשת נעוריהם וללכת אחרי שרירות ליבם ועיניהם."

עוד סברא שלא להוציא אשה שאינה נוהגת בצניעות ללא כתובה, אם כשנשאה ידעו שניהם שזו תהיה דרך חייהם, שלא בדרך התורה ולא בדרך ההלכה, ובנו את משפחתם כדרכם של אלה שאינם שומרים תורה ומצוות, ובכל זאת כתב לה כתובה, הרי התחייב על דעת כן שאם תתנהג כמצופה, יתן לה כתובה אפי' בירצה לגרשה, ולא יוכל לטעון

שהיא עוברת על דת להפסידה כתובתה, מפני שעל דעת כן התחייב. כך מצאנו בדברי הגר"מ פיינשטיין זצ"ל, אגרות משה חאה"ע ח"א סי' קיד, וז"ל:

"בדבר אשה שאינה רוצה לכסות שיערה בזמן הזה שבעוה"ר רוב נשים אף משומרי תורה מזלזלין בזה, אם מחוייב לגרשה, הנה בזה"ז שאין מגרשין בע"כ אין נוגע זה למעשה דבשביל זה לא נתיר לגרשה בע"כ ולא לישא אשה אחרת, וממילא אין נוגע זה גם לענין כתובה דהא יצטרך הבעל ליתן לה כל כך מעות עד שתתרצה לקבל הגט. ובגוף הדבר כיון שבזה"ז אין להחשיבה פרוצה בזה כיון שהרבה מזלזלות בזה אין להפסידה כתובתה. ואם ידע הבעל מתחלה כשנשאה שאינה רוצה לכסות השיער ומ"מ נשאה וכתב לה כתובה, אף אם היה זה בזמן שרוב הנשים היו מכסות שערן כדין נמי היה צריך ליתן לה כתובה, כיון שידע ונתרצה ונתחייב לה הכתובה. ודין הגמ' הוא רק כשלא ידע שחשב שתתנהג ככל בנות ישראל הכשרות ולבסוף לא רצתה, או שאחר זמן קלקלה מעשיה בזה ואינה רוצה שוב לכסות שיערה, בזה אמרו שיוצאה בלא כתובה. ובזה"ז אם לא אמרה לו קודם הקידושין שתכסה שיערה, לא היה יכול לסמוך על חזקת כשרותה שתכסה שיערה, והוי זה כידע ונתרצה שאין שייך כלל לדון להפסידה כתובתה."

מדברי האחרונים עולה שדין עוברת על דת, שהתירו חכמים לגרש האשה בלא כתובה, היינו דוקא כשהבעל נוהג כמנהג הכשרים, אבל כשהבעל עצמו נוהג בפריצות, לא תקנו חכמים שיגרשה בלי כתובה, ולאחר חרם דר"ג אינו יכול לגרשה בלא כתובה ובלא רצונה. עוד עולה מהאחרונים, שאם האשה מוכנה מכאן ולהבא לא להתנהג כפי שהתנהגה, כגון בנדו"ד, להפסיק לפרסם תמונות ולהפסיק ולהתכתב באינטרנט וכו', וניכר לביה"ד שאכן אין זו טענה טאקטית אלא חזרה בתשובה אמיתית, מתוך הבנה למעשים החמורים שעשתה, לא נאמר בה הדין של עוברת על דת שיוצאה בלא כתובה, כיון שלא נאסרה עליו. אמנם למש"כ המל"מ שמעשים אלו מהווים סימן לזנות, לכאורה לא מהני מה שתחזור בתשובה, ויכול להוציאה בכ"ע, וצ"ע. אבל רוב האחרונים נקטו שהחשש הוא שמא תזנה, ולא מפני שהמעשים הם סימן לזנות.

ט. מעשה חד פעמי

יש לדון בעוברת על דת, אם רק פעם אחת פרסמה תמונות לא צנועות או רק פעם אחת התכתבה, אם מיקרי עוברת על דת לענין זה (ואם היה קודם התראה או אחר התראה, עיין להלן). הרשב"א בתש' (ח"א סי' תקעא, הובא להלכה ברמ"א אהע"ז קטו, ד), כתב וז"ל:

"וכן במה שבאו לחייבה לצאת שלא בכתובה מדין עובר על דת משה ויהודית

בשפרעה ראשה וקצת זרועותיה, זה אינו אלא כשעוברין על דת משה ויהודית. ועוד שלא אמרו אלא ברגילה בכך, אבל אם גלתה ופרעה ראשה באקראי או שדברה עם הבחורים פעם אחת דרך מקרה, ודאי לא הפסידה כתובתה. וזה ששנו במשנתינו (כתובות פז, ב) יוצאה וראשה פרוע וטווה בשוק. ועוד שבשעת הכעס היה, ובשעת הכעס הרי היא כשוטה, ואין השם ומצותיו כנגדו באותה שעה. כמו שאמרו בנדרים (דף כב, ב) שהכועס אפילו שכינה אין חשובה כנגדו.

מבואר מדברי הרשב"א דעוברת על דת משה שעשתה פעם אחת, בדרך מקרה, אין דינה כעוברת על דת, ודוקא ברגילה ולא באקראי. כמו כן אם עשתה בדרך כעס, אין דינה כעוברת על דת אלא כשוטה שעושה מעשה שטות. ובח"מ ס"ק יא הקשה, דאם מיירי בהתרו בה, אפי' בפעם אחת יש לדונה כעוברת על דת, ואם לא התרו בה, אפי' פעמים רבות אינה עוברת על דעת. והרשב"א לרווחא דמילתא נקט, דאפי' לקראה בשם עוברת על דת, אין ראוי בעבור פעם אחת. גם הב"ש קטויא הקשה על הרמ"א מדוע הביא הדברים בפשטותם להלכה. דהרמ"א בדרכי משה כתב דאירי בהתרה בה, דאל"כ מהיכי תיתי לומר דהיא עוברת על דת. והוסיף הב"ש, דנראה דדוקא בכה"ג דגלתה מחמת כעס או בכיוצא בזה, אמרין דלא עשתה מחמת פריצות רק כשרגילה לעשות כן, לא תלינן בסיבה כמו כעס וכד'. אבל אם מגלה את זרועותיה בלא סיבה, אפי' לא רגילה לעשות כן, הרי היא עוברת על דת. ונממה שכתב ברשב"א דבעושה מתוך כעס אינה עוברת על דת, עיין בתש' אור שמח ח"ב סי' לח ד"ה נמצא, דהוא הדין באשה שעושה כל מיני מעשים כאלה מחמת קלישות דעתה, אע"ג דמקום לומר שתעשה כן תמיד, מ"מ אין זה מטעם שמא תזנה לחוד אלא גם הצטרפות של עונש על מה שעשתה בעבר, וכיון שעשתה מחמת פתיות וקלישות דעת, לא קנסו אותה על העבר, וממילא לא נתנו לה דין של עוברת על דת, דבפתיות אין זה הוכחה שקל אצלה ענין העריות]. ובתרומת הדשן סי' רמב דן באשה שעוסקת במו"מ עם נכרים, ועקב כך מתיחדת עם נכרים, אם נאסרת על בעלה. ולאחר שכתב שאינה נאסרת, מ"מ יש לגרשה מדין עוברת על דת, וכיון שרגילה בכך הרי היא עוברת על דת, וז"ל:

"הא קמן דמתייחדה מרצונה מקרי עוברת על דת, כל שכן הנסתרת עם הנכרים דשטופי זמה הם, ואין זה צריך פנים דאין צריך כ"כ ראייה, אפי' אי לא הוי נסתרה ומתייחדת מרצונה, אלא שגרמה כמה פעמים ע"י הקפותה ובלבוליה שנחבשת בין הנכרים בלתי שומר, ומעיד להחשיבה כמזיד להתייחד, כדאמרין פ' השולח (גיטין מו, ב) גבי הנהו דבני מכסי דהוי יזפי מנכרים ואתי וגרבי להו, ומסיק כיון דרגילי בהכי כמו שמסרו את עצמם מרצונם ושנו ושלשו. וא"כ הואיל וחשיב עוברת על דת מצוה לגרשה, ואם אינו מוציאה נקרא רשע, ופשיטא דאכהאי גוונא לא תיקן הגאון כדאיתא בהגה"ה במיימון ובמרדכי פ' המדיר בשם מהר"ם."

הראיה שהביא תה"ד מהגמ' גיטין מו,ב, לענין המוכר את עצמו ואת בניו לעכו"ם, דאין פודין אותו, ואת בניו פודין לאחר מיתת אביהן. וע"ז אמר רב אסי, והוא שמכר ושנה ושילש. והביאה הגמ' מהנהו בני מקום אחד שהיו לוויין מעכו"ם ולא משלמים, והיו העכו"ם לוקחים את בניהם לעבדים, דאם מכר ושנה ושילש אין פודין, עיי"ש. ומראית תה"ד מבואר דגם בעוברת על דת בעינן רגילה בכך. והביאו להלכה הרמ"א באהע"ז קטו סוף סע' ד. ובב"ש ס"ק כ כתב דיחוד הוי דת משה, ואפי' פעם אחת אחר התראה הוי עוברת על דת, אלא אם מחמת מו"מ שלה התיחדה, אז דוקא כשרגילה לעשות כן היא עוברת על דת.

ובבית מאיר קטו, ד כתב לבאר ולחלק בין הפסד הכתובה לבין כפיה לגרש, דלענין הפסד הכתובה הדבר תלוי בהתראה, ותה"ד והרמ"א מיי"ר לענין לגרשה בעל כרחא, וזה אפי' בלא התראה, ולכן דוקא ברגילה בכך אפשר לגרשה בעל כרחא. ולפ"ז בנדו"ד, אם היתה התראה, יוכל לגרשה בלא כתובה גם בעוברת פעם אחת, ואם לא היתה התראה, יוכל לגרשה בעל כרחא אם רגילה בכך. גם מדברי הגרע"א בתש" ס"י קא מבואר דהרמ"א מתיחס לענין גרושי עוברת על דת בעל כרחא, דדוקא ברגילה יכול לגרשה בעל כרחא, עיי"ש בד"ה דם מ"ש. ובתש" קודמת (ס"י ק) הביא הגרע"א ראייה מהר"ן בנדרים מו,א לענין שותף שרגיל להדיר את שותפו, שכופין אותו למכור, דבתרי זימנין מקרי רגיל. והוא הדין לעוברת על דת שבשני פעמים מקרי רגילה, ובפעם השלישית יכול כבר לגרשה בעל כרחא. לפ"ז בנדו"ד כשלא היתה התראה, ורוצה לגרשה בעל כרחא כיון שרגילה, לכל הפחות בעינן שעשתה כן שתי פעמים.

י. עוברת על דת צריכה התראה

איתא בסוטה כה,א: איבעיא להו, עוברת על דת (יהודית, שאינה צנועה, יוצאה וראשה פרוצה וטווה בשוק ומדברת עם כל אדם דאמר בכתובות בפרק המדיר (דף עב) דיוצאה שלא בכתובה - רש"י) צריכה התראה להפסידה כתובתה או אינה צריכה (שמא תחזור, ואם תחזור לא תפסיד כתובתה, או אינה צריכה התראה דבלאו התראה מפסדא), מי אמרינן כיון דעוברת על דת היא לא בעיא התראה, או דלמא תיבעי התראה דאי הדרה בה תיהדר בה. ומסקנת הגמ' דבעי התראה. וכך פסק הרמב"ם בהל' אישות כד,יד; "העוברת על דת צריכה התראה ועדים ואחר כך תפסיד כתובתה", ובהט"ו דבדבר כיעור אינה צריכה התראה. וכך גם בשו"ע אהע"ז קטו, דעוברת על דת צריכה התראה להפסידה כתובתה.

והאחרונים (עיי' ב"ש קטו,יז) דייקו מדברי רש"י, דדוקא עוברת על דת יהודית צריכה התראה להפסידה כתובתה, אבל עוברת על דת משה אינה צריכה התראה. אמנם הרמב"ם הנ"ל לא חילק וכתב בסתם: העוברת על דת וכו'. ולא חילק בין דת משה

לדת יהודית. גם המאירי שם בסוגיא (סוטה כה,א) פירש דלא כרש"י, אלא גם עוברת על דת משה וגם דת יהודית, וז"ל:

"ר"ל שמכשלת בעלה בדברים שהוא סומך עליה, כגון מאכילתו שאינו מעושר או משמשו נדה. וכן העוברת על דת יהודית ר"ל שפרוצה ביותר ושלא כמנהג בנות ישראל, כגון טוה בשוק, ומיניקה את בנה בשוק על הדרך שביארנו ענינם במסכת כתובות פרק המדיר, הפסידה כתובתה. 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."

והנה הגרע"א בתש" ס"י קיד, הובאו דבריו בחידושים לסוטה כה,א ובפ"ת אהע"ז קטו,יא, הביא מספר כתובה שסתר לדברי הב"ש, דהא רש"י סבירא ליה דיחוד הוי דאורייתא, א"כ הוי עוברת על דת משה, והרי כל פשיטות הסוגיא דבעי התראה, מיחוד שלאחר הקינוי, א"כ ביחוד ג"כ בעי התראה, א"כ מוכח דמש"כ רש"י דת יהודית, הוא לאו דוקא. והגרע"א דחה דבריו, דלמדדיקים ברש"י לא אתי עלה מצד דעוברת על דת משה עברה עבירה חמורה יותר אלא מטעם הכשילתו, וזהו בעוברת על דת משה דמשמשו נדה וכדומה, אבל ביחוד דלא הכשילתו, באמת בעי 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 משמשו נדה וכדומה דבזה אין צריך התראה. מבואר מדברי הגרע"א דלא בעי התראה בכל דבר שמכשילתו, אבל אם אינה מכשילתו, בזה איבעיא בגמ' ואיפשיטא דבעי התראה. אמנם למסקנא הביא הגרע"א את מש"כ הב"ש דמשמעות כל הפוסקים דאין לחלק בין דת משה ליהודית לענין התראה, וכן נראה דס"ל להלכה דללא התראה, אף בדת משה לא הפסידה כתובתה. גם בישועות יעקב אהע"ז קטו,ג כתב דדברי רש"י הם להו"א שאינו רשאי לקיימה, אבל אם רשאי לקיימה, בכל ענין צריכה התראה, עיי"ש. וכדבריו מצאתי גם בדברי חיים קמא חאהע"ז ס"י מט. גם מהרש"ם בתש" ח"ד ס"י ל כתב דאינו יכול לומר קים לי דדת משה לא בעי התראה. אמנם מהדברי חיים ח"ב חאהע"ז ס"י כב נראה שנקט דדת משה לא בעי התראה, עיי"ש. וכן נמצא בדבר אליהו (להגר"א לערמן מטרלא) סימן עג, (הובא להלן) עיי"ש.

גם מהגמ' בסוטה כה,א באיבעיא אי בעי התראה, והצד שצריכה התראה כדי שתחזור בה, נראה שלא נועדה ההתראה כדי ללמדה את חומרת המעשה, כהתראות בחיובי מיתה ומלקות, אלא מטרתה כדי שתחזור בה ממעשיה ולא תחזור על מעשיה. וצדדי הבעיה, אם עצם המעשה הוא הגורם להפסידה הכתובה, וממילא גם אם תתקן מעשיה לא יועיל להחזר חיוב הכתובה, או שעצם המעשה אינו הגורם רק החזרה אחרי ההתראה, ששונה וממשיכה. ועל זה נפשטה השאלה דבעי התראה, והיינו שיש להתרות בה כדי

שלא תחזור על מעשיה. וא"כ מצד הסברא אין לחלק בין דת משה לדת יהודית, דלא החומרה היא הגורמת והנותנת.

והנודע ביהודה, תנינא, אהע"ז סי' כו, כתב דקשה לסמוך על דעת רש"י שעוברת על דת משה לא צריכה התראה, דזה נגד רוב הפוסקים שלא חילקו בין דת משה לדת יהודית. והוסיף דכל זה לענין כתובה, אבל לענין שיהיה מצוה לגרשה אין צריך התראה, והיכא שכבר הכשילתו מצוה לגרשה אף שלא התרה בה כלל, במה שאין לתלות בשגגה ולכן הבעל יכול לגרשה בעל כרחו, ואם יש לו לשלם הכתובה, חייב לשלם לה הכתובה אחר שתשבע שהבעל ידע מטומאתה, ואם אין לו לשלם, תשאר הכתובה חוב עליו, ואינה יכולה לעכב הגירושין עבור פרעון הכתובה, דנגד מצב כזה לא תיקן רבינו גרשם ונשאר דין התלמוד שיכול לגרשה אפי' אין לו לשלם הכתובה ונדוניא כמבואר ברמ"א אהע"ז קט"ו. ואפילו לדעת הרשב"א שמביא הב"ש שם בס"ק ו, מודה בזו שמצוה לגרשה.

ולעיל כת' דשני הצדדים בגמ' בסוטה אי בעיא התראה, אם עוברת על דת מפסידה כתובתה מפני שקנסוה חכמים, ולכן כדי לקנסה צריכה התראה, או שעל דעת כן שתעבור על דת, לא התחייב, וממילא לא צריכה התראה. ולכאורה אם זה קנס שקנסוה חכמים אין לחלק בין דת משה לדת יהודית, דכיון שמעיקר הדין גם בדת משה לא מפסידה כתובתה, אין להפסידה אא"כ התרו בה. ואין זה משנה אם מדובר בדברים הגלויים וידועים לכל או בהלכות שאינן ידועות. אמנם בתש"ו שבות יעקב ח"ג סי' קכז כתב לחלק בין דברים הידועים לכל לאינם ידועים, וז"ל:

"ונלע"ד דאפילו נימא דכל עוברת על דת משה צריכה התראה, מ"מ משמשתו 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 כמש"כ בהג"מ ומיימוני ותשובת הרשב"א סי' תקס, אף על גב דשם בתשובה משמע דגם במשמשת נדה בעי התראה, היינו לפי שאזיל לשיטתו שם שפסק דבעי התראה לומר לה שתפסיד כתובתה, וכל שלא אמר כן הוי כלא התרה בה. אבל לפי הסכמת אחרונים כדעת הריא"ז בש"ג וכן משמע בב"ש שם ס"ק יז, וכ"כ בתשובת מהר"ח שבתי סי' נז ע"ש דבריו באורך בראיות ע"ז, הרי דהתראה בזו רק הודעה שנזהר בנדתה, וזו הכל ידועים ואין צריך התראה".

(ועיין עוד תש" מעיל צדקה סי' סא, הובאו דבריו בפ"ת קטו, יא בסופו). מה שהזכיר השבות יעקב שיטת הש"ג שאין צריך התראה שתפסיד הכתובה אלא התראה שלא תעבור על דת, בב"ש קטו, יז הביא מהש"ג שאין צריך להתרות בה שתפסיד הכתובה אלא מתרה בה סתם שלא תעשה כו"כ. ובמל"מ סוטה ב, א הקשה מדוע אם הבעל אינו

רוצה להשקותה נוטלת כתובתה, והרי התרה בה שלא תסתר. ותירץ דעצם הכיעור הוא סימן שזינתה תחתיו, ולכן אם היתה שותה, היתה מבררת שלא זינתה, וע"כ אינה מפסידה כתובתה (הובאו הדברים לעיל). ומזה הסיק השבו"י שההתראה היא למניעת המעשה ולא להפסד הכתובה. אמנם עדיין י"ל שכיון שעצם המעשה לא מפסיד הכתובה ורק קנס שקנסו חכמים, אמרו חכמים שכדי להפסידה כתובתה, יש להתרות בה קודם שלא תעשה, ואם עשתה הפסידה הכתובה. ואף שיודעת שהדבר אסור, זה חלק מתנאי הקנס שקנסו חכמים, שאף שיודעת האיסור, להתרות בה שלא תעשה, ורק אם תעבור על ההתראה, יקנסו חכמים שתפסיד כתובתה. ועיין בתש' בית שלמה חאה"צ סי' סו דלא קיי"ל כשבו"י בזה.

ובעצם ההתראה, נראה דמספיק שיתרו בה פעם אחת שלא תעשה מעשה מסוים, ואם עברה אפי' אחר זמן, הפסידה כתובתה. כן נראה מדברי מהר"מ מרוטנבורג (דפוס קרימונה סי' קפה), וז"ל:

"בעוברת על דת צריכה התראה, סגי שיתרו בה פעם אחת, אם עברה אחר כך על ההתראה אפילו לא התרו בה בשעת מעשה, תצא בלא כתובה. דאי לא תימא הכי נמצאת מכשלת לבעל, דכי אתרו בה ודאי תאמר לא אעשה עוד כדי שלא תפסיד כתובתה, ותחזור אחר כך לקלוקלה ותכשילנו. וכי יטרח הבעל להטריח עדים על כל קלקול וקלקול, ואפילו כשיעמיד עדים לא יכול לה, כי בפני עדים תאמר אשתליין לא אעשה עוד, ואחר כך תחזור לקלוקלה."

ומדברי מהר"מ לא נזכר שצריך שיתרה בה בפני עדים או ביי"ד, ונראה דסגי בהתראה שיתרה בה בינו לבינה, אם היא מודה שהתרה, כן משמע מדברי הב"ח בתש' החדשות סי' פד ד"ה ובענין ההתראה; "בין שהיתה התראה בפני עדים או אפילו בינו לבינה, אלא שהיא אמרה בפני עדים ומודה שהתרה בה הבעל, נמי תפסיד כתובתה". ומש"כ הרמב"ם בהל' אישות כד, יד דעוברת על דת צריכה התראה ועדים ואח"כ תפסיד כתובתה, לכאורה י"ל שצריך עדים שעברה על דת ולא שהתראה בעדים, כדמשמע מהמשך דברי הרמב"ם: "עברה בינו לבינה וידע שהיא עוברת על דת ...". וכן נראה, דמקור דברי הרמב"ם בירושלמי כתובות ז,ו, שם הובאה המשנה של אלו היוצאות שלא בכתובה, העוברת על דת משה ויהודית וכו'. ובגמ' שם: וכולהון בעדים. ועיי"ש בקרבן העדה שפירש: "כל הנך דמתני' צריך שיהא עדים בדבר שעשתה כך ועברה על הדת אז תצא שלא בכתובה". ובפני משה פירש: "שע"י עדים נודע הדבר ששיקרה ...". אמנם מלשון המחבר בשו"ע אה"צ קט"ד; "אם יש עדים שהתרה בה תחילה", נראה שפירש שהעדים שכתב הרמב"ם מתיחס להתראה. אולם מהמשך הדברים מבואר דבעינן לעדים כשיש הכחשות ביניהם, אם עברה קודם התראה או אח"כ, או אם התרה בה בכלל, אבל אין צריך לעדים לעצם ההתראה.

עוד חידוש דין בענין ההתראה, מצאתי בברכת שלמה לגר"ש טנא זצ"ל, חאהע"ז יח,טו, דאין הבעל צריך להתרות בה שלא תסתור עם פלוני דומיא דקינאי, אלא מספיק שמתרה בה שתתנהג כדרך הצנועות ולא תסתור ותתיחד, דדוקא בקינאי שזה גורם שאם תהיה סתירה עם אדם פלוני שקינא לה, הוי רגלים לדבר וחל עליה דיני סוטה, אבל בעוברת על דת ההתראה היא שלא תחזור על אותה עבירה ותתרחק מעבירות שעשתה בעבר, אך לא חל עליה דינים מיוחדים כמו שחל בסוטה, לכן אין הבדל אם התיחדה עם הנחשד או עם אחר.

ע"כ בנדר"ד כדי להפסידה כתובתה, צריך הבעל להתרות בה שלא תכתב באופן פרוץ ולא תפרסם תמונות באופן פרוץ, ואם אחרי ההתראה עברה והמשיכה להתכתב ולפרסם תמונות, הפסידה כתובתה. אבל בלא התראה, או כשהאשה טוענת שלא היתה התראה ולבעל אין ראיה להתראה, לא הפסידה האשה כתובתה.

י. לגרש בעל כרחא ללא התראה

מהאמור לעיל נמצאנו למדים שענין ההתראה הוא להפסידה כתובתה, אך לענין לגרשה בעל כרחא יכול לגרשה אפי' בלא התראה. כך למדנו מדברי הנודע ביהודה תנינא אהע"ז כו, וז"ל:

"ובנדרון עוברת על דת שצריכה התראה, הנה קשה לסמוך על דעת רש"י לחוד נגד רוב הפוסקים שלא חילקו בין דת משה לדת יהודית בזה, ועיין בב"ש שם ס"ק י"ז. ואמנם כ"ז לענין כתובה, אבל לענין שיהיה מצוה לגרשה, כבר כתבתי בתשובה אחרת שאין צריך התראה היכא שכבר הכשילתו, מצוה לגרשה אף שלא התרה בה כלל במה דליכא למתלי בשגגה. ולכן הבעל יכול לגרשה בעל כרחא, ואם יש לו לשלם הכתובה, חייב לשלם לה הכתובה אחר שתשבע שהבעל ידע מטומאתה, ואם אין לו לשלם, תשאר הכתובה חוב עליו. אבל אינה יכולה לעכב הגירושין עבור פרעון הכתובה."

כך גם למדנו לעיל מדברי תרומת הדשן לענין רגילה בכך, והגרע"א והבית מאיר, דאם לא היתה התראה, יכול לגרשה בעל כרחא, ובלבד שתהיה רגילה בכך, והיינו לפחות שתי פעמים. והגרע"א בחידושיו לסוטה כה,א, כתב וז"ל:

"והרמב"ם (פ"י מהל' גרושין) כתב שאינה צנועה כבנות ישראל מצוה לגרשה, א"כ נראה דבעוברת על דת בלא התראה יכול לגרשה בעל כרחא, ועיין תשו' מהר"ם הובא במרדכי ובהגהת אשרי פ' המדיר וז"ל; משמשותו נדה או בשביל דבר א דמקרי עוברת על דת, יכול לגרשה בעל כרחא, גם כתובתה הפסידה אם התרה בה, עכ"ל. מדלא כתב בקיצור יכול לגרשה בעל כרחא בלא כתובה, מחמת

דבתחילה אמר יכול לגרשה בעל כרחא, וזהו בכל ענין, ואח"כ אמר גם כתובתה מפסדת, דהיינו באם התרה בה. ובתה"ד (סי' רעב) כתב להדיא כיון דנחשבת עוברת על דת ומצוה לגרשה, פשיטא דלא תיקן בזה רבינו גרשם, אלא דלענין הפסד כתובה בעי התראה, עכ"ל. וכ"כ בשו"ת מהר"מ פאדווא (סי' יג) וז"ל; ואל יטעה שום אדם לומר הלא בעוברת על דת צריכה התראה, דזהו דוקא ברוצה להפסיד כתובתה וכו', אבל פשיטא דמצוה לגרשה אף בלא התראה ויתן לה כתובה, וסברא נכונה היא, עכ"ל.

וכן מצאנו בתש"ב ב"ח החדשות (סי' פד בד"ה ובענין ההתראה), וז"ל:

"ובענין התראה, דבר פשוט הוא שהתראה הנזכרת בתלמוד פרק ארוסה אינה כי אם להפסיד כתובתה, וכן מבואר מן הלשון איבעיא להו עוברת על דת 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 על דת 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 בזו כלום, חזר דינה ככל הנשים דעלמא קודם תקנתו של ר"ג שאינה צריכה התראה אלא כדי להפסיד הכתובה ... וכן מבואר בהגהת מיימוני בשם מהר"מ דלעיל שכתב תחלה בעוברת על דת שמצוה לגרשה בע"כ, ואח"כ כתב וז"ל: ומיהו כיון שלא התרו בה בעדים אינה יוצאת בלא כתובה, דהא מסקינן בפ' ארוסה עוברת על דת צריכה התראה לענין להפסידה כתובתה, ואם יש עדים שעברה על דת ואין עדים שהתרו בה וגם היא אמרה שלא התרו בה, יכול לגרשה בעל כרחא. מיהו לאחר שיגרש יצטרך ליתן כתובה כיון דאמרה שלא התרו בה ועידי התראה נמי ליכא. אלמא דלענין שמגרשה בעל כרחא אין צריכה התראה, דלא הוזכר התראה אלא לענין להפסידה כתובתה."

גם הדברי חיים בתש"ח ח"א חאה"ע"ז סי' מט כתב דלענין לגרשה על כרחא, אין צריך התראה, דאין התראה להבחין אם היא יודעת האיסור או לא, דהא ודאי כל הנשים יודעות שנדה אסורה, א"כ הבעיא בגמרא אם עוברת על דת בעי התראה, לא משום שיכולה לומר שוגגת הייתי, דבודאי כשי"ל שלא היתה בקיאה בדין, לא הסתפקה הגמ' כלל ופשוט שצריך התראה, וכמש"כ בתש"ב מעיל צדקה סי' סא ורק עיקר האיבעיא היא גם אם יודעת מהאיסור, ורק כיון שלא התרו בה, אינה מפסדת כתובתה. ועיי"ש מה שדן שאין כופין את הבעל לגרשה, וכן מש"כ בזה הבית מאיר קטו, ד. גם בבית שלמה (חאה"ע"ז סי' סז כתב דהא דבעי התראה הוא דוקא לענין הפסד הכתובה, אבל לענין לגרשה בעל כרחא, אין צריך התראה כמבואר בתרומת הדשן רמב, מהר"מ פאדווא סי' יג, וכן הגרע"א והבית מאיר. רק בנדון ידידה שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת הרה

לזנונים, כיון שהוא עצמו לא בעל לזנות, וממילא לא הכשילתו בזנות, אין לה דין עוברת על דת להוציאה בעל כרחיה. וע"ע תש' אור שמח ח"בסי' לח מש"כ בזה.

ועיין בחתם סופר בחחו"מ בהשמטות סי' רג דמבואר בדבריו דלענין להתיר לו לשאת אשה שניה, צריכה אף עוברת על דת התראה, ורק בעניני עוברת על דת בפריצות אין צריך התראה, אבל דבר שאינו פריצות כ"כ ויש בו רק קלון, צריכה התראה אף בעוברת על דת. והביא את תה"ד סי' רמב הנ"ל שכתב דאתתא כה"ג דרגילה להתייחד בין הגוים וכו', דעבדית כמה מיני חוצפא יתירה, לא בעי התראה להפסידה כתובתה וכו', דטעמא דהתראה משום פריצותא וחוצפא היא וכו', ואימא כל היכי דאיכא פריצותא יתירתא נשאת הסברא דלא בעי התראה בכה"ג. ומזה שכתב תה"ד דדוקא להפסידה כתובה בעי התראה, משמע דלמצוה לגרשה לא בעי התראה. וכתב החתם סופר דעדיין י"ל דתה"ד נתלה במרדכי בשם מהר"ם, ומשם לא מוכח מידי דלא בעי התראה, וע"כ רק מסברא אומר כן, וא"כ י"ל דלא מיירי אלא בגווני דהתם דאיכא פריצותא יתירה. אמנם בעברה על חרם ושבועה וכד', דאפשר בחזרה, לא שייכי סברא זו. והסתפק שם באשה התובעת תשמיש בקול, אם הוא דין של פריצות או בזיון, עיי"ש.

יא. כשאין עדים שעברה על דת

לאמור לעיל יוצא דיכול לגרש עוברת על דת בעל כרחיה, אף ללא התראה, אם אמנם רגילה בכך. אך השאלה בנדו"ד שאין עדים שעברה על דת אלא היא מודה, אם הבעל מאמינה, והוא רוצה לגרשה והיא אינה רוצה, או שאומרת שמכאן ולהבא תחזור בה, ובאופן שלא היתה התראה, האם דוקא בעדים שראוה עוברת על דת יכול לגרשה, או גם במה שראה הוא או שהודתה.

הר"ן בכתובות (לב,ב בעמוה"ר) על דברי הגמ' ואי לא ידע מנא ידע, הביא מהראב"ד דלא העמידו במודה האשה, דאינה נאמנת, דאין אדם משים עצמו רשע. וע"ז השיב הר"ן, דלהפסיד כתובתה ודאי דנאמנת, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמו, אלא משום דמילתא דלא שכיחא, לא אוקמה בהכי. ולכאורה מחלוקתם היא רק לענין להפסידה כתובתה, אבל לענין לגרשה בעל כרחיה, גם הר"ן מודה דאינה נאמנת למשנה אחרונה דסוף נדרים אשה לא נאמנת לומר טמאה אני לך, שמא עיניה נתנה באחר. ובתרומת הדשן ח"ב סי' רכב פסק דאם יש רגלים לדבר, נאמנת גם למשנה אחרונה, וכן פסק בשו"ע וברמ"א קט"ו. ולכאורה החשש של עיניה נתנה שמסיר את נאמנותה לטעון טמאה אני לך, היינו דוקא בטענה שבעטיה נאסרת לבעלה, אבל בעוברת על דת שאינה נאסרת ואם ירצה רשאי לקיימה (עיין לעיל מהבית מאיר ועוד, דאיבעיא בסוטה כה,א אי רשאי לקיימה, ואף אי לא איפשיטא דרשאי לקיימה, מ"מ אין לכופו, וכן פסק

הרמב"ם אישות כד, טו ובשו"ע קטו, ד), אין מניעה להאמינה, שהרי לא ודאי שיגרשנה, וע"כ לכאורה נאמנת בכל ענין.

כן מצאנו בפנים מאירות ח"ב סי' יב דדוקא בטוענת שזינתה י"ל דעיניה נותנה באחר, שהיא יודעת שסוטה אסורה לבעלה ויגרשנה, אבל בשימשו נדה אינה אסורה לבעל ואם הבעל רוצה לקיימה מותר לקיימה, א"כ מאי אהנית לה להוציא לעז על עצמה דילמא לא ירצה הבעל לגרשה, ומסתמא קושטא קאמרי ומצוה לגרשה. וכ"כ בתש' גאוני בתראי סי' כו בשם מהר"י הלוי, הובאו דבריהם בפ"ת אהע"ז קטו, כא. ובנדו"ד שיש רגלים לדבר, והם ההתכתבויות באינטרנט וכו', רק יכולה להכחיש ולטעון שלא היא כתבה ולא היא פרסמה, יש טעם לשבח להאמינה, וע"כ בכל ענין לכאורה נאמנת. אמנם עיין בכנה"ג הגה"ט אהע"ז קטו, כג שהביא ממשפט צדק ח"ב סי' ס שתמה על מהר"מ פאדווה והעלה דעוברת על דת יהודית, אינו יכול לומר שהעד נאמן לו כבי תרי. והוא הדין באומר שמאמין לאשתו שעברה על דת (עיין פד"ר ח"ח עמ' 320).

והנה במהרי"ק שורש קז כתב בענין בעל שאומר שמאמין לעד או לאשה שזינתה, דהאידנא דיש חרם דר"ג לא לגרש אשה בעל כרחיה, חיישינן שמא עיניו נתן באחרת, וכן הוא בהגהות מיימוניות אישות כד, י, וז"ל:

"הורה רבי יוסף, האומר אשתו שזינתה דאינה אסורה עליו לפי משנה אחרונה דאינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר, הכי נמי שמא עיניו נתן באחרת אחר תקנת ר"ג שאינו יכול לגרשה ע"כ. ועוד נראה דיש לנדות האוסר אשתו כמגרשה על כרחיה, דסוף סוף מבטל תקנת הגאונים, מנימוקי הר"י קורבי"ל וכן השיב הרב שמעיה מיינבי"ל בתשובה."

וכך פסק הרמ"א באהע"ז קעח, ט, על דברי המחבר שם דאם בא עד אחד שזינתה ודעתו סומכת עליו, יוציא ויתן כתובה, (ודברי הרמ"א שהוא הדין אם היא עצמה אומרת שזינתה ומאמינה);

"וי"א דבזמן הזה שיש חרם ר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחיה, אינו נאמן לומר שמאמינה או שמאמין לדברי העד, דחיישינן שמא עיניו נתן באחרת, ואומר שמאמינה אף על פי שאינו מאמין. ומנדין אותו על שאומר שמאמינה וגרם לבטל חרם ר"ג. והוא הדין בכל מקום שלא יוכל לגרש בלא דעת האשה."

ולפ"ז היכן שכל כוחו לגרש שלא לרצונה הוא מכח מה שמאמין לדבריה, אינו נאמן לומר שמאמינה. אמנם בפנים מאירות ח"ב סי' יב הנ"ל דכל דברי הרמ"א הם באופן שחוזרת ונותנת אמתלא לדבריה, אבל בעומדת בדבריה, שויה נפשה חתיכא דאיסורא.

אמנם בנדו"ד אין זה רק דבריה בלבד אלא גם רגלים לדבר, והרמ"א אהע"ז קטו, פסק דברגלים לדבר נאמנת. ואם האשה מכחישה הכל וטוענת שאחרים כתבו, ומומחים

טוענים שלא יתכן שאחרים בצעו את הפעולה מהמחשב של האשה. בעדות מומחים לבד קשה לאסור, אולם בהצטרף ראית הבעל או עד אחד ומאמינו עם רגלים לדבר (רק בראה הבעל ולא הודתה האשה, תצא בכתובה בכ"ע, עיין שו"ע קטו,ז) השאלה היא עד כמה הסתברות יש כאן שהדברים אמת. אם מדובר בעדות מומחים ברמת אמינות ודיוק שהיינו מתירים עגונה ע"ס חו"ד, הרי שבנדו"ד לכל הפחות רגלים לדבר יחשב, ויכול להצטרף לעד אחד ומאמינו בזמן הזה שיש חרד"ג לרגלים לדבר או בראה הבעל עצמו. עיין מש"כ הגר"י ברייש בחלקת יעקב חאהע"ז סי' א, וז"ל:

"כיון שהנטען אמר זאת לפני הערכאות בתור עד, שזה היה סמך לערכאות, אם נתודע שהעיד שקר ענוש יענש מפי הממשלה במאסר, באופן שמי שהעיד לפני הערכאות מתירא לשקר שלא ייענש ... ואם כן כמו שאמירת הבעל דרך וידוי מיקרי רגלים לדבר שהוא רק ממורא שמים, א"כ הכי נמי ואפשר גם כל שכן, אמירת הבעל שיש מורא בשר ודם, כיראת העונש על שקרן ג"כ מקרי רגלים לדבר ומצטרף לאמירת טמאה אני לך של האשה לאוסרה על הבעל. ועי' באו"ח סימן כ ובמג"א שם, דסמכינן על תגר עכו"ם לענין איסורא דלא מרע אומנותו בזיוף, וכן ביו"ד סי' צ"ח דסמכינן אקפילא משום לא מרע אומנותו ואף לענין איסור תורה, ואף על גב דמרע אומנותו נוגע לו רק להפסד ממון. וביו"ד סי' ס"ט ס"י עכו"ם משמש בבית ישראל, דמותר מטעם מירתת ואף בלא מסיח לפי תומו. ובסי' קכח ס"ה היו בשוק חביות יין ונמצא עכו"ם ביניהם, אם אימת שופטי העיר עליו אם ימצאהו נוגע היין מותר בשתיה, ובסי' קכט שם, דאם נתפס בגנב, סומכינן עליו שלא נגע ביין, והרי כבר הלכה רווחת בישראל דסמכינן על עדות ערכאות לענין עדות האשה, וכדעת החת"ס סימן מ"ג צ"ד, וכמה כרכרו אחרונים בזה. ובעטרת חכמים אע"ז סי' ח' וד"ח ח"ב סי' נ"ד שלא רצו לסמוך משום דאין שום שר וערכי רואה ההרוג, רק אחרי המלחמה שואלין לאנשי הצבא מי נהרג, והם אינם בכלל הערכאות, ועם כל זה כבר נתפשט ההלכה לסמוך על הערכאות, וע"כ משום דכל המשמשים וכל המעידים אימת ערכאות עליהם, דאם יזייפו דבר מה עונשם חריף וגדול. ושמחתי לראות שכוונתי בזה לדברי תשובת מהר"ם שיק אע"ז סימן מ"ב מובא במשמ"ש ערך ערכאות, שכ' לחזק דברי רבו החת"ס שקבע מסמרות לסמוך על ערכאות וכתב דהרי גם בשטר העולה בערכאות שבחושן משפט סי' מב היינו שאחרים ראו המעשה העידו לפני השרים, ואפי' הכי אימת הערכאות עליהם, וא"כ ה"נ בני"ד, כיון דעפ"י הערכאות נתפרד הנשואין, וגם על סמך עדותו של הנטען א"כ עדותו בכלל ערכאות, וכיון דסמכינן ע"ז להתיר אשה לבעלה, אף על גב דזה ודאי דלא נסמוך על ערכאות בזה לאסור אשה לבעלה, על כל פנים רגלים לדבר מקרי ומצטרף לאמירת טמאה אני לך של האשה לאוסרה על בעלה, ולפע"ד זה סברא טובה."

לכן בכל מקום שיש חזקה שאינו מרע אומנותו או שמפחד להעיד שקר, אם דרגת ההסתברות היא כמו סימן מובהק שרק אחד מאלף יתכן ואחרים פרסמו, הוי לכל הפחות רגלים לדבר (ועיין עוד מה שכתבתי לעיל אות ב). דאם אין האשה מכחישה ומודה, הרי זה לכשעצמו רגלים לדבר לאסרה אף למשנה אחרונה. ויש עוד לדון אם מהני לומר שמאמין לעד ולענין נאמנותו, אף ביש רגלים לדבר, כיון שקטטה ביניהם, למש"כ המהרי"ק, הובאו דבריו ברמ"א אהע"ז קעח ס"ס ט.

יב. בעל שמתכתב בדברים לא צנועים באינטרנט

הב"י אהע"ז קנד,א הביא מחידושי אגודה ליבמות סי' עז, הובא להלכה גם ברמ"א אהע"ז קנד,א, וז"ל הב"י:

"פעם אחת בא מעשה לידי, לאה טוענת על ראובן שהיה רועה זונות והוא כופר, ופסקתי שאם תביא עדים שהוא כן יוציא ויתן כתובה, אי בעית אימא קרא, ואי בעית אימא סברא, ואי בעית אימא גמרא. קרא - דכתיב (בראשית לא,ג) אם תקח נשים על בנותי. גמרא - דאמרינן הכא (יבמות סה,א) והוא דאפשר בסיפוקי הו. ובנדון זה יאבד הון (משלי כט,ג). סברא - דגרע מכל הנהו דפרק המדיר (עז,א). ודוקא שיש עדים שראו אותו עם המנאפים, אבל אם הביאו לו הנכרים בנים, עבור זה לא כפינן ליה, שראינו כמה נספים בעלילות."

וברמ"א קנד,א כתב דכופין אותו; ... אם יש עדות בדבר, שראו אותו עם מנאפים או שהודה, יש אומרים שכופין אותו להוציא "...". מ"מ בחידושי האגודה עולה דלא בעינן עדי טומאה ממש כבאשה, אלא כל שנראה עם המנאפים, הרי הוא בכלל רועה זונות. ונראה דאם מתכתב דברי זימה באינטרנט ומשתתף בעניני אלו או/ו פרסום תמונות, הרי השהות באתרים אלו הם בכלל היותו עם המנאפים, ויש לכופו להוציא ולתת כתובה. ועיין בערוך השולחן אהע"ז קנד,טז דענין רועה זונות חמור יותר משאר עבירות;

"דאע"ג דעל שאר עבירות כשאין נוגע לה אין כופין אותו לגרש, מ"מ ברועה זונות נוגע לה לעונתה, דרועה זונות ממאס בהיתר, ומים גנובים לו ימתקו, ובודאי שמאוס עליה: ואפשר שגם יש סכנה בדבר, ולא מיבעי לדעת הרמב"ם דבמאס עלי כופין להוציא, אלא אפי' להחולקים במאס עלי, בכה"ג מודים. והרי בש"ס מבואר דבמורד מתשמיש כופין וכ"ש ברועה זונות דגרוע יותר."

עוד למדנו מדברי הרמ"א שהודאת פיו מהני לעשותו רועה זונות, ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע (כן למד בתש' מהר"י הלוי סי' לט). ובטעם הדין דלא שייך בכהאי גוונא הדין של אין אדם משים עצמו רשע, עיין בפד"ר ח"א עמ' 13 (מהגר"א

גולדשמידט) שכתב לחלק בין מודה שנשא בעבירה לבין רועה זונות, כי ענין הכפיה לגרושין מרועה זונות, אינו מצד העבירה שברעיה אחרי זונות, כי אין דין כפיה לגט, בגלל עבירות שאדם עובר, אלא בגלל הרס חיי המשפחה הבא כתוצאה מהנהגה כזו של הבעל, ועקב קלקול חיי המשפחה מעין זה שהבעל גרמו, זכאית האשה לדרוש גט, וכשהאשה קובלת עליו ותובעת את הגט, בסכסוך זה עומדים שני בעלי דין, הבעל והאשה, והודאת בעל דין היא הוכחה, כמו בכל ריב אחר בין בעלי דברים. אבל זהו רק אם הדיון הוא בריב בין בעלי דין, אבל בדיון בשאלת נשואי עבירה, ענין הכפיה לגט הוא מצד העבירה שבנשואין, ולא מפני תביעת האשה, ומכיון שאין חיוב הכפיה משום תביעת בעל דין, לא שייך בזה הודאת בעל דין.

ובתש' חכם צבי סי' קלג דן במי שבא על אשת איש ואשתו תובעת ממנו גט וכתובה. והשיב החכם צבי, דלא כפינן אלא במוחזק לכך ועומד במרדו, ומטעם שכתב בעל האגודה, דרועה זונות יאבד הון וסופו לא יהיה בידו לפרנסה. ואף שחידוש הוא שיהיה נידון ע"ש סופו, מ"מ אפי' לדברי האגודה אין הדברים אמורין אלא במוחזק לכך. עוד כתב החכם צבי דלדעתו צריך גם התראה אפי' לדעת בעל האגודה, לא מיבעיא לענין הכתובה דצריך התראה דלא יהא זה חמור מעוברת על דת להפסידה כתובתה צריכה התראה, ק"ו להוציא הכתובה מיד הבעל כשכופין להוציא. ולא עוד אלא דאף אם רצונה לצאת בלא כתובה, אין כופין אותו לגרש אלא אחר התראה, דלא יהא איסורא קל מממונא. בפרט שבנדון שם שב בתשובה ורוצה לקבל עליו דברי חברות, ואפילו אם היה מומר גמור אם לא כפואו עד ששב לדת ישראל, ודאי שאף האומרים לכוף למשומד, יודו כיון שלא כפואו בעודו בהמרתו, כיון שחזר בו, שוב אין לכופו, שאין לך דבר העומד בפני תשובה.

אולם בדבר אליהו (להגר"א לערמן מטרלא) סימן עג דן במי שנחשד "בחדש שיש בו ממש על בת אל נכר". והביא את דברי הריטב"א ביבמות סה, על הא דנושא אשה על אשתו, שיוציא ויתן כתובה, ואף דקיי"ל כרבא שנושא כמה נשים, והוא דמצי למיקם בסיפוקיהו, מ"מ כשהמנהג שלא לישא רק אשה אחת, אף רבא מודה דיוציא ויתן כתובה, דאשה על דעת כן נשאת. וכתב הדבר אליהו; "כל שכן היכי דמכניס צרתה בזנות, דאומדן דעת דמוכח טובא דעל דעת כן לא נשאת לו". והביא את בתשובת הרשב"א (הובא ברמ"א אהע"ז קנד, ג) איש שרגיל לכעוס ולהוציא אשתו מביתו תמיד, כופין אותו להוציא כי עי"ז אינו זנה לפעמים ופורש ממנה מתשמיש. וא"כ ברועה זונות שע"ז מבטל עונת אשתו, בודאי כופין אותו להוציא. גם לענין התראה כתב דאינו צריך התראה, כיון דהוי דת משה ולא בעי התראה, עיי"ש. ובכמה דברים אזלינן בתר דברים שבלב וגלוי דעתא בעלמא; "א"כ בנדו"ד דכל ישראל מוחזקים בחזקת כשרות ונודע ששום בת ישראל לא תרצה להתקדש לרועה זונות, ואומדנא דמוכח כהאי כבר כתבו התוס' בקדושין מט, א דאומדנא דמוכח גמור לא בעי תנאי, א"כ לכאורה יש

לפקפק בעיקר קדושין דהאי איתתא". אמנם נראה דכל זה אם היה רועה זונות בזמן הנישואין, דאז שייך לדון על טענת מקח טעות, ולא אם הדבר ארע אחרי הנישואין, דבזה לא שייך טענת מקח טעות.

וכתב עוד, דטעמו של האגודה עפ"י המבואר בחו"מ (עג"י) דהמלוה את חברו לזמן אינו יכול לתובעו תוך הזמן, ואם רואה שמבזבז נכסיו יכול לתובעו, ומחויב להחזיר אף תוך זמנו, ולכן ברועה זונות יכולה האשה לתבוע ממנו שיגרשנה ויתן לה כתובתה אף קודם שיאבד הון, מהאי טעמא שלא יהיה לו אח"כ ממה לפרנסה, ואין לומר שתמתין עד שלא יהיה לו לפרנסה ואז יגרשנה, דאז לא יהיה לו לתת כתובתה, אחרי שכבר יאבד את הונו. בניגוד להבנת החכם צבי הסובר שזה דין קנס, ס"ל לדבר אליהו דמה שכופין לרועה זונות שיגרש, שאנו רואים במצב הנוכחי זמן פרעון הכתובה וכל החיובים הנובעים מזה כאילו כבר הגיע, ודנים אותו כדין בעל חוב המבזבז כספו שעליו לשלם מיד חובותיו.

ומצאנו לגדולי הדיונים שכפו להוציא במי שחי עם אשה זרה. כך מוצאים אנו בתש' קול מבשר לגר"מ ראטה, ח"א סי' נ, וז"ל:

"העיד עד אחד לפני ביה"ד של תל אביב בפניו של הבעל, כי הוא חי עם אשת איש שיש לה שלשה ילדים והיא נמצאת בביתו והוא לא הכחיש כלל, ובפס"ד של ביה"ד הגדול מיום ה' שבט תש"ו בהחלטה העירו ע"ז בצדק בזה"ל: ונראה שאין אפשרות להכחיש את העדות אחרי שאשה זאת גרה בביתו לעין כל. ומבואר בדברי רמ"א אהע"ז קנ"ד, בשם אגודה ... ופשוט הוא דלאו דוקא רועה זונות ואפילו זונה אחת בכלל זה, עיין בית יוסף סוס"י קנ"ד שהביא בשם האגודה הטעם מקרא דאם תקח נשים על בנותי, וגמ' יבמות דלא אפשר למיקם בסיפוקיהו ורועה זונות יאבד הון. וא"כ פשיטא בנ"ד האשה הזרה עם שלשה ילדים שלה מכלין ממונו, ובשביל כך מחסר את פרנסת אשתו הכשרה. ואם כופין אותו להוציא וחייב לגרשה וליתן כתובתה, ממילא כל זמן שאינו מגרשה חייב במזונותיה."

וע"ע בהיכל יצחק חאהע"ז סי' ט, בציץ אליעזר ח"ו סי' מב אורחות המשפטים פ"ג ד"ה הרי בהצטרף, פד"ר ח"א עמ' 12 (מהגר"א גולדשמידט), פד"ר ח"ח עמ' 124 (מהגר"נ רוזנטל), הגרש"ב ורנר בפד"ר ח"ח עמ' 254, רק שהתנה בתנאי החכם צבי הנ"ל (ועיין במשפטי שמואל קמא סי' כז). וכן בישכיל עבדי לגר"ע הדאיה, ח"ו סי' קו, שחייב רועה זונות לתת גט לאשתו, והוסיף טעם:

"ועוד, הרי נפיק מינה חורבא, שע"י שתראה שבית הדין לא מצאו לה תקנה, והיא לא תסכים לשוב ולהתענות, אז תצא לתרבות רעה ח"ו, ומי זה יערב אל ליבו להיות גרמא בנזקין ח"ו, ובודאי שאף הנודע ביהודה ודעימיה מודים דרבנן,

דבכגון זה לא מעגנים אותה שלא לחייב הבעל לגט ופשוט. ועיין לנודע ביהודה תנינא סי' סו שהעלה שבמקום שנכשל בעבירה של הוצאת זרע לבטלה, לא גזר רבינו גרשם, עיי"ש. והוא הדין והוא הטעם בחשש מכשול עבירה, וכל שכן בשיש עבירה בגוף העונה עצמה. ואם היה ענין לכפות האשה, לא גזר רבינו גרשם, ומינה דכוותה בהטלת חיוב על הבעל לגט ע"י הטלת חיוב על הבעל, כמו שהעלו הפוסקים ז"ל כידוע.

ובפד"ר ח"ח עמ' 275 (מהגרי"ש אלישיב שליט"א) שחידש דעיקר טעם האגודה דגרע רועה זונות מכל הנזכרים פרק המדיר, ולא כפי שתפס החכם צבי, וז"ל:

"עפי"ז נראה שטעם זה שע"י שרועה זונות יאבד ממונו, אינו הנימוק היחיד ולא העיקרי, ועיקר הטעם נראה שהוא משום דגרע מכל הני דפ' המדיר, שקפידתה של האשה וקנאתה בדרך חברתה נפקת ברא גדולה ביותר, ומשום"כ הוא דכייפינן להוציא. אבל מטעם שמכלה ממונו לחוד באמת אין כופין להוציא. א"כ אין סתירה מהאי דינא לדינא דמתיבתא דסי' ע"ז. ותתורץ בזה גם הערת חכם צבי הנ"ל שיהא נידון ע"ש סופו כבן סורר ומורה, כי אין זה אלא אחד הנימוקים, והוא מצטרף לשאר הני שנתפרטו כנ"ל."

עוד כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א, דאף לפי דברי הח"מ הסובר דמפסדת מתנותיה שקיבלה מבעלה גם במקרה והבעל מחויב לגרשה, וגם כופין אותו על כך, היינו כשבאה מחמת טענה בעינא חוטרא לידא, או כשחלה הבעל ונעשה מוכה שחין או בעל פוליוס וכיוצ"ב דאין בידו להפטר מגורם זה, דכה"ג יכול הבעל לומר אדעתא דהכי לא אקני לך, אבל בגורם כזה שבידי הבעל להסירו, כגון שהבעל רועה זונות שבידו לעזוב דרכו ולהתייצב על דרך טוב, בכה"ג לא הפסידה מתנותיה, ודינו כמגרש מרצונו, ואף חייב לשלם לה תוספת כתובה.

בטרם אסכם את האמור לעיל אומר כי המסקנות נכתבו בקיצור, ואין בהם כדי לפטור מלעיין בגוף הדברים, שבהם פורטו תנאי החיוב או אי החיוב.

לאור האמור לעיל:

א. יש צד הלכתי לחייב אשה בגרושין בנדו"ד מדין דבר כיעור, אם הדברים מוכיחים לפי ראות עיני הדיין שהיתה בין המתכתבים טומאה. על צד זה יש לאסרה אף על מי שהתכתבה עימו. ובכל אופן אם הדבר יוגדר הלכתית כדבר כיעור, לדעת הרבה פוסקים יוכל לגרשה בעל כרחא.

ב. יכול לגרשה בעל כרחא מדין עוברת על דת. ואם שואל הבעל מה הדין, התשובה היא שמצוה לגרשה.

ג. כשהבעל עצמו נגוע במעשים דומים, נראה להלכה דאינו יכול לגרשה בעל כרחא מדין עוברת על דת.

משפטיך סימן ד ליעקב קיא

- ד. אינו יכול להפסידה כתובתה א"כ התרה בה, ועברה ועשתה אחרי התראה.
- ה. כשהאשה מודה שעברה על דת כנדו"ד, יכול לגרשה בעל כרחא, א"כ מקבלת על עצמה שמכאן ולהבא לא תעשה כמעשים אלה.
- ו. כשהאשה מכחישה ויש חו"ד מומחים שהדברים נעשו ממחשב האשה, צ"ע אם יכול לגרשה בעל כרחא.
- ז. בעל שמתכתב דברי זימה כנדו"ד, יש לדונו כדין רועה זונות. י"א שמחייבים אותו להוציא ולתת כתובה, וי"א שאף כופין על כך.

סימן ה

חיוב האב בהוצאות הבר מצוה לבנו

ראשי פרקים

- א. חיוב האב לקנות לבנו תפילין
- ב. חיוב האב בשכר לימוד הטעמים
- ג. אולם לסעודת בר מצוה

בני זוג שהתגרשו, והאם תובעת מהאב (שמצבו הכלכלי בהחלט סביר, אך יחד עם זאת גם מצבה הכלכלי של האם בהתאם): א. שיקנה לבנו תפילין. ב. ישכור לו מורה ללימוד הקריאה בתורה ובנביא. ג. שיערוך לבנו חגיגת בר מצוה באולם מכובד. האב דורש מהאם שתשתתף עימו, וכן שהסכום שיקבל מהמתנות, יממן את שכירות האולם.

א. חיוב האב לקנות לבנו תפילין

איתא בכתובות מט,ב: אמר רבי אילעא אמר ריש לקיש משום רבי יוסי בר חנינא, באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים (עד שיביאו שערות - רש"י). איבעיא להו, הלכתא כוותיה או אין הלכתא כוותיה. תא שמע (דלית הלכתא כוותיה, אלא מימר אמרינן ליה, ואולי יכלכלם ויזון, אבל מיכף לא כייפינן), כי הוה אתו לקמיה דרב יהודה אמר להו, יארוד ילדה ואבני מתא שדיא (התנין הוליד תולדותיו והטיל פרנסתן על בני העיר). כי הוה אתו לקמיה דרב חסדא אמר להו, כפו ליה אסיתא בצבורא וליקום ולימא, עורבא בעי בניה וההוא גברא לא בעי בניה ... כי הוה אתי לקמיה דרבא אמר ליה, ניהא לך דמיתזני בניך מצדקה. ולא אמרן אלא דלא אמיד, אבל אמיד כפינן ליה על כרחיה (לא יהא אלא צדקה בעלמא ואפי' אינן בניו), כי הא דרבא כפייה לרב נתן בר אמי ואפיק מיניה ד' מאה זוזי לצדקה. גם בתוס' (ד"ה אכפיה) ברשב"א ובריטב"א בסוגיא מבואר שהכפיה מדין צדקה. ומשמע בגמ' דתקנת אושא היתה אפילו בלא אמיד, דהאריכו את חיוב המזונות דאורייתא, לכל זמן שהם קטנים, ולית הלכתא כוותיה, וכופים רק בדברים, ובאמיד כפינן מדין צדקה. [עיי' בר"ן כתובות יח,א בעמוה"ר מחלוקת ראשונים אם יורדים לנכסיו כשהוא כאן, והדין ביצא לדעת, ואכמ"ל].

ובשו"ע אהע"ז עא,א פסק: "... ומשש ואילך זנן בתקנת חכמים עד שיגדלו ...". ובגר"א ס"ק ב נשאר בצ"ע. דלכאורה מהגמ' מבואר דלית הלכתא כותנת אושא, והוי

רק מדין צדקה. וכן הוא לשון הרמב"ם בהל' אישות יב,יד: "... מכאן ואילך מאכילן עד שיגדלו כתקנת חכמים ...". וגם בטור לא כתב "בתקנת חכמים". ונראה דס"ל לרמב"ם והמחבר דלית הלכתא כתקנת אושא רק לענין הכפיה, דאין כופין אא"כ אמיד, אבל לא נדחתה לגמרי תקנת אושא מההלכה, דהחויב קיים אלא שכפינן ליה במילי ולא בשוטים, ורק באמיד כפינן בשוטים. וכן נראה מדברי רש"י (הנ"ל). [ואו אפשר שהתקנת חכמים היא דרש שדרשו רבותינו שביבנה וכדלהלן, רק א"כ לא הו"ל למימר תקנו חכמים, דזה דרשה ולא תקנה].

ולכאורה נראה דהחויב מדין צדקה עליו מדברת הגמ', כולל כל דבר שהוא בגדר מזונות. דלענין כסות כתב הרמב"ם הל' אישות יג,ו דבניו ובנותיו הקטנים בני שש או פחות, חייב ליתן להם כסות המספקת להם וכלי תשמיש ומדור לשכון בו, ואינו נותן להם לפי עשרו אלא כפי צרכן בלבד. וכן פסק המחבר בשו"ע אהע"ז עג,ו. ולא הזכירו הרמב"ם והשו"ע חיוב מדור וכסות ביותר מגיל שש. ובח"מ עג,ה, כתב:

"נראה דהוא הדין ביותר משש, אם לא רצה לכסות גוערין בו ומכריזין עליו, דכסות ומזונות דין אחד להם, דשניהם צרכי הגוף הם. וכן אם הוא אמוד כופין אותו על הכסות, כמו שכופין על המזון."

וכן הביא הב"ש ס"ק ד. ולכאורה אפ"ל דהוא הדין רפואה, דהוי בכלל צרכי הגוף. והיינו דחיוב צדקה של מזונות כולל גם רפואה, דהחויב צדקה של מזונות עד שיגדלו, כולל כל מה שהוא צורך גופם. [נוע"כ לא קשה ממש"כ הרא"ש פי"ב דכתובות סה"א דמתחייב לזון את בת אשתו, אין רפואה בכלל, דרפואה בכלל מזונות רק למי שזון בתקנת בי"ד, דדוקא ביחס למתחייב לזון, אין בהתחייבותו כדי לקבל עליו חיוב רפואה, אבל מי שחייב לזון לא מכח התחייבותו אלא מכח דיני צדקה, כל צרכי הגוף בכלל]. והסתפקתי בחיוב האב ללמדו תורה, או לעשות לו סוכה ולולב וטלית ותפילין מדין חינוך, אם הוי בכלל מצות הצדקה של חיוב האב לזון את בנו, ומתקנת אושא דלא כפינן ליה אלא באמיד, או חיוב צדקה כללי שחייב ללמדו תורה. דבגמ' כתובות נ,א איתא: אשרי שומרי משפט עושה צדקה בכל עת, וכי אפשר לעשות צדקה בכל עת, דרשו רבותינו שביבנה ואמרי לה רבי אליעזר, זה הזן בניו ובנותיו כשהן קטנים (שתמיד יום ולילה הן עליו, והיא צדקה שאינו חיוב עליו בהם - רש"י. ועיי"ש במהרש"א בחדושי אגדות במה פליג ר' שמואל ב"ר נחמני). ולכאורה את דרש רבותינו שביבנה הו"ל לגמ' להביא לעיל בענין תקנת אושא, דלכאורה דרש רבותינו שביבנה הוא ממש כתקנת אושא, אלא שביבנה דרשו, ובאושא התקינו, ויבנה היתה לפני אושא, דהסנהדרין גלתה מיבנה לאושא כמבואר בר"ה לא,ב. ונראה דבאושא תיקנו והרחיבו את חיוב המזונות, לא עד שש אלא עד שיגדלו, ולא קיי"ל כתקנת אושא, דהא אין כופין מגיל שש. ומה דכופין באמיד, היינו מחיוב צדקה כופין את מה שנתקן באושא לחייב מזונות עד שיגדלו. אולם דרשת רבותינו שביבנה היא דרשה בהל' צדקה, דיש צדקה שהיא

בכל עת, וזה הזן כשהן קטנים מעל שש (דער שש חייב מדין מזונות, עיין כס"מ מתנות ענים י,טז), ופשיטא שלא שייך לכופ' אלא מדין הלכות צדקה. והרמב"ם בהל' מתנות ענים י,טז, פסק וז"ל:

"הנותן מזונות לבניו ולבנותיו הגדולים שאינו חייב במזונותיהן, כדי ללמד הזכרים תורה ולהנהיג הבנות בדרך ישרה ולא יהיו מבוזות, וכן הנותן מזונות לאביו ולאמו, הרי זה בכלל הצדקה, וצדקה גדולה היא שהקרוב קודם..."

ובנו"כ ציינו לדרשת רבותינו שביבנה. ולכאורה, כיון דבהל' אישות יב"ד פסק כתקנת אושא, מה הוסיף הרמב"ם בהל' צדקה, דבהל' אישות עוד נאמר דמכלימים אותו, ובאמיד כופים, דלכאורה גם תקנת אושא הוא מדין צדקה ומקיים בזה מצות צדקה, ומכח זה כופים באמיד. ונראה דזה מה שהוסיף הרמב"ם בדין נתינת מזונות לבניו: "... כדי ללמד הזכרים תורה ולהנהיג הבנות בדרך ישרה ולא יהיו מבוזות", דבתקנת אושא מיירי במזונות גשמיים, שלא ימותו ברעב, וכן כל צרכיהם ההכרחיים כמו כסות ומדור, וביבנה דרשו גם על מזונותיהם הגשמיים וגם על צרכים רוחניים, נתינת כסף כדי ללמד הבנים תורה וכדי שהבנות לא תהיינה מבוזות, והיינו אמצעים לרוחניות. ואף זה בגדר של צדקה, ובמקום שכופים על הצדקה, כופים אף על זה. דמה שהביא הרמב"ם בהל' אישות זה רק בדברים שתקנת אושא הרחיבה את חיוב המזונות של קטנים עד לכשיגדלו, וקיי"ל כתקנת אושא, אך לא לענין הכפיה, לכן הביאה הרמב"ם בהל' אישות. משא"כ דרש רבותינו שביבנה זה בהל' צדקה, דזה בכלל צדקה שבכל עת, והרמב"ם פסק למה שהוסיפו רבותינו שביבנה אף בצרכים רוחניים. ונראה דאינו מכח אותו חיוב האב ללמד בנו תורה (עיין קדושין כט,א ורמב"ם ריש הל' ת"ת), וראיה שכללו את הבנות בכלל, אלא הכוונה שיתן מממונו שינהגו הבנים והבנות בדרך התורה והמצות. עוד התחדש ברמב"ם דאף שרבותינו ביבנה דרשו רק על קטנים, הרמב"ם ס"ל דקטנים לאו דוקא (אף דאפ"ל דהיכי דמי גדולים, כל שאינו חייב במזונותיהם - גדולים מיקרי) אלא כל מה שיכול להשפיע מממונו על צרכיהם הרוחניים שיגדלו בדרך התורה והמצות, זה עושה צדקה בכל עת, ואף זה בכלל הצדקה, וצדקה גדולה היא. ובדרך אמונה לגר"ח קניבסקי שליט"א (מתנות ענים י,טז בבאה"ל) כתב דלרמב"ם מיירי בגדולים ממש, שאינו חייב כלל במזונותיהם, ובכ"ז חייב מדין צדקה, עיי"ש.

אמנם בתפילין יש מצוה גם שחייב האב לחנך את בנו להניח תפילין. איתא בסוכה מב,א: תנו רבנן, קטן היודע לנענע - חייב בלולב, להתעטף - חייב בציצית, לשמור תפילין - אביו לוקח לו תפילין, יודע לדבר אביו - לומדו תורה וקריאת שמע. ובגמ' ברכות כ,א לענין קטנים הפטורים מק"ש, פירש רש"י דמיירי בקטן שהגיע לחינוך. ור"ת פירש דמיירי בקטן שלא הגיע לחינוך, דאי הגיע לחינוך, פשיטא שחייב, מהא דת"ר הנ"ל, וז"ל:

"ולא נהירא, דהא פ' לולב הגזול (סוכה דף מב.) אמרינן קטן היודע לשמור תפילין, אביו חייב לקנות לו תפילין, אלמא כשהגיע לחנוך דשייכי ביה תפילין חייב בתפילין, ובק"ש נמי יש לחייבו יותר מסתמא, מדאשכחן התם קטן היודע לדבר אביו מלמדו תורה ופסוק ראשון של ק"ש. ונראה לר"ת דמיירי בקטן שלא הגיע לחנוך."

ולכאורה מלשון הגמ' בסוכה לא מבואר חיוב האב לקחת לו תפילין. דלענין לולב וציצית הגמ' נקטה בלשון חיוב על הבן - חייב בלולב וחייב בציצית, ולענין תפילין נקטה בלשון אביו לוקח לו תפילין, ולא נאמר חייב לקחת לו תפילין. ובתוס' הנ"ל מוכח שפירשו דגם בתפילין יש חיוב על האב לקחת לו תפילין. וברשב"א בברכות שם, ג"כ הקשה על פרוש רש"י, והביא את לשון הגמ' בסוכה לענין תפילין בקטן, באופן שונה, וז"ל:

"ומ"מ אין פירושו מחזור, דאי בשהגיע לחינוך, אביו קונה לו תפילין, כדאמרינן בסוכה בפ' לולב וערבה, קטן היודע לשמור תפילין אביו מניח לו תפילין."

דקונה לו תפילין, מפני שהחיוב של האב להניח לו תפילין, אבל לא הזכיר לשון חיוב לאב לקנות תפילין. גם הרא"ש בברכות שם (ה"ג) לא הזכיר חיוב באב לקנות לו תפילין אלא חיוב על הבן להניח תפילין, ולכן אביו לוקח לו תפילין, וכלשון הגמ' בסוכה; "דהא אמרינן בפרק לולב הגזול (מב,א) קטן היודע לשמור תפילין, אביו לוקח לו תפילין, והיינו חנוך ידיה. אלמא כשהגיע לחנוך חייב בתפילין". וכך היא לשון הרמב"ם בהל' תפילין (ד,יג): "קטן שיודע לשמור תפילין, אביו לוקח לו תפילין כדי לחנכו במצות". ועיין בשו"ע או"ח לז,ג ששינה מלש' הרמב"ם וכתב לשון של חיוב לקנות לו תפילין. ובבאה"ל לז,ג ד"ה לקנות, הסתפק אם אביו יכול לשאול עבורו תפילין, דמה דאיתא בגמ' הוא דוקא בזמנם שהיו הולכים עם תפילין כל היום, ולא שכיח לשאול תפילין לחנכו, משא"כ בזמנינו, ונשאר בצ"ע. דס"ל לבאה"ל דהחיוב בחינוך הוא להרגילו להניח, ומה שקונה לו הוא רק היכי תמצו, עיי"ש.

ושיטת רש"י (ברכות כ,א - ב הנ"ל) דאף בהגיע לחינוך, אין אביו מחנכו בתפילין; "משום דסתם קטן אינו יודע לשמור גופו שלא יפח בהן". והא דאיתא בסוכה דקונה לו תפילין, עיין ברשב"א בברכות שם דהיינו בקטן שיודע לשמור גופו. ועיין ברבינו יונה (יא,א בעמוה"ר) דלשיטת רש"י הא דת"ר בסוכה אינו על דרך חיוב אלא להרגילו במצות, עיי"ש.

והנה מצאנו שעל שינוי הלשון בגמ' בין ציצית ולולב לתפילין, עמדו התוס' בריש ערכין (ב,ב ד"ה אביו), וז"ל:

"וגבי ציצית לא נקט לישנא דלוקח, דמסתמא טלית יש לו וגבי לולב נמי יכול לצאת בלולבו של אביו. אי נמי, משום דתפילין דמיהן יקרים שייך בהו לקיחה."

מבואר מהתוס' דיש על האב חיוב לחנך את בנו להניח תפילין, והחיוב על האב הוא כל ההיכר תימצי לחינוך זה, גם שיקח לו תפילין, דבציצית ולולב יכול לחנכו בטלית שיש לו לקטן או בלולב של אביו, משא"כ בתפילין ההיכר תימצי לחינוך הוא ע"י לקיחה. לפ"ז החיוב לקנות תפילין הוא ההיכר תימצי מהחיוב לחנכו במצות תפילין. ובכפות תמרים (סוכה מב,א) הקשה על לשון הגמ', ועיין בערוך לנר שם שהביא את התוס' בערכין שעמדו על זה, עיי"ש. (וע"ע במג"א יז,ג דעל ציצית אינו חייב לקחת לו טלית, דהא חיוב הציצית הוא ביש לו טלית עם ד כנפות). ומ"מ גם מהתוס' עולה שאם יש היכר תימצי לחנכו בלי לקנות לו תפילין, וכגון שישאיל תפילין, בפרט לדידן לשעת התפילה ולשעה אחת, אין חיוב על האב לקנות תפילין, רק כיון שזה ההיכר תימצי (בזמנם שהיו הולכים עם התפילין כל היום), יש חיוב גם לקנות לו תפילין כדי לחנכו. ובשו"ע או"ח לז,ג, פסק וז"ל:

"קטן היודע לשמור תפילין בטהרה שלא יישן ושלא יפית בהם [רמ"א - ושלם ליכנס בהן לבית הכסא], חייב אביו לקנות לו תפילין לחנכו. רמ"א - וי"א דהא קטן דוקא שהוא בן י"ג שנים ויום אחד, וכן נהגו ואין לשנות."

שיטת המחבר היא שיטת כל הראשונים הנ"ל שחלקו על רש"י, וס"ל דהת"ר מיירי בקטן שהגיע לחינוך. ולשיטת המחבר החיוב הוא דוקא בקטן, אבל אם הוא גדול, אין אביו חייב לקנות לו תפילין, והחיוב על כל ישראל. וזה י"ל גם לשיטת הרמב"ם הנ"ל, ועיין בבאה"ל שם, ואמנם מהל' צדקה חייב אביו לתת לו ממון להנחותו בדרך הישרה, וכמו שהובא לעיל.

ומקור דברי הרמ"א הם מהעיסור (שער ראשון, הל' תפילין דף סא,ב), עיי"ש שהוכיח כן מהסוגיא. ומבואר שלפי העיסור יש חיוב על האב לקנות לבן תפילין גם בהיותו גדול ממש. ועיין בגר"א שם דנראה דמקור לדברי הרמ"א הם מרש"י ברכות הנ"ל. אמנם נפק"מ בין העיסור לרש"י, דלרש"י הת"ר בסוכה מיירי בקטן היודע לשמור, וממילא בגדול אין חיוב על האב לקנות לו תפילין, משא"כ לעיסור הת"ר מיירי בגדול, וא"כ החיוב לקנות הוא בגדול. והגרע"א בהגהותיו על השו"ע שם, הקשה על העיסור, הא כיון שהוא בן יג, חזקה הביא ב שערות וחייב בתפילין מדאורייתא ולא רק מחינוך. ועיי"ש שנדחק באופן שהיו עליו ב שערות קודם יג ועודם עליו ולא נשרו, עיי"ש. וע"ע בפרמ"ג שם (א"א ד) מש"כ בזה. ועיין בשפת אמת בחידושו לסוכה מב,א דדברי העיסור הם בזמנם שהיו מניחים תפילין כל היום, משא"כ האידנא שמניחים בתפילה, א"כ יכול לחנכו שיניח לפרקים (ועיין בבה"ל ד"ה דהאי).

ועיין בבה"ל דהסוגיא מיירי בקטן, אלא אנן קי"ל בקטן שאינו מניח תפילין, דרק לענין זה פסק הרמ"א כעיסור שאין הקטן מניח תפילין, אך לא שאביו חייב לקנות לגדול תפילין, דהסוגיא מיירי בקטן (אמנם מדין צדקה לא מיירי אלא מדין חינוך, וכנ"ל). ולפ"ז למנהגינו שנוהגים שמניח תפילין חודש או יותר לפני היותו בן יג (עיין

מג"א ד ומ"ב יב), יש עליו חיוב חינוך על זמן זה, רק אפשר דלזמן קצר כ"כ, ולזמן קצר של הנחה (בשעת תפילה), יכול לשאול תפילין או לתת לו תפילין שלו. ואף שלהלכה אם יודע לשמור גופו, יכול לקנות לו תפילין, למעשה לא נהגו כן, וממילא אין להשית עליו חיוב לקנות לו תפילין מדין חינוך אלא מדין צדקה. ואף לשיטת המחבר, כיון דהאידנא גם הפוסקים כב"י לא נהגו שקטנים מניחים תפילין בשעת התפילה, ורק זמן מועט קודם הבר מצוה מניחים תפילין, אין לחייב את האב לקנות תפילין מדין חינוך אלא מדין צדקה. ואף שהבה"ל הביא את שיטת הב"ח דאם לומד גמ', מניח בגיל יב, ושכן פסק הפרמ"ג, מ"מ למעשה האידנא לא ראינו נוהגים כן. [וראיתי ביחוד דעת לגר"ע יוסף שליט"א, ח"ב סי' ד, שפסק כדעת הב"י דקטן היודע לשמור גופו בטהרה ונקיות כראוי, מצוה לחנכו במצות תפילין. ותמה על הנוהגים כעיתור שלא יניח קטן תפילין, דהניחו סברת הפוסקים והב"י, עיי"ש שהביא שמנהג א"י להניח שנתיים קודם הבר מצוה, ושכן נהג רבי חיים פלאגי בבנו. וא"כ לפוסקים כוותיה, יש לחייב האב לקנות לקטן תפילין גם מדין חינוך, בפרט אם מדובר בזמן ארוך של כמה חדשים עד שנה, דלא שכיח לשאול, וע"כ הוי חלק ממצות החינוך. ויש לבדוק בכל מקרה מה מנהגו].

לאמור לעיל, למנהג שלנו שאין מניחים תפילין אלא חודש לפני היותו גדול, אין לחייב את האב לקנות לבן תפילין מדין חינוך, והחיוב הוא מדין צדקה. ונפק"מ שאם האב ג"כ משתכרת, יש עליה חיוב צדקה כמו על האב, עיין משפטיך ליעקב ח"ב סו"ס מד.

ב. חיוב האב בשכר לימוד הטעמים

ולענין אם אפשר לחייב את האב מדין צדקה או חינוך לשכור לו מורה ללמד טעמים, איתא בנדרים לז,א, דאפילו במקום שנוטלין שכר על המקרא שרי למשקל, על המדרש לא שרי למשקל. מאי שנא מדרש דלא, דכתיב 'ואותי ציוה ה' בעת ההיא ללמד אתכם' (דברים ד,יד), וכתיב 'ראה לימדתי אתכם חוקים ומשפטים כאשר ציוני ה' אלוקים' (דברים ד,ה), מה אני בחינם אף אתם בחינם. מקרא נמי בחינם. רב אמר שכר שימור, ורבי יוחנן אמר שכר פיסוק טעמים. וס"ל לרבי יוחנן דפיסוק טעמים דרבנן. הרי שהתירו לקבל שכר עבור לימוד מקרא, לדעת רב אין נוטלים שכר עבור לימוד התורה אלא על שימור התינוקות, "שאין מניחים אותם לצאת ולעסוק בדברים בטלים" (רש"י שם), ואילו לדעת רבי יוחנן השכר אותו נוטלים המלמדים הינו על פיסוק הטעמים ולא על לימוד התוכן. הנפק"מ תהיה בלימוד גדולים שאינם זקוקים לשמירה, לדעת רב תאסר נטילת שכר כיון שאינם זקוקים לשמירה, ואילו לדעת רבי יוחנן היתר פיסוק הטעמים קיים גם לגביהם. ומדאיפליגו אי לימוד טעמים דאורייתא

או דרבנן, קמ"ל דכל דבר שניתקן ע"י חכמים, שרי ליטול שכר. כן דייק רבינו שמחה, הביאו הגהות מימוניות פ"א מהל' תלמוד תורה ס"ק ה, הביאו הרמ"א להלכה ביור"ד רמז,ה. ומבואר דלימוד הטעמים, כיון דלרבי יוחנן לא נאמר למשה בסני, אין לומד הטעמים מקיים מצות תלמוד תורה אלא מדרבנן.

ולענין חינוך במצות דרבנן - תנן במגילה יט,ב: הכל כשרין לקרות את המגילה חוץ מחרש שוטה וקטן, רבי יהודה מכשיר בקטן. וגמ' שם בעי לאוקמא כולה כרבי יהודה ותרי גוויי קטן קתני לה, וחסורי מיחסר והכי קתני, הכל כשרין לקרות את המגילה חוץ מחרש שוטה וקטן, במה דברים אמורים בקטן שלא הגיע לחינוך, אבל בקטן שהגיע לחינוך אפילו לכתחלה, שרבי יהודה מכשיר בקטן. ובתוס' שם (ד"ה ורבי יהודה) הקשו, באיזה קטן מיירי, אי בלא הגיע לחינוך, מאי טעמא דרבי יהודה דמכשיר, והא אמרינן בר"ה כט,א כל שאינו מחויב בדבר אין מוציא אחרים ידי חובתן, ואי הגיע לחינוך, מאי טעמא דרבנן דפסלי, והלא כל האחרים נמי אין חייבין אלא מדרבנן, וא"כ קשיא אמאי לא אמרינן דאתי דרבנן ומפיק דרבנן. ותירצו בתוס':

"וי"ל דלעולם מיירי בקטן שהגיע לחינוך, ואפ"ה פסלו רבנן, משום דמגילה ליכא חיובא אפילו בגדולים אלא מדרבנן, וקטן אין מחויב אלא מדרבנן אפילו בשאר מצות, ובגדול ליכא אלא חד דרבנן במגילה, שהרי בשאר מצות הוא חייב דאורייתא, ולא אתי תרי דרבנן ומפיק חד דרבנן."

מבואר דקטן חייב במקרא מגילה אף דהוי דרבנן, אלא דלחכמים לא מפיק גדול במצוה דרבנן, כיון שחיובו דרבנן אף במצות דאורייתא, והוי תרי דרבנן, ולא מפיק חד דרבנן. גם הרמב"ם בריש הל' מגילה פסק דמחנכים את הקטנים לקרוא מגילה. הרי שיש חינוך במצוה דרבנן. וכן פסק בשו"ע או"ח תרפט,א דמחנכים את הקטנים לקרותה. אמנם בתש' רמ"ע מפאנו (סי' קיא) כתב דלחכמים אין מצות חינוך בקטן במצות דרבנן, דבוה נחלקו חכמים ורבי יהודה. [וואף לענין ד כוסות נחלקו בפסחים קח,ב אם תינוקת חייבים, דחכמים ס"ל דחייבים, ורבי יהודה ס"ל דמה תועלת לתינוקות בד' כוסות, אלא מחלקין להם קליות ואגוזים בערב פסח כדי שלא ישנו. ועיין ברא"ש שם הכ"א ובק"נ אות ד דבהגיעו לחינוך אף ר"י מודה דחייבים. ומ"מ אין לדמות מצות אלו, ששייך לומר שאף התינוקות היו באותו הנס, בפרט לענין שאנו ובנינו משועבדים היינו עדיין לפרעה, והיה עלינו שם עבד. ולענין נר חנוכה, עיין בשו"ע או"ח תרעז,ב, וברמ"א תרעה,ג]. ובשו"ע או"ח קו,א נפסק דקטנים שהגיעו לחינוך, חייבים לחנכם לתפילה. ועיין מג"א שמג,ב שהוכיח מזה דמצוה להפרישם אף באיסורים דרבנן. וע"ע בפרמ"ג (א"א קפג,ג) מש"כ בזה.

אמנם נראה דשונה חיוב האב בת"ת, אף בפסוק טעמים, ממצוות דרבנן. דחיוב חינוך במצות הוא כדי שיעשה כן לכשיהיה גדול ולהרגילו במצות, משא"כ בחיוב

משפטיך סימן ה ליעקב קיט

ללמדו תורה הוא חיוב להנהיגו בדרך התורה, לא במטרה בלבדית שילמד תורה כשיגדל, אלא להנהיגו בדרך של תורה. עיין בחזו"א (אהע"ז סי' קמח, ל,א), וז"ל:

"ונראה דמצות עשה המיוחדת בלימוד בנו אינו אלא מקרא, כדמסיק בגמ'. ומיהו עדיין האב חייב בחינוך בנו לשמור דרכי ה', שהעיקר בזה לימוד התורה. ואם נתחייב ללמדו אומנות משום דחיותא היא, כ"ש תורה שמוצאה מוצא חיים."

ת"ת חוץ מהחיוב שיתרגל ללמוד, וחוץ מחיוב של ולמדתם אותם, שהוא חיוב מקרא, יש חיוב לחנכו לשמור דרך ה', שהעיקר בזה לימוד התורה. ובזה לכאורה אין נפק"מ אם לימוד התורה הוא דאורייתא או דרבנן, דכל לימוד וחינוך לשמור דרך ה' ע"י לימוד תורה, הוא בכלל. אולם עיין שם בחזו"א דמה שכופין לאדם מקרא ולמדתם אותם, היינו דוקא במקרא.

והרמב"ם בריש הל' ת"ת (א,ג) פסק דחייב לשכור מלמד לבנו. ועיין בשו"ע הרב (הל' ת"ת א,ז) דאף הוצאות מזונות וההליכה לעיר אחרת, חייב האב לבנו ההולך ללמוד תורה, אלא דזה אין כופין אלא רק שכר המלמד. ובשו"ע יור"ד רמ"ד פסק הרמ"א דכופים לשכור מלמד ויורדים לנכסיו. אך כל זה לענין הלימוד עצמו, וכמו שנוהגים היו בתלמודי תורה, אבל לימוד הטעמים אינו בכלל הכפיה. אמנם אם הוא אמיד לכך, אפשר לחייבו מדין צדקה. וגם בזה צ"ע אם לחייבו שישכור לו מי שילמד עימו כל הפרשה, או רק מפטיר והפטרה, וכל מקום כמנהגו, ולפי מידת עשרו של הבעל וחיובו מדין צדקה, עיין ברמב"ם הל' מתנות עניים י,טז הנ"ל, ושו"ע יור"ד רנ"ג. וכבר נתבאר לעיל דבזה גם יש חיוב על האם, דכיון שאין כופים מכח חיוב האב ללמד בנו תורה, דפיסוק הטעמים לכאורה אינו בכלל אלא מה שמלמדים בת"ת, וחיוב צדקה יש גם על האם אם היא משתכרת וכו"ל.

ג. אולם לסעודת בר מצוה

חיוב האב בשכירות אולם לבר מצוה, לכאורה כיון שכל החיוב יכול להיות רק מדין צדקה ולא מדין מזונות, ואף במזונות, אי אפשר לכוף ולחייב האב במזונות לפי כבודו ועושרו, עיין ברב המגיד (אישות יג,ו) וב"ש ע"א. ואף לח"מ המסתפק ורצה לתלות אם המזונות של הילדים מכח אמם, צ"ע להוציא מהאב. וע"ע רשב"ש (סי' תקב) ובדינא דחיי (לאוין פא). ואף לח"מ, הרי בכסות כתב הרמב"ם (אישות יג,ה) דנותן להם כדי צרכן בלבד. ובח"מ ע"ג, כתב דנותן להם "כדי צרכן ההכרחי", וא"כ בחיוב תקנת אושא לא תיקנו מעבר לצרכן ההכרחי (עיין משפטיך ליעקב ח"ב סי' מד). ואף בחיוב צדקה לא נראה לחייב אלא בדברים ההכרחיים, אלא שלפי עושרו אי אמיד, כופין בדברים ההכרחיים. אולם הוצאות של שכירות אולם לבר מצוה וכו', שהם בבחינת מותרות,

אין לחייב מדין צדקה. ובודאי אם יקבל הבן מתנות, הרי יש בידו, ואין לחייב את האב בזה, דאף בתקנת אושא אין לחייב האב כשיש לבן נכסים, עיין בב"ש ע"א.ב. וכן כתב בב"ח (ד"ה ומ"ש), וכן בדינא דחיי (לאוין פא). ע"כ אם האב דורש שהבן ישלם עבור האולם וכו', מהמתנות שיקבל, ודאי יכול לתבוע כן. ואף יותר מזה, אין נראה שמעיקר הדין יכול לחייבו בתשלום חגיגת בר מצוה באולם וכו'. אמנם לסעודת מצוה צנועה וסבירה, עם מספר מצומצם של מוזמנים, אפשר לחייבו מדין צדקה אם הוא אמיד לכך (וגם בזה יכול לדרוש שהבן ישתתף במימון השמחה מהמתנות שיקבל). דסעודת מצוה לבר מצוה, הינה סעודת מצוה, וכמש"כ היש"ש ב"ק ז,לז, וכן הובא להלכה במג"א רכה,ד מהילקוט חדש בלקוטים סי' כט, וכן הובא להלכה בדגמ"ר יור"ד שצ"א,ב, שאם הנער דורש או שהוא ביום שהשלים יג שנה ויום אחד, הוי סעודת מצוה, וע"ע בתש' חות יאיר סי' ע, וכן ביד אפרים תקנא על המג"א ס"ק לג. וכיון דהוי סעודת מצוה, אפשר לחייבו מדין צדקה אי אמיד, ועכ"פ א"א לחייבו מעבר לסעודה צנועה וסבירה.

לאור האמור לעיל:

- א. אפשר לחייב את האב מדין צדקה (אם הוא אמיד לכך) לקנות לבנו תפילין, ללמד בנו טעמים, ולעשות לבנו סעודת מצוה צנועה וסבירה לכבוד הבר מצוה.
- ב. אם האם ג"כ משתכרת, החיוב מוטל גם עליה בהתאם, כיון שהחיוב מדין צדקה.
- ג. האב יכול לדרוש שהבן ישתתף בסעודת המצוה ממתנות שיקבל.

סימן ו

דו"ד בין בני זוג לאחר הגרושין

ראשי פרקים

- א. גרושת כהן או גם בגרושת ישראל
- ב. האם בכל גיונא אסורים לתבוע בלי שליח

פעמים שבתי הדין פוסקים שבני הזוג יתגרשו, ועניני הממון ידונו לאחר הגט. ונשאלתי אם אין הדבר אסור ע"פ מה דאיתא בספ"ב דכתובות דאם תובעת שלא ע"י שליח מנגדינן להו. וכן כאשר תובעת מזונות הילדים לאחר הגט, אם יכולה לתבוע בעצמה או רק באמצעות ב"כ.

א. גרושת כהן או גם בגרושת ישראל

איתא בכתובות כח,א: ת"ר, לזה הימנה (בהיותה תחתיו - רש"י) בנכסי אביה (שהיו בידה נכסי מלוג, ובכהן שגירש את אשתו קא מיירי) אינה נפרעת אלא ע"י אחר (שלא יקרבו בדברים). אמר רב ששת, ואי אתו לקמן לדינא לא מזדקקין להו. רב פפא אמר שמותי משמתינן להו. רב הונא בריה דרב יהושע אמר נגודי נמי מנגדינן להו. אמר רב נחמן, תנא באבל רבתי בד"א שנתגרשה מן הנשואין אבל כשנתגרשה מן האירוסין נפרעת ע"י עצמה, שאין לבו גס בה. ההוא ארוס וארוסתו (כהן היה) דאתו לקמיה דרבא. יתיב רב אדא בר מתנא קמיה, אוקי רבא שלוחא בינתייהו. א"ל רב אדא בר מתנא והאמר רב נחמן תנא באבל רבתי כו'. א"ל קא חזינן דקא גייסי בהדדי. איכא דאמרי לא אוקי רבא שליח בינתייהו. א"ל רב אדא בר מתנא ניקום מר שלוחא בינתייהו. א"ל והא [אמר] רב נחמן תנא באבל רבתי כו' (דמן האירוסין נפרעת על ידי עצמה). א"ל הני מילי היכא דלא גייסי בהדדי אבל הני קא חזינא להו דגייסי בהדדי (מכירין זה את זה ברמיזות וקריצות).

מבואר דשיטת רש"י דהדין שאינה נפרעת אלא ע"י אחר הינו דוקא בכהן, דכהן צריך להרחיק טפי מגרושתו, וכדמוכח בגמ' בריש העמ', דבכהן אף אם לא נשאת לא תדור עמו במבוי משא"כ באשת ישראל דדוקא לא תנשא בשכונתו. אמנם לכאורה הוא הדין באשת ישראל ונשאת, ומדלא כתב רש"י אי נמי באשת ישראל ונשאת, משמע שדין זה שאינה נפרעת אלא ע"י אחר הוא דוקא בכהן ולא באשת ישראל שנשאת. ובר"ן (יבא בעמוה"ר סד"ה מי) הביא את דברי רש"י, וכתב עליו וז"ל:

“ואפשר היה לפרשה אפילו באשת ישראל אע”פ שלא נשאת, על הדרך שכתבתי שאסורין לדור בחצר, אלא שאפשר דכיון דאיכא בית דין, ליכא למיחש, כדשרינן בדר’ זכריה בן הקצב משום בנים, אע”פ שאפשר לחלק, דהכא שאני שהם מדברים וטוענין זה את זה.”

ועיי”ש בהגהה דכיון דמן הסתם תובעת החוב בבי”ד וליכא יחוד, ליכא למיחש. והיינו דבאשת כהן שהתגרשה לא שרינן משום בנים, אבל באשת ישראל שניסת, דמי לר’ זכריה בן הקצב. ולכאורה צ”ב, דכיון דבביריתא מבואר דאשת ישראל שניסת כאשת כהן שלא ניסת, א”כ מדוע לחלק. ועיי”ן בג”פ קיט, ג. ד. אמנם מדברי הרמב”ם איסורי ביאה כא, כז נראה דאין חילוק בין גרושת ישראל לגרושת כהן גם לענין תביעה בבי”ד, וז”ל:

“וכן מי שגירש את אשתו מן הנשואין לא תדור עמו בחצר שמא יבואו לידי זנות, ואם היה כהן לא תדור עמו במבוי, וכפר קטן נידון כמבוי, היה לה מלוה אצלו עושה שליח לתובעו, וגרושה שבאה עם המגרש לדין מנדין אותן או מכין אותן מכת מרדות, ואם נתגרשה מן האירוסין מותרת לתובעו בדין ולדור עמו, ואם היה לבו גס בה אף מן האירוסין אסור.”

מדברי הרמב”ם נראה שדין תביעת מלוה מתיחסת לכל עניני הרישא, ואף שאשת ישראל שלא נשאת יכולה לדור במבוי, משא”כ באשת כהן, מ”מ דין היה לה מלוה אצלו וכו’, מתיחס לכל עניני הרישא, ובכלל זה גם לגרושת ישראל מן הנשואין שלא נשאת. וכן מבואר מדברי המגיד שם, דאין משמעות הברייתא ופשט הסוגיא כדברי רש”י; “ורבינו סובר דאפילו בישראל הוא ואף ע”פ שלא נשאת לאחר וכן עיקר”. וע”ע במשנה למלך כאן בסוה”ד, דכיון דעבר אדרבנן וקרוב הדבר לבוא לידי עבירה, החמירו בשמתא או בנגידא. וכדברי המגיד נראה לכאורה מהמאירי בסוגיא, דמיירי גם באשת ישראל ולא נשאת, וז”ל:

“מי שיש לו דין עם אשתו שנתגרשה, כגון שלוה הימנה אחר שנתגרשה או בעודה תחתיו בנכסי מלוג או שתובעת כתבתה או באי זה צד של תביעה, אסור לו לפרעה מיד ליד אלא על ידי אחר, ואף אם באו לדין לפני בית דין אין בית דין נזקקין להם לשמוע טענותיהם אלא על ידי אפטרופוס שלה. ומכל מקום דוקא בנתגרשה מן הנשואין אבל נתגרשה מן האירוסין אין בה חששא ונפרעת על ידי עצמה. ואי חזינן להו דגיסי אהדדי אף בזו אסור. וגדולי הרבנים פירשו שמועה זו כלה באשת כהן.”

וכן פסק בפר”ח קיט, ט ד”ה וגרושה. ועיי”ן בב”י אהע”ז קיט, יא דמיירי באשת ישראל שנשאת ונתגרשה, עיי”ש. ובשו”ע אהע”ז קיט, ח, פסק וז”ל:

“היה לה מלוה אצלו, עושה שליח לתובעו. הגה: ודוקא בכה”ג, אבל מותר

ליכנס לביתה אע"פ שנישאת, הואיל ואינו דר שם ואינו נושא ונותן עמה (כך משמע בת"ה סי' רמ"ג). ויש חולקין (ב"י).

ובגר"א שם ס"ק יט כתב דדעת המחבר דלא כרש"י אלא כרמב"ם והטור וכמש"כ הר"ן בתחילת דבריו. אמנם לא נתבאר אם באשת ישראל ולא נשאת ג"כ אסורים, ודון ממה שכתב בב"י דמיירי בנשאת ונתגרשה. אמנם מצאתי בריטב"א בחידושו לכתובות כז,ב שביאר גם בדברי רש"י דכולה סוגיא, גם ענין תביעת מלוה ע"י שליח, היא באשת כהן או אשת ישראל ונשאת, וז"ל:

"וכולה סוגיין דלקמן אינה אלא או בכהן שגרש את אשתו אע"פ שלא נשאת או בישראל שגרש את אשתו ונשאת, הא לאו הכי אין לה להיות נדחית מפניו ואין לה לעשות שליח לדון עמו, וכן פרש"י ז"ל לקמן דבכהן שגרש את אשתו מיירי, ופשוט הוא זה אלא שראיתי מי שטועה בדבר."

הרי שפירש כן גם בדברי רש"י. ומ"מ לפ"ז נמצאו כמה שיטות בראשונים: שיטת רש"י, כפי שלמדו בדבריו הר"ן והמגיד והמאירי, דדוקא באשת כהן שהתגרשה אסורים לתבוע אלא ע"י שליח. שיטת הריטב"א, ושכן לדעתו דעת רש"י, דכולה סוגיא מיירי בין באשת כהן ובין באשת ישראל שנשאת. דעת המגיד ברמב"ם, וכן נראה בדעת המאירי, דאסורים לתבוע אפילו באשת ישראל שלא נשאת. ודעת הב"י דמיירי באשת כהן ובאשת ישראל שנשאת ואפילו התגרשה. ועיין בשו"ע אהע"ז קיט,ח שהביא דעת הרמב"ם, ובגר"א שם ס"ק יט כתב דדעתו של המחבר לפסוק דלא כרש"י, ואף באשת ישראל אסור, ואפילו לא נשאת, כיון שאסורה לדור בחצר.

ב. האם בכל גוונא אסורים לתבוע בלי שליח

והנה בנדו"ד שבאים לבי"ד והם לא נו"נ זה עם זה כעסק שותפות אלא כתביעה שלא יכולה להביא לקרוב, ואדרבא - יש מערכת יחסים מתוחה, אם גם בזה מנדין. דהנה הרמ"א הנ"ל הביא את תה"ד (סי' רמג) לענין בני זוג שהתגרשו והאשה נשאת לאחר, והם גרים בכפר קטן שאין שם יהודים מלבדם, ובתייהם רחוקים זה מזה, ופעמים רבות מגיע הגרוש לבית גרושתו כדי לשאת ולתת עם בעלה. והשיב תה"ד דאין איסור בדבר במה שגרים בכפר קטן והם יהודים יחידים, כיון דהרבה נכרים מצויים שם בין בתייהם, חשיב כפר בינוני;

"ומה שרגיל ראובן ליכנס לביתו של שמעון בשביל עסקיו ושהה שם ב או ג שעות, נראה דאין קפידא, דלא אשכחן שאסרו חכמים אלא בדירה של קביעות או שהן מתעסקים ביחד האיש וגרושתו שדנין זה עם זה או באיזה עסק, אבל בכה"ג בנ"ד לא. וראיה מהא דאמרינן (פסחים קיב) ההוא גברא דגירש לדביתהו

ואזלא ואינסיבא לחנוני כל יומא הוה אזיל התם ושתי חמרא וכו' עד ואפקתיה בזוגות ואיתזק. הא קמן דשרי לכונוס בביתה ולשהות שם כההיא דשתי כמה כוסות לשם, דמסתמא לאו בעבריינא עסיקין, דא"כ מאי מייתי תלמודא דאיתזק משום זוגות דילמא ההוא עבירה גרמה ליה כדקאמר תלמודא לעיל מיניה, דרבא לא חש למילתיה דאיתזק רב' בר ליואי בזוגות אמר משום דאותבה בפירקא הוה.

(ועיין ברמ"א אהע"ז קיט, ח, ובט"ז ס"ק יט שכתב להחמיר, ובפר"ח דאדרבא - סברא זו ברורה בטעמא ואין מקום לחולק המחמיר, וכן דעת הח"מ קיט, כד). מבואר שאפילו להכנס לביתה לדון ולשאת ולתת עם בעלה השני מותר, ולא אסרו אלא בדירה בקביעות או שדנים זה עם זה, ואפילו באים לבית דין ותובעים ודנים, באופן שהתעסקות בהלואה או בעסק המשותף היא הגורמת לתביעה ומביאה לקרבה, אבל באופן שאינו מביא לקרבה ואינו בא מקרבה ומעסק מו"מ כנדר"ד, לכאורה לית לן בה. דדוקא שהיו להם עסק של הלואה או שותפות בהדי הדדי, חיישינן לעבר ולעתיד, אף אם באים במריבה, מ"מ המריבה באה מתוך השותפות או העסק שעשו, והביאה לבית דין מגלה על העבר, ומנגדינן להו כדי שלא יבואו לעשות עסק או להמשיך העסק. משא"כ אם באים לבית הדין ביוזמת ביה"ד וכו', ואף באים במריבה על המשך ענין הגרושין ועניני הממון כמו מזונות ורכוש, בזה אפשר דלא מנגדינן. ואף דבראשונים מבואר דאפילו הלוחה מנכסי מלוג קודם הנישואין, ובמאירי הזכיר ענין תביעת הכתובה, י"ל שקודם תבעה שלא ע"י שליח ורק אח"כ באו לבית דין. ואף שהב"י חולק על תה"ד, עיין בג"פ קיט, גב דלא פליג אלא כששוהה שעה או שנים, אבל באקראי בעלמא מודה דשרי. ועיין עוד שם בג"פ שכתב דלא אסרו אלא "כשמתעסקים ביחד האיש עם גרושתו שדנין זה עם זה או באיזה עסק...", הרי דוקא כשדנים זה עם זה, והיינו מדברים ונו"נ. וכן נראה גם ממש"כ שם הג"פ בס"ק נה, וז"ל:

"יראה דאם תבעה אותו חוץ לבית דין ופרע לה, אין מנדין אותם אע"ג דדברו זה עם זה. ולא אמרו מנדין אותם אלא על אפקרותא שעשו שבאו מדברים בפני בית דין. ואפשר דכ"ש חוץ לבי"ד נמי דמנדין אותם, דסד"א דכיון דאיכא בי"ד ליכא למיחש, כדשרינן בר' זכריה בן הקצב משום בנים, קמ"ל דאפ"ה מנדין אותם כיון שהם מדברים זה עם זה. וראיתי שכתב הרמב"ם הל' ת"ת ויד; מי שגרש אשתו ועשה בינו ובינה שותפות או מו"מ המביאים להם להזקק זה לזה, כשיבואו לבי"ד מנדין אותם. ולא ידעתי אמאי נקט לאחר שגרשה..."

(ומש"כ לחלק דאפילו בבי"ד אסור, עיין באור הגר"א קיט, כא). ומ"מ מבואר מדבריו דכל ענין איסור הביאה לבי"ד הוא מפני עסק מו"מ שביניהם ומפני שמדברים זה עם זה, הא בלא"ה שרי. וכן י"ל לשיטת תה"ד שיכול לבוא לביתה וכנ"ל, דאם לא נאמר כן, לכאורה בענין לבוא לביתה חמיר טפי, אא"כ נאמר דהאיסור הוא ההתעסקות שיש

להם, אם בשותפות ואם בתביעה, שהם תובעים ומדברים זה עם זה, משא"כ כשאננם תובעים ומדברים זה עם זה כלל רק כ"א אומר דבריו לדיינים בפני חבריו.

עוד ראיתי בספר יפה ללב, (לרבי רחמים נסים יצחק פלאג'י, בנו של רבי חיים פלאג'י), על אהע"ז סי' קיט, דכל הקפידא היא כשהם באים בעצמם לבית הדין, אבל כשהם באים ומתלווה להם אדם אחר הטוען בעדם, ואפי' רק הגרושה הביאה אחת עימה לדבר בעדה, ליכא קפידא. והיינו, שאף שגם היא נמצאת בבית הדין, מ"מ כיון שיש לה מורשה, בזה אין איסור, כיון שאינה מדברת עימו אלא המורשה מדבר. והוא הדין והוא הטעם אם הבעל לבדו הביא מורשה או חבר שיטעון בעדו.

וכל זה כתבתי לישב מנהג בתי הדין ששומעים את התביעה אף ללא אמצעי ואף באשת כהן שנתגרשה, דבשלמא באשת ישראל שלא נשאת י"ל דלא ס"ל כשיטת הרמב"ם, אבל גם באשת כהן לא ראיתי או שמעתי שהקפידו על כך. ועיין ברמ"א אהע"ז כו, דלענין רב מנגיד מאן דמקדש בלא שידוכי: "ולא ראיתי ממי שהכהו מי שקדש בלא שדוכין". עוד י"ל דמה שאין נזקקין אפילו לא עשו הלואה או שותפות אלא לזה הימנה מנכסי מלוג בעודם נשואים וכמש"כ רש"י, היינו דוקא כשתבעה ממנו שלא ע"י שליח, שאם אח"כ באו לבית דין אין נזקקין, דכיון שמעיקרא עשתה דבר האסור לתובעו שלא ע"י שליח, לא מזדקקין להו, אבל תביעת מזונות או רכוש שלא תבעה ממנו ישירות ולא דברה עימו ישירות כלל אלא תבעה בבי"ד ושם מתדיינים, לכאורה נראה דאין איסור. ומה שרואים לפעמים מתגרשים שיושבים ומדברים זה עם זה, אפשר שאין מוכיחים אותם דהוי בבחינת דבר שאינו עשוי להשמע. אבל מה שבי"ד יוזמים שידונו אחר הגרושין ואינם מתנים שיהיה המליץ בינותם, י"ל כמש"כ. ומ"מ ראוי לכל הפחות שיביאו עימם אחר לבי"ד, ולפחות האשה תביא עימה מי שיטעון עבורה, דבזה שאינה טוענת ונו"נ ישירות עם הגרוש, ליכא קפידא. וראוי לדיינים לומר לכ"א מהם, או לפחות לאחד מהם, שיביא עמו אחר שיטעון בעדו.

סימן ז

בענין יבום בזה"ז

ראשי פרקים

- א. יבום ללא עדים
- ב. דעת האחרונים להלכה שצריך עדים
- ג. דעות האחרונים שאין צריך עדים

יהודי מעדות המזרח שאחיו נפטר ללא ילדים, ושמע שע"פ פסקי הב"י וכן למעשה פסקו גדולי הספרדים גם בזה"ז מצות יבום קודמת, וידע שברבנות לא יאפשרו לו ליבם, ע"כ הלך וחי עימה בביתה כדרך איש ואשה, ולדבריהם - התכוננו למצות יבום. וכעת לאחר מספר שנים חפצים להפרד זמ"ז. והשאלה אם יפרדו בגט או בחליצה או שניהם גם יחד, ואם גם בגט וגם בחליצה - איזה מהם קודם.

א. יבום ללא עדים

בנדו"ד יש לדון אי מהני היבום כשלא היו עדים ביבום (ומצד האנן סהדי יש לדון בנפרד, דגם זה צ"ע אם ידעו בצבור שהם חיים יחד, ואפשר שלא ראו אותם מתיחדים, ועיין להלן), דכאן גם לדבריהם עשו יבום מבלי שיחדו עדים ומבלי שהיו עדים ביחוד. ונחלקו הראשונים אם יבום צריך עדים. דהנה הריטב"א בקדושין יב,ב, כתב וז"ל:

"דרב מנגיד מאן דמקדש בביאה. פירוש משום חוצפא שבעל בפני עדים, ולא מיחוויר כלל דהא בעידי ייחוד סגי כדכתיבנא לעיל, ותו דהא אמרינן ביבמות (נ"ב א') גבי יבם מצות יבום מקדש והדר בעיל אבל בעיל והדר מקדש לא, משום דרב דמנגיד אמאן דמקדש בביאה, והתם בין בתחלה בין בסוף לא סגיא דליכא עידי ביאה, שהרי ביאה גומרת בה ולא כסף ושטר, לכך פירש ר"ת ז"ל דהיינו חוצפה משום שעושה הפקר שתהא תחלת קירובו באשתו בביאה, ונראה כעושה דרך זנות."

מבואר מקושית הריטב"א דגם גבי יבום צריך ליבם בפני עדים, וע"כ ליכא למימר דרב מנגיד מאן דמקדש בביאה משום שבא בפני עדים, דהא ביבום בעינן נמי עדים. מבואר להדיא דיבום צריך עדים. וכן מבוארים דברי המאירי בריש מס' קדושין, וז"ל:

"היבמה נקנית קנין גמור להיותה אשת איש לכל דבר בביאה, ואף בזו צריך עדי ייחוד, ואע"פ שאמרו בין שוגג בין מזיד קנה, מכל מקום צריך שיהיו בזה

עדים, שאם לא כן במה נקנית, וכן כתובה רבותי. אלא שמזו של שוגג למדנו שאין צריך לומר לה התקדשי לי בביאה, וכן אינו צריך להזמין עדים שיראו את היחוד אלא שיראו מאליהם, וכן בכל קדושין שבעולם שאין עדי קדושין צריכין הזמנה ולא אתם עדי אלא כל שרואים מאליהם דיים."

מבואר מדברי המאירי דיבום צריך עדים, "שאל"כ במה נקנית", דאף שקונה אותה כשכא עליה בין בשוגג ובין באונס וכו', כמבואר ר"פ ו דיבמות, מ"מ עדים בעינן, רק שלא צריך ליחד עדים ואין צריך לומר לה התקדשי לי בביאה זו. וכן מבואר בשלטי גבורים יבמות (לח, ב - לט, א בעמוה"ר) לענין אם שניהם מודים שבעל ולא היו עדי יחוד, דאינו יכול לפוטרה בגט בלא חליצה, שכשם שקדושין וגרושין צריכים עדים, כך יבום וחליצה צריכים עדים. ומש"כ לפוטרה בגט בלא חליצה, אין לומר שצריך גם גט, דמהיכי תיתי להצריכה גט ביבום בלא עדים, וי"ל שצריך חליצה לבד. והמל"מ (יבום וחליצה ב, ד) הסתפק אם יבום צריך עדים, והביא את הש"ג, וכתב דכן נראה בעיניו; "שאם לא כנס היבם יבמתו ולא נתיחד עימה בעדים ושניהם מודים שבעל בלא עדי יחוד, לא נקנית לו באותה ביאה קנין גמור, ואינו יכול לפטרה בגט בלא חליצה ...". וצ"ל שאין לו בה קנין כלל ללא עדים אלא צריכה חליצה, דאיזה קנין קצת יהיה לו בה להצריכה גט. ודוחק לומר דלחומרא מצריכים הש"ג והמל"מ גט.

והרשב"א בתש' (ח"ד סי' שכח) נשאל בסוגיא דיש חופה לפסולות, דהגמ' (יבמות נח, א) הביאה ראייה מהא דתנן דמגלגלין עליה שלא זינתה ארוסה ושומרת יבם. והקשתה הגמ', דליכא למימר שמשקה אותה בעודה ארוסה, דהא ארוסה אינה שותה. וגם אין לומר דנסתרה בעודה ארוסה וכנסה ובא עליה בנישואין, דכיון שאסורה עליו עד שתשתה, אם בא עליה אינו מנוקה מעוון. אלא שנכנסה לחופה ולא נבעלה, ומוכח דחשיב נשואה אף שהיא פסולה ואסורה לו משנסתרה, ומוכח דיש חופה לפסולות. והקשה רבא, דאיך שותה, הרי קדמה שכיבת בועל לשכיבת בעל. ותירץ רמי בר חמא, שבא עליה ארוסה קודם שנסתרה, ובזה קדמה שכיבת בעל לבועל. והקשתה הגמ', דכוותה גבי שומרת יבם שבא עליה יבם בבית חמיה, א"כ אמאי קרית לה שומרת יבם, אשתו מעליא היא, שמיד שבא עליה קנאה. ע"כ דברי הגמ'. ונשאל הרשב"א, מדוע לא תירצה הגמ' שבא עליה שלא בעדים, וע"כ לא קנאה להיות אשתו גמורה. ותירץ הרשב"א, וז"ל:

"מה זו קושיא. אם אינו קונה אותה בביאה שלא בעדים, ואכתי שומרת יבם גמורה היא. א"כ אכתי ניקשי ליה, שומרת יבם בת מישתיא היא, והא בעי': תחת אישה וליכא. ובעינן שקדמה שכיבת הבעל וליכא, דאכתי לאו בעל הוא, שהרי לא קנאה. ומיהו לא כן אני מדמה שתהא יבמה צריכה עדים, אלא אפילו בא עליה בינו לבינה, קנאה. דזו אשה היא שהקנו לו מן השמים, וכדמוכח נמי במתני' דיבמה שאמרה לא נבעלתי, וממאי דאתמר עלה בגמ'."

מבואר מהרשב"א דאף אם אינו קונה בלא עדים, אכתי לא מתרצה מתני', דהרי אינה "תחת אישה", ואכתי אינו בעלה. אך מעיקר הדין ס"ל לרשב"א דיבום אינו צריך עדים, וע"כ לא יכלה הגמ' לתרץ שבא בלא עדים, דגם בלא עדים אשתו מעליא היא. והטעם דאינו צריך עדים ביבום, דאשה הקנו לו מהשמים. עוד ראיא הביא הרשב"א מהא דתנן (יבמות קיא,ב) יבמה שאמרה תוך ל לא נבעלתי, דכופין אותו לחלוץ, ואי בעינן עדים, איך יכולה לומר לא נבעלתי, הא איכא עדים. ואף אם תאמר שיש רק עדי יחוד, מ"מ כיון דסגי בעדי יחוד, מאי נפק"מ אם בעל, הרי יש אנן סהדי על הביאה, ומה לנו ולדיבורה. ועיי"ש ברש"י דאינו מדין שויא אנפשה וכו', דזה רק בלאחר ל דלא משתריא, אבל תוך ל נאמנת. (ועיי' בנודע ביהודה, תנינא, חאהע"ז סי' קמח מה שכתב בקושיא זו ובישובה, וכן בחתם סופר חחו"מ סי' רא, יובא להלן).

ויש להבין גם מש"כ הרשב"א דאשה הקנו לו מהשמים, דלכאורה על הא דתנן (יבמות לח,א) כנסה הרי היא כאשתו לכל דבר ובלבד שתהא כתובתה על נכסי בעלה הראשון, איתא בגמ' (לט,א) מאי טעמא, אשה הקנו לו מן השמים. וברש"י שם, דלא שעבד נכסיו לכתובתה. ולכאורה נראה, דכל אדם משעבד נכסיו לכתובתה כשרצה לשאת אשה, אולם כאן לא מכח רצונו אלא שהתורה אמרה לו לקחתה, ובכחאי גוונא, אף שרצה לקחתה, לא שעבד נכסיו לכתובתה, דאינו רוצה להתחייב באחריות לאשה שהקנו לו בעל כרחו (עיי' גם פני יהושע כתובות פא,א על תוס' ד"ה הרוצה ועל תוס' ד"ה מגרשה). וא"כ מה ענין עדים ביבום לזה, דאף שהקנו לו מן השמים לענין שאינו בא מתחילה ברצונו אלא מציווי התורה, אף שמסכים לציווי התורה ולא בוחר בדרך של חליצה, מ"מ צריך לעשות מעשה ליקוחין של "יבמה יבוא עליה" וממילא צריך עדים. דדברי הגמ' אשה הקנו לו מן השמים אינו ביחס לעצם מעשה הליקוחין אלא על דרך ההתחייבות לכתובתה.

אמנם ראיתי עוד ברמב"ם בפיהמ"ש (יבמות ו,א) שפירש הא דאשה הקנו לו מהשמים לענין דרך הקנין וביאור "יבמה יבוא עליה", וז"ל:

"היבמה אינה צריכה קדושין מן התורה כי אשה הקנו לו מן השמים, וקדושי יבמה מדרבנן, ולפיכך הבא על יבמתו באיזה אופן שיהיה קנה קנין גמור."

ודברים אלה הביאם המאירי (יבמות נג,ב ד"ה והמשנה הראשונה). ואף שהמאירי ס"ל דיבום צריך עדים כמובא לעיל, מ"מ הביא דעת הרמב"ם בפירוש המשניות דס"ל דמה שקונה את היבמה בין באונס ובין בשוגג, דאשה הקנו לו מהשמים. ולהלן יתבאר דדעת הרמב"ם ג"כ דיבום אין צריך עדים. והיה נלענ"ד לבאר שיטת ראשונים זו דאשה הקנו לו מן השמים הוא הטעם שלא צריך עדים, דלכאורה הטעם נאמר רק לענין שעבוד וחיוב כתובה, דהר"ן בנדרים עד,א (ד"ה אשה הקנו) כתב בבאור הדין ששומרת יבם, היבם ואביה מפירים בשותפות את נדריה, וז"ל:

"אשה שהקנו לו מן השמים - היינו שומרת יבם שהיא קנויה לו בלא קדושין, שאסורה לכל אדם עד שיחלוץ לה, אינו דין שיפר נדריה בשותפותיה דאב."

הרי דאשה הקנו לו מהשמים היינו שהיא אסורה אכולי עלמא ללא חליצה, בעוד שכל אשה אסורה לכ"ע רק בקדושין, וזו כהקדש לכל העולם גם ללא קדושין, ומן השמים אסורה. והוא לזכות בה צריך ל"יבמה יבוא עליה", אבל לאסרה אכ"ע - אשה הקנו לו מן השמים. ממילא י"ל דמה שצריך עדים בקדושין ולא מהני מה שהוא והיא מודים, מפני שחב לאחריני, כמבואר בגמ' קדושין סה,ב, א"כ בשומרת יבם שהקנו לו מהשמים שאסורה אכ"ע עד שיחלוץ, לא חב לאחריני ואין צריך עדים, דסגי בהוא והיא מודים. [אמנם אם נאמר דהפירוש של הקנו לו מן השמים שאסורה אכ"ע מן השמים והיא קנויה לו בלא קדושין וכמש"כ הר"ן, מה ענינו לכתובה שאינו משתעבד. וי"ל דהיינו למ"ד ארוסה יש לה כתובה, וע"כ שארוסה מן השמים, אין צריך לכתוב לה כתובה, ועיין רש"י כתובות פב,ב דאין עליו לכתוב לה שטר נישואין כיון שאשה הקנו לו מהשמים, ושיטת רש"י דלארוסה יש כתובה, עיין רש"י כתובות מג,ב ד"ה ומגבא, ועיין בגר"א אהע"ז נה,כד. אמנם שיטת הר"ן לכאורה שאין לארוסה כתובה, עיין בר"ן כתובות לג,ב בעמוה"ר, אולם עיין ברמ"א אהע"ז נה,ו שצוין גם לשיטת הר"ן דס"ל כרא"ש והתוס' דארוסה יש לה כתובה, וצ"ע. ועדיין י"ל דאף אם ארוסה לית לה כתובה, אינו משתעבד רק באשה שהוא גם הביאה לביתו וגם אסרה אכ"ע כהקדש במעשה ארוסין, אבל אשה שלא הוא אסרה אכ"ע, לא תקנו בה כתובה, וצ"ע.]

אמנם כל הנ"ל לכאורה תלוי אם נאמר שחופה ג"כ אינה צריכה עדים, דגם בחופה היא כבר אסורה אכ"ע כהקדש מחמת מעשה הקדושין, ומדוע צריכה עדים. וראיתי שנחלקו בזה האחרונים. האור שמח (אישות יב) שהסתפק בזה ונשאר בצע"ג מטעם הנ"ל, דכיון דאינו חב לאחריני בחופה, אין צריך עדים;

"ואי מטעם שמחייבים לקרובים בירושה, זה לא שייך לרבינו דפוסק ירושת הבעל מדברי סופרים, ועוד לא מסתברא שבשביל ירושה שאפשר שירשו בניהם שאינן בעולם, והזכיה לאחר מיתתה, לא מסתברא שיהא משום זה חב לאחרים, ואם יש לה אב אפשר דמחייב לאב משום הפרת נדריה ומעשה ידיה, אך א"כ בהודאת האב שהוא הודאת בע"ד ודאי מהני, דביד האב למוסרה לחופה, וכמו דאמרו בפרק נערה (כתובות דף מז, א) אלא הא דזכי כו' למימסרה לחופה, וצע"ג."

גם הגר"ש קלוגר בתש' האלף לך שלמה (תאעה"ז סי' קלט) הביא ראייה מהגמ' גיטין נז,א; מעשה בארוס וארוסתו שנשבו לבין העובדי כוכבים והשיאום זה לזה. אמרה לו, בבקשה ממך אל תגע בי, שאין לי כתובה ממך, ולא נגע בה עד יום מותו, וכשמת אמרה להן סיפדו לזה שפטפט ביצרו יותר מיוסף ... ומזה הוכיח הגר"ש קלוגר שחופה אינה צריכה עדים, דהא התם לא היו עדים;

"דאל"כ איך היתה נחשבת שם אשתו, הרי בע"כ לא היו שם ישראלים אחרים עוד, דאל"כ הו"ל לכתוב כתובה. ואף אם לא הי' פנאי לכתוב כתובה בשביה, עכ"פ הוי ליה לקנות ממנו בקנין, דהרי בשעת הדחק קיי"ל (אהע"ז סו,א) דודאי מהני עדים בקנין ומותר לבא עליה ולמה לא קנו ממנו, אלא ודאי דלא היו עדים כלל ... ואעפ"כ החופה נחשבת חופה, ומוכח דחופה מהני אף בלי עדים ג"כ גומר להיות נשואה, ואינו דומה לקדושין דבעינן בפני עדים, וז"ב לדינא."

הרי דס"ל להדיא שחופה אינה צריכה עדים. אמנם באבני מלואים לחיז כתב דהוי ככל דבר שבערוה, שאינו בפחות משנים. דילפינן דבר דבר מממון, הכי נמי נשואין הו"ל דבר שבערוה, דכל עניני אישות צריך עדים, ולכמה דברים נשואה שאני מארוסה, דארוסה בסקילה ונשואה בחנק, וכיון דנישואין צריך עדים, צריך עדי יחוד בבעל, דאם היתה הביאה בינו לבינה, אינו לשום נשואין אלא כמו ביאת זנות. וכן כתב במקנה (קו"א נה,א). ועיין בתוס' ר"י הזקן (קדושין יב,ב) דבעינן יחוד לנשואין בפני עדים. ולפ"ז למש"כ האור שמח והגר"ש קלוגר י"ל דגם יבום אינו צריך עדים, דכיון דכבר בהיותה שומרת יבם היא אסורה אכ"ע, אין צריך ביבום עדים. ומ"מ למבואר לעיל נחלקו הראשונים אם יבום צריך עדים, דדעת הריטב"א, המאירי והש"ג, דצריך עדים, ודעת הרשב"א דאין צריך עדים. (אמנם עיין באו"ש במילואים שבסוף ספר זמנים - על פ"א מיבום שכתב דיבום צריך עדים, עיי"ש). ועיין באפיקי ים (סו"ס לה) שכתב לחדש דיבמה יבא עליה אינו דבר שבערוה, דגם מקודם לכן אסורה על כ"ע, ואחר היבום שנעשית אשת איש, לא התוסף עליה שם ערוה, דגם מקודם היתה ערוה, ונוסף רק עונש מיתה לבא עליה, ומשום עונש מיתה לא הוי דבר שבערוה, ולא דמי לקדושין. אמנם כל זה רק אם יש יבם אחד, אבל בשני יבמים, נעשית ביבום ערוה גמורה לגבי היבם שלא יבם, ובודאי בעינן עדים. ועיין להלן דעת האפיקי ים דבעינן עדים.

ב. דעת האחרונים להלכה שצריך עדים

ולהלכה מצאנו בזה מחלוקת אחרונים. בשו"ע אהע"ז קסו,ב, פסק וז"ל:

"מן התורה אין צריך לקדשה, אלא בא עליה. וחכמים תקנו שלא יבא עליה עד שיקדשנה בפני עדים, בכסף או בשטר, והוא נקרא מאמר ... ואם בא עליה בלא מאמר, קנה, ואין צריך לחזור ולקדש, ומכין אותו מכת מרדות. (רמ"א) ודוקא שבא עליה בפני עדים."

הרמ"א כתב להדיא שיבום צריך עדים, ולא כתב כחולק, ואפשר דס"ל דכן היא גם דעת המחבר, אף דבפשטות מדלא הזכיר המחבר כן, אפשר דס"ל שאין צריך עדים. והב"ש קסו,ב למד בפשטות מדברי המחבר דודאי יבום צריך עדים, ואפילו עשה מאמר

קודם, צריך עדים, דאין לומר דמש"כ הרמ"א שצריך עדים היינו דוקא בבעל ללא מאמר אבל במאמר ויבום אין צריך עדים, דמש"כ הרמ"א היינו שדוקא בבעל בעדים אין צריך לחזור ולקדשה, וז"ל:

"ומשמע מש"ג אף אם קידש לפני עדים ובעיל לא נגמר הקנין אם לא היה היחוד לפני עדים, דמצוה כך היא שיהא דוקא לפני עדים, כמו החליצה שצריכה להיות לפני עדים. ואם לא היה לפני עדים צריכה גט וחליצה אם רוצה לפוטרה, כנ"ל ממשמעות הש"ג עיי"ש. ומשמעות הג"ה בסמוך לא משמע כן, דהא כתב דין זה כשבא עליה בלא מאמר, משמע אם עשה כבר מאמר אין צריך להיות לפני עדים, וסבר דוקא כשבועל בלא מאמר דאז דינו כקדושין וצריך להיות דוקא לפני עדים, משא"כ אם כבר קידש אותה, אין צריך עדים, כמו באשה דעלמא. וליתא, כי קדושין לא שייך בה, ולעולם הביאה הקנין, וצריכה להיות לפני עדים. לפ"ז אם לא היה לפני עדים אין כאן קנין מדאורייתא אלא מדרבנן אף בקידש ובעל, וי"ל הגה בסמוך קאי על הבבא ואין צריך לקדש, ע"ז כתב דוקא שבא עליה בפני עדים אבל אם בא בלא עדים אז צריך לקדשה מאחר דאין כאן קידושין דאורייתא, ולא חיישינן בזה שמא יאמרו דביאה לא קנה כיון דליכא כאן קנין דאורייתא אלא מדרבנן לא חיישינן כולי האי בדבר דרבנן, ול"ד לקדושין ע"י שליח דשם מקודשת מדאורייתא, אלא בדרכ"מ לא משמע כן."

ומ"מ לב"ש מבואר דבלא מאמר ודאי דבעי עדים הן למחבר והן לרמ"א, וכל הדיון נסוב בקידש קודם, וגם בזה ס"ל דלכ"ע צריך עדים. (ועיין בדבר אברהם ח"ג ח,ב דדברי הב"ש בפרוש דברי המחבר אינם מוכרחים). וכן בבית מאיר שם כתב בפשיטות דיבום לא מהני בלא עדים. ועיין עוד באור שמח במילואים להל' יבום, דנראה לכאורה מדבריו דצריך עדים, אך צ"ע אם כתב כן לדינא, ומ"מ לא מצאנו שכתב דאין צריך עדים אלא לענין חופה. וכן בשער המלך (יבום ב,ד) כתב דיבום צריך עדים. גם בערוך לנר יבמות נא,ב (ד"ה בא"ד) אבל דביאה ביבמה צריכה להיות בעדים כמו בקדושי ביאה, והביא דכן כתב תוס' הרא"ש להדיא. וכן שם בקיא,ב (ד"ה בגמ' לא נסתרה) דהוכיח מהסוגיא שם כדעת הראשונים דיבום צריך עדים, עיי"ש. וע"ע בקרן אורה (יבמות סוף דף קה) שהביא את הנימוק"י דחליצה בינו לבינה לא מהני משום דהוי דבר שבערוה, וכתב דיש להוכיח מזה דביאת יבמה נמי בעינן עדים. ואי משום דביאת יבמה יצא מן הכלל כיון דקונה אפילו שוגג, ובחליצה אפילו למ"ד דמוטעת כשרה, בעינן כונה קצת. והביא מדברי הרמב"ם משמע שחליצה בינו לבינה הוי עכ"פ חליצה פסולה, ומוכח מזה לכאורה דמדינא אין צריך עדים, דאם צריך עדים לא הוי אפילו חליצה פסולה, ועיין להלן במש"כ הגר"ח מבריסק.

וביותר מזה ראיתי לחתם סופר (חחו"מ סי' רא) דכתב בדעת הרמ"א שאם בא בלא עדים, פגע באשת אח שלא במקום מצוה וחייב כרת. החתם סופר נשאל את קושית

הרשב"א בתש' (הנ"ל) מאי טעמא לא אוקמא שבא עליה בלא עדים. ותירץ דלא מיקרי שכיבת בעל. עוד כתב דבכה"ג לא בעינן קרא, דכיון שחייב כרת, אינו מנוקה מעון, ואינה שותה, דכל שיש נדנוד עבירה אפילו בשוגג או באונס או אפילו עשה תשובה, אין המים בודקים:

"דהא עכ"פ אם בא עליה בלא עדים באופן שלא ניקנית לו באותה ביאה, הו"ל פוגע באשת אח שלא במקום מצוה וכתת מיחייב ועיי"ש' מש"כ הב"ש קסוה, וא"כ למה לי קרא דשומרת יבם אינה שותה, תיפוק ליה דאין האיש מנוקה מעון ... הנה בשו"ע א"ע קסו,ב: ואם בא עליה בלא מאמר קנה, ואין צריך לחזור ולקדש, ומכין אותו מכות מרדות, והגיה עליו רמ"א; ודוקא שבא עליה בפני עדים עכ"ל. נראה דר"ל בזה דאי בא עליה בלא עדים, מרדות מאן דכר שמייה, כרת חיוביה מחייב ...

אמנם כ"ז כתב החת"ס לדעת הרמ"א, והוא עצמו הסתפק מדוע צריך עדים, הא מה דבעינן עדים הוא מפני שחב לאחריני, ובשומרת יבם בלאו הכי אסורה אכ"ע. ולמסקנה כתב דצ"ע אם יארע כזה, וע"כ לדינא ספוקי מספקא ליה מה הדין בבא על יבמתו בלי עדים. גם במנחת חינוך (תקצח,ה) כתב דנראה פשוט דאף שצריך עדים ולא נקנית לו בלי עדים, מ"מ לא עביד איסורא בביאה, דאיסור אשת אח נפקע (עיין תוס' יבמות לה,ב ד"ה תיגלי דקטן מותר ביבמתו, אף דלשיטתם ביאת קטן ביבמה אינו קונה מהתורה).

ולעיל הובאו דברי האפיקי ים (סו"ס לה) דיבום לא הוי דבר שבערוה, דבלא"ה אסורה על כל העולם, ועונש מיתה שנוסף בה, אינו דבר שבערוה שצריך שני עדים, אא"כ יש יותר מיבם אחד. והאפיקי ים כתב ביסוד דין יבמה יבא עליה, דצווי התורה של יבמה יבא עליה, מפקיע ממנה איסור אשת אח לגמרי, דגם ביאה שניה הותרה מגזה"כ של ולקחה (עיי"ש באריכות הדברים), ודבר שבערוה הוא בין לאסור (קדושין) ובין להתיר (גרושין), וא"כ גם ביבום, היבום מתיר ליבם את איסור אשת אח והוי דבר שבערוה שצריך עדים. גם בישועות יעקב קסו,א דן באריכות בדברי היש"ש, ולדינא הסיק דבעי עדים, "דלא מצינו לשום אחד מהפוסקים המפורסמים שחולק ע"ז, כן ראוי ונכון להורות בזה". ולעיל ולהלן הובאו דעות ראשונים ואחרונים החולקים בזה.

גם ביד אליהו (לגר"א רוגולר - סי' צה) כתב דאף דבעי עדים, מ"מ אין צריך שיראו שיסתרו לשם יחוד, וסגי בידוע לעדים שמכניסה לביתו ודרים יחד כדרך איש ואשתו, דזה עצמו שדרים יחד כדרך איש ואשתו ועדים יודעים מזה, הוי כראו היבום. ולא בא השלטי גבורים לאפוקי אלא אם לא הכניסה לביתו ולא דרו יחד רק בעלה בסתר ואין איש יודע, דלא דמי יבום לפנוי ופנויה הדרים יחד, דבפנוי ופנויה אם לא כיוונו לקדושין לא מהני, משא"כ ביבום דלא בעינן כונה. וכתב דזה כונת התוס' קדושין יב,ב הנ"ל, דביבום ליכא פריצותא, דאינו מיחד עדים לביאה או ליחוד אלא דרים יחד כדרך איש

ואשתו. וכתב דגם לרמ"א (הנ"ל) י"ל בכונתו שאם בא בעדים בלא מאמר לוקה, מפני שיבם בפני עדים, אבל אין צריך עדים ליחוד וביאה אלא שדרים יחד כדרך איש ואשה.

ג. דעות האחרונים שאין צריך עדים

לעיל הובאה דעת הרשב"א דיבום אין צריך עדים. וכן נמצא ביש"ש (יבמות יג, כה), וז"ל:

"ומכל מקום אם שניהם מודים שבעל, פשיטא שפוטרה בגט, אפילו ליכא עדים שנתחדה עמו, ולא כמו שכתוב בשם ריא"ז כשם שקידושין וגירושין צריכין עדים, כך יבום וחליצה צריכין עדים, וליתא, דיבום אינו דומה לקידושין, אלא מצוה בעלמא הוא קרמא עליה, ומן התורה היבמה אינה צריכה לקידושין כלל, ומשו"ה לא בעי עדים כלל."

מדברי היש"ש מבואר שמצות יבום אינה מצות ליקוחין אלא מצוה בעלמא כמו לולב וסוכה, שאם מקיים אותה בינו לבין עצמו קיים מצוה. הוא הדין ביבום, אם יבמה בא עליה קיים מצות התורה, וממילא יש לו את ההשלכות של המצוה, דהיינו שהיא קנויה לו. אמנם עדיין צריך להבין את החילוק בין קדושין ליבום, דבקדושין לא מהני בינו לבין עצמו. ובשלמא לסברא שכתבו האחרונים דכיון דלא אוסרה ביבום אלא היא אסורה ועומדת מן השמים, אין צריך ביבום עדים, משא"כ בקדושין, כמבואר בגמ' קדושין סה הנ"ל, אבל מהיש"ש משמע שזה בעצם מצוה ולא דבר שבערוה, ולא דמי לקדושין. וראיתי בזכר יצחק (סי' יח) שכתב דדין זה אם יבום צריך עדים תלוי אם נאמר דמצות התורה הוא שיקנה אותה, א"כ כשנעשה שלא בעדים אינו מקיים מצות התורה לקנותה, דקנין אשה ילפינן דבר דבר מממון שצריך עדים. אבל אם מצות התורה שיבוא עליה, והיינו שיבום הוא כמו סוכה ולולב. ועפ"ז כתב לבאר את מחלוקת הראשונים הנ"ל.

ועיין מנחת חינוך תקצח, דבלא עדים, אף שאיסור אשת אח נפקע, מ"מ לא קיים את המצוה, ונפק"מ גבי חייבי לאוין שעשה דוחה ל"ת, אם בא עליה בלי עדים, עדיין לא קיים המצוה ומצוה לבא עליה פעם נוספת לקיים העשה, והוי כמו ביאה ראשונה, דבראשונה לא קיים המצוה רק הפקיע איסור אשת אח. ובמצוה שאח"ז (תקצט, ג) חידש המנ"ח שאף דבקדושין צריכים המקדש והמתקדשת לראות העדים, דאל"כ אפשר שלא התכונו לקדושין אלא לשחוק, אבל ביבום דמהני אפילו בלא כונה, לא צריך שיראו העדים, וכן עדות מיוחדת מהני. ורק בחליצה צריכים לראות העדים, דבעינן כונה, וע"פ זה ישב מש"כ בנתיבות לו, עיי"ש. גם החזו"א (אהע"ז קל, ו) כתב דלא צריכים היבם והיבמה לראות העדים, דלא דמי לקדושין, דביבום אין צריך דעתם, עיי"ש.

ומדברי החמדת שלמה (יבמות קיח,ב) נראה שאין צריך עדים לגוף המצוה, דכיון דמהני ביאה אף בלא כונה, אין צריך עדים, דכמו בבוועל שבא על אשת איש דאסורה לו אף בלא עדים (דלא כס"ד דפ"פ כעדים דבעינן עדים לזנות), ואם יודע הבוועל והאשה שאסורה לו, אסורים להנשא זל"ז אף שלא היו עדים, וכן ביבום הרי היא קנויה לו, אלא שאנו לא מאמינים להם שהיא קנויה לו, ונפק"מ אם תקבל קדושין מאחר, או נפק"מ אם תכחיש אותו, וכיון שיכולים לבוא לידי תקלה, צריכים להיות עדים בדבר.

והגר"ח (חדושי רבינו חיים הלוי - יבום וחליצה ד,טז) כתב על מה שהקשו הגר"ח והאחרונים בדעת הרמב"ם שם דחליצה בינו לבינה הוי חליצה פסולה, דכיון שצריך עדים, לא הוי חליצה כלל. ובתחילה ר"ל דאף לא הוי חליצה כלל מהתורה, מ"מ הוי חליצה פסולה לפוסלה, כדאשכחן בכמה דוכתי. וכתב הגר"ח בדעת הרמב"ם, דלא בעינן מהתורה עדים בחליצה, וכמשמעות הגמ' קה"ב; בינו לבינה מי ידענא. דבזנות לא איברו סהדי אלא לשקרי, משא"כ בגיטין וקדושין שצריכים עדים לקיום הדבר. וגמ' יבמות קה"ב פליגי תנאי בחליצת קטנה. ובחרש וחרשת אין חליצתם חליצה, לפי שאינם באמר ואמרה. ותיפוק ליה שאינם בכלל דעה, וחליצה צריכה דעת, כמבואר ביבמות קו,א לענין חלוץ לה ובכך אתה כונסה. והקשו כן בתוס' קד"ב (ד"ה והא), ותיצו, דבית דין עומדים על גביהם, ובגיטין וקדושין לא מהני מה שגדול עומד על גביו. וכתב הגר"ח, וז"ל:

"ונראה מוכרח מזה, דחלוק דין גירושין וקידושין מדין חליצה ולשמה, דבגירושין וקידושין צריך דעת בעלים על עצם הגירושין והקידושין, ומשום דעיקר הקידושין וגירושין נעשה ע"י הבעלים, והם האוסרים והם המתירים, ועל כן צריך דעתם, ולא מהניא מה שאחרים מלמדין אותן, כיון דהם בעצמן לאו בני דעה נינהו, משא"כ בחליצה ולשמה, אין בהם דין דעת בעלים, ורק כוונה הוא דבעינן על עצם מעשה החליצה, והפטור ממילא בא מדין תורה, וזהו שהביאו התוס' דהיכא דאין צריך רק כוונה לחוד, מהני מה שאחרים מורים אותם, וכמו דמהני לאשוויי לשמה, ושם ג"כ לא בעינן רק כוונה לחוד. ולפ"ז י"ל, דכיון דבחליצה לא בעינן כוונת בעלים רק על עצם מעשה החליצה, אבל דעת בעלים לא בעינן בהו, ומשום דהפטור בא ממילא ולא שהיבם פוטרה, וא"כ הרי שוה לזנות דלא איברו סהדי אלא לשקרי, ולא לקיומי מלתא, ובאמת גם חלצה בלא עדים הויא חליצה, ועל כן שפיר פסק הרמב"ם דחלצה בינו לבינה הויא חליצה פסולה, כיון דדין עדים לא מעכב בחליצה, ורק משום חסרון ב"ד דבעינן גבי חליצה, דמשום זה הויא חליצה פסולה ... אלא ודאי כמו שכתבנו דדעת הרמב"ם היא דחליצה לא בעיא עדים רק לברורי מילתא ולא לקיומי מילתא, ובזה שפיר מעידין גם על הקטן, ועל כן שפיר צריכין לטעמא דלאו בר קריאה הוא. והנמוקי יוסף דס"ל

דבעינן עדים בחליצה גם לקיומי מילתא, צ"ל דס"ל כהראב"ד דמעידין גם על הקטן, ועל כן לענין דין עדות שלו לא איכפת לן כלל מה שהוא חרש וקטן, כיון דמעידין גם על הקטן וחרש, ומשום הכא צריכין לטעמא דחרש לאו בר קריאה הוא, וכמו שנתבאר.

מבואר מדברי הגר"ח דלשיטת הרמב"ם עדים בחליצה אינם לקיום אלא לברור, דכל מה דבעינן עדים לקיום הוא במקום שצריך כוונת בעלים, שהם אלה הפועלים את המעשה, כמו בגיטין וקדושין, שאינם רק עושים את מעשה הקדושין והגרושין אלא גם פועלים את התוצאה, שהיא מקודשת או מגורשת. משא"כ בחליצה החולץ פועל רק את המעשה, והתוצאה ממילא אתיא, כמו בזנות שהבועל עושה את האיסור, וממילא היא אסורה, כך בחליצה החולץ פועל את מעשה החליצה, וההיתר ממילא בא. ולכן אין צריכים עדים לחלות הדבר אלא לברור המעשה, היה או לא. משא"כ אם המקדש והמגרש פועל את החלות - התוצאה, שהיא מותרת לו ואסורה אכ"ע, או בגרושין - מתירה מאיסור אשת איש, צריך עדים לקיום המעשה, דלמעשה שיש בו חלות, צריך עדים לקיום. ולפ"ז גם ביבום אין צריך עדים אלא לברור הדבר. ובחליצה צריך בית דין מדרבנן, אבל ביבום אין צריך, וממילא גם בינו ובינה יכול לקיים את המעשה של יבמה יבא עליה, וממילא היא אשתו, דהביאה אינה פועלת את התוצאה אלא את המעשה, והתוצאה היא ממילא, ולא שייך בזה הדין דרבנן שיש בחליצה. [ובבאור החילוק שגיטין וקדושין פועל המקדש והמגרש גם את החלות, משא"כ ביבום וחליצה, נראה דבקדושין ציווי התורה הוא כי יקח איש אשה וכו', דהיינו על התוצאה של הליקוחין, וכן ציוותה התורה בכתב לה ספר כריתות ושילחה מביתו, והיינו שהתורה יחסה את התוצאה "ליקוחין" "שילחה מביתו" לבעל - שהוא זה העושה, הלוקח והמשלח. משא"כ בחליצה לא נאמר שהוא מתירה לעלמא בחליצתו אלא התורה התייחסה רק למעשה של החליצה. אלא דביבום כן נאמר "יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה ויבמה", הרי שגם התוצאה - לקחה לו לאשה מתייחס ליבם.

אמנם י"ל ע"פ מה דאיתא ביבמות יט, ב, ולט, א דילפינן מפסוק זה דלקחה לו לאשה ויבמה, דעדיין יבומים ראשונים עליה. ועיין רשב"א יבמות כ, א דמפסוק זה ילפינן שמותרת לו גם לאחר ביאה ראשונה. הרי שלקחה לו לאשה אינה לפעולה של היבם אלא להתיר לו ביאה שניה ולענין ששם יבמה עליה, אבל לא שזו פעולת היבם של "לקחה לו לאשה", אלא היבם מצווה רק על יבמה יבא עליה, והלקחה לו לאשה הוא דין היתר בביאה שניה וששם יבמים עליה, ולא מעשה של היבם]. וכיוצ"ב נראה מדברי הגרא"ו בקובץ שעורים (קדושין צא), בהסבר דעת הרשב"א בתש' דיבום אין צריך עדים, וז"ל:

"...והיינו כיון דחלות הדין הוא ממילא ולא מכח האדם, אין צריך עדים לקיום הדבר, כמו במיתת הבעל דמתרת גם בלא עדים, אף דאיתקש מיתה לגט, וכן

בזנות ראשת איש נאסרת גם בלא עדים, משום דחלות האיסור הוא ממילא, והכי נמי ביבום. ולענין חליצה ג"כ יש מחלוקת אי בעינן עדים לקיום הדבר, כמש"כ הריטב"א יבמות קה.

(ועיין באבי עזרי אישות ג,ג ד"ה ואשר מש"כ בזה). ועיין עוד בגר"א בבאוריו לשו"ע אהע"ז קסו,ט שכתב לדחות את דעת הש"ג שהביאו הרמ"א שצריך ביבום עדים, דמהתוס' קדושין יב,ב ד"ה משום משמע שביבום אין צריך עדים, ואף ר"ת ס"ל מדהקשו תוס' עליו, דאל"כ הו"ל לישב דלר"ת בעי עדים. (אמנם מהמל"מ הנ"ל מבואר דמהתוס' עולה שצריך עדים, רק הקשו דמוכח שאין בזה פריצותא משום העדים, ועיין בדבר אברהם דלהלן. גם החזו"א אהע"ז קל,ו כתב דמהתוס' מוכח כשער המלך ודלא כמו שלמד הגר"א, עיי"ש). וכן מהגמ' יבמות נח,א (ראית הרשב"א בתש' הנ"ל) מוכח שאין צריך עדים. וע"כ הסיק דלא כרמ"א. גם בשואל ומשיב (תליתאה, ח"ג סי' עא) כתב בפשיטות שיבום אין צריך עדים. וכן בדבר אברהם (ח"ג סי' ח) הביא את מסקנת הישועות יעקב דאין היש"ש כדאי לדחות סתימת הפוסקים שצריך עדים, דאדרבא יש פנים גם להיפוך ללמוד מסתימת הפוסקים שאין צריך עדים, והביא מש"כ השטמ"ק מכות ז בשם הר"ר יהונתן דבראו כדרך המנאפים, חזקה גמר תאוותו, כיון שכ"כ פרץ פרצה באשת חבירו. וי"ל דהוא הדין בקדושי ביאה שעושה לרצונו. משא"כ ביבום שקונה בע"כ, צריך שיראו ממש את הביאה, דאין בזה חזקה. ומזה הביא הדבר אברהם ראייה כיש"ש שאין צריך עדים ביבום; "ובכל אופן אין בזה הכרע לא להך גיסא ולא ולהך גיסא". ועיין עוד בפד"ר (כרך יג עמ' 366 ולהלן מביה"ד בפ"ת) שהתירו כה"ג בגט בלא חליצה. וכן נלענ"ד בנדון זה לבעל שהוא מעדות המזרח, ופשטות דברי הרמב"ם והמחבר שאין צריך עדים, וע"כ סגי להתירה בגט בלא חליצה. ומהיות טוב לצאת דעות כל הפוסקים סברתי שאם אפשר לסדר גם חליצה לאחר הגט. ואף שכבר נתן לה גט, אינו פוסלה מחליצה להיותה פסולה לחזור על כל האחים, ורק מיבום פסלה, עיין יבמות ר"פ ר"ג ובשו"ע קע,א, ואכמ"ל, וע"כ גם לדעות שיבום צריך עדים, אין מניעה שיגרש תחילה ואח"כ יחלוץ. וע"כ יש לגרש תחילה בגט שהוא מעיקר הדין, ואח"כ אם יתאפשר, שגם יחלוץ לה, לצאת דעת הפוסקים שיבום צריך עדים.

לאור האמור לעיל, הואיל והבעל מבני עדות המזרח, עליו לגרש בג"פ. אולם אם אפשר להשתדל לצאת גם דעות הפוסקים שיבום צריך עדים, יחלוץ לה אחר הגט. ואף במי שאינו מעדות המזרח, יש לסדר ג"פ ואח"כ חליצה.

סימן ח

שמועת חו"ד מומחה שלא בפני בעלי הדין

ראשי פרקים

- א. אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד - דאורייתא או דרבנן
- ב. הטעם שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד
- ג. בדיעבד כשקבלו עדים שלא בפני בע"ד
- ד. ענינים בהם מקבלים עדים שלא בפני בע"ד
- ה. עדות בכתב

בענין דיינים שבמהלך דיון שמעו חוות דעת של מומחים שלא בפני בעלי הדין. מדובר בפסיכולוג, רופא וכן ברואה חשבון. את חוות הדעת שמעו הדיינים שלא במעמד שני הצדדים. את אשר אמרו נרשם בפרוטוקול, שהועבר לצדדים, ונמסר כי באם ירצה מי מהצדדים לחקור את המומחים, יקבע מועד לשם כך. אחד הצדדים שלח לביה"ד כי הוא מבקש לחקור שנים מהמומחים, ובתוך שאר דבריו בקש לפסול את חו"ד של המומחים, מאחר ודינה כעדות שנמסרה שלא בפני בעלי הדין, ונשאלתי אם יכולים לפסוק ולהתחשב בחו"ד המומחים הנ"ל.

א. אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד - דאורייתא או דרבנן

איתא בב"ק קי"ב,ב: אמר רב אשי א"ר שבתאי, מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. תהי בה ר' יוחנן, וכי מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. קיבלה מיניה ר' יוסי בר חנינא, כגון שהיה הוא חולה או עדיו חולים או שהיו עדיו מבקשין לילך למדינת הים, ושלחו לו ולא בא. אמר רב יהודה אמר שמואל, מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. אמר מר עוקבא, לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל, כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, אבל לא פתחו ליה בדינא מצי א"ל אנא לב"ד הגדול אזילנא. אי הכי כי פתחו ליה נמי מצי א"ל לב"ד הגדול אזילנא. אמר רבינא כגון דנקט דיסקא מבית דין הגדול. אמר רב, מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין. ור' יוחנן אמר, אין מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין. א"ל רב ששת לרבי יוסי בר אבהו, אסברה לך טעמיה דרבי יוחנן, אמר קרא (שמות כא) והועד בבעליו ולא ישמרנו, אמרה תורה, יבא בעל השור ויעמוד על שורו. ועיין תוס' שם (ד"ה מקיימין) דהא דקאמר אסברה לך טעמא דר' יוחנן, דאפילו בקיום שטרות אית ליה לר' יוחנן יבא בעל השור ויעמוד על שורו. ומיהו רב נמי אית ליה בעלמא יבא בעל השור. מבואר דגם לרב אית ליה האי דרשא,

רק לא לענין קיום שטרות. ומשמע לכאורה שקבלת עדים בפני בעל דין היא מדאורייתא, דדרשין לה מקרא. והרשב"א בסוגיא (ב"ק קיב,ב), כתב וז"ל:

"וקשיא לן אשמעתין, דהא אמרינן דטעמא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין משום דאמר קרא והועד בבעליו, וא"כ כי הוה הוא חולה או עדיו שמבקשים ללכת למדינת הים, היאך מקבלין, והתורה אמרה והועד בבעליו. וי"ל דעיקר קרא לגבי שור דהוא בדיני נפשות כתיב, ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא ומדרבנן." עולה מדברי הרשב"א דבדיני נפשות קבלת עדות בפני בע"ד הוי דבר תורה, בעוד שבדיני ממונות הוא מדרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא. (ועיין פ"ח ב"ק פ"י ה"ג אות ל). ולכאורה מדברי הרשב"א בתש' (ח"ב סי' שעו) משמע דהוי דאורייתא גם בדיני ממונות, ואף דקיי"ל דמקיימים השטר שלא בפני בע"ד, מ"מ לענין קבלת עדות בפני בע"ד, הוי דאורייתא, וז"ל:

"... בההוא שטרא דיתמי דנפק עליה תברא. דאפילו איכא עדים, שמעידין שהם זכורין הפרעון, אין עדותן עדות, לפי שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין. ואמרת היכא דאיכא עדים על הפרעון, מאי חשש איכא, דאחזוקי אינשי בשקרי לא מחזיקינן. תשובה: אל תתמה על דברי רבינו זצ"ל, שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, גזרת הכתוב היא, ולא משום דחוששין לעדיה. דאטו משה ואהרן, מי חיישי להו. ואפילו מהן ומכיוצא בהן, אין מקבלין שלא בפני בעל דין, דכתב: והועד בבעליו ... ומקיימין את השטר שלא בפני בעל דין, דקשיא לך, מאי שנא הא דר' יוחנן, דאמר התם בריש פרק הגוזל ואין מקיימין שלא בפני בעל דין ... ומיהו, לית הלכתא כותיה, אלא כרב דאמר מקיימין..."

עוד הקשו סתירה בדברי הרשב"א, דבחידושים משמע שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד בנפשות אפילו בהיו העדים חולים וכו', דילפינן מקרא. ובתש' הרשב"א שהביא הב"י (חו"מ שפח,ח) דאף בדיני נפשות מקבלים שלא בפני בע"ד בהיו העדים חולים. עיין בתש' רע"א מהדו"ק סי' צט (ד"ה הן). והגרע"א כתב להסביר את שיטת הסוברים דשלא במקום אונס לא מהני העדות שלא בפני בע"ד אף בדיעבד, דבאונס הפקיעו חכמים לממונו לשויה עדות שלא בפניו עדות מעליא, אבל שלא במקום אונס דלא הפקיעו, קיימא דאורייתא דהעדות לאו כלום, עיי"ש. ובסי' קד כתב שם (בתחילת התש')::

"ותו דעכ"פ מוכח דדיעבד מהני מדמהני באונס, וצריכין אנו לומר כמש"כ הב"י דהוא דרבנן, דקרא אסמכתא בעלמא, א"כ אף בדיני נפשות אינו רק דרבנן, כיון דקרא אסמכתא בעלמא כמש"כ הרשב"א בתש' הובא בב"י (סי' שפ"ח), והועד בבעליו קאי על גמר דין ולא על העדות, א"כ אף שדומה לדיני נפשות, כיון שהוא מדרבנן מקבלים בשלחו ולא בא, או באונס, דהם אמרו והם אמרו, ואולם

משפטיך סימן ח ליעקב קלט

לפמש"כ הרשב"א בחי' בב"ק פ' הגוזל, י"ל בדיני נפשות הוא דאורייתא ובדיני ממונות הוא דרבנן, א"כ שפיר י"ל באונס או בלא רצתה לבא, מ"מ אין מקבלין עדות שלא בפניו.

דאם גם בדיני נפשות הוי אסמכתא, מקבלים שלא בפניו בשלחו ולא בא, משא"כ לשיטת הרשב"א בחידושיו דהוי דאורייתא בנפשות. אמנם מדברי הרא"ש בתש' (מא,ו) נראה דדין זה הוא דאורייתא, כיון דמה שמקבלים במקרים מיוחדים שלא בפני בע"ד הוא מטעם הפקר בי"ד הפקר, וז"ל:

"אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, ואם קבלו שלא בפני בע"ד, אינה עדות לדון ע"פ אותה עדות, וכאלו לא העידו. והביא ריב"א ז"ל ראייה מהא דאמרין (כתובות כ) מכחישין את העדים שלא בפניהם, ואין מזימין את העדים אלא בפניהם; והזמה שלא בפניהם, נהי דהזמה לא הויא, הכחשה מיהא הויא. פירוש, מכחישין את העדים שלא בפניהם, דהכחשה לא הוי חוב העדים, אלא חוב בעל דין, והרי הוא בפניו. אבל אין מזימין את העדים אלא בפניהם, דהזמה הויא חובת העדים, ואין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, וקאמר דשלא בפניהם אפילו בדיעבד לא הויא הזמה. אבל אם היה חולה, או עדיו חולים, ושלחו לו ולא בא, כיון דאיכא הפסד לתובע, והתרו בנתבע ולא בא, הפקיעו ממונו ושוייה להאי עדות שלא בפניו עדות."

דאי הוי מדרבנן, למה לי טעמא דהפקר בי"ד הפקר, תיפוק ליה דהם אמרו והם אמרו, דכל טעם דהפקר בי"ד הפקר כדי לשנות מעיקר דין התורה דאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד. (ועיין מש"כ בזה האבני נזר חאהע"ז סי' יד).

ב. הטעם שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד

ואם אין מקבלין דילפינן מוהועד בבעליו, א"כ הוי גזה"כ, אולם אם מדרבנן, לכאורה הטעם שבפני בע"ד יראים העדים לשקר, ולכאורה הוא דין מדרבנן בהגדת העדות שתאמר באופן שלא תהיה לעדים פירצה לשקר, דאף שלא חושדים ששני עדים משקרים, כ"ז הוא מהתורה, מדרבנן שלא תהיה פירצה שתקרא לשקר, וכדין איום על העדים. או אפשר לבאר שזו זכות של הנתבע (עיין בר"ן כתובות נז,א בעמוה"ר ובשו"ע חו"מ כח,יח) או של צד בדין שיוכל להזים או להכחיש את העדים, דחכמים נתנו לבעל דין את האפשרות להזים או להכחיש את העדות, דבר שהיה מצטמצם אם היו מעידים שלא בפניו. וכן נראה מדברי רש"י בריש חזקת הבתים (כח,ב ד"ה התם והועד), לענין חילוק הגמ' דעדי מחאה לא בעינן בפניו, משא"כ בעדות, וז"ל:

"נהי דגמרינן שלש שנים משלש נגיחות, כי היכי דמפקי הני מחזקה, הני נמי

מפקי מחזקה, אבל מחאה מהעדאה לית לן למיגמר, דהתם כיון דהעדאה לחייבו ממון על נגיחותיו היא באה ולהעמיד שורו בחזקת מועד, בעינן בפני בעלים שידעו לטעון ולהכחיש העדים ולהביא אחרים להזימן, אבל טעמא דמחאה להתרות בו להיות זהיר בזכיותו היא באה, שזה טוען שבגזילה היא בידו, הכא אפילו שלא בפניו נמי איתה."

מבואר דטעם דמעידים בפניו כדי שיוכל בעל הדין להזימם. ואפשר דאף הוא דין תורה, הוי טעם לדין התורה, מדוע והועד בבעליו. (ועין ביש"ש ב"ק י"ט שכתב שהוא מטעם דין, דקים להו לרבנן, שאין מקבלין העדות שלא בפניו, משום דהוי כמו דין, ואין דנין את האדם לחוב שלא בפניו. כדכתיב (יהושע כ', ו') עד עמדו לפני העדה למשפט. וה"ה לכל מילי דדינא. ומעין זה ראיתי בישועות יעקב (חאהע"ז מבז) שהוא מטעם דאין מחייבים שלא בפניו. ואפשר שזה הזכות שניתנה לבעל דין שיוכל לפגום בעדות, נגזרת מהזכות שאין חבים אלא בפניו. אמנם בפשטות נראה דטעם רש"י וטעם היש"ש הם שני טעמים נפרדים. ועיין בעיטור (אות ק קבלת עדות) שמדבריו נראה ג"כ שזה זכות של הבע"ד שיוכל לטעון כנגד העדים, וע"כ בעינן בפניו, וז"ל:

"... והני מילי בקבלת עדות, אבל קיום מקיימין שלא בפני בעל דין, דלא אמרי' יבא בעל השור ויעמוד על שורו כדלעיל. ומסתברא כי היכי דמקיימין, הכי נמי גומרין שלא בפניו, אפילו לרבנן דאמרי אין גומרין דינו של שור אלא בפניו, הני מילי שור משום דכתיב בעליו, דמיתתו בעשרה ושלשה, דכמיתת הבעלים כך מיתת השור, אבל בממונא אע"ג דבעלים בני טענה נינהו ואי אית ליה טענתא מעליתא הדר ליה לדייניה. אבל הכא לא אפשר ..."

אמנם בראשונים אחרים נמצא דהטעם הוא שלא יעזו העדים פניהם. כן מבואר מדברי הרמ"ה (הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ק קיב,ב) לענין קיום שטרות שלא בפני בע"ד, דהני מילי כאשר הקיום נעשה ע"י אחרים, אולם כאשר עדי השטר עצמם מקיימים את חתימותיהם, בעינן דוקא בפני בע"ד:

"... אבל היכא דלא אפשר לקיומיה אלא מפי עדיו, כמאן דמסהדי השתא על פה דמי, דהא קיי"ל על מנה שבשטר הם מעידים. ואפשר דאי הוה הנתבע התם הווי מכספי מיניה לאסהודי בשיקרא ופרשי, דלא הווי מקיימי ליה לשטרא. הלכך הו"ל דיניה לענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד כעדות על פה דאין מקבלין אלא בפני בעל דין."

מבואר דהטעם הוא דבפניו מתביישים להעיד בשקר, ויפרשו מהעדות. וכנ"ל דזה דין בהגדת עדות, דכמו דמאיימים על העדים כדאיתא בסנהדרין כט,א במשנה ובגמרא, כדי שימנעו מלשקר, הוא הדין צריך לומר העדות בפני הבע"ד כדי שימנעו מלשקר.

ונראה נפק"מ אם הוי מטעם שימנעו מלשקר מחמת הבושה או כדי שהבע"ד יוכל להזימה או להכחישה, אם ישלחו העדים את עדותם בכתב ויקראו הב"ד את העדות מהכתב, אם צריך להיות בפני בע"ד כדי שירתעו מלשקר, א"כ בקריאה מהכתב ליתא, אולם כדי שיוכלו להזימה או להכחישה, גם בקריאה מהכתב יוכלו להזימה או להכחישה. והנה התומים כח, טו הקשה על שיטת ר"ת ששולח אדם עדותו בכתב לבי"ד, איך מהני העדות שבכתב, הא הוי שלא בפני בע"ד:

"ודוחק לומר הואיל וקוראין הכתב בפני בע"ד הוי כמעיד לפניו, דזה דוחק, ואינו דומה ראית פנים דאינו מעיז, לכתיבה שלא בפניו דמעיז ומעיז. דאל"כ למה בשעדים רדופים לילך למדינת הים מקבלים שלא בפני בע"ד, יכתבו העדים עדותן וילכו ואח"כ יקראו הב"ד באזני בע"ד כתיבתם ויהיה כמעידים בפניהם. אלא ברור דר"ת מיירי באופן דאין צריך לקבל עדות בפני בע"ד."

מבואר מדברי התומים דטעם הגדת עדות בפני בע"ד מפני שיראו מלשקר, טעם זה לא שייך בכותב עדותו. ובנתיבות כח, חלק על התומים וס"ל דלר"ת מהני עדות מתוך הכתב אף במקום שצריך הגדה בפני בע"ד, וז"ל:

"ולפי זה נראה דאף במקום שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, יכול לשלוח כתבו לבית דין לדעת ר"ת, וכן בתלמיד חכם אפילו לדידן, כיון דקריאת הכתב בבית דין חשיב אז להגדה ושם הוא בפני בעל דין. ובאו"ת חולק על זה. ולי נראה כמו שכתבתי מדסתמו הפוסקים. ומה שהקשה בתומים [שם] דאינו דומה ראית פניו דאינו מעיז, לכתיבה שלא בפניו דמעיז. לא קשה מידי, דהא דבעינן בפני בעל דין לאו משום דלא מעיז הוא, רק גזירת הכתוב, דהא אפילו בשור הנסקל בעינן בפני השור. ועוד, דהבעל דין יכול לילך ולהיות שם בשעת כתיבה. וגם כשהעד יודע שיקראו הכתב בבית דין בפניו אינו מעיז."

מבואר מהנתיבות דהוי גזירת הכתוב להעיד בפני בע"ד, ואין הטעם משום שיתביישו לשקר, דהרי גם בשור הנסקל בעינן בפני השור, ושם לא שייך האי טעמא. עוד תירץ, דאם העד יודע שיקראו, יפחד לשקר. אמנם אפ"ל דאף אם אינו גזיה"כ, אין הטעם משום שימנעו מלהעיד שקר, אלא שיוכל הבע"ד להזימם ולהכחישם וכנ"ל. ובאמרי בינה (עדות ט ד"ה עוד) כתב בענין ראית הנתיבות משור הנסקל, דאה"נ דהיא גזירת הכתוב ג"כ, אבל לא סגי בהוא לפנינו ואינו מפחד לשקר, וראיה דקטן חשיב שלא בפני בע"ד. ועיי"ש באמרי בינה שהזכיר את דברי כנסת הגדולה דאם העדים אינם מכירים את הבעל דין, כיון שאינם מתיראים לשקר, הוי כלא בפני בע"ד (עיי' פ"ת כח, כד). ובשבות יעקב ח"א סי' קמח חלק על הכנה"ג וס"ל דהוי קבלה אף באינם מכירים. ובתומים כח, יח הקשה על השבו"י, רק הסיק דכ"ז אם לבסוף יכירו אותו, אבל אם לא יכירו אותו גם לבסוף, הו"ל כעדיו חולים, עיי"ש. וזה נראה נפק"מ גם למש"כ לעיל. דאם הטעם שיפחדו, דהגדת עדות היא באופן שהם יפחדו לשקר דומיא דאיום,

כשלא מכירים ליתא, והוי כמעיד שלא בפני בע"ד. אולם אם הטעם שיוכלו למצוא דרך להזימם ולהכחישם, דבר זה שייך אף אם אין העדים מכירים את הבע"ד, דכיון שהבע"ד שומע, יוכל למצוא דרך להזים או להכחיש.

עוד נראה לענין עדות מומחים וכד', אם מדובר באופן שהם מעידים על עובדות, ודאי דצריך להיות בפני בע"ד. אולם אם מדובר בפרשנות על עובדות שאין עליהן מחלוקת, לכאורה לא שייך בזה בפני בע"ד שיתביש לשקר, דכל זה שייך בעדות על עובדות שיבוש מהבע"ד, משא"כ בחו"ד מקצועית על עובדות שאינן במחלוקת. או שמאות של קרקע או מטלטלין, דלא ימנע מלומר חו"ד אף בפני בע"ד. משא"כ אם הטעם שיוכל למצוא עדים להזים או להכחיש, טעם זה שייך גם בחו"ד מומחה כשמאות ובדבר שאינו תלוי בעובדות. אמנם לזה סגי גם בחו"ד כתובה, ואינו צריך דוקא בפניו וכמו שנתבאר.

עוד נראה נפק"מ בין שני ההסברים אם זה מדין הגדת העדות או זכות בעל דין, אם הסכימו הבע"ד שהעדות תשמע שלא בפניהם. אם נאמר דזה דין בהגדת עדות, ושלא בפני הבע"ד לא הוי הגדת עדות כדין, א"כ כאשר מסכימים לקבל עדות שלא בפני בע"ד הרי זה כמסכימים לקבל עד קרוב או פסול, אם צריך קנין ואם יכול לחזור קודם גמר דין, ואם מקבל כתרי, הכל כמבואר בסוגיא דנאמן עלי אבא וכו' ובראשונים, ובשו"ע חו"מ סי' כב. אבל אם זה זכות של הבע"ד שיוכל למצוא עדים להזים או להכחיש, א"כ במחילה סגי.

עוד הסתפקתי האם עדות שלא בפני בע"ד, פירושו שיש כאן עדות, אלא עדות כזו שהתקבלה שלא בפני בע"ד, ביה"ד אינו יכול לפסוק על פיה, וכמו עדות בלילה. או שאין כאן עדות כלל, והרי זה כמגידיים חוץ לבית דין, או כמו בע"ד שמעיד. ונפק"מ אם קיבל עליו עדות פסולה, דבכה"ג יכולים בית דין לפסוק ע"פ עדות שלא בפני בע"ד שהיא עדות פסולה. או נאמר שאינה עדות כלל, ואינם יכולים לפסוק על פיה. ואין להביא ראיה מהא דפעמים מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, כגון בהוא חולה או עדי חולים וכו', דבמקום שאין מקבלים, הספק אם חכמים פסלו את העדות או קבעו שאינה עדות כלל. ומדברי הרשב"א בתש' (ח"ג שכז) אפשר דיש להביא ראיה שהיא עדות פסולה דומיא דעדות בלילה. ובתש' אחרת של הרשב"א (ח"ד סי' ר) נראה דבית דין אינם יכולים לפסוק ע"פ עדות זו, אבל לא שאינה עדות כלל. הרשב"א דן בעדי גרושין שקיבלו בית הדין שלא בפני האשה (עיי"ש בגוף השאלה), והכשיר הרשב"א קבלת עדות זו על הגרושין, וז"ל:

"וכל שכן זה, שהוצרך לטרוח אחר העדים, ולא גרע מאותם דהיו רדופין ללכת למדינת הים. ועוד, דשמא עד שלא יעמידם בב"ד בפני האשה, ילכו להם ולא ימצאם. ועוד, שהרי עדים אלו שאינן במקום האשה, הרי הן כרדופין ללכת למדינת הים. ועוד, שעדים אלו יראין להראות עם האשה וקרוביה, אולי יעשו

להם כמו שעשו לאחרים. וכ"ש כאן שקבלום, שאין אומרים עדותן אינו עדות ונעניש אותן. ודי שנאמר בעלמא, שאין עדותן עדות, לגמור דינו ולהוציא ממון בעדות זו. אבל שנאמר שאין עדותן עדות ונוציא ממנו ממון או שנעניש אותו אע"פ שהעידו וכאילו לא העידו, כולי האי לא אמרינן."

מבואר להדיא בדברי הרשב"א דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד, היינו שאין בית דין גומרים הדין ע"פ עדות זו, אבל לא שאין כאן עדות כלל. וכן מבואר להדיא בתש' הרשב"א (ח"ה סי' קעה) דהא דקי"ל דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין. "ומשמע דאם קבלו, אין דנין ע"פ אותו עדות..." וכן מבואר בדברי הריב"א המובא ברא"ש בסוגיא (ב"ק יג, ע"ג, ע"ד להלן). ועיין ריטב"א כתובות כ,א דאם קבלו "אינו כלום", ומשמע שאינה עדות כלל. אמנם מדברי הרא"ש בתש' מא,ו נראה שאין להביא ראיה מכל הני דלעיל, וז"ל:

"אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, ואם קבלו שלא בפני בעל דין, אינה עדות לדון ע"פ אותה עדות, וכאלו לא העידו."

הרי שאינה עדות לדון על פיה, וכאילו לא העידו. ולפ"ז אפשר שזה גם הפשט בראשונים הנ"ל, ואין להביא ראיה לדין מי שקיבל עליו שידונו ע"פ עדות פסולה, אם יכולים לקבל עדות שלא בפני בע"ד, דאם העדות כלא העידו, לא מהני כעדות פסולה בקבלו עליהו (ועיין בריטב"א בתש' סי' מא סדה, ומעתה). ובשו"ע חו"מ כח,טו כתב המחבר לענין שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד; "ואם קבלו, אין דנים על פיו". והגרע"א שם ציין לדברי מהר"מ פאדווה (סי' עג) דבדיעבד אם דנו, לכ"ע אינו חוזר הדין. וז"ל מהר"מ פאדווה:

"ועוד אפילו לריב"א נוכל לומר בדיעבד כהאי שכבר נפסק הדין על פי עדות הנגבה שלא בפני בית דין, מודה דאינו חוזר הדין, דלא יקרא טועה בדבר משנה, וכן משמע מתוך לשונו שכתב דלא הוי עדות לדון על פיהם, והאי לדון על פיהם לישנא יתירה, הוא ויש לדקדק מיניה דר"ל לדון לכתחלה, אבל אם כבר דנו אין חוזר הדין בעבור זה. ודמות ראיה מאשר כתוב בספר אדם וחווה על דברי ריב"א וז"ל מגדולי האחרונים שכתבו שאם מתו העדים או שכבר הלכו למדינת הים דדנין על פי עדותן שקבלו שלא בפני ב"ד, שהרי אפילו לכתחלה מקבלין אם היה הוא חולה כו' עכ"ל. אם כן ראינו דאף כי נעשה בטעות שנגבה שלא כדין, מ"מ במקום אונס דנין עליו. אם כן נאמר דהוא הדין היכא שכבר יצא הדין דלא נחזור דינא בגלל אלה. דאם ראב"ן מדמה הדיעבד מן הגבייה של עדות לגביית לכתחלה במקום אונס, אנו גם כן נדמה דיעבד גדול כהאי של פיסוק דינא שיועיל כמו שמותר לכתחלה לפסק הדין במקום אונס אפילו לריב"א, ולא יזיק לנו הטעות שנגבה בטעות..."

מבואר דאם דנו בדיעבד, אין הדין חוזר (ועיין תש' הרשב"א ח"ד סי' ר). וצ"ל דאין זה גדר של עדות פסולה, דעדות פסולה לא מהני אפילו כבר דנו. אלא שזו גזירת חכמים דלכתחילה אין לדרון אלא בפני בע"ד. ואם נאמר שאין זה פסול בהגדת העדות אלא בזכות הבע"ד, בזה י"ל דדוקא לכתחילה אין דנים. משא"כ אם זה פסול בעצם הגדת העדות כאיום וכד'. ועדיין י"ל, דפסלו העדות דלכתחילה לא ידונו על פיה.

ג. בדיעבד כשקבלו עדים שלא בפני בע"ד

לכאורה ענין דיעבד שהעידו שלא בפני בע"ד, יהיה תלוי אם הוי דאורייתא או דרבנן, וכמו שנתבאר לעיל. ועיין באמרי בינה (עדות יב) דמה דמהני קבלת עדות שלא בפני בע"ד בעדיו חולים וכו', י"ל מטעם הפקר בי"ד הפקר. והנה לטעמים דהוי דרבנן, לטעם רש"י דבעינן שיוכל להביא עדים להזימה, א"כ אין זה דין בעצם העדות, רק שפגמו בזכותו של הבע"ד שכעת לא ידע למצוא עדים להזים או להכחיש העדות, אבל בעצם העדות אין כאן פגם, דאין זה דין בהגדת עדות אלא בזכות הבע"ד. משא"כ אם הטעם שימנע מלשקר בפני הבע"ד, לכאורה זה חלק מדיני הגדת העדות, ושייך לומר שלא התקיימה כאן הגדה. עוד י"ל, דאף אם הדין מדרבנן, מ"מ כך תיקנו שלא תועיל הגדת העדות שלא בפני הבע"ד אפילו בדיעבד.

הרא"ש ב"ק יג, הביא את שיטת הריב"א דלא מהני עדות שלא בפני בע"ד אפילו בדיעבד, וראיתו מכתובות כ,א דאין מזימים את העדים אלא בפניהם, אבל מכחישין את העדים שלא בפניהם. והקשתה הגמ', נהי דהזמה לא הוי, הכחשה מיהא הוי. הרי דאף בדיעבד לא מהני הזמה שלא בפניהם. דהזמה היא פסול העדים, והמוזמים הם בעלי הדין, משא"כ הכחשה היא ענין של הבע"ד ולא העדים, וההכחשה בפניו. וז"ל הרא"ש:

"ועוד כתב ריב"א, שאם קבלו העדות שלא בפני בעל דין, אינו עדות לדרון על פיו. והביא ראיה מהא דאמרינן (כתובות כ,א) מכחישים את העדים שלא בפניהם ואין מזימין את העדים אלא בפניהם. והזמה שלא בפניהם, נהי דהזמה לא הויא, הכחשה מיהא הויא. פירוש, מכחישים את העדים שלא בפניהם, דהכחשה לא הוי לחוב העדים אלא חוב בעל דין, והרי הוא בפנינו. אבל אין מזימין את העדים אלא בפניהם, דהזמה הויא חובת העדים ואין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין. וקאמר שלא בפניהם אפלו בדיעבד לא הויא הזמה."

(וכן מבואר בתש' הרא"ש מא,ו). אמנם במרדכי (ב"ק קמז) הביא דוחים את דברי הריב"א, דכל עניני הזמה חידוש, ולא ילפינן מינה. ובמרדכי (כתובות קמה) הביא מהראב"ה שלמד מהא דמכחישים שלא בפניהם, דמהני בדיעבד קבלת עדות שלא בפני

משפטיך סימן ח ליעקב קמה

בע"ד, דאף שהזימו שלא בפניהם, מ"מ הוי הכחשה. והביא דוחים, דלא ילפינן מהומה שהוא חידוש. וכדברי הראב"ה פסק בתה"ד (ח"ב סי' קעה). והרשב"א (ב"ק קיב,א) כתב דמהירושלמי משמע שאף בדיעבד לא מהני קבלת עדות שלא בפני בע"ד. גם הנימוק"י (ב"ק לט,ב מעמוה"ר) כתב דאם עברו וקבלו שלא בפני בע"ד; "לא עשו ולא כלום, דהוה להו טועים בדבר משנה, דקיי"ל דחוזר". וכן בנמוק"י (ב"ק יב, מעמוה"ר), וז"ל:

"...דאע"ג דבעלמא אמרו שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, אבל אם היה הוא חולה או עדיו חולים או שמבקשים לילך למדינת הים - מקבלין, הכא אין מקבלין לעולם, ואין צ"ל שאם עברו וקבלו בבריא - אינו כלום. אבל בעלמא צ"ע כיון שהתירו לקבל כשהוא חולה, אם עברו וקבלו כשהוא בריא, אם קבלתן קבלה. ורבותינו ז"ל אמרו דלא עשו ולא כלום, דהוה להו טועין בדבר משנה דחוזר. וכן הדין בכל דבר שאין רשות לבית דין לעשות לכתחילה במקום אחד, אם עברו ועשו, לא עשו ולא כלום, אע"פ שהן רשאים לעשותו בשאר מקומות, עכ"ל הרא"ה ז"ל. ור"פ הגוזל ומאכיל ... חזר ז"ל מספיקו וכתב כסברת רבו, דהוה טועה בדבר משנה וחוזר."

הרי שבתחילה הסתפק, כיון שיש היכי תימצי שמקבלין, וחזר בו והורה הרא"ה כרבותיו דאם קבלו שבמקום שאין לקבל שלא בפני בע"ד, לא עשו ולא כלום. ובכס"מ בהל' עדות ג, יא דייק ממש"כ הרמב"ם; "גם בדיני ממונות אין מקבלין עדים אלא בפני בעל דין ...", הרי שדיני ממונות כדיני נפשות, וכפי שבנפשות לא מהני בדיעבד, כך הדין גם בדיני ממונות. (והא דבנפשות לא מהני שלא בפני בע"ד, דייקו ממש"כ הרמב"ם סנהדרין יז, עיי"ש). ובשו"ע חו"מ כח, טו פסק אף בדיעבד לא דנים ע"פ עדות שהתקבלה שלא בפני בע"ד. והרמ"א הוסיף על דברי המחבר, וז"ל:

"וחוזרין ומגידין בפניו. ואם שנו בעדותן בפעם שני ממה שהגידו בראשונה, הולכין אחר העדות השני שהגידו בפניו, אף על פי שהגידו בראשונה על פי החרם, דכל שלא בפניו כחוץ לבית דין דמי, וחוזרין ומגידין. ויש חולקין ואומרים דאם נתקבל העדות שלא בפניו, כשר בדיעבד. ולכן אם הבעל דין הוא אלם, והעדים יראים להגיד לפניו, מקבלין העדות שלא בפניו, ודין על פיו. מיהו אם אפשר לכוף האלם כדרך שנתבאר לעיל סי' זה סעיף ה', עדיף טפי."

מהרמ"א מבואר שפירש את דברי המחבר, לא שאין דנים שיש כאן עדות פסולה, אלא שאין כאן עדות כלל, דכחוץ לבית דין דמי. וממילא אפילו קבלו על עצמם עד פסול, לא מהני עדות שלא בפני בע"ד, דהוה כאין כאן עדות כלל לשיטות הפוסלים. והביא את דעות הפוסקים דמהני בדיעבד, ופסק דמ"מ עדיף טפי אף במקום הצורך, למצוא דרך לקבל העדות בפני בע"ד לכתחילה, דאף לדעות אלו לכתחילה צריכה העדות להשמע בפני הבע"ד. (ועיי' בתש' הרמ"א סי' יב, הובא בנתיבות בחדושים כח, ל

ובאורים כח, לו, דאם הבע"ד מוחה שלא יקבלו שלא בפניו, לכ"ע לא מהני בדיעבד). ובאחרונים מצאנו מחלוקת איך לפסוק אם מהני בדיעבד, עיין בש"ך כח, יט מה שהביא מהיש"ש (ב"ק י, ט) דלא מהני בדיעבד, וכן בט"ז (סו"ס כח) כתב דלא מהני בדיעבד, דדוקא במתו העדים או הלכו למדינת הים דנים ע"פ עדות זו, משא"כ כשהם כאן, קנסו ולא מהני בדיעבד. וכן בב"ש יא, טז פסק דלא מהני בדיעבד, ועיין פ"ת שם ס"ק יח. ובחכמת שלמה כתב דמהני בדיעבד. לפ"ז אם קבלו עדים שלא בפני בע"ד, באנו למחלוקת קמאי ובתראי אם יכולים לפסוק על סמך עדות זו.

ד. ענינים בהם מקבלים עדים שלא בפני בע"ד

אמנם יש מקרים בהם מקבלים אף שלא בפני בע"ד, וצ"ע לנדו"ד וכמו שיתבאר. דהנה בסוגיא שם מבואר דמקבלים עדים שלא בפני בעל דין, קיבלה מיניה ר' יוסי ב"ר חנינא, כגון שהיה הוא חולה או עדיו חולים או שהיו עדיו מבקשים לילך למדינת הים ושלחו לו ולא בא. ומר עוקבא פירש לדברי שמואל דמקבלים שלא בפני בע"ד, כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא. ובתוס' שם (ד"ה ושלחו) הביא מר"י דבעינן תרתי: או שהיו עדיו חולים או הוא חולה או מבקשים לילך למדינת הים. וכן בעינן דשלחו לו ולא בא. אלא דמדברי מר עוקבא משמע דבשלחו לו ולא בא בלחוד סגי שיקבלו שלא בפני בעל דין. ובתוס' כתבו לדחות, דדוקא פתחו ליה בדיניה, אם שלחו לו ולא בא בלחוד סגי. וגם הביא גירסת ספרים דגרסו "או" שלחו לו ולא בא. והראשונים דנו בבע"ד אלים, והעדים מפחדים להעיד בפניו, אם יכולים להעיד שלא בפניו. והראיה דשונה דין העדות באלם, מהא דב"מ לט, ב: מרי בר איסק אתא ליה אחא מבי חוואי. אמר ליה, פלוג לי. אמר ליה, לא ידענא לך. אתא לקמיה דרב חסדא, אמר ליה שפיר קאמר לך ... אמר ליה, זיל אייתי סהדי דאחיה את, אמר ליה, אית לי סהדי ודחלי מיניה דגברא אלימא הוא. אמר ליה לדידיה, זיל אנת אייתי סהדי דלאו אחוך הוא. אמר ליה, דינא הכי, המוציא מחבירו עליו הראיה. אמר ליה, הכי דיינינא לך ולכל אלימי דחברך. ומבואר דמחייבים את האלם להביא עדים, אף שהוא המוחזק. ולעיל הובאו דברי הרמ"א (חו"מ כח, טו) דבבע"ד אלם וא"א שיביא האלם עדים, מקבלים העדים שלא בפני הבע"ד האלם. ומקורו מדברי תה"ד (ח"ב סי' קעה וקעו) שפירש דברי הגמרא שהעדים מפחדים ממרי בר איסק להעיד אף שלא בפניו, ואם אינם מפחדים להעיד שלא בפניו, ודאי דעדיף טפי. גם מהסוגיא בעדיו מבקשים לילך למדה"י וכו', וממש"כ ראב"ן דאם אין שהות להמתין עליו מקבלינן, אלמא מקבלינן בדבר היכא דאיכא צד וטעם. ובבע"ד אלם ג"כ כיון דידעינן שיתעכב קבלת העדות ע"י כחות ואלמות אם יודע לו, מקבלין שלא בפניו. גם הרא"ש בתש' יז, א כתב בענין מוסר:

"ואין צריך לקבל עדות בפניו. ואף שלא בשעת מעשה, כשדין עליו לענשו ביד עובד אלילים, אין צריך לקבל עדות בפניו. כי הדבר ידוע, מי שהוא מוחזק מסור ומלשין, העובדי אלילים מקרבין אותו בשביל הנאתו, ואלו היה צריך לקבל העדות בפניו, ולדרוש ולחקור בדינו, לעולם לא יעשה ממנו דין, כי ינצל ע"י עובדי אלילים. כי אפי' כשאינו בסכנה הוא מוסר יחידים ורבים, כל שכן כשיראה עצמו בסכנת גופו, שימסור בעלילות שקר ויסכן לכל ישראל."

אמנם נראה חילוק בין מש"כ תה"ד למש"כ הרא"ש, דמתה"ד נראה דזה מעיקר הדין, דבמקום שאי אפשר, מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, וכן במקום שיש טעם כעיקר לכך. משא"כ מדברי הרא"ש נראה דזה מצורך שעה שלא מן הדין, אם ראו בית דין צורך בכך. מתה"ד זה מכח עצם הדין של קבלת עדות בפני בע"ד, דבמקום צורך אפשר לקבל שלא בפניו. ולרא"ש זה דין צדדי של בית דין מכין ועונשים שלא מן הדין, במקום שהשעה צריכה לכך (סנהדרין מו,א). כך נראה שבאר את דברי הרא"ש, הריב"ש סי' רלז, עיי"ש. ונפק"מ לענין מי שלא הוחזק כמסור פעמים אחרות, דלטעם תה"ד י"ל דכיון שיש כאן חשש לכך, יש כבר טעם שלא לקבל בפניו, כיון שהעדים יראים להעיד לפניו. משא"כ לרא"ש כיון שזה צורך שעה לפעול שלא מן הדין, דוקא בהוחזק לכך, עיי"ש בריב"ש. ועיין בתש' הרדב"ז (ח"ו ב אלפים שכז) שכתב לענין עדים שיראים להעיד בפני בע"ד, דלא גרע מעדים המבקשים ללכת למדינת הים; "וכיון דאיכא טעמא ואמתלא שאם יבוא בעל דינו תתעכב - מקבלין", וכן הביא ראייה ממרי בר איסק. ומבואר דבכל ענין שיש טעם ראוי לקבל שלא בפני בע"ד, יעידו שלא בפניו, וכמש"כ בדעת תה"ד. וע"פ זה נראה לבאר את דברי הרמ"א בשו"ע חו"מ כח,טו (הנ"ל), וז"ל:

"ויש חולקין ואומרים דאם נתקבל העדות שלא בפניו, כשר בדיעבד. ולכן אם הבעל דין הוא אלם, והעדים יראים להגיד לפניו, מקבלין העדות שלא בפניו, ודין על פיו. מיהו אם אפשר לכוף האלם כדרך שנתבאר לעיל סי' זה סעיף ה', עדיף טפי."

בתחילה הביא את דברי תה"ד, דאם הבע"ד אלם, מקבלים שלא בפניו, והיינו דכיון שיש טעם ראוי לקבל שלא בפניו, מקבלים שלא בפניו, כיון דס"ל דבדיעבד כשר. והרמ"א הכריע כתה"ד, אולם לחוש לשיטות הרא"ש ודעימיה דלא מהני בדיעבד, וא"כ כל מה שמקילים באלם הוא רק מכח שבי"ד עושים שלא מן הדין לצורך שעה, ע"כ אם אפשר לכופו כבעובדא דמרי בר איסק, שפיר יש לכופו שיביא עדיו ולא להעיד שלא בפני בע"ד. משא"כ לתה"ד עדיף שיקבלו שלא בפני בע"ד, וכמו שפירשו תה"ד והרדב"ז, דבעובדא דמרי בר איסק פחדו גם להעיד שלא בפניו. [ועיין ברדב"ז על הרמב"ם עדות ג,יא שהביא את גרסאות הספרים לענין שלחו לו ולא בא, דאף לספרים דאין מקבלים בשלחו לו ולא בא, מ"מ אם הוא משתמט מלבוא כדי שלא תהיה קבלת

עדות, מקבלים שלא בפניו, אע"פ שאין העדים חולים; "הוא עשה שלא כהוגן, עושין עמו שלא כהוגן". ולכאורה למש"כ הרב"ז בתש', למה לי לטעם שעשה שלא כהוגן, כיון שאי אפשר, מקבלים שלא בפניו. ואפשר דטעם זה הוא רק לגירסת הספרים דבעינן עדיו חולים ושלחו. ועיין בנו"ב קמא סי' עב, הובאו דבריו בפ"ת אהע"ז יא, יח, דאין זה מטעם הפקר ב"ד הפקר אלא כל מקום שאי אפשר, מקבלים שלא בפניו, וזה לכאורה כטעם תה"ד].

עוד אפשר לקבל שלא בפני הבע"ד, בקטטות ומריבות, וכמש"כ הרמ"א חו"מ כח, טו, דאם יש לחוש שיתקוטטו זה עם זה, תקנו הגאונים שמקבלים עדות שלא בפניהם, וגם לא יגלו מי העדים. והוסיף הרמ"א, דדוקא אם רוצים רק להשקיט המריבות, אבל אם רוצים גם לענוש ולדון, אין לקבל שלא בפני הבע"ד. ועיין ביש"ש ב"ק י, ח, שכתב דדוקא במקום שאין דררא דממונא. עוד כתב עצה אם חושש הדיין שהעדים יחניפו לבע"ד אם יעידו בפניו, ויעידו לשקר, שיחקור אותם תחילה שלא בפניו, ואח"כ יעיד בפניו, ושכן מצא בריב"ש. וז"ל היש"ש:

"אבל ליכא מאן דפליג. שאם מתיירא הדיין לקבל עדות בפני בע"ד, כדי שלא יחניפו לאחד, אף שאינו מן הדין, מ"מ יכול הדיין לחקור העדים מקודם ביחידי, כדי שלא ישנו אחר כך. ואין בו משום שמע שוא, אלא ישר והגון. וכעין זה מצאתי בתשובת ריב"ש סי' קנו, וז"ל: מה שאתה נוהג לקבל עדות שלא בפני בעל דין, מיראתך פן יחניפו לאחד מבעלי דינים אם יעידו בפניהם. זה שלא כדין הוא. לפי שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, אלא כגון שהוא חולה כו'. כדאיתא בהגוזל בתרא. אבל מה שתוכל לעשות להשקיט מיראתך, תחקור אותם שלא בפניהם, ואח"כ יעידו בפניהם, ואז יבושו מלהחניף לאיש, וכן אני נוהג לפעמים ביש לחוש עכ"ל. ויש טועין ומקבלין עדות שלא בפני ב"ד, בעניין פסולים וגידופים. ואף לאסור אשה על בעלה, ואומרים משום דאיכא למיחש לקטטה, ותולין עצמם בהג"ה חרשה שנמצאת סביב המרדכי בהאי פירקא, וז"ל: תקנת הגאונים, כשמקבלין עדות מן הקטטות, אין לעדים להעיד בפני ב"ד, כדי שלא יעשו זה עם זה קטטות כשישמעו. וגם הדיינים לא יגלו עדותן שיקבלו לבעלי דינים, שלא ילך בעל ריב אליו להתקוטט. אבל על עסקי ממון מקבלים דווקא בפני ב"ד, עכ"ל. וחלילה שיעשו הגאונים תקנה זו, שלא כדין תורתנו. היכא דלא שייך הפקר ב"ד הפקר, כגון בממון. ועוד, הלא כתב, אבל על עסק ממון מקבלין דוקא בפני ב"ד. וכ"ש שאר עניינים החמורים. ועוד, אין לך קטטות יותר מזה אם תבא אח"כ לחתוך הדין על פי אותה העדות. אלא איירי בדיין שבא לישב ולדון דברי ריבות וקטטות בין איש לחבירו, או בין משפחה למשפחה, בענין ריב שאין בו דררא דממונא, וכ"ש שאין בו דברים האוסרים והפוסלים אלא ענייני חרופי וגדופי, אז יכול הדיין לגבות העדות. כדי לראות מי הוא

הפושע. וכדי שידע באיך ומה לפשר הענין. ומי שיחויב בדין יותר צריך יותר לבקש את חבריו ולפייסו, כדי להשקיט הריב, אבל לא בענין אחר כלל." וכן לענין לאפרושי מאיסורא מקבלין שלא בפני הבע"ד, וכמש"כ המאירי בסוגיא (ב"ק קיב,ב ד"ה וכן הסכימו), וז"ל:

"וכן הסכימו שבענין איסורין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד, כגון אם באו עדים והעידו שלא בפניה שנתקדשה לפלוני או שנטמאו טהרותיו, שזכות הוא לו להפרישו מאיסור, ואפילו היה נראה לדיין שיש צד רמאות, לא יקל בכך." וכ"כ הרדב"ז (ח"א סי' ע) דמעשים בכל יום שמקבלין עדות הקידושין שלא בפני בעל דין, וטעמא דמלתא דכיון דהוי לאפרושי מאיסורא כולי עלמא בעלי הדין נינהו, למה הדבר דומה לעדים שבאו ואמרו הפירות של פלוני ערלה הם, בשר של פלוני אסור הוא, דודאי אין צריך בפני בעל הדבר. [ועל הטעם דהוי זכות, הקשה באבני נזר חאה"צ רלח"ט, דאם הבע"ד יודע מהאיסור, וקבלת העדות רק כדי שימחו בו הבי"ד, מה זכות יש בזה. ובעדי זנות שלא בפני הבעל, מה שייך כ"ע בע"ד נינהו, עיי"ש]. אמנם כל זה באופן שאין בעדותם אלא צד לאפרושי מאיסורא ולא דררא דממונא, וכמש"כ רבי בצלאל אשכנזי בתש' (סי' ד):

"מיהו מדבריהם אתה למד דדוקא כי ליכא בקבלת עדותן אלא צד דלאפרושי מאיסורא הוא דמקבלין שלא בפני בעל דין, אבל היכא דפתיך בהדיה דררא דממונא, כבנדון דידן להוציא מידה מה שתפסה למזונות, פשיטא דאין מקבלין כלל אפילו על הקידושין..."

וזה הטעם למש"כ הרא"ש בתש' מו,א, הובאו דבריו ברמ"א אהע"ז יא,ד, דאין לקבל עדי זנות שלא בפניה ובפני בעלה, דאף שיש כאן אפרושי מאיסורא, מ"מ יש גם דררא דממונא.

והנה בנדון שלפנינו לא נראה לי טעם מיוחד שיוכלו לקבל עדות שלא בפני בע"ד (באם מדובר בעדות ולא בחו"ד וכדלהלן), שכל הטעם הוא ענין של נוחיות הבי"ד, ולא נתקיימו התנאים של שלחו לו ולא בא (לכל חד כדאית ליה, ושמתחמק מלבוא לדין שעשה שלא כהוגן, וכדלעיל). וכן מדובר כאן בענינים שיש בהם דררא דממונא. וע"כ ככל שמדובר בעדות, צריכים לקבל בפני הבע"ד. אא"כ יסכימו בעלי הדין באופן המועיל (וכנהוג שיכתב בשטר הבוררין) שרשאים הדיינים לשמוע עדות שלא בפני הבע"ד לפי שיקול דעת ביה"ד.

ה. עדות בכתב

ועדיין יש לדון אם כתבו חו"ד, אם מהני מה שכתבו עדותם בכתב, ואם יכולים בי"ד לפסוק על פיה. דהנה בגמ' גיטין עא,א לענין אלם שאינו יכול להעיד מתוך

הכתב, דשאני עדות דרחמנא אמר 'מפיהם' - ולא מפי כתבם. וכן ביבמות לא, ב לענין שאם יעיד ע"פ מה שיראה מהכתב, הוי עדות מכתב, ורחמנא אמר 'מפיהם' - ולא מפי כתבם. ומכאן זה פסק הטור (חו"מ סי' כח) ובשו"ע כח, יא דעדים ששלחו עדותם בכתב לבית דין, אינו עדות. ובתוס' יבמות לא, ב (ד"ה דחזו בכתבא, וכן הוא בב"ב לט, ב - מ, א ד"ה מתאה), הביא בשם ר"ת, וז"ל:

"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, כדאמרינן (מנחות קג, ב) כל שאין ראוי לבילה כו', אבל אחר מועיל כתב ידו כשזוכר העדות. ומיהו בפירוש חומש (דברים יט) פרש"י ע"פ שנים עדים פרט שלא ישלחו כתבם לב"ד."

והרמ"א חו"מ כח, יא הביא דנוהגים דלא כר"ת. ובסמ"ע ס"ק מב כתב דראה ממורי הוראה שלא רצו להטריח הת"ח, ושלחו לו לכתוב עדותו בכתב ידו ולשלחו לבי"ד; "וכן נ"ל, מאחר ולר"ת וסיעתו אפילו בלא ת"ח מותר לעשות כן". ובסמ"ע שם כתב דגם דעת התוס', הרא"ש (יבמות ג, ז), המדכי והטור (מדהביא דעת ר"ת באחרונה בלא שחלק עליו) כדעת ר"ת, וע"ז סמכו מורי ההוראה בת"ח. (ועיין בתש' מים חיים לגר"ח הכהן רפפורט, סי' ע שכתב דבשעת הדחק אפשר לסמוך על ר"ת דבראוי להעיד מהני עדות מתוך הכתב. גם הגר"ש אייגר בתש' חאהע"ז סי' כב ד"ה והשניה כתב דבדיעבד סומכים על שיטת ר"ת ומהני עדות בכתב, וכן פסק בתש' היכל יצחק חאהע"ז סי' סד). והסמ"ע כח, מג, כתב וז"ל:

"וכתוב בהגהת מרדכי דקדושין, דבדיני ממונות הלכה מפי הגבורה להכשיר עדות בכתב כמו בשאר עדות."

ועיינתי בדברי הגמ"ר דקדושין (תקע), ונראה לכאורה דלא דיבר על עדות מתוך הכתב אלא על הכשר שטר, וא"כ לא חידש הגמ"ר טפי משאר ראשונים, וז"ל:

"ושטרי ממון הן יסוד נביאים ע"פ הגבורה, דכתיב; 'כתוב בספר וחתום והעד עדים', שלא עשה הכתוב חתימת השטר כהעדאת עדים בפיהם. וההיא דפרק מי שאחזו לא איירי בשטר הנמסר ליד בעל המעשה אלא בעדים שכותבין עדותן על הניר ושולחין לבי"ד, דומיא דמייתי התם דהגדה מתוך הכתב לאו שמה הגדה, אבל שטר ממון הכתוב וחתום בעדים ומסרוהו ליד בעל הדבר, הוי כעדות בפה."

להדיא דהגמ"ר מיירי בשטר ולא בעדות בכתב. וכן ראיתי שהקשה באורים כח, ל. ועיי"ש בתומים ס"ק טו שכתב דכל דברי ר"ת הינם באופן שאין צריך לקבל העדות

משפטיך סימן ח ליעקב קנא

בפני בע"ד, כגון בחולים וכו', אבל במקום שצריך להעיד בפני בע"ד, לא מהני מה שיכתוב עדותו. ולפ"ז גם בת"ח לא יועיל. אמנם מדברי הריטב"א (הובאו דבריו בשטמ"ק כתובות כ, א סד"ה ועוד) נראה כדעת ר"ת, ודוקא בזוכר העדות ושולח כתבו לבי"ד, וז"ל:

"וכתבו התוספות שיש מנהג בהרבה מקומות בצרפת שכופין בי"ד שישלח העד אגרת עדותו לבי"ד, ודנין ע"פ העדות ההוא. לפיכך כתבו מקצת האחרונים ז"ל שמש"כ רש"י ז"ל בפירוש התורה - אינו נכון, שאין נקרא מפי כתבם אלא כשאנו זוכר העדות והוא מעיד בבי"ד על מה שרואה כתוב וכענין שמועתינו, אבל כשאדם זוכר העדות יפה ורוצה לשלחו לבי"ד, הרי כתבו כפיו, וכאילו העיד בפיו דומה."

והנודע ביהודה (קמא, חאהע"ז סי' נח) כתב לחלק לשיטת ר"ת בין שטר גמור שמדעת הבעל דבר, ובין שאר עדות בכתב, דאם אינו שטר גמור רק עדות בכתב, לא עדיף מעדות ע"פ שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, ואף אם קיבלו שלא בפני בע"ד, נחלקו הראשונים אם מהני בדיעבד ואם יכולים לחזור בהם. והוסיף הנו"ב:

"אבל הנלע"ד בזה דאף דמכשיר ר"ת שישלחו עדותן לב"ד בכתב, היינו אם תחלת כתיבתן הוא לשלוח לב"ד ושולחים באמת לב"ד, אבל אם כתבו ונתנו ליד אחד מבע"ד בלי רצון השני, שאז אינו שטר ממש, ולא שלחוהו העדים לב"ד רק הבע"ד הביאו לב"ד, לא עדיף כתיבתן מאמירתן, וכשאמרו חוץ לב"ד יכולים לחזור בהם כמבואר שם בהג"ה חו"מ כח, טו."

מבואר מהנו"ב דעדות בכתב מהני לר"ת דוקא אם כל הכתיבה היא לבי"ד, דאז יש לכתב תורת עדות, ולא שכתבו לאחד מבעלי הדין שמוסרו לבית דין. (וכך נראה לכאורה מסברא, שאדם ששולח כתב לבית דין מדיק יותר ויודע שצריך לכתוב אמת ויציב, משא"כ אם כותב לאחד מבעלי הדין שמוסר לבית דין, יכול להשתמט ולתת אמתלאות לדבריו). ועכ"פ בנדרון חו"ד המומחה צריך לבדוק אם כתב חו"ד לבי"ד, או שנתן שמאות לאחד מהצדדים שהציג לבי"ד, וכפי שנהוג פעמים רבות. ועיין בריב"ש (סי' קכז) שכתב דלר"ת יש לכתב תורת עדות, דוקא אם הבי"ד כתבו לו שיכתוב לבי"ד, אבל לא באופן אחר, וז"ל:

"ואפי' לדעת ר"ת ז"ל, שמכשיר לשלוח עדותו לב"ד בכתב, ולא פסל אותו אלא באלם, שאינו יכול לדבר אלא מפי הכתב, זהו במי ששולחין לו ב"ד להעיד לפניהם, אבל במי שכותב עדותו לעצמו, שיהיה לזה דין שטר, זה לא חשב אנוש."

ולפ"ז גם בנדרון שאלה דידן, דוקא אם הבית דין פונים לעד המומחה שישלח חו"ד לבי"ד, בזה יכולה להיות תורת עדות על הכתב, משא"כ אם המומחה שלח מיוזמתו

את חו"ד, אפילו שלח לבית הדין, גם לר"ת אין לכתב תורת עדות. ומהנו"ב הנ"ל משמע דאם שלח לבי"ד, יש לכתב תורת עדות, אף אם נכתב ללא בקשה של הבי"ד. ובשיטת הרמב"ם נחלקו הפוסקים. דהנה הרמב"ם בהל' עדות ט, יא כתב דהחרש כשוטה לענין עדות: "... ואחד חרש מדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר, אע"פ שראיתו ראייה מעולה ודעתו נכונה, צריך להעיד בבית דין בפיו, או שיהיה ראוי להעיד בפיו..." ומדכתב הרמב"ם דבראוי לדבר בפיו מהני, משמע כר"ת דבראוי להעיד בפניו מהני שידבר מתוך הכתב, כשיטת ר"ת. ובטור (חו"מ כח, טו) דייק מדברי הרמב"ם עדות ג, ד דעדות בכתב מהני מדברי סופרים רק בשטר כדי שלא תנעול דלת, ומשמע דעדות שלא בשטר לא מהני בכתב. ובב"י שם הקשה מדברי הרמב"ם לענין חרש (עדות ט, יא הנ"ל), ותירץ דהטור לא גרס ברמב"ם "או שיהיה ראוי להעיד בפיו". ובלחם משנה עדות ג, ד כתב דשיטת הרמב"ם כדעת ר"ת, ומש"כ לענין שטר דמהני בכתב מדברי סופרים וכו', היינו בשאין העדים קיימים וראוים להעיד, דכשהעדים חיים וקיימים ויכולים להעיד, הוי עדותם עדות מדאורייתא לשיטת הרמב"ם, ובשטר החידוש שאפילו כבר מתו, הוי עדותם מדברי סופרים. וזה שהוסיף הרמב"ם בהלכה זו (לענין כשרות השטר); "אע"פ שאין העדים קיימין". (ועיין עוד במנחת חינוך מצוה לז, ב מש"כ בשיטת הרמב"ם). ולדבריו הסכים החת"ס (תחו"מ בהשמטות סי' קצט ד"ה איברא) דהוא הפירוש המחזור בדברי הרמב"ם. גם ביש"ש נראה דעתו וכן בדעת הרמב"ם, דמהני עדות בכתב בדיני ממונות, וז"ל:

"וכתב הטור (חו"מ כח) עליו, הרי שלא התירו אלא לחתום בשטר, ומ"מ נהגו העם כר"ת, לשלוח עדות בכתב למקום אחר, שמכירין חתימתן. והנרא' בעיני, דלאו משום דינא, אלא משום תיקון העולם ותיקון הסוחרים שהולכים למרחקים, מביתם לשוקם, לטרוף לחם חוקם, ולוין ופורעין ומקיפין ממקום למקום, שלא יהא צריך כל פעם ליקח עדים עמו, ואולי אף הרמב"ם מודה לזה, ומש"כ שהתירו בשטר, לרבותא דסיפא קאמר, כמו שמסיק, ואין דנין בעדות שבשטר בענייני קנס, וק"ו מכות וגלות, וכ"נ עיקר כרש"י ורמב"ם, שאין לדון על פי עדות בכתב, אם לא בדיני ממונות נוהגים היתר כר"ת, אבל בדיני קנסות, וכן בעדות של אשה שזינתה, או לפסול עדות, אין דנים על פי השטר, וכן עדים מעידים [על] הקדושין בכתב ידן בלא ב"ד, כאשר כתב הרשב"א בתשו' סי' אלף ר"ט ..."

מבואר דדעת היש"ש בדיני ממונות מקבלים עדות בכתב. ומהטעם שכתב שזה תקנת הסוחרים שהולכים למרחקים, ולוין ופורעין ומקיפין, שלא יהיה צריך לקחת עמו עדים למסחרו, נראה דאפילו במקום שצריך להעיד בפני בע"ד, נמי מהני עדות בכתב, דאל"כ מה הועילה תקנת חכמים. וכיון שעדות בפני בע"ד בממונות הוי דרבנן וכנ"ל, הם אמרו והם אמרו, דבעדות בכתב אין צריך בפני בע"ד. גם מדברי החת"ס בתש' (תחו"מ סי'

מה ד"ה ועל) נראה דמהני בדיני ממונות, דר"ת חידש רק דאין חסרון בכתב של "מפיהם", אבל דרישה וחקירה צריך, ולזה לא מהני אלא שיעידו בע"פ. אמנם לאחר שביטלו דרישה וחקירה בדיני ממונות, מהני בדיני ממונות עדות בכתב לר"ת, דתו אין בזה חסרון גם של דרישה וחקירה. ועיין עוד בחת"ס על הש"ס כתובות כ,א ד"ה והוא. והנודע ביהודה (קמא, חחו"מ סי' ל) הביא את סתירת פסקי הרמב"ם, וכתב לחלק בין אם כותב העד עדותו לפני ב"ד, דבזה ס"ל לרמב"ם דכתיבה כדיבור דמי ומהני העדות, משא"כ בכותב חוץ לבי"ד, אף אם כתיבה כדיבור - לא מהני, דהעיד חוץ לבי"ד;

"וכל מה שהעיד שלא בפני ב"ד, אפילו בפני עדים אחרים, עד מפי עד מקרי ולא מהני. והנה הכתיבה מעשה הכתיבה מקרי כדיבור, אבל אחר שכתב ובא הכתב לפני הב"ד, זה לא מקרי מפיהם, שאין הב"ד שומעין מפיו ולא רואים בשעת הכתיבה שזה הוא הדיבור, רק הדיינים רואין מש"כ בשטר הנכתב שלא בפניהם, אבל אם העד כותב עדות בפני הב"ד אף שאינו מעיד בפיו, מקרי דיבור אם אינו אלם, דראוי לבילה."

ובזה ישוב בנו"ב את פסקי הרמב"ם, דמה שמכשיר אם יכול לדבר, היינו בכותב לפני הבי"ד, דבזה ס"ל לרמב"ם דמהני, משא"כ בכותב מחוץ לבי"ד לא מהני (ועיין במש"כ הנו"ב בשיטת ר"ת, הובא לעיל). ומבואר מדברי הנו"ב, דכתיבה חוץ לבי"ד, הוי כעד מפי עד. והנה בגמ' גיטין סז,א מבואר דלא חיישינן שעדים יעידו שקר א"כ נגמר הדבר ע"פ דבורם, ולכן בשטר או עדות לא חיישינן שישקרו, משא"כ באומר אמרו, שאומרים לאחרים שסבורים שהבעל צוה לכתוב גט, בזה חיישינן שישקרו ויאמרו לאחר לכתוב, כיון שהמעשה לא נגמר על ידם. וראיתי באבן יקרה (לגרב"א ווייס מצ'רנוביץ, תנינא סי' יט) שכתב ע"פ זה לחלק בין פסול מתורגמן לפסול כתב (שממועטים מ"פיהם", עיין מכות ו,ב), דפסול מתורגמן שייך שישקרו, דכיון שאין בי"ד שומעים מפיהם, ועד שלא תרגמו אינם יכולים לפסוק, א"כ לא עבדי מעשה אלא דבורא, והוי כאומר אמרו למתורגמן, משא"כ בכתב הוי מעשה, וכדמוכח בגמ' גיטין סז,א הנ"ל. לפ"ז כתב דפסול תורגמן הוא מחשש משקר, משא"כ פסול עדות בכתב הוא גזירת הכתוב, וא"כ אין לפסול עדות בכתב אלא במקום שצריך תורת עדות, אבל במקום שהעדות באה לברר אמיתות הדבר, ואילו היינו יכולים לברר העובדות ללא עדים, הוי דנים בזה, אף שעד מפי עד לא מהני, עדות בכתב מהני. ולפ"ז רצה לחדש דלר"ת מה דמהני עדות בכתב, היינו דוקא במקום שאין צריך תורת עדות, אבל במקום שצריך תורת עדות כגון בדיני נפשות, גם ר"ת מודה דגזרינן מפיהם ולא מפי כתבם. (ובעדות אשה שמת בעלה דמהני עד מפי עד, מהני אף עדות בכתב אף לנו"ב הנ"ל). ועיין בתש' הרמ"א סי' יב שכתב דלר"ת הגזירה דמפיהם ולא מפי כתבם שייכא בדיני נפשות.

ועיין עוד בתש' אבני נזר (חחו"מ סי' קלא) שכתב דפסול מפי כתבם הוא גזירת הכתוב ולא חשש משקר, וז"ל:

"ונראה לי דודאי הא דפסול מפי כתבם, אין הטעם משום דחיישנן דמשקרי, רק גזירת המלך היא כמו קרובים. נורא' לזה מדברי ר"ת דהיכי דמדעת הלוח נכתב לא שייך מפי כתבם, ואם נאמר דהטעם משום דחיישנן דמשקרי, א"כ ממילא לא נכתב מדעת הלוח וגם זה שקר, אלא ודאי כדכתיבנא".

ועיין עוד בכתב סופר (חיו"ד סי' קו) שכתב בטעם שגזרה התורה ואסרה עדות בכתב, דבכתב קל יותר לשקר מלהוציא שקרים בפיו; "ואם מוציאו, מגמגם בלשונו וניכר שקרותו, והוא דבר ידוע ומנוסה", ולכן מיעטה התורה עדות בכתב. וס"ל לר"ת, דכיון שאפשר לחקור אותו ולדרוש שיעיד בע"פ, ממילא יחוש לנפשו ולא ישקר בכתב. משא"כ באלם שאינו יכול לדבר. והרמב"ם ס"ל דגם בזה יש לחוש שמשקר, ורק אם כותב בפני ב"ד, אין לחוש לכך, עיי"ש.

[והנה לשיטת הפוסלים עדות בכתב גם למי שאינו אלם, ראיתי באגרות משה (חאהע"ז סי' מז) שחקר בפסול דמפי כתבם, אם הוא חסרון בעצם הגדת העדות, דכתב אינו כדבור והתורה הצריכה הגדה שהיא דבור, ומה שיודעים עדותם באמצעי אחר, גזרה התורה שלא יועיל, וממילא אין כאן עדות כלל. או שיש לנו כאן עדות, אולם הבית דין אינם יכולים לפסוק ע"פ עדות כזו, מפני שבדבור ניתן יותר לחקור ולהבין ולרדת לשורש האמת, מעין דרישה וחקירה, וזהו דין לבית דין שאינם יכולים לפסוק ע"פ עדות כזו, אך אינו פסול בעצם העדות. ואף שבממון שהקלו בדו"ח, לא הקלו בעדות בכתב. והביא מהחת"ס (חיו"ד סי' רכז) שכתב בשם החו"י דלגבי עצמו הוי כתב כדבור אבל כשמדבר לחברו לא הוי כדבור, ולכן לענין עדות בעינן מפייהם שע"י דבור יבחנו דבריהם ומחשבתם יותר מאשר יכתבו עיי"ש, וא"כ מסתבר שזה רק דין על הב"ד שאין יכולין לדון על עדות כתב. אולם מ"מ, אף להחת"ס יש לומר שהוא דין בעדים, דאין כאן עדות דמאחר שצריכים לדבר לפני הב"ד, אין כאן דבור ואין כאן עדות. ועיי"ש דנפק"מ לענין עדות עגונה ע"פ כתב. ולכאורה נפק"מ גם אם קבלו על עצמם עדות פסולה וכנ"ל, דאם יש כאן עדות רק היא פסולה, הרי קבלו על עצמם, משא"כ אם אין כאן עדות כלל.]

והנה מדברי הנו"ב (קמא, אהע"ז סי' נח הנ"ל) נראה דלר"ת אם שולח כתבו לבי"ד, אין כאן חסרון של עדות שלא בפני בע"ד. והובאו לעיל דברי התומים כח,טו דכל דברי ר"ת הם דוקא באופן שלא צריך להעיד בפני בע"ד, וכגון בבכ"ד חולה או עדים חולים וכו', המבואר בסוגיא בב"ק שם, אבל אם צריך לקבל בפני הבע"ד, גם לר"ת לא מהני. (ועיין תש' מהריט"ץ ח"ב סי' קט). ולעיל הבאנו את הנתיבות כח,ו שחלק על התומים וס"ל דכיון שאין העדות בכתב נחשבת לעדות אלא לאחר שהגיע הכתב לבית דין וקראו הבי"ד בפני הבע"ד, הרי זה כעדות בפני הבע"ד, דאז היא שעת העדות.

(וכ"כ באמרי בינה סי' ט). אח"ז ראיתי שהנתיבות הביא סברתו בעוד מקומות, עיין לטו, שהסיק מכח סברא זו דצריכים העדים לזכור את העדות בשעה שבא הכתב לבי"ד, ואם אינם זוכרים, דכיון דבשעה שבא הכתב לבי"ד הוי כהגדה בבי"ד, וקודם שבא לבי"ד הוי כהגדה חוץ לבי"ד, ובעינן שיהיה ראוי להגיד בפה בשעה שנחשב הגדה בבית דין, דכשאנו זוכר, אינו ראוי להגיד, משא"כ בשטר גמור שנכתב כתיקון חכמים, הוי כנחקרה העדות בשעת חתימה, וכשר אפילו אינן זוכרין עתה. (ועיין עוד בנתיבות קמוה, ותומים לטח וקמו, ד). ודברי הנתיבות שהעדות בכתב חלותר בשעה שהגיע הכתב לבי"ד, מתבססים על דברי הרמ"א בתש' (סי' יב), וז"ל:

"ותו, דאף ר"ת לא קאמר אלא כשנחקר עדותו בב"ד על פי אותו הכתב, כגון ששלחו לבי"ד מרחוק וגם העד יודע כמו שכתב בכתב. אבל בנדון דידן, שקודם שנחקר העדות בב"ד חזר העד בעדותו והעיד לפני ב"ד, שכל מה שענה תחילה הוא שוא וכזב ולא נעשה אלא כדי שיחזיר לו פלוני משכנותיו כמבואר לעיל, פשיטא שאין בעדות זה ממש, דהא בשעה שבא לפני ב"ד כתב ידו כבר ביטלו, ופשיטא דאין בו ממש, דלא עדיף מאילו שמענו דבריו הראשונים מפיו דיוכל לחזור בו כל זמן שלא הגיד בב"ד ... כ"ש כאן דיכול לחזור, דאף מה שהעיד ראשונה חוץ לבי"ד אינו עדות על פה רק ע"פ כתבו, דפשיטא דאינו כלום אף לר"ת, מאחר שאין פיו מסכים לכתבו הוה מפייהם ולא מפי כתבם. מידי דהוה אאלם ..."

מבואר דדוקא בהגיע הכתב ליד הבי"ד וקראו הבי"ד, חשיב כהגדת עדות. ועיין עוד בתש' הגר"ש אייגר (חאהע"ז סי' כב ד"ה והשניה) דלא רק בראית הבי"ד משוי לה עדות אלא גם לנתיבתם יש תורת הגדה. ועיי"ש שהצריך שיכתבו הם כל העדות וישלחו לבי"ד, לא בנתיבה אחרת וחתימה שלהם. אמנם צ"ע כשכותבים ומקלידים במחשב ומדפיסים במדפסת. ונראה דכיון שצריך שיהיה לזה תורת עדות, אם הם הכתיבו לקלדנית בכל דרך, הרי זה ככתבו הם, ורק אם אחר כתב וניסח והם חתמו, אין לזה תורת עדות.

תבנא לדינא:

- א. לכתחילה ראוי שבית הדין או הבוררים יוסיפו בשטר הבוררים שהצדדים מסכימים שבית הדין יקבל עדות בכתב או ישמע עדות שלא בפניהם, והכל לפי שקול דעת בית הדין.
- ב. לא כתבו כנ"ל, אם חו"ד אינה עדות על עובדות אלא שמאות וכד', או חו"ד על דברים המתבססים על עובדות שאין עליהם מחלוקת, יכולים לקבל את חו"ד שלא בפני הבע"ד וכן בכתב.
- ג. רבו הפוסקים הסוברים שאפשר בשעת הדחק או בדיעבד או בכל מציאות שתראה לבית הדין, לסמוך על שיטת ר"ת ולקבל עדות מתוך הכתב. אך זאת בתנאי שיכתבו

קנו

משפטיך

סימן ח

ליעקב

העדים את עדותם לבית הדין, לאחר פניה של בית הדין אליהם. ושהם יכתבו/
יכתבו הדברים ויחתמו עליהם. כמו כן שיגיע הכתב לבית דין, ומן הראוי שיקריאו
הדיינים העדות שבכתב לפני הבע"ד.
ד. במקום שהעדים ממהרים ללכת למדינת הים או שהם חולים וכד', יש עוד צד לקבל
עדותם בכתב בתנאים האמורים בסעי' ג.

סימן ט

חתימה על הסכם בפני קונסול

ראשי פרקים

- א. קיום שטרות בפני בי"ד ובפני יחיד מומחה
- ב. חתימת יד המתחייב, האם צריכה קיום מדאורייתא
- ג. קיום ע"י ערכאות

נהוג בבתי הדין כשהבעל או האשה נמצאים בחו"ל, והצד שבארץ מבקש את אשור ביה"ד על הסכם הגרושין, הרי שהצד הנמצא בחו"ל חותם על ההסכם בפני הקונסול, שמאשר את חתימת הצד שחתם לפניו, ונדרשתי לשאלה אם יש לדבר דין של קיום ע"פ ההלכה שניתן לסמוך עליו, ופועל יוצא לאשר את הסכם הגרושין בתוקף של פסק דין.

א. קיום שטרות בפני בי"ד ובפני יחיד מומחה

אין לדון בנדו"ד מצד שטרות העולים בערכאות של עכו"ם (גיטין י,ב ושו"ע חו"מ סי' סח), שהרי הסכם גרושין יש בו התחייבויות ולעיתים גם דברים אחרים של קנינים וכד', ושטר אקנייתא לא מהני בשטרות אלו, עיין בסוגיא ובשו"ע חו"מ סח,א דהיכא שעיקר הקנין נעשה ע"י השטר, הרי אלו כחרס. ויש לדון מצד חתימת יד המתחייב, וקיום החתימה ע"י הקונסול.

וקיי"ל שקיום שטרות צריך בית דין של ג, כך נפסק בגמרא ב"ב מ,א. וברשב"ם שם ובתוס' ד"ה קיום כתבו, דאף דרב נחמן ס"ל דשנים שדנו דיניהם דין, קיום שטרות בעינן ג, שאם אין אלא שני מקיימים, מה הפרש בין עדים שלמטה לעדים שלמעלה, הכא תרי חתימי והכא תרי חתימי, ודומה לשני עדים ששמעו מפי עדים שלמעלה, והרי זה עד מפי עד ופסול. אבל כשג' קיימו, ניכר שהם בית דין שהעידו עדים לפניהם, ודמי לפסק דין שהשטר כשר. וכן פסק הרמב"ם בהל' עדות ו,א (וכן בשו"ע חו"מ מו,ד), וז"ל:

"כבר ביארנו שקיום שטרות מדבריהם כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין, אף על פי כן אין מקיימין שטרות אלא בשלשה אפילו שלשתן הדיוטות, מפני שהוא דין, ולפיכך אין מקיימין שטרות בלילה כמו שביארנו."

ומשמעות הדברים לכאורה דאפי' בית דין של הדיוטות, שאין בהם אפי' חד גמיר וסביר, ג"כ מהני לקיום שטרות. דבסי' ג כתב הרמ"א דבג' הדיוטות, אי אפשר דלית בהו חד דגמיר וסביר, אבל אם כולם הדיוטות, אין דיניהם דין, ועיין ש"ך ג,ב שכן קיי"ל להלכה.

ובמהרי"ט חו"מ סי' מו, הובא דבריו בקצוה"ח עט,ז, כתב דלענין הודאה והוחזק כפרן, שאין הדבר תלוי בשיקול דעתם של הדיינים, יש להם תורת בית דין, והודאה בפניהם כהודאה בפני ב"ד, והוא הדין לכל מילי דלא תלי בשיקול הדעת, דאע"ג דלא גמירי יש להם דין של ב"ד, שהרי לענין קיום שטרות כל שלשה מן השוק יש להם תורת ב"ד, כיון דלהאי מלתא יודעים מילי דקיום, וכן לקבולי סהדותא דעדים, ומשהגידו בפניהם שוב אין חוזרין ומגידין. הרי שקיום שטרות, שאין הקיום תלוי בשיקול דעת, אין צריך חד דגמיר וסביר מתוך הג'. דלשיטת מהרי"ט צריכים השלשה להיות יודעים במילי דקיום, וזה גם אם אינו גמיר וסביר יודע מילי דקיום, וכה"ג מצאנו לענין אסמכתא, עיין ברמ"א חו"מ רז,טו. וקצוה"ח חלק עליו, וז"ל:

"ולענ"ד נראה כמש"כ, דודאי גם בקיום שטרות ובקבלת עדות בעינן דוקא ב"ד הראוין לדון, וכ"כ בתשובת הרי"ף (סי' ר"א) ז"ל, אם בא לפני ב"ד שטר קבלת עדות והעדים באותו העיר, רואין אם אותן מקבלי עדות בקיין וכו', והלכתא קבלת עדות צריכין שלשה ומומחין וכו', וכל המקבל עדות ואינו ראוי לדון אין הקבלה כלום ויכולים לחזור ולהגיד, וכן פסק בשו"ע חו"מ כח,כא. וכיון דבעינן שיהיו ראויים לדון, ודאי צריך חד דגמיר, וא"כ הוא הדין לענין הודאה והוחזק כפרן ב"ד הראוי לדון בעינן ואם לאו, לא הוי ב"ד ... אבל קבלת עדות ודאי בעינן ב"ד הראוי לדון וכמבואר מתשובת הרי"ף, ומוהרי"ט שם עיקר דמיונו הודאה והוחזק כפרן לקבלת עדות, ע"ש שכתב וכי היכי דהעד אינו חוזר ומגיד כך בעל דין אינו חוזר ומגיד היפך טענתו הראשונה ע"ש, וכיון דקבלת עדות שלא בפני ב"ד הראוי לדין נתברר דיכול העד לחזור ולהגיד, א"כ ה"ה בעל דין דחוזר ומגיד היפך טענתו הראשונה, והודאה והוחזק כפרן מקבלת עדות ילפינן דהוא ממונא מממונא."

מבואר מדברי קצוה"ח דאף בי"ד המקיים את השטר, בעינן בי"ד הראוי לדון, ובעינן חד דגמיר וסביר. ולכאורה מדברי המחבר בשו"ע חו"מ מו,ג: "כיצד הוא הקיום, באים עידי השטר ומעידים לפני שלשה, אפילו הם הדיוטות ...", משמע לכאורה כדברי מהרי"ט דסגי בג' הדיוטות. אולם בסמ"ע ד השוה דין זה לדין ממונות, וכמש"כ דאף לענין דין קיי"ל כן, כמש"כ הטור והמחבר בסימן ג, הרי שהשווה דין קיום לדין תורה, וא"כ בתרויהו הדיוטות היינו דיש בהו חד דגמיר וסביר. גם באורים מו, כתב על דברי המחבר דאפי' הן הדיוטות; "פירוש באופן שכשרים לדון דיני ממונות כדלעיל בהלכות דיינים, דאין הבדל בזה בקיום לשאר דינים". וכבר הזכיר בקצוה"ח דבשו"ע

חו"מ כח, כא מבואר דבקבלת עדות בעינן ג מומחין, והוא מתש' הרי"ף סי' רא, המובא בנימוק"י ב"ק לט, ב בעמוה"ר. אמנם מדברי המחבר בשו"ע חו"מ מו, ח שכתב דאין הדיינים צריכים לכתוב אופן הקיום, ואם כתבו שנתקיים ולא כתבו האופן, סגי בזה ולא חיישינן לבית דין טועים. לכאורה אם מדובר בג' הדיוטות דלית בהו חד דגמיר וסביר, מדוע לא נחוש לבית דין טועים, ומדוע לא מצריכים שיפרשו אופן הקיום.

ובנחל יצחק מו, ג הקשה סתירה בדברי התומים. דהנתיבות בחדושים פא, לג על דברי המחבר דבמודה בפני בי"ד של ג, אינו יכול לטעון טענת השטאה או השבעה, הביא את דברי מהרי"ט הנ"ל; "ואפילו לית בהו חד דגמיר מהני, כיון דאין צריך לפסוק דין". וכן הביא דבריו האורים פא, סה, וז"ל:

"וכתב מהרי"ט בחחו"מ סי' מו, דלענין הודאה לכ"ע אף דלית בהו חד דגמיר כלל, מ"מ הואיל ואין צריך לפסוק הדין, לכ"ע הוי בית דין כמו אילו היה ביניהם חד דגמיר."

ונראה לישב דבריהם, דלענין הודאה בעינן לבי"ד לסלק את אפשרות טענתו להשטאה והשבעה, וישנם עוד אופנים בהם מהני לסלק הודאתו, כגון באתם עדי (סנהדרין כט, א ושו"ע חו"מ פא, ו) או בכתב ידו, או בקנין או במעמד שלשתן (עיין שו"ע פא, יז), בכל אלו לא מהני לסתור טענתו. הבית דין הנצרך לסלק טענת השבעה והשטאה, אינו בית דין שראוי לדון, שהרי גם ללא בית דין יש אופנים שמסלקים טענתו. אין דין של הודאה לסילוק טענתו דוקא בבית דין, אלא בית דין הוא אחד האופנים, ולכן כל היכא שאומר בפני ג ואפי' הם הדיוטות ולית בהו חד דגמיר וסביר, לא גרע משני עדים ואומר אתם עדי או מקבל בקנין או בכתב ידו, דבהכי נסתלקה טענת השטאה והשבעה. אין זה דין בבית דין, אלא אופן נוסף כמו קנין וכתב ידו שמוכיח שהודאתו רצינית דיה כדי שלא יוכל לטעון טענת השטאה והשבעה. אבל בקיום שטרות שהוא דין בבית דין, בזה לא סגי בהדיוטות דלית בהו חד דגמיר וסביר.

ובתרומת הדשן סי' שלב כתב דיחיד מומחה יכול לקיים שטרות ולא בעינן ג, דמאחר שנהגו שהרב תופס הישיבה מקיים ביחיד, מנהג כזה מבטל הלכה, וז"ל תרומת הדשן:

"שאלה: רב היושב בישיבה קיים השטר ביחיד, מהני קיום שטרו או לאו. תשובה: יראה דאי אתי בעל דין ומערער יכול להיות דלא מהני. וכן שמעתי שאחד מהגדולים הביא ראייה דלא מהני מהא דאמר פרק שני דכתובות ואמר לנא רבנא אשי, ופירש רש"י שם בחד לישנא דרב אשי היה אחד מן המקיימים השטר, וסתר אותו פי' מטעם המפורש שם, אבל לא סתר מטעם זה דע"כ רב אשי לא הוי אחד מן המקיימים, דא"כ מה היה צריך לאחריני בהדיה הא איהו הוה ראש הגולה, אע"כ לעולם בעינן תלתא. אמנם מנהג פשוט הוא לתופשי

ישיבה שחותמים ביחיד לקיים שטרות, ואפשר דבכה"ג נימא מנהג מבטל ההלכה בדבר שבממון."

הביאו להלכה הרמ"א בשו"ע חו"מ מו,ד וכתב דכן המנהג פשוט במדינות אלו, דסבירא לן לענין קיום שטרות דרבנן דיחיד מומחה דינו כג' הדיוטות ומיקרי ב"ד, ואע"ג דאין יחיד מומחה בזמן הזה, מ"מ לענין קיום שטרות דרבנן יש לסמוך עליו, כן נראה לרמ"א טעם המנהג. וביש"ש ב"ק י,יא הביא את דברי תה"ד, וכתב עליו דמדבריו נראה שלא הכריע כלל, רק כמו הין ולא ורפיא בידיה, ולאחר שהקשה על ראיות המקילים, דעתו דדוקא בעינן שלשה ולא סגי בחד דגמיר וסביר, ורק נהגו להקל קיום עדי הרשאה ביחיד, דעיקר הרשאה אינו מעכב כלל.

והב"י הביא את דברי תה"ד וכתב שלא שמענו ולא ראינו מי שנהג כן. ובסמ"ע מו,ח כתב דאף שרמ"א נדחק בטעם הדבר, הבו דלא לסיף עלה כמו שנוהגין עתה שמקיימים השטרות הסופרים והחזונים, דודאי בכה"ג מצי בעל דין לערער, והיינו דוקא שאין יכול לקיים עדי השטר, אבל אם היא חתימת יד הלוח והלוח מודה לפני הסופר או החזן שהיא חתימתו, מהני קיומו לענין שאם טוען לא היו דברים מעולם שצריך לישבע נגדו. גם בנחלת שבעה (שטרות סי' כו) כתב דכמו שיכול דין יחיד לדון בהסכמת הצדדים אפילו אינו מומחה, הוא הדין קיום שטרות נמי סגי ברב התופס ישיבה לבד. ואע"ג דגבי דין יש רצון והסכמת שני בעלי הדין, משא"כ בקיום שטרות שמקיימין השטר אפילו שלא בפני בעל דין, ואפילו עומד וצווח, וא"כ מקיימים אפי' בעל כרחו, מ"מ כיון שנתמנה על כך מן הציבור, יכול לקיים בעל כרחו. והוסיף הנחלת שבעה; "כנים דברי הסמ"ע שאין לקיים ביחיד רק מי שהמחוס רבים עליהם לדון ולהורות כמו הרב התופס ישיבה, משא"כ החזונים והסופרים שאינם ממונים מפי הקהל לדון ולקיים שטרות רק להיות סופרי שטרות". ולכאורה אם יכשירו את הסופרים והחזונים לקיים השטרות, לכאורה מהני לנחלת שבעה, ולסמ"ע צ"ע, דהבו דלא לסיף עלה.

ובש"ך ח הקשה על הרמ"א שכתב ראה לתה"ד, מהא דיחיד מומחה יכול לדון כשלשה וכדלעיל סי' ג וסי' כה, דדוקא לענין דין הוי יחיד מומחה כשלשה, אבל לענין קיום והודאה בעינן ג. וע"כ הסיק שבדברים אלו הולכים אחר המנהג ואפי' הוא נגד הדין, וכמש"כ תה"ד דמנהג מבטל הלכה. אמנם הרב"ז בתש' ח"א סי' שסח כתב דזהו מנהג בטעות ולא הוקבע על פי ותיקין ויש לבטלו, דדוקא אם יבואו המלוה והלוה חשיב כקבלו עליהם את היחיד שיקיים, ובכגון זה "מסתברא לי דהוי קיום ושוב לא יכול לערער שהרי קבלו, דלא עדיף מכל דיני ממונות. וקרוב אצלי שמכאן נמשך המנהג וראוי לבטלו דנפיק מיניה חורבא שיבואו לסמוך עליו אפי' באיסורי, וכבר ידעת כי אין מנהג לבטל האיסור". ועיין עוד בתש' מהר"י אסאד ח"ב חו"מ סי' צב, ובדברי משה (לגאון רבי משה עזרא מזרחי) חו"מ סי' ב מש"כ בזה.

ולפ"ז יהיה נפק"מ בין הסמ"ע והרמ"א, לתה"ד והש"ך, לנדר"ד, בהדיוט המקיים את השטר. דלשיטת הרמ"א והסמ"ע שהוא מכח דין של יחיד מומחה, והבו דלא לוסיף עלה חזנים וסופרים, א"כ דוקא יחיד מומחה יכול לקיים ביחיד. אבל לתה"ד והש"ך דבכה"ג מנהג מבטל הלכה, א"כ ינהגו שהדיוט יחיד יקיים, בכה"ג אמרין דמנהג מבטל הלכה ומהני.

ב. חתימת יד המתחייב, האם צריכה קיום מדאורייתא

לכאורה דין קיום שטרות הוא דוקא בשטר שיש בו עדים, דאף דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין, אמרו חכמים שצריך השטר קיום, ואם לא נתקיים, יכול לטעון החייב טענת מזויף [ולענין טענת שמא מזויף, עיין בחדושי הרי"מ חו"מ מו.ב. ולכאורה תלוי אם הצרכת הקיום היה ביטול הנחקרה כל עוד לא נתקיים, או דין נוסף על הנחקרה שהצריכו לקיים, וע"כ דוקא בטוען ודאי מזויף, ועיין בברכת שמואל ב"מ יג, א ד"ה ונראה, אם ללא קיום השטר פסול לגמרי]. ומ"מ תקנת הקיום שייכת לכאורה במקום שיש בשטר עדים, דאף שנחקרה עדותם בבי"ד, הצריכו חכמים קיום השטר. אולם בשטר שכתב המתחייב, כדי להוציאו מהכח אל הפועל, בעינן קיום מהתורה, דלכאורה לא שייך בזה דין נחקרה בבי"ד.

תנן במשנה כתובות כח, א דלעיתים נאמן גדול להעיד מה שראה בקטנו, כמו זה כתב ידו של אבא וכו'. וכן נפסק בשו"ע חו"מ לה, ד, דיש דברים שסומכים בהם על עדות שמעיד כשהוא גדול שראה בקטנות, כמו נאמן לומר זה כתב ידו של אבי או של רבי או של אחי. ויש מי שאומר דעל כתב של אלו נאמן, אבל לא על של אחרים. ובסמ"ע ס"ק ט, כתב וז"ל:

"ודוקא כשאביו ואינך חתומים בעדים על השטר, דמן התורה הו"ל כנחקרה עדותן בבי"ד ורבנן הצריכו לקיים השטר, בזה דוקא הימנוהו אפילו להוציא ממון על ידו, אבל כשאביו או אחיו הם בעלי דבר שהתחייבו נפשם בכתובת ידם לשלם לפלוני סך ממון או ענין אחר, אז ודאי אין בנו נאמן להעיד על חתימת אביו או אחיו, לא מיבעיא קטן שהגדיל, אלא אפילו אמר שראה חתימת אביו זו בגדלותו, אינו נאמן דהו"ל בכלל לא יומתו אבות בעדות בנים, כמ"ש בסי' לג [ס"ב, ובסמ"ע שם סק"ב], דכיון דאין חתימתו ניכרת, הו"ל כמעיד עליו בעל פה, והכתב יד כמאן דליתא דמי."

מבואר שדין קיום דרבנן שייך רק בחתימת עדים, שבהם יש דין נחקרה, וחכמים הצריכו קיום, אבל בכתב ידו צריך עדות גמורה לקיום חתימת המתחייב, ובעי קיום מהתורה. ונפק"מ שצריך קיום חתימת המתחייב בפניו, כמו כל עדות שצריך לקבלה בפני בע"ד.

ודברים אלה של הסמ"ע, סותרים לכאורה דבריו בחו"מ מו,ז. דהמחבר מו,ד כתב דלא מהני קיום בשנים אלא דוקא בג'. וכתב הסמ"ע דהו"ל כעד מפי עד, אבל בג' והם ב"ד מקיימים; "ואם השטר הוא חתימת יד הלוח והלוח מודה לפני שני עדים שהיא חתימת ידו, נראה דמהני קיומם". ולכאורה למש"כ הסמ"ע לה,ט, איך מהני קיום כזה בחתימת יד המתחייב, דבעד מפי עד לא מהני אם בעינן לקיום מהתורה. וסתירה זו הקשה הגרע"א בהגהות לשו"ע חו"מ מו,ד. גם הנהיבות מו,ד הקשה דדברי הסמ"ע תמוהים, דבחתימת יד הלוח בעי קיום מדאורייתא, ואפילו מפי כתבם לא מהני האי קיום. וכתב לישב דמיירי שהלוח צוה להם לחתום ולקיים, וחשיב העדאת עדים כמו כל שטר שנעשה בציווי המתחייב. ולכאורה לא משמע מלשון הסמ"ע דכן כוונתו, דדברי הסמ"ע נסובים על קיום בפני ב, או שהעדים עצמם מכירים, ולא מיירי בחתימת העדים מדעת המתחייב.

ובקצוה"ח לה,ב ומו,ה כתב דאם אביו הוא החתום בשטר חוב, ודאי אין בנו עד לקיים, דקרוב הוא ופסול להעיד על התחייבות אביו, ומטעם קרוב אפי' אם קיום מדרבנן לא מהני, ואין חילוק בין כתב ידו לעדים, רק דבכתב יד אביו הרי הבן פסול מדין קרוב, משא"כ כשאביו עד אינו מעיד על אביו אלא על חתימתו. ובהכי אתי שפיר שלא יסתרו דברי הסמ"ע אהרדי.

אמנם כדברי הסמ"ע מו,ז שגם בקיום חתימת המתחייב הוי מדרבנן, מצאנו ברמב"ן בתש' המיוחסות סי' כב. הרמב"ן דן בכותי שגבה בשטר שהיה בכת"י המתחייב באמצעות ערכאות, ואח"כ באו בע"ח אחרים לגבות מהקרקע שנמכרה לצורך גבית החוב. ובתו"ד כתב הרמב"ן, וז"ל:

"ועוד דאפשר לומר, וקרוב בעיני, דאפילו בחתם ידו אין אנו חוששין לומר נזדיף, בין בסך בין בזמן. ואפילו לטרוף ממשעבדי, במלוה בשטר, דאחזוקי אינש בשקרא למחתם בשטר לא מחזקינן, דהא קי"ל דקיום שטרות דרבנן, ומדאורייתא לא צריך. ולפעמים העמידו אדאורייתא, כגון גבי גיטין, וגובין בו, ולא חיישינן לומר שמא מזויף הוא, וכדאיתא אחזוקי אינשי ברשיעי ומזייפי לא חיישינן. ומאי שנא חתם ידו וכל מה שכתב, ומאי שנא שמות שני אנשים, אם אנו חוששים לזה. ואינו דומה לשטר אמנה הוא זה. דהתם, דרובא דעלמא מקרו ואמרי, אבל לחתום לא עבידי. ודומה לזה קצת דריש פרק חזקת הבתים. ואפילו יחלק בעל הדין בין חתם ידו לשטר בעדים, אבל מכל מקום כבר ירד זה לבתים קודם שיבואו אלו בעלי המשכונא. ומן הדין ירד. שאילו הוציא הכותי שטר חובו בבית דין של ישראל היה גובה ממש. ואפילו היה הלוח טוען פרוע הוא." ומבואר דס"ל דאין לחלק בין שטר בעדים ושטר בכת"י לענין קיום שטרות דרבנן, ויש לשטר חזקת שטר הן בשטר בעדים והן שטר בחתימת ידו, דאחזוקי אינשי לזיוף שטר לא מחזקינן, דאין לחלק בין חתימות עדים לחתימת המתחייב, דאם לא מחזקינן

לזיופי, אין חילוק ביניהם. גם מהרח"ש בתורת חיים ח"א סי' לב כתב, דאף דיש סברא לחלק בין קיום חתימת עדים לקיום חתימת המתחייב; "מסתברא לי דלא מחלקינן בקיומין". והביא ראיה מרב שרירא גאון שהביא בעה"ת (הובא בב"י חו"מ סי' סט, עיין להלן, שאין מקיימין חתימת יד המתחייב משני שטרות, עיי"ש האריך, וכתב גם דטעם שלא על מנה שבשטר הם מעידים אלא על החתימות, שייך אף בכתב ידו.

ובמחנה אפרים (עדות סי' יז) הביא דברי הרמב"ן הנ"ל דחתימת ידו לא צריכה קיום מהתורה, ובתחילת הדברים כתב דחתם ידו של אדם כמאה עדים דמי, וכמש"כ הריטב"א בקדושין סה לענין שטר קדושין שהוא בכתיבת ידו, דיש מי שאומר דלא מהני מפני שאין דבר שבערוה פחות משנים, אבל הריטב"א בשם רבו הביא, דכתב ידו כמאה עדים דמי. ואפי' החולקים לא אמרו אלא כשחב לאחרני, אבל כל היכא שאינו חב לאחרים, חתימת ידו כמאה עדים; "וכיון שכן מקימין חתם ידו שלא בפניו, דמן התורה חתם ידו כמי שנחקרה עדותו דמי. ודברי הריטב"א שהזכיר המחנה אפרים, הם בקדושין סה,ב, וז"ל:

"ולענין שטר קדושין שהוא בכתב ידו בלבד, איכא מאן דאמר דלא מהני כלל דהא מחייב לאחרני ואין דבר שבערוה פחות משנים, ובגיטין דמהני לדין תורה היינו משום דלא מחייבא לאחרני או משום דכתיב וכתב לה, דמשמע אפילו הוא עצמו. אבל רבינו נר"ו אומר בשם רבו ז"ל דכתב ידו כמאה עדים דמי, ומשום הכי כשר בגט מדאורייתא. ואף על גב דאין דבר שבערוה פחות משנים וכדכתב רש"י ז"ל במסכת גיטין (פ,א), וכיון דכן הוא הדין דמהני לשטר קדושין, דהא איתקוש אהדדי, ומינה גמרינן שטר קדושין".

הרי דכתב ידו כמאה עדים, וע"כ הוי גם גביה דין נחקרה. אמנם הש"ך מו,י כתב דבשטר בחתימת יד המתחייב, צריך קיום מהתורה. הש"ך כתב דבריו על דברי המחבר שמקיימים שטר שלא בפני בעל דין, וז"ל:

"נראה דוקא שטר, או מטעמא דכתב הרשב"א בתשובה [ח"ב סי' שעו] מביאה ב"י [ס"ח], מפני שהמקיימים לא על מנה שבשטר הם מעידים אלא על חתימות העדים, ובין לטעמא שכתבו התוספות [ב"ק קיב,ב ד"ה מקיימין] והרא"ש [שם י,ה] והטור [ס"ח] וסמ"ג [עשין ק"ט], דכיון דקיום שטרות דרבנן, דדבר תורה העדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי וא"צ קיום, ומדרבנן הוא דצריך, והילכך מקיימים שלא בפני בע"ד, ע"כ. אבל בחתימת יד הלזה לא שייכי הני טעמי ואין מקיימים אלא בפניו, דהא ר' יוחנן פליג בש"ס התם דאין מקיימים אלא בפניו מטעם דאמר קרא [שמות כא,כט] והועד בבעליו, יבוא בעל השור ויעמוד על שורו, ונהי דרבא פסיק הלכתא התם כרב, היינו מהנך טעמי דאמרן, אבל בחתימת יד דהלזה שהמעידים באים לחייב את הלזה עצמו ולא שייכי הני טעמי, נראה דלכו"ע אין מקיימים אלא בפניו, כן נ"ל. וכן מוכח

להדיא בסמ"ע לעיל סה"ט ... מיהו כמדומה שנהגו להקל לקיים אף כתב יד לזה שלא בפני בעל דין, ואפשר לומר בזה מנהג מבטל הלכה כמו שמקיים הרב שטרות ביחודי וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ח', דהיינו נמי מטעם מנהג מבטל הלכה, אבל היכא דלא נהוג אין להקל."

מדברי הש"ך עולה דמעיקר הדין לא שייך הטעם של הקולא בקיום שטרות הקיים בקיום עדי השטר, בקיום חתם יד המתחייב, דהטעם דמקיימים שלא בפני בע"ד הוא, או מפני שעל חתימת ידם הם מעידים ולא על מנה שבשטר, דבר שאינו שייך בקיום חתימת המתחייב, שמעידים המקיימים על מנה שבשטר, או מטעם המקל כיון שקיום שטרות דרבנן, דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, דבר זה אינו שייך בחתימת יד המתחייב, דלא שייך לומר גבה דין נחקרה, השייך בעדים. וע"כ מעיקר הדין בעינן קיום מהתורה, וממילא בעינן קיום בפני המתחייב. אלא כיון שנהגו להקל בזה, מנהג מבטל הלכה. רק מה שמביא ראיה מתה"ד (הנ"ל) דמנהג מבטל הלכה בקיום שטרות ע"י הרב תופס הישיבה, לכאורה מנהג זה הוא בקיום שטרות דרבנן, וע"כ אולי מבטל הלכה, אך לא בקיום שטרות דאורייתא כגון בחתימת יד המתחייב.

ודברי הש"ך חזרו ונשנו בחו"מ ס"ט, יב, על דברי המחבר שם בס"ב, דאם טוען המתחייב דכתב ידו מזויף וקיום הכתב יד, דהוחזק כפרן. והביא הש"ך את דברי בעה"ת שהביא הטור והב"י מרב שרירא גאון שאין מקיימין חתימת יד המתחייב משני שטרות או משתי כתובות, דכיון דקיום שטרות מדרבנן, היכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר, וכתב שאין לחלק בין קיום דהכא לשאר קיומים. והב"י כתב שיש לתמוה על דברי רב שרירא, דכיון דמדאורייתא לא בעי קיום, יש להקל בו. והש"ך כתב בהסבר דברי רב שרירא, דכיון דקיום שטרות מדרבנן ומדאורייתא לא בעי קיום, דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי, ומטעמא דקיום שטרות מדרבנן הקילו לקיים משני שטרות או משתי כתובות, היכא דאיתמר, כגון בשטר בעדים, איתמר, אבל בכתב יד דמדאורייתא בעי קיום, שהרי בא לחייב את הלוה עצמו, ולא שייך כאן לומר כמי שנחקרה בב"ד דמי, לא איתמר, ושכן פירש הב"ח, וז"ל הש"ך:

"מיהו נראה דבכל הנך דמקיימים מכח קולא דקיום שטרות דרבנן, כגון שלא בפני בעל דין לעיל מו"ה, או בנאמן להעיד בגודלו שהכיר בקוטנו שהוא כתב יד רבו, שם סעיף יז ס"ק מ"ז, או בעד נעשה דיין בקיום שטרות, שם מו"כד, וכל כה"ג דמקילינן להדיא מטעם קיום שטרות דרבנן, לא מקילינן בכתב ידו שצריך קיום מדאורייתא. ומ"ש הבעל התרומות והטור דאין לחלק בין קיום דהכא לשאר קיום, היינו לענין שני שטרות ושתי כתובות ודכוותיה, דכיון דלא איתמר בהדיא בש"ס דטעמא הוא משום קיום שטרות דרבנן, א"כ אמרינן דמסתמא קיום גמור הוא לכל מילי, אבל היכא דאיתמר בהדיא טעמא משום דקיום שטרות דרבנן הקלו, פשיטא דלא מקילינן בכתב ידו, כן נ"ל, ודלא כתשובת מהרשד"ם

[חו"מ] סי' קמ"ו, ע"ש. ואפילו תימא דהבעל התרומות וטור פליגי גם בזה, מ"מ נראה עיקר בזה כרב שרירא גאון, דכבר נודע דאין לחלוק על הגאון כי אם בראיה ברורה, וכל שכן כאן שדבריו מסתברים וכמש"כ, וכ"ש שהב"ח פסק כוותיה לגמרי, וגם מדברי הסמ"ע לה, ט מוכח להדיא דבכתב יד הלזה מדאורייתא צריך קיום.

ובקצוה"ח מוה חלק על הש"ך וכתב דאף אם אין נחקרה, לא בעי קיום מהתורה, וראיה מדברי הרמב"ם עדות ג, דמן התורה עדים שבשטר לא הוי כמי שנחקרה בב"ד משום דהוי מפי כתבם, ואפילו הכי לחשש זיוף אין חוששין מהתורה. אלא שלשיטת הרמב"ם הטעם שמקילים בקיום שטרות, דמדאורייתא לא חיישינן לזיופי, דחזקה לא חציף איניש לזיופי, וא"כ בכתב יד הלזה נמי לא חציף אינש לזיופי. ועיין בעין יצחק לגרי"א, ח"ב מב, מו שהסיק ג"כ כדעת קצוה"ח דאף בכתב ידו אין צריך קיום דבר תורה.

[ואין להקשות ממש"כ הרמ"א בשו"ע חו"מ סו"ס מו, ומקורו מתש' הריב"ש דבשטר בעד אחד לא אמרינן דנחקרה עדותם בבי"ד ויכול לחזור בו. והש"ך שם ס"ק קיט כתב, דכיון דקיי"ל דע"א בשטר זוקק לשבועה (חו"מ נא, א), א"כ אינו יכול לחזור בו. וצ"ל דאינו דומה חתם ידו לשטר בעדים, דלש"ך ס"ל דכל היכא דמהני עדותם, הרי זה כנחקרה עדותם בבי"ד ואינם יכולים לחזור בהם, ולכן כל אימת שיש תועלת בעדותם, ואפי' בעד אחד שיש תועלת לענין שבועה, נחקרה עדותו בבי"ד. משא"כ בכתב ידו לא חשיב עדות כלל אלא התחייבות, ולא שייך בזה לדעת הש"ך נחקרה.]

ונדו"ד יש לו גם נפק"מ במי שכתב בכתב ידו ובחתימתו שרוצה לגרש את אשתו, אם כתיבתו וחתימתו צריכים קיום מהתורה. בענין זה עיין בדברי מלכיאל (ח"א פח, ח) שכתב דאפילו לשיטות הסוברות דקיום כתב ידו הוא מדאורייתא, מ"מ בכותב שרוצה לגרש את אשתו אין צריך קיום, דאין אדם חוטא ולא לו. דהנה בשו"ע אהע"ז יז, יא - ומקורו מדברי הירושלמי סוף יבמות - שאם מצאו בשטר שפלוגי מת, משיאין את אשתו, דכיון שידוע שהוא כתב ישראל, משיאין אותה, ולדעת הרבה פוסקים אין צריך קיום. דדוקא בשטר שכותב בו עד אחד היה צריך קיום, והקלו בעגונה שאין צריך קיום, דבעד אחד אין את הסברא של אין אדם חוטא ולא לו (ועיין פני יהושע קידושין סג, ב ד"ה תנן רצו), או מפני שיש חשש שיאמר בדדמי, או שאין לגביו את החשש של מירתת שיתפס בשיקרו, שיוכל לומר שטעה. משא"כ בעל שכותב כתבו ותנו גט לאשתי, מירתת לשקר ואינו יכול להשתמט שטעה, דאם אומר שהוא בעל אשה פלונית, מירתת טפי. (ומה שהחמירו בגט לקיימו, היינו דוקא בגט שחתומים עליו עדים דחיישינן שיטען הבעל מזויף). אך לפ"ז אין להקל רק בכותב בפני אנשים, דבשטר הנמצא חיישינן לזיוף מהתורה ובעי לקיים מדאורייתא, וכמש"כ הש"ך מו, ט. אולם אם הבעל

מסר הכתב לשליח או ששלח בפני עדים, בין לטעם דמירתת ובין לטעם שאין אדם חוטא ולא לו, א"צ הכרה שהוא כתב יד/ חתימת הבעל.

עוד כתב בדברי מלכיאל להקל עכ"פ בקיום של עד אחד ואפילו אשה או קרוב, עיי"ש באריכות הדברים דהתיר מטעם מילתא דעבידא לאיגלווי. וע"כ ס"ל לדברי מלכיאל דאף אם מעיקר הדין אין צריכים להכיר חתימת יד הבעל, מ"מ טוב שעד אחד יקיימו, ואפילו באשה או קרוב סגי, ויכולים להעיד על הקיום אפילו בכתב, וכמו שפסק הריב"ש (סי' שפב וסי' תיג), הביאו להלכה הרמ"א בחו"מ מו,ז (ועיין בש"ך ס"ק יז מה שהקשה על דין זה, דהריב"ש הסתפק בזה, ולרא"ש בגיטין פרק מי שאחזו (סה"ב) כתב דנשתתק אינו יכול לקיים חתימתו. ובב"ש קמב"א כתב לחלק בין נשתתק לפיקח. ועיין בקרבן נתנאל גיטין א,לז, בית מאיר אהע"ז קמב"ז, ותש' כנסת יחזקאל סי' פב. ובקצוה"ח ס"ק יח כתב דנשתתק הוי פסול הגוף כחרש, וע"כ דוקא נשתתק לא מהני קיום, משא"כ בפיקח יכול לקיים מתוך הכתב).

ג. קיום ע"י ערכאות

לאמור לעיל נדו"ד תלוי לכאורה אם חתימת ידו צריכה קיום מהתורה, דלשיטת הש"ך שצריכה קיום מהתורה, לכאורה לא מהני חתימת הקונסול כקיום. משא"כ לשיטות, וכן נראה להלכה, דס"ל דקיום כתב ידו הוא גם מדרבנן, מהני בזה מנהג שנהגו לקיים ע"י הקונסול. ואף לש"ך שכתב דבזה יש ללכת אחר המנהג, ומנהג מבטל הלכה, א"כ כמו שמהני לשיטתו קיום שלא בפני המתחייב, הוא הדין שיועיל קיום לפי המנהג. אמנם צ"ע בזה, דראייתו מתרומת הדשן היא בקיום מדרבנן, ולא באופן שצריך קיום מהתורה לשיטתו.

והנה לענין נמצא שטר שכתוב בו מת איש פלוני (רי"ף יבמות מו,ב בעמוה"ר, ושו"ע אהע"ז יז,יא), דנחלקו הראשונים והפוסקים אם שטר כזה צריך קיום, או הקלו בעיגון, עיין במחבר שם שפסק שאין צריך קיום, עיין בתש' של הח"מ שהובאה בח"מ סי' יז סע' יא, המקל במקום עיגון, ובב"ש יז,כט שהחמיר בזה, ובפ"ת ס"ק נב הביא מחלוקת בזה, והרבה מקילים כח"מ. ודנו הפוסקים אם יש להקל כשהשטר בא מהערכאות. וראיתי בבאר יצחק לגרי"א, חאהע"ז סי' ה שכתב להקל בשטר של ערכאות שמת היבם, דאפשר לסמוך על שטרות העולים בערכאות של עכו"ם, ואף דבגיטין (כח,ב) גבי שמע מן קונטרמסין פלוני מת או נהרג אין משיאין אשתו, והקשתה הגמ' דהא הוי מסיח לפי תומו ומהימן, וכיון שלא שאלה הגמ' בפשיטות דהא הוי ערכאות ומהימני, מוכח מזה דעדות ערכאות לא מהימנא בעדות אשה. וכתב ע"ז בבאר יצחק דאין זו הוכחה כלל, לפי מש"כ הרא"ש בגיטין (א,י) דדווקא לחתום שקר לא מרעי נפשיהו, אבל לעדות בעל פה בשקר מרעי נפשיהו, והא דגיטין גבי שמע מקונטרמסין

לא הוי בגדר עדות בערכאות, מאחר ושם מדובר בעדות בע"פ, אבל בחתמו עדותם בשטר ודאי מועיל, דלא מרעי נפשייהו לחתום שקר.

ובתש' אחרת, בעין יצחק ח"ב ו,ד, דן הגר"א בענין בעל שצויה בכתב ידו ובחתימתו שיתנו גט לאשתו, ואין במקום האשה עדים המכירים חתימת יד הבעל, וכתב דאף שבבאר יצחק כתב להקל בקיום בערכאות לענין מיתת היבם או הבעל, יש לחלק דשאני בעד מיתה דעד אחד נאמן וגם קרוב ואשה נאמנים, ע"כ יש להקל בערכאות, משא"כ בגט דבעינן שני עדים כשרים שאינן קרובים, יש להחמיר ע"י קיום ערכאות. אך כתב להקל, כיון דמצאנו דהקילו חז"ל גבי קיום גט דנאמן השליח לבדו לומר בפני נכתב ובפני נחתם, דמשום עגונא הקילו רבנן, ואף דבשטרי ממון לא האמינו חז"ל לשליח. מ"מ בגיטי נשים האמינוהו. הרי דהקילו חז"ל לענין קיום על הגט יותר מקיום שטרי חוב ושטרי מקח. לפ"ז יש ללמוד דהוא הדין בערכאות, דכמו דנאמנים על קיום שטרות, מכל שכן דנאמנים בגט על קיום, כיון דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן. רק הקשה מדברי הש"ך הנ"ל דבכתב ידו צריך קיום מהתורה, וז"ל:

" אך אכתי יש להחמיר בנ"ד ע"פ דברי הש"ך חו"מ מו,י שכתב לחלק דדוקא בחתימת יד עדים אין צריך מהתורה קיום, אבל בכתב ידו צריך מהתורה קיום. ולפ"ז בנ"ד דאינו רק כתב יד הבעל ולא עדים ובי"ד, כיון דצריך מהתורה לקיים, א"כ אולי לא נאמנים ערכאות בזה. ע"כ לכאורה יש להחמיר עדיין בכ"ז. אכן כיון דהקצה"ח מו,ה העלה דלא כהש"ך בזה וס"ל דאף כתב ידו אין צריך קיום מהתורה, וע"כ יש להקל בנ"ד כיון דלהרבה פוסקים ראשונים דס"ל דרק מצד דלאו בני כריתות, פסולים בגיטי נשים. אבל מצד נאמנות, נאמנים ג"כ מהתורה אף בגיטין כנ"ל. א"כ אף אי נימא דצריך קיום מהתורה, עכ"ז הא נאמנים בזה לשיטתם. וגם אף למחמירין וס"ל דרק מצד תקנת חז"ל נאמנים ולא מהתורה, עכ"ז הא לסברת הקצה"ח הנ"ל א"צ קיום מהתורה אף בכתב ידו, ומסתברים דברי הקצה"ח בזה. ע"כ נאמנים הערכאות בזה והוי כעין ספק ספיקא, ספק שמא הלכה דערכאות יש להם נאמנות מהתורה, ורק משום לאו בני כריתות נינהו פסלינן להו. ואת"ל דאינן נאמנים מהתורה, עכ"ז דלמא כתב ידו אין צריך קיום מהתורה רק מדרבנן, ונאמנים בזה."

מבואר מדבריו דעיקר כשיטת קצוה"ח דגם כתב ידו אין צריך קיום מהתורה, ואף שצריך צד נוסף, דערכאות נאמנים אף בגיטי נשים, ומה שנפסלו הוא לא מצד חוסר נאמנותם אלא לפי שאינם בני כריתות, וע"כ לענין קיום שאינו עדות, נאמנים גם הערכאות, מ"מ נקט עיקר כדעת קצוה"ח ודעימיה. ולכאורה למה לא ציין שאף לש"ך נאמנים מחמת המנהג. וצ"ל שאף שהיה מנהג לקיים כתב ידו שלא בפניו, מ"מ לקיים בערכאות לא היה מנהג כזה, ולא שייך בזה מש"כ הש"ך שמנהג יבטל הלכה.

שוב מצאתי בספר הזכרון לגר"י הוטנר, תשובות מהגרי"א (עמ' תקנח - תקנט) שבא לפניו שאלה, באיש ששידך את בתו עם בחור הדר באפריקא, ועתה רוצה לשאתה, ואינו יכול מפני ריחוק הדרך, ואין אפשרות אלא לקדשה ע"י שליח ובכתב, ואין בי"ד באפריקא שיקיים כתבו, וגם אין שם יהודים כשרים, ורק יכול בכתב ידו למנות שליח, ולקיים חתימת ידו בערכאות (וצריך גם לשלוח טבעת ולצוות שיקדשנה רק בטבעת זו, להוציא מחשש מילי, עיי"ש). ודן לענין קיום חתימת ידו בערכאות, דאף שבבאר יצחק (הנ"ל) כתב שיש לסמוך על הערכאות להיתר במיתת הבעל, היינו דוקא במת הבעל, דאף עד אחד ואשה וכו' נאמנים, אך לענין שטר קדושין דבעינן שני עדים כשרים, לא מצאנו להקל בערכאות. אמנם למש"כ בעין יצחק (הנ"ל), יש להקל גם בזה. ואח"כ שלחו לגרי"א שבתש"ה הרמב"ן (הנ"ל) דגם בכתב ידו אין צריך קיום מהתורה, וכן הוא במהרשד"ם, ועל כך השיב וז"ל::

"ובאמת גם בספרי העליתי דהעיקר כקצוה"ח דכתב ידו אין צריך קיום מהתורה, וע"כ במקום הדחק דעתי מסכמת לדעת מעכ"ת דיצעה שליח בכתב ידו בקיום הערכאות וכמש"כ בספרי כיוצא בזה גבי גט, אך לא יהיו לתקנה כללית, דמי יודע אם יהיה מסור זה לכל, יכול להיות ח"ו מזה איזה מכשול וכיוצא. ע"כ לא יהיה כן רק לפרקים ובצורך גדול כפי ראות עיני מעכ"ת."

ובנדו"ד לכאורה אין בזה חשש מכשול אם יקיימו חתימת ידו ע"י הקונסול על הסכמי גרושין, ואם אין אפשרות שיהיה מקוים ע"י בי"ד, ראוי ועדיף שיעשה כן בפניו. וכאמור, רבים סוברים שאף בכתב ידו אין צריך קיום מהתורה, וחתימת ידו כמאה עדים, וכמש"כ הרמב"ן והריטב"א. ואף לש"ך שמקיימים חתימת ידו שלא בפניו מכח המנהג, אף לשיטתו שצריך קיום מהתורה, כיון שכך נהגו, א"כ הוא הדין שכבר נהגו לקיים בדרך זו. וכן בכל דבר שנהגו לקיים חתימות וכיוצא בזה ע"י נוטריונים.

לאור האמור, ניתן ע"פ ההלכה לאשר את הסכם הגרושין בתוקף של פסק דין, כשאחד הצדדים חתם בחו"ל בפני הקונסול.

סימן י

קדימויות בפרעון חובות

ראשי פרקים

- א. קדימת אביו בהשבת אבידה ובפרעון חוב
- ב. טוען שיש לו עוד בע"ח
- ג. עיקול אינו תפיסה
- ד. סידור לבע"ח בדירה בה הוא גר
- ה. תוכניות חסכון שע"ש ילדיו

בענין ראובן שהיה חייב סכום כסף גדול לגמ"ח. קופת הגמ"ח תבעה את ראובן לדין תורה. אין ספק שראובן חייב לשלם לגמ"ח, אלא שטוען שיש לו חובות נוספים, ואין בידו בשלב זה לשלם את כולם, ומבקש מביה"ד הכרעה על סדר הקדימויות ואם חייב לשלם מנכסים מסוימים, כפי שיפורט להלן. השאלות שעלו לדין:

- א. ראובן חייב לאביו חוב גדול מאד, אך מועד ההלוואה והחוב מאוחרים לכל החובות האחרים, ושאלתו אם יש מצוה להקדים פרעון חוב אביו כמו שמצוה להשיב אבדתו בתחילה אם חכם וכו'? ומדובר בשני החובות אינם בשטר בעדים אלא בשטר בכת"י.
- ב. כיון שגמ"ח מטרתו להלוות כסף לאנשים, האם יש לאחרו בפרעון ביחס לבע"ח פרטיים?
- ג. טוען שיש לו עוד בע"ח, ומוסר שמות, אך אין לפנינו תביעה או מסמכים המאשרים את טענתו, כאשר בע"ח אלה מוקדמים לגמ"ח, וחלקם מלוה ע"פ, בעוד הגמ"ח מלוה בכת"י?
- ד. אחד מבע"ח (שכן ידוע, אך הוא מאוחר מהתובע) עשה עיקול כנגד ראובן בביהמ"ש, האם העיקול נותן לו זכות קדימה?
- ה. האם חייב למכור את דירתו כדי לפרוע לבעלי החובות, ומה דינם של תוכניות חסכון שע"ש ילדיו שהוא הפקיד את הכסף, האם רשאי לשלם חובות מתוכניות חסכון אלו בהיותו הבעלים והמורשה משיכה?

א. קדימת אביו בהשבת אבידה ובפרעון חוב

תנן במשנה ב"מ לג, א: אבדתו ואבדת אביו, אבדתו קודמת. אבדתו ואבדת רבו, שלו קודם, אבדת אביו ואבדת רבו, של רבו קודמת, שאביו הביאו לעולם הזה ורבו שלמדו

חכמה מביאו לחיי העולם הבא, ואם אביו חכם של אביו קודמת. היה אביו ורבו נושאין משאוי, מניח את של רבו ואחר כך מניח את של אביו. היה אביו ורבו בבית השבי, פודה את רבו ואחר כך פודה את אביו, ואם אביו חכם, פודה את אביו ואחר כך פודה את רבו. ובגמ' שם ילפינן דשלו קודמת לשל אביו ורבו, מאפס לא יהיה בך אביון. ובהמשך דנה הגמ' גדר רבו, אם רוב חכמתו או אפי' מקצת. והנה במשנה ובגמ' שם לא נתבאר להדיא דאבידת אביו קודמת לאבידת אחרים, ובפשטות זה נלמד מהגמ', דאם כלפי רבו קודמת אם אביו חכם, וכשאינו חכם רק של רבו קודמת, א"כ משמע דכלפי עלמא של אביו קודמת, וכן של רבו קודמת כלפי עלמא. עוד לא התבאר, האם דין זה כשרואה את אבידת שניהם יחד, והשאלה באיזה מהם יקיים השב תשיבם, או אפי' כבר הגביה את אבידת זה שאינו מוקדם, ופתאם רואה את אבידת המוקדם, אם מניח אבידת המאוחר ומחזיר המוקדם, או כיון שכבר חל עליו חיוב של השבה על המאוחר, תו לא פקע, ורק אם רואה שניהם יש סדר קדימויות, משא"כ כשכבר חל עליו. והנה הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה יב, א-ב, כתב וז"ל:

"מי שאבדה לו אבדה ופגע באבדתו ואבדת חבירו, אם יכול להחזיר שתיהן חייב להחזיר ואם אינו יכול להחזיר אלא אחת מהן אבדתו קודמת, ואפילו לאבדת אביו או רבו שלו קודם לכל אדם. פגע באבדת רבו עם אבדת אביו אם היה אביו שקול כנגד רבו של אביו קודמת ואם לאו של רבו קודמת והוא שיהיה רבו מובהק שרוב חכמתו של תורה ממנו."

בשתי ההלכות נקט הרמב"ם "ופגע באבדתו ובאבדת חבירו", וכן "פגע באבדת רבו עם אבדת אביו". הרי שדוקא בפגיעה שפגע בשניהם יש דין קדימה, אבל אם פגע תחילה באבדת חבירו, ובודאי אם הגביה ע"מ להשיב, כבר נתחייב בהשבה, ותו לא פקע לכאורה מחמת הקדימה ששלו קודם. והנה הרמב"ם בהל' ת"ת יב, א, כתב וז"ל:

"ראה אבידת אביו ואבידת רבו, של רבו קודמת לשל אביו ... וכן אם היה אביו תלמיד חכם אף על פי שאינו שקול כנגד רבו משיב אבידתו ואחר כך משיב אבידת רבו .."

והקשו הנו"כ (עיין בכס"מ שם) סתירה למש"כ הרמב"ם בהל' גו"א, דבהל' גו"א יש קדימות לאביו רק אם שקול כנגד רבו, ובהל' ת"ת כתב דיש קדימות לאביו אפי' אין שקול כנגד רבו אלא בהיותו תלמיד חכם. ובב"י יור"ד סי' רמב, לאחר שכתב שדבריו בהל' גו"א הם עיקר והביא את תרוצי הנו"כ, כתב לישב את הסתירה, וז"ל:

"וכבר היה אפשר ליישב סתירת דברי הרמב"ם ולדקדק, דבהלכות ת"ת כתב ראה אבדת אביו ואבדת רבו, ובהלכות גזלה ואבדה כתב פגע באבדת רבו עם אבדת אביו, כלומר דבהלכות ת"ת מיירי שראה אבדת אביו קודם ואחר כך ראה אבדת רבו, שכיון שתחלה ראה אבדת אביו אף על פי שלא הספיק להגיע לה עד

שראה אבדת רבו ומפני כך הוא מחוייב להקדים אבדת רבו, מכל מקום לענין זה מהני מה שראה אבדת אביו תחלה, שאם היה אביו תלמיד חכם אף על פי שאינו שקול כנגד רבו, אבדת אביו קודמת כיון שראה אותה תחלה. ובהלכות גזלה ואבדה מיירי שפגע בשתי האבידות כאחד, ומפני כך אף על פי שאביו תלמיד חכם, אם אינו שקול כנגד רבו אבדת רבו קודמת. אלא שלא נמצא לחילוק זה עיקר בגמרא. הילכך נראה כדברי ההגהות שטעות סופר יש בהלכות ת"ת, ודבריו בהלכות גזלה ואבדה עיקר.

ובתחילה רצה לחלק בין ראה קודם אבדת אביו, שלענין זה אם ראה אבדת אביו קודם, היא קודמת אם הוא ת"ח, אם לא הספיק להגיע, משא"כ בהל' גו"א ראה את שניהם. ודחה חילוק זה. ומ"מ נראה מדבריו דמה שראה אינו מבטל סדר קדימויות, ולכאורה אם כבר הרים ע"ד להשיב, כבר נתחייב, ואין להחזיר אבדה אחרת מכח סדר הקדימה. דכך לכאורה אפשר לדייק מהב"י ממש"כ; " שכיון שתחלה ראה אבדת אביו אף על פי שלא הספיק להגיע לה עד שראה אבדת רבו ומפני כך הוא מחוייב להקדים אבדת רבו". וכן גם מסתבר, דכיון שחלה עליו מצות התורה להשיב האבדה, איך יבטל המצוה שכבר חלה עליו מפני כבוד אביו. וע"ע בערוך השולחן חו"מ רסד,א דאם אבדת חבירו מוכנה להשבה ואבדתו אינה נמצאת לעת עתה אלא שאומר אלך ואחפשנה אולי אמצאנה, נראה דמדינא חייב להשיב אבדת חבירו.

לפ"ז אין לדמות כלל ענין תשלום חוב של אביו להקדימו לתשלום חוב של אחר, אם חל כבר חיוב מכח ההלואה להלוואה האחר, דגם באבדה אם כבר חל עליו חיוב להשיב את האבדה, הרי שהחיוב של אבדת אחר שכבר חלה, קודמת לשל אביו, והוא הדין בהלואה שהקודם בשעבוד, קודם בחיוב תשלומים.

עוד י"ל דהשבת אבדה הינה מצוה ממצוות התורה, והתורה פטרה פעמים כגון בזקן ואינה לפי כבודו, או באבדתו ואבדת חבירו דאבדתו קודמת וכנ"ל, וכן בקדימת אבדת אביו ורבו, משא"כ בתשלום חוב, דאף דפריעת בע"ח מצוה, חיובה הוא מכח השעבוד שהשתעבד הלוה לשלם למלוה ולהחזיר ההלואה, וכל ששעבודו קודם ע"פ כללי השעבוד, הוא קודם בתשלום החוב, והמצוה תלויה בקדימות השעבוד (וע"ע להלן מה שיתבאר בזה). ע"כ אין מקום להקדים פרעון חוב אביו המאוחר בשעבוד.

ומה שטוען שהגמ"ח ימתין לאחר תשלום לאביו, כיון שמטרת הגמ"ח להלוות לאנשים ויכולים להמתין, אינה טענה נכונה כלל, כיון הגמ"ח מיועד שילוו לעוד אנשים ולא רק ללווה זה, וע"כ אם השעבוד של הגמ"ח קדם, הוא גם קודם בפרעון.

ב. טוען שיש לו עוד בע"ח

באשר לטענה כי יש לו עוד בע"ח ומוסר שמות, אך אינם לפנינו, ואין בידו כדי לשלם לכל בעלי החובות, אם חובה על ב"ד להתחשב בטענתו ולא להגבות לגמ"ח, ואם יש חובה לב"ד לברר ולפנות לאותם שמות שמוסר, או כיון שאין לפנינו תביעה מבע"ח אחרים, יש לחייבו לשלם לגמ"ח שהוא הבע"ח המוקדם שלפנינו. והנה בתש"מיימוניות (לתלמיד מהר"מ מרוטנבורג) ספר משפטים סי' מא, כתב וז"ל:

"ועל מי שיש לו בעלי חובות ואין לו כדי לפרוע לכולן. נ"ל דאין הדיין יכול לכופו לפרוע לאחד כל חובו ממטלטלי אלא יפרע לכל בעלי חוביו בשוה, אף על פי שחייב לזה יותר מלזה, חולקים כל הנמצא בידו בשוה ממש כמו שפי' רבינו האלפסי זצ"ל פרק מי שהיה נשוי, ולא אמרינן כל חד שקיל לפי חשבון מעות, כמו שכתב בשערים שלו בשער יט ... הילכך כיון דידעינן בודאי דאית ליה בעלי חובות אחריני, האי דיינא דמזדקיק ליה לחד מינייהו ומפיק מלוה, לאו שפיר עבד, דהא תנן סתמא חולקין (כתובות צג,א) וקא פסיק ותני חולקין בין דאתו כולהו קמן בין דלא אתא אלא חד מינייהו. ודאי אי תפיס איהו גופיה לא מפקינן מיניה במטלטלי כמו שהוכיח ר"ח (הובא בתוס' כתובות צג,א) מההיא דרפ"ב דערכין (ז ב), אבל אנן לא מזדקקין ליה לאתפוסיה לחוב לאחרים, כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה כדאיתא פרק הכותב (פד,ב), הכא נמי ב"ד אין להם להשתדל בדבר להתפוס לחוב לאחרים, כיון דאילו מתפסינן ליה לא מצי לאפוקי מיניה, הילכך לא תפסינן כיון דאי תפיס לא מפקינן אלא כל דאליה גבר כדינא דההיא ארבא (ב"ב לד,ב)."

מבואר מדברי הג"מ, דאם ידעינן שיש לו בע"ח אחרים, אף שאינם לפנינו, לא מגבים לאלה שבפנינו דברים שמהני בהם תפיסה כמטלטלין, משא"כ קרקעות דלא מהני בהו תפיסה, שאם יבוא המוקדם יוציאו בית דין מיד המאוחר, אבל במטלטלין דמהני בהו תפיסה, אף שיכול המאוחר לתפוס, מ"מ ב"ד אינם מגבים לו. אמנם גם הג"מ מיירי שהבע"ח ידועים לנו, והיינו שהביא איזה הוכחה שיש לו עוד בע"ח, באופן "דידעינן בודאי דאית ליה בעלי חובות אחריני". והב"י חו"מ קד,ג כתב על דבריו, וז"ל:

"ותמהני על דבריו, שאם אחד מהבעלי חובים במדינת הים יפסידו האחרים ולא יכופו אותו בית דין שיפרעם עד שיבוא אותו האחד, ולקתה מדת הדין. ועוד, דאם כן לא לישתמיט חד מהפוסקים לכתוב כן, הילכך נראה דליתא לההיא תשובה, אלא אם אין תובעו אלא אחד כופין אותו לפרעו."

ומבואר דאפי' בדידעינן בודאי שיש לו עוד בע"ח, וכנדון הג"מ, בכל אופן אין אנו נזקקין אלא לתביעה שלפנינו, ומגבים למי שלפנינו אפי' מטלטלין. והב"ח חלק על

הב"י, וכי משום שהבעל חוב במדינת הים יפסיד חובו. אלא דכך הוא הדין במי שיש עליו חובות הרבה ואין דין קדימה במטלטלין, חולקין יחד, ואלו שהם לפנינו נוטלין כל אחד חלקו, וחלק האחד יהא מונח בבית דין עד שיבא ממדינת הים. והביא הב"ח דכן יש ללמוד מדברי הרמב"ם בהל' מלוה ולוה ב,ה; "מי שנתחייב בשבועה זו מפני שטר חוב שעליו, והודה לאחרים בחובות אחרים והשיגה ידו יתר על הראוי לו, לא יטול היתר אלא בעלי שטרות בלבד, שמא קנוניא עושה בהודאתו על נכסיו של זה". ומשמע שאם החוב ודאי, שמתחלקים כל בעלי החובות. והנה הנ"ל תמכו יתירותם על פסקי הריקנטי (סי' תקכד) שפסק להדיא שבין תבעו הבע"ח ובין לא תבעו, אין מגבים לתובע יתר מחלקו, וז"ל:

"ראובן שיש לו תובעין הרבה ובא אחד מהן ותבעו והודה שהוא חייב לו ולשאר התובעין, ואומר שהוא רוצה לחלק נכסיו בין כל התובעין. חזינן אם הם מטלטלין שאין בהם דין קדימה, יחלקו הכל בשוה. ואף על פי שאין כל החובות שוין, לא אמרינן לישקול כל אחד לפי מעותיו כמ"ש רב אלפס בפ' מי שהיה נשוי. ואין לחלק בין היכא דאתו התובעין קמן למיבעי חלקיהו ובין היכא דלא אתו אלא חד מינייהו. מיהו אם תפס לא מפקינן מיניה, אף על גב דהוי בע"ח מאוחר במטלטלין מה שגבה על חלקו המגיע גבה. אבל אם היו קרקעות, הכל לפי הקדימה, ואם תפס במאוחר מפקינן מיניה."

וגם מפסקי ריקנטי מבואר שגם שאר בעלי חובות תבעו אותו אלא שאינם לפנינו, או שתבעו אותו במקום אחר וכעת מ"מ אינם לפנינו, אבל ברור מלשון השאלה שכבר תבעו. ועוד משמעות הדברים, שגם כבר בית דין דנו על כל התביעות והודה שחייב, וע"כ יחלקו בשוה. אבל אם היתה רק תביעה ולא היה פס"ד לחייב ולכהפ"ח לא הודה, גם לריקנטי לא יגבו אלא אלה שכאן. ואפשר שהב"י מיירי שידוע בודאי שיש עליו עוד בעלי חובות אך לא תבעו אותו, או שתבעו וביה"ד לא דן ולא פסק. ובזה נחלק על מה שכתב הגהות מיימוניות. אבל אם כבר תבעו כדברי הריקנטי, אפשר דגם הב"י מודה שיש להתחשב בתביעה ולחלק.

ודבר זה למדנו ממשנתו של קצוה"ח קד,ב שכתב דאם כבר תבעו אותו הבעלי חובות האחרים, וכבר מוטלת על הלוי מצות פריעת בע"ח, אלא שלא באו לבי"ד לגבות חלקם, בזה מודה הב"י דאינו מפסיד אותו שאיננו כאן, והב"י לא כתב דבריו אלא באופן שאינו תובעו כלל, וכמו שמדויק בדבריו שכתב אינו תובעו אלא אחד וכו'. וקצוה"ח אזל לשיטתו בהסבר דברי הב"י, וז"ל:

"דכיון דבמטלטלין ליכא דין קדימה ועל כרחך לית ביה משום שיעבוד ואינו אלא מצוה לפרוע, וכמו שאמרו בפרק הכותב (כתובות פו,א) למ"ד לאו שיעבודא דאורייתא. וא"כ כיון דאם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו וכמבואר בסימן עג,ח דאפילו נשבע לפרוע אינו עובר אלא כשתובעו, ואינו חייב ליתן

ליד ב"ד או להוליכו למדינת הים אלא בגזל ונשבע עליו לשקר, וא"כ הרי זה מוטל עליו היום לקיים מצות פריעת בע"ח לזה שתובעו, ולזה שבמדינת הים עדיין לא הגיע זמן מצותו ולכן המצוה המוטל עליו עכשיו אינה נדחית מפני המצוה שיבא לו אח"כ. וראה מפרק התכלת (מנחות מט, א) צבור שאין להם תמידין ומוספין איזה מהם קודם, והיינו במוספין דהאידנא ותמידין דלמחר, תדיר עדיף או מקודש עדיף, ופירש"י בלישנא אחרינא ומוספין הוי מקודש קודם תמידין, דמוספין יקרבו היום ותמידין לא יקרבו עד למחר, וכן פירשו תוספות (ד"ה תדיר) אותו שזמנו עכשיו מיקרי מקודש ועיי"ש. וא"כ הכא נמי אותו שזמנו [עכשיו] עדיף וצריך לקיים קודם מצותו, אע"פ שלא יהיה לו לצאת ידי חובתו במצוה שיבא לו לאחר זמן כשתבענו השני."

ובהמשך דבריו הביא קצוה"ח מדברי הרדב"ז (ח"ד סי' אלף פ"ז) במי שהיה חבוש בבית האסורין ונתנו לו רשות פעם אחת בשנה לצאת, אין לחשוש למצוה קלה או לחמורה, אלא כיון דקי"ל (פסחים סד, ב) אין מעבירין על המצות, המצוה הראשונה שתבא לידו ואי אפשר לעשותה בבית האסורין יעשנה. ומ"מ מדברי קצוה"ח והסברו עולה שאפי' לא הודה הלוח, וכל שכן לא נפסק בבי"ד, אלא רק תבעו, כזה רמיא עליה מצות פריעת בע"ח. אמנם בריקנטי נראה דלא רק בתביעה תליא מילתא אלא גם בהודה או פסקו בי"ד, שאל"כ אינו בכלל המלוים שבהם בי"ד צריך להתחשב, והחידוש שאם הודה או פסקו בי"ד, אף שאינו כאן לגבות, ביה"ד שלפניו תביעת אחד המלוים, חייב לחלק בשוה בין כל המלוים, אבל לקצוה"ח בתביעה בעלמא תלוי הדבר שיתחייב במצוותו כאשר אין שעבוד.

ובנתיבות קד, א חלק על מש"כ בקצוה"ח דכל זמן שאין המלוה תובע לית ביה אפילו מצוה לפרוע; "והא ודאי ליתא, דודאי אף שהמלוה שוכח ואינו תובע, חייב לפרוע, ולא דמי לנשבע דאינו חייב בלא תבע, דאמדינן לדעתיה שכך היתה כונתו בשעה שנשבע, משא"כ מצות פריעת בעל חוב דרחמנא חייביה לפרוע".

ובדין זה אם יש מצוה לפרוע החוב כשאינו תובעו, מצאנו בשלטי גבורים בב"ק (מה, ב בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"וכן נראה בעיני שהמלוה את חבריו ואינו תובע הלואתו, אין הלוח 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

משפטיך סימן י ליעקב קעה

נותן לו אורכה של זמן מעבר לזמן שקבעו ביניהם. ועיין בשער המשפט סי' צח סוס"ק א, ועיין מה שכתבתי בענין זה בח"ה א,ט.

ומדברי הרא"ש בתש' (ח,ו) מבואר לכאורה שאין הלזה 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.

ועי"ש בהמשך דברי האמרי ברוך שרצה ללמוד ברא"ש, דדוקא בנידון שהיה לפני הרא"ש שנשבע שיפרע לו או לכל מי שמוציאו, שהחייב 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.

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.

והש"ך קדו, נראה שפוסק כדעת הב"ח. ובתש' צמח צדק סי' קיח הביא את מחלוקת הב"י ותשובות מיימוניות, וכתב דמדיוק לשון רבינו יונה שהביא הטור חו"מ סי' קדט, שכתב; היו עליו בעל חובות הרבה כולם ביום אחד וכו' אין בהן דין קדימה וכל הקודם בהן זכה וכו' וכן כתב הר"ר יונה וכתב ומיהו דוקא שגבה בב"ד כגון שהגביהו ב"ד קודם שידעו שהיה שם חוב אחר וכו' אבל אם מעצמו וכו'. ומדיוק דדוקא באופן שהגביהו ב"ד קודם שידעו שהיה שם חוב אחר, למידק מיניה לאפוקי אלו היו יודעים שיש שם חוב אחר לא היו הבית דין מגבין לזה לבדו, דאי לא תימא הכי לא הוי צריך למימר קודם שידעו שהיה שם חוב אחר, ולא הוי ליה למימר אלא כגון שהגביהו בית דין ותו לא. אלא בא להורות דוקא שלא היו יודעין מחוב אחר, לכך היו הב"ד מגבין לזה לבדו, אבל אלו היו יודעים שיש שם חוב אחר לא היו הב"ד מגבין לזה לבדו. עוד הוסיף הצ"צ, דהב"י לא רצה לסמוך על סברתו, ולכך לא כתב דין זה בשו"ע שלו כלל ולא הזכירו כלל. וכתב שכן מצא ברקנטי (הג"ל); "והרי הרב מרקנטי הוא חד מן הפוסקים שכתב כן. ותו אין להסתפק בדין זה. וכן הסכימו עמדי הבית דין. ופסקנו כך הלכה למעשה".

והנה בנדו"ד אף לדעת החולקים על הב"י וסוברים שאינם יכולים להגבות כשיש עוד בע"ח, היינו דוקא לכל הפחות בעלי חוב ידועים, שיש בידם שט"ח והראוהו בב"ד, או שיש פס"ד המחייב, אבל כשטוען שיש לו עוד בע"ח ואינו מביא ראיה של שטר או פס"ד מחייב, ודאי שיכולים להגבות לבע"ח שלפניהם. ואף מה שחלק הנתיבות שיש חיוב פריעת בע"ח אף בלא תובעו, היינו על הלוה, אבל ב"ד אינם צריכים לחוש לטענות סרק שאינן מגובות בשטרות. ולענ"ד צריך להביאם לבי"ד שיטענו שלא פרע, ובלא"ה ב"ד חייב להגבות לבע"ח שלפניו אף לחולקים על הב"י. ואף כשמביא ראיות יש לבחון ולבדוק אם אין כאן איזו קנוניא ושטרות מזויפים. וכשאינו מביא ראיות לטענתו ואין תביעה מצד אחרים, פשוט שחייבים להגבות לזה שבפנינו לכ"ע. ואף שמציג שמות של מלוים, אין ב"ד צריכים לבדוק, דגם החולקים על הב"י דברו בבע"ח ידועים, ובהעדר ראיות לכאורה על בע"ח, אין לראותם כבע"ח ידועים.

ג. עיקול אינו תפיסה

ומה שעשה עיקול בבימ"ש, הנידון אם להחשיב עיקול כתפיסה, ושנאמר מה שגבה גבה, כמו לענין מטלטלין, שאם תפס המאוחר, אפי' תפס אח"כ המוקדם ממנו, מוציאים

מידו, כמו שפסק המחבר בשו"ע חו"מ קד"ג, וברמ"א שם לענין שטרות דיחלוקו. וכסף דינו כמטלטלין, ושיקים דינם כממרנ"י (לכאורה לכהפ"ח, עיין מש"כ בח"א סי' כא) שאם תפס לא מהני, אא"כ מסר לו הלואה, כי היכי שתהיה מסירה שיקנה בהכי (עיין קצוה"ח קד"ג).

מדברי הרא"ש בתש' עט, ג מבואר שבע"ח מוקדם שבי"ד "סגר את חנות הלואה", לא חשיב תפיסה להקדימו לפני בע"ח מוקדם כל זמן שלא שמו הסחורה. וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ קד"ד:

"לא מקרי גביה, אלא א"כ שמו ב"ד המטלטלין ונתנום בידו. אבל אם סגרו בית דין חנותו של לוח בעד בע"ח מאוחר, אין זו גבייה, ובעל חוב המוקדם גובה מאותם המטלטלים."

ועיי"ש בסמ"ע והש"ך ס"ק יא שנחלקו בנתנו בי"ד ולא שמו, ובקצוה"ח ח לענין שומא במטלטלין. והריב"ש בתש' סי' שסד דן לענין מורדת במקום שצריכה תפיסה כדי לזכות בנכסי צאן ברזל, אם תפיסת מפתח של התיבה בה מונחים החפצים, חשיב תפיסה. והשיב הריב"ש, וז"ל:

"כי דבר ברור כי הנכסים שהן בבית הבעל, אף ע"פ שכשמת בעלה, נשארו הנכסים בידה, ואוהלים כאשר המה, שאין זו תפיסה של כלום. שכל תופס, צריך תפיסה גמורה שיקנה הדבר באחת מדרכי הקניות, אלא שאין צריך לדעת אחרת מקנה. כמו שאמרו בפרק הכותב (פ"ה) גבי עובדא דיימר בר חשו, אזלו תפסו. רב פפא מימלח מלוחי, ורב הונא בריה דרב יהושע ממתח לה באשלא. מר אמר אנא קנינא לכולה, ומר אמר אנא קנינא לכולה. אבל בכאן הבית והתבות והמטלטלין הכל ברשות היבם, או ברשות האב היורש, אם היבם יחלוץ ולא יחפוץ ביבום. ואינה נקראת תופסת, בשביל תפיסת המפתחות, שאין מסירת המפתח קונה, וכל שכן תפיסתו."

הרי שתפיסה ללא קנין בדרכי הקנינים, אינה תפיסה, ושליטה המונעת מהבעלים להשתמש, לא נחשבת כתפיסה היוצרת דינים של "תפס". וכן הביא בדברי ריבות בתש' סי' שיז לענין אלמנה ובע"ח ששמו מנעולים על מקום שהיו בו מטלטלין של החייב המנוח, וע"כ השיב, וז"ל:

"תחלת כל דבר אומר אני שהמנעולים אשר הטילו לא חשוב לא גביה ולא תפיסה כל זמן שלא שמו המטלטלין ונתנום למי שנתנום, כמו שכתב הרא"ש בתשובותיו, הביאו הטור חו"מ סימן קד יעוי"ש, וכן הרב בר ששת בתשובותיו סימן שסד כתב כי דבר ברור הוא כי הנכסים שהם בבית הבעל, אף על פי שנשארו הנכסים ביד האלמנה ואוהלים כאשר המה, אין זו תפיסה של כלום, שכל תופס צריך תפיסה גמורה שיקנה הדבר באחת מדרכי הקניות..."

ועיין עוד בנודע ביהודה קמא, אהע"ז סי' סח. ומבואר שעיקול אינו תפיסה. וע"כ בנוד"ד מה שעיקל אחד מבע"ח מאוחרים, לא חשיב תפיסה שנקדים אותו על פני בע"ח מוקדם, במקום שדין המוקדם לגבות קודם.

ד. סידור לבע"ח בדירה בה הוא גר

איתא בב"מ קיג,ב: ושליח בית דין שבא למשכנו, הרי זה נכנס לביתו וממשכנו. ולא ימשכנו דברים שעושין בהן אוכל נפש, ונותן מטה ומטה ומצע לעשיר, מטה ומטה ומפץ לעני (לפי מה שהורגל, דגבי ערכין כתיב ואם מך הוא מערכך, ודרשינן (ערכין כד,א), החייהו מערכך, גזבר הבא למשכנו כשאין ידו משגת והוא נידון בהשגת יד, דכתיב (ויקרא כז) והעמידו לפני הכהן והעריך אותו הכהן - משייר לו כדי חייו, ונוטל השאר, ויצא ידי הקדש, ואפילו העשיר לאחר שאמדהו ונטל מה שבידו. ומינה נמי גמרינן לבעל חוב שמשירין לו כדי חייו, כדאמר לקמן (קיד,א) דגמר מיכה מיכה - רש"י. לו - אבל לא לאשתו ולא לבניו ולבנותיו. כדרך שמסדרין לבעל חוב (שמן להניח לו צרכי חייו, לשון והעריך אותו. לישנא אחרינא, שמשרדין לשון שריד, ושתייהן שמעתי) כך מסדרין בערכין. כלפי לייא, עיקר סידור בערכין כתיב. אלא אימא כדרך שמסדרין בערכין כך מסדרין בבעל חוב. ושם בגמ' קיד,א נחלקו בדין סידור לבע"ח: איבעיא להו מהו שיסדרו בבעל חוב, מי גמר מיכה מיכה מערכין או לא. תא שמע דשלח רבין באגרתיה דבר זה שאלתי לכל רבותי ולא אמרו לי דבר, ברם כך היתה שאלה, האומר הרי עלי מנה לבדק הבית מהו שיסדרו. רבי יעקב משמיה דבר פדא ורבי ירמיה משמיה דאילפא אמרי קל וחומר מבעל חוב, ומה בעל חוב שמחזירין אין מסדרין, הקדש שאין מחזירין אינו דין שאין מסדרין. ורבי יוחנן אמר נדר בערכך כתיב מה ערכין מסדרין אף הקדש מסדרין. ואידך, ההוא לנידון בכבודו הוא דאתא, מה ערכין נידון בכבודו אף הקדש נידון בכבודו. ויסדרו בבעל חוב קל וחומר מערכין, ומה ערכין שאין מחזירין מסדרין, בעל חוב שמחזירין אינו דין שמסדרין, אמר קרא; ואם מך הוא מערכך, הוא ולא בעל חוב. ואידך, האי עד שיהא במכותו מתחילתו ועד סופו וכו'. ובהמשך בגמ': אשכחיה רבה בר אבוה לאליהו דקאי בבית הקברות של נכרים, אמר ליה מהו שיסדרו בבעל חוב. אמר ליה גמר מיכה מיכה מערכין, גבי ערכין כתיב ואם מך הוא מערכך, גבי בעל חוב כתיב וכי ימוך אחיך.

ונחלקו הראשונים כיצד קיי"ל להלכה, האם מסדרין לבע"ח או אין מסדרין. דעת ר"ת בספר הישר (הובא בתוס' ב"מ קיד,א ד"ה מהו) שאין מסדרין, דהא רשב"ג דמתני' מסיק לעיל דסבר דאין מסדרין בבעל חוב, וקיי"ל (ב"ק סט,א) הלכה כרשב"ג במשנתנו היכא דלא פסק גמרא כמאן דפליג עליה, ולא מצא בכל האמוראיים בסוגיא מי שסובר להדיא דמסדרין. ורבה בר אבוה דאמר ליה לאליהו מהו שיסדרו לבעל חוב וכו', נראה

לר"ת דגרסינן מנין שמסדרין לבעל חוב, כלומר מנליה למאן דאית ליה מסדרין. וכן גרס בה"ג. עוד הביא ראיה מב"ק יא,ב דמיניה - אפי' מגלימה דעל כתפיה, עיי"ש.

אמנם דעת ראשונים אחרים דמסדרין לבע"ח. הרי"ף ב"מ (סט,א - ב בעמוה"ר) פסק דכדרך שמסדרין בערכין כך מסדרין בבע"ח, והביא הא דאשכחיה רבה בר אבוא לאליהו דהוה קאים בבית הקברות וכו', ומבואר דס"ל דמסדרין לבע"ח. וכן פסק הרמב"ם בהל' מלוה ולוה א,ז, וז"ל:

"מסדרין לבעל חוב כדרך שמסדרין בערכין, כיצד אומר ללוה הבא כל המטלטלין שיש לך ולא תניח אפילו מחט אחת, ונותנין לו מן הכל מזון [ל'] יום וכסות י"ב חדש מכסות הראויה לו, ולא שילבש בגדי משי או מצנפת זהובה אלא מעבירין אותה ממנו ונותנין לו כסות הראויה לו ליי"ב חדש, ומטה לישב עליה ומטה ומצע הראויין לו לישן עליהם, ואם היה עני מטה ומפץ לישן עליו, ואין נותנין כלים כאלו לאשתו ובניו אף על פי שהוא חייב במזונותיהם, ונותנין לו סנדליו ותפלו. היה אומן, נותנין לו שני כלי אומנות מכל מין ומין, כגון שהיה חרש נותנין לו שני מעצדין ושתי מגרות. היה לו מין אחד מרובה ומן אחד מועט נותנין לו שנים מן המרובה וכל שיש לו מן המועט, ואין לוקחין לו כלים מדמי המרובה. היה אכר או חמר, אין נותנין לו לא צמדו ולא חמורו, וכן אם היה ספן אין נותנין לו ספינתו אף על פי שאין לו מזונות אלא מאלו, אין אלו כלים אלא נכסים, וימכרו עם שאר המטלטלין בבית דין וינתנו לבעל חובו."

וברב המגיד הראה מקורו לסוגיא הנ"ל, דאף שדין הסידור בבעל חוב מחלוקת היא בגמרא. מ"מ מסקנת הגמ' דמסדרין, מהא דרבה בר אבוא אשכחיה לאליהו וכו', ושכן פסקו כל הגאונים ז"ל. ועיין בהגהות מימוניות (ס"ק ל) מש"כ בזה. גם הרמב"ן בסוגיא האריך לדחות דעת ר"ת, וכתב דלהלכה מסדרין לבע"ח, דכיון דפשיטא ליה לרבה שמסדרין, ואליהו אמר לו גמר מיכה מיכה, שמעינן דהלכתא כוותיה, וכדתניא לעיל כדרך שמסדרין בערכין כך מסדרין בבעל חוב. וכן המאירי בסוגיא פסק דמסדרין לבע"ח. גם הנימוק"י (ב"מ סט,ב בעמוה"ר) פסק דמסדרין לבע"ח, וכתב על ראיות ר"ת שאין אלו ראיות; "ראוי לסמוך על דברי הגאונים ז"ל, וכל שכן שקבלתן תורה היא כן כתבו האחרונים ז"ל". וכן פסק החינוך (מצוה שנ), וז"ל:

"וגמרינן מיכה מיכה לסדר בבעל חוב כדרך שמסדרין בערכין, ואין לפקפק אחר דברי אליהו, וכן פסקו כל הגאונים ורבינו אלפסי. ואף על גב דרבי יעקב משמיה דרבי פדת ורבי ירמיה משמיה דאלפא אמרו דרך פשיטות בגמרא [שם] דאין מסדרין בבעל חוב, אנו אין לנו אחר דברי אליהו פקפוק. ואף על פי שמצאנו לרבינו תם שכתב כמאן דאמר אין מסדרין, וראיותיו בספרו, אחרי רבים להטות."

וכן פסק המרדכי (ב"מ תג) דמסדרין לבע"ח שכן פסקו רב האי, הרי"ף והרמב"ם, וכך קיבל ר"ב ממגנצי"א מרבתי. וכן רבינו מאיר דן שמסדרין לבעל חוב, דכיון שנחלקו בדבר זה רש"י ור"ת, לא מפקינן ממונא מספיקא. ודעת רש"י שהזכיר המרדכי, הובאה באור זרוע ב"ק סי' פה. ודעת מהר"מ הובאה בתשובותיו (דפוס פראג סי' נא). וכן פסק בעה"ת (בתחילת הספר).

אלא שבגדולי תרומה (תחילת הספר ד"ה וא"כ) כתב דדעת ר"ת אינה דעת יחיד, והתופס יכול לומר קים לי כדעתו. הגדו"ת מציין לדברי הרשב"א בתש' (ח"ד סי' קי) שהביא התרומות בהמשך, וכן לרבינו ירוחם (מישרים ו,ב). הרבינו ירוחם כתב; "וכמה פסקנים כתבו ופסקו דאין מסדרין ולוקח הכל..." הרי שציין שדעת ר"ת אינה דעת יחיד. וז"ל הרשב"א בתש' (ח"ד סי' קי):

"במלוה שהתנה עם הלוח שאל לא יפרענו לזמן שקבע לו, שלא יסדרו לו אפילו מדברים שמסדרים לבעל חוב. תנאו קיים, או לא. תשובה: כל תנאי שבממון תנאו קיים. דהא קי"ל כרבי יהודה דאמר בעל מנת שאין לך עלי כסות ועונה, בדבר של ממון תנאו קיים. ומה שאמרו, לא אמרו אלא במשכן. אבל בבא ליפרע, אין מסדרין. דהא קי"ל מיניה, אפי' מגלימיה דעל כתפיה. וכן דעת ר"ת ז"ל דהלכתא כמאן דאמר אין מסדרין בבע"ח, ולזה דעתי נוטה. אלא שהגאונים ז"ל פסקו כמ"ד מסדרין."

מבואר דס"ל דכל דין מסדרין הוא במשכון ולא בגביה, דבגביה יכול לגבות אפילו מגלימא דעל כתפיה. אמנם הרשב"א עצמו כתב דכן דעתו, אבל משמע מדבריו דמסכים לדעת החולקים על ר"ת דמסדרין. וכן בח"א סי' תתא כתב דמהא דמיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה י"ל שיש לו שתי גלימות, או שיש לו גלימא אחת יקרה, ואומרים לו לפשוט ולמכרה ולשלם ההפרש לבע"ח. ואע"פ כן ס"ל לגדו"ת בסוף דבריו, דאחר שהעיד רבינו ירוחם שיש עוד הפוסקים כר"ת, יד המוחזק על העליונה.

ועיין בשער המשפט צו, ד שדן אם סדרו לבע"ח, ועדיין נשאר חוב כערך הסידור, ובא המלוה לגבות מלקוחות, דיכולים הלקוחות לומר קים לנו שאין מסדרין והנחנו לך מקום לגבות. ודימה למה דמבואר בשו"ע מג, כג בב' שטרות, בא' כתוב בניסן סתם ובאחד כתוב בכח' ניסן, ואין ללוה רק שדה אחת, דמגבים לבעל השטר של כח' ניסן, כיון דזמנו מבורר, דדילמא השטר שכתוב בו ניסן סתם, זמנו בסוף ניסן. וגם אינו יכול לגבות מלקוחות שקנו מאייר, דיאמרו לו דלמא זמנך מתחילת ניסן, והשטר של כח' ניסן, שלא כדין גבה, והנחנו לך מקום לגבות. והכא נמי יכולים הלקוחות לומר קים לנו שאין מסדרין, והנחנו לך מקום לגבות. ובאמרי בינה גב"ח ג ד"ה וראיתי כתב לחלק, דבענין שני שטרות יכול הלוקח לומר ברי לי שהיה ניסן סתם בר גביה, דבשעת המעשה היה מבורר, רק אח"כ נולד הספק, משא"כ בזה שידעו הלקוחות שהדין הוא

שמסדרין לבע"ח, ודין זה כבר נפסק, ואינם יכולים לומר הנחנו לך מקום לגבות, ולא מהני לזה טענת קים לי, עיי"ש.

והנה הרא"ש בתש' ח, דן בראובן ששדך את בתו לשמעון, ונשבע לו על דעת רבים שיתן לו עמה חמשת אלפים זהובים לסוף ששה חדשים. והיה לו לראובן ממון רב בחובות, ועל סמך שיגבה מחובותיו נדר. ונתקלקלו החובות, אם נקרא עובר על שבועתו וחייב מלקות, או אם הוא אנוס. והשיב הרא"ש, וז"ל:

"אם אין לראובן ממה לפרוע, לא מחובותיו ולא מקרקעות וחפצים, חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו, אז הוא פטור משבועתו ואינו עובר עליה, כל זמן שאין לו ממה לפרוע. דאין לך אונס גדול מזה, כי היה לו ממון רב בשעה שנשבע ועתה הפסידו ואנוס גמור הוא. ואין לומר אם הפסיד חובותיו, אף אם יש לו קרקעות וחפצים, אדעתא דהכי לא נשבע, למכור קרקעותיו וחפציו, אלא כסבור היה לו לפרוע מחובותיו, כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא בתו. אבל ביתו וכלי תשמישו, אפילו עני המתפרנס מן הצדקה אין מחייבין אותו למכור ביתו וכלי תשמישו. הלכך, אינו מחוייב למכור לקיים שבועתו, דאדעתא דהכי לא נשבע, ללין ברחוב ולמות ברעב"

מבואר מדברי הרא"ש דאין מחייבים את הנשבע למכור ביתו כדי להשיא את בתו, דאדעתא דהכי לא נשבע ללון ברחוב. ומהר"א ששון בתורת אמת סי' רטז כתב דמדברי הרא"ש רצה אחד מגדולי העיר לומר שאין סדור לבע"ח בביתו, שאין מוכרין ביתו שדר בו, וחלקו עליו שאין הנדון דומה לראיה, דהתם הוא בנודר והוא אנוס, אבל בבע"ח הוא משועבד. והביא ראיה מדברי הרשב"א בתש' ח"א סי' אלף קמג, וז"ל:

"גרסינן בגיטין פרק השולח אין כותבין פרוסכול אלא על הקרקע, ואמרין עלה, השאילו לו מקום להעמיד תנור וכירים, כותבין עליו פרוסכול. כלומר, שאף הוא ראוי לגבות ממנו חובו. אלמא מי שהשאילו לו מקום לדור ולהשתמש בו בעל חוב גובה ממנו ואומרי' לו צא אתה משם והשכירנו לאחרים ופרע לזה או יעמוד זה שם במקומך. וגרסינן בפרק קמא דבבא בתרא (דף יג) אמר ליה רבא לרב נחמן לדידך דאמרת לית דינא דגוד או אגוד, בכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה כיצד הן חולקין. אמר ליה שאני אומר עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים. ואף רבא מודה בכך בשני פשוטים, ולא נחלק' אלא בבכור ופשוט. וממנה אתה דן למלוה ולוה שמשכיר זה ביתו או עבדו ונותן למלוה אם לא רצה למכור, ואין מרחמין בדיון לומר היאך יוציאו את הלוה מביתו בשביל חוב מועט כזה. שאין הפרש בדבר זה בין חוב מרובה למעט."

הרי דגם דעת הרשב"א ומהר"א ששון דמוציאים אותו מביתו לשם פריעת בע"ח, ואין הבית בכלל הסידור. רק נראה דמשאירים לו ממון לגור בשכירות סבירה ליב'

חודש, אבל את הדירה עצמה מוכרים. אמנם אם הבע"ח נשוי, ומדובר בחובות פרטיים שאינם בכלל איש ואשה שלוו, עיין חו"מ עז,י, מהרשד"ם חאהע"ז סי' קפד, הובא בקצוה"ח עז,ח, הדברים אמורים רק על חלקו, אם אפשר לפרק השותפות, וזה נידון בפ"ע, דלכאורה לא הגיע זמן פרוק השותפות כל עוד הם נשואים, ואיך יגבה בע"ח מהשותפות, ועדיין צריך עיון בזה. כמו כן יש לדון בענין שעבוד האשה על הדירה בתורת מדור, ועיין בזה ברמ"א חו"מ צז,כד, בסמ"ע נח, בש"ך יז, קצוה"ח יב. וגם לענין תפיסה בקרקע, עיין מש"כ בח"ה סי' לה, ואכמ"ל.

ה. תוכניות חסכון שע"ש ילדיו

ובענין תוכניות החסכון הנמצאות בחשבון הבנק של החייב, רק רשומות ע"ש ילדיו, אם פודים אותם לפרוע לבע"ח של האב. תנן בערכין כד,א, הובא בגמ' ב"ק קב,ב: אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן. ובגמ' ב"ק קב,ב אמר רבי אבא בטעם הדין, דנעשה כמי שהקנה לאשתו ובניו מעיקרא הכסות. והרי"ף (ב"מ סט,ב בעמוה"ר) הביא דין זה לענין סדור לבע"ח, דאין מגבים לבע"ח מכסות אשתו ובניו. וכן פסק הרמב"ם מלוה ולוה א,ה, וכן הוא בשו"ע חו"מ צז,כה - כו, וז"ל:

"אין בעל חוב גובה לא מכסות אשתו ובניו של לוה, ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן אף על פי שעדיין לא לבשו אותן, ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן אלא הרי אלו שלהן, בד"א בכלי החול אבל בגדי שבת והמועד גובה אותן בעל חוב, ואין צריך לומר אם היו בהן טבעות וכלי זהב או כסף שהכל לבעל חובו." ומבואר דדין גביית בע"ח שוה לדין המקדיש וכו'. וכן כתב הרי"ף בתש' (סי' רט) על המשנה בערכין הנ"ל; "לפי שמשעה שנתן להם קנו אותם ויצאו מרשותו לפי' אין ההקדש חל עליהן וכן אין לב"ח לגבות מהן". הרי שדין הבע"ח כדין ההקדש שאינו גובה מכסות ומצבע שצע לשמן. וכן בהג"א ב"ק ט,יח הביא דעת מהרי"ח דדוקא מקדיש ומעריך אבל לא בע"ח, נראה דאין לחלק, דכיון שזכו בהם, אין לבע"ח לגבות מהם, וז"ל:

"ומהרי"ח אומר דהאי דמסיק דכל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה וכו', דמשמע דוקא מקדיש ומעריך איכא למימר הכי אבל גבי בע"ח לא. ונראה דדיחויא בעלמא היא אלא הוא הדין דבע"ח נמי לא גבי מכסות אשתו ובניו ומכל הנך דחשיב במתניתין, וטעמא משום דבלקחתו לשמן זכו בהו, דשליחותיהו קעביד, כדמשני מעיקרא. והוא הדין מוכר נכסיו לא מכר כסותן. פרי"י."

גם מדברי הרשב"א בסוגיא ב"ק קב,ב מבואר דאין חילוק בין מקדיש לבע"ח, וראה מהגמ' בפ"ד דכתובות (נד,א) דיליף לה לענין שומת בגדי אלמנה, וז"ל הרשב"א:

"הא דא"ר אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה כסותו וכו' מעיקרא. מדקאמר נעשה כמי שהקנה ולא קאמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסותו וכו' ובניו, משמע דלב ב"ד מתנה על דבר זה קאמר, ולא היא, דאי משום תקנת חכמים במקדיש נכסיו קאמר ולא לגבי שאר מילי, א"כ היאך מייתי ראייה בשלהי פ' נערה שנתפתתה דאלמנה אין שמין מה שעליה מרתן המקדיש נכסיו אין לו בכסותו וכו' ובניו, דבמקדיש עבוד בה רבנן תקנתא ולא בשאר מילי, אלא מהתם שמעינן דדינא קתני, משום דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח להן, ואף על פי שלא הקנה להן בפירוש, ומשום דאמדינן ליה לדעתיה אמרו נעשה כמי שהקנה. וכמוהו בריש פרק המפקיד נעשה כאומר לו לכשתגב פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך סמוך לגנבתה, ואחרים יש בגמ'. ומכל מקום איכא למידק דלדברי ר' אבא לא הקנה להן בשעת קנייה דנימא דשליחותיהו קא עביד לזכות להן מיד המוכר אלא לאחר שקנאן הקנה אותן להן, מדקאמר כל המקדיש, ועוד דר' אבא הוא דנדי מההוא טעמא דר' אבהו דמוקי מתניתין בטעמא דשליחותיהו עביד, וא"כ קשיא היאך קנו ומי זכה להן, וי"ל דכל שדעתו קרובה להן הרבה גמר בדעתו בהקנאה וזכיה לקנות ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא, ודכותה איכא בריש פרק השוכר את הפועל במס' ע"ז (סג, גבי חנוני המקיפו, כיון דאורחיה לאוקופי' מקנה ליה דינר בכיסו כנ"ל. עוד נ"ל דהכא לאו משום הקנאה אלא משום דס"ל דאין אדם נותן דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו ובניו, ודכותה בנדרים פרק השותפין במשנת ה' לו מרחץ ובית הבד מושכרין ביד אחרים, וזה נ"ל עיקר."

מבואר מדברי הרשב"א דכיון שדעתו קרובה אצל אשתו ובניו, הרי שזכה בעבורם, וזכיתם בזה מפקיעה אפי' הקדש דאורייתא, וממילא גם בע"ז לא גובה מהם. ובתרוץ ב כתב הרשב"א, ושכנ"ל עיקר, דדעת המלוה אינה על דברים שלקח הלוה לצורך אשתו ובניו. ועדיין בכ"ז י"ל שאם שעבד מטלטלי אגב מקרקעי ושעבד דאקני, יוכל המלוה לגבות. וכן כתב בנימוק"י שם (ב"מ סט, ב בעמוה"ר), דכיון דמהאי טעמא הוא, אם הקנה לבעל חוב מטלטלי אגב מקרקעי וכתב ליה דאקנה, זכה הבע"ז בכסותו וכו' ובניו, שכיון שמידו של לווה זכו אשתו ובניו, שעבודו של מלוה קודם להם כיון דכתב ליה לווה דאקנה.

והרשב"א בתש' ח"ב סי' רפו דן אם הבעל יכול להקדיש כסותו וכו' שלא מדעתם, דלדברי רבי אבא י"ל שאינו קנין גמור, דכל המקדיש, אין דעתו על כסותו וכו' ובניו. אבל במקדישה בפירוש, שמא קדשו. אלא שעדיין הסתפק בדבר, דבכתובות נד, א משמע דלית להו טעמא דרבי אבא. אלא משום דקנוין הן לחלוטין לאשה ולבנים, ואפילו צבע שצבע לשמן, משום דאמרינן דשליחותא דידהו קא עביד, לזכות להן מיד הצבע. ועיין בהפלאה קו, א צ, יג דדקדק הרשב"א לשון הש"ס נעשה כמי שהקנה, משמע

דאינו קנין גמור אלא על תנאי שאם ירצה יוכל לחזור בו, ואם לא יחזור בו, תהיה המתנה קיימת. וע"כ אם הקדיש במפורש כסות אשתו ובניו, הוי חזרה ומהני ההקדש, משא"כ בהקדיש סתם לא הוי חזרה.

והסבר הדברים מצאנו בקצוה"ח צו"ג בבאור מחלוקת מהרי"ח והראשונים, אם זהו דין מיוחד בהקדש או גם בבע"ח. דדעת מהרי"ח דר' אבא דאמר נעשה כמי שהקנה, אין כאן קנין ממש אצל האשה, כיון דבלקיחתן לשמן לא זכה לאשתו ובניו, ומשום דמי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה, וא"כ על כרחך הבעל זכה תחלה לעצמו ומדידה לדירה קא אתי, ובמה זכתה האשה כיון שלא משכה בהן ואינו אלא נעשה, והיינו שעשו שאינו זוכה כזוכה, ונעשה כמי שהקנה להן בקנין גמור. לפ"ז י"ל דלא אמרו נעשה אלא במקדיש ומעריך אבל לא גבי בע"ח, כיון שכל זה הוא בגדר תקנה של "נעשה", וזה דוקא בהקדש ולא להפקיע זכותו של בע"ח. והחולקים הסוברים שגם לענין בע"ח, דתירוצן דר' אבא אינו אלא דיחוי אבל הטעם הוא משום שהבעל זכה לצורך אשתו, ומה שלא הודיע לצבע לא איכפת לן, וכיון דזכה בלקיחתן לשמן, הבעל מעולם לא זכה ואין בע"ח יכול לגבות.

ומתוך הסבר קצוה"ח דמעולם לא זכה הבעל, א"כ לא יועיל דאקני, דכיון שהבעל מעולם לא זכה בעולם, אין היכי תימצי שיוכל בע"ח לגבות מהם. וע"כ כתב דהראשונים דס"ל דאם כתב דאקני גובה בע"ח, לא ס"ל טעמא דשליחותא שזכו מיד וכמש"כ, אלא ס"ל דהתקנה של "נעשה" נאמרה גם ביחס לבע"ח. עוד כתב קצוה"ח דגם לדעת מהרי"ח דוקא בלא עשו אשתו ובניו קניו, אבל בעשו קנין, גם מהרי"ח מודה שבע"ח לא גובה.

והנה בנדו"ד שהכסף המונח בחשבון הבנק של המלוה, רק פתח באותה מסגרת של חשבון תוכנית חסכון ע"ש ילדיו, כאשר בפועל ביחס לבנק הוא הבעלים על הכסף, א"א לומר שהקנה להם או נעשה שהקנה, לא בשליחות ולא בתקנה, מברור משפטי שערכתי הרי הבעלות על תוכנית החסכון היא של הילד שע"ש נפתח חשבון החסכון, הגם שהוא במסגרת חשבון עו"ש של האב. ואף שהאב יכול למשוך את הכסף, כ"ז עד היות הבן בגיל 18, וזאת בתורת אפוטרופוס, אבל משהגיע הבן לגיל 18, אין ביכולת האב להוציא את הכסף, והדבר נתון לשליטת הבן בלבד. לפ"ז יש לראות בכסף הנמצא בתוכנית החסכון שע"ש הילדים, ככסף שבבעלות הילדים שע"ש נפתחה תוכנית החסכון, וע"כ אין לבע"ח של האב זכות בהם. ונראה דאף למהרי"ח להסבר קצוה"ח, יש לראות בהעברת הסכום לתוכנית קנין מדין סיטומתא ודינא דמלכותא לטובת הילדים שע"ש רשומה תוכנית החסכון, עיין מש"כ בח"א סי' יח. לפ"ז עדיף מצבע שצבע לשמן, דהוי כמתנה גמורה ואין בע"ח גובה מהם בכ"ע. ולפ"ז הנידון דומה לראיה שזכה או זיכה להם, דבנדו"ד ממש זיכה והקנה לבניו הכסף, כיון שכך הוא ע"פ החוק ומנהג הבנק ודינא דמלכותא, ובכסף שנתן להם לא שייך שעבוד דאקני, ואין היכי

תמצי שבע"ח יגבה מהם. אמנם גם אם יש תוכנית חסכון שהבעלות היא גמורה לבעל החשבון, חשיב כזוכה עבורם ואין בע"ח גובה מהם למש"כ לעיל.

לאור האמור לעיל:

א. אב של לוח, שיש לו בע"ח רבים ובכללם אביו, כשהוא בע"ח מאוחר ובא להקדימו מדין כבוד אב, אין לו קדימה בפרעון החוב, אלא יש לפעול בחוב זה לפי הכללים של קדימה בפרעון חובות.

ב. הטענה שעל הגמ"ח להמתין אף בהיותו מוקדם, אינה טענה, ויש להקדים הגמ"ח אם לפי הדין הוא בע"ח מוקדם בדברים שיש בהם קדימה.

ג. כשטוען שיש לו בע"ח אחרים ואינו מביא ראיות לדבריו, ודאי שיש להגבות לכ"ע לבע"ח הנמצאים כאן, ואין לחוש לבע"ח שטוען שקיימים.

ד. עיקול אינו תפיסה, ואין בו כדי להקדים מדין בע"ח שתפס.

ה. דירת אדם אינה בכלל דין סדור לבע"ח, ומוציאים אותו מדירתו ומשאירים לו ממון לשכור דירה סבירה ליב' חודש. אמנם בהיותו נשוי וחייב במדור, יש לדון מי קודם ואם נחשבת לתפוסה בדירה. וכן אם הדירה רשומה גם ע"ש אשתו, הנידון הוא רק על חלקו אא"כ בחובות של איש ואשה שלוו.

ו. אין אפשרות לגבות מתוכניות חסכון שע"ש הילדים, גם אם נעשו במסגרת חשבון עו"ש של החייב.

סימן יא

שיק של צד ג שהוחזר לנותן לאחר זמן רב

ראשי פרקים

- א. חיוב ראובן וחייב שמעון בגרמא
- ב. אסור להזיק בגרמא
- ג. חיוב שומר בשטרות
- ד. אם שומר י"ל הרי שלך לפניך

ראובן קנה סחורה משמעון, ושילם בשיק של לוי. מתברר שהשיק חזר מיד מחוסר כיסוי, אולם שמעון לא פנה לראובן בענין אלא לאחר יותר משנה. ראובן טוען שכיום לא יוכל לגבות את השיק מלוי, מאחר ולפני כמה חדשים לוי עזב את הארץ לחו"ל עקב פשיטת רגל, ואם היה מחזיר את השיק במועד שבו חזר מהעדר כיסוי, יכל לגבות את השיק מלוי.

א. חיוב ראובן וחייב שמעון בגרמא

לכאורה יש לדון האם כשאדם פורע בשיק שלו או בשיק של צד שלישי, החוב נחשב לפרוע, וכאשר חוזר השיק מהעדר כיסוי או מסיבה אחרת, נוצר חוב חדש. או שפרעון בשיק שלא ניתן לגביה מהעדר כיסוי כמוהו כאי פרעון, והחוב הקודם חוזר לקדמותו. ועיין במש"כ בח"ה ב/ה כשאינו מחזיר כלל השיק, בשונה מנדו"ד, וגם בעצם השאלה ראיתי לדון עוד ממה שכתבתי שם.

אם נתיחס אל השיק כאל הוראת תשלום (עיין משפטיך ליעקב ח"א סי' כא, בגדרי השיק), וממילא כשנותן ראובן לשמעון שיק מראה מקום הוא לו ללכת לצד ג - לבנק, שם מצוי כספו, ומשם לקחת את חובו. כל עוד לא קיבל שמעון את הכסף מהבנק, לא נפרע החוב. לפ"ז כאשר נתן לוי למלוה שיק של צד ג והשיק חזר ללא כיסוי, החוב דמעיקרא במקומו עומד. אלא שכאשר ניתן שיק גם של הלוי וגם של צד ג, יש אומדן דעת ומעין תנאי מחמת מנהג הסוחרים שהחייב חוזר לקדמותו עם החזרת השיק לנותן. בודאי אם מדובר בשיק של צד ג, אך גם אם בשיק של החייב עצמו, מקובל שאין פרעון בפועל אלא בהחזרת השיק, מחשש שמא ילך מחזיק השיק ויגבה את השיק שוב דרך הבנק או דרך ההוצל"פ. אמנם בשיק של הנותן עצמו, אף אם אבד, ניתן לחייב בתשלום תמורת ערבות מתאימה שאם השיק שאבד יפרע, יחייב

המלוה שאיבר את השיק, ראה מה שכתבתי בזה בח"ג, י"ג. אולם בשיק של צד ג, גם אם יוכיח המקבל שהשיק חזר מחוסר כיסוי, כל עוד לא החזיר את השיק לנותן, מנהג הסוחרים שאין על הפורע חובה לפרוע ללא קבלת השיק בתמורה, הגם שהחוב דמעיקרא לא נפרע.

השאלה כבנדו"ד שמחזיר המקבל לנותן את השיק, רק השיק אינו בר גביה מחמת סיבות צדדיות, כגון שבפרק תקופה זו שבין החזרת השיק ע"י הבנק להחזרתו לנותן, העני בעל החשבון או נפטר או ברח לחו"ל, האם חייב נותן השיק לפרוע למקבל, דבכגון זה לכאורה אין מנהג מדינה ברור כבמקרה שאינו מחזיר לו את השט"ח. ולכאורה אם השיק דינו כהוראת שליחות גרידא, החוב דמעיקרא במקומו עומד כל עוד לא קיבל מחזיק השיק את כספו ונבפרק זמן של שנה או אפילו יותר, אין לומר שיש כאן מחילה או יאוש - לסוברים שיש יאוש בחוב, עיין מה שכתבתי בזה ח"א כג וח"ב ג].

ולכאורה לפ"ז ראובן חייב לשלם את תמורת הסחורה, ויש לו מנגד תביעה על שמעון שגרם לו הפסד בכך שלא החזיר לו את השיק בזמן. ונראה שבנדו"ד לא חשיב ראובן כמזיק, לא מיבעיא בגרמי אלא אף בגרמא צ"ב אי חשיב כה"ג מזיק. בהגדרת גרמי עיין ברא"ש ב"ב ב,יז וב"ק ט,יג דהיכא שהוא עצמו עושה היזק לממון חבירו וברי היזקא, הוא נקרא דינא דגרמי. ועיין תוס' ב"ב כב,ב (ד"ה זאת) מרבינו יצחק, דדינא דגרמי חייב היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חבירו. ועוד חילק, דדינא דגרמי חייב היינו דבשעת מעשה בא ההיזק. ועיין ברשב"ם ב"ב צד,א (ד"ה נותן) דדינא דגרמי היינו שעושה ההיזק בידים אלא שניכר רק לאחר זמן, משא"כ גרמא שאינו עושה בידים אלא גורם עכשיו שיבוא ההיזק לאחר זמן. וכן לדעת הריצב"א בתוס' ב"ב הנ"ל דכל היזק המצוי והרגיל קנסו. ועיין באריכות הדברים בנו"כ על השו"ע חו"מ סי' שפו, ואכמ"ל, דברור שאין כאן גדרים אלה של מזיק בגרמי.

ובגרמא ג"כ עושה מעשה, משא"כ כאן דהיזק לראובן בשב ואל תעשה. ונראה דיש לדמות סוג זה של מזיק (מצד אחד - שלא עושה מעשה בידים, אף שמצד אחר הוא נזק ולא מניעת ריוח) לדין מבטל כיסו של חבירו. דאיתא בירושלמי ב"מ (פרק איזהו נשך, ה"ג): הנותן מעות לחבירו ליקח בהן פירות למחצית שכר ואמר לא לקחתי, אין לו עליו אלא תערומת. והוא מדברי התוספתא בב"מ פ"ד. ובהמשך הירושלמי - אמר רבי יצחק, הדא אמרה, המבטל כיס חבירו, אין לו עליו אלא תערומת. המבטל שדה חבירו, חייב לשפות לו. והוכיח רבי יצחק דינו מכח התוספתא, דאם כשנתן לו מעות להתעסק בהם והיו המעות בידו בבטלה, אין לו עליו אלא תערומת, שמע מינה שהמבטל כיסו של חבירו, שמונע ממנו ריוח שיכל להשתכר, אינו חייב לפצותו (עיין בפני משה). אמנם אם ביטל וקלקל הריוח שיכל להרויח משדהו, חייב לשפותו. וביאר בפני משה (שם בד"ה חייב):

"לפייסו בעד ההפסד שגרם בידיים לעשות לו. וטעמא, דבפירות השדה הריוח מצוי הוא וידוע, והוי כמאבד נכסי חבריו בידיים, כדתנן לקמן פרק המקבל, שאם קיבל שדה והובירה, שמין כמה ראויה לעשות ומשלם."

מבואר החילוק בין מבטל כיסו למבטל שדהו, דבשדהו הוי הריוח מצוי וידוע והוי ברי היזקא, וע"כ חייב, משא"כ במבטל כיסו לא הוי הריוח מצוי וידוע, וע"כ הוי גרמא בלבד ופטור. ובהמשך הירושלמי: המבטל ספינת חבריו וחנות חבריו מהו. ולא איפשיטא הבעיא. והסביר הפני משה, וז"ל:

"מי אמרין דהואיל ועשוין להשתכר ומצוי בהם הריוח, כשדה דמין. או דילמא הואיל וגם ההפסד מצוי בהם וביותר מן השדה, דהספינה עשויה להשתכר וכיוצא בזה. וכן החנות מצוי ההפסד בו, למבטל כיס חבריו דמיא, דג"כ אינו ידוע אם היה קונה סחורה זו במעותיו מה יהא בה, ולפעמים מצוי ההפסד כמו הריוח, ופטור מלשלם לו, ולא איפשיטא."

הרי שמבחינת הריוח, מצוי הריוח בחנות ובספינה כמו בשדה. אלא שבשדה אין סיכון שתתקלקל ויפסיד את אשר לו, משא"כ בספינה שעשויה להשכר. ובחנות מיירי שאינו מבטל את גוף השכרת החנות אלא את פעילותה, ובזה דמיא לכאורה למבטל כיסו, אף שהריוח מצוי בה טפי (ועיין עוד ב"מ סא,ב בעמיה"ר). המורם מהנ"ל, דהכל תלוי במידת היות הריוח מצוי וידוע.

ולכאורה מלשון הירושלמי שכתב דהמבטל כיסו של חבריו "אין לו עליו אלא תערומת", ולא כתב "פטור", משמע דגרע מדין גרמא, דהיכא דקיי"ל דהוא פטור, משמע שאי אפשר לחייבו אף שאפשר דמדינא חייב, ונפק"מ שצריך לצאת ידי שמים, או היכא דהניזק מוחזק. אבל כאשר קיי"ל שאין לו עליו אלא תערומת, משמע שאין כאן דין חיוב כלל, ורק תערומת יש לו עליו, וצ"ע. ועיין בשו"ת מהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג סיק קמח) שכתב דדינו כרשע טפי מדין עני המהפך בחררה, עיי"ש ועיין להלן. וע"ע ברדב"ז בתש' (ח"א סי' פד) שכתב דהמבטל כיסו של חבריו חייב בדיני שמים, וא"כ יש לו טפי מתערומת.

ודין מבטל כיסו של חבריו, הובא בראשונים למסכת ב"מ, על הא דאיתא בב"מ עג,ב: אמר רב חמא, האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה, משלם ליה כדקא אזיל אפרותא דזולשפט (שם המקום שהיין ניקח ונמכר לשם לרוב הלוקחין יין בימות הבציר - רש"י). אמר אמימר, אמריתא לשמעתיא קמיה דרב זביד מנהרדעא, אמר, כי קאמר רב חמא היני מילי ביין סתם אבל ביין זה לא, מי יימר דמזבני ליה ניהליה. רב אשי אמר, אפילו יין סתם נמי לא, מאי טעמא אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא. ובמחלוקת רב חמא ורב אשי קיי"ל כרב אשי דהוי אסמכתא ולא קניא, כמבואר בשו"ע יור"ד קעז,מ וחז"מ קפג,א. והרא"ש (שם בהס"ט) כתב דרב חמא

מיירי שהתנה עימו שאם לא יקנה שימציא לו יין משלו, דאל"כ הא קי"ל המבטל כיסו של חבירו, אין לו עליו אלא תערומת. והיינו, דאם לא התנה יש לנותן טענה רק מצד ביטול כיס, ואינו צריך לתת לו יין אף לרב חמא. והחיוב לתת יין הינו רק מכח התנאי שהתנה שימציא לו יין משלו.

הרי שגם ע"י אי מעשה ג"כ חשיב מזיק בגרמא, וכאן עוד גרע טפי ממבטל כיסו כיון שיש כאן נזק שלא יוכל לגבות חוב שחייב לו לוי מחזרת השיק. אמנם לכאורה לא הוי גרמי, כיון שאינו ברי היזקא וגם אינו עושה בידיים (וגם לא דמי לדוחף מטבע של חבירו לים, דיש מהראשונים דס"ל דהוי גרמי, ראה להלן). אולם כאן בנדו"ד לכאורה כיון שראובן מוחזק, יוכל לכאורה לומר קים לי כדעת הראשונים המחייבים בכחאי גוונא. דאף דקי"ל דגרמא בנזיקין פטור (עיין ב"ק ס,א), מ"מ יש ראשונים דס"ל דכ"ז לסוברים דלא כר"מ ופוטרים גם בגרמי, אבל לדידן דקי"ל שחייב בגרמי, חייב גם בגרמא, ויוכל המוחזק לכאורה לומר קים לי כוותיהו. דהנה רש"י ב"ב כב,ב בענין גרמא בנזיקין דאסור, כתב וז"ל:

"ואפי' למ"ד (ב"ק צח, ק,א) דלא דאין דינא דגרמי ופטור מלשלם, אסור לגרום, וכשבא להעמיד גרמא להזיק, חבירו מעכב."

מבואר דהפטור של גרמא בנזיקין הוא למאן דלא דאין דינא דגרמי. וכן למד הרמב"ן בב"ב שם בדברי רש"י, וחלק עליו;

"וזה שכתב (רש"י) אפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי, אינו נכון, דבין למאן דדאין דינא דגרמי בין למאן דלא דאין דינא דגרמי, גרמא בנזיקין פטור ... וכן כתב רש"י ז"ל במסכת בבא קמא במקום דינא דגרמי גרמא בנזיקין, ובמקום גרמא בנזיקין דינא דגרמי והחליפן זו בזו בכמה מקומות ..."

(ועיין בקובץ שעורים ב"ב אות עה שהקשה על שיטת רש"י, דא"כ גם בטמון באש או בכלים בבור יתחייב משום גרמא. וכתב דאפשר דדעת רש"י דגרמי אינו אלא קנסא ומדברנן, עיי"ש).

וכל המקומות שבהן רש"י כתב דגרמא בנזיקין פטור, עיין רש"י ב"ק כו,ב לענין זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסלקן, כתב בש"ך שפ"ד דהיינו אליבא דרבה דלא ס"ל כר"מ גם בהשורף שטרותיו של חבירו, אבל אנן קי"ל דשורף חייב משום דדיינין דינא דגרמי, וא"כ לדידן בזרק כלי נמי חייב. דמוכח מדברי רש"י דגרמא וגרמי הכל אחד, דהא רש"י כתב על הנך מימרא דרבה ב"ק צח,א טעמא דרבה בכולהו משום גרמא בניזיקין הוא פטור, א"כ סובר רש"י דשורף שטרו וזורק מטבע לים הגדול והשף מטבע כולם דין אחד, דאל"כ הו"ל לרש"י לחלק בין שורף לאינך אלא ודאי משמע דס"ל לרש"י דגרמי וגרמא חדא מלתא הוא.

ובגמ' ב"ק ס,א, על הא דתנן (נטב) ליבתה הרוח כולן פטורין; ת"ר, ליבה ולבתה הרוח, אם יש בלביו כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור, אמאי ליהוי כזורה ורוח מסייעתו. אמר אביי הכא במאי עסקינן כגון שליבה מצד אחד ולבתו הרוח מצד אחר. רבא אמר כגון שליבה ברוח מצויה ולבתו הרוח ברוח שאינה מצויה. ר' זירא אמר כגון דצמרה צמור. רב אשי אמר כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו, ה"מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל הכא גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזקין פטור. והרמב"ם בהל' נזקי ממון יד,ז, כתב וז"ל:

"אחד הביא את האור ואחד הביא את העצים ... ליבה ולבתו הרוח חייב, שהרי הוא גרם, וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין. (ובראב"ד שם השיגו) ... ואיך לא הפליג כמו שמפליג בכרייתא אם יש בלביו כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור."

ועיי"ש ברב המגיד שדעת הרמב"ם לפסוק כאחת האוקימתות בגמ', דלא כרב אשי דס"ל גרמא בנזיקין פטור. אלא שהקשה מדברי הרמב"ם הל' שכנים יא,ב במי שעשה גורן בתוך שלו, והוליקה רוח מצויה את המוץ, דפטור מלשלם; "שהרוח היא סייעה אותו ואין נזק זה בא מכח המזיק עצמו", ונשאר בצ"ע. ועיין בכס"מ (נזקי ממון הנ"ל) שכתב דכאן בא מחמת מעשיו, דגם הוא ליבה, משא"כ בהרחיק את הגורן. והש"ך תיחד, הקשה מדוע הוסיף הרמב"ם; "... שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין". מדוע האריך הרמב"ם בטעם זה וגם כתב טעם שלא נזכר בגמ' כלל;

"אלא ודאי כוונת הרמב"ם לפסוק כרב אשי דבתראי הוא, וס"ל דפירושא דבריייתא ודאי כרב אשי הוא ולא כאידך אמוראי, ואין חילוק בין לבתו מצד אחר או בין רוח שאינה מצויה או בין צמרה צמורי, אלא בריתא כפשטא היא כדאוקמה רב אשי דטעמא הוא משום גרמא בנזקין פטור. אלא דס"ל לרמב"ם דנהי דאוקימתא דבריייתא הכי היא, מ"מ לא קי"ל כוונתה, משום דאתיא כמ"ד דלא דיינינן דינא דגרמי ואנן דיינינן דינא דגרמי וכדאיתא להדיא בש"ס פרק הגוזל קמא (צא,ב), וס"ל להרמב"ם דגרמי וגרמא הכל א' הוא וכדעת רש"י שהביא הרמב"ם בדיני דגרמי שלו ..."

מבואר דלמד בדעת הרמב"ם דס"ל כשיטת רש"י דאין חילוק בין גרמא לגרמי. ושכן דעת הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ז,ז (ולהלן) דכל הגורם להזיק ממון חברו חייב לשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו וכו' וכן השורף שטר של חברו וכו'. ומה שהקשה הרב המגיד פהל' שכנים יא,ב לענין הוליקה הרוח את המוץ מהגורן המורחק, דשם בגורן אין רצונו שתוליק הרוח את המוץ לשדה חברו, משא"כ בליבתה הרוח, כיון שגם הוא מלבה, הרי התקיים רצונו וכוונתו. "דלא דמי לעפר שבפי"א, שהולך הפך מכחו, שכוונתו להפיל העפר לארץ ולא שילך למרחוק, משא"כ אש שהרוח מסייע למה שכוונתו שילך

משפטיך סימן יא ליעקב קצא

האש, עיי"ש. ואולי גם הב"י כוון לזה" שזה תירץ הרש"ל, ואולי גם כוונת הכס"מ. עוד הוסיף הש"ך שמצא כן להדיא בדברי הראב"ן ב"ק צה,א, וז"ל הראב"ן:

"הוה עובדא דאדם אחד שרף שטר של חבירו, ובאו לדין לפני רב אשי והיה פוטר כדברי רבה ולפי שמועתו שאמר בפרק הכונס גבי לבה וליבתו הרוח דאמר רב אשי גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזיקין פטור, ואכפיה רפרם לרב אשי בדברים ובדין ואגביה ביה כשורא מן המובחר, וכיון דרב אשי ורפרם עבדו עובדא ודנו דיני דגרמי כותייהו קי"ל דאינון בתראי."

מבואר דגם בגרמא אכפיה, דלא קי"ל כן, וגם לראב"ן אין חילוק בין גרמא לגרמי, ובתרוייהו יש לחייב. ובב"ב כה,ב כתב לחלק דבגורן לא ניחא ליה דליזל, עיי"ש. ומ"מ מבואר דלש"ך שיטת רש"י, רמב"ם וראב"ן לחייב בגרמא כבגרמי, ויוכל המוחזק לומר קים לי כוותייהו, ויפטר ראובן מלשלם לשמעון מה שהזיקו בגרמא. גם מדברי הסמ"ע שפ"א נראה דלרמב"ם אין חילוק בין גרמא לגרמי, ולדין דמחייבים כר"מ בגרמי, הוא הדין בגרמא. וכן נראה מדברי הגר"א בביאוריו לחו"מ תיח,יט דהרמב"ם לשיטתו דלא קי"ל כרב אשי דפטור בגרמא. לפ"ז יכול ראובן לומר קים לי כדעתם ולהחזיק מה שבידו.

ב. אסור להזיק בגרמא

עוד הסתפקתי מתי נקרא שמעון מזיק בגרמא, האם בשעה שהשהה את השיק תחת ידו והגיע זמן שאין ראובן יכול לגבותו, היא שעת הנזק, או בשעה שתובע חובו, וכיון שאינו יכול לתבוע חובו ללא השיק, הוא מחזיר את השיק לראובן, בשעה זו שמחזיר לו שיק שאינו יכול לגבותו, היא שעת הנזק. הנפק"מ, שאם בשעת החזר השיק ותביעת החוב הוא מזיק לו בגרמא, הרי שאסור לו להזיק בגרמא, וא"כ אמרינן ליה סלק תביעתך כדי שלא תזיק בגרמא, דאפילו שעושה להציל את שלו, הרי בשעה זו הוא מזיקו בגרמא, עיין ברמ"א חו"מ שפח,ה, לדעה דחשיב כמוסר אף שרוצה להציל את שלו, ומ"מ גם המחלוקת שם היא רק לענין בדיעבד, אבל לכתחילה, גם כשרוצה להציל, הוי כמציל עצמו בממון חבירו וחייב, עיין ברא"ש ב"ק ו,יב, ובשו"ע חו"מ שפ"ג.

דהנה בב"ב כב,ב, על הא דתנן מרחיקין את הסולם מן השובך ד אמות כדי שלא תקפוץ הנמיה, הסיקה הגמ' דאף דהוי גרמא, גרמא בנזיקין אסור. ועיי"ש ברש"י (הובא לעיל) דאף למאן דלא דאין דינא דגרמי, ג"כ אסור להזיק לכתחילה. ובתוס' שם (ד"ה זאת אומרת) דסלקא דעתך כיון דפטור יהיה מותר להזיק, קמ"ל דאסור. ועיין בריטב"א בחידושיו שם דמבואר בדבריו דדוקא גרמא דגירי אסור לכתחילה ולא כל גרמא. ואף שהגמ' מיירי אליבא דרבי יוסי דבהדי דמנח ליה לסולם קפצה הנמיה, וע"ז הקשתה

והא גרמא הוא, וס"ל לריטב"א דמה שתירצה הגמרא זאת אומרת דגרמא בנזיקין אסור הוא אליבא דרבי יוסי, מ"מ מסתימת הפוסקים שלא חילקו ואסרו כל גרמא בנזיקין, י"ל דקושית הגמ' והא גרמא הוא היא לכ"ע, ולא דוקא המשך מהאוקימתא כרבי יוסי. ועיין בעליות דרבינו יונה בסוגיא דקושית הגמרא היא דוקא אליבא דרבי יוסי, דכיון דקיי"ל כרבי יוסי, אין להם להרחיק משם. ותירצה הגמ' זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור:

"ואפילו לרבי יוסי. ואין לפרש דלרבנן דוקא קאמר, דהא קיי"ל כרבי יוסי. והיינו טעמא דהויא גרמא דגירי, דכי הווי אתי לעורבים היו האומנים מפריחים אותם." ומזה משמע שאלבא דהלכתא פטור אם לא הוי גרמא דגירי, דהיינו דוקא בענין שקופצת הנמיה בשעה שמניח הסולם. וכן ראיתי גם במאירי (ב"ב יח, א סד"ה התבאר במשנה), דלא אמרו גרמא בנזיקין אסור אלא באותה שהיא בכלל גירי. אמנם אפשר דכל זה בנזקי שכנים כשעושה בתוך שלו, מעמיד סולם ושוחט, עושה דברי המותרים, משא"כ בנותן סם המות בפני בהמת חבירו וכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה וכו', שעושה מעשה נזק בגרמא, בזה אסור אף בלא גרמי, עיין מש"כ בח"ה יג.ג. וביש"ש ב"ק י, כג בענין עדות של ישראל בדו"ד בערכאות בין נכרי לישראל, דמפקי הערכאות ממון שלא כדין ע"פ עד אחד, ומשמתינן לעד אם יעיד שם. והסתפקה הגמרא אם אדם חשוב דלא מצי אישמוטי, יכול ללכת להעיד, וסלקא בתיק"ו (ב"ק קיד, א). וכתב ביש"ש, וז"ל:

"וכתב הרא"ש כיון דלא אפשריטא, אזיל ומסהיד. ולא ידעתי סברא זו, דלא שייך כאן ספיקא דרבנן לקולא. דאף מדאורייתא אסור לעשות היזק לחבירו. ואפי' כל דיני דגרמא בנזיקין, דפטורין מן התורה. מ"מ אסורין מן התורה, משום ואהבת לרעך כמוך."

אמנם גם נזק ע"י הגדת עדות וכד', הוי מזיק ממש וטפי מגירי, וע"ז קאי היש"ש, אולם מרהיטת לשונו נראה דבכל גרמא בנזיקין אסור מהתורה משום ואהבת לרעך כמוך, לא שנא גרמא בגירי או שלא בגירי, בכל אופן אסור להזיק מדאורייתא. והנה מצאנו גם לענין היזק שאינו ניכר, שאסור להזיק. כן מצאנו ביד רמ"ה בחידושיו לב"ב (פ"ב סי' כה) דאסור להזיק לחבירו בהיזק שאינו ניכר, וז"ל:

"ע"כ לא פליגי אמוראי בהיזק שאינו ניכר אלא בדאי עבד ולענין חיוב תשלומין, אבל לכתחילה היכא דבעי איניש לאזוקי לחבריה בהיזק שאינו ניכר, מי איכא מאן דאמר דלא מנעינן ליה. מי איכא היזק שאינו ניכר טפי מהיזק ראייה דקיי"ל דשמיה היזק, ואע"ג דלא עביד מעשה."

וכן כתב בחתם סופר בחידושיו לגיטין נג, א (ד"ה לא שמיה היזק):

"בודאי אין שום סברא בעולם דמן התורה הפקר והיתר הוא להפסיד אלפים

רבבות של חברו בהיזק שאינו ניכר חלילה וחלילה, אלא שאינו נזכר פרשת נזיקין דקרא לשלם ממיטב, אלא הוא בכלל ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין וקונסין לפי המקום והזמן והאיש המזיק ולפי הניזק, עד שתקנו חכמים שיהי' ככל נזיקין שבתורה..."

וכן הביא באמרי בינה (עדות סי' לג ד"ה גם), והביא שכן כתב ביד רמה (פ"ב סי' קז) דאסור לגרום מידי דאתי מיניה היזקא לאינשי, אי משום לפני עור לא תתן מכשול, ואי משום ואהבת לרעך כמוך. וכן נמצא בדברי הגר"ו בקובץ שעורים (ב"ב סי' עד), שהקשה על דברי התוס' (ב"ב כב,ב הנ"ל) דמעיקרא סלקא דעתך דכי היכי דפטור, הכי נמי דמותר, וז"ל:

"ולכאורה קשה, איך אפשר לומר דמותר לגרום היזק לחבירו, והא כל מה דעלך סני לחברך לא תעביד, זו כל התורה כולה (שבת לא). ועוד, דאפילו אם ההיזק לחבירו בא מאליו, חייב להציל משום השבת אבידה, וכל-שכן דאסור לגרום היזק מחמתו. וי"ל דהכא שאני, שאפשר לניזק להרחיק את עצמו כדי שלא יוזק, ובכח"ג ליכא משום השבת אבידה, דשלך קודם לשל כל אדם."

ומבואר דדוקא בנזק שיכול להרחיק עצמו הניזק היה הוה אמינא דשרי להזיק, אבל בלא"ה אין אפילו הו"א דשרי. עוד יש לצרף מה שכתבו הראשונים (הרשב"א בתש' ח"א סי' אלף נב) דמשמטינן ליה עד דפרע מה שהזיק בגרמא, וז"ל:

"שאלת. מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר עד שיפרע השאר. והלך השליש והחזירו למלוה וחזר וגבה בו כל החוב, והשליש מודה בכך, פטור מדיני אדם שאין זה אלא גרמא בנזקין. ואם עדיין לא גבה החוב, משמתינן ליה לשליש עד דמקבל עליה כל אונסא דאתי ליה ללווה מחמת אותו שטר, דכל גרמא בנזקין מחייבין את הגורם לסלקה."

וכן מבואר בתש' הרמב"ן (המיוחסות סי' רמ), ובנימוק"י ב"מ (סד,ב ב) לענין מוכר שדהו לכותי, וטוען המצרן לביטול מקח מחמת נזק דיבוא לו מן הכותי, דמשמתינן עד דמקבל כל אונסא שיבוא מן הכותי. והביא מהראב"ד דדוקא קבל עליו כל אונס, הא בלא"ה לא מחייבינן ליה, דגרמא בנזיקין פטור. וכתב בעל העיטור, דהוא הדין לענין אם השכיר לנכרי. וכן פסק הרמ"א בחו"מ שפוג.

לפ"ז אם נאמר שהנזק נעשה בשעה שתובע חובו ומחזיר לו את השטר שאינו בר גביה, אף שמזיקו בגרמא, אמרינן לשמעון שאסור לו להזיק לראובן בגרמא ע"י החזרת השיק שאינו בר גביה, וכן י"ל דמשמטינן ליה עד דמקבל כל נזק דאתי ליה מהחזרת השיק לראובן. ואם היינו דנים את השיק כשט"ח או כמעמד שלשתן שע"י הכתב, בזה נראה שראובן פרע לו בשט"ח או בממון ממש במעמ"ש, ושמעון הזיק את הפרעון, והרי הוא כקורע השטרות, ומה לו כי יתבע את ראובן בשיק שחזר, דאיהו אזיק לשיק.

אבל אם נאמר ששיק דינו כהוראת שליחות, הרי יש כאן שתי תביעות, ובזה יש לעיין אימתי הוא הזיק, האם בעצם החזקת השיק שחזר למשך זמן מרובה, או עצם החזקת השיק לזמן מרובה אין בו נזק אם אינו תובע את חובו מראובן, וע"כ החזרת שיק שלא ניתן שוב לגביה, הוא מעשה הנזק. ולא דמי למוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו, דהמוחל מזיק משעת מחילה (עיין שו"ע חו"מ סו, לה), שמחילה היא מעשה הנזק, ואין כל זמן אחר שיוגדר כמזיק, משא"כ כאן שמעשה הנזק הוא בשב ואל תעשה, וכל עוד לא תובע את ראובן על חובו, אין כאן כל נזק כלפי ראובן, דאם ישאר השטר ביד שמעון ולא יתבע חובו, אין כל נזק לראובן, משא"כ במחילה, שעת המחילה היא שעת הנזק כלפי הלוקח. וגם לא דומה למבטל כיסו של חבירו ע"י שסגר חנותו של חבירו, שאם לא יבואו קונים, הרי לא עשה כל נזק, ואם יבואו קונים, לכאורה מעשה הנזק בשעה שסגר חנותו של חבירו, דשם מעשה הנזק הוא סגירת החנות, וביאת הקונים הוא תנאי בשומת הנזק, משא"כ כאן יישון השטר לכשעצמו אינו נזק, ורק אם בשעת החזרתו ותביעת החוב יתברר שלא ניתן לגבות, אז יחשב כנזק. וכן בדוחף מטבע של חבירו לים, הדחיפה הוי מעשה הנזק, והעכורין הוי תנאי, דאל"כ אין מעשה הדחיפה מעשה נזק. וחפשי ראייה לדבר זה, ולא מצאתי. ומסברא נלענ"ד דבלא תביעה אין כאן מעשה נזק, והנזק נעשה כעת, ואמרינן לשמעון אסור לך להזיק בגרמא. ולכל הפחות אין להוציא מראובן המוחזק.

ג. חיוב שומר בשטרות

עוד היה נראה דכאשר פורע לחבירו בשיק, המקבל דינו כשומר על השיק אף דקיי"ל דאין שמירה בשטרות, מ"מ מכח הנהוג הרי מקבל השיק לא יקבל את החוב עד אשר יציג את השיק לגביה (או בבנק, ואם חזר - יציגו לנותן, ראה מש"כ בח"ה ב/ה), והרי זה כהתנו להדיא ולא בעינן קנין לתנאי זה, וכמו שיתבאר. ובפרט לשיטות הפוסקים דמחייבים בפשיעה גם בשטרות.

דהנה תנן במשנה ב"מ נו, ב: אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה שומר חנם אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם. ובגמ' ב"מ נו, ב, יליף לה מכלל ופרט וכלל, שמועטו שטרות אף שמטלטלין, כיון שאין גופם ממוין. ובגמ' נח, א איתא דחייב לשלם אם קנו מידו ("שאם יקלקל שמירתו ישלם, הא ודאי ישלם, שהרי הוריד עצמו לכך ושיעבד נכסיו. - רש"י). ובתוס' שם (ד"ה אמר ריו"ח) הקשו מהא דב"מ צד, א דמתנה שומר חנם להיות כשואל בדברים ללא קנין, דבההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. ותירצו התוס' ב' תרוצים:

"וי"ל, דהכא דפטור אפי' משבועה, לא משעבד נפשיה בלא קנין. אי נמי, התם כיון שמתחייב כשואל, סבורים העולם שהשאל לו, ובההיא הנאה משעבד נפשיה." ועיין במל"מ שכירות ב,ט דנפק"מ לענין שומר חנם שמתנה להיות כשומר שכר, דלתרוץ ראשון כיון שחייב בפשיעה, משעבד נפשיה בלא קנין. ולתרוץ שני, כיון שאין את ההיא הנאה שסבורים העולם שהוא שואל, אינו מתחייב אלא בקנין. אמנם לכאורה בנדו"ד לא שייך שיהיה חייב (לפי תרוצי התוס') ללא קנין, דכיון דבשטרות אין עליו דין שומר, לא שייך להתחייב ללא קנין. וגם ההיא הנאה שיכול לגבות השיק לא שייך בכה"ג, דא"כ כל שומר שכר יש לו הנאה של שכרו. אלא דוקא ההיא הנאה של שואל, שסבורים העולם שהשאל לו, בזה מחייב נפשיה. והנימוק"י (ב"מ לב, בעמוה"ר) הביא מהרשב"א והר"ן שהקשו אמאי בעי קנין, הא קיי"ל (ב"מ צד,א) דמתנה שומר חנם להתחייב כשואל, ולא בעי קנין (וכן היא קושית התוס' ב"מ נח,א ד"ה אמר). וז"ל הנימוק"י:

"י"ל דשאני התם שהוא שומר חנם, וכיון שהוא בדין שומרים, יכול הוא לחייב עצמו להיות כשואל אפילו בדברים. אבל כאן שאין תורת שומרין כלל, אי אפשר שיחול עליו שום חיוב אא"כ קנו מידו, ומשום הכי בעיא הכא קנין והתם לא." (וכן תירץ הרמב"ן בחידושי לב"מ נח,א ד"ה השוכר, וכן הוא בריטב"א וברשב"א). מבואר ששומרים אלו אינם בדין שמירה אלא מכח קבלת האחריות שקיבלו על עצמם, ועל היקף האחריות שקבלו על עצמם, דעל עצם קבלת האחריות בעי קנין כיון שאינם בדין שומרים. ועיין עוד בריטב"א בחידושי בסוגיא שהביא את הקושיא הנ"ל מדוע במתנה שומר חנם להיות כשואל לא בעי קנין וכאן מיירי בקנו מידו, ותירץ בשם "יש מתרצים" דהכא לרווחא דמילתא משנינן שקנו מידו, "ולאו דוקא, דהא בדברים בעלמא סגי", כדמוכח בדין מתנה שומר חנם להיות כשואל. וא"כ לאותם "יש מתרצים" גם בשטרות לא בעינן לקנות מידו כדי שיחולו עליו חיובי שומרים. אולם הריטב"א עצמו דחה דבריהם; "והגאונים כולם פסקו דהכא בשקנו מידו דוקא". הרי דלא מהני להתחייב בלא קנין.

אולם בנידון של שיקים אפשר שמקבל את השיק מקבל עליו שמירתו לכל הפחות לענין שאם לא יחזיר לנותן את השיק, לא יקבל את תמורתו (במקרה והשיק יחזור מחמת חוסר כסוי או מסיבות טכניות), הרי שבעצם קבלת השיק, קיבל עליו שמירתו לענינים מסוימים. ואף שבנדו"ד מחזיר את השיק ורק יש כאן נזק שאינו יכול לגבותו מחמת פשיעת מקבל השיק, מ"מ כיון שכבר קיבל עליו שמירה, לא צריך קבלת קנין לשאר תנאים של שמירה. וכבר כת' כמה פעמים, שכל מקבל שיק, מקבלו על דעת המנהג המקובל וע"ד החוק. ובין הסוחרים נראה שמקובל שמקבל השיק לא יקבל את תמורתו, אם יחזירו לנותן באופן שהנותן לא יוכל לגבותו מחמת פשיעת המחזיר, הרי הם מחייבים בגרמא, והרי זה מקבלו לשמירה על דעת כן שאם יחזיר לו השיק באופן

שלא יוכל לגבותו, לא יקבל המחזיר את תמורתו. ואף שמפני שאנו מדמים לא נעשה מעשה, אך גם להוציא מהמוחזק לא נוציא. וכאן נותן השיק הוא המוחזק.

עוד נראה דהנה הראשונים נחלקו אם חייב שומר שטרות וקרקעות וכו' בפשיעה. דהנה רש"י על המשנה הנ"ל דשומר שכר אינו משלם בשטרות קרקעות וכו', כתב; "אם נגנבו ממנו". מדויק דדוקא בגניבה ואבידה פטור אבל בפשיעה חייב. וכן מדייקים מדברי רש"י בד"ה הקודם, דשומר חנם אינו נשבע על הקרקעות שלא פשע, ועיי"ש בנימוק"י (לב, ב בעמודה"ר) דדוקא משבועה פטריה רחמנא, אבל אי ידעינן דפשע, חייב לשלם. וכבר הארכתי בזה בח"ה כז,ג, והואיל ובדברים יש נפק"מ לנדר"ד, אביא את עיקרי הדברים. דהנה הרמב"ם בהל' שכירות כ,ג, כתב וז"ל:

"יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן, חייב לשלם, שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין הגניבה והאבידה והמיתה וכיוצא בהן ... אבל אם פשע חייב לשלם, שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין, ודין אמת הוא זה למבינים ובו ראוי לדון. וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירת חנם, והתנה עימו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה, חייב כמי שהפסיד בידים, וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידים חייב על כל פנים."

והראב"ד פליג וס"ל דפושע אינו כמזיק, דאם חייב לשלם כשפשע, מדוע אינו נשבע. ועוד, דא"כ פשיעה בבעלים אמאי פטור. אלא מוכיח הראב"ד שאין דין הפושע כמזיק. ועיין ברב המגיד ציין דגם מדברי רש"י (כנ"ל). ובנימוק"י הנ"ל הביא את דעת הרי"ף בתש', הר"י מיגאש, הרשב"א, תוס', רא"ש ור"ן דשומר חנם גם אינו משלם אם פשע. והא דתנן במתניתין דאינו נשבע ולא אינו משלם, הטעם דבכל פרשת שומר חנם נאמר שבועה ולא נאמר תשלומין. עוד הוסיף הנימוק"י לחלוק על הסוברים דפושע מזיק, דא"כ אמאי פשיעה בבעלים פטור, הא פושע בבעלים חייב. ותש' הרי"ף הנזכרת היא בסי' צז, שלמד ממשנתנו שדין שמירה אינו בדברים הנזכרים במשנה, וכן דיני כפירה אין בהם, ואפילו הודה השומר שפשע אינו חייב לשלם, עיי"ש. גם הרא"ש בב"מ שם הכ"א הסכים עם דעת הרי"ף דאף מפשיעה פטור, דכיון שהוציאה התורה קרקעות ואינן מפרשת השומרים, הרי שמכל חיובי שומרים נפטר אם שמר על קרקעות וכו';

"ופושע בדבר ונאבד לא חשיב אדם המזיק, שהרי פשיעה בבעלים פטור, ואילו חשוב כאדם המזיק, אמאי פטור בבעלים. אלא ודאי לא מיקרי אדם המזיק כיון דלא אפסדיה בידים אלא שבפשעתו שלא שמרו כראוי נפסד, אלא על שמירת שומר חייבתו תורה, הלכך בבעלים פטור. וכיון שהוציאה תורה את אלו מדין שומרים, פטורים אף בפשיעה."

גם הרמב"ן בחידושי לב"מ (נו, ב ד"ה הא) הביא את תש' הרי"ף דמינה מוכח ששומר חנם בשטרות אף אם פשע אינו משלם, וכן דעת הר"י מיגאש; "וזהו הראוי

לסמוך עליו". וכן כתבו התוס' (ב"מ נז,ב ד"ה שומר) מקושיית הגמ' על התוספתא דלעיל - השוכר את הפועל לשמור את הזרעים וכו', דהקשתה הגמרא אמאי חייב באחריותו הא הו"ל קרקע או הקדש (תלוי בהסבר הראשונים), ומדוע לא תירצה הגמרא דמיירי בפשיעה. אלא דמכל דיני פרשת השומרים מיעטה התורה קרקעות וכו'. והתוס' בשבועות (מב,ב ד"ה שומר) הביא ראיה דאף שומר שכר על קרקעות והקדש וכו' פטור מלשלם אם פשע, מהגמ' ב"ק צג,א מההוא ארנקי של צדקה דאתא לפומבדיתא, אפקדיה רב יוסף גבי ההוא גברא. פשע ביה, ואתו גנבי וגנבו. ורצה רב יוסף לפוטרו מטעם דממון עניים הופקע מפרשת שומרים מקרא ד"לשומר" - ולא לחלק לעניים. ולרב יוסף דינו כשומר שכר, דלא בעי לתת ריפתא לעני, עיי"ש.

וכן מבואר בר"ן בחידושי לב"מ (קד,א ד"ה ר"מ) דשומר חנם שפשע בקרקעות פטור מלשלם. והביא שם דאף למחייבים, מ"מ באם פשע שלא עבד הקרקע, לא חשיב מזיק בדיינים. ועיין בריטב"א בתש', הובאו דבריו בב"י חו"מ סו,מא דפושע אינו כמזיק אלא הוי גרמא בנזיקין, ורק שומר חייבה התורה בפשיעה מפני שסמך עליו בעל הפקדון. (אמנם עיין בחידושי הריטב"א בדפוסים הישנים, ב"מ צג,ב ד"ה מאי לאו, דבתחילה כתב דקיי"ל כרמב"ם דפושע הרי הוא כמזיק בידים, ובסוף הדיבור כתב דפשיעה אינה כמזיק בידים, עיי"ש. ועיין עוד בשטמ"ק ב"מ נח,א ד"ה לפיכך שהביא מהריטב"א דחיה לראית התוס' מהתוספתא לשמור את הזרעים וכו', דהתוספתא מיירי בשכר שבת והיינו שומר שכר ולא בחיוב פשיעה, וע"כ לא יכלה הגמרא לתרץ דמיירי בפשיעה, עיי"ש. ועדיין אפשר דהריטב"א כתב רק לדחות הראיה, אך אין במשמעות דס"ל כרמב"ם, דבתשובה כתב להדיא דלא כרמב"ם).

והשגת הריטב"א על ראית התוס' מהגמ' ב"מ נח,א, דמשמע דאחריות שבת עליו היינו לענין גניבה ואבידה ולא לענין פשיעה וע"כ לא מצי לאוקמי בפשע, מעין זה נראה לכאורה גם מדברי הלחם משנה שכירות ב,ג שכתב דאף שאין נותנים לו שכר שבת, אחריות שבת עליו לענין פשיעה, וע"כ לא יכלו להעמיד שפשע. וכן דחה הש"ך בחו"מ סו,קכו, דאחריות שבת עליו היינו כשאר שומר שכר, וע"כ ליכא לאוקמי בפשיעה. ועוד, דאין להעמיד שפשע, דהרי גם באופן שלא קיבל שכר, יש עליו אחריות של שומר חנם לענין פשיעה, דכיון שקיבלו בסתם והוא ברשותו בשבת, הו"ל שומר חנם גם בשבת. (ועיין בתומים ס"ק סז מה שדחה על אופן פשיעה שיש לשומר שכר ואין לשומר חנם. ועיין בקצוה"ח סו,מו מה שדחה את דחיית התומים). ולענין הסברא כתב הש"ך דחייב פשיעה לא צריך פסוק בשומרים לחייב בפשיעה, וחייב זה נלמד מסברא מדין מזיק. ואין כוונת הרמב"ם דפושע הוא מזיק ממש אלא "כמו מזיק הוא לענין דמן הסברא חייב פושע אפילו בלא קרא". ולענין מה שהקשה הראב"ד דא"כ אמאי פטור בפשיעה בבעלים, תירץ הש"ך דבבעליו עימו אין לו דין שומר, ע"כ כל חיובי שומר אין בו, בין חיובים דכתיבי בהדיא בקרא, ובין חיובים שלומדים מסברא, כמו

פשיעה דיליף חיובו מסברא ממזיק. והוסיף הטור להוכיח כדעת הרמב"ם, ושכן עוד ראשונים ס"ל כרמב"ם, ויש שלהדיא לא כתבו נגד דעתו, וספוקי מספקא להו. ע"כ כתב דלדעתו דעת הרמב"ם עיקר. ועכ"פ לפי סברת הש"ך דין זה שפושע כמזיק הוא רק במי שיש עליו שם שומר, וכגון בקרקעות ושטרות שיש עליו שם שומר אלא התמעט מחיובי שומר.

ונראה בבאור דעת הרמב"ם, דלכאורה מי עדיף פושע על מזיק בגרמא שפטור. אלא הפרוש ברמב"ם דפושע אינו מזיק אלא כמזיק, והיינו שמהלכות נזיקין אכן אי אפשר לחייבו וכמש"כ הש"ך, אך מהלכות שומרים יש לחייבו, ולא מפני שחייבה התורה שומר בפשיעה, אלא עצם התחייבותו לשמור היא התחייבות לשלם על כל הענינים שהוא בהם "כמזיק". לא חיוב התורה מחייב אלא עצם השמירה והתחייבות השומר לשמור היא התחייבות שלא לפשוע כמזיק, ואם יפשע כמזיק מתחייב לשלם. הנפק"מ מהסבר זה - דכדי להפטר מחיוב פשיעה לא סגי במה שלא חייבה אותו התורה אלא צריך פטור מפורש של התורה. לכן גם שמירת קרקעות לא נכללה בפרשת שומרים, היינו שאין בשמירת קרקעות וכו' חיובים של שומר שחייבה התורה, אולם חיובים שחייב מכח קבלת השמירה שהיא מעין התחייבות גם ללא חיוב של התורה, בזה לא נפטר אא"כ היתה התורה פוטרת אותו להדיא. ע"כ אם אדם שאינו שומר פושע ונגרם נזק בדרך של גרמא וכד', אין לחייבו מדין מזיק, ורק אם קיבל על עצמו להיות שומר מכח התחייבותו חייב לשלם אם פשע.

וכן יש לבאר את מש"כ המגיד על דברי הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון ב,ח דבשאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהם וכד', שהסתפקה בגמרא אם הוי כשאלה בבעלים והרי זה ספק, לפיכך אם נאנס מיד השואל אין משלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאים מידם. ומוסיף הרמב"ם; "פשע בה השומר, הרי זה משלם". והקשה הרב המגיד דהרי פשיעה בבעלים פטור, וכאן הוי ספק פשיעה בבעלים, ובמה השתנה דינו משאר דיני שומרים דאינו משלם ומהני תפיסה של הבעלים. ועל כך הסביר המגיד דדעת הרמב"ם דפושע דינו כמזיק; "וכיון שהוא כמזיק ואין ראייה ברורה לפטור, חייב לשלם". ולכאורה מה הוסיף המגיד דבעינן ראייה לפטור, אם פושע דינו כמזיק, הרי שמזיק חייב לשלם ככל מזיק, ומה ענין ראייה לפטור לכאן. אלא שפושע אינו מזיק אלא כמזיק, דמכח שמירתו קיבל על עצמו גם ללא חיובי התורה לשלם אם יזיק בפשיעתו, וכאשר התורה פטרה בשמירה בבעלים ופטרה גם בפשיעה, הרי להדיא יש ראייה ברורה שאף על חיוב זה שהתחייב מכח שמירתו ולא מכח חיוב התורה, פטור מלשלם. אולם כל זה דוקא בדבר ברור שיש בו פטור. דבחובים שחייבה התורה ויש ספק אם נגנב או נאבד בשמירה בבעלים, הרי יש כאן ספק בעצם החיוב אם יש כאן חיוב של שמירה וחיובים שחייבה התורה כגניבה ואבידה (בשומר שכר) ואונסין (בשואל). אבל בפשיעה החיוב לא מכח חיוב התורה אלא מכח שמירתו והתחייבותו, וע"כ יש כאן חיוב ודאי, וכדי

שיפטר צריך פטור ודאי, וכל עוד אין פטור ודאי, החיוב בחזקתו עומד. משא"כ בחיובים שחייבה התורה, כל היכא שיש ספק בשמירה בבעלים, הוי ספק בחיוב ולא בפטור (ועיין מה שכתבתי בחלק ג, סי' ח, ד-ה, ובחלק ה כו,ג בדברי שעהמ"ש סו,לד, עיי"ש). ומעין סברא זו נמצא בקהילות יעקב ב"מ סי' לד, דסברת הרמב"ם לחייב בפשיעה מדין מזיק הוא מדין גרמי:

"דאחרי שקיבל עליו לשמור ורמיא עליה חיוב שמירה, א"כ כשאנו שומר אותו הוי כמסלק שמירה ממון חבירו ולא גרע מדינא דגרמי עיין מרכבת המשנה כאן. ובמשובב נתיבות סי' צה מבאר הרב המגיה ז"ל שם דאפילו בלא עשה שום קנין מתחייב אפשיעה, עיי"ש שהביא ראיה לזה. ונראה הביאור לזה, משום דכיון דע"פ הבטחתו של זה השומר סילקו הבעלים שמירתן מדבר זה, וע"י זה נשאר הדבר בלא שמירה ונאבד, הו"ל איהו בגדר גרמי להיזק כהא דמראה דינר לשולחני ונמצא רע, דחייב השולחני משום שעל פיו הוציאו הבעלים ממון תמורת זה הדינר המזויף."

ובהמשך דבריו כתב לישב את קושית התוס' על השיטה המחייבת בפשיעה בעבדים וקרקעות וכו', מהתוספתא המובאת בב"מ נח,א (עיין לעיל), דבתינוק אי אפשר לחייבו מדין מזיק כיון שאינו ממון הקדש. ואמנם אפשר לחייבו מדין שומר, דהשומר מתחייב באחריות כלפי זה שמסר לו לשמור אפילו אינו ממון שלו, אולם בהני דאיתמעטו מדין חיובי שומר, ממילא פטור אף בפשיעה. ומבואר מהקהילות יעקב דחיוב פשיעה מדין מזיק הוא חיוב מדינא דגרמי אף אם אינו בתורת שומר, דכיון שקיבל על עצמו לשמור ועל סמך קבלתו והתחייבותו לשמור הסתלקו הבעלים, פשיעתו היא כדין מזיק בגרמי, אף שאין על המתחייב תורת שומר.

ועיין עוד במה שכתב הגרא"ו בקובץ שעורים (פסחים אות יז, וע"ע בח"ב סי' כו) שהקשה על שיטת הרמב"ם דמה שייך לחייב פשיעה מדין אדם המזיק, הא חיוב פשיעה אינה אלא בשומרים, וכיון שקרקעות התמעטו משמירה, אין בהם גם חיוב פשיעה, דהא לא הפשיעה היא המחייבת אלא השמירה. וכמו דשואל שחייב באונסין, לא האונס הוא המחייב דהא אונס רחמנא פטריה, אלא קבלת אחריות השמירה היא המחייבת. וכתב לישב:

"אמנם בחיוב פשיעה אפשר לומר דהפשיעה בעצמה היא המעשה המחייבתו, שהיה חייב לשמור ולא שמר, ובקרקעות אף דנתמעטו מדיני שומרינן, מ"מ כיון דקיבל עליו לשומרן הוי כמו כל פועל דכל כמה דלא הדר ביה צריך לעשות מלאכתו, וזוהי כוונת הרמב"ם שהפושע כמזיק, היינו דכמו דבמזיק מעשה ההיזק היא המחייבתו, כן הוא בפשיעה, דאינו מטעם חיוב אחריות על החפץ, ולא נתמעטו קרקעות אלא מחיוב אחריות."

מבואר א"כ דאף שאין עליו תורת שומר, כיון דע"פ הלכות פועלים קיבל על עצמו לעשות פעולה של שמירה, אף שאינו בתורת שומר בחיובי התורה, הרי שהפשיעה היא מעשה המחייב כמזיק, שאי ביצוע הפעולה שקיבל על עצמו, היא הגורמת והמחייבת בתשלומין כשפשע באותה פעולה. ועיין במש"כ הגרא"ז באבן האזל (שכירות ב, ג ד"ה ונראה דהרמב"ם):

"דלא צריך דין חדש מדיני שומרים שיתחייב במה שקיבל עליו, שנאמר דכיון שנתמעטו קרקעות ועבדים ושטרות מדיני שמירה פטור גם בפשיעה, אלא שהוא סברא בלא דינים מיוחדים מדיני שומרים, דכיון שהמפקיד סמך עליו וקבל עליו שמירת הפקדון ופשע בו, הוי כמזיק וחייב. ולכן אף שנתמעטו מדיני שומרים, חייבים על הפשיעה ... אלא עיקר החיוב הוא שלא קיים התחייבותו ולא שמר כדרך השומרים, דאם לא שמר ממילא חייב כיון שהתחייב לשמור."

ובהל' שאלה ה, א (ד"ה איברא) מבואר דדוקא במקום שקיבל עליו השמירה. ומ"מ נראה דבנדו"ד יכול ראובן המוחזק לומר קים לי כשיטת הרמב"ם ודעימיה, דמכיון ששמעון פשע במה שלא החזיר השיק, לשיטות הרמב"ם ודעימיה יש לחייב את שמעון אף בשמירת שטרות, ולכל הפחות אין להוציא מיד ראובן המוחזק.

ד. אם שומר י"ל הרי שלך לפניך

עוד יש לברר אם החזרת שיק שכיום לא ניתן לגביה, אם חשיב חזרה בדיני שומרים. וכמו שכת' לעיל שאלולי החזרת השיק משמעון לראובן, ודאי שאין לחייב את ראובן. והשאלה אם בכה"ג חשיב חזרה. וזה תלוי לכאורה אם שומר יכול לומר הרי שלך לפניך, כגון בחמץ ועבר עליו הפסח או בשור הנסקל. תנן במשנה ב"ק צו, ב: גזל מטבע ונסדק, פירות והרקיבו, יין והחמיץ - משלם כשעת הגזלה. מטבע ונפסל, תרומה ונטמאת, חמץ ועבר עליו הפסח, בהמה ונתעבדה בה עבירה או שנפסלה מעל גבי המזבח או שהיתה יוצאה ליסקל, אומר לו הרי שלך לפניך. ובגמ' שם צח, ב רצתה להעמיד את המשנה שאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך, כאותה ברייתא (ב"ק מד, ב - מה, א) דנחלקו רבי יעקב ורבנן בענין שור שהמית ונגמר דינו, דת"ק ס"ל דאין השומר יכול להחזירו לבעליו, ורבי יעקב ס"ל דאף משנגמר דינו יכול להחזירו לבעלים, ורצתה הגמ' להעמיד מחלוקתם אם אמרינן באיסורי הנאה הרי שלך לפניך, דרבנן ס"ל דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, ורבי יעקב ס"ל די"ל הרי שלך לפניך, ומיתוקמא מתניתין (צו, ב) כרבי יעקב. ודחה רבה, דכ"ע ס"ל דאמרינן באיסורי הנאה הרי שלך לפניך, דאל"כ שיחלקו בחמץ ועבר עליו הפסח, אלא הכא בגומרין דינו של שור שלא בפניו קא מיפלגי. רבנן סברי אין גומרין דינו של שור שלא בפניו, דאמר ליה אי אייתיתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא, השתא מסרתיה ביד מאן דלא מצינא לאישתעווי דינא בהדיה.

וּר' יַעֲקֹב סִבֵּר גּוֹמְרִין דִּינוֹ שֶׁל שׁוֹר שְׁלָא בִּפְנֵיו, דֹּאמֵר לִיה מַאי עֲבָדִי לִיה, סוּף סוּף הוּא גַּמְרִי לִיה דִּינָא שְׁלָא בִּפְנֵיו. רִש"י שם (ד"ה דא"כ), פִּירֵשׁ וז"ל:

"דִּלְרַבְּנָן אִין אֹמְרִים אֲדַמְפְּלָגִי בְּשׁוֹר לִגְבִי שׁוֹמֵר, לִפְלָגוּ נְמִי לִגְבִי גֹזֶל חֲמֵץ וְעֵבֶר עֲלִיו הִפְסֵת. אֲבָל הֵכָא בְּשׁוֹר שֶׁהֵמִית הוּא דֹּאמֵר אִין מוֹחֲזֵר מִשּׁוּם דֹּאמֵר לִיה הֵא אִיסוּר הֵנָּה לֹא אִיסוּר דֹּאמֵר עֲלֵיה מְמִילָא הוּא כְּגוֹן חֲמֵץ בִּפְסָח אֵלָּא אֵת קִטְלָתִיה בִּידֵּים שֶׁהִבֵּאתוּ לַב"ד, דֹּאִי הוּא גִבְּאִי אֲנָא מְעִרִיקָנָא לִיה לֹאגְמָא כּו'. אֲבָל סִיפָא דִּמְתַּנִּיתִין וְדֹאִי רַבִּי יַעֲקֹב הֵיא וְלֹא רַבְּנָן, דִּקְתָּנִי אִו שֶׁהִיתָה יוֹצֵאָה לִיסְקָל אֹמֵר לוֹ הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ."

מִבּוֹאֵר מְדַבְּרִי רִש"י דַּעֲכ"פ מַה דַּתָּנָן בְּמִשְׁנָה דְּבִשְׁוֹר הִנְסָקֵל יִכּוֹל לֹמֵר לוֹ הִגְזִלָן הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ, מִיתוּקְמָא רַק אֲלִיבָא דְרַבִּי יַעֲקֹב, דְּלִפִּי חֲכָמִים אִינוּ יִכּוֹל לְהַחֲזִירוֹ, גַּם לְטַעְמִיה דְּרַבָּה. וְעוֹלָה מְדַבְּרִי רִש"י דֹּאִין חִילּוֹק בֵּין שׁוֹמֵר לִגְזִלָן לְעֵנִין הַשְּׁבֵת אִסּוּרִי הֵנָּה וְכֹד', וִיכּוֹל לֹמֵר לוֹ הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ. וְכֵן כָּתֹב לְהִדְיָא הֶרֶם"ה, הוֹבָאוּ דְּבָרֵיו בְּשִׁטְמ"ק ב"ק צח"ב (ד"ה הֵכָא בְּגוֹמְרִים), דְּשִׁמְעִינָן מִסּוּגִית הֶש"ס, דְּכָל הֵיכָא דְּהוּי הַשְּׁבָה גִבִּי גֹזֶלָן, הוּי שְׁבָה גִבִּי שׁוֹמֵר, וְכָל הֵיכָא דְּלֹא הוּי הַשְּׁבָה גִבִּי גֹזֶלָן, לֹא הוּי הַשְּׁבָה גִבִּי שׁוֹמֵר, מִדֹּאִי־צִטְרִיךְ רַבָּה לְאֹקְמִי בְּגוֹמְרִים דִּינוֹ שֶׁל שׁוֹר הִנְסָקֵל שְׁלָא בִּפְנֵי בַּעַל דִּין, וְלֹא חִילְקוּ בֵּין שׁוֹמֵר (שְׁבוּ נַחֲלָקוּ ר' יַעֲקֹב וְחֲכָמִים) לִגְזִלָן. וְבִיש"ש (ב"ק ט, כ) כָּתֹב דְּהוּא דְּבֵר תִּימָה לְהַעֲמִיד אֵת הָרִישָׁא כְּדַבְּרִי הַכֹּל, וְאֵת הַסִּיפָא רַק כְּרַבִּי יַעֲקֹב. וְע"כ כָּתֹב לְבָאֵר, וז"ל:

"אֵלָּא נִרְאָה בְּעֵינֵי, דִּמְתַּנִּיתִין דְּבָרֵי הַכֹּל הֵיא. וְעַד כָּאֵן לֹא פְּלִיגִי רַבְּנָן עֲלֵיה דְּר' יַעֲקֹב אֵלָּא לְעֵנִין שׁוֹמֵר, מִטַּעְמָא דְּפִי'. דֹּא"ל אִם הַחֲזוֹרָת לִי כּו'. אֲבָל גִּבִּי גֹזֶלָן לֹא שִׁייךְ הֵאִי טַעְמָא. דְּכִתִּיב (וִיקְרָא ה, כג) וְהִשִּׁיב אֵת הַגְּזִילָה אֲשֶׁר גֹּזֶל, אִם כְּעִין שְׁגוֹל יַחֲזִיר כּו'. דְּכָל זִמָּן שְׁלָא נִשְׁתַּנִּית מִיָּדִי, לְעוֹלָם מַחֲזִירָה כְּמוֹ שֶׁהִיא. וְזוֹ הֵיא קוֹלָתוֹ. וְתַמְצָא נְמִי חוֹמְרָתוֹ, שֶׁאִם נִשְׁתַּנִּית, אִו אִינוּ בְּעִין, לְעוֹלָם צִרִיךְ לְשַׁלֵּם כְּשַׁעַת הַגְּזִילָה. אַע"ג דְּלְעֵנִין הִיזִיקוֹת הוּא פִּטוֹר, כְּדֹאִיתָא לְעִיל (צח"א) גִּבִּי הַזּוֹרֵק מִטְּבַע כּו', א"כ מִתַּנִּיתִין אֵתִיא כְּכ"ע, דֹּאֹמְרִים בְּכָל אִסּוּרֵי הֵנָּה שְׁבַעֲוֹלָם הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ. וְכֵן מִשְׁמַע לְשׁוֹן הַסּוּגִיא, וְכֵן יִרְאָה לְהִדְיָא מִן הֶרֶם"ה, שְׁפִסָּק גִּבִּי שׁוֹמֵר כְּרַבְּנָן דְּרַבִּי יַעֲקֹב. וְגִבִּי גֹזֶלָן פִּסָּק דֹּאֲפִילוּ יוֹצֵא לְהַסְקָל אֹמֵר לוֹ הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ, אֵלָּא עֵיקָר כְּמוֹ שְׁפִירֶשְׁתִּי. הִילַכְךָ בְּכָל אִסּוּרֵי [הֵנָּה] שְׁבַעֲוֹלָם, וְהֵן בְּעִין, וְלֹא נִאֲבָדוּ. אֹמְרִים הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ גִּבִּי גֹזֶלָן, וְלֹא גִבִּי שׁוֹמֵר."

דְּמַה שֶׁנַּחֲלָקוּ חֲכָמִים וְרַבִּי יַעֲקֹב הוּא רַק לִגְבִי שׁוֹמֵר, וְקִי"ל כְּחֲכָמִים דְּשׁוֹמֵר אִינוּ יִכּוֹל לֹמֵר הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ, וְרַק בְּגֹזֶלָן גְּזֵרָה הַתּוֹרָה "אֲשֶׁר גֹּזֶל" כְּעִין שְׁגוֹל - לְקוּלָּא וְלַחֲוִמְרָא, וִיכּוֹל לֹמֵר לַכ"ע הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ, אֲבָל שׁוֹמֵר שֶׁאִין בּוֹ גְּזִירַת הַכְּתוּב, ס"ל לְחֲכָמִים דְּלֹא יִכּוֹל לֹמֵר הֵרִי שְׁלַךְ לִפְנִיךְ. וְעִיין בְּשׁוּאֵל וּמִשְׁיב (קמא, ח"א סו"ס קמ"ה) דְּבִאִיסוּרֵי הֵנָּה וְכֹד' הוּי כְּהִזָּק שֶׁאִינוּ נִיכָר, וְגֹזֶלָן לֹא עֲדִיף מִמִּזִּיק, וְאִטוּ בְּשִׁבִּיל שְׁגוֹלוּ

יצא מדין מזיק, וכמו שמזיק פטור, הוא הדין גזלן. אבל שומר שהתחייב בחיובי שמירה, חייב גם כשהזיקו בהזיק שאינו ניכר, דנתן לו חפץ לשמור ועשאו עפר, וכיון שהתחייב בשמירה, אף בהזיק שאינו ניכר אם הזיקו יצא מגדר השמירה, עיי"ש. ועיין עוד בר"ה הקודם מה שביאר בסוגית הגמ'. גם מדבריו ברביעאה, ח"ב סי' קנג, נראה שהסכים עם דעת היש"ש ויישב סוגית הגמ' אליביה ולהצילו מקושית הש"ך (להלן). [ועיין בקובץ שעורים ב"ק קלח שהקשה דאם מיירי שהשור ביד ב"ד, פשיטא שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, כמו במטבע במים צלולים ולא שקלו בר אמורא, אלא שהשור ביד השומר, ובכ"ז כיון שהיה שעה אחת ביד ב"ד, לרבנן אינו י"ל הרי שלך לפניך, וא"כ הוא הדין בחמץ שעבר עליו הפסח ואבד ואח"כ מצאו, עיי"ש. וע"ע באבן האזל גזילה ג, ד"ה ומצאתי מש"כ בזה.]

והש"ך בחו"מ שסג, כתב דאין להקשות דא"כ רישא אליבא דכ"ע וסיפא כר' יעקב, דדבר זה מצוי בכל הש"ס. ובעיקר חילוקו של היש"ש כתב שהוא דבר שאין השכל נותן, ששומר ומזיק יגרעו מגזלן. ומה עוד דבהמשך הסוגיא רצה רב חסדא להעמיד את הדרשה מהפסוק אשר גזל כחכמים, הרי שיליף לה גם לענין שומרים. (ועיין בעונג יו"ט סי' קיח מש"כ בזה). ובשער המלך (חובל ומזיק ז, ג) הוסיף להקשות, דא"כ אמאי אוקמא הגמ' את המשנה כר' יעקב, הו"ל לגמ' לחלק דמתניתין דידן אליבא דכ"ע, ורבנן פליגי רק בשומר ולא בגזלן. [ועיין בחידושי הגרש"ש ב"מ כו, שהוכיח דדעת היש"ש דדוקא בשור הנסקל דהוא היזק ניכר ולא השתנה, בזה בגזלן י"ל הרי שלך לפניך ובשומר אינו י"ל הרי שלך לפניך, אבל בהזיק שאינו ניכר, אף בשומר י"ל הרי שלך לפניך. וצ"ע אם בשיק שעברו ששה חדשים מהתאריך הנקוב בו, אי חשיב היזק ניכר, כיון שניכר שעבר זמנו.]

אמנם מדברי התוס' ב"ק נו, ב (ד"ה פשיטא) מבואר דשומר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך. דהגמ' שם מקשה על המשנה דהוציאוה ליסטים והזיקה, ליסטים חייבים, דפשיטא, כיון שהוציאוה, קיימא ברשותם לכל מילי. ובתוס' הקשו, דאפשר דיש לחלק בין גזלן לשומר, דדוקא שומר קיימא ברשותו אם הזיקה, ולא גזלן:

"דדלמא שומר הוא דמחייב אבל גזלן לא דמצינו דברים שהשומר חייב והגזלן פטור, שהרי בכחשה בהמה הכחשה דהדרא ובפירות שהרקיבו מקצת מוכח בהגזלן קמא (צח, ב) דגזלן אומר לו הרי שלך לפניך משום דלא חשיב שינוי ולא קנינהו ופטור אפילו בפשיעה דלא קבל עליו שמירה, אבל שומר כיון שמתחייב בכחשה דלא הדרא ובהרקיבו כולם אם נעשו בפשיעה כמו כן יתחייב בכחשה דהדרא ובהרקיבו מקצתם כיון דקבל עליו שמירה, דלמה לא יתחייב בזה כמו בזה שאין השומר קונה בשינוי..."

ועיי"ש שתירצו דסברא שיתחייב הגזלן כיון שהוציאה מהבעלים ונכנס תחת יד הבעלים. ומ"מ מבואר מדברי התוס' דגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך, משום דלא

חשיב שינוי, משא"כ שומר כיון שמתחייב בכחש דלא הדר אם נעשה בפשיעה, גם יתחייב בכחש שאינו שינוי, כיון שקבל על עצמו שמירה. ועיין בשעה"מ (חובל ומזיק ז,ג) שכתב דהתוס' ס"ל דשומר חייב דוקא באופנים שאם הזיק בידיים היה חייב, כגון בכחשא דהדר, בפירות והרקיבו מקצתן או תרומה ונטמאת, דכיון שאם הזיק בידיים חייב, גם בפשיעתו חייב. דכל שבא מחמת פשיעתו, חייב לשלם כביכול הזיק בידיים. אבל בדברים שאם הזיק פטור כגון בהיזק שאינו ניכר, לא קיבל עליו שמירה טפי ממזיק, ויכול לומר לו הרי שלך לפניך, עיי"ש שדחה דעת היש"ש. אולם שער המשפט סו,לד הביא ראיה מהתוס' הנ"ל לדעת היש"ש, וכתב דדוחק לחלק בין הרקיבו מקצתם וכו' לחמץ ועבר עליו הפסח, עיי"ש.

אמנם מהתוס' גיטין נג,ב (ד"ה גזלן) מבואר דגם שומר יכול לומר הרי שלך לפניך, שכתבו בהסבר מחלוקת ר' יעקב וחכמים, אם מה שהתפיסו ביד ביד חשיב היזק ניכר, ובזה פליגי, אבל לכ"ע אינו ניכר, יכול לומר הרי שלך לפניך. ועיין בקצוה"ח שמ,ב שביאר לפ"ז את שיטת הטור דבכחשא מאליה מצי אמר הרי שלך לפניך, דלא גרע מגזלן. וכן נראה שזו שיטת קצוה"ח רצא,ד, דבישנו בעין ולא נשתנה, יכול לומר שומר הרי שלך לפניך, עיי"ש. ובנתיבות שסג,ג הביא את התוס' בב"ק נו,ב הנ"ל, כראיה לסתור את דברי הש"ך, דתוס' ס"ל דשומר לא יכול לומר הרי שלך לפניך, ומ"מ כתב לחלק בין היזק ניכר לאינו ניכר, וז"ל:

"ומ"מ נראה דהדין עם הש"ך, דהיזק שנעשה בבית שומר אפילו בפשיעה לא עדיף ממזיק שלא בכונה, ובהיזק שאינו ניכר מבואר בגיטין (נב,ב) דבשוגג פטור ובמזיד חייב, משו"ה הכא נמי פטור השומר, אבל בכחשא דלא הדר ופירות שהרקיבו מקצתן דמזיק חייב אפילו בשוגג, השומר שפשע ג"כ חייב. כן נ"ל." דדוקא בהיזק שאינו ניכר יכול השומר לומר הרי שלך לפניך, דבזה אף מזיק בשוגג פטור, משא"כ במקום שמזיק בשוגג חייב, גם השומר חייב ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך. ועיין עוד בנתיבות שמ,ד. וצ"ל דמש"כ הנתיבות עו,א ששומר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, היינו בהיזק ניכר, וצ"ע. וכן ראיתי בתש" יד אליהו (סי' כ) דגם ליש"ש שומר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, היינו דוקא בשור הנסקל, דמשום דמסרו ביד בית דין חשיב כהיזק ניכר, אף שגזלן י"ל הרי שלך לפניך, דעדיין הוי כעין שגזל, אבל בחמץ בפסח דאינו ניכר, גם לדעת היש"ש, בין שומר ובין גזלן יכולים לומר הרי שלך לפניך.

וע"פ זה נראה לבאר גם את שיטת הרמב"ם, שנראית לכאורה כשיטת היש"ש. דהנה הרמב"ם בהל' נזקי ממון יא,ט, וז"ל:

"שור שהמית את האדם והקדישו בעליו אינו קדוש, וכן אם הפקירו אינו מופקר, מכרו אינו מכור, החזירו שומר לבעליו אינה חזרה, שחטו בשרו אסור בהנייה.

במה דברים אמורים אחר שנגמר דינו לסקילה, אבל עד שלא נגמר דינו לסקילה אם הקדישו בעליו הרי זה קדוש ואם הפקירו הרי זה מופקר ואם מכרו מכור החזירו שומר לבעליו הרי זה מוחזר ואם קדם ושחטו הרי זה מותר באכילה. מבואר מדברי הרמב"ם שלאחר שנגמר דינו, אין השומר יכול לומר הרי שלך לפניך. ואילו בהל' גזילה ג,ד, כתב הרמב"ם וז"ל:

"... אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור, או שגזל עבדים והזקינו, או שגזל מטבע ונפסל במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת, ... או שהיתה יוצאה להסקל, אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה."

מבואר מדברי הרמב"ם שגזולן יכול לומר הרי שלך לפניך גם בבחמה היוצאה להסקל, והיינו אפילו אחר גמר דין. ולאמור לעיל י"ל ע"פ שיטת היש"ש, דחלוק דינו של שומר דוקא בשור היוצא להסקל, דכיון דהוי כהיזק ניכר, דוקא שומר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, כיון שחייב על נזק ניכר, אבל גזולן הוי סו"ס כעין שגזל. ומדויק מדברי הרמב"ם דבשומר לא שנה מסרו בידים או לא, דהו"ל לשומרו שבי"ד לא יתפסו את השור, עיין ביד אליהו הנ"ל. [ועיין בדברי הרמב"ן במלחמות (ב"ק יט,ב בעמוה"ר), אך לדבריו נראה דאין חילוק בין גזולן לשומר, וז"ל:

"משום דא"ל אי הדרת ניהלי הוה מעריקנא ליה ולא היה בית דין גומרין את דינו. נמצא שהתפיסה שתפסוהו בית דין בפשיעתך הוא גרמה לאסרו, והרי זה כשומר שלא שמר ובא גזולן ונטלו שלא יוכל לומר לו הרי שלך לפניך כל זמן שהוא ברשות גזולן. ואף זה משנכנס ביד בית דין שוב לא יצא מרשותם, שהרי אסרוה, וכל מקום שהולך שם, בית דין ורשותם עליו. ור' יעקב סבר גומרין דינו של שור שלא בפניו, והתפיסה שתפסוהו בית דין אינה מועלת כלום ואין השור ברשותם, נמצא שהוא היזק שאינו ניכר ואומר לו הרי שלך לפניך..."

ובענין מש"כ המחבר או"ח תמג,ב בישראל שהיה בידו חמצו של ישראל אחר, דיעכבנו עד שעה חמישית, ואם לא בא, ימכרנו לעכו"ם, ואם לא מכרו, יבערנו בזמן איסורו, דאם לא מכרו ולא ביערו, כתב המג"א ס"ק ה דאם ביערו, חייב לשלם למפקיד, דהא שומר חנם שיכל לקדם ברועים ומקלות ולא הציל, חייב, כך גם כאן יכל למכרו לעכו"ם. (ובחק יעקב חילק וחייב דוקא אם הוא שומר שכר ולא בשומר חנם. ועיין במ"ב תמג,יב דרוב האחרונים מסכימים דבין שומר חנם ובין שומר שכר פטור, דזה לא נכנס בכלל שמירה, שלא קיבל עליו אלא לשמור את החפץ שיהא ברשות בעליו ושיחזירו לו בשלימות, אבל לא קיבל עליו למוכרו, שהרי אדרבה במכירה זו מוציאו מרשות בעליו, ואינו צריך למוכרו אלא מטעם מצות השבת אבידה, ולא מצינו שמחוייב לשלם מי שאינו משיב אבידה. מיהו אם החמץ הוא ממושכן אצלו ועבר שעה ה' ולא מכרו, ואח"כ כשהגיע זמן איסורו הוכרח לשרפו בזה מסתברא דהפסיד חובו עכ"פ

וכדעת המ"א, עיי"ש ובשעה"צ טז מש"כ בזה). ומיהו אם החמץ נשאר בעין, יכול לומר לנפקד הרי שלך לפניך, ורק הסתפק אם החמץ היה משכון בידו, ונוטה דעתו דכיון שהוא שומר, יכול לומר לו הרי שלך לפניך. וז"ל המג"א:

"ומיהו אם החמץ עדיין בעין אומר לו הרי שלך לפניך, וכן משמע בב"ק מה"א. מיהו אם היה משכון בידו, צ"ע אם יכול לומר לו הרי שלך לפניך וחייב לפרוע לו מעותיו, או דלמא כיון שהוא פשע דהו"ל למוכרו, הפסיד מעותיו. ולכאורה נראה כיון דמלוה על המשכון דין שומר יש לו, ובשומר אומר לו הרי שלך לפניך, הכי נמי במשכון והלוה צריך לשלם לו, וצ"ע."

והגרע"א בהגהותיו שם על השו"ע הקשה, מדוע המג"א לא הביא ראיה מהמשנה ב"ק צו,ב בגזל חמץ שי"ל הרי שלך לפניך. וכתב די"ל דשומר אינו י"ל הרי שלך לפניך, ולא דמי לגזלן, ע"ז הביא הראיה משור הנסקל וממחלוקת ר"י וחכמים. וכתב דבאמת אינה ראיה, דבאמת שומר גרע מגזלן, וכשפשע יש לחייבו כדין מזיק ממש ואף בהיזק שאינו ניכר קנסוהו, ובשור הנסקל דלא שייך לקנסו, כיון שלא שייך טעמא של מטמא ומדמע ומנסך, שלא יהיה כ"א הולך ומטמא פירותיו של חברו, וזה לא שייך בשור הנסקל, ממילא י"ל הרי שלך לפניך כיון שהוא פטור, אבל בחמץ בפסח, אינו י"ל הרי שלך לפניך. והקשה, דא"כ מה שאלה הגמ' ב"ק צח,ב הנ"ל דליפלגו רבי יעקב וחכמים בחמץ בפסח, הא בחמץ בפסח לכ"ע חייב, משא"כ בשור הנסקל וכנ"ל. ותירץ, דקושית הגמרא דליפלגו בחמץ שעבר עליו הפסח ובגזלן. אמנם הביא רע"א ראיה למג"א משומר שאינו נאמן לומר נתנסך יינך, ואף שמפסיד שכרו והיה לו להיות נאמן, מ"מ הפסד שכרו מועט. והקשה רע"א, דאם אומר נתנסך בפשיעה, היה צריך להאמינו, כיון שחייב בפשיעה ומפסיד כל היין. ומזה הוכיח שאינו חייב בנתנסך בפשיעה. הרי שלמסקנה הסכים לדעת המג"א די"ל הרי שלך לפניך. גם בחק יעקב שם הסכים לדעת המג"א, וכתב שמה שכתב היש"ש שאינו י"ל הרי שלך לפניך היינו דוקא בשור הנסקל שמסרו בידיים לבי"ד, משא"כ בהיזק דממילא כמו חמץ בפסח, י"ל לכ"ע הרי שלך לפניך. וכן במ"ב תמג,יב כתב דאף דלענין שומר הוא פטור וממילא א"צ להגיע לטענת הרי שלך לפניך, מ"מ במשכון אפשר שיכול לומר הרי שלך לפניך. ובשער הציון ס"ק יט כתב דמהט"ז מוכח דפשיטא ליה דחייב הלוה לשלם, וכן סתם להלכה בשו"ע הרב, וכדעת המג"א שיכול המלוה לומר הרי שלך לפניך. ומה שכתב במ"ב בלשון אפשר, משום דבבגדי ישע מצדד דאף בזה הפסיד המלוה חוב, והיינו שאין המלוה י"ל הרי שלך לפניך. גם בחתם סופר (חיוור"ד סי' קלד ד"ה אמנם בכל) הביא את המג"א להלכה שי"ל הרי שלך לפניך, ועיין בחאו"ח סי' קה ד"ה והנה בב"ק. ובשער אפרים (סי' כח) כתב דעכ"פ המוחזק י"ל קים לי כש"ך, עיי"ש מה שנדחק בשוב דעת היש"ש.

והנה המרדכי ב"ב (סי' תקסד) על הא דאמרינן בסנהדרין מחא, אם היו אביו ואמו זורקים על בנם המת כלים ואוסרים אותם בהנאה, מצוה על אחרים להצילם, הביא תש' מהר"מ דאם הצילם הרי הוא שומר עליהם כדין שומר אבידה, ואם החזירם לאב והאם שחזרו וזרקו על המת ונאסרו; "קרוב בעיני דחייבים המצילין, מכיון דמטו לידיהו, מחייבו בשמירתן, וכיון דהחזירם לאביו ולאמו, כאלו השליכום לגדודי חיות ולסטים". וכן פסק הרמ"א ביור"ד שםט,ג. ולכאורה יש להקשות, דאף אם נאסרו בהנאה, יכול להחזירם ולומר להם הרי שלכם לפניכם. מזה הוכיח השרידי אש (ח"ב סי' קז) דדעת מהר"מ כדעת רש"ל דבשומר לא אומרים הרי שלך לפניך. ואפשר לכאורה לדחות, דבהחזירם לאביו ואמו גרע טפי, וחשיב יותר מזיק בדיינים בעצם החזרה למקום שאינו משתמר, והרי החיוב לא מחמת האיסור הנאה שאח"כ, אלא כיון שהחזירם למקום שאינו משתמר, לא חשיב השבה, דהיה לו להמתין עד שיקברו את המת. וממילא אין כאן שאלה של הרי שלך לפניך, כיון שאין הנידון מחמת האיסור הנאה שקרה אח"כ אלא מחמת שהשיבם למקום שאינו משתמר. [ועיין בחדושי הגרש"ש ב"מ כו, דכיון דהמת קונה, לא שייך לומר הרי שלך לפניך, והוי כביד אחר, דכעת זה של אחר - המת, ואיך יאמר הרי שלך לפניך, דאם קנוי לאחר אינו י"ל הרי שלך לפניך, ורק באיסורי הנאה שיצאו מרשות הבעלים, עיי"ש].

עוד ראיתי בשער המשפט סו, לד שכתב דא"כ קשה משיטת מהר"מ על כל גזלן, מדוע י"ל הרי שלך לפניך בגזל חמץ ועבר עליו הפסח יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך, הרי כיון שאין הבעלים מצויים שם בערב הפסח, אין לך אבידה גדולה מזו, והרי הגזלן שומר אבידה ואינו י"ל הרי שלך לפניך. וע"כ הסיק דשאני שומר משומר אבידה, ושומר אבידה יוכל גם ליש"ש לומר הרי שלך לפניך. ועיי"ש שהעמיד את דברי המהר"מ כשיטת התוס' בענין מחיצת הכרם שנפרצה וכו', דחשיב כהיזק ניכר, שהרי ניכר כשהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדות, משא"כ במטמא טהרות, אף שרואה השרץ על הטהרות, מי יימר שהוכשרו לקבל טומאה. וס"ל לשעהמ"ש דה"ה לשיטת מהר"מ אף שאין ידוע שאביו ואמו התיאשו מהכלים, חשיב ניכר, מפני שגם במחיצת הכרם לא יודעים אם התיאש, וחשיב היזק ניכר. משא"כ לרמב"ן בדינא דגרמי שלו, דבכלאים הערוב ניכר, ולא דמי למטמא, הרי שזורק כלים ונגעו במת דמי למטמא, ואינו ניכר, עיי"ש. ונראה דלרמב"ן במלחמות (הנ"ל) י"ל שחיובו מדין מזיק, דכשנתן בחזרה לאביו ואמו של מת, הוי כמוסר השור ליד ב"ד וכמזיק בידיים, דברור שיזרקו מחמת צערם על מיטת הבן.

ומכל הלין נראה דלכל הפחות יכול ראובן לומר קים לי כדעת הש"ך ודעימיה, שאין שמעון י"ל הרי שלך לפניך ולא חשיב חזרה, כיון שאינו יכול לגבות עם שיק זה. ועוד נראה להוסיף דלא יוכל לומר הרי שלך לפניך, דדמי לכאורה לגזל אתרוג אחר הפסח ומחזירו אחר הפסח. דהנה הפרי מגדים (משבצות תרנוא) הסתפק בגזל אתרוג לפני

סוכות והאתרוג שוה הרבה, אם יכול להחזירו לאחר הפסח ולומר לו הרי שלך לפניך, ולא גרע מאיסורי הנאה דאומרים בהם הרי שלך לפניך, ונשאר בצ"ע לחלק בין חמץ בפסח ואינך דמשנה (ושו"ע חו"מ שסג,א), דאינם שכיחים ולא עשו בהם תקנה, משא"כ באתרוג לא גרע מגרמי. וגזול סחורה ביומא דשוקא ומחזירו לו לאחר יום השוק שאינה שוה כ"כ, האם נאמר בזה הרי שלך לפניך, ונשאר בצ"ע. ובתש' בית שמואל אחרון סי' ה, הביא תש' מאב"ד קראקא, לחלק בין אתרוג לחמץ, דחמץ אינו ניכר בעצמותו אם הוא נאפה לפני הפסח או אחריו, וע"כ כאשר לפנינו חמץ שעבר עליו הפסח, י"ל הרי שלך לפניך כיון שאינו ניכר. משא"כ אתרוג הכל יודעים אחר הסוכות שאתרוג אינו ראוי אלא למאכל, והוי ניכר ואינו י"ל הרי שלך לפניך, ודמי לגזול מטבע ונפסל בכל המדינות, שאינו י"ל הרי שלך לפניך. ועיין בפת"ש חו"מ שסג,א שהעיר דהנידון תלוי בב' הדעות בגמ' ב"ק צז,א ובמחלוקת הראשונים שם כיצד לפסוק, וא"כ לרא"ש הפוסק כרב הונא שיכול לומר במטבע שפסל המלך "הרי שלך לפניך", הוא הדין באתרוג. ועיין עוד במשיב דבר ח"ג סי' יח דאף באתרוג לאחר הסוכות יכול לומר הרי שלך לפניך. ומ"מ נראה דיוכל המוחזק לומר קים לי כדעות דשאני אתרוג מחמץ. לפ"ז נראה דבשיק לאחר ששה חדשים שריעותא שלו כבר ניכרת, שאינו יכול לגבות באמצעות הבנק, הוי כבר היזק ניכר אם מחזירו לאחר ששה חדשים מהתאריך הנקוב בו, ואינו י"ל הרי שלך לפניך. ואף דלהלכה צ"ע, מ"מ יוכל המוחזק לומר קים לי כדעה שאינו י"ל הרי שלך לפניך גם בשיק לאחר ששה חדשים מהתאריך הנקוב בו, וכדין אתרוג. ועיין עוד באמרי בינה (חאו"ח סי' יב ד"ה ובאמת) דאף שהש"ך הרחיק דעת היש"ש לגמרי והסכימו עימו האחרונים שם, מ"מ הוי ספיקא דדינא ואם תפסו הבעלים אין מוציאים מידם. והוסיף דדעת הראב"ד בעה"מ ועוד ראשונים, דבין שומר ובין גזלן אם בא היזק שאינו ניכר בפשיעתו, אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, עיי"ש.

מהאמור לעיל ובהצטרף הטעמים הנ"ל, נראה דאין לחייב את ראובן לשלם לשמעון בגין השיקים שחזרו והחזירם לאחר זמן רב.

סימן יב

פרע חוב לא ברור של חברו

ראשי פרקים

- א. פורע חובו של חברו כשיש בידו
- ב. בחוב לא ברור
- ג. חיוב הנפרע להחזיר לפורע

ראובן - בעל חברת תקשורת, שכר את שרותיו של שמעון - טכנאי תקשורת, ע"מ שיבצע עבודה בחו"ל עבור חברה של לוי. ראובן רכש כרטיס עבור שמעון למשך שבוע. לוי שילם לראובן עבור שכר שמעון. לאחר שבוע ביקש לוי משמעון שישאר שבוע נוסף, עבור סכום כסף שהסכימו עליו. כששב שמעון ארצה, הוא תבע מראובן שכר עבור שבועיים. ראובן טען שחובתו לשלם רק עבור שבוע, שזה הסכום שקיבל, אך מכיון שלא רצה להתעמת עם שמעון, פרע עבור שבועיים, מאחר ובידי ראובן היה סכום עודף מהתחשבנות אחרת עם לוי.

לוי טוען שלא היה על ראובן לשלם לשמעון בגין השבוע השני, מאחר וסוכם על סכום קבלני (לא לפי שעות), ולמעשה לא ביצע שמעון את מלאכתו, ועכ"פ דורש שיחזיר את העודף שהיה בידו, שלא היה עליו לשלם לשמעון בטרם התדיינות, ועל שבוע זה היה על שמעון לתבוע שכרו מלוי ולא היה על ראובן לפרעו, מאחר ויש להם דו"ד אם מגיע לו שכר עבור שבוע זה. ראובן טוען כי בדו"כ הוא משלם את שכרם של העובדים הנשכרים בישראל עבור החברה של לוי, כשלוי מעביר לו את הסכומים בתוספת עמלה, ומזה הטעם הבין שיש מקום לנהוג כך, כיון שידע מלוי ששמעון נשאר לשבוע נוסף בעבור אותו סכום. ומה שלא רצה לפרוע בתחילה, מפני שאינו פורע אא"כ מקבל תחילה מלוי, וכאן היה בידו מלוי את הסכום ששולם.

בנדו"ד שקיימת מחלוקת בין שמעון ללוי על עצם החוב, יש לדון, בנוסף על עצם השאלה של פורע חוב לא ברור ויש בידו משל מי שפרע עבורו, ואם חייב ראובן לשלם ללוי מה ששילם לשמעון, אם חייב שמעון להחזיר לראובן מה שפרע לו בטעות, אם חייב להחזיר העודף ללוי.

א. פורע חובו של חברו כשיש בידו

תנן בכתובות קז,ב: מי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופירנס את אשתו, חנן אומר איבד את מעותיו. נחלקו עליו בני כהנים גדולים ואמרו ישבע כמה הוציא ויטול. א"ר

דוסא בן הרכינס כדבריהם. א"ר יוחנן בן זכאי, יפה אמר חנן הניח מעותיו על קרן הצבי. ובגמרא הקשו מהמשנה של המודר הנאה מחבירו שיכול לפרוע את חובו, דהא מרויחו במה שפורע את חובו של מי שמודר ממנו. ותירצה הגמרא דאליבא דחנן שאינו צריך להחזיר חובו, שרי ליה למיעבד הכי, דכיון שאין צריך לשלם לו חובו, אע"פ שמהנו, "אינו אלא גרמא בעלמא, שע"י שפורע זה לבעל חובו מיפטר" (כתובות קח,א, תוס' ריש ד"ה הא מני). ובגדרים לגב, תירץ רבא דאפילו אליבא דבני כהנים, במשנה מיירי דיהיב ליה על-מנת שלא לפרוע, שהמלוה הלוחל באופן שלא יוכל לכופו לפרוע, וכיון דאי בעי לא פרע ליה, לאו מידי יהיב ליה למודר (עיין שם ברש"י ובר"ן).

והתוס' הנ"ל הביאו מחלוקת ראשונים אם דין פורע חובו של חבירו שהניח מעותיו על קרן הצבי, הינו דוקא בחוב מזונות או גם בשאר חובות. דעת ר"ת דדין זה הוא דוקא בחוב מזונות, דאף שחייב פורע שייך רק בפסקו לה בית דין, וא"כ אין הבעל יכול לטעון מי יימר שאני חייב לה, מ"מ יכול הבעל לטעון שאם לא היתה מוצאת מי שילוח לה, היתה דוחקת עצמה ומצמצמת, אבל בהלואה שאינה בחוב מזונות, גם חנן מודה דלא איבד מעותיו, דהנאה גמורה היא הואיל ולא יכל להפטר בשום ענין. ופירש דהגמרא תירצה דמתניתין דמודר הנאה מיירי באופן של חנן, והיינו בחוב מזונות. אמנם בשאר חוב שאינו צריך פסיקת בי"ד, וגם אינו יכול לטעון כבטענת מזונות שהיתה דוחקת עצמה, אם פרע חובו של חבירו, חייב הלוח שפרעו בעבורו, לשלם לפרוע.

ורב"א הביא ראייה מהירושלמי (פרק בתרא דכתובות ה"ב) דאף בבע"ח, אם פרע שלא מדעתו, הניח מעותיו על קרן הצבי, ואפילו לבני כהנים גדולים דוקא באשתו חייב לפרוע, דלא עלה בדעתו שתמות אשתו ברעב, משא"כ בבע"ח "מפייסנא ליה ומחיל". וכן נראה שמחלוקת ראשונים בדין זה מדברי התוס' בסוגיא שם בכתובות (ד"ה חנן) שהקשו על דברי חנן מדין יורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות, דשמן לו כאריס, דהתם השבח הוא בעין, ובפורע הרי הוא כמבריח ארי מנכסיו. והקשו התוס' מכמה מקומות בש"ס דמבואר שחייב לשלם לחבירו מה שהציל מנכסיו. וכתבו דלדברי ר"ת ניחא דדין זה הינו דוקא במזונות, ולחולקים על ר"ת תירצו באופן שונה, עיי"ש. והרי"ף (כתובות סג,ב בעמודה"ר) הביא את הירושלמי (הנ"ל) בפורע שט"ח לחבירו שלא מדעתו, ומשמע דס"ל דדין זה הינו בכל חוב וכדברי הירושלמי, ועיי"ש בר"ן. וכן פסק הרמב"ם בהל' מלוה ולוה (כו,ו), וז"ל:

"וכן הפורע שטר חובו של חבירו שלא מדעתו, אפילו היה החוב על המשכון, אין הלוח חייב כלום ונוטל משכונו בחינם, והרי אבד זה הנותן את מעותיו, שמא היה הלוח מפיס את המלוה ומוחל לו."

ומבואר בדברי הרמב"ם שאף בחוב שאינו של מזונות, אם פרע שלא מדעת לזה, הפסיד מעותיו. וכן פסק בשו"ע חו"מ קכח,א, וכן פסק הרמ"א שם, דלא כר"ת והרא"ש (כתובות יג,ח) שהביא את דעת ר"ת ואת תרוצו דגמרא דידן פליג אירושלמי.

והסמ"ע (קכח,ג) פסק כדעת ר"ת והרא"ש (עיי' דרישה ס"ק א), ובפרט שמהרי"ו שהיה בתראי גם פסק כמותם. ובש"ך שם (ס"ק ה) הביא יותר משלושים פוסקים הסוברים דהפסיד מעותיו, "ואפילו תפס הפורע מפקינן מיניה ... וא"כ פשיטא דהחולק בטל בשלשים". וגם מהרי"ו בתש' (סי' קסז) לא פסק להדיא כדעת ר"ת אלא צרפו לסניף, וכיון שהפורע מוחזק יכול לומר קים-לי כמותם. ובזה פליג עליה הש"ך וס"ל דאינו יכול לטעון קים-לי כנגד דעת כל הני רבוותא דס"ל דהפסיד מעותיו.

ובסברת הירושלמי "מפייסנא ליה ומחיל" - דאדם העושה טובה לחבירו, חייב חבירו לשלם רק באופן שהועיל לחבירו, וכגון ביורד לשדה חבירו אפילו שלא מדעתו, יש כאן שבח מוכח וע"כ חייב לפרוע ע"פ דיני "יורד". וכך בכל פעולה ופעולה, חובת ההוכחה היא על הפועל ולא על הנהנה. וע"כ כאשר פרע חובו של חבירו, כיון שיכול הלוח לטעון שהיה מפייסו, תו לא הועיל ללוח. ומדברי הרמב"ם נראה לדייק שאפילו לא טוען הלוח "מפייסנא ליה ומחיל" אלא שאינו רוצה לפרוע ללא נתינת טעם כנ"ל, מ"מ אנן טענינן ליה. דכיון שאין התועלת ניכרת כאן, שוב אין הלוח חייב לפרוע, וכיון שיש כאן צד שלא היה תועלת, איבד זה מעותיו. (ובענין מבריא ארי, עיי' בברכת שמואל לגרב"ב נדרים כא,ג מה שחקר אם לא חשיב הנאה אלא גרם הנאה, או שזה הנאה רק שאינה מתיחסת למהנה, עיי"ש).

לפ"ז לכאורה כאשר יש ביד הפורע ממון של הלוח, ופרוע למלוח, כיון שאין הפורע תובע למי שפרע בעבורו, אלא הלוח הוא שתובע לפרוע שיחזיר מעותיו, אין בכח טענתו "מפייסנא ליה ומחיל", להוציא ממון מהפורע, דכל טענת מפייסנא היא טענת ספק, ובמקום שהפורע תובע ללוח, יכול הלוח להחזיק בממון שבידו בטענה שלא הועיל לו כלום ולא הוי ברי היזקא, משא"כ כשהלוח הוא התובע, אין בטענה זו שכל מהותה ספק, כדי להוציא מיד הפורע.

וכך מבואר בתש' מהרי"ו (סי' קסו - הובאו דבריו להלכה ברמ"א חו"מ קכח, סוס"ק א), וז"ל:

"ואל תשיבני שמקצת רבותינו פסקו הפורע חובו של חבירו דפטור מלשלם לו - היינו משום שלא היה ביד הפורע כלום משל הלוח, מסתמא אמרו רבנן דעתיה שהיה בדעתו לפוטרו, אבל הכא בנדון דידן כיון שהיה ביד לאה משל רחל, סתמא דמילתא דדעתה לפרוע ממה שבידה מממון רחל. ועוד, הא פליגי ר"ת ור"ח וס"ל הפורע חובו של חבירו דצריך לשלם."

מבואר מדברי המהרי"ו בסברת הפורע חובו של חבירו פטור, דאמדינן דעתיה שהיה בדעתו לפרוע שלא ע"מ להפרע ממנו (עיין תוס' ב"ק נח,א הנ"ל), ואומדן דעת זה הינו דוקא בלא היה ביד הפורע כלום משל הלוה, אך כאשר היה בידו, ודאי כוונתו לפרוע ממה שבידו. וכן נראה מדברי מהר"מ אלשיך בתש" (סי' קיג), שהשיב בדין פורע חובו של חבירו, וז"ל:

"לא אמרו כך אלא בפורע משלו, כמו שדקדקו בלשונם שאמרו הניח מעותיו, דהיינו משלו, שאינו יכול אח"כ להוציא מהלוה, אבל מי שפורע ממה שהוא חייב חוב של הנושה בו, מה שעשה עשוי. וז"ל מה"ר ב"י (סי' קה), כתב הרשב"א בפרק שור שנגח דו"ה (דף מ) ... שמעינן מהא דאילו רצה בע"ח או נפקד דראובן לפרוע ממה שיש בידו למי שנושה בראובן, אע"פ שלא תבעו בדין, הרשות בידו, וכן נראה מדברי הראב"ד ..."

מבואר דס"ל דכשיש לו בידו, לא חשיב הניח מעותיו על קרן הצבי, ואין הלוה יכול לתבוע מהפורע שיחזיר לו מעותיו. אלא שהמהר"ם מלובלין בתש" (סי' כב ד"ה ואומר אני) כתב דדברי המהרי"ו "צריכים ישוב להסכימם עם הטעם שכתב בירושלמי, אלא שאין עתה עת להאריך בזה". והיינו דלפי טעם הירושלמי דמפייסנא ליה ומחיל, טענה זו כוחה יפה גם אם יש לו בידו.

וכן נמצא בתש" מהר"א ששון סי' עו; "דזיל בתר טעמא דהויא משום דמפייס הוינא ומחיל לי, א"כ מה לי היה חייב הפורע ומה לי לא היה חייב, הרי פרע שלא מדעתו, וטעמא דמפייס הוינא במקומה עומדת". והביא המהר"א ששון צד לומר דהפרעון כשבידו הוי כאילו הלוה עצמו פרע, אך דחה סברא זו. והקשה המהר"א ששון ממש"כ הב"י חו"מ סי' קכח דמי שמפרנס יתום בתוך ביתו, דאין המפרנס יכול לתבוע מה שפרנס, היינו כשלא היה בידו משל היתום, וא"כ מוכח דבהיה בידו, אין לו דין של מבריה ארי. הא ליתא, דביתום אין טעם של מפייסנא ליה ומחיל אלא טעם של גמילות חסדים, וביש בידו אמרינן דלא פרנסו בתורת צדקה, משא"כ במקום שיש טעם של מפייסנא ליה ומחיל כגון בבע"ח, אין חילוק בין יש בידו לאין בידו, וזיל בתר טעמא. והביא שם רשב"א (הנ"ל בדברי מהר"ם אלשיך) דמדבריו נראה דאם יש לו בידו, רשאי לפרוע, עיי"ש במהר"א ששון דמ"מ נראה דעתו דלטעם מפייסנא ליה, אין חילוק בין יש לפרוע ממון הלוה או אין בידו.

ולכאורה למש"כ לעיל דטענת מפייסנא ליה ומחיל אינה טענת ודאי אלא ספק, ומחמת הספק אין הפורע יכול להוציא מיד הלוה, אתי שפיר דברי המהרי"ו, דכיון שהיה לפרוע בידו משל הלוה, אין הוא בא להוציא אלא להחזיק, ואדרבה הלוה בא להוציא ממנו, ואינו יכול להוציא ממנו בטענת ספק של מפייסנא ליה ומחיל.

ובש"ך קכח, ח דחה את השגת המהר"ם מלובלין על המהרי"ו, דעיקר טעמא דהפסיד מעותיו, דאמרוהו רבנן דעתיה דמסתמא לשם מצוה קעביד ודעתו לפטרו, וא"כ כיון דשל חבירו בידו, מסתמא אין דעתו לפטרו ולא הוי מברית ארי, "ולא הוי מצי למימר מפייסנא הוינא ליה ומחיל". [ועיין במשיב דבר (ח"ג סי' יז ד"ה נחזור לענין) שהסיק כדברי המהר"ם מלובלין לענין בע"ח שאינו דוחק, וכדעת הרמ"א בבע"ח דוחק או אינו יהודין]. והביא הש"ך ראייה לדין מדברי הגהות מרדכי (כתובות סי' שיא) בדין מי שפרנס אשת חבירו דהניח מעותיו על קרן הצבי, וז"ל:

"מעשה באחד שפרנס את בתו, לבסוף תבע מחתנו מה שהוציא עליה, והיה החתן מסיק זווי בחמיו, וטען חמיו אני פרנסתיה ממה שהייתי חייב לך מדר' נתן שמוציאין מזה ונותנין לזה. והשיב רבינו שמחה שהדין עם חמיו, ואף אם לא היה חמיו חייב לו תופס, טענתו טענה מדרבי נתן, דרבי נתן שייכא אפילו בפקדון ..."

והביאו הב"י באהע"ז סי' ע והרמ"א שם ס"ח, והביא דבריהם הרמ"ע מפאנו בתש' (סי' פט ד"ה ועוד צריך לדעת), וכן פסק בתש' בנימין זאב (סי' תמד) לחלק בין לא היה לפורע ממועות הבעל להיכא "דהיו לו ממועותיו". ועיין בנתיבות משפט קמח, ד שכתב דאפילו תפס אח"כ הבעל מהאב כנגד חובו שהיה חייב לו, מ"מ לא הניח האב מעותיו על קרן הצבי ומוציאין מהבעל, דאזלינן בתר שעת הפרנסה, וכיון שבשעה שפירנסה היה חייב לבעל, משל בעל פירנסה.

ונראה בטעם דין זה כמש"כ לעיל, שסברת פורע חובו שלא מדעתו הינה מכח טענת ספק, שיאמר הבעל מדוע פרעת, הייתי מוצא פורעים אחרים או דרך אחרת להשתמט מן החוב. וטענה זו הינה טענת ספק כמש"כ, וע"כ אין יכולים להוציא מהחייב. משא"כ כשיש ביד הפורע ממון החייב, אין הפורע מוציא אלא החייב בא להוציא מיד הפורע את ממונו, ובכי הא לא מועילה לו טענת הספק. ועיין עוד בש"ך הנ"ל דודאי מדין שעבודא דר"נ חייב לשלם, אף ללא סברת מהרי"ו, עיי"ש.

ב. בחוב לא ברור

ובנדו"ד החוב שחייב לוי לשמעון אינו ברור, ויכול לוי לטעון כנגד שמעון מדוע פרעת בטרם התברר החוב, או שהיה בא בשטר מקום [דמה דמבואר בשו"ע חו"מ קכח, א; "הפורע חובו של חבירו שלא מדעתו, אפילו היה בשטר ...", היינו שטר מקום שאין הלואה טוען מזויף, דאל"כ פשיטא שאינו יכול להוציא מידו, ולא בעינן לסברת הייתי מפייסו למחול וכד', שאם טוען מזויף, אין צריך לטענה זו], לכאורה אין לפטור את ראובן. דהנה כל פעם שיש בידו משל חבירו ופרע חובו של חבירו, לשיטת מהרי"ו

אין הלוח (זה שפרעו עבדו) יכול לתבוע את הפורע להחזיר לו מה שהיה בידו. שאם היה בידו פקדון, אינו יכול לתבוע את הפורע שפשע בפקדון ועליו להחזיר, כיון שפרע ע"פ דין. וכן אם היה ביד הפורע ממון של חברו בהלוואה, לא יכול זה שפרעו עבדו לתבוע את הפורע שישלם לו את ההלוואה, כיון שההלוואה דינה כנפרעה בשעה ששילם לבע"ח. ומהר"מ מלובלין ס"ל דעדיין עשה שלא כדין, כיון שטעם מפייסנא שייך אף בכה"ג, וע"כ יש למפקיד או המלוה שפרעו בעבדו לאחר, זכות לתבוע את הנפקד/הלוח שפרע בעבדו להחזיר הפקדון או ההלוואה, ואין לנפקד/הלוח טענה להפטר ממנה.

כלומר – הדין פורע חובו של חברו הוא דין בתביעת הפורע כנגד מי שפרעו בעבדו, האם יכול לחייב את מי שפרעו בעבדו, והשאלה אם יש לנתבע טענה להפטר. כשיש לפורע בידו ממי שפרע עבדו, זה דין בתביעת זה שנתן ביד התובע ממון, ותובע אותו להחזיר מה שבידו, אם יש לפורע טענה להפטר. וע"כ לכאורה כאשר החוב לא ברור, בין אם המעות בפקדון – כבנדו"ד, או בהלוואה, אין לפורע טענה להפטר מתביעת זה שממנו היה ביד הפורע.

ובדין סטראי (כתובות פה,א, שבועות מב,א) ששלח שליח לשלם למלוה שלו, שיש לו עליו חוב ע"פ וחוב בשטר, ובין אמר לו קח השטר ותן המעות או תן המעות וקח השטר, אם פרע לפני שנתן לו המלוה את השטר, אם תפס המלוה עבדו החוב שע"פ ומסרב לתת לו השטר, חייב השליח לשלם למשלח מה שפרע ולא לקח השטר. ולכאורה יטען השליח פרעתי חובו של המלוה בממון שהיה בידו (ואין נפק"מ אם החוב לא ברור או שיש בו ריעותא אחרת, דמ"מ תפס המלוה). אלא דגם אם פרע חובו של חברו בממון שהיה בידו, יש למשלח תביעה כנגד השליח על שפשע בשליחתו והזיקו (עיי' נתיבות נח,ב), וכנגד תביעה זו ששינה בשליחתו ופשע, אין לשליח טענה להפטר.

ובנדו"ד שהכסף היה ביד ראובן בפקדון לתשלום לבעלי מקצוע הנשכרים בארץ, כשפרע חוב לא ברור, וגם לא קיבל כל הוראה מלוי לשלם, כפי שהיה מקובל בדר"כ, אין לראובן טענה להפטר מתביעת לוי להחזיר הפקדון שהיה בידו. וע"כ חייב ראובן לשלם ללוי ולהחזיר לו עודף הסכום שהיה בידו, ללא כל קשר לתוצאות הדין, יהיה או לא יהיה, שבין לוי לשמעון.

ג. חיוב הנפרע להחזיר לפורע

ובנדו"ד יש לדון אם יש על שמעון חיוב להחזיר לראובן מה ששילם לו, כיון שכל מה ששילם היה על דעת שלוי חייב לו, ולוי טוען שאינו חייב לו. דהנה החקרי לב (חחו"מ סי' פא), כתב וז"ל:

”נשאלתי, ראובן שהיה חייב לשמעון, ובא לוי ואמר לראובן אתה חייב לשמעון ושמעון חייב לי, ועכשיו הנה הוא במדינת הים פרע לי חובך בעד שמעון, והאמינו ראובן ללוי ופרע לו. ושוב בא שמעון ונפרע ממנו בבית דין באומרו שהוא אינו חייב ללוי, ועתה חזר ראובן על לוי שיחזיר לו מה שפרע לו בעד שמעון, ולוי טוען שהאמת הוא ששמעון חייב לו ושקר הוא טוען. נראה לי דחייב לוי להחזיר לראובן, שהרי לשם פרעון חובו לשמעון יהיב ליה, וכיון שכפר ונתחייב לפרוע לו, חייב להחזיר מה שנתן לו, וראיה מתש' מהרי"ט ח"א סי' קה.”

והנה הריטב"א בתש' סי' קפה (הובא גם בב"י חו"מ קפה,ב) בענין ראובן שהשאל כליו לשמעון, והלך שמעון והשאל ללוי, ותופס לוי את החפץ בטענה שראובן חייב לו:

”... יכול שמעון לתבעו מלוי ולומר לו אני השאלתי, לך או לא, מי אמרין דהוי הא כההיא דאבימי (כתובות פה,א) דאמרו ליה סטראי נינהו ולא היה יכול השליח לתבעם מהם, או לא. תשובה, נראה דהא לא דמיא, דהכא כיון שבתורת שאלה קבלו משמעון נתחייב לו בשמירתו ולהשיב, ואפילו למאן דאמר התם (ב"מ לה,ב) השואל פרה מחבירו והשאלה לאחר תחזור פרה לבעלים הראשונים, התם הוא לפי שעומדת ברשות בעלים לאונסין, אבל הכא כבר נתחייב לו בשמירתו ולמעבד ליה השבה גמורה. תדע שאם לא כן למה מתחייב האחרון באונסין, לימא ליה לאו בעל דברים ידידי את, כי לא היתה הפרה שלך, אלא ודאי חייב הוא לשני שנעשה לו שומר ושואל, ואע"פ שהשני עשה שלא כראוי שהשאלה לאחר. ולא דמיא לההוא עובדא דאבימי, דשאני התם דברשות בעל דבר הגיעו לידו וכאלו קבלם מידו, אלא שזה פשע בשמירתו כשלא קבל השטר, ולית הלכתא כמאן דאמ' כל המשנה על דעת שולחו נתבטל שליחותו ונעשה גזלן. ומיהו אם לא הפקידו שמעון ללוי כלל אלא שתפס בו מרשות שמעון או מידו שלא מדעתו נראה שתפיסתו תפיסה, ואידך חייב לבעלים הראשונים לפי שפשע בשמירתו ...”

מבואר מדברי הריטב"א לחלק בין אם תפס התופס מרשות הנפקד, דבזה מהני תפיסתו, אף שהנפקד חייב לשלם לבעלים אם פשע בשמירתו. משא"כ אם קבל התופס מהנפקד בתורת פקדון, הרי שהתחייב התופס להחזיר למי שהפקידו אצלו, ונעשה שומר ושואל שלו, וע"כ יש עליו חיוב השבה לנפקד שהפקידו אצלו ואינו יכול לתפוס. ולא דמי לסטראי, דהתם הגיעו המעות ליד המלוה ברשות הלוח וכקבלם מיד הלוח דמי, רק שהשליח פשע בשמירה. משא"כ אם תפס מהנפקד שפשע בשמירתו, מהני תפיסתו, דאין עליו חיוב השבה לנפקד. לכאורה לפי הריטב"א אם היו ביד שמעון מעות של לוי, וטען לוי שראובן חייב לו, ושילם לו שמעון, והתברר שראובן אינו חייב לו, ופשע

שמעון במה שנתן המעות ללוי, מ"מ אין ללוי כל חיוב כלפי שמעון, ורק כשהפקיד שמעון ללוי, התחייב לוי בהשבה וע"כ אינו יכול לתפוס, משא"כ בפרע בעבור חוב של ראובן והתברר שפרע בטעות, אין ללוי כל חיוב כלפי שמעון, ואינו חייב להחזיר לו.

אמנם הרא"ש בתש' (קו,א) דן בלוי שהיה פקידו של ראובן, ולאחר מות ראובן הפקיד ביד שמעון כלים של ראובן, ותפסם שמעון בטענה שראובן חייב לו מלוה ע"פ, ובסוף התש' דן הרא"ש בענין אי מהני התפיסה של שמעון כשחב ללוי בתפיסתו, וז"ל:

"אמנם יש פנים אחרים לדין זה, כי הפקיד פשע שמסר ממון ראובן ליד שמעון, דהוה ליה כשומר שמסר לשומר, אם לא עשה מדעת יורשי ראובן, וחייב להחזיר הממון ליורשי ראובן. נמצא שלא תפס שמעון משל ראובן כלום, אלא היורשים תובעים ממנו מיד הפקיד, כי פשע בו והשליכו לאיבוד, והפקיד חוזר ותובע אותו משמעון, אם יש לו טענה על הפקיד יכול לטעון, אבל אינו יכול לעכב הממון בשביל שום טענה שיש לו על ראובן ועל יורשיו."

ובש"ך נח,ז כתב דנפק"מ בין מש"כ הריטב"א למש"כ הרא"ש, דלריטב"א דוקא כשהתחייב למפקיד בתורת שמירה, וע"כ אינו יכול לתפוס, כיון שהתחייב בתורת שמירה. אולם לרא"ש כל היכא שגורם הפסד לזה שנתן לו, אינו יכול לתפוס אא"כ טוען שזה שנתן לו, נתן לו על חוב אחר (כדוגמת סטרא) או שנתן לו על חוב ע"פ שחייב לו ראובן. וס"ל לש"ך דדעת הרא"ש כדעה קמיתא שהביא הרמ"א (חו"מ נח,א) דיכול המלוה לטעון סטראי רק אם טוען שהשליח נתנו לו בעבור החוב ע"פ וכד', אבל בלא"ה אינו יכול לתפוס תוך גרימת נזק למשלח, ולא כדעת היש חולקים. ודעות אלו הביאם המרדכי כתובות (סי' ריז), וז"ל:

"הקשה רשב"ם ז"ל, היאך יכול לעכב השטר מן השליח ולטעון סטראי אינן, והא גלוי הדבר שלא היה נותן לו מעות אם לא בשביל השטר, דבשלמא אם הלוח נותנו לו, מצי למטעי, אבל השליח למה יפסיד. ותירץ ר"י דאיירי שטוען השליח נתנם לי לשם סטראי, והוי מיגו להחזיק השטר בידו, ופר"י דה"ק, דמגו די"ל להד"מ, יכול לומר סטראי אינן, שהשליח נתנה לו לשם סיטראי, הלכך הדין עמו."

ובסי' שאח"ז הביא דעה שיכול לתפוס אף שחב לשליח. ובש"ך נח,ז כתב דעיקר כדעה קמיתא של הרשב"ם ור"י שהם עמודי עולם, והדעה השניה איזה תלמיד טועה כתבה. והרמ"א נח,א הביא את תש' הריב"ש (סי' שצג), וז"ל:

"וכן מי שהפקיד ביד אחד ואמר הנפקד שפקדון הוא של פלוני אחר החייב לו, אם טוען שבשליחות אותו פלוני נתן המפקיד בידו, יכול לטעון עליו עד כדי דמיהן, במיגו דהחזרתים, אע"ג דהמפקיד יצטרך לשלם לאותו פלוני. אבל אם אומר שהמפקיד לא הזכיר לו אותו פלוני, רק הפקידו בידו, רק שהוא טוען

שהפקדון של פלוני, לא יוכל לעכבן, הואיל ולא יוכל לברר שאותו פלוני חייב לו”

ועיין בש”ך שם ס”ק ז דדברי הריב”ש כדברי הרא”ש, דאף אם לא הפקידו בידו, אלא כל שתופס באופן שיגרם לנפקד נזק, לא מהני תפיסתו, ולא דוקא אם הפקיד אצל התופס כדברי הריטב”א. ודלא כסמ”ע ס”ק ז דס”ל דדעת הריב”ש שיכול לתפוס מהנפקד אף שגורם לו נזק בתפיסתו. ועיין בש”ך ס”ק ח שכתב דמדברי הריב”ש מבואר להדיא דאין חילוק בין הפקידו בידו או שתפסו מידו בעל כרחו, אלא לעולם שהתופס מודה להנתפס ואם יתפסנו יהיה הנתפס חייב לשלם, לא יוכל לתפוס, דאינו יכול לגרום לנפקד/ הנתפס נזק בתפיסתו, אבל היכא שהתופס אומר שכדין תפסו ושהנתפס מתחייב בהודאת פיו ואם יודה לדברי התופס יהיה פטור, כגון שהנפקד/ הנתפס טוען שהפקיד אצל התופס, והתופס טוען שתפסו בכח באופן שהנפקד לא פשע, שאם יודה הנפקד לתופס יפטר, ורק כשטוען שהפקידו אצל התופס ופשע חייב לשלם, בכה”ג מהני תפיסתו. וכן בסטראי אם יודה לדברי התופס שנתן לו הלוא עבור החוב ע”פ, יפטר השליח מלשלם ללוה, וכיון שיכול להפטר, מהני תפיסת התופס, שיכול השליח להמנע מלהנזק. [ומדברי הריטב”א בכתובות פה,א בסוגיא דסטראי משמע לכאורה דס”ל כסברא ב שהביא הרמ”א, דבכל ענין יכול לתפוס, ולא דוקא באופן שטוען התופס שנתנו לו השליח על מלוה ע”פ, וז”ל הריטב”א:

”... אמרו ליה הנהו סטראי נינהו. פי’ שהמעות שקבלו היו בשביל מלוה על פה שהיה להם על אבימי ואבימי לא היה מודה באותה מלוה. אתא לקמיה דרבי אבהו ... מגו דאי בעי אמרי לא היו דברים מעולם, יכלי למימר סטראי נינהו. ואע”פ שלא קבלו אותם מידו של אבימי אלא מיד שלוחו, יכולין לתפוס בהם בתורת מגו, ואפילו היכא דהוי פסידא דשליח דחייב לשלומי, דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא עבד שליחותיה כראוי.”

ומבואר לכאורה דבכ”ע יכול לטעון סטראי, וכסברא שניה. ועיין בגר”א ס”ק ח מש”כ בבאור דברי הריטב”א. וע”ע בקצוה”ח נח,ב מה שחילק בין טוען על חוב לטוען על גוף החפץ שתופס, דבטוען על חוב, כיון שתופס מהשומר ולשומר יגרם נזק, אינו תופס מבע”ח אלא מהשומר, משא”כ בטוען על גוף החפץ, הרי הטענה היא שהחפץ גזול ביד השומר, ואינו בדין גביית חוב אלא עביד דינא לנפשיה להשיב את החפץ השייך לו הנמצא ביד אחר, ובזה מה לי ביד שומר ומה לי ביד הגזול. (ובנתיבות סוס”ק ד הוסיף לבאר לשיטתו, דאם החפץ שלו, לא שייך למנוע ממנו לתפוס כיון שמשועבד לשומר, דבחפץ שלו לא שייך לומר שהוא משועבד לשומר, עיי”ש).

ובסברת הריטב”א שאינו יכול לתפוס כשיגרם נזק לשומר, כתב בנתיבות נח,ד דעיקר הטעם דמה שתפס משועבד לשומר, דאף שבפקדון שייך שעבודא דר”נ, כתב בש”ך דהיכא שיש פסידא לנפקד חשיב כמו משועבדים, דאינו יכול לטרוף מהם;

"גם בלא"ה נ"ל, דרשות השומרים, כיון שתיקנו משיכה בשומרין כדרך שתיקנו בלקוחות (במ צט,א), נקנין הן להשומר בקנין שיהיו משועבדים, ונקנין לשומר שיהיו בידו כמשכון בשביל אחריות שקיבל עליהן, והוי ממש משועבדים גמורים דאין בע"ח טורף מטלטלין המשועבדים. ומכ"ש כאן שהוא מלוה ע"פ דאין טורף כלל ממשעבדי, ולזה כשאמר שמוסר לו בשליחות אותו פלוני, אף שיש עדים שהגיד כן בשקר, מ"מ נגד סילוק זכותו שלא נקרא שוב אותן מטלטלין משועבדים שלו, דהא הויין שוב כמוחזרין להבעלים, והודאתו נגד זה הוי כהודאת בע"ד שהוא כמאה עדים שהוא מסולק מן החפץ ואינו שוב בע"ד על החפץ. ולפ"ז נ"ל, דהא דאין יכול לתפוס כשמגיע היזק להשליח או למפקד, היינו דוקא כשנמסר החפץ לרשותם דאז קנוהו במשיכתם, אבל אם ראובן חייב עצמו בחיוב המועיל על אחריות החפץ של שמעון העומד ברשות שמעון, לוי יכול לתפוס מרשות שמעון החייב לו כשיש לו מיגו, ואף שיגיע היזק מחמת זה לראובן, כיון שלא עשה ראובן קנין בהחפץ לא נקרא משועבדים שלו, ומכ"ש לטעם שכתבתי דהוא מטעם דהוי כקנוי לו כמבואר בר"פ המפקד, הא מבואר שם דבעומדת באגם לא קני לה. ולפ"ז נראה דאין לו דין משועבדים רק במקום שנעשה בו קנין דאז הוי כמו בלקוחות, אבל במקום שלא עשה השומר קנין רק שנתחייב מחמת שסילק האחר השמירה כמבואר בסימן רצ"א סעיף ה', יכול המלוה לתפוס, כיון שאין לו קנין בו לא נקרא משועבדים."

מבואר מדברי הנתיבות דכשעשה השומר קנין בחפץ, הרי הוא כמשועבד לו, ואין המלוה יכול לתפוס מידו, וגם כשנתנו לו בתורת פרעון, וכעת טוען טענת סיטראי, כיון שיגרם נזק לשליח, אינו יכול לתפוס אא"כ יטען שהשליח נתן לו עבור המלוה ע"פ. ובנדו"ד שנתן ראובן לשמעון את הכסף בגין שכרו של אותו שבוע, ואת זה תופס כעת לוי, וכיון שנתן לו בעבור זה, אף שכעת טוען שהיה בטעות, יכול לתפוס אף שיגרם נזק לראובן, וכמו שהמלוה תופס כשטוען שהשליח נתן לו בעבור המלוה ע"פ, אף שנגרם נזק לשליח, כיון שהוא נתנו לו בעבור זה. ע"כ אין לראובן תביעה על לוי שיחזיר לו מה שנתן לו בעבור שכרו של השבוע השני.

לאור האמור לעיל:

- א. ראובן אינו רשאי לנכות מהחשבון של לוי, מה שפרע לשמעון בגין השבוע השני.
- ב. ראובן יכול לתבוע את שמעון מה שנתן לו בשכר השבוע השני, אך שמעון אינו חייב להחזיר לו בטרם דיון את מה שתפס.

סימן יג

הרחקת נזיקין בנזקי גוף

ראשי פרקים

- א. מי צריך להרחיק עצמו, המזיק או הניזק
- ב. השוני מכל המזיקים המחויבים בשמירה
- ג. תשיש המזיק קבוע, וכשתשיש הניזק קבוע
- ד. כשאין הניזק יכול להרחיק עצמו
- ה. גירי דיליה
- ו. גרמא דגיריה
- ז. בספק אם צריך להרחיק
- ח. נזקי גוף
- ט. ההנהגה למעשה
- י. חיוב השתתפות בהחלפת הגג

מספר שאלות שנשאלתי בענין הרחקת נזיקין, שענינם דומה (נזקי גוף), אך שונה:
א. אחד מתלמידי בית הספר הינו אלרגי לשומשום, באופן שאפי' אם בחצר בית הספר או בשטח הבנין יהיה מוצר המכיל שומשום (חלבה, טחינה או אפי' מוצר מאפה שיש בו שומשום), התלמיד האלרגי יכול להגיע אפי' לכדי תפרחת חמורה ונשימה קשה, באופן מידי. הורי התלמיד בקשו מהנהלת בית הספר לחייב את כל התלמידים שלא יביאו לבית הספר מוצרים הגורמים לבנם אלרגיה כנ"ל. נטית ההנהלה היתה להענות לבקשת ההורים ע"א הקושי, אך בטרם תקבל החלטה סופית, בקשה חו"ד בענין.

ב. בעל עסק שברשותו גגון מאסבסט, ומבקשים השכנים מבעל העסק שיחליף את הגג, בהיות חומר האסבסט מסכן את בריאות הסובבים. ונשאלתי אם חייב להחליף, ואם כן, אם יכול לבקש מבעלי העסקים הסמוכים השתתפות בהוצאות החלפת הגג.
ג. דייר בקומה אחרונה השכיר את הגג לחברה סולארית לצורך העמדת אנטנה, וטוענים השכנים שכידוע הדבר מזיק וגורם למחלות קשות, ותובעים ממנו להסיר את האנטנה.

א. מי צריך להרחיק עצמו, המזיק או הניזק

שאלה זו של הרחקת נזיקין, עוברת כחוט השני בפרק שני דב"ב. 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 דבוריי, 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 (יז,ב) בענין חפירת בור בסמוך חבור 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 לשרשי 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 אמרינן מודי ר' יוסי בגירי ידיה. פאפי יונאה עני, והעשיר הוה, בנה אפדנא, הוה הנך עצורי בשיבכותיה דכי הוה דייקי שומשמי הוה ניידא 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 אמרינן, 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 אמרינן מודה ר' יוסי בגירי דיליה, הני מילי דקא אזלא מכחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. מתקיף לה מר 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 מגן היוצא מתחת הפטיש והזיק דחייב לשלם. התם ניחא ליה דלילול, הכא לא ניחא ליה דלילול (דבגן ניחא ליה שיצא הגן 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 ובצלילן 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 שמורה 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 כוותיה, דלא פליג אלא בטעם הדין, וס"ל לר"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 בדידים, ואינו ענין לדיני נזקי שכנים או שותפים אלא בדיני אדם המזיק לממון חבירו. 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 שירחיק 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 דיליה, דאם מזיק בגיריה, הרי הוא כמזיק בדידים 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,ב 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. השוני מכל המזיקים המחויבים בשמירה

ויש להבין בשיטת רבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, הרי לכאורה על הבעלים לשמור ממנום 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 דהוו מפסדי ליה לרב יוסף. א"ל לאב"י, זיל אימא להו למרייהו דליצנענהו. אמר ליה אמאי איזיל, דאי אזילנא אמרי לי לגדור מר גדירא בארעיה. ובתוס' שם ד"ה יכלי כתבו, דאב"י נשמט בטענה, שלא היה חפץ לילך לומר לבעלים, דמצד ההלכה חובת השמירה היא על בעל העיזים, וכדתנן ב"ק יט,ב, אכלה מתוך החנות משלמת כו', ולא אמרין היה לו לנעול חנותו, וכן אכלה מצידי הרחבה, ולעיל נמי לא פריך דליפטר בעל הכלב מן החררה. וכן בכל נזקי ממון או נזקי גופו, אין למזיק טענה שהיה על הניזק להזהר מהמזיק. ועיין בתוס' ב"ק כז,ב ד"ה ה"ג אמאי; "דיותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יזק". וכן הוא בתוס' ב"ק כג,א ד"ה ולחייב (השני), וז"ל:

"וא"ת, ואמאי לא פריך וליפטר בעל הכלב מן החררה. ונראה מכאן לדקדק, דיותר יש לאדם ליזהר עצמו שלא יזיק אחרים משלא יזק, 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 דקדרין דפריך אי נתקל פושע, שני נמי ליחייב, אלמא חשיב שני פושע לחייבו בנזק שלישי, ואינו פושע לענין שיפטר ראשון בנזקיו." מבואר בתוס' דיש חיוב על הבעלים לשמור ממנום שלא יזיק טפי משלא יזק. וא"כ מדוע רבי יוסי ס"ל דעל הניזק להרחיק עצמו. מה עוד דמדברי הראשונים הסוגיא מוכח שדימו נזיקין אלו לאבות הניזקין. כך מוצאים אנו בדברי הרשב"א ב"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. ונהי 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 ידיה נינהו. ואמאי פליג ביה ר' יוסי דהא מודה ר' יוסי בגירי."

מדברי הרשב"א מבואר דהדבורים האוכלים את החרדל, הם כשור המזיק בחצר הניזק, 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 (ט,ב 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 כדאמרינן 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 ממנו של בעל האילן, והם מזיקים לבור, והו"ל ממנו 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 בצרורות, דשאני התם דכחו דשור הוא וכנגיחה ידיה דמי והתורה חייבתו, אבל הכא נולד הוא ופטור שאין שמירתן 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 נה,ב) שהוא פטור. ואין אומרים בנזקין אלו זו דומה לזו, שהדברים עמוקים והחלוקים דקים כחוט השערה וכולהו גמרא." וא"כ כיון שכל המזיקים דפרק לא יחפור דמי לד' אבות, מדוע ס"ל לרבי יוסי דחייב השמירה הוא על הניזק שלא יוזק.

וקושיא זו הקשה הנתיבות קנה"ח, דהא כל ההיזקים דפרק לא יחפור הם בכלל ארבע אבות נזיקין, דיונים דמו לשן. 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 דמד אבות 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 (הענין כפי שנוהגים להשתמש יתבאר להלן), ואין לנו למנוע ממנו להשתמש. ואף שהחובה עליו לשמור, 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 יקיוו עוד. משמע דבדברים אלו אי אפשר בשמירה רק בביטול התשמיש מרשותו. וע"כ סובר ר' יוסי דעל הניזק להרחיק, דמהיכי תיתי יבטל רשות המזיק, תתבטל רשות הניזק, דהא כשהניזק ישמור עצמו לא יוזק, 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 חבירו, דאף שהוא מונח ארצה, ראשו מגיע השמימה, וחיצויהם פועלה של המזיק בחצר חבירו. 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 חבירו ע"י חיצו, וחשיב כעושה ממש בחצר חבירו.

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.

עכ"פ יסוד הנתיבות הוא שאין מחייבים אדם להמנע מלהשתמש ברשותו, כשזו השמירה - המנעות משימוש. וכאלו הדברים מצאנו בדברי החזו"א ב"ב יד,ד, דאם

נכנס לרשות חבירו וחפר בה בור סמוך לבור של בעל החצר, ונפל כותל הבור של בעל החצר, דחשיב מזיק ולא גורם, דמרפיא לארעא מיד וההיזק הולך וגדל עד שנפל. וכן מניח גפת ברשות חבירו, 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 לחבירו. 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 לחבירו). 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 חבירו, 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 דזהו חלק מישובו של עולם.

והנה הגרב"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 ממונו 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 דיליה, אינו מסיר מעצמו שם מזיק מה שעומד ברשותו, דע"י חיוב שכנים נעשה מזיק, וחל עליו החיוב להרחיק (עיי' שם בסי' כ,א) ועיי"ש בסי' יד,ג דמחלוקת רבי יוסי וחכמים שיש לחייב המזיק רק היכא דלא כלו לו חיציו, 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 (ועיי' 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 נמדר בתוצאה, ואם יש תוצאה זהה לחלוטין, הרי אינו מבטל את תשמישו, ונחייב אותו לטעת עץ כזה ללא שרשין. 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 הוזה יוצרת מצב שהתשמיש לא נמנע, ומאידך לחצר חבירו, שבה מגדלים חרדל, לא נגרם נזק לגידולי החרדל. אולם למש"כ הגרב"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.

והנפק"מ לכאורה הינה לנדון השאלה השניה, בענין גג האסבסט אם נאמר שאין כאן נזק בגירי או בגרמא דגירי (ולהלן יתבאר דחשיב כגרמא דגירי), הרי שלפי הנתיבות, כיון שיכול לשים גג אחר שיתן את אותו מענה בדיוק כגג האסבסט, אין בדרישה להחליפו כדי למנוע שימוש במבנה העסק, וחייב להחליף הגג. אולם למש"כ הגר"ח, כיון שעושה ברשותו אין לו שם של מזיק, אין הוא נחשב כמזיק, ויכול שלא להענות לדרישה להחליף את גג האסבסט.

ולתלמיד הגר"ח, הגרא"ז, אבן האזל שכנים י,ה, מצאנו שאזל 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.

ג. תשמיש המזיק קבוע, וכשתשמיש הניזק קבוע

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 לכוון 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, 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 שימוש חשוב בדירה ובחצר בזמנם, והיה חלק חשוב משמושי הדירה והחצר, והחצר נועדה גם לזה. אם נשתמש בדוגמה של גג מאסבסט, אם לא היתה אפשרות לגג אחר, היינו אומרים ששימוש בגג הוא שימוש חשוב והוא מעיקרי הדירה. אבל כשיש אפשרות לחלופה, ודאי שאין מקום לומר שהוא שימוש חשוב ומעיקרי הדירה להשתמש דוקא בגג מאסבסט.

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 כ"ב) 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, וכנ"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 הניזק 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 יב, 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 "ביתי", 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 בקוטר, 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, וכנ"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, ובוזה דוקא ס"ל לחזו"א שהוא מעיקר הדירה, על כך באים דברי החזו"א יד,י, 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 ירך, 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 וכיוצא"ז, שאף הוא מעיקרי הדירה, ואם לא ירחיקו יזיק ודאי, ומלכתחילה בתנור יש כח היזק, 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 שמיירי בפרנסה 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 חחו"מ סי' תסב.

והנה אם נשליך לנדו"ד, הרי דודאי גג שיהיה עשוי דוקא מחומר אסבסט, אינו עיקר מתשמישי דירה, אדרבא, גג מבטון יעיל וטוב יותר. ולענין אנטנה סלולארית, לכאורה יש לדמות למש"כ האחרונים בגיגות הצבע, דכל היכא שיש אפשרות להרחיק ממקום מגורים עד כמה שזה אפשר, אין זה מעיקרי הדירה. וודאי האנטנה עצמה אינה שימוש עיקרי ברכוש. הגם שיש ענין לציבור ואינטרס מובהק שתהיה קליטה בכל מקום הישוב, אך עדיין אין זה מתשמישי הדירה או הרכוש. וגם אין זה פרנסה מקובלת, הגם שהיא קיימת. דעיקר מתשמישי הדירה והרכוש המשותף, כמו בישול או מדרגות, הוא שימוש בעצם הרכוש. הקליטה הסלולארית אינה בכלל. ובכל אופן, אין הכרח שתהיה האנטנה דוקא בסמוך ממש לבית השכנים. לכן מצד טענה שהאנטנה ותוצאתה, היינו שיוכל להשתמש בטלפון הסלולרי, הינם עיקר עיקרי הדירה, אין למשכיר המקום לחברה הסלולארית טענה ומענה כנגד השכנים, דאף שדירה שבה אין קולטים בטלפון סלולרי יש בה חסרון, מ"מ יכולה להיות האנטנה רחוקה מביתו בכמות קרינה פחותה, וכמש"כ מהריב"ל לענין חביות מי הרגלים. (אמנם לענין טענות אחרות יתבאר בהמשך).

ד. כשאין הניזק יכול להרחיק עצמו

הרא"ש בתש' קח, 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 לסבול. 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 המזיק להרחיק, ומשמע דאף אם המזיק אינו יכול להרחיק, חובת ההרחקה היא על המזיק. אמנם ממה שהקשה הרא"ש בהמשך דבריו שהקשה מהגמ' ב"מ קיז, 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 ממימי 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 אטרחוהו 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 קנהג, 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 חברו 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 חברו."

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 כמרימר 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 קנהג, 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, יג הקשה על דברי הרא"ש בפאפי יונאה (ב"ב כה, ב הנ"ל) דמשמע 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.

אם נשליך לנדו"ד כל שלשת המקרים אין בידם של הניזוקים להרחיק עצמם. בענין התלמיד האלרגי (יש כמובן לשאלה מרכיבים נוספים, כמו העובדה ששני הצדדים מדובר ברשות שאינה שלהם והם באים לתוכה, ויבואר להלן), הרי שאין בידו להרחיק ולהתרחק, ולפי חו"ד, הרי כל הבאת שומשום לשטח בית הספר, עלולה לגרום לאלרגיה עד כדי סכנה לנשימה (ורק בימים האחרונים התפרסם על בחורה שהיתה אלרגית לאגוזים, ואכלה ממרח שהיו בו מרכיב קטן מאד של אגוזים, והגיעה עד למצב של מות מוחי רח"ל), ואף לא היתה סכנה עד כדי כך, בכל אופן מדובר במציאות שאין הניזק יכול להרחיק עצמו, אא"כ לא ילמד בבי"ס זה (ומן הסתם אף לא בבתי ספר אחרים), והמזיק יכול להרחיק עצמו בקל, ואינו דומה לשימוש של מים בדירה העליונה. ובזה י"ל לשיטת הרא"ש אף דלא הוי גירי דיליה (וגם זה צ"ב אם הוי גירי), על המזיק להרחיק עצמו. וא"ת ששומשום עצמו אינו מזיק והוא מאכל לרוב בני אדם, ורק לניזק יש אלרגיה, וא"כ אין לו שם של מזיק שעליו להרחיק. על כך יש להשיב מחרדל לדבורים, דהחרדל אינו מזיק לאנשי העולם ולבהמות והחיות שבעולם, רק לדבורים הוא מזיק לדבש, ובכל אופן יש לדון מי צריך להרחיק, דהיינו דיש ע"ז שם נזק מה שהחרדל מזיק לדבורים, אף שלכל העולם אינו מזיק. דלחכמים כיון שחרדל מזיק לדבורים, על המזיק להרחיק, ור"י פליג, או מטעם דתרוייהו מזקי, או מפני שעל הניזק, אבל עכ"פ הוי בכלל נזק, אף שהוא מיוחד דוקא לדבורים.

וכן למש"כ הרדב"ז דכל היכא דמגיע ברוח מצויה, על המזיק להרחיק עצמו וחשיב כגיריה (וזה שייך לנושא דלהלן לענין הגדרת גיריה), בפרט כשיש סכנה, השימוש של המזיק חלק מעיקרי הדירה, על המזיק להרחיק. ואמנם הרדב"ז הזכיר ענין הסכנה, אך נראה דגם נזק בריאותי גדול, גם בזה על הניזק להרחיק, בפרט כשמעשה המזיק אינו מעיקרי הדירה. ובודאי למש"כ החזו"א; "ובזה צריך לשקול בפלס איזה דבר הוא בזכות המזיק ואיזה דבר הוא בזכות הניזק", הרי ששקילת הפלס מלמדת שהנזק שנגרם לתלמיד האלרגי, עולה לאין שעור לנזק שיהיה במניעת התלמידים מלהכניס שומשום לשטח

בית הספר, ואכילת שומשום ומוצרי הנלוים, אינם דבר שהוא מעיקר השימוש בשטח ביה"ס, משא"כ שהות התלמיד.

גם בענין האזבסט והאנטנה הסלולארית, גם על הצד שאינם גירי דיליה (שהוא נידון לעצמו וכדלהלן), הרי שאין הניזק יכול להרחיק עצמו מהנזק (עד כמה שהנזק מוכח, וכדלהלן), וכיון שאין הניזק יכול להרחיק עצמו אלא במניעה מוחלטת של שימוש ברשותו, בעוד המזיק יכול להחליף את הגג כמקובל בזמננו, וכן מי שהשכיר את גגו לאנטנה סלולארית, יעקור האנטנה שאינה בכלל שימוש עיקרי בבית, נראה דלשיטת הרא"ש על המזיק להרחיק עצמו. ובהגדרת החזו"א שעלינו לשקול בפלס איזה דבר הוא בזכות המזיק ואיזה דבר הוא בזכות הניזק, עד כמה השימושים עיקריים, גם האזבסט וגם האנטנה אינם בכלל שימושים עיקריים, והם מונעים שימוש מוחלט מהניזק, ובזה על המזיק להרחיק עצמו.

[מודגש שאין באמור לעיל, כאן ובס"ק הקודמים, משום מסקנה אלא דין העולה, ויש לראות את התמונה הכללית וכדלהלן, והם אמורים רק בנקודה המסוימת הנוגעת לנדו"ד, שממנה עולה הדין לכאורה].

ה. גירי דיליה

ולהבין אם נדו"ד חשיב גירי דיליה, דלר"י דקיי"ל כוותיה על המזיק להרחיק עצמו כשמזיק בחיציו וכל שכן לחכמים, או שאינו בכלל חיציו, ולר"י אין המזיק חייב להרחיק. גם השאלה מה הגדר של גיריה. אם הנידון הוא הכאה על השומשומין וכעובדא דפפאי יונאה (ב"ב כה,ב) שמניד את כתליו, הרי בשעה שמכה, בה בשעה נגרם הנזק. כלומר באותה שעה שמבצע את הפעולה המזיקה, הפעולה מיד הולכת למרחוק ומזיקה את שכנו. כן כתב רש"י שם כה,ב בשני ד"ה בגירי דיליה, וז"ל:

"היכא דמטי ליה הזיקא מתוך ידיו של מזיק, כההיא דאמרינן בהבית והעלייה (ב"מ קיז,א) הנהו בי תרי חד דייר עילאי וחד דייר תתאי, איפחית מעזיבה, וכל אימת דמשי ידיה נפלי עליה דתתאי, דכשנופלין מידו ממש על התחתון קרי ליה גירי דיליה, וכי פסקי והדר נפלי, לא קרי ליה גירי דיליה."

הרי גירי היא פעולה הקשורה ממעשה שעושה כעת ממש, אף שאת המים נטל העליון על רצפתו, כיון דמיד הם מגיעים לתחתון, חשיב גיריה. וכן בד"ה שאח"כ בענין פפאי יונאה, שמכח הכאתם על השומשומין, מרעיד כתלי אפדנא דפפאי יונאה, כתב רש"י; " והכא נמי מידיהם הוא בא לו, שמכח מכותיהם הוא מרעיד". והוא באופן מידי ממעשיו, כשהם מכים, אמנם לא על כתלי אפדנא דפפאי יונאה, הכתלים רועדים וקיימת בהם סכנת נפילה, והוא ממש באותו הזמן שהם מכים, חיציהם מרעידים את הכתלים.

וכן מוכח מדברי רש"י כבב, על הא דתנן; מרחיקין את הסולם מן השוכך ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמייה. ובגמ' שם, שאפשר להעמיד המשנה גם אליבא דרבי יוסי, דמודי רבי יוסי בגירי ידיה, הכא נמי זמנין דבהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה. וברש"י שם כתב; "בחצים הבאים לו מיד גופו של בעל הבית ממש". ובד"ה דבהדי דמנח ליה; "בעוד שאוחז בסולם קפצה". וא"כ מבואר ברש"י שהיינו בשעה שעושה הפעולה המזיקה לכאורה ממש, באותה שעה ניזוק הניזק באופן עקיף בחיצו, כשהקשר בין הנזק למעשה המזיק הוא ישיר ומיידי וכדוגמת מי העליון. משא"כ בגפת וזבל בריש פירקין, שאינם מזיקים אלא לאחר זמן. ולכן ס"ל לרש"י (ב"ב כבב), על הא דלימא מתניתין דלא כרבי יוסי, דלאו דוקא מרחיקין סולם הוא דלא כרבי יוסי, אלא מילי טובא איכא במתניתין דלא כרבי יוסי, אלא אף סולם ושוכך הוא דלא כרבי יוסי. ולעיל הובאו דברי הרי"ף ב"ב יג, בעמודה"ר שמהם עולה דרבי יוסי ס"ל שבכל האופנים של ההרחקות המוזכרות בפרק לא יחפור, אם לא הרחיק, הרי הוא כמזיק בגיריה, כמו במשרה וירק, בור ואמת המים. כיון שקבעו חכמים שיעור לדבר, הרי שאם אינו מרחיק כשיעור שאמרו חכמים, אף שאינו מזיק מיד, חשיב כמזיק בגיריה, וז"ל:

"אלא מיהו צריך ודאי לארחוקי משרה מירק, כי היכי דלא להוי גיריה, כי היכי דמרחיק בור וזערה ואמת המים וכו' דלא ליהוי גיריה, דכולי פירקין מודה ביה ר' יוסי, דמודה ר' יוסי בגיריה דאי לא מרחיק כי האי שיעורא, גיריה ניהו או גרמא דגיריה הוא."

וענין גרמא דגיריה הוא ענין בפני עצמו שיובא להלן. ומ"מ מבואר דבגפת ובכל מילי דפירקין, אף שהנזק אינו מיידי, מ"מ חשיב כבר בשעת מעשה שעושה גירי, ומתמשך ולבסוף מזיק. חץ שעף לאט, והשפעותיו לאחר זמן. וכן נראה מדברי הר"ח שהביאו הראשונים בב"ב כבב, עיין ברשב"א ב"ב כבב, ברמב"ן ובריטב"א שם. והרשב"א ביאר בשם רבינו יונה (עיין גם בעליות יחב), וז"ל:

"אבל ר"ח ז"ל והרב אלפסי ז"ל פירשו, מדקאמר הכא לימא דלא כר' יוסי, ש"מ דפשיטא להו דכולה מתני' ר' יוסי מודה בה, והם ז"ל הניחו הדבר סתום ולא פירשו היאך. וכתב מורי הרב ז"ל דהיינו טעמא דכל דבר שהוא מזיק בשעת הנחתו ואין הנזק שמגיע לשם נולד לאחר מכאן, אלא כמות שהוא מזיק וממקום שהניחו שם חשבינן ליה מזיק בשעת הנחתו וגיריה ידיה הו, וגפת וסיד וזבל וסלעים ההבל מצוי בהם וכגחלת הן, וממקומן הן מזיקין. ואינן דומין לאילן, שהשרשין נולדין לאחר מכאן ומתפשטין והולכין עד הבור, ולפיכך אינן נחשבים כגיריה. וכן מיא דפרק הבית והעלייה (קזא) דאמרינן דלאו גיריה ניהו, משום דמיא מיתם תיימי והדר אזלי, ונמצא שאינם מזיקין בשעת הנחתו ולא ממקום הנחתו. ומרחיקין את הזרעין מן הכותל, י"ל משום שאין הנזק משום שרשין

דהא מסקי' עלה לעיל בגמ' שזרעים לא מישתרשי לצדדין אלא מפני שמחלידין את הקרקע ומעלין עפר תיחוח, כלומר ממקומן יונקין כח הארץ ומחלידין אותה וכח היניקה מצויה בזרעים, ולפיכך חושבין אותן כמזיקין משעת הנחתן. וכן מתווא דמחרישה ושל מי רגלים מזקת ממקומה וכן חול במתווא. ומיהו עדיין קשה מפני מה לא יסמוך כותלו לכותל חברו והלא בסמיכתו אינו מזיקו אלא שמונע ממנו הדושא ומאי גיריה איכא. וי"ל דהכא נמי כיון שבשעה שהוא בונה הוא מונע ממנו תועלת הדושא, גרמא דגירי הוא."

מדברי רבינו יונה עולה גדר אחר בגירי. גם אם הנזק אינו מיידי אלא שכח הנזק מונח כבר במעשה שעושה המזיק, הגם אם הוא פועל לאחר זמן, כיון שהכח לפעול מונח כבר במעשה שנעשה ולא נולד אח"כ, אנו קובעים כי כבר כעת קיים המזיק, אמנם בכח ולא בפועל, אבל סגי בזה לחייב את העושה נזק ב"כח" להרחיק נזקו. לכן כל הדברים של הבל ולחות, כבר כעת בשעה שמניח את הדברים היוצרים הבל ולחות, הרי כבר בשעה זו החל החץ של הלחות לצאת לדרכו, הגם שמגיע לתוצאה המזיקה רק לאחר זמן. דומה הדבר לגחלת, שכח השריפה כבר מצוי בה, אף אם השריפה תתפשט רק לאחר זמן. משא"כ במקום שהשרשים הם המזיקים, כשנוטע העץ, לא העץ מזיק אלא תולדתו - השרשים, והם באים לאחר זמן הנטיעה, ולא כמו הלחות שקיימת עוד בשעת הנטיעה. וכן במים שנבלעים (ב"מ קי"א), בשעה שהעליון משתמש במים ונפלו על המעזיבה, אין בכחם להזיק ממקום שנשפכו אלא לאחר שנבלעו. לא המים שנשפכו הם המזיקים אלא המים הבלועים. וכיוצא"ב הביא הריטב"א ב"ב כ"ב, והנימוק"י (ב"ב י"א) הביא ג"כ מרבינו חננאל והרי"ף דכולהו מתני' כרבי יוסי אתיא, דלא דמו כולהו בבי להרחקת אילן מן הבור, דאילו בנטיעת האילן בתוך שלו אינו מזיק לבור חברו שהוא בשדה אחד, ואי משום שרשים דאזלי ומזקי לבור, זה לאחר זמן, ולא גרמא דגיריה הוא, אבל כולהו מתני' הוו גיריה ממש. ולא מבעיא למימר בור ושיח ומערה דהוא מזיק ממש דכל מרא ומרא מרפי לארעא, אלא אף שאר מתני' הוו גיריה וצריך להרחיק לר' יוסי. וכך הם דברי הרמב"ן (ב"ב כ"ב), דכל הני דמתניתין מההיא שעתא משתכח היזקיהו.

ונראה דבגפת חיוב ההרחקה של המזיק אליבא דהרי"ף ור"ח גם אליבא דר"י, מפני ששם את הגפת במקום הנזק. שאם קבעו חכמים שעור הרחקה, והמזיק שם בתוך שעור הרחקה, הרי הוא שם את המזיק במקום הנזק, וכמש"כ הרמב"ן בחידושו ל"ב כ"ב, וז"ל:

"שכל היזק המזיק במקום שמניחין אותו, אע"ג דלית ביה גירי השתא, דלבתר שעתא הוא דמזיק, כגיריה דמו ועדיפי נמי מגיריה דממש הוא ומיחייב לסלוקי היזיקא, ולא אמרו גיריה אלא דומיא דנמייה שקופצת מסולם לשובך ודומיא דגירי עצמן ..."

הרי שדבר זה הוא יותר מגיריה, שהוא מזיק ממש. וסברת ר"י בזה, דכיון שיש דין הרחקה, וכל שלא הרחיק הרי הוא עושה הנזק במקום הניזק, אין למזיק טענה שעושה ברשותו ומונעים ממנו להשתמש ברשותו, דכיון שלא הרחיק, הרי הוא כעושה ברשות הניזק, ואין לו טענה להתיר לו לעשות הנזק במקום הניזק, שאינו רשותו. ויש שהמזיק מגיע למקום הנזק מכוחו, כמו במים ששופך עליון על התחתון באופן שלא תמו מיא, שאז המים מגיעים למקום הנזק בחיציו. ונראה דגם הכאה על הקרקע שמרעידה את כותל חבירו, לכאורה אינו מזיק במקום הנזק, אלא כח ההכאה הולך בחיציו. ויש דרגה נוספת, בזרעים, שבשעה שמניח אין כאן נזק ואף לא גיריה, אלא הלחות המזיקה מצויה כבר בתוך הזרעים והיא משתחררת לאחר זמן, וגם זה חשיב גיריה, אף שהוא בדרגה פחותה משופך מים, שלא חיציו הביאו למקום הנזק אלא הכח הטמון בזרעים.

ובדעת הרמב"ם בהל' שכנים י,ה (הובא לעיל), אף שנראה לכאורה דהכל תלוי בהיות הדבר מזיק באופן מיידי, וכמש"כ שם הרמב"ם; "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". ולכאורה מדברי הרמב"ם משמע דבענין שיהיה הנזק נעשה באופן מיידי בשעת עשייתו ע"י המזיק ולא לאחר זמן. אלא שמרישא של דבריו "כשהיה הנזק בא מאליו", י"ל דוקא בא מאליו, משא"כ בכגון גפת שהכח כבר מונח בו ללחות הקרקע, לא חשיב בא מאליו אלא מכח מעשיו. ובעיקר ממה שכתב בענין ההרחקות שכתב בפרק ט משכנים ובפ"י, דהם כמו גירי, מוכח דלא ס"ל כרש"י.

והנה בנדון שאלה ב ושאלה ג, בענין האסבסט והאנטנה הסלולארית, נראה דאנטנה סלולארית היא טפי מגיריה, שהרי היא מקרינה ונועדה להקרין, מעבר למקומה לרשות אחרים (עד כמה שיוכח לנזק בכמות הקרינה הקיימת). ואין המזיק יכול לטעון שעושה בתוך שלו, שהאנטנה מעצם טיבה ומהותה היא פעולה בבסיס במקום אחד וקרינה במקומות אחרים, והרי הוא עושה ברשות הניזק ממש, והוי טפי מגיריה, וכמש"כ לעיל במי ששם גפת ברשותו סמוך לכותל חבירו. ובזה גם לרש"י יהיה על המזיק להרחיק עצמו אליבא דר"י. אולם אסבסט נראה שלא חשיב מזיק ברשות חבירו אלא דומיא דלחות המזיקה לכתלים, שיש בחומר שממנו עשוי האסבסט את הכח ליצר חומרים רעילים המתפזרים ברדיוס מסוים לאחר זמן, ודומה לדרגה השלישית שכתבנו לעיל, דלרש"י לכאורה לא חשיב גיריה, משא"כ לשאר הראשונים שפירשו כר"ף ור"ח, וכן נראה דעת הרמב"ם, הרי זה גיריה ועליו להרחיק עצמו.

ו. גרמא דגיריה

אמנם נידון האסבסט, שהחומרים הרעילים מולכים באמצעות הרוח, לכאורה הוי גרמא דגיריה, וכהא דאיתא בב"ב כו,א: דבי בר מריון בריה דרבינן, כי הוה נפצי כיתנא, הוה אזלא רקתא ומזקא אינשי. אתו לקמיה דרבינא אמר להו, כי אמרינן מודה ר' יוסי בגירי דיליה הני מילי דקא אזלא מכחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. מתקיף לה מר בר רב אשי, מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו. אמרוה קמיה דמרימר, אמר להו היינו זורה ורוח מסייעתו. ולרבינא מאי שנא מגן היוצא מתחת הפטיש והזיק דחייב לשלם. התם ניחא ליה דליזל, הכא לא ניחא ליה דליזל. ומבואר דדעת מר בר רב אשי ומרימר, דברוח מסייעתו חייב להרחיק, ורבינא ס"ל דיש לחלק בין גן, שרוצה שיצא מביתו שלא ידליק הבית, משא"כ בניפוזן הפשתן, שאין לו ענין שיצא מהבית. והראשונים פסקו דחייב להרחיק, אף שפטור מתשלומין אם הזיק, עיין רי"ף ב"ב (יג,ב בעמוה"ר), רא"ש ב"ב ב,כז, רמב"ם שכנים יא,א, ובשו"ע חו"מ קנה,לד.

והרמב"ן בקונטרס הגרמי הקשה, מאי שנא מאבנו סכינא ומשאו שהניחם בראש גגו, שאם נפלו ברוח מצויה והזיקו שחייב לשלם, וכאן בכיתנא פטור מלשלם מדין גרמא. וכתב הרמב"ן, וז"ל:

"דכי הו נפצי אינהו כיתנא כדי להוציא ממנו דקתא, היו חובטין הפשתן כדי שיפול הדקתא לארץ, ואלו נפלה הדקתא לארץ, שוב אין הרוח מזיזה ממקומה מפני שהיא דקה ונדושה מעצמה, והדבר ידוע, ומפני שכחו כחוש שהדקתא קלה ביותר, הרוח באה ומוליכה למקום רחוק ומזקת, הרי שלא הלכה מכחו כלום ולא סייע הוא בהולכת הרוח, אלא אדרבה אם הלכה מכחו היתה נופלת לארץ ולא היה הרוח מזיזה כלל. נמצא שזה ההיזק הרוח בראו מעיקרו, אלא שהוא גרם לרוח שיבא עליה ויזיז, שאם לא נפץ הפשתן לא היתה הרוח מזקת, ולפיכך קראוהו גרמא בניזקין. ומיהו גרמא דגיריה הוא, כיון שמאותה שעה הרוח מזומנת להוליכה והוא גורם עיקרה אף על פי שבהולכה אינו מסייע. ולא דמי לאבנו וסכינא ומשאו, דהתם כיון שהניחן בראש גגו אש הם, והרוח מולכת אותם יותר רחוק ומקרבת אותם אצל הניזק יותר ממנו, כמו מדליק אש והרוח מוליכתו לגדישו של חברו שהוא חייב, שהרי הרוח מוליכתו כפי כחו ואינה מוליכתו למקום אחר הפך מכחו, כמו שפירשתי בדקתא."

לעצם החיוב בתשלומין ס"ל לרמב"ן שהרקתא של הכיתנא לא הולך מכוחו אלא מכח הרוח, משא"כ אבנו סכינא ומשאו, שמשנהיחם בראש גגו היינו אש, והרוח רק מוליכתם יותר רחוק, אבל לענין חובת ההרחקה, כיון שמאותה שעה הרוח מזומנת להוליכה, ועיקר הנזק נגרם מעצם הרקתא דכיתנא ומחמת מעשיו, אף שבהולכת הרקתא דכיתנא אינו מסייע. לאמור גדר גרמא דגירי הוא שמעשה הנזק בעצמותו הוא מחמת

המזיק. ההולכה לניזק נעשית כולה ע"י גורם אחר - רוח, וכיון שאותו גורם קיים בשעת עשיית הנזק, על המזיק להרחיק כדין גרמא דגיריה. והיינו דבכיתנא כיון שהרוח מזומנת, נחשב המעשה כבר כעושה בתוך של חברו, משא"כ באילן שהשרשין מתפשטין, הנוטע עושה בתוך שלו, ואח"כ השרשין גדלים, אין זה מתיחס לפעולתו ברשותו כביכול היא ברשות הניזק. וכן היכא שתמו מיא (ב"מ קי"א), כיון שהמים נבלעו, לא חשיבי המים המזיקים מכח מעשיו שיחשבו כגירי דיליה, אף שהמדרון מצוי, כיון שהמים שנבלעו הם חפצא אחרת ממה ששפך העליון.

וכן מצאנו במשנה ובגמ' ב"ב כ"ב, לענין מרחיקין הסולם מן השוכך שלא תקפוץ הנמיה, וברש"י שם, שבעוד שאוחז בסולם קופצת. וזה לר"י גירי דיליה, כדאיתא שם בגמ', אף דהוי גרמא. ובזה מעמיד הסולם אינו המזיק אלא המוליך, ולכאורה הוא כמו הרוח ולא כמו הכיתנא, שהוא מוליך את המזיק, רק כיון שהסולם שרואה הנמיה גורם לה לקפוץ, ובלא הסולם לא היתה קופצת, הרי במעשה של העמדת הסולם מונח כבר האפשרות של קפיצת הנמיה, וע"כ הוי גיריה. ועיין מש"כ התוס' שאנץ, מובא בשטמ"ק ב"ב כ"א, בשאלה מאי שנא הרקתא דכיתנא מסולם ונמיה, שבסולם ונמיה גם ר"י מודה דהוי גיריה, וז"ל:

"יש לומר דזמנין בהדי דזקיף ישנה לנמיה על הסולם, ואז הוא מקרב הנמיה אצל השוכך בידיים, וחשיב ליה גיריה דידיה. ומיהו לא הוי כולי האי ברי היזקא דלחייב משום אשו, דלא דמי לרקתא דקא ממטי לה זיקא ואיהו באנפי נפשיה לא מקרב היזקא מיד." (ועיין בגירסת הרי"ף בגמ' (יא, ב - יב, א בעמודה"ר) זימנין בהדי דמנח ליה קפצה

ויתבא ארישא). והיינו דוקא באותה שעה הוי גרמא דגיריה, אם בשעה שמניח, כבר יושבת הנמיה על הסולם. ובכגון זה מעמיד הסולם כביכול מוליך אותה למקום הנזק. ובגמ' ב"ב כ"ב - כג, א; רב יוסף הוה ליה הנהו תאלי (דקלים קטנים), דהוו אתו אומני (מקיזי דם) ויתבי תותייהו, ואתו עורבי אכלי דמא וסלקי אבי תאלי ומפסדי תמרי. אמר להו רב יוסף, אפיקו לי קורקור מהכא (אל יקזו לי עוד כאן שעל כן העורבים באין). א"ל אביי והא גרמא הוא. א"ל הכי אמר רב טובי בר מתנה, זאת אומרת גרמא בניזקין אסור. וברשב"א כתב; "והיינו טעמא, דבשעה שבאין האומנין מבריחין אותן והולכין ויושבין להן בתאלי". כלומר, האומנים מוליכים את העורבים לדקלים, והם לא רק גורמים מחמת הדם אלא מוליכים. וכן הוא ברבינו יונה בעליותיו; "דכי הוו אתי לעורבים, היו האומנין מפריחים אותם". וכנ"ל לענין סולם. אמנם מדברי התוס' ב"ב כ"א, ד"ה זיקא הקשו על רבינא, מאי שנא מעורבין. ותרצו, דגמ' לא ס"ל להלכה כרבינא, דר"ת פוסק כמר בר רב אשי וכאמימר. ובתרוץ שני כתבו; "דבעלי חיים שאני, דחמירי טפי מרוח, דכח אחר מעורב בהן". וא"כ אפי' אינם מפריחים העורבים וכדעת הרשב"א ורבינו יונה, כיון שמביא בע"ח, הוי טפי גיריה מרוח. ועיין

בחזו"א ב"ב י,ה, דכיון דעורבים דרכם להמשך לדם, הדם גורם להם שיכואו ויהיו על האילנות, משא"כ סולם אינו גורם לנמיה שתקפוץ.

נבנודון שאלת האסבסט שייך ענין של גירי דמוניה, אם האסבסט מצד עצמו אינו מזיק רק כשהוא מתפרק, דכל עוד הוא שלם יש הסבורים שאינו מזיק כ"כ, ורק כשנשבר ומתחיל להתפרק, הנזק הוא כבד יותר באופן משמעותי. ואם מדובר בגג אסבסט שפתאם נשבר ובאים בתביעה שיפנה ויחליף את הגג השבור, בזה נראה דהוי גירי דמוניה, וכדין מחיצת הכרם. עיין בענין זה ברמ"א חו"מ סו"ס קנה, שהביא מחלוקת רבינו ירוחם והב"י, בשני שכנים הדרים ביחד, וביתו של אחד נפרץ, וע"י זה באים גנבים לבית השני, ואמר השני לראשון, גדור ביתך או מכרנה לאחרים כי אתה גורם לי היזק, דדעת רבינו ירוחם והרמ"ה, דהדין עמו וצריך לתקן היזקו, והב"י חולק דלא הוי גירי דיליה. ובש"ך ס"ק כב הביא דדעת הב"ח דהדין עם השכן התובע שיתקן, דדמי למחיצת הכרם. והש"ך חולק, דבמחיצת הכרם הוי ברי היזקא, משא"כ גנבים, אפשר שלא יכואו. והנתיבות שם ס"ק כב חלק על הש"ך, וז"ל:

"בהרחקות הניזקין לא תליא כלל בברי הזיקא רק בגירי דיליה, וראיה מסעיף ד בהג"ה, דאם המים יורדין מעט דפטור, וכן מוכח מהרבה מקומות. והעיקר נראה, דמחיצת הכרם חשיב גירי דיליה, דגירי דמונא חשוב כמו גירי דיליה, משא"כ גנבים לא חשיב גירי דיליה."

דהגנבים הם יוצרים הנזק, משא"כ תבואת המזיק שהיא ממונו, היא האוסרת את הכרם והיא המזיקה, ע"כ הוי גיריה דמוניה. ובנודון האסבסט, אם השבירה היא הגורמת, א"כ לא מעשה הבעלים בכך ששמו גג אסבסט הוא הגורם, דבמעשה עצמו לא היה מונח שום דבר המזיק (אם אכן אינו מזיק כשהוא שלם) אלא ממעשה שנתהווה אח"כ בממונו, וממונו הוא המזיק בגיריה. אמנם נראה דגם בלא שבירה מזיק קצת, רקדאם נשבר מזיק הרבה יותר. כמו כן כל גג אסבסט דרכו להתישן תוך זמן וגם עשוי להשבר, וכך היא הרגילות, וממילא יוצרו בו בקעים וסדקים, וגם יזיק בצורה משמעותית, וא"כ במעשה עשיית הגג של הבעלים, לכאורה כבר מונח הנזק, והוי גרמא דגיריה, שהוא אסור, אף שפטור.]

והנה בנודון שאלה א וב', בהרחקה של השומשום והאסבסט, נראה דהוי כגרמא דגיריה, שהרי הרוח והאוויר מוליכים את החומר המזיק באסבסט והחומר הגורם לאלרגיה כתוצאה מהשומשום, וכאשר מניח את גג האסבסט והרוח והאוויר כבר מצויים במקום, ואף שהם המוליכים, הרי בהנחה כבר מונחת אפשרות ההולכה, ואף שפטור מהנזק, חייב להרחיק.

יש לציין שבנדו"ד (בענין האסבסט והאנטנה הסלולארית) לא שייך לדון מצד קדימת המזיק לניזק, כגון אם בעל גג האסבסט קדם לשכנים התובעים לסלקו, או שהאנטנה

היתה על גג הנתבע קודם שהמזיק התגורר בדירה. דין סמך בהיתר שייר רק בדברים שהם לא מזיקים בעצם, כמו חופר בור ברשותו, נוטע אילן, חרדל ודבורים, כותש ריפות כשלא היה שם בנין, כל אלה אינם מזיקים בעצם, רק בנסיבות של הניזק שם לאחר הופעתו במקום, נוצרה מציאות של נזק, ועל כך יש דיון בראשונים מתי מהני סמיכה בהיתר. בנדון האסבסט והאנטנה הסלולארית מדובר בדברים שהם מזיקים בעצם, ללא כל קשר למציאות כזו או אחרת, וכמו קוטרא ובית הכסא, שבהם לא מהני מה שסמך בהיתר. ועיין בנתיבות קנה, סוס"ק יג שכתב גם לענין כותשי ריפות, בדעת הפני יהושע בהסבר הרא"ש, דכותשי ריפות הוי היזק גדול כקוטרא ובית הכסא, ע"כ לא מהני קדימת המזיק, וגם מש"כ בדברי הפני יהושע דבנזק המתחדש כל יום, צריך להרחיק אף שקדם, וכתב שזה אמת. וע"כ בנדו"ד שהוא נזק שאין לו חזקה, שהם מזיקים בעצם ולא רק מחמת שהגיע כאן בעל כוורת דבורים וכד', וגם הוי גירי המתחדש, לא מהני טענת קדימה.

ולכאורה תלוי בשני התרוצים שהביא בהג"א ב"ב בכו. הרא"ש שם כתב לענין כותשי השומשומין שהיו מנידים הכותל של פאפי יונאה, שאפי' החזיקו ג שנים במלאכה זו קודם שבנה האפדנא, לא הוי חזקה, לפי שלא היה בידו למחות כל זמן שאין מזיק לו. והקשה הג"א מרפת קודמת לאוצר, דמהני קדימה אף דהוי גיריה, וז"ל:

"אע"ג דהנך עצורי בהיתר סמכו, דההיא שעתא לא הוה אפדנא, ואמרינן לעיל אם היה רפת בקר קודמת לאוצר מותר אע"ג דחשיב גירי דיליה. הכא היינו טעמא דלא קביע תשמישא וליכא טורח בסילוקו כל כך. עוד יש לפרש דהכא הוי כמו בור, דכל מרא ומרא דקמחית קמרפית לארעאי."

לתרוץ הראשון של הג"א לא מהני קדימה אלא לדבר דקביעא תשמישיה, דהיינו שיש טורח לסלקו, משא"כ כותשי ריפות שאין טורח לסלק. ולכאורה גם בגג אסבסט וגם באנטנה אין טורח כ"כ גדול לסלק, ולא דמי לרפת. אולם לתרוץ השני דריפות דמי לבור, דכל מרא ומרא דקמחית קמרפית לארעא, והיינו אם הנזק ישיר ומיידי, בבור וריפות, משא"כ ברפת שהוא נזק מצטבר, בזה לכאורה בגג אסבסט ואנטנה דמי לרפת. אולם כאמור נזקי גג אסבסט וקרינת האנטנה הסלולארית הם נזקים בעצם, ודמי לקוטרא ובית הכסא, שבהם לא מהני קדימה, וע"כ אכמ"ל בדין קדם המזיק, לפי שזו לא היתה השאלה בנדו"ד, וגם אם היתה, לא מהני קדימה בנזקים מסוג זה. (ועיין להלן במש"כ החזו"א בענין קול הפטיש והרחיים בחולה).

ז. בספק אם צריך להרחיק

והנה בנדו"ד הועלתה טענה שיש ספק בכלל אם האסבסט במציאותו הנוכחית, אף בהיותו ישן, אם הוא בכלל מזיק, וכן לענין האנטנה הסלולארית, שיש דעות לכאן

ולכאן אם האנטנה מזיקה בטווח הארוך (בטוח המידי כנראה שלא), וגם אם כן, הטענה היא שגם הדיבור במכשירים הסלולריים מזיקים. השאלה היא מידת הקרינה באנטנה, עד כמה היא יותר מסוכנת מכל הקרינות שבהן אנו משתמשים מרצוננו. והנדרש דלהלן מתיחס למציאות של ספק, אם יש ספק אם הנידון מזיק, על מי חלה חובת ההוכחה. גם בנידון האסבסט הועלתה טענה שהאסבסט קדם לדייר המתלונן (למעשה גם לכל הדיירים שחפצים אף הם לסלק האסבסט). ועל כך השבתי, שעצם האסבסט אינו מזיק, רק כשהוא מתפרק ומתישן, ולזמן הישון והפירוק, שהוא זמן הנזק, לא קדם המזיק. גם כתבתי לעיל שהאסבסט הוא מזיק בעצם, ולא שייך לדון בו דין קדימה, וכדין קוטרא ובית הכסא.

לענין השאלה אם יכול הניזק לעכב את השכן לעשות נזק לא מבורר, לכאורה הדבר תלוי במחלוקת הראשונים. בתרומת הדשן (ח"ב סי' ח"ב סי' קלז) פסק לענין עשן שאינו תדיר, שאין הניזק יכול לעכב, והביא ראיה מדברי המרדכי בשם תשובת רב מתתיה גאון, בראובן בקש פורני כו' דמוכיח בהדיא ובפשיטות דעשן שאינו תדיר ומצוי לא מצי מעכב אפי' לכתחילה, שהרי כתב שבקש לעשות פורני, חביריו מעכבים עליו משום דהזיקא רב ומצוי, משמע הא לאו הכי לא מצי מעכב. עוד הביא ראיה מהמהרי"ח דכל נזק שאינו כקוטרא ובית הכסא, אינו יכול לעכב לכתחילה. ועשן שאינו תדיר אינו בכלל קוטרא. ואף שנחלקו בזה הראשונים, על הניזק להביא ראיה. ונחלקו המחבר והרמ"א, דהמחבר בחו"מ קנה, לז פסק כרמ"ה דיכול לעכב, והרמ"א פסק כתרומת הדשן שאינו יכול לעכב. ובש"ך שם בס"ק יט כתב דאף תרומת הדשן לא פסק בהחלטיות שאינו יכול לעכב, וכן דחה דקדוקו מדברי המרדכי והג"א. וגם מש"כ תה"ד דבפלוגתא דרבוותא על הניזק להביא ראיה, חלק עליו הש"ך, דהיינו דוקא כשהחזיק כבר, אבל זה שרוצה להחזיק, פשיטא דעל המזיק להביא ראיה כיון שרוצה להחזיק, וכל שאינו מביא ראיה, הרי הוא בחזקתו דמעיקרא. עוד כתב דמסתבר כהרמ"ה, דהיאך יוכל זה לעשות לו לכתחילה דבר נזק אפי' כל שהוא בעל כרחו, וע"כ כיון שהרמ"ה והטור והנמוק"י סוברים דאף בעשן שאינו תדיר יכול למחות לכתחילה ואין חולק עליהם, ודאי דהכי נקטינן. ולכאורה אולי דומה נזק לא מבורר מאסבסט ומאנטנה סלולרית, לעשן שאינו תדיר. ואף שיש לחלק, ביסוד הדבר לענין חובת הראיה, אפשר שהוא הדין בנדו"ד.

ונחלקו הראשונים בדין ספק קדימה בדין הרחקת נזיקין. ונושא זה דנתי בהרחבה בח"ה סי' יג, עיי"ש, ואביא כאן רק בקצירת האומר, ובתוספת מה שנתחדש האידנא. בגמ' ב"ב כב לענין אוצר שספק קדם לחנות ורפת, שלא איפשטא הבעיא, דעת הרא"ש שכיון שלא נפשטה הבעיה, לא מזקינא ליה להרחיק. וכן דעת הנימוק"י (ב"ב יב, בעמוה"ר). ודעת הרמב"ם שכנים ט, יג, בעל האוצר מעכב על בעל החנות. וכן פסק בשו"ע חו"מ קנה, ג, וברב המגיד שם כתב לבאר בשיטת הרמב"ם דכיון דלא איפשטא;

"מספק אין לו להזיק חבריו, ואם עבר ועשה המוציא מחבריו עליו הראיה". ולכאורה יש מקום לפרש דלא פליגי הרמב"ם והרא"ש, אם נאמר דהרא"ש מיירי לענין דיעבד, דלא מחייבים אותו להרחיק, וכמש"כ לעיל דלשון הרא"ש "לא מזקינא ליה להרחיק" סובל שני פירושים. והרמב"ם כתב דלכתחילה אסור לו להזיק, ובדיעבד לא מחייבים אותו להרחיק. וכן נראה מהב"י חו"מ קנו"ג שהביא את דברי אביו הרא"ש, וכתב דכן פסק הרמב"ם, עיי"ש. ולפ"ז לא פליגי הרמב"ם והרא"ש להלכה, דהרא"ש מיירי בעשה כבר רפת או תנור, והרמב"ם הוסיף דלכתחילה לא יעשה, ואם עשה אין מחייבין אותו לסלק היזקו.

אולם מדברי הגר"א בביאורו לשו"ע חו"מ קנה"ח מבואר דפליגי הרמב"ם והרא"ש, ודעת הרא"ש דאין צריך להרחיק מספק, ויכול אף לכתחילה לעשות אוצר, דלא כרמב"ם שרק אם עבר ועשה אין מחייבים אותו לסלק היזקו. ועיין בברכת שמואל (כ"ב סי' טז ד"ה ולבאר) שכתב בביאור דברי הגר"א, דמצאנו דברים שיש להם נגיעה הן לממון והן לאיסור, ולעיתים הממון גורר את האיסור, ולעיתים האיסור גורר את הממון. דהנה לענין ספק גזל אזלינן לקולא בכל גווני, שהתורה התירה ספק גזל בתורת ודאי, דבספק גזילה;

"ליכא כאן דין גזילה, דגבי איסור גזילה עיקר האיסור הוא רק דין תביעת חבריו, ומכיון דהתורה התירה איסור גזל מספק ועשאתו ברשותו ואפילו לקדש לו אשה, ואפילו אם קמי שמיא גליא דלאו ידידה, מ"מ הוי שלו בדין, דלקולא אזלינן, ממילא ליכא גזל."

הרי שכל איסור גזל נמדד ונקבע ע"פ מה שיקבע בדיני ממונות. לא המציאות האמיתית קובעת האם נעבר כאן איסור גזל, אלא הדין הממוני. הממון גורר את האיסור. משא"כ לענין נזיקין ואבידה ומתנות עניים ובכור, במשנה ובגמ' חולין קלד, א לענין פרת גר שנשחטה ספק קודם שהתגייר קודם אח"כ, דלענין מתנות כהונה על הכהן להביא ראיה, דפרה בחזקת פטור, וקמה בחזקת חיוב, לכן ספק לקט ס"ל לר"מ דהוי לקט. דאם יש חזקת פטור, הוי ספק מתנות כהונה כספק ממון והממע"ה, ובקמה דהוי חזקת חיוב, הוי כאסורים שספקם להחמיר. דמה שנתנה התורה פרשת נזיקין אינה רק דין תביעה ותשלומין אלא גם עונש בידי שמים, וכן באבידה ומתנות כהונה ובכור, שמבטל מצות עשה, והתורה לא התירה לכתחילה נזיקין ואבידה ספיקם כודאי, ע"כ יש לספק זה דין איסור ואזלינן לחומרא, וכיון דסו"ס הוי גם מילי דממונא, רק אם הוי בחזקת פטור אזלינן לקולא. והוא הדין בנזיקין, שאם כבר עשה וצריך להוציא מחזקתו, הוי ספק ממון ולקולא. וזה נראה הסבר הגר"ב בדברי הגר"א ובשיטת הרמב"ם דבנזיקין לכתחילה לא יעשה, ואם עשה לא מוציאים מחזקתו.

ובשיטת הרא"ש כתב הגר"ב דא"א לומר דהוי ספק ממונא, דפשיטא שמחויב לשמור ממונו שלא יזיק, ופשיטא שלא נתיר לו לכתחילה להזיק:

"אבל דיני הרחקה הוא דיני תביעה שיש לחבירו עליו. ונחזי אנן, דלגבי דין דלא יעמיד אדם כלב רע בתוך ביתו שנאמר; לא תשים דמים בביתך, שם עדיין ליכא שום תביעה מחבירו עליו, אלא דאיהו גופיה אקרקפתא דידיה רמי זה ובית דין כופין אותו על זה, אולם דיני הרחקה כבר יש לחבירו עליו דיני תביעה כמו דיני תשלומין, וע"כ אזלינן בזה לקולא דזה הוי ספק ממונא."

והביא שהגר"ח הקשה עליו דאף דאין כאן תביעת מזיק, מ"מ יש כאן דין מזיק שהוא איסורא. ותקן את דבריו דהכא אין דין המזיק אלא דין תביעת מזיק, דבגלל זכות התביעה שיש לניזק על ההרחקה, חשיב כגירי דיליה כל זמן שלא הרחיק, וע"כ חזקתו בממון - בחצר, היא הנותנת לקולא. נמצא דבשאר מזיק לא אזלינן לקולא דהוי ספק איסור, משא"כ בהרחקות שהוא דין תביעת מזיק, בזה מהני חזקת המזיק בממון אף אם לא החזיק בנזק.

ועיין במהריב"ל ח"א סי' פו בענין ראובן שהיה מקבל בחצירו מי גגו של שמעון, ובא שמעון להגביה גגו יותר ממה שהיה, אם יוכל לעכב בעדו אם לאו. ובתחילת דבריו הביא את דברי הרמב"ן בחידושו (ב"ב ו,א) לענין לשנות את גובה או אופן הצינור וקבלת מימיו בחצר חבירו, ויש לבעל החצר נזק מחמת השינוי. וכתב מהריב"ל שיכול לשנות רק אם על פי הבקיאין אין בשינוי תוספת נזק. והביא מהריב"ל את דברי הריטב"א והרשב"א, והסביר דבריהם דמן הסתם יש נזק, אבל מ"מ הכל לפי ראות עיני הדיינים. והביא אח"כ את דעת הרמ"ה, הר"י מיגאש והטור דמי שסובר שמחזיק למי גשמים החזיק גם למי כביסה, כל-שכן שיסבור שיכול להגביה. וכיון שזה פלוגתא דרבוותא, יכול לומר קים לי כסוברים שיוכל להגביה, דבעל הצינור הוא המוחזק. והקשה מהריב"ל מדברי הרשב"א בתש' (ח"ג סי' קסב) לענין אם מועיל שטר מכר להיזק ראייה בחלונות או לקוטרא ובית הכסא, וז"ל:

"... ולפיכך, למעשה אני אומר: שאם כבר פתח חלונותיו, או סמך קוטרא ובית הכסא, אין מחייבין אותו לסתום, ולא לסלק; ואם בא לפתוח, אין מניחין אותו לפתוח ולסמוך לכתחלה; דומיא דמה שאמרו: ארעא, היכא דקיימא, תיקום, זוזי, היכא דקיימא, לוקמו." הרי שבספק אם מהני שטר מכר לנזק של קוטרא או פתיחת חלונות במקום שיש היזק ראייה, בעל החצר הוא המוחזק ולא בעל העליה. ועל כך השיב מהריב"ל לחלק, וז"ל:

"ולא היא, דשאני התם דהנזק הוא מבורר, והאדם הוא מוזהר שלא להזיק לחברו וזה בא להזיק מכח השטר, וכיון שהוא מחלוקת אם מספיק השטר, אין ספק מוציא מידו ודאי."

הרי שבכל מקום שעושה נזק מבורר, אינו יכול להתלות במחלוקת או בספק ולעשות הנזק בטענה שהניזק מחל לו, משא"כ אם המחלוקת היא אי מקרי נזק אם לאו כנדון

הגבהת הגג, המזיק הוא המוחזק ויכול לעשות נזק לא מבורר (עיין גם בתש' שאח"ז אמצע ד"ה ואל הטענה). ומהרש"ך בתש' (ח"ב סי' קעא) הקשה על מהריב"ל מהאיבעיא בגמ' כיבד וריבץ מהו, ולא איפשיטא ופסקינן לקולא. והרי ברפת לאוצר הוי נזק ברור, ובכל זאת יכול המזיק לעשות הנזק (לרא"ש) או שאם עשה לא מחייבים אותו להרחיק (לרמב"ם). ע"כ חילק מהרש"ך בין נזק לנזק, כאשר עושה נזק גדול כהיזק ראייה וכקוטרא, הוי הניזק מוחזק, משא"כ בנזק שאינו גדול, המזיק הוא המוחזק. והביא ראייה מדברי הרמב"ם לענין חובת הראיה בטענת חזקת נזיקין, שאם הוא מהנזקים שאין להם חזקה, וטוען המזיק מחלת לי וכו', על המזיק להביא ראיה, ואם הוא מהנזקים שיש להם חזקה, המזיק חשיב מוחזק ועל הניזק הראיה. גם מהרי"ט בתש' (ח"ב סי' עה) הקשה על מהריב"ל איך יוכל להגביה הצינור; "וכי רשאי אדם להזיק את חברו לכתחלה מספק והלא אפי' גרמא דנזקין אסור". עוד הקשה מהרי"ט על מש"כ מהריב"ל.

ובכנסת הגדולה (חו"מ קנה, הגה"ט ס"ק יא) כתב דאין ענין כיבד וריבץ וכו' לנידון מהריב"ל, דבנידון מהריב"ל אין חילוק בין קדם ללא קדם, אלא כיון שיש מחלוקת הפוסקים אם יכול להגביה או לא, בזה החילוק בין נזק מבורר לאינו מבורר, אבל בנידון של כיבד וריבץ וכו', אפילו הרפת מהוה נזק לאוצר, קבעו חכמים דאם קדם והחזיק שרי, והגמרא הסתפקה אם חשיב ככהאי גוונא של כיבד וריבץ קדימה, וכיון דלא איפשיטא אין ביד הניזק לסלקו, שאומר לו בעל הרפת קים לי דכבד וריבץ הוי כקדם, ואינך יכול לסלקי. וע"ע בתש' הגרע"א ח"א סי' קנא, קונטרס במילי דנזיקין, ודברים אלה נדונו באריכות, עיין מה שכתבתי בח"ה סי' יג.

וראיתי בחידושי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל (כ"ב יד,ז) שכתב בבאור מחלוקת הרמב"ם והרא"ש בענין הבעיא דלא איפשיטא דמחלוקתם אם דיני הרחקות נזיקין הם מדיני השותפים, שיכול שותף לתבוע משותפו שלא יתקרב עם דברים שמזיקים, שעל דעת כן השתתפו. וכך ס"ל לרא"ש, וע"כ במקום ספק, שתובע השותף הניזק שירחיק, יכול הנתבע לטעון טענת הממע"ה, כבכל טענות בעיני ממון ובטענות השותפים. אבל דעת הרמב"ם שדיני ההרחקות הם מדיני איסור והיתר של מזיק וניזק, ולכן אסור למזיק בספק לגרום נזק לאחר, דספק איסור לחומרא. ורק בדיעבד שכבר סמך, אף דלכאורה הוי ספק מזיק, מ"מ ס"ל לרמב"ם דחשיב מוחזק כיון דכבר נמצא שם, ומספק אינו יכול לסלקו. וצ"ל להסבר הגר"ש, דאיסור להזיק הוא בעצם המעשה שעשה. אם עשה מעשה ואח"כ מכח אותו מעשה נעשה נזק, השאלה כבר לא איסורית אלא ממונית. תביעת הניזק לסלק הנזק. וע"כ אם השאלה בלכתחילה, אם חייב להרחיק, התשובה שחייב מפני שאסור להזיק. אבל אחרי שנעשה מעשה ההיזק, אף שהנזק עדיין לא נעשה, השאלה היא בדיני סילוק הנזק, שהיא שאלה ממונית לא איסורית, ובזה אין הניזק יכול לסלק מספק. ועיין לעיל מה שהאנו מדברי הגר"ב בבאור דברי הגר"א.

ועיין גם בקונטרס שעורים לגר"י גוסטמן זצ"ל, ב"ב סי' ט דבאות א שם חקר אם דיני ההרחקות הם משעבוד שכנים. ושם באות יא הביא מהרמ"ה בתחילת לא יחפור דחייבא דדושה וכן חייבא דהרחקות, הינם מדין שעבודי שכנים זה לזה. וכן למד מדברי הרשב"א ב"ב יז, ד"ה דכל מרא, דחייבי ההרחקות הם מדין שעבודי השכנים. ועיין גם בחידושי הגאון רבי אריה ליב מאלין (סי' צו) מה שחקר אם הרחקות נזיקין דלא יחפור הם רק איסור להזיק או גם זכות ממון שיש לניזק על חבירו שירחיק ממנו דבר המזיק, ותלה במחלוקת הרמב"ם והרא"ש הנ"ל. והוסיף דכל מחלוקתם היא לכתחילה, אבל בדיעבד הוי ספק ממון ולקולא, עיי"ש.

ולפ"ז בעל ענין הן לרא"ש והן לרמב"ם, עד כמה שהמעשה עצמו כבר נעשה בגג האסבסט ובאנטנה הסלולארית, שהרי לא מדובר אם להניח כעת גג אסבסט או אנטנה סלולארית אלא לסלקם אחרי שכבר הונחו, ואם כן הן לרא"ש שהשאלה היא בהלכות שותפים, והן לרמב"ם שהשאלה היא בהרחקת הנזיקין, עד כמה שמדובר בנזק ספקי ולא בנזק ודאי, חובת ההוכחה היא על הנזיק.

ח. נזקי גוף

והנה נידוני דידן הם דברים שהנזק בהם הוא לגוף האדם. דאיתא בב"ב כג,א: והא אחזיק להו, הא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא אין חזקה לנזקין. ולא איתמר עלה, רב מרי אמר בקוטרא, ורב זביד אמר בבית הכסא. אמר ליה, הני לדידי דאנינא דעתאי, כי קוטרא ובית הכסא דמו לי. והרמ"ה (ב"ב פ"ב אות פ, ובהמשך אות פד), כתב וז"ל:

"ושמענין נמי דאין חזקה לנזקין. ודוקא בקוטרא או בריחא דבית הכסא, והוא הדין לשאר נזקין דמזקי ליה לגופיה דאיניש, היכא דלא יכיל לקבולינהו מחמת דאנינא דעתיה, לא קיימא עליה חזקה, דבקוטרא ובית הכסא דמו ... ואפי' היכא דמטי קוטרא ברוח מצויה נמי, דוקא היכא דמטי לדוכתא דמיתזקי ביה אינשי ביתיה, אבל היכא דלא מטי אלא לדוכתא דלא מיתזקי ביה איניש, אע"ג דמטי לרשותא דחבריה ומשחר להו לאשיאתיה, נהי דהיזק ממון הוי, היזק הגוף לא הוי, וקיימא עליה חזקה."

דהחילוק בין נזקי הגוף לנזקי ממון הוא לא אם חייב להרחיק או לא, דבזה אין חילוק בין נזקי גוף לנזקי ממון, כל היכא דהוי גירי דיליה, חייב להרחיק, ואם לא הוי גירי דיליה, לרבי יוסי אינו חייב להרחיק. והחילוק הוא לענין חזקה, שאם יטען המזיק לחזקה בנזקי קוטרא ובית הכסא, כיון שהוא נזק הגוף, אין למזיק המחזיק חזקה בזה, ואין מחילה בהם אלא בקנין (לחלק מהראשונים, וי"ח, עיין תוס' ב"ב כג,א ד"ה אין). וכן מבואר מדברי הריטב"א בסוגיא, וז"ל:

"ומאי דאמרינן הני לדידי כקוטרא וכו', לאו דווקא, אלא כל דבר שהוא נזק גדול לגוף שאין דרך העולם לסבול כיוצא בו, וכדפי' ר"ח. ושמעינן נמי כי הכל לפי מה שהוא אדם, ואף על פי שלאחרים אינו נזק כל כך, מדקאמר הני לדידי. ויש שאין גורסין דאנינא דעתאי, דהא לעיל נראה דמשום פסידא דתאלי הוה, וזה אינו, דודאי כל שאין בו אלא הפסד ממון ולא צער הגוף, חזקה יש לו, אבל הכא היה מצטער באסתניסותו מה שעושין בפירות בדם."

מדברי הריטב"א מבואר, דכיון שחזקה באה משורש של מחילת הניזק, כל היכא שהניזק איסטניס, ויש לו צער הגוף, הגם ששאר אנשים אינם מצטערים בזה, אינו מוחל על נזק כזה שנגרם לגופו, דענין המחילה תלוי בדעת המוחל, ועד כמה שזה גורם לו צער הגוף, אינו מוחל.

ועיין עוד ברשב"א ב"ב כג,א דבעינן שיהיה נודע ומוחזק שאינו יכול לסבול נזק זה, ולא באמירה וטענה בעלמא. וכן הוא ברא"ש ב"ב פ"ב סה"ח ובראשונים הנ"ל, וכן פסק בשו"ע חו"מ קנה,מא, ועיי"ש בגר"א ס"ק קיט; "דוקא שהוא ידוע כמו ברב יוסף", והיינו שהדבר ידוע או שיש חו"ד של בקיאים.

והנה בריב"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 ששנינו 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 (להסבירם הנ"ל). הניזק, בהיותו חולה, הופך סוג של הפרעה לנזק. אותו מעשה יכול להחשב לאחר 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 שהשוה 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 שנזקי 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 שכיון 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, וז"ל:

"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 חנות 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". ולכאורה הוא הדין אם מזיק לחבירו

האלרגי לשומשום, הרי אכילה של סוג כזה יכול להחשב בכלל דירה, ואינו צריך להרחיק אם קדם האוכל שומשום למי שחולה מחמת זה. (ולענין גג אסבסט ואנטנה, לא מיבעיא שאינם בכלל דירת אדם וכנ"ל, אלא הם נזק לכל העולם, ובוה גמ החזו"א יודה שחייב להרחיק אפי' קדם). וע"ע בהמשך דברי החזו"א שהביא ראיה דפטיש ורחיים אינם בכלל דירה, כיון שיכול להרחיק. (ועיין עוד במש"כ בשעורי הגר"ש רוזובסקי ב"ב פ"ב סי' מט, שחקר אם קול בפני עצמו הוא מזיק, או רק מה שיכול למנוע דריסת רגל בחצר השותפים, הוא מחמת זכות השותפים להכניס מי שהם רוצים, רק כשמזיקים בקולם יכול למנוע. או נאמר שקול בפני עצמו הוא מזיק, רק כשעושה בשלו, אין השותף יכול למנוע. וכתב דלשני הפירושים יש להקשות על הריב"ש, מדוע בחולים יכול למנוע, וכתב דיש לישב, עיי"ש).

[ועיי"ש בהמשך דברי החזו"א שהסתפק, מה הדין אם הניזק עצמו לא חושש לקול הפטיש והרחיים שבביתו, רק תובע את שכנו שיסלק. וזה נפק"מ אם גם לתובע יש גג מאסבסט, ותובע את שכנו שיסלק, שאינו חושש ממה שמזיק לעצמו, ולא רוצה שיזיקוהו אחרים, ובוה הסתפק החזו"א. אבל מה שהניזק משתמש בטלפון סלולארי בביתו, לא חשיב כ"כ נזק כמו קרינה מאנטנה סלולארית.

ועיין בשער המשפט קעא, דלענין גרושה שרוצה להנשא למי שגר במבוי עם בעלה, דדעת הח"מ אהע"ז סו"ס קיט דאע"פ כן היא נדחית מפניו, ואינה יכולה לדור עם בעלה השני באותו מבוי. וכתב שעהמ"ש דמה שיכול הבעל הראשון למחות בשני שלא ישא אותה, דאם ישא את גרושתו וידור במבוי זה, הרי השני מזיק לראשון בגירי דיליה, שיצטרך לעקור מביתו, ודמי לקול הפטיש והרחיים, שאם השכן יש לו חולי הראש, שיכול למחות בקול הפטיש והרחיים, והכי נמי יצטרך לעקור מביתו, והוי כמזיקו בחיצו. אמנם שם מיירי ודאי בקדם הניזק למזיק, דאין נידון באופן אחר.]

ט. ההנהגה למעשה

והנה בנידון הרחקת השומשום נראה לצרף ולחייב להרחיק מחמת היות הדבר סכנה, ולכל הפחות חולי גדול, כמבואר בתש' הרדב"ז ח"א סי' תקנא בסופו, הובא לעיל. וכן מבואר במהרשד"ם חחו"מ סי' רפד בענין מי שיש לו אכסדרה תלויה, ומתחתיה חלל, ובא התחתון לסתום החלל, עיי"ש, דודאי הרוצה לסתום לא מחל על נזק כה גדול, בפרט שיש בזה סכנה, לא מחיל ואין בזה חזקה; "דהוי נזק גדול, לא צערא דגופא אלא צערא דנפשא, דפשיטא דאית לן למימר דודאי לא מחיל אניש ולא מהני חזקה". ולכאורה כאמור לעיל הוא הדין לענין טענת הרחקה, דאחרי שנקבע שזה נזק גדול, כיון שיש בו סכנה בריאותית חמורה, שהאלרגיה יכולה לגרום להתקף נשימתי ואף לחנק, ככתוב בחו"ד הרופאים, א"כ יכול לתבוע להרחיק. וכן מבואר גם במהריב"ל

ח"ג סי' נו בענין בית מלאכה לצורפות כסף, שעשנו כעשן הכבשן, וטוען התובע שאמו חולה ולא תוכל לסבול, "וגם שהוא סכנת נפשות, שכמה וכמה נסתכנו ממנו ר"ל ענין העופרת והמים הזדונים, ואדם אחד מני אלף לא ימצא שיוכל לסבול ולא יבא לידי חולי חזק, ואם יום ימים או עשור יעמוד, מרה תהיה לו באחרונה, ואם אמרו במקום צער, כל שכן במקום סכנה". ועיי"ש במהריב"ל שחייב את הנתבע להרחיק. ומכל הלין נראה דבמקום סכנה גדולה חייב להרחיק אף בקדם המזיק, דאם יש בזה צער הגוף ואפי' ליחיד, חייב להרחיק.

אמנם עדיין בנדו"ד יש תרתי לטיבותא שאין אוכלי השומשום צריכים להרחיק. ראשית, שומשום בניגוד לנ"ל הוא בגדר "דירה", שאין אדם יכול להמנע, וא"א לחייבו להמנע, ממאכל המצוי לרוב בהרבה סוגים של מאכלים ומאפים. ושנית, לא מדובר כאן בשני דיירים הדרים בסמיכות. מדובר בבית ספר, ששני הצדדים, המזיק והניזק, יש להם רשות לבוא לבית הספר לפי הכללים של בית הספר, ובית הספר יכול להכתיב כללים ותקנות, להביא או לא להביא שומשום, הכל לפי שיקול דעתה, והרוצה ליטול, יבוא ויטול, ומי שרוצה ללמוד בתנאים אלה, יבוא וילמד, ומי שהתנאים אינם נושאים חן בעיניו, יכול שלא לבוא אל בית הספר.

ולכן מעיקר הדין אם היה מדובר בשני שכנים, וקדם המזיק לניזק, קשה לחייב את המחזיק בשומשום לעקור השימוש בו, הגם שיש צדדים לעשות זאת. אמנם כיון שמדובר במוסד חינוכי, ותפקידו של המוסד לחנך ברוח תורת ישראל, להתחשב ולהרגיש בצער הזולת ולהיות נושא בעול עם חברו, על המוסד, לפחות ובעיקר, מהצד החינוכי, לאסור על התלמידים להביא מוצרים שיש בהם שומשום, שהרי אין לך דרך נאותה יותר לחנך את התלמידים לחסד ולהתחשבות בזולת, יותר ממעשה זה, חינוך הלכה למעשה.

ומצאנו מעין זה בגמ' ב"ב ס,א-ב; ר' ינאי הוה ליה אילן הנוטה לרשות הרבים. הוה ההוא גברא דהוה ליה נמי אילן הנוטה לרשות הרבים. אתו בני רשות הרבים, הו קא מעכבי עילויה (שנופיו מזיקין לגמל ורוכבו - רשב"ם). אתא לקמיה דר' ינאי, א"ל זיל האידנא ותא למחר. בליליא שדר קצייה לההוא דידיה. למחר אתא לקמיה. א"ל זיל קוץ. א"ל הא מר נמי אית ליה. א"ל זיל חזי, אי קוץ דידי, קוץ דידך, אי לא קוץ דידי, לא תקוץ את. מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר. מעיקרא סבר ניחא להו לבני רה"ר דיתבי בטוליה, כיון דחזא דקא מעכבי (הבין שבשביל כבודו שותקין על שלו), שדר קצייה. ולימא ליה זיל קוץ דידך והדר אקוץ דידי, משום דריש לקיש דאמר (צפניה ב) התקוששו וקושו, קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים. והנה רואים דרבי ינאי נהג עצמו לפניו משורת הדין, דאף שלא תבעו ממנו, ואף שסבר שניחא להם להיות בצילו, מ"מ קצץ ענפי האילן. ועיין במאירי שם בסוגיא, שכתב וז"ל:

"תלמיד חכם אף לכתחלה אסור להעמיד ענפיו על דרך שיכשלו בו בני רשות

הרבים. ואם היה סבור שיהא נוח לבני רשות הרבים בכך כדי שינוחו תחתיו בצל, מעמיד עד שימחו בידו ..."

מבואר שיש דין מיוחד בתלמיד חכם שצריך לנהוג לפנים משורת הדין, בפרט בהיותו דיין. ועיין גם ברבינו יונה בעליותיו כו,א דאיכא למ"ד דאמר רבי יוסי למידת חסידות היה אומר לקוץ, דכיון דלרבנן צריך להרחיק יותר מד' אמות, לדידן נמי אע"ג דקיי"ל כרבי יוסי, צריך להרחיק למידת חסידות. והרמב"ן בסוגיא ב"ב כו,א, אף שלא הסכים לפרוש הסוגיא דחייב ההרחקה הוא ממידת חסידות אלא מחמת גירי, מ"מ נראה דמסכים שאין לחסיד לגרום נזק, אף במקום שמותר לו לגרום נזק, וז"ל:

"וקושיא זו שבשה מקצת המפרשים לומר דלאו גיריה הוא ואין צריך להרחיק אליבא דהלכתא, אלא הכי קאמר ליה, כיון שיש לחברו היזק ממנו, ולרבנן צריך להרחיק, אף אתה הרחק לפנים משורת הדין שאין ראוי לחסיד להזיק שום היזק, ואמר ליה כיון שאיני חייב להרחיק איני קוצץ אבל אתה אי ניחא לך קוץ. ואין פירוש זה כלום אלא גיריה נינהו וצריך להרחיק מן הדין, דומיא דההיא דאמרין לעיל אפיקו לי קורקור מהכא, וכן דעת הגאונים ז"ל."

וא"כ הגם שחלק על הפירוש בסוגיא, לא אישתמיטי הא דרבי ינאי, ובכל אופן ת"ח וחסיד צריך להזהר לא להזיק, אף במקום שיש לו היתרים, אם יש מהחכמים האוסרים. ודוק מיניה לנדו"ד, דגם מוסד שתפקידו לחנך את צאן קדושים, שיחנכם להלכה ולמעשה איך נוהגים ונוזהרים לא להזיק את הזולת.

ובענין גג האסבסט והאנטנה הסלולארית, נטענה טענה כי הנזק לא קיים רק במקרים רחוקים. על כך השבתי שהנזק ידוע ומופרסם, וכנ"ל היכא שהנזק ידוע ומפורסם, על המזיק להרחיק עצמו. אמנם אם טוען המזיק, בעל הגג אסבסט או זה המשכיר גגו עבור אנטנה סלולארית, שהנזק לא גדול יותר מפליטת גז של מכונת, יש לאפשר לו להביא חו"ד מתאימה מהרשויות הנוגעות בדבר, כמו משרד הבריאות, ויתכן גם ממכון התקנים, וחובת ההוכחה עליו בכגון זה, כיון שהנזק מפורסם וידוע. ובפרט אם טוען הניזק שהדבר גורם לו צער כמו כאבי ראש וכד' (הדבר מצוי בעיקר למי שנושמים סיבי אסבסט, ולא כ"כ בענין אנטנה סלולארית). ועיין מש"כ הגר"מ פיינשטיין זצ"ל בענין עישון סגריות במקום ציבורי, חחו"מ ח"ב סי' יח. ונדו"ד לא פחות הוכח מנזקי הסיגריות.

עוד נראה לענ"ד לחלק בין נזקי גג אסבסט, שודאי בשעה שיתחיל להתפורר, אין מחלוקת כי גורם נזק רב לסביבה, והדבר או שכבר ארע או שעשוי לקרות. רק אם התובע נמצא במרחק רב שאין סיבי האסבסט ברי נזק, יש מקום לטענת בעל הגג לבדיקת הדבר, אך בנדו"ד מדובר בשכן ממש, ובלי ספק מדובר בנזק שכבר הוכח. אמנם בענין הקרינה מהאנטנות הסלולאריות, שיש סוגי שונים ורמות שונות של קרינה,

ויש בזה גם ענין לציבור שתהיה קליטה לטלפונים הסלולאריים בכל מקום (וכעובדא דרבי ינאי שנהנו מהצל, אך הפריע לגמל ורוכבו), יש להטיל על המזיק להמציא חו"ד מגורם מוסמך על רמת הקרינה, לאפשר לתובע להגיב ולתת חו"ד משלו, ואח"כ יש להחליט אם אכן בנדו"ד מדובר בנזק.

י. חיוב השתתפות בהחלפת הגג

ובנדון השאלה השניה, טוען בעל העסק כי על שאר השכנים התובעים ממנו לסלק את גג האסבסט, לסייע בידו ולשלם חלק יחסי בתשלום החלפת הגג לגג בטון או גג מפברגלס.

ומצאנו חיוב תשלומים כזה בענין אחר בפירקין. במשנה ב"ב כה,ב, בדעת ת"ק לענין הרחקת בור מאילן; מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה, ובחרוב ובשקמה חמשים אמה, בין מלמעלה בין מן הצד. אם הבור קדמה קוצץ ונותן דמים, ואם אילן קדם לא יקוצץ. והטעם שאם קדם הבור קוצץ ונותן דמים, פרש"י שם; "דכיון דברשות נטע שאינו מזיק עד זמן גדול, לא חייבוהו חכמים לקוצץ בלא דמים בשביל הזיקא דיחיד". יש שני טעמים שמחייבים את הבעל הבור לשלם לבעל האילן שבא אחריו; הנזק הוא לאחר זמן רב, לא מדובר בנזק בטווח המידי אלא לאחר זמן רב שיגדלו השרשים ויכנסו לבורו של השכן. וטעם שני, היות הנזק ליחיד. ומשמע דאם היה הנזק לרבים, לא היו מחייבים את הרבים לשלם ליחיד, והיה עליו לעקור אילנו ללא דמים. ולכאורה גם אליבא דר"י דפליג וס"ל דאף בבור קודם לא יקוצץ, מ"מ במזיק בגירי דיליה לא שייך הטעם שמזיק לאחר זמן רב, וע"כ לרבי יוסי אינו צריך ליתן דמים בכל ענין. או דאין הכרע מה ס"ל לר"י במזיק בגירי שחייב להרחיק, אם הנזק חייב ליתן דמים. ומדברי התוס' ב"ב יח,ב (ד"ה אי) נראה דדוקא באילן שעשוי לעמוד שנים רבות ויש בזה הפסד מרובה בקציצתו, אמרו חכמים שאם קדם האילן לא יקוצץ, ובלא קדם, שחייב ליתן דמים, היינו משום הפסד מרובה, וז"ל:

"אע"ג דגבי אילן כשסמכו בהיתר אמרי דלא יקוצץ, הני מילי אילן שעשוי לעמוד שנים רבות ואיכא הפסד מרובה, אבל משרה כרישין וחרדל לא. דהכי נמי אמרינן גבי אילן, אם הבור קדם קוצץ ונותן דמים אע"ג דסמך אילנו באיסור. ובשאר דברים הנסמכים באיסור אינו נראה שיתנו דמים, אלא טעמא דלהפסד מרובה חששו."

ועיין ברמב"ן ב"ב יח,ב שכתב על חיוב תשלומי הדמים; "הואיל וליתנהו לשרשין עד זמן מרובה, והזיקא דלא שכיח, חששו חכמים להפסד גדול, שלא עלה על דעת המוכר לקוצץ אילנותיו שיש לו בכל שדהו מפני בורו של זה". דהיינו גם היזק שלאחר

זמן, ולא שכיח, והפסד גדול. ועיין גם בתש' הרא"ש קח'י מדבריו עולה דחייב הדמים הוא מחמת שאין כאן היזק גדול, וגם תשמיש הבור אינו קבוע, עיי"ש. וע"ע ברדב"ז (ח"ב סי' תתלד) שכתב טעם נוסף, דבאילן לא הוי ברי היזקא, דיתכן והשרשין יתפשטו למקום אחר, וכיון דלא ברי היזקא, נותן לו דמים.

ועדיין לא נתברר אם דוקא לת"ק נותן דמים, אבל לר"י דקיי"ל כוותיה, כשמזיק בגירי דיליה וחייב להרחיק משום כך, אם מרחיק ללא דמים או בתמורה לדמים. וראיתי דברים מפורשים בדברי רבינו יונה בעליותיו (ב"ב כה, ב), וז"ל:

"ונראה בעיני דחומרא הוא שהחמירו רבנן להרחיק את האילן לכתחילה, אע"פ שאין שם גירי ולא גרמא דגירי, אבל בדיעבד לא חייבוהו לקוץ אלא בדמים. מיהו בהנך דמודה ר"י, כגון בהרחקת בור מן הבור, או בהרחקת זרעים מן הכותל ג טפחים, אפי' בדיעבד יש לסומך לסלק היזקו בלא דמים, ואין למדים מהרחקת האילן, שאין למדים חמור מן הקל. דהא מודה ר"י בכל הני, כמו שכתבנו בראש הפרק. ואצ"ל שאם סמך גפת ומלח, מרחיק בלא דמים, כיון דהשתא נמי ראוי להרחיק."

מבואר להדיא דכל האמור בנתינת דמים הוא באופן שמזיק ללא גירי או גרמא דגירי, שלת"ק על המזיק להרחיק עצמו, אבל היכא שמזיק בגירי או גרמא דגירי, דמודה ר"י דחייב המזיק להרחיק עצמו, עקב חומרת הנזק חייב ההרחקה הוא ללא דמים. וכיוצ"ב מצאתי להדיא בדברי הרמ"ה על המשנה כה, ב (אות יח) דדברי רבנן הוא רק במידי דלא גיריה, אף שס"ל לת"ק דחייב להרחיק אף בלא גיריה, מ"מ צריך ליתן דמים, כיון שההרחקה במידי דלא גיריה היא לכתחילה ולא בדיעבד. ומינה נשמע דאם היזק בגיריה, דחייב להרחיק אף בדיעבד, מרחיק בלא דמים. וכן נראה להלכה מדברי החזו"א ב"ב יח, א לענין הרחקת ד אמות משום עבודת המחרשה, דדוקא בבור ואילן, קוצץ ונותן דמים, אבל עקירת אילן משום עבודת המחרשה, קוצץ ואינו נותן דמים. ולכאורה הוא הדין והוא הטעם בגירי, דדין קוצץ ונותן דמים הוא טעם מיוחד בבור ואילן ודומיו, ולא במקומות שקבעו חכמים שחייב להרחיק.

לפ"ז אין בעל גג האסבסט יכול לתבוע משכניו שישלמו ג"כ עבור החלפת הגג לגג שאינו מזיק, דלמש"כ לעיל החייב בהחלפת הגג הוא מעיקר דיני הרחקת נזיקין, וחשיב כנזק גדול כקוטרא ובית הכסא, וחשיב כמזיק בגרמא דגיריה וכנ"ל, א"כ אין מקום לתביעה של בעל הגג מדין "קוצץ ונותן דמים", דין שנאמר רק במקומות שאינו מזיק כ"כ ואינו ברי היזקא וכנ"ל, משא"כ בגג אסבסט.

לאור האמור לעיל

א. ראוי לבית הספר להורות לתלמידיו, שכל עוד לומד במוסד אצלם תלמיד האלרגי לשומשום, נאסר על כל התלמידים להביא מוצר המכיל שומשום.

ב. על בעל העסק שמעליו גגון אסבסט, לפנות ולהחליף את הגגון. הסרת הגגון תהיה בתאום עם המשרד לאיכות הסביבה. אין בעל הגג יכול לתבוע מהשכנים שישתתפו בעלות הגג החליפי.

ג. משכיר גגו לחברה סולארית לצורך העמדת אנטנה - כיון שבאופן עקרוני מדובר במעשה נזק, ככל שמדובר ברמת קרינה אסורה, ויש להסיר את האנטנה, אך הואיל ויתכן ומדובר באנטנה ברמת קרינה תקינה, יש לאפשר לבעל הגג להמציא חו"ד מגורם מוסמך תוך 30 יום באשר לרמת הקרינה וההיזק שיכול להגרם מרמת קרינה כזו, ואם התובע יחפוץ בכך, יוכל אף הוא להמציא חו"ד כנ"ל, ואח"כ יש להחליט אם מדובר כאן בנזק המחייב הרחקה, אם לאו.

סימן יד

שימוש במבנה של דיור עליון

ראשי פרקים

- א. מחלוקת ראשונים אם צריך לבנות בקרקע של שניהם
- ב. מבריה ארי, נהנה ומשתרשי
- ג. כוונה להשביח לחברו במוציא הוצאות ובכבוד
- ד. נהנה מממון חברו כשאינו חסר
- ה. מי הבעלים על החלק החיצוני, בקיר וברצפה
- ו. אופנים שונים בחיוב ופטור תחתון
- ז. הסכמת העליון מדין דור בחצרי

שמעון קנה דירה בבנין משותף כשהיה עוד בשלבי בניה, כשמעליו לראובן יש מרפסת הבולטת מקו הבנין, מרפסת מאושרת שנבנתה ע"י הקבלן. בהסכמת ראובן, הרחיב שמעון את דירתו ויצא מתחת למרפסת של שמעון. השנים לא דברו מראש בענין חובת התשלום של שמעון לראובן עקב השימוש ברצפת המרפסת של ראובן, כתקרה לדירת שמעון. ולאחר מעשה נשאלתי אם חייב שמעון לשלם לראובן בגין השימוש הנ"ל.

א. מחלוקת ראשונים אם צריך לבנות בקרקע של שניהם

תנן במשנה בב"ב ד,ב: המקיף את חברו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית, אין מחייבין אותו. רבי יוסי אומר, אם עמד וגדר את הרביעית, מגלגלין עליו את הכל. ובגמ' שם; אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כר' יוסי, דאמר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, לא שנא עמד ניקף ל"ש עמד מקיף. איתמר, רב הונא אמר הכל לפי מה שגדר, חייא בר רב אמר הכל לפי דמי קנים בזול. והגמ' נקטה אפשרויות של כמה נפק"מ ממחלוקת ת"ק ורבי יוסי. דלרב הונא ת"ק סבר הכל לפי דמי קנים בזול ולא לפי מה שגדר, ולרבי יוסי הכל לפי מה שגדר. ולחייא בר רב, ת"ק סובר אגר נטירא ולא דמי קנים בזול, ורבי יוסי סבר דמי קנים בזול. עוד נפק"מ אם חייב רק רביעית או גם הג' האחרים, דת"ק ס"ל דוקא רביעית, ור"י ס"ל דמגלגלים עליו כל ארבעת כתלים. עוד נפק"מ אם המקיף גדר הרביעית ולא הניקף, דת"ק ס"ל דאין חייב ניקף, ולר"י חייב הניקף אף בגדר המקיף הרביעית. לישנא אחרינא, ת"ק סבר אם גדר מקיף את הרביעית, נמי יהיב ליה. ורבי יוסי סבר אם עמד ניקף

וגדר את הרביעית הוא דיהיב ליה, דגלי דעתיה דניחא ליה, אבל אם גדר מקיף לא יהיב ליה מידי. ומהמשך הגמ' ה,א ברוניא אקפיה לרבינא מד' רוחות, מבואר דהלכתא כרב הונא דהכל לפי מה שגדר, שכך אמר לו רבא, זיל פייסיה במאי דאתפייס, ואי לא דיינינא לך כרב הונא אליבא דרבי יוסי, והיינו שחייב לשלם הכל, ולפי מה שגדר. וכן פסק הרי"ף (ב"ב ב,ב בעמוה"ר) דהלכתא כרבי יוסי, וכדפסק רב יהודה אמר שמואל בגמ', והלכתא כרב הונא דהכל לפי מה שגדר. וכן נראה מדברי התוס' ה,א ד"ה ואי. ובסוגיא נראה לכאורה דמיירי בגדר בין שתי השדות, בין המקיף לניקף, אולם בב"ק כ,ב מטענת מקיף דאת גרמת לי היקפא יתירא, וע"כ הניקף נהנה כשהמקיף חסר, מוכח שהוא הדין בעשה המקיף גדר בינו לבין רשות הרבים, שגם הניקף נהנה שלא יכנסו בני רשות הרבים לחצירו, ומשנתנו תועמד בין בנה גדר בינו לחצר חבירו, ובין הקיף מסביב לחצירו, בינו לרשות הרבים, שאף פנימית נהנית. כן כתב הנימוק"י בב"ב (ב,ב בעמוה"ר).

ובנימוק"י בסוגיא נראה שחיובו מדין יורד לשדה חבירו, דאף בבקעה מקום שלא נהגו לגדור, חשיב כשדה העשויה ליטע, כיון שראויה היא וצריכה לכך, והנפק"מ אם נהגו או לא הוא רק לענין לחייבו לגדור, אבל ודאי אחרי שגדר חשיב כיורד, וז"ל הנימוק"י:

"מי שיש לו ד' שדות סביב שדה חבירו וגדר בינו [ובין הניקף] את הראשונה, ואחר מכאן השניה וכן השלישית, אין מחייבין לניקף לפרוע באותן מחיצות שהרי בסתם בקעה קיימין שהוא במקום שלא נהגו לגדור, וכיון שאין יכולין לכופף זה את זה מעיקרא, גם עתה אינו חייב כלום, דליכא למימר הא מתהני בהן, וכיון שלא מיחה בו לומר שלא יגדור ע"מ שישתלם ממנו חייב, מידי דהוה [ב"מ קא א] כיורד [לתוך שדה] חבירו שלא ברשות ונטעה והיא שדה העשויה ליטע ולא מיחה בו בעל השדה, ששמין לו וידו על העליונה (שהרי לא ההנהו, כיון שעדיין הוא פרוץ לרוח רביעית, אבל גדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל כפי מה שגדר, אפילו באבנים וביוקר כדאמר בשדה העשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה). והכי נמי אע"פ שהוא במקום שלא נהגו לגדור, מ"מ ראויה היא וצריכה לכך וכשדה העשויה ליטע דמיא. ואע"פ שהיה כבר פטור מן הראשונה וכן מן השניה וכן מן השלישית, לא אמר ראשון ראשון הפסיד אלא כל שעמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, ולרבותא נקט [הכי ולא קתני עמד וגדר] את שלשתן, כך העלו אחרונים ז"ל."

מבואר מדברי הנימוק"י שהדיון מדין יורד כשהוא נהנה, שכאשר הקיפו מג' רוחות, לא שייך לחייב הניקף מדין יורד, דאף שהיא עשויה ליטע, בהיקף מג' רוחות אין תועלת, רק כשגדר רביעית ויש תועלת, מחייבים כדן יורד בשדה העשויה ליטע. ולמעשה הא דחיובו מדין נהנה, נלמד מהגמ' ב"ק כ,ב, דהגמ' רצתה מהמשנה להביא

ראיה או דזה נהנה וזה לא חסר חייב או פטור; תנן, המקיף חבירו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו (אין מחייבין את שמעון כלום, דמאי אהני ליה, הרי שדהו פתוחה מצד רביעית - רש"י), הא רביעית מחייבין אותו, ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב. שאני התם דאמר ליה את גרמת לי הקיפא יתירא (דאי לאו שדה של שמעון בין שדותיו, הוי סגי ליה במחיצות חיצונות והוו כל שדותיו גדורים, והלכך חסר הוא בשבילו, כך פרש"י. ויש ראשונים, התוס' הנימוק"י ועוד, דהכוונה לגדור החיצוני, וצריך תוספת היקף). ת"ש א"ר יוסי אם עמד ניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור, ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור. שאני התם דאמר ליה לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא. ומבואר שהדיון הוא אם נהנה, עד כמה נהנה, אם סגי ליה בנטירותא בר זוזא, וגם עד כמה המקיף חסר. והרמב"ם בהל' שכנים ג, ד, כתב וז"ל:

"מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושניה ושלישית עד שנמצאת חורבה זו משלש רוחותיה גדורה, אין מחייבין אותו ליתן לו ההוצאה כלום, שהרי לא הועיל לו והרי חורבתו פתוחה לרשות הרבים כשהיתה, לפיכך אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר מגלגלין עליו את הכל, ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות עד ארבע אמות, ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם. אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה, יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים, שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים, וכן אם הניקף עצמו הוא שגדר רוח רביעית הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה של שלש רוחות אם היה הכותלים של שניהם, וכן כל כיוצא בזה. (השגת הראב"ד) זה המשפט מעוקל, שאם הרויח לו המקום וגדר אותו, שיפחות לו ההוצאה. ומה שאמר שאינו יכול להשתמש בכותלים, כן ישתמש, אלא המקום לו יהיה ויהיה לו שטר על זה שאם יפול הכותל, האבנים והעפר לשניהם והמקום שלו."

לכאורה מדברי הרמב"ם מבואר דבסוגין יש שני ענינים: השבחת החצר - השבח, והנאת בעל החצר הניקף. בכל יורד יש גם את מה שמשביח את חצר חבירו, ויש גם את ההנאה שיש לבעל החצר, גם אם לא השביח. הרמב"ם מחלק דלענין השבח, ולחייבו מדין שבח, בעינן בדוקא שמקום הכתלים של שניהם, דאל"כ לא השביח חצירו, לא ירד לחצר חבירו, ואין מקום לחייב את הניקף מדין יורד. ובכגון זה אפשר לחייבו רק מדין נהנה, מה שנהנה לפי ראות עיני הדיינים. דדוקא כשבונה במקום שניהם, והוא יורד לחצר חבירו בשותפות (לכאורה, למרות שאינם שותפים אלא בונה על חלק שניהם ולכ"א יש את חלקו), בזה שייך לחייבו בחצי ההוצאה לפי מה שהשביח. אבל כשבונה לא על מקום שניהם, הגם שהועיל לניקף, ואף שהוציא המקיף הוצאות, לא השביח בחצר חבירו. אבל כשבונה בחצר שניהם, יש בה גם את השבח העצמי וגם את השבח

שבתועלת, כיון שמחצית מהכותל שלו ויכול להשתמש באבנים. ודעת הראב"ד דהמקום לא מעלה ולא מוריד, שאפי' לא בנה בחצר הניקף או בחצר המשותפת, כיון שיכול הניקף להשתמש בכותל, הרי יש כאן שבח לניקף גם אם אינו עומד בחצירו, דהכותל יכול להיות בשימוש שניהם ושל שניהם, גם אם הוא עומד רק בחצר המקיף. כך נראה לכאורה מדברי הרמב"ם והראב"ד. ומחלוקת הרמב"ם והראב"ד לכאורה היא במהות דיני יורד. האם יכול אדם להשביח חצר חבירו ע"י מעשה שאינו בגוף החצר. או דווקא בעושה בשלו וחבירו נהנה ממילא, ס"ל לרמב"ם דבעינן שיעשה מעשה בחצר חבירו, משא"כ בעושה רק עבור חבירו, אין צריך לעשות גם לרמב"ם דוקא בחצירו.

[ודעת הרמב"ן (ב"ב ד,ב) דוקא אם המקיף בנה בחלקו, יכול לתבוע מניקף, אבל אם בנה גם על קרקע הניקף, במקום שלא נהגו לגדור, אינו יכול לתבוע מהניקף להשתתף עמו גם בבנה המקיף רביעית (דבבנה הניקף, לכאורה אין לו את הטענה שמביא הרמב"ן שהייתי זורע וכו'), וז"ל:

"ובלבד שיהא הגדר כולו בשל בונה, אבל אם היה הגדר בנתים חציו בשל זה וחציו בשל זה, אינו יכול לכופו ליתן לו אפילו פרוטה, שהרי אם רצה אומר לו אין רצוני בגדר שקרקעי מתמעט, ואנא כורכמא דרישקא הייתי זורע שם ואושיב שומר וישמור, שאם אי אתה אומר כן במקום שלא נהגו לגדור בבקעה יקדים אחד מהם ויגדור ויגלגל על חברו את הכל."

אלא שכבר באר בכס"מ דהרמב"ם מיירי בחורבה, שבה יש לגדור וצריכים לגדור למנוע היזק ראיה, והרמב"ן מיירי בשדות, שבהן לא נהגו לגדור, ובהן מודה הרמב"ם לרמב"ן דבמקום של שניהם אין מחייבים, או בכל מקרה מחייבים, ובכל אופן דין שיהיה המקום של שניהם הוא דוקא בחורבה, כן כתב בכס"מ.]

ועל דברי הרמב"ם, הקשה הגרע"א (הובא במהדורת הר"ש פרנקל), דאם מיירי שהכותל עומד במקום שניהם וזכה הניקף בכותל, מה מדמה הגמ' בב"ק כ,ב לזה נהנה וזה לא חסר, הרי זכה בכותל, ואין זו הנאה גרידא אלא השבחה. ותירץ הגרע"א, דאם זה נהנה וזה לא חסר פטור, מעצם ההנאה שחורבתו משתמרת, ההנאה לא מחייבת בתשלומין דזה נהנה וזה לא חסר פטור, ומצד שהשביח חצירו, בזה י"ל דלא ניחא ליה בכתלים וטול עציך ואבניך, ואף שניחא ליה בהנאה הבאה מן הכתלים, אין זו הנאה לחייב לקנות הכותל, וגם אינה הנאה מחייבת בעצמה למ"ד זה נהנה וכו' פטור, וז"ל:

"דאם נדון דזה נהנה וזה לא חסר פטור, א"כ מה שנהנה זה שחורבתו משתמרת לא מקרי חייבת בתשלומין, כיון שאינו מחסר לחבירו בהנאתו, וא"כ יטעון שאינו רוצה בכתלים להשתמש בו, ולא שייך לומר אנן סהדי דניחא ליה בכותל והוי כיורד לתוך שדה חבירו ובנה לו כותל, דמדינא מותר לו להנות משל חבירו

בחינים היכי דאינו מחסרו. אע"כ דזה נהנה וזה לא חסר חייב, ואף דיטעון דלא ניהא ליה בשמירה, לא אמרינן אנן סהדי, והוי כיוורד."

[גם אפשר להוסיף כאן את דברי הריטב"א בב"מ יא, א ד"ה מתני' דאף דחצירו קונה לו שלא מדעתו, אינה קונה לו בעל כרחו, ועיין נודע ביהודה קמא חאו"ח סי' יט ד"ה ואמנם לענין זכיה בחמץ בפסח ע"י חצירו. גם כאן שיתחייב לשלם, אין חצירו קונה לו שלא מדעתו, דרק באבידה ומציאה קונה לו שלא מדעתו, עיין נתיבות רסח, ד ובאבני נזר יור"ד סי' תב]. מדברי הגרע"א קיימת ג"כ הבחנה לרמב"ם בין שני הדינים, יורד ונהנה. דהגמ' דנה מדין נהנה, דעד כמה שיכול להנות מחבירו היכא שאינו חסר ולא לשלם, גם כאן צריך להיות פטור, דאף שהוא גם יורד, כיון שעל גוף הכותל יכול לומר טול עציך ואבניך, אין לו דין יורד, וההנאה שבאה לו מהכותל, אינה מחייבת את הניקף מדין יורד, דעד כמה שיכול להנות בחינם, ואין ההנאה מחיבת מצד עצמה, אינה סיבה לחייבו על הכותל מדין אנן סהדי שרוצה בקיומו, דרוצה את ההנאה בחינם מהכותל ולא את גוף הכותל. גם הגר"ז באבן האזל שכנים ג, ד הקשה על שיטת הרמב"ם שחייבו מדין יורד, וממון גמור הניח המקיף אצל הניקף, מה הקשתה הגמ' בב"ק כ, ב מדין זה נהנה וזה לא חסר, הרי הדין כאן אינו מכח נהנה אלא דין יורד, עיי"ש מה שתירץ. וע"ע בברכות שמואל ב"ב ג, ג, ובשערי הגרש"ש ב"ב ד, ג מה שכתבו בשוב הקושיא הנ"ל.

[והגר"ח (חדושי הגר"ח החדש על הש"ס, ב"ק כ, ב, ובמהדורות ישנות סי' רכו) הקשה על מה שכתב הרב המגיד בבאור דעת הרמב"ם; "... שאין מחייבין אותו בחצי ההוצאה אלא מפני שזוכה בחצי הכותל לפי שנבנה במקומו", דלכאורה גם אם לא בנה בקרקע של הניקף, יכול להקנות לו בקנינים אחרים. וכתב לישב ע"פ מש"כ הרשב"א ב"מ קא, א דבשדה שאינה עשויה ליטע אינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך, דאמדינן לדעתיה דניחא ליה וכבר זכה בשבח, וע"כ אינו יכול לחזור ולומר טול עציך ואבניך. ולכן ס"ל לרמב"ם דבעינן לקנין חצר שלא יאמר טול עציך ואבניך כיון שכבר זכה, אבל בלא"ה אינו צריך לבנות דוקא בקרקע של שניהם, ויכול להקנות לו חלקו בכותל בקנינים אחרים].

ומדברי הנימוק"י הנ"ל נראה שאינו צריך לזכות בגוף הכותל, דחייבו הוא מדין יורד כאשר הוא נהנה, וכל עוד לא גדר הרביעית, לא נהנה במה שירד המקיף לשדהו, אבל כשגדר הרביעית ונהנה, חייבו מדין יורד. ולא הוזכר, ולכאורה גם אין צורך, שיזכה בכותל כדי שיהיה כאן דין יורד (ואדרבא, הרמב"ן כתב דאם בנה על חלקו של ניקף, יכול הניקף לומר אין רצוני בגדר שקרקעי מתמעט, עיי"ש ברמב"ן, אלא שהרמב"ן מדבר בבקעה ובמקום שגדרו חיצונית, עיי"ש בד"ה וא"ת, בב"י, ובקצוה"ח קנח, ה), וכי מי שהשביח את שדה חבירו, אבל ההשקעה היתה חיצונית ולא בגוף השדה ממש, לא יוכל לתבוע מדין יורד. ובכל אופן בנימוק"י וברמב"ן לא משמע שצריך לזכות

בגוף הכתלים, אלא כל היכא שהוא נהנה, יש לחייבו. וכן נראה מדברי הרמב"ן בחידושו לרב"ב ד,ב שכל חיובו של ניקף מדין יורד ולא מפני שזכה בגוף הכותל, ודינו כיורד אף שלא זכה בעל הקרקע בכותל, וז"ל:

"ועדיין יש לדקדק בה, כיון שאינו יכול לכופו לסייע עמו לגדור אותו הגדר החיצון, למה מגלגלין עליו עכשיו, וכי מפני שקדם הלה ובנה משלו הפסיד זה. ולדידי לא קשיא, שהרי זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, שאלו מתחלה בא לימלך ומיחה על ידו אינו רשאי ליגע בה, ואפשר שאינו חייב לו כלום אלא יטול עציו ואבניו וישלם כחש קרקעו של זה, ואפילו בשדה העשויה ליטע, ואלו עמד מעצמו ונטעה שמין לו וידו על העליונה ואינו יכול לומר לו טול עצריך ואבניך כיון שהיא עשויה ליטע, אף כאן כיון שירד וגדר ושדה העשויה לגדור וצריכה לכך היא, אינו יכול לסלקו אלא שמין לו כיורד שלא ברשות. שאלו אחד מן השוק גדר, על שניהם לשום לו וידו על העליונה, דהא צריכה היא לגדור. ודמי לההוא דאמרינן (ב"מ קא,א) לסוף חזייה דקא גדר ומנטר לה ואמר גלית אדעתך דמינח נחא לך, והאי נמי מיגליא דעתיה דניחא ליה בשמירה, והיינו דפליגי אמוראי בגמרא, מר אמר הכל לפי מה שגדר, דבהכי ודאי נחא ליה ושדה העשויה לכך היא ודיניה כיורד לשדה העשויה ליטע ששמין לו הכל, ומר סבר אדם עשוי לגדור בקנים ובנטורא בר זוזא ואין סתם השדות עשויים לגדור בנין, לפיכך דנין אותו כיורד לשדה שאינה עשויה ליטע שיכול לומר לו טול עצריך ואבניך ולך, ואינו משלם אלא קנים או נטורא דזוזא."

[ולפי מה שכתבו הנימוק"י והרמב"ן דהחיוב מדין יורד והוי כשדה העשויה ליטע, ישב הגר"ח (חדושי הגר"ח החדש על הש"ס, ב"ק כב, ובמהדורות ישנות סי' רכו), מדוע רצתה הגמ' להוכיח מכאן דזה נהנה וזה לא חסר חייב, הרי ברור שאף למ"ד זה נהנה וזה לא חסר חייב, היינו דוקא בנהנה מדעתיה, אבל לא בנהנה בעל כרחו, וכאן מהנהו בעל כרחו. וכתב לישיב ע"פ הראשונים הנ"ל, דכיון שהשדה עשויה למחיצות והיא שדה עשויה ליטע, אמדינן לדעתיה דניחא ליה, וממילא אין כאן הנאה בעל כרחו]. ובחדושי הגרנ"ט (סי' קסח) כתב בבאור מחלוקת ראשונים זו, דאף הרמב"ם ס"ל דחיובו של הניקף מדין יורד וכן"ל, אלא שהראשונים ס"ל דכל חיובו של יורד בשדה העשויה ליטע; "דהוי כאילו בעה"ב אמר לו לנטוע, והוא הוציא הוצאות על פיו, ומשום הכי מתחייב בתשלומין". ולכן בעל השדה אינו יכול לומר טול עצריך ואבניך, כיון שההוצאות הוצאו לדעתו, אך היורד, כל זמן שבעל הקרקע לא זכה בשבח, יכול לומר אטול עצי ואבני. אבל דעת הרמב"ם דאין חיוב יורד מפני שהוציא הוצאות על פיו אלא מחמת שקנה את השבח, ורק כאשר קנה את השבח, יש ליורד זכות תביעה נגד בעל הקרקע, דשבח שלא זכה בו, אין הוא שבח המחייב לבעל הקרקע.

והרמ"ה בסוגיא (ב"ב ד,ב אות מד ד"ה וכי תימא) הקשה, דכיון דכל חיובו של הניקף הוא מדין יורד, מדוע חייב לשלם לפי מה שגדר, הרי יורד שנטעה שלא ברשות אפי' בשדה העשויה ליטע נמי לא יחייב ליה לפי מה שגדר אלא אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, כמבואר בסוגיא ב"מ קא,א. ותירץ הרמ"ה, דכיון שעשה כן בשותפות, שגדר על דעת שניהם, ולניקף ניחא ליה בהוצאה, מסתמא ניחא ליה במה שהוציא המקיף, דאנן סהדי דרוצה ורוצה הוא. עוד תירץ, דדוקא כשיורד לשדה חבירו שלא ברשות, ולא היה ליורד חלק בקרקע, איהו דאפסיד אנפשיה שהוציא ממון בדבר שלא היה מוטל עליו להוציא. אולם במקיף שדהו, הוציא עבור עצמו ג"כ, אין לומר איהו דאפסיד אנפשיה שהוציא שלא לצורך, וע"כ נותן הניקף לפי חשבון ההוצאה, ולא שייך למיחש דילמא מפיק מידי שלא צריך, דכיון שיש לו חלק בזה, אומדן דעת דלא שדי זוזי בכדי.

ב. מבריא ארי, נהנה ומשתרשי

ואפשר די"ל בבאור דעת הרמב"ם, ע"פ מה שכתב בתוס' ב"ק נח,א ד"ה א"נ, דהיכא שמשביח נכסי חבירו כגון יורד לשדה חבירו ונטעה, או מקיף מג' רוחות, דכיון שמשביח את שדה חבירו לא דמי למבריא ארי. וע"כ ס"ל לרמב"ם שכאשר לא זכה בכתלים, אמנם השביח חצירו במה שחבירו לא יזיק לו בראיה ולא יכנסו אחרים וכו', אבל עדיין הוא רק מבריא ארי, וכדי שלא יהיה בגדר של מבריא ארי בלבד, צריך שישביח גוף חצר חבירו, ובלא"ה אינו שבח אלא מבריא ארי.

בהגהות חו"י (על הרי"ף ב"ב ב,ב בעמודה"ר) הקשה, דאף שלניקף ניחא, מאי הוי, והלא המקיף לצורך עצמו עשה ולא היה צריך להרבות בהוצאה עבורו, והרי קיי"ל דאפילו בחסרון כיס הוי כמבריא ארי אף אם אין למוציא הוצאות הנאה מיניה והוציא רק בשביל מי שמציל אותו ומבריא ארי מנכסיו, כל שכן בכה"ג שיש גם למוציא ההוצאות הנאה מההוצאות שהוציא; "ומצאתי בתוס' ב"ק פ' הכונס נח דמייתי משנה זו, וכתב דלא דמי למבריא ארי בלי טעם. ולענ"ד כל שכן וקל וחומר הוא, וצ"ע". ולכאורה התוס' חילקו בין מבריא למשביח, דכאשר השביח וקנה השבח, וכמש"כ לדעת הרמב"ם, הרי לא רק שהציל את שדה חבירו מנזק, גם עתה השדה שוה יותר. ואף לראשונים החולקים על הרמב"ם וס"ל דאין צריך לבנות הכותל במקום שניהם, מאחר ולשיטתם גם אם לא קנה הכותל, מ"מ הקרקע הושבחה, שקרקע מוקפת שוה יותר מזו שאינה מוקפת בכתלים, וכיון שהשביח קרקעו, לא דמי למבריא ארי, שרק מונע ממנו הפחתת ערך הקרקע ונזק לקרקע ולנמצא בה, אבל כאשר משביח הקרקע, דינו כיורד. וכן ראיתי לגרש"ש בשעורים על ב"ב ד,ד, שכתב בבאור דברי התוס', וז"ל:

"וכוונתם דרך היכי שמציל נכסי חבירו מאיזה הפסד, שייך לדון מדין מבריא

ארי, אבל אם מתקן נכסי חברו באופן שלא יוכל ארי להזיקו, אז נשבח החפץ באיכותו שלא יוכל ארי לבוא אליו והוי שבח ממש, וזה ברור ופשוט. וראיתי בהגהות חו"י על הרי"ף בסוגיא זו שהביא דברי תוס' אלו ומסתפק בכוונתם, ודבריהם פשוטים כנ"ל."

והנה תרומת הדשן סי' שיז, הביאו הרמ"א חו"מ רמז, בענין מי שמאכיל לחתנו עם בתו מעבר לזמן שסיכמו שיאכלו על שולחנו, שצריך החתן לשלם לאבי האשה בעבור מזונותיו כשיתבע ממנו, אבל לא מזונות אשתו. ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה, אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה, רק אחר כך נפלה קטטה ביניהם ולכן תובע ממנו, פטור מלשלם. ובקצוה"ח רמז, הביא את קושית מהרי"ט (חאה"ע סי' כא) מחולין (קלא,א) במי שאנסו מבית המלך גורנו בחובו, אם חייב לעשר, ואמרו שם משום דקא משתרשי ליה והיינו משום דנהנה דאל"כ היו לוקחים פירות אחרים, וע"כ חייב לעשר. והקשו בתוס' שם (ד"ה שאני), א"כ מתנות כהונה שאכלן אמאי פטור, הא משתרשי ליה, ותירצו דלא דמי, דאע"ג דאכלן, אפשר שהיה מתענה. והקשה, דמאי שנא מאומר לחבירו אכול, דלא מצי למימר הייתי מתענה. ונ"ל דלא דמי דהתם מזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דממון שאין לו תובעין הוא, ומשום מזיק לא מחייב אלא משום נהנה וזה לא נהנה, אבל באוכל משל חברו, משום מזיק מיהא מחייב. כלומר, יש שתי סיבות אפשריות לחיוב, או מדין נהנה או מצד היותו מזיק. ואה"נ טענה שהיה מתענה היא טענה לפטור מדין נהנה, וזו טענה גם למי שאוכל אצל חמיו, אבל אינה טענה על חיובו מדין מזיק, ודין מזיק לא שייך במתנות כהונה, כיון שהוא ממון שאין לו תובעים. והקשה בקצוה"ח והוכיח שלא שייך לחייבו מדין מזיק באכול עימי, דלא שנא מדור עימי, ורק משום נהנה הוא דחייב. וכתב לישב קושיית מהרי"ט, וז"ל:

"ולכן נראה דודאי אכילה חייב משום נהנה, ואף על גב דהיה מתענה טפי עדיף ליה אכילה. וראיה ברורה מפרק אלו נערות (כתובות לב), גבי תרומה כיון שתחב לו חברו בבית הבליעה, וע"ש ברש"י (ד"ה שתחב) דמפרש דמחייב משום הנאת מעיו, וע"ש בתוס' (ד"ה ואי וד"ה לא צריכא), והתם ליכא לחיובי כלל מתורת מזיק כיון דבעל כרחו תחב לו חברו, ומוכח מזה דהנאה בכלל אכילה ואינו יכול לומר הייתי מתענה. אלא דגבי מתנות כהונה כשם שאינו חייב על היזקו משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין, כך אינו חייב על הנאתו כיון דהוא ממון שאין לו תובעין, אלא היכא דמשתרשי ליה עכשיו כמו בלוקח בית המלך את גורנו, דמשתרשי ליה עכשיו, דאל"כ היו לוקחים פירות אחרים, ומשום הכי חייב לשלם עבור הריוח שהרויח הפירות שבביתו וברשותו. ולזה הקשו בתוס' דבאכילה נמי משתרשי ליה דהיה צריך לקנות פירות אחרים לאכילה, לזה כתבו דיכול לומר הייתי מתענה ולא חשיבי הנך שבביתו משתרשי ליה, ומשום הנאה אף על

גב דאית ליה במה שלא היה צריך להתענות, במתנות כהונה פטור על הנאתן כשם שפטור על היזקן ובמשתרשי לבד הוא דמחייב, אבל הכא דמחייב על הנאה, א"כ הנאה בכלל אכילה כמו דמוכח בפרק אלו נערו דמחייב על הנאת מעיו."

מלמדנו קצוה"ח לחלק בין הנאה למשתרשי. הנאה היא הנאה עוברת, שבגינה ניתן לתבוע תשלום, על ההנאה שנהנה מי שנהנה, ובמתנות כהונה שהוא ממון שאין לו תובעים, אי אפשר לחייבו מדין נהנה, כמו שאין לחייב המזיק. משתרשי ליה הכוונה שיש לנהנה ריוח קיים, וההנאה קיימת, כגון באנסו המלך גרנו בחובו, דהפסיד לכהן מעשר מהפירות שלקחו בחובו והוי כמכר, הרי שיש בידו ריוח של פירות, שאם היה מעשר ונותן קודם לכהן, היו לוקחים ממנו פירות אחרים, וא"כ יש תחת ידו אוכלים שהרויח מהא דלקח המלך פירות לא מעושרים בחוב שחייב. וזה גם במתנות כהונה יכול להתבע, כיון שיש כאן הנאה קיימת, והרי הפירות כביכול של המתנות כהונה – בעין. משא"כ מזיק או נהנה, אין מתנות כהונה כעת בעין (עין מה שהסביר הגרש"ש בשערי יושר ג, כה ד"ה ונלענ"ד). כלומר, הנאה מחייבת היא הנאה עוברת. משתרשי היא הנאה קיימת. (ועיין להלן בדברי המרחשת לענין זה נהנה וזה לא חסר דהדיון הוא רק על הנאה שאינה קיימת).

בדרך זו י"ל גם בקושית החו"י ובהסבר דברי התוס' ב"ק נח,א מדוע במקיף וניקף אין דין של מברית ארי. הצלת נזק היא הנאה, אבל אינה הנאה שיש בה ממשות של תביעה, ורק מצד נהנה יכול לתובעו, וכיון שהצלת הנזק אינה הנאה חיובית, אינו יכול לתבוע כיון שהוא כמשיב אבידה. אבל כאשר מברית ארי וזה שהבריחו ארי מנכסיו משתרשי ליה, דהיינו שיש לו הנאה קיימת, כמו במקיף וניקף, הוא גדר של משתרשי ליה, ובוה חייב לשלם כיון שיש כאן שבח וממון בעין. וכיוצא בראיתי בשעורי הגר"ש רוזובסקי (ב"ב ד,ב אות צז) בבאור דברי התוס', דאין ההנאה מה שהגדר שומרת שלא יכנסו גנבים ובהמות, אלא ההנאה היא שהשדה נהיתה משומרת "וחשיב שיש שבח בשדה שהיא משומרת, ומשום הכי מחייב, משא"כ במברית ארי שאינו עושה השדה למשומרת אלא רק שלא יגיע נזק לשדה ע"י הארי, נמצא שלא השביח עצם השדה, ומשום הכי פטור דהו"ל מברית ארי". וכתב דלפ"ז ניחא מה שמשלם לו מיד הכל. דלכאורה מדוע לא ישלם לו כל יום ויום, או דבר חודש בחודשו, מחיר השמירה, ומדוע משלם על הנאה עתידית. אלא שכאן זו הנאה עכשווית שהשדה הושבחה בהיותה משומרת, עיי"ש.

והנה התוס' ב"ק כ,ב (ד"ה טעמא), על הוכחת הגמ' לכאורה דזה נהנה וזה לא חסר פטור, מהא דדוקא גדר ניקף רביעית ולא מקיף, דבמקיף פטור, ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור, הקשו דאי זה נהנה וזה לא חסר פטור, אפילו עמד ניקף נמי, דמה חסר המקיף. ותירצו, שאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה, ולא דמי לדר בחצר

חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם. וראיתי בחלקת יואב (חחו"מ סי' ט) שהקשה מהגמ' שם כא,א דמבואר דאם לוי שכר בית של שמעון מראובן, אם הבית קיימא לאגרא, מעלה השכר לשמעון הבעלים, ובלא קיימא לאגרא, אינו מעלה שכר. ומדוע בלא קיימא לאגרא לא מעלה שכר, הרי לוי גילה דעתו דניחא ליה בשכר. והביא מהרשב"א דבעינן לגילוי דעת דניחא ליה בתשלום לזה שהקרקע שלו ולא למי שהשכיר ואינה שלו, וכתב שהוא דוחק. וע"כ כתב לבאר;

"דענין זה נהנה וזה לא חסר שבש"ס לא נאמר רק בהנאה גרידא, אבל במקום דמשתרשי ליה ע"י ממון חבירו, אף שחבירו לא חסר בזה, שפיר צריך לשלם, דהרי מבואר בחולין קל"ב דמזיק מתנות כהונה או שאכלן, פטור מלשלם, אף שאכלן ונהנה, מטעם ממון שאין לו תובעין. ופריך הש"ס (קלא,א) מאנסו המלך גרנו, אם בחובו חייב לעשר. ומשני, שאני התם דקא משתרשי ליה ... ע"כ שפיר מתורץ קושית התוס' בהא דעמד ניקף וגדר את הרביעית, דשם כיון שעשה הניקף מחיצה אחת וסמך לג' הכתלים של חבירו, דקנאן ואין חבירו יכול לסתור המחיצות, כמו בנעיצת קורות (ב"ב ו,א) דנשתעבדו לו מכח חזקתו, כיון שחבירו ראה ושתק כמבואר בחו"מ קנ"ג. וא"כ הקרקע נתעלה בדמים ומשתרשי ליה, דודאי קרקע גדורה שוה יותר, ולכך שפיר לא שייך הפטור דזה נהנה וזה לא חסר. אבל במקיף שעשה מחיצה רביעית, דודאי תמיד בידו ליטלו, וא"כ לא נתעלה הקרקע בדמים רק דיש לו הנאה במה שהקרקע גדורה ומציל מהילוך בהמות, ובהנאה גרידא שוב תליא בזה נהנה וזה לא חסר."

החלקת יואב מחדש שאם הקרקע משתבחת ע"י מעשה חבירו, הרי שחייב לשלם לו מה שנהנה, משא"כ אם מדובר בהנאה שנכסיו אינם משתבחים. כאשר בונה כותל, וזה שבנה לא יכול ליטול את הכותל, הרי שבמעשה הבונה משתרשי ליה, משא"כ אם הבונה יכול כל רגע ורגע לסתור הכתלים. לפ"ז היה נראה לבאר בשיטת הרמב"ם, דהא דבעינן שיבנה בקרקע של שניהם, דכיון דמיירי הן בניקף שבנה רביעית והן במקיף, אם לא בנה בקרקע של שניהם, לא זכה הניקף כשמקיף בנה, ויוכל ליטול הכתלים ולא משתרשי ליה, ע"כ צריך שיבנה בקרקע של שניהם, שע"י זה יזכה בכתלים ולא יוכל המקיף לסתור מה שבנה. דבניקף שבנה, לא יוכל המקיף לסתור כמש"כ החלקת יואב, דזכה בהם דומיא דנעיצת קורות, שסמך רביעית לאחרים, ולכן רק בבונה על קרקע של שניהם משתרשי ליה.

ועיין במשנת רבי אהרן לגר"א קוטלר (שכנים ג,ג, אות י', ובמילואים שם) שהביא את החו"י הנ"ל מה שהקשה על התוס', וכתב דאין לומר שאחרי שעשה גדר ושמירה הרי הוקרה השדה ויש הנאה בעין, דזה אינו, דיכול הניקף לומר שאינו צריך ליוקר השדה כיון שאינו חפץ כעת למכרה ואין לו נפק"מ בעליית ערכה, רק מה שמציל פירותיו מדריסת רגלי אדם ובהמה, ובזה מצילו מנזק והוי מבריח ארי מנכסיו. ורק

לשיטת הרמב"ם שבונה במקום שניהם, י"ל דחייב מצד ממוני גבך ומשתרשי ליה. ועיין עוד באור שמח גזילה ואבירה ג, ט דכשגילה ניקף דעתו דניחא ליה בהאי נטירותא, הרי הוא כמו שותף, וצריך גם הוא לתת חלקו בכותל, דמה שהיו שניהם צריכים להוציא, היה מוציא אחד עבורו, וגובה ממנו החצי, וזה אינו ענין לבית דלא קיימא לאגרא, שלא חסר כלום, עיי"ש.

לפ"ז לכאורה בנדו"ד דודאי משתרשי ליה בתקרת חבירו ומשביח דירתו, צריך לשלם לו חצי הוצאותיו, ואף לשיטת הרמב"ם הרי הזיו הוצא שייך כעת לשניהם (לכאורה, עיין להלן למי שייך החלק החיצוני של הזיו), ופורע לו חצי הוצאות בניית זיו.

ג. כוונה להשביח לחברו במוציא הוצאות וביוורד

והנה הרמ"א בשו"ע חו"מ רסד, ד כתב לחייב נהנה ממעשה חבירו בשני אופנים: א - כאשר הוצרך להרבות בהוצאות עבור חבירו, אף שאת ההוצאות הוציא בעבור עצמו ורק חבירו נהנה, רק מסיבות שונות הוצרך להרבות בהוצאות בגלל חבירו. ב - כאשר לא הוצרך להרבות בהוצאות, אבל לכתחילה בשעה שהוציא את ההוצאה ירד גם על דעת חבירו. הרמ"א מתיחס למי שהציל ממון חבירו, שאין חבירו יכול לומר שגם ללא השתדלות המציל, היה ממנו ניצל, אלא חייב ליתן לו שכרו. וז"ל הרמ"א:

"וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חבירו, אין חייב ליתן לחבירו כלום, הואיל ולא התנה עמו. ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר, לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה, אף על פי שהאמת אתו, מ"מ חייב ליתן לו לפי מה שנהנה, לפי ראות ב"ד, כן נראה לי (ועיין במדרכי פ' הגוזל בתרא תשובת מהר"ם ודלא כמהר"ם פדוואה סי' ס"ג). ואם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר. לכן יש מי שפסק, מי שהציל ספריו וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו, אין חבירו חייב לשלם לו כלום (הגהות אלפסי פ' הגוזל). ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חבירו עמו. אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חבירו, וכמו שנתבאר, כן נ"ל. וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתין, אלא צריך ליתן לו שכרו (ר"ן פ' שני דייני גזירות)."

ולכאורה יש להבין דברי הרמ"א ביורד על דעת שניהם, וכי בכוונה תליא מילתא, ולבחון כליות ולב. אמנם מדברי הנתיבות רסד, נראה דמיירי בדבר הצריך לשניהם.

ומשמע דבכל דבר הצריך לשניהם, חשיב כיורד על דעת שניהם. ועיין מה שכתבתי בח"ג סי' א,ג לבאר בדברי הרמ"א, שההבחנה היא אם ניתן לבצע את הפעולה רק עבור עצמו מבלי שחבירו יהנה, אומרים אנו שירד רק על-דעת עצמו. אולם כאשר הפעולה שנעשתה אינה יכולה להעשות רק עבור העושה ומן ההכרח הוא שחבירו יהנה, בכגון זה אמרין שירד על-דעת שניהם וחייב לשלם מה שהנהנו. וכן נראה מהנתיבות רסד, ו' וכמש"כ. דוגמה למי שירד על-דעת להציל את שלו והציל את של חבירו, מביא הרמ"א מהשלטי גבורים בב"ק. בנידון שם ירד להציל ספריו וללא הוצאות מיותרות הציל את ספרי חבירו. ספריו וספרי חבירו הם גופים מחולקים. כשהוא יורד להציל את ספריו, אין הכרח שע"י כך יציל גם ספרי חבירו. בכגון זה דינו כיורד על-דעת שלו והציל גם את של חבירו. דוגמה למציאות של יורד על-דעת שניהם, ניתן להביא מדברי המרדכי בב"ק סי' קסז הנ"ל. לראובן ושמעון היה משכון שנקח מהם בכח. ראובן שילם לשר ופדה את המשכון. ברור שבפדיון המשכון יהנה גם שמעון. בכגון זה דינו כיורד על-דעת שניהם, שהרי מן ההכרח ששמעון יהנה, וע"כ משלם מה שהנהנו.

ועיין בחכמת שלמה (חו"מ רסד,ד) שדן בענין מקום שיש בו הגבלה על מספר החנויות, ובדרך זו ערך החנויות גדול יותר, וקם אחד והשתדל אצל השר לבנות עשרים חנויות חדשות, ושיחדו חלק מבעלי החנויות הקיימים את השר שלא יאפשר זאת. ותבעו בעלי החנויות שנפגשו עם השר מבעלי החנויות האחרים שיפרעו את חלקם בהוצאה זו, וטוענים בעלי החנויות (שלא היו בפגישה אצל השר) שאינם מעונינים בפעילות זו. ופסק הגר"ש קלוגר שחייבים לפרוע את חלקם, וזאת ע"פ מה שפסק הרמ"א בחו"מ רסד,ד שמשלם מה שהנהנו. ונראה דבכגון זה חשיב כיורד בעלי החנויות על-דעת כולם, וכמש"כ לעיל שהגדר בדבר אם ניתן לבצע את הפעולה רק עבור העושה או מן ההכרח שחבירו יהנה, ובנדון זה מן ההכרח שכל בעלי החנויות ירוחו מפעולה זו, וע"כ חשיב כיורד על-דעת כולם, ועל כל בעלי החנויות לפרוע את מה שהוציאו. ועיי"ש בחכמת שלמה כיצד יבצעו את החלוקה בפועל.

והא דבעינן כוונתו של מציל, מצאנו גם בדברי הש"ך רצא,ב דביורד שלא ברשות חייב לשלם לו, כיון שמתכוין להשביח, חייב לשלם לו יציאותיו. והיינו דבשעה שהוציא היתה לו כוונה להוציא עבור חבירו. ולכאורה היכן מצאנו דביורד צריך שתהיה לו כוונה להשביח. הש"ך מחלק בין אם תוחב לפיה של בהמת חבירו אוכלים, אם האוכלים של צד שלישי או שלו - של התוחב, דבשל אחרים ממונו נהנה מאחרים ופטור, אבל בתוחב אוכלים שלו, חייב בעל הבהמה לשלם, דלא גרע מיורד שלא ברשות; "וטעמא ביורד שלא ברשות, כיון שמתכוין להשביח, חייב לשלם לו יציאותיו". ונראה, דבתוחב אוכלים אי אפשר לומר דיש כאן שבח שיכול התוחב לומר ממוני גבך ומשתרשי לבעל הבעל, דאף שבעל הבהמה נהנה שאינו צריך לתת אוכלים לבהמתו, אין כאן משתרשי אלא נהנה מחמת הוצאות שהוציא אחר. דכיון שהוציא הוצאות, אין הוא צריך להאכיל

את בהמתו. ולכאורה זה גדר של מברית ארי, שמונע ממנו נזק וכמו פורע חובו של חברו, ומדוע מחייבים את בעל הבהמה. דאם היה משביח ומשתרשי, נראה דאין צריך בזה כוונה כלל להשביח, ובכל מקרה יכול לתובעו, משא"כ כשאין כאן שבח. והשאלה לכאורה מה מהני הכוונה. ועיין בנתיבות קה, שכתב על דברי הש"ך, דלפי"ז נראה, דאף למאן דס"ל דהפורע חובו של חברו חייב לשלם לו, או במקום שהיה לו של חברו בידו דחייב לשלם לו, על כרחך הוא מטעם דהוי כמסלק שעבוד מנכסי חברו והוי כמהנה לנכסי חברו.

ועדיין י"ל דדוקא בכה"ג די"ל שהוא כמברית ארי, ורק אין את הטעם של מברית ארי, תהיה הסיבה אשר תהיה, בזה בעינן שיתכוין, משא"כ כאשר משביח בפועל נכסי חברו ויורד לנכסיו דמשתרשי ליה וממוני גבך, בזה לא בעינן כוונה. אלא שבנתיבות קכח, משמע להדיא דבכל יורד בעינן כוונה, וזה תנאי לחיוב בדין יורד. הנתיבות מתיחס על דברי המחבר במי שנתפס על חברו, דהיינו שעכו"ם לקח ממון ראובן בגלל שמעון, דאין שמעון חייב לשלם לראובן, ובסמ"ע ו כתב דאף למ"ד דהפורע חובו של חברו חייב, בזה פטור, והסביר הנתיבות, וז"ל:

"ולפע"ד נראה הטעם פשוט, דהא מבואר בסימן שצא בש"ך ס"ק ב דדוקא ביורד שלא ברשות חייב משום שנתכוין להשביח, אבל אם בא ראובן ולקח ממון שמעון והשביח בו נכסי לוי, פטור לוי מלשלם, ע"ש. א"כ לפי"ז הטעם פשוט, דבשלמא בפורע חובו של חברו, כיון דמעיקרא היו הנכסים משועבדים לבעל חוב וכיון שפרע החוב סילק השעבוד מהנכסים, הוי כמשביח נכסי חברו שלא מדעתו וחייב לשלם, משא"כ בנתפס על חברו, דמי לראובן שמשביח נכסי שמעון בממון לוי דפטור. ואפילו לתירוץ השני [בתוס' ב"ק קא, ד"ה או, מובא בש"ך שם] דדוקא בצבע הדין כן משום דלא ניכר השבח, מ"מ הכא נמי גבי סילק השעבוד, ג"כ אינו ניכר השבח, מש"ה פטור."

הרי דלמ"ד הפורע חובו של חברו חייב היינו מטעם דחשיב כמשביח נכסי חברו, שמסלק מהם השעבוד, דקרקע לא משועבדת שוה יותר מזו המשועבדת. ועיין בשו"ע חו"מ קעו, מה באחד מהשותפין שלקח מסחורת השותפות, בעצת שותפו, להוליכה למקום אחר למכור, וכשבאו לחשבון רוצה ליטול מהשותפות הוצאות מזונותיו, דאין שומעין לו אלא אם כן יש שם מנהג. ובט"ז שם כתב דמיירי שלא הוצרך להרבות בהוצאות מזונותיו, מפני שגם בביתו היה מוציא כן, אבל בהוצרך להרבות, חייב השותף לשלם לו. וכתב ע"ז הנתיבות שם ס"ק נו, דדברי הט"ז מוכרחים, דאם הוציא יותר ממה שצריך בביתו, ודאי חייב כשנמכרה הסחורה שם ביותר, דהא צריך לשלם לו מה שנהנה כשירד על דעת להנות חברו ג"כ אף דהוא לא חסר ממה שחבירו נהנה, כמבואר ברמ"א חו"מ רסד, דכל שעשה לחבירו טובה אינו יכול לומר בחנם עשית עמדי, אף דמיירי שם שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשביל חברו, אפ"ה חייב כשירד על דעת

שניהם. ומוכח דבעינן כוונה ביורד. אמנם בזה י"ל דכיון שלא הוצרך להרבות בהוצאות, בזה בעינן כוונה, כיון שי"ל שהוציא רק עבור עצמו. משא"כ ביורד ממש שמוציא הוצאות רק עבור חברו, אין צריך כוונה.

ועיין בשו"ע חו"מ קסד, בענין בית ועליה שנפל, ואומר בעל העליה לבעל הבית שיבנה הבית כדי שיוכל הוא לבנות העליה, ובעל הבית סרב, ובנה בעל העליה את הבית, דדר בבית עד שיתן לו בעל הבית כל יציאותיו, ואחר כך יבא ויבנה עלייתו אם ירצה. וכתב ע"ז הנתיבות ס"ק יא, דהא דאין נותן בעל הבית לבעל העליה את השבח, דהרי אף יורד שלא ברשות כשגילה דעתו דניחא ליה נותן לו השבח; "דדוקא כשנתכוין להשביח לחברו הדין כך, אבל הכא עיקר כונתו לצרכו שיהיה לו מקום דירה, לא היתה כונתו להשביח לחברו. ועיין ש"ך שצא, ב שכתב דבעינן שתהיה כונתו להשביח לחברו." וי"ל, דכיון שבזה התכוין להשביח לעצמו, שהרי אין רצונו בדווקא בטובת חברו, שיהיה לו בית, אלא שיוכל הוא לבנות עליה על גבי הבית כמקדמת דנא, ע"כ בעינן כוונתו להשביח לחברו. עוד י"ל, דלענין הוצאות אה"נ יכול לגבות גם אם אין כוונתו להשביח, אבל ליטול שבח מחברו, היינו דוקא במתכוין להשביח לחברו.

ומ"מ לדברי הש"ך נראה לחלק בין שבח בעין ושבח שאינו בעין, כפי שגם נראה מדברי הש"ך לחלק ע"פ תרוץ השני של התוס', י"ל דבשבח בעין אין צריך כוונה דיכול לטעון טענת משתרשי וממוני גבך, משא"כ בשבח שאינו בעין שאין לו תביעה אם השביח אחר מממונו שדה חברו, דמחמת המעשה שהשביח אינו יכול לתבוע, שהרי לא עשה מעשה של השבחה בנכסי חברו, ומצד מה שממונו גביה, לא שייך לתבוע באינו בעין.

ונראה דהכוונה שכתב הרמ"א בחו"מ רסד, דהנ"ל והכוונה שכתב הש"ך, שניהם דין אחד, דכל מקום שאין שבח ניכר והוי כהנאה, יכול לתבוע לא מדין ממוני גבך אלא מכך שבאה לך הנאה ממעשי, רק לרמ"א כיון שירד להשביח את שלו וממילא השביח של חברו, אין לו דין יורד לחברו, דמהיכי תיתי יהיה לו דין יורד, דהרי מעשיו היו בנכסיו, ורק ממילא נהנו נכסי חברו, והכוונה היא הנותנת לו דין של יורד, דאל"כ לא ירד לנכסי חברו אלא לעצמו. ובנידון משביח בממון חברו, אין לבעל הממון טענה שהשביח ואין לו טענה של משתרשי. והיינו דשם יורד יכול להיות מחמת מעשיו שירד והשביח או מחמת טענת ממוני גבך, וכאשר הטענה של יורד היא מחמת מעשיו, בעינן לכוונה שיהיה לו שם יורד. ומ"מ מש"כ הש"ך דבעינן כוונה, כוונתו שאם ממנו השביח מאיליו ממון חברו, איתא בב"ק קא, א: קאתי קוף וצבעיה לההוא צמר בהנך סמנין, יש שבח סמנין על גבי צמר דאמר ליה הב לי סמנאי דגבך נינהו, או דלמא אין שבח סמנין על גבי צמר ואמר ליה לית לך גבאי כלום. ועיי"ש בראשונים דלא איפשיטא. וע"ע מש"כ הש"ך דאין לו דין יורד, דאין נפק"מ אם קוף צבע או אדם צבע, בשניהם

אין כאן מעשה של יורד, רק יכול לתבוע שיתן לו בחזרה הסממנים. משא"כ לרמ"א, יש יורד, רק לא לשדה חבירו, והכוונה מיחסת את הירידה גם לשדה חבירו.

ובחלקת יואב (חחו"מ סי' ט) הקשה על הש"ך מדין מקיף וניקף, שהרי המקיף לא התכוין להשביח רק לגדור, ולמה יהיה חבירו חייב אף בחסר דגם לו היקיפא יתירא, הרי לא כיוון להשביח. עוד הקשה מהגמ' ב"מ מב, בשליח שהטיל כשות של פקדון לשכר ולא כשות של בעה"ב, והקשתה הגמ' דמ"מ אף אם בעה"ב לא פשע והשליח הוא שפשע, נחייב את בעה"ב בכשות, דהא קא משתרשי ליה. והרי בזה לא היתה כוונה של בעל הכשות - המפקיד - להנות לנפקד בעל השכר, ודמי למאכיל פרה בממון אחרים. עוד הקשה בחלקת יואב מירושלמי מעשר שני ב,א בנפל מאכל חבירו לתוך עיסתו, דכיון דממון בעלים לא בטל, חייב לשלם. ותרץ בחלקת יואב, וז"ל:

"אך באמת נלענ"ד דהתוס' והרא"ש לא כתבו כן רק בהנאה שאינו בעין, דהרי להדיא כתבו התוס' (ב"ק קא,א ד"ה או) דזה רק אי חזותא לאו מילתא, אבל בהנאה בעין לעולם אין נפק"מ אם ההנאה באה ע"י אחר ... ולכך איני מבין קושית הש"ך שצא,ב מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, דהרי שם הוי הנאה בעין כמש"כ התוס' כתובות קז,ב ד"ה חנן, ובהנאה שאינה בעין באמת פטרו שם בתוס' כתובות קח,א ד"ה הא מני ... אך מ"מ סברת הש"ך מוכרח דכל שכיוון להשביח לחבירו חייב מהא דלצבוע לו אדום וצבעו שחור, דמשלם יציאותיו אף למ"ד חזותא לאו מילתא. ולמש"כ אתי שפיר הכל, דבמקיף מד' רוחות, כיון דיש לו הנאה בעין שפיר חייב אף דלא כיון להשביח ..."

ומבואר בחלקת יואב לחלק בין הנאה בעין לאינה בעין, דבהנאה בעין אין צריך כונה להשביח אף לדעת הש"ך, והש"ך כיוון דבריו דוקא על הנאה שאינה בעין. אמנם על דברי הש"ך ראיתי לגר"י מקונטא בישועות מלכו נזקי ממון ג,א בסופו שהקשה על דברי הש"ך דדעת רוב הפוסקים דבלקח שדה והכיר בה שהיא גזולה, יש לו הוצאות מהנגזל, והרי לא ירד על דעת להשביח, דבתורת גזילה בא לידו. וכן דעת הטור דגזולן יש לו הוצאה, אע"פ שלא עשה לטובת חבירו, ומשמע דמדינא חייב ולא משום תקנה. עוד הקשה מהמקיף את חבירו וגדר הניקף הרביעית, שמגלגלין לו הכל, ומבואר בגמ' ב"ק כ,ב דחסרו מעט, והרי ודאי מה שעשה המקיף לא היה על דעת להנות לניקף, דלא ידע שהניקף יעשה רביעית, אלא כיון שממילא נהנה חייב לשלם בלא דעת המקיף. וכאן לא בהכרח יהנה הניקף (עיין מש"כ לעיל), וכמש"כ הישועות מלכו, דיתכן ולא יעשה כותל רביעי, והסיק הישועות מלכו: "עכ"פ מבואר אע"ג דלא מתהני, אפילו הכי חייב". ומזה נראה דסובר דלא כש"ך.

ולכאורה כדברי הש"ך נראה מהשטמ"ק ב"ק יא,ב, על דברי עולא א"ר אלעזר, שומר שמסר לשומר פטור, ולא מיבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו,

אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם דהשתא גרועי גרעיה לשמירתו, נמי פטור, שהרי מסר לבן דעת. וכתבו השטמ"ק מהמהר"י כץ, וז"ל:

"ונראה לי דבעלים לא משלמי לשומר חנם השכר שנתן לשומר שכר אע"ג דעלייה לשמירתו, דשומר שכר שומר טפי דחייב בגנבה ואבדה, אפילו הכי פטורין הבעלים. ולא דמי ליורד לתוך שדה חבירו דנותן לו דמי הוצאה, דהתם תקנתו דבעל שדה עבד ומשום הכי יהיב ליה דמי הוצאה, אבל הכא לא עלייה לשמירה בעבור הבעלים כי אם בשביל עצמו, שהיה לו טורח לשמרו ועל כן פטורים הבעלים."

מהר"י כץ מחלק בין יורד לשומר חנם ששכר שומר על חפץ השמור בידו, שבזה התכוין לטובת עצמו, משא"כ יורד יש בזה תועלת לבעלים. והיינו דבכל יורד אם היה סלקא דעתך שהתכוין רק לתועלת עצמו, ויש צד שעושה כן, הרי אין מקום לשלם לו הוצאות. אבל כשיררד לחצר חבירו, אין צד שהתכוין לטובת עצמו, ע"כ חייב לשלם הוצאותיו, דפשוט גם בלא כוונה שיש בזה תועלת בעל השדה. וע"כ אפשר דגם הש"ך מחלק בין שני סוגים של יורד, כאשר יורד בקרקע חבירו ואין לו בזה כל תועלת, בזה אין צריך כוונה, דרק לתועלת חבירו התכוין. כאשר רק ליורד יש תועלת, לא מועילה כונה, וכאשר שניהם נהנים, בזה אפשר דבעינן כונה. אך הש"ך מיירי במאכיל בהמת חבירו, ובזה ודאי אין למאכיל כל תועלת, ומדוע בעינן לכוונה.

ועל גוף דברי מהר"י כץ, צ"ע מה הדין אם לבסוף נגנב, שחייב לשלם לבעלים דמי החפץ אף שהראשון פטור, דקיי"ל כרבי יוסי ב"מ לה, דאינו עושה סחורה בפרתו של חבירו, עיין שו"ע חו"מ שז"ד, וכמו שכתבו התוס' ב"ק יא, ב ד"ה לא להדיא דמשלם השומר שכר לבעלים, האם בכגון זה למהר"י כץ על הבעלים לשלם לשומר חנם מה שהוציאו בתשלום שכרו של השומר השני, דהרי לבסוף נהנו הבעלים. ולכאורה אם בעינן לכוונה, אפשר שאם יתכוין להדיא שכך יהיה, שאם יגנב ירויחו הבעלים, הרי הוא גם יורד, משא"כ בסתם, מי יימר שתגנב, ובודאי התכוין רק לתועלת עצמו שהיה לו טורח לשמרו ולא מצא מי שישמור חינם.

גם אפשר דיש לחלק בין מקיף שבנה שלשה כתלים ואח"כ בנה רביעי, דאף שכשבנה שלשה כתלים לא גילה דעתו שמהנה לחבירו, ורק ברביעת מגלה דעתו, והיה לו להיות פטור על השלשה ראשונים, דבזה עצם המעשה מוכיח שגם בונה לעצמו וגם חבירו ינהנה אם יבנה רביעית, דכבר כעת יש אומדנא שכך עשוי ויבנה כותל רביעי, וממילא בסתם כוונתו על דעת שניהם, משא"כ בשומר חנם שמסר לשומר שכר בפשטות אמרינן שעושה בשביל עצמו ולא עבור חבירו, דמדוע ישקיע כדי שחבירו ינהנה אם תגנב, וכן נראה מדברי הרמב"ן, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב ד, ב, וז"ל:

"והרמב"ן נראה פירוש טעמא דתנא קמא דכיון שלא בנה אלא שלש, כבר גלה

בדעתו שלא בנה אותם על דעת שישתלם מהם, שהרי לא היה מהנה בהם את חברו כלל. ואף על פי שבנה עכשיו רביעית זו והרי חברו נהנה בכולם, פטור על השלש הראשונות לפי שלא עשאו להשתלם מהם כלל. ורבי יוסי סבר כיון שלבסוף הוא עומד וגודר, הרי גלה בדעתו שמתחלה היה רוצה לגדור לגמרי אלא שלא נזדמן לו עד עכשיו."

מבואר מהרמב"ן דאליבא דת"ק כיון שבתחילה בנה רק שלשה כתלים, גילה דעתו שאין כוונתו עבור חברו, ומה שבנה אח"כ רביעית, לא מהני למפרע לגלות הכוונה, אולם לרבי יוסי דקיי"ל כוותיה, כשבנה רביעית גילה דעתו על הראשונות, דכיון דמעיקרא יכול להתפרש כך או אחרת, אמרינן הוכיח סופו על תחילתו שזו היתה כוונתו שגם חברו יהנה.

ובהכי אתי שפיר לפרש בדרכו של הש"ך גם את דברי הרמב"ן ב"מ מ"א לענין מי שהשביח נכסי רטושין ונטושין או קרוב לנכסי קטן, והשביח מחמת הוצאותיו, דשמן לו כיורד וידו על התחתונה, וז"ל הרמב"ן:

"והוי יודע דכל היורד לנכסי חברו אפילו לנכסי רטושין או קרוב לנכסי קטן, אם לא הספיקו ב"ד להוציא מידו והשביח, שהוציא בה הוצאות משלו, שמין לו כיורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות שידם על התחתונה, וכל היורדים להשביח נכסי אחרים שלא ברשות באותו כלל, והוא ידיע, ואין זה צריך לפנים, אבל בדלא ידיע לא שקלו אלא הוצאה אפילו בשדה העשויה ליטע, דהא לאו בתורת אריסות ולא ליטול כלום ירד, אבל היורד לנכסי חברו לדעת, דעתו היה ליטול כאריס, סבור הוא שהבעלים מתרצים בכך."

דאף שכיוון להשביח לעצמו, מ"מ דינו כיורד אף שלא כיוון להשביח לבעלי השדה, דאפשר גם בזה הוכיח סופו על תחילתו, ויש לחלק. ומ"מ אף לש"ך, כיון שסבר שהשדה תשאר בידו והתכוין להשביח למי שהשדה תשאר בידו, דינו כיורד אף לש"ך, דסוף סוף כוונתו להשביח השדה שהושבחה, ואין צריך כוונה לגברא מסוים אלא לשדה.

ומ"מ אם ירש אדם קרקע חיצונה, והקרקע היתה מוקפת בג' כתלים, ובאה הפנימית ובנתה כותל רביעי, מדין יורד אין יכול החיצון לתבוע, שהרי לא עשה כל מעשה של ירידה בשדה חברו, לא מיבעיא למש"כ הש"ך דבעינן לכוונה, אלא אף לחולקים בעינן למעשה של ירידה ואין כאן, ע"כ בכגון זה הוא נהנה מממון חברו (ובנדון זה אין הכתלים במקום של שניהם, דאל"כ יכול הפנימי לטעון שמעיקרא שייך לו שאבותיו קנו), ולכאורה גם נהנה במקום שלא חסר חברו, וגם אין כאן מעשה של השבחה שיוכל לטעון החיצונה לפנימי דמשתרשי ליה. ע"כ כל הדין של מקיף וניקף הוא בנהנה ממעשה חברו. נהנה מממון חברו ללא מעשה חברו, זו סוגיא אחרת וכפי שיבואר להלן.

דגם מה שתירצו התוס' ב"ק כ,ב ד"ה טעמא (וכן בתוס' ב"ב ה,א ד"ה אע"פ לענין סמך לו כותל אחר), שהקשו דאי זה נהנה וזה לא חסר פטור, א"כ גם בגדר ניקף יהיה פטור, דהא לא חסרו דבר. ותירצו, דכיון דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה, ולא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו, דלא גילה דעתו דניחא ליה אלא בחינם. וכאן הוציא הוצאות לסגור מרפסת התחתונה, וגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה. נראה דכל זה בהוציא המקיף הוצאות ובנה את הג' כתלים, אבל אם ירש שדה עם כתלים, אין כאן הוצאה לדון בה מדין זה אלא מדין נהנה מממון חבירו. והוצאה של הרביעית, היא גלוי דעת שניחא ליה בהוצאות הג' כתלים של המקיף, אבל בדליכא הוצאה של המקיף, יש גלוי דעת לניחוחתא להשתמשות בממון חבירו ולא בהוצאה שלא הוציא. ומינה לנדר"ד לחילוק אם כך קנה עם מרפסת יצוקה ולא הוציא הוצאות, לבין אם הוציא הוצאות ליצוק את המרפסת העליונה.

ע"כ בנדר"ד, אם הדייר העליון היה מוציא את היזו מחמת פעולתו, הרי דיכול לטעון שמלכתחילה התכוין גם על דעת תחתון, ויכול לחייבו מדין יורד. ובכגון זה י"ל שהתכוין גם עבור התחתון, דכיון דבהכרח אם ירצה התחתון להרחיב דירתו יהנה ממעשה העליון, הרי יש בזה גם כוונה להוצאות עבור חבירו. אמנם למש"כ הישועות מלכו דכיון שיתכן והניקף לא יבנה כותל רביעי אין כאן כונה עבור הניקף, גם כאן כיון שיתכן והתחתון לא יבנה, אין כאן כונה עבור תחתון. אבל בלא"ה הישועות מלכו חולק על מש"כ הש"ך וסובר דביורד לא בעינן כונה. כמו כן בזה שמשביח התחתון שבח הניכר, יש לו טענה של מותרשי וחייב התחתון לשלם לעליון. אולם אם היזו הוצא ע"י הקבלן כבנדר"ד, ולא הרבה בהוצאות אלא קנה דירה במחיר כללי, דהיינו שלא היה תשלום מיוחד או תחשיב מיוחד של העליון בגין הוצאת היזו (דאם שילם העליון לקבלן בדרך זו או אחרת, הרי זה כהוציא הוצאות וכנ"ל. וכאמור נראה דהדבר תלוי אם היה תחשיב נפרד ליציקה, או שהתחשיב הוא מחיר לחדר, ויציקת המרפסת נבלעת במחיר הדירה כנדר"ד), הרי אין לו טענה מדין יורד, שהרי לא ירד והשביח, אלא יש כאן ממונו שחבירו נהנה ממנו, ויש לדון מדין נהנה מממון חבירו.

[ומצאתי לגרא"ל מאלין, בחדושי רבי אריה ליב סי' סט, שחקר 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), ושמן 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,ב כתב ששאל את פי הגר"ח דתביעת מה שהנהה הוא לכאורה תביעת ממוני גבך, דאינו 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 ל,ב דמדין קלבד"מ הוא נפטר ממה שחבירו דחף לו לתוך בית הבליעה. והשיב הגר"ח, דתביעת מה שההנו 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 משתמש 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 ולאו 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".

ד. נהנה מממון חבירו כשאינו חסר

וכאמור בנדו"ד נהנה מממון חבירו, שהעליון אינו חסר, ובאנו לדין זה נהנה וזה לא חסר. הגמ' ב"ק כ,א - כ,א הביאה את דברי הסוברים דאף בגברא דעביד למיגר, בחצר דלא קיימא לאגרא, זה נהנה וזה לא חסר פטור. והקשתה הגמרא ותירצה. וכאשר מזיקו המשתמש מעט, צריך להעלות לו שכר כבשחרוריתא דאשיתא. ובהמשך הגמ'; אמר רב סחורה אמר רב הונא אמר רב, הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אין צריך להעלות לו שכר, משום שנאמר (ישעיהו כד) ושאייה יוכת שער (שד ששמו שאיה מכתת שער בית שאין בני אדם דרין בו, והלכך זה שעמד בו ההנהו. לישנא אחרינא, בית שהוא שאוי ויחיד מאין אדם, יוכת שער, מזיקין מכתתין אותו - רש"י). אמר מר בר רב אשי, לדידי חזי ליה ומנגח כי תורא. רב יוסף אמר ביתא מיתבא יתיב (בית שהוא מיושב בדירת בני אדם יתיב ישובו קיים, לפי שהדרין בתוכו רואין מה שהוא צריך ומתקנין אותו). מאי בינייהו, איכא בינייהו דקא משתמש ביה בציבי ותיבנא (שהיו עציו ותבנו בתוכו וזה הלך ודר בו, משום שאיה ליכא, הואיל ומשתמשין בו, משום ביתא מיתבא איכא, דאין זה ישוב, וזה שדר בו יפה עשה וההנהו). והרי"ף ב"ק (ח,ב - ט,א בעמוה"ר) הביא מסקנת הגמ' הנ"ל להלכה. ולכאורה מהגמ' הנ"ל משמע שאינו צריך להעלות לו שכר מפני שגם בעה"ב נהנה, משאיה יוכת שער או ביתא מיתבא יתיב, אבל כשאין לבעה"ב כל הנאה, לכאורה צריך להעלות לו שכר, ורק כשיש לו הנאה ואפי' מועטת, כיון שגם הוא נהנה, אינו צריך להעלות לו שכר. ושאלה זו הקשה הרשב"א בחידושיו לב"ק כ,א, וז"ל:

"אני תמיה דמשמע הכא דדוקא משום דבעל החצר נהנה במקצת כרב הונא או כרב יוסף, הא לאו הכי לא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר פטור. וכולה שמעתין משמע דכל שאינו חסר וזה נהנה פטור, כההיא דהמקיף את חברו וכההיא דנטל אבן או קורה דהוה דייקנן מינה לעלמא דהדר בחצר חברו שלא מדעתו חייב, הא למ"ד פטור אף זה היה פטור ... ושמא נאמר כי על כל פנים יש הפסד קצת בבתיים מחמת דריסת רגל הדיוורין אלא שהריוח שמצילין אותה משאיה עולה כנגד הפסד זה, וממנה שאם היו כבר אנשי ביתו או אנשים אחרים דרים בה מחמת בעל הדירה ובא אחר ודר בה מעלה לו שכר, והיינו דקאמר איכא בינייהו דקא משתמש ביה בתיבני ובציבי ..."

והיינו דדוקא במקום שיש הפסד קצת, צריך שתהיה הנאה קצת כנגדה, אבל באין הפסד כלל, זה נהנה וזה לא חסר פטור. ועיין עוד מש"כ בשטמ"ק בשם מהרי"ט. והרא"ש ב"ב, כתב דמייתי מהך קרא אסמכתא וסעד לדבריו, דלא מיבעיא שהוא פטור משום דהוה ליה זה נהנה וזה לא חסר, אלא אפי' טובה ג"כ עושה עם בעה"ב. אבל אה"נ גם בלא"ה פטור. והרמב"ם גזילה ואבידה ג"ט, פסק וז"ל:

" הדר בחצר חברו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר, ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון."

והרמב"ם לא הביא הדין של שחרוריתא דאשיתא, שאם מזיקו מעט, צריך להעלות לו שכר. והנודע ביהודה (תנינא חחו"מ סו"ס כד) כתב דהרמב"ם ס"ל דאינו צריך להעלות לו שכר אלא רק לשלם מה שחסרו. אמנם למש"כ הרשב"א י"ל, דכיון שהוא עושה טובה לבעה"ב בשאיה יוכת שער או ביתא מיתבא יתיב, הוא כנגד ההפסד קצת של השחרוריתא דאשיתא, וע"כ ס"ל לרמב"ם דזה כנגד זה ואינו צריך להעלות לו שכר. ובנדו"ד אף אם היה בזה קצת נזק במיוחד בשעת הבניה, דבר שלענ"ד אינו, מ"מ יש לעליון תועלת בחיזוק הרצפה ע"י בנינו של תחתון, ולכן הרי זה נהנה במקצת וזה אינו חסר כלל.

ואין מקום לומר דאף שרצפת העליון לא עבידא למיגר לעלמא, מ"מ עבידא למיגר לתחתון, וע"כ דינו כחסר. זה אינו. דכל הטענה של המשתמש הוא מה החסרתיו, ותשובת בעל הבית שהחסירו במה שאינו יכול להשכירו לעלמא, שאם לא תאמר כן, אזלא לה כל הסוגיא של זה נהנה וזה לא חסר, דתמיד יטען דעבידא למיגר לנהנה. אלא דכיון שהנהנה לא גילה דעתו שמוכן בשכר, אין כאן מי דעבידא למיגר, דאף דסגי באחד שישכור, אם לא גילה דעתו שרוצה בשכר, אין לחצר דין עבידא למיגר. ועוד, דודאי מה דבעינן עבידא למיגר היינו להוציא הנהנה, דאל"כ מה הדין לשיטות האחרונים לכופו מדין זה נהנה וזה לא חסר, ודוחק לומר דכיון דלא גילה דעתו שרוצה

בשכר, ממילא גם כלפיו לא עבידא למיגר. דסוף סוף אם לא יתנו לו חנם, מי יאמר שלא יסכים בשכר, וא"כ הוי עבידא למיגר. אלא בהכרח דכל עבידא למיגר הוא להוציא את הנהנה, דכלפיו אין טענה שאם לא היה נהנה, הייתי מוצא אחרים. ועיין בתוס' ב"ק כ, א ד"ה זה נהנה, דמה שהוא חסר; "דכל זמן שרואין את זה עומד בביתו, אין מבקשין ממנו להשכיר". גם מוכח מהא דלמדה הגמ' מדין ניקף שגדר את הרביעית, שמגלגלין עליו הכל, דזה נהנה וזה לא חסר חייב. והרי אם גם לנהנה חשיב עבידא למיגר, א"כ הרי זה חסר, דעבידא למיגר לניקף. אלא דכלפי מה שיכול למכור או למיגר לניקף, לא חשיב בעה"ב חסר. והסברא היא דאין זה נקרא חסר, שיכול הנהנה לומר מה הפסדתיך, ואין לבעה"ב הפסד בהנאתו של זה, ע"כ צריך שיהיה חסר מכח אחר ולא מכח הנהנה.

וצ"ע אם בכה"ג כופין את העליון לכתחילה, שיאפשר לתחתון להנות מהזיו שהוציא (בין אם העליון הוציא ובין אם קנאה כך). דהנה הרמב"ם שכנים ז, ח פסק במי שהיו לו חלונות למטה בכותלו, ובא חבירו לבנות בפניהן ואמר לו אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה עצמו למעלה מאלו, דיכול בעל החלונות לעכב עליו ולומר שבעת שיפתח החלונות ירעיד את הכותל ויקלקל אותו. ואפילו אמר אני אסתור כל הכותל ואבנה אותו לך חדש ואעשה בו חלונות למעלה, ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה, יכול לעכב עליו ואומר לו אין רצוני שאטרח ממקום למקום. אולם "אם לא היה שם טורח כלל ואין צריך לפנות, אינו יכול לעכב עליו, וכופין אותו שיהיה חבירו סותם חלון זה שלמטה ממנו ועושה לו חלון מלמעלה שזו מדת סדום, וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום כופין עליו". והנמוק"י ב"ק חב, ט, א, הביא מדברי הרא"ה, וז"ל:

" כתב הרא"ה ז"ל, אף על גב דקי"ל בעלמא (ב"ב יב, ב) דזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום, הני מילי בקרקע של שניהם שאין משתמש בשלו כלל אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו, וכגון הבונה כנגד חלון של חבירו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו והלה רוצה לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל, כגון זה אמרינן כופין, אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו, שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו ע"כ, וכן דעת הרא"ה ז"ל והריטב"א ז"ל דכה"ג לא אמרינן כופין אותו על מדת סדום."

הרא"ה מחלק בין שימוש בשלו, שע"י השימוש בשלו מזיק לחבירו, ורוצה להשתמש בשלו באופן שלא יזיק לחבירו ע"י פעולות בכותל חבירו, בזה כופין על מידת סדום, לאפשר לו להשתמש בשלו. אבל כשמשתמש בשל חבירו, בזה אין כופין אותו לאפשר לחבירו להשתמש בשלו, ורק אם בדיעבד השתמש, אינו חייב להעלות לו שכר. גם המרדכי ב"ק (סי' טז) דן בשאלה מתי כופים לבעה"ב לאפשר לדור בחצירו, וז"ל:

”כתב רבינו אבי העזרי, שמעתי דמצי למיכפיייה, דהא כופין על מידת סדום. ויש מפרשים דאין כופין אלא כגון היכא דאפילו אי הוה בעי לארווחי בהא מילתא לא מצי לארווחי, הלכך כייפינן ליה כיון דלא חסר מידי, אבל היכא דאי הוה בעי בעל החצר לאיגורי הוה מירווח, השתא נמי כי לא מוגר ליה לא כייפי ליה.”

דברי המרדכי הובאו להלכה ברמ”א חו”מ שסג,ו, והיינו כשאין אפשרות שבעל החצר ישכיר חצירו, בזה כופים אותו לאפשר לגור בחצירו ללא שכר. ואף שיש מהאחרונים שהקשו על פסק הרמ”א, דלכאורה הדין תלוי במחלוקת הרמב”ם והרא”ש בדין אחים או שותפים שבאו לחלוק וביקש אחד מהאחים שיתנו לו חלק בסמוך לשדהו (ב”ב יב,ב), דדעת הרמב”ם בהל’ שכנים (יב,א) דכופין על מידת סדום, והרא”ש (פ”ק דב”ב המ”ו) פליג עליה וס”ל דאין שומעין לו אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצה חבירו. וא”כ לדעת הרא”ש לא כפינן ליה לכתחילה, וא”כ דברי המרדכי והנימוק”י הנ”ל יהיו תלויים במחלוקת ראשונים זו, ואמאי הכריע הרמ”א בפשיטות דכפינן ליה. שאלה זו הקשו הנודע ביהודה (תנינא, חחו”מ סי’ כד), והבית אפרים בתש’ (חחו”מ סי’ מט), עיי”ש.

אלא שאם כדבריהם, יש להקשות על הרמ”א מדידיה אדידיה, דבחו”מ קעד,א הביא הרמ”א להלכה את דברי הרא”ש, ואילו בסי’ שסג,ח הביא להלכה את דברי המרדכי ללא חולק. ועוד, דא”כ יוקשו דברי המרדכי אהדדי, דבסוף פ”ק דב”ב כתב בנידון האחים שחלקו, דדינם דכל דאלים גבר, הביאו הרמ”א חו”מ קעד,א, ואילו בב”ק כתב דיכול לכופו לכתחילה.

ע”כ נראה לחלק בין נידון האחים שחלקו למי שבא להנות מדירה ולא עבידא למיגר. בנידון האחים שחלקו, לשיטות דכפינן, כופין אותו לכתחילה וקובעים את בעלות השטח לאח המצרן. אין כאן רק שימוש בזכויות אלא הקנאת בעלות על קרקע או חפץ, בכגון זה ס”ל לרא”ש דכיון דהוי כמכירה, דהאחים שחלקו לקוחות הן, אין אנו יכולים לכופו למכור ולתת בעלות על הקרקע לאחיו המצרן. אבל כאשר רוצה אדם להשתמש במקום שאין הבעלים יכולים להנות ממנו, אין כאן כפיה לתת למשתמש בעלות אלא רק לאפשר לו להנות מפירות הקרקע, דאין כאן כפיה על העברת בעלות אלא סילוק טענה. משא”כ באחים שחלקו צריך האח המצרן שתהא השדה קנויה לו, לא כפינן ליה להקנות את חלקו להעביר בעלותו. וע”כ בנהנה שאינו צריך קנין, ס”ל לרמ”א דאף הרא”ש מודה דכפינן ליה על מידת סדום, ורק בגוונא דדמי למכירה לא כפינן ליה ורשאי להעלותו בדמים, כן נראה בבאור שיטת הרמ”א. וע”כ בכגון נדו”ד, לכאורה שאינו מפקיע בעלות או זכויות של בעלות מהעליון, יכול התחתון לכוף לעליון שיאפשר לו להשתמש ביציקת המרפסת. אמנם להלן יבואר דרכים הפוסקים החולקים וסוברים דאין כופין.

ועיין מהרשד"ם חזו"מ סי' תסג שכתב דאף אם כופין על מידת סדום, היינו דוקא בדבר שיש לו רק אפשרות לזכות, כמו אחים שבאים לחלוק, שכעת אינו הבעלים על השדה שבמיצר חבירו, ויתכן ויפול לחלקו, בזה יש הסוברים דכופין על מידת סדום, אבל כאשר אדם הוא בעלים גמור על שדה, ובא חבירו להשתמש בשדהו, כל שהוא מוחזק בו והוא שלו, אין לוקחים ממונו של אדם בעל כרחו, ואין בזה ישר וטוב ולא מידת סדום. ולפי דבריו אפי' לא יוכלו הבעלים להנות וכדברי המרדכי והרמ"א, ג"כ קמה וניצבה סברת מהרשד"ם שאין כופין לאדם לת ממונו בעל כרחו.

[ונשאלתי פעמים רבות בגג משותף ואין מדרגות לגג, ורוצה העליון לבנות קומה נוספת בטענה שאף שהגג משותף, מ"מ לסברת הרמ"א התחתון אינו יכול להנות, ורוצה העליון לבנות לעצמו קומה נוספת. הנה מלבד מה שיכול העליון ג"כ להנות, שימכרו שניהם הגג לקבלן כפי שמקובל במחוזותינו, ואם לא יסכים העליון, כבר אין זה דבר שאין תחתון יכול להנות. אך גם אם היה כדבריו, מ"מ נחלקו בזה, ודעת הבית אפרים ג"כ דלא כרמ"א, ובודאי יכול התחתון לומר קים לי כמהרשד"ם והבית אפרים ועוד פוסקים, בפרט שכן נראה להלכה. גם בדברי מלכיאל ח"ג סי' קנז מבואר דלא כרמ"א, וכתב דכן היא דעת הנימוק"י שבדבר שהוא שלו אין שייך כופין על מדת סדום, והסביר את דעת הראב"ה ג"כ בדרך זו, עיי"ש. וכן נמצא למהרש"ם בתש' ח"ה סי' ה בענין מי שהגביה רצפה שלו, ובחלק שבין הריצפה הקודמת לרצפה דהיום, לא רוצה לתת לתחתון להשתמש אלא רוצה למלאותו בעפר. ופסק מהרש"ם, וז"ל:

" דאין בדינו לכופו למכור את שלו. ועיין בתוס' ב"ב יג דמוכח כן ואף דהרמ"א שסג, כתב כדברי המרדכי דהטעם משום דיוכל להשכיר. מלבד דגם בנ"ד י"ל דיוכל להניח שם בין הרצפה ובין תקרת התחתון איזו דבר, אבל הרי בשו"ת בית אפרים חזו"מ סי' מט הוכיח דגם אם אינו יכול להשתמש, אין כופין ליתן את שלו לשיטת רוב הפוסקים. ועכ"פ יוכל לומר קים לי כותיהו."

וא"כ ברור שיוכל לומר קים לי כהרבה פוסקים שאינו חייב ליתן את שלו, דהיינו את הגג שיבנה בו העליון.

גם הסתפקתי מה הדין אם התחתון בנה בלי לשאול את העליון, האם בכה"ג דינו כגזול וכדין שואל שלא מדעת, וכל הנפק"מ בזה, ואם מותר לו לכתחילה לבנות על מנת להתדיין אם לשלם אח"כ. ונראה דכיון דקרקע אינה נגזלת, עיין שו"ע חזו"מ שעא"א, לכאורה הדיון הוא רק על השכר. אבל שיטת הרמב"ם בה' גניבה ז,א דהמסיג גבול עובר על לאו דגזילה או גניבה, וכ"פ בשו"ע חזו"מ שעו"א. והטור לא הזכיר לאו דגזילה וגניבה, ועיין בסמ"ע שעו"ב, וא"כ הדבר נתון לכאורה במחלוקת הנ"ל, וגם לדעת הטור עבירה היא בידו, וע"כ אסור לכתחילה להשתמש בדבר של חבירו ללא רשותו, ואסור לתחתון לבנות בלא רשות מהעליון.]

ה. מי הבעלים על החלק החיצוני, בקיר וברצפה

גם למעשה צ"ע מי הבעלים על החלק החיצוני של כתלים בבנין משותף, ומי הבעלים על החלק החיצוני של הזיז. אמנם לגבי קירות חיצוניים בבנין משותף, הדבר לכאורה נכלל ברכוש המשותף, כך נראה מסעיף 49 לחוק המקרקעין:

"(א) קירות, גדרות, עצים, ומחברים כיוצא באלה הנמצאים במיצר של מקרקעין שכנים (להלן - מחברים שבמיצר), יראו כנכסים בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. (ב) מחברים שבמיצר רשאי כל אחד מבעלי המקרקעין להשתמש בהם למטרה שלשמה הוקמו, וחייב הוא להשתתף בהוצאות הדרושות כדי להחזיקם במצב תקין לפי שיעור שהוסכם ביניהם, ובאין הסכם כזה - בחלקים שווים, זולת אם מידת השימוש בהם היתה שונה."

(ועדיין צ"ע, דאפשר דקירות המצויים במיצר של שותף, אין הכוונה לחלק פנימי וחיצוני, דזה הוא קיר של השותף ולא קיר הנמצא במיצר. דזהו קיר אחד ולא שני קירות, וכולו של הפנימי, והכל בחלקו. לכן נראה לחלק בין חלק הקיר הנצרך לשכן הפנימי, לבין החלק שאינו נצרך לפנימי אלא למראה הבנין, דהיינו הטיח או הציפוי החיצוני. דכל מה שנצרך לפנימי הוא חלק אחד מקיר הפנימי, וכל מה שלא נצרך לפנימי הוא בגדר מחובר במיצר של שכן. לפ"ז לכאורה האיטום נצרך לפנימי ויהיה באחריותו הבלעדית). העובדה ששכן לא יכול לתלות מנוע של מזגן בקיר החיצוני של דירת שכנו, אינה נגזרת מדיני הבעלות אלא מהלכות נזקי שכנים. דהיינו, אמנם מכח הבעלות על הקירות החיצוניים, יד כל השותפים שוה גם בקירות שהחלק הפנימי שייך לשותף מסוים, אולם מחמת ההפרעה שתהיה לפנימי, מנועים השותפים האחרים לעשות כל פעולה שתהיה בה הפרעה. לכן אם קיים פגם או נזק בקיר החיצוני, חובת התיקון היא על כל השותפים, הואיל והתיקון נגזר מהבעלות. יחד עם זאת, פתיחת פתח, חלון וכד', אף שמשמש ושובר בקיר המשותף, אם אין טענה שיש בה ממש לנזק בבעלות, יכול לעשות זאת כשאחרים אינם חסרים, ואין בזה פגיעה בבעלות הממונית, ואף אם היתה, כיון שכן נהגו, על דעת המנהג השתתפו. לאמור, הבעלות על הקירות החיצוניים היא משותפת. שימוש בהם צריך להיות נידון מכח שימוש במשותף, וגם ע"פ הלכות שותפים והלכות נזקי שכנים.

[ועדיין בזה מש"כ מהרשד"ם חחו"מ סי' תט בשותף שרוצה לשנות הפתח והשותפים האחרים מתנגדים, דאין בזה מידת סדום ושומעים לטענת השותפים, ואפי' לדעת הרמב"ם, סתימת הפתח הוי יותר קבוע מסולם בעל ד שליבות, ואפי' הכי ס"ל לרמב"ם שאינו יכול לקובעו שם, כל שכן שיאמרו השותפים אע"פ שעתה אין לנו נזק משינוי הפתחים, מ"מ אם תחזיק עתה במקום הזה, אם נצטרך למקום זה, תמחה אתה בידנו. וכן במהר"א

ששון בתורת אמת סי' קכט שנשאל כזאת, ובתחילה כתב דאם מקום הפתח שוה למקום הראשון, כופין בכה"ג על השותפים מדין זה נהנה וזה לא חסר וממדת סדום. אולם הסיק דהדין עם השותפים, דכיון דמיום שנבנה החצר שם היה הרי כל אותו המקום הוא בשותפות להם לצאת ולבא בו, ומי יוכל להוציאם מידם אפי' שיתן להם מקום אחר יותר טוב ממנו, וכי מסלקינן להו מממונם בעל כרחם, עיי"ש. ומ"מ נראה דאינו דומה קירות חיצוניים לנדון זה, דבקירות חיצוניים אין משמעות לזכות הבעלות, אם כמובן אין הפרעה הנראית לעיני בי"ד. ולא דמי לפתח בחצר. ואמנם אם רוצה לשנות הפתח בחדר המדרגות, בזה יכולים לטעון השותפים כדעת מרשד"ם ומהר"א ששון, משא"כ בנדון פתח בקיר חיצוני שאין לשותפים בו כל ענין וטענה, ואף בשינוי פתח, אם נראה שאין כל טענה, נהגו לאפשר לפתוח פתח אחר, דבנדון מהרשד"ם ומהר"א ששון היתה קצת טענה לענין העתיד שירצו הם לשנות ושלא יחזיק וכו', אבל בלא שום טענה קיי"ל כרא"ש ב"ב ג, עב וכדלהלן. ועיין עוד מבי"ט ח"ג סי' לח, יובא להלן לענין שכן המגביה כותל השותפות כדי לבנות עליה, דאין השותף יכול לעכב, עיי"ש.]

אמנם כאשר אדם מוציא מרפסת מקו הבנין, אם הדייר המשתמש יוצק את רצפת המרפסת, לכאורה צ"ע להגדיר את החלק התחתון של היציקה כרכוש משותף. בדירות עצמן, החלק שבשליטת התחתון שייך לתחתון, החלק שבשליטת העליון - לעליון, כשביניהם רשות משותפת לשניהם ולא לכל הדיירים בבנין (עיין ב"מ קטז,ב ושו"ע חו"מ קסד,א). אולם כשמוציא זיו, לכאורה בונה הזיו הוא הבעלים על כל היציקה, העליונה והתחתונה. הוא גם אחראי לתקינותה, בניגוד למצב בו פרץ פתח למרפסת, והרחיק את הקיר המשותף מהמקום הקיים לסופה של המרפסת, שהקיר הבנוי הוא חלק הקיר הקודם והוא בבעלות משותפת. אולם להגדיר את החלק התחתון של יציקת המרפסת כבעלות משותפת, לא נראה, בודאי שלא בבעלות התחתון. אולם כאשר הקבלן יצק את המרפסת מעיקר הבנין, בזה נראה שהחלק החיצון, גם התחתון, שייך לכל השותפים ודינו כקירות חיצוניים הנמצאים במיצר של מקרקעין שכנים, דעל דעת כן השתתפו. אולם אם המרפסת אינה חלק מתוכנית הבנין אלא יוצקה אח"כ, אפי' הקבלן עצמו יצק, באופן שקבלו רשיון נוסף להוצאת המרפסת, בזה י"ל לכאורה שהיציקה כולה בבעלות היוצק, החלק העליון והחלק התחתון. ויותר י"ל כמש"כ לעיל, דאף בחלק החיצון יש את החלק הנצרך לעליון, והוא היציקה ומה שקשור בה, והחלק המשותף הוא הטיח והצבע, והוא בבעלות משותפת כיון שאינו נצרך לעליון.

לכן בנדו"ד נראה דהתחתון משתמש הן ביציקת העליון ובחלק השייך לו, והן בשכבה החיצונה השייכת לכל השכנים, וכאמור נראה שהחלק התחתון בחלקו החזותי הוא ממון השותפות, ואם לשותפים יש טענה של חסר, מה שלא נראה בנדון כנדו"ד, יש לדון בכך, ואם אין כאן טענה של חסר, הו"ל לכאורה בגדר זה נהנה וזה לא חסר. וגם לכתחילה לכאורה יש לכוף, ע"פ מה שפסק הרמ"א שסגו, כדברי המרדכי (ב"ק סי'

טז) הובא לעיל, כיון שהשותפים אי בעו להנות, לא יכלו להנות. ואף שלכאורה יש בזה הפקעה של הבעלות, בזה י"ל דאינו דומה לאחים שחלקו, שיש לכ"א זכות בחלק הסמוך למיצר חברו, שיש צד שיזכה ויוכל למכרו ביוקר, וכאן אין שום אפשרות לשימוש, והבעלות לחובה ולא לזכות. עוד י"ל שאין כאן הפקעת בעלות אלא שימוש וחזקת תשמישין הנהוג והמקובל בין שותפים. דאף דקיי"ל לענין שימוש בחצר המשותפת שיכול להעמיד בהמה וכו', אם לא עושה שם כותל קבוע, עיין ב"ב נז, א-ב, דבהעמדה כדי לא קפדי ואמחיצה קפדי, בנדו"ד אף דהוי מחיצה לא קפדי, כיון שאין כל טענה להקפדה, דמה יעשו השותפים בחלק התחתון של רצפת השותף, ובמקום שאין טענה של חסר, לא שייך לומר דקפדי, עיין רא"ש ב"ב ג, עב, וז"ל:

"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, ואף על פי שאין לו מזה היזק, אבל בלא טענה כופין על מדת סדום רק שיקלחו מימיו יפה."

וכן פסק הרמ"א חו"מ קנג, ח. והוא בנין אב לכל טענות של נזקי שכנים. גם לענין השימוש וההנאה מרכוש העליון, לא נראה שיש לו טענת חסר כנגד שימוש התחתון. והנה בנדו"ד יש שני חלקים להנאתו, מה שנהנה כבר, ומה שנהנה מכאן ולהבא, דלכאורה מה שנהנה מכאן ולהבא זו אינה השאלה אם זה נהנה וזה לא חסר חייב או פטור אלא אם כופין מכאן ולהבא את העליון לתת לתחתון להשתמש בדבר השייך לו (אם אכן שייך לו), וכבר הובאו לעיל דעות הפוסקים שיכול לומר קים לי כמותם שאין כופין את האדם שיתן להשתמש בממונו, וכמש"כ מהרשד"ם, בית אפרים, דברי מלכיאל ומהרש"ם. וזו עיקר השאלה כאן על המכאן ולהבא ולא על מה שהשתמש כבר, די ש כאן הנאה קיימת, עיין במרחשת ח"ב לה, ב, ב, וז"ל:

"והנראה בזה שדין זה נהנה וזה לא חסר לא שייך אלא בדבר שההנאה אינה בעין, כמו בדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאין צריך להעלות לו שכר בחצר דלא קיימא לאגרא, בשכר דר בה, והיינו משום שהחיוב לשלם מה שנהנית כשההנאה אינה בעין וכבר נאכלה אינו אלא בתורת חוב. ומהאי טעמא כתב קצוה"ח שצ"ב שמה שנהנית אינו משלם אלא מבינונית, שאינו אלא כמו בעל חוב. וחיוב פריעת בע"ח אינו אלא במקום שהבע"ח נחסר על ידו כמו בהלוואה וכד', אבל במקום שאין חסרון לחברו, אין חיוב ושעבוד של חוב כלל, שאין כאן תורת בע"ח וחיוב פריעה כלל ... אבל בדבר שהוא בעין ובא ע"י שניהם, שהדין נותן שיחלקו ע"י שניהם, לא שייך לדרון בזה דין זה נהנה וזה לא חסר כיון שהדבר בעין. והרי זה כמו שכתב התוס' דגם בדר בחצר חברו שאין צריך להעלות לו שכר, הוא דוקא בשכר דר, אבל לכתחילה יכול לעכב עליו. וכאן

בדבר שהוא בעין הוא כמו לכתחילה, וכיון שהדין נותן שיחלקו שניהם, שוב יש לו חלק בגוף הדבר, ואיך יגזול ממנו השני, והוא פשוט."

לפ"ז בנדו"ד אם העליון הוא הבעלים, יכול לעכב עליו לשיטות הפוסקים שאין כופין על מידת סדום. אמנם בנדו"ד יש בכלל שאלה אם הוא הבעלים או כל השותפים בבנין כולל התחתון, וכשארין לשותפים טענה של חסר, הרי הוא משתמש במשותף באופן שלא קפדי. אמנם אם כדברי המרחשת, אין ראייה לנדו"ד. כיון שהמרחשת עצמו בהמשך דבריו כתב להביא ראייה שדין זה נהנה וזה לא חסר הוא גם אם ההנאה קיימת, ואח"כ דחה הראייה, כך שלא ברור אם להלכה נשאר דלא אמרינן דין זה בהנאה קיימת. גם לכאורה צ"ע מהא שהקשתה הגמ' על שני המ"ד, המחייב והפוטור, בדין זה נהנה וזה לא חסר, מהא דמקיף וניקף. ובמקיף וניקף ודאי ההנאה קיימת, וצ"ע. אולם לעצם השאלה אם כופין לתת לאחר להשתמש בנכסיו וכנ"ל, רבו הפוסקים שלא כרמ"א שאין כופין, וודאי יוכל לומר קים לי כמותם.

כמו כן אין מחלוקת כי העליון הסכים בנדו"ד שהתחתון יבנה, ורק אח"כ החליטו שניהם לשאול איך שורת הדין לענין התשלום (עיין מש"כ בענין זה להלן). כלומר אין מניעה מצד העליון שיבנה, ואם צריך לשלם ע"פ ההלכה, סוכם שישלם לו, כך שהשאלה של כפיה על מידת סדום אינה מונחת כאן להכרעה. ומ"מ לפי הצד שכתב המרחשת לכאורה צריך לפרוע יציאותיו, כיון שהדין הוא גם על השימוש מכאן ולהבא. גם כיון ששניהם שאלו לדעת מה הדין, יש לדעת כי בשואל ומשיב (רביעאה, ח"א סי' סא) כתב בדבר בחצר חבירו, אף היכא דפטור, מ"מ חייב לצאת ידי שמים, דכל הפטור דלא גרע ממוציא חבירו מביתו הוי גרמא, וא"כ כיון דבכל גרמא חייב לצאת ידי שמים, הוא הדין בדר בחצר חבירו שלא מדעתו. וא"כ גם כאן יש לדון לומר לו שחייב עכ"פ לצאת ידי שמים.

עוד נמצא למבי"ט ח"ג סי' לח שדן בשותף החפץ להגביה את הכותל המשותף על מנת לבנות עליה, דמשמעות דבריו דכל עוד שמגביה באופן שאינו מהווה סכנה לכותל, אין השותף יכול לעכב. ובתוך דבריו כתב, וז"ל:

"ואם הנדון דידן הוא שמגביה הכותל לעשות עליה על גב ביתו, הרי כתב רבינו יונה ז"ל אפי' שהכותל כשמגביהין אותה אינה מתקיימת כל כך, הכל כמנהג המדינה. והוא ידוע כי בכל אלו המדינות הוא מנהג לבנות עליות מרווחות על רוב הבתים, וגם בכתלים שבין שני שותפים בונה כל אחד עליה על ביתו וכותל משותף ביניהם, ואחד שרוצה לבנות עליה, בונה ומגביה הכותל, ואם שכנו השותף באותה הכותל של הבית שלמטה רוצה לבנות גם הוא עליה, אז פורע לו חצי הוצאה כותל העליה. וכן אנו דנין פה צפת בכל יום ... ואם הכותל כלו של אחד, פשיטא מי מעכבו לבנות עליות גדולות בצורות בשמים ... וגם לדעתי יש מן הגאונים אפילו שהיה נפחת הכותל בהגבהה כתב שיכול לבנות ולשלם

כפי מה שנפחת. אבל אחר שהמנהג הוא לבנות עליות בין השכנים, אין שום אחד שיוכל לעכב בדין תורה. והגידו לי כי בנדון דין אינו בונה עתה עליה על הבית אלא שרוצה להגביה ביתו של מטה, וצריך להגביה הכותל שבינו ובין שכנו כמו קומת אדם פחות או יותר, והוא דבר פשוט שיוכל להגביהו לכולי עלמא כמו שכתבתי למעלה. ואם ירצה שכנו גם כן להגביה ביתו יוכל וישלם חצי הוצאת ההגבהה שהוציא זה."

ודברי המבי"ט בענין בונה בעל כרחו של השותף, הוא נידון בפני עצמו שאין השותף יכול לעכב בכה"ג, ואינו ענין לנדו"ד. אבל מבואר בדבריו שמנהג המדינה, וכן פוסקים המבי"ט ובית דינו בעיר צפת, שאם השכן דלמטה רוצה לבנות אף הוא עליה, וממילא משתמש בכותל שבנה השכן, שפורע לו חצי הוצאת הכותל. וא"כ לכאורה כן הוא המנהג לכאורה גם אם קנה בית עם עליה, ורוצה השכן להשתמש בכותל, דמשערים עלות מחצית הוצאת הכותל, אף שהשכן בעל העליה לא הוציא הוצאה מיוחדת, דכל שימוש בנכסי חבירו לכתחילה, נהוג לפרוע לו מחצית מהעלות, וכך נוהגים, ובלא"ה אינו יכול להשתמש ביציקה בעל כרחו של עליון.

ו. אופנים שונים בחיוב ופטור תחתון

והסתפקתי מה יהיה הדין אם התחתון אומר שמבחינתו היה מעדיף שלא תהיה יציקת עליון, ויסגור את המרפסת באמצעות גגון ניד, שיוכל המקום לשמש גם כסוכה, ומבחינתו היה עדיף הדבר, וע"כ טוען שלא היה כאן גילוי דעת דניחא ליה בהוצאה, דמבחינתו עדיף היה שלא היתה יציקה, ומוכן היה להוציא הוצאות לגג ניד שמביא תועלת מסוג אחר, רק בחוסר ברירה חיבר את כתליו לרצפת העליון.

דהנה הב"י חו"מ סו"ס קנח דאם גדר החיצון ראשונה ושניה, ועמד הניקף וגדר השלישית דמחייבין אותו לגדור הרביעית. והא דתנן המקיף את חבירו משלש רוחותיו, משום רישא הוא דתנן הכי, כלומר דאפילו הכי אין מחייבין לניקף כל שלא גילה בדעתו דניחא ליה, אבל כל היכא דגלי דעתיה דניחא ליה אפילו לא גדר האחד אלא שנים, מגלגלין עליו. הרי שסובר שאפי' אין לו תועלת אלא בגילוי דעת דניחא ליה סגי לחייבו. והרמ"א בדרכי משה חלק עליו (מובא בחדושי הגהות י דדוקא גדר רביעית שיש לו הנאה בזה, משא"כ בגדר שלישית. וכן פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ קנח, וז"ל:

"גדר ב רוחות, ועמד הניקף וגדר רוח ג, ועדיין פתוח לרוח רביעית, נראה לי דאין צריך לשלם לו כלום עד שיגדור אחד מהן רוח רביעית."

(ועיין בחזו"א ב"ב ב, בסופו מש"כ בזה). ובקצוה"ח שם ס"ק ו כתב בענין קושית התוס' ב"ק כב, ד"ה טעמא, מדוע אם עמד מקיף חייב למ"ד זה נהנה וזה לא חסר

פטור, ותירצו דגלי דעתו דניחא ליה בהוצאה. והיש"ש ב"ק ב,טז כתב דזה נהנה וזה לא חסר פטור אף בגילה דעתו. וכתב לישב דחיובו של ניקף כשגדר רביעית, אינו מפני שנהנה אלא מפני שזכתה לו חצירו, וכשחצירו זוכה לו הרי הוא מחויב מכח הלכות מקח וממכר, וז"ל:

"א"כ כיון דגלי אדעתיה דניחא ליה, זכתה לו חצירו באבנים למפרע וזוכה בעל כרחו בפריעת חצי הוצאה, ותו לא מצי אמר הבונה עצי ואבני אני נוטל כיון דכבר זכה לו חצירו באבנים כשיתרצה לפרעו, וכיון דקנה בגוף הכותל להיות חצי שלו, תו לא שייך זה נהנה וזה לא חסר, דאין לך חסר גדול מזה כיון שקנה מזה גוף האבנים, ומקח וממכר הוא, ומכי משך במקחו נתחייב בדמים, וזה נמי מכי גלי אדעתיה דניחא ליה הרי זוכה לו חצירו ונתחייב בדמי מקחו. ולא אמרו זה נהנה וזה לא חסר אלא היכא שגוף הבית הוא של בעה"ב וזה נהנה וזה לא חסר הוא דפטור, אבל היכא שקנה גוף הבית, דרך מקח וממכר ודאי חייב ואין לך חסר גדול מזה וכמש"כ, וזה נמי מכי גלי אדעתיה דניחא ליה קנה לו חצירו, ומכי משך במקחו הרי נתחייב בדמי המקח. והיינו נמי טעמא דסמך לו כותל אחר, דהתם נמי קני ליה חצירו גוף הכותל וצריך לשלם דמיו וזה ברור. ובזה ניחא דברי הב"י שכתב דאם גדר ניקף את השלישית דמחוייב לשלם, ובדרכי משה (סעיף ט') השיגו מדברי הטור שכתב דאפילו ברביעית אם נשאר פתוח אין מחייבין אותו כיון שלא נהנה כלום עיי"ש. ולפי מש"כ נראין דברי הב"י נכונים, כיון דפסק (קנח,ט) כהרמב"ם דבעינן שיהיה המקום של שניהם, ומכי גדר ניקף את השלישית וגלי אדעתיה דניחא ליה בבנין הכותל הרי זכה לו חצירו, כיון דהבונה אדעתא דהכי בנה שיזכה לו חצירו מכי יתרצה בבנינו, וכיון דזכה לו חצירו נתחייב בדמיו אף על פי שלא נהנה עדיין כיון דקנה מחצית הכותל, וכמו במוכר ולוקח וכמש"כ. אבל הטור שכתב דאם גדר ניקף בצד ונשאר פתוח אין מחייבין אותו, משום דקאי שם לפירוש ר"י (ב"ק כ,ב תוד"ה את) שפירש גדר בינו ובין רה"ר, ולא קנה הניקף גוף הכותל כיון שכולו על מקום המקיף, ואין חיובו אלא משום דנהנה, וכל זמן שפתוח עדיין אין לו הנאה. אבל לשיטת הרמב"ם דהיינו דוקא על מקום שניהם, א"כ אפילו נשאר פתוח כל הרביעית דעדיין לא נהנה, כל דגלי אדעתיה דניחא ליה בבנין הכותל הרי קונה את הכותל, וכל דרך מקח וממכר ודאי חייב אפילו לא נהנה."

מדברי קצוה"ח מבואר לנדו"ד דיש לבחון אם זכה התחתון ביציקת העליון. ולענ"ד נראה דבכה"ג שהגביה הכתלים וסגר המרפסת, חשיב היציקה כמקום של שניהם וזכה במחצית, ובכה"ג אינו חייב מדין נהנה אלא מדין מה שזכתה לו חצירו בכותל, וע"כ יהיה חייב לשלם מחצית מהעלות אף אם יטעון שהיה מעדיף מרפסת עם גג ניד.

עוד הסתפקתי אם הוציא התחתון יציקה, ולא הגביה שלשת הכתלים עד לגובה יציקת העליון, כך שהמרפסת נשארה פתוחה, אם יש לחייבו לשלם לעליון כיון שנהנה מצל העליון. ונראה דכיון שמגלה דעתו שרוצה במרפסת פתוחה, לכאורה לא נהנה ולא זכה במחצית יציקת עליון. ורק אם מתכוין באמת שרוצה מרפסת פתוחה אך לא לגמרי, שרוצה להנות מצל עליון, בזה חייב לשלם. וראיה מדברי הר"ן בע"ז (כא, א- בעמוה"ר) על דברי המשנה (ע"ז מח, ב) האוסרת לשבת בצילה של אשירה, וז"ל:

"ומסתברא דלעבור בצילה של האשירה שרי ... וטעמא דמילתא, דמדינא אפי' ישיבה הו"ל למישרי כל היכא דלא מכוין, דהא קיי"ל בפרק כל שעה (פסחים כה, ב) באפשר ולא מכוין שרי, אלא דחישנין שמא ישא בשיבה ואתא לכווני, אבל העברה בעלמא דלא שייך כולי האי שרי."

דבגמ' פסחים כה, ב נחלקו אב"י ורבא בדין הנאה הבאה לו לאדם בעל כורחו ונגד רצונו, אב"י סובר דהנאה כזו שרי ורבא ס"ל דאסורה. ויש בגמ' שתי אוקימתות במציאות שבה חולקים אב"י ורבא, אוקימתא קמיתא ס"ל דכשאפשר לו להבדל מן ההנאה ולא נבדל ממנה ורק מתכוין להנות ממנה, גם אב"י מודה שאסור, וכן אפי' לא אפשר לו להבדל ממנה כגון שאין לו דרך אחרת ומתכוין להנות, ג"כ מודה אב"י שאסור. ואם לא אפשר לו להבדל ממנה ולא מכוין, גם רבא שרי, ומחלוקתם באפשר לו להבדל ולא מכוין. אוקימתא שניה ס"ל דמחלוקתם בלא אפשר לו להבדל ומתכוין להנות, אבל באפשר ולא מכוין הדבר תלוי במחלוקת ר"י ור"ש אם דבר שאינו מתכוין שרי או אסור, ואנן קיי"ל כר"ש דשרי, וע"כ לאוקימתא זו אפי' אפשר ולא מכוין, שרי. ובר"ף שם משמע שפוסק כאוקימתא שניה וכדעת רבא, וכמש"כ הר"ן שם דקיי"ל כרבא, הילכך בין אפשר ובין לא אפשר, אי מתכוין אסור ואי לא מתכוין מותר. וא"כ הכל תלוי בכוונה, וע"כ מסיק הר"ן בע"ז שמותר לעבור תחת צל אשירה, דהרי אפי' לשבת שרי כשאינו מתכוין, ומה שאסרו הוא שמא יבוא להתכוין להנות, אולם לעבור במרוצה שרי. ולפ"ז הכל הולך בהנאת צל אחר הכוונה, וכל שמתכוין להנות, חשיב נהנה מהצל וחייב לשלם לו ההוצאות. אבל כאשר אינו מתכוין להנות מהצל, ואדרבא ניחא ליה שיהיה פתוח ושהשמש תשלח קרניה למרפסת, או שהיה פעמים מעדיף כך (בחורף) ופעמים בצל (בקיץ), וניחא ליה בגג נפתח שיכול לעשות כרצונו, לכאורה בזה לא מתכוין להנות, דאדרבא גורם לו חסרון במקום אחר. ומ"מ כאמור בזה יש לילך אחר הכוונה.

ז. הסכמת העליון מדין דור בחצרי

ויש להסתפק בנדו"ד ששאל התחתון מהעליון רשות, ולא דברו מענין התשלום, והסכים העליון שיבנה התחתון, ואח"כ התעוררה שאלת התשלום ע"י התחתון, והסכים

העליון שיעשו מה שהדין. האם בכה"ג לא חשיב כהסכים עמו שיכנה וישתמש ביציקתו חנים, כיון שבשעה שהסכים לא הזכיר כלל מענין התשלום.

התשב"ץ ח"א סי' קעד דן במי שאמר לחבירו דור בחצרי סתם, ולא הזכיר ענין השכר, שהוא פטור מלשלם, דאפילו היה נכנס מעצמו בחצר זו בלא רשות בעל החצר, דהיינו דר בחצר חבירו שלא מדעתו, היה פטור מדין זה נהנה וזה לא חסר. כל שכן כשהוא בעצמו אמר לו דור בחצרי דודאי פטור, אפילו נאמר דזה נהנה וזה חסר הוא דחייב. ונידון התשב"ץ שפירש בעל הבית בים כשאמר לו דור בחצרי, דודאי פטור. והב"י הביא דבריו בחו"מ סי' שסג. וכן פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ שסג,י; " האומר לחבירו דור בחצרי, אין צריך ליתן לו שכר".

ובתרומת הדשן סי' שיז דן במי שאכל הוא ואשתו אצל חמיו, שתי שנים מעבר לזמן שקצב עימו, וחמיו תובע כעת תשלום מזונות הזמן שאכל מעבר למוסכם, והחתן טוען שכל מה שאכל הוא על דעת שלא לשלם, שהרי לא תבעו חמיו כל אותו זמן, וגם לחתן אחר נתן חנים מזונות מעבר למוסכם. והשיב תרומת הדשן, דכיון דזה נהנה וזה חסר, אף שחשיב כדר בחצר חבירו מדעתו, אין לחלק בין דר מדעתו ללא מדעתו, וכל היכא דחסר, חייב לשלם. וכתב שמצא במהרי"ח בשם רבינו אפרים, דמי שאמר לחבירו אכול עמי ואכל עמו, חייב לשלם לו דמי מזונו, והביא ראייה משבור את כדי וקרע כסותי דחייב, אע"פ שמותר לו לשבור. ואין לומר דכיון דחמיו עשיר ודאי לא התכוין להאכילו בשכר, דאי הוי שקיל דמים הוי זילותא. נראה דאין לחלק הכי ולא אומדנא דמוכח היא כלל, דלית ליה שום זילותא אם אינו נותן את שלו בחנם, ועיי"ש שהביא ראייה מדין מי שהלך למדינת הים, ואבי האשה עמד ופרנסה, עיי"ש. ולדינא כתב תה"ד, וז"ל:

"אמנם נראה אם ראובן איניש אמוד הוא בנכסים, ורגילות הוא בעשירים שבאותה מדינה שנותנים לחתנם ולבתם שנה או שנתיים מותר על הקצבה שמקבלין עליהם, והדברים נראה שאם לא היה לו כעס ומריבה עם חתנו לא היה תובע ממנו כלום, וא"כ אומדנא דמוכח היא שמחל לו כל המזונות עד שנולדה מריבה ביניהם. כה"ג ודאי פטור שמעון החתן לשלם, דכיון דמחל פעם אחת, שוב אינו יכול לחזור ולתבוע. אבל אי לאו בדרך זה, חייב שמעון לפרוע לחמיו תשלום מזונות שנתן לו לפי ברכת הבית, ולא מהני ליה למימר דהואיל ונתן כבר מזונות לחתנו הראשון בחנם יותר ממה שקבל עליו, מסתמא גם לו בחנם נתן, דמשנה שלימה (כתובות סו,א) הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו, אמרו חכמים, יכול הוא שיאמר לאחיך הייתי רוצה ליתן לך, אי אפשר ליתן, ותני עלה בגמ' אפי' הראשון עם הארץ והשני ת"ח, והוא הדין נמי בנ"ד למפרע".

ועיין בר"ן כתובות (סג,א בעמוה"ר) שהביא מהרשב"א לענין מי שהלך למדינת הים ובא אחר ופירנס את אשתו, דחנן אומר אבד מעותי, דוקא במפרש שזנה לשם מזונות

הבעל, אבל בסתם, אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה. ומהר"ן בקדושין (ג,א בעמוה"ר) לענין נתן הוא ואמרה היא, דבסתם הוי דרך מתנה. ועיין קצוה"ח שסג,ט מש"כ בראיות הנ"ל.

גם הראיה שהביא תה"ד ממהרי"ח בשם רבינו אפרים מקרע כסותי שחייב לשלם, כבר העיר הש"ך רמז,ט דבקרע כסותי חייב לשלם דוקא בבא לידו בתורת שמירה, אבל בלא"ה פטור מלשלם, עיין ב"ק ס"פ החובל צג,א. ובקצוה"ח רמז,א כתב בהסבר החילוק בין אתי לידיה בתורת שמירה, דלא מהני לפטור אלא באמירת והפטר, לבין כשלא בא לידו בתורת שמירה, דבאומר קרע כסותי גרידא פטור, דאם לא בא לידו בתורת שמירה וקרע כסות של חברו, המחייב הוא היותו מזיק לממון חברו, וכיון שאומר הניזק קרע כסותי, ממילא לא שייך לחייבו מדין מזיק, דאיהו הניזק אזיק אנפשיה ולא שייך לחייב המזיק מדיני מזיק, דבנותן לו רשות כה"ג, חסר בעצם שם מזיק. זה אינו מזיק. אבל בבא לידו בתורת שמירה, שהמחייב הוא דיני שומרים, נהי דמזיק אינו, מ"מ מכח היותו שומר היה אסור לו לקרוע, אא"כ פטרו אותו הבעלים ע"י אמירת והפטר. לפ"ז כתב דבאכול עימי, המחייב הוא היות האוכל נהנה;

"וא"כ אפילו עבדיה מדעת בעלים לעולם הוא חייב לשלם במה שנהנה, דיורד לתוך שדה חברו שלא ברשות נמי חייב לשלם מה שנהנה (ב"מ קא,א) אף על גב דעבדיה מדעתיה, דגבי נהנה ודאי חייב כל כה"ג, אלא דלא נימא דלשון בא ואכול עמי הוי נמי לשון והפטר וא"כ ודאי פטור, לזה מיייתי מוהרי"ח ראייה מקרע כסותי שבור כדי דאין בלשונו לשון והפטר, דאי הוי בו לשון פטור אין לחלק בין אתי לידיה בתורת שמירה, דהיכא דפוטרו בפירוש ודאי פטור, וכיון דאין בו לשון והפטר ממילא חייב כיון דלא פטרו, ואי משום דעביד מדעת בעלים, גבי נהנה ודאי חייב דלא גרע מיורד לתוך שדה חברו ונטעה דודאי חייב."

דסתם ציווי של קרע כסותי אין בו לשון פטור, רק כשבאים לחייב מדין מזיק, אמרינן שבעצם הציווי אין לתת לקורע דין מזיק, אבל פטור מחיובים כאלה או אחרים הקיימים, אין באמירה סתם כדי להפטר, ורק ע"י אמירת והפטר יכול להפטר מחיובים כמו שמירה או נהנה. ולכן הביא מהרי"ח ראייה דבסתם אם יש חיוב, אין באמירה סתם של אכול עימי או קרע כסותי, כדי להפטר מהחיוב, ומה שאינו חייב בלא אתי לידיה בתורה שמירה, לא שנפטר מהחיוב אלא דשם מזיק ליכא ואין כלל חיוב, אבל פטור לא יתכן באמירת סתם אלא בפטור מפורש. ובאמרי בינה טו"נ סי' ז העיר שכבר כתב כיוצ"ב המל"מ מלוה ולוה טז,א, דכל שיש הנאה לשליח בדבר, פשיטא דחייב, ולא הביא אותה ראייה אלא לומר דאיך יתכן לומר שיתחייב האוכל מאחר שאכל ברשות המאכיל, לזה הביא ראייה מקרע את כסותי ושבור את כדי, דאע"ג דהשליח שבר ברשות המשלח כל שלא אמר לו והפטר חייב, משום דאיכא אומדנא ואמרינן דכוונתו היא

קרע ותשלם, ה"נ באומר בא ואכול עמי שיש לו תועלת לשליח בדבר זה אמרינן דכוונתו היא אכול ותשלם. ובקצוה"ח הנ"ל ביאר ביתר שאת, דאי אפשר להפטר מחיוב קיים בסתם אלא ע"י אמירת והפטר, וכנ"ל.

ועיין בקצוה"ח בס"ק שאח"ז (הובא לעיל) לחלק בין חיוב מכח שנהנה, לחיוב מכח מה דמשתרשי ליה, עיין מש"כ בזה לעיל. ועיין בנתיבות רמו, שכתב על דברי קצוה"ח הן בס"ק א והן בס"ק ב דהנכון עימו, ודבריו נכונים מאד.

והרמ"א, אף שבסי' שסג הביא את דברי התשב"ץ להלכה שבדור עימי אינו צריך להעלות לו שכר, בסו"ס רמו הביא את דברי תה"ד להלכה שבאכול עימי צריך לשלם לו, ואינו יכול לטעון שניתן לו במתנה, וז"ל;

"האומר לחבירו אכול עמי, צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה. ולכן מי שמאכיל לחתנו עם בתו יותר מזמן שקצב לו מזונות, צריך החתן לשלם לו מזונותיו כשיתבע ממנו, אבל לא מזונות אשתו. ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה, אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה, רק אחר כך נפלה קטטה ביניהם ולכן תובע ממנו, פטור."

ופסקי הרמ"א לכאורה סותרים. וכך הקשה הש"ך רמו, ט; " עיין לעיל שסג, בהג"ה, וצ"ע. גם הט"ז בסי' רמו הקשה על הרמ"א ונשאר בצ"ע, וכתב דלהלכה עיקר כמש"כ בסי' רמו שצריך להעלות לו שכר. וכן כתב בסי' שסג. ובשו"ע יור"ד קסו, א לענין המלוה את חבירו, ודר המלוה בחצר הלוה, דבחצר דקיימא לאגרא הוי אבק ריבית לכ"ע, כתב הט"ז שם בס"ק ג דכל שלא אמר לו להדיא דור בחצרי חנם, חייב להעלות לו שכר, וע"כ בדור סתם, חייב להעלות לו שכר, דדור סתם משמע כדרך שבני אדם דרין בשכירות, וזה לא כב"י בחו"מ שסג; "וכבר כתבתי שם בסי' רמו, יז דלא קיימא לן כהך פסקא שבסי' שסג". והש"ך שם בנקודת הכסף דאין מהאמור ביור"ד סתירה לאמור בסי' שסג, דבחו"מ שסג מיירי בלא קיימא לאגרא, ובלא קיימא לאגרא בסתם הוי בחינם, וביור"ד מיירי בקיימא לאגרא.

והב"ח חו"מ שסג, הביא את התשב"ץ ותה"ד, וכתב שהוא מחלוקת ראשונים, וע"כ אזלינן בכה"ג אחר המוחזק, ואם האוכל או הדר הוא מוחזק, אין להוציא מידו, ואם בעה"ב מוחזק, אין האוכל או הדר יכול להוציא מידו. ועיין בתש' מהר"א ששון בתורת אמת סי' רא דנראה מדבריו דדין זה הוא ספיקא דדינא ואין מוציאים מהמוחזק. ועיין עוד בנודע ביהודה תנינא חחו"מ סי' לד בענין מי שרוצה דמי מזונות מיתומה שהחזיק על שלחנו, דזהו מהלכות עמומות והדברים סותרים זה לזה בכמה מקומות. ומשמע דהוי ספיקא דדינא.

ועיין בתש' הב"ח (בישנות סי' קיז) דמבואר בדבריו דבדור בחצרי אין צריך להעלות לו שכר, דגם מי שדר בחצר חבירו שלא מדעתו ובחצר דעבידא למיגר, החיוב הוא

מצד שחסרו ממון לבעל החצר, אבל כאשר החסרון בא כתוצאה מאמירת בעל החצר שאמר לו דור בחצרי, הרי בעל החצר חסר לעצמו; "דאין חייב רק אם לא היה החסרון מבעל החצר רק מן הדר בו, א"כ אם אמר לו תהא דר בחצירי שאז הדר לא היה מחסר אותו רק בעל החצר אמר שידור בחצרו והוא היה מחסר עצמו, פשוט הוא דאין צריך לתת לו שכירות". וכתבנו לעיל דדעת הט"ז והש"ך דהעיקר דחייב לשלם, וכן כתב בב"ש ע, כח דעיקר דצריך לשלם לו, דהא כתבו הרשב"א והר"ן והמגיד, דהזן או המהנה לחבירו סתם, חוזר ומשתלם ממנו ולא אמרינן במתנה יהיב ליה. וכן נקט להלכה בבית שלמה חחו"מ סי' כד דחייב לשלם. ולפ"ז בנדו"ד שעושה עימו טובה, לשיטות הט"ז והש"ך דהעיקר כמש"כ הרמ"א בסי' רמו דעושה טובה עם חבירו, חייב לשלם, גם בנדו"ד הוי על דעת שכר. משא"כ לב"ח הוי ספיקא דדינא ואינו חייב לשלם בהיות התחתון מוחזק. אולם למש"כ בתשובה דכאשר זה נהנה וזה חסר מחמת בעל הבית, ובנדו"ד העליון, אין מקום לחייבו מדין זה נהנה וזה חסר, א"כ גם בנדו"ד אין לחייב התחתון לשלם לעליון, דחסרונו, אם קיים, בא מחמתו של החסר.

גם דעת הרדב"ז בתש' (ח"ג סי' תרטו) דהננות לחבירו לגור בביתו או לאכול עמו, חייב לשלם, דכל סתמא דמילתא המשרה את חבירו בביתו או המהנהו מנכסיו, לשם שכירות ולשם הלואה הורידו, ויכול לתבוע ממנו שכירתו או מה שהנהו. והביא ראיה מדין יורד לשדה חבירו, דחייב בעל השדה לשלם, ואינו יכול לטעון דלשם מתנה נתן לו. עוד הביא ראיה מהירושלמי ב"מ פרק איזהו נשך, עיי"ש. אמנם כל הנידון במי שאינו עני ואינו צריך לבריות, אולם אם איש עני הוא וראוי לתת לו צדקה, ודאי כל הנאה דמהני ליה או כל מתנה דיהיב ליה או אם השרה אותו בביתו, הכל הוא לשם מתנה ולשם צדקה, וסתמו כפירושו דסתמא לשם מצוה עביד ולא לשם מלוה או שכירות, שיודע הוא שאין לו מה לשלם, ואפילו אם העשיר אח"כ אין חייב כלום שהרי עני היה באותה שעה. לפ"ז בנדו"ד לכאורה היה חייב לשלם. אולם הרדב"ז ס"ל דכל הדיון והשאלה היא באופן שזה נהנה וזה חסר, אבל בזה נהנה וזה לא חסר דכופין על מידת סדום, אין מקום לשאלה ופטור מלשלם, שגם אם היה יורד שלא לדעתו היה פטור. וכן ראיתי במהרש"ג ח"ג סי' קב שכתב לישב את הסתירה בדברי הרמ"א, דהרמ"א בסי' שסג בדור בחצרי מיירי בחצר דלא קיימא לאגרא, דממילא פטור מדין זה נהנה וזה לא חסר. וא"כ לשיטתם בנדו"ד דהוי זה נהנה וזה לא חסר, כיון דלא עביד למיגר וכמש"כ לעיל, אין מקום לחייבו. אולם לכאורה לשיטות שבזה ונהנה וזה לא חסר דאין כופין על מידת סדום, א"כ כשאומר לו דור בחצרי, ירד על דעת שכר וחייב. אמנם המהרש"ג לא כתב ותלה בדין כפיה בזה נהנה וזה לא חסר, ונראה דכיון דהדיון כאן הוא בדיעבד שכבר גר, א"כ אף דאין כופין על מידת סדום מ"מ אין לחייבו בדיעבד, וע"כ בדור בחצרי כשכבר גר בחצר, אין לחייבו, דמן הסתם ירד על דעת חניס, דאף בלא מדעתו היה פטור.

והנתיבות קנג,ג נקט בפשיטות דבדור בחצרי חייב לשלם, וציין לדברי הש"ך. אמנם הנתיבות עצמו כתב לחלק דיש לאמוד אם כוונת הנותן היא בחינם או על דעת שכר, ודבר זה יתברר, אם המקבל הוא זה שיזם פניה לנותן, בזה י"ל שאין כוונת הנותן אלא בחינם, משא"כ אם הנותן הוא זה שפנה למקבל, י"ל שכוונתו על דעת שכר;

"דרוקא כשהוא התחיל ואמר אכול או דור עמי, אמרינן שהיתה דעתו על התשלומין, משא"כ כשהלה היה המתחיל ליטול או להשתמש, והאומדנא מוכחת שכונתו היתה רק בחנם והוא שתק והסכים לו, הרי היתה הסכמתו ג"כ על חנם. והא דמהני הכא שתיקה, ובאכילת פירות בפניו ושתק אמרינן דהדרא ארעא והדרי פירי, ולא אמרינן מדשתק מחל. נטילת פירות שאני, כיון שהן עומדין למכירה תלינן גם דעת הנוטל שהיתה אדעתא דתשלומין דלא חשדינן לאינשי בגזלנא, וא"כ היתה הסכמת השותק ג"כ לתשלומין, משא"כ בסימן קמב דודאי לא היתה דעת המחזיק לתשלומין, דהא לא ידע כלל שהכניס לרשות חברו, וגם אין הדבר עומד למכור, וכיון שדעת הנוטל היתה על חנם גם הסכמת השותק היתה על חנם."

הנתיבות מחלק בין פניה של הנותן לפניה של המקבל, דכל זה הוא אומדנא אם הכוונה למתנה או לשכר. וכן בנדון שם בהעמדת מרזב ובזיו, שראה ומיד מחל, ולא היתה דעתו על תשלומים, דאין הוצאת זיו עומד לתשלומים. ולכאורה בסברא היה מקום לומר גם לאידך גיסא, דאם הנותן הוא הפונה, יש לומר שדעתו לתת במתנה, ולכן הוא פונה, ואם המקבל הוא הפונה, ודאי כשלא דיבר יש להבין שדעתו היא כמקובל, והיינו דבקימא לאגרא ישלם שכר. ולפ"ז בנדו"ד לשיטת הנתיבות שהפניה היתה מצד התחתון שירשה לו לבנות, כוונתו על דעת לא לשלם, ומדשתק העליון, הסכים לכך.

ובאמרי בינה טו"נ סי' ז הקשה, מדוע באכול עימי יש לחייבו, כיון דהוי ספק אם התכוין בחינם או בשכר, הרי זה איני יודע אם התחייבתי. וכתב לישב ע"פ היסוד שכתב לעיל מינה, דכיון שאם היינו צריכים לדון ביניהם בטרם אכילה, יש להעמיד את הנותן בחזקת מרא קמא, וא"כ אינו נותן לו אלא בשכר, ולכן דנים סוף דינו כתחילת דינו. אבל בדור עימי, כיון דעיקר הספק נולד אחר שדר בו, דקודם שדר בו, ממילא יכול לחזור בו, ואף בנכנס לדור בבית כבר, יכול לסלקו כיון שלא הגביל הזמן, א"כ הספק עיקרו אחר שכבר דר, וכיון דהוי איני יודע אם נתחייבתי לאחר אכילה, לא מוציאים מספק מזה שדר. ולכאורה ברמ"א אין חילוק בין הגביל לו בזמן את השכירות, כגון באמר לו דור עימי שנה, לבין דור עימי ללא הגבלת זמן. כמו כן מדוע באכול עימי לא יוכל לחזור בו. [נמעין חילוק זה מצאתי בשואל ומשיב (תנינא ח"ד סי' קפו) דבאכול עימי, הדיון הוא על האוכל, מי הוא הבעלים על האוכל, ובזה כיון דבשעה ראשונה קודם אכילה, האוכל בחזקת הבעלים, ע"כ חייב לשלם מספק. אבל

בדור עימי, אין הדיון על הקרקע כלל, דהיא תמיד בחזקת בעליה, וכל הדיון הוא על הפירות היוצאים מהקרקע, לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, כיון שהדיון הוא על השכירות, ובפרט דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. ומש"כ דאין להכריע בענין השכירות מכל בעלות הקרקע, לכאורה קשה ממשכיר בית לשנה והתעברה השנה, דחיב לשלם השוכר חודש העיבור, דקיי"ל כרב נחמן דקרקע בחזקת בעליה עומדת, עיין ב"מ קב, ב וברש"י שם ד"ה קרקע.]

אלא שהאמרי בינה עצמו הקשה, דסברת הרמ"א בסי' רמו מבוארת ע"פ דברי הר"ן בר"פ יג דכתובות, דבכל טובה שעושה לחבירו, אין המקבל יכול לטעון שנעשה לו בחינם, דהוי כיוור לשדה חבירו דחייב לשלם, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, דהו"ל איני יודע אם נתחייבתי. וכתב לישב דזה הוי כחזקה דאין אדם נותן בסתם מתנה כיון שלא פירש. אבל כשהמקבל טוען שלא ניתן בסתם, ויתכן וניתן לו בהדיא למתנה או בפרעון חוב, ואינו יודע אם ניתן לו במתנה או לא, ויתכן שניתן לו להדיא במתנה רק אינו יודע, הו"ל כאיני יודע אם נתחייבתי. ועל עצם הסתירה בדברי הרמ"א מאכול עימי לדור בחצרי, כתב לישב ע"פ מש"כ מהרי"ט אלגאזי בנתיבות משפט, דבקרע כסותי שהוא מזיק בלבד ואינו נהנה, ודאי כוונתו על מנת להפטר, עיי"ש;

"ולפ"ז היה נראה באומר לאדם חשוב בא ואכול עימי, דפטור לשלם, למבואר בשו"ע חו"מ קצ ושו"ע אהע"ז כז דנתינה לאדם חשוב הוי הנאה ומתקדשת אשה ע"י זה וכן קרקע נקנה בזה, א"כ כיון דהבעלים נהנו ג"כ, נימא מסתמא כוונתו היה על מנת לפטור. ולפ"ז י"ל דלכך באומר לו דור בחצרי פטור אף בעביד למיגר, כיון דהבעלים ג"כ נהנו, דביתי מיתבי יתיב ושאינה יוכת שער, וכיון דשניהם נהנו, י"ל דמסתמא כוונתו על מנת לפטור."

דבאכול עימי אין לנותן כל הנאה, ע"כ ודאי דעתו לשכר, משא"כ בדור עימי, שיש לנותן בעה"ב איזה הנאה שהבית מיושב ולא עומד ריקם, בזה ודאי כוונתו שלא על דעת שכר. ולכאורה (וצ"ע אם כן) בנדו"ד יש איזה הנאה לעליון בחיזוק יציקת רצפתו, ויהיה תחתון פטור מלשלם לאמרי בינה, וצ"ע.

ועיין עוד בערך שי' סי' רמו, שהביא מתש' מקום שמואל לישב סתירת דברי הרמ"א, דבאכול עימי בא ההיזק מיד, דמיד נפסד מהאוכלים, משא"כ בדור עימי שההפסד הוא מחמת שיכל להשכיר לאחרים, אין ההיזק בא מיד והוי כמו גרמא, וע"כ פטור מלשלם, ועיי"ש מה שהקשה עליו הערך שי. ובספרו תשורת שי (קמא סי' קנו) כתב לישב, דבדור עימי, כיון שדיבר הנותן עם המקבל, היה לו לומר שנותן לו לדור דוקא בשכר, ואם לא אמר כן, אינו צריך ליתן לו שכר. אבל באכול עימי מדובר שלא היו ביחד באותה שעה, וע"כ אין טענה מדוע לא התנה בשכר. ומלבד שלכאורה צ"ע עצם החילוק, דוחק להעמיד דברי הרמ"א בהיכי תימצי כאלה. ומ"מ לשיטתו בנדו"ד שהיו שניהם נוכחים, אינו חייב לשלם.

והחתם סופר בתש' (חחו"מ סי' קיט) כתב לחלק בין אכול עימי לדור עימי, דבאכול עימי סוף סוף הזיק למאכל שאכל, והיינו שהפסידו לנותן, ואם היה מזיק לאוכל בכה"ג שאכלו, היה חייב מדין מזיק. אולם בדור עימי, למש"כ הרא"ש בב"ק ב"ו, הובא ברמ"א שסגור דאם לא דר בחצירו אלא שגזלו ממנו, דפטור מלשלם, א"כ גם אם גזלו פטור, ע"כ גם בדר אין לחייבו, דכל החיוב מצד שנהנה, ובה יכול לומר "הייתי מתענה", דהיינו מוצא לי מקום בחינם או גר ברחוב, עיי"ש. ובעיקר הדין כתב, דאין להוציא ממון נגד פסק הרמ"א, וכמש"כ הב"ח, ובפרט בנידון של החת"ס שיש אומדנות מוכיחות שנתן לו בתורת מתנה, עיי"ש. גם הגר"א וולקין בזקן אהרן ח"ב סי' קמו כתב לחלק, דבאכול עימי הוי ממש כמזיק, משא"כ בדור עימי לא מזיק לבית. וכל זה לכאורה דלא כקצוה"ח רמוב, וכמש"כ לעיל שכתב דאין לחלק בכגון זה.

לאמור לעיל נראה דיש לפטור את התחתון מתשלום, הן מכח הדין דדמי לדור עימי, ולכל הפחות הוי ספיקא דדינא דאין להוציא ממנו. ואם יש לחייב בכה"ג מכח זה נהנה וזה לא חסר וממה שנהגו לעשות כן וכמש"כ המבי"ט, אפשר דאף בכה"ג יש לחייב, אף שיש מקום לחלק ולומר דגם המבי"ט ובית דינו לא נהגו לעשות כן באומר לו דור עימי. וכיון דהדבר ספק יש לפשר. וכיון שהדין נוטה שפטור ורק מכח המנהג יש לחייב, יש לחייבו מכח הפשרה בשליש מהמחצית מעלות היציקה. דהכלל דכל היכא דהדין נותן לפטור, אין לחייב את מי שהדין נותן לפטור, ביותר משליש. וכאן הדין נוטה ברור לטובת שמעון הן מדין זה נהנה וזה לא חסר, והן מהדין של דור עימי, ויש לפטור את שמעון התחתון לגמרי (בנדו"ד שהעליון קנה את הדירה כמות שהיא מהקבלן), ורק מכח המנהג שכתב המבי"ט, וגם זה ספק אם נאמר גם בדור עימי וכנ"ל. כמו כן יש להסתפק ממש"כ השואל ומשיב שיש לחייב בדיני שמים, וגם זה צ"ע אם נאמר בדור עימי. לכן יש לפשר ולחייבו בשליש ממחצית העלות, וגם זה לענ"ד רק מכח לפנים משורת הדין, עיין בתש' מהר"מ מינץ סי' קא, וצ"ע לכופ בזה, עיין מש"כ בח"ד סי' כהו.

לאור האמור לעיל:

- א. אם ראובן העליון הוציא הוצאות על מנת לבצע את יציקת רצפת המרפסת, יש לחייב את שמעון במחצית עלות היציקה, איטום, טיח חיצוני (וכד', הרלוונטיים לתחתון).
- ב. במידה וראובן קנה כך את הדירה, ללא חישוב עלות נפרדת ליציקת המרפסת, כאשר מחיר המרפסת נבלע במחיר הדירה המחושב לפי חדרים, מעיקר הדין אי אפשר לחייב את שמעון להשתתף במחצית עלות כנ"ל, בפרט ששמעון פנה לראובן, וראובן הסכים לבניה ללא איזכור ענין השתתפותו הכספית של שמעון בעלות היציקה, מ"מ מכח המנהג כיון שכבר נהוג להשתתף, ראוי לפנים משורת הדין להשתתף בשליש ממחצית העלות, אך אין לכופ על זה.

סימן טו

קנין בהליכה

ראשי פרקים

- א. חזקה ללא שטר
- ב. קנין בהליכה
- ג. הוראת בעלות והוראת עבדות
- ד. קנין חזקה באכילת פירות
- ה. תנאי שתועיל ההליכה כקנין

ראובן רצה למכור מגרש לשמעון, ועשו ביניהם זכרון דברים שבו סיכמו את המחיר, וקבעו שיעשו חוזה ביניהם, ונאמר במפורש בזכרון דברים שאם לא יעשו חוזה מפורט תוך שבוע ימים, אין לזכרון דברים כל תוקף. לאמור - שני הצדדים יכולים לחזור בהם תוך שבוע ימים, לא חיוב בקנס וכד', וללא מתן טעם, כשהזכרון דברים כשמו כן הוא, העלו על הכתב הסכמות, שבפועל הן חסרות תוקף.

לאחר כמה ימים הודיע המוכר לקונה שהחליט לחזור בו מהמכירה בשלב זה, וציין שתוך חודש יחליט אם מוכרים את המגרש. לאחר כמה חדשים נפגשו ראובן ושמעון, וחזרו לנהל מו"מ בענין המגרש, וסיכמו לעשות חוזה מכר ע"ס ההסכמות שעשו בעבר. תוך כדי סיור במגרש, אמר שמעון לראובן בזה"ל: "הפעם זה סופי, ושלא תחזור מהעסקה, אז אני אעשה קנין חזקה, ומה שאני הולך פה זה קנין חזקה שלא תוכל לחזור בכך". ראובן מודה שכך אמר שמעון, אך טוען שלא קלט בדיוק את המשמעות, ושתק מחמת עייפות וכד'.

אחרי כמה ימים הודיע ראובן לשמעון שהוא חוזר בו, ואינו מוכן לעשות חוזה. שמעון תובע את קיום המכר מחמת ההסכמה והחזקה שעשה בהסכמת ראובן. ראובן טוען כי לא הסכים שיקנה ללא חוזה מסודר, וזה היה ברור מחמת ההסכמות, וכי ראובן אמר תוכ"ד הליכה שהוא קונה ושהפעם לא יחזור בו, ולא יחס לזה משמעות, בודאי שלא היתה הסכמה למכור ללא חוזה, שהרי סיכמו שמחזירים את ההסכמות מלפני כמה חדשים, ובהסכמה נכתב מפורש שכ"א יכול לחזור בו עד עריכת חוזה.

א. חזקה ללא שטר

גם אם היה כאן קנין חזקה כדת וכדין, יש לדון אם בנדו"ד קונה בקנין חזקה ללא שטר. הרא"ש פ"ק קדושין א, לו, כתב וז"ל:

"אמר שמואל, מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן. אמר רבא, לא שנו אלא שנתן לו דמי כולן, אבל לא נתן לו דמי כולן, לא קנה אלא כנגד מעותיו. וא"ת כיון שנתן דמי כולן, בלא חזקה נמי קרקע נקנה בכסף. וי"ל, דמיירי במקום שכותבין את השטר. ומשמע דדוקא דעשר שדות בעשר מדינות לא קנה אלא כנגד מעותיו, אבל בשדה אחת קנה בחזקה בלא מעות. מכאן יש לדקדק אף במקום שכותבין את השטר, אע"ג דכסף לא קני, חזקה קניא. והיינו טעמא משום דאליה קנין חזקה משום שעשה מעשה בגוף הדבר, מידי דהוה אמישיכה דקניא בלא כסף."

מבואר מדברי הרא"ש דחזקה מהני בפני עצמה, אף במקום שכותבין את השטר. וכן למד הב"ח קצב"ג בדעת הטור. ובר"ן קדושין (י, א מעמוה"ר) למד כן גם מדברי הרשב"ם ב"ב נא, א, והביא את הרמב"ן דמה דאיתא בגמ' לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אכולה מתניתין קאי, שלא מצינו שיפה כח חזקה מכח כסף אלא במה ששנו בברייתא קדושין כז, א. וז"ל הרמב"ן קדושין כז, א:

"לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה לא בכסף ולא בחזקה עד שיכתבו את השטר, דלא סמכא דעתייהו עד שיכתבו, ואע"ג דא"ל קני בכסף או לך חזק וקני לא קנה, אבל משיכתוב את השטר קנה באותו כסף או באותה חזקה, ואי פריש בכסף בלבד אקנה או בחזקה לבדה בלא שטר - קנה, כפי הטעם שפירשנו למעלה. וי"מ דאכסף בלחוד קאי אבל בחזקה קנה בכל מקום, דקניה אלימתא היא שהרי באה לרשותו, וזה דעת הר' שמואל שכתבו בפרק חזקת (נג, א), ואינו נכון שאעפ"כ לא מצינו שיפה כח חזקה מכח כסף אלא במה ששנו לקמן בברייתא, ואכולה מתניתין קאי."

מבואר מדברי הרמב"ן דאכולה מתניתין קאי, וגם חזקה לא מהני בפני עצמה, במקום שנהגו לכתוב שטר. (ועיין תש' הגר"ש אייגר, חחו"מ סי' ח). ומחלוקת זו הביאה גם הרב המגיד מכירה א, יט, וכתב דדעת הרשב"א דקונה כל היכא דלא עייל ונפיק אזוזי. ובכס"מ מכירה א, ח כתב דמדברי הרמב"ם שכתב דקנין כסף היינו במקום שאין כותבין שטר, וכתב את דבריו בה"ד, קודם שכתב ענין קנין חזקה, משמע דס"ל דחזקה קונה אף במקום שכותבין שטר. גם ברפ"ב ממכירה דייק הכס"מ מלש' הרמב"ם שכתב: "עבד כנעני הוא כקרקע לקניה ונקנה בכסף ובשטר או בחזקה". וזו גירסת הכס"מ, ולא כגירסה דידן: ... או בשטר ודייק הכס"מ דעבד כנעני נקנה בכסף ובשטר במקום שנהגים לכתוב את השטר, או בחזקה ללא שטר, אף במקום שנהגים לכתוב את השטר. ולפי גירסה דידן אין ראייה. וכן למד הלח"מ מכירה ו, טו בדברי הרמב"ם. וכן דעת רבי בצלאל אשכנזי בתש' סי' יז. ועיין עוד בשער המלך מכירה ו, יד. גם ברבינו ירוחם נתיב יא, א כתב דמהני חזקה אף במקום שכותבין שטר.

משפטיך סימן טו ליעקב רצה

ובמהרשד"ם חאהע"ז סי' קסד כתב דדעת הרמב"ן היא נגד רוב הפוסקים קמאי ובתראי. (והשואל שם ר"ל דלא מהני חזקה אלא עם כסף ושטר, ודחה מהרשד"ם דבריו, עיי"ש). גם הלח"מ בתש' לחם רב סי' קמב כתב דדעת הרמב"ן דעת יחיד, ואין לומר קים לי כדעתו, עיי"ש הקשה על הרמב"ן ומה שישב, ומ"מ כתב דאין לומר קים לי כדעתו. גם מהר"י אדרבי בתש' דברי ריבות סי' ש הביא את כל הראשונים דלעיל, והסיק דחזקה ללא שטר קני, אף במקום שכותבים שטר. וכן דעת היש"ש שהר"ן ג"כ הכריע במק"א דלא כרמב"ן. ועיי"ן בכנה"ג חו"מ סי' קצה הגב"י אות מז מש"כ בזה.

אמנם בנדו"ד שהסכימו ביניהם לעשות חוזה אצל עו"ד על פרטי העסקה, הרי הקפידו לעשות דוקא בשטר, ושללא שטר כ"א יוכל לחזור בו, שהרי כך היתה ההסכמה מקדמת דנא והסכימו על כך גם עתה. בכגון זה י"ל שלא יועיל כל קנין ללא שטר. כן נמצא בתש' אחיעזר (ח"ג מ,ה) בענין שכירות בכסף ללא שטר, דאף דלהלכה מהני שכירות בתים אף בכסף לחוד, מ"מ אם נראה מקפידים דוקא על שטר, לא מהני ללא שטר, וז"ל:

"אם אמנם שכתבו הפוסקים בטעם מה ששכירות קרקע קונה בכסף אף במקום שכותבין את השטר, דאין דרך לכתוב עליו שטר דסמכא דעת השוכר בלא שטר כיון דלימים קצובים שכרוהו. ולפ"ז היכא שנהגו לעשות קאנטראקטין גם בשכירות, י"ל דדמי למכירה. אך באמת אין המנהג ברור בזה, דיש שסומכים בשכירות דירות וחנויות אף בכרכים בלא שטר, ולא דמי למכירה שאין הלוקח והמוכר סומכים כל זמן שלא יעשה הקופצע הרשמית. שו"ר בס' משפט שלום בקונטרס משמרת שלום בסי' קצה, שהביא מתש' אבני צדק חחו"מ סי' נ"ה, דבמקום שנהגו בשכירות בתים לכתוב שטר, והשוכר לזמן מרובה ירא שלא יחזור המוכר ומקפיד בשטר, כה"ג בלא שטר לא סמכא דעת הקונה ולא קנה עד שיכתוב שטר, יעוי"ש. ולפ"ז ראוי לדעת אם הקפיד והתנה הקונה בכתיבת הקונטראקט, גם בשכירות יכולים לחזור דלא סמכא דעתיה"

מבואר דבמקום שניכר שלא סומך בדעתו בלא שטר, לא קונה ללא שטר. וכאן מוכח כן מכח הזכרון דברים הקודם שהיה ביניהם. לפ"ז נראה דבנדו"ד אף אם היה אומר לו לך חזק וקני, אינו סומך בדעתו לא הקונה ולא המוכר ללא שטר, אא"כ היו מתנים להדיא שמסכימים לקנות בחזקה זו אף בלא שטר, וכך היו אומרים במפורש, דבתנאי מהני אף בכסף במקום שכותבים את השטר, כמבואר בגמ' קדושין שם. אך ללא התנאה מפורשת שיחול הקנין חזקה אף בלא שטר, כיון שהתנו קודם לכן לעשות שטר, ושעד כתיבת השטר כ"א יכול לחזור בו, לא מהני חזקה גרידא.

ב. קנין בהליכה

על הא דתנן במשנה ב"ב צט,ב: מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד, מה שנתן נתן ושלל לא הגיעו, איתא בגמ' שם ק,א: ור' אליעזר, רבים במאי קנו ליה. בהילוכא (וכי בדיבור קנו לה, ומשני, בהילוכא דהאי שביררו הוא ההילוך, ובענין זה ביררו אותם שהלכו לשם - רשב"ם), דתניא: הלך בה לארכה ולרחבה, קנה מקום הילוכו, דברי ר' אליעזר, וחכמים אומרים אין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק (להשוות קרקע לחרישה או נעל וגדר ופרץ כל שהוא, והא דאמרין בפ"ק דב"ק (ט,א) אימת היא חזקה מכי דייש אמצרי, לאו בהילוך מיירי אלא בהגבהת המצר ודש הקרקע לתקן את המצר ולחזקו, דהיינו נעל וגדר). אמר ר' אלעזר, מ"ט דר' אליעזר, דכתיב: (בראשית יג) קום התהלך בארץ לארכה ולרחבה כי לך אתננה. ורבנן, התם משום חביבותא דאברהם הוא דקאמר ליה הכי, כדי שיהא נוח לכבוש לפני בניו (דהווי להו כיוורשין ולא כגזלנין, ולא יהיה רשות לשטן לקטרג ולא פתחון פה [לבעל] מדת הדין). א"ר יוסי בר' חנינא, מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים, הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך (דרך הנאת המעשה קונין אותו, כדאמרין בחזקת הבתים (נג,ב) הציע מצעות בנכסי הגר קנה).

ומדברי הרשב"ם בבאור דעת חכמים במעשה ההליכה שהצטווה אברהם אבינו להתהלך, דהיה זה למראית עין ולא מעשה קנין, דלמעשה נקנה באמירתו של הקב"ה לך אתננה ולזרעך. או במה שאמר לו אח"כ בברית בין הבתרים: לזרעך נתתי את הארץ הזאת (בראשית טו,יח). רק אומות העולם שאינם יודעים ואינם מאמינים שכך נאמר לאברהם אבינו, יאמרו גזלנים אתם, ע"כ עשה מעשה שאומות העולם יראו בו מעשה בעלות, דמשום חביבותא דאברהם, שלא יאמרו לזרעו גזלנים אתם. אך לדעת חכמים, אין בהליכה משום קנין. ובריטב"א בסוגיא כתב לבאר:

"ורבנן משום חביבותא דאברהם. פירוש, להודיעו המתנה שנותן לו. ובמדרש אמרו שתהא נוחה לכבוש לבניו, כלומר שלא יפסידוהו זרעו בעונותיהם ושלא יוכל שטן לקטרג. אי נמי, שיבואו בטענה ובעידי אבות על שבעה עממין, ושלא יהא נראה כגזל. אבל אברהם ע"ה לא קנאה בהילוך אלא בדיבור, דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, ועוד דהא כתיב ויט שם אהלה והחזיק בה בשיבה, וקיי"ל מכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולם."

מבואר מדברי הריטב"א, דהציווי קום והתהלך היה בגדר הודעה שכבר נתן, וכמש"כ בבאור דעת הרשב"ם. והחילוק בין פרוש ראשון לאי נמי, מי יקטרג, השטן או אומות העולם. ומ"מ עיקר הקנין היה מחמת הדיבור והאמירה של הקב"ה, וכמו דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, הוא הדין אמירה מגבוה, שאינה צריכה קנין, והקנין היה כשנטה אהלו והחזיק בה, דמהני לכל הארץ, כדין י שדות ב' מדינות. ועיין רש"י (בראשית טו,יח):

לזרעך נתתי את הארץ הזאת, שהוא לשון עבר; "אמירתו של הקב"ה כאילו היא עשויה". (ועיין בראשית רבה, פרשה מד: ר' הונא ור' דוסתאי בשם רשב"ג, אף מאמרו של הקב"ה מעשה, שנאמר, לזרעך נתתי. אתן את הארץ הזאת, אין כתיב כאן אלא נתתי את הארץ הזאת. והוא המקור לדברי רש"י). ואולי הוי בבחינת אודיתא, וצ"ע.

[ולכאורה יש להקשות לחכמים דקנאו באמירה של הקב"ה, וכן לר"א דקנאה בהליכה, דא"כ מדוע היה צריך אברהם אבינו לקנות מעפרון את מערת המכפלה, הרי כבר היתה שלו. וראיתי בחתם סופר יור"ד ח"ב סי' שלא, דאברהם אבינו לא רצה שתהיה שרה קבורה רגע אחד בקבר שאינו נקרא על שמה. גם בשואל ומשיב (מהדורא תליתאה, ח"א סי' ר) הקשה קושיא זו, וכתב לבאר דרך משבאו האבות, זכו למפרע מאברהם אבינו. וגם אם נאמר שאברהם אבינו קנה מיד הארץ ע"י קנין חזקה בהליכה של קום והתהלך וכו', כיון שלא התפרסמה בין האומות האמונה האלוקית השלטת בארץ, נראה היה בעיניהם כגוזל; "וממדת טובו של אברהם אבינו וממוסרו הטוב הנוהג בחסדו עם כל איש, היה שיקנה בכסף מלא, שלא יהיה נראה כגוזל". עוד כתב דאם היה אברהם אבינו בא לעפרון בטענת בעלות, היה עפרון משחית הקרקע.]

ויש להבין לדעת ר"א דקונה בהליכה, אם הוא כמו קנין חזקה, וכנעל גדר ופרץ, יכול גם ללכת, או שהוא קנין בפני עצמו. ולכאורה נראה נפק"מ, דדין קונה בחזקה י שדות ב"י מדינות שהתחדש בקנין חזקה, דבקנינים שעושה קנין בדבר אחר, כגון בכסף שטר או סודר, הרי ודאי יכול לקנות הרבה, אבל בקנינים שבהם עושה מעשה קנין בגוף הדבר הנקנה, כגון במטלטלין במשיכה או הגבהה, ובקרקעות חזקה, שעושה מעשה בגוף החפץ או הקרקע, מהיכי תיתי שיקנה קרקע שנמצאת במק"א ואינה חלק מהקרקע שבה עושה מעשה. ולמסקנת הגמרא קדושין כזב, מהני, מפני דסדנא דארעא חד הוא, והן מחוברות. (ועיין בר"ן קדושין יב - יא, בעמוה"ר דהא דבעינן שיתן דמים, ולא מהני בלא נתן דמים, אף דלא עאיל ונפיק אזוזי, דהוי קנין שעושה באחד לקנות אחר - קנין גרוע, עיי"ש). ולכאורה צ"ב, אם גם כסף ושטר קונים י שדות ב"י מדינות בפרוטה אחת וכן בשטר אחד, מה עדיף קנין חזקה על קנין כסף ושטר, דהא גם הם קונים י שדות ב"י מדינות. ונראה דקנין כסף ושטר של י שדות, הרי הקנין כסף ושטר הוא בכל שדה ושדה, משא"כ בחזקה הוא רק בקרקע שעושה חזקה, ובכל זאת מהני לי' שדות, ובוזה עדיף מכסף ושטר. וכבר הקשו הראשונים (עיין תוס' קדושין כזב, ד"ה בד"א ובר"ן הנ"ל, ועוד), דאי בעינן שיתן לו דמי כולן, יכול לקנות מדין כסף. ובתוס' תירצו דנפק"מ למתנה, או כשהיה חייב המוכר לקונה, דבחווב לא יכול לקנות, וע"כ קונה בחזקה. והרשב"ם ב"ב סז,א (ד"ה כיון) כתב בבאור הטעם שקונה את ה' שדות, וז"ל:

"כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן; וכדמפרש בפ"ק דקדושין (כז,א) שנתן לו דמי כולן, דכיון דקיבל המוכר כל הדמים של עשר השדות, הרי אשתעבוד כולהו

ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו, ודי לן בחזקת אחת מהן, וכדמפרש טעמא בב"ק דסדנא דארעא חד הוא, כל השדות אדוקין בגוף קרקע של עולם שהוא אחד וכמו שהחזיק בכולהו דמי. והא דאמרינן בחזקת הבתים (נג) שני שדות ומצר אחד ביניהן החזיק באחת מהן לא קנה חבירתה, לא תקשי לשמואל, דהתם בנכסי הגר קאי דממילא קא קני בלא מתן מעות, הלכך לא קנה אלא אותו שהחזיק "...

מדברי הרשב"ם מפורש שהקשר בין הקרקעות, שיועיל מעשה קנין באחת לקנותה ולקנות חבירתה, יכול להיות רק אם התקיימו שני קשרים: החיבור דרך הסדנא דארעא, שכולם קרקע אחת. וזה אינו מספיק, וצריך שיהיו מחוברות ללוקח דרך השעבוד שמשועבדות לו בנתינת הדמים, ורק אז מועיל מעשה החזקה באחת לכולן (ועיין עצמות יוסף קדושין כז, ב דע"י המעות הם סמוכין, ואפשר שכוונתו למש"כ הרשב"ם).

והראשונים נחלקו אם מהני לקנות י שדות ב"י מדינות כשנותן לו במתנה. דעת התוס' בקדושין כז, ב הנ"ל (לתרוץ ר"ח), דמהני במתנה אף בלא דמים מה שהחזיק באחת. וכן כתב הרמב"ם מכירה א, כ: "... במה דברים אמורים שנתן דמי כולן, אבל אם לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו, לפיכך אם היו הכל במתנה קנה כולן ...". וכן דעת המחבר בשו"ע חו"מ קצב, יב. ואף לסברא שכתבו הראשונים לחלק בין נכסי הגר, דלא מהני להחזיק בשדה אחת ולקנות י שדות, לקונה י שדות, דבנכסי הגר ליתא לדעת אחרת שתקנה, עיין נימוק"י ב"ב לו, א בעמוה"ר), א"כ במתנה שיש דעת אחרת מקנה, מהני לקנות. ואף לשיטת הרא"ש ב"ב ג, ס במתנה מהני אם אמר לו המוכר החזק באחת מהן וקנה כולן (ועיין ברמ"א חו"מ קצב, יב דלא הביא דמהני לרא"ש באומר החזק באחת מהן וכו', ובנתיבות ה שהקשה עליו. ועיין עוד מחנה אפרים שכירות ב דדעת הרא"ש כרשב"ם. וצ"ע, לרשב"ם איך מהני מה שאומר המוכר חזק באחת מהם וכו', דהא אין כאן שעבוד שמאחד בין כולם. ואפשר דאמירת החזק באחת מהם וכו' של המוכר, היא המאחדת את השדות ומקשרת אותן למוכר, ועושה את אותה פעולת איחוד שעושה השעבוד, שיכול לקנות י שדות בחזקה של אחת).

והנה לענין קנין בהליכה נראה שהיה צריך להועיל שיקנה בהליכת הארץ במקצת - את כולה. אמנם בגמ' שבת קיח, א-ב איתא: אמר רבי יוחנן משום רבי יוסי, כל המענג את השבת נותנין לו נחלה בלי מצרים, שנאמר (ישעיהו נח) אז תתענג על ה' והרכבתיך על במתי ארץ והאכלתיך נחלת יעקב אביך וגו'. לא כאברהם שכתוב בו (בראשית יג) קום התהלך בארץ לארכה וגו', ולא כיצחק שכתוב בו (בראשית כו) כי לך ולזרעך אתן את כל הארצות האל, אלא כיעקב שכתוב בו (בראשית כח) ופרצת ימה וקדמה וצפונה ונגבה. וברש"י בד"ה לארכה ולרחבה כתב דאברהם אבינו שנאמר בו קום והתהלך בארץ וכו', הכוונה לארץ זו ולא יותר. ובפשטות היה נראה לבאר ברש"י, דאברהם אבינו קנה רק את ארץ ישראל, וכן יצחק, אבל יעקב אבינו שנאמר בו ופרצת,

קנה ללא מיצרים וגבולות. אבל בשפת אמת כתב שם לבאר ברש"י, דאברהם אבינו קנה רק את מקום הילוכו, וז"ל:

"לא כאברהם שכתוב בו התהלך בארץ וכו', פי' רש"י לארכה ולרחבה - ארץ זו ולא יותר, [וכ"מ בב"ב (ק,א) בפלוגתא דר"א ורבנן, דלא ניתנה לו הארץ אלא במקום הילוכו ולא יותר עיי"ש], וקשה דגם באברהם כתיב התם; שא עיניך וראה וגו' צפונה ונגבה וגו', ומשמע דגם לדידי' ניתנה הארץ לארבע רוחות העולם."

מבואר בשפת אמת דלרש"י לא קנה אברהם אבינו אלא מקום הילוכו, והקשה, דאף דמהפסוק קום והתהלך קנה רק מקום הילוכו, מ"מ נאמר בו: שא עיניך וראה וכו', דקנה ללא מיצרים. ומ"מ מבואר דבהליכה אינו קונה אלא מקום הילוכו, ואף שדעת מקנה היתה שיקנה את כל הארץ. (אא"כ נאמר שפה כוונתו שיקנה רק הילוכו, ואת כל הארץ נתן אח"כ ב"שא עיניך ..."). ולפ"ז יצא שקנין הליכה שונה מקנין חזקה, דבחזקה קונה גם במתנה י שדות ב"י מדינות, לכ"ע אם אמר לו כך הנותן, ובהליכה אינו קונה אלא מקום הילוכו. אך בעצם פרוש השפת אמת צ"ב, דמי הכריחו לפרש כן, דבפשטות אפ"ל ברש"י דקונה את כל הארץ, רק יש לזה גבולות ומיצרים, משא"כ יעקב אבינו: ופרצת ימה וקדמה וכו'. ומצאנו מעין זה במדרש רבה (רות ז,א), שאברהם אבינו קנה רק מקום הילוכו לדעת רבי אליעזר, וכן במדרש רבה בראשית מא,י:

"קום התהלך בארץ, תני הלך בשדה בין לארכה בין לרחבה קנה עד מקום שהלך כדברי רבי אליעזר, שהיה ר"א אומר הילוך קנה, וחכמים אומרים לא קנה עד שיהלך לארכה ולרחבה."

מבואר במדרש דלר"א שקונה בהילוך, אינו קונה רק מקום הילוך. ואפשר דעפ"ז ביאר השפת אמת את דברי רש"י כנ"ל. ולפ"ז י"ל דקנין הילוך הוא קנין בפני עצמו ואינו כדין קנין חזקה שיקנה שדה אחרת, וצ"ב מדוע דוקא בחזקה קונה י שדות, ובהילוך לא.

ג. הוראת בעלות והוראת עבדות

ובאור החיים עה"ת (בראשית יג, טו-יז) כתב בבאור המקראות בקנין אברהם אבינו ע"י הילוך, וז"ל:

"הנה ידוע כי שעור חוש הראות הוא מוגבל באדם את אשר ישיג לאור השמש, וכאן עשה לו ה' נס שנתקרב קצות הארץ וראה הכל, ובאמצעות הדבר החזיק בכל הארץ, כי אין לך חזקה גדולה מזו שיעתק צור ממקומו להתקרב לפני אדוני הארץ, ולא ירחיק דעתך דבר זה, כי מצינו שקפצה הארץ לעבדו, וגם נקפלת

תחת בניו. קום והתהלך בארץ וכו'. בפרק המוכר את הפירות (ב"ב ק"א), תניא, הלך בה לארכה ולרחבה, קנה בה מקום הלוח, דברי ר"א, וחכמים אומרים לא קנה עד שיחזיק ... הנה לסברת ר"א הגם שהחזיק בתלישת הארץ וסמיכתה לפניו כמו שפירשנו, אע"פ כן ממה שאמר הכתוב קום התהלך וגו', ללמד תורה בא שהליכה הוה חזקה. ולסברת חכמים דמשום חביבותא וכו', חזקת הארץ לזכות אברהם זכה מדין הכתוב למעלה, ואין למדין מכתוב זה, כי חביבותא דאברהם יכוון.

מבואר מדברי האו"ח, דהחזקה שבה קנה אברהם אבינו את ארץ ישראל היתה בפעולת קיפול הארץ, שעשה הקב"ה נס וקיפל כל ארץ ישראל באופן שיוכל לראות ויתקיים ציווי ה' - שא עיניך וגו'. וזו היתה החזקה. אבל ההליכה, היא מחלוקת ר"א וחכמים אם הוי חזקה. ומ"מ גם לחכמים וגם לר"א, קיפול הארץ לצורך ראייתה ע"י אברהם אבינו, היא החזקה, רק לר"א נלמד גם קנין הליכה מקום והתהלך וכו', אבל לכ"ע החזקה בקיפול הארץ: "כי אין לך חזקה גדולה מזו שיעתק צור ממקומו להתקרב לפני אדוני הארץ". וצ"ב, דלכאורה החזקה שמצאנו היא גדר נעל ופרץ וכד', שעושה הקונה פעולה בקרקע, והיכן מצאנו חזקה ללא פעולה מצד הקונה.

ונראה דענין החזקה כמו שנתבאר בראשונים ובאחרונים הינה הוראת בעלות, עיין ברבינו יונה בעליות נב, דנעילת הבית "דרך חזקה היא שמחזיקין בה כמו שאדם מחזיק ונוהג בשלו, שנועל ביתו ומונע כל אדם מליכנוס שם". דמעשה המורה על בעלות, הוא מעשה הקנין הקונה בקרקע מדין חזקה. והוראת בעלות יכולה להיות ע"י שני אופנים: או שהבעלים מורים על בעלותם בקרקע, שהם אדוני הקרקע, או שהקרקע מראה עבדות לאדון, שגם בזה ע"י מעשה הקרקע מוכחת בעלותו ואדנותו של הקונה בקרקע. ע"כ המעשה המורה על בעלות יכול להיות או מצד הקונה, בנעל גדר ופרץ, או מצד הקרקע.

וכמו שמצאנו בגמ' ב"ב נג,ב: אמר רב עמרם, האי מילתא אמר לן רב ששת, ואנהרינהו עינין ממתניתא: המציע מצעות בנכסי הגר - קנה (ושכב שם על הקרקע בנכסי הגר - קנה, ואף על גב דלא היינו נעל וגדר ופרץ, שלא תיקן שום תיקון בקרקע אלא שנהנה גופו מן הקרקע, ששמשו הקרקע, הוי חזקה. ונראה בעיני דמהכא ילפינן דנפקא לן קרקע נקנה בחזקה בקדושין מהאי קרא ושבו בעריכם אשר תפשתם, במה תפשתם - בשיבה. ועוד, מדכתיב וירשתם אותה וישבתם בה, במה ירשתם בשיבה. והיינו בכלל ישיבה כששוכב על הקרקע - רשב"ם. וע"ע בנימוק"י כח,ב בעמוה"ר שגם פירש כך). ואנהרינהו עינין ממתניתא, מאי היא, דתניא, כיצד בחזקה, נעל לו מנעלו (עבד לרבו ששימש העבד לרבו הויא חזקה. וכן כולן, אף הציע מצעות ששמשו הקרקע - קנה - רשב"ם), או התיר לו מנעלו, או שהולין כליו אחריו לבית המרחץ, והפשיטו והרחיצו, סכו גרדו והלבישו והנעילו והגביהו - קנאו. אמר ר"ש, לא תהא

חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. מאי קאמר, הכי קאמר, הגביהו לרבו - קנאו (כגון שהיה צריך להגבהה זו, כגון להעלותו למטתו, קנאו לעבד בהגבהה זו, שהרי שימש לרבו שנסמוך עליו, והיינו דומיא דהציע בנכסי הגר, דכיון שנסמך ונשען בשכיבתו על הקרקע קנאה), הגביה רבו לו - לא קנאו. אמר ר"ש: לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. מבואר בגמ' דענין חזקה שמהותה הוראת בעלות, יכולה להעשות גם ע"י שהעבד/ הקרקע, עושים פעולת בעלות לקונה, ומראים בפעולתם שהוא האדון והוא הבעלים, וע"כ מעשה החזקה של הוראת בעלות, לא צריך להעשות בדוקא ע"י הקונה, יכול להעשות גם ע"י החפץ הנקנה, וכמו עבד שסכו לרבו ונעלו, שבכך מורה שמקבל הפעולה הוא אדונו, וכך בקרקע שמהנה למי שמציע עליה מצעות. ומש"כ בתוס' שם (ד"ה המציע, וכן ברא"ש הס"א) דדוקא מציע, אבל הלך בבית או מצא מיטות מוצעות ושכב עליהם, לא קנה, דתשמיש חשוב בעינן, היינו דאין בזה הנאה חשובה ופעולה חשובה מצד הקרקע המראה עבדות לקונה. והרשב"א בסוגיא, כתב וז"ל:

"המציע מצעות בנכסי הגר קנה, כלומר שהציע מצעות עליהן ושכב או ישב עליהן קנה, לפי שנהנה גופו מגוף הקרקע, ואינו דומה לאכילת פירות שאינה חזקה, דהתם לא נהנה מגוף הקרקע אלא מפירותיו. והא דאנהר לן רב ששת עיינין ממתני', היינו מדקתני הגביהו לרבו קנאו שגוף האדון נהנה מגוף העבד. ואני תמה, א"כ מאי טעמא נקט הציע מצעות, אפי' יושב על הקרקע או ששכב עליו בלא מצעות, וכדאמרין בקדושין (כו,א) בחזקה מנא לן דכתיב ושבו בעריכם אשר תפשתם, במה תפשתם - בישיבה, ואפשר דכל ששכב על גבי קרקע אין זה דרך הנאה, ובכי הא לא קנה. ויש מי שפירש, הציע מצעות, שייפה הקרקע בהצעת מצעות - קנה, והרי זה כסיד וכיור וצר צורה שקונה בנכסי הגר, לפי שמתקנו ומייפהו. ואנהר לן עיינין מדתנינן סכו הלבישו, כלומר האדון הלביש את העבד. אלא שגם זה צל"ע, שלא אמרו סיד וכיור אלא במייפה גוף הקרקע, אבל במציע מצעות אינו מייפה ומתקן כלל בגוף הקרקע."

מבואר מדברי הרשב"א דהנאה זו שמציע מצעות ושוכב, חשיב הנאה מהקרקע, ולא דמי לאכילת פירות. ומה שהקשה מדוע לא סגי בשכיבה בלא מצעות, כבר כתבו הראשונים דבלא מצעות לא הוי הנאה חשובה. (ועיי' בריטב"א בסוגיא שגם ביאר שנהנה גופו מגוף הקרקע, ובחילוק מאכילת פירות). והביא את הר"י מיגאש (ראה רב המגיד זכיה ומתנה ב,ד) דבמציע מצעות עושה פעולה בגוף הקרקע. ולפ"ז דמי ממש לחזקה של נעל גדר ופרץ. ופירש את המשנה בסכו גרדו וכו', דהאדון רחץ לעבד. וצ"ל שהביא משנה זו לראיה, שאפילו עושה פעולה חיצונית בחפץ, ג"כ חשיב חזקה. אלא שהרשב"א הקשה דבמצעות אינו מתקן גוף הקרקע. ואף שמצאתי עוד ראשון

שאומר כר"י מיגאש, עיין בראב"ד שהביא השטמ"ק בסוגיא, מ"מ מהראשונים מבואר דמיירי בחזקה שהקונה נהנה מהקרקע וכמו שנתבאר.

ועיין בשו"ע חו"מ ערה, טו שכתב: "המציע מצעות בנכסי הגר, כיון שייפה הקרקע בהצעתו, קנה". מבואר בטעם הדין, כיון שיפה גוף הקרקע, וזה לכאורה לא כמש"כ לעיל מהראשונים הנ"ל. אלא שדברי השו"ע לכאורה סותרים זא"ז. דבנכסי הגר כתב שיפה גוף הקרקע, ובקנין חזקה במקח וממכר, כתב וז"ל: "הציע מצעות בבית או בשדה ושכב עליהם, או ערך שלחן ואכל, ולא עוד אלא אפי' נתן כליו לתוכו או צבר בו פירות הראוים לצבור, קנה". הרי שלא הזכיר שיפה גוף הקרקע. וגם כתב ששכב עליהם או ערך שולחן, מה שלא כתב בנכסי הגר. והנראה בזה, דהנה הגר"א בבאוריו לחו"מ קצב, יא, על דברי המחבר הנ"ל, כתב וז"ל:

"הרמב"ם וטור השמיטו, דס"ל דוקא לענין נכסי הגר איתמר, וכ"כ בסי' ערה, יג יש דברים רבים כו' ופורט והולך וכ' המציע מצעות כו' אבל כאן כתב בב"י דכ"ש הוא מנכסי הגר, כיון דאיכא דעת אחרת מקנה, ואין דבריו מוכרחים."

דבנכסי הגר י"ל דלא מועיל מה שהעבד/ הקרקע מורה עבדות בקונה, דמהיכי תיתי החפץ יכול לפעול ולהראות עבדות. ובשלמא בדעת אחרת מקנה, במקח וממכר, הרי אמירת לך חזק וקני של הבעלים, נותן את הכח גם לקרקע ולעבד להראות עבדות בקונה. אבל בנכסי הגר, יש רק קנין מצד פעולת הקונה. וע"כ ס"ל למחבר דלענין נכסי הגר בעינן שייפה גוף הקרקע, שתהיה זו הוראת בעלות מצד הקונה. משא"כ במקח וממכר שאמר המוכר לך חזק וקני, יכול לקנות גם ע"י הוראת בעלות שבאה מצד מעשה העבד או הקרקע, שמראים עבדות בקונה. וס"ל למחבר, דהר"י מיגאש והראב"ד מיירי לענין נכסי הגר, והראשונים שפירשו שאין צריך ליפות גוף הקרקע, מיירי לענין מקח וממכר.

והגרשש"ק בשערי יושר ז, ח (ד"ה וע"פ) כתב דבחזקה שהיא ע"י הנאת הגוף, לא שייכא בזה שליחות, שיעשה העבד פעולת סיכה ורחיצה בשליח של הקונה, ודוקא לרבו מהני לעשות חזקה כזו, וז"ל:

"וע"פ זה נלענ"ד דבמכר ומתנה הנעשה ע"י חזקה של הנאת הגוף, כמו דמבואר בחו"מ קצב, ט, הציע מצעות בבית ובשדה ושכב עליהם, שקונה הקרקע ע"י זה, דאף שלא יהני בקנין כזה ע"י שליח, דבהנאת הגוף לא שייכא שליחות, וגם הוא היפוך כונת הקנין, דהכונה בקנין זה מה שהקרקע משתמשת ומהני לבעלים, וכמו בעבד המשמש לרבו שסכו וגרדו, וכשהקרקע משמשת לשליח ולא לאדון והבעלים, הוא היפוך מטרת וכונת הקנין. מ"מ נלענ"ד ברור שתנאי יהני בזה לבטל את המעשה, דאף דבמעשה קנין זה לא מהני שליחות, אבל כיון דבעיקר ההקנאה אפשר לקיומיה ע"י שליח ע"י שאר מעשה הקנינים, כיון דגם ענין זה

של מציע מצעות הוא בגדר מעשה הקנין, ואף שכתב הרשב"ם שם ב"ב נגב, דילפינן זה מקרא ושבו בעריכם, במה תפשתם - בישיבה, וכששוכב על הקרקע הוא בכלל ישיבה, עיי"ש. אבל זה מגדר חזקה כשאר מעשה הקנינים, ועיקר כח החלות הוא מחמת רצון הקונה והמקנה, ולכן מסתבר לומר דמהני תנאי. ורק בקדושי ביאה אם לא היה נלמד בהיקש, היה מקום לומר דמה שאמרה התורה ובעלה, שנעשה בעל ע"י ביאה, שאינו ענין לשאר מעשה הקנינים של קדושין, אלא שע"י ביאה נעשה בעל ודמי לחליצה, אלא משום דאתקוש הוויות להדרי, ידעינן דגם ביאה הוי מעשה קנין ככסף ושטר, כנלענ"ד בזה."

דכאשר נועל גודר וכו', ומורה בעלותו בקרקע, הרי מעשה כזה של הוראת בעלות, יכול להעשות ע"י שליח, כיון שהמעשה הוא מעשה של הוראה ממונית של בעלות, ומעשה כזה יכול להעשות ע"י שליחו שיורה בעלות בקרקע. משא"כ מעשה חזקה של הנאת הגוף, זו הוראת עבדות של החפץ בבעלים, וכמש"כ לעיל, וכמו שנלמד מעבד שסכו לרבו. מעשה של הוראת עבדות בעצם מהותו אינו אלא כלפי הבעלים ממש, שהחפץ מורה עבדות בגוף הבעלים, דרך מעשה כזה שעושה בגוף האדון/ הבעלים, הוא מעשה המורה עבדות. אם יעשה מעשה כזה לנכסיו של האדון, לבנו ובתו, לא יהיה בזה מעשה של הוראת עבדות שיהיה מעשה של קנין חזקה. מעשה של עבדות, אינו ענין של ממון גרידא, זו פעולה שבה מראה הקרקע את היותה עבד לקונה, וממילא את היות הקונה בעלים ממוניים על הקרקע. הוראת עבדות היא כלפי האדון עצמו וגופו, ורק כך מראה הקרקע את היותה עבד לבעליה. אמנם אף שאינו בשליחות, אין זה מחמת עצם הקנין חזקה אלא מחמת צורת המעשה. וכמו שלנעילת הבית וגדרתו ופריצתו, יש את האופנים שלו, וכל סטיה מגדרי האופן, לא יהיה קנין חזקה. כך גם לקנין חזקה של הנאת הגוף, יש את הגדרים והאופנים שלו. העובדה שהקנין לא יכול להעשות ע"י שליח, אינה מחמת מניעה בעצם הקנין אלא מניעה באופן של מעשה הקנין. זו צורת הקנין. כמו שלצורת אחרות יש את האופן שלהם, כך גם להנאת הגוף יש את האופן שלה. אך אין כאן מניעה דליתא בשליחות. ישנו בשליחות בעצם, רק אם יהיה בשליחות לא יהיה הנאת הגוף, לא תהיה הוראת עבדות, וע"כ איתא בתנאי. ובדרך זו ראיתי לבאר מש"כ בתרגום יונתן בן עוזיאל בפרשת שלח יג, כ, שמשח רבינו ע"ה אמר למרגלים "והתחזקתם ולקחתם מפרי הארץ", וז"ל התרגום: "ותעבדון חזקתא", איך שייך חזקה בזה. והיה נראה לבאר ע"פ מה דאיתא במדרש רבה במדבר טז, טו (הובא גם ברש"י שם פס' כה):

"והלא את מוצא שהלכו מן הדרום לצפון מ' יום ומ' יום היו מהלכין את כולה, אלא שגלוי היה לפני הקב"ה שהן באים ואומרים לשון הרע על הארץ ונגזר על אותו הדור שנים של צרה יום לשנה יום לשנה, וקיפץ הקב"ה לפנייהם את הדרך. "

ונראה דקיפץ להם הדרך היינו שהתקפלה הארץ או שהיתה נוחה ללכת באיזה דרך, ובזה עשתה הארץ הוראת עבדות במרגלים, וע"כ מהני חזקה. אמנם למש"כ הגר"ש שקופ דל"מ הוראת עבדות בשליח, כאן שהיו המרגלים נציגי השבטים, הרי כ"א זוכה לשבטו מדין שליחות או זכיה, עיין קדושין מג,א.

ד. קנין חזקה באכילת פירות

ונחלקו הרמב"ם והראב"ד האם אכילת פירות הוי קנין חזקה. שיטת הרמב"ם בהל' מכירה א,טו-טז דמהני אכילת פירות כדי לקנות בקנין חזקה. ודעת הראב"ד שלא נאמרו הדברים אלא לענין חזקת ראייה של אכילת ג שנים, אבל לא לקנין חזקה, וז"ל:

"היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה, ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם וכיוצא בזה משאר התשמיש. המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה, או שאסף פירות האילן או זמרו וכל כיוצא בדברים אלו, הרי זה קנה שהרי החזיק, ואין אחד מהן יכול לחזור בו, וכן אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח, קנה לוקח מיד בחזקה, שהרי גילה דעתו שהקנה לו שדה זו קניין גמור ונעשו פירותיה שלו. (והראב"ד השיג): הא מילתא לא מיחוורא, דהא חזקה אכילת פירות היא ואכילת פירות לא מהני אלא כנגד טענה, אבל למיקנא בה ארעא לא קני אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר."

ובקצוה"ח קנג,ג וקפט,א כתב דכאשר מקנה לו רק לפירות, הרי שאכילת הפירות הוי חזקה לכ"ע, וראיה משביל של כרמים, דמודים חכמים לר"א דהואיל ונעשה להילוך, נקנה בהילוך. ובזה תירץ איך בחזקת תשמישין קנה, דכיון שקונה רק לתשמישין, קונה בחזקה של שימוש באותו תשמיש, ואין הבדל אם נועד לתשמיש זה או לא, כיון שמקנה לו רק לתשמיש זה, קנאו בעשיית אותו תשמיש, וז"ל:

"קשיא לי טובא, בלא טענה היכי משכחת לה, נהי דשתיקה הוי מחילה, במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה, בשלמא ע"י טענה משכחת לה שטען שקנאו ממנו במחיר כסף או בשטר וחזקה, אבל בלא טענה אלא שראה ושתק ומחל לו, אמאי אינו יכול לחזור, כיון דליכא קנין. ולהרמב"ם ניחא, דאיהו ס"ל בפ"א ממכירה (הט"ו) דקרקע נקנה באכילת פירות ע"ש, א"כ ה"נ קנאו בשימוש זה דהוי כמו חזקה ותו אינו יכול לחזור בו, אבל דעת הראב"ד דאכילת פירות אינו אלא לראיה בחזקת שלש שנים אבל לקנין לא מהני, וכן דעת הרשב"ם סוף פרק חזקת (ב"ב נד,א ד"ה דשדא) וכן דעת הרמב"ן (קידושין כב,ב ד"ה מתני') והרשב"א (שם ד"ה ת"ר) והר"ן (שם ח,א מעמוה"ר) והרא"ש (קדושין א,כח)

והטור (חו"מ קצב,יא), וא"כ לדעת הנך פוסקים במה קנאו שלא יוכל לחזור בו. והפוסקים דא"צ טענה מכללם נמי הנך דס"ל דאכילת פירות אינו קונה, וצ"ע. ולכן נראה לענ"ד מזה, דאע"ג דאכילת פירות אינו קונה, היינו דלא מהני שיקנה בזה גוף הקרקע, אבל אם נתרצו הבעלים להקנות לזה לאיזו תשמיש ועשה השימוש ההוא מדעת בעלים, קנאו לתשמיש זה שלא יוכל לחזור בו, וכהאי דאמרינן בהמוכר פירות (ב"ב ק,א) מודים חכמים לר' אליעזר בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך קונה בהילוך, וכ"כ בטור סימן קצ"ב (סעיף ח') בדבר שתשמישו להילוך דקנאו בהילוך, וא"כ אפשר דאפילו בדבר שתשמישו לדבר אחר, וקנאו ממנו לתשמיש מיוחד, מכי עשה תשמישו קנאו לתשמישו.

וכן כתב במחנה אפרים (שכירות סימן א) לענין מי ששכר בית והניח שם כלים, כיון שכל ענין השאלה והשכירות אינו אלא זכיה בפירות, דהיינו שימוש כדרך תשמישו, כך היא גם דרך זכיותו וקנינו, וכעין מה שמודים חכמים לר"א בשביל של כרמים. וכן דעת הט"ז חו"מ קצב,ז לענין קונה מקום בבית כנסת, דקונה בישיבה, דכיון דכל תשמיש המקום הוא בישיבה, קנה בישיבה. והנתיבות בס"ק א הביא את הט"ז, וכתב עליו:

"ואף דהסמ"ע בס"ק יז כתב שהראב"ד חולק בצחיח סלע אף שאינו עשוי רק למישטח בה פירא, עיי"ש, מ"מ בהא מודה בהילוך ובישיבה הואיל וגופו נהנה ודרך הנאתו בכך, ודמי למציע מצעות, רק דשם בעינן שיציע ג"כ מחמת שתשמיש חשוב בעינן, ואין דרך לשכב בלא מצעות, משא"כ בישיבה והילוך קונה בהילוך וישיבה לבד."

מדברי הנתיבות מבואר דלא בכל גוונא מודה הראב"ד דקונה באכילת פירות כשקונה רק לפירות, דהרי בצחיח סלע דלא מהני אלא לשטוח פירות, וחלק על הרמב"ם וס"ל דלא מהני שטיחת פירות בצחיח סלע. דדוקא כשגופו נהנה מהקרקע ודרך הנאתו בכך, כמו הילוך וישיבה. ושכיבה על הקרקע, אינה חשובה כ"כ ואינה דרך הנאה ללא מצעות. ומ"מ מבואר מהנתיבות דבעינן באכילת פירות אופן של חזקה שגופו ינהה, וזה מהני אף לראב"ד. ולרמב"ם מהני אפילו גופו אינו נהנה. וצ"ל לשיטת הראב"ד כמש"כ לעיל, דעצם קנין החזקה היא הוראת בעלות של הקונה בקרקע או הוראת עבדות של הקרקע בבעלים, וע"כ צריך שגופו ינהה, שבכך היא הוראת העבדות של הקרקע בבעלים. ולשיטת הרמב"ם י"ל, דבצחיח סלע כיון שאינה ראויה אלא לשטיחת פירות, הרי הוראת העבדות היא בהנאת ממנו של הקונה, כיון שהקרקע נועדה להנות פירות ע"י שטיחתם, ונהנה שעושה הקרקע לפירותיו של הקונה, היא הוראת העבדות של הקרקע כלפי הקונה, דזה ההנאה היחידה שהיא יכולה לתת לקונה. לפ"ז בשכר דירה והכניס חפציו לדירה, לשיטת הראב"ד לא הוי קנין חזקה. ובנתיבות קצב,ו הביא את המחנה אפרים הנ"ל, וכתב דהדין עמו, דודאי כמו שקונה בחזקת תשמישין של נעיצת סולמות וכו', כך יקנה בהכנסת חפציו. אך הראיה שהביא מהילוך בשביל של כרמים, לא דמי, דבשביל

של כרמים גופו נהנה, משא"כ בהכנסת חפציו. וע"כ כתב דמהני הכנסת חפציו בדירה שכורה, מטעם אחר:

"דהא כתב המ"מ שכנים חזו הטעם דקונה בשתיקה, משום דהוא רק מחילת שעבוד, עיי"ש, אלמא דבתשמישים לית ביה קנין גמור, רק שמשעבד גוף הקרקע לתשמישין שעליו, לכך המחילה אינה רק מחילת שעבוד, וכיון דאין בו קנין הגוף רק שעבוד בעלמא, לכך נקנה בחזקה דהתחלת תשמישים בלבד, ולא שייך ביה כלל חזקה דנעל גדר כיון דאין לו קנין הגוף כלל. אבל לענין שיהיה כחצירו שיקנה לו ע"י החצר זה מציאה או מקח הבא לתוכו אינו קונה, כשאין לו בחצר רק שעבוד הגוף לתשמישין. תדע, דהא ודאי דבאותו חצר שיש לו רשות להורדת מי גשמים או העמדת סולמות שאין חצר זה קונה להשוכר, עיין ש"ך קצח, ע"ש. ולכן כשירצה שיהיה חצר שלו אפילו לענין שיקנה לו מה שבתוכו, צריך שיהיה לו קנין הגוף ממש לפירות, וכיון דיש לו קנין הגוף ממש, בעינן חזקה דנעל גדר, שיהיה התיקון מועיל לגוף הקרקע, כיון דהגוף שלו. ולפ"ז אתי שפיר הכל, דבגיטין ובבב"ב ובבב"מ, מיירי לענין לקנות ע"י חצירו ולהתגרש על ידו, ובעינן שיהיה לו קנין הגוף בחצר, ולכך בעינן חזקה דנעל גדר, משא"כ בבב"ק מח הנ"ל דאין צריך לקנות הגוף, רק שיהיה לו רשות להשתמש בו, דכיון שיש לשניהם רשות שימוש בלבד שוב לא מיקרי חצר הניזק, ולכך סגי בקנין של התחלת תשמישין. וכן מעשים בכל יום כששוכרין מקום להכניס שם תבואה, דאין יכול לחזור בו, ואפילו שכרו לשנה והוציא פירות הראשונים שהניח לתוכו בשעת שכירות, יש לו רשות להכניס פירות אחרים, וקנה עד הזמן ... ולפ"ז נראה, דהא דבשביל של כרמים קנה בהילוך מיירי בכה"ג שלא מכר לו רק להילוך, ואין לו בו קנין הגוף כלל לחפור ולזרוע, רק שעבוד לדריסת רגל, ולכך קנה בהילוך. וכן בישיבת מקום בית הכנסת, שגוף הקרקע ובית הכנסת הוא של הציבור, ואין לכל אחד רק שעבוד ישיבה על המקום, לכך נקנה בישיבה. משא"כ בצחיח סלע שקונה גם הגוף, לכך בעינן קנין גמור לדעת הראב"ד."

הנתיבות מחלק בין אם קונה את גוף החצר, אף בתורת שכירות, להיות כחצירו לזכות בה מציאה ולקנות גט וכו', דבזה לא מהני אלא חזקה גמורה של נעל גדר ופרץ, לבין מחילת שעבוד או מתן רשות, שאין לו בגוף החצר כלום, דבזה סגי בחזקת תשמישים, בין אם מדובר בהעמדת סולמות, ובין אם מדובר בשכירות של רשות להשתמש, כשאין לו בגוף החצר, וכן במי שמכניס חפציו לדירה שכורה, יש בזה רק מתן רשות להשתמש ולא קנין הגוף, וע"כ אין אחד מהם יכול לחזור בו מהסכמה זו. ולכאורה ממה שמבואר בדברי הנתיבות בס"ק א דמהני הילוך וישיבה הואיל וגופו נהנה, דמי למציע מצעות, וא"כ צריך לקנות קנין גמור דומיא דמציע מצעות. ולכאורה

דבריו סותרים זא"ז, דבס"ק ו כתב דאינו קונה בגוף הדבר אלא למחילת תשמישים, ובס"ק א כתב דהילוך וישיבה הוי כמציע מצעות.

ונראה דכל דברי הנתיבות הם בשיטת הראב"ד, ולדידיה לא מהני אלא הוראת בעלות שמורה הקונה בקרקע, וגם מה שהעבד סכו ורוחצו לאדון, הוי הוראת בעלות שכך הוא הקונה בעלות בעבד, אבל בקרקע לא מהני אלא מה שהקונה מורים בעלות בקרקע. דהנה בשטמ"ק בב"ב נגב הביא מהראב"ד, וז"ל:

"כללא בנכסי הגר שצריך תיקון הקרקע או אפילו יפוי, כגון סיוד וכיור או הצעת מצעות, ולגבי קנין עבדים נמי יפוי הוי חזקה, דאמרינן הרחיצו סכו גרדו הוי חזקה. מיהו התם בעינן שהעבד מיפה לרבו, ובנכסי הגר בעינן הוא מיפה הנכסים או שיתקן בהם תיקון מועיל, אבל אכילת פירות מהם אינה חזקה. ואני תמה מאין הוציאו זה ההפרש בין נכסי הגר לשאר הנכסים, כי הוא בהיפך. וי"ל כי בנכסי הגר הם הפר והיוצא מהם הפקר, ואם זכה ביוצא בהם לא זכה בהם, אבל כשתיקן בהם תיקון מועיל, כבר זכה בגופן. והמחזיק בנכסי חבירו בהפך, כי בעל הנכסים מקפיד על היוצא מהם אם יאכל אותו אחר, ואינו מקפיד על מי שמשביח נכסיו ואינו אוכל אותם."

(ועיין ברב המגיד זכיה ומתנה ב,ד מה שהביא בזה מחלוקת ראשונים). ולכאורה זו סתירה בדברי הראב"ד, דבהלכות כתב דאינו קונה בקנין חזקה ע"י אכילת פירות, ובפירושיו כתב דקונה באכילת פירות בנכסי חבירו ולא בנכסי הגר. וראיתי לגרא"ז באבן האזל זכיה ומתנה ב,א שהקשה כן, ותירץ דהראב"ד חזר בו בפירושיו וסובר כרמב"ם דמהני אכילת פירות לקנין חזקה. ושם בה"ג הוסיף הגרא"ז להקשות על הראב"ד, דאם בנכסי חבירו לא מהני הצעת מצעות מפני שאין בעל הנכסים מקפיד שמשיבחים נכסיו, א"כ גם בנועל גודר ופורץ לא יקפיד, וכן בנתן צרור והועיל, דהכל הוא תיקון השדה, ולא יועיל כקנין חזקה. וכתב לחלק, דיש יפוי שאין הבעלים מקפידים, מפני שמיפה ואינו מראה בעלות, כמו במציע מצעות ומיפה הקרקע, שיש בזה יפוי, ואף שניכר בעלות קצת, מ"מ הבעלים לא מקפידים, אבל נעל גדר ופרץ וכו', זה תיקון שמראה בעלות, שרק דרך בעלים לעשותו, וע"כ הוי חזקה בנכסי חבירו. אבל בנכסי הגר, כל יפוי הוי חזקה, דכיון שאין כאן בעלים, לא שייך להצריך הוראת בעלות שהבעלים מקפידים אלא כל פעולת יפוי יש בה הוראת בעלות מספיקה. משא"כ אכילת פירות שיש בה הוראת בעלות, בנכסי הגר כיון שהפירות הפקר, אינה הוראה אלא לגבי הפירות, דהפירות והקרקע כ"א הוא דבר בפני עצמו, וקונה רק הפירות. (ועיין אור שמח זכיה ומתנה ב,ב דבנכסי הגר לא קונה באכילת פירות, דכיון שהוא הפקר, יש כאן שתי זכויות, זכיה בפרות וזכיה בגוף הקרקע, ע"כ כשאוכל פירות העץ אין זה נחשב שרוצה לזכות בגוף הקרקע אלא בפירות עצמם, עיי"ש).

עכ"פ מהנ"ל עולה דלשיטת הראב"ד גם הצעת מצעות ענינה הוא הוראת בעלות שמורה ע"י שמיפה הקרקע בהצעת המצעות, ובעבד הוי הוראת בעלות ע"י שהעבד סכו וגרדו, והלימוד מעבד שלמדה הגמ' דמהני הצעת מצעות, דיפוי חשיב בכהוראת בעלות, רק בעבד לא מהני אם האדון ייפה לעבד, וצריך שהעבד ייפה לאדון כדי שבכך מורה האדון בעלות בעבד, אבל אין לראב"ד מושג של הוראת עבדות, שהקרקע או העבד מורים עבדות בקונה ובהכי הוי חזקה. ולכן הילוך הוי כמו מציע מצעות, והיינו מציע מצעות ללא יפוי הקרקע, שבזה קונה רק לתשמישים, וכמו בהילוך וחזקת נזיקין, ובמציע מצעות עם יפוי קרקע, בזה קונה קנין גמור. וכן נראה מדברי המחבר בשו"ע חו"מ ערה, טו:

"המציע מצעות בנכסי הגר, כיון שייפה הקרקע בהצעתן, קנה. (רמ"א) ויש אומרים דוקא ששכב על המצעות, דהואיל ונהנה מן גוף הקרקע וגם הציע אותן קנה (טור)."

ואפשר דבזה נחלקו המחבר והטור, דלמחבר בעינן שייפה הקרקע בהצעתן, דבעינן מעשה של הוראת בעלות מצד הקונה, ואחלו דעת הטור דבעינן שיהנה גופו מהקרקע, דענין הצעת המצעות הוא הוראת עבדות של הקרקע בקונה. וכבר הבאנו לעיל את דברי הרשב"ם בסוגיא (ב"ב נג, ב) והנימוק"י כח, ב בעמוה"ר) דצריך שיהנה גופו, ואע"פ שאינו כמו נעל גר ופרץ, הרי שאינו עושה מעשה בגוף הקרקע, וכמו שנתבאר לעיל. אלא שצ"ע, דבסי' קצב, ט כתב המחבר: "הציע מצעות בבית או בשדה ושכב עליהם, או ערך שלחן ואכל..." ולא הזכיר ענין יפוי הקרקע. גם בב"י בסי' ערה לא הזכיר ענין יפוי הקרקע. ואולי אפשר דהוראת עבדות כקנין חזקה, שהיא פעולה שהקרקע מראה עבדות בקונה, היא פעולה מצד המקנה, ובהפקר לא שייכת, וע"כ צריך דוקא ע"י שיראה בעלות מצד הקונה, ע"י שייפה את הקרקע. משא"כ במקח וממכר, יכולה החזקה להעשות גם כפעולה מצד המקנה. ואפשר שהרמב"ם שהשמיט את המציע מצעות במקח וממכר וכתבוהו רק בנכסי הגר (עיין גר"א חו"מ קצב, יא), דס"ל דמהני אפילו בלא יפוי הקרקע, ולרבותא נקט בנכסי הגר, דמהני אפילו שאין מקנה, כשמורה הקרקע בעלות בקונה.

ובעיקר דברי הנתיבות בס"ק ו, והסתירה שהקשנו לכאורה מס"ק א, ראיתי בדברי חיים (סוף חזקת קרקעות) שהקשה כן. עוד הקשה, דהא בשביל של כרמים קונה קנין גמור את השביל ולא רק להילוך, דכן מבואר מדברי הרמב"ן ב"ב ק, א, וז"ל:

"פי' שלא נעשה אלא להלוך, נקנה בהלוך דרך הנאתו, ואע"ג דלא עביד מעשה בגוף הקרקע כדאמרינן בפרק חזקת (נג, ב) המציע מצעות בנכסי הגר קונה, אבל שבילי השדות כיון דרויחי וחזו למשטח בהו פירי ולכמה מילי, לא מיכני בהלוך."

ויותר מבואר בדברי רבינו יונה בעליותיו שם:

"... לרבותא נקט שביל של כרמים, דאע"ג דקניית הילוך הוא עיקר קניית גוף השביל, כי שביל של כרמים לא הוי מקום זרע ואין ראוי לנטוע בו זמורות לפי שמעכבי ההילוך, אפ"ה הואיל ונעשה להילוך, נקנה בהילוך להיות גוף השביל של לוקח, ואצ"ל שביל של שדות שאין הלוקח קונה בו אלא ההילוך והגוף של המוכר לזריעה ... דהא ודאי זכיית ההילוך נקנה בהילוך. מיהו שביל של שדות אם בא הלוקח לקנות גוף השביל בין ההילוך ובין לזריעה, אין הגוף נקנה לזריעה בהילוך."

מבואר להדיא מדברי רבינו יונה דבשביל של כרמים שאינו עשוי אלא להילוך, קונה בהילוך קנין גמור את השביל. משא"כ בשביל של שדות, שאינו קונה בהילוך אלא להילוך. ואפשר דרבינו יונה והרמב"ן ס"ל דבצחיח סלע שאינו אלא לשטיחת פירות והעמדת בהמות, קונה בשטיחת פירות את הסלע בקנין גמור, ולא רק להעמיד בהמות. והחילוק נראה לבאר למש"כ לעיל מהאור שמח, דבשביל של כרמים, אין אלא הילוך, והגוף הוא להילוך, ממילא כאשר קונה באופן זה שהנהנה מהקרקע להילוך, קונה גוף הקרקע, דההילוך והגוף - אחד הם. משא"כ בשדות, ההילוך והגוף, שני ענינים הם, וכאשר הולך, קונה רק את ההילוך, שהוא ענין נפרד מהגוף.

ולפ"ז נראה לבאר מש"כ האור החיים פרשת חיי שרה כג"ט לענין סדר הפסוקים, דאחר שקבר אברהם אבינו את שרה במערה: "ויקם השדה והמערה אשר בו לאברהם לאחוזת קבר", דלכאורה גם קודם שקבר את שרה, היתה המערה קנויה לו בקנין כסף. דאחר נתינת כסף לעכו"ם, לא נשארה לעכו"ם זכות בקרקע, ואברהם אבינו גמר הקניה בחזקה. והביא את מחלוקת הראשונים הנ"ל אם צריך להנות מגוף הקרקע או לעשות מעשה של יפוי הקרקע (כנ"ל). ובשלמא אם צריך להנות מגוף הקרקע; "כיון שקבר בגוף הארץ את שרה אשתו, חשוב נהנה מגוף הארץ וקנאה". אלא לשיטת הראשונים שצריך לעשות מעשה בגוף הארץ ולעשות תיקון בארץ, כיצד קנה. ותירץ, דכיון שהיה צריך לעשות בנין בארץ כדי לבנות הקבר, ובפרט הקבורות הקדומים שהיו עושים כוכין, בודאי היו מסיידים, וזה עשו אחרי שקברו. ע"כ רק אחרי הקבורה קמה השדה לאברהם. ולכאורה צ"ב, איך חשיב הנאת הגוף, הרי לא הקונה נהנה. ונראה למש"כ לעיל, דהנה מערת המכפלה היה קבור בה אדם הראשון (ערובין נגא, שכפולה בזוגות), וכיון שכן אינה אלא לקברים ואסור להנות ממנה, וכמו שאסור לנטוע בבית הקברות שמא יגדלו על הקברים, והרי מקום קבורת אדם הראשון לא נודע, והוי כשדה שאבד בה קבר שאסור לנטוע בה, עיין אהליות יח,ג וברמב"ם טומאת מת חג, ועיין בראב"ד שם דאף אילני סרק אסור לנטוע, א"כ הותר רק לקבור מתים, והוי כשביל של כרמים שאינו אלא להילוך, או כצחיח סלע שאינו אלא להעמיד בהמות, שבזה קונה הגוף בהעמדת הפירות, וע"כ שדה שאינה אלא לקבורה, אין קונה אלא בקבורת המת. וע"כ רק אח"כ נקנתה השדה לאברהם לאחוזתה.

והגר"י אברמסקי זצ"ל בחזון יחזקאל תוספתא ב"ב ב,ה בהשמטות ומלואים כתב לחדש שקנין הליכה אליבא דר"א, אינו מדין חזקה אלא קנין בפני עצמו, כדיליף מקרא דקום והתהלך. וכן מהא דאיתא בירושלמי (קדושין א,ה) על הא דתני שם במשנה, נכסים שיש להם אחריות נקנים בכסף בשטר וחזקה, ולא כרבי אלעזר, דר"א אומר הילוך קנה, ובמתניתין אין לא חשיב הילוך. ואם הילוך הוא ענין של חזקה, אתי מתניתין שפיר כר"א, דהילוך בכלל חזקה. אלא ע"כ שר"א סובר שהילוך הוא קנין בפני עצמו ואין בו משום חזקה, דבהילוך אין תועלת לשדה ולא תשמישים לשדה. ולעיל הובאו דברי המדרש (רות ז,יא) דלר"א קונה רק מקום הילוכו. וגם למדרש י"ל דהוא קנין בפני עצמו, דאי מהני מדין חזקה, הרי לא צריך לעשות קנין בכל פיסת קרקע, ואפילו מהני מכוש אחד בשדה אחת לקנות י שדות בי' מדינות.

עוד חידוש מצאתי בדברי ההפלאה בפנים יפות פר' לך לך (עה"פ ושמתי את זרעך). ההפלאה מקשה דאחר ציווי הקב"ה שיתהלך בארץ לארכה ולרחבה, לא מצאנו שהלך אברהם לארכה ולרחבה. ועוד, שהיה לו לומר קום לך בארץ, ומה הלשון התהלך. וע"פ זה ביאר ההפלאה שהתהלך הוא ענין של קדושה, כמו; התהלך לפני והיה תמים, וכמו; את האלוקים התהלך נח, וכמו; ונתתי לך מהלכים בין העומדים: "דהיינו שיקדש כל ארץ ישראל לארכה ולרחבה. ולפי שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, אמר לך אתננה". ונראה דענין הקנין בזה מה שהועיל בקרקע, ובכך מראה בעלות בקרקע, דכשקדש את הקרקע בקדושה רוחנית, מראה את היותו בעלים על הקרקע. ולכאורה לפי ההפלאה עדיין לא קנה בזה אלא שהיתה מובטחת לו, וא"כ איך יכול לקדשה. ואפשר שאינו מקדישה אלא מוסיף בה כח קדושה, בזה מספיק מה שמבטיח לתת.

[ועיין במשך חכמה (במדבר כ,יז) בענין פנייתו של משה רבינו למלך אדום; נעברה נא בארצך, לא נעבור בשדה וחרם. ותשובת מלך אדום; לא תעבור בי פן בחרב אצא לקראתך. דאדום הם מעשר האומות, כדאיתא ב"ב נו,א. ואמר לו משה רבינו שלא יעברו בשדה וחרם, דהיינו בשביל של כרמים, וע"כ אין למלך אדום חשש שיקנו בני ישראל את ארצו בחזקה. וע"ז השיב מלך אדום, פן בחרב אצא לקראתך, פן פעם תהיה מלחמה, וכיון שכבר עברו ואפילו בשדה וחרם, תהיה נוחה להכבש אצל בניו, עיי"ש.]

לאור האמור, ומאחר ונפסקה ההלכה דלא כר"א, אין במעשה ההליכה משום קנין חזקה. אמנם לטענת שמעון הרי שהסכימו ביניהם שמעשה ההליכה יהיה קנין חזקה, וראובן מכחיש וטוען שלא הסכים, אם שייך בכלל להתנות שתהיה ההליכה בבחינת קנין חזקה.

ה. תנאי שתועיל ההליכה כקנין

בגמ' קדושין כו,א מבואר דבמקום שכותבים שטר, לא מהני קנין כסף אא"כ כותבים השטר. אמנם אם התנו ביניהם דיהני קנין כסף בפני עצמו בלא שטר, וכן נפסק בשו"ע חו"מ קצ,ח. וכן לענין קנין עכו"ם, שאינו קונה אלא בשטר עם נתינת כסף, וישראל הקונה מעכו"ם הרי הוא כעכו"ם, ואינו קונה אלא בשטר, כמבואר בפרק חזקת לו,ב ונד,ב, וכן בשו"ע קצד,א. וברמ"א שם הביא מהב"י, דאם התנה לוקח שיקנה בכסף לחוד, קונה בכסף. ובש"ך ב הביא מהב"ח דלא מהני תנאי. וכן לענין קנין מטלטלין, שגזרו חכמים שלא יקנה אלא במשיכה ולא בכסף, פסק הרמ"א קצח,ה (מהב"י) דאם התנו שיקנה בכסף, קונה בכסף. ובש"ך י חלק וכתב דלא מהני תנאי בזה.

דבמקום שנהגו לכתוב שטר, מהני התנאי שיקנה בכסף בלבד, דכל מה שצריך לכתוב גם שטר, כיון שנהגו, לא גומר בדעתו ללא שטר, אולם הכסף נשאר לכשעצמו קנין בקרקעות, אלא שחשו חכמים למנהג שיוצר חוסר גמירות דעת ללא שטר. ע"כ אם מתנה, הרי הוא מגלה דעתו שגומר בדעתו אפילו ללא שטר, וזה מהני כיון שהכסף קנין בפני עצמו וחכמים לא הפקיעו קנין כסף בקרקע אף במקום שנהגו לכתוב שטר. ובענין התנאה לקנות במעות בעכו"ם ובמטלטלין, דלעיל הובאה מחלוקת, והב"י והרמ"א ס"ל דמהני התנאי, והש"ך והב"ח פליגי בשני המקומות, וז"ל הש"ך קצח,י:

"דהתם מדינא כסף או שטר קונה, אלא שבמקום שכותבים שטר לא סמכה דעתיה, והיכא דסמיך סמך. משא"כ הכא, כיון דתיקנו חכמים דמעות אינם קונות, לא פלוג, וראיה ממאי דקיי"ל כר"י בכתובות פ' אע"פ (נו,א) דאף בדבר של ממון אם מתנה על דבר שתקנו חכמים, תנאו בטל, דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה. וגם מוכח דאפי' ר"מ מודה כאן, דע"כ לא יכול להתנות בדבר של ממון אלא היכא דשייך ענין מחילה וכה"ג, דהוי כמוחל לו, אבל פשיטא שאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין."

מבואר דס"ל דבקנין כסף במקום שנהגו בשטר, לא הפקיעו קנין כסף, ע"כ מהני. משא"כ בעכו"ם ומטלטלין, הפקיעו קנין כסף, וע"כ לא מהני תנאי. ובקצוה"ח שם ס"ק ג, השיג על דבריו:

"ונראין דברי הב"י (סעיף א) והרמ"א מהא דאמרינן (בכורות יג,ב) איתביה, הלוקח גרוטאות מן העכו"ם ומצא בהם עבודת אלילים, אם עד שלא נתן מעות משך יחזיר, ואם משנתן מעות משך, יוליך הנאה לים המלח, ואי אמרת מעות קונות משיכה למה לי, הכא במאי עסקינן שקיבל עליו לדון בדיני ישראל כו', ומבואר דאפילו למ"ד משיכה אינו קונה בעכו"ם, אפ"ה אם התנה לדון בדיני ישראל מהני ואינו אלא מצד התנאי, וא"כ מוכח דכל מידי דהוי קנין בשום

מקום, מהני ליה תנאה שיהיה מועיל, והוא הדין בקנין כסף לדידן כיון דהוי קנין בעכו"ם לדעת כמה פוסקים (עיין יו"ד שכ"ו), וכן בקרקעות ודאי כסף קונה, מהני תנאה שיהיה נקנה בקנינו."

מבואר מקצוה"ח דאם המעשה הוא קנין בשום מקום, אפילו הוא קנין בקרקעות, מהני להתנות שיועיל בקרקעות. וצ"ע, אם יועיל סודר במטבע אם יתנה לקנות בחליפין, או שטר במטלטלין. ונראה דוקא בהיה קנין והפקיעו חכמים מאיזה סיבה במקום מסוים, אבל נשאר במקום אחר בתורת קנין, בזה מהני התנאי, אבל אם לא היה קנין בכלל בדבר, כגון מטבע בחליפין, בזה גם לקצוה"ח לא יועיל תנאי. וכן נראה מהישועות יעקב או"ח בקו"א סוף הל' פסח, דדוקא במקום שהפקיעו חכמים, יכול להתנות ולומר אי אפשרי בתקנת חכמים. (ועל ראית הקצוה"ח, עיין מש"כ בדברי משפט (בסוף הספר בחדושים מבין המחבר, קצח,ה) במשפט שלום (קצח,ה ד"ה והנה), דלכאורה בעכו"ם מהני משיכה לר"ל בעכו"ם, כמו דמהני בעכו"ם במתנה, שאין מעות, וע"כ הוי קנין בעכו"ם. וע"ע בחזו"א חו"מ ליקוטים ח,יח).

ומ"מ לפ"ז כיון דלא קיי"ל כר"א, ממילא אינו יכול להתנות שרוצה לקנות בהליכה, כיון דלהלכה לא מצאנו הליכה שתהיה קונה, לא מיבעיא לש"ך דלא מהני, אלא אף לב"י והרמ"א והסבר קצוה"ח, לא שייך להתנות שיקנה בהליכה. לפ"ז גם אם האמת כדברי שמעון, שהיתה הסכמה של ראובן שיקנה בהליכה, לא מהני בזה תנאי. ואף סיטומתא לא שייך בזה, דאין כן מנהג הסוחרים לקנות בהליכה.

לאור האמור לעיל, אין בידינו למנוע את חזרתו של ראובן מההסכמה למכור.

סימן טז

בדין חצר משתמרת וקנין ד אמות

ראשי פרקים

- א. חפץ משתמר בחצר
- ב. משתמרת בעצם
- ג. בשדה גדולה, כשהשדה אינה משתמרת, והחפץ משתמר
- ד. ד אמות - תקנת חכמים או קנין חצר

אודות עסק שמסביבו שטח מגודר השייך לעסק, אך אין בגדר כדי למנוע מאנשים להכנס לשטח חצר העסק, והגדר מועילה שאנשים מהוגנים לא יטלו חפץ מהחצר, אך לא מועילה לגבי גנבים, האם חצירו קונה לו מציאה כדין חצר משתמרת או שיכול אחר להכנס לחצר ולקחת את המציאה. עוד נשאלתי במי שעומד בסימטא בתוך ד אמות למציאה, אך באותם ד אמות נמצא כלב מסוכן שמונע ממנו לקחת את המציאה, האם קנה את המציאה בד' אמות?

א. חפץ משתמר בחצר

יש לדון מה הגדר של משתמרת בחצר, האם צריך שהחצר תהיה שמורה מגנבים, ואם כן - עד כמה צריכה להיות משתמרת, או שמספיק שאנשים הגונים ידעו שחצר זו היא של פלוני, ומחמת שימורה ימנעו מכניסה לחצר. כמו כן יש לדון האם החצר עצמה צריכה להיות משתמרת או שהחפץ אותו רוצים לקנות יהיה משתמר בחצר. ופועל יוצא, האם המודר למשתמרת מתיחס לכל חפץ וחפץ, או שיש מודר אחד. השטמ"ק ב"מ יב, א הביא מרבנו פרץ, וז"ל:

"דבמתנה מועיל גם באינה משתמרת, משום דמתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמי, דלעולם היא משתמרת למקבל אף כי החצר אינה משתמרת, כיון דדעת אחרת מקנה כדקאמר תלמודא, הרי אין שום אדם יכול לקנות בה כי אם מדעת המקנה, והוא נותנה ומקנה אותה למקבל, נמצא שהמתנה משתמרת למקבל, אף כי אינה משתמרת משאר בני אדם, דמה בכך, מ"מ אינם יכולים לזכות בה. אבל מציאה דהפקר היא וכל הקודם זכה בה, להכי לא זכיא ליה בשאינה משתמרת, דאין המציאה משתמרת לבעל החצר יותר משאר בני אדם, כיון שהחצר אינה משתמרת."

מבואר מרבינו פרץ דבמתנה, כיון שהחפץ משומר מצד עצמו, ומצד דיני הקנין אין אחר יכול לזכות לו, קונה החצר אף באינה משתמרת, כיון שהחפץ מצד עצמו משומר. ואף שיכולים אחרים לקחת את החפץ בתורת גזילה, ואין החצר והחפץ משומרים מגזלנים, אין מטרת השימור להיות שמורים מגזלנים אלא רק מאנשים הגונים שרוצים לזכות בחפץ מכח הדין, דכל הנידון בחצר משתמרת הוא בהפקר ומציאה, כיון שאחרים יכולים לזכות מכח הדין כל עוד לא זכתה לו חצירו, וכיון שאינה משתמרת, לא זכתה לו ויכולים אחרים לזכות מדינא, שצריכה היא להיות משתמרת לקונה. משא"כ אם החפץ משומר מצד הדין, שהמקנה לא רוצה להקנותו אלא לקונה, ואין אחר יכול לזכות בו, לא בעינן שהחצר תהיה משתמרת, כיון שהחפץ מצד עצמו משומר ועומד. ויש בזה חידוש גדול לדינא. וחזינן שאין החצר צריכה להיות משתמרת, אלא זהו דין בקנין שיהיה החפץ הנקנה משומר בחצר. ואינו צריך להיות משומר מגניבה וכד', אלא מאנשים הגונים, שלא יבואו לזכות בו מדינא.

ודברי רבינו פרץ הובאו בקצוה"ח רב, וכתב עליהם; "ודבריו נחמדים מפז". והביא ראיה מדברי הגמ' ב"מ קב,א ביצא לו שם מציאה בעיר ואמר כל מציאות שיבואו לחצרי היום תזכה לי חצרי, דקנה אפילו בחצר שאינה משתמרת, דאיתא בגמ' דכיון דיצא לו שם מציאה, מיבדל בדילי אינשי מיניה והו"ל כחצר המשתמרת. מבואר דמה שאנשים לא יקחו את המציאה, כיון שיצא לו שם מציאה בעיר, הו"ל כחצר משתמרת, דהחצר אינה משתמרת, אך הואיל והחפץ משתמר, סגי בהכי. [ועיין בשטמ"ק שם מר"ח שכתבו דבדילי אינשי מפחד השלטון שיאשימם שלקחו את המציאה, עיי"ש].

ועיין בב"י סי' רסח שהקשה מדוע הרי"ף והרמב"ם השמיטו דין זה דזכתה לו חצירו ביצא לו שם מציאה (ועיין בבית אהרן לגר"א וואלקין, ב"מ קב,א מש"כ בזה). והרא"ש שם הכ"ט, כתב וז"ל:

"ומיירי בחצר שאינה משתמרת. דאי *משתמרת אפי' לא אמר תזכי לי חצרי קנה. כדרכי יוסי ברבי חנינא דאמר חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו. ואפ"ה כי יצא לו שם מציאה בעיר קונה. דכיון שיצא לו שם מציאה מיבדל בדילי אינשי מיניה והוה ליה חצר המשתמרת. והא דבעי אמר משום דלא הוי חצר משתמרת ממש."

מבואר מהרא"ש דהא דבעינן שיאמר תזכה לי חצרי, מפני שאינה חצר משתמרת ממש. דאם החצר משתמרת מצד עצמה, זוכה ללא אמירה, משא"כ אם החפץ משומר בחצר, צריך אמירה. וצריך באור. וראיתי במחנה אפרים (חצר ב) דהיינו טעמא, דכיון דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דחצר דגברא לאו מדין יד אלא מדין שליחות, כל שאינו משתמר ממש מצד עצמו, אינו נעשה שליח עד שיעשנו שליח. ונראה כוונת דבריו, דחצר שזוכה שלא מדעתו דוקא חצר שהיא משתמרת מצד עצמה, שהיא כל העת וכל הזמן משומרת. אבל חצר שאינה משתמרת ורק החפץ הנידון משתמר, א"כ אינה שלוחו בכל עת ובכל

זמן אלא רק ביחס לחפץ המסוים שנשמר מחמת דבדילי אינשי מיניה, ע"כ צריך לעשותה שליח, דחצר שאינה משתמרת לא יכולה להיות שליח, ואם אינה שליחו כל הזמן, צריכה מינוי ביחס לחפץ המסוים המשומר בחצר.

ולמש"כ דחצר אינה צריכה להיות משתמרת מגנבים אלא שתהיה משתמרת לקונה, שאנשים הגונים לא יקחוה ממקום הימצאה, הנה הרמב"ם והראב"ד בהל' גזילה ואבידה טז, ח, כתבו וז"ל:

"המוצא מטמון בגל או בכותל ישן הרי אלו שלו שאני אומר של גוים הקדמונים הן, והוא שימצא אותן מטה מטה כדרך כל המטמונות הישנות ... והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר, למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן אע"פ שהוא של אמוריים ותהיה מציאה זו לבעל החצר, מפני שאינה ידועה לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם, ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם קל וחומר למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם לפיכך הוא של מוצאו. והראב"ד בהגהה): ... זהו קל וחומר שיש עליו תשובה אבידה שבים למי תזכה הים, אבל אבידה שבגל הגל תזכה לבעליו, וכן כותל ישן, אבל הטעם בכאן לפי שאינה חצר המשמרת וצריך שיהא בעליו בצדו ויאמר זכתה לי חצרי."

החסרון דאינה משתמרת בשתיך לראב"ד, דאף שהחצר משתמרת היטב אפילו מגנבים, מ"מ אינה שומרת לבעלים יותר מאשר לאחרים, ובכה"ג לא מיקרי חצר משתמרת, דחצר משתמרת היא היותה בראש ובראשונה משתמרת לבעליה, וזה ע"י שאחרים לא יקחו ממנה חפצים מטעם כזה או אחר, אבל כאשר החצר אינה משתמרת לבעליה, וגם בעליה לא יזכה במה שבתוכה, כיון שלעולם לא ידע שיש בתוכה מציאה, לא קונה לבעלים אא"כ אמר תזכה לי חצרי, מה שאינו שייך בשתיך. ושיטת הרמב"ם, דעצם היות החצר משתמרת מאחרים, היא משתמרת לבעלים, ובשתיך אין חסרון של חצר משתמרת, והחסרון בשתיך, דאף שנקנית האבידה לבעל החצר, היא מיד אבודה ממנו, קנייתה ואבידתה באים כאחת, עוד בטרם נקנתה - אבודה היא ממנו ומכל אדם.

ובמק"א כתב הרמב"ם דחצר משתמרת היינו חצר ולא שדה וגינה, עיין ברמב"ם גזילה ואבידה יז, ח. ודעת המאירי ב"מ יא דדוקא בית. ולכאורה י"ל דפליגי בנ"ל, דדעת הרמב"ם דכל שהיא חצר ויש לה מחיצות, אף שיכולים להכנס לתוכה ואינה נעולה, מ"מ היא משתמרת, שכ"א מבין ויודע שהחפצים שבחצר הינם לבעלים, משא"כ שדה וגינה שכ"א הולך שם, גם אנשים רגילים עלולים לקחת משם דברים הנמצאים, כיון שלכ"א רשות ללכת במקום, ואין בעצם היות החפץ בגינה או בשדה כדי להיות מסוים לבעל הגינה והשדה, וע"כ אינו משתמר לבעלים. משא"כ למאירי משתמרת הוי

דומיא דבית שהוא נעול ומסוגר, ובכה"ג שהוא משתמר עוד יותר ואף מגנבים, הוי חצר משתמרת. ועיין בנתיבות ר, ג, וז"ל:

"והנה מה נקרא אינה משתמרת, נראה דדוקא כשהוא מגולה בלא מחיצות נקרא אינה משתמרת, אבל כל שיש מחיצות סביב, אף שאינו נעול במנעל, נקרא חצר המשתמרת, וכן מוכח בגיטין בפרק הזורק. וראיה לזה, דהא כלים מטעם חצר הוא כמבואר בשיטמ"ק [ב"מ ט' ע"ב, המוכח להלן סק"ו], וא"כ קשה למאן דסבירא ליה דבעינן דוקא בתוכה, א"כ כלי בסימטא אמאי קנה דהא לאו משתמרת הוא, ועומד בתוכה אי אפשר בכלי, אלא על כרחך דמחיצות הכלי כמחיצות החצר וחשיב כחצר המשתמרת."

מדברי הנתיבות מוכח דבעינן משתמרת מחמת עצמה, וזו הראיה שהביא מכלי. אך אינה צריכה להיות בדרגת משתמרת של מנעול. גם בדרגה של מחיצות סגי.

ב. משתמרת בעצם

מקור קנין חצר מצאנו בגמ' ב"מ י, ב שהביאה ברייתא: בידו - אין לי אלא ידו, גגו חצירו וקרפיפו מנין, תלמוד לומר, המצא תמצא - מכל מקום. ובהמשך אותה דרשה לענין ידה בקבלת הגט; ידה - אין לי אלא ידה, גגה חצירה וקרפיפה מנין, תלמוד לומר, ונתן - מכל מקום. ולכאורה חצר קנינים ילפינן מחצר דגניבה ולא מידה דגרושין, עיין רש"י ב"מ ט, ב (ד"ה מי). ובגמ' שם י, ב נחלקו ר"ל משום אבא כהן ברדלא, ורבי יוחנן משום רבי ינאי, אם לקטנה יש חצר, ריו"ח ס"ל דחצר משום ידה איתרבאי, וכי היכי דלקטנה יש יד, יש לה חצר. ור"ל ס"ל דחצר מדין שליחות איתרבאי, כי היכי דאינה עושה שליח, אין לה חצר, ובגט לכ"ע הוי חצרה מדין ידה. ועיין ברי"ף בסוגיא, לפי המסקנא שם יא, א, דחצר דקטנה מדין יד, ודקטן מדין שליחות (ועיין ברא"ש הכ"ט דהרי"ף פסק דלא פליגי, וכנ"ל, או כריו"ח, דחצר בכ"ע מדין יד), וכ"פ הרמב"ם גו"א יז, י. אולם ראשונים אחרים לא חילקו בזה, ואף חצר דגברא מדין יד, עיין תוס' ב"מ ט, ב (ד"ה ספינה), וב"ב עט, א ד"ה ואין ועוד. ובתוס' גיטין כא, א (ד"ה אטו) כתבו על הא דאיתא בב"מ יב, א דחצר משום יד איתרבאי ולא גרע משליחות, דדוקא לענין שלא בפניו אמרינן דלא גרע משליחות לקנות במידי דזכות הוא לו, אבל בשאר דברים בעינן דומיא דידה, דאל"כ חצר מהלכת אמאי לא קנה, תקנה מטעם שליחות כמו שלוח מהלך אע"ג דמטעם יד לא קני. ובגמ' ב"מ יא, א לענין ראה אותם רצים אחר המציאה, דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו דוקא במשתמרת, אבל באינה משתמרת בעינן עומד בצד שדהו. וענינים אלו הם מים שאין להם סוף, ולא אאריך אלא הנצרך לנדרו"ד.

דלכאורה הנפק"מ אם החצר מדין יד או מדין שליחות, דאם מדין יד הרי הבעלים עצמם הם הפועלים את הקנין, וכמו שקונה בידו, כן יכול לקנות בחצירו, שהיא כידו,

אבל הוא עצמו פועל את הקנין. משא"כ אם חצר מדין שליחות, הרי שהחצר היא הפועלת את הקנין ולא הבעלים, וכמו בשליח שהוא פועל את הקנין, רק הדבר מתיחס לבעלים, כך גם בחצר, היא הפועלת. וידועים דברי הנתיבות ר,טו דכשהחצר קונה שלא מדעתו, הוא מדין שליחות. הנתיבות הביא את קושית המל"מ, עמש"כ המחבר באם מדר הלוקח - קנה, דהא בב"י ביור"ד מבואר שאם הגוי התכוין למדידה, אף שהגביה, לא קנה. וכתב הנתיבות לישב, דבדעתו קונה בהגבהה מדין יד, אבל בלא מתכוין, שאינה מדעתו, קונה רק מדין שליחות, ואין שליחות לעכו"ם, משא"כ בישראל, מהני שלא מדעתו מדין שליחות. והיינו הטעם - דאם קונה החצר מדעתו, שייך שהוא יהיה הפועל את הקנין, כיון שהקנין הוא מדעתו, וע"כ מהני מדין יד, אבל שלא מדעתו, שלא הוא פועל הקנין, כיון שאינה מדעתו, מהני רק מדין שליחות. והרא"ש בפ"ק דב"מ הל"א כתב בענין חצר שאינה משתמרת, שאינו קונה אלא בעומד בצידו, וז"ל:

"... אבל חצר שאין משתמרת אם אין עומד בצדה במציאה לא קני. דאי אפשר להיות מטעם שליחות דאנן סהדי שאין אדם רוצה שיהיו חפציו ביד שליח שאין משתמר בידו. הלכך מטעם יד קנה הלכך בעינן דומיא דיד בסמוכה לה. אבל במתנה מסכמת דעת המקבל בכל מקום שיתנהו הנותן שיזכה לו המקום ושמירת הנותן חשובה לו כשמירתו. הלכך קני אפי' אין עומד שם."

ונראה לכאורה בבאור דברי הרא"ש, דלמש"כ לעיל החצר היא פועלת הקנין, כשחצר מדין שליחות, וכאשר אינו עומד בצידה, וגם אינה משתמרת, אינו קונה מדין יד וגם לא מדין שליחות, דאדם לא רוצה שיהיו חפציו ביד שליח לא משתמר. ולכאורה נראה שזה פגם מהותי בעצם החצר, ואינו תלוי אם החפץ משתמר או לא וכדעת ר"פ, דכיון שהחצר היא פועלת הקנין, ואינו רוצה שיהיו חפציו ביד שליח לא משתמר, הרי שהכל תלוי אם החצר משתמרת אם לאו, אם ראויה להיות שליח אם לאו, דאף אם יש איזה סיבה שהחפץ משתמר בחצר, מ"מ אינו רוצה בשליח כזה, אף אם יש כאן איזה סיבה צדדית שהחפץ שמור לא מחמת החצר, דאינו רוצה שליח כזה. וא"כ הכל תלוי אם החצר עצמה היא משתמרת. והא דבדעת אחרת מקנה מהני אף באינה משתמרת, מפני שלא איכפת למקבל אם חפץ שפלוני נותן לו מתנה, יתן לשליח לא משתמר, דמבחינת המקבל, הכל תלוי בנותן, אם לנותן סגי בחצר/ שליח שאינה משתמרת; " מסכמת דעת המקבל בכל מקום שיתנהו הנותן שיזכה לו המקום", ואם לנותן מספיקה שמירה כזו, מסכמת דעתו של המקבל לנותן.

ומ"מ נראה דלרא"ש חצר שאינה משתמרת הוי פגם בעצם החצר וביכולתה להיות שליח לבצוע מעשה הקנין, וזה דלא כמש"כ לעיל לרבינו פרץ. ולרבינו פרץ ודעימיה י"ל, שהכל תלוי באם החפץ משומר בחצר, דאם החפץ אינו משומר בחצר, אין זה חסרון בשליח אלא במעשה הקנין, דקנין החצר לא יפעל על חפץ שאינו משומר, דזו דרך פעולת הקנין של החצר שקונה חפצים משומרים, אבל חפצים שאינם משומרים,

לא מהני בזה קנין החצר, וכמו דלכל קנין יש את דרך פעולתו והדברים אותם הוא קונה, ויש חילוק בין בהמה גסה לבהמה דקה וכד', בין קרקע למטלטלין, בין המקום דמהני משיכה למקום דמהני מסירה או הגבהה, כך גם קנין חצר לא מהני בחפצים שאינם משומרים, אבל אינו חסרון מחמת השליח/ החצר עצמה.

ומש"כ בדעת הרא"ש שצריכה החצר להיות משתמרת מצד עצמה, כן נראה גם מדברי הב"י בס"ר שכתב דבחצר שאינה משתמרת ונתן לתוכה מתנה, לא מהני אא"כ היא משתמרת לדעת הנותן, אבל אם נתן לחצר הלוקח שאינה משתמרת כלל, לא קנה לדברי הכל, וז"ל הב"י:

"ואפילו לדעתם נראה לי דבנדון דידן מודו, שאם אינה חצר משתמרת בעינן שיהא עומד בצדו, ואי לא - לא קנה, משום דחצר שאינה משתמרת דאמרינן התם אף על פי שאין חצר זו משתמרת לדעת הלוקח או המקבל מתנה אבל מכל מקום משתמרת היא לדעת המוכר או הנותן, וכגון שהשכיר או השאיל לו המקום שהמטלטלין הנמכרים או ניתנים הם בתוכו, אבל היכא שאינה משתמרת כלל, ליכא מאן דאמר דקני אפילו במכר ומתנה. והכי דייק לשון הרא"ש שם שכתב אבל במתנה מסכמת דעת המקבל בכל מקום שיתנהו הנותן שיזכה לו המקום, ושמירת הנותן חשובה לו כשמירתו, הילכך קני אפילו אין עומד שם עכ"ל. ואם כן היכא שהמטלטלין בחצר הלוקח ואינו משתמר כלל, ודאי דאפילו להרא"ש והסוברים כמותו לא קני."

הרי דלדעתו בעינן משתמרת ממש או לקונה או למקנה, הא לאו הכי לא חשיב משתמרת, ושכן דעת הרא"ש, וזה דלא כרבינו פרץ. ועיין סמ"ע רב, ד וקצוה"ח רב, ג.

ג. בשדה גדולה, כשהשדה אינה משתמרת, והחפץ משתמר

ונראה נפק"מ נוספת, אם השדה גדולה, שאין הבעלים העומדים בצידה יכולים לשמור את כולה אלא רק את חלקה, אולם המציאה שנפלה לחצירו, נפלה בחלק החצר הקרוב למקום עמידתו. דלכאורה החצר עצמה אינה משתמרת כלל (ומיירי באופן שכל עובר אורח היה נכנס למגרש ונוטל את אשר שם), אך את המציאה לא יקחו עוברי אורח, כיון שהבעלים עומדים ליד.

והנה ברש"י ב"מ יא, א (ד"ה אי) דבעומד בצד שדהו, היא משתמרת על ידו. ובנימוק"י ב"מ (ה, א בעמוה"ר ד"ה מתני') הביא מהר"ן דדוקא בצבי מהלך, שרץ ומגיעו, שהבעלים מתעוררים לקנותם, משתמרים הם לו; "ואי לא, אפילו עומד בצד שדהו, אינה משתמרת לו, ואינו דומה לידו, דידו משתמרת, וזו אינה משתמרת". ואפשר דפליגי רש"י והר"ן אם בעינן שחצר תהיה משתמרת, או שהחפץ יהיה משתמר בחצר. דלשיטת רש"י כל

עוד עומד בצידו, הרי החצר משתמרת, אף אם אינו יודע שנפלה לו מציאה, כיון שהחצר משתמרת. ושיטת הר"ן דבענין שידע שבאה מציאה לחצירו והוא מתעורר לקנותם, דאף שחצר קונה לו שלא מדעתו, היינו בחצר המשתמרת מחמת עצמה, דאז גם הצבי בתוכה משתמר, אבל במשתמרת מחמת שעומד בצידה, שאינה משתמרת מצד עצמה אלא מצד הבעלים, בענין שידעו הבעלים במציאה, דאז החפץ משומר בחצר. ויצא לפ"ז, דלר"ן בשדה גדולה ועומד בצידה, ונפלה מציאה ליד מקום עמידתו ויודע מכך, הרי החפץ משתמר בחצר. דלר"ן יש משתמרת מחמת עצמה, מחמת מחיצות וכד', ויש משתמרת מחמת הבעלים, דזה מהני אם המציאה הינה משומרת בחצר. ולשיטת רש"י נראה, דכל שעומד בצידה, הרי החצר משומרת בעצם, ואין חילוק בין אם יש לה מחיצות והיא משתמרת, או שהבעלים עומדים בצידה. ועיין בנתיבות סי' ר בפתיחה ד"ה לכן דבישן בצידו לא מהני, דדוקא עומד בצידו בענין, והוכיח כן מדברי הר"ן פרק הזורק, עיי"ש.

ודין זה חזר לכאורה בדברי הנימוק"י (ב"מ יד, ב בעמוה"ר), על הא דתנן מצא בחנות, הרי אלו שלו. הנימוק"י הקשה מדוע לא קנתה החנות לחנוני מדין חצר. וע"ז השיב, דלא מיבעיא לאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, כאן באה המציאה לחצר קודם יאוש (ומזה מוכח כשיטת הש"ך רסח, ב, עיי"ש ואכמ"ל), ואפילו לרבא דמהני יאוש שלא מדעת:

"הכא מיירי בחצר שאינה משתמרת, כיון שבני אדם נכנסין ויוצאים בה. ואע"פ שהחנוני עומד בצדה, כיון שהיא אבדה שאינו מכיר בה, כחצר שאינה משתמרת היא, וכן כתבו הרשב"א והר"ן."

הרי שכשהחצר משתמרת מחמת עמידת הבעלים בצידה, צריכה האבירה להיות ידועה לבעלים, ולא מספיק במה שהחצר משתמרת, צריך שהחפץ יהיה משומר ע"י הבעלים העומדים בצידה, וע"כ באינה ידועה לבעלים, אין המציאה משתמרת בחצר לדעת הבעלים, משא"כ בחצר המשתמרת מחמת עצמה, מחמת המחיצות המקיפים אותה ואין אדם יכול להכנס לחצר, מהני אף בלא מדעתו, ובחנות, כיון שרבים הנכנסים ויוצאים, לא מהני מה שיש מחיצות.

ויסוד לדברים מצאתי בדברי התורת גיטין קלט, א, שהביא מדברי הב"ש קלט, א בשם הב"י דבחצר גדולה ועומדת בצד אחד, בצד השני אינו משתמר. והט"ז תמה ע"ז, דבודאי מגורשת בכה"ג, דהא לר' אושעיה אפילו היא בטבריה וחצירה בציפורי מגורשת. וכתב ע"ז התו"ג דהדין עימו, דבודאי אם משתמר באויר מחיצות, קונה וכן מתגרשת. אבל הב"י מיירי בחצר שאינה מוקפת מחיצות, דבענין שישתמר מחמת האשה דוקא, ובזה לא מהני אם החצר גדולה, דאינה משתמרת בכה"ג מחמת האשה. אמנם נראה דאם יזרוק בחצר גדולה את הגט בסמוך למקום שהאשה עומדת, כיון שהגט משתמר בחצר לדעתה, אפשר דמגורשת.

והנתיבות רג, הקשה, כיון שעומד כל כך בסמוך עד שהחצר משומר על ידו, מהיכי תיתי לא יהיה דינו כחצר המשתמרת. וכתב דעיקר הטעם דחצר שאינה משתמרת דלא קנה, דבעינן דומיא דשליח שהוא משתמר, וע"כ אם החצר אינה משתמרת, אף שהוא משמרה, לאו שליח הוא. והוכיח מזה דחצר שאינה משתמרת ועומד בצדה, קונה מטעם יד, וע"כ בעינן סמוכה, דמטעם שליחות אין לחלק בין בתוכו או בסמוך, ומשום הכי אם השדה גדולה ומונח בצד האחר שאינו משתמר על ידו שם, לא קנה. ועיין בתורת חיים בסוגיא (ב"מ יא,א): "... וטעמא דבעינן שיעמוד שם, לאו משום דאז משתמרת על ידו, דאם כן שדה גדולה כמה מילין מאי איכא למימר, אלא טעמא משום דאז אלים קניית שדהו טפי, דכשעומד שם שדהו כגופו דמי". (ועיין בבית אהרן בסוגיא שכתב דלדברי התורת חיים לא מהני שיעמוד שליח במקומו, עיי"ש).

ובתוס' ב"מ יא,ב ד"ה וכי, בענין רבן גמליאל וחמשה זקנים שהיו בספינה, ואמר רבן גמליאל, עישור שאני עתיד למוד, נתון ליהושע ומקומו מושכר לו, וכן מעשר עני לרבי עקיבא וכו', ואיך קנה בקנין חצר, והרי רבי יהושע ור"ע לא עמדו בצד שדהו של רבן גמליאל, הקשו התוס', דהא ביתו של רבן גמליאל היה משתמר. ותירצו התוס' דלגבי הזקנים לא היה משתמר, שלא היה הפסק בין תבואתו ולתבואתן (ועיין תוס' גיטין עט,ב ד"ה פנימית דלא היתה משתמרת מפני בני ביתו של רבן גמליאל). ובתוס' הקשו מהא דב"מ קב,א דהזבל של תורי דאתו מעלמא, שהוא של בעה"ב, והרי השוכר משתמש בחצר, ואיך יזכה המשכיר בזבל התורי דאתו מעלמא. ותירצו התוס'; "שגם משכיר ביתו פתוח לאותו חצר, ומיקרי עומד בצד שדהו". ולכאורה ההסבר בתוס', דחצר משתמרת בעצם, עדיין לא סגי בהכי כאשר יש סתירה לעצם השימור כלפי החפץ, דמצד אחד חצרו של רבן גמליאל משתמרת מעלמא, אך לא משתמרת מרבן גמליאל עצמו. אבל בעומד בצד שדהו, היא גם משתמרת כלפי השוכר, אף שהשוכר ביתו ג"כ פתוח לחצר. ומבואר מתוס' שחצר משתמרת, צריכה להיות משתמרת מכולי עלמא ממש. ולכאורה אין להביא ראיה מהתוס' דלא ס"ל כרבינו פרץ הנ"ל, דרבינו פרץ כתב סברתו למאי דקיי"ל כרב פפא דדעת אחרת מקנה שאני, ותוס' מיירי לתרוץ עולא שעומד בצד שדהו.

ובתוס' גיטין עט,ב ד"ה פנימית הביא תרוץ נוסף על הקושיא מב"מ קב,א; "אי נמי, שוכר הוי כמו שומר ושלוחו של משכיר". ולפי תרוץ זה י"ל דלא מהני מה שעומד בצד שדהו כדי שיהיה משתמר מהשוכר, רק כשהשוכר עצמו הוא השומר, ממילא משתמר גם ממנו, אבל בלא"ה לא מהני. ומ"מ מהתוס' משמע שהחסרון הוא בעצם המשתמרת, שאם מעורבים התבואות או לא משתמרת מבני ביתו של רבן גמליאל, לא חשיב משתמרת, גם אם יהיה לחצר חומה גבוהה. והרשב"א בסוגיא כתב בישוב הקושיא הנ"ל, וז"ל:

"וי"ל דחצרו של ר"ג אע"פ שהיא משתמרת ע"י הדריס שם, אינה משתמרת

לדעתו של ר' יהושע ור' עקיבא אלא לדעתו של ר"ג, ואנן משתמרת לדעתו של קונה בעינן.

לפי תרוץ הרשב"א (ולכאורה רק אליבא דעולא ולא אליבא דר"פ דמהני בדעת אחרת מקנה, אף שאפשר לבאר גם לר"פ), צריכה החצר להיות משתמרת מחמת הבעלים, בשליחותם או מעין שלחותם, אבל כשהיא משתמרת מחמת דבר אחר, כגון המקנה או בני ביתו, היא לא משתמרת כלפיהם. המשתמרת צריך להתייחס לבעלים, אם אינו מתייחס לבעלים, זה פגם בעצם השימור. ועיין בר"ן בב"מ י"א, שגם כתב כן, וכן בשטמ"ק בב"מ קב"א בשם תלמידי ר"פ. ועיין בנתיבות ר"ב, דהוא דין בפני עצמו, דבעינן בנוסף על היותה משתמרת, שתהיה משתמרת לדעתו. ובנתיבות שיג"א הקשה עמש"כ המחבר, והיא דעת הרמב"ם, דהזבל שבחצר הוא של בעה"ב, אף שהחצר שכורה ביד אחרים, דהא הוי אינה משתמרת. וכתב לישב:

"וצריך לחלק דדוקא לשוכר הוי חצר שאינה משומרת נגד בעה"ב, אבל לבעה"ב נגד השוכר נקרא משומרת, דהשוכר הוי כאכסנאי נגד בעה"ב כמ"ש השיטה מקובצת בבא מציעא דף י"א [ע"ב ד"ה וכן]. אמנם באמת השיטה מקובצת לא כתב כן רק באם שהשוכר אין לו רק דריסת רגל, ובשוכר גמור הוא דחוק."

דכלפי בעה"ב היא בעצם משתמרת לדעתו, רק יש שוכר שמפריע, ולשיטת הרמב"ם כיון שהיא משתמרת לבעה"ב, הפרעת השוכר אינה מהוה פגם במשתמרת. משא"כ שוכר ביחס לבעה"ב, היא משתמרת לבעה"ב טפי, כיון דלשיטת הרמב"ם היא בעצם משתמרת לבעה"ב, רק כלפי עלמא מהני השימור של השוכר, משא"כ כלפי בעה"ב. וע"ע בנתיבות ר"ב, מש"כ בזה.

ומ"מ לענין נדו"ד אם קונה בחצר שמשתמרת מאנשים הגונים ולא מגנבים, אף אם צריך שתהיה החצר משתמרת בעצם, מ"מ כיון שיש לה גדר מסביב, אף שגנבים יכולים להכנס, מ"מ למש"כ בדעת הרמב"ם והנתיבות דכל שיש לה חומה הוי משתמרת, ורק למאירי מצאנו שצריכה להיות משתמרת אף מגנבים. וע"כ נראה שזוכה במציאה הנופלת לחצר כזו.

ד. ד אמות - תקנת חכמים או קנין חצר

ובענין השאלה השניה אם מהני לקנות בקנין ד אמות, כשיש איזה טעם שבפועל אינו יכול ליטול את החפץ. ידועה החקירה (בשינויים לענ"ד) בענין קנין ד אמות שתקנו חכמים, אם הפרוש שעשו את הד' אמות שלו כחצירו, וממילא הד' אמות קונות מדין חצר, או שקנין ד אמות הוא קנין בפני עצמו, שתקנו חכמים שלא יבואו לאינצויי, ומה שקונה אינו מקנין חצר או קנין ד אמות, אלא שתקנו חכמים שיהיה שלו, ומה שקונה

אינו מהלכות הקנינים אלא מתקנת חכמים. ונפק"מ אם קונה בקנין ד אמות באיסור, דאם הוי קנין, מהני אף באיסור, וכדקיי"ל לענין קנין סודר בשבת, עיין שו"ע חו"מ קצה, יא, ואם הוי מדין תקנת חכמים, לא מהני באיסור, וכמו דקיי"ל לענין פעוטות שמקחן מקח וממכרן ממכר, דהוי מתקנת חכמים כדי חייו, שאם מכרו בנכסים מועטים, לא מהני, שלא תקנו חכמים במקום שעשו שלא כהוגן, עיין רמ"א רלה, א, ועיין מש"כ בח"ד סי' ה, ג-ה. ונראה דשני הצדדים, הם שני תרוצי הריטב"א גיטין עח, א, איך מהני זרק לה גט לד' אמותיה, איך מהני קנין שהוא מתקנת חכמים לגרושין דאורייתא, וז"ל:

"ואע"ג דד' אמות של אדם לכו"ע משום תקנה הוא, איכא למימר דמגורשת משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, א"נ כיון דרבנן אמרו דד' אמות של אדם קונות לו עשאום כחצירו ממש והפקר ב"ד הפקר, ובאותה שעה שהוא עומד שם זכה באותו מקום וקנאו דרבנן הקנוהו לו, וכיון שכן מדינא מגורשת." לתרוץ הראשון מה דמהני קנין ד אמות אינו מהלכות קנינים אלא מתקנת חכמים, וע"כ מה דמהני ד אמות בגט, דכל דמקדש על דעת חכמים מקדש. ולתרוץ השני, מהני מדין קנין חצר, דכיון שהפקירו חכמים את הד' אמות ועשאוהו כחצרו, ממילא יש לד' אמות דין של חצר, וקונה מדין קנין חצר. גם הרמב"ן (גיטין עח, א) כתב הטעם דהוי תקנת חכמים, ואפקעינהו, ומבואר דלא מהני מדין חצר אלא הוי תקנת חכמים שבכך חשיב קבלת הגט, וז"ל:

"וטעמא דמתניתין בין לרב בין לר' יוחנן משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, דהא ארבע אמות גופייהו בכל מקום דבר תורה אינן קונות, ואין צריך לומר כל שיכולה לשמור שאינו קונה לה אלא מדבריהם, ותקנת עגונות היתה להם וכדאמרינן לגיטין אמרו ולא לדבר אחר, אלמא תקנתא דרבנן הוא בגיטין, ומשום לתא ידיהו תקינו בקידושין משום ויצאה והיתה, ומשום הכי אמר ליה שמואל לרב יהודה דלא ליעבד עובדא משום דלא תקון לאפקועי קידושין אלא במקום שיש לחוש לקלקול, ושמא משנתנו הוראת שעה היתה או משום שעת השמד נשנית."

והר"ן גיטין (מ, ב בעמוה"ר) הקשה ג"כ, איך מהני ד אמות בגט, שתהיה מגורשת דבר תורה. ותירץ: "כיון דרבנן תקנינהו ואמרי שיהו קונות, הרי הקנום לו ועשאום כחצירו, והפקר ב"ד היה הפקר". הרי דמהני ע"י שהפקירו את הד' אמות, ועשאום כחצירה, וממילא מהני מדין חצר. ונפק"מ, דאם מדין אפקיענהו, הד' אמות אינה שלה, משא"כ אם מדין הפקר ב"ד שעשאום כחצר. [ועיין באבני מלואים לה, שהקשה, תינח בגט שייך לומר דמהני מדין אפקיענהו, אבל בקדושין איך מהני ד אמות ללא קנין. ותירץ דגם הרמב"ן ס"ל דמהני מדין הפקר ב"ד, אך לא הפקירו את הד' אמות אלא את החפץ, שאם הוא בד' אמותיו, קנוי לו. ובקדושין סגי בהכי, דכיון דנקנה לה מדרבנן, מהני לקדושי תורה. משא"כ בגט דבעינן ידו או חצירו, וכיון דתורת חצר ליכא בד'

אמות, לא מהני אלא ע"י אפקעינהו. ועיין באמרי בינה קנינים יד, דאף הרמב"ן ס"ל דהד' אמות דינם כחצירו, אולם כיון שהאשה יכולה לומר דלא ניהא לה לקנות חצר לחובתה, ע"כ הוצרך לדין אפקיענהו.]

ואף במקח וממכר מהני קנין ד אמות, עיין ברמב"ם זכיה ומתנה ד,ט ובראשונים הנזכרים להלן (אף שיש הסוברים דלא מהני במקח וממכר, עיין בראשונים ב"מ י,א ובש"ך רמג,ה), הרי שהיתה תקנת חכמים שלא יבואו לאנצויי, ולכן זוכה בחפץ מכח התקנת חכמים ללא קנין, דחכמים תקנו שחפץ הנמצא בד' אמותיו של אדם, הוא שלו. ועיין בבית אהרן גיטין עח,א דתקנת החכמים היתה שאף אחד אחר, להוציא הנמצא בד' אמות, לא יקח את החפץ, וממילא כל מה שאחרים לא יכולים לקחת, הרי זה שלו, עיי"ש.

ונחלקו הראשונים אם קונה בד' אמות, כשקדם הכלי לאדם. הנימוק"י ב"מ (ה,א בעמוה"ר) הקשה מדוע תקנו חכמים משיכה ומסירה בסימטא, יקנה בד' אמות. ותירץ הר"ן;

"דלא אמרו בד' אמות אלא בשעומד ונתנו לו בתוך ד אמותיו, הא קדם דבר שיש לו בעלים, לא זכו לו, שמקום אותו דבר קנוי הוא לבעליו".

וכן דעת תלמידי הרשב"א, הביאו הב"י בחו"מ ריש סי' ר, ובב"י כתב דדעת הרא"ש שלא חילק, משמע שאין חילוק אם קדם הוא לכלי, או קדם הכלי לקונה, עיי"ש ובסמ"ע ר,ג, ובש"ך ר,ה, ועיין קצוה"ח ר,ד מש"כ בהסבר הדברים. ועיין בשטמ"ק (ב"מ י,א ד"ה ומצאתי, מהריטב"א) דבמציאה מהני אף בקדם הכלי. וכנ"ל מהנימוק"י, ותלוי בגירסא בנימוק"י. ונראה בטעם מחלוקתם, דאם קונה מקנין חצר, ממילא מי שנמצא ראשון במקום, הד' אמות הם חצירו, וממילא אם הכלי קדם, הרי הכלי זכה לבעליו את הד' אמות שיהיו חצירו, דעצם התקנה היתה שהד' אמות יהיו חצר של מי שנמצא שם, והכלי הנמצא במקום, זכה את הד' אמות לבעליו. אולם אם אין כאן קנין חצר אלא זוכה מתקנת חכמים דלא לייתי לאנצויי, גם אם הכלי קדם שייך שחכמים יתקנו שמי שבא ראשון לד' אמות שבתוכם הכלי, שזכה במה שיפול מציאה במקום, דלא לייתי לאנצויי עם אחר שיבוא אח"כ, דלא שייך לומר שהכלי יזכה לבעליו במציאה, משא"כ בחצר, זה שיש לבעלים כלי במקום, הוא עושה את המקום של הד' אמות לחצירו. וכל זה דוקא בכלי שיש לו בעלים, דאם הוא של הפקר, אין הד' אמות שייכים לאיש, וממילא הראשון שבא שם, זכה מדין חצר.

ובזה נראה לישב מה שיש לדייק מדברי הרמב"ם דבהל' גזילה ואבידה יז,י כתב; "ארבע אמות של אדם כחצירו לענין מציאה". הרי שהזכיר דלענין מציאה הד' אמות כחצר. ובזכיה ומתנה ד,ט כתב דחצירו המשתמרת קונה; "וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצידן, קונין לו בסימטא ...", ולא הזכיר שהוא כחצירו כפי שכתב בהלכות

גזילה ואבירה. אלא שהרמב"ם ס"ל דאפילו קדם כלי לקונה, וע"כ באבירה אפילו אם הוי כחצירו, קונה בקדם הכלי, כיון שלכלי אין בעלים. משא"כ במקח וממכר אם הוי כחצירו, לא מצי לקנות, וע"כ לא הזכיר דהוי כחצירו כפי שכתב לענין מציאה, שאם היה כותב כן במקח וממכר, היינו למדים דלא מהני קדם כלי לקונה.

והט"ז חו"מ רסח, ג כתב דד' אמות קונות לו שלא מדעתו, והוכיח מהנימוק"י דהכלי קונה לבעליו שלא מדעתו, דהרי דעת המוכר להקנותו ללוקח, ובכ"ז הד"א חשיבי של מוכר. ושניהם טעם אחד, דכיון שתקנו חכמים שיהיו הד' אמות כחצירו, ממילא יש לד' אמות כל דין חצר, וכשם שבחצר קונה שלא מדעתו, הוא הדין בד' אמות. אלא שהט"ז הוסיף טעם נוסף, דכל הטעם שלא יבואו לאינצויי, ואם לא תקנו שלא מדעתו, יבואו לאינצויי, שיאמר לו לא התכוונת לזכות. וזה הטעם יכול גם לסברא שד' אמות קונה מתקנת חכמים, דאף אם חצר לא היתה קונה שלא מדעתו, ד אמות אינן מדין חצר אלא תקנת חכמים, וטעם התקנה שייך אף לענין שיקנה שלא מדעתו. ועיין מחנה אפרים קנין חצר סי' טז מש"כ בזה.

ועל דברי הט"ז ראיתי מקשים מהא דב"מ י, א במשנה ובגמ', ראה את המציאה ונפל עליה, דכיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה נחא ליה לקנות ולא בד' אמות. ואם כט"ז, כיון דקונה לו שלא מדעתו, מה מעלה או מורידה כוונתו. והגרע"א בתש' ח"א רכא, ה, כתב וז"ל:

"והנה בר"ן גיטין (דף קפ"ב ע"ב ד"ה היכי דמי) מבואר דהקנין שקונין לו הד' אמות את החפץ אינו מתיקון חכמים אלא דחז"ל תיקנו שיהי' הד' אמות קנויין לו, וכיון שכן הווי' דידיה מדאורייתא, דהפקר ב"ד הפקר ונעשו חצירו וקונים לו החפץ מדאורייתא, ומש"ה מועיל נמי גבי גט אם נותן הגט בד' אמות דידה, ואין כאן עקירה לדאורייתא להתיר אשת איש לעלמא ע"ש. ומעתה מש"כ הנמוקי יוסף בב"מ הנ"ל דיכול לומר אי אפשר וכו', אין הכוונה דאמרינן דאין רצונו שיקנו לו הד' אמות את החפץ, דהא קנין החפץ אינו מדרבנן, אלא דאמרינן דאין רצונו לקנות הד' אמות שזיכו לו החכמים."

דאם יש לו ד אמות, הרי הם קונים לו למרות שגילה דעתו שאינו חפץ בקנין ד אמות אלא בקנין אחר (משא"כ אם בכלל לא רוצה לקנות), דקונות לו שלא מדעתו. משא"כ אם אינו רוצה לזכות בד' אמות, שבזה לא שייך שיזכה בעל כרחו, לא שייך ממילא שיקנה בד' אמות שגילה דעתו שאינו רוצה לזכות בהם.

והגרע"א בהגהה לשו"ע חו"מ רמג, כב הסתפק במי שעומד ברשות הרבים מרחק אמה מסימטא, ונפלה מציאה בסימטא במרחק פחות מד' אמות מאותו אדם, אם קונה את המציאה שהיא תוך ד אמותיו, או כיון שעומד ברשות הרבים, אין לו ד אמות. ונראה בצדדי הספק, דאם נימא שד' אמות הוא תקנת חכמים שלא יבואו לריב על

דברים הנמצאים בסימטא, ממילא אם חפץ נמצא בסימטא, שייך גביה תקנת חכמים שלא יבואו לריב, כי התקנה היתה כלפי החפץ הנמצא בסימטא. והוא הדין אם אנשים באים לסימטא ואח"כ נפלה המציאה, תיקנו חכמים שתהיה שייכת לראשון, שלא יבואו לאינצויי. ולכן אם החפץ נמצא בסימטא והאדם במרחק ד אמות ממנו, בין אם עומד בסימטא או ברה"ר שהיא אמה מהסימטא, שייכת תקנת חכמים שלא יבואו לריב על החפץ, ולכן אם החפץ בסימטא, תקנו חכמים שיהיה שייך החפץ למי שנמצא בתוך ד אמותיו, אף אם הוא מחוץ לסימטא, מפני שזה טעם התקנת חכמים. משא"כ אם הקנו לו את הד' אמות בתורת חצר, הרי הקנאת ד אמות שייכת דוקא לאדם (או החפץ שיש לו בעלים, לשיטת הר"ן הנ"ל) הנמצא בסימטא, שזו היתה תקנת חכמים שהד' אמות הם חצירו של מי שבסימטא. וזה לא שייך אם האדם לא נמצא בסימטא אלא ברה"ר, אף אם הוא עומד בסמיכות אמה לסימטא.

לפי הדרך הנ"ל ראיתי לבאר גם את צדדי הספק בנדו"ד, באדם שעומד בסימטא, ותוך ד אמותיו נפלה מציאה, רק יש כלב מסוכן של הפקר שמונע ממנו לקחת את המציאה. דאם נאמר שהקנו לו הד' אמות בתורת חצר, ואף שיש שם רבים ואינה משתמרת, מ"מ כיון שעומד שם, קנתה לו החצר. ולו יצוייר שבחצירו הפרטית יכנס כלב מסוכן של הפקר, ותפול שם מציאה, האם לא תקנה לו חצירו. בחנות שרבים נכנסים ויוצאים שם, חשיב אינה משתמרת, אבל חצר זו שנכנס בה כלב ללא רשות או אפילו ברשות ומונע ממנו לקחת את החפץ, לא חשיב אינה משתמרת. דבחנות כיון שרבים נכנסים ויוצאים, לא סמכא דעתיה לקנות, משא"כ בכלב שעומד שם, רוצה לקנות רק יש מי שמונע ממנו להגיע לחפץ, ואף שלא מדעתו תקנה לו חצירו. וכן הדין אם בתוך ד אמות בסימטא, יש גדר תיל שאינה מאפשרת לו גישה מידית וחופשית לחפץ, דאם ד אמות מדין חצר, הרי כמו שבחצירו קונה לו חצירו בכה"ג, הוא הדין בזה. אולם אם ד אמות הינה תקנת חכמים שלא יבואו לאינצויי, לכאורה אם אין לו גישה חופשית לחפץ, לא שייך בכה"ג לתקן שיהיה דוקא שלו, שהרי אדרבא, זה יביא לאינצוי, דכל התקנה היתה להקנות לראשון שהיה בד' אמות, אם ביכולתו לקחת החפץ, שלא יבואו לאינצויי, אבל אם אין ביכולתו מסיבה טכנית לקחת החפץ, לא תקנו בכה"ג. אך נראה דלא פלוג בתקנתם, ובכל מקרה זכו לו הד' אמות, דאין במניעה טכנית כזו או אחרת, כדי למנוע מחכמים לזכות לו בד' אמותיו. וכמו אם אדם משותק יעמוד או ישכב בד' אמות, זכה במציאה הנופלת לשם, אף דלא שייך הטעם של אינצויי. וכן מסתבר, ע"כ בכל ענין בנדו"ד זוכה במציאה הנופלת בד' אמותיו בסימטא, אף אם יש מונע ממנו להגיע למציאה.

ומדי דברי בו, ראיתי עוד נפק"מ בענין החקירה הנ"ל. אם חפץ נמצא בסימטא - חלקו או רובו, והחלק האחר נמצא ברשות הרבים. דאם נאמר דדינו כחצר, הרי חצר אינה קונה אלא מה שבתוכה ולא מה שחוץ לחצר (עיי' נתיבות רסח, ב ועוד), אבל

אם הוי תקנה דלא יבואו לאינצויי, לכאורה גם אם רק מקצת בתוך הד' אמות שייך טעם זה. אחר כתבי הנ"ל, ראיתי שבאבני מלואים לו (ד"ה והנה) נראה שקונה רק מה שתוך ד אמות. ובבית אהרן הנ"ל מבואר שקונה הכל. והבית אהרן לשיטתו דמהני מדין תקנה ולא מקנין חצר, דהתקנה היתה שאחר לא יקח, עיי"ש.

עוד נראה לבאר בזה, מש"כ הרמ"א חו"מ רסח,ב, והוא מדברי הטור; "שנים שבאו כאחד לתוך ד' אמות, או שעומדים שניהם ונפלה המציאה תוך ד' אמותיהן, קנו שניהן". ובקצוה"ח שם ס"ק א הקשה, דהא אי אפשר לצמצם, כדאיתא בגיטין עח,א, וא"כ אין היכי תימצי שבאו שניהם כאחד. וע"ז ישב, דמה שחולקין היינו מספק, דכיון דלא ידעיןן הי מינייהו קדים, ע"כ חולקים מספק. אלא שהקשה על מש"כ הרמ"א; "עומדים שניהם ונפלה המציאה תוך ד' אמותיהן", דממה נפשך, אי קדים אחד, כבר זכה בד' אמותיו אע"ג דהמציאה נפלה אח"כ, כמו גבי גט וקידושין, ואי עומדין שניהם, היינו שבאו בבת אחת, הא אי אפשר לצמצם, ואי מספיקא, היינו הדין של הרישא. ולא תירץ את דברי הרמ"א. והנתיבות ס"ק א כתב לישב, דמיירי שבאו שלשה בזה אחר זה, שזכה הראשון בד' אמות, ואח"כ הסתלק הראשון, שזכו השנים בבת אחת בצמצום. ולכאורה עדיין צ"ע, דא"כ מה נפק"מ בין רישא לסיפא.

והנראה בזה, דאם נאמר שד' אמות תקנו שיהיו כחצירו, א"כ מיד שנכנס לד' אמות, זיכו לו חכמים את הד' אמות שיהיה כחצירו, שאם תבוא מציאה יזכה במציאה מדין חצר. אולם אם מה שזוכה הוא מתקנת חכמים, י"ל שהזמן הקובע הוא שעת נפילת המציאה, דבשעה זו זיכו חכמים למי שנמצא במקום, כדי שלא יבואו לאינצויי, וע"כ אם היו שניהם במקום, אף שאחד קדם, אם נפלה מציאה, ס"ל לרמ"א שזכו שניהם, דלטעם זה שתקנו חכמים ואינו בתורת חצר אלא זיכו המציאה למי שבד' אמותיה, הזמן הקובע הוא שעת נפילת המציאה.

אלא שא"כ יש להקשות על דברי הרמ"א מהגמ' גיטין עח,א; היכי דמי מחצה על מחצה, אמר ר' שמואל בר רב יצחק, כגון שהיו שניהן עומדין בארבע. וליחזי הי מינייהו קדים, וכי תימא דאתו תרווייהו בהדי הדדי, הא אי אפשר לצמצם. ומבואר בגמרא שבקדים זכה, ולשיטת הרמ"א אין זה שייך כלל לקדים, ובפרט בגט וקדושין שלשיטת הרמ"א למש"כ הזמן הקובע הוא זמן זריקת הגט והקדושין, וא"כ מה שייך הי מינייהו קדים. ובדוחק אפשר להעמיד, שזרק לה הגט מחוץ לד' אמותיו וד' אמותיה, שבשעת הזריקה של הגט שניהם היו מחוץ לד' אמות של השטח שבו נפל הגט, אבל משעת הזריקה של הגט, שניהם התקדמו לעבר מקום נפילת הגט ונכנסו לתוך ד אמות של מקום נפילת הגט, והקשתה הגמ', הי מינייהו קדים.

תבנא לדינא: לענין השאלה הראשונה אם זוכה בחצר המשתמרת מאנשים רגילים ולא מגנבים, נראה דזוכה בה מציאה. וכן בענין השאלה השניה, אם זוכה בד' אמות כשיש מפריע לקחת את החפץ, דזוכה במציאה בכה"ג.

סימן יז

קנה לולב מקטן שהוא ספק נכרי

ראשי פרקים

- א. שעור קטן ופעוטות בנכרי
- ב. ביותר מכדי חייו
- ג. שליח ופועל בנכרי לאמירת לך משוך וקני

יהודי קנה בשוק לולב, מנער שהיה נראה לו גדול, אך לא טרח לברר, כיון שבאותה שנה חל יום ראשון של סוכות בשבת. לאחר מכן נאמר לו שאותו נער הוא קטן, וספק אם הוא בכלל יהודי, ושאל אם יכול ליטול את הלולב בסוכות, כשהמצוה היא דרבנן?

א. שעור קטן ופעוטות בנכרי

הרמב"ם בהל' מלכים י,ב כתב דאין עונשין חרש שוטה וקטן נכרי, לפי שאינן בני מצוות. ובחתם סופר בתש' חיו"ד סי' שיז הביא מקשים מדוע לא יהיה חייב הקטן, אם הגיע לכלל דעת, דבשלמא בישראל, ניתנו שעורים של גדלות הלכה למשה מסיני, שאינו נעשה גדול עד יג ושתי שערות, אבל בבן נח לא נתנו שעורים אלו, וכמש"כ הרמב"ם בהל' מלכים ט,ט-י לענין פחות משה פרוטה, וכמש"כ הרא"ש בתש' טז,א דשעורים אלו הלכה למשה מסיני, וא"כ בנכרי, אפילו אם הוא קטן, אם נראה שהוא בן דעת, יתחייב בעונשין. וע"ז כתב החת"ס:

"דודאי אין שום סברה לענוש לתינוק בן יומו, והרי אנוס פטור גם בבן נח כמ"ש רמב"ם שם, וקיי"ל פיתוי קטנות אונס הוא (וכבר מבואר אצלינו במקום אחר שגם רמב"ם ס"ל כן), אלא קטן שהגיע לפלגות ראובן גדולי חקרי לב, ואפילו הכי בישראל הלכה למשה מסיני שאין מעשיו כלום עד שיביא ב' שערות אחר שנותיו, ואז אפילו אין שכלו זך שאינו יודע להפלות, כל שאינו שוטה שאינו מקרע כסותו וכו', הרי הוא גדול לכל דינו. ואמנם בן נח דלא ניתנה להם שיעורים, כל ששכלו שלם כראוי, וכעין בב"ב קנה"ב דמסברו ליה ומסבר הוה גדול, ופחות מזה הוא קטן. וע"ז כתב הרמב"ם שאינו נענש על פיתויי אונס הוא, וזה אמת ברור לפע"ד."

מבואר דבנכרי הכל תלוי אם הגיע לכלל דעת, ואינו תלוי בגיל ושערות. לפ"ז בנדו"ד אם נראה הקטן המוכר בר דעת, על הצד שהוא נכרי, עדיף טפי, דדינו כגדול, ולא

בעינין לדין פעוטות, דדין קטן וממילא דין פעוטות נאמר רק בישראל ולא בנכרי, דכיון שהוא תקנת חכמים כדי חייו, לא נתקן אלא בישראל, וכמש"כ התוס' גיטין יג, ב ד"ה במעמ"ש, דלכאורה לא תקנו בישראל, אבל אם הוא בר דעה כנדו"ד, יקנה קנין גמור, כשקנה גם בכסף וגם בהגבהה (ועיי' בתש' חסד לאברהם מהדו"ק חחו"מ סי' לח דקונה פעוט נכרי מישראל, ולכאורה הוא הדין בישראל הקונה מפעוט נכרי, ועיי"ש שחלק על החת"ס, ומ"מ לנדו"ד קונה ממה נפשך, דלחת"ס קונה מהתורה, ולחסד לאברהם קונה מדין פעוטות). ומ"מ לחתם סופר על הצד שהיה ודאי נכרי, מהני מכירתו.

ב. ביותר מכדי חייו

אלא דוקא על הצד שהוא ישראל קטן, יש לדון אם מהני מכירתו מדרבנן, כיון שלכאורה מכירת הלולבים והסכום שהוא מקבל תמורת העבודה, הוא יותר מכדי חייו (כך עלה מהברור לפי הסכום שקיבל הנער). והשאלה אם בכהאי גוונא תקנו חכמים שהפעוטות יהיה מקחן מקח וממכרן מכר. תנן בגיטין נט, א; הפעוטות מקחן מקח וממכרן מכר במטלטלין. והרמב"ן שם, כתב וז"ל:

"אף זו מפני תיקון העולם כדאמרינן בגמרא משום כדי חייו, ומשמע דכיון דתקון רבנן - לא פלוג, ואפילו מכר שוה מאה מנה ממכרו ממכר, וכן מתנה נמי שאינה אלא משום כדי חייו כי היכי דליעבדו ליה מילי, אמרינן דאפילו במתנה מרובה, ואפי' במתנת שכיב מרע דליכא דליעבדו ליה מיליה תו, מתנתו מתנה, דלא פלוג רבנן, וה"נ משמע בשלהי מציאת האשה, אבל רבינו האי גאון ז"ל כתב בשער שלישי מספר המקח שלא ימכרו אלא כדי חייו."

גם הרשב"א הביא את דעת רב האי ואת דעת הרמב"ן, ומשמע דס"ל כרמב"ן. וכן דעת הריטב"א בסוגיא. ולכאורה היה נראה בהסבר מחלוקתם, האם חכמים, מהסיבה של כדי חייו, הורידו את גובה הגיל בקנינים, ותקנו שגם קטן שהגיע לעונת הפעוטות ויודע בטיב מו"מ וכו', דינו כגדול לענין מקח ומכר. או שחכמים השאירו את גובה הגיל במקומו, רק הכשירו את המקח, שאם עשה מקח שהוא כדי חייו, תקנו חכמים שהמקח קיים. דדעת רב האי שהכשירו את המקח שהוא כדי חייו, ודעת הראשונים החולקים, דמטעם כדי חייו הכשירו את הקטן שיהיה מקחו וממכרו קיים. וכן נראה מדברי הנתיבות רלה, ז:

"ואף דבחו"מ סי' שמט, ג מבואר דאפילו קטן שגנב כשאין הגניבה בעין דאינו חייב לשלם, מ"מ במו"מ תיקנו חז"ל שיהיה כל דינו כגדול, כדי שיהיו נושאים ונותנים עמו כמ"ש הסמ"ע רלה, מג."

הרי שעצם התקנה היתה שיהיה הקטן דינו כגדול, וזה כראשונים הנ"ל. אמנם גם לראשונים הנ"ל שהכשירו את הקטן והורידו את הגיל מיג' וכו', שלא חילקו בין כדי

חיי ללא כדי חייו, י"ל שלא הכשירו כל מקח של קטן, אף לא במטלטלין. דהרמב"ם בהל' מכירה כט,ט, כתב וז"ל:

"וכן אם קנו מיד הקטן או השכיר מקום המטלטלין וחזר בו, לא קנה הלוקח, שאין מוציאין מידי הקטן בדין, ואין קניין מיד הקטן כלום, שהקניין בשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של אדם גדול. וכן קטן שקנה מטלטלין וקנו מידו ושכר מהם המקום לא קנה עד שימשוך, לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכין בהן הגדולים, ראייה לדבר שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונין לו, מפני שנתרבו מדין שליחות ולא מדין ידו כמו שיתבאר ולא יהיה הקניין או שכירות המקום גדול מחצירו, אבל הקטנה שנתרבתה חצירה מידה תקנה המטלטלין מאחרים אם קנו מידה או בשכירות מקום."

והנה אף אם נתמעט קטן מסודר מדכתיב שלף איש נעליו, עיין בנתיבות רלה,יא, וכן בחצר שנתרבתה מדין שליחות וכו', מ"מ זה לעיקר הדין, והרי גם בקנין משיכה והגבהה אינו קונה מעיקר הדין, וכן מתנת שכיב מרע, ובכל אופן לכשתקנו חכמים שמקחו מקח, מהני מקחו וממכרו, ומדוע לא יועיל גם בקנין סודר. ע"ז כתב הרמב"ם: "שאין מוציאין מידי הקטן בדין", והיינו שגם כשחכמים הורידו את גובה הגיל, מ"מ עדיין יש את החסרון של דעת, ואמרו חכמים שקטן כזה הודע בטיב מו"מ, מהני ממכרו רק אם הוא לוקח את המקח או שלוקחים ממנו את המכר, במשיכה הגבהה וכו', דבאופן כזה יש לו דעת וגמירות דעת מספיקות כדי שחכמים יקבעו שהוא כשר להלכות מקח וממכר. דבזה ניכר שהוא מבין את המקח וממכר, וגם הוא עצמו מבין יותר את מעשה הקנין. אבל מקח שנעשה באופן של סודר או חצר, שהקטן עצמו לא פעל קנין אלא נתן סודר למקנה, אין לו מספיק דעת למקח כזה שצריכין להוציא מידו, והוא הדין בקנו מידו, דבזה לא ניכרת הבנתו, לא לאחרים וגם לעצמו אינו מבין דיו. ובקנין כסף לכאורה לא היה צריך להועיל, כיון שאינו מעשה במקח עצמו, וכן פסק הרמב"ם שם בהל' מכירה כט,ח:

"ואני אומר שאין מקח הקטן וממכרו במטלטלין קיימין אלא בשמשך או המשך, אבל אם נתן מעות על המקח וחזר בו אינו מקבל מי שפרע, ואחרים שחזרו בו מקבלין מי שפרע."

והטעם בזה כנ"ל, דאף לתקנת חכמים שהקטן כשר למקח וממכר, זה דוקא במשך או המשך או הגביהה, שעושה מעשה במקח עצמו, הוא או המוכר, דאז יש בו דעת מספקת לחכמים שיהיה כשר למקח וממכר, אבל בקנין שאינו פועל בגוף המקח, אין בו דעת מספקת לכך. ולכאורה הוא הדין בקיבל כסף. ואף אם לא היו גוזרים חכמים שקנין כסף לא מהני במטלטלין, לא היה מועיל בקטן. ונפק"מ בזה בקטן שקנה או מכר בארבעה פרקים דמהני קנין כסף, כמבואר בחולין פג,א ובשו"ע חו"מ קצט,ג. אמנם הנתיבות רלה,ט כתב דבאלו אופנים מהני קנין כסף. ונראה שדייק ממש"כ הרמב"ם

שאחרים מקבלים מי שפרע, וכן ממש"כ הרמב"ם דלא מקבל מי שפרע, ומשמע רק בגלל שיתומים לא מקבלים מי שפרע, והא בלאו הכי לא היה כאן קנין כסף. והוסיף הנתיבות דלהסבר הסמ"ע לא מהני כלל קנין כסף, וממילא גם בארבעה פרקים וכו', לא יועיל קנין הקטן בכסף, דדוקא במקום שלא צריך להוציא מהקטן, שכבר יצא מרשותו, תקנו חכמים, וז"ל:

"משמע דבאופן המבואר בסימן קצח, ה-ו שהמעות הוא קונה קנין גמור במטלטלין, קונה אף בקטן. ולפי הטעם שכתב הסמ"ע בס"ק כג, אף בכה"ג לא קנה הלוקח מהקטן."

והגרא"ז באבן האזל מכירה כט, ח-ט כתב בבאור דברי הרמב"ם דחלוק קנין כסף מקנין כסודר, דקנין כסף אם היה מועיל במטלטלין, היה מועיל גם בקטן, דכסף אינו מעשה קנין אלא נתינת דמים, וכיון שנתן הקונה לקטן דמי המקח, ויש לקטן כל התמורה של מקחו זה, היה צריך להיות מועיל גם בקטן, אבל מעשה קנין כסודר שיתחייב הקטן ליתן דבר משלו בשביל מעשה קנין שעשה ללוקח, אין הקטן יכול להפסיד באופן שנוכל לתבעו. ומה שכתב הרמב"ם שהקנין כשטר וכו', אינו טעם אלא הוכחה שקנין לא מהני בקטן, עיי"ש.

ולכאורה קשה בדברי הרמב"ם בהל' מכירה כט, יא, דמהני מכירת קרקע לקטן שנתן דמים והחזיק בקרקע, למה לי טעם של זכין, תיפוק לי מפני שיצא כבר מידו, וז"ל הרמב"ם:

"יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו, אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום שהקטן כמי שאינו בפניו הוא וזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו. (והראב"ד השיג); מעתה לפי דבריו אם קנה המטלטלין ושכר את מקומן למה אמר למעלה שלא קנה ..."

ולכאורה כיון שהחזיק בקרקע כבר אין צריכים להוציא מידו, ולמה צריך לטעם של זכין, סגי במה שמחזיק. ועיין בקצוה"ח רלה, ד ובנתיבות ס"ק יג ובאור שמח. ונראה שלמדו דמהני אף מדאורייתא, ואה"נ מדרבנן לא בעינן לטעם זה, וסגי במה שאין צריכים להוציא מידו, דבהכי הוי ליה דעת מספקת לתקנת חכמים. גם אפשר שחכמים תקנו מלכתחילה כדי חייו רק במטלטלין, ובקרקע לא תיקנו, וכלשון המשנה בגיטין נט, ב, וממילא אוקמא אדין תורה.

לפ"ז בנדו"ד, על הצד שהנער ישראל, שעשה קנין משיכה והגבהה בלולב, וכן קיי"ל דמהני ביותר מכדי חייו, המכירה קיימת.

ג. שליח ופועל בנכרי לאמירת לך משוך וקני

אלא שיש לדון בדינו של הנער, אף על הצד שהוא גדול. דאם הוא עומד ומוכר כשליח של בעה"ב, הרי שאין שליחות לקטן, ואין שליחות לנכרי, עיין שו"ע חו"מ קפח, א-ב. אמנם נראה דבכגון זה דינו כפועל ולא כשליח, ובפועל, מהני לכאורה גם בקטן וגם בעכו"ם כבנדו"ד.

המחנה אפרים שלוחין יא דן במי שרוצה לתקן מעקה ע"י אומן עכו"ם, אם יברך עליו. וכתב לחלק בין שליח לפועל, מההיא דב"מ י"א. והקשה דאף אם יר פועל כיד בעה"ב, הרי גם שלוחו של אדם כמותו. וכתב דשליח ופועל שונים זמ"ז, דפועל אפילו לא התכוין לזכות לבעה"ב, זכה בעה"ב, משא"כ שליח, וע"כ מהני פועל לתפוס אף במקום שחב לאחריני. ושכן מצא בראשונים הרשב"א והריטב"א. ודמי לעבד כנעני, דאם אמר לו צא והשאל עם פרתי, חשיב שאלה בבעלים, כמבואר בב"מ צ"ט, א והביא עוד ראיות בזה, עיי"ש. והנתיבות קפח, א כתב ג"כ דמהני קנינים של משיכה, הגבהה וחזקה ע"י פועל נכרי, דפועל לא ילפינן מאתם גם אתם, כדילפינן בשליח, וכוונת פועל ככוונת בעה"ב, ובחזקה מהני אפילו לא התכוונו הפועלים אלא התכוין בעה"ב, כיון שבגרמתו נתקן השדה, עיי"ש.

אך נראה דבנדו"ד א"צ לכל זה, שהרי הילד שעמד שם הוא בסכ"ה שומר ולא שליח להקנות, דאם היה בעה"ב שם קופה וכותב שכל מי ששם סכום של כו"כ בקופה, יכול לקנות לולב, הרי שבזה מרשה לכאור"א שממלא את התנאי לקחת לולב, והרי זה כאומר ע"י הכתב לך משוך וקני אם תתן כו"כ. וכאן הפועל הילד הוא רק שומר שאכן ימלאו את התנאי, והוא ההיכי תימצי לומר להם בשם בעה"ב לך משוך וקני ולקחת את הכסף, והוא לא פועל כל קנין אלא הכל מרשות בעה"ב, ע"כ אין בזה כל חשש. ולפ"ז גם לקנות לולב בכה"ג לצאת בו ביום הראשון שהוא דאורייתא, מותר בכה"ג. וכל מה שאסרו לקנות מקטן, דוקא כשהקטן הוא בעה"ב על הלולב, אבל כשהוא פועל שתפקידו לקבל כסף ולומר לך משוך וקני, שאינו המקנה אלא שומר על הלולבים שלא יהיו הפקר, יכול להעמיד גם שומר קטן, ולקחת לולב ולתת לו כסף, ולצאת בזה ידי חובת מצות לולב דאורייתא (ויש לדון בזה איך זכה בכסף, ועוד חזון). ולכן גם אין נפק"מ אם קונה מגוי במשיכה (ובנדו"ד היה גם כסף וגם משיכה), כיון שקונה מבעה"ב ישראל.

ומש"כ דלא בעינן שליחות לאמירת לך חזק וקני או לך משוך וקני, מטעם שבאמירה זו לא פועל כל קנין. דהאחרונים התחבטו בשאלה זו מה הטעם בעינן לאמירה זו. העונג יו"ט (סי' קז בהערה שם) כתב בטעם אמירת לך חזק/ משוך וקני, שמושך או מחזיק שלא בפני הבעלים, דעיקר הטעם מחשש שמא המוכר יחזור בו, וע"כ בעינן או בפניו או באמירת לך חזק וקני. ולכאורה אם יהיה גלוי דעת אחר, אפשר שלא יצטרכו

דוקא לאמירה זו. כן ראיתי שכתב הגרשש"ק בחידושים לקדושין סי' יט (ד"ה אלא) בענין דברי הר"ן בנדרים שהאשה עושה עצמה כהפקר, וז"ל:

"ונ"ל דזה ג"כ כונת הר"ן שכתב בנדרים דאשה משוי' עצמה כהפקר, דאינו כמו נתינת רשות כלך חזק וקני, דהיכי דיש לנו אומדנא דניחא ליה או שהדבר זכות, אין צריך דעת המקנה, אבל התרצות האשה הוה כענין הפקר, שהוא ענין המתחדש בחפץ הבעלים ע"י אמירה ..."

הרי שכיון שאת הקנין חזקה או משיכה עושה הקונה, צריך גילוי דעת שניחא ליה למקנה, ואמירה של לך חזק או משוך וקני, היא הגלוי דעת דניחא ליה. גם בדבר אברהם ח"ב י, ד כתב דאמירה זו היא רק משום סילוק קפידת הבעלים, דכל זמן שלא אמר כן, אינו יכול לעשות קנין בשל חבירו שלא מדעתו, וע"כ אינו צריך לומר לו דוקא קני במשיכה ובקנין מסוים אלא באמר לו קני סתמא. ולכן במשך בפניו, חזינן דניחא ליה. לפ"ז גם אם גילה דעתו בכתב, או אמר לקטן או עכו"ם שיאמרו לקונה לך חזק וקני, סגי בהכי, דכל האמירה היא רק גילוי דעת, ולכן גם בנדרן כנדר"ד, סגי בהכי.

אמנם הגרא"ז בהל' שכנים ב, דן בדברי התוס' בריש ב"ב (ג,א ד"ה רב אשי) דבחלוקת השותפות חידש רב אשי דלא בעינן לאמירה לך חזק וקני, וברא"ש שם, דבדבר שיש לו חלק, מועילה חזקה מדעתו שלא בפניו, אף בלא אמירה זו. וכתב ע"ז הגרא"ז, וז"ל:

"דהנה צריך לחקור הא דצריך לומר לך חזק וקני בהחזיק שלא בפניו, אם הוא משום דאי לאו הכי אין לו רשות להחזיק בקרקע, ואף שכבר גמרו ביניהם שמוכר לו הקרקע בכו"כ, מ"מ אפשר חזר בו. או דנימא ... משום דצריך הקנאה על החזקה, שהמקנה יקנה לקונה את הקרקע מדעתו, ולכן כל זמן שלא אמר לו לך חזק וקני, אין לנו עדיין דעתו על הקנאה זו, רק שיש לנו הסכמה על המכירה אבל לא דעת על ההקנאה ..."

וכתב דהדברים תלויים במחלוקת קצוה"ח והנתיבות בסי' רמד בעושה שליח להוליך מתנה, אם השליח יכול לעשות שליח במקומו, דעת קצוה"ח דאינו יכול למסור לשליח, דכיון שאם לא רצה המקבל לא הוי מתנה, הרי הוי מילי. והנתיבות כתב דאין צריך לזה שליחות, דזה הוי מעשה קוף. וביאר דמחלוקתם, דדעת הנתיבות דרק נותן רשות למקבל מתנה לקנות, ואין כאן פעולה מצד המקנה. ודעת קצוה"ח דיש כאן פעולה קנינית מצד המקנה. ולפ"ז לדעת קצוה"ח, אף אם יש גילוי דעת על עצם ההסכמה לתת מתנה, לא סגי בהכי, אלא צריך דעתו על ההקנאה עכשיו שיקנה עכשיו לקונה. לפ"ז יצא שאמירה זו לעיכובא דוקא ע"י שלוחו, וכמו שלמד מקצוה"ח, דאם יעשה שליח באופן של מילי לאמירה זו, לא תועיל אמירה זו, ואין כאן קנין.

משפטיך סימן יז ליעקב שלג

אמנם דעת הרבה אחרונים דאמירה זו היא רק גילוי דעת וכנ"ל, ואף לגרא"ז הביא רק לצד אחד שאמירה זו היא דעת המקנה לקנין ולא מצד גילוי דעת, לכאורה נראה להקל בזה גם בנדון כנדו"ד, ואף לקנות לולב ליום הראשון. ובודאי ליום השני שהוא מדרבנן, אין להחמיר בזה.

לאור האמור יכול לצאת ידי חובת מצות ד מינים בלולב הנדון.

ס י מ ן י ח

חזרה מקנית דירה

ראשי פרקים

- א. אונאה במידה, משקל ומנין
- ב. יכל להבחין לאלתר
- ג. כתבו בחוזה שהקונה בדק ואין לו טענות על המוכר
- ד. מחילה בטעות
- ה. הקנס בגין ביטול החוזה

ראובן פרסם את דירתו למכירה אצל מתווכים שונים, כדירה בת ארבעה חדרים, עם אופציה לבניה של עוד 16 מ"ר וכן מחסן, וכי לאופציה יש אישורי בניה. המתווך לוי הציע את הדירה לשמעון. כיון שהמחיר היה גבוה, וכל רצונו של שמעון לקנות במחיר כזה הוא רק אם קיימת אופציה מאושרת, שאל שמעון את ראובן ודרש וחקר בענין האישורים. תשובת ראובן היתה שיש אישורים, והוא יכול לבדוק בעיריה. שמעון טען כי אין לו אפשרות כעת לבדוק בעיריה, ובקש מהמתווך לבדוק אם יש אישורים לאופציה המוצעת. תשובת לוי המתווך כי בדק ואכן יש אישורים לאופציה של 16 מ"ר בתוספת מחסן.

ראובן ושמעון חתמו על חוזה, שבו נזכר ענין האופציה, ונאמר כי שמעון בדק את הענין, וכי אין לו ולא יהיו לו כל טענות על ראובן המוכר בענין זה. כמו כן נכתב סעיף מפורש שבמקרה של ביטול החוזה יש קנס בסך 10,000 ₪ על הפרת החוזה, ללא כל חובה להוכחת גרימת נזק.

הסכום שהיה אמור להנתן למוכר, הושלש אצל העו"ד - עורך החוזה, שיתן למוכר רק מיד ברשום הערת האזהרה לטובת שמעון, דבר שהיה האמור להתבצע אחרי שלשה ימים.

בינתיים חששו של שמעון גבר, והוא החליט בעצמו לבדוק את ענין האופציה, ולתדהמתו התברר שקיימים אישורי בניה למרפסת של כחמש מ"ר. אין אישורים מעבר לכך. ראובן המוכר טוען כי הגיש בקשה להגדלה, וכי בעתיד יש סיכוי סביר להגדלה כפי שהבטיח, מאחר וכמעט כל השכנים חתמו לו על הבקשה. שמעון טוען כי כל קניית הדירה במחיר כזה היתה על דעת שיש אישורים, ואם היה יודע שאין אישורים, לא היה קונה את הדירה, והמתווך הטעה אותו, והוא מתכוין לתבוע גם אותו.

למעשה העו"ד החזיר לשמעון את הכסף שהפקיד בידו, ותביעת ראובן היא בגין הפרת חוזה, ותשלום של הסכום 10,000 דולאר שנכתב בחוזה קנס על הפרת חוזה ללא הוכחת נזק. תשובת שמעון כי ראובן נהג בו מנהג רמאות, וזו הסיבה להפרת החוזה.

א. אונאה במידה, משקל ומנין

לשמעון הקונה יש שתי טענות בענין המכר: במחיר כה גבוה לא הייתי קונה דירה עם אופציה ללא אישורים, ובכלל איני רוצה לקנות דירה רק כזו שאני יודע שאוכל לבנות עוד 16 מ"ר עם מחסן. לכאורה זו טענה של דבר שבמידה, משקל ומנין, דאיתא ב"מ נו,ב דחוזר לעולם אפילו בפחות מכדי אונאה, וכ"פ בשו"ע רלב,א. ולכאורה אין הבדל אם מוכר לו עשרים ק"ג פירות ונותן לו עשר, או דירה או מגרש בשטח מאה מ"ר ונותן לו מ"ר פחות, או שמוכר לו אופציה לבניה, ונותן לו פחות.

איתא בב"מ נו,ב: בעי רבא, חטין וזרען בקרקע מהו, יש להם אונאה או אין להם אונאה, כמאן דשדיין בכדא דמיין ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו על גב ארעא. היכי דמי, אילימא דאמר איהו שדאי בה שיתא, ואתו סהדי ואמרי דלא שדא בה אלא חמשה, והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר ... מבואר בגמ' שכשאמר שזרע שש זרע חמש, הוי דבר שבמידה וחוזר. ודין זה הובא גם בגמ' קדושין מב,ב: אמר רב נחמן, האחין שחלקו הרי הן כלקוחות, פחות משתות נקנה מקח, יתר על שתות בטל מקח, שתות קנה ומחזיר אונאה ... והא דאמרן שתות קנה ומחזיר אונאה לא אמרן אלא במטלטלי, אבל במקרקעי אין אונאה לקרקעות. ובמקרקעי לא אמרן אלא דפלוג בעילויא, אבל פלוג במשחתא לא, כדרבה דאמר רבה כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה נמי חוזר. מבואר שאם מדדו מדויק וטעו, חוזר אפילו בכל שהוא. וברש"י ב"מ נו,ב פירש בטעם הדין של דבר שבמידה, וז"ל:

"דמקח טעות הוא, דהא בהדיא פירש בחזקת כן, ואינו כן, וכיון שהמקח טעות הוא, אפילו בטיל להו אגב ארעא חוזר, דנהי דאימעיט קרקעות מדין אונאה, מדין מקח טעות לא אימעיט, שהרי אין זה מכר, דאדעתא דהכי לא זבן."

דכיון שקנה על דעת שיזרע שש, אם לא זרע כפי שסיכמו, יש כאן מקח טעות ולא אונאה, דקנה שש סאין של חיטין זרועים ולא פחות, על דעת זריעת חמש לא קנה, וזה מקח טעות. וכן ברש"י בקדושין שם, דהוי טעות, ולא דמי לאונאת דמים, שאין אדם יכול לצמצם, משא"כ בטעות במדידה, אדעתא דהכי לא עבד. ועיין ביד רמ"ה ב"ב ז,א (אות קמו) דלא הוי מחילה אפילו בפחות משתות, והוה ליה כמאן דאית

גביה חברה כור חטים, שאם מחזיר לו פחות משהו, יכול לתובעו ולא שייך בזה מחילה. [גם צ"ל דמה שנפסק ברמב"ם ובשו"ע רלב"ה דמום נחשב ע"פ מה שנהגו בני המדינה שהוא מום, לא שייך בדבר שבמידה ומשקל, שזה מום בעצם ולא שייך אף אם בני המדינה ינהגו שאינו מום].

ומ"מ מבואר מדברי רש"י שהמקח בטל לגמרי כדין מקח טעות, ואפילו ירצה להחזיר לו הפרש דמים, יכול הקונה לומר שעל דעת כן לא קנה. וכן מבואר בדברי התוס' ב"מ נו"ב ד"ה כל, שהוכיחו מהסוגיא בב"מ ובקדושין שדין זה הוא אף בקרקעות, וביאר את דברי הרשב"ם ב"ב צ"א (ד"ה כל דבר) בדרך זו (ועין בפני יהושע על התוס'), ובתוך דבריהם כתבו התוס' בדברי רבא: "היינו שהמקח בטל לגמרי". אמנם יש שיטות שונות בראשונים בבאור דברי רבא. הרשב"א בקדושין מב, הביא בתחילה את דברי רש"י שבטעות בדבר שבמידה הוי ביטול מקח, וחלק עליו:

"ומסתברא דרבא לאו חוזר מקח קאמר אלא חוזר אותו פחת קאמר, דאלו מקח חוזר הו"ל למימר אפילו פחות מכדי אונאה בטל מקח, ועוד מכר לו בית מכר לו שדה במשחתא ונמצא מקצתו יוצא מתחת ידו מחמת חוב או מחמת גזלנות ליבטול מקח, וליתא, דבהדיא אמרי' בפרק בית כור שני אחין שחלקו ובא להם אח ממדינת הים רב אמר בטלה מחלוקת יורשין הוו ושמואל אמר מקצצין לקוחות הוו, אלמא בלקוחות דעלמא כ"ע מודו דקם דינא ומשלם ליה מאי דמפיק מיניה ומשום אחריות. וההיא דהמוכר את הספינה דמשמע לכאורה דרבא לבטול מקח קאמר, לא היא אלא רבא לעולם הוא חוזר קאמר בין פחות משתות בין יתר משתות, והתם ה"ק אילימא כי היכי דלא ליהווי ביטול מקח, והאמר רבא כל דבר שבמדה חוזר, והכל דין אחד יש להן, פחות משתות ושתות ויתר משתות, א"כ אמאי אין מוסיפין כמה שירצו. והרב ר' יוסף הלוי מיגאש ז"ל כן פירש שם ויהיב טעמא שלא אמרו מחילה וביטול מקח אלא כשהאונאה בדמים דהוי כטעותא בעיקר זביני, והלכך כשהוא יתר משתות בטל מקח, כיון דאיכא טעותא רבתי בעיקר זביני, וכשהוא דבר מועט בפחות משתות, אינו נחשב וניתן למחילה, אבל היכא דליכא טעותא בדמים ומדה ידועה זבין ליה, אי בתר דגמרי וזבני אשתכח דטעו במדה או במנין או במשקל, שקיל ליה לההוא טעותא ואזיל, דהו"ל כמאן דאית ליה כור חטים גבי חברה ואהדר ליה כור פחות כל שהוא, דהדר עליה ושקיל מיניה ההוא כל דהוא דאשתייר ליה גביה ואזיל, וטעם נכון הוא."

מבואר מדברי הר"י מיגאש והרשב"א, דאם באונאה יש גדרים של שתות או יותר משתות, אם ניתן למחילה או לא, בדבר שבמידה בכל ענין אינו מוחל, ומחזיר מה שחסר או יתר, כמי שהפקיד אצל חבירו כור חטים והחזיר לו פחות, שחייב להחזיר לו מה שהחסר ולא אמרין שמחל. והוכיח מאחים שחלקו ובא אח ממדינת הים, דאי

משפטיך סימן יח ליעקב שלז

הוא לקוחות, קם דינא ומשלם מה דמפיק מיניה. והר"ן בקדושין (יז,ב בעמוה"ר) שהביא את דברי הרשב"א, כתב דאין חילוק בין דבר שאפשר להשלים לדבר שאי אפשר להשלים, דאפילו בדבר שאי אפשר להשלים כבית או שדה, קנה ומחזיר אונאה. וא"כ בנדו"ד לשיטת הרשב"א, יכולים לשום כמה שוה הפרש בין האופציה שנמכרה לאופציה בפועל, ומחזיר.

ומדברי הרשב"ם ב"ב קג,ב (ד"ה פחת) נראה שנקט כשיטת רש"י במטלטלין דהוי מקח טעות, אבל בקרקעות המקח קיים ומחזיר מה שחיסר, וז"ל:

"שלא היה באותו שדה בית כור שלם, ינכה המוכר כפי הפחת והמקח קיים, ואע"ג דאמר רבא ב' המוכר את הספינה כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפי' פחות מכדי אונאה חוזר, ומוכח התם דמקח טעות הוי, הני מילי במטלטלין, אבל בקרקע לא שייך בהו חזרה, דקים להו לרבנן דניחא ליה ללוקח לקנות מה שימצא לפי המדה הן חסר והן יתר, ומוכר נמי הכי קא"ל בית כור עפר אני מוכר לך לפי מדת החבל ואם יחסר אנכה ואם יותר תחזיר לי. ואע"ג דאין אונאה לקרקעות, ה"מ כשימכור לו ביוקר יותר משתות, אבל היכא דמטעין זה את זה במדה, צריך לנכות מן הדמים."

ומבואר שדברי רבא הם במטלטלין שבהם יש מקח טעות לגמרי (וכ"כ הרשב"ם ב"ב צ,א ד"ה כל דבר), אבל בקרקעות, אמדו חכמים שרצונו בקיום המקח, ויחזיר לו מה שחיסר או ינכה מדמי המכירה, בין יותר משתות ובין פחות משתות. משא"כ במטלטלין, אמדו שאין רצונו בקיום המקח, וע"כ בטל אפילו בכלשהו. [ובתוס' ב"מ נו,ב (ד"ה כל) הקשה על הרשב"ם מהגמ' בב"מ נו,ב וקדושין מב,ב, דמוכח שדין רבא הוא גם בקרקעות, דהביאו את רבא לענין הקרקעות. ותירצו התוס', דבב"ב אין המוכר אומר מדדתי שיש בה בית כור, דבזה היה חוזר כדרבא, אלא אמר סתם מפני שסבור כן, ולכך המקח קיים. ועיין בראשונים בב"ב שם, והר"ן בקדושין יז,ב בעמוה"ר, שהקשו על הרשב"ם]

ומדברי הרמב"ן ב"ב קג,ב מבואר דאם יכול להשלים מה שקנה ולא דמים, המקח קיים, משא"כ כשאינו יכול להשלים, כנדון חטיף זרועים, שאם זרע פחות, אינו יכול להשלים מה שקנה, אף שיכול להשיב דמים, המקח בטל, וכן פירש בדברי הר"י מיגאש, וז"ל הרמב"ן:

"והוי יודע דההיא גופה דאמר רבה אפי' פחות מכדי אונאה חוזר אין אנו מודים שפירושה בטל מקח דוקא, אלא פעמים בטל פעמים קנה ומשלים, אי אפשר להשלים, כגון שדאי בה שיתא ולא שדא, וכגון מכר לו בית ונמצא חסר מן המדה בטל מקח, וכן בכלים ומטלטלין וכיוצא בהן, אפשר להשלים כגון שמכר לו פירות הללו מסאה בסלע ומדד לו ונמצאת מדה חסרה משלים, נמצאת יתירה

מחזיר, ושתות ויתר משתות ופחות משתות כולן שוין בדבר, וכן דעת הרב רבי יהוסף הלוי ז"ל בפרק הספינה. ואחרים הכריעו כן מההיא דאתמר בפ"ק דביצה (ז' א') גבי ביעי דפחיא למאן יהבו ליה דשחוטה אתא לקמיה דרבי אמי א"ל מקח טעות הוא והדר פשיטא מהו דתימא האי לאכילה קבעי להו והאי דקאמר דפחיא משום דצריבן למאי נפקא מינה למיתבא ליה דביני ביני. והא ודאי כיון דאמר דפחיא וחשיבו טפי משום דצריבן לא גרעי מדבר שבמשקל ואפילו הכי באהדורי דביני ביני סגי, משום דהוה ליה כפירות שיכול להחזיר לו ביצה אחת להשלים מה שביניהם, וגם זו ראייה."

וכדברי הרמב"ן נמצא בר"ן קדושין (יז,ב בעמודה"ר), וז"ל:

"ומיהו נהי דאמרינן דכל דבר שבמידה ומשקל בטל מקח, דוקא כגון שאי אפשר להשלים, הא אפשר להשלים משלים ואינו בטל. כיצד, מכר לו סאה פירות ונמצאה חסרה משלים, אבל בשאי אפשר להשלים כגון בקרקעות, בטל מקח לגמרי. וכן כתב הרמב"ם פט"ו ממכירה ... ומ"מ אע"פ שאין הראיה ראייה, הדין דין אמת, שכל שאפשר להשלים כגון מידה חסירה של פירות משלים, ואם אי אפשר להשלים כגון בקרקעות, בטל מקח. ומתני' היינו טעמא מפני שכתב לו מידה בחבל. ולפ"ז המוכר שדה לחבירו ונמצא שגזל מוכר מקצתו והרי אותו מקצת יוצא מתחת ידו, מכיון שבטל מקצתו בטל כולו."

הרי שאם אפשר להשלים מה שקנה, המקח קיים, ואם אי אפשר להשלים, אפילו אפשר להשלים דמים, המקח בטל. וברמב"ם הל' מכירה טו,א, כתב וז"ל:

"המוכר לחבירו במדה במשקל או במניין וטעה בכל שהוא חוזר לעולם, שאין הונייה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר. כיצד מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו מאה ואחד או תשעים ותשעה, נקנה המקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר כמה שנים, וכן אם נמצאו המעות חסר או יתר מן המנין שפסקו חוזר ואפילו לאחר שקנו מידו שלא נשאר לו אצל חבירו כלום חוזר, שקניין בטעות הוא וכן כל כיוצא בזה. (הראב"ד) אינו מחזור, פעמים שאין המקח נקנה, שאם רצה לחזור עד שלא השלים חוזר, 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 ואע"פ שרצה זה להשלים, אבל אם היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו אלא כדי שיעור מדה ואמר לו הנה שק של אגוזים לפניך, ונטל השק ומדד ולא מצא בו מדתו, ה"ז קנה וישלים, שהרי היה מכיר שלא היה בו סאה ועל דעת השלמה נטל ושורש דבר זה בקדושין."

מדברי הרמב"ם מבואר דחייב להחזיר מה שחסר מהמידה, ומלשונו אפשר שמחזיר אף דמים ולא דוקא מה שהחסיר. ושיטת הראב"ד דהוי מקח טעות, אא"כ היה יודע

שהוא חסר, אבל בלאו הכי הוי מקח טעות. ועיין באבני נזר חחו"מ סי' נ שכתב לחלק בין המוכר קרקע ודקלים, דבטל מקצתו לא בטל כולו, לבין מוכר מין אחד, דבמוכר שני מינים כמו קרקע ודקלים, לכאורה הוי דעתו לקנות גם אם בטל אחד מהם, משא"כ אם בטל מקצת ממין אחד. ובנדו"ד נראה דאופציה והדירה אינם שני מינים. וכן מבואר מדברי היר"מ ב"ב ז'א (אות קמו) שחילק בין דבר שאדם נהנה גם ממקצתו כשם שנהנה מהכל לפי חשבון כגון בשר ופירות, וכן קרקע שהיא לזריעה או נטיעה, נח לו לקנות לפי חשבון. משא"כ בבית העומד לדירה וכלי העומד להשתמש ובגד העומד ללבישה, שיש שנח להם בגדול ויש בקטן, שינוי במידה וכו' הוי מקח טעות. ולכאורה בנדו"ד כיון שרוצה לדור בבית זה, ודאי שדעתו על דעת להגדילו לפי השעור שסיכמו. ואפילו קנה להשקעה, לא כדאי להשקיע אא"כ קיימת האפשרות לבניית האופציה כמבוקש. ובנדו"ד גם א"א להשלים, אלא לשיטת הר"י מיגאש והרשב"א יכולים לשום ערך הדירה שנמכרה עם האופציה המובטחת, לעומת ערך הדירה עם האופציה בפועל, ויחזיר המוכר לקונה את השווי. אולם בנדו"ד המוכר מסרב לכך.

ב. יכל להבחין לאלתר

באונאה קי"ל בב"מ מטב, ובשו"ע חו"מ רכז, שאינו יכול לבטל המקח או לתבוע אונאתו אלא עד הזמן שיראנו לתגר או לקרובו, אולם בדבר שבמידה ובמשקל, יכול להחזיר אף לאחר שיראנו לתגר, וכמש"כ הסמ"ע רלב, דכיון דטעותו ידוע, דמי לגזילה, וכן קי"ל גם לענין מום שחוזר אפילו אחר כמה שנים (שו"ע חו"מ רלב, ג). ואף שיש דעות שאם ידע מהמום ושהה ולא החזירו לבעלים, אינו יכול להחזירו עוד ואמרינן שמחל, אינו ענין לנדו"ד, דמיד שידע מהמום, בא לבטל המקח.

אלא שבנדו"ד יכל לברר עוד קודם חתימה על החוזה, האם יש אשורי בניה לאופציה עליה דיבר וכתב המוכר, וגם שלח שליח - את לוי המתווך, והלה השיב שאכן יש אשורים לבניה, ומה למוכר בהטעיית לוי המתווך שהיה שליח של שמעון הקונה. גם בחוזה כתבו להדיא שבירר ואין לו טענות בענין כלפי המוכר. דהנה הרב המגיד בהל' מכירה טו, ג, כתב וז"ל:

"ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכל להבחין לאלתר, כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר."

והמל"מ שם כתב דכיון שסברת היש מי שכתב היא מטעם מחילה, א"כ כשמוחק הקונה במעות, אמרינן שלא מחל, ומה שלא חשש להבחין, כיון שהוא מוחזק במעות. והביא ראיה לדבר מדין טענו בחיטים והודה לו בשעורים ותפס דמי שעורים, עיי"ש. [ועדיין צ"ע בנדו"ד שיכול לאכוף את התשלום או לחייבו בקנס]. וס"ל למל"מ דמדברי

הרמב"ם מוכח שדוקא אם השתמש לא יכול להחזיר, אבל בלא השתמש והבחין במום, וק"ו בלא הבחין אבל יכל להבחין, חוזר אפי' אחרי כמה שנים, וסברת הדין, דיכל להבחינו לאלתר הרי הוא כזמן שיראנו לתגר, וס"ל לרמב"ם דזמן זה לא שייך במום. ועיין עוד בנתיבות רלב, א מה שכתב בדברי המל"מ, ובמשפט שלום רלב, ג ד"ה והנה בנתיבות, מש"כ בישוב הדברים.

אמנם האור שמח מכירה טו, ג כתב לחלוק על המל"מ. [בתחילת דבריו כתב דאין ראיה מסוגיא דבכורות יג, ב בדין הלוקח גרוטאות מן העכו"ם ומצא בהם ע"ז, דאם משך ולא נתן מעות - יחזיר, ואם משך אחרי שנתן מעות, יוליך הנאה לים המלח, ועיין באור שמח דאין מזה ראיה ליש מי שכתב ואין ראיה לסתור, עיי"ש. וע"ע בשער המשפט רלב, א מש"כ בבאור ראיה זו]. אבל בעצם דברי היש מי שכתב, כתב באו"ש לבאר, דדוקא אם בשעה שמשך יכל לבדוק ולא בדק, בזה אמרינן דמחל. אבל אם היה החפץ ברשותו ויכל לבדוק, בזה לא אמרינן דמחל, דאין אדם מתפייס במומין. וז"ל:

"ודע דעד כאן לא אמר הרב המגיד דוקא כשעושה מעשה הקנין אז היה יכול לבדוק, ומדלא בדק אמרינן דניתא ליה בהא, או שהוסיף מעשה הקנין, כגון שקנה מידי דנקנה בכסף וכשמשכו אח"כ, ובשעת משיכה היה יכול לבדוק, אז אמרינן דגלי אדעתיה דניחא ליה, אבל אם החפץ ברשותו וראה המום ושתק לא אמרינן דמסתמא ניחא ליה, דאין אדם מתפייס במומין (כתובות עה, ב), ולכן כתב רבינו אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום, ולא כתב דאם ראה ושתק תו אינו יכול לחזור, ואינו מוכרח מדברי רבינו דחולק על יש מי שכתב, וכן מדברי הרי"ף (ב"מ ל' ע"ב בדפי הרי"ף) שכתב דדין כדי שיראה לתגר או לקרובו לא נאמר רק באונאה, אבל לא במום, דשם ג"כ אם לא עשה מעשה קניה לאחר שראה המום. ודלא כהמשל"מ."

וזה סברא שצריך לבארה, דדוקא אם בשעת משיכה יכל לבדוק, אמרינן דמדלא בדק מחל, אבל בעושה קנין סודר והחפץ ברשותו ויכול לבדוק, אין אדם מתפייס במומין. ולכאורה בנדו"ד לא עשה קנין ובשעת הקנין יכול לבדוק את ענין האופציה, דלהסבר האו"ש אם היה עושה קנין חזקה, שייך לומר שאם יכול בשעת הקנין חזקה לבדוק ולא בדק, אמרינן דמחל, משא"כ בעשה שטר או סודר.

ובמהרשד"ם חחו"מ סי' שפה דן באחד שקנה ניר, ורצה שהמוכר יראה לו דוגמא, ושלחו לראות דוגמא אצל אחר, ואחר שגמרו המקח והוליך הניר למקום רחוק, התברר שנתן לו סוג אחר של ניר. וכתב מהרשד"ם דדמי ליפות ונמצאו רעות, שחוזר במקח לעולם:

"מה תאמר למה לא חוזר הנייר בכ"כ זמן שעבר, וכיון שלא חש לראותו ולהחזירו

י"ל שמחל, וכסברת יש שכתבו שהביא המ"מ מכירה טו, ג ... ויאמר האומר דה"נ בנ"ד כיון שעבר כ"כ זמן שהיה יכול לראותו ולא חש מסתמא מחל, אי משום הא לא ארייא, חדא שזו סברת יחיד, כיון שלא מצינו חלוק זה בפוסקים המובהקים, וא"כ לא שייך לומר כאן קי"ל כו', כי ודאי סברא זו סברא בטלה לגבי האי דינא. ועוד, דאפ"ת דבכה"ג נמי מצינו למימר קי"ל כו', מ"מ כבר כתבו המוכר מוכר לו סתם, ונראה דדוקא כשמכר לו סתם אמרינן דכיון שהיה יכול להבחינו ולנסותו ולא עשה כן ודאי מחל, אבל בנ"ד שלא מכר לו סתם, אדרבא אנו רואים שהלוקח הקפיד ובקש דוגמא ...

מבואר דס"ל למהרשד"ם דסברת יש מי שכתב היא סברת יחיד והיא בטלה. ואם הקפיד הקונה לסוג מסוים, אף שעבר זמן רב, אין המוכר יכול לומר קים לי, דגם ליש מי שכתב דוקא בלא הקפיד הקונה ומכרו לו סתם ונמצא מום, אבל כשהקפיד, אפילו קודם גמר המקח בזמן המקח לא הזכיר דבר, חשיב הקפדה, וגם ליש מי שכתב חוזר לעולם. וא"כ למהרשד"ם בנדו"ד שהקפיד על ענין האופציה, גם ליש מי שכתב אין ביכולת לברר - ולא ברר, משום מחילה.

ומאידך גיסא, מצאנו בדברי הרדב"ז (ח"ד סי' קלט) שכתב על דברי היש מי שכתב שהביא המגיד, שהיא סברא ברורה ללא חולק, שהם דברים של טעם, ואף אם ימצא חולק, לא מפקינן ממון על פיו, וז"ל:

"ואפי' יש בצמר מום כיון שהוא מום שאפשר לעמוד עליו והוא לא הקפיד, אמרינן ודאי מחל. וכן כתב בעל מגיד משנה וז"ל ויש מי שכתב ואומר אני כי אין בזה חולק, שהם דברים של טעם, ואפילו אם ימצא חולק, לא מפקינן ממונא אפומיה."

וכן מבואר בדברי הרדב"ז כמה תשובות קודם לכן (סי' קלו). וגם מדברי הסמ"ע רלב"י שהביא את דברי המגיד בלא חולק, משמע שכך ס"ל. גם מהרש"ם במשפט שלום (רלב"ג ד"ה שלא ידע) נראה דכן ס"ל, דאם ידע מהמום בשעת הקנין, או יכל להבחין, שהוא כידע מהמום, לא בעינן שימוש כלל, וזה דלא כמל"מ, וכן הביא בסוף דבריו את דברי הרדב"ז הנ"ל, ונראה דהכי ס"ל. ובמשפט שלום נקט שאם יש טרחא בבדיקה, גם למגיד לא מחל. וזה נפק"מ לנדו"ד דודאי יש טרחא בבדיקה. ולכן דחה את ראית מהרשד"ם מגבינות רקובות שיכול לחזור, שהרי יכל לבדוק, וכתב ע"ז במשפט שלום דכיון שהיו סגורות והיו טרחא לבדוק, גם ליש מי שכתב לא חשיב מחילה. ובענין הראיה השניה שהביא מהרשד"ם, מב"מ מב"ב, במוכר שור ולא היו לו טוחנות, דמהגמ' מבואר דהוי מקח טעות, דלקחו הדמים חזרה מהמוכר. וע"ז כתב במשפט שלום, דכל טעם היש מי שכתב, דכיון דלא בדק, מוכח דלא הקפיד ומחל. וא"כ זה דוקא בדבר שעלה על דעתו, משא"כ בשור שאין לו טוחנות, לא העלה זאת בדעתו, וממילא לא עלה בדעתו לבדוק, וע"כ אין באי הבדיקה משום מחילה. משא"כ בדבר שמעלה בדעתו.

ועיין בכנסת הגדולה (חו"מ רלב, הגב"י יא) דמה שכתב דאם יכול לבדוק ולא בדק אינו חוזר במום, היינו דוקא בדבר התלוי בנסיון או טעימה, אבל לא בבחינה התלויה בראיה, דמאן לימא לן שלא הקפיד לראותו ולא בדק יפה, עיי"ש.

ועיין בשבות יעקב ח"ג סי' קסט שכתב דאין מחלוקת בדבר, ודברי היש מי שכתב מוסכמים הם על הכל, דדברי היש מי שכתב הם באופן שיכל להבחין קודם גמר המקח, ומדלא בדק ובחן, מחל על המום. אבל אם לא יכל להבחין קודם גמר המקח אלא לאחריו, בזה לא אמרינן דמחל אא"כ השתמש. ועיין מש"כ האור שמח, הובאו דבריו לעיל. וכן מבואר בדברי תרומת הכרי רלב, ג, וז"ל:

"ולי נראה דהיש מי שכתב שהביאו המגיד לא כתב כן אלא בדבר שיכול להבחין לאלתר, דלא עביד איניש דזבין זיבוניה ולמחר ליקום עלה בדיני ודיינא, הלכך מדלא בחנו לאלתר סבר וקיבל. אבל אם אח"כ ראה המום, כל שלא משתמש בו, שפיר יכול לחזור, והוא חילוק נכון לדעתי, שאילו ראה המום בשעת המקח, ודאי אינו חוזר, שהרי נתרצה כל שלא בחנו בשעת המקח במה שיכל לבחון, הוה כאילו ראה אז."

אולם נראה דבנדו"ד גם ליש מי שכתב, אף שיכל להבחין לאלתר, לא חשיב מחילה, כיון שאינו מחמת מום אלא דבר שבמידה ובמשקל, ובזה חשיב כגזילה בידו ולא שייך לומר שמחל. וראיתי חילוק זה בדברי חיים (צאנז, חו"מ סי' לו) דדוקא גבי מום כתב המגיד, דכיון שהוא מהמין שמכר לו, אף שנמצא בו מום, אפשר שמחל כיון שלא הקפיד לנסותו, אבל בשני מינים חלוקים לגמרי, ליכא מאן דפליג שלא מחל, דאין כאן מקח. ונראה דהוא הדין בדבר שבמידה וכו', שאינו צריך למדוד, אלא כשחסר, חייב המוכר להחזיר, דדמי לגזילה בידו וכמש"כ לעיל.

ג. כתבו בחוזה שהקונה בדק ואין לו טענות על המוכר

בנדו"ד כתבו הצדדים בחוזה ענין האופציה כהבטחת המוכר, ולאחר מכן נכתב סעיף שהקונה בדק את ענין האופציה וכי הדבר לשביעות רצונו, ואין לו ולא יהיו לו טענות בענין האופציה מכל סוג שהוא. והנה הרמב"ם בהל' מכירה טו, כתב 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 הפותח דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמחל צריך לידע הדבר שימחול לו בו ויפרש אותו כמו המפרש בהונייה."

מבואר מדברי הרמב"ם דכל עוד לא מחל להדיא מום מסוים, שפירש לו המום או ששם את ערכו של המום ומחל הקונה למוכר, אפילו התנה שלא יוכל לחזור בו בטענת מום, יכול לחזור עד שימחול מפורש מום מסוים. וברב המגיד כתב דהרמב"ם למד כן מק"ו מאונאה, דכמו באונאה צריך לפרש האונאה כדי שימחול, ק"ו במום, דחזרה במום אינו מוגבל בזמן, משא"כ אונאה מוגבלת בזמן שיראנו לתגר. עוד יש לדייק מדברי הרמב"ם, דאפי' אמר המוכר שיש בו מום מסוים ומכר ע"מ שלא יחזור עליו, יכול הקונה לחזור בו, עד שימחול הקונה במפורש, דכן מפורש בדברי הרמב"ם; "... עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח". וכן ראיתי בקרית מלך רב (לבן המחנה אפרים) שדייק כן בדברי הרמב"ם, אלא שהקשה, דודאי אם לקחו הלוקח אחר אמירת המוכר, ודאי מחל על המום שאמר המוכר.

ודברי הרמב"ם הובאו להלכה בשו"ע חו"מ רלב"ז. והטור חו"מ רלב"ז כתב על דברי הרמב"ם, דהרמב"ם לשיטתו דאין אדם מקנה דבר שאין לו קצבה, ודעת הרא"ש (ועוד ראשונים) דיכול להקנות, וא"כ גם אם אינו מפרש המום מהני שלא יחזור על המוכר. ובסמ"ע רלב"ז, טז הקשה, דלפ"ז דברי המחבר סותרים אהרדי, דבסי' ס פסק שאדם מקנה דבר שאין לו קצבה, ובסי' רלב פסק כרמב"ם שצריך לפרש המום. ע"כ פירש הסמ"ע דאין הטעם כאן משום דבר שאינו קצוב אלא כמש"כ המגיד דילפינן ק"ו מאונאה, ויכול לומר שסבר שאין כאן מום ולהשביח דעתו אמר המוכר והתנה. או י"ל דס"ל למחבר כטור, ופסק כאן שאינו חוזר עד שיפרש, דכיון שמקילים שחוזר במום לעולם, מקילים שחוזר עד שיפרש התנאי. ובנתיבות רלב"ז כתב בישוב סתירת דברי הטור שבמום פסק דמהני תנאי, ובאונאה פסק דלא מהני תנאי, וז"ל:

"לפענ"ד נראה דלא דמי לאונאה, דבשלמא באונאה הוא פחות משויו וצריך הוא למחול דמי אונאה, וכיון דלא ידע דמחיל לא מהני, משא"כ כשמכרו בשויו כמו ששוה עם המום ואין לו מה למחול ולא שייך לומר לא ידע דמחל, רק מסתם אמרינן דחזקה שאין אדם קונה דבר שיש בו מום, אבל כיון שפירש לו שיש בו מומין וחזינן דהאי גברא לא קפיד במומין המקח קיים."

הרי שבמום במקח, לשיטת הטור, אפילו לא פירש האונאה אינו יכול לחזור בו, כיון שלא צריך למחול, דרק בעינן לסתור החזקה שאין אדם קונה דבר שיש בו מום. ואף שבנדו"ד פירש את ענין האופציה, שהקונה בדק ואין לו כל טענות, נראה דאינו שייך לדין מחילת מום, דכאן לא היתה מחילה כלל, שהרי מה שכתב בחוזה הוא שהקונה בדק את ענין האופציה והדבר לשביעות רצונו ואין לו טענות, דהיינו שהקונה בדק שאין כאן מום של חסרון במידה וכו', והרי הקונה לא בדק, ויש כאן חסרון. א"כ לא היתה כאן מחילת מום בשום אופן.

ד. מחילה בטעות

גם אם היתה כאן מחילה, הרי זו מחילה בטעות, כיון שהמתווך הטעה את הקונה כשאמר שבדק את ענין האופציה בעיריה, והיא כדברי המוכר. דאיתא בב"ב מא, א בבידקא דמיא דשקל המחיצה מארעא דרב ענן, והחזיר רב ענן המחיצה בקרקע של שכנו, שאף סייע לו בבניית המחיצה. וא"ל רב נחמן, דאף שסייע לו והוי לכאורה מחילה, הרי זו מחילה בטעות, כיון שלא היה יודע השכן שבונה המחיצה בתוך שלו. ועיין בתוס' שם ד"ה א"ל, שהקשו מב"מ סו, ב דמשמע דס"ל לרב נחמן דמחילה בטעות הוי מחילה, לענין מקנה פירות שלא באו לעולם ושמיט ואכיל לא מפקינן מיניה, ורק בהלואה לא מהני, דמחזי כריבית, וכאן ס"ל לרב נחמן דלא מהני מחילה בטעות. ותירצו התוס':

"ונראה לרבינו תם דה"פ, דבכ"מ סבר רב נחמן דלא הויא מחילה, כדאמר הכא ובריש המפקיד (ב"מ לה, א) קאמר נמי רב נחמן התם שומא בטעות הוא, ובספ"ק דגיטין (יד, א) נמי אמר דקנין בטעות חוזר. אלא היינו טעמא דרב נחמן דהתם זביני ולא הויא מחילה בטעות, שאפי' היה המוכר יודע שיוכל לחזור לא היה חוזר, דניחא ליה דליקו בהימנותיה וגמר ומקני, אבל הכא הויא הלואה והלוה אינו מקני ליה אלא בתורת מכר והמכר אינו כלום דאסמכתא היא ולא גמר ומקני, וכיון דהדרא ארעא הדרי נמי פירי, אבל אם היה נותן בתורת רבית היה קונה, דאבק רבית אין יוצא בדיינים."

ובמרדכי סנהדרין (תרפב) כתב בענין דיין שחייב פשרה בטעות, והבע"ד התפשר עקב חיוב השבועה, אף אם התפשר בקנין, הוי קנין בטעות וחוזר. וכן במהרי"ק (שורש קיא) לענין אחים שהטעו את וכתוצאה מזה התפשר עמהם:

"נראה לע"ד דבר פשוט שאין באותה פשרה ממש, שהרי הלכה רווחת היא בישראל דכל קנין וכל מחילה בטעות חוזרים כדמוכח בפרק חזקת הבתים (מא, א) גבי רב ענן שקל בדקא בארעא ... ופי' שם רבינו שמואל וז"ל; הלא יש לי טענה ודאית שהקנה לי הקרקע, דיש לי עדים שראו שסייע לי כו' וכמאן דאמר לך חזק וקני דמי עכ"ל. הרי לך בהדיא דאע"ג דהוה חשיב כמאן דאומר ליה לך חזק וקני, אפילו הכי לא מהניא כיון דאיכא למתלי דבטעות הוה. ואע"ג דהוה מילתא דלא עבידי אינשי למטעי, דמסתמא היה לו לידע מקום הכותל הראשון ולא לטעות בתרי אוצייתא או תלת, ואפילו הכי חשוב מחילה בטעות מטעם דמפרש התם דכי היכי דאת לא ידעת איהו נמי לא הוה ידע, כ"ש וכל שכן הכא. אם כן הוא שהטעוהו אחיו באמרם שלא היו הנכסים שוים כמעט החצי ממה שהיו שוים."

משפטיך סימן יח ליעקב שמה

וכדבריהם פסק המחבר בשו"ע חו"מ כה,ה וברמ"א רמא,ב. ובפרט שבנדו"ד המוכר ידע והקונה לא ידע מהמום, עיין נחלת שבעה כד,ד, הובא דבריו בפ"ת חו"מ רמא,ג. ובנתיבות רכז,ג כתב בענין הזמן של עד שיראה לתגר או קרובו, דאם הראה לתגר והתגר טעה, יכול לחזור בו גם אחר זמן זה:

ונראה דאם מברר שהראה לתגר ואמר לו התגר שהוא שוה כמו שנתן, והתגר טעה, יכול לחזור שאין לך אונס גדול מזה, שחכמים נתנו בזה שיעור בכדי שיראה לתגר והראהו לתגר, ומה יעשה במה שתגר טעה. וכ"כ הש"ך שו"ב, וז"ל, אבל הכא הא חזינן דהראה לשולחני כו' ע"ש, הרי מבואר בהדיא כמו שכתבתי. וכן מוכח מתשובת הרא"ש [כלל ק"ב סי' ג'] שהביא הטור בסימן זה [סעיף ל'] גבי דאם נתרצו שניהם לגמור על פי שומת לוי."

וכאן לא גרע מטעות של תגר, שהרי פנה למתווך שיברר, והמתווך הטעהו. וודאי שסמך על המתווך, שאל"כ לא היה שולח אותו לבדיקה כה חשובה בעיריה, אלא שסבר שהמתווך בהיותו עוסק בנדל"ן, מבין בתוכניות ובאישורים, וע"כ ביקש ממנו לבדוק וסמך על דבריו. ובאונאה זה הזמן שקבעו חכמים, לכן כתב דהוי אונס, דבכה"ג לא הגבילו חכמים את זמן חזרת האונאה. אבל במום וטוען שמחל, כשפנה לתגר שיבדוק והתגר טעה ואמר שאין בו מום, אם היתה מחילה היא באונס בהטעת המתווך. ולענין מחילה בטעות, עיין בקצוה"ח יז,ג לענין הסוגיא דרוניא אקפיה רבינא, ב"ב ה,א, ומה שהסיק הרמ"א בחו"מ סוף סי' יז דאין לדין לפסוק יותר ממה שהתובע תובע, ואם פסק יותר הוי טעות בדבר משנה. ומקור דברי הרמ"א הם גם מהריב"ש סי' רכז. והש"ך חו"מ יז,טו כתב דכל זה כשלא נודע שטעה, אבל אם ידוע שטעה בדין, הו"ל מחילה בטעות. ובקצוה"ח יז,ג, כתב וז"ל:

"אבל לענ"ד נראה דהריב"ש לשיטתו שכתב בסימן של"ה ז"ל, דמחילה בטעות הוי מחילה בזביני כדאמרינן גבי מוכר פירות דקל (ב"מ סו,ב). וההיא דהלוהו על שדהו דאמרינן (שם) הדרא ארעא והדרא פירי, היינו משום דהוי הלואה ואיכא משום ריבית כמו שפירש רש"י (ד"ה הכא הלואה), או כפירוש ר"ת ז"ל דהתם הלואה הוא מתחלה על תנאי אם יפרענו אם לאו ולא מחל שפיר על הפירות, אבל במוכר פירות דקל שהוא יודע שמכר לו אותן פירות ומוחל אותן מדעת אלא שטועה בדין שחשב שממכרו ממכר ואינו כן מחילה בטעות הוי מחילה. ומכאן למד ר"ת ז"ל למוכר שטר חוב לחבירו באפי סהדי, אע"פ שאין אותיות נקנין במסירה, אי אפיק ממונא מהאיך וגבי ליה לא מצי מוכר למיהדר ביה, דמחילה בטעות הוי מחילה. והכי נמי איכא למימר במי שמתחייב לחבירו מנה באסמכתא ולאחר מיכן פרעו או נתן לו משכון על המנה, אע"פ שהוא היה חושב שיהיה חייב מן הדין ואינו כן, הויא מחילה בטעות ושמה מחילה, כיון דלא הוה הלואה מתחלה, עכ"ל. העתקתי לשון הריב"ש מ"ש בשם ר"ת, כי

מלשון תוס' פרק איזהו נשך (שם ד"ה התם) משמע דטעמא דמוכר פירות משום דלא הוי מחילה בטעות אלא דאמרינן דרוצה למיקם בהימנותא ועיי"ש, אך לפנינו דעת הריב"ש דמחילה בטעות היא מחילה, וכן משמע מדברי הרא"ש פרק איזהו נשך (סי' ל"ב) ע"ש, וא"כ כיון דמחילה בטעות הוי מחילה, משום הכי כתב הריב"ש בסימן רכ"ז דכיון שהוא ויתר לשמעון בפני ב"ד ונותן לו הבחירה היה ראוי לדיינין לפסוק הדין כפי תביעתו, והיינו משום דאע"ג דטעה בדין מ"מ מחילה בטעות הוי מחילה כיון דהוא מוחל מדעתו. וכן בעובדא דרבינא, כיון שבשעה שעשה הגדר על מקום שניהם הרי היה בדעתו לזכות מקום החצר את הגדר, וכמ"ש בנימוק"י פ"ק דבתרא (ג, א בדפי הרי"ף) גבי סמך לו כותל אחר דמגלגלין עליו את הכל ז"ל, וא"ת במה קנאו דמחייבין אותו, וי"ל לפי שבנאו על מקום שניהם היה בדעתו שיזכה לו חצירו כשירצה ע"ש, וא"כ כיון דרבינא רצה אגר נטירא, א"כ כבר מחל לו את שלו כיון שיודע שהאבנים הם שלו ובשעה שבנה רצה לזכות לו בדמי אגר נטירא א"כ מחילה בטעות הוי מחילה. ועיין בתשובת מוהרי"ט ח"א סימן ק"ב.

וא"כ י"ל דוקא כשרוצה להקנות או למחול, אלא שטעה בדין, כמו מקנה פירות דקל שלא באו לעולם, שרוצה להקנות אלא טעה סבר דמהני קנין וטעה בזה, אבל רצונו להקנות, בזה אמרינן דאף שטעה בדין הוי הקנתו הקנאה או מחילה. אבל כשאינו רוצה להקנות או למחול בתנאים כאלה והטעוהו, בזה לכ"ע מחילה טעות והקנאה בטעות לא מהני.

ה. הקנס בגין ביטול החוזה

בנדר"ד המוכר מסרב להוריד מהמחיר, ורק רוצה בקיום המקח כמו שהוא, ואם הקונה מבטל, להפעיל עליו את סעיף הקנס שבחוזה. כאמור לעיל בנדר"ד זכותו המלאה של הקונה לבטל המקח בגין הטעיתו, וע"כ אין לחייבו בקנס. כפי שאני מבין לא נכתב בחוזה שקבלו הכל בקנין המועיל בבי"ד חשוב, א"כ בסעיף קנס שהוא אסמכתא, לא מהני ללא קנין בבי"ד חשוב (או כתקנת חכמי ספרד, עיין שו"ע חו"מ רז, טו-טז. ועיין מש"כ בזה במשפטיך ליעקב ח"ה סי' כט, וכן הוספתי כאן, עיין בסי' כא). ע"כ בכל מקרה אין לחייבו.

לאור האמור לעיל יכול הקונה לבטל את קניית הדירה, ואין לחייבו בקנס על ביטול החוזה.

סימן יט

דו"ד בין יורשים על חלוקת בית/ מגרש

ראשי פרקים

- א. לשון "תגור פה"
- ב. אם לנתבע יש חזקה
- ג. חזרת בכור מהסתלקותו מחלק בכורה
- ד. גוד או אגוד
- ה. חיוב הנתבע בשכר דירה

יעקב (להלן: האב) ולאח (להלן: האם) התגוררו בבית קטן על מגרש של כ - 700 מ"ר. המגרש ברובו נרכש ע"י יעקב עוד בשנות ה-40, וחלקו האחר, בעקבות בניה לא חוקית ומשפט עם מינהל מקרקעי ישראל, סופח למגרש. למעשה חלק של קרוב לחצי דונם רשום בחכירה של האב בלבד, והחלק האחר - קרוב לרבע דונם, חכור מהמינהל ע"י שני ההורים בחלקים שווים. לשנים נולדו ארבעה בנים, כאשר הבן האחרון ראובן (להלן: הנתבע) הינו נכה צה"ל שהתגורר כמה שנים עם הוריו בבית שעל שטח האדמה הנ"ל. במהלך השנים היו מספר תוספות בניה. האב הוסיף יחידת דיור צמודה, שבה התגוררו חלופות לתקופות קצרות - שלשת הבנים/ האחים (להלן: התובעים) לאחר נישואיהם. כמו כן לפני 25 שנה הוסיפו יחידה נוספת על הגג (יחידה עם מדרגות חיצוניות וכניסה נפרדת). ביחידה זו גר הנתבע. לפני כ - 20 שנה נפטר האב, ואחרי כ 10 שנים נפטרה האם. במקום שבו נמצא הבית, נבנו בתים לגובה, והתובעים מבקשים למסור את המגרש לקבלן תמורת דירות, ולחלקם בחלקים שווים. הצדדים מנהלים דו"ד בנושא מסמוך ונראה לפטירת האם, וכשלא הגיעו לכלל הסכמה לאחר מו"מ והתדיינות במקומות שונים ונסיונות פשרה, הדבר הועבר להכרעה בד"ת.

הנתבע טוען שהאם אמרה לו שעקב מצבו הבריאותי, הוא ימשיך להתגורר בבית כל חייו. אין לו את הדברים בכתובים, אך זה היה ידוע במשפחה שאחרי מאה ועשרים של האם, הוא יעבור, עקב מצבו, להתגורר בדירת ההורים, כאשר שתי היחידות הנוספות ישמשו להשכרה והוא יקבל את השכר דירה, כדי שיהיה לו "ממה לחיות", בנוסף לקצבת הנכות ממשרד הבטחון. למעשה הוא לא ירד לדירה למטה, כיון שהדבר "יצית אש", ונושא השכ"ד לא היה אקטואלי, כיון שהדירה והיחידה הסמוכה לא הושכרו מסיבות שונות, בעיקר עקב התנגדות התובעים ורצונם לבנות במקום. הוא טוען כי היחידה למעלה היא ודאי שלו, כיון שבחלקה הגדול נבנתה מכספים שקבל מהצבא. הוא אינו יכול להציג מסמכים להוכחת טענתו זו, לדבריו - מאחר והיחידה נבנתה

תחילה כלא חוקית, כשהאב פיקח על הבניה והוציא כספים שהיו לנתבע ועוד הוסיף משלו. הוא לא יכול לנקוב בסכומים מדויקים (עקב מצבו). לכן הוא מבקש שבשלב זה הבית לא ימכר והוא ימשיך להתגורר במקום, ולאחר מותו התובעים/ יורשיהם יוכלו לעשות במקום ככל שיחפצו. ולחלופין - שתקבע בעלותו על הנכס, והוא יוכל לפי שקול דעתו למסור את הנכס לבניה.

התובעים טוענים שאינם יודעים מכל הבטחה של האם שהנתבע ימשיך לגור בדירת ההורים. גם בענין היחידה למעלה, היא נספחת למגרש וממילא בבעלות ההורים, וכולם יורשים. הדירה למעלה נבנתה ע"י האב, וכשנבנתה עוד לא קבל הנתבע את הסכום הגדול, והאב פדה חסכונו, והראיה שלנתבע יש כיום סכום גדול מאד בבנק. מצבו הכלכלי של הנתבע לא גרוע ח"ו, וטוב יותר משל חלקם, ובודאי האם לא היתה אומרת שימשיך לגור במקום, מאחר ואין סיבה לכך. העובדה שהוא התגורר ביחידה למעלה, לא נתנה לו זכויות, מאחר וההורים נהגו בו בעין טובה עקב מצבו, אך לא נתנו לו בעלות. הם מציינים שהיתה תקופה שהנתבע ניסה לרשום את היחידה העליונה על שמו, אך הדבר לא התאפשר מבחינה חוקית, מפני שלאם לא היתה סמכות לכך, עקב העדר צו ירושה על עזבון האב, ועקב העובדה שרוב המגרש רשום ע"ש האב. וגם עמדת האם לא היתה ברורה ביחס ליחידה העליונה, וכנראה מה שהסכימה לרשום על שמו, עקב לחץ שהנתבע הפעיל עליה, כפי שסיפרה לאחים, וכפי שהוסיפה לדבריהם, שממילא אי אפשר לרשום ע"ש הנתבע.

תמורת המגרש מציעים להם דירות בשטח כולל של כ-24 חדרים (600 מ"ר בנוי), דהיינו ששה חדרים לכל בן (בשלשה או ארבעה חדרים, 150 מ"ר לכ"א), כך שלנתבע תהיה דירת מגורים בריוח. הם מוכנים לאפשר לו לבחור ראשון את הדירה/ הדירות במקום. אם הנתבע מסרב לפנות ולאפשר לבנות, הם מוכנים לחלופין שהוא יקנה את חלקם או הם את חלקו.

התובעים תובעים שהנתבע ישלם להם שכר דירה החל מפטירת האם ועד היום, מאחר ומיד תבעו ממנו שכר דירה בגין חלקם, ולא יתכן שלא ישלם להם שכר דירה על מה שגר שם כל הזמן. הנתבע משיב כי הוא גר במקום כדין, וכי היחידה העליונה שייכת לו, ואין מקום לתשלום שכר דירה לאחים.

שאלה נוספת שעלתה לדיון. שלשת התובעים הגישו בזמנו בקשה לחלוקת המגרש בארבעה חלקים שווים. הבקשה הוגשה גם לבית המשפט וגם בכתבים שונים. במהלך הדיון חזר בו הבכור וטען שרוצה חלק בכורה. שני אחיו לא התנגדו, והנתבע כמובן התנגד בטענה שכבר הסכים לותר על חלק בכורה. נראה שהבכור חזר בו מכיון שרוצה למעט את חלקו של הנתבע בירושה. הוא טען שהסכים לותר מתוך הנחה שיחלקו מיד את המגרש, ולא שהענין ימשך כמה שנים בהתדיינות משפטית. והשאלה אם יש לתת לו כעת חלק בכורה כשחוזר בו.

א. לשון "תגור פה"

לנתבע שתי טענות לזכות מגורים במקום: האחת אמירת האם שהוא ימשיך להתגורר במקום כל חייו, והשנייה, כי היחידה העליונה ברובה נבנתה מכספו, ושבה הוא יושב ומוחזק לכאורה מיום הקמתה לפני 25 שנה. בענין הבטחת האם, הנתבע התבקש לומר בדיוק את הלשון, שלדבריו נאמרה ע"י האם כמה פעמים, והוא השיב: "אמא אמרה; אתה תגור פה כל ימי חייך, אחרי מאה ועשרים שלי, תגור בדירה פה". יש בזה שתי שאלות: האחת, האם האם בעלים לתת לנתבע זכות מגורים, ואם לשון זה שנאמרה בע"פ, בהנחה שנאמרה, מהוה מתנה לזכות מגורים.

לא נצרכתי לדון בשאלה אם לאם היתה קיימת הזכות לתת לראובן בעלות או זכות מגורים, ובאיזה חלק אם בכלל, כיון שגם אם הדבר כפי שנאמר (לדברי הנתבע), הלשון אינה מהוה הקנאת בעלות או זכות מגורים. לשון "תגור פה" אינה בבחינת לשון המועיל. כן מבואר בגמ' ב"ב קמ"ב: אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום (שהדירה אין בה ממש להקנותה, ופירות דקל נמי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכיון דמתנת בריא אפי' בקנין סודר לא קני דמילי לא מיקנו אלא א"כ הקנה לו החפץ, כגון דקל לפירותיו ובית לדור, מתנת שכיב מרע נמי לא קניא, דמילתא דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, שאין שכיב מרע חמור מן הבריא אלא דאמירתו במקום קנין של בריא הוא, והיכא דאין קנין מועלת בבריא, אמירה בשכיב מרע לא מהניא מידי. הלכך אין מועיל עד שיאמר תנו בית זה לפלוני כו' - רשב"ם), עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו. למימרא דסבר ר"נ מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, והא אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר תנו הלואתי לפלוני, הלואתו לפלוני, ואף על גב דליתיה בבריא. רב פפא אמר הואיל ויורש יורשה. רב אחא בריה דרב איקא אמר הלואה איתא בבריא, וכדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה. מבואר בגמ' דאם אמר ידור פלוני בבית זה, כיון שהדיורים הוא דבר שאין בו ממש שיתפס בו קנין, לא מהני. וכן כתבו התוס' בד"ה שכ"מ, שאינו יכול להקנות הדירה, דדבר שאין בו ממש הוא. וכך פסק הרמב"ם זכיה ומתנה י,טו, (וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ רנ"ג, כא), וז"ל:

"שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום שלא הקנה להם דבר שיש בו ממש, שהדירה והאכילה וכיוצא בהן הרי הן כדבור וכשינה שאין נקנין. אבל אם אמר תנו בית זה לפלוני כדי שידור בו עד זמן פלוני, או תנו דקל זה לפלוני כדי שיאכל פירותיו דבריו קיימין, שהרי הקנה להם הגוף לפירות, והגוף דבר שיש בו ממש, וכן כל כיוצא בזה."

ומבואר בגמ' ובראשונים שאין הקנין נתפס על ידור וכד', אא"כ יקנה לו את הבית עצמו לדירה, מפני שהדירה אין בה ממש. ואף שבאה לעולם, שהרי יכולת המגורים קיימת, מ"מ אין בה ממש, עיין מרדכי ב"ב סי' תריז. ועיין ביד רמ"ה (פרק מי שמת סי' פד) דלא מהני קנין לגור עד שמקנה לו הגוף בו הוא משתמש;

"אבל אי אקני ליה תשמישה בלחוד, אע"ג דתלי ליה בדבר שיש בו ממש, כיון דהקנאה גופא לא חיילא אלא אתשמישא, ותשמישי גופיה לית ביה ממש, לא קני ליה."

ובמחנה אפרים (זכיה ומתנה סי' ל) הביא מתש' מהריב"ל דאף אם לא מהני קנין, מ"מ אמרינן בזה מצוה לקיים דברי המת (ואף בבריא שצוה אמרינן מצוה לקיים דברי המת, עיין חו"מ רנב, א). והביא המחנ"א ראייה מדברי הרי"ף דפלוגתא שפחתי עשו לה קורת רוח, שאינו רוצה לשחררה, דבזה מהני קנין כיון שיש ממש בגופה, אלא שלא ישתעבדו בה, ובזה הוי דבר שאין בו ממש, ובכל זאת אמרינן מצוה לקיים דברי המת. עיי"ש דיש להתישב בדבר:

"ומעשה בא לידי בשכיב מרע שצוה שתדור אלמנתו בבית פלוני, ופסקתי דכל כה"ג מהני כיון שכל הנכסים כבר משועבדים לה."

ובנדו"ד אין נכסים המשועבדים לנתבע שנאמר שזכה מצד מצוה לקיים דברי המת. מה עוד שיש בכלל לדון בכה"ג אם יש בזה מצוה לקיים דברי המת, כיון שלא הושלש לכך, ובקרקע יש לדון אם בעינן הושלש, עיין קצוה"ח רנב, ג, ואף שכתב מהרשד"ם חיור"ד סי' רג דכל פלוגתא הפוסקים בלא השליש אי שייך מצוה לקיים דברי המת היא רק לענין כפיה המבוארת בגמ' גיטין מ, א, אבל לכ"ע יש מצוה אף בלא הושלש, ועיין פת"ש רנב, ג, מהגרע"א דאינם מחויבים לקיים מצות כבוד אב מממונם, וכיון שירשו הוי ממונם, כאן בנדו"ד שלא נאמר בלשון של ציווי או מתנה אלא אמירה "תגור פה", הוא ציווי לנתבע ולא לאחים האחרים. מה עוד שעצם האמירה מוטלת בספק, דהרי התובעים טוענים שלא אמרה כן, ורק הנתבע טוען לזכותו באמירה שלא נאמרה בפני עדים. כמו כן יכולת האם להקנות בעלות או זכות מגורים מוטלת בספק, אם בכלל, ואם כן על איזה חלק. כך שמכח כל הני ספיקות אין אפי' מקום לדון לומר ליורשים לתת לנתבע לגור במקום עד מאה ועשרים מכח מצוה לקיים דברי המת או מכח מצות כבוד אב, גם אם הבית היה שייך לאם.

ב. אם לנתבע יש חזקה

העובדה שהנתבע יושב וגר ביחידה העליונה, האם הדבר מהווה חזקה ביחידה העליונה, או גם כפי טענתו - על כל המקום כולל דירת ההורים. תנן במשנה ב"ב מב, א דאלו

אין להם חזקה; "... ולא לאב בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב ...". ואיתא בגמ' שם נב,א: אמר רב יוסף אפילו חלקו (נתפרדו האב והבן, שאין הבן סמוך על שולחן אביו ואין הבן בנכסי אביו כלום, אפ"ה אין מחזיקין זה על זה, דלא קפדי אהדדי - רשב"ם). רבא אמר חלקו לא (כלומר בחלקו לא מיירי מתני', אלא כיון דחלקו יש להן חזקה זה על זה). אמר רב ירמיה מדפתי, עבד רב פפי עובדא חלקו לא כרבא (כלומר כרבא עשה, דהיכא דחלקו לא דברה משנתנו אלא ודאי יש להן חזקה). אמר רב נחמן בר יצחק אישתעי לי רב חייא מהורמיו ארדשיד דאישתעי ליה רב אחא בר יעקב משמיה דרב נחמן בר יעקב חלקו לא. והלכתא חלקו לא. תניא נמי הכי בן שחלק ואשתו שנתגרשה הרי הן כשאר כל אדם. ומבואר מהגמ' שדין זה של בן שאין לו חזקה בנכסי אביו הוא דוקא בסמוך על שולחנו, אבל כשאין הבן סמוך על שולחן אביו, קי"ל כרבא דיש להם חזקה זה על זה. וכך פסק הרמב"ם בהל' טוען ונטען יג,ח-ט, וז"ל:

"וכן הבן שהוא סומך על שלחנו של אביו ונחשב בכלל בני ביתו אם אכל נכסי אביו שני חזקה, וכן האב שאכל נכסי בן זה שהוא סומך עליו שני חזקה אין אכילתן ראייה. ובן שפירש מאביו ואשה שנתגרשה אפילו ספק גירושין הרי הן כשאר כל אדם."

ולכאורה בנדו"ד צריכים לדעת אם הנתבע סמוך היה על שולחן אביו בהיותו נכה. דמצד אחד היתה לו קצבת נכות ויכל לקיים עצמו, אך מאידך - בפועל היה חי משולחן אביו, היה אוכל ושוהה בביתם חלק גדול מהזמן, והם היו משלמים את החשמל והאוכל, והוצאות שמחוץ לבית שיצא בנפרד, היה משלם מקצבת הנכות. ובעבר שנשאלתי לענין גדר בן הסמוך על שולחן אביו לענין מציאה (עיין מה שכת' בסי' כו), עיין במשנה וגמ' ב"מ יב,א - ב, חשבתי לבאר ע"פ מש"כ המ"ב צד,כב דסמיכה קצת בתפילת שמונה עשרה שרי, דהיינו שסומך במקצת שאם ינטל אותו דבר לא יפול, עיי"ש. והוא הדין בזה, הוא סמוך על שולחן אביו, שאם תנטל סמיכת אביו, לא יהיה לו ממה לחיות, כמו שידוע בקטנים שאינם עובדים, משא"כ בן העובד ומתפרנס ובכל זאת חי אצל הוריו, אינו נקרא סמוך על שולחן אביו, כיון שאם נטול תמיכת הוריו, לא יפול ויוכל לפרנס עצמו. עד שראיתי במהרי"ץ ח"ב סי' רלג שאף בניזון מנכסיו, חשיב סמוך על שולחן אביו, וז"ל:

"... והתם בודאי דמאי דקאמר על שולחן אביו, לא בעינן שיהיה ממש בביתו על שולחנו אלא שניזון מנכסיו אעפ"י שלא יהא בביתו על שולחנו. תדע, דהא טעמא הוי התם משום איכא שזן אותם ואינו נהנה ממציתאם, וא"כ זהו אע"פ שזן אותם חוץ מביתו, א"כ הכא נמי נימא דעל שולחנו לאו דוקא. וכד עיינינן שפיר לא דמי, דהתם קאמר סמוך על שולחנו שרוצה לומר סמוך על מזנותיו, כי הא דאמרינן אתכא דרחמנא סמיך וכמו משלחן גבוה קא זכו, דהתם אינו ממש על שולחנו אלא סומך על מזנותיו."

והנה לא מבואר שצריך סמוך עד כדי כך שאם יטול ממנו מזונותיו לא יהיה לו ממה להתפרנס, אלא כל שזן אותו, מקרי סמוך על שולחנו. וכל זה לענין מציאה, אבל כאן לענין חזקה, הכל תלוי בראות עיני הדיין. כך למדנו ממשנתו של הט"ז חו"מ קמ"ו, וז"ל:

"נראה דבכלל זה אב ושאר קרובים שזכר כאן שנסתלקו משלחן אביהם, מ"מ כיון שרואין שזה סומך על זה בעסקי נכסיו, אין שם חזקה."

הביאו הנתיבות שם שם ס"ק ב, ופסק כוותיה, וז"ל:

"גם בזה העיקר כהט"ז, דבזה אפילו אינן סמוכין על שולחנו, כל שלפי ראות עיני ב"ד אינן מקפידין, וכולל גם כן האב והבן כשלפי ראות עיני ב"ד אינן מקפידין, ולא בעינן סמוכין רק בסתם כשאין ידוע אם מקפידין, וכן מבואר ברשב"א וריב"ש עיי"ש. וכן מה שהניח הש"ך בצ"ע בס"ק ז' על השאלת מקום בבית הכנסת לחתנה, הוא רק בסתמא, אבל כשאין מקפידין לפי ראות עיני ב"ד, אפילו בשאר קרובים הדין כך."

מבואר מדברי הט"ז והנתיבות דדין סמוך על שולחן אביו בנדון זה הוא תלוי בדרגת קרבה וקורבה אם מקפיד על שימוש בקרקע, והכל תלוי בסוג הקורבה ובסוג הקרקע, וע"כ צריך שיקול דעת של דיין בכל מקרה ומקרה לגופו. לכן בנדו"ד נראה שאין לנתבע חזקה לא ביחידה העליונה ולא בכל הבית, שלא היו ההורים מוחים בבנם על השימוש במקום, מאחר והם היו מעוניינים מבחינתם והן מבחינת טובתו, שישארו לגור יחד באותו מקום, וע"כ אין בכה"ג חזקה לנתבע. וסמכו דבריהם על דברי הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתקנ, ועיין גם בריב"ש סי' רנב) הביאו הרמ"א קמט"ו, דאב ובנו לאו דוקא, וז"ל הרשב"א:

"שאלת מה שאמרו (ב"ב מב, א) אין לאיש חזקה בנכסי אשתו ולא לאשה בנכסי בעלה, ולא לאב בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב אם יהיה הדין כן בבן בנכסי אמו, ואח בנכסי אחיו, ואם ואח ואחות בנכסי הבן. והשיב, דהדין שוה, דתנן זכרים והוא הדין לנקבות. דבן בנכסי האב ואם בנכסי הבן, היינו אב בנכסי הבן, דאב ובן לאו דווקא, שאם לא כן אב בנכסי הבת יש לו חזקה, דבן דווקא ולא בת, דכל הני דבן להשתדל בנכסי אלו ולהוציא פירות ולהכניס, וכאפטורפוסיין הן אלו על אלו. אבל אח ואחות לא שמענו, שאין דרכן להשתדל ולהיות סמוכין על ידי אחיהן ואחיותיהן. ומסתברא כי לעתים אין להם חזקה, וזה תלוי בראיית בית דין. ואם יראה בעיניהם שזה סמוך על זה בעסק נכסיו וכיוצא בזה, הכל לפי ראות עיני הבית דין ולפי מה שהוא הענין. אבל שיהא לעולם דין האח והאחות כדין האב והבן לא שמענו."

אולם מה שדיבר הרשב"א הוא בקרקע ובפירות שדרכם להתעסק אלו בנכסי אלו, או אין דרכם להתעסק, דסתם כך שנוהג כאפוטרופוס בפירות, דוקא בדרכו להתעסק בנכסיהם. אבל ככל שמדובר בדיורים בדירה, הכל תלוי באופי הקשר ובטיב הדירה, דלדוגמא, בדירת מחסן וכד', אפי' בקשר רחוק יותר, אין דרכם למחות, ובדירת יוקרה גדולה, תלוי גם בעשירות הבעלים, ומה מידת וטיב הקשר, והכל לפי ראות עיני הדיין במקרה המסוים, אם דרך הבעלים לתת לגור במקום ולא למחות. וכאמור בנדו"ד נראה דאין דרך ההורים למחות בכה"ג, וע"כ אין לנתבע חזקה.

עוד י"ל שבכה"ג אין לנתבע חזקה, מפני שכיום הדרך לקנות מקרקעין בחוזה מכר או מתנה, וכן לכל הפחות לרשום הערת אזהרה בטאבו, וכאשר מודה הנתבע שלא היה שטר מתנה וכד', ובדאי לא נרשמה הערת אזהרה בטאבו, אין לו טענת חזקה, דטענת חזקה יכולה להטען כאשר טוען שטר היה לי ואבד, אבל כשלא היה שטר, אין לו טענה לחזקה שקנה. כן נראה מדברי שער המשפט שהסתפק בדבר (קמ"ד), וז"ל:

"ויש להסתפק היכא שהודה המחזיק שלא נטל שטר כלל, אי מהימין ליה במיגו דאי בעי אמר אבדתי שטרי, או דלמא כיון דטעמא דחזקה דבעי ג שנים, דעד תלת שני מזדהר אינש בשטריה, דכל הקונה קרקע נוטל שטר, וא"כ כיון שזה מודה שלא היה לו שטר מעולם, הוי כמיגו במקום עדים, וצ"ע."

וראיתי בדברי גאונים (לז,א) שהביא את דברי שער המשפט והוסיף עליו, וז"ל:

"... וא"כ ק"ו בזמן הזה שאין מועיל המכירה בין בדיני ישראל ובין בדיני אומות העולם, אא"כ יש לו שטר שראוי להעלות בפנקס הגרונדביך על שמו, ודאי אין קונה בלי שטר, כי אין מניח מעותיו על קרן הצבי, ופן ימכור אח"כ לאחר בשטר, ויכתוב האחר בפנקס הנ"ל על שמו."

הטעם שכתב הדברי גאונים שאינו מניח מעותיו על קרן הצבי, לכאורה אינו שייך בנדו"ד שהוא בבחינת מתנה (לטענת הנתבע), למרות שהשקיע לדבריו מכספו, עיקר טענתו שנתנו לו מתנה. אך הטעם השני שמא ימכור אח"כ לאחר, ודאי היה לו לחוש שמא לאחר אריכות ימים ושנים של ההורים, יטענו התובעים לחלוקה שוה של הבית והמגרש, והיה לו לבטח עצמו בשטר מכר או מתנה שיהיה תקף ע"פ כל דין, ומדלא עשה כן, אין לו טענת חזקה.

ולחסביר משנתו של הדברי גאונים, נראה ע"פ הטעם שנשנה בהא דבג' שנים יש למחזיק חזקה ואינו צריך להראות שטרו. דהנה הרמב"ן בחידושו לב"ב מב,א, וז"ל:

"הא דתניא אכלה האב שנה והבן שנים וכו'. יש מפרשים דוקא בבנו גדול, אבל קטן לאו בר מחויי ביה הוא, והילכך לאו בר חזקה הוא, דכיון דכי מחי לאו בר אזהורי בשטריה הוא, איהו נמי לא מחי, וכי היכי דאידך תניא אכלה בפני הבן, בבנו גדול הא נמי בבנו גדול, ואין אני מוחזק בטעם זה, דטעמא

דחזקה לאו משום איזדהורי ידיה בלחוד, אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר, אלא שבתוך שלש אמרינן ליה למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון דלא מזדהר בה טפי אתרע ליה האי טענה ואמרינן לא לחנם שתק, וקטן נמי לאו בר איזדהורי טפי הוא, והכי מוכחא סוגיא דריש פירקין כדאמרן. והא דאמרינן במיחה בפני בני אדם שאינן יכולין לומר לו דלא הויא מחאה, משום דאמרינן נמי רגלים לדבר שמכרה לו ובוש הימנו, ובמקום חרום דאי נמי מחי לא ידע ביה הוה ליה לאזדהורי בשטריה לעולם, ומיהו בתוך שלש לא מהניא ליה לקטן למימר לא אזדהר בשטריה, דא"כ מי שאין לו דעת הרויח, לא מצינו אותו אלא מפסיד."

מבואר ברמב"ן שהטעם אינו בכך שעד ג שנים אין אדם נזהר, אלא שרגליים לדבר שאדם לא רואה שמשתמשים בשדהו ג שנים ואינו מוחה, ומדאינו מוחה, רגליים לדבר שמכר או נתן, אלא שעד ג שנים כיון דאמרינן ליה אחוי שטרך, אבל אחר ג שנים שאין ריעותא ברגליים לדבר, זכה המחזיק מכח זה שרגליים לטענתו. וכל זה מפני שהיה צריך המרא קמא למחות, אבל בזמן הזה שאין מכירת קרקעות אלא בשטר ולכל הפחות הערת אזהרה אצל רשם המקרקעין, אין המרא קמא חושש מהשימוש, וממילא אין כאן רגליים לדבר. וכן י"ל לטעם שכתב הנימוק"י (ב"ב יד, א בעמוה"ר ד"ה גמ'), וז"ל:

"טפי לא מזדהר. כי סבור לא יערער עליו אדם עוד כיון שאכל ג' שנים בשופי ולא ערערו בו, ולפי שדעת העולם כן לא תקנו חכמים אלא ג' שנים."

הרי שדין זה הוא תקנת חכמים משום תקון העולם שאין רגילים להזהר בשטר יותר מג' שנים, שסובר המחזיק כיון שיושב בתוכו שלש שנים ואיש לא ערער על חזקתו, שוב לא יערערו, ואינו נזהר בשטרו. שאם לא יתקנו חכמים, יצא מזה פסידא דלקוחות, לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת שלש שנים, והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך שלש, ואחר המחאה גם המחזיק יזהר בשטרו, ואם אינו מוחה תוך שלש שנים, יפסיד המערער. לפ"ז במקום שכלל לא היה שטר ומודה שלא היה שטר, אין מקום לתקנת חכמים, וס"ל לדברי גאונים ולספיקת שער המשפט דלא שייך בזה לא פלוג, שתקנת חכמים היתה מלכתחילה למי שהיה לו שטר ואינו נזהר, ולא על אופן שמודה שלא היה שטר.

אמנם לאידך גיסא מצאתי בערך שי קמז שכתב דהסברא נותנת דמדשתק ג שנים ולא עשה מחאה, ודאי מכר, בפרט לסברת הרמב"ן. וגם לסברת הנימוק"י, ודאי שלאחר התקנה היה לו למחות. ובספרי תשובותיו, תשורות שי (תנינא, סי' א) נשאל במחזיק שני חזקה אבל הקרקע עדיין רשומה בפנקסי המקרקעין (גרונד בואך) ע"ש המערער, והשיב, דכיון דג' שנים תקנת חכמים ובטוח שלא יבוא עליו מערער לעולם, אין ריעותא בטענת המחזיק מה שלא שמר שטרו כדי להעמידו אצל רישום המקרקעין, כי סומך ובטוח שאיש לא יערער לא בדיני ישראל ולא בדיני אומות העולם. אולם נראה דכל

זה אולי לפי הנוהג בזמנו בהתייחסות לרישום המקרקעין, אבל כיום גם לא יוכל למכור או להוריש, וגם אם לא יבוא איש ויערער, אף שיוכל לשבת במקום (וגם זה ברור לחלוטין שעשוי להפסק אם הרישום ע"ש המערער), מ"מ ודאי שלא יוכל למכור הקרקע. לכן גם מטעם זה נראה שאין לנתבע חזקה.

דבר נוסף שהיה מקום לדון, טענת הנתבע לחזקה על כל הנכס, כולל דירת ההורים ויחידת ההשכרה, כשבפועל התגורר רק ביחידה העליונה, ואף שרצה לרדת לגור בדירת ההורים, התובעים הביעו התנגדות, ואז התפתחו דו"ר. והשאלה בכה"ג שגר רק ביחידה העליונה, שיש לה כניסה נפרדת, הגם שניתן להכנס ממנה גם לדירת ההורים, אם יש בזה חזקה על כל הנכס. ונראה דאף אם היתה חזקה, דבר שאינו כמש"כ למעלה, היתה החזקה רק על היחידה העליונה, וכדאיתא בב"ב כט,ב: אמר רבא, אכלה כולה חוץ מבית רובע, קנה כולה חוץ מבית רובע. אמר רב הונא בריה דרב יהושע, ולא אמרן אלא דבר זריעה היא אבל לאו בר זריעה היא קני לה אגב ארעא. מתקיף לה רב ביבי בר אביי, אלא מעתה צונמא במה יקנה, אלא באוקומי בה חיותא ומשטחא בה פירי, ה"נ איבעי ליה לאוקומי בה חיותא, אי נמי משטחא בה פירי. וכן פסק הרמב"ם בהל' טוען ונטען יב,טז, וז"ל:

"אכלה כולה חוץ מבית רובע, החזיק בכולה חוץ מאותו בית רובע שלא נהנה בו, אפילו היה חלמיש בתוך השדה, הואיל ולא נשתמש בו כראוי לו, אין לזה בו חזקה."

והמאירי בסוגיא בב"ב (כט,ב) כתב דהחידוש בדין הגמ', דאע"פ שהשדה מוקפת במיצרים, והבית רובע בתוך מיצרי השדה, בכל זאת לא קנה בחזקה (לאפוקי חזקת קנין שקונה), וז"ל:

"מחזיק שהביא עדים שאכלה חוץ מבית רובע, לא קנה אלא כנגד מה שהחזיק, ואפילו היה זה ששייר מקום סלע שאינו ראוי לזריעה, צריך שיחזיק בו ברבר הראוי לו כגון שישטח שם פירותיו או ירעה שם בהמות וכיוצא בזה, ואם לא עשה כן, אף על פי שהוא תוך המצרים, אינו נגרר אחר הקרקע להיות נקנה עמו."

לפ"ז וכאמור, בנדו"ד אף אם היתה חזקה לנתבע, לא היתה החזקה אלא על השטח שדר בו בפועל, אף אם כל הדירה היא יחידה אחת, דבר שאינו ברור לחלוטין, כיון שבדירת ההורים לא עשה כל חזקה. ומה שבחיי ההורים היה נכנס ויוצא, הרי כל התובעים היו נכנסים ויוצאים ודרים שם לפעמים.

הטענה של הנתבע שהוא השקיע מכספו בבניית היחידה למעלה, צריכה ראייה, והנתבע לא הצליח להביא ראייה לכך. יתכן גם מכח העובדה שהנתבע אכל מכספי ההורים, ולעיתים גם ההורים מכספי הנתבע, כשהם מתנהגים כמשפחה אחת, ולאב היתה זכות

חתימה בחשבון הנתבע. מה עוד שאף אם היחידה נבנתה בחלקה או בכולה מכספו, הרי שהדבר נבע מזכות המגורים שהיתה לו במקום כל ימי חייו, וכשמדובר במשך זמן של 25 שנה, נראה שלא יכול לבוא על בעלי הקרקע בטענת יורד, וכך פסק רבינו ירוחם, הביאו הרמ"א בשו"ע חו"מ שעה ז, וז"ל המחבר והרמ"א:

"החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות, לפיכך הבונה בחצר חבירו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע, ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום. הגה: ולא יוכל הבונה לומר בניני אני נוטל. השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר, מנכין לו מהוצאותיו, אע"ג דלא עביד למיגר. (רשב"א ונ"י פ' השואל). ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, צריך ליתן לו כל מה שנהנה, כמו שנתבאר לעיל סימן שס"ג (מישרים גל"א ח"ב)."

כך שברור שאם היה תובע הנתבע את הוריו שישלמו לו עבור מה שהשקיע (אם השקיע) בבניית היחידה העליונה, הרי שהיה צריך לנכות מסכום ההשקעה את דמי שכירות יחידת המגורים, דודאי היה כאן איזה נזק מועט שדייר גר ביחידה העליונה, והוי טפי מדבר מועט, ובמשך שנים כה רבות, ניכוי השכר דירה יכסה בודאי את כל עלות ההשקעה, אפילו על התקופה של 15 שנה מבניית היחידה ועד לפטירת האם, וכ"ש בתוספת התקופה שמפטירת האם. לכן לא מיבעיא שההשקעה לא הוכחה, גם אם היתה מוכחת, היה צורך לנכות את שווי השכר דירה מההשקעה.

ג. חזרת בכור מהסתלקותו מחלק בכורה

כשהגישו שלשת התובעים את הבקשה לצו ירושה לבית המשפט לעניני משפחה, נכתב בבקשה שהם מבקשים לחלק את העזבון בחלקים שווים. כשהנושא עבר אח"כ להתדיינות בפני בית דין, נכתב בכתב התביעה כי התובעים מבקשים לחלק את העזבון בחלקים שווים. כעת טוען הבכור שהוא חוזר בו מהסכמתו, ומבקש לקבל את חלק הבכורה. שני אחיו אינם מתנגדים, בעוד הנתבע טוען שהוא מתנגד. לדבריו - הדבר נובע מעיסקה פיקטיבית שהתובעים הסכימו עליה, כשבדרך זו יומעט חלקו מרבע לחמישית, כשבחמש אחוזי ההפרש, יתחלקו אח"כ בסתר שלשת התובעים. מאידך טוען הבכור כי הסכמתו לויתור חלק הבכורה היה מתוך הנחה שהדו"ד יסתיים במהרה ולא תמשך ההתדיינות מספר שנים. והשאלה הנשאלת האם היה כאן ויתור על חלק הבכורה, ואם יכול לחזור בו מויתור זה.

איתא בב"ב קכ"א: אמר רב אסי, בכור שנטל חלק כפשוט - ויתר (כלומר הרי מחל חלק בכורה כדמפרש לקמיה, אי בהאי שדה אי בכל הנכסים, וטעמא כדאמרן לעיל

אם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי, דכיון דמתנה קרייה רחמנא ואיהו לא בעי לה, לא הויא מתנה ולא יזכה בה עוד. - רשב"ם). מאי ויתר, רב פפא משמיה דרבא אמר ויתר באותה שדה. רב פפי משמיה דרבא אמר ויתר בכל הנכסים כולן. רב פפא משמיה דרבא אמר ויתר באותה שדה, קא סבר אין לו לבכור קודם חלוקה, ורב פפי משמיה דרבא אמר ויתר בכל הנכסים כולן, קא סבר יש לו לבכור קודם חלוקה, ומדאחיל בהא, אחיל בכולהו (ואף על גב דחלק פשוט אין לו, דהא כתיב לתת, משעת שמת האב הוא ראוי ליתן לו, הלכך בבכור תליא מילתא, דבשעה שירצה יזכה בחלקו, וכדאמרן לעיל בכור שמיחה מיחה, והלכך יש כח בידו למחול כל שעה שירצה, דהיינו דבר שבא לעולם, ואנן סהדי דכי היכי דאחיל בהא שדה, אחיל בכולהו, וכיון דיש כח בידו לזכות, יש כח נמי בידו ליתן ולמחול והויא מחילה). והא דרב פפי ורב פפא לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, דההוא בכור דאזיל זבין נכסי ידיה ודפשוט. אזול יתמי בני פשוט למיכל תמרי מהנהו לקוחות. מחונהו (הכוס). אמרי להו קרובים, לא מיסתייא דזבנתינהו לנכסייהו אלא מימחא נמי מחיתו להו. אתו לקמיה דרבא, אמר להו לא עשה ולא כלום. מר סבר לא עשה כלום בפלגא, ומר סבר בכולהו. שלחו מתם, בכור שמכר קודם חלוקה לא עשה כלום, אלמא אין לו לבכור קודם חלוקה. והלכתא יש לבכור קודם חלוקה (ואם מכר או מחל או נטל חלק אחד כפשוט, ויתר בכל הנכסים כולן, משום דמתנה קרייה רחמנא, ומשמת אב נתונה לבכור). מר זוטרא מדרישבא פלג בצנא דפלפלי בהדי אחין בשוה. אתא לקמיה דרב אשי, אמר ליה הואיל ויתרת במקצת, ויתרת בכל הנכסים כולן. והנה מה דאמרינן דבכור שויתר במקצת ויתר בכל, זה מכח אומדן דעת, ויש כאן גילוי דעת למחול במה שחלק כפשוט, וגם אמדינן שדעתו למחול בכל, ואף שלא היתה מחילה להדיא גם על המקצת. הרי דלא בעינן להלכה מחילה להדיא, ומספיק אם המחילה על החלק הבכורה היא מכח גילוי דעת, ואמדינן שדעתו למחול על הכל. והנה הרשב"א בסוגיא, כתב וז"ל:

"קשיא לי, חדא, דהא לכולי עלמא אם אמר איני נוטל רשאי ואיבד כל חלק בכורתו, ועוד, דאדרבה איפכא מסתברא פלוגתייהו, דלמ"ד אין לבכור קודם חלוקה הוה לן למימר דאם ויתר במקצת ויתר בכולן, דכל שלא זכה ואין לו, יכול להסתלק במתנה דלא אתיא לידיה, ואם אמר אי אפשי בה דבריו קיימים, אבל אם יש לו קודם בכורה והו"ל כחלק פשיטותו ובמה שויתר ויתר ובמה שלא ויתר לא ויתר, כמתנה לאחר שבאת לידו, וניחא לי, דודאי כל שאמר בפירוש שהוא מוותר על הכל - ויתר, דמתנה קרייה רחמנא ועד דאתא לידיה מצי מוותר, אבל לא נחלקו כאן אלא במה שמוכיח מתוך מעשיו הסתומין, דמאן דאמר ויתר בכל הנכסים קסבר שיש לו קודם חלוקה ובמה שיש לו אדם מוותר, ומר סבר אין לו, והלכך לא ויתר אלא במה שבא לידו, שאין אדם מוותר אלא במה שיש לו אבל במה שאין לו לא שייך ויתור, כנ"ל."

מבואר ברשב"א שכל מחלוקתם היא באופן של גילוי דעת, וקיי"ל דאם גילה דעתו על מקצת נכסים, הרי שגילה דעתו על כל מה שבידו, וכיון שיש לבכור קודם חלוקה, הרי ויתר בכל הנכסים, וודאי דעל מה שגילה דעתו, לכ"ע הוי ויתור ואינו יכול לחזור בו. [ועיין בנתיבות רעח,ט דמתנה קרייא רחמנא היינו שהתובעים נותנים חלק בכורה לבכור, עיי"ש, ואינו נפק"מ לנדר"ד].

ומה שטוען הבכור כי כל המחילה היתה בטעות. מבלי להכנס לשיטת הריב"ש בסי' שלה דמחילה בטעות הוי מחילה, עיין בקצוה"ח יז,ג. ועיין בש"ך בסו"ס יז (ס"ק יז) דדוקא בטועה בדין הוי מחילה בטעות, בכל אופן בנדר"ד לא הוי מחילה בטעות, שהרי כשהגיש את הבקשה לצו הירושה, וכן את כתבי התביעה, ידע שהנתבע מסרב להתפנות, ולא התחדשה כל ידיעה, שכ"א יודע שהליך משפטי עלול לקחת זמן מעבר לסביר, והו"ל לאתנויי, ולכל הפחות לטעון כן בכתב התביעה לביה"ד, דבר שלכאורה גם לא היה מועיל לבטל את ויתורו, אבל היתה לו איזה אחיזת טענה, אבל כעת לאחר שויתר אינו יכול לחזור בו, ואינו יכול לטעון כי היתה זו מחילה בטעות, כיון שהנתון שההליך ימשך כמה שנים, יכל להיות מועלה גם בזמן הויתר וכנ"ל. ע"כ לאור האמור לעיל יש לחלק את העזובון בארבעה חלקים שוים בין ארבעת התובעים.

ד. גוד או אגוד

השאלה בנדר"ד איך לחלק את השותפות. התובעים טוענים שאם הנתבע ישאר שותף בנכס, הוא יערים קשיים, כפי שהערים עד עתה, וממילא המכירה והבניה לא יצאו אל הפועל. ומצד אחד הנתבע רוצה להיות שותף ולהשאר ככזה, ומאידך - יתכן ויערים קשיים, אם יש אפשרות בכגון זה לעשות גוד או אגוד, כשאת חלק הנתבע יקח הקבלן או צד ג או התובעים, והנתבע יקבל את תמורת המכר.

איתא בב"ב יג,א-ב: אין בהן כדי לזה וכדי לזה מהו, רב יהודה אמר אית דינא דגוד או אגוד, רב נחמן אמר לית דינא דגוד או אגוד. א"ל רבא לרב נחמן, לדידך דאמרת לית דינא דגוד או אגוד, בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה כיצד עושין ... ת"ש, שני אחין אחד עני ואחד עשיר, והניח להן אביהן מרחץ ובית הבר, עשאן לשכר, השכר לאמצע, עשאן לעצמו, הרי עשיר אומר לעני קח לך עבדים וירחצו במרחץ, קח לך זיתים ובא ועשה בבית הבר. התם נמי גוד איכא אגוד ליכא. ת"ש, כל שאילו יחלק ושמו עליו חולקין, אם לאו מעלין אותו בדמים. תנאי היא דתניא, טול אתה שיעור ואני פחות שומעין לו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אין שומעין לו. לא לעולם כדקתני, ודקאמרת מ"ט דרשב"ג, משום דאמר ליה אי בדמי לית לי דמי למיתן לך, במתנה לא ניחא לי, דכתיב ושונא מתנות יחיה ... אמר אמימר הלכתא אית דינא דגוד או אגוד. ולכאורה יש להבין בדין גוד או אגוד, מדוע בחצר שאין בה

חלוקה יכול אחד השותפים או היורשים להכריח את שותפו למכור לו את חלקו או שיקנה ממנו, הרוצה לחלוק, ימכור את חלקו לעלמא ולא ישאר שותף, אך מהיכי תיתי להכריח את השותף למכור או לקנות. וראיתי ברבינו יונה בעליותיו (ב"ב יג,ב) לענין חלוקת כלים שאין תשמישם שוה, שכתב וז"ל:

"ועוד י"ל, אפילו היו שוים בדמים, מוכח מיניה שפיר דאית דינא דגוד או אגוד כיון שחולקין, דפשיטא לן דאין תורת חלוקה בב' כלים שתשמישן חלוק, דלכל אחד מיבעי ליה תרוייהו. הלכך ע"כ זה שחולקין תקנה היא שהתקינו ליתן דרך לחלוקה, והוא הדין דמתקנינן דינא דגוד או איגוד ..."

מבואר מרבינו יונה שמעיקר הדין אין מקום לטענה זו של גוד או אגוד, דמהיכי תיתי תכריח אותי למכור את חלקי או לקנות חלקך, אלא שחכמים הבינו שאין דרך לחלוק אלא בדרך זו, שהרי לא בנמצא שיהיה קונה לחלק קטן משלם, ויהיה בכך הפסד גדול להשאר שותף בעל כרחו, ע"כ התקינו דרך לחלוקה באופן של גוד או אגוד. וכך נראה מדברי הרא"ש בתש' צח,ג לענין טענת גוד או איגוד, כשהטוען אין בידו ממון לקנות ורוצה שאחרים יקנו במקומו את חלק האחר עם חלקו, ויתן לו חלק הדמים המגיע לו, וז"ל:

"אם יש בבית כדי חלוקה, שיהיה לכל אחד ארבע אמות על ארבע אמות, יחלוקו הבית מתהום ארעא עד רום רקיעא, עם העליה והחנות שעל גביו ועם המרתף שתחת הבית, ולא שייך כאן גוד או איגוד, כיון שיש בו כדי לזה וכדי לזה. ואם אין בבית כדי חלוקה, והיורש אומר שרוצה למכור הכל ביחד, כדי שימכור חלקו ביוקר, (ואומר לאלמנה גוד ותן לי חצני ממה שנותנין בכל הקרקע, או איגוד בשומא שנותנין לי בכולם, ואקבל המעות ואתן לך חצי הדמים), הא לאו טענה היא, דאין זה גוד או איגוד, כיון שאין לו מעות לקנות הקרקע משלו, אלא שימכור כל הקרקעות לאחר. דטעמא דרב יהודה, דאמר (ב"ב יג,א): אית דינא דגוד או איגוד, היינו משום שאין מקום המשותף ראוי לתשמיש שניהם, הילכך אמרו חכמים שיש כח לאחד מן השותפין לומר: תקנה חלקי ויהיה ראוי לך לתשמיש, או אקנה חלקך ויהיה ראוי לי לתשמיש, דהוי זה נהנה וזה אינו חסר, שאינו ראוי לתשמיש שניהם וראוי לאחד מהם ... ורב יהודה סבירא ליה כיון שאינו ראוי לתשמיש שניהם, מצי למימר גוד או איגוד, כדי שיהיה ראוי לאחד מהם לתשמיש. אבל בכי האי גוונא, שאמר אחד מהם גוד חלקי כמו שאמכור כל הקרקע, או אני אמכור את הכל ואתן לך חצי הדמים, כדי שימכור חלקו ביוקר, אפילו רב יהודה מודה דלא שייך גוד או איגוד, ולא נדחה את האחד מלהסתפח בנחלתו בשביל תוספת דמים של האחר, אלא ימכור חלקו כמו שיוכל, והלוקח ישתתף עם האחר."

מבואר ברא"ש שדין גוד או איגוד הוא תקנת חכמים, דכיון שאינו ראוי לתשמיש שניהם, הוי זה נהנה וזה לא חסר. וכן היא דעת הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתקנו), וז"ל:

"ונראה לי טעמא דמילתא, משום דדינא דגוד או אגוד ודינא דחלוקה לזמנים ידועים תקנתא היא, דאלו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית בה שיעור חלוקה אלו רצה זה ליטול חלקו אלא משום עשיית הטוב והישר אי אפשר, ולפיכך תקנו להם או דינא דגוד או אגוד או דינא דחלוקת זמנים ידועים, כדי שלא יפסידו זה על זה חלקם."

אמנם ראיתי בקרית ספר למבי"ט ריש הל' שכנים שכתב דכל הדינים האלו הם מן התורה: "מה שיש בו דין הלוקח כופין השותפין זה את זה לחלוק, ושאיין בו דין חלוקה יש בו דין גוד או איגוד, או דירה לזמנים או שכירות לאחרים. ונראה דכל זה הוא מן התורה". ולכאורה נראה היה לבאר את דברי המבי"ט לפמש"כ הרב המגיד בסוף הל' שכנים, דדינא דבר מצרא הוא מהתורה, שהתורה נתנה כללים במידות האדם, ונתנה הכח לחכמים שבכל דור לישם לפי הצורך, עיי"ש. וא"כ למש"כ הרא"ש שדינא דגוד או איגוד נובע מדין זה נהנה וזה לא חסר, ויש בו גם הישר והטוב כמש"כ הרשב"א בתש' הנ"ל (ועיין גם במהרש"ם ח"ג סי' קז), ע"כ ס"ל דהוא דאורייתא.

ומה שהובאו לעיל דברי הרא"ש בתש' שאם אין לו דמים לקנות, אינו יכול לומר גוד או איגוד, הגרא"ז באבן האזל (שכנים א, ג) למד בדעת הרמב"ם דיכול לומר אף בכהאי גוונא גוד או שאחר יקנה, וכתב ע"ז הגרא"ז וז"ל:

"ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דדין גוד או איגוד אינו משום גרדי זכות שיש לכל שותף זכות לומר גוד או איגוד, אלא דהוא דין בית דין, מגדרי כופין על מידת סדום, דכיון שאינו טוב לשניהם ביחד, יכול כל אחד לומר גוד או איגוד. והנה הטור הביא מדברי הרא"ש בתש' דלא אמרינן גוד או איגוד אלא כשאומר אקנה חלקך לתשמישי או תקנה חלקי לתשמישך. אבל כשאומר גוד חלקי או אני אמכור הכל ואתן לך חצי הדמים כדי שימכור חלקו ביותר, לא שייך ביה גוד או איגוד. ובדברי הרמב"ם בהל' ב מבואר להדיא דלא כדברי הרא"ש, שכתב; ואין העני כופה את העשיר לקנות חלקו, אא"כ אמר לו קנה ממני או מכור לי והריני לזה וקונה או מוכר לאחרים וקונין, הדין עמו. וכן מבואר בשו"ע, והוא מחלוקת הרמב"ם והטור. ובטעם מחלוקתם נראה דהוא בזה, דהרא"ש סובר דדין גוד או איגוד הוא משום דיש לכל שותף זכות תשמיש בחצר, וכיון שאינו ראוי לתשמיש בעד שניהם, יכול לומר גוד או איגוד שיהיה לו אפשר להשתמש בחלקו, אבל על מכירה לאחרים בשביל תוספת דמים, אין לו זכות בזה. אבל הרמב"ם סובר דאינו משום גרדי זכות אלא דהוא דין מדיני בית דין, משום גרדי

כופין על מידת סדום, כיון שהוא טוב יותר לשניהן, ולכן גם מכירה לאחרים

כיון שהוא טוב לשניהם בשביל תוספת דמים, נמי יש בזה גוד או איגוד."

מדברי הגרא"ז עולה דניתן לבאר את דין גוד או איגוד בשני אופנים: או שבהלכות שותפין לכל שותף יש זכות לדרוש להשתמש בחצר, וכיון שאינם יכולים להשתמש בחצר, מהלכות שותפים יכול לטעון גוד או איגוד. ואולי צריך להוסיף דאדעתא דהכי השתתפו, שכ"א יוכל להשתמש, ואם לא יוכלו, שכ"א יוכל לקנות את חלק חבריו ולסלקו, אך לא שיסלקו ע"י שיביא אחר שיקנה, אפילו אם יקנה הכל, הרי הקונה מסלק שותף מחלקו, וע"ז לא השתתפו שיוכל לסלק אחר שאינו שותף את אחד השותפים, רק השתתפו על דעת שאם לא נוכל להשתמש, שכ"א יוכל לסלק את חבריו ע"י גוד או איגוד. ובדרך זו הלך הרא"ש. ושיטת הרמב"ם שאין זה מהלכות שותפים אלא כדין כל כפיה על מידת סדום, שתתן לי להנות מרכושי, ובכל דרך שאמצא להנות מהרכושי, כיון שאתה השותף לא ניזוק, שאינך יכול להשתמש ולהנות מחצר זו שאין בה דין חלוקה, הרי שכל דרך של הפרדות אינך יכול למנוע, כיון שהמניעה היא מידת סדום, יכולים לכוף את השותף למכור חלקו גם לאחרים, אם זו הדרך להפרד ולהנות, כשכעת לא ניתן להנות.

ובכסף הקדשים קעא, וכתב דדין זה של גוד או איגוד "הוא תקנה דרבנן מפני דרכי שלום ... ואין זה שייכות כלל לכח המכר והקנין רק דרכי שלום". הרי שדין זה הוא אמצעי להשכנת שלום בין שותפים. ואף כתב דאפשר שדין זה הוא מן התורה, מדכתיב; בין איש ובין גרו, על עסקי דירה (עיין סנהדרין ז,ב, אפי' בין בית לעליה וכו'), ממילא דרך השלום בדירות הוא בכלל, או שהוא הלכה למשה מסיני, או שהוא דרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא. ומ"מ כתב להדיא שאינו דין מדיני המקח. ונראה דלכסף הקדשים צריך לעשות הקונה קנין בחלק שותפו, לאחר שחלקו בגוד או איגוד. ועיין בחזון איש (ב"ב ח,א) בהסבר שכל דין זה הוא תקנת חכמים, ומ"מ קבעו חכמים את הדרך מתי אפשר ומתי אי אפשר לכוף את השותף, וז"ל:

"נראה דדיני ממונות נמסרו לחכמים לקבוע כפי משפטי חכמת התורה שזכו בה חכמי התורה, והן הן שנמסרו למשה, שהרי הן בכלל משפטים, והיינו ששכל בני אדם מסכים עליהם. והנה דבר משותף אין לאחד מהן הנאת היחיד בקנינו, מפני הקיפוח של השני, וצריך לקבוע משפטים ישרים ביניהם, איך יקוים תשמישם בזמן שיתעצמו אחד עם השני, ובזה קבע הדין מתי כופין לחלוקת הנכס עצמו, ומתי חלוקת זמנים או שאר חלוקה. ודנו ר"י ור"נ אי אית דינא דגוד או איגוד, שגם זה בכלל זכות שותף נגד חבריו, שגם זה בכלל הישר שאין לאחד לסבול מכובד השותפות, בזמן שנותן לחבריו הברירה ליקח או למכור ..."

נראה מדברי החזו"א שנקט מילתא בטעמא לתקנת חכמים של גוד או איגוד, שזה כוחם להעמיד משפטי התורה והממון על תילם, שכאשר שותפים בנכס ואינם יכולים

להנות מהנכס, יש לחלוק את הנכס ע"פ הלכות שקבעו חכמים. ודברי החזו"א יכולים להיות מילתא בטעמא הן לרמב"ם והן לרא"ש, ולא נחית לחלק ביניהם. (ועיין בחידושי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל ב"ב סי' יב שחקר אם תקנת חכמים בגוד או איגוד הוא גדר של חלוקה, דהיינו שכך מחלקים את השותפות, האחד מקבל את חלק חברו, וזה שלא קיבל, מקבל דמים. או שזה גדר של מכירה, שמוכר שותף אחד לשני את חלקו. נפק"מ אם צריך דעת מקנה, דאם זה דין מדיני חלוקת שותפות, אין צריך דעת מקנה, ומהני אף אם אינו רוצה. ואם זה דין מכירה, כופין את המקנה עד שיאמר רוצה אני, עיי"ש).

והנה נחלקו הראשונים אם דין גוד או איגוד הוא גם בשנים שקנו בשותפות בית שאין בו דין חלוקה, או רק ביורשים ומקבלי מתנה, עיין ברא"ש ב"ב א,א, שהביא את דעת הר"י מיגאש דגוד או איגוד לא שייך אלא ביורשין או מקבלי מתנה, אבל אם לקחו שנים בית שאין בו כדי לזה ולזה, אין אחד מהן יכול לומר גוד או איגוד, שהרי לדעת שיהיו שותפין לקחוהו שניהם ולא למכרו איש אל אחיו. וכתב הרא"ש דנראין דבריו אם לא היה להם בית דירה ולקחוהו לדור בו, או אם היה להם בית דירה ולקחוהו להשכירו לאחר, אבל אם היה להם בית דירה ונפל או נשרף דירתו של אחד מהן או הוצרך למכור מחמת דוחקו, יכול לומר לחבירו גוד או איגוד, כיון שצריך לדור בו ואינו רוצה לדור עם אחר. עוד הביא הרא"ש מהר"י מיגאש דאין דין גוד או איגוד בשדה. וכתב הרא"ש, דהר"י מיגאש לשיטתו דדוקא בדבר שמשמשין בו בשותפות כגון בית דירה ומרחץ ובית הבד וטלית ושובך, ואין נוח לאדם להשתמש בשותפות עם חברו, יכול לומר גוד או איגוד, אבל בשדה אפשר לעובדה בשותפות או למוסרה לארס. והרא"ש כתב דאין דבריו נראין בזה. ודעת רבינו יונה (ב"ב יג,ב ד"ה עלה) כדעת הר"י מיגאש דבלוקחים לא אמרינן גוד או איגוד. גם הנימוק"י (ב"ב ח,א - ב בעמוה"ר) הביא דעת הרא"ה דגוד או איגוד אין בשותפים שהשתתפו לדעת; "שלא נשתתפו והטילו מעותיהם על דעת שיסלק אחד מהם את חברו". אולם הנימוק"י עצמו ציין דדעת הרמב"ם דאין חילוק בין יורשים או שנים שהשתתפו לדעת, עיין ברמב"ם הל' שכנים א,ג שנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד, וז"ל:

"אחד השוכר מחבירו מקצת חצר, או שדה שאין בה דין חלוקה, או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהן יכול לכופ את חברו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכיר לי חלקך, ואם יש בה דין חלוקה חולקין. השגת הראב"ד: וגם זה הדין נפשו אותה ויעש ממנו לשכירות, שע"מ כן שכרו, וקרוב אני לומר אף במקח כן, ולא אמרו גוד או איגוד אלא בירושה ומתנה."

(ועיין בחזו"א ב"ב ט,ג דהראב"ד ס"ל דאף בדבר שיש בו כדי חלוקה, אם קנו בשותפות, אין אחד יכול לכופ את חברו לחלוק, דאדעתא דהכי השתתפו). ובשלטי גיבורים שם אות ב הביא מתש' רבינו האי גאון דשייך בשותפים שהשתתפו דינא דגוד או איגוד. ועיין ביד רמ"ה ב"ב פ"א סוף סי' קעג. ובמחבר בשו"ע חו"מ הביא דעת

הרמב"ם בלבד לענין זה דבשותפים שקנו, ג"כ יש דינא דגוד או איגוד. ובש"ך ס"ק א הביא דעת הר"י מיגאש והראב"ד. והחתם סופר בתש' חחו"מ סי' יב, הובאו דבריו בפת"ש חו"מ קעא,ג, דדעת כמעט כל הפוסקים דגם בשותפים אמרינן גוד או איגוד.

והנה כל מחלוקת הראשונים היא בדעת השותפים, האם השתתפו על דעת שלא להפרד זה מזה בדרך של גוד או איגוד, או אף שקנו יחדיו חצר שאין בה כדי חלוקה, לא היה בדעתם שאם אחד מהם לא יוכל אלא לחלוק, כשסבור הוא לקבל ואינו יכול, שלא יוכל לחלוק בדרך של גוד או איגוד, שהיא דרך החלוקה בדבר שאין בו דין חלוקה. כך כתב הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתקיג) לפרש את דעת הרמב"ם; "לפי שיכול לטעון סבור הייתי לקבל ולדור כן, ועכשיו אני יכול לסבול". וברב המגיד שכנים א,ג, הביא את הרשב"א, וכתב להוסיף בבאור דעת הרמב"ם דיכול השותף לומר שסמך שיוכל להפרד ע"י דינא דגוד או איגוד. ובחזו"א (ב"ב ט,ד) כתב בענין שותפים בעסק מרויח, ונפלה קטטה בין השותפים, דיש להסתפק אם דמי לנפל הבית שיכול לומר גוד או איגוד אף לדעת הר"י מיגאש, דאם נפל דבר מחודש מצי טעין גוד או איגוד, שכן כתב הטור לדעת הר"י מיגאש, או ששנאה לאו טענה היא, עיי"ש. גם בכסף הקדשים קעא,ו כתב דכל היכא שהתחדשה ידיעה חדשה שלא היתה קודם השותפות, יכול לטעון לכ"ע גוד או איגוד, ולמד כן מדברי הרשב"א הנ"ל, עיי"ש.

ומ"מ אף שנדו"ד מיירי ביורשים ולא בשותפים, וביורשים גם לר"י מיגאש ודעימיה אית דינא דגוד או איגוד, ילפינן מהנ"ל דהכל תלוי בדעת השותפים, על דעת מה השתתפו, ובזה פליגי. וגם ביורשים שהשתתפו בעל כרחם, י"ל שמהלכות השותפים יש אומדן דעת על הדרך בו ירצו להפרד זה מזה, וחכמים תקנו את האופן שבו יוכלו להפרד מהשותפות, כשאין כל סיבה וטעם שישארו שותפים לכל ימיהם. גם דרך של שלום להפריד ביניהם, שלא ישארו השותפים ניצים כל ימי חייהם ולא יוכלו להנות מפירות נכסיהם. ונפק"מ בזה כשרוצה למכור את המגרש לקבלן כדי שיוכלו להנות מפירות הנכסים, והמעכב הוא בבחינת מידת סדום.

דהנה לעיל הובאה דעת הרא"ש בתש' צח,ג שכתב דאם אין בבית כדי חלוקה, והיורש אומר שרוצה למכור הכל ביחד, כדי שימכור חלקו ביוקר, דלאו טענה היא, דאין זה גוד או איגוד, כיון שאין לו מעות לקנות הקרקע משלו, אלא שימכור כל הקרקעות לאחר. אמנם הר"ף (ב"ב ח,ב בעמוה"ר) סובר שבמקרה וזה שטוענים נגדו גוד או איגוד, אין לו לקנות, אבל כשהטוען גוד או איגוד אין לו לקנות רק בדרך מכירה, מודה דלא מצי טעין גוד או איגוד, וז"ל:

"ופרקין, שאני התם דגוד איכא אגוד ליכא. איכא מאן דמוכח מכאן דלא אמר גוד או אגוד אלא בזמן שיד שניהם משגת לקנות, אבל בזמן שהאחד עשיר ויכול לקנות ואחד עני ואין ידו משגת, לא אמר גוד או אגוד. ואנן לא סבירא לן הכי אלא כי אמר תובע לנתבע גוד או אגוד אמרינן דינא קא"ל ולא איכפת

לן בנתבע בין אית ליה ובין לית ליה. ומתני' דשני אחין היינו טעמא שהעני הוא התובע והוא אין יכול לומר לעשיר גוד את או אנא אגוד, דהא לית ליה למיגד, ולכן איבטל דינא דגוד או אגוד, שהעשיר יאמר לו איני רוצה לגוד, גוד אתה, וכיון דלית ליה, איבטל דינא דגוד או אגוד. אבל אם היה העשיר תובע לעני ואומר לו גוד או אגוד, הוה אמרינן ליה דינא קא"ל, גוד, ואי לית לך שבקיה ואיהו לגוד. כללא דמילתא, היכא שהתובע אומר גוד או אגוד, לא איכפת לן בנתבע אי אית ליה למיגד או לית ליה, דאי לית ליה יניח לתובע לגוד."

והביא מחלוקתם המרדכי ב"ב סו"ס תקט. וכן הביא הרמ"א חו"מ קעא,ו; " וי"א דלא יוכל לומר גוד או אגוד כשאין לו מעות רק צריך למכור". וכאמור לעיל דסברת הדין דאין זה ישר וטוב לסלק את השותף מחלקו ע"י מכירה לאחר, וגם אינו מהלכות השותפים שיוכל לסלקו אלא ע"י קניית חלקו של השותף ולא ע"י מכירתו לאחרים. אולם נראה דלטעם שכתב הגרא"ז דזהו דין ב"ד דכופין על מידת סדום, דכיון ששניהם אינם יכולים להנות כראוי מהנכס, כופין למכור, מה לי אם מוכר לשותף או לאחר, כיון שאינם יכולים להנות בשותפות, הרי זו מידת סדום להשאר ביחד שותפים. ובסמ"ע קעא,טו, כתב על דברי הרמ"א, וז"ל:

"דלא אמרינן גוד או איגוד כשאין לו מעות להחזיקו לנפשו, רק שבא לומר גוד או אגוד כולו כאשר אמכרנו ואתן לך חלקך, אלא חלקו לבד בידו למכרו, ואם אין לו מי שירצה לקנות חלקו יפסיד בעניו, אבל ודאי כשיכול ללוות מאחרים ולקנות ולהחזיקו לנפשו, בזה ליכא מאן דפליג דיכול לומר איגוד ע"י הלואה." וא"כ כשקיימת אפשרות ללוות ולקנות, הן ע"י לקיחת משכנתא והן ע"י משקיע אחר שמלווה לו, ומיד אח"כ מוכר לו חלקו, דהיינו שהשותף קונה החלק, אף אם אח"כ ימכור לצורך תשלום ההלואה, אין בזה מניעה. ואף דבמכור שדה אחוזה אין ביכולתו ללוות מעות ולגאול אותה אם אין לו מעות, כמבואר ברמב"ם פ"ח משמיטה, בשדה אחוזה זו גזירת התורה, ואין למידין ממנה לתקנה זו, עיין ערוך השולחן חו"מ קעא,ט. ובב"ח קעא,כו הקשה על הרא"ש, דזה לא ככל הגאונים, דמכולם משמע דיכול לומר גוד או אגוד אפילו אמר הריני לזה וקונה או מוכר לאחרים, וכמו שכתב הרמב"ם להדיא. עוד הקשה, דמנין לו להרא"ש לחלק בכך. וע"כ כתב הב"ח לחלק, וז"ל:

ונראה לפי עניות דעתי, דודאי כל היכא דאיכא פסידא לאחד שלא יוכל למכור חלקו, מודה הרא"ש דיכול לומר גוד הכל בכך וכך כפי שויה או אגוד בשויה שאמכור כולו לאחר בשויה ואתן לך חצי הדמים, ולא קאמר הרא"ש בתשובה זו דאינו יכול לומר כך אלא דוקא היכא דיכול למכור חלקו בשויה או קצת בפחות משויה, אלא דבשביל תוספת דמים ביתר משויה אומר לו גוד בכך וכך ביותר משויה או אגוד בכך וכך שאמכור לאחר, על זה כתב הרא"ש דלא מצי לומר גוד או אגוד ביותר משויה אלא באומר אגוד לתשמישי או גוד לתשמישך,

דאף בזה נחלק ה"ר ישעיה וקצת גאונים, אלא דהרא"ש הכריע דיכול לומר גוד או אגוד ולהעלות בדמים יותר משויה. ומכל מקום אין זה אלא דוקא באומר אגוד לתשמישי או גוד לתשמישך, אבל בשביל תוספת דמים לא יוכל להעלות בדמים ביותר משויה ולדחות אחר מהסתפח בנחלתו, אלא אם כן שלא יוכל למכור חלקו בלבד כלל אפילו בפחות משויה קצת אם לא בהפסד גדול, התם הוא דיכול לומר גוד בשויה או אגוד בשויה שאמכור לאחר.

ובנדון מכירת מגרש, ברור שיש הפסד גדול אם ימכור רק חלקו, ובפרט כשרוצה למכרו לקבלן ע"י עסקת קומבינציה, דירות תמורת המגרש, רק הנתבע מעכב, ויש בזה הפסד גדול. ואף שהש"ך בס"ק ז כתב דדברי הסמ"ע נראין יותר, לא נדחו דברי הב"ח מהלכה. בפרט בנדו"ד שהן לסמ"ע, יוכל ללוות מבנקים למשכנתאות או מהקבלן, והן לב"ח שיש הפסד גדול, שיוכל לומר גוד או איגוד, וא"כ ממה נפשך יוכלו לחלוק בדרך של גוד או איגוד.

ולשיטת הב"ח יש להביא ראייה מתרומת הדשן סי' שלו (הובאו דבריו ברמ"א חו"מ קעא,ה) בבית שיש בו כדי חלוקה, ואם יחלקו יהיה בו הפסד, שיכול לטעון שלא לחלוק ולמנוע הפסד. והביא ראייה משנים אוחזין בטלית, שאין קורעין הטלית לחלוקה, כדי לשלא תפסד הטלית, עיי"ש בראיות שהביא. וע"כ הסיק אם ימצא פסיידא שפיחתה דמי הבית ביותר מחומש, לא מצי חד למיכף חבירו לחלוק, אבל אם הוא כחומש וכ"ש פחות מחומש, כופה אותו לחלוק. וצ"ל דאין זה ישר וטוב לגרום הפסד גדול כזה, וגם מהלכות השותפין שאם יבוא הפסד בחלוקה ביותר מחומש, יחלקו. ולכאורה י"ל דגם בכה"ג שיש בו חלוקה, יוכל לטעון גוד או איגוד ולמנוע ההפסד, עיין חתם סופר בתש' חחו"מ סי' יב, הובאו דבריו בפת"ש חו"מ קעא,ג. והוא הדין במכירה מגרש שיש במכירת חלק השותף לבד הפסד, שיוכל לדרוש שימכרו הכל וכמש"כ הב"ח.

ואף דלענין הלואה יש להקשות ממש"כ הרמ"ה, הביאו המחבר בשו"ע חו"מ קעא,טו, דיש אומרים דלא אמרינן גוד או אגוד אלא בנתינת דמים מיד, אבל אם אמר גוד ואמתין לך המעות שלשים יום או אגוד ותמתין לי המעות שלשים יום, אין שומעין לו, שיכול לומר לו, אני נוח לך ואתה קשה ממני. ועיין בסמ"ע מא שהביא לשון הרמ"ה ופרטי הדינים, אם אמר הנתבע שימתינו לו במעות, שומעין לו. ועיין בנתיבות בחידושים ס"ק לב ובבאורים ס"ק טו. אך נראה דע"פ הנהוג היום שלוקחים הלואות למשכנתאות מהבנק, ויש רגילות להמתין בדמים זמן של מספר מועט של שבועות שלוקח ההליך של לקיחת משכנתא או הלואה בקניית נכסים כמו מגרש או דירה, ממילא י"ל שהשתתפו גם ע"ד הכי שאם יארע ויחלקו בגוד או איגוד, ימתין שלשה ארבעה שבועות עד שהתובע יוכל לסדר את ההלואה בבנק.

והנה בנדון דידן בכל אנפין יוכל לומר גוד או איגוד, שהרי התובעים מציעים לנתבע להשאר בעלים ושותף על חלקו ולקבל מהקבלן דירה או דירות תמורת חלקו. מוחזקתו

במקום היא שלא כדין וכאמור לעיל, והתנגדותו לאחר פינויו, אם תהיה התנגדות, אינה אלא משיקולים או אינטרסים פסולים. ע"כ גם אם אחר הפינוי יאחז בטענה שאינו רוצה לבנות במקום, הרי זו מידת סדום, ויוכלו התובעים לסלקו בדרך של גוד או איגוד, אם בדרך הלואה או בדרך של רישום חלקו לטובת הקבלן, כיון שנתנו לו את האפשרות להשאר שותף, ומה שמונע ממנו היא מידת סדום, וע"כ בית דין צריך ויכול לכוף על מידת סדום ולפעול בדרך שתאפשר את מסירת הנכס לקבלן תמורת הדירות, שזו טובת כולם, כולל הנתבע. ע"כ אם הנתבע יחתום על המסמכים הרלוונטיים תוך 90 יום מיום קבלת פסק הדין, ויסיר את כל המכשולים, הרי שחלקו אחד מתוך ארבע במגרש ישמר, והוא יקבל דירות בהתאם. אולם אם יערים קשיים לפי דעת בית הדין, הרי שבית הדין יזמין את הצדדים תוך שבעה ימים לצורך חלוקה בדרך של גוד או איגוד, ובלבד שהמחיר הראשוני לא יפחת מהערכת שמאי בדבר שווי חלק הנתבע וחלק התובעים (עיין רמ"א חו"מ קע"א, מהרמ"ה, שאין לעשות גוד או איגוד בפחות משוויו). והיה אם ימנע הנתבע מלהופיע לחלוקה זו או לא ישתף פעולה, יעביר ביה"ד את חלקו לשלשת התובעים בחלקים שווים או בכל דרך של הסכמה אחרת, ובתמורה ישלמו התובעים לנתבע את ערך חלקו במגרש, כפי הערכת שמאי שיקבע ביה"ד.

ה. חיוב הנתבע בשכר דירה

כחלק מאותו הליך של העברת הנכס ומסירתו לקבלן, ועקב התנגדות רוב השותפים להמשך השארתו של הנתבע ביחידה העליונה או בכל מקום אחר בנכס, על הנתבע לפנות את הנכס תוך 60 יום מיום מתן פסק הדין, ויוצא צו פינוי בהתאם, שהרי לענין זה הנתבע כשוכר מעלמא, וכשרוב השותפים מתנגדים להשכיר, הרי בזה אזלינן בתר הרוב, דכן הוא המנהג בין שותפים בנכס (עיין גם בתש' חתם סופר חו"מ סי' צו, הובאו דבריו בפת"ש קע"ג, ופשוט שבענינים אלו אזלינן בתר הרוב, כיון שכן הוא המנהג).

עדיין יש לדון בתביעת התובעים לחייב את הנתבע בשכר דירה על השימוש ביחידה העליונה מיום פטירת האם ועד לפינוי בפועל. התובעים תבעו מהנתבע מיד בתום השלושים לפנות את הדירה, כדי שיוכלו למסור לקבלן וכו'. הנתבע התנגד, ולמעשה הצליח במסגרת הליכים משפטיים שהתנהלו לאיטם לשבש את פינוי מהבית, ולגרום הפסד כספי גם לו עצמו, אבל בפרט לאחיו. הטענה שהיחידה העליונה (והבית כולו) שייכת לו - נדחתה כאמור לעיל. גם ענין הכסף שלדבריו השקיע בבניית היחידה העליונה, לא הוכחה. מאידך - כעת באים להוציא ממנו שכר דירה והוא המוחזק. והנה יש מקום לחלק בין הזמן שעד לפטירת ההורים, לזמן שמפטירת ההורים ועד היום, כאשר התובעים מחו בידו ובקשו שיתפנה והוא סרב. ובשלמא בחיי ההורים י"ל שההורים

הסכימו על כך שיגור במקום, גם אם לא השקיע, אבל לאחר פטירת ההורים, בשעה שתבעו ממנו להתפנות ויש תביעה לחיוב בשכר דירה, ולא הוכיח על ההשקעה שהשקיע כפי שטען. יש מקום לדון ולחייבו, וזאת אם נבקש הערכת שמאי על עלות בניית היחידה העליונה, וכן שומא של שכר דירה ביחידה העליונה במשך כל השנים מבנייתה, אם שומת השכר דירה גבוהה יותר, הרי שיש לחייבו בהפרש שבין שומת השכר דירה לשומת עלות הבניה [ועדיין יש לדון אם לבקש שומת עלויות לפי זמן הבניה, וממילא עלות השכר דירה לאורך השנים, שהיא עלות משתנה, ומן הראוי להעשות כן, או להעריך הכל לפי ערך היום, מאחר וקשה לקבל הערכה על זמן הבניה ועל מחיר השכר דירה לאורך 25 שנים, וכנראה יהיה מקום לקבל חו"ד מתאימה כשהדבר יהיה נוגע למעשה, וכדלהלן].

ואל תשיבני שאינו צריך להעלות שכר דירה לאחים מזמן פטירת האם, מדברי הרשב"א בתש' (ח"א תתקט וח"ב סי' קמא) בשנים שלקחו בשותפות מקום בבית כנסת, וארע שישב שם אחד חמש שנים, וטוען האחר שלא ישב שיתנו לו לשבת חמש שנים, כפי שישב שותפו, או ישלם לו שכר בגין ישיבה על חלקו. והשותף שישב טוען שכל זמן שלא חלקו, כ"א יכול לשבת כל זמן שהמקום פנוי, ויכל גם האחר לשבת. והשיב הרשב"א, וז"ל:

"נראין לי דברים ברורים שאינו חייב להעלות לו שכר, דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי. וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה. דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו. והוא הדין דאינו יכול לומר לו: כדרך שנשתמש בו שתי שנים, אשתמש בו אני לבד כנגדן. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואלו רצה חבירו היה משתמש בו."

וכך פסק להלכה הרמ"א חו"מ קעא, ח. ונראה דכל זה כשהשתמש בשתיקה, אבל כשתבעו שיצא ויתן לו להשתמש ולא נתן לו, בכהאי גוונא צריך לתת לשותף שכר לפי חלקו. וא"כ בנדו"ד היה מקום לחייב בשכר דירה את הנתבע בגין חלק התובעים משעת התביעה עד הפינוי בפועל, וזאת אחר החישוב של עלויות הבניה וכו', כאמור לעיל. ובכל אופן גם אם שומת עלויות בניית היחידה יהיו גבוהות יותר משומת השכר דירה, דבר שאינו צפוי כ"כ, לא יוכל הנתבע להוציא מהתובעים, כיון שלא הוכיח שהוציא הוצאות על בניית היחידה העליונה.

אשר על כן נראה שבשלב זה לא נפנה לקבל הערכת שמאי כנ"ל, ובדרך של פשרה לא לחייב את הנתבע כתביעת התובעים. אך כל זה אם יפנה את המקום מרצונו תוך 60 יום מיום קבלת פסק הדין. במידה ולא יפנה את המושכר, ידון ביה"ד גם בחיובו בשכר דירה לפי האמור לעיל.

לאור האמור לעיל:

- א. פס"ד זה הוא פסק ביניים.
- ב. המגרש והבית שעליו (כתובת, גוש, חלקה, תת חלקה) הרשום ע"ש המנוחים (שמות ההורים), ירשם ע"ש ארבעת ילדי המנוחים בחלקים שוים, וצו ירושה יוצא לאלתר בהתאם.
- ג. על הנתבע לפנות את היחידה העליונה או כל מקום אחר, מכל חפץ ואדם תוך 60 יום מהתאריך האמור למטה.
- ד. מוצא בזאת צו פינוי המורה לנתבע לפנות כל חפץ ואדם שיש לו במגרש ובבית הנ"ל בסע' ב, וזאת עד לתאריך ...
- ה. במידה והנתבע לא יפנה כאמור בסע' ג ויצטרכו להפעיל כנגדו צו פינוי או כל צוים אחרים, יחויב בכל הוצאות הפינוי כדין הוצאות סרבנות (עייין שו"ע ורמ"א חו"מ יד,ה), וכן ביה"ד ידון לחייבו בשכר דירה לפי הדרך האמורה בגוף פסק הדין.
- ו. הואיל ורוב השותפים (שלשה מתוך ארבעה) הגיעו להסכמה עם קבלן על מתן אפשרות לבניה תמורת דירות, יש לנתבע הבחירה לחתום על המסמכים שהציגו התובעים והקבלן (שהיו לעיני ביה"ד, ונחה דעתו של ביה"ד שההסכם נעשה באופן הראוי, ושזכויות הצדדים - התובעים והנתבע - נשמרו כראוי) תוך 90 יום מיום מתן פסק הדין. במידה ולא יעשה כן, קובעים מועד לתאריך (תשעים ושבע יום) לשם חלוקה בגוד או איגוד. במידה והנתבע לא ישתף פעולה, חלקו בדירה יועבר לאחים או לאחד מהם, הכל לפי הסכמתם, תמורת הפקדת סכום השווי של חלק הנתבע לפי הערכת שמאי שיקבע ביה"ד מיד עם קבלת הודעת התובעים על אי חתימת המסמכים ע"י הנתבע.
- ז. במידה והנתבע יחתום על המסמכים וישאר שותף, נשמרת לו זכות ראשונים בבחירת הדירה/ הדירות, וזאת לאור הסכמת התובעים.

סימן כ

תוקף חתימה על הסכם

ראשי פרקים

- א. גדר סיטומתא
- ב. דברים שנחלקו אם מהני סיטומתא
- ג. כשהחתימה תקפה גם ע"פ החוק

כשחותמים על הסכמים, ולא נעשה כל קנין, האם החתימה יכולה לשמש כתחליף לקנין, כיון שכך נהגו הסוחרים, וגם מדינא דמלכותא יש לחתימה תוקף.

א. גדר סיטומתא

איתא בב"מ ע"ד א: אמר רב פפי משמיה דרבא, האי סיטומתא קניא (חותם שרושמי החנונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותן אחת אחת למכור לחנות, ורושמינן אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות - רש"י), למאי הלכתא, רב חביבא אמר למקניא ממש. רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע, והלכתא לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש קנו (שרגליו לרשום, על מנת שבדבר זה תהא קנויה לו כאלו משך - קני). ומדברי רש"י שהיה המנהג לרשום על מנת שתהיה קנויה לו כאילו משך. והרשב"א בסוגיא, כתב וז"ל:

"ושמעין מינה שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין, הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין."

ולכאורה מבואר מהרשב"א שאין זה קנין מדרבנן, שלא תקנו חכמים דבר, אלא כיון שכך הוא המנהג, כך הוא הדין שקונים ומקנים, דכך הדין בדבר שבממון דאזלינן בתר המנהג.

ויש לדון בדין זה של סיטומתא, האם חכמים (או מהתורה, למש"כ החתם סופר חחו"מ סי' יב) נתנו למנהג הסוחרים תוקף של מעשה קנין, דכיון שראו שכך נוהגים הסוחרים, הרי שיש גמירות דעת במעשה המקובל, וממילא קבעו שהמעשה הוא מעשה של קנין. דכל קנין ענינו גמירות דעת להעברת בעלות של הדבר, וכיון שכך נהגו הסוחרים, הרי שיש במעשה הסיטומתא גמירות דעת, ממילא קבעו שיהיה הוא מעשה קנין המועיל מדרבנן. או שלא תקנו שיהיה סיטומתא מעשה קנין, אלא שמי שעושה כמנהג הסוחרים הוא הבעלים על החפץ, שכך נהגו, ואף שאין כאן מעשה קנין. מפני

שאינ מעשה קנין אלא כשחכמים מתקנים שיהיה לפעולה מסוימת תוקף של קנין. אבל כאן ללא מעשה קנין אנו מתיחסים לבעלות כפי המנהג, דרך הדין בדיני ממונות לקבוע מי הבעלים לפי המנהג. לא שהיתה כאן תקנת חכמים, אלא כך הוא הדין שהבעלות נקבעת לפי המנהג. א"כ אין כאן מעשה קנין אלא אנו מתיחסים לבעלות לפי המנהג. והא דמהני לקנות ולהיות בעלים ללא קנין, מצאנו כהאי גוונא בדברי הרשב"א ב"ק קב,ב לענין המקדיש נכסיו דאין לו בכסות אשתו ובניו, וז"ל:

"מדקאמר נעשה כמי שהקנה ולא קאמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסות אשתו ובניו, משמע דלב ב"ד מתנה על דבר זה קאמר, ולא היא, דאי משום תקנת חכמים במקדיש נכסיו קאמר ולא לגבי שאר מילי, א"כ היאך מייתי ראייה בשלהי פ' נערה שנתפתתה דאלמנה אין שמין מה שעליה מדתנן המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו, דבמקדיש עבוד בה רבנן תקנתא ולא בשאר מילי, אלא מהתם שמעינן דדינא קתני, משום דאנן סהדי דרעתיה לאקנויי להו כלים שלקח להן ואע"פ שלא הקנה להן בפירוש, ומשום דאמדינן ליה לרעתיה אמרו נעשה כמי שהקנה. וכמוהו בריש פרק המפקיד, נעשה כאומר לו לכשתגב פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך סמוך לגנבתה, ואחרים יש בגמ'."

והיינו דאם אמדינן לרעתיה שדעתו להקנות הכלים, אע"פ שלא הקנה, הרי שאשתו ובניו הם הבעלים על הכלים אף שלא הקנה, דיש כאן גמירות דעת ללא קנין. ומדבריו למד הגרשש"ק בשערי יושר במערכת הקנינים סי' יא (ד"ה ולפי) לענין סיטומתא, וז"ל:

"דענין הקנין הוא גמירות דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהיה ההוכחה הזאת ע"י מעשה, וע"כ אם הסוחרים קבעו מעשה, מועיל המעשה הזה גם מהתורה, ולא גרע מה שקבעו חז"ל מקביעת הסוחרים. ועוד, דכיון שהוא זוכה מדין חז"ל, גמר בדעתו להקנות. אך כל זה לא מהני רק אם היו דנים בזה על מעשה הקנין לחוד, היינו שמצד הקונה והמקנה ומצד החפץ הנקנה לא הוי שום גרעון, אבל היכא דהוה חסרון בחפץ הנקנה, אז י"ל דלא מהני לקדושין של תורה. וכמו כן אם המקנה או הקונה לא יהיו בני קנין וכד' ... אבל אי נימא דשעבוד נמכר מן התורה, י"ל דגם במלוה ע"פ מהני."

הרי שלמד הגרשש"ק דבסיטומתא נמי מהני בלא קנין, דכיון שהסוחרים קבעו שבכהאי גוונא עובר הדבר בעלות, והוא הדין שכך תקנו חכמים, הרי הבעלות עוברת ללא קנין מחמת גמירות דעת הברורה לנו, דאין צריך מעשה קנין אלא שהגמירות דעת תהיה ברורה לנו. רק מש"כ דאם החסרון בחפץ הנקנה, כגון במלוה ע"פ, לכאורה צ"ב, דאם הסוחרים נהגו שבכאי גוונא עובר בעלות, מה מפריע לנו שאין קנין תופס בהם. דמה שאין קנין תופס בהם, לא מפני שמלוה ע"פ לא יכול לעבור בעלות, אלא אין קנין ראוי שיהיה הוכחה לגמירות דעת, אבל אם הסוחרים החליטו על האופן והגמירות דעת

משפטיך סימן כ ליעקב שׂעא

ברורה לנו, מה מפריע לנו שאין קנין נתפס במלוה ע"פ. אא"כ נאמר דס"ל לגרשש"ק בדעת הרמב"ן דאם לא מהני קנין במלוה ע"פ, לא מהני להעביר בעלות, וממילא לא מהני מנהג הסוחרים. ומש"כ לענין אינו בר קנין, דאף אם הסוחרים נהגו שמעשיהם מעבירים בעלות, הרי אנן סהדי שאין להם דעת לכך, וע"כ לא מהני, שהופקעו מהעברת בעלות מהתורה. ועיין בחזו"א חו"מ סי' כב (ד"ה כלל), וז"ל:

"כלל גדול יהיה לך בקנינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל."

והגר"ש קלוגר בתש' טוב טעם ודעת (מהדר"ג ח"ב סי' קמו, ועיין גם במהדור"ק סי' עד) דן בענין מי שמכר מבכרת לעכו"ם באופן שכך נהגו הסוחרים למכור בהמות, וכתב דמהני מנהג הסוחרים בזה:

"דעיקר הקנין אינו גומר המעשה של הקנין, רק מה שגמר בלבו לקנות, זה הוי עיקר הקנין. וכל מה דבעינן מעשה היינו רק לגלות על מחשבתו דגמר בלבו כן, דבלא"ה יש לחוש דלמא לא גמר בלבו כלל להקנות, והוי מעשים אלו רק גילוי דעת דגמר בלבו. וא"כ לו יהא דהוי מנהג הסוחרים כן, מ"מ כיון דסוף סוף יודע דמן הדין קנה הקונה, א"כ גמר כן בלבו, וממילא יוגמר הקנין מכח דגמר בלבו ומקנה."

ורק בזמן שהיה בית המקדש קיים, י"ל דלא גמר בליבו, כיון דניחא ליה לקיים מצוה בממונו, משא"כ בזה"ז. ומ"מ מבואר באחרונים הנ"ל דאם ברור שגמר בליבו, מחמת אומדנות ברורות כמו מנהג הסוחרים, וכשיודע שהקונה יוציא ממנו בדין, אין צריך למעשה הקנין. ומבואר באחרונים הנ"ל דגם גדר קנין סיטומתא אינו מחמת שנתנו חכמים תוקף למעשה הסיטומתא כמעשה קנין, אלא שכיון שכך נהגו להעביר בעלות, הבעלות עוברת ואין צורך במעשה קנין. וגדולה מזו מצאתי בדברי האגרות משה חאה"ע"ז ח"א סי' קד) שדן בענין אשה שהשאירה צואה שלא היתה ע"פ דין, וניתן היה לאשרה רק בדיני הערכאות. ודן הגר"מ זצ"ל בצדדי הבעיה, ובתחילה כתב דאין בעובדה שהצואה נמסרה לדינא דמלכותא, כדי שתועיל בדין תורה. אך מיד כתב וז"ל:

"אך בעצם מסתבר לענ"ד שצואה כזו שודאי יתקיים כדברי המצוה בדינא דמלכותא אין צריך קנין, שאין לך קנין גדול מזה. וממילא כיון שאין צריך קנין, מועיל מדינא אף נגד יורשים אף שהוא מתנה לאחר מיתה ... וא"כ גם בצואה שנמסרה לדינא דמלכותא שיעשו ודאי כדבריה, שאין לך גמירות דעת גדול מזה ואין צריך קנין ... וזהו טעם גדול למה שבארץ הזאת נוהגים לסמוך על צואות כאלו

ואין חוששין מליקח המעות לצדקה. ואם כי לא נחתו לזה, מ"מ כיוונו האמת, ואם אינם נביאים, בני נביאים הם."

ועיי"ש עוד בסי' קה. ונראה מדבריו דמהני לא מדין מצוה לקיים דברי המת אלא מחמת שאין צריך קנין דיש בזה גמירות דעת ומהני מדינא דמלכותא. ומכל הלין מבואר דיש מציאות שלא צריך קנין, וסיטומתא בכלל, שקונה ללא קנין אלא מחמת גמירות דעת הצדדים.

אמנם נראה דדעת הרא"ש בת' יב,ג דסיטומתא הוי מעשה קנין, שחכמים נתנו לו תוקף. הרא"ש דן במי שנדר לאחד להיות סנדק, והביא דעת מהר"מ דמהני (עיי' להלן שהובאו דברי המרדכי שבת סי' תעב - תעג, ובקצוה"ח רא,א), וע"ז כתב הרא"ש דאין לומר דיהני מדין סיטומתא, וז"ל:

"יש להשיב על דבריו, חדא, דסיטומתא היינו דוקא שנעשה מעשה, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ור"ח ז"ל פ"י: פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח, וקורין לו בלשון אשכנז יא אוף. ואותו מעשה שעושין, הוי במקום סודר, אבל דיבור בעלמא לא. אפי' אי נהוג, מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה."

והנה מה דלא מהני דיבור, לכאורה אם בכך גומר בדעתו, מה איכפת לן דיבור או מעשה. אולם שיטת הרא"ש לסיטומתא היא מעשה קנין, שנתנו למעשה שנהגו הסוחרים להעביר בעלות, דין של קנין ככל קנין דרבנן, ולכן בעינן דוקא מעשה ולא דיבור, דלא סגי במה שברור לנו שגמרו בדעתם אלא בעינן מעשה קנין, ונתנו חכמים (או התורה - לחת"ס) תוקף של קנין למעשה שנהגו הסוחרים. וכן נראה גם מדברי הנתיבות רא,א שכתב דסיטומתא הוא קנין דרבנן, עיי"ש. (ועיי' כסף הקדשים חו"מ רא, וברדב"ז בתש' ח"א סי' רעח).

ב. דברים שנחלקו אם מהני סיטומתא

ובדרך זו נראה לבאר מה שנחלקו הראשונים אם מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם או אין בו ממש. המרדכי שבת תעב - תעג הביא ב דעות במי שנדר לחבירו להיות בעל ברית או למול בנו, דצריך לקיים. ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים:

"ובאתרא דקנו ממש, קני הסיטומתא בשביל שכך נהגו, ה"נ כך נהגו, וצריך לעיין. ומיהו ר' יחיאל היה אומר דאם הוא מתנה בעודה מעוברת, אין כלום דהוי דבר שלא בא לעולם, דלא דמיא לסיטומתא דהתם בא לעולם ומועיל בה

קנין, הילכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור, אבל דבר שלא יועיל קנין כמו בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור.

ובבאור דברי הראשונים מקובל להסביר שתלוי אם החסרון בדבר שלא בא לעולם, אם הוי מחמת חוסר גמירות דעת או שאין לקנין על מה לחול, דאם מחמת חוסר גמירות דעת, הרי שבסיטומתא גומר דעתו, משא"כ אם אין לקנין על מה לחול, גם לסיטומתא אין על מה לחול. אמנם למש"כ לעיל נראה דתלוי אם סיטומתא הוי מעשה קנין, או שאנן סהדי שגמר בדעתו להעביר הבעלות אף שאין מעשה קנין. דאם הוי מעשה קנין, לא מהני בדבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, דכמו שכל קנין לא מהני, כך גם מעשה קנין של סיטומתא לא עדיף מזה. משא"כ אם נהגו הסוחרים להעביר בעלות על דבר שלא בא לעולם בדרך מסוימת, הרי שיועיל הדבר גם ללא קנין. וכל זה רק על הצד שהחסרון בדבר שלא בא לעולם ואין בו ממש מחמת גמירות הדעת. אבל אם מצד שאי אפשר להעביר בעלות בדבר שלא בא לעולם, אף בזה לא מהני.

והנתיבות בחו"מ רא כתב דבשטרות לא מהני להקנותם בסיטומתא, וכן מטבע לא נקנה בסיטומתא, וז"ל:

"נראה לי, דבמטבע כיון שכתבו הרמב"ם וכל הפוסקים שאין שום דרך שיזכה במטבע כי אם אגב קרקע, משמע דסיטומתא לא מהני במטבע. ועוד, דהא הר"ן כתב, הובא בב"י סי' קצה דצורת מטבע דמי לאותיות דאין לו קנין. ולא מצינו באותיות קנין סיטומתא, אפילו במקום מסירה בעינן דוקא כתיבה ומסירה ממש. ומכל שכן במקום שאין מנהג ברור על המטבע בודאי שאין ללמוד מהמנהג שנוהגין לקנות במטלטלין ולומר מן הסתם שיועיל מנהג זה גם במטבע, הא ודאי ליתא, כיון שאינו מנהג ברור גם במטבע, דהא אפילו בקרקע כתב הש"ך דבעינן שיהא המנהג זה בקרקע להדיא."

והנתיבות לשיטתו דלא מהני במטבע, דס"ל דקנין סיטומתא הוא מעשה קנין שהכשירוהו כקנין דרבנן, וע"כ שעבוד שבשטר אינו יכול להקנותו אלא בכתיבה ומסירה, וכן מטבע יכול לקנותו באגב או בהגבהה וכו', דאין הקנין נתפס בהם אלא שטרות בכתיבה ומסירה ומטבע באגב. ולכן מעשה של קנין סיטומתא לא עדיף משאר קנינים דלא מהני בהו קנין, דאינו מכלל הקנינים שמנו חכמים. ומש"כ הנתיבות דכיון שאינו מנהג ברור, ומשמע שאם היה מנהג ברור בשטרות ומטבע, היה מועיל סיטומתא, אפשר שכתב כן לחולקים, דבתחילת דבריו הדבר ברור דלא מהני מחמת דאין בהם אלא קנינים מסוימים, וא"כ אפילו היה מנהג ברור, לא מועיל המנהג. אבל למש"כ האחרונים דאין כאן קנין אלא מנהג שללא קנין עובר הבעלות, א"כ גם שטרות ומטבע, דדוקא בקנין בעינן הקנינים שמנו חכמים, שלא נתפס בהם אלא כתיבה ומסירה בשטרות וכו', אבל מנהג מהני בכל ענין כיון שאין כאן מעשה קנין.

[ולענין התחייבות, אם מתחייב באופן שכך נהגו להתחייב ולא קבל קנין, עיין ברמ"א חו"מ קכט,ה דמהני תקיעת כף במקום קנין שצריך לקבל בערב או קבלן שלא בשעת מתן מעות, ועיין בסמ"ע ס"ק טו דמהני מדין סיטומתא. ועיין רש"י בכורות נב, ד"ה התוקע: "כאן שמעתי אל תהי בתוקעי כף שמכין בכפם על כף חביריהם להיות ערבים בשביל אחרים ...". ועיין בהגהות אמרי ברוך חו"מ סי' רא דאם נהגו כך, מהני אף לענין התחייבות. אמנם עיין בכסף הקדשים דנראה דלא מהני להתחייב בסיטומתא. ונראה דבין אם נאמר דסיטומתא הוא קנין או העברת בעלות ללא קנין, מהני בהתחייבות. דאם נהגו שכך מתחייבים, הרי זה קנין המחזק את ההתחייבות, ואם נהגו שבכך גומר דעתו אף שאינו קנין, הרי להתחייבות כל מה שצריך קנין הוא מחמת גמירות דעת ותוספת חיזוק, ואם בכך מוכח שגומר בדעתו להתחייב, סגי בהכי, מפני שהקנין בהתחייבות אינו להקנאה אלא לחיזוק, ומהני לכל צד בהסבר הנ"ל.]

ובכסף הקדשים חו"מ סי' רא הסתפק מה הדין אם נהגו שלא יוכל לחזור בו מסיטומתא שנעשית שלא בגוף המקח, אם מהני המנהג בזה, או רק על אופן וסגנון הקנין מהני מנהג. ונראה דזה לכאורה תלוי בצדדים הנ"ל. דאם נאמר דסיטומתא הוא קנין, כיון שאינו קנין בגוף המקח כמשיכה והגבהה, יוכל לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו ענין, עיין ב"ב קידא, וש"ע קצהו, ונו"כ שם. ומה שנהגו שלא יוכל לחזור, הרי זה כנהגו בסודר שלא יוכל לחזור כל זמן שעסוקין באותו ענין, דכיון שפועל בגדרי הקנינים, רק המנהג גרם לחכמים לקבוע אותו כקנין, לא מהני מה שנהגו. אולם אם כל פעולת הסיטומתא היא ללא קנין אלא רק מכח המנהג, א"כ כשנהגו שלא יוכל לחזור בו בעסוקין באותו ענין, לא יוכל לחזור בו, כיון שאינו קנין אלא העברת בעלות ללא קנין ומכח המנהג בלבד, וע"כ לא יוכל לחזור בו.

גם במקום שנהגו לקנות בכסף מטלטלין, אף שחכמים גזרו דלא מהני מחשש שמא יאמר לו נשרפו חיטיך, מ"מ אם נהגו לקנות ע"א גזירת חכמים, אם מהני מדין סיטומתא. המחבר בשו"ע חו"מ רא,ב כתב בדוגמת סיטומתא כגון שנותן הלוקח פרוטה למוכר (עיין ברא"ש ב,מ,ה,עב). ובסמ"ע ד כתב דכשנותן פרוטה לא שייך נשרפו חיטיך. ומשמע שאם נותן כל המעות, כיון שגזרו חכמים, לא מהני מדין סיטומתא, אף שנהגו לקנות בנתינת כל הדמים. ונראה דגם דין זה תלוי בצדדים הנ"ל. דהסמ"ע ס"ק ג כתב דאם קנה בסיטומתא, אף שהמוכר אמר לו זיל קני, יכול לקנות כמנהג הסוחרים, ולא אמרינן שכוונתו לקנין גמור. ונראה דס"ל דסיטומתא הוא קנין, וע"כ מהני אמירת זיל קני, משא"כ אם הוא העברת הבעלות ללא קנין, לכאורה לא מהני אם עשה סיטומתא אחר שאמר לו המוכר זיל קני. וע"כ ס"ל לסמ"ע דכיון שחכמים הפקיעו כסף מתורת קנין, לא יחזור הכסף בתורת קנין לקנות, גם תחת שם אחר, כיון שגזרו על הכסף שלא יהיה קנין במטלטלין. אולם אם קונה מכח המנהג בלבד, הרי שחכמים לא הפקיעו תורת כסף רק מקנין, וע"כ יכול לקנות מכח המנהג. ועיין בתש' חתם סופר חו"מ

משפטיך סימן כ ליעקב שעה

סי' צט ד"ה ועדיין שכתב דמהני לקנות בנתן כל המעות, אם כך נהגו, וכמו דמהני אם קונה בהגבהה ברשות מוכר, אף שנשאר ברשות מוכר, דחכמים תיקנו בהגבהה, ואם עושה באופן שנותן לו מעותיו, איהו דאפסיד אנפשיה;

"וכיון שכן הוא הדין בסטומטא שקונה עפ"י 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."

ואף בנתיבות קצח, ד כתב דבסיטומתא וקנין סודר, כיון דסתם אינו נותן המעות, לא פלוג רבנן, ואפילו נתן המעות ג"כ קונה. והנראה לבאר ע"פ ב הצדדים הנ"ל.

ג. כשהחתימה תקפה גם ע"פ החוק

ונראה דנדו"ד אם חתימה יכולה להועיל בדבר שלא בא לעולם או בדבר שאין בו ממש. תלוי בב' הצדדים הנ"ל. דאם היא קנין, לא מהני אלא בדבר שתופס בו קנין, ואם מהני מכח המנהג, אם נהגו כן, מהני אף בדבר שאין בו ממש ולא בא לעולם. ומ"מ כהתחייבות, מהני סיטומתא וכמ"ש כ לעיל.

אמנם בחתימה על מסמך, אם יש לו תוקף מדינא דמלכותא ג"כ, מהני אף בדבר שלא בא לעולם, אם כך נהגו הסוחרים וכך הוא החוק. דהנה דעת היש"ש ב"ק ח,ס דלא מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, ואילו הוא עצמו בתש' רש"ל (סי' לו- דף כט,א טור שני) כתב דמהני סיטומתא אף בדבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, וז"ל:

"... וכן כתב האושרי כי הקניה לפי המנהג, כדאמר לגבי סיטומתא, ומזה הביאו ראיה המחברים שעיקר הקניה לפי מנהג, ק"ו מנהג ודת מלך."

וכתב ע"ז בנתיבות סי' רא, שאין להקשות סתירה בדברי היש"ש שאין מועיל סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, דהתם הוי סיטומתא ללא דינא דמלכותא, ואילו בתש' מיירי בסיטומתא עם דינא דמלכותא, וע"כ מהני גם בדבר שלא בא לעולם. ועדיין צ"ע דאם לא נתפס קנין בדבר שלא בא לעולם, מה מהני שיש עם הסיטומתא דינא דמלכותא. וצ"ל דס"ל דענין המנהג בסיטומתא לבד לא סגי שיהיה המנהג עוקר הלכה ויעבור הבעלות ללא קנין, ורק עם הדינא דמלכותא אית למנהג כח טפי. [ועיין בשואל ומשיב (מהדור"ק ח"ב סי' לט), וז"ל:

"... אמנם זה דוקא כל שהמנהג כן, ומטעם דכל הענין דלא קונה דבר שלא בא לעולם הוא משום דלא סמכה דעתיה, אולם היכא שהמנהג לקנות כן וא"א לקנות

בענין אחר, א"כ המנהג עושה קנין אף בדבר שלא בא לעולם, דהרי סמכא דעתיה ... וכן הסכימו שני גדולי הדור ..."]

לפ"ז י"ל דהיכא שהחתימה תקפה ע"פ החוק, לפי דברי הנתיבות יועיל אף בדבר שאין בו ממש או לא בא לעולם. ולאמור לעיל, אם מתחייב בחתימתו באופן המועיל והחתימה היא כקנין לחיזוק, מהני חתימתו מדין סיטומתא. והוא הדין אם מקנה דבר שהוא בר קנין. אולם אם מקנה בחתימתו דבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, כיון דמהני מדינא דמלכותא ג"כ, יש לראות בזה קנין. וכן לסוברים דמהני סיטומתא גרידא בדבר שלא בא לעולם וכד', רק אם מהני גם ע"פ החוק, יש צד נוסף לאשר הקנין.

סימן כא

חיוכים מותנים בחושים (2)

ראשי פרקים

- א. אסמכתא - דאורייתא או דרבנן
- ב. אסמכתא במתחייב בתמורה
- ג. התחייבות בדרך קנס

נשאלתי בענין חוזה מכר, שבהם יש התניות מסוימות והתחייבויות הדדיות, ובהם גם התחייבות שאם לא יעמוד בזמן מסוים, מתחייב לשלם סכום מסוים, אם יש בזה שאלה של אסמכתא. ולכתחילה ודאי שיש לכתוב שנעשה קנין בבי"ד חשוב, השאלה היא בדיעבד שלא כתבו כן, אם אפשר לחייב ע"פ סע' זה בהסכם. ועיין מה שכתבתי בענין זה מצד אחר, בח"ה סימן כט.

א. אסמכתא - דאורייתא או דרבנן

ידועה מחלוקת האחרונים, שיסודה בדברי הראשונים, אם חסרון אסמכתא הוא דאורייתא או דרבנן. המרדכי ב"ק (סי' מד) כתב דאסמכתא קונה בהקדש, דמדאורייתא אסמכתא קניא; " כדגמרינן מערב מנין לערב מן התורה שנאמר (בראשית מג, ט) אנכי אערבנו". וכן כתב הב"ח דתנאי בני גד ובני ראובן אף דהוי אסמכתא, מ"מ מהני אסמכתא מדאורייתא. והש"ך רז"ח הקשה עליו, דמבואר בגמ' ב"ב קעג, ב דבערב אין אסמכתא, דבההיא הנאה דמהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה. וא"כ בערב לא שייך אסמכתא בעצם, ומה הראיה מאנכי אערבנו. ובקצוה"ח רז"א הביא ראייה לב"ח מהמרדכי הנ"ל, עיי"ש. ולכאורה צריך להבין, דקושית הש"ך חזקה, ומה הראיה מאנכי אערבנו, הרי בערב אין אסמכתא בעצם, וכדאיתא להדיא בסוגיא שם. גם צריך להבין, אם אסמכתא זה חסרון בגמירות דעת, איך מהני מדאורייתא בחסרון כזה. ואפשר דיש גמירות דעת מספקת לקנין, אלא שחכמים חשו שאין כאן מספיק גמירות דעת, והפקיעו את הקנין, כדי שהגמירות דעת והרצון יהיו שלמים יותר. ומעין זה ראיתי בחתם סופר בתש' חחו"מ סו, ג, עיי"ש. והנתיבות רז"טו כתב בענין קושיית הש"ך על הב"ח, וז"ל:

"דמסתבר להמרדכי דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא רק מדרבנן לא קניא, מהני לדחות הדרבנן, אבל אי מדאורייתא קנין ספק לאו קנין כלל הוא, לא מהני סברת דגמר ומקני, דהא מ"מ לאו קנין הוא.

אלא אי אמרינן דמדאורייתא הוי קנין, אלא דאמדו חכמים שהוא מסמיכו בדברים, וכשהוא אומדנא דגמר ומקני מהני."

דאי מדאורייתא לא מהני אסמכתא, אין בהתחייבות מותנית כלום, ואיך אדם יכול ע"י גמירות דעתו לגמור ולהקנות. דומה הדבר למי שיגמור בדעתו להקנות בדברים או במעשה שאינו קנין כלל, דע"י גמירות דעתו אינו יכול לעשות מעשה קנין, וכך אינו יכול לעשות מעשה של התחייבות, כשאין כאן מעשה של התחייבות. אבל אם מדאורייתא מהני, ורק חכמים אמרו שצריך גמירות דעת יותר גדולה, כשגמר ומקני מחמת דמהימן למלוה, גם לחכמים יש כבר גמירות דעת מספקת ודעת שלמה (עיין אור שמח מכירה יא,ד).

ב. אסמכתא במתחייב בתמורה

ובגמ' ב"ב קעג,ב: א"ר הונא מנין לערב דמשתעבד, דכתיב; אנכי אערבנו מידי תבקשנו. מתקיף לה רב חסדא, הא קבלנות היא, דכתיב תנה אותו על ידי ואני אשיבנו. אלא אמר רבי יצחק מהכא; לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה חבלהו, ואומר; בני אם ערבת לרעך, תקעת לזר כפיך וכו'. אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי, לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא, ערב משתעבד, לר' יהודה דאמר אסמכתא לא קניא, ערב לא משתעבד. אמר ליה רב אשי לאמימר, הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד. אלא אמר רב אשי, בההוא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשתעבד נפשיה. ומבואר דילפינן מפסוקים, או אליבא דרב אשי מסברא דבההיא הנאה. והרשב"ם שם מפרש את ענין בההיא הנאה שגמר ומשתעבד נפשיה, וז"ל:

"בלב שלם, ושליחותא דערב קא עביד מלוה, כאילו הוא עצמו הלוח."

ולכאורה מה דחק לרשב"ם לבאר כן. דבפשטות י"ל דהנאה שנגרמת לערב, היא הנותנת לו רצון וגמירות דעת להתחייבות. אלא שהרשב"ם ס"ל דהנאה סתמית של עונג ושמחה, אינה יוצרת גמירות דעת המבטל אסמכתא. אלא שאסמכתא היא התחייבות מותנית של המתחייב, וכאשר מתחייב בתמורה לדבר שמקבל, לא שייך אסמכתא, כיון שקיבל דבר בתמורה. וס"ל לרשב"ם שלא מספיק הנאה סתמית. זו אינה תמורה, דא"כ בכל התחייבות נאמר דאי לאו נחותא שעשה לו שכנגדו, לא היה מתחייב, והיכן נמצא דין אסמכתא. אלא שהתמורה צריכה להיות תמורה של ממש שוות ערך להתחייבות, וזה כוונת הגמרא שבההיא הנאה דמהימן ליה, ההנאה הזו עושה כביכול הערב הוא הלוח, שבשליחותו הלוח ללוח והוא עצמו - הערב - כביכול הלוח, וזו תמורה להתחייבותו כערב, ובהתחייבות שבאה בתמורה לא שייך אסמכתא. והטעם שהרשב"ם לא הסתפק בהנאה סתמית, כיון שהנאה זו מחירה ודאי לא שוה לסכום ההלואה, ואם בעבור הלואה

משפטיך סימן כא ליעקב שעט

נהנה פחות מהסכום, א"כ הרי זה כאם אוביר ולא אעביר אשלם אלפא זוזי, כיון שתמורת ההנאה מחייב סכום מופרז. וע"כ הוכרח הרשב"ם לומר שהרי הוא כמקבל את ההלואה, שכך מתחייב בסכום השווה ערך לתמורה. [אמנם יתכן שאין צריך ממש תמורה מדויקת להתחייבות, וגם אם מתחייב מעבר לכך קצת באופן סביר, אפשר דחשיב תמורה, ועיין להלן בסוף הסימן]. ועיין מש"כ בדברי חיים (צאנו) ח"א חחו"מ סי' טוב באור דברי הרשב"ם, וז"ל:

"ופירוש דבריו כך הוא, דהנה באמת באשה שאמרה תן מנה לפלוני ואקדש לך, שמקודשת מדין ערב, והיינו בהאי הנאה שנתן עבורה, הוי כאילו היא קבלה המעות. אך מבואר שם דאם אמרה תן ע"ג סלע, כיון דלית לה הנאה אף שנתן על פיה, אינה מקודשת כיון דלית לה הנאה, לא הוי כאלו נתן לה. וזה ג"כ כוונת הרשב"ם, דמה שנתן ללוה הוי כאילו נתן לערב, וערב נתנם ללוה ע"י שלוחו, רק דזה דוקא ביש לו הנאה מיניה."

והנה ברב המגיד בהל' מלוה ולוה כו, יא כתב עמש"כ הרמב"ם דקטן שערב לאחרים, אינו חייב לשלם אף כשיגדיל, דמדוע אינו דומה לנותן מתנה שמתנתו קיימת;

"דהתם מדעת גמר ומקנה ומוציא הדבר מרשותו, אבל כאן אינו אלא שיעבוד, והרי מבואר בגמ' דערב היה בו משום אסמכתא אם לא מפני שכיון שהלוהו על אמונתו גמר ומשעבד נפשיה, ואין לקטן דעת כדי לשעבד עצמו בזה."

דכיון שלא שייך בקטן הנאה, לא שייך כביכול בשליחותו הלוהו. ואינו נראה דהוי מדין אין שליחות לקטן, דכאן אינה שליחות ממש אלא כביכול בשליחותו הלוהו, אלא כיון שלא שייך גביה הנאה של נאמנות, אין את ה"כאילו הוא עצמו הלוה", וממילא אינה התחייבות בתמורה המחייבת. אמנם בשער המשפט קלב, א ראיתי שכתב דהוא כן מדין שליחות, וסמך יתדותיו על הרשב"ם הנ"ל, ופירש באופן שונה מהרב המגיד, עיי"ש. וע"ע בקצוה"ח קכט, א, ובתש' אבני נזר חיור"ד קנא. אמנם באמרי בינה (דינים סי' טו) בתחילה כתב דהוי מדין שליחות, אולם אח"כ כתב דלאו שליחות ממש שיהיה כמותו, רק היינו דעביד על ידו, כמו בשולח ע"י מי שאינו בר שליחות שיעשה לו פעולה, עיי"ש, וגם לשיטות דערב מדין שליחות, מ"מ כדי שלא יהיה אסמכתא, אין צריך שיהיה שלוחו ממש אלא דכיון שע"פ דבורו הלוה המלוה ללוה, הרי זה כביכול הערב לוה, והוי התחייבות בתמורה ממונית. ועיין בקהילות יעקב קדושין סי' יב שהקשה, דאם הערב חייב מדין שליח, א"כ יתחייב מדין מזיק ומפסיד ממון חבירו, ולא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה:

"ונראה ביאור הדבר, דיסוד חיוב הערב הוא, משום דמחשב שהערב השתמש בכסף זה להלוותו ללוה מאחר שזהו רצונו וע"פ דבריו הוא דנותן המלוה ללוה, הו"ל כאילו הערב משתמש במעות אלו לתתם הלוואה ללוה, וזה שייך דוקא

כשהוא שלוחו של הערב ... וענין השליחות בזה אינו מדין שלוחו של אדם כמותו, דהא גם בישראל הערב לנכרי חייב מדין ערב ... רק היכא דעביד לשם שליחותו של הערב, מתחייב הוא וכמשנ"ת, דאז הו"ל כמו שהערב משתמש במעות אלו, דמה לי נוטל בעצמו ונותן ללוה, ומה לי שהדבר נעשה ע"י עושי דברו שעושים על פיו."

ועיי"ש בסוף הסי' שלמד מהנימוק"י דערב חייב מחמת מה שגרם בדיבורו נזק למלוה, וע"כ מהני בדברים בלא קנין. ומ"מ חייב מדין התחייבות, דאל"כ לא שייך אסמכתא. ונראה שזו דרכו של הנתיבות רז"ח, בענין תש' הרא"ש בשחוט בהמה זו, ואם תמצא טריפה אשלם לך, דקצוה"ח כתב דחייב מדינא דגרמי, ובנתיבות ח כתב דחייב לשלם מפני שהוציא מעות על פיו ומדין ערב, עיי"ש.

וכאמור, נראה ברשב"ם דאין בזה אסמכתא, כיון שהערב קיבל תמורה להתחייבותו, שהרי הוא כקיבל ממש את הכסף, וההנאה שעושה את דברו ומלוה ללוה, שוה בעצם לקבלת המעות ממש, וכביכול הוא הלוה, דההנאה של הנאמנות ועשיית הדבר, הרי היא כקבלת המעות. לפ"ז מובן מדוע גם בתנאי בני גד ובני ראובן לא שייך אסמכתא, דכיון שהם התחייבו לעבור חלוצים בתמורה לקבלת חלק בעבר הירדן, הרי היתה זו התחייבות בתמורה, ולא שייך בזה אסמכתא, וממילא אין ראייה לכאורה למש"כ הב"ח דאין אסמכתא מהתורה אלא מתקון חכמים. אולם לאידך גיסא - לפ"ז יש להבין את ראית האחרונים מ"אנכי אערבנו", דאין בערב משום אסמכתא, והקשנו דקושית הש"ך חזקה היא מאד, דהרי בערב לא שייך אסמכתא, דבההיא הנאה דמהימן ליה וכו', כמבואר בגמ'. ולמש"כ י"ל, דיהודה שאמר אנכי אערבנו, לא קיבל דבר בתמורה להתחייבותו, רק נתן יעקב אבינו לקחת את בנימין, אבל לא היתה כל תמורה במה שערב לבנימין, ממילא אינו יכול לצאת מכלל אסמכתא בסברת ההיא הנאה, והוי אסמכתא, ומזה שהועילה התחייבותו נמצאנו למדים שאין פסול אסמכתא מדאורייתא.

לפ"ז יש לבאר מה שדן בתש' בית אפרים חח"מ סי' לד (הובא בפת"ש חו"מ רז, יז) אם בביטוח יש אסמכתא. דאף שהביטוח מתחייב לשלם אם יארע כו"כ סכום גדול, ובודאי סומכים בדעתם שלא יקרה המקרה, מ"מ התחייבותם היא בתמורה לכסף שמשלם המבוטח תמורת הפוליסה, וכל היכא שהיא התחייבות בתמורה, אין בזה אסמכתא. ואף שמתחייבים הרבה יותר מסכום שמשלם המבוטח, מ"מ התשלום הוא לפי חישוב הסיכון, וע"כ הוי תמורה נאותה ושוות ערך להתחייבות. וזה הטעם שגם בהגרלה לא שייך אסמכתא, אף שמשלם סכום קטן, ובתמורה מתחייבים המקבלים לתת סכום גדול אם מספרו יעלה בגורל, מ"מ מקבלים תמורה מהרבה אנשים, כך שכל הסכומים ביחד של קבוצת הנכנסים להגרלה מהוים תמורה נאותה להתחייבות, ולא שייך בזה אסמכתא.

משפטיך סימן כא ליעקב שפא

וכך גם מצאנו לענין מש"כ הרמב"ם מכירה יא,טז דלא מהני להתחייב בדבר שאינו קצוב, ולכאורה הטעם הוא דדמי לאסמכתא (עיין ברמב"ם שכירות ח,יג שכתב כן להדיא, ועיין קצוה"ח ס,ב). ובמל"מ שם הביא מהרב פני משה, וז"ל:

"אמנם כפי טעם זה שאנו דנין עליו משום מתחייב בדבר שאינו קצוב, ראיתי להר"ב בני שמואל סימן ל שסובר דע"כ לא סבר הרמב"ם הכי אלא דמתחייב בדבר שאין לו קצבה בלא כסף ובלא מחיר, אך אם נתן לו שוה מה כדי שיתחייב בחוב זה, אף שהוא בדבר שאינו קצוב, ס"ל להרב הנזכר דחל החיוב, דאגב זווי גמר ומשעבד נפשיה, ומעולם לא אמר הרמב"ם ז"ל אלא במתחייב בכדי. ולע"ד יש אתי להכריח דעתו וסברתו זאת, דאלת"ה קשיא להרמב"ם מהך סוגיא דבנזקין וכו' יע"ש. ולא ידעתי מה חידש ..."

מבואר בדבר שבא בתמורה, לא שייך סברת אסמכתא, דכל הטעם שאינו גומר בדעתו בחיוב מותנה, שייך כאשר מתחייב בלא כסף ובלא מחיר, אבל כאשר מתחייב תמורת דבר, ודאי דמהני אף במותנה. והרי זה דומה לקונה חפץ ומתחייב בתמורתו בהתנאה, וכי ס"ד שלא תחול התחייבותו.

וכן נראה לבאר הא דאיתא בגמ' כתובות קב,ב לענין דברים הנקנים באמירה, דבהיא הנאה דקמחתני אהדדי, גמרי ומקני להדדי. ולכאורה הוא צריך ביאור, דמאי שנא הנאה זו מהנאות אחרות דמהני בה התחייבות ללא קנין רק באמירה בעלמא. ועיין רש"י קדושין ט,ב ותוס' כתובות מז,א ד"ה כתב. ולמש"כ י"ל, דכיון דלבסוף מקבל תמורה, שהצד השני מתחתן איתו, הרי יש כאן התחייבות בתמורה, והתחייבות בתמורה אינה צריכה קנין ואין בה פסול אסמכתא בהיותה מותנית בנישואין. וכן נראה להו"א של הגמ' גיטין יג,ב - יד,א לענין הטעם של מעמד שלשתן, איך ראובן שהשתעבד לשמעון, משתעבד כעת ללוי; בההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה, גמר ומשעבד נפשיה. ורש"י שם פירש דנח ללוה לדחות הפרעון לזמן ארוך. ודחיית זמן הפרעון היא כקבלת גוף הממון לזמן, עיין מש"כ קצוה"ח עג,ב לענין מה דתנן בריש מכות דנשבעין בדו"ד בין המלוה ללוה אם היום זמן הפרעון או עוד י ימים, עיי"ש שהקשה מדוע לחייבו שבועה בהלוואה של פרוטה, הרי הארכת הזמן לא שוה פרוטה, ותירץ דחשיב כפירה בכל הממון. לפ"ז בהארכת זמן הפרעון קבל תמורה של ממון כל ההלוואה, מהני התחייבותו כלפי לוי, אף שנעשה ע"י אמירת שמעון "תנהו ללוי", ובכך משתעבד בדיבור.

ובשומר מצאנו שמשעבד להיות כשואל בדיבור בעלמא, דאיתא בב"מ צד,א; ומתנה שומר שכר להיות כשואל במאי, בדברים. אמר שמואל, בשקנו מידו. ורבי יוחנן אמר, אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא, גמיר ומשעבד נפשיה. ועיין ב"מ נח,א תוס' ד"ה אמר ריו"ח, דכיון דסבורים העולם שהשאל לו, בההיא הנאה משעבד נפשיה. והרי בזה לא קיבל תמורה של ממש, וא"כ

למש"כ, במה השתעבד, דהנאה לבר אינה תמורה. ונראה בזה, דשעבוד של שואל הוא מחמת שכל ההנאה שלו, עיין ב"מ לד, א וצד, ב, א"כ כל עצם ההתחייבות של השואל הוא לא מחמת הממון אלא מחמת ההנאה, שכל ההנאה שלו, שיכול להשתמש ללא שכר, ממילא גם בהנאה גרידא מתחייב להיות כשואל. וזה לגירסת התוס' נח, א הנ"ל, דגרסו מתנה שומר חנם וכו', דאף שומר חנם יכול להתנות להיות כשואל, עיין בגליון הש"ס ב"מ צד, א. אבל לגירסתנו דמתנה שומר שכר, א"כ י"ל שתמורת שכרו יכול להתחייב גם מעבר למה שחייבה התורה, דהשכר עם ההנאה דנפיק ליה קלא דאינש מהימן הוא, הוי תמורה להתחייבות כשואל. ולשיטת התוס' דאף שומר חנם מתחייב בדברים כשואל, דכל ענין התחייבות השואל היא מחמת היות כל ההנאה שלו, וע"כ סגי בהנאה להתחייב. וזה צ"ב, דעדיין בשואל מקבל בתמורה להשתמש ללא תמורה כספית, והחוב במה שחייבה התורה היא התמורה. ולא דמי להנאה דנפיק עליה קלא וכו'.

והנה הרמב"ם בהל' מלוה ולוה כה, ח כתב דערב או קבלן שחייבו עצמן על תנאי אע"פ שקנו מידו, לא נשתעבד מפני שהוא אסמכתא. ולשיטת הראב"ד דאין בערבות משום אסמכתא, כתב הטור, הביאו להלכה גם הרמ"א חו"מ קלא, י, גם בזה אין אסמכתא, אף שהתחייב על תנאי. ועיין בנתיבות קלא, ג שכתב בבאור דברי הרמ"א, וז"ל:

"והיינו כיון שהלוה חייב, ואף דבערבות היה בו אסמכתא, מ"מ משום הסברא דבהאי הנאה גמר ומקנה מסלק גם שאר אסמכתא כמו שמסלק אסמכתא דערבות, משא"כ בסימן קכט, ח דחייב הערב עצמו יותר מדינו, היינו יותר ממה שהוציא ממון על פיו פטור, כמ"ש שם מילתא בטעמא ע"ש."

לפ"ז אפשר דהרמב"ם והראב"ד לא פליגי בזה. דהרמב"ם מיירי שגם הלוה אינו חייב אלא על תנאי באופן שיש בזה אסמכתא, וע"כ גם הערב שהתחייב על תנאי, יש בזה משום אסמכתא. דלא תימא דכיון דהערב כל מהות התחייבותו היא על תנאי - אם ישלם הלוה אם לאו, א"כ מה לי אם הוסיף תנאים אחרים. וע"ז ס"ל לרמב"ם דיש בהוספת התנאי משום אסמכתא, אם הלוה לא חייב באופן מוחלט, שאם חייב הלוה באופן שאין בו אסמכתא, הרי הערב חייב בערבותו בההיא הנאה, דהרי הוא כמו הלוה, ומה שהוסיף תנאי, אינו מעלה או מוריד. והטור מיירי באופן שהלוה חייב באופן מוחלט, וא"כ גם הערב חייב אף שהתנה. ואפשר שזה הטעם שהראב"ד לא השיג על הרמב"ם בהלכה זו, דלא פליגי, וכמו שנתבאר.

ובהל' מלוה ולוה כה, יד נחלקו הרמב"ם והראב"ד בערב לגופו, שמתחייב הערב להמציא אם יש בזה משום אסמכתא, וז"ל:

"מי שאמר לחבירו הלוהו ואני ערב לגופו של לוה זה, לא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתרצה אביאנו לך, וכן אם אמר לו אחר שהלוהו ותבעו, הניחהו

כל זמן שתתבענו אביאנו לך, וקנו מידו על זה. אם לא יביא זה הלוח, יש מן הגאונים שהורה שהוא חייב לשלם, ויש מי שהורה שאפילו התנה ואמר אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם, הרי זו אסמכתא ולא נשתעבד, ולזה דעתי נוטה. (והראב"ד בהשגות) ... א"א, דל אסמכתא מהכא, שהרי סלקו אותה בגמרא, אלא אם אמר בשעת מתן מעות הלוחו ואני ערב לך להביא בידך את גופו ואם לא אוכל להשיבו אשלם, לית דין ולית דין שהוא חייב לשלם, ואם לא אמר לו כך, למה יתחייב ממון אלא י"ל שיבא גוף תחת גוף עד שיתפשר עמו."

וגם בזה אפשר דלא פליגי הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם מיירי במי שהתחייב לשלם סכום אם לא יביא את הערב, לא מדובר בתשלום של החוב, דאל"כ היה חייב לשלם כיון שעל פיו הלוח המלוה ללוה ועל פיו הוציא ממון, והרי הוא כביכול הלוח לערב, ומדוע לא ישלם, הרי כל החיוב הוא מותנה באם לא ישלם, וכאן הוסיף שגם יביאנו אליו שישלם, ומדוע לא יתחייב. אלא שהרמב"ם מיירי שהתחייב בסכום שאינו שייך בכלל להלוואה, אלא אם לא אביאנו אשלם כו"כ ממון, א"כ אינו ערב על ההלוואה אלא על הבאת גופו, וקנס עצמו בממון, והרי זו אסמכתא שאינו חייב בה א"כ נעשת באופן המועיל. והראב"ד מיירי שהתחייב שאם לא יביא הלוח ישלם ההלוואה במקומו, ובזה אין אסמכתא וכמו שנתבאר, דכיון שע"פ התחייבותו להביא הערב הלוחו, הרי הוא כלוח עצמו, ואף שמגרע התחייבותו, שאם יביא הלוח והלוח לא ישלם, לא יתחייב הערב, אין זה מגרע מתוקף החיוב לשלם את ההלוואה מחמת שהוא כלוח עצמו. לפ"ז גם בהתחייבויות (שאינן בדרך קנס וכדלהלן) שבאות בתמורה להתחייבות של הקונה או של המוכר, של העובד או המעביד, אין בזה משום אסמכתא.

ג. התחייבות בדרך קנס

וחלק מההתחייבויות הינן בדרך קנס, כגון סכום מופרז על איחור בתשלום או במסירת הדירה, ויש לדון אם אפשר לחייב, בכולו או בחלקו. דבזה נראה דלא מהני מה שמתחייב בתמורה, כיון שהתמורה גדולה בהרבה מהנזק, ואם ההתחייבות היא בדרך קנס, הוי אסמכתא, ואם לכהפ"ח צריך לשלם את הנזק שנגרם.

איתא בב"מ קד"ב: הוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר אי מוכרנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי. אוביר תילתא, אמרי נהרדעי דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא. רבא אמר, אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא. ולרבא מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. התם לא קא גזים, הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא, גוזמא בעלמא הוא דקגזים. ועיי"ש ברש"י דלא קיבל עליו דבר של גוזמא אלא כמשפט הוא התחייב, דהכי אפסדיה. והתוס' בב"מ עדא, והרא"ש בס"פ איזהו נשך, הביאם

הרמ"א חו"מ רז, יג הביאו ג חילוקים בדיני אסמכתא. אחד מהחילוקים הוא בדבר שבידו ולא גזים, דאי גזים, הוי אסמכתא, ואי לא גזים, אין בזה אסמכתא.

והרי"ף (ב"מ סא, ב בעמוה"ר) כתב דמ"מ מאי דקא מפסיד, מנכינן ליה, ואידך יהבינן ליה, והא נמי דאלפא זוזי דכוותיה מאי דאפסיד, והוא מאי דאוביר משלם ואידך לא. וכן מפורש יוצא בדברי הרמב"ם שכירות ח, יג דאם אמר אם אוביר ולא אעביר אתן לך מאה דינרין, "הרי זה אסמכתא ואינו חייב לשלם, אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד". הרי שאף להתחייבותו הינה אסמכתא, מ"מ מהני התחייבותו שחייב לשלם מה שהזיק והפסיד. וכן דעת הרא"ש ב"מ טז, ובפשטות י"ל דפלגין להתחייבותו, דיט בהתחייבות שלו חלק שהוא אסמכתא וחלק שאינו אסמכתא, ומה שגזים לא מהני, אך מה שלא גזים, מהני התחייבותו. דלכאורה בלא התחייבות פטור מלשלם, כיון שאם אוביר ולא אעביר הוי רק גרמא, ובלי התחייבותו, פטור מלשלם, ומהני חלק זה בהתחייבותו, שחייב לשלם מה שהפסיד.

וכן מצאנו במרדכי ב"ק קיד - קטו שהקשה על חיוב שליח ומניעת ריוח, דבב"מ עג, ב: אמר רב חמא, האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה, משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט. (לקנות לו יין בזמן הבציר, ומשלם לן יין לפי דמים קלים שקונין אותו. אפרוותא דזולשפט - שם המקום שהיין נלקח ונמכר לשם, לרוב הלוקחין יין בימות הבציר - רש"י). ובגמ' שם לא נחלקו ביין זה, שאינו צריך לשלם לו, רק ביין סתם, דרב אשי ס"ל דהוי אסמכתא, עיי"ש. ומקשה המרדכי מדוע השליח חייב, הא הוי מניעת ריוח וגרמא. ותירץ המרדכי, וז"ל:

"יש לומר דהתם, כגון שקיבל עליו בפירוש, אם לא אקנה לך אשלם ממיטב. תדע, דפריך התם מהא דאמר אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא, ואי מיירי בדלא קבלה עילויה, מאי קושיא דאם אוביר, דהתם קיבל עילויה. הלכך בדקבליה עליה לשלם אירי, ואי לא קביל עליה היה פטור לדברי הכל. ומכאן אתה למד לכל הגרמות, אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרום לו הפסד, שהוא חייב."

מבואר מדברי המרדכי דמה שמחייבים מי שלא קנה לחבירו יין בשליחותו, מפני שחייב עצמו בכך. והגמ' הקשתה לרב אשי מאם אוביר ולא אעביר אשלם ממיטב, ותירץ רב אשי, דלא דמי, דבאם אוביר הוי בידו, משא"כ בקניית יין אינו בידו. ומ"מ מבואר דאם הוי בידו, אף שמעיקר הדין אינו חייב וחייב עצמו, כיון דלא גזים בחיובו, אין בזה אסמכתא. הרי כל דבר שהוא בידו ולא גזים, מהני התחייבותו. ועיין ח"ה סי' כט שהארכתי בזה, ואכמ"ל. וציינתי שם דהסמ"ע שכח, ג כתב דמכח התחייבותו אין לחייב גם מה שהפסידו, וכל החיוב הוא מפני שרגילים לכתוב אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא. ומבואר דלא פלגין להתחייבותו למה שמועיל אלא הכל אחד. וכן כתב באורים סא, יא, דכיון דהוי אסמכתא, אפילו מה שהוציא אין צריך לשלם, דלא דמי לאם אוביר ולא אעביר אשלם אלפא זוזי, דמ"מ משלם מה שהפסידו, דשם דרשינן

משפטיך סימן כא ליעקב שפה

לשון הדיוט, ואף שלא כתב, חייב לשלם מכח מה שנהגו, משא"כ בהוצאות דאין בזה מנהג לשלם, אלא מן הדין משלם משעת סרבנות ואילך. וכן מבואר מדברי שער המשפט סא,א. ומצאתי שדבריהם מבוארים בראשונים בסוגיא, הרשב"א והרמב"ן, ומקורם מרב האי גאון, עיין ברב המגיד שכירות ח,יג, וכתבתי בזה בח"ה סי' כט. ועיין עוד באבן האזל שכירות ח,יג שחזק דעת הרב המגיד דשיטת הרמב"ם דכיון שרגילות לכתוב, אף שלא כתב חייב, ולא מצד עצם ההתחייבות.

ונראה דכל זמן שהחיוב סביר, אין זה בגדר קנס שדינו אסמכתא. דכל זמן שמשלמים על פעולה כזו סכום כמתחייב, אף שזה המחיר הגבוה ביותר, מ"מ מהני התחייבותו. ולכן נקטה המשנה לשון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ולא אשלם מה שהפסיד, דהוא מתחייב לשלם במיטב, דהיינו המחיר הגבוה ביותר שמשלמים, וכל עוד שיש המשלמים על הוברת השדה, לא הוי אסמכתא. וכן נראה ממש"כ רש"י בסוגיא דאינו מקבל עליו דבר גוזמא אלא כמשפט, דהיינו שיש צד להתחייב כך, וזהו "כמשפט". אבל אם אף אחד לא משלם על נזק כזה סכום דומה, באנו למחלוקת ראשונים אם אפשר להוציא מהמוחזק עכ"פ מה שהפסידו, אא"כ יש מנהג לכתוב כן, דאפשר לצרף הדעות הנ"ל ולהוציא לפחות מה שהפסידו. ונראה דבחוזי שכירות שבהם מתחייב השוכר לשלם עבור כל עיכוב במסירת הדירה סכום מופרז של 100 דולאר לכל יום עיכוב, כאשר מדובר בסכום שהוא פי כמה מהמחיר שמשלמים עבור שכירות המקום בתחשיב חודשי, אפשר דכיון שנהגו כן להשכיר אך ורק אם מתחייב כך, כיון שיש חשש שהשוכר לא יפנה ויצטרכו לפעול בדרכים משפטיות ארוכות וקשות, הרי שהתחייבות זו אפשר שהיא תמורה נאותה לעצם הסכמת המשכיר להשכיר הדירה, וצ"ע למעשה, וכן בכל מקרה והתחייבות לגופא.

לאור האמור לעיל, התחייבות מותנית שבאה בתמורה, כגון בהסכמים הדדיים וכד', אין בה אסמכתא, כל עוד ההתחייבות היא בתחום שיש המשלמים כסכום ההתחייבות, אף אם מדובר במחיר הגבוה ביותר הקיים, אך מעבר לכך הוי אסמכתא, ולא מהני אא"כ נעשה באופן המועיל - קנין בבית דין חשוב. אמנם אם מדובר בהתחייבות בסדר גודל גבוה, שמקובל להתחייב בתמורה למכירה או להשכרה, לכאורה צ"ע אם אין בזה משום אסמכתא, כיון שהיא תמורה נאותה לעצם הסכמת ההשכרה, וצ"ע בכל מקרה לגופו.

ס י מ ן כ ב

ה צ ג ת מ ח י ר ע ל ט ו ב י ן ו ה מ ח י ר ה מ ח י י ב

ר א ש י פ ר ק י ם

- א. אומר למכור במחיר נמוך
ב. גילה הקונה לאחר הקניה ששילם יותר מהנקוב

נשאלתי מספר פעמים בענין הוראת סע' 17 ב לחוק הגנת הצרכן (תיקון תשס"ב), ועל פיו: "א) עוסק המציע, המציג או המוכר טובין לצרכן יציג על גביהם או על גבי אריזתם את מחירם הכולל ... (ד) המחיר המחייב של טובין יהיה המחיר שהוצג עליהם בהתאם להוראות סעיף זה, אף אם מחירם בקופה גבוה מהמחיר האמור". האם ע"פ ההלכה מותר לקונה לקבל את המוצר במחיר הנמוך יותר, כיון שיתכן והיתה זו טעות של בעה"ב או של העובד אצלו, ואם המוכר חייב ע"פ ההלכה למכור במחיר נמוך יותר.

א. אומר למכור במחיר נמוך

לענ"ד הצגת מחיר על התוית כמוה כאמירת המוכר שהמוצר מחירו כו"כ. אמירה של המוכר, במקרה ומדובר במחיר פחות ממחיר השוק, חלים עליו דיני אונאה. דהיינו שקודם הקנין יכול המוכר לומר שטעה, ואף אחר הקנין, יכול לבקש החזר שתות, אם היתה אונאה בשתות. ופחות משתות הוי מחילה לאחר הקנין, ואם היתה אונאה ביותר משתות, יכול המוכר לדרוש ביטול מקח לשיטת הרא"ש ב"מ ד,טו, הובא ברמ"א רכז,ד. ולשיטת הרמב"ם אינו יכול לדרוש ביטול המקח. עכ"פ קודם הקנין, וראי יכול לחזור בו, אף שאמר שימכור במחיר מסוים. ואף מחוסרי אמנה אין בזה, דמה שנחלקו ברמ"א חו"מ סו"ס רד, ועיין בש"ך ה, היינו בתרי תערי, אבל כשהיתה אונאה, יכול לחזור בו ואין בו משום מחוסרי אמנה.

הבעיה יכולה להתעורר כאשר למוצר מסוים יש מרחב של מחיר, דהיינו יש מוכרים אותו במחיר מסוים תוך ריוח מינימאלי, ולאחר שגם קנו אותו מהיצרן במחיר נמוך, ויש שמנצלים למכור עד למחיר המקסימום המומלץ לצרכן, או אפילו במקומות מיוחדים, כגון בתחנות דלק או אתרי נופש ובילוי, מוכרים במחיר המקובל שם. והמחיר שהיה על התוית היה באותו מרחב, דהיינו במחיר שיש כאלה המוכרים אותו במחיר זה. ככל שמדובר לאחר הקנין, יצטרכו להכריע מהו המחיר, כדי לחשב ממנו - למעלה ולמטה

- את שעור האונאה. וקודם הקנין, לכאורה אם יחזור בו המוכר, יהיה זה מחוסרי אמנה, דכל מרחב המחיר חשיב חד תערי, וגם זה צ"ע אם מדובר באופן שהמוכר מפסיד (שרק לקוחות גדולים יכולים למכור במחיר זה) או לא מרויח כלל. אבל ודאי שיכול לחזור בו קודם הקנין ולומר אינו מוכר אלא במחיר הנקוב במחשב החנות, אף שיהיה מחוסר אמנה.

בפרט שברוב המקרים התויות מודבקות על המוצר ע"י עובדים, והרי העובר כשליח בעה"ב שאמר מחיר נמוך יותר, ויכול בעה"ב לחזור בו ולומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. כן מבואר מדברי הרמב"ם מכירה יג,ט: "... במה דברים אמורים במוכר נכסי עצמו, אבל השליח שטעה בכלשהו, בין במטלטלין ובין בקרקעות, חוזר." וברב המגיד הראה מקורו לגמ' קידושין מב,ב וכתובות ק,א דיכול משלח לומר לשליח לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי, וכ"כ בסמ"ע רכז,ג. ומבואר דדין זה נובע מהדין הכללי בדיני שליחות ששליח שעויות מתבטלות שליחותו, שכל שליחות של שליח מותנית בביצועה על הצד הטוב, ושינוי לרעה מהוה סיבה לביטול למפרע של השליחות, וע"כ כאשר שליח מוכר חפץ במחיר מוזל ממחירו, מתבטלת השליחות, והרי הוא כמוכר שלא ברשות שהמקח חוזר. וע"כ אפי' בקרקעות שמדיני אונאה לית בהו אונאה, מ"מ בשליח חוזר כיון דזהו דין הנובע מדיני השליח ואינו שייך לדיני אונאה, ואפי' במקום שאין אונאה או בשינה פחות משיעור אונאה, ואפי' כלשהו חוזר. ע"כ מה ששינה העובר ואמר/ כתב מחיר לרעת בעה"ב, הרי זה חוזר בכל ענין ואין בזה מחוסרי אמנה, דלתקוני שדרתיך. ואין לחייב את המוכר למכור במחיר פחות עקב טעות העובר.

עוד נראה לכאורה שלא התנה בעה"ב עם הקונה בין לתיקון ובין לעיוות. דהנה בשליח שנשלח לקנות חפץ מסוים למשלחו וקנאו ביוקר, דקיי"ל שהמקח בטל כמבואר בכתובות צט,ב-ק,א ובשו"ע חו"מ קפב,ג, במקרה שהתנו שהינו שליח בין לתקן ובין לעיות, הרי המקח קיים. וטוען המוכר שמא עשית את שלוחך על תנאי זה, והקונה/ המשלח טוען שלא התנה כן, פסק הרמ"ה (מובא שם בסעיף ד), שכל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם, אין צריך המוכר להחזיר לו את דמיו, והקונה הרוצה להוציא מהמוכר עליו הראיה. ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ח שכתב דיש סברא המסיעת לשמא של המוכר, דמן הסתם כיון שאינו מקבל שכר על שליחותו, התנה שלא יתחייב בעיוות השליחות. ויוצא מדבריו דהיכא דמקבל שכר על שליחותו, דאין הסברא מסייעת, עדיף ברי של המשלח משמא של מוכר.

ובחו"מ קפה,ה הביא המחבר את דעת הרמב"ם, בסרסור שמכר בזול שהמקח בטל וצריך הלוקח להחזיר את חפץ, ודעת הראב"ד שאין צריך להחזיר את החפץ, אפי' מודה הסרסור לדברי המוכר. וכתב הסמ"ע שם בס"ק יב רמב"ם ס"ל לחלק בין שליח שאינו מקבל שכר שליחותו, דמסתמא אינו מתעסק בשליחות אם לא שיאמר לו בין לתיקון ובין לעיוות, דמה לו ולצרה זו, לבין שליח המקבל שכר שליחותו. ועוד תירץ

לחלק בין כשטוען משלח שלא התנה בין לתיקון ובין לעיוות, אך גם מודה שלא קצב מחיר, שחובת ההוכחה עליו, משא"כ שטוען משלח שקצב מחיר, הרי הוא כמתנה עמו מפורש שלא יפחות ממחיר שקצב ושלא יעות. ואפשר דסברתו דדוקא כשאינו קוצב מחיר לשליח, יש חשש שיעות במחירו ומסתבר שמתנה, משא"כ שקוצב עמו סך מסוים אין חשש שיעות במחירו ומסתבר שאינו מתנה. ועיי"ש בש"ך ס"ק ח שכתב לחלק דדוקא שהחפץ מבורר בעין שהוא של משלח והלוקח ידע צריך הלוקח להחזיר, משא"כ בסי' קפב שהשליח קנה עבור משלחו, והתביעה של המשלח היא על כסף שנתן למוכר ולא על חפץ מבורר של המוכר, חשיב כתביעת ספק ועליו הראיה, משא"כ כשתובע חפץ הידוע כשלו לא חשיב כתביעת ספק. לפ"ז בעובד בחנות, גם מקבל שכר וגם קצב לו מחיר, ודאי שאין הקונה יכול לטעון שהתנה בעה"ב עם העובד בין לתקן ובין לעיוות.

ומה שהיו שטענו דהואיל ובעל הצרכניה חבר באיגוד הסוחרים, הרי קבלו ע"ע את החוק, לענ"ד צ"ע דלא נראה שקיבלו עליהם, ומה שמקיימים, זה בעל כרחם מהפחד של הקנסות וכו', ובזה לא נראה לדון במנהג הסוחרים, דהוא דבר נגד דין תורה, במקום שהוא נגד דין תורה כדלעיל, וובאופן כזה להחשיבו כהתנו. ואפשר לדון על החוק הנ"ל מצד תקנת הקהל, דכוונת החוק שלא ירמו הסוחרים, ינקבו מחיר אחד ואח"כ יגבו אחר, בידעם שהמחיר הגבוה לא יוכלו למכור. נראה דאף אם נאמר זה דוקא במקום ששייך הטעיה, כגון שקודם לכן היה מבצע והיה מחיר נמוך, והשאריו את התווית עם המחיר הנמוך על המוצר, דבכה"ג שייך לומר שתקנת הקהל וקבלו הסוחרים עליהם שימכרו לפי המחיר שעל התווית. אבל אם מוכח שהיתה טעות של אחד העובדים, כגון שעל חלק מהמוצרים שעל המדף יש מחיר מסוים ועל הרוב המחיר האמיתי, כשלא נראה שהיתה כוונה להטעות אלא הלקוח יודע שהמחיר גבוה יותר, או כדוגמא שלא יתכן שעל המוצר ישלמו כ"כ מעט, בזה לענ"ד אין לסמוך על סברות כנ"ל, ויש לשלם את המחיר המלא. הנכונות של בעל המרכול לתת במחיר הנמוך שעל התווית, לא נובעת מהסכמה אלא אפשר מחשש לתלונה או קנס. ואולי ברשתות גדולות קיימת נכונות, כל עוד ההפרש סביר. ומ"מ לא ראוי לסמוך על היתר כזה או אחר, אא"כ המחיר שעל התווית הוא המחיר המקובל, והמחיר בקופה הוא מחיר מעבר למקובל, אף שהוא פחות משתות.

ב. גילה הקונה לאחר הקניה ששילם יותר מהנקוב

עוד נשאלתי בזה, שהקונה גילה בביתו ששילם כעשר אחוז יותר מהמחיר הנקוב בתווית, ולדברינו לעיל גם בחנות לא יכול לתבוע לשלם לפי המחיר בתווית, האם יכול להחזיר את החפץ למוכר. הגר"ח מכירה טו,א כתב בענין מחלוקת הרמב"ם והראב"ד

משפטיך סימן כב ליעקב שפט

במוכר לו מאה אגוזים בדינר, ונמצאו רק תשעים ותשע, דדעת הרמב"ם דנקנה המקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר כמה שנים, ודעת הראב"ד דפעמים שאין המקח נקנה שאם רצה לחזור עד שלא השלים חוזר. והביא את הרשב"ם ב"ב קג,ב דבטעה במדה ובמשקל עצם המקח בטל, מהא דאיתא בב"ב ז,א; אמר שמואל אין מוסיפין על המדות יותר משתות וכו' אלא משום אונאה דלא ליהוי ביטול מקח. והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר, הרי להדיא דפירושא דחוזר היינו ביטול מקח, ולפי זה קשה על הרמב"ם שפסק דהמקח קיים אלא שצריך להחזיר הטעות. וכתב לישב:

"והנראה לומר בזה, דעד כאן לא קאמר הרמב"ם דהמקח קיים, רק כשהיתה דעת שניהם שוה בפסיקת המדה, ורק דאח"כ חסר לו מהמדה שפסק עמו, וכגון בגוונא שהזכיר הרמב"ם שמכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו תשעים ותשעה, ובזה הוא דס"ל להרמב"ם דעצם המקח אינו מתבטל ע"י טעותו במנין, אלא שיחזיר לו מה שפסק עמו, משא"כ התם בב"ב דאיירינן לענין הוספה על המדות, דהטעות התם הוא בגוונא שהלוקח יהיה סבור על המדה הגדולה והמוכר תהיה דעתו על המדה הקטנה, ונמצא דהם מחולקין בעצם פסיקת המכר, א"כ הרי לא שייך הכא לומר שיחזיר לו טעותו ויתקיים המקח, דהרי אם יחזיר הטעות הרי יהדר אז הדין טעות אצל חברו שנתכוין על המדה האחרת, וממילא דהמקח בטל, כיון דעצם הפסיקה נעשה בטעות."

היסוד של הגר"ח, דקיום המקח וביטולו תלוי אם היתה דעת הקונה והמוכר שוה, שניהם לדבר אחד התכוונו, רק למעשה ארעה טעות וקיבל פחות או יותר, בזה המקח קיים, ומשלים או מחסיר למה שהתכוונו. אבל בנידון המידה בחבל, הקונה והמוכר התכוונו לדבר אחר, כ"א הבין את המידה באופן שונה, בזה לא שייך להשלים, מפני שאם תשלים לאחד, הרי המקח יתקיים בניגוד להבנת וכוונת האחר. וא"כ שואל הגר"ח, למה בשתות קנה ומחזיר האונאה, הרי הקונה התכוין לקנות בשתות, ואיך יתקיים המקח במחיר ששילם בתוספת שתות, הרי לא רצה במקח במחיר כזה. וע"ז השיב הגר"ח:

ואשר יראה מוכרח בזה, משום דבכל אונאת שתות, אי משום דין טעות הלא שתות שוה לפחות משתות דהיה צריך להיות המקח קיים כמו שפסקו זה עם זה, והא דבשתות מחזיר אונאה, הוא רק מגזירת הכתוב בפני עצמו הנאמר באונאה דשתות קנה ומחזיר אונאה, וא"כ הא נמצא דמשום עצם מעשה המקח לא היה צריך להחזיר כלל אונאה, ורק דדין תורה הוא שיחזיר, מדין החזרת אונאה שהוא זה דין וגזירת הכתוב בפני עצמו כמו החזרת גזילה. אשר ע"כ שפיר המקח מתקיים ולא דיינינן ביה דין טעות לגבי המאנה וביטול הפסיקה, כיון דמדין תורה הוא שמחזיר ולא משום עצם מעשה המקח, ע"כ לא דיינינן

ביה דין טעות על ידי זה בהמקח. אכן כל זה הוא באונאה, דדין החזרתו הוא מגזירת הכתוב, משא"כ בטעות במדה ובמשקל ובמנין, דדין החזרתו לאו משום דין אונאה קאתינן עלי', כי אם דהוי טעות מעיקרא, א"כ ממילא דכשמחזיר את הטעות הא נמצא דבטלה הפסיקה לגבי המחזיר שנתכוין על המדה האחרת, וא"כ ממילא דבטל המקח, כיון דלא נתקיימה הפסיקה מעולם, וכמו שנתבאר.

דהחזר האונאה הוא מגזירת הכתוב. לא שהמחזיר הוא מה ששולם בתוספת השתות שמחזיר. המחזיר הוא מה ששילם ומה שהיה דעתו לקנות, והתורה גזרה שיתן למוכר עוד שתות, וע"כ אינו חלק מהמחיר. משא"כ בדבר שבמידה, מה שמחזיר אינו מחמת גזה"כ אלא מחמת הקציצה הקודמת, ע"כ אם יחזיר יהיה זה בניגוד לכוונתו הראשונית של הקונה או המוכר, ע"כ המקח בטל.

לפ"ז בנידו"ד התכוין לקנות במחיר מסוים, המחזיר הנקוב בתוית, והתברר לו ששילם יותר, אפילו פחות משתות, במחיר כזה לא התכוין לקנות. דבכל פחות משתות דהוי מחילה, מתכוין לקנות במחיר הגבוה בפחות משתות, רק זה יותר ממחיר השוק, ע"כ מוחל או שיודע שכך דרך המסחר להשתכר עד שתות, אבל כאן חשב שמשלם לפי התוית. ובשלמא אם המחזיר שנגבה בקופה הוא המחזיר האמיתי, ובינו לבין המחזיר שתות מדויק, י"ל שהמחזיר הוא ע"פ התוית, והשתות היא גזה"כ, אבל בפחות משתות דל"ש לומר כן, י"ל שלא התכוין לקנות במחיר הקופה, ומחזיר המקח אפילו בפחות משתות.

לאור האמור אין לסמוך על ההיתר לגבות את המחזיר הנמוך הנקוב בתוית, אא"כ במקרים מסוימים, כאמור לעיל. ומ"מ אם גילה בבית שהמחזיר גבוה בפחות משתות וכל שכן יותר, יכול להחזיר את המוצר ולקבל כספו חזרה. אולם על המוכרים לנהוג בזה לפני משורת ההלכה, ולקיים את הוראת החוק, כל עוד לא מדובר בטעות גדולה ביותר.

סימן כג

ביטול עיסקת חליפין

ראשי פרקים

- א. שיטות הראשונים בדין אונאה ומום בחליפין
- ב. תשלום דמי השימוש באופנוע
- ג. חליפין שוה בשוה
- ד. ההשקעה שהשקיע בתיקון הרכב

לראובן מכונית ישנה שערכה נאמד בכעשרת אלפים ש"ח, ולשמעון אופנוע. מכוניתו של ראובן יש לה בעיה מסוימת, ולדבריו ככל הנראה מדובר בענינים שמסביב למנוע אך לא במנוע עצמו. השנים החליטו להחליף את המכונית תמורת האופנוע. לאחר כששה חדשים התברר שהפגם במכונית הוא במנוע עצמו. שמעון מבקש לבטל את העיסקה בטענת מום במקח, וכמו כן תובע את ראובן על ההוצאות שהיו לו ברכב מסביב למנוע, שנעשו בעצת ראובן. כמו כן תובע את ראובן שישלם לו שכירות על האופנוע למשך ששה חדשים, מאחר וראובן רכב על האופנוע, והרכב היה במרבית הזמן בטיפולם במוסך, כך ששמעון כמעט ולא יכל לנהוג ברכב. ראובן מוכן לביטול העיסקה, אך רק בתמורה לביטול התביעות הנלוות של שמעון.

א. שיטות הראשונים בדין אונאה ומום בחליפין

הואיל ויש סברא לומר דדין מום כדין אונאה לענין ביטול מקח בעיסקת חליפין, וכמו שיתבאר להלן, יש לברר תחילה אם יש דין אונאה בעיסקת חליפין ופרטי הדין והנוגע לנדו"ד. דהנה הרמב"ם בהל' מכירה יג,א, כתב וז"ל:

"המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה אפילו מחט בשייריים או טלה בסוס אין לו הוניה, שזה רוצה במחט יותר מן השייריים, אבל המחליף פירות בפירות בין ששמו אותם קודם המכירה בין ששמו אותם אחר מכירה יש להן הוניה." מבואר בדברי הרמב"ם חילוק בין החלפת פירות להחלפת בהמה בבהמה, דבפירות בפירות יש להם אונאה, ודוקא ששמו אותם, לא שנא קודם מכירה לא שנא אחר מכירה, משא"כ במחליף בהמה בבהמה. ועיין כס"מ דמשמעות דברי הרמב"ם דאם לא שמו אותם לא קודם מכירה ולא אח"כ אלא אמר צבור פירות זה בצבור פירות זה אני מחליף, אין לו אונאה. עוד מבואר ברב המגיד שם, דמדברי הרמב"ם עולה דבכלים

אפילו מקפיד אין לו אונאה, דבפירות דוקא שמו יש בו אונאה, ומינה דבכלים אפילו שמו אין בו אונאה, והיינו שמקפיד. ובחילוק בין פירות לכלים כתב המגיד דכלי מתקיים יותר מפירות. ואפשר בהסבר דבריו, דכיון דכלי מתקיים יותר, ולכן לא מחליף בתורת שוה כסף אלא בתורת חליפין, למען יתקיים הכלי ימים רבים אצלו. וזה הטעם שהוא רוצה במחט יותר מן השיריים, שהוא שייך בדבר המתקיים ימים רבים. משא"כ פירות שאינם מתקיימים ימים רבים, א"כ מה שמחליף הוא בתורת תמורה, וממילא הוי מכר ולא חליפין. ולפ"ז גם אם יחליף טלה בפירות, לכאורה למי שמקבל פירות הוי תורת מכר ויש לו אונאה. או י"ל, דכיון דלקונה הטלה אין אונאה, הוי לגבי קונה הפירות כמתנה ע"מ שאין במקח זה אונאה, דכיון דיש במקח צד דאינו מקח אלא חליפין, אין בזה אונאה אף לקונה הפירות.

וראיתי בשבות יעקב (ח"א סי' קסו) שכתב דדיוקא דרישא של הרמב"ם, סתרי לדיוקא דסיפא. דברישא כתב המחליף כלים בכלים, ומשמע דבכלים בפירות יש בו אונאה. ובסיפא כתב דמחליף פירות בפירות יש בו אונאה, הא מחליף כלים בפירות אין בו אונאה, וכתב דליכא למידק לא מרישא ולא מסיפא, והרמב"ם נקט הן ברישא והן בסיפא אופנים שבשני הצדדים הדין שוה. דהנה הרמב"ן בחידושו לב"מ (מז,א), כתב וז"ל:

"חליפין ומקפיד עליהן מאי. אע"ג דאסיקנא דחליפין נינהו, נראה לי שיש לו אונאה הואיל והקפיד עליהן, וכי אמרינן דאין אונאה לחליפין בחליפין שאינו מקפיד עליהן אבל במקפיד יש לו אונאה, וכן אני אומר במחליף כלי בכלי וראה אותו שיש לו אונאה, ולא אמרו אין לו אלא במי שניכר שאינו מקפיד כגון מכור לי באלו אבל בכל חליפין דעלמא יש לו אונאה, ויש מי שחולק ואומר לעולם אין אונאה לחליפין."

מדברי הרמב"ן מבואר דהמודד הוא ההקפדה. אם מקפיד על התמורה ועל שווי התמורה, הרי זה מכר ולא חליפין. הסימן להיות העיסקה עיסקת חליפין ולא עיסקת מכר הוא אם הצדדים מקפידים על קבלת שווי ראוי למה שנותנים. אם מקפידים - הרי לפנינו עיסקת מכר, אם אינם מקפידים - הרי לפנינו עיסקת חליפין. והביא את דעת החולקים דלעולם אין אונאה לחליפין. והנה הכסף משנה כאן הביא דעת הרמב"ן דבמקפיד יש אונאה, ודעת תלמידי הרשב"א דאף במקפיד אין אונאה, וז"ל:

"... אבל תלמידי הרשב"א כתבו שכדברי רבינו נראה עיקר שאין אונאה בחליפין לעולם אלא במכר דממכר כתיב."

ובשבות יעקב כתב דתלמידי הרשב"א הם כדברי הרמב"ם ולא כטעמיה, דלתלמידי הרשב"א גם בצד אחד אונאה יש להסתפק אם הוי בכלל מיעוט התורה של "ממכר", משא"כ לרמב"ם אם נתאנה לוקח של הכלי אפשר דאין בו דין אונאה לפי טעם הרמב"ם

כיון שזה רוצה בכלי זה, משא"כ בנתאנה המוכר שלקח פירות יש בו דין אונאה. עוד נפק"מ כתב בשבו"י אם החליף פירות בפירות והתאנה ביותר מכפול, דלתלמידי הרשב"א דממכר כתיב, א"כ דמי לקרקעות והקדשות, דלשיטת התוס' ב"מ נו,א ד"ה דאמר יש בהם אונאה, הוא הדין במחליף כלים בכלים, משא"כ לרמב"ם כיון דזה רוצה במחט יותר משריון, גם ביותר מפלגא אין אונאה. ועיי"ש בשבו"י מה שהקשה על תלמידי הרשב"א, דהא עיקר מקח וממכר הוא בחליפין, וכן מבואר בגמ' ב"מ יא,ב דמתנות כהונה נתינה כתיב בהו, וחליפין הן דרך מקח וממכר, עיי"ש. (ועיין בתש' עבודת הגרשוני סי' קה דגם טעם הרמב"ם שאין בחליפין אונאה, מפני שאינו בכלל ממכר. ומש"כ הרמב"ם דזה רוצה במחט יותר משריון, אינו עיקר הטעם). ומ"מ מבואר בזה ג סברות דאין בחליפין אונאה: דעת הרמב"ם דזה רוצה בכלי זה יותר מכלי אחר. דעת הרמב"ן - שאין מקפיד על שוויו וממילא אינו דרך מקח וממכר. ודעת תלמידי הרשב"א דמועטו מגזירת הכתוב. ועיי"ש בשבו"י שכתב בטעם דברי הרמב"ם, וז"ל:

"דדוקא המחליף כלי בכלי, כיון שזה חפץ בכלי זה ואין לו מעות או שאינו רוצה לקנות במעות רק להחליף ע"י כלי אחר שאין צריך לו, והשני להיפך, וזה דבר שאינו מצוי כל כך להזדמן שנים גם יחד שצריכין ורוצין להחליף הכלים זה בזה, על כן אין בהם דין אונאה כטעם הרמב"ם ... אבל בקונה כלי במעות או אפי' בפירות שיש להם שער שבשוק דהוי כמעות ולא בתורת קניית חליפין, שזה דבר מצוי לקנות כלי כזה ע"י מעות ... ודאי דאית ביה דין אונאה."

ומבואר שעיקר הטעם מפני שאינו מצוי כ"כ להחליף באופן שזה רוצה בזה וזה בזה, וע"כ דוקא כששניהם מחליפים כלים ולא אחד כלים ואחד פירות. וכיון שדבר שאינו מצוי, י"ל שאין כאן תורת מקח, דמה שאמרה תורה לא תונו איש את אחיו דוקא במקח וממכר, אבל אופן זה אינו מקח וממכר, לא המקח יוצר השוויות אלא הרצון, ומה שאסרה תורה הוא רק במקח שהתמורה שלו היא שווי, ובשווי התמורה אסרה להונות, אבל מקח שתמורתו הוא הרצון, שזה רוצה בזה וזה רוצה בזה, וזה דבר המזדמן אחד לאלף שזה רוצה בכלי שלו והוא בשל המחליף, הרצון לקבל את הכלי של השני הוא התמורה המלאה למה שנותן, וזה אינו מקח שאסרה תורה בלא תונו. ובשטמ"ק ב"מ מו,ב הביא תש' הרי"ף ותש' הרי"י מיגאש, וז"ל:

"וששאלת אם יש בחליפין אונאה אם לא. מה שנראה מן התלמוד הוא שאין בהן אונאה, וזה במה שאמרו מכור לי באלו, קנה ומחזיר אונאה ... לפי שהיה בלשון מכירה מחויב להיות בו אונאה, והתורה ג"כ מעידה ע"ז באמרה וכי תמכרו ממכר וכו', בממכר הוא דאזהר רחמנא בבל תונו אבל בחליפין לא, אלא הדבר תלוי בהיותם מתרצים זה לזה, ומה שנתרצו בו וקבלו אותו על עצמן נתקיים. וכתב תלמידו הרי"י מיגאש ... מי שהחליף עם חברו סחורה בסחורה

מבלתי שישומו אותם בדמים כלל, אין אחד מהם יכול לטעון על חבריו טענת אונאה, לפי שעיקר בדינו חליפין אין בהן אונאה."

מדברי הרי"ף נראה ללמוד כמש"כ, דמה שאסרה תורה בלא תונו הוא במקום שיש דין מקח על המכירה, ודין מקח קיים כאשר בתמורה למכירה מקבל שוויות. אבל כאשר אינו מקבל שוויות אלא מילוי רצון, שזה רוצה בכלי המוחלף, אין זה בתורת מקח. והגר"ב (ברכת שמואל ב"מ לו) כתב בבאור דעת הרי"ף, וז"ל:

" דבחליפין לא שייך אונאה וביטול מקח, דמכיון שהוא בתורת חליפין ולא בתורת דמים, א"כ אין זה תנאי מקח וממכר דנאמר דיתרון של השווי הוי גזל וביטול מקח, דכיון שהוא בתורת חליפין אינו אלא כתנאי מתנה ונעשה ע"י ריצוי שלהם הקנין וע"כ לא שייך אונאה. דעיקר באור דין אונאה הוא דיתרון השווי או דחוסר השווי גזה"כ הוא שיהיה זה גזילה, אבל בחליפין דאין כאן תורת מקח וממכר, אלא ע"י שנתרצה בה בזה וזה בזה, נתקיים בזה המקח, וע"כ מופקע חליפין מאונאה, דאין זה מקח דנאמר דיתרון השווי יהיה גזל המקח, דהקיום הוא ע"י רצונם לבד ולא ע"י המקח."

ובשיטת הרמב"ן דס"ל דדוקא באינו מקפיד אין אונאה, הסביר הגר"ב דלא מטעם דבאינו מקפיד אין כאן ממכר ובמקפיד יש ממכר, אלא דבאינו מקפיד הוי כמחילה גמורה, עיי"ש. ומ"מ מבואר מדבריו דלשיטת הרי"ף והרמב"ם הסברא היא דממכר הוא כשמקבל בתמורה לחפץ שוויות, וכאשר השוויות פחות או יתירה, הרי זה בתורת גזילה, ובזה אסרה התורה לא להונות. אבל כאשר התמורה היא הרצון, דהכלי שהוא תמורת הכלי האחר אינו בא בתורת שוויות לכלי הניתן אלא הרצון הוא שעושה אותו לתמורה, בזה לא שייך תורת גזילה על יתרון על הפחתה מערך החפץ הניתן, ובזה לא אסרה התורה לא תונו איש את עמיתו.

מדברי המגיד הנ"ל מבואר דלשיטת הרמב"ם הא דאין לחליפין אונאה הוא אפילו שמו את הכלים, דכן מדויק לכאורה מדברי הרמב"ם מהסיפא במחליף פירות בפירות, דדוקא שמו יש בו אונאה, ומינה דבכלים אפילו שמו אין בחליפין אונאה. וכן כתב הסמ"ע רכז, לה, דאם אין אונאה דוקא בלא שמו, א"כ אין חילוק בין החלפת כלים לפירות, דגם פירות בלא שמו אין אונאה. וכנ"ל לדעת הרמב"ן דדוקא באינו מקפיד אין אונאה, א"כ כאשר שמו, יש אונאה כיון שמקפיד. אמנם המחנה אפרים כתב לחלוק על המגיד:

"שהרי הרמב"ם ז"ל יהיב טעמא משום שזה רוצה במחט יותר מן השריון, כלומר - ואינם מקפידים על שווים ... והיה נראה לענ"ד דמש"כ הרמב"ם ז"ל בפירות בין שמו אח"כ, לאו למימרא דשומא דאחר מכירה הוי קפידא, אלא הכי קאמר, אע"פ שלא שמו אותם קודם מכירה, יש להם אונאה, דסתמא אדעתא דשוויים

משפטיך סימן כג ליעקב שצה

נחתו מעיקרא. ואפילו למה שהבין הרב המגיד דבפירות כל שלא שמו אותם ולא אח"כ אין בהם אונאה, נראה דהיינו דוקא כשנתאנה בשומא, דאיכא למימר מדלא שמו אותם קביל עליה בכל גוונא, אבל היכא דאונאה הוי בשעור המדה כגון שלקח אכסרה של פירות, איכא למימר דזה סמך אאומדן דעתיה שיש בו כדי דמיו והותר.

מבואר במחנה אפרים דאם שמו הכלים, יש בהם אונאה, דטעם הרמב"ם שזה רוצה במחט יותר משריון, ואינם מקפידים, משא"כ בשמו. ומה שכתב הרמב"ם לענין שומת פירות, מסביר המחנ"א דהחידוש ברמב"ם שאפילו לא שמו אותם קודם מכירה, מ"מ אדעתא דשומא נחית. גם היעב"ץ (שאלת יעב"ץ ח"ב סי' קסא) כתב דמטעם הרמב"ם נראה דאם שמו הכלים, יש להם אונאה לחליפין, וז"ל:

"דהא מידי הוא טעמא אלא משום שזה רוצה כו'. משא"כ במקפיד בשיווי דמים ושמו אותן מתחלה בודאי חליפין אלו הרי הן כדמים, והיינו נמי דלא מפרש ברישא כה"ג בהדיא איפכא, בין שמו בין לא משום דסתמו כפירושו מיירי בחליפין בלי שומא, דזיל בתר טעמא. ועוד חידוש הוא. ואין לך בו אלא חידוש, הבו דלא לוסיף."

דגם עצם הדין שאין לחליפין אונאה, הוי חידוש, ולדינא עיי"ש דס"ל דיש אונאה, ולכל הפחות יכול המוחזק לטעון כן, ואי איישר חיליה היה אומר אף להוציא האונאה מיד המוחזק, עיי"ש. והביא את היעב"ץ החתם סופר בחידושו לשו"ע חו"מ רכז, והוסיף דאם גם שמו וגם הוסיף דמים על ההפרש, בזה כ"ע יודו שיש אונאה. וכיוצא בכתב הגרא"ז באבן האזל מכירה יג, א ד"ה והנה המ"מ, עיי"ש.

עוד מצאנו ברדב"ז (סי' אלף שם, ח"ד סי' רסט) דכל הדין שאין אונאה בחליפין היינו דוקא בבעלי בתים המחליפים כלים זה עם זה לצורך שימוש עצמי, דכיון שצריך למחט, טפי עדיף ליה משריון, אולם אם מחליף כדי למכור את הכלי שהחליף, בזה יש אונאה, ואין בכלל טעמו של הרמב"ם, דמדוע יעדיף המחט מהשריון. וז"ל:

"כלים או בהמות העומדות לסחורה יש להם אונאה אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל. חדא, דהבו דלא לוסיף עלה כנגד בעלי המחלוקת. ועוד, שדין זה מחודש הוא שאינו מפורש בגמרא שלנו ולא בירושלמי בהדיא, ותפסת מועט תפסת. ותו דבשלמא אי איירי בבעלי בתים המחליפים כלי בכלי היינו דשתיק מינה גמרא דידן, דמלתא דלא שכיח כולי האי הוא. אבל אי איירי אפילו בכלים ובהמות העומדות לסחורה, ישכח ושכיח ומעשים בכל יום בהכי, ואמאי שתיק מינה גמרא דידן, וגם הירושלמי לא הזכיר אותו בהדיא. ותו מהטעם שכתב הרב ז"ל שזה רוצה במחט יותר מבשריון שזה צריך לתפור חלוקו וצריך למחט לתועלתו לפי שעתו, אבל שריון לא צריך ליה שאין שם מלחמה וגם לא איש מלחמות הוא.

וכן המחליף טלה בסוס הוא צריך לאכול בשר. והאי טעמא ודאי לא שייך אלא בבעלי בתים, אבל בסוחרים שיש לו כמה שריונים למכור, איך יעלה על הדעת שיחליפם בכמותם מחטים ולא יהיה לו אונאה. וכן מי שיש לו כמה בגדי משי למכור וירצה להחליפן בבגדי צמר ולא יהיה לו אונאה, והלא אם ימכרם במדינה או יוליכם למדינה לעולם ידו על התחתונה."

ובנתיבות רכז, יב כתב דכל זה דוקא כששמו הסוחרים את הכלים לפני המכירה או אחריה, אולם כשלא שמו הסחורה כלל, אין לו אונאה, דלא גרע מפירות. דסוחרים לענין כלים, כבעלי בתים לענין פירות, וכמו בפירות בעינן שומא כדי שיהיה אונאה בהחלפתם, הוא הדין בכלים אצל בע"ב. ומוכח גם מהנתיבות דס"ל כמגיד והסמ"ע לענין אונאה בפירות, דיש אונאה דוקא אם שמו הפירות, ודלא כמחנ"א והיעב"ץ. ולנתיבות היה קשה, דמה מהני שומא אחר מכירה, איך השומא שאחר המכירה עושה את ההחלפה למכירה של "מקפיד". וע"ז השיב דמייירי בעסוקין עדיין באותו ענין, דאל"כ אין סברא שיועיל שומא אחר המכירה, דמה דהוה - הוה.

אלא שהמחנה אפרים (אונאה י) חולק על הרדב"ז והביא שהשטמ"ק הביא מהר"י מיגאש דאף המחליף סחורה בסחורה אין טענת אונאה, דבחליפין אין אונאה. וכן נראה מתש' הרי"ף שהעתיק השטמ"ק, דהתורה מעידה על זה באמרו וכי תמכרו ממכר לעמיתך, בממכר הוא דאזהר רחמנא בבל תונו ולא בחליפין. וס"ל למחנ"א דלא איצטריך הרמב"ם לטעם דזה רוצה בזה אלא במחליף מחט בשריון. והיינו דגם הרמב"ם ס"ל דלא אסרה תורה אונאה אלא במקח וממכר ולא בחליפין, ואפילו מייירי באונאה גדולה כמו מחט ושריון, אין אונאה מפני שזה רוצה במחט וזה בשריון. ומ"מ מבואר דלאו דוקא בבעלי בתים אלא אף בסחורה או בכל דבר, כיון שזה חליפין ולא מקח וממכר, אין בזה דין אונאה. [נועין להלן דנדר"ד הוי חליפין שוה בשוה, ולמה שיתבאר להלן דהוי מתורת קנין כסף ושוה כסף, הוי חליפין שוה בשוה כשאר מקח וממכר לענין אונאה].

ובנידון שלנו לא מייירי בדין אונאה אלא ביטול מקח בטענת מום, ובזה יש לראות אם כמו דאין בחליפין דין אונאה, כך אין בהם דין ביטול מקח מחמת מום, או שאני מום מחליפין. דהנה ברדב"ז הנ"ל הוסיף לבאר אם ימצא מום בחליפין, לא יוכל לבטל המקח, ולמד כן מדברי הרמב"ם הנ"ל, וז"ל:

"ועוד אני למד מדברי הרב ז"ל דאפי' בטול מקח ביותר משתות אין להם אונאה, שהרי כתב אפי' מחט בשריון, והדבר ידוע שהשריון שוה כמה אלפי אלפים מחטין. עוד יש ללמוד כי אפי' על ידי מום אין החליפין מתבטלין, שהרי מחט בשריון אין לך מום גדול מזה, דבעלמא המקח בטל, ואפי' הכי בחליפין אינו בטל. הוא הדין לבטול על ידי מום דאין להם, דכיון דטעמא הוי משום שזה רוצה במחט יותר מן השריון, הרי הוא רוצה בו אפי' במומו"

משפטיך סימן כג ליעקב שצז

הרי דטעמא דמילתא דזה רוצה במחט יותר משריון, הוא טעם גם כדי לקיים מקח במומו. ותו, דמחט בשריון, אין לך מום גדול מזה. אמנם בסוף תשובתו כותב הרדב"ז:

"ומכל מקום נראה לי שאם יש מום בשריון או במחט חוזר דמצי למימר כלי שלם הייתי צריך."

הרי דלמסקנא ס"ל דמחט בשריון היא טענה מדוע לקיים כשיש טענת אונאה בדמים, אבל כשנותן לו מחט פגומה, מצי למימר שרוצה מחט שלמה ולא פגומה תמורת השריון. ובמחנה אפרים (אונאה סי' ט) הקשה על ההו"א של הרדב"ז ללמוד מהרמב"ם שאין טענת מום בחליפין, דכי נמצא בו מום שלא ידע בו מעיקרא, לא נתרצה לחליפין, דחזקה אין אדם מתפייס במומין. ואי מיירי בידע מהמום, פשיטא דסבר וקיבל. וכאמור, הרדב"ז בסוף דבריו ג"כ סובר דמצי למימר כלי שלם הייתי צריך. וכדבריהם כתב בנתיבות רכז, יב. לפ"ז בנדו"ד דהוי טענת מום, אף דהוי עיסקת חליפין, מתבטל המקח. וכיון שאם יש בעיות במנוע עצמו נהגו בני המדינה דחשיב כמום המבטל את המקח (עיי' שו"ע חו"מ רלב, ה), יש לבטל את עיסקת החליפין.

ב. תשלום דמי השימוש באופנוע

ואם מתבטלת העסקה מעיקר הדין, ועל ראובן להחזיר לשמעון את האופנוע, ושמעון לראובן את המכונית, יש לדון בטענות שמעון. וראשית לטענה בדבר החזר דמי שימוש באופנוע. שמעון טוען שמכיון שהוא לא יכל להשתמש במכונית, בעוד ראובן רוכב על אופנועו, הרי מן הדין לטענתו יש לחייב את ראובן לשלם את עלות השימוש במשך ששה חדשים לפי תחשיב של שכירות אופנוע כזה לזמן האמור. דהנה 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."

וכן פסק המחבר בחו"מ רלב, טו, וכ"נ מדברי ר"ת בתוס' ב"מ סו, ב (ד"ה התם), דהיכא דהמכר בטל הדרי פירי, עיי"ש. ובערוך השולחן הוסיף דצריך לנכות ההוצאות שהיו לו ואת המותר יחזיר. וכן נראה מדברי המאירי בב"ק לג, א (ד"ה ממה שאמרנו), דהיכא דהוי מקח טעות הדרא תורא והדרא אגרא, עיי"ש. וע"ע בשלטי גיבורים ב"מ (ל, ב- בעמודי הרי"ף למטה), וז"ל:

"...אבל אם הרויח במקח שלקח מן המוכר שהוא בא לחזור, צריך שיתן כל מה שהרויח בו, א"כ המוכר סוס לחבירו והרויח בו מעות ואח"כ מצא בו מום ורוצה

לחזור, צריך שיתן לו מה שהרויח באותו הסוס, ואפי' לא הרויח כלום אלא שעשה בו מלאכתו, נראה דצריך להעלות לו שכרו..."

מבואר מהש"ג דלא רק שכרו צריך ליתן אלא כל מה שהרויח. (ועיין בתש' רשב"ש סי' תעו שכתב בבגד שצריך לשלם שכר לבישתו). והאור שמח (מכירה טז, ח) כתב לחלוק, דודאי מה שהרויח אינו צריך לשלם וכל הדיון הוא רק על שכרו. ולענין השכר איתא בב"ק צז, א; התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, רצה שכרה נוטל רצה פחתה כו', לא פליגי, הא דעבידא לאגרא כו', הא דנחית אדעתא דאגרא, מוכח דתרווייהו בעי, שתהא קיימא לאגרא ויהא נחית אדעתא דאגרא, משא"כ בקרקע דפילו נחית בתורת גזילה לא נפיק מרשות הבעלים דקרקע אינה נגזלת, ע"כ כאן בחצר שפיר צריך להעלות לו שכר, אבל במוכר סוס ועשה בו מלאכה, כיון דהוא דבר הנגזל, ודאי שאין צריך ליתן מה שהרויח, רק בשכר מבעי כיון שסבור שהוא שלו ואדעתא ידידה משתמש, משלם אגרא, כמו היכי דנחית אדעתא דאגרא, דאין כוונתו לגזול מן בעה"ב ולהשתמש בבהמתו בחנם, או דילמא כיון שאינו מכוון לשלם שכר ועביד להשתמש בחנם פטור מלשלם, ומחזיר לו בהמתו כמו שהיתה, ונשאר בצ"ע. והביא מדברי הרשב"א ב"ק לג, ב דהיכא דסבור שהוא שלו, לאו אדעתא דאגרא נחית, עיי"ש שכתב לחלק בין לוקח מגזולן למקח טעות;

"דכיון דאיהו מכוון לאפוקי מרשות בעלים תו נפיק מרשות בעלים וקנייה ככל גזולן, ותו לאו ברשותא דמרא קאי, משא"כ בלא נתכוין לאפוקי מרשות בעלים כלל, רק בטעות שסבור שאין מום במקח, וסבור שהוא שלו, אפשר דמשלם אגרא לבעלים, וצ"ע."

והיינו דבלוקח מגזולן הלוקח מצד עצמו רוצה שהחפץ ישאר בידו, וממילא מבחינת כוונתו לבעלות אין כל מניעה ופגם, ומה שמשתמש מבחינתו הוא בתורת בעלות גמורה אלא שבית דין מוציאים מידו. אבל במקח טעות הוא עצמו אינו רוצה להוציא מרשות המוכר אם יש בו מום, וע"כ הקונה עצמו על הצד שיש במקח מום אינו רוצה להוציאו מרשות בעלים, וממילא נחית אדעא דשכר על צד זה. ונשאר באו"ש בצ"ע. ובמסקנת דבריו כתב דהדעת נוטה דלרשב"א גם במום במקח אינו צריך להעלות לו שכר בדבר הנגזל. ונראה דתליא אם נימא דהמוכר דבר שיש בו מום אם המוכר יכול לחזור בו טרם שנודע ללוקח, דאם נימא דאין המוכר יכול לחזור בו הרי נפיק מרשות בעלים, דבדידיה דלוקח תלוי, ולא במוכר, עיי"ש באור שמח שציין לדברי הסמ"ע רלב"ב. והיינו שכל זמן שלא גילה המתאנה - וה"ה במום - את דעתו שרוצה לחזור בו, יכול גם המאנה לחזור בו, וא"כ גם במוכר הדבר תלוי ולא נפיק מרשות בעלים, צריך להעלות לו שכר גם במטלטלין. וציין האו"ש שכן כתב הרשב"ש סי' תעו. לפ"ז גם במטלטלין נראה שצריך להעלות לו שכר, כמש"כ הש"ג והרשב"ש, ונראה דגם האו"ש מסכים לדינא, רק שאינו צריך לתת מה שהרויח אלא רק שכרו.

משפטיך סימן כג ליעקב שצט

והנה הריטב"א ב"מ נ,ב נראה דאינו חייב להעלות לו שכר, דדוקא אם השתמש אחרי שהכיר באונאה לא מחל אונאתו וחייב לשלם למוכר מה שהשתמש, וז"ל:

"ואם הכיר אונאתו והודיעו ואח"כ נשתמש בו, לא מחל אונאתו אלא שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש או מה שהפסיד בתשמישו, אם רצה המתאנה לבטל המקח לתבוע אונאה."

ואין לומר דהריטב"א מיירי באינו עומד לשכר, דא"כ אפילו אחר שנודע מהמום והודיעו, אין צריך להעלות לו שכר. (אמנם כ"ז באונאה, אבל במום אם הכיר המום והשתמש בו, ליתא בחזרה, וזה מדויק גם מהרמב"ם הנ"ל, דדוקא אם לאחר זמן נראה לו בה מום). וכנ"ל דבשו"ע פסק דחייב להחזיר לו מה שהשתמש וכדעת הרמב"ם הנזכרת.

ובטעם הדין כתב הרב המגיד דכיון דבטל מקח, הדרא ארעא והדרי פירי. והביא המגיד ראייה מהגמ' ב"מ סו,ב בענין מש"כ במשנה (סה,ב), מלוה על שדהו ואמר לו אם אין אתה נותן לי מכאן ועד ג שנים; אמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא, דדר ארעא והדרי פירי. ועיי"ש ברש"י ועוד ראשונים. ומ"מ מבואר שמחזיר גם הפירות. ובמחנה אפרים על הרמב"ם (מכירה טז,ח) כתב דאין ראייה מהגמ' הנ"ל, דהתם היינו טעמא משום ריבית, אבל הכא ליכא משום ריבית, ודמי ללוקח קרקע גזולה ולא הכיר בה, דחייב להחזיר הפירות משום גזל. אמנם כדעת המגיד מצאנו בלבוש רלב,טו, וז"ל:

"... ואם לא החזיר הו"ל ריבית, דהא כיון שנודע מום שמבטל מקח נתבטל המקח מעיקרו, והו"ל המעות הלואה גביה והפירות שאכל הו"ו ריבית, וכן אם היה חצר ודר בו צריך להעלות לו שכר."

ובסמ"ע רלב,ג הקשה, דא"כ הו"ל לרמב"ם לחלק בין אם כבר קבל המוכר מהלוקח דמים אם לאו. ועוד, דאף אם כבר נתן לו דמי המקח, נראה דלא עדיף מאבק ריבית דאין צריך להחזירו. ע"כ פירש שהחיוב להחזיר הוא מטעם גזל, דכיון שבטעות בא לידו, ואילו ידע שיחזור בו מחמת המום בודאי לא היה נותנו לו מעיקרא, ולא דמי למתנה ע"מ להחזיר. ועיין בב"ח רלב,יב, דהיכא דנתן לו דמים, הדרי פירי מטעם ריבית, דכיון דלא הוי מקח כלל הוי ריבית דאורייתא, ובלא קיבל דמים, הדרי פירי מטעם גזל, עיי"ש. ועיין באמרי בינה (סוף חלק א, בחלק התש' א, יד) דמה שאינו חייב להחזיר אבק ריבית היינו כשידעו המלוה והלוה בשעת ההלואה שיש כאן אבק ריבית ונתכוין המלוה לזכות, דבזה גלי קרא דאי עביד מהני, אבל בלא ידעו, ואפילו ידע הלוה ולא המלוה, הוי זכיה בטעות כיון שלא התכוין לזכות, ולכן אף למגיד וללבוש, אף אם הפירות שאכל הוי אבק ריבית, חייב להחזיר. וע"ע במש"כ הגרי"א בנחל יצחק

(פא,ו ענף א) דפירות שביד הקונה הרי הם גזל, ולא שייך לענינם איסור ריבית. דהיכא דהוי מקח טעות, מקרי מעות שתחת יד מוכר מעות גזל, עיי"ש.

ג. חליפין שוה בשוה

לפ"ז יש לכאורה לחייב את ראובן בתשלום השכירות של האופנוע. אולם נראה דכל הדין לחייב בשכירות האופנוע הוא במציאות שהיה שמעון מוכר לראובן את האופנוע והתגלה מום באופנוע, וכשמחזיר האופנוע מחזיר גם שכירותו. אולם בנדו"ד האופנוע הוא תשלום עבור המכונית. הוא חליפתו והוא תמורתו. כשנמצא מום במכונית וחוזרת המכונית, הרי שעל ראובן לשלם לשמעון דמי המקח ששילם, ומה שמחזיר לו האופנוע הוא בתורת דמי המקח. דהנה בחליפין שהתבטלו מחמת מום באחד החפצים, האם יש כאן מום בכל העסקה וכל אחד מחזיר לשני מה שלקח, ומה שמחזיר את החפץ הלא פגום, הוא תמורת החפץ הפגום שמקבל, דתרוויהו חשיבי כבעלי מום, דהמום בכל העסקה ולכן יש לראות את שני החפצים כבעלי מום, שכ"א חוזר לבעליו והבעלים מקבלים מה שנתנו תמורתו. או שמה שמחזיר מי שהחפץ שאצלו ללא מום לבעלים הוא בתורת שוה כסף, דהמחייב להחזיר את החפץ הלא פגום לבעלים הוא מאחר ובמקח שמכר היה מום, וצריך להחזיר מה שקיבל תמורת המקח.

ונראה דדבר זה תלוי בהגדרת דין חליפין שוה בשוה. דהנה בב"מ מז,א (ד"ה גאולה) התקשו על הא דיליף בגמ' מעל הגאולה דכתיב ברות, דגאולה זו מכירה:

"ומפרש ר"ת גאולה זו מכירה, ולרבי יוחנן גאולה בכסף ולר"ל במשיכה. תמורה זו חליפין של שוה בשוה דמהני לכ"ע אפי' בפירי. לקיים כל דבר לרבות אינו שוה בשוה, למר אף במטבע ופירי ולמר דוקא בכלי."

מבואר מדברי ר"ת דמכירה זו מכירה בקנין ממש כל חד כדאית ליה, תמורה זה חליפין של שוה בשוה, ומהני אף בפירי, ולקיים כל דבר זה קנין סודר. ומבואר בר"ת דיש שני סוגים של חליפין, יש חליפין שהם באים בתורת שוויות, שמה שנותן לקונה את החפץ הוא בתמורה וכשוויות לחפץ שיקנה הנותן, וזה מהני אפילו בפירי, ולא בעינן דוקא כלי, דאין לחפץ דין של כלי קנין וחפצא של קנין ולכן מהני בכל דבר שיש לו שוויות. משא"כ בחליפין של לקיים כל דבר, החפץ הניתן הוא חפצא של קנין, ומהני דוקא בכלי. ודברי ר"ת הובאו גם בתוס' שם בב"מ מו,ב ד"ה ופירי וד"ה ולרב ועוד. וכן הביא דבריו הרשב"א בקדושין כח,ב, וז"ל:

"ור"ת ז"ל פי' דג' עניני קנין הן ונפקין מקרא דעל הגאולה ועל התמורה, וכדדרשין בפ' הזהב על הגאולה זו מכירה, על התמורה זו חליפין, שלף איש נעלו ונתן לרעהו זהו קנין שלישי, וה"פ על הגאולה זו מכירה לר' יוחנן בכסף

ולר"ל במשיכה, תמורה זו חליפין כגון שמחליף דבר בדבר שוה בשוה, לקיים כל דבר שלף איש נעלו דהיינו קנין נעל וסודר שאינו דמי החליפין אלא שנותנין אותן לקיום הדבר לבד ... אבל שוה בשוה כל דבר נעשה חליפין ונקנה בחליפין, והלכך שור בפרה וחמור בשור, שוה בשוה נקנה הוא ... דכל הני פלוגתא אינן אלא בחליפי קיום דבר כלומר דומיא דנעל דאינו שוה בשוה."

הרי דיש חליפין שהם לקיום הדבר, ובזה בעינן כלי דוקא דומיא דנעל, ויש קנין חליפין בתורת שוויות, ובזה אין החפץ הניתן בתורת חפצא של קנין אלא בתורת שוויות. וכן נראה דעת הרמב"ם בהל' מכירה ה,א, וז"ל:

"כל המטלטלין קונין זה את זה, כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אף על פי שמקפידין על הדמים ושיערו כמה שוה זה וכמה שוה זה ואחר כך החליפו, כיון שמשך האחד או הגביהו, קנה השני המטלטלין האחרים בכל מקום שהם ונעשה ברשותו, ואע"פ שעדיין לא משכן."

מבואר דמהני קנין חליפין אפילו באינו כלי, והיינו בשוה בשוה. ועיי"ש ברב המגיד דדעת הרמב"ם כדעת ר"ת הנז'. עוד הביא המגיד דקצת מפרשים הסכימו דאפילו בחליפין אלו שהם בתורת שווי דמים אינן קונים בפירות, אבל שור בפרה וכל בעלי חיים בעודן בחיים קונין זה את זה, עיי"ש. וכן הביא בב"י חו"מ סי' רג (ד"ה כתב), ויבואר עוד להלן.

ובהסבר דעת ר"ת נמצא לאחרונים שפירשו דחליפין שוה בשוה קונים בתורת כסף ושוה כסף. עיין בפני יהושע ב"מ מה,ב (ד"ה איתמר). ובתחילה למד בסברת ר"ת דחליפין דשוה בשוה לא ידעינן אלא מדברי קבלה דבועז וילפינן כחדא עם קנין סודר, והקשה, דא"כ אין סברא לחלק ולומר דבשוה ושוה לא בעינן נעל, דכיון דילפינן מדברי קבלה מבועז, בעינן נמי נעל. וזה לסברת ר"ת דילפינן מתמורה. ודעת הפנ"י דחליפין שוה בשוה לא צריכי לדברי קבלה אלא קונה מדברי תורה קנין גמור, דהא קי"ל הלכתא כרבי יוחנן דמעות קונה דבר תורה, וכתב רש"י דילפינן מדכתיב בהקדש ונתן הכסף וקם לו, ושאר המפרשים כתבו דבלא"ה פשיטא לן כיון דכסף קונה בכל מקום, והדבר ידוע דבכל מקום שאמרו כסף קונה אמרינן דשוה כסף ככסף, וקי"ל דאפילו שומא אין צריך, ואם כן כשמחליף פרה בחמור נעשה הפרה שוה כסף לגבי החמור, וכיון שמשך בעל החמור את הפרה הרי הגיע שוה כסף לידו ואם כן נקנה החמור לבעל הפרה, דקנין הכסף שנתן בכל מקום שהוא הוא קנין גמור. ואף שחכמים בטלו לקנין כסף מחשש שיאמר נשרפו חיטיך בעליה, אפ"ה בחליפין בכה"ג שהיא מדין שוה כסף לא שייך הטעם של נשרפו חיטיך בעליה, דא"כ כ"ש שיאמר על החפץ שכבר משך שנשרף בעליה. וכל זה למאי דקי"ל כרבי יוחנן דמעות קונות, אבל אליבא דריש לקיש ודאי צריכין אנו לומר דחליפין דשוה בשוה היינו מטעם חליפין דקנין סודר, והא דמהני בפירות משום דריש לקיש לשיטתו דפירי עבדי חליפין.

אמנם במקנה קדושין כח, א (ד"ה בתוס' ד"ה כל) כתב לבאר בדעת ר"ת דגאולה ותמורה הם שני מיני חליפין, גאולה - כששניהם בשוק, לזה מעות בביתו ולזה חפץ, ורוצה להקנות החפץ שיש לו בביתו וחבירו יתחייב לו דמים, נותן הקונה סודר למוכר ונקנה לקונה החפץ, והתחייב הקונה דמים. ותמורה - כשלכ"א חפץ בתוך ביתו ורוצים להחליף חפציהם, מקנה האחד לחבירו החפץ שיש לו בביתו בקנין סודר, והוי כמשך אותו החפץ, וממילא נקנה החפץ השני לחבירו ע"י חליפין שוה בשוה. ומבואר לכאורה שגם חליפין שוה בשוה תורת חליפין יש להם. אמנם עיין במקנה קדושין ג, א (ד"ה בא"ד לכך) שכתב ע"פ דברי הריטב"א דמהני מדין שוה כסף, דבלא חליפין מהני מדין שוה כסף, ואף שאמר בתורת חליפין לא גרע מדין שוה כסף, ורק במטלטלין שאין מעות קונות, ע"ז שייך דברי ר"ת דבשוה בשוה קונה מדין חליפין, משא"כ בעבד דנקנה בכסף, עיי"ש.

ועיין גם בדברי הגרמ"ש (חדושי רבנו מאיר שמחה ב"מ מה, ב) שכתב בהסבר החילוק בין חליפין בסודר לחליפין שוה בשוה, דבקנין סודר למוכר אין תועלת ואין צורך בסודר, וכל ענינו של הסודר הוא כדי שיהיה למוכר עבור מה להקנות, ע"כ מהני דוקא כלי דומיא דנעל. אבל בחליפין שוה בשוה, כמו שהלוקח צריך לחפץ, כך המוכר צריך לחפץ שלוקח, ואינו ניכר ומובדל מי הלוקח ומי המוכר, בזה לא שייך אין פרי נעשה חליפין, דלוקח הפרי הוא גם לוקח וגם מוכר, שכ"א מקרי קונה שצריך לאותו דבר. ולכך מטבע שאינו נקנה בחליפין, לא מהני ביה דין חליפין שוה בשוה, עיי"ש. ומבואר לכאורה מדברי הגרמ"ש דחליפין שוה בשוה ג"כ תורת חליפין עליהם ולא תורת שוה כסף.

אמנם באחרונים אחרים מצאנו דדין חליפין שוה בשוה יש בהם דין קנין מעות. בחלקת יואב חו"מ סי' יז כתב דחליפין שוה בשוה יש בו קנין מעות ויש בו קנין משיכה, ובעצם מדין תורה קונה התמורה דהיינו קנין כסף, כיון דעדיין לא עקרו קנין כסף, ומשגזרו שיקנה במשיכה, קונה בחליפין שוה בשוה מדין קנין משיכה שבו, ומשיכה אינה עושה אלא חיוב על שכנגדו ולא קנין, עיי"ש, דלא נחית לחלק כחילוק שכתב בפני יהושע הנ"ל. ובחדושי הרי"מ (חו"מ רג, ג) כתב ג"כ דמהני מדין קנין שוה כסף, והקשה דא"כ קרא למה לי. ותירץ, דכאשר ראובן רוצה לקנות קרקע משמעון ופסק דמים, ונותן ראובן לשמעון קרקע אחרת בתמורת דמים לקרקע שקונה משמעון, בזה כיון שהחזיק שמעון בקרקע בתורת שוה כסף, קנה ראובן הקרקע של שמעון. אולם בהחליף קרקע בקרקע, כיון שכ"א רוצה את הקרקע עצמה, א"כ לא קנה זה בקנין חזקה שעשה חבירו בקרקע, דחבירו לא רצה להקנותו עד שיקנה הוא ג"כ, דכ"א רוצה גוף הקרקע ולא בתורת כסף, ולכך בא הפסוק "על התמורה" ללמדינו דמהני מדין שוה כסף, ומ"מ גם במטלטלין לא ביטלו קנין זה, דלא שייך בזה נשרפו חיטיך

בעליה, עיי"ש עוד נפק"מ. ומ"מ מבואר דחידשה התורה דמהני חליפין שוה בשוה בתורת שוה כסף. וכן מבואר בשעורי הגרנ"ט עמ"ס קדושין (סי' צב), וז"ל:

"... ומשמע שקנין שוה בשוה אינו דומה לקנין סודר אלא דקנין שוה בשוה הוא כעין קנין דמים, רק דבקנין דמים הוא צריך ליתן הדמים בשיווי החפץ, שבודקים כמה שוה החפץ וכו"כ דמים משלם עבור החפץ. אמנם בקנין שוה בשוה אינו צריך לשלם שיווי החפץ, רק דהם נותנים חפצים זל"ז, ואין אנו צריכים לשוים שיווי החפצים. ועוד חילוק יש בין קנין דמים לקנין שוה בשוה, דקנין שוה בשוה לא יהיה נקנה בתחילת פרעון, מפני שצריך לתת כל החפץ כדי לקנות חפצו של חברו. ואפשר דבקנין שוה בשוה צריכים שיהיו החפצים שווים פרוטה כיון דהוה כעין קנין דמים, ואינו דומה לקנין סודר שקונים בכלי אע"פ שאין בו שוה פרוטה."

מבואר מהגרנ"ט דחליפין שוה בשוה קונה מדין דמים, אלא דלא סגי בתחילת פרעון אלא בעינן כל החפץ בתמורה להחלפה. ועיי"ש מה שהביא ראיה מהמקנה הנ"ל (ברך ח) דמהני מדין קנין דמים ולא סודר עוד הביא מקצוה"ח קצ"ג, שהקשה על הר"ן הסובר דהנאת אדם חשוב מהני במטלטלין מדין חליפין, הא לא הוי דומיא דנעל. ובנתיבות שם ס"ק ד דהוי קנין שוה בשוה ולא בעינן דומיא דנעל, עיי"ש. ומ"מ מבואר מדבריו דמהני מדין דמים וקנין שוה כסף. וכן מבואר באבי עזרי ריש הל' אישות דחליפין שוה בשוה "גדר קנין כסף הוא". עוד הוכיח האבי עזרי דדברי הרמב"ם בהל' מכירה יג, א (הנ"ל בריש הסי') דאין לחליפין אונאה מיירי בחליפין שוה בשוה, דאי בקנין סודר פשיטא שיש אונאה, דמה לי מכר במשיכה מה לי מכר בסודר, ורק בחליפין דשוה בשוה שייך לומר שאין בזה אונאה ומטעם הרמב"ם. ועיי"ש עוד בד"ה והנה על אופן הקנין.

ומ"מ מבואר להדיא מהני אחרונים דגדר חליפין שוה בשוה הוא קנין דמים, וא"כ לכאורה כאשר מתבטל החליפין מחמת המום שנמצא באחד, ועל הבעלים של החפץ עם המום להחזיר תמורת החפץ המוחזר מחמת המום, והיינו החפץ שהחליפו, אבל מה שמחזירים החפץ התקין אינו בתורת ביטול מקח אלא בתורת חזר דמים, וא"כ מה שייך שישלם שכירות החפץ, וממילא אין מקום לתביעת שמעון מראובן לתשלום דמי השימוש שהשתמש ראובן באופנוע.

ד. ההשקעה שהשקיע בתיקון הרכב

הטענה האחרת של שמעון על הוצאות שהוציא לשוא בתיקונים מסביב למנוע, ותובע הן את ההוצאות מראובן מחמת שהשיאו עצה שאינה הוגנת. דהנה לענין עצה שאינה

הוגנת יש להבחין בין אם נותן העצה הוא מומחה אם לאו, והאופן שבה היא עלולה לגרום נזק.

איתא בב"ק צ"ט,ב: אמר רבי יוחנן טבח אומן שקלקל חייב, ואפי' הוא אומן כטבחי דצפורי, ומי אמר רבי יוחנן הכי, והאמר רבה בר בר חנה הוה עובדא קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה זיל אייתי ראיא דממחית לתרגולים ואפטרך. ותירצה הגמ', לא קשיא, כאן בחנם וכאן בשכר, כי הא דאמר רבי זירא הרוצה שיתחייב לו טבח, יקדים לו דינר. ובהמשך מביאה הגמ': איתמר המראה דינר לשולחני ונמצא רע, תני חדא, אומן פטור והדיוט חייב, ותניא אידך, בין אומן ובין הדיוט חייב. אמר רב פפא כי איתמר אומן פטור כגון דנכו ואיסור דלא צריכי למיגמר כלל, אלא במאי טעו וכו'. ריש לקיש אחוי דינרא לר"א, אמר מעליא הוא, אמר ליה חזי דעלך קא סמיכנא, אמר ליה כי סמכת עלי מאי למימרא וכו'. ובשו"ע חו"מ שו"ד ושו"ו, כתב וז"ל:

"המוליך חיטים לטחון ולא לתתן, ועשאו סובין או מורסן, נתן קמח לנחתום ועשאו פת נפולין, בהמה טבח וניבלה, בשכר חייבים לשלם דמיהן, ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה פטור ואם אינו מומחה חייב ... המראה דינר לשולחני, ואמר לו יפה הוא ונמצא רע, אם בשכר ראהו חייב לשלם אע"פ שהוא בקי ואינו צריך להתלמד, ואם בחנם ראהו פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד, ואם אינו בקי חייב לשלם אע"פ שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים. (רמ"א) וי"א דאפי' סתמא נמי חייב, ומ"מ הסברא הראשונה נראה עיקר."

ובתוס' ק,א (ד"ה אחוי) כתב דאפי' לא אמר חזי דעלך קסמיכנא, הוי מחייב, כמו ר' חייא, דאע"ג דלא אמר ליה הוי מחייב, אי לאו דלא הוי צריך למילף. והוסיף התוס', דדעת רב אלפס דלעולם לא מחייב עד שיאמר חזי דעלך קסמיכנא. ושתי דעות אלו הובאו בשו"ע חו"מ שו"ו במחבר וברמ"א שם. וכתב הרמ"א דסברא ראשונה (סברת הרי"ף והרמב"ם) עיקר. ובש"ך שם ס"ק יב הביא את הרש"ל שפסק כרא"ש וכתוס' שאין צריך לומר חזי דעלך קסמיכנא, ואפי' באומן ס"ל לש"ך כרמ"א דלא כמהר"מ מרוטנבורג שחילק בין אומן ללא אומן, דבאומן אין צריך לומר חזי דעלך וכו', וס"ל לש"ך דאפי' באומן צריך לומר חזי וכו'. אך עיקר סברת המצריכים לומר חזי וכו', מבוארת בדברי רבינו אפרים המובא בהג"א פ"ט דב"ק סה"ט ז' וז"ל:

"...ופירש, דמראה דינר מיירי בכה"ג שאם האומן אומר טוב, אז צריך לקבלו על כורחו ואינו יכול להשמט, ולכך חייב אפי' לא אמר חזי וכו', אבל משכון ומקח אין לו בעל כורחו ליקח או לקנות."

וכן מבוארים הדברים בדברי המרדכי (ב"ק קטז):

משפטיך סימן כג ליעקב תה

"במראה דינר לשולחני, דוקא דאין לו לאישתמוטי וע"כ יש לו ליקח ע"פ השולחני, דהוי כמו דיין שדן דין וטעה, אבל מראה מקח לתגר או קרובו, וכן משכונות, וכן ההיא דפרק חזקת הבתים והא אית לי סהדי דאימלכית בכך ואת אמרת לי זיל זבין וכו', אע"פ שקרקע גזולה והכשילו בעצתו, מ"מ פטורי כולהו מפני שאית להו לאישתמוטי ולא לסמוך על דבריו, והיינו דומיא דפורץ גדר בפני בהמת חבירו, דאמרינן שלא היה לה להזיק, דהתם מודה ר"מ והכא לא שנא. וההוא דמראה דינר רע לשולחני, דוקא שהוא חסר אבל אם הוא אינו כך רע אלא שנפחת צורתו, פטור שולחני, דהשתא אם הוא עושה בידים אמרינן השף מטבע של חבירו דפטור, ואפי' לרבי מאיר, הואיל ולא חסרו אלא גרם לו ליתן שכר לאומן לתקן צורתו, דהיינו דומיא דזרק מטבע מטבע לים דפטור אפי' לרבי מאיר, דמחמת ממון זה גרם להפסיד ממון אחר, ודמא לריפוי בהמה, הלכך הואיל ולא חסרו פטור, כ"ש אם הראה דינר לשולחני שנפחתה צורתו שפטור..."

בהסבר דברי המרדכי נראה, שכאשר לא אמר לו חזי וכו', כיון דאינו מחויב לקבל את המקח, אין כאן ברי היזקא, והוי רק כגרמא ולא כגרמי, וכמו שהביא המרדכי ראייה מהפורץ גדר בפני בהמת חבירו, אך כשאומר לו חזי דעלך קסמיכנא, על השולחני לדעת כי במידה ויאמר לו שהמטבע טוב מבחינתו, יהיה זה סוף פסוק והוא ינהג במטבע הנידונת כמטבע טובה, וממילא אם היא מטבע רעה ההפסד ברור ומיידי והוי גרמי, וקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי. ברם, כשאינו חייב לקבלו ולא אמר לו חזי וכו', לא היה צריך להיות הנזק ברור, דהא מנא לו למידע דהמראה מטבע יתנהג ע"פ חות דעתו של השולחני, שהרי בהחלט אפשר שבעל המטבע יראה לעוד שולחני ולא יסמוך על שולחני זה, ע"כ אין זה בבחינת "ברי היזקא" והוי גרמא, ואפי' רבי מאיר מודה דפטור. ועיין עוד בבעל המאור (ב"ק להב, ב-בעמודי הרי"ף):

"ודאמר הרי"ף ז"ל דהדיוט לא מחייב לשלומי עד שמודיע ליה דעליה סמך, נ"ל דהני מילי בשאין השולחני רואה המקח וממכר, אבל בעומד ורואהו, אין צריך להודיע כמו שאין צריך להודיע בדין וזיכה את החייב..."

החילוק לדברי בעל המאור - שכאשר לא עומד ורואהו יוכל להסתתר מאחורי הטענה שהיה סבור שלא יסמוך עליו ולא הוי ברי היזקא, אך כאשר מוכח שסומך עליו וברור לו שהדבר נגמר על פיו, כגון בעומד ורואהו, לא יוכל האומן להסתתר מאחורי טענה זו, וחייב. וכן ברמב"ן שם במלחמות:

"אמר הכותב: מצאתי בהלכות ספרדים מדוקדקים, ואי מוכחא מילתא דעליה סמך, לא צריך לאודועי, ע"כ. והיינו בעומד ורואהו ואין צריכים לתוספת."

כל הדברים אמורים לשיטת הרי"ף המצריך לומר חזי דעלך וכו', דאף לשיטתו היכא דעומד ורואהו חייב, אף אם לא יאמר חזי דעלך וכו'. ברם, לשיטת התוס' ודעימיה, אין צריך לומר חזי דעלך וכו' בכל ענין. וע"ע בחוות יאיר סי' סד, שחלק על דעת הש"ך הנ"ל הסובר כדעת הרי"ף והרמב"ם שצריך לומר חזי דעלך קסמיכנא, וז"ל:

"...ומש"כ הש"ך לדחות הוכחת הרא"ש, ממש"כ בהגהות אשרי ובמרדכי, דמיירי במוכרח לקבלו אם זה האומן אומר שטוב הוא, ומייתי המרדכי ראייה מהא דסי' קמו וקרי לה הש"ך ראייה נכונה. נ"ל דאינו ראייה, דהרי שם נתן היועץ טעם טוב למה יעצו והוא לטובת עצמו, ושם לא מיירי בטעות רק שבמרד ובמעל עשה זה שיעצו. ונ"ל אם המטבע שהראה זה שאמר טובה היא, ניכרת לכל מביני המטבעות שרע היא, ודאי חייב לשלם דמזיד הוא, כי לא שת ליכו אליה כלל ואין בזה שום תנאי, וכל שהוא יותר מומחה כ"ש שחייב..."

העולה מדבריו דפליג אש"ך בדינא, וס"ל דאין יכול לטעון שלא היה לו לסמוך עליו, וממילא כשהראה לשולחני מומחה מטבע שהיה צריך להבחין בטיבה ופשע ולא הבחין, חייב לשלם, וכל שהוא מזיד, פשיטא דחייב, וככל שהוא מומחה גדול יותר, כן חיובו גדול יותר. ובנתיבות שו"א כתב על דברי הרמב"ם והמחבר, דנראה דדין זה הוא רק ברואה בחינם, אבל בשכר ודאי חייב אפי' בלא אמר לו, וכתב דזה פשוט, וע"כ נראה לחייב יועץ מומחה אף כשלא אמר חזי דעלך קסמיכנא. (וע"ע קצוה"ח שו"א דחיוב השולחני הוא מפני שפטר חוב במטבע לא טובה, ולא דמי לשף צורת מטבע).

ונראה דבנדר"ד מה שאמר ראובן לשמעון שיש לתקן מסביב למנוע, לא היה בזה משום עצת מומחה בחינם אלא עצה בעלמא, לפי מה שאמרו לו אחרים, ופשיטא דבכה"ג לא ישמע שמעון לעצתו אלא ילך למוסך ויבדוק ויתיעץ, ובדאי שבזה ניכר וברור שאין כאן גרמי ולא דמי לנ"ל. אין כאן "עצה" אלא אמירה והבעת דעה, כאשר כל בר דעת מבין שהדעה שהובעה אינה הלכה למעשה.

כמו כן גם אין מקום לטעון על ראובן שעבר על לפני עור. דהנה הרמב"ם בהל' רוצח ושמירת הנפש יב"ד, כתב וז"ל:

"... וכן כל המכשיל עור בדבר והשיאו עצה שאינה הוגנת או שחזק ידי עוברי עבירה שהוא עור ואינו רואה דרך האמת מפני תאות לבו הרי זה עובר בלא תעשה שנ' ולפני עור לא תתן מכשול. הבא ליטול ממך עצה תן לו עצה ההוגנת לו."

ומקור דברי הרמב"ם מהתורת כהנים, קדשים ספ"ג, וז"ל:

"ולפני עור לא תתן מכשול, לפני סומא בדבר, בא אומר לך בת איש פלוני מה היא לכהונה, אל תאמר לו כשרה והיא אינה אלא פסולה. הי' נוטל ממך עצה

משפטיך סימן כג ליעקב תז

אל תתן לו עצה שאינה הוגנת לו, אל תאמר לו צא בהשכמה שיקפחוהו לסטים, צא בצהרים בשביל שישתרב (יכהו שמש), מכור שדך וקח חמור, ואת עוקף עליו ונוטלה ממנו. שמא תאמר עצה טובה אני נותן לו, ע"ז נאמר ויראת מאלוקיך, שזה דבר המסור ללב."

מבואר מהתורה כהנים דדוקא בדבר שמכשילו ויודע שמכשילו בעליל ומתוך מטרה להכשילו, אבל מי שנותן בתמימותו עצה שנראית לו הוגנת ואף הוא היה פועל לפי אותה עצה, פשוט שאינו בכלל האיסור. וכן נראה מדברי רש"י ויקרא כה, יז על האיסור של לא תנונו איש את עמיתו:

"הזהיר על אונאת דברים, שלא יקניט איש את חברו 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."

מבואר להדיא שאם התכוין לטובה אינו בכלל. וא"כ בנדר"ד מה שהביע ראובן דעתו בענין תיקון הרכב, לא מבעיא שאין כאן מקום לחיוב ממון אלא גם איסור של לפני עיור או לא תנונו אין כאן.

רק יש לדון אם יש מקום לחייב את ראובן בהשקעה שהשקיע שמעון ברכב מדין יורד ברשות, וזאת אם יוכיח שמעון שהרכב לאחר התיקונים שביצע שוה יותר מאילו היה מוחזר במומו ללא התיקונים. ונראה דדין זה מפורש ברמב"ם הל' מכירה טז, ז, וז"ל:

"קנה בגד וקרעו לעשות ממנו חלוק ואחר כך נודע המום מחמת הקריעה, מחזיר לו את הקרעים. תפרו ואחר כך נודע המום, אם השביח נוטל שבח התפירה מן המוכר, וכן כל כיוצא בזה."

ודין זה הובא להלכה בשו"ע חו"מ רלב, יד. ובסמ"ע שם ס"ק לב ביאר, דמיירי שקנה הבגד ב', ולאחר שנמצא בו מום שוה ח, וכעת השביחו לוקח ושוה ט, שנותן לו המוכר דינר. לפ"ז בנדר"ד על שמעון מוטלת חובת ההוכחה שהתיקונים שביצע השביחו את הרכב, ובאם כן, לפי התחשיב המבואר דלעיל, דהיינו שווי הרכב ללא התיקונים ושווי לאחר התיקונים, בהפרש יש לחייב את ראובן.

לאור האמור לעיל:

א. עיסקת החליפין בטלה.

ב. תביעת שמעון לתשלום שכירות בגין השימוש באופנוע - נדחית.

ג. באם יוכיח שמעון כי הרכב הושבח כתוצאה מהתיקונים שביצע, יש לחייב את ראובן בהתאם.

סימן כד

בדין העברת נחלה

ראשי פרקים

- א. בטעם הדין
- ב. בנותן מתנת בריא או משייר מקצת לבניו
- ג. בן חכם וכן שאינו נוהג כשורה

נשאלתי ע"י מי שכתב צואה, ועל פיה אשתו היא המוטבת בנכסים, וזאת כדי שיהיה לה ממה לחיות ולא תצטרך להתבזות, וכתב שלאחר אריכות ימים ושנים של אשתו, ירשו ילדיו, הבנים והבנות בשוה, דגם בנותיו נשואות לבני תורה ופרנסתן קשה וכו', אם מותר לו לעשות כן ואין בזה משום אעבורי אחסנתא. והביא לפני מה שכתבתי בח"ג סי' כח דבגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, אין בזה אעבורי אחסנתא, וכמש"כ החתם סופר חחו"מ סי' קנא. עוד נשאלתי כשיש לו כמה בנים, וכמעט כולם פרנסתם מצויה ואפי' בשפע, ואחד הבנים הוא ת"ח שרוב בניו ובנותיו ומיעוט קנין כספו, אם רשאי להעביר לו מקצת יותר שתהיה פרנסתו מצויה ויוכל לחתן ילדיו ולחיות בכבוד.

א. בטעם הדין

תנן במשנה ב"ב קלג,ב: הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו, מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו. רשב"ג אומר, אם לא היו בניו נוהגים כשורה - זכור לטוב. והגמ' הסתפקה אם כשבניו אינם נוהגים כשורה, מי פליגי רבנן על רשב"ג או לא. ורצתה הגמ' להביא ראיה מבנו של יוסף בן יועזר ומדברי הגזברים, אם שבחו את יוסף בן יועזר עיי"ש, ואין להביא ראיה מעובדא זו. והסיקה הגמ' דפליגי, ת"ש, דאמר ליה שמואל לרב יהודה, שיננא, לא תיהוי בי עבורי אחסנתא ואפילו מברא בישא לברא טבא, וכ"ש מברא לברתא. ומדתניא אפי' מברא בישא לברא טבא, מוכח דפליגי עליה דרשב"ג. ות"ר, מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגין כשורה, עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל. מה עשה יונתן בן עוזיאל, מכר שליש והקדיש שליש והחזיר לבניו שליש. בא עליו שמאי במקלו ותרמילו. א"ל, שמאי, אם אתה יכול להוציא את מה שמכרתי ומה שהקדשתי, אתה יכול להוציא מה שהחזרתי.

ואיתא בכתובות נג,א: רב פפא איעסק ליה לבריה בי אבא סוראה, אזיל למיכתב לה כתובתה (רב פפא לבית אבי הנערה לכתוב כתובתה, ושם יפסוק אביה ויכתוב לה

בנדונייתה מה שיכתוב - רש"י), שמע יהודה בר מרימר, נפק אתא איתחזי ליה. כי מטו לפיתחא הוה קא מפטר מיניה, אמר ליה ניעול מר בהדאי. חזייה דלא הוה נחא ליה, אמר ליה מאי דעתך, משום דאמר ליה שמואל לרב יהודה שיננא, לא תיהוי בעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא, דלא ידיעא מאי זרעא נפיק מיניה, וכל שכן מברא לברתא, האי נמי תקנתא דרבנן היא וכו'. ומבואר בטעם אעבורי אחסנתא, שאינו יודע איזה צאצאים יצאו מהברא בישא. ולכאורה משמע שזה בגדר עצה טובה, שלא יכעוס על בנו הרע, שמא יצא ממנו זרעא מעליא, אבל אם היה בא אליהו ואומר שלא יצא ממנו זרעא אלא בישא עד סוף הדורות, שפיר עבד, דאם הטעם מפני עקירת נחלה דאורייתא, למה לי לתת טעם דלמא נפיק מיניה זרעא מעליא, וצ"ע. אמנם טעם זה דלא ידיעא מאי זרעא נפיק מיניה, לא נכתב בסוגיא בב"ב קלג,ב, ונשנה בלא טעם.

וברשב"ם בשני מקומות בסוגיא בב"ב קלג,ב מבואר בטעם הדין, שאין לעקור נחלה דאורייתא, ובכתוב כל נכסיו לאחר, עוקר נחלה דאורייתא, וכלשון הרשב"ם במשנה: "אין לחכמים נחת רוח ממעשיו אלא חרון אף גורם להן, שכוועסין עליו דקא עקר נחלה דאורייתא". אמנם במשנה מבואר שכותב נכסיו לאחרים, ולא נאמר בענין המחלק ליורשים עצמם באופן שונה, שנותן ליורש אחד פחות או יותר. וגם לכאורה מלשון הרשב"ם "עוקר נחלה", משמע שלא הניח כלום ליורשיו, דבכך עקר נחלה דאורייתא, וכמשמעות המשנה שכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו. וכן נראה מדברי רבינו גרשם שכתב על המשנה: "שלא הוריש כלום אלא נתן לאחרים במתנה". דזה משמעות המשנה. ועיין גם במאירי, שאף שגירסתו במשנה לא כתב "כל" נכסיו, מ"מ בגמ' בהמשך כתב: "אמר המאירי הכותב כל נכסיו לאחרים והניח את בניו ...". דאף שנוסח המשנה אינו בלשון "כל", מ"מ זו משמעות המשנה.

אמנם בגמ' על הת"ש לא תהוי בי אעבורי אחסנתא, כתב הרשב"ם: "מקום שמעביר האב נחלה מן הראוי לה, ואפילו להרבות לאחד ולמעט לאחד", וכלשון הברייטא: "ואפי' מברא בישא לברא טבא". הרי שילפינן תוספת דין מבמשנה, שאפי' להעביר ולהרבות ולמעט, לא תהוי בי אעבורי אחסנתא. אמנם י"ל שדין אין רוח חכמים נוחה הימנו שבמשנה הינה רק על האופן שעוקר לגמרי נחלה דאורייתא, ודינו של שמואל שלא תהוי בי אעבורי אחסנתא, שהוא דין המסייע למי שמעביר נחלה, לא תהוי, אל תסייע, אפי' מרבה לאחד וממעט לאחר, ואינו מתיחס למוריש. ומה שהביאה הגמ' ראייה משמואל דפליגי רבנן עליה דרשב"ג, דכיון דרשב"ג כתב דאם בניו אינם נוהגים כשורה זכור לטוב, והיינו שעשה דבר טוב ובודאי יש לסייעו בכך, ע"ז באו דברי שמואל שאינו דבר טוב, שאל"כ אמאי לא תהוי בי אעבורי אחסנתא, אבל אפשר שאף חכמים דפליגי עליה דרשב"ג מודים שעל המרבה לאחר וממעט לאחר לא נאמר "אין רוח חכמים נוחה הימנו", דבר שנאמר רק על העוקר נחלה דאורייתא, שלגמרי לא נותן ליורשיו ועוקר הנחלה, וכלשון המשנה שכותב נכסיו לאחרים והניח בניו, אבל הממעט

והמרבּה, אפשר שגם למוריש עצמו אין איסור, רק אינו "זכור לטוב" כדברי רשב"ג, והראיה, שאין לסייע בידו ע"י עדות בצואה. ואף מברא לברתא באופן שאינו עוקר לגמרי, אין הדין של אין רוח חכמים נוחה הימנו אלא שאין לסייע בידו, וכוונת דברי שמואל שלא תהוי בי אעבורי אחסנתא אפי' מברא בישא לברא טבא, שבזה כל הנחלה לא נעקרת אלא נשארת אצל היורשים, וכ"ש מברא לברתא, אף אם משאיר חלק לבנים, מ"מ חלק הבת לא מגיע ליורשים, ובזה יש הדין של לא תהוי בי אעבורי אחסנתא, וע"ע להלן.

ועיין ברש"ש (ב"ב קלג,ב) שהקשה על פירוש הרשב"ם בדברי שמואל, דאפי' ממעט לאחד ומרבה לאחר, (דאפשר לפרש שמבן בישא נוטל הכל ולא מניח לו כלום) מנ"ל דאין להרבות לאחד ולהמציט לאחר, הרי המשנה נקטה שכותב נכסיו לאחרים והניח בניו, ומשמע שעקר לגמרי נחלה דאורייתא. ותירץ דשמואל ס"ל דהמשנה מיירי אפי' במרבה וממציט, אלא החידוש במשנה שאפי' שהעביר כל נכסיו לאחרים, מ"מ מה שעשה עשוי. אך כתב דלשון אעבורי אחסנתא שמעביר את כל הנחלה מיורשיו, כדלישנא דקרא "והעברתם את נחלתו", וכן תקנת חכמים בעישור נכסי וכתובת בנין דכרין יוכיחו. אך מהגמ' בכתובות משמע כרשב"ם דאפי' ממעט לאחד ומרבה לאחר. ומ"מ מהרש"ש מוכח דבפשטות המשנה ודברי שמואל הם שני דברים שונים, אלא דלרשב"ם יש לפרש המשנה גם באופן שממעט לאחד ומרבה לאחר, והרבותא שמה שעשה עשוי במעביר כל הנחלה.

ומדברי הרא"ש בתש' נראה שפירש את דברי שמואל על אופן דברי המשנה שאין רוח חכמים נוחה הימנו. הרא"ש בתש' (פה,ג) נשאל בראובן שצוה מחמת מיתה, והיתה לו בת, וחלק נכסיו, ואחר שנתן מה שרצה כתב: והשאר יחלוקו שתי אחיותיו ויתמי אחותו השלישית, שוה בשוה שליש בשליש. ויתמי אחותו זכרים ונקבות. ודן הרא"ש אם מה שצוה "יתמי", הכוונה גם לזכרים וגם לבנות. ומהלך דברי הרא"ש שאין לחלק בלשון זו בין זכרים לנקבות, ובסוף דבריו, כתב וז"ל:

"ועוד יש לחלק בטעם אחר, בין בחייו בין בשעת מותו, דבחייו, שהוא נותן מתנה, הכל בכלל, אבל בשעת מיתה, שבא להנחיל, אנו אומדין דעתו שאינו רוצה להעביר הנחלה מן הבנים לבנות, כי עברה היא, כדאמר שמואל לרבי יהודה (ב"ב קלג,ב); לא תיהוי באעבורי אחסנתא, אפילו מברא בישא לברא טבא, כל שכן מברא לברתא. וזה הנותן העביר נחלתו מבתו, וכל שכן שלא יחוש להעברת נחלת אחותו. ועוד, מתנה הוא נתן ליתמי אחותו, ולא שייך ביה העברת נחלה."

מדברי הרא"ש מבואר שבנדוד' שהיתה לו בת וממילא עקר נחלה דאורייתא בנתינת מקצת לאחיותיו ויתומי אחותו, אף שנתן לכאורה לבתו, מ"מ עקר נחלה דאורייתא, וע"כ אין לפרש דבריו שאינו רוצה לתת לבנות היתומות במקום הבנים, אף דבכל מקום

שיכולים לפרש בשעת מיתה שרוצה לתת בנים ולא לעקור נחלה דאורייתא, כך מפרשים, כאן אין מקום לפרש כן. ומבואר ברא"ש דאם נותן חלק לאחרים, "עבירה היא", והביא מדברי שמואל ולא מהמשנה, הרי שגם המנחיל עושה בכך עבירה, ולא שרק אין לסייע בידו. הרי שפירש שגם במרבה לאחד וממעט לאחר, כדברי שמואל, אין רוח חכמים נוחה הימנו.

והרא"ש בהלכותיו (ב"ב ח,לז) הביא על המשנה ועל דברי שמואל את הירושלמי (ב"ב ח,ו): א"ר אבא בר ממל, הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו, עליו הכתוב אומר ותהי עונותם על עצמותם. וכן הביא התשב"ץ ח"ג סי' קצ. ומדהביאו הירושלמי, מוכח שיש בזה עבירה, ואינו רק מנהג חסידות או עצה טובה.

וכן נראה מדברי הרא"ש על התורה (בראשית כד,י) שהקשה איך העביר אברהם אבינו נחלתו מבני קטורה וישמעאל ליצחק, והלא קיים כל התורה כולה ואפילו עירובי תבשילין כדאיתא ביומא כח ב, והא אמרינן בכתובות נג,א; שיננא לא תהוי בי עבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא. "ושמא יש לומר, שאני הכא דכתיב (כא,יב): כי ביצחק יקרא לך זרע". הרי שלולי ציווי הי"ת כי ביצחק יקרא לך זרע, היה אסור להעביר הנחלה מישמעאל ובני קטורה. ושמא י"ל דאף אם מידת חסידות, לא היה לאברהם אבינו להעביר הנחלה ליצחק.

גם במהריב"ל בתש' (ח"ג סי' צג) נראה שיש אסור גם על המוריש אם מרבה לאחד וממעט לאחר. המהריב"ל נשאל במי ששדך את בתו, וכתב שטר תנאים, ופסק מעות לתת לבתו בנדוניא בקנין ושבועה, וקודם הנשואין נפטר האב והניח בנות אחרות ובן אין לו, ועתה תובעת המשודכת שיתנו לה הנדוניא אשר נתחייב בה אביה שהיה לה במתנה, וששאר כל הנכסים תחלוקנה כל הבנות בשוה, הואיל ונתחייב בקנין ושבועה. והשיב מהריב"ל דאף דקנין מהני, מ"מ קי"ל בב"ב קלט,א, דאם נשאו גדולים לאחר מיתת אביהם, ישאו קטנים אחר מיתת אביהם, והנדוניא לא תרד מחלק ירושתם, אבל אם נשאו גדולים קודם מיתת אביהם, לא ישאו קטנים מכלל הירושה לאחר מיתת אביהם, דכך אמדינן דעת האב. והסתפק מהריב"ל אם היינו דוקא בקבלו ממש את הנדוניא, או אפי' התחייב האב וקנה בקנין או עמדו וקדשו דנקנה באמירה, חשיב כנשאו קודם מיתת אביהם, ויקבלו מה שהתחייב האב. ודעת מהריב"ל דלא יקבלו מה שהתחייב מהירושה הכללית:

"וכל שכן בנדון דידן דאזלינן בתר האומדנא לאוקומי ממונא בחזקת היורשין. ומצינן לאלומי האי סברא ממאי דאשכחינן בכמה דוכתי דאחזוקי אנשי ברשעי לא מחזקינן, נמי בנדון דידן כיון דאמר' בגמרא לא תהוי בי אעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא, אחזוקי אנשי לאעבורי אחסנתא לא מחזקינן ואמדינן דעתיה דלא אסיק אדעתיה שמזכה אותה הבת בנדוניא ובירושה. ואיברא דיש מקום לחלוק ולומר דנדון דידן דאעבורי אחסנתא לא הוי אחזוקי אנשי

ברשיעי, כיון דהתורה נתנה רשות לאב להנחיל למי שירצה, ומ"מ על הסתם דעתו של כל אדם הוא להשוות את היורשים בנים או בנות יהיו, ולא יהא אלא ספק נכסי בחזקת היורשים קיימי והמוציא מחברו עליו הראיה, וכיון שזאת הבת היא רוצה להוציא משאר אחיותיו ולא נמצא דבר ברור בשום אחד מהפוסקים, לא מפקינן משאר הבנות ויהבינן לה ותו לא מדי.

דאף שבזה אין איסור ויכול להנחיל בחייו למי שרוצה, מ"מ אמדינן לדעתיה שאינו רוצה להעביר נחלה. ומבואר מדבריו דאעבורי אחסנתא, המוריש חשיב רשע, דע"כ אחזקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן.

והרמב"ם בהל' נחלות ויג כתב טעם לא להעביר ירושה, להרבות לאחד ולמעט לאחר, כדי שלא תהיה קנאה ותחרות בין הבנים, וז"ל הרמב"ם:

"צוו חכמים שלא ישנה אדם בין הבנים בחייו אפילו בדבר מועט, שלא יבואו לידי תחרות וקנאה כאחי יוסף עם יוסף."

וברב המגיד הראה מקורו לגמ' שבת יב: ואמר רבא בר מחסיא אמר רב חמא בר גוריא אמר רב, לעולם אל ישנה אדם בנו בין הבנים, שבשביל משקל שני סלעים מילת שנתן יעקב ליוסף יותר משאר בניו, נתקנאו בו אחיו, ונתגלגל הדבר וירדו אבותינו למצרים. ושם בהי"א הביא הרמב"ם את דין המשנה ודברי שמואל, וז"ל:

"כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים, אף על פי שאין היורשים נוהגים בו כשורה, אין רוח חכמים נוחה הימנו, וזכו האחרים בכל מה שנתן להם. ומדת חסידות שלא להעיד בצואה שמעבירין בה הירושה מהיורש, אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה."

ונראה בדעת הרמב"ם דהמשנה מדברת על אופן שעוקר נחלה דאורייתא באופן שלא מניח לבניו כלום, ובזה אין רוח חכמים נוחה הימנו. ושמואל לא מיירי ביחס למוריש אלא למסייע בידו, וע"כ מידת חסידות שלא לסייע בצואה זו, ולפי פירוש הרמב"ם היינו כשמעביר כל נכסיו מהיורש, ולא מיירי בשינוי או העברה חלקית, ומדברי רב מבואר שאפי' שינוי מועט לא יעשה, כיון שגורם לקנאה ופרוד. אך כל זה בנותן לאחד יותר מלחבירו, דבזה גורם קנאה, וע"כ הביא להלכה בהי"ג את דברי רב המוספים על שמואל, דאפי' שינוי מועט באופן שגורם קנאה, אסור למוריש, אבל אינו בגדר דין המשנה של אין רוח חכמים נוחה.

והמחבר בשו"ע רפב,א הביא רק את דין המשנה ואת דברי שמואל, ולא הביא את דברי רב שהרמב"ם הביאם בהי"ג, שלא ישנה בין הבנים ולא יגרום לפרוד. וי"ל דס"ל למחבר דדין זה אינו מדין נחלות, דבשלמא דברי המשנה ודברי רב הם מהלכות נחלות, שלא יעקור נחלה דאורייתא, אבל דברי רב הם הנהגה טובה של בין אדם לבניו, איך יתנהג עם בניו, ונפק"מ גם לנחלה, וכיון שאינם בעיקר הלכות נחלות, לא הביאה

המחבר. ולכן נראה שהרמב"ם לא הביא את שתי ההלכות האחת אחרי השניה, אלא הביא תחילה את דין המשנה ודברי שמואל, והפסיק עם ירושת מומר, ואח"כ בסוף הפרק הביא את דברי רב שלא ישנה בין הבנים, דדין זה שלא ישנה בין הבנים אינו דין מהלכות נחלות אלא מוסר כללי, ואפילו לא בתורת ירושה, שהרי יעקב אבינו שינה בחייו וללא כל קשר לנחלה, וע"כ יליף מזה דגם בירושה לא ישנה, אך אינו דין בדיני נחלות אלא במידות האדם, ורק כיון שאפשר ללמוד ממנו נפק"מ לנחלות, הביאו הרמב"ם. אבל המחבר בשו"ע לא הביאו כיון שבעיקרו אינו שייך להלכות נחלות, ואולי יותר שייך להלכות מתנה. ולכאורה דין זה שלא ישנה הוא גם במתנת בריא, משא"כ בטעם עקירת נחלה, וכדלהלן סע' ב.

וא"כ כשמשנה מעט בין היורשים, לרשב"ם הרא"ש ודעימיה חשיב כעקירת נחלה דאורייתא והוי בכלל דין המשנה, ולרמב"ם אסור כדי שלא יגרום קנאה. ונפק"מ בין טעם הרמב"ם שגורם לפרוד, לטעם שכתב הרשב"ם שעוקר נחלה מהתורה, באופן שיתן נכסיו לאחרים, וישאיר לבניו, ובין הבנים יחלק באופן שוה, כמו אם הניח בנים ובנות, כשנותן לכולם בשוה ולא מוסיף לאחד על חבריו, וחלק הבנות הוא מחלק הבנים בשוה, בזה אינו גורם קנאה ותחרות. אבל לטעם של עקירת נחלה, ולמש"כ רשב"ם דברי שמואל הם מטעם המשנה, הרי גם בזה שייך הטעם שעוקר נחלה אפילו במקצת.

[ונשאלתי אם דין רב הנ"ל, שייך גם באב שמצוה בצוואתו שבנו פלוני ימלא את מקומו ברבנות או בהרבצת תורה. ונראה דכיון שאין בזה דין חלוקה, ורק אחד יכול להיות במקומו, וגם צ"ע אם יש בכלל תוקף לציווי חוץ מלעשות רצון המת, דאין זה בכלל דיני נחלות אלא מהלכות תלמוד תורה, אין בזה איסור. ובפרט כמש"כ, דאין בזה דין חלוקה, ואם לא יצווה לאחד בלבד, ימנו אחר, ואף אחד מבניו לא יקבל, המקנא בכבוד אחיו, הרי הוא במידת סדום. ואף אם יכולים להיות כמה ביחד ויש אחד הראוי יותר, אינו דומה לנחלה ממונית שהוא דבר השווה לכל נפש, ברבנות או הרבצת תורה צריך להיות אחריות ציבורית, והשיקול צריך להיות טובת הרבנות והרבצת התורה, ובזה יכול לצוות שימנו את מי שראוי לדעתו.]

לפ"ז אין להביא ראיה מהגמ' בכתובות נג,א דיהודה בר מרימר לא רצה לבוא מחשש שירבו לבת, דאף בנותן מקצת הנכסים ג"כ אסור אליבא דשמואל, דכל הנהגה זו היתה מידת חסידות וכלשון המחבר, ומידת חסידות זו שלא לבוא ולהעיד בצואה או לגרום שיעבירו מקצת נכסים בדרך כזו או אחרת, אינה מעיקר הדין של אין רוח חכמים נוחה הימנו. רק דא"כ מה הראיה מדברי שמואל דחולקים חכמים על רשב"ג, דשמואל מיירי באופן אחד - מידת חסידות לא להיות עד בצואה אפי' על העברת מקצת נכסים, ורשב"ג מיירי במעביר כל נכסיו מבן שאינו נוהג בו כשורה. ואפשר דאפי' מברא בישא לברא טבא דנקט שמואל שיש בזה מידת חסידות לא להיות עד בצואה, ממילא א"א לומר כמו רשב"ג שזכור לטוב, וא"כ אפשר דמה דפליגי חכמים על רשב"ג הוא על

ה"זכור לטוב", אבל אה"נ, גם אין בזה הדין של אין רוח חכמים נוחה הימנו, וכמש"כ לעיל.

ועיין במאירי בסוגיא כתובות נג,א דהעברת מקצת מנחלה, אין זה בגדר עקירת נחלה אלא יש בזה צד להעברת נחלה, וזה כשיטתו לעיל דמתני' מיירי בכותב כל נכסיו, ושמואל מיירי אפי' במקצת, וצ"ל שאינו אותו גדר של איסור, וז"ל המאירי:

"ממה שכתבנו אתה למד שתקנה זו, ר"ל שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו, לא נעשית אלא מפני שלסיבה היו מושכים יד מלידת לבנותיהם כראוי. ומכל מקום לא כיונו בה לצאת מן הגדר ליתן להם יותר מן הראוי. ובמקום שיש בנים זכרים מיהא ראוי להזהר ביותר שלא ליתן להם יותר מדאי, מפני שיש כאן צד להעברת נחלה, וכבר אמרו לא תהוי בי עבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא וכל שכן מברא לברתא. וכן ראוי לכל חסיד שלא להשתדל בדבר. ואם רואה בעצמו שמתוך כבודו אבי הכלה מרבה בנדוניא יותר מדאי, יזהר שלא יהיה שם. ומכל מקום כל שהתנה ליתן אף ביותר מדאי לאי זו סיבה, ראוי לו שיקיים, אף על פי שלא קנו מידו או שקנו מידו ועדין עסוקים באותו ענין, ואפילו התנה בזמן שאין הדברים נקנין באמירה, שאין ראוי לאדם להיות הדרין ולבטל מה שהוציא בשפתיו."

מדברי המאירי עולה שבמעביר מקצת יש בזה "צד להעברת נחלה", ולא עקירת נחלה וכד', וראוי לכל חסיד שלא להשתדל וכו', הרי זה מידת חסידות ולא דין של אין רוח חכמים נוחה הימנו. וחיזוק המאירי את דבריו, באם התחייב באופן שאינו אלא דבור, הרי יש בזה מחוסרי אמנה, וגם במי שאינו עומד בדבורו, אין רוח חכמים נוחה הימנו, כמבואר בב"מ מט,א ושו"ע חו"מ רד,ז, וא"כ יאמר המתחייב לא אעמוד בדיבורי, שאף שאין רוח חכמים נוחה הימני על אי עמידה בדבורי, גם אין רוח חכמים נוחה בהעברת נחלה. וע"ז השיב המאירי שראוי לעמוד בדבורו. וצ"ל דאין כאן שתי רוחות של חכמים שאינן נוחות המתנגשות זו בזו, דכאן שמתחייב להעביר מקצת, אין זה בכלל דברי המשנה שאין רוח חכמים נוחה אלא גדר אחר. אבל נפק"מ למי שמעביר כל נכסיו מבניו, שאם העביר בדבורו אפשר שאין בזה הדין של אין רוח חכמים נוחה למי שאינו עומד בדבורו.

וראיתי בכנסת הגדולה חו"מ הגה"ט רפכ,יא שכתב דדוקא להעיד או להמציא הצואה אין זה ראוי, אבל אם ישאל אותו איך לעשות צואה להרבות או להמעיט, אין קפידא בדבר. ונראה דסברתו, כיון שכל דברי שמואל אינם אלא מנהג חסידות, ממילא אין לך בו אלא מה שנאמר בו ולא יותר, וע"כ דוקא שהוא שותף פעיל בדבר, משא"כ בדרך עצה, שיתכן והמוריש לא יסכים לה, בזה אין אפילו מנהג חסידות.

וכבר הזכרנו את קושיית הרא"מ, כיצד העביר אברהם אבינו ע"ה את ישמעאל ובני קטורה מנחלתו, ואת תרוצו דהיה זה ע"פ הדיבור "כי ביצחק יקרא לך זרע. בדעת זקנים לבעלי התוס' (בראשית כה, תירץ, דאברהם וישמעאל גרים היו, ואמרינן דגר אינו יורש את אביו לא מדברי תורה ולא מדברי סופרים, וקודם שנולדו האחרים כבר נתן ליצחק, כדכתיב לעיל ויתן לו את כל אשר לו. ומהרש"א בסנהדרין צא, א (ד"ה ויתן) כתב לתרץ:

"דישמעאל בן שפחה היה שנולד לו קודם שנשתחררה, ואין בן שפחה יורש. ובני קטורה אף על פי שנולדו אחר שנימול והיה אסור בשפחה ונשתחררה קטורה, מ"מ בני פלגש היו, כדכתיב ולבני הפלגשים אשר לאברהם וגו', דמשמע דמשום דכל שאר בניו חוץ מיצחק היו בני פלגשים ואינם ראויים לירש עם בן אשתו שהוא יצחק."

וזה חידוש דבני פלגשים אינם יורשים במקום שיש בן, דלכאורה לא גרע מממזר שיורש את אביו עם אחיו, כדקיי"ל יבמות כב, א שאפי' בכור ממזר נוטל פי שנים, ויליף לה מבן השנואה, ששנואה בנשואיה, וכ"פ במחבר בשו"ע חו"מ רעז, י. ואפשר דאף דיורש, אין אסור להעביר נחלה מממזר ומבני פלגשים אף דיורשים, דמהם אין אפשרות שיצא זרעא מעליא, עיין בדרכי מישורים לגאון מטשעבין זצ"ל, ח"א סו"ס צז. ובשדי חמד (מערכת ל כלל ג, ו כתב לישב, דכיון דיצחק נתן מתנה מחיים "החלטית מעכשיו", אין בזה משום אעבורי אחסנתא, ועיין להלן.

ב. בנותן מתנת בריא או משייר מקצת לבניו

ומצאנו בראשונים ובאחרונים שכתבו שהדין הנ"ל הוא דוקא באופן שלא משייר כלום לבניו, אבל במשייר אפי' מקצת, אין בזה איסור העברת נחלה. וכנ"ל דלכאורה הדבר תלוי אם הטעם הוא עקירת נחלה דאורייתא, הרי שאפי' השאיר מקצת, לא עקר נחלה דאורייתא, או לשיטת הרשב"ם והרא"ש אפי' במקצת אסור לעקור נחלה. ולשיטת הרמב"ם כל זמן שלא משנה בין יורש ליורש ולא מעדיף אחד על אחיו, אינו גורם פרוד וקנאה. העיטור (אות מ, מתנת שכ"מ, עמ' נט, ב), כתב וז"ל:

"ירושלמי: הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו, עליהן הכתוב אומר; ותהי עונותם חקוק על עצמותם. ומסתברא דוקא בניו ודווקא לא שייר להם כלום, אבל שייר להן ונתן לעניים ולעשירים מממונו, הרשות בידו. ירושלמי: חד בר נש אפקיד גבי ר' אבא בר ממל, אמר ליה אי הוו בני דהנייה, סב פלגא והב להון פלגא. קמון בנוי ונסבין פלגא, בתר יומין בעון אתון מעור עימיה אמר לון לא אמר אבוכון הב להון אלא אי הוו דהנייה הב להון פלגא וסב לך כדין

דאתון קקו פדיטפי, הבו לי מה דיהבית לכוך, ש"מ בלשון מתנה מעביר נחלה אפי' למי שאינו ראוי ליורשו בלא שיוור. והוא שאמר לא ירש. ומה שכתב רבי' האי גאון בתשובה ד"ה כל נכסיו לאחרים, לא שהניח בניו לגמרי שהרי מתנה על מה שכתוב בתורה, הא לא דייק לך. ומה שכתב בטופס השטר שיוור ד' זווי כדי שיהא רוח חכמים נוחה הימנו."

מדברי העיטור מבואר דיכול לתת במתנת בריא ואפילו לא להשאיר כלום לבניו, דאין עקירת נחלה מהתורה רק כשיש על הנכסים שם נחלה, אבל כשנתן במתנת בריא, אין על הנכסים שם נחלה שנאמר שהנחלה נעקרה מהתורה, כיון שלא היתה כאן נחלה. עוד כתב, דאם משייר ד זוזים, אף שאת כל הנחלה העביר לאחרים, עקירה אין כאן, דאם יש מקצת הראוי לחול עליו שם נחלה שתעבור לפי דין התורה, עקירה אין כאן, הגם שאין כאן הנחלת כל הנכסים. גם התשב"ץ בח"ג סי' קמז (הביאו קצוה"ח רפב,ב) דן בשני בני אחים שכתבו כל נכסיהם זה לזה בחייהם מהיום ולאחר מיתה, ובין השאלות היו גם הנושא של אעבורי אחסנתא, וז"ל תשובתו:

"ומה שכתוב בשטר שכל א' מהם הוא מניח ליורשותיו רביע זהוב מפני הפסקת ירושה, לא היה צריך לזה אפי' בש"מ לקיים המתנות, שכן שנינו (ב"ב קלג,ב) הכותב כל נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו, ואם מפני שאמרו אין רוח חכמים נוחה הימנו, וגם אמרו (ב"ב קלג,ב) לא תהוי באעבורי אחסנתא, מפני הנחה מועטת כזה לא תהא רוח חכמים נוחה הימנו. ועוד, לשון הפסקת ירושה הנזכרת בשטר, אין לו שורש בשום מקום. ובגמרא פ' יש נוחלין (קכט,ב) אמרו ירושה אין לה הפסק, אם היה ראוי ליורשיו אותו שהניח לו כל הנכסים, לא היה צריך לכך אע"פ שהעביר נחלה מאחרים. ובטופס שטרות לראשונים ז"ל יש שיוור ד' זווי. וכתב גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחה הימנו, כמו שכתוב בספר עטור סופרים דמתנת ש"מ, וזה הלשון יותר מתוקן מלשון הפסק ירושה."

ומבואר דסגי בשיוור של ד זווי כדי שיהיה לזה שם נחלה שלא נעקרה. ונראה דלזה הסכים קצוה"ח הנ"ל, דהביאו ללא חולק וללא השגות. אמנם בחת"ס בתש' (חחו"מ סי' קנא) כתב דמהגמ' כתובות נגא, הנ"ל מעובדא דרב יהודה בר מרימר שלא רצה שירבו בנדוניא, ושם ודאי שייר, א"כ מוכח שאפי' שיוור לא מהני. ועיין ברא"ש בסוגיא בכתובות לענין כתובת בנין דכרין (ד,כד) שאין דנים בזמן הזה: "דעיקר דתקנתא כדי שיקפוץ ויתן לה, והיום הלואי שיתן לבנו כבתו, וכמה הוצרך הדבר לנדות כל מי שירבה במתנת בתו. והיום הזה כמה שנים שאין ישיבתינו דנה בכתובת בנין דיכרין". ובקרבן נתנאל שם אות ש הביא דכן כתב במרדכי, דראוי לחכמי הדור היה לעשות תקנה על זה. ובחת"ס כתב דאפשר דכל זה בשכיב מרע, שחלה בשעת מיתה, והנכסים

משפטיך סימן כד ליעקב תיז

כבר בשעה זו יכלו ליפול לפני יורשים, משא"כ מתנת בריא יכול לתת. אבל מיהודה בר מרימר עדיין קשה.

עוד כתב בחת"ס, דהראיה מהירושלמי אפשר לדחות, דהירושלמי מיירי על הפסוק ותהי עונותם חקוק על עצמותם, שהוא עוון גדול, וע"כ סגי בהניח קצת, אבל שתהיה רוח חכמים נוחה הימנו, בזה אפשר דלא סגי בשויר ד זווים. אמנם להלכה נראה דס"ל דסגי בשויר, וכמש"כ: " ודעת הגאונים רחבה מדעתינו". וכן פסק מהרש"ל בתש' (סי' מט ד"ה והשתא) לענין פרשנות שטר מתנה, וז"ל:

"ועוד אין הדעת נוטה לומר כן, דאי אמרינן ששייר ולא כלל כל הראוי, טפי אמרינן ששייר הלואה כדי שתשאר בהן ירושה לבנים ולא תבטל ירושה בצד מה, כמו שהדרך שמשיירים ספרים וקרקעות שלא יהא כמעביר אחסנתא, דאפי' מברא בישא לברא טבא כו', ולא נימא ששייך נכסי אבא דאבא שהרי לא תפול בהן ירושה מכחו שהרי הן לא באין מכחו אלא מכח אבוא דאבא, ונמצא ביטול הנחלה בממונו."

וכן למד הט"ז (אהע"ז קיג,א) דסגי בשויר, ולמד שכן דעת הרמ"א שם דאין נוהגים שלא לתת לבת טפי מעישור נכסים, והיינו מפני ששייר ליורשיו ולא עוקר בזה נחלה מהתורה. גם במהרש"ם ח"ז סי' יב כתב דאין איסור לתת מחיים לבנות, והביא מהתשב"ץ, מהרי"ט והזכור לאברהם. והעיר דמדברי הרמ"א בתש' סי' צב מבואר דגם בשויר נכסים והעביר מקצת, יש עקירת נחלה. ולכאורה זה סותר למה שלמד הט"ז בדברי הרמ"א אהע"ז קיג,א וכנ"ל. והנה הרמ"א בתש' שאם משייר, אין בזה עקירת נחלה דאורייתא, וז"ל:

"ובנדון דידן בלא מתנה זו היה מקויים ירושה דאורייתא בשאר נכסים לגבי יורש השני. ואף על גב דאמר פרק יש נוחלין אמר שמואל לרב יהודה שיננא לא תהא כד איעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא, מ"מ אם עביר מהני ולא מקרי מיעקרא נחלה דאורייתא. דאי הוי מקרי מיעקר נחלה דאורייתא לא הוי דבריו קיימים, מידי דהוי אאומר בת בין הבנים תירשני דלא אמר כלום."

מדברי הרמ"א אנו רואים שדין שמואל אינו מפני עקירת נחלה דאורייתא, וגם דינא דמשנה אינה מפני עקירת נחלה, דהרי גם במשנה איתא דדבריו קיימים, וגם מדוע הביא דברי שמואל ולא את המשנה, אם במשנה ג"כ מיירי מטעם עקירת נחלה דאורייתא. ונראה בכוונת דבריו, דאף שיש בזה עקירת נחלה של רצון התורה, אין בזה איסור ומתנה על מה שכתוב בתורה, דאל"כ לא היו מועילים מעשיו. ואף שאין רוח חכמים נוחה הימנו, מפני שעושה נגד רוח רצון התורה, מ"מ מעשיו קיימים. דעקירת נחלה דאיתא ברשב"ם וזה שכתב הרמ"א, הם שתי עקירות שונות. הרמ"א כאן מיירי שאין

כאן עקירה של מה שכתוב בתורה, והרשב"ם מיירי בעושה נגד רצון התורה, אף שאין בזה איסור.

ובכנסת הגדולה הגה"ט רפב, כתב דאפי' אעבורי אחסנתא אפי' מברא בישא לברא טבא, אסור דוקא בלשון ירושה ובשעת מיתה, אבל בלשון מתנה ובהיותו בריא, אין שום קפידא; "וכן ראיתי נוהגים שאין נוהרים בזה". הרי שלהלכה נקט דמותר להעביר במתנת בריא, ואפי' בלא שיור חשוב. ועיין פ"ת חו"מ רפב,א לענין מקדיש מקצת נכסיו (והראיה מכתובות נ,א דלאחר מיתה יכול לבזבז יותר מחומש, ועיין מרדכי ב"ב תרכה, תש' מהר"מ מרוטנבורג פראג תתקצח, מאירי בסוגיא וחת"ס הנ"ל) דאין בזה העברת נחלה, דדוקא במקדיש כל נכסיו יש לאסור. ומ"מ אם אינו עושה בשעת מיתה אלא במתנה מחיים, נראה דאין בזה איסור, דהגמ' בכתובות נ,א מיירי בשעת מיתה ולא במתנה מחיים, דאף דמחיים אסור לבזבז יותר מחומש, היינו באופן שלא יהיה לו לחיות, אבל נותן מחיים ולאחר מיתה, אין בזה איסור.

ובאגרות משה חו"מ ח"ב סי' מט כתב לסמוך על התשב"ץ כשהשאר דבר חשוב, ואף שהקשה על דברי התשב"ץ מכתובות נג,א דהא לא רצה יהודה בר מרימר ליכנס עם רב פפא בשעה שבא רב פפא בדבר פסיקת נדוניה מטעם שלא יהיה בעבורי אחסנתא, אף שודאי השאיר לעצמו יותר מד' זוזי. דאף דאיתא שם דכתב לכל מה שהיה לו, ודאי לא נתן הכל והוא ישאר עני שיצטרך לחזור על הפתחים, ואם נשאר לו עדיין לעשות סחורה או היה בעל אומנות הרי מזה יוכל גם להוריש לבניו. וכן הקשה מיוסי בן יועזר המובא בסוגיא, דלא מסתבר דיוסי בן יועזר שהיה לו עיליתא דדינרי לא היה לו לבד זה אף ד' זוזי. ומ"מ מסיק האגרות משה, וז"ל:

"מכיון שחזינן מדברי התשב"ץ דאם משאיר לירושה ליכא איסור, נראה שיש לסמוך עליו כשהשאיר ליורשין דבר חשוב. ומסתבר לע"ד שיניח להיורשין חומש שזהו דבר חשוב ודאי לכל מוריש כפי שהוא, וד' חומשין האחרים יתן מהם השליש למוסדות התורה ושני שלישים לקרובים בני תורה."

ובתשובה שאח"ז כתב ג"כ לסמוך על התשב"ץ, דאף שיש להקשות וכו"ל, מ"מ שיטת התשב"ץ בשם הגאון שבהשאיר להם ד' זוזי שהיה דבר חשוב בזמנם כבר גם רוח חכמים נוחה הימנו, והתשב"ץ סובר כן גם בדעת העיטור; "לכן העושה כתשב"ץ בשם גאון וכן הסכים הקצה"ח לדינא אין לומר עליו דלאו שפיר עביד".

ועיין בנחלת שבעה כא,ב שלמד מתש' מהר"מ מינץ סי' מז (ומצאתי שם בסי' לא, ולא בסי' מז) דליכא עקירת נחלה בשטר חצי זכר, דומיא דתקנת בנין דכרין, כי היכי דלקפצי עלה אינשי. ובמנחת יצחק ח"ג סי' קלה העלה ג"כ להלכה דבנוגע לבנות אין שום ספק דיכול להנחיל לה באופן המועיל, אלא שבקרקעות וספרים נראה מהרבה פוסקים שאין להנחיל לה, דעל כן כותבין בשטר חצי זכר, חוץ מקרקעות וספרים, מ"מ

לפי הנראה מדברי הנחלת שבעה שם (כא,ו), דרך בקרקעות וספרים שבא לו מנחלת בית אבותיו יש קפידא משום עגמת נפש, ולא במה שהם מקנתו ולא אחוזתו, ובתשו' חינוך בית יהודה (סי' קיב וסי' קיג) מוכח דעיקר הקפידא בבית דירתו ומקום מושבו בבית הכנסת, שאלו המה נודעים ונגלים לכל, וממילא אפשר ליתן להם מקרקעות אחרים, ושהם מקנת כספו, ולא מאחוזת אבותיו. ואם רוצה לתת לבן מאומץ שירשנו ולא אחיו וכו', עדיף שיתן במתנת בריא וגם ישייר מנה ליורשיו. וחידוש מיוחד מצאתי במה שכתב בענין להשאיר לאלמנה, וז"ל:

"ובנוגע לאשתו, הרי ראינו שגם חז"ל שקדו הרבה על תקנתה, כמבואר באהע"ז (סי' צ"ג וק"א ובשאר מקומות), וא"כ הסברא נותנת, שאם הבעל רואה שאם לא יחזק את זכויותיה באיזה אופן חוקי, אז תשאר אלמנה נודדת בלי משען ומשענה, בודאי אין כאן משום העברת נחלה אם משייר מנה יפה ליורשיו."

הרי שכל מה שרוח חכמים לא נוחה הימנו הוא רק באופן שעושה נגד דעת חכמים, אבל כשרוח חכמים לדאוג לאלמנה או לדאוג לבנות שיקפצו עליהם אנשים, בזה אין הדין של אין רוח חכמים נוחה הימנו ויכול להעביר. דמדברי שמואל נראה שמעביר נחלה מאיזה סיבה של ברא בישא או של איזה ענין שאינו נוהג עימו כשורה (ויבואר להלן), אבל כשדואג למה שחכמים דאגו כמו תקנת אלמנה, אין בזה הדין של אעבורי אחסנתא. ובודאי דלשיטת הרמב"ם ודעימיה דכל האיסור הוא מחמת שמעורר קנאה ופרוד בין האחים, הרי בכה"ג שנותן לאלמנה ולשאר נותן בשוה, או שנותן לבנות כבנים וכולם חולקים בשוה, אין קנאה ופרוד, אלא אף לטעם שהוא כעוקר נחלה מהתורה, כיון שרוח חכמים לדאוג לאלמנה ולדאוג שהבנות יוכלו להתחתן ויהיה להן ממה להתפרנס, כמו שמצאנו בתקנותיהם של עישור נכסי ומזונות הבנות הקטנות, אי אפשר לומר שאין רוח חכמים נוחה הימנו. וכן ראיתי בשבט הלוי (לגר"ש וואזנר שליט"א) ח"ד סי' רטז, וז"ל:

"והכוונה מבוארת כנ"ל, דודאי אין רוח חכמים נוחה הימנו לא שייך רק במסיר מהם לגמרי, מ"מ הורו לנו שלא יעביר מן הנכסים רק הנחוץ ביותר והשאר יוריש. ובאמת לפ"ז יש לצדד ג"כ אם אנו רואים טעם הגון הגובל בדבר מצוה במה דנותן מקצת מנכסיו לשאר יורשים המאחרים בסדר הנחלה, וע"כ יראה לעני כמוני לענין להיות יועץ ומורה בזה בהעברת מקצת נחלה ע"פ כל מש"כ למעלה, מאן דסמך על הכנסת הגדולה שהי' מגדולי הפוסקים ומוסמך מאד אין מזניחין אותו, ובפרט שמרן הח"ס לא הרגיש בהם, ויש מקום לומר שאלו ראה אותם הי' חושש לדבריו."

דכל מקום שיש טעם לחלק באופן שונה, כאשר יש דררא דמצוה, הרי שבזה לא נאמרו דברי שמואל, והיינו כשאנו מעביר הכל, שבזה אין רוח חכמים נוחה, אבל מנהג חסידות שלא להעיד בצוה וממילא פועל יוצא גם לא להעביר אפי' מקצת, היינו

כשאינן טעם הגון ודררא דמצוה. לפ"ז גם באופן שמרבה לאחד הבנים שהוא ת"ח ומצבו הכלכלי ירוד ביחס לאחיו, יש מקום להרבות לו באופן שאינו פוגע במידת הצדק באחרים, ובאופן שלא יגרם פרווד ומחלוקת עם שאר הילדים.

ג. בן חכם ובן שאינו נוהג כשורה

לכאורה הדין תלוי במחלוקת רשב"ג וחכמים, דרשב"ג במשנה כתב דזכור לטוב אם מעביר מבנו שאינו נוהג כשורה, ולמש"כ לעיל לפי שיטת הרמב"ם והסברו, דשמואל מיירי רק לענין מידת חסידות, אם אינו מעביר כל נכסיו ואינו גורם לפרוד בין האחים, אף שאסור להיות עד בדבר, ואף שאינו בכלל "זכור לטוב", מ"מ אינו בכלל אין רוח חכמים נוחה הימנו. ודעת הראשונים הרשב"ם, הרא"ש ועוד, משמואל ילפינן דאף בשינוי קצת, אין רוח חכמים נוחה הימנו. וגם הובאו דברי אחרוני הפוסקים, המנחת יצחק ושבט הלוי, דבכל מקום שיש טעם הגון להעביר נחלה כשרואים שיש בזה דררא דמצוה, כמו חכמים ששקדו על תקנת אלמנה וכד', ראוי להעביר מקצת נכסים לטובתה. וכן לכאורה אם הבן חכם ויש לו סמוכים רבים על שולחנו, ומצב הכספי של אחיו טוב יותר, ומעביר רק מקצת ובאופן שלא יעורר קנאה ופירוד (וצריך לזה שיקול דעת גדול, ויכול לתת העדפה מתקנת על דברים מיוחדים, שיתן לבן שהמעט בחלקו את ספריו וכד'), אין בזה איסור, וכן נוהג העולם בענין העברה במקצת, בפרט שעושה באופן של מתנה מחיים, ובפרט אם משייר דבר חשוב שיחול עליו נחלה מהתורה.

וראיתי בשדי חמד (מערכת ל כלל ג,א) שהביא ממהר"י אלגאזי בספר שארית יעקב פרשת בהעלותך, דהא דאסור לאעבורי אחסנתא אפי' מברא בישא לברא טבא, היינו דוקא כשהפרש שבין שאר הבנים לבין בן זה הוא רק בהעדר הרע, שהם נוהגים כשורה וזה אינו נוהג כשורה, אבל היכא דהוי לעדיפותא, דזה חכם והם כלל לא, אין בזה משום העברת נחלה. ולכאורה בסברא היה מקום לומר דאם אחד לא חכם, ודאי שיש לחוש דלמא נפיק מיניה זרעא מעליה, ומעשים בכל יום, טפי ממי שאינו נוהג כשורה. עוד הביא השדי חמד מהרב יפה תואר (שם באות ט) לישב, דמבן שאינו חכם לחכם, שרי להעביר, ושהקשו עליו, ואף הכותב לא כתב אלא בלשון שמא, ואף שהרב יפה תואר מיירי בחכם טובא, כמו יצחק אבינו, הרבה חלקו עליו. והביא מספר מחנה יהודה דישמעאל כיון שהיה עובד עבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים, אין בזה משום העברת נחלה, ולא חיישינן דלמא נפיק זרעא מעליא.

והנה הרמב"ם בהל' נחלות ו,יא והמחבר בשו"ע רפב,א הוסיפו על דברי המשנה הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים: "אע"פ שאין היורשים נוהגים בו כשורה". ובסמ"ע רפב,ב כתב דהחידוש, דאף שנוהגים כבוד במילי דשמיא ורק בו אינם נוהגים כשורה,

משפטיך סימן כד ליעקב תכא

אל יאמר המוריש שכיון שאינם נוהגים בו כשורה יעביר מהם הנכסים, קמ"ל דאסור להעביר הנחלה מהם, דלמא נפיק מהם זרעא מעליא. וז"ל הסמ"ע:

"משום דלא ידעינן מאי זרע יוצא ממנו. גמרא [כתובות נג,א]. ובטור לא כתב תיבת "בו" כשורה, והמחבר העתיק לשון הרמב"ם סוף פ"ו דנחלות דכתב שם גם תיבת "בו", ומשמע דר"ל דאינו נוהג כבוד כראוי במורישו, אף על גב דנוהג כשורה במילי דשמיא, ואפ"ה שייך טעמא הנ"ל, דאל יאמר המוריש כיון דאינו נוהג בי כבוד כשורה אתן ממוני לאחר, כי יחוש על זרעו יוצאי חלציו."

ולא התבאר מה הדין אם גם אינם נוהגים בו כשורה וגם לא נוהגים כשורה במילי דשמיא, דאף שמסברא יש מקום לחלק, מ"מ רוח המשנה והראשונים שאין לחלק. וצ"ל דהרבנות שאינם נוהגים בו כשורה, שהוא טעם חזק למה הוא רוצה להעביר נחלה, דאם הטענה על מילי דשמיא, הרי התורה לא חילקה, ואף בן השנואה ששנואה בנישואיה, לא יוכל לבכר, ומה לו לקנא קנאת ה'. אמנם ראיתי במהר"מ שיק (חחו"מ סי' מג) שכתב לחלק, וז"ל:

"לענ"ד דזה דוקא אם הברא בישא אינו אפיקורס ואינו מן האנשים שאינם שומרים הדת בכללה ומחללים שבתות בפרהסיא ודינם כנכרים, אבל אם הם אפיקורסים וכיוצא, נראה דלא שייך לומר דלמא נפיק מיניה בנין דמעלי, דמסתמא אינו מגדל את הבנים על דרך הטוב ... ועוד, אם ע"י ירושה ההוא יהיה רשע יותר, כגון אם מניחים לו שדות וכרמים וכיוצא בהן, והוא מחלל שבתות ויעבד אותם גם בשבת, אפשר דבאופן זה לא אמרו חז"ל זאת, כן נראה לענ"ד."

וזה חידוש גדול לדינא לחלק בדרגות של "בישא". וכבר הקשה עליו הגאון מטשעבין בדובב משרים ח"א סו"ס צז מדברי התוס' ע"ז כו,ב ד"ה אני, על הא דאיתא בגמ' דחייב להשיב אבידת מומר, ומדוע מורידין ולא מעלין, הקשו התוס' מאי פריך, דלמא לעולם אימא לך דמורידין, ואפילו הכי משיבין לו אבידתו, דהא במסור לאנסים אף על פי שממונו אסור לאבד ביד משום דלמא נפיק מיניה ברא מעליא, דכתיב יכין רשע וצדיק ילבש. ומוכח מקושית התוס' דהן במסור או מומר משיבין אבידתו דלמא נפיק מיניה זרעא מעליא. אמנם ראיתי לאגרות משה (חחו"מ ב נג) שכתב דשרי להעביר נחלה מבן שהוא מחלל שבת וכד', ומה דאסור לאבד ממונם דלמא נפיק מיניה זרעא מעליא, היינו לענין לאבד ממונו, אבל לענין העברת נחלה, אין לחוש, וז"ל:

"והנה בבנין דלא מעלי פשוט שהוא רק בברא בישא בעלמא דאינו זהיר כל כך במצות אבל הוא מאמין בה' ובתורתו ומחנך את בניו ללכת בתורת ה' ולשמר מצותיו, שבזה יש ודאי ספק דיפקו מיניה זרעא מעליא, ואף אם הוא חוטא היותר גדול בין אדם לחברו כמסור נמי, כיון דהוא נזהר בדברים שבין אדם למקום מחנך את בניו לתורה ומצות, לכן יש ספק לזרעא מעליא כדאיתא בסוף

ב"ק קיט,א, אבל המומרים לחלל שבתות בפרהסיא ועוברים על איסורי התורה ואין מחנכים את בניהם לתורה ומצות, אין להסתפק בזרעא מעליא, ואף שאירע לפעמים שגם ממומרים לשבת ולכל התורה נפיק בן שומר תורה, ודאי הוא רק מיעוט שלא מצוי ואין לחוש לזה, שלכן ודאי רשאי לא רק ליתן לצדקה אלא אף ליתן לאחרים רשאי, ורוח חכמים נוחה מזה וגם זכור לטוב, שבזה לא יפלגו על רשב"ג. וגם יותר מזה, אף במסור שיש ספק דליפוק מיניה זרעא מעליא, שמטעם זה אסור לאבד ממונו ביד, מסתבר שהוא רק שלא לאבד מה שיש לו כבר, אבל רשאי להעביר נחלה ממנו. דהא גדולה מזה איתא בש"ך חו"מ שפח,סב כתב מהטור בשם בעל העיטור דע"י גרמא או גרמי מותר לאבדו, וכן הוא ביש"ש פ"ב דב"ק סימן נ, וכ"ש העברת נחלה דאינו מזיק כלל ממה שהיה לו אלא שמונע שלא יתוסף לו שרשאי. ולהי"א שהביא הרמ"א שמותר ליטול ממונו לעצמו ורק לאבד אסור, כ"ש שליכא איסור להאב ליתן לאחרים וכ"ש לצדקה, וכ"ש במומר לשבתות ולאיסורי התורה שאין לחוש לזרעא מעליא לפי רובא דרובא שמותר. ועיין בחת"ס חו"מ סימן קנג שג"כ מפרש ברא בישא שאינו מומר אלא בישא בעלמא שהוא שאינו זהיר כל כך במצות או שאינו נוהג כבוד באביו כפירוש הסמ"ע, משמע דמומר מותר להעביר נחלה ממנו. ומש"כ שם במסור שאמרינן דאסור לאבד ממונו משום חשש זרעא מעליא כ"ש ברא בישא, הוא רק לענין חשש זרעא מעליא, אבל לענין העברת נחלה פשוט שמותר להעביר נחלה ממסור כדלעיל, אף שלשונו משמע דאסור ולא דק בלשונו וצע"ק. אבל בן מומר לחלל שבתות ואיסורי התורה שאינו מחנך את בניו, לכו"ע מותר להעביר נחלה ממנו. ונמצא שיפה עשה האב בצואתו מטעמים הברורים שכתבתי."

לפ"ז הרוצה לסמוך על מהר"מ שיק והאגרות משה ולהעביר מכן שהוא לחלוטין מופקע מתורה ומצוות, יש לו על מי לסמוך, בפרט שהדוכב מישרים לא חלק אלא הקשה, ובאגרות משה ישב קושיתו. אך צריך שיקול דעת אם אכן מדובר במי שמופקע לגמרי מתו"מ, וגם מחנך ילדיו לחינוך כזה, ושאין כל סיכוי שילדיו ילכו בדרך המסורה.

אך כל זה במי שהוא מופקע מתורה ומצוות, אבל אם מזלזל בכבוד אביו, אסור להעביר נחלה. כן מצאנו בתש' תשב"ץ ב,קעז בבן שקרא לאביו ממזר, אם מותר להעביר ממנו נחלה, וכתב התשב"ץ דזה הבן סכל הוא, שאם אביו הוא ממזר גם הוא ממזר ואסור לבא בקהל, ומי שמעיד על עצמו כן אינו רשע אלא פתי וסכל, כי לא ברעת ידבר ומאין הוא יודע אם נולד אביו בכשרות או בפסלות. אולם לענין העברת הנחלה אף שרשאי האב לעשות מנכסיו כל מה שירצה וליתנם לכל מי שירצה, מ"מ אין ראוי לעשות כן ולהעביר נחלה, והביא דברי המשנה ודברי שמואל (ב"ב קלג,ב). הרי שאף במחציף פניו נגדו, והיינו שאינו נוהג בו כשורה, אין להעביר נחלה, אולי יצא ממנו בן טוב.

משפטיך סימן כד ליעקב תכג

אך מאידך מצאתי לענין העברת נחלה ולתת יותר למי שטיפל ונהג באביו כבוד. בצמח צדק (לובביץ, חחו"מ סי' מב) דן באחד שרוצה לתת לחתנו שני שליש מבתו, מפני שרוצה שבתו וחתנו יטפלו בו, והשליש לבנו, אם יש בזה משום אעבורי אחסנתא, ודן בקיצור בדברי כנה"ג דבמתנה מחיים אין איסור לתת, והקשה דבתש' רמ"א לא מצא לזה ראייה. אך התיר לעשות כן, וז"ל:

"ומ"מ בנידון שאלתנו נראה דשרי, כיון שהאב צריך לזה שיחזיקו על שולחנו שא"א לו לדור אצל בנו ונוח לו לדור אצל בתו, וכמארז"ל בעירובין פ' כיצד משתתפין דפ"ו נבח כך כלבא כו', א"כ פשיטא דחיי קודם לחיי בנו, ובדאי שזוהי כמו מכירה, ופשיטא שמוכר לצורכו לא הוי בכלל עבורי אחסנתא, ואפי' לאחר שרי ולא דוקא לחתנו ובתו, וכ"ש להם."

ונראה דחשיב כמכירה וכמוכר לצרכו דוקא אם נותן מחיים, ולא אם נותן לאחר מיתה, דכן נראה מלשון השאלה בצמח צדק, אבל אין זה מוכרח כ"כ, דעדיין י"ל שתמורת הטיפול, נותן להם אחרי מיתתו שני שליש, שהרי אין כאן סכום מדויק רק דמי למכירה, וצ"ע. ועיי' בדעת זקנים לבעלי התוס' בריש פרשת כי תצא כא, טז שהקשה איך ביכר יעקב את יוסף על פני ראובן, וז"ל:

"ואם תאמר הרי יעקב ביכר יוסף בן האהובה על פני ראובן בן השנואה, כדכתיב; וירא ה' כי שנואה לאה. בפשיעתו של ראובן היה, ונתנה ליוסף שפרנס אביו. וא"ה לא יוכל לבכר, ואם פשע באביו יביאנו לבית דין כדמפרש ואזיל."

ומוכח מזה דדוקא מפני שפרנסו נתן לו את הבכורה, והוי כמכירה כסברת הצמח צדק. ויעקב נתן ליוסף מחיים ולא רק לאחר מיתה. ומה שפשע ראובן בהיות לאה שנואה, נראה מהמשך דברי הדעת זקנים שאינו טעם מספיק להעביר הבכורה מראובן, דהו"ל להביאו לבי"ד, ורק מפני שפרנסו יוסף היה מותר לו להעביר לו. או שהעביר מראובן מפני שפשע בו, ונתנה דוקא ליוסף מפני שפרנסו.

לאור האמור לעיל, מי שרוצה לעשות צוואה ולתת לבנות ולבנים בשוה, או לתת לאלמנה, כיון ובמקום שיש בזה דררא דמצוה, ומכיון שלא מרבה לאחד וממעיט לאחר, יש למצוה על מי לסמוך, בפרט אם נותן במתנת בריא, ובפרט אם משייר סכום חשוב שבו תתקיים נחלה מהתורה. וכן אם רוצה להרבות לבן חכם ועני, באופן שלאחרים יש יותר לסיפוקם, אם הדבר לא יגרום לקנאה ותחרות, יש למצוה על מי לסמוך שראוי לעשות כן. וכנ"ל אם עושה במתנת בריא וכן משייר, ודאי יש על מי לסמוך.

סימן כה

בדין מתנה מוסתרת

ראשי פרקים

א. בטעם מתנתא טמירתא

ב. הנפק"מ מב' הטעמים

ג. כשיש סיבה להסתיר

יהודי ערירי בקש לתת לעמותה דירה עוד בחייו. הצדדים עשו הסכם מתנה אצל עו"ד, וכן הנותן חתם על יפוי כח בלתי חוזר. העמותה בקשה, מסיבות שאין כאן המקום לפורטם, שהרישום כולל הערת אזהרה יעשה רק בסוף השנה, וכן בקשו מהנותן שלא יפרסם את הדבר שהישיבה היא כיום הבעלים של הדירה. הם בקשו, והנותן הסכים, שהוא ימשיך לגבות מהשוכרים של הדירה את השכ"ד, ויעביר לעמותה, כך שבשלב זה לא ידע איש שהעמותה היא הבעלים על הדירה. לאחר כמה חדשים, ובטרם נרשמה המתנה אצל רשם המקרקעין, נפטר הנותן, ונשאלתי אם יש בכגון זה ג"כ שאלה של מתנה מוסתרת.

א. בטעם מתנתא טמירתא

איתא בב"ב מ"ב: אמר רב יהודה, האי מתנתא טמירתא, לא מגבינן בה (דשמא נתנה לאחר כבר או לעשותה מודעא לחברתה נתכין כדלקמן - רשב"ם). היכי דמי מתנתא טמירתא, אמר רב יוסף, דאמר להו לסהדי זילו אטמורו וכתבו ליה. ואיכא דאמרי, אמר רב יוסף, דלא אמר להו תיתבו בשוקא ובבריתא ותכתבו ליה. מאי בינייהו, איכא בינייהו סתמא. אמר רבא, והויא מודעא לחברתה(הך מתנתא טמירתא מודעא לבטל חברתה שטר מתנה או מכירה גלויה וכשרה שנכתבה אחרי כן על שדה זו לאדם אחר דלכך כתבה להך טמירתא דלא לחזיק בהאי שדה האיך בתרא). אמר רב פפא, הא דרבא לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר (וטעות הוא), דההוא גברא דאזל לקדושי אתתא, אמרה ליה אי כתבת לי כולהו נכסיך הוינא לך, ואי לא, לא הוינא לך. אזל כתביה לה לכולהו נכסי. אתא בריה קשישא, א"ל וההוא גברא מה תהוי עליה. אמר להו לסהדי (קודם שנכתב שטר האשה), זילו אטמורו בעבר ימינא וכתבו ליה. אתו לקמיה דרבא, אמר להו, לא מר קנה ולא מר קנה (הבן משום דהויא טמירתא, האשה משום דטמירתא הויא לה מודעא לבטלה). מאן דחזא סבר משום דהויא מודעא לחברתה, ולא היא (דמתנה טמירתא כמאן דליתיה היא ולא הויא מודעא), התם מוכחא מילתא דמחמת

אונסא הוא דכתב לה (שאינה חפצה בו א"כ יכתוב לה הלכך לא גמר בלבו להקנות לה אלא עד שישאנה ויחזור בו והלכך התם הוא דהויא במקום מודעא), אבל הכא, מר ניחא ליה דליקני ומר לא ניחא ליה דליקני (דליכא טענת אונס בבתייתא, לא הויא מתנה טמירתא קמיתא, מודעא לבתייתא שהיא עשויה כתקנה לבטלה, דבקמיתא לא ניחא ליה דליקני הואיל ועבדה טמירתא, אבל אחרון שנעשה לו שטר ראוי, ניחא ליה דליקני. שמעינן מהכא דמתנתא טמירתא לא הויא מודעא לחברתה אלא היכא דאיכא אונס בבתייתא אונס דמוכח, אבל בלא אונס ניחא ליה דליקני). איבעיא להו, סתמא מאי. רבינא אמר לא חיישינן, רב אשי אמר חיישינן (לטמירתא ולא מגבינן בה, ואי מגבינן, לא מהדרין עובדא, והיינו דלא קאמר רב אשי דלא מגבינן אלא חיישינן דספק הוא והיכא דקיימא ארעא תיקום), והלכתא חיישינן (דלא מגבינן בה, והלכך צריך לכתוב בתוך השטר וכך אמר לנו כתובה בשוקא וחתמוה בברא, ואע"ג דלא אמר אלא כתובה לו סתם שטר מתנה, כמו שתקנו חכמים קאמר).

ונחלקו הראשונים בטעם מתנה מוסתרת דלא מהני. הרא"ש בהל' לג כתב דאפילו אם תפס מפקינן מיניה, שאנו אומדין דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה אלא שהוצרך לפנים לתת לו, ולא קנה בתורת ודאי ולא בתורת ספק, ואפילו היה ספק לא מהני תפיסה, דקיי"ל תקפו כהן מוציאין מידו. ורבינו יונה בעליותיו (ב"ב מא, א ד"ה ועלה) לא כתב דאמדינן לדעתיה אלא דחוששין שמא לא נתנה בלב שלם, ולא מהני תפיסה כיון דאוקי ממונא בחזקת מריה. ומ"מ הצד השווה הוא מחמת חסרון (גמור או ספקי) בגמירות דעת של הנותן. ועיין בסמ"ע רמב"ה שכתב דבענין מתנה גלויה; "כדי שיהיה נראה שבעין יפה נתנה". והיינו שהחסרון בגמירות דעת ורצון הנותן. וכן בס"ק יב דלא חיישינן במצוה מחמת מיתה למתנה מוסתרת, דאין חשש בשעת מיתה שעושה כדי להחניף. וכ"ז כשיטת הנ"ל שהחסרון מחמת גמירות דעת. והרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ה,א, כתב וז"ל:

"הנותן מתנה בין בריא בין חולה צריך שתהיה גלויה ומפורסמת, אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו אינה כלום, שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן. (והראב"ד השיג) א"א פירוש הטובה שקבל מזה."

ומבואר מדברי הרמב"ם דהחשש הוא הערמה, שיאבד ממון אחרים, שאחרי שנותן בסתר, ימכור לאחר, ויפסיד הקונה כספו. וכן לכאורה יש חשש שילווה מאחרים אחר המתנה המוסתרת, והמלוה יסמוך על הקרקע, ולבסוף יתברר שכבר נתן לאחר, ע"כ אמרו חכמים שתבטל מתנתו. ודברי הראב"ד סתומים לכאורה. ובמגיד כתב דהראב"ד לא ראה סיום דברי הרמב"ם שהטעם הוא מחשש קנוניא; "ופירוש דברי הר"א ז"ל, שהטעם שאינו נותנה בלב שלם אלא מפני שקבל טובה ממנו ואינו רוצה שתועיל, וטעם רבינו עיקר". דהראב"ד ס"ל שהחסרון בגמירות דעת הנותן, שאינו רוצה שתתקיים המתנה. וטעם הרמב"ם דחיישינן לקנוניא, וס"ל לרמב"ם דטעם הרמב"ם עיקר. והרשב"ם

בסוגיא כתב דהחשש שמא כבר נתנה לאחר. ולכאורה איזה חשש הערמה יש בזה. ובלחם משנה רצה לבאר בדרך זו את דברי הראב"ד:

"גם אפשר לפרש דברי הראב"ד ז"ל, והוא יותר נכון, וטעמו כמ"ש רשב"ם ז"ל שאפשר שכבר מכרה לאחר או נתנה ועכשיו אומר לזה שנותנה, וזהו שאמר לאבד הטובה שקבל ממנו, זה שקבל ממנו טובה, להטעותו נתן לו מתנה זו שכבר היא נתונה לאחר."

ולכאורה מה הערמה יש בזה אם כבר נתנה לאחר, שתבטל המתנה כלפי זה שהערימו עליו, דאם נתנה לאחר, הרי היא של אחר, ואם לא נתנה לאחר כבר, תהיה של שני. אלא הכוונה שמחמת חשש זה שנתנה כבר לאחר, חיישינן או אמדינן שלא למתנה גמורה התכוין.

ועיין בתורת חיים בסוגיא שכתב דשיטת הרשב"ם והרמב"ם היא אותה שיטה, דחיישינן להערמה. והקשה התורת חיים, דא"כ גם מכירה מוסתרת תבטל, כיון שגם במכירה שייך שימכור אח"כ ויפסיד הקונה השני כספו, ולמה דוקא מתנה מוסתרת בטלה. לכך פירש דכיון דלא יהיב ליה מתנה גלויה ומפורסמת ואומר לעדים כתבו בסתר מסתמא לא יהיב ליה מרצונו הטוב, וכל מתנה שאינה ברצון לאו מתנה היא, אבל מכירה שלא ברצון הוי מכירה, דאפילו תליוהו וזבין - זביניה זביני. אמנם בקושייתו על הרמב"ם י"ל, דחכמים חששו יותר לקנוניא במתנה, דבשלמא במכר אפשר שלמוכר יש ענין להסתיר את המכירה, שלא יזולזלו נכסיו או שלא ידעו שיש בידו מעות מהמכירה, אבל במתנה מה ענין למוכר להסתיר את המתנה, ע"כ בזה יש יותר חשש קנוניא.

וביד רמ"ה ב"ב פ"ג ס' קי הביא בתחילה את טעם הקנוניא, דקא בעי לזבוני לנכסי לאחריו, וקדים וכתוב לאחר במתנה, כי היכי דליזיל מקבל מתנה וליפק מלוקח. ובהמשך כתב דאיכא לפרושי דלא מגבינן מפני שלא גמר להקנותו ודעתו למיהדר ביה, ועיי"ש בבאור הסוגיא.

אמנם דעת האור שמח זכיה ומתנה ה,א דאף לשיטת הרמב"ם דלא מהני מטעם קנוניא, מ"מ אף במקום דלא שייך קנוניא, כיון שחכמים תקנו דמתנה מוסתרת לא מהני, שוב כשנותן מתנה מוסתרת, ודאי לא גומר בדעתו לתת לו, דכיון דחכמים תקנו שמתנה טמירתא אינה מועלת, תו כי יהיב מתנה מוסתרת אמרינן דלאו למתנה איתכוין, רק להחניפו במידי דלא הוי מתנה ולהערימו, ורק על תחלת טעמא דמתנתא טמירתא לא הוי מתנה, ע"ז אמר הרמב"ם שלא יעשה קנוניא. ממילא בכל ענין לא מהני מתנה מוסתרת, אף במקום דליכא למיחש לקנוניא.

ב. הנפק"מ מב' הטעמים

מספר נפק"מ מב' הטעמים האמורים. האם המתנה בטלה מהתורה או רק מדרבנן. אם נאמר דיש כאן חסרון בגמירות דעת, שייך לומר שהמתנה בטלה מהתורה, למש"כ הראשונים שלא התכוין לתת אלא באונס, ולא דמי לאופנים שיש גמירות דעת מהתורה, רק חכמים קבעו שצריך יותר גמירות דעת, כמו באסמכתא, למ"ד שהיא מדרבנן (וראה מש"כ בזה בסי' כא). ואם נאמר שהחשש הוא הערמה, המתנה בטלה מדרבנן, ומהתורה הוי מתנה. ועיין במש"כ המבי"ט בקרית ספר זכיה ומתנה פ"ה, וז"ל:

"מתנה מוסתרת בפירוש, נראה דלא הויא מתנה מדאוריתא, דכיון שאמר שיסתירוה נראה שאינו נותנה בלב שלם, ומשום הכי חיישינן נמי לסתמא אטו מוסתרת בודאי."

נפק"מ נוספת אם מחזיקו עתה מיד בקרקע, דכל הנידון לכאורה הוא בדוקא אם נותן לו בקנין סודר, דבזה שייך לומר שלא גומר דעתו, אבל אם המקבל מחזיק מיד בהוראת הנותן בקרקע, י"ל דאין לחוש או לאמוד שלא גומר בדעתו. משא"כ בחשש קנוניא וכמש"כ הרמב"ם, יש לחוש אף בכה"ג. ונחלקו בזה הראשונים. הרמב"ן בסוגיא, כתב וז"ל:

"מדאמרינן לא מגבינן בה, נראה לי לדקדק מה שדן רבינו הגדול ז"ל שאם נתן לו מתנה מעכשיו ומחזיקו בה מעתה, לא חיישינן בה למתנתא טמירתא, שהרי על כרחו גלויה היא שברשותו של זה היא והוא מגלה, לפיכך אמרו לא מגבינן בה, כלומר שהנכסים ברשות נותן ואין מוציאין מידו, ולא משום ספק פסול המתנה אמרו כן."

והריטב"א חולק וכתב די"א שאין מתנה מוסתרת שהחזיקו או בכתב בשטר שעשו קנין; "וליתא, דהכא סתמא נקטינן כל מתנה טמירתא". ועיין נימוק"י ב"ב (כא,א בעמוה"ר למטה) מה שהביא מהרי"ף והקשה עליו. ונראה דמחלוקתם היא בטעמים הנ"ל, דשיטת הרמב"ן דהחסרון מחמת גמירות דעת, ע"כ בהחזיקו מעתה, ליכא למיחש לגמירות דעת, משא"כ לריטב"א דהחשש הוא מחמת קנוניא. והמחבר בשו"ע חו"מ רמב"ז הביא די"א דמתנה טמירתא, אם החזיקו הנותן בנכסים או שהחזיק הוא בהם בפני הנותן ולא מיחה בו, קנה. והרמ"א בס"ג פסק כן בשם רבינו ירוחם, וז"ל:

"מיהו אם החזיקו אותו במתנה מעכשיו, לא שייך בה סתר. ולכן אם כתב ליה בשטר מתנה לך וחזק ביה מעכשיו, הוה ליה כאילו כתב כתובה בשוקא וכו'". ולמש"כ הן המחבר והן הרמ"א ס"ל בהחזיקו מיד, אין בזה חשש מתנה מוסתרת, דס"ל שהחשש הוא מחמת גמירות דעת הנותן. וכן י"ל לדברי הרשב"א בתש' ח"א סי' תקצד, דאם כתוב בשטר ילך ויחזיק מעכשיו, אע"ג דלא כתב חתמו בו בפרהסיא

וכתבוהו בשוקא, כשר, שהרי זה פרסום. ולכאורה גם אם כתבו בשטר ילך ויחזיק מעכשיו, יש חשש קנוניא. אמנם י"ל דגם לחשש קנוניא בכותב ילך ויחזיק מעכשיו, לא חששו חכמים לקנוניא, ודוקא כשמבקש להסתיר או לא לגלות, יש לחוש לזה, משא"כ כשכתב ילך ויחזיק. אבל במחזיק בפועל מעכשיו, לטעם קנוניא לכאורה עדיין יש לחוש כשמסתיר. או י"ל דאין לחוש, דכיון שמחזיקו, הרי זה כפרסום.

נפק"מ נוספת האם מתנתא טמירתא היא גם במטלטלין או רק בקרקעות. דאם החשש הוא מחמת גמירות דעת, אין חילוק בין קרקע למטלטלין. אולם אם החשש הוא קנוניא, כיון שלא יוכל מקבל המתנה להוציא מיד הקונה המוחזק מבלי שיתן דמים משום תקנת השוק, עיין ב"ק קט"ז, ושו"ע חו"מ שנו"ב, יש לחוש בקרקעות ולא במטלטלין למתנה מוסתרת. והנה אף ששיטת הרמב"ם דהכל מחשש קנוניא, וא"כ במטלטלין דלא שייך קנוניא, אין לומר דמתנה מוסתרת לא תועיל, מצאנו בנו"כ לרמב"ם שכתבו דאין חילוק בין קרקע למטלטלין. הרב המגיד זכיה ומתנה ה"ב, כתב על דברי הרמב"ם: "לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו...", דלאו דוקא מתנת קרקע, וז"ל:

"מש"כ המחבר קרקע לאו למימרא דמתנת מטלטלין שהיא מסותרת שתועיל, דהא סתמא אמרינן האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה, וכן מוכיחין דברי המפרשים. וגם המחבר הקדים הנותן מתנה סתם ולא אמר הנותן מתנת קרקע, אלא ודאי מש"כ כאן קרקע אינו אלא מפני שאין שטר מועיל במטלטלין בלא קנין, והוא הדין לקניין מטלטלין, ודאי בשצוה להסתירו."

גם בלחם משנה שם ה"א כתב דמש"כ הרמב"ם שטר מתנת קרקע, לאו דוקא, והוא הדין מטלטלין, והא דנקט קרקע, דדוקא בקרקע הוי מילתא פסיקתא דלא זכה המקבל אבל במטלטלין איכא צד דזכה היכא דתפס, ולכאורה כיון דטעם קנוניא לא שייך במטלטלין, למה לא מהני מתנתא טמירתא במטלטלין. ואכן בקצוה"ח רמב"ג כתב דלטעם הרמב"ם לא שייך קנוניא במטלטלין, וע"כ כתב הרמב"ם דוקא מתנת קרקע, וז"ל:

"ולולי דברי הרב המגיד נראה דהרמב"ם ס"ל דוקא בקרקע, לפי טעמא שכתב שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן, והיינו משום דלא ידעו במתנה ויקחיה ממנו, וא"כ גבי מטלטלין דמחויב להחזיר דמים שנתן משום תקנת השוק וליכא איבוד ממון רק שיוציאו ממנו החפץ, אפשר לומר דבזה לא תיקנו לבטל מתנה טמירתא, ומשום הכי דקדק וכתב לפיכך כל שטר מתנת קרקע, דבזה ליכא תקנת השוק."

נפק"מ נוספת במש"כ הרא"ש הנ"ל בסוף הל' לג, דהאידינא דלא חיישינן לסתמא, משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנתא וכך אמר לנו כתובו בשוקא וחתמו בברא,

הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה בסתם, דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, הלכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וחתמוה בברא, וכן כתב רב האי גאון ז"ל דהאידנא לא חיישינן לסתמא. הרא"ש לשיטתו דהחסרון במתנתא טמירתא הוא בגמירות דעת, שודאי לא ברצון מתכוין, ע"כ האידנא דנהגי למיכתב בכל השטרות וכך אמר לנו וכו', הרי שבסתמא גומר בדעתו, כיון שכך המנהג לומר. אבל בחשש קנוניא, עדיין המנהג לא מוציא מחשש קנוניא, וע"כ לשיטת הרמב"ם לכאורה לא מהני מה שנהגו לאפוקי סתמא מחשש מתנתא טמירתא.

והנה בנדו"ד שהעמותה - הקונה, בקשה מהנותן להסתיר את דבר המתנה לזמן מסוים, לכאורה לב' הטעמים אין בזה חשש של מתנתא טמירתא. דבחשש של גמירות דעת, כל מה שחששו הוא באופן שנראה שהנותן לא נותן ברצונו ולא גומר בדעתו לתת, עיין ברשב"א בסוגיא דדוקא בבא נותן וערער, עיי"ש, אבל במקבל אין חשש זה, ועכ"פ לא מצאנו לחשש זה. ולכאורה גם אין לחוש שאם המקבל ביקש להסתיר, גם המוכר כבר אינו נותן בלב שלם, בפרט בנדו"ד שביד המקבלים יפוי כח כדין, ויכולים מיד לרשום הנכס על שמם. וגם מחשש הערמה, אם נבוא לחוש שהמקבל מערים, שרוצה שלא ידעו בע"ח וכד', א"כ מה הועילו בביטול המתנה, ולחשוש שהמוכר ימכור לאחר, לא שייך לחשוש כן כשההסתרה באה מצד המקבל, דכל מה שחששו הוא באופן שהנותן מבקש בשעת המתנה להסתיר, ובכה"ג יש חשש הערמה.

ג. כשיש סיבה להסתיר

והנה בנדו"ד גם היה טעם למקבלים מדוע רצו להסתיר, ואף הגבילו את ההסתרה למספר חדשים, ונתנו טעם לדבר. הם לא בקשו שלא יגלו את דבר המתנה, רק בקשו שהרישום יהיה בסוף השנה, וכן ששכר הדירה יגבה ע"י הנותן ויועבר אליהם, אך לא בקשו שלא יגלה בעלמא. אמנם אי רישום אצל רשם המקרקעין, כמוהו כהסתרה, ויש בזה חשש קנוניא וחוסר גמירות דעת, אם היתה ההסתרה מצד הנותן. ועיין בתוס' בסוגיא ובתוס' רי"ד מה נחשב הסתרה. ונראה כשמבקש לא לרשום אצל רשם המקרקעין, חשיב הסתרה בכ"ע. הנימוק"י בסוגיא (כא,ב בעמוה"ר) הוכיח מהא דאיתא בגמ' שאמר לעדים להסתיר כדי שלא תשמע האשה, דאף שרצה להסתיר רק מהאשה ולא מכ"ע, הוי מתנתא טמירתא, אך דחה:

"ומיהו אפשר דדוקא הכא דלא יהיב מנפשיה ורצונו היה יותר שלא ליתן לא לזה ולא לזה, אבל מי שאמר מחמת טענה איטמרו כדי שלא ישמע פלוני בני או קרובי, בכי הא מסתברא דלאו מתנתא טמירתא היא. וכתב הרי"ף בשם הגאון רבינו האי ז"ל, דשכיב מרע שאמר לא תגלו האיך תפקידא עד לאחר מיתה, לא הויא מתנתא טמירתא."

ובענין מתנה שלא לגלות אלא רק לאחר מיתה, עיין בשו"ע רמב"ו (ועיין קצוה"ח ד) דכיון שציוה לגלות לאחר מיתה, שהיא השעה שבה תחול המתנה, לא הוי מתנה מוסתרת. ובריטב"א בסוגיא, כתב וז"ל:

"ואמרי רבנותא דבשכ"מ אין בו משום מתנתא טמירתא דאנן סהדי שאינו עושה מפני שאינו גומר ונותן, אלא מפני שלא לפרסם צוואתו שלא יתקוטטו עליו חבריו אם ריבה לאחד ומיעט לאחד, ואומר מורי נר"ו ה"ה מתנת בריא שיש שם הוכחה שאינו עושה אלא להסתיר הדבר."

ומבואר דכשיש טעם בדבר להסתרה, כגון שלא יתקוטטו עליו חבריו, או כאשר יש טעם אחר להסתרה, אין בזה חשש למתנה מוסתרת, כיון שטעם ההסתרה גלוי וידוע, ואינו מחמת חוסר רצון או קנוניא. וכך בנדו"ד שישבו ודיברו ביניהם מה הטעם שהם רוצים להסתיר את דבר המתנה, והדבר היה ברור גלוי וידוע, א"כ אף אם היה בזה יוזמת הנותן, אין בזה בנדו"ד חשש של מתנתא טמירתא.

לאור האמור המתנה בנדו"ד שרירא וקיימת, ואין לחוש בה לדין מתנה מוסתרת.

סימן כו

משכורת של בת הסמוכה על שולחן אביה

ראשי פרקים

- א. מעשי ידי קטן או גדול הסמוך על שולחן אביו
- ב. זכות ממון או זכות תביעה
- ג. אומדנא במתנה ובהתחייבות

אב שהתחייב עבור נשואי בתו סכום מסוים, וטוען שהתחייב בסכום המדובר לאחר שלקח בחשבון את הסכום שיש בחשבון הבנק של הבת, ועל דעת כן התחייב בסכום כסף זה בכלל ההתחייבות, וטענתו בפיו - שהכסף ממילא שייך לו בהיות הבת סמוכה על שולחנו.

א. מעשי ידי קטן או גדול הסמוך על שולחן אביו

תנן במשנה ב"מ יב,א: מציאת בנו ובתו הקטנים, מציאת עבדו ושפחתו הכנענים, מציאת אשתו, הרי אלו שלו. מציאת בנו ובתו הגדולים, מציאת עבדו ושפחתו העברים, מציאת אשתו שגירשה אף על פי שלא נתן כתובה, הרי אלו שלהן. ובגמ' שם פירש שמואל דמציאת קטן לאביו, מפני שכשמוצאה מריצה לאביו (ולפיכך כשהגביה, לצורך אביו הגביה - רש"י), דסבר שמואל דקטן לית ליה זכיה לנפשיה מהתורה. ושם בע"ב, דשמואל דמפרש טעמא דמתניתין משום שאין לקטן זכיה, פליג על רבי חייא בר אבא. דאמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן לא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש, אלא גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן, קטן ואינו סמוך על שולחן אביו זהו גדול. והרי"ף (ב"מ ו,א בעמוה"ר), והרא"ש הל"ג הביאו רק את דברי רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן, דס"ל להלכה דהלכתא כוותיה, דגם גדול הסמוך על שולחן אביו הוא קטן. וכן פסק הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה יז,ג, וכן פסק בשו"ע חו"מ ער,ב.

ויש להבין הגדר של "סמוך על שולחן אביו". האם בן נשוי שאביו מפרנסו וכל חודש מעביר לחשבון הבנק של הבן את דמי כלכלתו, כולם או חלקם, האם חשיב כסמוך על שולחן אביו? ומה הדין בבן המשתכר במקצועו סכום נכבד, ובכל זאת, מטעמי נוחיות או מטעמים אחרים, מתגורר אצל אביו וניזון על שולחנו, האם חשיב כסמוך על שולחן אביו? והשאלה בגדר "סמוך על שולחן אביו", אם הכוונה לאוכל על שולחנו ומזונותיו עליו, או דהוי כסמיכה שאם תנטל יפול (עיין הל' תפילה במ"ב

צד, כב), דהיינו שאינו יכול להתקיים בלא הסמיכה, ובלאו הכי אינו כסמוך על שולחן אביו ולית בזה משום איבה. דהנה בתוס' שם (ד"ה רבי יוחנן), כתבו וז"ל:

"דלא שייך איבה אלא בבנו שדרכו לזונו תמיד, ואם לא יפרנסנו אביו לא יפרנסנו אחר, אבל אדם אחר מעלמא סמוך על שולחן חבירו חניס כגון יתום וכיוצא בו, אין סברא שתהא מציאתו לחבירו, וכל-שכן עבד ואמה שבשכר טרחם הם אוכלים."

ומבואר מדברי התוס' שהתקנה היתה אליבא דרבי יוחנן בבנו שסמוך על שולחנו, מן הטעם "שאם לא יפרנסנו אביו לא יפרנסנו אחר", אולם בהיכי תימצי שהבן יכול לזון את עצמו ובכל זאת אביו מכלכלו, אין זה בגדר "סמוך על שולחן אביו", דיש לו מי שיפרנסנו - הוא עצמו, ומה שאביו מכלכלו, במקרה זה הוא כמאחר. ומש"כ התוס' "שדרכו לזונו תמיד", היינו דאדם אחר לעיתים נותן ולעיתים מפסיק, ברצותו מאריך וברצותו מקצר, וע"כ אביו, כיון שאין לו אחר שיפרנסו, דרכו לזונו תמיד ללא הפסק. ועדיין צ"ע, דאפשר דמה שהוא יכול לזון עצמו, לא דמי לאחר שזן אותו, דבאחר לא קא חסר הניזון ממון, משא"כ אם יזון עצמו, וע"כ זה שהוא יכול להחסיר ממון עצמו ולזון עצמו, אם אביו זנו ולא יתן לאב מציאתו, יהיה לאב איבה, וצ"ע. דמהתוס' משמע שהדאגה לאיבה היתה לבן, לזה הניזון, מחשש שאם מציאתו תהיה לעצמו, בסופו של דבר יפסיד באופן שלא יהיה מי שיזון אותו, ולא היתה הכוונה בתקנה כדי להרבות שלום בעולם, אף לא מאב לבן ומבן לאב, אלא הדאגה שיהיה מי שיזונו ולא יפסיד, והיתה התקנה לטובת מוצא המציאה. וע"כ לכאורה בכה"ג שיכול ומסוגל לזון עצמו, לא שייכת תקנה זו.

ואין להקשות מדברי הראשונים (יבואר להלן), דגם שכר מלאכתו ומה שהרויח בסחורה הוא דאב. וכן כתבו התוס' ב"מ צב, ב (ד"ה לא) ד"מציאת קטן ושכרו לאביו" (עיין ש"ך חו"מ ער, ד). ואם הוא שכרו לאב, א"כ אפילו הוא מרויח משכורת מכובדת, כיון שהוא סמוך על שולחן אביו, הוא מציאתו ושכרו לאביו. ומה שאביו מניח לו משכורתו ואינו גובה ממנו, בטובו הוא עושה, ואינו משפיע על דין מציאה. ועל-כך י"ל דמיירי בשכרו שאינו מספיק לפרנסתו, או בשכר מזדמן ואינו קבוע, ובכגון זה עדיין הוא פרנסתו על אביו שדרכו לזונו תמיד. אולם באופן שיש לו פרנסה קבועה ורק משיקולים אחרים נסמך כלכלית על אביו, לא חשיב כסמוך על שולחן אביו.

ודין זה שאף שכרו בכלל התקנה, אף שהמשנה מיירי במציאה, מבואר בדברי רש"י ב"מ צב, לענין אכילת פועל במלאכתו, דאיתא שם בגמ' תא שמע, קוצץ (ליטול מעות ולא יאכל - רש"י) אדם על ידי עצמו על ידי בנו ובתו הגדולים, על ידי עבדו ושפחתו הגדולים ועל ידי אשתו, מפני שיש בהן דעת (וידעי וקא מחלי), אבל אינו קוצץ לא על ידי בנו ובתו הקטנים ולא על ידי עבדו ושפחתו הקטנים ולא על ידי בהמתו, מפני שאין בהן דעת. קא סלקא דעתך במעלה להן מזונות (ושכר פעולתן שלו). אי אמרת בשלמא משל שמים הוא אוכל (על ידי עבדיו הקטנים, דאין לפועל קטן זכות

משפטיך סימן כו ליעקב תלג

אלא כשנותן לתוך פיו, משום הכי אינו קוצץ, אלא אי אמרת משלו הוא אוכל (דתוספת שר הוא, אמאי אינו קוצץ, כי הכי דאגרייהו ידיה, אכילתן נמי ידיה), קטנים נמי נקוץ להו. הכא במאי עסקינן בשאין מעלה להן מזונות (ואף שכן אינו שלו). אי הכי גדולים נמי, גדולים ידעי וקא מחלי. מבואר מרש"י דאם מעלה להן מזונות, שכן שלו. וכן במש"כ בד"ה משלו הוא אוכל, דכי הכי דשכן שלו, אכילתן שלו. וכן מבואר בדברי התוס' שם לענין צערייהו לא זכי להו רחמנא, דהקשה, הרי גם שכו ומציאתו הוי מדרבנן לאביו, וז"ל:

" לאו דוקא נקט רחמנא, דמדרבנן הוה מציאת קטן ושכו לאביו אלא כלומר לא זכו ליה רבנן."

הרי שכלל מציאה עם מעשי ידיים בכלל התקנה. (ועיין במהר"א ששון סי' קצט שהסתפק אם לכתחילה יכול להשכירו, או רק אם נשכר המעות לאביו, דומיא דמציאה שכבר מצא. וכתב דמריהטא דמשנה דקתני קוצץ אדם ע"י עצמו, משמע שהוא לכתחלה, א"כ מאי דקאמר הגמ' אי הכי קטנים נמי ניקוץ, ודאי דלכתחלה קאמר). ועיין תוס' ב"ק פז, ב (ד"ה וקתני) בענין שבת מעשי ידי בניו הסמוכין על שולחנו, דסברת המקשה בגמרא לחלק בין שבת למציאה, ולפי תרוץ הגמרא דכי קא קפיד במידי דקא חסר ממונא, א"כ נראה דמעשי ידי בניו הסמוכין הוי שלהם (ועיין רע"א בהגהות לשו"ע חו"מ ער, ב דלמד מדברי התוס' דס"ל דמעשי ידי בניו ובנותיו הגדולים הסמוכין על שולחנו - שלהם). וכן מבואר בדברי המאירי שם, וז"ל:

"ר"ל שיכול להתנות בעל הבית עמו שלא יאכל לא הוא ולא אלו שהזכרנו, ותנאו קיים, ואף על פי שמתנה על מה שכתוב בתורה, הרי תנאי ממון הוא וקיים וכבר מחלו אבל קטנים, אין יכול לפסוק עליהם מפני שאינן בני דעת כדי למחול, ואביהם אין יכול למחול את זכותם, אף על פי ששכירותם שלו ושהוא מעלה להם מזונות, שמן השמים זכו בכך. וכן אינו קוצץ על בהמתו לחסמה או להמנע שלא לאכול."

הרי שנקט ששכירותם שלו. ולהדיא כתב כן המאירי בב"ק פז, ב, וז"ל:

" יש שואלין בנים הסמוכים על שלחן אביהם מעשי ידיהם למי, שמא תאמר הואיל ואין כאן צער הגוף כבחבלה, קפיד עליהם כמציאה ושל אב הם, או שמא מאחר שיש להם טורח, כצער הגוף הוא ואינו מקפיד עליהם. ויראה מכאן שהוא של אב ..."

וכן בשטמ"ק הביא מהראב"ד, דאי אמרת משלו הוא אוכל ומכלל שכן הוא, עבדים קטנים נמי ניקוץ להו; "שהרי כל שכן שלו הוא הואיל ומעלה להן מזונות". אמנם בהמשך הסוגיא, על הא דתירצה הגמ'; במעלה להן מזונות, אי הכי קטנים נמי נקוץ להו. צערייהו דבנו ובתו הקטנים לא זכי ליה רחמנא. פירש הראב"ד שני פירושים;

כשתקנו חכמים מעשה ידיהם ושכרן תחת מזונות, הצער לא תקנו לו, ואלו רואין ואינן אוכלין ומצטערים. פירוש אחר, לא תקנו חכמים תחת מזונותיו אלא מציאתו דלא מצטער עליו, אבל טרחא שיטול הוא שכרם לא תקנו לו, דהוה ליה כעין חבלה דלא זכו ליה רבנן, אע"ג דסמוכין על שלחנו. הרי שלפרוש השני לא זוכה האב במעשי ידי בנו הקטן או הסמוך על שלחנו כיון שעובר ומצטער בעבודתו.

ודעת הרמב"ן בתש' (במיוחסות סי' קה) דדבר תורה אין לאב לזכות על הבן לא בשכירותו ולא במעשה ידיו ולא במציאתו. אולם כל שסמוך על שלחן אביו, שהאב מעלה לו מזונות, אע"ג דהאב לא גברא קפדנא הוא, אפ"ה מדרבנן זוכה במציאתו ובמעשה ידיו ובשכירותו, דתקינן ליה משום איבה בכל מידי דאתי ליה לבן מעלמא ולית ליה צערא דגופא כחבלה, דבזה מקפיד האב, ואפי' בגדול הסמוך על שלחן אביו, והביא ראיה מב"מ צב,ב, עיי"ש.

וכאמור דעת הראב"ד בפירושו השני דאין האב זוכה במעשי ידי בניו הקטנים או הסמוכים על שלחנו (אליבא דרבי יוחנן). וכן דעת הריטב"א שם ב"מ צב,ב, לאחר שהביא את דעת רש"י שזוכה האב במעשי ידי הקטנים, כתב וז"ל:

"... והא דקתני ע"י בנו ובתו הגדולים וע"י עבדיו ושפחותיו הגדולים לאו בחדא גונא היא, דאילו בבנו ובבתו הגדולים אפילו הן סמוכין על שלחנו אין מעשיהם שלו, וכיון שכן לעולם אינו קוצץ אלא מדעתם, ואפי' תימא דפועל משלו הוא אוכל, אבל גבי עבדיו ושפחותיו כל היכא דמעלה להן מזונות כיון דמעשה ידיהן שלו, קוצץ עליהן בעל כרחן אי אמרת משלו הוא אוכל ... (ובד"ה אי אמרת) ותמיהא מילתא, דהא ניחא עבדיו ושפחותיו אגרייהו דידיה שהרי מעשה ידיהם שלו וכן בתו הקטנה, אבל בנו הקטן אפילו סמוך על שלחנו אין מעשה ידיו שלו ולא תקנו לו אלא מציאתו דאתיא ליה מעלמא, ומעשה בתו הקטנה דזכי ליה רחמנא מדכתיב את בנו לאמה, וי"ל דקושיין דהכא מבתו ועבדיו ושפחותיו, ועוד י"ל דקושיין אפילו מבנו מדנקטי' ליה סתמא, ואף על פי שאין שוכרו לאביו מ"מ כיון שסמוך על שלחנו לא גרע האב לפקח בעסקיו מיתומים שסמכו אצל בעה"ב שיכול לקוץ עליהם כהאי גונא, וכן פירש רבינו ז"ל, וכן היה דן בשם רבו ז"ל דאבי הקטנים הסמוכים על שלחנו דינו בממונם כדין יתומים שסמכו אצל בעה"ב המפורש בפרק השולח (גיטין נב,א) ..."

ובתש' רבי בצלאל אשכנזי (סי' לה) למד מדברי הרמב"ן בב"מ יב,ב שכתב דבגדול, ומיירי שם בסמוך על שלחן אביו, לא תיקנו חכמים שיוכה האב במתנה שנתנו לו אחרים; "... לא יהא אלא מתנה דקא יהיב ליה אחר, מי תקינו ליה רבנן לאב ...". ומזה דייק דגם מעשה ידיים לא תיקנו, דודאי מתנה היה מקום יותר לתקן דדמי טפי למציאה, וזה סותר לכאורה למש"כ במיוחסות הנ"ל. גם הריטב"א ב"מ יב,ב ד"ה ופליגא כתב בשם הרמב"ן, שלא עשו בניו הגדולים כעבד כנעני שהוא קנין כספו, דיש להם

משפטיך סימן כו ליעקב תלה

לבניו יד, "אלא שלגבי מציאה עשו כידו משום איבה דוקא ולא לגבי מילי דעלמא".
וכן מבואר בדברי הריצב"ש, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ יב,ב (ד"ה ופליגא), וז"ל:

"ורבי יוחנן ס"ל דטעמא דמתניתין משום איבה, לפי שנותן לו מזונות, אם אין
מציאתו של אביו יהיה לו איבה כיון דלא טרח בה הבן, לא יתן לו מזונות."

מהאמור יוצא שנחלקו הראשונים אם מעשי ידי בנו הקטן או בן הסמוך על שולחן
אביו (אליבא דרבי יוחנן), שייך לאב. ויכול המוחזק לומר לכאורה קים לי. אמנם
במהרי"ט בתש' (ח"א סי' קלח) כתב לענין חזקה זו שאנו אומרים שכל מה שיש לו
לאדם ברשותו שלו הוא, אי מהני לה לבת לגבי אביה שכל זמן שהיא בבית אביה
וסמוכה על שולחן כל מה שעליה בחזקתו של האב הוא, שאפילו מציאתה לאב,
ואמרינן בגמרא לא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש אלא גדול וסמוך על שולחן
אביו זהו קטן. גם בנדו"ד האב מוחזק במה שהתחייב. ומ"מ לעצם הממון י"ל ע"פ
סברת התוס' דלא תקנו בכה"ג, כיון שיש לה לזון משל עצמה ואין בזה תקנה עבודה.

ב. זכות ממון או זכות תביעה

ובירושלמי ב"ב ט,ב; אמר ר' אסי, בן שנראה חלוק בחיי אביו, מה שסגל לעצמו.
ובעיתור (אות שני, שיתוף מב,א) כתב בבאור דברי הירושלמי; בן שנראה חלוק בחיי
אביו, כגון שסיגל לעצמו בחיי אביו והיה סמוך על שולחן אביו ולא תבעו אביו בחייו,
מה שסיגל - לעצמו סיגל, דאזילנא בתר אומדנא, מדלא תבע ליה - מחל. כהדה בר
נש איתעביד ספר בחיי אביו ולא היה אביו תובעו כלום. אתא קומי רבי אמי. וכי אדם
שמצא מציאה בחיי אביו ולא תבעו אביו חלקו הכי מחל, וכן מי שיצא בליסטיות
ומצא מציאה, ידוע הוא שאביו לא נתרצה בכך ומחל. וכן מי תגר דסמך ומרויח לעצמו
ולא תבע ממנו האב כלום, מה שסיגל - סיגל לעצמו, והרי הוא כאילו נתן לו במתנה
ואין האחין חולקין. ודברי העיטור הביא גם הב"י בחו"מ סי' קעז, וכתב עליו דיש
לגמגם על זה, מדתניא פרק חזקת (ב"ב נב,א); אחד מהאחים שהיו שטרות יוצאים על
שמו עליו להביא ראיה. ואפשר לומר דהכא מיירי כשהיה מפורסם בחיי אביו שהיו לו
מעות, דודאי ידע אביו, שמאחר שידע ושתק מחל;

"ומכל מקום לשון בן שנראה חלוק אינו נוח לי לפירושו. ויותר נראה לפרש
שהיה חלוק בעיסתו קאמר וכההיא דפרק חזקת (שם ע"ב), אבל אם לא היה
חלוק בעיסתו, אף על גב דידע אביו ושתק, לא מחל."

והנה הב"י חלק על העיטור רק לענין שצריך שיהיה חלוק בעיסתו, והיינו שהיה לו
ממון משלו (עיין ברשב"ם ב"ב נב,ב), דאל"כ עליו להביא ראיה שהוא שלו ולא של
אביו, דדלמא של אביו הוא. ומ"מ מדברי העיטור עולה שני דינים: האחד שגם מעשי

ידים של בן הסמוך על שולחן אביו, הם של האב. וכן שאם לא תבע - מחל. והביאו הרמ"א להלכה בחו"מ ע"ב.

והיה נראה בדברי הירושלמי ע"פ פירוש העיטור, דענין תקנת מציאה ומעשה ידים לאב, לא שהמציאה והמעשי ידים שייכים ממונית לאב, אלא תיקנו שהאב יכול לתבוע את המציאה והמעש"י, ואם יתבע יהיו שלו. לא זכות בממון אלא זכות תביעה. דבבניו הגדולים הסמוכים על שולחן אביהם, שכל התקנה היתה משום איבה (והדין באשה יתבאר להלן), ולא שיש לו זכויות או שעבוד בממונם, שהרי קטן שאינו סמוך הרי אלו לעצמו אליבא דרבי יוחנן, וע"כ מה שתיקנו לו, לא שיהיו אלו שלו ממונית, אלא זכות לתבוע את המציאה ומעשי ידים, ואם יתבע תקנו שאלו שלו. ונפק"מ שמועיל מה שימחול, וגם אם אין מחילה להדיא, כיון שלא תבע, מחל על זכות התביעה והרי אלו שלה. דלשיטת העיטור, מהיכי תיתי לומר שמדלא תבע מחל, וכי אם לא תובע חוב חשיב מחילה (עיין מה שכתבתי בח"ה א, ט), ובדאי יורשים יכולים לתבוע וחייב. אלא כיון שלא תבע, מחל וויתר על זכות התביעה שנתנו לו חכמים, וזכות זו לא נתנו ליורשים רק לאב, ולכן הם אינם יכולים לתבוע, ויכולים לתבוע רק בממון של האב, וכאן הממון לא היה מעולם של האב, רק זכות תביעה היתה לו בממון זה.

ודומה לדבר בנזקי ממון, מי שיש לו חלון, ובנה חבירו כנגד החלון (עיין ב"ב ס"א, ושו"ע חו"מ קנ"ד, יב), דקיי"ל דלאלתר הוי חזקה, דמאחר ששתק איבד את זכות המחאה והתביעה שהיתה לו כנגד הבונה כנגד חלונו. דגם בחזקת נזיקין יש למחזיק זכות לתבוע מהמזיק שלא יזיק, ולכן מהני שתיקה לאלתר שיחזיק בו המזיק בסתימת החלון. דאם היה למחזיק זכות ממונית, איך איבד זכות זו בשתיקה. וכי אדם שרואה שגונבים ממנו ושתק, איבד זכותו לממון. והגם דביאוש ושינוי נקנה לגנב (עיין שו"ע חו"מ ש"ג), שם גם צריך להחזיר דמיה גם ביאוש, וגם כאן לא היה יאוש מפורש, וגם לא יאוש דומיא דזוטו של ים שאבודה ממנו ומכל אדם. יש כאן שתיקה לחוד. דחזקת הניזקין נתנה לו זכות מחאה ותביעה לסילוק המזיק, ומדשתק כשראה, הוי חזקה למזיק ואיבד הניזק שהחזיק קודם את זכות התביעה לסילוק המזיק. ועיין ברמב"ם שכנים ז"ז; "שכיון ששתק, מחל, שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק אא"כ מחל". דאם היה למחזיק בחלון זכות ממונית, לא מהני מחילה אלא צריך הקנאה. אמנם דעת ר"ת והרא"ש דהוי זכות ממונית ממש, וע"כ כתבו דצריך טענה לחזקה של הבונה נגד החלון, אם יש לבעל החלון שטר, עיין טור חו"מ קנ"ד, טו שהביא את דבריהם, וכן ברמ"א קנ"ד, יב, דלא הוי טענת מחילה אלא טענת חזקה.

וכן בנדון מציאת הבן והבת ומעשי ידיהם, שיש לאב זכות לתבוע את המציאה, ואם לא תבע, מיד שידע או שיכל לדעת, הרי שמחל על זכותו. ונפק"מ שאם תבוא הבת ושאלתה בפיה, היא מרויחה והכסף נכנס לחשבונה בבנק, והאב כמוכן יודע על כך, והיא סמוכה על שולחן, והאב לא תובע ממנה והיא אינה רוצה לעורר לפני אביה

משפטיך סימן כו ליעקב תלז

כמובן ולבקש את רשותו או מחילתו המפורשת, האם מותר לה להשתמש בכסף ולהוציא לדברים שליכה חפץ. ולמש"כ נלענ"ד ברור דכל שלא תבע, הרי מחל על זכותו לתבוע והרי אלו שלה.

וגדר יריעה ומחילה לענין זה, הוא לענ"ד כלאלתר בחזקת נזיקין, וכמש"כ הסמ"ע קנג,ג, וז"ל:

"נראה דהאי לאלתר לאו דוקא הוא, אלא ר"ל לאלתר מכי אתברר ליה היזקו ושתק, וכ"כ הרמב"ם בפירוש המשנה (ב"ב ג,ו), וכ"כ הטור חו"מ קנד,טו בשם הרמב"ן (ב"ב נט,א ד"ה הא) דס"ל ג"כ אין צריך ג שנים, אלא מכי אתברר נזקו ושתק. ודוקא בלסתום חלונו בפניו אמרו (ס,א) דלאלתר הוי חזקה, משום דמסתמא נתברר לו נזקו מיד."

וקצוה"ח קנג,א חלק עליו וכתב דשעור לאלתר בשניהם שוה, והיינו בשיעור שיוכל להתברר נזקו, ולאפוקי אם היה בזמן קצר שאי אפשר בשום אופן שיוכל להתברר נזקו, דבזה ודאי ליכא חזקה. ובנדו"ד אין נפק"מ, דבשעה שהאב ידע שמשכורת הבת נכנסת לחשבונה, הרי ויתר על זכות התביעה שהיתה לו. ועיין בט"ז חו"מ ער שהקשה מלשון המשנה כתובות מב,א דמעשי ידיה של הבת אף על פי שלא גבתה הרי הוא של אב, דמשמע כל שכן אם גבתה, ואדרבה אם גבתה מסתבר דלעצמה, כיון דלא תבע ממנה. וכתב הט"ז לחלק;

"דשאני התם שכבר עשה הבן סגולת אוצר מממונא, אז דוקא מסתבר שמחל מדלא תבע. וא"כ גם דברי הרמ"א כאן ע"פ דרך זה דוקא מיירי."

והיינו דכאשר האב ראה שהבן מעביר את הכסף לעצמו, כמו כשנכנס לחשבונו, והאב לא תבע, בזה מחל האב על זכות התביעה שיש לו כלפי ממון זה. משא"כ בבית שגבתה והכסף לא מונח אצלה באופן שהוא ברשותה ולא ברשותו, דבזה הרי אלו שלו. והנה מש"כ הרמ"א חו"מ ער,ב: " וה"ה אם הרויחו בסחורה או במלאכה". וציין המעיר מקורו לב"י סו"ס קעז בשם העיטור. והוא העיטור בבאור הירושלמי הנ"ל. והוסיף הרמ"א: "אבל אם מת, אינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו". וציין המעיר להגהות שניות דמרדכי דב"מ. והגהות המרדכי הם בב"מ סי' תמו, וז"ל:

"יעקב היו לו שלשה בנים גדולים סמוכים על שולחנו, ראובן שמעון ולוי. ראובן עוזר לאביו בצורכיו וכן שמעון לפעמים, ולפעמים כותב ספרים ללמוד בהם. ולוי אין לו עסק אלא נח ואוכל ושותה, ולקץ הימים עמדו ראובן ושמעון ונשאו נשים. ויאמר שמעון ליעקב, הספרים אשר כתבתי או המציאה אשר מצאתי בעודי קטן או אפילו מיום שגדלתי, תנם לי כי אין רצוני שינחלם אחי אחרי מותך בספרי ויגיע כפי, כי לעצמי טרחתי. ויען יעקב, כולכם עד כה הייתם סמוכים על שלחני, וכל מעשה ידכם שלי הוא, ולעת מותי אחלק כטוב בעיני. תשובה:

תנן פ"ק דב"מ, מציאת בנו ובתו הקטנים עברו ושפחתו הכנענים ומציאת אשתו הרי היא שלו. אמר שמואל מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו. פ"ה, והגביהם לצורך אביו. ואף על גב דאפילו גדול אמרינן המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ואמרינן נמי לעיל אלא פקח במאי לקני, הכא גבי קטן משהגביהם היה דעתו להריצה לאביו, הלכך כשיגיע ליד האב זכה בה, ואם שוב החזירה לקטן ובא אחר ולקחה מידו הרי זה גזל, דאנן סהדי שזכה בה האב. ופליגא דרבי יוחנן דאמר לא גדול גדול ממש וכו'. ורי"ף פסק כר' יוחנן, לפי שהלכה כרבי יוחנן אפילו לגבי רב כל שכן לגבי שמואל. אך ספר מצות גדול והלכות גדולות פסקו כשמואל, דהלכתא כוותיה בדיני. ומסתברא טעמיה דשמואל מדכיל במתני' בנו ובתו הקטנים. ולרבי יוחנן בנו הקטן רוצה לומר אפילו גדול וסמוך על שולחנו. ובתו ע"כ ר"ל קטנה בשנים, דמשבגרה אין לאביה רשות בה ואפילו סמוכה על שולחנו, ולא שייך למימר שיהא לאב מטעם איבה, דהאי טעמא לא אתמר כי אם באשתו פרק מציאת האשה. וכי היכי דאין אדם מוריש זכות בתו [ר"ל כסף קידושיה] לבנו, הכי נמי לא יוריש יגיעת שמעון ללוי וראובן ...

ולכאורה מהגמ"ר נראה דפוסק כשמואל ולא כרבי יוחנן, כסמ"ג וה"ג ולא כרי"ף, וכתב גם דמסתבר טעמיה, דכמו דבבתו הגדולה אין לו זכות במעשי ידה, הוא הדין בבנו הגדול, דרק באשתו תקנו משום איבה, אבל בגדולים אין לו רשות בהם, כן נראה מדברי הגמ"ר. וא"כ אין הוא המקור לדברי הרמ"א, דהרי הרמ"א קאי המחבר, ולא פליג עליה, שפסק כרבי יוחנן שמציאתו של בנו הגדול הסמוך על שולחנו, הרי אלו שלו, וא"כ מקורו של הרמ"א גם בסיפא הוא מהעיסור הנ"ל בבאורו לירושלמי. ועיין ט"ז בחו"מ סי' ער שהקשה על דברי הגמ"ר שפסק כשמואל, וכתב דתשובה זו "לאו דסמכא היא", וכתב דיש לקיים דברי הרמ"א מכח דברי העיסור. (ועיין בשבות יעקב ח"א סי' קה דכתב דהמרדכי חילק בין בן לבת, והקשה עליו. ולכאורה י"ל כמש"כ ואינו מחלק, ורק הקשה על רבי יוחנן שלא מסתבר טעמיה, ואין לאב זכות בבת ובבן. ועיי"ש שפירש דברי הגמ"ר, דאף אי נימא דהלכתא כר' יוחנן דבסמוכין על שולחנו מקנים לאביו מציאתו ומעשה ידיו, מ"מ היינו דוקא לצורך אביו מקנה לו אם יוצאים לצורכו, אבל אם עדיין הם ביד אביו בעין וירצה להורישו לשאר בניו אדעתא דהכי לא אקני ליה. ולפ"ז דברי הגמ"ר הם מקור לדברי הרמ"א ער,ב).

ובתש' רבי בצלאל אשכנזי (סי' לה) דן באחד שבהיותו רווק וגדול סמוך על שולחן אביו, עסק בלמוד תלמידים ובענינים אחרים והצליח, וקבץ על יד סך מעות ומהם עשה לעצמו מלבושים ממינים שונים, ולא דבר אביו אתו מאומה לאמר מדוע ככה עשית, אבל אדרבה לפי דברי ראובן טרם היותו קובע עצמו בלמוד התלמידים היה דבר אביו אליו לאמר שיתעסק בכל אשר ירצה, כי כל מה שירויח לעצמו יהיה. ואחר הוציא הבן

את כספו בדבר שהאב התנגד לו, וטען האב שמכספו קנה, והבן טוען שכספו הוא. והביא ר"ב אשכנזי את מחלוקת הראשונים האם מעשי ידי בן גדול הסמוך על שולחן אביו, הוא לאב או לבן (עיי' לעיל), ולכאורה נדונו תלוי במחלוקת הראשונים. ומה שאמר האב שיהיה לבן, לא הוי לשון מתנה אלא הבטחה, דכיון שלא הזכיר לשון מתנה, משמע שאינה אלא הבטחה, דסופו יהיה לעצמו, כלומר שירשנו, כדרך שמדברים האבות לבנים. אולם למסקנה כתב דהממון שייך לבן, וז"ל:

"אבל בנדון דידן דמדאורייתא אין לאב שום זכיה במעשי ידי הבן ובשכירותו אלא משום איבה, כי היכי דלא ליתי לאמנועי תקינו לאב שיזכה במעשה ידי הבן. מעתה בגילוי דעת כל דהו דלא קפיד האב, בהכי סגי. תדע דרמין בפ' החובל מתנייתא אהדרי, דתניא החובל בבניו וכו' ולא עוד אלא אחרים שחבלו בה חייבין ליתן לאביה. ותניא אחריתי החובל בבניו ובבנותיו של אחרים גדולים יתן להם מיד וכו', ומשני כאן כשסמוכים על שולחנו כאן כשאין סמוכין על שולחנו. ופריך גמרא במאי אוקימתא לבתרייתא בסמוכין על שולחנו, גדולים יתן להם מיד קטנים יעשה להם סגולה, אמאי, לאביהם בעי למיתבי. אמרי כי קא קפיד במידי דקא חסר, במידי דאתא מעלמא לא קפיד. פירוש, מידי דחסר ביה ממונא, כגון היכא דחבל בהו איהו דנימא ליה אנן זיל שלים. ופריך גמרא והא מציאה דמעלמא קא אתי להו וקא קפיד, ... בפרש"י ז"ל כתב יד ישן מדויק ופי' לפי, דקשיא רק לר' יוחנן דאמר לא גדול גדול ממש אלא משום איבה, אלמא דבקפדנותו תליא מילתא, ומשמע דקפיד אפי' אמירי דאתי מעלמא, ואילו לשמואל לא קשיא, דטעמיה לא הוי משום איבה אלא משום דמריצה אצל אביו. ומשני אמרי רווחא דקאתי להו מעלמא ולית להו צערא דגופייהו בגווה קפיד, אבל חבלה דאית להו צערא דגופייהו ומעלמא קאתי להו, לא קפיד ע"כ. אלמא דבקפדנותו תליא מילתא, וכל דידעינן דלא קפיד, סגי לזכות הבן בשלו. והילכך בנדון דידן כיון שאמר לו שיתעסק בכל מה שירצה כי כל מה שירויח לעצמו יהיה, הרי גילה דעתו שאינו מקפיד על מה שירויח בנו ... ודמאי למאי דכתב הרב בעל העיטור ז"ל, וכן מי שיצא ללסטות ומצא מציאה ידוע הוא שאביו לא נתרצה לכך ומחל ... וכן כל הענין הבא בשאלה מוכח להדיא דלא היה קפיד האב והילכך זכה הבן בשלו, דטעמא מאי תקינו ליה רבנן משום איבה, כיון דלא קפיד לית כאן איבה. וכן משמע מלשון הרב המאירי ז"ל דתליא מילתא בקפידא, וז"ל בפ' החובל; יש שואלים בנים הסמוכים על שולחן אביהם מעשה ידיהם למי, שמא תאמר הואיל ואין כאן צער הגוף כבחבלה קפיד עליהם כמציאה ושל אביהם, או שמא מאחר שיש להם טורח, כצער הגוף הוא ואינו מקפיד עליהם. יראה מכאן שהוא של אב ע"כ. אלמא משמע דבקפידא תליא מילתא. ויש מי שאומר דהואיל והדבר תלוי בקפידא לא אמרו בחבלה דהויא להו דבנים

אלא בסתם, הא אם גילה דעתו דהקפיד הקפיד וזכה על כל הסמוכין על שלחנו. כן כתב הרב המאירי ז"ל. וכן כתב הרמ"ה ז"ל, דהא דאמרינן החובל בבניו ובנותיו של אחרים גדולים יתן להם מיד וכו' מיירי בדלא אתי אב וקא תבע "...

(ומה שהסיק שם דיכול האב למחות כל עוד הבן סמוך על שולחנו, זה על הצד דהוי כמתנה, אבל אם גילה דעתו שאינו מקפיד, לכאורה בכה"ג לא תיקנו). והנראה בבאור דבריו כמש"כ לעיל, דתקנת מציאת בן הסמוך ומעשי ידיו לסוכרים כן, הוא זכות תביעה של האב, דכדי שלא תהיה לו איבה, תיקנו שיש לו זכות לתבוע, וזכות זו שרירה וקיימת כל עוד לא גילה בדעתו שאינו מקפיד ומוחל על הזכות, אבל בשעה שגילה דעתו, הן בדבורים והן בשתיקה, וכנוד"ד שידע שהכסף עובר לחשבונה של הבת, הרי מחל על זכות התביעה, ושוב אינו יכול לתבוע.

והטעם שתיקנו זכות תביעה ולא שיהיה ממש שלו, דכיון שזו תקנת חכמים ומטעם איבה, ע"כ תקנו רק במקום שמקפיד, והיינו שתובע, אבל כשמגלה דעתו או יודע ושותק, הרי ויתר על זכות התביעה. וצ"ל דמש"כ הרמב"ן (במיוחסות סי' קה) דדבר תורה אין לאב לזכות על הבן לא בשכירותו ולא במעשה ידיו ולא במציאתו. אולם כל שסמוך על שלחן אביו, שהאב מעלה לו מזונות, אע"ג דהאב לא גברא קפדנא הוא, אפ"ה מדרבנן זוכה במציאתו ובמעשה ידיו ובשכירותו, דתקינו ליה משום איבה בכל מידי דאתי ליה לבן מעלמא ולית ליה צערא דגופא כחבלה, דבזה מקפיד האב, ואפי' בגדול הסמוך על שולחן אביו. וכתב להדיא אף שהאב לא קפדן, י"ל שאף באב לא קפדן, וידעינן שאינו קפדן, תקנו מציאה ומעשי ידיו לאב, אבל אם לא יקפיד להדיא או בשתיקה וכנ"ל, הפסיד זכותו, שהתקנה לא הבחינה בסוגי האב, ולכל אב זכות זו, אבל מעשיו הם הגורמים למחילת זכות התביעה. (ובזה אתי שפיר קושית המחנה אפרים זכיה ומתנה סי' ג, על רבי בצלאל אשכנזי, עיי"ש).

ועיין בנתיבות ער, א שהקשה, מדוע היה צריך לתקן באשה שתי תקנות, גם שמעשי ידיה תחת מזונות, וגם מציאתה משום איבה, הא כיון שתיקנו מציאה משום איבה, מעשה ידיה ג"כ בכלל, דלא גרע מבן הסמוך, דהא היא ג"כ ניזונית. ותיירץ, דהוצרכו לתקן אפילו אם אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך, שיהיה העדפה שלו כל זמן שלא אמרה לו איני ניזונית ואיני עושה. ואולי אפשר היה לתרץ דחלוקה תקנת מזונות מתקנת מציאה, תקנת מזונות, הרי אלו שלו, ואף בלא תבע, אא"כ אמרה איני ניזונית או שאמר וגילה דעתו צאי מעשי ידיך במזונותיך, ואז כבר אינה סמוכה על שולחנו, אבל בלא"ה כשהיא סמוכה, לא בקפידתו תליא אלא היא זכות ממונית שיש לו במעשי ידיה, משא"כ במציאה גם באשה, כיון שהוא מטעם איבה, בקפידתו תלו חכמים, וכל שגילה דעתו שאינו מקפיד, מציאתה שלה, משא"כ במזונות. וע"כ הוצרכו לתקנה מיוחדת למזונות שעדיפה על מציאתה, שבמזונות היא זכות שאינה תלויה בתביעה. ואפשר שהנתיבות

סובר דחלוק מציאת אשה ממצאת בנו ובתו, דאף ששניהם נתקנו משום איבה, באשה לא הפסיד זכותו באי הקפדתו ובגילוי דעת. או שהנתיבות אחד מהתרוצים נקט.

נובעצם החילוק בין תקנת מציאת אשה לבעלה למציאת בנו ובתו, דהנה בתוס' בכתובות מז, א ד"ה משום מבואר שיש חילוק בין שתי התקנות של מציאה. דאיבה דבת הוא לשיטת רש"י מחשש שלא יזון אותה יותר. וכן נראה גם מדברי התוס' ב"מ יב, ב ד"ה רבי יוחנן, אבל איבה של מציאת האשה הוא משום קטטה, שלא יריבו, ולכן לא חששו ביתומים ואלמנה. ועדיין י"ל דבבעל שיש לו זכויות ממוניות באשה, תקנו דומיא דזכויות אחרות, משא"כ בבן שזו תקנה עצמאית, נתנו לאב רק זכות תביעה ולא זכות כמו באשה, וע"כ תירץ הנתיבות כנ"ל ולא כמש"כ.

עוד נראה שהכסף שייך לבת, לפי מש"כ בערוך השולחן חו"מ ע"ו. ערוה"ש הביא את מקור דברי הרמ"א, הגמ"ר הנ"ל, וכתב דשם היתה השאלה לענין ספרים שאחד מן הבנים כתבם, ומוכח שם ג"כ שהיה כל העסק מתפוסת הבית, שעוסקים בנכסי אביהם;

"ולכן נ"ל דרבינו הרמ"א מיירי ג"כ במה שהרויחו בעסקי אביהם, כגון שמכרו סחורתו או עסקו במלאכתו, דזהו ודאי כל מה שהרויחו בעסקיו, אע"פ שאדם אחר היה נוטל שכר טירחא, הם אינם נוטלים כיון שסמוכים על שולחנו, אבל כשעשו עסק בפני עצמם, אינו שייך לאב. ובזה מתורץ גם קושי הנתיבות."

לפ"ז בנדו"ד שהבת לא עבדה אצל האב אלא עבדה במקום חיצוני, הרי מעשי ידיה שלה ולא תיקנו בכה"ג מעשי ידיה לאב אף בסמוכה על שולחנו. גם נראה שאם עבדה אצל האב והאב הפריש לה משכורת, הרי בידים הוכיח שנותן לה שכר ואין לו דין ודברים בשכרה, ובזה ודאי שאין לו זכות במשכורתה. וכן י"ל בבעל שאשתו עובדת בעסקו ונותן לה משכורת, שאינו יכול לטעון שמעשי ידיה שייכים לו, דכיון שנתן בידים, הרי הוא כנותן לה מתנה, עיין שו"ע אהע"ז פה"ז. אלא שלדברי ערוה"ש קשה, דהתוס' (ב"מ יב, ב ד"ה רבי יוחנן) כתבו דלרבי יוחנן גדול הסמוך על שולחן אביו, אינו יכול לזכות ערוב לאחרים. וכן הוא בתוס' בערובין ע"ב, ד"ה ומזכה. ואפשר דכיון שהוא מזכה לאחרים באמצעות בנו, חשיבי הבנים כעוסקים בזה בעסקי אביהם, ולענין עסקי אביהם אין להם יד לזכות לאחרים. ואפשר דזה מדויק בדברי התוס': "וצריך להזהר שלא לזכות הערוב ע"י בנו הגדול הסמוך לשולחנו, דידו כיד אביו הוא", ומדוע כתבו התוס' בנו הסמוך וכו', ולא כתבו בסתם בן הסמוך, ומשמע דוקא אב לבן לא יכול, אבל אינש דעלמא יכול לזכות באמצעות בן הסמוך על שולחן אביו. דדוקא באב שנותן משלו, הרי זה כבעסקי אביו ולא יצא מרשותו, משא"כ אינש מעלמא שמזכה. ואף שהאב מסכים, מ"מ לא יצא מרשות האב. ועיין במש"כ בזה בדברי חיים הלכות מתנה סי' כא.

לאור האמור לעיל, הכסף הקיים בחשבונה של הבת, שייך לבת ואינה צריכה לתת לאב את הכסף שבא לה מעבודתה.

ג. אומדנא במתנה ובהתחייבות

השאלה שיש לברר, במצב שהכסף נתון לה - לבת, האם האב יכול לעשות כטוב בעיניו, דהיינו לנכות מהתחייבותו את הסכום המדובר בטענה שעל דעת כן לא התחייב בסכום האמור. ושאלה זו מתחלקת לשנים; האם מדובר במתנה או שמא דינה כהתחייבות דומיא דמכר, שלא מועילה בה אומדנא, ובכלל השאלה הבסיסית, האם יש כאן אומדן דעת ברור שזו היתה כוונתו.

על הא דאיתא בקידושין מט,ב: ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי. אמר רבא, הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים. והקשתה הגמ' - מנא ליה לרבא הא, אילימא מהא דתנן יקריב אותו, מלמד שכופין אותו. יכול בעל כורחו, תלמוד לומר; לרצונו. הא כיצד - כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ואמאי, הא בליביה לא ניחא ליה, אלא לאו משום דאמרין דברים שבלב אינם דברים וכו', הר"ן שם (כ,ב בעמודה"ר) הקשה מכמה מקומות בש"ס דאזלינן בתר אומדנא. בב"ב קמ"ב, גבי מי שהלך למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא בנו, שאינה מתנה, דאזלינן בתר אומדנא שאילו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן. וכן בכתובות עט,א באשה שעמדה להנשא וכתבה כל נכסיה לבתה, דלאחר שהתגרשה בטלה המתנה, משום דאמרין לדעתה שמה שכתבה כל נכסיה מפני שלא רצתה שלבעלה יהיה חלק בהם ולא מפני שרצתה לתת כל נכסיה לבתה, דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריו. וכן בב"ב פ,א באשה שנשבעה שתנשא לראשון שירצה, וקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים, דאמרין לדעתה שלא התכוונה אלא לראוי לה. ומחלק הר"ן בין הנ"ל לבין דברים שבלב, וז"ל:

"הני ודכוותיה לא קשיאן, דכל כהאי גוונא כיון שהענין מוכיח מתוכו, לאו דברים שבלב נינהו אלא הרי הוא כאילו נאמר בפירוש ... דכל כהאי גוונא שהענין מוכיח מתוכו לאו דברים שבלב הם אלא דברים שבפי כל העולם ובלבם, אבל הא דשמעתין לאו מוכחא מילתא כולי האי."

לדברי הר"ן צריך לומר בחסרון דברים שבלב - שאין מחשבה יכולה לבטל מעשה או דיבור, שהרי המחשבה הינה נחותה מדיבור או מעשה, וכמו דאמרין בקידושין נט,א, דאף אם אתי דיבור ומבטל דיבור, מ"מ לא אתי דיבור ומבטל מעשה, שאין הדיבור החלש יכול להפקיע המעשה החזק ממנו. והוא הדין למחשבה - שאין המחשבה הפחותה, יכולה לבטל מעשה החזק ממנה. ורק כאשר המחשבה מונחת בעצם המעשה,

משפטיך סימן כו ליעקב תמג

שהפרשנות ברורה במעשה עצמו, אין רואים את המחשבה כמבטלת את המעשה, אלא המחשבה הינה חלק מעצם המעשה. ע"כ בדברים שכליבו ובלב כל אדם, אמרין שהמחשבה הינה מעצם המעשה ומונחת בתוך המעשה.

ועיין בדברי המרדכי בכתובות (סי' רנד) שכתב שיש דברים שלא מהני בהם גילוי דעת, כגון מוכר מלבושיו על דעת לעלות לארץ ישראל ולבסוף לא עלה, ויש דברים שאפילו גילוי דעת אין צריך, כגון מברחת. ובהמשך דבריו, כתב וז"ל:

"ורא"ם פירש, דדברים שבלב אינם דברים לבטל דברי פיו, דכיון ששמע דברי פיו בענין אחד ומחשבתו בענין אחר, אע"פ שברור לנו שחשב בליבו לבטל דברי פיו, בתר דברי פיו אזלינן. וראיה לדבר – שהרי התנאי שלא נעשה כדינו מטעם שאין כפול או מעשה קודם לתנאי ... אינו מבטל המעשה ... אע"פ שברור לן ומוכיח הדבר שלדבר התנאי דיבר, מאחר ששינה מדרך המבטלים בתורת תנאי, אין מחשבתו כלום."

מדברי המרדכי מבואר שאין מחשבה מבטלת מעשה מפני שאין דרך לבטל מעשה ע"י מחשבה. מעשה יכול להתבטל רק אם התנה תנאי כדין, אך תנאי שאינו כדין, אין בכוחו לבטל מעשה, וכל-שכן מחשבה שאינה עדיפה מתנאי שאינו כדין, שהרי גם בתנאי שאינו כדין ברורה לנו מחשבתו, ובכל זאת לא מהני לבטל. ונראה דהמרדכי והר"ן לא פליגי בהסבר הדין, רק שהמרדכי הביא ראיה לדין זה ממשפטי התנאים.

וכדברי הר"ן נמצא בדברי התוס' בכתובות ע"ב, בסוגיית מברחת (בד"ה כתבתינהו), דמברחת לא הוי דברים שבלב, דודאי הדבר ניכר שלא התכוונה אלא להברית, דנפשה עדיפא לה. וכן היא דעת הרא"ש בכתובות (פ"א ה"ט), וכן מבואר בדברי הרא"ש בפירושו למסכת נדרים (כז, א בד"ה מתני') בענין נדרי אונסין: "דמעיקרא לא היה בדעתו שיחול הנדר אם יעכבנו אונס, ודברים שבלב כי האי דמוכחי וידעי לכל, הוי דברים". וכן כתב בפירושו שם בדף כח, א בד"ה באומר בליבו. וכן כתבו התוס' בנדרים כח, א בד"ה במוכס, דכל היכא דאנן סהדי שלכך התכוין, הרי זה כאילו פירש להדיא, עיי"ש. ובתוס' רי"ד בחידושיו למסכת קידושין (מט, ב) מביא את פירוש רבינו חננאל, וז"ל:

"וראיתי שנוטים אחר דברי רבינו חננאל זצוק"ל, דאמר דהיכא דמוכחא מילתא דאדעתא דהכי זבין ולא אתקיים, הדרי זביני. ומשום דין זה לדין המברחת ... דמשום דידעי מילתא דבעבור שרוצה להנשא קא עבדה, אנן סהדי ואמדינן דעתה דלאו בכל לב יהבא ומבטלין להאי מתנה."

והמשיך להביא מדברי רבינו חננאל שהוא הדין בשכיב מרע ששמע שמת בנו וכו', דאזלינן בתר אומדנא. לדברי רבינו חננאל יש לחלק כמש"כ הר"ן, דיש מקרים שהדברים בליבו ובלב כל אדם והוי אומדנא דמוכח שלא התכוונה האשה לתת נכסיה באופן מוחלט אלא מפני שרצתה להברית נכסיה מבעלה. והוא הדין במי ששמע שמת בנו

ולבסוף התברר לו שבנו חי, דהוי דברים שבלבו ובלב כל אדם. וההיא דמי שמכר כל נכסיו על דעת לעלות לארץ ישראל ולבסוף לא עלה, י"ל כמש"כ הר"ן, דכיון שיתכן שמכר מפני שהיה צריך לכסף, ע"כ לא הוי אומדנא דמוכח. כך נראה בבאור דעת רבינו חננאל. אלא שהתוס' רי"ד הקשה על דעתו של רבינו חננאל, וז"ל:

"ואין הדבר כן, שאם לא היה ידוע שהוא רוצה לעלות לארץ ישראל, אמאי איצטריך רבה למימר דברים שבלב אינם דברים, ואע"פ שהן דברים, מאן מוכח שכך היה בליבו ... אלא ודאי הדבר ברור כשמש דבהכי עסקינן, כגון שהיה ידוע לכל שכניו כי הוא רוצה לעלות, אלא מפני שלא הודיע דבר זה בעת המכר, אמר רבא דברים שבלב אינם דברים."

התוס' רי"ד לומד בדברי רבינו חננאל שבההוא דזבין נכסיו על דעת לעלות לארץ ישראל, הדבר לא היה ידוע שרוצה לעלות לארץ ישראל וע"כ לא הוי אומדנא דמוכח. אך לכאורה אפשר דרבינו חננאל סובר כמש"כ הר"ן, דאף שידעו שכניו שהוא רוצה לעלות לארץ ישראל, מ"מ לא הוי אומדנא דמוכח כיון שיתכן ומכר מפני שהיה צריך לדמי המכירה. (וע"ע במש"כ התוס' רי"ד שם בקידושין נ, א ד"ה ודילמא).

ועיין בתש' הרא"ש כלל לד, א בענין בטול שדוך, כשהאחות של המשודכת יצאה מן הכלל וכפרה בעיקר, לענין חיוב הקנס שקבל על עצמו בבטול השדוך, והביא מכל הש"ס את האופנים שאולינן בתר אומדנא:

"בכל אלו הדברים סמכו חכמים ז"ל על אומדנא דמוכח, לדון ע"פ אומדן אלו עדים מעידים על דבר זה. וכן בנדון זה, אומדנא דמוכח שאלו היה יודע דבר זה שהיה עתיד ליעשות, לא היה מקבל עליו קנס זה, דישראל קדושים הם והרבה פורשים מלהתערב בפגם גזרה. ורגלים לדבר, שהרי העביר זמן החופה והכניס עצמו בספק הפסד הקנס, כל שכן שמתחלה אדעתא דהכי לא הקנה ושעבד עצמו, ואומדנא דמוכח הוא, וכאלו התנה בפירוש דמי."

וכאמור שונה דין המכר מדין המתנה. בעוד שבמכר בעינן לגילוי דעת, הרי שבמתנה ניתן לבטלה על סמך דברים שבלב ואומדן דעת שעל דעת כן לא נתן מתנה, אף אם אינו אומדנא דמוכח כמברחת וככותב נכסיו לאחר ששמע שמת בנו. עיין בתוס' רי"ד (קדושין מט, ב) ובשלטי גבורים (כתובות נו, א בעמוה"ר, אות ח), וז"ל:

"ולא אמרו דברים שבלב אינם דברים אלא במכר, הואיל ומכר לו לזה במעותיו, אין לנו לילך אחר דברים שבלב. אבל במתנה אנו הולכים אחר דברים שבלב, שאם אנו מכירין דעתו שאינו גומר ומקנה בליבו, אין מתנתו מתנה, שהרי שכיב מרע אע"פ שנתן נכסיו במתנה סתם, הואיל ואנו מכירין שאינו נותן אלא על דעת שימות, אם עמד מחוליו חוזר ממתנתו."

משפטיך סימן כו ליעקב תמה

וכדברי השלטי גבורים פסק הרמ"א בחו"מ רז,ד. הסבר דברי השלטי גבורים מצאנו בסמ"ע רז,י, וז"ל:

"הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות, מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא"כ במתנה דהוא בחינם, דאומדן דעת כלדהו מבטל המעשה, ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחינם."

מבואר דמתנה שהיא בחינם, אומדן דעת כל דהו מבטל את המעשה, משא"כ מכר. והשאלה אם בנדו"ד הוי אומדן דעת כלדהו שעל דעת כן לא התחייב. דצ"ע אם חשיב כנולדה כאן ידיעה חדשה, שנאמר אם היה יודע לא היה מתחייב. דהרי ידע שלבת יש חשבון בנק ויש בו סכום נכבד, מדוע לא גילה דעתו לכל הפחות. ולומר שלא שיער בדעתו שהבת תתנגד, לענ"ד צ"ע, והדברים הם שכיחים ביותר. ובודאי אינו בדרגה של מברחת וכותב כל נכסיו לאחר וכו'. וגם קשה לומר שאנו מכירים שאינו גומר בליבו אא"כ הבת תתן לו את הכסף המונח בחשבון הבנק. לכן עצם העובדה שיש כאן דברים שבלב ואומדנא דמוכח שעל דעת כן לא נתן, הדבר צ"ע, אא"כ גילה דעתו בפני אנשים ויביא ראיה שחישבן את יכולתו בצרוף תחשיב הסכום המדובר, שיש איזה גילוי דעת כלדהו ואומדנא לבטל המתנה. ועיין בתוס' רי"ד קדושין מט,ב, דאינו נאמן לומר שכך היה בלבו, רק כשאנו מכירים שכך היא האמת ע"י שכניו שגילה להם דעתו; "אלא ודאי הדבר ברור כשמש דבהכי עסקינן כגון שהיה ידוע לכל שכיניו כי הוא רוצה לעלות, אלא מפני שלא הודיע דבר זה בעת המכר אמר רבא דדברים שבלב אינם דברים ... ובעידנא דזבין לא אמר". ובנדו"ד לא ברור אם יש לו ברור כגון זה שאמר לאחרים וכד'.

אמנם בנדו"ד היה לו לגלות דעתו בפני אלו שהתחייב בפניהם, דומיא דמכר, דבנדו"ד יש צד לומר שהתחייבות לנדוניא, כיון שקיימת התחייבות גם של הצד השני בתמורה, או שזה חלק מההסכמה ההדדית להנשא זל"ז, חשיב כמכר ולא כמתנה. דהנה על המשנה רפי"ב דכתובות (קא,ב), בדין הנושא אשה ופסקה עמו שיוזן בתה ה שנים, כתב הריטב"א וז"ל:

"ושמעין ממתניתין שהמתחייב בדבר שאינו קצוב חייב, אבל הרמב"ם ז"ל (מכירה יא,טז) כתב שאינו חייב, ושאני הכא לפי שפסק בשעת נישואין ומשעבד נפשיה מדרב גידל, כשם שמתחייב בדבר שאינו ברשותו כדכתבי רבואתא ז"ל, ואין זה נכון דמסתייה לדרב גידל דמהני באמירה למאי דמהני בעלמא בקנין או בשאר הקנאות, אבל מאי דלא מהני בעלמא בשום קנין לא מהני הכא באמירה מדרב גידל, וסבור הייתי דמודה הרמב"ם ז"ל במי שקבל שכר לזון זמן ידוע שהוא חייב לזון הזמן ההוא, ושלא אמר רבינו ז"ל אלא במחייב מעצמו דרך מתנה וגמילות חסדים, ואין זה נראה מדבריו ז"ל, דא"כ הכא הא איכא שכר שנשאת לו האשה הזאת, ולא אתי עלה מרן ז"ל אלא לפי שפסק בשעת נישואין, ועוד

ערב יוכיח שהלוהו זה על אמונתו, ואפ"ה אומר רבינו ז"ל (הלכות מלוה ולוה כה,יג) שאם ערב בדבר שאינו קצוב ונתנו על פיו פטור, אלא ודאי דלא שני ליה למרן ז"ל בין הא להא וכן אמר לי רבינו ז"ל, ומ"מ כל רבתי חלוקין בדין זה על הרמב"ם ז"ל, וגם רבינו הרמב"ן ז"ל חולק עליו בראיות בתשובת שאלה."

מדברי הריטב"א עולה דחלוק דין מתנה מדין מתחייב לזון, דמתחייב לזון אינו דרך מתנה וגמילות חסדים אלא בשכר שנשאת לו זאת האשה, וכתב דלרמב"ם אין לחלק ולומר דרך בדרך מתנה לא מהני בדבר שאינו קצוב, דגם בנדון המשנה פסק הרמב"ם שחייב מפני שפסק בשעת הנישואין, וכן בערב אינו דרך מתנה וגמ"ח, דהרי על אמונתו הלוה המלוה ללוה, ע"כ אין לחלק. אבל מהדברים עולה דנישואין אינם מתנה אלא דרך מכר ושכר, ואף שלרמב"ם לא מהני גם בזה מחמת היות ההתחייבות דבר שאינו קצוב, מ"מ בעצם הדבר שהתחייבות למזונות הבת חשיב מכר ושכר, הוא דבר ברור בריטב"א.

וכך מוצאים אנו בתש' מהרש"ל סי' טז, שדן בצואת שכיב מרע, שנתן לבתו לדור בביתו עם בעלה כל ימי חייהם, כפי שהיו דרים בחייו. ונפלה מחלוקת בין הבת ליורשים בענין צרכי הבית כמו חימום הדירה וכד', שלטענת הבת הוצאות אלו, אף שהן הוצאות שותפות, כלולות בכלל הפטור שנתן לה אביה לדור ללא תמורה, וכן רצונה של הבת להשכיר הדירה לאחרים. ודן מהרש"ל באומדן דעת האב במתנת שכיב מרע, ובתוך דבריו כתב לחלק בין צואה זו, הדירה, שניתנה במתנת שכיב מרע, שדינה כמתנה, לבין המתחייב לזון בת אשתו, שנותן לה דמים, אם נשאת הבת, וז"ל:

"כי ידוע שעיקרי צואת שכיב מרע בנוי על יסוד האומדנא, ומשום הכי במקצת בעי קנין ובכללו לא בעי קנין. וכן כל דיני מתנות, כגון הכותב כל נכסיו לאשתו או לאחד מבניו שלא עשאו אלא אפטרופס מכח אומדנא (ב"ב קנב), וכן הכותב כל נכסיו לאחר מחמת ששמע שמת בנו כו' (ב"ב קמוב), וא"כ בודאי בנדון דידן נמי אומדנא דמלתא שלא נתן לבתו אלא שיהא לה דירה כל ימי חייה ולא צריכה לטלטל ולשכור בית דירה. ואינו דומה לפוסק לזון בת אשתו כו' דהתם לאו בדעתיה לחוד תליא מלתא אלא אף בדירה תליא, שהרי פסקה עמו שיוזן ונתחייב לזה בשיעבודו שנשתעבד לה, וא"כ אין שייך אומדנא כ"כ, דאדרבא אומדנא דידה מוכח שיוזן אותה על כל פנים בדמיו."

הרי שבנישואין לא חשיב מתנה שנלך אחר אומדנא, דלא בדעתו לחוד תליא מילתא אלא גם בדירה. ואף שלכאורה מכל זה אינו ראייה כל כך, דשם מתחייב הבעל לאשתו, הוא המתחייב ובשכר זה היא הנותנת את התמורה - נישואין, אבל באב המתחייב לתת נדוניא לבתו, לכאורה היא מתנה ולא שכר, דהרי לא השתעבד כנגדו אלא נותן לבת, והבת לא נותנת את התמורה. אך מהגמ' כתובות קא,ב - קב,א שרצתה להעמיד את המשנה במסירת שטרות, ודחתה הגמ' דהמשנה מדברת בשטרי פסיקתא וכדבר גידל,

דאמר רב גידל כמה אתה נותן לבנך כו"כ, כמה אתה נותן לבתך כו"כ, עמדו וקדשו קנו, ועיי"ש ברש"י דהמשנה מדברת בבעל ואשה שהתחייבו דומיא דשטרי פסיקתא, אך גם בשטרי פסיקתא של האבות יש בזה התחייבות הדדית שאינה מתנה אלא התחייבות, ולא שייך בזה אומדנא, וכמש"כ הריטב"א והמהרש"ל.

אחר הדברים האלה ראיתי שהתוס' בכתובות (מז, ב ד"ה שלא) ובב"ק (קי, ב ד"ה אדעתא) כתבו לחלק בין היכא דתלוי בדעת הנותן בלבד להיכא דתלוי בדעת שניהם. בגמ' כתובות מז, א-ב נחלקו אם מהארוסין גובה תוספת כתובה, דמ"ד שלא גובה, מפני שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה. ובתוס' הקשו, דאם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה, אנן סהדי שלא על מנת כן לקחה. ותירצו, דהתם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס, ואפי' אם אומר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה, אבל הכא לא כתב כלל כי אם ע"מ לכונסה, ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק. וכן ההוא דזבין ולא איצטריכו ליה זווי;

"והא דפריך בסוף הגזול קמא (ב"ק קי, ב) יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה, אף על גב דבאותו ספק מסתמא היתה נכנסת בשעת קדושין, אומר רבינו יצחק דלא פריך התם אלא משום דהוי דומיא דקאמר התם נתן כסף לאנשי משמר ומת שהוא שלהם, ומסיק התם ש"מ כסף מכפר מחצה, דאי לא מכפר לימא דאדעתא דהכי לא יהיב, דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן, יש לנו ללכת אחר דעתו, וכיון שבו תלוי, ודאי אינו רוצה ליכנס בשום ספק, ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח, דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש. להכי פריך שפיר מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין משום דבדירה תלוין הקידושין שברור לנו שהוא לא יעכב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו, כי אינו חושש במה שאירע אחריו. ולהכי לא פריך מאשה שנעשה בעלה בעל מום תיפוק בלא גט דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, כיון דתלוי נמי בדעת המקדש, וכן כל הנהו דמייתי התם אין תלוי אלא בדעתו."

התוס' מחלקים בין מי שגזל את הגר ונתן לאנשי משמר לאשם, ומת קודם שהביא אשמו, דאין היוורשים מוציאים מאנשי משמר, וש"מ כסף מכפר מחצה, דאזלינן בתר דעת נותן, דבו ובנתינתו לבד תליא מילתא. משא"כ בקונה חפץ, תלוי גם במוכר. וכן באשה שבעלה נהיה בעל מום, אינו יוצא בלא גט בטענה שע"ד כן לא התקדשה, כיון שגם בו תלויה הכוונה ולא רק בה. משא"כ בנפלה לפני יבם מוכה שחין, ודאי לבעלה לא אכפת מה יהיה אחר מותו, וע"כ תלוי רק בה לענין זה, ודמי לנותן לאנשי משמר ומת. ומבואר בתוס' דבקדושין תלוי בדעת שניהם. ולכאורה הוא הדין בשדוכין ששני הצדדים מתחייבים בנדוניא, ועל דעת כן מתחתנים, שאינו תלוי רק בדעת האב המתחייב,

ולא אזלינן בזה בתר אומדנא. ועיין מש"כ בזה החכם צבי בתש' סי' מא בענין תש' הרא"ש ומהרי"ק בנשבע למשודכת ובנדר לחתנו ממון ואח"כ הרגיל קטטה עם בתו, דרוב פוסקים אחרונים המדברים בענין אדעתא דהכי לא נדר, דלא אמרינן הכי אלא כשהדבר תלוי בדעתו לחוד, אבל כשחבירו משביעו להנאתו על דעתו, לאו בדעת נודר לחוד תליא מילתא, עיי"ש שתמה על הרא"ש. ובנודע ביהודה (מהדור"ק חור"ד סי' סט) השיב על דבריו, דעד כאן לא כתבו התוס' דבמוכר כיון שתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר אומדנא דלוקח, היינו משום דמסתמא אין המוכר מתרצה לזה שאם יתקלקל החפץ יבוטל המקח, דאטו בשופטני עסקינן שיתרצה לזה שהוא רק טובת חבירו לבד, דלהיפוך שאם יקלקל המעות שיבוטל המקח הוא דבר שלא שכיח שיתקלקל מעות מזומנים, וא"כ כיון שמסתמא דבר זה הוא רק טובת אחד מהם והדבר תלוי בשניהם, אין אנו משגיחין בתר אומדנא דחד מיניהו. אבל בשידוכין בעובדא דהרא"ש שקלקלה אחות המשודכת, דאמרינן אומדנא דמוכח דבשעת השידוך לא נתקשרו אדעתא שיפגמו משפחתם וישחיתו נחלתם, אומדנא זו היא טובת ב' הצדדים בשעת השידוך, שהרי היה יכול להיות להיפך שיזדמן פגם במשפחת המשדך, ואמרינן אדעתא דהכי לא נתקשרו שני הצדדים. לפ"ז צריך לבחון אם האומדנא היא טובת צד אחד, דבזה לא אזלינן בתר אומדנא של צד א', לבין אם הוא טובת שני הצדדים. ובנדר"ד הוא ודאי לא טובת שני הצדדים, וע"כ כיון דדמי למכר ולא למתנה, לא אזלינן בתר אומדן דעת האב, גם אם היתה כאן אומדן בדעת האב.

וכן נמצא באריכות במשנה למלך זכיה ומתנה ו,א, שהביא שם תשובת מהר"ש הלוי והר"ר יצחק הלוי, בענין מי שהתחייב סכום מסוים לנדונית בתו ונפטר, והשאיר שתי בנות, המשודכת ואחותה, והשאלה אם יתחלקו הבנות בשוה, או קודם יפרע הנדוניה ואח"כ יחלקו. והר"ש הלוי כתב דלא אזלינן בזה בתר אומדן דעת האב, והביא את התוס' בכתובות מז,ב וב"ק קי,ב הנ"ל, ובהמשך דבריו;

"והשתא נחזי אנן באב הפוסק ומתחייב למשדך בכך וכך לנדונית בתו, אפילו לכשתמצא לומר דאמדינן דעתיה דלא נתחייב אלא אדעתא להשיאה בחייו ולא אדעתא שימות ותזכה במתנה ובירושה, ואין הדבר תלוי בדעתו לבד דהא איכא דעת המשדך שאינו מתרצה לכנוס אלא אדעתא דנדוניה כך וכך בכל ענין שיהיה בין בחיי האב בין לאחר מותו. והכא ליכא למימר כלל כי במשדך לא יחוש במה שיארע אח"כ כמ"ש התוס' גבי יבמה וכדפרישנא לעיל לדעת התוספות אמלתא דר"א שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, וכן גבי זבין ולא אצטריכו ליה זווי, דהתם ודאי איכא למימר דלא חיישינן במה שיארע אח"כ ולא מצאה קפידא מנוח שאם יארע הדרי כדמעיקרא ולא מפסדי מידי, אבל הכא המשדך שנתרצה לכנוס אדעתא שתכניס לו נדוניה כך וכך ע"פ החיוב שנתחייב לו אביה, אם אתה אומר עכשיו שמת בטל החיוב מכח אומדנא דאב, נמצא זה כונסה בלא

נדוניא, אף על גב דהשתא נמי תחלוך בירושה, מ"מ זמנין דליכא בשיעור ירושתה כחלק שנתחייב לו אביה לתת בנדוניא ונמצא זה מפסיד כל מאי דבציר מחיוב האב, וכגון זה ודאי קפיד המשודך לכנוס אשה בפחות ממה שהתנה, ואם האב לא היה מתחייב בכך אפשר לו באחריתי דמכנסת נדוניא טפי מהך, באופן דליכא למימר כלל כי המשודך לא יחוש במה שיארע. וא"כ כיון שהדבר תלוי בדעת המשודך נמי, למאי מהני אומדנא דאב, ואפילו אי הוה מוכחא וברירא טובא, כל שכן היכא דהאומדנא היא מסופקת באב גופיה, דודאי לא חיישינן לה כיון דאיכא דעת המשדך."

ועיי"ש בתש' הר"י הלוי, דאף לא חלק ביסוד זה אלא דס"ל דאף שאין לגבות ההתחייבות מהעזבון, מ"מ אין לכוף לחתן לישא המשודכת. ועיין עוד בבית מאיר קיד, יא. ונראה דכל זה בעינן לשיקול הדעת עד כמה התחייבות זו עיקרית בעצם השידוך בין בני הזוג, דאם מדובר בהתחייבות שברור שאלולי היתה, לא היה קם ונרקם השידוך, הרי ההתחייבות הינה כמכר, והיא תלויה גם בדעת אחרים. משא"כ בהתחייבות שאינה מעיקר השידוך, והיא מתנה בין האב לבתו, שאף אם לא היתה ניתנת היה השדוך יוצא אל הפועל, כגון מי שהתחייב לתת, והיתה ההתחייבות לאחר שכבר השתדכו או אפי' אחר שנשאו, שבזה ודאי מדובר במתנה גמורה מאב לבת ואינה כמכר, דאינה תלויה בדעת אחרים. אבל בנדו"ד שהיתה ההתחייבות בד בכר עם בא הצדדים בברית השידוכין, עסוקים באותו ענין כנהוג וכמקובל, הרי התחייבות זו היא כמכר וכנ"ל ולא כמתנה, ולא אזלינן בה בתר אומדנא. זאת בנוסף לאמור לעיל שאף אם מדובר היה במתנה, צ"ע אם יש כאן אומדן דעת ברור המבטל מתנה.

לאור האמור לעיל:

- א. הכסף הנמצא בחשבון הבת של הבת, שנחסך ממשכורתה כשהיתה סמוכה על שולחן אביה, שייך לבת.
- ב. אין לבטל את התחייבות האב מחמת אומדנא שעל דעת האמור בסע' א לא התחייב. התחייבות האב במלואה שרירה וקיימת.

סימן כז

מציאה שספק אם התיאשו הבעלים

ראשי פרקים

א. במוצא קודם יאוש, ובספק

ב. שם דמיהם ומניהם

נדרשתי פעמים רבות לשאלה של מוצא מציאה, ואינו יודע אם היה יאוש של בעלים, דיתכן בכלל שהבעלים לא ידעו עדיין מהאבידה, דיתכן ואבד לפני דקות ספורות וכד', האם רשאי להשתמש בחפץ שמצא? ומה הדין במצא חפץ ויש בו סימן, והכריז ולא באו הבעלים?

א. במוצא קודם יאוש, ובספק

קיי"ל (ב"מ כב,ב) כאביו דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, והיינו שמצא קודם שהתיאשו הבעלים. ובטעם דברי אביו איתא בגמ' שם כא,ב דבאיסורא אתי לידיה, ופרש"י שם "דדבר שאינו עשוי להתיאש הוא". ויש להבין בכוונתו, דלכאורה הכוונה שגם אם הבעלים יתיאשו, היאוש לא מהני, וצ"ב. ובתוס' ב"ק סו,א ד"ה הכא בהו"א שמהני יאוש באבידה כשבא לידו קודם יאוש, לענין זה שאינו צריך להחזיר החפץ רק הדמים, דאינו יכול להפטר לגמרי כיון שכבר התחייב בהשבה. וצ"ל שגם אם יש יאוש, היאוש אינו פוטר החיוב שקדם לו, וכשמוצא אחר יאוש, לא חל על המוצא חיוב השבה, אך לאחר שחל, אינו יכול להפקיע חיוב המוצא שחייבה התורה. והנה הרמב"ן בחידושיו לב"מ כו,ב (על דברי רבא שם שנטלה לפני יאוש ע"מ לגזלה, עובר בהשב תשיבם ובלא תגזול ומשום לא תוכל להתעלם, ואף שהחזיר אחר יאוש, מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד עבד) הקשה, דאיך עבר על לא תגזול, הא לאו שניתק לעשה הוא. וכתב לישב דהואיל ואבדה נקנית ביאוש לגמרי, וכשמחזיר האבידה כבר התיאשו וקנאה זה שנטלה ע"מ לגזלה, אינו מקיים מצות השבה שהרי קנאה לגמרי. ולא דמי לשאר גזלות שאינן נקנות לעולם לגמרי, דמ"מ חייב לשלם דמיהם, וכשמחזיר דמיהם מתקן הלאו, משא"כ באבידה. והקשה הרמב"ן, דלכאורה איך קנאה כשנטלה ע"מ לגזלה, הרי באיסורא אתי לידיה;

"לא קשיא, דכי אמרינן הכי הני מילי היכא שנטלה ע"מ להחזירה, שכיון שנתחייב בהשבה וחל עליה מצות השב תשיבם, לא פקע מיניה לעולם ביאוש, שאל"כ

כל אבידה מותרת אם לא באו בעלים מיד שהרי נתיאשו, ודין הוא מפני שנעשית ידו כיד בעלים ושומר של בעלים הוא, הילכך לא קני לה לעולם ביאוש שאחר כך, אבל הכא כיון שגזלה זה, לא מחייב בהשבתה לאחר יאוש, ואין הכי נמי דמחייב קודם יאוש בהשב תשיבם הואיל ואתיא לידיה, אבל מ"מ גזלה היא, שהרי לא להחזירה נטלה והרי היא לבעלים כמונחת בקרקע, ואין ידו של גזלן זה כיד הבעלים וגזלה היא זו שנקנית ביאוש, הילכך לא מחייב בהשב תשיבם לאחר יאוש, דהך גזילה תרי קולי אית לה, שגזלה היא, ודין אבדה יש לה לקנות ביאוש לגמרי."

הרי שנקט הרמב"ן שכשנטלה ע"מ להשיבה, וחלה עליו מצות השבת אבידה, אין היאוש מפקיע את המצוה, והטעם - דבשעה שהתחייב בהשבה, נעשה שומר של הבעלים על האבידה, וכאשר החפץ שמור מהבעלים, לא מהני יאוש, דהוי כיאוש מדבר שברשותו, עיין במלחמות לרמב"ן (ב"מ יד,ב בעמוה"ר): "מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכו שלם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים". וכן מבואר בדברי הריטב"א ב"מ כא,ב: "דשאני הכא שלא נטלה בתורת גזל, וכיון דבשעת נטילה לא זכה, הרי ידו כיד הבעלים וכנפקד שלהם שאין יאוש מועיל בו". ועיין בקצוה"ח רנט,א שהוכיח דמהני יאוש ברשותו, מהא דר"פ אלו מציאות בתאנה הנוטה לצד הדרך ומצא דתאנה תחתיה, אף שהתאנה ברשותו. אלא אף דמהני יאוש למה שברשותו, כששומר אבידה שומר על החפץ, לא מהני יאוש; "כיון דהשומר אינו מייאש, שהרי הוא תחת ידו וידו כיד הבעלים, א"כ יאוש דבעלים לא מהני, אבל היכא שמונח בחצירו בענין דחצירו לא קנה לו וכמ"ש הרמ"א בסימן רסח, מהני יאוש שפיר". דבעינן גם יאוש שומר, והוא אינו מתיאש, ולא סגי ביאוש בעלים. ועיין עוד קצוה"ח קסג,א דחשיב אבידה בהיתרא אתי לידיה, דדוקא גזילה וגניבה הוא דהוי באיסורא אתי לידיה, אבל אבידה אתי לידיה בהיתרא אלא דבהשבה הוא דנתחייב. (וע"ע בקצוה"ח שסא,ב). ועיין בדברי חיים אבידה א דכתב דלא מהני יאוש כשנעשה שומר לבעלים, דלא מהני סילוק של הבעלים מהחפץ כשהחפץ נמצא ברשותו (וכתב לישב את קושיית קצוה"ח מתאנה הנוטה לצד הדרך, עיי"ש). וע"ע בשערי יושר ה,יב ד"ה עוד נ"ל דאין מחלוקת בין התוס' והרמב"ן, ואם החפץ מונח במקום שמור לגמרי, לכ"ע לא מהני יאוש, ואם נמצא במקום שאינו שמור, כגון במקום שאינו רגיל להמצא או אחרים יכולים ליטלו, גם לרמב"ן מהני יאוש. וע"ע בחידושיו לב"ק לז,א. ובהסבר הדין ראיתי לגרא"ז באבהא"ז גו,א טז,ד, שכתב וז"ל:

"כיון דבסתמא עומד שישב האבידה, לא מהני כבר ע"ז יאוש, דהוי כמו שאינה אבודה, ולא אשכחן דהתירה תורה ביאוש אלא היכי שהיא אבודה ואינה עומדת בודאי שתגיע לבעלים. ולפ"ז נוכל לומר דגם בנמצא בחצר, אף שאינו יודע, כיון דבודאי עומד שידע וישיב, כבר אינה אבודה, ולא התירה התורה זה ע"י

יאוש ... דהך טעמא לא שייך אלא באבידה לומר דבכה"ג דאתא לידיה קודם יאוש, כבר לא הוי אבידה, אבל גזילה לא שייך זה, דהא הוא גוזל ועומד ואינו רוצה להחזיר לבעלים..”

הרי שכשנמצא קודם יאוש, הופקע מהאבידה שמה - אבידה, וכבר אינה אבידה, הן מחמת חיוב התורה להשיב או מחמת היותו שומר על האבידה, וממילא לא יכול לחול יאוש הבעלים, דיאוש הבעלים יכול לחול על דבר שיש עליו שם של אבידה, גזילה וכד', וכאן אין על המציאה שם אבידה.

לאמור לעיל דאם מצא קודם יאוש נתחייב בהשבה, או שלא חל יאוש מפני שהוא שומר אבידה, לכאורה בעינן שידע ודאי או בדרך של חזקה שהבעלים התיאשו, דאם הוא בגדר ספק, הרי יש לו ספיקא דאורייתא אם חל עליו חיוב התורה של השבה, או ספק אם יכול לחול יאוש כיון שספק נהיה שומר, ובכהאי גוונא אינו יכול לזכות לעצמו. והדברים מבוארים ברב המגיד גזילה ואבידה יד, ה, וז"ל:

”ודע שהנראה מן הסוגיא היא שכל דבר שיש לחוש אם ידעו הבעלים בנפילתו אם לאו אסור מספק, לפי ששם אמרו גבי מעות מפוזרין הרי אלו שלו, ואקשינן עליה דאביי ופרקים אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה, אלמא מסתמא בדבר שאין לתלות אסור, דאי לא מאי קושיא ומאי פירוקא. זה נ"ל וכל הסוגיא מוכחת כך.”

הרי שאם אין לתלות שהתיאש ויש ספק, אסור מספק. וכן כתב הט"ז חו"מ רס,ט, וכן כתב בשו"ע הרב, מציאה ופקדון סע' ח, וז"ל:

”ואפילו המוצא דבר שהוא ספק אם הבעלים יודעים מנפילתו, חייב להכריז אם יש בו סימן, אפילו מצאו במקום רוב נכרים. ואם אין בו סימן, יניח עד שיבא אליהו או עד שיתברר בעדים של מי הוא ויחזירנו לו, אף על פי שכבר נתייאש ממנו, הואיל והוא ספק שמא בא לידו באיסור ושוב אין יאוש מועיל בו, וספק של תורה להחמיר.”

וכן מבואר בפני יהושע (ב"מ כה,ב ד"ה אבל) דבספק אם התיאש, לא זכה המוצא עד שידע בודאי שנתייאש, דכיון דבשעת נפילה ממש ודאי לא ידע ולא נתייאש, אם כן בשעת מציאה נמי יש לאוקמא אחזקתו שעדיין לא נתייאש. וע"כ בנדון דידן שיש ספק אם התיאש, לא זכה המוצא, והשאלה איך לנהוג למעשה, ואם כל דבר צריך להיות מונח עד שיבוא אליהו או שיתברר בעדים. דבריתב"א ב"מ כא,ב בהסבר דברי אביי מבואר דלא זכה המוצא בכל יאוש; ”ואם נטלו קודם שידעו בו הבעלים, לא זכה בו, וכשיביאו הבעלים עדים, חייב ליתנו להם ואף על פי שנתייאשו לבסוף”. הרי שבכל ספק שמסתפק אם התיאשו הבעלים, וכגון שאינו יודע כמה זמן עבר מהאבידה, לא יטול, ואם נטל לא זכה. גם במאירי הגדיר שזוכה המוצא במציאה רק בדבר שאין בו

סימן, והוא מהדברים שהנופל מרגיש מיד בסמוך לנפילתו, הא בלאו הכי, יש לו לחוש שמא הבעלים לא ידעו ולא התיאשו, וז"ל המאירי ב"מ כא, א:

"וכל שבאה ליד המוצא על צד שלא ידעו הבעלים בחסרונה בשעת מציאה לא קנאה לעולם, ואפילו נשתתה הרבה ביד המוצא לאחר יאוש בעליה, הואיל ובשעה שבאה לידו לא נתיאש או שלא הרגיש בחסרונו עד שיתיאש, לא קנאה לעולם אף לאחר הרגש בעלים ויאושם, וצריך להניחם עד שיבא אליהו, ר"ל עד שיתברר הדבר מעתה איזו אבדה זכה בה המוצא. ורוב מציאות אין בעליהן מרגישין בהן בשעת מציאה, שהמציאה תכופה הרבה לנפילה, שעוברים ושבים מצויים הם, ושמא עדין לא הרגיש המוצא. תדע שלא זכה המוצא אלא במציאה שאנו מכירין מן הסתם שבעליה מרגישין בנפילתה מיד ומתוך שאין להם בה סימן הם מתיאשין ממנה, ואנו משערין מ"מ שבשעת מציאתה כבר הרגישו הבעלים ונתיאשו, ובהתר זכיית יאוש באה ליד מוצאן, ומתוך כך כל שיש בה סימן הואיל ואין מתיאשין מיד, שבוטחים הם בסימניהם, אף על פי שאפשר שנתיאשו לאחר זמן, הואיל ואנו משערין שבשעת מציאה לא נתיאשו לא קנאן לעולם. מעתה צריך המוצא לשני דברים ואח"כ יזכה במציאה, אחת שלא יהא בה סימן, והשניה שתהא מדברים שאדם עשוי להרגיש בו בהם סמוך לנפילתם."

ובמאמר מוסגר הייתי מוסיף דמה שאמרו חכמים לענין מטבעות, שאדם עשוי למשש בכיסו בכל שעה, לכאורה רואים היום שלא ממשמשין כל שעה. ונראה דחז"ל דברו בכיס ובארנק מיוחד לכסף שלוקח בידו כמו שק, דבכיס מכנסים שיש שם כסף קטן ומפתחות, אדם בדר"כ לא ממשמש בכיסו כל רגע, ודוקא שהולך עם כסף גדול בכיסו, או שיש לו כיס דומיא דשק שלוקח בידו, ויש בו גם כסף רב. ואף שראיתי באגרות משה חיור"ד ח"ד סו, כג שאין חילוק בין כסף רב למעט, מ"מ כיון שהמציאות כיום שונה, נראה לענ"ד לחלק כנ"ל. וע"כ למעשה בכל אבידה יש להסתפק, אא"כ נפל דבר מגגון של רכב והרכב המשיך לנסוע (לכאורה תלוי גם בגודל הרכב וכו'), וצריך שיקול דעת לכל מקרה לגופו בעוד נתונים), או שרואה איך הבעלים חיפש והתיאש וכד', או שמוכח שמונח כאן זמן רב, שאל"כ אינו שלו מחמת הספק אם התיאשו.

ונחלקו הרמב"ם והראב"ד בהל' גזילה ואבידה טו, א בספק הינוח ואין בו סימן, ועבר ונטלה אף שהדין שלא יטול, אם זכה בה, דעת הרמב"ם דאם ספק לו בדבר "ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם, ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו". והראב"ד חולק דאינו מחזור שיהיה של הלוקח לעולם אלא יעמוד בידו עד שיבא אליהו. ובכסף משנה כתב בדעת הרמב"ם דאף שעבר ונטל שלא כדין, כיון שאין בו סימן לא אמרינן יהא מונח עד שיבוא אליהו, דאין לנו לומר כן אלא היכא דאיתמר בהדיא. וחזר הדין בב"י חו"מ רס, דכל מחלוקת אב"י ורבא לענין יאוש שלא מדעת, וקיי"ל כאב"י, היינו שלא יטלם,

אבל אם נטלם מודה אביי דהרי אלו שלו, כיון דלא נאמר במפורש דיהא מונח עד שיבא אליהו. וברב המגיד כתב להקשות על דעת הרמב"ם איך זכה מספק, וכתב דהאמת כדעת הראב"ד, ושכן כתב הרמב"ן; ואיהו לא קני בהאי יאוש דבאיסורא אתא לידיה, וכן דעת הרשב"א, וכן דעת רבינו יונתן. ועיין בפני יהושע ב"מ כהב ד"ה בתוס' שלמד דלא ס"ל כשיטת הרמב"ם, אלא בכל ספק יהא מונח בידו עד שיבואו הבעלים, והוא שומר על המציאה כל זמן שלא באו הבעלים, וז"ל:

"והדין בזה לשיטתם שיהא מונח ביד המוצא לעולם, אפ"ה שייך ביה חיוב שמירה, דשמא יביא הלה עדים שהוא שלו ויטלנה, שזה לא זכה בה מדין יאוש כיון דבאיסורא אתא לידיה, וכמו שכתבתי מצאתי אח"כ בלשון רש"י בפרק המפקיד (לז,ב) ... ולא ניחא להו ג"כ לפרש כפירוש הרמב"ם דלא יחזיר היינו שזכה המוצא לגמרי, ואינהו לא ס"ל הכי, אלא שיהא מונח עד שיבוא אליהו כמבואר בפוסקים "

ובמחבר בשו"ע חו"מ רס"ט הביא דעת הרמב"ם שזכה המוצא, ובסעי' י הביא הרמ"א דעת החולקים דיהא מונח עד שיבוא אליהו. ובסמ"ע ס"ק מב כתב לבאר דעת הרמב"ם, דכיון שנוטלו ע"ד להחזירו לבעליו אלא שטעה ואינו יכול להחזירו כיון שאין בו סימן, בזה גם אביי ס"ל דהוא של מוצאו. ודעת הש"ך רס"מ, כדעת הרמב"ם, דפשט לישנא דש"ס לא יחזיר, דהוא של מוצאו, ולא אמרינן יהא מונח אלא כבנדון שו"ע רס"ב, ג בנפל משנים או שלש, שאינו מתיאש לעולם, דחושב שהוא אצלם, אבל במקום שמתיאש לאחר שהמוצא מצא, כיון שאין בזה סימן, אף שנטל שלא כדין, הוא של מוצאו. ועיין בנתיבות רס"ג שכתב דבהינח תלינן ששכח והתיאש, אלא כיון שהם מונחים ברשות כמו ד אמות, והוי כמו רשותו ולא מהני יאוש, ע"כ לא יטול, אבל אחר שנטל אמרינן דמהני היאוש אף שהיה ברשות שכביכול שלו, אבל אחר שנטל כיון שמשערים שהתיאש, מהני היאוש לבדיעבד שכבר נטל, עיי"ש. ומבואר עכ"פ שההיתר להשתמש הוא רק לאחר שהתיאשו הבעלים, והיינו שיעבור פרק זמן מסוים שודאי יתיאשו, וזה רק בדבר שאין בו סימן, דמהני לרמב"ם מה שנטל רק לענין מה שבא לידו באיסור, אך לא מהני להשתמש ללא יאוש. וכן פירש הגר"ב בברכת שמואל ב"מ כה"ט את דברי הגר"א בבאוריו לחו"מ רס"לג. וכתב הגר"ב לבאר, דבספק אם התיאשו, דינו של הזוכה בספק כדין כל ספק ממון, כמו בכל תפיסה של ספק ממון, דעל ידי שהוא תופס מספק שנולד בו, לא נחשב הדבר מעשה גזילה, והספק הוא בדיני ממונות ולא באיסור גזילה, אם חייב ממון לחבירו או לא, ובזה אמרינן שאין להוציא מהמוחזק, וע"כ גם בלקח מציאה שספק אם התיאשו, אינו עבירה בידו והוי רק ספיקא דממונא, עיי"ש. וע"ע באמרי משה לז"ד דלרמב"ם מהני יאוש שאחר נטילה באין בה סימן, בנטל בספק הינח ובספק יאוש שלא מדעת, דכיון דאין בו סימן, אין חיוב השבה, וכיון שאין חיוב

השבה לא נעשה שומר, וע"כ מהני יאוש, עיי"ש. ועיין גם באבן האזל הל' גזילה ואבדה טו,א.

ב. שם דמיהם ומניחם

לפ"ז באין בו סימן וכבר נטל, ויש לו ספק אם התיאשו הבעלים בשעת הנטילה, לשיטת הרמב"ם ימתין פרק זמן שודאי יתיאשו הבעלים, ולשאר ראשונים יהא מונח עד שיבוא אליהו. ונחלקו בזה המחבר והרמ"א והנו"כ כמאן קיי"ל. והשאלה ששואלים איך לנהוג למעשה, בפרט ליוצאים ביד רמ"א. דהנה איתא בב"מ כט,ב: אמר שמואל, המוצא תפילין בשוק, שם דמיהן ומניחן לאלתר. מתיב רבינא, מצא ספרים, קורא בהן אחד לשלשים יום, ואם אינו יודע לקרות, גוללן. גוללן אין, שם דמיהן ומניחן לא. אמר אביי, תפילין בי בר חבו משכח שכיחי, ספרים לא שכיחי [בבית פלוני העושה תפילין מצויין לימכר, ויחזור ויקנה מן הדמים - רש"י]. ומבואר בגמ' שאם מוצא תפילין, אף שיש בהם סימן וחייב להחזיר, כיון שהבעלים לא מקפידים דוקא על תפילין אלו, ומצוי בשוק לקנות תפילין אפי' מהודרות, שם המוצא את דמיהן (היכן שם ומה יעשה בשומא, יתבאר להלן), ומשתמש בתפילין לאלתר. והכי איתא נמי בב"מ כח,ב, לענין טפול באבדה, על הא דתנן דבר שעושה ואוכל, יעשה ויאכל, והקשתה הגמ' וכי לעולם יטפל באבדה, אמר רב נחמן ב"ר שמואל, עד יב חודש. תניא נמי הכי, כל דבר שעושה ואוכל, כגון פרה וחמור, מטפל בהן עד שנים עשר חדש, מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן [מוכרן, ומניח הדמים אצלו - רש"י]. עגלים וסייחין מטפל בהן שלשה חדשים, מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן, אווזין ותרנגולין מטפל בהם שלשים יום, מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן. (ומבואר ברש"י דמניח הדמים אצלו, ועיין להלן). ואף שלכאורה היה מקום לומר ששם הדמים ומניח הדמים, הנה בכח,ב איתא ומניחן. ובכט,ב איתא ומניחן לאלתר, והיינו התפילין, וכמש"כ הרמב"ם והשו"ע (להלן).

ויש ללמוד מזה לכל דבר שניתן לקנות בדמים בשוק ומצוי הוא לקנותו, שיכול לשום דמיהם ולהשתמש, משא"כ כשמוצא תכשיט בעל עיצוב מיוחד וכיוצא"ז, שאין למצוא בשוק כמותו, או דבר שאפשר שהוא בעל ערך נוסטאלגי, שממילא יש בהם סימן, ויהא מונח עד שיבוא אליהו. ובתפילין ובדבר המצוי, אף שיש סימן, אמרינן דהבעלים לא מקפידים על החפץ כיון שמצוי לקנותו, וסגי להו בדמים, וע"כ שם דמיהם ומשתמש בהם. וכך פסק הרי"ף (ב"מ טז,ב בעמוה"ר), וכן הרא"ש בב"מ ב,יח; " ואין צריך לטפל בהן ולשומרן שלא ירקיבו כמו בספרים ובשאר אבדות, דתפילין שכיחי בכל עידן בבית האומן, אבל שאר אבדות אדם חפץ בשלו יותר". וברמב"ם הל' גזילה ואבדה יג,יד גם פסק כן; "... שדבר מצוי הוא ביד הכל ואין עשויין אלא למצותן בלבד". והכוונה שכיון שעשויים רק למצותם, לכן אין מקפיד בזה, והוא הדין בכל

דבר שאין דרך בני אדם להקפיד וכו"ל. ובשו"ע חו"מ רסז, כא לא הזכיר מדברי הרמב"ם שאינם עשויים אלא למצוות, ובסמ"ע רסז, ל תמה עליו ועל הטור שהשמיטו. ואפשר שהכל חד טעמא, דכיון שאינם עשויים אלא למצוות ומצוי בשוק לקנות, ע"כ לא מקפיד דוקא בזה, והוא הדין בכל דבר שערכו הוא רק ממוני ומצוי לקנות כמותו, דהיה אפ"ל דתפילין מעוניין דוקא במה שכבר הניח וכו', ע"ז השיב בתפילין כיון שאינם עשויים אלא למצוה אין כאן קפידא דוקא בתפילין אלה. (ועיין בחכמת שלמה לגר"ש קלוגר חו"מ רסז, כא שהקשה על הסמ"ע, דהא כל דבר המצוי בשוק אין השומר צריך להשבע שאינו ברשותו, ואם כסמ"ע שיש קפידא, אמאי אינו צריך להשבע). וכן נראה מדברי הפלפולא חריפתא ב"מ ב"ח אות ד;

"דכיון שאין עשויין להתנאות ולא לשום דבר אחר אלא למצותן, מה לו באלו מה לו באחרים, משא"כ בשאר אבידות שיש בהם צד ההנאות, אדם חפץ שלו ביותר, לפי שמה שהוא שלו כבר מצא חן בעיניו ומתנאה בו, וכ"ש דבר שיש בו צד שימוש."

הרי שכל דבר, גם אם מצוי לקנות בשוק, מצריך שיקול דעת אם יכול להיות שהמוצא ירצה דוקא בקב שלו, דהיינו שהחפץ בעל ערך עצמי ולא ערך ממוני. אמנם מדברי הש"ך עב, ח מבואר דדוקא תפילין שאינם עשויים אלא למצותן, ובדאי ניחא להם לבעלים שישתמשו בהם, אבל שאר מילי לא, וכך פירש את לשון הרמב"ם הנ"ל. וז"ל הש"ך:

"... ואדרבה נלפע"ד משם ראייה לדעת רבותיו, מדקאמר תפילין שם דמיהן ומניחן, ומסיק טעמא משום דמשכח שכיחי לקנות, ולא קאמר כל מילי דשכיחי שם דמיהן ומניחן, ומאי שנא תפילין דנקט. אלא ודאי דוקא תפילין, שהרי עשויין למצותן ולמה יהיו מונחים בקופסה בחנם, וניחא ליה לאינש דליתעבד מצוה בממוניה, והלכך כיון דשכיחי לחזור ולקנות ואין לו הפסד, יכול לשום דמיהן ולהניחן. וכן מדוקדק לשון הרמב"ם פ"ג מהל' גזילה (הי"ד) והסמ"ג (עשין עד דף קנג ע"ד) שכתב, מצא תפילין שם דמיהן ומניחן שדבר מצוי הוא לקנות ואינן עשויין אלא למצותן בלבד, עכ"ל. ומה"ט יכול להשתמש נמי דרך עראי בתפילין וטלית של חברו בלא ידיעתו..."

הרי דדוקא דבר שהוא למצותו, דאמדינן לדעת בעלים דניחא להו בהכי, אבל בשאר דברים, לא אמרינן שיכול להשתמש בהם אחר השומא. אמנם מהטור והמחבר שהשמיטו טעם הרמב"ם י"ל דהוא הדין לכל דבר דשכיח לקנותו. אמנם מצאנו ראשונים שפירשו שמוכר החפץ, ומניחן פירושו - מניח הדמים ברשותו, כך הביא הרמב"ן בחידושו לב"מ כח, ב, וז"ל:

"הא דאמרינן שם דמיהן ומניחן, ולא חייבו אותו למכרו לאחר משום חשדא

כדאמרי' (לח,א) גבאי צדקה שאין להם עניים לחלק פורטין לאחרים ואין פורטין לעצמם, משום דגבי מוצא מציאה ליכא למיחש לחשדא, שאם רצה לא היה מכריז ומחזיר כלום, ועוד שלא הטריחו באבידה יותר מדאי מפני תקון העולם. אבל בהלכות רבינו ז"ל ראיתי שהוא גורס בהך ברייתא בתרייתא גבי עגלין וסייחין ואווזים ותרנגולים, מכאן ואילך מוכרן בב"ד, ובשאר שם דמיהן ומניחן, ולא איתברר לן אי דוקא הוא, ופי' שם דמיהן ומניחן לאלתר דאמרי' גבי תפילין כך הוא, שם דמיהן לאלתר ומניחן, כלומר מניח הדמים ברשותו עד שיבואו בעלים, כיוצא בו מלקין אותו וישן לאלתר (נדרים ט"ו א') שפירושו מלקין אותו לאלתר וישן כשירצה, ולא ידעתי למה פירש"י ז"ל מניחן בראשו, ושינה זה מכל אותן דאמרי' למעלה שפירושן מניח הדמים ברשותו."

(וענין אם מוכרן לאחרים או לעצמו, עיין להלן). וכן הוא בר"ן, עיין בשטמ"ק כאן בסוגיא, וכן ברשב"א הביא ב דעות אם מניח הדמים אצלו ולא ישתמש, או שיכול גם להשתמש בדמים או להשתמש בפרה ובחמור, ולהבדיל להניח התפילין, וז"ל:

"והא דקתני בברייתא שם דמיהן לומר שהוא שם דמיהן ומוכרן שלא בב"ד, אבל בהלכות הרי"ף ז"ל גריס מכאן ואילך מוכרן בב"ד, והא דקתני שם דמיהן ומניחן איכא למימר דמניחן אצלו שלא ישתמש בהן קאמר וברייתא כר' עקיבא, וא"נ מניחן אצלו ומשתמש בהן קאמר. ובתוספות פי' דאפשר לומר דהאי מניחן אפרה וחמור קאי, כלומר שמניחן אצלו והן שלו, והא נמי דקאמר שמואל לקמן המוצא תפילין שם דמיהן ומניחן לאלתר, ה"נ קאמר שם דמיהן ומניחן בראשו לאלתר, ומיהו התם נמי אפשר לפרש שם דמיהם לאלתר ומניח הדמים אצלו ..."

ובשטמ"ק ב"מ כח,ב הביא מגליון תוס' דאפשר לפרש גם דברי שמואל ששם הדמים ומוכרם, ומניח הדמים אצלו ולא ישתמש בהם, ודוקא בעלי חיים דטרח בהן, יכול להשתמש בדמים, משא"כ תפילין שלא טרח בהם, הרי זה כדמים שמצא, שאסור לו להשתמש.

והרא"ש בהט"ז הביא מחלוקת רש"י ותוס' לענין מוכר הבהמה ושם דמיהם, דשיטת רש"י דשם דמיהם ומניח הדמים אצלו, ושיטת התוס' דשם דמיהם ומניח הפרה והטלית, ואף לעצמו יכול לשום. ולא דמי לגבאי צדקה דאמרינן לקמן בפ' המפקיד (לח,א) דאין פורטין לעצמן, דכיון דמשיב אבידה הוא לא חשדינן ליה;

"תדע דלא בעינן שישומם בב"ד כדלקמן גבי פקדון שצריך למכרו בב"ד. וכן לקמן (כט,ב) גבי תפילין דאמר שמואל שם דמיהן ומניחן לאלתר. היינו מניחן בראשו דאין לפרש מניח הדמים אצלו, דהא שמואל פוסק כר"ט בדמי אבידה.

ומיהו איכא למימר דדמי תפלין כמעוות דמי הואיל ולא טרח בהו. ומסתברא כפירוש התוספות דלא תיהוי הך ברייתא דלא כהלכתא.

ולפ"ז ס"ל לרא"ש כתוס' (עיין בתוס' פסחים יג, א סד"ה מאי לאו, דבמשיב אבידה אין חשד, ע"כ אין צריך בית דין), דאף לעצמו יכול לשום ואין צריך למכור לאחרים ולהניח המעות אצלו, ואינו צריך לשום בבי"ד אלא שם לעצמו (ועיין פ"ח שם אות ע). וברמב"ם לענין תפילין (גו"א יד) לא כתב ששם בבי"ד, אבל שם בהל' טז לענין מצא עגלים וסיחין, שמטפל בהם שלשה חדשים וכו'; "מכאן ואילך מוכרן בבית דין , וכן פירות שהתחילו להקריב וכיוצא בהן מוכרן בבית דין". והמחבר בשו"ע חו"מ רסז, כא ורסז, כד נקט כלשון הרמב"ם, והרמ"א בסע' כד הגיה מדברי הרא"ש דא"צ בי"ד אלא יכול לשומן ולקחתם לעצמו, עיי"ש. ובסמ"ע רסז, לז כתב דגם בתפילין צריך למכרן בבי"ד, ותמה על הרמב"ם שלא הזכיר כן בתפילין.

ועיין בשטמ"ק ב"מ כח, ב שהביא ראשונים רבים (רבינו יונתן, תוס' שאנץ ועוד), וברמב"ן וברשב"א שהביאו את מחלוקת הראשונים אם שם לעצמו או בבי"ד, ואם מניח הדמים. וכנ"ל דדעת המחבר בתפילין שלא הזכיר בי"ד, ובדבר שטפולו מרובה כתב שמוכרן בבי"ד, והרמ"א פליג.

ולהלכה למעשה לכאורה י"ל ממה נפשך, אם הלכה כמחבר והרמב"ם שבנטל קודם יאוש כשאין סימן הרי אלו שלו, הרי שאין צריך לשום השווי כלל והמציאה שלו, ואם כרמ"א שיהא מונח עד שיבוא אליהו, הרי הרמ"א פסק כראשונים הסוברים ששם ומוכרן לעצמו. וראיתי לגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה חחו"מ ח"ב סי' מה, שכתב וז"ל:

"וכשמצא דבר שאין בו סימן ונסתפק אם הוא קודם יאוש, מחוייב לקחתו ואחר זמן שמחוייב לטפל בו יכול לרשום בפנקסו מה שמצא. והוא הדין בדבר שיש בו סימן ירשום כל סימנים וירשום גם שוויות האבידה אם הוא ידוע, ואם לאו צריך לשומו בג' אנשים יודעים שומת איזה דברים כאלה ואז יכול להשתמש בו לעצמו. וזה מה שיש לעשות בכל מקום שאמרינן יהא מונח עד שיבוא אליהו, שממה שכתב יוכל לברר הדבר לכשיתבקש."

לאור הנ"ל בכל אבידה שיש ספק אם התיאשו הבעלים לפני שנטלה, ראוי שימתין עד לזמו שיתיאשו הבעלים, ואז ישום לעצמו כמה שוה המציאה, וירשום בפנקסו מצאתי במקום פלוני, כו"כ (מה שיותר פרטים), וערכה נאמד בכו"כ (או לשום ע"י ג מבינים), ויכול להשתמש. וכן יעשה אם מצא אבידה שיש בה סימן והכריז ולא מצא את הבעלים. אך כל זה בדבר שמינו מצוי בשוק ולא בדבר בעל ערך סנטמנטלי או יחודי, שאם יש בו סימן (בדרכ"כ לחפץ יחודי יש סימן), יהא מונח עד שיבוא אליהו, ואם אין בו סימן, לפוסקים כמחבר הרי אלו שלו, ולפוסקים כרמ"א, יהא מונח עד שיבוא אליהו. וההחלטה אם מדובר בדבר המצוי או יחודי, מצריכה שיקול דעת של מורה הוראה.

סימן כח

מציאה שנאבדה מבית המוצא

ראשי פרקים

- א. הודיע לבעלים - באבדה ובפקדון
- ב. דבר שהבעלים לא יכולים לשמור
- ג. שומר אבדה שמסר לשומר

בענין מי שהשאירה ארנק באולם שמחות, ואחד האורחים שמצא פנה למנהל האולם, שע"פ הכיתוב בארנק התקשר לבעל הארנק, והודיע לו על מציאת הארנק. לאחר שבוע, כשבעל הארנק לא הופיע, התקשר שוב לבעל הארנק, שהשיב כי יבוא עוד באותו יום. למעשה גם לאחר שבוע לא בא, ובעל האולם העביר את הארנק לאחת המזכירות, שתשאיר את הארנק בתא הסגור שלה. לאחר כחודש הופיע בעל הארנק. המזכירה לא מצאה את הארנק בתא הסגור, ולדבריה, כנראה אחד העובדים הצליח לפתוח את התא ולקחת את הארנק ועוד חפץ או שנים שנעלמו מהתא. נשאלתי, אם חייב ומי חייב לשלם את הסכום שהיה בארנק.

א. הודיע לבעלים - באבדה ובפקדון

איתא בב"ק נז,א: איתביה רב יוסף לרבה, החזירה למקום שיראנה, אינו חייב לטפל בה, נגנבה או אבדה, חייב באחריותה ... א"ל, הכא במאי עסקינן כגון שהחזירה בצהרים, ותרתי קתני, והכי קתני, החזירה שחרית למקום שיראנה, ושכיח דעייל ונפיק וחזי לה, אינו חייב לטפל בה, החזירה בצהרים למקום שיראנה, דלא שכיח דעייל ונפיק דלא חזי לה, ונגנבה או אבדה, חייב באחריותה. איתביה, לעולם הוא חייב עד שיחזירנה לרשותו, מאי לעולם, לאו אפילו מביתו, ש"מ כשומר שכר דמי. א"ל, מודינא לך בבעלי חיים, דכיון דנקטי להו ניגרא ברייתא, בעי נטירותא יתירתא. איתביה רבה לרב יוסף, השב - אין לי אלא בביתו, לגינתו ולחורבתו מנין, ת"ל, תשיבם, מכל מקום. מאי לגינתו ולחורבתו, אילימא לגינתו המשתמרת ולחורבתו המשתמרת, היינו ביתו ... א"ל: לעולם לגינתו המשתמרת ולחורבתו המשתמרת, ודקא קשיא לך היינו ביתו, הא קא משמע לך, דלא בעינן דעת בעלים, כדרכי אלעזר, דא"ר אלעזר הכל צריכין דעת בעלים, חוץ מהשבת אבדה, שהרי ריבתה בו תורה השבות הרבה. ומבואר דלהוציא בעלי חיים דנקטי להו ניגרא, כיון שריבתה התורה השבות הרבה, יכול להחזיר לגינתו ולחורבתו המשתמרת, ואין צריך דעת בעלים. ואם מחזיר למקום שהבעלים נכנסים ויוצאים שם,

אינו צריך להחזיר למקום משתמר. וכן פסקו הראשונים, הרא"ש ה"ד והרמב"ם גזילה ואבידה יא,טו, וז"ל:

"החזיר את האבדה בשחרית למקום שהבעלים נכנסין ויוצאין שם בשחרית, אינו חייב להטפל בה, שהרי הבעלים רואין אותה אע"פ שהוא מקום שאינו משתמר, במה דברים אמורים בדבר שאין בו רוח חיים אבל בבעלי חיים לעולם חייב להטפל בה עד שיכניסנה לרשות הבעלים המשתמרת, ואינו צריך דעת בעלים."

מבואר מדברי הרמב"ם דבדבר שאינו בעלי חיים, יכול להחזיר למקום שהבעלים נכנסים ויוצאים שם או למקום המשתמר, דמהני אף בבעלי חיים. ויש להבין, האם החזרה למקום שהבעלים נכנסים ויוצאים לשם חשיב כחזרה למקום המשתמר, או שחשיב כמודיע לבעלים וכדעת בעלים. ונפק"מ לענין גזילה, דאם נאמר דחשיב כחזר משתמרת, כיון דלא ריבתה התורה השבות הרבה אלא באבידה, לא סגי במה שמחזירו למקום שנכנסים הבעלים ויוצאים, אבל אם חשיב כמחזירו לדעת הבעלים, מהני אף בגזילה. ומדברי הרמב"ם שכתב: "... אינו חייב להטפל בה, שהרי הבעלים רואין אותה..." ומשמע דחשיב כדעת בעלים, בניגוד לחצר משתמרת שבה כתב הרמב"ם שאינו צריך דעת בעלים. וכן נראה למש"כ הט"ז חו"מ רסז,א דהחזירה למקום המשתמר, יצא ידי מצות השבת אבידה רק בדיעבד, דאף שהתורה ריבתה השבות הרבה, יש מהם לכתחילה ויש מהם בדיעבד. אולם לענין מקום שיראה אפ"ל דכיון דאינו חייב להטפל בה, משמע שאפילו לכתחילה מהני, והיינו דחשיב כדעת בעלים. וכן נראה מדברי הרשב"א (ב"ק קיח,ב), וז"ל:

"ומה שאמרתי שהגונב מרשות בעלים שלא לדעת, אם אינו מבעלי חיים, אפילו מנין א"צ וכו' יוחנן אלא כל שהחזירו לרשות בעלים פטור, מסתברא דדוקא שהחזירה במקום שיראה הבעלים כדרך שאמרו במשיב אבידה, דתניא בר"פ הכונס ..."

הרי דבגזילה מהני החזירה למקום שהבעלים רואים, וי"ל דחשיב כמדעת בעלים, דהשבות הרבה לא התרבו בגניבה. וראיתי לגאון ר' אריה ליב מאלין זצ"ל בחדושו ח"א סי' עט שחקר בזה, וכתב דאף דמחזירה למקום שיראנה חשיב כמחזיר מדעת, מ"מ לענין בעלי חיים צריך דעת ממש, דנקיטי להו נגרי. אבל כשמחזירה למקום משתמר, כיון שריבתה תורה השבות הרבה, גם בבעלי חיים השבה זו בכלל, וקמ"ל הרמב"ם דבעלי חיים לא צריך דעת בעלים כשמחזירה למקום משתמר.

ומדברי הגמרא והראשונים נראה דאף דבהשבת אבידה לא בעינן דעת בעלים, וסגי אם מחזיר למקום משתמר או למקום שבעלים נכנסים ויוצאים שם, מ"מ בעינן השבה ולא סגי בהודעה בלבד, דבהודעה בלבד לכאורה לא מצאנו שתספיק להחשב כהשבת אבידה.

ולכאורה יש ללמוד דין זה מהלכות פקדון, משומר שאמר לבעלים בוא וטול את שלך. דהנה איתא בגמ' ב"מ מט"א; ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי, לסוף אייקר שומשמי, הדרו בהו ואמרו ליה לית לן שומשמי, שקול זוזך. לא שקיל זוזיה, איגנוב. אתו לקמיה דרבא. אמר ליה, כיון דאמרי לך שקול זוזך ולא שקלית, לא מבעיא שומר שכר דלא הוי, אלא אפילו שומר חנם נמי לא הוי. ומבואר דאף שהיה המוכר שומר על מעות הלוקח, כיון דא"ל טול את שלך, אפילו שומר חנם אינו. ובתוס' שם (בד"ה אלא) הקשו מב"מ פ"ב, דאומן שאומר לבעלים טול את שלך והבא מעות, הרי הוא שומר חנם, וכאן מבואר שאפילו שומר חנם אינו. ותיצו בתוס':

"היינו משום דמעיקרא היה שומר שכר, וכשא"ל טול שלך, לא לסלק עצמו לגמרי משמירה קאמר אלא שלא יהיה שומר שכר."

ומשמע שאם סילק עצמו להדיא משמירה, אף מפשיעה יפטר. וכן נראה מדברי רש"י שם (ב"מ פ"א, דהו"א דש"ח לא יהיה); "דאינו שומרו לו עוד קאמר ליה, קמ"ל דאינו תופסו על שכרו הוא דקאמר ליה, אבל מדין פקדון לא סליק נפשיה". ומבואר דאי הוי סליק נפשיה, גם שומר חנם לא יהיה, וכנראה מדברי התוס'. וכן נראה מדברי הר"ן (ב"מ כ"ט, בעמוה"ר) דה"ק, איני תופסו על שכרי; "שמעינן מינה דאי אמר בהדיא דלא בעי לאחיובי בשמירתן, שומר חנם נמי לא הוי ופטור. הלכך בפקדון נמי כי א"ל טול את שלך, היינו לא בעינן לאחיובי בשמירתן ופטור". ובריטב"א (ב"מ מט"א) הקשה ג"כ מאומן שאמר טול את שלך דהוא שומר חנם, ותיירן:

"י"ל דשאני התם שיש לאומן לקבל שכרו, וכיון דכן לא סגי דלא ליהוי עליה שומר חנם כיון דתפיס ליה אאגריה, ואע"ג דאמר ליה טול את שלך."

מבואר דבאומן יש דין מיוחד שתופס את החפץ בשכרו, וע"כ לכל הפחות עליו להיות שומר חנם, משא"כ באופן שלא שייך תופס על שכרו. ולכאורה מהריטב"א נראה שאומן לא יוכל להפטר לחלוטין ע"י שיאמר איני שומרו עוד כלל, כיון שמעצם מהותו הוא תופס את החפץ בשכרו. אלא שמדברי הגרע"א בחידושו לב"מ מט"א נראה דבטול את שלך, אומר האומן שאינו רוצה לתפוס בשכרו, וע"כ הוא רק שומר חנם, דלא הסתלק מהשמירה אלא מתפיסת השכר, משא"כ בשומר שכר שאינו אומן, שאינו רוצה את השמירה, ולכאורה גם באומן שרוצה להסתלק מהשמירה, גם מפשיעה הרי הוא פטור, וז"ל הגרע"א:

"ונראה ליישב קושית תוס', דהתם בהאומנין במה דאמר טול את שלך והבא מעות, אין במשמעות דרוצה לסלק משמירה, אלא דהוי כמודיע לו דאינו רוצה לתפוס אאגרא ונותן לו רשות ליטול את שלו ולהביא מעות אח"כ. והא (דלא) הוי ש"ש, לא מטעם סילוק שמירה אלא מכיון דאין רצונו למתפס אאגרא, ממילא

לא הוי ש"ש. משא"כ בעלמא כשהש"ש אומר טול את שלך, דבזה מודיע שאין רצונו להיות שומר ממילא נסתלק לגמרי ואף ש"ח לא הוי."

ואה"נ, אם אומן יאמר להדיא שאינו רוצה להיות שומר כלל, לא יתחייב בפשיעה, וכל החילוק הוא באומר "טול את שלך", דבאומן הכוונה שאינו תופסו בשכרו, משא"כ בשומר הכוונה שאינו שומר עוד. וכנ"ל מהריטב"א מבואר דכל מה שהוא שומר חנם, מפני שתפיס אאגריה. אולם דברי הגרע"א הם ביאור בדברי רש"י ותוס' הנ"ל. וע"ע בחידושי הגרע"א ב"מ פא,א.

ובפני יהושע (ב"מ מט,א ד"ה בתוס' ד"ה אלא) כתב דתרוץ התוס' תלוי בשני תרוצי התוס' ב"מ מג,א (ד"ה מאי) אם במעות מקח שלא משך, דין המוכר במעות כשומר חנם או כשואל, עיי"ש. דתרוץ התוס' במט,א, מתוקמא אליבא דתרוץ קמא שדינו כשומר חנם, וע"כ באומר טול את שלך, אפילו שומר חנם אינו. אבל לתירוץ השני של התוס' דכל כמה שלא חזר בו מותר המוכר להשתמש בדמי המקח והו"ל שואל עלייהו משום היתר תשמיש, אם כן הדרא קושיא לדוכתיה, דאף שאמר ליה תא ושקול זוזך אכתי ליהוי כשומר חנם כההיא דאומנין, כיון שמעיקרא הוי חייב באונסין. וכתב, דמלשון הסוגיא משמע כתירוץ השני, דהא אי לאו שחזר בו ואמר לו תא ושקול זוזך, לא עלה על דעת רבא לפטרו מגניבה, אלמא דקודם החזרה הו"ל מיהא שומר שכר;

"ויש לישב דסברת התוספות כאן, דנהי דקודם החזרה היה חייב בשמירת המעות כשומר שכר או כשואל, מ"מ לאחר שחזר בו ואמר לית לן שומשמי, מיד נפטר משמירת שומר שכר ולא הוי אלא כשומר חנם אף בלא תא ושקול זוזך, דדמי המקח הו"ל פקדון גביה, וא"כ כשהוסיף לומר תא ושקול זוזך ע"כ להסתלק אפילו משמירת שומר חנם אמר כן."

מבואר דבחזרו בו מהמקח אינו אלא שומר חנם, ובטול את מעותיך, גם משומר חנם הסתלק. רק משמע מהפנ"י שאם הוא שומר שכר, בטול את שלך, לכהפ"ח הוא שומר חנם, שכן באר בדעת התוס'.

ובהמשך הביאה הגמ' דלא חזר בו המוכר מהמכר, אלא שלא היו לו שומשמי, וכיון שהיה לפני שבת, בקש הלוקח מהמוכר שישמור על המעות, וא"ל המוכר - הא בתי קמך, ודנה הגמ' דאפילו שומר חנם אינו בכה"ג, עיי"ש. והרי"ף כתב דלמסקנת הגמ' הדרא בה ממעשה קמא של השומשמי, ואף באומר לו בא וטול מעותיך, אינו נפטר משמירתם, וז"ל:

"והילכתא כהאי מעשה בתרא, דמאן דא"ל לחבריה הא ביתא קמך ליתיה לא שומר שכר ולא שומר חנם, אבל מעשה קמא ליתיה, דהא דחייה רב טבות וקאמר לאו הכי הוה מעשה ולא קא דאין רבא האי דינא דלא הוי כשומר שכר ולא כשומר חנם אלא כההוא דאמר לחבריה הא ביתא קמך, אבל האי מעשה דיהבו

ליה זווי אשומשמי וקא הדר ביה וא"ל לחבריה תא שקול זוזך דליכא שומשמי, לא אתא לקמיה דרבא ולא אמר ביה רבא מידי וקבלה מיני רבינא דהוא בתרא, דאלמא לאו הכי דיניה דהאי. מעשה ולא איתמר בגמרא בהדיא מאי דיניה, אבל חזינן לרבינו האי גאון זצ"ל דכתב דאי בתורת דמים שקלינן לאנפוקינן ולמעבד בהו מאי דבעי, מיחייב באחריותהון, דהו להו כהלואה גביה, אפילו א"ל למרייהו תא שקול זוזך ולא אתי ואיתניסו, מיחייב בהו. ואע"ג דמשלם, בעי לקבולי מי שפרע, ומילי דטעמא נינהו, דודאי מאן דיהיב זוזי בזביני ולא יהיב להו אלא אדעתא דלית ליה גבי חבריה אלא ההוא זבינא בלחוד, הילכך קיימי הנהו זוזי ברשותיה דמזבנה דדיליה אינון, ואית ליה לאנפוקינן בכל מאי דבעי, הלכך אע"ג דלא אנפיקינן והדר ביה ואמר ליה לחבריה תא שקול זוזך דהדרנא בי, ליכא עליה דההוא מן דינא למשקל זוזיה עד דמקביל (ליה) ההוא עליה מי שפרע, הילכך כל כמה דלא קביל עליה מוכר מי שפרע, קמו זוזי ברשותיה, ואי איתניסו - איתניסו ליה."

מדברי הרי"ף מבואר דלית הלכתא כעובדא קמא, ואם אמר לו טול מעותיך, לא נפטר מהשמירה, וכל עוד לא קיבל המוכר מי שפרע, חייב המוכר אף באונסין. וכ"כ הרא"ש (ב"מ ד, יג) דעובדא קמא קביל רבינא דלא היו דברים מעולם, ולא נשאל דין זה לפני רבא כלל, והביא את מה שהביא הרי"ף בשם רב האי גאון, דעובדא קמא, כל היכא דלא קיבל מי שפרע, חייב אף באחריות אונסין. אמנם דעת הרמב"ן בחידושו, דבבטול מקח צריך לקבל מי שפרע, ואם קבל מי שפרע, יכול לומר לו טול מעותיך ולהפטר. וכן הדין בשומר. ורק כהלואה דבעינן נתינה, לא סגי בהודעה. ועיין בחדושי הגרע"א (ב"מ מט, א בסו"ד) דלכאורה דחוק לדחות הדין, דאף דהיה על מעשה אחר, מ"מ מנ"ל לדחות גוף הדין. וכתב דיש מקום לומר דאף לעובדא קמא, י"ל דרבא לשיטתיה דאמר מתני' מסייע לר"ל ואסור להשתמש במעות. אבל לדין דקיי"ל כר"י, הו"ל ליה ולא מהני שקול זוזך, עיי"ש. אמנם כל זה נראה לענין דמי ביטול מקח, אבל לענין שומר, בזה קיי"ל כאמור בב"מ פא,א וכדמשמע בראשונים, שיכול שומר להודיע לבעלים ולהפטר אף מפשיעה. והרמב"ם בהל' מכירה ז,ג פסק דבביטול המוכר וקיבל עליו מי שפרע וא"ל טול את שלך - נפטר מחיוביו (ועיי"ש מה שחילק בין חזר הלוקח או המוכר, ומה שחלק עליו הראב"ד). ובשו"ע חו"מ קצח, טו הביא את דברי הרמב"ם, ואת מחלוקת הראשונים (המובאת גם בנימוק"י ב"מ כט, ב) באין המעות בעין ויחד אחרים תחתיהם, וז"ל:

"הנותן דמי המטלטלים או מקצתן, וחזר בו הלוקח וא"ל המוכר בוא וטול מעותיך, הרי המעות אצלו כמו פקדון, ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן. אבל אם חזר בו המוכר ואמר ללוקח בא וטול את שלך, הרי המעות ברשותו וחייב באחריותו, אפילו מאונסים גדולים, עד שיקבל עליו מי שפרע ויאמר לו

אח"כ בוא וטול את שלך, ואז אי איתנהו בעין הנך זוזי ממש דיהיב ליה לוקח, פטור. אבל אם הוציאם וייחד אחרים תחתיהם וקבל מי שפרע, י"א שחזרו הלואה וחייב אפילו באונסים, עד שיבאו לרשות לוקח. ויש מי שאומר שאפילו הוציאם, כיון שקבל עליו מי שפרע ונותנם לו, אף על פי שלא רצה הלוקח לקבלם, פטור.

ובקצוה"ח שם ס"ק ה כתב בטעם הפטור כשאומר לבעלים ליטול את שלהם:

"נראה הטעם דגבי פקדון אין הנפקד חייב בהשבה לבעלים, דאינו חייב בהשבה ליד בעלים אלא גזלן, כדכתיב והשיב, וכן לזה, דמלוה להוצאה ניתנה והפרעון מחויב ליתן ליד בעלים, אבל שומרים לא מחייבי בהשבה כלל אלא פקדון כל היכא דאיתיה ביד בעלים הוא, והמפקיד הוא שהולך לבית שומר לקבל פקדונו, ומש"ה יכול לומר לו בא וטול את שלך. וכן נראה ממש"כ הנימוק"י (ב"ק ד,ב מעמוה"ר) בהא דתני (יא, א) יביא עדודה לב"ד עיי"ש, דהיינו דוקא היכא שמתה בפשיעה צריך להביא עדודה לב"ד, אבל אם מתה באונס אומר לו הרי שלך לפניך עיי"ש. ומכל שכן היכא דפקדון בעינא דאומר לו הרי שלך לפניך ובא וטול את שלך, ועיין מש"כ בסימן פו סק"ד, אבל הלואה דהפרעון אינו דבר שהלוהו, דלהוצאה ניתנה, משו"ה צריך לפרוע ליד בעלים."

ולכאורה נראה דהשבת אבידה לא גרעה מפקדון, ולא דמי לגזלן שגזלן מבית הבעלים וחייבה התורה להשיב לבעלים, דלא דמי והשיב דגזילה להשיבם לאחיק שנאמר בהשבת אבידה, דבהשבת אבידה ריבתה התורה השבות הרבה, כנ"ל בגמ' בב"ק נז,א, וא"כ גם בהשבת אבידה הולכים הבעלים לבית המוצא לקחת את המציאה. וכן דרשו במשנה ב"מ כח,ב על הפסוק (דברים כב,ב): ואם לא קרוב אחיק אליו ולא ידעתו ... והשבתו לו. ראה האיק תשיבנו לו, דדבר שעושה ואוכל, יעשה ויאכל, ושאוכל ואינו עושה - ימכר. וכן ראיתי בפתחי חושן (אבידה פ"ז הערה ב) שלאחר שהודיע לבעלים שהאבידה ברשותו, אינו חייב לטרוח ולהשיבה, ועל בעל האבידה לטרוח ולקבל אבידתו, דלא עדיף מפקדון. לפ"ז מה שהודיע בעל האולם לבעלים, כבר אינו בבחינת שומר אבידה, ולכל הפחות מיד לאחר הזמן שיכלו לבא ולקחת את הארנק, כבר אינו שומר אבידה, דבעצם ההודעה והשמירה עד לזמן שיכולים הבעלים לבא, כבר קיים מצות השבת אבידה.

ב. דבר שהבעלים לא יכולים לשמור

ועדיין י"ל שהוא שומר מחמת שהבעלים לא יכולים לשמרו. דהנה איתא בב"מ פא,ב: אמר רב הונא, אמר לו הנח לפניך, אינו לא שומר חנם ולא שומר שכר (כיון

דאמר ליה לפניך, תיב ונטר לך קאמר ליה - רש"י. איבעיא להו, הנח סתמא, מאי. ת"ש, שמור לי ואמר לו הנח לפני, שומר חנם. הא סתמא, ולא כלום. אדרבה, מדאמר רב הונא הנח לפניך הוא דאינו לא שומר חנם ולא שומר שכר, הא סתמא שומר חנם הוי. אלא מהא ליכא למשמע מינה. לימא כתנאי, אם הכניס ברשות בעל חצר, חייב. רבי אומר, ככולם אינו חייב עד שיקבל עליו בעה"ב לשמור. וחילקה הגמרא בין נידון הנח סתמא לדין הכניס ברשות בעל החצר. דעד כאן לא קאמרי רבנן דחייב בהכניס ברשות בעל החצר, דוקא בחצר שהיא מקום שמור, וע"כ כשאמר לו להכניס לחצר כוונתו שהוא - הבעלים - ישמור. משא"כ בשוק שאינו מקום שמור, לא קיבל על עצמו שמירה וכוונתו שהבעלים ישבו וישמרו. וכן לאידך גיסא לרבי, עד כאן לא אמר רבי שהוא פטור אלא בחצר, שנתנית הרשות היתה לעצם הכניסה לחצר, שהרי אינו רשאי להכנס לחצר ללא רשות הבעלים, וע"כ בדבריו "הנח" נתן לו רשות להכנס לחצר אבל לא קבל עליו שמירתו. משא"כ בשוק יש לפרש דבריו "הנח" שקיבל עליו שמירתו, דהרי כדי שישמרו הבעלים עצמם, לכך אינם צריכים רשות מאחר.

וברי"ף (ב"מ נב, בעמדה"ר) פסק דבהנח לפניך, אפי' שומר חנם אינו. והנח סתמא, כיון דלא איפשיטא, עבדינן קולא ופטור. וכן פסק הרא"ש (ב"מ פ"ו סה"י"ז). וכן הביא השיטה מקובצת (ב"מ פא, ב, ד"ה אימא) מהרשב"א, דכיון דלא איפשיטא, המוציא מחבירו עליו הראיה, וכן פסק במרדכי (ב"מ סי' שעז), וכן הרמב"ם בהל' שכירות ב, ח פסק שהוא פטור, וכן דעת המחבר בשו"ע חו"מ רצא, ב.

והרמב"ם הנ"ל לא חילק בין אם אמר לו "הנח" במקום משתמר, לבין אם אמר לו במקום שאינו משתמר כגון ברחוב. דבמשנה שהביאה הגמ' במחלוקת רבי ות"ק בקדר שהכניס קדירותיו לחצר בעה"ב ושברן שורו של בעה"ב, דעת רבי דאינו חייב בעה"ב עד שיקבל עליו לשמור, וכך פסק הרמב"ם להלכה בהל' נזקי ממון ג, יג, (ואף הראב"ד שם בהשגות פסק כרבי, עיי"ש. ועיין בתוס' ב"ק מחב, בד"ה ושמואל, וברא"ש ב"ק פ"ה ה"ג). ובעיין דלא איפשיטא בהנח סתם, ס"ל לגמרא (בסוגיא דידן) אליבא דרבי דדוקא בחצירו שצריך לקבל ממנו רשות להניח בחצירו, אמרינן דנתן לו רשות להניח בחצירו אבל לא קיבל שמירתו עליו, משא"כ בשוקא. א"כ אליבא דרבי במקום שאינו צריך רשות, קיבל עליו שמירתו. ואם ס"ל לרמב"ם דבעיא לא איפשיטא אף דקיי"ל כרבי בדין קדר, א"כ אף אליבא דרבי בשוק ובכל מקום שאינו צריך את רשותו, חייב בשמירתו.

ואפשר דהרמב"ם פליג על הני ראשונים דלעיל וס"ל דכיון דקיי"ל כרבי, אינו חייב עד שיקבל עליו בעה"ב לשמור, ובלאו הכי אינו חייב, וע"כ גם בהנח סתם פטור. והגמרא רק דחתה שאין להביא ראיה מדברי רבי, אבל להלכה אין לחלק וקיי"ל כרבי, ובין בשוק ובין בחצירו פטור. וכך נראה לכאורה מלשון הרמב"ם הנ"ל, שכתב וז"ל: "האומר לחבירו שמור לי זה ואמר לו הנח לפני, הרי זה שומר חנם. אמר לו

הנח לפניך או הנח סתם או שאמר לו הרי הבית לפניך, אינו לא שומר חנם ולא שומר שכר ואינו חייב שבועה כלל ..."

חזינן מהרמב"ם שכלל דין הנח לפניך עם דין הנח סתם. ואי ס"ל שהבעיא לא איפשיטא בהנח סתם, היה לו לכתוב דבהנח לפניך פטור, והוא הדין בהנח סתם שאין להוציא מידו. אלא דס"ל לרמב"ם ששני הדינים שווים, ובעיא דגמרא בהנח סתם, איפשיטא מדברי רבי.

אמנם נראה דבנדו"ד כל עוד לא אמר לבעלים שאם לא יבוא לקחת שאינו שומרו עוד, כיון שהארנק אינו במקום שהבעלים יכולים לשמור, וכמו בהנח במקום שאין הבעלים יכולים לשמור, אמדינן לדעתם שכוונתו לקבל עליו שמירה מפשיעה, הוא הדין בזה, אף שכבר אינו שומר אבידה, מ"מ מפשיעה לא הסתלק, וחייב בפשיעה. וע"ע בהג"א ב"ק פ"ה ה"ג, וז"ל:

"דוקא בחצר אינו חייב עד שיקבל עליו שמירה, אבל אם הכניס ענינו לבית בעה"ב ברשות, סתמא דמילתא קביל עליה בעה"ב נטירותא, ואפילו רבי מודה. ואם אמר לו בעה"ב הא ביתא קמך, אפילו שומר חנם לא הוי ואפילו פשע בשמירה פטור, דהאי לישנא גרע מרשות סתמא."

מבואר דכל דברי רבי הם רק בחצר, שבה אפשר לפרש שישבו הבעלים וישמרו, שלא איכפת לו שישבו בחצירו. משא"כ בבית דלא שייך שישבו הבעלים בביתו, ואם אמר לו הנח סתמא בבית, מסתמא דעתו לקבל עליו השמירה. ודעת הג"א הביאה להלכה הש"ך רצא, ח. ועיין בנתיבות רצא, ח שבו ראיתי את הסברא הנ"ל בחילוק שבין בית לחצר. והוסיף הנתיבות דבהא ביתך קמך, כיון דבית הוא מקום משתמר, י"ל שלא היתה כוונתו שיהיה הוא שומר אלא שיהיה משומר מכח הבית, משא"כ בנידון תש' הרא"ש שהוא מקום שאינו משתמר וגם הולך משם, סתם משמע לשון שמירה. ועיין בפתחי תשובה (רצא, ב) שהביא מתש' זכרון יוסף, דאף אי נימא דגם בבית בהנח סתם פטור, כל זה כשיכול לחשוב שהבעלים ישארו במקום, אבל כאשר המבקש מודיע מפורשות לבעלים שהוא הולך מכאן וישוב בעוד זמן, ודאי שקיבל עליו שמירתו, דכיון שיודע שהבעלים אינם כאן, דמי למש"כ הרא"ש בתש' בדין מנעלים.

ובמחנה אפרים (שומרים סי' ד) הביא ירושלמי דדוקא בחצר קאמר רבי, משום דשייך לומר תיב ונטור לך, משא"כ בבית דלא שייך לומר כן, כוונתו שישמור עבורו. ומדברי הרמב"ם (הנ"ל) משמע שלא חילק בין בית לחצר, וכן נראה דעת הר"ן בפ"ק דפסחים. גם מדברי הרא"ש בתש' צד, מבואר שבעית הגמרא היתה בהנח סתם "בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר". א"כ גם בבית לא אמרינן שקיבל עליו שמירתו. ועיי"ש במחנה אפרים עוד ראיות שהביא דאליבא דרבי אין לחלק בין חצר לבית, ובכל ענין לא אמרינן שקיבל עליו שמירתו בהנח סתם, מכח בעיא דלא איפשיטא ועבדינן לקולא, ודלא

כירושלמי. ועיין מש"כ הגרא"ז באבן האזל (נזקי ממון ג, טו ד"ה והנה ולהלן) באריכות בדין זה. ומ"מ נראה דאף לרמב"ם נראה בנדו"ד דחייב בפשיעה. דהנה הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון ב, ח, כתב וז"ל:

"שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן, וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן, הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים או אינה. לפיכך אם מתה אינו משלם, ואם תפסו הבעלים, אין מוציאין מידם. פשע בה השומר, הרי זה משלם."

מבואר מדברי הרמב"ם דגם בספק חייב בפשיעה. ועיין ברב המגיד שם שכתב בדעת הרמב"ם שהפושע דינו כמזיק, וכיון שהוא כמזיק ואין ראייה ברורה לפוטרו, חייב לשלם. לפ"ז מדוע בדין הנח סתם, שהוא איבעיא דלא איפשיטא, לא כתב הרמב"ם שהוא חייב בפשיעה, ודומיא דשאלה בבעלים בשותפין. אמנם למש"כ דלרמב"ם ס"ל דבעיא איפשיטא, בניגוד לראשונים הנ"ל, וס"ל דפטור ואין לחלק בין חצר לשוקא בדעת רבי, וגמרא דחויא קא מדחא, וכדמוכח מהא דכלל הרמב"ם הנח סתמא עם הנח לפניך בחדא מחתא, א"כ י"ל דכיון דנפשטה הבעיה ולא הוי ספיקא, פטור מהפשיעה. אך נלענ"ד לחלק גם אם נאמר דהרמב"ם ס"ל דאיבעיא לא נפשטה. דזה ברור דחייב בפשיעה כמזיק שייך רק בשומרים ולא באיניש דעלמא שאינו שומר, שאינו חייב אלא באופן שהוא מזיק בידים או בגרמי. והנה בדין שאלה בבעלים בשותפין, יש לפנינו שואל ודאי, והשאלה היא על הפטור - שאלה בבעלים, אם הפטור של בעליו עימו הינו גם בשותפין ונשאל אחד מהם או ששאלו ונשאל לאחד מהם. כלומר הספק הוא בפטור. וע"כ ס"ל לרמב"ם דכיון שאין כאן פטור ודאי ויש לפנינו חיוב ודאי מכח היותו שואל, אין לפוטרו מפשיעה דדינו כמזיק. משא"כ באיבעיא של הנח סתם הספק הוא אם הוא בכלל שומר, וא"כ הוי ספק בעצם החיוב, ומספק אין לחייבו. ולא דמי לנידון הרמב"ם (שכירות ב, ג) בחיוב פושע ששמר שטרות וקרקעות, דשם הוי שומר אלא שהתורה פטרתו, וס"ל לרמב"ם דפטור התורה אינו על הפשיעה. לאחר כתבי זה ראיתי שזכיתי לכוין לדברי השואל ומשיב (קמא, ח"ג סי' קמה בד"ה ובזה), וכן תירץ בישועות יעקב (חאו"ח סו"ס שו), עיי"ש. ובנדו"ד ודאי שהיה שומר, ובהודעתו הסתלק מדין שומר אבידה, אך לא הסתלק מחיוב שמירה של שומר חנם, כיון שהבעלים לא כאן ולא הסתלק בפירוש מכל השמירה, וע"כ דמי לספק בפטור, וחייב בפשיעה. ועיין עוד בדברי חיים (שומרים סי' ב), דאם הניח החפץ בבית חבירו וחבירו רואה, אף שלא גילה דעתו שנתן לו לשמור, מ"מ אם נטל אח"כ בעה"ב בידו את החפץ והניחו ברשותו, הוי מעשה הנטילה והנחתו במקום משומר כגילוי דעת שמקבל עליו השמירה. וכתב שמצא כן בתש' לחם רב, עיי"ש. לפ"ז אפשר דהוא הדין בנדו"ד שהיה קודם שומר אבידה והודיע לבעלים ולא אמר להם איני שומרו עוד, ושמו במקום מוצנע, הוי גילוי דעת שלא מסתלק לגמרי משמירה.

ג. שומר אבידה שמסר לשומר

בנדו"ד יש לדון אם בכלל בעל האולם הינו שומר אבידה, הואיל ומי שנהיה שומר על האבידה הוא המוצא האלמוני שמסר לבעל האולם. דאין לומר שבעל האולם זכה מכח חצירו, כיון שהאולם בזמן החתונה אינו חצר משתמרת, ודוקא חצר משתמרת זוכה לו כמבואר ב"מ יא, א ושו"ע חו"מ רסח, ג, וכדין מציאה בחנות של חנוני מהתיבה ולחוץ (ב"מ כו, ב ושו"ע רס, ה), וע"כ הארנק של המוצא. וכיון שזכה המוצא, אסור היה לו לתת את הארנק לאחר לשמירה, וחלה עליו חובת השמירה, כדקיי"ל בשומר שמסר לשומר, עיין ב"מ לו, א-ב ובשו"ע רצא, כו. אמנם לכאורה כל הטעם ששומר שמסר לשומר חייב, דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה, היאך לא נאמן, וטעם זה שייך לכאורה רק במי שממנה שומר, אבל כשהתורה עשתה אותו לשומר, לכאורה לא שייך טעם זה. ומצאתי לגר"ש קלוגר, חכמת שלמה חו"מ רצא, כו, שהסתפק בזה, וז"ל:

"וכן אני מסופק בשומר אבידה דיש לו דין שומר ולא נעשה מן המפקיד לשומר, אם זה מסרו לאחר, אם יש לו דין של שומר שמסר לשומר או לא, כיון דעיקר הטעם בזה מכח את מהימנת לי בשבועה, היאך לא מהימן לי בשבועה, ובזה הרי גם לראשון לא מסר לו מדעתו, רק התורה עשתו לשומר, ומה לי זה או זה ... והנה בכל הני דינים נ"ל כיון דעיקר חיובם דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם, א"כ הכי נמי בכל הני דינים כיון שאינו ידוע לנפקד שהדבר ברור בלב המפקיד שנאבד, כיון שאין ידוע זה בעדים, וגם אינו ידוע אם היה מאמין לשני או לא ... מיהו אם המפקיד בעצמו מאמין בלבו, נראה דגזול הוא בידו אם טוען איני מאמין, ולכך נראה דצריך לקבלת חרם ..."

מבואר שהסתפק בזה החכמש"ל, ומ"מ ס"ל דהו"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם, כיון שלא ברור שהבעלים מאמינים לשומר השני, וצריך לקבלת חרם של הבעלים שאינם מאמינים. ועדיין נראה דספוקי מספקא ליה. אמנם בשו"ע הרב ראיתי שהכריע להדיא דבכה"ג לא שייכת הסברה, ויכול לתת לאחר לשומר, וז"ל:

"ואם רוצה ליסע לעיר אחרת ואינו רוצה להוליך עמו הפקדון משום אחריות או טורח הדרך, ימסרנו לבית דין והם ימסרוהו לנאמן אצלם. (וכל זה בפקדון, אבל באבדה בכל ענין רשאי למסרה למי שנאמן אצלו לשמרה, שהרי לא נעשה שומר עליה אלא ממצות המקום, ובכל המצות שלוחו של אדם כמותו)."

מבואר להדיא שיכול שומר אבידה למסרה לאחר. ות"ח אחד העיר עיני מפירושו האבן עזרא על הפסוק (דברים כב, א): לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם השב תשיבם לאחיך, פירש האבן עזרא: "אם היית שב, או בצווי שתפקדנו ביד נאמן". כאן גם לא ידוע מי הוא הראשון, ובודאי בכה"ג שאינו ידוע מי

הוא, ודאי נחא לבעל האבידה שתהיה אבידתו לכהפ"ח במקום מסודר כמו אולם השמחות, שרגיל בטיפול כגון דא. ע"כ חיוב השומר חל על מנהל האולם.

ומיד שמסר את הארנק לאחת העובדות, נפטר מנהל האולם וחייבת העובדת, כשהודיעה שהארנק הוא אבידה. כן מבואר בגמ' ב"מ מב,א-ב: ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אשלמינהו לאימיה ואותבינהו בקרטליתא ואיגנוב. אמר רבא היכי נדיינו דייני להאי דינא, נימא ליה לדידיה זיל שלים, אמר כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד. נימא לה לאימיה זילי שלימי, אמרה - לא אמר לי דלאו דידיה נינהו דאקברינהו. נימא ליה אמאי לא אמרת לה, אמר כל שכן דכי אמינא לה דדידי נינהו טפי מזדהרא בהו וכו'. ומכח גמרא זו, פסק הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון ד,ט (וכן הוא בשו"ע חו"מ רצא,כד):

"מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיען שהוא פקדון ולא שמרו כדרך השומרים, שהן חייבין לשלם לבעל הפקדון ובעל הבית פטור, שכל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד."

וברב המגיד שם כתב דראית הרמב"ם ממה שאמרו שם בגמ' הנ"ל שפטרו את האם מפני שלא הודיעה הבן שהם פקדון, הא אם הודיעה, היו מחייבין אותה והוא היה פטור (ועיי"ש מה שנחלקו הראשונים באין לבן הבית לשלם, אם חייב בעה"ב, עיין ברא"ש הכ"ג ובראשונים בסוגיא, ובשו"ע רצא,כד ברמ"א ובנו"כ, ואכמ"ל דאין נפק"מ לנדו"ד). ומ"מ בנדו"ד החיוב הוא על העובדת, כיון שדרך מנהל למסור כגון אלו לעובדות אצלו.

אמנם גם את העובדת יש לפטור, דמבואר בגמ' ב"מ מב,א דחיוב השומר לשמור לפי דרך השומרים, ודרך השומרים הוא בהתאם לדרך הפקדון. ובנדו"ד לשים ארנק עם סכום כסף סביר (כמה מאות שקלים כנדו"ד, ואפילו כמה אלפי שקלים בודדים) בתא סגור במשרד, זה הדרך כיום. ומה שנפסק בגמ' שם ובשו"ע חו"מ רצא,טו דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, כבר כתב הסמ"ע כד מר"ת והב"י דדוקא בזמנם שהיו להם בתים רעועים, אבל האידנא אין צריך שמירה בקרקע, וחזר הדין שהכל לפי הענין, וכמש"כ הרמ"א שם בסוף סע' יג. ע"כ נראה דבנדו"ד נהגה כראוי, ואין לחייבה. ושבועת השומרים לא משביעים בכל מקרה בשומר אבידה, מפני תיקון העולם, כמבואר במשנה גיטין מח,ב ובגמ' נא,א ובשו"ע סו"ס רסז.

לאמור לעיל, אין לחייב את מנהל האולם או את העובדת.

סימן כט

ספרים שהושארו בישיבה

ראשי פרקים

- א. עשה שלא כהוגן
- ב. אם צריך להודיעו
- ג. מודעה על לוח המודעות

בענין ספרים שהושארו בישיבה, וגבאי אוצה"ס, באישור/ בשליחות הנהלת הישיבה, פרסמו מודעה שמי שלא יקח את ספריו תוך חודש ימים, הישיבה תראה אותו כמפקיר את הספרים, ואוצה"ס יהיה רשאי להוציא את הספרים או למכרם. וכן בקשו שכ"א יודיע לחבריו, ונשארו מאות ספרים, מהם של בוגרים מלפני שנים, וכל שנה אוצה"ס מפרסם מודעה כנ"ל.

א. עשה שלא כהוגן

איתא בב"מ קא,ב: ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא. לא אשכח דוכתא לאותוביה. אמר ליה לההיא איתתא, אית לך דוכתא לאוגרי. אמרה ליה, לא. אזל קדשה. יהבה ליה דוכתא לעייליה. אזל לביתה, כתב לה גיטא. שדר לה. אזלא איהי אגרא שקולאי מיניה וביה, אפיקתיה ואותביה בשבילא. אמר רב הונא בריה דרב יהושע, כאשר עשה כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו, לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא אלא אפילו חצר דקיימא לאגרא אמרה ליה, לכולי עלמא ניחא לי לאוגורי ולך לא ניחא לי, דדמית עלי כי אריא ארבא. ובהסבר ההו"א של הגמ' לחלק בין חצר דלא קיימא לאגרא לחצר דקיימא לאגרא, נראה לומר דבחצר דלא קיימא לאגרא, מוכח מילתא טפי שהשכירה לו רק על דעת כן, משא"כ בחצר דקיימא לאגרא, רצתה להשכיר לכל מי שישכור אלא העדיפה את זה שרצה לשאת אותה. וע"ז השיבה הגמ' דיש גם בזה פגם מהותי, דכיון שרימה אותה, אינה רוצה שבחצרה המושכרת יגור אדם שרימה אותה כ"כ, דדמית עלי כי אריא ארבא.

והשאלה אם מה שעשתה הוא מעיקר הדין, שמאחר והשיג את השכירות ברמאות, ולמעשה היה אמור בתמורה לשכירות לשלם בנישואין, ולסוף שדר לה גיטא, והרי זה כשולח שיק על דמי השכירות ומבטלו, וכאשר למעשה לא ממלא השוכר את חובתו בהסכם השכירות, יכול המשכיר להוציא חפציו. או כיון שכבר נשאה, הרי מילא חובתו,

רק לא לפי כוונת הצדדים, ע"כ שלא מעיקר הדין, כאשר עשה, כן יעשה לו. והראשונים בגיטין מ,א-ב כתבו דלשון כאשר עשה כן יעשה לו, היינו דמדינא עשתה כן, כך כתבו התוס' גיטין מ,ב ד"ה וכתב, הרמב"ן והריטב"א (בע"א). וצ"ל דאף בעשה השוכר שלא כהוגן, ולא נהג בהגיונות בעצם השכירות, יכול המשכיר לבטל השכירות ולהוציא חפציו. ומ"מ דוקא כאשר השוכר מפר תנאי מתנאי השכירות, שעל דעת כן השכירו לו, אבל מצב שנוצר לאחר קנין השכירות, ואינו תלוי בעצם קנין השכירות, אינו מבטל את השכירות. עיין בנימוק"י ב"מ (נט,א בעמוה"ר) ובריטב"א בסוגיא, וז"ל:

"פירוש, שאף בשעת השכירות גלתה דעתה שאינה רוצה להשכירה, וכיון דכן אנן סהדי כי מה שעשתה מפני הקידושין עשתה, וכאילו התנת בפירוש דמי, הא אילו השכירה לו סתם קודם קדושין ואח"כ קדשה, לא כל הימנה לעשות כן, אטו המשכיר או המשאיל בית לחברו לזמן ידוע כשהוא אוהבו ואח"כ היתה מריבה ביניהם, כלום יכול להוציאו מן הבית שהשכיר או שהשאיל לו, הא ודאי ליכא למימר."

ונראה דהוא הדין בכל שוכר ומשכיר, דכל מה שמשכיר לשוכר הוא על דעת שישלם לו תשלומי שכר דירה מדי חודש בחודשו, וכאשר אינו משלם לו, אנן סהדי דע"ד כן לא היה משכיר לו. והוא הדין לכל תנאי מהותי בשכירות שמפר השוכר. והחידוש כאן, דאף שקדשה ולמעשה קיים התנאי, כיון שאח"כ גרשה, אנן סהדי דבכה"ג לא הוי קיום התנאי. אבל הוא הדין בכל הפרה של תנאי מהותי מחוזה השכירות, כשאנן סהדי שעל דעת כן לא היה משכיר לו, יכול להוציא חפצי השוכר ולבטל השכירות.

ולכאורה מה שיכול להוציא חפציו של שוכר, הוא מדין עביד אינש דינא לנפשיה, לא מיבעיא לשיטת הרא"ש ב"ק ג,ג, וכוותיה פסק המחבר חו"מ ד,א, דאפילו אין הפסד אם יעמידו לדין, אם יכול לברר שהוא שלו, עביד דינא לנפשיה. אלא אפילו לשיטת המרדכי והנימוק"י (ב"ק יב,ב בעמוה"ר), הובאו דבריהם ברמ"א שם, דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו, כגון שגזלו או רוצה לגזלו או רוצה להזיקו, יכול להציל את שלו, משא"כ אם כבר נתחייב לו מכח גזילה או ממקום אחר, בנדו"ד כיון שעשה השוכר שלא כהוגן ונהג מנהג רמאות, השכירות בטלה, וכל מה שנמצאים כעת חפציו בחצר המשכיר הרי זה בתורת "רוצה לגזלו", ויכול לעשות דין לעצמו להוציא את חפצי השוכר.

ומדברי הראשונים והאחרונים נראה דדין זה דיכול להוציא המשכיר חפצי השוכר הוא דוקא כשהטעהו ונהג בו מנהג רמאות, וכלשון הריטב"א שלא רצתה האשה להשכיר, ורק כשהטעה אותה ואמר שישאנה, הסכימה להשכיר. וכן הרמב"ם בהל' שכירות ז,ז, מדמה הכנסת פירות לחצר בעה"ב שלא מדעתו, להטעהו למשכיר עד שהכניס פירותיו: "מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו, או שהטעהו עד שהכניס פירותיו והניחם והלך ...". ועיין בתש' חוות יאיר סי' קסה מש"כ בזה. ואפשר דכל תנאי בשכירות

דידענין שאם לא יתקיים, אינו חפץ להשכיר לו, הוי כהטעהו. ובסמ"ע שיט"א הביא את רבינו ירוחם שהביא חולקים הסוברים דהיינו דוקא בחצר דלא קיימא לאגרא, ומטעם עביר אינש דינא לנפשיה, אבל לא בחצר דקיימא לאגרא. והביא הסמ"ע דאף מהרא"ש והטור משמע שאף בחצר דלא קיימא לאגרא, נהי דיכול להוציא חפצי השוכר ולעשות דין לעצמו, אבל אינו רשאי למכור מגוף הסחורה לשכור בדמיה פועלים להוציאו, וגם אינו רשאי להוציא חפצי השוכר למקום הפקר שיופסדו שם:

"ודוקא היכא שהטעה לבעה"ב שעשה שלא כהוגן, אמרינן שכאשר עשה כן יעשה עמו דבר שלא כהוגן."

ונראה דהסמ"ע מפרש שהטעהו, שמלכתחילה ידע שהאשה משכירה רק ע"ד שישאנה, וקדשה כדי להטעותה, אבל באופן שהסתיימו לשוכר ימי השכירות ולא הוציא חפציו, בזה אף שיכול לעשות דין לעצמו, בקיימא או בלא קיימא לאגרא לפי הראשונים הנ"ל, מ"מ אינו רשאי להפקיר או למכור ולשכור פועלים בתמורת מכירת חפצי השוכר, ועיין בחוות יאיר הנ"ל. וע"כ אם הטעהו בענין תשלום השכ"ד, כגון שאמר שישלם בתחילת כל חודש, ואמדינן לדעת משכיר דזה תנאי מהותי בשכירות ובלא"ה לא ישכיר, הרי עושה שלא כהוגן ושרי להוציא חפציו ולמכרם. אמנם אם התנה שישמור על הדירה ונראה שאינו מתחזק את הדירה כראוי, צ"ע בכל מקרה לגופו אם להחשיבו כעשה שלא כהוגן. ולכאורה מסוגיא דידן מוכח, מהא דיכולה למכור חפצי השוכר אפילו בחצר דקיימא לאגרא, דדמית עלי כי אריא ארבא, דבכל דבר שיש לה טענה דאנן סהדי שאינה רוצה שיגור כזה בחצרה, והמודר הוא גם אם דמית עלי כאריא ארבא. וצריך לבחון גם אם עשה שלא כהוגן, וגם אם דמית עלי כאריא ארבא. ובלא קיימא לאגרא, סגי בעשה שלא כהוגן.

אמנם מדברי הרמ"א חו"מ שיב"ט, נראה דבכל דבר שהזכיר בתחילת השכירות, יכול להוציאו בכהאי גוונא. הרמ"א הביא את דברי הריטב"א והנימוק"י הנ"ל בענין מי שהשכיר מפני שנעשה אוהבו ונעשה שונאו, דאין יכול להוציאו מן הבית, והוסיף הרמ"א: "ואם א"ל מתחילה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו, יכול להוציאו". ומבואר מהרמ"א דדברי הריטב"א והנימוק"י היינו דוקא באומד הדעת שהשכיר לו מפני שהוא אוהבו, דבכהאי גוונא אינו תנאי מהותי בעצם השכירות, דאפשר דגם אם אינו אוהבו היה משכיר לו, אבל באומר להדיא שמשכיר לו מפני שהוא אוהבו, הרי זה כתנאי מהותי בעצם השכירות, שאם לא התקיים, יכול להוציאו. ולכאורה הרי דברי הריטב"א והנימוק"י מוסבים על סוגיא דידן, וא"כ באמר להדיא שמשכיר מפני שהוא אוהבו, יכול גם להוציא חפציו ולהפקירם או למכרם. ויוצא מדברי הרמ"א, שאף אם לא היתה הטעיה, ובשעת השכירות היה אוהבו, אלא שאח"כ נוצרה שנאה בין המשכיר לשוכר, אף שלא הטעהו, מ"מ יכול להוציאו בדרך המבוארת בסוגיא. או שהרמ"א ס"ל דיכול להוציאו וחשיב כסוף תקופת השכירות, אבל אינו יכול להוציא

חפציו ולמכרם או להפקירם. ועיין בט"ז שיב,ט דדוקא בנגרמה השנאה ע"י השוכר, שהוא גרם לכך והוי דומיא דשדר לה גיטא, דדוקא בכגון זה שייך לומר שעשה שלא כהוגן, משא"כ אם השנאה בגרמת המשכיר, עיי"ש.

ובקצוה"ח שיטא, הקשה על דברי הרמ"א, דכיון דלא התנה בדיני התנאים, איך מועיל מה שמפרש מפני שהוא אוהבו, הרי כל שאינו כתנאי בני גד בתנאי כפול, המעשה קיים והתנאי בטל. והביא ראיה לזה מדברי מהרי"ק שורש קפא, עיי"ש. וחילק קצוה"ח בין גילוי דעת גמור, כנדון סוגיא דידן, דבזה לא בעינן תנאי כפול, לבין אמירה סתמית. דבנידון הגמ' האשה לא רצתה להשכיר לו, והשכירה רק מפני שענה לבקשתה להנשא לו, אבל באמירה סתמית, אין כאן גילוי דעת גמור, ובעינן למשפטי התנאים. ובקצוה"ח רצה להביא ראיה לשיטת הרמ"א מההוא דבעי למיסק לארץ ישראל ומכר קרקעותיו (קדושין מט,ב ושו"ע חו"מ רז,ג), רק כתב דהיינו דוקא בקרקע שאין דרך למכור קרקעותיו, ע"כ סגי באמירה, משא"כ במטלטלין בעינן למשפטי התנאים, א"כ שכירות בתים לא גרע ממכירת מטלטלין, דאע"ג דמפרש בשעת מקח אדעתא דלילך למקום פלוני, דלא מהני אלא א"כ התנה בדיני תנאי ומשום דדרך למכור מטלטלין, וא"כ שכירות בתים דקיימא לאגרא הרי הוא כמטלטלין ולא מהני מפרש בשעת שכירות. וע"כ הסיק בקצוה"ח דקשה להוציא את השוכר תוך זמנו, ולא מיבעיא שאין המשכיר יכול להוציא חפצי השוכר ולהפקירם או למכרם, אלא אפילו להוציאו תוך זמנו אינו יכול.

ובנתיבות שיב,ז כתב לחלק, דהרמ"א מיירי באופן שהבית לא היה עומד אצלו להשכיר, והשכיר לזה רק משום שהוא אוהבו, וגם גילה דעתו שמשכיר לו רק משום שהוא אוהבו, דדמי לגילוי דעת של מי שמכר קרקעות כדי לעלות לארץ ישראל, דאיכא אומדנא דמוכח, וכן הנדון בסוגיא דידן, שלא רצתה להשכירו עד שיקדשה תחילה, אבל בסתם משכיר בית שעומד להשכרה, אפילו אם אומר בפירוש מחמת שהוא אוהבו, ואפילו אמר תנאי בפירוש, לא מהני עד שכופל לתנאי. וכן שם אם האשה היתה משכירה לו קודם שקידשה, אפילו אם היתה אומרת הריני משכירה לך אם תקדשני, התנאי בטל והמעשה קיים, כל שלא היה כדיון משפטי התנאים, וליכא אומדנא דמוכח כגון שהדבר עומד להשכיר, ורק כיון שלא הסכימה להשכיר עד שיקדשנה ממש, אם שדר לה גיטא, יכולה להוציאו והפקיר או למכור חפציו. ולכאורה מהא דאמרה הגמ' דאפילו עביד למיגר יכולה לעשות כן, דדמית עלי כי אריא ארבא, א"כ אפילו קדשה אח"כ ג"כ דמית עלי כי אריא ארבא, וצ"ע. ומ"מ לפי הנתיבות אין המשכיר יכול לסיים באופן חד צדדי את השכירות אם השוכר לא פרע בזמנו, אא"כ התנה שלא יכנס לבית עד שיביא לו את הפרעון, והביא לו שיק ואח"כ בטלו או כה"ג, או שהתנה כמשפטי התנאים שיכול להוציאו. אבל בלא"ה אין אומדנא דמוכח. ואפשר דתשלום

דמי השכירות דמי למוכר קרקעות דבעי למיסק לארעא דישראל, דבזה הוי אומדנא דמוכח שמשכיר רק עבור תמורת השכר, ובלא"ה לא, ולא בעי טפי מאמירה, וצ"ע.

ומדברי השבות יעקב בתש' ח"ג סי' קעט נראה שאי תשלום דמי השכירות הוי פגם בתנאי מהותי בעצם השכירות. השבו"י נשאל במי "שהוצרך מאד למעות להתפרנס מהם", והשכיר את ביתו, והתנה עם השוכר שיתן את כל תמורת השכירות לכמה שנים, ונודע הדבר לבע"ח של השוכר, שעיקל את מעות השוכר, וע"כ רוצה המשכיר לבטל השכירות, גם בטענה שהשוכר גילה את השכירות ותנאיה לבע"ח, והוא זה שגרם לעיקול המעות בפשיעתו. והשיב השבו"י:

"נ"ל פשוט דהדין עם המשכיר. פשיטא אם יש לברר שהשוכר גילה הדבר לבע"ח שהשכירות בטל, אף דמבואר בחו"מ שפח"ב בהג"ה דכל כה"ג לא מיקרי מסור, שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב לשלם, מ"מ רעה גדולה עשה ובודאי אדעתא דהכי לא השכיר לו שיעשה לו רעה גדולה כזו. ויותר מזה מצינו בחו"מ שיב"ט' בהג"ה, דאם השכיר לו בשביל שהוא אוהבו ונעשה שונאו, השכירות בטל. וכל שכן בזה שדמי לו כארי אורב לגלות מסתירין, אלא אפילו אם נעשה העיקול שלא בדיעת השוכר, ג"כ השכירות בטל אף שהוא נאנס ואונס רחמנא פטריה, מ"מ המשכיר ג"כ פטור, דאין לחייבו לאחר בשביל אונסו. וכן כתב הש"ך בחו"מ סו"ס כא עיי"ש. וכן פי' בתשובות צ"צ סימן לט. ועיין בחו"מ רו"ג דבמוכר קרקעותיו מהני גילוי דעת, עיי"ש. הוא הדין בשוכר קרקעות י"ל דמהני גילוי דעת."

מבואר בשבו"י דבשכירות קרקעות מהני גילוי דעת באמירה, וזה כרמ"א בסי' שיב"ט. אמנם נראה דלהלכה אף לקצוה"ח והנתיבות יוכל לבטל השכירות, דבנדון השבו"י הרי גילה דעתו שכל מה שרוצה להשכיר לשנים רבות, כדי לקבל את המעות מראש, והוי גילוי דעת גמור. וע"כ כל עוד אינו נותן לו המעות, יכול לבטל השכירות, דבזה ודאי אנו סהדי שלא היה משכיר. אבל להוציא חפצי השוכר ולהפקירם או למכרם, אם אינו משלם איזה חודש, צ"ע, ואף שנראה דבכגון זה דמית עלי כי אריא ארבא, מ"מ צ"ע לעשות כן לעצמו בלי שבית דין מזמין את השוכר לד"ת ומתרה בו וכו'. בפרט שא"כ כ"א יעשה דין לעצמו, ועקב איחור של כמה ימים בתשלום השכ"ד, או כל הפרה של תנאי כזה או אחר, יוציא חפצי השוכר ויפקירם, וזה ודאי אסור לעשות כן. ע"כ להוציא אם הטעהו או הכניס שלא מדעתו או הסתיים זמן השכירות, אין לעשות דין לעצמו ללא אישור של בית דין. ובכל ענין ראוי ונכון לעשות שאלת חכם איך לפעול בהפרה של תנאי כזה או אחר מתנאי השכירות.

ב. אם צריך להודיעו

נחלקו הראשונים אם צריך המשכיר להודיע לשוכר שמוציא את חפציו לחוץ. הרמב"ם בהל' שכירות זז, כתב וז"ל:

"מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו, או שהטעהו עד שהכניס פירותיו והניחם והלך, יש לבעל הבית למכור לו מאותן הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותן ומשליכין אותם לשוק, ומדת חסידות הוא שיוודיע לבית דין וישכירו ממקצת דמיהן מקום משום השב אבידה לבעלים, אע"פ שלא עשה כהוגן."

[ומה שהוסיף הרמב"ם הכניס פירותיו שלא מדעתו, הוא דבר שאינו מפורש בסוגיא, והרמב"ם הוסיפו, שהשוה בין הטעיה להכנסה שלא מדעתו, עיין סמ"ע שיט"א. ובט"ז שיט"א כתב דמקורו מהגמ' ריש פרק המניח, בממלא חצר חבירו בכדי יין וכדי שמן, דמשבר ויוצא משבר ונכנס, והכי קי"ל למ"ד עבד אינש דינא לנפשיה]. והרא"ש ב"מ ח, כו כתב: "וצריכה להודיעו. ואם נאנס אחר שהודיעה היא פטורה". והאור שמח (שכירות זז) הקשה על שיטת הרא"ש מהא דקיי"ל בב"ק ל, א דהמכסה בורו בדליו של חבירו ובא בעל דלי ונטל דליו, חייב בעל הבור, ואע"ג דידע לבעל הבור אינו צריך להודיעו שנטל דליו, כיון שכיסה בדלי של חבירו שלא ברשות. ומסתברא שהוא הדין לענין הפירות עצמן שהכניסן שלא ברשות דאינו צריך להודיעו. וכתב דדעת הרא"ש דאם ראובן לקח כלי של שמעון וסמך חבית של יין, ובא שמעון ונטל כלי שלו, ונשברה חבית היין, דחייב שמעון דהיה לו לסמכו בדבר אחר. ומחלק הרא"ש בין נידון זה למש"כ הגמ' ממכסה בור בדלי של חבירו, דבנדון ידיה ברי היזקא, משא"כ בנוטל הדלי מהבור, לא הוי ברי היזקא;

"וא"כ כאן נמי דומה להך דדלי ... ובהך עובדא דהשואל (ב"מ קא, ב) בקדשה ויהבא ליה דוכתא, אולי סבר הרא"ש דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה דתיפוק לחמרא, כיון שהכניס ברשות, אבל בהכניס שלא ברשות לא פליג דאין צריך להודיע, וזה ברור לדינא."

הרי שחילק האו"ש בין הכניס ברשות והטעה, להכניס שלא ברשות, דבהכניס ברשות לא היה לשוכר להעלות בדעתו שיוציא חפציו ויפקירם או ימכרם, וע"כ הו"ל ברי היזקא אם יפקירם בלי שיוודיע לשוכר, משא"כ בהכניס שלא ברשות, כיון שיוודע שיפקירם או ימכרם, יתכן שיבוא לקחת חפציו, ולא הו"ל ברי היזקא.

ובמחבר חו"מ שיט"א הביא דעת הרמב"ם, והרמ"א הביא דעת הרא"ש בלש' וי"א. וכתב הסמ"ע שם ס"ק ב, דמוכח דס"ל לרמ"א דפליגי הרא"ש והרמב"ם, דדעת הרמב"ם שאינו צריך להודיעו אלא ממידת חסידות, ואף בלא הודיע - פטור, ודעת הרא"ש דצריך להודיע לשוכר מעיקר הדין, ואם לא הודיע ונאנס, חייב לשלם. וכתב הסמ"ע דלא

פליגי הרמב"ם והרא"ש, דדעת הרמב"ם שאין צריך להודיע לשוכר כלל, אלא אם ירצה יודיע לבית דין שרוצה להוציא חפצי השוכר, אבל לשוכר אין צריך להודיע אפילו ממידת חסידות, שהרי לא רוצה שהשוכר יבוא ויכנס לביתו של המשכיר להוציא חפציו. ולזה גם הרא"ש מודה, אלא שהוסיף שלאחר שהוציא חפצי השוכר לשוק, חייב להודיעו שיקח חפציו מהשוק, ואם לא יודיעו, חייב באונס, דלאחר שהוציא חפציו לשוק, כבר אין לו טעם לא להודיע מחשש שיכנס לביתו, ולזה גם הרמב"ם מודה, עיי"ש. וכן כתב הב"ח חו"מ סי' שיט, דאם לא הודיע אחר שהוציא לשוק ונאנסו, חייב מדינא דגרמי ומזיק בידים. ומידת חסידות שכתב הרמב"ם היינו קודם שהשליכם לשוק. ובקצוה"ח שיט"ג, כתב דמדברי הרמב"ם משמע שאין צריך הודעה כלל, וכן הביא מדברי הראב"ד בשטמ"ק שאין צריך הודעה כלל, וראה דבסוגיא דידן לא הודיעה האשה לשוכר שמוכרת פירותיו, וז"ל הקצוה"ח (דברי השטמ"ק):

"האי מעשה דהאי גברא זבין ארבא דחמרא אייתי ליה הכא, משום דהאי איתתא אפיקתיה לחמרא לאלתר ולא אודעיה כלל, ואע"ג דאמרין בכרכים צריך להודיע י"ב חודש כו', ושואל כשוכר דמי כו', הכא כיון דשלא כדין עבד וברמאות כאשר עשה כן יעשה לו, הראב"ד. וכ"כ ריטב"א בחידושי (ד"ה ההוא גברא) עיי"ש. ולישנא דלא אודעיה כלל משמע דס"ל דלא בעי הודעה כלל לא בתחלה ולא בסוף, וזה נראה נמי דעת הרמב"ם וכמ"ש הב"י, ועיקר הודעה אינו אלא ממדת חסידות."

ועיין באולם המשפט שיט"א שהראשונים (וגם מה שמוכח מהסוגיא) דס"ל דלא בעי הודעה, היינו קודם שמוציאה לשוק, אבל אחר שמוציאה לשוק, גם הראב"ד מודה דבעי הודעה. ובט"ז כתב לחלק ולהכריע, דאם צריך המשכיר את המקום, אין צריך להודיע, אבל באינו צריך את המקום שעליו חפצי השוכר, צריך להודיעו קודם, אא"כ עשה שלא כהוגן וכנידון סוגיא דידן, עיי"ש, ועיין בדברי משפט מה שהקשה עליו. ובכנסת הגדולה הגב"י שיט"ב, כתב דאם השוכר אינו בעיר, מדינא חייב להודיע לבית דין, אף לשיטת הרמב"ם, עיי"ש.

ובאגרות משה חו"מ ח"ב סי' נו כתב דהרמב"ם והרא"ש פליגי דוקא באופן שהשוכר בעיר, דהרמב"ם ס"ל דכיון שהוא בעיר, ודאי יודע שבעה"ב ישליכם לחוץ, ואף שיש קצת ספק דאולי סומך בעל הפירות שלא ישליכם לחוץ, סובר הרמב"ם שאין לו לחוש לכך, דאף אם היה לו לבעל הפירות ספק, היה לו להיות כאן ולראות מה יעשה בעה"ב עם פירותיו, ולכן רשאי לסמוך לכתחילה להשליכם לחוץ, ואם לא בא לכאן הוא כאבדה מדעת. אמנם כיון שרואה אחר שהשליכם לחוץ שלא בא בעל הפירות ליקח פירותיו, ניכר קצת שסמך בעל הפירות שלא ישליכם לחוץ, וע"כ חייב ממידת חסידות להודיע לב"ד והם ישכרו מקום. והרא"ש סובר דיש לו לחוש שמא סומך בעל הפירות שבעה"ב לא ישליך לחוץ, וההודעה אינה אלא אחרי שאינו רואה אותו בא למקום הפירות. ומסיק

האגר"מ, דדוקא כשבעל הפירות בעיר, שיטת הרמב"ם והמחבר דאין צריך להודיע רק ממידת חסידות, אבל כשאינו בעיר, לכ"ע אסור לו להוציא לשוק ללא הודעה.

ג. מודעה על לוח המודעות

ובנדו"ד שהישיבה מפרסמת מודעה על לוח המודעות שאם הבחורים לא יקחו את הספרים, תוכל הישיבה להוציאם או למכור את הספרים, ואם אינו בא ולוקח, הרי זה כהפקר מדעת. דאיתא בב"ב כט,ב דמחאה מהני אפי' לא בפניו, דחברך - חבא אית ליה, וחבא דחברך, חבא אית ליה, וכל היכא ששיירות מצויות, מהני מחאה אפילו לא בפניו, כדאיתא ב"ב לח,א, ובשו"ע חו"מ קמ"א. וכאן שתולין מודעה ומפרסמים הדבר ברבים, יש לזה קול, ולא יוכל לטעון שלא שמע. ולענ"ד ל יום הוא זמן סביר, אם תולים המודעה במקום שכל בני הישיבה קוראים את המודעה. דכאשר מפרסמים שאם לא יבוא לקחת את הספרים הרי הוא מפקיר את הספרים ויכולים לעשות עם הספרים מה שאוצר הספרים יראו לנכון, הרי כשלא בא לקחת, יכולים גבאי האוצר למכור את הספרים ולקחת את דמי הספרים לאוצר הספרים של הישיבה. (ובפרט ספרים שהושארו שנים רבות, אף אם יש בהם סימן - שמו הכתוב בספר, אחרי שנה או שנים ודאי התיאש. ולא הוי יאוש שלא מדעת, דחצר הישיבה לא זכתה, דאינה חצר משתמרת). ובפרט שמה שמוכרים, מפני שלא רוצים לזרוק לגניזה, ובדרך זו מממנים את הטרחה שיש לגבאים בענין הספרים שנשארו. אולם לפנים משורת הדין, אם יטען שלא שמע, יתנו לו דמי הספר שמכרו.

עוד נראה דבישיבה אין לבן הישיבה זכויות של שומר או שואל, עם זכויות לזמן, אלא דין של אורח, שהרי הנהלת הישיבה יכולה מבחינת דיני ממונות להוציא את הבחור משטח הישיבה כל אימת שתראה לנכון (הכוונה רק מבחינת דיני ממונות ולא מצד של הדיני נפשות, שאינו הענין כאן). וכיון שיודע הבן ישיבה שכל מעמדו הוא רק כאורח ויכולים להוציאו כל רגע ואין לו זכויות בעצם השכירות כנדון הסוגיא בב"מ קא,ב, ודאי אינו משאיר חפציו זמן רב וחושש שיאבדו או יפקירום. וע"כ אף ללא הסברא של עשה שלא כהוגן, יכולים לסלק את חפציו, ולא בעי הודעה. ובפרט שכבר עזב את הישיבה, שאף אם היו לו זכויות של שכירות, כבר הסתיימו זכויות אלו.

אמנם על הצד היותר טוב עדיף לתלות מודעה בישיבה שכל מי שמשאיר חפצים בסוף הזמן, ולא קיבל את אישור הנהלת הישיבה להשאיר את החפצים, רשאית הנהלת הישיבה לעשות בחפצים כרצונה. כן ראיתי בתש" אגרות משה חו"מ ח"ב סי' מה,ב, וז"ל:

"והנה טוב לתקן לגבי אבידה שנמצא בישיבה, שאם לא בא בעל האבידה בזמן

מסויים, שאז האבירה תהיה להשיבה או למוצאה, וצריכים להודיע ולפרסם התקנה לכל בני הישיבה כדי שיחול. וכשידוע ודאי או אף בספק שהמאבד היה איש מבחוץ שלא שייך שידע התקנה, אין מועילה התקנה, אך מסתמא אין להסתפק שמא היה איש כזה שהולכין בתר רוב.

וכן ראיתי תשובה מהגרש"ז אויערבך זצ"ל, הובא בספר השבת אבירה כהלכתה עמ' קסא, וז"ל:

"בגד שיש בו סימן, חושבני שלאחר שעבר חודש או חדשים, יכולים למכור. אך אם יבוא אח"כ לתבוע ויתן סימנים ויאמר שלא הפקירו, תשלמו לו כמה שזה שווה למכירה. ואם תודיעו בתחילת הזמן שכל חפץ שיעבור עליו חודש ימים פקעה בעלותו, ודאי דאדעתיה דהכי בא לישיבה."

ומבואר מדברי הגרש"ז שאחרי חודש או חדשים, אף אם יש סימן (וצ"ל שהבחור עזב את הישיבה לפני חודש או חדשים), חשיב כאבירה, ויכול למכרם ולרשום לפניו שאם יבוא ויטען שלא התיאש ולא הפקיר, יתנו לו כמה שהיה הבגד או הספר שוים למכירה. (וכל זה אם לא היתה הודעה במקום שהכל קוראים בו שעל הבחורים לקחת את החפצים, ולא ההנהלה תעשה בהם כטוב בעיניה, דאם היתה מודעה, מעיקר הדין אינם צריכים לתת לו הדמים). ויותר טוב לתקן תקנה מלכתחילה, או לכתוב מודעה בתחילת הזמן שכל חפץ שיעבור עליו חודש ימים פקעה בעלותו, ודאי דעל דעת כן בא לישיבה.

לאור האמור לעיל:

- א. אם תלו מודעה במשך חודש ימים בלוח המודעות, שכל מי שיש לו ספר בשטח הישיבה, חייב להוציאו לאלתר, ואם לא יעשה כן, הנהלת הישיבה (או שליחה - גבאי אוצר הספרים) יהיו רשאים להפקיר או למכור את החפץ ולקחת את תמורת המכירה, הרי זה כהודעה ופרסום לכל, ויכולים אחרי חודש למכור ולהשתמש בדמים. אמנם אם יבוא לאחר זמן ויטען שלא שמע, וגם יטען שלא הפקיר או התיאש, לפני משורת הדין יתנו לו דמי המכירה.
- ב. עדיף שבתחילת הזמן יתלו מודעה שעל הבחורים לקחת בסוף הזמן את כל חפציהם, אא"כ קבלו רשות להשאירם ע"י הנהלת הישיבה. ובמידה ולא יעשו כן, תהיה ההנהלה רשאית להפקיר או למכור את החפצים.
- ג. אפשרות נוספת - שסעיף זה בענין השארת החפצים, יהיה חלק מתקנון הישיבה, וממילא כל הבא בשעריה, על דעת התקנון הוא בא.

סימן 5

שכירת עובד מחברה מתחרה

ראשי פרקים

- א. עני המהפך בחררה - זכות ממונית או מוסרית
- ב. לשכור שכיר השכור לאחר
- ג. שיטת ר"ת שמוציאים מהלוקח מהמהפך

בענין חברה העוסקת בענייני טקסטיל, שמבקשת לשכור עובד מחברה מתחרה, עובד יחודי. נשאלתי, אם מותר להם לשכור את אותו עובד שיעבוד אצלם בשכר גבוה יותר, אף שבכך ודאי יגרם נזק לחברה בה הוא עובד כיום. ואף שהדברים מבוארים לכאורה בתוס' קדושין נט, א ד"ה עני לענין מלמד, צ"ב אם הוא הדין בכל עובד, ואם הדין אליבא דכ"ע.

א. עני המהפך בחררה - זכות ממונית או מוסרית

איתא בקידושין נט, א: רב גידל הוה מהפך בההיא ארעא, אזל רבי אבא זבנה. אזל רב גידל קבליה לרבי זירא ... כי סליק אשכחיה, אמר ליה עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו מאי. אמר ליה נקרא רשע. ואלא מר מאי טעמא עבר הכי. אמר ליה לא הוה ידענא. ועיי"ש בגמ' שרבי אבא לא רצה למכור את הקרקע לרב גידל, לאחר שנודע לו שרב גידל הוה מהפך בהאי ארעא, כיון שהיתה זו קרקע ראשונה, עיי"ש. והסתפקתי בדין זה של עני המהפך, שאפשר להסבירו בב' אופנים: האם למהפך יש זכות ממונית בחפץ שבו הוא מהפך. וכמו שיש לאדם זכות ממונית בחפצים השייכים לו, עד שהנוטל ממנו ללא הסכמה ורשות דינו כגזלן מהתורה. ויש חפצים שכל הזכויות של הם מדרבנן, כמו מציאת קטן, הנוטל ממצודת חבירו שאין לה תוך וכו', כמבואר במשנה גיטין נט, ב, שאם הנוטל ממנו את החפץ, דאסור ליטול מפני דרכי שלום, והרי זה גזל מפני דרכי שלום, עיי' בשו"ע חו"מ ש"ד, וזה זכות ממונית מדרבנן מפני דרכי שלום שחכמים נתנו לו, אף שמהתורה אין לו במציאת קטן ובמצודה קנין גמור. וכן מצאנו לענין בר מצרא, שיש למצרן זכות להוציא את השדה מהקונה. וכן לענין מי שפרע, דשיטת הרמב"ם מכירה ז, ב דאוררין אותו בבי"ד, דזה זכות ממונית מדיני מקח וממכר, והקונה הוא בעל דין לתבוע שיאוררו אותו בבי"ד, ולשיטתו דוקא כשהיה קנין מעות שהפקיעו חכמים. ושיטת הר"י מיגאש המובאת בשטמ"ק ב"מ מז, ב דהוא מדרך האמונה וצידוק הדיבור להשלים דיבורו. ובתוס' בכורות יג, ב ד"ה הכי, שאינו דין,

ונפק"מ לכאורה ליורשים, ואכמ"ל. כך גם כשעני מהפך בחררה, עצם ההיפוך נותן לו זכות ממונית. אמנם לרוב הראשונים אין מוציאין מידו, ואף שהנוטל ממנו אינו גזלן, מ"מ הרי הוא רשע. זו זכות ממונית בדיני חו"מ הפחותה מהזכויות שיש לו בחפצים שהנוטל הוא גזלן, אבל זו זכות ממונית שהוא קנה, אמנם לא בקנין כדרכי הקנינים אלא בהיפוך, וחכמים קבעו שגם היפוך נותן זכויות ממוניות מסוימות. או שכל דין עני המהפך אינו בכלל שייך לחושן משפט אלא להלכות דעות, למידות האדם, לאופן המוסרי שבו הוא צריך להתנהג במו"מ. ובאו חכמים ואמרו שאם אתה נוטל מעני המהפך, הרי יש לך מידות של רשע, אבל לא הפקעת מהמהפך זכות ממונית.

בדרך זו רצייתי לבאר את מחלוקת הראשונים - רש"י ותוס', האם יש דין עני המהפך בהפקר ומציאה. דעת רש"י דמייירי בחררה של הפקר, ולכאורה הוא הדין במקח וממכר, שאם בא לקנות מה שחבירו מחזר לקנות, ג"כ נקרא רשע, ורש"י רבונתא אשמועינן דאפילו בהפקר יש דין מהפך. ותוס' הקשו על רש"י מהא דב"מ י, א דראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר ונטלה, שהרי היא של השני, אף שהראשון היפך. וכן בפאה, כשבא עני ללקט ופירס טליתו עליה, מעבירים אותה ממנו. וע"כ פירש ר"ת, וז"ל:

"דאיסור דמהפך דנקט הכא לא שייך אלא דוקא כשרוצה העני להרויח בשכירות או כשרוצה לקנות דבר אחד וחבירו מקדים וקונה, והוי דומיא דרב גידל, ומשו"ה קאמר דנקרא רשע כי למה מחזר על זאת שטרח בה חבירו, ילך וישתכר במקום אחר, אבל אם היתה החררה דהפקר ליכא איסור, שאם לא זכה בזאת לא ימצא אחרת."

שיטת התוס' ועוד ראשונים, הרשב"א, הריטב"א, תוס' רי"ד, דכל דין זה הוא דוקא במקח וממכר, שרוצה לקנות קרקע או חפץ שחבירו היפך לקנותה, שילך ויקנה במקום אחר, והוא הדין להשתכר במקום אחר, אבל הפקר לא ימצא במקום אחר. והיה נראה לבאר במחלוקת רש"י ותוס', דשיטת רש"י דבעצם ההיפוך מקנה זכות ממונית למהפך, אמנם לא יחשב השני גזלן מדאורייתא או מדרבנן, אבל רשע מיקרי, דיש לראשון זכות ממונית. דאם באים אנו מכח זכות ממונית, פשוט שאין חלוק בין מקח וממכר להפקר, דאיזה טענה היא זו שהשני לא ימצא הפקר במקום אחר, סו"ס הראשון בהיפוכו בחררה זכה בזכות ממונית, מה טענה שהשני לא יכול לזכות במקום אחר. וכי טענה היא זו במציאת קטן, או במצודות וכד'. אלא כיון שיש לראשון זכות ממונית מסוימת, נקרא השני רשע גם בהפקר. ודעת התוס' ושאר ראשונים דדין זה הוא מהלכות מידות, שלקחת חררה שהיפך בה אחר, זו מידה רעה, והעושה כן מותר לקרותו רשע. לא שיש כאן זכות ממונית, זו מידה רעה. ולכן מידה רעה הינה דוקא כשיש טענה על השני מדוע הוא רוצה לקחת כאן, יקח במקום אחר, דזה חסר וזה יכול להנות במקום אחר. אבל בהפקר שלא ימצא במקום אחר, כיון שחיי קודמים, זו איננה מידה רעה ברמה כזו שהעושה אותה הוא רשע, אפשר שאין זו מידה נכונה אף בהפקר, אבל אינה

משפטיך סימן ל ליעקב תפא

מידת רשעות, כיון שלא במצב שזה נהנה וזה לא חסר כבמקח וממכר שיכול לקנות במקום אחר, אלא הוא חסר, ובכגון זה אינו רשע.

אותם צדדים הסתפקתי בדינא דבר מצרא, האם דינא דבר מצרא דילפינן מקרא דועשית הישר והטוב, האם יש לבעל המצר זכות ממונית בשדה הנמכרת בצידו, או שזה דין בהלכות מידות, שזו מידה רעה לקנות שדה במיצר חברו. הרב המגיד סוף הלכות שכנים, כתב וז"ל:

"ועניין דין בן המצר הוא שתורתנו התמימה נתנה בתקון מדות האדם ובהנהגתו בעולם כללים באמירת קדושים תהיו, והכוונה כמו שאמרו ז"ל קדש עצמך במותר לך שלא יהא שטוף אחר התאוות. וכן אמרה ועשית הישר והטוב, והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ולא היה מן הראוי בכל זה לצוות פרטים, לפי שמצות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל ענין, ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפת לפי הזמן והאיש. והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו, ומהם שעשו אותם כדין גמור ומהם לכתחילה ודרך חסידות, והכל מדבריהם ז"ל, ולזה אמרו חביבין דברי דודים יותר מיינה של תורה, שנאמר כי טובים דודין מיינן."

והיה קשה לי בדברי המגיד, מדוע הביא את הראיה מקדושים תהיו, הרי ילפינן דין זה מועשית הישר והטוב ולמה ליה פסוק נוסף של קדושים תהיו. ונראה, דועשית הישר והטוב אפשר לבאר שיש דין לעשות כן, ממילא יש לו זכות ממונית בישר וטוב, ואפשר לבאר שהוא מצד מידות ונהגות האדם. ע"כ הביא המגיד את הדרשה מקדושים תהיו, קדש עצמך במותר לך, שהוא דין במידות האדם, וגם הישר והטוב הוא דין במידות ונהגות האדם, שהתורה נתנה כח לחכמים לקבוע איזה הנהגה רצויה וראויה, בהתאם לזמן ולאנשים, ומהם אפילו בדיעבד ומהם לכתחילה. הרי דס"ל לרב המגיד שדינא דבר מצרא הוא מהלכות מידות האדם, רק חכמים קבעו שאפילו קנה אחר, המצרן מוציא מידו. ואפשר שלשיטת רש"י ג"כ הוי עני המהפך דין מוסרי שנתנו לו חכמים תוקף של דין ממוני, כמו בבר מצרא.

[והנה דין עני המהפך לא הביאה הרמב"ם בהלכותיו. והיה נראה הטעם דס"ל כשיטת התוס' שאינו דין ממוני אלא דין בתורת המוסר, וע"כ אינו ענין לחו"מ ולהלכות קנינים אלא להלכות דעות. ומה שהביא הדין של שולח שליח לקדש אשה או לקנות סחורה, וקדשה השליח לעצמו או קנאה לעצמו, ונהג בו מנהג רמאות, כיון שכבר הזכיר הדין הממוני, הזכיר גם את ענין הרמאות. ובבר מצרא, אף אם סובר כמגיד שהוא מדיני המוסר, מ"מ כיון שעשאוהו כדין גמור, שמוציא הבר מצרא מהקונה, ע"כ עשו חכמים דין במידות לדין ממוני, וע"כ הביאה בהלכות שכנים.]

ובהמשך הקשה התוס' מהא דמרחיקין מצודות הדג מהדג כמלא ריצת הדג (ב"ב כא,ב), והרי הדגים הם הפקר, והשני לא ימצא במקום אחר, ומדוע מרחיקין. ותירצו התוס' ב תרוצים, וז"ל:

"ונראה דהתם היינו טעמא מפני שהוא יורד לאומנותו, כי ההיא דקאמר התם (שם) האי בר מבואה דאוקי ריחיא ואתא בר מבואה ואוקי בהדיה מצי לעכוכי עליה, דקאמר ליה דקא פסקת לחיותאי. ועוד אומר רבינו מאיר אביו של ר"ת דמיירי בדג מת, שכן דרך הדייגים להשים במצודות דג מת והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג, וכיון שזה פירש מצודתו תחילה וע"י מעשה שעשה זה מתאספים שם סביב, ודאי אם היה חבריו פורש הוה כאילו גוזל לו, ויכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר."

תוס' לשיטתם דמהפך הוא מצד המוסר, ודין יורד לאומנותו הוא זכות ממונית שיש למי שהעמיד ריחים במקום מסוים, שלאחר אין זכות כזו (ושם בגמ' נחלקו אם בר מבואה ידיה יכול להעמיד ריחים, והראשונים שלא הביאו להלכה את הדין של מרחיקין מצודות הדג, ס"ל דזה אליבא דמ"ד שגם בר מבואה ידיה לא יכול להעמיד ריחים, משא"כ להלכה דרק בר מבואה אחריתי לא יכול להעמיד ריחים). וזה זכות ממונית של מי שהעמיד ראשון, שהשני לא יבוא בגבולו ויורד לאומנותו, וכלל אינו מדין עני המהפך. וכך גם מרחיקין מצודות הדג הוא מדין יורד לאומנותו. ובתרוץ השני, דזה גדר של נהנה ממעשה חבריו, דכיון שממעשה חבריו נוצר הדבר, אסור לאחר להנות, וכאילו גוזל לו, ונתבאר תרוץ זה באריכות בח"ג סימן א.

ב. לשכור שכיר השכור לאחר

ובהמשך התוס' מחלקים בין מי שרוצה להשכיר עצמו במקום שיש כבר שכיר אחר, דזה אסור, לבין בעה"ב הרוצה לשכור שכיר השכור לאחר, דשרי, וז"ל:

"ומכאן נראה למהר"ר יצחק שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעל הבית שיש לו מלמד אחר בביתו כל זמן שהמלמד בביתו, שמאחר שהוא שכיר שם, ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם, אם לא שיאמר בעה"ב דאין רצונו לעכב המלמד שלו. אבל אם שכר בעה"ב מלמד אחד, יכול בע"ה אחר לשכור אותו מלמד עצמו, ואינו יכול לומר לו הבעה"ב לך ושכור מלמד אחר, דנימא ליה אין רצוני אלא לזה, שהרי כמדומה לי שזה ילמוד בני יפה ממלמד אחר."

ולכאורה צריך להבין, אם במקרה השני יכול לטעון בעה"ב שהמלמד הזה ילמד יותר טוב עם הבן, וזה טענה שיכול להשכיר המלמד השכור, א"כ הוא הדין והוא הטעם במקרה הראשון, יאמר המלמד - בע"ב זה נוח לי יותר מכל אחד. ונראה דהסבר

החילוק בין שני המקרים שמביא התוס', בדין הראשון שמלמד שכור אצל בע"ב, ובא אחר להשכיר עצמו, הרי השני יורד לאומנותו של חבירו, אם לא שבעה"ב לא רוצה בכל אופן להשאיר את הראשון במשרתו, וע"כ אסור לשני להשכיר עצמו לבע"ב שיש לו כבר מלמד בביתו, מדין זה של יורד לאומנותו של חבירו. אולם בדין השני שרוצה בע"ב לשכור מלמד ששכור אצל בע"ב, זה לכאורה יש לאסור מדין עני המהפך בחררה, וכיון שלתוס' דין זה הוא ממידת המוסר, ובמקום שיהיה הפסד לשני, לא אמרינן דנקרא רשע, א"כ כאן שיש לשני טעם; " כמדומה לי שזה ילמוד בני יפה ממלמד אחר", אין כאן טענה מוסרית של עני המהפך, כיון שכל מידת רשעות זו היא כשזה חסר וזה יכול להנות במקום אחר, אבל אם אינו נהנה במקום אחר, אין בזה מידה רעה של רשעות כבדין עני המהפך. ובוזה אתי שפיר תחילת דברי התוס'; "ומכאן נראה לר"ת ...", מדוע דוקא מכאן, ומדוע דוקא כאן. אלא לאחר שהתוס' תירץ דמרחיקין מצודות הוא מדין יורד לאומנותו, ויש חילוק בין יורד לאומנותו שהוא דין ממוני, לעני המהפך, שהוא דין ממדות המוסר, וטענה שיש לי תועלת ולא אמצא במקום אחר, היא טענה רק בדין שהוא ממדות המוסר, אך לא במקום שיש לו שייכות וזכות ממונית. ע"כ כאשר פועל שכור אצל בע"ב אחד, יש לו זכות ממונית במקום עבודתו אצל בעה"ב, וכשבא אחר ויורד לאומנותו, אסור לו לירד לשני לאומנות שלראשון יש לו בה זכות. והנה המחבר בחו"מ רלז"ב הביא את דברי התוס' להלכה בפשטות בלא חולק. ובסמ"ע ח כתב דאינו דומה לשכירות בתים, דבתים כולם שוים, משא"כ בהסברת הלימוד. ובנתיבות שם ס"ק ב, כתב וז"ל:

"ולפי טעם הסמ"ע א"כ לדעה דאוסר אפילו במציאה, גם בזה אסור, וכן משמע קצת מדברי התוספות, ולפ"ז מוכח דגם המחבר סתם כאן כדעה הראשונה."

ולכאורה מדוע סתם כאן המחבר, ומדוע לא הביא י"א, והרמ"א לא הגיה דלדעת רש"י אסור לבע"ב לשכור מלמד השכור אצל אחר. ונראה דדין זה שכתבו התוס' הוא גם לשיטת רש"י. דלעיל התבאר דלשיטת רש"י דין עני המהפך הוא מחמת איזה זכות ממונית בדיני חו"מ שיש למהפך. זכות זו שייכת בחפץ, שהלוקח מהמהפך נקרא רשע, או כשיש לאחד אומנות במקום, שאסור לאחר לירד לאומנותו, אך אי אפשר לומר שלבעה"ב יש זכות ממונית בפועל, עיין תוס' קדושין יז,א ד"ה חלה דפועל אין גופו קנוי לבעה"ב, דלא כעבד עברי (וע"ע מחנה אפרים ריש שכירות פועלים מש"כ בדעת הרמב"ם, ומהרי"ט חחו"מ סי' יט, ואכמ"ל). וכיון שאינו קנוי לבעה"ב, ויכול פועל לחזור בו אפילו בחצי יום מקרא דלי בני ישראל עבדים עבדי הם, אין לו זכות ממונית במלמד, ורק מכח מוסרית יכול לטעון מדוע אתה שוכר את המלמד שאצלי, ובמקום שזה רק זכות מוסרית ולא ממונית, גם רש"י מודה לתוס' דכשיש לו טענה שהמלמד ילמד טוב יותר, אינו נקרא רשע. וע"כ מובן מדוע הביא המחבר דין זה ללא חולק, דגם רש"י מודה לזה.

עוד נראה דכשרוצה לשכור מלמד השכור אצל בע"ב אחר, ויתן לו שכר גבוה יותר מהראשון, י"ל דלא שייך בזה דין עני המהפך. דלא עדיף דין עני המהפך אף לשיטת רש"י, מדינא דבר מצרא שהוא ממידות האדם ועשאוהו דין גמור. ובדינא דבר מצרא קיי"ל דבמקום שיהיה תועלת למוכר ממכירה ללוקח ולא לבר מצרא, כגון שהלוקח נותן מעות טובים יותר מהמצרן, אין בזה דינא דבר מצרא, עיין בסוגיא ב"מ קח,ב, ובשו"ע חו"מ קעה,כג וקעה,ח, וא"כ גם בזה שנותן לו שכר גבוה יותר, ויש בזה תועלת לפועל, אין למנוע זכותו של הפועל מחמת חובתו של בעה"ב.

ולפ"ז נראה לישיב מה שהקשה בעצמות יוסף, כיון דמדמה התוס' דין זה לעני המהפך בחררה, א"כ מאי איריא שהמלמד בביתו, אפילו אם לא שכרו עדיין אלא שמחזר כדי לשוכרו נמי הוי איסורא. ועיין בפני יהושע שתירץ, דשאני מלמד, דאע"ג שמחזר להשכיר עצמו לבעל הבית, אפילו הכי לא סמכא דעתיה, שהרי אם ימצא מלמד יותר הגון, ודאי יכול לחזור, ואפילו מחוסר אמנה ליה ביה, ואדרבא קנאת סופרים תרבה חכמה. אמנם למש"כ י"ל דדין זה שלא להשכיר עצמו במקום שמלמד אחר שכור לבעה"ב אינו מדין עני המהפך אלא מדין יורד לאומנותו, וע"כ דוקא בשעה שהוא כבר שכור יש איסור זה שאסור לאחר לירד לאומנותו של חברו. אבל כשרק מחזר המלמד אחר בעה"ב, הרי זה מדין עני המהפך, וכיון שהמלמד השני יש לו טענה שבעה"ב זה יותר טוב מאחר שימצא, אין בזה דין עני המהפך, כיון דלתוס' אינו אלא מחמת מידות האדם, וכשיש לשני טענה מדוע נוטל מהמהפך, כבר אינו רשע. ולשיטת רש"י צ"ע, דלכאורה יש למלמד זכות ממונית כשמהפך אצל בעה"ב, וכמו בחפץ, ולא דמי לשוכר בע"ב מלמד השכור, וכנ"ל.

ג. שיטת ר"ת שמוציאים מהלוקח מהמהפך

הריטב"א בסוגיא הביא את דעת ר"ת דכל היכא שנקרא רשע, בית דין מחייבין אותו להחזיר מה שלקח, והקשה דא"כ מדוע לא רצה רבי אבא למכרה לרב גידל משום שהיא קרקע ראשונה, הרי מן הדין מחויב לתת לרב גידל. אלא ודאי רשע מיקרי אבל אינו חייב להחזיר למהפך. ובפני יהושע הביא ראייה דהתוס' ס"ל כדעת ר"ת, ממה שהביאו התוס' ראייה מראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר ונטלה דזכה השני (ב"מ יא), דאם אינו חייב להחזיר י"ל דאה"נ, דיש דין עני המהפך גם במציאה, והדין דשייך לשני אלא שנקרא רשע, וא"כ מה הראיה מדין זה. אלא דתוס' ס"ל כר"ת דמוציאים מידו, ומזה שזכה השני מוכח שאין דין עני המהפך במציאה. ובפני יהושע כתב לישיב דמעיקר הדין הו"ל לנופל לקנות בד' אמות, רק כיון שנפל עליה, גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה לקנות ולא בד' אמות, ולא תיקנו רבנן קנין ד' אמות בכה"ג. וע"ז הוכיחו

משפטיך סימן ל ליעקב תפה

התוס', דאם היה דין עני המהפך גם במציאה, הו"ל לחכמים לאוקמי אדינא ושיקנה הנופל בד' אמות.

והיה נראה לבאר בדעת התוס', דאף אי ס"ל לתוס' דלא כר"ת מ"מ מדכתבתה המשנה שם ב"מ י"א; ראה את המציאה ונפל עליה, ובא אחר והחזיק בה, זה שהחזיק בה זכה בה". דאף אם אינו חייב להחזיר, וקיי"ל דבמציאה יש דין עני המהפך, הו"ל למשנה לנקוט לשון של "אין מוציאין מידו", ומדנתן: זכה בה, משמע שכך הוא הדין שיש לו בזה זכיה. ואם נקרא רשע לא שייך לנקוט זכה בה אלא לשון שע"פ דין אין מוציאין מידו.

ומעיקרא הו"א דמחלוקת ר"ת ושאר ראשונים תלויה בנ"ל, דדעת ר"ת דעני המהפך הוא דין ממוני ולא מחמת המוסר, וע"כ מוציאין מידו. ושאר ראשונים ס"ל כתוס' שהוא מהלכות דעות ומידות האדם וכן"ל, וא"כ ר"ת כרש"י ס"ל. אך מפורש בתוס' בראשונים דדעת ר"ת דבמציאה והפקר אין דין עני המהפך, דהוא מרא דשמעתתא דאין דין עני המהפך במציאה. וי"ל דס"ל כמש"כ המגיד בדינא דבר מצרא, שהוא ממידות האדם, ובמקום שזו מידת רשעות, העמידו חכמים את דבריהם כדין אפילו בדיעבד, וכמו שבבר מצרא מוציא המצרן מהלוקח, הוא הדין בזה.

לאור האמור לעיל אין לאסור לשואל לשכור את העובד השכור כיום לחברה מתחרה, ואין חילוק בין מלמד לפועל.

ס י מ ן ל א

ת פ י ס ה ש ל ד מ י ש כ י ר ו ת

ר א ש י פ ר ק י מ

- א. ע ב י ד א י נ י ש ד י נ א ל נ פ ש י ה - כ ח ב י ת ד י ן א ו ר ש ו ת ש נ ת נ ה ה ת ו ר ה
- ב. ק י מ ל י ש י כ ו ל ל ע ש ו ת ד י ן ל ע צ מ ו
- ג. ת פ י ס ה ו מ ת ד י י ן א ח " כ
- ד. ה מ ש ך ת נ א י ה ח ו ז ה ה ק ו ר ד מ , כ ש ה מ ש י כ ו ל ל א ח י ד ו ש ה ח ו ז ה
- ה. ש ו כ ר ב י ת ו י צ א ת ו ך ה ז מ ן מ ה ב י ת
- ו. ש ו כ ר ב י ת ו מ ת
- ז. מ י נ ח ש ב ל נ ת ב ע

ר א ו ב ן ה ש כ י ר ד י ר ה ל ש מ ע ו ן ל ת ק ו פ ה מ ס ו י מ ת . ב מ ה ל ך ה ת ק ו פ ה ע ב ר ש מ ע ו ן א ר ו ע מ ו ח י , ו ל כ ן א ף ש מ ו ע ד ה ש כ י ר ו ת ת מ , ו ש מ ע ו ן ל א י כ ל ל ש ל ם א ת ד מ י ה ש כ י ר ו ת ו ה ת ש ל ו מ י מ ה נ ל ו ו י מ (ח ש מ ל , א ר נ ו נ ה , מ י מ) , נ מ נ ע ר א ו ב ן מ ל פ נ ו ת א ת ש מ ע ו ן מ ה ד י ר ה . פ נ י ו ת ח ו ז ר ו ת ו נ ש נ ו ת ש ל ר א ו ב ן ל י ל ד י ש מ ע ו ן , ח ז ר ו כ ל ע ו מ ת ש ב א ו ע מ ת ש ו ב ו ת מ ת ח מ ק ו ת . ש מ ע ו ן נ פ ט ר ו ח ו ב ו ב ג י ן ה נ " ל ע מ ד ע ל ס כ ו מ ש ל כ - 40,000 (ה ס כ ו מ ה מ ד ו י ק פ ו ר ט) . ש ו ב פ נ ה ר א ו ב ן ל י ו ר ש י ש מ ע ו ן , ו ה מ ע נ ו כ י ל ד ע ת מ ה א ב ש י ל ם א ת כ ל ה כ ס ף מ ר א ש , ו א י ן ה מ ח י י ב י מ ל ר א ו ב ן ד ב ר . ב ת ח י ל ה ע ו ד נ י ס ה ר א ו ב ן ל ה צ י ע ל פ נ ו ת ל ד י ן ת ו ר ה , א ך ה ב י ן ש ה ה ל י ך ע ל ו ל ל ה י ו ת ב ע י ת י מ ו ל י ו ר ש י מ . ה ו א מ צ א ב ד י ר ה ח ב י ל ה ש ל מ ז ו מ נ י מ , ש ל ד ע ת ו ש מ ע ו ן ה ח ב י א א ו ת ה . ה ס כ ו מ ה נ מ צ א מ כ ס ה א ת כ ל ה ח ו ב פ ח ו ת א ו י ו ת ר (ת ל ו י כ מ ה מ ו ת ר ל ו ל ג ב ו ת) . ו ש א ל ת ו :

- א. ה א מ י כ ו ל ל ג ב ו ת ח ו ב ו מ ח ב י ל ת ה מ ז ו מ נ י מ ש מ צ א , א ו ש ע ל י ו ל ה ש י ב ל י ו ר ש י מ ו ל ה ת ד י י ן ע י מ ם ב ד י ן ת ו ר ה ע ל ה ח ו ב .
- ב. כ י ו ן ש ח ו ז ה ה ש כ י ר ו ת ת מ ח צ י ש נ ה ל פ נ י פ ט י ר ת ש מ ע ו ן , כ ך ש ש מ ע ו ן ה י ה ב ד י ר ה ל ל א ח ו ז ה ת ק ף . ה מ ח י ר ש נ ק ב ע ב ח ו ז ה ה ק ו ר ד מ , ל ט ע נ ת ר א ו ב ן , ע ל ה ב כ - 10% ל פ ח ו ת ב מ ש ך ה ש נ ה , כ ך ש א מ ה י ו ע ו ר כ י מ ח ו ז ה ח ד ש , ו ד א י ה י ה מ ע ל ה א ת מ ח י ר ה ש כ י ר ו ת ב ע ש י ר י ת , ה א מ י כ ו ל ל ג ב ו ת מ ח י ר ג ב ו ה , א ו ע ל י ו ל ה ש א ר ב מ ח י ר ה ק ו ר ד מ .
- ג. ב ח ו ז ה ה ק ו ר ד מ נ כ ת ב ש ע ל ש מ ע ו ן ל צ ב ו ע א ת ה ד י ר ה ו ל נ ק ו ת ה א ח ר י ה פ י נ ו י , ה א מ י כ ו ל ל ג ב ו ת ה ו צ א ו ת צ ב ע ו נ ק י ו ן .
- ד. מ ה ה ת א ר י ך ה ק ו ב ע ל ע נ י ן ת ו מ ה ש כ י ר ו ת . מ י ת ת ש מ ע ו ן , פ י נ ו י ה ח פ צ י מ מ ה ד י ר ה א ו ה ש כ ר ת ה ד י ר ה ב פ ו ע ל ש ה י ת ה ל פ נ י ת ו מ ח ד ש י י מ מ פ י נ ו י ח פ צ י ש מ ע ו ן (כ י ו ן ש ע " פ ה ח ו ז ה ע ז י ב ה מ י י ד י ת ו פ ת א ו מ י ת , מ ח י י ב ת ת ש ל ו מ ע ד ח ד ש י י מ מ י ו מ ה ע ז י ב ה) .

ה. במידה וראובן חייב להתדיין עם יורשי שמעון, מי נחשב לענין זה תובע ומי נתבע, לענין ביה"ד שידון בדבר.

א. עביד איניש דינא לנפשיה - כח בית דין או רשות שנתנה התורה

נחלקו בגמ' ב"ק כז,ב רב יהודה ורב נחמן אם עביד איניש דינא לנפשיה, במקום שאין הפסד אם יעשה דין לעצמו; דאמר, רב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה (ואפי' דין אמת לא יעשה הוא לעצמו אלא ילך אצל הדיין - רש"י), רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה. היכא דאיכא פסידא כ"ע לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה (אי אזיל לבי דינא, דאדאזיל לבי דינא ואתי קא דלי האי ולא ידע מאי דלי. או שמא יכלו המים מן הבור ואין לו פרעון לזה דקא מפסיד, כי האי גוונא עביד איניש דינא לנפשיה), כי פליגי היכא דליכא פסידא. רב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא. רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח. מתיב רב כהנא, בן בג בג אומר אל תיכנס לחצר חברך (בגניבה ובסתור) ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל (כלומר קח בחזקה, וקשיא לרב יהודה). אמר ליה עמך, בן בג בג יחידאה הוא ופליגי רבנן עליה. רבי ינאי אמר מאי שבור את שיניו - בדין. אי הכי ואמור לו, ואומרים לו מיבעי ליה. שלי אני נוטל, שלו הוא נוטל מיבעי ליה, קשיא. והביאה הגמ' ראיות לדין, ודחתה הראיות. ומהברייתא מנין לנרצע שכלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה שהוא פטור, ויליף מקרא (במדבר לה); לא תקחו כופר לשוב, ולרב נחמן מיירי ברייתא בלית ליה פסידא, מוכח דעביד איניש דינא לנפשיה הוא מהתורה, מקרא ולא מסברא. והרי"ף (ב"ק יב,ב בעמוה"ר) פסק כרב נחמן דעביד איניש דינא לנפשיה אפי' במקום שאין פסידא, דהלכה כרב נחמן בדיני. וכך פסק הרמב"ם בהל' סנהדרין ב,יב, וז"ל:

"יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח, הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו, אין סותרין את דינו."

דפסק כרב נחמן בדיני, עיין כס"מ שם ובהגהות מיימוניות דכן פסקו הלכות גדולות ור"ח וכן רב אלפס, ועל דבר זה תפסו לרבינו אפרים מקולנא עד שהודה לו, וכן פסק ראבי"ה. ודברי רבינו אפרים, הובאו על הרי"ף הנ"ל, דנדון עביד איניש דינא לנפשיה איסור והיתר ולא בדיני ממונות, דאין השאלה אם מחזירים או לא אלא אם מותר ואסור, וע"כ פסק כרב יהודה דאסור לעשות דין לעצמו, דדייקא מתניתין כוותיה, עיי"ש. ומה שהוסיף הרמב"ם בסיפא שאם קבל עליו בעל דינו, כתב הלחם משנה דפשוט הוא.

ועדיין צ"ע אם בית דין דנים או מבררים. האם הפרוש שיש למי שתפסו ממנו זכות לבוא ולהתדיין בבית דין על טענות התופס, ובית דין דנים, ואינו צריך להחזיר מה שתפס, ורק אם נמצא שאינו אמת, סותרים דינו. וצ"ע מה הדין בספק. או שאינם דנים אלא מבררים ע"פ טענות התופס והנתפס ואינם מקבלים עדות וכו', ואם נראה להם שלא דן דין אמת, סותרים דינו ודנים ע"פ דין. דלשון הרמב"ם, "קבל בעל דינו", ולא נכתב - תבע בעל דינו, הרי שאין כאן תביעה. וכן ממש"כ הרמב"ם "ודרשו ומצאו", ולא כתב ודנו ופסקו, משמע שאין מדובר כאן בהליך של דין אלא ברור, וזה דבר חדש שלא נמצא בהלכות סנהדרין. וגם מש"כ שאם מצאו שדן דין אמת לעצמו, אין סותרין דינו, דמהיכי תיתי יסתרו דינו כיון שדן כהלכה. וסותרין הדין הכוונה לכאורה שצריך לדון בבי"ד ולא סגי במה שדן לעצמו, וזו סתירת הדין. עוד מדויק, דהרמב"ם לא הזכיר שיכול להכותו כדי להציל את שלו, ולכאורה השמיט עיקר החידוש של עבד איניש דינא לנפשיה.

ועיין בש"ך דב, שפירש בדברי הרמב"ם, דמה שהבע"ד קובל עליו, היינו שטוען הבעל דין שהוא מוכן לעמוד בדין, שיחזיר לו את שלו, יעמדו בדין ומה שיפסקו בי"ד יקיים ואסלקנו בדברים אחרים, או נפק"מ לדברים אחרים, קמ"ל דאין סותרים דינו. והיינו שבי"ד כלל לא נכנסים לטענות לגופם של דברים אלא רק לטענה שהוא מוכן לעמוד כעת לדין תורה. ובזה פסק הרמב"ם שאין דנים שוב, דכיון שעשה כדן, אין לדון שוב. ומוכח לכאורה שזה כח ממש כדיין שנעשה הדין, שאם זה רק רשות, מדוע בית דין לא חוזרים ודנים, דבשלמא אם זה דין, אין בית דין דנים מה שדנו כבר, אבל אם זה רשות וכדלהלן, מדוע לא ידונו, אין זה דין בתר דין.

ולשון אין סותרין את דינו, הביאו גם הטור, והט"ז בשו"ע חו"מ סו"ס ד הקשה מהיכי תיתי שיסתרו את דינו, וכתב לישב דכוונת הטור שגם בדין שאם דיין עשה ועבר, דקיי"ל דאין מוציאים מידם, הוא הדין במי שעשה דין לעצמו. כדוגמת מש"כ בשו"ע חו"מ קח"א, דאע"פ שלכתחילה דנין ליורשי המלוה שלא ליפרע מיורשי הלוה שמת בחיי המלוה, אם עבר הדיין והשביע יורשי המלוה וגבו חובם, אין מוציאים מידם. וכן אם קדמו יורשי המלוה ותפסו, אין מוציאים מידם. וזה כוונת הטור (וכן י"ל ברמב"ם) דאפילו הבעל דין עצמו שעשה כהלכה, דהיינו הלכה ואין מורין כן, דסד"א דוקא בדיין שיפה כחו הוא דלא מהדרינן עובדא, אבל לא בבעל דין גופיה, קמ"ל דאפילו הכי דין שלו שעשה בעצמו אין סותרין אותו, כמו דאם נעשה לפני דיין. ושכן ראה בספר התרומות (שער יד ח"ב ס"ז) דכתב שם כן להדיא בענין הנ"ל שהוא מטעם עבד דינא לנפשיה. ולכאורה לפי הסבר הט"ז נתנו לעושה דין לעצמו כח של דיין גם לענין קם דינא בדברים שאם עבר הדיין, שאין מוציאים מידם, וא"כ כוחו הוא כח של דיין ולא רשות גרידא, עיין מש"כ להלן.

ועיין עוד בב"ח חו"מ ר"ס ד שכתב על דברי הרמב"ם דאין סותרין הדין, דאתא לאורויי דלא תימא דדוקא כשהוא מפורסם דשלו הוא מציל, כמו ב"קצותה את כפה" או שור שעלה על גבי חבריו להרגו, נודע לכל שהשור הוא שלו או שהיתה דרך הרבים עוברת על שדהו דמצי למינקט פיזרא וליתבי, אבל אם אינו נודע לכל דשלו מציל, אינו יכול לעשות דין לעצמו; "להכי קאמר ואם בעל דינו מתרעם עליו בדבר שאינו נודע לכל דעשה כדין אלא דבית דין חקרו ודרשו ומצאו שעשה כהלכה, נמי אין סותרים את דינו". ולכאורה משמע שאם עמד בתנאי ההיתר שנתנה לו התורה להציל את שלו, ב"ד רק דנים בזה, אם עמד בתנאי ההיתר ותו לא מיד. וזה הבאור במש"כ הש"ך דב הנ"ל, דהב"ח פירש בענין אחר. דפרוש הב"ח הוא במהות ההיתר, דהוא רק רשות ולא כח הדיין, ועיין עוד להלן. וכן נראה מדברי השבות יעקב (סוף ח"ב, כללי ודיני הקים לי ס"ק ב בבאורים) דאם הבע"ד קבל עליו, ב"ד דנים אם עשה כדין, והדבר נגמר ע"י בית הדין, כך שאת הדין עושה בית דין ולא הבע"ד, עיי"ש.

והרא"ש ב"ק ג, פסק כרב נחמן דעושה דין לעצמו במקום פסידא, אך הגביל את עשיית הדין למקום שיכול לברר בדין שהחפץ שלו, ודוקא בחפץ מבורר, וז"ל:

"ובדבר דלית ליה פסידא אלא הצלת טורח שלא יצטרך להוציא ממנו בדין, בהא פליגי. דרב יהודה סבר בשביל הצלת טורח אין לו רשות לחבל בו. ורב נחמן סבר כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו, יש לו רשות להציל את שלו אפילו בהכאה אם אינו יכול להציל בענין אחר. אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציא ממנו, לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממנו עשיתי. ודוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו, הוא דאמרינן הכי. אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו, לית ליה רשותא. דתנן בפרק המקבל (קיג,א) המלוה את חבריו לא ימשכנו אלא בב"ד. ואמר שמואל התם דאפילו שליח ב"ד מנתח נתוחי בשוק דוקא, אבל לא יכנס לביתו. והמלוה עצמו אפילו בשוק לא. וכיון דאין לו רשות, אם חבל בו או אם הזיק ממנו חייב כמו על אחר. והלכתא כרב נחמן בדיני. ועוד דטובא פירכות פריך לרב יהודה ושנייהו בדוחק."

הרא"ש הוסיף דדוקא ביכול לברר שבדין יכול להוציא ממנו רק רוצה למנוע מעצמו את הטירחה, אבל אם אינו יכול לברר בדין, גם אינו יכול לעשות דין לעצמו. ובמקום הפסד דלא נחלקו רב נחמן ורב יהודה, לא התברר בדברי הרא"ש אם יכול לעשות דין לעצמו כשאינו יכול לברר בבית דין. ומש"כ הרא"ש; "ודוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו...", לכאורה הוא תנאי נוסף, דגם ביכול להוציא ממנו בדין, אינו רשאי אלא למנוע שיגזלו ממנו או בראה חפץ מבורר שלו ביד אחר. כן נראה ממהלך דברי הרא"ש, אבל ביכול לברר ואינו חפץ מבורר ולא במניעת גזילה מידו, גם

לרב נחמן לא עושה דין לעצמו במקום שאין הפסד. אלא שמהמשך דברי הרא"ש; "אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו, לית ליה רשותא", לכאורה משמע שיכול לתפוס בשביל חוב, וחוב אינו חפץ מבורר, דרך למשכון אינו יכול לתפוס, אבל לגבייה משמע דשרי. דהא דיכול למנוע שיקחו ממנו חפץ מבורר ולקחת את שלו, בא לכאורה לאפוקי מישכון. אבל בדברי הנימוק"י (ב"ק יב, בעמודה"ר) כתב שאינו יכול לעשות דין לעצמו בפרעון הלואה, וז"ל:

"היינו דוקא בממונא דשכיח בעיניה כי הכא גבי גרנותא, דקא בעי מאריה למשקליה ולאצולי מידא דהיאך דבעי למגזליה או לאזוקי ממזניה, ואין צריך לומר גבי הצלת נפשות, אבל היכא דליתיה לממונא בעיניה אלא אפרועי הוא דקבעי אפרועי מלוה מיניה, לית ליה רשותא למעבד דינא לנפשיה, דהא תנן (ב"מ ק"ג, א) המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בב"ד. ודוקא נמי היכא דאית ליה ראייה למציל דממונא ידידיה הוא. אי נמי דמודה ליה בעל דיניה בהכין, אבל היכא דליתיה ראייה ולא מודה ליה, אי עבד דינא לנפשיה ע"י הכאה וכיוצא בה, מיחייב לשלומי לניזק דמי חבלה. דעד כאן לא קאמר רב נחמן אלא היכא דעביד דינא דאי נמי לא הוה עביד איהו, לא עבדי ליה בי דינא בציר מהכי."

מבואר מהנימוק"י דדוקא למנוע גזילה, אבל פרעון הלואה או פרעון גזילה, לא מתיר רב נחמן לעשות דין לעצמו. ודוקא שיכול ע"פ דין בבית דין להציל ממונו. רק הזכיר שאם עבר ועשה דין לעצמו במקום שאינו יכול לברר, אם עשה ע"י הכאה, חייב לשלם לניזק נזקו. ולכאורה אם עשה שלא ע"י חבלה, יכולים להוציא ממנו. וכן מבואר מדברי מהר"מ מרוטנבורג, הובאו דבריו במרדכי ב"ק ס"ו ל', דדוקא בחפץ המבורר שהוא שלו ומחזיק בו ומסרב להחזיר לו, אבל כשאין ידוע אם זה שלו אם לא, אין לו רשות לעשות דין לעצמו אפילו אם לפי דבריו יש לו הפסד (ובזה מוכח דאפי' במקום פסידא דלא נחלקו רב יהודה ורב נחמן, אין לו לעשות דין לעצמו אלא בחפץ מבורר, לדעת מהר"מ). דאם יעשה דין לעצמו גם בחפץ שאינו מבורר, לא שבקת חיי לכל בריה דכל אחד יאמר לחבירו ודאי ידי מגזל קגזלת לי ויכה אותו ויחטוף אותו ויאמר עבידנא דינא לנפשאי, והתורה אסרה אפי' למשכנו. ושכן מצא ביראים. והביא ראייה מהגמ' ברכות ה, ב ברב הונא שהחמיצו לו ארבע מאות חביות יין. ואמרו לו החכמים שזה מפני שלא נתן לאריס חלקו בזמורות; אמר להו מי קא שביק לי מידי מיניה, הא קא גניב ליה כוליה (וכי אינו חשוד בעיניכם שהוא גונב לי הרבה יותר מחלקו - רש"י). אמרו ליה, היינו דאמרי אינשי בתר גנבא גנוב וטעמא טעים (הגונב מן הגנב - אף הוא טועם טעם גנבה). אמר להו קבילנא עלי דיהיבנא ליה וכו'. ולכאורה מה הטענה כלפי רב הונא, הרי עביד דין לנפשיה. ותירץ דהיינו דוקא אותו דבר עצמו שנלקח לו לאדם מותר לו ליקחנה בכל מקום שיכול להשיגו, דומיא דמילתיה דבן בג בג דאמר שלו הוא נוטל, אבל הכא לקח זמורות אחרים שלא גנב לו הארוס. ואם היה רב הונא

משפטיך סימן לא ליעקב תצא

לוקח הזמורות עצמם שלקח האריס, לא היתה טענה כלפיו, כיון שיש לו תביעה על הזמורות עצמן, עיין גם מהרי"ק שורש קסא סד"ה ולפי דבריו. ומכאן הביא ראיה רבינו מאיר דדוקא בידוע שודאי גנב, דהא הכא ידע רב הונא בודאי שגנב לו, דחלילה לו לרב הונא לעכב מספק, ובכל אופן היה אסור לו לעשות דין לעצמו. ודברי מהר"מ הובאו בתש" מהר"מ מרוטנברג (קרימונה כז, פראג תתקנ).

אולם מהרמב"ם הנ"ל שלא חילק בין חפץ מבורר להלואה, וכן לא הזכיר כתנאי שיכול לברר בבית דין, אלא רשאי מי שתפסו ממנו לילך ולקבול עליו בבי"ד והם יבררו, משמע שאין חילוק ובכל ענין יכול לעשות דין לעצמו. ועיין בדברי הר"מ מסרקסטה שהובאו בשטמ"ק ב"ק כחא, וז"ל:

"עביד איניש דינא לנפשיה דלא למפרע מאי דתבעו מיניה, אי ידע איהו דלא מחייב מן דינא ולא ליזיל בהדיה לגבי דיינא, אף על גב דלא להוי ליה פסידא אי ליזיל בהדיה, וליזיל תובע לגבי דיינא ולישייליה. וכן נמי אי שקל תובע מאי דתבע ואמר לא מהדרנא ניהלך ולא מידי, דכדין שקלי, וזיל לדינא ותשייליה אי לא מהימנת לי, דינא קא"ל ולא כייפינן ליה למיזל בהדיה ... וודאי אין אנו יכולין לפרש עביד איניש דינא לנפשיה אלא בתובע דקא גבי מיניה דנתבע בלא רשות בית דין, אבל בנתבע דלא בעי למפרע לא שייך למימר הכי אלא או ליפרע או ליזיל בהדיה לבי דינא דעבד לזה לאיש מלוה."

מדברי הר"מ מסרקסטה מבואר בתחילת דבריו דגם נתבע יכול לעשות דין לעצמו ולא לשלם ולא ללכת להתדיין בבי"ד, אך דחה את הדברים, דבנתבע חייב או לשלם או לבוא להתדיין עם התובע בבי"ד. ולענין תובע שלגביו נאמר הדין של עביד איניש דינא לנפשיה, לא חילק בין הלואה וחפץ מבורר, אלא שיכול לומר שלקח כדין, ואם אינו מאמין לי, שילך וישאל לדיינים, אך אינו מחויב לרדת לדון עימו, והיינו לכאורה כדעת הרמב"ם. וכאמור, גם הרי"ף פסק כרב נחמן ולא חילק. והמחבר בשו"ע חו"מ דא פסק לכאורה דלא כרמב"ם, וז"ל:

"יכול אדם לעשות דין לעצמו אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, יכול לקחתו מידו; ואם האחר עומד כנגדו, יכול להכותו עד שיניחנו, (רמ"א: א) אם לא יוכל להציל בענין אחר (טור), אפילו הוא דבר שאין בו הפסד אם ימתין עד שיעמידנו בדין, והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בדין, מ"מ אין לו רשות למשכנו בחובו."

ומבואר דדוקא אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, עושה דין לעצמו, וכדעת מהר"מ והרא"ש. ונראה שהמחבר ס"ל דכן היא גם דעת הרמב"ם, ומה שלא חילק הרמב"ם, מפני שפסק כרב נחמן שיכול לעשות דין לעצמו, ולעצם הפרטים לא כתב לפרט. וכן נראה ממש"כ בבית יוסף עצמו בסי' ד ומסדר הדברים, שהביא דעת הרי"ף והרמב"ם לפסוק כרב נחמן, ואח"כ דעת מהר"מ, ולא נראה שיש מחלוקת ביניהם.

ומפורסמת חקירת האחרונים בדין זה אם מה שאדם עושה דין לעצמו, זה שיש לכל אדם כח של דיין להציל את שלו (ובתנאים המבוארים בראשונים), דלכל דיין יש את הכח לדון ואת הכח לבצע את פסק הדין, וכאשר פועל להציל את שלו, יש לו את כח הבית דין, דאין צריך לזה בית דין של שלשה והוא כבית דין לפסוק וכשליח בית דין לפעול. או שכל מה שצריך בית דין הוא במקום שאדם אסור לו להציל לעצמו, אבל כשמותר לו להציל חפציו שלא יגנבו ממנו, אין צריך בית דין, דבית דין הוא להציל עשוק מיד עושקו, אולם כשיכול להסתדר בלי ב"ד ולמנוע עושק ממנו, אין צריך בית דין, וסברא היא שכל אדם יכול למנוע שיעשקו ויגזלו ממנו, ונתנו לו רשות על כך, ואם עשה כן אינו גזול או מזיק.

ולכאורה מהסוגיא והראשונים נראה שנתנו לו כח דיין. דאם לא כן, מהיכי תיתי יכול לחבול בחבירו. ובשלמא להציל את שלו, אך לחבול ולהפטר מנין. אלא שנתנו לו כח של דיין להציל את שלו, וכמו דיין שיכול לבצע פסה"ד גם בהכאה, הוא הדין במציל את שלו. דהרי קיי"ל בכתובות לב,א דאם הכהו עובר בלאו דארבעים יכנו לא יוסיף, עיי"ש ברש"י דאיכא מלקות בחובל, ועיי"ש ברש"י ד"ה ואי, דלבי"ד יש רשות להכותו. וכן מסוגיין ב"ק כח,א מקצותה את כפה, ממון וכו', בד"א בשיכולה להציל ע"י דבר אחר אבל אינה יכולה להציל ע"י דבר אחר, נעשה ידה כשליח ב"ד ופטורה. ומשמע שבעביד דינא לנפשיה נעשית כשליח ב"ד, ויש לה כח של בית דין. ועיין בחדושי הגר"ש רוזובסקי ב"ב י,ג דבפשטות י"ל שלבעל דין עצמו יש כח כפיה כמו לבי"ד ואף להכות, דלענין הכאה בעינן לכח ב"ד להציל עשוק מיד עושקו, וכשזה לנפשיה, יש לבע"ד כח כפיה כמו לבי"ד, ולכן מועילה תפיסתו בקנס כביכול ב"ד כפו, עיי"ש דאין ב"ד יוצרים את חלות החיוב בקנס, אלא שבלא כפית ב"ד, אין צריך לשלם הקנס. והיינו שבע"ד שעושה דין לעצמו, יש לו כח כפיה כשל ב"ד.

אמנם אפשר לומר שגדר ההכאה שיכול להכותו כשעושה דין לעצמו, אינו כהכאה של בית דין אלא לאפרושי מאיסורא, דכיון שבא לגזול, הוא וכל ישראל מצווים להפריש הגזולן מאיסור. לפ"ז דוקא בשעה שעושה את האיסור ובא למנוע מאיסור גזילה. וכן מוכח מהסוגיא, דכל הדוגמאות שמביאה הגמ' בהכאה הם בשעה שבא להציל עצמו מהנזק ובשעת הנזק והגזילה. דאם היה לו כח של בית דין, א"כ גם בגביית החוב יכול ג"כ להכותו, ומזה שיכול להכותו בשעה שבא לגזול דוקא או לעשות איסור, לשמוט השור, למנוע ממנו לדלות מים, בכי ינצו אנשים וכו', מוכח לכאורה דאינו כח של דיין אלא אפרושי מאיסורא, דאם היה זה מכח רשות שניתנה לבית דין, רשות זו ניתנה לאו דוקא בשעת האפרושי מאיסורא (או אפשר שכח הדיין ניתן לו רק בשעת האפרושי מאיסורא). ועיין בדברי המאירי בסוגיא (ב"ק כח,א ד"ה כל שאונס).

אמנם מדין היה רבו מסרהב בו לצאת צ"ע, דהרי שם מותר לו להכותו שיצא מפני שנאסר בשפחה, וכמש"כ הרמב"ם בהל' עבדים ג,ה; " נרצע שמסר לו רבו שפחה

משפטיך סימן לא ליעקב תצג

כנענית והגיע יובל והיה רבו מסרב בו לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו - פטור, שהרי נאסר בשפחה". ולכאורה כל זמן שלא בא על השפחה, אין בו צד אפרושי מאיסורא ולמה יכול להכותו. ומוכח לכאורה שהוא דין של בית דין ולא מדין אפרושי מאיסורא. אמנם ברש"י בסוגיא מבואר להדיא דדין זה דרבו מסרהב בו לצאת, ובאוקימתא שמסר לו רבו שפחה כנענית, דעד השתא היתרא ומכאן ואילך איסורא, כתב; "ורשאי להלקותו ולהפרישו, דהאי דינא לאו לנפשיה הוא". הרי שגם ברבו מסרהב, ואף אינו כעת בשעת עבירה ממש, הוא מדין אפרושי מאיסורא. וכן הביא בנתיבות ג,א דכל אדם מצווה להפריש מאיסור ואפי' אינו בית דין, וראיה מדין מי שרבו מסרהב בו לצאת. ועיין במשובב נתיבות מש"כ בזה. אמנם אין מזה ראיה לדברינו, דדברי רש"י באוקימתא זו היא לרב יהודה דס"ל דלא עביד דינא לנפשיה, אבל לרב נחמן אה"נ, אינו מדין אפרושי מאיסורא. אך קשה על הרמב"ם בהל' עבדים ששפסק כאוקימתא זו, וכן הקשה במל"מ עבדים ג,ה.

והתומים ד,א הביא את קושיית המל"מ עבדים ג,ה בדברי הרמב"ם דמיירי במסרו לו רבו שפחה כנענית, דהרי אוקימתא זו היא למ"ד דלא עביד איניש דינא לנפשיה וכנ"ל. וכתב לישב, דבהלכות עבדים לא מיירי בעבד שהוא ברשותו ורבו רוצה להוציאו שיכול להכותו, דזה כבר פסק בהלכות סנהדרין דיכול לעשות דין לעצמו, רק בהלכות עבדים מיירי דאינו ברשותו ובביתו רק דקשור בשפחה ואינו רוצה לקבל על עצמו חירות להפרד משפחתו, וע"ז אמר הרמב"ם שיש רשות להכותו להפרישו מאיסור, אף שאינו נוגע לממון האדון, והביא שכן דעת היש"ש, עיי"ש.

אמנם אפשר דלרמב"ם נתנו לבע"ד רשות לעשות דין לעצמו ולא נתנו לו רשות להכות, ולכן הרמב"ם לא הזכיר ולא כתב דיכול לעשות דין לעצמו ע"י הכאה. ורק בהלכות עבדים שזה ענין של אפרושי מאיסורא, יכול להכותו, דס"ל דקיי"ל כרב נחמן בדיני לענין דיני ממונות, אבל הכאה שהיא כח ביי"ד ולבע"ד עצמו הוא ענין של איסור והיתר, לא קיי"ל בזה כרב נחמן, שאינו דין אלא איסור.

ועיין בחדושי הגר"ש רוזנבסקי ב"ב י,ג-ד דלענין אפרושי מאיסורא בעניני ממון, אין זה דין שיכול כ"א לכופ את חברו לאפרושי מאיסורא בעניני ממון אלא רק ביי"ד, דבאיסורי ממון אין בכלל דין שיכול כל יחיד ויחיד לאפרושי מאיסורא, ורק ביי"ד יכולים לכופ מכח המסור להם להציל עשוק מיד עושקו. ונשאר בצ"ע, דבחבלה (בדין הגמ' וקצותה את כפה, שוכי ינצו אנשים) ודאי יש דין של אפרושי מאיסורא, שאינו ממון אלא להציל עצמו, וא"כ אין צריך לכח דין בעביד איניש כדי לכופו ולהכותו, ומה דנה הגמ' מדין עביד איניש דינא לנפשיה. ומ"מ כתב דמזה שהגמ' כתבה שיכול להכותו רק מדין עביד איניש דינא לנפשיה, מוכח שאין דין הכאה וכפיה באיסורי ממון. דבאיסורי ממון כיון שיש לבע"ד זכות תביעה נגד העובר בבי"ד, אין לאחרים כח כפיה אלא לבית דין, משא"כ בשאר עבירות, עיי"ש. ובהמשך דבריו (שם אות ז) כתב בבאור

דעת הרא"ש דכח הכפיה אף בממון הוא מדין אפרושי מאיסורא, וספק הגמ' הוא דאולי הבע"ד גרע בזה בהיתר להכות לאפרושי מאיסורא, דעדיין יש בזה גם "דין", ואיכא למימר דהבע"ד עצמו לא יכול לדון את חבירו, וס"ל לרב יהודה ורב נחמן דבמקום פסידא אין מגרע כוחו, ורב נחמן ס"ל דאפי' במקום שאין פסידא לא מגרע כוחו, עכ"ד. ואפשר בדרך זו, דההוא"א של הגמ' היתה, דאף דלכ"ע שרי לעשות דין לאפרושי מאיסורא, שמא יש בזה ענין דין ולעצמו אינו יכול. ולרב נחמן שמתיר אף באין פסידא, דס"ל דאפרושי מאיסורא בממון אינו ענין של דין, ולכן לא גרע בעל דין מאחר.

ובעיקר הראיה מהא דהרשו לבע"ד להכות תוך עשיית דין לעצמו, דרשות להכות ניתנה רק לבי"ד כמבואר בכתובות לב,א וכו"ל, אפשר דכל האיסור להכות הוא רק בדרך של ריב וקטטה, אבל כאשר אינו מכה דרך ריב וקטטה, לא עובר על איסור של לא יוסיף, דאיסור לא יוסיף נאמר על בי"ד שמכים על מעשה שעשה בעבר, ומוסיפים על המלקות שאמרה התורה, והכאה כזו ללא מטרה, היא כהכאה דרך ריב וקטטה, כן נראה לכאורה מדברי הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ה,א, וז"ל:

"אסור לאדם לחבול בין בעצמו בין בחבירו, ולא החובל בלבד אלא כל המכה אדם כשר מישאל בין קטן בין גדול בין איש בין אשה דרך נציון הרי זה עובר בלא תעשה, שנ' (דברים כה,ג) לא יוסיף להכותו, אם הזהירה תורה שלא להוסיף בהכאת החוטא, קל וחומר למכה את הצדיק."

מדויק בדברי הרמב"ם שאיסור ההכאה הנלמד מלא יוסיף הוא רק בדרך נציון, והיינו בדרך ריב וקטטה, אבל אם מכה למטרה מסוימת, בזה לא עובר על לא יוסיף. וע"כ י"ל דכיון שנתנה לו התורה רשות לעשות דין לעצמו, אם אינו יכול לעשות דין לעצמו אלא ע"י הכאה, אין אסור בדבר, גם אם אין לו כח ביד. אמנם מדברי הרמב"ם שהביא דין זה בהלכות סנהדרין, יש ללמוד לכאורה דכח העושה הוא כח של דיין, דשם בפ"ב דסנהדרין פסק הרמב"ם בה"י את הדין שאע"פ שאין בית דין פחות משלשה, מותר לאחד לדון מן התורה, ומדברי סופרים עד שיהיו שלשה. ובהי"א פסק הרמב"ם דאחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבית דין, הרי זה מותר לו לדון יחידי, אבל אינו חשוב בית דין. ובהי"ב פסק דיכול לעשות דין לעצמו וכו', ומשמע שהוא בכלל הדינים המתיחסים לדיין יחיד. מה שמהתורה יכול לדון יחיד, או מומחה לרבים או נוטל רשות, וכן דיין יחיד הוא זה שעושה דין לעצמו. כך נראה לכאורה מסדר דברי הרמב"ם.

ומדברי הנימוק"י בסוגיא (ב"ק יב,ב בעמוה"ר) נראה שלעשות דין לעצמו הוא מעין רשות שניתנה לאדם לעשות דין לעצמו. לא ברור אם זה רשות שהתורה נתנה או שבית דין נותנים לו רשות, ויותר נראה שאין כאן רשות מפורשת מבית דין אלא רשות כללית שנתנה התורה לעשות דין לעצמו, וז"ל הנימוק"י:

"אם אינו יכול להציל ע"י דבר אחר אלא ע"י ההכאה ולא בהכאה אחת, יכה

משפטיך סימן לא ליעקב תצה

אפי' מאה מכות ופטור. וממילא שמענין דשליח ב"ד נמי הכי דיניה בהדי מאן דלא ציית דינא, דאי לא תימא הכי מארי ממונא היכי יהבי ליה רשותא למעבר הכי, מי אלים משליחא דבי דינא.

ולכאורה זהו גדר נפרד של נתינת רשות לעשות דין לעצמו. רשות שנתנה התורה לעשות דין לעצמו במקרים מסוימים. ומה שלמד ק"ו לשליח בית דין, דאם התורה נתנה רשות מוגבלת לאדם לעשות דין לעצמו, כל שכן ששליח בית דין שמקבל מבית דין רשות והוא הזרוע הפועלת של בית דין, שיוכל לפעול בדרך של הכאה, דהרשות והכח שנתנה התורה לאדם, פחותים מהכח שיש לזרוע של בית דין, דכח בית דין יותר מרשות מוגבלת זו.

ומעין זה נראים דברי הרב המגיד בהל' מלוה ולוה ג,ד, לענין מחלוקת הרמב"ם והראב"ד במלוה שעבר על איסור התורה ומשכן את הלוה בזרוע, מאיזה טעם אינו לוקה, דדעת הרמב"ם דאינו לוקה מפני שניתק לעשה של השב תשיכם, ודעת הראב"ד דאינו לוקה מפני שחייב אחריות אונסין, הרי זה לאו שניתק לתשלומי ממון ואין לוקין עליו. ודעת הרמב"ם שאין זה לאו שניתק לתשלומי ממון, וז"ל המגיד:

"ודעת רבינו הוא שאין זה לאו שניתן לתשלומין, שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו, שהרי נוטלו בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן אלא גזירת הכתוב היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו, ואין זה לאו שניתן לתשלומין שהרי הלוה והמלוה אין מחלוקתן עכשיו בממון, אבל הוא לאו שניתן לעשה ואם לא קיים העשה שבו לוקה."

לרב המגיד מחלוקת הרמב"ם והראב"ד היא בהגדרת איסור מישכון, האם זה דין של איסור והיתר או דין ממון. הרמב"ם ס"ל שזה דין בהלכות איסור והיתר, שכל אדם מותר לו לעשות דין לעצמו ואינו גזלן, ובמשכון, אף שמבחינת ההיתר לעשות דין לעצמו, ההיתר היה אמור לחול גם על מישכון, אלא שהתורה הוציאה את המישכון מהכלל. אין כאן שאלה של ממונות - גזילה, דודאי הלוה הממושכן חייב למלוה הממשכן, והוא לקחו בחובו. מה שעבר המלוה הוא על הגבלת הרשות של התורה בעשיית דין לעצמו. והראב"ד ס"ל שהוא דין בדיני ממונות, ועבר על איסור כגזילה. ומבואר במגיד שדין עביד אינש הוא רשות שנתנה התורה לעשות דין לעצמו, והרשות הוגבלה והוציאה מכללה את מישכון הלוה. וילפינן רשות זו מהפסוק לא תקחו כופר לשוב, לא תקחו כופר לשב, כמבואר בסוגיא ב"ק כח,א. דהו"א דאין לו רשות לעשות דין לעצמו מכח ציווי התורה ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם; ודרשין; לפניהם ולא לפני הדיוטות, שאינו יכול לעשות דין אלא בבי"ד (עיין קצוה"ח ג,א, נתיבות ג,א ובמשוכב), קמ"ל התורה דלעצמו בתנאים מסוימים יכול לעשות בלא בי"ד, וזו רשות מיוחדת שנתנה התורה להוציא דין עצמו מואלה המשפטים אשר תשים לפניהם - ולא לפני הדיוטות.

לפי דברי הרב המגיד, דלשיטת הרמב"ם שאלת עביד איניש דינא לנפשיה היא שאלה של איסור והיתר, אפשר לבאר דברי הרמב"ם בהל' סנהדרין ב"ב במי שעשה דין לעצמו; "לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו, אין סותרין את דינו". והיינו דמה שעשה דין לעצמו יכול הנתבע לבוא לפני ב"ד ולטעון דמה שעשה התובע, לא עשה ע"פ הרשות שנתנה לו התורה. על התובע להוכיח שעשה ע"פ רשות שנתנה לו התורה לעשות דין לעצמו. לא נכנסים לגופם של דברים אלא רק לצורך השאלה האיסורית, האם חרג התובע מהרשות שנתנה לו התורה. אם יתברר שלא עמד בתנאי הרשות, ידונו בית דין לגופו של דין, יסתרו את הדין וידונו מחדש תוך כניסה לכל פרטי הדין, אבל אם עשה לפי תנאי הרשות שנתנה לו התורה, אין סותרים את הדין, היינו דאין דנים עתה מחדש על הדין ע"פ דיני ממונות.

ולחסבר שכתבנו ע"פ דברי הרב המגיד, י"ל במה שמותר לבע"ד להכות להציל את שלו, דהרי כח הכאה נמסר רק לבית דין, י"ל דנתנו לבע"ד רשות לעשות דין לעצמו, ועד כמה שאינו יכול לעשות דין לעצמו אלא ע"י הכאה, נתנו לו רשות גם לעשות ע"י הכאה, משא"כ ב"ד יש להם דין של שוטרים, להכות ולרדות במקל, וכמש"כ הרמב"ם בתחילת הל' סנהדרין; "שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם, שוטרים אלו בעלי מקל ורצועה והם עומדים לפני הדיינין המסבבין בשווקים וברחובות ועל החנויות לתקן השערים והמדות ולהכות כל מעוות, וכל מעשיהם ע"פ הדיינים, וכל שיראו בו עוות דבר מביאין אותו לבית דין ודינין אותו כפי רשעו". וכח זה לא ניתן לבע"ד. אלא לבע"ד ניתנה הרשות לעשות דין לעצמו, ומכח אותו רשות נתנו לו גם כח לעשות את הדין ע"י הכאה, אבל אינו דומה לכח ב"ד של שוטרים שהיא רשות כללית וכח ב"ד, אלא פועל יוצא מרשות לעשות דין. ודבר זה ראיתי בחדושי הגאון ר' אריה ליב (סי' עה) שלמד מכח חילוק זה דלבי"ד שמכים אין תורת מזיק, ובע"ד שעושה דין לעצמו ומכה, אין איסור מזיק, עיי"ש.

אלא דא"כ קמה וגם ניצבה קושיית רבינו אפרים, דקיי"ל כרב נחמן בדיני וכאן אינו דיני ממונות אלא איסור והיתר. וי"ל דס"ל להנהו ראשונים דאף זו שאלה בחושן משפט ובדיני ממונות, אם התורה נתנה לו רשות או לא נתנה רשות, לקחת חפץ מהשני, וגם שאלה של השתמשות בחפץ של השני ולקחה ממנו, שאף היא שאלה של מותר ואסור, כל עוד השאלה היא בדיני ממונות, קיי"ל כרב נחמן בדיני. ואף מש"כ דאין כאן שאלה של להחזיר הדין, כבר כתב הרמב"ם שאם עשה שלא כרשות, מהדרין וסותרים דינו.

ומש"כ בסדר דברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין פ"ב הל' י"ב, לא יובן למש"כ, דאם מדובר בנתינת רשות שאינו גזלן בכהאי גוונא, הו"ל לרמב"ם לכתוב דין זה בהל' גזילה ולא בהל' סנהדרין בסמוך ונראה להלכה שיכול מומחה לרבים לדון, ואל תהי דן יחיד, דמה ענין עביד איניש דינא לנפשיה להלכות סנהדרין. וזה מוכח לכאורה דדעת הרמב"ם

דלא כמש"כ בהסבר דברי המגיד, אלא שיש לעושה הדין כח של דין. ואף שי"ל בדברי הרמב"ם שיש מקרים שאין צריך בית דין, עדיין צ"ע לכתוב דבר זה בהלכות סנהדרין. אלא בהכרח דס"ל לרמב"ם דהעושה דין לעצמו יש לו כח של דין.

ואיתא בגמ' מו"ק יז,א; תלמיד שנידה לכבודו, נדויו נידוי. דתניא, מנודה לרב, מנודה לתלמיד. מנודה לתלמיד, אינו מנודה לרב. לרב הוא דאינו מנודה, הא לכולי עלמא מנודה. למאי, אי במילי דשמיא, אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה', אלא לאו לכבוד עצמו. אמר רב יוסף צורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במילתא דפסיקא ליה. ולכאורה רב יוסף מדבר לענין נידוי, אבל הלשון עביד איניש במילתא דפסיקא ליה משמע דבכל ענין עושה דין לעצמו. וכן נראה מפרש"י שם דעביד דינא לנפשיה; "דאמר ליה את מחייבת לי הכי והכי", דפסיקא ליה; "שודאי הוא לו, ולא ספק". ומשמע שהוא לכל דין ולאו דוקא לענין נידוי. ולכאורה, עביד איניש דינא לנפשיה הוא בכל אדם ולאו דוקא בצורבא מרבנן. וכל אדם עושה דין לעצמו אף אם אינו תלמיד חכם, ואינו בבחינת "מילתא דפסיקא ליה". והרא"ש שם בה"י, כתב וז"ל:

"אמר רב יוסף צורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במילתא דפסיקא ליה, שברור לו הדין, ידין ומוציא מבעל חובו בעל כרחו, ויכול לנדות על דינו. וקשה הדבר לפרש כך, אם הדין ברור לו, אינו ברור לאחרים ואיכא חילול השם בדבר. ועוד הא אף שהדבר ברור, אין אדם דן דינו של קרובו וכל שכן של עצמו. ור"ת פי' כגון הקורא לחברו עבד וכיוצא בו. משמע דלענין נידוי קאמר דוקא ולא לענין ממונן. מיהו קשה לי מ"ש מילתא פסיקא בדבר גדול כזו, בכל ענין ביזוי שיבוזה אדם ת"ח יכול לנדותו לכבוד עצמו. ויש לומר דמילתא פסיקא דאמרינן עביד איניש דינא לנפשיה, היינו שהוא מנודה לכל ישראל כאלו נידוהו ב"ד."

בעיקר קושית הרא"ש איך עושה דין לעצמו בדיני ממונות, הא איכא חילול ה' בדבר, דאף אם פסיק לת"ח, אינו ברור לאחרים, וגם מה שהקשה שדן דין לעצמו, שהוא טפי מקרוב ופסול לדון. צ"ל דס"ל דמיירי באופן שכל אדם לא יכול לעשות דין לעצמו, והת"ח כיון דפסיקא ליה, יכול לעשות דין לעצמו, אף שכל אדם לא יכול. וע"ז הקשה, והביא את תרוץ ר"ת דמיירי רב יוסף לענין נידוי ולא לענין דיני ממונות. דבכל ענין לא פסקו כרב יוסף לענין דיני ממונות, שיש לו עדיפות על כל אדם. דאם נפרש שיש לו עדיפות, היינו שאם ראינו ברמב"ם דרגות בבי"ד, דיש בי"ד של שלשה, ויש יחיד מומחה וכו', כמבואר בהל' סנהדרין ב,יא. ורב יוסף ס"ל דגם תלמיד חכם במילתא דפסיקא ליה, יכול לעשות דין כיחיד מומחה. ובזה לא קיי"ל כרב יוסף, ורק לענין נידוי קיי"ל כוותיה.

ומדברי הב"ח ביור"ד סי' שלד נראה שעשיית דין של תלמיד חכם, אינו בגדר עביד איניש דינא לנפשיה האמור בחו"מ בדיני ממונות, והם בגדרים אחרים. זהו דין בהלכות ת"ח, שחכמים נתנו לו רשות לעשות דין לעצמו, וז"ל הב"ח:

"דודאי מדין תורה אדם פסול לעצמו, אלא תקנת חכמים היא כיון דצורבא דרבנן לא נחשד על הגזל, והילכך כשברור לו שראובן חייב לו והוא כופר, מצי עביד דינא לנפשיה וליכא חילול השם, אבל לקרובו לא מצי דן, דמאן לימא ליה דקרובו אינו משקר בטענתו, ואפילו היה קרובו צורבא דרבנן, אין הדבר ברור לדיין אלא ספק."

הב"ח מתיחס לקושיות הרא"ש, ומדבריו עולה דכמו שיש נאמנות לתלמיד חכם, כמו להחזיר אבידה בטביעות עין, דאף שאין מחזירים אלא בסימנים, לת"ח מחזירים בטביעות עין, עיין ב"מ כד,א. ובדרך זו תקנו דין מיוחד בתלמיד חכם שיכול לעשות דין לעצמו. לפ"ז בזמן הזה שצ"ע אם יש דין של ת"ח, עיין סמ"ע רסב,מו, לא אמרינן בו עביד איניש דינא לנפשיה המיוחד לת"ח שתיקנו חכמים (וגם אם נסביר בדרך שונה, מ"מ כיון שדין זה הוא בת"ח ולא באחרים, וצ"ע אם יש דין ת"ח בזמן הזה, בכל ענין לא שייך דין זה, גם אם ההסבר שונה מדברינו).

ונחלקו הראשונים מה הדין אם גנב מחבירו, ותפס הנגנב מהגנב כדי תשלומי כפל, אם מוצאים מידו. אם מה שהתירו חכמים או תיקנו, היינו דוקא לענין קרן שאם תפס לא מפקינן מיניה, או גם לענין כפל, עיין רא"ש ב"ק א,כ, וז"ל:

"והר"מ הלוי ז"ל כתב הא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה, היינו דוקא כשיעור נזקיה או בציר מנזקיה, אבל טפי מנזקיה כגון תשלומי כפל וד', וה', אי תפס מפקינן מיניה. דלא אשכחן דאמור רבנן גבי נזקין דאי תפס לא מפקינן מיניה אלא במאן דלא תפס טפי מנזקיה, כגון פלגא נזקא או כגון ההוא תורא דאלס ידיה דינוקא לקמן בפרק החובל (פד,א). ועוד תקנתא דעבדו ליה לניזק הוא, וכי עבדו ליה לניזק תקנתא בקרנא דלא ליפסוד ממזניה, אבל לארווחיה מידי ממונא דאחריני לא תקינו ליה. ולא נראה לי דלאו תקנתא היא אלא דינא הוא, דמדאורייתא מחייב ליה, אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו, בכל כהאי גוונא עביד איניש [דינא] לנפשיה, ולא מפקינן מיניה עד דיהיב כל דמחוייב ליה מדאורייתא".

דעת הרא"ש דאף בחייב תשלומי ארבעה וחמשה של טובח ומוכר גניבה, וכל תשלומי גניבה, אם תפס מהחייב לא מפקינן מיניה, כיון שהתורה חייבה, ובמקום שאין בית דין שיכופו, עביד איניש דינא לנפשיה. ולשיטת הרא"ש אין בי"ד יוצרים את חיוב הקנס, דהחיוב קיים אף ללא פסק בי"ד, אבל הוצאת החיוב מהכח אל הפועל אינו באפשרי אלא ע"י בית דין, ובלא בית דין אין להוציא את החיוב מהכח אל הפועל, ולכן כשתפס בעצמו, אין צריך לכח כפית בי"ד. ויש הרוצים להוכיח מדעת הרא"ש שעביד איניש דינא לנפשיה היינו שיש לו כח של בית דין, דרך לבית דין ולמי שיש כח של בי"ד, יש כח להוציא את חיוב הקנס מהכח אל הפועל. אך נראה עדיין דיש לומר שהוא גדר רשות וכמש"כ בדעת הרמב"ם לפי דברי המגיד בהל' מלוה ולוה, שהתורה נתנה

רשות לאדם לעשות לעצמו דין בתנאים מסויים, ואם עושה כן אינו גולן אף שלא בית דין פעלו. וכן בכל מקום שיש לו זכות ממונית ברורה מהתורה ואין בית דין להוציא זכות זו מהכח אל הפועל, שיכול לעשות דין לעצמו ולתפוס בגין זכות זו. וכן יש לו רשות להכות להציל את שלו, דאף שרשות זו נתונה רק לבית דין ומי שמכה עובר בלאו דלא יוסיף, נתנה התורה רשות להכות להציל את שלו, וזה בכלל הרשות שנתנה התורה. ומה שנחלקו הרמב"ם והרא"ש בחפץ שאינו מבורר, דהרמב"ם לא מחלק בין חפץ מבורר או לא והרא"ש מחלק, היינו שנחלקו במה נתנה לו התורה רשות, אבל בגדר הדין נראה שהוא נתינת רשות ולא כח של דין.

ולכן בקנס אפשר דס"ל לרא"ש שהצריכות לבי"ד להוציא את החיוב קנס מהכח אל הפועל, היא במקום שצריך להוציא את החיוב לפועל, והיינו שאין החייב חייב לתת הקנס לזוכה אא"כ בי"ד הפעילו את כחם, אבל במקום שאין צריך להוציא אל הפועל כגון שהוא תפס, אין צריך לכח בי"ד מפני שאין מה להוציא לפועל, דצריכות הבי"ד לזה היא טכנית למקום שהיא נצרכת, ובמקום שתפס אינה נצרכת. אלא שראיתי לגר"ש רוזובסקי (חדושי ר' שמואל ב"ב יג) שלמד בדברי הרא"ש דאם אין לעושה דין לעצמו כח של בי"ד, אין בכוחו להוציא החיוב אל הפועל. וצ"ל דס"ל דצריכות בי"ד להוצאת הקנס היא מהותית ולא טכנית, ואם אין כח בי"ד, אין הפעלת חיוב קנס שחייבה התורה.

והגר"ש שקופ בשערי יושר ז,יט כתב דכיון דעביד איניש דינא לנפשיה, גם בקנסות שיש לתובע כח תפיסה משום עביד איניש דינא לנפשיה, צריך דוקא שיהיה ביכולתו לברר שתפסתו היא כדין, וע"י זה יוכל לזכות במה שזיכתה לו התורה;

"ובירור זה שעושים בי"ד בזה"ז אינו ענין לדיני קנסות לחייב ולכוף את הנתבע, אלא כבירור של דיני גזילות הודאות והלואות, וכמש"כ הרא"ש ז"ל הבאנו דבריו, שבי"ד אומרים לו אין אנו דנים לחייבך קנס וכו', ולבירור כזה מסתבר לומר דמהני הודאת בעל דין כמאה עדים, דזה בירור של דיני ממונות ... אבל לברר על כח כפית הבע"ד אם עשה כדין או לא, שהוא בירור אם יש לו זכיה בחפץ הנתפס או שהוא בגזל תחת ידו, זהו ענין של דיני ממונות ולא כדיני קנסות ..."

מבואר מדברי הגרש"ש שגם בעביד איניש דינא לנפשיה בית דין מקיים דיון בדיני ממונות אם הדבר הנתפס נמצא כדין ביד התופס או לא. ומקיימים דין ממש, רק הדיון אינו בהליך של דיני קנסות אלא כמו כל דיני ממונות, אבל הליך הדין מתקיים. ולפ"ז אינו כהסבר שכתבנו לעיל בדעת הרמב"ם להסבר המגיד שהוא דיון בשאלת איסור והיתר, אם התופס עומד בתנאים שהתירה לו התורה לתפוס, אם תפס ברשות, אלא דיון לגופם של דברים ממש, רק אינו בסדרי דין של קנסות אלא בממונות, כהלואות, מקח וממכר וכל דיני ממונות שבחו"מ.

גם מדברי הנתיבות רנו, בנראה שהוא כח של דין. דברי הנתיבות נסובים על דברי הרמ"א בשו"ע חו"מ רנו, במחלוקת הראשונים בגר שנתן מתנת שכיב מרע, דקיי"ל שאינו יכול לתת במתנת שכיב מרע, אם יש בזה מצוה לקיים דברי המת; "והואיל ואיכא פלוגתא דרבנותא דיינינן דין המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם שנים מוחזקין חולקין". ודעת הסמ"ע דאפילו באינם מוחזקים מקבלי המתנה - חולקים. והנתיבות כתב דלדעת הש"ך דקאי החולקין על אי אמרינן מצוה לקיים דברי המת, אם אינם מוחזקים, אין כופין את היורשים לקיים המצוה;

"דהא אפילו אי הוי ודאי מצוה, הא מ"מ אם מכרו היתומים מהני משום דמ"מ החפץ שלהם רק שהם מחויבין לעשות מצוה, ולפ"ז כשיש ספק אי מחויבין לעשות המצוה, ודאי דאין הב"ד יכולין לכופין לעשות המצוה, ולא עדיף משמא ושמא בחוב גמור דפטור. בשלמא במוחזקין יכול המקבל לומר קים לי דכופין, דהא כל טענות קים לי מטעם עביד אדם דינא לנפשיה הוא היכא דהב"ד אינם יכולין לכופו בדין, וא"כ הכי נמי כשהוא מוחזק יאמר קים לי ואדין ליה דינא, וכשהוא דין ממילא יכול לכופו על קיום המצוה, ומשום הכי שינה הרמ"א מלשון תה"ד."

מדברי הנתיבות מבואר דהמוחזק יכול לומר קים לי כמ"ד שכופין ליורשים לקיים דברי המת, דכל טענת קים לי היא שעושה אדם דין לעצמו במקום שבי"ד אינם יכולים לדון, "וכשהוא דין ממילא יכול לכופו לקיים המצוה". (ועיין בנתיבות ג,א בסופו, ובמשו"ב מש"כ עליו). ולהדיא מבואר בנתיבות שיש למוחזק הטוען קים לי כח של דין מדינא דעביד לנפשיה, שאם היינו מפרשים שעביד איניש דינא לנפשיה הינו נתינת רשות שנתנה התורה וכמש"כ לעיל, לא יתכן שהתורה נתנה לאדם רשות לעשות דין נגד ההלכה הפסוקה בטענת קים לי. אבל כשכוחו הוא כח של דין, ודין יכול לפסוק כמיעוט פוסקים, לכן יכול לעשות דין לעצמו ולטעון טענת קים לי. ולהדיא מבואר שעביד איניש דינא לנפשיה, שיש לו כח של דין במקומות שהתירה התורה.

אמנם צ"ע איך מהני עביד איניש בטענת קים לי בתפיסה בהלואה וכד', שאינו תופס גוף חפץ המבורר שהוא שלו. דבשלמא בנידון מתנת שכיב מרע של גר, י"ל שתופס את מה שנתן לו הגר במתנה, וטוען על גוף החפץ שהוא שלו. אבל לא כל טענת קים לי היא בחפץ מבורר. ודוחק לומר דמה שהתירה התורה רק בחפץ מבורר היינו בתפיסה לכתחילה, וכאן שכבר תפס ומוחזק לא אסרה. דזה אינו, דהרי כאן אנו רוצים לתת לו כח של דין. לא סתם תפוס, אלא כח של דין מדין עביד איניש דינא לנפשיה, ואם התורה אסרה לתפוס והוא עבר ותפס, ובשעת התפיסה לא היה לו כח של דין כיון שהתורה אסרה, מהיכי תיתי יהיה לו כח של דין בהיותו תפוס ומוחזק.

העולה מהאמור לעיל דיש שני הסברים בכח האדם לעשות דין לעצמו, או שנתנה התורה לאדם כח של דין לעשות דין לעצמו, דאף שתמיד צריך ב"ד של שלשה לדון

ולהוציא לפועל פסק דין, נתנו לבעל דין בתנאים מסוימים כח של דין להציל ממונו ולעשות דין לעצמו, וכחו כח של בית דין וכשליח של בית דין. או שנתנה לו התורה רשות לעשות דין לעצמו, והוציאה דין לעצמו מכלל המשפטים אשר תשים לפניו, ואין צריך בזה בית דין.

ב. קים לי שיכול לעשות דין לעצמו

לעיל הבאנו מחלוקת הראשונים אם דוקא בחפץ מבורר שהוא שלו שבא לגזול, יכול לעשות דין לעצמו, או בכל ענין כמו בגביית חוב. דהרמב"ם לא חילק, וכן דעת הר"ף שלא חילק בין חוב לגזילה וחפץ מבורר שהוא שלו, ודעת הרא"ש, נימוק"י ומהר"מ דדוקא כשבא לגזול וחפץ המבורר שהוא שלו, וכן דעת המחבר והרמ"א שם. ומחלוקתם עד כמה נתנה התורה לעושה הדין כח להיות דין או עד כמה נתנה לו רשות לעשות דין לעצמו. ולנדו"ד אם יכול לעשות דין לעצמו כיון שמדובר בתשלום שכירות, הדבר יהיה נתון במחלוקת הראשונים הנ"ל, ולכאורה יוכל המשכיר לטעון טענת קים לי כדעת הר"ף הרמב"ם דיכול לעשות דין לעצמו גם בשכירות. ומה הדין לענין היותו תפוס ומוחזק, אם מותר לו להיות תפוס גם לרא"ש ודעימיה.

גם לעצם טענת קים לי כשיטת הר"ף והרמב"ם שאין חילוק בין חפץ מבורר או לא, צ"ע, דהב"י הבין בדעת הר"ף והרמב"ם שאף שלא חילקו בין חפץ מבורר לאינו מבורר, מ"מ לא פליגי על מהר"מ והרא"ש והנימוק"י והראשונים שחילקו וס"ל דלא עביד דינא לנפשיה אלא בחפץ מבורר ובשעה שבא לגזול. דמתוך דברי הב"י בטור חו"מ סי' ד נראה דלא פליגי, ולא הביא דבריהם כמחלוקת. וכאן אם יטען קים לי כדעת הר"ף והרמב"ם, תהיה זו טענת קים לי נגד דעת המחבר בשו"ע והרמ"א, ואף הנו"כ לא נמצא מי בהם שסתר הדברים וכתב דבכל ענין יכול לעשות דין לעצמו. ובכגון זה אינו יכול לטעון טענת קים לי, וכמש"כ וכמש"כ החוות יאיר בתש" (סי' קסה - באמצע דבריו):

"וכן מה דסתם לן הב"י בשו"ע דזכה שנקבע הלכה כמותו, ולא חלקו עליו הבאים אחריו, אין לומר קים-לי כלל נגד הכרעתו ... לכן אם פסק להוציא ממון הו"ל כטועה בדבר משנה ואפילו כבר יצא הממון חוזר."

וכן מבואר להדיא בדברי הנתיבות (כללי תפיסה כלל ב) דכל מקום שנשאר בתיקו בש"ס ומבואר בשו"ע שאם תפס אין מוציאים מידו והרמ"א לא הגיה עליו, יש להורות דמהני תפיסה. ועיין עוד שם בכלל כ שהביא את דעת החוות יאיר הנ"ל. וע"ע בש"ך בתוקפו כהן (סי' עד), וז"ל: "וכבר נהגין שלא להיות נגד מהרמ"א במקום שאין ראייה ברורה לסתור דבריו", עיי"ש, וכן היא דעת התומים בקיצור תוקפו כהן (עיי"ן דף מח, ב

בדפוסים שלנו). ע"כ בנדו"ד לא נראה דשייך לטעון טענת קים לי כדעת הרי"ף והרמב"ם שלא חילקו בין סוגי התביעות ולא התנו בחפץ מבורר בדוקא. מה עוד שדעת הרי"ף והרמב"ם ניתנת לפרשנות, וכמו שלכאורה מוכח מהב"י שלא ראה שהם חולקים על דעת מהר"מ והרא"ש, ולפחות לא כתב דברי מהר"מ כדרך המחלוקת, וגם פסק בשו"ע כדעת מהר"מ.

זאת ועוד, לעיל הובאה דעת הנתיבות רנו"ב, דטענת קים לי יסודה בדין עביד אינש דינא לנפשיה. והנה המל"מ בהל' מלוה ולוה ד,ו בסופו לענין לווה שנתן למלוה אבק ריבית, אם יכול הלווה לתפוס מה שנתן, 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 מפקין מיניה. ומסתמיות הרא"ש 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."

וא"כ בנדו"ד המחלוקת אם עביד אינש ככהאי גוונא בחוב שכירות, היא מחלוקת בעצם התפיסה, דגם קים לי היא מחלוקת בדין עביד אינש דינא לנפשיה וכמש"כ הנתיבות. אבל גם ללא הנתיבות, המחלוקת היא אם מועילה תפיסה או לא, ובזה ס"ל למל"מ שלא יכול לתפוס ולטעון טענת קים לי.

ומקור לדברי המל"מ נמצא במהרי"ט בתש' (ח"א סי' קנא) שהביא ראיה 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 ראיה ממהריב"ל (א,פז) דס"ל דמהני תפיסה אפי' במקום שהיא גופה המחלוקת, וכן דעת הרד"ך (בית ב סי' ט), ועיי"ש מה שהביא

משפטיך סימן לא ליעקב תקג

ראיה 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 (עיין בדפוסים שלנו דף מו,א טור א).

אמנם בקצוה"ח פז,יד הביא ממהריב"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 מוכרעת 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 [לו] 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. ומ"מ נראה בנדון דידן דזיל האי טעמא, כיון שדעת הרי"ף והרמב"ם לא נאמרה להדיא שאינה מחלקת בין חוב לחפץ מבורר, והמחבר והרמ"א וכל הנו"כ לא כתבו דיכול לעשות דין לעצמו בחוב, בנדו"ד לא יכול המוחזק לטעון טענת קים לי שיכול לעשות דין לעצמו בדמי השכירות.

ג. תפיסה ומתדיין אח"כ

ובנדו"ד אף שאינו יכול לעשות דין לעצמו וכמ"כ לעיל, מ"מ יש לברר אם יכול לתפוס את הכסף שבביתו שהשאיר השוכר המנוח.

מהרי"ק בשורש קסא על דברי השואל, כתב לחלק בין מעשה גבייה לתפיסה. מעשה של גבייה הוא מעשה של דיין. דיין יש לו את הכח לגבות מהחייב, ובזה נאמר עבד איניש דינא לנפשיה, אבל תפיסה בעלמא, כאשר מטרת התפיסה להיות מוחזק ולהתדיין אח"כ בדין תורה, בזה אין צריכים לדין עבד איניש דינא לנפשיה, כיון שאין זה מעשה דיין, ולכן לא חלים על התופס ההגבלות שנאמרו בדין עבד איניש דינא לנפשיה, כמו חפץ מבורר וכו'. וז"ל מהרי"ק:

"ולפי דעתי אינו, דהא לא מיקרי עבד דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר או להכות את חברו או להפסידו עד שישלם הממון, בכה"ג שייך למימר דינא לנפשיה, אבל בכה"ג לא מקרי אלא תופס בכולי תלמודא."

אמנם מדברי הריב"ש בתש" סי' שצו מבורר שתפיסה נגזרת מדין עבד איניש דינא לנפשיה. לאחר שמפרט הריב"ש מתי יכול לעשות דין לעצמו, כי לא נאמר, רק ליטול את שלו ממש, אם גזלו או הפקיד אצלו. אך לא במלוה שיש לו עליו, דאסור לעשות

כן מלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו. וכן אם חבירו רוצה להזיקו בממונו, יכול להזיק את חברו כדי להציל את שלו ולשמור שלא יזיקנו חברו;

"וכן נשתמשו הגאונים ז"ל מדין זה בענין התפיסות. שיוכל אדם לעכב פקדון שבידו לטעון עליו, אם הוא חייב לו מצד אחר. שהיה אפשר לומר יתן לו הוא את שלו ואח"כ יתבעם ממנו בב"ד על מה שחייב לו. אלא שמטעם עביד איניש דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו, כדי להציל את שלו. אף על פי שהיה יכול להציל בב"ד, כגון דאיכא עדים וליכא פסידא. או אפילו לתפוס מטלטליו, כל שמצאום ברשות אחרים. או אפי' ליקח מידו ומביתו, כל שהחוב אינו הלואה ממש. אבל בהלואה, ודאי אין לו ליכנס לביתו למשכנו ולא לחטוף מידו, אלא, דאי עבד מהני. ואפי' לרבא דאמר, כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד, אי עבד לא מהני, הכא שאני, דכתיב: השב תשיב לו את העבוט, כבוא השמש; מעיקרא, לא. כדאיתא בפ"ק דתמורה (ו,א). וכבר הסכימה דעתי לדעתך בזה."

מדברי הריב"ש מבואר להדיא דדין תפיסה ודין עביד איניש דינא לנפשיה ואסור משכון, כרוכים הם זה בזה. מה שיכול אדם לתפוס חפץ עד אשר ידון ביה"ד ולהיות מוחזק, הוא מטעם עביד איניש דינא לנפשיה, ובמקום שאסור לו לעשות כן, פעמים, גם ובעיקר, מהטעם שהתורה אסרה לבוא אל ביתו ולעבוט עבוטו, לא רק שלגוביינא ולדין אסור לו לעשות כן, אלא גם כתפיסה בעלמא אסור. ולכן בהלואה שאסור לו למשכון, אסור לו לתפוס. רק בהלואה או בכל דבר שאסור לו למשכון, יש להבחין בין האיסור לכתחילה, שאם עבר ותפס עבר על איסור דאורייתא, לבין אם כבר עבר, שאינו צריך להחזיר ויכול להשאיר תפוס, אפי' לרבא הסובר דכל שאמרה תורה לא תעביד, אי עביד לא מהני. דבמשכון יש גזירת הכתוב של השב תשיב, אפי' כמה פעמים, ולא משכחת לה אא"כ יהיה בידו. לפ"ז ההיתר לתפוס, תלוי בדין עביד איניש דינא לנפשיה ובמגבלות הדין.

ומ"מ מבואר מדברי הריב"ש, דהיכא דאין איסור מישכון, יכול אפי' לכתחילה לתפוס ולעשות דין לעצמו. והרמ"א בחו"מ ד,א הביא דברי הריב"ש, די"א דווקא בחובו ממש, אבל אם חייב לו בלא הלוואה, או שאין צריך למשכנו כי הוא כבר אצלו בפקדון או מצאו ביד אחר, מותר לתפוס. והיינו אם אין איסור מישכון. ועל זה הביא את דעת מהר"מ ודעימיה, די"א דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו וכו'. ומשמע דלפוסקים דעושה דין לעצמו דוקא בחפץ מבורר, גם במקום שאין איסור משכון, אם החפץ אינו מבורר, אינו עושה דין לעצמו. והש"ך בתקפו כהן (סי' קטז) כתב דאין מחלוקת בדבר, וגם מהר"מ ומרדכי והרא"ש מודים דהיכא דליכא איסור מישכון, יכול לתפוס, והראשונים המצריכים חפץ מבורר לאפוקי היכא שחייב לו בעד הלואה, דבזה אין לו רשות למשכנו אע"פ שברור שהוא חייב לו. וכל היכא

משפטיך סימן לא ליעקב תקה

שמועילה תפיסתו, כגון שתפס בלי עדים או בספיקא דדינא, או שהחוב אינו דרך הלואה, יכול לתפוס אפי' לכתחילה.

וביש"ש ב"ק ב,ה מבואר דהיתר התפיסה נגזר מדין עביד איניש דינא לנפשיה, וביתר באור בפ"ג סי' ה כתב לחלוק על מהרי"ק, דא"כ לא שבקת חי לכל בריה, דכל אחד יהיה תוקף בטליתו של חבירו ויאמר שלי היא, ויהיה נאמן בטענת ברי. והרי מהרי"ק עצמו כתב דלא יכול לעשות דין לעצמו ע"י גוים להעלילו, אם לא דברור לכל שהוא שלו דאל"כ לא שבקת חי לכל בריה, דכל אחד יהא תוקף בטליתו של חבירו ע"י גוים. א"כ ק"ו אם יתפוס במקום שאינו יכול לעשות דין לעצמו דלא שבקת חי, דשכיח יותר שיכול לתפוש ממון חבירו ממה שיהא תוקף ע"י נכרים. ודחה שם ראיות מהרי"ק, עיי"ש שהוכיח דאפי' בלא הכאה והפסד, רק שהולך לביתו וליטול שלו, מ"מ צריך להיות מבורר שהוא שלו, ולא כדברי מהרי"ק. ולכן ג"כ כתב הספר יראים דלא נזקף דמי גזילתו במלוה, דאם היה נזקף עליו במלוה, היה אסור לתפוס את שלו. אפילו גוף הממון שגזל, דהוה כאילו ממשכנו. והש"ך בתקפו כהן (סי' קיד - קטו) האריך לחלוק על היש"ש והצדיק ראיות מהרי"ק, וכתב לחלוק על מש"כ היש"ש דאפי' בחפץ המבורר שהוא שלו, אם אינו ברור לנו, אסור לו לתפוס. דכיון שנוטל חפץ שלו והוא יודע שהוא שלו, והוא יודע בודאי שאינו עושה שום איסור, פשיטא דשרי, ומאיזה טעם נימא דאסור, עיי"ש. ועיין קצוה"ח ד,א דהש"ך מיירי דוקא בחוב שאין בו איסור מישכון, אבל בהלואה שיש איסור למשכנו, אסור לו לתפוס. אף שמדברי הש"ך בתקפו כהן משמע שאפילו היכא דאית איסור למשכנו שרי ליה למיתפס בענין שיהיה לו מגו, אך המעיין שם יראה דלא ברירא ליה האי מלתא, ואדרבה בסימן קטו וקטז כתב לדחות ראית היש"ש ומוקי לה בענין דאית איסור למשכנו, וא"כ משמע דבהלואה אסור ליה לתפוס בכדי שיהיה לו מגו;

"וכן נראה מתוך הסברא, דכיון דקי"ל עביד איניש דינא לנפשיה אפילו במקום דליכא פסידא, ואפילו הכי בחוב הלואה הקפידה תורה דלא למיעבד ליה דינא לנפשיה, א"כ הוא הדין אפילו במקום דאית פסידא כגון שהלוה כופר בחובו, אסור לו לתפוס בכדי שיהיה לו מגו. וראיתי רבים מתחכמים בזה לתפוס מחבירו איזה חפץ בכדי שיהיה לו מגו קודם בואו לדין, ולא שפיר עבדי וקרוב לאיסור תורה אם הוא על ידי תפיסה, ועיין בסימן צ"ז (ס"ק ב) ושם מבואר אצלינו צד קולא בזה, אבל הישרים בלבותם אין להם להקל."

והרמ"א בשו"ע חו"מ ד,א פסק כמהרי"ק הנ"ל, די"א דלא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא כשמזיק לחבירו, כגון שמכהו ולכן לא יוכל לעשות אלא אם כן יוכל לברר שהוא שלו, אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון, יכול לעשות בכל ענין, ויורד אח"כ עמו לדין. ומדויק מדברי הרמ"א דאע"פ שתפסו למשכון, ולא מדובר בחפץ מבורר שגזלו ויכול לברר שהוא שלו, אלא אפי' במלוה שתפסו למשכון. ועיי"ש בסמ"ע ד דמהרי"ק

ורמ"א שפסק כותיה, מיירי אפילו אין לו עדים שהוא שלו ובא לתופסו מידו לפני עדים, אפי' הכי שרי. ובלא עדים פשיטא שיכול לתפוס אפי' אינו יכול לברר שהוא שלו, דהא יש לו מיגו. ומ"מ כתב (וכן כתב בס"ק ב) דמלשון הטור מוכח דבכה"ג אין לו לעשות דין לעצמו. והסביר דברי הרמ"א דמיירי בכופר הגזלן, דאינו יכול לתפוס אלא בלא עדים, משא"כ כשבא לתפוס במשכון שטוען עליו שחייב לו מענין אחר, וירא שמא ילך מכאן ולא יפרענו או יטעון שאין לו, בזה יכול למשכנו אף בעדים, ואם יודה הגזלן יהיה המשכון בידו עד שישלם לו, ואם יכפור יחזירנו לו. ועיין בנתיבות ד,ג שהצדיק דברי מהרי"ק דתפיסה בעלמא שתופס והולך לבי"ד מיד, לא מיקרי כלל עביר דינא לנפשיה רק תפיסה, ואפי' אין לו טענה על גוף החפץ רק שנתחייב לו מכח גזילה, אבל גם למהרי"ק אסור לתפוס כי אם במקום שתהיה מועילה תפיסתו לפני בי"ד, כגון בלא עדים, או שתהיה מועילה לפני בי"ד מכח טענת קים לי כמו בעובדא דמהרי"ק, אבל לתפוס בעדים שלא יהיה נאמן לפני בי"ד ודאי דאסור, אא"כ יכול לברר. והחילוק הוא, דכשיכול לברר, שדעת היש אומרים קמא דאסור למיעבד דינא לנפשיה רק בגזילה אבל לא בחוב, ועל זה באה דעת מהרי"ק דבלא הכאה יכול לתפוס בכל ענין, היינו אפילו בכל חוב שהוא שלא מחמת הלואה, רק באופן שירד תיכף לדין. עיי"ש שדחה קושיות היש"ש והתומים ס"ק ב.

ועיין בשבות יעקב ח"א סי' קסז שכתב לחלק, דדוקא תלמיד חכם יכול לתפוס אם ברור לו שהוא שלו ויש לו מיגו, אף שלא ברור לאחרים, ולכן מה שהקשה הש"ך בתקפו כהן על מהרש"ל מהגמ' בברכות ה,א בזמורות דאריסיה דרב הונא, י"ל דבת"ח מודה, לכן תפס רב הונא אפי' לכתחלה. ואפשר דאף בזמן הזה יש דין ת"ח לענין זה, כיון דבלא"ה דעת רוב האחרונים דבכל ענין יכול לתפוס לכתחלה. וגם מדקאמר צורבא מרבנן, דהוא רק בחור חריף. ובזמן הזה אף אם אין דין של ת"ח, צורבא מרבנן יש. וע"כ אם תפס ויש לו מיגו, אפי' עם הארץ מהני תפיסתו, ואם הוא ת"ח, אפי' לכתחילה יכול לתפוס.

לפ"ז באנו למחלוקת הפוסקים אם יכול לתפוס חפץ לעצמו בחוב של הלואה, דלדעת מהרי"ק ודעימיה, יכול לתפוס גם אינו יכול לברר שחייב לו, אם ברור לו שחייב, וליש"ש ודעימיה אינו יכול לתפוס. אמנם בנדר"ד שתופס בלי עדים, כיון שברור לו שהוא שלו, אף אם לא יוכל לברר חיוב הנתפס, מותר לו לתפוס ולהתדיין אח"כ, וכמש"כ הש"ך.

עוד נראה, דכיון שאיסור התפיסה נובע מאיסור המשכון, יש לכאורה מקום להתיר לפמש"כ הטור בחו"מ סי' צז, שהביא דעות ראשונים באופנים בהם ניתן למשכן, וז"ל: "וכתב עוד הרמ"ה, כי אזהר רחמנא שליח ב"ד שלא ליכנס לביתו של לוח, היינו היכא דאפשר ליה לבעה"ב לאישתלומי מיניה באנפא אחרינא מקרקעי או מטלטלי, אבל לא אפשר ליה לאישתלומי מיניה באנפא אחרינא אלא בהכי, כגון

דלא משכח ליה מקרקעי או מטלטלי וטעין דלית ליה מידי לפרעיה למלוה והמלוה טעין אפילו טענת ספק דאית ליה מטלטלין בביתיה, דינא הוא דליעול שליח ב"ד בביתיה, ואי משכח מידי דהוה חזי מדינא למשכוניה, ממשכין ליה אף על גב דהאי מילתא לא איתמר בגמרא בהדיא ורבותינו נמי לא חזינן למיכתב מה דמסתבר לן בה, משום דמלאכת שמים היא, ואפילו הכי לא אורינן בה הלכה למעשה אלא היכא דאמיד לזה ולא משכח מידי מברא לאישתלומי לא מקרקעי ולא מטלטלין, שאין לך נעילת דלת גדולה מזו. וכ"כ רב אלפס בתשובה שאם הלוח אלם ורוע מעללים ומעיז פניו מלפרוע חובו, מותר ליכנס לביתו לדעת מצפוניו אפי' ע"י שליח עכו"ם כדאמרינן ממשכנין על הצדקה, וכן עושין בצרכי קהל, ע"כ. ובעה"ת כתב דאין אנו עושין כן אלא בדוחק גדול דצדקה ומס שאני שלא באו עליו דרך הלואה, אבל מלוה שהתורה הזהירנו עליו, אין כח בנו לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול, ושיהא כוונת ב"ד לשמים כדאמרינן ב"ד מכין ועונשין שלא כדין ולא לעקור דבר מן התורה אלא לעשות סייג לתורה, ע"כ: ולדברי ר"ת אין אנו צריכין לכל זה, שהוא מפרש דכל זה לא איירי אלא במשכנו להיות בטוח במעותיו ולא בא עתה לפרוע ממנו, אבל כשבא ליפרע מחובו והוא אינו רוצה לפרוע והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומבריהן, שליח ב"ד נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו, שפריעת ב"ח מצות עשה הוא ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה."

מבואר מהראשונים הרמ"ה ור"ת, דהיכא שיש חשש שלא יוכל לגבות חובו, יוכל שליח ב"ד להכנס לביתו שלא בשעת הלואה, וכן היכא שיש לו מטלטלין והוא מבריהם. ובקצוה"ח צ"ב, רצה לעשות מזה סמוכות לאלו שמתירים לעצמם לתפוס משכון מחשש שלא יוכלו לגבות חובם, רק שכבר כתב הטור בשם בעה"ת שאין אנו עושין זה אלא בדוחק גדול, ואין בנו כח לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול, ושיהיה כוונת ב"ד לשמים. ואפילו לדעת הרי"ף והרמ"ה שמתירין, היינו דוקא לב"ד ושיהיה כוונת ב"ד לשמים והן רשאים ולא המלוה, ומשום הפסד ממון לא שרי לעבור על דבר תורה; "והמקום ימלא חסרון כיס במקום מצוה, ויד לא ישלח לעבור על דבר תורה". ובקצוה"ח שם הביא את דברי הנימוק"י (ב"מ סט,א בעמוה"ר) מר"ת, דבתורת גביה עביד איניש דינא לנפשיה, ושזה החילוק בין משכון האסור, לעביד איניש דינא לנפשיה. ובקצוה"ח נשאר בצ"ע, דאיך יכול בתורת גביה, ומאן שם ליה. אך צ"ע, דבקצוה"ח קג, הביא את דברי הנימוק"י דיכול לעשות דין לעצמו לגוביינא, וקיי"ל כר"ת דלגוביינא שרי לקחת אפי' כלי אוכל נפש, ולא כתב דצ"ע כמש"כ בסי' צז,ב. ונראה דלענין איסור משכון אין בזה איסור, ואם עשה פעולת גביה, אינו עובר על לא תבא לביתו לעבוט עבוטו. אך לענין למעבד דינא לנפשיה בחפץ שאינו ברור, אינו יכול דמאן שם ליה.

אמנם שער המשפט ד,א כתב דהיכא שכופר לו חובו, יכול למשכנו שלא בעדים כדי שיהיה נאמן במיגו של לא תפסתי, דמה שאסור למשכנו היינו דוקא כשיכול למשכנו ע"פ ב"ד, אבל כשלא יוכל לגבות ממנו בבי"ד, יכול לתפוס בעצמו. והביא ראיה מתש' הרא"ש שהביא הטור חו"מ סי' סא בשטר שכתוב שיש לו רשות להכנס לביתו למשכנו שלא ברשות ב"ד, דאם לא מצא דיין שרוצה לדונו, יש לו רשות לעשות דין לעצמו, ומשמע שאין בזה איסור כלל, והא דהוצרך לפרשו בשטר הוא משום שופרא דשטרא, וא"כ הוא הדין כשהמלוה אינו נאמן אלא ע"י תפיסה, הרי זה כלא מצא דיין לדונו. ולפ"ז כל מקום שלא יהיה נאמן אלא בתפיסה, מותר לו לתפוס למשכנו.

והנה כל האמור לעיל הוא בחוב מחמת הלואה, אבל בחוב מחמת שכירות, כיון שיכול לתפוס למשכון, לכ"ע יכול לתפוס, כיון שאיסור התפיסה נובע מאיסור משכון, ולשכר דירה ודאי יכול לתפוס. דאיתא בגמ' ב"מ קט"א, ת"ר, לא תבא אל ביתו לעבט עבטו, לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לביתו של ערב, וכן הוא אומר ... לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לשכר כתף לשכר חמר לשכר פונדק לשכר דיוקנאות, יכול אפילו זקפן עליו במלוה, תלמוד לומר משאת מאומה. וכן פסק הראשונים דנכנס לביתו של ערב ושל שכר מלאכתו, שכר בהמתו ושל שכר קרקע, עיין ברי"ף ב"מ (ע,א בעמוה"ר), הרמב"ם בהל' מלוה ולוה ג,ז, ושו"ע חו"מ צז,יד.

ולענין זקפו במלוה, עיין ברא"ש גיטין ד,יז דהיינו שקבע לו זמן לפרעו עד לזמן פלוני. אמנם במרדכי שבועות (ח,א בעמודי המרדכי) כתב דכל זמן שכתוב חפצים (לענין הקפת החנות), הוי כלא זקפו במלוה, משא"כ כשכותב בפנקסו סכום. ולכאורה בשכר דירה, כל זמן שכותב חדשים בפנקסו, שחייב כו"כ חדשים, לא חשיב כזקפו במלוה, משא"כ כשכותב סכום. ועיין ברמ"א סז,יד בדעת המרדכי, דכשכותב כל החשבון יחד, חשיב זקפו במלוה. ועיין מש"כ בזה באריכות בח"א סי' לא, ח-יא. ומ"מ בנדו"ד לדעת הרא"ש לא קבע לו זמן לפרעון, ואף לדעת המרדכי בנדו"ד שלא רשם בפנקסו והדבר היה זכור לו בע"פ, לא חשיב כזקפו במלוה. וע"כ בכ"ע יכול לתפוס מכל הטעמים הנ"ל, ולעמוד לדין עם יורשי שמעון בהיותו תפוס ומוחזק.

ד. המשך תנאי החוזה הקודם, כשהמשיכו ללא חידוש החוזה

בענין מה שהחוזה נגמר כמה חדשים קודם, והמשיך שמעון להתגורר בבית ראובן ללא חוזה, והשאלה אם יכול לתבוע שכר דירה גבוה לפי מחיר השוק לתקופה שאחרי תום החוזה, וכן אם הסעיפים השונים בחוזה שפג תוקפו, תקפים גם ביחס לתקופה זו. (במאמר מוסגר אציין כי התשובה בנ"ל, אף שהדברים מתיחסים לעצם החיוב, נאמרו רק ביחס לתפיסה מהסכום שנמצא ומוחזקות בו, ולא הוראה למעשה בדו"ד בין הצדדים, שהוא ענין להתדיינות בין הצדדים בבי"ד, לאחר שמיעת שני הצדדים).

משפטיך סימן לא ליעקב תקט

הריב"ש בתש' (סי' תעה), דן בענין מנהיגי קהל ששכרו חזן ופטרוהו מן המס, ולאחר זמן האריכו את השכירות, אך הארכת השכירות נעשתה ע"י מנהיגים אחרים, האם החזן פטור מהמס גם בשכירות השניה, וז"ל הריב"ש:

"והברורים האחרים ששכרוהו אח"כ, על דעת התנאי הראשון שכרוהו, אא"כ פירשו, דומיא דמאי דאמרינן בסוף פרק הכותב בכתובות (צ,א), קטן שהשיאו אביו, כתובתה קיימת, שעל מנת כן קיימה, ואע"ג דאמרינן התם דדוקא מנה מאתיים אבל תוספת לא אא"כ חדשו, זהו בשתיקה לבד שהדבר שהיה בטל מתחילה כשנעשה אינו מתקיים בשתיקה לבד, אבל השכירות הקיים שהאריכוהו כשעבר זמנו, על דעת התנאין הראשונים האריכוהו."

דברי הריב"ש הובאו להלכה ברמ"א חו"מ שלג, ח;

"שליח צבור שהשכיר עצמו עם מנהיגי העיר לשנה בתנאי כך וכך, ואחר כך השכיר עצמו לבני העיר הזאת עם מנהיגים שניים, ולא התנה, ודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו. ודוקא שחזר והשכיר עצמו בשנה שנייה; אבל אם עמד עמהן בשתיקה, לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון."

(ועיין ש"ך ס"ק מב, דהיינו דוקא בהשכיר עצמו ולא קצצו את סכום השכירות, דכיון שהשכיר עצמו ולא קצב סכום השכירות, ודאי על תנאים ראשונים השכירו, אבל בקצצו סכום השכירות ולא התנאי האחרים, א"כ לא על דעת התנאים הראשונים השכירו, ודלא כלבוש). מדברי הריב"ש מבואר שיש לחלק בין מצב שהמעביד החדש מאריך וממשיך את זמן השכירות, למציאות שהשכירות לא הוארכה אלא המשיך העובד לעבוד ללא אומר ודברים. אם הוארך "חוזה" השכירות ולא פורשו תנאי שכר חדשים, השכירות הינה המשך גם לתנאי השכר הקודמים, דהיינו - העובד ממשיך לעבוד באותם תנאי שכר כפי שעבד אצל המעביד הראשון. אולם אם הסכם השכירות לא הוארך אלא שהמשיך העובד לעבוד בשתיקה ללא הסכם, אין העובד זכאי להטבות השכר שקבל מהמעביד הראשון, אם מדובר בהטבה שהיתה בטלה מעיקרא. וראיה מקטן שהשיאו אביו וכתב לה כתובה וכשגדל המשיך לקיימה, דכתובה יש לה, אך תוספת כתובה שכתב לה אין לה. ושם מיירי שהמשיך לקיימה בשתיקה, וחשיב כנשואין חדשים משהגדיל, וקמ"ל דאין לה תוספת.

ועיין בש"ך חו"מ שלג, מד הסביר שאין כאן ראייה, אלא קושיא ותירוץ, דמתחילה הקשה מתוספת כתובה, ותירץ דאין לדמות תוספת כתובה בקטן לגידון המשך השכירות, דקטן שהשיאו אביו, בטל המעשה הראשון, ואין המעשה מתחדש בשתיקה, ואין התחייבותו לתוספת כתובה, התחייבות שהינה כחספא בעלמא, נוצרת מחדש ללא התחייבות מחודשת, משא"כ בשכירות שהוארכה, בין אם הארכה עוגנה בהסכם חדש או שהארכה נעשתה בשתיקה ללא אומר ודברים בענין תנאי השכר, תנאי שכירותו יהיו

שויים לתנאי השכירות הראשונים. משא"כ כשלא הוארכה השכירות אלא סתם המשיכו בשתיקה.

והריב"ש שם בתשובה כתב דהיכא שכבר הסכימו שניהם, שנה ראשונה, שבשניה היה דעתם על דעת התנאי הראשון מן הסתם. "וכמו שכתב רב האי גאון ז"ל בתשובה: שהמשכיר בית לחבירו לשנה, לסך ידוע ועמד שם יותר, שאינו חייב לפרוע, ממה שעמד אלא כמו סך השנה הראשונה, כיון ששתקו, ואף על פי שהוקר שכירות הבתים". ולפ"ז בשכירות בית אם עמדו בשתיקה, אף שהוקרו הבתים, משלם לפי הקציצה הקודמת. והש"ך חלק על מש"כ הרמ"א דדוקא בהשכירו לשנה נוספת רק לא קצצו, אבל עמדו בשתיקה, לא נשארו על תנאי הראשון, דמדברי הריב"ש ומהרי"ק אין ראיה, דהם מיירי דמעשה הראשון בטל, לכן אין לו המשכיות וכנ"ל, אבל כששכירות ראשונה לא בטלה, אפי' עמדו בשתיקה, גם לריב"ש ומהרי"ק יעמדו בתנאים קודמים. רק הקשה מדברי רב האי גאון שהביא הריב"ש, דמוכח דאפי' בשתיקה בשכירות בתים משלם לפי הקציצה הקודמת, ושם ודאי רק עמדו בשתיקה, ואיך יפרש הרמ"א תשובת רב האי. וכתב לישב, דבנידון רב האי גאון, בשכירות בתים, כיון שהוא דר בביתו הוי כהשכירו בפירוש, דאל"כ לא היה לו להניחו לדור בביתו אלא היה לו להשכירו לאחר, משא"כ הכא שיכולי' לומר מה היה לנו היזק שהיית ש"ך שלנו לכך אינו פטור ממסים. ומ"מ כתב דדברי הרב אינם מוכרחים. אך מדבריו עולה לנדו"ד, דבשכירות בתים אף בעמדו בשתיקה ולא היתה שכירות מחדש ללא אזכור תנאים, חלים תנאים ראשונים וכמש"כ רב האי בתש', ולדעת הש"ך אף הרמ"א מודה בזה.

לפ"ז בנדו"ד תנאי השכירות הקודמים קיימים, ואף למש"כ הש"ך בסוס"ק מד דאין לו אלא הפחות שבשכירות, היינו רק לענין ש"ך, אבל לענין שכר דירה למש"כ הש"ך, גם הרמ"א מודה דאפי' עמדו בשתיקה, היינו על דעת תנאים ראשונים. ובט"ז שם שלג, ח שדן במחלוקת הרמ"א והש"ך בהבנת הריב"ש, חילק בהבנה שונה, וז"ל:

"כלל העולה, שכל מה שהוא ע"פ החיוב, אז אומרים כיון שלא דברו בפירוש סך החיוב, ודאי אמעיקרא סמוך, אבל כל שהיא תחילה דרך מתנה כהיא דתוספת כתובה ונתינת הדוקאטי (נידון המהרי"ק), כל שלא הותנה עכשיו, כיון דעבר הזמן בטל הדבר."

והמשיך הט"ז לדון אם פטור המס הינה דרך מתנה או התחייבות. ומסיק דכיון שהש"ך לא רצה להשכיר עצמו להם אא"כ יפטרוהו מהמס, הרי זה על דרך התחייבות. לפ"ז יש לבחון כל תנאי מתנאי השכירות, האם הינו על דרך התחייבות או על דרך מתנה. ובנדו"ד נראה ששכר הדירה הוא על דרך התחייבות, וממילא שכר הדירה הקודם, חל גם על הזמן שהמשיך מעבר לחוזה, דאין זה כמתנה. וכן הסעיף העוסק בפינוי הדירה והודעה חדשיים קודם לפינוי בפועל, ובמידה ולא - ישולמו חדשיים בפועל, חל לכאורה גם על ההמשך שעמדו בשתיקה.

משפטיך סימן לא ליעקב תקיא

[והחמדת שלמה בתש' (חלק או"ח סי' ז) דן במחלוקת הרמ"א והש"ך. בתחילה רצה לחלק בין מציאות שלא גרעו ולא הוסיפו בתנאי השכירות אלא חזרו על יסוד השכר כפי שהיה נהוג בעבר (כגון שאמרו לו כו"כ שקלים, והסכום שוה לסכום שקצבו עימו בעבר, אך לא דברו על תנאים אחרים), י"ל שלכך חזרו וקצבו את יסוד השכר כדי לבטל את התנאים הראשונים, אבל אם קצבו עימו שכר יסוד וגרעו או הוסיפו מהשכר הקצוב בעבר, אין בקיצבת השכר משום סתירה לתנאים הראשונים, דהוצרכו לקציצה משום התוספת או הגרעון. אלא שס"ל דע"פ מסקנת הש"ך ס"ל דהכל תלוי בקציצה, ובכל ענין שקצצו, בטל התנאי הראשון. ומ"מ מסיק החמדת שלמה:

"ע"כ לא כתב הש"ך התם דבטל התנאי הראשון דלא הוי ברור, אבל מידי ספיקא לא נפיק, וע"כ אין להוציא מהקהל לומר שמחוייבין להחזיקו."

הרי דס"ל דאף לש"ך לא מוציאין מיד המעביד את התנאים הראשונים, והיינו בקצבה חדשה, עיי"ש. ומ"מ כאמור בש"ך, בשכר דירה גם בעמדו בשתיקה, חלים על השכירות שבשתיקה תנאים ראשונים, וכדמוכח בתש' רב האי גאון. ואף אם תנאים ראשונים אינם קיימים, מ"מ חייב בפחות שבשכירות וכמש"כ הש"ך לפי דעת הרמ"א בש"ך, אך לא בבתים כאמור. ואף אם גם בבתים עליו לשלם פחות שבשכירות, במקרה שלפנינו הסכום הקודם הוא נראה כפחות שבשכירות. וע"כ בנדו"ד נראה דבכל ענין אינו יכול לגבות מעבר לסכום שקבעו בחוזה הראשון. לפ"ז חיוב השכירות הוא לפי תחשיב החוזה האחרון המחייב, ולפי תחשיב זה רשאי לתפוס כנ"ל.

אולם הנפק"מ היא לענין צביעת הבית. דאם כפשטות דברי הרמ"א, כיון שעמדו בשתיקה ולא המשיכו את השכירות, הרי שהתנאי בטל. ואם כדברי הש"ך, הרי בשכירות בתים אפי' עמדו בשתיקה, תנאים הראשונים קיימים, וכמש"כ רב האי גאון שהובא בריב"ש. ואף לדעת הט"ז דיש לחלק בין התחייבות למתנה, ולכאורה זה גם בעמדו בשתיקה, א"כ ענין צביעת הבית הוא גדר של התחייבות. ובזה נראה, דאף דפשטות דברי הרמ"א דבעמדו בשתיקה, לא תקפים תנאים ראשונים, ומה שהקשה הש"ך עליו, מ"מ הרמ"א דיבר להדיא בש"ך, וממילא חילוקו של הש"ך לענין בתים, כדמוכח בריב"ש עצמו, מחייב קיום כל התנאים, כולל צביעת הבית. מה עוד שתנאי זה תקף גם מכח החוזה הקודם, ועדיין לא בוצע, והיה על שמעון לבצע את הצביעה לאחר תום תקופת החוזה הראשון, וע"כ גם מכח זה יש לחייב את יורשי שמעון בצביעה ונקיון, כאמור בחוזה הראשון. ולכן בנדון השאלה, יכול ראובן לתפוס מהכסף שנמצא גם עבור הצביעה והנקיון שעשה לאחר פינוי הדירה משמעון וחפציו. דעצם השכירות היתה לשמעון וחפציו, וכל עוד לא פונו החפצים, הרי השכירות מתמשכת, וכמו שאם שמעון היה שוכר מחסן, היה החיוב מתמשך כל עוד החפצים מאוחסנים במקום, וחובה על נכסי שמעון ועזבונו לשלם דמי השכירות, הוא הדין בזה.

ה. שוכר בית ויצא תוך הזמן מהבית

השאלה מה המועד הקובע לתום תקופת השכירות - פינוי החפצים של שמעון מהדירה, דכל עוד יש חפצים בדירה לכאורה ע"פ החוזה, הדירה מוחזקת ביד שמעון וחייב לפרוע וכו"ל. ולא דמי לשוכר דירה ומת (להלן), די"א דעם מיתתו אינו חייב מעבר למה שדר בפועל, דהיות החפצים בדירה הרי זה כדר בדירה, וע"פ החוזה כל עוד יש חפצים בדירה, הדירה נחשבת כמוחזקת ביד שמעון. ואף במקום שאין חוזה, כך הוא המנהג שמשכיר לשוכר וחפציו, וכל עוד נשארו בדירה חפצים משמעותיים, הרי הדירה כמוחזקת ביד השוכר. או שהזמן הקובע הוא חדשיים לאחר פינוי החפצים, כמתחייב מהחוזה הקודם, שבו התחייב להודיע חדשיים בטרם פינוי תוך כדי זמן השכירות, ובמידה ולא יודיע, הרי הוא חייב לשלם למשך חדשיים שכירות אף ללא הוכחת נזק. ולכאורה כאמור לעיל, תנאי החוזה הקודם חלים גם על השכירות שנעשתה בשתיקה ולא הוארכה ממש, למש"כ הש"ך דבביתם בכל מקרה אף בהמשיכו בשתיקה, חלים התנאים של השכירות שהסתיימה. או שמא בכל מקרה לא נגרם לראובן הפסד, מאחר ותוך חודש הושכרה הדירה, כך שאינו חייב לשלם אלא עד חודש מפינוי החפצים.

תנן במשנה בב"מ קא,ב: המשכיר בית לחבירו, בימות הגשמים אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח, בימות החמה שלשים יום, ובכרכים - אחד ימות החמה ואחד ימות הגשמים שנים עשר חדש. ובחנויות, אחד עיירות ואחד כרכים, שנים עשר חדש. רבן שמעון בן גמליאל אומר, חנות של נחתומים ושל צבעים שלש שנים. ושם בגמ'; אמר רב יהודה, להודיע קתני (הנך שלשים ושנים עשר חדש דקתני במתניתין, להודיע קאמר, המשכיר בית לחבירו, כלו ימי השכירות בימות הגשמים, אינו יכול להוציאו משום דלא שכיחי בתי, אלא אם כן הודיעו בימות החמה שלשים יום, שלא ירחיב לו הזמן משיכלה זמנו, והיינו מטו באלול צריך להודיעו, שלשים יום קודם החג, וממילא שמעינן, אם כלו לו ימי שכירותו בימות החמה, אינו יכול להוציאו עד שלשים יום משהודיעו, ואם בא להוציאו בזמנו, צריך להודיעו שלשים יום קודם הזמן, ובכרכים, צריך להודיעו שנים עשר חדש קודם יציאתו, ואם לא הודיעו, לא יצא אלא נותן לו כמשפט הראשון - רש"י), והכי קאמר, המשכיר בית לחבירו סתם, אין יכול להוציאו בימות הגשמים מחג ועד הפסח אלא אם כן הודיעו שלשים יום מעיקרא. תניא נמי הכי, כשאמרו שלשים וכשאמרו שנים עשר חדש, לא אמרו אלא להודיעו. וכשם שמשכיר צריך להודיע, כך שוכר צריך להודיע, דאמר ליה אי אודעתן הוה טרחנא ומותיבנא ביה איניש מעליא. ונדון דידן היא חובת הודעת השוכר שחייב להודיעו. וכך פסק הרמב"ם בהל' שכירות ו,ז-ח, וז"ל:

"המשכיר בית לחבירו סתם, אינו יכול להוציאו עד שיוודיעו שלשים יום מקודם, כדי לבקש מקום ולא יהיה מושלך בדרך, ולסוף השלשים יצא, בד"א בימות

משפטיך סימן לא ליעקב תקיג

החמה, אבל בימות הגשמים אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח ... כשם שהמשכיר חייב להודיעו כך השוכר חייב להודיעו מקודם ל' יום בעיירות, או מקודם שנים עשר חדש בכרכים כדי שיבקש שכן ולא ישאר ביתו פנוי, ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת אלא יתן השכר."

וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ שיב"ז, והוסיף הרמ"א שיכול להעמיד אחר במקומו, ובלבד שיהיה הגון. ועיין ברב המגיד שכתב דדעת הרמב"ם דזמני הודעת השוכר שוים לזמני הודעת המשכיר. ומועדים של הודעת משכיר לשוכר בימות הגשמים וקודם החג, לכאורה אם לא מוצאים בזמן זה שוכרים, חובת הודעה בזמן כזה מחייבת גם את השוכר להודיע על עזיבת הבית. אולם עיין במאירי בב"מ קא"ב שאין חלוק בהודעת שוכר למשכיר בין ימות החמה לימות הגשמים ולא בין חנויות לשאר בתים, אלא כל שהשוכר רוצה לצאת ולהניח לזה ביתו, בעיירות צריך להודיעו שלשים יום קודם יציאתו ובכרכים שנים עשר חדש. ומבואר שלענין הודעת שוכר למשכיר החילוק הוא בין עיירות לכרכים. ומ"מ נראה דהאידנא כל העת שכיח למצוא שוכרים, וכל העת שכיח למצוא גם דירות לשכירות, ופוק חזי נולכאורה הדבר משתנה לפי המקום והזמן, והדברים אמורים בזה"ז ובערים באר"ן, ע"כ בפשטות נראה דבכל ענין במשכיר סתם, חלה חובת הודעה שלשים יום מראש כדי שימצא שוכרים, ואם לא הודיעו, חייב ליתן שכר של חודש. ואף למש"כ המאירי דבכרכים בעינן יב חודש אף דשכיחי שוכרים, כיון שקשה למצוא את ההגון לו, נראה דשלשים יום הוא זמן סביר בכל מקום. ועיין בהגהות מיימוניות שם ס"ק ד, וז"ל:

"אמר ריב"ן, דהא דאמרינן כך השוכר צריך להודיעו, לא שצריך להודיעו שלשים יום או י"ב חדש קודם כמשכיר, אלא שני שבועות או ארבעה לפי הענין."

ומבואר דדבר זה משתנה לפי הענין, המקום והזמן. והאידנא נראה דבכל ענין חודש הוא זמן סביר למצוא דירה שכורה ולהשכיר הדירה, כך שזמן ההודעה של שלושים יום, הן לשוכר והן למשכיר, הם זמנים סבירים גם היום. ולפ"ז בנדו"ד, לולי ההתנאה הקיימת בחוזה הקודם, היה צריך לשלם לו שכר למשך חודש, או עד לזמן שמצא שוכר אחר וכמש"כ הרמ"א, הזמן הפחות מבין שניהם. אלא שהמאירי בסוגיא ב"מ קא"ב, כתב וז"ל:

"וכן השוכר אינו רשאי לצאת ולהניח לו ביתו תוך זמן, ואם עשה, פורע שכרו משלם, ואם הגיע זמנו יוצא לו ומניחו ואין צריך לו להודיעו ... ואם הגיע הזמן ולא היה המשכיר חושש להוציאו ולא השוכר חושש לצאת והאריך דירתו לשם יותר מזמנו, הרי הוא דר על תנאי סך השכירות שקדם ומוציאו הלה כשירצה, ואף הוא יוצא כשירצה, ומשנתנו במי שמשכיר לחברו שלא לזמן אלא בסתם והתנה בשכירותו לחשבון מנה לשנה ..."

מבואר במאירי דאם שכרו לזמן והאריך השכירות, אין מועד להודעה מוקדמת, ויכול המשכיר להוציאו כשירצה, וכן השוכר לצאת כשירצה. לפ"ז בנדון דידן לכאורה לפי המאירי יכול היה שמעון לצאת מרצונו ומדעתו בכל עת שירצה אף בלא הודעה, ואין לחייבו שכר על החודש הנוסף.

אולם בנדר"ד שיש חוזה קודם בו מתחייבים הצדדים להודעה של חדשים מראש, וחייב השוכר שאם יפנה המושכר תוך שני חדשי ההודעה, עליו לשלם שכירות עבור שני חדשים אלו, ולמש"כ לעיל סעיפי החוזה הראשון חלים גם על התקופה הנמשכת, א"כ היה על שמעון להודיע על עזיבתו, אם היה עוזב מרצונו (ובמת שהוא מחמת אונס, יבואר להלן), ובמידה ולא הודיע, עליו לשלם עבור שני החדשים או עד שימצא שוכר אחר כמבואר ברמ"א הנ"ל, המועד המוקדם מביניהם, דאם מצאו תוך שני חדשים שוכר אחר, אינו חייב לשלם אלא עד הזמן שנמצא השוכר, כיון שהעמיד אחר במקומו, וכאן העמיד המשכיר אחר במקומו, ולכן לא נגרם לו נזק משעה ששכרו אחר.

וכאמור בנדר"ד לו יצא שמעון מרצונו ומדעתו מהבית, היה צריך לשלם לראובן השכירות משעת היציאה מהבית, עד שנשכר בפועל, כשהוא קודם ב חדשי ההודעה, וזאת מכח התחייבות שמעון בחוזה, התחייבות מתמשכת. והשכר שצריך לשלם בעזיבה מוקדמת, הוא שכר מלא ולא כפועל בטל, אם עזב את הבית מרצונו, ואם עזב מחמת אונס, לכאורה מנכה לו בבית כפועל בטל. דהנה במרדכי ב"מ סי' שמה (יובא להלן) כתב לענין שוכר בית ומת תוך זמן השכירות, שאם שילמה השוכרת הנפטרת את כל דמי השכירות, יכולים היורשים להושיב אחרים תחתיה, ובלבד שלא יהיו גרועיים מהשוכרת (שלא יהיו השוכרים מרובים ומקלקלים המושכר), ואם לא מצאו, כתב המרדכי; "יחזרו ליורשים כפי חשבון כמה אדם רוצה ליקח פחות כשלא היתה דרה בו, כדאשכחן כעין זה בתלמוד בכמה דוכתי כפועל בטל". ומבואר שגם בדירה מנכה לו כפועל בטל. אולם בקצוה"ח שטז,א כתב דבבית אינו מנכה לו כפועל בטל אלא היכא דנאנס השוכר כגון שמת, וכנדון המרדכי, או כנדון המרדכי ב"ב סי' תקכט, הובא ברמ"א שטז,א, שיכל בעה"ב להנות קצת מהדירה שנשארה פנויה, אבל בלאו הכי, חייב לשלם שכר מלא, ואינו מנכה לו כפועל בטל, וז"ל:

"... דהיינו דוקא היכא שהשוכר אנוס כמו התם שהשוכר מת, וכמו האי דריש פרק האומנין (עו,ב) דהלכו פועלים ומצאו שדה לחה דאי אפשר לבעל הבית לקיים השכירות, אבל היכא דאפשר לו לשוכר לקיים השכירות, אינו מנכה כפועל בטל. וכן בפועלים אם בעל הבית רוצה לחזור, היכא דאפשר לו לקיים השכירות ורוצה לנכות להם כפועל בטל, לאו כל כמיניה כיון שהפועלים רוצים בפעולתם. וה"ה בשוכר כה"ג, היכא דאפשר לו לדור בתוכו ואינו רוצה, צריך לשלם כל השכירות. והא דגבי פרקה בחצי הדרך בספינה משלם לו כפועל בטל, עיין ש"ך שיא,ד, התם כיון שפרקה בחצי הדרך הו"ל כמו אנוס, אבל גבי שוכר נראה

משפטיך סימן לא ליעקב תקטו

דאפילו מתרמי ליה ביתא, כגון שקנה או בנה, לא הו"ל אונס כל כך, משא"כ בספינה שדרך שמוכרין לפעמים באמצע הדרך, ואדעתיה דהכי אגריה, משום הכי מנכה כפועל בטל. וכן משמע בשו"ע שיב,ז ואם לא הודיעו אינו יכול לצאת אלא יתן השכר ע"ש. ומשמע כל השכר, והיינו מטעמא שכתבנו כיון דאינו אונס. ובפסק הגאון החסיד מוהר"ם טיקטין היא בדפוס ריש סדר נשים ע"ש שכתב בנדון שהיה מוכרחין לברוח מחמת דבר ר"ל, עיי"ש שכתב דאינו מנכה לו כלום כיון שהבית קמץ, וע"ש עוד דמחלק דאינו מנכה לו במה שהיה הבית פנוי, דאין חילוק בבית בין אם יש בו דיורין או לא ואדרבה ביתא מיתבא יתיב (ב"ק כא,א) ע"ש. והא דמשמע מדברי המרדכי הנזכר דגם בבית מנכה לו כפועל בטל, היינו משום דיכול המשכיר בעצמו להשתמש בו ובזה מרויח קצת ונהנה, אבל התם שהוכרחו כולם לברוח אין לו הנאה כלום במה שהבית פנוי."

חילוקי הדינים המבוארים בקצוה"ח, דבבית משלם לו שכר מלא, כמו משמעות דברי הרמ"א חו"מ שיב,ז, ואינו מנכה לו כפועל בטל. זהו דרך הכלל, אבל יוצאים מן הכלל כשיוצא מן הבית באונס כגון שמת תוך זמן השכירות. ולא ביאר הטעם מדוע שונה מי שרוצה לצאת מהבית תוך זמן השכירות ללא אונס, ליוצא מחמת אונס, לענין החיוב המלא, יותר מפועל בטל. ולא כתב בקצוה"ח הטעם לחלק בין אונס ליוצא מרצונו. ולכאורה ההסבר כדלקמן, דכל אונס ששניהם שוים בדיעתו, המוציא מחבירו עליו הראיה, ועל המוציא היה להתנות. אלא דא"כ אם בעה"ב מוחזק, היה לו להחזיק בשכירותו כיון שיורשי המשכיר מוציאים ממנו ועליהם הראיה, ובמרדכי מבואר להדיא דבעה"ב מחזיר ליורשים מה שמעבר לשכר פועל בטל. אך למש"כ להלן דאין הכוונה בהמוציא מחבירו עליו הראיה למי שהוא מוחזק בשעת הדין ודברים אלא למוחזק בשעת הקנין שכירות, שהוא שעת חובת ההתנאה, א"כ גם כאן אף שהמשכיר מוחזק, כיון דבשעת קנין השכירות היה השוכר מוחזק, הו"ל למשכיר להתנות והוא נחשב המוציא לענין חובת ההתנאה, וע"כ חייב להחזיר ליורשים. אמנם במהר"מ מבואר שמחזיר להם רק מה שמעבר לפועל בטל. וי"ל, דמיירי שהיה מוחזק בזמן השכירות, אבל לא מוחזק בזמן השכירות אף שמוחזק כעת, מחזיר להם הכל, כיון שהיה על בעה"ב להתנות וכמש"כ להלן. או י"ל דאדעתא דהכי הקדים לו השכר, שיתפרע ממנו אף בלא ידור בפועל בבית. רק ביצא מחמת אונס אמדינן דאין כוונתו אלא כפועל בטל. וכ"ז כעין הסברא לחלק שכתב בענין ספינה וכדלהן.

עוד הוציא קצוה"ח מהכלל, היכא שיש דרך להפסיק השכירות באמצע, כגון בספינה שדרך שוכרי הספינה ששוכרים לזמן מסוים לשם הגעה למקום מסוים, ואם מכרו בדרך כל הסחורה, מחזירים הספינה לבעלים, דכן הוא הדרך. וא"כ בכל מקום שמקובל להשכיר לזמן מסוים עם אופציה להחזרה באמצע הזמן, אף שלא התנו להדיא על

האופציה, אלא שכך מקובל בסוג כזה של שכירות, מנכה לו כפועל בטל, דעל דעת כן שכרו שאם יחזיר, ישלם לו שכרו בניכוי פועל בטל.

ובמש"כ הרמב"ם והשו"ע הנ"ל, דאם יצא מהבית קודם הזמן חייב לשלם לו שכרו, בשער המשפט שיב, הקשה מהרמ"א חו"מ שסג,ו שפסק דאם גזל בית מחבירו ומנעו מחבירו בעה"ב לגור בו, אף שהחצר קיימא לאגרא, אם לא היה דר בו, פטור מלשלם, והוא מדברי הרא"ש ב"ק ב,ו, דאינו אלא מבטל כיסו של חבירו, דכיון דלא נהנה אע"פ שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מיחייב אלא כשעת הגזילה. ודוקא כשדר בו ואכל חסרונו של חבירו, חייב לשלם, משא"כ כשלא אכל את חסרונו של חבירו, ורק הזיקו לחבירו, לא הוי אלא גרמא ופטור. וא"כ הוא הדין ביצא השוכר מהבית ולא הודיעו, אף שבעה"ב נמצא נפסד שאינו מוצא שוכר אחר ודירתו עומדת ריקם, מ"מ אינו אלא גרמא ומבטל כיסו. ואף שי"ל שדעת הרמב"ם כדעת הרמ"ה המובאת בטור חו"מ סי' שסג שאף בהוציאו מהבית חייב לשלם השכירות, אך בשו"ע חו"מ שיב,ז מבואר שהרמ"א הסכים לדעת הרמב"ם שחייב לשלם שכירות בלא הודיעו, ובסי' שסג,ו כתב דפטור בגזלו. וע"כ פירש שער המשפט, וז"ל:

"ובע"כ צ"ל דמש"כ הטור ואם לא הודיעו אינו יכול לצאת אלא יתן השכר, היינו דדינא הכי הוא שאינו יכול לצאת מהבית שלא יגרום הזיק לחבירו, דגרמא בנזיקין פטור אבל אסור, ואינו יוצא ידי שמים עד שישלם ומשמתין אותו עבור כך, דכל הגרמות משמתין אותו עד דמסלק היזיקא כמבואר ברמ"א חומ כה,א, וקעה,ג. אבל באמת אם יצא מהבית ולא הודיעו, אין מוציאין ממנו בבית דין, דאינו אלא גרמא בעלמא ופטור."

וכתב שכן הדין בשכר בית לשנה, ועמדו בשתיקה, במקומות שיש להם ראש השנה לשכירות בתים, שצריך להשאר עד תום שנת השכירות, דהיינו ראש השנה לשכירות הבתים, שהוא הזמן שכולם שוכרים, כמבואר בחו"מ שיב,יד. ואם יצא באמצע השנה, ס"ל לשעהמ"ש שיכול בעה"ב לעכב עליו שלא יצא, ואם יצא חייב בדיני שמים כדין כל מזיק בגרמא, אך אין יכולים לחייבו בבית דין כיון שהוא גרמא. ומסיים שעהמ"ש; "ותמהני מסתימת האחרונים ז"ל בזה, וכמדומה לי שהאידנא אין דנין כן, ומש"כ נ"ל עיקר".

ולכאורה היה אפשר לישב קושית שער המשפט בסתירת דברי הרמ"א, ע"פ מש"כ בחתם סופר בתש' (חו"מ סי' קמ), לאחר שהביא באריכות את דברי המשאת בנימין שכאשר החזיר שטר פרוע למלוה הו"ל גרמא ופטור, (וכוותיה פסק הש"ך בחו"מ נה,ב), כתב דדבריו נסתרים מהגמ' בכתובות פה,א בעובדא דאבימי, דלא נטל שליח השטר מהמלוה, דמצי למימר ליה משלח לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי. והקשה, דהרי אפי' היה נוטל מהמלוה השטר והיה מחזיר לו היה פטור, דהו"ל גרמא לשיטת המ"ב והש"ך,

והשתא דלא שקיל כלל יתחייב, זה דבר תימה. אלא ע"כ דלא נאמרו דיני גרמי וגרמא אלא באיניש דעלמא המזיק לחבירו, אבל מי שבא לידו בתורת שמירה או שליחות חייב אפי' על צד רחוק, וכל פשיעת שומרים ועיוות שליחות אינו אלא גרמא בעלמא, ואפ"ה חייב. לפ"ז י"ל דבחור"מ שיבז דמיירי בשוכר, ושוכר הוא אחד מהשומרים, יש לחייבו גם בגרמא, וע"כ חייב לשלם השכירות. אבל בס"י שסג דלא מיירי בשוכר אלא בסתם אחד שגוזל ומזיק חבירו, אין לחייבו אלא מדין גזלן ומזיק, ובגרמא פטור.

ולכן בנדו"ד, אם היה יוצא מהבית מרצונו הטוב, לולי התחייבותו המתמשכת, חייב היה לשלם לדברי הרמב"ם ולפשטות דברי הרמ"א שכירות מלאה. ולמש"כ שער המשפט, חייב רק מדיני שמים כדין מזיק בגרמא, לשיטת הרא"ש בב"ק ב"ו, ולמש"כ הרמ"א בחור"מ שסג"ו, דבדיני אדם הו"ל רק מבטל כיסו של חבירו, כיון שלא נהנה מחסרונו של זה, אין לחייבו. ולמש"כ בישוב דבריו, בכל ענין השוכר חייב לשלם. אך כיון שהחוב כאן הוא מכח התחייבותו המתמשכת מחוזה השכירות, לפי התחייבותו עליו לשלם שכר מלא על שני החדשים לכ"ע.

ו. שוכר בית ומת

הבאתי לעיל את דברי המרדכי ב"מ ס'י שמה במי ששכרה בית לזמן ומתה תוך זמן השכירות. מקור דברי המרדכי הוא מתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג, סימן אלף ב), וז"ל:

"לאה השכירה [צ"ל שכרה] בית ומתה, ועתה היורשים אינם רוצים ליתן אלא כפי מה שדרה בה, או להושיב בו בני אדם שהם רוצים. ובקצרה אשיבכם הנראה בעיני, אם לא נתנה אמם כבר כל השכירות, היורשים פטורים מלתת מה שלא דרה בו, כיון דנאנסה שהרי מתה, כדאמר' פ' האומנין (עז,א) האי מאן דאגיר אגירי לדוולא ואתא מטרא פסידא דפועלים, כיון דבעה"ב אנוס ולא צריך. ואע"ג דאמרינן בההוא פרק (עט,א) השוכר את הספינה וטבעה לו בחצי הדרך כו', אילימא ביין זה וספינה סתם אם לא נתן אמאי לא יתן, שאני התם שגם בעל הספינה הפסיד ספינתו, אבל גבי פועלים דלא הפסידו ממנו כלום אלא מה שמתבטלים כיון דבעה"ב אניס לא יתן להם כלום, ה"נ מיתה אין לך אונס גדול מזה ... ואם נתנה כבר כל השכירות, יש כח ביד היורשים להשכיר חלק שהיה לאמם לדניחא מינה או לדכותה אבל לא לדקשה מינה ... ואם לא ימצאו, יחזור ליורשים כפי חשבון כמה אדם רוצה לקח פחות שלא היתה דרה ממה שהיתה דרה בו, וכעין זה בכמה דוכתי כפועל בטל."

דברי מהר"מ שאין צריכים לשלם על תקופת השכירות שלאחר מיתת השוכרת, מבוססים על דברי הגמ' ב"מ עז,א בשוכר פועלים להשקות את השדה ובא מטר ולא

נצרך לפועלים, דהוי פסידא דפועלים. אבל בגדל הנהר והשקה השדה, נותן בעה"ב לפועלים כפועל בטל. ואמר רבא, האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא, אי לא עביד דפסיק, פסידא דפועלים. עביד דפסיק, אי בני מתא, פסידא דפועלים, לאו בני מתא, פסידא דבעל הבית. והרא"ש שם בה"ג כתב לבאר חילוקי הדין, דכל אדם ששוכר פועלים, מי שיכול להעלות בדעתו את האונס שיבוא, חלה עליו חובה להתנות שאם יארע האונס שלא ינזק. לכן אם הפועלים מכירים את דרך הנהר ובעה"ב אינו מכיר, חובה על הפועלים להתנות שאם יפסק הנהר או להפך ישקה, ולא יצטרכו לעבודתם או לא יוכלו לעבוד, לא יפסידו משכרם. ואם בעה"ב מכיר והפועלים לא מכירים, חובת ההתנאה היא על בעה"ב, ואם לא התנה, הפסיד. ואם שניהם שוים בידיעת האונס, המוציא מחבירו עליו הראיה, וז"ל:

"... דכל אונסא דלא איבעי לאסוקי אדעתיה, לא פועל ולא בעה"ב, אי נמי תרוייהו איבעי להו לאסוקי אדעתיה, פסידא דפועלים, דהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה. הוה רגיל דפסיק, אי בני מתא ניהו- פסידא דפועלים. בני מתא אחריתא- פסידא דבעה"ב, דאיבעי ליה לבעה"ב לאיתנויי..."

וכבר עמדתי בענין לשון הרא"ש המוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה בח"א סי' יא, דלכאורה יש בזה כפילות וסגי לומר המוציא מחבירו עליו הראיה. וכתבתי לבאר דכוונת הרא"ש דאין זה המוציא מחבירו הרגיל, שתלוי במוחזקות בשעת הדיון, אלא הזמן הקובע הוא שעת השכירות והיא השעה שבה היה צריך להתנות, דכיון שידע שכעת הוא המוציא מחבירו, לכן ידו על התחתונה והיה עליו להתנות, דאף שהוא לא כעת, בשעת השכירות, מוציא מחבירו, מ"מ כיון שכעת הוא אינו מוחזק והוא עשוי להיות במציאות זו להיות נצרך להוציא מחבירו, לכן ידו על התחתונה, ולכן עליו להתנות על חיוב שכר באונס, ומדלא התנה, הפסיד על עצמו. וכן נראה מדברי תרומת הדשן סי' שכט, וז"ל:

"... והיה נראה דאפי' בנדון דידן שקבל שכרו אח"כ, היה לומר דפסידא דפועלים וצריך להחזיר, כדפרישנא לעיל הטעם משום דהו"ל לאתנויי הואיל והוא צריך להוציא, וא"כ כיון דלא אתני בתחילת השכירות, איהו דאפסיד אנפשיה מעיקרא ומחל על האונס..."

ומה שדחה תה"ד סברא זו, היינו רק לפי שיטת התוס' בספינה ב"מ ע"ב, ד"ה אי. ומ"מ חזינו מדבריו בדין אונס בידיעה שזה שההפסד הינו על המוציא בשעת השכירות, דהואיל והוא המוציא, הו"ל לאתנויי. ועיין בחקרי לב (תחומ"מ ח"ב סי' פד) בבאור דעת תה"ד שהסתפק, דכיון דבעת השכירות לא היה על דעת להקדים שכרו, והוא צריך להוציא ועליו מוטל להתנות, מדלא התנה ש"מ דמחל על האונס, ושוב אם נתן לו שכרו אחרי זמן הנ"ל ותוך זמן השכירות, ואח"כ ארע אונס; "י"ל שחייב להחזיר לו כיון שכבר מחל על האונס". או דלמא בנתינת השכר מחל לו כעת על כל אונס שיארע

משפטיך סימן לא ליעקב תקיט

אח"כ. ופשיט מדברי התוס' דמחל לו גם בנתינת המעות תוך זמן השכירות ואחר זמן שסיכמו ביניהם. והיינו דמש"כ לעיל הוא רק אחד הצדדים בדברי תה"ד.

אך מש"כ דאזלינן בתר שעת ההתנאה, כן נראה מדברי הסמ"ע שי"ב בהסבר דברי הרא"ש בתש' (צב,ג) במי ששכר בהמה ללכת עמה למקום מסוים וארע לו אונס בדרכו חזרה, ואינו יכול להחזיר את הבהמה בזמן הקצוב, וז"ל:

"כללא דהאי דינא, דכל ששניהם הו"ל למידע ולהתנות, כגון שרגיל להתגדל, או ששניהם לא הו"ל למידע, כגון שאינו ראוי להתגדל, בשניהם הוא פסידא דמשכיר שהוא בא להוציא השכירות מיד השוכר ועליו מוטל להתנות, דהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה, וצריכים שיהיה דבר שהשוכר ידע והמשכיר לא הו"ל למידע, דבזה ודאי על השוכר להתנות ..."

מדבריו עולה שהדין תלוי במוחזקות שבזמן השכירות, ועל המוציא חלה חובת ההתנאה, ואין נפק"מ לדינא במוחזקות בשעת ההתדיינות או שעת לידת האונס. ועיי"ש שמדברי השבות יעקב ח"א סי' קעו נראה דאזלינן בתר מוחזקות של שעת ההתדיינות, ועיין עוד בדברי משפט סי' שי, ובגר"א חו"מ שלד,ה. ולכן פסק מהר"מ לענין לאה ששכרה בית ומתה, דכיון שהיא אנוסה, הו"ל לבעה"ב להתנות. אלא שבמהר"מ מבואר שאפי' בעה"ב מוחזק בשכירות, צריך להחזיר ליורשים דמי השכירות כפועל בטל, והיינו שאין לחייבם אלא כפועל בטל. ונראה שאם המוחזקות היתה בזמן השכירות, אה"נ חובת ההתנאה חלה על השוכר, ומדלא התנה, יכול המשכיר להחזיק הממון שבדיו, אבל אם המוחזקות היתה רק לאחר השכירות, לכאורה צריך להחזיר להם הכל, שהיה על בעה"ב להתנות.

והרשב"א בתש' (סי' אלף כח) נשאל ג"כ בראובן שהשכיר בית לשמעון, ומת שמעון לאחר שנים או שלשה חדשים שדר בבית, אם יכול בנו של שמעון לומר שאינו רוצה מעתה בשכירות הבית ואינו רוצה לשלם שכירות, אלא לתקופה בה דר האב בבית. והשיב הרשב"א, וז"ל:

"שהראב"ד פסק שהדין עם המשכיר, דכיון ששכר שמעון הבית הרי הוא כמכר גמור ונתחייב בדמים, בין ידור בין לא ידור, ואע"ג דקיי"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, מ"מ אין השוכר רשאי לצאת משם בכל יום ויום ולחשוב עמו לשעות, אלא מחויב הוא שלא להניח ביתו לפני זה עד זמנו, ואפי' באומר לו טרח והבא דיורין אחרים לאו כל כמיניה, דאדרבה במשכיר סתם לשנה אין השוכר רשאי להניח לו ביתו, אא"כ הודיעו מתחילה לפי שהוא בית או חנות, או מאותם הנזכרים בפרק השואל (קא,ב)."

מבואר מדברי הרשב"א דכיון שהשכירות היא קנין גמור, הרי השוכר שנפטר קנה עד סוף הזמן, וחייב לשלם כמכר עד סוף זמן השכירות. ועיין בב"י סו"ס שיב שפסק

כרשב"א, והביא ראיה מדברי התוס' בב"ב נא,ב (ד"ה במתנה); "דגדול קנינו של שוכר מזה, שאפי' מת בתוך הזמן, המקום מושכר ליורשיו עד הזמן". והב"ח דחה את ראיתו, וכתב דכוונת התוס' דאין המשכיר יכול לדחותם, אבל הם עצמם יכולים לחזור בהם. וצ"ל בדעת הרשב"א לחלק בין פועל לשכירות בית, דפועל יכול לחזור בו מטעם כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים (ב"מ י,א), וע"כ לא שייך לומר שקנוי לזמן, משא"כ בשכירות בית. ועיין בחקרי לב (ח"מ ח"ב סי' פא ד"ה ומ"מ קשה) שכתב לחלק בין פועל ששכרו בדברים, לשכירות בית שהיא בקנין, ואם שכר פועל בקנין, דמי לשכירות שהיא כממכר לענין חזרה, וחייב בעה"ב לשלם לפועל שכרו אף באונס. ומ"מ להלכה פסק כרמ"א דאזלינן בזה בתר המוחזק.

גם הש"ך שלד,ד פסק כדברי מהר"מ, ולא כב"י חו"מ שיב שפסק כרשב"א (וכן נראה מהמהרשד"ם חחו"מ סו"ס רצה שדעתו כרשב"א, וצ"ע, דאפשר שדעתו רק שיש בזה מחלוקת, ולא קיי"ל כמהר"מ), והטעם דלא אמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא אלא לענין אונאה דהתורה ריבתה, ולא לשאר ענינים, וכן הוא בתרומת הדשן סימן שיח ומהרש"ל בתשו' סי' מג, דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר רק גבי אונאה ולא בשאר מילי. עוד כתב הש"ך, דאפי' אי אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא, אין היורשים צריכין לשלם, די"ל דלכל יומא ויומא ממכר הוא.

ונראה בכוונת הש"ך במש"כ דשכירות ליומא ממכר הוא רק לענין אונאה, דהרי יש ראשונים שפסקו להדיא דשכירות ליומא ממכר הוא, עיין רא"ש פסחים א,ד לענין חיוב שוכר בבדיקה דקרינן ביה ביתו, ובב"ק ה,י לענין אוסר הנאתו, כל זמן שהוא שוכר ביד אחרים אין ההנאה של בעה"ב; "דשכירות ליומא ממכר הוא והרי מכר הנאתו". וכן דעת הרא"ש שקונה מציאה לשוכר. וכן בשו"ע חו"מ שיב,א דאינו מוציאו תוך זמן השכירות, דשכירות ליומא ממכר הוא. ע"כ נראה דגם דעת הש"ך דלענין הדיורים בבית ועצם הזכות לגור בבית, זכות זו בלבד, לכ"ע שכירות ליומא ממכר הוא, אך לדינים שמעבר לזכות המגורים, הנובעים מזכות המגורים ולא זכות המגורים גופה, כגון אונאה, שכר הדירה, (ולדעת הש"ך שיג,א הזכות במציאה נובעת מהבעלות בפועל ולא מזכות הדיורים, כדעת הרמב"ם, ואינו ענין לעצם זכות הדיורים. וכן לענין דינא דבר מצרא פסק כרמב"ם, עיין בש"ך על שו"ע חו"מ קעה,ס, והוא גם זכות הנובעת מהבעלות לשיטת הרמב"ם, דלא כרא"ש), רק באונאה שכירות ליומא ממכר הוא. וכן מבואר בנימוק"י ב"מ (לב,א בעמוה"ר) דשכירות ליומא ממכר הוא; "לענין שישתמש בו כל ימי שכירותו". ולכן אסר להשכיר לעכו"ם, ואם השכיר, עובר בלא תביא תועבה אל ביתך.

עוד כתב הש"ך, הרי במכירה גופא כשיש אונס בדבר והוא בענין שהיה לו למוכר להתנות, גם התבטל המכר. לכן פסק הש"ך כדעת מהר"מ שאינם צריכים לשלם אלא מה שכבר גר. אולם אם הקדים לו המעות, אין צריך להחזיר, מטעם דכיון דנתן לו

שכרו נתרצה לו שיהיה שלו אפי' יארע אונס. רק צריך להחזיר לו מה שיותר משכר פועל בטל. ועיין בנתיבות שם ס"ק ב שכתב לחלק בין מום בבית למת השוכר, דבמום בבית, דין הוא שיתבטל, ולא שייך למימר שכירות ליומא ממכר, ומה שאפשר מכאן ולהבא מבטלין, משא"כ כאן שהחזרה היא מחמת אונס השוכר, ואינו בדין לבטל השכירות.

ועיין בתש' פרח מטה אהרון ח"א סי' צד שהביא בשם מהר"ש הלוי שהקשה על הב"ח דאין סברא לחלק בין כח קנין השוכר לכח קנין המשכיר, וכמו שאין המשכיר יכול לדחות ליורשים, הוא הדין שאין היורשים יכולים לחזור. וע"ע בדברי משפט סי' שלד ס"ק א' מש"כ לישב, דדוקא ביורשים רוצים לדור חייבים לשלם כל מה שהתחייב, אבל אם אינם רוצים לדור, יכולים לומר אבינו היה חייב רק לדור, ואם היה דר היה חייב לשלם, אבל קודם שדר אין עליו חוב שכירות, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, וע"כ פטורים מלשלם, אבל אה"נ, שני הצדדים אינם יכולים לחזור בהם. ומש"כ הוא דוקא ביתמי, אבל בשוכר ומשכיר וקרה אונס (לא של מיתת השוכר), תרוייהו אינם יכולים לחזור.

והרמ"א בשו"ע חו"מ שלד,א הביא את דעת מהר"מ, ואח"כ את דעת הרשב"א כיש חולקין, וסיים; "כן אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום, כן נראה לי". ומשמעות דבריו דאם היורשים מוחזקים, אינם צריכים לשלם כדעת מהר"מ, ורק אם בעה"ב מוחזק, אינו צריך להחזיר. ועיין בש"ך ס"ק ב שכתב דמשמעות דברי הרמ"א שאין צריך להחזיר אפי' את הסכום שמעבר לפועל בטל, כיון שהרשב"א חולק, שאם מחזיר לו כפועל בטל, היא ממש דעת מהר"מ, וע"כ דעת הרמ"א שבמחלוקת הפוסקים מהני תפיסה. וכתב הש"ך, דברמ"א בדרכי משה, וכן בסמ"ע סק"ד משמע להדיא שפסק כן מכח דברי תרומת הדשן, וכתב דהוא תמוה, דתרומת הדשן סי' שכט מיירי שאינו צריך להחזיר רק כפועל בטל, ונשאר בצ"ע. (ועיין בחקרי לב חו"מ ח"ב סי' פד, הובא לעיל) דזהו ספיקת תה"ד אם מהני נתינה תוך זמן השכירות והוי מחילה על כל אונס, וכך ס"ל לתה"ד דהוי מחילה. רק נשאר בצ"ע על הרמ"א מדוע כתב דזו הוראתו, הרי זו הוראת תה"ד.

ולענין אי מהני בזה תפיסה, וכנדו"ד שתפס מהכסף שהיה מונח בבית, למש"כ לעיל לא מועילה תפיסה, כיון שהכל תלוי בשעת השכירות, שהיא השעה בה היה צריך להתנות. וכן מבואר בדברי ערוך השולחן (חו"מ שלד ס"א), וז"ל:

"... ואפי' תפיסה לא מהני בזה, דאין זה דומה לכל מוציא דמהני לפעמים תפיסה, דבכאן מעיקר הדין כן הוא דכששניהם ידעו, כיון שגם הפועל פושע למה ישלם לו, ואם שניהם לא ידעו כיון דגם בעה"ב אנוס, משמיא הוא דגזרי עליה דפועל שלא ירויח."

מדבריו עולה שטעם הפסד הפועל, שמשמים גזרו על הפועל שלא ירויח ולא מטעם דהו"ל לאתנויי, ונפק"מ שאפי' היה מוחזק בזמן השכירות תהיה ידו על התחתונה, וכן נפק"מ שלא תועיל תפיסה. וע"ע בתש' חוות יאיר (סי' קנא), במי שהשכיר סוס לח' ימים והתעכב יותר מחמת אונס, ותפס המשכיר מהשוכר שלא בעדים את תוספת הימים שהתעכב. לאחר שהוכיח החוות יאיר שהשוכר פטור מעיקר הדין, כתב דמאחר דפטור מצד הדין ואין כאן טענה לכפירה, אין מקום לזכות ראובן בתפיסתו כלום, רק חייב להחזיר מה שתפס. בעובדא דידיה מיירי שתפס אחרי האונס וע"כ לא מהני תפיסתו, אולם אם היה מוחזק בזמן השכירות, אפשר שהיתה מועילה מוחזקותו. עוד י"ל ששם מיצה את כל זמן שכירותו, ועל הזמן ששכר אכן משלם, והדיון הוא על תוספת הזמן שאינה מכלל השכירות, ולא דמי לנאנס ולא יכול לקיים השכירות. עוד ראיתי בתש' ראשי בשמים (לגאון משה יואל גוריון, אב"ד אניקסט בליטא, סי' צב, כד) שכתב דאם תפס השכירות מן היורש או שתפס מהשוכר עצמו בעודו חי שלא כדין, לולי דעת הרשב"א לא מהני מה שבידו כיון שלא קצב עמו, אלא שבתפיסה ובדרך מקרה בא לידו כסף השוכר, ולא שייך לומר דע"ד כן נתנו לו שיהיה שלו לגמרי. ומבואר מדבריו דרק אי קיי"ל כרשב"א מהני התפיסה, משא"כ לשיטת מהר"מ. ולכאורה לפי הש"ך דעיקר כמהר"מ לא מהני תפיסה, ולרשב"א מהני תפיסה.

[והנה בנדו"ד תפס ממש בידיים, ולא ידועים כעת בע"ח אחרים, שאם רק חצירו היתה תופסת לו, צ"ע אם מהני התפיסה, כיון שחצר מדין שליחות, עיין בנתיבות בכללי התפיסה סע' כא שפסק כדעת הח"מ והב"ש באהע"ז סי' עז דלא מהני, ודעת התומים בקיצור תקפו כהן ס"ק כו דמהני תפיסה, וכדעת הרמ"א. ועיין עו"ד בפ"ת אהע"ז קב, ד, ובתש' רע"א סי' קלג, ואכמ"ל כיון שאינו נוגע לנדו"ד, כיון שתפס ממש.]

ובנדו"ד נראה דכיון שלא היתה שעת ההתנאה, ואם חייב על שני חדשים הוא רק מחמת החוזה הקודם, שהתנאים הראשונים חלים גם על שכירות זו, לא שייך לומר דשכירות ליומא ממכר הוא גם לתקופה של החדשיים אחרי שעזב הבית, דחייב זה יש לו גדר של התחייבות ולא גדר של שכירות ליומא ממכר, וע"כ גם לרשב"א לא תועיל תפיסה. וכאמור לעיל, נראה להלכה דלא מהני בזה תפיסה, כיון שהשעה הקובעת היא שעת השכירות, רק אם יכל לתפוס ולטעון קים לי כרמ"א והרשב"א, ובזה נראה דבנדו"ד אין זה שייך לדין שכירות ליומא ממכר, ואינו יכול לתפוס ולטעון קים לי כנ"ל.

ז. מי נחשב לנתבע

לאמור לעיל שצריך ראובן להתדיין עם יורשי שמעון בד"ת, כיון שהוא מוחזק ותפוס, מי נחשב בנדון זה הנתבע, שיכול לבחור את ביה"ד שידון בדבר כנהוג ע"פ פסק הרמ"א חו"מ יד, א. אם יורשי שמעון, שהם הנתבעים לענין עצם החוב, או ראובן,

משפטיך סימן לא ליעקב תקבג

שמבחינתו יכול להשאיר תפוס בסכום הכסף, ויורשי שמעון הם התובעים אותו כשיוודע להם שראובן תפס סכום מזומן מממון אביהם.

ולכאורה אפשר להביא ראיה לדין זה מתובע שעיכל מעותיו של הנתבע, שידונו במקום התובע, דהיינו שמי שעקלו לו המעות, הוא כעת התובע, ויש לו לילך אחר המעקל, אף שהוא תובע בעצם התביעה. ועיקול הוא פחות מתפיסה, דעיקול הוא רק הפקעת זכויות, ואם בעיקול אמרו, כל שכן בתפיסה ממש. דהא דעיקול לא חשיב תפיסה, עיין בנודע ביהודה (מהדו"ק אהע"ז סי' סח) בדין אשה שמרדה בבעלה, וז"ל:

"ומעתה אשה זו אין לה כתובה רק מה שקיים מבלאות, ולדעת הרבה פוסקים בזאת לא מהני אפי' תפיסה לנכסי צאן ברזל, אלא דלא פסקינן כוותיהו בזה ומהני תפיסה. אבל עכ"פ בזה נחלקו כל האחרונים על הב"ח וסבירא להו דצריך לתפוס מה שבעין, ותפיסת מעות לא מהני, וא"כ לא מהני לאשה זו תפיסה. ואפי' לדעת הב"ח, הרי לא תפסה רק עיקלה בכח השר ומעכבת מלהניח לבעל לגבות, ועיקול לאו תפיסה מקרי, והרי זה דומה לתפסה המפתח דלא מהני. ואפי' אי הוי עיקול מיחשב תפיסה, הרי תפיסה ע"י שליח לא מהני."

מדברי הנודע ביהודה עולה שעיכול אינו נחשב - דינית ומעשית - כתפיסה, וכגון במורדת שצריכה לתפוס נכסי צאן ברזל שלה. העיקול נחשב כמניעה של זכויות הבעלים, אך אין בכך העברת זכויות למעקל. והדבר נלמד ממה שדימה הנוב"י עיקול לתפיסת מפתח, וכשם שתפיסת מפתח היא רק מניעת שימוש של הבעלים בדבר ואין בה הקנאת זכויות כאלה או אחרות בגוף הדבר הנתפס, וכדקיי"ל בחו"מ קד"ד, הוא הדין בעיקול מונע המעקל מהבעלים להבריא את נכסיו ע"י מכירה וכד', אך הדבר לא הקנה לו כל בעלות או קנין על החפץ. ומש"כ הנוב"י בהמשך דאפי' עיקול מחשב תפיסה וכו', אין הכוונה שאכן ס"ל שעיכול נחשב כתפיסה, אלא אפי' בתפיסה לא מהני תפיסה ע"י שליח, וע"כ אפי' היינו לומדים דמחשב תפיסה לא מהני, אבל אליבא דאמת אין העיקול אלא כתפיסת מפתח.

ואם בעיקול שאינו תפיסה יחשב המעקל כנתבע בעל זכות לבחור את מקום הדיון, ק"ו בתפיסה ממש שיהיה לתופס את הזכות לבחור את מקום הדיון. ובעיקול מצאנו כאמור שהמעקל נחשב לנתבע. בתרומת הדשן (סי' שה) דן בראובן ושמעון הגרים בערים שונות, ויש לשמעון תביעה על ראובן, ולראובן יש ממון המושלש אצל לוי הגר בעיר אחרת, ובא שמעון לעיר לוי ועיקל את הממון המושלש, וכעת מתעוררת השאלה היכן יש לדון בדו"ד שבין ראובן ושמעון, האם בעירו של ראובן, לפי הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע, או שידונו בעיר שבה הפקדון המעוקל. וצדדי השאלה - האם אמרינן שהתביעה כאן היא על הנתבע וממילא יש לדון בעירו של הנתבע, או שהתביעה היא על הנכסים המושלשים והמעוקלים, וממילא יש לדון בעיר שבה ה"נתבע" - קרי הנכסים המעוקלים - נמצא. והסיק, שאם הנתבע צאית דינא בעירו, כיון שהתביעה היא בתחילה

כנגד הנתבע ולא כנגד הנכסים, דקיי"ל נכסי דבר איניש אינון ערבין ליה, וקיי"ל שלא יתבע את הערב תחילה, וכיון שהנתבע צאית דינא בעירו, נמצא שעיקול הנכסים היה שלא כדין, וידון בעירו של הנתבע. אולם אם נראה לב"ד לחוש שאם יבוטל העיקול לא יהיה לתובע אפשרות לדון עם ראובן, בכה"ג מחויבים ב"ד בדין גמור לעכב הממון, וכיון דמדינא מעוקל הממון, אם רוצה התובע "להפטר ממנו", צריך לדון עם התובע במקום העיקול. והרמ"א בחו"מ יד,א, כתב וז"ל:

"התובע צריך לילך אחר הנתבע ... ואפי' היה לנתבע מעות בפקדון בעיר התובע או בעיר אחרת, אא"כ יכול לעכב מעותיו בעירו, אז צריך להודיע לנתבע, ואז צריך לדון במקום שמעותיו שם."

הרמ"א אינו מחלק בין התביעה להסרת העיקול לבין התביעה גופא, וא"כ יוצא מדבריו שעליהם לדון בעיר התובע במכלול הדו"ד שביניהם, בין על העיקול ובין על התביעה עצמה. ועיין בסמ"ע ס"ק טו שפירש בדברי הרמ"א, וז"ל:

"פירוש, אא"כ הדין נותן שקודם שירד עמו לדין יכול לעקל מעותיו, והיינו שידע התובע שאם לא יעקל מעות הנתבע יפזרם ולא יפרע לו, אז לא יוכל להביאו למשפט וכיוצא בדברים אלו, כמש"כ בסי' עג. ולאחר שעיקלם שם בדין, אם ירצה הנתבע ליקח המעות, צריך צריך לירד עמו לדין שם במקום שנתעקלו. הרי שבנדו"ד שודאי ירצו יורשי שמעון להוציא המעות מראובן, הם הנתבעים, אפי' אם היה נדון בעיקול. ועיין עוד ברמ"א חו"מ עג, דאם הנתבע מעיר אחרת ונראה לב"ד שמן הראוי לעקל מעותיו של הנתבע, אם הם בעיר התובע; "צריך הנתבע לילך ולדון בעיר התובע להוציא מעותיו".

ומה שאנו גוררים את התביעה העיקרית אחר התביעה להסרת העיקול, אף שלכאורה שורת הדין היתה נותנת שהעקול ידון אגב התביעה העיקרית ובמקום התביעה העיקרית, עיין בברכת שלמה לגר"ש טנא, חו"מ ד,א, וז"ל:

"פרוש הדבר, שאם אמנם על התובע ללכת אחר הנתבע, אבל מאחר שיש לו במקום התובע כסף או רכוש, וקיימת עילה לעקל את מעות הנתבע, אז הופך הנתבע להיות תובע להסרת העקול ומוכרח לבוא למקום התובע להתדיין אתו, ואם כי כעת שניהם שוים, כלומר, כ"א הרי תובע ונתבע גם יחד, ומאי חזית לתת עדיפות לתובע, אך הדבר פשוט כי לאחר הטלת העקול על מעותיו של הנתבע, הרי הנתבע לוחץ להסרת העקול, והוא הופך להיות תובע."

הרי התובע והנתבע כל אחד מהם תובע ונתבע, מדוע שניתן לתובע המקורי את הזכות שהדיון יתקיים במקומו. ע"ז עונה הגר"ש טנא טנא שהנתבע לוחץ להסרת העקול. ובס"ק ב כתב, דמעיקר הדין אפי' לאחר שעשה עקול שהנתבע הפך לתובע וצריך לבוא למקום התובע, כל זה תלוי ברצונו, אם יהיה מעונין בהסרת העקול יבוא ויתבע במקום המעקל, ואם לא יתבע, יחזיק זה במעותיו.

משפטיך סימן לא ליעקב תקכה

ונראה בבאור הדין, דהנה על התביעה גופא, היתה אפשרות שידונו או במקום התובע או במקום הנתבע, והיה צריך להחליט היכן יתקיים הדיון, ומעיקר הדין היה מקום להתדיין דוקא בעיר התובע משום "עבד לווה לאיש מלוה", וכמש"כ הרמב"ם בהל' סנהדרין וז, ומ"מ קבעו חכמים לנהוג, דכיון דמאן דכאיב ליה אזיל לביה אסיא, על התובע, דכאיב ליה, לילך להתדיין במקום הנתבע. ועיין בכנסת הגדולה חו"מ סי' יד, (הגהת טור, ס"ק כא), דכ"ז מצד המנהג, מפני תועלת הנתבע שלא יוציא מנה על מנה, עיי"ש. ובעיקול, כיון שחושש התובע שהנתבע יבריש נכסיו, וע"כ עיקל את נכסי הנתבע שבעירו, והעקול היה כדין, שלא היתה לתובע אפשרות אלא לעקל בבי"ד שבעירו, שאל"כ היה הנתבע מספיק להבריח, או מפני שאינו צאית דינא בעירו, וכמש"כ בתה"ד, בכה"ג לא נאמר הכלל של התובע הולך אחרי הנתבע, שכלל זה נאמר במצב של שתי אפשרויות שוות, להתדיין במקום התובע או הנתבע, אבל אחרי שהוגש עקול כדין, קנה ביה"ד שבמקום התובע את כחו וחובתו לדון באלה המשפטים אשר תשים לפניהם, גם במכלול, מאחר והכח לדון היה נתון גם לו, ורק נהגו ללכת לעיר הנתבע, ומנהג זה היה קיים דוקא כשב"ד שבעיר התובע לא בצע שום פעולה הקשורה לתביעה, אבל אחרי שביה"ד עיקל והעיקול היה כדין, הרי שניתן לו הכח לדון ולשפוט בדין זה בכל הנובע מהדו"ד בין הצדדים. דכל המנהג היה כששני בתי הדין שוים בכחם, אך כשבי"ד אחד כבר קיבל את הכח לדון בענין העיקול, וממילא יצטרך להכנס לדון לגופם של דברים, אין טעם לנהוג ולהצריכם להתדיין פעמיים, דהמנהג לא נאמר בכגון זה כשבי"ד אחד כבר יש לו כח לדון.

לפ"ז בנדו"ד שראובן תפוס, ויודיע ליורשי שמעון שתפס ממון אביהם, והם יתבעו אותו להחזיר הממון, ויבואו לבית דין לענין תביעתם להחזר הממון, לאמור לעיל ראובן הוא הנתבע, ויורשי שמעון המה התובעים, וביה"ד הדין בהחזר הממון שתפס ראובן, יכנסו לגופם של דברים וידונו בדו"ד בטענות ראובן.

לאור האמור לעיל:

- א. ראובן לא יכול לעשות דין לעצמו, וחייב לדון בדו"ד בענין השכירות עם היורשים, ואינו יכול להעלים את הסכום שתפס.
- ב. ראובן רשאי לתפוס סכום השכירות שדר שמעון ז"ל בפועל בדירה, עד לזמן הפינוי של חפצי שמעון מהדירה. כמו כן רשאי לתפוס גם עבור הצביעה והנקיון.
- ג. לצורך הנ"ל יש לחשב את דמי השכירות לפי המחיר שקבעו בחוזה השכירות האחרון שבין ראובן לשמעון.
- ד. ראובן יודיע ליורשי שמעון שבידו סכום מאביהם, וכשיתבעו אותו להחזר הממון, זכותו של ראובן כנתבע לבחור הבי"ד שידון, והם ידונו ממילא גם בגופם של טענות ותביעות ראובן.

סימן לב

נזקי שבת במכונות/ מטלפון של חברו

ראשי פרקים

א. שבת בבהמה

ב. לא החזיר לבעלים

נשאלתי בשוכר או שואל מחבירו מכונת ליום, ועקב עבירת תנועה נעצר ע"י המשטרה ונגזר על המכונת להיות מושבתת חצי שנה, האם חייב לשלם לחבירו מכונת אחרת למשך התקופה.

א. שבת בבהמה

תוס' בגיטין מב,ב (ד"ה ושור) כתב דיש הרוצים לפטור מי ששאל סוס והוזק אפילו בפשיעה, והתבטל הרבה ממלאכתו, כיון דסופו לחזור ולהתרפאות, דכי היכי דרשינן איש בעמיתו ולא שור בעמיתו, הכי נמי דרשינן איש בעמיתו ולא איש בשור. ואין לחלק בין שומרים לאדם המזיק. ור"ח ס"ל דהשבת הוא בכלל נזק השור, דהשבתו מפחיתה אותו מדמיו. וכן הביא הרא"ש ב"מ ח,ד שתי דעות אלו, וז"ל:

"והשוכר בהמה מחבירו ועלה בה מכה ברגליה בפשיעת השוכר, כגון ששינה בה ולא הוי מחמת מלאכה, פסקו חכמי צרפת ז"ל כיון דסופה להתרפאות מאותה פציעה פטור מלשלם דמי ניזקו ולא הוי אלא שבת. דאביי ורבא פליגי בפרק החובל גבי הכהו על ידו וסופה לחזור, אביי אמר נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה. ורבא אמר אינו נותן לו אלא שבתו שבכל יום ויום. דאביי חשיב ליה נזק כיון דאפחתייה מכספיה. ורבא לא חשיב ליה נזק כיון דסופו לחזור. וא"כ הכא דהוה אדם בשור פטור, דאדם בשור לא משלם אלא נזק אבל לא שבת. ולדבריהם כחש בשר מחמת מלאכה דשמעתין איירי בכחשא דלא הדר, דאי בכחשא דהדר, אפילו שלא מחמת מלאכה נמי פטור דהוה ליה שבת. ויש מחלקין, דודאי גבי אדם לא חשבינן ליה אלא שבת דאינו עשוי להמכר, הלכך לא חשיב אפחתייה מכספיה. ועוד דאדם דמיו יקרים והקונהו פוחת מעט מדמיו כיון דסופו לחזור, אבל גבי שור נקרא נזק שעשוי להמכר ונפחתו דמיו."

ולדעה ראשונה החידוש דאף ששומר חייב בנזקי גרמא, מ"מ אינו נזק כלל. ולדעה שניה הוי נזק, ואף שהוא בגרמא, מ"מ שומר חייב בגרמא. וכן הביא במרדכי ב"ק (פה

משפטיך סימן לב ליעקב תקכז

- פו), וכתב דדעת רבינו מאיר כדעת הר"ח המחייב. גם בשו"ע חו"מ שזו הביא המחבר דעת הפוטרים בשבת בבהמה וי"א שחייב, והרמ"א כתב דסברא ראשונה הפוטרת היא עיקר. ובסמ"ע שזי כתב בדעת הטור, דמהביא את דעת המחייבים בסוף, משמע דס"ל דחייב, והקשה מסי' שמד דשואל פטור בנכחש הבשר מאליו. ובש"ך ה כתב דדעת הטור להכריע דפטור, וכן דעת הגר"א (בהגהה על הרא"ש הנ"ל אות א). ובש"ך ה על אף הכרעת הרמ"א, נשאר בצ"ע לדינא:

"וצ"ע לדינא, דכבר ידוע שקשה לחלוק על דברי מהר"מ, וכן הכריע מהרש"ל שם סי' כב הלכה למעשה דחייב, וכן כתב בפסקי תוספות פרק השולח סי' קעג סתמא דחייב. ע"כ נראה דהוי ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראיה. ובפרט שהתוספות והרא"ש ור"י לא הכריעו, ולא כהרב והע"ש שכתבו שהסברא הראשונה נראה עיקר. וכתב עוד מהרש"ל סי' כב, מיהו שבת בלא נזק כגון שסגרה בחדר שאינה יכולה לעשות מלאכה פטור, וכמ"ש המרדכי ריש הגוזל קמא."

מבואר מדבריו דאם נכחש הבשר וע"י זה הושבתה, צ"ע לדינא ואולינן בתר המוחזק, (ועיין בקצוה"ח ג שהוכיח מדעת התוס' גיטין נגב, ד"ה גזלן דס"ל דחייב בכחש דהדר). אבל בשבת ללא נזק, כגון שסגרה בחדר שאינה יכולה לעשות מלאכה, בזה פטור. וכן מבואר בדברי קצוה"ח שסג, ג, וז"ל:

"... דודאי גבי אדם באדם התורה רבתה לחייבו בד' דברים ואפילו שבת שלא במקום נזק, אבל בנזקי שור לא חייבתו התורה אלא בנזק בלבד, משום הכי בנועל ביתו דליכא דין נזק אלא במה ששובת החנות ממלאכתו, ואין דין שבת באדם דאזיק שור או שאר ממון, ואפילו בכחש דהדר יש פוטרינן משום דהו"ל שבת וכמבואר בסימן שזו, ואפילו למאן דמחייבי אינו אלא משום דדנו אותו לדין נזק, אבל בנועל ביתו דודאי לית ביה משום נזק, לכ"ע פטור, וכן בנועל בהמת חבירו פטור משום דאין שבת בבהמה ..."

מבואר בקצוה"ח דכאשר השבת לא נובע מחמת נזק אלא כשמונע ממנה בידיים לעבוד, גם לדעת המחייבים בשבת בבהמה בכה"ג פטור. ובעצם מחלוקת הראשונים, הנתיבות שמ"ג כתב בטעם הפוטרים בחיוב שבת בבהמה, דמבואר בשו"ע חו"מ תכ"ג-יד דנזק לא נקרא רק כשמחסרו אבר או אפילו חסרו עור שאינו חוזר שנעשה צלקת, ובכגון אלו חייב בנזק, אבל כשאינו מחסרו רק שסופו לחזור לקדמותו לגמרי, לא חייב בנזק רק בד' דברים, וכיון דקיי"ל דשור אינו משלם אלא נזק, ממילא פטור כשעשה היזק בדבר שאינו מחסרו, וכמו בשף מטבע של חבירו דפטור, אף שאם ימכרנו יצטרך למכורו בפחות ואיכא היזק ממון. ומ"מ כתב דמסתברא דעת החולקים, דבשלמא אדם באדם דילפינן ב"ק פד"א תשלומי נזק מקרא דיד ביד, ושם יש חסרון אבר, משא"כ נזק דבהמה דילפינן ממכה בהמה ישלמנה, גם בהכאה בעלמא אף בלא חסרון משלם נזק. ומ"מ נראה דהסכים לכהפ"ח עם דעת הש"ך דהוי ספיקא דדינא. [ועיי"ש דעכ"פ

חייב לשלם שכר הרופא כדי שתחזור לקדמותה; " דכל מזיק מחוייב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי". ועיין עוד להלן. ועיין גם בשבות יעקב ח"ג סי' קעח לענין מזונות שאוכלת בימי חוליה]. עוד כתב הנתיבות בבאור הדעות בתוס' גיטין הנ"ל בענין שבת בבהמה, דגם הפוטרים ס"ל דחייב לשלם מה שנפחתה הבהמה, דהיינו שאין שמין שכר מלאכתה של כל יום ויום שהיתה עובדת, אלא שמין כמה היתה שוה בהמה זו להמכר אם לא היתה מושבתת כו"כ ימים, וכמה היא שוה להמכר בהיותה מושבתת כו"כ ימים, עיי"ש. ולכאורה לפי דברי הנתיבות אין כלל מחלוקת בין הדעות, אא"כ נאמר דלדעה המחייבת משלם נזק שכר מלאכתה של כל יום שהיא מושבתת, וזה לא נראה בדעת המחייבים, עיין לעיל בדברי הרא"ש ששמין כמה שוה להמכר ונפחתו דמיו. ומ"מ בנדו"ד שהמכונת הושבתה ע"י המשטרה ללא נזק, אף לש"ך ולקצוה"ח פטור. ואף לנתיבות צ"ע אם לחייב כמה שוה מכונת זו להמכר בהיותה מושבתת, ובפרט שדעת הרמ"א לפטור לגמרי, והמחייבים לא חייבו אלא בנזק ממש ולא בהשבתה בלבד, וגם בדעת הנתיבות צ"ע להלכה.

אמנם אם מדובר ששכר רכב והמשטרה השביתה את הרכב בפשיעתו, בזה יש סברא לחייבו לשלם דמי השכירות של כל יום, ע"פ מש"כ הנודע ביהודה (תנינא חו"מ נו - נז). הנו"ב נשאל בסתירת דברי המחבר, דבסי' שז נפסק שאין שבת בבהמה, ובסי' שיג, נפסק שאם רגיל הנהר להתגדל והשוכר יודע ענין הנהר ולא המשכיר, פסידא דשוכר. וחילק הנו"ב בין ירד על דעת שכירות או שואל ושומר, דביוורד על דעת שכירות, כל זמן שלא החזירה, חייב לשלם שכירות דבר יום ביומו, ואם נאנס, בידע האונס והמשכיר לא ידע, הו"ל לאתנויי. ואף דבסי' שז מיירי בשכירות, היינו שהחזירה לבעלים, אלא מחמת כחש בשרה אינה יכולה לעבוד, וז"ל:

"דשאני היכא שירד מתחלה בתורת שכירות, אף ששכרה רק למקום ההוא, מ"מ כל זמן שלא החזירה למרא עדיין היא מושכרת בידו וחייב לשלם שכירותה, כיון שהוא ידע מרגילות הנהר היה לו להתנות על זה. ואין זה דומה למה שהביא הש"ך בסוף סי' שז בשם רש"ל שאם סגר בהמת חברו בחדר וביטלה ממלאכה שהוא פטור דאין משלמין בבהמה שבת בלא נזק, דשם לא באה בידו בתורת שכירות וצריכין אנו לחייבו מטעם שבת, בזה אמרינן שאין משלמין שבת בבהמה, אבל היכא שקיבלה בשכירות, אין אנו מחייבים אותו מטעם שבת רק אנו מחייבין אותו מטעם שכירות. ואף שהש"ע שזג, מיירי בשוכר ואפ"ה פוטר מטעם שאין שבת בבהמה, התם מיירי שמחזירה לבעליו אחר כלות השכירות אלא שהוכחשה כחש שסופה להתרפאות, עיי"ש, וכיון שמחזירה הרי כלה שכירותו וצריכין אנו לחייבו מטעם שבת, בזה אמרינן אין דין שבת בבהמה."

הרי דמחלק בין חיוב מדין שבת, שבזה פטור, לבין חיוב מדין שכירות. וכאן אם שכר הרכב ופשע, כל זמן שלא החזירו לבעלים, חייב לשלם השכירות. אבל בשואל

אין לחייבו וכמש"כ לעיל. ואף אם ע"י זה צריך המשאיל להשכיר מכונית אחרת ונגרם לו נזק, אין לחייבו, דאף בבהמה היה צריך מן הסתם להשכיר אחרת, ומ"מ פטור.

גם בענין השוכר שיש לחייבו כנו"ב הנ"ל, עדיין נראה דאין לחייבו בשכר שכירות מלאה של מכונית אלא בשכר כפועל בטל, דהיינו כמה היו רוצים הבעלים לקבל עבור רכב העומד להשכרה, שיעמוד ללא השכרה, דאינו דומה הבא טעון לבא ריקם (ב"מ עז,ב), ועיין רש"י בב"מ עז,ב (ד"ה אבל אינו דומה); "ואומדים את החמרים כמה אדם רוצה לפחות משכרו של אותה דרך, לבא ריקם מלבא טעון". וכדעת רש"י פסק הרמ"א סי' שלג סוף סעיף א, ועיי"ש בגר"א ס"ק ה. ובמכונית לכאורה הפערים הם גדולים, מפני שהבלאי גדול ולכן גם מחיר שכירותה גבוה, וניחא ליה לקבל שכר פחות שלא תפעל וע"י זה שוויה יפחת בהרבה.

ב. לא החזיר לבעלים

ועדיין צ"ע בכל זה, דאפשר דכל הגידון בראשונים ובאחרונים הוא באופן שהחזיר הבהמה לבעלים, רק החזירה באופן שנולד בה מכה והיא מושבתת ממלאכה, אבל באופן שאינו מחזיר לבעלים וממילא משבית ממלאכה, חייב לשלם, דהנה נחלקו האחרונים אם שמעון חייב כסף לראובן מחמת הלואה, והלך שמעון והפקיד חפץ או כסף אצל לוי, אם לוי משועבד לראובן, או כיון דהפקדון חשיב ברשות הבעלים, החפץ שאצל לוי משועבד מכח שמעון הבעלים, ללא צורך בשיעבודא דרבי נתן, ואף אם לא היתה התורה מחדשת שעבודא דרבי נתן ב"ונתן לאשר אשם לו", יכול ראובן לקחת החפץ המופקד בתורת טירפא וגוביינא.

היש"ש ב"ק פ"ד סי' יט כתב דאפילו חוב ראובן הוא הלואה ושמעון בלוי פקדון נמי שייך ביה שעבודא דר' נתן. והוכיח דבריו מהגמ' ב"ק מ,ב דבשור שהוא פקדון יש בו שעבודא דר' נתן, וכן כתב בש"ך פו,י. ובקצוה"ח פו,ד הקשה דאם יש שעבודא דר' נתן בפקדון, א"כ כמו שאין הלואה שמעון יכול למחול בשעבודא דר' נתן, כן נמי לא יוכל ליתן את הפקדון לנפקד, וכמש"כ הש"ך פו,י דמהאי טעמא אין המשאיל יכול להרויח זמן לשואל. וע"כ הסיק הקצוה"ח דכיון דנכסי שומר לא השתעבדו אלא משעת פשיעה ללישנא בתרא בכתובות לד,ב, וכן פסקו רוב הפוסקים, וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ שמא,ד, א"כ לא שייך שעבודא דר' נתן כיון דעדיין לא נשתעבד כלל (ועיין בזה בקצוה"ח רצא,א ובסמ"ע רצא,נח). ואין לומר דעל השומר יש חיוב השבה, ובחיוב זה השתעבד, וז"ל:

"ואין לומר דאע"ג דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיעה, אבל חיובא מיהא רמי עליה להחזיר הפקדון לבעלים ואותו החיוב נתחייב למלוה של המפקד,

דליתיה, דהא התם בפרק אלו נערות גבי שואל טבח הפרה בשבת פטור ללישנא בתרא ומשום דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיעה ובאותה שעה קים ליה בדרכה מיניה, ואמאי הא חיוב הוי עלה משעת שאלה, אלא ע"כ דליכא שום חיוב ושעבוד אלא בשעת פשיעה, וכל זמן שהוא בעין ממון בעלים הוא וכל זמן שיתבענו לוקחים ממון שלהם, וא"כ גם שעבודא דר' נתן לא שייך ביה ויכול ליתנו לנפקד כמו שאר מטלטלים, וזה ברור."

מבואר מדברי קצוה"ח דאין על השומר כל שעבוד להשיב את החפץ לבעלים, וכל זמן שהוא בעין הוי ממון בעלים וברשותם, ואין על השומר כל חיובים אלא משעת פשיעה. ומה שגובה המלוה מפקדון שהפקיד הלוה, היינו משום דכתב הרשב"א בחידושו סוף קידושין דלמה לי הך דר' נתן, תיפוק ליה דיש לגבות מנכסי הלוה בכל מקום שיש לו, והעלה משום דחובות מילי נינהו ולא משתעבדי עיי"ש, וא"כ ודאי פקדון דכל היכא דאיתיה ברשותו דמאריה ויכול להקדישו ולמוכרו, וודאי הוא משועבד וגובה בתורת טירפא, דכל היכא דאיתא ברשותא דמאריה.

וידועה מחלוקת הראשונים בענין שומר שנתן לשליח ומתה הבהמה, וטוען השומר שמא מתה מחמת מלאכה, והבעלים אינם טוענים ברי שלא מתה מחמת מלאכה, אם חייב השומר, אם הוי איני יודע אם נתחייבתי או איני יודע אם פרעתיך. (וכתבתי בענין זה יותר באריכות בח"ג סי' ח,ה). דהנימוק"י (ב"ק לט,א בעמודה"ר), כתב דחיוב השומר הוא משעת הפשיעה או האונס ולא משעת הפשיעה, והביא מדברי הרא"ה, וז"ל:

"דמשעת פשיעה הגורמת לאונס, מתחייב השואל עלה. ונפקא מינה לשואל חמור לרכוב עליה שלוחו ומתה בדרך, והדבר ספק אם מחמת מלאכה מתה אם לאו, דכיון דקיי"ל שאינו חייב עליה עד שעת אונסין, הרי הוא פטור, שהרי זה כאומר איני יודע אם הלוחני אם לאו. אבל השואל את החמור לרכוב עליה ונתנה לשלוחו, והדבר ספק אם מתה בפשיעה או באונס, חייב, שהרי הוא פושע עליה כשנתנה לשלוחו, שהרי אין השואל רשאי להשאל, והוא מתחייב משעת פשיעה, והרי זה כאומר הלוחני ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו, שהוא חייב, עכ"ל."

מבואר מדברי הרא"ה דהדין תלוי אימתי נולד הספק, אם הספק נולד קודם שעת החיוב - שהוא שעת הפשיעה -, הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון שבשעת החיוב אינו יודע אם התחייב. משא"כ אם קדמה שעת החיוב, א"כ החיוב הוא ודאי והספק נפל על הפטור, והוי איני יודע אם פרעתיך שהוא חייב. והרא"ש בב"מ (פ"ח ה"ד) כתב במי ששאל פרה, דפטור במתה מחמת מלאכה: "אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עיפות טורח בדרך, לא יוכל להשבע שמחמת מלאכה מתה". מבואר מדבריו דכאשר יש ספק אם מתה מחמת מלאכה, כיון שאין השואל יכול לטעות בתורת ודאי שמתה מחמת מלאכה, חייב לשלם. וביש"ש ב"ק י,ג כתב להקשות על דברי הרא"ה הנ"ל, וז"ל:

"ותימא לי, אי איירי שטען המשאל ברי לי שפשעת, כגון שראה מרחוק, א"כ

משפטיך סימן לב ליעקב תקלא

אפילו גבי ידיה נמי מחייב, דהוי כהלוייתני ואיני יודע אם פרעתין, דהא אתחייב ליה להשיב בהמתו, ובטענת ספק רוצה ליפטור עצמו, נגד טענת ברי. ואי איירי שג"כ המשאיל בא בטענת שמא. נ"ל דאפי' גבי שליח פטור. דהא אין כאן טענת ודאי לחייבו, ושמא ושמא הוא, והמוציא מחבירו עליו הראיה."

מבואר ביש"ש שיש חיוב על השואל להשיב החפץ לבעלים, וכאשר בא לפטור עצמו בטענת מתה מחמת מלאכה הו"ל איני יודע אם פרעתין. ובקצוה"ח שמ"ד הביא את דברי היש"ש, וכתב על דבריו, וז"ל:

"ולפענ"ד נראה דברי הרא"ה נכונים מכל צד, והוא דודאי לדעת האומר דשומר משעת פשיעה משתעבד, א"כ כל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב, דמש"כ ביש"ש דהא אתחייב ליה להשיב בהמתו כו', אינו נראה, והוא משום דשומר אין עליו חיוב השבה כלל כל זמן שהוא בעין, ודוקא גנב וגזול הוא דמיחייבי בהשבה אבל שומר אינו חייב בהשבה, אלא כל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהן."

דעיקר יסודו של קצוה"ח דהו"ל איני יודע אם נתחייבתי וכדעת הרא"ה, דאין על השומר כל חיוב קודם הפשיעה, ומיד בפשיעה שהיא שעת החיוב, נולד הספק אם יש כאן חיוב אם לאו, אם מתה מחמת מלאכה אם לאו, וע"כ הו"ל איני יודע אם נתחייבתי. והביא מדברי הריטב"א דאפילו למ"ד ששואל מתחייב משעת משיכה, היינו לענין שישתעבדו נכסיו למפרע, ואינו חיוב גמור לאלתר, דהא ודאי כל כמה שהוא בחיים, כל היכא דאיתא, ברשותא דמאריה איתא, וליכא על השומר שום חיוב, אלא לומר דכי נגנבה או נאנסה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה, ונפקא מינה למי שמכר נכסים בינתיים. ומזה הוכיח קצוה"ח דאין על השואל חיוב השבה.

וחזר הדין בדברי קצוה"ח קצוה"ח לענין לוקח או מוכר שקנו בקנין כסף וחזר בו אחד מהם, לענין אחריות דמי המקח שאצל המוכר, שיכול המוכר לומר ללוקח בא וטול את שלך (כמבואר לעיל מהסוגיא ב"מ מט, א - ב), וז"ל קצוה"ח:

"הטעם דגבי פקדון אין הנפקד חייב בהשבה לבעלים, דאינו חייב בהשבה ליד בעלים אלא גזול כדכתיב (ויקרא ה, כג); והשיב, וכן לזה, דמלוה להוצאה ניתנה והפרעון מחויב ליתן ליד בעלים, אבל שומרין לא מחייבי בהשבה כלל, אלא פקדון כל היכא דאיתיה ביד בעלים הוא והמפקיד הוא שהולך לבית שומר לקבל פקדונו, ומשום הכי יכול לומר לו בא וטול את שלך. וכן נראה ממש"כ הנימוק"י ריש פ"ק דב"ק (ד, ב בעמוה"ר) בהא דתני' (יא, א) יביא עדודה לב"ד ע"ש, דהיינו דוקא היכא שמתה בפשיעה צריך להביא עדודה לב"ד, אבל אם מתה באונס אומר לו הרי שלך לפניך, ע"ש. ומכל שכן היכא דפקדון בעינא דאומר לו הרי שלך לפניך ובא וטול את שלך, אבל הלואה דהפרעון אינו דבר שהלוהו דלהוצאה ניתנה, משום הכי צריך לפרוע ליד בעלים"

מבואר מקצוה"ח בטעם החילוק בין הלואה לפיקדון, דהלואה כיון שלהוצאה ניתנה ואינה חוזרת בעין, לא שייך לומר דכל היכא דאיתא, ברשות מלוה איתא, וע"כ יש עליו חיוב השבה, משא"כ בשאלה ופקדון הוא ברשות הבעלים. ובגזילה הביא דוהי גזירת הכתוב של והשיב. ולכאורה למה לי גזירת הכתוב, זיל בתר טעמא, דכיון דשניהם אינם יכולים להקדיש, אינו ברשות הבעלים. וי"ל דחיוב התורה אפילו לאחר שנודע שגזלו, והגזלן רוצה להשיב, וסד"א דכעת הוי כברשות הבעלים ויכול הגזלן לומר בא וטול, קמ"ל התורה שיש עליו חיוב להשיב את הגזילה.

והנה בגמ' ב"מ פא,א מבואר דלאחר זמן השאלה, פטור מדין שואל וחייב כשומר שכן, דהואיל ונהנה - מהנה. ועיי"ש ברש"י שפירש דהואיל ונהנה - בשאילה, מהני - להיות עליה שומר שכן עד שתגיע ליד הבעלים. ולכאורה אם נאמר כיש"ש ולא כקצוה"ח דיש חיוב השבה בשומר, א"כ בשעת השאלה התחייב בהשבה, וחייב להיות שואל עד שתגיע ליד הבעלים, ולא מחמת הואיל ונהנה מהני אלא מחמת עצם השאלה יש עליו חיוב להשיב את החפץ לבעלים. וא"כ מוכח לכאורה דבעצם השאלה לא התחייב בחזרה. ועדיין יש לחלק, דבעצם חיוב ההשבה התחייב להשיב, אלא שהאחריות מגמר זמן השאלה עד ההשבה אינה אחריות של שואל, כיון שחיובי שואל הם רק בשעת זמן השאלה, וחיוב ההשבה הוא חיוב נוסף, וגודל האחריות היא כשומר שכן דהואיל ונהנה מהני.

ויש לעיין בדברי הריטב"א בתש' (סי' קפה) שדן בראובן שהשאל לשמעון, והלך שמעון והשאל החפץ ללוי בלא רשות ראובן, ורוצה לוי לתפוס החפץ בטענה שראובן חייב לו, אם דמי לסטראי ויכול לתפוס, או לא. וכתב הריטב"א דאינו יכול לתפוס, כיון שיש עליו חיוב להחזיר לשמעון, מחמת היות שמעון משאל ולוי שואל, וז"ל:

"נראה דהא לא דמיא, דהכא כיון שבתורת שאלה קבלו משמעון נתחייב לו בשמירתו ולהשיב. ואפי' למאן דאמר התם (ב"מ להב) השואל פרה מחבירו והשאלה לאחר תחזור פרה לבעלים הראשונים, התם הוא לפי שעומדת ברשות בעלים לאונסין, אבל הכא כבר נתחייב לו בשמירתו ולמעבד ליה השבה גמורה. תדע, שאם לא כן למה מתחייב האחרון באונסין לימא ליה לאו בעל דברים ידידי את, כי לא היתה הפרה שלך, אלא ודאי חייב הוא לשני שנעשה לו שומר ושואל, ואע"פ שהשני עשה שלא כראוי שהשאלה לאחר. ולא דמיא לההוא עובדא דאבימי, דשאני התם דברשות בעל דבר הגיעו לידו וכאלו קבלם מידו אלא שזה פשע בשמירתו כשלא קבל השטר" ...

ומבואר שם בריטב"א דמרשות שואל יכול לתפוס, אולם אם הגיע ליד התופס בתורת שאלה מהשואל, התחייב לשואל (שהשאל שלא ברשות) בחיוב השבה, וע"כ לא שייך לתפוס כשיש עליו חיוב השבה. ומבואר לכאורה בריטב"א שיש עליו חיוב השבה. ודברי הריטב"א הביאם הש"ך נח,ט והנתיבות פו,א. ולמעשה קצוה"ח עצמו בסי' ד,א

משפטיך סימן לב ליעקב תקלג

הביא את דברי הריטב"א לענין שומר שרוצה לתפוס פקדון שהפקידו אצלו מדין עבד אינש דינא לנפשיה. והביא את דברי הזוהר לאסור תפיסת פקדון, והוסיף קצוה"ח:

"ויש לזה פנים על פי נגלה, והוא שיטת הריטב"א פרק הכותב דהיכא שבא ליד הנפקד בתורת פקדון צריך למיעבד השבה מעליא, ועיין ש"ך נח, ט, ולכן בעל נפש ירחיק מזה."

וראיתי במשפט שלום למהרש"ם ס"ס קצח שהקשה כן על קצוה"ח. ועדיין י"ל דודאי גם קצוה"ח מודה שיש עליו חיוב להשיב ואסור לו למנוע מהבעלים ליטול את שלהם, אלא ס"ל שאין חיוב להשיב ליד הבעלים וסגי באומר טול את שלך, וכאשר בא לתפוס חפץ, הרי אינו רוצה להשיב ואינו אומר טול את שלך, ובזה גם הקצוה"ח מודה שאינו יכול, דהריטב"א מיירי דמונע מהבעלים ליטול את שלהם. וזה כוונת קצוה"ח דאין בזה שעבוד דרבי נתן, דכיון דהחפץ ברשות בעלים, הם נוטלים מרשותם, רק על השומר יש חיוב לא למנוע מהם ליטול את החפץ הנמצא ברשותם. וכל זמן שלא היתה פשיעה בחפץ, אין כאן חיוב על השומר ושעבוד על נכסיו, למ"ד דמשעת פשיעה מתחייב.

עוד הקשה מהרש"ם מדברי המל"מ גזילה ואבירה ג,ד (לפני ד"ה עוד הקשו) דבהיזק שאינו ניכר פטור בשוגג דוקא היכא דלא אתי לידיה בתורת שמירה וגם לא גזלו, אלא שהלך וטימא טהרותיו של חברו, אבל גזלן או שומר שטימאו בידים תרומה של חברו, אף בשוגג חייב;

"משום דאלו בעו למיעבד השבה מעלייתא, וכיון שהזיקו בידים, אף שהן שוגגים והוא היזק שאינו ניכר, לא מצו אמרי הרי שלך לפניך".

ומבואר דבשומר בעי למיעבד השבה מעליא, וזה דלא כקצוה"ח. כך הקשה במהרש"ם. ולכאורה י"ל דאף לקצוה"ח צריך להשיב השבה מעליא, אלא שאין לו חיוב להשיב לידו או לרשותו, ויכול לומר בא וטול את שלך והרי שלך לפניך, אבל החיוב לשלימות החפץ אפילו מהיזק שאינו ניכר, אפשר דבעי אף לקצוה"ח. והטור בחו"מ סי' עב הביא תש' הרא"ש בשואל שמסר את החפץ המושאל ליד בנו הגדול של המשאיל, ואבד החפץ. וכתב הרא"ש לחייבו, וז"ל:

"תשובה שמעון פושע הוא שמסרו ליד בן ראובן אפילו אם היה גדול ... אבל הממשכן או המשאיל חפץ ליד חברו צריך להחזיר ליד הבעלים כדתנן השואל את הפרה ושלח לו ביד בנו וכו', כ"ש הכא ששלחו לו ביד בנו קטן דאבירה מדעת היא."

ואף בזה י"ל דגם לקצוה"ח חשיב פושע, הואיל וגם לקצוה"ח יש חיוב להשיב לבעלים, רק לא לידם או לרשותם ויכול לומר לבעלים בא וטול את שלך, אבל כשמחמת פשיעתו לא יוכלו הבעלים ליטול את שלהם, בזה ודאי יש על השומר או השואל חיוב, וליד הבעלים לאו דוקא, אלא סגי שיאמר טול את שלך וכו'. ועיין עוד בסמ"ע עב, צח

ובמה שנחלק עליו הש"ך בס"ק קלו, ומחלוקתם באיזה אופן יחשב כפושע אם יחזיר שלא ליד הבעלים, אבל לא נאמר שם שאינו יכול לומר לבעלים בא וטול את שלך.

ומאותו הטעם אין להקשות מדברי הנתיבות שמ"ג (הנ"ל) שדן בבהמה שנולד בה מכה בפשיעת השומר, באופן שאינה יכולה לעשות מלאכתה שתהא עושה ואוכלת, וכשהבעלים יזונו אותה משלהם תאכל כל דמי שווי הבהמה ויותר, אם השומר חייב ליתן דמי המזונות או לא. וכתב הנתיבות דודאי חייב, דכיון דאם תמות הבהמה תחת ידו חייב לשלם, גם בזה הוי בכלל הנזק וחייב במזונותיה:

"ועוד, דאי לא תימא הכי, כיון שהבהמה עושה ואוכלת וכשנולדה בה פשיעה עד שאינה יכולה לעשות מלאכה והבהמה תאכל עד כדי דמיה, אינו משיב לו מאומה ושומר חייב בהשבה, וזה לא הוי השבה, דהא מקרא דוהשבותו לו (דברים כב,ב) באבידה ילפינן (ב"מ כח,ב) שלא יאכיל עגל לעגלים, אלמא דבכה"ג לא מיקרי השבה. אף דבגזלן ודאי מהני השבה אפילו בכה"ג, היינו משום דבגזלן כל כמה דליכא שינוי קרינן ביה אשר גזל (ויקרא ה,כג), וכן מזיק בכהאי גוונא פטור דאין צריך השבה..."

היינו שלשומר יש חיוב שהחפץ יחזור בשלמותו לבעלים, ואם יפשע (או כל שומר לפי חיובו), חייב לשלם לבעלים כיון שאינו משיב להם החפץ. דחיוב השבה בחפצא יש לכ"ע, שאם יפגם מהחפץ, חייב לשלם דאינו השבה מעליא, ורק אין חיוב גברא של השומר לטרוח בהשבה ויכול לומר הרי שלך לפניך ובא וטול את שלך, וממילא לא נחלקו קצוה"ח והנתיבות בזה. דכ"ע מודו שיש על השומר חיוב שהחפץ לא ינזק באופן כזה או אחר, וקצוה"ח חידש דאם החפץ בשלימותו בעין, אין על השומר חיוב השבה לרשות הבעלים, כיון שגם ברשות השומר הוא ברשותם, ויכול לומר בא וטול את שלך.

ובנתיבות בהקדמה לסי' עו מבואר לכאורה שאינו צריך ליתן לידו או לרשותו. הנתיבות מחלק בין הלואה לגזל ופקדון, דבהלואה צריך לתת למלוה ממש, משא"כ בגזל ופקדון "בהשבה לבד באומר הרי שלך לפניך סגי, אע"ג שאין הנגזל יכול ליטלו". והביא לזה ראיה מהגמ' ב"ק דף מה,א גבי שור הנסקל, דהחזירו עד שלא נגמר דינו - מוחזר, ומשנגמר דינו, פליגי ר' יעקב ורבנן אי יכול לומר הרי שלך לפניך, ומוקי לה התם באתפסיה לבי דינא, ובתוס' (ד"ה השתא) כתבו דאפילו כשהוא ביד בית דין מצי אמר לו הרי שלך לפניך. ואף שהבית דין ודאי לא יתנו השור לבעלים, לא מיבעיא קודם שנגמר דינו, דודאי לא יתנו לו הבית דין דהא יעריקנו לאגמא, אלא אפילו אחר שנגמר דינו ג"כ לא יתנו לו הבית דין, כיון שצריכים לקיים בו מצות סקילה. ומבואר שאפילו אם אין יכול הנגזל או המפקיד יכולים ליטלו, יכול השומר הרי שלך לפניך. ולפ"ז אינו צריך לתת לרשות הבעלים.

משפטיך סימן לב ליעקב תקלה

אולם מהמשך דברי הנתיבות אפ"ל דצריך ליתן לרשות הבעלים בדוקא. הנתיבות מקשה דא"כ אם יגנב החפץ ויוכר הגזלן, מדוע לא יוכל לומר הרי שלך לפניך. וחילק הנתיבות, דבגזלו גזלן הרי החפץ אינו ברשות הבעלים ואינו ברשות השומר אלא ברשות הגזלן, משא"כ בשור הנסקל הוא ברשות ב"ד, אלא שהבעלים לא יכולים לקחתו משם, וז"ל:

"דהא כתבו התוס' בב"ק מה, א (ד"ה השתא) דשור תם שהזיק אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך, משום דכבר הוא ברשות הניזק, עיי"ש. ואם כן הכא נמי כיון שהוא ביד הגזלן, וקיי"ל (ב"ק סט, א) גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, משום הכי אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך, שכבר אינו ברשותו מפני שהוא ברשות הגזלן, שהגזלן קנה אותו בקנין גזילה, ועוד דהשבה ליד בית דין בעי למיעבד, כדמוכח בב"ק צח, א גבי הדוחף מטבע של חבירו לים, וקאמר התם, דגזלן הוא והשבה בעי למיעבד. עכ"פ מוכח, דאף כשהוא ביד בית דין דאף דאינו יכול ליטלו, יכול לומר לו הרי שלך לפניך."

נראה מדבריו דיכול לומר הרי שלך לפניך גם כשהוא ברשות השומר והבעלים אינם יכולים לקחתו. אמנם מהמשך הדברים נראה דאין ראיה משור הנסקל, דבשור הנסקל כבר השיבו ליד ב"ד וחשיב השבה, רק החידוש שאף שאינה השבה מעליא, כיון שכעת הוי שור הנסקל האסור בהנאה, מ"מ מכח הרי שלך לפניך חשיב השבה. וא"כ חזרה לרשותו או לרשות ב"ד בעי למיעבד, רק יכול לומר הרי שלך לפניך. ויש לעיין בזה.

אמנם בסמ"ע שדמ, ז כתב בבאור דברי הרמ"א בס"ב (הנ"ל) לענין טול את השברים, דמיירי שרוצה השואל לתת למשאל והמשאל אינו רוצה לקחת, ומעין מש"כ בסי' קב (הובא לעיל), אבל בלא"ה אינו יכול לומר למשאל טול את שלך, ורק במסרב המשאל לקבלם, נפטר השואל. וביתר ביאור מצאנו הגהות דרישה ופרישה (חו"מ סי' שדמ), וז"ל:

"אינו ר"ל שיהיה מחויב המשאל לחזר אחריהן לביתו של שואל, דכיון דכל הנאה שלו הוי, ודאי צריך השואל להדרו, אם לא שהתנה עימו בפירוש דומיא דהלואה ..."

ומבואר להדיא שצריך השואל להחזירו לביתו של משאל. לפ"ז באנו למחלוקת האחרונים אם צריך השואל להחזיר החפץ לביתו של שואל. ואין לומר דלסמ"ע אין עליו חיוב להחזיר, ורק יש עליו חיובי אונסין כשואל, דמלשון הסמ"ע משמע שצריך להחזיר כיון שכל ההנאה שלו.

ולכאורה נראה דאף לשיטת הסמ"ע החיוב להחזיר לבית הבעלים הוא לשואל בלבד כיון שכל ההנאה שלו, אבל שומר או שוכר, שאין כל ההנאה שלהם, אינם מחויבים להחזיר לבית הבעלים, ובזה אף הסמ"ע יודה לקצוה"ת. ונראה דבנדר"ד אף בשואל,

תקלו משפטיך סימן לב ליעקב

בסופו של דבר לאחר שהמשטרה תשחרר את הרכב, יחזירנו לבעלים, וכל הטענה אינה מחמת שאינו מחזירה אלא שמחזירה לאחר זמן, וא"כ התביעה בזה היא תביעת שבת, ובזה כתבנו לעיל דבשואל אין חיוב שבת בכה"ג. ורק אם בכלל לא יחזיר לבעלים, בזה יש לחייבו את כל המכונית כדין שואל שלא החזיר מה שהשאיל. אבל בנדר"ד שיחזיר לאחר זמן, אין לדון אלא מדין שבת, וזה אין לחייבו.

לאור האמור לעיל:

- א. אין לחייב את השואל על השבתת המכונית ע"י המשטרה.
- ב. יש לחייב את השוכר בדמי שכירות עבור ימי ההשבתה, אך לא שכר שכירות מלא אלא כ"פועל בטל", כמה היה רוצה לקבל עבור מכונית מושכרת, שלא יסעו בה.

סימן לג

שוכר דירה בדמי מפתח שהשכיר לאחר

ראשי פרקים

- א. שינה מתנאי השכירות, אין מבטל השכירות
- ב. תשלום שכירות משמעותי לראובן

יעקב בעלי הדירה, השכיר דירתו בדמי מפתח לפני כשלושים שנה לראובן. לפני כעשר שנים נפטר יעקב, ולא השאיר אחריו יורשים ידועים. בסמוך ונראה רצה ראובן לעקור לחו"ל לתקופה מסוימת, וחשש שאם הדירה תשאר פנויה היא תלקח ע"י האפוטרופוס הכללי, ע"כ השכיר את הדירה בשכר דירה חדשי של 500 דולאר. לאחרונה חזר ראובן ארצה וכאשר תבע משמעות את פינוי הדירה, נתקל בסרוב מוחלט. כמו כן שמעון מסרב לשלם לראובן את החוב של השכ"ד בגין מספר שנים בהם לא שילם את השכ"ד.

טענת שמעון: לראובן היה זכות מגורים בדירה. חל עליו איסור להשכיר את הדירה שבדמי מפתח לאחר. משהשכיר את הדירה, פקעה זכותו על הדירה, והדירה חוזרת לבעליה. יבוא בעל הדירה או יורשיו ויבקשו לפנותו. הוא טוען כנגד ראובן: לאו בעל דברים ידידי את. מנגד טוען ראובן כי זכותו של שמעון בדירה היא מכח חוזה השכירות שביניהם, ועליו לפנות את הדירה ע"פ חוזה השכירות ולשלם את החוב שחייב בגין השכירות.

א. שינה מתנאי השכירות, אין מבטל השכירות

נראה כשהמשכיר מתנה תנאים בשכירות והשוכר עובר על התנאים, אין כאן ביטול מקח של השכירות אלא זכות תביעה של המשכיר, לעיתים לחייבו ביותר או להפסיק את השכירות מכאן ולהבא, אך אין כאן הפסקה או ביטול אוטומטי.

תנן במשנה ב"מ עח,א: השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה, בבקעה והוליכו בהר, אפילו זו עשר מילין וזו עשר מילין, ומתה - חייב. השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה, אם החליקה פטור ואם הוחמה חייב. להוליכה בבקעה והוליכה בהר, אם החליקה חייב ואם הוחמה פטור, אם מחמת המעלה. ובגמ' שם, מאי שנא רישא דלא קא מפליג ומאי שנא סיפא דקא מפליג. אמרי דבי רבי ינאי, רישא שמתה מחמת אויר דאמרינן אוירא דהר קטלה ואמרינן אוירא דבקעה קטלה (לא הוחלקה

ולא הוחמה ומתה מעצמה, הואיל ושינה בה, יכול לומר לו לא מתה זו אלא מחמת אויר, לא היתה לימודה ליגדל באויר הר וקשה לה, או לא היתה לימודה באויר בקעה וקשה לה - רש"י). רבי יוסי בר חנינא אמר כגון שמתה מחמת אובצנא (עייפות ויגיעה ממשאה). רבה אמר כגון שהכיסה נחש. רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הא מני רבי מאיר היא דאמר כל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן (וקמה ליה ברשותיה להתחייב בכל אונסיה, וסיפא רבנן). והקשתה הגמ' הי רבי מאיר, ועיי"ש מה שתירצה הגמ', דתניא רבי שמעון בן אלעזר אמר משום ר"מ, הנותן דינר לעני ליקח לו חלוק, לא יקח לו טלית. טלית - לא יקח לו חלוק, מפני שמעביר על דעתו של בעה"ב, עיי"ש. ומ"מ מבואר דלדעת דבי רבי ינאי, רבי יוסי בר חנינה ורבה חיוב ברישא ובסיפא בשינוי, לא מחמת היותו גזלן אלא מפני ששינה הוי ליה פושע, ואין לו פטור של אונסין. ולרבי יוחנן לרישא קיי"ל כר"מ דמעביר על דעתו של בעה"ב דינו כגזלן, וסיפא כרבנן שאין דינו כגזלן, ורק במקום ד"ל שהוא פושע יש לחייב, והיינו הוחלקה או הוחמה. ונפק"מ כמש"כ הריטב"א בסוגיא דאפילו במידי דליכא קפידא גמורה ולא פשיעה גמורה נמי מחייב. והרי"ף בסוגיא (ב"מ מח, בעמוה"ר) כתב דליתא לדרכי מאיר, עיי"ש בנימוק"י:

"...ולית הלכתא כרבי מאיר אלא כרשב"ג דמיקל, מפני שמעביר וכו'. וכן בהא לית הלכתא כרבי מאיר, משום דתרווייהו הני בחד טעמא שייכין, וכי היכי דלית הלכתא בהא כרבי מאיר, הוא הדין דלית הלכתא כוותיה בהא. ובלאו הכי נמי הא קיי"ל דלית הלכתא כר"מ בהא דמעביר וכו'."

גם הרא"ש ב"מ פ"ו סה"ט כתב דלא קיי"ל בהא כרבי מאיר. וכן מבואר מדברי הרמב"ם הל' שכירות ד,א דחילק בין הוחלקה להוחמה ובין הר לבקעה, כסיפא דמתניתין, ואי כר"מ הו"ל לחייב בכל ענין. וכן בשו"ע חו"מ שט,א-ב.

ובמשנה ב"מ לה,ב: השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אלא תחזור פרה לבעלים. ובגמ' שם לו,א איתא פלוגתא בדין שומר שמסר לשומר, עיי"ש. והרי"ף בסוגיא (כ,א בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"שמעין מנה דהיכא דאיכא עדים דנטרה שומר בתרא כי אורחה ונאנסה, לא מיחייב שומר קמא לשלומי דהא ליכא שבועה, דלימא ליה אנת מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה. ואע"ג דאמר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כדאמרינן בגיטין [בפרק כל הגט] ואם אמר לו טול לי ממנה חפץ פלוני הרי זה לא ישלחו ביד אחר שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ואמרינן עלה אמר ריש לקיש כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאל ולא השוכר רשאי להשכיר, הני מילי לכתחלה אבל דיעבד אע"ג דאינו רשאי אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבין ליה, דהא גבי השוכר פרה מחברו והשאלה לאחר ומתה

משפטיך סימן לג ליעקב תקלט

כדרכה כיון דליכא פשיעותא דהא מתה כדרכה לא מיחייב שוכר לשלומי מדיליה, ואע"ג דהשאלה לאחר. ושמעין מינה דלא סבירא לן כרבי מאיר דאמר כל המעביר על דעת בעה"ב נקרא גזלן."

מבואר ברי"ף דמהסוגיא עולה דאין המשכיר או משאיל לאחר דינו כגזלן, דרך לענין שבועה אינו נאמן, ואף שי"ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, הני מילי לכתחילה, אבל בדיעבד אין דינו כגזלן ואינו חייב באונסין, ואי איכא סהדי דנאנסה, אין לחייבו. הרי דלא קיי"ל בהא כרבי מאיר.

והנה הגמ' ב"מ עח,ב הביאה את דברי רבי מאיר שמהם אפשר לנסות ללמוד שהמעביר על דעת בעה"ב נקרא גזלן. הי רבי מאיר, אילימא רבי מאיר דצבע, דתנן הנותן צמר לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום, רבי מאיר אומר נותן לו דמי צמרו. רבי יהודה אומר אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו את השבח. ממאי, דלמא שאני התם דקניא בשינוי מעשה (ששינהו מכמות שהיה, ואיכא למאן דאמר שינוי קונה, בהגוזל קמא (בבא קמא ק, ב), אבל גבי החמור לא נשתנה החמור - רש"י). אלא הא רבי מאיר דמגבת פורים, דתניא מגבת פורים לפורים, מגבת העיר לאותה העיר, ואין מדקדקין בדבר, אבל לוקחין את העגלים ושוחטין ואוכלים אותן והמותר יפול לכיס של צדקה. רבי אליעזר אומר מגבת פורים לפורים, ואין העני רשאי ליקח מהן רצועה לסנדלו אלא אם כן התנה במעמד אנשי העיר דברי רבי יעקב שאמר משום רבי מאיר, ורבן שמעון בן גמליאל מיקל. דלמא התם נמי דאדעתא דפורים הוא דיהיב ליה, אדעתא דמידי אחרינא לא יהיב ליה (וכיון דלאו אדעתא דהכי יהיב - נמצא מעות בחזקת בעלים, חוץ מן היוצאין בסעודת פורים). אלא הא רבי מאיר, דתניא רבי שמעון בן אלעזר אומר משום רבי מאיר הנותן דינר לעני ליקח לו חלוק, לא יקח בו טלית, טלית - לא יקח בו חלוק מפני שמעביר על דעתו של בעל הבית. ודלמא שאני התם דאתו למחשדיה (לבעל הבית בנודר ואינו מקיים, ששמעו עליו שאמר ליקח טלית לפלוני עני ולא קנה לו), דאמרי אינשי אמר פלניא זבנינא ליה לבושא לפלוני עניא ולא זבן ליה, אי נמי זבנינא ליה גלימא ולא זבן ליה. אם כן ליתני מפני החשד, מאי מפני שמעביר על דעתו של בעל הבית, שמע מינה משום דשני הוא, וכל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן. ובראיה ממגבית פורים דדחתה הגמ', הבאור דיש לחלק בין עובר על דעת הנותן לבין עובר על דעת המשאיל והמשכיר, דבנותן שלא נתן אלא על דעת כן, א"כ כל עוד לא ללקח העני המעות לסעודת פורים, המעות ברשות הנותן, משא"כ בתנאי בשאלה ושכירות, השאלה והשכירות קיימת בכל ענין, רק השאלה אם השינוי הופך אותו לגזלן, וזה אין ראיה מנותן מעות עניים. וזה מבריייתא הראשונה. אולם מהבריייתא הנותן דינר לעני ליקח חלוק, מבואר להדיא דהטעם מפני שמעביר על דעתו של בעה"ב,

ולמסקנא שהוא גזלן, וזה שייך גם בשאלה ושכירות. ועיין בריטב"א שכתב בפירוש הא דאדעתא דפורים הוא דיהיב, וז"ל:

"דהתם כיון דמצות היום היא, קפידא רבה איכא לנותנים שאינם רוצים לשנותו וכאילו נתנום בפירוש על מנת שאם ישנו אותם עניים בדברים אחרים שלא יהו נתונים, מה שאין כן במשנתינו, דכיון דליכא שינוי השתא מהר לבקעה ולא מתה מחמת שום שינוי, אין לדון אותו כגזלן."

הרי שחילק בין קפידא רבה דמוכח שרצונו לביטול הנתינה אם ישנה, לבין שינוי מהר לבקעה. דמה שאמר ר"מ כל המשנה הוא בכל שינוי, אבל בקפידא רבה י"ל דכן הוא בעצם מהות הנתינה. (ועיין בתורת חיים מה שכתב בבאור החילוק). ומ"מ השאלה אם לפי המסקנה זה גם הטעם בבריתא קמא של מגבית פורים לפורים, או שהדחיה אדעתא דפורים הוא דיהיב ליה, נשארה אף למסקנא. והנפק"מ, דאם נאמר שהטעם במגבית פורים לפורים מפני שמעביר על דעתו של בעה"ב, כיון דלא קיי"ל להלכה כר"מ, לא קיי"ל דמגבית פורים לפורים, ולהלכה יכול לשנותה. אבל אם הדחיה נשארה על מכוונה, והטעם דמגבית פורים לפורים מפני שאדעתא דפורים הוא דיהיב ליה, א"כ אפשר דלהלכה קיי"ל כן. והרמב"ם בהל' מגילה ב, טז כתב דאין משנים מעות פורים לצדקה אחרת. ועיין בלח"מ שם מש"כ בזה.

ומ"מ כיון דלא קיי"ל כר"מ, גם אם מעביר על דעת בעה"ב במה שהשכירו לאחר, מ"מ אינו גזלן אלא שיש עליו דינים כמפורט בחוק הגנת הדייר (סעי' 107) שיכול המשכיר לתבוע סילוק השוכר השני מהמושכר או חלקו בדמי מפתח, אבל מ"מ השכירות המוגנת לא בטלה ואין דינו כגזלן, אף שעבר על דעת בעה"ב.

לאמור אין מקום לטענת שמעון כי זכות הפינוי נתונה רק ליעקב בעל הבית, דכיון שראובן הוא בעל זכויות של שכירות בדירה, ויש לו את הזכות המלאה להתגורר בדירה, כל עוד לא נתבע ע"י בעה"ב לסילוק ונפסק שעליו לפנות את הדירה. וכיון שראובן הוא בעל זכויות מגורים בדירה, יש לו את זכות התביעה לדרוש משמעון לפנות את הדירה, ועל שמעון לפנות את הדירה.

ב. תשלום שכירות משמעון לראובן

בענין תשלום שכר השכירות שחייב שמעון לראובן בגין השכירות שע"פ חוזה השכירות. לאמור לעיל שאין ראובן בבחינת גזלן אלא מעביר על דעת בעה"ב, הרי שהשכיר דבר שיש לו בו זכות, ואף אם עבר על דעת בעה"ב ותשלום השכירות צריך להיות לבעה"ב וכפי שיתבאר, מ"מ כל עוד אין תביעה של יעקב בעה"ב לתשלום השכירות, יש לדון אם על שמעון לפרוע לראובן, או לטעון אף שבעל דברים ידי

את, מ"מ אם יבוא בעה"ב או יורשיו לתבוע, הרי חובתי לפרוע להם, אחזיק את דמי השכירות עד שיתבעו ממני.

דהנה בענין שוכר ראשון שהשכיר לשוכר שני, למי שייכים דמי השכירות (עיי' מש"כ בענין בח"ד טז/ב), מעיקרא הו"א לדמות מילתא דידן למש"כ הנתיבות שטז, בדין השכיר המשכיר, דכל היכא דאין לשוכר רשות להשכיר, אין לו שייכות בדמי השכירות. וא"כ אפשר דהוא הדין בהשכיר השוכר, דאם אין לו רשות להשכיר הרי הוא כאיניש דעלמא ושכרו למשכיר. אך יש לחלק, דגם באיניש דעלמא אם השכיר חצר של אחר דלא קיימא לאגרא, השכר למי שהשכיר, וכדאיתא בגמ' ב"ק כא, א וכמש"כ המרדכי (ב"מ שנו הנ"ל) בראיתו, דכל חצר מושכרת לא קיימא לאגרא, כיון שאין הבעלים יכולים להשכיר לאחר שהשכירו, וע"כ השכר למשכיר. וא"כ גם בנידון דידן יהיה השכר לשוכר שהשכיר. אך נראה דאין להביא ראיה מדברי המרדכי, דהמרדכי הנ"ל מיירי לשיטה דבקרקות השוכר יכול להשכיר, אבל לשיטת הראב"ד ודעימיה י"ל דאף חצר מושכרת חשיב כקיימא לאגרא, כיון שעומדת להשכרה, אף שכעת אין המשכיר יכול להשכיר. ובנימוק"י (ב"ק ט, א בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"עוד אני אומר, היכא שהמשכיר שכרה מבעלה בזול והוא שכרה לאחר ביוקר, נחזי אנן, אם לא היה רשאי לשוכרה לאחר, כגון שהיו מרובין בני ביתו של זה האחר, שורת הדין נותנת שיתן מותר השכירות שהרויח לבעל הבית, דאין יעשה זה סחורה בביתו של חברו כדאמרינן בפרק המפקיד (לה, ב) דקיי"ל כרבי יוסי דאמר גבי השוכר פרתו של חברו והשאלה לאחר ומתה תחזור לבעלים הראשונים, כלומר שהבעלים הראשונים מקבלים דמיה ולא השוכר, דכיצד השוכר יעשה סחורה בפרתו של חברו, והוא הדין הכא. ומיהו אם היה רשאי לשוכרה כגון שהתנה עימו הוא או שלא היו בני ביתו של זה האחר אשר שכרה לו מרובים ממנו, נראה שהריות למשכיר זה, שהרי בשעה ששכרה לו הבעה"ב בסך זה ולא התנה עמו כלום, יכול להשכיר ..."

וכן פסק הרמ"א בחו"מ שסג, י. ומבואר מהנימוק"י דס"ל כרמב"ם שיכול להשכיר למי שאין בני ביתו מרובים מבני בית דראשון, וכל היכא שיכול להשכיר לאחר, הריח שייך לשוכר הראשון. אולם כאשר אין לו רשות להשכיר, הריח למשכיר. ונראה דכל זה בבעה"ב הנמצא כאן ויכול להשכיר, אמנם בנדון כשלנו שאין בעה"ב יכול להשכיר, חשיב כלא קיימא לאגרא. עוד נראה שאם בעה"ב לא ידע שהשוכר השכיר, ג"כ לא חשיב כקיימא לאגרא, אף לשיטות דלא ס"ל כמרדכי שחצר מושכרת לא קיימא לאגרא, דכיון שהבעלים אינם כאן או אינם יודעים כלום מענין השכירות, החצר לא קיימא לאגרא, והמחלוקת הנ"ל היא באופן שבעה"ב כאן ומוחה, ומ"מ כיון שהשכיר בניגוד להלכה, השכר לבעה"ב.

ואם חיוב השוכר השני הוא ישירות לבעה"ב או לשוכר הראשון שחייב לבעה"ב, ושוכר שני משועבד לבעה"ב רק בשעבודא דר"נ. ואין לדייק ממש"כ הנימוק"י הנ"ל;

" שורת הדין נותנת שיתן מותר השכירות שהרויח לבעל הבית, דאיך יעשה זה סחורה בביתו של חברו ...", שנותן שוכר ראשון לבעה"ב, וא"כ החיוב של שוכר שני כלפי שוכר ראשון, די"ל דהנימוק"י מיירי שכבר קיבל שוכר ראשון את שכר הדירה מהשוכר השני, אבל כשלא קיבל, אין ראייה למי ישלם. אלא דאם נאמר שלבעה"ב יש זכות תביעה כלפי שוכר שני, הו"ל לתבוע לשוכר שני, ואחר שישלם לבעה"ב, יתבע מהראשון, וצ"ע. אמנם מזה שרק הריוח שייך לבעה"ב ולא כל השכר, נראה שזה תביעה מצד בעה"ב כלפי השוכר הראשון שלא יעשה סחורה בפרתו, דעצם תביעת השכירות היא משוכר ראשון שהשכיר לשוכר השני, ותביעת בעה"ב לשוכר ראשון הוא מצד הסחורה שעשה בפרתו.

והנה במחנה אפרים (הל' שכירות סי' יט) דן במי ששכר בהמה מחבירו ב', והשכירה לאחר בטר, אם הריוח לשוכר הראשון או למשכיר. ולאחר שהביא את דברי הרשב"א (דלהלן) והנימוק"י הנ"ל, הסיק המחנה אפרים דלשיטת הרשב"א כל שעשויים להשאל ולהשכיר, אין הבעלים יכולים לומר אין רצוננו שיהא פקדוננו ביד אחר, ויכול השוכר להשכיר לאחרים והריוח ידיה. וכן אין יכול המשכיר לומר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, דזה דוקא לענין זכות בדמי גוף הפרה, אבל בדמי השכירות לא שייך האי טעמא, דכיון שיכול להשתמש בפירותיה, יכול להנות מפירותיה ע"י שמשכירה לאחרים. ואף במקום שאין לו רשות להשכירה לאחרים:

"כיון דהשכירות קיים וכמש"כ לעיל לדעת מקצת מרבנותא, נראה לענ"ד דאין אנו יכולים להוציא מידו של שוכר אם כבר בא השכירות לידו. ולא דמי למש"כ הנימוק"י ז"ל דאם לא היה לו לשוכר רשות להשכירה דהריוח לבעה"ב, דהתם שאני משום דבעה"ב נחסר בהנאתו של זה שהשכירה לאנשים מרובים, ובהא ודאי שייך לומר כיצד יעשה סחורה בפרתו של חברו. "

אמנם בנדו"ד לכאורה בעה"ב נחסר, ואף למחנה אפרים יש טענה שעושה סחורה בפרתו של חברו, דכיון שהשכירה לאחר, יכול בעה"ב לתבוע סילוק (ולקבל דירתו בחזרה) או לתבוע תשלום דמי מפתח משוכר שני, ובזה בודאי יש לבעה"ב נזק, וע"כ חשיב גם למחנה אפרים כעושה סחורה בפרתו של חברו, ויש לבעה"ב זכות תביעה כנגד השוכר הראשון על הריוח שיש לו מהשכירות.

אמנם בעצם שאלת הריוח על דמי השכירות, יש לעיין אם יש בנדו"ד ריוח לבעה"ב. דמצד אחד עלות השכ"ד של ראובן הוא שקלים בודדים, מחמת שהיו לו זכויות בדמי מפתח אבל מחיר השכ"ד במחיר השוק הוא כפי שהשכיר ראובן לשמעון, וא"כ אין כאן ריוח לבעה"ב. אמנם נדו"ד דומה למי שהשכיר דירה במחיר זול, והלך השוכר והשכיר לאחר במחיר השוק, דמבואר בנימוק"י הנ"ל שנותן הריוח לבעה"ב, הרי שגם בכה"ג שייך ריוח.

משפטיך סימן לג ליעקב תקמג

וע"ע בנתיבות (קנר, חידושים, ס"ק ז), על דברי המחבר שם בסע' ב שהמשכיר יכול לעכב על השוכר שלא יביא עימו בבית קרוביו או מיודעיו, דאם כבר השכירו השוכר לאחר, אין המשכיר יכול לתבוע שכרו מהאחר, "דכיון שהמשכיר בעצמו ג"כ לא היה יכול להשכירו לאחר, דהשוכר הראשון מעכב עליו, דמי לחצר דלא קימא לאגרא המבואר לקמן שסג, י". ולכאורה דבריו סותרים למש"כ בס"י שסג, ט דחייב לשלם מפני הקלקול של ריבוי בני הבית. ונראה דבס"י קנר התייחס לעצם הדין דלא קיימא לאגרא (וכמרדכי הנ"ל), ובס"י שסג כתב דכיון דאיכא קלקול, אף דלא קיימא לאגרא, חייב לשלם משום שחרוריתא דאשיתא, וצ"ע. ובודאי שלפי הנתיבות חיוב התשלום הוא כלפי השוכר הראשון, ומה שיש לדון אם יש לבעה"ב זכות תביעה כלפי הראשון, אינו ענין לשוכר השני.

ואם יטען שמעון שאינו רוצה לשלם לראובן את השכ"ד מחשש שימצא ליעקב יורשים שיתבעו ממנו, והוא חייב לשלם ליעקב לכהפ"ח מדין שעבודא דר"נ, ואח"כ יצטרך לשלם גם ליורשי יעקב, גם זו אינה טענה, דכל עוד אין תביעה ולא התברר בבי"ד שראובן חייב לשלם ליעקב או ליורשיו, אין טענה מצד יעקב לחייב את שמעון בשנית על שפרע לראובן בהיותו משועבד לו. כן מבואר מדברי הרא"ש בתש"צ, א, וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ פו, ו, וז"ל:

"אף על פי שראובן מוחה בלוי שלא יפרע לשמעון, לא מקרי ראובן בהכי מוחזק, דלא משתעבד לוי לראובן מדרכי נתן, עד שיתברר בבית דין ששמעון חייב לו."

ועיין בש"ך ס"ק יד (וכן נראה דעת הגר"א שם) דאף בלי שהתברר בבי"ד אלא אפילו יש תביעה בבי"ד או אפילו יש רגליים לתביעה, אא"כ טוען דלא ידע שהיה חייב, או שלא ידע שאין לשמעון נכסים, עיי"ש. ובודאי בנדו"ד אין כל יצירת חיוב ללא פסיקת בי"ד, דיש כאן טענה דשמא לא קיימא לאגרא, ובודאי שיכול לטעון שמעון כנגד יורשי יעקב שלא היו ידועים ולא ידע שיש יורשים, ובכה"ג לא יוכלו יורשי יעקב לחייב את שמעון, וע"כ אין לשמעון טענה לפטור עצמו מלשלם לראובן את אשר התחייב בחוזה השכירות.

האמור לעיל הוא אף למש"כ בח"ה יד/ח שדייר מוגן בדירה של דמי מפתח, דינו כשוכר ולא כקונה, דאף אם דינו של ראובן כשוכר, יכול לפנות את שמעון ולחייבו בשכ"ד כמתחייב בחוזה. וכ"ש לסוברים דדינו כקונה דיכול לעשות כן.

לאור האמור לעיל:

א. יש לפנות את שמעון מהדירה כטענת ראובן.

ב. על שמעון לפרוע לראובן את כל השכ"ד כמתחייב מחוזה השכירות.

סימן לד

בענין אסור הלנת שכר

ראשי פרקים

- א. האיסור, המצוה והטעם
- ב. איסור כל תשעה ומצות פריעת בע"ח
- ג. דוקא בתובע השכיר לבעה"ב
- ד. סיים מלאכתו ביום שישי לפני כניסת השבת
- ה. אשה השוכרת עוזרת
- ו. פועל לשיפוץ הבית, לענין כל תלין
- ז. בצבע קבלן

אשה שכרה עוזרת לעזרה בבית בערב חג, שגמרה את מלאכתה לפני כניסת החג, ולא הספיקה לשלם לה לפני כניסת החג, ובמוצאי שבת לא תבעה אותה, אם יש עליה חיוב להביא לה את שכרה במוצאי שבת כאשר הדבר גובל בטרחה, או יכולה להמתין גם לתחילת שבוע הבא, עת תבוא אליה העוזרת שוב. וכן שאלתה בפיה, האם עליה היה לשלם לעוזרת לפני כניסת החג, בהתחשב בטרדות שהיו לה בערב החג בסמוך ונראה לכניסתו.

עוד נשאלתי במי ששכר פועל לשיפוץ הבית לפי שעות, אם צריך לשלם לו בתום יום העבודה, ובמידה ולא שילם, אם עובר באיסורי הלנת שכר. ומה הדין אם סיכם עם המשפץ בסכום כללי ולא לפי שעות.

א. האיסור, המצוה והטעם

בשני מקומות אסרה התורה וציוותה בענין שכר שכיר. שלשה לאוין נאמרו בויקרא יט, יג: לא תעשק את רעך, ולא תגזל, לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר. שני לאוין ועשה נאמרו בדברים כד, יד-טו: לא תעשק שכיר עני ואביון מאחיק או מגרך אשר בארצך בשעריך. ביומו תתן שכרו, ולא תבוא עליו השמש כי עני הוא ואליו הוא נשא את נפשו ולא יקרא עליך אל ה' והיה בך חטא. עוד נשנה בגמ' אסור דרבנן של כל תשעה, מהפסוק במשלי ג, כח: אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן ויש אתך.

ובגמ' ב"מ קי, ב נלמד שהפסוק בויקרא; לא תלין פעולת שכיר אתך עד בוקר, מיירי בשכיר יום, שגובה כל הלילה. והפסוק בדברים; ביומו תתן שכרו, מיירי בשכיר לילה,

משפטיך סימן לד ליעקב תקמה

שגובה כל היום. עוד איתא בגמ' דשכיר לילה אינו עובר אלא עד בוקר ראשון, ויליף לה מהכפילות לא תלין ועד בוקר, שאינו עובר אלא עד בוקר ראשון. מכאן ואילך עובר על איסור דרבנן של כל תשעה. והרמב"ן בדברים כד, טו כתב בטעם המצוה, וז"ל:

"וטעם ביומו תתן שכרו ולא תבוא עליו השמש, על דרך הפשט ביאור ממה שנאמר בתורה (ויקרא יט, יג) לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר, כי דרך הכתובים לדבר בהוה, והמנהג לשכור הפועל ביום אחד, ולערב הוא יוצא טרם בא השמש. ויצוה הכתוב לפרעו ביומו בהשלים מלאכתו מיד, ושלל תבוא עליו השמש, כדי שיקנה בשכרו לו ולאשתו ולבניו מה שיאכלו בלילה, כי עני הוא - כרובי הנשכרים, ואל השכר הזה הוא נושא נפשו שיקנה בו מזון להחיות נפשו. ילמד אותנו בכאן, כי מה שאמר בתורה לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר, הכונה בו שתפרענו ביומו, שאם לא תפרענו בצאתו ממלאכתו מיד, הנה ילך לביתו וישאר שכרו אתך עד בקר וימות הוא ברעב בלילה."

וכן נמצא בחינוך (מצוה רל), וז"ל:

"משרשי המצוה, לפי שהשם ברוך הוא חפץ בקיום האדם אשר ברא, וידוע כי באיחור המזונות יאבד הגוף, ועל כן ציונו לתת שכר שכיר כי אליו הוא נושא את נפשו להתפרנס בו, ולפי הנראה על כן שם גבול זמנו יום אחד ולא יותר כי דרך בני אדם להתענות יום אחד לפעמים, ובפירוש הודיע הכתוב טעם הדבר באמרו [דברים כד, ט"ו] ואליו הוא נושא את נפשו."

הרי שציווי לתת שכר שכיר ביומו, כדי שלא ימות ברעב הוא וביתו, דכיון שעני הוא, שכך דרך השכירים, ואליו הוא נושא את נפשו, אם לא תתן לו ביומו, לא יהיה לו ממה לחיות מעבר למחצית היום שכבר גמר לעבוד. ומאידך נתנה תורה זמן של יום או לילה לבעה"ב להשיג מעות, כמבואר ברש"י ויקרא יט, יג.

[ועיי' בש"ך חו"מ שלט"ב, שהביא מספר חסידים סי' תתרע"א שאם תשכיר סופר לכתוב לך, תתנה עמו שלא תעבור בכל תלין פעולת שכיר, שמא כשיתבע לא יהיה לך ליתן לו ואף על פי שתעשה תנאי עמו תתן לו כשיתבע אם תוכל ואין בזה מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי אמרו חכמים אדם מתנה עם פועל להאכילו לחם צר ומים לחץ אף על פי שחייב להאכילו כסעודת שלמה. ועיי' במשנת יעבץ לגר"ב זולטי, חחו"מ סי' מה, שכתב לחקור אם כל תלין הוא דין איסורי, דהיינו שאם לא יתן לפועל את שכרו ביומו, עובר על חמשה לאוין ועשה, אך לפועל אין זכות ממונית לתבוע את שכרו ביומו (בניגוד לעצם התביעה הנצרכת כדי שיעבור בעה"ב על האיסור, דהיינו שיתבענו ולא נותן, אך התביעה עצמה אינה זכות ממונית לתבוע מיד ביומו), דמדיני ממונות יכול לתת לו שכרו גם יותר מאוחר מיום או לילה, רק התורה אמרה שאם יתן מאוחר יותר מיום, עובר על איסור, אבל אין זה זכות ממונית של הפועל לתבוע ע"פ

דיני ממונות שכרו תוך יום. או שיש בזה זכות ממונית, והתורה אמרה שאם לא נותן לו דבר המגיע לו בזכות, עובר בחמשה לאוין ועשה. ונפק"מ אם זה דין או איסור, לענין אי הלכתא כוותיה דרב באיסורי, לענין מחלוקת רב ושמואל ב"מ קיא, א והרא"ש שם, עיי"ש. ונפק"מ גם לענין תנאי אי מהני, אם הוי איסור גרידא, לא מהני תנאי, ואם הוי ממון שיש עליו איסור, מהני תנאי כמו כל תנאי שבממון. כמו כן נלענ"ד נפק"מ אם יוכל המוחזק לטעון קים לי, אם זה זכות ממונית הגוררת דיני איסור, כמו מי שלא מחזיר הלואה או מזיק ולא משלם או גוזל, שעובר איסור אך האיסור נגזר מהממון ותלוי בו, וע"כ יוכל לטעון קים לי, או נאמר שהאיסור אין לו כל קשר לענין הממון, איסור לחוד של הלנת שכר, וזכות תביעת ממון של הפועל מאידך, ובזה לא יוכל לטעון טענת קים לי כיון שהוא איסור בפני עצמו ולא דמי לאיסור גזילה, ועיין קצוה"ח שלט"א, יובא להלן.]

ולענין אם עובר לאחר בוקר ראשון או לילה ראשון, הנה הפסוק שממנו דייקא הגמ' לא תלין, מיירי בשכיר יום, וא"כ מנין דבשכיר לילה אינו עובר. ואכן בשטמ"ק ב"מ קיב, כתב דבשכיר לילה עובר גם לאחר בוקר ראשון, והר"ן כתב דאין לחלק, וז"ל:

"ונראה לי דדוקא לאיסור בל תלין הוא דאינו עובר עליו מבקר ראשון ואילך, אבל לשאר חיובי דשכירות ואף לא תבא, עובר לעולם הואיל ולא כתיב בהו ייתור למעוטינהו מיום ראשון ואילך. שיטה. והר"ן חולק בזה שכתב וזה לשונו: שלא יעבור עליו אלא בקר ראשון בלבד. וכן נמי אם הוא בענין שאינו ראוי לעבור עליו שוב, אינו עובר כשוקאי דסורא. והוא הדין לשכיר לילה שאינו עובר משום ביומו תתן שכרו אלא ביום ראשון בלבד. עד כאן. וכן כתוב בנמוקי יוסף משמו."

וכדעת הר"ן הביא הגרע"א בהגהות לשו"ע חו"מ שלט"ח. ועיין באור שמח סנהדרין טו, ח דגם בשכיר לילה יש כפילות, דכתיב ביומו תתן שכרו, וגם הלאו דלא תבוא עליו השמש, ולא צריך שם קרא, אלא ללמד דאינו עובר רק יום ראשון לבד. וכדעת הר"ן נראה מדעת הרמב"ם בהל' שכירות יא, ה: "המשהה שכר שכיר עד אחר זמנו, אע"פ שכבר עבר בעשה ול"ת ה"ז חייב ליתן מיד ...", ולא חילק הרמב"ם בין שכיר יום לשכיר לילה. וכן מוכח מהגמ' בסוגיא קיב, דהסוגיא מיירי בין בשכיר יום ובין בלילה כמפורט בגמ', וממילא מה דאיתא בגמ' מכאן ואילך אינו עובר, קאי בין בשכיר יום ובין בשכיר לילה, כן דייק במשנה ר' אהרן לגר"א קוטלר, ח"ב עג, א.

ב. איסור בל תשהה ומצות פריעת בע"ח

ולענין איסור בל תשהה, אם בעה"ב עובר באיסור זה כל רגע או כל יום ויום איסור, או שפעם אחת שהשהה השכר עובר, ותו לא עובר, כמו בבל תלין, רק בל תלין עובר

בבוקר ראשון, וזה עובר מכאן ואילך. מצאתי בתשב"ץ ח"א סי' סד (ד"ה ומה שהתנית השני) לענין מי ששכרוהו אנשי הקהל להיות חזן ומלמד תינוקות, והתנה עמהם שיפרעו לו כל שבוע, וע"ז כתב התשב"ץ לענין איסור בל תלין ובל תשהה:

"ויש לך דין שכיר שבת לענין שאם עבר השבת ולא פרעוך אחר שתבעת שכירותך, הם עוברים בלאו דלא תלין ועשה דביומו תתן שכרו, ומכאן ואילך הם עוברים בכל יום משום בל תשהה, שנאמר אל תאמר לרעך לך ושוב וכדאיתא התם בפרק המקבל (קיא,א)."

מבואר בתשב"ץ שעל איסור בל תשהה עובר כל יום ויום. ובערוך השולחן שלטי, כתב דאיסור בל תלין אינו כאיסור מילה שמיום השמיני ואילך עובר כל יום, ומ"מ חייב ליתן גם אח"כ מיד; "דלאו דקבלה עובר בכל רגע ששוהה". ואפשר דגם התשב"ץ ס"ל דעובר בכל רגע, והא דנקט בכל יום הוא לאו דוקא, אלא שלשון התורה באיסור זה היא על יום, לכן נקט גם יום באיסור בל תשהה, דלכאורה אין סברא לחלק ולומר שיעבור רק ביום, כיון שההשהיה היא כל רגע ורגע, וצ"ע. דנפק"מ אם בא השמש וכבר עבר על בל תשהה, אין לו ענין איסורי למחר לתת הכסף עוד באותו יום אלא בסופו, כיון שכבר עבר ואינו עובר אלא עד בא השמש למחרת, וזה לא מסתבר, דעדיין הוא משהה.

עוד נראה דכשמעכב שכרו, גם באופן שאינו עובר על בל תלין, כגון שכבר עבר או שכרו ע"י שליח, מ"מ עובר על מצות פריעת בעל חוב, שדעת רש"י כתובות פה,א שמצוה זו היא מהתורה מדין הן צדק, שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק, ודעת הרדב"ז (ח"ג סי' תרי) שהוא ממצות עשה של והשיב את הגזילה, וזה לכאורה עובר כל רגע ורגע, דבשלמא לענין בל תלין שהאיסור הוא יומי, י"ל שגם הדברי קבלה הוא איסור יומי דבר יום ביומו דומיא דאיסור דאורייתא, אבל בגזילה ובהן צדק, אין לכאורה מקום לחלק. ונמצא בתש" רב פעלים ח"ד חחו"מ סי' ז לענין חיוב מי ששכר פועל ע"י שליח, דאף שאינו עובר בבל תלין, יש עליו חיוב לתת מיד את שכר מדין פריעת בע"ח מצוה, וז"ל:

"ואע"ג דאם לא ישלם תכף אינו עובר משום בל תלין, עכ"ז לא גרע זה משאר חוב והרי זה עליו חוב גמור, וקי"ל פריעת בעל חוב מצוה, ואף על גב דקי"ל בסי' סז סט"ו דשכר שכיר אינו משמע ורק אם זקפו עליו במלוה הוא דמשמע, היינו התם שאני משום דגבי שמטה כתיב שמוט כל בעל משה ידו, ושכר שכיר אינו בכלל משה ידו וכמפורש שם, אבל עכ"פ זה הבעה"ב הוא מתחייב מן הדין לשלם השכר הנז' לשכיר, וכיון דהוא מחויב לשלם לו איכא מצוה בשילום כשאר פריעת בע"ח, וקי"ל פריעת בע"ח מצוה, דהא גם הגזול את חברו אין שביעית משמטת ג"כ מהאי טעמא וה"ז מחוייב לשלם, והיא מצות עשה בתשלומין - והשיב את הגזלה אשר גזל."

לפ"ז יצא דאף אם אינו מחויב ללות כדי שלא לעבור על כל תלין, אבל מצות פריעת בע"ח תהיה גם אם אין לו מעות, שהוא מחויב ללוות כדי לפרוע וכדין כל בע"ח. בשו"ע הרב (שאלה ושכירות סע' יח) כתב דאפילו לא יהיה לו כלל לשלם, מדת חסידות ללות ולפרוע לשכיר בזמנו. ובזוהר פרשת קדשים (פהא) כתב דלא לעכב את השכר, רק לתת לו, ואפי' הפועל אומר יהא בידך, לא רצה רב המנונא לקבל מהפועל, דזהו פקדון דנפשו, הובאו דבריו להלכה בשער המשפט שלטב, וז"ל הזוהר:

"היינו דאמר רבי אבא רחמנא לשזבינן מנייהו ומעלבונייהו, ואוקמוה אפילו עשיר הוא ואליו הוא נושא את נפשו, דייקא אפילו מכל ב"נ נמי וכ"ש מסכנא, והיינו דהוה רב המנונא עביד כד הוה ההוא אגיר מסתלק מעבדותיה הוה יהיב ליה אגריה וא"ל טול נפשך דאפקידת בידאי טול פקדונך, ואפילו אמר יהא בידך דאנא (לא) בעינא לסלקא אגרי, לא הוה בעי, אמר פקדונא דגופך לא אתחזי לאתפקדא בידך, כל שכן פקדונא דנפשא, דהא פקדונא דנפשא לא אתיהיבת אלא לקודשא בריך הוא דכתיב (תהלים לא) בידך אפקיד רוחי, אמר רבי חייא ובידא דאחרא שארי, אמר ליה אפילו בידיה בתר דיהיב, כתיב לא תלין פעולת שכיר, וכתיב ולא תבא עליו השמש."

עיי' שער המשפט שהביא זוהר זה דאין לו לעכב השכירות תחת ידו, אם לא לבתר דיהיב ליה, וכן משמע ממשטות המשנה (ב"מ קיב) דאם לא תבעו לא עובר על כל תלין, אבל איסורא מיהא איכא. [ובערך שי שלטי כתב דאינו ראייה, דאינו עובר כיון שיש עדיין חיוב כשיתבענו, אך כתב דכיון דבזוהר מפורש לאיסור, יש להחמיר. ובאולם המשפט כתב להביא ראייה דיש איסור, דדין שכיר נשבע ונוטל הוא דוקא תוך זמנו, אבל עבר זמנו, בעה"ב נשבע ונפטר, דלבעה"ב יש שתי חזקות, הא דאין השכיר משהה שכרו, וחזקה אין בעה"ב עובר בכל תלין. ואם אין איסור כלל כשאינו תובעו, אין לו חזקה השניה שלא עובר בכל תלין, דיתכן שלא תבעו. אלא בהכרח יש איסור גם בלא תבעו, ולכן יש לו לבעה"ב חזקה שלא עובר בכל תלין. אמנם כתב דכל תשהה ודאי אינו עובר אם לא תבעו]. ולכאורה פשטות הזוהר דיש איסור של כל תלין רק אינו לוקה. ואפשר שזה במסכים שיהיה בידו בטרם נתן לו, אבל בלא נתן, עובר מ"מ על פריעת בע"ח מצוה, וזה לכאורה יותר ממידת חסידות. ועיי' בכסף הקדשים שלטי, שנשאר בצ"ע באין לו ויכול ללוות בנקל, או חפץ העומד למכירה ויכול למכרו, אם עובר בזה. דלענין חפץ העומד למכירה, כתב החפץ חיים באהבת חסד ח"א טז, דבשטמ"ק כתב בשם הריטב"א, דאם יש לו אכלין דקיימי למכירה, הוא ג"כ בכלל אתך, דהרי יכול למכרם, ושכן משמע בחינוך מצוה תקפח, והוסיף:

"ונראה דאם יכול להשיג מעות ללוות, צריך ללוות, כדי שיהיה יכול לקיים מצות עשה דביומו תתן שכרו. ובפרט אם השכיר עני, וע"י זה שיתן לו בזמנו יחזיק ידו שלא יצטרך לבריות, בודאי צריך לעשות כן."

ובנתיב החסד כא הביא ראיה גם מדברי רש"י על התורה (הובא לעיל), שנתנה התורה יום או לילה לבעה"ב לבקש מעות, א"כ כל הזמן שניתן לבעה"ב מעבר לסיום השכירות, כדי שיבקש מעות. אך כתב לדחות, דאפשר דרש"י מיירי ביש לו סחורה למכירה. עוד הביא ראיה ממנחות מא,א דיכניס עצמו בחיוב ציצית, דמציל מעידנא דריתחא. והיינו דצריך לעשות טעדיקי כדי להכניס עצמו בכלל החיוב, והוא הדין בזה. וכל זה לכאורה אינו מעיקר החיוב, רק מחיוב להכניס עצמו לכלל החיוב כדי להנצל משעות קשות. משא"כ הראיה שהביא מרש"י.

ג. דוקא בתובע השכיר לבעה"ב

תנן במשנה ב"מ קיא,א דדוקא כשתבעו עובר עליו בעה"ב, אבל בלא תבעו אינו עובר. ובגמ' ב"מ קיב,א יליף לה מדכתיב לא תלין פעולת שכיר אתך - לדעתך. ועיי"ש ברש"י דדוקא מדעתך ולא מדעתו, והיינו שאתה עושה דין לעצמך, אבל בלא תבע אותך, הרי הוא כמסכים לך. ואף שלכאורה כיון דיליף לה מהלאו של לא תלין, יש מקום לכאורה לומר אולי דבשאר לאוין עובר, ובודאי לענין העשה, שבהם לא נאמר אתך, וליכא למידק אתך - לדעתך, מ"מ מהסברא אין לחלק, דכיון שאתך לדעתך ילפינן דדוקא בעושה בעה"ב דין מעצמו ומונע מהפועל שכרו, א"כ בלא תובעו דחשיב גם לדעתו דפועל, אין לחלק בין הלאו דבל תלין לשאר לאוין ועשה. ובערך שי הביא מהריטב"א ב"מ קיא דבלא תבעו אין בו את העשה דבימו ג"כ, ושכן היא משמעות המשנה והפוסקים דלא עובר כלל, ורק יליף מאתך, ומינה ילפינן לכל איסורי הלנת שכר. וכן נמצא בתש' עבודת הגרשוני סי' ז, דכיון דבלא תבעו הוי כמדעת הפועל וכמש"כ רש"י, שאם לא תבעו הרי הוא כמגלה דעתו שאינו מבקש שכירותו, ממילא אין לחלק בין לאו דבל תלין ובין שאר חיובים, ועל כולם אינו עובר אם לא תבעו חברו. ולפ"ז כתב שם בעבודת הגרשוני דאף מצד חיוב חוב בעלמא אינו חייב, דכיון דהוי לדעתו, אינו חייב אף כשאר חוב בעלמא. ועיי' בנחל יצחק סי' ט ד"ה ובתשובת, דמזה ילפינן לשאר חובות שאינו חייב בלא תבעו, דכיון שהחמירה התורה בשכר שכיר, יש להחמיר בשכר שכיר יותר מבשאר חובות, ואם בשכר שכיר אינו חייב אא"כ תובעו, הוא הדין בשאר חובות; "וזה יסוד גדול למילף מיניה לכל חוב". ובזה הצדיק דברי קצוה"ח קדב, דאינו חייב אא"כ תובעו. וחזר הדין בעין יצחק חאעה"ז סו"ס כד, עיי"ש.

ולכאורה גם אם תובעו ע"י שליח, כבר לא חשיב לדעתו אלא לדעתך, דבכל גילוי דעת של תביעה, חשיב לדעתך ולא לדעתו. אלא שבתש' הלכות קטנות ח"ב סי' לא כתב דלא חשיב תביעה, ולא יכול לעשות שליח לתובעו, וז"ל:

"פועל ששלח שלוחו לתבוע שכרו מבעה"ב אי עובר עליו. ועוד, אם זכהו בה

ע"י אחר אי עבר תו. תשובה: אפשר דלאו כל כמיניה לשוויי שליח לחיוביה לזה. ואין זה בכלל שלוחו כמותו, וכעין ראייה ההיא דהמקבל (ד' ק"ב) צא ושכור לי פועלים אין א מהן עובר זה, לפי שלא שכרן וזה לפי שאינן שלו, ואפשר כמעט הוי בכלל אין שליח לדבר עבירה. ולענין אם זכה ע"י אחר מהו. יש צדדין בזה ומסתברא שכל שביד הפועל לילך וליקח שוב אינו עובר, בין נתרצה פועל בין לא נתרצה, דהא ליכא לא תלין אתך."

ומה שדימה ההלכות קטנות דלא יכול לעשות שליח בזה לשליח לדבר עבירה, דלכאורה כיון שהטעם שבכך מגלה דעתו הפועל דהוי גם לדעתו וכנ"ל, י"ל דבעושה שליח לתובעו כבר גילה דעתו שאינו מסכים להלין שכרו. ולמה לא יוכל לעשות שליח לחיוביה לאחרים, וכמו בעושה מורשה. ובשכור ע"י שליח, עיי"ש דלא חשיב שכיר גביה, דשכיר הוא רק בשכרו ממש, והשליח ששכרו חשיב שכיר גביה. אבל לענין התביעה, לכאורה שזה ענין של גילוי דעת של השכיר שאינו לדעתו, ובענין לגילוי דעת בצורה של תביעה, לכאורה הוא הדין בתובעו ע"י שליח. וכן מצאתי בערוך השולחן שלט"י, דעובר בכל תלין בתבעו השכיר "או ששלח שליח לתבוע ממנו".

ועיין באהבת חסד ט"א, ובנתיב החסד כט - לב שהעלה כמה חרושי דינים בענין התביעה, ובתו"ד כתב דנראה פשוט, דאף אם לא תבעו בפירוש, כל שבא השכיר אצל בעה"ב אחר שכלה מלאכתו כנהוג, הרי זה כתבעו בפירוש שכר מלאכתו, דהא דממעטינן לא תבעו, היינו שע"י זה מוכח דמדעתו הוא וכמו שפירש רש"י, וזה שבא לבית בעה"ב, ודאי דמשום תביעת שכרו בא. ומה שלא תבעו בפירוש הוא משום כיסופא. לפ"ז פשוט דבתביעה ע"י שליח הוי טפי גלוי דעת מבא לבית בעה"ב. והיינו שסובר הח"ח דלא בעינן דוקא תביעה מפורשת, אלא כל שמגלה דעתו, כבר חשיב לדעתך. ולענ"ד נראה דהוא הדין אם עוזרת אומרת לבעלת הבית; סיימתי את העבודה, חשיב כתביעה ע"י גילוי דעת, דכך מקובל. ושם בס"ק לא חידש דלא צריך בעה"ב להוליך המעות לבית השכיר, אלא השכיר צריך לבוא לבית בעה"ב וליטול מעותיו. ואם תבעו פעם אחת ולא היה לבעה"ב, צריך ללכת בשנית כשמודיע לו בעה"ב שיש עבורו תשלום שכרו, דמאן דכאיב ליה אזיל לבי אסיא. וגם ממה שהזהירה התורה מוכח דעיקר הקפידה הוא בעיכוב שכרו ולא במה שמצריך את השכיר לבוא אליו לקחת שכרו. וזה שכתב באהבת חסד דצריך להוליך לו מעותיו או להודיעו.

ובנדו"ד ששכר עוזרת, נראה כאמור דאם העוזרת מסיימת מלאכתה ואומרת לבעה"ב שסיימה מלאכתה, חשיב כהודעה וכתביעה, וכמש"כ בנתיב החסד דסגי בגלוי דעת. גם נראה דאם הבעל תובע בשמה, אף שלא מינתה אותו לשליח, חשיב כתביעה, דכיון שמעשי ידיה שלו, ואף אם אינם שלו, יש לו זכויות במעשי ידיה, והרי הוא כנו"נ בעניניה, ועדיף טפי מאפטרופוס ובודאי משליח (והא דאפטרופוס עדיף משליח, עיין

משפטיך סימן לד ליעקב תקנא

ברא"ש ב"מ א, כז דיכול לתפוס לבע"ח אף שחב לאחרים, משא"כ בשליח, והא דנו"נ עדיף, עיין חו"מ סו"ס נו ובש"ך שם לד). ולענין בל תשהה, לעיל הבאתי מספר אולם המשפט שאינו עובר על בל תשהה בלא תבעו. וכן מבואר להדיא בדברי החינוך (מצוה רל), וז"ל:

"ומה שאמרו ז"ל [שם קי,ב] שהמשהה שכר שכיר עד אחר זמנו, אף על פי שכבר עבר בעשה ולא תעשה חייב ליתן לו מיד שיתבעהו, וכל זמן שישהה לו פרעונו אפילו אחר הזמן, עובר עוד על לאו של דבריהם ז"ל, וסמכו לזה מקרא שכתוב [משלי ג, כח] אל תאמר לרעך לך ושוב וגו'."

הרי שבל תשהה עובר בתבעו. ואין זו ראייה, דגם בל תלין רק בתבעו, ואיסורא מיהא איכא שכתב הזהר, בזה לא מדבר החינוך. וכן י"ל למש"כ בשו"ע הרב שאלה ושכירות סע' יד.

ד. סיים מלאכתו ביום שישי לפני כניסת השבת

ובנדרו"ד ששכר עוזרת בערב החג שסיימה לעשות מלאכתה ממש בסמוך לכניסת החג, אם צריכה לתת שכרה מיד, כיון שאם לא תתן, תעבור או בכניסת שבת, אם סיימה לפני סוף היום, או בזריחת השבת, או שבכה"ג שאין הפועל יכול להוציא כספו, ושמא בכה"ג לא שייך ואליו הוא נושא את נפשו, או שלא שייך בזה הטעם, וכיון שקבעה התורה שצריך לתת בזמנו, אם לא נתן, עבר על בל תלין. וכן אם חיוב התורה הוא דוקא באופן שיכול לפרעו בזמנו, אבל באינו יכול לפרעו מחמת איסור אחר וכד', לא חל האיסור. והנה הרא"ש בתש' ח, טז נשאל בראובן שנשבע לשמעון ליתן לו מנה בז' בניסן, ואירע שבעה בניסן באותה שנה בשבת. ואומר ראובן, כיון שנשבע ליתן ביום ידוע, ואירע אותו יום בשבת, שהוא פטור מהשבועה; וטוען שמעון שאין הכוונה לפרוע דוקא באותו זמן, אלא שלא יאחר מאותו הזמן, ושיפרע קודם הזמן ויפטר משבועתו. והשיב הרא"ש, וז"ל:

"רואה אני את דברי שמעון, כי כונת שניהם היתה, שיהיה שמעון פרוע בשבעה בניסן, ולא שיפרענו דוקא באותו יום. ועוד אני אומר, אם לא פרע ראובן קודם שבעה בניסן, צריך ראובן ליתן משכון ביום השבת, שוה מנה, לקיים שבועתו, דשוה כסף ככסף, וחפצי שמים הוא שיקיים שבועתו. ולא גרע ממה שמשדכין ללמד אומנות לתינוק, כל שכן שמותר לפרוע בשבת לקיים שבועתו. שוב אמרו, שנשבע בז' בניסן לתת מעות, ולא משכון, ואמרת, שאע"פ כן לא נפטר מן השבועה. כיון שבשעה שנשבע לא ידע כי שבעה בניסן יהיה בשבת, אין זה כנשבע לבטל את המצוה, והשבועה קיימת. ודמיה להא דאמרין בירושלמי: אם

נשבע שלא יאכל מצה בליל פסח, לוקה ואוכל מצה, דכיון שהזכיר ליל פסח, אינה שבועה, דאין נשבעין לבטל את המצוה, ושבועת שוא היא, ולוקה ואוכל. שבועה שלא אוכל מצה, אינו לוקה, דכיון שלא הזכיר ליל פסח, אין זה נשבע לבטל את המצוה, ושבועתו קיימת. וכן בנידון זה, שבועתו קיימת, כיון שלא ידע דשבועה בניסן יהיה בשבת; וצריך לפרוע קודם ז' בניסן, שלא יעבור על שבועתו.

וכן פסק בשו"ע חו"מ עג, דעובר על שבועתו אם לא יפרע קודם, ואם לא פרע, יתן משכון וישומו אותו, ויתן לו בתורת פרעון. אמנם יש לחלק, דבשבועה כוונת שניהם היתה שלא יעבור הזמן של ז' בניסן, ולא שיפרע דוקא ב' ניסן, משא"כ בנדר"ד יש לדעת אם האיסור של התורה חל דוקא על זמן שיכול לפרעו ואינו פורע, אבל אם לא יכול לפרעו מחמת השבת, לא חל האיסור, ואפשר דשוב אינו חל כיון שעבר זמנו. ובחינוך מצוה תקפח, כתב וז"ל:

"ומה שאמרו שאין השוכר עובר אלא כשתבעו השכיר, אבל לא תבעו או שאין לו כלום שיפרע לו אינו עובר, שלא חייב הכתוב אלא בשיש לו בביתו או שיכול לפרעו, אבל אם אינו יכול לפרעו באותו יום אלא אם כן יאבד הרבה משלו לא חייב הכתוב בזה לפי הדומה, ומכל מקום ראוי לכל בן דעת להיות הכסף בידו טרם ישכור הפועלים. והשוכר בערב שבת ונדחה מלפרוע השכר בשביל שבת יש לדון בזה שאינו עובר עוד בשל תורה, הואיל ואדחי אדחי, אבל חייב מדבריהם משום אל תאמר לרעך לך ושוב."

מבואר מדברי החינוך שאינו עובר ואינו צריך לפרוע בשבת, ועל חיוב אחרי שבת יש לדון שאינו עובר. ועיין במנחת חינוך רל, שכתב בסברת החינוך דלא גרע משוקא דסורא דאינו עובר, דעל דעת כן נשכרו; "אך לא גרע מאין לו או יומא דשוקא המבואר בש"ס, הכי נמי אדעתא דהכי שכר שלא יקח בשבת ואינו עובר."

ובשדי חמד (כללים מערכת ב סי' כו בפאת השדה, דף קצה, ב) שהביא מספר זבח השלמים למהר"מ גלאנטי בפרשת כי תצא שהביא מהאר"י הקדוש שכתב על הפסוק ביומו תתן שכרו, ראשי תיבות - שבת, ופירש פרושים רבים על דרך הסוד. וכתב ע"ז השד"ח, דאנו מסתפקים (הכוונה לשוכרי שכירים) במי ששכר עצמו בערב שבת, אם מחויב לפרוע ביום ששי, כיון שליל שבת אינו יכול לפרוע, או אפשר שלא יעבור כיון שאינו יכול לפרוע בזמנו. ואפי' מליל ראשון ואילך לא יעבור, כיון שבשעת החיוב פטרתו התורה;

"לזה הזהיר הכתוב ביומו תתן שכרו, כשבא יום שבת לקראתך, הקדם ופרע לו כדי שיתענג ביום שבת קדש ויברכך, והגם שלא יעבור על לאו דלא תלין, על עשה דביומו תתן שכרו עובר."

משפטיך סימן לד ליעקב תקנג

מבואר מהשד"ח, דאף דעל הלאו אינו עובר, על העשה עובר, שהוא נוטריקון של שבת, וגילתה התורה בדרך הסוד שעובר אם לא יקדים לפרעו קודם השבת. אולם מדברי האור שמח נראה דגם על הלאו עובר. האור שמח שכירות יא, ב כתב דחיוב על בעה"ב לשלם מבעוד יום כדי שלא יעבור, והביא ראיה מירושלמי בתחילת ראש השנה (א,א), ר' בון בר"ח בעי, שלמה שנתו בעצרת, אפשר לומר הוא אינו כשר [דנדרים ונדבות אין קריבין ביום טוב] ועובר כהדא לא ילין חלב חגי עד בוקר, ואימורי חול קריבין ביום טוב כו', אמרה תורה הקריבהו מבעוד יום שלא יבא לידי בל תלין, והכא הקריבהו מבעוד יום שלא יבא לידי בל תאחר:

"הרי דמפרש שתקריב מבעוד יום שלא לבא לידי בל תלין, ומפיק מיניה לבל תאחר, כן הכא מכוון התורה שתפרענו מבעוד יום שלא להלין פעולתו עד בוקר. והנה הגמרא דילן בפסחים פרק תמיד נשחט (נט,ב) דחיקא להו לפרש קראי (שמרהו) [שבקיה] וכו', אבל בודאי בלא תלין עובר שהיה לו לפרעו מבעוד יום בעת גמר מלאכתו. ועיין תוספות ברכות (דף ט,א) סד"ה ר' אלעזר בן עזריה יעו"ש. ומצאתי אח"כ בספר החינוך פ' תצא שכתב שיש לדון בזה, יעו"ש. ויעיין שו"ע (חו"מ) סימן ע"ג ס"ז, בנשבע לפרוע ביום פלוני והיה שבת, יעו"ש."

הרי שלמד מנותר, שנלמד בירושלמי לענין בל תאחר, דחייב לפרעו קודם זמנו, ואם לא, עובר בזמנו על בל תלין, אף שהוא שבת. והח"ח באהבת חסד ט, ב כתב דכיון שהמנהג לפסוק ממלאכה מעט קודם השקיעה, יש למהר לפרוע קודם השקיעה אם תבעו ויש לו מעות; "ומקיים בזה מצות עשה ביומו תתן שכרו". ודייק מיניה דלא כתב שעובר בבל תלין, ורק עשה מקיים, ואפשר שזה כסברת השדי חמד הנ"ל. אבל בנתיב החסד נראה דגם עובר, עיי"ש ס"ק י שכתב בטעם הדין דשמא מן התורה הלילה הוא בשקיעה, וא"כ יכול לפרעו קודם השבת, וחל החיוב בשעה שיכול לפרעו. והביא את דברי החינוך הנ"ל, וכתב דאפשר דבמקומו של החינוך היה המנהג לעבוד עד השקיעה, או שלא השיג המעות עד השקיעה, אבל במקום שהמנהג לסיים קודם השקיעה, יש עליו חיוב לפרעו קודם.

לפ"ז בנדו"ד, דעת האור שמח והאהבת חסד דחיוב עליו לפרעו עוד ביום ו, ואם לא פרע, עובר בבל תלין וכו', ולדעת השד"ח עובר בעשה. ובכל אופן עליו למהר לפרעו בזמן הראשון, כדי שלא יעבור כל רגע ורגע בבל תשהא וכנ"ל. וע"כ על האשה לשלם לה עוד בטרם השקיעה וכניסת החג, ואם לא שלמה, עליה למהר לשלם בהזדמנות הראשונה, כדי שלא תעבור על בל תשהא.

ה. אשה השוכרת עוזרת

ונשאלתי באשה השוכרת עוזרת, ואין לה ממון משלה, וגם הבית לכאורה הוא גם של בעלה. כך שאם היא שותפה בבית, לכאורה היא כשותף בשכר, אבל בבית של בעלה ורשום רק על שמו, לכאורה היא כשליח השוכר שאינו עובר על כל תלין. ובוה נראה שעוברת, דכיון שהחיוב לנקיון הוא בדרך כלל עליה, א"כ העוזרת זה במלאכתה, ואף אם השדה הוא של אחר, כיון שחיוב המלאכה הוא על השוכר, ובנדו"ד האשה, הרי היא כשוכרת למלאכתה היא. וגם בהיותה נושאת ונותנת בעניני הבית, הוי כאפוטרופוס ששכר בשדה יתומים, דהוי טפי משליח וכנ"ל.

דאיתא בגמ' ב"מ ק"ב - ק"א, א: ת"ר, האומר לחבירו צא שכור לי פועלים, שניהן אין עוברין משום כל תלין, זה לפי שלא שכרן וזה לפי שאין פעולתו אצלו (ולא קרינא ביה פעולתו אתך - רש"י). היכי דמי, אי דאמר להו שכרכם עלי, שכרו עליו הוא, דתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, נותן לו שכרו משלם, וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנה אותו. לא צריכא, דאמר להו שכרכם על בעל הבית. ובגמ' יש שתי מציאויות, או שאמר שכרכם עלי, ששכרו עליו הוא, או באומר שכרכם על בעה"ב, שבזה פטור מכל תלין. ומה הדין בסתמא שלא אמר כלום, לא התבאר. ונראה, דאם יודעים הפועלים ששליח זה שוכר לאחרים, שיודעים שהשדה של אחר, בסתמא הרי זה כשכרכם על בעה"ב. ואם אינם יודעים וחושבים ששוכר למלאכתו, מן הסתם לכאורה הרי זה כאומר שכרכם עלי.

ודבר זה יש ללמוד מדברי הראשונים. הרי"ף ב"מ (סז,ב בעמוה"ר) הביא דינא דגמ' וכתב דאי לא אמר השוכר לפועלים שכרכם על בעה"ב, הרי שכרכם עליו ועובר בכל תלין. וז"ל הרי"ף:

"והוא דאמר להו שכרכם על בעל הבית, אבל אי לא אמר להו הכי השליח עובר משום דפעולתן אצלו היא, כדתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנה אותו."

ומדויק מהדברים שדוקא באומר שכרכם על בעה"ב, אבל בסתם, שלא אמר שכרכם על בעה"ב, אף שגם לא אמר שכרכם עלי, שכרו עליו ועובר בכל תלין. ודברים אלה דייק הנימוק"י שם דנראה למידק מיניה שאם שכרו סתמא שלא אמר לו שכרך עלי ולא על בעל הבית, דמ"מ שכרו עליו דשליח ששכרו הוא. וכדברי הרי"ף כתב המאירי בסוגיא, וז"ל:

"בד"א שהודיען ואמר להם שכרכם על בעל הבית, אבל אם לא הודיעם או שלא אמר להם שכרכם על בעל הבית - שליח עובר."

ולכאורה הודיען הכוונה שכרכם על בעה"ב, וא"כ מה הכפילות "לא הודיעם או שלא אמר להם שכרכם על בעה"ב". ואפשר דכוונתו דאם הודיע להם ששוכר בשביל

משפטיך סימן לד ליעקב תקנה

בעה"ב, אפי' לא אמר שכרכם על בעה"ב, היה על הפועל לאסוקי אדעתיה ששכרו על בעה"ב. ורק בלא הודיעם ששוכר בשביל בעה"ב, וחשבו הפועלים ששוכר לעצמו, בזה צ"ל שכרכם על בעה"ב שאתם עובדים בשדהו. וזה נראה מדברי הרמ"ך שהביא השטמ"ק ב"מ קיב,א, וז"ל:

"ואי אוגרינהו סתמא, נראה לומר דאינו עובר אפילו השליח, כיון דלא אמר להו עלי שכרכם אלא דאמר להו באו עשו מלאכה בשדה פלוני בכך וכך שכן ליום ולא אמר מי יתן שכרם. מיהו איהו פרע להו. כן נראה. ואפשר לומר דכיון דאמר להו מלאכה של פלוני הוא, אינהו אפסידו אנפשייהו דלא שיילוהו שכרם על מי ולא שקלי אגרייהו אלא מבעל הבית שמלאכתן אצלו, כיון שהשליח שכרם ברשות."

דנראה דמש"כ הרמ"ך דבסתם אם לא אמר על מי השכר אינו עובר על כל תלין, היינו בידעו שהמלאכה של אחר, דאינהו אפסידו אנפשייהו שלא שאלו מי יתן שכרם, דמן הסתם שכרם על בעה"ב, אבל בסברו שהמלאכה שלו וכך היה נראה להם, בלא אמר להם שכרכם על בעה"ב, עובר על כל תלין (ובכל מקרה חובתו לתת שכרם, כמש"כ הרמ"ך). והדברים מפורשים בדברי הטור (חו"מ סי' שלט):

"ואם לא אמר שכרכם על בעה"ב, אפילו לא אמר להם שכרכם עלי אלא שכרם סתם, הוא חייב בשכרם, לפיכך הוא עובר משום כל תלין. וכתב הרמ"ה דוקא ששכרו לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, בההוא קאמר שאם לא אמר להם על מי חייב שכרם שהוא חייב, אבל שכרם לעשות בשדה סתם כך וכך ולא פירש על מי שכרם, אינו חייב בשכרם. והיה אומר א"א הרא"ש ז"ל שכן הוא כדבריו אם הפועל יודע שאינו שלו, אבל אם אינו יודע של מי הוא חייב בשכרם."

ודבריו הובאו ברמ"א חו"מ שלט,ז. ובמחבר שם לא חילק אלא בכל ענין אם לא אמר שכרכם על בעה"ב, אפי' לא אמר שכרכם עלי, עובר בכל ענין. וברמ"א חילק כמש"כ הטור בשם הרמ"ה. ועיין במשנת רבי אהרן לגר"א קוטלר ח"ב סי' עג דבשכרו בשל חבירו, אפי' בשכרו סתם, כל שלא אמר שכרכם עלי, חייב השכר הוא על בעה"ב, דמן הסתם אם הפועל יודע שהשוכר אינו בעה"ב ושעושה במלאכה בשדה אחר, מן הסתם יודע ומבין שהשכר ינתן ע"י בעל השדה, אא"כ אמר שכרכם עלי. ובזה אתי שפיר מה דלא דיברה הגמ' בסתמא, דבשכרכם עלי מיירי במראה בשדה של בעה"ב וידוע שהיא של בעה"ב, ובאומר שכרכם על בעה"ב, מיירי בשדה שאינה ידועה לבעה"ב, וסבורים הפועלים שהיא של השליח. וכן כתב באהבת חסד י"ג, דאם הפועלים יודעים שאין המלאכה שלו, אין השליח עובר בסתמא שלא אמר שכרכם עלי, ואם אינם יודעים, אף בסתם עובר בכל תלין.

והנה בנדו"ד שהאשה נו"נ בתוך הבית, אף אם הבית שייך רק לבעל, אם לא אמרה שכרכם על בעלי, עוברת משום כל תלין. דאם אינם יודעים שהדירה של הבעל, עוברת בבל תלין וכו"ל, כל זמן שלא אמרה שכרכם על בעה"ב. אולם אף ביודעים והדבר מפורסם שהדירה של בעלה ולא שלה, משני טעמים יש לחייבה בלא אמרה שכרכם על בעלי. האחד: מאחר וזו מלאכתה לנקות, הרי ששכרה למלאכתה היא, והרי זו כשוכרת לעצמה. ואף אם מדובר בדירה ובאופן שאין זה מלאכתה וחובתה, מ"מ כיון שהיא נו"נ בעניני הבית, הרי היא טפי מאפטרופוס, והרי זה כאומרת שכרכם עלי, דדעת הפועל שהיא עצמה תשלם לו. וכן כתב באהבת חסד י"ד, ובנתיב החסד שם ס"ק י'.

ולכאורה מדוע לא יעבור בעה"ב ששלח שליח לשכור פועלים, אף שלא הוא שכן, ומדוע לא נקרא שכיר גביה, הרי שלוחו של אדם כמותו, ובכל התורה כולה, גם לדיני ממונות, כאילו הוא שכרם. והריטב"א (בדפוסים ישנים ב"מ קיא,א) הקשה כן, דהא בכל מקום שלוחו של אדם כמותו: "ושמא לא אמרינן הכי לחובתו, וצ"ע, דהא ליכא מיעוטא בקרא שיהיה שוכרם הוא". ומה שכתב דלא אמרינן כן כשהוא לחובתו, עיין בשואל ומשיב (ח"ה מהדור"ו סי' א) שכתב לפרש דכיון שאם היה עושה מלאכה דניחא ליה לא על דעת חנם, באופן המבואר בשו"ע חו"מ רסד,ד, אף שחייב לפרוע לו, אפילו הכי פשיטא שאינו עובר על כל תלין כיון שלא שכרו בפירוש, ואף שניחא ליה בעבודה והוי כשכרו בפירוש דזכיה מטעם שליחות, א"כ גם כששכרו ע"י שליח מ"מ גופו לא שכרו, ובמידי דתלוי בגופו לא שייך שליחו כמותו.

ובב"ח חו"מ שלטו, שהתקשה בזה, וכתב דהכי נמי ודאי שניהם אינן יכולין לחזור לא השכיר ולא הבעל הבית, אפילו הכי לעבור עליו בבל תלין אינו עובר אלא אם כן דקרינא ליה שכיר גביה. וצ"ב אם כוונתו שיש כאן גזה"כ. ולכאורה היכן היא גזה"כ כאן. גם הרש"ש בסוגיא הקשה, וכתב דלא שייך לומר שאין כאן שליח מפני שאין שליח לדבר עבירה, דאם כן אם קדש אדם אשה ע"י שליח ואח"כ בא על אחותה שלא יתחייב כיון שאין שליח לדבר עבירה, אלא כיון שכל הענין הוא תלוי אך ורק בזמן שנעשתה השליחות ואז לא היתה בעבירה, והוא הדין כאן, אף שאח"כ עבר עבירה, בזמן השליחות לא היתה עבירה. וסברא כזו דחשיב שליח לדבר עבירה מצאנו בהלכות קטנות ח"ב סי' לא הנ"ל, וצ"ע. וכתב הרש"ש דאפשר כיון שהפועל יכול לחזור בו, הרי זה מילי, ולא מימסרן לשליח.

ובשואל ומשיב (ח"ה מהדור"ו סי' א) כתב דכמו דבעינן תבעו, ואם לא תבעו אינו עובר, א"כ כששכרו ע"י שליח, אף ששלוחו של אדם כמותו, הפועל אינו יכול לתבוע אלא את זה ששכרו, וכיון שאינו יכול לתבוע את בעל הבית, נראה דאפי' תבעו לא חשיב תביעה. ועיין בחלקת יואב (חאהע"ז סי' ל) שכתב לבאר ע"פ דברי הר"ן והנימוק"י ריש פרק השואל, בהא דפרה במשיכה ופועלים באמירה, דבאמירה מקרי פועל שכור

לבעה"ב מטעם שארית ישראל לא יעשו עולה, ואין בשכירות פועל ענין לקנין אחר, כי התחלת מלאכה אינו קנין מהתורה, רק כיון שאם הפועל לא יעשה הוא מחוסר אמנה, בזה נקרא שכירו, ובשכרן ע"י שליח מותרין לחזור בהם, דכל שלא בפניו לא סמכא דעתו, וכיון שקודם שעבד יכל לחזור בו ולא מקרי שכירו, והרי זה כעושה על דעת עצמו, וכיון דליכא בעלים באמירה, שאין הבטחת פועל, ויכול הפועל לחזור, לא נקרא שכירו. ועיין עוד בבית אהרן בסוגיא שרצה לדייק דדוקא האומר לחבירו אינו עובר, אבל באומר לשלוחו עובר, וכתב דאין זו דעת הפוסקים. והביא מספר רביר הזהב דגזה"כ דמיעטה תורה אתך ולא שליח.

והיה נראה לכאורה דבשכרו ע"י שליח, הפועל עצמו לא סומך שבעה"ב יתן לו בעתו ובזמנו, כיון שלא שכרו ולא דיבר עמו, וכמו בשוקאי דסורא דעל דעת כן נשכרו שלא יפרע בזמנו, דיודע הפועל שכן דרך בעה"ב, כך גם כשלא סומך על בעה"ב, שכר עצמו על דעת שלא יפרע בזמנו, דלא סמכא דעתא דפועל שיפרע בזמנו. וסברא זו ראיתי בתוס' רי"ד בסוגיא (ב"מ קיא,א), וז"ל:

"פירוש, ואפ"ה בעה"ב פטור, ואף על גב דאיהו אמר לשלוחו צא ושכור לי פועלין וקי"ל בכל התורה שלוחו של אדם כמותו, וטעמא דמילתא דכי חזו פועלין לבעה"ב כד מוגר להו סמכו דעתייהו דלפרעינהו ביומיה, אבל כי לא חזו ליה, לא סמכו דעתייהו דלפרעינהו, דאע"ג דאמר להו שכרכם על בעה"ב וסמכו עלויה, נהי דסמכי עלויה דלפרעינהו, אבל לאלתר לא סמכו דעתייהו, ומשום הכי אינו עובר."

ומעין זה נמצא במשך חכמה (ויקרא יט,ג); "הכא דלא סמיך דעתיה דהאי פועל, כיון שבעה"ב לא שכרו". והיינו דאם אינם נשכרים מבעה"ב, סבורים הם שיקח זמן עד שיראו אותו ועד שיתבעו ועד שיפרע, כיון שאינו מחויב להם ישירות, והיינו טעמא דשוקאי דסורא דיודעים שבעה"ב לא יפרע לאלתר דכך הוא הנוהג, וגם כאן הם סבורים שכך ינהג ולא יפרע בזמנו. ועיין במשנת יעבץ (חו"מ מה,ב) שכתב לפ"ז לבאר הא דהשמיטו הרי"ף והרמב"ם הדין של שוקאי דסורא, דכיון שכבר כתב הדין של האומר לשלוחו וכו', בהל' שכירות יא,ד, דבשליחות אינו עובר בבל תלין, והטעם שלא סומכים על בעה"ב שישלם, א"כ הוא הדין גם בשוקאי דסורא שאינם סומכים שישלם בזמן. ואם בסברתנו דין שליח נתלה בסברת שוקאי דסורא, בדברי המשנת יעבץ לשיטת הרמב"ם, סברת שוקאי דסורא נתלית בסברת שוכר ע"י שליח.

ומ"מ כאמור לנדו"ד אין נפק"מ אף אם הבית של הבעל, בהיות האשה חייבת במלאכת הבית וחשיב מלאכתה, ואף במקום שאינה חייבת כגון בעשירה שאינה צריכה לנקות וכו', מ"מ בהיותה נו"נ בתוך הבית, העוזרת הינה שכירה שלה ועוברת בבל תלין.

לאור האמור לעיל על האשה לפרוע לעוזרת עוד ביום שישי, ובכל אופן למהר לפרעה בזמן הראשון כדי לא לעבור על בל תשהה. והואיל וידוע שלעזרות משלמים תמיד בסוף היום, אין בזה היתר של שוקאי דסורא.

ו. פועל לשיפוץ הבית, לענין כל תלין

שאלה זו מתחלקת לכמה חלקים: האם פועל לשיפוץ הבית - צבע ותיקונים דינו כפועל בקרקע, והאם בקרקע יש כל תלין, והאם דינו של בית שונה. ובענין זה יש להוסיף שאם שכרו שלא לפי שעות אלא לפי מלאכה, יש לדון גם בענין קבלן לענין איסור כל תלין, ואם קבלן בקרקע יש בו איסור כל תלין. לענין שכר קרקע, מצאנו בזה מחלוקת ראשונים. המאירי בסוגיא קיא, א הביא דבתו"כ פרשת קדשים מבואר שאף שכר קרקעות בכלל איסור זה. והם הדברים המובאים בתו"כ פ"ב: "אין לי אלא שכר האדם, שכר הבהמה והכלים מנין, שכר הקרקעות מנין, תלמוד לומר לא תלין פעולת כל דבר". הרי להדיא דעובר בשכר קרקע בכל תלין. והובא התו"כ להלכה בסמ"ג לאוין קפא וביראים סי' קכו. ובדעת זקנים מבעלי התוס' (ויקרא יט, יג) הביא את התו"כ והוסיף דיש ללמוד מדברי התו"כ דהשוכר בית או בהמה מחבירו ומשהה שכרו שעובר עליו משום כל תלין; "ותלמוד שלנו אינו מזכיר קרקעות כלל".

אמנם יש ראשונים שכתבו שאינו עובר. דהנה בגמ' ב"מ קיא, ב ילפינן דשכר בהמה וכלים גם עובר בכל תלין, דדרשינן; בארצך - כל שבארצך. ובתוס' הרא"ש, הביא מרבינו מאיר, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ קיא, א, וז"ל:

"ור"מ כתב דשכירות קרקע אינו עובר עליו, דדרשינן כל שבארצך ולא ארצך. ומסתבר טעמיה דלא מרבינן אלא בהמה וכלים שעושים בהם מלאכה דומיא דשכיר."

הרי שסובר דבקרקע אין כל תלין, דאף שבתו"כ כתבו להדיא שיש איסור, מ"מ מגמ' דידן שריבתה בהמה וכלים והשמיטה קרקעות מוכח שדייקו כל שבארצך ולא ארצך. וברייטב"א (בדפוסים הישנים, ב"מ קיא, ב) ג"כ כתב כן, אך סיים; "ומספקא לי מילתא". וכן הביא בטור חו"מ ר"ס שלט: "ועל שכר קרקע כתב הרמ"ה דאינו עובר, דדרשינן כל אשר בארצך ולא כל ארצך". וכן במחבר שו"ע חו"מ שלט, א כתב בשם יש מי שאומר. ובשער המשפט שלט, א כתב דהמחבר כתבו בסתמא בשם יש מי שאומר, מפני שלא מצא מי שחולק, אולם כיון שבתו"כ כתבו שעובר, וכן דעת הסמ"ג והיראים שהביאו התו"כ, ע"כ אין להקל באיסור דאורייתא. גם במנחת חינוך מצוה רל הקשה על הרמ"ה, איך יחלוק על התו"כ בדבר שלא מפורש להדיא בש"ס שלא כתו"כ,

משפטיך סימן לד ליעקב תקנט

דהרמ"ה רק דייק מדרשת הגמ', אך לא נאמר להדיא בגמ' דאינו עובר. וכן הקשה בשואל ומשיב (מהדור"ה ח"ו סי' א) אין דרש הרמ"ה דרשות מדיליה, ובפרט שמבואר בתו"כ דעובר. גם הגר"א שלט, א הקשה, דהלימוד של בהמה וכלים מבארצך, הוא לתנא דברייתא, אבל לתנא דמתניתין דיליף מאתך, אין לדייק ולמעט קרקע, ואדרבה - קרקע בכלל, ונשאר בצ"ע על המחבר. גם בשו"מ הנ"ל הקשה כן. ועיין במשנת רבי אהרן לגר"א קוטלר, ח"ב סי' עב מה שכתב בישוב קושית הגר"א. גם באהבת חסד ט,ה כתב דיש להחמיר כפי שנמצא בתו"כ, וכמש"כ הגר"א דלא ילפינן בהמה וכלים מארצך לתנא דמתניתין, ושכן כתב בשער המשפט.

אמנם לענין בית כתב בקצוה"ח שלט, א כתב דאפי' למ"ד דבית, שהוא תלוש ולבסוף חיברו, שדינו כקרקע, מ"מ כל זה לענין ממון, אבל לענין איסור, ובכלל זה איסור בל תלין, דינו כמטלטלין, וז"ל:

"ונראה דלדעת הפוסקים דבית מיקרי תלוש כיון שהוא תלוש ולבסוף חיברו, ואפילו לפי מש"כ הרמ"א בסימן צה, א דבית הו"ל דין קרקע עיי"ש, אכתי יש לחלק בין איסור לממונא, דלענין איסורא תלוש ולבסוף חברו דין תלוש הוי, ועיין ש"ך צה, ח ועיין מש"כ שם ס"ג. ולכן נראה לענ"ד דהכא לענין איסור בל תלין שהוא איסור דאורייתא, יש לחוש לדעת הפוסקים דהו"ל דין תלוש."

מהקצוה"ח יש ללמוד לכאורה מתחילת דבריו דלכ"ע בזה דינו כתלוש. אמנם בהמשך כתב דיש לחוש באיסור לדעת הפוסקים שדינו כתלוש, ומשמע שלמ"ד שדינו כקרקע, גם בזה דינו כקרקע, אלא שיש לחוש באיסור למ"ד שדינו כמטלטלין. מדברי קצוה"ח יש ללמוד גם דאיסור בל תלין הוא דין איסורי, ואינו זכות ממונית של השכיר, דכמו כל חוב שיש בזה גם דין ממון וגם איסור לא תגזול, וכן לענין אונאה וכד', שהאיסור נגרר מדיני הממון, כאן האיסור של הלנת שכר הוא ענין בפני עצמו, וגם לא שייך לפ"ז שיאמר בעה"ב קים לי, כיון שלעצם הענין של הלנת שכר אם לתת ביומו או לא, הוי דין איסורי, ויש להחמיר בזה, משא"כ לענין עצם החוב בכלל ואחרי זמן הלנת שכר, הוי ככל חוב וחלים עליו דיני ממונות, כולל הזכות לטעון קים לי.

ע"פ יסודו זה, ישב קצוה"ח (שיז, ג) את קושית הריטב"א על הגמ' ב"מ קב, ב: בעי מיניה מר' ינאי, שוכר אמר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי מי נאמן ... לא צריכא ביומא דמשלם זימניה ... תניתוה שכיר בזמנו נשבע ונוטל, טעמא דשכיר משום דבעה"ב טרוד בפועליו. והקשה הריטב"א, מה הראיה משכיר לתשלום שכירות בית, דלמא דוקא בשכיר שיש איסור של בל תלין. ותירץ קצוה"ח דגם בשכירות בית יש איסור בל תלין, כיון דהוי תלוש ולבסוף חיברו, שלענין זה דינו כתלוש. (ולכאורה כאן משמע שלכ"ע דינו כתלוש, דלא כתב שבזה יש להחמיר אלא באופן מוחלט שדינו כתלוש).

ובחושן אהרן לגר"א וולקין, שלט,א, כתב דלענין בל תלין, לכ"ע בית דינו כמטלטל. דבית שהיה תלוש, אף שכעת חברו וכבר אינו מטלטל, בכל אופן לכלל קרקע לא בא. אם גם לטלטל לא ניתן לטלטלו, אך אינו כקרקע, דקרקע הוא דבר שמעיקרו היה ונשאר קרקע. מטלטלין לא יכולים לההפך לקרקע. ניתן ליצור מצב שאי אפשר לטלטלם, אך לכלל קרקע לא באו. לכן לענין אונאה, שמיעטה התורה קרקע מהפס'; וכי תמכרו ממכר לעמיתך - דבר הנקנה מיד ליד (ב"מ נו,ב), וכן לענין שומרים שדרשינן בכלל ופרט כסף או כלים, דוקא דומיא דכסף או כלים דמטלטל וגופו ממון. וכן לענין שבועה דרשינן בשבועות מב,ב מכלל ופרט דוקא דבר המטלטל וגופו ממון. לכן עלינו לבחון את הבית במשקפי המציאות, האם הוא מטלטל או לא, וכיון שבית אינו מטלטל, אינו עונה להגדרת "דבר המטלטל". אבל לענין בל תלין, אף לפוסקים שממעטים, ממועט קרקע מהפסוק בארצך, ולענין זה בית אינו בכלל "ארצך". כיון שאינו קרקע. וכן לענין עבודה זרה (עיין ש"ך צה,ח מה שהקשה בזה) דמוכח דבית דינו כמטלטלין, דהתם ממעטינן מקרא אלהיהם על ההרים, ולא ההרים אלוהיהם, ולכן בעינן קרקע דומיא דהרים, ובית אינו בכלל. ולכן לענין בל תלין עוברים על שכר קרקע. גם באהבת חסד כתב להחמיר בקרקעות וכו"; "כל שכן שיש להזהר בשכר בתים". ועיי"ש בנתיב החסד ס"ק יד וס"ק טו.

לפ"ז בנדו"ד שהבנאי משפץ בקרקע, בזה יש עוד טעם לשבח דלא חשיב שכר קרקעות ועובר בכל תלין. דגם למש"כ לעיל בקרקעות רבו הפוסקים דעובר, ובודאי בבית עוד נוספו עליהם הפוסקים שעובר, ובמשפץ בקרקע, שעובר עם חומרים תלושים, אף באונאה הסתפקה הגמ' אם חשיב כקרקע או מטלטלין. דאיתא בב"מ נו,ב: בעי רבא, חטין וזרען בקרקע מהו, יש להם אונאה או אין להם אונאה, כמאן דשדיין בכדא דמיין ויש להם אונאה או דלמא בטלינהו על גב ארעא. היכי דמי, אילימא דאמר איהו שדאי בה שיתא ואתו סהדי ואמרי דלא שדא בה אלא חמשה, והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר. אלא דאמר איהו שדאי בה כדאבעי לה ואיגלאי מילתא דלא שדא בה כדאבעי לה, יש להם אונאה או אין להם אונאה, כמאן דשדי בכדא דמיין ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו אגב ארעא. נשבעין עליהן או אין נשבעין עליהן, כמאן דשדיין בכדא דמיין ונשבעין עליהן, או דלמא בטלינהו אגב ארעא ואין נשבעין עליהן. ונשארה הגמ' בתיקו. וכן נפסק ברמב"ם מכירה יג,טז ובשו"ע חו"מ רכז,לד, וז"ל הרמב"ם:

"שכרו לזרוע לו קרקע ואמר זרעתי בה זריעה הראוי בה, ובאו עדים שזרע בה פחות מן הראוי לה, הרי זה ספק אם יש לו הונויה מפני הזרע או אין לו הונויה מפני הקרקע, לפיכך אין מוציאין מיד נתבע, וכן אין משביעין אותו אלא שבועת היסת מפני צד הקרקע שיש כאן."

והגאון הרב יחיאל הלר אב"ד סובאלק, בתש' עמודי אור סי' קז (הובאה מסקנתו בפ"ת חו"מ רכז, כה) נשאל באחד ששכר את חבירו לבנות לו בית בקבלנות, ואחר גמר הבנין ראה הקבלן שנתאנה במקח השכירות, ורצה לחזור בו. והביא את ספיקת הגמ' הנ"ל לענין שכרו לזרוע בקרקע, והקשה מה ספק הגמ', דמאי שנא מכל תלוש ולבסוף חיברו שדינו כקרקע, ואף בחיטין שזרעם בקרקע על דעת להיות שם לעולם, מה נשתנה זה מכל שאר תלוש ולבסוף חיברו, דמחשבינן בכל דוכתא כמחובר לענין ממון. ועיי"ש שרצה לחלק בין דבר שבמציאות כעת הוא מחובר, ואנו דנים עכשיו על המציאות של הבית, והבית הוא מחובר. אבל בשכירות וקבלנות (דלענין אונאה שיטת הרמב"ם דשכיר דינו כעבד ואין בו אונאה, ורק קבלן יש בו אונאה, והגמ' הסתפקה רק בקבלן), כל זמן שהשכיר או הקבלן עובד, במציאות דינם כמטלטלין, רק ששכרו מגיע לו בסיום עבודתו, וסיום עבודתו הוי כקרקע, וא"כ אתו תרווייהו כחדא, שעת הדיון היא כהרף עין בשעה שסיים, שאז התחלפה המציאות מקרקע למטלטלין, ובזה אין לנו הכרח אם דינו כתלוש או כמחובר, וע"כ אין להוציא מהמוחק. גם כתב שיש לשום את שכר המלאכה שהסתיימה עוד במטלטלין, כגון מה ששייף העצים ותיקנם, שהסתיימה מלאכתו במטלטלין, דבזה ודאי יש אונאה, ומלאכת חיבור לקרקע בפני עצמה, וכמו שיגיע לפי ערך, יש לחשב. לפ"ז בנדו"ד, גם אם בקרקעות אין אסור כל תלין, וגם אם נאמר שאין לחלק בין בית לקרקע, הרי בשכיר זה בשעות שעבד במטלטל, ודאי יש איסור כל תלין, ורק למה שעבד בקרקע בחיבור החומר לקיר וכד', יש בזה ספק. ובודאי באיסור דאורייתא יש להחמיר, וכפי שכתבנו, ובכל אופן יש להחמיר בקרקעות ובודאי בבתיים, ויש לפרוע לשכיר בזמנו.

ז. בצבע קבלן

ואם הצבע הינו קבלן, איתא בב"מ קיב, א: בעו מיניה מרב ששת קבלנות (אומן שקבל עליו לעשות מלאכה בכך וכך, ולא לשכירות ימים - רש"י) עובר עליו משום כל תלין או אין עובר משום כל תלין, אומן קונה בשבח כלי והלואה היא (וזוכה במה שהשביחו, ומשום קבלנותו יוצא לו, וכשמחזירו לו, הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו), או אין אומן קונה בשבח כלי ושכירות היא. אמר להו רב ששת עובר. והתניא אינו עובר. התם שהמחהו אצל חנוני ואצל שולחני. נימא מסייעא ליה, הנותן טליתו לאומן, גמרה והודיעו, אפילו מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר משום כל תלין. נתנה לו בחצי היום, מששקעה עליו חמה עובר משום כל תלין. ואי אמרת אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר. אמר רב מרי בריה דרב כהנא בגרדא דסרבלא. למאי יהבה ניהליה - לרכוכי, היינו שבחיה. לא צריכא דקא אגריה מיניה לבטושי, בטשא ובטשא במעתא. ומבואר בגמ' דדין זה אם בקבלנות עובר בכל תלין, תלוי אם האומן קונה

תקסב משפטיך סימן לד ליעקב

בשבב כלי, דאם קונה בשבב כלי, הרי קנה הכלי ומוכרו כעת לבעה"ב, ואין במכירה בל תלין, ואם אינו קונה בשבב כלי, הרי דינו כשכירות.

הרי"ף בכמה מקומות (עיין ב"ק לה,ב בעמוה"ר) ובכללם בסוגיא אצלנו (סח,ב בעמוה"ר), כתב דאין אומן קונה בשבב כלי, וז"ל:

"וקבלנות שכירות היא ועובר, והכי אסקה רבא בפרק הגזול עצים דכ"ע אין אומן קונה בשבב כלי, והאי דאוקי רב מרי להא מתניתא דאגריה לביטשי ביטשא ביטשא במעתא, דחיותא בעלמא היא ולא סמכינן עלה."

ובנימוק"י כאן כתב דהכי קיי"ל כרב ששת דעובר על בל תלין, דלא אשכחן מאן דפליג עליה. גם קיי"ל בעלמא דאין קונה בשבב כלי. הרי שבזה יש שני טעמים, גם מצד שאין אומן קונה בשבב כלי, וגם מה שלא מצאנו דפליג ארב ששת. וכן כתב הרא"ש ב"מ ט,מג, וז"ל:

"אמר להו עובר דשכירות הוי. וכן הלכתא דתניא דמסייע ליה, הנותן טליתו לאומן גמרה והודיעו אפילו מכאן ועד י' ימים אין עובר משום בל תלין. נתנו בחצי היום כיון ששקעה עליו החמה עובר משום בל תלין. אלמא אין אומן קונה בשבב כלי. וקבלנות כשכירות היא ועובר, והכי אסקה רבא בפרק הגזול קמא (צט,ב) דכ"ע אין אומן קונה בשבב כלי."

וכן פסק הרמ"ה, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ק צח,ב. וכן דעת המאירי (בפירוש המשנה ב"ק צח,ב), וכן דעת הר"ן (קדושין כ,א בעמוה"ר), והנימוק"י (ב"מ סח,ב בעמוה"ר), וכן פסק הרמב"ם בהל' שכירות י,ד, וז"ל:

"נתן לאומנין לתקן וקלקלו, חייבין לשלם. כיצד, נתן לחרש שדה תיבה ומגדל לקבוע בהן מסמר ושברן, או שנתן לו עצים לעשות מהן שדה תיבה ומגדל ועשה מהן שדה תיבה ומגדל, ונשברו אחר שנעשו, משלם לו דמי תיבה שדה ומגדל, שאין האומן קונה בשבב כלי."

וכן פסק בשו"ע חו"מ שו,ב (אלא שבשו"ע אהע"ז כח,טו הביא את ב הדעות). גם היש"ש בקידושין ב,יב ובב"ק ט,כא פסק שאין אומן קונה בשבב כלי. וכן דעת העיטור (אות ק קדושין) דדוקא בהוסיף לה נופך משלו מקודשת (עיי"ש ליד הערה כח). וכן כתב הרב המגיד (מכירה יג,ח).

ובש"ך חו"מ שו,ג הביא שדין זה אם אומן קונה בשבב כלי הוא מחלוקת הראשונים. דעת הלכות גדולות (ב"ק צט,א) לפסוק כרב אסי דאומן ששבר שידה תיבה ומגדל, חייב לשלם דמי עצים בלבד. ודעת הלכות גדולות הובאה ברא"ש עבודה זרה ה,לה. וכן דעת ר"ת המובא ברא"ש פ"ב דקדושין (להלן). ועיין תוס' ב"מ קיב,א ד"ה אומן דלדעת רב ששת אומן קונה בשבב כלי, עיי"ש, ומינה הוכיח הסמ"ג (עשין, סוף מצוה פט, ד"ה בפרק הגזול) דדעת התוס' דאין אומן קונה בשבב כלי, ומדהביא הסמ"ג דעתו

באחרונה, ס"ל לש"ך דהכי ס"ל להלכה. וכן בתרומת הדשן (סי' שט) כתב שדין זה הוא פלוגתא דרבוותא, ויכול המוחזק לומר קים לי כדעתם. וס"ל לש"ך דאף הרא"ש הסתפק בדין זה, ודחה דעת הסוברים שדעת הרא"ש שאינו קונה בשבח כלי. ודעת הש"ך דעכ"פ הוי ספיקא דדינא, והמוציא מחבירו עליו הראיה. ובש"ך שלג, מא, וכן בש"ך פט, נראה דס"ל שאין אומן קונה בשבח כלי, עיי"ש.

והנה הרא"ש בפ"ב דקידושין (היא"א) כתב לדחות את ראית הרי"ף מדחיית הגמ' (ב"ק צט, א-ב) דכולי עלמא אין אומן קונה בשבח כלי וכו', "דמשום דבעי למדחי הא דאמר כתנאי, הוצרך לומר דכולי עלמא אין אומן קונה בשבח כלי, דאי אומן קונה, לכולי עלמא מקודשת". והביא הרא"ש שם את דעת ר"ת דאומן קונה בשבח כלי. ועיי"ש בקרבן נתנאל (י) ובתפארת שמואל. (ועיין בדברי הרא"ש בתש"י, יב, ו).

ובטור אבן העזר סי' כח הביא את דעת הרי"ף דאין אומן קונה בשבח כלי, ודעת ר"י דקונה בשבח כלי, וע"כ כשנותן לה הכלי מתקדשת בשבח שיש לו, "וכן היא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל". ומשמע לכאורה דדעת הטור כדעת אביו הרא"ש דאומן קונה בשבח כלי. והקשו עליו הדרכי משה (שם ס"ק ח), הב"ח והדרישה (ס"ק ז), דהא הטור פסק בחו"מ סי' שו דכל האומנין שקלקלו חייבין לשלם, "וקיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי", וע"כ אם נתן לאומן עצים לעשות לו שידה תיבה ומגדל, ושברן האומן לאחר שעשה, משלם לו דמי שידה תיבה ומגדל. וכן ממה שפסק בטור חו"מ סי' שלט דבקבלנות עובר משום כל תלין, והטעם מפני שאין האומן קונה בשבח כלי.

עוד הקשו שבפסקי הרא"ש (שחיבר הטור) ב"ק פ"ט (אות יד) כתב דהלכתא אין אומן קונה בשבח כלי, וכן בב"מ ט, מג הנ"ל פסק דאין אומן קונה בשבח כלי. ובדרכי משה (אהע"ז כח, ח) כתב לישב דדעת הרא"ש לפסוק דאומן קונה לחומרא, וע"כ באשת איש מקודשת לחומרא. וכן באומן שקיבל עצים ועשה מהם שידה תיבה ומגדל ושברן, הביא הרא"ש דעת הרי"ף ולא פסק כוותיה, דדינא הוי המוציא מחבירו עליו הראיה ואי תפס לא מפקינן מיניה, דכל ספק ממון הוי קולא לתובע וחומרא לנתבע. אי נמי י"ל דאע"ג דמסקנת הרא"ש כר"י, מ"מ ס"ל דהלכתא כדברי הרי"ף והרמב"ם. גם בב"ח שם כתב דדוקא גביה איסור אשת איש מסקנת הרא"ש היא שתהא מקודשת לחומרא. (ועיין ביש"ש קידושין ב, יב שכתב דדעת הרא"ש כרי"ף שאינו קונה בשבח כלי, וכן ביש"ש ב"ק פ"ט סי' כא. וכן בלחם משנה אישות ה, כ, עיי"ש. וע"ע בעצי ארזים כח, מח).

ובזה יתישב גם מה שהביא המחבר בשו"ע אהע"ז כח, טו את ב הדעות במי שקידש אשה בשכר מלאכה, די"א שאינה מקודשת ויש אומרים שמקודשת. ומחלוקתם אם אומן קונה בשבח כלי, וכמש"כ גם ברמ"א שם. ואילו בשו"ע חו"מ שו, ב פסק דאין אומן קונה בשבח כלי. והיינו דדוקא לענין איסור אשת איש חש המחבר לחומרת מ"ד קונה בשבח כלי, שלא להוציאה בלא גט.

ובמהות קנין האומן בכלי, נראה בדעת הרא"ש שזוכה האומן רק בשבח, וקנינו הוא קנין לשעבוד, עיין ברא"ש ב"ק ט, יד, שכתב; "וכל השבח שלו עד שיתן לו שכרו ויקח את הכלי". ולכאורה קנין האומן הוא כעין קנין משכון בבע"ח עד שיפרע חובו, והוא הדין הכא עד שיפרע שכרו. אך אפשר לפרש ברא"ש גם לאידך גיסא – שקנינו בשבח הוא קנין גמור, וכוונת הרא"ש לומר שיכול בעה"ב לסלקו בעל כורחו, ואין לו קנין גמור אלא עד שיפרע לו בעה"ב חובו. אמנם היש"ש (ב"ק ט, כא) שהביא את דברי הרא"ש הנ"ל, כתב בכאורם:

"דאין הפרוש שקנה ויכול לעכב לעצמו, אלא כלומר קודם שנתן שכרו קנה השבח שעליו לענין זה, שלא חשוב כאילו קנה הבעלים השבח וזה צריך לשלם כשקלקלו."

ומשמע לכאורה שהבין בדברי הרא"ש שאין כאן קנין גמור אלא רק קנין לענין שאם יזיק שלא ישלם (וכדעת הרשב"א), וכן תפיס ליה אאגריה כמשכון, וצ"ע. והנה הדעה שקונה אומן בשבח כלי, מצאנו בדברי הרשב"א (ב"ק צח, ב), ד"ה מאי טעמא, 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."

מדברי הרשב"א מבואר שיש שני סוגים של קניות בדין זה: אם קלקל, לא אמרינן שזכה בעה"ב במה שהשביח האומן, וכל השבח של האומן, שלא היה דעתו של האומן לחייב עצמו בתשלומי נזקו. ולכאורה י"ל לפ"ז שהאומן בשעת פעולתו בכלי זוכה בשבח, ובדרך כלל כוונתו להקנות את השבח לבעה"ב, וכשהזיק לכלי אמרינן שלא היתה כוונתו להקנות לבעה"ב כדי להתחייב בנזק השבח.

הסוג השני הוא בשלא קלקל ובתופס לשבח כנגד שכרו. וגם בזה י"ל דשבח האומן מעצם טבעו הוא לעושהו דהיינו לאומן, רק על דרך הכלל אמרינן שדעת האומן להקנות את השבח לבעל הכלי, מכח היות השבח חלק בלתי נפרד מן הכלי ולא ניתן להפרידו מן הכלי, וע"כ ודאי דעת האומן להקנותו לבעה"ב שבעבורו הוא עושה את שבח הכלי. כלומר, שבח האומן שייך לעושהו, וזהו גם דין אומן קונה בשבח כלי, כשהוא ודאי מקנהו לבעה"ב: "שעל דעת שיהא שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנו ומשביחו". שאע"פ ששייך לעושהו, דעתו להקנותו לבעה"ב. כל זה באופן הרגיל. אולם כשם שאם קלקל האומן אמדינן לדעתיה שודאי לא התכוין להקנות על מנת לחייב, ונשאר השבח בקנינו הראשון (לאומן) כך גם אמדינן לדעתו שמקנה לבעה"ב רק היותר משכרו, אבל כנגד שכרו דעתו להשאיר בידו. וזה שאמר הרשב"א: "וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו

משפטיך סימן לד ליעקב תקסה

ולקנות בו כנגד שכרו, היינו שאין דעתו להקנותו לבעה"ב מה שכנגד שכרו. ולכאורה י"ל לשיטת הרשב"א לפי ההסבר דלעיל, שהקנין שקונה האומן הוא קנין גמור, דכיון דמעצם טיבו הוא של עושהו דהיינו האומן, ורק אפשר שדעתו להקנותו לבעה"ב, ובליכא כוונה להקנותו לבעה"ב הוא של האומן, א"כ כל השבח הוא של האומן ובקנין גמור. אולם אפשר לדרך זו שאף שהשבח מעצם טיבעו שייך לאומן, ועל דעת להקנותו לבעה"ב משביחו, א"כ אמרינן בעצם שכוונתו להקנות לבעה"ב ורק לתפוס ליה אאגריה, וע"כ אין לו בו קנין גמור אלא קנין למשכון, ואת הקנין הבעלות הוא נתן והעביר לבעה"ב.

ומשמע מדברי הרשב"א שהכל תלוי בדעת האומן, אם דעתו לתפוס או לקנותו לעצמו או להקנותו לבעלים. ועיין בעין יצחק (ח"א אההע"ז סי' עז ענף ז) הקשה דא"כ גם בגזלן יהיה השבח לגזלן וללוקח ממנו, שהרי אינו מתקנו רק בשביל עצמו, אף אם לא היה בזה שינוי המועיל. ע"כ הסביר העין יצחק בדעת הרשב"א שדעת ורצון האומן הוא להשביחו לעצמו. אך בכך לא די. חז"ל אמדו את דעת הבעלים שמסכימים למלא את רצון האומן ומקנים לו השבח שיהיה קנוי על מנת להחזיר שכרו, דכיון דאליו הוא נושא את נפשו, מסכימים הבעלים להקנות לאומן כרצונו. (ועיין בדברי חיים, חו"מ שלוחין סי' ח ד"ה אך, מש"כ בבאור דברי הרשב"א).

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. ובבית אהרן (ב"ק צח,ב) שכתב דמדברי הרשב"א משמע שקונה קנין גמור, ודלא כקצוה"ח והנתיבות. וכל זה בשבח שכנגד שכרו, אך השבח היתר על שכרו קונה האומן לצורך בעה"ב, על מנת שלא ישלם אם יזיקו. ועיי"ש דלענין שבח שאין בו ממש, אף דס"ל לרא"ש שאין האומן קונה בשבח כזה, מ"מ לענין שלא יתחייב בנזקיו, קונה אף בשבח שאין בו ממש.

ובעיקר דברי הנתיבות שקנין אומן הוא רק קנין לשעבוד ולא קנין גמור אף לא בשבח, כתב בדברי משפט שו"ב להוכיח מדברי רש"י בקדושין מח,ב (ד"ה והכא) שקנין האומן הוא קנין גמור, (עיין להלן בדברי רש"י), ומדס"ל לרש"י שלא שייך לומר בקנין האומן ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, מוכח דלא הוי רק קנין לשעבוד, וכן מוכח מסוף דברי רש"י שכתב שהוא כמוכרו לו, עיי"ש. אמנם לכאורה י"ל שהנתיבות כתב דבריו אליבא דהרשב"א, וע"כ אין סתירה מדברי רש"י הסובר שקנינו קנין גמור, בעוד הרשב"א ס"ל שקנינו הוא רק קנין לשעבוד.

ובנדרו"ד שהשבח הוא בקרקע הנמצאת בחצר בעה"ב, לא שייך בכגון זה סברת הרשב"א של תפיס ליה אאגריה, דכל סברת הרשב"א לכאורה היא רק במקום ששייך שהשכיר יתפוס על שכרו, ולא כבנדרו"ד או בהשבת הקרקע. והוא הדין דלא שייך בכגון נדרו"ד קנין לשעבוד, דלא שייך תפיסת שעבוד בדבר הנמצא ומחובר לבית בעה"ב. משא"כ אם היה לו קנין גמור, אפשר שיש לו קנין וחלק, משא"כ תפיסה. ומדברי הר"ן בקדושין (כ,א בעמוה"ר) מבואר לכאורה דהא דאומן קונה בשבח כלי היינו שיש לו קנין גמור בחפץ, וז"ל הר"ן:

"... ואומן קבלן כשמשביח ועושה מן הזהב כלי, אין בזו לומר ישנה לשכירות וכו', דכל מה שמשביחו אינו מלוה על הבעלים אלא בכלי הוא זוכה, וכשמשביחו ומחזירו בשכר הקצוב, ההיא שעתא הרי הוא כמוכרו לו. ומר סבר אין אומן קונה בשבח כלי, הלכך הרי הוא כשאר שכירות שהוא מלוה, ומקדש במלוה אינה מקודשת. ואם תאמר ואמאי לא, והא איכא משכון גביה, דמצי תפיס ליה אאגריה ... דשאני משכון דעלמא דקני ליה כדרכי יצחק, אבל האי כיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתא לידיה, לא קני ליה ... אלמא לא חשיב משכון ידיה עד דליתבעו מיניה ותפיס ליה אאגריה."

ומבואר דלמ"ד שאומן קונה בשבח כלי, הוא קונהו לגמרי, ובקבלת שכרו מוכרו לבעה"ב. ואילו למ"ד שאינו קונה בשבח כלי, אף למשכון לא קונהו, כיון שלא בא לידו בתורת משכון. ומבואר מדברי הר"ן שרק אם תובע האומן את בעה"ב על שכרו ותופס לשבח עבור שכרו, חשיב ליה כמשכון בידו על שכרו. ולדעת הטור ורבינו ירוחם סגי בגילוי דעת שתופס על שכרו, אפילו לא תבע את בעה"ב על שכרו, עיין בב"ש כח,מ ובח"מ שם ס"ק כז. וכן נראה גם מדברי רש"י שקונה האומן את הכלי בקנין גמור, וז"ל רש"י (קידושין מח,ב ד"ה והכא):

"... ובאומן קבלן כשמשביחו ועשה מן הזהב כלי, קונה לזכות בכלי כשהוא משביחו ... דכל מה שמשביח אינו מלוה על הבעלים אלא בכלי הוא זוכה, וכשמשחזירו לו בשכר הקצוב, ההיא שעתא הרי הוא כמוכרו לו."

ומבואר מרש"י דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי, האומן זוכה בגוף הכלי, וכשפורע לו בעה"ב, מוכר האומן לבעה"ב את השבח שקנה. דאי הוה ס"ל לרש"י שיש לבעלים קנין רק למשכון, הו"ל לרש"י לומר דבההיא שעתא שקיבל שכרו הרי הוא כמחזירו לו, דמשכון הוא החזרה ולא קנין, דאף במקום שבע"ח קונה משכון, לא אמרינן שהוא מוכרו לו אלא מחזירו. וכן מבואר מדברי רש"י ב"מ קיב,א (ד"ה אומן), ועין בבית אהרן ב"ק צט,א ד"ה ברש"י. וכן נראה לכאורה מדברי רבינו יהונתן, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ קיב,א, וז"ל:

"אומן קונה בשבח כלי, כלומר, זוכה בו במה שהשביחו ומשום קבלנותו יוצא

לו שכשחזירו הרי הוא כמוכר שבח שהיה לו, והלואה הוא ולא שם שכירות עליו, ובהלואה לא שייך כל תלין."

ולכאורה משמע מדברי רבינו יהונתן שהאומן קונה קנין גמור בכלי. אלא שמהמשך דבריו שכתב ששכר פעולת האומן היא בבחינת הלואה ולא שם שכירות עליו, שונה מדברי רש"י שכתב "אינו מלוה על הבעלים". ולכאורה אי הוי כמלוה, א"כ זכיתו בגוף הכלי הינה כזכיה במשכון (וכדלהלן), אך מדבריו ברישא שכתב "שכשחזירו הרי הוא כמוכר שבח שהיה לו", משמע שיש לו קנין גמור בכלי. אך ביתר ביאור נמצא לרבינו יהונתן שכתב להדיא שקונה בגוף החפץ עקב השינוי שעשה בו, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ק צח,ב (ד"ה גמ'), וז"ל:

"לא שנו דחייבין לשלם דמי שידה אלא כשנתן שידה וכו', כלומר שלא עשה בו האומן שום שבח שנוכל לומר שקנאו בשינוי מעשה ... אבל אם נתן להם עצים שלא היו חקוקין והאומן חקקן, אשתכח דקנאן בשינוי מעשה, אם שברן אחר שתקנן לא משלם אלא דמי עצים שבאו לידו מידו של בעה"ב ולא שאר שבח שנשבחו בידו, שהרי אותו שבח האומן עשאו וקנאו בו."

ומבואר שיש לו קנין גמור בכלי עקב שינוי מעשה שעשה בו. ועוד יותר נראה מדבריו כאן שקונה את כל הכלי בשינוי מעשה ולא רק את השבח, דלכאורה אם הקנין הוא מחמת שינוי מעשה, א"כ דמי לגזלן שקונה בשינוי מעשה כל הכלי ולא רק כנגד השבח. והא דמשלם דמי עצים, מפני שסו"ס הזיק לבעה"ב את העצים שנתן לו, אבל קנינו הוא בכל הכלי (וע"ע להלן במש"כ בדברי מהר"ש הלוי). ועיין בעין יצחק (ח"א חאהע"ז סי' עו ענף ו) שכתב דלדברי רבינו יהונתן אומן קונה דוקא בעשה שינוי שאינו שאינו חוזר לברייתו, אבל בשינוי חוזר אינו קונה. ולכאורה כן כתב בהדיא תרומת הדשן סי' שט דמיירי נדון דידיה דוקא בענין שלא תיקן הצורף את החגורה בשינוי הקונה, "כגון שלא חדש בה רק שחברם על הרצועה וקבע בה מסמרים וכהאי גוונא", משא"כ בשינה צורתו יש לדון מדין אומן קונה בשבח כלי, עיי"ש.

והגרש"ש (חדושי רבי שמעון שקופ, ב"ב ד,ז) כתב דקנין האומן בכלי הוא קנין גמור בגוף הכלי, דלא שייך קנין בצורה וכד' שהם דברים שאין בהם ממש, אלא כיון שתיקן הכלי והשתנתה איכות הכלי, נעשה האומן שותף בכלי לפי ערך השבח והעילוי שנעשה ע"י אומנותו. ויכול בעה"ב לסלקו בדמים מדין גוד או איגוד, ואופן הקנין הוא שיוכל לסלקו בדמים. ומ"מ מבואר שיש לאומן קנין גמור בכלי בשעור שבחו.

ויש מהראשונים שמשמעות דבריהם שאומן אינו קונה בכלי קנין גמור. כך מוצאים אנו בדברי הרמב"ן במלחמות (שבועות כה,א בעמוה"ר), בענין מש"כ בעל המאור (שם) בדין משכון שחייב המלוה עליו אפילו באונסין מפני שקנה אותו מדרכי 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 קונוהו אלא לקדושי אשה, איסור כל 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 לוקח גמור".

אמנם מדברי הרמב"ן במלחמות (שבועות כז,א) משמע שקונה האומן בכלי קנין גמור. הרמב"ן (וכן הר"ן שם) הביאו את דברי הגאונים שכל המוציא ממון מתחת יד אחר, אע"פ שהוא נאמן במיגו נשבע שבועה חמורה, מפני שאינו נשבע על גופו של משכון. וקשה על הגאונים מהא דאיתא בשבועות מו,א (וכן בב"מ קי"ב) הנותן טליתו לאומן, אומן אומר קצצת לי שתים והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת, כל זמן שטלית ביד אומן, על בעה"ב להביא ראיה. ולשיטת הגאונים היה על האומן להביא ראיה. וישב הרמב"ן וז"ל:

"לפיכך אני אומר דלא דמי משכון דשכירות לשאר הטענות, ולא מיבעיא למ"ד אומן קונה בשבח כלי, דכטוען על גופו של משכון דמי, אלא אפילו למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, כיון דודאי אית ליה עליה אגרא ואאגריה תפיס ליה, כטוען על גופו של כלי דמי, דמקנה קני ליה כלי עד דיהיב ליה אגריה ושקיל ליה, ואיהו גופיה הימנה הימוניה לאומן אאגריה כי מסר ליה כלי, ואם לא תאמר כן, לא הנחת חיים לאומנין."

ומבואר לכאורה דקונה האומן גוף הכלי. ובר"ן שם הקשה על הרמב"ן, וז"ל:

"ולא נתבררו אצלי, דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי, אמאי עדיף אומן ממלוה על המשכון דאיהיו נמי קני ליה בדרכי יצחק אפילו במשכנו בשעת הלואתו, ואדרבה מלוה על המשכון קני ליה טפי, דהא כל האומנין שומרי שכר בלבד הם כדתנו בפרק האומנין, ואילו מלוה על המשכון קני ליה קנין גמור ... וכי היכי דאומן תפיס לכלי על אגריה, מלוה נמי תפיס ליה על מעותיו שהלוהו ..."

ומבואר בדעת הר"ן שאין לאומן קנין בכלי יותר מקנינו של המלוה במשכון. ובדברי הרמב"ן והר"ן דן הש"ך חו"מ פט"י. הש"ך כתב לחלק בין דין הגאונים במלוה על המשכון לבין דין אומן קונה בשבח כלי, דדין הגאונים הוא במשכנו בשעת הלואתו, ובשעת הלואה אינו אלא שומר שכר ואינו חייב באונסין, ולכ"ע אין בע"ח קונה משכון דשעת הלואה, משא"כ לאומן יש קנין בגוף הכלי ואינו מוציא מבעה"ב אלא מחזיק. אך הקשה דלמאי דקיי"ל שאינו קונה בשבח כלי, מדוע יש לו קנין בגוף הכלי טפי

ממשכון בשעת הלואתו. ועיי"ש בש"ך שהביא את ישוב הר"ן לדברי הגאונים, שחילק בין אומן התובע שכרו ובא לגבות חובו מן המשכון - שצריך להשבע, לבין כשאין תובע אלא מחזיק משכנו עד שיתן לו מעותיו, שאין צריך להשבע. והש"ך כתב דדבריו דוחק, ותירץ דברי הגאונים בדרך שונה, עיי"ש.

ובעצם דברי הרמב"ן נראה דבמהות קנין אומן בשבח הכלי, אין לו לאומן בכלי קנין גמור אלא קנין חלקי לענינים מסוימים ואינו כבעלים על השבח. כל זה במהות הקנין. אולם ביחס לדין הגאונים מי חשיב כמוציא מחבירו כשיש מחלוקת ביחס לגובה שכר האומן, האומן המוחזק בכלי או בעה"ב, בזה י"ל שאף לגאונים הסוברים שמלוה, אפילו הוא מחזיק משכון, חשיב כמוציא, מ"מ לאומן יש כח של מחזיק, שכאשר נתנו לו כח של מחזיק במשכון בכלי שהשביח, נתנו לו את המוחזקות בתוספת כח, לא ראי דינו של בע"ח המחזיק במשכון לאומן המחזיק במשכון. אומן המחזיק במשכון יש לראות בחזקתו מוחזקות גם לענין המוציא מחבירו, שעל בעה"ב הראיה, כיון שכל ההיכי תמצי של חוב בעה"ב לאומן נובע מחמת הכלי, ממילא הטענה של בעה"ב "שתים קצצת לי", היא טענה על גופו של כלי, שהכלי שבידי הוא שלי עד שתשלם לי את מה שאני טוען שקצצת לי. משא"כ מוחזקות בע"ח במשכון, החוב שחייב הלוח למלוה אינו מכח המשכון, המשכון הוא רק אמצעי להבטחת הגביה, וע"כ אין כאן טענה על גוף המשכון, והמשכון הינו תפיסה בדבר אחר, וכשטוען המלוה שתים ממני, עליו הראיה כיון שהוא המוציא. משא"כ אומן במשכון, אף שבמהות הקנין אין לו יותר מבע"ח שקונה משכון, מ"מ כיון שהכלי הוא ההיכי תמצי לחוב, הרי זו טענה על גוף המשכון וכנ"ל, וע"כ גם לגאונים חשיב בעה"ב כמוציא. ומש"כ הרמב"ן: "ואם לא תאמר כן, לא הנחת חיים לאומניך.", היינו שאם תאמר שאין לחלק כנ"ל אלא לבדוק רק במהות הקנין, וכיון דדמי לקנין בע"ח במשכון חשיב האומן כמוציא, א"כ לא הנחת חיים לאומניך, דבשלמא בבע"ח המשכון נועד להבטחת הגביה ולא לסתור טענת הלוח על עצם החוב או על כמותו, דלענין טענת הלוח שהלוח לו פחות, יכול המלוה לעשות שטר בעדים. אולם בקנין אומן בכלי, זו דרך האומנין שמחזיקים את העשוי על ידם בתמורת שכרם, דכל שבח הכלי הוא סיבת החוב, ומחזיקים את סיבת החוב בעבור החוב. ואם תאמר שדינו של האומן כמוציא, תמיד תהיה ידו על התחתונה בטענה עם בעה"ב, ולא הנחת חיים לאומנים, וצ"ע. ומ"מ אין סתירה בדברי הרמב"ן, דאליבא דהרמב"ן מהות הקנין היא כקנין בע"ח במשכון, אלא שלענין דברי הגאונים חשיב כמוחזק בגוף הטענה, וכנ"ל.

וכן לא תוקשה סתירה בדברי הר"ן, דלעיל הובאו דברי הר"ן בקדושין דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי, יש לאומן בכלי קנין גמור טפי מקנין בע"ח במשכון, וכאן בשבועות כתב הר"ן שאין לאומן קנין טפי מקנין בע"ח במשכון. דמש"כ הר"ן הוא אליבא דהרמב"ן הסובר שקנין אומן בכלי הוא כקנין בע"ח במשכון דתפיס ליה אאגריה וכטוען על גוף הכלי וחשיב כמוחזק, ועל זה השיב הר"ן לשיטת הרמב"ן שקנין האומן בכלי

הוא קנין חלקי כקנין בע"ח במשכון, אמאי עדיף קנין האומן מקנין בע"ח, ואדרבה - אומן חיובו רק כשומר שכר ובע"ח קונה משכון להתחייב באונסין, כיון דלשיטת הרמב"ן המודר למהות הקנין הוא חיובו של התופס/ הקונה, וכמבואר בדברי הרמב"ן במלחמות פרק ו' וכו"ל. וכל זה לשיטת הרמב"ן דקנינו מכח דתפיס ליה אאגריה, ולשיטתו ענה הר"ן. אבל איהו ס"ל דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי קנינו הוא קנין גמור, וכשהוא מחזירו לבעה"ב, הרי הוא כמוכר לו את הכלי, וכו"ל בדברי הר"ן בקדושין.

והנה בנדו"ד בשו"ע חו"מ שלטו, פסק המחבר שקבלנות כשכירות לעבור עליו בבל תלין. והרמ"א לא הגיה עליו. ואף הש"ך שבסי' שו כתב דהוי ספיקא דדינא, כתב בשלטא, וכן בשו"ג דדין המחבר הוא לכ"ע. גם מה שחשש המחבר לדעת ר"י הוא רק לענין חשש קדושין, עי"ש בשלטא, ובשו"ג. ע"כ כיון שדעת המחבר ללא חולק, וכן דעת הגו"כ דבקבלנות עובר בבל תלין, יש לשלם שכרו ביומו אף אם המשפץ הוא קבלן.

עוד נראה דבנדו"ד משפץ דירה לא שייך דין אומן קונה בשבח כלי, ע"פ מש"כ הרא"ש בתש' (יב,ו) בענין מי שנתן טבלא לאומן לצייר בה ציורים, ואסר האומן בקונם את הטבלא על הבעלים לאחר שצייר וקודם שפרע לו שכרו. והשיב הרא"ש:

"כיון דקי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, הרי אין לו בגוף כלום אלא שבח הוא דמחייב ליה בעל הכלי ואין לו כח לאסור הכלי. ואפילו אם היה האומן קונה בשבח כלי, היינו היכא שיש ממשות בשבח, כגון שנתן לו עצים ותיקן כלי, אבל הכא לא עשה האומן אלא צייר בסמנין, ואין בה ממש."

ומבואר בדברי הרא"ש שסובר שאין אומן קונה בשבח כלי (עיין לעיל). ואף למ"ד אומן קונה, היינו דוקא במקום שיש ממשות בשבח. והביא הרא"ש ראיה שאין הצביעה שבת, מדאיבעיא לן בגמ' ב"ק קא,א אם יש שבח סמנין ע"ג הצמר, ולא איפשיטא. ובתש' מוהר"ש הלוי (סי' ד' ד"ה אבל) הקשה מהסוגיא בב"ק צט,א (הנ"ל) מהא דהביאה הגמרא סייעתה למ"ד אומן קונה בשבח כלי, מהנותן צמר לצבע והקדיחו יורה, ומבואר דאף בצבע צמר קונה האומן בשבח כלי. ובקצוה"ח שו,ב כתב לישב, דקנין האומן הוא רק בשבח ולא בכלי, וכיון שבשבח שקנה האומן - הצביעה - אין בזה ממש, אינו יכול לאסור הטבלא והשבח על בעה"ב. אמנם יכול לגורדו, כיון שקנה בגוף השבח, וע"ז השיב הרא"ש דאם יגרדנו אין בו ממש. ומ"מ כיון שהשבח שלו, אם הקדיחתו יורה, אין צריך לשלם. וע"כ הביאה הגמרא ראיה מנותן צמר לצבע והקדיחתו יורה, דלמ"ד קונה בשבח כלי, אינו משלם אלא דמי צמרו, דאף דאין בשבח ממש, מ"מ כיון שקונה בשבח, אם הזיקו האומן אין צריך לשלם. לפ"ז גם במשפץ אין ממשות בשבח שיקנה.

משפטיך סימן לד ליעקב תקעא

ובנתיבות שם ס"ק ג הקשה על דברי קצוה"ח דקנין האומן הוא בגוף הכלי כשיעור שבח ולא דוקא בשבח עצמו, והוכיח כן מהסוגיא בב"ק שם מהנותן בגד לרכוכי, ושם לא שייך גוף השבח, אלא שקונה בכלי עצמו שעור שבח. וכתב הנתיבות להעמיד את שיטת הרא"ש כשיטת הרשב"א (הנ"ל) שהאומן מתכוין להקנות את השבח לבעה"ב, אך אין כוונתו להקנותו לבעה"ב באם יזיקו, וכן קנין שעבוד על שכרו, וע"כ אף למ"ד אומן קונה בשבח כלי, אין האומן יכול לאסור את הכלי בקונם על בעה"ב. וע"ז הקשה הרא"ש, דדל מהכא דין אומן קונה בשבח כלי, מ"מ כיון שהצבע הוא של האומן, ואיך זכה בעה"ב בצבע. וע"ז תירץ דכיון דהצבע הוא דבר שאין בו ממש, זכה בעה"ב בצבע. עיי"ש בנתיבות איך העלה הדברים בדברי הרא"ש.

גם בחזו"א (ב"ק כב,ט) כתב דדברי קצוה"ח מוקשים מריכוך בגד, וכתב לישב את דברי הרא"ש שאין האומן יכול לאסור מחמת הצבע את הכלי על בעה"ב, דכיון שיש לבעלים זכות לשלם ולהפקיע זכות האומן, גם קונם לא יועיל, שאין קונם מפקיע זכות אחרים, וזכות בעה"ב בכלי הוא יותר משעבוד שמופקע ע"י קונם. וע"ע בחידושי הגר"ש ב"ב ד,ז.

ועיין בשואל ומשיב (תנינא, ח"א סי' טז, עמ' יא,א) שכתב דיש פעמים שהאומן קונה בגוף הכלי, ויש פעמים שקונה רק בשבח הכלי. כאשר נותן לאומן חומר גלם והוא עושה את הכלי, בכגון זה הרי השבח הוא בגוף הכלי שניתן לו, וקונה האומן בגוף הכלי. משא"כ בנותן טבלא לצייר בה ציורים, אינו עושה בגוף הטבלא, רק שע"י הציור הטבלא שוה יותר, "אבל בגוף הטבלא לא פעל ושינהו מאשר היה", וע"כ כיון שגוף הכלי לא השתנה והצבע והסמנים אין בהם ממש, אין האומן קונה בגוף הכלי אלא בשבח שהשביח, וע"כ אינו יכול לאסור גוף הכלי על בעה"ב. ומ"מ כאמור בנדו"ד במי ששיפץ דירתו, מחמת כל האמור, יש לפרוע ביומו גם בפועל וגם בקבלן.

לאור האמור לעיל:

- א. על האשה לפרוע לעוזרת עוד ביום שישי, ובכל אופן למהר לפרעה בזמן הראשון כדי לא לעבור על כל תשעה. והואיל וידוע שלעוזרות משלמים תמיד בסוף היום, אין בזה היתר של שוקאי דסורא.
- ב. יש לפרוע למשפץ הדירה בזמנו, הן אם הוא שכיר והן אם הוא קבלן.

סימן דה

תשובות קצרות בעניני הלנת שכר

ראשי פרקים

- א.א.האם בשכיר קטן יש איסור של לא תלין
- א.ב.שכר בלילה, למשך מספר שעות בלילה
- א.ג.כשלא תובעו
- ב.א.מתקין מזגנים דינו כקבלן, האם גם בו נאמר איסור בל תלין
- ב.ב.האם פרעון בשיק נחשב כפרעון לענין איסור בל תלין
- ב.ג.בשיק דחוי
- ב.ד.בכרטיס אשראי
- ב.ה.ואם מתקין המזגנים נשלח ע"י החברה המוכרת
- ג.א.תשלום מראש
- ג.ב.שכירות קרקע אם עובר בכל תלין
- ג.ג.כאשר הכסף מופקד בתוכנית חסכון
- ד.א.עני קודם לעשיר וגם קודם לאביון
- ד.ב.שעבודא דרבי נתן בשכר שכיר

א. בשעות הערב, בקשו מילדה קטנה שתשמור על תינוקות למשך מספר שעות, תמורת תשלום. ההורים חזרו בשעה מאוחרת, האם עליהם לשלם לילדה מיד, או ניתן להמתין ולשלם לה בשעות הבוקר?

א. האם בשכיר קטן יש איסור של לא תלין? הרמב"ם בהל' שכירות יא,ו לענין שכיר בזמנו, דנשבע השכיר ונוטל; "ואפילו היה השכיר קטן, הרי השכיר נשבע ונוטל". (כן היא גירסת הראב"ד והמגיד ברמב"ם). וכל זה בזמנו, אבל שלא בזמנו, נשבע בעה"ב היסת ונפטר. והטעם שלאחר זמנו נשבע בעה"ב ונפטר, חזקה אין בעה"ב עובר משום בל תלין (ב"מ קיב,ב). ואם נאמר דבקטן אין איסור של בל תלין, היה לרמב"ם לומר דהשכיר הקטן נשבע ונוטל, ומדלא כתב כן, ש"מ חזקה זו שאינו עובר בכל תלין יש גם בשכיר קטן, וש"מ דגם בקטן יש איסור של בל תלין. ואף שהראב"ד חלק על הרמב"ם וס"ל דשכיר קטן בזמנו, בעה"ב נשבע ונפטר, שאין מוסרין שבועה לקטן, רק חלק על הרמב"ם בעקרון שאין מוסרים שבועה לקטן, אבל שיש חזקה זו שבעה"ב לא עובר בכל תלין גם בשכיר קטן, לא פליג על הרמב"ם.

מכח דברי רמב"ם אלו פסק הח"ח באהבת חסד (ח"א פ"ט ס"ה) דגם בקטן ששכרו לאיזה פעולה, שייך בו כל הדינים של בל תלין. ובנתיב החסד ס"ק טז כתב: "וראיתי

משפטיך סימן לה ליעקב תקעג

אנשים שמתמשים בקטן באיזה דבר של תשמיש, ומבטיחים להם שיתנו להם אח"כ דבר מה עבור זה, ולבסוף לא יתנו להם כלום, ושלא כדין עבדי ..."

והרב המגיד כתב לישב את שיטת הרמב"ם דהקטן נשבע, דכיון שמעיקר הדין השכיר נוטל בלא שבועה, ושבועה זו להפיס דעתו של בעה"ב, כשהשכיר קטן - לא הפסיד דינו, אע"פ שאינו בר עונשין. ובכסף משנה ובמל"מ (וכן היא הגירסא ברמב"ם שלפנינו, וכן נפסק בשו"ע חו"מ פט"ב); "אפילו היה השוכר קטן, הרי השכיר נשבע ונוטל". ועלתה להם גירסה זו לפמש"כ הרמב"ם בהל' טוען ונטען ה"א. ולגירסה זו אין ראיה דבקטן יש איסור של בל תלין.

אמנם לפ"ז יש להקשות מה הדין בשוכר קטן ולאחר זמנו. דבשוכר גדול קיי"ל שבעה"ב השוכר נשבע ונוטל, וא"כ מה יהיה הדין בבעה"ב קטן. וראיתי בתומים פט"ג, שכתב דאף לאחר זמנו יהיה השכיר (הפועל) נשבע ונוטל, כפי שהדין לפני זמנו; "דבגמ' קאמרי כל הטעם דאין נוטל בשבועה לאחר זמנו, משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין, והך חזקה לא שייך בקטן, וא"כ חזר הדין לאחר זמנו כמו בתוך זמנו ...". וצ"ע מדוע לא כתב הרמב"ם בדין שאח"ז דבקטן נשבע השכיר ולא בעה"ב הקטן, ועיי"ש בתומים מש"כ. ועיין עוד במש"כ הגרי"א בנחל יצחק פט"ב, לישב את גירסת הרמב"ם שהקטן השכיר נשבע ונוטל.

לאמור לעיל באנו למחלוקת קמאי ובתראי אם בקטן קאי בעה"ב באיסור בל תלין. ובאיסור דאורייתא יש לנו להחמיר ולמיעבד לכתחילה ולא לעבור על איסורי הלנת שכר אף בקטן.

ב. שכר בלילה, למשך מספר שעות בלילה, האם עובר בסוף הלילה או בסוף היום שלאחריו? קיי"ל במשנה ב"מ קי"ב, דשכיר יום (ששכרו לכל היום עד לשקיעת החמה) גובה כל הלילה, ובזריחת החמה של הבוקר עובר בלא תלין פעולת שכיר אתך וכו' (וברש"י ב"מ קיא, א ד"ה שכיר שעות, מבואר דעובר בעלות השחר). שכיר לילה (ששכרו לכל הלילה עד לזריחה), גובה כל היום שלאחריו, ומשתשקע חמה בלילה, עובר בלא תבא עליו השמש. שכיר שעות, גובה כל הלילה וכל היום. שכיר שבת שכיר חדש וכו', יצא ביום גובה כל היום, יצא בלילה, גובה כל הלילה וכל היום (שהיום הולך אחר הלילה, ועיין רש"י ב"מ קיא, א ד"ה ושמואל). ובדין שכיר שעות, הביאה הגמ' (קיא, א) מחלוקת תנאים ואמוראים, רבי יהודה ס"ל דשכיר שעות דיום גובה כל היום, ושכיר שעות דלילה גובה כל הלילה, וכן ס"ל לרב. ורבי שמעון ס"ל דשכיר שעות דלילה גובה כל הלילה וכל היום, וכמתניתין דידן, וכן ס"ל לשמואל.

הרי"ף בסוגיא (סח, א בעמוה"ר) פסק כרב דקיי"ל כרב באיסורי, וכן הרמב"ם בהל' שכירות יא, ב פסק כרב דשכיר שעות של יום גובה כל היום, ושכיר שעות דלילה, גובה כל הלילה. ועיין במגיד דקיי"ל כרב באיסורי. וכן פסק בשו"ע חו"מ שלט"ד-ה, ועיי"ש בגר"א ד שכתב דפסק כרב ודלא כמתניתין. ובהגהות מימוניות (שם ס"ק א) הקשה,

דקיי"ל הלכתא כשמואל בדיני. ותירץ, משום דרב כרבי יהודה, ושמואל כר"ש, וקיי"ל דר"ש ור"י, הלכה כרבי יהודה. אמנם בספר המצוות (לאוין קפא) פסק כשמואל. אולם דעת הרא"ש (ב"מ ט, מג) דקיי"ל כרב באיסורי, וכן קיי"ל הלכתא כרבי יהודה לגבי ר"ש.

לפ"ז בנדו"ד, שהקטנה שכיר שעות דלילה שיצאה בלילה, באנו למחלוקת תנאים ואמוראים, אם צריך לפרוע בלילה, ויש לו זמן כל הלילה (עד עלות השחר, וכמש"כ רש"י), או יכול לפרוע גם במשך היום שלמחרת. וכיון דקיי"ל להלכה ששכיר שעות דלילה יש לו זמן רק כל הלילה, וכרב, דכן פסקו הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, וכן פסק בשו"ע, והרמ"א לא הגיה עליו, הכי קיי"ל, ועליו לשלם לשכיר שעות דלילה שסיים מלאכתו בלילה, עוד בטרם עלות השחר. ולמש"כ לעיל דיש להחמיר אף בשכיר קטן, יש לתת לקטנה את שכרה בלילה.

ג. כשלא תובעו. ומבואר במשנה ב"מ קיא,א דעובר על הלנת שכר שכיר רק אם תובעו (וכאן שהקטנה בפני בעה"ב, נראה שזה כתביעה, דמחמת הבושה מתבישת לתבוע, וכמש"כ באהבת חסד בנתיב החסד פ"ט ס"ק כט, וה"ז כתביעה. וכאן אף תביעת קטן הינה תביעה, כיון שהוא בכלל האיסור, לא שייך לומר שיצטרך תביעה ותביעתו לא תהיה תביעה, דא"כ לא יהיה בכלל האיסור). ורק אם יש לו מעות ואינו נותן לו (ויתבאר להלן אם יש לו שוה כסף, אם עובר), נכון לבקש את מחילת הקטנה שתסכים לקבל את שכרה רק בבוקר. דמחילת שכיר מהני אפילו לא התנה עימו בתחילת השכירות, כן מוכח מהדין של המחזהו אצל שולחני (משנה ב"מ קיא,א), דבגמ' קיב,א נחלקו רב ששת ורבה באם לא נתן החנוני לשכיר, אם חוזר על בעה"ב. ובתוס' שם (ד"ה חוזר) כתבו דהיכא דאמר שכיר לבעה"ב; אני פוטרך לגמרי אפילו לא יתן לי, פשיטא דאינו חוזר. ומהני מדין מחילה, הרי דמחילה מהני בשכיר אפילו אחר שכירותו, שלא יעבור בעה"ב בכל תלין.

ובזה אף בקטן תועיל מחילה, דמחילת קטן הוי מחילה כדין פעוטות שמקחן מקח, דהוא הדין מחילתן מחילה. כן כתבו התוס' כתובות פו,א (ד"ה תיזיל) ועוד ראשונים, עיין בש"ך חו"מ סו,פ. ובקצוה"ח סו,כט כתב דהיכא שעושה המוחל עבירה, כגון שע"י מחילתו הוא מזיק, לא תיקנו חכמים מחילה, וכדמוכח לענין פעוטות שלא תיקנו להם קנין, כאשר מוכרים בנכסים מועטים להפקיע זכות הבנות. אמנם כאן המוחל אינו עושה עבירה אלא אדרבא, מונע מבעה"ב עבירה, ובזה שפיר מהני מחילה.

אמנם צ"ע אם מהני בזה מחילת הקטנה, דכיון דלשיטות הסוברים דעובר אף בקטן, הרי האיסור הוא דאורייתא, ומחילתה מהני מדרבנן - מתקנת הפעוטות. וי"ל דמהני מחילת הקטן לאיסור דאורייתא, למ"ד קנין דרבנן מהני לדאורייתא, עיין קצוה"ח רלה,ד, ובפת"ש רלה,ד מה שהביא מהבית אפרים ומהחתם סופר, וצ"ע אם תיקנו מחילה בכה"ג, כיון שראוי שיפרע בזמנו ולא ילין שכרו.

משפטיך סימן לה ליעקב תקעה

ע"כ אף שמן הדין רבו הפוסקים הסוברים שאין בקטן איסור בל תלין, ודאי מהראוי והנכון לפרוע לה שכרה עוד באותו הלילה. וראוי לא לסמוך על הסכמתה לקבל שכרה רק למחרת, אם ההסכמה ניתנה לאחר השכירות, אא"כ התנה מראש.

ב. פועל התקין מזגנים. בסיום העבודה רצה בעה"ב לשלם בשיק דחוי. המתקין סרב לקבל שיק, אף לא שיק "מזומן" (לא נדחה), ובקש שבעה"ב יפרע במזומן (שטרות כסף). באם ישלם בעה"ב למתקין בשיק שאינו דחוי או בשיק דחוי, האם עובר על בל תלין? ומה הדין אם ישלם בכרטיס אשראי? ומה הדין אם המתקין הוזמן ע"י החברה המוכרת את המזגנים?

א. מתקין מזגנים דינו כקבלן, האם גם בו נאמר איסור בל תלין? בגמ' ב"מ קיב,א איבעיא אם הלין שכרו של קבלן, אם עובר בכל תלין. ואיבעיא זו תלויה במחלוקת אם אומן קונה בשבח כלי, אם לאו. ואמר להו רב ששת דעובר בכל תלין, ואף שהגמ' דחתה את הסיוע לרב ששת, כדבריו פסקו הרי"ף בסוגיא (סח,ב בעמוה"ר) וכן בב"ק (לה,ב בעמוה"ר), וכן פסק הרמב"ם שכירות י,ד, וכן פסקו הנימוק"י (סח,ב בעמוה"ר), הרמ"ה (שטמ"ק ב"ק צח,ב), מאירי (ב"ק צח,ב), והר"ן בקדושין (כ,א בעמוה"ר), וכן פסק בשו"ע חו"מ שו,ב, וכן בשלח,ו לענין בל תלין (אלא שבשו"ע אהע"ז כח,טו הביא ב דעות). ואף שיש ראשונים שדעתם דאומן קונה בשבח כלי, ההלכות גדולות (ב"ק צט,א, הובא גם ברא"ש ע"ז ה,לה), וכן דעת ר"ת (מובא ברא"ש קדושין ב,יא). ויש סוברים שדין זה הוא ספיקא דדינא, ויכול המוחזק לומר קים לי כדעות הסוברים שקונה בשבח כלי, עיין תרומת הדשן (סי' שט), וכן סובר הש"ך שו,ג (ועיין בש"ך שלג,מא, פט,י דלכאורה אינו קונה בשבח כלי, וצ"ע).

אמנם בנדו"ד דהוי ספיקא במילי דאורייתא שלא יעבור על בל תלין, י"ל שעליו לפרעו בזמנו בכל מקרה. וכן מאחר ובמחבר שלט,ו כתב דקבלנות כשכירות, והרמ"א לא הגיה עליו, והש"ך שלט,א ושו"ג כתב דזה אליבא דכ"ע, ודאי שיש לפרעו בזמנו. עוד י"ל דבנדו"ד שהשבח הוא במה שהתקין את המזגנים בבית בעה"ב, לכ"ע אינו קונה בשבח כלי, דהסברא שאומן קונה בשבח כלי הוא מחמת דתפיס ליה אאגריה, וכמש"כ הרשב"א ב"ק צח,ב, ועיין קצוה"ח שו,ג. ואף לסברות שקונה קנין גמור (ר"ן קדושין כ,א בעמוה"ר), אין בנדו"ד היכי תימצא שיקנה בשבח המזגנים, שהשבחת האומן הינה התקנתם בחצירו של בעה"ב.

גם במציאות שמוכר המזגן הוא גם המתקין, וקבעו מחיר למכירה והתקנה כאחת, ובמכירה אין איסור של בל תלין (עיין קצוה"ח שלט,ג), מ"מ יש לחשב את דמי המכירה לחוד ודמי ההתקנה לחוד, ועל דמי ההתקנה חל איסור של בל תלין (כן נראה ללמוד מדברי תה"ד סי' שיח, הובאו דבריו ברמ"א חו"מ רכז,לג לענין אונאה בשוכר פועל עם סוס, שמשערין שכר הסוס לענין האונאה). לאור האמור יש לפרוע למתקין המזגנים

בזמנו, והיינו אם סיים ביום - זמנו כל היום, ואם סיים בלילה - זמנו כל הלילה, וכמו שנתבאר בשאלה הקודמת.

ב. האם פרעון בשיק נחשב כפרעון לענין איסור בל תלין? תנן במשנה ב"מ קיא,א; המחזהו אצל חנוני או אצל שולחני, אינו עובר עליו. ובגמ' קיב,א נלמד דין זה מהפסוק "לא תלין פעולת שכיר אתך". אתך - ולא שהמחזהו אצל חנוני ואצל שולחני, דבכה"ג אין שכרו "אתך". ודין זה דהמחזהו, הוא לאו דוקא במעמד שלשתן, דמעמד שלשתן תקנתא דרבנן היא, והמיעוט של המחזהו אצל שולחני הוא מהתורה. וכן מוכח מהראשונים בסוגיא, דכיון שהמחזהו אצל שולחני או חנוני, ניתקו מאצלו, ורק הנידון כשאינן החנוני משלם, אם יכול לחזור על בעה"ב. וכן מוכח מהראשונים שכתבו דמהני אף במקום שאין החנוני חייב לבעה"ב, ובמעמ"ש לא מהני א"כ יש לו בידו. ותשלום בשיק הוא המחזהו אצל השולחני, וא"כ כאשר פורע בשיק אינו עובר בבל תלין.

הרמב"ם בהל' שכירות יא,ד כתב לענין שאינו עובר בבל תלין: "... או שהמחזהו אצל אחר וקבל, הרי זה פטור". בכסף משנה שם כתב דלכאורה משמע שצריך שהשכיר יסכים לקבל שכרו, ואם לא התפייס - עובר. והוסיף, דיותר נראה לפרש שקיבל עליו החנוני או השולחני לתת. וכן פירש בטור חו"מ (סו"ס שלט): או שהמחזהו אצל שולחני ליתן לו וקבל עליו ליתן לו, אינו עובר ... (ועיין בב"י, וכן היא הלשון בשו"ע חו"מ שלט,י). אמנם הרא"ה בספר החינוך (מצוה רל) הוסיף בדין זה: "... וקבל הפועל ...". ובשער המשפט (שלט,ג) כתב דאם בעינן הסכמת הפועל, א"כ לא גרע מלא תבעו (ומה שהקשה על דעה זו מהסוגיא, עיין בנחלת צבי מש"כ בזה. ובאולם המשפט נשאר בצ"ע על דעת הטור והב"י). ונראה דדעתו דלא בעינן הסכמת הפועל, וכדעת הטור והמחבר.

ואף דלכאורה באיסור דאורייתא של בל תלין יש להחמיר לכתחילה כדעות דבעינן הסכמת הפועל, מ"מ נראה דבנדון השיק אין צריך להסכמת הפועל. דהנה בגמ' ב"מ קיא,א: הני שוקאי דסורא לא עברי משום בל תלין, מידע ידעי דעל יומא דשוקא סמכי. ויסוד הדברים, דכאשר יודע הפועל שבעה"ב משלם בדרך מסוימת, כגון ביום השוק או בדרך אחרת, אף שלא התנה עמו להדיא שישלם ביום השוק, כיון שידע בשכירות שכן היא הרגילות, על דעת כן נשכר אצלו (עיין רש"י שם ד"ה מידע ידעי; "דאדעתא דהכי איתגר ליה"). לפ"ז י"ל דהוא הדין בכל דבר שיש דרך אצל בנ"א לפרוע, על דעת כן נשכר אצלו. ודרך בנ"א שאם לא התנו שאינו מקבל שיקים ורק מזומן, שאפשר לפרוע בשיק. וחלק נכבד מבנ"א פורעים סכומים כאלה בשיקים, ועל דעת כן נשכר אצלו שניתן לפרוע לו בשיק.

ג. כל זה בשיק מזומן, אולם בשיק דחוי, אף שבהמחזהו אצל חנוני, גם אם החנוני ישלם לו לאחר זמן, אינו עובר, דאף דלתרוץ שני בתוס' (קיב,א ד"ה חוזר) בזה נחלקו רבה ורב ששת, היינו כשחוזר ביום הראשון לבעה"ב, אבל באינו חוזר, אין

משפטיך סימן לה ליעקב תקעז

בעה"ב עובר. ועיין בראשונים (ר"ן, ריטב"א, נימוק"י) שאף בחזור על בעה"ב, היינו לענין הממון, אך לענין כל תלין אינו עובר בעה"ב יותר. מ"מ כשממחהו להדיא רק לאחר זמן ולא הסכים הפועל, צ"ע, דבהמחהו משמע שמיד ממחה אותו רק השולחני מעכב, אבל אם העיכוב בא מצידו של בעה"ב, הרי זה כלא המחזה.

ונראה לחלק בין שיק שדחוי למספר מועט של ימים, לשיק דחוי לזמן רחוק, דבשיק לזמן קרוב יכול המקבל לקנות תמורתו בשווי שוה כסף, והרי זה כמשלם בשהו כסף, משא"כ בשיק דחוי לזמן רחוק, יקשה עליו לשלם בו ולקבל את תמורתו. וצ"ע בכל מקרה לגופו. אמנם תשלום בשהו כסף הוא בדיעבד, ולכתחילה יש לשלם בכסף מזומן דוקא, עיין בתוס' ב"ב צב,ב (סד"ה אי) וכן הרא"ש ב"ק א,ה ועוד ראשונים, ועיין בש"ך שלו, ד. ומרש"י ב"מ קיח,א (ד"ה אין שומעין) מבואר דלפינן לדין זה מאיסור כל תלין, עיי"ש. מ"מ הרי בדיעבד מהני תשלום ע"י שממחה אותו אצל חנוני, וחנוני בניגוד לשולחני אינו נותן לו אלא שוה כסף (פירות). ואף דברש"י במשנה ב"מ קיא,א משמע שהפועל צריך לפירות, הא שיטת הראשונים שאין צריך הסכמת הפועל בהמחהו. או י"ל דלשיטת רש"י לענין חנוני שנותן פירות, בעינן בזה הסכמת הפועל (ועיין בדברי משפט שלו, א, הובאו דבריו בפת"ש שלו, א). ומ"מ בדיעבד אם נתן לו בזמנו שוה כסף אינו עובר בכל תלין.

ד. לענין תשלום בכרטיס אשראי, כיון שאינו יכול לפרוע לכל אחד באמצעות כרטיס אשראי אא"כ התקשר המקבל עם חברת האשראי, הרי השכיר בהתקשרותו עם חברת האשראי מכריז שהוא מוכן לקבל תשלום באמצעות כרטיס אשראי, וחזר הדין לדין שוקאי דסורא הנ"ל, שעל דעת כן נשכר שניתן לפרוע לו בכרטיס אשראי, ואינו עובר בכל תלין אם פרע באמצעות כרטיס אשראי.

ה. ואם מתקין המזגנים נשלח ע"י החברה המוכרת: איתא בב"מ קי,ב; האומר לחבירו צא ושכור לי פועלים, שניהם אינם עוברים משום כל תלין, זה לפי שלא שכרן, וזה לפי שאין פעולתו אצלו. ומוקי בגמרא שאמר לפועל שכרך על בעה"ב. ובתוס' שם (קיא,א ד"ה א"ל) כתב דמשום כל תשהא אינו עובר כיון שהוא טרוד, ומשמע שאם אינו טרוד, עובר בכל תשהא (איסור דרבנן, שגם בעבר זמנו ועבר בכל תלין, אף שמכאן ואילך אינו עובר באיסור דאורייתא, מ"מ עובר באיסור דרבנן של כל תשהא, עיין ב"מ קי,ב ורמב"ם הל' שכירות יא,ה), וכן בשו"ע חו"מ שלט,ז. לפ"ז בנדו"ד השכירות היא באמצעות החברה המוכרת, וכיון שהשכר על בעה"ב, גם השליח וגם בעה"ב אינם עוברים בכל תלין, ואם אינו טרוד, עובר בכל תשהא.

ובכלל יש לדון אם החברה המוכרת, שייך לגבה איסור כל תלין, דכיון שהחברה היא בע"מ, אף שיש שעבוד ממוני, כיון שאין שעבוד הגוף, אין ביחס לחברה או למנהליה איסור כל תלין (עין בתש' מנחת יצחק ח"ג סי' א). אמנם אם מאחרי הגוף עומד אדם פרטי, והוא הנו"נ בעניני החברה, נראה דיש בזה איסור כל תלין. ומנהל

מוסד שנו"נ בעניני המוסד שמזמין פועל לעבוד במוסד, המנהל דינו כשליח שאומר שכרכם עלי, כיון שהכל יודעים שהוא המשלם בהיותו נו"נ בעניני המוסד, הרי זה כאומר שכרכם עלי, עיין מש"כ הח"ח באהבת חסד יד, ובנתיב החסד ס"ק י.
ג. שכר דירה, ובחזוה השכירות נכתב שעל השוכר לשלם את השכ"ד בתחילת החודש (מראש). אם יאחר בתשלום בכמה ימים, האם עובר על כל תלין? ומה הדין אם סוכם שישלם מיד בסוף החודש? אם הכסף המזומן שברשות השוכר מופקד בתוכנית חסכון למשך 30 יום (עד לחמישי לחודש), האם עליו להפסיק את סגירת הכסף כדי לשלם במועד, אף אם בכך יגרם לו הפסד, או שרשאי לאחר בחמשה ימים את תשלום השכ"ד?

א. תשלום מראש אין באחוריו איסור כל תלין (בענינים שיש בהם איסור כל תלין). כן מבואר להדיא בגמ' ב"מ קי"ב: ת"ר, מנין לשכיר יום שגובה כל הלילה, תלמוד לומר; לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר. ומנין לשכיר לילה שגובה כל היום, שנאמר; ביומו תתן שכרו. ואימא איפכא. שכירות אינה משתלמת אלא בסוף. ועי"ש ברש"י. וכאשר מתחייב לפועל לפרוע בתחילת עבודתו, אין זה שכר שכיר שעובר בכל תלין אלא התחייבות.

ב. שכירות קרקע אם עובר בכל תלין. הטור חו"מ ר"ס שלט הביא מהרמ"ה דאינו עובר, דדרשינן (ב"מ קיא,ב) כל אשר בארצך ולא כל ארצך. והיינו דבארצך ממש אין לנו לרבות. וכן פסק המחבר בחו"מ שלט"א. ובקצוה"ח שלט"א הביא את מחלוקת הראשונים אם בית, שהוא תלוש ולבסוף חברו, אם דינו כקרקע. (עיין בזה ברמ"א חו"מ צה,א ובש"ך ס"ק ח), דמה שפוסקים דדינו כקרקע היינו לענין ממון ולא לענין איסור, ובאיסור דאורייתא יש להחמיר שאין דינו כקרקע. (ועיין עוד בקצוה"ח קיז,ג שישב בזה את קושית הריטב"א. והגר"א קוטלר במשנת רבי אהרן ח"ב סי' עב מה שהקשה עליו). ובשער המשפט (ס"ק א) הביא דהסמ"ג (לאוין קפא) והיראים (מצוה רסג) הביאו את לשון התורת כהנים; תניא, אין לי אלא שכר אדם, שכר בהמה וקרקעות מנין, ת"ל לא תלין פעולת שכיר, פעולת כל דבר במשמע, מבואר שבקרקע יש איסור כל תלין. גם בשואל ומשיב (שתיתאי, סי' א ד"ה הנה) כתב דמוכח דלא כרמ"ה. וע"כ אין להקל באיסור דאורייתא, ויש לשלם אף שכר קרקע במועדו. ונפק"מ, דלקצוה"ח דוקא שכר בתים יש לשלם במועד, ולא שכר קרקע, ולשער המשפט (לסמ"ג והיראים שהביאו את הת"כ) אף בקרקע. גם מדברי הגר"א (שלט"א) נראה להחמיר אף בקרקע, וכן פסק הח"ח באהבת חסד טה, (ועי"ש בנתיב החסד יד שכתב לחלק דכל תלין עובר גם בקרקע, ורק ביומו תתן שכרו ולא תבוא עליו השמש, אינו עובר לדעת הרמ"ה). לאור הנ"ל יש להחמיר בשכר דירה לפרעו בזמן. וכיון שזמנה בסוף החודש, דהיינו בשקיעת החמה של היום האחרון לחודש הלועזי, יש לו זמן כל הלילה שאחרי

(אא"כ המשכיר מכיר בשוכר שמביא לו רק אחר כמה ימים, או שהתנו כן להדיא וכד').

ג. כאשר הכסף מופקד בתוכנית חסכון, ואין לו מזומנים, האם עליו לפדות את תוכנית החסכון בטרם זמנה ע"מ שלא יעבור על כל תלין, תוך הפסד כספי (בהנחה שתוך כמה ימים ישלם למשכיר), או עליו למכור חפצים מביתו על מנת לפרוע בזמן? איתא בב"מ קיב,א: ת"ר, 'לא תלין פעולת שכיר', יכול אפילו לא תבעו, ת"ל 'אתך' - לדעתך. יכול אפילו אין לו, ת"ל 'אתך', שיש אתך. והרא"ש בסוגיא (המ"ג) הוסיף: "ת"ל 'אתך', והוא שיש אתך, פירוש - מעות". ועיין בפ"ח שם אות א שפירש, דכיון דפריעת פועל במעות, ע"כ האיסור של כל תלין הוא רק כשיש בידו מעות ואינו פורע. ולפ"ז ביש לו שוה כסף, אינו עובר בכל תלין, ואינו חייב למכור מטלטלין כדי שיהיה לו מעות (וכל זה לענין האיסור של כל תלין ולשעת האיסור, אולם אם אין לו מעות לפרוע אף לאחר זמן האיסור, לענין החיוב הממוני, חייב למכור ולפרוע לשכיר). אמנם מדברי הרמב"ם (הל' שכירות יא,ד) מבואר לכאורה שחייב לתת לשכיר עכ"פ שוה כסף, ואם אינו נותן לו, עובר בכל תלין, שכן כתב: "... או שתבעו ולא היה לו מה יתן לו ...", מבואר דלאו דוקא מעות. וכן כתב הרא"ה בחינוך (מצוה תקפח). אולם הרב המגיד פירש דברי הרמב"ם: "שלא היה לו מעות בעין שהוא חייב לתת לו". גם בשו"ע חו"מ שלטי, כתב: "... או שתבעו ולא היה לו מעות ליתן לו ...". (ועיין בשו"ע הרב שכירות טו שהוסיף להדיא שאינו עובר אפילו יש לו מטלטלין הרבה).

וכל זה בשכר שכיר, אבל בשכר קרקע צ"ע, כיון דאין דין לפרוע במעות דוקא ויכול לפרוע גם בשוה כסף, וכמש"כ הרדב"ז בתש' (ח"ג תנח) וכדעת התשב"ץ, למש"כ ר"ת דטעמא של פועל משום דאליו הוא נושא את נפשו, ואם יתן לו שוה כסף ימות ברעב, אבל במשכיר בית לחבירו או כלי, לא שייך האי טעמא כולי האי, כיון שיש לו בית או כלים להשכיר לא ימות ברעב, ואינו נושא את נפשו אל שכירת ביתו כמו לשכר פעולתו. (ומה שהביא דהרי"ף חולק, עיין תש' הרשב"א ח"ז סי' תקטו דהרי"ף מיירי בשכר אדם). ועיין במש"כ הגר"מ אריק במנחת פיתים (חו"מ שלו) שכיון שהתנה לתת לו מעות, גם בשכר קרקע יש ליתן מעות דוקא. ועכ"פ לפי הרדב"ז, נמצא קולתו - חומרתו. דכיון שע"פ דין יכול ליתן לו גם שוה כסף, א"כ אם יש לו שוה כסף - מטלטלין וכד', חייב ליתן לו שוה כסף, ואם אינו נותן לו, עובר על כל תלין.

אמנם בחינוך הנ"ל הוסיף: "שלא חייב הכתוב אלא בשיש לו בביתו או שיכול לפרוע, אבל אם אינו יכול לפרועו באותו יום אלא אם כן יאבד הרבה משלו לא חייב הכתוב בזה לפי הדומה". ובזה התישבה קושית המוצל מאש (סי' מה, הביאו הגרע"א בהגה על השו"ע) מדוע אינו חייב לבזבז כל ממונו כדי לא לעבור על איסור כל תלין, עיי"ש. וי"ל, דמעיקרא לא חייבה התורה באיסור זה של הלנת שכר רק במקום שאין

לו הפסד במכירת מטלטליו וכו', אבל במקום שיש לו הפסד, מיעטה התורה מאיסור זה (וכאמור, רק לענין האיסור של בל תלין ולא לענין החיוב הממוני, דמיירי שיפרע לו אח"כ). עוד ראיתי באמרי בינה (דיינים סי' יט בד"ה ומה שהביא) שדן בדברי החינוך הנ"ל וקושית האחרונים אמאי לא צריך לבזבז ממנו כדי שלא לעבור על איסור לאו של התורה: "וצ"ל אף דבכל לאו חייב לבזבז כל ממנו שלא יעבור, מ"מ בדבר הנוגע לחבירו, דרכיה דרכי נעם, לא חייבו התורה שיפסיד הרבה, והכל ממה דהזירה התורה לא יהיה כך אביון ...".

וכסף המצוי בעסקא בבנק שאינו יכול לפדותו אלא בהפסד, לכאורה נאמר בו הדין דלעיל, ועיין באהבת חסד טז, ובנתיב החסד כ (ועיין בנתיב החסד כה מה שהסתפק אם הוציא את המעות בין הזמן שתבעו השכיר לסוף הזמן שיכול לפרוע). וכאמור, כל זה לענין איסור בל תלין, ויכול לפרוע לאחר כמה ימים. ועיין בשו"ע הרב (שכירות יח) מהאר"י ז"ל דמדת חסידות ללוות ולפרוע לשכיר בזמנו (אא"כ מתנה), ולכאורה ה"ה לשכר כלים וקרקע. ובפרט שאם אין הפסד מרובה, גם לחינוך משמע שיש איסור. עוד יש לדון בנדו"ד, דקיי"ל דוקא בתובעו השכיר עובר בבל תלין, כדתנן ב"מ קיא, א ובגמ' קיא, א הנ"ל, דממעט מ'אתך' - לדעתך (ולא מדעתו - רש"י), וא"כ כאן שהמשכיר לא תבעו בסוף החודש י"ל שאינו עובר בבל תלין. אולם צ"ע, דאפשר דאם קבעו בחוזה מועד תשלום, אפשר דאין צריך לתובעו, ואפשר שכן הדין בשכיר, שאינו צריך לתבוע כל חודש, דכל הטעם מבואר ברש"י דהוי לדעתו, והיינו דמדלא תובעו, מתרצה מדעתו להלנת שכרו. אולם במקום שסומך על חוזה השכירות ועל הנוהג המקובל לשלם כל חודש בזמנו בהיותו שכיר קבוע, אין ראיה דמדלא תובעו מתרצה, ולכאורה עובר בבל תלין (עיין באהבת חסד טז, וכן בנתיב החסד ס"ק לב ולג).

ע"כ בנדו"ד אינו מחויב לפדות את הכסף מהבנק תוך גרימת הפסד, ויפרע למשכיר לאחר חמשה ימים. אולם בהפסד מועט, חייב לפדות ולפרוע. ובודאי ממדת חסידות לפרוע בזמנו.

ד. ראובן שכר שני פועלים לאותה מלאכה, למשך אותו זמן ובשכר שוה. את שמעון, שמצבו הכלכלי מוגדר כעני וקשה יום, ואת לוי, שמצבו הכלכלי מוגדר עשיר. שניהם מלאכתם הסתיימה באותה שעה. שמעון חייב ליהודה חוב שכר הגיע זמנו ונפסק בבית דין ששמעון חייב ליהודה, עוד יותר משכר המלאכה שביד ראובן. יהודה תובע בסוף היום את ראובן שיפרע לידו את שכר מלאכת שמעון. לראובן יש בשעת החיוב רק כדי תשלום שכר אחד. למי יפרע - לשמעון, ללוי או ליהודה?

א. בגמ' ב"מ קיא, ב, בצריכות הפסוקים לת"ק ור' יוסי ב"ר יהודה, מבואר דעני קודם לעשיר וגם קודם לאביון, ואביון הוא מעונה מעני, ולשון אביון - האובה ואינו משיג מה שנפשו מתאוה לכל טוב, ואף עני צריך לכסף, אלא שהעני מתביש יותר לתבוע, משא"כ אביון שהורגל לבושת ואינו מתביש לתבוע (רש"י שם). וע"כ עני קודם

משפטיך סימן לה ליעקב תקפא

לאביון, וקודם לעשיר, מפני שאליו הוא נושא את נפשו יותר מהפועל העשיר. והרמב"ם והשו"ע השמיטו דין זה. והח"ח באהבת חסד יח הביאו, ותמה מדוע השמיטו הפוסקים דין זה. ובספרי פר' כי תצא (פיסקא רעח) מבואר דדין קדימת עני לעשיר וכו', אינו בהקדמת תשלום השכר, אלא שהקב"ה ממחר להפרע אם לא ישלם לעני. ובגמ' לא משמע כן, בפרט למה שפירש רש"י, עיין בדברי מלכיאל ח"ה סי' רעח ד"ה ואגב. (ועיין בנתיב החסד שם יט דהיינו דוקא לענין איסור בל תלין, אבל אם אין לו ולא יהיה לו בזמן הקרוב לפרוע אלא לאחר, והדבר נוגע לעצם הממון, אין קדימה לעני, ודינם כמו כל שני בע"ח שאין לו לפרוע אלא לאחר, עיין חו"מ קד"י, וכאן נראה דיחלקו בשוה. וכן ראיתי שכתב בדברי מלכיאל הנ"ל).

ב. אם יש שעבודא דרבי נתן בשכר שכיר. בגמ' קדושין טו,א ממועטת הענקה משעבודא דר"נ. ובשו"ע חו"מ פו,א פסק דאף בשכר שכיר יש שעבודא דר"נ. ועיין בש"ך ס"ק ג מה שכתב לישב בזה, ובקצוה"ח ג ובנתיבות ב. ומ"מ נפסק דאם חייב לו שכר שכירות, השכר משועבד למלוה של השכיר מדר"נ. וא"כ בנדו"ד שנפסק בבי"ד ששמעון חייב ליהודה (עיין ש"ך פו,יד), על ראובן לפרוע ליהודה מה שחייב לשמעון, ואם יפרע לשמעון, חייב לפרוע שוב ליהודה. (שו"ע חו"מ פו,ה).

ונראה דהחוב שמשלם ראובן ליהודה, אם עכב והלין חובו, אינו עובר בבל תלין, אף שמקור החוב משכירות, דכיון שיהודה אינו שכיר גביה, לא שייך בו 'ואליו הוא נושא את נפשו', והרי ראובן בע"ח של יהודה, ולא שראובן משועבד לשמעון שמשועבד ליהודה, אלא יהודה המלוה של ראובן (קצוה"ח פו,א ועוד), ממילא החוב הוא בתורת חוב ולא שכירות. ולמדתי דבר זה מתורתו של הח"ח (אהבת חסד טו,ד) דאם מת הפועל וחייב בעה"ב ליורשי הפועל, מ"מ אינו עובר בבל תלין. ובנתיב החסד ס"ק יז כתב בטעם הדין, דלא קרינן שכיר גביה, ולא שייך ביורש; 'ואליו הוא נושא את נפשו', דמה שיורש מאביו היינו את זכות הממון ולא את הזכות האיסור של בל תלין. לפ"ז כ"ש שמלוה שגובה שכר שכיר משעבודא דר"נ, אין בעה"ב עובר בבל תלין.

ג. לפ"ז אף שעני קודם לעשיר, מ"מ כיון שעל חוב העני אינו עובר על בל תלין, כיון שצריך לתת לבע"ח של העני, ועל העשיר עובר בבל תלין, דרק יש דין קדימה לעני לפני העשיר, ואם לא היה דין של 'אתך', שרק כשיש לו מעות עובר, היה עובר מ"מ גם בעשיר, רק כיון שיש דין קדימה לעני, כבר אין לו מעות לעשיר ואינו עובר בבל תלין. אולם כאן שכלפי העשיר קאי באיסור דאורייתא של בל תלין, וכלפי העני רק בבל תשאה, כיון שצריך לפרוע לבעל חובו, ע"כ צריך לפרוע ללוי העשיר.

תשובות קצרות בעניני שיקים

ראשי פרקים

- א. שיק ללא תאריך, שניכר שהוא מלפני זמן רב
- ב. טענת פרעתי בשיק ישן
- ג. שיק פתוח
- ד. שטר שנפגם, ובדין שיק
- ה. דין שבועה בזה"ז בשטר פגום

א. כיצד יש להתייחס לשיק פתוח בלי תאריך הניתן לפני כ = 15 שנה (ונראה פתוח בבי"ד, האם דינו כשטר ישן או לאו? יודגש כי השיקים הישנים ניכרים ביושנם גם מכח זה שלא מופיע בהם שם בעל החשבון בראש השיק, דבר שהתחדש רק בעשר השנים האחרונות.

נושא של שטר ישן נידון בראשונים ובאחרונים. לשטר (וגם לשיק כדלהלן) אין זמן תפוגה, הוא אינו מתקלקל, וגם אינו יין שמשתבח. השטר והשיק הם בתוקפם ללא שינוי מיום כתיבתם ועד לשנים רבות. הבעיה עם שטר ישן שהוא מעורר תהיות, מדוע לא הוצג לגביה בזמנו? מדוע מציג השטר המתין שנים כה רבות? האם סבר שבכך ישכח הנתבע מפרעון שהיה? האם אין כאן רמאות? התהיות הן אלו שפוגמות בתוקפו של השטר (לא הזמן הרב שעבר), והתשובות שיהיו בבית הדין לתהיות שיעלו, הן אלו שיקבעו את מעמדו ההלכתי ויכולת הגביה של השטר/ השיק.

יצוין שאף שיק אין כח הגביה שבו נפגם לאחר זמן, ואף שלאחר 6 חדשים אין יכולת לגבות מהבנק בהליך הרגיל, מ"מ ניתן לגבות באמצעות הליך משפטי גם לאחר הזמן שאין בו כח לגבות בהליך רגיל מחשבון הבנק.

דברים אלה עולים מתש' הרא"ש סח,כ, דאין לפסול שטר ישן שלא תבע המלוה, אף שהיה נצרך לכסף, רק יש לדרוש ולחקור אם אין כאן דין מרומה, ויש לדרוש לחקור להוציא הדין לאמיתו. דבריו הובאו להלכה בשו"ע חו"מ סא,ט. ועיין בכסף הקדשים שם שאפי' אמתלא רחוקה ובלתי מבוררת מהני בכה"ג.

וכדעת הרא"ש נמצא גם במהרי"ק שורש קצ, שנראה היה בו חשש ערמה וזיוף, והורה לדיינים לבדוק זאת היטב. ובמבי"ט ח"ב סי' קמב פסק בענין שט"ח שעבר זמן פרעונו יותר מכ' שנים, והמלוה והלוה חיים בעיר אחת כל אותו זמן, והלוה עשיר והמלוה היה דחוק במקצת השנים, דיש לחוש לפרעון בכה"ג. ועיין במהרשד"ם חו"מ סי' עג וסי' שסז דאין לבטל כח השטר, אא"כ מדובר בזמן כה רב שאין בנמצא מי

משפטיך סימן לו ליעקב תקפג

שמתעכב מלגבות זמן כה רב. ועיין עוד בדברי ריבות סי' קט בענין שטר שלא תבעו בו כה שנה, דאין בו חשש ערמה, ובמהר"א ששון סי' פב.

ומכל הלין נראה דלא הזמן גורם אלא הנסיבות, ואין לדיין אלא מה שענינו רואות, אם יש כאן חשש רמאות וערמה. וכן הדין בשיק. וכבר הארכתי בזה במשפטיך ליעקב ח"א סי' כג (ח-יג), וגם דנתי שם אם יש חשש ליאוש בשט"ח ויאוש בחוב, עיי"ש. ב. שטר ישן גמור שע"פ הדין צריך דרישה וחקירה וליכא (המלוה אינו זוכר פרטים), האם גובים בו אם לאו, כלומר, האם הלוה נאמן לומר פרעתי?

לא ברור מלשון השאלה מה טוען המלוה, האם טוען שלא נפרע, רק לא זוכר מדוע רק כעת הוציא השט"ח, או שטוען שאפשר שנפרע. אם טוען שלא נפרע, רק אינו יודע להשיב ואומר איני יודע מדוע הוצאתי רק כעת וכו', עיין שו"ע חו"מ טו,ג, אם יש לחוש בכה"ג לדין מרומה, והדבר נתון לשיקול דעת הבי"ד. ואם טוען הלוה פרוע והמלוה טוען איני יודע, הלכה מפורשת בשו"ע חו"מ נט,א דאינו גובה בו, ועיין בקצוה"ח שם ס"ק א בטעם הדבר, דחזקת הממון מסייעת לברי של הלוה.

אמנם אם נשטתה המלוה ואינו יכול להשיב, מדברי הט"ז אהע"ז צו,טו מבואר שיכול לגבות, ואין הלוה יכול לתבוע שישבע. ועיין בקצוה"ח פב,ה דהסתפק בזה, דנשטתה לכאורה י"ל דחשיב כטענת שמא.

ג. שיק פתוח שניתן לדברי המלוה והלוה לפני הלואה, האם גם בו שייך נאמנות, שיתכן שעצם הפקדת השיק קודם ההלואה מערער את טענת שטרך בידי מאי בעי? וכן שמענו סברא בשם רב באחד, שבזמנינו אין נאמנות למלוה על שיק פתוח לקבוע את סכום החוב, מאחר ונהוג להפקיד שיק פתוח בכל ענין של שאלה והשכרה מגמ"ח.

שטר שלא נכתב בו סכום (שטר פתוח), אם יחשב כנאמנות, נידון בלבוש בע"ש מח,א. אך בנדרון הלבוש הלוה מכחיש וטוען לא חתמתי אלא כדי להתעסק וכדי שיהיה מוכן בידו. ולכאורה אם מודה שחתם בכה"ג, הוי נאמנות גם ללבוש. אמנם י"ל ששטר שאין בו סכום, הוי פסול בגוף השטר, וכמש"כ התוס' בגיטין ד,א ד"ה מודה, והרשב"ם שם. ובקצוה"ח מח,ה למד מדברי התוס' דאין חתימת העדים מתיחסת למה שנכתב אחר שחתמו. ובקצוה"ח הפליג דבריהם אף לכתב ידו, וכ"כ גם בסי' מה,א. אך הוסיף, דאם ידוע שהלוה לו איזה סך ונתן לו חתימה חלקה על הסכום שיוציא, מהני בזה הנאמנות מאחר והיתה בשעת ההלואה. ועיין באמרי בינה (הלואה כו) שתלוי במחלוקת הראשונים מתי היא ההגדה בשטר, החתימה או כשנפיק מתח"י. גם מהב"ח סו"ס מח נראה דממרני שמסרו פתוח, הוי חספא בעלמא. ועיין בש"ך סט,ז דנראה מדבריו ג"כ דהוי חסרון בעצם השטר. אמנם הסמ"ע בסו"ס מח חולק על הלבוש וסובר דדרך בני אדם להאמין האחד לשני. ומ"מ אפשר אף לסמ"ע מיירי שמילא את הסכום לפני שהציג לבי"ד או לגביה. והארכתי בכל זה במשפטיך ליעקב ח"א סי' כב.

הב"ח (חו"מ סי' מח), לאחר שכתב את פסולו של השטר שנכתב על החלק, כתב "דאין זה שטר כפי הדין אלא לפי תקנת ראשי המדינות משום תקנת השוק גובים בו, ויש לממרני זו כל יפוי כח של כל שט"ח". והוסיף בסי' סט, וז"ל: "דכל זה מדינא, אבל אם עשו ז' טובי העיר תקנה שיהיה לו דין כתב יד גמור בנאמנות ובכל יפויים בעולם, גובים בו, וכך נהגו במדינות אלו ע"פ תקנת מנהיגי כל המדינות והארצות."

והנה נדו"ד תלוי בטענות בין מחזיק השיק לנותנו. אם שני הצדדים מודים שהשיק ניתן כבטחון בלבד, הרי שניהם מודים שלא היה כאן נאמנות, ואף לסמ"ע אינו אלא לבטחון, שלאחר הדיון בבית הדין, יוכל לכתוב בשטר כפי שיפסקו הדיינים, ולגבות באמצעות השיק, שהוא הליך יותר מזורז. ואף כשיש הכחשה, לכאורה בענינים כגון שאלה ושכירות, רגליים לדבר שהשיק ניתן כבטחון ולא כנאמנות, מאחר ואין דרך להאמין בדברים אלה אלא רק לתת כבטחון. משא"כ באדם שלוח סכומים שונים במשך זמן, ומשאיר שיק פתוח שהמלוה ימלא לאחר חשבון החובות, י"ל שבזה יש דרך להאמין.

ד. הגרע"א (הובא בפת"ש סט, ג) מחדש שכתב ידו שנפגם לדברי המלוה, והלוח טוען שפרע הכל, אין מוציאים ממון על פיו, דהממע"ה. האם קיי"ל כן, או הלוח יכול לומר קיי"ל כגרע"א. וכן האם שיק פתוח דינו ככתב ידו לענין זה?

מקור דברי הגרע"א הם מהב"ח חו"מ ריש סי' פד, דבכת"י חשיב כמלוה ע"פ, ואף לסוברים דעדיף ממלוה ע"פ לענין טענת פרעתי, כמבואר בשו"ע חו"מ ר"ס סט, מ"מ בפוגם לא תיקנו שישבע ויטול בכת"י אלא בשטר גמור, וחזר הדין שישבע הלוח היסט ויפטר. ונראה דהכי קיי"ל, ובפרט דגם דעת הסוברים שיכול לטעון פרעתי, כמותם פסקו המחבר בשו"ע חו"מ סט, ב, והש"ך ס"ק יד פסק כוותיה. ועל דברי הב"ח לא מצאתי חולקים, וגם לולי דבריו יכול לומר קים לי כמחבר והש"ך. ושיק דינו ככתב ידו לדעת הרבה פוסקים, עיין תומים סט, ה, חתם סופר חו"מ סי' קכח, דברי חיים חו"מ סי' יב, מנחת יצחק ח"ה סי' קט-קכ, פתחי חושן הלואה י, כא, ועיין מה שכתבתי משפטיך ליעקב ח"א סי' כא.

ה. שטר גמור שנפגם, שע"פ הדין המלוה נוטל בלא שבועה, כיצד ראוי לנהוג בזמן הזה שאין משביעין, האם מפחיתים שליש או סכום אחר?

השבות יעקב ח"ב סי' קמה כתב בענין פשרה קרובה לדין, שאם הדין נותן שיתחייב סכום מסוים, הפשרה שישלם שני שליש. 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 לנדון 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

משפטיך סימן לו ליעקב תקפה

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 ולאמור 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.

ומש"כ הדברי מלכיאל לדחות את מנהג הדיינים הזקנים לתת ניכוי שליש בעד השבועה, נראה דמנהג הדיינים הזקנים התיחס לשבועת הנוטלין, אולם בשבועת הנפטרין 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. וראיתי גם לגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה, חחו"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 הנפטרין לשבועת הנוטלין, וז"ל: "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."

מדברי הגר"מ פיינשטיין מפורש יוצא שיש מודד כללי לפשרה במקרה של שבועה, והיא ניכוי של שליש, אך לדבריו ניכוי השליש יהיה בין בשבועת הנוטלין ובין בשבועת הנפטרין. לפ"ז כשיתבעו אותו סכום מסוים, בין אם התובע היה נוטל בשבועה ובין אם הנתבע היה נפטר בשבועה, ישלם הנתבע שני שליש. והדבר צ"ע, דהרי אין זה מן הדין שישלם הנתבע אותו סכום במקרה שהיה נפטר בשבועה למקרה שהיה התובע נוטל בשבועה. ונראה דכוונת הגר"מ פיינשטיין, דבין בשבועת הנוטלין ובין בשבועת הנפטרין, הניכוי הוא שליש, ואין חילוק לענין שעור שליש בין שבועת הנוטלין לשבועת הנפטרין. והדבר אמור רק לענין גובה הניכוי, אך לענין המקום שממנו נמדד, נראה דאף לשיטת הגר"מ פיינשטיין יש חילוק, דבשבועת הנוטלין השליש נמדד מהמקום

תקפו משפטיך סימן לו ליעקב

שהיה נוטל עם שבועה, ובשבועת הנפטרין השליש נמדד מהמקום שממנו היה הנתבע נפטר בשבועתו.

אלא שאף לדברי הגר"מ פיינשטיין יש מקום לשיקול דעתו של הדיין ולאופן שבו הוא רואה את המקרה הנדון לפניו, האם מדובר בטענה שיקרית של החייב שבועה, או שניכרים דברי אמת ויש לחץ לחייב שבועה על-מנת להשיג פשרה. ולמעשה מש"כ הגר"מ פיינשטיין הינו אחד מהשיקולים עליהם דיבר הדברי מלכיאל, ובודאי גם לדבריו יש לשקול כל מקרה ומקרה לגופו, ע"פ מכלול הנתונים שבאו לפני הדיין, ואין בכך הלכה קבועה, אלא שלדברי הגר"מ פיינשטיין יש נקודת מוצא אחידה לפשרה, והיא ניכוי שלישי, ואילו לדברי מלכיאל אין נקודת מוצא אחידה. (ועיין עוד בתש' מהר"י באסן סי' קו.).

שטר פרוזבול

את הפרוזבול עושים בדר"כ בימים שלפני ראש השנה (שעת ההשמטה), ועדיין ממשיכים להלוות כספים לאחר שעת עריכת הפרוזבול ועד לכניסת החג, בפרט חברות ובעלי עסקים, אך גם אנשים פרטיים המפקידים עוד בערב ראה"ש כספים בחשבונות הבנק, וקצבאות שונות ואף משכורות נכנסים לחשבון הבנק, לאחר שבעל החשבון כבר ערך פרוזבול (ושמעתי שהשתא עובדי המדינה תכנס משכורתם לבנק בערב ראש השנה ממש, וקצבאות הזקנה - יום קודם). ואף דסתם הלואה לל' יום, וא"כ הוי כהלוהו לאחר זמן ההשמטה שאין השביעית משמטת (מכות ג,ב, שו"ע חו"מ סז,י), כתב הב"ח (סז,יג), הביאו קצוה"ח סז,ד, דאף בסתם שזמנו ל' יום, מ"מ אינו קביעות זמן והשביעית משמטת (עיין תומים סז,טז, חרושי הרי"מ חו"מ עג,ב, אגרות משה חו"מ ח"ב סי' יד ד"ה והנה). בפרט בהפקדות בבנק שאין הכלל הזה של סתם הלואה (או עיסקא) ל' יום, כיון שלפי חוקי הבנק וההסכם בין הבנק ללקוחות, יכול למשוך לאלתר. ואף שיכול למסור חובותיו ממש בכניסת החג לפני עדים שמוסר כל החובות לבי"ד, מ"מ השכחה מצויה אצל המון העם, בפרט הטרודים בעניני החג, ואינם יודעים שחובם נשמט, וממילא עוברים על איסור נגישה. ע"כ הצעתי דלהלן באה למנוע מכשול זה.

קיי"ל דאם זמן הפרעון הוא לאחר שעת ההשמטה, אין שביעית משמטת, דהשתא לא קרי ביה לא יגוש (מכות ג,ב, שו"ע חו"מ סז,י). הצעתי שהמלוה יודיע בבית דין שכל החובות שיעשה עד לראש השנה, יהיה מועד פרעונם לאחר ראש השנה, והודעה זו תחול על כל החובות שיעשה מכאן והלאה, שמועד פרעונם יהיה לאחר ראש השנה, וממילא השביעית לא תשמט. והצעתי הדבר לפני ת"ח, ונשאלתי, איך מועילה מסירת המודעה לפני בי"ד, כאשר התנאי לא מוזכר בשעת ההלואה ממש?

בעה"ת שער כו ב,ב הביא תש' ר' משולם בר' קלונימוס, בענין שטר דכתיב ביה נאמנות כשני עדים, ואשתכח דהוי כפרן לעלמא, כגון שהוחזק כפרן בעסק אחר ע"י עדים, דבטלה נאמנות, דכי המניה לזה משום דכל ישראל בחזקת נאמנין קיימי, ולהכי המניה כי המניה, אבל השתא דהוחזק כפרן במקום אחר, איתרע ליה נאמנות ידיה. הובאו דבריו להלכה בשו"ע חו"מ עא,יג. ובגדו"ת שם כתב דכ"ז כשנעשה כפרן אחר הנאמנות, אבל אי הוה כפרן קודם הנאמנות, איכא למימא אדעתא דהכי סברת וקבלת, דמסתמא סתם כפרנות בבי"ד וע"פ עדים, וכל מילתא דבי דינא, קלא אית ליה. וכדבריו פסקו הש"ך ס"ק לא, הנתיבות ס"ק כג, והתומים. ומבואר דלא יכול לטעון הלואה לא ידעתי על מעשה בי"ד. וכן מבואר במרדכי, הובא ברמ"א חו"מ יא,ד, דמי שכתבו עליו סרבנות וטוען שלא שמע, אינו נאמן, דמעשה בי"ד יש לו קול.

ועיין מהרש"ם ח"א סי' כ בענין שטר עיסקא שעשה לבנק בברעזון, וז"ל: ובגוף הדין הנה איזו שנים כשנתיסד באנק כזו פה"ק, עשיתי עם הממונים שטר בבי"ד, וחתמו עליו בחיוב המועיל שכל ההלואות יהיו עצה"ע, ואם לא ירויח הלואה, יחזירו לו, גם העיסקא שלוקחים מקודם. ואח"ז הכרזתי כן בכל ביהכ"נ וביהמ"ד לפרסם הדבר. וגם כל מעשה בי"ד יש קול כמ"ש המרדכי והובא ברמ"א חו"מ יא,ד, ובריטב"א שבב"י סי' קל ס"ז, וש"ך עא,לא ... וממילא הו"ל כהתנה כן בפירוש בשעת הלואה, ויש שטר בבי"ד ...". ונראה דדוקא בעיסקא שמחזיר ללוה גם הרווחים, ואפילו הקרן פטור, אם יפסיד או לא ירויח, בעינן להתחייבות, אבל בנדו"ד נראה שא"צ להתחייבות, ועצם ההודעה לפני בי"ד שכל ההלואות שיעשה בימים הקרובים זמן פרעונם לאחר ראש השנה, יש לזה קול, והוי כהתנה בשעת ההלואה. ומ"מ לשופרא דמילתא הוספתי גם התחייבות. ונראה דאף שטר בעדים סגי, כיון דאף לשטר בעדים אית ליה קלא ועדים מוציאים הקול (עיין ב"ב קעה,א ולהלן, ועוד), ואז"כ אף אם יעשה בפני פרוזבול בפני עדים בשטר, וכ"ש בפני בי"ד, אית ליה קלא, וכל ההלואות שנעשו אח"כ, נעשו על דעת התנאי שהודיע לבי"ד או לעדים בכתב.

ועיין עוד ברמב"ם הל' גרושין ו,יט: "... וכן אם אמר להם כל גט שיכתוב לי פלוני בטל, או כל גט שאכתוב בבית דינו של פלוני הרי הוא בטל, או כל גט שאכתוב מהיום ועד עשרים שנה, הרי זה בטל ...". ועיין בב"ש קלד,ב דלשאר ראשונים כיון שמצוה אח"כ לכתוב, ביטל המודעה. נראה דכ"ז בדבר שצריך לבטל מעשה הגט, משא"כ בנדו"ד שמתנה מועד הפרעון, שהוא לרעת המתנה. ועיי"ש עוד בפ"ת ס"ק א מה שהביא מהב"ח ומהרי"מ בריסק דאף גילוי דעת מהני, אם בא לבטל מה שיעשה בעתיד, ומה דלא מהני הוא רק על העבר, ועל העתיד מהני גילוי דעת בגיטא. ומ"מ בנדו"ד שמוסר מודעה להדיא על חובות העתיד, ואינו מבטל מעשה שעושה אח"כ, רק קובע שזמן הפרעון יהיה אחר ראש השנה, גם לרשב"ם מהני מודעה כזו.

ונראה דמה דבעינן גלוי דעת דוקא בשעת המכר, כמוכר נכסיו ע"מ לעלות לאר"י (קדושין מט,ב ושו"ע חו"מ רז,ג), היינו דוקא בגילוי דעת שיכול לבטל המקח, אבל קביעת זמן הפרעון אינה לבטל ההלואה אלא קביעות זמן. בפרט שהיא לחובת המלוה, ואף ללוה אין בכך כל נזק, שהרי יכול לפרוע קודם אם ירצה. ועוד, דאם יגלה דעתו שרוצה לעלות לאר"י בפני בי"ד, ומה שמוכר הקרקעות הוא מפני שרוצה לעלות לאר"י, וכך יאמר בפני בי"ד, אפשר שיועיל אף לבטל המקח וא"צ לגילוי דעת בשעת המקח. ובפרט בנדו"ד שמדובר הכל בזמן קצר של כמה ימים, והכל יודעים וידעו עצה זו, אפשר דחשיב כאומדן דעת דמוכח, עיין רמ"א חו"מ רז,ד.

ויתירה מזו קראתי לאחרונה שהביאו ממרן הגרי"ש אלישיב שליט"א, שאף בחובות העבר יכול לעשות כן, ואפילו בעל כרחו של לוה, ראה יתד נאמן, מוסף שבת קדש כי תבא ס"ח עמ' 10-11, וז"ל: "ושמעתי ממרן הגרי"ש אלישיב שליט"א דהזכות לדחות

זמן הפרעון היא של המלוה ואין הלוה יכול לעכב, כיון שאינה פוגעת בזכות הלוה אם ירצה לשלם תוך זמן זה. ולכן מי שאין בידו לעשות פרוזבול, יאמר בפני שנים אני מותר על זמן הפרעון של כל החובות שחייבים לי שזמן פרעונם עד ראש השנה תשס"ט, ובמקום זה אני קובע זמן הפרעון בג' תשרי תשס"ט, דכיון שבזמן שביעית משמט לא הגיע זמן הפרעון, אין שביעת משמטת". והוסיף שם דמי שבירו לעשות פרוזבול, צריך לעשות כתיקון חכמים, וכמש"כ הריטב"א והמאירי, דאל"כ תשכח תורת שביעית. ומ"מ הוסיף דכדאי ליעץ לאנשים ונשים שאין אפשרות לשדלם לעשות פרוזבול, שימסרו מודעה על ויתור זמן הפרעון עד ג' תשרי כנ"ל.

וא"כ בודאי לכתחילה אפשר לעשות פרוזבול על חובות העבר, ולמסור מודעה על חובות העתיד, ולמודעה זו יש קול, בין אם נעשה בבי"ד ובין אם בעדי שטר.

שטר פרוזבול ומסירת מודעה על זמן פרעון החובות

אני הח"מ _____ המתגורר ב _____ כל חובות שיש לי, בין בשטר ובין בע"פ, וכן כל חוב שע"פ דעות הפוסקים נשמט בשביעית¹, ואפילו יהיה פוסק אחד הסובר שחוב זה נשמט בשביעית, הריני מוסר באופן המועיל ביותר את כל החובות הנ"ל שאחרים חייבים לי לדייני בית הדין הח"מ, שיוכלו לגבותם עבורי, ואם לא יגבו עבורי, אוכל אני לגבותם כל זמן שארצה.

לכל אחד מהלווים בחובות הנ"ל שאין לו קרקע, אף לא בשאלה או בשכירות ואף לא עציץ נקוב וכד', וכן לערבים על החובות אין כנ"ל, הריני מזכה ללווה באופן המועיל ביותר קרקע כלשהו שיש לי בתורת שאלה, והריני מודה שזיכיתי לו כנ"ל באופן המועיל ביותר².

1. הוספתי: "וכן כל חוב שע"פ דעות הפוסקים נשמט בשביעית", ליתר בהירות, אם יאמר הלוה שעסקא אינה חוב, אף שמשמטת מחצה מלוה, או הקפת החנות באופנים שכתבו הפוסקים לשיטת הרמב"ם שמשמטת, עיין בכס"מ שמיטה ט, ה ועוד).

2. תמהתי מדוע בשטרי פרוזבול רבים השמיטו, והיא משנה מפורשת. ועיין בשו"ע חו"מ סז, כב, ופ"ת ס"ק ד מה שהביא מהחת"ס וזה שכח מאד אצל בחורי ישיבה הסמוכים על שולחן אחרים. ומקנה לכל מי שאין לו כעת בשעת הפרוזבול קרקע וכו'. ובחת"ס הנז' כתב דאפשר שלא רצו להוסיף על תקנת הלל, דבזה"ז עיקר סמכותינו אינה דוקא על קרקע, עיי"ש.

כל החובות הנ"ל שאלוה לאחר שאחתום על שטר פרוזבול זה ועד לשעת התקדש ראש השנה, וכן כל כספים שאפקיד או שיפקידו⁵ עבורי בחשבוני בבנק, הריני מודיע ומודה³ ומתחייב שמועד פרעונם הוא במוצאי ראש השנה שנת⁶ _____ ולא קודם, ואף אם יעשה תנאי בע"פ או בכתב, בשעת ההלואה או לאחריה לגבות עוד במהלך השנה הנוכחית, או בסתם הלואה לבנק שלא נזכר מועד הפרעון, הריני מודיע ומודה שמועד פרעון חובות אלו הוא במוצאי ראש השנה⁶ _____, ואסור לי מחמת תנאי ההלואה לתבוע את פרעונם קודם לכן, וכל תנאי לפרעון קודם לכן, בטל ומבוטל. אמנם אם יוסכם שמועד הפרעון הוא לאחר מוצאי ראש השנה הקרוב, הרי שמועד הפרעון יהיה כמוסכם בשעת ההלואה. ובהלואה סתם (להוציא הפקדות לחשבון בנק שעליהם חל האמור לעיל)⁴ שלא נזכר זמן הפרעון, הריני קובע שמועד הפרעון יהיה שלשים יום משעת ההלואה, ואם השלשים יום חלים עוד בשנה הנוכחית, הרי מועד הפרעון יהיה רק במוצאי ראש השנה הקרוב⁷. וכל הלואות שאלוה, הן על דעת כן.

ובזה באתי על החתום, היום _____

בפנינו הח"מ מסר הנ"ל את כל האמור לעיל וחתם בפנינו ביום הנ"ל

3. לחיזוק הדבר שנעשה בהודאה גמורה. והודאה מהני לכאורה גם על דבר שלא בא לעולם, עיין יד רמ"ה ב"ב קמ"ט, א (סוף אות צו), נודע ביהודה מהדור"ק תחומ"מ סי' ל אות ז. ועיין עוד חזו"א ב"ק יח, ד"ה נראה 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 ...

4. כלפי הבנק אינו מעוניין שסתם הלואה תהיה ל יום אלא רק אחרי ראש השנה. אמנם אם ימשוך מהבנק קודם ראש השנה, ה"ז כלוה שפרע קודם זמנו, שזמנו היה רק במוצאי ראש השנה.

5 לשון הפקדה היא לשון בנ"א, אף שע"פ ההלכה הרי ה"מפקיד" נותן בתורת עיסקא, כיון שהבנק כפוף לשטר העיסקא, מ"מ בשטר כזה יש לנקוט בלשון בנ"א.

6. להוסיף השנה הקרובה, אם כיום בשנת התשס"ח, יש לכתוב התשס"ט.

7. עיין בב"ח חו"מ סי' סז, הובא בקצוה"ח סז, ד. ועיין מש"כ בהסבר השטר.