

משפטיך ליעקב

פסקים ותשובות

בדיני ממונות

שבין אדם לחבירו ובין איש לאשתו

חלק שביעי

מאת

צבי יהודה בן יעקב

דיין בבית הדין הרבני האזורי

תל אביב

ישראל, התשע"ד

ניתן לקבל תקליטור של חמשת החלקים הראשונים.

ניתן לקבל מפתחות מפורטים על שבעת החלקים.

יש לפנות לכתובת דוא"ל הר"מ.

כל הזכויות שמורות



כתובת דוא"ל:

Benyaakov1@neto.bezeqint.net

או לכתובת דוא"ל: tzvibe@rbc.gov.il

ספר זה הרואה אור

עילוי לנשמת אמי

מרת חיה אסתר ע"ה בן יעקב

אלמנת אבי ר' נתן ז"ל

בת הרה"ח חנוך העניך זילברברג ז"ל

נכדת הגאון הצדיק הרב חיים יעקב נפתלי זילברברג זצ"ל

אך טוב וחסד כל ימי חייה,

צופיה הליכות ביתה, בחכמה ובתבונה,

באמונה, בטחון, ובמידה רחבה של חסד ורחמים,

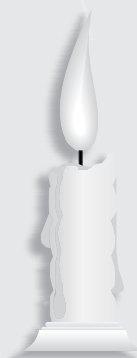
במשך שנים רבות סייעה בידי לישב באהלה של תורה,

ומכחה רואה גם ספר זה אור.

נפטרה בשם טוב ועלתה לגנזי מרומים

כ אייר התשע"ג

תנצב"ה



**THE PREPARATION AND
PUBLICATION OF THIS VOLUME,
WAS MADE POSSIBLE BY A GRANT FROM
THE MEMORIAL FOUNDATION
FOR JEWISH CULTURE**

תוכן העניינים

סימן א חיוב לעבור בדיקת DNA בתביעת מזונות..... ז

א. בדיקת DNA. ב. הוצאת ממון בסימן מובהק. ג. חיוב מזונות בפנוי הבא על הפנויה. ד. אם אפשר לכופו לעבור בדיקה. ה. כשמסרב לעבור את הבדיקה, אם יכולים לחייבו במזונות.

סימן ב בדין מעשי ידיה כנגד מזונותיה..... כב

א. איני נזונת ואיני עושה. ב. גדר חיוב מעש"י, ואם שתיקה הוי מחילה. ג. אם יכולה לשלם בתמורה למעש"י. ד. אשה המפרנסת בבית. ה. שתקה ולא תבעה מזונות. ו. נאמנות אשה לטעון על כספים שהם שלה לחלוטין. ז. בנו"ג בכספים, למי יחזיר. ח. שולטת בנכסים, אם דינה כנו"ג.

סימן ג חיוב בעל בשכירת עו"ד לאשה, להצילה ממאסר..... נב

א. מניעת מאסר אם הוא בכלל חיוב פדיונה. ב. כשהאישום נובע מחמת מעשיה הרעים. ג. טענת הבעל שהאשה לא נתנה לו פירות. ד. אם יש עליו חיוב לשכור עו"ד בתשלום גבוה.

סימן ד זכות אלמנה כשהמדור משועבד לבע"ח או ניתן בצואה לאחר סב

א. זכות אלמנה במדור, ומאימתי חל השעבוד. ב. מדור ממשוכן ומדור משועבד. ג. כדין קדימה בבעלי חובות. ד. קדימת בע"ח למזונות. ה. נתן רכשו במסגרת צואה.

סימן ה חיוב כתובה בתובעת גרושין..... צג

א. אומדנא בתוספת כתובה. ב. כתובה במורדת דמאיס עלי. ג. כשתביעת הגרושין מחמת דבר מהותי באישות.

סימן ו ברו"ד בין אלמנה לאחי חמת..... קט

א. כשהגדול נשוי והקטן לא, על מי חלה החובה לחלוץ. ב. אם כופין לחלוץ. ג. חיוב היבם במזונות היבמה כשמסרב לחלוץ. ד. סכום הכסף

שהתקבל מהביטוח.

סימן ז חתימה על הסכם שיש בו פעיף לדון בערכאות קלז
א. איסור התדיינות בערכאות. ב. הסכימו לדון בערכאות.

סימן ח עדות רב מסדר חופה וקדושין קנ
א. הנוטל שכר לדון או להעיד. ב. שכר בטלה ושכר טרחה. ג. נוגע וחשש משקר.

סימן ט פרשנות בהסכם ממון בין בני זוג קסב
א. יד בעל השובר על העליונה או על התחתונה. ב. בחיוב ברור. ג. ספק במחילה. ד. סילוק מכתובה.

סימן י גבאי גמ"ח שטוען שהחוב פרוע קצה
א. מלוה שטוען אינך חייב לי. ב. מחילה – סילוק או הקנאה. ג. הודאה נגד הודאה. ד. מחילת של גבאי גמ"ח.

סימן יא מכירת שיק – פחיר ובלתי פחיר רח
א. קנין שטרות בכתיבה ומסירה. ב. מכירת השעבוד. ג. מכירת שטרות בסיטומתא. ד. תקנת חכמים או קנין מדבריהם, ונפק"מ למכירה באיסור. ה. שטר בכתב יד, ומשתעבד לכל המוציא. ו. שיק לא סחיר שלא נכתב במסירתו שם המוטב. ז. הוצאות חזרה של שיק.

סימן יב הילך בשיק שחזר רמו
א. בטעם פטור הילך. ב. משכון אם הוי הילך. ג. מודה בחוב בשטר. ד. מודה ונותן לו שטר.

סימן יג החזר קרקע שנמכרה עקב אי תשלום משכנתא רנט
א. קנין או סילוק. ב. עשאו אפותיקי. ג. קנו מידו לא לסלק. ד. שומא בטעות.

סימן יד בדין קדימה בנבית חוב רעג

א. דין קדימה במטלטלין. ב. מכר קרקע לאחר שתבעוהו בבי"ד. ג. גביה ממשועבדים בזמן הזה.

סימן טו מורשה שתופס ללקוח במקום שחב לאחרים רפ

א. אם יש איסור בתפיסה לבע"ח. ב. חב ללוה עצמו ולא לבע"ח אחרים. ג. תפיסת שליח או פועל. ד. אפוטרופוס שתפס, ודין יפוי כח כללי.

סימן טז בענין טענה על בעלות מבח חזקת קרקעות רצו

א. חזקת ג שנים. ב. דירה העומדת לשכירות, אם שייך חזקת ג שנים. ג. אם טענין ליתמי. ד. לא חשש למחות כיון שהנכס רשום על שמו. ה. חוזר מטענות שטען בערכאות.

סימן יז מחיצה בחצר משותפת שכב

א. במקום שנהגו שלא לעשות מחיצה. ב. קנין בחלוקה.

סימן יח תביעת נזק על ירידת ערך שכח

א. משביח בשלו וגורם ירידת ערך לחבירו. ב. ערך דירה שירד כתוצאה מבניה.

סימן יט בסיס קבוע לסוכה בגג המשותף שלד

א. הקפדת שותפים במבנה קבוע ובשימוש לא מקובל. ב. כשאין הפרעה לשימוש השותפים. ג. טענה שיחזיק בעתיד.

סימן כ תשלום עבור שימוש במבנה שבנה שכן אחר שמה

א. שותף שירד והשביח. ב. מוציא הוצאות גם עבור חבירו.

סימן כא ביטול מקח מחמת אי התאמה לחזמנה שנב

א. אם דינו כמין אחר. ב. יפות ונמצאו רעות, מדין אונאה או מום. ג. יכל להבחין לאלתר שמדובר בחברה אחרת. ד. השימוש במזגן.

סימן כב אונאה כשספק אם עבר הזמן של יראנו לתגר שסה
א. איני יודע אם פרעתך, בלא הו"ל למידע. ב. לאחר זמן של יראנו
לתגר ה"ז כמחילה.

סימן כג שכר שדכנות..... שעח
א. טול דינר והעבירני את הנהר – בדבר מצוה. ב. חלוץ לה ע"מ שתן
לך מאתים זוז. ג. שכר שדכנות. ד. ההפסד ושעורו. ה. אונאה בקבלן. ו.
טענת השטאה ללא תביעה. ז. אופנים בהם לא שייכת טענת השטאה.
ח. כשבליבו לא היה להשטאה בשעת ההתחייבות.

סימן כד המוצא ספרים שיש בהם נזק רוחני תיז
א. חתול רע מותר להרגו, מדין הפקר בית דין. ב. לא תשים דמים בביתך,
ומדין ובערת הרע מקרבך.

סימן כה אם יש חיוב לחשיב אבירה בהקדם תלח
א. במצות עשה של השב תשיבם. ב. תחילת המצוה - בראיה או בהגבהה.
ג. שיהוי מצוה לא משהינן.

סימן כו חזרה מצוואה תמז
א. קנין הפירות במהיום ולאחר מיתה. ב. אם יכול לחזור. ג. אם במתנה
של מהיום ולאחר מיתה צריך קנין. ד. טעמים שיוכל לחזור בו.

סימן כז דין ראוי, בצוואה של מהיום ולאחר מיתה..... תסא
א. מקור הדין והלימוד מהפסוקים שאין הבעל יורש בראוי. ב. מוחזק
מהיום. ג. כשעדיין לא גבתה.

סימן כח בנותן נכסיו לאשתו ואחריה לילדיו תעא
א. פירוש דברי הנותן. ב. מהיום ולאחר מיתה, אם דינו כאחרין מהיום.
ג. אחרין ליורשי. ד. נותן מתנה לבנו. ה. נתנה במתנת שכיב מרע. ו.
חלוקת כספים וכו'.

סימן כט בדיון מצוה מחמת מיתה תפח

א. שכיב מרע ומצוה מחמת מיתה. ב. מפרש שנותן מחמת מיתה. ג. בגדר מסוכן.

סימן ל מלמד שחוזר מחוזה עבודה תקב

א. פועל חוזר בו בחצי היום. ב. מחוסר אמנה בפועל. ג. מחוסר אמנה והחיוב לעמוד בדיבורו. ד. חזרה מחוזה עבודה. ה. בחוזר בו מחמת יוקר, ובחוזר ומשכיר עצמו לאחרים. ו. נשכר לדבר מצוה. ז. פועל בדבר האבד כשלא התחיל במלאכה. ח. אם יכול לכוף את הפועל שלא לחזור בדבר האבד. ט. מתי מלמד יחשב כדבר האבד.

סימן לא טענת אונס ברכב שכור תקמב

א. טעם חיובי השומרים כ"א כדינו. ב. מנהג בשומרים. ג. בין גניבה ואבידה לאונסין. ד. "גיהוץ" האשראי, אם המשכיר נחשב כמוחזק. ה. חיוב מוכרת על גניבה בחנות.

סימן לב נזק ברכב שכור תקסג

א. אם בכה"ג חשיב כמתה מחמת מלאכה. ב. ספק מתה מחמת מלאכה. ג. חיוב המטעין האחרון.

סימן לג חלקי חלוף לרכב שהתבררו כגנובים תקפה

א. יאוש ושינוי רשות. ב. החזר דמים.

סימן לד העמדת קראוון על קרקע ציבורית תקצח

א. הראשונים הסוברים דעובר על לא תגזול בקרקע. ב. בשיטת התוס'. ג. יאוש בקרקע. ד. טענת זה נהנה וזה לא חסר, כשמחסר לבעל הקרקע. ה. להנות לכתחילה כשחבירו לא חסר.

סימן לה קניה במקום שרוב הדוכנים מוכרים סחורה גנובה תרכב

סימן לו שאלות בדין יורד לשרה חבירו.....תרכז

א. טול עצך ואבנך בשדה העשויה ליטע. ב. זכית בעל הקרקע בעצים.

סימן לז בטוח שתובע את המזיק, האם רשאי המבוטח לגבות מהביטוחתרמא

א. מציל את שלו. ב. עושה בשלו ומזיק לחבירו. ג. זכות משלם הפוליסה בדמי הביטוח.

סימן לח נזק של צבע ברכב.....תרמח

א. פחת נבלה. ב. השביח הניזק. ג. חיוב המזיק להשיב החפץ לקדמותו.
ד. משביח שרוצה ליטול מה שהשביח.

סימן א

חיוב לעבור בדיקת D.N.A בתביעת מזונות

ראשי פרקים

א. בדיקת D.N.A

ב. הוצאת ממון בסימן מוכח

ג. חיוב מזונות בפנוי הבא על הפנויה

ד. אם אפשר לכופו לעבור בדיקה

ה. כשמסרב לעבור את הבדיקה, אם יכולים לחייבו במזונות

המבקשת פנתה לבית דין לחייב את המשיב בגט לחומרא, וכן בתשלום מזונות עבור הבן שנולד להם. לענין הגט לחומרא, הודה המשיב שחיו יחד, ואין לו בעיה לתת גט, אולם לענין אבהותו על הילד, טוען המשיב שאין הילד בנו, ובאותה תקופה חיה המבקשת עם עוד גברים, שאינו יכול או אינו רוצה לנקוב בשמותם. המבקשת ביקשה לחייב את המשיב לעבור בדיקת D.N.A, אולם המשיב מסרב. השאלות שעלו לדיון: א. אם אפשר לחייב מזונות ע"ס בדיקת D.N.A? ב. האם אפשר לחייב את המשיב לעבור בדיקה זו? ג. במידה ויעמוד בסרובו, אם אפשר לחייב אותו במזונות עקב סרובו לעבור את הבדיקה?

יש לציין כי עריכת בדיקה גנטית כפופה לחוק מידע גנטי תשס"א – 2000. לצורך הענין בדיקה בלא הסכמת הנבדק, יכולה להעשות רק בהוראת בית המשפט לעניני משפחה, בהתאם לסע' 28 ו לחוק הנ"ל. בית דין רבני רשאי רק אם כל הנוגעים בדבר נתנו את הסכמתם, ע"פ סע' 28 יד לחוק הנ"ל.

א. בדיקת D.N.A

החומר הגנטי הבסיסי של גוף האדם, מורכב מסלילים הדוקים ביותר של D.N.A, הכולל בתוכו אלפי גנים המסודרים ברצף מדויק, אך מורכב בצורה יחודית לכל אדם. בכל אדם קיימים כמאה אלף גנים, והם קיימים בכל תא משלש מליון

התאים שיש בגוף האדם. את הסליל ניתן לראות רק במקרוסקופ אלקטרוני בהגדלה של 30,000 פעמים.

DNA הוא חומר כימי ביולוגי המכיל את המידע התורשתי להתפתחות הגוף, והוא אחיד בכל תא גרעיני מתאי הגוף, ע"כ הוא זהה ברקמת העצם, בשן, שורש מהשער או כתמי דם של האדם. כיון שכך, אנשים נבדלים בחומר התורשתי הנ"ל, להוציא תאומים זהים, שהם DNA שלהם זהה.

יש סוגים שונים של בדיקות. אם ידוע DNA של אדם מסוים, והוא נעדר, ונמצאה גופה, הבדיקה יותר פשוטה לזהות הקיימת בין DNA של הגופה ל-DNA של הנעדר. כך גם בכתמי דם הנמצאים בזירת פשע, מול בדיקת DNA של חשוד. וכאמור, אין צורך דוקא בדם, אלא גם בנוזל מהאף אן במברשת שבה שער עם שורשים. ראה בענין זה בספר נשמת אברהם לפרופ' אברהם סופר אברהם, ח"ג אהע"ז עמ' סו-סח.

פניתי בענין נדו"ד לד"ר רון לבנטל, מנהל היחידה לסיווג רקמות ומעבדה ארצית להשתלות, המרכז הרפואי שיבא, לברר מה מידת מהימנות הבדיקה כיום, וכן אם ניתן לבצע את הבדיקה מרוק וכד', וע"כ השיב לי:

"בדו"כ נבדקים ילד, אם ואב נטען. במידה ויש שלילת אבהות, המתבטאת באופן מדעי בכך שלילד נמצאים סמנים גנטיים אשר אינם מצויים אצל האם ו/או אצל האב הנטען, השלילה היא מוחלטת. הוכחה במקרים שבהם נבדקים ילד, אם ואב נטען הינה בוודאות בד"כ של 99.99. ככל שהסמנים אצל השלישייה יותר נדירים באוכלוסייה, הוודאות היא בסבירות סטטיסטית גבוהה יותר. ניתן לבדוק גם בדיקת משטח לחי (בדומה למשטח גרון בקופת חולים) או רוק. לא ניתן לבדוק משערות. אחוזי המהימנות זהים לבדיקות הדם. ניתן לשלב גם: למשל: האב הנטען יבדק בבדיקת רוק. באם והילד: בדיקת דם. בדיקת רוק יקרה יותר."

בדיקת DNA שונה מבדיקת רקמות. בדיקת סיווג רקמות נקראת DNA, ולכן אין להקיש ממש"כ הפוסקים לענין בדיקת רקמות שהיתה נהוגה לפני שנים.

ועיין מה שכתבתי בח"ד סי' ו' שבדיקת DNA הינה סימן מובהק ביותר. הדברים היו נכונים לשעתם, ויפים יותר לעתיד לבוא. בעבר רמת הדיוק היתה 99.9%, שהסטיה היא אחת לאלף, ולהגדרת הב"ש הרי זה סימן מובהק ביותר. בפרט כיום שהסטיה היא אחת לעשרת אלפים, דודאי הרי זה סימן מובהק ביותר. ולאחר מכן ראיתי שהגרז"נ גולדברג שליט"א כתב בענין בתחומין כרך כג עמ' 116, דלא גרע מטביעות עין באדם או בכלים, שהוא צרוף של סימנים רבים, והוא הדין בזה. ובספר נשמת

אברהם הנ"ל, הביא ששאל את הגר"ש אלישיב (שליט"א) זצ"ל בשנת תשס"ה אם נחשב כסימן מובהק, וענה לו הגר"ש אלישיב (שליט"א) זצ"ל: "הלא מסתמכים על טביעת אצבעות וצילום שיניים". ושאל דא"כ הבדיקה היא סימן מובהק, והשיב: "כן".

ב. הוצאת ממון בסימן מובהק

איתא ביבמות קטוב: ההוא גברא דאפקיד שומשמי גבי חבריה, אמר ליה, הב לי שומשמי. אמר ליה, שקילתינהו (כבר החזרתים לך - רש"י). והא כן וכן הויין, ובחביתא רמיין (ועדיין הן אצלך בחבית, צא ובדוק בה תמצא כחשבוני). א"ל, דידך שקלתינהו, והני אחריני נינהו. סבר רב חסדא למימר: היינו שני תלמידי חכמים, ולא אמרינן הנך אצלו לעלמא והני אחריני נינהו (דתניא לעיל והשיא רבי את נשותיהן על פי נשים, ותרצינן דאמרי סימני ולא אמרינן אחריני נינהו וסימנים הכי איתרמו). אמר ליה רבא: מי דמי, התם קאמרי סימנים, הכא שומשמי מאי סימנא אית להו, ודקאמר כן וכן הויין, אימר חושבנא איתרמי. ומבואר שמה שאמר המפקיד כמות השומשומין, לא היה סימן מובהק שיכול להוציא מהנפקד, אבל אם היה הכמות והמקום – החבית, סימן מובהק, היו מוציאים ממון מהנפקד, והיה עליו לתת את השומשומין למפקד, הגם שטוען הנפקד שכבר החזיר, כיון שנותן המפקד סימנים מובהקים. ועי"ש בתוס' (ד"ה אתרומי) שאף שמידה ומשקל הוי סימן מובהק, כיון שהדרך להצניע שומשומין במידה כזו, וע"כ לא הוי סימן. ובתוס' (ד"ה וכך הויין) מבואר דבעינן שהפקיד אצלו בעדים, שאם לא הפקיד אצלו בעדים, נאמן הנפקד לומר לקוחין הם בידי, אא"כ הנפקד לא אמיד שיכול לקנות או להיות לו סחורה כזו, דבזה גם אם לא הפקיד בעדים, סגי בסימנים להוציא מהנפקד. ומ"מ אם היה כאן סימן מובהק, יכל המפקד להוציא ממון בסימן מובהק. כן כתב הרשב"א בסוגיא שם ביבמות, וז"ל:

"ומסקנא דשמעתא דחיישינן שמא פינן וכן וכן הויין לא הוי סימן, הא אלו הו"ל סימן בגוייהו, מפיק מיניה דהו"ל כעדים וראיה, אע"פ שאין העדים מכירים אלא מתוך הסימנים, דסימן משוי ליה ראיה."

וכן מבואר בדברי הריטב"א בסוגיא דאפי' בלא עידי פקדון, אם מודה הנפקד שהפקידו המפקד אצלו, ויש עדים שהם ברשותו, לא נאמן הנפקד במיגו שהיה טוען להד"ם, וז"ל:

"פי' סימן מובהק וידוע, דליכא למיחש לשקרא. אבל הכא אימור אתרמויי אתרמי. ושמענין מינה שאילו היה נותן סימן מובהק מפקינן מיניה. והוא הדין דאפילו בלא עדי פקדון, כיון שהוא מודה בפקדון ויש עדים שיש ברשותו הפקדון שלו שהוא מודה וזה נותן בו סימן מובהק, דתו לא מהימן לומר

שקלתיה ולא מהימן בהא מפני שום מגו שהיה יכול לומר לא הפקדתני, וכן עיקר.

והביא דבריהם הנימוק"י יבמות (מג,א בעמוה"ר). וכן מבואר בתוס' ב"מ ע,א (ד"ה אתא), לענין ממון של יתומים שמותר לתת אותם קרוב לשכר ורחוק מהפסד, והכי עבידינן להו, נותנים לגברא דאית ליה דהבא פריכא, ולוקחים ממנו את הזהב השבור, ויהבינן להו ניהליה מעות היתומים קרוב לשכר ורחוק להפסד. אבל אם אין לו זהב שבור אלא כלי מסוים, לא נותנים מעות יתומים בערבות הכלי, דלמא פקדון ניהו, ויבואו הבעלים ויתנו סימנים ויקחו הכלי, וממילא אין למעות היתומים בטחון בכלי. ובתוס' שם הקשו, איך יוכל להוציא הכלי בסימנים, הרי יוכל מקבל העיסקא לומר לקוח הוא ביד, ואי חיישינן דלמא מודה ליה מקבל דשלו הן, א"כ דהבא פריכא נמי ניחוש שמא מודה ליה, עיי"ש. והקשו התוס', דלכאורה מסוגיא דשומשמי (יבמות קט"ו, ב הנ"ל) משמע שאם לא שכיח דמתרמי, היה זה סימנא מעליא והיה נאמן המפקיד להוציא מידו. תירצו התוס', דהתם היה לו למפקיד עדים שהפקיד בחבית במדה זו ועדיין נמצאו כן בחבית, ואפילו לא היו עדים בדבר היה נאמן אי הוה סימנא מעליא, כיון שהנפקד אינו טוען לקוחין הן ביד או שלי היו מעולם ובני ביתי הגידו לך הסימן, אלא מודה שהפקיד לו אלא שאומר כמו שאירע הסימן בשלך כן אירע בשלי. ואף שיש לו מגו אינו נאמן, דהוי מגו במקום עדים. וכן מבואר בדברי הנימוק"י ב"מ (מא,ב בעמוה"ר) דדוקא באבידה נותנים בסימן, כיון שאינו הוצאת ממון, אבל להוציא ממון ממוחזק, אין מוציאים אלא בסימן מובהק, וז"ל:

"דלא אמרינן דמשקל הוי סימן אלא גבי מציאה דלאו אפוקי ממונא ממריה הוא, אבל היכא דהוי אפוקי ממונא ממריה ולמיתב ליה למר כי הכא דטענינן דלאו ידיה הוא, לא יהבינן ליה אלא בסימן מובהק, אבל משקל שהוא סימן כל דהו לא."

עוד מצאנו בדברי הריטב"א בב"מ כז,א לענין סימנים דאורייתא או דרבנן, כתב דודאי בסימן מובהק דלא שכיח הוי דאורייתא, ובזה לא איבעיא, וכל האיבעיא בגמ' היא רק בסימנים אמצעיים או בסימן מובהק דשכיח כוותיה, וז"ל: "סימנים בינוניים דשכיחי ולא שכיחי, דאלו סימנים מובהקים דלא שכיחי, דכו"ע דאורייתא". וכן בריטב"א שם בע"ב לענין נחותא דבעל האבידה שיחזירו בסימנים, דבעינן נמי נחותא דמוצא אבידה; "דודאי אף נחותא דמוצא אבידה בעינן, כי האיך נוציאנה מרשותו שלא כרצונו אם הדין נותן שתהא שלו, כי אין לבעלים סימן מובהק ולא עדים". הרי שסימן מובהק כעדים.

ומכח דברי ראשונים אלו, דן הש"ך באריכות בחו"מ רצ"א, ופסק דאם עדים ראו שהפקיד חפץ מסוים ביד פלוני, ומכירים אותו כעת ביד הנפקד בסימן מובהק,

מוציאים מהנפקד ואינו נאמן בשום טענה אפילו הוא אמיד. ואם אין עדים שראוהו בידו בסימן מובהק, יכול לטעון החזרתי לך ואין בידי כלל. וי"ל דמדברי הראשונים הנ"ל מוכח דסימן מובהק אינו מתורת רוב אלא בתורת ברור, וע"כ מהני להוציא ממון. ולכן גם יצא סימן מובהק מדיני סימנים אחרים, דלמ"ד סימנים דרבנן, מהיכי תיתי שיוכל להוציא ממון בסימן מובהק. אלא סימן מובהק הוא ברור כעדים, וע"כ מהני להוציא ממון.

ובקצוה"ח רנט,ב ורצז,א חלק על הש"ך וכתב דלא מהני להוציא ממון בסימן מובהק, והביא מתוס' חולין צו,א, לענין הא דטביעות עין עדיף מסימנים, אילו אתו תרי ואמרי, פלניא דהאי סימניה והאי סימניה קטל נפשא, לא קטלינן ליה, ואילו אמרי אית לן טביעות עינא בגויה, קטלינן ליה. ובתוס' שם (ד"ה פלניא) הקשו, איך מחזירים שטר חוב בסימנים, הרי אם היו באים עדים ואומרים שפלוני, אותו הם לא מכירים בטביעות עין אלא בסימנים, לזה מפלוני כו"כ, לא היו מוציאים ממון על פיהם, א"כ איך מוציאים השט"ח מהמוצא ע"פ סימנים. ותרצו התוס':

"וי"ל דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא, מהדרינן שפיר. אבל ממון שביד הבעלים, אין להוציא ע"י סימנים, דהכי נמי לא הוה מפקינן חפץ מיד בעלים, אי אתו סהדי ואמרי ההוא חפץ דהאי סימניה והאי סימניה דפלניא הוא."

דדוקא באבידה שאין המוצא מוחזק בטענה שהוא הבעלים, אין לו חזקת ממון שכנגדה לא יהיה ניתן להוציא ממון בסימנים, אבל כשיש למחזיק חזקת ממון, כשטוען שהוא הבעלים, לא מוציאים בסימנים מהמוחזק, גם אם יבואו עדים ויאמרו שחפץ המוחזק אצל פלוני, שייך לאחר, לא יוציאו את החפץ. ומזה הוכיח קצוה"ח רנט,ב דלא מהני סימנים לאפוקי ממונא כלל.

ועיין עוד בקצוה"ח שם מה שהביא ראה מב"ב קכח,א, היה יודע בעדות קרקע ונסתמא פסול, ושמואל אמר כשר אפשר דמכוין מצרנהא, אבל גלימא לא, ורב ששת אמר אפילו גלימא אפשר דמכוין מדת ארכו ומדת רחבו, אבל נסכא לא, ורב פפא אמר אפילו נסכא אפשר דמכוין מדת משקלותיו עיי"ש. ומוכח מזה דמהני סימנא לאפוקי ממונא. ואע"ג דאיתותב, היינו משום דסומא פסול, אבל פקח מעיד ע"י סימני מידה ומשקל. ומוכח דמהני סימנים להוציא. וחילק קצוה"ח בין קרקע למטלטלין; "ואפשר דקרקע כיון שאין אדם תופס בה, אע"ג דבחזקת בעלים הראשונים היא, מהני סימנא להוציא מחזקת מרא קמא, משא"כ מטלטלין שהוא תפוס ומוחזק בהם יותר הוא דלא מהני סימנא להוציא, וגלימא ונסכא מיירי באבידה שאין אדם מוחזק בה". וא"כ דוקא באבידה ובקרקע מהני סימן להוציא ממון.

ובסי' רצז, הוכיח מדברי הריטב"א בכתובות פה, ב דלא מהני להוציא ממון בסימן מובהק, דאיתא שם בגמ'; ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי. שכיב ר' מיאשא ולא פקיד. אתו לקמיה דר' אמי, א"ל חדא דידענא ביה בר' מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי דלא אמיד. ועוד, הא קא יהיב סימנא. ולא אמרן אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם, אבל רגיל דעייל ונפיק להתם, אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא. והריטב"א כתב דיש שפירשו דבעינן גם לאומדנא שרב מיאשא לא אמיד, וגם לסימן של ציירי בסדינא, דצריך גם ראייה שהשב מרגניתא לא של רב מיאשא, וגם ראייה שהם של התובע;

"ואין לשון ועוד נוח לפירוש זה, ובר מהכי קשיא טובא אשמעתין, אע"ג דלא אמיד מאי הוי, מקרא מלא דבר הכתוב (עי' משלי יג, ז) יש מתרושש והון רב, ולא מפקינן ממונא מרשות בעלים בטענה דלא אמיד בשום דוכתא, וכיון דאילו הוה אבוהון קיים יכל למימר ידי ניהו, אנן נמי טענינן ליורשיו, דטוענין ליורש כל מאי דמצי טעין אבוהון ... ועוד כי יהיב אידך סימנא מאי הוי, הא לא אשכחן דמהני סימנא להוציא ממון מרשות המוחזק, ולא הוזכר אלא לגבי מציאה בלחוד שהתופס בה אין לו בה שום זכייה אלא שבא לזכות בה מדין מציאה ויאוש בעלים, וכי איכא סימנא ליכא יאוש בעלים."

דוחה הריטב"א כל טענה בפני עצמה. דזה שאינו אמיד, אינה טענה להוציא ממון מהבעלים, שאם יטען שלי הם, אין מוציאים ממנו ממון, והוא הדין מיתמי, דטענינן ליתמי. וגם בסימן אין מוציאים ממון אלא באבידה, שאינו מוחזק אלא מדין מציאה ויאוש בעלים, וכשיש סימן, אין יאוש בעלים. וע"כ פירש הריטב"א דמיירי דאיכא עדי פקדון, ויש לחוש שמא המרגניתא הנמצאים הם לא אלו המופקדים, ומשום הכי אמרינן דכיון דידעינן ביה ברבי מיאשא, ואיכא אחריני דיהבי הני סימנין דפקדון, בהכי סגי והרי הוא כאילו יש כאן עדות ברורה של פקדון שאלו הם אותם שהפקיד. ואפשר דבחד מהני טעמי סגי ולרבותא נקט תרוייהו. אי נמי, דתרוייהו בעינן, עיי"ש. ומבואר מהריטב"א שאין מוציאים ממון מהמוחזק בסימנים, ורק באבידה הוא דין מיוחד.

ולכאורה י"ל, הן בדברי התוס' בחולין והן בריטב"א בכתובות, דהם מיירי דוקא מסימן אמצעי או סימן שאינו מובהק, אבל בסימן מובהק ביותר שהוא כמו עדים, וכמש"כ הריטב"א עצמו בב"מ כז כנ"ל והראשונים בב"מ ע, א, וביבמות קטו, ב, בזה מוציאים ממון אף מהמוחזק, והתוס' והריטב"א מיירי בסימן שאינו מובהק. וכן ראיתי בתש' בית שלמה חאהע"ז סי' לז. ושם כתב כדעת הש"ך דמוציאים ממון בסימן מובהק, דאף לדיני נפשות, דעת הנודע ביהודה (מהדר"ק חאהע"ז סי' נא ד"ה ולא

עוד) דמה דאיתא בחולין צו,א דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימניה והאי סימניה קטל נפשא לא קטלינן ליה, ואילו אמרי אית לן טביעות עין בגויה קטלינן ליה, היינו בסימן רגיל, אבל בסימן מובהק ביותר קטלינן ליה. וע"ע בפרי יצחק לגר"י בלאזער ח"ב סי' נז דנראה מדעתו דמוציאים ממון בסימן מובהק, ועיי"ש מה שחלק על דברי הנו"ב הנ"ל, דלא מהני סימן מובהק לדיני נפשות.

ונראה דבנדו"ד שבדיקת DNA היא יותר מסימן מובהק ביותר בעשרה, למש"כ בשו"ע אבהע"ז יז,כד ובב"ש יז,עב, דכל היכא שהסימן הוא דבר זר ומופלג עד אשר יכול להיות רק באחד מאלף סימן דומה, הוי סימן מובהק ביותר שמשיאין על פיו עגונה. ועיין מה שכתבתי בח"ד סי' ז והבאתי שם דעות הפוסקים בענין. ובנדו"ד הסטיה היא אחת לעשרת אלפים, וכנ"ל, לכן בזה הוי טפי סימן מובהק, ובזה אפשר שכ"ע יודו שמוציאים ממון בסימן מובהק כזה.

ג. חיוב מזונות בפנוי הבא על הפנויה

פסק המחבר בשו"ע אהע"ז עא,ד, דהבא על הפנויה וילדה ממנו, אם הוא מודה שהולד ממנו, חייב לזוננו. ומקורו מתש' הרא"ש יז,ו והריב"ש סי' מא. ודעת הח"מ ס"ק ז והב"ש ס"ק ח, דדוקא אם הוא מודה, אבל אם הוא מכחישה, ואפי' היא טוענת ברי והוא טוען שמא ואיני יודע; "אין מוציאים מידו, אע"ג דהיא נאמנת להכשיר הולד, מ"מ אינה נאמנת להוציא ממון. והוא אין צריך שבועה". מבואר דאין לחייבו במזונות מטעם איני יודע אם נתחייבתי, וגם אינו צריך שבועה. וציינו הח"מ והב"ש מקור לדבריהם מתש' הריב"ש סי' מא, וז"ל:

"ואפי' אם נודע שבא עליה שמעון, והיא טוענת ברי שהיא מעוברת ממנו, כיון שאין שמעון מודה לה בזה, הרי אפשר שנתעברה מאחר. דכי היכא דמפקרא נפשה לגבי שמעון, מפקרא נפשה לגבי אחריני, כדאמרינן (יבמות סט,ב) בחד לישנא גבי ארוסה שעברה. אע"ג דהתם לארוס היתרא ולאחרים אסורה, כל שכן הכא שהאיסור שוה לכל. וא"כ אע"פ שהיא טוענת ברי ושמעון שמא, הא קיי"ל (כתובות יב,ב), דמנה לי בידך, והלה אומר איני יודע פטור, דחזקה דממונא עדיף. ואע"פ שהיא נאמנת להכשיר הולד, אינה נאמנת להוציא ממון מחזקת שמעון. אין צריך לומר בנדון זה, ששמעון מכחיש אותה, ואומר שמעולם לא בא עליה; שא"כ, כל הזונות שתתעברנה, תאמרנה שהם מעוברות מגדולי הארץ. ועוד, דאפילו באשתו העומדת תחתיו ומשמשו, וילדה לו, האמינה תורה לאב לומר זה אינו בני, וממזר הוא ... וכיון שכן, שמעון נאמן בטענתו, ואין מזיקין אותו לשבועת היסת, שהתורה האמינתו."

הרי דבכל ענין שטוען שאינו בנו, אינו צריך להשבע, דהתורה האמינתו, ולכאורה הוא הדין בטוען שאינו יודע. ומ"מ הוא נאמן בטענתו ואין לחייבו במזונות, כל שאינו מודה שהוא בנו, אף שמודה שבא עליה. וכדברי הריב"ש פסקו מהר"י מינץ סי' ה, מהר"מ אלשקר סי' פב, יש"ש כתובות ד, כב, דאפי' הוא מודה שבא עליה, אם טוען שאינו בנו או טוען איני יודע, אין לחייבו במזונות, דכי היכי דאפקרא נפשה לגביה, אפקרא נמי לאחרני. ועיין באוצה"פ סי' עא ס"ק כב, ד, שהביא פוסקים רבים שפסקו כדעת הריב"ש לענין שאין לחייבו במזונות. ועיין לזקני הגרי"א חבר זצ"ל בתש' בנין עולם ו, יא בהגהה שהקשה על הריב"ש, דלשיטת הבה"ג אינו נאמן לעשותו ממזר אלא דרך הכרת בכורה, וריא"ז דוקא באומר בני זה וממזר, ואף שבשו"ע פסק כשיטת הרמב"ם שנאמן בכל גוונא, מ"מ יכולה לטוען טענת קים לי כהני פוסקים, ואם תפסה, לא מפקינן מינה, עיי"ש.

והתשב"ץ בתש' ח"ב סי' יט חלק על הריב"ש וכתב דיש לחייבו שבועה אף שנאמן ליוחסין; "למה לא נשביע אותו כיון שיש ביניהם טענת ממון וכפירתו. ואע"ג דלענין יוחסין נאמן אפי' שלא בשבועה, לענין הוצאת ממון כל שיש בהודאתו חיוב ממון, יש בכפירתו שבועת היסט כשטוענת בברי נבעלה לזה". עוד כתב התשב"ץ, דגם לעצם הנאמנות לומר שבנו ממזר, דוקא בטוען שלא בא עליה, אבל אם בא עליה באותו זמן שנתעברה, לא כל הימנו להחזיקו ממזר, שכיון שבא עליה, אע"פ שבאו עליה אחרים, אינו ברור לו שהוא ממזר, ומן התורה כשר הוא, דממזר ודאי אסרה תורה ולא ממזר ספק. ובבית מאיר ד, כו כתב דודאי מחויב בהיסת. אולם רבים הפוסקים הסוברים כריב"ש, או כיון דאיכא פלוגתא בענין, אין להשביע, עיין באוצה"פ סי' עא ס"ק כב, שאסף כעמיר גרנה דעות הפוסקים בזה, ומ"מ כיון דכן נראה דעת הנו"כ הח"מ והב"ש, וכן נראה דעת הרבה פוסקים כריב"ש שאין להשביע, בודאי בזה"ז שאין משביעים, אין לפשר מחמת חיוב השבועה שלשיטת התשב"ץ.

אמנם נראה דהאמור לעיל הוא באופן של זה טוען וזה טוען, כאשר היא טוענת והוא מכחישה, אבל כאשר ניתן לעבור בדיקה שתוכיח אם כדבריה או כדבריו, י"ל דע"ז לא דברו הריב"ש ודעימיה, ואה"נ, אם יש מקום בהלכה לחייבו לברר דבריו ולהוציא זכות שיש לו בתאי גופו וכדלהלן, יש לבחון את הטענות באמצעות הבדיקה.

ד. אם אפשר לכופו לעבור בדיקה

ולמש"כ שע"ס הבדיקה אפשר להוציא ממון, יש לברר אם ניתן לכופו לעבור את בדיקת ה-DNA ובאיזה דרך. דלכאורה הנטען מחזיק בראיה אם הוא אבי הילד או לא, והוא מסרב להוציא את הראיה. דהנה בשו"ע חו"מ טז, ג-ד נפסק שאם

טוען שיש לו זכות בעדים או בראיה, ואינו יודע ביד מי, מטילים חרם על מי שיודע לו זכות בעדים או בראיה. ואם טוען כנגד אדם מסוים שיש לו בידו זכות או ראיה, אם התובע טוען בשמא, מטילים חרם, ובברי – משביעין שבועת היסת. וז"ל המחבר בשו"ע חו"מ טז,ד:

"האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו, אם הלה מודה שיש לזה בו זכות, חייב להוציאו בב"ד, וב"ד יעתיקו מה שכתוב בו מזכותו, אבל אם הלה אומר שאין בידו שטר שיהא בו שום זכות לזה, אין מחייבים אותו להראות שטר לשום אדם. אבל אם ירצה זה להחרים חרם סתם על כל מי שיש בידו שטר שיש לו זכות בו שיראנו, יחרים. ואם טען זה בודאי שהוא יודע שהשטר שיש לו זכות בו הוא אצלו, הרי זה נשבע היסת שאינו אצלו."

ומקור הדין מדברי הרשב"א בתש', הביאו הב"י בחו"מ סי' טז, וכן בתש' הרא"ש ו,טו (ד"ה תשובה חייב). ולפ"ז כיון שטוענת האם שיש לה זכות אצל הנטען, וטוענת בטענת ברי, לכאורה גם יש בזה דין שבועת היסת. ובתש' הרא"ש סח,כה מבואר דאם ניכרת אמתלא בדברי התובע, מחייבים את הנטען להוציא השטר, וז"ל:

"ומה ששאלת, האומר לחבירו שטר שיש בידך זכות יש לי בו, שהורו הגאונים שכופין אותו להוציא, אם צריך שיאמר התובע הזכות שיש לו בשטר מפורש, אם לאו. הוראה זו של הגאונים לא פשטה בארצנו, ואין כופין לשום אדם להראות שטרו בשביל טענת אחד שאומר שיש לו זכות בו. אם לא שאמר בבית דין דברים שיש בהם אמתלא בעיני הדיינים, אז מראה השטר לדיינים, ויראו אם ימצאו בשטר הזכות שטוען, בענין זה, אבל בענין אחר אין כופין לאדם להראות שטרו. ואפשר שגם הוראת הגאונים כך היתה. דלא מסתבר כלל בדברים בעלמא יכוף האדם את חבירו להראות את שטרותיו, דאין אדם רוצה להשביע את עצמו, שידעו העולם את עשרו וממונו."

ולפ"ז החיוב להכריח את הנטען לעבור בדיקת DNA תלויה באמתלא הנראית וניכרת לעיני הדיינים, שאם נראה מטענת האם שיש רגלים לטענה בדבר היות הנטען אבי הילד, דנראה מדברי הרא"ש שיכולים הדיינים לחייבו לעבור הבדיקה, שהיא בבחינת הוצאת הזכות שיש לשני לאור. ואף שאין הזכות ודאית, דיתכן והבדיקה תעלה שאין הנטען אבי הילד, מ"מ גם בשטר אין מדובר בזכות ודאית אלא טענה לזכות ודאית, "ויראו אם ימצאו בשטר הזכות שטוען". ומ"מ לא נתבאר דרך הכפיה, ובודאי שבית דין יודיעו שהוא חייב לעבור בדיקה זו ע"פ ההלכה. ואף שע"פ החוק אין אפשרות לערוך את הבדיקה ללא הסכמת הצדדים ללא החלטה של ביהמ"ש, מ"מ ביה"ד

מחייבים אותו להסכים, ואם לא יסכים, ביי"ד יכול להחרים, או לפסוק ע"פ אומדנא וכדלהלן.

עוד י"ל, שחובת בדיקת DNA על הנטען היא מדין ברר דבריו, וכמש"כ הרמב"ם בהל' טוען ונטען ו,א דחייבים התובע והנתבע לברר דבריהם, ועיין ברב המגיד דמקורו גם מהמשנה סנהדרין כט,א בחובת העדים לברר דבריהם. וכן פסק בשו"ע ריש הל' טוען ונטען, עה,א, וז"ל:

"התובע את חבירו בבית דין, מנה לי בידך, בית דין אומרים לו ברר דבריו ממה חייב לך, הלויית אותו או הפקדת בידו או הזיק ממונך, שאפשר שהוא חושב שחייב לו ואינו חייב לו. וכן הנתבע, אם משיב אין לך בידי כלום, או איני חייב לך כלום, צריך לברר דבריו, דשמא טועה וסובר שאינו חייב לו, והוא חייב לו. ואפילו היה חכם גדול, אומרים לו אין לך הפסד שתשיב על טענתו ותודיענו כיצד אין אתה חייב לו."

ואף שזה לכאורה מקור לדבריו, נראה דזה לעצם הטענה, דהיינו דעל מה שהאם טוענת שחיו כו"כ וכו', על זה צריך להשיב ולברר ולא סגי במה שיאמר אינו בני, אלא צריך להשיב מדוע סובר שאינו בנו, אך אינו צריך לברר מעבר להכרת דברים ופתיחתם, ואינו צריך להביא ראיות לדבריו מכח ברר דבריו. אמנם מדברי המרדכי ב"מ רכד, והרא"ש בתש' קז,ו, דחייבים לברר דבריהם כדי להוציא הדין לאמתו, וכ"פ הרמ"א חו"מ עה,א, וז"ל:

"ואם אינו רוצה לברר דבריו, אם נראה לדיין שיש רמאות בדבר, יפסיד. ואם לאו, אלא שנראה לדיין שאינו יכול לברר, וכיוצא בזה, אין מחייבים אותו משום שאינו מברר דבריו, דאין אומרים לו ברר דבריו, אלא משום כדי להוציא הדין לאמתו, משום דנפיש רמאים."

ודברים אלה מתבארים בדברי הטור חו"מ ר"ס עה, שהביא דעת הרמב"ם שצריך לברר, ודעת הרא"ש שאין צריך לברר: "ומיהו הכל לפי הענין להוציא דין לאמתו, שאם יראה לדיין שבאין ברמאות, יש לו לחפש ולפשפש בין בטענת התובע בין בטענת הנתבע, כדי להוציא הדין לאמתו."

וממש"כ הטור דהכל לפי הענין להוציא דין לאמתו, סברתי לבאר מה שהסתפקתי אם דין זה של ברר דבריו הוא מהלכות טוען ונטען או מהלכות דיינים. דהיינו שטענה אינה מבוררת, אינה טענה, וא"כ אין כאן תביעה או הכחשה (בנתבע), והרי הוא כמודה לתובע. או שיש כאן תביעה והכחשה, אלא שביי"ד מחייבים את הצדדים לסייע בידם להוציא דין אמת לאמתו. ונפק"מ לכאורה לנוד"ד, אם לחייב

לעשות בדיקה לענין אבהות. דאס זה חסרון בטענה, אין כאן חסרון בטענה, וכל הטענה כאן היא כדי לסייע לבי"ד להוציא דין אמת לאמיתו. ומדברי הטור הנ"ל מוכח לכאורה שהכל לפי הענין להוציא דין אמת לאמיתו, שהוא גם דין בהלכות דינים, וע"כ גם בנדו"ד יש לחייב לעבור הבדיקה.

ולפ"ז אם כדי להוציא הדין לאמיתו וכדי לאפוקי מחשש רמאות, לכאורה גם יש עליו חיוב להשבע (עיין באחיעזר ח"ג סי' עה ד"ה ומה שתי'), וכן יש מקום להטיל עליו חיוב לעבור בדיקה להוכיח דבריו, והוא בכלל החיוב של התובע והנתבע המביאים דבריהם לבי"ד, לפעול להוצאת הדין לאמיתו לאפוקי מחשש רמאות. וא"כ בכל ענין שצריך לאפוקי מחשש רמאות, ויכול לברר ולהוכיח דבריו, מוטלת על התובע והנתבע להוכיח דבריהם. (ועיין ש"ך עה, דדוקא גם התובע מברר דבריו, וכאן גם האם מוכנה לעבור בדיקה ולברר דבריה).

ה. כשמסרב לעבור את הבדיקה, אם יכולים לחייבו במזונות

לכאורה כשיש רגלים לטענת האם, והנטען מסרב לנקות עצמו באמצעות בדיקה זו, שהאמתלא לסרובו לא מתקבלת על הדעת, כמו סרוב לעבור בדיקת דם וכד', השאלה אם בי"ד יכול לחייבו במזונות מכח אומדנא דמוכח שהוא אבי הילד. והארכתי בזה בח"ג סי' לד, ואביא את עיקרי הדברים.

דבגמ' כתובות פה, דהפכו שבועה מכח אומדנא שחשודה על השבועה. ושם בע"ב הוציא רב אמי מון מהיורשים באומדנא דרב מיאשא לא אמיד. הנתיבות טוב, הקשה סתירה בין פסקי הגמ', דבע"א מבואר בגמ' דלא מהני אומדנא אלא למיפך שבועה או להרע את השטר אך לא להוציא ממון, ואילו בע"ב אף מוציאים ממון מהיתומים. ותירץ הנתיבות:

"נראה דוקא אומדנא שהוא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד, דכשם שידוע לו, כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות כמש"כ התוס' ר"פ האשה רבה, אבל בדבר שהוא רק ידוע לדיין, פסלו רחמנא בגזירת הכתוב."

דאיתא ביבמות פה, באשת איש שבאו שני עדים ואמרו מת בעלה, ואח"כ בא הבעל, דמשמע במשנה שלא תצא. ומחכו עליה במערבא, אתא גברא וקאי, ואת אמרת לא תצא, הרי הבעל לפנינו. ותירצה הגמ' דמיירי דלא ידעינן ליה אלא ע"י שני עדים, עיי"ש. ובתוס' שם (ד"ה אתא) הקשו, דאף אי ידעינן ליה, מ"מ כיון שיש שני עדים שאומרים מת, אף שכל העולם אומרים לא מת (כיון שהעולם מכירו), הוי תרי נגד

מאה, ואין המאה נאמנים יותר מהשנים. ותירצו התוס', דלגבי דבר הנראה וידוע לכל העולם לא היה רב אומר שבשני עדים לא תצא. לומד מזה הנתיבות דכל דבר הידוע לכל העולם, אין זה בבחינת עדות, שאם הדבר היה בבחינת עדות, א"כ עדיין הוי תרי מול מאה ואמאי תצא. אלא שדבר הידוע לכל העולם הוא יותר מעדות ואינו נמדד בגדרים של עדות. לכן בנידון המרגליות שהופקדו אצל רבי מיאשא, סובר הנתיבות שהיתה זו אומדנא שכולם ידעו שרבי מיאשא לא אמיד וכן שנתן סימנים, וע"כ מוציאים ממון, דהוי טפי מעדים. משא"כ כשבת רב חסדא אמרה שהאשה חשודה על השבועה, היתה זו אומדנא פרטית ולא ידועה לכל העולם, וע"כ לא קרעין לשטרא ע"פ אומדנא זו.

והגרי"א בנחל יצחק (טו,ה) שהקשה על הנתיבות, דהא הגמ' בעובדא דרבי מיאשא מיירי באומדנא של הדיין, ומשמע שאפילו לא ידעו כולם שרבי מיאשא לא אמיד ורק הדיין היה בקי בעסקיו, יכול הדיין לפסוק ע"פ אומדנא הברורה לו. והוא הדין כשיש ריעותא בשטר ע"פ אומדנא הידוע לכל, לא מוציאים ממון. לכן סובר הגרי"א שעיקר החילוק בין אם הידיעה היא של הדיין עצמו או שנודעת לו הידיעה מפי מי שנאמן. כאשר הדיין יודע בעצמו שהנפקד אינו אמיד, ע"פ הידוע לו ואומדן דעתו ניתן להוציא ממון, משא"כ כשהידיעה היא מפי אחר, אין מוציאים ממון ולא קרעין לשטר ולא מגבינן ביה, כיון שהידיעה אינה ברורה כ"כ.

בגמ' ב"ב צג,א הובאה מחלוקת תנאים: שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצידו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישוך, אין אומרים בידוע שזה נגחו וזה נשכו. רבי אחא אומר, גמל האוחז בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו, בידוע שזה הרגו. והרמב"ם בסוף פ"ח מנזקי ממון פסק כת"ק שאין מוציאים ממון אלא בעדים כשרים. ולכאורה קשה, אמאי לא פוסקים אנו ע"פ אומדן דעתנו שהשור הנגחן הרגו, ומאי שנא מעובדא דרבי מיאשא ועובדא דחסא שהוציאו ממון ע"פ אומדנא. ומעיקרא הוה אמינא לפרש דהתנאים החולקים בענין שור שנמצא הרוג, מיירי דבעל השור ההרוג אינו טוען טענת ברי וע"כ אין לו תביעה כנגד בעל השור הנגחן, ואין בית דין יכולים לפסוק ע"פ אומדנא בכהאי גוונא שהניזק עצמו אינו טוען ברי. אולם בדברי הרמב"ם מבואר שהחסרון הוא בראיה ולא בטענה, וע"כ אפילו טוען הניזק ברי, היות ולא אזילנן בתר אומדנא והואיל ולית לניזק ראייה, אין מוציאים ממון מהמזיק. ועיין ברשב"ם בסוגיא דחכמים לא אזלי בתר אומדנא בממון.

ובב"ח חו"מ תח,ג הקשה מדברי הרא"ש בתש' שהוכיח מדרב אחא דאזלינן בתר אומדנא. ופירש דבריו - דכיון דאשכחן תנא דאזיל בתר אומדנא, אע"ג דלית הלכתא כוותיה, מ"מ באומדנא דמוכח אף ת"ק מודה דאזלינן בתר אומדנא. לפ"ז יש

לחלק בין אומדנא דמוכח לאומדנא דלא מוכח. ואפשר דאומדנא בעובדא דרבי מיאשא וחסא הוי אומדנא טפי מאומדנא של שור נגחן שנמצא שור הרוג בצידו, וצ"ע לשער בכל מקרה ומקרה את איכות האומדנא. (ועיין במהרשד"ם חו"מ סי' לו וסי' נב במה שפסק ע"פ אומדנא דמוכח, ובסי' סו וסי' שס דמבואר החילוק בין אומדנא דמוכח לאומדנא שאינה מוכחת כ"כ.)

ובכגון זה נמצא בדברי האבני נזר בתש' (אהע"ז ח"א קיט,קד). האבני נזר הוכיח מדברי הרמב"ם שפוסקים בדיני ממונות ע"פ אומדנא. דהנה בגמ' סנהדרין לז,ב תניא, אמר רבי שמעון בן שטח, אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חברו לחורבה, ורצתי אחריו וראיתי סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר, ואמרתי לו, רשע מי הרגו לזה, או אני או אתה, אבל מה אעשה שאין דמך מסור ביד, שהרי אמרה תורה: "על-פי שנים עדים יומת המת". והרמב"ם בהל' סנהדרין כ,א למד את דין הנ"ל מהפסוק "ונקי וצדיק אל תהרוג", ד"הואיל ויש שם צד לנקותו ולהיות צדיק - אל תהרגהו". לפ"ז דין זה הינו דוקא בדיני נפשות ולא בדיני ממונות. והקשה האבני נזר סתירה לדברי הרמב"ם בסוף פ"ח מחובל ומזיק בדין הנ"ל בשור המועד ליגח ונמצא שור הרוג בצידו, דלא אזלינן בתר אומדנא. וחילק האבני נזר בין שני סוגים של אומדנא, דאומדנא שראוהו ורודף וסייף בידו וכו', לענין דיני ממונות הוי אומדנא טפי משור שנמצא הרוג ליד שור המועד ליגח. וזה מילתא דמסתברא דאומדנא כהאי גוונא שגם רץ אחריו וגם נכנס לחורבה וראו סייף נוטף דם, הוי אומדנא טפי משור הרוג הנ"ל, שבכגון נידון הגמ' בסנהדרין הוי צורף של מספר נסיבות המוליכות למסקנא אחת, ובכהאי גוונא אזלינן בתר אומדנא כזו בדיני ממונות.

ובתוס' בשבועות (לד, א סד"ה דאי) הוכיחו דאפילו לרבנן דפליגי עליה דרבי אחא מהני אומדנא בחבלה, כגון שעלתה לו נשיכה על ראשו וניקב קרום של מח, עיי"ש. ואפשר דבכגון זה הוי אומדנא דמוכח טפי. אלא שהרמב"ם בהל' חובל ומזיק (ה,ד) לענין שבועת הנחבל, שנאמן בשבועה בנקיטת חפץ שפלוגי חבל בו כשראוהו נכנס לתוך ידו שלם ויצא חבול, נקט שנחבל נשבע ונוטל אינו מעיקר הדין אלא; "קנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי הזרוע שיהיה הנחבל נאמן ונשבע בנקיטת חפץ". והראב"ד שם השיגו וכתב שהוא מדין נאמנות שהאמינוהו חכמים, כיון שאין דרך בני-אדם לחבול בעצמם. וברב המגיד כתב דדעת הרמב"ם שאין להוציא מעיקר הדין ממון אלא בעדות ובראייה וכידיעה ברורה, עיי"ש. ואפשר דלשיטתו נמי לא הוי אומדנא דמוכח (לדעת הרמב"ם).

והנה בדין נחבל איתא בגמ' שבועות מו,ב, ונפסק בשו"ע חו"מ צ,טז דאם יש הוכחה נסיבתית ברורה שפלוגי חבל בחבירו, כגון שראוהו עדים שנכנס תחת ידו של

חבירו שלם ויצא חבול ולא ראוהו בשעה שחבל בו, והיתה החבלה במקום שאי אפשר שיחבול בעצמו, כגון שהיתה נשיכה בין כתפיו, ולא היה אחר עימהם, הרי הנחבל נוטל בלא שבועה. ועיין בקצוה"ח צ, ז מש"כ בדין זה. ומ"מ חזינן שמוצאים ממון בעדות נסיבתית שמטיבעה אינה אלא אומדנא. אך נראה דבעדות נסיבתית כזו הוי אומדנא דמוכח טובא, והוי טפי מגמל האוחר ומנכנס אחריו לחורבה, וע"כ בכה"ג לכולי עלמא אזלינן בתר אומדנא טובא כזו.

והראשונים והאחרונים כתבו לחלק בין אומדנא דמוכח לאומדנא שאינה מוכחת כ"כ. ובשו"ע חו"מ טו, ד פסק לענין דין מרומה, דאם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב, יחייבנו אם הוא דין מומחה ויחיד בדורו. ומשמע דרק אם הוא דין מומחה ויחיד בדורו יכול לפסוק ע"פ אומדנא דמוכח, ועיין במהרשד"ם (חחו"מ סי' שס) וברבי"ש סו"ס שסב, ועיין במהר"מ אלשיך בתש" סי' מ שהאריך בדין זה, ומשמע במסקנת דבריו שניתן לפסוק גם בזמן הזה באומדנא דמוכח טובא, עיי"ש. ובשבות יעקב (ח"ג סי' קמב) כתב דנ"ל דעכשיו יש לדון ע"פ האומד והיושר:

"דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא לית דידע למידן דין תורה, אפילו בימי האמוראיים מצינו כן בירושלמי, מכל-שכן האידנא, אם הראשונים כפתחו של אולם וכו', רק שצריך כל דין להיות מתון בדין בכל מאמץ כוחו לדון דין אמת, ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומד לראות אפשר הדבר או להפך השבועה."

ומדבריו משמע דגם בית דין שאינו יחיד בדורו יכול לפסוק ע"פ אומדנא. ונראה לתת טעם לשבח בזמן הזה שמקבלים את הדיינים "בין לדין בין לפשרה ובין ליושר", והמשמעות של "לפי יושר" בהקשר הנ"ל הינה ע"פ שיקול ואומדן דעתו של הדיין. (ועיין במהרי"ק סוף שורש קפו מש"כ בענין דין שקבלוהו שידון בין לדין ובין לפשרה ובין נגד הדין).

ומצאנו בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל שפסקו ע"פ אומדנא דמוכח אף במקום שלא קבלו אותם כבוררים אלא בשבתם כבית דין. כך מוצאים אנו בפס"ד של ביה"ד הרבני העליון (בהרכב: הגרי"א הרצוג, הגרב"צ עזיאל, הגרא"מ ולקובסקי) בענין חלוקת מגרש ורהיטים בין בני זוג (מובא באוסף ורהפטיג, עמ' קסב), וע"ע בפד"ר כרך ט עמ' 349 ולהלן, וכרך יב עמ' 78 ולהלן.

גם מדברי המחבר בשו"ע חו"מ עה,א לענין החיוב לברר דבריו, דאם אינו רוצה לברר דבריו, אם נראה לדיין שיש רמאות בדבר, יפסיד כשאינו מברר דבריו. ועיין בהגהות אמרי ברוך על השו"ע, שציין לשו"ע טו,ה שלא דנים ע"פ אומדנא, ונשאר בצ"ע.

וצ"ל למחבר דבזה שאינו מברר דבריו, הוי אומדנא דמוכח טובא, ולכן יכולים להוציא ממון.

לפ"ז בנדו"ד הדבר נתון לשיקול דעת בי"ד עד כמה האומדנא דמוכח טובא שאפשר להוציא ממון באמצעותה. שהרי לכאורה אין סיבה נראית לעין ומתקבלת על הדעת לסרוב לעבור את הבדיקה, ואדרבא, אם דעתו שלא כטענת האם, יכול לנקות עצמו באמצעות הבדיקה ולברר דבריו, והסרוב הבלתי מוסבר לעבור בדיקה זו, מוליך למסקנה ולאומדנא דמוכח טובא כטענת האם. אך יש לדון כמובן בכל מקרה ומקרה לגופו לפי שיקול דעת ביה"ד.

לאור האמור לעיל:

- א. אם ממצא בדיקת DNA היא שהנטען הוא אבי הילד, הרי שיש לחייבו במזונות ע"ס בדיקת DNA.
- ב. אם הנטען מסרב לעבור בדיקת DNA, וביה"ד רואים שיש רגלים לטענת האם שהנטען הוא אבי הבן, ניתן לחייבו לעבור בדיקה, אף שאי אפשר לכופו. ומ"מ ניתן להשביעו היסת בטענת ברי של האם, או להחרים בטענת שמא.
- ג. אם לפי שיקול דעת ביה"ד בכל מקרה לגופו, סרוב הנטען לעבור בדיקת DNA היא אומדנא דמוכח טובא כטענת האם, אפשר לחייבו מזונות עקב סרובו לעבור את הבדיקה.

סימן ב

בדין מעשי ידיה כנגד מזונותיה

ראשי פרקים

- א. איני ניזונת ואיני עושה
 - ב. גדר חיוב מעש"י, ואם שתיקה הוי מחילה
 - ג. אם יכולה לשלם בתמורה למעש"י
 - ד. אשה המפרנסת בבית
 - ה. שתיקה ולא תבעה מזונות
 - ו. נאמנות אשה למעון על כספים שהם שלה לחלוטין
 - ז. בנו"נ בכספים, למי יחזיר
 - ח. שולמת בנכסים, אם דינה בנו"נ
- נדרשתי למספר שאלות בדין הנ"ל של מזונות ומעשי ידים:

1. אשה שהיא מפרנסת יחידה בבית, ובמשך השנים חסכה כספים ממשכורתה, וכן בחשבונה כספים בקופות גמל וקרן השתלמות. הבעל תובע את כל הכספים בטענה שיש לו זכות במעשי ידיה. וגם אם האשה תאמר מכאן ולהבא איני ניזונת ואיני עושה, מ"מ על כספי העבר שלא אמרה כן, הרי שכספים אלה שייכים לו.
2. בני זוג ששניהם עובדים ומתפרנסים. ובמשך שנות נישואיהם משק הבית התנהל באופן שההוצאות השוטפות היו מכספי הבעל, ואילו משכורתה של האשה נחסכה בחשבון הבנק של האשה, ולהוצאות גדולות ומיוחדות השתמשו בכסף שהיה בחשבון האשה. הבעל תובע את הכספים המצויים בחשבון הבנק בטענה של זכות במעשי ידיה.
3. גבאי גמ"ח קבל הפקדה מאשה עובדת, כאשר בטופס ההפקדה נרשם כי האשה היא זו שהפקידה בגמ"ח. לאחר זמן פנה אליו הבעל בבקשה שיתן לו את הכסף, בטענה שהכספים שייכים לו. והשאלה היתה אם היה מותר לו לכתחילה לקבל פקדון מאשה נשואה, ולאחר שקיבל, אם החיוב להחזיר לה או לבעל.

א. איני ניזונת ואיני עושה

קופת גמל וקרן השתלמות שיש לאשה ממקום עבודתה, דינם כמעש"י, וכדין החסכוניות שחסכה ממעש"י. ויש לדון, כאשר בני זוג מתנהלים באופן של "איני ניזונת ואיני עושה", אך מעולם לא אמרה האשה איני ניזונת ואיני עושה, או הבעל צאי מעש"י במזונותיך (כשמעש"י מספיקים למזונותיה, או במתחייב להשלים), אלא כך התנהגו ונהגו, האם מעשי ידיה של האשה, או שצריך התנאה ואמירה מפורשת, ולולי האמירה המפורשת תקנת חכמים שמעש"י כנגד מזונותיה במקומה עומדת.

איתא בכתובות נח,ב: אמר רב הונא אמר רב, יכולה אשה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה (לך כלום אלא לעצמי – רש"י), קסבר כי תקינו רבנן מזוני עיקר (תחילת תקנתא לטובתה תקנוה, משום דזמנין דלא ספקה במעשה ידיה למזונות, ותקנו תחילה עיקר תקנתא שזון את אשתו, והדר תקון לו מעשה ידיה משום איבה. וכיון דעיקר תקנתא לטובתה ומשום ידיה הוא, כי אמרה לא ניחא לי בהאי טיבותא שומעין לה), ומעשה ידיה משום איבה, וכי אמרה איני ניזונת ואיני עושה הרשות בידיה. מיתבי, תקנו מזונות תחת מעשה ידיה. אימא תקנו מעשה ידיה תחת מזונות. לימא מסייע ליה, המקדיש מעשה ידי אשתו, הרי היא עושה ואוכלת. מאי לאו, בניזונת (שיש לו נכסים ומבקש לזונה ואפי' הכי תנן אין מעשה ידיה ברשותו להקדישן). לא, בשאינה ניזונת (שאין לו במה לזונה). אי בשאינה ניזונת מאי למימרא ... ופליגא (דרב הונא) דריש לקיש, דאמר ריש לקיש לא תימא טעמא דרבי מאיר משום דקסבר אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אלא טעמא דרבי מאיר מתוך שיכול לכופה למעשה ידיה, נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהם (למי שבראן וידים איתנהו בעולם, אלמא קסבר יכול לכופה ואינה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה). ובכתובות קז,ב נפסקה הלכה כרב הונא אמר רב, שיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה. וכ"פ הרי"ף (כתובות כג,ב בעמוה"ר), הרמב"ם אישות יב,ד, הרא"ש כתובות ח,יד, והשו"ע אהע"ז סט,ד.

ולכאורה יש להביא ראיה מהר"ן (כתובות כג,ב מעמוה"ר) שצריכה האשה לומר במפורש איני ניזונת ואיני עושה, וכל שלא אמרה, לא מתבטלת תקנת חכמים, וז"ל הר"ן:

"ומיהו דוקא בדאמרה איני ניזונת ואיני עושה, הא אמרה איני עושה בלבד לא אמרינן דמהני ולא יהא בעל חייב לזונה, דהא כי אמרה קונם שאני עושה לפיך, הא קאמרה איני עושה, ואפילו הכי תנן בסמוך שאין צריך להפר, אלמא לא מבטלא תקנה לעולם עד דאמרה בהדיא איני ניזונת."

(ועיין בשטמ"ק שהביא מהריטב"א והרשב"א). ועדיין י"ל דמש"כ הר"ן הוא מכאן ולהבא, אם תבעה מזונות, לשיטת הר"ן (שם) דמיד שאמרה אי אפשר בתקנת חכמים, הפסידה ושוב אין לה מזונות, הובא ברמ"א אהע"ז סט"ד, וכעת תובעת מזונות, והבעל רוצה להפטר מחיוב מזונות בטענה שאמרה איני ניזונת, ס"ל לר"ן שתקנת חכמים במקומה עומדת. אבל מה שעשתה בעבר וכך נהגה, שלא עשתה ולא לקחה מזונות, או עשתה ולא העבירה לו את מעשי ידיה, במקומה עומדת, והרי זו מחילה על העבר, אבל לענין עצם הדין של איני ניזונת וכו', אין כאן, ולכן יכולה לתבוע מזונות, וכן הבעל יכול לתבוע מעשי ידים מכאן ולהבא, כל עוד לא תטען איני ניזונת ואיני עושה, ויוכל לתבוע מעשי ידים אם נתן לה מזונות ואינה טוענת. אך לענין העבר כל עוד לא תבע מעשי ידיה ולא נתן לה מזונות, מהני לכאורה מדין מחילה, אף אם לא מכח הטעם של יכולה אשה שתאמר וכו'.

וכן נראה גם מדברי האבני מילואים סט"א, שדן באשה שאמרה הריני מוחלת לך מזונות ואיני עושה. האבנמ"ל הביא את קושיית נתיבות משפט (על רבינו ירוחם), על הא דאיתא בכתובות קז"א, במי שהלך למדינת הים, רב אמר פוסקין מזונות לאשת איש, ושמאל אמר אין פוסקין, וטעמא דשמאל דחיישין שמא אמר צאי מעשי ידיך במזונותיך, דמה בכך שאמר כן, הא יכולה לחזור בה (לשיטת רבינו ירוחם שיכולה לחזור בה, הובא ברמ"א אהע"ז סט"ד). וכתב נתיבות המשפט לישב, דחיישין שמא פטרה אותו בפירוש באופן המועיל. והאבנמ"ל הקשה, דלישנא דגמ' לא משמע הכי, דהא לא אמרו חיישין שמא פטרה אותו אלא שמא אמר וכו'. וגם, מהיכי תיתי שנחשוש שפטרה אותו בפירוש. והאבנמ"ל הביא את דברי הר"ן הנ"ל דלא מהני אם אומרת איני עושה, אלא צריכה לומר דוקא איני ניזונת ואיני עושה, וע"כ גם לא מועיל אם תמחול לו על המזונות:

"וכיון דצריכה לומר איני ניזונת, נראה דצריכה ג"כ דוקא לומר לישנא דאיני ניזונת, דהו"ל כאומר אי אפשר בתקנת חכמים כגון זו שומעין לה כדאיתא בריש הכותב (פג,א), אבל אם אמרה הריני מוחלת לך מזונות ואיני עושה לא מהני, דהא צריכה לומר אי אפשר בתקנת חכמים. ודוקא כשאומרת איני ניזונת הוי כאומרת אי אפשר בתקנת חכמים, אבל האומרת הריני מוחלת, עדיין היא רוצה בתקנת חכמים, שהרי גם אם יש לה מזונות יכולה היא למחול ... ואם אומרת הריני מוחלת, הרי יש לה מזונות וכאלו קבלתן וצריכה ליתן מעשי ידיה לבעלה, וממילא כיון דצריכה דוקא לישנא דאיני ניזונת, ר"ל שאינה רוצה בדין המזונות, מה"ט יכולה לחזור בה וכמ"ש הריטב"א פ' אע"פ (נח,ב), משום דכל יומא ויומא חוב באנפי נפשיה עיי"ש. ומש"ה יכולה עכשיו לומר שרוצה בתקנת חכמים כיון דלא מחלה המזונות אלא אמרה אי אפשר בדין המזונות.

אבל בעל האומר צאי מעשי במזונותיך והאשה נתרצה לו, הרי כאן מחילה גמורה על המזונות, ושוב אינה יכולה לחזור בה כדין כל מוחל חוב, דדוקא באומרת איני ניזונת דלאו מדין מחילה היא אלא מדין הפקעת תקנת חכמים, לכך יכולה לחזור ולומר רוצה אני בתקנת חכמים, משא"כ כשהבעל אומר לה צאי מעשי ידייך וכו' והיא מתרצה, הרי מחלו זה לזה ומחילה אין צריכה קנין ואינם יכולין לחזור.

(ועיי"ש עוד באבנמ"ל תרוץ שני, דכיון דחייב מזונות מתחדש כל יום וכמש"כ הריטב"א, כשהיא חוזרת ורוצה הרי זה חיוב מחודש שנעשה בהיותו במדינת הים, וחוב כזה שנוצר בהיותו במדינת הים, אינה גובה מנכסיו שלא בפניו, עיי"ש). האבנמ"ל מחלק בין איני ניזונת וכו', שהיא בבחינת אי אפשי בתקנת חכמים (כן מוכח לכאורה בגמ' ב"ב מט, ב), שבכגון זה צריכה לומר במפורש אי אפשי בתקנת חכמים, או איני ניזונת ואיני עושה, שהוא מעין אמירה מפורשת של אי אפשי בתקנת חכמים. ובה יכולה לחזור בה לשיטת רבינו ירוחם. משא"כ אמירת צאי מעשי ידיך למזונותיך, שהוא בגדר מחילה, ומחילה אינה יכולה לחזור בה. לפ"ז אפשר דגם כאשר שני בני הזוג מתנהלים באופן של צאי מעשי ידיך למזונותיך, אף שאינו בגדר מחילה שאינה יכולה לחזור בה, כיון שלא היתה מחילה מפורשת, אבל לענין העבר לכל הפחות הרי זה בגדר של מחילה, ואף שמכאן ולהבא יכולים לחזור בהם (ומ"מ יכולה מכאן ולהבא לומר איני ניזונת ואיני עושה), לענין מעשי ידי העבר הוי מחילה.

וענין מחילה על מעש"י, הם על כל מעש"י, אף מה שמעבר לסכום חיוב המזונות. כן נראה ללמוד ממש"כ הגרא"ו בקובץ שעורים (כתובות רכו). הגרא"ו שואל על תרוץ הגמ', איך יכול בעל להדיר את אשתו, הרי משועבד לה למזונות. ותירצה, דנעשה כאומר לה צאי מעש"י במזונותיך, דלכאורה באומר לה כן, אינו נפטר מחיוב מזונות ומעש"י, אלא שהיא גובה את החיוב שחייב לה הבעל, ממעש"י שלה, וא"כ מה תירצה הגמ' באומר לה צאי מעש"י במזונותיך, הרי עדיין אוכלת משלו, דמעש"י הרי הם כשאר נכסיו. והוכיח מכאן הגרא"ו דבאומר לה צאי מעש"י, מעש"י שלה ולא שלו. לא שהחיוב במקומו והיא גובה ממעש"י אלא מדידה קאכלה. ונפק"מ גם לענין המותר מעבר לסכום המזונות, דמוכח שהם שלה. והיינו, דכיון שזה גדר מחילה ולא מראה מקום לגביית החוב, מחל לה לחלוטין על מעש"י, ואין זה בגדר מראה מקום לגבות חוב המזונות. ונראה דלמש"כ להלן, כיון שזה גדר מחילה, דינו כמתנה שהם לחלוטין של האשה, ואין לבעל בהם פירות.

ובתש' מהר"י באסן (סי' לח – מ) נשאל באשה המרויחה ממעשי ידיה "ומחזקת המעות ההמה לידה ועושה בהם מה שליבה חפץ, הן בצדקות, הן לתת ולסייע

לקרוביה שלא מדעת בעלה. וכאשר יבוא להרגיש בעניניה ולמחות בידה, עומדת כנגדו ואומרת כי מעשי ידיה הם והיא מתפרנסת מיגיעה ואינה אוכלת משלו כלום, א"כ מה לך ולמעש"י". וההביא "דברי החכם המשיב" (שם סי' לח) ודימה שאלתו לדין איני ניזונת ואיני עושה, ומשמע שראה בהנהגתה שלא נתנה מעש"י לבעלה, כאמירה של איני ניזונת ואיני עושה. ומהר"י באסן (שם סי' לט) הביא מרב אחר שפסק ע"פ דברי הר"ן (הנ"ל) דבעינן לאמירה מפורשת של איני ניזונת ואיני עושה, ולא סגי במה שאומרת איני עושה, ואין באי אמירתה ובהנהגתה כל דבר מפורש;

"עם היות שעל צד הדחק אפשר לפרש דבריה, מ"מ כיון שהיא באה להוציא מידו ולהפקיע תקנת חכמים, ידה על התחתונה כל זמן שהם נוהגים ע"פ דבריה אלה, עד שתפרש לומר בפירוש איני ניזונת, דמשם והלאה מעש"י לעצמה."

וכדברי הפוסק השני הסכים מהר"י באסן (שם סי' מ). ואף שבתחילת דבריו כתב דלכאורה התוס' (כתובות סג,א) והרא"ש (כתובות ה,לא) חולקים על הר"ן, שכתבו דרב הונא ס"ל דדוקא מורדת מתשמיש, אבל ממלאכה לא הוה מורדת, דרב הונא לטעמיה דיכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה, ור' יוסי בר חנינא סבר כר"ל שאינה יכולה לומר כן. והקשה דלדברי הר"ן אפשר דאף ר"י ב"ר חנינא ס"ל דיכולה לומר כן, אבל במורדת לא אמרה וע"כ לא מהני. אך הביא דהר"ן עצמו כתב כדברי התוס' והרא"ש (עיין כו,ב מעמוה"ר). וע"כ כתב דתוס' והרא"ש מסכימים לר"ן שצריך אמירה מפורשת, ומ"מ כיון שיכולה להפקיע עצמה ע"י אמירה, לא מסתבר שתקרא מורדת כשלא אמרה במפורש. וע"כ הסכים עם הפוסק השני שכיון שלא אמרה במפורש איני ניזונת ואיני עושה, על העבר, שעל כך היתה המריבה ביניהם, אין בדבריה כלום, ועל העתיד, לא אמרה איני ניזונת וכו'.

והנה גם נידון מהר"י באסן לא דומה לנדוד. דבנדון מהר"י באסן מיד שנודע לבעל, מחה בידה ולא היה כאן גדר של מחילה, והטענה היתה שמא יש בזה גדר של איני ניזונת ואיני עושה. אבל כשהבעל ידע ולא מחה, וכך נהגו במשך הזמן, הרי יש בזה גדר של מחילה על מעש"י, בין אם נותן לה מזונות ובין אם לאו, שהרי הוא מסכים שמשכורתה תשאר בחשבון הרשום על שמה, והיא תעשה בכספים הנמצאים שם כרצונה ובשליטתה הבלעדית.

לכן בנדוד"ד גם למש"כ הכנה"ג, הובאו דבריו בבאה"ט אהע"ז סט,ב דיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה, אבל לומר איני ניזונת ואני עושה ואיני נותנת לך מעש"י, אינה יכולה לומר. והכנה"ג סיים שלא מצא חילוק זה בשום פוסק. ולכאורה מדברי הראשונים בסוגיא משמע שלא כחילוקן, עיין רש"י ועוד ראשונים שכתבו על איני

עושה, שאיני עושה אלא לעצמי. ומ"מ גם לדברי כנה"ג כל זה אם הגדר והדין הוא בהפקעת תקנת חכמים ע"י איני ניזונת ואיני עושה, אולם אם הדין הוא מחילה, גם אם עשתה, כל עוד ידע ולא תבע, הוי מחילה.

ולכאורה אם מדין מחילה נגעו בה, נראה שדין הכספים לא מיבעיא שאינה צריכה לתת לבעל שיהיו שלו, אלא גם זכות פירות בכספים אלו אין לו, שהרי זה כמתנה שנתן לה הבעל, שאין לבעל בהם פירות, כמבואר בגמ' ב"ב נא,ב ובשו"ע אהע"ז פה,ז. ועיין לעיל ולהלן לענין המותר על מזונותיה.

ב. גדר חיוב מעש"י, ואם שתיקה הוי מחילה

אלא שיש לדון אם שתיקה בכה"ג הוי מחילה, דפעמים מצאנו ששתיקה הוי מחילה ופעמים לא, וכמו שיובא להלן. ונראה לענ"ד דהדבר תלוי בהגדרת זכות הבעל למעשי ידי אשתו, האם זו זכות לתבוע ממנה והיא חייבת לתת לו את מעשי ידיה, או שמעשי ידיה שלו באופן ישיר, וכפי שיבואר להלן.

דהנה הרא"ש בתש"מ,ב (הובא ברמ"א אהע"ז צ"י) דן בחצר של נכסי מלוג, שהאשה לפני מותה נתנה אותה מתנה לבתה, ובעלה ידע ושתק ולא מיחה, ובע"ח של הבעל רוצה לגבות מחצר זו בטענה שהבעל ירש חלק מהחצר. והשיב הרא"ש, דאשה שמכרה בנכסי מלוג, הבעל מוציא מיד הלקוחות דאף שהבעל היה בשעת הצוואה ושמע ולא מיחה, לא הפסיד בשביל זה זכותו. ולא דמי לכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא, ושמואל העמיד המשנה במחלק לפניה והיא שותקת;

"דהתם היינו מחילת שעבוד בעלמא, דאמרינן כיון ששתקה כשכתב נכסיו לבניו ולא מיחתה, מחלה שיעבוד כתובה מן הנכסים. אבל הכא, דכלוקח שויהו רבנן להוציא הנכסים מיד הלקוחות, לא הפסיד בשתיקתו. ועוד, דבעל חוב שמכר הלואה שעבודו לפניו ושתק, לא הפסיד, דדוקא גבי כתובת אשה אמרינן הכי, כדמפרש התם מקולי כתובה שנו כאן."

לפי תרוץ קמא דלענין שעבוד כתובה, כיון שהשעבוד הוא רק זכות גביה, וזכות גביה בכתובה יכולה למחול בשתיקה. אבל נכסי מלוג כלוקח שויהו רבנן, והיינו שיש לו כח בעלות בגוף הדבר כלוקח. ולתרוץ שני, גם שעבוד לא מוחל בשתיקה, ומהני מחילה בשתיקה רק בכתובה, דמקולי כתובה שנו כאן.

ולכאורה שני התרוצים ברא"ש, אם מהני מחילת שעבוד באמצעות שתיקה, דלתרוץ קמא דוקא כשהוא בעלים או כבעלים, שעשאוהו חכמים כלוקח, לא מהני מחילה בשתיקה, ובשעבוד מהני מחילה בשתיקה. משא"כ לתרוץ השני לא מהני מחילת

שעבוד בשתיקה, ורק בכתובה מהני מחילת שעבוד בשתיקה. ואם נאמר שזכות הבעל הוא כזכות בעלות ממש, שמעשי ידיה שלו ממש, לכאורה לא מהני מחילה בשתיקה. אולם אם מעשי ידים זה חיוב של האשה לתת לבעל מעשׂי, על החיוב יכול למחול בשתיקה.

והנה בשטמ"ק כתובות נח, הביא מר"י מיגאש שאשה שעשתה ומותר מעשי ידיה, לאחר שכבר עשתה מותר מעשׂי, אינה יכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה לענין המותר, ומשמע שלענין מעשׂי עצמם ללא המותר, יכולה לומר גם אחרי שעשתה, וז"ל השטמ"ק:

"הא דאמר רב הונא יכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונת וכו', מסתברא לן דדוקא עיקר מעשה ידיה שהוא חמש סלעים, אבל היכא דעבדה והותירה יותר מחמש סלעים דבעל הוי, ולא מציא אמרה ליה איני נוטלת ממך מעה כסף ואיני נותנת לך המותר ע"כ. ואפשר דעד דלא עבדה והותירה יותר מחמש סלעים מציא אמרה ליה איני נזונת ולא נוטלת מעה כסף וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל, ומ"מ אכתי יש לחלק בין מזונות ומעשה ידיה ולמותר ומעה כסף, וכדבעינן למכתב קמן בס"ד."

דמותר מעשׂי מיד שעשתה לפי הסבר הר"י מיגאש, שייכים מיד לבעל, לכן כשעשתה כבר, אינה יכולה לומר איני ניוזנת ואיני נוטלת מעה כסף. והיינו שכבר זנה ומפרנסה, ורוצה ליתן לו רק מזונות ולא מעה כסף, דכיון שהוא זנה, ממילא מותר מעשׂי שלו, ואינה יכולה לומר איני מקבלת מעה כסף ואיני עושה. ובזה בא הר"י מיגאש לחדש דאפי' זנה, אם עדיין לא עשתה המותר, יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני עושה, משא"כ כשכבר הותירה. ומבואר דלענין מותר מעשׂי, אם זנה, אף שלא נטלה מעה כסף, אם עשתה, מעשׂי שלו. אולם מעשׂי אפי' עשתה, כל זמן שלא זנה, אין מעשׂי שלו אלא שיש לאשה חיוב לתת אותם לבעל מתקנת חכמים, וכל זמן שלא זנה יכולה לומר איני ניוזנת וכו', אפי' כבר עשתה. ואם כבר זנה, אינה יכולה לומר איני ניוזנת וכו', אף שעדיין אינם שלו, יש עליה חיוב לתת לו מעשׂי מתקנת חכמים.

מדברי השטמ"ק יצאנו למדים שמעשי ידיה יש פעמים שהם ישירות של הבעל והם שלו, ויש פעמים שהדבר רק בגדר חיוב של האשה לתת לבעל. אם כבר זנה, מיד שעשתה, מעשי ידיה שלו. משא"כ כשלא זנה עדיין, אף שכבר עשתה, אין מעשׂי שלו אלא רק בגדר חיוב מתקנת חכמים לתת לאשה. ולפ"ז לנדו"ד, אם כבר זנה, מעשׂי שלו מיד, משא"כ בלא זנה, הוי רק חיוב לתת לבעל. ונפק"מ אם מה ששתק הוי מחילה, וכנ"ל.

[או י"ל דהעדפה אפי' אינו זנה, התקנה היתה שיהיה שלו, דומיא דמציאתה, לפמש"כ הנתיבות ער, א מדוע תיקנו שתי תקנות, גם מעש"י וגם מציאתה, הא כיון שתיקנו מציאה משום איבה, מעשה ידיה ג"כ בכלל, דלא גרע מכן הסמוך על שולחן אביו. וכתב הנתיבות לתרץ: "דהוצרכו לתקן אפילו אם אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך, שיהיה העדפה שלו כל זמן שלא אמרה לו איני ניוזנית ואיני עושה". ולפ"ז אפשר שהעדפה הוי שלו אפי' לא זנה, דמיד שהעדפה נמצאת בעולם הוי שלו, ורק כשאומרת איני ניוזנת, לא זכה גם בהעדפה.]

ובספר נתיבות משפט (על רבינו ירוחם, לרבי חיים אלגאזי, דף קנד) כתב על דברי השטמ"ק דאלו דברי תימא, דמיד שעשתה זכה הבעל במעש"י ואינה יכולה להפקיע כוחו. והקשה מאי שנא מזונות ממותר, דמזונות כל זמן שלא זנה, יכולה לומר איני ניוזנת, שבעלה לא זכה, ואילו במותר אפי' לא נתן לה מעה כסף. ולכאורה י"ל, דכיון שכבר זנה, אף שלא נתן מעה כסף, מ"מ הואיל וזנה, כבר זכה במעש"י ובמותר. כך י"ל לשטמ"ק.

ומדברי החזו"א נראה שאפי' אכלה כבר, עדיין אין מעש"י שלו אלא יש עליה חיוב לתת לו מעש"י. החזו"א (כתובות עא, ח) כתב דאם אכלה משלו, חייבת במעשי ידים של עד זמן הסעודה. ומ"מ כיון שקבעו חכמים שיעור מעש"י לשבוע, אפשר דכל שאכלה משלו חייבת במעש"י לכל השבוע. והקשה, דא"כ יכול להקדיש מעש"י לזמן השבוע, דכיון שאכלה אינה יכולה לחזור בה. וע"כ כתב החזו"א: "אלא נראה דאע"ג דאכלה משלו, יכולה לשלם לו ולומר איני ניוזנת ואיני עושה. ולפ"ז מבואר דלא נתחייבה במעש"י בשביל כסות, דלא עדיף כסות מאכלה". מבואר דאף שאכלה, אין מעש"י שלו אלא חיוב שעל האשה לתת לבעל מעש"י. דאם היו מעש"י מיד שלו כשאכלה, איך יכולה לפרוע מה שאכלה ולזכות במעש"י באמירת איני ניוזנת, הרי הם שלו כבר. אלא מוכח שאינם שלו, אלא רק חיוב לתנם לבעל, וכיון שמשלמת מה שאכלה, אין עליה חיוב לתת לבעל.

ועיין תוס' כתובות מז, ב (סד"ה זימנין, וכ"ה בב"ב מט, ב ד"ה יכולה), בחילוק בין איני ניוזנת ואיני עושה, לאיני נפדית ואיני נותנת פירות: "שאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע, אבל מעשה ידיה אינם בעין דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים". ומשמע שמעש"י שבעין הרי הם כפירות והם שלו ויש לו בעלות עליהם. דאם נאמר שאחר שכבר עשתה ג"כ אינם שלו אלא הוי חיוב שלה לתת לו מעש"י, הו"ל לתוס' לחלק דפירות יש לו בעלות, משא"כ מעש"י הוי רק חיוב. ואפשר דאה"נ, אלא תוס' חילקו לפי המציאות שאומרת כשאין מעש"י עדיין בעולם. או י"ל, דכיון שאם כבר אכלה משלו הוי מעש"י שלו, לכן לא חילקו כנ"ל. [וכל הנ"ל לא שייך

לדין מה שקנתה אשה קנתה בעלה, דמה שקנתה אשה קנה בעלה הוא שקונה הבעל לזכויות פירות, ולא שקונה לחלוטין, עיין רש"י גיטין עז,א ד"ה קנה בעלה.

ועיין מש"כ בח"ה כו"ב לענין מעשי ידי בן הסמוך על שולחן אביו, דהוי זכות תביעה ולא שהממון ישירות שלו. דבירושלמי ב"ב ט,ב; אמר ר' אסי, בן שנראה חלוק בחיי אביו, מה שסגל לעצמו. ובעיטור (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 ראייה. 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 ראייה 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 ער,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), ובודאי 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. ועיי"ש עוד מש"כ בזמן השתיקה, וכן בבאור דברי תש' רבי בצלאל אשכנזי (סי' לה).

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, דתקיננו 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.

ולעיל הובאו דברי הנתיבות 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 ניוזנית. ותירץ, דהוצרכו לתקן אפילו אם אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך, שיהיה העדפה שלו כל זמן שלא אמרה לו איני ניוזנית ואיני עושה. ומזה שהנתיבות לא תירץ, דחלוקה תקנת מזונות מתקנת מציאה, תקנת מזונות, הרי אלו שלו, ואף בלא תבע, אא"כ אמרה איני ניוזנות 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. ומזה שלא תירץ הנתיבות כן, אפשר שהנתיבות סובר דגם מעשי ידי אשה הם זכות תביעה או חיוב של האשה לתת לבעל מעשי ידיה, אך אינם זכות בגוף הממון. או שהנתיבות סובר דגם במציאה שתיקנו משום

איבה היא זכות בגוף הממון ולא כמש"כ. או שהנתיבות נקט כאחד מהתורצים, ואין לדייק דס"ל כאחד הצדדים הנ"ל.

ובעצם 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. ולכאורה גם אם שונה הטעם במציאת אשה ממציאת בנו ובתו, אין טעם לחלק שיתקנו חכמים שתהיה המציאה ישירות לבעל ויהיה לו בה זכות בגוף המציאה שהיא שלו. 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. רק עדיין צ"ע כאמור גם לענין מעשי ידים, וכמש"כ לעיל.

ומ"מ לאמור לעיל, ממה שנראה לכאורה מהשטמ"ק דענין מעש"י לבעלה הוא חיוב של האשה לתת לבעל מעש"י, ולא שמעש"י הם שלו ישירות, לתרוץ הרא"ש כיון שאין כאן אלא חיוב ולא קנין בגוף מעש"י, מהני שתיקה למחילת מעש"י. אמנם כל זה באופן שהאשה היתה מפרנסת בבית, אבל באופן של השאלה השניה, נראה שהכספים היו רק בשליטתה של האשה בחשבון בבנק שע"ש, אך לא בבעלותה, ואף אם היה כאן כונת מחילה שמעש"י לא יהיו שלו כתקנת חכמים, מ"מ לא היתה כונה למחילה בשתיקה שיהיה שלה לגמרי אלא שישתמשו בהם בשוה, וזה היה דרך ההתנהלות שהוצאות שוטפות לוקחים מחשבון הבעל, והוצאות גדולות מחשבון האשה. וע"כ אף אם מעש"י בזה אינם שלו, לא נראה שהיתה בזה כונת מחילה שיהיו שלה לגמרי אלא לשימוש שוה לטובת ותועלת הבית ולריוח ביתא, וכל דבר לפי ענינו. והיינו, שאף אם יש מחילה על הזכות מכח תקנת חכמים של מעשי ידיה תחת מזונותיה, לא גרע מכל שותפים המכניסים ומוציאים מחשבון משותף, כשכ"א מכניס ומוציא ללא דקדוק. האופן שנוהגים בני הזוג, הוא בסוג השותפות הנהוגה, שהכספים שייכים לשני בני הזוג. ואף בנדרו"ד שההוצאות היו מחשבון הבעל והכספים מחשבון האשה נועדו לצרכים גדולים, הנהגה זו של בני הזוג מוכיחה ג"כ שדעתם לשותפות.

ג. אם יכולה לשלם בתמורה למעש"י

תנן במשנה נדרים פה,א: קונם שאיני עושה על פוך, אינו צריך להפר. רבי עקיבא אומר יפר, שמא תעדיף עליו יותר מן הראוי לו. ר' יוחנן בן נורי אומר יפר, שמא יגרשנה ותהי אסורה עליו. ובגמ' שם נפסקה הלכה כרבי יוחנן בן נורי. וכן

פסק בשו"ע יור"ד רלד, עא. והט"ז ביור"ד רלד, סג כתב דלא מהני גירושין אלא במעשה ידיה, דדוקא בדבר שאין לו עליו אלא שעבוד גוביינא בעלמא, אתי הקדש ומפקיע; "והכי נמי במעשה ידיה שאין קנוי לו אלא לגוביינא בעלמא, דזה ודאי שהאשה יכולה ליתן לבעלה ממעות ממה שיש לה בעד המלאכה שחייבת לו לעשות ולא תעשה מלאכה. ותו דהא יכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה, ע"כ אתי הקדש ומפקיע אותו שעבוד". ומבואר מהט"ז דמעש"י אינם קנויים לבעל אלא הם חוב שחייבת האשה לעשות לבעל, ולכאורה משמע שגם אם עשתה, אין המעש"י קנויים לבעל, דיש לו בהם שעבוד כחוב, שהיא חייבת לעשות לתת לבעל, אבל הם של האשה, וחוב כלפי הבעל ליתנם, או לחלופין ליתן בשווים.

וכדברי הט"ז נמצא בשטמ"ק כתובות סג, א בשם הרא"ה. בענין המורדת על בעלה, פוחתין לה שבעה בכתובתה, כנגד ז מלאכות שהיא חייבת לעשות. והקשה, הרי יש ז מלאכות, וכן חיוב עונה, וא"כ היו צריכים לפחות ח. ותירץ דאיכא למימר דעושה בצמר לא חשיב ליה, דאפי' ר' יוסי בר חנינא דאמר מורדת ממלאכה, מודה דבעושה בצמר שמסרבת לעשות, לא הוי מורדת ולא קנסין עלה;

"דלא הוי אלא חוב בעלמא, אלא מסתיינן לאגבויי עלה דמי חמש סלעים, ופוחתין אותה מכתובתה בטובת הנאה, כשם שאם חבלה משלמת לו מכתובתה בטובת הנאה. ודין הוא, שהרי אילו הוה לה מעות ולא היה לבעלה רשות בהן, כגון שנתנו לה אחרים, ע"מ כן רצתה נותנת לו דמי מעשה חמש סלעים ואינה עושה בצמר, מה שאין כן בשאר מלאכות שאינה יכולה ליתן לו דמי שכר שפחה שתעשה אותן ותפטר אלא עליה לעשותן, ואם רצתה תצא היא ותטרח אחר שפחה לשכור אותה לעשות, אבל אינה יכולה להפטר בדמים".

ומבואר שעושה בצמר אינו חיוב הגוף אלא חיוב ממוני, והרי זה כחבלה שיכולה לשלם דמי נזק מכתובתה, כן הוא בעושה בצמר. והדברים מפורשים גם בתש' מהרי"ט (ח"א סי' ה); "וכן ההיא דקונם שאני עושה, לפיכך יכולה היא לאסור עליו מעשי ידיה בקונם, שאם היה לה מעות ממקום אחר ע"מ שאין לבעלה רשות בה, היתה יכולה ליתן לו דמי משקל ה סלעים ביהודה וכו', ולהכי אי לאו משום דאלמוה רבנן לשיעבודיה דבעל, היה חל הנדר". מבואר להדיא שאפי' כבר עשתה משקל ה סלעים, יכולה לתת תמורתם. ומוכח דאין לבעל זכות ממונית בעצם המעש"י, אלא חוב של האשה לתת את מעש"י או תמורתם, והרי זה כחוב ממוני שהיא חייבת ליתן לבעל, אבל אין לו בעלות בגוף המעש"י.

ולכאורה אפשר להביא ראיה גם מדברי הח"מ צח, שכתב דאם האשה עבדה ולא גבתה שכר פעולה, דמקרי ראוי ואין הבעל יורש שכר פעולה זה, למש"כ

המחבר שו"ע אהע"ז צ"א, דאין הבעל יורש בראוי. ולכאורה אם מעש"י שייכים ישירות לבעל ואינם בגדר חוב, לא שייך בשכר הפעולה דין ירושה, דמיד שעשתה הם שייכים לבעל והחוב של המעביד הוא כלפי הבעל ולא לאשה, ירושה אין כאן, וממילא לא שייך לדון בזה דין ראוי. אלא בהכרח שהמעש"י החיוב הוא כלפי האשה, ויש לאשה חיוב לתת לבעל, וכיון שהאשה לא גבתה בחייה, בא הבעל מכח יורש, וכיון שלא גבתה הוי ראוי ולא מוחזק.

והאבני מילואים פ"א הביא דברי מהרי"ט הנ"ל, וכתב דהדבר ברור דאם כבר עשתה, גוף מעש"י שלו, ואינה יכולה לסלקו במעות. וז"ל האבנמ"ל:

"ונראה לענ"ד דהיכא דכבר עשתה, זוכה הבעל בגוף מעשי ידיה, ולא מצי תו לסלוקי בזווי, דלא גרע ממציאה והעדפה דודאי זוכה הבעל בגוף המציאה, ולא מציא אשה למימר הרי לך מעות במקומם. והכי נמי אחר שכבר עשתה, הרי הוא של הבעל כמו העדפה, וכיון שהבעל רוצה בגוף המעשי ידיה שעשתה, לא מצי אשה סלוקי ליה בזווי, דמצי בעל למימר לדידי שוה אלפא זווי ... ואם נותן לה מזונות ואינו מעלה לה מעה כסף, דאז לא זכה במותר ואין לבעל אלא חמש סלעים בצמצום, בזה נראה דאע"ג שכבר נעשית המלאכה, מציא לסלוקי בזווי, כיון דאין לו חוב על האשה אלא משקל ה סלעים, לא מצי טעין לדידי שוה יותר כיון דאין ההעדפה שלו, ואדרבה היא תוכל לומר לדידי שוה יותר שהרי ההעדפה שלה, וכל זה נראה ברור."

מבואר להדיא מדברי האבנמ"ל שמעש"י שייכים לבעל בעצמם, ואינה יכולה ליתן תמורתם. ועדיין יש לומר דהוי כהתחייבות ליתן חפץ מסוים, אבל זה חיוב של האשה לתת לבעל את מה שעשתה ואינה יכולה ליתן תמורתם, וכל עוד לא נתנה, הם שייכים לאשה, והאשה חייבת ליתן דוקא מה שעשתה בתורת חיוב, ואין לבעל תורת בעלות ישירה ומיידית על מעש"י.

כמו כן נראה לחלק בין מעש"י שעשתה, כגון עושה בצמר, שבזה י"ל שהצמר של הבעל ואינה יכולה ליתן תמורתם, לבין עבדה ומקבלת שכר, שאין השכר שייך לבעל בדוקא, וגם לאבנמ"ל יכולה ליתן תמורתם, שמעש"י הם שלה, ורק חייבת ליתנם לבעל. וכן מצאתי לגר"י בלוי זצ"ל בפתחי חושן (בדיני אישות, פ"י ס"ק ג), דלאבנמ"ל דוקא בעושה בצמר, ודאי זוכה באותו שבח, שזה עיקר תקנת מעש"י ומיד נעשה שלו, אבל בשכר פעולה שעשתה אצל אחרים וקבלה חפץ תמורת מעש"י, אין החפץ נעשה שלו, שאין שעבודו על מעש"י לזכות מיד מי שעשתה אצלו, אלא היא הזוכה, עיי"ש.

ד. אשה המפרנסת בבית

מהרי"ט בתש' ח"ב חחו"מ סי' סז הסתפק בנשים העוסקות במסחר ומכלכלות את בעליהן, אם נאמר שאשה כזאת אין לבעלה זכות בכל אשר עשתה חיל, מאחר שבפועל הבעל אינו מעלה לה מזונות אלא היא מכלכלת את בעלה ואת בניה ואת כל אשר אתה בבית, וע"כ אין הבעל זוכה במעשי ידיה בסתם, ואינה צריכה לפרש ולומר איני ניזונת ואיני עושה, דכל שאין הבעל זנה, במה זכה במעשה ידיה. והביא מהרי"ט ראייה מדברי הרמב"ן שהביא הר"ן כתובות (נה,ב בעמוה"ר), שאם לא נתן לאשתו מזונות ועשתה ואכלה, אף שהותירה, אין לבעלה עליה כלום, דכל היכא דאיהו לא יחייב לה מזונות, אינה צריכה להתנות בפירוש ולומר איני ניזונת ואיני עושה, אלא זכתה במעשה ידיה אפילו דרך שתיקה. והוסיף מהרי"ט דאין לחלק בין כשהבעל הוא הגורם, שלא רצה לתת לה מזונות, למציאות שהאשה עובדת ומתפרנסת היא הגורמת שלא היה לאשה צורך בקבלת מזונות מהבעל. דהנידון ברמב"ן לא משום שהוא לא רצה לתת לה מזונות, דהא בשהתה ולא תבעה מיירי התם, ולשון דכל היכא דאיהו לא יחייב לה לשעתה, משמע אפי' לא תבעתו. וכן המשנה דאם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה, מיירי אפילו לא תבעתו. הרי דכל היכא דלא נתן לה, זכתה במותר מעשה ידיה. אך הוסיף מהרי"ט, וז"ל:

"אלא שאפשר לומר דנשים אלו שתחלת שמושן במלאכה זו, עדיין הבעל טורח במזונות, וכשהיא מרווחת ונותנה בעין יפה ונותנת יציאות הבית, כל שלא אמרה איני נזונית וכו', הרי יש לה ממה שתפרנס הבית ממה שהרויח כבר, ומדידיה קאכלה ומדידיה שתתה, וכל מה שהיתה הולכת ומשתכרת, קמא קמא בטיל לגבי בעל. אי נמי, אפשר לומר דכיון דאיכא ריוח ביתא מסתמא ויתרה, כדאמרינן (כתובות טז,א), במי שמת והניח ב' בנות וקדמה ראשונה ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה שניה לגבות עד שמת הבן, א"ר יוחנן שניה ויתרה וחולקות בשוה, ומסיק דטעמא דר"י משום ריוח ביתא ..."

וטעם ראשון לחלק כתב מהרי"ט, דכיון שכל אותם שנים הבעל פירנס, יש לאשה מזונות מהשתכרות העבר של הבעל, וממילא אוכלת משלו. ולפי"ז אם הבעל עובד ומרויח ומפרנס את הבית, הרי האשה ניזונת ממנו, וכל שלא אמרה איני ניזנת ואיני עושה, מעש"י שלו. (ועיין חזו"א (אהע"ז סי' ע אות ו); "ובעיקר הדין נראה דכל שהתחילה במלאכתה בשעה שכבר אכלה משל בעלה, כל מה שעשתה הוי דבעלה, בין שהוא העדפה בין שהוא מציאה, ממילא כשניזונת אח"כ מאותו ריוח הוי כניזונית משל בעלה וכן לעולם. וגם מעה כסף הוי כנותן בכל שעה כיון שנותן לה כל צרכיה ... ואין מהרי"ט תחת ידי לעיין בו"). ומש"כ בטעם השני משום ריוח ביתא, לכאורה

שם כיון שקבלה ירושה גדולה, מחצית מעזבון האב, שלא טרחה ולא עמלה בו, ממילא ויתרה על עישור נכסים. אולם כאן מה שיש תוספת בבית הוא מטרחתה ומעמלה, ומהיכי תיתי שתמחול עליהם לבעלה, ואינו דומה לכאורה לבת יורשת ולא הספיקה לגבות עישור נכסים. ומ"מ מדברי מהרי"ט עולה שאם הבעל מפרנס, או פירנס ויש עדיין פרנסה מכח העבר, כל שלא אמרה איני ניזונת, מעש"י של הבעל. (והראו לי שכן הקשה בספר בד קדש, לרבי ברכה דאנון, אישות יב,ד).

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

והב"י בטור אהע"ז סו"ס צה הביא תש' הרשב"א באשה שהתעסקה בנכסים סתם, והיה פשוט בעיני השואלים דכל מה שהרויחה ברבית יהיה ליורשים, דמעשה ידיה שלהם אא"כ אמרה בפירוש שאינה רוצה לזון משלהם. והשיב הרשב"א:

"ואני אומר מי יוכל לדין עם שתקיף ממנו, ומי ישיב את האריות, אבל אם לדין יש תשובה, שהרי האשה אינה חייבת לטרוח לסתור ולבנות לעקור ולנטוע ולא להתעסק ברבית אלא לעשות בצמר, ואם רוצה הבעל לשנותה למלאכה אחרת אינו רשאי, שאינה אצלו כעבדים, אי נמי כפועלים שאמר להם עשו עמי מלאכה היום ולפיכך מציאתן לבעל הבית. משא"כ במציאת האשה, דמן הדין מציאתה לעצמה אלא שתקנו שתהא לבעל משום איבה וכדאיתא בירושלמי בפרק מציאת האשה (ה"א), וכיון שכן אם נזונת משל יתומים, אם השביחה או הרויחה במעות, למה אנו דנין שבח וריוח זה כמעשה ידיה להיות ליתומים. אלא מן הדין הייתי אומר שכל שהרויחה לעצמה, ומשלמת ליתומים כמו שנתבטלה ממעשה ידיה כפועל ששכרו בעל הבית לעבוד עמו שמציאתו לעצמו ומשלם אגר בטלה לבעל הבית. ואפשר שהאשה אינה משלמת אפילו

אגר בטלה, שכל שהיא עושה אמריןן שמעשה ידיה לבעל. אי נמי שכופה לעשות, אבל אם נתבטלה ולא עשתה אינה חייבת לשלם, וכדמוכחא שמעתא בפרק ב' דייני גזילות במי שהלך בעלה למדינת הים שפוסקין לה מזונות ואין מחשבין עמה מעשה ידיה."

מבואר מהרשב"א שמה שעשתה האלמנה והרויחה, הרי זה כמציאה, ולפ"ז באשה הרי זה לבעלה. רק שלא עשתה אמריןן שאינה צריכה לשלם דמי בטלה, וכמו בהלך בעלה למדינת הים, דפוסקין לה מזונות ואין מחשבין מעש"י. דבעל יכול רק לכופ את אשתו, אבל כשאינה עושה, אינה משלמת מה שהתבטלה. ומ"מ נראה מדבריו דיש חילוק בזה בין אשה לאלמנה, כמו שחלוקים בדין מציאה. ועיין בבית מאיר פ, א מש"כ בזה. (ומש"כ כאן הוא דלא כמש"כ בח"א לט"יב, ועיי"ש עוד מה שהבאתי מהמשנת יעקב לגרי"נ רוזנטל זצ"ל).

ויש לדון בכל מלאכות מסוג זה אם דינן כהעדפה שע"י הדחק, והח"מ והב"ש (פ, ב) כתבו דמידי ספיקא לא נפקא, אם מעש"י שע"י הדחק לה או לבעלה, וכדעת הב"ח ר"ס פ, וע"כ יכולה האשה המוחזקת לומר קים לי שהם שלי. ונחלקו בענין זה בפד"ר, עיין פד"ר ח"א עמ' 90 ולהלן, מהגר"א גולדשמידט, שאין להוציא מידה מעש"י. ובפד"ר ח"ז עמ' 290 ולהלן, שכל שהם באים במקום מעש"י שהיתה חייבת לעשות בבית, כגון טוחנת ואופה וכו', הרי זה בכלל מעש"י. וכן כתב לי הגר"ש ישראלי (ח"א בסופו) שהיום שלא עושות בצמר, וגם מלאכות הבית האחרות קלות הן, וכולן לומדות לעסוק במלאכות שמחוץ לבית, הרי מעש"י ממלאכות אלה הם תחת מזונותיה.

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

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

וליתן, להוציא הוצאות לעניני הבית ולצורכיה, בזה ס"ל לראב"ן וראבי"ה דחייב לשלם, דאל"כ לא תוכל לקנות צורכי הבית מן השוק. וחשו חכמים לזה שהנשים נושאות ונותנות בביתן, דאנן סהדי ששלוחות הבעל ניהו, משא"כ בסך שאין דרך הנשים להתעסק. ושם בסוף דבריו כתב:

"אבל היכא דנושאות ונותנות בבית, דהוה כאילו מינו אותם הבעל שלוחים, כ"ע מודו דמזמינים אותה, ומשביעים אותה, במידי דדרכה להשתדל בה. הילכך עכשיו כל הנשים בסך מועט מחייבין הבעל בעבורה, אם היא חייבת בדין, משום תקנת השוק. והכל לפי ראות עיני הדיין. כי לפעמים נמצאו נשים אשת חיל שמחיות בעליהן, וכל ממון בעל בידיה. פשיטא שאפילו דבר גדול מוכרח הבעל לשלם, הכל לפי הענין, ומנהג המקום, וחכמת עיני הדיין."

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

ה. שתקה ולא תבעה מזונות

הר"ן בכתובות בס"פ אע"פ (כח, ב מעמוה"ר), לענין הא דתנן (כתובות סד, ב) שאם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה, מעש"י שלה, לאו למימרא שיכול הבעל לומר איני נותן מעה ויהא המותר שלה, דהא קי"ל יכולה אשה שתאמר איני ניוזנת ואיני עושה, ודאי שיכולה ג"כ לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר, ואם הוא גם יכול לומר איני נותן מעה כסף, מה הועילו חכמים בתקנתם, הרי כל אחד מהם יכול לעכב ולא ליתן מעה כסף. לכן מפרש הר"ן את דברי המשנה:

"אלא ודאי הכי קאמר, שאם שתקה היא ולא תבעה מעה כסף לצרכיה ועשתה מותר, הרי היא לעצמה ואין הבעל יכול לומר ויתרה. וכתב הרמב"ן ז"ל דהוא הדין למזונות ולמעשה ידיה, אלא רבותא קמ"ל שאפילו במעה כסף שאינה צריכה לו כ"כ, לא אמרינן ויתרה."

מבואר מהרמב"ן שהביא הר"ן (ולשיטתו כן היא דעת הר"ן), שאם שתקה ולא תבעה מזונות, מעש"י שלה. והדברים מפורשים גם ברמב"ן בכתובות (צו,א): "ומסתברא דאפי' מכרה בנכסיה בטובת הנאה ולא תבעה, הפסידה מיד, שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן ולסייע להם. והנ"מ לאפוקי מבעל, אבל אם לא נתן לה מזונות ועשתה ואכלה אע"פ שהותירה, אין לבעלה עליה כלום, דכל היכא דאיהו לא יחיב לה מזוני, הרי משכון בידה, תמשכנו עליו, ואינה צריכה להתנות עמו בב"ד ולומר איני ניוזנית ואיני עושה. וזו היא ששנינו אם אינו נותן לה מזונות מעה כסף לצרכיה, מעשה ידיה שלה, כנ"ל". הרי מבואר ברמב"ן דאם הבעל אינו נותן מזונות לאשה, אינה צריכה לומר איני ניוזנת ואיני עושה, אלא מעש"י שלה בשתיקה. ודברי הרמב"ן הובאו להלכה בשו"ע אהע"ז ע,יא, וברמ"א פ,יז. ואין מזה סתירה למש"כ האבנמ"ל סט,א (הובא לעיל), דשם מדובר שהוא רוצה לזונה, אלא היא אינה לוקחת. והרמב"ן מיירי שהמניעה מהבעל.

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

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

אם שתקה, עדיין מעש"י שלו. ואפשר שבעה"ת ג"כ ס"ל כשיטה זו. ומ"מ כיון שנפסק הלכה במחבר וברמ"א כדעת הרמב"ן, י"ל דמהני שתיקה באי תביעת מזונות שיהיו מעש"י שלה.

ובתחילה סברתי שענין זה שייך לדין מחילה בלב אם מהני, עיין קצוה"ח יב,א בשם הרש"ל על הסמ"ג (עשין מח) שאם מחל בליבו על חוב שיש לו על חברו 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 ראיה 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). ועיין בש"ג ב"ק (מהב בעמוה"ר), הובא בש"ך חו"מ רלב,ב לענין המלוה את חברו ואינו תובע הלואתו, דאין הלואה חייב לשלם לו מאיליו, וע"ע בשער המשפט צח סוס"ק א. ועיין מש"כ בזה בח"ב סי' ג' ובח"ה סי' א, ואכמ"ל. דלענ"ד כאן אינה בגדר מחילה בלב אלא מחילה ממש, כיון שמחילת חוב היא רק בלב, כאן בעצם ההשתמשות במעש"י, אינה מחילה בלב גרידא אלא ע"י מעשה, שהיא ניזונת ממעש"י והוא רואה ושותק. וכמו במחילה בנזקין וכד', שהוא רואה שמזיקים לו והוא שותק. ול"ד למחילת חוב שכל ענינה במה שמחל לו בלב, שאי התביעה מורה על מחילה בלב.

ולאמור לעיל י"ל בנדו"ד, דלכאורה בעצם השתיקה הרי זה כמחילה מצד הבעל על כך שיהיו מעש"י שלו מכח תקנה חכמים של מעש"י תחת מזונותיה, שהרי יש צדדים לומר כן וכאמור, גם מכח השאלה אם מעש"י מעבודות שמחוץ לבית הוי שלו, הן מחמת השתיקה דהוי כמחילה וכאמור. אך כל זה לענין זכות הבעל ממעש"י, אולם אין באמור שיש בכך מחילה שיהיו מעש"י שלה לחלוטין, ויש לבחון מעצם היות הכסף בחשבון האשה, אם יש בזה מחילה שלא יהיו בשותפות, כפי שנוהגים באמור בשאלה ב, וכמש"כ לעיל, שיש לראות בהנהגה זו כמסכימים שהכסף יהיה משותף. משא"כ בשאלה א, שהיא המפרנסת והבעל כלל לא עוסק בפרנסה, לכאורה אין בזה את אומדן הדעת שיהיה הכסף לשותפות, כאשר הוא בחשבון האשה ומנוהל על ידה בלעדית ובשליטתה. לכן הגם שבשתי השאלות נראה שאין לו זכויות מכח תק"ח של מעש"י, מ"מ חלוקים הם לענין הקביעה של היות הכסף משותף, וכנ"ל.

ולכאורה לענין אומדן הדעת יש לבחון כל מקרה לגופו, אם היתה כאן כונה לשותפות אם לאו.

ו. נאמנות אשה לטעון על כספים שהם שלה לחלוטין

איתא בב"ב נא,ב: ת"ר, אין מקבלין פקדונות לא מן הנשים (דאיכא למימר גנבום לבעליהן ולאדוניהם ... ואסור לסייע ידי עובדי עבירה, וכשלא יקבלו מהם יחזירו למקום שגנבו שם – רשב"ם) ולא מן העבדים ולא מן התינוקות. קבל מן האשה יחזיר לאשה (ולא לבעל, דאין לנו להחזיקה בגנבתה), ואם מתה יחזיר לבעלה (שאפי' אם ניתן לה ממון זה על מנת שאין לבעלה רשות בה, מכיון שמתה יורשה בעלה, שהבעל יורש את אשתו, והלכך יחזיר לבעל, דממה נפשך עכשיו הרי הוא של בעלה). ועיין בתש' זקן אהרן (הלוי, סי' רז) שכתב דאם קבל הנפקד פקדון מאשת איש, איסורא עבד, ואין רוח חכמים נוחה הימנו. והיינו שזה איסור בגדר הנ"ל של אין רוח חכמים נוחה הימנו.

ובתוס' שם (ד"ה קבל) כתבו דאין לבעל כח להוציא מיד האשה, מדקאמר יחזיר לאשה, דאם היה לו כח להוציא מידה, היה לו לנפקד להודיע לבעל שיוציא מידה, ולכן אם אומרת של אחרים הם, נאמנת במיגו שהיתה נותנת לאחרים. עוד כתבו התוס', דהא דנאמנת היינו באופן שאינה נו"נ בתוך הבית, אבל אם נו"נ בתוך הבית, אינה נאמנת. והסתפקו התוס' באלמנה שאינה נו"נ בחיי בעלה, אבל ממון בעלה מצוי בידה, אם חשבינן לה כנו"נ. ולכאורה הספק גם לגבי אשה, אם הממון בשליטתה, אף שאינה נו"נ בו, אם השליטה היא הגורמת לכך שלא תהיה נאמנת, או הנו"נ בממון. וצדדי הספק לכאורה, דלא חשדינן לה בגניבה, אך כשנו"נ הסברא נותנת שכל הממון של בעלה, ולכן י"ל דגם בשליטתה כן, או יש לחלק. דנוטלת ממון שבשליטתה ומפקידה ביד אחר, הוי טפי גניבה ועזות, משא"כ בנו"נ הוי הוראת היתר לעצמה, ויש לחשוד טפי.

ולכאורה מדברי התוס' נראה שנאמנותה היא מוחלטת, מזה שיכולה ליתן לאחרים ולהפקיע מהבעל זכות פירות. ויש מהראשונים שכתבו דמה שהאשה נאמנת הוא לומר שהפקדון ניתן לה במתנה, והם נכסי מלוג והבעל אוכל פירות, אבל לטעון שניתן לה במתנה ע"מ שאין לבעל רשות בהם, אינה נאמנת, עיין ברמב"ן בסוגיא;

"שכל מה שביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו, דמשום איבה וקטטה התקינו רבנן, ואם היתה נאמנת נקיש ואתי תיגרא הוא. ועוד, שידו עדיפא מידה, לפיכך היא המוציאה ועליה הראיה ... מיהו אין הבעל נאמן לומר משלי

גנבה או מציאה הן או ממעשה ידיה קמצה וגוף ופירות שלי, אלא כנכסי מלוג הן לכל דבר גוף שלה ופירות שלו.

הרי הכספים המצויים בפקדון בחזקת נכסי מלוג. והשאלה אם מה שלא נאמנת לטעון שניתן לה ע"מ שאין לבעל רשות בהם הוא מפני שלא שכיה, ולכן הממון בחזקת נכסי מלוג, או שזה חלק מתקנת חכמים שיהיו הנכסים בחזקת נכסי מלוג, דחד טעמא הוא – איבה וקטטה.

והרשב"א בסוגיא הקשה על הרמב"ן, דאי אמרת שאם האשה אינה נאמנת להוציא מרשות הבעל, וידו עדיפא מידה והיא כמוציאה מיד בעלים ואין הבעל כמוציא מידן, א"כ אפי' מהשתא יחזיר נפקד ליד בעלים, וכ"ש לאדון, שאין לחלק בין גוף לפירות, שאם יש בהן לאדון אכילת פירות אף הגוף שלו, דאין יד לעבד בלא רבו ומה שקנה עבד קנה רבו. ושיטת הרשב"א, הביאה שם בסוגיא בשם ר"י, שאם יש מעות ביד האשה, נאמנת לומר נכסי מלוג שלי הם שירשתים או שניתנו לי במתנה, או שניתנו לי על מנת שאין לבעל רשות בהם;

"וזהו ששנינו וכולן שאמרו בשעת מיתתן של פלוני הם יעשה כפירושן, אלמא נאמנין הם. ותדע לך עוד מדקתני יחזיר לאשה ויחזיר לעבד, ואם איתא דכל שהן ביד האשה וביד העבד הבעלים מוציאין מידה, למה יחזיר לאשה ולעבד ולא לבעלים, דאפוכי מטרטא למה לן, יחזיר הנפקד לאשה ולעבד ובעלים באין ומוציאין מידם".

ומפורש בדברי הרשב"א בתש' (ח"ד סי' נג) שמחזירים לאשה מחשש שמא נתנו לה במתנה גמורה שאין לבעלה רשות בהם. וכן כתב בתש' הרשב"א ח"ב סו"ס קח מהר"י מיגאש, הביאו המגיד שאלה ופקדון ז', אך ציין שאין כן דעת הרמב"ם, כפי שיובא להלן. ועיין עוד ברשב"א בתש' ח"ב סי' שצה, וח"ג סי' קצג. וכן מבואר בדברי רבינו יונה בעליות (ב"ב נא, ב ד"ה ת"ר), דנאמנת האשה לומר שניתן לה במתנה באופן שהם שלה לחלוטין, ומזה הטעם יחזיר לאשה. והביא גם ראייה שתפיסתה תפיסה, ממה שנאמנת בשעת מיתתה, ולכן אין לומר שמה שיחזיר לאשה הוא מפני שאין לפנינו ערעור של הבעל, אלא האשה נאמנת במוחזקתה לטעון כן שהם שלה לחלוטין. וכן היא דעת המרדכי (ב"ב תקמו, וכתובות ער). וכן נראה דעת הנימוק"י (ב"ב כז, ב בעמוה"ר), וכן נראה מפסקי ריא"ז המובא בש"ג ב"ב (כז, ב בעמוה"ר אות ב). וכן מבואר מדברי מהר"מ מרוטנבורג בתש' (דפוס פראג סי' שיא): "כיו"ב שמענו, המקבל פקדון מיד האשה יחזיר לאשה (ב"ב נא, ב), ואע"ג דמה שקנתה אשה קנה בעלה, אע"ג דלא מחתה בנפקד, אפ"ה יתן הממון לאשה כדאמרן, שמא הופקד

הממון לאשה, או איניש דעלמא יהביה ניהליה ע"מ שאין לבעלה רשות בה". וכן הוא בתש' שם סי' תקעו, הובא גם במרדכי כתובות סי' רז.

והריטב"א בסוגיא הביא ג"כ דברי ר"י, דלכאורה מהסוגיא משמע כוותיה, דאם אינם שלה לגמרי אלא כנכסי מלוג, מדוע יחזיר לאשה, והרי הבעל יכול להוציא מידה, ואפוכי מטרתא למה לי. אלא בהכרח כיון שהיא נאמנת עליהם, אין לנו להפסיד ממנה וליתנו לבעל או לב"ד ושיהיו בתורת נכסי מלוג. אך דחה ראייה זו;

"דאפי' תימא שהם בחזקת נכסי מלוג, אין על הנפקדים להכניס עצמם במחלוקת, ואפילו הבעל עורר, דסוף סוף ספיקא הוא, דהוה ליה כספק הינוח דלמקום שנטל יחזיר והוא ידין עמה, ומה שיודע זה בדבר יעיד בב"ד, ולמה יחזיר לו זה כל זמן שלא דן עם האשה או לא הביא ראייה ברורה שהיו שלו או שהם נכסי מלוג".

ועל צד זה שאינה נאמנת לומר שהם שלה לגמרי, הקשה מדוע לא יקבלו מהם פקדונות, שיקבלו ויחזירו לבעלים. ותירץ, דיש בזה משום גילוי סוד. וגם לשיטת ר"י דנאמנת שהם שלה לגמרי, לא יקבל פקדון מהאשה; "דגלויי דעתא איכא שמתכוונת להבריחם ולהטמינם, ואין לנו להכניס עצמינו במקום שיש צד ונדנוד סיוע ידי עוברי עבירה". ומדחית הריטב"א לעיל, נראה שסובר שכל נכסי האשה בחזקת נכסי מלוג, אך אין זה הכרח (עיין גם נימוק"י ב"ב כז, בעמוה"ר). אולם להדיא נמצא בדברי הריטב"א בקדושין סה,ב הסובר דכל מה שתחת יד האשה הוא בחזקת נכסי מלוג ואינו שלה לחלוטין, וז"ל: "באשה דעלמא שבאה עם בעלה וידוע לנו שהוא בעלה, שכל מה שנמצא ברשותה הוא בתורת נכסי מלוג ואינה יכולה לטעון שנתנוה לה על מנת שאין לבעלה רשות בה, וכדמוכח בבבא בתרא (נא,ב) בשמעתא דאין מקבלין פקדונות מן הנשים". מוכח דלא ס"ל כר"י והרשב"א.

והרמ"ה (ב"ב פ"ג סי' רו) כתב בהא דאין מקבלים לכתחילה פקדונות מאשת איש, דסתמא דהני כולהו לית להו ממונא מדידהו, ואף בנכסי מלוג כיון שיש לבעל זכות פירות, אסור לאשה להפקידם ביד אחר. ואע"ג די"ל שהפקידו אצלה אחרים, מ"מ הרי זה מילתא דלא שכיחא. וכל זה לכתחילה, אבל בדיעבד וקבל פקדון מהאשה, יחזיר לאשה, דמספיקא לא מפיקנן ממון מחזקת מריה, שמא אחר הפקיד אצלה, ואם נחזיר לבעל, בעל הפקדון שהפקיד אצל האשה יפסיד. עוד הוסיף הרמ"ה, דיש לחוש שמא ניתן לה ע"מ שאין לבעל רשות בהם. ולכן על הנפקד להחזיר למי שהפקיד, ואם לא ניתן לה במתנה וכו', ומשל בעלה לקחה, היא עומדת באיסור, והנפקד יחזיר למקום שנטל. ומבואר מהרמ"ה שאין כאן נאמנות של האשה לומר שהם שלה לחלוטין, אלא שעל הנפקד לחשוש שמא זו המציאות. (ועיין מהרי"ט ח"א

סי' קלח ד"ה ובר, דלא שאנו מחזיקים אותם בחזקתה ודאי אלא ספיקא הוי, ולכן למקום שנטל יחזיר). וזה בשאלה מה על הנפקד לעשות, אבל לענין אם תהיה נאמנות בדו"ד עם בעלה שהם שלה לחלוטין, לכאורה הוא הדין שהיא במוחזקתה יכולה לטעון גם טענה לא שכחה שניתן לה ע"מ שאין לבעל רשות בהם, ומכח היותה מוחזקת ותפוסה, לא נוציא מידה מספק. ונראה דאף אלו הסוברים שהיא נאמנת לטעון כן, היינו דמספק אין מוציאים מידה.

ועיין במהר"מ מינץ (סי' כג) שהסתפק אם הדין האמור הוא בדוקא באמרה בפירוש לנפקד שהממון ניתן לה במתנה ע"מ שאין לבעל רשות בהם, או גם בהפקידה בסתם ולא אמרה דבר לנפקד, יחזיר לאשה, או לבעל כיון שלא טענה ברי. ובתחילה ר"ל דכיון דאיתא דייחזיר לאשה שמא ניתן לה וכו', מוכח שלא אמרה לנפקד שניתן לה מתנה ללא רשות הבעל, דאם אמרה, מה טענת שמא יש כאן. ומוכח שגם בסתמא יחזיר לאשה. ודחה מהר"מ מינץ, דאף באמרה לנפקד שלי הם, מ"מ הרי זה מבחינתנו "שמא" ניתן לה ע"מ שאין לבעל רשות בהם, דלאו כל נשי דינא גמירא ידיעה מה שקנתה אשה קנה בעלה. מ"מ אי לאו דאשמעינן דייחזיר לאשה, הייתי סבור שהיה לנפקד להחזיר לבעלה, דמה שקנתה אשה קנתה בעלה, וחדשה הגמ' דייחזיר לאשה, שמא אחר נתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן. אבל נתנה לנפקד סתמא ולא אמרה דשלה הם, יכול להיות דפשיטא שהפקדון בחזקת הבעל, ולכתחילה יש להחזיר לבעל.

וכדעת הרמב"ן מבואר ברב המגיד (פקדון ז', לדעת הרמב"ם), הביאו הב"ש פו,ב, דכל ממון שביד האשה הוא בחזקת נכסי מלוג, וממילא רשאי להחזיר לבעל. ומה דאיתא בסוגיא דייחזיר לאשה, דלא תימא דאינו רשאי להחזיר לאשה, קמ"ל דרשאי להחזיר לאיש או לאשה. ולכאורה מה שהביא המגיד ראייה מדברי הרמב"ם ספ"ב ממלוה ולוה ה"ח, שאם לזה הבעל מאשתו וגירשה, דאין הבעל חייב לשלם לאשה, דכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה, אלא אם הביאה ראייה שהן מנדונייתה. ולכאורה שם מיירי שהבעל הוא המוחזק, ואינו ראייה להיכא שהיא מוחזקת, שיכולה לטעון כן והם שלה. אולם ראייה מפורשת מהרמב"ם בה' אישות כב,ל:

"הרי שנמצאו מעות או מטלטלין ביד האשה, היא אומרת במתנה נתנו לי והוא אומר ממעשה ידיך הם שהם שלי, הרי זו נאמנת, ויש לו להחרים על מי שטוענת דבר שאינו כן, וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות. ואם אמרה על מנת כן נתנו לי על מנת שלא יהיה לבעלי רשות בהן אלא אעשה בהן מה שארצה עליה להביא ראייה, שכל ממון הנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו עד שתביא ראייה."

הרי שמה שהאשה מחזיקה בידה, אינו בחזקה מוחלטת שלה, ואין לה חזקת ממון להיות הממון שלה לחלוטין אלא בחזקת נכסי מלוג. ועיין במגיד שהביא את מחלוקת הרמב"ן והרשב"א הנ"ל, ודעת הרמב"ם כרמב"ן.

ועיין באור שמח (אישות כב,ל) שכתב בבאור דעת הרמב"ם, דטענה שניתן לה במתנה ע"מ שלא יהיה לבעלה רשות בהם, הוא טענה שיש בה ריעותא בחזקה שמה שתחת ידה הוא שלה, דבטענה זו האשה למעשה טוענת שאינו שלה לגמרי, דהרי שיטת הרמב"ם דאם יתנה הנותן ע"מ שאין לבעלך רשות לא מהני, אא"כ יתנה ע"מ שאין לבעלך רשות בהן ומה שתוצי תעשי. והר"ן בנדרים (פח,א ד"ה הנודר) ביאר, דהוי כאומר לה לא יהיה שלך אלא לאותו דבר שתוצי לעשות בהן בכל שעה ושעה, ואין הקנין חל אלא באותה שעה שתוצי לאותו דבר, ולאשה עצמה לא נתן לגמרי להיות שלה. א"כ כשאומרת שאחרים נתנו לה ע"מ שאין לבעל רשות בהם, רק ע"מ שתוצי תעשי, הרי זה כאומרת שלא הקנה לה שיהיה שלה לחלוטין, רק שיהא חל הקנין באותה שעה שתוצי לעשות מהנכסים דבר מיוחד. ולפ"ז טענתה היא נגד החזקה שכל מה שתופס אדם תחת ידו ה"ז שלו, כיון שיש בטענתה שיוור שאין לה בעלות גמורה אלא לכתוצה, וכנ"ל בדברי הר"ן. משא"כ כשטוענת שהבעל נתן לה במתנה, אין כאן שיוור בעצם הבעלות, ויש בטענתה ומוחזקותה חזקה שתחת ידה ה"ז שלה.

והרמב"ם שם בה' אישות כב,לא, כתב: "אמרה לו אתה נתתם לי מתנה, נשבעת שבועת היסט שנתן לה הבעל, ואינו אוכל פירותיהן". וברב המגיד שם כתב, דדעת הרמב"ם דאע"פ שאינה נאמנת לומר אחר נתנם לי, מ"מ כשטוענת ברי אתה נתתם לי - נאמנת, לפי שאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה בכל דבר שהוא יודע האמת כמוה. ולכן כשטוענת שהבעל נתן לה, יש לה חזקה המסייעת שאינה מעיזה, משא"כ כשטוענת שאחר נתן לה, אין לה חזקה זו. וכאמור, ס"ל לרמב"ם שאין מוחזקותה מהוה חזקת ממון שיהיה שלה, אלא הרי זה בחזקת נכסי מלוג. ומה שנשבעת היסט הוא מחמת טענת ברי של הבעל. והנו"כ והאחרונים האריכו בבאור דברי הרמב"ם, בשו"ע אהע"ז פה,יב ובח"מ ובב"ש שם, ובשו"ע חו"מ סי' סב, בש"ך ס"ק ו. ולא ראיתי כאן מקום להאריך, כיון שאין השאלה בדו"ד שיהיה אח"כ בין הבעל לאשה אחרי שיחזיר, מתי נאמנת ומתי לא, אלא השאלה אם לקבל מהאשה פקדונות, ואם קיבל למי יחזיר.

[ועיין בעזר מקודש פו,א לענין אשה ששלחה מתנה סך מרובה, דאין להמנע מלקבל ממנה אף שלא יודעים אם היתה כאן הסכמה של הבעל, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ולא דמי לפקדון, דעצם ההפקדה "מורה כעין הסתרות לגנוב", משא"כ

במתנה, אין אדם חוטא ולא לו. ועיי"ש שהעלה עוד כמה צדדים המתירים לקבל מתנה מאשה, בפרט כששולחת סכום לצדקה למטרת ברכה, עיי"ש.

כל האיסור לקבל פקדונות מאשת איש הוא באופן שמבקשת שהפקדון יהיה רשום רק על שמה, אבל כאשר אומרת או מבקשת לרשום את הפקדון ע"ש שניהם, כשלמעשה הבעל יוכל ג"כ לקבל לידי את הפקדון, אין זה בכלל האיסור שלא לקבל, דבזה אין חשש הערמה והברחה.

ונראה דגם לאמור לעיל דיש נשים המתפרנסות ואינן ניזונות, מ"מ עדיין אין לומר שהכספים הם בחזקת האשה לבדה, ובדר"כ הנכסים הם בשיתוף של שניהם, וכך הם נוהגים, ויותר י"ל שהאשה נו"נ בכספים המשותפים, ומצד אחד י"ל שמותר לקחת ממנה פקדונות, דכן דרך הנו"נ להפקיד כספים משותפים, אך לפ"ז תתעורר שאלה, אם מותר או יש להחזיר את הכספים לבעל, ועיין להלן. ולכאורה יש לדון בכל מקרה וענין לגופו, ולפי מידת ההכרות לבדוק אם משהו מהמפקידים מעלימים זה מזו או זו מזה, ואם הגמ"ח לא משמש כלי להעלמת כספים מבין הזוג, והחכם עיניו בראשו. דכיום הכספים בדר"כ מנוהלים בשותפות, וכ"א מבני הזוג יכול למשוך מהחשבון המשותף, והכספים שמרויחים בני הזוג נכנסים לקופה משותפת וכנ"ל, אא"כ מנהלים חשבונות נפרדים לחלוטין. ולכן כאמור יש לגבאי הגמ"ח לבחון כל מקרה לגופו, אם לקבל לכתחילה, ואין לרשום בטופס ההפקדה.

ז. בנו"נ בכספים, למי יחזיר

וכיום שכ"א מבני הזוג נו"נ בכספים ופועל במסגרת החשבון המשותף, וקבל פקדון מאשה, לכאורה כשהאשה באה לקבל בחזרה את ההפקדה, יחזיר לאשה, אבל כשהבעל בא ותובע וטוען שהכסף שייך גם לו, ולכל הפחות תובע מחצית, אם האשה נו"נ בתוך הבית, האם יכול להחזיר לבעל.

התוס' בסוגיא (הובא לעיל) כתב דאם האשה נו"נ בתוך הבית, אינה נאמנת לומר שהפקדון של אחרים. וכן כתב הרשב"א בתש' (ח"ה סי' עב) כתב דכל הדין הוא באינה נו"נ בתוך הבית, אולם בנו"נ בתוך הבית; "זה נ"ל ברור, דאינה נאמנת והרי הן של בעל לגמרי, עד שתביא ראיה לדבריה". ולכאורה לפי דברי הרשב"א והתוס' דאינה נאמנת לטעון של אחרים, לשיטת התוס' והראשונים שכל הדין שיחזיר לאשה הוא מחמת נאמנותה המוחלטת וכנ"ל, כשאינה נאמנת וכגון בנו"נ, לתוס' והרשב"א, לכאורה יחזיר לבעל (ועיין דברי חיים אהע"ז כתובה סי' יג, דאם אינה נאמנת, הרי זה כבירור ששייך לבעל, עיי"ש). אולם לשיטת הרמב"ן דכל הדין הוא דרשאי להחזיר לאשה וכמש"כ המגיד, דאין האשה נאמנת, גם בנו"נ יהיה רשאי

להחזיר לאשה, דהא לרמב"ן אינה נאמנת לטעון שהם שלה לחלוטין. אולם ברמב"ן מפורש להדיא דכל מה שיחזיר לאשה הוא באינה נו"נ בתוך הבית. ולפ"ז בנו"נ בתוך הבית, יחזיר לבעל ואינו רשאי להחזיר לאשה. ולשיטת הרשב"א דכל הדין שיחזיר לאשה, שמא ניתן לה במתנה גמורה, לכאורה י"ל דכשנו"נ בבית לא חיישינן למתנה גמורה ואמרינן שהם של הבעל ממה שנו"נ. וכן למד בדבריהם התשב"ץ (ח"א סי' נט), וכן דעת המבי"ט (ח"א סי' רמב), שכו"נ הנכסים בחזקת הבעל. אולם לשיטת הריטב"א הנ"ל, דאפי' תימא שהם בחזקת נכסי מלוג, אין על הנפקדים להכניס עצמם במחלוקת, ואפילו הבעל מערר, כיון דספיקא הוא, ממקום שנטל יחזיר והבעל יתבע וידון עם האשה, ומה שיודע זה בדבר יעיד בב"ד, וכל זמן שלא דן עם האשה או לא הביא ראיה ברורה שהיו שלו או שהם נכסי מלוג, לא יחזיר לבעל. לכאורה לפ"ז גם בנו"נ, למקום שנטל יחזיר, וכיון שקבל מהאשה, צריך להחזיר לאשה. ולמהר"מ מינץ הנ"ל, בנתנה סתמא לנפקד והיא נו"נ בתוך הבית, יחזיר לבעל, אבל באמרה במפורש שהם שלה, יחזיר לאשה, ומשמע שם לכאורה אפי' נו"נ בתוך הבית, עיי"ש.

ומש"כ בדעת הריטב"א דלכאורה למקום שנטל יחזיר גם בנו"נ, מבואר להדיא בדברי הריב"ש בתש' (סי' ג) נשאל אם הדין שיחזיר הפקדון לאשה, הוא גם אם האשה נושאת ונותנת בתוך הבית, שהכל משל בעל, או נדון אותה כאריס, כעובדא דאריסיה דבר זיזא, (המובא בירושלמי, עיין ר"ף ב"ק כו, א-ב בעמוה"ר, שנאמן האריס, דיש שאינם מפרסמים עצמם). והשיב הריב"ש דנראה שאפי' האשה נו"נ בתוך הבית יחזיר לאשה, דלמקום שנטל יחזיר. שהרי דעת הרמב"ם דאין האשה נאמנת לומר על מעות שבידה שהם שלה, אא"כ הביאה ראיה שהם שלה, ואעפ"כ פסק הרמב"ם שאם קבל מן האשה, יחזיר לאשה, ורק אם מתה, יחזיר לבעל. וכן דעת הרמב"ן שאין האשה נאמנת על מעות שבידה שנתנו לה במתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן, ומ"מ למקום שנטל יחזיר, והבעל ידון עם האשה. ואע"פ שאינה דומה לאריסיה דבר זיזא, דהתם האריס נאמן מן הטעם הנזכר בירושלמי, דאית בר נש דלא מפרסמא נפשיה. וכאן אין האשה נאמנת, מ"מ יחזיר לאשה, דלמקום שנטל יחזיר. ועיין במהר"מ אלשיך סי' יט (ד"ה ול"ל). וע"ע בגר"א אהע"ז פו, ו, ובחזו"א אהע"ז עב, כ ד"ה בהגר"א.

והנה המחבר והרמ"א בשו"ע אהע"ז פו, א, כתבו וז"ל: "ויש מי שאומר שאם היא נושאת ונותנת בתוך הבית, אינה נאמנת לומר של פלוני הם. הגה: מיהו כל זמן שהיא חיה יחזיר לאשה (טור), מיהו אם החזיר לבעל, פטור הנפקד, אפילו אינה נושאת ונותנת תוך הבית". והגר"א בבאוריו שם ס"ק ה ציין דדעת המחבר כדעת התוס', ועיין בב"י אהע"ז סי' פו. ועיין בח"מ שם ס"ק ה דכיון דקיי"ל דכל אשה הנושאת ונותנת תוך הבית שנמצאו מטלטלין ברשותה, עליה להביא ראיה שיש לה ממון מיוחד שתוכל לטעון שהם שלה, וכל זמן שלא תביא ראיה הכל בחזקת הבעל,

"מכל שכן אם הפקידה ביד אחרים, שיכול הבעל לעכב שלא להחזיר לה רק לו". ולכאורה יש לדייק דדוקא אם טען הבעל ורוצה לעכב, אולם ללא טענת הבעל, ממקום שנטל יחזיר. ובח"מ בס"ק שאח"ז כתב דדוקא אם הבעל לא מעכב יחזיר לאשה, אבל אם הבעל תובע, יחזיר לבעל, שכל הממון בחזקתו.

ולכאורה אף שהב"י כתב בשם יש מי שאומר דבנו"נ אינה נאמנת, בתש' אבקת רוכל (סי' קסד) משמע שפסק כריב"ש. הב"י כתב דאף שיש מפרשים הסוברים דאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית או שבעלה מפקיד בידה כל אשר לו, אינה נאמנת לומר שלי הן, לא משמע כן מדברי הרמב"ם שסתם ולא חילק. וכן כתב הריב"ש דהא דתניא קבל מהאשה יחזיר לאשה, אפי' האשה נושאת ונותנת בתוך הבית, עיי"ש. ועיין באמרי בינה (הלואה נד ד"ה ומהאי) שהקשה סתירה בין מה שפסק הב"י בשו"ע למה שפסק בתש' אבקת רוכל, וכתב דדעת הראשונים דבנו"נ אינה נאמנת, ובלא ספק הכי קיי"ל להלכה, רק בהחזיר לאשה והבעל אינו יכול להוציא מידה, פטור הנפקד.

וכדעת הרמ"א פירש גם הב"ח את דברי הטור. הב"ח אהע"ז סי' פו כתב דכיון שידוע שהבעל מסר בידה את נכסיו, אפילו באינן טמונים אינה נאמנת לומר שלי הם, והיינו בדו"ד בין הבעל לאשה, ולכן בדעת הטור דנשים דידן כולן נושאות ונותנות בתוך הבית, אינן נאמנות אם לא שהפקידו קודם שנישאו; "ומיהו הא דתני קבל מן האשה יחזיר לאשה, אפילו בנושאת ונותנת בתוך הבית נמי יחזיר לאשה, דלמקום שנטל יחזיר, אלא שלאחר כך דינו עם האשה כך כתב הריב"ש בס"י נ, ומביאו ב"י. ופסק כך בהגהת שו"ע (ס"א). ונ"ל דבזו אם הבעל עומד וצווח ואומר שלי הוא, מודה הריב"ש דלא יחזיר לאשה". מבואר דס"ל בדעת הטור כמש"כ הריב"ש, דאף בנו"נ יחזיר לאשה, דלמקום שנטל יחזיר, רק לדעת הב"ח בעומד ותובע הבעל את הנפקד, מודה הריב"ש "דלא יחזיר לאשה". ולא כתב הב"ח דיחזיר לבעל, ונראה דיהא מונח ביד הנפקד עד שידונו ביניהם.

ובדעת הרמ"א שיחזיר לאשה כל עוד היא חיה, כתב בגר"א בס"ק ו מדברי הריב"ש סי' נ (הנ"ל). והח"מ ס"ק ז תמה על הריב"ש, דמדוע אפי' הבעל מעכב יחזיר לאשה, דראית הריב"ש (הנ"ל) אינה ראייה לאשה הנו"נ תוך הבית שהכל הוא של הבעל, דודאי כל זמן שאין הבעל מעכב אין לו לנפקד להיות אפטרופוס של הבעל, משא"כ כשהבעל מערער ותובע. וכן הקשה בב"ש ס"ק ז, ומבואר דס"ל דדעת הריב"ש דיחזיר לאשה אפי' הבעל מערער, דלא כב"ח. ודעת הח"מ והב"ש, דכיון שבנו"נ הכל של הבעל ולא רק הפירות, לא יחזיר לאשה אלא לבעל, וע"ע בב"ש שם ס"ק יח. יוצא א"כ דהב"ח הח"מ והב"ש מסכימים שלא יחזיר לאשה אם הבעל מערער ותובע, רק נחלקו בדעת הריב"ש.

ובב"ש פו, כתב לענין הא דיחזיר לאשה (באינה נז"נ), דאפי' אינה נאמנת לו, מ"מ אין אנו מחזיקים דודאי גנבה אלא חשש הוא שמא גנבה, משום הכי בכל ענין יחזיר לידה. ובחזו"א (חז"מ ליקוטים ה, ח) כתב דאם אינה נאמנת לו והבעל לפנינו ותובע הסכום, דיחזיר לבעל. ושם בס"ק יח הסתפק כשהבעל אינו לפנינו ואינו תובע, האם יש חיוב להודיע לבעל. וכתב דכיון שמעיקר הדין אינה נאמנת, אלא שאין חושדים שגנבה, ולכן לשיטת הרמב"ם אין צריך להודיע לבעל, עיי"ש.

וב"ש פה, כח כתב דאשה הנז"נ, נאמנת לומר שבעלה נתן לה במתנה; "מיהו בנושאת ואומרת אתה נתת לי במתנה, יש לומר דנאמנות מטעם דאינה יכולה להעזיז, לפי סברת המגיד". ולפ"ז אף לדעת הב"ש, גם אם הבעל מערער, יכולה לטעון אתה נתת לי מתנה, והיינו לסברת המגיד בדעת הרמב"ם שנאמנת לומר אתה נתת לי במתנה, מאחר ואינה מעיזה. אולם למש"כ בעה"ת דנאמנת מפני שהיא מוחזקת, י"ל דבנו"נ לא חשיב חזקה ואינה נאמנת, עיין ב"ש שם ס"ק כט. ועיין תומים סב, שכתב דהנפק"מ בין טעם הנאמנות מפני שאינה מעיזה או מפני שהיא מוחזקת, אם נז"נ בתוך הבית נאמנת לומר לבעל שנתן לה במתנה, דלטעם המגיד אינה מעיזה אף בנו"נ, אך לא חשיב חזקה בכה"ג, דכיון שהיא נז"נ בתוך הבית, הכל בחזקת הבעל. ועיין דברי חיים (כתובה סי' יד) דאף למגיד נאמנת לטעון ואינה מעיזה דוקא כשהיא מוחזקת.

לאמור לעיל באשה נז"נ בתוך הבית, באנו למחלוקת הראשונים אם יחזיר לאשה או לבעל, וכיון שבזמן הזה יש צד לומר שיש לאשה גם כספים משלה, המחזיר לאשה כדעת הריב"ש ודעימיה, וכמו שפסק הרמ"א, יש לו על מי שיסמוך.

ה. שולטת בנכסים, אם דינה כנו"נ

הקביעה שהאשה נז"נ בתוך הבית, נבחנת ביחס לסכום המדובר. דהיינו, אם מדובר בסכום מסוים שעליו דנים בהפקדה, יש לבחון אם האשה נז"נ בסכום הנידון, פועלת, קונה או/ו מוכרת בסכומים כאלה. יש מקרים רבים בהם מדובר בסכום גבוה במיוחד שהאשה לא נז"נ בו, אך מכח היותה שותפה בחשבון הבנק, או כשיש לה את המפתח לכספת או גישה לסכום, היא שולטת בכסף כמו הבעל, אף שאינה נז"נ בסכומים אלה. ולכאורה גם כשאינה נז"נ, כיון שהיא שולטת, דינה כנו"נ, דחד טעמא הוא, דכיון שהיא שולטת בנכסי בעלה, אמרינן שמנכסי בעלה הכספים. ולעיל הובאו דברי התוס' בב"ב נא,ב (ד"ה קבל) שהסתפקו באלמנה שאינה נז"נ בחיי בעלה, אבל ממון בעלה מצוי בידה, אם חשבינן לה כנו"נ. ולכאורה הספק גם לגבי אשה, אם הממון בשליטתה, אף שאינה נז"נ בו, אם השליטה היא הגורמת לכך שלא תהיה

נאמנת, או הנ"נ בממון. וצדדי הספק לכאורה, דלא חשדינן לה בגניבה, אך כשנ"נ הסברה נותנת שכל הממון של בעלה, ולכן י"ל דגם בשליטתה כן, או יש לחלק. וכנ"ל.

והרא"ש שם בב"ב (הנ"ה) כתב דאף אם האשה אינה נ"נ בממון אלא הבעל הוא הנושא ונותן, אולם הבעל מפקיד ביד האשה כל אשר לו, דינה כנושאת ונותנת ועליה להביא ראיה. וכן פסק הטור (אהע"ז סי' פו). וכן פסק הלבוש (אהע"ז פו,א): "יש מי שאומר שאם היא נושאת ונותנת בתוך הבית או אפילו אינה נושאת ונותנת, אלא שדרך הבעל שמפקיד לה כל אשר לו, המעות הנמצאות בידה אינה נאמנת לומר שלה הם או של פלוני הם, דחזקה גדולה יש דמשל בעלה הם, כיון שנושאת ונותנת תוך הבית או רגיל להיות ממון של בעלה תחת ידיה". והיינו דחד טעמא הוא נ"נ או שולטת, דכיון שמצוי ממון הבעל בידה, בין אם מחמת שהיא נ"נ או שולטת, חזקה שהממון משל הבעל. וכן פסק בח"מ פה"ל וב"ש פה"כ. ועיין בתומים סב,ו שהקשה מזה על הש"ך שם (סב,ח), על דברי הרמ"א שם דסתם נשים נ"נ בתוך הבית, ס"ל לש"ך דאינן נ"נ אלא שולטות, דמוכח מהרא"ש והטור דאין חילוק בין נ"נ או שולטת, וא"כ פשיטא כדעת הרמ"א דסתם נשים נ"נ או שולטות, וכן עמא דבר. וכן הקשה בשעהמ"ש סב,א.

לאור הנ"ל נראה דאין לחלק אם נ"נ בתוך הבית או שולטת בנכסים. וכאמור, יש לבחון את הקביעה אם היא נ"נ או שולטת, ביחס לשאלה, לסכום הנידון, האם בסכום כזה שנידון לפנינו היא נ"נ או שולטת, שאין בנו"נ או שולטת בסכום קטן, ראה לנדון של סכום גדול.

לאור האמור לעיל:

א. אשה שהיא המפרנסת היחידה בבית, והבעל אינו מעלה לה מזונות, כל עוד לא נתן לה מזונות ותבע מעשי ידיה, הרי זה כאומר צאי מעשי ידיך למזונותיך, וכמוחל מעשי ידיה, ומשכורתה שלה, גם מה שמעבר למזונותיה. [מעש"י האמור בסימן זה מתיחסים לכל כסף הנובע ממעש"י, ובכלל זה הפרשות לקופות גמל וקרנות השלמות, שהפריש העובד או המעביד].

ב. כאשר הבעל והאשה מתפרנסים מקופה משותפת, וכך נוהלו עניני הכספים ביניהם, כשהבעל אינו תובע מעשי ידיה, והיא אינה תובעת מזונות, אלא שניהם חיים מהקופה המשותפת ללא דקדוק, אין לראות באי התביעה מחילה גמורה אלא רק הסכמה שהכספים יהיו בשיתוף של שני בני הזוג. ואף אם יש מחילה מדין מעשי ידיה תחת

מזונותיה, הנהגת השותפות יוצרת את השותפות הנהוגה בכספים אלו. ואין נפק"מ אם הכספים נמצאים בחשבון הבנק שע"ש האשה בלבד. וכן בנדו"ד כשהוצאות הגדולות מחשבון האשה.

ג. י"א ששכרה של אשה מעבודות שמחוץ לבית, אינם בכלל התקנה של מעשי ידיה תחת מזונותיה.

ד. אף דקיי"ל שאין מקבלים פקדונות מאשת איש לכתחילה, האמור הוא באופן שהאשה חפצה שהפקדון ירשם על שמה בלבד, אולם אם אינה מביעה התנגדות שהפקדון ירשם על שמה ושם בעלה, כך שלמעשה יוכל הבעל למשוך את ההפקדה, רשאי לקבל ממנה פקדון, ואין בזה חשש הברחה.

ה. במידה והאשה עומדת על כך שהפקדון ירשם על שמה, על הנפקד לדרוש ולבחון אם מצוי במקרה המסוים ובסכום האמור, שיהיה לאשה ממון משלה שאין לבעלה רשות בהם, כגון באשה שהיא מפרנסת יחידה, וכאמור לעיל. אמנם במצב של ספק ואי ודאות, אסור לו לקחת פקדון מאשת איש, וכדקיי"ל דאין מקבלים פקדונות מאשת איש.

ו. בכל מקרה על הנפקד להחזיר את הפקדון לאשה.

ז. אמנם בזמן הזה שהאשה נושאת ונותנת בתוך הבית או שולטת בממון הבית, נחלקו הראשונים אם יחזיר לבעל, או אע"פ כן ממקום שנטל יחזיר. ודעת הרמ"א דאף בנו"נ בתוך הבית, יחזיר לאשה.

סימן ג

חוב בעל בשכירת עו"ד לאשה, להצילה ממאסר

ראשי פרקים

א. מניעת מאסר אם הוא בכלל חוב פדיונה

ב. כשהאישום נובע מחמת מעשיה הרעים

ג. מענת הבעל שהאשה לא נתנה לו פירות

ד. אם יש עליו חוב לשכור עו"ד בתשלום גבוה

באשה שנחקרה במשטרה בפלילים, ובמידה והחקירה תגיע לכלל כתב אישום, הרי שמרחפת על האשה סכנת מאסר לתקופה של עד שנתיים, ונשאלתי האם במסגרת חובי הבעל לאשתו, ניתן לחייב את הבעל לשכור לה עו"ד, במידה וכן, האם יש לחייבו לשכור לה עו"ד מהטובים שעלותם בהתאם.

א. מניעת מאסר אם הוא בכלל חוב פדיונה

תנן במשנה כתובות מו,ב דהבעל חייב בפורקונה של אשתו. ובגמ' מז,ב, דתיקנו פורקנה תחת פירות. ובתוס' שם (ד"ה זימנין), דאע"ג דעיקר התקנה בשביל האשה, מ"מ אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות. עוד כתבו התוס' (שם), דאע"ג דלרב הונא יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה, התם משום דאינה מפקעת לגמרי התקנה, שאם אמרה היום איני ניזונת ואיני עושה, למחר תעשה ותהא ניזונת, משא"כ באיני נפדית ואיני נותנת פירות, מפקעת לגמרי תקנת פירות, דפירות של כל ימיה הם תחת פרקונה. ואף אם יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה לעולם, אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות, דהתקנה היא שלא תטמע בין העובדי כוכבים, ואם תוכל לומר כן, תטמע בין העכו"ם. עוד תירצו, דבפירות זכה מיד, דידו כידה, וע"כ אינה יכולה לסלקו, משא"כ מעשי ידים שאינם בעולם. וכן הוא ברשב"א שם, דאף דהתקנה לטובתה, מ"מ אינה יכולה לומר איני נותנת פירות ואיני נפדית, דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם, דכשיהיה לה פירות תאמר איני נפדית וכו', וכשלא יהיה לה פירות, נחייב את הבעל לפדותה, ולקתה מדת הדין בכך.

וכן הוא במאירי שם, דפדיון אין דעתה גומרת בכך אלא סבורה היא שלא תבא לידי שבי, וכשתבא לידי כך תתחרט, ואין זו תקנתה. ועיין רמב"ם אישות יד, יח, ובשו"ע אהע"ז סי' עח.

והשאלה אם חיוב פורקנה הוא גם בכה"ג שעדיין לא נשבת, וצריך להוציא הוצאות להשתדל להמנע ממאסר. וכן אם עצם הישיבה במאסר נחשבת כשבי, שהרי דין פורקנה לכאורה שלא תטמע בין העכו"ם, ולכן אינה יכולה לומר איני נותנת פירות ואיני נפדית, וכמש"כ התוס' כתובות מז, ב (ד"ה זימנין) ותוס' ב"ב מט, ב (ד"ה יכולה) דלטובתה נתקן שלא תטמע בין העובדי כוכבים, וע"ע מרדכי כתובות רסד ועוד. וכן בלבוש (אהע"ז סט, ה) דמה שתיקנו לו חכמים שיאכל פירות נכסיה; "דילמא אישתבי ולא יפרוק לה ויניחנה מטומעת בין הגוים". וצ"ע אם טעם זה שייך בבית האסורים בישראל. ואפשר בזה שבית האסורים גם בישראל, הוא מקום גרוע מהבחינה הרוחנית וד"ל, ושייך בו טעם הנ"ל.

ולכאורה יש לדון גם בחיוב הבעל ברפואת אשתו, אם חייב הבעל גם ברפואה למניעת מחלה, כמו מזונות מסוימים או תרופה מונעת, או שהחיוב הוא רק לרפואתה מחולי. ומצאתי לגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה חור"ד ח"ב סי' קנח שכתב מסברא:

"דהא הבעל נתחייב בתנאי כתובה מזונות לכל ימי מיגר ארמלותה שבכלל זה הוא גם רפואה שאין לה קצבה בכלל כמפורש בכתובות דף נב ואיפסק כן באה"ע עט, א, וא"כ ודאי יש בכלל חיוב זה באשה שעלולה להתחלות בלא מזונות יתירי ושאר עניני הוצאות, כמו בגדים חמים וכד', להוציא עליה בכל מה שצריכה ..."

ולכאורה יש להביא ראיה מהגמ' כתובות נב, ב: אמר רבי יוחנן, עשו הקזת דם בארץ ישראל כרפואה שאין לה קצבה. והקזת דם לכאורה אינה רפואה בעצם אלא מונעת, וצ"ע, דיש המקיזים דם לרפואה עצמה. וע"ע בשואל ונשאל ח"ו סי' לה. ולכאורה גם לענין פדיונה, לא רק פדיון משבי אלא גם מניעת שבי בכלל החיוב, דומיא דרפואה.

וע"ע בתשב"ץ (ח"ב סי' קעו) מי שברח מעירו מפני פחד גזרת השמד, והשאיר שם בעיר את אשתו וכל נכסיו, ועמדו עכו"ם ובזזו את רכושו, ורצו להוציא אשתו לשמד, ונשאר בידה מעט ממון ושכרה אניה לצאת מגזרת השמד, אע"פ שהעכו"ם היו אומרים לה שאם תתעכב שם יפרעה כתובתה מהכסף שנשאר בפקדון. ועתה מפני מריבה שיש בינה ובין בעלה רוצה הבעל לגרשה, וטוען הבעל שהוא פטור

מכתובתה, שמה שמהרה לצאת הפסיד מה שנשאר לו שם. והשיב התשב"ץ: "מתנאי כתובה הוא שיהא הבעל חייב בפרקון אשתו כדאיתא בכתובות מו,ב ונא,א, ובכלל פרקונה הוא זה אע"פ שמעצמה מסרה עצמה ביד המלחים. והכי מוכח בגיטין מו,ב ... וכ"ש הכא דאיכא קטלא ובכאן נמי משום קלקול השמר חייב לפדותה ...". ולכאורה אף שעדיין לא היתה שבויה בידיהם, מ"מ חייב בפורקנה.

ולענין השאלה אם מאסר נחשב כשבי, לכאורה נראה להביא ראיה ממש"כ ביש"ש (גיטין ד,טו), בענין המהר"ם מרוטנבורג שהיה תפוס במגדול אייגזהם כמה שנים, והשר תבע מן הקהלות סך גדול, והקהלות היו רוצים לפדותו, ולא הסכים מהר"ם שיפדוהו, כיון שאין פודין השבויים יותר מכדי דמיהם. ותמה היש"ש, דמאחר שהיה תלמיד חכם מופלג, ולא היה כמותו בדורו בתורה ובחסידות, שרי לפדותו בכל ממון שבעולם, עיי"ש. ומוכח שמאסר דינו כשביה לענין פדיון שבויים. וכן יש לכאורה להביא ראיה מדברי הרמב"ם מלוה ולוה א,ו, שדין מאסר כדין שבי לענין חיוב מצות פדיון שבויים, וז"ל:

"היו לו מטלטלין או קרקע והרי עליו שטר חובות לעכו"ם ואמר הרי כל נכסי משועבדין לעכו"ם, ואם יטלו אותן הישראלים בחובם יאסרו אותי העכו"ם בחובן ואהיה בשביה, הורו רבותי שאין שומעין לו ויגבו הישראלים, וכשיבאו העכו"ם ויאסרוהו הרי כל ישראל מצווין לפדותו."

ולהדיא נמצא בתש' הרשב"ש (סי' תקג) באשה שהיתה תפוסה ביד המלכות, ונצרכה למעות לפדות נפשה; "והיא נתפשרה עם דודתה שנתנה לה דבר ידוע ומחלה לה הכל, ואם הדבר כן אין לבעל דין ודברים בזה לפי שהוא חייב בפדיונה". וכן מבואר בתש' מעיל צדקה סי' טו (עיי"ש מד"ה ומעתה אבאר, עד סוף הסי', הובא גם בפ"ת אהע"ז עח,א) לענין אשה שקנתה מגנב, ונתפסה למאסר (יובא להלן), מוכח שמאסר דינו כשביה לענין חיוב הבעל לפדותה, ורק דן אם החיוב לפדותה הוא גם כשפשעה. וע"ע פד"ר כרך יג עמ' 340 ולהלן, וכרך טו עמ' 126, בחיוב בעל בהוצאות שנפסקו בביהמ"ש, וזאת במידה ולא תשלם תאסר, מדין חיוב בעל בפדיונה.

ומאחר שמאסר הוא גם כשבי, ומכיון שאין אפשרות לפדותה ממאסר לאחר שביהמ"ש יפסוק כנגדה מאסר, הרי שמה שחייב לפדותה הוא למנוע ממנה את השבי בהשתדלות הראויה של שכירת עו"ד. ולכאורה אם כל התביעה היא ממונית, דהיינו שתקבל קנס כספי, עד כמה שהבעל אינו חייב בעצם הקנס, גם אינו חייב בשכירת עו"ד, ואם הקנס יוטל עליו, הרי זה מענינו לשכור עו"ד. לכן הדברים אמורים דוקא במקום שיש חשש למאסר, כגון אם התביעה דורשת מאסר בפועל. (ונראה דעבודות שירות אינם בכלל, ודמי לקנס).

ב. כשהאישום נובע מחמת מעשיה הרעים

השאלה אם חייב הבעל לספק לאשתו הגנה משפטית, כאשר הסיבה לתביעה נובעת ממעשה שעשתה האשה. דאם העלילו עליה, פשיטא שחייב וכנ"ל, אולם אם היא במעשיה הביאה על עצמה תביעה זו, האם חייב לשכור לה עו"ד.

הבית מאיר עחא (הובא גם בפ"ת אהע"ז עחא) כתב דמצא פס"ד מדייני פפד"מ, דחייב בעל לפדות את אשתו דוקא אם נשבת ממילא, אולם אם נשבת מחמת שגגבה, אין הבעל חייב לפדותה. והבי"מ כתב להקשות על פסה"ד, וס"ל דחייב הבעל בפדיון ורפואה, גם אם נשבת או חלתה בפשיעתה. ובפ"ת כתב להקשות על הבי"מ מדברי הריטב"א כתובות נא, וז"ל: "פירש רבינו דלהכי קתני לקתה ולא קתני חלתה, לאשמועינן שאם חלתה בפשיעותא אינו חייב לרפאותה". וכן מבואר בדברי המאירי כתובות נב, א לענין אלמנה שחלתה בפשיעה: "שאין היורשים חייבין לרפאותה, אף ברפואה שאין לה קיצבה, ואף לענין הבעל כתובה רבותי". ובבית יעקב (עטא) הביא דברי הריטב"א הנ"ל, וכתב דפשוט הוא. וכן הביאו האבני מלואים עטא.

עוד הביא הפ"ת מתש' מעיל צדקה (סי' טו), בענין אשה שקנתה מגנב בעודה תחת בעלה הראשון, וכעת בהיותה תחת בעלה השני, נתבעת על כך שקנתה מהגנב. וכתב המעיל צדקה, דאם האשה מודה שידעה שקונה מגנב, נמצא שפשעה בעצמה לסכן נפשה;

"כי ידוע לכל מחוק המלכות להקפיד, שאומרים לאו עכברא גנב אלא חורא גנב, וא"כ אפשר שאפי' אם נעשה המעשה תחתיו היה פטור מלפדותה ... אע"פ שפורדין המוכר עצמו לגויים שני פעמים, התם היינו טעמא שלא לדחות האבן אחר הנופל ושלא יטמע בין הגויים, ואולי מחמת עניו עשה מה שעשה, אבל להטיל החיוב על הבעל מדין פרקונה לא, דלא תקנו חז"ל שאם נשבת שחייב הבעל לפדותה אלא אם נשבת באונס כסתם שבייה, אבל לא מאי שפשעה בנפשה, דאל"כ כל אחת שיהיה לה כעס עם בעלה, תפיל נפשה לגייסות ..."

ולכאורה הראיה שהביא שם מעבד, דיש לחלק בין עבד שיכול להפיל עצמו לשבי וגם להזיק, משא"כ אשה לא תזיק לעצמה ע"י שתפיל עצמה לשביה, ואין לחוש לזה שתרצה להזיק לעצמה יותר מלבעל. ובשו"מ (קמא, ח"ג סי' קצה), דתנאי כתובתה - אם תשתבאי אפרקינך, הוא דוקא כשנשבת באונס, אבל כשנשבת ע"י פשיעתה כגון שגגבה, אין הבעל חייב לפדותה, דא"כ תעשה כן בכל יום כדי שיצטרך לפדותה. וא"ל דכיון דאינו חייב לפדותה בפעם שנית כמבואר בטוש"ע אהע"ז סי'

עח,ג, דפדאה ונשבית פעם שנייה ורצה לגרשה, מגרשה ונותן לה כתובתה והיא תפדה את עצמה, וברמ"א: דבלאו הכי אינו חייב לפדותה פעם שניה. וא"כ לא תוכל לעשות כן רק פעם אחת, וע"ז חייב עצמו לפדותה. דו"א, דלשיטת הרמב"ם כל שאינו רוצה לגרשה מחויב לפדותה אף בפעם השניה, וא"כ שוב תבטח ברוב אהבת בעלה ותעשה מעשים רעים, וע"כ מסתברא דלא חייב לפדותה בכה"ג. ובלא"ה כיון דאמרו בכתובות מזב, דשביה הוי אינו מצוי, ולכן תקנו פירות שאינו מצוי, דוקא שבייה באונס אינו מצוי. אולם מעשים בפשיעה שנאסרת בגינם בבית האסורים, הרי זה מצוי, ומחסדי המלכות עלינו לענוש כל עושי עולה, וא"כ הוה מצוי ולא תקנו על זה, עיי"ש.

וע"ע בפסקי הלכות יד דוד (אישות יד, ס"ק קיג), דאף אם אינו מחויב לפדותה מדין פדיונה, מ"מ יש לחייבו מדין צדקה, בהיותו קרוב ביותר, ואין מטילין על הציבור לפדותה, כשהקרוב יכול לפדותה. אולם לעצם השאלה אם חייב לרפאותה כשחלתה בפשיעה, ס"ל דמזה שהרמב"ם והשו"ע לא חילקו וכתבו בסתמא שחייב לרפאותה, וכן באלמנה לא חילקו, משא"כ באחים שותפים (ספ"ח משותפין, ובשו"ע חו"מ קעז,ב) חילקו בין פשיעה לאונס, ומוכח דבאשה ואלמנה אין חילוק בין פשיעה לאונס. עוד ראיתי סברא באחרונים לחייב הבעל בחלתה או נשבית בפשיעתה, דלא גרע משברה כלי בפשיעה, דפטורה מדין שלום בית או פשיעה בבעלים, וא"כ הוא הדין פשיעה בעצמה וחלתה או נשבית, דאין לחייבה, וצ"ע.

ולענין ספק אם חלתה בפשיעה, ראיתי בזה מחלוקת אחרונים. בערך שי עח,א כתב דכיון דהוא ספק, הבעל פטור. ובהיכל יצחק (ח"א סי' ג) כתב דאין כאן ספק ממון אלא ספק נפשות, וחייב הבעל גם במקום שספק אם חלתה בפשיעה, וגם אם ודאי חלתה בפשיעתה, כיון שנחלקו בזה וכנ"ל, הוי ספק נפשות וחייב.

ונראה לענ"ד לישב דמר אמר חדא ומר חדא, ולא פליגי, ויש לחלק בין סוגי הפשיעה השונים, אם היה בפשיעה שברי שתחלה או תאסר, י"ל שאין הבעל חייב בפורקנה וברפואתה, דבזה שייך הסברות הנ"ל שלא תיקנו. אבל ככל שמדובר במעשה שהרבה עושים, ומקצת וחלק רק נחלים או נתפסים, בזה י"ל דלא חשיב פשיעה לפטור את הבעל, כיון דרבים עושים ועלתה בידם, אין זה פשיעה המפקעת את חיוב הבעל. דלכאורה נראה דחיוב הבעל הוא בכל ענין ואופן שחלתה ונשבית, אלא שלריטב"א ודעימיה, הוציאו מהכלל כשחלתה בפשיעה, ולכן דוקא חלתה בפשיעה באופן שודאי תנזק, אבל בפשיעה שרבים עושים ולא נחלים, לא הוי פשיעה היוצאת מכלל התקנה. ומעין זה מצאתי אח"כ ביד דוד (אישות יד,ג) לחלק בין צינים ופחים, שהבעל חייב לרפאותה, לבין עושה מעשה בידיים שתחלה. והגרי"נ רזנטל זצ"ל במשנת יעקב (אישות יד,יז) חילק בין עושה לתאונה, שחייב הבעל, לבין מתכונת להזיק לעצמה.

ולפ"ז בנדו"ד שמדובר במעשה שככל הנראה רבים הם העושים ולא נתפסים, ורק בעקבות הלשנה ערכו חקירה כנגד האשה (ואכמ"ל), אין כאן גדר של פשיעה לפטור את הבעל מחיוב פדיונה. ולכן חייב לכאורה לשלם עבור העו"ד שתשכור האשה.

ג. טענת הבעל שהאשה לא נתנה לו פירות

יש לדון אם בכלל שייך ששני בני הזוג יסכימו שלא לתן לו האשה פירות מנכסיה ולא יפדנה. ומה הדין אם עמדו כך בשתיקה, שאינה נותנת לו פירות מנכסיה. והתבאר לעיל שאין הבעל יכול לומר איני פודך ולא אטול פירות, עיין תוס' כתובות מז,ב (הנ"ל) וב"ב מט,ב. ועיין ברשב"ם שם (ד"ה כדרב הונא) לענין מה שאשה יכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה, דכיון שתקנו את התקנה לטובתה, יכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה; "והוא הדין לפירות של נכסי מלוג שתקנו חכמים לבעל פירותיה תחת פרקונה, כ"ש וכ"ש שאם אמר איני מקבל עלי תקנת פרקונה ואיני חושש בפירות נכסי מלוג שתקנו לי, דמועיל התנאי בעודה ארוסה, שעדיין לא זכה בקרקעותיה לפירות". ודוקא בעודה ארוסה שעדיין לא זכה בפירות, דלא כמו במעשי ידיה שלא זכה בהם, ועיי"ש בתוס'. ובראשונים מבואר דגם היא אינה יכולה לומר כן. וכן פסק המחבר בשו"ע אהע"ז פה,א דאם אמרה שאינה חפצה בתקנה זו, אין שומעין לה, וכ"פ המחבר גם בסי' סט,ה. ובב"ש עח,א ובח"מ עח,א כתבו, דאפי' שניהם נתרצו לזה לא מהני, דב"ד מוחין בהם כדי שלא תטמע בין העכו"ם.

והנה המחבר בשו"ע אהע"ז סט,ה, פסק: "אם היא אומרת איני נותנת לך פירות ואיני חפצה שתפדני אם אשבה, אין שומעין לה, כדי שלא תתערב בין העובדי כוכבים. (רמ"א) וכן בירושה וקבורה, אין אחד מהם יכול לומר איני קובר ואיני יורש, אלא קובר ויורש". ולכאורה מדברי הרמ"א משמע דפדיונה דומיא דירושה וקבורה, שאין אחד מהם יכול לומר כן, אבל שניהם יכולים להסכים שלא יפדנה ולא לתן פירות. וכן דייק בבית מאיר עח,א. וכתב דהדבר תלוי בטעמים שהביאו התוס' (הנ"ל), שטעם שאי אפשר להתנות בענין פירות ופדיונה, דלטעם שלא תטמע בין העכו"ם, אינם יכולים להתנות על תקנת חכמים, דאפי' ברצון שניהם שייך הטעם שלא תטמע בין העכו"ם. אמנם לטעם שכתבו שם התוס' דידו כידה, יכולים להתנות בהסכמת שניהם, ולכן כתב הח"מ דהבית דין מוחים בהם, והיינו דמהני התנאי, אלא שבי"ד מוחים בהם.

ולכאורה לפי הנ"ל יש על הבעל חיוב לפדותה, ואינו יכול להתנות, ואף אם יכול להתנות, בית דין מוחים בהם. ולפ"ז כל זמן שלא אכל פירות, אם לא היו

פירות, חייב לפדותה בכל ענין, וכמש"כ הב"ח בריש סי' עת. אולם אף אם היו פירות והוא לא תבע, י"ל שמחל לה אכילת פירות, וחייב פדיונה במקומו עומד. ואם לא מחל ותבע והיא לא נתנה, יש לו זכות לתבוע ממנה את הפירות. אולם כשלא תבע, י"ל שמחל לה אכילת פירות, וחייב לפדותה כתקנת חכמים, שהרי לא מחלה היא על פדיונה, ואף אם מחלה או התנו, לא מהני לפטור עצמו מחיוב פדיונה. ומה שלא נתנה לו פירות והבעל שתק ולא תבע, מחל על אכילת פירות, אבל אין בזה כדי לפטור אותו מחיוב פדיונה. ועיין מש"כ בזה בח"ו סי' ג.

ד. אם יש עליו חיוב לשכור עו"ד בתשלום גבוה

ובנדו"ד שיש עו"ד טובים יותר הגובים תשלום גבוה, יחסית לעו"ד אחרים, יש לדון אם חייב הבעל לשכור עו"ד במחיר גבוה. ענין זה לא שייך לדין אין פודים את השבויים יותר מכדי דמיהם, כיון שלא שייך בזה תיקון העולם (כתובות נב, א-ב), דהטעם שאין פודים, כדי שלא ירגילו להעלות על דמיהם, וכמש"כ רש"י בסוגיא, וזה לא שייך בנדו"ד. וכל הדיון הוא אם שייך חיוב של לפי כבודו וכבודה, ודין עולה עמו, בחיוב פדיונה.

רדין עולה עימו וחיוב לפי כבודו, מצאנו לענין מה שחייב הבעל לקבורה, לענין חיוב מזונות, ולענין חיוב האשה להניק את בנה, כשאין דרך משפחתו או משפחתה להניק. תנן במשנה בכתובות מו, ב, לענין חיוב הבעל בקבורתה: רבי יהודה אומר, אפי' עני שבישראל, לא יפחות משני חליין ומקוננת. ובגמ' שם מח, א: מכלל דת"ק סבר הני לא. היכי דמי, אי דאורחה מאי טעמא דת"ק דאמר לא, ואי דלאו אורחה, מאי טעמא דר"י. לא צריכא כגון דאורחיה ידידיה ולא אורחה ידידיה, ת"ק סבר כי אמרינן עולה עמו ואינה יורדת עמו (מבעולת בעל נפקא לן בעלייתו של בעל ולא בירידתו של בעל בפרק אע"פ - רש"י), הני מילי מחיים (כגון הוא אומר להניק את בנה והיא אומרת שלא להניק, ודרך בנות משפחתה להניק בניהם ולא דרך משפחתו), אבל לאחר מיתה לא, ורבי יהודה סבר אפילו לאחר מיתה. אמר רב חסדא אמר מר עוקבא הלכה כרבי יהודה. ובהמשך הגמ': אמר רב חייא בר אבין אמר רב הונא, מי שהלך למדינת הים ומתה אשתו, ב"ד יורדין לנכסיו וקוברין אותה לפי כבודו לפי כבודו ולא לפי כבודה (בתמיה, מידי דאורחה ולא אורחיה מי לא בעי למיעבד לה, הא ודאי אינה יורדת עמו, ואפילו למאן דלית ליה עולה עמו לאחר מיתה, אינה יורדת אית ליה) אימא אף לפי כבודו. הא קמ"ל עולה עמו ואינה יורדת עמו ואפילו לאחר מיתה. וכן איתא בכתובות סא, א, בבעל אומר להניק והיא אומרת שלא להניק, כל היכא דלאו אורחה, שומעין לה. היא אורחה והוא לאו אורחיה מאי, בתר ידידיה אזלינן או בתר ידידיה אזלינן, ופשיטנא ליה מהא עולה עמו ואינה יורדת עמו. אמר

רב הונא מאי קראה (בראשית כ) והיא בעולת בעל, בעלייתו של בעל ולא בירידתו של בעל.

והנה באבני מילואים יגטז, בדעת ר"ש הזקן המובא שם בשו"ע אהע"ז יגיד, דבגרושה דוקא שהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה, אבל אם לא הניקה עד זמן זה, אינה חייבת להניק, דהא אי בעיא לא תניק ליה כלל, ואפילו בשכר. והב"ש שם ס"ק לז כתב דלכאורה גם באלמנה אינה חייבת להניק, וכגון שהיא עשירה או אין לה מזונות. ולפ"ז י"ל דגם אלמנה מותרת להנשא. אולם הב"ש דחה דאין להקל, דהא לא כתבו הפוסקים היתר זה אלא בגרושה ולא באלמנה, וע"כ הטעם משום דגרושה לעולם היא פטורה להניק א"כ אינה בכלל מניקה, אבל אלמנה דלפעמים חייבת, הרי היא בכלל מניקה. והאבנמ"ל הקשה, דכיון שחייב הנקה באלמנה הוא מכח חיוב מעשי ידיה ליורשים, וכיון שלאנשי יהודה (ר"פ אלמנה ניוזנות), יכולים לסלקה בכל עת, ולכן אין מעשי ידיה שלהם, ועכשיו דנהיגין כאנשי יהודה, וכמש"כ הרמ"א בשו"ע אהע"ז צג, דיכולים לתקן כל ב"ד במקומם שהיתומים יסלקו את האלמנה בכל עת שירצו, אין מעשי ידיה ליורשים. והב"ש הביא ראיה לאסור גם בעשירה, דהא בי ר"ג התירו חז"ל לשאת מינקת משום דהם מפורסמים שאינם מניקים, אף שבי ר"ג עשירים היו ומכל מקום מחמת עושרם אין להתיר. ובהפלאה כתב דעדיין חייבת להניק מחמת עושר בעלה, מדין עולה עימו. וע"ז כתב באבנמ"ל, וז"ל:

"ולענ"ד נראה דלא אמרו עולה עמו ואינה יורדת אלא במה שבינה לבין בעלה, כמו קבורה, דעל הבעל לקבורה צריך לקבורה לפי כבודו, דעולה עמו אפי' לאחר מיתה. וכן במזונות אלמנה כיון דהוא חוב על הבעל, ובתנאי כתובה נשתעבד מחיים, אלא דזמן פרעון לאחר מותו, וכמ"ש הרב המגיד בפ"ח מהל' אישות (ה"ד) ע"ש, ומש"ה גם לאחר מותו כיון דחוב מזונות על הבעל צריכין ליתן לה מזונות לפי כבוד הבעל, וכמ"ש בשו"ע סי' צד דאם כבוד בעלה גדול נותנין לה מזונות וכסות לפי כבודו. אבל מעשה ידיה דליורשין תקנו, לא שיך לומר גבי יורשין בעלייתו של בעל, ובמה שאביהם עשיר. ואע"ג דיורשין למזונות במקום בעל ועמ"ש בסי' צה סק"א, היינו לענין מזונות שמחוייבים, אבל אם הבעל עני אע"ג דיורשין עשירין הוי, אינם צריכין ליתן מזונות לפי כבוד עושרם, דבזה לאו בעל נינהו. והכי נמי לענין מעשה ידיה דיורשין לא מפסדי במה שבעל עשיר היה, אלא דכל שניזונית מיורשין, תקנת חכמים שמעשה ידיה ליורשין."

ומדברי האבנמ"ל נראה דכל חיובים שבין הבעל לאשתו, עד כמה שהדבר שייך, יש בו את הדין של עולה עימו ובעלייתו של בעל. ולכאורה גם בדין פדיונה

שייך הדין של עולה עימו, כיון שהם בכלל החיובים של הבעל. אולם בדר"כ חיוב פדיונה מוגבל בסכום למעלה ולמטה, דעד כדי דמיהן חייב לפדות, ומעבר לכדי דמיהם, אסור לו לפדות, דקיי"ל כרשב"ג (כתובות נב, א-ב). ולכן לדעת המחבר בשו"ע, יש שעור קצוב, שהוא עד כדי דמיה, ובזה חייב לפדותה, כיון שלא שייך בזה חיוב של עולה עימו, אבל באופן ששייך דין עולה עימו, אף בפורקנה, שהוא מהחיובים בינו לבין אשתו, יהיה חייב לפדותה לפי עשרו.

וחיובים של עולה עימו, מצאנו בכמה ענינים בחיובים שבין בעל לאשתו. כך מצאנו לענין שעור כתובה, כדאיתא בשו"ע אהע"ז סו"י. וכן לענין מזונות (שו"ע ע, ג), דאם היה עשיר, הכל לפי עשרו. ובדין קבורתה (שו"ע פט, א, ופט, ג, וכן לענין מזונות, כסות ומדור אלמנה (שו"ע צד, ה). וכן מצאנו לענין חיוב הבעל לעשות סעודת נשואין (שו"ע סד, ד). ולענין מזונות הבנות נפסק להדיא שאינו חייב לפי כבודו אלא לפי כבודה (שו"ע קיד, ו), ואף לשיטת הרא"ש כתובות יב, א דנותן לה כאחד מבני הבית, מ"מ כל זה אינו מדין עולה עימו, כיון שכל חיוב עולה עימו הוא רק בחיובים שבין הבעל לאשתו. וכן לענין מזונות הילדים, אינו חייב לפי עשרו, וכמו שמצאנו לענין כסות (שו"ע עג, ו), וכ"כ בח"מ עא, א. ומה שנוהגים האידנא לחייב האב במזונות ילדיו לפי עשרו, כל זה מדין צדקה (עיין מש"כ בזה בח"ב סי' מד).

ואין להוכיח מדברי הרא"ש (שם הכ"ב) לשאלתינו. הרא"ש הביא את דעת מהר"מ שפסק כתנא קמא: "ומתני' דגיטין איירי בשאר שבויין, אבל אשתו כגופו, וכמו שאדם יכול לפדות עצמו בכל ממונו, אשתו נמי כיון דחייב לפדותה בתנאי כתובה, כמו שיש לה ממון דמי, וכן מסתבר". ודברי הרא"ש הובאו להלכה ברמ"א אהע"ז עח, ב. ולכאורה מדוע נקט הרא"ש שיכול לפדותה, הרי למש"כ דדין עולה עימו קיים אף בפדיונה, הרי הוא חייב לפדותה, ומדוע גם נקט דהרי זו כמי שיש לה ממון דמי, דל מטעם זה, חייב הבעל לפדותה מדין עולה עימו. וי"ל, דהרא"ש מיירי שמפזר כל ממונו, ואף מעבר לחיוב של עולה עימו, שיכול לפדותה ואין בזה האיסור של פודין השבויים יותר מכדי דמיהם, דכיון שאשתו כגופו, כמו שיכול לפזר כל ממונו לפדות עצמו. אבל לענין החיוב הפחות של עולה עימו, שבודאי אינו בבחינת כל ממונו, בזה לא התיחס הרא"ש.

ואף למה שנחלקו האחרונים בדעת הרמב"ם (אישות יד, יט) והמחבר בשו"ע אהע"ז עח, ב, שכתבו דאין מחייבים לפדות יותר מכדי דמיה, ומשמע שאין איסור בדבר, עיין בח"מ ב וב"ש א, דהדבר אף אסור, ולא רק בגדר של אין מחייבים, ומש"כ בלשון אין מחייבים, דבכדי דמיה חייב לפדות. ועיין מש"כ בהפלאה בקו"א עח, א דלרמב"ם ולמחבר אין איסור לפדות יותר מכדי דמיה, ורק אין מחייבים. וכן בט"ז

עח, א מצאנו דאף לרמב"ם והמחבר יכול לפדות אשתו יותר מכדי דמיה. ולכאורה אם לא מחמת האיסור, מדוע אין מחייבים אותו לפדות ביותר מכדי דמיה, כשמדין עולה עימו הוא יותר מכדי דמיה. ואפשר בדרך כלל כדי דמיה הוא יותר ממה שיהיה חייב מדין עולה עימו. ועיין בבית מאיר ובבית יעקב ר"ס עח מש"כ בזה. ומ"מ דזה מחמת הדין של יותר מכדי דמיהם, אבל לא מחמת דין עולה עימו.

אמנם למש"כ הב"ש עח,ב, על דברי הרמ"א שם בס"ב (מדברי הרא"ש הנ"ל) דאשתו כגופו ויכול לפדות בכל אשר לו; "וכן מ"ש בהג"ה אשתו כגופו יכול לפדות, היינו חייב לפדות, כי מאחר דאין איסור בדבר, מחויב הוא לפדות ... מ"מ הואיל שמוטל עליו לפדותה, חייב אפי' יותר מכדי דמיה". וכן כתב בט"ז שם ס"ק א, דכיון שיש לו רשות, ממילא נכנס בכלל חיובי תנאי כתובה, וחייב לפדותה. ועיין בבית יעקב מש"כ בזה. ולכאורה מדוע לחייב את הבעל, אם השעור הוא רק כדי דמיה. ולכאורה י"ל דכיון שיש לו ממון, עולה עימו וחייב, דאף דכ"ע שעור החיוב הוא בכדי דמיה, זה שיש לו יותר מכדי דמיה, עולה עימו וחייב לפדותה. ועדיין י"ל דזה שעור החיוב הרגיל ולא מדין עולה עימו, דחייב לפדותה בכל אשר לו, ולא מוגבל בכדי דמיה, וזאת מעיקר הדין ולא מדין עולה עימו. אך מ"מ כיון ששעור התלוי בממון הבעל הוא מדין עולה עימו, נראה דהחיוב בזה הוא מדין עולה עימו, וכמש"כ לעיל, שהוא דין בכל החיובים שבין בעל לאשתו.

לאור האמור יש לחייב את הבעל לשכור לאשה עו"ד, ונראה דאפשר לחייבו לשכור לה עו"ד לפי עשרו. אמנם הדבר מצריך שיקול דעת לגופו של מקרה ולגופו של עו"ד, ויש להפעיל שיקול דעת בהתאם לנתוני המקרה.

סימן ד

זכות אלמנה כשהמדור משועבד לבע"ח או ניתן בצואה לאחר

ראשי פרקים

א. זכות אלמנה במדור, ומאימתי חל השעבוד

ב. מדור ממשוכן ומדור משועבד

ג. כדון קדימה בבעלי חובות

ד. קדימת בע"ח למזונות

ה. נתן רכושו במסגרת צואה

יהודי שהיה נשוי כמה שנים עם אשה, ובמהלך שנות הנישואין לזה כספים מבע"ח שונים. עם פטירתו לא השאיר אחריו נכסים ידועים להוציא דירת המגורים, שמחציתה רשומה על שמו. ובאים בעלי החוב ותובעים למכור את מחצית הדירה, כדי שיוכלו לגבות מחלקו בדירה את החוב שהמנוח היה חייב להם. מנגד טוענת האלמנה שיש לה זכות בדירת המגורים לכל ימי חייה, וכי כל פעולה מצד בעלי החוב בדירה, תפגע בזכותה למדור אלמנה. (בנדו"ד מדובר בשטר הלואה שחתום עליו הלוה, ודינו כמלוה בכת"י ולא כמלוה בשטר. יחד עם זאת התשובה דלהלן מתיחסת גם לאפשרות של מלוה בשטר בעדים).

מסתעף משאלה זו, באחד שהשאיר צואה ובה נכתב שנותן כל רכושו מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי, או שכתב בצואה שמקנה במתנת בריא מהיום אם לא אחזור בי, האם לאלמנה יש זכות מדור בכה"ג.

א. זכות אלמנה במדור, ומאימתי חל השעבוד

תנן במשנה כתובות נב, ב: לא כתב לה ... את תהא יתבא בביתי ומיתזנא מנכסי כל ימי מיגר אלמנותיך בביתי – חייב, שהוא תנאי בית דין. ומבואר שמדור אלמנה הוא חלק מתנאי כתובה. והשאלה מאימתי חל שעבוד המדור. אם דומה לכתובה, שחל שעבודו משעת נישואין, שהוא שעת ההתחייבות, כדמוכח במשניות פ"י דכתובות ועוד, לענין קדימות גבית כתובה בשתי נשים. אולם במדור אלמנה, החיוב הוא על המדור שהיה לו בשעת מותו, ואם לא היה לו בית בשעת מותו, לא חל חיוב היורשים וזכות האלמנה במדור, וא"כ י"ל דשעבוד וחיוב הבעל חל רק משעת מיתה, ודומיא דמזונות אלמנה. דאין במדור אלמנה שעבוד על הגוף, דהא אם אין מדור,

אין חיוב לקנות בית ולתת מדור, וזה שעבוד על נכס מסוים בלבד, שהיה בזמן מסוים – שעת המיתה.

ואיתא בכתובות קג,א: אמר רב נחמן, יתומים שמכרו מדור אלמנה, לא עשו ולא כלום. ומאי שנא מדרכי אסי א"ר יוחנן, דא"ר אסי אמר ר' יוחנן יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטין, מה שמכרו מכרו. התם לא משתעבדי לה מחיים, הכא משתעבדי לה מחיים. וההבנה לכאורה ששעבוד האלמנה חל מחיים לפני מותו, לא משעת הנישואין, אלא רגע לפני מותו, חל השעבוד של האלמנה על המדור.

אמנם יש ראשונים שאינם גורסים כגירסא דידן (וכן היא גרסת הרא"ש בכתובות יב,ו); התם לא משתעבדי לה מחיים, הכא משתעבדי לה מחיים, שהכל תלוי בשעבוד, אלא גורסים; התם לא תפיס לה מחיים, הכא תפיס לה מחיים. כך היא גרסת הרי"ף, התוס' רי"ד, המאירי, רש"י במהדור"ק (הובא בשטמ"ק), ריטב"א ותלמידי רבינו יונה (הובא בשטמ"ק). והיינו דישיבת האלמנה במדור, כמוה כהגבו ב"ד לבנות עבור מזונות, וכמו בהגבו ב"ד, אין היתומים יכולים למכור, הוא הדין במדור אלמנה שהאלמנה תפוסה ויושבת במדור (ואין הכוונה יושבת ממש, אלא כיון שיש לה זכות במדור, הרי זה כהוגבה לה מחיים), ולא מהני מכירה, ועיין רש"י בכתובות קג,א ד"ה וקדמו שפירש במכירת היתומים בנכסים מועטים; "קודם שיבואו לב"ד ומכרום", דלאחר שבאו לבית דין והגבום ב"ד, לא מהני מכירה, והוא הדין באלמנה חשיב ישיבתה בבית כגביה לענין דלא מהני מכירה, וכמו שהגבו לה ב"ד את המדור למיגר באלמנותה. ועיין בריטב"א בסוגיא שם, וז"ל:

"יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שעשו עשו. פרש"י ז"ל, שמכרום קודם שהורידו בהם בית דין את הבנות. והכי דייק קצת לישנא דקאמר שקדמו. ועוד, שאם אתה אומר שזה אפילו לאחר שהורידום בנכסים, בטלת תקנת בנות בנכסים מועטים. והא דאמרין הכא תפסו מחיים התם לא תפסו מחיים, לאו למימרא שתפסו בהם לאחר מיתה, אלא הכי פירושו, דהכא זכתה האלמנה במדור זה מחיים, שהרי נשתמשה בו בחיי בעלה, מה שאין כן בבנות שזכיייתם בנכסים מועטים אינו אלא לאחר מיתה. ותפס לאו דווקא, ותדע, שהרי אין תפיסה בקרקעות. ויש ספרים שגורסים הכא תפסה התם לא תפסה, וזה כפירוש רש"י ז"ל. אבל יש מבעלי התוספות ז"ל שפירשו שאפילו מכרו לאחר התפסת ב"ד לבנות, מה שעשו עשו כיון שלא תפסו מחיים, ונקט קדמו לפי שמהרו לעשות כן קודם שידעו בדבר שימחו בהם."

מבואר בריטב"א דשיטת הראשונים, והיא שיטת רש"י, דאין החילוק בין תפסה בפועל או לא, אלא בבנות בעינן הגבו להן ב"ד, ובאלמנה אינה צריכה לתפוס, אלא

כיון שדרה במדור מחיים, זכתה בזכות אלמנה במדור, דאין הכונה לתפיסה ממש, דאין תפיסה בקרקעות. ומקצת בעלי התוס' פירשו דבעינן תפיסה מחיים גם בבנות, דאף אם הגבו ב"ד לאחר מיתה ולא תפסו מחיים, אף שבי"ד יכולים למחות בהם שלא ימכרו, מ"מ אם מכרו מכור. ומ"מ לענין זכות האלמנה מבואר שהזכות שלה היא מכח היותה יושבת ובעלת זכות בבית בעלה מחיים, והיינו מרגע לפני המיתה ובשעת המיתה, שכיון שיש לה זכות מדור בבית זה, זכתה מחיים זכות למדור האלמנה.

ועיין גם בתלמידי רבינו יונה שהובא בשטמ"ק לענין תפיסת אלמנה: "הכא תפיסה מחיים, שהרי בחיי בעלה עומדת בביתה וזכתה באותה דירה". שאין כאן תפיסה ממש, אלא עצם העובדה שהשתמשה בחיי בעלה במדור המסוים, הזכות הזו נמשכת גם לאחר מיתה. וכן מבואר להדיא בדברי הר"ן (כתובות סא,ב בעמוה"ר) על החילוק בין מדור אלמנה למכירת נכסים מועטים; "לא התחיל זכותה מחיים עד לאחר מיתה, ולפיכך יכולין יורשין להפקיעו, אבל הכא במדור הרי התחיל זכותה מחיים". הרי שזו זכות שהחלה עוד בחיים, וצ"ל לכאורה, רגע אחד לפני מיתתו, שהרי עד לרגע לפני מיתתו, יכל למכור, ומכח אותה זכות, באה האלמנה לזכות במדור לאחר מיתה, מהמשך הזכות שהיתה בחיים, משא"כ במזון הבנות, הזכות מתחילה רק לאחר מיתה, דבאלמנה כל הזכות לאחר מיתה היא עקב המגורים מחיים, לכן הזכות נחשבת כמתחילה מחיים.

ומה שכת' בדרך אפשר שמתחיל השעבוד רגע אחד קודם המיתה, י"ל גם בדרך אחרת, ששעבוד המדור הוא המשך השעבוד של חובת הבעל במדור אשתו, זה יוצא וזה נכנס, וכמו במזונות אשה ומזונות אלמנה, זה יוצא וזה נכנס, ששעבוד מזונות האלמנה הוא המשך ממזונות האשה, אף שהוא שונה בגדריו ובדיניו, הוא ממשיך בחיוב אחר, כך גם במדור אלמנה, הוא המשך של חובת המדור שחייב הבעל לאשתו. כך נראה לכאורה מדברי התוס' בסוטה כא,ב (ד"ה יתומים), על דין יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים, וז"ל:

"ונראה דוקא לענין מזון הבנות אמרינן מה שמכרו מכרו, אבל לענין מזון האשה, כיון דמשועבד לה בעל למזונות בחייו, הנכסים בחזקתם שאינם יכולין למכור, כדאמרי' בפ' הנושא (כתובות קג,א) יתומים שמכרו מדור אלמנה לא עשו ולא כלום, ומ"ש מדר' אסי א"ר יוחנן יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים וכו', התם לא משתעבדי לה מחיים. אי נמי בית זה עצמו דרה בו בחיי הבעל, אבל מזונות בכל יום צריכה למזונות, ולא דמו מזונות אשה למדור."

שני הסברים מסבירים התוס' בדברי הגמ', בחילוק בין מכירת נכסים מועטים במזון הבנות, למכירת מדור אלמנה. להסבר הראשון, גם אם מכרו נכסים המשועבדים

למזון האלמנה, לא עשו כלום, שחיוב האלמנה במזונות, הוא המשך של החיוב מזונות של זמן הנישואין, ואף שיש למזונות אלמנה גדרים ודינים נפרדים, אין רגע אחד שאין חיוב מזונות, ולכן נחשבים מזונות אלמנה כהמשך החיוב של זמן הנישואין, שחיוב זה לא התחדש בשעת המיתה, ולכן השעבוד הוא עוד מחיים, משא"כ מזונות הבנות שהתחדשו בשעת המיתה, לא היה כאן שעבוד מחיים. בהסבר השני ס"ל לתוס' דגם מכרו נכסים מועטים, אין האלמנה מוציאה למזונותיה, ושונה מדור ממזונות. חיוב מדור הוא חיוב מתמשך, כיון שהוא על אותו בית שהיה עליו חיוב מדור מחיים, משא"כ מזונות, כל יום הוא חיוב בפני עצמו. ועיין באור שמח אישות יח, יג מש"כ בזה.

והפני יהושע כתובות קג, א כתב, דאע"ג דכל תנאי כתובה לא טרפי ממשעבדי; "מ"מ הכא הרי כתב לה בביתי, וא"כ גוף הבית משועבד לה". מש"כ הפנ"י דהכא טרפי ממשעבדי ולא דמי לכל תנאי כתובה, דתנאי כתובה כמזונות האלמנה והבנות לא מוציאים מנכסים משועבדים, הוא תקון חכמים מפני תקון העולם, או מפני שאין כתובים או שאין קצובים, עיין גיטין ר"פ הניזקין, ובגמ' שם נב, וזה דוקא במקום שהיא באה לטרוף בהיותה בעלת חוב, אבל כאן שהבית עצמו, הבית המסוים, משועבד לה, לא שייך בזה תקנת חכמים שלא תטרוף ממשעבדי, שהיא תקנה דוקא בבע"ח. או שכוונת הפנ"י דדמי לאפותיקי מפורש, דלא יכול למכור, עיין שו"ע חו"מ קיז, א. אמנם מש"כ דהשעבוד על המדור חל רגע אחד לפני מותו, כן נראה מדברי הרשב"א בתש' ח"ב סי' קסה. הרשב"א דן בבעל שנתן במתנת שכיב מרע, אם יכול מקבל המתנה להוציא את האלמנה מהמדור. וכתב הרשב"א לחלק בין נתן הבעל במתנת בריא, לנתן במתנת שכיב מרע, וז"ל:

"ולענין מה שטען לוי שיש לאלמנה לצאת מן הבית, גם זה תלוי במה שהקדמנו, שאלו מכר הבעל או נתן במתנת בריא מדורו, מה שעשה עשוי. ואין אומרים שתהא יושבת אצלו באותו מדור שהיה לו, ומתנאי כתובה, שאין התקנה אלא בשיש לו בשעת מיתתו. ואפילו יתומים שמכרו במדור אלמנה, היינו סבורים לומר: כי מה שעשו עשוי, אלא שאמרו דכיון דתפסה מחיים, כלומר שהיתה יושבת שם בחיי בעלה, מה שתפסה תפסה, כדאיתא בפרק הנושא את האשה. אבל זה שנתן במתנת שכיב מרע, לא נגרע כחה אצל מתנה דרבנן, ממה שיש לה אצל ירושה דאורייתא. והילכך הרי זו משתמשת במדור, כדרך שנשתמשו בחיי בעלה..."

מדברי הרשב"א מבואר שזכות האלמנה במדור היא בשעת מיתה, על מדור שהיה בשעת מיתה, ואם נתן את המדור שעה אחת קודם מיתתו, אין לה זכות

במדור, כיון שבשעת המיתה לא היה לבעל מדור. אולם במתנת שכיב מרע, דינו כדין ירושה, שלא קיבל המקבל את המתנה אלא לאחר מיתה. וצ"ל, דכמו דלענין מזונות האשה והבנות, קיי"ל בב"ב קלג,א ובשו"ע חו"מ רנב,א דמוציאים ממקבל מתנת שכיב מרע, הוא הדין בזה, ומטעם שכתב הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ח,ט: "שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות, ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה". וכיון שקדמה המדור, לא מוציא מקבל המתנה מיד האלמנה. וכן למש"כ הרי"ף בב"ב (ס,ב בעמוה"ר), דשניהם באים כאחד, המזונות ומתנת שכיב מרע, שניהם באים בשעת המיתה, עיין בקצוה"ח רנב,א, דתקנת המזונות הוי דברי הרב, ומתנת שכיב מרע דברי התלמיד, ודברי הרב שומעין, עיי"ש. ומ"מ מוכח מהרשב"א שהחיוב חל בשעת המיתה, על מדור שהיה בשעת המיתה.

ולכאורה מדברי הגמ' בכתובות הנ"ל נראה דיש לאלמנה זכות קנינית במדור. כן נראה מדברי הבית יעקב לענין יורשים שמכרו מדור אלמנה (צד,ד), וז"ל:

"ודוקא שהיה לה מדור בפני עצמו בבית בעלה, שזה חשוב כשלה, אבל אם הניח אלא ביתו, שאין על היורשים רק חיוב לשכור לה הדירה כמבואר בס"ה, אינה גובה שכר הדירה ממשועבדים כמו מזונות, ופשוט ... דהחיוב שהתחייב את עצמו הבעל, את תהא יתבא בביתי כל ימי מיגר אלמנותך, לא התחייב את עצמו שיעמיד לה בית בשעת מותו, רק שמחייב את עצמו כשיהא לו בית לאחר מותו, יהא קנוי לה לדירה, שלא יהא יורשין יכולין לדחותה, ובאם שלא ישאר לו בית אחר מותו, חיוב דירה אינו רק כמו חיוב מזונות וכסות. א"כ אם נתן בחייו ביתו לאחרים, הרי לא נשאר בית שיהא קנוי לה לדירה. ומצד החיוב שחייב לה ליתן דירה, ודאי דאינה יכולה לטרוף ממשעבדי, כמו שאינה יכולה לטרוף בעד מזונות וכסות ..."

מבואר מדברי הבית יעקב שיש שני חיובים במדור. יש חיוב מכח מזונות, והוא במציאות שלא נשאר בית אחר מותו, יש על היורשים חיוב לתת לאלמנה מדור מדין מזונות, דכן מוכח מדברי הרמב"ם אישות יג,ו; "... זה הכלל, כל מי שיש לו עליו מזונות בין בחייו בין אחר מותו, יש לו כסות וכלי בית ומדור". וכמש"כ המחבר אהע"ז ריש סי' צד; " כדרך שניזונת אלמנתו מנכסיו, כך נותנין לה כסות וכלי תשמיש ומדור, או יושבת במדור שהיתה בו בחיי בעלה". והיינו שיש דין מדור מדין מזונות, ויש דין מדור שהוא דין נפרד של מדור. ומדור שהוא מדין מזונות, אינו שלה, ואינה גובה ממשועבדים שכר הדירה. אבל אם נשאר מדור, וזכותה למדור אינו מדין מזונות אלא דין עצמאי של מדור, הרי הוא כשלה. וכן הוא בהפלאה בקו"א צד,ד, וז"ל:

"... דודאי חיוב המדור שצריך לשכור לה דירה הוא דומה ממש למזונות, ואפילו אם מכרו היורשים נכסי אביהם אינה טורפת ממשעבדי ... אלא הא דאמר בגמרא מדור אלמנה שמכרה היינו הזכות שיש לה לדור דוקא בבית בעלה ..."

וע"ע במש"כ הגר"א גולדשמידט זצ"ל, עיין פד"ר ב עמ' 278-283. ולכאורה צריך לומר דגדר הקנין שיהיה שלה, היינו שהדירה והזכות לגור יהיו שלה, אבל אין לה זכות בגוף הדירה, רק גוף הדירה שלה לזכות המגורים, וידועים דברי הגרע"א בתש' (קמא, סי' קלג ד"ה השבתי), שזכות זו היא למגורים בלבד, ואף למ"ד שבחצר מושכרת יש לשוכר קנין חצר לקנות מציאה, לאלמנה במדור אין לה זכות לקנות מציאה, וז"ל:

"אולם נ"ל, אף אם בעלמא הוי חצירו דהשוכר, מ"מ י"ל דדירת אלמנה גרע, לא מבעיא לשיטת ר"ת בתוס' (ב"ב נא,ב ד"ה במתנה) דדוקא שוכר דיכול להוריש זכות ליורשיו הוי חצירו, אבל היכא דאינו מוריש לא, אלא אף לאינן פוסקים י"ל דדוקא בנכסי מלוג שלה, דאם הבעל סילק עצמו מפירות הוי חצירה, משום דבלא"ה ידה ג"כ על גוף הקרקע, וכן אם לא סילק עצמו מפירות, אף שהוא אינו יכול להוריש, מכל מקום עכ"פ לא מקרי חצרה להוציא הדבר מרשות בעלה ע"ז. אבל הכא בדירת אלמנה דאין לה שום זכות ליתן אותה לאחר לא להשכיר ולא להוריש, רק שיש לה זכות דירה מתנאי ב"ד, י"ל דלא מקרי חצירה. וגם כיון דלא היה לה ענין זכות בדירה זו רק שמוטל בתנאי ב"ד, דהיינו שמניחה לדור בתוכה, אבל לא לענין דבר אחר שיהיה לה שכירות החצר לזכות בנפילת מציאה לתוכה."

מבואר דזכות האלמנה הוא רק למגורים ולא לזכות בקנין חצר במציאה. (ועיין מש"כ בזה הבית מאיר בתש' סי' לה). אמנם אפשר דהגרע"א מיירי בזכות מדור שהוא מדין מזונות ולא מדור שהוא מתנאי ב"ד, אולם אין משמעות דבריו לחלק, אלא בכל ענין אין לה רק זכות מדור, אבל גם לגרע"א אפ"ל שזכות המדור חשיב כיש לה במדור עצמו זכות זו, שאף שהגוף לא קנוי לה בקנין גמור, גוף הדירה קנוי לה לשם דירה. ובחיוב מדור מדין מזונות, אין לה קנין בגוף הדירה למגורים.

ב. מדור ממושכן ומדור משועבד

והריטב"א בתש' (סי' קצה) דן בשאלה כנדו"ד, בראובן שמשכן מחצית ביתו ללאה, ולאחר זמן נשא לרחל ושעבד לה לכתובתה ונדוניתה שאר מחצית ביתו בתורת אפותיקי. וראובן ואשתו וסיעתו דרו באותו בית כל ימיהם. ולאחר שמת ראובן,

תובעת לאה להורידה לבית הממשוכן לה, והאלמנה טוענת שאין להוציאה מהבית, מאחר ויש לה בבית זכות למדור אלמנה, כמו שדרה בו בחיי בעלה, כך זכותה לדור בו כל ימי אלמנותה. ולאה – בעלת החוב – טוענת, כי הואיל ושעבוד מחצית הבית קודם לנשואי ראובן ורחל, היא קודמת, ויכולה להוציא את האלמנה מהמדור המשועבד לחובה הקודם. ועל כך השיב הריטב"א, וז"ל:

"דבר פשוט הוא שאין רגלים לטענת רחל האלמנה כלל, כיון ששעבוד לאה קדם. ולא עוד אלא אפי' משכנם ראובן ללאה אחר שנשא לרחל, אין לאלמנה לדור בהן מדין מדור אלמנה, שלא תקנו מדור אלמנה אלא כשיש לו במותו בית שהוא בן חורין, אבל בבית משועבד לא תקנו, שאפי' כשיש שם בית בן חורין, אם הוא צר שאינו מחזיק לה וליתומים, קי"ל שאין לה מדור, כדאמר רב יוסף בביתו ולא בביקתי. ולא אמרו חז"ל משתמשת במדור כדרך משתמשת בחיי בעלה אלא כשיש שם בית רחב ובן חורין, כדאיתא בפ' נערה שנתפתתה (כתובות נד, א) ולא אמרו חז"ל אלא יתומים שמכרו במדור אלמנה לא עשו ולא כלום ומשום דתפסה מחיים, כדאיתא התם (כתובות קג, א), אבל בעל שמכר או משכן בחייו, מה שעשה עשוי."

מדברי הריטב"א נמצאנו למדים יסוד, דזכות אלמנה במדור הוא דוקא בבן חורין, אבל כשהמדור משועבד, לא תיקנו לאלמנה מדור בבית משועבד, וכמו שלא תיקנו בביקתי, כך לא תקנו אלא בביתו ובבני חורין. והמעין בריטב"א יראה דהריטב"א מיירי במשכנו, ובזה י"ל דדוקא במשכנו לא חשיב בן חורין, דבעל חוב קונה משכון ויש לו קנין בבית, ולכן נחשב הבית כמשועבד לבע"ח. אבל אם הלואה כסף בשטר, אף שהקרקעות משועבדים, כל זמן שלא הגיע זמן הגביה, הרי הם בני חורין, ובשעת מותו אם לא פסקו בית דין והורידו לנכסים, לכאורה יש לה מדור. דדוקא במשכן את הבית, שיש לבע"ח קנין בבית, חשיב כמשועבדים ולא כבני חורין, אבל כשאין לו תפיסה ואחיזה בבית, כיון שאפשר שישלמו מנכסים אחרים וכד', אין לבע"ח כל תפיסה ואחיזה וקנין בבית, ולכן הבית בכלל תקנת המדור.

וכן ראיתי בתש' חקי חיים (לג"ר אברהם חיים בורג'ל זצ"ל, חאהע"ז סי' צד) שדן בראובן שמשכן חצירו לשמעון בתורת משכנתא בנכייטא, ואחרי מות ראובן עמדו בניו ומכרו החצר לשמעון בעל המשכון, כנגד שארית החוב, והאלמנה מערערת, בין השאר בטענה שהחצר הוא מדור שלה שדרה בו בחיי בעלה. ועל זה השיב החקי חיים לענין המדור, ע"פ דעת הרשב"א (הנ"ל) שהבעל יכול לתת המדור לאחר במתנת בריא;

"ונראה דהוא הדין נמי אם משכן הבעל המדור, מהני מעשיו, ואינה יכולה האלמנה לטרוף מיד בעל המשכונא. ומיהו נראה דנהי דאינה יכולה

לטרופ, אבל מ"מ המכירה שמכרו לו היורשים, אינה מכירה כלל, שהרי האלמנה זכתה באותו מדור והרי הוא שלה, ואין לבעל המשכונא ההוא כי אם שעבוד, ויכולה לסלקו במעות ... איך שיהיה נקטינן שאין האלמנה יכולה לטרופ מיד בעל המשכונא בחינם בלתי מעות, אבל יכולה היא או היורשים לסלקו במעות והמכר בטל."

ומבואר בדבריו שאין חיוב המדור חל על מדור ממושכן, ואף שהמשכון אינה גביה ואינו ביד הבע"ח, מ"מ תקנת חכמים למדור אלמנה ותנאי בית דין היה דוקא על מדור הנקי משעבוד. ואע"פ כן יכולה לסלקו במעות, כיון שאינו כגבוי ביד הבע"ח אלא רק משועבד.

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

"ונראה דאף למה שהעליתי לעיל עב,ט דאין בע"ח קונה משכון רק שלא בשעת הלואתו, אבל בשעת הלואתו לא קנה ליה כלל לשום דבר, ולא שייך לומר כיון דקונהו שלא בשעת הלואתו, יקנה ג"כ למקצת דברים בשעת הלואתו וכמ"ש ע"ש, מ"מ דין דהכא אמת, דכיון דעכ"פ אף בשעת הלואתו קונה משכון לענין שיש לו שעבוד עליו, נמצא ששעבודו בידו הוא ומיקרי מוחזק ולא ראוי. דלענין בכור כל ששעבודו בידו, אע"ג דאינו קונה אותו לגמרי, מיקרי מוחזק ולא ראוי. תדע, דהא כתב הטור בשם הראב"ד דאפי' משכנתא

באתרא דמסלקא מיקרי מוחזק ולא ראוי כשגובה מגופא דארעא, והא פשיטא דמשכנתא דקרקע אין בע"ח קונה משכון אלא שעבודא הוא דאית ליה עלה, כדמוכח בפרק השולח (לז,א) ופרק כל שעה וכן בכמה דוכתי. א"ו לענין בכור כל ששעבודה בידו, לא מיקרי ראוי. ובהכי א"ש מ"ש רשב"ם והמרדכי והגהות מיימוני והרב המגיד והע"ש ושאר פוסקים טעמא דב"ח קונה משכון, דהא לא אמרינן דקונה משכון אלא שלא בשעת הלואתו אלא ר"ל דקונה אותו לשעבודו ולא קנין גמור."

מוכח מהש"ך דיש שני קנינים במשכון, יש קנין כמו שלא בשעת הלואתו ובמטלטלי, שהוא כקנין גמור (ועיין ש"ך עב,ט ועב,קכט, ועיי"ש בכל המראי מקומות, ואף לסוברים שאינו קנין גמור לענין חיוב אונסין, ועיי"ש בקצוה"ח עב,ג, ואכמ"ל), ויש קנין לשעבוד. הקנין לשעבוד קיים גם בקרקעות וגם במשכנו בשעת הלואתו, ולענין בכור חשיב כמוחזק, כיון ששעבודו בידו. ולכן גם כשממשכן מדור, הרי יש לבע"ח שעבוד, וקנה אותו לשעבוד, בין משכנו בשעת הלואה ובין שלא בשעת הלואה, ואף שזה משכון קרקע. ולכן לא תיקנו חכמים מדור לאלמנה, כשלבע"ח יש תפיסה וקנין לשעבוד, והוא הנחשב למוחזק. משא"כ במלוה בשטר, אף שנכסיו משועבדים, אין לבע"ח קנין בהם, וכמו שמצאנו לענין גביית בכור פי שנים במלוה שיש עליה משכון, ואינו גובה פי שנים במלוה שאין עליה משכון, ואפי' במלוה בשטר.

והא דמשועבדים לא חשיב כמוחזק, מבואר בגמ' ב"ב קכד,א דדעת רבי דבכור נוטל פי שנים במלוה בשטר שירשו, וחכמים פליגי עליה, עיי"ש ברשב"ם ד"ה ירשו שט"ח, וקיי"ל להלכה כחכמים שאינו נוטל פי שנים בשטר חוב, ואפי' גבו, וכמו שפסק רב פפא בגמ' קכח,ב, דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה, בין שגבו קרקע בין שגבו מעות, וכמש"כ הרשב"ם שם (ד"ה ואין): "ואפילו בשטר, בין שגבו קרקע בין שגבו מעות, דלאו האי קרקע ולא הני מעות שבק להון אבוהון, והוה ליה ראוי". והראשונים כתבו דדברי רב פפא הם אפי' למ"ד שעבודא דאורייתא, דאף שרב פפא ס"ל דשעבודא דרבנן, מ"מ מדהביאה הגמ' דבריו להלכה דכן הלכתא, וז"ל הרמב"ן:

"הא דפסק רב פפא הכא, אליבא דכ"ע פסק, ואפילו למ"ד שעבודא דאורייתא, וליכא למימר דילמא לטעמיה אזיל ואיהו אמר פריעת בעל חוב מצוה בגט פשוט (קעד,א) ובערכין (כב,א) ובכתובות (פו,א) דאלמא שעבודא לאו דאורייתא, דאי הכי לא הוה איתמר הכא סתם באסוקי שמעתין, ואשכחן נמי לרב הונא בריה דרב יהושע דאמר כותיה בפרק איזהו נשך (סז,ב), ואע"ג דאיהו פליג עליה בפריעת בעל חוב מצוה, ואשכחן לרב פפא גופיה בפ"ק דקדושין (יג,ב) שעבודא דאורייתא, והילכך ליכא למדחיא להא דרב פפא כלל, והכין אסכימו כולהו רבוותא ז"ל."

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

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

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

"... גם לאב"י אין ענין שעבוד אחר מאשר לרבא, וכל ענין שעבוד נכסים למ"ד שעבודא דאורייתא, וכן למ"ד שעבודא דרבנן, הוא שיש למלוה זכות

בנכסי הלוה על זמן שאח"כ, שיהיה שלו אם לא יופרע חובו ממקום אחר. ואם היה זכות זה ברור והחלטי, היה מקרי לכ"ע קנין קרקע, כמו שאמרנו ע"פ שיטת הר"ן, דכל היכא שיש לאחר קנין בחפץ על זמן של אח"כ, זהו קנין בחפץ ממש על תשמישי הזמן שלאח"כ. וכמו בשותפין בחצר שאין בו דין חלוקה, דגם בשעה שמשתמש האחד, יש קנין ממש לשני לזמן שאח"כ ... אך הכא בשעבוד נכסים, אף אם לא יהיה ללוה רק קרקע אחת, מ"מ הדבר בספק אם יזכה בנכסים, דביד הלוה לסלוקי בזווי. וע"כ סובר רבא דלא מיקרי קנין וחלק ממש בקרקע על זמן של אח"כ, כיון דיכול לסלקו בזווי. וע"כ אף שאח"כ לא פרעו בזווי ונשלם זכות המלוה לזכות בהאי קרקע של הלוה, לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהיה לו קנין ממש על זמן הגביה ... ולפיכך עדיין הלוה בעל הקרקע, ואין זו שדה משותפת, רק שלמלוה יש זכות לגבות לזמן שלאח"כ ... ולאביי כיון דאח"כ לא פרע ליה ממקום אחר, ונשלם זכותו לגבות מהקרקע, אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהיה למלוה זכות גמור בקרקע על זמן שלאח"כ, ולא איכפת לן מה שביד הלוה לסלקו בזווי, דכיון דלבסוף לא פרע ליה בזווי, הרי נתקיים זכותו באותה שדה ... ולפ"ז בין לאביי ובין לרבא אין לו בשדה רק זכות על זמן שלאח"כ, ואותו זכות הוא מוכר ומקדיש, רק לאביי חשיב אותו זכות כקנין וחלק ממש בקרקע על זמן שלאח"כ, כמו שותפים על זמנים מבוררים בחצר שאין בה דין חלוקה, ע"פ שיטת הר"ן, ולרבא זכות זה, מכיון שאינו נחשב לקנין ממש מטעם שבידו לסלקו בזווי, אינו נמכר ואינו נקדש."

מבואר מדברי הגרש"ש דהן לאביי והן לרבא ענין השעבוד אינו קנין אלא זכות גביה שיש למלוה בנכסי הלוה, ולכן אין לו כבר כעת קנין על הזמן העתידי שיגבה את הקרקע, כלומר, דאחרי שיגבה ודאי יש לו קנין בקרקע, אך לומר שכבר כעת כשלא גבה יש לו קנין על הזמן העתידי, זה אינו לרבא, כיון שיתכן ולא יגבה, וע"כ אינו דומה לשותפים המשתמשים בחצר בזמנים מחולקים, שגם בשעה שמשתמש שותף אחד, יש לשני קנין על הזמן שישתמש, וכבר כעת יש לו את הקנין, אפי' בשעה שאינו משתמש, על הזמן שישתמש. ודעת אביי, שאחר שהתברר לבסוף שלא פרע, הרי שכבר משעת ההלוואה היה לו קנין בשדה על הזמן של הגביה. וע"כ בין לאביי ובין לרבא אין לו זכות אלא על הזמן של אחרי הגביה, רק לאביי יש לו כבר קנין משעת ההלוואה על הזמן העתידי, זכות עכשווית על זמן עתידי, אם לבסוף יגבה. ולרבא דקיי"ל כוותיה, יש לו רק זכות כעת על הזמן העתידי, וכל זמן שלא גבה, אין לו קנין כלל בקרקע.

ולפ"ז יש לחלק ולומר, דכל דברי הריטב"א שאין לאלמנה זכות במדור ממשוכן שאינו בן חורין, היינו דוקא במדור ממושכן וכנידון הריטב"א, אבל במדור משועבר, דכל מה שיש למלוה הוא רק זכות גביה, כיון שאין לבע"ח קנין במדור, חל על המדור חיוב מדור לאלמנה, וכיון שתפסה (כפי שיבואר להלן), לא יוכל הבע"ח להוציא האלמנה מהמדור.

וידועה דעת הריטב"א קדושין יג,ב דשעבוד הוא קנין לחצאין, ואת הפרוש למושג קנין לחצאין נותן הריטב"א עצמו, שהוא קנין שתלוי ועומד, וז"ל:

"טעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דסבר שאין הקנאה לחצאים, ושעבוד קנין לחצאין ולא חייל אנכסי דאיתנהו בשעת הלואה, וכל שכן אנכסי דקנה אחר שלוה ... ורבי יוחנן אמר אפילו לא הפרישתה מחיים, כופין את היורשין להביא עולתה, קסבר שעבודא דאורייתא, דאע"ג דאין הקנאה לחצאין ואין הקנאה בדבר שאינו ברשותו, היינו הקנאה גמורה, אבל שעבודא דמתלא תלי וקאי, חייל אנכסי דהשתא ואנכסי דאקנה כל היכא דאיתנהו ברשותיה מיהת ..."

הרי שאין כאן קנין במובן הפשוט, אלא זכות של קנין, שהמימוש שלה, יהיה קנין או לא, תלויה ועומדת עד לזמן הגביה, אבל כל זמן שלא גבה, אין כאן קנין אלא זכות של קנין, כך נראה לכאורה. ועיין קצוה"ח לט,א מש"כ בדעת הריטב"א.

אמנם מצאנו בכ"מ בראשונים שלכאורה בשעבוד יש לו דין של מוחזק. על הא דאיתא בפסחים לב, – לא,א: כל היכא דאקדיש לזה וזבין לזה, כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף, אתי מלוה ופריק, דתנן מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים האלו, כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה וכו'. ופירש רש"י שם:

"אפילו לרבא, דאמר עד עכשיו היו ברשות לזה, מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה, ואין הקדישו הקדש, שהרי ממושכנין הן למלוה, ואע"ג שהן שלו, אינן ברשותו, ורחמנא אמר (ויקרא כז) ואיש כי יקדיש את ביתו קדש, מה ביתו ברשותו, אף כל ברשותו."

מדברי רש"י מבואר דהן לאב"י והן לרבא נחשבים הנכסים שלא ברשות הלוח לענין הקדש ומכירה. ועוד יותר מבואר מרש"י בערכין כג,ב, על הא דתנן במשנה שם: המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, אין האשה יכולה לגבות כתובתה מן ההקדש ולא בע"ח את חובו, אלא הפודה פודה ע"מ ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חוב את חובו. ובגמ' שם: למה לי למימר הפודה פודה. משום דר' אבהו דא"ר אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון. ורש"י על המשנה פירש דבעלים

פודין אותן מן ההקדש בזול בדינר או בדבר מועט על מנת לשלם; "דודאי לא חייל עלייהו הקדש, שהרי אינו שלו". הרי שכשמשועבד למלוה, אין הקרקע נחשבת כשל הלוה.

והקשו על שיטת רש"י, דאם אינו שלו או אינו ברשותו, איך חל קדושת דמים, עיין רש"י גיטין מ,ב. ודעת הרמב"ם דגם קדושת דמים מפקיעה מידי שעבוד, עיין רמב"ם הל' מלוה ולוה יח,ז ובמגיד שם. ועיין שו"ע חו"מ קיז,ו ברמ"א, ובקצוה"ח קיז,ג. ועיין במשאת משה לגר"מ חברוני זצ"ל, ב"מ סי' טז מש"כ לישב בזה. והנה מוכח דזכות פירות יש ללוה גם לאביי, כדמוכח בב"מ לה,ב, דאוכל המלוה פירות לאביי משעת חתימת האדרכתא, וא"כ לכאורה כ"ש גוף הקרקע, ומדוע לא הוי של לוה. גם לדברי רש"י יש להבין, דאם אינן שלו, למה צריך המלוה לטרוף, הרי מעיקרא לא היה כאן מכר, וצ"ע לומר שטרוף מהלוה עצמו ולא מהלוקח, דהלוקח מעיקרא לא קנה. ואפשר דאינו שלו באופן מוחלט למכור ולהקדיש ולהפקיע את הזכות שיש למלוה לטרוף, שזכות זו קיימת עוד קודם, ואינו יכול לעשות פעולה המונעת זכות זו.

דלכאורה א"א לומר דרש"י ס"ל דאינו שלו באופן מוחלט, הן כמש"כ לענין הפירות, וגם רש"י ס"ל דענין השעבוד הוא מדין ערבות, וכמש"כ רש"י בגיטין נ,א (ד"ה כיון), לענין בע"ח שהתנה עם המלוה שיגבה מעידית, דמדאורייתא דינו בעידית; "שהרי שיעבדה לו ונעשה קרקע זו ערב למלוה, וערב משתעבד מהתורה דכתיב אנכי אערבנו". וכיון שהוא מדין ערב, הכיצד אפ"ל שאינו שלו — של הלוה (וע"ע בשו"ת עונג יו"ט סי' פז ד"ה ולפמ"ש דשעבוד נכסים מדין ערבות, והנפק"מ בזה).

ולענין משכון מצאנו דהוא קנין. אמנם דעת רש"י ב"מ פב,א דדוקא במשכנו שלא בשעת הלואתו, דודאי לגוביינא שקליה, משום הכי קנה, משא"כ בשעת הלואה, אינו לגוביינא אלא לשעבוד, וז"ל רש"י בד"ה אימור: "דהא קרא במשכנו על ידי שליח בית דין כתיב, דכתיב לעיל מיניה בחוץ תעמוד, ומוקמינן לה לקמן ב"מ קיג,א בשליח בית דין, והוא ודאי קני, דלגוביינא שקליה, וליכא לדמוייה למשכנו בשעת הלואתו, ובהך פלוגתא דרבי אליעזר המלוה על המשכון קתני". ולכן לרבי יצחק קונה משכון דוקא בשעת הלואה, דדוקא בשעת הלואה, דלגוביינא שקליה, משא"כ בשעת הלואה שלוקח רק לשעבוד. אמנם דעת התוס' פא,ב (ד"ה והא), דכיון שלא בשעת הלואה קני ליה לגמרי מדרכי יצחק, בשעת הלואה נמי דליכא קנין אלא שעבוד, אלים שעבודיה ליחשב ולא של אחיך בידך. והיינו דלענין שמיטת כספים, דהמלוה על המשכון לא משמטת שביעית, גם במשכנו בשעת הלואתו, שאלים השעבוד שיחשב כקנין, וכן לענין ישראל שהלוה לנכרי על חמצו (של הנכרי), שאף במשכון את חמץ

הנכרי בשעת הלואה, עובר בבל יראה. ודעת הריטב"א (קדושין ח,ב) דרבי יצחק מיירי במשכנו שלא בשעת הלואתו, וכל שכן במשכנו בשעת הלואתו, שנתן לו מדעתו. ולא ראיתי להאריך בזה למש"כ הש"ך חו"מ רע"ז דבמשכון אף של קרקע, ואף משכון שבשעת הלואה, נחשב כגבוי, וכנ"ל.

ג. כדין קדימה בבעלי חובות

ולפי האמור לעיל, מש"כ הריטב"א בתש' שלא תיקנו חיוב מדור על מדור משועבד, היינו דוקא אם המדור ממושכן למלוה, אבל אם המדור משועבד לבע"ח שהלוה בשטר בעדים, אין זה קנין אלא זכות גביה, ובמדור שיש בו זכות גביה, לא מצאנו שלא תקנו חכמים מדור לאלמנה.

והאלמנה נחשבת כתפוסה במדור, וכמש"כ הראשונים בכתובות קג,א לענין יתומים שמכרו מדור אלמנה, וגירסת הראשונים, הרי"ף, התוס' רי"ד, המאירי, רש"י במהדור"ק (הובא בשטמ"ק), ריטב"א ותלמידי רבינו יונה (הובא בשטמ"ק). והיינו דישיבת האלמנה במדור חשיב כתפיסה וכדין הגבו בי"ד למזונות הבנות וכנ"ל. ואף לגירסא שמשועבד לה מחיים, דהיינו קודם המיתה, כלומר, ולא דמי למזונות שאין שעבודם מחיים, אבל ביחס לבעלי חובות, שעבוד האלמנה כשעבוד הכתובה, וחל משעת ההתחייבות שהיא שעת הנישואין, דכך כתב לה בשעת הנישואין, את תהיי יתבא בביתי, ואף שזמן הגביה והתפיסה היא שעת המיתה או רגע לפני המיתה, מ"מ זמן השעבוד לענין קדימה הוא שעת הנישואין. ורק לענין מכירת יתומים, בעינן או לשעבוד מחיים או לתפיסה, שלא תועיל מכירת היתומים, וכנ"ל. ולפ"ז אם הכתובה קדמה לבע"ח, האשה קודמת בגביה, ואם הבע"ח קדם, לא מהני תפיסת האלמנה, וכמבואר בשו"ע אהע"ז קב,א, מהמשנה כתובות צג,ב, וקיי"ל שם צד,א כת"ק דמה שגבה מאוחר - לא גבה. מה עוד דישיבת האלמנה בבית חשיב כתפיסה רק לענין שלא תועיל מכירת יתומים, שאז ישיבתה בבית, כהגבו לה בי"ד דמי, אבל לענין בע"ח בעינן תפיסה שיש עמה קנין, עיין ברדב"ז ח"ב סי' תרעא, וז"ל:

"אבל האשה המשתמשת בכלים של בעלה בתוך ביתה, אע"פ שהיא מגבהת אותם, אין זו תפיסה עד שתגביהם לשם קנין, או שמוציאם מן הבית לשם קנין, או שהגביה ב"ד, או שתפסה אותם בחיי הבעל לכתובה, וכגון שאמרה בהדיא לכתובתי אני תופסן."

וכאן גם לא מהני תפיסה נגד בע"ח מוקדם, וכמש"כ לעיל, דקיי"ל כת"ק בכתובות צד,א דבע"ח מאוחר לא מהני תפיסה. ולכן אם זמן הכתובה קדם, הרי האשה

בע"ח מוקדם, ויש לה זכות במדור, ואם זמן כתובת האשה מאוחר לבע"ח, אין לה מדור.

אלא שיש לדון שיוכלו היורשים לסלקה בכתובתה, וע"י זה לא תהיה לאשה זכות מדור, כדי שהבע"ח יוכל לגבות, וכמש"כ הרמ"א אהע"ז קב,א לענין מזונות, שיכולים היורשים לסלקה בכתובתה ולא יהיו לה מזונות, כדי שלא יפסיד הבע"ח, וז"ל הרמ"א:

"היתה הכתובה מוקדמת, אינה יכולה לומר לא אגבה כתובתי עכשיו רק אהיה ניוזנית בבית בעלי ואח"כ אגבה כתובתי, אלא נותנים לה כתובתה, והמותר לבעל חוב."

הרי שאם יש בע"ח מאוחר, מגבים לאלמנה כתובתה בעל כרחיה, והמותר יגבה הבע"ח, כדי שלא יפסיד הבע"ח. ובח"מ קב,א ובב"ש קב,ב כתבו, דאע"פ דלדינא יכולה כל אשה לומר לא אתבע כתובתי רק אהיה ניוזנית בעל כרחיה של יתומים, עד זמן שארצה לתבוע כתובתי, מ"מ כשיש פסידא לבע"ח אין לה מזונות, וכמו שנתבאר בחו"מ צו,כד.

ולכאורה דברי הרמ"א ברורים בטעמם, דאף אם לא תגבה כתובתה, אינה יכולה לגבות מזונות, דלענין מזונות בע"ח קודם, ואם לא יגבו לה כתובתה, יבוא בע"ח ויטרוף ולא ישאר לה לכתובה, וא"כ מה החידוש בזה. (וע"ע בבית מאיר שהקשה על הטעם שחב לאחרני, הרי תמיד זה חב ליורשים, עיי"ש באריכות דבריו). וראיתי בבית יעקב קב,א שהקשה כן, דבלאו הטעם שהיא חבה לאחרים, תיפוק ליה דאפי' מלוה ע"פ קודמת למזונות. וכתב לישב, דאפ"ל דנפק"מ למבואר בחו"מ ריש סי' קד, דאם לא הגיע הזמן פרעון של הבע"ח המוקדם, נותנים לבע"ח המאוחר ואין המוקדם יכול למחות, וכמבואר בתש' הרשב"א סי' אלף קיא, והיה סלקא דעתך דגם כשהגיע זמן המזונות, תוכל לגבות אף במקום שיש בע"ח מוקדם שלא הגיע זמנו, קמ"ל דמזונות שאני, דלא תיקנו אנשי גליל במקום שחב לאחרים, והרי זה כאין עליו חוב מזונות ומגבים לה כתובה.

והנפק"מ באמור לעיל הוא לענין מדור. דאמנם כאשר מסלקים אלמנה ע"י נתינת כתובתה, מפסידה גם מדור וכל תנאי כתובה, וכמש"כ השבות יעקב ח"ב סי' קכד, וז"ל:

"ולפי מה שפסק רמ"א בהג"ה בש"ע צג,ג וז"ל; ויכולין ב"ד לתקן במקומותם שהיתומים יסלקו אותם כשירצו להיות פטורין ממזונות, וכן נתפשט המנהג במדינות אלו, א"כ שוב פטורין מכל תנאי ב"ד גם מדירה, כי מזונות ודירה

בחדא מחתא מחתינהו, וכן מבואר בבית שמואל סי' צד, אף שכתב כן רק לענין תובעת כתובתה, היינו לפי שכתב כן בדברי הב"י בשו"ע דפסק שם כאנשי גליל בסי' צג, משא"כ לפי תקון ומנהג שלנו שהוא כאנשי יהודה, וכן משמע ומבואר בתשובת מהר"מ גלאנטי סימן קכא, וכן עשינו הלכה למעשה כמה פעמים בק"ק פראג במושב ב"ד כשסלקנו האלמנה סלקנו אותה מכל וכל, הדין פשוט כביעתה בכותחא."

מ"מ יש חילוק בין מזונות ומדור, דאם נאמר דרך במקום שחב לאחרני מסלקים אותה, כיון שממילא בע"ח קודם למזונות, א"כ לענין מדור שאין בע"ח קודם, לא מסלקים אותה מכתובתה. וגם לבית יעקב י"ל דדוקא מזונות שבע"ח קודם, משא"כ מדור, שחיובו כמו לפי זמן חיוב הכתובה. ויש להוכיח כן גם מהריטב"א שכתב דבממושכן לא תיקנו מדור, אף שהכתובה קדמה. ואם נאמר שזמן החיוב הוא זמן המיתה כמו במזונות, תמיד הבע"ח קדם, ולמה לי לטעם שלא תיקנו מדור במדור ממושכן. ולכן כיון שבמדור משועבד יש לה מדור, ורק בממושכן אין לה מדור וכנ"ל, כיון שהיא קדמה, אין מגבים לה הכתובה בעל כרחא. אמנם אם מגבים לה הכתובה בעל כרחא כדי שלא תגבה מזונות להפסיד לבע"ח שהוא קודם, לכאורה אין לה זכות למדור, וכמש"כ השבות יעקב.

אמנם נראה שהדבר נתון למחלוקת הב"ש והבית מאיר. דעת הב"ש צדא, דתובעת כתובתה הפסידה כל תנאי כתובה, בין מזונות ובין מדור (ולכאורה אין לחלק בזה בין מדור מדין מזונות למדור מדין תנאי כתובה, דבכל ענין מפסידה אם תובעת כתובתה, דמפסידה כל תנאי כתובה של אלמנה, כן משמע בב"ש). אולם בבית מאיר צדא, הביא מתש' הרשב"א שאין המדור תלוי בגבית הכתובה, שאפי' אין לה מזונות וכתובה, מדור יש לה, ונשאר הבית מאיר בצ"ע. עוד כתב הבי"מ, דאף אם נוהגים אנו לסלק אלמנה בע"כ את הכתובה, אף שקיי"ל כאנשי גליל, ומכח תקנה מסלקין נגד ההלכה, כל זה לענין מזונות ולא ממדור.

דהנה במשנה כתובות נב, תנן: "לא כתב לה ... את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי כל ימי מיגר אלמנותיך בביתי - חייב, שהוא תנאי בית דין. כך היו אנשי ירושלים כותבין. אנשי גליל היו כותבין כאנשי ירושלים. אנשי יהודה היו כותבין, עד שירצו היורשין ליתן לך כתובתיך, לפיכך אם רצו יורשין נותנין לה כתובתה ופוטרינ אותה". הרי שיש מקומות שתלו את חיוב מזונות האלמנה במתן הכתובה, ואם רצו יורשים לתת לה כתובתה, אין לה מזונות. ואיפלגו בגמ' (שם נדא) אם הלכה כאנשי יהודה או הלכה כאנשי גליל. וכן בר"פ אלמנה ניזונת (כתובות צה, ב): איבעיא להו, ניזונת תנן וכאנשי גליל, ולא סגי דלא יהבא לה, או דלמא הניזונת תנן וכאנשי יהודה, ואי בעו לא יהבי לה.

הרי"ף (כ,ב עמוה"ר) פסק דכולי עלמא דלית להו מנהגא, כשמואל עבדי, דהיינו כאנשי גליל. וכן התוס' (כתובות נד,א ד"ה ושמואל) הביאו מרבינו חננאל דבמקום שיש מנהג, ילכו אחר המנהג, אולם במקום שאין מנהג, ינהגו כאנשי גליל, שהרי שמואל פסק כמותם, והלכתא כוותיה דשמואל. וכ"פ הרא"ש (הל' לא), והביא שכן פסק רב שרירא גאון. וכן למד הרב המגיד (אישות יח,א) בדברי הרמב"ם, "שאין היורשין יכולין לפרוע כתובתה ולסלקה מן המזונות אלא היא ניוזנת על כרחם כל זמן שלא תתבע כתובתה, וכן הסכימו האחרונים ז"ל". ועיי"ש בהגהות מיימוניות ס"ק ב, שלאחר שהביא את דעת הפוסקים כאנשי גליל, כתב שיש גאונים שפסקו כאנשי יהודה, וגורסים ששמואל פסק כאנשי יהודה, וכ"ה דעת הראב"ן והראבי"ה. ובשו"ע אהע"ז צג,ג, פסק וז"ל:

"... ואין היורשין יכולין לפרוע לה כתובתה ולסלקה מהמזונות, אלא היא ניוזנת על כרחם כל זמן שלא תתבע כתובתה, אא"כ התנו כן בפירוש שלא תיזון אלמנתו מנכסיו, או שהיה מנהג המקום כן. (רמ"א) ויכולין בית דין לתקן במקומן שהיתומים יסלקו אותה כשירצו."

ועיי"ש בח"מ (ס"ק ו) ובב"ש (ס"ק ז) שהיורשים חייבים לתת לה מזונות ג חדשים ראשונים, דכיון דאסורה להנשא מחמתו ג חדשים, יש לה מזונות בעל כרחם. ועיין בהפלאה (קו"א צג,ג) שהוא הדין לענין מעוברת ומינקת, וס"ל להפלאה דאף לאנשי יהודה הדין כן. אלא שהאבני מילואים (צג,ד) למד דלאנשי יהודה יכולים לסלקה בעל כורחה אף כשאסורה להנשא מחמתו, משום דכותבים "כל זמן שירצו יורשים", אלא דאנן קיי"ל כאנשי גליל, ויכולין בית דין לתקן כאנשי יהודה, אולם זה דוקא כשאינה מעוכבת מחמתו.

לפ"ז, כל היכא שלא תיקנו בתי הדין לסלק האלמנה בעל כורחה, חייבים היורשים במזונותיה. ובישועות יעקב (אהע"ז צג,ה), כתב וז"ל:

"וכעת נהגו בתי דינים שבישראל לסלק לאלמנה כל כתובתה כל זמן שירצו היורשים, וכל הנשאת על דעת המנהג היא נשאת, וטעמא דמילתא כיון שהמזונות ביוקר מאד מן מה שהיה מלפנים בישראל וסך כתובתה כמו שהיה מקדם, וא"כ כל אחת לא תרצה לקבל כתובתה רק הנדוניא, ותהיה כל אחת נוטלת נדוניא שלה ותרצה להיות ניוזנת, לכך עשו בזה תקנה."

מדברי הישועות יעקב נמצאנו למדים על מנהג בתי הדין לסלק את כתובת האלמנה בעל כורחה. מנהג זה נזכר אף בדברי השבות יעקב (ח"ב סי' קכד), וכן פסק כותיה הבית מאיר (צג,ג), דהוי מנהג קבוע. ועיין במשנת יעקב (לגרי"נ רוזנטל זצ"ל

- נשים, א, עמ' רכה), ששמע מזקני גו"ר ירושלים, שנהוג שם שאלמנה מזיווג ראשון שיש לו בנים ממנה, אין מסלקין אותה, אבל באלמנה מזיווג שני שאין הבנים שלה, מסלקין אותה בסכום הנתון לשיקול דעת בית דין. ודייני בית דין בארץ לא קבעו מנהג ברור במזונות אלמנה.

ובבית מאיר הנז' מבואר דאף אם מעשים בכל יום שמסלקים לאלמנה את כתובתה ביתומים קטנים, שלא יופסדו בתפיסת כל הנכסים למזונות, אבל על המדור, "מהיכי תיתי לתקן נגד ההלכה". ולפ"ז אף אם יסלקו האלמנה בע"כ את כתובתה, לבי"מ לא הפסידה זכותה במדור.

ד. קדימות בע"ח למזונות

הרמב"ם בהל' מלוה ולוה א, ח כתב דחוב שחייב הבעל, קודם למזונות אשה, דכל חיוב המזונות הוא רק ממה שיש לבעל, ואין הבעל יכול לזון אשתו ובניו, עד שיפרע חובו, וז"ל:

"מלוה שבא להפרע שלא בפני הלוה, כגון שהיה הלוה במדינה רחוקה, ותפסה האשה מטלטלין מנכסי הבעל כדי שתזון מהן, מוציאין אותן מידה ונותנין לבעל חוב, שאפילו היה בעלה עמה, לא היה יכול לזון את אשתו ובניו עד שיפרע לו כל חובו."

מבואר מדברי הרמב"ם שחיוב מזונות הוא רק ממה שיש לבעל לאחר ניכוי החובות. ולפ"ז אפי' היה חיוב הכתובה לפני החוב לבע"ח, הבע"ח קודם, דמעיקר התקנה היתה רק על נכסיו שלאחר פריעת החובות. גם י"ל שחיוב המזונות דבר יום ביומו. ונפק"מ אם תפסה על מזונות העבר שהיו לפני מועד החוב. אולם ברמב"ם לא מבואר טעם זה אלא שאין חיוב מזונות אלא לאחר פריעת החובות. והרב המגיד שם כתב שלא מצא לכך מקור, אך פשוט הוא.

והאחרונים (עיין להלן) הקשו, שהרי הרמב"ם ס"ל דמזונות דאורייתא, וכן הקשה המבי"ט בקריית ספר. וכתב המבי"ט לישב, דטעמא דמוציאין מידה מה שתפסה, משום שכבר עכשיו הוא חייב לפרוע לבע"ח מה שחייב לו, ומזונות אשה אינו חייב לעתיד אלא מדי יום ביומו, ולכן אינה יכולה לתפוס מנכסי בעלה על מזונות להבא (ועיין להלן בגדו"ת ובב"ח שכתבו כך). עוד כתב לישב, דכיון שמעשה ידיה שלו, בע"ח קודם לה, ואין חוב כלפי האשה חשוב כנגד חוב של בע"ח, דזהו חוב בתמורה, משא"כ הפרעון כעת לבע"ח אינו בתמורה, אף שקיבל ממנו הלואה. וע"ע באבי עזרי אישות יח, יד ד"ה אולם, דדברי הרמב"ם מתייחסים לדין סדור לבע"ח,

שאינ מזונות האשה בכלל סידור, אבל כשקדמה האשה לבע"ח, אין הנידון מדין סידור אלא מדין סדר הגביה, ובזה האשה קודמת.

ובבעה"ת (א,א,ד) הביא את פסק הרמב"ם שאין נותנים לאשתו ובניו, ואף שתפסה האשה מנכסי הבעל לצורך מזונותיה, מוציאים ממנה ונותנים לבע"ח. וטעמא דמילתא, דכשם שבערכין מיעט אשתו ובניו, אע"פ שקדמו לחוב המעריך, בחוב נמי אף שהיא מוקדמת, נתמעטו אשתו ובניו, דגמרינן גזירה שוה מיכה מיכה בערכין, עיין ב"מ קיד,א וברש"י שם, דגבי לוח ומלוה כתיב וכי ימוך אחיך ומטה ידו ממך, וגבי ערכין כתיב ואם מך הוא מערכך, החייהו מערכך, ומשייר לו ולא לאשתו ובניו, והוא הדין בבע"ח. והוסיף בעה"ת, וז"ל:

"ויש מן הראשונים שטעו ואמרו, שאם קדמה האשה למלוה, שתשבע ותטול. והשיב להם הרב אלפסי ז"ל שנשתבשו, שאין לאשה מזונות לעולם, לא מקרקעות ולא ממטלטלין, עד שיפרע המלוה, ואף שהיא קדמה, דהלכה רווחת היא אבל לא לאשתו ובניו, הלכך לא תשבע ותטול. גם כתב, הנני מוסיף לכם ביאור, שטעם הדבר מפני ששעבודו של מלוה הוא מן התורה, וכדעולא דאמר שעבודא דאורייתא, ומזונות אשה ובניה מדרבנן ... וכל זה הוצרכנו לומר באשה שיושבת תחת בעלה, שאע"פ שהיא סמוכה עליו והיא כגופו, אע"פ כן אין לה מזונות, אבל נתארמלה, המלוה קודם לה אע"פ שהיא מוקדמת, ולא משום דינא נגעו בה אלא מפני תיקון העולם, כדתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תקון העולם."

הרי שהביא בזה מחלוקת ראשונים אם קדמה האשה למלוה, אם תשבע ותטול או שהמלוה קודם בגביה בכ"ע. אולם באלמנה בכל מקרה אין צריך לטעם שיטול הבע"ח המאוחר, דחשיב נכסים משועבדים, ואין האלמנה נוטלת למזונותיה ומזונות הבנות מנכסים משועבדים מפני תקון העולם (ואם במדור שייך דין זה של אין מוציאין מנכסים משועבדים, עיין בב"ש צד,ח שתלוי בשני הטעמים לדין זה, שאין כתובים או אין קצובים (עיין גיטין נ,ב), דלטעם שפסק הרמב"ם לפי שאין קצובים, מוציאים למדור, עיי"ש).

והב"י חו"מ צד,כד כתב דאפילו בכתובות שלנו שאנו כותבין כמה שופרי, מ"מ מלוה בשטר קודמת למזונות האשה, דהנך שופרי אינם למזונות אלא לכתובה. והקשה הב"י, דמ"מ כיון שכתוב בכתובות ומזונייכי, הרי נשתעבד לה בשטר ושיעבודה מהתורה כמו שיעבוד המלוה, ומדוע מלוה בשטר קודמת. ותירץ, דאפשר דטעמא משום דחיוב מזונות דמכאן ולהבא, ודאי דמלוה בשטר קודמת משום דלא הגיע זמנם לגבות, ומזונות שכבר לותה ואכלה, אין לבעל חוב על הבעל שום שעבוד, והיא אינה תובעת

מן הבעל למזונות אלא לפרוע חוב, לכן מלוה בשטר קודמת. ומלוה ע"פ אינה קודמת למזונותיה, אף שאין לבע"ח על הבעל כל שעבוד על מה שכבר לותה ואכלה, מ"מ חייב הוא לפרוע מה שלותה. ובגדולי תרומה (א,א,ד) כתב על דברי הב"י ודברי בעה"ת הנ"ל, וז"ל:

"דלעולם האי ומזונייכי שבכתובה, לא יהינן ליה דין שעבוד, ומשום דעיקר השטר על חיוב הכתובה והנדוניא נעשה, וכל שאר מילי הורגלו הסופרים לכתבם ואינם מעיקר שעבוד השטר, ולפי שהוא חייב במזונות, או מן התורה לרמב"ם ז"ל, או מדרבנן לרי"ף ז"ל, משום הכי נהגו לכתבו בכתובה לשופרא, והקנין העיקרי הוא על הכתובה והנדוניא, דומה למש"כ הרב ז"ל דהנך שופרי אינם למזונות אלא לכתובה. ומאי דמסיים רבינו; או מן הכתוב בכתובה ומזונייכי, לרווחא דמילתא קאמר."

לפי דברי הגדו"ת אין שעבוד חל מכח שטר הכתובה אלא על עיקר הכתובה, התוספת והנדוניא, אולם לא על שאר החיובים, שרק הסופרים הורגלו לכתבם. ולפ"ז אין לאשה שעבוד מזמן הכתובה על תנאי הכתובה של מדור, ובע"ח קודם לטרופ, שהוא בכל ענין קדם, ורק במכרו היורשים יש חילוק בין מדור למזונות, וכדאיתא בגמ' כתובות הנ"ל.

ועיין בגדו"ת (א,א,ד ד"ה והרמב"ם) דדוקא מזונות לעתיד מוציאים מידה, לפי שכשבא בע"ח לגבות חובו, אינו יכול הבעל לזונה לעתיד. אולם אם תפסה על מזונות העבר, כדי לפרוע ממי שלותה ממנו, אין מוציאין מידה, משום דעד אותה שעה חייב הוא לזון אותה, והרי היא כבע"ח על מזונות העבר, וכיון שתפסה, לאו כל כמיניה דבע"ח הבעל להוציאו מידה. ואפי' לא תפסה, כל שקדמו נישואיה לבע"ח, היא גובה תחילה דמי מזונות שעברו, ולא יהא חיוב המזונות אלא כמלוה ע"פ, ודעת הרמב"ם דמלוה, אפי' ע"פ, מוקדמת, קודמת למלוה, אפי' בשטר, מאוחרת, וכמש"כ הרמב"ם בהל' מלוה ולוה כ,א; "מי שיש לו חובות הרבה, כל שקדם חובו גובה תחלה בין מן הלוחות עצמו בין מן הלקוחות, ואם קדם האחרון וגבה, מוציאים מידו שכל שקדם חובו זכה, בד"א בקרקעות שהיו לו בעת שלוה ...". מבואר מהגדו"ת דמהני תפיסה על מזונות העבר, ואף לכתחילה גובה מזונות לפני הבע"ח, אם קדם שעבודה לבע"ח. גם הב"ח חו"מ צז,מב כתב לחלק בין מזונות להבא למזונות העבר, וז"ל:

"והא דכתב הרמב"ם דאפילו תפסה לא מהני אלא מוציאין מידה, היינו דוקא בתפסה על להבא כדי שתזון מהם כדמשמע להדיא מלשונו, דכיון דלא הגיע הזמן שלה לגבות והשטר הגיע זמנו לגבות השתא, ודאי אין תפיסתה כלום, אבל בתפסה על מה שלותה ואכלה לשעבר, מהני תפיסתה, אלא דמה

שלותה ואכלה ולא תפסה, אין לאותו בעל חוב של האשה על הבעל שום שעבוד, ובעל חוב של הבעל שהוא בשטר הוא קודם לחיוב מזונות האשה ובניו שבעל פה, אע"פ שהן מוקדמין. ואע"פ שכתב לה בכתובה ומזונייכי, לא חשבינן כמלוה בשטר, דכיון דאותה כתיבה אינה אלא על פי תקנת חכמים, לא עדיף ממלוה על פה ואתא שעבודו של מלוה בשטר ומבטל שעבודה דאשה ובניו דאינן אלא בעל פה ואפילו במטלטלי ... אכן יש לתמוה, דהרמב"ם ספ"א ממלוה כתב נמי דאפילו תפסה האשה מנכסי הבעל כדי שתזון מהם מוציאין אותם מידה וכו', והלא הרמב"ם פסק בפרק יב מהל' אישות (ה"ב) דמזונותיה של האשה הן מן התורה, וכיון דשעבודה דאשה נמי דאורייתא אם כן במטלטלין חולקין, ואם תפסה האשה אמאי מוציאין מטלטלין מידה. ונראה דלא קאמר הרמב"ם אלא בתפסה כדי שתזון מהם להבא, דעדיין לא הגיע זמנה, הילכך מוציאין מידה כדי לשלם לבעל חוב שכבר הגיע זמנו, אבל בתפסה מטלטלין בעד מה שלותה ואכלה לשעבר, מודה הרמב"ם דאין מוציאין מידה כיון דשעבודה גם כן דאורייתא היא, וגם עבר זמנו לא גרעה מבעל חוב בשטר. ונראה דאפילו הרי"ף דסבירא ליה דמזונות האשה דרבנן, מודה בזה כשתפסה מטלטלין בעד מה שלותה כבר דאין מוציאין מידה וכדפרישית בסמוך. והלכה למעשה נראה באשה בחיי בעלה אם תפסה מטלטלין אין להוציא מידה, בין תפסה על העבר בין תפסה על להבא, דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד המוחזק, ואנן קיימא לן דמזונותיה של האשה דאורייתא כמו שנתבאר באבן עזר סימן סט, אם כן לא אתא בעל חוב שבשטר ומבטל לשעבודה דאשה, דהוי נמי דאורייתא, להוציא מטלטלין מידה. ודוקא בקדמה היא למלוה ובתפסה, אבל בלא תפסה אין לה כלום עד שיפרע למלוה."

מבואר בב"ח דמהני תפיסה על מזונות העבר לענין מה שלותה, אף לדעת הסוברים דמזונות דרבנן, ולמ"ד מזונות דאורייתא, דכן פוסק גם הב"ח, מהני תפיסתה גם על מזונות העתיד, אם קדם שעבודה לשעבוד המלוה. ולפ"ז בנדר"ד במדור, כיון דלא דמי למזונות להבא שהם דבר יום ביומו, וגם חשיב כתפסה וכו"ל, אין להוציא מיד האלמנה. ואף שהאחרונים מיירי בתפיסת מטלטלין, בנדון מדור האלמנה נחשבת כתפוסה ועומדת. דדוקא לרדת ולתפוס קרקע, י"ל דלא מהני תפיסה, משא"כ במדור שהיא כתפוסה, וכמש"כ הראשונים בסוגיא בכתובות קג,א וכו"ל. ובפרט לגדו"ת שאם קדמו נישואיה לבע"ח, היא קודמת בגביה.

ומה שיוצא מהגדו"ת והב"ח דמהני תפיסה על מזונות העבר, ואף על מזונות העתיד י"ל דמהני תפיסה, אם קדם שעבודה לשעבוד הבע"ח, דעת הסמ"ע צז,ג שבכלל אין חיוב על הבעל לתת מזונות, אף למ"ד מזונות דאורייתא, המלוה המאוחר לנשואין

קודם, מפני שהתורה לא חייבה את הבעל במזונות אלא כשיש לו, שתאכל עמו ותהא כגופו, משא"כ כשאין לו, או שהוא חייב לאחרים, דכשנותן לה בהיותו חייב לאחרים, הרי זה כנותן לה משל המלוה. ואף שמדרבנן חייב להשתדל לתת לאשתו מזונות אף כשאין לו, וכפי שהתחייב בכתובה אנא אפלו ואיוון וכו', המלוה קודם, שלמלוה חייב לשלם לו מהתורה, כדכתיב; והאיש אשר אתה נושה בו יוציא העבוט, משא"כ אשה שלא הלוחה לו שיעור חיוב מזונותיה, אלא שחז"ל תיקנו לה מזונותיה תחת מעשה ידיה, אין זו הלואה שחייבתו עליה התורה. וכל זה בלוח בשטר, אבל כשלוה בעל פה, דאין סמיכת מלוה דהבעל אפילו על קרקעות, אין לו קדימה בהן מהאשה במזונותיה, והרי בעל חוב והיא באין כאחד לתובעו לשלם להן, משו"ה שניהן שוין. ומ"מ לפי דברי הסמ"ע י"ל שמש"כ הריטב"א שאין חיוב מדור אלא כשאנו חייב, אין חילוק בין ממושכן לבע"ח ללא משכון, דלא חייבה התורה גם במדור אלא כשיש לו, ולא כשחייב לבע"ח במלוה בשטר.

ועיי"ש בסמ"ע דמשמע מדבריו שאפי' תפסה על מזונות העבר, ג"כ יוציאו מידה, כיון שאין חיוב מזונות משל בע"ח, והוא קודם לה כמבואר בסמ"ע. ועיין בתומים צ"כ, שהקשה, דהרי אם הבעל היה נותן לה מזונות העבר, ודאי לא היו מוציאים מידה, וא"כ הוא הדין והוא הטעם אם תפסה היא, דמה שכבר קבלה בידה, אין להוציא מידה. ולעצם השאלה מדוע פסק הרמב"ם שמוציאין מידה, הרי מזונות דאורייתא, כתב הגר"י אייבשיץ בבני אהובה (אישות יב, ב), וז"ל:

"דאף דהוא דאורייתא, מ"מ אקרקפתא דגברא מונח לעשות כחובתו לזון אשתו ולהלבישה, אבל הוא בכלל שארי חיובים דמונחים עליו כמו עונה, אבל בכל זה אין הוא בע"ח שישתעבדו נכסיו לכך מן התורה, רק הוא כמו שמחויב לתת צדקה, וכי בשביל כך ישתעבדו נכסיו לכך. וכן הוא במזונות ומלבושים. משא"כ בע"ח דהתורה שעבדה לו נכסיו, כדכתיב יוציא אליך העבוט, וא"כ בזה הוי שעבודא דאורייתא, אבל במזונות וכסות, אף דהוא דאורייתא, מ"מ לא נשתעבדו נכסיו מן התורה, ולכך בע"ח קודם."

מבואר מדבריו דאף אם מזונות דאורייתא, השעבוד לא מהתורה, כיון שהחיוב הוא רק על הגוף, שכך חייבו את הבעל בחיובים, וכמו בעונה שאין בזה שעבוד נכסים, כך במזונות וכסות. ועיין באבן האזל מלוה ולוה א, ח, שחיוב מזונות מן התורה הוא ככל פעם שתצטרך לאכול, שיתן לה מזונות, אבל בלוותה ואכלה או מזונות להבא הוא רק מן התקנה, ולכן בע"ח קודם. ולדבריהם גם אם קדמה האשה, בע"ח קודם, כיון שאין שעבודה מהתורה, או מפני שהחיוב מהתורה לתת לה לאכול, ואף בקדמה האשה, בע"ח קודם.

לאמור לעיל מידי ספק לא יצאנו, אם חייב במדור לאשתו כשחייב לבע"ח והמדור משועבד לבע"ח. אולם כל זה במלוה בשטר שיש שעבוד על המדור, אולם במלוה ע"פ או במלוה בכת"י כנדוד"ד, אין לבע"ח שעבוד על המדור, דדין מלוה בכת"י כמלוה ע"פ, עיין במשנה ב"ב קעה,ב וברשב"ם שם, ובשו"ע חו"מ סט"א ובסמ"ע ס"ק א (ולענין אם יש בכת"י דיני קדימה או חיישין לקנוניא שגם הכת"י מזויף להפקיע זכויות של בע"ח אחרים, עיין בקצוה"ח סט"א), וע"ע בתש" פנים מאירות ח"ב סי' קב. ואם מלוה ע"פ מוקדמת לזמן הכתובה, הדבר תלוי במחלוקת הראשונים, עיין במחבר שו"ע חו"מ קד"ג, ובש"ך ס"ק כ. ובנדוד"ד שזמן הכתובה קדם, לכ"ע היא קודמת לענין בני חורין. ואף שיש שעבוד למלוה ע"פ על בני חורין, ויכול למכור שטר בכתב ידו בכתיבה ומסירה ולא במעמד שלשתן, עיין בשו"ע חו"מ סו"ו, ועיי"ש גם בשער המשפט ס"ק ו, מ"מ כאן שמת החייב, אין גובים במלוה בכת"י אלא בג' אופנים בהם גובים במלוה ע"פ, כמבואר בשו"ע חו"מ סט"ה. גם י"ל דכל דברי הריטב"א שאין לאשה מדור ממשועבדים, אף אם נאמר דלאו דוקא ממושכן, י"ל דוקא בשעבוד של מלוה בשטר, משא"כ במלוה ע"פ, מ"מ צ"ע לחלק, אם מדובר באופן שיכול הבע"ח לגבות מהיתומים. וכנ"ל, דאף בספק, אין להוציא מהאלמנה שהיא תפוסה וכנ"ל לגירסת הראשונים שהיא תפוסה מחיים. ואף שבמלוה בכת"י יש טעם לשבח שלא להוציא את האלמנה מהמדור ולהגבות לבע"ח, גם במלוה בשטר כנ"ל אין להוציאה מהמדור, אא"כ מישכן המדור, וכמבואר בדברי הריטב"א בתש".

ובעיקר נראה שאינו דומה נידון מדור אלמנה מול גביית בע"ח, לענין זכות קדימה בגביית חובות. כאשר יש שאלה מי מהבע"ח קודמים, הרי שהבע"ח שלא יגבה, יותר לא יוכל לגבות ממה שגבה הבע"ח הראשון. גביית הראשון מפקיעה את זכות השני לגבייה מאותו נכס. במדור אלמנה, הרי שלאחר מיתת האלמנה, יוכל הבע"ח בכל מקרה לגבות את המדור, רק כעת אינו יכול לגבות, כיון שהמדור משועבד בזכות האלמנה למדור. לכן גם אם בקדימות החוב, יד חוב האלמנה על התחתונה והבע"ח קודם, היינו דוקא אם הייתה גובה ומפקיעה זכותו של הבע"ח הקודם. אבל כאשר אינה מפקיעה זכותו אלא דוחה את זמן הגביה, בהיות המדור משועבד לה למגורים, בזה שעבודה מונע ממנו לגבות, כל עוד השעבוד קיים בתקנת חכמים, וזכותו מכח השעבוד ולא מכח משכון וכנ"ל.

לאמור לעיל, אם הבעל מישכן את דירת המגורים, אין לאשה זכות מדור, אולם אם הלוח, בין בשטר בעדים ובין בשטר בכת"י, וכל שכן במלוה ע"פ, אין להפקיע את זכות האלמנה במדור.

ה. נתן רכושו במסגרת צוואה

וכאשר כתב בצוואה שנותן גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, או שעה אחת קודם מותו, וכל זה אם לא יחזור בו, אם דינו כמתנת בריא שכתב הרשב"א שאין לאלמנה מדור, או שיש חילוק בין הדברים. לעיל הובאו דברי הרשב"א בתש' ח"ב סי' קסה שאם מכר הבעל או נתן במתנת בריא מדורו, אין אומרים שתהא יושבת אצלו באותו מדור שהיה לו, ומתנאי כתובה, שאין התקנה אלא בשיש לו בשעת מיתתו. אבל אם נתן במתנת שכיב מרע, לא נגרע כחה אצל מתנה דרבנן, ממה שיש לה אצל ירושה דאורייתא, וע"כ האלמנה משתמשת במדור כבחיי בעלה. ועיין בב"ש צד, ח מה שהקשה, דדברי הרשב"א תלויים במחלוקת בפ"ה דגיטין בהא דאין מוציאין למזון האשה והבנות ממשועבדים, לפי שאין כתובים או שאינם קצובים (גיטין נב), ולרשב"א שסובר שאין מוציאין לפי שאין כתובים, הוא הדין מדור, משא"כ לרמב"ם שאין מוציאין לפי שאין קצובים, במדור הרי זה קצוב. וכתב הב"ש לישב, דמדאמר ר"נ יורשים שמכרו דירת אלמנה לא עשו כלום (כתובות קג, א), ש"מ שאם מכר אביהם, מה שעשה עשוי, והוא הדין אם נתן במתנות בריא. וצ"ל דהואיל ולמזונות אין טורפים ממשועבדים משום שאינם קצובים, שוב אין טורפין שום תנאי כתובה, ואפי' הוא קצוב.

השאלה אם דוקא במתנת שכיב מרע, שהיא תקנת חכמים, ולכן לא גרעה תקנת חכמים של מדור מתקנת מתנת שכיב מרע, או כשגם נותן שעה לפני מותו, ובפרט כשמשיר לו פירות לאחר מיתה, יש לראותו כ"יש לו בשעת מותו", שכל מה שנתן הוא למעשה לאחר מותו, רק המסגרת היא מתנת בריא, ולכן בכה"ג גם תיקנו חכמים מדור לאלמנה.

והנה כאשר מקנה בצוואה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ראה להלן סי' כו על האופן בו פועל הקנין. דמדברי הגרע"א בחידושו לב"ב קל"א, מבואר דקנה הכל מעכשיו, אלא דשייר הנותן לעצמו הקרקע לפירות שיגדלו כל ימי חייו, וכשיגדלו לאחר מיתה, הרי זה בכלל הקנין שקנה מעכשיו. כלומר ששייר לעצמו פירות של כל ימי חייו, אבל כיון שהקנה הגוף מיד, הפירות שלא שייר נגררים מהשתא אחרי הגוף, רק מה ששייר לעצמו, יכול לאכול, אבל מה שלא שייר, זכה המקבל יחד עם הגוף, וממילא אינו צריך זכיה מחדש לאחר מיתה, דכבר זכה במתנה מיד. ולפ"ז אפשר דבמדור אלמנה, שהזכות שלה הוא בפירות, בזכות המדור וכמו שנתבאר לעיל, א"כ בשעת מיתה היה לו זכות דיור במדור, ועל זכות הדיור הזו חלה תקנת חכמים של מדור אלמנה.

ואינו דומה למי שיש לו בית בשכירות, שאין תנאי כתובה של מדור אלמנה חל עליו, דשם מוגבלת זכות השכירות ומותחמת בזמן, דמשייר לעצמו פירות כחו

עדיף מזכות מגורים בתנאי שכירות, דבשכירות אם מת לא פקע זכותו לזמן שקנה השכירות, ורק נחלקו הראשונים אם חשיב מיתתו כאונס שיכולים היורשים, עיין ברמ"א שלד, א, מחלוקת הרשב"א והמרדכי, בש"ך שלד, ב, ועיין מה שכתבתי בח"א יא, ד, דבשכירות או שקנה לזמן, והשאלה אם חשיב כאונס בשכירות. אבל אין לו תורת בעלים במדור שיחשב שלו אלא לזמן ששכר, משא"כ בזה ששייר לעצמו פירות הבית וזכות המגורים, הרי שהוא שלו ללא הגבלת זמן, וחל עליו תנאי כתובה של מדור אלמנה.

דבזה עדיף מי ששייר לעצמו דירת בית, ממי ששכר בית, דהמשייר לעצמו דירת בית, שייר לעצמו גם חלק בבית, משא"כ שוכר שאין לו חלק בבית, וראיה מהירושלמי (קדושין פ"א ה"ד, וב"ב פ"ג ה"א), הביא הרא"ש ב"ב ד, ז, על דברי ריש לקיש, זאת אומרת המוכר בית לחבירו ואמר לו על מנת שדיוטא העליונה שלי, דיוטא העליונה שלו, וז"ל הרא"ש:

"דכי היכי דאמר גבי האומר על מנת שמעשר ראשון שלי, ששייר מקום המעשר משום דבעין יפה משייר, ואע"ג דלא הזכיר המקום, הכי נמי אמר במשייר דיוטא לתשמישו, להוציא בה זיזין שייר, דשייר בחצר להוציא בה זיזין, כדי שלא יהא כמשייר אור, אע"פ שלא הזכיר החצר כלל, גבי נפשיה בעין יפה משייר. ואתאי הא דריש לקיש כהא דתנאי בתוספתא, ומייתי לה בירושלמי בפרק חזקת הבתים, המוכר עובר שפחתו לחבירו, לא עשה ולא כלום. המוכר ולד בהמתו לחבירו, לא עשה ולא כלום. המוכר מעשרות שדהו לחבירו, לא עשה ולא כלום. המוכר אור חורבתו לחבירו, לא עשה ולא כלום. אלא מוכר לו בהמה ומשייר עוברה, ומוכר לו שפחה ומשייר עוברה, ומוכר לו שדה ומשייר מעשרותיה, ומוכר לו חורבה ומשייר אוריה, משום דאמר בעין יפה משייר, וחורבה לאוריה שייר, ושדה למעשרות. וזהו שלמד ריש לקיש דין שיור אור מדין שיור מעשרות, כמו שהן שנויים בתוספתא וכן פירש ה"ר יונה ז"ל לפירוש רשב"ם."

וכדברים אלה פסק המחבר בשו"ע חו"מ שיב, ב-ג. ולפ"ז כאשר נותן במתנה גוף הבית ומשייר לעצמו זכות מגורים, שייר גם בגוף הבית, וכיון שיש לו שיור בגוף הבית, חל גם על הגוף וגם על הפירות תנאי כתובה של מדור אלמנה.

אולם גם אם שכר בית לזמן קצוב, ומת תוך הזמן, נראה שיחול על זמן השכירות שנשאר ממיתתו ועד לסוף זמן השכירות חיוב מדור, עיין כל זה מש"כ באריכות בח"ד סי' טו לענין שכירות ליומיה ממכר הוא והמסתעף, ובכל אופן יש לשוכר קנין פירות לאותו זמן ששכרו, ועל אותו זמן חל חיוב מדור, וכיון שבתקנת תנאי כתובה

יש חלות חיוב מדור גם על קנין פירות, א"כ כשהיה לבעל זכות מגורים ששייר לעצמו, חל על זכות זו חיוב מדור אלמנה.

ואף לדעת הבית מאיר (הובא ברע"א שם) דס"ל דקנין מהיום ולאחר מיתה אינו שויר, אלא קנין שמתחיל היום ונגמר לאחר מיתה, ואינו מפריע מה שנגמר הקנין לאחר מיתה, בשעה שאין המקנה בר הקנאה, דאם החל הקנין בחייו, שוב אינו מזיק מה שנגמר לאחר מיתה. א"כ בשעת מיתה, שעת חלות חיוב מדור אלמנה, לא הושלם קנינו של המקבל אלא לאחר מיתה, ובשעת מיתה עדיין של הנותן. ומש"כ הרשב"א שלא תיקנו מדור אלמנה בנתן במתנת בריא, היינו שהמדור ניתן באופן מושלם בהיותו בריא, אבל כשלא הושלם הקנין אלא לאחר מיתה, לדעת הרשב"א אין זה מתנת בריא שהופקע ממנה חיוב מדור אלמנה. דהסברא בדברי הרשב"א, דלא חייבו את היורשים במדור אלמנה, רק כשיש מדור, וכשניתן במתנת בריא, הרי זה כמכר ואין כאן מדור, אבל בנתן גוף מהיום ולא הושלם קנינו, יש כאן מדור, ועליו יחול חיוב מדור אלמנה בתנאי כתובה.

ואף למש"כ הגרא"ו בקובץ שעורים (ב"ב תסב) דמהיום ולאחר מיתה, היינו שהקנין נעשה עכשיו, והחלות היא גם עכשיו, כזכות בעצם הקרקע, אף שתתממש בפועל רק לאחר מיתה, שזה הזכות שיש לו כעת, ובזה אין חסרון של לאחר מיתה, דמצד החסרון שאינו יכול לעשות מעשה קנין ולתת זכויות שיהיו לאחר מיתה, הקנין כבר נעשה, ומצד החסרון שיחול רק לאחר מיתה, כיון שכבר כעת נותן לו בשדה זכות זו של לאחר מיתה, הרי בכח זכות זו חלה עכשיו והיא קיימת, אף שתמומש רק לאחר מיתה כיון שזה הדבר שיש לו בשדה, וז"ל:

"הכוונה שהוא קונה תיכף השדה על זמן שלאחר מיתה. ואינו דומה ללוקח לאחר ל', דהתם בתוך ל' אין לו כלום עכשיו, אלא דלאחר ל' תתחדש זכירתו, אבל הכא לאלתר הוא שותף בשדה. דלענין הזמן של עכשיו שייכה לראשון, ולענין הזמן של אחר מיתה, השדה של השני."

והיינו שהמקבל כבר כעת יש לו זכות זו בשדה, שלאחר מיתה תהיה השדה שלו, ולכן אין בזה חסרון של קנין לאחר מיתה, דהן מעשה הקנין והן החלות חלים כעת, ולא שלאחר מיתה קמה ומתחדשת הזכיה כבקנין לאחר ל'. לפ"ז מקנה לו זכות שיהיה המדור של הקונה לאחר מיתה, וא"כ בשעת מיתה עצמה המדור של הבעל, וחלה עליו חיוב מדור אלמנה, ומה שמכר או נתן לאחר הזכות לאחר מיתה, לא יכל למכור זכות זו אלא בכפוף לחיובים שיהיו בשעת מיתה על זכות זו, ובכללם מדור אלמנה.

[ווע"ע ביד רמ"ה (ב"ב קלה,ב, סי' קעב) דבמהיום ולאחר מיתה, אע"ג דקני גופא מהיום; "לית ליה רשותא לאשתמושי ולא למשלט בגופה ולא בפירא אלא לאחר מיתה". ולכאורה אם הגוף שלו, מדוע אין לו רשות להשתמש אלא לאחר מיתה. ויש לפרש לכאורה כדברי הגרא"ו, שמה שהקנו לו זו הזכות שיהיה שלו לאחר מיתה, וזכות זו מקנה ביום].

לפ"ז בנותן נכסיו, ובכלל זה הדירה בה הוא גר עם אשתו, לאחר במתנה של מהיום ולאחר מיתה, יש לאלמנה זכות למדור בדירה שניתנה באופן הנ"ל. והשאלה כשנתן במתנת בריא מוחלטת, ובתנאי שלא יחזור בו, כפי שנהוג בהרבה צואות, האם במדור שניתן מתנת בריא שיכול לחזור, יש לאלמנה זכות מדור.

וכאשר הצואה נערכה בלשון של מהיום אם לא אחזור בי, איתא בב"ב קלה,ב: אמר אביי הכי קאמר, איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה (פירות אלא לאחר מיתה, דומיא דמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה. ומיהו בהכי עדיפא משכיב מרע, דמתנת שכיב מרע יכול לחזור בו וליתן לאחר כדלקמן, דייתיקי מבטלת דייתיקי, אבל מתנת בריא דמהיום ולאחר מיתה אינו יכול למכור עוד הגוף כל ימי חייו אלא פירות — רשב"ם). וכדברי הרשב"ם נראה בפירוש דברי הרמב"ם זכיה ומתנה יב"ד:

"מתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה, שמשמע דברים אלו שאע"פ שקנה הגוף מהיום, אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה".

ועיין ברב המגיד דדעת הרמב"ם שאינו יכול לחזור בו, ואינה כמתנת שכ"מ שיכול לחזור בו עד שעת מיתה, אלא שדומה לה לענין זמן הזכיה, שאינה זוכה בפירות מעתה. וכן מבואר להדיא בדברי המחבר בשו"ע חו"מ רנו,ו, שאע"פ שקנה הגוף מהיום ואינו יכול לחזור בו, אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה.

והתוס' (ב"ב קלה,ב) הקשו משלהי פ"ק דב"מ, דתנן מצא שטרי מתנות לא יחזיר. ומבואר בגמ' (ב"מ יט,א) דיש לחוש שמא נתן קודם לאחר, וזכה הראשון, וכעת יחזיר לשני השטר. ובמתנת שכיב מרע אין לחשוש, דיכול לחזור בו. ושם בגמ' מבואר דמיירי במתנה, ומוקי לה בשכ"מ, וצ"ל דהיינו במהיום ולאחר מיתה, ולשיטת הרשב"ם שאינו יכול לחזור בו במתנה זו, מדוע באמר תנו נותנים, הרי יש לחוש שמא יש ראשון שכבר זכה, ואין הנותן יכול לחזור בו. ותירצו התוס':

"ומפרש רבינו תם, מהיום ולאחר מיתה היינו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, ומיירי כגון שפירש בפירוש מהיום אם לא יחזור עד

לאחר מיתה, דמסתמא אם אמר מהיום ולאחר מיתה הוי מהיום קני גופו ולאחר מיתה קני פירות כדמשמע במתני' בסמוך. ואע"ג דנקט הכא כלישנא דלקמן, מכל מקום לא איירי בחד גוונא."

והתוס' מיירי באומר מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, ודינה כמתנת שכיב מרע לענין שיכול לחזור בו, וא"כ לכאורה היכן הדמיון למתנת שכיב מרע, דאם היה אומר מהיום אם לא אחזור בי לחמש שנים, זו היתה מתנה מותנית שיכול לחזור, גם באומר אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, זו מתנה מותנית. מתנת שכיב מרע זו מהות אחרת, שהחלות של המתנה שאינה קונה אלא לאחר מיתה. ונראה דתוס' ס"ל דכשאומר לשון זו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, בכך שאיפשר לעצמו לחזור עד לאחר מיתה, הגם שבדרכי הקנינים צריך לעשות קנין כמתנת בריא, שבזה לא תיקנו שדבריו ככתובים וכמסורים, אך בעצם סוג התנאה זו הגדיר את המתנה שחלותה רק לאחר מיתה כמתנת שכיב מרע לכל דבר וענין, להוציא מעשה הקנין, שאין לקונה כלום בחיי נותן אלא לאחר מיתה. דלעצם היכולת לחזור מכח התנאי, דמי לכל תנאי שיכול לחזור, ומה שמדמה למתנת שכיב מרע, משמע שזו עצם המהות כמתנת שכיב מרע.

ובתוס' רי"ד (ב"ב קלה, ב) למד בדעת ר"ת שכל האומר מהיום ולאחר מיתה הרי הוא כאומר מהיום אם לא אחזור בי, ממש כמתנת שכיב מרע, ויכול לחזור בו גם בלא התנה במפורש. אולם ברמב"ן, ברשב"א ובריטב"א בסוגיא מבואר שפירשו בדעת ר"ת שאומר להדיא מהיום אם לא אחזור בי, ולא שאומר מהיום ולאחר מיתה, שפירשו מהיום אם לא אחזור בי, עיין להלן סי' כו.

ובריטב"א ב"מ יט, א הביא את דעת רש"י (בב"מ) והרשב"ם (ב"ב קלה, ב) שפירשו מהיום ולאחר מיתה, גוף מהיום ופירי לאחר מיתה, ודעת התוס' שפירשו מהיום אם לא אחזור בי, והביא קושית התוס' שאין הלשון מתפרש כן בעלמא וכו', והקשה על התוס':

"דסוף סוף לא דמי למתנת שכ"מ, דהא אי הדר בה מחיים לא קנה כלום ואפי' לאחר מיתה, ואי לא הדר ביה הא קני מהיום גופא ופירי, ומיהו בזו י"ל דה"ק, איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ דלא קים ליה דקני אלא לאחר מיתה, דחייש דילמא הדר ביה."

שמעצם המתנה קונה כבר מחיים, אבל המקבל לא קים ליה דקני אלא לאחר מיתה, מחשש שמא יחזור בו הנותן. ויש להבין אם מחמת מה דלא קים ליה למקבל, באמת אינו קונה אלא לאחר מיתה, או שקונה עוד מחיים, רק כיון שהמקבל

סובר שאינו קונה וחושש שמא יחזור בו, דמי למתנת שכיב מרע. ואם נאמר שבאמת החלות מחיים, עדיין לא דמי למתנת שכיב מרע. או כיון שהמקבל סבור שאינו קונה רק לאחר מיתה, א"כ אינו מתכוין לקנות אלא לאחר מיתה, וצ"ע בזיכה לו ע"י אחר. ונראה שנחלקו הראשונים אם המתנה נגמרת בכה"ג מהיום או לאחר מיתה. הרא"ש ב"מ א, מז, כתב:

"פירוש שמפורש בו מהיום אם לא אחזור בי כל ימי חיי, אז תחול המתנה מהיום. וכל ימי חיי יכול לחזור בו כמו במתנת שכיב מרע. ובהכי מתוקמא מתנות דמתני' דדייקי' עליהו הא אמר תנו נותנין."

הרי שמהיום אם לא אחזור בי, חלה המתנה מעכשיו. אולם מדברי הרשב"א ב"מ יט, א, (וכן הוא בר"ן שם, הובאו דבריהם בשטמ"ק) מבואר שהמתנה חלה רק לאחר מיתה, וז"ל הרשב"א:

"ונראין דברי ר"ת ז"ל שפי' דלא קני כלל עד לאחר מיתה, וכגון דכתב ליה שלא תהא המתנה נגמרת עד לאחר מיתה, שיהא רשות בידו לחזור בו עד שעת מיתה, וכגון שכתב ליה הכין בפירוש ולא שיהא כן במשמע לשון מהיום ולאחר מיתה, שאלו כתב לו מהיום ולאחר מיתה ודאי גופא קני ליה מהשתא ופירא לאחר מיתה, כדאיתא התם בשלהי יש נוחלין."

הרי שכשכותב מהיום אם לא אחזור, אין המתנה נגמרת עד לאחר מיתה. ולפ"ז לדעת הרשב"א והר"ן שהקנין חל כמתנת שכיב מרע רק לאחר מיתה, יחול חיוב של מדור אלמנה על מדור זה שנתן במתנה של מהיום אם לא אחזור בי. אולם גם לדעת הרא"ש י"ל שדינה כמתנת שכיב מרע שחלה לאחר מיתה, אלא שחלה למפרע מחיים, ככל מתנת שכיב מרע, לשיטת הרא"ש גיטין א, יט, והתוס' בגיטין (יד, ב ד"ה הא), וז"ל התוס':

"אומר ר"י, אע"ג דמת מקבל בחיי נותן ולא קני אלא אחר מיתת נותן, אפילו הכי קנו יורשין, דדעת נותן הוא דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל אחר מיתתו או הוא או יורשיו. ואפילו לא נולדו יורשי מקבל עד אחר מיתת נותן, קנו אפילו למ"ד המזכה לעובר לא קנה, דדברי שכיב מרע כשמת כמסורים למקבל משעת נתינת שכיב מרע או אמירתו."

מבואר מהתוס' דהמיתה היא תנאי בחלות מתנת השכיב מרע שחלה למפרע משעת אמירת השכיב מרע. וביתר ביאור נמצא בדברי הרא"ש (ספ"ק דגיטין, סה"ט):

"... משום דדברי שכיב מרע לענין להקנות אחר מיתתו, חשובין ככתובין וכמסורין למפרע משעת נתינתו, הלכך כיון דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות,

הוברר הדבר שזכה משעת המתנה ומורישו ליורשיו, ואי ליתיה למקבל בשעת מתן מעות, יחזיר ליורשי משלח, דקיי"ל דאין קנין למת, וכן הלכתא."

ונחלקו בזה הטור והב"י בחו"מ ר"ס רנ, דדעת הטור דזוכה למפרע, ודעת הב"י שאינו זוכה אלא לאחר מיתה. ועיין קצוה"ח רנא. [ועיין באמרי משה (לגר"מ סוקולובסקי זצ"ל) סי' לט שכתב מערכה גדולה בדין מתנת שכיב מרע אי קני למפרע, ועיי"ש בתחילת דבריו דהני ראשונים הסוברים שזוכה למפרע הוא רק כשהוציא המתנה מתחת ידו ונתנו להוליקה לפלוני, דזוכה למפרע אף דהולך לאו כזכי, משא"כ באמירה לחוד לכל השיטות אינו זוכה למפרע, עיי"ש מה שדן בדברי קצוה"ח רנא. ועיין מה שכתבתי בח"ד ה,י.]

לפ"ז י"ל דגם הרא"ש מודה שחלה לאחר מיתה למפרע, וא"כ דינה כמתנת שכיב מרע לענין מדור אלמנה, שלא הפסידה האלמנה את זכותה במדור. ועיין בטור חו"מ סי' רנז, וז"ל:

"כתב הרמב"ם ז"ל מתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, הרי זו מתנת שכ"מ שאינה קונה אלא לאחר מיתה, שמשמע [דברים אלו] אע"פ שקונה הגוף מחיים אינו זוכה בו לאכול הפירות עד לאחר מיתה, ע"כ. לפיכך הגוף קונה מיד, ואינו יכול לחזור בו, ופירות לאחר מיתה. ואם כתב לו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, ודאי היא לגמרי כמתנת שכ"מ, ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מן הגוף."

ומדכתב לשון "ודאי היא לגמרי כמתנת שכיב מרע", שהוא מוסיף על הראשונות, דלא מיבעיא שקונה לאחר מיתה אלא גם יכול לחזור בו. שאם אינו קונה לאחר מיתה, מה הלשון "ודאי היא לגמרי", כל חד לפי דינו, בזו יכול לחזור, ובזו קונה מחיים. וכך היא גם לשון המחבר בשו"ע חו"מ רנז,ז:

"מהיום אם לא אחזור בו עד לאחר מיתה, היא לגמרי כמתנת שכיב מרע ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף. הגה: ומ"מ צריך קנין במתנת בריא, ולא אמרינן ככה"ג דבריו ככתובין וכמסורין דמי."

וכיון שהיא לגמרי כמתנת שכיב מרע, חל על המדור שניתן במתנה של מהיום אם לא אחזור בי, תנאי כתובה של מדור אלמנה, ולא הפסידה האלמנה את זכותה למדור. והסברא דמדור אלמנה חל על מתנת שכיב מרע, וכמש"כ הרשב"א בתש' הנ"ל, הן למש"כ הרמב"ם זכיה ומתנה ח,ט ובשו"ע חו"מ רנב,א, דחייב התנאי כתובה חל עם גמר מיתה, וחלות המתנה לאחר מיתה. והן למש"כ הרי"ף (ב"ב ס,ב מעמוה"ר,

ועיי"ש בנימוק"י שבאים כאחד, כתב קצוה"ח רנב, א דחיוב תנאי כתובה קודם, משום דברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעין, עיי"ש.

ומש"כ בשטר הצואה שתחול הצואה מהיום ושעה אחת קודם מיתתי אם לא אחזור בי, מה שכתב ושעה אחת קודם מיתתי לא עדיף על מש"כ מהיום, דחלות המתנה כמתנת שכיב מרע היא מיכולת החזרה לכל ימי חייו, ומש"כ שהמתנה תחול מהיום ושעה אחת קודם מיתתי, שהקנין חל מהיום, והיא כמתנת בריא לחלוטין, ומה שכותב ושעה אחת קודם מיתתי, הוא לכאורה מיותר, דלעצם הקנין בעינן קנין מהיום כמתנת בריא, ולענין החלות, כיון שיכול לחזור בו, הרי היא כמתנת שכיב מרע, והתוספת של שעה אחת קודם מיתתי הוא באופן שלא עשה קנין מהיום, או כשלא אמר אם לא אחזור בי, ועיין בנתיבות קנ, כב, וז"ל:

"ולכן נראה דודאי כונתה שכיב מרע היא רק לאחר מיתה, רק דהרשב"א אשמעין דאפילו במקום דלא שייך לומר אין קנין לאחר מיתה, כגון שהקנה בפירוש שעה אחת קודם מותו, או שאמר מהיום ולפי מה שכתבתי לעיל [סקי"ג] דלפעמים כשהשכיב מרע אומר מהיום, משמעות שלו הוא מעת שאני בעולם כמו בגט, והיינו שעה אחת קודם מותו, דאז לא שייך הטעם דאין קנין לאחר מיתה, ואפ"ה לא מהני הקנין אגב קרקע מטעם דהוי כמקנה אגב קרקע של המקבל."

ולפ"ז או שכל משמעות "מהיום" היא "שעה אחת קודם מיתתי", והיא תחליף על היום, וזה לא שייך בקנין שעושה כעת. ובכל אופן כשכותב מהיום ושעה אחת קודם מיתתי אם לא אחזור בי, למש"כ לעיל, אינו יכול לשנות את המהות שחל כמתנת שכיב מרע, ואין האלמנה מפסידה זכות המדור. [ולמש"כ בסי' כו, בכל ענין, אף אם לא כתב אם לא אחזור בי, יכול לחזור בו, ויהיה דינו כמתנת שכ"מ].

לאור האמור לעיל, לא הפסידה האלמנה את זכותה למדור הן בחוב שלוח הבעל במהלך הנישואין, והן במי שנותר את נכסיו בצואה במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה, או במתנת בריא מהיום אם לא אחזור בי, ואפי' כתב שתחול מהיום ושעה אחת קודם מותי אם לא אחזור בי.

סימן ה

חיוב כתובה בתובעת גרושין

ראשי פרקים

א. אומדנא בתוספת כתובה

ב. כתובה כמורדת דמאים עלי

ג. כשתביעת הגרושין מחמת דבר מהותי באישות

אשה תבעה גרושין, והצדדים התדיינו בביה"ד במשך תקופה קצרה, והבעל הצהיר בביה"ד שהוא חפץ בשלום בית, ולמעשה לאחר שנוכח שאין סיכוי לשלום בית, שוכנע לתת ג"פ לאשתו. לצדדים לא היו ילדים או רכוש משותף, כך שלא נזקקו להסכם גרושין. לאחר הגרושין האשה תובעת מהבעל כתובה, בטענה שלא ויתרה על כתובתה. ומאידך טוען הבעל, שכיון שהאשה היא זו שתבעה גרושין, והוא הסכים למתן גט מתוך הכנה שאין ברירה, במציאות כזו אין האשה זכאית לכתובה.

א. אומדנא בתוספת כתובה

איתא בכתובות נד, א לענין אלמנה שבאה לגבות כתובתה, דשמין בגדים שעליה, לדעת רב, ושמואל ס"ל דאין שמין, ונפסקה הלכה כרב דשמין, דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה. והיינו שכל מה שנתן לה בגדים, רק למציאות שהיא תחתיו, ולא שתצא ותטול. וזו אומדנא במתנה, דאף שחייב בכסותה, אין הכוונה שנותן לה הבגדים אלא שיהיה לה מה ללבוש, ומה שיכולה ליטול הבגדים הוא בטענה שהבגדים ניתנו לה, ועל זה ס"ל לרב שעל דעת למישקל ומיפק לא אקני לה. ועיין ברע"א בחידושי לכתובות נד, א, דבגדים אלו אינם שלה רק להתקשט לפניו, אולם אינם ברשותה למכור או לכלות. רק להתקשט, ואינה אלא כשואל, ששואלים לה הבגדים להשתמש בהם. ואם נקרעו הבגדים מתשמיש הוי כמתה מחמת מלאכה, אבל אין הגוף שלה רק הפירות, עיי"ש. ואומדנא זו היא דוקא בבגדים שעשה לה הבעל, וכמש"כ ההפלאה בכתובות שם, דבגדים שעשו לה היתומים מכח

חיובם בכסותה, כיון דהרשות בידה לתבוע כתובתה בכל עת, לא שייך לומר דהקנו אדעתא למיקם קמיהו.

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

"יש מי שאומר שכתובה זו דמחייבין לבעל בתביעת האשה מנה מאתים אבל תוספת לא, ואע"ג דתנאי כתובה ככתובה דמי, הכא אומדן דעתא הוא דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה ... וכשם שמצינו שיש תוספת בלא כתובה, כך יש כתובה בלא תוספת, כגון זו. והמחייב בהו כתובה ותוספת צריך ראייה ברורה, דמכללא לא מפקינן ממונא."

ומבואר דדעת הרי"ף דלכהפ"ח מספיקא לא מפקינן תוספת כתובה בבאה מחמת טענה, דהמחייב צריך ראייה ברורה. והרא"ש שם ביבמות ו,כ, הביא את דעת ר"ח ואת ר"ת החולק, והסיק: "ובהאי עובדא עבדינן כדברי רבינו חננאל ז"ל ורב אלפסי ולא מגבינן אלא מנה ומאתים". וכן פסק בתשובותיו כלל מג,ד לענין באה מחמת טענה, ושם מבואר דהוא מחמת הספק, דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא, לא מפקינן ממונא ואין לה תוספת.

ושם בתש' הרא"ש מג,ה, נשאל במי שיש בו סימנים של סריס חמה, ואשתו תובעת גרושין, אם כופין אותו לגרש. וכתב שם דהיא נאמנת, אך כל זה באינה תובעת כתובתה, אבל תבעה כתובה, לא מהימנא. כההיא דאמרינן ביבמות קיז,א: האשה שאמרה מת בעלי התירוני לינשא, מתירין אותה לינשא ונותנין לה כתובה. מת בעלי תנו לי כתובתי, אף לינשא אין מתירין אותה. ואם תבעה להתגרש ולא הזכירה כתובתה, כופין אותו לגרש. ועיקר כתובה מגבינן, וכן נדוניא שהכניסה לו, אולם אינו

נותן לה תוספת כתובה, שלא הוסיף לה אדעתא למשקל ולמיפק. ועיין בטור אהע"ז ר"ס קנד.

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

וטעם החילוק בין כתובה לתוספת כתובה, נלמד מדין בגדים ותכשיטים שנתן לה הבעל, שכל מה שהבעל אינו מחויב לתת מעיקר הדין ונתן לה מנדבת לבו, כמו בגדים, שאף שחייב לכסותה, אינו חייב לתת לה גוף הבגדים, וכן תכשיטים, והוא הדין לתוספת כתובה, כל אלה הם בגדר מתנה, ובמתנה אזלינן בתר דברים שבלב, עיין בתוס' רי"ד (קדושין מטב) ובשלטי גבורים (כתובות נו, א בעמודה"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."

וכדברי השלטי גבורים פסק הרמ"א בחו"מ רז, ד. הסבר דברי השלטי גבורים מצאנו בסמ"ע רז, י; "הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות, מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא"כ במתנה דהוא בחינם, דאומדן דעת כלדהו מבטל המעשה, ואמרינן ביה

דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחינם". מבואר דמתנה שהיא בחינם, אומדן דעת כל דהו מבטל את המעשה, משא"כ מכר. ולכן תוספת כתובה שהיא בגדר מתנה, ולא דבר שהתחייב, ס"ל לתוס' דאומדן דעת מבטל המתנה. אלא דצ"ע, דבשלמא כסות ותכשיטים שעשה לה בחיי הנישואין, י"ל שהם בגדר מתנה, אולם תוספת כתובה שהתחייב במתנה זו בשעת הנישואין, הרי זה כתמורה לנישואין וכמכר. ואפשר דאכן יש שוני בסברות של שמין לאלמנה לתוספת כתובה באלו שכופין להוציא, דבשמין לאלמנה הסברא כנ"ל דהוי מתנה, אולם בתוספת כתובה שהיא התחייבות מותנית, והיא תנאי בגרושין או באלמנות, מסביר ר"ח את התנאי של ההתחייבות, שכל מה שהתחייב בגרושין, היינו אם יגרש מדעתו, אולם אם בית דין יחייבו אותו לגרש, על דעת כן לא התחייב. ולכאורה הוא הדין אם הבעל אינו רוצה לגרש אלא שמסכים לגרש כתביעת האשה, דעל דעת שיצטרך לגרש מחמת רצון האשה, על דעת כן לא התחייב, דפשט ההתחייבות אליבא דרבינו חננאל הוא בגרושין שהוא מגרש אותה מרצונו ומיוזמתו, אך לא כשהיא המעונינת בגרושין. כך נראה לכאורה בסברת ר"ח.

אלא שמצאתי שהסברא בדין שמין מה שעליה, שונה ממה שכתבתי לעיל. דהנה הרמ"ה בחידושו לב"ב נא, ב, כותב בחילוק בין מתנה שנתן לה הבעל כגון קרקע, שנוטלת אף בנתאלמנה, לבין כלים שעליה ששמין, וז"ל:

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

יסוד דברי הרמ"ה, דכל מה שהוא מחויב בתנאי ביי"ד, מותנה במסגרת החיוב שקבעו חכמים. דכיון שיש לבעל חיוב לכסותה, מסגרת החיוב הוא למיקם קמיה, ולאחר מיתה, כמזונות שלאחר מיתה, ולכן שמין מה שעליה כשבאה לתבוע כתובתה, וכמו שאין לה מזונות, אין לה כסות. שזה מסגרת חיוב תנאי ביי"ד. אבל כל דבר שהוא

לא במסגרת חיוב שחייבו חכמים, כמו מתנת קרקע או תוספת כתובה, שהוא חייב עצמו, יש לה גם למישקל ולמיפק, אא"כ מרדה. ולכאורה לרמ"ה, גם באלו שכופין לגרש, כיון שלא מרדה, יש לה תוספת כתובה. ומבואר לכאורה דס"ל לרמ"ה כדעת ר"ת דחייב בתוספת כתובה גם בבאה מחמת טענה ובאלו שכופין לגרש, וע"כ חילק כנ"ל בין דין אלמנה ששמין מה שעליה, לדין תוספת כתובה.

אמנם מדברי הח"מ נראה החילוק באופן שונה. דהמחבר בשו"ע אהע"ז צטב, פסק: "הנותן מתנה לאשתו, אע"פ שהוא מגרשה מדעתו, זכתה במתנתה". וברמ"א הגיה עליו: "נראה לי כאן טעות, אלא כך ראוי להיות אע"פ שמגרשה שלא מדעתה, כגון שסרחה עליו, אפילו הכי מתנתו שלה". ובח"מ שם ס"ק ט כתב בהסבר דברי הרמ"א, דבגדים ותכשיטים שעושין להתנאות בהם; "אין דעתו למתנה גמורה רק שתתקשט בהם כל זמן שהיא תחתיו, אבל אם תסרה עליו אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה". אולם הנותן לאשתו קרקע או כלים שאינם ללבוש ולהתנאות בהם, כל שאינה מורדת בו הרי הם שלה, דלא גרע מתוספת שליש שמוסיף לה בנדוניא, וכדין מי שנתן מתנה לאוהבו ונעשה שונאו, שאין המתנה חוזרת. משא"כ אם הוא מאותם מאותן שכופין אותו להוציא, דין המתנה כדין התוספת כתובה. ולכאורה מבואר מדבריו שבבגדים יש דין מיוחד, שאינם למתנה גמורה אלא למטרת נישואין (עיי' מה שכתבתי בח"ד סי' מב ד-ה), אולם כל מתנות שאינם למטרת נישואין (כבגדים שהם על דעת שתתקשט לפניו), אף אם ניתנו בסיבת נישואין, אינם חוזרים. ומש"כ בדין אלו שכופין לגרש, נראה דס"ל לח"מ דהוא טעם אחד עם מורדת, וכל שהגרשין הוא לא מחמת רצונו, אמרינן דאדעתא למשקל ומיפק לא יהיב לה.

וצ"ע אם במורדת מפסידה המתנות מעיקר הדין או מתקנת חכמים. גם צ"ע אם נעשה שונאו מחמת מקבל המתנה, האם דמי למורדת. ונראה דיש לחלק בין נותן מתנה לאוהבו לנותן לאשתו, דבנותן לאוהבו, לכאורה נתן לו מתנה מוחלטת, והנותן לא נהנה בעצם המתנה ואין לו כל קשר למתנה משעה שנתן לו. אבל בנותן לאשתו, הרי גם לו יש הנאה מעצם השימוש במתנה ע"י אשתו, כשמשמשת בבית בכלים שנתן לה. ולכן כשמוציאה מדעתו, הרי הוא הפקיע את עצמו מהמתנה בגרושין, ואין לו טענה מהמציאות שהוא כעת לא משתמש במתנה, שהרי הוא הגורם, וכל טענתו מצד אוהבו ונעשה שונאו, שאינה טענה. אולם כאשר היא המורדת או הוא מאלו שכופין להוציא, הטענה שלו אינה מצד אוהבו ונעשה שונאו אלא שכעת אין לו הנאה מהם, ולכן אינה נוטלת מתנותיה.

וכאמור, אדעתא למשקל ומיפק ואוהבו ונעשה שונאו, הן שתי טענות שונות. אוהבו ונעשה שונאו, הטענה היא שחלו שינויי נסיבות מיום המתנה, ואינה טענה,

כיון שכל נותן מתנה יודע שיש שינויים כאלה של אהבה ושנאה, ולכן אין אומדנא במתנה שעל דעת כן לא נתן, שהרי ידע שיש שינויים כאלה, לטוב ולרע, בדעת בני אדם. טענה של אדעתא למשקל ומיפק היא טענה על שכעת אינו יכול להנות מהמתנה שהוא נתן, ביודעו שגם הוא נהנה מהקרקע או מהכלים שנתן לאשתו. וכאשר מגרשה מדעתו, הרי הוא מוציא אותה ואת מתנותיה, אך כאשר מוציאה מחמתה, מרידתה או אפי' שכופין להוציא, הרי מוציאים ממנו את הנאת השימוש מהמתנה בעל כרחו, ובזה אמדינן דעתיה שלא נתן אלא על דעת שלא יפקיעו ממנו את ההנאה מהמתנה. ואף באלמנה י"ל שנותן לה המתנה באופן שהוא ישתמש ולא שתפקיע היא או ב"ד ממנו את הנאת המתנה, אבל כשאין לו אפשרות להנות מהמתנה וכגון במיתתו, בזה אין את הסברא של אדעתא למשקל ומיפק (א"כ בגדים שניתנו לסיבת נישואין).

ולפ"ז יצא שאם מצא בה ערות דבר שחייב להוציאה, יש את הסברא של אדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה, שהרי אינו מוציאה ברצונו. אמנם הסבר זה לא יעלה עם דברי הלבוש. הלבוש באהע"ז שם כתב דמתנתה שלה אפי' מצא בה ערות דבר. ועיין בחתם סופר (חאהע"ז סי' קמא, הובא גם בפת"ש צטו), שהביא את דברי העיטור והפוסקים דשדרו ממתיבתא, דהני מילי במלבושים העשויים להתקשט, דנעשו למיקם קמיה ולא למיפק, אבל במתנה בין קרקע בין מטלטלין וכסף וזהב, לא הדרי לבעל אפילו סרחה עליו, לבר ממורדת. והביא את הלבוש שהוסיף דאפי' מצא בה דבר ערוה נוטלת המתנה. וכתבו הגאונים דשדרו ממתיבתא טעמא דמלתא משום שכמה פעמים אדם נותן מתנה לאוהבו, וכי יעמיד לו ערב שיהיה אוהבו לעולם, וכי סלקא אדעתך שאם ישנאהו אח"כ יחזיר לו המתנה.

ועיי"ש בחת"ס שהביא ראייה שבמתנת קרקע נוטלת בגרושין ובאלמנות, מבעל שנתן מתנה לאשתו, שקנתה והבעל אוכל פירות, ואם נאמר דבגרושה ואלמנה אינה נוטלת מתנתה, מה הועילה מתנתה, הרי בחייהם ביחד, הבעל אוכל פירות, ולאחר גרושין ואלמנות אינם שלה, א"כ לענין מה הגוף שלה;

"ואע"ג דאין מזה ראייה דגם שתסרח עליו או תזנה עליו לא תקח המתנות ההמה, ודי לומר שקנתה אם תצא באלמנות וגירושין מדעתו ולא באופנים אחרים, מ"מ מוכח מהש"ס הנ"ל דלא אמדינן דעתיה שלא נתן לה אלא על מנת שתהיה עמו, דא"כ אמאי תקח כשתתאלמן. וע"כ לומר דלמתנה גמורה נתכוון. א"כ שוב אין לחלק בין שסרחה היא עליו ונמצא בה ערות דבר או בין שמגרשה מרצונו, דכיון דהשתא איתרעי, לא תחזור המתנה שנתן לה בהיותה אוהבתו, כמ"ש גאונים מסברא הנ"ל."

ולולי דמסתפינא יש לחלק בין מגרשה מדעתו לבין מורדת או מצא בה ערות דבר או שכופין לגרש. דכאמור יש חילוק בין סברת אוהבו ונעשה שונאו לאדעתא

למשקל ומיפק, דבאוהבו ונעשה שונאו, אינה אומדנא במתנה וכמש"כ, אבל בנותן מתנה לאשתו, אומדנא דמוכח שעושה על דעת שגם הוא יהנה מהמתנה, אם בפירות אם בכל דרך אחרת. וכאשר מדעתו מגרשה, הרי הוא כמסכים לתת לה המתנה, שהרי מדעתו מוציאה, ומוציא בעצמו מהנאתו את אותה מתנה. משא"כ בערות דבר או מורדת וכו', שמפקיעים ממנו הנאת המתנה ע"י מרידה או כפיה לגרושין. ומה שהביא ראייה מאלמנות, י"ל דהאומדנא שנתן על דעת שיהנה, היא באופן שהוא יכול להנות ומפקיעים ההנאה ממנו, משא"כ אם אינו נהנה מהמתנה כשהוא המונע ואינו יכול להנות מהמתנה, בזה לא אמדינן לדעתיה שרצה שלא תהנה לאחר מיתתו, ורק כשמפקיעים ממנו את הנאת המתנה, היא או ב"ד, בזה אמדינן שעל דעת למיפק לא אקני לה.

ובשו"ע אהע"ז קנדא, הביא את אלו שכופין להוציא וליתן כתובה, ומנה המנויים בס"פ המדיר. ולכאורה לא חילק בין כתובה לתוספת כתובה. ובב"ש שם ס"ק א כתב דגם בזה יש לחלק בין כתובה לתוספת כתובה, ויש ללמדו ממש"כ המחבר בסע' ו בבאה חמת טענה של בעינא חוטרא לידה, דיש לה כתובה ואין לה תוספת כתובה. דהמחבר בשו"ע אהע"ז קנדו, בענין מי שבאה מחמת טענה, בדוקא כשאינה תובעת כתובה, ויתן כתובה ולא תוספת, וז"ל:

"האשה שתובעת גט בטענה שאינה ראוייה לבנות ממנו, אין שומעין לה. ואם טענה שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתשען עליו, (ואין לה כבר שום בן), ואומרת שהוא גורם שאינו יורה כחץ, אם שהתה עמו עשר שנים ולא נתעברה, ואינה תובעת כתובתה כדי שנחוש שתובעת גט כדי לגבות כתובתה, וגם אין לתלות תביעות הגט בשום דבר אחר, שומעין לה, אפילו יש לו בנים מאשה אחרת, דשמא נתקלקל אח"כ, וכופין אותו להוציא, ויתן מנה מאתים, אבל לא תוספת, ויתן נדוניתה מה שהכניסה לו."

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

ב. כתובה במורדת דמאס עלי

האמור לעיל הוא לענין תוספת כתובה, דעל דעת למישקל ולמיפק ולא יהיב לה. ולענין כתובה מצאנו במורדת דמאס עלי, שאינו נותן לה כתובה. דאיתא בכתובות סג, ב: היכי דמיא מורדת, אמר אמימר, דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה,

אבל אמרה מאיס עלי, לא כייפנין לה. וברש"י שם פירש במאים עלי: "לא הוא ולא כתובתו בעינא. לא כייפנין לה להשהותה, אלא נותן לה גט ויוצאה בלא כתובתה". הרי שאומרת מפורשות שאינה רוצה בכתובתו, אבל אם לא מוחלת בפירוש על הכתובה, אפשר שאם מגרשה מדעתו, יש לה כתובה. ועיין בפני יהושע על רש"י הנ"ל, דפשטא דלישנא דמאים עלי היינו שרוצית לצאת בלא כתובה, וזה החילוק שבין מורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה ובין מאיס עלי, דהאומרת בעינא ליה ומצערנא ליה אינה רוצית לצאת בלא כתובה, ומאים עלי אינה רוצה כתובה. והמחבר והרמ"א בשו"ע אהע"ז עז, ב, כתב וז"ל:

" האשה שמנעה בעלה מתשמיש, היא הנקראת מורדת, ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה, מאסתיho ואני יכולה להבעל לו מדעתי, (רמ"א: ודוקא שמבקשת גט בלא כתובה, אבל אם אומרת יתן לי גט וכתובתי, חיישינן שמא נתנה עיניה באחר, ויש לה דין מורדת דבעינא ומצערנא ליה), אם רצה הבעל לגרשה אין לה כתובה כלל ..."

והשאלה אם בדעת המחבר ברצה לגרשה שאין לה כתובה, אם מיירי שאמרה בפירוש שמוחלת על הכתובה, או בתובעת גרושין סתם, גם מוציאה בלא כתובה. והח"מ שם בס"ק ד ביאר את דברי הרמ"א, שמקורם מדברי הר"ן בתש' סי' יג, בדבריו "שמבקשת גט בלא כתובה": "כל' ששואלת גט סתם, ומכל שכן אם אמרה בהדיא שמוחלת הכתובה". מבואר מהח"מ שאפי' תובעת סתם גיטה ולא אמרה שמוחלת על כתובתה, אין לה כתובה. דז"ל הר"ן בתש': "ודעו עוד שהאומרת מאיס עלי שדנין אותה ע"פ המשפטים האלה, דווקא באומרת מאיס עלי ואיני רוצה בו ולא בכתובתו, אבל האומרת מאיס עלי ורוצה אני להתגרש וליטול כתובה, חוששין שמא עיניה נתנה באחר וחזר דינה לדין המורדת". (ועיין בתש' הרא"ש מגיד, שלכאורה חולק על הר"ן, ואף בתובעת כתובתה, יש לה דין מורדת דמאים עלי, ועיין בתש' לחם רב סי' נג, ובפד"ר ח"ו עמ' 331, מהגר"א גולדשמידט זצ"ל, וביביע אומר לגר"ע יוסף שליט"א ח"ה יג, א, ואכמ"ל).

והנה הר"ן מיירי בשני אופנים, או בתובעת כתובתה, דחוששין שמא עיניה נתנה באחר, ודוקא האומרת איני רוצה בו ובכתובתו, היא מורדת של מאיס עלי שאם רצה לגרשה, אין לה כתובה. ולח"מ היה קשה, מדוע במאים עלי צריכה לומר אינה רוצה בו ובכתובתו, תיפוק ליה שאומרת שאינה רוצה בו. אלא דכל היכא שרוצה הכתובה, יש חשש של עיניה נתנה באחר, ולאפוקי חשש זה, צריכה לומר איני רוצה בכתובתו. אבל אה"נ, אף אם אומרת שמאסה בו ואינה תובעת כתובתה, אין לחשוש שעיניה נתנה באחר. אמנם בכה"ג י"ל שמה שאין לה כתובה לא מחמת מחילתה

אלא עקב מרידתה, משא"כ כשאומרת איני רוצה בו ובכתובתו, אין לה כתובה גם מחמת שמחלה כתובתה.

וכדעת הח"מ, דלא בעינן שתאמר להדיא שאינה רוצה בכתובה, ואף באינה מזכרת הכתובה מגרשה בלא כתובה, נמצא גם בב"ח אהע"ז סי' עז בדיני מאיס עלי בקצרה: "טענת מאיס עלי איננה אלא באומרת מאיס עלי מטעם כך וכך המקובל לעיני חכמי העיר, ומבקשת שיגרשנה מיד בלא כתובה, דאמרה לא הוא ולא כתובתו בעינא, אי נמי טוענת מאיס עלי, יגרשני ואינה מזכרת כתובה". וכן מבואר בתש' מהרש"ל סי' סט. ועיין עוד בפד"ר ח"ו עמ' 343 מנתיבות משפט על הרבינו ירוחם.

אמנם מדברי הבית יעקב (עזב, ד"ה שמבקשת) עולה דלח"מ הא דמפסידה כתובתה בתובעת גט סתם, דאמדינן לדעתא שרוצה גט ומוכנה לשם כך לותר על כתובתה. ונפק"מ דאם תבעה גט סתם, דיכולה לחזור בשעת הגרושין ולתבוע כתובה, דאטו אם תבעה גט וביטל עונה אחת תצא בלא כתובה, רק תלינן כוונתה שרוצה בגט בלא כתובה, מדלא תבעה כתובתה, אא"כ פסקו לה דין מורדת, שאז אינה יכולה לחזור בה ולתבוע כתובתה. ולכאורה מדברי הבי"ע יש ללמוד לכל תובעת גרושין ולא תובעת כתובה, דאמדינן לדעתא שרוצה בגט בלא כתובה, וכל זמן שלא חזרה בה עד הגרושין בפועל, אינה יכולה לתבוע אחרי הגט כתובתה.

ומדברי ההפלאה בקו"א (עזב) מבואר שאין בכך מחילה, אם ע"פ דין מגיעה לה כתובה. ההפלאה הקשה איך מהני מחילה, למ"ד דלא מהני מחילה ללא קנין בנקיט שטרא (עיין שו"ע ורמ"א ונו"כ חו"מ רמא, ב), וכאן שטר הכתובה בידה. ותיריך: "דבאמת לא בעינן מחילה גמורה, אלא מה שאמרה דלא בעיא לא הוא ולא כתובתו, היינו שאומרת שאם יהיה הדין שתפסיד כתובתה אם יגרשה, אפ"ה מרוצה היא בכך כדי שיגרשה, דלא ניחא לה לא הוא ולא כתובתה, אבל אינה מוחלת מה שיהיה ע"פ הדין שמגיע לה אפי' אם תתגרש". והיינו שאינו גדר מחילה, אלא מוכנה להתגרש גם ללא כתובה, אם ע"פ דין לא מגיע לה כתובה, ובוזה סגי שלא נחוש לעיניה נתנה באחר. ואה"נ, אם אין לה דין מורדת, חייב לתת לה כתובה, רק במורדת אין לה כתובה.

והחזו"א אהע"ז סט, כתב, דכל מה דבעינן שלא תתבע כתובתה, היינו רק לשיטת הרמב"ם דכופין אותו וגם מרויחה בלאותיה הקיימים במורדת דמאיס עלי, ולזה ראוי לדקדק עימה שענינה לא נתנה באחר. אבל לדעת הרמב"ן והרא"ש שאינה מרויחה כ"כ אלא שאין מכריזין עליה, אין לדקדק בדבר כ"כ וסומכין על דבריה. ואף לדעת הרמב"ם נראה דכל שיש רגלים לדבר וניכרים דבריה, אף אם תובעת כתובתה, לא הפסידה דין מאיס עלי, אלא בסתמא סמכין דמותרת על כתובתה,

כשרואים שקשה לה להיות תחתיו ואינו כעס לזמן. אולם באינה מותרת על כתובתה, מסתפקים שאפשר שאין הדבר קשה עליה אלא בסיבות קלות בחרה להתגרש. וע"כ דוקא באומרת במפורש שמוחלת על כתובתה, אבל באינה אומרת מפורש שמוחלת על הכתובה, יש להסתפק בטענת מאיס עלי, ודלא כח"מ. ואין לדמות דין זה לדין מת בעלי, דהתם אין לנו אלא מה שגדרו חכמים, משא"כ בדין מורדת הדבר תלוי בסברא עד כמה מאוס עליה.

ומ"מ בנדון דידן לענין הכתובה שתבעה הגרושין ולא הזכירה הכתובה, ולאחר מכן תבעה הכתובה, כל עוד שאינה בדין מורדת, כיון שלא מחלה להדיא, יש לה כתובה, אא"כ נאמר כסברת הבית יעקב בדעת הח"מ דאמדינן לדעתא. ומ"מ כל זה לענין הכתובה עצמה אך לא לענין התוספת כתובה, וכמש"כ לעיל.

ג. כשתביעת הגרושין מחמת דבר מהותי באישות

הדרינן לענין תוספת הכתובה. שהרי בנדו"ד האשה תבעה גרושין והיתה עילה לגרושין מחמת התנהגות בלתי ראויה בחיי האישות, והשאלה אם בכגון זה שלא כפווה לגרש והוא מרצונו גירש, אם אמרינן בזה על דעת למשקל ומיפק לא יהיב לה. הרמב"ם בהל' אישות יב, יא פסק בענין חיוב מזונות של בעל עני שאינו יכול לזון את אשתו, וז"ל: "ואם היה עני ביותר ואינו יכול ליתן לה אפי' לחם שהיא צריכה לו, כופין אותו להוציא ותהיה כתובתה חוב עליו עד שתמצא ידו ויתן". ומבואר שאף שכופין אותו להוציא, חייב בכתובה, והשאלה מה דין תוספת כתובה, האם חייב גם בה. האור שמח שם, כתב וז"ל:

"ברור דאף התוספת חייב עליו לכשיתעשר, ולא שייך לומר דאדעתא לאפוקה לא הוסיף לה שתצא בעל כרחה, דהא מידע ידע דאדעתא דליון נשאת, ובלא מזונות אי אפשר לה, וכמו שכתב ריצב"א כיו"ב בתשובות מיימוני סימן ו', ותוספות בסוף פרק הבא ע"י (יבמות סה, ב ד"ה כי הא) ופשוט."

מבואר מהאור שמח שכל דבר שהוא מהותי בחיי האישות, כגון מזונות, אינו יכול לטעון שעל דעת כן לא נתן לה התוספת כתובה, כיון שידוע שאשה נשאת על דעת ליון ממנו, וכל שאינו זן הרי הוא מוציאה, וממילא נתן לה התוספת על דעת כן. ודברי הריצב"א בתש', מובאים בתוס' יבמות סה, ב (ד"ה כי הא), וכמו שהביא האור שמח; "מצאתי בתשובה אחת שפסק ריצב"א על אשה שהיתה טוענת על בעלה כי אין לאיש גבורתו, והאיש היה טוען כי היה לו גבורת אנשים, אך היא בועטת וגורמת שאין יכול לבעול, דלא מהימנא מדרב המנוא, כיון שהיתה תובעת כתובה. והיכא שהודה הבעל שאין יכול לבעול פסק דצריך ליתן גט וכתובה, אפילו

אינה באה מחמת טענה, כיון דאין יכול כלל לקיים לה עונה, ודוקא מנה ומאתים אבל תוספת לא יתן". ושם מביא הטעם שאין לה תוספת, מספק שמא כל מה שהוסיף לה היה מחמת חיבת ביאה (עיין כתובות נו,א). ומוסיף התוס': "ומטעם דפסק ר"ח דאין תוספת בבאה מחמת טענה משום דאדעתא למיפק לא כתב לה, זה הטעם אין שייך באין יכול לבעול, דמידע ידיע דנישאת לו מתחילה לכך".

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

"לענ"ד כוונת תוס' כיון דידוע לו דנישאת רק על דעת אישות, הוי כנתחייב לנהוג לה אישות, ובאם לאו ראוי לה להיות נפקעת ממנו, א"כ משום הכי לא מקרי מפקעת עצמה לומר לגביה אדעתא למשקל ולמיפק, דכל שא"א לו לנהוג לה אישות כראוי, ראוי לה להפקיע עצמה ממנו."

ונראה דדבר מהותי לענין זה הוא מה שהתחייב לה הבעל, והיינו שאר כסות ועונה וכו', ומה שהתחייב במסגרת חיובי הכתובה. חוטרא לידה אינה באותה מסגרת. מי שלא מקיים חיוביו, הוא הגורם לגרושין, ולכן התחייבותו לתוספת כתובה הינה גם על גרושין שראוי לה להפקיע עצמה ממנו מחמת אי קיום חיובים שהתחייב בהם. משא"כ חוטרא לידה, הגם שהיא טענה מוצדקת, אין זה מחמת אי קיום חיוביו אלא מחמת טענתה. ונראה להוסיף הסבר כדלעיל, דבאין לו גבורת אנשים, אין כאן אישות כבר, ממילא ראוי להפקיע עצמה. בחוטרא לידה יש אישות, רק יש לה טענה מוצדקת, ולכן על דעת כן לא התחייב לה תוספת כתובה.

ועיין בפד"ר ח"א עמ' 220 (הגר"א גולדשמידט זצ"ל), שכתב בבאור דברי הריצב"א: "דעת הגאון בתשובה זו היא שיטת הריצב"א, והגדירה הגאון: נעשה כמי שאינו רוצה, מבקש, את אשתו ... והמחלוקת היא באופן שעילת דרישת האשה לגרושין היא, חסרון הבעל המביא להפרת דבר יסודי בחיי הנשואין, כגון ביטול חיי אישות, והשאלה היא אם באופן כזה יש להגדיר להלכה את רצון הבעל כרוצה בקיום הנשואין. הריצב"א סובר כדעת הגאון, כי אם - כי האשה היא הדורשת את הגט והבעל אומר שהוא רוצה בקיום הנשואין, אין לומר כאן שהבעל רוצה בקיום הנשואין, כי נשואין הם על דעת חיי אישות, וקיומם הסדיר לא יתכן אחרת, ואם לבעל יש חסרון המבטל חיי אישות הרי זה כאילו יש לו חסרון המפיר קיום הנשואין, ובאומרו שהוא רוצה בקיום הנשואין, הרי זה כאילו הוא אומר אני רוצה בנשואין בלא נשואין, דבר והיפוכו. ואם כן יוצא שאן לקבוע שקיים רצון חיובי אצל הבעל לקיום הנשואין, ולהלכה הרי זה כאילו אינו רוצה בקיומם - נעשה כמי שאינו רוצה, מבקש, את אשתו, ודנים על פי העובדא כמו שהיא, שהגרושין הם בגלל חסרון הבעל, והיינו מחמתו, ולא מחמתה, ולכן הוא חייב בתוספת". ומבואר שבעל שאינו מקיים תנאי מהותי בחיי הנשואין, הרי הוא עצמו כמבקש גרושין ומגרשה מרצונו, דאין מקום לנישואין ללא נישואין.

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

ומדברי הרא"ש בתש' מגה הנ"ל, מוכח לכאורה שאין לה תוספת, גם במונע ממנה עונה, דו"ל הרא"ש שם בשאלה: "על אדם שאומרים עליו שהוא סריס חמה, ויש בו סימנין, ואשתו תובעתו בבית דין ואומרת שאינו איש ואינו רוצה לישן עם אשה במטה, ואומרת שעדיין היא בתולה, אם יש לכופו לגרש". ושם כתב הרא"ש שאין לה תוספת כתובה. הרי מוכח שגם במונע עונה ואין לו גבורת אנשים, שאינו איש והיא עדיין בתולה, הדין כן. וכן מוכח בתש' הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי')

קמא), וז"ל: "שאלה: באומרת אינו יכול. אם נאמנת אם לאו, ומה דינה תשובה: ... ועוד נראה, דהכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה, ועל דעת כן נשאת לו. הלכך אפילו טוענת סתם שאינו יכול, יוציאנה בגט. וכל שכן בבאה מחמת טענה, דאמרה בעינא חוטרא לידה, ומרא לקבורה. וכשהיא יוצאה, נוטלת נדוניא ועיקר כתובה, אבל מה שהוסיף לה לא, דלא כתב לה, אדעתא למשקל ולמיפק". וכן מוכח מהב"ש קנדיט שכתב דהרא"ש בתש' ובתש' הרשב"א לא ס"ל כחילוק התוס' בין גבורת אנשים לטענת בעינא חוטרא לידה.

ועיין בפד"ר ח"א עמ' 218 (בהרכב: הגר"א גולשמידט זצ"ל, הגרש"ש קרליץ זצ"ל, הגר"י בבליקי זצ"ל) שכתבו דכיון דהדבר נתון במחלוקת הראשונים, הריצב"א המחייב תוספת כתובה במונע מזונות ועונה, לרא"ש ורשב"א הפוטרים, אין להוציא מהבעל המוחזק. [ועיין בפד"ר ח"ד עמ' 265, מהגר"ש אלישיב זצ"ל, למש"כ בנדון שם שטוענת שאין לו גבורת אנשים, שאף שמפסדת התוספת כתובה, אינה מפסידה מתנות שנתן לה. ולכאורה משמע דבאין לו גבורת אנשים, אין לה תוספת כתובה. אך אפשר דמש"כ שם הוא בדרך את"ל, דאף אם מפסדת תוספת, למ"ד הסובר כן, מ"מ מתנה אינה מפסדת. ועיי"ש גם בפס"ד בעמ' 331]. אולם שם חילקו בין אינו זן מפני שאין לו, לבין אם אינו רוצה להשכיר עצמו, וז"ל:

"אולם ברור הדבר, כי גם לדעת הרא"ש יש הבדל - כשהאשה דורשת גט בגלל זה שהבעל אינו זן אותה - בין אינו זן אותה מפני שאין לו היכלת להשתכר ולזון אותה, ובין אינו זן אותה מפני שאינו רוצה להשתכר ולזון. כי רק במקום שאין לו היכולת לזון, וכמו במקום שאין לו היכולת לחיות חיי אישות, דעת הרא"ש היא שהוא פטור לשלם התוספת, כי אף שסיבת הגרושין היא בבעל, והוא הגורם לגרושין, אבל הרי סיבה זו היא שלא באשמתו ואנוס הוא בדבר ולכן הגרושין הם לא מחמתו אלא מחמת הנסיבות, ויש לזקפם על חשבון האשה שביזמתה באו, וזה נקרא כופין מחמתה, והבעל פטור לשלם את התוספת כי על דעת כן לא התחייב. אבל אם הבעל אינו זן את אשתו מפני שאינו רוצה להשתכר ולזון, ובגלל זה היא דורשת גט, הרי דרישת הגט באה בגלל מרידתו של הבעל, והגרושין הם באשמתו שהרי לא מאנוס אינו זן אותה אלא מרצון, כי בזדון מרד באשתו, ולו היה רוצה הרי יש לו היכולת להשתכר ולזון אותה. ואף שבסוף פסוק הגרושין הם לפי דרישת האשה, דרישה זו אינה אלא תוצאה הגיונית מרצונו או אי רצונו של הבעל, ולכן זה נקרא שמחמתו באה הדרישה לגט. ולא יתכן לומר בכגון זה שהגט הוא מחמתה. ומאחר שישוד הפטור לר"ח הנך דכופין מחמתה נופל כאן, לכן גם לדעת הר"ח אין הבעל פטור לשלם התוספת. ואם לא נאמר כן, הרי לפנינו דרך לבעל

מורד להתחמק מתשלום הכתובה, לא יזון אותה ויאלצנה על ידי זה לדרוש גט, ויהיה פטור לשלם הכתובה על ידי המרידה, בטענה על דעת שתדרשי גט לא התחייבתי, דבר זה אין הדעת סובלתו.

מבואר החילוק בין אי קיום חיובו מחמת אונס, שאין לו היכולת להתפרנס, לבין אם הדבר נובע מפשיעתו ומרידתו, שבכגון זה יהיה חייב בתוספת כתובה, שאל"כ כל בעל שימרוד באשתו, יוציאה בלא תוספת כתובה. אלא בהכרח שהסברא על דעת למשקל ומיפק לא יהיב זה רק אם הוא אנוס, ולא כשהמניעה היא בפשיעתו. ועיי"ש שהביא ראיה מדברי המרדכי והרא"ש. וכיוצ"ב כתב בפד"ר ח"ח עמ' 324, מהגרי"ש אלישיב זצ"ל, וז"ל:

"נראה שיש מקום לדון דאף כשהבעל הוא מאלה שכופין אותו להוציא פטור מלשלם לה תוספת כתובה, זה דוקא כשחלה הבעל ונעשה מוכה שחין או כשאינו מסוגל להוליד, והאשה באה מחמת טענה, וכל כיוצ"ב שאין בידי הבעל להפטור מהגורם המביא לידי גירושין, בזה יכול לומר אדעתא למיפק לא יהיבנא לך. משא"כ בגורם כזה שבידי הבעל להסירו, כגון שהבעל רועה זונות שבידו לעזוב דרכו ולהתייצב על דרך טובה, והוא הדין כשהבעל מורד באשתו כבנדר"ד, ככה"ג י"ל דינו כמגרש מרצונו וחייב בתוספת כתובה."

והנה באשה המורדת בבעלה, דאינה מפסדת כתובה ותוספת כתובה, אא"כ התרו בה והכריזו עליה בבתי כנסיות ובתי מדרשות ד שבתות, ואם לא הכריזו, אינה מפסידה כתובה ותוספת כתובה. ולכאורה גם אם הבעל מורד באשתו, דהיינו ששניהם מורדים, הוא בה והיא בו, אינה מפסדת כל עוד לא הכריזו, דאם כשהיא הגורמת, לא הפסידה בלא הכרזה, ק"ו אם נוספה לזה מרידת הבעל. אלא שברבינו ירוחם (נתיב כג,ח), כתב וז"ל:

"וכתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אומר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנין אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה, דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה."

וכבר הקשה ע"ז הגרי"ש אלישיב זצ"ל (פד"ר ח"ח עמ' 323), דלכאורה הדברים תמוהים, שכשאשה היא המורדת בבעלה, אינה מפסדת תוספת כתובה כל עוד לא הכריזו עליה כסדר האמור, ואם גם הוא מורד בה, מפסידה לאחר שנה את תוספת

הכתובה, ומשום דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה. אמנם אפשר לישב, דמעיקר דיני מורדת, לא הפסידה תוספת כתובה, אך מצד הכפיה שכופים את הבעל לגרש, מצד זה הפסידה את התוספת כתובה. ושם כתב בישוב הקושיא, דכיון דלאחר שנה כופין אותו לגרש, אין לחייבו בתשלום תוספת כתובה, מדינא דהר"ח המובא בתוס' ביבמות (הנ"ל). וזה דין נפרד. ובדין מורדת המפסידה תוספת כתובה, דוקא כשהיא לבד מורדת בבעלה, והבעל מצדו היה מוכן ומרוצה להמשיך ולחיות אתה, כשהוא מגרשה בטרם הכריזו עליה, חייב גם בתוספת כתובה. והיינו דיש דין פטור מתוספת כתובה מדין כפיה, דאדעתא למשקל וכו', ויש דין מורדת שהוא דין נפרד, שהיא מפסידה בתורת קנס, ודוקא כששלמו ימי הכרזתה קנסו אותה.

ושם הביא בפד"ר את הרשב"א בתש' הרשב"א (ח"א סי' אלף רלה), שכתב כמש"כ ברבינו ירוחם, אך לא הזכיר דין כפיה כלל, ואם זה היה היסוד לפטור את הבעל מתשלום תוספת כתובה, מדוע לא הזכירו הרשב"א. וע"כ כתב לבאר, וז"ל:

"במקום שהאשה היא המורדת בבעלה והבעל רוצה באשתו, הרי כל ההכרזות והתראות שנאמרו במורדת, וכל התקנות הללו לא באו אלא ללחוץ עליה שתמלך בדעתה ותשוב לחיי שלום עם בעלה, ולכן אם הבעל מגרשה בטרם נגמרו כל הפעולות הללו, חייב לשלם לה כתובה ותוספת כתובה. משא"כ במקרה וגם הבעל לא רוצה בה, הרי אין מקום לתקנה זו, וממילא קם דינא שמכיון שהיא לא רוצה אותו, הרי אדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה תוספת כתובה."

והיינו דכל הקנס במורדת שמפסידה כתובתה, יש בו שני דינים, דין אחד כדי ליצור לחץ שתחזור לבעל, ודין שני, להפסידה על מרידתה. ולכן כל זמן שהיא מורדת והוא לא מורד, קם הדין הראשון של אמצעי הלחץ שתחזור לשלום, ואם גרש הבעל בטרם הוכרזה כמורדת, חייב לשלם לה כתובתה, כיון שהקנס לא היה כאן מטרה אלא אמצעי, וכשלא שלמו ימי הכרזה, לא הפסידה. משא"כ כשהוא אינו רוצה בה, לא שייך דין מורדת, כיון שלא שייך ללחוץ עליה שתשוב אליו, שאינו רוצה בה, ובאנו לדין הכללי, שכאשר אשה לא רוצה את בעלה, אדעתא למשקל ומיפק לא נתן לה, וממילא לא שייך בזה הכרזה וכו', אלא אפי' מגרשה מרצונו, כל עוד האשה אינה חפצה בבעל, על דעת שהיא לא תחפוץ בו, לא נתן לה תוספת כתובה. ומדברי הגרי"ש בבאור הרשב"א עולה, שכאשר שניהם מורדים זע"ז, האשה מפסידה תוספת כתובה, לא מדין קנס של מורדת, אלא מדין למשקל ולמיפק לא יהיב, דעצם העובדה שהיא לא רוצה אותה, יש את הסברא של אדעתא למשקל וכו', ללא כל קשר לעובדה שגם הוא לא רוצה אותה. (וע"ע בפד"ר ח"י עמ' 97, ואפשר דשם האשה אינה מורדת בבעלה (ללא קשר להכרזה), והוא מעצמו גירש. וע"ע בחי"א עמ' 128).

לאור האמור לעיל, בנדו"ד שהאשה תבעה גרושין, והבעל לבסוף נעתר והסכים לגרש, לענין חיוב כתובה ותוספת כתובה שהאשה תובעת לאחר הגרושין:

א. אם לא אמרה במפורש שרוצה בגרושין ולא בכתובה, אף שיש פוסקים המחייבים בכתובה, יכול הבעל המוחזק לומר קים לי כדעה שאף בתובעת גרושין ולא הזכירה כתובה, שאין לה כתובה. אך כל זה דוקא במורדת של מאיס עלי. וצ"ע אם כך הוא בנדו"ד.

ב. לענין תוספת כתובה – כאשר האשה רוצה בגרושין, אף אם גם הבעל רוצה בגרושין, יש לומר שעל דעת למשקל ולמיפק לא נתן לה תוספת כתובה.

ג. כאשר הבעל מאותם שכופים לגרש, אם הכפיה היא כתוצאה מסיבה שאינה בשליטתו, כמו בעיה בריאותית וכד', י"ל שעל דעת כן לא נתן לה. אבל אם הוא מאלו הכופין מחמת מעשיו הרעים או מחמת כל מעשה שהוא נתון לשינוי ברצונו, חייב בתוספת כתובה, והרי הוא כמגרשה מרצונו.

סימן ו

ברו"ד בין אלמנה לאחי המת

ראשי פרקים

א. כשהגדול נשוי והקטן לא, על מי חלה החובה לחלון

ב. אם כופין לחלון

ג. חיוב היבם במזונות היבמה כשמסרב לחלון

ד. סכום הכסף שהתקבל מביטוח

ראובן ולאחיו היו נשואים חדשים ספורים בלבד, כשארבעה חדשים אחרי החתונה הגישה האשה תביעת גרושין בטענות של חוסר התאמה. התקיים דיון אחד, במסגרתו שמע ביה"ד את התביעה לגרושין ואת תשובת הבעל. כמה ימים לאחר הדיון בביה"ד, נהרג הבעל בתאונת דרכים. לבעל לא היה מקום עבודה מסודר, וכן לא היו זכויות או רכוש, להוציא התביעה נגד הביטוח, שבגינה הוציא בית המשפט למשפחה צו ירושה, שלפיו יחלקו את העזבון בהתאם לחוק, מחצית לאשה ומחצית להורים. הבקשה לצו ירושה לבית המשפט הוגשה ע"י ההורים, והאשה הסכימה (ב"כ האשה בקש שדמי המכונת שישולמו ע"י הביטוח יעברו לאשה, ולבסוף חולק בהסכמה כאמור).

בין משפחת ראובן ללאה יש מתח גדול ותהום של שנאה פעורה. משפחת ראובן, ובכללם אחיו, דאגו להבהיר כי לא ישתפו פעולה בענין החליצה. לראובן שני אחים – שמעון ולוי, שמעון נשוי ולוי עדיין רווק, והשאלות שעלו לדיון:

א. כלפי מי התביעה לחלון, כלפי שמעון או כלפי לוי. בפועל הוגשה התביעה כנגד שניהם, אך על ביה"ד להכריע מי מהם יחלון.

ב. כאשר היבם אינו רוצה לחלון, אם אפשר לכופו לחלון.

ג. אם אפשר לחייבו במזונות היבמה, ואם חיוב המזונות מנכסי המת או מנכסי היבם.

ד. שעור המזונות – לפי כבודו וכבודה, במדדים אובייקטיביים, או שביה"ד יכול לפסוק כל סכום, והאם יש משמעות לפי המודד של בעלה, או לפי המודד של היבם.

ה. אם לענין המזונות תובעת רק את היבם שע"פ דין צריך לחלון, או כל מי שראוי

לחלוץ.

ו. האם יש לה תביעה על נכסי בעלה, דהיינו דמי הביטוח שקבלו ההורים.
ז. מה דין מחצית מדמי הביטוח שנטלה האשה מכח פסיקת ביהמ"ש, עליהם טוען האח שמגיעים לו, כיון שהוא יורש את אחיו.
יצוין שעוד בטרם חתימת פסה"ד, ביה"ד קרא ליבם ושכנע אותו לסדר חליצה, שהיא טובה גדולה לנשמת אחיו המת, (כמבואר בזוהר הקד' בכמה מקומות, ריש פרשת חוקת, פרשת וישב, פרשת משפטים ופרשת קורח. וכן הוא בחינוך מצוה תקצח, וברבינו בחיי דברים כה, ט, וכן באור החיים בראשית מו, יב, ואכמ"ל), והיבם הסכים, וסודרה חליצה כדמו"י.

א. כשהגדול נשוי והקטן לא, על מי חלה החובה לחלוץ

תנן ביבמות כד, א: מצוה בגדול לייבם ואם קדם הקטן זכה. ובגמ': ת"ר (דברים כה) והיה הבכור, מיכן שמצוה בגדול לייבם (הכי דריש, ולקחה לו לאשה ויבמה והיה הבכור, המייבם יהיה הבכור – רש"י). ועיין בפירוש המשניות לרמב"ם (יבמות ב, ח) שכתב בבאור לשון הפסוק, דאשר תלד קאי על אם היבם; "זה לפי שאמר ה' והיה הבכור אשר תלד, לפי שכוונתו בכך אשר תלד אם המת, ותלד במקום ילדה, שפעמים משתמשים בפעלים העתידים במקום העבר". וכן פירש ופסק הרמב"ם בהל' יבום וחליצה ב, ו, וז"ל:

"מי שמת והניח אחים רבים, מצוה על הגדול ליבם או לחלוץ, שנאמר; והיה הבכור אשר תלד וגו', מפי השמועה למדו שאינו מדבר אלא בבכור שבאחין כלומר גדול האחין יקום על שם אחיו המת וזה שנאמר; אשר תלד, משמעו אשר ילדה האם, עם משמע אשר תלד היבמה."

וכ"פ המחבר בשו"ע אהע"ז קסא, דמצוה על הגדול ליבם. וברמ"א הוסיף "או לחלוץ". ובגר"א ב הראה מקורו למחלוקת רבי יוחנן וריב"ל אם חליצת גדול עדיפא; פליגי בה ר' יוחנן ור' יהושע בן לוי, חד אמר חליצת גדול עדיפא, וחד אמר כי הדדי נינהו. מאן דאמר חליצת גדול עדיפא, דהא מצוה בגדול. ואידך, כי אמרינן מצוה בגדול לענין יבום, אבל לענין חליצה כהדדי נינהו. ואף שהרי"ף והרא"ש הביאו המחלוקת ולא הכריעו, דעת הטור אהע"ז סי' קסא לפסוק כמ"ד דחליצת גדול עדיפא. ובב"י הביא את הרבינו ירוחם (נכ"ה ח"ג) שהביא מהרמ"ה דכיון דלא איפסיקא הלכתא, עבדינן לחומרא, וכל היכא דאפשר בגדול – עושין, ואם לא ירצה הגדול, אין כופין אותו, כיון דאיכא קטן שרוצה לחלוץ. ומשמע לכאורה שאינו מעיקר הדין כ"כ כמו ביבום, והוא רק חומרא, ונפק"מ שאם יש איזו מניעה בגדול, אין כופין

אותו, אם הקטן רוצה לחלוץ. דממה שהוסיף רבינו ירוחם דאם לא ירצה הגדול, אין כופין אותו, כיון דאיכא קטן שרוצה לחלוץ, והרי גם ביבום אם אינו רוצה חוזרים על כל האחים, כדתנן ביבמות לט"א, ומה רבותא בא לחדש. אלא שכאן לכאורה שהוא רק חומרא, ודאי בכל טענה יכול הקטן לחלוץ.

ופסקו הרמ"א בס"ד והמחבר בס"ו דחליצת גדול עדיפא. ורק נחלקו המחבר והרמ"א שם אם הקטן רוצה ליבם והגדול לחלוץ, דדעת המחבר כיון דמצות יבום קודמת, יבום הקטן עדיף. ודעת הרמ"א, דכיון דבזה"ז מצות חליצה קודמת; "ואפילו למאן דאמר יבום קודם, אם היא אינה חפצה ביבום רק בחליצה, חליצת הגדול קודם". ומקורו מדברי תה"ד סי' רכ.

ומצאנו בכמה ענינים שתחלוץ לכתחילה לקטן, ואף אם אין איסור כערוה וכד'. וכגון אם הגדול נמצא במדינה אחרת. כך נמצא במשנה יבמות לט"א: תלה בקטן עד שיגדיל, או בגדול עד שיבא ממדינת הים, או חרש או שוטה, אין שומעין לו, אלא אומרים לו עליך מצוה או חלוץ או ייבם. ובגמ' שם: ובגדול עד שיבא ממדינת הים אין שומעין לו, אמאי ניטור דלמא אתי וחליץ. אלא כל שהויי מצוה לא משהינן. עוד מצאנו בריטב"א יבמות כד, דאם היבם הגדול אינו הגון לה, ייבם הקטן, אולם לחליצה, חליצת הגדול עדיפה. ואם הגדול נשוי, מצוה בקטן, וז"ל הריטב"א:

"הא דתנן מצוה בגדול לייבם. אומר היה מורי הרב הר"ם ז"ל שזהו כשהגדול הגון לה, אבל אם אינו הגון לה ואחד מן האחרים הגון, מצוה באחרים יותר ממנו. ומיהו אם רצה הגדול לחלוץ, חולץ למ"ד מצות חליצה קודמת למצות ייבום, וכל שיש לגדול אשה אחרת בזמן הזה, אין המצוה בו, דקטטה ומריבה איכא בבית, וכיבם שאינו הגון דמי לגבי אידך."

ומדברי הריטב"א נראה דאם הגדול נשוי דאין המצוה בו, דקטטה ומריבה יש בבית וכיבם שאינו הגון לה, זה דוקא לענין יבום, אך לענין חליצה, מצוה בגדול לחלוץ. אמנם בריטב"א בתש' סי' קעח, משמע לכאורה דהוא הדין לענין חליצה. הריטב"א דן שם ביבם שנשבע לחלוץ ליום פלוני, אם כופין אותו על כך. ובתו"ד כתב: "ומה שאמרת שיש לו אשה ובנים, מ"מ אינו מאותן שכופין, אלא דכל שיש יבם אחר שאין לו אשה, בו המצוה יותר, ובו משיאין עצה ומבקשין, ואע"פ שאינו גדול לדעת מורי הרא"ה ז"ל". ולכאורה בנדון הריטב"א מיירי לענין חליצה, ובכל זאת מצוה בקטן שאינו נשוי.

והנה לעצם היבום כשיש לו אשה, נחלקו הראשונים, ונחלקו המחבר והרמ"א בשו"ע אהע"ז א', אם רבינו גרשם גזר במקום מצות יבום. על הא דתנן ביבמות מגב,

ארבעה אחין נשואין ארבע נשים ומתו, אם רצה הגדול שבהם לייבם את כולן הרשות בידו. והגמ' שם מדא, הקשתה איך מתירים לו לישא כ"כ הרבה נשים, הרי מרגיל קטטה בביתו. ובריטב"א שם, הובא גם בנימוק"י יד, בעמוה"ר, כתב וז"ל:

"ואומר רבינו ז"ל בשם רבותיו ז"ל, דבמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אין לו רשות לישא אחרת על אשתו, דאומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי אינסבא ליה דלא לינסוב אחריתי, והו"ל כחמר שאינו רשאי לעשות גמל. ובתוס' כתבו כי רבינו גרשון החרים על הנושא אשה על אשתו וחייבים לכופם על החרם שלו, אבל ביבמה לא החרים כדכתיבנא לעיל, ומ"מ משיאין לו עצה."

מבואר שלדעת הרא"ה דבמקום שנהגו שלא לישא, אסור לו לישא אשה על אשתו, דאומדנא דמוכח דאדעתא דהכי נשאה לו. אך רבותיו לא התייחסו לענין יבום. אולם מתש' הריטב"א הנ"ל מבואר דאף לענין יבום, אם יש מי שאינו נשוי, אף שהוא קטן, בו המצוה יותר. אמנם אפשר שזה בגדר עצה טובה, ולא מפני שר"ג גזר במקום מצות יבום. והביא דעת התוס' שבמקום יבום לא גזר רבינו גרשם. אמנם בהג"מ יבמות (סי' קי) כתב בשם רבינו אביגדור כהן:

"מי שנפלה לפניו יבמה ויש לו אשה אחרת, קבלתי ממורי רבינו שמריה שבזמן הזה כופין אותו לחלוץ לה, וראייתו מפרק בית שמאי; הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה, כופין אותו שיחלוץ לה אע"פ שהיא גרמה, הואיל ולא נתכוונה לכך, כל שכן הכא שלא גרמה היא כלל אלא גזירת הגאון רבינו גרשום מ"ה היא מבדלת ביניהן."

והביאו הרמ"א אהע"ז א, להלכה. וכן בתרומת הדשן סי' רכ הביא דבמרדכי פ' החולץ כתב בתשובת הר"ר אביגדור כ"ץ שקבל מרבינו שמחה, שאם יש ליבם אשה, כופין אותו לחלוץ מכח חרם רבינו גרשון מאור הגולה. ועיין במשיב דבר ח"ד סי' ה מש"כ בזה. וע"ע בדברי חיים ח"ב חאהע"ז סי' קעו דכן קיימא לן לרוב האחרונים דגזר אף במקום מצוה. ובאבני נזר חאהע"ז סי' ריב חקר אם הא דאין חרם דר"ג במקום יבום הוא מטעם שאשה הקנו לו מן השמים, או שר"ג לא גזר במקום מצוה. וכתב דאשה הקנו לו לאו על שעת נפילה קאי שנפלה לו מן השמים, רק גם על קנין יבום, שלא הוא הקונה אלא מן השמים הקנו לו, שיבום הוא אפי' ללא כוונה לקנות נמי מהני, דאין הוא הקונה, ולכן לא בעינן כוונה לקנותה, אלא שגזירת הכתוב שאם בא עליה קנאה, א"כ לאו קנינו הוא רק התורה הקנתה לו. וס"ל לאבני נזר דמזה הטעם אין צריך עדים (עיין מה שכתבתי בח"ו סי' ז). וזה ג"כ טעם התוס' שביבמה לא החרים, דאשה הקנו לו מן השמים, ור"ג לא החרים

רק על הנושא אשה על אשתו, אבל ביבמה, לא הוא נשא, התורה השיאה לו. ועיי"ש שהקשה ופירק על דברי עצמו. והוכיח שם דהתינח ביאה ראשונה, אבל ביאה שניה כבר אין חילוק בין אשה שהקנו לו מהשמים לנושא אשה. ועיי"ש מה שתמה וישב, דאם משיאין לו לא ליבם משום קטטה, א"כ הוא הדין בהיותו נשוי אחרת.

אך עדיין כל זה לענין יבום, דלא ייבם אם יש לו אשה אחרת. אך בב"ש קסא,ז כתב דאם יש לגדול אשה, חליצת הקטן עדיפא. ונראה לסברא שכתבנו לעיל דעדיפות חליצת הגדול אינה כיבום הגדול, י"ל דבכל ענין שיש איזה מניעה והקטן ראוי יותר ליבום, ראוי הוא יותר לחליצה. והב"ש ציין לתש' הריטב"א הנ"ל שהביאה הב"י באהע"ז סי' קסה.

והגרע"א בתש' (תנינא סי' מב) כתב בענין דברי הב"ש, דכל דברי הב"ש הם באופן שהקטן מסכים לחלוץ, אבל כאשר שניהם אינם רוצים לחלוץ, הדין שכופין לגדול. ועל גוף דברי הב"ש כתב דדבריו מרפסין איגרי, דמהיכי תיתי נידון דמשום חרם דרגמ"ה יהיה נקרא אינו עלה ליבום, הא בודאי אם עבר ונשאה קיים מצות יבום ולא פגע באיסור ערוה אלא דעבר חרם, א"כ דמי ממש לנודרת הנאה בחיי הבעל מיבמה. ואף שהב"ש קסה,ד מחלק בין נדר לחרם דרגמ"ה, דנדר אפשר בהתרת חכם, משא"כ חרד"ג אין היתר לחרם, ס"ל לגרע"א דאין הכרח לחילוק זה. דהטעם שבאיסור שבועה ונדר לא מקרי אינו עולה ליבום, כיון דבעצמותו היבום כהוגן אלא דאיסור שבועה רמי עלה, וכמו שנידה יכולה לחלוץ, ולא מצאנו מי שיחמיר דנדה צריכה לטהר עצמה קודם חליצה כדי שתהא עולה ליבום, ולכן גם אם עובר על חרם דר"ג מקרי עולה ליבום. ובהדיא כתב תה"ד ח"ב סי' רסג לחלק בין אינו עולה ליבום משום חרם דרגמ"ה דאין פיסול ביבום עצמו, בין פיסול משום דינא דאבא שאול בכונס יבמתו לשם נוי או דבר אחר (יבמות קט,א) דהוי פסול בגוף היבום. לכן דעת הגרע"א דגם לב"ש אין כאן דין של אין עולה ליבום אלא יש מעליותא בחליצת הקטן. ובפרט דלכמה פוסקים במקום יבום לא היה חרם דר"ג, ולקצת פוסקים לא תיקן רגמ"ה רק עד סוף אלף החמישי. לכן דברי הב"ש הם רק לענין לכתחילה, ודוקא בשניהם רוצים, שמעדיפים אנו שהקטן שאינו נשוי יחלוץ, אבל בשניהם אין רוצים, כופים לגדול.

גם מהר"י אסד בתש' יהודה יעלה חאהע"ז סי' ח כתב דהאמרי אש דחה דעת הב"ש, ושכן מצא לראנ"ח במים עמוקים ולפנים מאירות, דחליצת גדול עדיף אף שהוא נשוי והקטן פנוי. וגם כוונת הריטב"א שהביא הב"ש, שאם הגדול הנשוי אינו רוצה לחלוץ אלא לייבם, משיאין עצה לקטן הפנוי ומבקשין אותו שיחלוץ, אך לא מצאנו שיכופו לקטן לחלוץ. והביא ראיה מהגהות מרדכי כתובות סי' רצא, עיי"ש. ועיי

במהרש"ם ח"א סי' לד ד"ה וכת"ר שדחה ראיתו זו, אף שלדינא מסכים עימו שאין דברי הב"ש אלא לכתחילה. וכ"כ המהרש"ם גם בח"א סי' קמט בסופו.

ובאבני נזר חאהע"ז סי' ריב (הנ"ל) בענין מה שלא גזר ר"ג במקום מצוה, די"ל דוקא במקום שאין אח אחר, אבל כשיש אח נשוי ואח פנוי, גזר ר"ג, דאף שלכתחילה מצוה בגדול, לא נדחה חרם ר"ג מפני הלכתחילה של מצוה בגדול ליבם. ודחה האבני נזר, דהתינת אם שניהם רוצים לייבם, גם הגדול הנשוי וגם הצעיר הפנוי, שאין להתיר חרם ר"ג לגדול דאפשר בצעיר. אולם כששניהם אינם רוצים לייבם, ואם הנשוי רצה לייבם, יכל לייבם כיון שאחיו הפנוי מסרב לייבם, א"כ כשחולץ הגדול לא הוי חליצה פסולה, שהרי יכל לייבם. והביא את הרא"ם, שהביא המרדכי פרק מצות חליצה, דחרם דר"ג משוי ליה חליצה פסולה, אף דלא גזר לייבם במקום מצוה, ושאר הראשונים חולקים עליו, עיי"ש באבני נזר באור דבריו. ובסי' שאחריו, כתב מסקנת הדברים, וז"ל:

"הדין, הפנוי מחוייב לחלוץ, ואם אינו רוצה לחלוץ הוא עבריין ורשע. ואם הפנוי רוצה לחלוץ ואעפ"כ חלץ גדול הנשוי, יש חשש חליצה פסולה אפילו בדיעבד, אך אם אף לאחר שהודיעו לו שהוא עבריין ורשע אם לא יחלוץ, הוא עומד במרדו שלא לחלוץ, אז מתירין לגדול חדר"ג וחולץ הגדול ... דמה שמתירין לו חדר"ג נ"ל שאין הפירוש שיוכל לייבמה בפועל, רק לענין החליצה שחשובה חליצה כשירה כאילו לא היה חדר"ג ..."

הרי שפסק כדעת הרא"ם דעל הפנוי לחלוץ, ואם מסרב, יש להתיר לגדול חדר"ג לענין החליצה ולא לענין שיוכל לייבמה, ואם חלץ הגדול הנשוי, הרי זו חליצה פסולה אף בדיעבד. וכן מצאנו בדברי חיים (ח"ב חאהע"ז סי' קעו) דכשיש אח קטן שאינו נשוי, לכולי עלמא גזר ר"ג אפילו ביבמה, שהרי הקטן יכול לקיים את המצוה ולא בטלה מצות יבמין. ולכן דעת הב"ש דאם יש קטן פנוי, עדיף הוא מהגדול כמו לענין יבום; "לא כמו שראיתי לאחד שמשיג על דברי הב"ש, דהאיך משום חשש בעלמא נקל במצוה בגדול. ולא הבין דזה עיקר חידוש של הב"ש, דביש איזה קפידא כל דהו, שוב חליצת הקטן עדיף, ובזה סרו כל תלונות הנ"ל על הב"ש ז"ל". עוד כתב, דאפי' הקטן משודך והגדול נשוי, עדיפא חליצת הקטן המשודך על הגדול הנשוי, דחרם חתימה וחרם הקהילות לא דוחה מצות יבום, עיי"ש. וע"כ כתב שהקטן הפנוי יחלוץ כדעת הב"ש:

"... לכן מוכרח אני להודיע שיש חשש גדול משום חליצה פסולה אם יחלוץ הגדול, הגם מהב"ש הנ"ל לא משמע כן, מ"מ הרבה יש לצדד דהוי חליצה פסולה, ולמה לן כל זה. וכבר כתב הריב"ש ז"ל (סי' שצ) מוסר השכל, ומה

בהבלי העוה"ז האדם בוחר דרך היותר בטוח ונכון, כל שכן בדברי תורה ומצוה, הגם ששני דרכים ישירים לפניו, החכם בוחר לעצמו דרך היותר בטוח. וכמו כן בנידון דידן אם יחלוץ הקטן אינו כלום [חשש] בדיעבד, ואם יחלוץ הגדול, יש חשש חליצה פסולה. ולכן יזהר מזה. ובפרט שידעתי כבוד אביו הקדוש אדמו"ר נטה תמיד לצאת ידי שמים ולעשות המצוה בלא שום גמגום כלל, כן נראה לפענ"ד [ואף על פי כן] הטוב בעיניו יעשה."

הרי שמעיקר הדין ס"ל דזו הדרך הראויה שאין בה חשש, ואפי' הקטן בא בברית השדוכין, בעוד שחליצת הגדול הנשוי, לסוברים שעדיפא חליצת הקטן, הוי חליצה פסולה, ולכן יש לבחור בדרך הבטוחה יותר. אך נראה שלא שלל מכל וכל להלכה, שאם חלץ הגדול, החליצה כשרה בדיעבד, ורק בדרך הראויה לעשות כן, וכן התיר לשואל לעשות כטוב בעיניו, ולא החליט להלכה שאם חלץ הגדול הוי חליצה פסולה. וכן דעת השואל ומשיב (מהדור"ק ח"א סי' סט דיש לעשות כב"ש, וכ"כ גם מהדרו"ג ח"א סי' רפד, דיש לחוש דבמקום שיש אח שאינו נשוי, תיקן ר"ג אף ביבום. וכן כתב בתש' הרי בשמים (לגא"ל הורוויץ) מהדור"ת סי' צג.

והגר"מ אריק באמרי יושר ח"א סי' קעה כתב דהא דלומר שחליצת הגדול תחשב כחליצה פסולה, אם יש קטן שאינו נשוי והגדול נשוי, הוא תמוה, דהא לרוב הפוסקים לא גזר ר"ג ביבמה, ואף לסוברים שגזר, מ"מ מתירים החרם קודם החליצה. ואף הדברי חיים לא החמיר אלא לכתחילה שהוא לפנינו, ולא כשהוא בריחוק מקום. והביא דבתש' מים חיים חולק על הב"ש דחליצת גדול עדיפא אף בהיותו נשוי והקטן פנוי, ואף הבית יצחק (תאהע"ז ח"ב סי' קז) שכתב להחמיר, חומרא דאתי לידי קולא, לבטל את המצות עשה שמצוה בגדול ליבם, וע"כ כתב להלכה דמצוה בגדול הנשוי לחלוץ.

ובבית יצחק (תאהע"ז ח"ב סי' קז) הביא מהשואל שהביא את הדברי חיים הנ"ל דיש בחליצת הגדול חשש חליצה פסולה, וכתב דהרבה פוסקים כתבו דמחשש החרם לא מיקרי אינו עולה ליבום, והביא תש' הר"ן דלא גזר ר"ג אלא מחמת קטטה, א"כ אם רוצה ליבם ולגרש, כיון שאין חשש קטטה, יכול ליבם, וא"כ מיקרי עולה ליבום. וגם דעת הב"ש עצמו שאין צריך להתיר החרם. וגם הבית מאיר סי' קעה דוחה דברי הב"ש. מ"מ דעת הבי"צ דלדעת הב"ש חשש חרם דר"ג הוא כאיסור שניות מדברי סופרים, ויחלוץ הקטן שאין בו איסור חרם, ויש לחוש לדעת הב"ש.

ושם בסי' קיב הביא הבית יצחק את הישועות יעקב סו"ס קסא דגדול האחים קודם, רק כשהגדול הנשוי במקום רחוק והקטן הפנוי כאן, יחלוץ הקטן, אבל בלאו הכי חליצת הגדול קודמת. ושגם בתש' פרח מטה אהרן ח"ב סי' מח מבואר שהגדול

קודם, גם אם הוא נשוי והקטן פנוי. אולם להלכה כתב דאין לזוז מדברי הב"ש. ומ"מ אין לחוש לחליצה פסולה, כיון שמתירים קודם החליצה את החרד"ג, כשיטת הרא"מ הנ"ל.

גם בתש' נטע שורק (לגש"צ טננבוים, חאהע"ז סי' נד) כתב דאם שניהם רוצים בחליצה, דחליצת הגדול עדיפא, ושכן מוכח מהריטב"א שהביא הב"ש. ומ"מ אף לב"ש לאו מטעם שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה, אלא שחושש לכתחילה לשיטת הרא"מ שיש להתיר החרד"ג, וחלק על הדברי חיים, עיי"ש. גם בתש' פרח מטה אהרן סי' מח כתב דלכתחילה יחלוץ הגדול הנשוי, עיי"ש. ועיין בתש' עזרת ישראל (לאב"ד מעזריטש, הגר"א שפירא) סי' נג.

אתה הראית לדעת שנחלקו הפוסקים בדברי הב"ש, אם לדינא עיקר התביעה אחרי חרד"ג היא על הגדול או על הקטן, ונפק"מ בשניהם אינם רוצים לחלוץ, על מי התביעה והחיוב, על הקטן או הגדול. ושאלה זו באה לפנינו ביושבי עם הגאון הרב שמואל אהרן פלדמן זצ"ל, בבחור חסידי שלא רצה לחלוץ לרוב חסידותו, והיה אח גדול נשוי, והראיתי לפניו את דברי האבני נזר והדברי חיים ועוד פוסקים, שעל הקטן לחלוץ ואין לו לחוש. ומאידך, דעת החולקים הנ"ל. והגרש"א זצ"ל שהיה מפורסם גם בגדלותו וגאונותו בתורה וגם בהיותו חסיד ופריש, וכפוף לדעת גדוה"ת והחסידות כאבני נזר והדברי חיים, דעתו היתה שכל דברי הב"ש הם לכתחילה, ואין להפציר בבחור שאינו נשוי לחלוץ אלא לבקש, ואם הוא אע"פ כן חושש, שיחלוץ הגדול לכתחילה, ואין בזה חשש של חליצה פסולה. ואמר שיש לפסוק בזה כדעת הגרע"א הנ"ל, דכשהקטן אינו מסכים לחלוץ, פשיטא שהגדול יחלוץ, וכאשר שניהם אינם רוצים, המצוה חוזרת לגדול. והראיתי לו שכן כתב הגר"א בעין יצחק ח"ב חאהע"ז סי' סא, וז"ל:

"ובקצרה הוא לדינא, דכיון דהב"ש הביא לדברי הריטב"א לדינא, ע"כ אין לנו כח לחלוק עליו. ולכן העיקר דמבקשין מן הקטן שיחלוץ. אך אם לא יתרצה הקטן לחלוץ, אז אין לנו יכולת לכופו וכמבואר להדיא בבית יוסף סי' קסה בשם הריטב"א. וטעמו, משום דבאמת העיקר הוא כמש"כ הרשב"א לחלק, דשאני היכא דדבר אחר גרם להאסר כנ"ל. וגם בעיקר דברי הרמב"ם דס"ל דכל חייבי לאוין מקרי חליצה גרועה לענין דאינו פוטר צרתה, הא חלקו עליו הפוסקים. וכן בשיטת רש"י בפירושו לחליצה פסולה, חלקו עליו התוס' וש"פ. ע"כ האמת לדינא ברור דלא מקרי חליצת הנשוי בשם חליצה פסולה וגרועה כלל. רק משום חומרא בעלמא חשש הריטב"א וכתב דמבקשין מן הקטן שיחלוץ. אכן אם הקטן לא יתרצה לחלוץ, אז חל המצוה על הגדול וכופין לו לחלוץ, לפי דמחוייב הגדול ע"פ דין תורה לחלוץ וכדכתיב והיה הבכור."

הרי שלכתחילה מבקשים מהקטן שיחלוץ, ואם אינו רוצה, הרי שכופים לגדול, שהוא מחויב ע"פ דין. וראה וסמך בליבו וסמך ידיו, ואמר לי שכן ראוי לנהוג.

והנה בנדו"ד יש טעם נוסף לשבח, בהיות הנפטר והיבמים מעדות המזרח, ואין עליהם חרד"ג, ולכאורה בזה הדרינן לדינא דחליצת הגדול עדיפא. והגר"ע יוסף שליט"א ביביע אומר ח"ו חאהע"ז סי' כא השיב לגר"נ קרייסמן זצ"ל אב"ד פ"ת, שטען שאף שאין לבני עדות המזרח חרד"ג, הרי המנהג בא"י שלא להרשות לישא שתי נשים, וא"כ כיון שהוא משועבד לאשתו שאינו יכול לישא אחרת עליה ללא רצונה, וא"א לו ליבם, אפשר שחליצת הקטן עדיפא, ע"פ דעת הב"ש בשם הריטב"א. עוד הוסיף, שהרי הספרדים כותבים בכתובה שלא ישא אשה אחרת עליה, ומשביעים את החתן בתקיעת כף לקיים כל הכתוב בכתובה וכו'. ומ"מ לפי חילוק הב"ש דנדר איתיה בשאלה ניחא, דהכי נמי איתיה בשאלה, וכמ"ש הראנ"ח בשו"ת מים עמוקים (סי' לב). והביא מתש' הרדב"ז (ח"א סי' קיד) דשבועה שנשבע לא לקחת אשה על אשתו, לא חלה השבועה עליו אם מת אחיו ונפלת יבמתו לפניו, דהויא מילתא דלא שכיחא, ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה שימות אחיו בלא זרע ותפול אשתו לפניו ליבום, ולא הוי בכלל התנאי שנשבע עליו, כיון שהתנה בסתם, עד שיפרש בהדיא. וכן בתשובת מהר"י פראג' בגנת ורדים (חאה"ע כלל ב סי' יג, דכ"ה ע"א והלאה) שכתב שאפי' נשבע שלא ישא אשה עליה, אם עבר ויבם קנאה, ואין מחייבים אותו לגרשה, כי יש אומרים שאין היבום נכלל בכלל השבועה. ואע"פ שיש חולקים על זה, מ"מ יש מקום לצדד להקל לפמש"כ בשו"ת עבודת השם (חאה"ע ס"ס כז), שהשבועה שנוהגים להשביע את החתן בתקיעת כף, כיון שהוא מושבע מפני אחרים בלי שם ובלי כינוי אין כאן חומר שבועה כלל, ואינה אלא מדרבנן. וגם החקרי לב ח"ג (חיו"ד סי' פז) מצא מקום להקל בשבועה זו מטעם שאין מזכירים בה לא שם ולא כינוי וכו'. ע"ש. ואף מחמירים בשבועה שלא לייבם, מ"מ דברי הגרע"א ברורים דהוי רק כאריה דרביע עליה. ואף הבית שמואל חילק בין נדר לחרם רגמ"ה. ואין כח המנהג שבמדינה חמור יותר משבועה, ואם ירצו ב"ד יתירו שבועתו ויוכל ליבם. ולכן רשאי ג"כ לחלוץ בלא פקפוק. לכן פסק שהגדול אע"פ שהוא נשוי, עדיף מהקטן שהוא פנוי, וגדול האחים יחלוץ ומשתריא לעלמא.

וא"כ בנדו"ד שמשפחת המת מעדות המזרח, יש טעם נוסף לשבח שהגדול יחלוץ ולא הקטן. ולכן בנדו"ד שהגישה האשה תביעה כנגד שניהם, ושניהם הודיעו שאינם מוכנים לחלוץ, הדרינן לדינא שהחויב על הגדול לחלוץ.

ב. אם כופין לחלוץ

ובנדרו"ד שהגדול שעליו החיוב כאמור מסרב לחלוץ, יש לדון אם לכופו לחלוץ. לעיל הובאה המשנה ביבמות לט,א דאם האחים לא רצו ג"כ, חוזרין אצל גדול ואומרים לו עליך מצוה או חלוץ או יבם. ובגמ' שם בע"ב דחוזרים אצל גדול לכפותו, דכיון דמצוה עליה ידיה רמיא, לדידיה כייפינן. ובגמ' כתובות סד,א איתא דאין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם, ובדברי שמואל שתבעה היא אין נזקקין לה, והגמ' העמידה בבאה מחמת טענה של בעינא חוטרא לידה, והקשתה על הסבר הגמ'. ומשמע שאילולי באה מחמת טענה, נחא מה שאין כותבים אגרת מרד על יבם. ובתוס' שם (ד"ה תבע) הקשו, דהא בשומרת יבם אפי' אינה באה מחמת טענה כופין, כמבואר בגמ' יבמות לט,ב. ותרצו התוס':

"דאיכא למימר דכייפינן ליה, אבל אין נזקקין לכתוב עליו אגרת מרד להוסיף על כתובתה. אי נמי משום דהיא גופה איכא לפרושי בבאה מחמת טענה, לכך נקט למיפרך מהאי טעמא."

לתרוץ ראשון של התוס' כפינן בכל ענין, אך אין כותבים אגרת מרד להוסיף על כתובתה אלא בבאה מחמת טענה. ולתרוץ שני גם את הגמ' ביבמות לט,ב יש לפרש בבאה מחמת טענה. ובריטב"א בכתובות סד,א כתב גם בישוב הקושיא הנ"ל, וז"ל:

"ויש מתרצים דהנהו בבאה מחמת טענה. ואחרים תירצו והוא הנכון, דלא אמרינן האי טענה דזיל לא מפקדת אלא כשתובעת יבום והוא אינו רוצה ותובעת לכתוב עליו אגרת מרד, דמשום הא לא דיינינן ליה במורד לקנסו ממון כיון דלא מפקדא אפריה ורביה, אבל ודאי כופין אותו לכנוס או לפטור כשאפשר בשתיקה, או כופין אותו לחלוץ כשאינו ראוי לכנוס, שלא תהא אלמנות חיות."

לתרוץ קמא, גם הסוגיא ביבמות מיירי בבאה מחמת טענה. ולתרוץ השני, דדוקא כשתובעת ליבם והוא לא רוצה, לא כותבים עליו אגרת מרד להוסיף לה על כתובתה, אבל כשהיבם אינו רוצה לא ליבם ולא לחלוץ, ודאי כופין אותו, וכן כשאינו ראוי ליבם, כופין לחלוץ, שלא תהיינה האלמנות כנשים שבעליהם חיים שמנועות להנשא. וכן ברשב"א בסוגיא הביא את שני התרוצים הנ"ל. אולם ביבמות קו,א, בענין חלוץ לה ובכך אתה כונסה, דלכתר דחלץ לה אמר ליה השתא מינך אפסלא לה, חלוץ לה חליצה מעלייתא, כי היכי דתישתרי לעלמא, כתב הרשב"א, וז"ל:

"מסתברא דכופין אותו בכך עד שיאמר רוצה אני, ואפילו בשוטים, דכיון דאסירא ליה מעתה, הרי זה חייב להוציאה ... וטעמא דמלתא משום דכיון

דאסירא ליה, מדרבנן מיהא לא מעגנינן לה, והכי משמע לי דתנן לקמן בפ' ב"ש (קיא,ב) יבמה שאמרה בתוך ל' יום לא נבעלתי כופין אותו שיחלוץ לה, ואמרינן עלה בגמ' עד שכופין אותו לחלוץ נכופהו ליבם, ופרקה רב בשגיטה יוצא מתחת ידה, וכיון דאסירא ליה, כופין אותו לחלוץ ואפילו לא באה מחמת טענה. דעד כאן לא בעינן באה מחמת טענה אלא כדי לכתוב עליו אגרת מרד כדאייתא בכתובות פרק אע"פ (סד,א). אי נמי, ליתן כתובה למי ששהתה עם בעלה עשר שנים ולא ילדה מחמתו, דאי באה מחמת טענה יוציא ויתן כתובה, ואם לא, לא יתן כתובה, כדאייתא לעיל בשלהי פרק הבא על יבמתו (סה,ב). אבל כל שיושבת עגונה, אפילו בלא טענה כופין אותו לחלוץ."

וכן מבואר לכאורה בדברי התוס' יבמות סד,א (ד"ה יוציא). התוס' הקשו למ"ד ששהתה י שנים ולא ילדה, שאין כופין להוציא (כתובות עז,א), מהברייתא שהובאה שם ביבמות סד,א, דבשהתה י שנים ולא ילדה, יוציא ויתן כתובה. ויוציא משמע שכופין. ותירצו, דיוציא משמע לשון כפיה, היכא שנוהג עם האשה שלא כדין, כגון שאינו זן אותה וכד', שאז כופין, משא"כ בשהתה י שנים, שאין זה אלא משום שאינו רשאי לבטל מפריה ורביה, לא משמע לשון כפיה. וכתבו התוס' דאף באינו רוצה לא ליבם ולא לחלוץ, דחוזרים על הגדול לכפותו; "לפי שמתנהג עמה שלא כדין, שאינו רוצה לא לכנוס ולא לפטור. ונראה דכופין אותו בשוטים, דאי במילי הא אמר בסוף המדיר (כתובות עז,א) דבדברים לא יוסר עבד". ומהא שלא כתבו התוס' דדוקא בבאה מחמת טענה כופין לחלוץ, ונקטו טעם מפני שנוהג עמה שלא כדין, וטעם זה לא תלוי בבאה מחמת טענה, דגם באינה באה מחמת טענה, אם נוהג עימה שלא כהוגן שאינו רוצה ליבם או לחלוץ, כפינן ליה. וכן מבואר בתוס' כתובות עז,א ד"ה יוציא. ובטעם הדבר שכופין לחלוץ, כתבו התוס': "היינו טעמא דכופין, לפי שמונעה מכל ענייני אישות בין תשמיש בין מזונות, אבל משום תשמיש המטה לחודיה או משום מזונות לחודיהו, אין כופין". מבואר דכל היכא שמונע ממנה כל ענייני אישות, כופין לחלוץ. וכן היא דעת הרא"ש ביבמות ו,יא. וכן היא דעת מהר"מ מרוטנבורג בתש' (פראג, סי' תצב) דכופין את הגדול לחלוץ, וכופין בשוטים, וז"ל:

"יבם שדוחה את יבמתו לאחר מיתת הבעל ג חדשים מלחלוץ וליבם, כתב שיטעמו בכל מה שיוכלו להטעותו שיחלוץ, כגון שתמחול לו כל ממון שיש בידו משל אחיו, ואפי' בקנין, ותמסור מודעא מקודם, ואחר שיחלוץ יגבו ממנו הממון. דכיון דניתן רשות להכותו, כל שכן דיש לנו רשות להפקיע ממון ממנו מה [שאנו] נותנין לו כדי שיקיים המצוה, דהפקר ב"ד הפקר [במגדר] מלתא כדי לעשות סייג, כל שכן כשעובר על דברי תורה. ואם אין יכולין להטעותו, כופין אותו בשוטי ובמילי, דתנן (יבמות לט,א) מצוה בגדול וכו' ...

חוזרים אצל הגדול למכפייה, וכל היכא דאיכא לשון כפיה פר"י אפי' בשוטי, דאי במילי לחוד, הא קיי"ל ס"פ המדיר (עזא) דבדברים לא יוסר עבד. ועוד דמצות עשה היא על היבם לחלוץ או ליבם, דמאי שנא משאר מצות עשה דאמר פ' הזרוע (קל"ב ע"ב) דמכין אותו עד שתצא נפשו.

הרי שכופין את היבם לחלוץ, גם בלא באה מחמת טענה, הן מצד הכפיה על מצות עשה, והן מצד עצם הדין שיכולים לכפותו כיון שאינו רוצה ליבם או לחלוץ, ובזה מונע ממנה כל עניני אישות, דטעם כפיה על מצות עשה הוא טעם נוסף.

גם הרא"ש בתש' נבא, דן בענין "יבמה שנפלה לפני יבם נער ובער, ואינה חפצה להתיבם לו, והיבמה עניה", והיבם דורש ממון עבור החליצה. ודעת הרא"ש שאם יכולים להטעותו, להבטיח לו ממון ולבסוף לא יתנו לו, מה טוב, שחליצה מוטעית כשרה, ואם אינם יכולים להטעותו, יש לכופו לחלוץ. ואף אם היה תובע ליבם, נראה דאמתלא גדולה נותנת לדבריה, שאינה רוצה להתיבם לו, כיון שהוא נער ובער ואין לו במה לפרנסה. והרא"ש לא הזכיר שכופין דוקא בבאה מחמת טענה.

וכן נראה מדברי הראנ"ח בתש' סי' עח ביבם שאינו רוצה ליבם או לחלוץ ואומר שתמתין ימים או עשור ואח"כ ייבם, אבל עכשיו אינו רוצה ליבם מפני עגמת נפש אחיו עד מלאות לו שנה, וכן שאמו מעכבת עליו מליבם. והשיב הראנ"ח:

"דבר פשוט ומבואר בעצמו שכל שהיבם אומר איני רוצה לא לחלוץ ולא ליבם, שאין שומעין לו וכופין אותו לחלוץ לה או ליבם ... והא דאמרין בפרק אע"פ בכתובות תבע הוא נזקקין לו תבעה היא אין נזקקין לה, ופי' בתוספות תבעה היא והוא אינו רוצה לא לחלוץ ולא לייבם, היינו לענין לכתוב עליו אגרת מרד ולהוסיף על כתובתה, אבל מ"מ אפי' תבעה כופין אותו לחלוץ או ליבם, כ"ש אם היא באה מחמת טענה דבעינן חוטרא לידא ומרה לקבורה, שכופין אותו ואף כותבין עליו אגרת מרד, וכן עולה שם מתוך דברי התוס', וכן ביאר הרשב"א ז"ל בתשובה. וכ"ת היינו דוקא כשהוא אומר איני רוצה לא לחלוץ ולא ליבם לעולם ותשב עד שתלבין ראשה, אבל אם הוא אינו אומר אלא שאינו רוצה לא לחלוץ ולא ליבם עכשיו אבל אחר זמן קצת יעשה לה כדת וכנימוס, כל כה"ג לא כיפינן ליה כלל ויוכל לדחותה ימים או עשור כיון שהוא אומר שאח"כ יעשה לה כדת הנשים, וכ"ש כשהוא נותן איזו אמתלאה לדבריו כנדון דידן, הא ודאי פשיטא שאין לחלק בכך שלא מצינו שתקנו חכמים שום זמן לזה כלל, ואיזה זמן תתן לו, ואין לדבר סוף ואין זה צריך לפנים."

מבואר להדיא שאם היבם מרחה ואומר שמוכן לחלוץ בסוף שנת האבל, שכופין אותו לחלוץ. ומבואר שם שלא חילק בין באה מחמת טענה או לא, רק כתב דכל שכן דכופין בבאה מחמת טענה, אך גם באינה באה מחמת טענה כופין.

והגרי"א בעין יצחק ח"ב סב, כט הוכיח גם מדברי הר"ן ס"פ המדיר (לו, א-ב מעמוה"ר) שהקשו בהמדיר את אשתו מלהנות לו או מתשמיש, דיוציא ויתן כתובה, ואין כופין על הגט, ובנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה, כופין לחלוץ. ותיירץ הר"ן בתרוץ ראשון, דכיון דנדרה בחיי בעלה, אין כאן מצות חליצה. ובתרוץ שני, דבחליצה הקלו. ואם נאמר דס"ל דבחליצה כופין רק בבאה מחמת טענה, אין מקום להקשות מהמדיר, שאינה באה מחמת טענה. ושכן כתב הרשב"א ס"פ המדיר.

ובהג"א כתובות ה, לו כתב שאין כופין אלא בבאה מחמת הטענה. אבל לפי תקנת הגאונים שכופין במאס עלי, עיי"ש בהג"א ה, לה:

"אבל רב האי כתב, אע"פ שאין לכופ את בעלה מכח הלכה, מ"מ גאוני הישיבות של בבל תקנו שכופין את הבעל ליתן גט מיד, ויותר מג' מאות שנה היה בימיהם שנכתב זו התקנה. אמנם מן הכתובה לא כתב, וכ"כ רבינו גרשון מאור הגולה שכופין, אבל כל כתובה לא יפסידה, ובכל האנשים, ולא מיבעיא מוכה שחין וחבריהם דבלאו הכי כייפינן. ולפי הענין נראה דכל שכן שומרת יבם שאם אינה חפצה להתייבם, שכופין היבם לחלוץ. ותימה גדולה שלא כתבו מזה ר"ת ור"י כל הצרפתים שום דבר."

ובהל"ו הביא אחר דברי ר"י שאין כופין אלא בבאה מחמת טענה: "ולפי תקנת הגאונים היה נראה דכייפינן ליה לחלוץ". וכן מבואר בתרומת הדשן סי' רכ שדן בענין יבמה שאינה חפצה לחלוץ או ליבם, מאחר ואינה רוצה לחלוק בעזבון בעלה המת, ובתוך דבריו הביא את הסמ"ק לענין יבם הרוצה ליבם והיא אינה רוצה אלא לחלוץ, דהיכא דאין אנו יכולים להטעותו שיחלוץ, אומרים לו אם לא תשמע לעצתינו לחלוץ, נשים חרם בינינו להבדילך עד שתחלוץ. ואם יש לו אשה אחרת, מגדים אותו בהדיא, ואם אין ליבמה כל בבית, כופין אותו לחלוץ, ואם עשירה היא, נוהגים לעשות פשרה עם הממון. והביא מהאו"ז שהביא מר"י, דהלכה דבזמן הזה אם היבם נשוי ואינו יכול לייבם מתקנת ר"ג, ואומר איני רוצה לחלוץ עד שתתן לי כך וכך, אין מניחין אותו לדחוק אותה לשום דבר, אלא כופין אותו ויחלוץ לה. והביא תה"ד את דברי התוס' והג"א דאם אינו רוצה לא ליבם ולא לחלוץ, דכופין לחלוץ, ולפי תקנת הגאונים אף באינה באה מחמת טענה, ג"כ כופין לחלוץ. ובתש' מהרשד"ם חאהע"ז סי' סז דן ג"כ בענין יבם שאינו רוצה ליבם או לחלוץ, ופסק שכופין לחלוץ ואפי' בשוטים, ולא חילק אם באה מחמת טענה או לא.

וברמ"א אהע"ז קסה,א פסק דכופין אותו דוקא בבאה מחמת טענה. אמנם הלבוש אהע"ז קסה,א כתב דאם אמר היבם שאינו רוצה לייבם ולא לחלוץ, כופין אותו. מיהו אם אפשר להטעותו ולומר לו שיקח ממון הרבה על החליצה, מטענין ליה כדי שלא נצטרך לכופו. ולא הזכיר דכופין דוקא בבאה מחמת טענה. גם בישועות יעקב אהע"ז קסה,ה דכאשר היבם אינו רוצה לייבם ולא לחלוץ, והאשה רצונה להנשא, אף שהיא אינה ראויה לילד; "מהיכי תיתי יהיה בידו לעגנה על לא דבר, אולי ימצא מי שירצה לישא אותה ויהיה פרנסה בריוח, וכגון זה כופין אותו אף באינה באה מחמת טענה". גם הבית מאיר שם כתב להוכיח בפרוש דעת הראשונים, דבאינו רוצה לא לייבם ולא לחלוץ, דכופין אותו, דכיון שמונע מנה כל עניני אישות, יש לכפותו כדעת התוס' יבמות סד,א ד"ה יוציא והרא"ש והמחבר בשו"ע אהע"ז קנד,ג (ואף שהפ"ת קנד,ז הביא מהש"ך בגבורת אנשים להחמיר, עיין בעין יצחק לגרי"א ח"ב סי' סב בסופו, וז"ל: "וידעתי למה שכתב הפתחי תשובה באה"ע סי' קנד,ז בשם גבורת אנשים. אשר אף במונע ממנה כל עניני אישות אין כופין בשוטי כו' עכ"ל. אבל זה הוא רק דעת יחידאה, ואנו אין לנו לשמוע רק לדברי השו"ע אשר מימיהם אנו שותין, שהכריעו כשיטת רוב הפוסקים דפסקו בכזה דכייפין בכפיי' גמורה."). ומ"מ מבואר מהבית מאיר דכופין אף בלא באה מחמת טענה, אך למעשה נשאר בצ"ע.

ומהרח"ש בתורת חיים (ח"ד סי' מט) דן ביבמה שהיבם אינו רוצה לא לייבם ולא לחלוץ, והיא באה מחמת טענה שרוצה להנשא וללדת, והיבם טוען שהיא עקרה וזקנה, והיא משיבה שכמה עקרות וזקנות נפקדו, ואף אם לא תפקד, יפרנסנה בעלה. ובתוך דבריו דן בדעות הראשונים הנ"ל אם כופין דוקא בבאה מחמת טענה של חוטא לידה, ונו"נ בדבריהם, וכתב:

"לזה אשיב ואומר דאין לנו לתפוס כל החומרות עד קצה האחרון, דכיון דחזינן דגדולי הפוסקים המפורסמים רבותינו אשר מימיהם אנו שותים שנראה דסבירא להו דכופין אף בלא באה מחמת טענה, והרב הגדול מהרשד"ם הורה בפשיטות דכופין כדכתיבנא לעיל, א"כ אף לדין אם תרצה לחוש לדברי הרשב"א דבעינא בבאה מחמת טענה, הכא בנדון דידן הרי באה מחמת טענה כדכתיבנא. ואם תרצה לומר דלהרמב"ם לא שייך האי טענה הו"ל ספק ספיקא, ספק אם הלכה כדברי הפוסקים המפורסמים דלא בעינא באה מחמת טענה וכמו שפסק הרב מהרשד"ם, ואם תמצא לומר לחוש לדברי הרשב"א גם בנדון דידן באה מחמת טענה ודילמא הלכה כדברי הרב הנמוקי [יבמות ג,ב בעמוה"ר ד"ה עקרה וזקנה] דכמה עקרות וזקנות נפקדו ... ומה גם שדברי הרשב"א בתשובה הנ"ל הגם שכתבינא לעיל מה שנראה כונתו, אין הדברים ברורים כלל (הדברים),

דמאחר דחזינן להרב מוהרשד"ם גדול בדורינו שהורה למעשה שכופין אף באינה באה מחמת טענה, ולדידן אף שנרצה להחמיר בנדון דידן שבאה מחמת טענה ויש כמה צדדים להורות שכופין כדכתיבנא הכי נקטינן "

אמנם להלכה כתב לעשות הרחקות, לקרוא לו עברייך, ולגזור שלא ישאו ויתנו עימו, עיי"ש. הרי שלא הכריע להלכה להקל לכופו לחלוץ כשאינה באה מחמת טענה, ורק לעשות הרחקות ולנדותו, נראה דעתו דאף בלא באה מחמת טענה יש להקל.

גם הגרי"א בעין יצחק ח"ב סב,ל כתב דדעת הג"א דכופין דוקא בבאה מחמת טענה, יחיד הוא לגבי כל הפוסקים הנזכרים, אולם כיון שהרמ"א אהע"ז קסה,א דדוקא בבאה מחמת טענה כופין, אין לנו כח לחלוק על הרמ"א, ושגם הבית מאיר סיים בצ"ע. והגרי"א (שם בענף ח וענף ט) כתב לבאר, דנחלקו רב ושמואל בכתובות עז,א באומר איני זן ואיני מפרנס, דרב ס"ל דכופין להוציא, ושמואל ס"ל דעד שכופין להוציא, יכפוהו לזון, וכיון שהלכה כשמואל, לכן ס"ל לתוס' לחד תרוץ ולהג"א הנ"ל, דדוקא בבאה מחמת טענה כופין לחלוץ, דס"ל לדינא דהלכה כשמואל, לכן בעינן שתבוא מחמת טענה, אבל באינה באה מחמת טענה, כופין לזון, וכיון שכופין לזון, לא הוי מונע כל עניני אישות אלא רק תשמיש; "משום דיותר יש לב"ד להרחיק מן כפיה לגרשה ולחלוץ, כיון דעיקרו הוא משום מונע מזונות ותשמיש, וכיון דמסירין הסיבה ממילא יסור המסובב כנ"ל". וכן יש לבאר בכוונת הג"א והרמ"א, דיותר יש לנו להדר על כפית מזונות.

ולפ"ז כתב הגרי"א לישב סתירה לכאורה, דבשו"ע אהע"ז קסה,א כתב הרמ"א דכופין דוקא בלא באה מחמת טענה, ושם בס"ב לענין נודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה, דכופין לחלוץ, ולא כתב המחבר דדוקא בבאה מחמת טענה, והרמ"א לא הגיה. דבנודרת הנאה מיבמה, כיון שאסרה הנאתו, אין יכולים לכופו לזון, וכן לא נשאר לנו אלא לכופו לחליצה, משא"כ באינו רוצה לחלוץ וליבם. ומסקנת הגרי"א שם באות מט:

"סיומא דפסקא דעתי לדינא, דאם יש מקום לגבות מזונות, דאם אינו רוצה לחלוץ, אזי גובין ממנו מזונות. אבל על החליצה אין לכפותו בכפיה גמורה, דאף שנתבאר בשם כל הפוסקים שהבאתי דס"ל דכופין לחלוץ, עכ"ז מי ירום ראש נגד הרמ"א. אבל במזונות יש לכפותו לכל הפחות, דהא בזה אינו מוכח שום סתירה כלל מן תי' השני של התוס' כתובות (דף סד) וכפי שהוכחתי כל זה בעז"ה. וממילא כשיצטרך ליתן מזונות אזי יהי' מוכרח להתרצות ולחלוץ ... כ"ז ראיתי לחפש בזכות בנות ישראל שלא תהינה כהפקר ח"ו. וכן נלע"ד להלכה ולמעשה."

הרי שאף דעתו נוטה לכופ' גם כשאינה באה מחמת טענה, מ"מ לא רצה להקל לכופו נגד דעת הרמ"א, אלא לכופו למזונות. (וע"ע בפד"ר ח"ו עמ' 78, ובציץ אליעזר חט"ו סי' סב).

והחזו"א בהל' יבום קכב,ה גם פירש את הסוגיא, דדוקא להו"א דאף בתובעת או כנוס או פטור, אין נזקקין לה, דאין נזקקין אלא בבאה מחמת טענה, אבל למסקנא דתבע הוא נזקקין לו, היינו בתבע הוא ליבם והיא לחלוץ, אבל באינו חפץ לחלוץ או ליבם, כופין אף באינה באה מחמת טענה, עיי"ש. וכתב דכן מוכח מהסוגיא יבמות לט,א דחוזרין אצל גדול וכופין לגדול, ומשמע אפי' לא באה מחמת טענה. וכן יש להוכיח מעובדי דפרק מצות חליצה שהטעוהו אף בלא באה מחמת טענה. וכן הוכיח לדעת ריצב"א בתוס' יבמות סה,ב (ד"ה כי) שאם מודה שאין לו גבורת אנשים, שחייב לגרש אפי' אינה באה מחמת טענה. והטעם, דכל שמעגן אותה, אינה צריכה לבוא מחמת טענה, עיי"ש. ומבואר בחזו"א דלא בעינן שתבוא מחמת טענה כדי לכופו, אם אינו רוצה לא ליבם ולא לחלוץ.

והנה בנדר"ד שהאשה צעירה לימים, ובאה בטענה שרוצה ללדת ילדים ולהקים משפחה, לכל השיטות כופין לחלוץ, ומ"מ לכתחילה אם אפשר בתחילה לכופו למזונות, יש לעשות כן בטרם יכפוהו לחליצה.

ג. חיוב היבם במזונות היבמה כשמסרב לחלוץ

איתא ביבמות מא,ב: ת"ר יבמה שלשה חדשים הראשונים נזונת משל בעל, מכאן ואילך אינה נזונת לא משל בעל ולא משל יבם. עמד בדין וברח, נזונת משל יבם. וברש"י פירש מדוע שונה יבמה זו מכל אלמנה הניזונת מנכסי בעלה: "ואינה דומה לשאר אלמנה, דהתם כל זמן שלא נשאת לאחר ואומרת מחמת פלוני בעלי שכבודו גדול עלי, יש לה מזונות, אבל הך אגידא ביבם, לפיכך אין לה על נכסי בעל מזונות ולא משל יבם עד שתכנס לחופה". ובתוס' יבמות שם (ד"ה עמד, וכ"ה ברא"ש יבמות ד,כה) מבואר דדוקא בנדרצה ליבם וברח: "אבל אם לא נתרצה אלא לחלוץ, אין נראה שיתקנו לה חכמים מזונות מיבם כיון דאין סופו ליבם אלא לחלוץ. ודוקא ברח תקנו לה מזונות משלו, אבל לא ברח לא, משום דלא שכיח שיאחר מליבם כיון דאיתיה קמן ונדרצה, דמשום זמן מועט שרגיל לאחר לא תקנו לה מזונות". וא"כ לשיטתם דוקא בנדרצה ליבם תיקנו לה מזונות מיבם, כיון שהיא כאשתו, עיין ב"ש קסד, אך בלא נתרצה ליבם, אין לה מזונות. ושיטת הרמב"ם דאפי' לא נתרצה ליבם, ג"כ חייב במזונותיה, וז"ל הרמב"ם הל' אישות יח,טז:

"תבעה יבמה לכונוס או לחלוץ, ועמד בדין וברח, או שחלה, או שהיה היבם במדינת הים, הרי זו ניוזנת משל יבם בלא שבועה כלל."

הרי שאפי' לא נתרצה ליבם, אם תבעה היבמה וברח היבם או חלה, הרי זו ניוזנת משל יבם. וכך למד בדבריו הב"י אהע"ז ר"ס קס; "נראה שהטעם משום דכל שתבעתו לדין, אם אינו פוטרם לאלתר, הרי אינה מעוכבת מלינשא אלא מחמתו, ולפיכך חייבוהו חכמים במזונותיה". ונראה שנחלקו הראשונים, התוס' והרא"ש עם הרמב"ם, בגדר חיוב המזונות, דאף שהטעם לכ"ע הוא קנס, לשיטת התוס' והרא"ש זה גדר של תקנת מזונות, שמחייבים את היבם שעמד בדין ונתרצה ליבם, להיות היבמה כאשתו ולחייבו במזונותיה, דומיא דמזונות אשה. ואף שהטעם הוא קנס, על מה שלא יבם לאלתר, מ"מ עשאוהו כמזונות אשה. סיבת הקנס הכלילה את היבם לתוך דין מזונות אשה. ולשיטת הרמב"ם, הקנס הוא לא הסיבה אלא המחייב ממש, לא מפני שהיא כאשתו, שהרי אפי' לא נתרצה ליבם חייב במזונות, אלא זהו קנס שסכומו הוא מזונות היבמה. דהרא"ש ביבמות ד, כה, כתב וז"ל:

"ונראה דדוקא כשנתרצה בדין ליבם וברח, דכיון דסופו ליבם, הרי היא כבר כאשתו וחייב במזונותיה, אבל אם לא נתרצה ליבם אלא לחלוץ ואירעו אונס שהוצרך לברוח, לא מסתבר שתקנו לה מזונות משל יבם. ודוקא ברח דתקינן לה מזונות משל יבם, אבל לא ברח לא, דלא שכיחא שיאחר מליבם כיון דאיתיה קמן ונתרצה, ואפילו אירע כך שנתאחר זמן מועט לא מסתבר שיתקנו לה מזונות משל יבם, אם לא שתבא לפני ב"ד ותתבע ממנו שייבם אותה או שיתן לה מזונות. ונראה דמחמת קנס הוא דתקינן לה מזונות, דהא אין מעשה ידיה שלו אע"פ שניזונית משלו, כדאמר בפ"ב דכתובות (קז, ב) אי משום מעשה ידיה, הא לא משעבדא ליה, ואע"ג שנתרצה לייבם ולא ברח אלא מחמת אונס, מ"מ קנסוהו דלא איבעי ליה לשהויי אלא הוה ליה לייבם לאלתר קודם שאירע לו אונס ... אבל לשון לא משעבדא ליה משמע שאפילו כשניזונית משלו אינה משועבדת לו למעשה ידיה. וכן נראה לי, אע"ג דניזונית משלו אין מעשה ידיה שלו, דקי"ל מזוני עיקר ותקינן רבנן שהיא מעשה ידיה שלו משום איבה, וכל זמן שאינה יושבת תחת בעלה, אין לחוש לאיבה."

הרי שאף שמתעם קנס תיקנו מזונות ליבמה כשהתרצה היבם ליבם, מ"מ נכנס הדבר לגדר תקנת מזונות באשה, דמה שתקנו לה מזונות הוא מפני שהיא כאשתו, ולפ"ז מעשה ידיה היו צריכים להיות ליבם, ומה שלא תיקנו מעשי ידיה ליבם, דלא שייך בזה טעם של איבה. ומ"מ מבואר דגדר התקנה הוא כדין מזונות אשה, וטעם התקנה הוא משום קנס. אולם לשיטת הרמב"ם נראה שאין זה נכנס בגדר מזונות

אשה, שהרי אפי' בלא נתרצה ליבם חייב במזונותיה, אלא כיון שמעכבה מלהנשא וכמש"כ הב"י. ואף שבמעוכבת מחמתו כמגורשת ואינה מגורשת, יש מקום לחקירה אם השאירו את חיוב המזונות על כנו והוא גדר של מזונות אשה, ביבמה י"ל שהוא ודאי גדר נפרד של מזונות מעוכבת.

ובשו"ע אהע"ז קסא פסק דדוקא עמד בדין ונתרצה ליבם חייב במזונותיה: "עמד בדין (לאחר שלשה חדשים) ותבעתו ליבם או לחלוץ (לפני בית דין). ונתרצה לייבם ואירעו אונס, שחלה או שהוצרך לברוח מחמת ממון או מחמת מרדין, חייב במזונותיה בלא שבועה". ומבואר לכאורה דוקא בנתרצה ליבם. ובב"ש שם ס"ק ד כתב דכן היא דעת הרא"ש:

"אבל לדעת הרמב"ם, אפילו לא התרצה ליבם חייב במזונות, וכ"פ בתשובת ריב"ש הנ"ל. ואם בורח במזיד י"ל לכ"ע חייב במזונות אפי' לא התרצה לייבם. ואם לא ברח אלא נתעכב פה, אין חייב במזונות אא"כ שתבעו ליבם או ליתן לה מזונות ונתרצה ליבם, הרא"ש".

מבואר בב"ש דלדעת הרמב"ם גם בלא התרצה ליבם, חייב במזונות, ואף לדעת הרא"ש, אם בורח במזיד, חייב במזונות, אך בנתעכב פה, לדעת הרא"ש אינו חייב במזונות. ולכאורה מה החילוק בין ברח במזיד למעכב את האשה במזיד, אם לדעת הרא"ש יש חיוב מזונות על מה שמעכבה מלהנשא, מה לי ברח, מה לי היבם כאן ומסרב לחלוץ או ליבם. כן הקשו על הב"ש הישועות יעקב והבית מאיר. והבית מאיר כתב דגם לב"ש, אם היבם כאן והוא מורד, חייב במזונות, והב"ש מיירי כשהיבם כאן והתרצה לחלוץ או ליבם, אלא שנתעכב הדבר, וז"ל:

"נראה לפענ"ד ... דבמרדן שאינו רוצה לא לייבם ולא לחלוץ אפילו לא ברח והוא כאן, מיד שתבעתו לדין לאחר ג, שכופין אותו לייבם או לחלוץ חייב במזונותיה ... א"כ מה שמסיים הב"ש ואם לא ברח אלא נתעכב, לא קאי אדלעיל במורד ... אלא בנתרצה דוקא איירי שאז פטור כל זמן שהוא כאן ... אבל מורד מיד מתחייב."

ולפ"ז במי שאינו רוצה ליבם או לחלוץ, חייב במזונות לכ"ע, ואף לשיטת הרא"ש. אולם עדיין צ"ע אם הוא בגדר של חיוב כמזונות אשה או חיוב עצמאי מכח קנס, שמעכבה מלהנשא. ועיין בראנ"ח בתש"ס עה הנ"ל, דזו תקנה מיוחדת של מזונות, כל שאומר המתנינו לי, וז"ל:

"וכן יש לדקדק מתוך דברי הנמוק"י בפרק החולץ גבי עמד בדין וברח דזונות משל יבם, שכתב ודוקא ברח, אבל אם הוא לפנינו כופין אותו לכנוס או

לפטור. דאפי' אומר המתינו לי ואחלוץ או איבם כופין אותו. דליכא למימר דהכא מיירי כגון שאומר איני רוצה לא לחלוץ ולא ליבם לעולם, אבל אומר המתינו לי ואחלוץ או איבם שומעין לו, דא"כ אכתי אמאי נקט ברח, הא בלא ברח נמי משכחת לה דתקיננו לה מזונות, כגון שהוא לפנינו ודוחה אותה לזמן שאין כופין אותו, דפשיטא ודאי דכל כה"ג ראוי לתקן לה מזונות."

הרי שיש חיוב של מזונות במעכב את החליצה, וכנידון הראנ"ח שמעכב בשנה, ולא דוקא ברח, אלא הוא הדין היבם כאן ומעכב החליצה באמלאות שונות. ולשון הראנ"ח ראוי לתקן לה מזונות, נראה שזו תקנה מיוחדת הנגזרת מדין מגורשת ואינה מגורשת, וכדין כל המעוכבת מחמתו, כך גם ראוי לתקן ליבמה שיבמה מעכבה, ואינו מדין מזונות אשה.

ונפק"מ לכאורה, דאם נאמר שהוא בגדר של מזונות אשה, החיוב הוא לפי כבודו ועשרו, דאף שילפינן דין עולה עמו מבעולת בעל, בעלייתו של בעל (כתובות סא,א). ובמשנה כתובות סד,א, דבמכובד הכל לפי כבודו, כיון שהכלילו את חיוב מזונות היבמה כשנתרצה ליבם, לתוך חיוב מזונות אשה; "הרי היא כבר כאשתו וחייב במזונותיה", החיוב הוא לפי כבודו וכבודה, כמו במזונות אשה. אבל לשיטת הרמב"ם שאין דין מזונות יבמה כדין מזונות אשה, אלא זה דין חדש שחייב במזונותיה מחמת שמעוכבת מחמתו להנשא, אין החיוב לפי כבודו וכבודה. וצ"ע אם המודד הוא לפי המינימום האמור במשנה כתובות סד,א, או לפי מודד אובייקטיבי.

והטעם לשיטת התוס' והרא"ש שחייבו במזונות אלמנה המעוכבת כשנתרצה ליבם מפני שהיא כאשתו, דכיון שנתרצה ליבם, רואים שהיא כבר כמו אשתו. ובזה י"ל גם לשיטת הרמב"ם שזה גדר חיוב במזונות יבמה, אף שלא נתרצה ליבם, כיון דאגידא גביה, יש לחייבו במזונות, אף שמעיקרא לא היה חייב במזונות קודם כבאשת איש ספק מגורשת. דהנה בנימוק"י (ב"מ ו,א בעמוה"ר) ובר"ן בחידושיו לב"מ יב,ב הביאו הסבר מהרא"ה בחילוק החיוב במזונות מעוכבת בין אלמנה לאשה, דאלמנה אין היורשים חייבים במזונותיה, והבעל חייב במזונות אשתו המעוכבת, וז"ל:

"... דאין אלמנה ניוזנת מן היתומים אלא מתנאי כתובה כל ימי מיגר אלמנותה בביתה, והך כיון דספיקא היא דלמא לא אגידה ביה, המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל מיניה ידידה, כיון שבידו לשלחה שלא תהא אגידא ביה כלל, ניוזנת מנכסיו עד שיגרשנה לגמרי."

מבואר בנמוק"י ובר"ן דכל מקום שהיא אגידא גביה ובידו לנתק את הקשר אליו, יש לחייבו במזונות. ובאלמנה שקודם מיתת הבעל זרק לה גט ספק קרוב לו ספק

קרוב לה, שהיא ספק מגורשת, אין היתומים חייבים במזונותיה, כיון דספק אגידתא, אין בידם לשלחא שלא תהיה אגידא מספק. ולפ"ז ביבמה שהיבם אינו חפץ ליבם או לחלוץ, כיון שאגידא גביה ובידו לנתק אגידותא, ס"ל לרמב"ם שיש לחייבו במזונות כדין מזונות אשה. ולפ"ז יהיה חייב לרמב"ם ג"כ במזונות לפי כבודו ועושרו.

וכן נראה מדברי ראשונים אחרים לענין מגורשת ואינה מגורשת, דחויב המזונות מפני שאגידא גביה. כן מבואר ברשב"ם ב"ב מז,ב (בד"ה מגורשת), וכן ברבנו גרשם שם, דחייב במזונותיה "דאכתי אגיד אביה". וכן נראה מרש"י כתובות צז,ב (ד"ה כדרכי זירא): "... ואשמועינן מתניתין דוקא בחייו משום דמעוכבת בשבילו להנשא, אבל לאחר מיתה לא, דדלמא גרושין הוו ואין לה מזונות, דמספיקא לא מפקינן ממונא". וכן הוא בתוס' רי"ד שם דחייב משום דמעכבא מלהנשא. ועיין מש"כ בח"ג סי' מ,ב, דלרש"י המציאות שהיא מעוכבת מחייבת במזונות, ולתוס' מפני שהוא מעכבה, וכן י"ל לנימוק"י והר"ן הנ"ל. ובשטמ"ק (כתובות צז,ב בד"ה וז"ל הרא"ש) הביא יש המקשים על רש"י היכי מצי לפרש דגמרא מיירי במגורשת ואינה מגורשת מן הארוסין, הרי ארוסה לית לה מזוני. ותירץ:

"דכיון דהויא מגורשת ואינה מגורשת ואגידא ביה ולא מציא לאנסובי לעלמא, חייב במזונותיה, ואין חילוק בין מן הארוסין בין מן הנשואין, והוי כמו שהגיע זמן ולא נשאו."

וכדעת רש"י נראה מדברי הריטב"א בחידושו למסכת ב"מ (יב,ב ד"ה במגורשת): "... דוקא בעלה משום דאגידא ביה שאינה יכולה להנשא ...". וכן נראה מדברי התוס' בכתובות (צז,ב בסד"ה לאתויי): "... קמ"ל דלא מדינא היא ניוזנת אלא משום דאגידא ביה ...".

ובח"ג סי' מ כתבתי לחקור אם החיוב הקודם לא נפקע אלא בגרושין גמורים, או שזה חיוב מחודש מפני שאגידא גביה, ונפק"מ לשאר חיוב אישות וגדרי חיוב מזונות, וכמש"כ שם, דדעת הראשונים הנ"ל המחייבים מפני שאגידא גביה, זה חיוב מחודש, ולכאורה לא יהיה חייב לשלם לפי כבודה וכבודה. ועיי"ש מה שהוספתי דנראה דאף למה שהביא הר"ן בכתובות (כתא בעמוה"ר) מחלוקת רש"י והרמב"ן אם דין זה של עולה עמו ואינה יורדת עמו הינו גם שלא בפניו או דוקא בפניו, דלשיטת רש"י דוקא בפניו עולה עמו, ולשיטת הרי"ף (כלימור הרמב"ן) בכל ענין עולה עמו, במעוכבת אף שאינה עמו יודה רש"י (אם נלמד שהחיוב במעוכבת הינו מכח החיוב הקודם, דלא כמו שלמד רש"י עצמו) שעולה עמו, כיון שהמניעה לחיים עמו הינה מכח מעשיו של הבעל שנתן לה גט. וחשבתי לחלק וללמוד שהואיל ודין עולה עמו נלמד מ"בעולת בעל" - בעליתו של בעל ולא בירידתו של בעל, עיין כתובות סא,א),

אין זה חלק מחיוב המזונות אלא חלק מחיוב "בעל", שהרי חיוב זה הוא לאורך כל החיובים ולא רק לענין חיובי מזונות (עיין מה שכתבתי בח"א סי' כט/ו ולהלן), וכיון שבמערכת כבר אינו בבחינת בעל, שהרי אסורה עליו מחמת ספק מגורשת, ע"כ אין בו את הדין של לפי כבודו וכבודה. כלומר, יש כאן שני חיובים שונים, חיוב מזונות וחיוב של עולה עמו, וחיוב חל על חיוב. אלא שלא מצאתי ראייה לחילוק זה, ואדרבה - קצת ראייה לאידך גיסא - שהרי הגמרא בכתובות מח,א לומדת שאף לאחר מיתה (לענין קבורתה) יש את החיוב של עולה עמו, ויש לחלק. ועוד, דלענין מזונות המודר הוא לפי עושרו, ולא ילפינן לה מבעולת בעל, עיין מה שכתבתי בח"א כט/ז-ח. ורק היה מקום לומר דכיון שאינה עמו אינו חייב לפי כבודו לשיטת רש"י, וע"ז י"ל דכיון שהוא הגורם, חייב אף לרש"י לפי כבודו ועושרו, וכל-שכן לשיטת הרי"ף.

והרמב"ם בהלכות אישות יח,כה, מביא את ההלכה הנזכרת בגמרא כתובות צז,ב שאין למגורשת ואינה מגורשת מזונות מיורשים אלא מבעל, וז"ל:

"האשה שהיה לה ספק גרושין ומת בעלה, אינה ניוזנת מנכסיו, שאין מוציאין מיד היורש מספק, אבל בחיי בעלה יש לה מזונות עד שתתגרש גרושין גמורין."

אם היה הרמב"ם סובר כשיטת רש"י שמזונות מגורשת ואינה מגורשת הם מפני שהיא מעוכבת מחמתו, היה על הרמב"ם לומר שאינה ניוזנת מהיורשים מפני שאינה מעוכבת כבר יותר מחמתו, ומדכתב הרמב"ם "שאין מוציאין מיד היורש מספק", משמע שכל דין מגורשת ואינה מגורשת ביחס לחיובי הממון הוא ספק, אבל ביחס לבעל, אין המזונות נפקעים אלא בגרושין גמורים. וזה נוטה יותר לדעת הרשב"ם וכמש"כ לעיל, דחיובי האישות אינם פוקעים אלא באופן שעדיין אגידא גביה, אך כשאינה אגידא גביה, הרי זה ככל חיובי ממון שאין מוציאין מספק. ועיין ברב המגיד שאין הבעל חייב בתנאי הכתובה האחרים אלא במזונות, ומה שיש לדון בדבריו.

לאמור לעיל לשיטת הרמב"ם שאפשר לחייב במזונות את היבם שאינו רוצה לחלוץ מפני שמעכבה מלהנשא, אין זה גדר של מזונות מחיובי אישות שיהיה בו דין של כבודה וכבודה. וסברתי למש"כ הגרי"א כנ"ל, דחיוב מזונות ביבם הוא לדברי שמואל עד שנכפה לגרש נכפה לזון, והיינו דאף דמונע ממנה כל עניני אישות, כשנכפהו לזון, כבר אינו מונע ממנה כל עניני אישות. ולכאורה, בשלמא בבעל שחייב בשאר כסות ועונה, וכשמונע ממנה שאר כסות ועונה, ומחייבים אותו לזון כפי חיובו, כבר אינו מונע ממנה כל חיובי אישות שהיה חייב לה. אבל ביבם, אינו מונע ממנה חיובי אישות שהוא חייב לה, דהרי אין לה עליו כל חיובי אישות, וכל הטענה שמונע ממנה זכויות של אישות שיכולה להשיג מעלמא, כשתהיה פנויה ותנשא. א"כ מה

שמונע ממנה מזונות, לא המזונות שהוא חייב לה אלא המזונות שיכלה להשיג מעלמא, וכשישלם לה מזונות אלו, שוב אינו נחשב כמונע ממנה כל עניני אישות. ולפ"ז יש לחייבו בשעור מזונות לפי שומת ב"ד מה שיכלה להתפרנס מבעלה כשתנשא, וצ"ע.

ועיין עוד בערוך השולחן אעה"ז קס"ו, שבתחילה הביא את דברי המחבר דבנתרצה לחלוץ, אין לה מזונות מהיבם, אבל בלא נתרצה ליבם או לחלוץ, ומדחה אותה, חייב במזונותיה, וז"ל:

"עוד כתבו דדוקא כשנתרצה ביבום וברח חייב במזונות, אבל אם לא נתרצה אלא לחלוץ, אין נראה שיתקנו לה חכמים מזונות מהיבם אף אם ברח, כיון שאין סופו לייבם אלא לחלוץ. וכן אפילו כשנתרצה ביבום, דוקא כשברח או חלה חייב במזונותיה ודבר פשוט הוא שאם עמד בדין ולא הבטיח לא לייבם ולא לחלוץ ומדחה אותה מדחי אל דחי, שכופין אותו במזונות ובעוד דברים עד שיפטרנה, וכבר בארנו דמעשה ידיה שלה לעולם כל זמן שלא ייבמה אפילו כשהיא נזונית. ורק קודם כלות הג' חדשים מעשה ידיה שלו מטעם שבארנו בסעיף א."

מבואר בערוה"ש דחיוב המזונות הוא מדין קנס וכפיה, מפני שמדחה אותה מדחי אל דחי, וכופין אותו במזונות ובעוד דברים. ולא דמי לחיוב יבם במזונות כשנתרצה ליבם, דאז המזונות מדין אישות. ובאינו רוצה ליבם או לחלוץ, מעשי ידיה שלה, ומהטעם דלעיל, דאין זכות מעשי ידיה לבעל אלא במזונות שהם מכח אישות ולא מדין קנס. ומבואר בדבריו דגם בנתרצה ליבם וברח, ג"כ אין מעשי ידיה שלו אפי' שהיא נזונית, דגם בעמד בדין והסכים ליבם וברח, חיוב המזונות אינו מכח אישות אלא מדין מעוכבת, כן נראה לומר בדבריו, וע"כ מעשי ידיה שלה ולא שלו. ומ"מ אם חיוב המזונות מדין כפיה "שכופין אותו במזונות ובעוד דברים עד שיפטרנה", לכאורה גובה המזונות צריך להיות כמקובל ונהוג לגובה מזונות.

עוד נראה דבכל מקרה אין לחייב ביבמה רק מזונות מינימאליים, אלא לכל הפחות המזונות הנהוגים והממוצעים, לפי שיקול בית דין. דשונה מזונות מעוכבת ביבמה, ממזונות מעוכבת באשה, דבאשה אפשר שהכלילו בכלל מזונות אשה, וממילא יש לזה דינים כמו במזונות אשה (עיין מה שכתבתי בח"ג סי' מ), ולכן יש צד שיהיו מעשי ידיה של הבעל, משא"כ ביבמה, כיון שאין בזה חשש איבה, אין מעשי ידיה ליבם, דמזונות מעוכבת ביבם, הוא גדר של קנס וגדר עצמאי (עיין גם בדרישה אהע"ז ר"ס קס לענין חיוב מעשי ידיה בעמד בדין וברח). דאף שנחלקו הראשונים בהגיע הזמן ולא נשאו, שחייב במזונותיה, אם מעשי ידיה שלו, עיין בריטב"א כתובות נז, דמעשי ידיה שלו, ודעת הרא"ה, הובא בשטמ"ק כתובות קז, דאינו זוכה במעשי ידיה, דומיא

דיבם דאינו זוכה במעשי ידיה עד שתנשא לו. וע"ע ברמב"ן יבמות מא,ב, וברשב"א שם, נראה דלכ"ע ביבם החייב במזונות מעוכבת, אינו זוכה במעשי ידיה. ועיין בפד"ר כרך ג עמ' 52 (מהדיינים, הגר"מ שלזינגר זצ"ל, הגרש"י הלוי זצ"ל, והגר"י וילנסקי זצ"ל), וז"ל:

"דאף אם חיוב המזונות ביבם הוא מטעם קנס, מ"מ לא באו חכמים סתם לקנסו בתשלומי סכומי כסף אלא שיהיה חייב במזונות יבמתו כמו שבעל חייב לזון את אשתו, ולהכי אילו היינו אומרים שכל חיוב מזונות שעל הבעל הוא, מעיקר הדין, רק במה שחסר לה למזונותיה נוסף למה שיש לה ממעשי ידיה אזי גם על היבם לא היו מטילים יותר מזה, כי לא חייבוהו מדין מזונות ביותר ממה שעל בעל לשלם לאשתו, ואולם מאחר ועיקר חיוב המזונות אצל אשה הוי לגבי כל צרכיה ורק מחמת איבה זיכו לבעל במעשי ידיה, ולהכי הואיל וביבם הטילו עליו חיוב חדש של מזונות משום דאגידא ביה והתקנה הנוספת של מעשי ידיה תחת מזונותיה הרי אין לתקן אצלו מאחר ולא קיים בו חשש של איבה, נשאר עליו ממילא חיוב המזונות שמעיקר דין המזונות בלי תקנת מעשה ידיה ... (ובהמשך בעמ' 55) ... ואף אם נדמה יסוד חיוב המזונות ביבם שעמד בדיון להגיע זמן בארוסה, שבשניהם חייב לזונה משום שמעוכבת על ידו, בכל זאת אין לדמות תנאי חיוב המזונות לגבי מעשי ידיה זה לזה כלל. משום דארוסה כשהגיע זמנה לינשא ובכל זאת אינו נושאה ומעגנה, הטילו עליו בגלל זה מזונותיה כאילו נשאה כבר, להכי הוי מעשי ידיה לארוס, אבל ביבמה שכל קשריה עם היבם הם מחמת זיקתה אליו לקיום המצוה ועומדת לחליצה כמו ליבום, ואף אם נסבור מצות יבום קודמת, הוא רק משום שמצות יבום היא ראשונית ליבם לפני חליצה ולא משום שיש ביניהם איזה קשרי אישות וכאילו התקשרו ביניהם לנשואין, שהרי מעצמו לא השתעבד כלל לנושאה, להכי לא חייבו ליבם במזונותיה כדוגמת אשה נושאה משום שמעגנה ..."

הרי שגדר חיוב מזונות במעוכבת מחמת היבם הוא גדר של קנס, רק לא באו לקנסו בסתם כסף אלא במסגרת של חיוב מזונות. לפ"ז נראה שסכום המזונות נתון לשקול דעת רחב של בית הדין, היכן הסכום בתוך מסגרת המזונות, ומתי הוא יוצא מהמסגרת ועובר לחיוב של "סתם לקנסו בתשלומי סכומי כסף".

גם בית הדין הרבני הגדול (בהרכב: הגר"ש אלישיב שליט"א, הגר"ע יוסף שליט"א ילחט"א, והגר"א גולדשמידט זצ"ל, מובא בפד"ר כרך ו עמ' 75 ולהלן) דנו בשאלת חיוב יבם המסרב לחלוצן מפני שיש לו תביעות כספיות נגד היבמה, אם כופין

את היבם אף בלא באה מחמת טענה וכו"ל, ופסקו כדעת הגר"א בעין יצחק הנ"ל דכופין למזונות (ועיי"ש בפד"ר מש"כ שאין ליבמה דין קטלנית, אף שמתו שני בעליה). ובמסקנת פסה"ד חייבו את היבם בסכום מזונות מסוים, אך הוסיפו:

"בית הדין האזורי ידון ויחליט, לבקשת אחד הצדדים, בדבר שינוי בגובה סכום המזונות, לאחר שיקיים בירור במצבו הכספי של המשיב."

אף שהנושא לכשעצמו לא נידון בפסה"ד, והוא גובה המזונות אם תלוי במצבו הכספי אם לאו, חזינן דעתם דחייב המזונות הוא לפי מצבו הכספי של היבם. ומזה שכתבו שגם היבם יכול לבקש שינוי גובה המזונות, מבואר שדעתם דיש לו שעור גם למטה, ואם מצבו הכספי אינו מאפשר, אין לקבוע מזונות מעבר ליכולתו הכלכלית. וכאמור, הענין לא נידון בפסה"ד, אך כך נקטו בפשיטות. וא"כ לדעתם גובה המזונות הוא לפי יכולתו הכספית ועושרו של היבם, כנהוג בבעל דבעשיר לפי עשרו, עיין כתובות סד,ב, ושו"ע אהע"ז ע,ג, ושם עג,ד לענין כסות. וזה לכאורה הסכום שבו אנו צריכים לדון לפי עשרו וכבודו. ונראה גם שדין עולה עימו, אם היא עשירה ורגילה ביותר, לא שייך לכאורה וכמש"כ. וכן נראה לדברי הגאונים הנ"ל שלא הזכירו לדון בענין מה שהורגלה האשה.

והסתפקתי האם בחיוב כגון זה, חייב גם בכסות ורפואה. דהנה לענין מי שהתחייב לזון את חברו, כתב הריטב"א בכתובות קא,ב, דאין רפואה בכלל;

"ולמדנו מן הירושלמי הזה, שהמתחייב לזון חברו וחלה אינו חייב ברפואתו, אבל הוא חייב לתת לו דמי מזונות שהיה צריך כשהיה בריא, מדקאמר חלתה כמי שנשאת, וכן דנתי לפני רבותי והודו לדברי."

וכן כתב הרא"ש שם כתובות יב,א, וכן פסק הרמ"א חו"מ ס,ג. והש"ך ס"ק יד הביא דמדברי התוס' כתובות נב,ד"ה ומאי מוכח שגם במתחייב לזון בת אשתו ה שנים, רפואה בכלל. וכתב דעיקר כדעת הראשונים שרפואה אינה בכלל מזונות, כשאינה ניוזנת בתנאי ב"ד, ודוקא בניזונת בתנאי ב"ד, כמו מזונות אשה, הוי רפואה בכלל, וכמש"כ הרא"ש כתובות יב,א: "ואם חלתה, אינו חייב לרפאותה. ואע"ג דאמרין (לעיל נב,ב) במזון האשה דרפואה שאין לה קצבה הרי הן כמזונות, הני מילי באוכלת בתנאי ב"ד שהוא מחוייב להספיק כל צרכיה, אבל המקבל עליו לפרנס אין הרפואה בכלל". ולכאורה גם אם אוכלת מכח חיוב ב"ד, ולא תנאי ב"ד של כתובה, רפואה בכלל, דכאשר ב"ד מתקנים שהוא חייב לזונה, הרי הוא חייב לספק כל צרכיה, ורק כשהוא מתחייב מעצמו, אמרין שלא נתכוין אלא על מזונות, ובכל אופן שלא ברורה לנו כוונתו שהתכוין לכל צרכיו, המוציא מחבירו עליו הראיה. אבל תקנה של ב"ד,

בין אם יהיה זה תקנת תנאי כתובה או תקנת מזונות מעוכבת, הרי זה כולל כל צרכה.

ולענין כסות יש לדון, דאיתא בכתובות מח, א דפרנסה בכלל מזונות, לענין מי שנשטתה, בית דין יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר. ופרש"י שם דפרנסה היינו מזונות וכסות. והרמב"ם בהל' אישות יג, ו, פסק וז"ל:

"ולא האשה בלבד, אלא בניו 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. זה הכלל, כל מי שיש לו עליו מזונות בין בחייו בין אחר מותו, יש לו כסות וכלי בית ומדור, וכל שבית דין מוכרין למזונותיו, כך מוכרין לכסותו וכלי ביתו ומדורו."

והשאלה אם הפשט ברמב"ם שדוקא מי שיש לו מזונות בחייו ובמותו, יש לו כסות ומדור, או שמי שיש לו מזונות בחייו ובמותו, יש לו כסות ומדור, ושאר החייבים, יש לדון ואינו מן הכלל אלא לכל ענין בעצמו. דהנה הרב המגיד שם כתב בדעת הרמב"ם: "זה פשוט שהפרנסה והכסות הרי הן כמזונות, וכן הזכירו בגמרא בהרבה מקומות פרנסה בכלל מזונות". ועיין בח"מ עג, דכסות ומזונות דין אחד להם. וא"כ אפשר שכשבי"ד מחייבים מחמת שמעוכבת מחמתו, הרי היא גם מעוכבת לענין כסות ומדור. שאם נאמר שזה קנס רגיל, רק נתנו מסגרת של מזונות, י"ל דוקא מזונות חייבו ולא שאר דברים כמו כסות ומדור, אבל אם מה שמחייבים אותו הוא מפני שיכלה להנשא לאחר ולזכות במזונות מאחר, א"כ הוא הדין שאר חיובים של בעל לאשתו שמעכבה היבם. וכן למש"כ הרא"ש בכתובות יב, א הנ"ל דבתנאי בי"ד חייב לספק כל צרכיה, לכאורה גם כסות ומדור בכלל, דהם בכלל כל צרכיו, ובמזונות מעוכבת החיוב הוא מתקנת חכמים.

והנה בנדר"ד הבאנו לעיל דעת פוסקים רבים שאפשר גם לכופו, ואנו מחמירים לכופו רק בדרך של מזונות כשאינה באה מחמת טענה, א"כ אפי' באינה באה מחמת טענה אין לדקדק ויש לחייבו בסכום הכולל גם כסות וגם מדור, מצדדי הטעמים האמורים לעיל. ובפרט בנדר"ד דלכ"ע יכולים לכפותו כיון שבאה מחמת טענה, יש לחייבו בסכום הגון. ובכל מקרה התביעה הינה על היבם ונכסיו, ולא על נכסי בעלה, דמה שניזונת מנכסי בעלה, זה רק בג' חדשים ראשונים, כמבואר ביבמות מא, ב ובשו"ע אהע"ז ר"ס קס, וכן לאמור לעיל התביעה היא על האח הגדול.

לאור הנ"ל יש לחייב את היבם לשלם ליבמה סכום חדשי של 4000 ₪, ויש לחייבו בצו להפקיד סכום זה כל חודש בביה"ד ע"מ להעבירו לאשה, ובמידה ולא

יפקיד, יהיה בזה בזיון צו ביה"ד. אמנם אם לאחר ג חדשים מהיום לא יחלוץ ליבמתו, ידון ביה"ד בענין גובה המזונות, ולקבוע רף גבוה יותר לחיוב המזונות.

ד. סכום הכסף שהתקבל מהביטוח

כספי פיצויים על תאונת דרכים שהתקבלו מחברת ביטוח, וכן סכום הכסף שהתקבל מחברת הביטוח בגין ההרס המוחלט של מכונית המנוח, לכאורה אינם בכלל העיזבון. הזכאות לדמי הפיצויים הם לא מכח היות המקבל יורש אלא מחוזה הביטוח ומתקנות והחוק המחייבים את חברת הביטוח. ירושה היא דבר שהיה של הנפטר, והוריש לאחרים. בנידון הביטוח נעשתה עיסקה, כאשר המבטח משלם סכום מסוים, ובכך הוא או מוטבים אחרים לפי החוזה, זכאים בפיצוי. דברים אלה נידונו בהרחבה בח"א סי' יח, עיי"ש. ועיין במנחת יצחק ח"ז סי' קלז לענין פיצויים שהתקבלו מחברת ביטוח שביטחה חברת תעופה, כשאחד הנוסעים נהרג באסון אוירי, ושאל המנחת יצחק איך יחלקו את כספי הפיצויים בין האלמנה לבנים. ולאחר שדן בענין כופר שאינו מדין ירושה, כתב וז"ל:

"ומה דאתאן מזה בנד"ד נמי, דאין התשלומין רק מצד תקנת החברה לשלם להמשפחה של הנהרג כיון שנפטר בדרכו לעבודה, ממילא תלוי הכל בתקנת החברה, ואם למשל הדגישו שנותנים רק להמשפחה שהיו סמוכים על שלחנו, שייך להם, או שבשעה שעשו בקשת התביעה הדגישו במשאלתם שנשארו אלמנה וילדים שעדיין לא הגיעו לפרקם ותלויים בה, בודאי צריכים להתחשב בזה, אבל אם לפי הנהוג היכא שלא הדגישו הנותנים שנותנים רק להאלמנה והילדים הנ"ל, אז מחלקים לכל המשפחה היינו האלמנה והבנים, יש לחלק לפי הנהוג כנלענ"ד."

הרי שדין תשלומי ביטוח אינם לפי דיני הירושה אלא לפי תקנות החברה או לפי החוזה של הביטוח והפרשנות. ואם ע"פ חוקי חברת הביטוח הפיצויים ניתנים ליורשים ע"פ החוק, א"כ זה תנאי מתנאי העיסקה של הביטוח, והכסף שייך כפי שחולק ע"פ החוק, וממילא אין לאשה תביעה על כספים אלו מההורים עבור מזונות ג חדשים ראשונים, ואין ליורשים תביעה כנגד האלמנה, דאין כספים אלו בכלל עזבון. דברים אלה תקפים גם ביחס לדמי הביטוח שמשלם החברה בגין המכונית. תשלום דמי המכונית הוא גם חלק מעסקת הביטוח ואינו בכלל העזבון, ולכן אינו לדון בו אלא לפי חוזה הביטוח, החוק והתקנות הכרוכות, שהם חלק מהותי מהעיסקה.

וכן ראיתי שדנו בענין זה בפד"ר כרך ה עמ' 233 ולהלן (הגרש"ב ורנר זצ"ל, הגר"ש טנא זצ"ל, והגר"י אפשטיין זצ"ל). ביה"ד דן בשאלת מענק, שהמנוח כתב בסעיף

המוטב, שהדבר ישולם ע"פ צו ירושה, וביהמ"ש הוציא צו ירושה בו הוא מעניק מחצית לאלמנה ומחצית להורים, ובאים ההורים בטענה שהכל מגיע להם ע"פ דין תורה, ויתכן כי כוונת בנם היתה לצו ירושה ע"פ דין תורה. על כך השיב ביה"ד, שפטורים הם מלדון בשאלה מה כוונת המנוח שינתן המענק ע"פ צו ירושה;

"כי מאחר שהוצא צו ירושה לפי בקשתם הם, הרי לא יהיה הוגן לזכות בשני שולחנות, ואם כי אין עיננו צרה בכך, נראה לנו כי זה בניגוד להלכה, כי הרי ידעו מראש שצו הירושה יעניק מחצית מהעזבון לאלמנה, ומשום מה לא ביקשו פשרה בבית הדין והזדרזו להוציא צו ירושה, ברור על כן שויתרו מחצית מהעזבון לטובת האלמנה ... לכן אין ביה"ד רואה מקום בהלכה לשלול מהיבמה את הזכויות שהעניקו לה לפי צו הירושה, וזה ג"כ ברור אף שלא היה קנין לפי דיני ההקנאה. אבל כיון שידעו מראש שעם צו זה מפסידים מחצית מהעזבון והאלמנה תקבל המחצית וצו זה הנו החלטי, הרי היתה גמירת דעת ומחילה על כל סכום שהיא תקבל מקרן הביטוח."

ובהמשך דן ביה"ד בדבר הפיצויים שיקבל המנוח ממקום עבודתו, שע"פ החוק תקבלם האשה, בעוד ההורים תובעים שסכום זה יועבר אליהם, ע"פ דיני ירושה. כמו כן אינם יכולים לקבל מחצית מכספי הפיצויים, שאף שיש בידם צו ירושה על מחצית מעזבון המנוח, ע"פ החוק אין הפיצויים בכלל, באשר כך הם תנאי הביטוח. וכך פסק ביה"ד:

" מאחר שההורים כבר הצטיידו בצו ירושה לפי יקבלו מחצית העזבון מכל סוג שהוא, וכפי שניתן להבין מפנייתם אלינו, אינם יכולים לקבל את מחצית הפיצויים לפי צו זה, באשר כל הסכום מיועד אך ורק לאלמנה, היות שתנאי הביטוח הם רק לטובת האלמנה ולזכותה הבלעדית, ועל מנת כן נערך חוזה הביטוח על ידי המנוח, ופיצויים כאלה אינם נכללים בעזבון המנוח. לפי הנחה זו הרי אין ביה"ד יכול לשנות את הנעשה מראש לטובת האלמנה. וכבר נשאלה שאלה זו להגרי"א הרצוג זצ"ל הרב הראשי לישראל, ועיין בחוברת קול תורה שנת תשט"ו סיון – תמוז, שהגיע למסקנה שאין דין ירושה בכספי ביטוח: נראה שבדבר שאינו משתלם אלא לאחר מיתה דוגמת כופר לא שייך דין ירושה,,, אבל בדבר שכזה אין היורשים זוכים מהאב הואיל והאב לא יכול לזכות בו בחייו,, וברור שדעתו ורצונו היה להבטיח את הנפשות התלויות בו שלא ישארו בלי יסוד פרנסה. לאור האמור, אין ביה"ד נזקק לדון ולחייב את היבמה לוותר על מחצית הפיצויים. אמנם מזכותם של התובעים להוכיח את תנאי הביטוח אם היתה הוראה להעניק חלק מפיצויים גם להורים, ואז בודאי יזכו בהתאם להוראות."

לאור האמור בפס"ד, אין לזכות את ההורים במחצית מדמי הביטוח משני טעמים: העובדה שפנו לקבלת צו ירושה בבית משפט ולא פנו לביה"ד, הרי היא מחילה ויתור על הסכום שתקבל האלמנה מהביטוח, ביודעם שע"פ החוק היא תקבל מחצית, ומדוע לא פנו לביה"ד. וכן, מאחר וע"פ תנאי הביטוח, הפיצויים משולמים ליורשים ע"פ החוק, הרי זה מתנאי העיסקה עם הביטוח, ואין תשלום הפיצויים חלק מהעזבון וכנ"ל.

לפ"ז בנדו"ד ההורים הם אלה שפנו לביהמ"ש בבקשה להוצאת צו ירושה, וא"כ ויתרו על זכותם לעזבון ע"פ דין תורה. אמנם היבם שחולץ, ונותנים לו מכח תקנת הקהילות חלק בעזבון המת ומפשרים, הוא לא חלק מהבקשה לצו ירושה, אך משלא הצטרף לבקשה לקבל חלק, או הביע התנגדות למתן הצו בטענה שעדיין לא חלק, ורצונו שלא יחלקו את העזבון בטרם חליצה ובטרם פסיקת ביה"ד בענין, יש מקום לראות בהתנהגות זו ויתור. אך אין אנו צריכים לכך בנדו"ד, שכל העזבון הם כספים הבאים מעסקאות ביטוח, ואין הם בכלל העזבון וכאמור.

לאור האמור לעיל:

- א. התביעה לחליצה ולמזונות כנגד היבם הגדול.
- ב. מחייבים את היבם לשלם ליבמה סכום של 4,000 ש' לחודש, החל מהיום.
- ג. מוצא בזאת צו המחייב את הבעל להפקיד את סכום המזונות מראש כל 3 לחודש לועזי עבור החודש הבא. אי הפקדת המזונות כאמור, תחשב כהפרת צו בית דין.
- ד. במידה והבעל לא יחלוץ תוך שלשה חדשים מהיום, ביה"ד ידון מחדש על גובה המזונות.
- ה. אין לאלמנה תביעה כנגד כספי הפיצויים שקבלו ההורים מחברת הביטוח בגין התאונה, ואין ליבם תביעה כנגד האלמנה בגין דמי הפיצויים שקבלה מחברת הביטוח.

חתימה על הסכם שיש בו סעיף לדון בערכאות

ראשי פרקים

א. איסור התדיינות בערכאות

ב. הסכימו לדון בערכאות

באחד שרכש דירה בחברה קבלנית גדולה, ובין סעיפי החוזה נכתב כי החוק הקובע הוא החוק במדינת ישראל, וכי המוסמך לדון בדו"ד ובתביעות בין הצדדים, הוא בית המשפט השלום בתל אביב. וניסה הקונה לפנות לחברה בבקשה שישנו את הסעיף, אולם בחברה השיבו לו שלא יעשו שום שינוי בחוזה, וכל רוכש דירה חייב לחתום על סעיף כזה. ונשאלתי אם יכול לקנות את הדירה ולחתום על החוזה שיש בו סעיף כנ"ל.

א. איסור התדיינות בערכאות

בעבר נשאלתי שאלה נוספת, שיש לה לכאורה נפק"מ גם לנדו"ד. יהודי שהגיש נגד חבריו תביעה בבית משפט, וביהמ"ש מסיבות שונות לא דן בתביעה, ויתכן גם שהתובע חזר בו, האם בעצם הגשת התביעה עבר על לפנייהם ולא לפני עכו"ם? דהפסוק שממנו לומדים איסור הליכה לערכאות; ואלה המשפטים אשר תשים לפנייהם – לפנייהם ולא לפני עכו"ם, מדבר על "תשים לפנייהם", ואולי הכוונה גם לעצם הגשת התביעה וההשמה לפני הערכאות, או שהאיסור הוא רק לדון לפנייהם, וכל עוד לא דן לפנייהם, לא עבר על לפנייהם ולא לפני ערכאות.

שאלה נוספת שנשאלתי, וגם היא לכאורה יש בה נפק"מ לנדו"ד. דיין כתב פס"ד שנגע בין השאר לשאלת סמכויות, ובתוך דבריו ציטט פסקים של בית המשפט, כיון שהיה זה לצורך פסק הדין, וגם כתב לפני התואר של השופט; "כבוד השופט ...". ושאל אם יש בזה משום מייקר אליליהם, עיין סמ"ג עשין קז (ד"ה אחר שסיימנו), אורחות חיים לרבי אהרן מלונל, דיינים א, לבוש כו,א. או מייקר אליליהם הוא דוקא באופן שקבעו חז"ל, היינו שדנים לפנייהם, אבל לא כל פעולה של כיבוד יש בה משום מייקר אליליהם. גם עורר אותי אם מדובר בשופט נכרי, אם יש בזה שאלה של לא תחנם, אם הוא בכלל כמה נאה עכו"ם זה (ע"ז כ,א). והשבתי לשואל דתואר "כבודו" שפונים לשופט, אינו בבחינת מייקר אליליהם או לא תחנם, דזהו חלק מהתואר. וכמו שפונים לרופא, ואין קוראים לו בשמו אלא ד"ר פלוני או פרופ' פלוני,

כך לשופט התואר שפונים אליו העולם בפניו או שלא בפניו וכותבים לביהמ"ש הוא בתואר כבוד השופט, שזה חלק מהתואר המקצועי הנהוג ומקובל בין העוסקים בתחום. וכשם גם כשפונים לאדם בתואר מר פלוני, ואם יפנו ללא התואר מר, יחשב הדבר כבזיון, כך בתואר כבודו, המצומד לתוארי השפיטה, משא"כ אם יפנה בתואר "כבודו" לנכרי שאין הדרך לפנות אליו כך, שיש בזה לכאורה איסור של לא תחנם. אמנם נראה בדומנינו המילה "כבודו" נהפכה לחלק מביטוי שכיח שפונים לכ"א, ואין בעצם הבטוי כל שייכות לתוכן המילה, לכן אין בזה משום לא תחנם.

ולכאורה אפשר שהוא מחלוקת ראשונים, דהנה על הפסוק: ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, פירש רש"י:

"ולא לפני גוים, ואפילו ידעת בדין אחד שהם דנין אותו כדיני ישראל, אל תביאהו בערכאות שלהם, שהמביא דיני ישראל לפני גוים מחלל את השם ומיקר שם עבודה זרה להחשיבה, שנאמר (דברים לב, לא) כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים, כשאויבינו פלילים זהו עדות לעלוי יראתם."

וכך היא ממש לשונו של הסמ"ג עשין קז (ד"ה אחר שסיימנו). ולכאורה מרש"י ניתן לדייק שגם עצם ההבאה לערכאות שלהם, היא חילול ה' ויקור אליליהם; "אל תביאהו בערכות שלהם". שעצם הגשת התביעה, והבאת הנידון לפניהם, יש בה משום חילול ה' ויקור אליליהם. אמנם עדין י"ל, דאיסור התורה בלפניהם ולא לפני ערכאות, הוא דוקא אם דנים הערכאות בדו"ד בין הצדדים, אבל האיסור משום חילול ה' ויקור אליליהם, הוא דין נוסף, והמציאות של יקור אליליהם וחילול ה' היא גם באינם דנים בפועל אלא בעצם הפניה לערכאות. ועיין בדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין כו, שדבריו עולה לכאורה שהאיסור הוא ההתדיינות בפני הערכאות, וז"ל:

"כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן, אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל, הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו, שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, לפניהם - ולא לפני עכו"ם לפניהם ולא לפני הדיוטות ..."

וכך היא גם לשון המחבר בחו"מ כו,א: "אסור לדון בפני דייני עובדי כוכבים ובערכאות שלהם ... וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה". (וכן נראה גם מדברי הרבינו בחיי עה"ת, ריש פרשת משפטים). ומבואר ברמב"ם ובמחבר בשו"ע שהאיסור הוא לדון בפניהם, ולא עצם הבאת הדין והפניה לערכאות. וברמב"ם מקורו מדברי הגמ' בגיטין פח,ב ומדיוקא דקרא דלפניהם, ולא כתב הרמב"ם האיסור על חילול ה' ויקור אליליהם, אלא רשע, וחירף וגידף והרים

יד בתורת משה. דרשע והרמת יד בתורת משה, דוקא בדין לפנייהם, ואפשר שיקור אליליהם וחילול ה', אף במביא הדין לפנייהם ואפי' לא דנו. דבאיסור זה של הליכה לערכאות יש שני דינים, הדין של לפנייהם, שהוא דוקא במתדיין לפנייהם, ואם לא התדיין לפני הערכאות, לא עבר על לפנייהם. ודין יקור אליליהם וחילול ה', שבו עובר גם אם מביא הדין לפנייהם, אפי' לא התדיין לפנייהם, דכבר בעצם הבאת הדין לפנייהם והגשת התביעה והפניה, יש משום יקור אליליהם וחילול ה'.

ובזה סברתי להסביר את דברי הסמ"ע כו"י. המחבר בשו"ע חו"מ כו"ג כתב: "המקבל עליו בקנין לידון עם חברו לפני עובדי כוכבים, אינו כלום, ואסור לידון בפניהם". והסמ"ע כתב על דברי המחבר: "דוקא לדון קאמר משום דמייקר שם ע"ז, וכנ"ל". (אמנם יש שו"ע שלא כתוב אלא דוקא לדון קאמר וכנ"ל, ולא הזכיר שמייקר שם ע"ז). דלכאורה מה הזכיר כאן הסמ"ע דמייקר שם ע"ז, שהוא טעם חדש שלא נזכר. ואפשר, דכאן בעצם הקבלה, שאינה כלום, יש בה משום יקור ע"ז, דעצם האיסור לדון הוא מטעם לפנייהם, אבל הקבלה עצמה, אפשר שיש בה יקור ע"ז וחילול ה', ע"כ דוקא כאן ולא קודם לכן, הזכיר את יקור אליליהם, דבעצם הקבלה היה איסור ואינה כלום. ועיין בסמ"ע כו"ד ובנתיבות כו"ד בחידושים.

והנה איסור זה של הליכה לערכאות, לא נמנה במנין המצוות. ובתשב"ץ ח"ב סי' רצ כתב בדבר ברור שאיסור זה הוא מדאורייתא: "דבר ברור הוא שאסור לדון בערכאות של עכו"ם, אע"פ שדיניהם כדינינו, וזה הוא איסור תורה...". וכן הוא בתשב"ץ בחוט המשולש ח"ג סי' ו'. וקשה מדוע לא מנאום במנין הלאוין. וראיתי במקור ברוך (לרבי ברוך קלעי, סי' לב) שכתב דמהא דלא מנו הרמב"ם והסמ"ג מצוה זו, דהך דרשא אסמכתא בעלמא. ודבריו הובאו להלכה בקהלת יעקב (אלגאזי, סי' רמג), והנפק"מ שהנשבע לילך לערכאות, חלה השבועה. ובדברים אלו אפשר לכאורה לישב מה שהקשה הכלי חמדה ריש פרשת משפטים, דאיך מותר לבע"ד לתבוע חברו בערכאות כשחבירו סרבן, הכיצד מותר הדבר בשביל הפסד ממון ללכת לערכאות ולעבור על איסור תורה, מדוע יהיה מותר לעבור איסור במקום פסידא. וכתב לישב, דכיון שכל הלימוד הוא מלפניהם, במקום שאי אפשר לפנייהם מחמת הנתבע, אין איסור תורה, וסגי בקבלת רשות מבית דין. אמנם למש"כ המקור ברוך דאיסורו מדרבנן וקרא אסמכתא, י"ל דאסרו חכמים, והתירו אם מקבל רשות מבית דין.

והגר"י פערלא, בביאורו לספר המצוות לרס"ג (לאוין ל"ת רסד, רסה) כתב דהקושיא היא על רס"ג והראשונים המונים לאו הבא מכלל עשה, מדוע לא מנו את הלאו של "ולא לפני ערכאות", הבא מכלל עשה של ואלה המשפטים אשר תשים לפנייהם. וכתב בתחילת דבריו דלכאורה נראה ראייה דאין איסור זה אלא מדבריהם,

מדאמרינן התם דבר אחר לפנייהם ולא לפני הדיוטות, והרי לפני הדיוטות ודאי איסורא ליכא אלא דפסולים לדון, וכדמשמע בכל הראשונים. והביא שם דמבעה"ת (סב,א) משמע דלפני הדיוטות נמי איכא איסורא. (ועיין באמרי בינה הל' דיינים סוף סי' ב שכתב דלפניהם ולא לפני הדיוטות הוא איסור תורה להדיוטות להשתמש בכתר סמוכין, ולכן בעינן לטעם שליחותייהו, עיי"ש). והביא שכן דעת הר"ן בחידושיו בריש סנהדרין, דגם לפני עכו"ם וגם לפני הדיוטות, בשניהם האיסור הוא מהתורה. והקשה לסוברים שאיסורו מהתורה, היכי משמע להו הכי מהך קרא. והא קרא למשה הוא דקאמר אלה המשפטים אשר תשים לפנייהם ולא לפני עכו"ם, לומר שמשנה נצטוה שישים לפנייהם ולא לפני אחרים, אבל בבע"ד ובדיינין לא מיירי הך קרא כלל. והיכי משמע להו מיניה לאו הבא מכלל עשה לבע"ד ולדיינין, דהדיוטות לא ידונו ולא ידונו לפנייהם ושלא לדון לפני עכו"ם. עיי"ש מה שיישב, וכתב; "ומ"מ כן אפשר לומר בדעת רבינו הגאון דאין איסור זה אלא מדרבנן, ולכן לא הביאו במנין".

ובהמשך דבריו כתב דיש באיסור התדיינות בערכאות משום מייקך אליליהם וחלול ה', דאיסור זה נמנה כבר במנין המצוות באיסור לא תחנם, ובלאו דלא תחללו את שם קדשי, שממנו ילפינן חלול ה', ולכן לא הביאו במנין המצוות, שכבר נכלל בלא תחנם ובלא תחללו, וז"ל הגר"י פערלא:

"ואפשר לומר עוד עפ"ש"כ בפירש"י (משפטים) ובסמ"ג (עשין קז) ובסמ"ק (סי' רכו) דישאל המביא דינו לפני עכו"ם מחלל את השם ומייקך שם עכו"ם להחשיבם עיין שם. ולפ"ז יקשה לכאורה למה לי קרא דלפניהם למעוטי לפני עכו"ם, ותיפוק ליה דהו"ל בכלל לאו דלא תחנם, דדרשינן ליה (סופ"ק דע"ז כ,א) שלא ליתן להם חן, ואפילו אמר כמה נאה עכו"ם זה, אמרינן התם דעובר בלאו דלא תחנם, עיין שם. וברמב"ם (פ"י מהלכות ע"ז) כתב הטעם משום שגורם להדבק עמו וללמוד ממעשיו הרעים, עיין שם. וביותר ביאור כתב החינוך (בפרשת ואתחנן מצוה תכ"ו) וז"ל; שנרחיק ממחשבותינו ולא יעלה על לבנו שיהיה במי שעובד עכו"ם שום דבר תועלת, ולא יהיה מעלה חן בעינינו בשום ענין וכו'. על זה נאמר לא תחנם, עכ"ל עיין שם. וא"כ בדיניהם שמיקך שמם ומחשיבם בכך, ודאי הרי זה בכלל אזהרת לאו דלא תחנם, ולמה לי קרא דלפניהם למעוטי לפני עכו"ם. ונראה דאדרבה בהכי ניחא מאי דקשה לדעת הסוברין דלפני הדיוטות ליכא איסורא, ולא מעטינהו קרא אלא שאין דיניהם דין, וכמשכ"ל ... והשתא לפ"ז ממילא ניחא מה שלא מנה רבינו הגאון ז"ל מצוה זו משום דהו"ל בכלל אזהרת לא תחנם. ואפילו אם בא הכתוב לעבור עלה בל"ת ועשה, מ"מ רבינו הגאון ז"ל לשיטתו אזיל דבכל כיו"ב אחר שמנה הלאו, לא ימנה עוד העשה ... וגם אפשר לומר

עפמש"כ רש"י שם, שכל המביא דיני ישראל לפני עכו"ם הרי זה מחלל את השם, עיין שם. וכ"כ בסמ"ג (עשין קז) עיין שם ... וביותר ביאור מבואר בתשב"ץ (ח"ד טור הראשון סי' יז) שכתב וז"ל; הלא ידעתם חומר האיסור החמור בזה להביא דיננו לפני ערכאותיהם וכו', הלא אמרו ז"ל כי דבר זה יש בו חלול הש"י שאין לו כפרה בארבעה חלוקי כפרה כי אם במיתה, וגם יש בו עון ע"ז וכו', עכ"ל עיין שם. הרי מבואר מדבריו ז"ל דהו"ל ממש בכלל עבירת לאו דחלול השם דמיירי שם (בפרק בתרא דיומא פ"ו ע"א) ... ולפ"ז הו"ל בכלל אזהרת לאו דלא תחללו את שם קדשי האמור בחלול השם שכבר מנה רבינו הגאון ז"ל (לעיל לאוין לג) עיין שם, אלא דאסמכוה אקרא דלפניהם מטעם שביארנו לעיל, וא"כ יפה עשה רבינו הגאון ז"ל שלא מנאה, ובזה ניחא ג"כ דעת הרשב"ץ ז"ל שלא מנאה."

מבואר מהגר"י פערלא דיש ג איסורים בהליכה לערכאות, לאו הבא מכלל עשה של לפניהם ולא לפני ערכאות, לא תחנם, ולא תחללו את שם קדשי. וממש"כ; "בדיניהם שמיקר שמם ומחשיבם בכך, ודאי הרי זה בכלל אזהרת לאו דלא תחנם", לכאורה מיקר שמם אפי' אם לא דן בפניהם, אלא כיון שהגיש את התביעה בפניהם, כבר נתן להם חן, דהרי החן לא חייב להיות דוקא ע"י התדיינות, דאפי' אומר כמה נאה עכו"ם, וא"כ לאו דוקא מתדיין אלא בכל אופן שמייקר שמם ומחשיבם, והוא הדין אם כותב סעיף בחוזה יש בזה יקור שמם, ולכאורה הוא הדין אם כותב לו תואר כבוד, שייך לכאורה גם בזה מייקר אליליהם.

איסור נוסף בענין ההליכה לערכאות והנהגה ופסיקה ע"פ ספרי חוקים שאינם ע"פ דין תורה, מצאנו בדברי הלבוש בע"ש כו.ד. הע"ש כותב בענין אלו הנוהגים בענייני ממונות ע"פ החוק, כמו למשל בענייני ירושה, שאשה יורשת את בעלה, שאם התנו קודם לנשואין, אין איסור, אבל אם באו לדון ורוצים לכוף שתירש האשה, מפני שכך המנהג בערכאות וכך נהגו, הרי שבזה עובר על איסור של בחוקותיהם לא תלכו, וז"ל:

"אבל דינים שדנים בין הערכאות, דנין הם מעצמם כמו שימצאו בספרי הדיינים שלהם, ואותם אין לילך אחריהם, שאם כן בטלת ח"ו כל דיני ישראל. ואפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים, אינם יכולין לכוף לדון כמנהגם בכל דבר מן הסתם, כגון הנושא אשה במקום שנוהגין בהרבה עניינים לדון על פי ערכאות, ומתה אשתו בלא בנים, לא יוכל אבי האשה או יורשיה לומר שהכל יודעים שאנו הולכין אחר ערכאות שלהם, א"כ כל הנושא אשה פה במקומנו יחזיר הנדוניה אפילו אחר כמה שנים, כי כן הוא מנהגי

הערכאות פה והוי כאילו התנה שינהוג גם הוא כן, חלילה לומר כן לעקור דבר תורה, שהבעל יורש את אשתו, ודאי אם הותנה כן מתחלה כל תנאי שבממון קיים, אבל לנהוג כן מן הסתם הואיל ונוהגין כן בין הערכאות, ודאי הוא איסור גמור לפי שהוא מחקה את הגוים וכל כיצא בזה, והתורה אמרה לפניהם ולא לפני גוים, ואע"פ ששניהם רוצים בכך. ומנדין אותם אם ינהגו כך מן הסתם ובכל כהאי גוונא, שאם כן מה לנו לספרי הקדש המקודשים שחברו לנו חכמינו זכרונם לברכה, אם ילמדו את בניהם דיני הגוים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרשי הגוים, חלילה חלילה לא תהא כזאת בישראל."

ואם איסור התדיינות יש בו גם משום ובחוקתיהם לא תלכו, נראה שאיסור זה אינו על עצם ההתדיינות אלא על התנהגות לפי פסיקת הערכאות, והאיסור יהיה לכאורה רק עם ביצוע פסק הדין בפועל, שאז נוהג בחוקתיהם, ואפשר לכאורה שאינו בעצם ההתדיינות.

והראשונים (עיין ברמב"ן עה"ת ר"פ משפטים, בתשב"ץ ח"ב סי' רצ) התחבטו לענין שני הלימודים הנלמדים מלפניהם. לפניהם ולא לפני עכו"ם, לפניהם ולא לפני הדיוטות. דיש חילוק בין האיסור של התדיינות בפני הדיוטות, דהאידנא שבטלה הסמיכה, שליחותיהו דקמאי קעבדינן, וכן מהני גם לדון בפני הדיוטות בקבלו עליהו, ואילו איסור ההתדיינות בפני ערכאות במקומו עומד אפי' קבלו עליהם בעלי הדין. דלענין שליחותיהו, הרי שדבר זה לא שייך בערכאות, דהאידנא דליכא סמוכין, כדי שלא תבטל תורת הדינים מישראל, ושימשיכו לדון ע"פ תורת ישראל, הרי זה גדר של נחותא לראשונים (ויש להאריך בזה בגדר שליחותיהו, ולא כאן המקום), ופשוט שלא שייך בזה שליחותיהו שידון בפני ערכאות. (אמנם כשחובטין אותו העכו"ם ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך, י"ל שאז הם נחשבים כשלוחי הבי"ד, וכן יש לדון כשנתנו היתר לדון בערכאות). אבל בקבלו עליהם בעלי הדין, לכאורה אם מהני בהדיוטות, מדוע לא תועיל קבלה לדון בערכאות. והנה התשב"ץ בח"ב סי' רצ, כתב וז"ל:

"דבר ברור הוא שאסור לדון בערכאות של עכו"ם, אע"פ שדיניהם כדינינו, וזה הוא איסור תורה כדתניא ב'פ' המגרש (פח,ב), ה' ר' טרפון אומר כל מקום שאתה מוצא אוגריות של עכו"ם, אע"פ שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להזקק להם, שנא'; ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, לפניהם ולא לפני עכו"ם. ואע"ג דהתם נמי תניא לפניהם ולא לפני הדיוטות, ואנן הדיוטות אנן, דהא לית לן סמיכה ... משום דשליחותיהו דמומחין עבדינן, ובקבלת גרים דכתיב ביה משפט, ובעינן ב"ד דבר תורה והאידנא ליכא ב"ד מומחין ...

והרשב"א ז"ל כ' דמענינא דקרא מצינא למעבד הכי, דכתיב וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדורותיכם. משמע שבכל הדורות אנו רשאים לקבל גרים. אע"פ שהדבר ידוע שאין בכל הדורות סמוכין ... הא למדת שאין דין ערכאו' כדין הדיוטות אע"ג דמחד קרא נפקא. וגם הרמב"ן ז"ל כ' בפ' ואלה המשפטים שאפי' בדקבלו עליהו שני הבעלי דינין אסור לדון לפני עכו"ם כלל, וגם התינוקות שלומדים פרשה בפרישת רש"י ז"ל, יודעין זה ממה שכתב בפרשת ואלה המשפטים ז"ל, לפניהם ולא לפני עכו"ם. ואפי' ידעת בדין אחד שהעכו"ם דנין אותו כדיני ישראל, אל תביאהו בערכאות שלהם, שכל מי שמביא דיני ישראל לפני עכו"ם, מחלל את השם ומיקר שם עכו"ם להחשיבם, שנאמר כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים, כשאויבינו פלילים זהו עדות לעלוי יראתם עכ"ל מילמדנו בפ' משפטים. ואפי' לדון עם העכו"ם בערכאות שלהן אסור, שנ' מגיד דבריו ליעקב חקיו ומשפטיו לישראל, לא עשה כן לכל גוי ...

ומבואר בתשב"ץ שחלוק דין ההדיוטות מדין הערכאות, אף שמחד קרא נפקא. והביא מהרמב"ן שיש איסור לדון בערכאות אף בקבלו על עצמם שני בעלי הדין. ולולי דמסתפינא נראה אולי לבאר שאין חילוק בין דין הדיוטות לדין הערכאות (להוציא הענין דשליחותיהו, שלא שייך בערכאות וכנ"ל), וגם בערכאות וגם בהדיוטות, מצד האיסור של לפניהם, אין איסור לדון בקבלו עלייהו בעלי דין לדון, הן בפני הדיוטות והן בפני הערכאות. ומה שאסור לדון בערכאות כשקבלו עלייהו, היינו מדין מייקר אליליהם וחלול ה', שאסורים אלו קיימים גם באופן ששני בעלי הדין מקבלים על עצמם לדון בערכאות, שבזה מייקר אליליהם ומחלל שם שמים, אבל מצד האיסור של לפניהם, הוא דוקא בלא קבלו עלייהו, דומיא דהדיוטות.

ורבי שלמה דוראן (תשב"ץ ח"ד טור ראשון סי' יז) כתב בענין יורשים ואלמנות, שהסכימו להביא דיניהם לפני הערכאות, וכתב ע"ש הר"ש דוראן, וז"ל:

"הלא ידעתם חומר האיסור החמור בזה להביא דיננו לפני ערכותיהם, וכ"ש בדיני אישות, והוא כאיסור ע"ז ממש, כמו שדרשו על פסוק כי לא כצורנו צורם. ולפי שאתם העלמתם עין מענין זה יש לנו להאריך ולהזכיר לכם ענין חומר עון זה ולהעיר לכם אותן בקצת, מה שאמרו ז"ל בדבר הרע הזה. הלא אמרו ז"ל כי דבר זה יש בו חלול הש"י, שאין לו כפרה בארבעה חלוקי כפרה כי אם במיתה (יומא פו,א) וגם יש בו עון ע"ז, כי בלכתם אל בית טענותיהם לדרוש ערכותיהם, בזה הם נותנים מעלה וחשיבות לאלהיהם ולתורתם, ומניחים אלהים חיים ומלך עולם ותורתו תורת האמת. וע"ז אמר דוד המלך ע"ה; ירבו עצבותם אחר מהרו, כי הם נותנים מהר וחשיבות לאל אחר. וכל

זה הוא אם דיניהם כדיננו, וכ"ש אם הוא מוציא בדיניהם אשר פיהם דבר שוא מה שלא חייבה תורתנו תורת אמת, שנמצא גזול את חבירו וחומסו ואינו משיב גזלתו ואין לו כפרה לעולם, וחז"ל אמרו (גיטין פח, ב); לפניהם ולא לפני עכו"ם, כי משפטיו ית' לא נתנם אלא לעמו ישראל..."

הר"ש דוראן לא הביא בתחילת דבריו את האיסור של לפניהם המובא בגיטין פח, ב. בתחילה כתב על איסור ע"ז וחילול ה', והטעם כיון שהיה זה מכח הסכמת האלמנות והיורשים, ובזה י"ל שהאיסור הוא מיקר אליהם וחלול ה'. והוסיף גם; " כי בלכתם אל בית טענותיהם לדרוש ערכותיהם, בזה הם נותנים מעלה וחשיבות לאלהיהם ולתורתם, ומניחים אלהים חיים ומלך עולם ותורתו תורת האמת". הר"ש דוראן מתיחס אל לכתם אל בית טענותיהם לדרוש ערכותיהם, לאו דוקא על עצם הדיון, עצם ההליכה לערכאות, אפי' לא דנו אלא לדרוש ערכותיהם, יש בזה משום יקור אליהם. ובהמשך דבריו התיחס כשפסקו הערכאות שלא לפי דין תורה, ובזה י"ל דמיירי בלא קבלו על עצמם מה שיפסקו הערכאות, שאם קבלו על עצמם, לכאורה אין בזה גזל, ורק כשאחד תבע את חבירו, י"ל שאם פסקו שלא כדין תורה ה"ז גזל, ועל זה הביא את הדרשה של לפניהם ולא לפני ערכאות, שהיא מענין התדיינות בלא קבלו עליהם וכנ"ל. וכן נראה מדברי רבי אברהם אבן טוואה, בתש' תשב"ץ טור ג סי' ו, שאפי' כשהוא אומר שילך לדון לפני ערכאות, מתרים בו שינדו אותו, וז"ל:

"ומדברי כולם משמע, דלא סוף דבר שאם כבר דן בדיניהן וזכה שלא כדיננו הוא שמנדין אותו עד שיחזיר, אלא משעה שהוא מתרים ומעזי פניו ואומר שילך לדון לפניהם, מוחין בו שלא ילך, ואם עדיין עומד במרדו, גוזרין עליו שאם ילך הוא מנודה, ואם עבר והלך, הרי הוא מנודה..."

ולמש"כ נראה, דאף שמצד איסור לפניהם הוא רק בהתדיינות, מ"מ מיקר אליהם וחלול ה', יש אפי' לא התדיין, וע"כ כשאומר שילך לדון, מוחין בו שיש בזה יקור אליהם וחלול ה', ומנדים אם הלך לערכאות. ועיין ברא"ש בתש' סח, יג, וז"ל:

"על מה שנהגו לכתוב בשטרות בין בדיני ישראל בין בדיני האומות, ואמרת, חלילה וחס שיהא רשות למלוה לתבוע ללוה בפני ערכאות עובדי כוכבים. דאפילו אם הלוה והמלוה עומדין בפנינו, ואמר הלוה למלוה אם תרצה תתבעני בדיני האומות, מחינן במלוה ואמרינן ליה שלא יתבענו אלא בפני ישראל. דאמרינן, אפילו בדין שעובדי כוכבים דנין כדיני ישראל, ההולך לפני ערכאות של עובדי אלילים מחלל שם שמים ומיקר שם אלילים, כדכתיב, כי לא כצורנו

צורם ואויבנו פלילים. וכתוב, ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, ולא לפני עובדי כוכבים."

ומה שהקדים הרא"ש יקור אליליהם וחילול השם, לדרשה של לפניהם, דהרא"ש מיירי אפי' אמר הלזה למלוה שיתבענו בערכאות, ובאמירה זו י"ל דזו הסכמה לדון בערכאות, וע"כ בא מצד האיסור של מיקר אליליהם וחילול ה'. וגם י"ל שאין בזה הסכמה, ולא דמי לקבלו עליהו, וע"כ יש בזה גם איסור של לפניהם. ועיין מהרשד"ם חחו"מ סי' שצב, שהביא רק את הדרשה של לפניהם, בנדון ידיה שאחד הצדדים כפה על חברו לדון בערכאות, עיי"ש.

ב. הסכימו לדון בערכאות

לעיל הובאה דעת הרא"ש והתשב"ץ דלא מהני הסכמה לדון בערכאות, וכת' דאפשר שזה מדין יקור אליליהם וחילול ה', אבל מדרשת לפניהם, אפשר שאין זה אסור בקבלו עליהו ערכאות ובהסכימו לדון בפניהם, ואסור לדון מדין מייקר אליליהם וחילול ה'. וכך נראה מדברי הר"ן בתש' לענין שטר חוב שהסכים הלזה שיוכל המלוה לגבותו באיזה ביי"ד שירצה, ורוצה לגבותו בערכאות מכח הסכמת הלזה, ע"ז השיב הר"ן, וז"ל:

"אבל כאן אם לא יפרע חובו והמפקיד מביאו בערכאות שלהם, נמצא עובר על לפניהם ולא לפני גויים. ובודאי שלמה שנראה מפשט הסוגיא שבסוף המגרש [גיטין פח,ב] יראה כדברך, שאם קבלו עליהן בעלי הדין לדון לפני גויים שרי, שהרי השוו ההדיוטות לגויים, שאמרו; לפניהם ולא לגויים, לפניהם ולא לפני הדיוטות, ולכאורה נראה דכי היכי דהתם בשקבלו עליהן שרי, בערכאות נמי נימא הכי דליהוי כנאמן עלי אבא. אבל אין הדבר כן, מפני מה שמוזכר במדרשות שהעושה כן מייקר אמונתם, וכלשון הזה כתב הרמב"ן ז"ל בפירוש התורה בסדר ואלה המשפטים (שמות כא א): ואע"פ שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת, יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לפני הדיוט שבישראל, מותר הוא, ובדקבלו עליהו דינו דין, אבל לפני הגויים אסורים הם לבא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדינינו באותו ענין, ע"כ לשונו."

והנה מה שהביא בתחילת דבריו את הדרשה של לפניהם, שהרי כעת ודאי אין הלזה מסכים שיגבה שט"ח בערכאות, וכאשר מביא את השטר לפני הערכאות, עובר על לפניהם. והקשה מדוע לא מהני קבלו עליהו, כמו דמהני בהדיוטות. וע"ז הביא את האיסור של יקור אליליהם וחילול ה', דבקבלו עליהו האיסור הוא משום יקור

אליליהם וחלול ה', ולא משום אסור לפניהם, דהרמב"ן על התורה ר"פ משפטים כתב ששניהם נלמדים מאותו פסוק, אך יש הפרש ביניהם בקבלו עליהם, ולא כתב הטעם, והר"ן כתב הטעם כנ"ל. כן מבואר ומדויק לכאורה בדברי הר"ן. וכן נראה מדברי מהר"א די בוטון בתש' לחם רב סי' פט, בענין הצריכות לטעם של יקור אליליהם וחלול ה', דאפי' במקום שהסכימו להתדיין ואין בזה איסור גזילה, מ"מ אסור מפני שמייקר אליליהם. ומשמע דאיסור לפניהם הוא במקום שיש בזה איסור גזילה, שכופהו לדון בערכאות, אבל כשדנים כדינינו ובמסכימים לדון בערכאות, בזה אסור משום יקור אליליהם וחלול ה', והביא דברי הרשב"א שהביא הב"י חו"מ סי' כו (עיין בתש' הרשב"א ח"ו סי' רנד).

ולפ"ז נראה כנ"ל, שאם תובע בערכאות, אף אם לא דנו הערכאות, מ"מ בעצם הגשת התביעה, אף שעל לפניהם לא עבר, מ"מ מייקר אליליהם ומחלל ה'. וא"כ לכאורה גם כאשר כותב בשטר שידונו בערכאות, יש מקום לכאורה לומר שאסור לעשות כן, מפני שמייקר אליליהם ומחלל את ה', ואף שלא ידונו בערכאות. ועדיין י"ל שאם כתבו סעיף כזה, אין בזה הסכמה לדון בכל ענין בערכאות, אלא שאם יסרב לדון, ידונו בערכאה מסוימת.

דהנה הרא"ש בתש' יחד דן בשטרות שמקבלין על עצמן הלוח למלוה לדון ולהתחייב בדיני הערכאות, ובאים באלו השטרות לדון בדין תורה. אם אין ראוי לדין להכניס עצמו לדון שלא כדת, ושישלחם לפני עובדי כוכבים לערכאות שלהם להשלים מה שקבלו על עצמן בדיניהם. או אם יש יכולת בידינו להכריחם לדון בדיני ישראל, לדחות כל התנאים שהתנו הלויין על עצמן, כיון שאינו על פי התורה. והשיב הרא"ש, וז"ל:

"דעו לכם, שכתבתי כמה פעמים על שטרות שכתוב בהן בין בדיני ישראל בין בדיני האומות, שלא נעשה תנאי זה אלא אם ידחה הנתבע עצמו שלא לירד עמו לדיני ישראל, ויצטרך התובע לטרוח ולכופו ע"י דיני ישראל שיעשה לו דין, אז יש לו רשות לתבעו בדיני האומות. אבל כל זמן שאומר הנתבע, אני מזומן לירד עמך בדיני ישראל ולעשות ככל אשר יצווני, אין התובע רשאי להביאו לפני הערכאות. כי רבותינו תקנו לשון זה לשופרא דשטרא, שלא יצטרך התובע להוציא מנה על מנה כדי לכופו שיעשה לו דין, אבל בעודו מזומן לעשות דין לפני דיני ישראל, אין התובע רשאי להביאו לפני ערכאות. וגם דיני ישראל לא ידונו לו אלא דין תורה."

מדברי הרא"ש מבואר שאם התנו לדון בערכאות, יש לפרש את התנאי במקום שיסרב אחד הצדדים לדון בדין תורה, אך אין לפרש שיכול לכתחילה להתדיין בערכאות,

אלא כשהנתבע מסכים לדון בדין תורה, ודאי חייב להתדיין עימו דוקא בדין תורה. וכן כתב הרא"ש בתש' שאח"ז, בענין ראובן שהיה לו שטר על שמעון, וכתוב בו שיוכל לתובעו בין בדיני ישראל בין בדיני אומות העולם, וראובן היה חייב לעכו"ם, ומסר בפרעון החוב את השטר שיש לו משמעון. והשיב הרא"ש, וז"ל:

"יראה, אע"פ שנהגו הסופרים לכתוב בשטרות בין בדיני ישראל בין בדיני אומות העולם, כל כי האי גונא לא דרשינן לשון הדיוט, ולומר שיוכל לתבעו בערכאות עובדי כוכבים. משום דעברה היא, אפילו בדין שדינן כמו ישראל, ההולך לפני דייני עובדי כוכבים ומזלות, מחלל שם שמים ומייקר שם עבודת אלילים. הילכך צריך לתבעו בדיני ישראל, ואם הוא ציית דינא, אין לו לילך לפני ערכאותיהם. ואם הוא ימסור שטרו להם, הוא צריך לקבל עליו כל אונסא דמתיליד ללוה, אם יעבור עליו העובד כוכבים את הדרך ויוציא ממנו יותר ממה שהיה הישראל יכול להוציא ממנו בכח אותו השטר. וכן אם בא לו היזק לשמעון מזה, שהוצרך ליקח מליץ שיטעון בעדו, צריך ראובן לסלק היזקו."

ומבואר שיש לפרש לשון השטר שאינו מתיר להתדיין בערכאות אלא אם יסרב אחד הצדדים לדון בדין תורה. וחזר הדין בתש' הרא"ש סח"ג. וכן הביאו מהר"ם אלשיך בתש' סי' טז וסי' כו, ובתורת חיים למהרח"ש ח"א סי' פג. ודברי הרא"ש הובאו להלכה בחו"מ כ"ג - ד, ועיי"ש בסמ"ע מש"כ לענין יש לו זכות בדיני עכו"ם יותר מדין תורה, ובתומים כ"ד מש"כ בזה.

ולפ"ז י"ל גם בנדו"ד. שהרי אם הקונה ירצה לתבוע את הקבלן, יתבע אותו בדין תורה, ואם יסרב, יתירו לו בי"ד לדון עימו בערכאות. ואם הקבלן יתבע אותו בערכאות, יאמר לו שרוצה לדון בדין תורה, ואם יסרב הקבלן ויעמוד על רצונו לדון בערכאות, אין לקונה ברירה אלא לדון עימו בערכאות. דהסעיף הזה אינו מעלה ומוריד למציאות שהקבלן מסרב לדין תורה, ואינו מונע את האפשרות, אם הקבלן יסכים. ומטעם שעצם החתימה יש בה משום יקור אליליהם וחילול ה', י"ל כמש"כ הרא"ש בתש', שיש לפרש סעיף זה באופן שיסרב הקבלן לדון בדין תורה, שידונו בבית משפט השלום בת"א, ולכן אין בעצם ההסכמה הכתובה בחוזה משום איסור לפניהם, ולא משום יקור אליליהם וחילול ה'.

וכדברי הרא"ש נמצא גם בתרומת הדשן (ח"א סי' דש) בענין חוב שעברה עליו שמיטה, אם יכול המלוה לכוף ללוה בערכאות שיפרענו, כיון שכתב בשטר בין בדיני ישראל ובין בדיני נכרים, אם עובר על לא יגוש. ובתוך דבריו כתב תה"ד

שאין בתנאי האמור משום היתר לדון בערכאות, אא"כ לא יסכים הלוח לדון בדין תורה, ולכן אין בו תנאי שלא יושמט החוב בשביעית, וז"ל:

"... אבל משום דכתב בשטר דיכול לכופו בין בדיני ישראל ובין בדיני נכרים, והיה ר"ל שלשון זה משמע שהתנה עמו שלא ישמטנה ... אין נראה שלשון זה כולל שמוחל תורת שמיטה, דאין כותבין לשון זה בשטרות אלא להך שופרא דמילתא, שאם ידחה הלוח למלוה בדיני ישראל שיוכל זה לכופו בדיני הנכרים, אבל לא קבל עליו כלל בלשון זה שאם יתרצה בדיני ישראל ולא ידחנו בכלום שיכריחנו בדיני האומות, וא"כ אין כאן מחילת תורת שמיטה."

וכאמור בנדר"ד י"ל התנאי למציאות שיסרב הקבלן לדון בדין תורה, וודאי אם יהיה דו"ד ביניהם, ידרוש הקונה לדון רק בדין תורה וכנ"ל, ואין בזה משום יקור אליהם וחלול השם, כיון שמפרשים לסעיף זה אם יסרב וכנ"ל. [לעצם השאלה בנדר"ד, אם התנאי שהתנה עם הקבלן מועיל למציאות שיסכים לדין תורה, שיהיה הד"ת במקום התובע, עיין במהרש"ם ח"ג סי' ריג מש"כ בזה].

במאמר מוסגר אציין מה שעלה בדעתי, על הצד שהיה איסור לחתום על סע' כזה, אם חתימה על סע' כזה מבטלת את כל השטר, כדין שטר שיש בו ריבית או מדין קני את וחמור. ואין להאריך בזה הרבה, כיון שכאמור אין בחתימה על סע' זה איסור, והשאלה היא רק באת"ל. ובזה נראה דלא שייך לקנוס דומיא שטר שיש בו ריבית, דדין שטר שיש בו ריבית שהוא פסול, הוא דוקא בכלל הקרן עם הריבית יחד, שיש חשש שיגבה גם הריבית, משא"כ כשכ"א בנפרד. (ומצד פסול העדים, אף בלא כללו יחד, עיין בנו"כ בר"ס נב, והוא מדברי התוס' והרא"ש בסוגיא ב"מ עב,א, לא שייך בנדר"ד שאין עדים על השטר). ובנדר"ד אין לזה שייכות. גם בנדר"ד אין הכחשה מצד המוכר שמכר, וכשחייב מודה, גובה הקרן מבנ"ח, עיין ברמ"א חו"מ נב,א ובש"ך ד, ואכמ"ל.

גם לענין קני את וחמור, גם אם נאמר שקבל קנין על דבר המועיל ועל דבר שאינו מועיל, הא קיי"ל להלכה כרב נחמן (ב"ב קמג,א) דאת וחמור קנה מחצה, עיין חו"מ רי"ג. ואף שברמ"א חו"מ רג"י הביא ג דעות בזה בהחליף מעות ומטלטלין ביחד, בסי' רי"ג לא הגיה על פסק המחבר. ועיין בסמ"ע רג"י, דמקור דברי הרמ"א מהמרדכי ב"ב סי' תרה, ודעת הרמ"א לפסוק כרבינו שמחה שקנה מחצה. אמנם ראשונים ואחרונים הקשו סתירה בדברי הרמב"ם. דבהל' מכירה כב"ב פסק כרב נחמן דקנה מחצה, ואילו בהל' אישות טב, פסק דאחיות מקודשות דוקא באמר הראויה מכן לביאה ואי אמר כולכן, אינן מקודשות, והיינו למ"ד את וחמור לא קני, וכאוקימתא דגמ' קדושין נא,א.

הר"ן בקדושין (כבא בעמוה"ר) הקשה על הרמב"ם, ותירץ לחלק בין כשמקנה ל"את וחמור" לבין כשקונה "את וחמור", דהיכא שמקנה לאת ולחמור אין דעתו לתלות את האחד עם השני, אלא מי שביכולתו לקנות יקנה, ומי שאין ביכולתו לקנות, לא יקנה, דאין סברא לומר בדעת מקנה שתולה האחד בשני, משא"כ בקונה שדעתו לקנות יפה ורעה כאחד, יש סברא לומר דאם מתבטל הקנין האחד דעתו לא לקנות גם את השני. וע"כ באחיות ונכריות שדעתו לקנות ביחד לא מהני ב"כולכן", משא"כ במקנה למי שיש לו יד לקנות ומי שאין לו יד לקנות, קנה מחצה. מדבריו עולה דהחסרון של את וחמור הוא חסרון בקונה, דאמרינן דדעתו לאחד את הקנינים ולתלות את האחד בשני, אך המקנה, דעתו להקנות ללא יצירת קשר, דלדידיה אין נפקות אם רק אחד יקנה. וע"ע קצוה"ח ר"ה, מש"כ בזה. ולפ"ז בחוזה לקניית דירה, שיש בה התחייבויות הדדיות, אם יש בו גם התחייבות שאינה מועילה, צ"ע בזה לשיטת הרמב"ם לתרוץ הר"ן.

ישוב נוסף לדברי הרמב"ם, ע"פ דברי הרא"ש (קידושין ב,כג), שכתב לחלק בין כשאומר בתרי דיבורים - "את וחמור", דאמרינן דלא כוללם יחד, לבין כשאומר "כולכם" בדיבור אחד, שיש בדבריו כונה לתלות אחד בשני, וע"כ לא קנה. ועיין בריטב"א (בקדושין שם) שהביא ראיה לחילוק זה מהגמ' בב"ב קמג,א באומר נכסי לך ולהם, הוא קנה מחצה והם מחצה, מדכתיב "והיתה לאהרן ולבניו וגו'", אלמא כשאומר בתרי דיבורים לא תולה את הקנינים. וכן ישב במגיד פ"ט מאישות ה"ב, וכן נראה בדעת הריב"ש סי' ריד ובדעת השיטה ל"נ למי. ועיין ביש"ש פ"ב דקידושין שכתב לסמוך להלכה על דעת הרא"ש, וע"ע בב"ש (סי' מא ס"ק ה) שכתב הנפק"מ בין הרא"ש לר"ן. וע"ע בנודע ביהודה (מהדו"ק סו"ס כט) שכתב לחלק בין מקנה מעות ומטלטלין בחליפין, למקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר הנמצא בעולם (עיין ברמ"א סי' רט ס"ד), דמיירי דהמעות והמטלטלין מונחים לפניו ואמר כל מה שמונח כאן אני מקנה לך, ומכיון שכללם יחד ולא פרט לומר מעות ומטלטלין, מוכח שכוונתו לאחד ולתלות את שני הקנינים. ולפ"ז בחוזה לקניית דירה, אם יש בו סע' שלא מועיל, כיון שלא אמר כולכם ולא כללם בלשון אחת שכולל כל ההתחייבויות יחדיו, גם לשיטת הרמב"ם קנה מחצה, ואין הסע' שלא מועיל, מבטל את המועיל. וכאמור אין נפק"מ לדינא לנדו"ד, דאין אסור לחתום על הסע' הנז', וכנ"ל.

לאור האמור לעיל, יכול הקונה לחתום על הסע' האמור בו יתדיינו הצדדים בבבית המשפט, אולם ודאי כשיהיה בפועל דו"ד בין הצדדים, יתבע הקונה בדין תורה, ורק אם יסרב הקבלן לדון בדין תורה, יתירו לו בית דין לתבוע בביהמ"ש. וכן כשיתבע אותו הקבלן בביהמ"ש, יודיע הן לקבלן והן לבית המשפט על רצונו לדון בדין תורה בדוקא, ואם יסרב הקבלן, יתדיין עימו בלית ברירה בביהמ"ש.

סימן ח

עדות רב מסדר חופה וקדושין

ראשי פרקים

א. הנוטל שכר לדון או להעיד

ב. שכר במלה ושכר מרחח

ג. נוגע וחשש משקר

נדרשנו לשאלת רב שערך חופה וקדושין לבני זוג, וגם היה אחד מעדי החופו"ק, ונטל שכר על עריכת החופו"ק, ולאחר מכן התעוררה שאלה בענין הקדושין של בני הזוג, והרב בא לביה"ד כדי להעיד, והשאלה היתה אם כשר הדבר שרב העורך חופו"ק ומקבל תמורה עבור הדבר, יהיה עד, והאם יכול להעיד על כשרות הקדושין? ובנדון שם רצו לפסול את הקדושין, מטעם פסול עדות הרב ושמשו, שהיה גם עד, שנטלו שכר מבני הזוג. עוד נדרשנו לשאלה אחרת, בענין עדים הבאים להעיד על שמות המתגרש והמתגרשת, אם יכולים לקבל שכר על עדותם?

א. הנוטל שכר לדון או להעיד

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

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

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

ומקור דברי הנו"כ שדין זה הוא קנס ואינו פסול הגוף, מקורו מדברי הרמב"ן קדושין נח, ב, (ד"ה הא דתנן), וכן הובאו דבריו ברשב"א ובריטב"א בקדושין נח, ב, בר"ן קדושין (כג, א בעמוה"ר), וז"ל הרמב"ן:

"ונראה שאינו בכלל הפסולין מדבריהם שיהא צריך הכרזה, אלא מעצמם הם בטלין, שכיון שהיה יודע לו עדות ולא רצה לומר אלא מחמת שכר, אין זו נקראת עדות, והחשוד בכך עדותיו בטלין עד שידוע לך שלא נטל שכר בעדות זו, ובכך הוא עדות כשרה אע"פ שלא עשה תשובה. וכן אם החזיר ממון לבעלים וחזר והעיד באותה עדות עצמה מקבלין הימנו, שאין זה פסול לא מתחלתו ולא בסופו, אלא שכל זמן שהוא נוטל בו שכר, קנסוהו חכמים לבטל מעשיו משום דקא עבר על מה אני בחנם אף אתם בחנם, ואע"פ שנטל משניהם."

לפ"ז מן התורה דיניו ועדותיו קיימים, וחכמים קנסוהו שיהיו בטלים. ועיין בתוס' קדושין נח, ב, (ד"ה מימיו) שכתבו, דזה שעשה בשכר עבר על דברי תורה,

ומקרא ממש לא נפק ליה, דהא לא שמעינן מיניה היכא דעבד בשכר דלא מהני, אלא אסמכתא בעלמא הוא דלא מהני אפילו דיעבד. ולכאורה לשיטת התוס' מה שדיניו בטלים הוא, אף שעבר על איסור תורה, מ"מ על הבדיעבד הוא אסמכתא בעלמא. ומשמע שהוא דין דרבנן.

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

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

ויש כמה נפק"מ במש"כ הראשונים שאינו פסול הגוף, דלכאורה אם אינו פסול הגוף, אם יצטרפו אליו שנים אחרים, לא תפסל עדותם מדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול, דחכמים קנסו את הלוקח שכר עצמו שלא תהיה עדותו עדות, ולא פסלו את הגברא ורק את העדות, ולכן אין לפסול השנים המצטרפים. ועיין תומים לד, יז

שכתב להדיא שאין נפסלים האחרים. ועיין בחדושי הרי"מ חו"מ לד, יח בסופו שהביא ריטב"א שלכאורה מסתפק בזה. ועיין להלן במש"כ מהנתיבות לפסול מדין נוגע. ולפ"ז יש לפסול האחרים. אלא שראיתי במל"מ (עדות ה, ד) שכתב בסברא לאידך גיסא, דאם פסולו מדין קנס, יש לפסול כל האחרים, וז"ל:

"ויש להסתפק במי שנטל שכר להעיד ונצטרף עם אחרים, אי אמרינן דעדות כולם בטלה או לא. ולכאורה נראה דעדות כולם בטלה, ולא דמי לפסול דנוגע בעדות דקי"ל דאין עדות השאר בטלה, משום דנטל שכר להעיד לאו משום נוגע בעדות מיפסיל אלא קנסא דרבנן משום דעבר על מה אני בחנם, וכמ"ש הר"ן בס"פ האיש מקדש, וכמו שהאריך מהרח"ש בקונטרסו (דף ד') יע"ש. שוב ראיתי להריטב"א בחדושו ספ"ב דקדושין שכתב גבי נוטל שכר להעיד, ואפשר שאין עדות כשרים נפסלת מפני צירופם ע"כ."

ולכאורה מדוע בקנס יש לפסול האחרים, הרי אינו פסול הגוף. ואכן התומים הנ"ל כתב להדיא דאינו פוסל האחרים. וכן נמצא כדעת התומים בשואל ומשיב (תנינא, ח"א סי' ס ד"ה ובזה), שאין לפסול את האחרים שהצטרפו עם מי שנטל שכר.

עוד נפק"מ לענין עדות עגונה, שלא פסלו בעדות עגונה עד שפסולו מדרבנן, עיין שו"ע אהע"ז יז, ג. ולפ"ז י"ל, שאם היה פסול נוטל שכר פסול הגוף מדרבנן, היה כשר בעדות אשה ככל פסולי עדות מדרבנן. אולם אם קנסו חכמים לעדות, לכאורה גם בעדות אשה יש לקנס ולא חילקו, דלא הכשירו עדות שקנסו חכמים לעדות, בעדות אשה. אולם ראיתי בתש' הגר"ש אייגר (אהע"ז סי' יז ד"ה היצא לנו וד"ה אלא כך) דענין אופן הקנס הוא "סמכוהו לפסול דרבנן", דהקנס הוא טעם הפסול, אך האופן הוא ע"י שקבעו את פסולו. והיינו, לא שהוא פסול הגוף, אלא שדינו כפסולי עדות דרבנן.

ועיי"ש מש"כ הגר"ש בענין עד שצ"ל בפני נכתב ובפני נחתם ונוטל שכר, דלא שייך למקנסיה על שעבר על מה אני בחינם, כיון שמהתורה אין עליו חיוב כלל לומר בפני נכתב ובפני נחתם, דמהתורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, וא"כ לא עבר על מה אני בחינם. ועיי"ש מה שהאריך בזה.

ב. שכר בטלה ושכר טרחה

ומ"מ כיון שהאיסור לקחת שכר הוא מחמת מה אני בחינם, איסור זה הוא דוקא במקום שמשכר מלימוד תורה וקיום המצוה, אבל כשמונע מעצמו נזק, כשיש

לפניו מלאכה ונאלץ להבטל ממלאכה זו, אין זה גדר של שכר אלא מניעת נזק. כן מבואר בגמ' כתובות קה,א: קרנא הוה שקיל איסתירא מזכאי ואסתירא מחייב, ודאין להו דינא. ואיתא שם בגמ' דקרנא לא היה לוקח את הכסף בתורת שוחד אלא בתורת שכר. והקשתה הגמ', ובתורת אגרא מי שרי, והתנן הנוטל שכר לדון דיניו בטלין. הני מילי אגר דינא, קרנא אגר בטילא הוה שקיל. וחילקה הגמ' שם בין שכר בטלה דמוכח דשרי, לשכר בטלה דלא מוכח, שמכוער הדבר, דהוה תהי באמברא דחמרא ויהבי ליה זוזא (מריח באוצרות יין, אי זה ראוי להתקיים, והקרוב להתקלקל ימכרוהו מיד, ושכר זה היה מצוי לו בכל יום – רש"י), כי הא דרב הונא כי הוה אתי דינא לקמיה, אמר להו הבו לי גברא דדלי לי בחריקאי ואידון לכו דינא. (ועיין שואל ומשיב, רביעאה, ח"ג סי' קכט, בחילוק בשכר בטלה בין דיין שיכול לדון יחידי, ביחיד מומחה, משא"כ בעדים, לענין שכר בטלה, עיי"ש מה שהביא מהשאלות, ומש"כ בבאור הדברים).

וכן הוא לענין השבת אבידה, במשנה ב"מ ל,ב, ובגמ' שם לא,ב: מאי כפועל בטל, אמר אביי כפועל בטל של אותה מלאכה דבטל מינה. אם יש שם בית דין מתנה בפניהם (כמה אדם רוצה ליטול ולפחות משכרו ליבטל ממלאכה זו כבדה, שהוא עוסק בה, ולעסוק במלאכה קלה כזו, הכל לפי כובד המלאכה וריבוי שכר, יש מלאכה שטורחה קל ושכרה רב, או חילוף). וכן נפסק בשו"ע חו"מ ט,ה, לענין שכר הדיינים: "ואם אינו נוטל אלא שכר בטילתו מותר, והוא שיהיה ניכר לכל שאינו נוטל אלא שכר בטלתו, כגון שיש לו מלאכה ידועה לעשות בשעה שיש לו לדון ... והוא שיקבל משניהם בשוה. אבל אם אינו ניכר, כגון (שאינו לו מלאכה ידועה אלא) שאומר שמא יזדמן לי שכר בקניית סחורה וסרסרות, ובשביל זה מבקש שכר, אסור". ומה שמבואר בגמ' ב"מ שיכול להתנות עם הבעלים או ב"ד, אין הכונה שיכול להתנות על שכרו אלא רק על מה שהפסיד, שיכול להתנות שאינו רוצה רק כפועל בטל, אלא כל שכר מלאכתו. כן מבואר ברמב"ם בהל' גזילה ואבידה יב,ד: "ואם התנה עם הבעלים או בפני בית דין שיטול מה שיפסיד והרשוהו, הרי זה נוטל". מבואר דדוקא לענין ההפסד מהני תנאי. וכן פסק בשו"ע חו"מ רסח,א. ולכן לא הביאו דין זה להלכה בסי' ט לענין שכר הדיינים, כיון שהדיין מותר לו ליטול כל שכר בטלה, אף ביותר מפועל בטל.

וברמב"ן בתורת האדם (שער המיחוש, סוף ענין הסכנה), כתב דרופא יכול להתנות בשכרו יותר מהראוי, דחכמתו מכר לו, ואין לה דמים. ועיין בתשב"ץ ח"א סי' קמה שהביא מהרמב"ן הנ"ל שיכול להתנות אפי' יותר משכרו, דכן הדין לענין תלמוד תורה ולענין הדין. וכתב שם דלפ"ז היה נראה שהרב יכול לפסוק שכר לתלמידיו, ואפי' פסק הרבה אין מפקיעין אותו ממנו, שהתורה אין לה דמים. וכן

לענין הדיין שיכול לקבל שכר כפי שהתנה; "אלא שנראה שיש בזה משום כיעור, דמאי שנא מבטלה דלא מוכח. אבל יש בזה מקום עיון שאע"פ שהדברים נראים שוים שכר מצות ושכר לימוד ודין אעפ"כ אין הדעת מקבלתו". ונראה ע"פ מש"כ לעיל וכמש"כ הרמב"ם בדין התנאה בהשבת אבידה, שיכול להתנות מה שמעבר לפועל בטל, אך לא מעבר לשכר בטלה ולמה שמפסיד בפועל, ובדיינים יכול ליטול כל מה שמפסיד וכאמור.

ולענין אם עדים הנוטלים שכר על עצם ההליכה לילך ולהעיד, לא שכבר ראו המעשה ונוטלים שכר כדי להעיד בבי"ד, אלא שנוטלים שכר כדי לילך ולהיות עדים בדבר, הרשב"א בתש' ח"ג סי' יא (הובא גם בב"י חו"מ סי' כח, וכן פסק הרמ"א חו"מ לד,יח), כתב וז"ל:

"ולענין העדים שנטלו שכר לכתוב ולחתום ולמסור, שאמרת אם עדותן בטלה כדין הנוטל שכרו להעיד. נראה לי, שלא אמרו אלא בעדים שנעשו עדים כבר, שהן מצווין להעיד ולא רצו להעיד עד שנטלו שכר, ודומיא דהנוטל שכרו לדון, שמצוה על ב"ד לדון בין איש לרעהו. אבל מי שאינו מחוייב להעיד, ונוטל שכר לילך ולהיות עד, אינו בדין זה לפי דעתו."

דדוקא אם ראה ומחוייב להעיד, ואם לא יגיד ונשא עונו, בזה מחוייב להעיד ללא שכר, אבל לטרוח וליילך להעיד, כשאינו כבר בכלל החיוב, בזה אינו מחוייב, ואם נוטל שכר על ההליכה לראות, יכול לקחת שכר, ורק אחרי שראה אסור לו ליטול שכר על ההליכה לבי"ד להעיד, דאחרי שראה הוא בכלל החיוב המצוותי. ולכן באותה עדות, שכר הליכה יכול ליטול, ולא שכר העדות. ולכאורה ראייה לדבר מהגמ' ס"פ האיש מקדש (הנ"ל), ועיין ט"ז חו"מ לד,יח שכתב דאף אם כבר ראה העדות, מותר לו ליטול שכר טירחת ההליכה לומר העדות בפני בי"ד:

"משמע אם כבר ראה אין ליטול שכר על הליכה להגיד העדות. ונ"ל דהיינו בדבר שאין לו טירחא, אבל במקום שיש לו טירחא, יכול ליטול שכר על ההליכה. וראיה דאמרינן סוף פרק האיש מקדש (קדושין נח,ב), הנוטל שכר להזות מי חטאת דההזאה פסולה, ואמרינן שם דמכל מקום שכר ההבאה ממקום למקום ושכר מילוי המים שרי ליטול, דלא רמיא עליה האי טירחא, ובהדיא מדמה לה התם נוטל שכר לדון ולהעיד לנוטל שכר הזאה, משום הכי יכולים ליטול שכר טירחת ההליכה, ואין זה בכלל מה אני בחנם."

וכן נמצא בתש' הרדב"ז (ח"ג סי' תקז) לענין מי שקדש בפני שני עדים שנטלו שכר, דהאשה מקודשת, דהא דתנן הנוטל שכר להעיד עדותיו בטלים, איירי במי שהיה

יודע לו עדות ונוטל שכר כדי לבוא ולהעיד שרוצה לכבוש עדותו, וקעבר על אם לא יגיד ונשא עונו, ודמייא ממש למי שנוטל שכר לדון שיודע הדין ואינו רוצה לדון להם אלא בשכר, וכיון דמחוייב מהתורה לבוא ולהגיד ואינו מגיד אלא בשכר, עדותו בטלה. אבל מי שאינו יודע לו עדות ואומר לו תבוא עמי להיות עד בדבר זה, אינו מחוייב בדבר, ולפיכך אם נטל שכר כדי לראות הדבר כדי להיות עד שרי. והן הן דברי הרשב"א הנ"ל.

וכן נמצא במחנה אפרים (שכירות פועלים סי' ח) בשם רבינו שמחה הכהן, דמה שהתיר הרשב"א אינו אלא שכר הליכה שהולך להיות עד, דנוטל שכר טרחה ותו לא, אבל שכר עדות עצמה שאומר בבי"ד, אסור לו ליטול שכר בעבורה. והביא ראיה מכתובות קה"א, דקאמר שם לא רצו מוסיפין להם שכר, אטו ברשיעי עסקינן, ופירש"י, ברשיעי שנוטלין שכר כדי להיות דיין. והוא הדין נמי אם נוטל שכר כדי להיות עד, ואף שאינו מחוייב להיות עד, דאותם החכמים גם כן לא היו מחוייבים להיות דיינים קבועים, ובכל אופן אסור להם ליטול שכר על עצם הגדת העדות. והמחנה אפרים כתב לחלק בין עדות לדיינים, דגבי עדות בשעה שנעשה עד לא עשה שום מצוה שיהא אסור לו לקבל עליה שכר, משא"כ בדיינות, דאפילו אם אינו מחוייב להיות דיין, ברגע שנהיה דיין אסור לו לקחת שכר על הדין, משום דהוראה גופיה מצוה היא. ואף דבעושה מצוה שאינו מחוייב בה יכול לקחת שכר אף על המצוה, כמ"ש הטור חו"מ סי' רסו, שכר לימוד והוראה שאני, משום דכתיב ראה למדתי אתכם מה אני בחנם אף אתם בחנם. ולכן ס"ל דעד יכול לקחת שכר אף על ההגדה, אם לא היה מחוייב לראות, והלך וראה, והרי זה כמצוה שלא היה מחוייב בה, משא"כ דין והוראה, שאסור אף באינו מחוייב.

ולחילוקן של רבינו שמחה, אתי שפיר מה שיש להקשות על פסק השו"ע אהע"ז קל, כא: "לא יטלו עדי הגט שכר יותר מכדי שכר בטלה דמוכחת". ושם הרי אינם מחוייבים להעיד, ולשיטת הרשב"א בתש' הנ"ל, היה מותר להם לקחת שכר. אמנם לחילוקן של ר"ש הכהן י"ל, דכיון שעצם החתימה הינה הגדת העדות, על זה אסור להם ליטול שכר, משא"כ על שכר הטרחה לבוא למקום. אמנם למש"כ המחנ"א צ"ע, מדוע יהיה אסור להם ליטול שכר על חתימת הגט.

ועיין בשער המשפט ט, ג, שהסתפק בקבלו דיין קרוב או פסול לדון, אם מותר לו ליטול שכר, כיון שאינו מחוייב לדון. וכן הסתפק בענין עד קרוב או פסול שקבלוהו עליהם בעלי הדין, אם מותר לו ליטול שכר, כיון שאינו מחוייב, ואינו בכלל מה אני בחינם. וכתב דאף שמסתבר שיוכל ליטול שכר, לכאורה מהגמ' כתובות קה"א, מדלא תירצה שנטל שכר בקבלוהו לדון יחידי, מוכח לכאורה דאף באינו מחוייב לדון

אסור ליטול שכר, ונשאר בצ"ע לדינא. ובאמרי בינה (דיינים סי' טז) חלק על שעהמ"ש, דאטו אם יש בעיר ב"ד קבוע ובא לדון בפני אחר, דיכול למנוע עצמו מלדון ביניהם, יהיה רשאי ליטול שכר. אלא כיון דמסכים לדון ביניהם, עובר שמלמד חקים ומשפטים בשכר, כשצריך ללמד בחנם. וא"כ הוא הדין קרוב או פסול, כיון דעכ"פ דן ביניהם, אף שאינו מחויב בדבר ויכול לסלק עצמו מלדון, מ"מ כשדן ביניהם דין תורה צריך לדון בחנם, ואם דן בשכר דינו בטל מטעם קנס כמו כל דין הדן בשכר דדינו בטל.

והנה הרע"ב בפירוש המשנה בכורות ד,ו כתב: "וברבני אשכנז ראיתי שערוריה בדבר זה, שלא יבוש הרב הנסמך ראש ישיבה ליטול עשרה זהובים כדי להיות חצי שעה על כתיבת ונתינת גט אחד, והעדים החותמים על הגט שני זהובים או זהוב לכל הפחות לכל אחד, ואין זה הרב בעיני אלא גולן ואנס, לפי שהוא יודע שאין נותנים בעירו גט שלא ברשותו, ונותן הגט בעל כרחו צריך שיתן לו כל חפצו. וחושש אני לגט זה שהוא פסול, דהא תנן במתניתין הנוטל שכר לדון, דינו בטלין. להעיד, עדותו בטלה". והמחבר בשו"ע אהע"ז סדר הגט סע' ד, הביא את דברי הרע"ב. וכתב עליו הרמ"א: "ולא נהגו כמותו. גם טעמו אינו כלום, כי הוא מדמה דבר זה למה שאמרו הנוטל שכר לדון דינו בטלין. ואינו ראייה, כי סדור הגט אינו דין אלא למוד בעלמא". ובתוס' יו"ט על המשנה בבכורות שם כתב, דעל העדים מעיקרא לאו קושיא. מכח דברי הרשב"א בתש' שלא אמרו הנוטל שכר להעיד עדותו בטלה אלא בעדים שנעשו עדים כבר שהם מצווים להעיד. ולא רצו להעיד עד שנטלו שכר. אולם מי שאינו מחויב להעיד ונוטל שכר לילך ולהיות עד, מותר לקבל שכר. וס"ל לתוס' יו"ט דאף לענין דיינים יש לומר כן, שלא אמרו אלא בבאו לפניו לדין. אבל כשקובעין אותו להיות קבוע לדון. זה אינו בכלל המצוה. שכשאינו קבוע. היום יבואו לפניו ולמחר לפני אחר. ולפיכך כשנקבע, רשאי להתנות בתחלת קביעתו ליטול שכר על כך ועל כך. וזה כדברי הרדב"ז הנ"ל.

ועיין עוד בתש' הרדב"ז (ח"ב סי' תרכב) שדן בענין מנהג שנהגו במצרים, שהסופרים נוטלים על כתיבת הכתובה לפעמים פרח זהב ויותר, ועל כתיבת הגט יב' מאידי, אם יש בזה חשש של הנוטל שכר לדון והנוטל שכר להעיד. והשיב הרדב"ז שמנהג זה נשאר מזמן הנגידים, מחוקי הנגידות שהיו נותנים לו הצבור לצורך פרנסתו, מאחר והוא יושב ובטל לדון דיניהם ולעמוד לפני המלך והשרים, והיה מכה ומייסר וחובש בהורמנותא דמלכא כעין ריש גלותא, והיה מצוה לסופר ולעדים לכתוב כתובות וגטין, ונותן להם שכר טרחם כפי שיראה לו, אף שהיה יותר משכר בטלה, דכיון שהיו פנויים תמיד לזה וכיוצא בו, ע"מ כן קבלו אותם הצבור עליהם כההיא דנאמן עלי אבא נאמן עלי אביך, והשאר היה נוטל אותו הנגיד עם שאר חוקי המזונות ואין בזה שום חשש. גם שלא היה יותר מכדי בטלה. וסמך הרדב"ז על שני טעמים, כי כתיבת

הכתובה והגט צריך אומנות, והסופר נוטל חלק גדול והשאר לעדים, והוא קרוב לשכר בטלה. וכן שעל מנת כן קבלום עליהם הצבור, כיון שהם פנויים תמיד ומוכנים לזה. ואם לא יהיה על דרך זה אסור לקחת יותר מכדי שכר בטלה, לא דיין ולא רב ולא עדים, ואם עברו ולקחו אין דיניהם דין ולא עדותם עדות. ולפ"ז אם מדובר בקרוב לשכר בטלה, אין לפסול עדותם. וכן מה שהקהל מסכימים לכך, הוי כקבלו עליהם על אף פסולם.

ועיין בחדושי הרי"מ (חור"מ לד, יט) שהקשה, מדוע צריכים לטעמים להכשיר לעדי הגט לקחת שכר, כמבואר בשו"ע והרמ"א אהע"ז סו"ס קל, תיפוק ליה ממש"כ הרשב"א, שנוטלים שכר לבוא ולראות, שמה שאסור ליטול שכר הוא בעבור הגדת עדות שכבר ראו. וכתב לישב, דכיון דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, הרי בחתימתם הם גם עושים ציווי הבעל ובאו לחתום, וגם אומרים בבי"ד, וע"כ הוי שכר גם על ההגדה, שזה בעצם החתימה כהגדה בבי"ד.

ולכאורה למש"כ לעיל שפסול הנוטל שכר אינו פסול הגוף אלא קנס, צ"ע אם מהני קבלו קרוב או פסול, דמהני קבלה כאשר נפסל בפסול הגוף, דעל אף פסולו מקבל עליו. אבל כשהחכמים גזרו על גוף העדות, לכאורה לא מהני קבלה. אך מהרדב"ז רואים דמהני קבלה אף בקנס שקנסו לפסול העדות, דלא פסלו אלא בסתמא ולא בקבלו עליהם, דבזה חכמים לא קנסו. ועיין גם בחדושי הרי"מ (חור"מ לד, יז) שמדבריו עולה דמהני קבלה בנוטל שכר. אך אפשר דדבריו מתיחסים לנוטל שכר שיש לפסלו מדין נוגע, ולא מדין קנס, אך מהמשך דבריו משמע שבכל ענין מהני קבלה. ועי"ש מה שתירץ על האופנים מדוע לא הוי כקבלוהו בע"ד כקרוב או פסול. ולכאורה י"ל, דזה גופה קנס חכמים לפסלו ושלא תועיל קבלתו, כיון שאינה פסול הגוף אלא פסול העדות, ומה דמהני קבלוהו, הוא בעדים הפסולים בעצמם, אבל כשחכמים קנסו שגוף העדות בטלה, לא מהני קבלה.

וכל זה בלוקחים מבע"ד עצמם, אבל בלוקחים מקופת הקהל, יש להתיר למש"כ התוס' בכתובות קה, א (ד"ה גוזרי), בענין גוזרי גזירות שבירושלים, שהיו נוטלין שכון מתרומת הלשכה; "אומר ר"ת, משום דלא אסור אלא מבעלי דינים, אבל הכא משל צבור. ורבי מפרש דהכא לאו בתורת שכר היו נוטלין, אלא הכא כל שעה היו יושבין בדין ולא היו עוסקין בשום מלאכה, ולא היה להם במה להתפרנס והיה מוטל על הצבור לפרנסן, אבל קרנא אקראי בעלמא היה יושב ולא היה לו ליטול שכר". ומבואר דלתרוץ ר"ת מקופת הציבור אין איסור ליטול שכר, ולתרוץ השני, דוקא כשהם בטלים באותה שעה מכל מלאכה, ומקבלים שכר כדי להיות פנויים לדין. ומ"מ גם לתרוץ השני בתוס', דוקא מקופת הקהל שרי כשנותן לו שכר להיות בטל ומזומן, ולא מבע"ד,

אא"כ שכר בטלה מוכחת, שיש לו מלאכה שהוא מתבטל ממנה, משא"כ מקופת הקהל יכול לקחת להיות בטל ומזומן, אף אם אין לו מלאכה שהוא בטל ממנה. ועיין בתש"ב"ח (הישנות סי' נא ד"ה הרביעי).

ולאמור לעיל יש לכאורה להכשיר עדות רב מסדר הקדושין שהיה גם עד, ונטל כסף עבור הסדור חופו"ק. דמה שנטל שכר, אינו עבור העדות אלא עבור הסדור חופו"ק, וסדור חופו"ק ודאי אינו דין, דבשלמא לענין גט יש צד לומר שהוא דין (עיין נודע ביהודה, תנינא, חאה"ע"ז סי' קיד, ופת"ש סדר הגט ס"ק ח), אולם סדור חופו"ק ודאי אינו דין אלא לימוד בעלמא וכמש"כ הרמ"א. וגם מה שנטל הוא עבור הטרחה והזמן להגיע למקום, ואינו נוטל שכר על עצם העדות, ולכן לאמור לעיל יש להכשיר עדותו. ומטעם זה יש להכשיר גם עדות השמש, שנטל שכר על טרחתו לבוא ולראות את מעשה הקדושין.

ג. נוגע וחשש משקר

הגט פשוט (קכ"ט) הביא קושית מהריב"ל, מדוע נפסל עד נוטל שכר מטעם מה אני בחינם, מדוע אין לחשוש שיעיד שקר כדי להרויח שכרו. וכתב מהריב"ל בתרוץ ראשון, דחשש נוגע דוקא בנטל שכר מאחד, אבל בנוטל משניהם אין חשש נוגע, ונפסל מטעם מה אני בחינם. ובג"פ הקשה, דאפי' נוטל משניהם בשוה, נחוש דאינו יודע באותה עדות כלל, לא חיוב ולא פטור, ומעיד באותה עדות כאשר ידמה בלבבו, להרויח השכר שנטל משניהם. וכתב דלכן העלה מהריב"ל דאין לפסול נוגע אלא כשיש לו נגיעה מגוף העדות, ומשום חשש שיעיד שקר בשביל שכרו, אינו בכלל פסול נוגע. ובתרוץ שני כתב מהריב"ל, דאם נוטל שכר בטלה מוכחת, שרי ליטול שכר, ואם נוטל שכר טרחה, אך לא שכר גבוה מדי, אף שאין בטלה מוכחת, בזה יש לפסול מדין מה אני בחינם, ואם נוטל שכר הרבה, בזה יש לפסול מדין נוגע.

ובנתיבות לד' כתב דדין מה אני בחינם הוא אפי' בנוטל שכר בשוה משניהם, דקנסו חכמים מקרא דמה אני בחינם, ולכן במקום שלא קנסו, כמו בנידון הרשב"א שנוטל שכר בשביל הליכתו, יכול ליטול משניהם בשוה, אבל בנוטל מאחד, יש בו פסול של נוגע. ודן שם אם מהני מה שיחזיר השכר קודם הגדת העדות, דכל שהוא פסול מטעם נוגע, אפילו החזיר השכר אחר שהעיד, פסול כמבואר ברמ"א חו"מ לג"ב, משא"כ כשאינו פסול רק מטעם קנס, מהני כשהחזיר השכר אפילו לא העיד מחדש. ובענין מה שהקשה הג"פ, דהוי נוגע דאפשר שאינו יודע להעיד כלל, וכשיאמר שאינו יודע יצטרך להחזיר השכר. דלא קשה, כיון ששני הבעלי דינים מודים שהעד היה אצל המעשה, לא חיישינן בשכחה בזמן קרוב שאינו ראוי לשבח, עיי"ש. ומ"מ מוכח

דבנוטל שכר להעיד יש פסול של נוגע, ורק מפני שנטל משני בעלי הדין, אין מציאות של נוגע, אבל בנוטל מאחד מהם, יש לפסלו מהתורה מדין נוגע. וצ"ל דמה שמתנים עם העדים שאם יקלקלו ישלמו וכו', כמבואר בשו"ע אהע"ז סו"ס קל, מהני רק אם נוטל שכר משניהם, מהבעל ומהאשה בשוה, באופן שאינו נוגע, ויש רק חשש של מה אני בחינם. או נוטלים מקופת הקהל, לתרוץ השני של התוס' דשרי ליטול רק אם בטלים ומזומנים, ורמ"א מיירי גם באינם בטלים ומזומנים, ולכן מותר ליטול שכר היכא דמתנים שישלמו אם יקלקלו.

ובקצוה"ח לד, כתב דנוטל שכר כשר להעיד מן התורה, והביא ראיה מכתובות מו,א, גבי מוציא שם רע, דר' יהודה אומר דאינו חייב עד שישכור עדים, וכתב בתריה, ואם אמת היה הדבר והוציאו את הנערה וסקלוה, ואיך סקלוה, והרי נטלו שכר להעיד. אלא כיון שאין הזמה, ואע"פ ששכרו בממון, עדותם כשרה מהתורה. (ועיין בתש' זקן אהרן ח"ב סי' קלא ד"ה ומכל זה, מה שדחה את ראית קצוה"ח, דחייב הבעל המוציא שם רע הוא באופן שהוסיף רשעה על רשעתו, אבל סיפא דקרא ואם אמת ונכון הדבר, מיירי בלא שכרן). ומה שנוגע פסול מן התורה הוא מתורת קרוב, ומה שנאמן לחוב, אף שקרוב אינו נאמן לחוב, הוא מתורת חיוב ומתנה. ועיי"ש באריכות במחלוקת מהריב"ל וקצוה"ח אם הודאת בעל דין היא מתורת התחייבות כמהריב"ל, או מגזירת הכתוב, כמש"כ בקצוה"ח. ומ"מ לקצוה"ח נראה דכל שאין לו נגיעה לגוף העדות, אין בו פסול נוגע, ורק אם היה פסול מחשש משקר, היינו אומרים דבנוטל שכר יש חשש משקר. אולם כיון שהפסול אינו מחשש משקר, אם אינו נוגע בגוף העדות, אין לו דין נוגע וקרוב. ולכן בנוטל שכר להעיד, הוצרכו חכמים לקנס, ומטעם מה אני בחינם.

אולם בשואל ומשיב (חמישאה סי' ה) כתב דאה"נ פסול נוטל שכר להעיד הוא מדין נוגע וחשש משקר, והתנא במשנה כלל את הנוטל שכר להעיד עם הפסולים האחרים, מפני ששייך בו גם הטעם של מה אני בחינם, אבל אה"נ פסולו מדין נוגע וחשש משקר. וכתב השו"מ, דמש"כ הרשב"א להכשיר בנוטל שכר כדי לראות, דוקא בשני עדים שאין בהם חשש משקר, משא"כ בעד אחד דחוששים שמא משקר, עיי"ש.

ועיין בתש' הגר"ש אייגר (חאהע"ז סי' יז) בתחילתו, שכתב לישב דאה"נ דנוטל שכר להעיד פסולו מדין נוגע, אך מנין שכל עדויות אחרות, שלא ידעין שנטל עליהם שכר – בטלות. ולזה אמרינן שקנסו לכל העדויות, אבל בעדות שעליה נטל שכר, יש לפסלו מדין נוגע. אך הקשה, דגם אותה עדות בטלה מדין קנס. וכתב לחלק בין נוטל יותר משכרו הראוי לו, דבזה פסול מדין נוגע, משא"כ שכר הראוי לו, דקנסו חכמים מטעם מה אני בחינם. ועיין עוד מש"כ שם בסי' כא בתחילתו.

לאמור לעיל נראה דאפשר לקבל את עדות הרב המסדר חופו"ק בענין כשרות הקדושין, שהרי לא נטל שכרו כדי להעיד אלא לסדר חופו"ק, וכיון שלא מצא עדים כשרים, הלך והיה לעד, אבל את השכר קבל עבור סדור חופו"ק. וגם אם קבל שכר עבור העדות, הרי קבל עבור הטרחה לבוא ולראות וכמש"כ הרשב"א, ואין נותנים השכר כדי שיבוא ויעיד בבי"ד, שהוא דבר לא שכיח כלל. לכן אינו בכלל הקנס שקנסו חכמים בנוטל שכר להעיד. וכן יש להכשיר את עדות השמש, שמקבל שכרו בעבור הטרחה לבוא ולראות את מעשה הקדושין.

ובענין מי שמעיד על ברור שמות בזמן הגט, כיון שאינה אלא הכרה וגילוי מילתא ואינה עדות כלל, וכשרה אף בעדים פסולים, אינה בכלל החיוב דאם לא יגיד ונשא עונו, ואינה במצוות הגדת העדות, וע"כ מותר לעד לקחת שכר עבור עדות זו, ואין לחוש בזה לשקר או נגיעה.

סימן ט

פרשנות בהסכם ממון בין בני זוג

ראשי פרקים

א. יד בעל השובר על העליונה או על התחתונה

ב. בחיוב ברור

ג. ספק במחילה

ד. סילוק מכתובה

בהסכם ממון שלפני נישואין, שקיבל תוקף של פס"ד מהרב רושם נישואין, נכתב ש"אין לצדדים ולא יהיו כל תביעות זע"ז כולל תביעות של פיצוי מכל סוג שהוא, בכפוף לסדור הגט וקיום סעיפי ההסכם". וענין הכתובה לא נזכר להדיא בהסכם, שהאשה מוחלת על חיוב כתובה. לאחר כמה שנים הצדדים בקשו להתגרש ע"פ הסכם הממון. הצדדים לא הזכירו את ענין הכתובה, וגם בית הדין (לפחות לפי הפרוטוקול) לא שאל בענין הכתובה. ולאחר כחודש באה האשה ותבעה כתובתה בטענה שלא ויתרה על הכתובה, וכל המחילה היתה על טענות של פיצוי או תביעות נזיקין בבית משפט וכד', אך לא לענין הכתובה. והשאלה שעלתה האם בסע' האמור בהסכם הממון, יש בו משום סילוק מתביעה גם לענין הכתובה.

א. יד בעל השובר על העליונה או על התחתונה

דין יד בעל השטר על התחתונה, מופיע בכ"מ בש"ס, ובהם בפרק ג"פ לענין סלעים דינרים (קסה, ב – קסו, א) ובהמשך, ור"פ האשה שנפלו, ועוד. ובמשנה ב"ב קסה, ב, תנן: כתוב בו זוזין מאה דאינון סלעין עשרין, אין לו אלא עשרין. זוזין מאה דאינון תלתין סלעין אין לו אלא מנה. ובגמ' שם קסו, א בדברי אב"י דיד בעל השטר על התחתונה. והרשב"ם במשנה, פירש וז"ל:

"כתוב בו בשטר מלוה זוזים מאה דאינון עשרים סלעים לזה פלוני מפלוני, ואע"פ שמאה זוזי הרי הן (בכלל) כה' סלעים, אין למלוה אלא (מנה) כ' זוזים, דיד בעל השטר על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה, ושמה כך פירש מאה זוזים גרועים וחסירים שאינן שוין אלא כ' סלעים. אין לו אלא מנה - מאה זוזים, שיש לפרש כך זוזים מאה דאינון תלתין, סלעים קלים שאינן שוין אלא כה' סלעים, דיד בעל השטר על התחתונה. הסלע ארבעה דינרין המנה כה' סלעים."

מדברי הרשב"ם עולה שיש כאן שני דינים שהם קשורים זב"ז: יד בעל השטר על התחתונה, והמוציא מחבירו עליו הראיה. ולכאורה צ"ב הכפילות, נימא המוציא מחבירו עליו הראיה, ולמה לנו לדין נוסף של יד בעל השטר על התחתונה, כיון שהוא הוא הדין של מוחזקות בממון. והקשר בין דין זה של יד בעל השטר על התחתונה למוחזקות ממון, נמצא בעוד מקומות בראשונים. כן הוא ברשב"א בסוגיא בדברי אביי (קסו,א): "יד בעל השטר על התחתונה, וכל המוציא מחבירו עליו להביא הראיה". וכן הוא ברשב"ם עצמו בהמשך הפרק לענין שדה שיש לי מכורה לך (ב"ב קעג,א), דאין כל שדותיו מכורים, דיד בעל השטר – הלוקח – על התחתונה; "דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דהיינו לוקח". וכן הוא בריטב"א שם לענין החילוק בין שטר בין שטרותי פרוע ללוקח שדה משדותיו: "כי הלוקח מוציא מחבירו ועליו הראיה, אבל הכא בע"ח הוא מוציא מחבירו, ולפיכך יד בעל השובר על העליונה". וכך מצאנו בדברי רש"י במנחות קטא, לענין המוכר בית מביתו, ונפל אחד הבתים, דמראהו נפול, דיד בעל השטר על התחתונה. ופירש רש"י; "כגון האי לוקח שבא בשטר מכירה, ידו על התחתונה דהוי מוציא מחבירו עליו הראיה, שהמוכר מוחזק בביתם, הלכך ראיה על הלוקח". וכן הוא ברב המגיד בהל' מכירה כת"א, ובהל' מלוה ולוה טז,יב. עצם ההקשר בין שני הדינים לכאורה מובן, אך מדוע יש צורך בדין נוסף, דכיון דקיי"ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה דאזלינן בתר מוחזקות הממון, א"כ למה לנו לדין נוסף של יד בעל השטר על התחתונה. גם לפ"ז דין יד בעל השטר על התחתונה הוא כשהשטר בא להוציא, אבל בשובר, ידו על העליונה.

ובפשטות ומקופיא היה נראה דאין דין המוציא מחבירו האמור ביד בעל השטר על התחתונה, נובע ממוחזקות הממון, אלא הוא דין בדיני השטרות, שמי שמביא ראיה בשטר, הראיה צריכה להיות ברורה, וכשאין הראיה שבשטר ברורה, יד המוציא שטר שהביאו כראיה על התחתונה, דהמוציא ראיה על חבירו, עליו הראיה לבררה. דהנה שטר לכשעצמו הוא חידוש שבאמצעותו אפשר להוציא ממון, שהרי ע"פ שנים עדים יקום דבר, אלא דעדים החתומים על השטר, מהתורה נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, כמבואר בגיטין ג,א, וכן בכתובות יח,ב. וברש"י בגיטין מבואר שהוא מכח החזקה של לא חציף איניש לזיופיה. (ועיין רשב"ם קעא, ד"ה אין צריך, דלא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזויפים, והיינו חזקת כשרות של ישראל). דענין השטר בנוי על חזקה, ומכח החזקה יכול להוציא ממון. ועיין בפני יהושע על דברי רש"י בגיטין שם, דאף שלכאורה חזקה מכח רוב ואין מוציאים ממון ברוב, דרק רוב אינשי לא חציפי לזיופי, מ"מ מטעם מילתא דעבידא לאגלויי, והוי כמו בירור הראיה. וכן הוא בנתיבות מוה, דעיקר הטעם דאין צריך קיום מדאורייתא הוא משום דהוא מילתא דעבידא לגלויי ומירתת לזייף. והגרא"ו בקובץ שעורים (ב"ב תקצ) כתב, דאין לומר

דכל השטר הוא כאנן סהדי ולא כעדות, דכך הוא דין השטר שלא נחוש שמא מזויף הוא אלא נסמוך על החזקה של חציף איניש, וממילא כח השטר הוא כעדים ממש. ולכאורה זו גזה"כ. (וע"ע בקונטרס שעורים לגר"י גוסטמן ב"ב ז,ו שכתב לבאר במחלוקת הריב"ם ור"י בתוס' ב"ב ה,ב ד"ה מי, דדעת הריב"ם דלעדים החתומים על השטר יש כח כמו עדים, ור"י ס"ל דכח עדים לחוד וכח שטר לחוד). ויש עוד להאריך בחידוש ענין השטר. ומ"מ כשמוציא אדם שטר על חבירו, בין אם השטר בא להוציא ממון, ובין אם השטר בא לסתור שטר הלואה, כגון שמוציא שובר, הרי שמדין הלכות שטרות, השטר יחשב כעדות בהיותו ברור, וכאשר מוציא על חבירו שטר מסופק, ידו על התחתונה, כיון שמוציא השטר רוצה להוציא מחבירו, בין אם רוצה להוציא ממון ובין אם רוצה לסתור ולהוציא שטר אחר מחזקתו (להוציא שטר הלואה מחזקתו), ולכן המוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה, שאנו דנים על השטר הלא ברור לענין זה כמאן דליתא, וכביכול אין כאן שטר. ואינו מדין חזקת ממון אלא דין בהלכות עדות ושטרות. כך לכאורה היה נראה לבאר את הקשר בין דין יד בעל השטר לדין המוציא מחבירו, שאינו כדין המוציא מחבירו שבחזקת ממון. ומעיקרא סברתי שאף דברי הרמב"ם מטין לכך, וז"ל הרמב"ם בהל' מלוה ולוה כז,טז:

"שטר שכתוב בו אסתירא מאה מעי, או שכתוב בו מאה מעי אסתירא, הלך אחר פחות שבלשונות ואינו נוטל אלא אסתירא אחת, שיד בעל השטר על התחתונה, מפני שהוא המוציא מחבירו ואינו מוציא אלא בדבר שאין בו ספק, לפיכך כל שטר שיש בו משמע שתי לשונות שמא כך או שמא כך אינו נוטל אלא הפחות שבשתייהן, ואם תפס בעליונה, אין מוציאין מידו אלא בראיה ברורה."

ובפשטות דברי הרמב"ם נראה היה לומר שדין המוציא מחבירו הנזכר, הוא דין בדיני הראיות, שהראיה המובאת צריכה להיות ברורה, ורק בהיותה ברורה תחשב כראיה, ואין נפק"מ אם להוציא ממון או להחזיק, אלא כל שבא להוציא בשטר, הראיה שמביא בשטר צריכה להיות ברורה. ומש"כ הרמב"ם דאם תפס אין מוציאין ממנו אלא בראיה ברורה (ועיין ברב המגיד אם מיירי בתפס בעדים), היינו שאחרי שתפס כבר אין דנים על השטר, רק כשבאים להוציא מהתופס, הם אלה המביאים את השטר כראיה להוציא מהתופס, ועליהם חובת בירור הראיה. והרמב"ם בהל' מלוה ולוה טז,יב, כתב וז"ל:

"האומר לבניו שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע איזה הוא שטרותיו כולן פרועין, נמצא לאחד שם שני שטרות, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע."

אמר לחבירו שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע, חוב לך בידי פרוע כל שטרות שיש לו עליו כולן פרועין."

וברב המגיד למד מדברי הרמב"ם וטעמם, דיד בעל השובר על העליונה; "ומכאן שיד בעל שובר על העליונה ושל בעל השטר על התחתונה, והטעם לפי שהשטר בא להוציא והמוציא עליו הראיה והשובר בא להפטר". ואפשר שאין כוונת המגיד דיד בעל השובר על העליונה מכח החזקת ממון. אלא כיון שבעל השטר בא להוציא בשטרו, והוא עצמו פגם שטרו באמרו שיש פרעון באחד השטרות, הרי שפגם בעצם הראיה שמכחה רוצה להוציא את החוב, ולכן יד בעל השטר על התחתונה, דהוא זה שבא כעת עם שטר מסופק כראיה, וידו על התחתונה. ולכן אפשר דלא ס"ל לרמב"ם שבכל ענין יד בעל השובר על העליונה, ורק באופן שבעל השטר עצמו פגם בהודאתו בשטר ההלואה, בזה ידו על התחתונה מכח הודאתו. ועדיין אינו מתורת המוחזק אלא בדיני ברור הראיה. (ועין להלן מה שהבאתי מהשואל ומשיב מהדור"ד ח"ב סי' רכ).

והראשונים נחלקו בדין שובר אם אמרין יד בעל השובר על העליונה, או לא. הריטב"א ב"ב קסה, הביא דעת הר"מ דיד בעל השובר על העליונה, וחלק עליו, וז"ל הריטב"א:

"ושובר שיצא והיה כתוב בו שנתפרע ממנו דינרין, יש אומרים דגבי שובר נידון הלשון על העליונה בכל ספקותיו והמע"ה, ודיינין הכא דטובא קאמר, ולזה היה [נוטה] דעת הר"ם. אבל לא נתחוויר לי, אלא אף בשובר שבא לבטל השטר הברור ידו על התחתונה, ומיעוט רבים שנים וכדדיינין למיעוט סלעים. ומיהו בשאר ספיקות שיש בלשון שובר לא נתחוויר לי אם דנין אותם ויד בעל השובר על התחתונה, או אם נאמר המע"ה, ולכאורה היה נראה שהמע"ה כדברי הר"ם."

(ועיין גם בנימוק"י ב"ב עו, בעמוה"ר שהביא דעת הרא"ה שבשובר ידו על העליונה; "אע"פ שאינו נראה בעיני הריטב"א ז"ל תלמידו"). ומה שחלק הריטב"א על הר"מ, דכיון שבא לבטל השטר הברור, ידו על התחתונה, י"ל דיד בעל מוציא השטר על התחתונה, הכוונה שמי שבא לזכות מכח השטר, הן לזכות בממון או לבטל כח השטר שיש לשכנגדו, עליו להביא ראיה ברורה שבשטר, ואם הראיה שבשטר אינה ברורה, אין בידו ראיה. ובהמשך בדף קעג, הביא הריטב"א את הר"מ ולא חלק עליו, וז"ל:

"שאני התם דיד בעל השטר על התחתונה. פי', כי הלוקח מוציא מחבירו ועליו הראיה, אבל הכא בע"ח הוא מוציא מחבירו ולפיכך יד בעל השובר על

העליונה. ומכאן היה אומר הר"ם דהוא הדין לכל לשון מסופק שיש בו בשובר ידי בעל החוב על התחתונה ולא בעל השובר. ומיהו באומר שטרות שיש לך עלי פרועין, י"ל שזה אינו לשון מסופק, דמיעוט שטרות שנים וכדאמרינן (ב"מ ד,ב) גבי סלעים דיגרים. ומורי היה אומר שאף בזה לשון בני אדם לומר לשון זה על שטרות הרבה, וכיון דכן כולן פרועין כי יד בעל החוב על התחתונה."

ומ"מ בסברת הריטב"א שבשובר אמרינן דידו על התחתונה כבשטר, י"ל כמש"כ, דכיון שהוא בא מכח השובר להביא ראייה לסתור כח יד בעל השטר הברור, על בעל השובר לברר ראיתו. ולכאורה כן היא הסברא, דכיון שהשובר הוא פרעון החוב, ומול החוב הברור, הו"ל פרעון בספק, והו"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב, ומהיכי תיתי יוכל להסתלק מחיובו לחוב ע"י פרעון מסופק.

וכדברים אלה נמצא גם בדברי רש"י והריטב"א בכתובות ר"פ האשה שנפלו (פג,ב). דהנה על הא דתנן שם 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. הקשתה הגמ', תימא ליה מכל מילי סליקת נפשך. ותירצה הגמ'. אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה. ורב אשי תירץ, בנכסיך ולא בפירותיהן, בנכסיך ולא לאחר מיתה. ורש"י פירש בדברי אביי שיד בעל השטר על התחתונה, 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."

מפירוש רש"י מבואר ששטר הסילוק שביד האשה הוא כעין שובר על החיובים שחייבת לו מכח הנישואין, וכשיש חיוב ברור וכנגדו שובר מסופק, יד בעל השובר על התחתונה. כן נראה לברר ולבאר דברי רש"י באריכות דבריו. דרש"י יכל להפנות לגמ' בפרק ג"פ, שבכל ענינים יד בעל השטר על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה, והאריכות לכאורה למותר. אלא שרש"י בא לבאר שכאן יד בעל השובר על התחתונה, דהוא בא לסלק חיוב ברור עם שטר מסופק, וידו על התחתונה, דבא להוציא מחיוב ברור. וכך מצאתי בדברי הט"ז אהע"ז צב,א שכתב בבאור דברי רש"י, וז"ל:

"דטעמא דאמרינן בכל מקום יד בעל השטר על התחתונה, הוא מטעם כיון דהוא בא להוציא בשטר שבידו, ע"כ ידו על התחתונה. משא"כ כאן הבעל בא להוציא מהאשה, הוא רוצה להחזיק בשלה, ודאי יד הבעל המוציא על התחתונה. וזה ודאי סברת רב אשי דלא מתרץ כאביי. וע"כ תיקן רש"י לאביי דהבעל לא נקרא כאן מוציא, כיון שיש לו הכל בתקנת חכמים מקרי הוא מוחזק, והאשה שבאה להוציא מתקנת חכמים בכח השטר סילוק שבידה, אמרינן ידה על התחתונה."

דכשהחזיק בתקנת חכמים, הרי יש כאן חיוב ברור, והבא לפטור מכח השטר עליו הראיה (ועיין להלן מש"כ הישועות יעקב אהע"ז צב,א). ושם בתוס' (ד"ה רב אשי) כתב דרב אשי לא ס"ל דיד בעל השטר על התחתונה (ועיין בהגהות הב"ח מש"כ בזה). והריטב"א כתב דגם רב אשי ס"ל דיד בעל השטר על התחתונה, אלא שאין צריך לומר שיש כאן לשון מסופק ולכן יד בעל השטר על התחתונה, אלא דקדוק הלשון מורה דלא מכל מילי סילק עצמו. ואף שאפשר לדקדק גם באופן המורחב, בזה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, דאין לך אלא לדקדק בלשון כל מה שתוכל להרע כחו, ומשום דיד בעל השטר על התחתונה. "ובין אביי ובין רב אשי תרוייהו סבירא להו דאמרינן בהא יד בעל השטר על התחתונה אלא דמר אתי עלה מחד טעמא ומר מטעמא אחרינא". והביא הריטב"א את דעת הסוברים דרב אשי אינו סובר דיד בעל השטר על התחתונה; "דבכל דבר שהוא של שובר או של מחילה לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא יד בעל החוב שבא להוציא ממון מחבירו עליו הראיה, וכדאמרינן בפרק גט פשוט (קעג,א) אמר רבא שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע".

עוד ראיה דיד בעל השובר על העליונה, מב"ב קעא,ב בהא דאמר להו רב ספרא לספרי שאינם יודעים זמן השטר, שיכתבו סתמא, כלומר שנתפרע מחוב שהוא מסך פלוני, דכל אימת דנפיק מרע ליה, וא"כ כשמוציא שובר זה מסך ידוע ובעל שטר החוב אומר סטראי ניהו, אין אומרים יד בעל השובר על התחתונה אלא אומרים יד בעל החוב על התחתונה לפי שבא להוציא מחבירו. ודחה הריטב"א הראיות הנזכרות, וז"ל:

"ומסתברא דמכל הני ליכא ראיה ברורה, דשאני התם שאין בלשון השובר שום ספק אלא לשונו ברור כפי הסך שתובעין ממנו, וכשאומר הלה סטראי ניהו עליו להביא ראיה שהרי סך השובר מתכוין יפה לסך שטר החוב שהוא מוציא. וכן בההיא דשטר לך בידי פרוע, שובר ברור הוא בלא שום ספק שאף שטר חוב של סך גדול שטר נקרא. וכן כשאומר חוב לך בידי

פרוע, על כל שטר שמוציא עליו נכללין בלשון ההוא. הלכך הבא לדחוק הלשון ולהעמידו בפרט מסויים עליו להביא ראיה. אבל כשיש בלשון השובר לשון סתום שסובל שתי משמעויות והרי הוא מסופק אם נמחל החוב בלשון ההוא, דכולי עלמא יד בעל השטר הוא על התחתונה ויד בעל החוב ההוא על העליונה כיון שחייבו ברור הוא, וכדאמר אביי הכא ורב אשי נמי מודה ליה, דלא מוקמינן פלוגתא בכדי בינייהו."

מבואר בריטב"א דבשטר בין שטרותי פרוע, אין כאן ספק, דהלשון כולל הכל. אבל בכל מקום שיש לשון מסופקת בשובר, כיון שכנגדה יש חוב ברור, ורוצה מוציא השובר להוציא את כח השטר חוב באמצעות השובר, על בעל השובר ראיה, אם ברצונו לבטל את החיוב הברור עם שטר/ שובר מסופק. [ובדעת התוס', עיין בפני יהושע כתובות פג,ב שכתב דכיון שהעמדנו למשנה בכותב לה ועודה ארוסה, שעדיין בשעת כתיבת השטר לא היה מוחזק בשום דבר אלא דעכשיו לאחר הנשואין רוצה לערער ולעכב על ידה והיא מוציאה השטר, איכא למימר דזה השטר הוא כמו שובר דאמרינן יד בעל השובר על העליונה. ויש בדברי הפני יהושע חידוש, דאזלינן בתר שעת כתיבת השובר, לבדוק מי מוחזק בשעת כתיבת השובר, ולא לפי המוחזקות כעת.]

ובישועות יעקב כתב בהסבר דברי רב אשי שתירץ בנכסייך ולא בפירותיהן וכו', ולא תירץ כאביי דיד בעל השטר על התחתונה, דיש לחלק אם החיוב כבר חל ונולד ספק על המחילה או פרעון, ויש ספק פרשנות בשובר, שבזה יד בעל השובר על התחתונה, כיון שיש חיוב ברור, ומנגדו שובר מסופק. אבל כשהספק בפרעון או במחילה נוצרו עוד קודם שעת החיוב, והשאלה אם בכלל נוצר החיוב, בזה יד בעל השובר על העליונה ויד בעל השטר על התחתונה, כיון שחייבו נולד מלכתחילה בספק. ולכן לענין שלא תמכור בנכסים, כיון דקיי"ל דאף ארוסה לא תמכור לכתחילה, א"כ זכות הבעל באי מכירת האשה נולד עוד בשעת הארוסין, קודם לידת השובר המסופק של דין ודברים אין לי בנכסייך וכו', ולכן לענין זה יד בעל השובר על התחתונה ויד הבעל – בעל השטר, על העליונה. ולפ"ז בנדו"ד שעשו הסכם ממון לפני הנישואין, וקבלו בקנין בין קדושין לנשואין מתחת לחופה, כנהוג וכמקובל כשרב רושם נישואין מאשר את הסכמי הממון, א"כ זכות האשה בכתובה נולדה עם השובר המסופק, ובזה אמרינן לכאורה דיד בעל השובר על העליונה, דהיינו הבעל, וידה על התחתונה, ופטור מלשלם.

ב. בחיוב ברור

ומכח דין הנ"ל ומהסוגיא, דן מהרי"ק בשורש ז בענין שותפים שחייב כ"א מהם ע"פ דין לתת סכום מסוים לפדיון שבויים, והוציא אחד השותפים (שהיה צריך ע"פ דין לשלם סכום רב, יותר משאר השותפים) שטר שבו הסכימו השותפים שכספי צדקה ישולמו ע"י השותפים בשוה, והשאלה אם פדיון שבויים הוא בכלל צדקה שעליה הסכימו השותפים שיתחלק שוה בשוה. והביא מהרי"ק ראייה מהסוגיא הנ"ל, דכל שמחויב מכח הדין ובא לפטור מכח השטר, חייב לשלם ויד בעל השובר על התחתונה, כיון שחייב מכח הדין. וברביב"ש סי' תד ובלח"מ מלוה ולוה טו,ג הקשו על מהרי"ק מהא דשובר שנכתב סתם פלוני פרע לפלוני, דמבטל כל שטר שיש לו עליו. וכן אם כתוב דינרים, מבטל כל שטר שיש לו עליו. ואף שבכתוב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך, שהוא כמו מחילה מזכות שיש לו בנכסים, אמרינן על האשה, שהיא הרוצה להוציא שטר המחילה, שהיא בעל השטר וידה על התחתונה, מפני שהבעל נקרא מוחזק בתקנת חכמים והיא שבאה להפקיע זכותו בשטר ידה על התחתונה, אבל בעל חוב אינו מוחזק, דלא קיימא לן כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי, עיי"ש.

ועיין בש"ך מב,יח שכתב לחלק בין נדון מהרי"ק לנדון ספק בשובר כשהחוב ברור, דבנדון מהרי"ק כיון דבלא השטר הוא חייב לשלם עבור פדיון השבויים לפי ממונו, ובא לפטור עצמו מכח השובר, ההסכם שעשו לפרוע צדקה שוה בשוה, אם כן מה יועיל לו תפיסתו הרי הוא חייב בודאי בלא שטר, ואיך יפקיע את עצמו מכח ספק שבשטר, אין ספק מוציא מידי ודאי. אבל כשהמלוה אומר שחייב לו בודאי, אם כן גם בלא שטר חייב לו לדברי המלוה, אפילו תפס בעדים לא מפקינן מיניה כיון שטוען ברי. וכן בשובר שהלוה אומר אפילו בלא שובר אינו חייב לו, אמרינן יד בעל השובר על העליונה כיון שהוא מוחזק. כלומר השאלה אם זה שבא לפטור עצמו עם השובר המסופק, מודה שללא השובר יש חוב, או שטוען שאין חוב, והשובר הוא המסייע לטענה או גוף הטענה. אם הוא המסייע, א"כ גם בלא השובר אין חוב, משא"כ כנידון פדיון שבויים שהשובר הוא גוף הטענה, ידו על התחתונה כשבא לטעון בכח שובר מסופק. ועיין בתומים מב,יא שהסכים לדינא למהרי"ק, אף דקיי"ל דיד בעל השובר על העליונה, דכיון שהקהל נקראים מוחזקים נגד הנתבע לשלם פדיון שבויים, דינו כדין הבעל עם האשה בזכויותיו, דפדיון שבויים הוא חוק מלכו של עולם, ולא יהיה חוק ומס מלך מלכי המלכים, קל ממס בשר ודם. וכיון שהקהל מוחזקים, אין הוא יכול לפטור עצמו בשובר המסופק. ובנתיבות מב,ח כתב ג"כ דאין ראייה ממהרי"ק, לפי מה שכתב הנתיבות בכללי תפיסה (כלל יא), דכל שבא לזכות

מכח הלשון ויש ספק בהלשון, אינו זוכה כלל, מה שאין כן בסי' מג שיש ספק במעשה אם השטר קודם או השובר קודם, מהני מטעם מוחזק.

והרמ"א בשו"ע חו"מ מב, ח הכריע דבשובר יד בעל השטר על העליונה, הואיל והוא מוחזק, "דלא כיש חולקין ואומרים דאפילו בשובר אמרינן ידו על התחתונה". והסמ"ע ס"ק כג הקשה על הכרעת הרמ"א מהשו"ע חו"מ עא, כא במלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן על השטר לומר שהוא פרוע, דנאמן לומר שהוא פרוע, אבל צריך לישבע שהוא פרוע, אפילו בחיי המלוה. והא דלא אמרינן שהימניה גם לענין שבועה, מפני שיד בעל השטר על התחתונה, ואמרינן דלא הימניה אלא לבטל השטר דמלוה ולעשותו כמלוה על פה, והיינו מטעם שהחוב שבשטר שביד המלוה ברור והשובר ספק. וא"כ קשה על הכרעת הרמ"א דמהני שובר מסופק נגד שטר ברור. והש"ך בס"ק יז כתב לישב את קושית הסמ"ע, וז"ל:

"דלעולם אמרינן יד בעל השובר על העליונה לבטל שטר, שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר, ואם כן יד בעל השטר על התחתונה נגד השובר וממילא יד בעל השובר על העליונה נגד השטר, אבל אחר שנתבטל השטר אם כן הוה ליה בעל השובר לענין תביעת בעל פה, בעל השטר, ושפיר אמרינן גביה יד בעל השטר על התחתונה לענין דצריך לישבע. תדע דעל כרחק לקמן סימן ע"א אין הטעם כמו שכתב בסמ"ע כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלוה, דהא מועיל השובר לבטל השטר ופשיטא דקרעינן ליה לשטרא מיד שאומר פרוע, אלא הטעם כמו שכתבתי."

ומבואר הש"ך דהשובר שכתוב בו פלוני פרע לפלוני חוב שבשטר בתאריך כו"כ, יוצר ריעותא בשטר, דמהותו של השובר הוא פגימת השטר ועקירת יכולת הגביה מכח השטר, וכשבאים לדון עד כמה בטל השטר, בעל השטר הוא המוציא וידו על התחתונה. ויכולת השובר לבטל את השטר: "שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר", אולם השובר שנכתב על חוב שבשטר אינו יוצר ריעותא בעצם החוב אלא רק בשטר, וע"כ יד המלוה על העליונה נגד בעל השובר. והנראה דמחלוקת התנאים אם כותבים שובר בב"ב קעא, ב, דלמ"ד כותבים שובר זה ריעותא בעצם השטר, והחידוש הוא דאינו כתרי ותרי, שנים אומרים חייב ושנים אומרים פטור, אלא השובר מבטל את השטר. והטעם הוא כמש"כ הש"ך, דכן הוא הדרך לבטל שטר ע"י שובר, וע"כ אינו כשתי שטרות אחד מול השני. דשובר ושטר אינם שני דברים אלא אחד, דהשובר במציאותו "שובר" את השטר, ואין כאן שטר, ולא שיש שטר ויש עוד שטר ששמו שובר.

ומעין סברא זו ראיתי בשואל ומשיב מהדר"ד ח"ב סי' רכ, שהקשה מדוע בשובר מסופק יכול להפקיע חיוב ברור, וכשהספק הוא בפרעון, הו"ל לאוקמי בחזקת

חייב וכדין איני יודע אם פרעתיך. וכתב בדרך הכרעה לחלק בין שובר מסופק שעוסק בפרעון החוב, לבין שובר שענינו הפקעת החיוב מעיקרו, וז"ל:

"דכיון דמיירי בענין שהשובר מגרע כח השטר, כגון שכתב דינרין סתם, דבאופן הלזה מיירי הנימוק"י בשם הרא"ה שהוא מקור הדין, וא"כ כיון שעכ"פ י"ל שהשובר מורה שנפרע הרבה דינרין, עכ"פ נגרע חזקת חיוב שבשטר, וגם עכ"פ במקצת ודאי איתרע, וא"כ לא שייך חזקת חיוב, ושוב הו"ל בעל השובר מוחזק. ובזה נראה לפענ"ד לומר דאין פלוגתא בין הדעות, דמהרי"ק שכתב דאמרינן יד בעל השובר על התחתונה, מיירי באופן דהחיוב ברור, ורק כשהוא בא מכח השטר להפקיע חיובו, וכיון שהוא לשון מסופק, ואולי אין הכוונה על מצות פדיון שבויים, א"כ שוב עכ"פ הו"ל חזקת חיוב ברור, ולא אתי ספק פרעון, דהיינו מה שנתפשר עמהם בשטר, ויפקיע מחזקת חיוב."

כאשר הספק הוא בפרעון, הרי עצם הפרעון מגרע כח השטר וכמש"כ, דהשטר עומד לפרעון, ושובר של פרעון הוא חלק מהשטר, שהרי השטר עומד לפרעון, וממילא יש לנו דבר אחד, שטר ושובר לפרעון, ואף שהשובר מסופק, כיון שהוא אחד עם השטר, מגרע כוחו. אבל כאשר בא לטעון שחיוב מעיקרא ליתא, כמו בנידון המהרי"ק, שטוען שמעיקרו לא נתחייב על מצות פדיון שבויים, אין כאן שטר אחד אלא שטר חיוב ברור, ושובר – שהוא שטר בפני עצמו המסופק, ואין בכח השובר המסופק להפקיע חיוב ברור.

[אמנם לעצם הראיה מנאמנות שהאמין לזה למלוה, שמ"מ חייב להשבע, י"ל דאינו ענין ליד בעל השובר על העליונה או לא, דכך אנו מפרשים את הנאמנות, דלא הימניה אלא לענין סתירת השטר אך לא לענין עצם החוב, וכן כתב להדיא הש"ך עא, מה; " דהכא כיון שהנאמנות כתוב בשטר של המלוה והמלוה הוא שמוציא השטר, מסתמא לא הימניה אלא לבטולי שטר ולא לענין תביעת בעל פה". וא"כ כיון שכך הוא פרוש השטר, אינו שייך לדין יד בעל השטר או השובר על התחתונה או על העליונה, דדין זה שייך רק במצב של ספק, אך כשאנו מפרשים כך את השובר, אין כאן ספק אלא זהו הפרוש בשובר.]

וראיתי בישיעות ישראל (סי' מב עי"מ ס"ק ח) שהקשה על הש"ך, דהא בשובר על חוב שיש ספק אם חוב פלוני בכלל המחילה, הו"ל החייב כתפס קודם שנולד הספק, ומדוע אין ידו על העליונה, וכן לכאורה בנדון השותפים והשאלה אם פדיון שבויים בכלל אופן חלוקת הצדקה, הוי השותף החייב בפדיון שבויים כתפס קודם שנולד הספק, ומדוע מהרי"ק פסק שמוציאים מידו. והביא הישיעות ישראל את דברי התשב"ץ ח"ב סי' קיח שדן בדו"ד בין אלמנה ליורשים לענין נכסי צאן ברזל שאבדו,

שהאשה טוענת שהיא כבע"ח ויכולה לגבות מנכסי בעלה, והיורשים באים מכח תקנת הקהל וטוענים שאין לה שעבוד ממה שאבד רק על מחצית מהנכסים, והאשה טוענת שאין תקנת הקהל מתיחסת לנדרון כזה, עיי"ש. ודן התשב"ץ בדין מי שבא מכח תקנת הקהל לפטור עצמו, וכתב שאם יש ספק בלשון מחילה אם היא כולל חוב כזה או אחר, הרי יד בעל השובר על העליונה, כדין האומר לחבירו שטר לך בידי פרוע (כנ"ל). אבל אין הדין כן כשהספק בלשון התקנה, וז"ל התשב"ץ:

"אבל מלש' התקנה נראה שלא תקנו כן אלא בתוספת, כיון שהזכירוהו בפירוש במיתת האשה ולא הזכירוהו במיתת הבעל, הרי גלו דעתם שעל התוספת נעשית תקנה זו. ואפי' הי' ספק בלש' התקנה כך הי' הדין. ולא דמי ספק הנופל בלשון שטר שאדם כותב על עצמו, לספק הנופל בלש' התקנה, שבספק הנופל בלש' שטר שאדם עושה על עצמו, אנו אומרים שידו על התחתונה שהי' לו לפרש, אבל בספק הנופל בלש' התקנה, הרי הוא כאלו אינו כתוב ונדרון אותו על דין תורה."

ונראה בדברי התשב"ץ, דחילוק הדינים בין שטר לך בידי פרוע לספק בתקנה, אינו מכח מוחזקות אלא דין בפרשנות הסכמים. כאשר שני אנשים עושים הסכם בלשון כוללת ולא מפורטת, הרי הפרשנות היא מורחבת, שמכך שלא פרטתם, אנו מפרשים השטר שכולל כל מה שניתן להכליל בו. כך אנו מפרשים את כוונתם, והבא לצמצם, ידו על התחתונה, לא מדין מוחזקות ממון אלא בפרשנות ההסכם הכולל ידו על התחתונה לצמצם את הפרוש הכולל. דכך ודאי התכוונו המתנים כשלא צמצמו ופרטו. אולם בתקנה, אין השאלה מה הכוונה, כיון שאין כאן שני אנשים המתנים אלא קהל שתקנו לשנות דבר מה ממה שצריך להיות ע"פ דין, כל מה שלא ברור ומפורש, יוצא מכלל התקנה ועומד בדין תורה.

והישועות ישראל למד מדברי התשב"ץ דבשובר יד בעל השובר על העליונה, כיון שעשו זאת בהסכם שני אנשים, וכדין שטר לך בידי פרוע. והביא מתש' בית יוסף (דיני כתובות סי' א) באחד שהתנה קודם נישואין שאם ימות ולא יניח בנים, שלא תטול כתובה, ומת והניח בת, אם גובה כתובתה. וכתב הב"י להוכיח דבת בכלל בנים, וסתר ממקומות שהיה אפשר להקשות. והוסיף דאף אם היה ספק אם בת בכלל, יד האשה על העליונה, וז"ל:

"שאפי' אי הוה מספקא לן אי הוה בת בכלל בנים או לא היתה גובה כתובתה משלם ולא אמרינן בהא יד בעל השטר על התחתונה, משום דכל תנאי או תקנה שבאים להוציא מכח דין תורה, יד בעל התנאי או בעל התקנה על התחתונה וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל נה, ח ובכלל סד, יא ובהגהת מרדכי

דקדושין. והכא כיון דמדינא היא גובה כל כתובתה משלם התנאי שבא לגרוע כחה יד התנאי על התחתונה וגובה כל כתובתה משלם.

ובתחילה היה נראה לכאורה דדברי הב"י הינם בכל חוב ולא דוקא חוב כדוגמת כתובה, דגם חוב שחייב לחבירו, חייב מדינא לשלם. ובזה ס"ל לב"י שבתנאי שהתנו הצדדים ביניהם למחול וכד', ולא רק בתקנת הקהל כתשב"ץ, יד הנמחל על התחתונה כיון שבא להוציא מכח דין תורה. וכל מקום שהחוב מכח הדין הוא ברור, אין ביד בעל השובר לפטור עצמו מספק. אולם י"ל בדברי הב"י, שסברא זו באה דוקא בחוב שחייבה התורה או חייבוהו חכמים כדוגמת הכתובה, שבזה אין לו לפטור אלא בחוב ברור. אבל בחוב שבא כתוצאה מהלואה וכד', הרי יכול לפטור עצמו במחילה. והטעם לחלק, דבחוב כמו כתובה, אף שניתן למחילה בתנאים מסוימים, הרי התורה או חכמים רצו שיתן לה כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ועשו גם תקנות ותנאי כתובה, כל זה בטעמם של חכמים. לכן כשבא להפקיע מכוונת התורה או חכמים, ידו על התחתונה. אבל בחוב שהתחייב, מבחינת חכמים והתורה יכול למחול ולא ישלם.

לפ"ז לכאורה בנדו"ד, יהיה הדבר נתון במחלוקת התשב"ץ והב"י. דלתשב"ץ כיון שאינו ספק בתקנה אלא בתנאי, אמרינן יד בעל השובר על העליונה, דמפרשים ההסכם בצורה מורחבת והבעל פטור מתשלום הכתובה. משא"כ לב"י כיון שהחוב בכתובה הוא מכח חיוב התורה או חכמים, ובא לפטור עצמו מכח התנאי, חייב לשלם ומפרשים בדרך מצמצמת.

ומ"מ מבואר שנחלקו התשב"ץ והב"י בדין זה, אם מחל על הכתובה באופן לא ברור אם כולל דברים מסוימים, דלב"י חייב ולתשב"ץ פטור. וכתב בישועות ישראל לבאר בדין זה, ע"פ מה דאיתא בב"ב בפרק המוכר את הבית, לענין ספק מה כלול בכלל המכירה, תנן במשנה ב"ב ע"א, דדוקא במוכר נאמרו דיני המשנה, שיש דברים היוצאים מכלל המכירה, אבל בנותן, אמרינן שנתן את הכל. והרשב"ם שם על הגמ' הביא את פירושו ואת פירוש רבינו חננאל בחילוק בין מוכר ללוקח, וז"ל:

"נותן מתנה כיון דרגיל ליתן בעין יפה, אם איתא דהאי לאו בעין יפה יהיב היה לו לפרש ולשייר בור וגת ושובך וכל הנך דמתני', ומדלא שייר הפסיד. אבל מוכר זוזי אנסוהו, ולא מכר אלא מה שפירש. ואפילו אם יש שרגיל למכור בעין יפה, מסתמא אין לומר כן דיד לוקח על התחתונה, דלא היה לו לפרש. ורבינו חננאל פירש הקונה היה לו לפרש, דכיון שנותן דמים אינו מתבייש מן המוכר, ומדלא הזקיק למוכר לפרש לו הכל – הפסיד. אבל

מקבל מתנה, בושט יש לו מן הנותן ואין לו לפרש ולשאל לו בור וגת ושובך, הלכך עליה דנותן רמיא לגלויי, ואם לא פירש קנה הכל."

לכאורה נראה דהחילוק בין הרשב"ם לר"ח, דלרשב"ם אנו בודקים את כוונת הנותן והמוכר, ולר"ח השאלה מי היה צריך להתנות ולפרט. לרשב"ם ודאי מוכר כוונתו למכור מה שפחות, כיון שזווי אנסוהו למכור, משא"כ נותן – בעין יפה נותן, אא"כ צימצם את מתנתו להדיא. ר"ח מפרש שהחילוק מי היה צריך להתנות. במתנה אי אפשר להטיל חובת התנאה על המקבל, כיון שהוא מקבל מתנה, בוש הוא לתבוע ולהרחיב מתנתו. משא"כ קונה, היה לו להתנות ולהרחיב מתנתו. דכשיש פרוש סתום, יד המוציא על התחתונה, כיון דהיה למוציא להתנות (עייין מה שפירשתי בכ"מ בדברי הרא"ש ב"מ ו,ג, עייין בח"א יא,א), מדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה. משא"כ כשיש טעם מדוע לא היה צריך להתנות, וכגון במתנה. ומכח דברי רבינו חננאל לומד בישועות ישראל לחלק בין מחילה לפשרה, דבמחילה כיון שאין על הנמחל מעמד לצוות להתנות וכד', אין כלפיו טענת התנאה, מדוע לא התנית, ולכן ידו על העליונה, ודברי המוחל הסתומים מתפרשים בדרך הרחבה. משא"כ פשרה, יש לפרש בדרך מצומצמת, דיד המוציא על התחתונה, שהיה לו מעמד להתנות, ומדלא התנה, הוא הפסיד לעצמו. ולכן בנדון מהרי"ק דמייירי בפשרה, היה על החייב לדאוג להתנות ולפרט, וכן בנידון הב"י שעשו התנאים קודם הנישואין, הרי זה כמכר, והיה על החייב הטוען למחילה, היינו הבעל – להתנות. ועיי"ש מה שחילק בישועות ישראל בין לשון מסופקת, כלומר שיש ספק עד כמה היא כוללת, האם לפרשה בפרשנות רחבה או מצומצמת, שהשאלה אם חל גם על אחר או רק על זה. אבל כשאומר לשון סתומה כמו שטר מחול לך, או בית נתון לך, שזה ודאי חל על בית ושטר, והשאלה על איזה בית או על איזה שטר, על זה או על זה, כל שהנותן והמוחל טוען ברי שחל על דבר מסוים ולא על אחר, ידו על העליונה לטעון ברי. ונראה בחילוק, דברישא שהשאלה אם הלשון כוללת יותר או פחות, זו שאלה בפרשנות. כשהשאלה אם מתיחס לזה או לזה, לנותן והמוחל עומדת חזקת ממון וכדין כל המוציא מחבירו. דאין כאן שאלה של פרשנות, דמה שייך לפרש בשטר בית גדול או קטן, זו שאלה בהלכות מוחזקות ממון, שהמוציא צריך להביא ראיה. לפ"ז בנדו"ד שהוא הסכם בין הבעל והאשה לפני נישואין, ודאי דמי למכר, ויש לפרש ההסכם בדרך המצמצמת. ואינו דומה לשטר מחילה אלא לשטר מכר. ולמסקנת הישועות ישראל יש לחייב בכתובה את הבעל בכח"ג.

ובשו"ע חו"מ מט"ח הביא דעת הרמ"ה דאם יש שני יוסף בן שמעון בעיר אחת, ומשולשים בשטר ולא בשובר, על בעל השובר להביא ראיה. והקשה הט"ז חו"מ מב' (על סע' ח), דהא למה שפסק הרמ"א מב' ח' יד בעל השובר על העליונה,

ומדוע ידו על התחתונה במשולשים בשטר ולא בשובר. וכתב הט"ז דדעת הטור בסי' מט לחלוק על הרמ"ה, ויד בעל השובר על העליונה גם באינו משולש בשובר; "ונ"ל דסבירא ליה כמו דעה זו כאן שהוא נמוק"י יוסף, והרמ"ה שם סבירא ליה כיש חולקין כאן. ולפי זה היה לו להרב רמ"א בסי' מט לקבוע הלכה שלא כדברי המחבר שם שהם כהרמ"ה. ולבד זה נראה לי לפסוק שם כדעת הטור, דהא קיימא לן המוציא מחבירו עליו הראיה כמ"ש כאן, כן עיקר וכלע"ד ברור".

ובפשטות אפ"ל בדעת הרמ"ה, דבמשולשים בשטר ולא בשובר, א"כ אין כאן שובר על שטר זה, דיתכן שמיירי במלוה או לזה אחר, וכל מה ששייך לדון שידו על העליונה הוא בדוקא שודאי יש לנו שובר, והשאלה כמה פרע, אבל כשגוף הספק אם יש כאן בכלל שובר, דאם משולש בשטר ולא בשובר, י"ל שאין זה שובר על שטר זה, לא שייך להיות בעל השובר על העליונה. ומזה הטעם הש"ך מט"ז שצייד בדעת הטור, כתב דודאי מה שהעדים לא שילשו בשובר, לא מפני שלא ידעו שיש עוד יוסף בן שמעון, אלא ודאי ידעו, וגם ידעו שפרע לשניהם וע"כ לא שילשו בשובר. ולא בא הש"ך מטעם ידו על העליונה, דידו על העליונה לא שייך בכה"ג, אא"כ נאמר שהשובר עצמו מוכיח שפרע לשניהם, וא"כ יש לנו כאן שובר ודאי. ורק אחרי שיש שובר ודאי ללא ריעותא, ממילא אין כאן כלל ספק שיהיה ידו על העליונה או על התחתונה, דדינו ככל שובר ששובר השטר. ועיין בנתיבות מט"ז שהסכים לדעת הרמ"ה והמחבר, ונראה מדבריו כנ"ל, דמציאות השובר ששובר את השטר הוא באופן שהוא מיוחד לשטר זה, וכשיש חילוק והשטר משולש והשובר אינו משולש, הרי שהשובר אינו מכוון ושובר שטר זה, וזה חסרון בעצם השובר, שאולי אינו על שטר זה, ע"כ השטר בתוקפו. ולא דמי לנידון דסי' מב, דשם יש ודאי שובר על שטר זה, והשאלה היא עד כמה הוא שובר השטר. ובשואל ומשיב הנ"ל כתב דכיון דהשובר אינו ברור, ואפשר שאינו על שטר זה; "א"כ לא התחיל לגרע כח השטר כלל, ופשיטא דמוקמינן אחזקת חיוב בזה".

ולפ"ז יש להבין הא דת"ר בב"מ יט,ב: מצא שובר, בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל, אין האשה מודה, לא יחזיר לא לזה ולא לזה. וכך נפסק בשו"ע אהע"ז קי,ב: "המוצא שובר על שם האשה שנפרעה מכתובתה, בזמן שהאשה מודה שנתנו לבעל, יחזירנו לו. ואם אינה מודה, אלא אומרת ממנו נפל, לא יתנו לא לאיש ולא לאשה". ובח"מ שם בס"ק ו כתב דמ"מ יכולה לגבות כתובתה, דהכתובה בחזקתה וטורפת גם מלקוחות כיון דאיתרע השובר בנפילה. ומ"מ לא קרעין השובר, שמא יבואו עדים ויעידו שהשובר טוב ומרע לכתובה. וכן כתב הב"ש שם ס"ק ו. וצ"ל דכיון דנפל, כשהאשה אינה מודה, הספק אם יש בכלל שובר, בניגוד לספק עד כמה מקיף השובר ועד כמה כוחו, כאן בנפילה איתרע השובר לעצם השאלה אם יש כאן בכלל שובר,

וע"כ הכתובה בחזקתה וגובה אפי' מלקוחות, דכשיש ספק אם בכלל יש שובר, אין השובר מעורר ריעותא בשט"ח שנאמר דידו על התחתונה.

ובתש' משכנות יעקב חח"מ סי' לד (הזכירו גם בפ"ת חו"מ סה"ט) כתב דדעת הסמ"ע בפרישה בטור אהע"ז סי' קי דלא קרעינן לשטר או לכתובה שנמצא עליהם שובר שנפל, וגם לא מגבינן. ושכן דעת הט"ז בחו"מ סי' סה דגם בע"ח של המלוה אינו יכול לגבות מדינא דר"נ, וגם המלוה עצמו אינו יכול לגבות. והביא שכן דעת עוד אחרונים (וע"ע בנתיבות סה"כז). וצ"ל דס"ל דשובר עצמו שובר את השט"ח בכל ענין, ורק כשנמצא אנו מסופקים בכוחו של השובר ולא במהותו, דבמהותו השובר הזה שייך לכתובה, וא"כ הספק אינו במהותו ובעצמו של השובר אלא ביכולתו לצאת מהכח אל הפועל, וכיון שיש כאן שובר על הכתובה, אינו יכול לגבות את הכתובה, ומה דלא קרעינן לכתובה, כיון שאנו מסופקים בכוחו של השובר, אך גם לא מגבינן בכתובה, כיון שהיא כתובה שיש עליה שובר שמסופקים בכוחו.

ובעה"ת (שער נג ח"ד אות ב) דן בשובר שנכתב בסך סתום, דהיינו שפרע לו דינרים ולא הוזכר בו סכום הממון, וכן שאין מוזכר בו זמן ההלואה, ונמצא שאינו מבורר אם נכתב על שטר זה או אחר, שהיה לו על הלואה שטר קודם שכבר נפרע בשובר זה, אך שטר זה שלפנינו לא נפרע, האם יכול המלוה לגבות בשטרו שיש עליו שובר זה, מי מהם יקרא מוציא, בעל השטר או בעל השובר. והשיב בעה"ת, וז"ל:

"זה הדין נראה בעיני שהשובר מבטל שטר החוב, כדברא דאמר שטר לך בידי פרוע גדול פרוע, אלמא אע"פ שאין ספק בשטר ונודע לנו עד עתה שהיה קיים, לשון זה המסופק שוברו ומבטלו. ועוד ראייה מהא דתנן נמצא לאחד בין שטרותיו שטרו של יוסף בן שמעון פרוע, שטרות שניהם פרועין. נראה מכאן שכל שובר אע"פ שהוא בלשון מסופק, מבטל שטר החוב, שהוא ודאי אצלנו [שחד] מיניהו אינו פרוע. ועוד ראייה מההיא דאמרינן הא תקון רבנן דכי כתבינן תברא אי לא ידעינן זמנא דשטרא דהלואה כתבינן תברא בסתם. פירוש, בלא זמן. והאי תברא ספק הוא אצלנו אם נכתב על זה שיוצא לפנינו, או על שטר אחר שהיה לו עליו שנכתב קודם לזה שמוציא עכשיו, ואעפ"כ מבטל שטרא שהיה עד עתה בחזקת ודאי. ועוד ראייה מההוא דמשנינן במשולשין בשטר ואין משולשין בשובר אעפ"כ אתא תברא ומרע לתרי שטרי. מכל זה למדנו שובר מסופק מרע לשטרא ודאי מפני שהשטר בא להוציא מבעליו ועליו להביא ראייה, זה נ"ל."

בעה"ת מביא ראיות שאף שובר שיש ספק אם הוא מתיחס על שטר זה מחמת כלליותו, מבטל את השט"ח שאליו קיימת אפשרות שהוא מתיחס ג"כ לשטר

זה. ולסברא שכת' לעיל י"ל לכאורה שאין כאן ספק אם יש כאן שובר ביחס לשטר זה, אלא אנו מתיחסים שהשובר באופן ודאי מתיחס גם לשטר זה. והטעם כמש"כ בעה"ת ראיתו מסברא כשלא ידעין זמן השטר, וכמש"כ הרמב"ן המובא בהמשך התרומות; "בשובר אדרבא אמרינן דילמא לא ידעו סכום ממון השטר, וכתבו סתם כל מאן דמפיק לורעיה". וזה הטעם שכותבים שטר כללי וסתום כשלא יודעים הסכום או הזמן, מביא לכך שיש לנו שובר ודאי ביחס לכל השטרות היכולים להכלל בכלל. מפני שכך נוהגים וזו דרך כתיבת השובר. משא"כ שובר שהיה כתוב בו כך וכך דינרין, ונמחק הסכום ונשאר דינרין, או שכתוב במקום הסכום תיבה שלא נתקיימה למטה, דבזה השובר בטל ולא השטר; "שאם לא תאמר כן, הרי שהיה חייב לחברו מאתים וכתב לו נפרעתי ממך מאה דינרין, ימחקו מאה וטוענין עליו שפרעו מאתיים דינרין, אלא אין דנין נמחק אלא להורע כחו של מוציא". והיינו שאין זו דרכו של שובר, ממילא יש לנו שאלה מה דינו של המחק, האם המחק הוא שובר על השטר או לא, וכיון שבזה יצא ריעותא שיכול למחק מה שפרעו ולמחק סכום קטן יותר, אנו דנים על המחק שאין כאן שובר, דהוא ריעותא בגוף השובר.

אמנם דעת הרשב"א שלא כדעת בעה"ת והרמב"ן. הרשב"א בתש' ח"ב סי' שנה (הובא גם בב"י חו"מ סי' נד וכן בגדו"ת נג,ד,ב), במי שהוציא שט"ח על חברו, והלוה הוציא שובר שהודה המלוה שפרעו דינרין, והמלוה טוען שלא פרעו אלא שנים. והשיב הרשב"א דדעתו עם המלוה, ולגמרי מסייע ליה שטרא אפי' לפטרו מהיסת, ומ"מ אין בנו כח להוציא ממון בכך, משום דקיימא לן יד בעל השטר על התחתונה; "ולפיכך יש לב"ד לחקור הדבר הרבה. ואם לא יוכלו להעמיד דבר על בוריו, ליקום שטרא ביד מלוה, ומעות היכא דקיימי לוקמי, עד שיתגלה הדבר. אי תפס, לא מפקינן מיניה". ומזה מוכח שאין השטר בטל לגמרי. ובגדו"ת כתב דאולי באותו הנדון היו צדדים מזיקין לחקירת ב"ד ומורים על הספק, ולא הביא הרשב"א אלא המסקנא. וכתב שלא היה לרשב"א לקצר במה שהוא יסוד ועקר הדבר, כי היכי דלא ליהוי פליג הרשב"א ז"ל אשאר רבוותא. והיינו אם בכה"ג יש כאן שובר והספק הוא בכמות, או שבכלל אין כאן שובר. דלדעת בעה"ת והרמב"ן יש כאן שובר, וגם אין ספק בעצם הכמות, לכן השטר חוב בטל כולו, דכך היא דרכו של השובר, משא"כ לרשב"א, אם לא נאמר כסברת הגדו"ת, הרי שאף שיש כאן שובר ודאי על השטר והמלוה מודה שהשובר הוא על שטר זה אבל רק על חלקו, השובר הוא רק על החלק שמודה המלוה, ומה שאינו מודה, אין כאן שובר. דלמש"כ כל היכא שיש שובר, הוי פגם וריעותא בעצם השטר, ושובר הוא את השטר עצמו שלא יגבה בו, דזה נתחדש בכתיבת השובר, שאין כאן שתי שטרות, אלא שטר אחד ושוברו עימו, וכמש"כ לעיל.

ולכאורה י"ל דגם דעת הרא"ש כדעת הרשב"א, ולכל הפחות אינו יכול לגבות בשטרו דוקא בכתוב בו סכום המעות, אבל באין כתוב בו סכום המעות, הדין עם המלוה. הרא"ש בתש' ע"א נשאל בענין שובר שאין כתוב בו זמן השטר ועדיו, וטוען המלוה דהשובר אינו עשוי כהוגן ויכול לגבות בשטרו. והשיב הרא"ש, וז"ל:

"השובר כשר, אע"פ שלא הוזכר בו לא עדי השטר ולא זמנו, כיון שסכום המעות של השטר והשובר שוין, ממילא אמרינן שהשובר נכתב על אותו השטר, דיד בעל השטר על התחתונה, כיון שהוא בא להוציא ממון. והכי תנן בב"ב (קעב), על שני יוסף בן שמעון הדריים בעיר אחת, דאם נמצא לאחד בין שטרותיו שטרו של יוסף בן שמעון פרוע, שטרות שניהם פרועין, משום דיד בעל השטר על התחתונה, כל חד וחד מינייהו אמרינן ליה: דילמא דידך פרוע. ואם אין השובר כשר אלא אם כן הזכיר בו זמן השטר ועדיו, לא היה להם לומר בסתמא ששני השטרות פרועין, כיון שיכול להתברר על איזה שטר שנכתב השובר, על ידי שכתוב בשובר זמן השטר והעדים החתומים עליו. אלמא, שאין להזכיר בשובר עדי השטר וזמנו, ממילא כל שטר שיוציא עליו בסכום מעות אלו, הוא פרוע."

מבואר ברא"ש שאין באי הזכרת עדי השט"ח וזמנו בשובר, חסרון בשובר, והשובר כשר בלא"ה. אך משמעות הדברים דאם היה הסכום כולל ואינו מפורט, הרי זה חסרון בעצם השובר. אמנם י"ל בדעת הרא"ש, דעובדא דידיה כך הוה, אבל אה"נ גם בחסרון הסכום, עד כמה שיש בזה רגילות לכתוב כך את השובר, השובר מבטל את השטר גם בהעדר סכום מפורט.

לאמור לעיל, נדו"ד תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים אם יד בעל השובר על העליונה, או דינו כיד בעל השטר ועל התחתונה. ומדברי הש"ך הנ"ל, כיון שהחיוב ברור, ובא להפטר מכח סעיף העדר תביעות שבשטר, הרי שידו על התחתונה, ודמי לכאורה לדין פדיון שבויים שהביא מהרי"ק, דאף בלא השטר הוא חייב, ובא להפטר מכח השטר. וכן למש"כ הב"י בתש' שחיוב הכתובה הוא חיוב מתקנת חכמים, והבא להפטר מחיובו עליו הראיה. אמנם לתשב"ץ כיון שהוא תנאי שהתנו ביניהם, יד המוציא על התחתונה, ומפרשים שהסילוק כולל ביותר. ולמש"כ הישועות ישראל, כיון שמדובר בהסכם דמי למכר, ומפרשים באופן מצומצם, ויד הבעל על התחתונה. אמנם למש"כ הישועות יעקב, כיון שחיוב הכתובה נולד אחרי שכבר סילקה עצמה באופן המסופק, אין כאן חיוב ברור, וע"כ יד הבעל בכה"ג על העליונה. וא"כ הדבר נתן במחלוקת ראשונים ואחרונים בנדו"ד על מי חובת הראיה.

ג. ספק במחילה

והזכרנו לעיל דברי הגמ' ב"ב קעג,א לענין שטר בין שטרותי, דתנן התם, האומר לבנו שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע אי זהו, שטרות כולן פרועין. נמצא לאחד שם שנים, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע. ובגמ' שם, אמר רבא שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע, חוב לך בידי פרוע, שטרות כולן פרועין. והרשב"א בתש' ח"ו סי' ה' (הובא גם בב"י אהע"ז סי' צג) כתב דאשה שמחלה עיקר כתובה, כל עוד לא מחלה להדיא כל מה שכתוב בכתובה, אף שמחלה עיקר כתובה, והמוחלת בכתובה איבדה מזונותיה, היינו דוקא במוחלת כל מה שכתוב בכתובה. והטוען שם רצה לטעון שהאשה היא בעלת השטר, וידה על התחתונה, ע"ז השיב הרשב"א, וז"ל:

"מסתברא דבמקום זה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה, לפי שהבעל לא פרע לה כלום והיא משלה היא מוחלת, וכל מקבל מתנה או לוקח קרוי בעל השטר להיות ידו על התחתונה. ואינו דומה למה שאמרו בפ' גט פשוט אמר רבא שטר לי בידך פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע. שאני התם שהלואה פרע וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר א', אם טען שלא פרע אלא הקטן, עליו להביא ראיה, אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן, י"ל דראובן מקבל מתנה הוא ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו. ותדע מדאמ' לי' התם רבינא לרבא אלא מעתה שדי מכורה לך שדה גדולה מכורה לו בתמיהא. וא"ל שאני התם דיד בעל השטר על התחתונה, אלמא יש הפרש בין אומר שטר יש לך בידי פרוע לנותן שטרו, וכן י"ל שהוא הדין במוחל."

מבואר ברשב"א שיש הבדל בין שטר בידי פרוע לשטר מחול, דשטר פרוע, הפרעון מצד הלואה המוחזק, ולכן חובת הראיה על המלוה המוציא. משא"כ במחול לך, הרי זה כנותן מתנה לחבירו, דמקבל המתנה צריך להביא ראיה, וכמו הדין במוכר שדהו, דחובת הראיה על הקונה. ודברי הרשב"א הביא הרמ"א להלכה בחור"מ סה, כג' (ועיין ברע"א שהראה מקורו לתש' הרשב"א הנז'). ודברי הרשב"א הביאם גם הרד"ך ב,ז (ולא כמצוין בדפוסים שלנו. וכיון שדברי הרד"ך אינם מקור הדברים אלא הרשב"א, הגיה הגרע"א וציין המקור לתש' הרשב"א).

ובהסבר החילוק בין פרעון השטר, דיד המוחזק הלואה על העליונה, לבין טענת מחילה, דעל הלואה להביא ראיה, נראה לכאורה להסביר דפרעון כיון שהשטר עומד לך, הרי טענת הפרעון פוגמת בעצם השטר והראיה שביד המלוה, וע"כ כשהשטר שבידו שנועד לפרעון איתרע, אין בידו להוציא מיד הלואה. משא"כ טענת מחילה, כיון

שאין השטר עומד למחילה, השטר בתוקפו ולא נפגע מהמחילה, אלא הם שני דברים, שטר שביד המלוה, והמחילה שהיא נתינה למלוה. ונראה להביא בענין זה מה שנחלקו הראשונים בדין מלוה שהוציא שטר חוב, וטוען הלוה מחלת לי על החוב. דכאשר טוען הלוה פרעתי לך ואשתבע לי דלא פרעתיך, קיי"ל בגמ' שבועות מא, א ובשו"ע חו"מ פב, ב דמשביעו. אך לענין טענת מחילה נחלקו הראשונים. דעת הרמב"ן דכיון דמחילה אינה באה לעקור את השטר, הוי טענת מחילה כטענת פרעון, ומשביעו שלא מחל, וכמש"כ בעה"ת (שער כא, ב, ב); "דכי היכי דשטרא קאי לפרעון קאי למחילה". ומפני שהסתפק בכך בעה"ת, שאל את פי הרמב"ן:

"והשיב לי ... שלא אמרו אלא בטוען בעיקרי השטר לפוסלו, כגון אמנה או ריבית דלא ניתנו ליכתב, אבל כל דלא עקר שטרא, כגון מחילה או פרעון, אי אמר אשתבע לי, משבעינן ליה."

אלא שבעה"ת הביא את בעל העיטור (ריש עיסקא וחוב) הסובר דטענת מחילה הרי היא כשאר טענות ואינו יכול להשביע עליה. ועיין בגידולי תרומה שם דדעת הרשב"א בתש' הינה כדעת בעל העיטור, וסברתם דאין סתם שטר עומד למחילה. והיא היא סברת הרשב"א שכת' בדין ספק במחילה. דכיון דכל שטר אינו עומד למחילה, בוחנים אנו את המחילה כנידון בפני עצמו, וע"כ כשיש ספק במחילה, אין הנמחל יכול להשתמש במחילה הספקית כאמצעי להפקעת חובו. משא"כ טענת פרעון, כיון דהשטר עומד לפרעון, הפרעון והחוב הינו גוף אחד, וכאשר נולד ספק בפרעון מכח הודאת המלוה ("שטר בין שטרותי פרוע") נוצר כאן ריעותא בחוב, וע"כ יד הלוה על העליונה ולא מפקינן מיניה ממון בספק זה.

והש"ך סה, עח הקשה על פסק הרשב"א, דאינו דומה למוכר שדהו, דבמוכר שדהו המוכר מוחזק ועל המקבל להביא ראיה, משא"כ בזה הלוה מוחזק, והרי זה דומה לשטר בין שטרותי פרוע, שהרי מזה הטעם יד בעל השובר על העליונה, ונשאר בצ"ע. ומ"מ כתב דכל דברי הרד"ך (הרשב"א) הינם באופן שברור שמחל לו בחינם, שבזה דומה למתנה, משא"כ אם היה מוכרח למחול:

"ומ"מ נראה דאף מהרד"ך לא קאמר אלא כשידוע בבירור או שהלוה מודה שמחלו לו בחנם, ומטעם שכתב שם שהקונה או המקבל מתנה ידו על התחתונה, והיינו דכתב מהרד"ך שם באומר שטר לך בידי מחול שמחלתיו לך כו', אבל באומר סתם מחול לך והלוה טוען ברי ואומר שמחל לו מחמת שהיה מחויב למחול לו, דמי לפרעון והגדול מחול, והר"ב קיצר בדבר."

לפ"ז בנדו"ד שהמחילה היתה מותנית במסגרת הסכם הדדי, אין זה כמתנה, ולדעת הש"ך אף לרשב"א והרד"ך והרמ"א שפסק כמותם, יד המוציא, היינו האשה, על התחתונה.

איתא בגמ' ב"ב ו,ב: אמר רבינא, האי כשורא דמטללתא, עד תלתין יומין לא הוי חזקה, בתר תלתין יומין הוי חזקה וכו' (אם סמכה על כותל חבירו ולא מיחה בתוך שלשים יום, לא הויא חזקה לטעון ולומר פייסתיך במעות עד עולם, דכל תלתין יומין לא קפיד איניש ולא מחי סבור חברי זה צריך לצל, ולימים מועטים יטלנו משם – רש"י). והנימוק"י ב"ב (ג,ב – ד,א בעמודה"ר) הביא מחלוקת הראשונים אם בחזקת נזיקין צריך חזקה של ג שנים וטענה, כדעת ר"ת והרשב"א, ומה שסגי כאן בל' יום, היינו לענין טענה ששילם לבעל הכותל, אבל לא לענין חזקה לסמוך בטענה ששתק ולא מיחה. ודעת הרמב"ן והר"י מיגש, דכל שנגלה ההיזק ולא מיחה הוי חזקה, וכענין זה שאין בו הפסד קרקע לאידך אלא נזק, וכיון שנתגלה ההיזק ולא מיחה מחל, דאלו מטעם מכירה כר"ת, יאמר לו אחוי שטרך, דעד תלתין יומין ודאי נזהר בשטרו, דהרי עד ג שנים נזהר, כל שכן שלשים יום. וכתב ע"ז הנימוק"י, וז"ל:

"נראה לי לומר שזה החזיק בכשורא או בנזק כי האי החזיק, וכי שתקינן ושבקינן ליה בחזקתיה לא עבדינן ולא מידי. אבל אי הוה מפקינן ליה מחזקתיה הוינן כמוציא מחבירו, ואיך עבדינן הכי והלא הדבר הזה עלינו בספק."

מדברי הנימוק"י עולה שכשיש לנו ספק אם היתה כאן מחילה, ומחמת מחלוקת הראשונים אם יש מחילה על הנזק בכה"ג לאחר ל' יום על הנזק, יכול המזיק בנזק כזה ששייך ביה מחילה לעמוד בחזקתו, והניזק הוא המוציא ועליו הראיה. אולם לכאורה יש לחלק בין נידון הנימוק"י לנדון ספק מחילה בחוב. בנדון הנימוק"י יש ספק אם מחל לו הניזק על הנזק, אין כאן שום שאלה מקדמית ושום חיוב מקדמי. לאמור - לא היה מצב קודם הספק מחילה שהגדרנו את המזיק כודאי חייב לסלק נזקו. אין כאן חיוב אובייקטיבי. לבעל הכותל יש זכות מחאה. משא"כ בספק מחילת חוב, יש לפנינו חיוב ודאי, לאחריו נולד ספק בעצם המחילה, בכגון זה דמי לאיני יודע אם פרעתיך או מחלת לי, דקיי"ל בחו"מ עה,ט דחייב, כיון דהחיוב ודאי. ולכן טעמו של הנימוק"י שמעמידים אותו על חזקתו ולא עבדינן ולא מידי, הוא דוקא בסוג נזק שקיימת שאלה אם איבד הניזק את זכות המחאה, ולא היה חיוב ודאי לסלק הנזק, משא"כ בחוב. לפ"ז י"ל דגם בפשטות דברי הרשב"א, ללא הסבר הש"ך, דכל שמוחל חשיב מתנה ועל נותן המתנה להביא ראיה, והיינו הנמחל, בנדו"ד חזקת תשמישין י"ל שאינה כמתנה, דבמחילתו לא נתן לו אלא שויתר על זכות המחאה, ולכן המזיק מוחזק, וחובת הראיה על הניזק שלא ויתר על זכות המחאה. והוא הדין להסבר הש"ך, דהרי כאן מיירי במתנה בחינם.

והגרע"א בהגהותיו על השו"ע, חו"מ סו"ס סה, על דברי הרמ"א בסע' כג שאם אמר מלוה ללוה שטר אחד מחול לך, הקטן מחול ולא הגדול, כתב וז"ל:

"היינו כיון דהספק כמה מחל, אבל אם ידוע כמה מחל ויש ספק בדין אם מהני המחילה, לכאורה פטור מספק. ואולם מדברי הב"ש סי' ס"ק ט מבואר דלא ס"ל כן, ולענ"ד צ"ע. ועיין בנימוק"י פרק קמא דבתרא גבי אחזיק להורדי, דנראה דאפילו בספק במחילה גופא אם מחל והוא ספיקא דדינא זכה המוחזק, וכן בשו"ע אה"ע סי' ק"ו דגם בבריא שהוא איבעיא דלא איפשטא אם מחלה הכתובה זכו היורשים, ודעת הרי"ף שם באמת דמספק לא הפסידה כתובתה."

מבואר מדברי הגרע"א, דבתחילה ר"ל דכל הדין שבספק יד הנמחל על התחתונה ועליו חובת הראיה, דוקא שידוע ודאי שמחל והספק הוא בכמות ולא בעצם המחילה, שבוה חובת הראיה על הנמחל. אבל בספק אם יש כאן בכלל מחילה כמו בספיקא דדינא וכנדון המחלוקת שהביא הנימוק"י, יד הנמחל המוחזק על העליונה. ובזה כתב דדעת הב"ש סו"ט שאף בספק מחלוקת בגמ' אי מהני מחילה בע"פ בכתובה בסוף ביאה, יד הנמחל על התחתונה, וכדין שטר בין שטרותי פרוע, וז"ל הב"ש:

"והמרדכי דס"ל מחילה בע"פ לא מהני, נראה דלמד מסוגיא פרק אע"פ דס"ל לרבי יוסי בסוף ביאה לא מהני מחילה, ופרש"י, שכבר זכתי, ואמירתה לא מהני אא"כ כתבה התקבלתי, אע"ג ללישנא אחרינא שם פליג רבי יוסי וס"ל אפילו בסוף ביאה מהני מחילה, מ"מ אי אפשר להפסיד אותה כשמחלה בע"פ, דיד הנמחל על התחתונה כמש"כ בחו"מ סי' סה."

הב"ש סובר דלדעת המרדכי אף דהוי פלוגתא בגמ' אי מהני מחילה בע"פ, ולא נפסק להדיא כלישנא קמא שם דלא מהני, מ"מ יד הנמחל על התחתונה. ואילו למש"כ רע"א יש לחלק בין מש"כ בחו"מ דיד הנמחל על התחתונה לנידון המרדכי, דבחו"מ הספק הוא בכמות המחילה והספק הוא בפרשנות דבריו, וע"כ מוקמינן לחוב בחזקתו. משא"כ בנידון המרדכי דהוי ספיקא דגמ' דלא איפשיטא בתלמוד, יכול המוחזק לומר קים לי כדעה הסוברת לטובתו. ומדכתב הב"ש דאף בכגון זה יד הנמחל על התחתונה, מבואר דלא ס"ל כדעת הרע"א.

והגרע"א כתב דמדברי הנימוק"י מבואר דבכל ספק אם היתה כאן מחילה, יד הנמחל המוחזק על העליונה, כמש"כ הגרע"א לעיל, ולא כדעת הב"ש. אולם עדיין י"ל דהנימוק"י אפשר דמיירי בכגון שהחזיק בקורה קלה, דהוי פלוגתא אי החזיק לקורה כבידה, ובזה י"ל שהוא ספק בכמות המחילה ולא בעצם אם מהני מחילה, וע"כ דברי הנימוק"י אינם סותרים לדברי הב"ש. אבל הגרע"א למד דמיירי דוקא לענין מחלוקת הראשונים אם בפחות מג' שנים יש חזקה לנזיקין, ועל זה קאי הנימוק"י, והיינו מחלוקת הראשונים אם יש מחילה בזמן שידע מהנזק אבל פחות מג' שנים,

ולכן הביא הגרע"א ראייה לדבריו דדברי הב"ש מוקשים מהנימוק"י. והב"ש י"ל שיפרש כמש"כ, דהנימוק"י מיירי בספק מחילה באופן של החזיק להורדי אי אחזיק לכשורי, שהוא ספק בכמות המחילה, ולא מיירי הנימוק"י בספיקא דדינא או במחלוקת הפוסקים.

והגרע"א בהמשך דבריו הביא ראייה דיד הנמחל על העליונה, מספיקא דדינא שעלתה בתיקו בגמ' ב"ב קלב,ב בכותב כל נכסיו במתנת בריא וכתב לאשתו קרקע כל שהוא, שהספק הוא אם מחלה כתובתה דומיא דמתנת שכיב מרע, או שסוברת שאח"כ יקנה קרקע אחרת ותוכל לטרוף כתובתה מהקרקע שיקנה. והנה דעת הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה (ו,ט) דאיבדה כתובתה, וכ"פ המחבר בשו"ע אהע"ז קו,א. הרי דאף דהוי ספיקא דדינא, מוקמינן לממונא בחזקת המוחזק. אך דעת הרי"ף שם (נח,ב בעמוה"ר); "הלכך לא עבדינן בה עובדא בבריא", והיינו כסברא דלעיל, דכיון דהחיוב ודאי והמחילה מוטלת בספיקא דגמ' שעלתה בתיקו, החיוב נשאר על כנו ולא אמרינן דאיבדה כתובתה. ולפ"ז באנו למחלוקת ראשונים אם בספיקא דדינא אם מהני מחילה, אם יד הנמחל על העליונה או על התחתונה.

ואפשר לבאר מחלוקת הראשונים הנ"ל ע"פ מש"כ הש"ך לחלק בין מחילה בחינם למחילה בתמורה, דדעת הרמב"ם ודעימיה דכיון שכתב לה קרקע כלשהו, הרי יש כאן מחילה בתמורה, ובמחילה בתמורה כתב הש"ך הנ"ל דכ"ע מודו דיד הנמחל על העליונה בהיתו מוחזק, וידו על התחתונה לדעת הרשב"א והרד"ך דוקא במחילה בחינם, וכשכתב לה קרקע כלשהו הוי מחילה בתמורה. ודעת הרי"ף דכיון שכתב לה רק קרקע כלשהו חשיב כמחילה בחינם. עוד י"ל לדעת הרי"ף, דכיון דבכתובה לא מהני מחילה בכל אופן וכמו שיתבאר להלן, דבכתובה היתה התקנה שלא תוכל למחול אלא באופנים מסוימים ומיוחדים, דאל"כ נעקרת תקנת חכמים (או התורה למ"ד דאורייתא) של כתובה. ולכן בכל אופן של ספק במחילת הכתובה, אינה מפסידה מספק.

והנה האור שמח (אישות טז,כא) כתב, דכאשר יש ספק אם האשה מחלה כתובתה, אינה מפסידה מספק, וז"ל:

"ועוד, דכיון דספק לן אי מחלה לכתובתה או לא, אינו מפסדא לכתובה מספיקא, וכמו שפסק רבינו לקמן פכ"ג ה"ח באכל הבעל דינר שלא כדרך כבוד, אע"ג דאיכא תרי לישני דחד אמר בכאיסר, בכל זאת כיון דרק מתורת מחילה אתי עלה, שמחל על הוצאותיו, לא מפסיד מספיקא, כן הכא, כיון דהא דמפסדת כתובה היינו רק מתורת מחילה, תו לא הפסידה מספק."

ולכאורה דברי האור שמח תלויים במחלוקת הראשונים הנ"ל לענין הכותב כל נכסיו בהיתו בריא וכתב לאשתו קרקע כלשהו וכנ"ל. ובהו"א סברתי דהאור שמח

ס"ל דדוקא בנדון הכתוב קרקע כלשהו לאשתו, שהוא מחילה בתמורה, ס"ל לרמב"ם דמוקמינן בחזקת הבעל המוחזק, אבל בנדון האור שמח שמחלה ללא תמורה, בזה גם הרמב"ם ודעימיה יודו שמוקמינן לכתובה בחזקתה, ועל הבעל הטוען למחילה להביא ראיה. אולם מהראיה שהביא האור שמח באכל הבעל שלא כדרך כבוד, הרי גם שם הוי מחילה על ההוצאות שהוציא ע"י תמורה, ואף שאינה דרך כבוד, דמי לקרקע כלשהו שכתב לאשתו, ואם כחילוק שכת', מה הראיה מאכל שלא כדרך כבוד. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, דדברי האור שמח תלויים במחלוקת הראשונים הנ"ל.

ועדיין יש לחלק ולומר, דבנדון אכילה שלא כדרך כבוד, אף שהוא ספיקא דדינא (כתובות ע"ט, ב – פ, א), השאלה היא מציאותית, מה הכמות של אכילה שבעטיה ימחול הבעל על ההוצאות, בדדרך כבוד מוחל ודאי, ובשאינה דרך כבוד, נחלקו בגמ' אם מוחל. וע"כ הספק הוא במציאות. בנדון כתב כל נכסיו וכתב לאשתו קרקע כלשהו, אין כאן שתי מציאויות שנאמר בכמות כזו מוחלת ובכמות כזו לא, השאלה היא על המציאות הזו, בריא שכתב קרקע כל נכסיו וכתב לאשתו קרקע כלשהו, אם היא מוחלת או לא, וכיון שנחלקו הראשונים להלכה, הוי ספיקא דדינא. וכן בנדון האור שמח, שנשבעה האשה ואח"כ שתקא אפי' יותר מכה' שנים, שלא מחלה (ואח"כ חזר בזה), שהוא ספק במציאות אם מחלה או לא. ודוקא בספיקא דדינא י"ל שיד המוחזק על העליונה, משא"כ בספק אם בכלל היתה מחילה, בזה על הטוען שהיתה מחילה להביא ראיה.

אולם בהל' זכיה ומתנה ו, ט, בענין בריא שכתב כל נכסיו ולאשתו קרקע כלשהו, הביא את דברי המגיד שמש"כ הרמב"ם שאבדה כתובתה, הם היפך דבריו בפירוש המשנה (פאה ג, ז), דהעמד שטר על חזקתו, ואינו נפסל אלא בראיה ברורה, "וכאן הסכים לאמת, דאדרבא היא המוציאה". וכתב האור שמח להצדיק דברי הרי"ף, דבשכ"מ דידעה דהוא שכ"מ, ולא יקנה עוד נכסים, ולכך מדלא מיחתה מחלה לגמרי חוב כתובתה אף אם יקנה עוד נכסים. אבל בבריא שסברה דיקנה עוד נכסים ותגבה, תו לא מחלה כתובתה לגמרי רק מנכסים אלו שנתן לבניו, וע"ז מבעי ליה, וא"כ הכתובה שפיר בחזקתה וגובה מנכסים שיקנה הבעל אח"כ, דכיון דהכתובה בידה, רק הבעל אומר דמספיקא דילמא מחלה, משום זה לא מפסיד לה כתובה, ואינו פוטר עצמו מחיובו הודאי, כיון שהיא אומרת שלא מחלה. ומבואר שם שהצדיק דברי הרי"ף, וא"כ גם מש"כ בהל' אישות הוא בשיטת הרי"ף דקאי כוותיה. ולשיטת הרמב"ם כתב דאבדה כתובתה דוקא בספיקא דדינא אם הוי מחילה, משא"כ בספק כמו בשובר כמה מחל, שהוא ספק במציאות, אמרינן דפחות שבלשונות מחל לו, ומוקמינן החיוב על חזקתו.

ועל דברי הרמ"א חו"מ רכז, ומקורו מהמרדכי, דאם היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ושתק, ומיד אחר הלקיחה, קודם שיראה לתגר או לקרובו, תובע אונאתו, לא אמרינן דמחל, הואיל וידע, כתב הנתיבות בטעמו, וז"ל:

"דאף בלא גילוי דעת יכול לומר שהיה דעתו לכך, וכיון דהוי ספק מחילה, אינו יכול הלה להחזיק המעות דמי אונאה, שחייב להחזיר מספק דדמי לאיני יודע אם פרעתיך."

הרי שסובר הנתיבות דכל שהחויב הוא ודאי, אין בכח המחילה הספקית להפקיע מחיוב ודאי, ובנדון הרמ"א, לא היה חיוב קודם וכעת יש ספק אם מחל, אלא הספק עצמו הוא על שעת המקח שהוא שעת החיוב, אם בכלל היה חיוב של אונאה כיון שמיד מחל, ועל הצד שמחל, לא נוצר כלל חיוב על המוכר להחזיר אונאה, ואינו דומה לחוב, שיש חיוב ודאי וספק במחילה, כאן הספק הוא בכלל אם יש חיוב. ובכל זאת ס"ל לנתיבות, דכיון שחייבה התורה להחזיר האונאה, אין בספק מחילה כדי להפקיע חיוב זה, ואף בכה"ג דמי לאיני יודע אם פרעתיך.

לאמור לעיל לנדו"ד, לפשטות דברי הרשב"א והרד"ך, כיון שהספק הוא במחילה ולא בפרעון, החיוב לא נפקע מספק. אמנם לש"ך כיון שהחיוב הוא בתמורה, דמי לפרעון ולא למתנה אף לרשב"א. וכן באו למחלוקת הראשונים והאחרונים הנ"ל בספק מחילה, אם מעמידים ממון על חזקתו או חיוב על חזקתו.

ד. סילוק מכתובה

איתא בכתובות נו"ב: ר' מאיר אומר כל הפוחת וכו', כל הפוחת אפי' בתנאה (מדלא תנא כל בתולה שאין לה מאתים ואלמנה שאין לה מנה הרי זו בעילת זנות, ש"מ דהכי אשמועינן שאע"פ שהיא גובה לבסוף דאין תנאו קיים, אפילו הכי כיון דמעיקרא אתני, קרי לה בעילת זנות, משום דמשעת ביאה לא הוה סמכא דעתה אכתובה. - רש"י), אלמא קסבר תנאו בטל ואית לה, וכיון דאמר לה לית ליך אלא מנה לא סמכא דעתה והויה לה בעילתו בעילת זנות. והא שמעינן ליה לרבי מאיר דאמר כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, הא בדרבנן תנאו קיים. קסבר ר' מאיר כתובה דאורייתא. תניא רבי מאיר אומר כל הפוחת לבתולה ממאתים ולא למנה ממנה הרי זו בעילת זנות. רבי יוסי אומר רשאי (ואפילו על פה נמי תנאו קיים, ואתא ר' יהודה למימר נמי רשאי כר' יוסי, מיהו על פה תנאו בטל כדאמרינן לעיל חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, אבל באת למחול, תכתוב שובר). רבי יהודה אומר רצה כותב לבתולה שטר של מאתים והיא כותבת לו התקבלתי ממך מנה, ולא למנה מנה והיא כותבת לו התקבלתי ממך חמשים זוז. ושם בגמ' נו"א,

באחותו של רבי בר חמא שנשאה לרב אויא, אבדה כתובתה, אתא לקמיה דרב יוסף, אמר שאין צריך לכתוב כתובה חדשה, כיון שחכמים חולקים על רבי מאיר וסוברים שמששה אדם את אשתו שנים ושלוש שנים ללא כתובה, דאין לנו לחוש מה שאינה סומכת דעתה. ושאלו אביי, הא קיי"ל כרבי מאיר בגזירותיו, במקום שהוא מחמיר על דבר תורה. והשיב לו רב יוסף שיכתוב לה כתובה חדשה. ונחלקו שם רבי יהושע בן לוי משום בר קפרא ורבי יוחנן, באיזה אופן נחלקו רבי יוסי ורבי יהודה; אמר רבי שמעון בן פזי אמר רבי יהושע בן לוי משום בר קפרא, מחלוקת בתחלה, אבל בסוף לדברי הכל אינה מוחלת. ורבי יוחנן אמר בין בזו ובין בזו מחלוקת. ושם בגמ' פרשו שלא חולקים, דרבי יהושע בן לוי מיירי בתחילת חופה שמוחלת, וסוף ביאה, כיון שכבר זכתה אינה מוחלת ע"פ רק בכתב. ורבי יוחנן מיירי בתחילת חופה וסוף חופה שמוחלת גם ע"פ. ורבין ס"ל דמחלוקת לבסוף וכו'. והרי"ף בהלכותיו (כתובות כב, ב – כג, א מעמדה) לא הביא את השקלא וטריא בדברי רבי יוסי ורבי יהודה אלא רק את דברי רבי מאיר שהלכה כמותו, ומשמע שלא יכולה למחול כתובתה. ובר"ן שם כתב דזה אליבא דר"מ דס"ל כתובה דאורייתא, אבל לדין דכתובה דרבנן, תנאו קיים, רק אינו רשאי לקיימה בלא כתובה. ואף שרבי יהודה ס"ל דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, רבי יוסי חולק עליו וקיי"ל כרבי יוסי. והרמב"ם בהל' אישות יב, ו-ט פסק לגמרי כרבי מאיר שתנאו בטל, וז"ל:

"התנה הבעל שלא יתחייב באחד מן הדברים שהוא חייב בהן, או שהתנת האשה שלא יזכה הבעל באחד מן הדברים שהוא זוכה בהם התנאי קיים, חוץ משלשה דברים שאין התנאי מועיל בהן, וכל המתנה עליהן תנאו בטל. ואלו הן עונתה ועיקר כתובתה וירושתה. כיצד התנה עם האשה שאין לה עליו עונה, תנאו בטל וחייב בעונתה, שהרי התנה על מה שכתוב בתורה ואינו תנאי ממון. התנה עמה לפחות מעיקר כתובה או שכתב לה מאתים או מאה עיקר כתובה וכתבה לו שנתקבלה מהן כך וכך והיא לא נתקבלה, תנאו בטל, שכל הפוחת לבתולה ממאתים ולא למנה ממנה הרי זו בעילת זנות. התנת עמו אחר שנשאה שלא יירשנה, תנאה בטל, ואע"פ שירושת הבעל מדברי סופרים, עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, וכל תנאי שבירושה בטל אע"פ שהוא ממון, שנאמר בה לחקת משפט, ובשאר הדברים תנאו קיים..."

ובר"ן כתובות הנ"ל כתב שהרמב"ם פסק כר"מ, כוותיה ולא מטעמיה, אלא משום דכתובה דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, הלכך כל שהוא רוצה לקיימה תנאו בטל ואפ"ה הוא בעילתו בעילת זנות משום דלא סמכה דעתה. וכן כתב הרב המגיד שם. והוסיפו (הר"ן והמגיד) שאם לא רצה לקיימה, תנאו קיים, כמו שיתבאר בכמה מקומות שמהני מחילתה, והיינו באינו רוצה לקיימה. [ובזה כתב

הב"ש סו,ט שלא יסתרו דברי הרמב"ם הנ"ל את מש"כ בהל' אישות יז,ט; "... אבל המוחלת כתובתה לבעלה איבדה כל תנאי כתובתה ואפילו מזונות אין לה עליו, ומוחלת כתובתה אינה צריכה קנין ולא עדים, כשאר המוחלים שאינן צריכין לא עדים ולא קנין אלא בדברים בלבד ...", והרי דעת הרמב"ם דלא מהני מחילה וכתיבת התקבלתי. אלא דהרמב"ם מיירי באינו רוצה לקיימה, ובזה מהני המחילה. ועיין ב"ש שם בדמגרשה ואינו מקיימה, מהני גם מחילה בע"פ]. והביא המגיד ראשונים אחרים החולקים דלא קיי"ל כרבי מאיר אלא תנאו קיים ובעילתו בעילת זנות.

ולכאורה יש לבאר ברמב"ם מה שעשו חיזוק לדבריהם, דהנה גם לרבי יהודה דוקא כותבת לו שובר בלשון התקבלתי מהני, אבל אם כותבת לו שהיא מוחלת, גם לרבי יהודה לא מהני. דכך מדויק לכאורה בדברי רבי יהודה (ועיין להלן דהפני יהושע והחדושי הרי"מ הסתפקו בזה, ומסקנתם דאין חילוק). וכן ראיתי בשטמ"ק כתובות נו,ב שהביא מהריטב"א שהקשה איך מועיל אם כתבה דין ודברים אין לי בנכסין וכו', הרי לשון סילוק לא מועיל אלא דוקא לשון התקבלתי, ועיי"ש מה שתירץ. ומוכח דס"ל לריטב"א דדוקא לשון התקבלתי מהני ולא לשון סילוק או מחילה. וכן לכאורה במרדכי ב"ק (אות צג); "כל לגבי בעלה ודאי מחלה, ודוקא ע"י שכותבת התקבלתי, אבל במחילה בעלמא לא הויא מחילה כשכבר נשואה". (וי"ל דהכוונה למחילה בע"פ, אבל בכתב בכ"ע חשיב כהתקבלתי). ועיין בח"מ סו,יג דבלא כתיבת התקבלתי, יכולה לטעון טענת השטאה ומשחקת אני בך. דאף רבי יהודה ס"ל דאם יכולה למחול ולסלק עצמה מחיוב כתובה, מה הועילו חכמים בתקנתם (עיין להלן בדברי החזו"א). אלא ס"ל לרבי יהודה שכשם שיכולה להפרע כתובתה, ואם נפרעה כותבת לו התקבלתי, הוא הדין שיכולה לכתוב ולהודות שהתקבלה, אף שבאמת לא התקבלה, ובזה חכמים לא יכולים למנוע ממנה להסתלק בדרך זו, דכמו שאם רוצה לקבל ולהחזיר לו יכולה, כן יכולה להודות שקיבלה. ובשלמא למחול אינה יכולה, כיון שזה עצם התקנה, אך כשם שיכולה לקבל בפועל, ס"ל לרבי יהודה שיכולה להודות שקיבלה ואינו חייב לה עוד (וכמו שמצאנו לענין קנין אודיתא, עיין בזה בחדושי הרי"מ סו,יא). וס"ל לרמב"ם דבזה חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, דבכל חוב אם כותבת התקבלתי מהני, אבל בזה שאם פוחת לאשה בכתובתה הוי בעילת זנות, הוא הדין בכותבת התקבלתי ולא נתקבלה, שזה רצון חכמים שיהיה לה כתובה, ואין שלותה אלא בכתובה, ולכן גם בכה"ג תנאו בטל. (ומעין זה מצאנו גם לענין חרם דר"ג, דלא מהני מחילתה שיוכל לקחת ב נשים, וכמש"כ הר"ן בתש' סי' מח, הובאו דבריו בב"ש א,כ, דאף אם נאמר שחרם דר"ג נעשה לתקנת הנשים, אם תועיל מחילתה, יש לחוש שילחצנה בעלה עד שתתרצה, ובטלנה טעם החרם).

ובלחם משנה הקשה על הרמב"ם, דאפי' סובר דחכמים עשו חיזוק יותר משל תורה, הרי רבי יהודה ס"ל דהיינו דוקא ע"פ, אבל בשטר כשכותבת לו התקבלתי מהני. וכתב הלח"מ בבאור דברי הרמב"ם, וז"ל:

"דרכינו סובר דכיון דכל הפוחת לבתולה בעילתו בעילת זנות, מדרבנן חשבינן ליה להך בעילה בעילת זנות כאילו הוי דאורייתא, שהם עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, והשתא הוי מילתא דאיסורא ולא הוי דבר שבממון, ולכך לא מהני תנאה. וזהו שכתב שכל הפוחת, כלומר הטעם דהתנאי בעל משום דהוי מילתא דאיסורא, אבל הפוחת בעילתו בעילת זנות. ואע"ג דהוי איסורא דרבנן, חכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה."

כיון שעשו חכמים בעילתו בעילת זנות, הוי מילתא דאיסורא דרבנן, וע"כ אינו תנאי שבממון אלא באיסור וע"כ בטל. וכן כתב בבית יעקב סטו, בחילוק בין מזונות לכתובה, דכיון דעשו בעילתו בעילת זנות, "דמי למתנה עליה שלא יהיה לה חיוב עונה, דהרי העונה אסורה בלא כתובה". וכן כתב באבני נזר חאה"ע ז"ס, שכא, דכיון דקי"ל כר"מ בגזירותיו דהוי בעילת זנות, א"כ מתנה בדבר איסור ותנאו בטל. אך כתב דלולי דברי הרמב"ם נראה דבכה"ג לא חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, כיון שכל התנאי עוקר רק אם שוהה עימה, וכיון שיתכן ויכול שלא לשהות עימה, התנאי אינו עוקר, ועדיף מע"מ שתאכל בשר חזיר (גיטין פדב) דלא חשוב מתנה על מה שכתוב בתורה, דאפשר דלא אכלה. גם בחזו"א (כתובות סה,ה) התקשה בדברי הרמב"ם דלא מהני התקבלתי בכתב, דזה דלא כברי יוסי ולא כרבי יהודה. וכתב לישב, וז"ל:

"ונראה דעיקר טעם דבדבר שבממון תנאי קיים, דאמרנן מתחילה לא אמרה תורה אלא לזכות הזוכה ועל דעתו, שאם ירצה למחול זכותו, זכותו מחול. אבל בכתובה כיון דקי"ל כר"מ דבעילתו בעילת זנות, הרי דמצאו חכמים מן הטוב וההגון באישות שיהיה לה כתובה, ואין שלותן שלמה בלא כתובה, ולפיכך תקנוה, ודאי לא מהני מחילה דידה."

הרי שזה דין מיוחד בכתובה, שכך תיקנו, שאם יכולה למחול, הרי בטלת את ענין וטעם תקנת הכתובה, ולכן תקנו כתובה שאינה יכולה למחול, ולכן בעצם מהות התקנה מונחת גם אי יכולת המחילה. אלא שהחזו"א הקשה, דבדברי רבי מאיר מדויק שאם כתובה דרבנן מהני מחילה, ורק מפני דס"ל דכתובה דאורייתא לא מהני מחילה. וכתב דאף למה שפירש אין הכרח דלא מהני התקבלתי, דכמו שיכולה למכור לבעלה, כן יכולה למחול. ולא תקנו חכמים אלא שיתחייב כתובה ולא יועיל תנאי שלא יתחייב, אבל אחרי שהתחייב, מהני מחילה. וע"כ ס"ל דלרמב"ם לר"מ לא מהני התקבלתי, דכן משמע ליה מדבריו דקאי על דברי רבי יהודה. ונראה כמש"כ לעיל, דאף לרבי יהודה

דוקא כתיבת התקבלתי מהני ומחילה לא, מטעם שכתב החזו"א שזה בעיקר ובמהות תקנת הכתובה, וע"כ לר"מ אף כתיבת התקבלתי כשלא התקבלה, הוא ממש כמחילה ובכלל, וע"כ לא מהני.

[ועיין בחזו"א בס"ק ד שבהו"א כתב דחיוב כתובה הוא חיוב מתחדש בכל שעה ושעה שהיא אשתו, וזו סברת ר"מ דלא מהני מחילה. וכתב דלא מסתבר דבזה נחלקו ר"מ ור"י אם חיוב כתובה הוא חיוב מתחדש או רק בשעת כניסה. וכתב דבאמת החיוב הוא רק בשעת הכניסה, אולם כיון שזכות הכתובה תלויה ונמשכת עד זמן הגביה, אם מוחלת קודם הרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה. דהתורה (או חכמים) אמרה שחיוב הכתובה תהיה תלויה ועומדת עד שעת הגביה, וכשמנתק את חבל החיוב, הרי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, עיי"ש.]

ובגמ' ב"ק פט,א איתא לענין אשה שחבלה, שאין מצריכים אותה למכור כתובתה בטובת הנאה, דכל לגבי בעל ודאי מחלה ליה ואפסדיניה להווא זבינא בידים לא אפסדינהו. ובתוס' שם (ד"ה כל) הקשו, דהא לר"מ אינה יכולה למחול. ותירצו, דלמסקנת הסוגיא דמפליג רבי יהודה בין כתבה התקבלתי ללא כתבה התקבלתי, הוא הדין לר"מ, ומהני כתיבת התקבלתי. ולפ"ז קשה על הרמב"ם דס"ל דלא מהני לר"מ כתיבת התקבלתי, איך תמחול לבעלה. קושיא זו הקשו האחרונים על הרמב"ם, עיין בב"ש סו,ט שכתב דדוחק לומר שתמחול ויגרש אותה מיד ויחזירנה, דזה מהני אף לר"מ (וכך תרצו התוס' בתרוץ השני). והב"ש כתב לישב שלא ע"פ דרך הר"ן והמגיד, דיש שני ענינים שבהם לא מועילה מחילת הכתובה: אם התנאי היה בשעת הקידושין או הנישואין שהיא מוחלת על הכתובה, שאז הוא מתנה על מה שכתוב בתורה. והשני – אם אחר הנישואין התנה עימה שהיא תמחול לו או תכתוב שובר, לא שמחלה בפועל אלא כך היה תנאי ביניהם שהיא תכתוב לו התקבלתי, בזה התנאי בטל, אבל אם מחלה בפועל אחר הנישואין, גם הרמב"ם מודה בזה (ולכאורה הוא הדין בשעת הקידושין, אך לא היה באופן של תנאי). אלא שהב"ש כתב דהר"ן והמגיד לא חילקו כך, וס"ל דרק אם מגרשה מיד מהני, ועיין להלן.

ובהפלאה בקו"א סו,ז כתב לישב, דלר"מ דלא מהני מחילה, היינו שכתובתה קיימת, אך היא קיימת רק מעכשיו, והשעבוד של הזמן הראשון, נמחל שעבודו, דאשה אינה יכולה למחול את הכתובה מכאן ולהבא, כדי שלא תהיה בעילתו בעילת זנות, אבל עד כאן ועד עכשיו, יכולה למחול, וצריך לכתוב לה כתובה חדשה מעתה. ולכן גם אם תמכור כתובתה בטובת הנאה לנחבל, הרי יכולה למחול שעבוד הראשון, ולא יועיל כלום לנחבל. ולדבריו גם אתי שפיר מדוע אם מגרשה כעת מהני המחילה, דמחילת הזמן הראשון מהני, ורק אם ממשיך לחיות עימה יש לה כתובה, ואם מגרשה,

אין לה כתובה לא מה שהיה עד עתה ולא מכאן ולהבא. [ובאגב אזכיר כאן מה שנחלקו ההפלאה והבית יעקב אם יכולה האשה למחול שעבוד נכסים משועבדים לר"מ, דדעת הבית יעקב סו,א דכיון שאף אם לא היתה גובה ממשעבדי, אין בעילתו בעלת זנות, כדמוכח בכתובות נא,א, דאף בלא כתב לה גובה ממשעבדי מפני שאחריות טעות סופר, ואם לא היה אחריות טעות, לא היתה גובה ממשעבדי, וא"כ אין הגביה ממשעבדי מעיקר תקנת הכתובה, ואין בעילתו בעילת זנות גם באינה גובה ממשעבדי. ולכן ס"ל לבית יעקב שיכולה למחול, כיון שאין עיקר הכתובה תלוי בגביה ממשעבדי. אבל ההפלאה (כתובות נא,ב) הוכיח מהתוס' (ד"ה גט) דלא מהני גם מחילת שעבוד אלא באופן של התקבלתי, עיי"ש].

גם הישועות יעקב סו,ד כתב כדברים אלו, אך הקשה דבפשטות דברי הרמב"ם כל הכתיבה בטלה, גם מה שעד כאן לא מהני. והביא הישוע"י מדברי הגמ' ב"מ נא,א-ב במחלוקת רב ושמואל בעל מנת שאין לך עלי אונאה, דרב סבר אף לר"י, דעד כאן לא אמר רבי יהודה אלא בכתובה דידעה שיש לה כתובה ומחלה, אבל הכא מי ידע אם יש אונאה למחול. ובתוס' שם (ד"ה מי) הקשו דבכתובה ג"כ לא ידעה, דמי יודע מי ימות קודם. ודעת הרמב"ם דלא מהני ע"מ שאין לך עלי אונאה, דיש לו עליו אונאה, דלא ידע שיש בזה אונאה למחול, ולכן ס"ל גם בכתובה כיון דלא ידעה מי ימות קודם, חשיב כלא ידעה ולא מהני מחילה, עיי"ש.

והרא"ש כתובות ה,ז ס"ל דבכתבה לו התקבלתי אין לה כתובה ומהני מחילתה, ורק בתנאי בשעת קדושין, שמקדשה ע"מ שאין לה כתובה דתנאה בטל, לא מהני התנאי ויש לה כתובה, ומ"מ צריך לכתוב כתובה אחרת, וז"ל:

"והכי קאמר רבי מאיר לרבי יהודה, לא מיבעיא אם כתבה לו התקבלתי דאז אין לה כתובה כיון דמחלה דהוי בעילת זנות, אלא אפילו הפוחת בתנאה בשעת הקדושין דתנאו בטל הוי בעילת זנות, דכיון דאמר לה לית לך אלא מנה, לא סמכה דעתה והויא לה בעילת זנות".

וכן היא דעת הטור אהע"ז סי' סו. גם דעת הרשב"א (כתובות נז,א) דלא כרמב"ם, אלא אם כתבה התקבלתי, אף דקיי"ל כר"מ, דוקא בגזרותיו, שבעילתו בעילת זנות, אבל לעצם המחילה, מהני המחילה, וז"ל הרשב"א:

"מיהו דוקא בגזרותיו הוא דקיי"ל כותיה ולומר שבעילתו בעילת זנות, ואלו רצה לקיימה כותב לה שטר כתובה של מאתים כדי שתהא דעתה סומכת. אלא מיהו אילו לא רצה לקיימה, א"נ כשלא הספיק לכתוב לה כתובה אחרת, תנאו קיים ... והרמב"ם ז"ל כתב דכל זמן שהוא רוצה לקיימה תנאו בטל,

לומר דחכמים עשו חזוק לדבריהם יתר משל תורה ... ולפי הדרך הראשון הכל מחול ומכור אלא שאלו רצה לקיימה כותב לה כתובה אחרת מעיקר כתובתה לבתולה מאתים ולא למנה מנה."

מבואר בדעת הרשב"א דס"ל כרא"ש שבכותבת התקבלתי מהני. והרמב"ן שם הביא ב הדעות, בתחילה הביא דעת הפוסקים דמהני המחילה, אך כיון דלא סמכא דעתא, בעילתו בעילת זנות, והביא דעת הרמב"ם דלא מהני המחילה ותנאו בטל. והוסיף הרמב"ן לשיטת הרמב"ם, שלא אמרו תנאו בטל וקיים בין במוחלת כגון התקבלתי בין במתנה עליה בעל פה לפחות, אלא כשממשיכים לחיות יחד וכן דעתם, אולם כשרוצה להוציאה, תנאו קיים, וזה המוחלת כתובתה האמור בגמ' בכ"מ, ול"ק קושיית התוס'. גם מדברי המרדכי ב"ק ס' צג מבואר דכתיבת התקבלתי מהני, דלא כרמב"ם. והרמ"א אהע"ז סו,ג נראה דס"ל כוותיה. אבל דעת המחבר בשו"ע אהע"ז סו,ט דבכתבה לו התקבלתי, אין לה כתובה "לדעת קצת פוסקים", ולכאורה משמע דס"ל דדעת רוב פוסקים כרמב"ם דאף בזה אין לה כתובה. וכן דייק הב"ש סו,ט בדבריהם.

והובאו לעיל דברי בב"ש סו,ט שחילק לשיטת הרמב"ם דלא כר"ן והמגיד, דלרמב"ם לא מהני מחילה אף לא בכתיבת התקבלתי, דוקא כשהיה תנאי לפחות או שתכתוב לו התקבלתי, אבל אם מחלה האשה אח"כ מעצמה ללא תנאי, בזה גם הרמב"ם סובר כדעת הראשונים הנ"ל דמהני מחילתה. וע"כ כתב דאין סתירה בין פסקי הרמב"ם הנ"ל. דבפ"ב פסק הרמב"ם דלא מהני מחילתה, היינו כשהיה תנאי מצד הבעל בשעת הקדושין או הנשואין, ובפ"ז פסק הרמב"ם דמהני המחילה, ומיירי שהיתה מחילה שלא קדם לה תנאי, וז"ל הב"ש:

"ולולי דברי הר"ן והמגיד הייתי אומר דס"ל להרמב"ם דוקא תנאי שהתנה עמה בעת הקדושין או בעת הנישואין, אותו תנאי בטל משום דהוי כמתנה על מש"כ בתורה, ומש"כ בפ"ב התנה עמה לפחות מכתובה או שכתב לה מאתים והיא כתבה התקבלתי מאה התנאי בטל, היינו התנאי היה לפחות או שתכתוב לו שובר, אבל אם לא היה תנאי אלא היא מחלה אחר כך, מהני אפי' בע"פ. והיינו מש"כ פ"ז המחילה אין צריכה קנין. אלא הר"ן והמגיד בסוגיא זו מחלקים כמש"כ לעיל דאין קיים המחילה אלא כשמגרש אותה. ובסעיף ט פסק המחבר התנאי בטל. ולמש"כ ניחא דלא הגיה שם כלום הרב רמ"א, משום תנאי שאני, אבל מחילה ס"ל דמהני והיינו כשכתבה לו התקבלתי, אבל בע"פ לא מהני. אבל המחבר ס"ל אפילו מחילה לא מהני והיינו מש"כ בסעיף ט אין לה כתובה לקצת פוסקים, כוונתו לשיטת הרמב"ם יש לה כתובה,

ושאר פוסקים כתבו בלשון קצת פוסקים, ש"מ דס"ל עיקר כשיטת הרמב"ם דיש לה כתובה אפילו אם מחלה וכתבה לו התקבלתי.

הרי שדעת הר"ן, המגיד והמחבר דלא כחילוקו בדעת הרמב"ם, ובכל ענין לא מהני כתיבת התקבלתי, אף באופן שלא היה תנאי שתמחול או תכתוב לו התקבלתי. וכתב הב"ש דדעת הטור דבתנאי לא מהני מחילה, וללא תנאי מהני בכתיבה ולא בע"פ. ודעת המרדכי דאפי' בתנאי מהני בכתיבת התקבלתי. (ונדו"ד לא חשיב כתנאי, לא בעצם הקדושין והנישואין ולא שתכתוב לו התקבלתי, אלא יש הסכם שיש לו תוקף בפני עצמו, ואין בביטולו משום ביטול הקדושין או הנישואין).

ודעת הנתיבות בבית יעקב סו,ג (ד"ה עוד כתב הב"ש) לפסוק לדינא, דעד תחילת ביאה, דכתנאי דמי, אפי' בכתב לא מהני, כדעת הרמב"ם והטור, ושבוה הסכימו גם המחבר והרמ"א. אבל לאחר ביאה מהני מחילה בכתב ולא בע"פ, דבע"פ אנן סהרי שלא מחלה בלב שלם.

ובחזון איש כתובות סה,ז כתב דדעת הרא"ה הריטב"א והר"ן דהלכה כרבי יוסי ואפי' בתנאי ע"פ הוי מחילה. ודעת הטור דדוקא התקבלתי מהני ולא בע"פ. ודעת הגר"א בדעת המרדכי לחלק בין קודם חופה, דמהני בע"פ, ללאחר חופה, דבעינן כתיבת התקבלתי כרב דימי, ולגר"א לאחר חופה הן לטור והן למרדכי מהני כתיבת התקבלתי. ולהלכה כתב החזו"א דאין להוציא מהבעל כתובה בכתבה לו התקבלתי, שדעת הרמב"ן, הרא"ה, הרשב"א, הריטב"א, הר"ן, הרא"ש והטור דמהני כתיבת התקבלתי; "והרמב"ם יחיד בדבר זה. ואפי' במחלה ע"פ, אפשר דהבעל יכול לומר קים לי כהני פוסקים דפסקו כרבי יוסי". גם בחדושי הרי"מ סו סוס"ק יא כתב דיכול לומר הבעל קים לי דמהני מחילה בע"פ בכ"ע.

ואם באנו לנדו"ד, לו יצויר שהיתה כותבת להדיא התקבלתי כתובתי, באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים אם מהני המחילה. דבנדו"ד הוי קודם ביאה, ודעת הרמב"ם והטור דלא מהני אפי' בכתב. אמנם יש סוברים דמהני מחילה בכתב, ואף בע"פ יכול לומר קים לי כפוסקים כרבי יוסי, ואפי' בתנאי בע"פ בין בתחילה ובין בסוף.

אך בנדו"ד יש ספיקות נוספים. ראשית, לא כתבה להדיא שמוחלת על כתובתה, וא"כ גם אם נפרש שהסילוק הוא גם מכתובה והוא כולל הכל, צ"ע אם הדבר נחשב ככתוב או כפרשנות שכך אנו אומדים דעתה, שדעתה למחול גם על הכתובה, שאם יש לראות בפרשנות אומדן דעת ותוספת לכתוב, והיינו שאינו כתוב להדיא אלא שמן הסתם זו היתה גם כוונתה להרחיב סילוקה גם מכתובה אלא שמשום מה לא פורש להדיא, אפשר שדינה כמחילה בע"פ ולא כמחילה בשטר, ונפק"מ לאמור לעיל. ואף אם נחשיבה כמחילה בשטר, הרי לא כתבה להדיא התקבלתי.

אמנם בענין הספק השני, ראיתי בתש' פני יהושע ח"ב סי' סט שהסתפק אם בענין דוקא כתיבת התקבלתי, או כל מחילה בשטר מהני. ובתחילה רצה לדייק מדברי התוס' ב"ק פט"א (הנ"ל) דדוקא כתיבת התקבלתי מהני, אך דחה ראיתו זו. ומלשון רש"י כתובות נא, א (ד"ה והיא כותבת) דהתקבלתי לשון שובר ("לשון שובר ואפי' לא נתקבלה"). ועיי"ש שהאריך בענין זה, ומסקנת דבריו דלא מצאנו אלא חילוק בין כתב לע"פ, אבל בכתיבה אין חילוק אם כתבה בלשון התקבלתי או לשון מחילה. דבכתיבה הרי זה כהתחייבות ולא כתנאי, עיי"ש. גם בחדושי הרי"מ סו"א הסיק דאין חילוק בין כתבה התקבלתי או מחלה בכתב, דכן משמע מהרא"ה, ורק בע"פ לא מהני, שעשו חיזוק לדבריהם עיי"ש. ומ"מ ספק הראשון במקומו עומד, שמא לא חשיב אלא כמחילה ע"פ, דאין מפורש להדיא שמוחלת על הכתובה רק אמדינן לדעתא שזו כוונתה, דלענין כתיבת התקבלתי בענין שיהיה כתוב להדיא שמוחלת הכתובה, ואם לא כתוב להדיא, יכולה לטעון טענת השטאה ומשחקת בך. או י"ל שזה הפרוש בכתיבה שמסלקת עצמה מכל תביעות, והרי זה ככתוב מפורש. ודעתי נוטה שכן היתה כוונתה לסלק עצמה מכל סוג של תביעות ופיצוי, וגם כתובה בלשון בני אדם וכוונתם כפיצוי וגם הלשון כל תביעות, מורה שהיתה כוונה גם לסוג כזה של תביעה – תביעת כתובה (עיין חו"מ סו"ס סא), ופרשנות האשה שהיתה הכוונה על תביעת פיצוי בבי"ד או בבימ"ש, לא מסתברת. רק עדיין צ"ע להחשיבה ככתיבה של שובר, דאפשר כמש"כ שאומדן דעת אינו אלא כמו סילוק ע"פ כיון שלא כתבה להדיא. וגם אם הוי ככתיבה ממש, יש הסוברים דלא מהני כתיבה בררצה לקיימה. ובספק מחילה, עיין לעיל אות ג דבאנו גם בזה למחלוקת הפוסקים, והיא גופה הספק אם יד הבעל המוחזק על העליונה, או החיוב במקומו עומד.

ואחר שכתבתי הנ"ל, העיר לי ת"ח אחד שיש באחרונים תש' להדיא, שגם אם לא נכתב בהסכם או בפסק הדין שהאשה ויתרה על כתובתה, שהרי מן הסתם ויתרה, כיון שבסדר הגט שואלים את האשה אם מוחלת על כתובתה, וכיון שזה מסדר הגט, י"ל דחזקה על הבי"ד ששאלו והאשה השיבה שמחלה, ומה שלא כתבו כן להדיא, מפני שהבעל לא בקש שובר. וציין לתש' אגרות משה לגר"מ פיינשטיין זצ"ל, חאה"ע ח"ד סי' קטו, ולפד"ר כרך יא, עמ' 383-384.

מקור הדין הוא בסדר הגט סע' פא ברמ"א, מסדר הגט למהר"י מינץ: "וישאל הרב אחר הכתובה, ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו, כדי שלא יבאו אח"כ לידי קטטה מחמת הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה". והגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה ח"ד סי' קטו נשאל ג"כ אם יכולה האשה לתבוע את הבעל לאחר הגט, והשיב, דאף שיש שאינם דורשים מהאשה להחזיר הכתובה, דכיון דבזמננו המנהג פשוט שקודם הנתינה היא מוחלת לו הכתובה בפני הרב והעדים, בית הדין

לא ידון כלל בתביעותיה לאחר הגט, ואף אם יהיו הרב והעדים מסדרי הגט בחיים, לא ידרשו לתת עדות, כי יסמכו הב"ד על המנהג. והובא בספר קב ונקי סימן רמה.

"ומהאי טעמא כל תביעות ממון שאיתא בסימן ר"כ שאם יש איזה חלוקים ביניהם יתפשרו על ככה, הוא עוד מכ"ש מהכתובה ששייך בזה הטעם דהרמ"א בשם מהר"מ מינץ שלא יבואו לידי קקט ויאמר הבעל ע"מ כן לא גירשה, שלכן לא הוצרך הרמ"א להזכיר גם זה, ורק מהר"מ ר' יוזפש שהאריך ביותר הזכיר גם זה שלא יבואו אינשי לטעות. וממילא איכא החזקה שעשו כן הב"ד, וכל ב"ד שבעולם לא ישמעו אף שיש בידה שטרות החיובים מצד שידוע לכל ב"ד בעולם, שכיון שנתגרשה כבר אין שום תביעות. ומהאי טעמא אמרתי להבעל שהגט עצמו הוא כמזהיר להאשה שאין הבעל חייב לה כלום, ובב"ד של ישראל לא תוכל לתבוע כלום אף אם תרצה".

נראה דכל זה באופן הנהוג או היה נהוג, במקומות מסוימים שבאים להתגרש, שאז שואלים כנ"ל מסדרי הגט. באר"י תקנות הדיון מחייבים שקודם בואם לסדור גט, ובטרם פתיחת תיק לסדור גט, עליהם לבוא לבית הדין ולדון או להסכים בענינים הכרוכים בגרושין, ובכללם עניני הממון. כך ששאלות אלה נשאלות עוד בטרם בואם לפני רבנים מסדרי הגט. וענין הכתובה הוא אחד מעניני הממון עליהם הסכימו הבעל והאשה, וביה"ד נותן תוקף של פס"ד להסכמתם. ואף ששואלים שוב טרם סדור הגט אם הכל מסודר ביניהם, אין שואלים דוקא על הכתובה אלא באופן כללי, ועיתים ויתרה על הכתובה, ולעיתים יש הסכם או פס"ד שמשלם, או שידונו אח"כ. אמנם בפד"ר כרך יא עמ' 384 ביה"ד מסדר הגט כתב ששאל על הכתובה, שכך נהוג, אבל למיטב ידיעתי לא שואלים ספציפית על הכתובה אלא בלש' כולל וכנ"ל. דויל בתר טעמא. דפעם כל עניני הממון היו בכתובה, והיום יש עניני ממון רבים שהם מחוץ לכתובה. לכן לענ"ד אין חזקה של ביה"ד לגיטין ששאלו ספציפית על הכתובה. וביה"ד כשדן בעניני ההסכם או הממון, וכמעט תמיד שואל אם האשה מוחלת על הכתובה, רושם כל הדברים הנאמרים בפרוטוקול, וכשלא נרשם בפרוטוקול, אין חזקה ששאלו. לכן כשאין זכר לענין זה בפרוטוקול, לכאורה יש מקום לומר ששכחו לשאול, כיון שאינו לעיכובא בגט. בפרט בנדו"ד שאשרו ביה"ד שאין להם כל תביעות זע"ז, וסברו אולי שהכתובה בכלל, ולכן י"ל שלא שאלו.

לאור האמור, כיון שמשפך לא נפקא, וספקות רבים יש בזה, הצעתי בדרך של פשרה לחייב הבעל בעיקר הכתובה אך לא בתוספת הכתובה.

סימן י

גבאי גמ"ח שטוען שהחוב פרוע

ראשי פרקים

א. מלוה שטוען אינך חייב לי

ב. מחילה - סילוק או הקנאה

ג. הודאה נגד הודאה

ד. מחילת של גבאי גמ"ח

ראובן לווה מגמ"ח שתי הלוואות. בתחילה סכום של 5000 דולאר, ולאחר כחודש, 5000 דולאר נוספים. לאחר כמה חדשים פרע 5000 דולאר, וכשבא לאחר כחדשיים לפרוע את החוב השני, אומר לו גבאי הגמ"ח שהחוב פרוע ואינו חייב, מאחר וע"פ הרישומים החובות נפרעו. הדבר היה תמוה בעיניו, מאחר ובודאי לא פרע, ולדעתו, ככל הנראה גבאי הגמ"ח טעה ורשם בזמן הפרעון של ה 5000 דולאר הראשונים, גם על החוב השני שהוא פרוע, ולא שם לב שמדובר בשתי הלוואות. שאלת ראובן אם חייב לשלם לגמ"ח לאחר שהגבאי אמר שהחוב נפרע.

א. מלוה שטוען אינך חייב לי

איתא בב"ב קלה,א, על הא דתנן (ב"ב קלד,א) האומר זה אחי, אינו נאמן להורישו בנחלת אביו עם שאר אחיו, ואידך מאי קאמרי, אי קאמרי אחונא הוא אמאי יטול עמו בחלקו ותו לא. אלא דקא אמרי לאו אחינו הוא. אימא סיפא, נפלו לו נכסים ממקום אחר, יירשו אחיו עמו, והיינו שאם מת הספק ללא צאצאים, ירשו את נחלתו האחים שאינם מודים שהוא אחיהם, עם האח המודה שהוא אחיהם. והקשתה, הא אמרי ליה לאו אחונא הוא, ותירצה שאומרים האחים שאינם יודעים. ומוכח מהגמ' שכיון שמודים האחים האחרים שהוא לא אחיהם, אינם יורשים את נחלת הספק, ודוקא בקאמרי שאינם יודעים יורשים, אבל אם הודו שאינו אחיהם, הודו שאינם יורשים אותו. מכח גמ' זו כתב מהר"מ, הובאו דבריו ברא"ש בב"ב ח,מ, דאם בא הלוה למלוה ואמר לו חייב אני לך, וטוען המלוה ודאי שאינך חייב לי, פטור הלוה אע"פ שודאי יודע שהוא חייב, וז"ל:

"מכאן דקדק רבינו מאיר ז"ל אם ראובן אומר לשמעון אני חייב לך מנה ושמעון אומר אינך חייב לי, אע"פ שאין שמעון מוחל לו, פטור ראובן,

אע"פ שיודע בודאי שהוא חייב לו, כדאמר הכא דאע"פ שאומר ראובן לשמעון אחינו הוא ויש לך ליטול עמי, ושמעון אומר אינו אחי, לא יתן לו ראובן כלום, דהוי כאילו מוחל לו, ולא הוי כמו מחילה בטעות, דכיון שהלה אומר אני חייב לך, היה לו להשים על לבו ולדקדק ולא עשה כן אלא אומר בודאי אינך חייב לי, מחל לו בלב שלם."

ומקור דברי מהר"מ מתש' מהר"מ (דפוס פראג סי' קלה). וכן הביאו המרדכי ב"ב (סי' תקצ), והוסיף שם ראייה מדין טענו בחיטים והודה לו בשעורים שהוא פטור מדמי השעורים, לשיטת רש"י שטעמו מדין מחילה של התובע שלא תבעו שעורים. וכדברי מהר"מ פסק הרמב"ן (בתש' הרשב"א המיוחסות סי' קיז) והוסיף, דמדברי מהר"מ משמע לכאורה, דרשאי המלוה לומר ללוה שאינו מוחל לו, רק יודע שאינו חייב לו, אבל לפי דעתו של לוה שחייב לו, אומר המלוה ללוה שיתן לו לפי דעתו: "ואפשר, דכיון דהוי כאילו מחל לו, הוי מחילתו כמתנתו, ושוב אינו רשאי לתובעו". (עיין ברמב"ן שם שבתחילה דן גם מדין הודאה, ועיין להלן). וכן הביא דברי מהר"מ מהרי"ל (בתש' החדשות סי' קלד), הריקנטי (סי' תקמז), וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ עה,יא.

מבואר מדברי מהר"מ שאם אמר לו המלוה אינך חייב לי, הרי זו מחילה, ואינה מחילה בטעות, דאם יכל לבדוק ולא בדק, אינה בטעות אלא מחל לו בלב שלם. ולכאורה מהגמ' הנ"ל נראה דהוי בגדר הודאת בע"ד ולא מחילה, דמה שאומרים אין זה אחינו, הרי הם מודים שאין להם חלק ונחלה בירושתו. אלא שלמהר"מ היה קשה, דאף שהם מודים שאין להם חלק בירושה, האח הטוען שהוא אחיהם, הרי הודה שיש להם חלק בירושה. ע"כ ס"ל דמטעם מחילה ג"כ אתינן עלה. אולם לכאורה הסברא של "היה לו להשים על לבו ולדקדק ולא עשה כן..." לא שייכת באומרים אין זה אחינו, דמה שייך לדקדק בזה.

ובסמ"ע עה,כז דקדק מלש' השו"ע שהביא את דברי מהר"מ להלכה בדברי המלוה שאומר "ודאי לי שאינך חייב", דאף דברא"ש לא נזכר לשון ודאי בדברי המלוה, בתש' מהר"מ נזכרה לשון זו, ולכן ס"ל לסמ"ע דדוקא באמר לשון ודאי הוי מחילה. אולם בש"ך ס"ק לא חלק על הסמ"ע וס"ל דלשון ודאי – לאו דוקא, דגם בסוף דברי מהר"מ לא כתב לשון ודאי. וגם בהרא"ש ובתש' הרמב"ן הנ"ל, לא הזכיר בתחילת דברי מהר"מ לשון ודאי, משמע דאין קפידא בכך. ועיין תומים (אורים עה,כט) שכתב דלא בלשון תליא מילתא, אלא אם נראה מדבריו ודאות ולא לשון מסופקת, הוי מחילה. ולכאורה מהראיות שהביא מהר"מ מהאומרים אין זה אחינו, וכן מהראיה מטענו בחיטים והודה לו בשעורים, דהמחילה היא רק מפני שלא טענו שעורים, משמע

שאפי' לא אמר לשון של ודאי אלא דבר שענינו ודאי. וראה זו ראיתי בדברי הט"ז עה,יא.

ועיין בב"ח עה,י, דמבואר בדבריו דדוקא באמר לשון ודאי, הוי מחילה, ובלא אמר לשון ודאי אינך חייב לי, הוי ספק מחילה, וצריך הלוה לשלם לצאת ידי שמים, ולא להסתמך על ספק מחילה. הב"ח הקשה מלשון מלשון הרמב"ם פ"ג מטו"נ, בדין טענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים, דכתב הרמב"ם בטעם דפטור מדמי שעורים: "ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו מנה לך בידי ואמר לו האחר אין לי בידך, שאין בית דין מחייבים אותו ליתן לו כלום", משמע שרק ביד אין מחייבים אותו ליתן כלום, דבדיני אדם פטור אבל בדיני שמים חייב. וכתב הב"ח לחלק; "ואפשר דהכא דקאמר בודאי אינך חייב לי, מחל לו בלב שלם ופטור אף מדיני שמים, והרמב"ם לא מיירי בדאמר בודאי". הרי דנדו"ד מיירי דוקא באמר ודאי, אבל בלא"ה הוי ספק מחילה, ואף שבי"ד אינם מחייבים, מ"מ חייב לצאת ידי שמים.

ולפי דברי התומים, הט"ז והב"ח, נלענ"ד דכמו שהלשונות חלוקים, גם אופן האמירה חלוק. והיינו דכדי שתהיה מחילה כדעת מהר"מ, וכדי שנאמר שלא היתה כאן מחילה בטעות, שהיה לו לבדוק כשאמר לו חייב אני לך, בעינן דוקא שנראה מלשונו ומסגנון הדברים שאכן מחל, לא ראי האומר בהחלטיות, כאומר: ע"פ הרישומים אצלנו אין לך חוב. לא ראי זה כראי זה. סגנון הדברים ותוכנם צריך ללמד על מחילה. קשה לומר שכל אמירה של אינך חייב היא מחילה בלב שלם, רק כאשר ניכר מהתוכן והסגנון, מהשאלה מהתשובה וכו'. בנדו"ד אמר לו הגבאי שע"פ הרישומים אין לו חוב. האם זו מחילה בלב שלם? נלענ"ד דבכגון זה לא דיבר מהר"מ. מהר"מ דיבר כשהדיבור והסגנון מורים על החלטיות, ומשמעותם, שגם אם אתה חייב, אני מוחל לך. אבל מ"מ הודאה נראה שיש כאן.

עוד הוסיף הב"ח, דאם בא אחר כך ואמר נזכרתי שאתה חייב לי כו"כ כמו שאמרת, ולא אמרתי מתחלה ודאי לי שאינך חייב לי אלא שטעיתי ומעולם לא מחלתי לך כלום, דחייב לשלם לו אף מדיני אדם, דלא אמרין דמחל לו בלב שלם אלא אם כן לא שם לבו לדקדק, אבל כששם לבו לדקדק, מוכח שלא מחל לו, דכל מה שאמר לו אינך חייב לי הוא בהשקפה ראשונה, ואח"כ הלך ובדק, וא"כ לא היתה כוונתו למחילה. ואפילו אם היה רק ספק בדבר, אסור לו להחזיק בשל חבירו מספק, דשמא מחל לו.

ובענין זה מצאנו מחלוקת בנו"כ. דדעת הסמ"ע עה,כח מדיוק דברי מהר"מ, דאף אם חזר התובע ואמר טעיתי בחשבוני תחילה, ועתה דקדקתי ומצאתי שנשאת חייב לי, לא מהימנין ליה, דהו"ל כמוחל אדם לחבירו בפירוש מה שחייב לו, דלא יכול

לחזור בו. והש"ך ס"ק לג כתב דהב"ח חולק, ולכאורה מלשון מהר"מ משמע כסמ"ע. ועיין גם בט"ז כתב, דכמו בטענו בחיטים והודה לו בשעורים, שאינו יכול לחזור ולטעון נזכרתי שטעיתי ואתה חייב לי שעורים, הוא הדין בזה. אמנם עיין בש"ך פח, לב כתב דיכול לחזור ולטעון נזכרתי שטעיתי. אמנם י"ל דהש"ך לשיטתו (עיין ש"ך פח, יז) דבטענו חיטים והודה לו בשעורים אין הטעם משום מחילה (לרא"ש – הודאה, ולש"ך דס"ל כרמ"ה – משטה), אבל לטעם מחילה אפשר שאינו יכול לטעון טעיתי. ועיין בפ"ח על הרא"ש הנ"ל (ב"ב ח, מ, פ"ח אות ח) שאף דבטענו חיטים והודה לו בשעורים, ס"ל לרמ"ה, הביא הרא"ש ס"פ המנחת, דמצי הדר תבע ליה לתת לו שעורים, משום דהתם כשתבעו חיטים לא הוי כמחילה על השעורים, עיי"ש. ולטעם מחילה י"ל דאה"נ דלא מצי תבע ליה.

גם לענין מחילה בטעות, כבר כתב מהר"מ דלא שייך בנדון אינך חייב לי, מחילה בטעות; "דכיון שהלה אומר אני חייב לך, היה לו להשים על לבו ולדקדק ולא עשה כן אלא אומר בודאי אינך חייב לי, מחל לו בלב שלם". וצ"ל, דכאשר הלוח בא ואומר שחייב לו, היה לו לשים על לב, דסו"ס היה לו לחשוב ולומר שרוצה לבדוק בחשבונו, ומדלא עשה כן, מחל בלב שלם. אמנם אם היתה זו מחילה בטעות, עיין ברמ"א רמא, ב, שהביא מהמרדכי סנהדרין תרפב ומהרי"ק שורש קיא, דיכול לחזור בו ואפי' קנו מיניה. ועיין בריב"ש סי' שלה דמחילה בטעות הוי מחילה בזבני, כמו במוכר פירות דקל שלא באו לעולם (ב"מ סו, ב). משא"כ בהלווה על שדהו דאמרינן (שם בב"מ סו, ב) דהדרא ארעא והדרא פירי, משום דהוי הלוואה ואיכא משום ריבית, כמש"כ רש"י שם (בד"ה הכא), או כפירוש ר"ת דהלוואה הוא מתחלה על תנאי אם יפרענו אם לאו, ולא מחל שפיר על הפירות, משא"כ במוכר פירות דקל שיודע המוכר שמכר לו אותן פירות ומוחל אותן מדעת, אלא שטועה בדין שחשב שממכרו ממכר, ואינו כן, ע"כ מחילה כזו בטעות הוי מחילה. ומכאן למד ר"ת ז"ל למוכר שטר חוב לחבירו באפי' סהדי, אע"פ שאין אותיות נקנות במסירה, אי הוציא הקונה מעות מהלווה באמצעות השט"ח, לא יכול המוכר לחזור בו, דמחילה בטעות הוי מחילה. וכן י"ל במי שמתחייב לחבירו מנה באסמכתא, ולאחר מכן פרעו או נתן לו משכון על המנה, אף שהוא היה חושב שיהיה חייב מן הדין ואינו כן, הויא מחילה בטעות ושמה מחילה, כיון דלא הוה הלוואה מתחלה. וזה לא כתוס' (ב"מ סו, ב ד"ה התם) בסוגיא דס"ל דבפירות דקל הטעם דניחא ליה למיקם בהימנותיה.

ועיין קצוה"ח יז, ג שלמד מדברי הריב"ש גם לדין מי שתובע מחבירו פחות ממה שמגיע לו ע"פ דין, שאין הדיינים פוסקים יותר מהתביעה, כעובדא דרוניא ב"ב ה, א, ושו"ע חו"מ סו"ס יז, דמשום כך כתב הריב"ש (סימן רכז) דכיון שהוא ויתר לשמעון בפני ב"ד ונותן לו הבחירה, היה ראוי לדיינין לפסוק הדין כפי תביעתו, דאף

שטעה בדין, מ"מ מחילה בטעות הוי מחילה, כיון דהוא מוחל מדעתו. וכן הדין בעובדא דרונא ורבינא הנ"ל. וע"ע במש"כ קצוה"ח קמב,א, רז,ג.

ולראיה שהביא המרדכי הנ"ל מדין טענו בחיטים והודה לו בשעורים, הרמ"א בחור"מ פת,יב הביא מדעת עצמו, דאין הנתבע חייב בדמי שעורים, אפי' יודע שחייב לו, וז"ל:

"אפילו יודע הנתבע שחייב לו השעורים, פטור לשלם לו, דהוי כאילו מחל לו התובע, וכמו שנתבאר לעיל סימן עה סע' יא, כן נראה לי, ודלא כיש מי שחולק."

והש"ך שם בס"ק טז – יח כתב לסתור טעם מחילה, דמה שפטור הוא מטעם הודאה ולא מחילה, וכל דברי הרמ"א שפטור מלשלם, מפורשים דבריו שהוא מטעם מחילה, וכמו שהביא ראיה מהדין הנ"ל של אין זה אחינו וכו'. ואמנם לטעם מחילה בטענו חיטים והודה לו בשעורים, אין להקשות איך מהני המחילה, דחוב השעורים כבר בא לעולם, אבל באומרים אין זה אחינו, לכאורה הוי מחילה בדבר שלא בא לעולם, דהרי בשעה שאמרו אין זה אחינו לא אמרו אלא לענין שלא ירש עמהם, אבל לא לענין ירושה. ועיין בפ"ח על הרא"ש הנ"ל (ב"ב ח,מ, פ"ח אות ח), ובכסף הקדשים עה,יא. ואף שלכאורה י"ל, דכמו דמהני להקנות גוף הדקל כעת, אף שהפירות לא בעולם, כיון שמקנין הדקל יצא שהפירות העתידיים שלא היו בעולם יהיו לקונה, דלא הקנה לו דבר שלא בא לעולם, כך כשמודה שאין זה אחינו, פועל יוצא הוא מחילה על דבר שלא בא לעולם. מ"מ בנדון זה אם היינו באים מטעם הודאה אתי שפיר, אולם כיון שמהר"ם בא מטעם מחילה, וכעת הרי לא מוחל שום דבר, ואם מכח ההודאה הקודמת, איך נולדה המחילה על ירושת הספק. אלא שאמרינן שבשעה שהודו שאין זה האח, הרי הם מוחלים על ירושתו, ועל זה הקשו דהוי מחילה בדבר שלא בא לעולם.

ב. מחילה – סילוק או הקנאה

והאחרונים חקרו אם מחילה הינה סילוק או הקנאה, ותלו הדבר במחלוקת ראשונים. המחנה אפרים (זכיה מהפקר סי' יא) דן במי שמחל לחבירו, ואין הנמחל רוצה במחילה, אי מהני מחילתו. וכתב המחנ"א דהדבר תלוי במחלוקת הראשונים אם מחילה הוי סילוק או הקנאה, דאם הוי סילוק של המוחל, אין משמעות לאי הסכמת הנמחל, משא"כ אם הוי כהקנאה. וכתב דדעת התוס' קדושין יט,א (ד"ה אומר) מבואר דמה שיכול לקדש קטנה בשויר כסף בקדושי יעוד; "שאינו אלא מחילת שעבוד בעלמא". והיינו שאין כאן הקנאה מהאדון לבת אלא האדון מסתלק מזכותו בבת.

ומוכח שמחילה אינה הקנאה אלא סילוק בעלמא, שאם היתה הקנאה, היתה נשאת קושית התוס', איך זוכה בכסף קדושין, וכמו שהקשה באומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושין. וכן למד בדברי התוס' הגרא"ו בקובץ שעורים קדושין (סי' קכג), דמוכח מדברי התוס' דמהני מחילה אפי' בעל כרחו של לווה, וכן מהני מחילה לקטן, אפי' אם אין לו זכיה בדעת אחרת מקנה, דמחילה היא סילוק ולא הקנאה.

וכן דעת הרשב"א בתש' (ח"א סי' אלף לג) בענין מי שקנו מידו שיחזיר לראובן כל זכויות שיש לו עליו, וגם שיעשה לו שטר מחילה הוא ואשתו, דמה שקנו מידו שיעשה לו הוא ואשתו שטר מחילה, לא מהני, וודאי מה שקנו מידו שתעשה אשתו שטר מחילה, שאינו כלום: "שזה קנין דברים בעלמא הוא, שאין מחילה אלא סילוק שעבוד, ואם קנו מידו שיסלק לאחר זמן שעבוד שיש עליו, אין זה אלא דברים בעלמא ולא עשה ולא כלום". ומבואר ברשב"א שמחילה היא סילוק ולא הקנאה. דזה אף למ"ד שאם היה מקבל קנין להקנות לאחר זמן, כמו בקנין אתן, דלא הוי דברים, מ"מ מחילה לכ"ע הוי דברים, דמחילה הוי סילוק ולא הקנאה. ועיין בהג"א ב"מ הלב לענין מכירת פירות דקל שלא באו לעולם, ובאו ולא מיחה: "... אדם שיש לו ממון ומוכר אותו לחבירו ומוחל לו, אע"פ שהוא בטעות, זכה חבירו, מידי דהוה אהפקירא בעלמא דחשוב הפקר, א"כ שכנגדו קנאו ביאוש בעלים".

אמנם שיטת הריטב"א דמחילה הוי הקנאה ולא סילוק. דהגמ' בקדושין טז, א הקשתה למה צריך שטר שחרור, לימא ליה באפי תרי זיל. וברש"י שם, שיאמר לית לך עלי מידי – ונפטר. ותירצה הגמ'; אמר רבא, זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי (עד שיגיעו ימי חיפוש, ולפיכך הרב שמחל על גרעונו אינו מחול וצריך שחרור, ואם לאו, חוזר ומשתעבד בו אם ירצה, דלא שייך בו מחילת ממון אלא לשון שחרור, וכי כתב ליה לשון שחרור ונתן ליה – נפיק, דלא גרע מנעני דנפיק בשטר, דכתיב או חופשה לא נתן לה, וגמר לה לה מאשה - רש"י), והרב שמחל על גרעונו, אין גרעונו מחול. והריטב"א שם בסוגיא, פירש בשם רבו, וז"ל:

"מיהו התם בעבד כנעני הפקר הוא דמהני ליה להוציאו לחירות מיהת, משום דכיון דאפקריה סילק ידו ורשותו ממנו ויש לו יד לזכות בעצמו במעשה ידיו, אבל מחילה לא מהניא ליה אפילו להוציא לחירות, דמחילה כמתנה הוא, וכשם שאין לו יד לזכות במתנה מיד רבו, כך אין לו יד לזכות במחילה זו במעשה ידיו, אבל עבד עברי שמקבל מתנה מיד רבו ויש לו יד, זוכה נמי במעשה ידיו על ידי מחילה, ולשמואל דאמר התם בגיטין (לחא) שהמפקיר עבד כנעני יצא לחירות ואינו צריך גט שחרור, והוא הדין ודאי דאמר הכי בעבד עברי, אמר לך דהפקר עדיף ממחילה, דהפקר הוא ענין סלוק רשותו

וזכותו לגמרי ופקע ביה אפילו קנין איסור שזוכה בו העבד בעצמו לגמרי כאלו יצא על ידי כסף, אבל מחילה שהיא מתנה לא שייכא אלא בקנין מעשה ידיו. ואגב אורחין שמעינן מהכא דמחילה אינה צריכה קנין, מיהו כשיש בה קנין הגוף כמלוה על המשכון, לא סגי ליה במחילה כדכתיבנא לעיל (ח,ב), וכדבעינן למימר קמן (יט,א ד"ה וכו').

ומבואר דהפקר הוי סילוק ומהני בעבד כנעני, אבל מחילה היא כמתנה וכקנין, וצריך שיהיה לו יד לזכות במחילה כמו במתנה. ולשיטת הריטב"א אם אין הנמחל מעונין במחילה, לא מהני המחילה, כן כתב במחנה אפרים. ועיי"ש מש"כ דמ"מ גם לריטב"א לא מהני מחאת הנמחל, ע"פ מה דאיתא בקדושין כג,א, דכאן הוי קנין דממילא, ומהני אף בע"כ, עיי"ש.

ואיתא בכתובות פא,ב, בראובן שלוה מאחיו שמעון, ומת שמעון, ונפלה אשת שמעון המלוה לפני ראובן הלוה, לא יאמר הואיל ואני יורש לא אשלם החוב, אלא ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות. והקשו התוס' שם (ד"ה לא) שהיורש ימחול לעצמו, כדין המוכר שט"ח לאחרים וחזר ומחלו. ותירץ דלא מהני, כיון שאינו יורש אלא מכחה. אי נמי, לר"מ דדאין דינא דגרמי לא ירויח במחילתו. ומ"מ מוכח שיכול למחול לעצמו. והרמב"ן (עיי' בשטמ"ק שם ובריטב"א) כתב דקושיא מעיקרא ליתא, לפי שאין אדם יכול למחול לעצמו שאין מחילה אלא ממוחל לנמחל, וכן נראה בב"ק קט,א. והגרא"ו בקוב"ש (קדושין סי' קכג) כתב דמחלוקתם היא אם מחילה היא סילוק או הקנאה, דאי נימא דמחילה היא כעין הקנאה, לא שייך להקנות לעצמו. וגדולה מזה דעת הרשב"א דאם נעשה שליח למכור, אינו יכול למכור לעצמו, אבל אי נימא דמחילה אינה הקנאה אלא סילוק, יכול למחול גם לעצמו. וע"ע בקונטרס שעורים לגר"י גוסטמן זצ"ל, קדושין ז,ו מש"כ בזה.

ובריש ב"ב כתב הגרא"ו בקוב"ש, בבאור דעת הרא"ש דמהני מחילת השותף לפטרו מלעשות הכותל, דלכאורה מחילה לא מהני אלא כשחיובו מפני סיבה מוקדמת, כמו הלוואה ונזיקין, אבל בהיזק ראייה כל שעה ושעה הוא מתחייב לסלק היזק ראייתו, ולא עדיפא מחילה מאילו כבר בנה הכותל ונפל, דצריך לבנות פעם אחרת. וכתב לישב ע"פ שיטת הרשב"א דמהני מחילה בתנאי של ממון, כמו בע"מ שתתני לי מאתים זוז, דמחילה חשיב כאילו נתן לו, ולכן גם במחילת בנית הכותל נחשב כנתן לו דמי הכותל, שאינו צריך לבנותו עוד. והוא הדין כשמוחל לו חוב, הוי כנותן לו דמי החוב. ולפ"ז לשיטה זו חשיב כהקנאה. אבל זה צ"ב, דהא שיטת הרשב"א (כמבואר לעיל) דהוי סילוק ולא הקנאה, וא"כ הוי ביטול השעבוד ולא כנותן לו דמי החוב.

ולפ"ז י"ל בקושית האחרונים, איך מהני אמירת אין זה אחינו שתהיה מחילה על ירושת הספק, הא הוי מחילה בדבר שלא בא לעולם. דדעת הר"ן בתש' (סי' כג, הובאו דבריו להלכה ברמ"א חו"מ רט,ד בסופו), דכשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם. ודברי הר"ן בתש', בענין ראובן שידע ששמעון רוצה ליתן לו מתנה, ואמר ראובן הנני מוחל לשמעון על כל מה שיתן לי, ואח"כ נתן לו שמעון מתנה בקנין, ופסק הר"ן דלא הוה מחילה מטעם מחילה בדבר שלא בא לעולם. והסמ"ע רט,כא הקשה מהרמ"א רט,ח שפסק כמרדכי כתובות (סי' ריב) דיכול לסלק כחו מדבר שלא בא לעולם. ותירץ הסמ"ע, דשאני התם דקאי אדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו, וכיון דכבר נשתעבד לו, יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה החייב, כיון דמ"מ כבר נשתעבד לו החייב, עיי"ש. ולכאורה י"ל דמחילה הוי הקנאה וכשיטת הריטב"א, ולכן דינה כהקנאה שלא מהני בדבר שלא בא לעולם. אבל סילוק שאינו מקנה אלא מסלק עצמו, אין חסרון של דבר שלא בא לעולם. ועיין בקצוה"ח רט,יא. ולפ"ז י"ל שאין כונת מהר"מ למחילה דוקא אלא לסילוק, שמסלק כחו מכל מילי ומכל זכות שיש לו מאחיו, וזכויות שיש לו כבר בעולם נמי, ומילא מסלק עצמו גם מדבר שיבוא אח"כ, וכמש"כ הסמ"ע. וגם י"ל דהוי סילוק שאינו הקנאה, ולכן מהני גם בדבר שלא בא לעולם.

ג. הודאה נגד הודאה

והמל"מ נחלות ד,ח הקשה בדברי הגמ' ב"ב הנ"ל, מדוע לא יטול שמעון הטוען על לוי שאין זה אחיו, חלק בירושת הספק, דאף שהודה שמעון לוי אחיו, הרי יש הודאת בעל דין נגדית של ראובן שלוי כן אח שלהם. והביא מהגמ' גיטין מ,ב; כתבתי ונתתי לו, והוא אומר לא כתב לי ולא נתן לי, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. והיינו הודאת בע"ד של מקבל, שלא כתב וזיכה לו. והקשו בתוס' (ד"ה הודאת) דהרי יש גם הודאת נותן שכן כתב ונתן לו. ותירצו התוס', דבנותן לא אמרינן כן, דפעמים סבר שמקבל מידו וזכה בה והוא לא קבל. ומשמע דלולי סברא מיוחדת זו דבנותן לא הוי הודאה, היינו חוששים גם להודאת נותן. והביא המל"מ את מהר"מ שהביא הרא"ש דהוי מחילה, והקשה, דכיון שהודה ראובן שלוי אחיהם, והודה שיש לו חלק בנכסים, לא מהני מחילה אלא צריך הקנאה ממש, דאליבא דראובן כבר זכה שמעון בחלקו בירושת לוי, וצריך להקנותה לראובן. עוד הקשה, על נכסים שקנה לוי אחרי הודאת שמעון, דאף לטעם מחילה, הוי מחילה בדבר שלא בא לעולם. ועל עצם הקושיא דהוי הודאה כנגד הודאה, תירץ המל"מ, וז"ל:

"אפשר לומר דכיון דלקח שמעון חלקו משלם במה שאמר אין זה אחי, ודאי שוב אין הודאת ראובן בנכסים שנפלו ללוי שמודה שהם של שמעון מזקת לו, כיון דשמעון נמי מודה שאין בנכסים אלו שם זכות בגוייהו."

נראה בדברי המל"מ, דהודאה נגד הודאה זו שאלה של ב"ד בתר איזה הודאה נלך, אבל אחרי שנפסק הדין כאחת ההודאות, אין כבר שאלה אחרי מי מהן נפסוק, שהרי נפסק הדין, ושוב אינו חוזר. כבר אין שאלה בכל נידון ונידון, וכל חפץ וחפץ. השאלה היא אחת, יש כאן הודאה נגד הודאה, ואחרי שנפסק הדין שאין לוי אחיהם לענין ירושת שמעון באביהם, קם דינא ושוב אין כאן הודאה כנגד הודאה. וכן י"ל, שאין אנו מתחשבים בהודאת שמעון, שראובן עצמו אינו מחשיבה ואינו נוהג לפיה.

ונראה ראיה לזה מדברי הגמ' ביבמות לז,ב: ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם, לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא (עם ספק בנכסי מיתנא כדאמרן לעיל דחולקין - רש"י). בני יבם אמרי אייתי ראיה דאחונא את ושקול, אמר להו ספק, מה נפשיכו, אי אחוכון אנא, הבו לי מנתא בהדייכו, ואי בר מיתנא אנא, הבו לי פלגא דפלגא אבוכון בהדאי (ואי משום דשקלי אנא פלגא בנכסי מיתנא, מהדרנא לכו ההוא פלגא ונחלוק הכל בשוה, בין נכסי הראשון בין נכסי האחרון, וכגון שהיו נכסי היבם מרובין ואביו מועטין). ר' אבא אמר רב קם דינא (אחר שנעשה דין בנכסי המת, אין זה יכול לחזור ולערער עליהם, ומה שהוא שואל בנכסי היבם אמרי ליה אייתי ראיה). ר' ירמיה אמר הדר דינא. וקיי"ל דקם דינא. ולפ"ז י"ל דגם בזה אין שמעון יכול לחזור ולטעון לירושת לוי, דאחר שקם דינא שאינו אחיו לענין נכסי אביהם, ולקח חלק לוי בנכסי האב, קם דינא ואין כאן כבר נפק"מ בהודאותיהם, ואפי' יחזור ויטעון שמעון שהוא אחיו ומבקש להחזיר נכסי אביהם, וכגון שירושת לוי מרובה, קם דינא.

ובקצה"ח רפ,א, הביא מאחיו (תרומת הכרי פח,יב) לישב את קושית המל"מ, דהוי לכאורה הודאה נגד הודאה, דהודאה נגד הודאה הו"ל כמו תרי ותרי, וכמש"כ קצה"ח פח,ט דאינו אלא כמו ספיקא דתרי ותרי, וכיון שלגבי שמעון אם הוא יורש את לוי הו"ל ספק, וראובן ודאי, גבי יורשים דאחד ודאי והשני ספק, אין ספק מוציא מידי ודאי, וכיון שראובן ודאי ושמעון ספק, יש להעמיד הנכסים ביד ראובן. והיינו דהספק לא יצא מידי ספק מחמת ההודאה נגד הודאה. והא דאין ספק מוציא מידי ודאי, כן מבואר בב"ב קמ"ב (ובשו"ע חו"מ רפ,ז) במי שהניח בן, והניח גם טומטום או אנדרוגינוס, דהבן יורש את הכל, דאין ספק מוציא מידי ודאי.

והנתיבות רפ,ג הסכים לתרוץ קצה"ח, אך הקשה מדברי רבינו יונה, הביאם הרא"ש פ"ב דכתובות סה"ט, הביאו המחבר בשו"ע חו"מ מז,א, לענין ראובן שחייב לשמעון, ויש בידו שט"ח שלוי חייב לו (לראובן), וכשבא שמעון לגבות מלוי בגין

חוב ראובן, אמר ראובן שהשטר שלוי חייב לו הוא אמנה או פרוע, שאינו נאמן, ובכל אופן פרע ראובן לשמעון בדרך אחרת, ולאחר מכן בא ראובן לגבות מלוי, ולוי טוען שהרי הודה ראובן שהשטר אמנה או פרוע: "רואים אם כשבעל חובו בא לגבות מזה השטר אמר שטר אמנה הוא, אז ודאי לא היתה כוונתו אלא לדחות בעל חובו, וחוזר וגובה בו. אבל אם מעצמו בלא תביעת בעל חובו הודה ששטר אמנה הוא, אינו חוזר וגובה בו". וא"כ גם בנדון האח שאמר אין זה אחי, י"ל שהיתה כוונתו לדחותו שלא יקח חלק בנכסי אביהם, אבל לא להודות שאין לו חלק בנכסי האח. ותירץ הנתיבות, שא"כ היה לו לומר איני יודע (וכתרוץ הגמ' שם), וממילא לא היה נוטל בירושת אביהם, ומשאמר אינו אחי, הרי זו הודאה גמורה.

עוד כתב הנתיבות לענין עיקר קושית המל"מ מהגמ' גיטין מ,ב, האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתתי, דבנידון הגמ' בגיטין יש שתי הודאות בע"ד הסותרות האחת את השניה, הודאת הנותן והודאת המקבל, כאשר כ"א מהן, אם היו באים עדים נגד הודאה אחת, לא מהני העדים, דהודאת בע"ד כק' עדים דמי. משא"כ בנדון האומר זה אחי וזה אומר אינו אחי, דזה שאומר אינו אחי, הרי זה הודאת בע"ד שאינו יורש נכסי הספק, אבל האומר זה אחי, הרי בעדותו לא ניזוק בנכסיו, דכל הדיון הוא על החלק האחר, והשאלה מי יקבל את החלק האחר, שמעון או אחים אחרים, שהרי אם אינו אחיו, יש לו אחים אחרים שירשוהו, וא"כ אינה הודאת בע"ד אלא עדות עבור שמעון על נכסי לוי. ונפק"מ שאם היו באים עדים ואומרים שאינו אחיו, לא מהני עדותו. וא"כ הוי הודאת בע"ד נגד עדות האח, ולכן מהני הודאת בע"ד, וז"ל הנתיבות:

"ולפענ"ד לא דמי זה לזה, דבשלמא שם גבי שדה, שתי הודאות מטעם הודאת בע"ד אתינן עלייהו. תדע, דאילו לא היה רק הודאת אחד והיו עדים מכחישינן אותו, לא היו העדים נאמנין נגד הודאתו, דהודאת בע"ד כק' עדים דמי. משא"כ כאן דהודאת שמעון שלא ליטול בנכסי לוי, מטעם הודאת בע"ד הוא. תדע, דאפילו איכא עדים אינו מועיל דהודאתו יותר מק' עדים, והודאת ראובן שזה אחיו לאו מטעם הודאת בע"ד הוא, דאינו מודה אנכסי עצמו, דעל חצי השני הספק הוא אם הוא של שמעון או של יורשים אחרים, דאם אינו אחיו הרי יש לו יורשים אחרים, ואין זה הודאת בע"ד רק כמעיד נקרא, שמגיע לשמעון חלק מנכסי לוי. תדע, דאם היו עדים שאינו אחיו, לא היתה מועילה הודאתו, דלאו אנכסי עצמו קא מודה דליהוי נחשב כהודאת בע"ד, וכן הודאת לוי לא הוי כהודאת בע"ד. תדע, דאינו נאמן לומר זה אחי להכחיש עדים כמבואר לעיל רעט"ב, אלמא דלא חשיבא כהודאת בע"ד, כיון דהודאתו היא לאחר מותו ואז רמי נכסי יתמי, לאו הודאת בע"ד מיקרי."

נראה, דכאשר אומר אין זה אחי, הרי מודה שאין לו חלק בנכסים והוי הודאת בע"ד. אבל באומר זה אחי, בלי אמירתו אין לו כלום, וע"י אמירתו יש לו חלק כאח, א"כ אין באמירתו הודאה שאין לו רק חצי אלא יש כאן אמירה שיש לו חלק. אין כאן הודאה על חלק שמעון, אלא עדות שלו – לראובן – יש חלק ונחלה בנכסי לוי כאח. שהרי לולי אמירתו אין לו כלום, א"כ אין באמירתו הודאה שיש לו את כל הנכסים, והוא מודה שיש לשמעון גם חלק, דזה לא נכלל באמירתו. אין כאן גם סילוק מחלק, אלא אמירה – עדות – שהוא אח והוא יורש כאח לפי חלקו עם האחים, ע"כ אין כאן הודאת בע"ד נגד הודאת בע"ד, אלא הודאה נגד עדות, ובזה אזלינן בתר הודאת בע"ד שמהני אפי' נגד עדים, כל שכן נגד עדות האח שאינו נאמן נגד עדים. [ואיך מהני העדות של האומר זה אחי לעצמו לירש בנכסי אחיו, עיין באמרי בינה עדות סי' כט סד"ה הדרן, דכיון דנתן לו גם חלק בירושת האב, אנן סהדי דהאמת איתו, עיי"ש. אמנם יש ראשונים דס"ל דחלק אחיו יהיה מונח, עיין הג"א ברא"ש ב"ב ח,לט, דלא כרמב"ם בפיהמ"ש ובנחלות ד,ח.]

והנה גם מדברי המל"מ והנתיבות אפשר דבאומר אין זה אחי, הוי הודאה ולא מחילה. [וע"ע בנחל יצחק עה"ט שדן באומר אינך חייב לי, מדין הודאות הסותרות, שאין מוציאין מן המוחזק. ולטעם זה חייב לצאת ידי שמים]. ונפק"מ, שאם הוי הודאה, אם יודע שחייב לו, כמו בטענו חיטים והודה בשעורים, ויודע שחייב לו, חייב עכ"פ לשלם לצאת ידי שמים, משא"כ לטעם של מחילה, פטור אף לצאת ידי שמים, וכמש"כ קצוה"ח פח"י, עיי"ש. ומ"מ גם מהר"מ וגם הראשונים והשו"ע הביאו בטעם אומר איני חייב לך, דהוי טעם מחילה, וא"כ פטור אפי' מלצאת ידי שמים. רק עדיין צ"ע, דהרי בנדו"ד אומר לו שע"פ המסמכים אינו חייב, עיין שו"ע חו"מ צא"ד מתש' הרא"ש, דאף דהוי כברי, מ"מ צ"ע אם דמי לנדון מהר"מ. גם צ"ע באם המלוה סובל מבעיות של זכרון, ואומר אינך חייב לי, אם חשיב מחילה, דכל הטעם שהיה לו לדקדק לא שייך לכאורה בכה"ג. ועין מש"כ לעיל דיש לבחון את אמירת אינך חייב לי, גם בתוכן וגם בסגנון הדברים, כדי שתהיה מחילה כדעת מהר"מ.

אך אין להקשות מדברי הרא"ש, שבס"פ המניח (הט"ו) סתר בטענו חיטים והודה לו בשעורים, את טעם הרמ"ה שכתב דפטור מדמי שעורים מטעם מחילה, ובב"ב הסכים לדברי מהר"מ דבאיני חייב לך, הוי מחילה. וי"ל דכיון דבטענו חיטים פטור מדמי שעורים כיון שלא תבע שעורים, אינה ראייה למחילה, דיתכן שאין אדם תובע כל תביעות אלא חלקם (עיין נתיבות פח"ג), אבל לומר אין זה אחי או לומר שאינו חייב לו, כשאומר לו חברו שחייב לו, הוי מחילה.

ושיטת הירושלמי שבשתי הודאות סותרות, אזלינן בתר הודאת הנותן וחייב. כך מבואר בירושלמי יבמות יג,ד: הוא אמר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי, פשיטא

דהוא מעלה לה מזונות. פשיטא שאינו יורשה (וכן פשיטא הוא דאינו יורשה אם מתה, שהרי אמרה לא נבעלתי, ואינו נאמן להוציא נכסים מחזקת יורשיה - פני משה). לא צריכא דלא, מהו שיירש נכסי אחיו (כי קא מיבעיא לן אלא מהו שיהא נאמן לירש בנכסי אחיו המת, כדין הכונס את יבמתו דזכה בנכסי אחיו, מי אמרינן דהואיל וחזקתו שוה בהן עם שאר האחין, נאמן להחזיק בנכסים). והנה מבואר דמעלה לה מזונות, אף שהיו הודאות סותרות, דהיבמה הודתה שלא מגיע לה מזונות, ובכ"ז אזלינן בתר הודאת המחייב. אבל לענין יורשה אין הודאת האשה כהודאת המחייב, כיון שאין הודאתה אלא לחייה ולא לאחר מיתה. ומ"מ תלמוד בבלי חולק על הירושלמי, כמבואר בגיטין מ,ב, וכן בב"ב קלה,א לענין אין זה אחי, וכמש"כ הראשונים הנ"ל.

ועיין בנחל יצחק עה,ט שדן בדברי הירושלמי, דאפשר דירושלמי ס"ל ג"כ כתלמוד דידן שבאומר אינך חייב לי חשיב מחילה, מ"מ במזונות ס"ל דלא מהני מחילת האשה על חוב מזונות שיש לה על בעלה, דחייב מזונות אינו מתחיל מהנשואין אלא דבר יום ביומו, וא"כ הוי מחילת האשה באומרת לא נבעלתי, כמחילה על דבר שלא בא לעולם, דעדיין לא חל החיוב. אבל דחה תרוץ זה, דמכמה מקומות מוכח דמהני תנאי לפטור ממזונות, ושיטת התוס' דמהני משום מחילה. לכן י"ל דהירושלמי פליג וס"ל דאזלינן בתר הודאת הנותן, ולא כבבלי דאין מוציאים מהמוחזק. ועיין בקרבן העדה שכתב דלא אזלינן בתר הודאתה, דאין זה הודאה לחובתה, דאפשר דעדיפים לה מעשי ידיה. ועיין באמרי בינה טו"נ סי' לד מש"כ בדברי הירושלמי.

ולפ"ז אם נדון בנדו"ד את גבאי הגמ"ח כמודה שאינו חייב והו"ל הודאה נגד הודאה, ודאי שחייב ראובן לצאת ידי שמים ולשלם לגמ"ח, וכמש"כ בקצוה"ח פח,י. וטעם מחילה לא נלענ"ד בנדו"ד, דלמש"כ לעיל יש לבחון את תוכן הדברים וסגנונם, ולא בכל ענין כשאומר אינך חייב לי הוי מחילה, דבנדו"ד אמר לו שע"פ הרישומים החובות נפרעו, לכאורה אמירה כזו אינה מחילה, ובודאי לא מחילה בלב שלם. ומהר"מ מיירי באומר בהחלטיות דברים שמשמעותם וסגנונם החלטי שאינו חייב. ויש בהם משמעות שאפי' חייב, מבחינת המלוה אינו חייב, משא"כ בנדו"ד שיש לתלות רישום בטעות, שממנו נבעו דברי גבאי הגמ"ח, ויודע ראובן שהיתה כאן טעות, וע"כ חייב עכ"פ לצאת ידי שמים ולפרוע לגמ"ח.

ד. מחילת של גבאי גמ"ח

עוד טעם י"ל בנדו"ד שלא מהני מחילה, כיון שגבאי הגמ"ח אינו מוסמך למחול. דהנה הרשב"א בתש' (ח"ה סי' קב), כתב וז"ל:

"אפטרופוס שנטל רשות מב"ד, אין להם כח למחול חובות של יתומים, שאינן רשאים לחוב אלא על מנת לזכות. כדגרסי' קדושין מב,א: יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם, בי"ד מעמידין להם אפטרופוס, ובוררין להם חלק יפה. שב"ד מעמידין אפטרופוס, לחוב ולזכות בנכסי יתומים. ואקשינן, לחוב, והא אין חבין לאדם שלא בפניו. אלא לחוב על מנת לזכות רשאי. ושלא ברשות ב"ד, אפילו לחוב על מנת לזכות אינן רשאים."

ובתה"ד (ח"ב סי' קסב) פסק דמותר לבי"ד לוותר בממון היתומים חוץ מן הדין, כדי להשקיטם ממריבות וקטטות. וכן פסק בשו"ע חו"מ יב,ג. וכן הדין באפטרופוס, דרשאי לוותר בממון היתומים אם יש בזה תועלת ליתומים, עיין ברשב"א בתש' (ח"א סי' אלף טו). וכן מבואר להדיא בדברי הרא"ש בתש' פה,ה; "שלא החזיקו את עצמן אפטרופוס ליתום, שיהיה להם שום רשות לפשר בענין היתום, אלא שנראה להם שבשביל פשרת האם הוצרכו לשתף עמה היתום, ולכך נתנו טעם לדבריהם, שיש תועלת ליתום בפשרה זו. ואם יברר אפטרופוס של היתום שיש הפסד ואונאה ליתום בפשרה זו, נמצא שטעו בפשרתם, והם עצמן צריכין לחזור בהם". וכן בתש' חכם צבי (בנוספות סי' ג) שדוקא במקום שאם לא יתפשרו יפסידו כל החוב, רשאי לפשר, עיי"ש. וע"ע בחתם סופר חחו"מ סי' קיב, וכן מבואר במהרש"ם ח"ה סי' כה, שאם אין זה לטובת היתומים, אינו רשאי לפשר.

וא"כ בנדו"ד שאין בזה כל טובה לגמ"ח למחול את החוב לראובן, והגמ"ח לא נתן כל סמכות לגבאי למחול חובות, ואינו יכול ואינו רשאי אלא לפעול לטובת הגמ"ח. ולפ"ז לטעם מחילה שכתב מהר"מ לא מהני, וחייב ראובן לשלם לגמ"ח את החוב. ואף שאינה יוצאה בדיינים מחמת הודאה נגד הודאה, מ"מ כיון שהוא יודע שהוא חייב לגמ"ח, עליו לפרוע, וכמש"כ קצוה"ח פה,י.

לאור האמור לעיל, על ראובן לפרוע לגמ"ח 5000 דולאר, סכום ההלוואה השניה.

סימן יא

מכירת שיק - סחיר ובלתי סחיר

ראשי פרקים

א. קנין שטרות בכתיבה ומסירה

ב. מכירת השעבוד

ג. מכירת שטרות בסיטומתא

ד. תקנת חבמים או קנין מדבריהם, ונפק"מ למכירה באיסור

ה. שטר בכתב ידו, ומשתעבד לכל המוציאו

ו. שיק לא סחיר שלא נכתב במסירתו שם המוטב

ז. הוצאות חורה של שיק

ראובן רכש מוצרים משמעון, ונתן לו שיק שהיה מסומן בשני קווים ונכתב שהוא למוטב בלבד, ושיק נוסף שהיה סחיר, ובו נרשמה לפקודת שמעון. לראובן היו טענות ומענות כנגד שמעון בענינים שונים במסגרת המסחר ביניהם, ולכן הודיע לשמעון שהוא מבטל את השיקים, ושלא יפקיד אותם. התברר שאת השורה של "לפקודת", שהיתה אמורה להיות כתובה ע"ש שמעון, השאיר ראובן פתוחה, ולכן שמעון מכר/העביר את השיקים ללוי. לוי הפקיד את השיקים, שלא כובדו מחמת ביטול. לוי תובע את ראובן שיפרע את השיקים, מאחר ואינו צד בדו"ד שיש לראובן על שמעון, וכאשר ה"לפקודת" לא נרשמה, גם שיק שהוא למוטב בלבד, הוא שיק שניתן להעברה. במהלך הדו"ד הודה לוי ששמעון התחייב שעל כל חודש שראובן לא יפרע לו, הוא ישלם ריבית של אחוז על הסכום של השיקים. השאלות שעלו לדיון:

א. האם שיק "למוטב בלבד" שבמסירתו לא נכתב בו מי המוטב, יכול ע"פ ד"ת להמכר?

ב. שיק סחיר שהשורה לפקודת מולאה, האם צריך כתיבה ומסירה?

ג. שיק שנמכר באיסור, האם המכירה תקפה?

ד. בעל חשבון שביטל שיק, והודיע לאוחז השיק על ביטולו, ואוחז השיק הפקיד, או העביר את השיקים לצד ג שהפקידם, האם צריך לשאת בעלות הוצאות שהמפקיד שילם לבנק בגין הפקדת השיק?

א. קנין שטרות בכתיבה ומסירה

יש בנדו"ד שאלה נוספת בהלכות מכירת שטרות, בהיות השיק נמכר ע"פ החוק בהיסב. ובנדו"ד השיק שהוא למוטב בלבד, וה"לפקודת" לא מולאה, והוא הועבר במסירה בלבד ללא היסב, גם על הצד ששיק כזה כל עוד שורת ה"לפקודת" לא מולאה הוא סחיר וניתן להעברה, הרי שלא היה בו היסב, והשאלה אם נקנה במסירה בלבד. דבשלמא אם היה היסב, יש לדון אם נקנה בהיסב מסיטומתא עם דינא דמלכותא וכדלהלן, אבל בנדו"ד שלא היה היסב, יש לדון אם נקנה במסירה.

נחלקו רבי וחכמים (ב"ב ע"א) אם שטרות נקנים במסירה או בכתיבה ומסירה; דתניא, אותיות נקנות במסירה דברי רבי, וחכמים אומרים בין כתב ולא מסר בין מסר ולא כתב לא קנה עד שיכתוב וימסור. ושם בע"ב, ע"א: אמר רב פפא, האי מאן דמזבין ליה שטרא לחבריה, צריך למיכתב ליה קני הוא וכל שעבודא דביה. אמר רב אשי, אמריתא לשמעתא קמיה דרב כהנא, ואמרית ליה, טעמא דכתב ליה הכי, הא לא כתב ליה הכי לא קני, וכי לצור על פי צלוחיתו הוא צריך. אמר לי אין לצור ולצור. אמר אמימר, הלכתא אותיות נקנות במסירה כרבי. אמר ליה רב אשי לאמימר, גמרא או סברא. א"ל גמרא. אמר רב אשי סברא נמי הוא, דאותיות מילי נינהו, ומילי במילי לא מיקנין.

ודעת הרשב"ם שם ע"א לפסוק כרבי; "וכן ריהטא דגמרא ומסקנא בהרבה מקומות דאותיות נקנות במסירה, ולא צריך למכתב קני לך וכל שעבודיה ולא שום שטר". ובתוס' שם (ד"ה אמר) גרס דאין אותיות נקנות במסירה כרבנן, דהכי הלכתא כחכמים. וכן גרס הרי"ף (ב"ב ל"ט, א בעמודה"ר) דאין אותיות נקנות במסירה, וכ"פ הרמב"ם מכירה וי, והרא"ש ב"ב ה"ד, הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א (בסוגיא ע"א), וכן נראה להלכה דעת התוס' רי"ד, וכ"פ בשו"ע חו"מ ס"א.

בעצם הסיבה לצריכות כתיבה ומסירה אליבא דחכמים, נחלקו הראשונים. ברשב"ם ב"ב ע"א (ד"ה אותיות וד"ה כתב) מבואר לכאורה שאין הכתיבה נצרכת לחכמים לעצם מעשה קנין, אלא מחשש שמא יאמר לו המוכר לקונה מכרתי לך רק את הניר, וז"ל:

"אותיות נקנות; לגבות הלוקח את החוב מן הלוי במסירה שמסר לו המלוה את השטר, ולא מצי טעין לזה לצור ע"פ צלוחיתך מסרו לך. כתב לו מוכר ללוקח שטר מכירה על שטר זה ומסר לו אותו שטר מכירה אבל לא מסר לו עדיין שטר המלוה, לא קנה עד שיכתוב וימסור, דמצי למימר ליה נייר בעלמא זביני לך, ובשטר מכירה לחוד לא קני, דאין נקנין בשטר אלא קרקע ועבדים."

דבעצם קנין השטר, נגרר השעבוד ע"י מסירת הניר, אך כיון שהמוכר עדיין יכול לומר לו שלא מכר לו אלא הניר בלבד, אין הקונה גומר בדעתו לקנות אלא כשכותב לו קני לך איהו וכו', שלא יוכל המוכר לטעון שמכר הניר בלבד. יוצא א"כ דלרשב"ם השעבוד מצד עצמו נמכר באמצעות הניר, ואין חסרון בקנין השעבוד, שהוא פועל יוצא מקניית הניר, ומה שצריך למעשה קנין נוסף של כתיבה, לא מפני שאין השעבוד נקנה אגב הניר, אלא שאין הקונה גומר בדעתו מחשש שמא יאמר לו שלא מכר השעבוד. ולפ"ז אפשר גם שהכתיבה אינה מעשה קנין אלא שטר ראיה (ומעין זה עיין מש"כ לענין קנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר, ח"ג סי' ב). והסברה דמהני מסירת הניר לשעבוד, דהשעבוד הוא תוצאה של הניר, וכמו בקונה גוף השדה, קונה גם פירותיה, כך גם בקונה גוף הניר, השעבוד הוא כפירות הניר, וע"כ מצד מעשה הקנין של השעבוד, נגרר הוא אחר הניר, רק צריך לגמירות דעת הקונה גם את הכתיבה.

ומדברי הרא"ש ב"ב ה'ד נראה שיש כאן שני קנינים, קנין המסירה שהוא על גוף הניר, וקנין השעבוד הוא ע"י אמירת קני לך איהו וכל שעבודיה, רק שאין מספיק באמירה וצריך גם כתיבה, ומ"מ הכתיבה פועלת קנין על השעבוד, והמסירה פועלת קנין על הניר, ויש שני קנינים על שני דברים נפרדים, וז"ל:

"ולפי' ר"ת הכי פירושו, מילי במילי לא מקנו, דהא דא"ל קני לך שטר זה היינו מילי, ואע"ג שמסר לו האותיות, לא חשיבא המסירה מעשה אלא לגוף הניר, ועיקר קניית השעבוד אינו אלא במאי דא"ל קני לך איהו וכל שעבודיה, ואינו מועיל אלא אם כן כתב לו לשון זה והיינו מעשה. ואותיות דקרו ליה מילי, לגבי לוקח קרו ליה מילי, לפי שלא נכתב השטר על שמו ולא נתחייב לו הלזה בשטר, אבל בשטר שכותב המלוה ללוקח לא מיקרי מילי. ואומר אני שזה מוכיח על גרסת ר"ת ז"ל דאין אותיות נקנות במסירה דהשתא ניהא דיהיב רב אשי טעמא למה אין מסירה לבדה מועלת עד שתהא כתיבה עמה, משום דמילי במילי לא מקנו, אבל אי גרסי' אותיות נקנות במסירה, אז לא יהיב רב אשי טעמא למה מסירה לבדה מועלת, אלא שנתן טעם למה אין צריך גם שטר, ומפרש לפי שאין תועלת בשטר. ואין זה טעם מספיק, דאיכא למימר דאע"ג דעיקר הקנין במסירה ואין תועלת בשטר, מ"מ בעינן גם שטר עם המסירה משום דליהוי קנין אלים למיקני השעבוד, כי היכי דלמ"ד אין אותיות נקנות במסירה ועיקר הקנין בכתיבה דהוי מעשה, ואפ"ה בעינן גם מסירה."

דעיקר הקנין, היינו עיקר כוונתו ורצונו של הקונה לקנות את השעבוד, ואין במסירת הניר משום מכירת השעבוד שבו, ושעבוד נקנה ע"י אמירת קני לך איהו, וכיון

דהוי מילי, בעינן לכתיבה, דלקנות שעבוד, שאינו ברשותו ואינו בעולם, צריך קנין אלים, והיא הכתיבה. ומבואר שיש בשטר שני ענינים, גוף הניר והשעבוד. בהלכות הקנינים, המסירה קונה את גוף הניר, והכתיבה פועלת קנין על השעבוד. וכך נראה גם מדברי הרמ"ה (ב"ב עז,א, פ"ה סי' כח), וז"ל:

"נהי דניירא דאהניא במסירה כשאר מטלטלין, זכותא דאית ביה במאי קנה, הא לאו מידי דאית ביה מששא הוא דליקני במסירה. ואי דלימא ליה ע"פ קני לך הוא וכל שעבודא דאית ביה, אותיות מילי נינהו, ומילי במילי גרידא לא מקניאן עד שיכתוב. והא דאמרינן אותיות מילי נינהו, לאו אגופא דאותיות דכתיבי בשטרא קאמרינן, דאי מהאי טעמא אפי' בכתיבה נמי לא ליקנו ... ועוד, אי משום אותיות גופייהו קאמרינן, אדרבא ליקנו אגב ניארא במסירה, כי היכי דמקני ציבעא אגב סודרא."

מבואר מהרמ"ה דהכתיבה פועלת על השעבוד, דאותיות עצמם נגררות ונקנות ע"י קנין הניר, כמו בצבע שעל הבגד. אבל שעבוד הוא לא דבר שנמצא על השטר אלא תוצאה ממנו, ובניר עצמו אין את השעבוד, והשעבוד עצמו בעינן לקנין מיוחד, אחרי שקונה את שורש השעבוד והוא השטר חוב שיצר את השעבוד. וכן נראה מדברי הרמב"ן שהביא בעה"ת נא,ג,ד, לענין אם במקום מסירה יכול לקנות בקנין אחר, וז"ל:

"עוד אמר דמסירת אותיות קונה גופו של שטר כשאר המטלטלין דמיקנו במסירה, והכתיבה אינה אלא לשעבוד שבו, ואם גוף השטר כשאר מטלטלין הוא, למה לא יקנה בחליפין, וכתיבה לשעבוד שבו ..."

דלעצם מעשה הקנין, כתיבה ומסירה הם שני קנינים, לא קנין אחד כרשב"ם, אלא שני קנינים שכ"א מהם פועל על דבר אחר, הכתיבה על השעבוד, והמסירה על גוף הניר. וכן נראה מדברי הריטב"א קדושין מז,ב:

"במלוה בשטר במאי פליגי, בפלוגתא דרבי ורבנן, דתניא אותיות נקנות במסירה כו'. כבר פירשתי יפה במקומה (ב"ב עז,א) דהא דקתני אותיות, כל אותיות במשמע, בין דשטרי חוב בין דשטרי מכירה ומתנה, וסבר רבי דבמסירה סגי, למימרא דלא בעי נמי כתיבה, אבל אמירה בעי דלימא ליה קני לך האי שטרא וכל שיעבודיה, ורבנן סברי דבעי למיכתב אמירה זו בשטר הקנאה בלשון בעל דבר ובעל דין, והלכתא כרבנן, ומסירה לשטר עצמו וכתיבה לשעבודו. וצריך להקדים המסירה, שהשטר עיקר והוא גורר השעבוד, ואם הקדים כתיבה, לא הועילה כתיבתו. והא דאמרינן עד שיכתוב וימסור, לאו דוקא, אלא לומר לך דלא סגי במסירה עד שיכתוב עמה. וכן כתיבה ומסירה דאמרינן בכל דוכתא,

פירושו כתיבה שעם מסירה, וכל שכתב ולא מסר לא קנה כלום, אבל מסר ולא כתב במתנה קנה הנייר מיהת, אלא שיש לו להראותו בבית דין לזכותו של זה כשם שמוציא שאר ראיות מדין עדות. ומיהו במכר מכיון שלא קנה הכל, לא קנה כלל, דומיא דכור בשלושים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה (ב"ב קה,א)."

מהריטב"א מבואר שמעשה הקנין לגוף הנייר היא המסירה, והכתיבה היא מעשה קנין לשעבוד. ומה שמקדימים המסירה לכתיבה, מפני שהחפצא הזו המורכבת מנייר ושעבוד, הסדר הוא נייר ושעבוד. בלי הנייר אין שעבוד, ובלי השעבוד יש נייר, ומהנייר יוצא השעבוד, וע"כ אין מקום לכתיבה בלי מסירת הנייר, דאין לה על מה לחול. ומבחינת הלכות קנינים, אם מסר ולא כתב, קנה הנייר, רק בהלכות מכירה לא קנה הנייר, כיון שלא התכוין לקנות אלא השעבוד שהוא עיקר המקח. והמחלוקת בין רבי לחכמים היא אם צריך כתיבת קני לך וכו', או סגי באמירה, דגם רבי ס"ל דבעינן אמירה של קני לך איהו וכו', דלולי אמירה אין בהירות מקח, שקונה את השעבוד שבו ולא את הנייר, דמעשה הקנין של המסירה יתיחס גם לרבי לגוף הנייר, לולי האמירה של קני לך איהו וכו'.

אמנם אם סברנו שיש כאן שני קנינים לחפצא המורכבת משני דברים, נייר ושעבוד, וכ"א מהקנינים פועל על חלק אחר בחפצא הנקראת שטר חוב, המסירה על גוף הנייר והכתיבה על השעבוד, לכאורה מדברי התוס' ב"ב ע"א, (ד"ה אי) נראה לתרוץ קמא דהמסירה נועדה גם לקנין השעבוד. התוס' כתבו דאין להשוות מסירה של שטרות למסירה של ספינה, דלא מצינו מסירה אלא בספינה ובעלי חיים, אבל שאר מטלטלי לא נקנים במסירה. גם מהא דאיתא בגמ'; עד שיכתוב וימסור, משמע דבעינן באותיות קנין חשוב טפי מבשאר דברים. ותירצו התוס', וז"ל:

"ע"כ נראה לר"י דעם המסירה דאותיות צריך משיכה, וכן משמע בפרק מי שמת (לקמן קנא,א) דפריך גבי מלוגא דשטרות והא לא משך. והא דמזכיר בכל מקום מסירה באותיות אע"ג דבעי משיכה, היינו משום דבעינן מסירה מיד ליד, ואע"ג דבעלמא לא בעינן מיד ליד כדפרישית לעיל, הכא בעינן טפי כדי לקנות השעבוד שבתוכו. אי נמי לא בעינן מיד ליד, ומ"מ נקט מסירה משום דבעינן דעת אחרת מקנה אותן כמו שאר מסירות..."

לתרוץ קמא בתוס' מבואר שהמסירה היא חלק מקנין השעבוד. והרמב"ן בסוגיא (ב"ב ע"א, ועיין בש"ך סו,כב) החולק וסובר שאין צריך אלא מסירה ולא משיכה; או הגבהה;

"... שאין מסירה ומשיכה השנויין בתלמוד משונין זה מזה, אבל לפיכך אותיות נקנות במסירה מפני שהמסירה והמשיכה וההגבהה שוין בהן שאין גופן מכור וקנוי והראיה שבהן אינה נמשכת ומוגבהת במשיכתן ולפיכך לא הצריכו בהן הגבהה ומשיכה, ותקנת חכמים היא שיקנה משעה שהוציא הלה ראיותיו מתחת ידו וגמר והקנה אותן לו."

דענין המסירה היא הוצאת הראיות מתחת ידו, ובמסירה וההוצאה מתחת ידו, יש בה גם קנין לשעבוד שבשטר. וכך נמצא בדברי הישועות ישראל (סי' סו ע"מ ס"ק ז), וז"ל:

"מיהו מסירה צריך גם לגוף השעבוד. דהא המוכר שדהו בעדים, וכן ביש לו הלואה בקנין דטורף ממשעבדי, לא מהני כתיבה בלחוד אלא דאגב גוף השטר, קני נמי בכתיבה השעבוד. לכן אם קנה תחילה הניר לחוד לראיה, לא מהני כשיכתוב לו הכתיבה אח"כ, דכתיבה בלא מסירה לא קני נמי השעבוד, דאין השעבוד נקנה בכתיבה, אלא דאגב שקונה הניר, נמשך השעבוד כשכותב לו. וראיה מהא דכתבו התוס' והרא"ש דצריך מסירה מיד ליד, אע"ג דלקנות הניר קני בהגבהה לבד, אלא משום דצריך במסירה ג"כ לקנות השעבוד. וכן לדעת הרמב"ן, דמבואר בס"ד דאינו נקנה בחליפין במקום מסירה, ולניר ודאי נקנה בחליפין ... וכשמקנה הניר מקנה ג"כ השעבוד, ולא נגמר אלא בכתיבה, וכיון שיש בכלל הקנאה גם השעבוד, דאם הקנה הניר לחוד, לא קנה גם השעבוד בכתיבה דאח"כ, לכן תקנו קנין אחד לדעת הרמב"ן."

דלמעשה יש כאן קנין אחד שמורכב משני שלבים, קנין של כתיבה ומסירה. בגלל המורכבות של שט"ח, שגופו ניר ומהותו שעבוד, שכל רצונו לקנות השעבוד והוא העיקר, לכן צריך קנין שמורכב ממסירה (שמוציא המלוה מרשותו לרשות הקונה) וכתיבה. ושניהם קנין על השעבוד. אמנם עיין באבי עזרי מכירה וי-יא בסופו "שכתיבה שצריך לקנות שטר, אין הכתיבה עושה קנין אלא המסירה, והכתיבה הוא רק גילוי שהקנה גם השעבוד". ומבואר דעיקר הקנין גם על השעבוד הוא במסירה, והכתיבה היא רק גילוי למה היתה המסירה. ולכאורה אם הכתיבה היא רק גילוי ולא חלק מהותי במעשה הקנין, מדוע לא מהני גילוי בע"פ, דמילי במילי לא מיקני לא שייך לכאורה, כיון שמקנה במסירה.

ב. מכירת השעבוד

ומה שמכירת השעבוד צריכה קנין מיוחד, כיון שהשעבוד הוי מילי, דמה שיש למלוה שעבוד בנכסי הלוה, אין זה אלא דבר שאינו ברשותו או דבר שלא בא לעולם,

דהנתיבות קצט, ב כתב בבאור מחלוקת אביי ורבא, לישב שיטת הרמב"ם שאפשר לקנות במלוה, דאביי ס"ל שיש למלוה קנין במשועבדים, דהקרקע נחשבת כקנויה למלוה בשעה שנותן לו את הכסף, דבשעת נתינת הכסף בתורת הלואה, הרי הוא כאומר הלוא למלוה; הרי היא קנויה לך מעכשיו כשאגבה אותה לך. ואף דקיי"ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה, גם רבא מודה דאחר זמן הפרעון למפרע הוא גובה. דלדעת הנתיבות, אף לרבא לאחר שהגיע זמן הפרעון, נחשב השעבוד כקנין. ולפ"ז אולי אם הגיע זמן הפרעון, יוכל להקנות שטרו בלי כתיבה אלא באמירה בלבד, כיון שאינו מילי, וצ"ע. אמנם דעת הגרש"ש (שערי יושר, מערכת הקנינים יא – יב) דהשעבוד אינו קנין אלא זכות שיש למלוה בנכסי הלואה, שאם לא יפרע, יוכל הלואה לגבות את הקרקע, וגם לאביי אין זו אלא זכות גביה, דאין כאן קנין כלל, כיון שלא ברור שיגבה המלוה את הקרקע, שהרי יתכן ויפרע לו במעות. רק לאביי אם בסוף לא יפרע הלואה למלוה, ויגבה המלוה את הקרקע, הרי שלמפרע יש לו קנין בקרקע, אבל כעת כל עוד לא גבה את הקרקע, אין לו בקרקע קנין אלא זכות גביה. דהן לאביי והן לרבא ענין השעבוד אינו קנין אלא זכות גביה שיש למלוה בנכסי הלואה, ולכן אין לו כבר כעת קנין על הזמן העתידי שיגבה את הקרקע, עיי"ש. וע"ע שם במערכת הקנינים (סוף סי' ה), וז"ל:

"אבל באמת ענין מכירת שטרו אינו מכירת דבר הנגבה, דאם מכר לו את המטלטלין או הכסף, לא צריך לזה כתיבה ומסירה ולא מעמד שלשתן ... אלא ודאי דמכירת שטרו הוא שמוכר לו הזכות שיוכל לגבות הלוקח בעצמו ואין צריך לגביית המוכר, ומכירת חפץ כזה של זכות ושעבוד אינו דבר הנמכר, וצריך לזה קנינים מיוחדים – כתיבה ומסירה. ובאופן כזה אין תלוי כלל במחלוקת רבי מאיר ורבנן בענין קנית דבר שלא בא לעולם, רק תלוי אם זכות ושעבוד הוא דבר הנמכר או לא, ומה יועיל לנו דברי רבי מאיר, מאחר שלא מכר לו את הכסף שיוגבה ..."

דענין מכירת השעבוד הוא הזכות לגבות. לא מוכר לא קרקע או קנין שיש לו אצל אחרים, שא"כ אליבא דרבי מאיר דקונה דבר שלא בא לעולם, יכל למכור חוב. אלא מוכר לו זכות שיש לו, וזכות שהוא לא מטלטלין ולא קרקעות, בעינן לזה קנין מיוחד.

ומש"כ הריטב"א קדושין יג, ב דשעבוד הוא קנין לחצאין, היינו שהוא קנין תלוי ועומד, שאין כאן קנין במובן הפשוט, אלא זכות של קנין, שהמימוש שלה, יהיה קנין או לא, תלויה ועומדת עד לזמן הגביה, אבל כל זמן שלא גבה, אין כאן קנין אלא זכות של קנין.

ומצאנו באחרונים שהחסרון בחוב הוא מחמת שאין קנין נתפס בחוב, לא שהחסרון הוא בחוב שאינו דבר הנקנה, אלא שמעשה קנין בקנינים הרגילים, לא נתפס בחוב, ולכן היה צריך לתקן קנין מיוחד. הבעיה בחוב היא בהלכות קנינים ולא בהלכות מכירה. דהנה לענין מחלוקת הרמב"ם והגאונים (רי"ף ריש פ"ד דב"ק) אם הקדש ועניים הקונים באמירה, קונים גם דבר שלא בא לעולם, עיין ברמב"ם מכירה כב,ז (ומחלוקתם לכאורה אם אמירה בהקדש היא המעשה קנין, או שהקדש לא צריך קנין), הקשה הגר"ח, מדוע חוב לא יכול (לשיטת הרי"ף) לעבור לעניים, הרי החוב הוא בר קנין, שיש בו חיוב ושעבוד, ואפי' לסוברים שמלוה ע"פ אין בו קנין כלל;

"... י"ל דהוא זה רק משום חסרון מעשה קנין, דהחוב אינו נתפס בקנינים, אבל לא דעיקר דין הקנאה וזכיה ליתא בחוב, וא"כ בהך דינא דבפיך זו צדקה, דעיקר דין זה הא הוי דבדיבורו לחוד נעשין המעות צדקה, ולא חסר שום מעשה קנין על זה, א"כ הרי שפיר צריך להיות מועיל גם בחוב. וקנין שטרות יוכיח, דהלא בעיקר דין מכירה וזכיה של חוב הרי מלוה בשטר ומלוה על פה שוין הן, ומדחזינן דאיכא ראשונים דס"ל דקנין שטרות מועיל מן התורה, א"כ ש"מ דבעיקר דין הקנאה וזכיה גם מלוה על פה חשיבא דבר הנקנה. ואפילו להנך ראשונים דס"ל דמכירת שטרות לא מהניא מדין תורה, הנה עיין ברמב"ם מכירה ויב, שכתב ז"ל; קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי עכ"ל, הרי דכתב טעמא דלא מועיל מן התורה מפני שאין הראיות נקנות, ועל כן אין קנינו שבהשטר מועיל לקנות את החוב, אבל בלאו הכי שפיר היתה מועלת מכירה בחוב גם מן התורה. הרי להדיא דעיקר דין מכירה והקנאה שפיר איתא גם בחוב מן התורה, ורק משום חסרון מעשה קנין הוא דאתינן עלה. וכן הוא מבואר מדברי הרמב"ם מכירה כב,לט, שכתב ז"ל; אבל המלוה הואיל ולהוצאה ניתנה אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה וכו', ואם היתה מלוה בשטר מקנה את השטר בכתיבה ומסירה שהרי יש כאן דבר הנמסר לקנות שעבוד שבו עכ"ל, הרי דכתב טעמא דמועיל קנין שטרות משום שהרי יש כאן דבר הנמסר וכו', הרי להדיא דעיקר דין מכירה והקנאה שפיר שייך גם בחוב, ורק משום דחסר לנו במה שיקנה את החוב משום דלא שייך גביה מעשה קנין, ולזה הוא דמועיל קנין השטר שיקנה החוב על ידו, אבל אם נימא דעיקר דין הקנאה וזכיה לא שייך כלל בחוב, א"כ מאי מהניא לן מאי דיש כאן דבר הנמסר וכו', סוף סוף הרי החוב לאו בר הקנאה הוא, ואיך תועיל מכירתו. אלא ודאי דבעיקר דין הקנאה וזכיה שפיר שייך זאת גם בחוב, ורק משום חסרון קנין הוא דאתינן עלה, ולפי זה הרי הדרא קושית הרי"ף לדוכתה, דאמאי לא יועיל הכא הך דבפיך זו צדקה שיזכו בו עניים, וצ"ע."

הרי שהחוב מצד עצמו הוא בר הקנאה, ואין מניעה בהלכות מכירה למכרו, ורק בהלכות קנינים, אין קנין נתפס בו, וכמו שביאר הגר"ב בברכת שמואל (בב, סי' נו) את דברי הגר"ח, דלדעת הרמב"ם שטרות הוי דבר ברשותו, וגם בעין וגם דבר שנמצא בעולם, אלא שאין בהם מעשה קנין. ומהמשך הסבר הגר"ב יש ללמוד, שחוב הוא אמנם דבר שאינו בעין, זו זכות גביה בלבד. בהלכות מכירה אין מניעה למכור זכות, אבל בהלכות קנינים, כדי שיקנה כמטלטלין או כקרקעות, צריך הדבר להיות בעין, ואפי' שכירות קרקע חשיב דבר בעין לענין קנינים; "אבל שטר אינו גוף הדבר, אף שהוא דבר שבעין, אבל גוף ליכא אלא זכותים, וע"כ ליכא בהו קניני המטלטלי מדבר תורה אלא מדברי סופרים". דכדי שיוכל להקנות בקניני מטלטלין, צריך שיהיה דבר בעין, וזכות אינה בעין, ולכן יש מניעה בדיני קנינים למכרה, אך לא מהלכות מכירה, ולכן באו חכמים ותיקנו קנין שיועיל לזכות זו.

אמנם מדברי הגרא"ו בקובץ שעורים (ב"ב שפט) מבואר לכאורה שהבעיה במכירת חוב היא בעצם המכירה ולא בקנין. הגא"ו חידש בדעת הרשב"ם, דחוב עצמו אינו ראוי, רק מה שגבו מיקרי ראוי. והקשה, דא"כ מדוע לא יטול בכור פי שנים בחוב, כיון שהחוב עצמו אינו ראוי. וע"ז כתב דלענין שיחשב החוב כמוחזק, צריך שיהיה בר הקנאה;

"משום דמכירת שטרות לאו דאורייתא, ולענין פי שנים בעינן שיהא יכול להקנות. ולפי"ז מוכח דהא דשט"ח ליתא במכירה, אין הטעם משום דחסר מעשה הקנין, דהא בבכור לא שייך האי טעמא. אלא צ"ל, דחוב הוא דבר שאינו נתפס בו קנין, ובדינא דר"י ב"ב אם אמר על מי שראוי ליורשו, כתב הרמ"ה דזוכה גם במלוה, ואי נימא דבר שלב"ל אינו זוכה, צריך טעם מ"ש מלוה, אבל אי נימא דבמלוה הטעם מפני שחסר מעשה הקנין, אתי שפיר, דבדר"י ב"ב א"צ מעשה קנין."

ולכאורה אם נאמר כדברי הגר"ח והגר"ב דהחסרון הוא בהלכות קנינים, אבל חוב עצמו הוא דבר הנמכר, א"כ אינו ראוי, שהוא יכול להקנות, רק אין בו את המעשה קנין המתאים. אלא, כפי שמפורש בדברי הגרא"ו, חוב לכשעצמו הוא לא דבר הנמכר, ולא מחמת שחסר בו מעשה קנין. ומש"כ הגרא"ו; " דחוב הוא דבר שאינו נתפס בו קנין", הכוונה שאין נתפסת בו מכירה. והטעם לכאורה, בכיוון דברי הגר"ב, שאינו בעולם ואינו ברשותו (אם אינו בר מכירה, והגר"ב כתב דחשיב בעולם, לפי הגר"ח). וכך הם דברי קצוה"ח בכ"מ, עיין קצוה"ח סו,א; "... דטעמא דמכירת שטרות דרבנן היינו משום דהוי דבר שאינו ברשותו, אבל יאוש שפיר מהני אפילו בדבר שאינו ברשותו ...". ובסו,יא: " ... אמנם כיון דהוי שעבוד נכסים דבר

שאינו ברשותו, ומשום הכי לא סגי להקנות בכתיבה לחוד בלי מסירה...". וכן בסו.כו. גם מהנתיבות סו,א שחלק על קצוה"ח שיאוש לא מהני בחוב, נראה שמסכים דחוב חשיב דבר שאינו ברשותו. וכן כתב להדיא בס"ק יד לענין הפקר בשט"ח: "... דודאי לגוף החוב אינו מועיל לשון הפקר, דכמו שאינו יכול להקדיש החוב מטעם שהוא דבר שאינו ברשותו, כמו כן אינו יכול להפקיר, דהקדש והפקר שוים בזה...". ודבר שאינו ברשותו הוא חסרון בעצם הלכות מכירה, וכמש"כ הרמב"ם בהל' מכירה כב,ה; "דבר שאין ברשותו של מקנה אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם..." וכ"פ בשו"ע חו"מ ריא,א.

ולכאורה יש להביא ראיה מדברי הר"ן כתובות (מד,ב בעמוה"ר) בהסבר דעת הרי"ף דמכירת שטרות מדרבנן: "דהיינו טעמא משום דשטרות אין גופן ממון, ואי אפשר להקנותן בהקנאה גמורה, אלא שחכמים תקנו בהם צד מכר, ולפיכך יכול למחול, לפי שלא זכה בהן הלוקח מן התורה". והיינו שיש בהם חסרון בעצם הלכות מכירה, ובאו חכמים והכינסו אותם לכלל מכירה. אמנם לא מטעם דבר שאינו ברשותו וכמש"כ קצוה"ח, אך גם דבר שאינו בעין הוי חסרון בעצם המכירה. ועיין בגר"ב הנ"ל דכתב בדעת הגר"ח דחוב חשיב דבר בעין.

ג. מכירת שטרות בסיטומתא

וכל האמור הוא למ"ד מכירת שטרות דרבנן, אבל למ"ד מכירת שטרות דאורייתא, והיא דעת ר"ת המובאת בתוס' בכ"מ, עיין ב"ב עז,א ד"ה קני, ברשב"א ב"ב קמז,ב, ר"ן כתובות (מד,ב בעמוה"ר), וכן היא דעת הריטב"א, עיין בריטב"א גיטין יג,ב, וקדושין מז,ב, ובאריכות בש"ך סו,א הסובר דמכירת שטרות דאורייתא, כיון דמעטינהו קרא מאונאה. ולכן הוצרכו לחדש דמה שיכול המוכר למחול, מפני שיש בשטר שעבוד נכסים ושעבוד הגוף, ושעבוד הגוף לא מכר המלוה לקונה, ולכן יכול למחול. דאם קנין שטרות מהתורה, והתורה יצרה את המסגרת הקנינית של המכירה. וכל הדיון לעיל הוא לשיטת הרי"ף (כתובות מד,ב בעמוה"ר), הרמב"ם מכירה ויב, תוס' כתובות פה,ב ד"ה המוכר, וב"מ נו,ב ד"ה יצאו, והראב"ד שהובא ברשב"א כתובות יט,א, והר"ן כתובות (מד,ב בעמוה"ר) לשיטת הרי"ף והרמב"ם. ומש"כ הגר"ח, מבואר שהוא בדעת הרמב"ם, עיי"ש. וכן מש"כ הר"ן וקצוה"ח דחוב חשיב כדבר שאינו ברשותו או אין גופו ממון, הוא ג"כ למ"ד מכירת שטרות דרבנן. (ובאגב אציין מה שראיתי בקרית מלך רב, הל' מכירה וי,א, שהקשה מדוע לא תיקנו חכמים שתועיל רק מסירה, עיי"ש שתיירץ דמסירה לחוד לא מהני לשעבוד, ובענין לגלוי דעת של קני לך איהו, וכיון שהוי רק אמירה, מילי במילי לא מיקנו, עיי"ש. וכל קושייתו אם התקנה היתה בסוג הקנין, וכמש"כ הגר"ח, אבל אם החסרון מפני שאינו ברשותו וכו',

והתקנה היתה שיהיה דינו כברשותו, זו כבר אינה שאלה למה תיקנו דוקא כתיבה ומסירה ולא מסירה לחוד, דלא זו היתה תקנת חכמים איזה קנין, אלא להוציא שטרות מגדר אינו ברשותו, ועיין להלן).

ונפק"מ ממחלוקת הנ"ל, אם חסרון מכירת שטרות הוא מהלכות מכירה, שאינו ברשותו או אינו ממון, כדעת הר"ן וקצוה"ח נתיבות והקובץ שעורים, אם מהני קנין סיטומתא במכירת שטרות. דאם נאמר כדעת הגר"ח דחוב מצד עצמו נמכר אלא שאין את הקנין המיוחד שיקנה אותו, לכאורה קנין סיטומתא לא יועיל בכגון זה, דדוקא קנין של כתיבה ומסירה הוא הקנין שתיקנו חכמים שיכול להועיל, מפני שתקנת חכמים היתה בהלכות קנינים, שקנין כתיבה ומסירה מועיל. הבעיתיות והמורכבות של השטר, יצרה בעיה בהלכות קנינים, שפתרונה היה בכתיבה ומסירה. זה הפתרון ואין זולתו. אבל אם נאמר שבעית השטר בהל' מכירה, דהחסרון מפני שאינו נקנה, מפני שאינו ברשותו או אין גופו ממון וכד', א"כ מה שתיקנו חכמים במכירת שטרות זה שאף שאינו נקנה, החפץ יקנה. ולמעשה מבחינת הלכות מכירה אחר תקנת חכמים, שטר הוא דבר הנמכר, כמו כל חפץ אחר שנמכר. התקנה העלימה את החסרון של אינו ברשותו וכו', והרי הוא ככל חפץ אחר, אך עם קנין מתאים. לפ"ז יועיל בו סיטומתא, לקנות כפי שנהגו הסוחרים.

ואין לומר שהדבר יהיה תלוי לכאורה בב' הדעות שהביא הגהות מרדכי בשבת פרק הבונה, הובא בקצוה"ח רא"א (ראה להלן). דשם הדיון בדבר שאינו ברשותו וקנין דברים וכד', לכן נחלקו הראשונים כמבואר בהגהות מרדכי (וכפי שמקובל להסביר אם חסרון דבר שלא בא לעולם, אם הוא חסרון בגמירות דעת, או שאין לקנין על מה לחול, עיין מה שכתבתי בח"א יח, ז-ט, ואכמ"ל). אבל בשטרות אחרי שתיקנו חכמים ששטר הוא דבר הנמכר בהלכות מכירה, א"כ לענין הלכות מכירה אין בו את החסרון שאינו ברשותו ואין גופו ממון וכו', וממילא אין שום מניעה שיחול קנין סיטומתא בשטרות. דהגהות מרדכי שבת (תעב – תעג), כתב וז"ל:

"מי שנדר לחבירו להיות בעל בריתו או למול בנו, צריך לקיים לו, ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים, וראיה מדאמרינן בב"מ [עד,א] האי סיטומתא קניא, פ"י רושם חביות כו' עד ובאתרא דקנו ממש קני, הסיטומתא בשביל שכך נהגו, ה"נ כך נהגו, וצריך לעיין. ומיהו ר' יחיאל היה אומר, דאם הוא מתנה בעודה מעוברת, אין כלום דהוי דבר שלא בא לעולם, דלא דמיא 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, עכ"ל התשב"ץ."

מבואר בהג"מ ב דעות אם סיטומתא מהני בדבר שלא בא לעולם או בקנין דברים, כמו הבטחה להיות סנדק בברית או למול את בנו. ודברים אלו הבואו בקצוה"ח רא,א. והנתיבות רא,א, כתב וז"ל:

"נראה לי, דבמטבע כיון שכתבו הרמב"ם (מכירה וז), וכל הפוסקים שאין שום דרך שיזכה במטבע כי אם אגב קרקע, משמע דסיטומתא לא מהני במטבע. ועוד, דהא הר"ן (בחידושים ב"מ מהב), כתב, הובא בב"י חו"מ קצה,י דצורת מטבע דמי לאותיות דאין לו קנין. ולא מציינו 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 [שם] דבעינן שיהא המנהג זה בקרקע להדיא. ועיין קצוה"ח שהביא בשם הגהות מרדכי שלא מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם. ועיין תשובת רש"ל סי' לה – לו, דבאורנדי מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם, כיון שהוא מנהג ודמי לסיטומתא, עיין שם. ואפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא, עי"ש. ודין סיטומתא הוא רק קנין דרבנן, דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפ"ה לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קדושין כמבואר בפוסקים."

ולעיל הבאנו דדעת הנתיבות דחסרון שטר הוא בהל' מכירה, שאינו ברשותו, ולמש"כ לעיל תיקנו חכמים שאף שאינו ברשותו, תועיל בו מכירה כמו בדבר שברשותו, וא"כ מדוע לא מהני סיטומתא. וצ"ל כמש"כ הנתיבות, דבשטרות "בעינן דוקא כתיבה ומסירה ממש", מן הטעם שאף שתיקנו שיהיה שטר כדבר שברשותו וכו', עדיין בהל' קנינים צריך קנין שיפעל גם על השעבוד וגם על הניר, ולכן צריך קנין אלים טובא, וכמש"כ הרא"ש ב"ב ה"ד הנ"ל, וסיטומתא, לא הוי קנין אלים טובא למיקני השעבוד, כן ס"ל לנתיבות, משא"כ בסיטומתא עם דינא דמלכותא, הוי קנין אלים טובא, ומהני ככתיבה ומסירה. (ועיין תש' בית שלמה חחו"מ סי' ע).

ונראה דאף לסוברים שמכירת שטרות מדרבנן, היינו שתיקנו חכמים שיוכל למכור דבר שאינו ברשותו, וכפי שסובר הנתיבות, בעצם התקנה תיקנו גם את אופן הקנין, דכיון שתיקנו שיוכל למכור את הדבר שאינו ברשותו, ועשו שאינו ברשותו כברשותו, בכל אופן תקנו את הדרך הקנינית שיקנה את השטר. כן מוכח מדברי הראשונים בסוגיא, עיין בנמוק"י ב"ב (לטא בעמוה"ר), מה שהביא מרבינו יונה, וז"ל:

"וכתב הר"ר יוסף הלוי, דאף בקנין ומסירה לא מקניין אלא דוקא בכתיבה ומסירה ... וכתב ה"ר יונה וצ"ל כוותיה, ויהיב טעמא למילתיה משום

דקנין מאי עבדיתה, שהרי אין אדם יכול להקנות לחבירו קרקעות המשועבדים לו, כיון דעכשיו אינו שלו ... אלא ודאי מכירת שטרי בכתיבה ומסירה מתקנת חכמים היא, שיוכל אדם למכור את חובו, כדמוכח בפרק מי שמת (ב"ב קמז,ב). ותקנו דכיון שצריך למימר ליה קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה, צריך שיהיו דברים נכתבים ולא שיאמר לו כן על פה, דמילי במילי לא מיקניין ... ותדע דלאו מדינא הוא אלא תקנתא, דהאיך כתיבה היא אע"פ שאין קרקעות ללוה אלא מטלטלין, ומטלטלין לא מיקניין בכתיבה ..."

מבואר מרבינו יונה שתקנת חכמים היתה שיוכל להקנות חובו, דהמשועבד לחוב, אינו שלו ואינו ברשותו, והתקנה היתה במסגרת זו גם על אופן הקנין. ולפ"ז לסוברים שבחוב החסרון שאינו ברשותו, השאלה אם סיטומתא מהני בשטרות, אינה כשאלה אם מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, דבדבר שלא בא לעולם, השאלה אם קנין סיטומתא הוי גמירות דעת טפי, ומהני אף בלא בא לעולם או אין בו ממש, או שאין הקנין נתפס בהם, וממילא גם בלא בא לעולם לא מהני. כאן בשטרות, יצאו הם מכח תקנת חכמים שאי היכולת להקנות דבר שאינו ברשותו, רק מסגרת התקנה היתה האופן של כתיבה ומסירה. אם לא היתה התקנת חכמים, שטרות יכלו להיות נקנים בסיטומתא, למ"ד דמהני בדבר שלא בא לעולם, או לא היו יכולים להקנות בסיטומתא, למ"ד דלא מהני בדבר שלא בא לעולם. אבל אחרי שתקנו חכמים, והוציאו את השטרות מכלל אינו ברשותו, שאף שאינו ברשותו מהני ביה קנין, וקבעו מה הקנין, ממילא רק במסגרת זו של כתיבה ומסירה מהני להקנות שטרות. אך מדברי הנתיבות נראה דעדיין, גם שתיקנו בכתיבה ומסירה, אם מהני סיטומתא באינו ברשותו, מהני בשטרות גם לאחר תקנת חכמים, ומה שמוכיח הנתיבות, מזה שהוצרכו לתקן דוקא כתיבה ומסירה, דבעינן קנין אלים טובא, לא מהני סיטומתא, אף דמהני באינו ברשותו. אבל עם דינא דמלכותא, ס"ל לנתיבות דהוי אלים טובא.

גם י"ל דמה שהביא ראיה מדברי תש' מהרש"ל סי' לו דמהני סיטומתא עם דינא דמלכותא, מהרש"ל מיירי בזכיונות שקונים מהמלכות למכירת יין, ובזה י"ל כיון שהזכיון מהמלכות, והוא יצירה שהמלכות יצרה למכור זכיונות אלו, בזה אזלינן בתר דינא דמלכותא המחזקת את הסיטומתא, דמעיקרא המלכות בדברים שבשליטתה, יש משמעות לדרך שבה המלכות אומרת למכור, עיי"ש במהרש"ל:

"... ק"ו הכא מה שרגיל אדם לקנות מן שלטוני העיר, שאזלינן בתרייהו בדינא דמלכותא, וידוע הוא בכל המלכות שקונים המכסים או דוגמתו ויין שרף ושאר רשות ושלטנות בעיר, כל הקניין ע"י שטר ארנדא, ועל זה הן דנין, ורגילין ג"כ למכור קודם כלות זמנו של ראשון ומוכרין לשני, כי הרבה המהדרין

לקנות ומזרזין להקדים ולזכות בו, ומתוך כך יעולה בדמים, וזהו הוספה ותועלת לאוצרתם ... ובזה השוו כל הגאונים ומה שאינו מקח ממש אמרו ג"כ חכמים שהוא קנין גמור בסוף פ' הריבית (עד,א) גבי סטומתא, וכן כתב האשר"י בפ"ק דב"מ וז"ל, כי הקנין לפי המנהג, כדאמר לקמן גבי סטומתא. ומזה הביאו ראיה המחברים שעיקר קנינים בין בסחורה הכל לפי המנהג, ק"ו מנהג ודת המלך. וגדולה מזו כתב במרדכי פרק המקבל ואו"ז פרק הפועלין, הטוען תמורת המנהג אפילו במיגו אינו מהימן, אלמא דמנהג עיקר לענין משא ומתן. הילכך הנראה בעיני, מי שקונה מכס או כה"ג מן המלך אפי' קודם זמנו, הוא קנין גמור והנוטלה ממנו הוא גזל גמור ויוצאת בדיינים.

לפ"ז לא כל דבר מועיל בו קנין דינא דמלכותא עם סיטומתא בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו, אלא דוקא בדברים שהמלכות מוכרת, כמו זכויות וכד', אבל אם ימכור פירות דקל שלא באו לעולם, בקנין סיטומתא עם דינא דמלכותא, אפשר שלא יועיל לדעת הרש"ל והנתיבות. אמנם בענין השיקים שכל יצירתם היא מהמלכות, והם אמרו והם אמרו, ועיין מה שכתבתי בח"א סי' כא דיש להתחשב בשיקים, שהם יצירה של החוק, בפקודת השטרות ובחקיקה שכרוכה בהם. וא"כ גם מבחינת הלכות קנינים, מהני בשיק אם היסבו בחתימה מאחור, וכפי שהיה בנדר"ד בשיקים הסחירים. ועיין מש"כ בח"א סי' כד.

ד. תקנת חכמים או קנין מדבריהם, ונפק"מ למכירה באיסור

ובהסברים דלעיל ולמש"כ הגר"ח בדעת הרמב"ם דכל המניעה בחוב היא מהלכות קנינים ולא מהלכות מכירה, ודעת ראשונים ואחרונים דהחסרון שאינו נמכר מפני שאינו ברשותו, יהיה נפק"מ לענין שטר שמכרו באיסור, כגון שטר שיש בו ריבית. דקנין מהני אף שנעשה באיסור, כן מבואר בירושלמי פ"ה דביצה (הובא ברי"ף ביצה כ,ב בעמוה"ר, וברא"ש שם פ"ה ה"ב), לענין הא דתנן (ביצה לו,ב) שאין דנין ביו"ט ולא מקדשין ולא חולצין ולא מיבמין, וכתבו הרי"ף והרא"ש:

"ירושלמי; וכולן שעשו, בין אנוסין בין שוגגין בין מזידין בין מוטעין, מה שעשו עשוי בשבת ואין צ"ל ביו"ט. ושמע מינה מאן דעבר ואקני בשבת ממקרקעי או ממטלטלי, הקנאתו הקנאה."

וכן פסק הרמב"ם בסוף הל' מכירה (ל,ז), וז"ל:

"המוכר או הנותן בשבת ואין צריך לומר ביום-טוב, אע"פ שמכין אותו, מעשיו קיימין. וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקנין קיים, וכותבין לאחר השבת

ונותנים."

וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ קצה, יא, ובסי' רלו, כח. ונראה דאין חילוק בין אם הקנין מדאורייתא או מדרבנן, מדלא חילקו בירושלמי וברמב"ם ובשו"ע. וכן נראה לכאורה להוכיח מדברי הראשונים על הא דאיתא שקונין משכיב מרע ואפילו בשבת, כדי שלא תטרף דעתו עליו (ב"ב קנו, ב). ובגמ' גיטין עז, ב בההוא שכיב מרע דכתב לה גיטא לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא ולא הספיק למיתבה לה. למחר תקף ליה עלמא. אתו לקמיה דרבא, אמר להו זילו אמרו ליה ליקניה ניהלה לההוא דוכתא דיתבי ביה גיטא, ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק. וברש"י שם (ד"ה הרי זו חזקה) מבואר דמיירי בקנין אגב (ובר"ן לט, ב בעמוה"ר פליג וס"ל דמיירי בקנין חצר). וקנין אגב הוא מדרבנן (עיין תוס' ב"ק יב, א ד"ה אנא, ועיין ברע"א שם). ודוקא בשכיב מרע הקילו אפילו לכתחילה כדי שיקנה כדי שלא תטרף דעתו עליו, הא בשאר כל אדם מהני בדיעבד אפילו בקנין דרבנן.

אך עדיין י"ל דקנין שנעשה בשבת מהני מפני שחכמים לא אסרו קנין בשבת אלא לכתחילה ולא בדיעבד, אבל במקום שיעשה איסור דאורייתא, לא מהני קנין דרבנן, דהם תיקנו את הקנין רק במקום שאינו עושה איסור. לאמור - הקנין מהני בדיעבד לא מחמת חוזק הקנין אלא מחמת חלישות האיסור, דמלכתחילה לא אסרו את הקנין אלא לכתחילה, אבל לא אסרו קנין בשבת שלא יועיל אף בדיעבד.

ויש להביא ראיה לדין זה מהמשנה ב"ק ע, א: גנב ומכר בשבת, גנב ומכר לעבודה זרה ... משלם תשלומי ארבעה וחמשה. ובגמרא שם בע"ב מבואר דהוי מכירה אף בעשה איסור דאורייתא בהוצאה מרשות לרשות או בקצירת תאנה. וכן מוכח מדברי הרא"ש ב"מ ה, יט, על הא דאיתא בגמ' ב"מ סה, א: ואמר אביי, האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה ויהיב ליה גלימא בגוויהו, כי מפקינן מיניה, ארבעה מפקינן מיניה, גלימא לא מפקינן מיניה. רבא אמר, גלימא מפקינן מיניה, מאי טעמא, כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דרבייתא. וכתב הרא"ש:

"משמע דוקא משום דלא לימא מכסי בגלימא דריביתא הוא דמהדרינן ליה, הא לאו הכי המקח קיים ולא אמרינן כיון דנעשה באיסור נתבטל המקח. וכן בעובדא קמא דיהיב ליה חמשא, וכן בעובדא דשכירות. מכאן פסק רב האי גאון ז"ל בתשובה, היכא דאיכא איסורא בזבינא דאוסף בדמיה משום אגר נטר או פוסק על הפירות עד שלא יצא השער, ונתקיים המקח בקנין ולא נתיקר השער, המקח קיים ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור."

וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ רח, א, ושם הוסיף על "ונתקיים בקנין"; "או באחת מדרכי ההקנאות", והיינו דבכל הקנינים, בין קנין דרבנן ובין קנין דאורייתא, אף שהמקח נעשה באיסור, המקח קיים. [ועיין בשלטי גבורים ביצה (כ, ב) בעמוה"ר אות

(ד) שהקשה אמאי מהני, והא רבא ס"ל דכל מה דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני. ועיין בש"ך רח"א, שישב דלא מהני אמרינן במקום שאי אפשר לעשות אלא באיסור, משא"כ מקח שנעשה בשבת, יכול לעשותו בהיתר ביום אחר, עיי"ש. וע"ע בסמ"ע שם ס"ק ג ובקצוה"ח ס"ק א.]

ומ"מ כאשר חכמים תיקנו קנין, גם אם ע"י הקנין מפקיע זכויות של אחרים, לא נתבטל הקנין בשל כך ולא אמרינן דבכגון זה לא תיקנו חכמים, דכיון דתיקנו את הקנין שיועיל כביטוי לגמירות דעת במקח בין הקונה למוכר, כיון שיש גמירות דעת, גם אם היא מנוצלת לאיסור, לא התבטל הקנין, דסו"ס קבעו חכמים שבכך נגמר המקח ויש גמירות דעת לקונה ולמוכר. דכל מה שחכמים קבעו קנין נוסף, היינו שגם בזה יש גמירות דעת, והיות הקונה והמוכר גומרים בדעתם זו מציאות, וע"כ מהני הקנין אף שנעשה באיסור, דהאיסור לא שינה את המציאות.

משא"כ כשיש תקנת חכמים במקום שלא מועיל קנין בכלל, כמו בקטן ובעונת הפעוטות, שהחסרון בקטן הוא שבכלל לא שייך לגביו קנין, ובאו חכמים ותיקנו שיועיל המקח, לולי תקנת חכמים לא שייך לגביו קנין, לכן אם עשה באיסור, לא תיקנו חכמים. דבתקנה של קנין, לא חידשו את המקח, רק גילו את המציאות שיש גמירות דעת, וע"כ אין בקנין דרבנן באיסור כדי לבטל המציאות. חכמים גילו את המציאות של גמירות דעת בפעולה זו. אבל כשתקנו תקנה במקום שאין מקח, חידשו כח של קנייה, ובזה לא מועיל במקום איסור.

במשנה גיטין נט"א: הפעוטות מקחן מקח וממכרן במטלטלין. ובגמ' שם: וטעמא מאי. אמר רבי אבא בר יעקב א"ר יוחנן, משום כדי חייו. ועיי"ש ברש"י (ד"ה קמ"ל) דיכולת הקטן להקנות הוא מתקנת חכמים משום כדי חייו. וכן כתב הרמב"ם בהל' מכירה כט"א, וז"ל:

"שלשה אין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר דין תורה - החרש השוטה והקטן. אבל חכמים תיקנו שיהא החרש והקטן נושא ונותן במטלטלין ומעשיו קיימין משום כדי חייו."

וכן מבואר שם בהל' ו, וכן פסק בשו"ע חו"מ רל"ה.א. לאמור - חכמים לא חידשו קנין מיוחד בקטן, אלא תיקנו שאף שקנין בקטן לא מהני דבר תורה, משום כדי חייו מעשיו קיימים. ואין זה דומה לקנינים שתיקנו חכמים שקבעו דבאופן מסוים יש גמירות דעת. כאן לא חידשו קנין, אלא תיקנו דהיכא דלא מהני מדאורייתא יועיל מדרבנן, ולא הצריכו דעת כפי שהצריכה התורה, אלא אפילו בדעת פחותה מהני.

ובר"ן בתש' (מד,ז) כתב דלא מהני מכירת הקטן היכא שע"י מכירתו מופקעת זכות הבנות בנכסים המועטים שהשאיר האב, וז"ל:

"מיהו קרוב אני לומר שהפעוטות שקדמו ומכרו בנכסין מועטין במקום בנות, לא הפסידו הבנות מזונותיהן, דכיון שהפעוטות מן הדין אין מעשיהם כלום אלא דתקון להו רבנן משום כדי חייהן, בכגון הא שיעשו שלא כהוגן לא תקון להו רבנן, דהא דאמרינן במסכת סוטה (דף כא) איזהו רשע ערום, זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטים וכו'. וזו סברא קרובה אל הדעת, וכל-שכן שהוא דבר ברור לדעת רב האי גאון ז"ל שאמר ... דוקא בכדי חייו בלחוד ... ואפילו לדברי האחרונים דעתי נוטה כן."

ומבואר דחכמים לא תיקנו במקום שעשה שלא כהוגן. וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ רלה, א. ובנתיבות שם בס"ק ב, כתב וז"ל:

"נראה דדין זה אינו רק בקטן, שהקנין דרבנן לא הוי רק משום כדי חייו, ולא תיקנו שיחיה עצמו בדבר האיסור, אבל בגדול מהני קנין דרבנן או קידושין דרבנן, כגון בקטנה, אפילו במקום איסור."

ונראה לפרש בסברת הנתיבות, דבקנין דרבנן בגדול קבעו חכמים דבכהאי גוונא הוי גמירות דעת, וממילא גם אם עשה איסור, כיון שהיה כאן גמירות דעת בין המוכר והקונה, המקח קיים. משא"כ בקנין של קטן, התורה קבעה שצריך רמה מסוימת של דעת כדי שהקנין יחול, ובאו חכמים וקבעו שגם בדעת פחותה מהני כדי חייו, וזו תקנה של חכמים, ולא מפני שבדעת כזו סגי, שהרי התורה אמרה שבדעת כזו לא מהני, אלא שחשו חכמים לכדי חייו ותיקנו גם בדעת כזו, וע"כ כשעשה שלא כהוגן לא תיקנו ולא מהני מעשיו. (ולענין אם קטן מכר בשבת, אם מהני מכירתו, כיון שהקטן אינו עושה איסור במכירתו בשבת, וכן מחמת שאפילו לא תועיל המכירה, מ"מ הלוקח עשה איסור, עיין בבית יצחק, חאה"ע"ז ח"א קמג, ה).

[סברא לחלק בין קנין באיסור לנדון הר"ן בקטן שהגיע לעונת הפעוטות ומכר בנכסים מועטים, ראיתי בדברי מלכיאל (ח"א קג, י) דקנין דרבנן לא גרע מסיטומתא וכל קנין שנהגו הסוחרים, דכיון שנהגו לקנות בקנין זה מכח תקנת חכמים, א"כ לא גרע ממנהג הסוחרים והרי הוא כקונה בסיטומתא (עיין קצוה"ח קכ"ג, ונתיבות רא, א), וממילא כל קנין דרבנן הוי מדאורייתא לדעת החתם סופר הסובר דקנין סיטומתא הוא דאורייתא. וע"כ גם כשקונה בקנין דרבנן באיסור, מ"מ קונה בסיטומתא. משא"כ בפעוטות דלא שייכי בקנין כלל אלא רק במה שאמרו חכמים, א"כ אם לא קנו מכח מה שתיקנו חכמים, לא שייך שיקנו בסיטומתא.]

עוד נמצא ראיה דלא תיקנו במקום איסור, בדברי התוס' ב"מ צ"ב, (ד"ה אמר), על הא דאיתא שם בגמ'; בעי רמי בר חמא, בעל בנכסי אשתו, מי מעל (כגון

שנפלו לה נכסים מאביה משנשאת ועמהן מעות של הקדש ואין ידועין שהן של הקדש, ואמור רבנן בעל זוכה בהן בכל הנכסים להשתמש ולאכול פירות. ובתקנה זו נעשה שליח בנכסי הקדש לקנותם. וקא סלקא דעתך שזו היא יציאתם לחולין - רש"י. אמר רבא, מאן לימבעול, לימבעול בעל, דהיתרא ניחא ליה דליקני, איסורא לא ניחא ליה דליקני (דאין היא מוסרתן לו אלא מאליהם נקנים לו ממיתת אביה - רש"י). ובתוס' שם כתבו, וז"ל:

"לא היה צריך לטעם זה, דאפילו ניחא ליה דליקני הכל מה שבידה אפילו של אחרים ושל הקדש, לא היה קונה, כי לא תיקנו לו חכמים, וא"כ היאך היה לו למעול בנישואין לבדו בלא לקחת מעות..."

מבואר מדברי התוס' דתקנת חכמים שתיקנו לבעל פירות נכסי מלוג הינה דוקא באופן של היתר ולא בשל איסור, וע"כ במקום שקבלה מעות של הקדש, אפילו רוצה היה לזכות בהם, אינו יכול לזכות מכח תקנת חכמים, דבמקום איסור לא תיקנו חכמים, וכל זכית הבעל הינה ממילא ולא ע"י קנין, דהיינו מכח תקנת חכמים שתיקנו פירותיה תחת פורקנה, משא"כ בקנין דמהני אף במקום איסור.

ובמחנה אפרים (משיכה סי' ב) הקשה על הרמב"ם הסובר כר"א דאין השומרים קונים במשיכה אלא מדרבנן, א"כ אמאי פסק בהל' מעילה (ו,ד) במשאל קרדום של הקדש, המשאל מעל לפי טובת הנאה, והשואל מותר לבקע בו לכתחילה. והרי השואל צריך למשוך את הקרדום, ובמקום איסור לא תיקנו חכמים, והביא ראיה מהגמ' (הנ"ל) בעל בנכסי אשתו מי מעל, דבאיסורא לא תיקנו רבנן, ועי"ש מה שישב. ולכאורה יש לחלק בין קנין דרבנן ותקנתא דרבנן וכנ"ל, דדוקא בקנין דרבנן מהני לקנות אפילו באיסור, וע"כ מהני משיכה גם במקום שיעשה איסור. משא"כ בתקנת חכמים שזיכו לבעל פירות נכסי מלוג, לא תיקנו חכמים באיסור, וכנ"ל.

לפ"ז לדעת הגר"ח שכל מה שחדשו חכמים זה קנין בהלכות קנינים, אם מכר שטר באיסור, וכנדוד"ד שמכר שיק בריבית, שאם לא יפרע, יתן לו כו"כ עבור כל עיכוב, דינו כקנין שנעשה באיסור ומהני. ואם נאמר דמה שחדשו חכמים זה את היכולת למכור חוב אף שאינו ברשותו, א"כ זו תקנת חכמים, ולא מהני באיסור.

אמנם נראה דאף לפירוש הגר"ח שתיקנו חכמים קנין, כיון שמעיקרא לא היה כאן קנין המועיל, ובאו חכמים וחדשו קנין במקום שלא היה קנין המועיל, לא מהני באיסור ודינו כתקנת חכמים וכנ"ל. דהנה בכתובות פה"ב (ועוד מקומות) איתא דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול. והראשונים (עיין תוס' שם ד"ה המוכר) באחד התרוצים דמה דמהני מחילה, דמכירת שטרות מדרבנן, וע"כ מהני מחילה. וכן כתב הרמב"ם מכירה ויב, וז"ל:

"קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי, לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למחול ואפילו יורשו מוחלו."

ולכאורה יש להקשות, דידועה מחלוקת הראשונים אם קנין דרבנן מהני לדאורייתא (עיי' קצוה"ח רלה"ד ובפ"ת שם ס"ק ד, ועוד מקומות, ואכמ"ל), ולכאורה יש להביא ראיה ממכירת שטרות דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, דאם מכירת שטרות מדאורייתא לא יכול למחול, ורק אם מדרבנן יכול למחול, ואי קנין דרבנן מהני לדאורייתא, מה מועיל מה שקנין שטרות מדרבנן, סו"ס הוי כדאורייתא ואינו יכול למחול, דתכלית קנינו, אף שהקנין מדרבנן, הרי הוא כבעלים מהתורה, ומדוע יכול למחול. ובדבר אברהם (ח"א א, טז) מחלק באיזה אופן קנין דרבנן מהני והוי כדאורייתא, ובאיזה אופן לא, וז"ל:

"ואין זה שייך אלא במקום שכל תנאי הקניה הם כהלכתם מהתורה ואין כאן חסרון אלא מצד מעשה הקנין, דבזה שפיר אמרינן כיון דחז"ל תיקנו וחיידשו בו מעשה קנין חדש, מכיון שנהגו על פיהם לקנות בו, נהפך להיות קנין דאורייתא, אבל היכא דאיכא מהתורה חסרון אחר בעיקר דיני הקניה שאינו נוגע כלל למעשה הקנין, כגון דמדאורייתא אין הקונה בר קנין או שאין המקנה בר הקנאה או שאין הדבר יכול להיות קנוי, אפילו אם עשה בו מעשה קנין גמור של תורה, דהיינו דמדאורייתא אין בהם דין קנין כלל, ואתו רבנן ותקנו בהם דין קנין, דבזה לא שייך לומר שיועיל משום שנהגו ע"פ תקנתם, דאין כח ביד המנהג אלא למשווי למעשה קנין ולא לשנות דיני ההקנאה כמובן, דכל עיקרו של מנהג בקנינים מחליפין הוא דילפינן לה, ובחליפין גופיה לא מצינו אלא למשווי מעשה קנין ולא לשנות דיני ההקנאה, בזה ודאי נשאר רק דרבנן, ולדאורייתא אינו מועיל מצד עצמו ... דבהלכות מעילה דמיירי הרמב"ם מקנין משיכה שהחסרון הוא במעשה הקנין גופיה שאינו של תורה, שפיר מועיל לדאורייתא, דמעשה המשיכה נהפך לדאורייתא, אבל בהלכות לולב בקטן שחסרו לו מהתורה דיני ההקנאה, דקטן לאו בר הקנאה הוא מהתורה, ורבנן הוא דאמרו הגיע לעונת הפעוטות מתנתו מתנה, שפיר נשאר רק דרבנן, וממילא אינו מועיל לדאורייתא. ובב"מ (דף מו) באגב קרקע שהוא נוגע למעשה קנין הוי כדאורייתא, והתוס' גיטין סד דמיירי מצד חסרון דקטן בדיני זכייה, נשאר רק דרבנן. וכן בדבריהם בחגיגה לענין תקנת ירושה דגר שאינו שייך לקנין, נמי לא הוי אלא דרבנן ... וכן במכירות שטרות בהא דהקשה הרמב"ן על ש"י הרי"ף אע"פ שנהגו מ"מ לא נשאר אלא דרבנן, דהתם נמי למ"ד מכירת שטרות דרבנן החסרון הוא מצד דין ההקנאה מה"ת שאין חוב נקנה דהוי כאינו ברשותו

כמ"ש הרמב"ן שם ולכן שפיר כתב הרמב"ן דלפי"ז הוי רק קידושין מדבריהם
 "...

השאלה אם חכמים חדשו קנין נוסף או שחדשו את עצם האפשרות לקנין, דאם חדשו קנין, י"ל שחדשו דבכה"ג הוי גמירות דעת, הוי כדאורייתא, ואם חדשו את עצם ההקנאה, הגם שיש כאן גמירות דעת, מ"מ מהתורה יש מניעה לקנות, וכל מה שמועילה המכירה היא מתקנת חכמים, וע"כ לא מהני הקנין לדאורייתא, שאין כאן גמירות דעת. ולפ"ז אפשר דהוא הדין כאשר אין מניעה מצד עצם הלכות מכירה, רק לא נמצא קנין מועיל, כאשר בפועל אין אפשרות מהתורה לקנות חוב, וכמש"כ הגר"ח דהוי חסרון בהלכות קנינים, שאין קנין לדבר זה, ובאו חכמים וחדשו קנין, אף שמהלכות מכירה אין מניעה, מ"מ מחמת חידוש חכמים יש את יכולת הקניה, בזה הוי תקנת חכמים ולא מהני באיסור.

גם באמרי בינה (הלואה סג, לה) חקר למ"ד מכירת שטרות דרבנן, אם כשעשה איסור במכירתו, אם תקנו חכמים שתועיל המכירה, לדעת הר"ן בתש' (הנ"ל) דבפעוטות שמכרו נכסים מועטים ומפקיעים במכירתם זכות הבנות למזונות, לא תקנו חכמים, ומהאי טעמא כתבו האחרונים דאינו יכול למחול, עיין קצוה"ח סו, כט; "כיון דודאי איסורא קא עביד המוחל דהא הוי מזיק ואם בר חיובא הוא צריך לשלם, אם כן כיון דעשה שלא כהוגן לא תיקנו חכמים בזה שיועיל בפעוטות". וא"כ אם מכר שט"ח באיסור, לא מהני המכירה. וכתב האמרי בינה בסוף דבריו, וז"ל:

"היכא דהמכירה משטרות היה באיסור כמו שכת' לעיל דלא מהני, כיון דלגבי איסור י"ל דלא תקנו, ולדעת הע"ש והסמ"ע דהואיל דלא משכחת קנין מן התורה בהו, לא תקנו אף לגבי עכו"ם, י"ל נמי דלא מהני לגבי איסור, וכמו דלא מהני מחילת קטן מהאי טעמא. ונפק"מ ג"כ באם ישראל מכר לחבירו שטר שיש לו על אחר בכתיבה ומסירה וקבל עליו אחריות, דאיסור מצד איסור ריבית, אף דבריבית גלי רחמנא דאי עביד מהני ... מ"מ זה דוקא בדברים שהמה בני קנין מן התורה, אבל במכירת שטרות אם אינו מן התורה רק מדרבנן, י"ל דבמקום איסור לא תיקנו. וי"ל אף להסכמת הפוסקים דמהני כתיבה ומסירה אף לגבי עכו"ם, היינו כיון שהוא תקנה לתועלת העולם, לא פליגי חז"ל בין עכו"ם לישראל, כיון דעכ"פ יש דעת קונה ומקנה, אבל במקום איסור לא תיקנו כלל שיועיל קנין כתיבה ומסירה."

ולפ"ז י"ל דגם לדעת הגר"ח דשטרות בני הקנאה אך לא בני קנין, כיון שעצם האפשרות למכירה הוא חידוש חכמים, במקום איסור לא מהני ולא תיקנו חכמים, ואינו דומה לקנין במקום שכבר יש קנינים מהתורה המועילים.

[ועיין מה שדן הגרא"ז באבן האזל מכירה ויב מדוע מהני מחילה למ"ד מכירת שטרות דרבנן, הרי כל קניני דרבנן מהני לדאורייתא. וכתב דאין לומר דאם מכירת שטרות מדרבנן, א"כ אין כאן מכירה אלא רק דין גביה, שיכול הקונה לגבות במקום המלוה, אבל לא שהשטר מכור לו, דזה ממש סברת ר"ת דלא מכר לו קנין הגוף אלא רק שעבוד נכסים. וכתב לישב דכל תקנת חכמים במכירת שטרות היתה בין הקונה למלוה, אך הלזה אינו צד למכירה זו, ולא תקנו שהמכירה תחייב אותו אלא רק את המלוה, ולכן כל זמן שחייב הלזה, חלה מכירה השט"ח לענין שיוכל הלוקח לגבות אפי' בעל כרחו של הלזה, משא"כ כשמחל המלוה, כלפי הלזה אין כאן חוב, דבין המלוה ללוה ביחס ללוה, לא היתה כאן מכירה, עיי"ש מש"כ בחילוק בין מתנת שכיב מרע, דלא יכול למחול מפני שעשאוהו כשל תורה, למכנסת שט"ח לבעלה.]

ובדרך זו יש לומר בחקירה אחרת מה שדן האמרי בינה (הלואה סג, יח) בדין רבים שהקנו שטרות, אם צריכים כתיבה ומסירה, למש"כ הראשונים דרבים אין צריכים קנין, עיין רא"ש בתש"ו, ו, כא; "שבכל דבר שהקהל, או טובי העיר שנתמנו מדעת הקהל, מסכימים, אין צריך קנין ולא שטר, אלא דבריהם ככתובין וכמסורין דמו". ועיין הגהות מרדכי ב"מ תנח; "ולכך נהגו שכל דבר הנעשה ברבים, אין צריך קנין במקום שיחיד צריך קנין, ושלשה טובי העיר חשובים כמו כל העיר". וכן לענין רבים המבטיחים לתת מתנה (שו"ע חו"מ רד"ט), אפי' מתנה מרובה, אינם יכולים לחזור. עיי"ש באמרי הבינה שכתב דכל זה בדרך חיוב, אבל לא שיחול קנין על דבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, עיי"ש. ולמש"כ גם י"ל, שאם היה מועיל קנין אחר, ואם היה נמכר בהלכות מכירה, גם אמירה של רבים או טובי העיר הרי זה כגמירות דעת, אבל במקום שתיקנו וחדשו את עצם המכירה, י"ל דוקא באופן שחידשו את המכירה מהני, אך באמירה לבד לא מהני. ולכן גם אם עמדו וקדשו, דהן הן הדברים הנקנים באמירה (ר"פ יב דכתובות), לא מהני לענין שט"ח, רק אם נאמר ששם זו התחייבות ולא קנין (עיין רמב"ם אישות כג, יג; "וכן האב שפסק ע"י בנו ובתו כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, ועמדו וקדשו, קנו אותן הדברים ואע"פ שלא היה ביניהן קנין מידם, ואלו הן הדברים הנקנים באמירה". ומשמע שזה קנין ולא התחייבות, ואכמ"ל).

ובנדו"ד שמכר לו את השיקים ולא רק שקיבל אחריות לפרעונם, אלא אף חייב עצמו שכל חודש של עיכוב בפרעונם, ישלם לקונה ריבית. דאיתא בירושלמי ב"מ ה, א: תני יש דברים שהן רבית ומותרין, כיצד לוקח אדם שטרות חברו בפחות, ומלוותו של חברו בפחות, ואינו חושש משום רבית. וכן הוא בתוספתא ב"מ ויב. ודברי התוספתא והירושלמי הובאו להלכה ברי"ף ב"מ (לו, א בעמודה ר) וברא"ש ב"מ

הכא, והרמב"ם בהל' מלוה ולוה ה"ד; "יש דברים שהן כמו רבית ומותרין, כיצד לוקח אדם שטרותיו של חבירו בפחות ואינו חושש". וציין הרב המגיד שם לדברי הרמב"ן בתש' (תש' הרמב"ן סי' מג, הובא בתרומות שער מו, ד"ג), שאם קיבל עליו המוכר אחריות, בין מכל החוב בין ממה שמכרו, הרי זה אסור, לפי שהוא קרוב לשכר ורחוק להפסד.

ובעה"ת הנ"ל (מו, ד"ג) כתב בענין דברי התוספתא והירושלמי, שיכול למכור שט"ח בפחות מסכום ההלוואה, דאפי' לא הגיע זמן הפרעון מותר, דלא כחולק וסובר דוקא בהגיע זמן הפרעון, והוא שלא קבל עליו המוכר אחריות, שאם קבל עליו אחריות, הרי זה קרוב לשכר ורחוק מהפסד. וזה אשר השיב הרמב"ן:

"בודאי אע"פ שלא הגיע זמן מותר, כדמוכח בגמ' דילן (ב"מ סה, א) גבי מפרין על השכר ואין מפרין על המכר. אלא שאני מחמיר במקבל עליו שאם לא יוכל לנגוש חובו שיחזיר לו מעותיו. לפי שאם אינו יכול לגבות חובו מלוה, והוא בא לגבות אחריותו מן המוכר, זה מחזיר לו שטרו והלה מחזיר לו מעותיו והמכר בטל. נמצא זה יכול להרויח ואינו יכול להפסיד, וכי האי גונא קרוב לשכר ורחוק להפסד הוי, דהא לא מקבל עליה כלום. והכי מוכח בגמ' במימרא (ב"מ סד, א) דמאן דאמר ליה לחבריה הא לך ארבעה זוזי אחביתא דחמרא, אי תקפה ברשותך, אי יקרא או זילא ברשותי וכו'".

והוסיף עליו בעה"ת, דמסתברא דאם עבר ומכרו באחריות שאם לא יוכל לגבות מהלוה, שיחזיר המלוה את מעות המכר ללוקח, דאם אינו יכול לגבות, דהאחריות קיימת ומחזיר לו מעותיו, ואם יהיה במכירה זו ריוח, הריח למוכר, דאע"ג דהרי זה מקח שנעשה באיסור, לא גרע משטר שיש בו ריבית שגובה את הקרן. ובגדו"ת שם כתב דכן הסכימו האחרונים דדוקא באחריות דלא הוי מחמת המוכר, אבל אם בא מחמתו כגון שנמצא פרוע או שטרפו בע"ח מוקדם, מותר למוכר לקח אחריות, כל שהאחריות אינה על מניעת פרעון מהלוה, ולכן יכול לקבל עליו אחריות שאם לא יוכל לגבות מחמת גזירת המלך, דכל מה שנאסרה קבלת אחריות, כשמקבל עליו שאם לא יגבה במניעת הלוה שלא יפרע לו או שיעשה עני. והביא את דברי הרשב"א (ח"ג סי' רסא) שנשאל במוכר שטר חוב לחבירו, וקבל עליו אחריות שאם לא יוכל לגבות מהלוה העכו"ם, או שמא לא יגבנו משום גזרת מלך, שישלם לו המוכר לקונה הקרן לבד, אם יש במכירה זו משום רבית. והשיב הרשב"א:

"כל שמכר לו שט"ח בראוי, אעפ"י שגובה בו ריבית, הרי זה מותר בשכר מעותיו הוא נוטל מן העכו"ם. וקבלת האחריות מחמת גזרת המלך, שיגבה הקרן מן המוכר, גם זה מותר, דהוה ליה כאחריות מכירת קרקע, וקרוב הדבר,

דאפי' אחריות הריבית מותר, כאחריות מכירת קרקע, שמקבל אחריות העמל והשבת. אבל מה שקבל שאם לא יוכל לגבות מן העכו"ם, קרוב בעיני שזה אסור, לפי שתנאי זה מבטל המקח, וא"כ אין כאן מכר אלא כעין מלוה, ואפי' כשנוטל הריבית מן העכו"ם, נמצא שנוטל מישראל בשכר מעותיו מישראל הריבית שהרויח מעות של אותו מוכר."

מבואר מהרשב"א שאם מקבל עליו המוכר אחריות אם מניעת הגביה תהיה מהלוה, הרי זה אסור, ודמי המכירה כהלואה, ויכול רק לקבל אחריות אם המניעה היא חיצונית, אפי' גזירת המלך וכד', ואפי' אחריות על הריבית, אבל אחריות על מניעת גביה כשהמניעה מהלוה, אין כאן מכר אלא הלואה. וכן פסק במחבר בשו"ע יור"ד קעג, וכן בט"ז שם ס"ק ג. [ועיין במהריב"ל ח"ג סי' ס שהביא גם גירסה אחרת בירושלמי; יש דברים שהם כמו רבית ומותרין, כיצד לוקח אדם שטרותיו בפחות ואינו חושש משום רבית, ואפילו מקבל עליו המוכר אחריות מותר. וע"ז כתב הראב"ד דדוקא כשאינו מקבל עליו אחריות אלא ממה שנתן בו, אבל אם קבל עליו אחריות כל החוב אסור. והביא דה"ר דוד בר שאול ז"ל כתב דשרי אפי' מקבל אחריות כל החוב; "דהא מכירה היא, ומה לנו אם יקבל עליו אחריות כל החוב, לכך כתב בשם רבותיו דאפילו קבל אחריות כל החוב מותר, דהא בקרקע כי האי גוונא שרי". ודעת מהריב"ל דדברי הראב"ד הם עיקר, דאם נאמר שאם לא יוכל לגבות כל החוב מן הלוה שיתן לו המוכר יותר ממה שקבל ממנו, האי רחוק מהפסד וודאי על השכר הוא, ולכולי עלמא אסור. ועיין מהרי"ט ח"ב יור"ד סי' לט מש"כ בזה].

ולפ"ז לכאורה כיון שהיה בנדו"ד מקח באיסור, אף דקיי"ל בשו"ע חו"מ רחא, (ועיי"ש בנו"כ במחלוקת הראשונים בזה) שאם נתקיים המקח באחת מדרכי הקנין, המקח קיים, אין הדברים אמורים במכירת שטרות באיסור, כיון שמכירת שטרות תקנת חכמים, ובמקום איסור לא תיקנו, ולא דמי לקנין דרבנן, וכנ"ל. ועיין להלן.

ה. שטר בכתב ידו, ומשתעבד לכל המוציאו

ולענין אם שיקים נקנים במסירה בלבד או בעינן גם כתיבה עימהם. ויש בשיק שני ענינים השונים מכל שטר, ראשית, שאינו בעדים אלא בכתב ידו. וכן דעצם מהות השטר שהוא משתעבד לכל המוציאו, אא"כ נכתב אחרת (למוטב בלבד). דלענין מה שהוא בכתב ידו, מבואר בראשונים, וכן נפסק בשו"ע חו"מ סו, דבעינן גם בשטר בכתב ידו כתיבה ומסירה. כן מבואר מדברי הרשב"א בתש' ח"א סי' תתקסא, ובח"א סי' אלף לח; "מסתברא דכשם שתקנו מכירה לשטרות שיש בהם שעבוד נכסים, הכי נמי תקנו מכירה בכתב ידו כיון שהוא גובה מבני חרי, מוכרו במסירה וכתיבה".

מבואר שכיון שגובה מבני חורין, גם שעבוד לבנ"ח צריך כתיבה ומסירה. וכן הוא בבכה"ת שער נא ג,ה לענין שטר בערכאות ובכתב ידו, וכל השטרות שגובה רק מבני חורין ולא ממשעבדי, דשטר שגובה מבנ"ח, הראיה שבהן מכר לו, וכיון שכתב לו קני לך הוא וכל שעבודו, קנה השטר. הרי דגם לשטר בכת"י צריך כתיבה ומסירה. ועיי"ש בגדו"ת דכל האחרונים הסכימו למסקנת בעה"ת.

ובשער המשפט סו,ו הביא את דברי הפרישה שחילק בין כת"י למלוה ע"פ, דבכת"י אם כתב בו נאמנות, גובה בכל ענין מבני חורין, ואינו נאמן לומר פרעתי, והקשה, דהא גם במלוה ע"פ מהני נאמנות לגבות בלא שבועה (גם האמרי בינה הלואה סג,י ד"ה ובאמת, הקשה כן). וכתב דהחילוק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר, דשעבוד מצד עצמו אינו דבר הנמכר, דגוף השעבוד אינו ברשותו ואין בו ממש, ולא שייכת מכירה אלא בשטר, דכיון שמוכר לו גוף השטר וכותב לו קני לך איהו וכו', קונה גם השעבוד. ומהאי טעמא בעינן מסירה קודם כתיבה, ולכן דוקא בכת"י שמוכר לו הניר, מהני גם למכור השעבוד, משא"כ במלוה ע"פ. ומבואר מדבריו דהשעבוד שיש במלוה ע"פ לגבות מבני חורין, נקנה באופן של מסירת הניר וכתיבה של קני לך, דאין חילוק בין שעבוד למשעבדי לבנ"ח, ואופן המכירה שוה בשניהם.

ובאמרי בינה הלואה סג,י כתב לישב החילוק בין מלוה ע"פ, דלא מהני מכירה אלא במעמד שלשתן, לכתב ידו דמהני מכירה בכתיבה ומסירה, דזהו תיקון חכמים שיכול למכור שטר מכר, שיהיה השעבוד נגרר אחר השטר, ולא חלקו חז"ל בין שטר בעדים לכתב ידו, ובמלוה ע"פ לא תיקנו, כיון שזו היתה צורת התקנה שיכול למכור השעבוד באמצעות השטר. ולפ"ז רצה האמרי בינה לחדש, דלמ"ד שמכירת שטרות מהתורה, ודאי דלא מצאנו אלא במקום שיש שעבוד נכסים, ולא שעבוד רק לבני חורין. ועיין במש"כ הגר"ב בברכת שמואל ב"ב נו,ה דבכת"י מהני רק מדרבנן, אבל מדאורייתא דוקא שקונה השעבוד. ועיין באבי עזרי מכירה וי, ד"ה והנה.

ובשיקים יש כמה סוגים שיש להתיחס אליהם כאן. יש שיק רגיל, שבו ה"לפקודת" לא נכתבה, והשיק עובר ידיים במסירה, כשלמעשה הוא משתעבד לכל מוציא שיק. וכשה"לפקודת" מולאה, והשיק מועבר בהיסב, בחתימה בגב השיק, הרי שבעל החשבון השתעבד לפלוני ולכל מוציא כתב זה. ויש שיק בלתי סחיר, שלכאורה יש לראות בו מעין התנאה, וכמו תנאי במכירת השטר חוב שמשמעבד למלוה בלבד ולא לאחרים ולא למי שיבוא מחמתו.

הרא"ש בתש' סח,ט דן בשטר שלא נכתב בו שם המלוה, אלא ששעבד עצמו הלוא לכל מי שמוציא שטר זה שיגבה ממנו הממון הנזכר בשטר, והשיב הרא"ש שהוא שטר, וכל המוציאו גובה בו, אף שידוע שהמוציא לא הלוא ללוא הממון;

"כי המלוה לא רצה להלוות ללוה עד ששעבד עצמו לכל מוציא השטר, כדי שלא יצטרך להקנותו לאחר בכתיבה או במסירה, אם ירצה למכרו, או לתתו לאחר, או אם ירצה להרשות לאחר שיגבה החוב בשליחותו, שלא יצטרך לכתוב לו שטר הרשאה, וכל תנאי שבממון קיים. ואעפ"י שהעדים שזכו בשעת הקנין בשביל מוציא שטר החוב לא הכירוהו, ולא ידעו מי יהיה מוציא השטר, אעפ"י כן מועיל הקנין והזכות שזכו בשבילו. כדאמרינן בגיטין (יג,ב), גבי מעמד שלשתן: נעשה כאומר לו: משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. וכן בנדון זה, שעבד עצמו בפירוש לכל מוציא שטר זה. ואם ישיב המשיב: לא דמי, דשאני התם שהמלוה מיהו היה ידוע וניכר בשטר, ואגב דמשתעביד ליה משתעביד לכל מאן דאתי מחמתיה, אבל הכא, דאין שם המלוה ידוע, לא משתעבד כלל. הא לך ראייה ממקום אחר, שאינו תלוי בזה, אלא אעפ"י שאין המלוה נזכר בשטר הוי שטר מעליא. מהא דאמרינן בשילהי בתרא (קעב,א), ההוא שטרא דנפק בבי דינא דרב הונא, והוה כתיב ביה, אני פלוני בן פלוני לויתי ממך מנה, אמר רב הונא, ממך ואפילו מריש גלותא, ממך ואפילו משבור מלכא, כלומר, כל מי שהשטר יוצא מתחת ידו, אפילו שבור מלכא, או ריש גלותא, שאין רגילין להלוות מעות לשום אדם, גובין בו, אעפ"י שלא הוזכר שם המלוה בשטר. וכן בנדון זה, כיון שכתוב בשטר ששעבד עצמו לכל מוציא שטר זה, גובה בו כל המוציאיו."

מדברי הרא"ש מבואר שיכול להשתעבד לכל המוציאיו, אף אם לא משתעבד תחילה למלוה, וראיה מב"ב קעב,א, ויכול לעשות שטר ככה"ג, דכל תנאי שבממון קיים. ורוצה המלוה לעשות שטר כזה; " כדי שלא יצטרך להקנותו לאחר בכתיבה או במסירה, אם ירצה למכרו, או לתתו לאחר". ומה שמבואר שגם אין צריך מסירה, הכוונה שאין צריך מסירה כקנין של שטר, שמרוקן כוחו לקונה, אלא צריך קנין כפי שקונים מטלטלין, ולא צריך קניני שטר, דודאי שיצטרך להקנות השטר לקונה, אך לא יצטרך כתיבה ומסירה של מכירת שטרות אלא מכירה ככל מטלטלין, שאינו מוכר השעבוד אלא הניר, ובמשעבד לכל מוציא כתב זה, השעבוד הוא תוצאה של קנין הניר, ולא נפרד ככל שטר. וכן מבואר בתרומת הדשן סי' שלא, לענין שטר שהלוה הנכרי משעבד את עצמו לישראל המלוה ולכל מי שתובע בכתב הזה, וז"ל:

"יראה דודאי יש לחלק בין שטר כה"ג ובין שטר שאין נכתב רק בשם המלוה, דבטור חושן איתא מתשובת הרא"ש ... הא קמן דשטר הנכתב לפלוני, אעפ"י שהוא צריך לקנותו, יכול לקנותו במסירה לחודא. והוא הדין נדו"ד שנכתב לכל מי שמוציאו, דאין נראה דגרע משום דנכתב בכללות. וכ"כ אשירי פ' הכותב בשם הראב"ד שאם כתב לזה המלוה משתעבדינא לך ולכל דאתי מחמתך

ומכרו המלוה לשטר זה, אינו יכול למחול אותו, ואע"ג דמוכר שטר אחר יכול למחול, היינו טעמא דמכירת שטר זה הוי כמו שאר מטלטלין, דכיון שמכרו שוב אין לו כח בהן, אע"ג דהתם נמי נכתב בכללות לכל מאן דאתי מחמתו ... והיה נראה להוכיח מדברי רב האי דקנין חליפין נמי לא מהני לקניית השטר בזה, מדאגב לא מהני, דהא אשכחן מטבע שאינה נקנית בחליפין ונקנית באגב ... ולפי זה מה שדקדקנו לעיל מדברי רב האי גופיה ליתא, דהא רב האי גופיה כתב איפכא בשם תשובת הגאון, ודקדק מן התוס' פ' הספינה נמי סתור הוא מן התוס' פ"ק דב"ק, ולכך נוטה הדבר דשטר כה"ג שנכתב לשם כל המוציאו נקנה הוא בחליפין כמו במסירה."

מבואר בתה"ד דשטר כזה נקנה כדין מטלטלין ולא כדין שטר. וכן פסק הרמ"א בחו"מ סו,א; ו"א דשטר שכתוב בו: אני משעבד לך ולכל מי שמוציאו, נקנה בחליפין או במסירה בלא כתיבה". אמנם בתה"ד נראה דמה שנקנה בחליפין הוא משום דס"ל דכל שטר א"צ דוקא מסירה ומהני ביה חליפין, עיין בגר"א חו"מ סו,ז, אולם מפורש בתה"ד דשטר כזה יש לו דין מטלטלין, אך גם במטלטלין יש חילוק, דקנינים מסוימים מהני למטלטל כזה, ולמטלטל כזה לא מהני, כמו במטבע, אבל לא שיצטרך קנין כמכירת שטרות אלא קנין שטר כדין מטלטלין, כמפורש בתה"ד. אולם מדברי הגר"א משמע שתלוי אם מהני חליפין במקום מסירה. ומ"מ כיון שדעת תה"ד שדינו כמטלטלין, וכן נראה בדעת הרא"ש, יצא לכאורה נפק"מ שתועיל מכירת שטר כזה מהתורה, אף למ"ד שמכירת שטרות דרבנן, כיון ששטר זה נמכר ככל מטלטלין.

והש"ך סו,י הביא את הב"י חו"מ ס' סא, שלמד בדעת הרא"ש (הנ"ל) דכי היכי דמועיל זה הלשון שיכול אדם לגבות בו בלא הרשאה, משום דגם לשמו נכתב, א"כ כשהוא מוכרו לחברו, קנאו כשאר מטלטלין. ומדבריו למד הש"ך, דדוקא לענין שלא יצטרך הרשאה מועיל לשון זה, אולם מ"מ צריך שיבוא מחמתו, ואין מועיל ללא כתיבה ומסירה, וכל זמן שלא כתב לו קני לך כו', אין כאן מכירה, והמוכר והלוקח שניהם יכולים לחזור בהם. והביא שכן חלק מהרשד"ם בתש' (חחו"מ ס' רכב) על תה"ד, שאפילו כתוב בו ולכל מוציאו, היינו למעט שלא יצטרך הרשאה אם יבוא שליח המלוה לגבותו, אבל לענין מכירה, ודאי יצטרך כתיבה ומסירה. ודוקא בנכתב השטר לפלוני ולכל המוציאו, אבל בלא נזכר שם המלוה, יכול לגבות במסירה בלבד, וז"ל הש"ך:

"שטר שנכתב בו פלוני נשתעבד לפלוני ולכל מי שמוציאו, זה שמוציאו גובה בו בלא הרשאה ובלא כתיבה ומסירה מן הלוח, ולא יכול הלוח לומר לאו בעל דברים ידידי את כשבא מכח אותו פלוני, אבל אם אינו בא בכח

אותו פלוני אינו יכול לגבות בו. וכן אם מכרו, לענין שיהא המקח קיים אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה כשאר שטר, ודינו שיכול המלוה למחול השטר לאחר מכירה כמו שאר שטר. ואם כתוב בו ולכל מי שמוציאו בין בא מחמתו [או שלא בא מחמתו], או שלא נכתב בו שם המלוה כלל רק פלוני נתחייב לכל מי שמוציא שטר זה, הרי זה נקנה במסירה לבד ואין המלוה יכול למחלו לאחר מכירה. מ"מ אינו נקנה בחליפין דחליפין לא הוי כמסירה."

מבואר מהש"ך דאף שטר שאין נכתב בו שם המלוה, בענין למסירה כדין מסירת שטרות, ושטר שנכתב בו שמשעבד למלוה ולכל דאתי מחמתיה, צריך גם כתיבה עם המסירה. אמנם דעת הסמ"ע סו,ח, וסו,סד, דבכל ענין נקנה במסירה ללא כתיבה, רק שאם משעבד לו ולכל דאתי מחמתיה, יכול הראשון למחול.

והתומים סו,ז הקשה על הש"ך, דממה נפשך, אם לא השתעבד לכל המוציאו, אף הרשאה יצטרך, ואם השתעבד לכל המוציאו, הרי המוציאו הוא כמלוה שאין צריך כתיבה ומסירה, וגם הרא"ש בתש' כתב להדיא שאין צריך כתיבה ומסירה. ומה שהקשה הש"ך מדוע לרא"ש יכול למחול, תירץ בתומים דאף שנכסיו השתעבדו לכל המוציאו, בכל אופן לא רוצה הלוח לשעבד גופו לכל המוציאו אלא רק למלוה. ואף למ"ד מכירת שטרות דרבנן, כיון שסו"ס לא רוצה לשעבד גופו רק למלוה, אף ששעבוד נכסים השתעבדו ממילא לכלל דאתי מחמתך, השעבוד בכל דאתי מחמתך שהוא ללא שעבוד הגוף, הוא כמו הקנאת שעבוד נכסים בכתיבה ומסירה; "איברא דמתש' הרא"ש כלל סח,ט (הנ"ל) נראה דס"ל דהוי דאורייתא ...". עוד כתב לישב מדוע יכול למחול, ע"פ הריטב"א בקדושין, דכך פירש, לך ולכל דאתא מחמתך, היינו אם לעולם יהיה מחמתך, אבל אם תמחול, כבר לא יהיה מחמתך, ואין אני משועבד לו. (ועיין במקצוע בתורה למהרא"ל צונץ סו,ט-י מש"כ בדברי התומים). ולדברי התומים הסכים הנתיבות סו,ט, והוסיף בטעם דמהני חליפין, וז"ל:

"גם מה שהקשה אהא דפסק רמ"א דחליפין מהני, מסעיף ד שפסק דלא מהני קנין חליפין. לא קשה מידי, דהא ודאי במקום דמועיל שאר קנינים כגון משיכה והגבהה, מהיכי תיתי יוגרע קנין חליפין, כמ"ש [התומים סק"ט]. רק בשאר שטרות שנכתב בו שם המלוה ולא נכתב בו לכל מי שמוציאו, דבענין מסירה מיד ליד דוקא ולא מהני שאר קנינים, רק אגב דקנין מעליא שקונה אפילו במטבע, אמרינן בש"ס (ב"ב עז,ב) דמהני, אבל קנין חליפין דגרע לא מהני. אבל בשטר כזה דמהני שאר קנינים, דהא בתרומת הדשן, הביאו הש"ך, כתב בהדיא כיון דנכתב לכל מי שמוציאו וגם לשמו נכתב, דמי לשאר מטלטלין, ובודאי דמהני ביה משיכה והגבהה ואין צריך מסירה מיד ליד, ודאי דגם חליפין מהני כמ"ש התומים."

מבואר בנתיבות דשטר שנכתב לכל המוציאו, למבואר בתה"ד שדינו כשאר מטלטלין, נקנה כפי שמטלטלין נקנים, ואין צריך גדר של מסירה שתקנו בשטרות, שירוקן רשותו לקונה ע"י מסירה מיד ליד, משא"כ בזה שאין צריך אלא קנין של מטלטלין. ולפ"ז לכאורה נקנה מדאורייתא כשאר מטלטלין. אולם ראיתי באולם המשפט (על הש"ך סו,) דשטר כזה שאין גופו ממון, ובעינין לקנות הראיה שבו, ודאי לא עדיף ממתבע דאין נקנה בחליפין משום דדעתא אצורתא, וכל שכן השטר שאין דעתו אלא על הכתוב. גם הגר"א בנחל יצחק סו,ד ס"ל דאין נקנה בחליפין, דכיון דעיקר הטעם דאין מטבע נקנה בחליפין דהו"ל כאותיות שאין גופן ממון, לענין אונאה ושומרים וכה"ג ג"כ מיקרי אין גופן ממון, גם כשכותב ומשתעבד לכל המוציאו, אין גופו ממון, וכמש"כ הש"ך חו"מ קצ,א. ולפ"ז אם יקנה השטר שנכתב לכל המוציאו בהגבהה, גם לנחל יצחק ולאולם המשפט, יקנה כדין מטלטלין מהתורה, ורק בחליפין אינו יכול לקנות.

ולהדיא מבואר בדברי התומים סו,א דשטר שנכתב לכל המוציאו, ודאי מכירתו מהתורה, דהרי הלוח משעבד עצמו לכל מי שיהיה השטר בידו, וא"כ כיון שמכר זה השטר שבידו או נתנו לאחר, חל שעבודו של הלוח לזה שהשטר בידו מהתורה; "ואפשר דבשטר כזה אין צריך מסירה, רק נקנים כשאר מטלטלין, ודבר תורה נקנים בכסף, כיון דשטר כזה יצא מכלל שארי שטרות דאין צריך כתיבה ומסירה, אי אתה יכול לדון בו קנין חדש משארי מטלטלין ... ולכן לדינא זולת שטר כזה דנראה ברור דמכירתו דאורייתא, כל שאר שטרות מכירתן דרבנן ...". ומסקנת דבריו הביא הנתיבות סו סוס"ק א, וכתב; "והנכון איתו וקיימתיו מסברא". הרי דגם דעת התומים והנתיבות דשטר כזה נמכר מהתורה.

לאמור לעיל שיק סחיר בין אם מולאה השורה לפקודת ובין אם לא מולאה, דעת רוב הפוסקים שקנינו כדין מטלטלין ולא כשטרות, ולכן אם חותם בגב השיק ומוסרו לאחר, נקנה מדין סיטומתא. ואף למש"כ הנתיבות רא,א (הובא לעיל) דשטרות לא נקנים בסיטומתא, ורק עם דינא דמלכותא וכנ"ל, י"ל דשיק כזה יצא מכלל שטר להלכות קנינים ודינו כדין מטלטלין, ולכ"ע קונה בסיטומתא. וודאי יכול לקנות בהגבהה, אם מתכוין לקנות בהגבהה. ורק לשיטת הש"ך בעינן כתיבה ומסירה אם מולאה בו ה"לפקודת", ומסירה, אם לא מולאה. אבל לדעת רוב הפוסקים כנ"ל, לא בעינן אלא קנין כשאר מטלטלין.

ונפק"מ מכל זה לענין מש"כ לעיל בדין שטר שנמכר באיסור, כיון שמכירת שיקים דינה כמכירת מטלטלין, אינה בכלל תקנת מכירת שטרות, ואף שנמכר באיסור, מהני המכירה, רק הריבית כמובן אינו יכול לגבות, אא"כ עשו לוי ושמעון שטר

עיסקא ביניהם כדין, אך אינו נידון כאן, שהדו"ד הוא בין לוי לראובן, אבל עצם המכירה, אף שנעשתה באיסור, כיון שדינה כמכירת מטלטלין, אף אם יעשה קנין דרבנן, מהני המכירה. ולכן בכל הנוגע לשיק הסחיר, שלא נכתב בו למוטב בלבד, חייב ראובן לפרוע ללוי, דהשיק אינו מותנה בטענות שיש לו כלפי שמעון על המקח וכו', דשיק סחיר דינו כמשתעבד ישירות למוציאו וכנ"ל.

ו. שיק לא סחיר שלא נכתב במסירתו שם המוטב

מהמבואר לעיל שדין שטר שנכתב לכל המוציאו, מהני מדין תנאי שבממון, דמהות השטר, הלואה משתעבד רק למלוה, רק כיון שהתנה שמשעבד לכל המוציאו, הרי זה בגדר תנאי שבממון, שתנאו קיים, וכמש"כ הרא"ש בתש" סח"ט וכנ"ל, א"כ כאשר מתנה להדיא שהשיק לא סחיר, הרי זה תנאי שבממון שמשעבד רק למקבל השיק, ומתנה במסירתו שלא ימכור השעבוד, ובודאי יכול להתנות כן. ותנאי זה מופיע וכתוב בשיק עצמו. ונראה דכל זה אם היה כתוב בשיק "לא סחיר", אבל כאשר כתוב "למוטב בלבד", הרי שמשעבד עצמו למי שיהיה כתוב, בין אם כתוב כעת או כתוב אח"כ, בין אם יהיה זה האוחז הראשון או הבא אחריו, כיון שהוא הכתוב כמוטב, לו השתעבד ולא לאחרים, דכן היא לכאורה הפרשנות של תנאי זה (עיין שו"ע חו"מ סא, טז).

לאמור, כאשר כתוב בשיק שהוא לא סחיר, הרי יש בכך התנאה בין הנותן למקבל שהשיק בלתי עביר ובלתי סחיר. אבל כאשר נכתב שהשיק הוא למוטב בלבד, אין כאן התנאה בין המקבל לנותן אלא הוראה לבנק לפרוע רק למוטב בלבד. המוטב שהבנק יפרע לו הוא הרשום כמוטב בשיק, בין אם הכיתוב נעשה בזמן מסירת השטר ובין אם הכיתוב נעשה לאחר מסירתו, בטרם הוצג השיק לגביה. אין בלשון זו לשון של התנאה בין הנותן למקבל, אלא לשון זו היא הוראה לבנק כיצד לנהוג בשיק. בניגוד למילים לא סחיר, יש בהם משמעות של התנאה בין הנותן למקבל שהשיק הוא לא סחיר.

בח"א סי' כא, בענין מעמדם של השיקים, כתבתי שהואיל והשיק הוא פרי יצירת החוק, אי אפשר להתעלם מהוראת פקודת השטרות ומהחקיקה הכרוכה בהם, בהיות הדברים מחייבים את הבנק, שמסר את השיקים לבעל החשבון ועליו לפרוע את השיק. לענ"ד בנדו"ד אין הכרח לקבל את פרשנות בתי המשפט להוראות אלו, כיון שהבנק הוא לא צד לשאלה אם השיק סחיר או לא. הבנק מבחינתו יכול לשלם ללוי, בהיותו רשום כמוטב. השאלה היא הלכתית. האם היתה כאן התנאה לא להעביר את השיק. ובכגון זה שהבנק אינו צד לשאלה זו, אין הכרח לבחון את הנושא בראיה

המשפטית של פקודת השטרות. בניגוד לשאלת תוקפו של השיק, שהיא שאלה מהותית בענין היצירה שנקראת שיק. אולם נראה שאם היתה הוראה מפורשת בפקודת השטרות או בפסיקה המשפטית ששיק שכתוב בו למוטב בלבד, אף ששם המוטב אינו רשום, אינו עביר וסחיר, הצדדים במתן השיק וקבלתו, נהגו על דעת כן שאינו סחיר ואינו ניתן למכירה והעברה.

לצורך השאלה הנוכחית עברתי על מספר מקורות משפטיים, שהם לכאורה רלוונטיים לעצם השאלה. בערעור (ע"א 210/73 עתיד עמילות והשקעות בע"מ נגד בנק מימון לישראל בע"מ, בבימ"ש העליון, פ"ד מיום 25.11.73) פסק בית המשפט כי המילים "למוטב בלבד" שנרשמו על גבי השיק, אינן מגבילות את סחרותו של השיק. וכי המילים "לא סחיר" כשהן כתובות על מסמך שאינו שיק משורטט, אינן גוררות אחריהן את התוצאה האמורה בסעיף 81 לפקודת השטרות. שום מילים אחרות אינן יכולות לבוא תחת המילים "לא סחיר" לענין זה. המילים "למוטב בלבד" או "לנפרע בלבד" שקולות כנגד המילים "לחשבון הנפרע", ואין בהן כדי לגרוע מסחרות המסמך.

בתקופה מאוחרת יותר (שנת 1994 - ע"א 1560/90 ציטיאט נגד הבנק הבינלאומי הראשון) נחלקו השופטים האם שטר שנכתב בו למוטב בלבד הוא עביר, ודעת הרוב התקבלה, ועד היום היא מקובלת כמכרעת. דעת הרוב גרסה כי: "שיק המשורטט "למוטב בלבד" אינו עביר, וממילא אינו טהיר. גביית השיק חייבת להיעשות באמצעות בנק בשל השרטוט, אולם הבנק אינו זוכה לבעלות מלאה בשטר ולזכאות שטרית עצמאית. הבנק הוא שלוח. הרשאתו היא לגביית הסכום הנקוב בשטר והפקדתו בחשבון המוטב בשיק. הבנק הוא "אוחז" בהיותו נסב של השטר. בעלותו של הנפרע בשיק כפופה לסייג העבירות. הוא אינו יכול להעביר את זכאותו לצד ג'. מכאן שהא אינו יכול למשכן את זכותו השטרית כלפי המושך כבטוחה. אין בהגבלות הסכמיות אלה כדי לשלול את בעלות הנפרע בשטר. כוונת המושך בציינו את המילים "למוטב בלבד" ברורה. הוא מבקש כי הנפרע - והנפרע בלבד - יבוא וידרוש ממנו את פירעון השיק. "לא סחיר" בסעיף 7(א) לפקודה מובנו לא עביר. העבירות עשויה להינטל משטר במפורש ("מלים האוסרות העברתו") או על דרך פרשנות ("כוונה שהשטר לא יהיה עביר"). החזקה היא כי השטר עביר. הנטל להוכחת היעדר העבירות רובץ על הטוען, קרי המושך. הגבלת העבירות יכולה להיעשות בחוליה הראשונה - בין המושך לנפרע, ויכולה להיעשות בכל חוליה עוקבת - בין המסב לנסב. הביטוי "למוטב בלבד" - מטרתו הגנה על המושך. קיימים טעמים מסחריים מגוונים לרצונו של המושך בהגבלת העבירות. כך, למשל, המושך מעוניין לשמור על קשת הגנותיו כלפי הנפרע. סיחור השטר לאחר כישלון התמורה משמיט את ההגנה תחת רגלי המושך, אם הנסב הוא אוחז כשורה. יתרה מזאת, אפילו הנסב אינו אוחז כשורה, אך הסיחור נעשה

טרם צמיחת טענת הגנה למושך - אין לו למושך טענת הגנה טובה נגד הנסב ... הביטוי "למוטב בלבד" מגביל את עבירות השיק. היסב השיק המצוין בביטוי "למוטב בלבד" יכול להיות אך ורק היסב לגוביינא כאשר הבנק הוא שלוח המוטב-הנפרע".

דעת המיעוט היתה שונה: "שיק ובו הערה (בדפוס או בכתב-יד) "למוטב בלבד" הינו עביר, אך מכוחה של ההערה "למוטב בלבד" נשללת האפשרות לזכות על פיו בזכות טובה מזכותו של הנפרע ... אין בהערה "למוטב בלבד" כדי לשלול את עבירותו של השטר ... שטר ובו הערה "למוטב בלבד" הוא על-כן שטר עם "אזהרה" הכתובה עליו והנעה עמו. דבר זה פוגע בטהירותו של השטר. כל טענת הגנה שעומדת למושך כלפי הנפרע, תעמוד לו גם כלפי אותו אוחוז".

במה דברים אמורים, כאשר נכתב השיק למוטב בלבד ויש עליו שם המוטב, אך כאשר שם המוטב לא נכתב בו, בכגון זה לא נמצא מפורשות שהשטר הוא בלתי עביר. במקרים בהם לא מפורש שהשטר לא עביר וסחיר, ויש מקום להסתפק כנדו"ד, כיון ששם המוטב לא נכתב בשיק, ומכיון שכיום הבנק מדפיס שיקים ועליהם מודפס "למוטב בלבד", ורבים ממקבלי השיק המעונינים שהשיק יהיה סחיר, מבקשים לא לרשום את שם המוטב ובכך להשאירו כסחיר לדעתם, הרי שיש לראות בזה לכל היותר מקרה ספיקי וגבולי אם השיק עביר. גם דעת הרוב בפסה"ד הנ"ל היתה שבמקרים של ספק ומקרים גבוליים, עומד לשיק חזקת הסחרות, כלשונו: "במקרי ספק או במקרים גבוליים - גובר יסוד הסחרות (העבירות והטהירות)". וכן; " החזקה היא כי השטר עביר. הנטל להוכחת היעדר העבירות רובץ על הטוען, קרי המושך". ובגוף הדברים, דוקא אם ברורה לנו כוונת הצדדים להגביל את סחירות השיק. לא כך הם פני הדברים כנדו"ד. לא ברור לנו אם היתה כוונה, והנטיה שלא היתה כוונה, שאם היתה כוונה כזו, מדוע לא נרשם שם המוטב. לכן כל עוד אין מפורש שאם השיק למוטב בלבד ושם המוטב לא נכתב הוא שיק לא סחיר, אליבא דפקודת השטרות והפסיקה הכרוכה בה, אין לפסול את סחירות השיק ולהעמידו על חזקת סחירותו. אך פועל יוצא, שאם בעל חשבון נתן שיק למוטב בלבד, והיה כתוב בו שם המוטב, לכאורה יש בזה התנאה בין הנותן למקבל שהשיק הוא בלתי סחיר, כיון שהתנהלות בעלי חשבון עם שיק הוא בהתאם לפקודת השטרות והפסיקה, בהיות השיק יצירה של החוק, וכך הוא הנוהג ע"פ הפסיקה המקובלת כיום.

העובדה כי ראובן ביטל את השיק, אינה מורידה מעצם החיוב, עקב תוקף האיסור החוקי לבטל את השיק, כאשר לאיסור הפילי בדבר ביטול השיק, יש גם השלכות הלכתיות. כך מצאנו בדברי הגר"מ פיינשטיין זצ"ל, אגרות משה חח"מ ח"ב סי' טו לענין שמיטת כספים כאשר הלוח נתן שיק שמועד פרעונו לאחר השמיטה, או אפי' מועד פרעונו קודם השמיטה, אך המלוח לא גבה את השיק, וז"ל:

"והנה אם בשעת הלואה נתן הלוי טשעק שלו על זמן דאחר השמיטה הוא כקביעות זמן, ועוד יותר מזה שהוא נחשב גם כתשלומין מאחר שאסור לפסול טשעק בדינא דמלכותא, וכשבטל הטשעק נמצא התחלת חיובו הוא מאחר השמיטה, שבאופן זה אף בזמן הגמ' לא היה משמט. עכ"פ למעשה צריכים הלויים לשלם, ואם לא ימצא המלוה ב"ד שיזדקקו לו משום שיחששו להסוברים דמשמט, יכול אז למעבד דינא לנפשיה באופן תפיסה, ומסתבר דגם בעש"ג יכול לילך..."

אם השיק נחשב כתשלום, א"כ הוא הדין והוא הטעם אם השיק היה קודם השמיטה, כיון שנחשב כתשלום עקב האיסור לבטלו. וכיון שאסור לבטלו, והדבר נחשב כתשלום בפועל, הצדדים – הנותן והמקבל – על דעת כן נוהגים, וגם בנדו"ד אין להוראת הביטול נפקות ביחס ללוי, כיון שטענת הביטול היתה ביחס לשמעון.

כמו כן נראה כי שיק שנכתב למוטב בלבד ולא נכתב בו שם המוטב, הוא למעשה השתעבדות למי שיכתב בסופו של דבר כמוטב ולא למי שקיבל את השיק ראשון, דכאשר כותב שם המוטב ולו בלבד, זו השתעבדות רק לפלוני, ואינו ניתן להעברה, אך כאשר שם המוטב נשאר פתוח, לא היתה כאן השתעבדות לכל המוציאו, אך היתה השתעבדות למי שיכתב בסופו של דבר כמוטב, וע"כ אין צורך בקנין לשעבוד אלא רק לניר, וקנינו ככל מטלטלין וכנ"ל.

[בנדו"ד עלתה טענה נוספת, אם צריך לדון על הטענות שיש לראובן כנגד שמעון, ולאמור לעיל כיון שיש איסור לבטל את השיק ורשאי להעביר את השיקים, אין מקום לדון כאן בטענות שיש לראובן על שמעון, ועליו להגיש תביעה נפרדת כנגד שמעון. ומה שהעלה ראובן טענה שיכול לבטל את השיק בהיותו רק הוראה לבנק לשלם, וכי ביטל את ההוראה/ השליחות, עיין מה שכתבתי בח"א סי' כא, דמעצם מהות השיק והאיסור לבטלו, אין לומר שדינו כהוראה/ שליחות].

לאמור לעיל בנדו"ד חייב ראובן לשלם ללוי גם את השיק שנכתבו למוטב בלבד, ששמו של לוי נרשם שם כמוטב השיק.

ז. הוצאות חזרה של שיק

בנדו"ד עלתה השאלה בדבר חיוב ראובן בדמי ביטול השיקים. טענת ראובן כי הודיע לשמעון על ביטול השיקים, וכי על שמעון היה להודיע ללוי, שעליו הוא – ראובן – לא ידע ולא שמע. שמעון לא הודיע ללוי, מפני שסבר שאין זה מענינו להודיע ללוי, מה עוד שיתכן ולוי העביר את השיקים הלאה. לוי טוען כי לא ידע

על ביטול השיקים, וגם לו היה יודע היה מפקיד את השיקים, כיון שהליך חזרת השיק נצרך לגביה באמצעות ההוצאה לפועל, אם היה מחליט לפעול באמצעות ההוצאה לפועל.

איתא בב"ק קיז,א: ההוא שותא (מכמורת לדגים או לחיות – רש"י) דהוו מנצו עלה בי תרי, האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא, אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא. אמר אביי, יכול לומר אנא כי מסרי, דידי מסרי. א"ל רבא, וכל כמיניה. אלא אמר רבא משמתינן ליה עד דמייתי ליה וקאי בדינא. ובמרדכי (סי' קצג) הביא מהראב"ה דאין מחייבים את המוסר, כיון שלא התכוין להזיק אלא להציל את שלו, וז"ל:

"ההוא שותא כו', היו משמתינן ליה עד דמייתי לבי דינא. פסק ה"ר אליעזר מטולא, דתקנת חכמים היא שלא יהא אדם רגיל בכך, אבל אינו נקרא בכך מסור. ולהכי קאמר היו משמתינן ליה ולא קאמר מחייבינן ליה. והיכא דתקפה לעצמו בידי עובדי כוכבים, אף שאין לו לעשות כך, דהא דקי"ל עביד איניש דינא לנפשיה, הני מילי בחפץ המבורר לו וידוע לכל שהוא שלו אבל לא בדבר אחר, מכל מקום אי תקף בידי כותים לא דיינינן ליה דין מסור, ואע"פ שהפסיד אותו שתקפו הרבה מידו, כגון שהעלילו עליו הכותים ולקחו ממנו יותר או הענישוהו, אפילו הכי אין על התוקף דין מסור, דלא מצינו בתלמוד מסור לאנס אלא במתכוין להזיק את חבירו, אבל זה נתכוין להוציא את שלו, ודומה לההיא דנסכא דר' אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי."

הרי שאינו נקרא מזיק כשעושה את הפעולה כדי להציל את שלו, ואף שמשמתינן ליה שלא יעשה כן, אין מקום לחיוב ממוני בדיני מזיק, כשמתכוין להציל את שלו. והובא גם בתש' מיימוניות נזיקין כא. אולם במקום אחר הביא המרדכי דעה חולקת (ב"ק סי' קיח), וז"ל:

"בראובן שעייב חובותיו של שמעון, על פי שר אנס שיעשה לו דין, דראובן מסור גמור הוא, אם שמעון לא היה סרבן, מתחלה וישלם ראובן כל מה שהזיקו בקלקול חובותיו."

הרי שאף שעייב חובותיו של חבירו אצל השר האנס, כדי להציל את שלו, בכל אופן חייב לשלם מדין מזיק. וכן מבואר בתש' הרא"ש יז,ד, שנשאל במי שיש לו טענות על חבירו שחייב לו ממון; "ואומר שרוצה להתרעם ממנו בדיני עובדי אלילים (מכחישי השם)", וחבירו מוכן להתדיין בדין תורה. והשיב הרא"ש שיש לו דין מסור. וכן היא דעת מהרי"ק סי' קנד, במי שמוסר דינו לערכאות להציל את שלו.

ושתי דעות הראשונים הנ"ל, הובאו להלכה ברמ"א חו"מ שפח,ה. והש"ך שפח,כו פסק כדעת המחייבים אף במתכוין להציל את שלו, ולא כמהר"מ מלובלין שפסק לפטור, דהא הסברה ראשונה היא רק סברת יחיד רבי אליעזר מטולא, במרדכי ס"פ הגזול בתרא. וגם דעת היש"ש ב"ק י, מט לפסוק דלא כר"א מטולא, והוסיף הש"ך דאף הר"א מטולא לא אמר אלא באינו יכול להציל בענין אחר. אמנם מדברי הרמ"א בתש" סי' פח (ד"ה תשובה) נראה שסובר כדעה קמייתא, דכשאינן כוונתו להזיק, אין לו דין מסור, עיי"ש. ודעת היש"ש ב"ק י, מט, כפי שציין הש"ך, לחייבו ממון, דדוקא לענין שיהיה לו דין מוסר, שיהיה מותר לאבד ממנו, בזה ס"ל שאם כוונתו להציל את שלו, אין לו דין מוסר, אבל חייב לשלם מדינא דגרמי.

והרי"ף (ב"ק מג,א בעמוה"ר) פסק שישראל שאנסוהו להביא ממון והראה ממון חברו, אף שהוא אנוס, חייב. ורבינו אפרים (בגליון הרי"ף שם אות א) כתב דפטור; "דגרמא הוא, וגרמא בעלמא לא מחייב אלא מתכוין לאזוקי". ועיי"ש דאנסוהו על ממון חברו, אף בנו"נ ביד פטור. ודעת רבינו אפרים הביא הרשב"א (ב"ק קיז,א), וחלק עליו;

"ודברי תימה הם, למה פטור, כיון דדיינינן דינא דגרמי, אטו המראה דינר לשלחני, מי מכוון להזיק, וזה שאנסוהו להראות בשלו והוא הראם בשל חברו, הא מתכוון להזיק בשל חברו להציל את שלו, ולפיכך דברי הרי"ף ז"ל נראין יותר. ויש לראב"ד ז"ל דרך אחרת, שהוא חלק בין אנסוהו אנוס ממון ובין אנסוהו אנוס בגופו, דבאנוס ממון, אם הראה ממון חברו להציל את שלו, פטור, דגרמא בעלמא הוא, אבל נשא ונתן ביד חייב, שאסור להציל את ממון שלו בממון חברו, אבל אנסוהו אנוס הגוף, בין הראה בין הביא פטור. אלו דברי הרב ז"ל. ודברי הרב נוטין במקצתן לדברי הרב ר' אפרים ז"ל, ודברי הרב ז"ל שכתב בהלכות נוחין יותר."

הרי שהקשה הרשב"א על רבינו אפרים ממראה דינר לשלחני, שאף שלא מתכוין להזיק, חייב. ולכאורה י"ל לרבינו אפרים, דמראה דינר חיובו מכח היותו אומן וכדין שומר שחייב אף בגרמא, ולא דמי לאדם המזיק. ומ"מ נראה דבנדו"ד כיון שלא התכוין ראובן בביטול השיק להזיק אלא להציל את שלו, יוכל לומר קים לי כדעה הפוטרת, בפרט שהודיע לשמעון שמתכוין לבטל, והרי לא ידע בכלל מלוי, והיה על שמעון להודיע ללוי. ואף שעצם הפעולה של ביטול שיק היא פעולה אסורה, כיון שלא התכוין להזיק אלא להציל את שלו, יכול לטעון טענת קים לי כדעה הפוטרת.

והגר"א חו"מ שפח,לד הראה מקום לדברי המחבר בשו"ע חו"מ סו,כג לענין מוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו, דאם הלוח האב לבנו, ומכר האב את השט"ח,

והבן היורש מחל את השטר באופן שהקונה לא יכול לגבות את השטר ממנו היורש/ הלוה, נחלקו הראשונים אם יכול הבן היורש, שהוא גם הלוה, למחול, וז"ל המחבר בשו"ע:

"ומיהו אין היורש יכול למחול לעצמו כדי להפסיד ללוקח. כיצד, ראובן הלוה לבנו בשטר, ומכרו לשמעון, ומת ראובן, לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעצמי, ואין לי לשלם כלום מדינא דגרמי, שאני לא כיוונתי להזיק ללוקח אלא לפטור עצמי, אלא פורע כל החוב ללוקח. ויש מי שחולק ואומר, שאף לעצמו יכול למחול."

והסמ"ע ס"ק נט בבאור דעה קמיתא (דעת בעה"ת נא,ו,ו) כתב דאף שגם כשמוחל המוכר או היורש להלוה, פסק המחבר סו,לב דצריך לשלם ללוקח כל החוב, מ"מ אשמועינן דאין היורש מוחל לעצמו; "דאילו הוה מצי מחיל לעצמו, לא היה משלם כלום מטעם שכתב דאין בא להזיק, קמ"ל דאינו בר מחילה והו"ל כאילו לא מחיל". מבואר מהסמ"ע דלדעה קמיתא אם מהני המחילה, אף שמזיק, פטור מתשלומים. אולם לדעה שניה, והיא דעת התוס' כתובות פו,א, מהני המחילה, אך חייב לשלם לקונה, עיין סמ"ע ס"ק ס וש"ך ס"ק פב שנחלקו כמה משלם. ולפ"ז יצא דלדעה קמיתא אין מזיק בגרמא צריך לשלם כשמתכוין לתועלת עצמו, ולדעה השניה, חייב לשלם, ואינו יכול לומר שמתכוין לתועלת עצמו. והש"ך ס"ק פב פסק כדעה השניה וז"ל:

"כן נראה דעת רוב הפוסקים וכן נראה עיקר, וכן פסק המחבר גופיה בסתם באה"ע קה,ו. מיהו צריך לשלם מדינא דגרמי, ואינו יכול לומר לא כיונתי להזיק, דכל היכא דחייב מדינא דגרמי, חייב אפילו לא כיון להזיק, וכדמוכח בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי, ונפקא מינה שאינו טורף ממשעבדי בשטר."

ועדיין יש לחלק בין דין מוסר, שמתכוין להציל את שלו, להיכא שמרויח ומשתרשי ליה, וכמו שמצאנו לענין נהנה ממעשה חבריו, עיין מה שכתבתי בח"ו יד,ב. אך נראה דזה אינו, דכל היכא דאין כוונתו להזיק, כבר צריך להיות פטור בגרמא לדעת ראבי"ה ורבינו אפרים והראשונים הנ"ל, והתוצאה אם הרויח או לא, לא משנה לכאורה לראשונים הנ"ל בדיני מזיק. וגם מה שמציל ממנו מהאנס, לכאורה גם יש בזה ריוח, כמו במוחל שט"ח, וע"כ אין לחלק כנ"ל.

עוד ציין לדברי המחבר חו"מ כה,א, ומקורם מדברי הרמב"ם סנהדרין ו,א בטועה בדבר משנה ואי אפשר להחזיר, כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אלם וכד'; "הרי זה פטור מלשלם, אף על פי שגרם להזיק לא נתכוון

להזיק". ושם ברמב"ם סנהדרין ו,ד (ובשו"ע חו"מ כה,ד) לענין מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו בעלי דין, דאין דיניו דין בין טעה בין לא טעה; "ואם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו ... ואם אין לו להחזיר או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים, ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוין להזיק הוא". דדיין יש לו החובה לדון, ואם תחייבו, לא ידון לעולם, וכמש"כ הרי"ף סנהדרין (יב,ב בעמוה"ר), אך כל זה בדיין שיכול לדון, הרי הוא מתכוין לדון ולא להזיק, אולם מי שאינו מומחה ולא קבלו בעלי דין, כיון שאינו מחוייב לדון, כשדן וטעה הרי הוא בכלל מתכוין להזיק, כיון שהתכוין לדון וטעה, ומי שאינו רשאי לדון ודן, אין הוא בכלל המתכוין לדון, כיון שאינו יכול ואינו רשאי לדון, ואם טעה בדבר שאינו יודע, הרי זה בכלל מתכוין להזיק. כן פירש הסמ"ע כה,ו וכה,כט. ומבואר שם דדוקא בכגון דיין שטעה, שהוא גרמא ולא גרמי, אבל בגרמי חייב בכל ענין. ועיין עוד בסמ"ע ס"ק ז לענין טימא בידים.

ועיי"ש בש"ך כה,ה (ד"ה ב ולענין דינא) בחילוק בין דיין לשולחני, מדוע שולחני חייב מדינא דגרמי, ודיין פטור, כמש"כ התוס' ב"ק ק,א ד"ה טיהר, דבשולחני כיון שהראה לשולחני אחד, לא היה צריך להראותו לשולחני אחר, לכן אם השולחני אמר על דינר רע שהוא טוב, הרי זה מזיק בגרמי, דודאי יקבלו כדעת השולחני, משא"כ בחכם שטיהר או טימא, לא היה לו למהר, והיה לו להראות לחכם נוסף. עוד כתב הש"ך לחלק, דגבי שולחני לא מחייב עד דאמר ליה חזי דעלך קא סמיכנא, או שמוכח שסומך עליו, וכיון דסמך עליה הו"ל כסבר וקיבל לשלם, דאל"כ היה לו להתנות אל תסמוך עלי, אבל הכא י"ל דלביה אנסיה שהוא סובר להורות איסור שלא יבוא מכשול, וכשיאמר אל תסמוך עלי, יתיר האיסור שלא כדין או יגזול חבירו שלא כדין, לכך אינו אומר אל תסמוך עלי ולא משום דסבר וקיבל לשלם, עיי"ש.

ומ"מ מדברי הסמ"ע והש"ך מבואר דדוקא בגרמא צריך כונה להזיק, אבל בגרמי אפי' לא התכוין להזיק, חייב לשלם. וכן נראה מדברי הגר"א בבאוריו כה,ט, דאפי' לר"מ דקי"ל כוותיה, בזה לד"ה פטור. ובפשטות מפני שזה גרמא. אולם ראיתי בגרי"ז בכורות כח,ב שביאר בדעת הגר"א: "דגרמי חייב דוקא בנתכוין להזיק, ומשום הכי פטור כיון דהוי מומחה, ובאינו מומחה כתב דחשיב כמזיק בכונה". ומבואר לכאורה דלגר"א בדעת הרמב"ם, אף בגרמי חייב רק בנתכוין להזיק. ולכאורה דברי הגר"א כסמ"ע והש"ך לחלק בין גרמא לגרמי. אמנם נראה דהגרי"ז כיון דבריו לגר"א חו"מ שפח,לד הנ"ל, שהביא לדין מוסר, שהוא מזיק, את המראה מקום לדיין שהזיק, ומזה מוכח דאף מזיק כמוסר, אינו חייב אא"כ התכוין להזיק. וגם מה שכלל עם יורש שמוחל שט"ח, שג"כ החיוב מדינא דגרמי, מוכח בגר"א שבגרמי פטור אם לא מתכוין להזיק.

ומדברי הב"ח (ח"מ סי' כה ד"ה והרמב"ם כתב וד"ה שאחריו) מבואר שאין עיקר הטעם לפטור או לחייב תלוי בכוונה, הכוונה היא ההגדרה למציאות של מי שעושה מלאכה מבלי שרשאי לעשותה, וז"ל;

"ואין ספק שאין זה עיקר הטעם לפטור מתשלומין, דפשיטא דאע"פ דלא נתכוין להזיק חייב, דהוה ליה ליזהר, אלא עיקר הטעם דכיון דטעה בדבר משנה לאו כלום עבד שהרי הדין חוזר לגמרי ... אבל אינו מומחה ולא קבלוהו, לאו בכלל דיין הוא אלא בכלל בעלי זרוע הוא, ואפילו טועה בדבר משנה צריך לשלם שזה כמזיק בידים הוא ומתכוין להזיק הוא, ולכן כתב כאן משום שלא נתכוין להזיק, לומר שאין זה בכלל בעלי זרוע, אבל עיקר הטעם דטועה בדבר משנה פטור אינו אלא משום דלאו מידי קעביד ולא הוה דין כלל, דאפילו נשא ונתן ביד לא קם דינא וחוזר אפילו היו שלשה מומחין וגם קבלום עליהם, הילכך כשאי אפשר להחזיר כגון שהלך זה למדינת הים וכו', נמי פטור אפילו נשא ונתן ביד ולא מזיק בידים הוה, כיון שלא נתכוין להזיק לאו גורם להזיק קרינן ליה."

ומבואר בב"ח שאין עיקר הטעם שלא התכוין להזיק, אלא מפני שבטועה בדבר משנה, לאו מידי קעביד. דענין הכוונה הוא במי שאינו מומחה ולא קבלוהו, שהוא בכלל בעלי הזרוע, ואפי' טועה בדבר משנה, הרי הוא כמזיק בידים וחייב לשלם, משא"כ במומחה וכו', אינו בכלל בעלי הזרוע. דנתכוין להזיק ולא נתכוין – בדברי הרמב"ם, לומר שאם הוא דן בזרוע, הוא בכלל מתכוין להזיק, ואם אינו דן בזרוע, הוא עושה מלאכת הדיינות ואינו מתכוין להזיק. וכן הוא בהגהות הב"ח על הרי"ף סנהדרין (יא,א בעמוה"ר אות ט). ולפ"ז כל מזיק אין צריך כוונה כדי להתחייב. הכוונה בדין שטעה היא ההתיחסות למי שעושה מלאכה בדבר שאינו צריך ואינו רשאי לעשותה, שעצם עשיית המלאכה הוא ככוונה להזיק, משא"כ במי שעושה ברשות, הוא עושה את מלאכתו ולא מתכוין להזיק.

ובנדו"ד נראה גם דהוי גרמא ולא גרמי, עיין ברא"ש ב"ב ב'ז בהגדרת החילוק בין גרמא לגרמי, אם ברי היזקא, דכאן הרי יתכן ולא יפקיד את השיק, ודמי לשיסה בו את הכלב, דשמא לא ישיך בו את הכלב. וגם הנזק אינו נעשה מיד כמו בשורף שטר או מוחל, עיין בסמ"ע ר"ס שפו, דכאן אם לא יפקיד השיק, אין כאן את הנזק של עמלת הבנק, וגם עצם הביטול אינו כמחילה, שהרי עדיין יכול אוחז השיק לגבות באמצעות ההוצאה לפועל, אך ודאי שלענין עמלת החזרה אין כאן ברי היזקא והנזק לא נעשה מיד, וע"כ הוי גרמא, וחייב רק במתכוין להזיק. ולמש"כ לעיל שיכול לטעון קים לי כדעה הפוטרת מוסר במתכוין להציל את שלו, אם אינו אלא

גרמא, אין צריך לטעון קים לי ובכל ענין פטור בלא נתכוין להזיק, ונפק"מ אם התובע מוחזק, וצ"ע. ומ"מ בנדו"ד שראובן מוחזק, ודאי יכול לטעון קים לי כהני פוסקים הפוטרים בכה"ג שלא התכוין להזיק אלא להציל עצמו.

לאור האמור לעיל:

- א. יש לחייב את ראובן לשלם ללוי את השיקים הנדונים.
- ב. אין לחייב את ראובן בגין העמלה שחייב הבנק את לוי בחזרת השיקים.

הילך בשיק שחזר

ראשי פרקים

א. בטעם פטור הילך

ב. משכון אם הוי הילך

ג. מודה בחוב בשטר

ד. מודה ונותן לו שטר

בדו"ד תבע ראובן את שמעון בסכום מסוים, שהיה מורכב למעשה משתי עסקאות, ושמעון טען שעל העסקה הראשונה פרע לו, ועל העסקה השניה, המציא שיק של צד ג (לוי) ונתן אותו מיד בפני ביה"ד לראובן. ולכן כאשר טען ראובן שיש להשביע את שמעון בשבועת מודה במקצת, ביה"ד פסק שאין להשביעו. לאחר כמה ימים התברר שהשיק בוטל ע"י לוי. וטוען ראובן שיש להשביע את שמעון בשבועת מודה במקצת.

א. בטעם פטור הילך

בב"מ ד,א נחלקו רבי חייא ורב ששת אם הילך חייב או פטור: דאמר רבי חייא, מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמישים זוז והילך – חייב, מאי טעמא הילך נמי כמודה מקצת הטענה דמי ... ורב ששת אמר הילך פטור, מאי טעמא, כיון דאמר ליה הילך הני זוזי דקא מודי בגוייהו, כמאן דנקיט להו מלוה דמי. באינך חמשים, הא לא מודי, הלכך ליכא הודאת מקצת הטענה. והראשונים פסקו כרב ששת דהילך פטור. כן פסק הרי"ף בשבועות (יח,א בעמוה"ר), רמב"ם טוען ונטען א,ג, רא"ש ב"מ א,ה, ובשו"ע חו"מ פז,א.

ומה שפסקו הראשונים כרב ששת, אף שהיה ראוי לקבוע הלכה כר' חייא נגד רב ששת, שהרי אין הלכה כבתראי כי אם מאביי ורבא ואילך, ורב ששת היה חבירו של רב נחמן ורב נחמן תלמידו של רב ורב תלמידו של ר' חייא, ואפ"ה פסקו הפוסקים כרב ששת. דסתמא דגמ' ב"מ ק,א הקשתה והא הילך פטור, הרי שסתם גמ' נפסק דהילך פטור. דתנן ב"מ ק,א; היו לו שני עבדים אחד גדול ואחד קטן, וכן שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה, הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע, זכה בגדול. ובגמ' שם הקשתה, אמאי ישבע, מה שטענו לא הודה לו ומה

שהודה לו לא טענו, ועוד הילך הוא. הרי שסתמא דגמ' פסקה דהילך פטור. כן כתב בצל"ח ב"מ ק,א.

ובסברת פטור הילך, בתוס' ב"מ ד,ב (ד"ה וש"מ) מבואר שפטור הילך הוא מפני שאין כאן הודאה וכפירה אלא כפירה בכל. וי"ל או שחיוב מודה במקצת בשבועה הוא כשיש גדר של הודאה שהיא אמירה, ולא מעשה של נתינה, דילפינן מאשר יאמר כי הוא זה, ומעשה נתינה אינה הודאה, ואינה מחייבת שבועת מודה במקצת. או י"ל שאם תובע במאה ומודה לו בחמישים, הרי שמכח הודאתו יכול לגבות את החמישים שהודה, וצריך התובע את הודאת הנתבע כדי שיוכל לקבל את מה שהודה הנתבע, ולכן יש כאן תביעה והודאה, וההודאה היא המחייבת בתשלום מה שהודה, והיא המחייבת בשבועה. אבל כאשר אומר הילך חמישים, התובע כבר אינו צריך את הודאת הנתבע, הואיל והחמישים כבר ברשותו, ממילא אין כאן הודאה מחייבת שמכחה יוכל לקבל הממון. במודה במקצת צריך שתהיה כפירה והודאה, כך שההודאה היא המחייבת ומכחה יוכל התובע לגבות אח"כ מה שהודה. ובהילך כבר אין נפק"מ בהודאה למה שנתן, וע"כ אין כאן הודאה. או י"ל דיסוד מודה במקצת הוא הודאה על התביעה, וכאשר אין הודאה, והמעשה גם מסלק את החלק מהתביעה, ממילא מה שהנתבע טוען הוא רק כופר הכל. וראה מש"כ המאירי בחידושיו בסוגיא כתב בבאור דין הילך, וז"ל:

"מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים, ואותם חמשים שיש לך בידי הילך, פטור הוא משבועת מודה מקצת, שאותם חמשים הרי הן כמי שבאו ליד מלוה ואינם בכלל הטענה, ונמצא שאין הטענה אלא בחמשים שכפר ונמצא שהוא כופר בכל הטענה. ויש מפרשים הטעם, שמכיון שהוא מזמן עכשיו ליתן לו המקצת, אינו מתירא שלא יאריכנו מן השאר, ואין כאן טעם אשתמוטי הוא דמשתמיט."

וההסבר הראשון בטעם בהילך, שהילך פוגם בטענת התובע. אין כאן תביעה במאה אלא בחמישים, דכאשר הנתבע מודה ואינו טוען הילך, הרי צריך התובע להודאה כדי לגבות את החמישים, ומילא יש כאן תביעה והודאה, אבל כאשר לא צריך להודאה יותר, גם אין תביעה. ואילו להסבר השני, כל חיוב שבועת מודה במקצת היא כדי למנוע את האשתמוטי קא משתמיט, דבכופר הכל, אינו מעיז, וזה שמודה במקצת, משתמט ומעיז, כמבואר בגמ' ב"מ ג,א-ב, וכאשר אפי' אינו נותן אלא מזומן לתת חלק מהטענה, אינו צריך להשתמט, דודאי על חלק יסכים התובע לדחות הפרעון ואינו צריך להשתמט על השאר, וממילא אין טעם של אשתמוטי לחייבו מודה במקצת. ומבואר במאירי לכאורה שאף לטעם קמא כיון שהוא מזומן לתת אף שלא נותן

בפועל, יש כאן טענת הילך, ועיין להלן ובמאירי בקטע שאח"כ מש"כ באינו נותנם אלא מזומן לתת.

ומה שמצאנו דטעם הילך דפטור לרב ששת, מפני שהוא ככופר הכל, כן נמצא בדברי רש"י בגליון, הובא בשטמ"ק ב"מ ד,א: "דהעדאת עדים אפילו פטור מדאורייתא, סברא לחייב מדרבנן משום דאיכא ק"ו, אבל הילך אי פטור מדאורייתא אז הוי ככופר הכל, אז גם מדרבנן פטור". וכן הביא בשטמ"ק בשם מהר"י כץ: "דכאן הילך פטור מטעם דחשבינן ליה ככופר הכל, והוא ליה העזה".

והסברא דלעיל דכל היכא שכבר אינו צריך להודאתו, לא נחשבת הודאה לענין מודה במקצת, מצאנו בדברי קצוה"ח פז,ה, וז"ל:

"ונראה דשיטת הב"י (שם) דהילך לא הוי אלא כשנותנו בב"ד, היינו דפטור משום דמודה במקצת לא הוי אלא היכא דהוא נתחייב על פי הודאתו, וכדכתיב (שמות כב,ח) אשר יאמר כי הוא זה, וכדכתב רש"י פרק האומר (קידושין סה,ב) הודאת בעל דין כמאה עדים כדכתיב כי הוא זה הרי שסמך תורה על מקצת הודאתו ע"ש, אבל אם אינו מודה אלא שנותן לו מתנה בבי"ד בחמשים ודאי אין זה מודה במקצת, ומשו"ה הילך פטור כיון שנותנו בב"ד אינו צריך להודאתו, דהא נותנו לו ואין זה הודאה לחייבו שבועה אלא היכא שצריך להודאה שלו. וזה הוא מכוון בלישנא דש"ס ריש פ"ק דמציעא (ד,א) בטעמא דהילך פטור, דכיון דאמר ליה הילך, הני זוזי דקא מודי בגווייהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי עיי"ש, והיינו דכיון דנקט להו מלוה, אינו צריך להודאתו ומשו"ה פטור".

הודאה אינה אמירה. כדי שאמירה או טענה תכלול בגדר הודאה, היא צריכה להיות עם מרכיב מחייב, עם כח משפטי שבאמצעותו ניתן להוציא מהטוען ממון או חיובים אחרים. אבל כאשר הטענה אינה מחייבת ממון, רוקנו ממנה את הכח המשפטי המחייב, כיון שהוא כבר כעת נותן מה שטען, אין זה הודאה המחייבת שבועה. הודאה המחייבת שבועה הוא הודאה שבאמצעותה ניתן לחייב מה שטען, שהרי ממודה במקצת ילפינן הודאת בעל דין. אשר יאמר כי הוא זה. ה"כ הוא זה" הוא המחייב, ובהילך אין מה שיחייב. בהילך הוא מעקר את הכח המחייב שיש בטענה. ולפי"ז לכאורה דוקא בנותן לו מיד, שאז אינו צריך להודאתו, אבל אם אומר שיש לו בביתו ומזומן לתת, יתכן ויצטרך את כח ההודאה להוציא החפץ ממנו, דעיקור כח המחייב שבטענה שלא תהיה בבחינת הודאה אלא אמירה סתם, דוקא שכל מה שיש לתובע לטעון כנגד מה שהודה הסתיים, אבל אם עדיין צריך להוציא מהכח אל הפועל מה שהודה, הרי יש כאן הודאה מחייבת, ויהיה טענת מודה במקצת.

שאם היינו אומרים בטעם הילך כמש"כ המאירי בטעם הראשון: "שאותם חמשים הרי הן כמי שבאו ליד מלוה ואינם בכלל הטענה, ונמצא שאין הטענה אלא בחמשים שכפר ונמצא שהוא כופר בכל הטענה". א"כ לא ההודאה שאין בה כח מחייב, היא המוציאה את הטענה מכלל דין הודאה, אלא ההילך מפריד את תביעת התובע לשנים, מה שכפר ומה שנתן. מה שנתן כבר אינו בכלל התביעה, י"ל שאפי' אינו נותן ממש אלא מזומן לתת, מה שנתן או מזומן לתת מופרד מהתביעה. אולם עדיין י"ל אף למאירי, דמהיכי תיתי יצא מה שהודה מהתביעה ע"י הילך, מאי שנא הודאה ללא הילך להודאה עם הילך, בכל מקרה יש כאן הפרדת התביעה לשני חלקים. ובזה י"ל, דמה שמודה והילך, הרי כבר אינו צריך לתביעה, ולכן נחשב כאינו תובעו יותר, וממילא אין הודאה ואין אלא כפירה. אבל בהודאה ללא הילך, צריך לתביעה כדי לגבות מה שהודה, ולא הסתלק מהתביעה עד אשר יגיע לידו. ולכאורה יש להבין מדוע מהני מה שמזומן בידו ולא נתן בפועל, שיהיה הדבר הילך. ואפשר דלכן המאירי כתב "שמכיון שהוא מזמן עכשיו ליתן לו המקצת ...", רק לטעם היש מפרשים, דלטעם השני כבר אין אשתמוטי גם במזומן, אבל לטעם הראשון, אפשר דס"ל למאירי שדוקא בנותן בפועל ולא במזומן לתת.

ומש"כ בדעת קצוה"ח דכל הודאה הינה מעשה מחייב, וכאשר מעקרים ממנה את המחייב ע"י הילך, אין כאן הודאה, עיין מש"כ בשער המשפט פא,טז, על מש"כ המחבר בסע' כו, דמי שאומר לחבירו שחייב לו מנה, ולא אמר אתם עדי, והילך חמישים, שיכול לטעון טענת משטה על החמישים שלא נתן. והקשה שער המשפט מהרא"ש בתש' שאם הודה, ועל חלק אינו יכול לטעון משטה, על הכל אינו יכול לטעון משטה, וא"כ מדוע כאן יכול לטעון משטה על הנ' שלא נתן. ותירץ, דכיון דעל הנ' אמר לו הילך; "לא מחשב הודאה כלל, דוגמא לדבר כמו דהילך לא הוי הודאה לענין מודה במקצת, דכמאן דנקיט להו המלוה בידה דמי כדאיתא בריש ב"מ, הכי נמי לענין משטה נמי אמרינן דלאו הודאה הוא כלל ושייך השטאה על נ' האחרים". וצ"ל, דסברת הרא"ש בתש', דכאשר יש הודאה אחת, שעל חלק יכול לטעון משטה וחלק אינו יכול, הרי שמחמת מה שאינו יכול לטעון משטה, לא יכול לטעון גם על החלק האחר, דהכל הודאה אחת. אבל בהילך, אין כאן הודאה אלא שני ענינים; חמישים שהוא מודה ויכול לטעון משטה, וחמישים שאינם בגדר הודאה, ההילך מוציא אותם מכלל הודאה, וממילא מפריד אותם מהחמישים שהם בגדר הודאה, וממילא מה שאינו יכול לטעון משטה בהילך, לא חל על דבר אחר המופרד ממנו. ומה שהילך אינו הודאה, כמש"כ שאין כאן מעשה מחייב, שכאשר הופקע מההודאה הצורך, וממילא היכולת, להוציאה מהכח אל הפועל, אין זה אלא אמירה או טענה

אבל לא הודאה. הודאה זו טענה/ אמירה עם כח לחייב, וכאשר ניטל ממנה כח זה, ניטל ממנה שם הודאה.

ואחר הדברים האלה, מצאתי בחידושי הגרא"ל מאלין סו"ס פז שכתב לפרש את דין הילך בשני אופנים: או שהוא פטור בהודאה; "דלא חשוב הודאה כיון דאינו מועיל כלום, דהרי נותן לו את החוב. או דהילך מסלק את דין הטענה והתביעה מאלו שנותן לו וחסר לנו טענה". והיינו, שאין לאמירה גדר הודאה אם אין בה מועיל, אם אינה באה לתכלית, יהיה הטעם אשר יהיה. או שההילך מעקר את התביעה לענין החלק של הילך, ומפצל את התביעה לשנים, למה שהודה והילך, ולמה שכפר, וממילא יש כאן רק תביעה על מה שכפר, ובזה כופר הכל.

ועיין בקהילות יעקב (ב"מ סי' ז ד"ה וכתב הבדק הבית) שהקשה על דברי קצוה"ח והוכיח מתוס' ס"פ המנחת, שבטענו בחיטים והודה לו בשעורים אין צריך הודאה המחייבת ממון כדי לחייבו, דלר"ג שחייב בטענו בחיטים והודה לו בשעורים, אף שחייב שבועת מודה במקצת, מ"מ פטור מדמי השעורים, עיי"ש. וכתב הסטייפלר זצ"ל לחלק, דבטענו חיטים והודה לו בשעורים באמת חייב בשעורים מכח הודאתו, אלא שאנו רואים את אי טענת התובע בשעורים מחילה על דמי השעורים; "אבל בגוונא שעיקר הודאתו בשעת אמירתו אינה פועלת שום חיוב חדש, שפיר אפשר דאין זה בגדר הודאה לחייבו שבועה אשאר". ומבואר שטעם הילך מפני שאין כאן הודאה המחייבת, שאין בהודאה צורך ותכלית יותר ואין בה הכח המחייב, כיון שכבר שילם ופרע.

והנה בעה"ת שער ז ב'ו הביא מהר"י מיגאש, דהילך פטור משבועה דוקא כשאנו מערים; "אבל אם נראה לדיין שהוא כמערים לדחות השבועה מעליו, חייב שבועת התורה. וכן פסק רבינו חננאל ז"ל". ולכאורה אם כל שבועת מודה במקצת היא רק כשיש טענה עם כח מחייב, ובהילך עקר הכח המחייב ואינו מודה אלא עושה או טוען, א"כ מה לי מערים או אינו מערים, כיון שבסופו של דבר אין כאן הודאה, מהיכי תיתי לחייבו שבועה. ובב"י חו"מ סי' פז הביא ראיה לדברי הר"י מיגאש משבועות מ"ב: דאמר שמואל טענו חטים וקדם והודה לו בשעורים, אם כמערים חייב ואם כמודה פטור. והב"ח הקשה על ראית הב"י, וז"ל:

"ולפע"ד אינה ראיה, דהתם היינו טעמא דאף על גב דלא חשיב מודה מקצת הטענה אלא כשהודה במקצת מה שטען כבר, מכל מקום מאחר שהערים למחר להשיב קודם שיגמור זה טענתו לומר וגם כור של שעורים, ואמר הוא תחלה במהירות לא אלא של שעורים, חשבינן לזה כאילו תבעו כבר שניהם, כדכתב רבינו בסימן פח. אבל גבי הילך, אפילו אם תמצא לומר שנתן

לו מיד המקצת בפני בית דין כדי ליפטר משבועה, כבר ידעינן שכל אדם מהדר ליפטר משבועה אפילו באמת."

דבטענו בחיטים והודה לו בשעורים, אם מערים וממהר להודות קודם שתבו התובע גם חיטים וגם שעורים, ומוכח לנו שהוא מפסיקו ויודע שזו תהיה התביעה, ולכן הוא ממהר להקדים ולטעון, אנו רואים את תביעת התובע כמי שהושלמה, דמעים להפסיק דברי התובע, כשהוא ואנו יודעים וניכר שזו היתה מטרתו להשלים התביעה, שאין הנתבע יכול בערמתו לסתור את מה שתובע התובע ולא הספיק להשלים, דבהקדים והודה החסרון הוא באי תביעת התובע שעורים, ואין ביכולת הנתבע בהודאתו המוקדמת לקבוע את ענין התביעה. אבל בהילך, כיון שהמניעה היא מחמת שאין כאן הודאה, זה כח הנתבע לעקור מהודאתו את כח המחייב ולפטרו משבועה, הדבר תלוי בכח המודה, וא"כ מדוע חייב בשבועה במערים. כך נראה לכאורה לבאר בדברי הב"ח. ותירך הב"ח:

"ונראה דהטעם הוא, דמאחר שעל כל פנים חייב לישבע היסת אלא דמערים לדחות ממנו שבועה דאורייתא, לא יועיל לו רמאותו ואמרינן ליה אם אתה אומר אמת השבע אפילו שבועה חמורה, ואם שקר אתה טוען, לא מפני זה הורשה לך לישבע שבועה דרבנן ואתה נענש עליה כאילו נשבעת בשקר שבועה דאורייתא, ועל כן אין לך להערים לדחות מעמך השבועה המוטלת עליך דין תורה."

מדברי הב"ח נראה דאח"כ, באמת נשבע שבועה דרבנן, אולם אומרים לו שהוא יענש על השבועת היסת, כאילו נשבע שבועה דאורייתא, דכיון שאין לך להערים לדחות מעליך שבועת התורה, עונש ההיסת יהיה כעונש התורה. אמנם מדברי בעה"ת והשו"ע חו"מ פז, ג נראה שהוא חייב להשבע שבועת התורה, ולכאורה יש להבין וכמש"כ, דאם ההודאה ללא תכלית המחייבת אינה הודאה, מה לי מערים אם לאו, סוף סוף אין כאן הודאה.

ועיין בנתיבות פז, ב שהקשה גם על דברי הר"י מיגאש, דהא כתבו התוס' בב"מ ד, א (ד"ה וש"מ), דכשואמר הילך דהו"ל כופר הכל ואין אדם מעיז. וא"כ מה בכך שמערים, מ"מ הא הו"ל כופר הכל כיון דאומר הילך והוי העזה, ויהיה נאמן במיגו דכופר הכל. ותירך הנתיבות; "דמ"מ יש העזה יותר כשכופר הכל ואינו מחזיר כלום, מאם מודה במקצת ומחזיר לו תיכף". ונראה דזה לטעם ב שכתב במאירי, דענין הילך דבכה"ג לא שייך אשתמוטי. ולכן במערים כיון שמעיז יותר, ולא שייך אין אדם מעיז כבכל כופר הכל, שייכת שבועת מודה במקצת.

עוד יש להבין, דבשלמא אינו מודה כלל, אלא מיד כשתובעו מאה אומר הנתבע לתובע, חמישים אני כופר הכל וחמישים האחרים הילך, הרי שאין כאן הודאה כלל, אבל אם מודה ואומר חמישים אני חייב לך והילך, הרי בשעה שאמר חמישים אני חייב לך, הרי הודה הודאה המחייבת, ואיך אח"כ במעשה עוקר ההודאה שכבר נעשתה. אמנם לענין דבר זה ראיתי שחש בכך יד המלך בהל' טוען ונטען אג, ד"ה ומלכד זאת); "דעיקר טעמא דרב ששת הוא דכיון דההודאה וגם סילוקה היה שתיהן ברגע אחת, הוי כאילו לא היה כאן הודאה כלל, ותיכף מתחלת התביעה לא היה רק כופר הכל". דהודאה וסילוק ברגע אחד הרי זה סילוק להודאה והוי כופר הכל, ואף שהודה לפני ההילך.

ומדברי בעל המאור (על הרי"ף בתחילת ב"מ) נראה דבהילך, המעות מזומנים בידו והוי הילך, עיין בקצוה"ח תב,ב; "דהילך פטור הוא משום דכמאן דנקט להו דמי, ואין זה מודה כלל, דכיון שמזומן לתת לו הו"ל כאילו כבר נתן לו קודם שתבעו". ודברי קצוה"ח (בשם אחיו) הם הסבר לדברי בעה"מ. ועיין בר"ן שבועות יז,ב בעמוה"ר לענין חילוק בין מלוה לפקדון, דבמלוה בעינן מזומנים לתת לתובע, וכן נפסק בשו"ע חו"מ פז,א. ומ"מ מדברי קצוה"ח בשם אחיו התבאר דענין המזומנים לתת לו, כאילו אין כאן הודאה. ועיין רש"י בסוגיא ב"מ ד,א בפירוש הילך: "לא הוצאתים, והן שלך בכל מקום שהם". ויש להאריך בפרוש דברי רש"י. ומ"מ אפשר דהיינו כמזומנים בידו, ועיין בבית אהרן לגר"א וולקין ב"מ ד,א ד"ה דהנה יש.

לפ"ז בהילך בעינן שיהיה מזומן בידו, וממילא חשיב כנתינה לפני התביעה ואין כאן הודאה כלל. ולכן י"ל, דמזומנים לתת מעקר את ההודאה, שהמזומנים לתת קדמה להודאה, וממילא אין כאן הודאה. ולפ"ז אפשר, דמש"כ הר"י מיגאש דאם מערים לא חשיב הילך, דכיון דכל הטעם של הילך דכיון דמזומנים בידו כאילו נתן קודם שתבעו, אם מערים, הרי אם לא היה תובעו לא היה אומר הילך, ורק כשתבעו הערים. דלכאורה למה לא נתן לו קודם התביעה. אלא הנתבע הערים והמתין לראות אם יתבע אותו, ולכן בערמה אין כאן כאילו נתנו לו קודם שתבעו, דאדרבא, המתין לתביעה לראות אם יתבענו, ואם לא יתבע, לא יתן, ולכן הודאתו הוי הודאה. אמנם צ"ע אם כל זה דוקא בהודה ואמר הילך, או גם באמר הילך מיד אחר התביעה.

והנה נראה נפק"מ בין שני ההסברים, באופן שאינו מודה אלא יש העדאת עדים על המקצת, ומחייבין ליה שבועת מודה במקצת, שלא תהא הודאת פיו גדולה, כדתני רבי חייא ב"מ ג,א, אם אחרי העדאת עדים אומר הילך, אם חייב שבועת מודה במקצת. אם נאמר שכשאר אומר הילך אין כאן הודאה, כיון שעוקר את כח המחייב שבהודאה, זה שייך בדבר שהוא מודה והוא מזומן, אך כח עדים ועדותם

אין בכוחו לעקור, רק אם תהיה הודאה שלו, יכול הוא מעיקרא לעשותה בלי כח מחייב. דדוקא בהודאתו, שההילך נהיה חלק ממנה, הרי הוא עוקר מהודאתו את הכח המחייב, אבל בין ההילך להעדאת העדים אין שייכות. אבל אם נאמר שההילך עושה שמה שעשה הילך אינם בכלל התביעה, לכאורה בזה לא שונה העדאת עדים בהודאת פיו, מעשה ההילך מנתק ומפריד את התביעה. (ועיין בית הלוי ח"ג לט"ג, לכאורה משמע דלא כאמור לעיל. אמנם הבית הלוי חקר באופן שונה, אם ליכא הודאה, או מצד שבהילך מעיז, עיי"ש, מ"מ מבואר מדבריו דלצד דבהילך ליכא הודאה, גם בהעדאת עדים מהני הילך לפטרו משבועה. אמנם עיי"ש שההסבר שונה גם בבסיס טעמי הילך).

והנה הרמ"א בחו"מ עה"ד הביא מחלוקת ראשונים, לענין כופר הכל ועדים מעידים אותו על המקצת, דחייב שבועת מודה במקצת, אם העדים מעידים בשטר אם חשיב הילך, וז"ל:

"ויש אומרים דוקא שהעדים מעידים על פה ובלא קנין, אבל אם כתבו שטר, או שיש כאן קנין, אין עדים מחייבין אותו שבועה, דשטר הוי כהילך. ויש מי שחולק."

והדעה הראשונה היא דעת המרדכי שבועות (סי' תשפ), והחולק הוא הר"ן שבועות, הובא בב"י. ועיין בסמ"ע עה"י ש"ך עה"ב שכתב דמירי בשטר שיש בו שעבוד קרקעות, דאז הוי כהילך. והיינו דאם העדים לא העידו בע"פ אלא עדותם בשטר, כיון דהוי כפירת שעבוד קרקעות, וכל מקום שהם, ברשות המלוה נחשבים, בזה אפי' העדאת עדים הוי הילך, כיון שכל העדות באופן של הילך, אבל אה"נ אם יעידו בע"פ ויאמר הנתבע הילך, בזה אפשר דלכ"ע לא מהני הילך לפטרו משבועה, וצ"ע.

ב. משכון אם הוי הילך

ולכאורה נפק"מ בין הטעמים אם מודה הנתבע, ונותן משכון, אם משכון הוי הילך. אם נאמר שמעקר כח ההודאה, הרי שבמשכון עדיין צריך להודאתו כדי לגבות, שהרי גם במשכון יש דיני גביה לאחר ברור החוב, ונצרך התובע להודאת הנתבע, עיין שו"ע חו"מ עג"ב ולהלן, שהרי כדי לגבות מהמשכון, צריך ב"ד לדון על החוב, ולפסוק אם ואיך לגבות מהמשכון, וא"כ זו הודאה עם כח מחייב. משא"כ אם נאמר שההילך מפריד את מה שהודה מהתביעה, וכאילו לא תבעו ואינם בכלל הטענה, הרי שיש כאן כבר שתי תביעות שונות, האחת על ההלוואה, והשניה דיני משכון וגבייה ממנו, שהם שתי תביעות, וממילא אפשר שזו כבר תביעה אחרת.

והנימוק"י בריש ב"מ (בא בעמוה"ר) הביא דעת הר"י מיגאש דאם הודה הנתבע ונתן לו משכון בהודאתו, לא חשיב הילך, וז"ל:

"כתב ה"ר יוסף הלוי ז"ל דלא מיקרי הילך והביא ראיה מדאמר פ"ק דקדושין (ח,א) אמר רבא אמר ר"נ התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליו, אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן, ואמרינן נמי התם בני ר' חייא זבין ההיא אמתא בפריטי, אותיבו נסכא עילויה, אתו לקמיה דר' אמי, אמר להו פריטי אין כאן נסכא אין כאן, אף כאן מנה אין כאן משכון אין כאן [ואחרים חולקים עליו ודוחים פי' זו]."

ועיי"ש בנימוק"י שהר"ן פירש שהחסרון הוא בעצם קנין המלוה את המשכון, שאינה נקנה במשיכה. ודברי הר"ן הובאו בשבועות יח,א בעמוה"ר, עיי"ש. ומשמע דאילולי חסרון זה של המעשה קנין, מצד עצמו אם היה קונה משכון, לא היתה בעיה של הילך, דהחסרון של משכון לענין הילך הוא בלמעשה ולא בלומדות. לא נתן לו כלום. ועין באבני נזר בתש' חחו"מ מט,יא, ובדבר אברהם ח"א לט,ז, מש"כ בבאור דברי הר"ן.

אמנם מדברי הרשב"א בתש' ח"ב סי' עה נראה דמשכון אינו הילך, לא מחמת שלמעשה לא נתן, אף שנתן, לא הוי הילך, וז"ל:

"ולענין דין הילך, ששאלת, האומר בא עמי לבית ואתן לך, או שנותן לו חפצים שוים כמה שהוא מודה לו, או משכון שוה, אם זה כהילך, או צריך שיהיה מזומן בידו המעות ליתן לו מיד. תשובה: נראין הדברים שמסירת משכון אין זה הילך. שאין המשכון מה שהוא מודה לו ומה שהוא חייב לו ליתן. ואפילו מסירת חפצים לפרעון אינו כהילך. שאע"פ שאם אין לו מעות יכול ליתן לו שום בחפצים, דממרי רשותך פארי התפרע. מכל מקום, עדיין אינו פרעון, לפי שצריכין שומא. אבל באומר הא לך בביתי המעות בא וטול, או המתן ואביא, בזה נחלק גדולי המורים."

וכן מבואר בדברי הריטב"א בסוגיא ב"מ ד,א: "ומשכון לא חשיב הילך דהא מחוסר שומא וגוביינא, אלא אם כן דמיו קצובין ונותנו לו מיד בפרעון גמור, וידענין דלית ליה זווי לאידך, דכל היכא דאית ליה זווי בעין, לית ליה למיפרעיה בשומת מטלטלין". וכן מבואר בתש' הריב"ש סי' שצו, עיי"ש שהביא מלש' הרא"ה דלא מקרי הילך, אלא מה שהוא פרעון גמור. אבל משכון דעדיין צריך שומת ב"ד וגוביינא ומכירה, לא הוי הילך; "ומיהו אפשר דאם נתן לו רשות למכור המשכון, ושיפרע ממנו חובו בלא רשות בית דין ואדם בעולם, הוי הילך". ומבואר מהראשונים הנ"ל

דהחסרון במשכון הוא מחמת שצריך עדיין לפעולת הגביה, אף שאפשר שקנה המשכון, מ"מ כדי שהמשכון יהיה חלוט לו או שיגבה ממנו או מתמורתו, בעינן לשומא וגבית בי"ד. וצ"ל, דכל דבעינן לשומא וגבית בי"ד, צריך עדיין להודאתו, וע"כ הוי הודאתו הודאה וחייב בשבועה, דטעם הילך פטור משבועה מפני שאין כאן הודאה עם כח מחייב, אבל כשיש כאן הודאה שיש עמה תכלית, הוי הודאה וחייב שבועת מודה במקצת.

והדברים מתבארים לכאורה מדברי הסמ"ע פז, ט: "דכיון דהמשכון לא ישאר בידו אלא היום או מחר יפדנו, הו"ל כהודאה דעלמא דג"כ היום או מחר ישלם לו". נראה בכוונת הסמ"ע דכיון שיפדנו הו"ל כהודאה דעלמא, דכיון שאינו לגביה אלא למשכון, הרי נצרך התובע להודאת הנתבע כדי לממש זכותו במשכון, וא"כ הוי כמו מודה דעלמא שלא נתן משכון, שגם הוא נזקק להודאת הנתבע כדי לגבות חובו, ויש כח משפטי בהודאת הנתבע שנתן משכון, שהרי נזקק התובע להודאה, והוי כהודאה בעלמא וחייב בשבועת מודה במקצת. ועיי"ש בש"ך עה, ד שהביא דברי הראשונים הנ"ל, דאם נתן לו רשות למכרו ללא בי"ד, דמיקרי הילך. והטעם י"ל, דכיון שכבר אינו צריך יותר להודאת הנתבע, הוי הודאה בלא תכלית, ולא חשיב הודאה לחייב שבועה. ועיי"ן עוד בקצוה"ח פז, ג במש"כ בדברי הראשונים הנ"ל, דאף בנותן לו רשות למכרו שלא בבי"ד, תלוי אם יכול לפרעו בע"כ במטלטלין, ויכול המלוה לומר תמתי' עד שיהיה לך מעות.

ג. מודה בחוב בשטר

ואיתא בגמ' ב"מ ד, ב: מיתבי, סלעים דינרין, מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש, רבי שמעון בן אלעזר אומר הואיל והודה מקצת הטענה ישבע, רבי עקיבא אומר אינו אלא כמשיב אבידה ופטור. קתני מיהת רבי שמעון בן אלעזר אומר הואיל והודה מקצת הטענה ישבע, טעמא דאמר שלש הא שתיים פטור, והאי שטר דקמודי ביה הילך הוא, ושמע מינה הילך פטור. ורש"י שם בד"ה טעמא, פירש בחילוק בין מודה שתיים, שפטור משבועת מודה במקצת, למודה בשלש, שחייב בשבועת מודה במקצת; "דכיון דכל הודאתו בשטר כתובה, דשטר נמי שתיים משמע, וכל משמעות השטר הילך הוא, שהרי הקרקעות משועבדים על כך, אבל כי אמר שלש סלעים, שלישי מלוה על פה הוא, דלאו בשטר כתובה, ואין הקרקעות משועבדים, ולא הילך הוא". מבואר ברש"י שטעם פטור מודה בשטר שהוא הילך, דכל מה שמודה בשטר, כיון שיש קרקעות המשועבדים לשטר, הוי הילך, והרי זה כנותן לו הקרקע, דכיון שהיא משועבדת לו, כשמודה על הכתוב, הרי הוא כנותן, ואף שאינו נותן ממש. ועיי"ן תומים פח, יט, דכיון דנשתעבדו נכסיו הו"ל הילך. ולכאורה מבואר דאף שהתובע אינו עושה

קנין, ולא עדיף ממשכון לשיטת הר"י מיגאש והסבר הר"ן הנ"ל, ולפ"ז יש להבין דברי הרמ"א חו"מ פז ס"ס א, דמשכון הוא הילך, "דהא אפי' שטר חשיב הילך". ועיי"ש בנו"כ. וי"ל, דאם שטר שאינו נותן לו כלום והוא רק שעבוד, חשיב כגבוי והוא הילך, כל שכן משכון שנותן לו בפועל משכון.

ושיטת הרמב"ם דאין נשבעין שבועת מודה במקצת כשמודה בשטר, מטעם דאין נשבעין אם מודה על דבר שאינו יכול לכפור, וז"ל הרמב"ם טוען ונטען ד,ד:

"אין מודה במקצת חייב שבועה, עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו, כיצד, מי שטען חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך, חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר, אין לך בידי אלא חמשים שבשטר, אין זה מודה במקצת, שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו ואפילו כפר בו היה חייב לשלם, לפיכך נשבע היסת על החמשים."

מבואר טעם הרמב"ם שאינו נשבע, מפני שאינו יכול לכפור. ונפק"מ לענין שטר שאין בו שעבוד קרקעות, כמו שטר בחתימת ידו בנאמנות, שאם הודה בו, לרש"י לא הוא הילך, ולרמב"ם הוא הילך, עיין ברמב"ן בסוגיא ב"מ ד,ב, הובא גם בריטב"א וברשב"א בסוגיא, וע"ע בנו"כ על הרמב"ם, ובתומים פח"ט. ונראה בבאור דעת הרמב"ם, דהילך משמעו שנותן לו, בדרך כזו או אחרת, אבל כשאינו נותן לו, לא הוא הילך כפשוטו וכמשמעותו. אולם כל טעם הילך הוא מפני שהודה באופן שההודאה אין בה ממש ואין בה כל כח תכליתי, דאין בה צורך יותר ואינה אלא כסתם אמירה וכמש"כ לעיל, וא"כ ס"ל דהוא הדין והוא הטעם במודה בדבר שאינו יכול לכפור בו, כמו מודה בשטר, דאין בהודאה כל תוספת תועלת ואינה אלא כאמירה סתם שאין בה כח ותכלית, דכל הודאה שאינה צריכה, הרי היא למעשה כמו הודאה והילך, שבשניהם אינה בגדר הודאה. ודין זה נובע מדין הילך, אף שאינו הילך. והדברים עולים מדברי קצוה"ח פז,ה, עיי"ש. ורש"י ס"ל דמהגמ' משמע שבשטר הוא הילך ולא מדין הילך, וע"כ צריך להיות הילך ממש, שנותן לו, וע"כ ס"ל דבשעבוד קרקעות הוא כגבוי והילך ממש.

ובזה אתי שפיר מה שהקשה מהר"מ שי"ף (ב"מ ד,ב ד"ה גמ' טעמא) לטעם שאינו יכול לכפור, א"כ מה הראיה שהילך פטור, דלמא הילך חייב, ובסלעים דינרים כיון שאינו יכול לכפור, ע"כ פטור ולא מטעם הילך. ולמש"כ י"ל, דכל מה שאינו יכול לכפור דפטור משבועת מודה במקצת, מפני שהודאה שאין בה תכלית שנצרך לה התובע, אינה הודאה, וזה הטעם בהילך, וזה הטעם בדבר שאינו יכול לכפור בו. ועיין נימוק"י ב"מ (ב,ב מעמוה"ר סד"ה תנו).

ד. מודה ונותן לו שטר

ולכאורה נדו"ד שנותן לו שיק, אם חשיב הילך או לא, תלוי במחלוקת אם כשנותן לו משכון בהודאתו, חשיב הילך. דהנה הטור חו"מ סי' פז, כתב וז"ל:

"וכתב ה"ר יוסף אבן מיגאש, אפילו אם יתן לו משכון על מה שמודה לו, לא חשיב הילך. אבל בעל העיטור כתב דמשכון חשיב שפיר הילך, דהא אפילו שטר חשיב הילך, והכי מסתברא."

והרמ"א חו"מ פז, א הביא על דברי המחבר שאין משכון חשיב הילך, די"א דמשכון חשיב הילך, דהא אפי' שטר חשיב הילך. ועיי"ש בסמ"ע ס"ק י שכתב בבאור דברי הטור והרמ"א, דמשמעות דבריהם דשטר פשוט הוא דיש לו דין הילך וליכא מאן דפליג עליה. וראיה מהסוגיא ב"מ סלעים דינרים וכו'; "ומיניה יש ללמוד דהוא הדין אם תבעו בעל פה במנה וזה הודה לו בחמישים, ומסר לו מיד שטר באחריות נכסים ליתן לו ג', דג"כ דין הילך יש לו, ומשום הכי סתמו הטור ומור"ם וכתבו דאפילו שטר הוי הילך, דמשמע שנותן עתה שטר בשעת הודאה, דומיא דנתן לו משכון דמיירי מיניה". והחולקים וסוברים דמשכון לא הוי הילך, מחלקים בין שטר שהיה בידו מכבר וסמך עליו, דזה מוכח בגמ' דהוי הילך, לנותן לו כעת משכון או שטר, שלא סמך עליו בתחילה.

ולכאורה הראיה שהביא הוא משטר ממש ולא משטר מכת"י, אולם כיון דמדמה למשכון, צ"ל דשיק לא גרע ממשכון, ואף שלענין שיק י"ל למ"ד דהילך חייב, דאינו דומה כלל לשטר עליו דברה הגמ' שיש בו שעבוד קרקעות, מ"מ ודאי דלא גרע ממשכון.

ולפ"ז בנדו"ד באנו למחלוקת אם משכון הוי הילך או לא, וכל מקום שיש מחלוקת אם חייב שבועה, פסק הרא"ש כתובות ט, כח, לענין מחלוקת חכמים ור"ש במושיב את אשתו כחנונית או כאפוטרופסית, אם יכול להשביעה בטענת שמא, אם יכול להשביעה בטענת שמא כל זמן שאינה תובעת כתובתה, ופסק הרא"ש דאין להשביעה; "ונראה דבריהם וראיותיהם. וגם כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן בה עובדא לחייבה שבועה". וכן פסק הטור אהע"ז סו"ס צז. וכן פסק הש"ך חו"מ פז, וז"ל:

"והוא פשוט וכן הוא בפוסקים בכמה דוכתי. ועיין בתשובת מהרי"ט (ח"א סי' קנא) באריכות דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אי חייב שבועה, פטור, דמצי למימר קים לי כמאן דפוטר, וכן הוא בתשובת מהריב"ל (ח"ב סי' מו) ומהרשד"ם (סי' מה וסי' קנט), עיי"ש."

וכן הוא בנתיבות פז, ד, דכשיש מחלוקת הפוסקים אי חייביה רחמנא שבועה, בענין כזה ודאי דפטור משבועה, כיון שיש ספק בגוף השבועה אי חייביה רחמנא שבועה כלל. ולפ"ז בנדו"ד אין לחייבו שבועה מהתורה. ולכאורה יש לברר אם השיק בוטל עוד קודם שהודה בבי"ד או אח"כ. דאם השיק בוטל קודם שטען בבי"ד, הרי שלא נתן לו שטר אלא ניר לצור ע"פ צלוחיתו, שאינו שוה דבר (עיין שו"ע חו"מ קכו, י). אמנם עדיין צ"ע, דעדיין יכול לגבות בשיק זה באמצעות ההוצל"פ, כיון שהוא צד שלישי והשיק הוסב לפקודתו, הרי זה בבחינת שטר, רק אינו יכול לגבות באמצעות הבנק, וא"כ לא גרע לכאורה ממשכון.

ומ"מ חייב שבועת היסת, וכמו שפסק הרמב"ם טו"נ ד, ד, ובשו"ע חו"מ פז, א. ולמעשה בזמן הזה שמפשרים על השבועה, עיין מש"כ בח"ב כה"י, ובח"ד לב"ה, ולא ברור המנהג אם הפשרה משתנה בין חיוב שבועה מהתורה או היסת, וגם למש"כ שם הדבר תלוי בשיקול הדעת של הדיין.

לאמור לעיל אין לחייב את הנתבע בשבועת מודה במקצת, ומ"מ חייב היסת, ובכל מקרה יש לפשר במקום שבועה.

סימן יג

החזר קרקע שנמכרה עקב אי תשלום משכנתא

ראשי פרקים

א. קנין או סילוק

ב. עשאו אפותיקי

ג. קנו מידו לא לסלק

ד. שומא במעות

ראובן לקח חוב משכנתא מהבנק, ועקב אי פרעון החוב, מכר הבנק את הדירה לשמעון. לאחר כשנתיים תובע ראובן את שמעון שיחזיר לו את הדירה בתמורה למחיר ששילם שמעון לבנק, וזאת מדין שומא הדרא. טענת ראובן, שכאשר שמעון ניהל מו"מ עם הבנק, אמר לו ראובן שתוך שנה שנתיים יהיה לו כסף, והבנק ממחר למכור, בניגוד להלכה. שמעון השיב שראובן כשלקח את המשכנתא, חתם על האפשרות שאם לא יפרע תוך זמן מסוים, יוכל הבנק למכור את הנכס המשועבד, והבנק פעל לפי חוזה ההלואה.

והבהרתי שמכירת נכס כתוצאה מחוב משכנתא אינו בגדר של שומא, שיש לדון אם הדרא או לא הדרא. דדין שומא הוא כשלוה, וכשלא שילם, ירדו בי"ד לנכסיו. אולם בחוב משכנתא, מכח החוזה עם הבנק, המכירה הינה חלק מתנאי ההלואה שקיבל על עצמו הלוה, שהנכס ימכר ע"י הבנק. ולכן הגם שלא נעשתה המכירה ע"י בית דין ועוד טענות אחרות, הרי המכירה שנעשתה ע"י הבנק הינה חלק מתנאי ההלואה ואינה מדין שומא, וע"כ לא שייך בה דין שומא הדרא.

גם מחמת שלא הבנק הוא הלוקח, והלוקח ירד ע"ד הבית ולא ע"ד מעות. וטענת ראובן שהדין שאם מכר המלוה את הקרקע, שומא לא הדרא, לא שייכת בנדו"ד, שהבנק לא ירד וגבה הקרקע ומכר לשמעון, אלא ישירות מכר לשמעון. גם טענה זו אינה, כיון שכל הסברא שבמכירה ללוקח שומא לא הדרא, מפני שעל דעת קרקע ירד, ולא כמלוה שירד ע"ד מעות, וסברא זו שייכת גם בכגון נדו"ד, שהרי שמעון לא הלוה לראובן, ולכן כל קניית הדירה היא ע"ד הדירה ולא ע"ד מעות, כבנק, ולכן גם בזה לא שייך ישר וטוב להדר שומא.

א. קנין או סילוק

איתא בב"מ לה, א-ב: אמרי נהרדעי שומא הדר עד תריסר ירחי שתא. ואמר אממר אנא מנהרדעא אנא וסבירא לי שומא הדר לעולם. והלכתא שומא הדר לעולם, משום שנאמר (דברים ו): ועשית הישר והטוב. פשיטא, שמו ליה לבעל חוב ואזל איהו ושמה לבעל חוב דידה, אמרינן ליה לא עדיף את מגברא דאתית מיניה (לא עדיפת מבעל חוב ראשון שבאת מכחו, כשם שהוא מחזירה ויטול מעותיו משום ועשית הישר והטוב, אף אתה קבל מעותיך מבעלים הראשונים משום ועשית הישר והטוב - רש"י). זבנה, אורתא, ויהבה במתנה, ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחות, ולא אדעתא דזוזי נחות (שיהא קרקע שלהם, ולא שיקבלו מעות, דאילו בעל חוב אית ביה משום ועשית הישר והטוב, דאמרינן לא היה לך עליו אלא מעות, והרי הן לך, אבל אלו קרקע קנו) ... אגביה איהו בחובו (לעיל מיהדר גבי שומא, כלומר אם לא שמוה בית דין למלוה על כרחו של לווה וקם ליה מעצמו ולא הטריחו לדין, ואמר לו טול קרקע זה בחובך), פליגי בה רב אחא ורבינא, חד אמר הדרה וחד אמר לא הדרה, מאן דאמר לא הדרה סבר האי זביני מעליא היא דהא מדעתא דנפשיה אגביה, ומאן דאמר הדרה סבר לא זביני מעליא הוא, והאי דאגביה מדעתיה ולא אתא לדינא, מחמת כיסופא הוא דאגביה.

ולכאורה כיון שכל דינא דשומא הדרא הוא מדין הישר והטוב, א"כ אין בחזרת השומא משום ביטול גביה, אלא שחכמים קבעו שיש בזה ישר וטוב להחזיר מה שגבה. ונפק"מ שצריכים הבעלים לעשות קנין חדש. שאין זה דומא לשומא בטעות, וכמו דאיתא בגמ' לעיל מינה בההוא גברא דאפקיד כיפי גביה חברה, ובתחילה אמר שאינו יודע, וחייבו רב נחמן והגבה ממנו אפדנא. ולבסוף אשתכח כיפי, דס"ל לרב נחמן הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למרה, ואף אי לא ס"ל דשומא הדרא, מ"מ הוי שומא בטעות. ובשומא בטעות י"ל שחזור מעיקרא ואין צריך קנין מחדש. אבל שומא הדרא היא תקנה של ישר וטוב שיחזור לבעלים ולא יתבטל מעיקרא, ונפק"מ כאמור הן לקנין והן לפירות שאכל. ואף שבבר מצרא שהוא ג"כ מדין הישר והטוב, אין הבר מצרא צריך לעשות קנין חדש, שם תקנו שהקונה הוא שליח הבר מצרא, משא"כ בזה. כך נראה לכאורה.

וכן נלמד מהגמ' בב"מ טז, לענין מוצא שטר הקנאה בשוק, דלא חיישינן לפרעון, דהמשנה מיירי בשטרי חלטאתא (שטר שכתבו בית דין למוציא שטר על חברו וחייבוהו לשלם ולא שילם, וירדו לנכסיו ושמו לבעל חוב אחד מהם, ונתנו לו שטר שעל פי בית דין באה לו - רש"י) ואדרכתא דלאו בני פרעון נינהו. והקשתה הגמ', מדוע אינם בני פרעון, והרי שומא הדרא. אלא אמר רבא, התם היינו טעמא דאמרי

איהו הוא דאפסיד אנפשיה, דבעידנא דפרעיה אבעי ליה למקרעיה לשטריה. אי נמי, למכתב שטרא אחרינא עילויה, דמדינא ארעא לא בעיא למיהדר, ומשום ועשית הישר והטוב בעיני ה' הוא דאמור רבנן תהדר, הלכך מרישא הוא דקא זבין, איבעי ליה למכתב שטר זביני. וברש"י שם: דמדינא ארעא לא בעי למיהדר - טעם נותן לדבריו שראוי לכתוב שטר מכירה עליה שקנויה לו לחלוטין, ומדינא לא בעי למיהדר בפדיון, אם לא מדעתו. מרישא דקא זבין - כלומר, אין זה פדיון אלא תחילת קנין כאילו שלו היתה, לפיכך הכותב שטר מכירה עליה - אינו טועה, והיה לו לזה לתבוע שטר מכירה, הואיל ודחהו מלהחזיר לו שטר של בית דין.

מבואר מהגמ' שצריך המחזיר לכתוב שטר קנין, שאין זה פדיון אלא תחילת קנין. וכן מבואר בדברי הריטב"א בסוגיא ב"מ לה, א, דדוקא בשומא בטעות הדרי פירי, משא"כ בשומא שאינה בטעות, וז"ל:

"אמר ר"נ הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למרה. מטעמא דמפרש לקמן דשומא בטעות הוה, וא"כ דהדרא אפדנא למרה הדרי נמי פירא, מה שאין כן בשומא דעלמא דאיהי גופא הדרא משום ועשית הישר והטוב אבל פירי לא הדרי דא"כ אין כאן הישר והטוב, דזמנין דהוו פירי כשעור החוב או יותר. ותדע דמלוה זכיה גמורה זכה בקרקע הנשום, וכי הדרא למארה צריך הוא למכתב שטר מתנה, כדאיתא בפ"ק (טז, ב)."

וכן מבואר בשטמ"ק בשם רמ"ך, דאם הוציא בה המלוה הוצאות, נוטל כל מה שהוציא. ואפי' הוצאה יתירה על השבת. וכל שכן דלא מהדר ליה פירי, דהשתא הוא דזבין לה מיניה.

אמנם מדברי הרמב"ם (מלוה ולוה כב, טז) משמע לכאורה שאין צריך קנין. הרמב"ם כותב שאם השיגה ידו של לוה או של נטרף או של יורשיהן מעות: "מסלקין אותו מאותה קרקע, שהשומא חוזרת לבעלים לעולם משום שנאמר ועשית הישר והטוב". וממש"כ דמסלקין, משמע שהוא סילוק ולא הקנאה. וכן דייק בכס"מ שם, והוא מדברי הנימוק"י ב"מ (ט, ב בעמוה"ר), וכן הביא בש"ך קג, י. ועיין בתומים (אורים קג, כ) דכן משמע גם מרש"י ב"מ טז, ב (ד"ה מרישא), דקא אינו טועה, אבל אין צריך קנין מעיקר הדין. ואף שהקרקע היתה חלוטה למלוה, וחכמים תיקנו דין שומא הדרא מדין הישר והטוב, מ"מ בכח תקנתם הפקיעו השומא והחזירו הקרקע ללוה.

ועל דברי רב נחמן בב"ב קסט, א, דכל שטר שומא דלא כתיב ביה קרעניה לאדרכתא לאו שומא היא, כתב הרשב"ם שם: "וישמו הנכסים כדין שומת בית דין כדמפרש

בב"ק, וכפי השומא יקחם בחובו ויכתבו לו ב"ד שטר שומת הנכסים לדעת בכמה קבלם, ומשום דשומא הדרא לעולם כשיהא לו מעות ללוה". ומבואר לכאורה דכאשר שומא הדרא, משלם הלוח למלוה לפי מה ששמו ב"ד בשעת הגביה ולא לפי המחיר כעת. ועיין בקובץ שעורים ב"ב (סי' תרכז) שהקשה, דכיון דהגביה הראשונית למלוה היא זביני מעליא, צריך לתת כפי מה ששווה השדה כעת בשעת הפדיה, לסוברים דצריך קנין בשעת הפדיה. ומ"מ מוכח לכאורה דס"ל לרשב"ם דהוי רק סילוק ולא הקנאה, וכשיטת הרמב"ם הנ"ל.

ונפק"מ אם הוי קנין חדש או סילוק, למש"כ באור שמח (מלוה ולוה כב, טז) אם בע"ח של המלוה גובה מקרקע זו שהוחזרה למלוה. אם הוי כמכר מחדש, בע"ח של מלוה יגבה מהקרקע שהוחזרה ללוה, משא"כ אם הוי סילוק ומעיקרא לא הוי של מלוה, אין בע"ח שלו גובה ממנה. וצדדי ספיקו של האו"ש, מי הוי כקנה שדה ומכרה, דמשתעבדת שדה זו למי שלוה ממנו קודם שסילקוהו בדמים, וכיון שמן הדין שדה זו של המלוה, כיון ששמו לו ב"ד שדה זו, ורק משום הטוב והישר אמרו חכמים שתחזור שומתה, א"כ הרי שדה זו משתעבדת לבע"ח של המלוה. ושומא הדרא הוי כמכירה מחדש. וכתב האו"ש דהדבר תלוי במחלוקת הפוסקים אם הושבחה ע"י שהתיקרה מאליה, אם נותן לו כשעת הגביה או כיוקרא דהשתא, דלשיטת הפוסקים דאם נתייקרה והושבחה מאליה בעי דליהדר ליה כפי מה ששוה השדה עכשיו בשעת החזרה, נראה דהוי מכר ובעל חובו חוזר וגובה ממנה. אולם לשיטת הרב המגיד דאין לו אלא כשעת גביה, ומדמה להכיר שהשדה אינה שלו, הוי כסילוק ולא מכר, ואין בע"ח של המלוה גובה ממנה. וכן למה שמדייקים מהרמב"ם דהוי סילוק, ואף בקטן מהדרינן אע"ג דקטן לאו בר אקנויי הוא, מסתברא דאין בע"ח חוזר וגובה הימנו, והרי הקרקע כלא היתה קנויה למלוה כל עיקר. וזו נפק"מ נוספת, אם שומא הדרא מקטן שהגבו לו בחובו, דאם הוי סילוק, הדרא גם מקטן, משא"כ אם צריך להקנות, וכמש"כ הש"ך קגיא. דהריטב"א בסוגיא כתב להדיא דשומא לא הדרא מקטן, עד שיגדיל וידע להקנות; "והיכא דשמו ארעא לקטן לא הדרא עד דגדיל וידע לאקנויי". והוא לשיטתו ששומא הדרא הוא קנין ולא סילוק.

עוד נפק"מ מהמחלוקת הנ"ל, נמצא באמרי בינה (גב"ח סי' ז), אם שומא הדרא גם ליורש. דאם זכות היורש היא מכח מורישו, לכאורה אין זכות זו ברת ירושה, דהוי דבר שאין בו ממש וכטובת הנאה, דיש סוברים שאינו יורש. או נאמר שחכמים תקנו תקנה מיוחדת שיש ישר וטוב שיוכל הלוח להוציא הקרקע מהלוח, ותיקנו שיש בזה ישר וטוב שגם יורשיו יוציאו מהמלוה, אבל אינה תקנה מכח המוריש אלא תקנה בפני עצמה. וכתב דהדבר תלוי במחלוקת הנ"ל אם הוי סילוק או הקנאה. דאם הוי סילוק, הרי שזו זכות של הלוח בגוף הקרקע, וגם לא הוי ראוי לענין בכור, ולכן

גם היורש יכול לסלקו. משא"כ לשיטות דבעי הקנאה, אין זו זכות בגוף הקרקע, אלא שעבוד של המלוה להחזיר את הקרקע ללוה, וזכות כזו אינה ברת ירושה.

והרמב"ן בב"ב מה"א (ד"ה אבל יש) כתב דאם מכר לחבירו שדה שלא באחריות, ובא בע"ח של המוכר וטרף הקרקע, ואח"כ המוכר נתעשר, שיכול הלוקח לכופו לפדות את הקרקע מבע"ח, ולהחזירה אליו, וז"ל הרמב"ן:

"אבל הייתי יכול לומר שהדין כך הוא, שאם קנה נכסים היום או מחר, שיחזור לוקח על בני חורין שקנה בכדי שיעור אותו חוב, ויתן לבע"ח ויחזיר לו קרקעו, דקיימא לן שומא הדרא לעולם, ואע"פ שכיון שמכר שלא באחריות אין ללוקח עליו כלום, לומר שאם אינו יכול לסלקו לבעל חוב כגון בהני שומות דלא הדרי כדאיתא בפ' המפקיד (לה"א) אינו משלם לו, אבל שומא דהדרא, הדר איהו וכופה למוכר לחזור ולפורעו. ואפשר שלא תקנו שומא דהדרא אלא לבעל קרקע אבל לא ללוקח, ולא מסתבר. ואמרינן נמי בפ' המפקיד שמו מינה דאיתתא ואינסיבא בעל לוקח הוי ולא מהדרינן ליה, משמע דאי אינסיבא ושמו מינה מהדרינן ואע"ג דהוא לוקח, וכן נמי כתב הרב רבי משה הספרדי ז"ל, אלא מיהו הכא אפשר שאין הלוקח שלא באחריות יכול לכופו למוכר לסלקו כיון דכבר נפרע, דלאו בעל דברים ידיה הוא, וזה נראה עיקר, וצ"ע בדברי הגאונים ז"ל."

ולכאורה מדברי הרמב"ן משמע למסקנה דאין הלוקח שלא באחריות יכול לכופו למוכר להדר את השומא מהבע"ח. ועיין באורים סו"ס קג שלמד ברמב"ן שיכול לכופו, והקשה עליו, עיי"ש. ובאמרי בינה (גב"ח סי' ז) כתב דתלוי לכאורה אם שומא הדרא הוי הקנאה או סילוק. דאם הוי הקנאה, אין מקום לחייב את המוכר לחזור ולקנות מהבע"ח, אבל אם הוי סילוק, יש מקום לומר שכופין את המוכר לסלק היזיקו, וכמו בגרמא אף שפטור, דכופין לסלק ההיזק כשבירו, עיי"ש.

גם נפק"מ למש"כ הרמ"א (קג,ט) דאם הוציא הוצאות והשביח, י"א דשומא לא הדרא. דאם הוא קנין, י"ל דאם השביח לא חייבוהו להקנות. אבל אם הוא סילוק, הרי יש ללוה זכות בגוף הקרקע, והמלוה הוא כיורד לשדה שיש לחבירו זכות בה, ולכן אפי' אם השביח, יש ללוה זכות לסלקו. ועיין באולם המשפט קג,ט מש"כ בזה.

ב. עשאו אפותיקי

ויש לדון אם שומא הדרא כשעשאו אפותיקי, (וכנידון משכנתא בבנק שהיא אפותיקי, ועל הבנק לגבות תחילה מנכס המשועבד). ונראה דאין לחלק, דאף באפותיקי,

כל עוד יכול החייב לסלק למלוה בדמים, הרי הגביה בדין שומא והדרא. כן נלמד לכאורה מדברי המאיר בסוגיא (ב"מ לה,א): "שבלוה אפילו עשאה אפותיקי חוזרת הואיל ומתחלה היה יכול לסלקו".

ונמצא לשער המשפט קג,ז שהסתפק אם שומא הדרא במטלטלין. ובתחילה רצה להביא ראיה מסוגיא שבח, דבאפותיקי לא מצי לסלקו בזוזי, מהא דאם השביח הלוקח הקרקע, וההלואה פחות משעור ארעא ושבחא, דנותן המלוה למשביח כסף בעבור השבח, ואין הלוקח יכול לסלקו מהשבח, ולמ"ד דאי אית ליה זוזי ללוקח מצי לסלק, הקשתה הגמ' (ב"מ יד,ב), מדוע לא יכול הלוקח לומר למלוה, אי הוי לי זוזי הייתי מסלק מכולה, השתא אתן לך כשעור השבח ואסלק אותך מהשבח. ותירצה הגמ' דמייירי שעשאו אפותיקי. והקשה שער המשפט, דאם נאמר ששומא הדרא באפותיקי מפורש, עדיין יכולים הלוקחות לסלקו מדין הישר והטוב. והביא ראיה דאין לומר דשומא לא הדרא לחצאין, דכאן רוצים להחזיר רק השבח, דאין לו מעות רק כנגד השבח. ומזה הוכיח דשומא לא הדרא באפותיקי, דהוי כאגבה איהו בחובו. וכתב לחלק, דדוקא ביורשים ולקוחות אמרינן כן, דכיון שלא פדאה האב הרי היא כמכורה, והוי כאגבה איהו בחובו, משא"כ בלוה עצמו שומא הדרא אף באפותיקי. והביא שכן כתב בריטב"א (וכמאירי הנ"ל), דכיון שיכל הלוח לסלקו בזוזי, שומא הדרא ולא הוי כמכירה. גם באמרי בינה (גב"ח סי' ז ד"ה עיין) הביא שגם באפותיקי שומא הדרא.

ג. קנו מידו לא לסלק

בחוזים שעושים הבנקים למשכנתאות עם הלווים יש סעיפים שמשמעותם שהמכירה ללוקח תהיה מוחלטת, והלוה לא יוכל לערער על המכירה ולדרוש מהלוקח שיחזיר לו את הנכס, ולכאורה בחתימת הלוה הוי כקנין שמתחייב שלא לסלק ומוותר על זכותו מדין שומא הדרא. הרמב"ן וברשב"א בסוגיא (ב"מ לה,א בשמו), כתבו וז"ל:

"כתב הרמב"ן ז"ל דמסתברא דאי קנו מיניה דלא לסלקיה לא מסלקינן ליה, שהרי מחל דומיא דדינא דבר מצרא דבעי למקנא מיניה (קח,א), ואי קנו מיניה לית ביה משום דינא דבר מצרא."

וכן הוא ברב המגיד הל' מלוה ולוה כב,טז, וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ קג,ט. וכן מבואר בבעה"ת (שער ג ה,ח): "ומסתברא דגבי שומא, אי קנו מיניה דלא ליסלקיה לעולם, דלא הדרא ליה, שהרי מחל, ושוב אין כופין אותו לעשות הישר והטוב, שהרי נתרצו שניהם בדבר, ודמי לדינא דבר מצרא דמהני ביה קנין, וצריך למיקנא מיניה". (הכונה כמובן שהלוה יקנה בקנין, שהוא המוחל על זכותו). ולכאורה

צריך להבין בשוני בין דברי הרמב"ן לבעה"ת. הרמב"ן כתב הטעם רק מפני שמחל הלוח על זכותו. ובעה"ת הוסיף; "ושוב אין כופין אותו לעשות הישר והטוב", ולכאורה מה לי טעם נוסף. ונראה שהיה קשה לבעה"ת, נהי שהלוח מחל על זכותו, מ"מ כיון שהיא תקנת חכמים שתיקנו שכך הוא ישר וטוב, מדוע מהני מחילה נגד תקנת חכמים, ועל זה כתב דלא תיקנו לכופו בכה"ג שמוחל על זכותו, ואם מוחל, אף שיש בכך ישר וטוב, אין בזה ישר וטוב לכופו, ולכן לא תיקנו שלא יועיל מחילה מצד הלוח. גם מדברי הרמב"ן אף דמירי שקנו מידו, מ"מ בעה"ת טרח להדגיש דבעינן קנין. ואף דלכאורה הוי מחילה ואינה צריכה קנין, כיון שאינה זכות ממונית גרידא אלא תקנת חכמים, בעינן לחיזוק טפי שצריך קנין כדי שלא יוכל לכופו לעשות הישר והטוב, אף שמחל, ודמי למחילה ונקיט שטרא או משכון (עיין חו"מ רמא,ב, ברמ"א ובנו"כ), די"א דבעי קנין, והוא הדין לזכות הבאה בתקנת חכמים.

ובשער המשפט קג,ח הקשה מדוע צריך קנין, דכיון דקיי"ל זבנה או אורתא, שומא לא הדרא, כיון שירד על דעת קרקע ולא על דעת מעות, כמלוח היורד לשומא, א"כ גם בזה אם גילה המלוח דעתו בבית דין שגובה את הקרקע ורוצה דוקא בקרקע ושלא יהדר הלוח את הקרקע אח"כ, הרי גילה דעתו שירד ע"ד קרקע, ושומא לא הדרא, גם אם התנה ללא קנין. ולכן כתב דאה"נ, דשומא הדרא רק כשגבה המלוח קרקע בסתם, כיון שגבה את הקרקע רק מפני שהלוח לא פרע חובו, א"כ יורד על דעת מעות, ומשום הישר והטוב כשיביא לו מעות, יחזיר לו הקרקע. אבל כשהתנה שלא תחזור השומא, הרי גילה דעתו שירד ע"ד קרקע, ולא גרע מתליוהו וזבין, שאין המוכר יכול להביא מעות ולהחזיר הקרקע משום הישר והטוב. ולכן מהני תנאי שלא יחזיר, אף ללא קנין. כך ס"ל לשעהמ"ש מסברא, אך ציין שמסתמת הפוסקים לא משמע כן.

ובאמרי בינה (גב"ח סו"ס ז) כתב לישב דעת הפוסקים דלא כשעהמ"ש, דמתליוהו וזבין אין ראייה, דשם אגב זווי גמר ומקנה לחלוטין, וכיון שלא נעשה ע"פ בי"ד, לא נתקן בזה הישר והטוב של שומא הדרא. אולם כשב"ד מגבים למלוח על כרחו של לוח, תקנו חז"ל לעשות ישר וטוב, דשומא הדרא לעולם, ולאו כל כמיניה דמלוח לומר אדעתא דארעא אני יורד ולבטל תקנת חכמים, ולכן סתמו הפוסקים דבעינן קנין מצד הלוח, שמוחל על זכותו. ועיין בערך שי קג,ט דדמי קצת לאסמכתא ולכן בעי קנין.

והן מדברי שעהמ"ש והאמ"ב יש ללמוד, דכל דין שומא הדרא הוא באופן של שומא ע"י בית דין, וכל שלא נעשה ע"י בית דין, אין בזה שומא הדרא. אמנם ק"ק, דהא בהגבה הלוח מעצמו, דקיי"ל דלא הדרא שומא, כיון דלא אטרחיה לבי"ד, למה

לי למינקט טעם זה, היה לנו לומר דכיון שלא נעשתה השומא ע"י ביי"ד, לא נתקנה שומא הדרא, דכל התקנה היתה על שומת בית דין. ומ"מ כאשר נעשתה הגביה באמצעות ערכאות משפטיות, וכפי שעשה הבנק, לפי טענת ראובן שלא היה כאן בית דין ונעשה ע"פ ערכאות, היא גופה טענה שלא יהיה הדין של שומא הדרא, דכיון שנעשה הכל ע"י באמצעות ערכאות, אפשר שאינו אלא תליוהו וזבין, ובזה ודאי שומא לא הדרא. לכן מעצם טענת ראובן על אי גביית הדירה באמצעות בית דין, יש בזה סתירה לטענה של שומא הדרא.

ומה שטוען שירד שלא ע"פ בית דין, הנה בשו"ע חו"מ קג"ח, ומקורו מדברי הב"י בבדק הבית, שאם ירד מלוה לנכסי לוה בלא רשות בית דין, אינו כלום, וכל הפירות שאכל מנכין לו מחובו, כל זה בירד מעצמו, אבל בהכריחו אותו למכור, לא גרע מתליוהו וזבין. גם י"ל בנדר"ד שחתם בהסכם ההלואה שכך יעשה וכך תהיה המכירה במקרה של אי תשלום ההלואה, הרי שבזה תנאי שבממון קיים, שהרי ההערכאות אינם דנים בזה אלא מפקחים על המכירה, ומהני בזה תנאי.

כמו כן למש"כ הרא"ש בתש', הובא להלכה שם בסע' ז: "מקום שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל לירד לנכסי הלוה ולמכור בלא שומא והכרזה, אם נהגו שלא לירד ולמכור כי אם בשומא והכרזה, אין לירד ולמכור זולתם". עיין בקצוה"ח שם בס"ק ד שדייק דהיכא שאין מנהג, יכול לירד בלא רשות ביי"ד לגובינא, אך לא למשכון, עיי"ש. ולפ"ז במשכנתאות שאין מנהג לירד ע"פ ביי"ד, יכול לירד ע"פ האמור בהסכם, שאדברא, כך הוא המנהג.

ומ"מ בנדר"ד כאשר יש בחוזה ההלואה לשון שמשמעותה שאינו יכול לסלק את הלוקח, והמכירה לקונה הינה מכירה מוחלטת, והחתימה היא קנין מדין סיטומתא ודינא דמלכותא וכמש"כ כ"פ, לכאורה גם מצד זה הסתלקה טענת ראובן.

וכאמור גם מצד הדין דזבנה או אורתה וכו', כיון שכאן נמכרה הקרקע לאחר ולא למלוה, כיון שירד על דעת הדירה ולא על דעת המעות, דלא כבמלוה, הרי שאין בזה ישר וטוב להדר השומא, ואין נפק"מ אם המלוה קנאה או מצא קונה שיקנה הדירה, סו"ס הקונה ע"ד קרקע נחית. דמהגמ' מוכח דכל הטעם של זבנה או אורתה, מפני שכשירד ע"ד קרקע, אין זה ישר וטוב להדר השומא, ורק במלוה עצמו שכל ענינו במעות ההלואה וחפץ במעות, הרי זה גם ישר וטוב למלוה שיקבל מעותיו, וגם ללוה שיקבל קרקעו. ואף שבבר מצרא לא מהני אם הלוקח ימכור לאחר, להפקיע מהמצרן זכותו, י"ל דבבר מצרא לא עדיף מגברא שבא מחמתו, שסיבת התקנה שילך הלוקח לחפש קרקע במקום אחר ולא בסמוך למצרן, וזה שייך הן בלוקח והן בלוקח מהלוקח. משא"כ בשומא הדרא שהיא ישר וטוב למלוה וללוה וכמש"כ. וכן מבואר

להדיא מדברי הראשונים בסוגיא, השטמ"ק, הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א, כולם בשם הראב"ד, וז"ל:

"ויש מי שאומר דבר מצרא אי זבנה או אורתה או יהבה לאחר במתנה דקנו, ולא מילתא היא, דלא עדיפי מגברא דאתי מחמתיה, דאיהו נמי אדעתא דארעא נחת, ואפ"ה מיחייב לזבונה ולמיהדר ניהליה, ושני נמי לא עדיף מיניה, אבל הכא איהו לאו אדעתא דארעא נחת ואינהו נחת כדמפורש בגמ'. כך כתב הראב"ד ז"ל."

ולפ"ז בנדר"ד שירד שמעון ע"ד הדירה, אין מקום לטענת שומא הדרא מצד ראובן. ומהטעמים האמורים לעיל אין לקבל את טענת ראובן.

ד. שומא בטעות

ומענין לענין באותה סוגיא, נשאלתי במי שמסר בגד לניקוי יבש, ולאחר שבעה"ב חפש ולא מצא, שילם לבעל הבגד כמוסכם סכום של כמה מאות שקלים, כשבעל הבגד קנה בכסף שקיבל בגד אחר. ולאחר כחודש נמצא הבגד, וטוען בעל המכבסה להחזיר הכסף והחזיר הבגד שנמצא בתמורה, ואילו בעל הבגד טוען שכבר השתמש בכסף וקנה בגד חדש.

והשואל הביא ראיה מסוגיא הנ"ל (ב"מ לה,א): ההוא גברא דאפקיד כיפי גביה חברה, אמר ליה הב לי כיפי, אמר ליה לא ידענא היכא אותבינהו. אתא לקמיה דרב נחמן אמר ליה כל לא ידענא פשיעותא היא, זיל שלים. לא שילם. אזל רב נחמן אגביה לאפדניה מיניה. לסוף אישתכח כיפי ואיקור. אמר רב נחמן הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למרה ... למימרא דסבר רב נחמן דשומא הדר. שאני התם דשומא בטעות הוה, דקא הוה כיפי מעיקרא (שהרי בתחילת השומא היו הנזמים בידו, ולא היה יודע, דאילו היה יודע שכן, לא שמו לו הטרקלין, אבל שומא שבית דין שמין על שאין לו מעות והוא חייב לו, הרי הוא כמכר גמור, ואינה חוזרת – רש"י).

והנה שומר שלא מוצא את החפץ שהופקד אצלו, לכאורה חייב לשלם מיד ואינו יכול לבקש מהבעלים שימתינו עד שימצא את החפץ. כן מבואר בדברי הרמב"ם שאלה ופקדון ד,ז: "המפקיד אצל חברו בין כלים בין מעות ואמר לו תן לי פקדוני, ואמר לו השומר איני יודע אנה הנחתי פקדון זה, או באי זה מקום קברתי הכספים, המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך, הרי זה פושע וחייב לשלם מיד". ומבואר שהחוב לשלם מיד. וכן כתב המרדכי ב"מ (סי' רמח): "כל לא ידענא פשיעותא הוא. פסק בספר המצות דחייב לשלם מיד, ואין לדחותו ולומר המתן עד שאבקש ואחזיר

לך". ומקורו מדברי הסמ"ג (עשין פח דף קע,ד), הובא גם בב"י חו"מ רצא,ז ובב"ח שם ח, דחייב לשלם מיד ואינו יכול לדחותו, וכדמוכח בסוגיא שרב נחמן חייבו לשלם מיד ולא להמתין עד שימצא.

ולכאורה יש להקשות, דכיון שהחיוב לשלם הוא חיוב מידי, ולא יכול לבקש שימתינו לו עד שימצא, א"כ החיוב באותו זמן היה כדין ולא בטעות, ומדוע הוי שומא בטעות. וראיתי בשער המשפט צב,יב שלמד מכאן דשומא בטעות, אף אם בשעת השומא היה כדין, שהרי לא ידע הנפקד היכן הכיפי, מ"מ כיון שהתברר אח"כ שהיו כיפי, כיון דבשעת גוביינא דבית דין היה בטעות, יש לראות את הבי"ד כמי שטעו בדין מחמת חוסר הידיעה (שעהמ"ש מיירי שם לענין חשוד, ודוק מיניה). ולפ"ז הגם שאין לדיין אלא מה שענינו רואות, ובאותה שעה היתה השומא כדין, כיון שבמציאות היו הכיפי בבית הנפקד, הוי שומא בטעות. ולכאורה לא מובן, דאף אם היו בביתו וברשותו, כיון שלא ידע היכן הם, הרי כך הוא הדין לגבות מהשומר דמי כיפי, ומה שמצא אח"כ, פנים חדשות באו לכאן. וביותר קשה למש"כ הנימוק"י (ב"מ יט,א מעמזה"ר) דבין נמצא הדבר ברשותו ובין נאבד, כיון שמצאה ומחזירה בעין, הוי שומא בטעות, אע"פ שלא נראה כן מפרש"י והר"ח. ולכאורה כשנאבד יש יותר סברא לומר שלא היתה כאן שומא בטעות כלל, שהרי כלל לא היו ברשותו, ומציאת הכיפי התחדשה ואפשרות החזרה, התחדשה רק אח"כ.

ומצאתי למהרש"ג (ח"ב סי' רלג) שהקשה כנ"ל, דכיון שהגביה היתה כדין לא היתה כאן שומא בטעות. והנה הסמ"ע קג,כט דייק בשינוי הלשון בין מש"כ הטור למש"כ המחבר בשו"ע. המחבר בשו"ע כתב: "היתה השומא בטעות, כגון שומר חנם שפשע וחייבוהו לשלם ושמו קרקע שלו, ואחר כך נמצא שהפקדון היה ברשותו או שנאבד ומצאו, לא הוי שומא". והטור לא הזכיר אלא שנמצא הפקדון ברשותו, ולא הזכיר שאבד ומצאו, ודייק הסמ"ע; "משמע דס"ל דוקא בכה"ג דהוה שומא בטעות, ולא בנאבד ומצאוהו אח"כ. וכן היא דעת רש"י (ב"מ לה,א ד"ה דשומא בטעות) ור"ח, וכמ"ש הנמוק"י שם בשמם". ומש"כ בדעת רש"י, כוונתו לרש"י ד"ה דשומא: "דסבור היה שאבדו הנזמים, והרי לא אבדו". ומשמע דוקא כשלא אבדו, אבל אם לא היה טועה בדעתו ואכן אבדו, לא הדרא השומא. וכן למד הרב המגיד בדעת הרמב"ם שאלה ופקדון ח.ג. ובמהרש"ג רוצה ללמוד מדברי הסמ"ע דדוקא בשיקר השומר הוה שומא בטעות, אך לא כשהיה בטעות. וכתב מהרש"ג דדבריו אינם עולים בשיטת הש"ס. אך מדברי הסמ"ע נראה רק שחילק לטור אם נאבדו ולא היו ברשותו, לבין נמצאו ברשותו, אף שלא ידע היכן הם, ולא מחמת ששיקר.

אמנם בנדו"ד י"ל שאין בעל החנות יכול לתבוע מבעל הבגד החזר מדין שומא בטעות, דכל דין שומא בטעות הוא כשבי"ד טעו והגבו בטעות, וכדמוכח לעיל,

וכדאיתא בגמ' ב"מ לה,ב: אגביה איהו בחובו, פליגי בה רב אחא ורבינא, חד אמר הדרה, וחד אמר לא הדרה. מאן דאמר לא הדרה סבר האי זביני מעליא היא, דהא מדעתא דנפשיה אגביה. ומאן דאמר הדרה, סבר לא זביני מעליא הוא, והאי דאגביה מדעתיה ולא אתא לדינא, מחמת כיסופא הוא דאגביה. וקיי"ל בטור חו"מ סי' קג, וברמ"א קג,ט דאגביה איהו בחובו, שומא לא הדרא. וברש"י שם ביאר המציאות של אביה איהו בחובו: "אם לא שמוה בית דין למלוה על כרחו של לווה, וקם ליה מעצמו ולא הטריחו לדין, ואמר לו טול קרקע זה בחובך". ומשמע שאם הטריחו לבא לבית דין, אף אם הגבה לו מעצמו, חשיב שומא והדרא. כן דייק הב"י; "נראה מדבריו דכל היכא דאטרחיה להביאו לבית דין, אע"ג דמיד נתרצה ליתן לו קרקע בחובו, שומא מיקרייא והדרא". וכן כתב בסמ"ע קג,כא. אולם הש"ך שם בס"ק טו דייק מדברי רש"י דההטרחה היא לא בעצם הבאתו לבית דין אלא שומא בבית דין בעל כרחו של הללו, והביא הש"ך ראייה מב"ק קח,א; תבעוהו בעלים לשומר ונשבע ושילם והוכר הגנב, כפל למי. אביי אמר לבעל הפקדון, דכיון דאטרחיה בשבועה לא מקני ליה כפילא. רבא אמר למי שהפקדון אצלו, כיון דשילם מקני ליה כפילא. והלכה כרבא, וכן פסקו הרי"ף והרא"ש ר"פ המפקיד, וכן פסק הרמב"ם בסוף הלכות שאלה (ח,ד). ומבואר דלפי רבא אף שהטריחו לבי"ד, כיון דשילם מעצמו, מקניא ליה כפילא, ואין בהטרחה עצמה לבוא לבית דין כדי למנוע מהשומר לזכות בכפל. ועיין מש"כ כאן בס' יד/ב. ומ"מ בנדו"ד שלכ"ע לא הטריחו לבוא לבי"ד והגבהו מעצמו, לא חשיב שומא, ואף שטעה מעצמו, אין בזה שומא דהדרא.

גם יש לעיין בדנדו"ד הוי שומא במטלטלין, במה שהגבה לו כשלא מצא הבגד, היינו סכום הכסף, בניגוד לעובדא דרב נחמן, שהאפדנא היה השומא בטעות. והנה המאירי בסוגיא, כתב וז"ל: "יש אומרים מכח סוגיא זו שאף שומת מטלטלין חוזרת, ומ"מ לפי מה שפירשנו אין ראייה על זה מכאן, אלא שהדברים נראין כן. ומ"מ פירשו בה דוקא במטלטלין שאין כיוצא בהם נמכר בשוק". דהסוגיא מיירי בשומת אפדנא, שהיא שומת מקרקעין, ומ"מ ס"ל למאירי דדוקא מטלטלין מיוחדים שאין כיוצא בהם בשוק, דוקא בהם שומא הדרא. ובריטב"א בסוגיא כתב דשומת מטלטלין, אין בהם ישר וטוב להחזיר. וצ"ע אם פליג לענין מטלטלין שאין כיוצא בהם בשוק. (ועיין בתומים קג,ט ובערוה"ש קג,יב מש"כ בזה). ועצם הדין אם שומא הדרא במטלטלין אליבא דרב נחמן, תלוי בבאור הראשונים הנ"ל בסוגיא אם מה שמקשים למימרא דס"ל לרב נחמן שומא הדרא, אם הקושיא על הכיפי, דאייקר כיפי, או על האפדנא, עיי"ש.

וכן דעת הרמב"ן, דשומא לא הדרי אלא במקרקעי, וכל דלא דאין כי האי גוונא לאו דיינא הוא כלל. וכן למד הרב המגיד בדברי הרמב"ם מלוה ולוה כב,טז, וכן

דעת הרא"ש ב"מ ג, ד, וכן פסק הרמ"א חו"מ קג, ט, ועיי"ש בסמ"ע ס"ק יג דהטוב הוא הלפנים משורת הדין שיחזור זה לקרקעו. ודוקא קרקעות שקרויים נחלה ועומדות לדורות, משא"כ מטלטלים.

ועיין בתומים קג, ט שכתב דלא שייך שומא הדרא במטלטלין שיש כיוצא בהם לקנות בשוק, וכל מי שבידו מעות יכול לקנותם, מה ישר וטוב שייך בזה שיתקנו חכמים להחזיר לבעלים, משא"כ קרקעות דלא שכיחי, ואדם רוצה בשלו דוקא. וכתב דדברי הגמ' למימרא דס"ל לרב נחמן שומא הדרא, היה על האפדנא ולא על הכיפי, ולכן אין לדייק דס"ל לרב נחמן דשומת מטלטלין הדרא. וע"ע בחתם סופר בתש' (חחו"מ סי' יא) בטעם הדין:

"ובכל זה ראו חז"ל, דיותר טוב וישר הוא שיהי' שומא הדרא. אפי' אחר שהחזיק זה הלוקח בו כמה וכמה שנים, יבואו בעלים הראשונים ויסלקוהו בזוזי ויוציאהו ממנו. מפני שראו חז"ל כי בקושי גדול אדם מניח קרקע ביד אחר, ומכ"ש בית דירתו, ולבו של אדם דוה עליו. והיה זה אכזריות גדול אם יחזיק הנושה הזה בקרקעו של זה אשר באה לידו שלא ברצון המוכר כי אם מחמת דוחקו, והבי"ד החליטו לו. וזה הוא בכלל ועשית הישר והטוב."

ועיין בשער המשפט ו נפק"מ אם מטעם דקרקע לא שכיחי או נחלת אבותיו, אם הורידו לשומת קרקע לזמן לפירות, דמ"מ לא שכיחי כמטלטלין, והדרא השומא, משא"כ מטעם נחלת אבותיו, כיון שסו"ס תחזור ללוה, לא יהדרו השומא לזמן.

ובאשר כל אלה הם הטעמים לשומא הדרא, ומודה רב נחמן דשומא בטעות הדרא, מה שייך ענין שומא הדרא במי ששילם מכח הדין על חפץ שלא נמצא, ואח"כ מצא ומבקש כספו בחזרה, דבר זה אינו בכלל שומא הדרא. ואם ב"ד היו מגבים קרקע מבעל החנות, היה שייך לדין זה, אבל במה ששילם, גם אם היה משלם מכח חיוב ב"ד, הרי ב"ד פסקו כדין, ולהדר השומא לא שייך בזה, דאין זה שייך כלל לתקנת חכמים של שומא הדרא שהיא מפני עגמת נפש, נחלת אבותיו וכו', שכתבו האחרונים.

ולפ"ז יש לישיב קושיא קמייתא, מדוע הוי שומא בטעות והדרא, הרי הבית דין פסקו כדין שהואיל ולא מצא הכיפי, חייב מיד לשלם. וי"ל דאין הכי נמי שפסקם אינו מוטעה, אבל לענין שומא הדרא ותקנת חכמים מהטעמים הנ"ל, גם אם לא היה בזה גדר של טעות כמו פשרה או מחילה בטעות, מ"מ קצת טעם יש לחלק, דאף אם שומא בעלמא לא הדרא, במקום דדמי קצת לטעות, יש יותר מקום לתקנת חכמים. ולכן לא היתה כוונת רב נחמן שרב נחמן הגבה האפדנא בטעות, אלא שיש בזה

מעין טעות, וטעם יותר לתקנת חכמים לענין שומא הדרא. ונפק"מ שבנדו"ד שאינו בכלל התקנה וכו"ל, גם אינו בגדר טעות שיחזיר המעות ויחזיר לו הבגד, דמה ששילם כשלא מצא, כדין שילם, והוי רק כטעות לענין שומא, ואינו ענין לנדו"ד, דפשוט שכבר המעות לא נמצאים, ואף אם היו נמצאים, לא שייך בזה שומא הדרא לכ"ע, רק טענה של דין בטעות, ודין בטעות לא היה כאן.

[ובהו"א רציתי להביא ראיה דאף אם שומא הדרא במטלטלין כאשר השומא היתה בטעות, היינו דוקא כשהמטלטלין בעין, וכגון אם הכסף ששילם היה בעין, שהוא השומא והוא הדרא, אבל כשאינו בעין, לא אמרינן שומא הדרא שישלם לו כסף אחר, וללמוד דבר זה מהאור שמח שאלה ופקדון ח.ג. האור שמח מתיחס לדברי הרמב"ם שם, וז"ל הרמב"ם:

"כל הקונה הכפל קונה השבח הבא מאליו, כיצד הפקיד ארבע סאין אצל חברו והרי הן שוין סלע ונגנבו או אבדו ואמר הריני משלם סלע ואיני נשבע ואח"כ נמצאו והרי הן שוין ארבע סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע, בד"א בשלא הטריחן לבעלים בדין, אבל אם הודה שפשע וחייבוהו ב"ד ליתן ולא נתן ברצונו עד שכפוהו ב"ד על כרחו ונטלו ממנו ואח"כ הוכר הגנב או נמצא הפקדון, יחזיר לבעלים כמות שהוא, ומחזירין לשומר הדמים שלקחו ממנו, ואם כלים או קרקע גבו ב"ד ממנו בשומא, מחזיר לשומר כליו או שדהו."

וכתב האור שמח, נראה דדייק הרמב"ם דאע"ג דבכל שומא דהדרא אינו רק במקרקעי, אבל במטלטלין דשמו מיניה דלוה לא הדרא, אולם בשומא בטעות, דנמצא הגנב והדרא החפץ לבעלים, גם במטלטלין שומא הדרא, ולכן מהדר הכלי הנגבה ליד השומר. אבל בלא נמצא בעין אצל הגנב, ושלם הגנב ממון, אז לא הדר הכלי, והוי ככל שומא דעלמא, דליכא במטלטלין דין חזרה, רק במקרקעי. ואין נידון האור שמח דומה לנדו"ד, שהרי בנדו"ד נמצא הבגד בעין, ומי יימר שלדעתו לא חוזר, אא"כ נאמר כמש"כ לעיל.]

והנה נידון הסוגיא נלמד ממנו דמחילה בטעות לא הוי מחילה. כן כתבו התוס' ב"מ סו,ב (ד"ה התם) להקשות על שיטת רש"י דלרב נחמן מחילה בטעות הויא מחילה בר מהלואה משום דמיחזי כרבית, דבכל דוכתינן משמע דמחילה בטעות לא הויא מחילה, והביאו ראיה מסוגייתנו דשומא בטעות הדרא, מבואר דס"ל לרב נחמן שמחילה בטעות לא הוי מחילה. וכן כתבו התוס' בב"ב מא,א (ד"ה אמר). ולכאורה גם בנדו"ד הוי נתינה של בעל החנות בטעות, אף שאינו שייך לשומא הדרא. ומ"מ מהטעמים דלעיל נראה שאין להוציא מבעל הבגד: א. כיון שנתן מעצמו, לא הדרא

שומא. ב. תשלום ממון לא דומה לשומא הדרא. ג. כיון שמה שצריך להיות מוחזר אינו בעין. ד. דעת הפוסקים ששומא לא הדרא במטלטלין גם בטעות. ואף שמנגד י"ל דהוי שומא בטעות, וכמו מחילה בטעות לא מהני הוא הדין בזה, מ"מ מחמת הנ"ל י"ל דלא מצאנו שהדרא בכה"ג, ובכל אופן מחמת הספק אין להוציא מבעל הבגד.

לאור האמור יש לדחות תביעת ראובן, ואין על שמעון כל חיוב להחזיר את הדירה שקנה. ובענין החזר התשלום בגין הבגד שאבד ונמצא – אין להוציא מיד בעל הבגד את התשלום שקיבל מבעל החנות.

סימן יד

בדין קדימה בגבית חוב

ראשי פרקים

א. דין קדימה במטלטלין

ב. מכר קרקע לאחר שתבעוהו בבי"ד

ג. גביה ממשועבדים בזמן הזה

ראובן לוו משמעון ולוי בשטר בעדים. משמעון לוו חודש לפני שלווה מלוי. שמעון ולוי תבעו את ראובן לדין תורה שיפרע את החוב, לאחר שבמשך זמן רב לאחר מועד הפרעון לא פרע את חוב. בדיון הראשון הודה ראובן שאכן חייב לשמעון ולוי, וכי מצבו קשה, אך מה שנותר לו זה למכור את נכסו/ קרקע, שבאמצעות תמורתה יוכל לפרוע את החוב. ראובן מכר את הקרקע, והביא את הכסף לבית הדין. התברר שבכסף אין אפשרות לפרוע הן לשמעון והן ללוי אלא רק לאחד מהם (וגם בזה רק חלק מהחוב). השאלה שעלתה לדיון האם יש בכסף שהתקבל ממכירת הקרקע דין קדימה? שאלת אגב שעלתה, האם בזה"ז יש בכלל דין של גביה ממשועבדים מלקוחות (בנדו"ד הוי גביה מיניה ולא מלקוחות), בזה"ז שלכאורה אין בכלל קול לשטר בעדים, ואם אין הערת אזהרה אצל רשם המקרקעין, לכאורה הרי זו הכרזה שהנכס נקי מכל שעבוד?

א. דין קדימה במטלטלין

השאלה הנ"ל היא על הצד שאין דין קדימה במטלטלין. דנחלקו הראשונים אם הקודם בשטר, קודם לגבות גם במטלטלין דמיניה. הרי"ף בכתובות (נג,א מעמוה"ר) דבע"ח מאוחר שקדם וגבה, מה שגבה לא גבה; "והני מילי במקרקעי, אבל במטלטלי מה שגבה גבה דלית בהון דין קדימה משום דלית להו קלא". וכן פסק הרי"ף בכתובות (מה,א מעמוה"ר), וכן פסק הר"ן בכמה מקומות, ובהם בכתובות (מב,ב, מט,ב, נג,א מעמוה"ר), וכן הוא בנימוק"י ב"ב (סג,ב בעמוה"ר). וכן פסק הרא"ש בכתובות ט,יא, וכן דעת הרשב"א בכ"מ כתובות סט,ב, פו,א ועוד, וכ"ד הריטב"א בכתובות פו,א וצ,א, וכ"ד הרמב"ן בכתובות פו,א. אמנם כל דין זה הוא לענין בע"ח מאוחר שקדם וגבה, אולם אם לכתחילה כשבי"ד באים להגבותם, אם הוא הדין שאין קדימה לבע"ח מוקדם, לכאורה לא התבאר, אך מאידך לא חילקו בין אם גבה בע"ח מאוחר, או בי"ד באים להגבותם. דהנה המחבר בשו"ע חו"מ קד,א, וז"ל:

"מי שיש עליו בעלי חובות הרבה, כל מי שקדם זמן קנין של שטרו, קודם הוא לגבות, בין קרקע בין מטלטלים, אפילו אם הגיע זמן פרעון של המאוחר קודם, בין מלוה עצמו בין מלקוחות."

וי"ל, דאף דאין קדימה לענין בע"ח מאוחר שקדם וגבה, מ"מ בית דין מגבים לקודם בשטר אף מטלטלין. וחילוק זה למדו הב"י מדברי הרמב"ן בתש' (מיוחסות סי' סא);

"והוא הדין לבע"ח מאוחר שקדם וגבה מטלטלין, אם עמד הראשון ותפסן לאחר גוביינת המאוחר, בע"ח זה המאוחר שקדם וגבה, מוציא אותם בבית דין, מיד הראשון שתפסן. ודברים אלו ברורים, ואיני רואה בהם שום ספק הלכה למעשה. אלא שאני סבור דאילו באו שניהם בבת אחת לגבות מטלטלין דלוה, נותנין לראשון, ואין לבע"ח מאוחר במקום המוקדם כלום. משום דקי"ל שעבודא דאורייתא. ואפילו במטלטלי אית דינא דקדימה, כל שהם ביד הלוה לא אמרינן שאין להם קדימה, אלא לגבי לקוחות, או שגבאן בע"ח מאוחר, וטעמא משום דלית לה קלא."

וכבר העיר בסמ"ע קד,א, וקד,כו, וכן הוא בגר"א קד,ב, דדברי המחבר כאן, סותרים למש"כ בסע' י: "... וכן בעלי חובות שכל אחד מהם קודם לזמן חבירו שבאו לגבות מטלטלים, שהרי אין בהם דין קדימה ... מחלקים ביניהם". ובגר"א קד,ב כתב להלכה כמש"כ המחבר בס"א, דכיון דמדמינ דין מטלטלין דמיניה למקרקעי המשועבדים, כמו שבקרקעות מלקוחות יש דין קדימה, הוא הדין במטלטלין דמיניה. ובסמ"ע הוכיח מכ"מ דלא קיי"ל כרמב"ן בזה, ואין חילוק בין קדם מאוחר וגבה ובית דין שמגבים. ועיין בתומים קד,א מה שכתב בבאור דעת הרמב"ן דמיירי באפותיקי, וכתב דמטלטלי לא משתעבדי מפני שלא סמך דעתו עליהם, אבל אם כתב בשטר שיגבה גם ממטלטלי, אף שלא שעבדם באגב, מוכח שסמך על המטלטלין, ומשתעבדי לענין קדימה מגביה מיניה. וע"ע בקצוה"ח קד,א מה שהביא מתוס' כתובות ז,א ד"ה ש"מ, וכן מהרא"ש ר"פ מי שהיה נשוי, דלכאורה יש קדימה במטלטלי. וכל הדיון והשאלה בנדו"ד היא לפי דעת הסוברים שגם בבאים שניהם לבי"ד, אין דין קדימה.

ב. מכר קרקע לאחר שתבעוהו בבי"ד

ונראה להביא ראיה לדין זה, מהא דאיתא בב"מ לה,ב: אגביה איהו בחובו, פליגי בה רב אחא ורבינא, חד אמר הדרה, וחד אמר לא הדרה. מאן דאמר לא הדרה סבר האי זביני מעליא היא, דהא מדעתא דנפשיה אגביה. ומאן דאמר הדרה, סבר לא זביני מעליא הוא, והאי דאגביה מדעתיה ולא אתא לדינא, מחמת כיסופא

הוא דאגביה. וקיי"ל בטור חו"מ סי' קג, וברמ"א קג,ט דאגביה איהו בחובו, שומא לא הדרא. וברש"י שם ביאר המציאות של אגביה איהו בחובו: "אם לא שמוה בית דין למלוה על כרחו של לוח, וקם ליה מעצמו ולא הטריחו לדין, ואמר לו טול קרקע זה בחובך". ומשמע שאם הטריחו לבא לבית דין, אף אם הגבה לו מעצמו, חשיב שומא והדרא. כן דייק הב"י; "נראה מדבריו דכל היכא דאטרחיה להביאו לבית דין, אע"ג דמיד נתרצה ליתן לו קרקע בחובו, שומא מיקריי א והדרא". וכן כתב בסמ"ע קג,כא. אולם הש"ך שם בס"ק טו דייק מדברי רש"י דההטרחה היא לא בעצם הבאתו לבית דין אלא שומא בבית דין בעל כרחו של הלוח, והביא הש"ך ראיה מב"ק קח,א; תבעוהו בעלים לשומר ונשבע ושילם והוכר הגנב, כפל למי. אביי אמר לבעל הפקדון, דכיון דאטרחיה בשבועה לא מקני ליה כפילא. רבא אמר למי שהפקדון אצלו, כיון דשילם מקני ליה כפילא. והלכה כרבא, וכן פסקו הרי"ף והרא"ש ר"פ המפקיד, וכן פסק הרמב"ם בסוף הלכות שאלה (ח,ד). ומבואר דלפי רבא אף שהטריחו לבי"ד, כיון דשילם מעצמו, מקניא ליה כפילא, ואין בהטרחה עצמה לבוא לבית דין כדי למנוע מהשומר לזכות בכפל.

ודעת התומים קג,יב, דאף דמדברי רש"י משמע כדעת הב"י דאם הטריחו לבי"ד, חשיב כשומא, מ"מ להלכה נראה כדעת הש"ך, דאף אם הטריחו לבוא לבי"ד, מ"מ כיון שהגבהו ללא שומת בי"ד כלל אלא בשטר מכירה כשאר מכירות, לא חשיב שומא כלל ולא הדרא. ורק אם מתחילה נעשה שומא בבית דין, רק לבסוף קודם שטר ההורדה מבי"ד, הורידו הלוח למלוה, הרי זה בכלל שומא והדרא. עוד כתב בתומים לחלק בין נתן הלוח מעצמו לנתן הלוקח, דאם הלוח נתן מעצמו הוי מכירה ולא שומא, אבל לוקח מהלוח, דכל מה שנתן הוא מכח גביית בי"ד, הרי זה כשומא והדרא, אלא שלא מצא חילוק זה במחברים. גם בגדו"ת (שער ג ה,ו) מבואר שהכל תלוי בשומת בי"ד, אף אם הגבהו מעצמו, והקשה על לשון רש"י ודיוק הב"י בדבריו, וע"כ הסיק דהעיקר תלוי בשומא, דכל שאינה נעשית ע"י בי"ד אלא מדעתו של לוח, אע"ג דמעיקרא הביאו לבי"ד כתביעת ממונו. והאי לא הטריחו לדין שכתב רש"י, היינו לענין השומא דאגביה איהו גופיה ולא אטרחיה שתהיה הגביה בב"ד ע"פ שומתן. ואף שכתב דכבר הורה זקן, והיינו הב"י, מ"מ הביא ראיה דאף דאטרחיה לבי"ד, לאו טורח מקרי, דעיקר הטורח הוא הגביה. והראיה שהביאו הש"ך, התומים והגדו"ת, מתוס' ב"מ לה,א (ד"ה אטרחיה); "דלא דמי לאטרחיה לשבועה דקני כפילא לרבא כששילם אחרי כן, (ב"ק קח,א), דהתם משלם ברצונו, אבל רב נחמן הוצרך לגבות אפדנו". ומבואר שהכל תלוי בגביה ולא באטרחיה לבוא לבי"ד. ולדעת הש"ך הסכים גם מהרא"ל צינץ במעניי החכמה (לה,ב), דכיון דבסתמא הוי כזביני, הו"ל ללוח

לאתנוי שלא תהדר, עיי"ש. וכן מצאתי בנתיבות משפט (על רבינו ירוחם, נתיב ו ח"א) דדוקא אטרחיה לשומת ביי"ד.

נמצאנו למדים דדעת הבי"ד והסמ"ע כל שהטריחו לבוא לבי"ד, אף שפרע מעצמו, חשיב כשומת ביי"ד. ולדעתם י"ל דגם בתבעו בע"ח ללוה בבי"ד, והלך הלוה מעצמו ומכר הקרקע והביא מעות לבי"ד, אפשר דחשיב כשומת מקרקעין וכמכרו הבי"ד, וא"כ הו"ל לחלק המעות לפי קדימת השעבוד. ואף דלבי"ד והסמ"ע יש לחלק, דדוקא לענין שומא הדרא אחשיב כשומת ביי"ד, ולא לענין שעבוד הקרקע וכגבית קרקע ע"י הבי"ד, מ"מ נראה דאטרחיה לבי"ד מה הסברא שתהיה השומא הדרא, אלא כשאטרחיה לבי"ד והטריחו למלוה לבוא לבי"ד, הרי הוא הלוה כמוכר בשליחות הבי"ד, וע"כ חשיב כשומת ביי"ד. אמנם למש"כ במעיני החכמה דהו"ל לאתנוי, ודוקא שלא רצה להפרד מנחלת אבותיו שומא הדרא, אין ראיה. אבל כאמור רבים הפוסקים החולקים, ולדידהו מוכח לכאורה דאף בתבעו בבי"ד, אם הגבה הלוה מעצמו, לא חשיב שומת ביי"ד.

וע"כ מן הסתם י"ל דמה שמכר הקרקע מעצמו והביא המעות לבי"ד, חשיב כמעות ולא כקרקע, ואין בהם קדימה לפוסקים הנ"ל. ולענין הלכה הדבר נתון במחלוקת הפוסקים אם יש דין קדימה במטלטלין, כשהמטלטלין בבי"ד ועליהם להגבות למלוה וכנ"ל. והואיל ואין בזה מוחזק, נראה לפשר.

ג. גביה ממשועבדים בזמן הזה

ואגב השאלה הנ"ל, עורר אותי ת"ח אחד, האם בזמן הזה שייך בכלל הדין של גביה ממשועבדים בשטר בעדים, ובשלמא מיניה יש שעבוד והקודם יזכה, אבל מלקוחות לכאורה לא יגבו המלוים כלל אפי' בשטר בעדים, דכל הגביה ממשעבדי היא מחמת הקול שיוצא, והאידנא אין קול בשטר בהלואה בעדים, וכשאדם קונה קרקע הוא בודק אצל רשם המקרקעין האם יש הערת אזהרה (כפי שנוהגים מלוים על סכומים גבוהים, או בנטילת משכנתאות וכד'), וכאשר אין הערת אזהרה ולא עשה הלוה הערת אזהרה, הרי כביכול ויתר על זכותו. והאידנא שכל העסקאות נבדקות ברישום או אי רשום הערת אזהרה, והמציאות המוכחת היא שעדים לא מפקי קלא בזמה"ז, א"כ כל שלא נרשמה הערת אזהרה ושעבוד על הנכס, אין כאן דין משועבדים שיגבה מלקוחות. [דאם שייך בזה"ז גביה ממשועבדים, יוכל המלוה המוקדם לגבות מהקונה, אם הנכס היה משועבד לחוב, ועיין בשו"ע חו"מ קד, ט].

ולכאורה הדבר תלוי אם שעבודא דאורייתא או דרבנן, דאם שעבודא דאורייתא וחכמים תקנו משום תקנת לקוחות שלא יגבה ממלוה ע"פ דלית ליה קלא, משום

פסידא דלקוחות, כדאיתא בב"ב קעה,ב, א"כ גם בזה"ז שאין קול, אם שעבודא דאורייתא, חכמים לא הוציאו מהכלל אלא מלוה ע"פ. ואם שעבודא דרבנן, ודבר תורה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, ותקנו במלוה בשטר שיגבה ממשעבדי כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין, י"ל דוקא אם במציאות יש קול והלקוחות הפסידו לעצמם שלא בררו, אבל במקום שבמציאות אין קול, אוקמה אדין תורה. אך יש להקשות, דאפשר דאף אם שעבודא דאורייתא, הוציאו חכמים מהכלל כל דבר שאין לו קול, ובזמנם היה זה מלוה בשטר, והאידנא שגם במלוה בשטר אין קול, לא שייכת הסברא דאיתא שם בגמ' דלקוחות הפסידו אנפשייהו, ולכן לא הוציאו מלוה בשטר מדין השעבוד, דמה שלא בררו לבדוק אחר הקול, הם הפסידו לעצמם, אבל האידנא שלא שייכת הסברא דאינהו הפסידו אנפשייהו, שלא יכלו לברר, שהרי אין קול, וכל שאין הסברא של אינהו דאפסידו אנפשייהו, תקנו חכמים משום תקנת הלקוחות שלא יגבו ממשעבדי.

גם לעצם הקול היוצא מהשטר, היה מקום לומר שלא שייך קול באופן של שטרי חובות דידן. דהנה הרשב"ם בב"ב מא,ב בטעם ששטר יש לו קול; "שמתאספין לכותבו ולחותמו והכל שומעין". ולפ"ז במקום שאין מתאספין לחתמו והכל שומעין, וכפי הנהוג בשטרי חוב בזה"ז, דאף אם יש עדים, אין זה מתאספין לחתמו. דבתורת חיים בב"ב קעה,א הקשה, דהרי גם במלוה ע"פ בעדים, יש ג"כ עדים, ומדוע דוקא עדים בשטר יש קול, דהא ודאי דעדים החתומים על השטר מוציאים הקול ולא גוף השטר, וא"כ מאי לי מלוה בשטר מה לי מלוה ע"פ בעדים. ותירץ, דכל המלוה ע"י עדים לא מביא יותר משני עדים, ושנים לא מוציאים קול אלא שלשה, דכל מילתא דמתאמרא באפי תלתא, לית ביה משום לישנא בישא, אבל מלתא דאתאמרא באפי תרי, אית ביה משום לישנא בישא, לכן אם אין אלא שנים, צריכים להזהר שלא להוציא קול משום לישנא בישא, אבל המלוה בשטר מסתמא הולך עם העדים אל הסופר לכתוב השטר, וכיון דהוי מלתא דנאמרה באפי תלתא, לית ביה משום לישנא בישא ולא חיישינן ומפקי לקלא. ואף דמלוה ע"פ אפילו בכמה עדים אינו גובה מן הלקוחות, הני מילי כיון דסתם מלוה על פה הוי בשני עדים וסתם מלוה בשטר הוי בשלשה, דהיינו שני עדים וסופר, לא פלוג רבנן, וכמו שלא פלוג במלוה בשטר דגובה מלקוחות אפילו היכא דקים לן דלא הוו ידעי לקוחות ממלוה הקדום להן, כגון שלוח מעות כאן ואחר כך הלך למדינה אחרת ומכר שם נכסיו. או באופן שהעדים והסופר מעידים שלא גילו דבר זה מעולם, אפילו הכי מלוה גובה מן הלקוחות דלא פלוג רבנן. וע"ע בחוות יאיר בתש' סי' עח בענין זה שלא פלוג, ואפי' הלוה בפני עשרה ע"פ, וגם הכריזו בבתי כנסיות וכו', לא איבד לוקח זכותו, דלא פלוג חכמים. ולכאורה עדיין צ"ע אם מלוה בשטר לא תעשה בשלשה, וכמו השטרות בזה"ז שלא נעשות

בשלשה, וכ"א כותב לעצמו או מדפיס במדפסת, ורק באים העדים, מעיקרא לא נתקנה תקנת חכמים. וכן באופן שלא מוציאים קול כמעט תמיד, ודבר נדיר שיוציאו עדים קול, לכאורה צ"ע אם שייך בזה לא פלוג.

ואף שלכאורה כן נראה מסברא, לא רציתי לסמוך בדבר כה עקרוני על סברת עצמי, עד שמצאתי שהגאון רי"י שמעלקיש זצ"ל בתש' בית יצחק (חחו"מ סו"ס כז) דן בשאלה זו, מה שלא ראינו נוהגים לגבות מלקוחות, וז"ל:

"הנה כפי הדין וההלכה מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים וגובין מלקוחות, א"כ כשאחד מכר ביתו אח"כ, גובין בע"ח מהלוקח, ולא ראיתי נוהגין כן, ואיך יוכל ישראל דצאית דינא לקנות בית, ואח"כ יתבעו אותו בע"ח לדין תורה. נראה לענ"ד דעכשיו שמחוקי הממשלה נעשה טאבעלע, בכלל התקנה דחוב שלא נכתב בטאבעלע אינו בכלל שעבוד נכסים, ורק כשנכתב בטאבעלע גובה מהבית, וכל חוב שלא נרשם בטאבעלע אינו חוב לגבות ממשועבדים. ע"כ הקונה בית אין לבע"ח עליו כלום אף ע"פ דין תורה, דבזה דינא דמלכותא דינא. ועיין בתומים כו"א לענין וועקסעל, דכיון שנתקן לטובת המו"מ במדינה, אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, ויש לבי"ד של ישראל לפסוק בזה כחוקי המדינה."

ומבואר להדיא דבזמן הזה שיש רישום בטאבו, ובעל חוב הרוצה לגבות מלקוחות חייב לרשום הערת אזהרה בטאבו, אין בע"ח שלא רשם הערת אזהרה, יכול לגבות מלקוחות. ואף שאין ראייה לדבר, זכר לדבר, מהרא"ש בתש', הובא בטור חו"מ ר"ס סא ובשו"ע שם ס"א, דמהני תקנה שלא יועיל שום שטר אלא מכתובת סופר העיר, עיי"ש. והוא הטעם בנדרון דידן דהוי כתקנה שלא יועיל השטר לגבות ממשעבדי אא"כ כתבו הערת אזהרה אצל רשם המקרקעין.

עוד נראה לפמש"כ מהר"ש ענגיל (ח"ח סי' כז) בענין מה שנשאל והתבאר בח"ה סי' לח, באחד שהיה לו בית מחותנו, והיה בטאבו רשום מחצית על שמו מחצית על שם אשתו, ומתה אשתו, ומכר הבן את חלק האם לאיש זר בממון רב, והאב תובע את הלוקח בטענה שכבר שילם לבן בעד חלקו מאמו, והבן הבטיח להעביר המחצית שע"ש האם בטאבו ע"ש האב. והבן טוען שהסבא התנה בשעה שנתן הבית, שאם תמות האם יהיה חלקה לבנים ולא לאב. ובח"ה סי' לח פסק שיחזיר האב לקונה המעות משום תקנת השוק. ובח"ח סי' כז הביא מה שהקשו עליו מדברי הסמ"ע שע"א, דבקרקע אין תקנת השוק: "אבל בגזילת קרקע לא קנה ביאוש ושינוי רשות, דהקרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת, וגם לית בה משום תקנת השוק להחזיר לו דמיו, דתקנת השוק היא כדי שלא ימנע אדם מלקנות דבר בשוק מיראה שמא הוא

גנוב או גזול ואין לעמוד עליו, משא"כ בקרקע דבקל יודע של מי היתה הקרקע". וכתב ע"ז מהר"ש ענגיל, דכל זה בזמן שלא היה רישום מסודר כדוגמת הטאבו, בזה כתב הסמ"ע דלא שייך בקרקע תקנת השוק, דבקל יוכל הקונה לחקור מי הבעלים. אולם בזמן שיש רישום בטאבו, שחקירת הקונה היא בטאבו; "אם אין חוב על הבית, א"כ מה שייך לומר בזה קלא אית ליה, מה היה לו לחקור יותר אם כתבו הטאבעלע על שם המוכר". ועיי"ש דאף שהטאבו היה רשום ע"ש הלוקח, יש ע"ז שם גזל הואיל והבעל יורש, אם חמיו לא התנה באופן המועיל, ובדבר לא שכיח לא עשו תקנת השוק, עיי"ש. ומ"מ מבואר ממהר"ש ענגיל דבזמן הזה אין טעם שהיה ללוקח לברר ולחקור, דכל עיקר החקירה היא בטאבו ולא בדרך אחרת, וכשלא נרשמה הערת אזהרה בטאבו, לא יגבה ממעבדי.

אך כל זה לענין גביה מלקוחות, אבל מיניה לענין קדימה, יש שעבוד גם בזמן הזה, דדוקא לענין גביה מלקוחות יש טעם להפקיע זכות המלוה, דאין להפסיד הלקוחות, שלא יכלו לברר יותר, ומה שהמלוה לא רשם הערת אזהרה, הוא הפסיד על עצמו, אבל בגביה מהלוה עצמו לא שייך טעם זה.

לאור האמור לעיל:

- א. מה שהמלוה מכר מעצמו הקרקע, אם יש לקודם בשטר קדימה, הדבר נתון למחלוקת הפוסקים אם יש קדימה בכה"ג במטלטלין כשבי"ד צריך להגבות, והואיל ואין מוחזק, יש לפשר.
- ב. בזמן הזה שיש רישום בטאבו על שעבודים, מלוה בשטר בעדים לא יגבה מלקוחות, כשלא נרשמה הערת אזהרה על החוב בטאבו.

מורשה שתופס ללקוח במקום שחב לאחרים

ראשי פרקים

א. אם יש איסור בתפיסה לבע"ח

ב. חב ללוה עצמו ולא לבע"ח אחרים

ג. תפיסת שליח או פועל

ד. אפוטרופוס שתפס, ודין יפוי כח כללי

ביעקב שיש לו יפוי כח כללי מראובן, דהיינו שהוא מיופה כח של ראובן לכל הענינים. שמעון חייב לראובן סכום גדול, ובין השאר חייב לעוד בע"ח. במסגרת תפקידו יש ליעקב גישה לכספים או/ו מטלטלין שווי ערך של שמעון, והוא יכול לתפוס אותם עבור ראובן, ונשאלתי ע"י יעקב אם מותר לו לתפוס את הנ"ל בעבור ראובן, כאשר בפועל לאחר זמן של חדשיים (ביחס למטלטלין, עקב היות ראובן בחו"ל) הוא יעביר את מה שתפס לראובן.

א. אם יש איסור בתפיסה לבע"ח

הסתפקתי בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, שהדין דלא קנה, אם הכוונה רק שאין לתופס ולמי שתפסו בעבורו זכות קנינית בחפץ התפוס, אך התופס לא עבר כל איסור במה שתפס, דלא דמי לגזילה, שמה לך בממוני, משא"כ בזה דאף דלא קנה, לא דמי לגזילה, ולא עבר איסור. או שיש איסור בעצם מעשה התפיסה, דכיון דלא קנה, אין לו ולממון הנתפס כל שייכות, והרי הוא כגנב וגזלן. ונפק"מ אם אח"כ נותן את מה שתפס לבע"ח, אם נאמר שרק לא קנה, הרי שכל הדין הוא כל זמן שמה שתפס ביד התופס, ואין נפק"מ כשהוא ביד המלוה. אולם אם עבר איסור והרי הוא כגזלן, יש ללוה זכות תביעה נגד התופס שגזל ממנו. או גם נאמר שאין לו זכות תביעה, כיון שהוא איסור אך לא גזילה, מ"מ נפק"מ שעבר התופס איסור, וכשהוא שואל כנ"ל, יש להורות לו לאיסור. משא"כ אם רק לא קנה, והיינו שאין למלוה זכות קנינית בזמן התפיסה, אך מ"מ לא עבר איסור, ויש להורות שלא יועיל, אך אין איסור, ויכול לתפוס ולתת לבע"ח, אף שיש בע"ח אחרים.

איתא בב"מ ט, ב: תנן התם, מי שליקט את הפאה ואמר הרי זו לפלוני עני, רבי אליעזר אומר זכה לו, וחכמים אומרים יתננה לעני הנמצא ראשון. אמר עולא אמר רבי יהושע בן לוי, מחלוקת מעשיר לעני, דרבי אליעזר סבר מגו דאי בעי מפקר

נכסיה והוי עני וחזי ליה, השתא נמי חזי ליה, ומגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה. ורבנן סברי חד מגו אמרינן תרי מגו לא אמרינן. אבל מעני לעני דברי הכל זכה לו, דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה. ורב נחמן רצה להעמיד מחלוקת ר"א וחכמים מעני לעני, אבל מעני לעשיר דברי הכל לא זכה. ורצה להביא ראיה מהמשנה שם (ב"מ ט, ב): היה רוכב על גבי בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי, נטלה ואמר אני זכיתי בה, זכה בה. ודחתה הגמ', דמיירי שאמר המגביה מתחילה שזוכה לעצמו. ושם בגמ' י, א: רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרוייהו המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, מאי טעמא הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, והתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה (מפסיד את האחרים, כמו אין חבין לאדם (כתובות יא, א). לא קנה - כדאמר בכתובות, דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו, מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס - רש"י). איתיביה רבא לרב נחמן מציאת פועל לעצמו במה דברים אמורים בזמן שאמר לו בעל הבית נכש עמי היום עדור עמי היום, אבל אמר לו עשה עמי מלאכה היום, מציאתו של בעל הבית הוא (דלא נשכר עמו אלא לניכוש ועידור, וכשהגביה המציאה אין זה ממלאכת בעל הבית, וקנאה פועל והוא ינכה לו משכרו שכר פעולת ניכוש ועידור כל שעת הגבהה. אמר לו עשה עמי מלאכה היום - כל מלאכה שהוא עושה מלאכת בעל הבית היא, וקנה בעל הבית, אלמא המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו). אמר ליה שאני פועל דידו כיד בעל הבית הוא.

ומבואר מדברי רש"י שאם עשאו שליח לתפוס עבורו, יכול לתפוס אף שחב לאחרים. והראשונים חלקו על רש"י, וכפי שיוכח להלן. עוד מבואר בגמ' לתרוץ רב נחמן, שאם עשאו פועל לתפיסה, מהני דידו כיד בעה"ב, וכמו פועל של בעה"ב שמציאתו לבעה"ב, כשלא ייעד אותו למלאכה מסוימת, כן הדין וק"ו לכאורה כשייעד את הפועל לתפיסה מבע"ח, אף שחב לאחרים. (ועיין להלן בדעת הש"ך התומים והנתיבות ר"ס קה). והראשונים חלקו על רש"י וס"ל דאף אם מינה שליח לתפוס עבורו, לא קנה כשחב לאחרים, וכמש"כ התוס' ב"מ י, א (ד"ה תופס): "מה שפרש"י משום דלא עשאו שליח, אין נראה דכפ' הכותב (כתובות פד, ב) ושם ד"ה את) משמע גבי עובדא דיימר בר חשו, דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, לא קני אפילו עשאו שליח".

גם הרמב"ן בסוגיא (ב"מ י, א) הקשה על רש"י, דהא במשנה ב"מ ט, ב בהיה רוכב ע"ג בהמה, עשאו שליח, ואפילו הכי אם אמר אני זוכה בה מעכשיו אע"פ שהגבהתיה בשבילך, השני קנה לרב נחמן. וכן מה הקשה רבא מפועל, הא ודאי פועל לא גרע משליח. וכן הקשה מה שהקשו תוס' מעובדא דיימר בר חשו (כתובות פד, ב). ולכן הסיק הרמב"ן: "אלמא אע"ג דשויהא אותו נושה שליח, לאו כל כמיניה להיות

חב לאחרים". וכן דעת הרשב"א בסוגיא דבין לא שוייה שליח בין שוייה שליח לא קנה. וכן דעת הרא"ש ב"מ א, כז, וכן פסק בשו"ע חו"מ קה, א.

ובפני יהושע (כתובות פד, ב ד"ה את תופס) הקשה על שיטת הראשונים הנ"ל, מדוע לא מועילה תפיסה כשעשאו שליח בפירוש שיזכה עבורו, דהא קי"ל בכל התורה שלוחו של אדם כמותו וידו כיד משלחו ממש, בין בגיטין וקידושין, אע"ג דמחייב לאחריו. ורצה הפנ"י לומר בדעת הראשונים הנ"ל דלא מהני שליח לתפיסה, כיון שהרי זה כשליח לדבר עבירה, וז"ל:

"אם לא שנאמר דהכי נמי בהא דשמעתין נמי הוי כדבר עבירה, דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, כיון דאי אתא קמן לדינא לא הוו נותנין אלא ליורשין, כדקאמר ר"ע או לכושל כרבי טרפון אלא דוקא בדיעבד היכא שתפס בעצמו, דכיון שיש לו בה זכות, אין כח ביד הב"ד להוציא מידו וליתן לשאר בעל חוב או ליורשין, דהא איהו קאמר ידידיה הוא."

אלא שהקשה לפ"ז על חילוקו של הרא"ש בשם ר"ח (ב"מ א, כז, וכן פסק בשו"ע חו"מ קה, א) דאפטרופוס מהני טפי משליח, דאטו האפטרופוס שייך טפי במילתא דעבירה יותר משליח גמור. ועיי"ש מה שהקשה עוד, ונשאר בצע"ג. ומ"מ לפי סברתו של הפנ"י תופס לא מהני בשליח מפני שהיא דבר עבירה, י"ל דאסור לתפוס. אמנם לא נראה מדבריו שהוא גזל אלא רק אם היה בא לשאול היינו אומרים לו שאסור, מ"מ הוי דבר עבירה ואסור. ולפ"ז י"ל דנדוד"ד תלוי במחלוקת רש"י ותוס', דלשיטת התוס' והראשונים דעימיה הו"ל איסור, ולשיטת רש"י אין איסור, ורק לא קנה התופס בעבור החייב. וכן נראה לכאורה ממש"כ רש"י ב"מ י, א: "לא קנה כדאמר בכתובות, דלאו כל כמיניה להיות קופץ וחב לאלו, מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס". ומדכתב דלאו כל כמיניה, והיינו שאין לו זכות לבוא ולתפוס, משמע לכאורה שיש חסרון בעצם אפשרות הזכיה כשלא עשאו שליח, אך אין בכך איסור.

ועייין גם בכסף הקדשים ר"ס קה שכתב דמה דלא מהני לתפוס לבע"ח במקום שחב לאחרים, הוא או דזכיה מטעם שליחות, ואין שליח לדבר עבירה, או מצד "דעל סני לחברין לא תעביד, כמו שלא היה רוצה שיתפוס אחר, אילו היה מגיע לו מהלוה, כן אין ראוי לו לתפוס בשביל אחר, דחוב לאחרים". ומצד זה שכתב נראה שאין איסור בדבר אלא הנהגה טובה ומידה נכונה.

אמנם למש"כ קצוה"ח קה, א על דברי הפנ"י, דאין מקום לדין שליח לדבר עבירה, מאחר ואין בזה עבירה למשלח ורק לשליח, דלא אמרינן אין שליח לדבר עבירה אלא בכהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, דעבירה הוא למשלח,

עיי"ש, א"כ אין טעם הראשונים הנ"ל מדין שליח לדבר עבירה. גם בית אפרים (חאהע"ז סי' קיד) כתב דלא שייך בזה שליח לדבר עבירה או לאי עביד לא מהני, דבקיום השליחות אין עבירה, שהרי אם השליחות מהני, הרי ידו כיד הבעלים והוא תופס כמו הבעלים, ובזה אין עבירה כלל. [ועיין עוד באמרי בינה גב"ח סי' לא ד"ה והגם, ובדבר אברהם ח"ג סי' כ,א ד"ה ויש, ובחדושי הגרש"ש גיטין ד ד"ה ונלענ"ד, מש"כ בזה. ובגרנ"ט סי' פט כתב לישב, דלפנ"י כיון שהשליח עובר עבירה, לא חל מינוי השליחות ולא חשיב שליח, לכן אף שהמשלח אינו עובר, מ"מ אינו נחשב כשליח, מאחר ומינויו לא חל].

עוד עיין בקצוה"ח שם שמשמע לכאורה כרש"י, כיון שכל דין זכיה הוא מגזירת הכתוב, לא מהני לזכות כשחב לאחרים, שאין זו זכיה גמורה שגזרה התורה שיזכה לאחרים. אבל כשעושה שליח, מהני מדין שליחות. ולשיטת התוס' דזכיה מדין שליחות, כל היכא דזכיה לא מהני, מוכח דגם שליחות להדיא לא מהני. גם בשואל ומשיב (קמא ח"ב סי' קי ד"ה ומה) כתב דאין בזה חסרון של שליח לדבר עבירה, רק לא מהני לחוב לאחרים, משא"כ בפועל דידו כיד בעה"ב, חשיב כתופס לעצמו.

גם מדברי הנתיבות שם ס"ק ב ממש"כ בבאור דברי רש"י, נראה שזו שאלה בדיני זכיה וקנינים ולא שאלה של איסור. הנתיבות הביא את שיטת הר"ן בחדושים ב"מ יב,א, שאינו יכול לזכות במציאה עבור חבירו בתורת שליחות, כיון שצריך להיות שליח של בעל הממון, ובמציאה אין בעל הממון, וכל מה שיכול לזכות הוא מדין מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה. ועיי"ש מה שחילק בין הפקר לאבידה, לענין אי מהני שליחות לזכות לחבירו, דבהפקר שאין בעלים כלל, שיצא כבר מרשות הבעלים, לא בעינן שליח של בעל הממון, משא"כ באבידה שלא יצא ביאוש מהבעלים עד דאתי ליד זוכה, בעינן שליח של בעלים.

ולפי דברי הר"ן, ישב הנתיבות את שיטת רש"י, דלכאורה קשה על הר"ן שכתב דבממון לא מהני שליחות בלא בעל הממון, למאן דס"ל דזכיה מטעם שליחות, א"כ בתופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים אמאי קנה, הא לא מהני שליחות בממון בלא בעל הממון. ולכן חידש הנתיבות;

"דהלוא לא מיקרי בעל הממון כלל, כיון שהוא משועבד למלוה ולית ליה לאשתלומי במקום אחר, וגם בתפיסה של התופס לא יוצא מרשות הלואה לגמרי, דהא הרשות ביד הלואה עדיין לסלק בזווי אחריני, רק שתופס לאלם השעבוד, ולא בעינן כלל בעל הממון רק במקום שמוציא מרשות בעל הממון. ולפי"ז שפיר כתב רש"י דעשאו שליח מהני, דרש"י ס"ל דשליחות מהני אפילו במקום דחב לאחרני, וטעם הר"ן דלא מהני שליחות בלא בעל הממון,

לא שייך גבי תופס לבעל חוב, כיון דהלוה לא מיקרי בעל הממון לענין שלא יועיל עד שיעשה הלוה שליח, מטעם שכתבתי בתופס במקום שאינו חב לאחרים, והמלוה האחר ודאי דלא נקרא בעל הממון, משו"ה מהני שליחות, משא"כ גבי מציאה, מודה רש"י דלא מהני שליחות, דבמציאה איכא בעל הממון, ולא מהני בלא בעל הממון."

ומבואר מהנתיבות דלענין שליחות של בעל הממון, הוי כתופס מדבר שאין לו בעלים, דלא בעינן שליחות של בעל הממון. ומכל הלין נראה שכל הדיון לשיטת רש"י סובב סביב האפשרות לזכות, ואם מהני דין שליחות, ובאילו אופנים מועילה השליחות. אך כל הדיון הוא סביב השאלה הקנינית ולא האיסורית.

והנה בשו"ע חו"מ קז, יא פסק דאם הניח להם אביהם מטלטלין, וקדמו ופרעו לבעל חוב מאוחר, אין בעל חוב מוקדם יכול להוציא מידו. ובקצוה"ח שם ס"ק יא, כתב וז"ל:

"ולענ"ד נראה דהיכא דעמדו ופרעו לבע"ח מאוחר, אין זה מזיק שעבודו של חברו, דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים למ"ד קנה חברו (גיטין יא, ב), מי נימא דחייב התופס לשלם לבע"ח משום מזיק שעבודו, דהא אם לא היה תופס לחברו היו חולקין, והתם איכא שעבוד תורה דהא מיניה ודאי גובה ועל [ידי] תפיסתו הברית שעבודו."

אמנם קצוה"ח מייירי לענין חיוב תשלומין, וגם לשיטתו י"ל דאסור להזיק שעבודו, ואף שכאן הברית שעבודו, כל זה מדיני חיוב מזיק, אבל איסורא לכאורה גם לקצוה"ח איכא. וע"ע בדברי חיים (דיני עושה שליח סי' ז) שחלק על יסוד קצוה"ח, דבתופס לבע"ח, מיד שתפס השתעבד לכאו"א מבעלי החוב מדרבי נתן, עיי"ש.

ובשואל ומשיב (תליתאה, ח"א סי' תמט) נשאל במי שתפס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ומסר את מה שתפס לבע"ח, אם חייב לשלם. וכתב דהוי רק גורם ולא מזיק ממש, דכיון שמן הדין הלוה חייב לזה שתפס עבורו, וכל טענת החייב הוא דהוה מעריקנא ליה לאגמא, הוי רק היזק שאינו ניכר:

"וגם בנדו"ד באמת זה חייב לבע"ח, רק שזה לא רשאי לתפוס עבורו, אבל עכ"פ היזק ניכר לא מקרי, שבאמת זה חייב לבע"ח, וא"כ ניהו שעשה עבירה, אבל לא הזיקו נזק הניכר, וז"ב כשמש".

ואמנם כל זה ביחס לחייב, אולם ביחס לבע"ח האחרים, בדבר שאין בו דין קדימה, לכאורה גם לא חשיב מזיק. ומ"מ מבואר לכאורה בשו"מ שאסור לו לעשות

כן, דאף שגרמא בנזיקין פטור, מ"מ אסור, כדאיתא בב"ב כב, וכו'. וא"כ דינו של התופס הוא כמזיק בגרמא שאסור, כן נראה מהשו"מ.

אמנם ממש"כ הרא"ש ב"מ א, כז בטעם דין תופס לבע"ח דלא קנה; "דלאו כל כמיניה לזכות זה ולחוב לאחרים". [ועיין בקה"י ב"מ טו, דהיינו שאין חסרון מצד מינוי השליחות אלא מצד קבלת השליחות, דאע"פ שהוא כבר שלוחו, צריך השליח ליחד בשעת קיום השליחות את מעשיו עבור המשלח, ולא כל כמיניה לזכות לזה ולחוב לזה, עיי"ש]. ובהמשך דבריו דכל היכא דלא חב לאחרים, מעיקר הדין יכול לתפוס ולא מכח התקנה: "שהרי אין תובעו לדין להוציא ממנו כלום, שיוכל לומר אין להשיב לך כיון דאין לך הרשאה. אלא הולך ותופס משלו, ולא מצי אמר ליה החזיר לי מה שתפסת כיון שאין לך הרשאה, דזכין לאדם שלא בפניו והוי כאילו תפס המלוה בעצמו. ואינו חב לאחרים, כיון שהלוח מודה שהוא חייב או השטר מקויים ביד התופס". ומבואר שהדיון אם יכול לזכות, ואם מהני מדין זכיה, אבל אין הדיון אם מותר או אסור אלא אם יכול לזכות. ומ"מ אינו דבר עבירה, דאף שאסור להזיק בגרמא, לא חשיב כשליח לדבר עבירה, כמש"כ בשו"מ קמא ח"ב סי' קי הנ"ל.

ועיין בדברי יחזקאל נה, מש"כ בבאור מחלוקת רב נחמן ורב ששת שם בגמ', ונראה דכן באר בשיטת האחרונים הנז', אם חב לאחרני לא מהני מפני שאינו יכול להפקיע זכות של אחד ולזכותו לאחר, או מפני שבמציאות חב לאחרני, שמונע ממנו האפשרות לזכות בו, עיי"ש. והיינו, אם זהו דין בהלכות קנינים וזכיה, שאי אפשר לזכות לאחד ולחוב לאחר, דאין זה זכיה. או שהוא דין בהלכות נזיקין או גניבה, שמונע מהשני זכות ממון שיש לו. וע"ע באבן האזל מלוה ולוה כב, ד"ה ונראה.

ב. חב ללוה עצמו ולא לבע"ח אחרים

מדברי הרא"ש הנז' מבואר דמה שחב ללוה עצמו, לא חשיב חובה שלא יוכל לזכות עבור הבע"ח, דכיון שהלוח מודה שהוא חייב או השטר מקויים, אינה חובה ללוה, דזו חובתו לשלם למלוה. וכאשר חב לאחרים, י"ל דיש להם זכויות שהתופס מונע מהם, כגון תפיסה במטלטלין וכד' (עיין שו"ע חו"מ קד, ג). ולכאורה גם למלוה יש זכות לשלם בדברים אחרים, עיין שו"ע חו"מ סי' קא, ולכאורה גם בזה יש מניעת זכות. וי"ל, דבתופס במקום שחב לאחרים מיירי באופן שהאחרים לא יוכלו לגבות חובם, משא"כ כשהשאלה היא מניעת זכות של פרעון בקרקע או במעות וכד', אין זה חובת ממון שהוא בבחינת חב לאחרים. וכמש"כ הרא"ש דמיירי בשטר מקויים או הלוח מודה שחייב.

והנה דעת הרי"ף בתש' (סי' רעה) שכל מה שיכול לתפוס כשאינו חב לאחרים, אינו מדינא, ולכן אם הלוח בעל ממון ויכול לפרוע למלוה, אינו אחר יכול לתפוס. דאם מעיקר הדין יכול לתפוס, מה לי הלוח בעל ממון או לא. וע"כ י"ל שזה מכח התקנה. ודברי הרי"ף הביא הרא"ש ב"מ א, כז, וחלק עליו, וז"ל:

"וכתב רב אלפס ז"ל בתשובה, דדוקא במקום דאיכא פסידא לבע"ח, כגון דמית לוח ואי לא תפיס למלוה מפסיד לגמרי דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח. א"נ לגברא דמפסיד נכסי. א"נ בעני וירד מנכסיו ונראה לב"ד שיופסדו כל נכסיו עד שלא יבא בע"ח, כה"ג אמרינן קנה חבירו, ותקנה היא שהתקינו. הא אילו היה הלוח אמיד ויכול לפרוע לב"ח מה שיש לו אצלו, הרי זה אומר לו לאו בעל דברים ידידי את ושומעין לו. ולא נהירא לי, דאר"י (בכתובות דף פד ב) דתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, מכלל דהיכא שאין חב לאחרים מדינא קנה ולא מחמת תקנה. ולא מסתבר למימר דה"ק ר"י, דהיכא דחב לאחרים לא עשו תקנה. ועוד דמילתא דפשיטא היא דלמה יתקנו לזכות לזה לחוב לאחרים. ועוד מדמייתי לה אמגביה מציאה לחבירו אלמא דינא קאמר. הלכך נראה לי דשורת הדין הוא. ולא שייך להקשות לימא ליה לאו בעל דברים ידידי את, שהרי אין תובעו לדין להוציא ממנו כלום שיוכל לומר אין להשיב לך כיון דאין לך הרשאה. אלא הולך ותופס משלו ולא מצי אמר ליה החזיר לי מה שתפסת כיון שאין לך הרשאה. דזכין לאדם שלא בפניו והוי כאילו תפס המלוה בעצמו. ואינו חב לאחרים כיון שהלוח מודה שהוא חייב, או השטר מקיים ביד התופס."

הרא"ש חולק על הרי"ף, דהרי קיי"ל דוקא תופס במקום שחב לאחרים, ומשמע שבמקום שלא חב לאחרים לא נאמר הדין שלא קנה. גם אם יש סיבה המונעת מעיקר הדין, מדוע עשו תקנה שיוכל לתפוס, ומדוע לא עשו תקנה כשחב לאחרים. ולכן כתב דמעיקר הדין יכול לתפוס, כיון שהשטר מקיים או לוח מודה שחייב. וע"ע במאירי גיטין יא, ב, (ד"ה ושאלו) דמה שחב ללוח אין דינו כחב לאחרים.

גם הרשב"א בסוגיא (ב"מ יא) הביא את דברי הרי"ף בסתם ולא חלק עליו. וכן נראה גם מדברי הרשב"א בתש' (ח"ג סי' סד), דדוקא בגברא המפסיד נכסיו יכול לתפוס, אבל במקום שאין פסידא למלוה, אין האחר יכול לתפוס, הגם שאינו חב לאחרים. וכן נראה גם מדברי המרדכי גיטין (סי' שלא) שבתרוץ הראשון כתב דיכול לתפוס דוקא כשאין ללוח נכסים אחרים ויפסיד המלוה אי לא תפיס השליח, והיינו כמש"כ הרי"ף בתש'. ולכאורה גם מדברי הרא"ש בגיטין א, יט, משמע לכאורה שמשכים לשיטת הרי"ף. הרא"ש שם הביא את ה"ר משה מאיבר"א, דהא דאמר דהתופס לב"ח

קנה, היינו כשאין לו ללוה נכסים אחרים ונמצא שיפסיד המלוה אי לאו הא תפיסה, הלכך מהני תפיסה, משא"כ כשיש ללוה נכסים אחרים, לא קנה התופס, דאי לא תימא הכי, לא שבקת חיים לכל בריה, שכל אדם יתפוס נכסי חברו כשהוא חייב לשום אדם ויאמר בשביל בעל חובך אני תופס. ובהמשך כתב הרא"ש; "וגם תירוצי ה"ר משה אמת". וסתירה זו העיר בפ"ח בב"מ ובק"נ בגיטין, עיי"ש. ובגדו"ת סז,ב,ג, נשאר בצ"ע בסתירת דברי הרא"ש.

ובאמרי בינה (גב"ח סי' ב ד"ה ועיין ב"י) הביא את הש"ג ב"ק מה"ב, הובא בש"ך רלב"ב, שהמלוה את חברו ואינו תובע הלוואתו, אין הלוה חייב לשלם לו מאיליו, דהואיל ואינו תובעו, במתנה בקש ליתן לו (ועיין מה שכתבתי בזה בח"ה א/ט), דהרי"ף מיירי שעדיין לא תבע המלוה את הלוה, כך שיכול לומר הלוה לתופס לאו בע"ד ידי את, דשמא במתנה רוצה לתת לי, ואילו הרא"ש מיירי שכבר תבעו המלוה, ואין הלוה י"ל שמא במתנה רוצה ליתן לי, ועיי"ש מה שחילק בין תופס מטלטלין למעות. ועיין עוד באמרי בינה בסוף חאה"ע"ז בסוגיא דתופס (דף לז,ב). ועיין עוד במש"כ הגרא"ז באבן האזל מלוה ולוה כ,ב ד"ה ובוה מבואר. [וע"ע בסמ"ע סו"ס קה (ס"ק יג) לענין טענת מפקיד של היה צריך הנפקד לתת למלוה שלו, דהוי כפורע חובו של חברו, וכתב הסמ"ע דטענת מפייס הייתי למלוה שייכת רק כשהפורע רוצה להוציא מהלוה, אבל כאן שהמפקיד/ הלוה רוצה להוציא מהנפקד, לא יכול להוציא ממנו בטענה גרועה זו של מפייס הייתי וכו'. ולפ"ז לכתחילה בטענה גרועה יכול למנוע ממנו לתפוס לכתחילה. ולכן גם בטענה של אולי יתן לי במתנה כיון שלא תבע, ודאי יכול לטעון כדי להחזיק בשלו שלא יוכל לתפוס].

ובשער המשפט קה,א כתב לישב את קושית הרא"ש על הרי"ף, דמשמעות הגמ' דדוקא בחב לאחרים לא קנה, אבל כשלא חב לאחרים קנה, די"ל דלא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא כשאנו חב לאחרים דלא קנה, דיכול לומר לאו בע"ד ידי את, אלא אף במקום שחב לאחרים, דבזה הו"א דמהני תפיסה כיון שיש בזה פסידא למלוה, קמ"ל דלא קנה, כיון שיש גם פסידא לאחרני. ורק שלא חב לאחרני עשו תקנה שיוכל לתפוס במקום שיש פסידא למלוה, כגון אם ללא התפיסה לא יוכל לגבות חובו, עיי"ש.

ומדברי הנצי"ב במשיב דבר (ח"ב צ,ג) מבואר לכאורה דאף שדעת הגאונים כדעת הרי"ף, ומבואר בשאלתות דרב אחאי גאון הטעם, משום דכתיב מי בעל דברים יגש אליהם, דוקא בעל ולא שלוחו, ואין לו יכולת להציל העשוק שהוא המלוה אם לא בהרשאה וקנין, והכי נמי אינו יכול לתפוס בשביל המלוה. אולם לשיטת הרא"ש יכול לתפוס מדינא. וכיון דקיי"ל בדיני הרשאה, דהא דבעינן הרשאה לגבות חוב אינו

אלא משום חשש מיתה או ביטול השליחות ויהי הפסד ללוה. וא"כ קיי"ל כרא"ש שדין גמור הוא להציל העושק אף שעוד לא הגיע זמנו. דכיון שכל בסיס דברי הרא"ש שאין שליח יכול לתפוס מפני שאינו בע"ד, משא"כ בא בהרשאה, וכיון שקיי"ל דהרשאה אינה נצרכת למהות השליחות אלא לחשש מיתה או ביטול השליחות, ממילא גם ללא הרשאה דינו כהרשאה לענין היכולת לתפוס כנגד טענת לאו בע"ד ידידי את.

ג. תפיסת שליח או פועל

לאמור לעיל הואיל ומצאנו להדיא אוסרים וסוברים שיש בעצם התפיסה איסור ועבירה של מזיק, ומאידך, אף אם נאמר שאין כאן איסור אלא חוסר יכולת בדיני זכיה, מ"מ לא מצאנו להדיא מי שהתיר, ובכל אופן ודאי שיש להורות לאיסור, אלא שאם כבר תפס, יש לדון אם עבר על איסור אם לאו, אבל להורות להיתר, אין בידנו.

ובנדו"ד שהרוצה לתפוס הוא מורשה שיש לו יפוי כח כללי, הובאה לעיל שיטת רש"י דמהני בעשאו שליח, ודעת התוס' והרא"ש, וכ"פ בשו"ע חו"מ קה"א, דגם שליח לא יכול לתפוס למשלחו כשחב לאחרני, ומש"כ האחרונים בזה, עיין לעיל. והב"ח חו"מ קה"א כתב בבאור דעת רש"י, דבאומר לו ע"פ לך ותפוס, יש לחוש שמא ביטל המלוה השליחות קודם שיתפוס, ולא כל כמיניה לחוב לאחרים, ובכה"ג מיירי הך עובדא דיימר בר חשו. אבל עשאו שליח בהרשאה, דהקנה לו הממון שיש לו ביד פלוני, הוה ליה כאילו נתנם לו במתנה ולא יוכל לבטל השליחות, השתא ודאי השליח חשוב כמו הבעלים בעצמן ויכול לתפוס. והב"ח כתב דהרא"ש שכתב דאפי' שליח בהרשאה לא מהני, ראיתו מר"ח דאפוטרופוס שתפס מהני דאפוטרופוס כיד בעלים עצמן הוא, יש לדייק דשליח בהרשאה לא מהני, דאל"כ ישמיענו ר"ח חידוש גדול יותר מאפוטרופוס, דאפי' שליח בהרשאה מהני.

ויש לדייק דמיירי דוקא באופן של הרשאה שמקנה לו הממון, דומיא דב"ק ע"א, ושו"ע חו"מ קכ"א ולהלן, אבל לא בהרשאה שרק ממנה אותו שליח בכתב, כיון שיכול לבטל ההרשאה. ולכאורה גם בהרשאה שהיא הקנאה, יכול לחזור בו, וכמש"כ הרמב"ם בהל' שלוחין ג.ח. ומקור דברי הרמב"ם מדברי הר"ף פ"ז דב"ק (כז,ב בעמוה"ר): "איתמר משמיה דרב יהודאי גאון זצ"ל דקיי"ל דשליחא שויא, הילכך אי בעי לביטוליה שליחותיה ואורוכי איניש אחרינא, אית ליה רשותא למיעבד הכי". הרי שמעצם היותו המורשה שליח, יש למרשה רשות לבטלו כדין כל שליח. ונראה דאף לרמב"ם הסובר דמקנהו בקנין גמור, י"ל כמש"כ המהרי"ט אלגזי פ"ח דבכורות (הובא לעיל), דאף שמקנהו בקנין גמור מ"מ אין זה קנין גמור שיוכל המורשה לתפוס, והוא

הדין אינו קנין גמור שלא יוכל לבטל את המורשה. ועיין בנתיבות (קכב,ה) ע"פ מש"כ הרמב"ן דאף דהוי קנין גמור הוי כמתנה ע"מ להחזיר וע"כ אין המורשה יכול לתפוס, די"ל דהוי כמתנה על-מנת להחזיר אימתי שירצה המורשה, ע"כ צריך ביטול מפורש מצד המרשה או יורשיו, וע"כ אף שמת המרשה לא התבטלה ההרשאה כל זמן שלא ביטלו היורשים את ההרשאה, דהוי כתנאי מעצם ההרשאה שתהא ההרשאה קימת כל זמן שירצה המרשה.

ועיין באור זרוע (ב"ק סי' ש - שא), מה שהביא מהראב"י להקשות דניחוש שמא ביטל השליח עד שלא הגיע אצל הנפקד. ותירץ, דאפילו ביטלו אינו מבוטל, דע"כ לא פליגי רבי ורשב"ג (גיטין לג,א) אלא גבי גט אי ביטלו מבוטל אי לאו, אבל גבי ממונא לכ"ע לא הוי מבוטל, דא"כ מה כח בי"ד יפה. והאו"ש כתב דעתו, שיכול לבטל שליחותו כדברי מר יהודאי וצ"ל, דהא איהו שויה שליח ואיהו מבוטל ליה, וכי מבטל ליה לא עקר דברי בית דין, ולא שייך הכא למימר מה כח בי"ד יפה. ומבואר מדברי האבי עזרי שם, דדוקא במקום שעקר מעשה בי"ד, כגון בגט שתיקן

רבן גמליאל לא לבטל, וביתומים שבי"ד ברר להם חלק חלק יפה, והם בערעורם עוקרים מעשה בי"ד. ובכגון זה חילקו בגמ' בגיטין ר"פ השולח בין ממונא לאיסורא. אבל בהרשאה אין בביטול ההרשאה משום עקירת מעשה בי"ד.

ומבואר דס"ל לראב"י דאינו יכול לחזור מפני שהקנהו בקנין גמור והוי מתנה, וכן נראה ממה שמסיק האור זרוע בסו"ס שא, דאי לאו דפסק הגאון דמצי לבטולי, הוה נראה דהואיל וכתב לו זיל דון זכי ואפיק לנפשך, והיינו מתנה כדפירש אבי העזרי, הוה אמינא דלהכי אהני לשון מתנה דלא מצי לבטולי. הרי שאילולי פסק רב יהודאי גאון היה האור זרוע פוסק דלא מצי לבטולי מכח הקנין והמתנה שנתן למורשה. ולכאורה לאמור לעיל, כיון שיכול לבטל, א"כ לא יוכל לתפוס לבע"ח, גם כשמינהו בהרשאה, שהרי יכול לבטלו. ולכאורה דלא כב"ח. ועיין בש"ך קה,א דכתב על דברי הב"ח: "ואין דבריו נכונים, שהרי הביא הרא"ש ראייה ממצאיה, והתם לא שייך הרשאה, דמי יאמר לו לאו בעל דברים ידי את. ועוד דהרשאה לא שייך אלא נגד הלוה..." מבואר מצד אחר דלא כב"ח, דמהרא"ש משמע להדיא דלא מהני הרשאה.

ולכאורה מדברי הריטב"א גיטין יא,ב מבואר דלא ס"ל כרש"י שיכול לתפוס היכא שעשאו שליח. ומזה קשה לכאורה על מה שהביא מהר"א ששון בסי' סז שדעת הריטב"א כדעת רש"י. וכיון דאין דעתו דעת יחידי, יכול התופס שמינהו שליח, לומר קים לי כדעת רש"י והריטב"א. וז"ל הריטב"א:

ש"מ מדרבנן התופס לבע"ח קנה ואפילו במקום שחב לאחרים א"ל אין ... ודעת רבינו דלא אמרינן דהתופס לבע"ח קנה אפי' בלא חב לאחרים אלא היכא דשויה בע"ח שליח לתופס, דומיא דההיא עובדא דיימר בר חשו דפרק הכותב (פד,ב) בההיא ארבא דאמר לשלוחיה דלתפסיה ניהליה, אבל היכא דלא שויא שליח, אין לו רשות לתפוס ואפילו במקום שלא חב לאחרים, משום דאמר ליה אידך לאו בעל דברים ידידי את. והכא אע"ג דלא שוייה שליח העבד לקבל גיטו דבעי למימר דמהני, היינו משום דאיכא למימר מתפיס מדעת ומדעתא דנתפס תפס הלכך עדיף משוייה שליח. ולי נראה דיכול לתפוס ואפילו בלא שוייה שליח משום דזכין לאדם שלא בפניו ואינו חב לנתפס כיון שהוא חייב לאידך ... וכן נראה דעת רש"י שכתב בפ"ק דמציעא לא אמרינן תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה אלא דלא שוייה שליח אבל שויה שליח קנה, אלמא דבמקום שלא חב אף דלא שוייה שליח קנה, דאי לא, מאי איכא בין חב לאחרים ללא חב. ואע"פ שאין דבריו מחוורין, דודאי במקום שחב אע"ג דשויה שליח לא קנה כדאיתא בהדיא בעובדא דההוא ארבא דפרק הכותב (פד,ב) דאמרי ליה רב הונא בריה דרב יהושע ורב פפא דאין לו רשות מפני שהיה חב להם אע"ג דשויה שליח, מ"מ מדבריו למדנו שהוא סובר דבמקום שלא חב אפי' דלא שויה שליח יכול לתפוס וכדכתיבנא.

אולם מהר"א ששון שמצא שיטה בשם הריטב"א, נמצא שם חילוק דלרש"י מהני בשעשאו שליח, דוקא בעשאו שליח בעדים, עיי"ש. (עיי' בתומים קהא, שכתב דהריטב"א שכתב מהר"א ששון אינו בדינו, אבל הריטב"א בב"מ כתב להדיא דלא כרש"י). ובש"ך קהא, הקשה על מהר"א ששון הנז' שכתב דבמינהו בפני עדים מהני לשיטת הריטב"א, דמה לי שליח בעדים או לא. וגם משמע שבפרק הכותב נמי עשאו שליח בעדים ואפ"ה לא מהני. וע"כ פירש הש"ך בכונת רש"י, דפשיטא דבדבורא בעלמא שאומר לו לתופס לא הוי שליח, ורק כששכרו להיות שלוחו לתפוס יכול מהני תפיסתו. דשם בב"מ י,א תירצה הגמ' דשאני פועל דידו כיד בעה"ב, והא פשיטא דאין פועל משועבד לבעל הבית כעבד כנעני דידו כיד בעל הבית. אלא שאני פועל ששכרו ללקט מציאות והוי שלוחו, וכיון ששכרו להיות שלוחו הוי ידו כידו. (עיי' בקהילות יעקב סי' יג, דכיון שכל עשיותיו של הפועל מיוחדים לבעה"ב, ידו כיד בעה"ב. ולכאורה אין הבדל אם הוא פועל או קבלן, והיינו ששכרו ויתן לו שכר רק לפי מה שיתפוס, לפי התוצאה ולא לפי הפעולה, דאם היה הטעם שידו כעבד, א"כ דוקא פועל הוא כעבד כנעני, משא"כ למש"כ הש"ך). ובעובדא דיימר בר חשו, רק אמר לשלוחו ולא שכרו לכך. והוסיף הש"ך: "ונראה שכל הפוסקים מודים לזה לדינא, דהא מוכח כן בש"ס ממאי דפריך (י,א) מפועל, אלא שהבינו דברי רש"י בסתם שליח

ולכן הקשו עליו, אבל לדינא מודו למש"כ". ולכאורה לשיטת הש"ך החילוק בין עושה שליח בחינם, לבין מי ששכור לבעה"ב בשכר לתפוס, שבזה ס"ל לש"ך דמהני גם לחולקים על רש"י.

ועיין בכסף הקדשים ריש סי' קה שהסכים בתחילה לדברי הש"ך, דכל הטעם שתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני, דהוא גם מטעם מאי דסני עלך, לחברך לא תעביר, כמו שלא היה רוצה שיתפסו עבור בע"ח ויחובו לו. וע"כ כשמשלם לו שכירות, לא שייך טעם זה. ועיי"ש בהמשך דברים טעמים אחרים.

ועיין בתומים קה,א שהביא ראיות מרש"י בביצה לט,א דלא מהני תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים אף בעשה שליח, ומש"כ רש"י בב"מ דמהני ע"י שליח, היינו להו"א ולא למסקנה. ולכן קיי"ל כתוס' והשו"ע דלא מהני לתפוס לחוב בעשאו שליח. וכן מש"כ הש"ך בכוונת דברי רש"י דפועל יכול לתפוס, התומים השיגו, וכן בנתיבות קה,ב, דדוקא באית ליה מיגו דזכי לנפשיה יכול לתפוס, ועיין בתומים ובנתיבות מש"כ בבאור השקו"ט בגמ'. ומסקנתם דלא כש"ך, ואף בפועל לא יכול לתפוס לבעה"ב, כשחב לאחרים.

ובק"נ גיטין הי"ג אות ד חלק על הש"ך, אך הביא מאחיו דאפשר דמהני מה ששכרו לתפוס, דודאי הבטיח לו שכר ממה שיתפוס, ויש לו זכיה בחלק ממה שתפס, ומיגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה. ולכאורה לא דמי למיגו דזכי לנפשיה שבמציאה, שבמציאה יש לו זכות בגוף הממון מכח המציאה, משא"כ בזה אין לו זכות בממון הלזה אלא בממון המלוה, רק כשתפס יהיה זה ממון המלוה ויהיה לו בזה זכות, ולכאורה אין בזה דין מיגו דזכי לנפשיה, וצ"ע.

והגרע"א (תנינא סי' קיב) כתב דדברי הש"ך דמהני לרש"י דוקא בפועל, דחוקים ביותר, דמה החילוק בין שליח בשכר לבין שליח בחינם המקבל עליו לעשות השליחות, וכי השכר הוא הגורם שיהיה נקרא פועל, והלא גם בשכר אין משלם אלא לבסוף, וגם יכול הפועל לחזור:

"ולזה נראה לענ"ד דבאמת גם בחינם הוי פועל, היינו דרש"י דכתב שם כן על ר"נ ולדידיה דס"ל דכל מציאה הוי חב לאחרים, וההיא ברייתא דפועל הטעם דיד פועל כיד בעה"ב, מש"ה גם בתופס לבע"ח אם עשאו שליח דהוי כפועל מהני תפיסתו, אבל לדינא יש לומר דקיי"ל כרבא דהוכיח מההיא דפועל דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, ולא ס"ל לחלק דפועל שאני, והטעם דכל מגביה מציאה דקנה חבירו, היינו דלא מקרי תופס לבע"ח משום מגו דאי בעי זכי לנפשיה, ממילא בתופס לבע"ח דלא קנה גם ע"י פועל לא

מהני, וממילא עשאו שליח לא מהני, והסוגיא דכתובות לפי ההלכה דבאמת לא מהני עשאו שליח, ורש"י דכתב כן על ר"נ, דלדידיה עשאו שליח מהני.

הרי שסובר הגרע"א דלא מהני תפיסת פועל במקום שחב לאחרים, ואף לשיטת רש"י לא מהני בשליח, ורש"י כתב כן רק אליבא דרב נחמן, אך לדינא קיי"ל כרבא מטעם מיגו דזכי לנפשיה. (ומש"כ דאין סברא לחלק בין פועל בשכר לפועל בחינם, עיין במחנה אפרים חצר סי' ח שכתב דמסוגין מוכח דלא אמרינן ידו כיד בעלים אלא בשומר שכר, משום דכל שומר שכר הרי הם כפועלים). גם באמרי בינה (קנינים סי' יט ד"ה וראיתי) כתב כדעת התומים והנתיבות, דאף דיד פועל כיד בעה"ב, היינו שבאופן רגיל מה שיזכה הפועל בסתם, הוא לבעה"ב, וכיון שאין לו שייכות לזכות לנפשיה, כיון שהלוה לא חייב לתופס, צריך לכיון לזכות לבעה"ב ולא מהני תפיסה בסתם, וזה שייך רק אם הוא בגדר שליח של בעה"ב, ושליח לא מהני.

גם לענין עצם השליחות אם מהני כשכותב לשליח הרשאה, לכאורה מהגמ' בב"ק ע,א משמע לכאורה שזו המחלוקת בין אממר לרב אשי, דאיתא שם: ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע, מיגו דמשתעי דינא אפלגא, משתעי דינא אכולה. אמר אממר, אי תפס לא מפקינן מיניה. רב אשי אמר, כיון דכתביה ליה כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, שליח שויה. ואיכא דאמר שותפא שויה. למאי נפקא מינה, למיתפס פלגא. והלכתא שליח שויה. ורש"י שם פירש בדברי רב אשי דשליח שויה; "הלכך אי תפס מפקינן מיניה. וללישנא קמא נמי אי תפס משל נאמן מפקינן מיניה, דהא שליח בעלמא הוא והוי כתופס לבעל חוב". וכיון דקיי"ל דשליח שויה, משמע דלא מהני הרשאה לתפוס לבע"ח. וכן מבואר להדיא מדברי הרא"ש ב"מ א,כו דלא מהני לתפוס לבע"ח כשחב לאחרים: "אפי' עשאו בעל חוב שליח וכתב לו הרשאה, דלאו כל כמיניה לזכות זה ולחוב לאחרים, ועל אותן אחרים לא כתב לו הרשאה". ומש"כ בסיפא דלא כתב לו הרשאה, עיין בפ"ח ח דכוונתו דלא מהני הרשאה. אמנם בשטמ"ק ב"מ י,א הביא מתוס' חיצוניות דהיכא דעביד ליה הרשאה, לא חשבינן ליה תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים. ועיין לעיל מה שהבאנו מדברי הב"ח חו"מ ר"ס קה, שהקשה מנ"ל לרא"ש דעובדא דיימר בר חשו מיירי בהרשאה. וכתב דראית הרא"ש מר"ח דאפוטרופוס שתפס מהני דאפוטרופוס כיד בעלים עצמן הוא, יש לדייק דשליח בהרשאה לא מהני, דאל"כ ישמיענו ר"ח חידוש גדול יותר מאפוטרופוס, דאפי' שליח בהרשאה מהני. ומ"מ כל זה בהרשאה שהיא כדינא דגמ', שהוא מקנה לו חלק בחוב, ולא כנדר"ד.

ד. אפוטרופוס שתפס, ודין יפוי כח כללי

לאמור לעיל דעת הש"ך דמהני תפיסה בשליח בשכר, וכן נראה מדעת המחנה אפרים, והרבה מהאחרונים חלקו עליו, ולכאורה ככל שמדובר בתפיסה בדיעבד, יוכל התופס לומר קים לי כדעת הש"ך ודעימיה, וכמש"כ הנודע ביהודה (קמא סי' יז). אולם בנדר"ד השאלה היתה אם לכתחילה מותר לו לתפוס, על הצד שיש איסור לתפוס וכמש"כ לעיל.

ולכאורה יש להבין את ההבדל בין תפיסת שליח לתפיסת אפוטרופוס, למש"כ הרא"ש ב"מ א, כז בשם ר"ח, דדוקא שליח לא יכול לתפוס, אבל אפוטרופוס קנה דיד בעלים הוא, והוי כתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים. ולכאורה מה החילוק בין שליח לאפוטרופוס, דהא גם אפוטרופוס הוא מדיני זכיה. דאיתא בקדושין מב, א: ואלא הא דאמר רב גידל אמר רב, מנין ששלוחו של אדם כמותו שנאמר (במדבר לד) ונשיא אחד נשיא אחד ממטה. תיפוק ליה שליחות מהכא. ותיסברא, דהא שליחות הוא, והא קטנים לאו בני שליחות נינהו. אלא כי הא דרבא בר רב הונא דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב, מנין שזכין לאדם שלא בפניו, שנאמר ונשיא אחד נשיא אחד. ותיסברא זכות היא הא חובה נמי איכא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה, ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר. ואלא כדרבא בר רב הונא דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל א"ר, מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן שביית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות, לחוב אמאי, אלא לחוב ע"מ לזכות, ת"ל; ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו. ועיין ברמב"ן גיטין נב, א דחלוקה זו גופה מדין זכות הוא, שזוכין להם לקטנים בחלוקה זו שלא בפניהם, וזוכין לאדם שלא בפניו. וכן הוא בריטב"א שם: "והא התם מדין זכות הוא, שזוכין לקטנים בחלוקת הארץ". הרי שמינוי אפוטרופוס יליף מחלוקת הארץ, ועיקרה מדין זכות. ואם שליחות מרוקן המשלח את כוחו לשליח, הרי בזכות בא מכח דין זכיה. וע"ע לעיל מש"כ קצוה"ח קה, א דלרש"י, כיון שכל דין זכיה הוא מגזירת הכתוב, לא מהני לזכות כשחב לאחרים, שאין זו זכיה גמורה שגזרה התורה שיזכה לאחרים. אבל כשעושה שליח, מהני מדין שליחות. ולשיטת התוס' דזכיה מדין שליחות, כל היכא דזכיה לא מהני, מוכח דגם שליחות להדיא לא מהני. א"כ מה עדיף אפוטרופוס לשיטת התוס' מכל שליח.

ואיתא בקדושין כז, א: איבעיא להו, שדה לאחד ומטלטלין לאחר מהו. ת"ש, עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה בו לעניים, ומקומו מושכר לו. מאי מושכר, מושכר למעשר. ואי בעית אימא, שאני ר' עקיבא דיד עניים הוה. וברש"י שם פירש: "הואיל וגבאי של עניים היה, הרי הוא כידו, משא"כ באחר". וכן

הוא ברשב"א בסוגיא: "כלומר גזבר הקדש הוה וידו כידם, ומינה דיד אפטרופוס כיד יתומים". והר"ן שם (יב בעמוה"ר) הביא שתי דעות אם אפטרופוס הוא כגבאי צדקה, וכתב דהעיקר כרשב"א דאפטרופוס ג"כ ידו כיד יתומים, וז"ל:

"משמע דשדה לאפטרופוס ומטלטלין ליתומים קנו, דכי היכי דגבאי יד עניים, אפטרופוס נמי יד יתומים. אבל אחרים חולקין ואומרים דגבאי שאני, לפי שהעניים מוטלין עליו לפרנסם, וכל שאין מעות בכיס צריך לטרוח בשבילם, ונמצא שיש לגבאי טובת הנאה במה שעניים זוכים בו, וה"ל כשדה ומטלטלין לאחד משא"כ באפטרופוס. והראשון נראה עיקר, וכן דעת הרשב"א ז"ל."

וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ רב, ד. ובב"י (חו"מ רב, ד) כתב דיתמי דנקט לאו דוקא, דה"ה לגדול שיש לו אפטרופוס, אלא אורחא דמילתא נקט, דאפטרופוס לדיקנני לא מוקמינן. וגם בזה יש להקשות מה עדיפותו של אפטרופוס מכל שליח, מדוע אפטרופוס ידו כיד בעלים, ואילו שליח שהוא כמותו, אין ידו כיד בעלים.

וחיפשתי בספרי האחרונים הסבר לזה, ומצאתי בספר כפי אהרן (לגר"א עזריאל, בעמח"ס און אהרן, חור"ד סי' ה ד"ה אדהכי, דף כה, א) שכתב שהתעורר לשאלה זו, ולא מצא באחרונים, וכתב לבאר, וז"ל:

"דהנה מדינא דגמ' לא כתבינן אורכתא אלא אמקרקעי או אפקדון כמבואר בב"ק ע, א ובשו"ע חו"מ סי' קכג. והטעם, שמקנה לו גוף הקרקע או הפקדון שיהיה שלו כדי שיוכל לדון עליו. ומשום הכי הצריכו שיכתוב זיל דון וסב לעצמך, כמבואר שם סי' קכב. אלא דהאידינא תקנת הגאונים היא שכותבים אדרכתא על הלואות מפני תיקון העולם ... והשתא בתופס לבע"ח משום איזה טענות שביניהם מדינא אינו מועיל אלא מצד התקנה, והם אמרו והם אמרו שלא יועיל אדרכתא היכא דחב לאחרים, דומה למאי דקיי"ל שם בקידושין דאין שליח לדבר עבירה ... בתקנתא דתקון רבנן לכתוב הרשאה על כל הטענות שבין איש לרעהו, כעין דאורייתא תקון, ודוקא בדבר שאין בו חובה לשום אדם תקנו, אבל במקום שחב לאחרים לא תקון. והנה זה אין שייך אלא כאשר לא היה מקודם שלוחו ולא היה ידו כידו, אלא עתה הרשהו כדי שיתפוס ועשאו שליח, בהא הוא דלא מהני, כיון שכל עצמו לא עשאו שליח אלא לענין זה. אבל גבי אפטרופוס דבלאו הכי מקודם לזה כבר הוא שליח היתומים וידו כידן, ולא לענין תפיסה זו דוקא נתמנה להיות שלוחם, כיון דמן התורה שלוחו של אדם כמותו, לא ראו חכמים לעקור דבר מן התורה, אלא הרי הוא שלוחם וידו כידם לתפיסה זו. ויוצא לנו מזה דמש"כ אפטרופוס

תופס במקום שחב לאחרים, לאו דוקא אפוטרופוס דיתמי אלא אפי' אפוטרופוס דגדול, דחד טעם הוא ... ולא מצאתי לאחרונים שנתעוררו לזה."

מבואר מהכפי אהרן דבמהות הכח אין הבדל בין שליח לאפוטרופוס, וכדמוכח לעיל דאף אפוטרופוס מדין זכיה, אלא דאפוטרופוס שהתמנה על כל עניני אדם, בין גדול ובין קטן, ולא התמנה שליח לפעולה מיוחדת כדי לתפוס, בזה לא שייך הטעם שלא תקנו הרשאה על שאר ענינים, דהם אמרו והם אמרו. דכאשר ממנה שליח לחוב לאחרים, לא תקנו חכמים שליחות לתפיסה, וכדאיתא בשו"ע חו"מ קכג,א, ויכול לומר לו לאו בע"ד ידידי את. משא"כ כשכבר עשאו אפוטרופוס לכל עניניו, הרי הוא שליח שידו כיד בעלים, ולא רצו לבטל שליחותו שכבר נתמנה בכשרות, שהרי לא התמנה דוקא לחוב לאחרים אלא על כל עניני האדם.

ועיין תש' רד"ם חחו"מ סי' ז (ד"ה ולפי ב טעמים אחרונים) דמורשה הוא כאפוטרופוס, דהואיל והמרשה סמך עליו לגמרי בעסק הזה, ולכן ממנים גם עכו"ם למורשה, שהוא עדיף משליח, עיי"ש. ולכאורה בדין תופס קיי"ל דלא מהני הרשאה ומהני אפוטרופוס. ואפשר דמש"כ המחבר דלא מהני הרשאה היינו שממנה אותו לשליח לתפוס ונותן לו הרשאה על כך, אבל בנותן לו הרשאה בכל הדו"ד עם פלוני, יוכל לתפוס.

ומזה לגדו"ד, דלמש"כ הכפי אהרן והרד"ם, לא מיבעיא יפוי כח כללי, שידו כידו לכל הענינים, אלא אף יפוי כח לדו"ד עם החייב, שאינו דוקא לענין התפיסה אלא לכל הענינים, ואף אם ההרשאה כדת וכדין לענינים אחרים בדו"ד עם החייב, לא בטלו חכמים והרי ידו כיד המרשה. ורק כשמינהו שליח לתפוס, בזה לא תקנו הרשאה במקום שחב לאחרים. ומינה דבגדו"ד ודאי יוכל לתפוס.

ומצאתי בתש' הב"ח (סי' ל) שכתב דאפוטרופוס אינו שליח אלא כבעלים ממש, דכיון שמינו אותם לפקח על נכסי היתומים, והרשות בידם לעשות בנכסי היתומים לפי ראות עיניהם, הרי הם כבעלים ממש, וז"ל:

"... אבל אפוטרופוסים אע"ג דדינו כשומר חנם דחייב בפשיעה, כדמוכח בהמפקיד בעובדא דאפוטרופוס דזבין ליה תורא ליתמי דלא הו"ל ככי ושיני, דמסקנת התוס' דאפוטרופוסים חייבים בפשיעה, מ"מ אין לו דין שליח דעלמא אלא האפוטרופוסים הם חשיבי בעלים ממש. ולפיכך פסק הרמב"ן דאפוטרופא שלוח לצורך יתומים, נזקקין לנכסיהן ומקבלים העדות בפני האפוטרופא. ואם לא היה אפוטרופא כי אם שומר לבד, היאך נזקקין לנכסי יתומים. וכך מבואר מדברי הרא"ש פ' אלמנה נזונית דהאפוטרופא הם בעלים ממש. וכ"כ בחו"מ בסי' קי

ובסי' קה. והיינו דכיון דמינום אבי יתומים או הב"ד מינום לפקח על נכסי יתומים, הרשות בידם לעשות בנכסיהן לפי ראות עיניהם שהוא תועלתם, וכאלו היתומים עשו מה שעשו האפוטרופא. ואע"ג דלגבי מעמד שלשה כתב מהרא"י בת"ה סי' שמז דאין האפוטרופסים יכולין להקנות מעות יתומים במעמד שלשתן, התם ודאי כיון דאין בזה זכות ליתום אלא הפקעות ממון ולאו דינא אלא תקנה, לא מצי עביד אבל לזכות, ולתועלת מצי עביד.

ולכאורה כל מינוי שהוא כללי לפקח על כל נכסיו, יש מקום לומר שהוא כבעלים ממש, דחד טעמא הוא, שאינו שליח לנושא מסוים אלא כללי על כל עניניו ונכסיו, יוכל בין השאר לעשות כל זכות למרשה, ובכלל זה לתפוס מנכסי החייב. והיינו דאפוטרופוס הוא ריקון כל הזכויות בכל הענינים, ולכן דינו כבעלים, ואינו הרשאה לפעולה מסוימת, ולכן הוא יותר כבעלים על כל הנכסים. וכמו שהוא דן על כל עניני הנכסים, ויכול לפעול מיוזמתו בכל עניני הנכסים, כך יכול לתפוס כבעלים עצמו. שלא קבל שליחות לחוב לאחרים בדרך של זכיה למשלח, אלא הוא כבעלים בכל הנכסים, והוא שולט ודן ופועל בהם עצמם. וכמו שהבעלים יכולים לתפוס, כך הוא יכול לתפוס בהיותו אפוטרופוס. ולכן גם ביפוי כח כללי, שהוא לכאורה ריקון זכויות פעולה בכל הענינים והנכסים, ויכול לפעול מדעת עצמו בכל עניניו ונכסיו של המרשה, ואינו מוגבל לנושא מסוים, י"ל שדינו כבעלים לענין תפיסה אף שחב לאחרים. ולכן בנדו"ד לכל הפחות י"ל שאין איסור בתפיסת מי שיש לו הרשאה ביפוי כח כללי, הגם שנראה דאף עצם התפיסה מהני.

לאור האמור לעיל:

- א. אין בידינו לאסור על יעקב, שהוא מורשה ביפוי כח כללי מראובן, לתפוס בעבור ראובן, אף אם חב בתפיסתו לאחרים.
- ב. נראה דבנדו"ד שיש לתופס יפוי כח כללי, שתועיל תפיסתו לטובת המרשה, אף בטרם העביר את מה שתפס לחייב.

בענין טענה על בעלות מכח חזקת קרקעות

ראשי פרקים

א. חזקת ג שנים

ב. דירה העומדת לשכירות, אם שייך חזקת ג שנים

ג. אם מענינן ליתמי

ד. לא חשש למחות כיון שהנכם רשום על שמו

ה. חוזר מטענות שמען בערבאות

התובע הינו בעלים של בית העסק הנמצא על מגרש, הרשום אצל רשם המקרקעין בבעלות הנתבעים. מזה למעלה מששים שנה נמצא בית העסק, שהיה בעבר בבעלות אביו של התובע, במבנה ישן הנמצא על המגרש הנ"ל. לפני ארבע שנים בקשו הנתבעים להרוס את המבנה, ובכלל זה גם את המבנה בו שוכן עסק התובע. התובע טען שהוא דיר מוגן, והנתבעים תבעו את פניו בבית המשפט. בית המשפט הוציא צו פינוי, תוך קביעת תמורה ופיצוי. כעת תובע התובע בדין תורה לבעלות על המבנה, בטענה שהוא בא מכח אביו, ולמיטב ידיעתו אביו היה בעלים ורכש את המבנה מאביהם של הנתבעים, ויש לו חזקה מכח אביו. מה שלא טען כן בביהמ"ש, מפני שבביהמ"ש לא היה לו סיכוי בטענה זו, הואיל והרישום מורה על בעלות הנתבעים, ואין אפשרות להעלות בבית המשפט טענה של רכישה ללא חוזה וכד', ובכך היה מפסיד זכויות, וע"כ נח היה לו לטעון שהוא דיר מוגן. כמו כן טוען שמעולם לא שילם לאבי הנתבעים או לנתבעים שכ"ד, ומכאן ראייה שהוא הבעלים. לכן מבקש התובע לקבוע שהוא הבעלים על הנכס.

הנתבעים משיבים שידוע להם שהתובע הינו דיר מוגן מכח אביו, ובמשך שנים הם יודעים בודאות שאבי התובע וכן התובע, שילמו שכ"ד לאביהם. אין ביד הנתבעים חוזה שכירות, וכן אין קבלות על תשלום שכ"ד, אך התובע הודה בכתב טענותיו בביהמ"ש שכך היה, ואף הודה בכתב בביהמ"ש, שמאז שהאב נפטר, לא שילם שכ"ד, כיון שיש לו טענות נגד הנתבעים על תיקונים שביצע במבנה וכו'. את העדר החוזה הם מסבירים מחמת הזמן וחוסר הסדר, גם אביהם עבר לארה"ב, ואינם יודעים היכן המסמכים. ואת העדר הקבלות על תשלום השכ"ד מסבירים הנתבעים, שכך התנהל האב, ללא רישום וללא קבלות, בפרט שמדי חודש מדובר היה בסכום קטן, אותו היה גובה במזומן מאבי התובע או מהתובע. הדבר ידוע להם בברור. ואף

כשאביהם עבר לארה"ב, עד למחלתו הוא היה מגיע לארץ אחת לכמה חודשים, וגובה כנ"ל.

בענין הטענה על אי תשלום השכ"ד לנתבעים עצמם, טוענים הנתבעים כי אביהם עבר לארה"ב לפני 15 שנה, ועם פטירתו לפני כארבע שנים, פנו אל התובע בבקשה לתשלום השכ"ד, והנתבע לא השיב דבר, וזו היתה אחת מהעילות לתביעה לפינוי התובע, כאשר השכ"ד מזמן התביעה (הזעום אמנם), קוּזו בביהמ"ש מסכום הפיצוי.

השאלות שעלו לדיון, האם טענין ליורש בכה"ג שאביו רכש את המבנה, מכח חזקה של האב והבן, כשהרישום בטאבו ע"ש הנתבעים. וכן אם יכול לחזור בו מהודאה שהודה בבימ"ש ולתת אמתלא כנ"ל.

א. חזקת ג שנים

ענין חזקת ג שנים מובא במשנה ובגמ' ריש פרק ג דב"ב. ומתחילת הפרק דנה הגמ' בטעם החזקה. שם בגמ' כט, א ס"ל לרבא דשנה ראשונה ושניה לא קפיד איניש, ושלש מקפיד. אמר ליה אביי, אלא מעתה כגון הני דבי בר אלישיב דקפדי אפילו אמאן דחליף אמיצרא ידיהו, הכי נמי דלאלתר הוי חזקה. וכי תימא הכי נמי, אם כן נתת דבריך לשיעורין. אלא אמר רבא, שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה, תרתי ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר. אמר ליה אביי, אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה, דאמר ליה אי מחית באפאי הוה מיזדהרנא בשטראי. דאמר ליה חברך חברא אית ליה, וחברא דחברך חברא אית ליה. ובמשנה שם מא, א: כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. כיצד, אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי והוא אמר לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם, אינה חזקה. שמכרת לי, שנתת לי במתנה, אביך מכרה לי, אביך נתנה לי במתנה, הרי זו חזקה. והבא משום ירושה אינו צריך טענה.

ולכאורה נראה בבאור החילוק בין שני ההסברים בגמ', דכאשר מוחזק בקרקע עומד מול המרא קמא, אומרים חזקת מרא קמא עדיפא, או מחמת ברירותה, שהרי הוא הבעלים הברור כעת, והמוחזק בקרקע יש לו ריעותא בעצם היותו מוחזק, דבניגוד למטלטלין להיות מוחזק ללא שטר, זה ריעותא בעצם המוחזקות, ולכן המרא קמא עדיף. ולאחר שהחזיק המוחזק ג שנים, לסלקא דעתך דעד ג שנים לא קפיד, י"ל שעדיין יש ריעותא בעצם המוחזקות שאין למחזיק שטר, אך כיון שלא יתכן שיראה אדם שמוחזקים בקרקעו ג שנים ולא ימחה, הרי זה ריעותא בחזקת מרא קמא, ולכן אף שהמוחזק כעת גם יש לו ריעותא, המוחזק עדיף. אמנם למסקנת הגמרא דעד ג שנים נזהר אדם בשטרו, י"ל חזקת ג שנים מסלקת את הריעותא מהמוחזק, מדוע אין

לו שטר. וכשהמוחזק אין בו ריעותא, הוא עדיף על המרא קמא, ודינו כדין מטלטלין, דעל המרא קמא ראייה.

והנה הרשב"א כט"א, בבאור דברי רבא, שבדבריו סלקא שמעתין, כתב וז"ל: "כלומר שזה יודע דטפי לא מיזדהר, כי לא מיחה תוך שלש מיחזי כמערים לשתוק עד שיאבד זה ראיותיו. ובהכי סלקא שמעתא דטעמא דשלש שנים משום דתלת מזדהר טפי לא מזדהר". מבואר ברשב"א לדברי רבא הטעם שמטילים את חובת ההוכחה על המרא קמא המערער ולא על המחזיק, לא מחמת החזקה אלא מהעדר המחאה. למחזיק אין ראייה, מפני שעד ג שנים לא נזהר בשטרו. כלומר אחר ג שנים אין למחזיק ריעותא במה שאינו מוציא את השטר. אך עדיין גם אם אין למוחזק ריעותא במוחזקותו, עדיפא חזקת מרא קמא ממוחזקות (ויש להאריך בענין זה, ואכמ"ל). ע"ז השיב הרשב"א דהמוחזקות של המרא קמא יש בה ריעותא במה שלא מחה, מחזי כמערים כדי שיאבד שטרו, ויש רגלים לטענת המחזיק. וזה לכאורה לא כמו שכת' לעיל. דלמש"כ למסקנת רבא הטעם של מיזדהר איניש, להסיר את הריעותא מהמחזיק. ומהרשב"א מבואר שטעם זה מטיל את הריעותא על המרא קמא, דידע ושתק כדי להוציא במרמה, וע"כ הרי זה חסרון בטענת המרא קמא.

מעין סברא זו יש לכאורה לומר בדברי הנימוק"י ר"פ חזקת (ידא בעמוה"ר). הנימוק"י כתב לענין ג שנים, שכך הוא דרך העולם, לשמור שטרות ג שנים אם לא ערערו על הבעלות. ודן הנימוק"י במערער שמחה ברחוק מקום והסתמך על חברא דחברך אית ליה, ולא מחה בפניו, והביא מהרבינו יונה, וז"ל:

"שאפילו נודע לזה בודאי שלא שמע המחזיק על המחאה, כגון שהעידו עדי המחאה שלא הגידו לשום אדם, אפ"ה לא הויא חזקתו חזקה, דמצי טעין מערער לא הוזקקתי לטרוח למחות בפניו כדי שיזהר בשטרו, לפי שהיה לו לסמוך על מה שדרך בני אדם להגיד זה את זה. ונראה טעמו, דכיון שלא זכה בחזקה זו אלא משום דכיון דאית ליה להאי למחויי ולא מחה אמרינן ודאי זבנה, וא"כ כיון שמחה ואין לו לטרוח ולמחות בפניו, לא אמרינן זבנה".

אם לא היה מוחה, יש רגלים לטענת המחזיק, ויש ריעותא בטענת המרא קמא, אבל כשמחה כדין, אין ריעותא בטענת המרא קמא שנאמר בגללה שודאי מכר למחזיק, ולכן אין ריעותא במוחזקות המרא קמא, ומעמידים בחזקת המרא קמא ולא בחזקת המוחזק. אבל כשלא מיחה, יש ריעותא בטענתו. המחאה היא לא בשביל המחזיק שישמור שטרו אלא כדי לחזק את טענת המרא קמא ולהסיר את הריעותא הרובצת עליו, רק מחאה שאינה יכולה להגיע למחזיק, אינה מחאה, אולם מחאה שהיא כדין, לא מטרתה שישמור המחזיק את שטרו, אלא להוכיח שאין המ"ק המערער מערים.

וכ"כ בנימוק"י שם (כב, בעמוה"ר), דטעם מחאה לא רק כדי שיזהר הלה בשטרו; "דמ"מ דרך העולם הוא שמערערין כשמחזיקין אחרים בנכסיהם, ואמאי לא ערער זה אם אמת שלא מכרו". המחאה היא להסיר את הריעותא מחזקת המרא קמא.

ועיין בתש' הר"ן (סי' עה ד"ה ומה); "דחזקה הוא שכל שלא מיחה בעל הקרקע, הדבר מוכיח שמכרו או שנתנו, וכיון שאין ריעותא בטענת המחזיק, משום דטפי לא מזדהר בשטריה, אנו מעמידין הקרקע בחזקתו". דכשיש שתי חזקות סותרות בקרקע, מרא קמא ומוחזק כעת, כשלאחד יש ריעותא ולשני אין ריעותא, מעמידים ביד המוחזק שאין לו ריעותא. ומבואר דיש שני הדברים, גם ריעותא בטענת המרא קמא, כיון שלא מחה, וגם אין ריעותא במוחזקות המחזיק, דטפי מג' שנים לא נזהר בשטרו.

וא"ת, כשלא מחה והלה החזיק ג שנים, הגם שיש ריעותא בטענת המרא קמא, כיצד חזקת ג שנים והעדר המחאה יוצרים מוחזקות. והנראה בזה לומר דעצם המוחזקות היא כמו מוחזקות במטלטלין, שחזקה מה שהוא מחזיק הרי זה שלו, אלא שיש ריעותא, שאין שטרו בידו, והדבר נוגד את עצם הטענה שקנה או קיבל. ולכן כאשר החזיק ג שנים והמרא קמא לא מיחה, אין ריעותא במה שאין שטרו בידו, ומה שמעמידים הקרקע בידו הוא מהטעם שהוא כעת מוחזק בפועל. לא החזקת ג שנים והעדר מחאה, שהם רק כדי לסתור את הריעותא שיש מצד המרא קמא, אבל אין החזקת ג שנים ראייה אלא מה שהוא מוחזק בפועל.

גם אפ"ל שחזקה כזו שלא מחה, היא בגדר בירור, דכמו שבמטלטלין אם החפץ ביד המחזיק לא מחזיקים אותו בגנב, והרי זה מבורר לנו שהוא הבעלים, הוא הדין בזה שכתבו הראשונים שיש כאן הוכחה שמכרו, וכלשון הר"ן: "הדבר מוכיח שמכרו או שנתנו", או כלשון רבינו יונה: "ודאי זבנה", והרי זה בירור כעדים שבודאי קנאו מהמערער, ונפק"מ ממש"כ לעיל, דאם זה בירור, מהני אף להוציא ממון, דומיא דעדים. ועיין במש"כ הגר"י אברמסקי בחזון יחזקאל (ב"ב ב, ג), ומשם מוכח דשתי שיטות בדבר, יש הסוברים שיש בזה הוכחה שודאי מכרה לו, או שענין החזקה היא כמוחזקות המטילה את הראיה על המערער, וכדין ספק ממון דהמוציא מחבירו עליו הראיה, המערער הוא המוציא, וכן הוכיח שם (ב"ב א, ו), עיי"ש.

והנימוק"י שם כתב בתחילת דבריו, דענין הג' שנים הוא תקנת חכמים; "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". דמחמת הריעותא לא נוצרה עדיין מוחזקות והיה הדין לכאורה עם המרא קמא, ע"ז באה תקנת חכמים שמוחזקות ג שנים והעדר מחאה, מורידה את הריעותא מהעדר השטר. ועיין קצוה"ח קמב, שכתב לבאר דחזקת ג שנים היא תקנת חכמים, וכמש"כ הנימוק"י, וז"ל:

"ולענ"ד עיקר חזקה דשלש שנים אינו אלא תקנת חכמים משום תיקון העולם דלא רגילי להזהר בשטר טפי משלש, דסובר המחזיק כיון דיושב בתוכו משך שלש שנים ואין עורר עירעור, שוב לא יתעורר עוד עירעור ולא מזדהר טפי, וימשך מזה פסידא דלקוחות. לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת שלש שנים, והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך שלש, ואחר המחאה גם המחזיק יזדהר בשטרו, ואם אינו מוחה תוך שלש יפסיד המערער."

שתקנו חכמים שמי שמחזיק ג' שנים בקרקע, נאמן בטענתו נגד המרא קמא. לא הריעותא של אי המחאה, דכל המחאה לקצוה"ח היא לעורר את המחזיק לשמור שטרו, אלא עצם תקנת חכמים, דאף שמעיקר הדין נגד המרא קמא צריך להביא שטר מכר, כאן תקנו שאחר ג' שנים אין צריך להביא שטר מכר כראיה לטענתו, ונאמן בלא ראיה, והמוחזקות עצמה מטילה את חובת הראיה על המרא קמא. והטעם שתיקנו, דעל הרוב אינם שומרים שטרות טפי מג' שנים. למרות שעצם המציאות שלא שומרים אינה מסייעת למוחזקות ואינה יכולה להוציא ממרא קמא, באו חכמים ותקנו כנ"ל. ואפשר דס"ל לקצוה"ח דמרא קמא לא עדיפא ממוחזקות בפועל, ואדרבא, המוחזק כעת עדיף, אלא שיש טענה כנגד המחזיק היכן שטרך. וכאשר תקנו חכמים שאחר ג' שנים לא צריך להביא שטרו, ממילא המוחזקות עדיפה. ומדהביא קצוה"ח ראיה מהנימוק", נראה דכך מפרש בדבריו. ועיין להלן בדברי רש"י. וע"ע בשער המשפט קמ"ג.

ועיקר נראה בדבריו שחזקת ג' שנים אינה חזקה כלל אלא נאמנות, שנאמן מי שנמצא בקרקע, אף אם אינו מחזיק, בטענתו שקנה. או כמש"כ, דתקנת חכמים להעמידה ביד המוחזק, שהוא כחזקת מטלטלין, שהתקנה היתה להסיר הריעותא. [ועיין בישועות מלכו לגר"י מקוטנא, חחו"מ סי' ד, דאחר שתקנו חכמים נאמנות אף שלא הביא שטרו, שמתקנת חכמים נאמן כביכול הביא שטרו, כיון שלא נזהר, וזו תקנת חכמים, אך פועל יוצא מנאמנות שנתנו למחזיק, שהיה צריך המרא קמא למחות, וכשלא מחה הרי שתקנו שאינו נאמן, ונפק"מ שאין המחזיק צריך להשבע היסת כנגד טענת המרא קמא, עיי"ש]. ולפ"ז אפשר שתקנת חכמים היתה שמוחזקות כזו דינה כמוחזקות במטלטלין, ואף שאינה ראיה, מ"מ היא מוחזקות לכל דבר, וזו היתה תקנת חכמים, ולולי תקנת חכמים שחזקו את מוחזקות המחזיק, לא היתה במוחזקותו כדי להעמידו בקרקע.

אמנם ברבינו יונה אפשר שאין צריך לטעם תקנת חכמים, אלא עצם הריעותא של אי המחאה, היא ריעותא בחזקת המרא קמא, ומרא קמא עם ריעותא, אין כח בידו מול המוחזק בפועל, וכמש"כ הרמב"ן (ב"ב מב, א ד"ה הא דתניא) גבי אכלה האב שנה והבן שנתים, וז"ל:

"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."

הרי דעד ג' שנים יש ריעותא במוחזקות המוחזק, מזה שאינו ממציא את שטר המכר, ולאחר ג', לא מבעי שאין ריעותא באי המצאת השטר, יש ריעותא באי מחאת המרא קמא. ולכאורה לרמב"ן אין צורך בתקנת חכמים. וכן נראה לכאורה בפירוש קצוה"ח קמב, בדברי הרמב"ן. ולכאורה לרמב"ן חזקת ג' שנים הוי חזקה מבררת את הספק מי הבעלים (עיי' בנחל יצחק צד, דב, ד"ה ואפשר, דמזה הטעם לרמב"ן לא צריך המחזיק להשבע היסט).

והרא"ש בתחילת חזקת, על דברי רבא שעד ג' שנים נזהר בשטרו: "ותקנו חכמים שאם יביא עדים שאכלה שלש שנים בשופי, שאין צריך להראות שטרו יותר". דכיון דעד ג' שנים לא נזהר, תקנו חכמים שהראיה שקנה תהיה הראיה שהחזיק ג' שנים, והראיה שהחזיק ג' שנים מכח תקנת חכמים, היא כראיה על הבעלות, וכמו שהביא שטרו. כלומר, לא תקנו בדיני מוחזקות ומרא קמא, שיש ריעותא במוחזקות המרא קמא, אלא בדיני הראיות, שזו ראיה על הבעלות שצריך המוחזק להביא. וגם לשיטת הרא"ש י"ל דאין כאן ספק, וחזקת ג' שנים היא גופה הבירור וההוכחה.

ואף שלכאורה נראה שזה גם הפירוש בדברי הנימוק", מהמשך דברי הרא"ש בבאור הא דמהני מחאה אף שלא בפניו: "דכיון דאמרו חכמים מחאה שלא בפניו הויא מחאה וסמכו על זה דמסתמא יאמרו לאחרים שמיחה פלוני על קרקע שפלוני מחזיק בו, דמילתא דתמיה הוא דאדם מחזיק בקרקע של חברו ורגילות לפרסם הדבר, אפילו אם אירע שלא אמרוהו לשום אדם הויא מחאה, כיון שמיחה כמאמר חכמים ולא הזקיקוהו לילך אצל המחזיק למחות לפניו". דמחאה בפניו ולא בפניו דינם שוה ומציאותם שוה, דכיון דמילתא דתמיה, וחברא חברך וכו', הרי זה כפניו, הגם יש היכי תימצי שלא יגיע לאזני המחזיק, מ"מ כיון שהסתברות שתגיע, כך אמרו חכמים שכשקיימת מחאה כזו, לא תקנו חזקה של ג' שנים. ואילו הנימוק"י כתב מרבינו יונה, דבמחאה שלא בפניו אין ריעותא וכו': "דכיון שלא זכה בחזקה זו אלא משום דכיון דאית ליה להאי למחויי ולא מחה אמרינן ודאי זבנה, וא"כ כיון שמחה ואין לו לטרוח ולמחות בפניו, לא אמרינן זבנה". ואילו לרא"ש הו"ל שלא תקנו חכמים. ולכן י"ל בהסבר הדברים כנ"ל. ועיי' בקובץ שעורים לגרא"ו ב"ב סי' קד מש"כ בבאור מחלוקת הרא"ש והנימוק"י.

וע"ע בקה"י (ב"ב סי' יח, ג) בבאור דברי רבינו יונה, דאין תקנת חכמים זו כשאר תקנות חכמים שבאו להפקיע ממונו של המרא קמא מכח הפקר ביד הפקר,

אלא תקנו שאחר ג שנים אין צריך להביא שטר המכר ונאמן בלי השטר מכר, וממילא אם לא מחה בו המרא קמא, כיון שלא יתכן שלא ימחה כשיודע שיפסיד ממונו, יש הוכחה חיובית שמכר למחזיק. ויוצא שהעיקר מה שזוכה המחזיק הוא לא מכח תקנת חכמים אלא מחמת ששתק ולא מחה. ולכן אם מחה, אף אם לא הגיע לאזני המחזיק, כבר אין הוכחה חיובית, ולא מהני מה שאינו נזהר ג שנים בשטרו. דמה שתקנו חכמים, לא שנעמיד הקרקע בידו, אלא שיהיה נאמן בטענה בלי שטר. אבל עדיין אין זה מספיק להוציא ממרא קמא, רק אם יש הוכחה שמכר, מדלא ימחה. דתקנת חכמים לא באה להעמיד ביד המוחזק ולהפקיע מהמרא קמא, אלא רק להסיר את הטענה כנגד המחזיק היכן שטר המכר. אבל בזה עצמו אין די כדי להעמיד בידו, לולי ההוכחה שלא ימחה המרא קמא.

ואפשר שזה הביאור בדברי התוס' ב"מ ק"א (ד"ה א"ל); "שידוע לכל שתקנו חכמים למחות תוך שלש, ואם לא ימחה הפסיד". הרי שהתקנה היתה על עצם המחאה ולא על אי חיוב שמירת השטר. וי"ל כמש"כ בקה"י, שהתקנה היתה שאינו צריך להביא שטרו אחר ג שנים, ומילא המציאות דורשת שימחה, ואם לא ימחה, יש הוכחה על המכירה. לא שהיתה תקנת חכמים על המחאה, אלא שהיא פועל יוצא של תקנת חכמים בטענה על העדר שטר מכירה ונאמנות המחזיק, אך המחאה או אי המחאה, היא הנותנת והגורמת.

ובתש' הרשב"א (ח"ב סי' רמד) מבואר שתקנת חכמים היתה שצריך להזהר ג שנים: "... ומפני שדרך העולם להיות נשמרים על ידי כך בשטרותיהם ג שנים, הצריכוהו חכמים לזה להזהר בשטרו ג שנים, ואם לא נזהר יפסיד". ולפ"ז לאחר ג שנים, כיון שיש ריעותא במוחזקות המרא קמא שלא ימחה, אין צריך לתקנת חכמים להשאיר את המוחזק בקרקע, כיון שכך הוא הדין, והתקנת חכמים היא על קודם הג' שנים. (ועיין גם בתש' מימוניות אישות סו"ס ה). רק צ"ע אם זו כונת הרשב"א, דלכאורה לפי הסבר זה מעיקרא לא צריך לשמור כלל שטרו, וזה צ"ב. ונראה לפ"ז להסביר מש"כ בתש', לא כמש"כ לעיל בדעתו בחידושים. דלמש"כ בתש', עצם המוחזקות בקרקע, הרי היא כחזקת מטלטלין, וחובת הראיה על המרא קמא, אבל אחרי שתקנו שישמור שטרו ג שנים, אם לא שמר, הוי ריעותא במוחזקותו, ועליו הראיה נגד טענת המרא קמא. ולמש"כ לעיל בבאור דבריו בחידושים, דעד ג שנים יש ריעותא במוחזקות המחזיק, שאין שטרו בידו, וזה ללא תקנת חכמים, רק אחרי ג שנים יש ריעותא בטענת המרא קמא ומחזי כמערים.

ולמש"כ בדעת הרא"ש, דתקנת חכמים שהראיה שצריך להביא המחזיק אינה שטר המכר אלא עדי החזקה, דזו תקנת חכמים שזו הראיה המוציאה, ברש"י

בכתובות יז,ב (ד"ה שני) מבואר שתקנת חכמים לתת למחזיק נאמנות בטענתו. העדי חזקה צריך להביא כראיה שהיתה חזקה, וזו לא היתה תקנת חכמים, אלא לעצם הטענה נתנו למחזיק נאמנות שקנאה וששטרו אבד: "שלש שנים שתיקנו חכמים לכל מחזיקים בקרקע, דמשאכלה שלש שנים בלא עירעור נאמן לומר לקחתיה ואבד שטרי, דכולי האי לא מזדהר איניש בשטרא". וזה לכאורה סייעתא לפרוש קצוה"ח הנ"ל.

ולכאורה, אם נאמר שטעם חזקת ג שנים, דהעדר המחאה מוכיח ויוצר ריעותא בבעלות המרא קמא, וכמש"כ לעיל לדעת הרבינו יונה, יש מקום לדון מדוע העדר המחאה יוצר ריעותא, האם כיון שיודע שבכך יאבד בעלותו, או שאין אדם עשוי שלא למחות כשרואה שמשתמשים בקרקעו ג שנים. ומש"כ הנימוק"י הנ"ל; "דרך העולם הוא שמערערין כשמחזיקין אחרים בנכסיהם". י"ל דדרך העולם הוא מחמת שחושש שיאבד בעלותו, או מעצם השימוש והעוול שבדבר הבעלים מוחים. ועל דרך ב האופנים הנ"ל. ונפק"מ במקום שיש רישום מסודר של בעלות אצל רשם המקרקעין וכפי המציאות בזמנינו. אם נאמר שהטעם שיודע שאם לא ימחה יאבד בעלותו, ולכן מדלא מיחה יש ריעותא בבעלותו, י"ל דכיון שיודע שהנכס רשום על שמו, לא חושש למחות, שיודע שהרישום יוצר מוחזקות וראיה לבעלות. אולם אם הסברא שאין אדם עשוי לראות שמשתמשים בקרקעו ג שנים ולא למחות, טענה זו אינה נפגמת מעובדת היות הנכס רשום על שמו.

גם להסבר שענין חזקת ג שנים הוא מתקנת חכמים, אם חכמים תקנו שאחר ג שנים חובת הראיה היא על המרא קמא, ואין ריעותא במה שלא ממציא שטרו, הרי כל הסברא היא שעד ג שנים אדם נזהר לשמור שטרותיו, טפי לא. וא"כ ללא ספק כיום כל עוד הרישום הוא ע"ש המוכר, הקונה שומר שטרו כדי שיוכל לבצע העברת בעלות אצל רשם המקרקעין, שהרי לא יסמוך שידונו אותו ע"פ דין תורה דוקא, ויודע שללא שטר לא יוכל לממש את זכותו לבעלות ולרשמה אצל רשם המקרקעין. ולכן כל עוד לא נרשם על שמו, ודאי נזהר בשטרו. וכיון שכל התקנה היא על אופן שכך הוא הנוהג שאינו נזהר, לכאורה בנדו"ד לא תקנו חכמים.

ועיין בשבות יעקב (ח"ג סי' קנט) שיש אופנים בהם צריך להזהר בשטרו טפי מג' שנים. השבו"י נשאל בבע"ח מאוחר שהחזיק ג שנים במקום ביכנ"ס של החייב, וטוען כעת שקנה מהחייב, ושתיקת המוקדמים הוי מחילה. ודן השבוי בתו"ד בענין חזקת ג שנים, דצריך היה הבע"ח המאוחר לשמור שטר המכר, מפני שטענה שלא שומר שטרו יותר מג"ש, היא טענה רק נגד המוכר, אבל כשהערעור יבוא מבע"ח מוקדם, בזה היה צריך להבין שאין ראיה מדלא מיחה המוקדם, שהרי גוף החוב קיים, והו"ל להזהר בשטרו, וכמש"כ מהר"מ בתש', וז"ל השבו"י:

"ואני אוסיף נופך משלי בטעם הדבר, דעיקר טעם חזקה שלש שנים תקנו חכמים לפי שלוקח לא מזדהר תו בשטרו כיון שאכל בשופי שלש שנים ולא מיחה המוכר, רואה באספקלריא המאירה שהמוכר סליק דעתו מהמכר הזאת ואינו רוצה שוב לערער על מכירה זו, לכך שוב אינו מזדהר בשטרו ומהני חזקתו, משא"כ שיעבוד חוב או כתובה, כיון שגוף החוב והכתובה נשאר אצל המלוה או האשה, רק שהאשה מחלה השעבוד במכירה זו בקנין וכיוצא בו בענין דמהני, וכמבואר באהע"ז סי' צ, עיי"ש, מ"מ כיון שהלוקח יודע שהגוף החוב והכתובה קיים, הו"ל להזדהר בשטר זה, וכיון שלא הזדהר, איהו דאפסיד אנפשיה ואמרינן שלא נעשה המכירה בריצוי הבע"ח או האשה."

וכיון שמצאנו שיש פעמים שחייב הקונה לשמור שטרו, י"ל שהוא הדין כשצריך שטרו לענינים אחרים כמו רישום מקרקעין, אף שבנידון השבו"י חובת הזהירות נובעת מחוסר הריעותא באי מחאת המערער, מ"מ כאן אף שהטעם שונה, שאין בצורך בשמירה מהטעם הנ"ל, מ"מ אם יש טעם אחר, לכאורה גם בזה צריך להזהר בשטרו.

עוד י"ל שבכה"ג אין חזקה, מפני שכיום הדרך לקנות מקרקעין בחוזה מכר או מתנה, וכן לכל הפחות לרשום הערת אזהרה בטאבו, וכאשר מודה המחזיק 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 מהימנין 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."

ומש"כ בהסבר דעת הדברי גאונים, עיין ח"ו סי' יט/ב. עוד י"ל ע"פ מש"כ האחרונים בענין מיצר שהחזיקו בו רבים, דלא זכו הרבים כשהמצר רשום ע"ש הבעלים בטאבו, או שכך הוא הדינא דמלכותא. הגר"ש קלוגר בחידושו לשו"ע חו"מ שעז,א.

בתחילת דבריו הנ"ל הביא מש"כ בתשובה (ובשו"ת האלף לך שלמה לא מצאתיה): "דהדבר פשוט לי דבזמן הזה הוי דינא דמלכותא דינא בזה, ובכל ענין לא שייך זה עתה". וא"כ בזמן הזה לא מופקעות בעלות וזכויות בעל המגרש מדינא דמלכותא עקב זה שרבים עברו במקום. ומעין זה נמצא בשו"ת מהרש"ם (ח"א סי' ה ד"ה ואולם) שכתב דהיכא שהזכויות בשדה רשומות על-שם בעל השדה בטאבו, י"ל דלא מהני מחילה מפני שסמך בדעתו על הטאבו שבידו, דדמי למי שיש בידו שטר או משכון לא מהני מחילה (חו"מ רמא, ב), ואף שיש חולקים, מ"מ י"ל ע"פ מש"כ בשבות יעקב ח"א סו"ס קס דגם היכא דבסתמא הוי מחילה משום דאיכא אומדנא שמחל, מ"מ בדאיכא שטר בידו, אף לסוברים שמחילה בפירוש מהני, מ"מ בסתם לא מהני מחמת אומדנא, "וא"כ הכי נמי י"ל בזה שיש בידו הטאביליאציאן אמרינן דמסתמא לא מחל להם זכותו". וכן פסק המהרש"ם הלכה למעשה בח"ג סי' שעו, דהיכי דיש ליחיד טאבו על המקום אמרינן דמסתמא לא מחל, "ולכולי עלמא בעינן שתקנו והשוו הדרך". ואף חזקת ג שנים יש ללמוד ממיצר שהחזיקו בו רבים, לטעם מחילה במיצר, דכמו דבמיצר סומך על הטאבו ואינו מוחל, הוא הדין בזה סומך על הטאבו ואינו מוחה.

ב. דירה העומדת לשכירות, אם שייך חזקת ג שנים

עוד יש לדון, דלכאורה כמו במטלטלין העשויים להשאל ולהשכיר דלא אמרינן חזקה מה שתחת יד אדם הרי זה שלו, כמבואר בשבועות מז, ב, ובשו"ע חו"מ קלג, ה, הוא הדין בדירות העומדות להשכרה, וכל דירה עומדת במהותה להשכרה. דשיטת הרמב"ם בהל' טו"נ ח, ט (עיי' שו"ע חו"מ עב, יט) דכלים העשויים להשאל ולהשכיר הם כלים שתחילת עשייתם להשאל ולהשכיר: "דברים העשויין להשאל ולהשכיר הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן וליטול שכון והרי הן לבעליהן, כמו קרקע שאוכל פירותיה והגוף קיים, כך אלו הכלים עיקר עשייתן כדי ליהנות בשכון, כגון היוורות הגדולות של נחשת שמבשלין בהן בבית המשתאות, וכגון כלי נחשת הטוח בזהב ששוכרין אותו לכלה להתקשט בו, שעשיית אלו הכלים אינן למכירת עצמן ולא להשתמש בהן בעל הבית בביתו אלא להשאילן לאחרים כדי ליהנות כנגדן, או להשכירן וליטול שכון". ומשמע שיש לדון על כל סוג של כלי, אבל אם ידוע שאדם זה עשה כלים אלו כדי להשכירם, והכלי המיוחד הזה, אף אם אותם כלים אחרים לא נעשו לצורך השכרה, מ"מ הכלי הזה המדובר נעשה להשכרה, לכאורה כבר אינו בכלל עשוי להשאל ולהשכיר. וזאת ממש"כ הרמב"ם "בני אותה המדינה", ולא דן בכל אדם לגופו, אלא אם סוג הכלי באותה מדינה נעשה לכתחילה להשאל ולהשכיר. והראיה גם ממה שהביא מיירות גדולות, שאין

אדם עושה לצרכו אלא להשכירם. והיינו שזה מהותו של הכלי. ולפ"ז בדירה לא נראה לומר שהוא בכלל העשוי להשאל ולהשכיר, אא"כ מדובר בסוג של בניה להשכרה.

אולם לשיטת הרי"ף ור"ת דדברים עשויים להשאל ולהשכיר היינו שאין מקפידים שלא להשאל אותם מחמת יוקרם, כמו זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא דקפדי אינשי ולא מושלי, וכמבואר בדברי רבא ס"פ המקבל (ב"מ קטז,א), מלבדם כל כלי שאין מקפידים להשאילו ולהשכירו, הוא בכלל דברים העשויים להשאל ולהשכיר. ובשו"ע חו"מ עב,יט הביא ב הדעות: "דברים העשויים להשאל ולהשכיר, להרמב"ם היינו כלים שתחלת עשייתם להשאל ולהשכיר, להרי"ף ור"ת כל כלי שמקפידים עליו להשאילו מפני חשיבותו או שמתקלקל, הוא דבר שאין דרכו להשאל ולהשכיר. ושאר כל הכלים, דרכן להשאל ולהשכיר". ובהל' טו"נ ח,ט חילק הרמב"ם בין דברים שדרכם להשאל ולהשכיר, לבין העשויים להשאל ולהשכיר, ויש להאריך בזה הרבה, ואין כאן מקומו.

ומזה הסתפקתי לכאורה לשיטת הרי"ף ור"ת, כיון שיש דרך בדירות להשאל ולהשכיר ואין מקפידים עליהם, מדוע מהני חזקת ג שנים, וכמו דלא מהני חזקת המוחזק במטלטלין בעשוי להשאל ולהשכיר, כך לא תועיל חזקת ג שנים בקרקעות, ונעמיד בחזקת המרא קמא כבמטלטלין. (אם נפרש כמש"כ לעיל שמה שמעמידים בחזקת המחזיק הוא מחמת היותו מוחזק, וחזקת ג שנים זה להסיר הריעותא ממנו, או ליצור ריעותא במרא קמא). ונראה לבאר ע"פ מש"כ הסמ"ע קלג,יג, וז"ל:

"דלא מהני חזקה ג שנים במטלטלין דדילמא שכח למי השאילו או השכירו, גם לפעמים משאל או משכיר ליותר מג' שנים, כ"כ הטור [המובא בציונים אות ו']. ועוד כתב טעם אחר, אבל זה הטעם עיקר לדעת הטור".

דבמטלטלין העשויים להשאל ולהשכיר לא מהני חזקת ג שנים, או מפני שיכול לשכוח למי השאילו, או שיש דרך להשאל ליותר מג' שנים. ונפק"מ לקרקעות, דיש דרך להשאל ליותר מג' שנים, אך לא מסתבר בקרקע שישכח למי השכירו, דבשלמא מטלטלין שאינו רואה אותם ואינם במקומם, שוכח מהמטלטלין ושוכח למי השכירו, משא"כ קרקע שבמקומה עומדת ולנגד עיניו תדיר, יודע למי השכירה. אך הטעם שרגילות להשכיר ליותר מג' שנים שייך גם בקרקע. ונראה שב' הטעמים, כל חד קאי באפי נפשיה. ולפ"ז י"ל דחזקת ג שנים מהני אף בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, רק במטלטלין שיש דרך שכחה, לא מהני, ובקרקע הוי חזקה דמהני.

ג. אם טענין ליתמי

ובנדור"ד יש להוסיף טעם, שהרי התובע בא מכח אביו, ואף שהחזיק ג שנים הרי אין לו טענה שאביו ודאי קנה, אלא טוען שכך זה למיטב ידיעתו, אך לא נראה שיש בזה טענת ודאי אלא מכח שכך שמע מאביו, או כדבריו "למיטב ידיעתי". ובזה יש לצרף דעות הפוסקים שלא טענין ליתמי מילתא דלא שכיח, שהרי טענה שקנה והחזיק ולא שמר שטרו, כשהרישום בטאבו הוא ע"ש המרא קמא, הוא לכאורה דבר לא שכיח, ויש בזה מחלוקת ראשונים אם טוענים ליתמי מילתא דלא שכיח, שהרי החזקה של התובע היא ללא טענה, והטענה היא מכח טענין, ובזה באנו מחלוקת אם טענין טענה כזו.

איתא בב"ב ע,ב לענין שטר עיסקא היוצא על היתומים, דדייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו, ודייני א"י אמרי נשבע וגובה מחצה. ורצתה הגמ' להעמיד את מחלוקתם בדברי רב חסדא (לעיל ע"א), אם יכול בשטר פקדון לטעון החזרתי, או יכול הנותן לומר שטרך בידי מאי בעי. ובתוס' שם (ד"ה מ"ד) הקשו על דיני גולה, דאף אם יכול הנותן עיסקא לטעון שטר בידי מאי בעי כנגד טענת החזרה, מ"מ נטעון ליתמי נאנסו ולא יגבה מחצה פקדון. ותירצו התוס': "וי"ל, דמלתא דלא שכיח היא לא טענין ליתמי, דנאנסו קלא אית ליה, ואע"ג דאבוהון הוי מהימן לומר שנאנסו, מיהו לא טענין להו". ומבואר שטענה לא שכיחא כנאנסו, לא טענין ליתומים. וכן כתבו התוס' בכתובות פה,ב (ד"ה חדא), בעובדא דשב מרגינתא שהפקידו אצל רב מיאשא (עיין להלן), דאף דרב מיאשא אילו היה חי והיה טוען שלי הוא היה נאמן, אף שאינו אמיד, דאימור מציאה אשכח או מתנה נתנו לו, מ"מ לא טענין ליתמי, דמילתא דלא שכיחא היא, כי היכי דלא טענין להו נאנסו.

אמנם דעת הרי"ף בב"מ (סב,א בעמה"ר) דלמסקנת הגמ', אמר רבא הילכתא נשבע וגובה מחצה דהוא בתורת מלוה, אבל פלגא דהוא בתורת פקדון, חיישינן שמא נאנס. ומבואר דטענין נאנסו ליתמי. וכן כתב בנימוק"י ב"ב (לז,ב בעמוה"ר), וז"ל:

"... אבל אידך פלגא הוי פקדון מפני שהשכר של מפקיד, והוה מצי למטען בה [טענה] דנאנסו, הילכך נשבע המפקיד דלא החזיר לו המעות וגובה מחצה שהן המלוה, אבל אידך פלגא שהם פקדון טענין ליורשים כל מאי דמצי טעין אבוהון, ואבוהון היה נאמן אילו אמר נאנסו, ואנן נמי טענין הכי בשביל היתומים ומפטרי."

וכן מבואר להדיא בדבר הרמב"ן בסוגיא (ב"ב ע,ב). הרמב"ן הביא מקשים שנטעון ליתומים נאנסו, וממילא לא יהיה לנותן טענת שטרך בידי מאי בעי. ותירץ הרמב"ן

דהכא ביתומים גדולים הבאים בטענת עצמם, וטוענים שהאבא החזיר לנותן, ואה"נ, אם לא היו טוענים כן, אנו היינו טוענים להם נאנסו; "אטו לית להו לדייני גולה טוענין ליורש, אלא בשבאין בטענת חזרה עסקינן, וטעמייהו דדייני גולה משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי". וכן מבואר להדיא ברמב"ן במלחמות (ב"ב לז,א בעמוה"ר) שהאריך לחלוק על בעה"מ, וס"ל דמכאן מוכח דטענין ליתומים נאנסו. וכן הוא בבעה"ת ה,א, דטענין ליתמי נאנסו.

וכן מבואר בדברי הריטב"א בכתובות פה,ב בעובדא דרב מיאשא, שהעמיד הסוגיא שם שיש עדי פקדון, ולכן גם רב מיאשא לא יכל לטעון, וגם לא טענינן ליתמי, טענה שהמרגניתא של רב מיאשא, אף שאינו אמיד, ולולי עדי הפקדון, אף שרב מיאשא אינו אמיד, היינו טוענים ליתומים שהם של רב מיאשא, וז"ל:

"וכי תימא אכתי מנלן שהם של זה התובע, הא קא יהיב סימנא, ואין לשון ועוד נוח לפירוש זה. ובר מהכי קשיא טובא אשמעתין, אף על גב דלא אמיד מאי הוי, מקרא מלא דבר הכתוב (משלי יג,ז) יש מתרושש והון רב, ולא מפקין ממונא מרשות בעלים בטענה דלא אמיד בשום דוכתא. וכיון דאילו הוה אבוהון קיים יכל למימר דידי ניהו, אנן נמי טענינן ליורשיו, דטוענין ליורש כל מאי דמצי טעין אבוהון, ואע"פ שבתוספות אומרים דמילתא דלא שכיחא לא טענינן להו, הא לא משמע לן, כדכתיבנא בפרק הגזול ובפרק המוכר בס"ד משמו של רבינו הרמב"ן ז"ל".

אולם כדעת התוס' דלא טענינן ליתמי טענה לא שכיחא, מצאנו ברא"ש בכתובות ט,ח, על הא דאיתא בגמ' שם (כתובות פה,ב) במי שהפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי, ומת רב מיאשא ולא אמר למי המרגניתא. אתו לקמיה דר' אמי, א"ל חדא דידענא ביה בר' מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי דלא אמיד. ועוד הא קא יהיב המפקיד סימנא. ולא אמרן אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם, אבל רגיל דעייל ונפיק להתם, אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא. והקשה הרא"ש, דהרי אם רב מיאשא היה חי והיה טוען שהם שלו, היה נאמן מכח חזקה שכל מה שתחת יד אדם הרי זה שלו, מ"מ לא טענינן כן ליתומים; "מ"מ מילתא דלא שכיחא לא טענינן להו ליתמי, כדאמר (ב"ב ע,ב) גבי שטר כיס היוצא על היתומים דלא טענינן ליתמי נאנסו משום דלא שכיח, אע"פ שאביהם היה יכול לטעון נאנסו".

וחזר הדין בדברי הרא"ש, על הא דתנן בכתובות קט,א, דעד החתום על שטר שקרקע פלונית הנמצאת בצד קרקע אחרת שהיא של שמעון, אינו יכול לטעון ולערער שהקרקע שמוחזקת לשמעון היא שלו, כיון שעשאה בשטר סימן לאחר והוא חתום

בשטר. ושם בע"ב: ההוא דעשאה סימן לאחר, ערער ושכיב ואוקים אפוטרופא. אתא אפוטרופוס לקמיה דאביי, א"ל עשאה סימן לאחר איבד את זכותו. אמר אי הוה אבוהון דיתמי קיים, הוה טעין ואמר תלם אחד עשיתי לך. א"ל שפיר קאמרת, דאמר ר' יוחנן אם טעין ואמר תלם אחד עשיתי לך נאמן. זיל הב ליה מיהת תלם אחד. הוה עלה ריכבא דדיקלי אמר ליה אי הוה אבוהון דיתמי קיים, הוה טעין ואמר חזרתי ולקחתי ממנו, א"ל שפיר קאמרת, דא"ר יוחנן אם טעין ואמר חזרתי ולקחתי ממנו נאמן. והרא"ש שם בה"ב הקשה, דכיון שהודה שלא היתה שלו, איך יכול לטעון שלקחה ממנו, ותירץ, דמיירי שאין כתב יד העד יוצא ממקום אחר, לכן נאמן לומר חזרתי ולקחתי ממנו במיגו דלא חתמתי מעולם; "והאי דלא קאמר אי אבוהון היה קיים הוה טעין מזויף, משום דטענת מזויף לאו טענה מעלייתא היא הכא, כיון שהלוקח והמוכר מכחישין אותו ולא שכיחא שהיה אבוהון טוען מזויף, ומלתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי. אבל חזרתי ולקחתי ממנו טענינן להו, כיון דאבוהון הוה מהימן בהך טענה במיגו דאי הוה בעי אמר מזויף הוא". ומבואר דלא טענינן טענת מזויף, כיון דלא שכיחא שהאב היה טוען כן, ומלתא דלא שכיחא, לא טענינן ליתמי. וכן כתב הרא"ש בתש' פו,א, דלא טענינן ליתמי דבר לא שכיח; "וכל שכן בדבר הניכר לדיינים שהוא שקר, דלא טענינן להו, אלא מצוה לדיינין לרדוף צדק ולחקור ולדרוש ולהוציא הדין לאמתו, שלא יהא דין מרומה, כמו בדין של אדם אחר, דיתמי דאכלי דלא ידידהו, ליזלו בתר שבקיהו. וגם האפוטרופוס של היתומים אסור לטעון ליתומים דבר שנראה לו שהוא שקר, משום שנאמר מדבר שקר תרחק".

וכן מבואר בדברי הרשב"א בגיטין ט,א לענין מה שמשיאין את האשה בגט עוד קודם שיתקיים בחותמיו, ולא חיישינן למזויף, ש"מ דהבא ליפרע מנכסי חברו שלא בפניו, או מיתומים ולקוחות, גובה בשטר שבידו ואין צריך לקיימו. דדוקא בלוה עצמו מקבלים טענתו, כיון שיכול לטעון בבריא מזויף, אבל בלקוחות וביתומים דשמא ניהו לא חיישינן ליה כלל, דכל דלא שכיח לא טענינן להו ליתמי וללקוחות, וכדאשכחן בב"ב ע,ב גבי שטר כס היוצא על היתומים דלא טענינן להו ליתמי נאנסו, אף שאביהם יכל לטעון, דכל דלא שכיח לא טענינן להו ליתמי וללקוחות, והוא הדין לטענת מזויף.

ובשו"ע חו"מ קח,ד הביא את ב הדעות הנ"ל ולא הכריע, אבל בש"ך שם ס"ק ח הכריע כדעת הראשונים הנ"ל דטענינן ליתומים נאנסו, דאף שהגידולי תרומה (ריש שער ה) כתב שהאחרונים הסכימו לדעת התוס', הש"ך ס"ל דליתא, דאף שהרא"ש והטור נמשכו אחרי דברי התוס', מ"מ הנימוק"י והריטב"א ובעה"ת מסכימים לדעת הרמב"ן. ואישתמיטתיה לגדו"ת כל הנך פוסקים שלא הביאם. וחזר הדין בדברי הש"ך

שסא,ד, שחלק על הסמ"ע שם ס"ק יב הסובר שלא טענינן דבר לא שכיח, כדעת רבינו ירוחם והרא"ש, ופסק הש"ך שם כרמב"ן. וע"ע בש"ך רצא, ולט,ו.

אמנם הרמ"א חו"מ רצ,יב פסק להדיא דאין טוענים ליתמי מילתא דלא שכיחא, כדעת הרא"ש הנ"ל: "אע"ג דאין בית דין טוענין ליתומים מילתא דלא שכיחא, אע"ג דאבוהון הוי מצי למטען, מכל מקום אם טען אפוטרופוס, טענתיה טענה". ובנתיבות שם ס"ק ה ציין לדברי הרא"ש בתש' (הנ"ל), דכל זה בדבר שכיח ולא שכיח, אבל אינו שכיח כלל, אף אפוטרופוס אינו יכול לטעון. וכן הוא בקצוה"ח קח,ה. ומ"מ מבואר להדיא ברמ"א שפסק כרא"ש. אמנם לשיטת הש"ך אפ"ל, דמש"כ הרמ"א היינו דאפי' לפוסקים דלא טענינן ליתמי דבר לא שכיח, מ"מ אפוטרופוס יכול לטעון. וכן מבואר ברמ"א חו"מ עח,ד לענין אם טוען ביום שבו צריך לפרוע את החוב, פרעתין תוך זמני, דנאמן במגו דפרעתין היום. וכתב ע"ז הרמ"א, והוא מהנימוק"י ב"מ (נטב, מעמוה"ר), דדוקא דטעין איהו, אבל ליתמי ידיה לא טענינן. ועי"ש בש"ך ס"ק יז שפסק דטענינן, וכמש"כ בסי' קח,ח הנ"ל. ועיין בנתיבות שם ובתומים מש"כ בזה.

גם מדברי המחבר חו"מ סט,ה, נראה דס"ל דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא, וכמו שהקשה עליו הש"ך שם סט,כו. המחבר כתב במלוה שהוציא שטר בכת"י הלוה על יתומים, שאם הוא בג' דרכים דגובים מלוה ע"פ מיתומים (תוך זמנו, הודה שלא פרע, נידוהו ומת בנידויו), הואיל ומודים היתומים שהוא כתב יד אביהם, גובים מהיתומים. והקשה הש"ך ס"ק כו, דמדוע לא נטען ליתומים שאביהם פרע, אף שהוא דבר לא שכיח שיפרע תוך זמנו או בהודה וכו', דאף שאביהם לא היה נאמן אלא במיגו, טענינן ליתומים, ואף שאינו שכיח. ומבואר מדברי המחבר שפסק דלא טענינן ליתמי טענה לא שכיחא. ודעת הש"ך דלרמב"ן הנ"ל טענינן, דלא כמחבר.

וכן נמצא בדברי המחבר חו"מ שסא,ז, לענין אב שגזל, ומכר הגזילה או נתנה לאחר, ואח"כ מת האב והניח יתומים, דאם הניח נכסים חייבים היתומים לשלם: "ואם אמרו הגדולים יודעים אנו שעשה אבינו חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו, נאמנים". ומבואר דדוקא טוענים, אבל אנן לא טענינן להו, כיון שהוא מילתא דלא שכיחא, וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק יב. והובאו לעיל דברי הש"ך שם ס"ק ד שכתב דלרמב"ן טענינן.

אמנם נמצא לאחרונים שחילקו בסוגי הטענות, דיש טענות דאף דלא שכיח, י"ל שהם שכיחים קצת, משא"כ בדבר דלא שכיח כלל. כן נראה מדברי הש"ך בכללי המיגו פב,כב לענין טענת מיגו בדבר לא שכיח, די"ל דנאנסו שכיח ולכן טענינן, משא"כ מתה מחמת מלאכה, עי"ש. ובנתיבות סט,יא, בענין מש"כ המחבר שם ס"ה (עיין לעיל) דלא טענינן ליתמי שפרע אביהם מלוה בכת"י אם הוא תוך זמנו וכו',

כתב הנתיבות לחלק בין טענת נאנסו לטענת פרעון תוך זמנו לענין טענין ליתמי, דמה דלא טענין ליתמי דבר לא שכיח היינו שיהיה לטענה כח של ברי, אבל שיהיה לטענה כח של טענת שמא, טענין ליתמי, ובמקום דסגי בטענת שמא, מהני הטענה שטוענים בשבילם, ולכן בנאנסו דסגי בטענת שמא של יתומים, דאביהם אם היה טוען שמא נאנסו, היה חייב מכח מתוך שאינו יכול להשבע משלם, אבל ביתומים שאינם חייב לשלם כשאינם יכולים להשבע, הרי הם פטורים. משא"כ לענין טענת פרעון דבעינן דוקא טענת ברי, לא מהני מה שיטענו להם דבר לא שכיח. וז"ל הנתיבות:

"דאף דטענין להו נאנסו, היינו דס"ל דהא דלא טענין ליתמי מילתא דלא שכיח, היינו דכל מקום דטענין ליתמי הוי כטוענין ברי, כמו שכתב הרא"ש בריש פרק האשה שנתארמלה [כתובות ב,א], ובמילתא דלא שכיח לא טענין להו, ולא הוי טענותיהו כטענות ברי, ודמי לאילו אביהם קיים והיה טוען שמא, ובנאנסו אילו היה אביהם קיים והיה טוען שמא, שאינו יודע אם נאנסו, לא היה חייב רק מטעם דהוי ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, כמבואר בסימן רצא [בש"ך סקמ"ד ובמשה"א שם סק"ח], ובירורים דלא שייך מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, דכתיב [שמות כב,] שבועת ה' תהיה בין שניהם, ולא בין היורשים, כמבואר בשבועות [מז,א], טענת שמא דידהו טענה מעליותא היא, משום הכי פטורין, משא"כ הכא בתוך הזמן דבעינן טענת ברי דוקא לאביהן, שיהיה נאמן משום מיגו, לא טענין ליתמי שיהיה חשוב טענותיהו כטענת ברי."

ובתש' נאות דשא סי' סא כתב גם לענין טענת יש לי בידך או טענת מחילה, דלא טענין ליתמי, דטענה זו לא שכיחה, ואף לשיטת הראשונים דטענין נאנסו ליתומים, מ"מ מחילה ויש לי בידך לא טענין; "דאינהו ס"ל דנאנסו הוא טענה שכחא, ומשום הכי ס"ל דטענין נאנסו, אבל מודים דמילתא דלא שכיחא לא טענין להו, וכמש"כ הש"ך בדיני מיגו (פב,כב), דטעם פוסקים אלו משום דנאנסו שכיח. ועוד י"ל, דאפי' אי טעמייהו משום דס"ל דטענין ליתמי אפי' מילתא דלא שכיחא, וכמבואר בדברי הריטב"א שהביא הש"ך שם קח,ח, מ"מ י"ל דבטענות אלו דטפי לא שכיחי מנאנסו, מודים הם, ואפושי פלוגתא לא מפשינן."

ולפ"ז י"ל בנדו"ד, דדעת המחבר והרמ"א דלא טענין ליורשים טענה לא שכיחא וכנ"ל, ואף לדעת החולקים י"ל דאין לדמות טענות אהדדי, וטענה שמא מכרו לאביהם בלי להעביר בטאבו, לא שכיחא כלל בימינו, ולכל הפחות היה לו להחזיק השטר או לרשום הערת אזהרה בטאבו, וכליכא כולי האי, הרי זו טענה דלא שכיחא דלא טענין ליורשים, כדי שתהיה חזקה עם טענה. גם י"ל כמש"כ הנתיבות, דטענה

דלא שכיחא הוי כטענת שמא, ובנאנסו דוקא מהני לסוברים דטוענים ליתמי, אבל לענין חזקה לא סגי בחזקה עם טענת שמא, וע"כ בעינן לטענה שכיחא, כדי שתהיה כטענת ברי. (והא דביורש לא צריך טענה, הוא מטעם דטענינן ליה, כן מוכח לכאורה בגמ' ב"ב כג,א: זאת אומרת טוענינן ללוקח וטוענינן ליורש. יורש – תנינא, הבא משום ירושה אינו צריך טענה. וע"ע קצוה"ח קמט,ה).

ד. לא חשש למחות כיון שהנכס רשום על שמו

ובנדר"ד יש סברא לומר דלא מהני חזקת ג שנים כשהנכס רשום בטאבו ע"ש הנתבע, והובאו לעיל דברי הגר"ש קלוגר בחכמת שלמה (חור"מ סי' שעז) לענין מיצר שהחזיקו בו רבים דבזמן הזה דע"פ דינא דמלכותא לא מהני מה שהחזיקו בו רבים (ועיין באלף לך שלמה, סי' עה, וסי' פא). ומהרש"ם בתש' (ח"א סי' ה ד"ה ואולם) שכתב דהיכא שהזכויות בשדה רשומות ע"ש בעל השדה בטאבו, י"ל דלא מהני מחילה מפני שסמך בדעתו על הטאבו שבידו, דדמי למי שיש בידו שטר או משכון לא מהני מחילה (חור"מ רמא,ב), ואף שיש חולקים, מ"מ י"ל ע"פ מש"כ בשבות יעקב (ח"א סו"ס קס) דגם היכא דבסתמא הוי מחילה משום דאיכא אומדנא שמחל, מ"מ בדאיכא שטר בידו, אף לסוברים שמחילה בפירוש מהני, מ"מ בסתם לא מהני מחמת אומדנא, "וא"כ הכי נמי י"ל בזה שיש בידו הטאביליאציאן אמרינן דמסתמא לא מחל להם זכותו". וכן פסק המהרש"ם הלכה למעשה בח"ג סי' שעז, דהיכי דיש ליחיד טאבו על המקום אמרינן דמסתמא לא מחל, "ולכולי עלמא בעינן שתקנו והשוו הדרך". וכן נמצא בתש' מהר"י הכהן (רפפורט, תחור"מ ח"א סי' כט) דבזה"ז אין נהוג דין מיצר שהחזיקו בו רבים, דכיון דמדין מחילה קאתינן, וכיון דבזמנינו כל קנייני הקרקע נעשים בערכאות, מהיכי תיתי שמחל, הלא ידע בנפשו שיכול לנהוג בקרקע מנהג בעלים בהיותה רשומה ע"ש בערכאות, ובענינים אלו אין ספק שדינא דמלכותא דינא. ובפרט שכל הקנינים בקרקע אין להם סמיכות דעת ללא הרישום בערכאות, ובזה לכל הפוסקים דינא דמלכותא דינא, וכמו דלא מהני מחילה בפירוש נגד שטר שיש ביד זה, כל שכן שאין לומר סתם שמוחל נגד הרישום בערכאות.

וכן לגרא"ד לוין שליט"א, בפסקי דין בבי"ד לממונות בירושלים (ח"ז עמ' ש, ו) וח"י עמ' קמט), דלא מהני חזקה נגד הרישום בטאבו, ושכן כתב בשו"ת מהר"ש ענגיל (חלק ו סי' יד) דכיון שיש רישום מפורש שאינו שלו חשיבא חזקה שאין עמה טענה ולא חשיבא כלל חזקה, ובעל הקרקע שרשומה על שמו לא מחל זכותו למחזיק, ושתק מפני שסמך בדעתו על הרישום שבידו. עוד הוסיף שם מסברא, דאפשר דהרישום גופא הוי המחאה. ועיין בתש' שערי רחמים (לרבי רחמים פראנקו, רב בחברון, ח"ב חאהע"ז סי' כ, דף פו,א), דגם לסוברים דמהני קנין אף ללא טאבו, כל זה שהיה

קנין גמור, אבל כשבא רק מכח חזקה, אין המחזיק נקרא מוחזק כנגד מי שהקרקע רשומה על שמו בטאבו, אשר לו העוז והמשרה למכרה ולעבדה.

לפ"ז י"ל שהוא הדין בנדו"ד, לא חשש למחות במחזיק כיון שהקרקע רשומה על שמו, ולא הוי בכה"ג חזקה לטעמים שכתבתי לעיל (ס' א), ואין לבוא בטענת חזקה של ג שנים להוציא ממי שהקרקע רשומה על שמו בטאבו.

ה. חוזר מטענות שטען בערכאות

ובנדו"ד יש להוסיף מה שהודה התובע בכתב בית המשפט שהוא דיר מוגן, ולא העלה בכל דרך שהיא טענה של רכישה. דאיתא בב"ב לא, א, זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, והמערער הביא עדים ששל אבותיו, והמחזיק הביא עדים שאכלה שני חזקה, ואחר שטען ששל אבותיו, חזר וטוען שקנה מהמערער, ומה שאמר של אבותי, דהיינו סמוך ובטוח עליה כשל אבותי. ונחלקו עולא ונהרדעי אם חוזר וטוען או לא. עולא אמר טוען וחוזר וטוען (טוען בבית דין מה שהוא רוצה וחוזר אחרי כן לטעון דברים אחרים לתרץ דברים הראשונים, אע"פ שמכחישם קצת בזה שחזר וטען, האי דאמר דאבהתי, דסמך עלה כדאבהתי - רשב"ם), נהרדעי אמרי אינו טוען וחוזר וטוען. ומודי עולא היכא דא"ל של אבותי ולא של אבותיך, דאינו טוען וחוזר וטוען (שאם טען מתחילה ופירש של אבותי ולא של אבותיך, דאינו חוזר וטוען טענה זו דסמך עלה כדאבהתי, שהרי עוקר לגמרי דברים הראשונים). והיכא דהוה קאי בי דינא ולא טען, ואתא מאבראי וטען אינו חוזר וטוען (כל היכא דהוה קאי בי דינא ולא טען תיקון דברים הראשונים, אלא אחר שיצא מבית דין חזר לב"ד ותיקן דבריו הראשונים, שאינו חוזר וטוען היכא דמכחישן קצת), מאי טעמא, טענתיה אגמריה. ומודו נהרדעי היכא דאמר ליה של אבותי שלקחיה מאבותיך, דחוזר וטוען. והיכא דאישתעי מילי אבראי ולא טען, ואתא לבי דינא וטען, דחוזר וטוען. מאי טעמא, עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא (שלא ילמד מהן מי שכנגדו, ויתן לבו מתחלה קודם שיבאו לבית דין להשיב עליהם. וכן הלכה. והני מילי טענות בעלמא, אבל טען בפירוש בפני עדים חוץ לבי"ד חייב אני מנה לפלוני, הרי הודה לו ושוב אינו יכול לכפור בב"ד). אמר אמימר, אנא נהרדעא אנא וסבירא לי דטוען וחוזר וטוען. והלכתא טוען וחוזר וטוען (תיקון לשון הראשון אע"פ שמכחישם קצת, הואיל ואינו עוקר לגמרי כדלעיל).

ובנדו"ד יש לכאורה ריעותות בטענת התובע. אין בטענתו "תיקון לשון קצת", כהגדרת הראשונים, שהיא תנאי לחוזר וטוען, שהרי אין אפשרות להעמיס דבריו שהאב רכש, בטענה שהוא דייר מוגן, אלא רק נותן אמתלא לדבריו, וענין אמתלא בטענה

ממונית היא נושא בפני עצמו, כפי שיבואר להלן. כמו כן העובדה שטען כן בכתב, וגם טען כן בבית המשפט, לכאורה י"ל דלענין זה אין חילוק בין בית דין, בורר או ביהמ"ש, אלא כל היכא שהוא יודע שמכח טענתו זו ניתן לחייבו, והגורם המחייב יחייבו ע"ס דבריו, הוי לכאורה הודאה, אף שמדובר בערכאות ולא בבית דין. ודברי הגמ' על יצא מבי"ד וכו', מיירי בכל גורם העוסק בחיוב ופטור ע"פ הטענות, ולא שייך בזה טעם של עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי"ד, דזה שייך בכל גורם הצריך להכריע בענין, ועיין מש"כ להלן דהדבר נתון למחלוקת מהרי"ט וקצוה"ח.

ראשית דברינו שאין בזה חוזר וטוען, מחמת שתנאי מהותי ביכולת לחזור ולטעון, הינה דוקא שיכול לומר בטענה השניה שלכך נתכוין, ויש במשמעות לשון הטענה הראשונה, אפשרות אפי' רחוקה לטענה השניה. כן מבואר בגמ' וברשב"ם הנ"ל, ובריטב"א בסוגיא: "ומסקנא דמילתא דכל היכא שנותן אמתלא לדבריו לטענה האחרונה שאינה סותרת לראשונה, חוזר וטוען. והיכא שהטענה האחרונה סותרת לראשונה, אינו חוזר וטוען". וכן בנימוק"י (טז,א בעמוה"ר): "שהרי אינו סותר דבריו אלא מתקן אותם". וברא"ש ב"ב ג,ט: "טוען וחוזר וטוען טענה כזאת שאינה סותרת לגמרי טענה הראשונה, אלא מתקן ומיישב טענה ראשונה". ואף למש"כ הרמב"ם (טו"ג ז,ח) שיכול לחזור בו מטענה של פטור לפטור אף ללא אמתלא, כל זמן שלא באו עדים וכל זמן שלא נתחייב בטענתו הראשונה, וז"ל:

"יש לטוען בבית דין לחזור ולטעון טענה אחרת להכחיש הטענה הראשונה, וסומכין על טענתו האחרונה, ואע"פ שלא נתן אמתלא לטענה הראשונה, ואע"פ שיצא מבית דין וחזר, יש לחזור ולטעון ולהפך כל הטענות שירצה עד שיבאו עדים, אבל מאחר שיבאו עדים ויכחישו טענתו האחרונה שסמך עליה, אינו יכול להשיאו לטענה אחרת, אלא אם כן נתן אמתלא לטענה שסמך עליה, ויש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה האחרת, והוא שלא יצא מבית דין, אבל אם יצא מבית דין אינו יכול לחזור ולטעון אחר שבאו עדים, שמא אנשים רעים למדוהו טענות של שקר, וכן כל כיוצא בזה."

ועיין ברב המגיד שם, שאין שואלין כל תנאין אלו אלא כשבאו עדים קודם שחזר בו, הא לאו הכי, הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ובכל גוונא טוען וחוזר וטוען. מ"מ בנדו"ד לא הוי מפטור לפטור, שהרי בטענתו הראשונה לא היה זוכה בבעלות אלא בזכויות של דייר מוגן, משא"כ בטענתו השניה שרוצה לזכות בבעלות על הנכס. דכל הסברא שיכול לטעון ולחזור ולטעון מפטור לפטור, הוא מכח המיגו שהיה עומד בטענתו הראשונה, עיין בסמ"ע פ"ד, ובנדו"ד אם היה עומד בטענתו הראשונה, לא היה מקום לתביעתו לבעלות, וכל שאנו באים לסתור טענתו הראשונה היא מכח האמתלא שנותן לטענתו הראשונה, שבביהמ"ש לא היתה נשמעת טענת חזקת ג שנים.

ובנדר"ד אף אם אין בו דין של חזור וטוען וכנ"ל, מ"מ הרי נותן אמתלא להודאתו בביהמ"ש, בידעו שאם יטען לבעלות מכח חזקת ג שנים, לא יקבל כל זכויות. ויש לדון אם מהני בזה אמתלא. דדעת מהרשד"ם חחו"מ סי' קפ, ומהר"ש הלוי חחו"מ סי' כא, דכמו דמהני אמתלא באיסור, כך מהני אמתלא בממון, ודייקו מדברי הרמב"ם טו"נ ז,ח הנ"ל, דגם במקום שאינו יכול לחזור ולטעון מדין "חזור וטוען", כשבאו עדים והכחישו הטענה שטען בבי"ד, יכול לתת אמתלא לטענתו הראשונה. אמנם מהמשך דברי הרמב"ם מבואר דמהני אמתלא דוקא באופן "שיש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה האחרת", וזה אינו ברוצה לחזור בו לגמרי מטענתו ולתת טענה אחרת לחלוטין שאין במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה האחרת, וכמו שהעיר בדעתם קצוה"ח פא,

וקצוה"ח הביא את מהרשד"ם ומהר"ש הלוי, והביא את מהר"א חסון, הובאו דבריו במהר"ש הלוי, שחלק על מהר"ש; "הגע עצמך שאדם הודה מעצמו הודאה באופן שאינו יכול לומר לא משטה ולא השבעה, הנאמר שיוכל לחזור וליתן אמתלא או טענת אנוס וכו', ותא חזי דאפילו במקום איסורא כתב הרא"ה והביאו הר"ן בפ"ב דכתובות (ט,ב בעמודה"ר) ז"ל, כתב הרא"ה דאי אמרה מקודשת אני לפלוני לא מהימנינן לה בשום אמתלא, דכיון שהודית שנתקדשה לו לאו כל כמינה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו". ומהר"ש הלוי הקשה עליו מדברי הרמב"ם טו"נ ז,ח הנ"ל, וכן הקשה (שם במהר"ש הלוי סי' כב) דמהני אמתלא בכל מקום. ודעת קצוה"ח דלא מהני אמתלא בממון, וכדעת מהר"א חסון, דלא מהני אמתלא אלא גבי איסור, אבל מה שבין אדם לחבירו לא מהני. ומה שהביא מוהר"ש הלוי ראייה מדברי הרמב"ם טו"נ ז,ח, יש לחלק, דשם רוצה לתקן דבריו הראשונים, וכנידון שם זה אומר של אבותי, דנאמן אח"כ לומר לקוח, והא דאמינא של אבותי, דסמיכנא עליו כדאבהתי, אבל אם חוזר מטענתו הראשונה וטוען טענה אחרת שאינה במשמעות הראשונה ונותן אמתלא לטענתו הראשונה, בזה אין ראייה מהרמב"ם הנ"ל. והוסיף קצוה"ח דדוקא בטענת השטאה והשבעה נאמן, לפי שדרך כל העולם לומר על דרך השטאה או השבעה, ומשום הכי נאמן בכך. דהשבעה עדיפא משאר אמתלא, דהא גבי השבעה דעת כמה פוסקים דאפי' לא טען טענינן ליה, ואמתלא אפילו באיסור לא מהני אלא כשאומר בפירוש האמתלא. אלא ודאי בממון אין לנו שום טענה הפוטרת אלא מה שאמרו בש"ס השטאה או השבעה, דבזה רגילי אינשי, והיכא דלא שייכי הני, לא מצי הדר בשום אמתלא אא"כ נתן אמתלא לישב טענתו הראשונה. וכן הסיק בקצוה"ח פא, כא, וכן בש"ש ויג. וכדבריו לחלק בין אסור לממון, מצאנו כבר בח"מ קטו, כב, וז"ל:

"יש לדקדק אם מועיל אמתלא אף לאחר זמן, ולא נחוש שמא למדוה לטעון אמתלא זו וכו', שאין יכול לחזור ולטעון לענין ממון מחיוב לפטור כשיצא

חוץ לב"ד, אע"פ שנתן אמתלא לדבריו וכמו שמבואר בחור"מ סי' פ. ואע"פ שאשה שאמר' אשת איש אני ואח"כ אמרה פנויה לאחר זמן נאמנת בנותנת אמתלא, שאני איסורא מממון, והודאת בע"ד לענין ממון כעדים דמי ומה תועיל האמתלא להוציא ממון מבעלה, ואין לך אמתלא גדולה מזה שאמרו במשנה אחרונה בנדרים צ,ב שמא עיניה נתנה באחר, ואעפ"כ לענין ממון קיי"ל כמשנה ראשונה שם, וכן משמע מדברי המגיד פכ"ד מהל' אישות.

וכן הוא בהפלאה שם בקו"א קטו,טז, דאפי' לאחר כדי דבור מיד, לא מהני אמתלא, אא"כ מפרשת דבריה הראשונים. עוד כתב לחלק דדוקא אם שכנגדו טוען ברי, אבל בטוען שכנגדו שמא, אפשר דמהני אמתלא. ועיין גם במקנה (אבע"ז מז, בהגהה) דאם עיקר הענין הוא איסור, וממונא ממילא קאתי, מהני אמתלא, אבל בלא"ה לא מהני בממון שום אמתלא. ודוקא טענת השבעה או השטאה עדיפי טפי, עיי"ש. וכן היא דעת הנודע ביהודה (קמא, חאהע"ז סי' ס ד"ה ועוד) דלא מהני אמתלא בממון, דכיון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, כמו שאין העדים יכולים לחזור מעדותם אף שאומרים אמתלא גדולה כאנוסים היינו מחמת נפשות, כמו כן אין ביד המודה לחבירו לבטל דבריו באמתלא. והביא שדעת הרא"ה כח"מ (הנ"ל); "דלענין ממון לא מהני אמתלא. וכי היכי דלא מהני לענין ממון, ה"נ לא מהני לענין איסור דבהדי ממון. ודוקא באמרה אשת איש אני סתמא דליכא דרא דממונא בהדי האיסור כלל מהני. ולפ"ז היינו במודה בב"ד או בעדים ואמר אתם עדים, דלא מהני בממון אמתלא, אבל במודה חוץ לב"ד ולא אמר אתם עדי, גם לענין זכות וחובה שבממון מהני אמתלא, ולא קאי הרא"ה רק באתם עדים או באמרה בב"ד". וע"ע בשו"מ חמישאה סי' פג מה שהאריך בזה. וכן כתב הגרי"א בנחל יצחק (פא), להוכיח דכמו שעדים לא יכולים לחזור מעדותם, הוא הדין הודאת בע"ד. רק כתב (וכן הוא בקצוה"ח פא, כא) דדוקא בתובעו, לא יכול המודה לחזור ע"י אמתלא, אבל בלא תובעו אלא הודה מעצמו, אפשר דמהני אמתלא, עיי"ש. ולפ"ז בנדר"ד שאין בזה פרוש הטענה הראשונה אלא חזרה, ונותן אמתלא לדבריו, לא מהני האמתלא.

ונראה דאין להקשות על הסוברים דלא מהני אמתלא, מדברי הרי"ף ב"ב (טזא, מעמזה"ר), שפסק הלכתא שחזור וטוען; "והוא דיהיב אמתלא לטענתיה קמא כדאמרינן לעיל". וכוונת הרי"ף לאמתלא של תיקון הטענה, "דסמכי לי עלה כדאבהתי", ולא לאמתלא העוקרת לגמרי את ההודאה הראשונה.

ובסברת הדין בחילוק בין השטאה והשבעה לשאר אמתלא, וכמש"כ קצוה"ח שהיא אמתלא לפי שדרך כל העולם לומר דרך השטאה והשבעה, נראה להסביר לכאורה דכיון דדרך כל העולם לטעון דרך השטאה והשבעה, י"ל שכבר בעצם ההודאה

מונחת ההשטאה והשבעה, ולכן לא הוי כסתירה להודאה והטענה אלא פירוש, דבעצם ההודאה כבר מונח השובר. משא"כ באמתלא שאינה דרך העולם, אין האמתלא מונחת בתוך ההודאה, ולא הוי כפירוש, ולכן לא מהני. ומהר"ש הלוי ומהרשד"ם ס"ל דאין לחלק, ובכל ענין אמתלא אינה מפרשת, וכמו דמהני השטאה והשבעה, הוא הדין דמהני כל אמתלא.

ובנדו"ד גם חוזר בו ממש"כ בכתבי הטענות לביהמ"ש. הרי שכשהודה בכת"י, אינו יכול לטעון גם טענת השטאה והשבעה, וכמש"כ הרא"ש בתש"ס, א דכיון דאיכא כתב ידו, לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את בניו; "דלא אשכחן אלא בדיבור בעלמא, כגון מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני, ושכיב מרע שאמר מנה לפלוני ביד. אבל היכא שכתב ידו, או אחר כתב והוא חתם בחתימה ניכרת ומקיימת, כולי האי לא הוה עביד כדי [שלא] להשביע את בניו". ובמחבר בשו"ע חו"מ פא"ז פסק מדברי רא"ש אלו, וכן הוא בטור שם, דאם הודה בכתב ידו שחייב לפלוני מנה, או שהודה בקנין או במעמד שלשתן, אינו יכול ליפטר בטענת השטאה ולא בטענת שלא להשביע. הרי דאף אמתלא של השטאה והשבעה אינו יכול לטעון בכה"ג שכתב הודאתו בכתב ידו או בחתימתו או בחתימת ב"כ (עיין קצוה"ח קכד, א).

ובזה י"ל אף למש"כ קצוה"ח פ, ב בשם כנה"ג, דאינו יכול לחזור מטענה שנתחייב בה לטענת פטור, דוקא כשיודע שיתחייב ע"פ טענתו הראשונה, ובנדו"ד ודאי יודע שבטענה שהוא דייר מוגן משמע שאינו בעלים על הנכס, אבל גם אם היתה זו טענה שאינו יודע שיתחייב בה, י"ל דכל זה באופן שאמר רק את טענתו ע"פ, אבל אם כתב את טענתו, אינו יכול לטעון שלא הבין ולא ידע, וכמש"כ הרמב"ן והרשב"א בתש', עיין שו"ע חו"מ מה"ג. ולכן אף לשיטת מהריב"ל שהביא קצוה"ח בכ"מ וגם בנדו"ד, דענין הודאת בע"ד היא התחייבות שמחייב עצמו בכל מה שאומר, ולשיטתו ס"ל לקצוה"ח דיש לפרש דברי כנה"ג שצריך לדעת שמתחייב בטענתו (ולשיטת קצוה"ח שזה גדר של נאמנות ולא תלוי בדיעת המודה, עיי"ש). מ"מ נראה דאם התחייב בכתב, אף שלא ידע שיתחייב, כשם שאינו יכול לטעון טענת השטאה והשבעה או טענת לא ידעתי, וכמבואר ברשב"א וברמב"ן בתש', כך מהני חיובו. גם י"ל דמש"כ כנה"ג הוא באופן שמתקן אח"כ טענתו הראשונה והלשון סובל התיקון, אך לא כשחוזר לחלוטין מטענתו הראשונה ובנדו"ד. ומ"מ נראה דאם הודה בכתב, לכאורה אף אם רוצה לתקן טענתו הכתובה, לא יוכל לטעון שלא הבין שמתחייב בראשונה.

ונראה דגם מש"כ הש"ך פ, ג דיכול לחזור מטענה של חיוב לטענה של פטור, אף שיצא מבי"ד, כל עוד לא התחייב בבי"ד, וס"ל לש"ך דאין סברא לומר שמא

לימדוהו לטעון שקר, כשהוא סבור שלפי דבריו יזכה בטענתו הראשונה. ולא מסתבר לומר דחיישין שאחר שיצא אמר טענתו לאחרים, והם אמרו לו שיתחייב בדין ע"פ טענתו ולימדוהו לטעון שקר. דאף בגמ' ב"ב לא,א לא מצאנו חשש אלא רק אחר שבאו עדים והכחישוהו. דכל דברי הש"ך הם על אופן שמתקן טענתו הראשונה ולא כשחזור בו. וגם נראה דאם כתב טענתו הראשונה, לכאורה לא יוכל לחזור בו וכנ"ל, אא"כ לשיטות דמהני אמתלא.

ומש"כ לעיל דגם בכתב שכותב לפני בורר או לפני ערכאות, כיון שיודע שיוכלו לחייב אותו ע"פ טענתו, אין זה כטוען חוץ לבי"ד ועביד אינש דלא מגלי טענתיה אלא לבי"ד, ולכאורה דבר זה נתון במחלוקת מהרי"ט וקצוה"ח (עט,ז, ועיין גם בקצוה"ח ג,ב ובנתיבות ג,ג). דמהרי"ט בתש' ח"ב חחו"מ סי' מו, כתב וז"ל:

"דהא אמרינן בפרק חזקת אי אשתעי מילי מאבראי ולא טען ואתא לבי"ד וטען, טוען וחזור וטוען, מ"ט עביד אינש דלא מגלי טענתא אלא לבי דינא, והיינו דוקא משום דמאבראי לבי דינא הוה כדיהיב טעמא, דעביד אינש וכו', וכדפי' רשב"ם שאדם עשוי שלא לגלות טענותיו חוץ לבי"ד שלא ילמוד מהם שכנגדו ויתן לכו מתחילה קודם שיבואו לבי"ד להשיב עליהם. והרא"ש כתב שבמזיד טוען טענות אחרות כדי להטעותו. אלמא היכא דאתו מרצונם לדון לפני הדיינים, אפילו שנים ואפילו יחיד, אף על גב שלא יהא להם תורת ב"ד, מכל מקום הרי הם נדונים לפניהם ואין כאן אמתלאה זו לומר עביד אינש דלא מגלי טענתיה. ובהכי ודאי דלא אמרינן טוען וחזור וטוען וכהודאה גמורה הויא ... ונראה שאין דברי הרב ז"ל אמורים שלא תהא הודאתו בפני שנים או בפני יחיד מומחה כהודאה בבית דין אלא לענין שתהא הודאה שבפניהם כמלוה בשטר וגבי ממשעבדי ... אבל לענין שאם טען בפניהם והוכחש על פי עדים או על פי כתב ידו, ודאי שאינו יכול לחזור ולטעון הפך טענתו הראשונה אלא אם כן שיתרץ דבריו כההיא דפרק חזקת דסמכי עלה כדאבהתי, אבל לא שישתור דבריו כגון דאמר בתחלה של אבותי ולא של אבותיך וכשהוברר שהיא של אבותי של מערער זכה המערער, שהרי הודה שלא קנאה ממנו, והודאה לא תליא בבית דין של שלשה, דכל המודה בדרך הודאה אפילו שלא בפני בית דין, הודאה מיקרי ואינו יכול לחזור."

וקצוה"ח עט,ז חלק על מהרי"ט וכמש"כ גם בג,ב, דכל דליכא חד דגמיר וסביר לאו ב"ד הוא, והודאה בפניהם אינה הודאה. דכמו שלענין קבלת עדות בעינן ראויים לדון, הוא הדין לענין הודאה והוחזק כפרן, בי"ד הראוי לדון בעינן. וכיון דקבלת עדות שלא בפני בי"ד הראוי לדון, יכול העד לחזור ולהגיד, כך בעל דין

דחזור ומגיד היפך טענתו הראשונה, והודאה והוחזק כפרן מקבלת עדות ילפינן דהוא ממונא מממונא. גם צ"ע למש"כ הנתיבות ג,ג, דכל מקום שמותר לו לדון, יכול לקבל עדות והטענות, ואינו יכול לחזור בו מטענותיו. דלכאורה דבר זה לא שייך בדין בפני ערכאות.

ובמחלוקת זו צ"ע מי המוחזק לענין טענת קים לי. דלמש"כ לעיל לכאורה מי שרשומה הקרקע על שמו, דינו כמוחזק לענין טענת קים לי. ואף למש"כ הנתיבות בכללי התפיסה ס"ק כב: "בפלוגתא דרבוותא אין מוציאין מיד המוחזק, אפילו בקרקע ולא החזיק שלוש שנים, יכול המוחזק לומר קים לי".

ומקור דברי הנתיבות הם מהרא"ש בסנהדרין ד,ו, דאם פסק חכם אחר בענין אחר, יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו, ואם לאו בר הכי הוא, לא יוציא ממון מספק, מב"ב לב,ב, דהלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב יוסף בזווי היכא דקיימא ארעא תיקום והיכא דקיימי זווי לוקמו, אלמא כל ספיקא דדינא אין מוציאין מיד מוחזק. ומבואר דבין בקרקע ובין במעות. וכן מבואר בתש' הרא"ש א,ח דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה אפילו בקרקע, וז"ל:

"ואף אם נחלקו רבינו שמואל ורבינו יצחק ובעל העיטור על שאר רבותינו בנתינת קטן פחות מבין יג בנתינת נכסים שלו, כך קבלתי מפי רבנא מאיר ז"ל: היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא, לא מפקינן מספק ואוקי ממונא אחזקתיה. והכי אמרינן בב"ב לב,ב, הלכתא כוותיה דרבה בארעא, היכא דקיימא ארעא תיקום, וכוותיה דרב יוסף בזווי, היכא דקיימא זווי ליקום. הילכך, בנדון זה, היתומה היתה מוחזקת בקרקע ונתחזקו בה יורשיה אחר מיתתה והבא להוציא מידה מכח מתנת קטנה, עליו להביא ראיה."

מפורש יוצא מדברי הרא"ש דמהני תפיסה בקרקע במחלוקת הפוסקים. ועיין בש"ך בתקפו כהן (סי' צו) מש"כ בזה, דלהסבר אחד בתוס' לא מהני תפיסה בקרקע אפילו בפלוגתא דרבוותא. דאף למש"כ הנתיבות דחשיב מוחזק אפי' בפחות מג' שנים, נראה דכאשר הקרקע רשומה על שם המרא קמא, הרישום עצמו מהוה מוחזקות, ולמחזיק בפועל הוי מוחזקות ללא טענה, וגם מוחזקות כזו לא מהני לספיקא דדינא. ועדיין צ"ע. אמנם י"ל דאף קצוה"ח מודה דהיכא שהודה בכתב, אף שההודאה נשלחה לדיין יחיד או ערכאות, ואף בלא נשלחה כלל, דכמו שאינו יכול לטעון השטאה או השבעה וכנ"ל, הוא הדין שלא יכול לתת כל אמתלא ומהני הודאתו, וכל דברי קצוה"ח הם רק בהודאה ע"פ שנאמרה לפני דיין יחיד, אבל בכתב הוי הודאה מחייבת וכנ"ל. וגם בזה עדיין צ"ע.

ומ"מ גם ללא טעם של חוזר וטוען, ואף אם נאמר שיכול בדין תורה לחזור מהטענות שטען בערכאות, וכמו שיש צד לומר בדברי קצוה"ח הנ"ל, לאמור לעיל דלא מהני החזקה נגד הרישום, אין לקבל את התביעה ולקבוע שהתובע הוא הבעלים על הנכס מכח החזקה, וכנ"ל.

לאור האמור, יש לדחות את התביעה.

סימן יז

מחיצה בחצר משותפת

ראשי פרקים

א. במקום שנהגו שלא לעשות מחיצה

ב. קנין בחלוקה

שנים שקנו דופלקס, ובין שני הבתים יש חצר הרשומה כחצר משותפת, ובקש אחד מהבתים לחלוק ולהעמיד מחיצה וכן לבנות בחצרו, והשני מתנגד בטענה שכך קנו שהחצר תהיה משותפת, וכן שהוא משתמש בחצר חבירו כמעבר, ועל דעת כן השתתפו שלא יהיה שינוי בשותפות, ולכן אין להעמיד מחיצה ואין לבנות בחצר.

א. במקום שנהגו שלא לעשות מחיצה

תנן בריש ב"ב: השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר, בונין את הכותל באמצע. וברש"י שם פירש דמיירי שיש להם חצר בשותפות, ובתי שניהם פתוחים לחצר, וחידשה המשנה שכ"א נותן מחלקו מקום למחצית המחיצה. ובגמ' גא, מבואר דבחצר שיש בה כדי חלוקה, לא צריכים להסכמת שניהם לחלוקה, אלא האחד כופה לחבירו לחלוק, ומתני' בחצר שאין בה כדי חלוקה, דבעינן לרצונם דוקא. עוד מבואר בגמ', דבעינן לקנין לחלוקה, והיינו ששניהם היו שותפים בכל החצר, וכעת בררו חלקם, וכ"א קונה בקנין את חלקו, או בהלך בחלקו ורפק בה פורתא, או ברוחות, שכ"א ברר לו חלק, עיי"ש ברש"י.

והרא"ש שם ה"ו הביא ב דעות אם בחצר שאין בה כדי חלוקה ורצו לחלוק, או ביש בה כדי חלוקה, ונהגו במקום שם שלא לעשות מחיצה, האם יכול לכוף את חבירו לעשות מחיצה. ודעת הרא"ש דמדתני במתני' דוקא בגינה מקום שנהגו לגדור מחייבים אותו לגדור, אבל בחצר לא תלי במנהג, יכול לכוף אף במקום שנהגו שלא לגדור, וז"ל הרא"ש:

"וי"מ דהוא הדין בחצר במקום שנהגו שלא לגדור, אין מחייבין אותו, דהא חזינא לעיל דנפיש היזקא דראיה בגינה טפי מבחצר. דללישנא דמחיצה גודא דלית ליה היזק ראה, בחצר בגינה מודה, וא"כ מתני' איירי בעיר חדשה שאין לה מנהג ידוע. וי"מ דבחצר אפילו במקום שנהגו שלא לגדור מחייבין אותו, משום דבחצר נפיש היזקא. וכן משמע, מדלא תני מתניתין מנהג בחצר

אלא בגינה. והא דאמר לעיל דהיזק דגינה נפיש, היינו למאן דאית ליה דהיזק ראיא לא שמיה היזק, ומ"מ בגינה שעומדת בקמותיה שליט ביה עינא בישא, אבל למ"ד דאית ליה היזק ראיא שמיה היזק, בחצר דתדירי ביה בתשמיש צנוע וגם משמשים בה בכניסה ויציאה, נפיש היזקא מהיזק גינה, וכן עיקר."

הרי דלמ"ד היזק ראיא שמיה היזק, בחצר נפיש היזק ראיא, ולכן אין מקום לנהוג כמנהג שלא לעשות מחיצה, שאין לנהוג באופן הגורם להיזק כהיזק ראיא. וכן היא דעת הרשב"א (ב"ב ב,א ד"ה איכא), והביא ראיא מב"ב ד,א, דהכל כמנהג המדינה, לאתויי הוצא ודפנא. ובתוס' ב,א סד"ה בגויל, כתב ר"ת; "דדוקא בהוצא ודפנא, אבל פחות מכאן, אפילו נהגו מנהג הדיוט הוא. ומוכיח מכאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם, אפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה". והראיה מדברי ר"ת הביא גם בתשובה (ח"ב סי' רסח ד"ה עוד יש), וגם הוסיף בטעם מדוע אין לילך אחר המנהג שלא לעשות מחיצה, וז"ל:

"ומ"מ אם נהגו שלא להקפיד כלל, על היזק ראיא שעל הבתים וחצרות, מנהג בטעות הוא ואינו מנהג. שאין מחולה ההקפדה אלא בממונות, שאדם רשאי ליתן את שלו או לזווק בנכסיו, אבל אינו רשאי לפרוק גדרן של ישראל ושלל לנהוג בצניעות, ובגורם להסתלק שכינה מלישראל הוא. דתנן: לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין. וגרסינן עלה בגמרא: מנא הני מילי, אמר רבי יוחנן דאמר קרא: וישא בלעם את עיניו, וירא את ישראל שוכן לשבטיו. מה ראה, ראה שאין פתחיהן מכוונין זה לזה, אמר ראויין אלו שתשרה שכינה ביניהן."

וכן כתב ברמ"ה (אות לט), דבחצר לא מהני מנהג לפטור, ומחייבים אותו לבנות אפי' נהגו שלא לבנות, דאיסורא נמי איכא, והביא ראיא מדרשת רבי יוחנן (הנ"ל). וכן היא דעת הריטב"א (ב"ב ד,א ד"ה אלא אמר רבא), הנימוק"י (ריש ב"ב), והמאירי, וכן נראה דעת הב"י חו"מ סי' קנז, ושכן דעת הרבינו ירוחם. והדעה החולקת היא דעת רבינו יונה בריש ב"ב, דבמקום שנהגו שלא לבנות, אינו יכול לחייבו לבנות מחיצה, וכדקיי"ל בגינה במקום שנהגו שלא לגדור (ועיין נימוק"י ריש ב"ב, ומה שהביא בשם רבינו יונה, י"ל דקאי על הסיפא לענין מקום שאין מנהג, דלא סגי בהוצא ודפנא, ועיין בב"י חו"מ קנז).

והרמ"א חו"מ קנז,א פסק כדעת הראשונים הנ"ל, דאף אם יש מנהג בעיר שלא לבנות כותל, אין הולכין אחריו, וכופין לעשותו. ואף אם אחד השותפים טוען שהשני מחל לו, לא מהני אא"כ יש עדים על המחילה. ועיין בסמ"ע שם דהטעם דלא מהני מנהג, מפני שבריי היזקא. וכן לא מהני טענת חזקה, דבמקום שכ"א הוא גם מזיק

וגם ניזק, יכול לטעון שלא חשש למחול כיון שידע שהמזיק גם ניזק ויסכים לסלק הנזק שמזיק גם אותו. (ומ"מ מהני מחילה ללא קנין, ולא דמי לקוטרא ובית הכיסא שהוא היזק גדול שא"א לסבלו. ועיין נתיבות א דיכול לחזור בו כל עוד לא קנו על המחילה).

והחזו"א בתחילת ב"ב (א,ב ד"ה כתב) הקשה, דהא בגינה במקום שלא נהגו לא כפינן ליה, מפני שמן הסתם הקונה והמשתתף, על דעת המנהג קונה ומשתתף, והשתתף וקנה ע"ד שלא לבנות כותל, וא"כ גם בחצר הדין נותן שלא יכפוהו לבנות כותל, דעל מנת כן קנו, וכפי שאם התנה להדיא שלא לבנות מהני התנאי, הוא הדין בסתמא שע"ד כן השתתפו. ותירץ החזו"א; "ונראה דחכמים חשבוהו למנהג גרוע, ואין סתמא מוכרע שדעתו למחול זכותו, והלכך מעמידין אותו על הדין". רק הקשה באין בה כדי חלוקה ונתרצו לחלוק, במקום שהמנהג לא לבנות, אם יכול לטעון שהתרצה לחלוק אך לא לבנות, שסמך על המנהג. והביא מהטור דמבואר דאף בכה"ג כפינן ליה לבנות, והטעם: "דכל מנהג גרוע מרופה בלבות בני אדם, ובני אדם יודעים דלפעמים המנהג גרוע וההלכה עיקר, ודעת המשתתפים לסמוך על ההלכה". וכן שם בחזו"א ה,ד, דהא דהולכים אחר מנהג, או מפני שזה נכנס לחצר על דעת מנהג, ונשתעבד להתחייב בכל דבר ששותף כופהו. או מפני שהסכמת הציבור הוי ככה ב"ד: "ונראה דמנהג גרוע, אין הולכין אחריו, אף אם הסכימו עליו כל הציבור, דאדם זוכה בדבר שהוא זכות לו, אבל אינו זוכה בדבר שהוא חובה לו". ועיי"ש דדוקא ביודעים הקהל שמה שמתקנים הוא נגד דין תורה, ואע"פ כן מתקנים לצורך שעה, אבל אם הנהיגו ולא ידעו שדין תורה אינו כן, הרי הם כטועים בשקול הדעת וחוזרים בכל עת.

והגר"י אברמסקי זצ"ל בחזון יחזקאל (ב"ב א,ה) כתב לחקור אם היזק ראייה הוא היזק בפועל, שכל רגע ורגע מזיק לו בראייתו, או שהיזק ראייה הוא היזק מניעת, שמונע ממנו להשתמש בחצר. וכתב לבאר שב' הדעות אי מהני מנהג שלא יעשו כותל, תלוי בב' הצדדים הנ"ל. דאם היזק ראייה הוא היזק מניעת, א"כ במקום שנהגו שלא לעשות כותל, הרי נהגו שיכול אחד השותפים למנוע מחבירו לעשות בחצר תשמיש צנוע, והרי זה כתקנו שלא יעשה בחצירו דברי הצנע. ודעת הראשונים דקיי"ל כוותייהו, שהיזק ראייה הוא היזק בפועל, מאחר והשותף לא ימנע לעשות דברי הצנע בחצרו, וזה עומד ורואהו ומזיקו בראייתו בכל שעה ושעה. ולא מהני מנהג העיר לפוטרו מהרחקת ניזיקין שמזיקו תדיר בגירי דיליה בהיזק ראייה. משא"כ בגינה שיש נמנעים לעשות בה דברי הצנע, מהני מנהג שלא לגדור, שההיזק הוא מניעתי. ועיי"ש מה שהביא מהראשונים שהיזק ראייה כל שעתא ושעתא מיתזיק ליה, והוי כקוטרא ובית הכסא (עיין נימוק"י ריש ב"ב). ובקה"י (ב"ב סי' ה) כתב דמה דמהני

מנהג בגינה ולא בחצר, לא מפני שזה איסור זוטא, אלא דבבכל היזק ראייה יש נזק לגופו, מה שמצטער במניעת תשמיש וכן מה שמסתכל עליו אם השתמש. וכן נזק לממונו, שאינו יכול להשתמש כפי שרצה, והאיסור של המזיק שמסתכל בחצר חברו. וס"ל דלא מהני מנהג אלא לנזק ממנו כמו בגינה, אבל בחצר שיש גם צער הגוף, לא מהני מנהג.

ולפ"ז גם בנדו"ד אף שהשתתפו, ואף לטענת השכן הנתבע שאין רצונו בחלוקה, שמלכתחילה קנה עם חצר משותפת גדולה, מ"מ אף אם יש כזה מנהג מכח החוק (דבר שצ"ע לכשעצמו, ולענ"ד אינו, דאין מניעה מהחוק לחלוק בהסכמה, ופוק חזי מה עמיה דבר), כיון שלא התנו בהדיא שלא יחלקו ולא קנו לא לחלוק ולהעמיד מחיצה, הרי יכול כ"א לכופ את חברו לחלוק ולבנות, ומעמידים על הדין. ועיי"ש בחזו"א אות יב לענין סוג הכותל, שאין להעמיס לבנות כותל בהוצאה מרובה, אלא סגי בכותל ממוצע שימנע היזק ראייה, רק לא כותל מחומרים זולים שיצטרך תיקונים כל העת, והדבר מסור לחכמים לקבוע לפי ראות עיניהם.

[במאמר מוסגר בענין מה שנשאלתי, במי שרוצה לבנות ולהרחיק מחלון חברו ד אמות, כאשר לפי החוק עליו להרחיק מרחק גדול יותר. ונראה דכל הגרים בעיר השתתפו (ובנדון שאלה זו, השתתפות במבוי, וברחוב וברשות הרבים) על דעת שההרחקות יהיו ע"פ החוק, שכך הוא הנהגה במקום (ולא משנה אם החוק השתנה, או שקנו בזמנים שהיה החוק שונה, דכיון שכ"א יודע שיש בעיר חוקי בניה, על דעת החוק, אשר יהיה, השתתפו). וחוק ההרחקה אינו נגד דין תורה ואינו מנהג גרוע, דלא כמו המנהג שלא לעשות מחיצה, דמנהג שלא לעשות מחיצה הוא מנהג גרוע שמזיק לחבירו כנ"ל, אבל בדין תורה מה שנאמר במשנה ב"ב כב,א ובשו"ע חו"מ קנד,כא, שסגי בהרחקת ד אמות, אין איסור להרחיק יותר, אלא כיון שאין מנהג במקום, סגי בהרחקה של ד אמות, אבל במקום שיש מנהג שכך הוא החוק, השתתפו על דעת כן, ואין לקרב מעבר לקבוע בחוק, שכך הוא המנהג, ואינו מנהג גרוע כמנהג אי עשיית מחיצה.

וראיתי במשכן שלום לגרש"מ סגל שליט"א, ט,א ובמילואים ד,ד, דסתם חלון שבבנין משותף שנפתח ונבנה ע"י הקבלן, האויר הסמוך לו בשטח המשותף משועבד לצורך החלון. וכן בשכונות חדשות הנבנות בתכנון כללי, ומיעדים שטחים פנויים בין הבנינים לצורך חלונות, אף האויר של השטחים הסמוכים שיועדו לצורך זה, משועבדים לבעלי החלונות, כי על דעת כן נבנו ונמכרו. אך כל זה בבנין שהחלונות תוכננו באופן זה, ולצרכם יועדו המרחבים הפנויים, אולם באופן שאחד פתח חלון בצורה לא מקובלת ולא מתוכננת, וכן חלונות של מחסנים שאין רגילים ליעדם עבור אויר, אין האויר שלפניהם משועבד.

עוד ראיתי שם במילואים פרק ד,ד (אות יח) שבזמנינו שנשתנה לגמרי צורת הבנין והחלונות, ורגילים ליעד אויר פנוי טובא ליד חלונות הבתים, יש חזקה ליותר מד' אמות, ויש לדמותו לאכסדרה שאורה רב. ושם באות יט, ששעור ההרחקה צריך להקבע לפי אופן צורת הבתים. וכאמור, בכל אופן כאשר ע"פ החוק חייב להרחיק מרחק מסוים, אינו יכול לקרב עד לד' אמות בטענה שכך הדין ע"פ ההלכה, דכיון שהשתתפו וכך הוא המנהג, ע"ד המנהג השתתפו, וכ"א יודע שהבניה בארץ מוגבלת לחוקי בניה והמסתעף, וע"ד כן השתתפו, ואינו מנהג גרוע כנ"ל].

ב. קנין בחלוקה

ולכאורה כיון ששותף אחד מסרב לחלוק ולהקנות חלקו לשני, איך יוכל הרוצה לחלוק שיהיה החלק שלו לחלוטין לעשות בו שירצה. וראיתי לגרא"ז באבן האזל שכנים ב', שהוכיח מדברי הרמב"ם שאין צריך קנין להקנות לכ"א חלקו, אלא הרי הם כמו אחים שאין צריך הקנאה, דעל דעת כן השתתפו, שכשיגיע זמן החלוקה, יחלקו בדיני חלוקה ואין צריך הקנאה. ומזה הטעם כ"א הולך בעצמו ומחזיק, ואין צריך לאמירת מקנה של לך חזק וקני, עיי"ש. ולפ"ז גם אם אין השותף מקנה, כיון שהחולק מחזיק בחלקו, מדיני חלוקת השותפים זכה בחלקו שיהיה שלו. וכן מצאתי אח"כ לגרא"ו בקובץ שעורים ב"ב סי' יט מהא דסגי בגורל לחלוקת השותפים: "כיון דהא דמהני גורל ילפינן מחלוקת ארץ ישראל, אין ללמוד מהתם אלא לדבר שיש בו כדי חלוקה לשניהם, דמתחילה ההשתתפות היה עומד לחלוק, וכשחולקין אח"כ אין זה קנין חדש אלא חלוקת שותפות, ובזה מהני גורל לברר חלק כל אחד. אבל בדבר שאין בו כדי לשניהם ולא היה עומד לחלוק מתחלה, כשחולקין אח"כ לא מקרי חלוקה אלא היא מכירה חדשה שכל אחד מוכר חלקו לחבירו ולא מהני גורל". ומבואר דכל היכא שעומד לחלוקה, על דעת כן השתתפו ואין צורך בקנין אלא בברור החלקים. וכן מבואר בחדושי הגר"ש רובבסקי זצ"ל, ב"ב סי' ה, דחלוקת השותפים אינה מענין מכירה והקנאה אלא הוי דין חלוקה, עיי"ש. וע"ע בשו"ע חו"מ קנז,ב, בסמ"ע ו ובש"ך ד.

עוד י"ל בנדר"ד, דאף שהחצר רשומה אצל רשם המקרקעין בחצר משותפת, כיון שכ"א מכיר חלקו ומשתמש רק בחלקו, ואף אם עובר ומשתמש בחצר כמעבר, משתמש בזה בתורת דרך בחצר חבירו, אך כ"א מכיר את חלקו ומשתמש בפועל בשימושי חצר רק בחלקו. דבזה מבואר בראשונים דאף בחצר שאין בה כדי חלוקה, אם כ"א מכיר חלקו, חולק בלא דעת חבירו, ובין ביש בה כדי חלוקה ובין אין בה, אין צריך להחזיק בחלקו, שהוא מוחזק ועומד. ואף דבנדר"ד כ"א עובר בחלק חבירו כמעבר, אין זה בתורת שימוש אלא בתורת דרך, כיון שהאפשרות קיימת ואין מחיצה

ואין חבירו מקפיד. דזכות הדרך אינה מחמת השותפות אלא מחמת אי הקפדת השותף (עיי' ברמ"ה ב"ב סי' קלו ד"ה אלא מיהו הנ"מ מארבע). וז"ל הרי"ף (ב"ב ז,א מעמדה"ר):

"והני מילי בשאין אחד מהן מכיר את חלקו, שכל אחד ואחד מהן יש לו רשות להשתמש בכולה, אבל אם כל אחד מהן מכיר את חלקו ואינו יכול להשתמש בחלקו של חבירו – חולקין, ואע"פ שאין שם שמונה אמות לזה ושמונה אמות לזה. ממאי מדאמרי' בריש פירקא [ג,א] ואי היזק ראייה שמיה היזק מאי איריא רצו, אפי' לא רצו נמי פלגי. א"ר יוחנן, משנתנו בשאין בה דין חלוקה. ואי לית בה דין חלוקה כי רצו מאי הוי, ליהדרו בהו. ופריק, שקנו מידן ברוחות. רב אשי אמר כגון שהלך זה בעצמו והחזיק וזה בעצמו והחזיק. ש"מ דמתני' דקתני רצו, בשאין כל א' מהם מכיר את חלקו, הילכך כיון דקנו מידם ברוחות, אי נמי אחזיק כל חד מיניהו במנתיה, איסתליק ליה רשות ממנתא דחבריה ופלגי, ולא מצי לעכובי אהרדי, ואע"ג דלית בה דין חלוקה, דהא ליכא לכל חד מיניהו רשותא במנתא דחבריה."

וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ם ריש הל' שכנים, דכל דין השותפין דמתני' כשאין כ"א מכיר את חלקו "אלא יד כולן משתמשת בכל המקום", אבל אם היה כ"א מכיר את חלקו, אף שאין בה דין חלוקה, כ"א כופה את חבירו להבדיל. וכן מפורש בדברי הרא"ש (ב"ב א,לז) דמילתא דפשיטא היא, ועיי' בפ"ח דהיינו שאין צריך לראית הרא"ש. ומדברי הרי"ף הנ"ל מבואר דאף לענין הקנין, אין צריך קנין ברוחות או שכ"א יחזיק בחלקו. ומש"כ הרא"ש דמילתא דפשיטא שבמכיר כ"א חלקו יכולים לחלוק בכל גוונא, עיי' בהעמק שאלה לנצי"ב פר' מסעי קלט, דהרא"ש הבין שמתחילת השותפות כ"א הכיר חלקו, ופירשו ביניהם שלא ישתמש אחד בחלק חבירו, והרי"ף מיירי בלא התנו אלא כך התנהלו, שכ"א משתמש בחלקו הצמוד לביתו, ולכן הביא ראייה לדבריו.

לאמור לעיל, רשאי השותף המבקש להעמיד את המחיצה ולבנות בחלקו.

סימן יח

תביעת נזק על ירידת ערך

ראשי פרקים

א. משביח בשלו וגורם ירידת ערך לחבירו

ב. ערך דירה שירד כתוצאה מבניה

בדו"ד בענין נזק בתאונת דרכים, העלה הניזק תביעה על ירידת ערך ע"פ הערכת שמאי. הנתבע/ המזיק טען כי אין יסוד בהלכה לחייבו בנזק של ירידת ערך, ולדבריו, משתוקן הרכב, אין מקום לחייבו ע"פ ההלכה בנזק של ירידת ערך, הגם שחברות הביטוח משלמות ומחשבות גם נזק זה, כפי שהן מחייבות בנזקי גרמא וכד'.

א. משביח בשלו וגורם ירידת ערך לחבירו

לכאורה למה דקיי"ל כרבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, אא"כ מזיק בגירי דיליה, ועיין מש"כ בח"ו סי' יג בדברי הנתיבות קנה"ח, גם נזק של ירידת ערך לכאורה הוא גירי דיליה, דמיד כשעושה המשביח, יורד ערך דירת השכן (אם הדבר נעשה באופן כזה, עיין בח"ו יג/ה. ועיין מש"כ בח"ה יד/ז בענין ירידת ערך, וכאן ראיתי להוסיף ולבאר).

הרא"ש בתש' ה,ג נשאל בראובן שיש לו מקום בבית הכנסת סמוך למקומו של שמעון. ורוצה ראובן לעשות מחיצה בין מקומו למקום שמעון, ושמעון טוען על הפחתת ערך/ חשיבות מקומו, כי עתה הוא ראשון, וכשתהיה שם מחיצה לא יהיה ראשון. וראובן טוען שזכותו להשביח מקומו ולעשות בשלו מחיצה, כי לא נשתעבד לו לכך. והשיב הרא"ש דהדין עם ראובן. ובתו"ד דן בענין הטענה של שמעון שנגרם לו הפסד, שאם ירצה למכור מקומו, יצטרך למכרו בפחות, וז"ל:

"ועוד, אפילו לא יהיה מנהג לחלוק מקומות, וגם שמעון נפסד בחלק המחיצות, שאם היה בא למכור מקומו יפחתו דמיו מחמת שאינו ראשון כאשר היה בתחלה, נראה לי שבשביל הפסד זה לא ימנע ראובן זה מלחלוק. שכל ההרחקות השנויות בבבא בתרא (פ"ב), היינו דוקא היכא דדבר הנסמך מזיק לשכנו בגוף ממונו, כגון הסומך בורו לשדה חבירו, שהוא מזיקו להרחיק כשיבוא לסמוך בור, גם הוא אומר כל מרא ומרא מרעית לי לארעאי. וכן כל ההרחקות דלא יחפור, או שמאפיל עליו, או מחמת הריח, או פסקת לחיותאי.

אבל אדם הבונה בתוך שלו להשביח נכסיו, ואינו מזיק לגוף ממון חברו, אלא שמפחיתו מדמיו, כי האי גונא לא הצריכו חכמים להרחיק. כההיא דפרק לא יחפור (כא,ב): עושה אדם חנות בצד חנותו של חברו, ומרחץ בצד מרחץ של חברו, ואינו יכול למחות בידו, מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי. ואע"פ שהדבר ידוע שהחנות של הראשון דמיו נפחתים, שיותר היה נמכר ביוקר כשלא היה במבוי אלא חנות אחת, אע"פ כן אינו יכול למחות בידו ... אמנם אם נהגו במדינות הללו כשמוכרים מקומות בבית הכנסת, שמוכרים מושב הראש ביוקר והשני בפחות, וכן כלם נפחתים לפי התרחקם ממושב הראש. אם עתה בחלוק מחיצה יפסיד מקום מושב הראש חשיבתו, לא יוכל ראובן לחלק, כי אדעתא דהכי קנה מקומו בפחות מדאי מושב הראש, שאם יוכל לעשות מקומו ראש, למה נפחת דמי מקומו."

להבין את החילוק בדברי הרא"ש ואת הסתירה לכאורה בין הרישא לסיפא (עיין בדגול נרבה חו"מ סי' קעא), נקח כדוגמה מי שדר בבנין שיש בו ארבעה דיירים, וכעת מוסיף דייר חמישי, וטוען השכן כי הוספת הדייר החמישי (מבלי להכנס לשאלת מרבה עליהם את הדרך), מוריד את ערך הדירה, מפני שפחות אנשים ירצו לקנות דירה כזו וממילא מחירה יפחת. בזה אין מקבלים את טענת התובע השכן. אולם אם מעיקרא היה מחיר הדירה מחושב לפי כמות הדירות, וכאשר קנה את הדירה שילם יותר עבור כמות של ארבע דירות, אין הנתבע יכול להוסיף דירה חמישית ולהזיק לתובע. לאמור – השבחה שתוצאה ממנה היא ירידת ערך, אינה טענה בפני עצמה, אא"כ מדובר בפגיעה בדבר מהותי שהוא בגוף תחשיב המחיר של הדבר. כך יש לפרש לכאורה את דברי הרא"ש.

כמו כן נראה שכל הנידון ברא"ש שיכול להשביח בשלו ואין לשכנגדו טענת ירידת ערך, דוקא בעושה בשלו ומשביח, דבזה יכול המשביח לטעון שרשאי להשביח (אא"כ פוגע בערך מהותי המחושב מראש במחיר בזמן הקניה), אולם כשמזיק חפץ לחבירו, יש לבחון כמה היה שוה קודם וכמה כעת, וכשישנה ירידת ערך, הרי ירידת הערך בכלל הנזק.

ולפ"ז אין סתירה בין מש"כ הרא"ש הנ"ל (הג) למש"כ בתש' כלל ה.ז. שם נשאל במסכה (ספסל) של בית הכנסת שיש בו חמשה מקומות, וצד אחד של המסכה סמוך להיכל, ובכותל ההיכל עצמו היו מקומות, והיה ריוח בין אותן מקומות לראש המסכה. ועכשיו בא אותו שהיה יושב בראש, והסיר הדף של ראש המסכה ושמר אצל המקומות שהיו בכותל ההיכל, והאריך את המסכה במקום נוסף, ויש עתה במסכה שיעור שש מקומות. ומתרעם שכנו הסמוך לו במושב המסכה, שמתחלה היה מקומו

שני למסבה, והוא שזה מאה זהובים, ועתה נעשה שלישי, ואינו שזה אלא חמשים זהובים. והשיב הרא"ש:

"נראה לי שיכול לעכב. שמתחלה כשעשו המסבה ועשו דף או בנין בראש המסבה, אותו בנין בראש המסבה הוא של כלם. מפני שלפי הראש חלקו המקומות, הראשון שסמוך לראש משובח, והשני פחות ממנו, והשלישי עוד פחות, וכן כלם לפי הרחקתם מן הראש יפחתו דמיהם. הלכך, אין לשנות בנין שאצל הראש אלא מדעת כולם..."

דשם תחשיב מחיר המקום היה לפי קרוב ורחוק מראש השורה, וכשהוסיף עוד כיסא, פגע בערך מהותי שהוא בתחשיב המקום. משא"כ בנידון כלל ה,ג, דשם יש צד שיורד הערך, אך כשאנו פוגע במהות תחשיב המחיר דמעיקרא, אינו יכול לטעון כנגד המשבית. ובשו"ע חו"מ קע"א, הביא הרמ"א את שתי תשובות הרא"ש הנ"ל להלכה:

"ראובן ושמעון שיש להן מקומות בבית הכנסת זה אצל זה, וראובן רוצה לעשות מחיצה ביניהם ולהכניס המחיצה בתוך שלו, ושמעון רוצה לעכב באמרו שאם יעשה מחיצה המקום יהיה דחוק, הדין עם ראובן. וכן רבים היושבים על ספסל אחד בבית הכנסת, והיושב בראש רוצה להוסיף עוד מקום אחד אצל מקומו, והיושב אצלו רוצה למחות באמרו שעכשיו הוא שני אצל הראש ואם יוסיף יהיה שלישי, הדין עמו ויכול למחות".

ועיי"ש בנתיבות ס"ק ג, שכתב בטעם שבנידון הראשון (כלל ה,ג) אינו יכול למחות, ובנידון השני (כלל ה,ז) אינו יכול למחות, ובתרוץ ראשון כתב לחלק בין אם עושה מחיצה ללא עושה מחיצה, דאף דאין יכול למחות כשרוצה לעשות מחיצה בקצה מקומו, דהיינו בין מקום למקום, מ"מ אם הראשון יש לו מקום רחב ורוצה לחלוק במחיצה באמצע המקום שיהיה ניכר שהם שני מקומות, יכול השני היושב אצלו לעכב, שמחמת המחיצה ניכר שהוא שלישי, אולם אם בלא מחיצה רוצה להושיב אחר אצלו, נראה שאינו יכול למחות כשהמקום שלו רחב ואינו דוחק את חבירו. לאמור – בעשיית מחיצה יש ירידת ערך, ולכן יכול לעכב, ללא מחיצה אין ירידת ערך, ולכן לא יכול לעכב. ובתרוץ שני כתב לחלק; "דמירי במקום שידוע שמכירת הראשון הוא חשוב יותר מהשני, אבל בסתם שאינו ידוע אמרינן דאין המקום מכבד את האדם". וכוונת דבריו, דכשידוע שהמקום הראשון חשוב יותר ונחשב בדמים, הרי ירידת ערך פוגם בעצם המחיר שנקבע לפי קירבתו להתחלה, משא"כ כשאין ידוע, אין קרבתו להתחלה חלק מתחשיב המחיר. ולפ"ז דוקא בידוע שהדבר הוא חלק מהמחיר שאפשר לקבל עבור המקום, פגיעה בערכו תחשב כנזק. משא"כ אם אמנם

יש אנשים המעדיפים מקום ראשון, אך אין זה דבר ידוע שהוא חלק מהמחיר. והבאתי דוגמאות לנזקים של ירידת ערך ברכב, כגון תאונות עם פגיעה בשלדה, או מי שהעביר את הרכב של חברו על שמו, כך שהרכב כיום יד שניה, או ע"ש חברה, או זייף מספר ק"מ כלפי מעלה, כל אלה נחשבים לחלק מהתחשיב של השמאים בקביעת ערך הרכב. ואלה דברים ידועים, ואף מופיעים בתחשיב.

ובדגמ"ר שם (חו"מ סי' קעא) הקשה את הסתירה שבדברי הרא"ש, וכתב לחלק דדוקא כשעושה דף בראש המסיבה; דאיכא דף בראש המסיבה לסימן שזה מסיבה ראשונה, ואם עתה יקבע חילוק מחיצה, נמצא שלא יהיה מקומו של השני במסיבה ראשונה. ועכ"פ זה מוכח להדיא היכא דליכא מסיבות חלוקות בדף, יכול להוסיף מקום אם אינו ממעט אור הפנוי בבית הכנסת. שאם רוצה ליקח לעצמו מקום פנוי, בלא"ה השני יכול למחות, שמה שפנוי בבית הכנסת, יד כולם שוה ואין מי שיוכל ליקח לעצמו כמבואר שם ברא"ש סי' ז. דדוקא בעושה דף או במיעוט אור, והיינו שתפס מקום פנוי, בזה יכול למחות, משא"כ אם מוסיף מקום ללא דף. ולכאורה דוקא בכה"ג שמוסיף דף וקובע את מקומו כשני, בזה יש ירידת ערך שבתחשיב מחיר המקום, משא"כ בלא דף, הגם אם ירד ערכו, אין בזה ירידת ערך מתחשיב המחיר.

ועיין בחתם סופר בתש' (חאו"ח סי' כו) שכתב לחלק באופן שלא יסתרו התשובות אהדדי. דבסי' ז מיירי הרא"ש בעושה בשל השותפות, לכן בכל ירידת ערך יכול לטעון כנגדו, משא"כ בסי' ג שמשביח בתוך שלו. בסי' ג שנים ישבו זה בצד זה בספסל בלי מחיצה ביניהם, ורצה ראובן לעשות מחיצה ולהכניסה לחלקו, ושמעון טוען שע"י עשיית המחיצה יהיה ראובן עליון ומושב של שמעון למטה ממנו ומפסידו. וכתב הרא"ש שאין שום מעלה או ריעותא בתפלה אם הוא במקום זה או במקום זה, ואי משום עליית המקומות לענין כבוד היושב עליה, לא מצינו בשום מקום שלא יהיה רשאי לעשות בגבולו מפני הפסד שכינו, שאינו מגיע לא לגופו ולא לממונו, אלא שלא יהיה מכובד כ"כ. אמנם אם מנהג מקום להעלות בדמים בשביל זה, ואלו כשקנו מקומות הללו קנאום בזול, וע"י שעושה מחיצה ונתעלה נתיקר מקום מושבו ונפחת מקום שמעון, נמצא גורם לו הפסד בממונו, בזה אין ראובן רשאי לעשות מחיצה, אף שעושה בשלו. ואלבא דהחתם סופר הרא"ש מיירי באופן שיש רק פגיעה בכבוד. ופגיעה בממון הכוונה שמחשבים את המחיר של המקום לפי הקרבה.

ולפ"ז כשיש ירידת ערך, והיינו כשערך נקבע לפי יחס מסוים שנפגע כתוצאה מהשבחת חברו, אין יכול להשביח אף לא בשלו. (כך נראה לומר בדברי החת"ס, דיש ג דרגות, פגיעה בכבוד, שאינה טענה. פגיעה בגוף הממון, והיינו שזה מפחית מערכו לפי תחשיב, שיכול למנוע את השכן מלהשביח. ופגיעה בממון, אך באופן שאין

המיקום קובע את המחיר, אף דלא קפצי זביני כ"כ. אינה טענה על השבחת חבירו. ובזה אתי שפיר מה שהקשה על החת"ס בתש' עמק שאלה או"ח סי' ב). ובסי' ז' מיירי בענין שהרבה ישבו בספסל אחד שיש שני נסרים בשתי קצוותיו, ורצה העליון להסיר נסר העליון ולהוסיף שם מושב אחד, ומיחה בו הרא"ש, ולא הזכיר שם תנאי פחיתות שווי ממון. וכתב הטעם מפני שהנסר הזה הסוגר הספסל הוא של השותפים כולם, נמצא הוא פוגע במה ששייך לשותפים כדי להגדיל כבודו וממונו ולהפחית כבודם, ואפי' לא יהיה פחיתות ממון, כיון שמזיק לכבודו של השותף ע"י נטילת חלק השייך לשותפות, אינו רשאי לעשות זאת (ועיין תש' הרשב"א ח"ג סי' קנה).

ב. ערך דירה שירד כתוצאה מבניה

ומ"מ לשאלת בניה וירידת ערך של שכנים, כאשר בונה בשלו, וע"י זה ירד ערך הדירה בדבר שאינו בתחשיב המחיר, כגון שאם היו בבנין עשה דיירים וכעת אחד עשרה דיירים, דבר שאינו בתחשיב מחיר הדירה, הרי שאינו יכול למנוע מהשכן להשביח את שלו. אולם אם השכן בונה ברכוש המשותף, בזה יכול למחות בידו גם בירידת ערך שאינה מתחשיב המחיר, כגון אם תהיה תוספת של דיר, או הבנין לא יראה יפה כפי שהיה בעבר וכד', שרק מניעה של קפצי זביני, בזה יכול למנוע ממנו להשביח את שלו אם בונה ברכוש המשותף או ניכוס חלק מהרכוש המשותף, אא"כ חולק חלק בדבר שיש בו כדי חלוקה.

וראיתי שביה"ד לעניני ממונות שע"י הרבנות בירושלים בראשות הגרא"ד לויין שליט"א, דנו מספר פעמים בסוגיא זו של ירידת ערך הדירות. בח"א עמ' רא-רו דנו בתוספת בניה, כאשר השכן טוען לירידת ערך כתוצאה מתוספת בניה בבנין סמוך, וכתבו בענין זה שם בפסה"ד: "אם תוספת הבניה נעשית באופן שאין בה היזק ראייה והיזק ריח והיזק רעש לשכנים, אף אם יבוא שמאי ויאמר שבגלל אותה תוספת לא ישלמו עבור דירות השכנים את ערכם כפי שהיו משלמים להם לולי התוספת, אין זו אלא סיבה חיצונית, ואין לשכנים שום תביעה כספית בגלל כך, מה שאין כמוכר אם נגרם נזק ממשי של היזק ראייה וריח ורעש, שאז ירידת ערך הדירות יש לה סיבה אמיתית, ולא רק סיבה חיצונית, אזי שייך שתהיה להם על כך תביעה של נזיקין". ונראה שוב שמלכתחילה לא קנו את הדירה במחיר מסוים בגלל המירווח בין הדירות (כפי הנידון שם), ולכן בעינן נזק ממשי כאמור. וכן מבואר בח"ג עמ' נ. (וע"ע בח"ט עמ' קנו לענין מחיר דירה שמלכתחילה היה בזול עקב אופציות ההרחבה, וע"ע בחי"א עמ' תמו ולהלן).

וכן שם בח"ב עמ' קסז ולהלן, בענין מי שיש לו דירה על גג של מכולת, ובעל המכולת בנה מחסן בחזירת הבנין, והועלתה טענה מצד בעל הבית על ירידת

ערך, ובנקודה זו פסק ביה"ד: "בנידון דידן שטוען התובע שהמחסן בכניסה למכולת של הנתבע גורם לו נזק של לכלוך בחזית ביתו, נזק שנתרבה עם הזמן, דבר שגורם גם להפחתת ערך הבית שלו, אילו היה ממש בטענתו היה מקום לשקול את תביעתו לסילוק המחסן, אבל עפ"י התרשמות ביה"ד אין הדבר כן באופן חד משמעי..." ומשמע שאם היתה ירידת ערך בעצם המחסן, היה מקום לחייב את בעל המכולת בסילוק המחסן. והיינו דשם נראה שהיה המחסן ברכוש המשותף. או שיש שם נזק של ממש, ודמי לקוטרא, ואפשר דבזה היו צריכים לדון, אם יש כאן נזק של ממש, הגורם לירידת ערך. ועיין בח"ד עמ' קטו בענין ירידת ערך כתוצאה מנזקי רעש. וע"ע בח"ז עמ' רלא בחילוק בין ירידת ערך שבאה מנזק ממשי של רעש, ריח או נזק ראייה, לירידת ערך שבאה מנזק אחר.

והנה כל הנידון דלעיל בבונה ומשביח בשלו וכד', אולם כאשר מזיק ממון חברו, ירידת הערך היא חלק מתחשיב הנזק, כמה היה שוה קודם וכמה שוה כעת, ולכן ברור שיכול לגבות מהמזיק נזק של ירידת ערך הרכב. ואף שבנדו"ד תיקן את הרכב במוסך (עיין מה שכתבתי בח"ד כ/א), מ"מ את ירידת הערך שלא ניתן לתקן – לא תיקן, וחייב לשלם הנזק שלא ניתן לתקן ע"פ דין.

לאור הנ"ל ירידת הערך היא חלק מנזק הממוני שנגרם לרכב, ורשאי לגבותו.

סימן יט

בסיס קבוע לסוכה בגג המשותף

ראשי פרקים

א. הקפדת שותפים במבנה קבוע ובשימוש לא מקובל

ב. כשאין הפרעה לשימוש השותפים

ג. מענה שיחזיק בעתיד

אחד השכנים שבונה את סוכתו בגג המשותף, יצק את יתדות בסיס הסוכה לגג (דהיינו ארבע זוויות הסוכה מחוברות ביציקה לגג). מדובר ביציקה שאינה מונעת מיתר השכנים מלהשתמש במקום היציקות בגג, הגם שיש בליטה מסוימת בגג. אחד השכנים מתנגד וטוען שמדובר בבניה ברכוש המשותף היוצרת חזקה וטענה של הבונה שמכאן ואילך המקום שייך לו, לכל הפחות לשבעת ימי החג, וטענה אפשרית לבעלות על המקום. מה עוד שלדבריו עצם הבניה הקבועה אסורה ברכוש המשותף.

א. הקפדת שותפים במבנה קבוע ובשימוש לא מקובל

תנן בב"ב נז"א: אלו דברים שיש להן חזקה ואלו דברים שאין להן חזקה. היה מעמיד בהמה בחצר, תנור ריחים וכיריים, ומגדל תרנגולים ונותן זבלו בחצר - אינה חזקה. אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה עשרה טפחים, וכן לתנור וכן לכיריים וכן לריחים, הכניס תרנגולין לתוך הבית ועשה מקום לזבלו עמוק שלשה או גבוה שלשה - הרי זו חזקה. וברשב"ם במשנה פירש דמיירי לענין חזקה בחצר חבירו, שאם עשה תשמישים כדתנן בסיפא, יש לו חזקה לאחר ג' שנים, ויכול לטעון אתה נתת לי לתשמיש זה במתנה או מכרת לי, אם היו אלו תשמישים קבועים כבסיפא. משא"כ תשמישים כברישא; "דברים המיטלטלין הן ואינן תשמיש של קביעות, ואין בעל חצר מקפיד עד ארבע וחמש שנים, ולכך אין לו חזקה למחזיק לומר מדוע לא מחית בידך, דאמר ליה בעל חצר לא חששתי למחות, דלא מחזקת בגוף הקרקע כדמחזקי אינשי ולא הייתי נפסד כלום, ומעתה אני מקפיד". והקשתה הגמ', מאי שנא רישא, דבהעמדת בהמה כדי בלא מחיצה אין זו חזקה, ומאי שנא דבעשיית מחיצה קנה (וקא סלקא דעתך השתא דבאיניש בעלמא שאינו בר חצר זו קאמר דאין זו חזקה, והלכך קשיא ליה מאי שנא רישא מסיפא, הא ודאי מקפידין בני חצר על איש נכרי שיביא כאן בהמותיו, ומדלא מיחו ודאי הקנו לו מקום בחצר זה להעמיד בהמותיו ואמאי אין לו חזקה, ולקמן מתרץ לה בשותפין - רשב"ם). ובתחילה תירצה הגמ' דכל מה שלא

נחשב מעשה קנין חזקה בנכסי הגר, אינו מעשה חזקה לענין חזקת ג שנים. והקשטה הגמ' מאכילת פירות, דאינו מעשה קנין בנכסי הגר, ולענין חזקת ג שנים מהני. אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח, (נזב) הכא בחצר השותפין עסקינן (שאחד מן השותפין עצמו העמיד בהמותיו ותנור ואשפה שלו בחצר ג שנים ולא מיחו בו. וסתם חצר לכניסה ויציאה הוא ולא להעמיד שם בהמותיו וחפציו זמן מרובה, והלכך בהעמדת בהמותיו גרידא בלא בנין לא היא חזקה, דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיצטרכו לאותו מקום, וכשירצו יקפידו ויסלק זה חפציו, דאין לו חזקה בשתיקתן), דבהעמדה כדי לא קפדי, אמחיצה קפדי (ומדשתקו ולא מיחו, ודאי ברשות עשה והוא חזקה). ובהעמדה כדי לא קפדי, והא תנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס לחצר. ומוכח דאפי' בלא מחיצה מקפידים. אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח, הכא ברחבה של אחורי בתים עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי ואמחיצה קפדי. דברחבה שאחורי הבתים אינו מקפיד כל כך, ובין במודר הנאה שרי להכנס ובין בחזקת תשמישים לא הוי חזקה, אבל בחצר שלפני הבתים צריך שיהא מקום פנוי לביאה ויציאה, ואסור בין במודר הנאה ובחזקת תשמישים קפדי והוי חזקה.

רב פפא אמר אידי ואידי בחצר השותפין, ואיכא דקפדי ואיכא דלא קפדי, גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא, דגבי ממונא יש לנו להקל ולומר שאין השותפין מקפידין זה על זה בהעמדת בהמות, ומותר להעמיד זה בהמותיו בחצר כל זמן שאין חבירו מעכב עליו; "והלכך לא הוי חזקה דהא לא קפדי ומאיזה טעם נאמר כך, משום דא"ל שותף לחבריה המחזיק אנא מהנך דלא קפדי אנא, והלכך שתקתי, ואין חזקתך חזקה. ואם רצונך להחזיק, אייתי ראייה דמהנך דקפדי אנא ותיהוי חזקתך חזקה. והלכך לא הויא חזקה, שכל מקום שיש טענה למערער למה לא מיחה, לא הויא חזקתו של מחזיק חזקה. גבי איסורא - השותפין שנדרו. לחומרא - ואסורין ליכנס לחצר דדלמא מהנך דקפדי ניהו, וכל ספק איסורא דאורייתא לחומרא." (רשב"ם). ועכ"פ לענין ממון, כיון שיש שאין מקפידים על העמדה ללא מחיצה, על המחזיק להביא ראיה. וצ"ל דכל עוד יש צד שאין השותף מקפיד, לא הוי המחזיק מוחזק לענין העמדת בהמות, והוא המוציא ועליו הראיה, דמעמידים הקרקע בחזקת מרא קמא, והיינו בחזקת השותפות (עיין בתורת חיים כאן).

וכן מצאתי בדברי מהרי"ט בתש' ח"א סי' קלג דכשיש ספק אם היתה חזקה או לא, והספק הוא מציאותי, כגון אם היה צריך למחות, מעמידים בחזקת מרא קמא, משא"כ כשהספק הוא דיני, ספיקא דינא, דבזה המחזיק בפועל הוא המוחזק. והביא מהרי"ט ראייה מב"ב לא, א-ב, זה אומר של אבותי ואכלתה שני חזקה וזה אומר של אבותי ואכלתה שני חזקה, האי אייתי סהדי דשל אבותיו ואכלה שני חזקה, והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה, אמרינן אוקי אכילתא בהדי אכילתא, ואוקי ארעא

בחזקת אבהתא. אע"ג דאתכחוש, באכילה דאבהתא מיהת לא אתכחוש. דכך דנים בכל ספק חזקה מעמידים בחזקת מרא קמא. עוד הביא ראייה מב"ב כט,ב, בההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, א"ל מינך זבינתה ואכלתה שני חזקה. אמר ליה בשכונאי גוואי הוה יתיבנא. אתא לקמיה דר' נחמן, אמר ליה זיל ברור אכילתך. אמר ליה רבא הכי דינא, המוציא מחבירו עליו הראיה. ומסיק בגמרא דסבירא ליה לרבא דלוקח קאי בנכסי והוא המוחזק ועל המערער להביא ראיה, וטעמא דרב נחמן מפרש דלא יהא אלא נקיט שטרא, מי לא אמרי' ליה קיים שטרך וקים בנכסי. ועיי"ש ברשב"ם שהחזקה של שלש שנים במקום שטר היא באה, ומאחר שהמוכר מערער על החזקה שאינה חזקה, צריך זה עדים שחזקתו גמורה שלא דר זה עמו. ופסקו רבוותא כרב נחמן, משום דרבא בההוא ענינא תלמיד עומד בפני רבו הוה. הרי שספק בחזקה, על המחזיק להביא ראיה. ובגמ' שם לב,א-ב, בהודה שהשטר מזויף, דהוי מיגו נגד הודאת בע"ד, קיי"ל דהלכתא כוותיה דרבא דארעא היכא דקיימא תיקום. ועיי"ש ברשב"ם ובתוס' ובמש"כ מהרי"ט בזה.

[ועל מה שיכול להשתמש כל עוד אין חבירו מוחה בו, הקשה הגרא"ו בקובץ שעורים (ב"ב סי' רנח), דלא דמי לכל ספק ממון, דבכל ספק ממון, כיון שאיסור גזל הוא תולדה מדיני הממון, וכיון שבדיני ממונות שייך למוחזק, אין בזה איסור גזל. אולם להשתמש לכתחילה שלא מדעת הבעלים, אין כאן שאלה מקדמית מי הבעלים ומה הדין הממוני, יש כאן רק שאלה בזכות השימוש, וא"כ כיון שיש ספק איסור גזילה, מהיכי תיתי מותר להשתמש שלא מדעת הבעלים. ועיין באבי עזרי קונטרס הרחקת נזיקין אות כט מה שכתב בזה. ואפשר לומר בדעת הרשב"ם שזה דין מיוחד בשותפים דוקא, שהוא מוחזק להשתמש בכל שימוש שלא מיחה בו, וכשיש ספק אם מקפיד, כיון שהשותף מוחזק להשתמש, אזלינן לקולא לענין זכותו שבה הוא מוחזק. והראוני שכן כתב בגידולי שמואל בסוגיא].

ורבינא אמר, לעולם לא קפדי וכו', והיינו דבהעמדה דכדי לא קפדי, וגם במודר הנאה יכול להכנס לחצר, והא מני ר' אליעזר היא וכו'. ובהמשך הגמ', אמר רבי יוחנן משום ר' בנאה, בכל שותפין מעכבין זה את זה חוץ מן הכביסה, שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על הכביסה, ועיין ברשב"ם בבאור דברי רבי בנאה.

מבואר בגמ' דהמשנה מיירי בחצר השותפים, ובחזקת תשמישין של אחד השותפים בחצר המשותפת, שאם העמיד בהמות ללא מחיצה, לא קפדי אינשי, וע"כ לא הוי חזקה, משא"כ בבנין של מחיצה וכד', קפדי אינשי, וע"כ הוי חזקה. ומדברי הרשב"ם יש לכאורה לדייק ממש"כ; "... שאין השותפין מקפדין זה על זה, ומותר להעמיד זה בהמותיו בחצר כל זמן שאין חבירו מעכב עליו ...", דאם יבוא השותף

ויקפיד, יכול להקפיד ולמנעו גם להעמיד בהותיו ללא מחיצה. וכן מבואר להדיא בדברי הרשב"ם בתחילת העמ' (ד"ה והכא); "... דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיצטרכו לאותו מקום, וכשירצו יקפידו ויסלק זה חפציו". הרי דאם יקפיד, יצטרך השותף לסלק בהמותיו. אך ברשב"ם מדויק גם דבעינן שהמערער יצטרך לאותו מקום, דבלאו הכי אפשר די"ל דאינו יכול להקפיד ללא טענה כנגד המעשה. ויוצא א"כ מדברי הרשב"ם דגם בהעמדה ללא מחיצה יכול להקפיד ולמחות ויצטרך המעמיד לסלק בהמותיו, אם יש למערער טענה שרוצה להשתמש במקום. וכן מוכח מדברי הרשב"ם בהמשך הגמ', על דברי רבי יוחנן משום ר' בנאה, דבכל שותפין מעכבין זה את זה חוץ מן הכביסה, שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על הכביסה, וז"ל הרשב"ם:

" בכל תשמישין הקבועין בחצר, דומיא דהעמדת בהמות תנור וכיריים שממעטין אויר החצר, יכולין לעכב אם האחד רוצה לעשות לבדו וחביריו אין רוצים לעשות כן. חוץ מן הכביסה - שתקנו לו חכמים שיעשה בחצר בעל כרחן של שותפין חביריו."

הרי שדוקא שיש טענה – שממעטין אויר החצר, הא בלאו הכי, לא יכול להקפיד. ובכביסה אפי' יש לו טענה, יש תקנת חכמים משום צניעות ובעל כרחן. [וצ"ל גם דעל דעת כן השתתפו, ואף אם לא השתתפו על דעת כן, תקנו חכמים משום צניעות שזה חלק מתשמישי החצר, ואם זה חלק משתמישי החצר, אינם יכולים למחות, שדין הכביסה כדין מעבר ודרך ואויר. ובוזה מבוארים דברי הסמ"ע קס"א, ז, הביאו גם הש"ך והנתיבות שם, דאף אם יש מנהג בעיר שהבנות מכבסות על הנהר ולא בחצר; "מ"מ הבא לשנות ולומר אין רצוני שבתי תתבזה עצמה על הנהר הדין עמו, שאין הולכין אחר מנהג גרוע כזה". דאינו רק מנהג אלא גם תקנת חכמים, וע"כ אפי' לא נהגו, תקנו חכמים שזה חלק מתשמישי החצר.] עוד מבואר, שאם השותף גם הוא מעמיד בהמה, אין לו טענה כנגד מי שהעמיד בהמה, דדוקא באופן ש"האחד רוצה לעשות לבדו וחביריו אין רוצים לעשות כן". וכן מבואר בדברי הנימוק"י (ב"ב לא, א בעמודה"ר); "... דומיא דהעמדת בהמה תנור וכירים, שממעטין באויר חצר, אם אחד מן השותפין רוצה לעכב על חבירו שלא ישתמש כמוהו, שאינו רוצה להשתמש בה, יכול לעכב". הרי שיש שני תנאים, גם ממעט באויר, וגם שמערער אינו עושה אותו תשמיש. שאם המערער עושה אותו תשמיש, אין לו טענה שהחצר המשותפת לא נועדה לשימוש כזה של העמדת בהמות, ובעושה אותו המעשה, הרי הוא מודה שאפשר להשתמש בכה"ג בחצר השותפים, שזו מדרך השימוש.

וכדברי הרשב"ם נראה מדברי הרמ"ה (אות רס) על דברי רבי בנאה, שהשותפין מעכבין זה על זה "שלא יעשה דבר קביעות בחצר השותפין שמעכב תשמישן של בני

אדם, כגון הני דקיימי במתניי". ולפ"ז דוקא בטענה שמעכב תשמישן של בני אדם, אבל בלאו הכי אינם מעכבים. ועיי"ש עוד ברמ"ה שהביא יש מפרשים דבכל השותפין מעכבים, היינו דוקא בדבר שמזיק, כמו המנויים בפ"ב ד"ב, חוץ מהכביסה, אף שהמים מזיקים את החצר המשותפת, עיי"ש. ובדברי הר"י מיגאש בחידושיו לב"ב נז, א מבואר, דכיון דאין חזקה, יכולים השותפים האחרים לעכב עליו בכל עת, וז"ל:

"ואם לא עשה מחיצה לא הויה חזקה כלל, דאהעמדה כדי לא קפדי אינשי. והכי נמי דיינינן בהאי איניש דמוקים בהמות דיליה במבואות, דאי קיימי שכיני דההוא מבוי וקא מעכבי עליה, ואע"ג דמקמי הכין הוה מוקים להו התם, כל כמה דלא עביד מחיצה עשרה, כל אימת דבעי לעכובי, מצו מעכבי עליה, משום דמבואות שאינן מפולשין כחצר השותפין דמו."

הר"י מיגאש לא התנה את טענות המערערים בכך שרוצים להשתמש במקום, אך גם להדיא לאידך גיסא, לא נאמר. ואפשר שהוא דבר פשוט, דיש לו טענה שרוצה להשתמש במעבר במבוי, ויש לו הפרעה בהעמדת הבהמות, אך אם אין הפרעה, אפשר דגם לר"י מיגאש הוי זה נהנה וזה לא חסר.

הרמב"ם בהל' שכנים ה,ה פסק דללא מחיצה, יכול חבירו למחות ולהקפיד כל זמן שירצה, ואם בנה מחיצה, יש לו חזקה מטענת מחילה של השותף (ובחצר חבירו, ס"ל דאינה חזקה גם במחיצה, והראב"ד הקשה עליו מהירושלמי, דהוי חזקה אפי' ללא מחיצה, ופסק דאינה חזקה לענין הבעלות, אבל לענין עצם השימוש הוי חזקה גם בחצר חבירו, כל שלא מיחה, אלא אם רצו הבעלים לבנות בית בחצרם, יכולים לבנות וחזקת המחזיק בטלה מאליה, אם אין לו טענת מכירה אלא טענת מחילה, אלא כל זמן שהבעלים לא בונים, החזיק זה בתשמישו). ומבואר ברמב"ם שנקט כתרוץ רבי בנאה להלכה, שבכל השותפים יכולים למחות זע"ז חוץ מהכביסה, ואפי' ללא מחיצה, וז"ל הרמב"ם שכנים ה,ג-ה:

"אחד מן השותפין בחצר שביקש להעמיד בה בהמה או רחיים או לגדל בה תרנגולין חבירו מעכב עליו, וכן שאר הדברים שאין דרך אנשי המקום לעשותן בחצרותיהן בכולן השותפין מעכבין זה על זה, חוץ מן הכביסה לפי שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על גב הנהר. אחד חצר השותפין ואחד מבוי שאינו מפולש כל בני המבוי מעכבין זה על זה שלא להשתמש במבוי אלא בדברים שדרך בני המדינה להשתמש בהן במבואות. אחד מן השותפין בחצר שהעמיד בהמה או רחיים וכיוצא בהן בחצר ולא מיחה בו שותפו, הרי זה מעכב עליו כל זמן שירצה, ואם העמיד בפני בהמה זו וכיוצא בה מחיצה

גבוהה עשרה טפחים החזיק שהשותפין מקפידין על המחיצה והואיל והניחו מחל ..."

ולכאורה יש לדייק בדברי הרמב"ם, שדוקא במחיצה השותפים מקפידים, אבל בלא מחיצה אינם מקפידים, ובכל זאת יכול למחות גם בלא מחיצה. אמנם י"ל שאין רגילות להקפיד, אבל מיירי במעלה המערער טענה כנגד השימוש, וכמש"כ הרשב"ם במיעוט האויר וכד'. ועיין בלח"מ (ה"ג) שהקשה, דאם הרמב"ם פסק כר' בנאה שבכל יכולים לעכב חוץ מהכביסה, מדוע פסק בה"ה כתרוץ שמקפיד על מחיצה. וכתב לחלק בין הקפדה למניעה לכתחילה, דודאי לענין חזקה רק במחיצה מקפיד, ואם לא מיחה הוי חזקה, אבל ודאי דלכתחילה יכול למחות ולעכבו מלהעמיד בהמות, דלענין שיהיה חזקה מדלא מיחה, בעינן לדרגת הקפדה שכ"א מקפיד בכה"ג, אבל לענין מניעה לכתחילה, יש לו את הזכות, אך אין באי השתמשות בזכות המניעה ראייה למחילה ולמתן חזקה למחזיק.

גם מדברי התוס' נדרים מו,א (ד"ה ושניהן) מבואר שפסקו כרבי בנאה שבכל מעכבים חוץ מהכביסה, שכתבו לענין שותפין שנדרו הנאה זה מזה, שאסורין להעמיד תנור וריחיים וכו'; "דבכל הני יכולין למחות זה על זה בלא נדר כדאמר בפרק חזקת הבתים (ב"ב נז,ב), הלכך אסור לעשות עתה בחצר כשנדר, דאם כן מהני ליה חבירו על שלא עיכב". ומיירי אפי' בלא מחיצה, וא"כ מוכח דס"ל דיכולים לעכב אפי' בלא מחיצה. וכן מבואר בר"ן שם, וז"ל:

"דאע"ג דאמרי' בפרק חזקת הבתים דשותפין אהעמדה כדי לא קפדי, מ"מ אי קפדי יכולין לעכב זה על זה. ואע"פ שדרכן לותר, ויתור אסור במודר הנאה."

נראה בדברי הר"ן, דבעצם העמדה יש בדרך כלל הפרעה, ובודאי יכול למחות על ההפרעה, רק יש רגילות לותר ולא להקפיד ולא למחות בהפרעה, ויותר כזה אסור במודר הנאה. יש זכות מחאה, אבל הרגילות לא להקפיד ולותר, ולכן אין חזקה. ובשו"ע חו"מ קסא,ה פסק המחבר שיכולים השותפין בחצר לעכב בכל דבר שאין דרך בני המקום לעשותם בחצרותיהם, חוץ מהכביסה, והיינו כר' בנאה. והש"ך ביור"ד רכו,ח, לענין הנ"ל של שותפים המודרים בהנאה, הביא מדברי הלבוש שפירש, דאע"ג דקי"ל דשותפין דרכן שאין מקפידין זע"ז, מ"מ אי קפדי יכולין למחות, והכא גבי מודר הנאה ודאי קפדי ואסורים. וחלק הש"ך על מש"כ הלבוש דודאי קפדי, דמדברי הראשונים הנ"ל מבואר דאפי' לא קפדי ומוותרים, הדבר אסור במודרים הנאה, דהתוס' והר"ן ס"ל כיון דאי קפדי יכולין למחות, א"כ אפי' לא קפדי מהני ליה מחמת שלא עיכב ואסור.

לאמור לעיל קיי"ל כר' בנאה שבכל השותפים יכולים לעכב זע"ז, ובודאי במבנה שבונה יכול השותף המוחה לעכב שלא ישתמש, כיון שאין מקובל לצקת את יתדות בסיס הסוכה לגג.

ב. כשאין הפרעה לשימוש השותפים

אמנם בנדו"ד יש להתיר ולמנוע את סתירת היציקה, מאחר ובעצם היציקה אין מניעה להשתמש בכל שימוש בגג, ואין כאן טענה של הפרעה או מניעת שימוש אלא חשש שיטען אח"כ המחזיק לחזקה על המקום. דכבר הבאנו לעיל את דברי הרשב"ם והרמ"ה דשותפים מעכבים דוקא בטענה שקיימת הפרעה לאויר או לתשיש, אבל ללא טענה, נראה דאין מעכבים וכו"ל.

וכדברים אלו יש להביא מדברי הרא"ש ב"ב ג, עב שכתב על הא דאיתא בב"ב נחב, בשינוי צינור מרוח לרוח ושינוי באורך הצינור (ב"ב נחב); "היינו דוקא שיש קצת טענה לבעל המרזב, שאין המים מקלחין יפה כאשר היו עושין, ואע"פ שאין לו מזה היזק, אבל בלא טענה כופין על מדת סדום, רק שיקלחו מימיו יפה". הביאו להלכה הרמ"א חו"מ קנג, ח. וא"כ בכל עניני שכנים ומחאות וקפידא, היינו דוקא שיש איזה טענה למערער, אבל בלא טענה, כופין על מידת סדום.

ומה שמדויק בדברי הרשב"ם דבעינן לטענה, נמצא כן במבי"ט ח"ב סי' צו שלמד בדברי הרשב"ם הנ"ל דבעינן טענה כמו מיעוט אויר. המבי"ט דן בחצר השותפים, שרוצים שנים מהשותפים להעביר צינור מתחת לקרקע, ושאר השותפים טוענים שיש כאן שימוש לא מקובל בחצר השותפים. וכותב המבי"ט להתיר מכמה טעמים. גם מחמת שכן הוא דרך השותפים להניח צינורות תחת הקרקע, וכן מחמת שלא ממעט אויר ולא מונע שימוש מהשותפים, וז"ל המבי"ט:

"כיון שיש לאלו חלק בחצר, יכולים להשתמש בה בכל תשיש שהוא דרך אנשי החצר להשתמש בו, ודרך הוא ברוב החצרות שעושים צנור תחת קרקע החצר להוציא לחוץ מי שופכין ובית הכבוד, וא"כ אפי' בחצר השותפין יכול לעשותו, וכל שכן צינור צר כזה לקבץ המים שנשפכין על פני החצר שירדו לבורו, דאע"ג דיכולים בני חצר לעכב לא' מבני החצר שרוצה להשתמש בחצר תשיש קבוע, הרי כתב רשב"ם ז"ל דהיינו תשיש קבוע דומיא דהעמדת בהמות תנור וכירים שממעטין אויר החצר, דמשמע דכל שאין ממעטין אויר החצר כי הכא, אפי' הוא תשיש קבוע, אינם יכולים לעכב אפי' לא היה דרך החצרות להשתמש בכך, כל שכן הכא שהוא דרך כמו שכתבתי."

מבואר דבעינן לטענה שמונעת שימוש כמו מיעוט אור, אבל בלא טענה, אין השותפים יכולים למנוע שימוש, אפי' אינו מקובל ואפי' קבוע. גם הוסיף דצינור זה שהוא תחת הקרקע, אף שהוא קבוע, גרע משימוש קבוע. עוד הוסיף המבי"ט, דבכגון זה הוי זה נהנה וזה אינו חסר, ובכה"ג כופין על מידת סדום. וכיוצא בזה נמצא בתש' תורת חיים למהרח"ש (ח"א סי' יח) שדן בשכן שרוצה לנעוץ עץ באחד מצדדי החצר, מקום שאין דריסת הרגל שם לכניסה ויציאה, וזאת בכדי לקשור שם חבל לצורך שטיחת בגדי תשמיש, ולעת הצורך ישתמשו כל השכנים. ויש בזה ב ענינים: נעיצת העץ בצדדי החצר, וכן תליית הבגדים בחצר. והשיב מהרח"ש, וז"ל:

"יראה שהדין עמו ואין יכולים לעכבו, כיון דהך מלתא דשטיחת בגדי תשמיש הבית דרך השכנים לעשותו באור חלל החצר ע"י חבלים ובכלל תשמישי החצר הוא, ואע"ג דאמרינן בפרק חזקת [ב"ב נזב,] א"ר יוחנן משום ר' בנאה בכל שותפים מעכבים חוץ מן הכביסה, היינו כגון להעמיד שם בקביעות בהמות וריחים ותנור שממעטים אור החצר ואין דרך השותפים לעשותו. וז"ל הרמב"ם פ"ה מהלכות שכנים ה"ג; אחד מן השותפים בחצר שבקש להעמיד בה בהמה וריחים וכו' וכן שאר הדברים שאין דרך אנשי המקום לעשותם בחצרותם, בכלם שותפים מעכבים ... ומ"מ בעיקר הדין יראה מדברי המפרשים דדוקא בדברים שאין דרך השכנים לעשות בחצרותיהם, אבל כגון הך מילתא דנדון דידן שאנו רואים בחוש שהוא דרך השכנים להשתמש בחצרותיהם, אין יכולים לעכב."

מהרח"ש כתב דאין בטענת תליית הבגדים טענה, מפני שכן הרגילות. ומצד העץ לרוב פשיטותו אפשר שלא היתה שאלה כלל, דכיון שהעץ עומד במקום שאין בו הפרעה, וכמש"כ מהרח"ש בשאלה, אין הו"א לאסור, דכיון שאין בו הפרעה לשימוש בחצר, אין השכן יכול למנוע לעשות אפי' תשמיש שאינו רגיל, כשאין בו הפרעה.

ובגמ' ב"ב נט,א לענין פותח חלון על חצר חבירו, נחלקו רבי זירא ור' אלעאי אם החלון גבוה מד' אמות, אם יכול למחות בעל החצר (ופועל יוצא, אם יש לבעל החלון חזקה). והקשתה הגמ', לימא בכופין על מדת סדום קא מיפלגי, דמר סבר כופין ומר סבר אין כופין. לא, דכולי עלמא כופין, ושאי הכא דאמר ליה זימנין דמותבת שרשיפא תותך וקיימת וקא חזית. וכיון שיש חסרון, שיוכל לפעמים לעלות על ספסל ולהזיק בראיה, כבר אינו מידת סדום. והרמב"ן בחידושו הביא את קושיית הראב"ד, מאי שנא מכותל שנבנה בחצר השותפים, דתנן בב"ב ה,א דאין מחייבים לבנותו אלא עד ד אמות, הרי שלא חוששים שיעמיד שרפיפא בחצר. ותירץ, דאה"נ, דבבב"ב אין רגילות להעמיד ספסל ולעמוד עליו, משא"כ בבית. עוד תירץ, דבבב"ב

שכנו יראהו, משא"כ בחלון בבית. (ועיין בחזו"א ב"ב יא, ח שכתב דלסולם שאינו שכיח לא חששו, דא"כ אין לדבר סוף. אך ציין שהרמב"ם כתב שהחשש שמא יביא סולם. ואפשר דאין הסולמות שוים). ובקצוה"ח קנד, א כתב לישב לולי דברי הרמב"ן:

"דהא אי לאו דכופין על מדת סדום, ודאי היה יכול למחות שלא לפתוח חלון על אויר חצר חבירו לפי שנהנה מאויר חצרו, אלא משום דכופין על מדת סדום בדבר שזה נהנה וזה לא חסר, ולזה קאמר דכו"ע כופין ושאי הכא דאמר ליה זימנין דמותבת שרשיפא, וכיון דזמנין דאית ליה היזק, תו לא שייך ביה מדת סדום, אע"ג דאינו היזק ממש, כל שחסר קצת ומיעוטא דמיעוטא נמי, תו לא הוי ממדת סדום. והתם גבי למעלה מד' אמות בחצר נמי אין כופין על מדת סדום מהאי טעמא דהוי חסר קצת, וכמ"ש תוס' פ"ק דב"ב (הא ד"ה אע"פ) גבי למעלה מד' אמות, וז"ל; ואף על גב דזה נהנה וזה לא חסר פטור, הכא זה חסר הוא שגורם לו שהגביה הכותל למעלה מד' אמות כדי שלא יהיה לו היזק ראייה ממנו בשום ענין, עכ"ל. והיינו נמי מהאי טעמא דזימנין דאית ליה היזק ראייה הו"ל חסר קצת, ואפ"ה אין כופין לבנות למעלה מד' אמות כיון דאינו היזק גמור, וא"כ השתא דמחייבין אותו גבי למעלה מד' אמות לשלם משום זה נהנה וזה חסר קצת, מכל שכן דאין בזה משום כופין על מדת סדום כיון דזמנין דמותבת שרשיפא וחסר קצת, דתו לא הוי מדת סדום וכמ"ש."

בחלון שעושה למעלה מד', הנידון הוא אם זו מידת סדום מצד בעל החצר אם לאו, וע"כ ככל שיש לו טענה כדוגמת זו של שרפיפא, הרי שבעל החצר בהיותו חסר קצת, הקפדתו כבר אינה מידת סדום. בהגבחה כותל בחצר השותפים, הנידון הוא לא מידת סדום, ולא זה נהנה וזה לא חסר, דאדרבא, השותף המסרב להגביה, יהיה חסר אם יחייבוהו להגביה, השאלה עד כמה צריך להגביה את הכותל, וככל שמדובר בנזק לא שכיח ורחוק, אין צריך להגביה את הכותל.

ג. טענה שיחזיק בעתיד

לפ"ז צ"ע בנדו"ד, שטוען השכן שהבונה יחזיק אח"כ, או בחזקה גמורה או בחזקת תשמישין, ואף שהיא טענה רחוקה, לכאורה כבר אינה מידת סדום וכמ"ש בד"ן חלון ושרפיפא, שאף במציאות רחוקה כשחרורי תא דאשיתא, אינה מידת סדום.

ונראה לחלק בין נידון קצוה"ח לנדון כנדו"ד. קצוה"ח מיירי במי שרוצה לבנות חלון למעלה מד' אמות על חצר חבירו. עצם בניית החלון על חצר חבירו הוי מעשה המזיק, ולכן אפי' הנזק יהיה באופן רחוק, יש לניזק זכות להתנגד, וכבר אינה

מידת סדום גם אם ההיזק רחוק, כיון שבונה במקום האסור – על חצר חבירו. בחצר השותפים, יש לכל שותף זכות להשתמש, וגם באופן שאינו רגיל שיכול כל שותף למחות, אין לשותף זכות של טענה ומחאה, אא"כ יש בטענותיו ממש. דבניגוד לבנית חלון שהוא מעשה היזק והבונה רוצה שיתירו לו מכח מידת סדום, וע"ז יש להשיב שאינו מידת סדום, כאן לא השותף הבונה מבקש שיתירו לו אלא השכן המערער רוצה למחות, וככל שאין בהפרעה כעת ממש, אינו יכול למחות, וכשתהיה הפרעה ממשיית, ימחה וידונו בהתאם להפרעה אם היא ממשיית אם לאו.

(עיי' במשנת רבי אהרן קוטלר, הל' שכנים (עמ' צ) שכתב בענין חזקת חלון לחצר השותפים שאין לו חזקה, דחזקת תשמיש שייך כשמשמש ומחזיק בשל חבירו, אבל בחצר השותפים אינו מחזיק כלל בשל חבירו, דיש לכ"א מהשותפים רשות השתמשות בכל החצר, ולכן בחלון לחצר השותפים, אין השותף מחזיק באור חבירו, דמותר לו לפתוח חלון מצד ההשתמשות, ומה שאסור הוא רק באופן שהוא מזיק, עיי"ש. ולפ"ז י"ל דבתשמיש של שותף בעינן לטענה ממש שהוא מזיק ולא סגי בטענה כלדהו כטענה שתעלה על ספסל ותראה. דבשלמא בפותח חלון על חצר חבירו, הרי משתמש בשל חבירו, ורק רוצה להשתמש בטענה של מידת סדום, ובזה טענה כלדהו של תעלה על ספסל, מסלקת הטענה. אבל בשותף המשתמש בשל השותפות, בעינן לטענה של נזק, ולכן צריך טענה שיש בה ממש).

ע"כ נראה שבנדו"ד יתחייב הבונה לכתוב בשטר שאין ביציקה משום חזקה כלשהי, לא בתורת בעלות ולא בתורת שימוש, ושהוא מודה ששימושו במקום הוא בתורת שאלה מכל השותפים, ושקיבל עליו על כך באופן המועיל ביותר ובקנין המועיל ביותר. ובזה עצם הטענה של חזקה עתידית או הפרעה לבניה עתידית, לא יהיה ליוצק טענה. גם טענה על בניה עתידית אינה טענה, כיון שבכל מקרה היוצק ג"כ שותף, ואם לא יבנו, יגרם לו נזק ג"כ (וסברא מעין זו ראיתי במהרש"ם ח"ז סי' קכט, ויש לחלק).

והנה הרשב"א בתש' (ח"א אלף קכט, הובא להלכה ברמ"א חו"מ קנד, יט) דן בענין הנכרי שהיה לו חלון על חצר ראובן, וקיבל הנכרי בשטר לסתמו כל אימת שירצה ראובן, ומכר הנכרי ביתו לשמעון, ותובע ראובן את שמעון שיסתום החלון. והשיב הרשב"א דחייב שמעון לסתום החלון, ובתוך דבריו בענין השטר שכתב הנכרי, כתב הרשב"א, וז"ל:

"ומכל מקום לשון השטר שעשה הגוי לראובן לא כתבת לי, ולפיכך איני יכול לדון עליו, דאפשר שיועיל ואפשר שלא יועיל, שהכל תלוי בלשון השטר. והריני כותב לפניך מקצת דברים כדי שתתבונן מהם בנדון שלפניך. דע שאילו

כתב לו הגוי לראובן שהוא מודה לו שהחלון בשאלה או שנעשה שלא כדין וכיוצא בהם, לית דין ולית דיין ששמעון הבא מחמת הגוי דינו כגוי וחייב לסתמו. אבל אם אמר לו הגוי אני אסתום החלון כל זמן שתמצה וחייב עצמו בכך, ואח"כ מכר את הבית לשמעון, אין שמעון חייב לסתמו למאן דאמר שיש חזקה להיזק ראייה. לפי שאע"פ שחייב עצמו הגוי בכך, אין שמעון הבא מחמתו בבתיים חייב בחיוב שחייב עצמו הגוי וששעבד נכסיו לכך, ודברים ברורים הם אלו. ומכל מקום אם דינו של גוי לסתמו, ישראל הבא מחמתו הרי הוא כמוהו, וכדאמרי' בפרק חזקת הבתים (דף לב) ישראל הבא מחמת גוי דינו כגוי. ולפיכך אם מדיני הגוים היה לו לסתמו מצד שאין להם חזקה בכך, אף דינו של שמעון זה כמוהו."

הרשב"א מחלק בין אם החיוב לסתום החלון הוא מכח הדין, לא מכח ההתחייבות, א"כ חייב הלוקח ודאי לסתום החלון. אולם אם החיוב לסתום החלון הוא מכח השטר, תלוי איך כתב הנכרי בשטר. אם הודה שהחלון לא כדין או בשאלה, הרי יש שטר על החלון שדינו לסתימה, ומי שקנה את הבית, קנה עימו חלון שנועד לסתימה. אולם אם החיוב הוא חיוב הגוף, שקיבל הנכרי חיוב הגוף ושעבד נכסיו לחיוב זה, החיוב הוא רק על הנכרי המוכר ולא על הקונה מחמתו. ומינה לנדו"ד, שיש לכתוב שמודה הבונה שהציקה אינה יוצרת חזקה, ושימושו במקום הוא ברשות שאר השותפים ומדין שאלה וכו"ל, ואם ימכור או יוריש, הרי היציקה והמקום חוזרים בשלמותם לכל השותפות. ואפשר גם להוסיף התחייבות לסתירת היציקה, אם יתבע בביה"ד וביה"ד יפסוק שחייב לסתור היציקה, דמהני לכל הפחות כל עוד הוא אחד השותפים.

לאור האמור לעיל, השכן שיצק את יתדות הסוכה, יתחייב לשכן המערער בזה"ל: אני הח"מ מודה כי היציקה בגג שעשיתי והשימוש בשטח בגג הוא בתורת שאלה משאר השותפים, ואם אמכור הדירה או אוריש, היציקה ומקומה חוזרים לכל השותפים. ואני מתחייב לסלק את היציקה בכל עת שאתבע, וביה"ד יפסוק כי היציקה מהוה הפרעה. וקבלתי על הנ"ל בקנין המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר. ולאחר שיכתוב השכן שיצק ויחתום כנ"ל בפני עדים, ניתן להשאיר את היציקה על מקומה ואין צורך לסתרה.

סימן ב

תשלום עבור שימוש במבנה שבנה שכן אחר

ראשי פרקים

א. שותף שירד והשביח

ב. מוציא הוצאות גם עבור חבריו

בהמשך למש"כ בח"ו סי' יד, נשאלתי גם בענין שני שכנים, תחתון ועליון. לפני כשבע שנים הרחיב התחתון את דירתו בתוספת חדר, ולשם כך גם בנה עמודים שיוצאים מרצפת היציקה. כשאושרה התוכנית, אמר העליון לתחתון שכעת אין לו כסף להרחיב את הדירה, וכשירחיב בע"ה, ישלם לתחתון את חלקו בהוצאות (אדריכל להגשת התוכנית לעיריה, עמודים, שימוש בתקרת העליון). ומלכתחילה בתוכנית העמודים ותקרת העליון נבנו באופן שיוכל העליון לבנות מעל התחתון. בינתיים העליון מכר את דירתו, והקונה חפץ להרחיב, והוא מוכן לשלם כמתחייב. הם לקחו שמאי שנתן הערכה לסכום שעל העליון לשלם. והשאלה ששואלים הצדדים, האם על העליון לשלם לפי המחיר היחסי של ההוצאה כפי שהיתה לפני שבע שנים, או לפי המחיר נכון להיום. (הערכת השמאי קובעת את החלקיות של העליון בהוצאה, ואת התחשיב נכון להיום).

א. שותף שירד והשביח

יש לדון (לפחות על חלק מהתחשיב) אם דינו של התחתון כשותף שהשביח, או שכיום העמודים הם בבעלותו והוא מוכר את הזכות לעליון לבנות במקום, ואף שאינו יכול למנוע מהעליון לבנות, דינו כמוכר הזכות, או שכאמור דינו כשותף שהשביח. ולכאורה הנפק"מ, שאם דינו כשותף שהשביח, יש לחייב את העליון לפי השבח בשעת ההשבחה (וגם זה צ"ב, מהי שעת החיוב). אולם אם התחתון הוא הבעלים על המבנה, והוא כמוכר לעליון, א"כ יש לדון לפי שעת המכירה כיום, מה השווי של הזכות אותה התחתון מוכר כעת לעליון.

איתא בב"ב מב,ב: גופא אמר שמואל, שותף כיורד ברשות דמי. מאי קמ"ל, שותפות אין לו חזקה, לימא שותף אין לו חזקה. אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא, לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע. וברשב"ם שם פירש, שדין השותף כדין אריס שיוורד ברשות, ואפי' השביח בשבח המגיע לכתפים גמר פירי, כגון קמה לקצור וענבים לבצור, נוטל כל החצי כדין אריסי

העיר, ואפילו ירד בשדה שאינה עשויה ליטע, נוטל כבשדה העשויה ליטע כדין היורד ברשות. דיורד שלא ברשות שמין לו וידו על התחתונה, דאם השבח יתר על ההוצאה, נוטל את ההוצאה, ואם ההוצאה יתרה על השבח, נוטל את ההוצאה עד לשיעור השבח, כדאיתא בב"מ קא,א-ב. והכא חשיב להאי שותף כיורד ברשות, והלכך שקיל בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע. ולעיל ביאר הרשב"ם ששותף כיורד ברשות: "כאילו נתן לו חבירו רשות וצוהו להיות במקומו כדין אריס דמי". ולפ"ז נוטל הגבוה מביניהם, שאם ההוצאה יתרה על השבח, נוטל השותף מה שהוציא, ואם השבח יתר על ההוצאה, נוטל מה שהשביח. ובפירוש שבח המגיע לכתפיים נחלקו הראשונים, עיי"ש בתוס'.

והראשונים הקשו מכתובות פ,א, מדברי רבא שם, לענין המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה, שאם היתה הוצאה יתירה על השבח, אין לו אלא הוצאה שיעור שבח ובשבועה. ומבואר דשבח היתר על ההוצאה אין לבעל בנכסי אשתו קטנה, אף שדינו כשותף. והריטב"א בסוגיא (ב"ב מב,ב), כתב וז"ל:

"גבי שותפים שאני, דיורד ברשות גמור הוא, ועל דעת כן נשתתפו שישביח כל אחד ברשות גמורה. אבל מורי נר"ו מפרש בשם רבותיו, דהכא נמי אם ההוצאה יתירה על השבח אינו נוטל אלא ההוצאה שיעור שבח בשבועה כדינא דהתם, ולא אמרינן כאן שידו על העליונה אלא כשהשבח יתר על ההוצאה, שאין אומר לו [טול] עצך או הוצאתך בלבד."

הרי שלריטב"א בתרוץ הראשון בשותף נוטל גם הוצאה היתירה על השבח, אבל דעת רבותיו ששותף דינו כבעל בנכסי אשתו הקטנה, דאם ההוצאה יתירה על השבח, אינו נוטל אלא שיעור שבח, ואם השבח יתיר על ההוצאה, נוטל מה שהשביח. גם הר"ן בחידושו לב"ב (שם) הביא מהרא"ה, דאין דינו לחלוטין כיורד ברשות, דאלו יורד ברשות נוטל הוצאה אף שהיא יתירה על השבח, ובשבועה, דהא שליחותיה עבד. משא"כ שותף דאין לו אלא הוצאת שיעור שבח ובשבועה, דלא עדיף ממוציא הוצאות על נכסי אשתו וגרשה, דנוטל מה שהוציא בשבועה. וכן הביא בנימוק"י (ב"ב כג,א בעמוה"ר). וכדבריהם פסק הרמ"א חו"מ קעח,ג. ועיין ברמב"ם (גזילה ואבידה י,ז), שכתב וז"ל:

"היורד לשדה חבירו ברשות, אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח, נוטל ההוצאה, ואם השבח יתר על ההוצאה, נוטל השבח. ובעל בנכסי אשתו והשותף בשדה שיש לו חלק בה, כיורד ברשות הן ושמין להם וידם על העליונה".

ואף שלכאורה משמעות הרמב"ם דדינו כיורד ברשות גם לענין הוצאה היתירה על השבח, דהסיפא קאי ארישא, מ"מ גם הדמיון לבעל בנכסי אשתו, אף די"ל דגם באשתו נוטל כל ההוצאה אף מעבר לשבח, כבר כתב הסמ"ע קצח, ד ושעה, ח, דלהכי נכתב כיורד ברשות ולא יורד ברשות – בכ' הדמיון, שאין דינו שוה ליורד ברשות בכל ענין, ואם ההוצאה יתירה, אין לו אלא שעור שבח.

אמנם מדברי הב"ח חו"מ שעה, ד, לכאורה יש לעיין. הב"ח דן בדברי האחרונים אם מש"כ הרמב"ם "בעל בנכסי אשתו", מיירי דוקא בקטנה, וכמש"כ הכס"מ שם. ודעת הב"ח דהרמב"ם מיירי גם בגדולה וגם בקטנה, אך בנכסים שניתנו לה ע"מ שאין לבעלך רשות בהם, דדוקא בנכסי מלוג שהבעל אוכל פירות בעודה תחתיו, יש חילוק בין אשתו קטנה ומיאנה, לגדולה וגירשה, דבגדולה וגירשה הוי כיורד שלא ברשות וידו על התחתונה, אבל באותם נכסי מלוג שאין הבעל אוכל הפירות, כגון שניתן לה מתנה ע"מ שאין לבעלך רשות בהן אלא מה שתרצי עשי בהם, בזה כתב הרמב"ם דהבעל כיורד ברשות הוא כמו שותף שיש לו חלק בה, דהכא נמי יש לו כמו חלק בגוף הקרקע, דכשמתה יורשה. ובנכסים אלו אין חלוק בין גירשה ללא גירשה. ולכן כתב הרמב"ם דין זה בהלכות גזלה, מפני שאינו נוגע בענין אישות כשאר נכסי מלוג. וכיון דלשיטת הב"ח מה שהשוה הרמב"ם בעל בנכסי אשתו לשותף הוא לא באופן של אשתו קטנה בכתובות פ, א, ממילא אפשר דהן שותף והן בעל בנכסי אשתו בדברים שאין לו בהם פירות, ידו על העליונה ממש כיורד ברשות, אף לענין ההוצאה היתירה על השבח, וצ"ע.

ומדברי הב"ש פח, כ, מבואר להדיא שלומד בדעת הרמב"ם, שהן בשותף והן בעל באשתו קטנה, דינם כיורד ברשות לכל דבר, גם בהוצאה יתירה על השבח. הב"ש מדייק מדברי המחבר שם (פח, י); "המוציא הוצאות על נכסי מלוג של אשתו קטנה ומיאנה בו, רואין כמה אכל וכמה הוציא וכמה השביח, ושמן לו כאריס, שהרי ברשות ירד". מדייק הב"ש דדינו כיורד ברשות ממש ונוטל הוצאה אפי' יתרה מהשבח. וכתב דכן נראה מהרמב"ם (הנ"ל) דס"ל דשותף נוטל ג"כ כיורד ברשות אפי' אם הוצאה יותר משבח, ולא כנימוק"י בסובר דשותף אינו נוטל שיעור הוצאה כשהוצאה יותר משבח: "ובסי' שעה הביא המחבר ל' הרמב"ם דמשהו דין שותף לדין בעל בנכסי אשתו קטנה. ולכאורה נ"ל כמש"כ דהרמב"ם לא ס"ל כנימוק"י. גם דברי הסמ"ע תמוהים, שכתב שם בסי' שעה ... וע"כ באשתו קטנה קאמר, דהא באשתו גדולה דינו כיורד שלא ברשות אפי' אם השבח יותר מהוצאה. אלא ע"כ אשתו קטנה קאמר. ולא הביא דכל הפוסקים הנ"ל ס"ל באשתו קטנה נוטל אפי' הוצאה יותר משבח". ומבואר להדיא דעת הב"ש דלרמב"ם נוטל אף הוצאה יתירה על השבח. ולפ"ז באנו

למחלוקת הנו"כ, הסמ"ע והב"ש, אם לשיטת הרמב"ם שותף נוטל הוצאה יתירה על השבח.

ונראה דבנדו"ד אין דינו כשותף שהשביח, שהרי לא השביח השותף את השותפות המשותפת לדיירים בבנין אלא את ביתו בלבד השביח, וכן ממילא השביח את דירתו של השכן העליון. דכל דין שותף שהשביח הוא בדוקא שהשביח בחלק השותפות, אבל לענין הדירות, העליון והתחתון חלוקים ואינן שותפים. ומה שהשביח כאן הוא את דירת השכן, ע"י שבנה עמודים שגם הוא יוכל לבנות. וברור שאם היה השכן העליון מוכר את דירתו, הרי שבמצבה העכשוי היא שוה יותר, וההשבה היא על דירת העליון ולא על חלק השותפות. ובכגון זה כלל אין לשום את השבח אלא את ההוצאות בלבד וכמו שיתבאר. דאין כאן שותף שהשביח. דאף שהוא שותף לענין הרכוש המשותף, אינו שותף לענין מה שהשביח. (ואין לומר דסוף סוף בנה עמודים על הרכוש המשותף, דאדרבא, בזה הפחית את ערך הרכוש המשותף ולא השביחו).

ב. מוציא הוצאות גם עבור חברו

ולענין זה יש לחייב ממש"כ הרמ"א בדין מוציא הוצאות עבורו ועבור חברו. הרמ"א בשו"ע חו"מ רסד, כתב לחייב נהנה ממעשה חברו בשני אופנים: א – כאשר הוצרך להרבות בהוצאות עבור חברו, אף שאת ההוצאות הוציא בעבור עצמו ורק חברו נהנה, רק מסיבות שונות הוצרך להרבות בהוצאות בגלל חברו. ב – כאשר לא הוצרך להרבות בהוצאות, אבל לכתחילה בשעה שהוציא את ההוצאה ירד גם על דעת חברו. הרמ"א מתיחס למי שהציל ממון חברו, שאין חברו 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 חברו, אין חייב ליתן לחברו 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 במרדכי 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 חברו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חברו, אין חברו חייב לשלם לו כלום (הגהות אלפסי פ' הגוזל). ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חברו עמו. אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו

מה שנהנה, מאחר שהציל של חבריו, וכמו שנתבאר, כן נ"ל. וכן כל אדם שעושה עם חבריו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך, אלא צריך ליתן לו שכרו (ר"ן פ' שני דיני 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, לבאר בדברי הרמ"א, שההבחנה היא אם ניתן לבצע את הפעולה רק עבור עצמו מבלי שחבריו יהנה, אומרים אנו שירד רק על-דעת עצמו. אולם כאשר הפעולה שנעשתה אינה יכולה להעשות רק עבור העושה ומן ההכרח הוא שחבריו יהנה, בכגון זה אמרין שירד על-דעת שניהם וחייב לשלם מה שההנהו. וכן נראה מהנתיבות רסד, וכמש"כ. דוגמה למי שירד על-דעת להציל את שלו והציל את של חבריו, מביא הרמ"א מהשלטי גבורים בב"ק. בנידון שם ירד להציל ספריו וללא הוצאות מיותרות הציל את ספרי חבריו. ספריו וספרי חבריו הם גופים מחולקים. כשהוא יורד להציל את ספריו, אין הכרח שע"י כך יציל גם ספרי חבריו. בכגון זה דינו כיורד על-דעת שלו והציל גם את של חבריו. דוגמה למציאות של יורד על-דעת שניהם, ניתן להביא מדברי המרדכי בב"ק סי' קסז הנ"ל. לראובן ושמעון היה משכון שנקלח 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 שההנהו.

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, שמשלם מה שההנהו. 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 שחבריו יהנה, ובנדון זה מן ההכרח שכל בעלי החנויות ירויחו מפעולה זו, וע"כ חשיב כיורד על-דעת כולם, ועל כל בעלי החנויות לפרוע את מה שהוציאו. ועי"ש בחכמת שלמה כיצד יבצעו את החלוקה בפועל.

ובנדו"ד חלקית ודאי הוצרך להרבות בהוצאות עבור חבריו (בניית העמודים ויציקת הגג), וגם בשאר הענינים דברו ביניהם שיורד גם עבור חבריו. לכן פשוט

שחייב העליון להשתתף בחלקו בהוצאות. אבל בזה יש לדון: א – האם משלם לו הוצאות יחסיות למה שהוציא בעבר, הגם שעברו כמה שנים. ב – טענת הקונה, שהחיוב הוא ביחס לבעלים בשעת ההוצאה, דהינו העליון שמכר לו, וכלפי הקונה אין לתחתון כל תביעה.

ונראה דמש"כ הרמ"א הנ"ל הוא ביחס לטענת הנהגה שאינו חייב לשלם, כיון שמי שהוציא הוצאות, הוציא עבור עצמו. על זה ענה הרמ"א שאין בטענת הנהגה טענה, וחייב לשלם. אך כל זה שכבר נהנה, אולם אם יש למוציא אפשרות למנוע מהאחר להנות ממה שהוציא, על זה לא דיבר הרמ"א, דלכאורה בזה הוא כמוכר לו כעת את זכות השימוש, ופשוט שיכול לתבוע ממנו את ההוצאות בתמורה לזכות השימוש.

לכן נראה דבנדוד למעשה השביח בשלו, וכעת מוכן לתת זכות שימוש. ואף דכשמוכר זכות שימוש יכול לתבוע כמה ששווה כעת זכות שימוש זו, והיינו סכום ההוצאות החלקי לפי הערך של היום, מ"מ נראה דבתחילה כשהסכימו שהתחתון יבנה, היה זה על דעת שיאפשר לעליון לבנות, והוא ישלם לו את חלקו כנהוג וכמקובל. לכן חיוב זה חל גם על הקונה שקנה את הדירה מהעליון, שקונה כעת מהתחתון את הזכות להשתמש במבנה שלו (של התחתון). אולם אף שהיחס בין העליון לתחתון הוא של קונה ומוכר, מ"מ כיון שאין העליון יכול להתנגד למכירה, עקב ההסכמה שהיתה בזמן הבניה שיוכל העליון להשתמש במבנה, ויש מקום לפרש את הסכמתם שיתן לו את ההוצאות לפי הזמן שסיכמו ביניהם בשעת הבניה, לכן לענ"ד יש לפשר בדרך של צדק ויושר, ולחייב את העליון בתשלום ההוצאות (לפי החלק היחסי, לפי חו"ד המומחה שלקחו) לפי זמן ההוצאה, בצמוד למדד, מזמן ההוצאה ועד לזמן התשלום בפועל.

וכיון שכעת מוכר ולא היתה הלואה בעבר, אין בזה איסור ריבית. דאין לומר שהוציא את ההוצאות כהלואה גם עבור העליון, שהרי יכל העליון שלא להשתמש כלל ולא לפרוע, וממילא מה שהוציא התחתון, הוציא עבור עצמו, בדעה שאם העליון ירצה להשתמש, הוא ימכור לו את הזכות ולא ימנע ממנו להשתמש, ביודעו מראש שקיימת אפשרות שגם העליון יהנה מהבניה. לכן אין כאן הלואה אלא מכירה, ואין בהצמדה למדד משום ריבית. גם י"ל דמעיקר הדין המחיר הוא ע"פ השווי כעת, דהוא גבוה מההוצאות שהיו בצמוד למדד, ורק התחתון בדרך של פשרה מוותר לעליון ומוכר לו במחיר נמוך יותר. וכן נראה נכון להצמיד למדד יוקר המחיה ולא למדד תשומות הבניה. כיון שכל ההצמדה היא מטעם צדק ויושר, כדי שלא יפסיד התחתון, דיינו במה שנצמיד למדד יוקר המחיה.

כל זה אם מלכתחילה כל האשורים היו באופן שגם העליון וגם התחתון קבלו אשור הרחבה, וכבנדו"ד. אולם אם התחתון הרחיב ללא כל קשר ושאיכות לעליון, וכעת הוציא העליון רשיון ורוצה להרחיב, הרי התחתון מוכר לעליון את הזכות, ורשאי לדרוש לפי שומת המחיר דהיום.

לאור האמור:

- א. על הדייר העליון לשלם לתחתון את חלקו היחסי בהוצאות בפועל (לפי חו"ד המומחה שלקחו העליון והתחתון). להוצאות אלו יש להוסיף את מדד יוקר המחיה, מיום ההוצאה עד לתשלום בפועל.
- ב. כל הנ"ל במקרה ומלכתחילה נבנה על דעת שניהם, אולם אם התחתון בנה וכעת נותן לעליון רשות להשתמש במה שבנה, יש לשלם לפי המחיר דהיום.

ביטול מקח מחמת אי התאמה להזמנה

ראשי פרקים

א. אם דינו כמין אחר

ב. יפות ונמצאו רעות, מדין אונאה או מום

ג. יכל להבחין לאלתר שמדובר בחברה אחרת

ד. השימוש במזגן

בענין מי שהזמין מזגן של חברה מסוימת, וכשלא נכח בביתו הביאו את המזגן והתקינו אותו. למחרת הבחין הקונה שהמזגן הוא מחברה אחרת. כשפנה למוכר בבקשה להחלפת המזגן או ביטול מקח, טען המוכר שאין הבדל בין המזגנים, וכי שתי החברות מיצרות באותו מפעל בסין, ומחירם שווה. עוד טען המוכר, שאם היה מבקש בטרם התקנה או מיד לפני השימוש, יכל לקבל בחזרה, אך כעת אינו יכול למכור מזגן משומש. כמו כן מדובר בעלויות של פרוק המזגן והרכבה מחדש. עוד טען, שהיה על הקונה או בני ביתו, שנכחו בזמן ההתקנה, לבדוק את ההזמנה. הקונה טוען שלא העלה בדעתו שיביאו לו מזגן מחברה אחרת, מאחר ובזמן ההזמנה הדגיש שברצונו לרכוש מזגן של חברה פלונית, ולא העלה בדעתו שיתקינו חברה אחרת.

א. אם דינו כמין אחר

תנן ב"ב פג,ב: ארבע מדות במוכרין, מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות, הלוקח יכול לחזור בו (התנה לו למכור חטים יפות ונמצאו רעות, אין זה מקח טעות שיוכלו שניהם לחזור, שהרי חטין התנה לו למכור וחטין מכרו, ואי משום דרעות ניהו, אין זו אלא אונאה כגון אונאת שתות, ויכול לוקח לחזור שהרי נתאנה, אבל מוכר שלא נתאנה, לא יכול לחזור אפי' אם הוקיר השער, דבשעת מכירה לא נתאנה הוא אלא לוקח ... - רשב"ם). רעות ונמצאו יפות, מוכר יכול לחזור בו (מוכר נתאנה, והלכך יכול לחזור ולא לוקח, ואפי' אם הוול השער). רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות, אין אחד מהם יכול לחזור בו (ואפי' אם הוקר השער דנתאנה מוכר, או הוול השער ונתאנה הלוקח, דסד"א דהיכא דהוול השער ורוצה לוקח לחזור, מצי טעין גבי רעות ונמצאו רעות, אני ליפות נתכוונתי, והאי דאמרי לך רעות, לאו משום דנתרציתי אלא משום דרע רע יאמר הקונה, כדאמר בגמ'... קמ"ל דתרוייהו לא מצו הדרי, הואיל ונמצא כמו שאמרו שניהן. והוא הדין במוכר סתם שלא פירשו לא רעות ולא יפות,

דאין אחד מהן יכול לחזור). שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין, שניהם יכולין לחזור בהן (...) וכן כל הנך דקתני ואזיל דהווי שני מינין, ואיכא דניחא ליה בהאי ולא ניחא ליה בהאי, הלכך הוי מקח טעות ושניהן נתאנו, הלכך שניהן חוזרין. ואע"פ ששוה יפה ממה שקנאו, מיהו אין חפצים במכירה זו לא לוקח ולא מוכר. אבל גבי חטין יפות ורעות, כולי עלמא ניחא להו ביפות ולא ברעות, ורצון המוכר לעכב היפות ולמכור הרעות, ודעת הלוקח ביפות ולא ברעות).

על הא דאין ונמצא חומץ דשניהם יכולים לחזור בהם, איתא בגמ' שם פד, א – פד, ב: לימא מתניתין רבי היא ולא רבנן, דתניא, יין וחומץ מין אחד הוא (ואם תרם מזה על זה תרומתו תרומה, דקרינא ביה והרמותם ממנו (במדבר יח). וכן לענין הודאה ממין הטענה, דאם טענו יין וחומץ והודה לו באחד מהן חייב שבועה על השני, דאיכא הודאה מקצת הטענה וממין הטענה - רשב"ם), רבי אומר שני מינין. אפילו תימא רבנן, עד כאן לא פליגי רבנן עליה דרבי אלא לענין מעשר ותרומה וכדר' אלעא, דאמר רבי אלעא, מנין לתורם מן הרעה על היפה שתורמתו תרומה, שנאמר (במדבר יח) ולא תשאו עליו חטא בהרימכם את חלבו ממנו, אם אינו קדוש נשיאות חטא למה, מכאן לתורם מן הרעה על היפה שתורמתו תרומה, אבל לענין מקח וממכר דכולי עלמא איכא דניחא ליה בחמרא ולא ניחא ליה בחלא, ואיכא דניחא ליה בחלא ולא ניחא ליה בחמרא (שזה רוצה לקנות יין או חומץ, אע"ג דמין אחד הוא, לא קני, דאיכא דניחא ליה בטעם יין ואיכא דניחא ליה בטעם חומץ. ולא דמי לחטין יפות ורעות דהתם חד טעמא אית להו וחד שמא אית להו, ומה ששאל מכר לו אלא שאינה קצת).

ולולי דברי הרשב"ם היה נראה לומר בבאור דברי הגמ' דאיכא דניחא להו בחמרא ויש בחלא, דביפות ורעות כולם מעדיפים את היפות, אך לעיתים אין להם את הכסף לשלם עבור היפות (עיי' סמ"ע רלג, א: "וכל העולם ניחא להו ביפות יותר מברעות"), אבל כאשר יש הרוצים בדוקא דבר מסוים, אף שהוא פחות לכאורה, ויש לזה שוק שאנשים רוצים בדוקא חומץ לצרכיהם, אין זה יפות ורעות אלא שני סוגים. וע"כ בנדון מזגן של שתי חברות, אם יש כאלה שחפצים בדוקא בחברה זו, ויש שדוקא בחברה זו, כ"א משקולו הוא, הרי זה כשני מינים, משא"כ אם כולם היו חפצים דוקא בחברה מסוימת, ומה שמוכנים להתפשר על חברה זו, משקול כספי, אין זה שני מינים אלא יפות ורעות. אבל הרשב"ם הצריך שיהיה בזה גם שינוי השם ושינוי טעם, ולא סגי ביש הרוצים בחומץ, כפשטות תרוץ הגמ'. וכדברי הרשב"ם בשינוי השם והטעם, כתב גם בשטמ"ק ב"ב פג, ב, וז"ל:

"לפי שכל אלו חלוקים בשמותיהן ובטעמן, הלכך שניהם נתאנו בין מוכר בין לוקח, דאיכא דניחא ליה בחלא ולא בחמרא, ואיכא דניחא ליה בחמרא ולא בחלא, ומשום הכי שניהם יכולין לחזור בהן. אבל ברישא יפות ונמצאו רעות רעות ונמצאו יפות, אינן חלוקים בשמותיהן ולא בעיקר טעמן, וכולי עלמא ודאי ניחא להו ביפות, הלכך מאן דהו ליה יפות תחת רעות, ודאי לא נתאנה כלל, אלא אדרבה הלה דהו ליה רעות תחת יפות הוא דנתאנה בלחוד, ומשום הכי ההוא דהו ליה רעות תחת יפות בלחוד הוא דיכול לחזור בו..."

מדברי הרשב"ם הנ"ל והשטמ"ק מבואר החילוק בין יין ונמצא חומץ, שאין כאן מקח כלל בהיותם שני מינים, ליפות ונמצאו רעות, שהם מין אחד, דהגדרת מין שונה – אם יש שינוי בטעם ובשם, הרי זה שני מינים. יפות ורעות אינו שם אלא תואר, ואינו חלק מהמין, וע"כ יש כאן מקח, אלא מי שנתאנה יכול לחזור בו. ולכאורה משמע שצריך שני תנאים שיהיה הדבר כשני מינים, שינוי השם ושינוי הטעם, ובאחד בלבד לא סגי (ועיין ריטב"א ב"ב פד, ב, שהזכיר רק שינוי השם). דבחיטים יפות ונמצאו רעות, זה אותם חיטים אלא פחותים באיכותם, ואין להם שם נפרד, שניהם נקראים חיטים, ואף טעמם שווה (וכמש"כ בשטמ"ק דעיקר הטעם שווה), ואף שלדברים מסוימים חיטים רעות לא מתאימות, אין השינוי מורגש על פניו. ובמקום שלחיטים יש שם נלוה, כמו שמצוי כידוע בתפוחים וכד', לכאורה זה שם נפרד שהוא חלק משם המוצר, והוא נלוה לשם, ולא תואר לאיכות. ועיין בחתם סופר בחידושי לע"ז סו, א (ד"ה חלא), שכתב וז"ל:

"חלא דחמרא וחלא דשיכרא וכו', אע"ג דאית לכל אחד שם לווי בפני עצמו, מ"מ חד שמא מיקרי, שהרי דם הפר ודם השעיר נמי יש לכל א' שם לווי בפ"ע, ורק בעיקור השם הם שוים ... וכן לרש"י בפלפלים לבן ושחור וצ"ל אינהו הוו בקיאי טפי שאין עצמיותן של אלו דומי' לדם פר ושעיר כמו דדמי לי' חלא דחמרא וחמירי דחטי."

הרי ששינוי השם צריך להיות בעיקר השם ולא בשם לוואי. ולכן חומץ הדרים או חומץ סינטטי, שניהם מין חומץ, ואין בהם שינוי השם. ולכאורה במזגן של חברה מסוימת וקבל מזגן מחברה אחרת, גם אם נאמר שהשם של החברה הוא חלק משם המוצר, אולם אין כאן לכאורה שינוי בטעם, וכן כשמזמין מזגן עם תפוקת קרור מסוימת, וקבל עם תפוקת קרור שונה, הוי שינוי ב"טעם" (פעולת המוצר מורגשת באופן אחר), ומ"מ צ"ע אם יש כאן שינוי בשם. ולמש"כ בחתם סופר נראה שגם בשם אין בזה שינוי, דלא עדיף משם נלוה, וכמו בדם פר ודם שעיר, ובחלא דחמרא וחלא דשיכרא. והנפק"מ בזה אם המוכר יכול לחזור בו. כמו כן נפק"מ אם השתמש

אחר שידע שיש שינוי, דאם הוא כמו יפות ורעות, הרי אפי' במום מהני מחילה, וכן באונאה לאחר שיראנו לתגר וכו', וכן לחלק מהפוסקים, אם יכל להבחין לאלתר (שו"ע חו"מ רלב"ג, ובסמ"ע י מהמגיד), ואם הוי מין אחר לגמרי, הרי לא שייך בזה מחילה ובעיני קנין ממש (עיין בדברי מלכיאל ח"ב פה"ו).

ואחר שהתקשיתי מדוע הצריכו הרשב"ם והנימוק"י מודדים נוספים של שינוי השם והטעם, בנוסף למש"כ הגמ' דאיכא דניחא להו בחמרא, דלכאורה הוא מודד מספיק לדון בזה, מצאתי ביד רמ"ה בסוגיא (סו"ס צא) שכתב דכללא דמילתא; "כל היכא דתרי מיני נינהו, אי נמי חד מינא, ואיכא דניחא ליה בהאי ואיכא דניחא ליה באידך, מקח טעות הוי ותרווייהו מצי הדרי בהו". לפ"ז י"ל דדברי הרשב"ם הוא בהגדרה מה מין אחד ומה שני מינים, אבל במקום שהם מין אחד ויש שרוצים דוקא סוג זה ויש הרוצים סוג אחר, אפי' אינם שני מינים, ואפי' אין שינוי שם וטעם, אין כאן מקח כלל, דהוי כמו שני מינים, אף שהם מין אחד. ולפ"ז במזגן של שתי החברות, אם יש הרוצים דוקא מחברה זו, ויש הרוצים דוקא מחברה זו, ולא השיקול הכספי של מחיר של מחיר, אין כאן מקח.

ב. יפות ונמצאו רעות, מדין אונאה או מום

והנה חלוק דין אונאה מדין מום במקח, דדין אונאה הוא גזרת הכתוב דאל תונו איש את אחיו (עיין בגר"ח מכירה טו,א, ומש"כ בח"ו כב/ב), ואלולי גזירת הכתוב של התורה, לא היה דין אונאה במעות מקח, וכפי שסיכמו ביניהם, כן מתקיים המקח, ומזה נבעו דיני האונאה, כמו עד שתות, וזמן שיראנו תגר. והכל נובע מכח האיסור שאסרה התורה. וגם מה שחוזר המקח ביותר משתות, לסוברים דאף מאנה יכול לחזור בו, אף בלא תובע הלוקח אונאתו, ולמש"כ התוס' ב"ב פד,א (ד"ה אי), דלפי שהוא רחוק מן המקח יותר מדאי; "וכאילו לא מכר כלל, שאין ראוי מקח כזה להתקיים". כל זה עדיין מגזירת הכתוב של לא תונו, דלאחר שגזרה התורה לא תונו איש את אחיו, הרי שביותר משתות גזרה התורה לראשונים אלו שגם מאנה חוזר בו, דכאילו אין כאן מקח כלל, ולולי גזירת התורה, היה המקח קיים אף ביותר משתות, דסוף סוף כך הסכימו הקונה והמוכר. (וזה בין אם נאמר דדין אונאה הוא איסור, ובין אם נאמר שהוא ממון, עיין תוס' ב"מ נא,ב בד"ה בד"א, וברשב"א שם, דבין אם הוא איסור או ממון, כל כוחו הוא מגזירת הכתוב, ולולי גזרה התורה, היה המקח קיים בכל ענין).

אולם מום במקח, אינו מכח גזירת הכתוב דלא תונו אלא שכך הם דרכי המסחר, והוא מכח הלכות מקח וממכר, וכמש"כ הרמב"ם בהל' מכירה טו,י: "כל הלוקח

סתם אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום "...", וכן הוא בשו"ע רלב"ז. (ומש"כ שם הרב המגיד דלמד בק"ו מאונאה, הוא להמשך הדין, שאם התנה וכו'). ועיין בסמ"ע רלב"א, בענין מש"כ המחבר דאף ברוצה המוכר לשלם ללוקח פחת דמים, יכול הלוקח לומר שהוא רוצה בחפץ השלם מכל מום, דלא דמי לחזרת אונאה, דשם המקח שקנה הוא שלם בלי מום אלא שנתן לו יותר מדמי שוויה, אבל כאן גוף המקח יש לו חסרון. וגם עצם ההלכה מתי הוא מום ומתי אינו, שהוא תלוי במה שנהגו בני המדינה, עיין רמב"ם מכירה טוה, ושו"ע חו"מ רלב"ו, הוא גם מכח דעת הקונים במקח וממכר שכך רצונם וכך נוהגם, לא לקנות חפץ עם מום כזה. וכל חזרת מקח מחמת מום הוא מדיני מקח וממכר ומכוונת הקונה, שאין רצונו במקח עם מום, ואינו מכח גזירת הכתוב דלא תונו. ומזה הטעם גם בעבדים יש טענת מום, כמבואר בקדושין יא,א, ובשו"ע חו"מ רלב"י, וכן בקרקעות, עיין בשו"ע שם סע' ה.

לפ"ז צ"ע אם מוכר יפות ונמצאו רעות, אם הוא מכח גזירת הכתוב דלא תונו, או שכך דרכי המסחר וכדין מום שאינו חפץ אלא במקח הנקי מכל מום, כך חפץ דוקא ביפות, ורעות לגבי לוקח הוי כמום, אף אם בני המדינה נהגו שאינו מום. ונפק"מ בעבדים וקרקעות וכו'. דלכאורה מדברי הרשב"ם במשנה (הובא לעיל) משמע שהוא מדיני אונאה, דלכן רק לוקח יכול לחזור בו. אבל בנימוק"י (ב"ב מא,ב מעמיה"ר) כתב דכשמכר לו יפות ונמצאו רעות, אף שאין אונאה בדמים, לוקח יכול לחזור בו שהרי הטעהו. וכשאין אונאה בדמים הוא מכח הלכות מקח וממכר, ואינו מגזירת הכתוב דלא תונו. וכדבריו מצאתי גם בספר הישר לר"ת (חידושים תרג) דאפי' נתאנה בסכום; "דומיא דסיפא חומץ ונמצא יין יין ונמצא חומץ, דשוה הוא". וכמו בסיפא ששניהם חוזרים אפי' לא נתאנה במעות, הוא הדין ביפות ונמצאו רעות. וכן מבואר בדברי הריטב"א בחידושו (ב"ב פג,ב), וז"ל:

"ומדקתני הלוקח יכול לחזור בו, אי נמי המוכר יכול לחזור בו, משמע בחזרה גמורה ואין כאן תביעת אונאה, ומשמע נמי דאפילו אין בהן אונאה בדמים אלא מדין מקח טעות. וא"ת אם הוא מקח טעות הרי אין כאן מכר כלל והדין היה שיחזרו בו שניהם, י"ל דכיון שהם מין אחד ממש אינו מקח טעות גמורה עד שנאמר שלא חל המקח, דהא איכא אינשי טובא דלצורך השעה לא דייקי ביניהם ושניהם לאכילה הם עומדים, אלא שאמרו ז"ל דמאן דקפיד בהא לא קנה כלל, וכאונאה ביותר משתות דמי ליה, שאם ירצה לחזור יחזור, וזה ברור."

ומבואר להדיא דיפות ונמצאו רעות הוי כמקח טעות, ורק דמי לאונאה ביותר משתות. ואפשר דאף הרשב"ם מודה לזה, אלא כתב דמה שלוקח חוזר ולא מוכר, זה

נלמד מאונאה. ואפשר שאף במום שאין מוכר חוזר, נלמד אף הוא מאונאה בק"ו, וכמש"כ המגיד מכירה טו, לענין תנאי, אבל מעיקר הדין הוא מכח דיני מקח וממכר. עוד י"ל, דיש שני דינים ביפות ונמצאו רעות, גם דיני אונאה, וגם דיני מקח וממכר כמום, דאם נתאנה לוקח בדמים, ובא לתבוע אונאתו, הרי דין זה הוא מכח דיני אונאה שאין המאנה יכול לחזור בו, ועל זה דיבר הרשב"ם. אמנם אם בא מכח שלא את זה רצה, וכטענתו במום שהוא מכח דיני מקח וממכר, בין התאנה במעות ובין לא, בכל אופן לא יוכל מוכר לחזור בו. ומ"מ לנימוק"י י"ל שהוא ממש כמו בטענת מום שאין מוכר חוזר בו, ובמום קיי"ל שאין מחשבים פחת המום, ואין דין אונאת שתות, יותר פחות או מדויק, שייך בכגון זה, וכמש"כ הרמב"ם בענין המום בהל' מכירה טו, ובשו"ע חו"מ רלב, ד, דאפי' מכר לו כלי שוה עשרה דינרין ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר, דמחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו הילך איסר פחת המום, שהלוקח אומר בחפץ שלם אני רוצה. וכן אם רצה הלוקח ליקח פחת המום, הרשות ביד המוכר, שהוא אומר לו או תקנה אותו כמו שהוא או טול דמים שלך ולך.

ובזה יש לישב לכאורה מה שהקשה הנתיבות רלג,א בסתירת דברי המחבר. הנתיבות הקשה מדוע בדיני אונאה כתב המחבר דבאונאת שתות בדיוק, ותובע לוקח אונאתו, גם מוכר יכול לחזור בו, ואילו כאן לא הזכיר המחבר דבאונאת שתות ותובע אונאתו שגם המוכר יכול. ולמש"כ י"ל דהמחבר מיירי אפי' לא נתאנה במעות וכמש"כ הנמוק"י, וכמש"כ המחבר רלג,א, וכל חזרתו היא כמו במום במקח, וכנ"ל. וכן יש לדייק גם מדברי המחבר בשו"ע חו"מ רלג,א, שהזכיר דיני אונאה רק ביפות ונמצאו יפות, אע"פ שאינן הכי יפות, דיש בזה דיני אונאה. וכן הוא ברמב"ם הל' מכירה יז,א. דדין אונאה שייך במקום שאין בו ביטול מקח מחמת הלכות מקח וממכר, וכמו ביפות ונמצאו יפות, אף שאינן יפות שאין למעלה מהם. ועיין עוד במחבר שהוסיף על דברי הרמב"ם דלוקח חוזר אף שלא נתאנה במעות, וכמש"כ הנמוק"י. וברב המגיד כתב להדיא בדעת הרמב"ם, דאף שאין אונאת שתות בין אלו לאלו בדמי המקח, אפילו הכי הלוקח יכול לחזור בו מפני שהטעהו. ואפשר דס"ל למחבר דכן היא גם בשיטת הרמב"ם, וכמו שנראה מדברי המגיד, שדיני אונאה לא שייך ביפות ונמצאו רעות אלא דין מום, שהוא לא מגזה"כ של לא תונו אלא מהלכות מקח וממכר כנ"ל.

ומחלוקת הראשונים היא בפרוש מסקנת הגמרא פג,ב – פד,א, בהא דאמר רב חסדא, מכר לו שוה חמש בשש והוקר ועמד על שמנה, דכיון שנתאנה לוקח ולא מוכר, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, משום דאמר ליה אילו לא אוניתן לא הוה מצית הדרת כך, השתא דאוניתן מצית הדרת כך. והיינו כמתני' דידן, דיפות ונמצאו

רעות, דלוקח חוזר ולא מוכר. והקשתה הגמ', מאי קמ"ל רב חסדא, הא מתני' היא. ותירצה הגמ', דאי ממתני' הוה אמינא דלמא דרב חסדא תרווייהו מצו הדרי בהו, ומתני' הא אתא לאשמועינן דלוקח יכול לחזור בו, דס"ד אמינא משום דכתיב (משלי כ) רע רע יאמר הקונה. ורשב"ם שם פירש בחילוק בין המשנה לדין אונאה, וז"ל:

"בדליכא אונאה כלל אלא בשוייהן מכרו, ועכשיו טוען איני חפץ באלו, הלכך במכר יפות ונמצאו רעות יכול לוקח לחזור בו דא"ל יפות בקשתי ומקחי טעות, אבל אם בא מוכר לחזור ולומר גם אני אחזור שמקח טעות הוא, הלוקח אומר לו אינו טעות שאף אני בחזקת רעות לקחתים, דרע רע יאמר הקונה ... וכן פירש רבינו זקני מ"כ. ולי נראה דהכי מצי טעין ליה אני לא הטעתיך, דבחזקת יפות מכרתים לך, דטוב טוב יאמר המוכר בשעת מכירה, אבל גבי אונאת שתות דרב חסדא שאין אדם יודע שויו של מקח עד שיראה לתגר, התם ליכא למימר רע רע יאמר הקונה ויודע היה שקנאו ביוקר, דאי הוה יודע לא הוה זבין אלא בשויין דהוא נאמן לטעון יודע הייתי שרעות הן ואעפ"כ גמרתי בדעתי לקנותן, דכיון ששוות הדמים דעתי לקנותן. אבל בהא לא מהימן אי טעין הייתי יודע דאיכא אונאה וגמרתי בדעתי לקנותן, דהא ודאי לא עביד איניש."

והנימוק"י בסוגיא (מא,ב בעמוה"ר) דהא דמייתי ראייה ממתני', אף דמתני' מיירי בביטול מקח והא דרב חסדא באונאה; "כבר פי' דלפי דין ביטול מקח דשניהם חוזרין מייתי דאפ"ה אמרינן דלוקח דוקא חוזר, ולפיכך דין אונאה דלעולם אינם חוזרין, דין הוא שנשמע שהמתאנה יתבע אונאתו והמאנה לא מצי למימר ליה החזר לי מקחי". ולפ"ז אפשר דמחלוקת הראשונים אם ביפות ונמצאו רעות הוא מדין אונאה ודוקא בנתאנה במעות, או אפי' לא נתאנה בדמי המקח, וכמש"כ בנימוק"י והמחבר, היא מחלוקת בהבנת הסוגיא הנ"ל אם מדמים דין המשנה לדין אונאה. דלכאורה לרשב"ם הגמ' מדמה דין המשנה לאונאה, ולנימוק"י ילפינן מיניה רק לענין זה שהמאנה לא יכול לחזור בו, אבל לעיקר הדין נשאר דין המשנה שאינו בדין אונאה אלא כדין ביטול מקח מחמת מום וכמש"כ.

ומזה שהרמ"א והנו"כ לא הגיהו בדברי המחבר חו"מ רלג,א שפסק כמש"כ הנימוק"י דאפי' לא נתאנה במעות חוזר ביפות ונמצאו רעות, נראה לכאורה דאף הרשב"ם אפשר דס"ל למסקנת הגמ' שחילקה בין דין רב חסדא למתני', דיפות ונמצאו רעות הוא מדין ביטול מקח ולא אונאה. ונפק"מ גם לענין שיכול לחזור בו אפי' אחר זמן של יראנו לתגר או לקרובו, דאם הוי כדין אונאה, אין הלוקח יכול לחזור בו אם נמצאו רעות אלא קודם זמן זה. וכמש"כ להדיא הריטב"א בסוף באור המשנה; "ובכל

דיני משנתינו לעולם היא החזרה, ולא אמרו (ב"מ מט,ב) כדי שיראה לתגר או לקרוביו אלא באונאת דמים". אלא שלהדיא נמצא בדברי רבינו יונה בסוגיא (ב"ב פד,א), לאחר תרוץ הגמ'; רע רע יאמר הקונה, דגם ביפות ונמצאו רעות, אין הלוקח יכול אלא קודם זמן שלא יראנו לתגר או לקרובו, וז"ל:

"עלה בידינו. מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, ואפילו אם הוקרו עד כדי ביטול מקח, דאמר ליה אי לאו דאוניתן כו'. יתר משתות, שניהם חוזרין, ובלבד בזמן שהמתאנה יכול לחזור בו אף אם נתרצה המתאנה במקח. אבל נתאנה לוקח ושתק בכדי שיראה לתגר או לקרובו, כיון שאין המתאנה יכול לחזור בו, אין המתאנה יכול לחזור בו, לפי שאין המתאנה עומד לחזור לפיכך אומר לו אי לאו דאוניתן כו'..."

ולכאורה לפי הרבינו יונה אם לא נתאנה בסכום, אינו יכול לחזור בו, דכל יפות ונמצאו רעות כדין אונאה, והתחדש ביפות ונמצאו רעות, דרך לוקח יכול לחזור בו ואפי' הוקר השער. וכדברי רבינו יונה י"ל במאירי שכתב בדחיית הגמ', דמה שדחו בסוף סוגיא זו דילמא דרב חסדא שניהם יכולים לחזור בו, היינו דמאחר שהאונאה בדמים וכל אחד היה סבור שזהו ערכו, הרי כל אחד יכול לחזור, ומשנתנו אין האונאה בדמים אלא בין יפות לרעות; "ומ"מ דחיה בעלמא הוא והכל חוזר לאונאת דמים, הואיל ואתה מוציאו מכלל מקח טעות ואין חזרה אלא למתאונה על הדרך שביארנו". ומבואר שדין יפות ורעות הוא דוקא באונאת דמים. וכמש"כ בדעת רשב"ם ורבינו יונה.

ולכאורה לדעת המחבר שפסק כנימוק"י דאפי' לא נתאנה בסכום, א"כ יכול לחזור בו לעולם וכדין מום. ונפק"מ שאם היה כמין אחר לגמרי, לא היה יכול לוקח להחזיק ע"י מעשה מחילה כמו במום, דאין כאן מקח כלל וצריך קנין מחדש, משא"כ ביפות ונמצאו רעות שמהני מחילה של לוקח. וע"ע בדברי מלכאל ח"ב פה,ו שכתב דביפות ונמצאו רעות הוי כמום במקח. ולפ"ז חוזר לעולם.

ג. יכל להבחין לאלתר שמדובר בחברה אחרת

וכאמור הנפק"מ במש"כ לעיל, דאם נאמר שהם כשני מינים, גם אם היה משתמש הקונה במזגן לאחר שידע מהמום, אינו אלא כגזולן, אבל המקח אינו יכול להתקיים, משא"כ אם הוי כמום במקח. ועל דרך הרבינו יונה, אם הוי כיפות ורעות, אחר זמן שיראנו לתגר, אינו יכול לחזור בו, ובנדו"ד רואים מיד ששם החברה הוא אחר, וללצד זה, הוי מיד כיראנו לתגר. אך קיי"ל כמחבר שחוזר הלוקח אפי' לא נתאנה בסכום, וא"כ הוי כמום דחוזר לעולם, אא"כ מחל, כגון בשימוש וכנ"ל.

בנדר"ד יש למוכר מספר טענות. מה שטוען מדוע לא הבחנת לאלתר, אתה או בני משפחתך. אם היה הלוקח המזמין נוכח במקום, אפשר היה לדון בטענה של הבחנה לאלתר, שהיא לכאורה שונה באחד מצדדיה מדין הבחנה לאלתר שכתב הרב המגיד בהל' מכירה טו,ג, הביאו הסמ"ע רלב"ג, ועיין ברדב"ז ח"ב סי' אלף רט. והמהרשד"ם חחור"מ סי' שפה חולק על הרב המגיד בזה, ועיין בפני משה ח"ב סי' נה, במל"מ מכירה טו,ג, ובנתיבות רלב"ג. ועיין במשפט שלום רלב"ג, (ד"ה שלא ידע) שהסכים לדברי המגיד. שם השאלה היא שלא ראה מהמום, רק כיון שיכל לבדוק את החפץ ולראות לאלתר את מומיו, ומדלא עשה כן מחל. בנדר"ד הטענה היא כיון שרואים מיד שמדובר במזגן מחברה מסוימת ולא מהחברה המוזמנת, הרי כבר ראו את המום ומחלו. ולזה שייכים דברי הרמב"ם שם דאם השתמש אחר שידע מהמום, הרי זה מחל ואינו יכול לחזור בו, וכ"פ המחבר בשו"ע חו"מ רלב"ג. ומקורם מכתובות עה"ב, בקדש אשה על מנת שאין בה מומים ונמצאו בה מומים, דאם בעל אמרין אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו, וכיון שידע מהמום הרי הוא מוחל.

אולם טענת המוכר שראו בני הבית, אינה טענה, שהרי אם לא ידעו כלל איזה מזגן הזמין אבי המשפחה. ואף אם היו יודעים, לא מהני מחילתם אלא בעינן מחילת הקונה. גם יש טענה נכונה בדברי הקונה, שלא העלה הקונה בדעתו לומר לילדיו לבדוק ולשאול, ולכן גם אין טענה שהוא יכל לבדוק לאלתר ע"י בקשה מילדיו שיבדקו, ומדלא בדק מחל, לשיטת המגיד הנז'. דטענה זו שייכת דוקא במומים שכיחים, שבהם מדלא בדק וניסה אמרין דמחל, אולם חשש שיביא לו מזגן מחברה אחרת, הדבר לא עולה על הדעת שיבדוק או שיבקש מאחרים לבדוק. ואם היה נוכח במקום, היתה למוכר טענה שהיה במקום והדבר ניכר, אבל כשאינו במקום, אינה טענה שיכל לבקש מאחרים לבדוק, דמהיכי סלקא דעתך שיביא לו מזגן מחברה אחרת. וחילוק בין איבעי ליה לעיוני, שהוא דוקא בדבר שכיח, מבואר בשער המשפט רלב"ג, לענין הקונה גרוטאות מעכו"ם ומצא בהם עבודה זרה, עיי"ש, דכל היכא דלא שכיח, לא אמרין דאיבעי ליה לעיוני.

ובפרט לצד שמזגן מחברה אחרת, הוי כשני מינים וכנ"ל, בזה לא מהני מחילה כלל, וממילא גם מה שיכל להבחין לאלתר אינה מחילה, עיין מש"כ בדברי חיים (צאנז) ח"א חחור"מ סי' לו שהביא את החולקים על המגיד, ובכל ענין כתב דבשני מינים לא הוי מחילה, ולמש"כ גם לא מהני מחילה. ועיין למהר"י נבון בקרית מלך רב (מכירה טו,ג) דבשני מינים וראה הדבר ובכל זאת משכו, י"ל שמחל, נראה דלא דמי לנדר"ד שלא עשה קנין כשהבחין, דהקרית מלך רב מיירי דוקא בעשה קנין בחפץ, שאף שהוא אחר, גמר בדעתו לקנותו, משא"כ בנדר"ד שאין הטענה על שעת המקח. וגם לקרית מלך רב י"ל דוקא אם בשעת הקנין שהתכוין המוכר להקנותו,

והקונה התכוין לקנות המין האחר בידועו שהוא מין אחר, אבל אם בשעת הקנין לא ידע ורק נודע לו אח"כ, כבר כלתה קנינו ולא מהני לעשות קנין כעת, דהמקח בטל וצריך לקנות שוב מהמוכר.

וכן י"ל לדברי הרב המגיד, וכמש"כ האור שמח מכירה טו,ג, דלא אמר המגיד דוקא כשעושה מעשה הקנין יכל לבדוק, ומדלא בדק אמרינן דניחא 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. ועיין גם בשבות יעקב ח"ג סי' קסט (הובא גם בפ"ת חו"מ רלב"א) דדוקא ביכל להבחין קודם גמר המקח, אבל אם בשעת גמר המקח לא יכל להבחין, אף שאח"כ שהה הרבה, יכול לחזור בו. ולפ"ז בנדו"ד לא שייך לטעון טענה שיכל לבדוק לאלתר, ומדלא בדק הוי מחילה, כיון שהטענה היא על אחר גמר המקח שכבר היה המזגן מותקן, ככל שהטענה כלפי הקונה עצמו וכנ"ל.

ובכנסת הגדולה (חו"מ סי' רלב הגב"י סע' יא) הביא מש"כ בתשובתיו (בעי חיי חו"מ ח"ב סי' פב) שגם למגיד דוקא הדבר התלוי בבחינה בנסיון או בטעימה, ומדלא ניסה ולא טעם, הרי הוא מוחל, אבל דבר התלוי בראיה, אין בזה מחילה. וקצת טעם לדבר, דבשלמא דבר התלוי בנסיון או בטעימה, איכא למימר דמדלא עשה כן מחל, אבל בבחינה התלויה בראיה, שאין צריך מעשה, מאן לימא לן שלא ראה, אפשר שראה והקפיד, עיי"ש מה שהקשה על סברא זו, וצ"ע החילוק למעשה.

ד. השימוש במזגן

הטענה הנוספת, שלאחר שכבר ידע שהמזגן לא תואם למזגן שהזמין, המשיך להשתמש במזגן. הקונה טוען שמיד שנודע לו שהמזגן לא תואם להזמנה, התקשר למוכר והתפתח דו"ד ובקש ממנו לבוא ולהחליף, ולא הסכים בשום אופן שהמזגן ישאר. טוען הלוקח שאמר למוכר שאם לא יבוא לקחת מיד, יתבע אותו לדין תורה, וכן בינתיים הוא לא יכול להיות בחדר ללא מזגן, ובודאי הם ישתמשו במזגן, ואם תהיה תקלה, זו בעיה של המוכר. כך לדברי הקונה, ואין למעשה הכחשה לכך מהמוכר. ולכן השאלה אם ההשתמשות במזגן לאחר שידע מהמום, מהוה מחילה והסכמה מצד הקונה.

ונמצא דברים אלה במחנה אפרים (אונאה ה). המחנה אפרים כתב בענין מי שמצא מום והודיע למוכר ואח"כ נשתמש בו, דלא חשיב מחילה והמקח חוזר. ולמד דבריו מהריטב"א ב"מ נב, ד"ה יתר על שתות), וז"ל:

"ואם נשתמש בו אחר שהכיר באונאה קודם שיודיע למוכר, מחל אונאתו, שאם לא כן לא היה לו להשתמש בו כיון דהוי ביטול מקח. 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."

ומדבריו למד המחנה אפרים דבשימוש לא הוי מחילה אם הודיעו. אולם בתש' גליא מסכתא חח"מ סי' י כתב דאין מדברי הריטב"א ראייה, דהריטב"א מירי באונאה, וחלוק אונאה ממום, דבאונאה שהוא חפץ בקיום המקח ורק יש טענה על הדמים, וכאשר מודיע למוכר שיש אונאה, הרי רוצה שהמקח ישאר אצלו ויתן לו הפרש הדמים, ולכן אין בשימוש ראייה למחילה, כיון שחפץ וסובר שהמקח ישאר אצלו. ומש"כ הריטב"א בנשתמש אחר שהכיר באונאה דמחל, מירי שהמוכר לא היה בביתו להשיב לו, וכמש"כ בנתיבות ריש סי' רלב. משא"כ בטענת מומים, שהטענה היא על גוף המקח, אף שמודיעו, עדיין יש טענה על גוף המקח שאינו חפץ בו, ומדהשתמש מחל, אף שהודיעו;

"ופשוט שאין שום תועלת ללוקח במה שהודיע תביעות המום למוכר שיהיה רשאי להשתמש בו, דאדרבא עסק ההודעה הוא שאינו מוחל תביעתו, היינו שאין רצונו לקיים הקניה, וא"כ איך יהיה לו רשות להשתמש ע"י זה. ולפיכך כשחזינו שהשתמש אחרי ההודעה, מסתמא חזר ומחל והתפייס בקניה זו במומיה".

ולכן הסיק הגליא מסכתא, דכשידע מהמום, אף שהודיע למוכר, כיון שהיה אסור לו להשתמש, אחזקי איניש בגזלנותא לא מחזקינן, ומסתמא מחל על מומו. ולפי"ז באנו לכאורה בנדו"ד למחלוקת המחנה אפרים והגליא מסכתא אם השימוש אחר ההודעה מהוה מחילה על טענת מום (וכאמור, כל זה על הצד שהשינוי הוא כיפות ורעות ולא כשני מינים, דבשני מינים לא שייך לכאורה מחילה לאחר הקנין וכנ"ל).

והגרצ"ה בורנשטיין זצ"ל בברכת רצ"ה סי' יד הסכים לדעת המחנה אפרים, והוסיף דלכאורה כשיש מום במקח היה על המקח להתבטל וצריך קנין חדש, ואיך מהני מחילה. אלא שענין מום במקח הוא תנאי במקח, שקונה דבר השלם מכל מום, ואף שלא התנה במפורש, אומדנא דמוכח כאילו התנה תנאי גמור בכל משפטיו, ולכן מהני מחילה כמו בכל משפטי התנאים. ולכן כשהקפיד כשראה המום, וכל שכן כשהודיע למוכר ובקש ממנו לקח המקח חזרה, נתבטל המקח ולא מהני מחילה, ואם ירצה לקיימו צריך קנין חדש.

ובנדרו"ד יש לדון גם מצד טענת הקונה שהשימוש לאחר שנודע מהמום היה באונס, שהרי לא יעלה על הדעת שבימי הקיץ החמים ישאר ללא מזגן, שהיה על המוכר להביא לאלתר מזגן כהזמנתו. דהפ"ת בחו"מ רלב,א בסופו כתב דאם השתמש מכח אונס, כמו בקונה עגלה וגילה באמצע הדרך שיש בה מום, ולא שייך שירד מהעגלה וישאר באמצע הדרך והוי שימוש מחמת אונס; "לכאורה פשוט דודאי יכול לחזור, כמו באונאה יותר משיעור כדי שיראה כו' כמ"ש ברכז,ז, ואם יברר שהיה לו אונס כו', וצ"ע". ונראה שמה שכתב בתחילה דהו דין פשוט, ובסוף דבריו נשאר בצ"ע, אפשר דצ"ע הראיה מאונאה, וכמש"כ הגליא מסכתא דבאונאה רוצה את החפץ ורק יש לו תביעת דמים, ע"כ י"ל שאם היה לו אונס ועדיין משתמש בחפץ ולא הספיק לברר מחירו, אין בזה מחילה על הדמים, משא"כ בטענת מום כשהשתמש והרי אינו רוצה בחפץ, אף באונס אפשר שלא היה לו להשתמש. ויש לדחות החילוק וכמש"כ בברכת רצ"ה. ומ"מ הצ"ע על הראיה, ולכל הפחות מסברא יש לקיים הדין. וע"כ בנדרו"ד שהיה השימוש מחמת אונס, שלא יכל למצוא תחליף לשמוש במזגן, לא הוי מחילה על השוני מההזמנה.

גם בעיקר הטענה שהשימוש מהוה מחילה, כאשר הודיע למוכר שישתמש, לכאורה הרי זה כמסירת מודעה שאינו מוחל. כמו כן כל טענת המחילה בשימוש היא מחמת אומדן דעת המשתמש, אבל כיום מקובל בסוגים כאלה של מכשירים, שכל זמן שאינו מחליף לו, יכול להשתמש במכשיר השייך למוכר, כשמדובר בסוג כזה של מכשיר שלא שייך להביאו למוכר ועל המוכר לבוא לקחתו (עיין שו"ע חו"מ רלב,כא – כב, בענין הוצאות החזרה והטרחתו, ומ"מ בחפצים קטנים נהוג שהקונה מחזיר למוכר, ויש לדון בכל חפץ לפי הנהוג), מקובל שהקונה משתמש עד כמה שהוא חייב להשתמש, כשהמוכר מתמהמה בהחלפה. לכן בנדרו"ד שגם הודיעו מראש, וגם מורה היתר לעצמו שכך נהוג ומקובל במקרים כאלה, וגם כשהיה השימוש מחמת אונס וכנ"ל, אין לראות בשימוש מחילה. וכאמור על הצד דהוי שני מינים וכנ"ל, אין מקום לטענת המוכר על מחילה בשימוש.

אמנם יש לדון במה שמורה היתר לעצמו אם מהני, דבפ"ת רלב,א הביא מספר ארחות משפט דאם הקונה היה עם הארץ שאינו יודע כלל מדין דאם השתמש בו, ואינו יודע דאסור להשתמש בו מאחר דרוצה להחזירו, אך מורה היתר לנפשיה דכל זמן שחבירו לא החזיר המעות מותר לו להשתמש בו, אבל מ"מ אינו מוחל בשום אופן, וצווח ככרוכיאי שודאי רוצה לחזור, דאין השימוש מהוה מחילה. ודן שם גם בשימוש מחמת אונס, שלזה הסכים הפ"ת וכנ"ל. אך למש"כ הארחות משפט דבעם הארץ לא הוי מחילה, בזה חלק עליו הפ"ת, דלא נתנו חכמים דבריהם לשעורים. ונראה דגם לפ"ת כל זה בעם הארץ, אבל כשכך נהוג בהמון העם וכך היא בדרך

המסחר, אפשר דלא חשיב מחילה, שאין זה מחמת היותו עם הארץ שאינו יודע מדיני מקח, אלא שנוהג כפי שציבור הצרכנים פועל. ומ"מ בשימוש מחמת אונס, גם הפ"ת הסכים לארחות משפט, וכן"ל.

ובאשר לטענת המוכר כי נגרם לו נזק מחמת השימוש. זה אינו. המזגן לא נהפך ליד שניה מחמת שימוש של כמה ימים, אלא מיד בהתקנה ובנסיון להפעילו אצל הקונה. משהוצא המזגן מאריזתו, הותקן בבית הקונה, כבר אינו לכאורה מזגן חדש. הקונה בשימוש של כמה ימים, לא גרע מערכו הפחות. גם הטענה על נזק ההתקנה הכפולה, אין למוכר להלין אלא על עצמו, שסיפק סחורה שונה ממה שהזמין הקונה.

מכל הלין נראה ברור שיוכל הקונה לדרוש מהמוכר להחליף את המזגן שסופק במזגן שהוזמן. הן על הצד שמדובר בשני סוגים, הן על הצד דהרי זה כיפות ורעות, ואין מקום לטענת מחילה בשימוש, או בטענה שיכל להבחין קודם ההתקנה. יחד עם זאת, משקולים של צדק ויושר, נראה לדון לפנים משורת הדין, בהיות הנזק למוכר גדול, ולקונה לכאורה אין נפק"מ כה גדולה, ואין הצר שוה בנוק. ואף שמעיקר הדין, הדין עמו, יש לנהוג בזה לפנים משורת הדין, עיין מש"כ בח"ד סי' כה. לכן הצעתי שהמוכר ינכה מסכום הכולל של המזגן (כולל ההתקנה) סכום של 15%, והמזגן לא יוחלף.

לאור האמור, אף שהדין עם הקונה ועל המוכר להחליף את המזגן שהותקן במזגן שהזמין הקונה, לפנים משורת הדין לא יוחלף המזגן, והמוכר ינכה מתשלום הסכום הכולל של המזגן וההתקנה 15%.

סימן כב

אונאה כשספק אם עבר הזמן של יראנו לתגר

ראשי פרקים

א. איני יודע אם פרעתיך, בלא הו"ל למידע

ב. לאחר זמן של יראנו לתגר ה"ז במחילה

במקח שנמכר ביותר משתות, שדינו שבטל מקח, כדקיי"ל ב"מ נב, ושו"ע חו"מ רכזד. והנה קיי"ל (ב"מ מטב, ושו"ע חו"מ רכזז) שיכול לתבוע האונאה בשתות או להחזיר ביותר משתות, דוקא בתוך זמן שיראנו לתגר או קרובו. ובנדון השאלה היה ספק גם לבי"ד אם התביעה לחזרה במקח היה בתוך הזמן או לאחריו. כשהקונה טען שלא עבר הזמן, מאחר ולא היתה לו הזדמנות להראות לתגר, והמוכר אינו יודע. עוד טוען הקונה שידע שהמחיר פחות עוד בתוך הזמן, ולא היה צריך להראותו לתגר, ולא תבעו מחוסר זמן, ביודעו שגם אם יפנה אח"כ למוכר, ובהכירו את המוכר, לא ינהג עימו בקטנוניות, ובודאי יחזיר לו המעות גם אם אינו מודיע לו מיד. והשאלה שנשאלה, אם חייב המוכר להחזיר מעות המקח.

א. איני יודע אם פרעתיך, בלא הו"ל למידע

השאלה לכאורה אם דין חזרה באונאה יותר משתות הוא בכל ענין, וכך הדין בדיני אונאה שאם התאנה ביותר משתות, יכול לחזור במקח לעולם, אלא שאם בא להחזיר אחר הזמן שיראנו לתגר, אמרינן שבודאי מחל לו, דמדלא ברר וחקר, ודאי כוונתו למחול על האונאה וכד', וממילא כאשר יש ספק אם עבר הזמן הוי ספק אם מחל הקונה למוכר והוי ספק בפטור, וחייב המוכר להחזיר המעות ולקבל המקח. או שכך הם דיני האונאה, וכך קבעה התורה (או חכמים) שאחר הזמן אין כאן טענת חזרת מקח (או חזרת אונאה), שרק עד זמן זה יש טענת אונאה. וכאשר יש ויכוח בין הקונה למוכר אם עבר הזמן, הרי המוכר אומר איני ולפ"ז יש כאן ספק אם יש חיוב בכלל להחזיר המקח, והוי ספק בחיוב, ופטור המוכר מלקבל המקח חזרה ולהחזיר לקונה דמי המקח.

תנן ב"ק קיח,א: האומר לחבירו גזלתיך, הלוייתי, הפקדת אצלי, ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך, חייב לשלם. אבל אם אמר לו איני יודע אם גזלתיך, אם הלוייתי, אם הפקדת אצלי, פטור מלשלם. ונחלקו בגמ' במנה לי בידך והלה אומר איני יודע, רב הונא ורב יהודה אמרי חייב, ורב נחמן ור' יוחנן אמרי פטור.

רב הונא ורב יהודה אמרי חייב, ברי ושמא ברי עדיף. רב נחמן ור' יוחנן אמרי פטור, אוקי ממונא בחזקת מריה. והעמידה הגמ' דנחלקו בלא תבע ליה ובבא לצאת ידי שמים. איתמר נמי, א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן, האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, חייב בבא לצאת ידי שמים. והרי"ף ב"ק (מדב, בעמוה"ר) כתב בהסבר החיוב בספק בפרעון או בחזרה: "דכיון דברי ליה שגזל או שלוח ואיסתפק ליה אם החזיר אם לא החזיר – חייב, דאין ספק מוציא מידי ודאי". וכ"פ הרמב"ם בהל' טוען ונטען א,ט:

"מנה יש לי בידך בודאי, והנתבע אומר כן היה לך בדי, אבל איני יודע אם החזרתי לך או עדיין לא החזרתי לך, חייב לשלם, ולא ישבע התובע כלל אפילו שבועת היסת, מפני שהוא יודע בודאי שהוא חייב, והרי זה טוען אותו טענת ודאי ונסתפק אם נפטר או לא נפטר, וכן כל כיוצא בזה."

והיינו שודאי חיוב לא יכול להפקע אלא ע"י ודאי פטור. אבל כאשר אומר איני יודע אם נתחייבתי, הוי ספק בחיוב, ואף שהתובע ברי והנתבע שמא, קיי"ל דאין מוציאים ממון. ועיין מרדכי כתובות (סי' קלז) שכתב דג' ענינים יש בברי ושמא. כאשר טענת איני יודע היא לחלוטין ללא רמאות, כמו בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה, דאפי' מזיק טוען שמא, לחכמים אין להוציא ממון (ב"ק מו,א). ועיין בתוס' ב"ק מו,א ד"ה דאפי', דמה שטוען ניזק ברי, לפי שיודע שהמזיק לא היה בשעת נגיחה, וזה טוען שמא טוב, שאין לו לידע, משום הכי אין ברי עדיף. ויש ברי ושמא כמו במנה הליתיק והלה אומר איני יודע, "שהוא קצת רמאות", דקיי"ל כרב נחמן שפטור, ומ"מ חייב להשבע היסת, וכמש"כ רש"י בב"ק קח,א. וכשהוא נוטה ומוכח לרמאות, לדברי הכל חייב, כמו בב"מ צח,א-ב, בשואל פרה לחצי יום ושכרה לחצי יום, ואומר השואל שאינו יודע אם מתה בשעה שהיתה שאולה או שכורה.

גם לענין איני יודע אם פרעתך, יש לכאורה לחלק בין איני יודע אם פרעתך בשמא טוב, לאיני יודע בשמא גרוע. דהנה תה"ד סי' שלג דן בראובן הפקיד אצל שמעון מאתים זהובים, שהיו מונחים בכד צרור וחתום, ושמעון הנפקד הצניעם בחדרו תחת מטתו, במקום שאין שם הילוך בני אדם. "ויהי לימים אח"כ ברחה תרנגולת אחת של לוי לאותו החדר דרך החלון, ובא לוי ובקש משמעון לפתוח לו כיפתו לחפש התרנגולת, וכן עשה שמעון ופתח לו ועמד על הפתח, ולוי נכנס וחפש התרנגולת בכל הזויות גם תחת המטה, עד שמצא התרנגולת והלך לו. ושמעון לא שם אל לבו בפעם ההוא שהיה הכד שהזהובים בו תחת המטה, ולזמן מועט אח"כ בא ראובן ותבע פקדונו, והלך שמעון להביא מתחת המטה ולא מצאה ... אך האמת כשהנחת

את לוי לחפש שם לא נזכרתי בדבר לא ידעתי אם הוא לקחו או אם כבר היה נגנב או נאבד...". ובתוך דבריו כתב תה"ד דאם יטען שמעון, מאן לימא לן דבההיא שעתא שחיפש לוי בחדרו היה הפקדון תחת המטה, דלמא כבר נגנב ע"י אחר, וממילא איני חייב, כיון ששמרתי כראוי, וכל הטענה נגד השמירה הינה בכך שנתן ללוי לחפש ללא שמירה, ואם כבר נגנב קודם, הרי שמעון פטור, ששמר כדרך השומרים, ויתכן ונגנב קודם לחפוש לוי, דטענת שמעון אינה טענה, דכיון דכל שומר צריך לישבע שלא פשע, איך יוכל לישבע בודאי שלא פשע. ומהרש"ך ח"ג סי' פז הקשה עליו, דיש לחייב את שמעון מטעם אחר, דהחויב ברור והפרעון מסופק, והו"ל כאיני יודע אם פרעתיך. וכתב על דבריו המל"מ שאלה ופקדון דא, וז"ל:

"ונראה ברור שיש לחלק בין האומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך, לההיא דמהר"ר ישראל בענין הפקדון, דאע"ג דהוא ברי בחיובא וספק בחזרה, מ"מ השמא אינו גרוע דלא הו"ל למידע, אבל גבי איני יודע אם פרעתיך השמא הוא גרוע דהו"ל למידע אם פרע אם לאו, ומדלא ידע בבירור ודאי דלא פרע."

מבואר מדברי המל"מ דלא בכל ענין אין ספק מוציא מידי ודאי, דכאשר השמא הוא טוב, אין להוציא ממון בטענת התובע. וצ"ל דבשמא שאינו טוב, חזקת החיוב במקומה עומדת, אך בשמא טוב די"ל כדברי הנתבע, איתרע חזקת החיוב. ועיין בקובץ שעורים ב"ב סי' תרנו שהקשה על המל"מ מדברי הר"ן קדושין (יזב, – יח, א בעמוה"ר) דחנוני על פנקסו, חייב החנוני מדין איני יודע אם פרעתיך, והרי החנוני לא הו"ל למידע. וכן בענין חיוב הבקרא לשלם ליתומים בשור שקנה מספסירא (ב"מ מב, ב), כתב הנימוק"י ב"מ (כד, ב בעמוה"ר) דחיוב הבקרא מטעם דאיני יודע אם פרעתיך, אף שהבקרא אינו יודע ולא היה צריך לדעת אם הספסירא ידע מזה שלא היה לשור שיניים.

ולפ"ז אין חילוק בין איני יודע אם התחייבתי, לאיני יודע אם פרעתיך, למש"כ המרדכי הנ"ל, רק לענין שמא "שהוא קצת רמאות". דכאשר תובע מנה לי בידך, והלה משיב שאינו יודע אם חייב, קי"ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דאין בעצם התביעה חזקת חיוב. וכאשר טוען שמא והו"ל למידע, לכאורה איך מוציא מחזקת ממון. ואפשר דשמא והו"ל למידע אינה סתירה לטענת התובע, ואין ספק לפנינו, דבכגון זה חשיב לכאורה שתיקה כהודאה, עיין ש"ך חו"מ פא"ז, (דכשמיבו איני יודע, אינו יכול לטעון לא חששתי להשיבך). וכן הדין לכאורה גם באיני יודע אם פרעתיך, דאם לא הו"ל למידע, אין התובע יכול להוציא מחזקת ממון אלא בראיה, ושמא דלא הו"ל למידע חשיב כמכחיש טענת התובע, וכמו באומר פרעתיך אינו חייב, כך בשמא ולא

הו"ל למידע חשיב כהכחשה לטענת התובע. וכאשר טוען שמא פרעתין באופן שיש בו קצת רמאות, אף דלא הוי הודאה כבשמא והו"ל למידע, מ"מ גם אינה הכחשה, וע"כ חזקת החיוב שהלוהו וחייב לו, במקומה עומדת, משא"כ באיני יודע אם נתחייבתי, אין חזקת חיוב, וכל שאין הודאה, אף שאין הכחשה, אינו חייב אלא שבועה.

וראיתי באמרי בינה טו"נ סי' ד שדן ליתן טעם מדוע בשמא טוב לא מהני חזקת החיוב להוציא ממון, דלכאורה כיון דבאיני יודע אם פרעתין יש חזקת חיוב, מה מהני לנתבע מה שלא הו"ל למידע. וכתב דבאיני יודע והו"ל למידע, טענתו טענה גרועה "ומחזקין אותו למשקר". ועי"ש מה שהקשה, שיאמינו לו במיגו שהיה מכחיש. והוסיף האמ"ב, וז"ל:

"והסוברים דדוקא היכא דהוי ליה למידע חייב, סברו דחזקת חיוב אינו כ"כ חזקה אלימתא דעומד לפרעון, ועיקר טעמו דאומדנא דמוכח הוא שזה לא הלוהו שאם יסתפק לו ודמיונו יכזב לו שאולי פרע לו, יהיה פטור מלשלם וזה יפסיד מעותיו. וכמו במלוה בשטר דאינו נאמן לומר פרעתין, דחזקה שטרך בידי מאי בעי. ובספר בשמים ראש (סי' נ) ביאר הסברא, דהשטר עומד לכך ותנאי ממון הוא שכל שזה יביא שטר ואין לחבריו ראייה שכבר שילם – שישלם, והשטר שביד המלוה הוא תמורת ממונו, וכשהניחו בידו אפסיד אנפשיה. וכמו כן במלוה ע"פ, אף דלא לקח המלוה תמורת ממונו שטר והאמינו, היינו דסמך עצמו על הלוה שלא יעזי פניו נגדו ויכפור להד"ם לא פרעתין, אבל לא כשנפל ספק בליבו אם פרע לו או לא, על זה לא האמינו, לכך אין ספק מוציא מידי ודאי. וזה דוקא בספק דאיני יודע היכא דהיה לו למידע, אבל היכא דלא הו"ל למידע, על זה לא נחיתה מלוה שיצטרך הלוה לברר, והדר דינא לדון ביניהם המוציא מחבריו עליו הראיה."

מבואר מהאמרי בינה דהסברא באיני יודע אם פרעתין שחייב, אינו מחמת החזקת חיוב בלבד, שאין בכל החזקת חיוב כח להוציא ממון, שאינה חזקה אלימתא כ"כ שודאי חייב לו, אלא הוי כתנאי בעצם ההלואה, שכל מה שמלוה לו הוא על דעת כן שיהיה חייב לשלם אם דמיונו יאמר לו שמא פרע. אך כל זה בהו"ל למידע, בלא הו"ל למידע, אין את הסברא שעל דעת כן הלוה שישלם כשיטען שמא ולא הו"ל למידע, וע"כ אין ביד המלוה להוציא ממון מהלוה.

טעם נוסף כתב האמ"ב, דבאיני יודע אם פרעתין יש מחד חזקה למלוה שאינו תובע אא"כ יש לו, והוא כחזקה המבררת, רק דאינו יכול להוציא ממון, כיון שללוה יש חזקה שאינו מעיז, והוא ג"כ קצת בירור. ולכך בטוען איני יודע אם פרעתין במקום דהו"ל למידע חייב, כיון דלית ליה ללוה חזקה זו שאינו מעיז, ולמלוה יש

חזקה שאינו תובע אא"כ יש לו בצירוף חזקת חיוב, חייב הלוח לשלם. אבל בלא הו"ל למידע אין למלוח חזקה כ"כ שאינו תובע אא"כ יש לו, דכיון שהלוח אינו יודע ואינו מכיר בשקר, אין למלוח חזקה שאינו תובע אא"כ יש לו, לכן אינו יכול להוציא ממנו ממון.

וכדברי המל"מ נמצא בדברי הרדב"ז בתש' (ח"ד סי' סט) באשה שלקחה בהקפה בגד, ובא בעלה לגרשה, היא אומרת אני חייבת דמי הבגד למוכר, והוא אומר אני יודע. והשיב הרדב"ז דאם מנהג המקום שהבעל מקבל מעשי ידיה וחייב בכסותה, הו"ל כאומרת מנה לי בידך והלה אומר אני יודע, שישבע שאינו יודע ופטור, ואע"פ שאינו טוען שהוא קנה לה, דדילמא ממעשה ידיה הוא או מציאה או אחרים נתנו לה, ולא שלקחה בהקפה;

"וגדולה מזו אני אומר שאפי' יש עדים שלקחה בהקפה, מצי למימר דילמא פרעה וקנוניא היא עושה, כיון שלא העידו שעדיין הוא עליה חוב. ואע"ג דקי"ל דמנה לי בידך והלה אומר אני יודע אם פרעתיך חייב, שאני התם דהוה ליה למידע כיון שהוא בעצמו לוח, אבל בנדון דידן לא אמרה לו האשה חפץ פלוני לקחתי מפלוני בהקפה דנימא איבעי ליה למידע אם פרעה או לא. ותו דהא מצי למימר לה כיון שכסותך עלי ואני עמך, למה לא שאלת ממני או הודעתני. הילכך גם בזו ישבע הבעל."

מבואר ברדב"ז דכל שטוען איני יודע אם פרעתיך ולא הו"ל למידע, פטור. ולכן פטור הבעל מלשלם מה שטוענת האשה שלקחה הבגד בהקפה, דכיון דלא הו"ל למידע בענין, אין לחייבו. ודברי המל"מ הובאו בקצוה"ח עה, ובנתיבות עה,ה.

ובחזו"א חו"מ ה,ג מבואר שהסכים עם דברי המל"מ, דבשמא טוב של הלוח, אף שהמלוח טוען ברי, פטור, והביא ראיה מהא דיורשי לוח פטורים מן הדין, אף שהמלוח טוען ברי, ואף ביודעים שהתחייב אביהם וספק בפרעון, כדאיתא ב"ב ע,ב; "וכן מסתבר דאין חזקת חיוב אלים נגד חזקת ממון". וצ"ל דבאיני יודע אם פרעתיך והו"ל למידע, אף דלא אלים חזקת חיוב נגד חזקת ממון, כשטוען שמא והו"ל למידע הוי כאינו מכחישו וכמודה לתביעת התובע, וכנ"ל.

אמנם בעצם גדר לא הו"ל למידע, נראה שהוא חוסר ידיעה אובייקטיבי, שמדובר בפעולה שהחייב עשה כהוגן, ובכל זאת אין צורך שידע אם הדבר נעשה או לא, משא"כ כאשר קיימת שאלה אם הלוח פרע למלוח, אם לא הו"ל למידע אם פרע, חייב לשלם, דהיה מוטל על הלוח לפרוע, ומה בכך שלא ידע. כן כתב השואל ומשיב (מהדורא א ח"ג סי' מא), דכל הפטור בלא הו"ל למידע הוא דוקא במקום

דלא הו"ל למידע ועשה פעולתו כהוגן, וכמו הך עובדא דתה"ד והמל"מ, דלא היה לו לדעת אם נאבד או נגנב בעת שהיה בחדרו. וכן בהך עובדא דהרדב"ז, שם בודאי אין לו לדעת אם האשה הקיפה ופרעה או לא פרעה. אבל במקום שהוא אינו יודע אם פרע, מה בכך שלא הו"ל למידע, מ"מ הוא לא עשה עדיין פעולתו שחייב לפרוע, והוא לא ידע אם פרע או לא פרע, ויכול המלוה לטעון מה בכך שאתה לא ידעת, מה לי בזה אם פשעת אם לאו, סוף סוף לא קבלתי מידך כלום, ואתה ג"כ אינך יודע בבירור אם נפרעתי. ואף שלא פשעת, מ"מ לא עדיף מאלו מאונס, דלא אמרינן כמאן דעביד.

והט"ז בחו"מ סו"ס עה נשאל בלוח שפרע חוב למלוה, ואחר הפרעון הראה המלוה ללוח מטבע מזויפת, וטוען שמטבע זה ניתנה לו ע"י הלוח בתוך שטר מטבעות הפרעון, והלוח משיב שאינו יודע, ונחלקו הדיינים אם דמי לאיני יודע אם פרעתיך או לאיני יודע אם נתחייבתי. ודעת הט"ז דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי, וראיה מהמשנה ב"מ נא,ב; כמה תהא הסלע חסירה וכו', עד מתי מותר להחזיר, בכרכים עד שיראה לשולחני, בכפרים עד ערבי שבתות, ואם היה מכירה אפילו לאחר י"ב חודש מחזירה, ומבואר בגמ' שם נב,ב ובראשונים, עיין רמב"ם מכירה יב,יב, דאם יכול להוציאה ע"י הדחק, מקבלה ממידת חסירות, ואם אינה יוצאה כלל, חייב לקבלה מן הדין. וא"כ מדוע דוקא במכירה חייב לקבל אחר יב' חודש, הרי גם באינו מכירה הו"ל איני יודע אם פרעתיך. אלא בהכרח שאם אינו מכירה, הו"ל איני יודע אם נתחייבתי, ואינו חייב להחליפה.

ראיה נוספת הביא הט"ז מדברי המרדכי ב"מ סי' רצא, הביאו הרמ"א חו"מ רלב,יח, במוכר טבעת בחזקת זהב ונמצא בו בדיל, דאם המוכר אינו מאמינו שנמצא בדיל, נשבע שאינו יודע ונפטר. ואף שחייב לתת לחבירו טבעת של זהב, מ"מ כל שאינו יודע אם היתה של בדיל, נשבע ונפטר, ולא הוי כאיני יודע אם פרעתיך. וכתב בבאור הטעם, דאף דברי ושמא ברי עדיף, ס"ל לרב נחמן (ב"ק קיח,א) דפטור באיני יודע אם נתחייבתי;

"מפרשין התם טעמא דלא אמרינן התם ברי ושמא ברי עדיף, אלא מספיקא לא מפקינן ממונא ואוקי ממונא בחזקתו, ונראה שזה עצמו טעמא דמתני' בחיובא דאיני יודע אם פרעתיך, דדוקא באיני יודע אם אני חייב לך ועכשיו נולד הספק, מוקמינן בחזקתו שהיה תחילה קודם הספק, דלא היה עליו שום חוב, משא"כ באיני יודע אם פרעתיך, אם נוקי הממון בחזקה קמא קודם שנולד הספק, אז היה ודאי חייב לו, ממילא נשאר החוב בתקפו. נמצא בנידון זה שכבר פרעו ונסתלק ממנו, ועכשיו נולד הספק במטבע המזויפת, נוקי הדבר

כמו שהיה בחזקה עד עכשיו, והוא בחזקת פרעון טוב, דרוב מטבעות אינן מזויפות, והוה עכשיו כתבעו תביעה חדשה וזה טוען איני יודע אם אני חייב לך, שישבע היסת שאינו יודע ופטור, כנלע"ד ברור ונכון."

מבואר החילוק בין איני יודע אם פרעתיך לאיני יודע אם נתחייבתי, דכשטוענו התובע ומשיבו הנתבע איני יודע, הוי ספק ומוקמינן בחזקה שהיתה קודם לידת הספק. ואיני יודע אם פרעתיך, קודם לידת הספק היה החיוב בתקפו ובחזקתו, ע"כ חייב. ובאיני יודע אם התחייבתי, לא היה בחזקת חיוב, וכן בנדון המטבע, היה החוב בחזקת פרוע, ומוקמינן כקודם לידת הספק שהוא פרוע.

ומדברי מהרשד"ם בתש' (חור"מ סי' פ) מבואר דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, שאם פרע לו עבור סחורה, וטוען המוכר שמצא מטבע מזויפת; "דמאחר שקנה ממנו הסחורה נתחייב לו המנה, ואם לא נתן לו מנה יפה, לאו פרעון מיקרי, וא"כ צריך שידע בודאי שנתן לו המנה יפה, ואם לא חייב לשלם". והיינו דחזקת החיוב לא נפקעה, ושעת לידת הספק היא שעת הפרעון, אם פרע לו במטבע טובה אם לאו, וכל עוד אין ודאות שפרע למוכר במטבע טובה, חזקת החיוב לא נפקעה, וע"כ חייב לשלם. ודברי מהרשד"ם הביאם הש"ך חור"מ רלב"ט, ומשמע שמסכים לדבריו.

ועיין בתומים עה, כב שדן באריכות במחלוקת מהרשד"ם והט"ז, ובתחילה כתב לחלק בין מכירת סחורה כשבתמורתה, לטענת המוכר, נמצאה מטבע מזויפת, וטוען הקונה איני יודע, שלא היתה מלכתחילה חזקת חיוב, ושעת לידת החיוב היא שעת לידת הספק, משא"כ כשארע כנ"ל בפרעון חוב, שיש חזקת חיוב, ומעמידים בחזקתו וחייב. ולכן סתר את ראית הט"ז ממטבע חסירה, דכיון שאינו מכירה אינו חייב, דמלכתחילה לא נוצרה חזקת חיוב במכר קודם לידת הספק.

אולם בעיקר הדין ס"ל דהדבר תלוי אם איני יודע אם פרעתיך בשמא טוב, חייב או פטור, והביא שהדבר נתון לכאורה במחלוקת ראשונים, דיש ללמוד מדעת התוס' בכ"מ דהיכא דלא הו"ל למידע, אין לחייבו. אולם דעת הרמב"ן והנימוק"י דאף באיני יודע אם פרעתיך ולא הו"ל למידע חייב. והנימוק"י בפ"ט דב"ק (לט, א בעמוה"ר) לענין שואל ששלח הפרה ביד שליח, וטוען שמא מתה מחמת מלאכה, דהו"ל כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון שאינו חייב אלא עד שעת אונסין. ולכאורה לא הו"ל למידע, וא"כ אפי' איני יודע אם פרעתיך פטור, אלא מוכח דס"ל לנימוק"י דבאיני יודע אם פרעתיך, אף דלא הו"ל למידע חייב. וכתב דיכול לומר קים לי כדעת התוס', דבאיני יודע אם פרעתיך ולא הו"ל למידע פטור, וא"כ גם בנדון הט"ז ומהרשד"ם יכול לטעון כן ולפטור עצמו. אולם לעצם הדין הביא ראיה מדברי הרשב"א סוף פ"ק דגיטין

בעובדא דהנהו גינאי, דכשפרע והוחזק הדבר כפרוע, אם מעורר ספק מחמת טעות וכד', הו"ל חיוב חדש והו"ל כאיני יודע אם התחייבתי.

ועיין קצוה"ח עה, שכתב לחלק, דבעובדא דגינאי הוי ודאי פרעון, כיון שאין הממחה נאמן לומר שטעה, משא"כ במטבע מזויפת, מידי ספיקא לא נפקא והוי ספק פרעון. ועיין בקצוה"ח בראיה שהביא התומים שרצו להוכיח מתוס' גיטין עה, ב ד"ה מחצה, בזק חוב ספק קרוב למלוה ספק קרוב ללוה דיחלוקן, דמדוע לא נאמר שהלוה פטור, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, עיי"ש. והקשה, דלכאורה הו"ל להקשות איפכא, כיון שהחיוב ודאי והספק בפרעון, הו"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב, אלא כיון דכבר נפטר החוב, תו לא הוי ספק פרעון. ודחה התומים, דשם שניהם טוענין ספק, המלוה והלוה, ולכו"ע פטור. ובקצוה"ח דחה דבריו, דשם הוי ודאי איני יודע אם פרעתיך, דמעולם לא נפטר הלוה מהחוב, ולא היה החוב מעולם בחזקת פרוע, דעם הפרעון נולד הספק. משא"כ במטבע מזויפת הוי כבר בחזקת פרוע.

ועיין בנתיבות עה, שהביא את דברי התומים בענין איני יודע אם פרעתיך בדלא הו"ל למידע, ואף שדחה מקצת מראיות התומים, ס"ל לנתיבות דפטור, דכל מה שברי ושמא ברי עדיף, היינו דוקא בברי טוב ושמא גרוע, משא"כ בלא הו"ל למידע, דהשמא טוב והברי גרוע. אמנם יש מקרים דלא הו"ל למידע, והשמא אינו שמא טוב, כגון שמה שאינו יודע הוא בפשיעת הטוען שמא, וכמו בחנוני ופועלים, שהשמא של החנוני הוא בפשיעתו בהיותו טרוד בפועליו. ולאידך גיסא, שהספק של הבע"ד, הוא גם ספק לבי"ד בלא טענותיהם, כמו בפתח פתוח, דידוע שזינתה וספק באונס ספק ברצון, והוי כספק בגוף השטר, שאינו גובה בו, דאפי' נגד השטר כתובה שביד האשה, מהני השמא באונס או ברצון שאומר הבעל, ויש ספק לב"ד בלי טענותיהם, לפטור מחיוב שטר הכתובה.

ובנחל יצחק סט,א, לענין לזה שנתן למלוה נאמנות סתם בשטר בכת"י, ולא הזכיר נאמנות ליורשיו, ומת הלוה, והוציא המלוה כת"י זה לגבות מהיורשים, דדעת הסמ"ע סט,ז דלא מהני נאמנות סתם נגד יורשים, והט"ז חולק, דכיון דאביהם לא היה נאמן לטעון פרעתי, לא טענינן ליורשים. וכן דעת הנתיבות סט,ח, דכיון דאינו מניח שטר כזה ביד המלוה, יש לו דין שטר וחזקה של שטרך בידי מאי בעי. וס"ל לגרי"א דדין זה תלוי באיני יודע אם פרעתיך כשלא הו"ל למידע, דיורש לא הו"ל למידע אם אביו פרעו, ולדעות המחייבות באיני יודע אם פרעתיך בלא הו"ל למידע, יהיו היורשים חייבים, והפוטרים ס"ל דאין היורשים חייבים. וכתב דלכאורה מוכח משו"ע חו"מ עב,יד, לענין מלוה שטוען שאבד המשכון באונס, דחייב הלוה לשלם החוב, והמלוה נשבע. ואף שלכאורה הלוה אינו יודע אם נאבד באונס או בפשיעה,

והוי טענת הלוח איני יודע אם פרעתיך בלא הו"ל למידע, ומוכח שחייב לשלם החוב. וע"ע בנחל יצחק סי' עה ח,ט.

ולאמור לעיל, אפי' נאמר שספק זמן שיראנו לתגר הוא לגבי המוכר כאיני יודע אם פרעתיך, לדעת המל"מ והתומים, כיון דלא הו"ל למוכר לדעת אם הגיע הזמן או לא וזה ספק לכל העולם וגם לבי"ד, הרי זה כאיני יודע אם נפטרת בדבר דלא הו"ל למידע, ולכאורה פטור מלשלם, כשהקונה טוען החזר לי מעותי שהיתה אונאה, והקונה טוען שלא היתה לו הזדמנות להראות לתגר וממילא לא עבר הזמן, והמוכר טוען איני יודע בדבר דלא הו"ל למידע, למל"מ והתומים צריך להיות פטור כדין איני יודע אם פרעתיך בלא הו"ל למידע.

אלא שראיתי בקוב"ש ב"ב סי' תרנח שכתב לחלק, דהנה ברמב"ם פ"ב מהל' שאלה, לענין ספק שאלה בבעלים דפטור מספק, ומ"מ אם פשע חייב. וכתב הקוב"ש לחלק, דכל היכא דישנה לסיבת החיוב בודאי אלא דספק שמא יש כנגדה סיבה הפוטרת, כגון גבי בקרא וספסירא, דהבקרא ודאי פשע אלא שרוצה לפטור עצמו שמא הספסירא ג"כ פשע, בזה אמרינן אין ספק פטור מוציא מידי ודאי חיוב. וכן לענין פשיעה בבעלים, דסיבת החיוב ודאית שפשע, אלא דדין בבעלים הוא דבר הפוטור, ואין לומר דאם היה בבעלים אין כאן סיבה המחייבת כלל, דכיון דפושע הרי הוא כמזיק, ס"ל לרמב"ם דסיבת החיוב קיימת, אלא שכנגדה יש סיבה הפוטרת. אבל לענין גניבה ואבידה או אונסין, אם הוא בבעלים אין כאן סיבת חיוב כלל, עיי"ש. ולכן דוקא כשהפטור מעקר לגמרי שאין כאן סיבה מחייבת, בזה מהני איני יודע אם פרעתיך בלא הו"ל למידע, אבל כשהחיוב קיים בפני עצמו, והפטור פוטור ולא מעקר את החיוב, בזה לא מהני ספק פרעון, אף בלא הו"ל למידע, כנגד חזקת חיוב.

לפ"ז בנדון אונאה שיש כאן אונאה ודאי ויש חיוב להחזיר המקח מדין אונאה (על הצד שהספק הוא בפטור), והחיוב קיים, אלא כשעבר הזמן של יראנו לתגר הוא סיבה בפטור, והפטור אינו מעקר את החיוב אלא פוטור והוי כמחילה, אין ספק הפטור מונע מחזקת החיוב לפעול ולחייב את המוכר להחזיר את דמי המקח, דיש כאן חזקת חיוב שחייב המוכר להחזיר את דמי המקח, ולא מהני הספק לפטור. ואף אם היה טוען הקונה שמא, והרי זה כטוען המלוה שמא, מ"מ חייב, דשמא של הקונה כאן הוא ג"כ שמא טוב, עיין בנתיבות נט,א, דהא דאינו גובה מהיורשין בטוען שמא, דוקא במקום דהו"ל למידע, אבל במקום דלא הו"ל למידע, כגון שצויה המלוה ללוה לפרוע ליד שליח ולא מסר השטר לידו, וטוענין היורשין שמא פרע אבינו ליד השליח, וגם המלוה מסופק בזה, אפ"ה גובה. ואף דאי היה הלוח חי והיה טוען ברי שפרע ליד השליח פטור, עיין ש"ך קכא,מא, מ"מ היורשין חייבין ולא טענינן עבורם ברי, עיי"ש.

והנה במל"מ (מכירה יא,טז, וכן בטו"נ א,ט) נחלק עם הלחם משנה (בתש' לחם רב) במקום שהפרעון נתון למחלוקת הפוסקים, וטוען הפורע קים לי דהוי פרעון, ומ"מ מידי ספק פלוגתת הפוסקים לא יצא, אם הו"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב. דמדברי הלחם רב בתש' (סי' קעו) לענין דו"ד בין יתומים, שהמוחזקים טוענים שהתובע חייב להם כנגדו מחמת חוב בדבר שאינו קצוב, וקים לן דמהני, וממילא אנו פטורים מהחוב, עי"ש. ודעת הלחם רב דחייבים לשלם, ולא מהני מה שטוענים קים לן על חוב הערבות בדבר שאינו קצוב דמהני, כיון דטענתם היא על הפרעון, והוי פלוגתת הראשונים, והו"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב. והמל"מ מכירה יא,טז כתב לחלוק על הלחם רב, דשאני נדון מחלוקת הפוסקים, דאף המלוה אינו טוען ברי שלא נפרע, שהרי אליבא דרבתינו של רבינו נפרע, דא"כ הו"ל כאומר הלוייתך ואיני יודע אם פרעתי דפשיטא דפטור, כיון דהמלוה עצמו אינו יודע בבירור שלא נפרע. והיינו דשניהם מודים בהלואה ושניהם טוענים שמא בפרעון, ובמלוה ע"פ ששניהם טוענים שמא, פטור מלשלם, ודוקא במלוה בשטר ששניהם טוענים שמא בפרעון, לא מבטלים השטר מספק, עיין ש"ך נט,א מה שהביא בזה ממהרשד"ם חו"מ סי' מ, אבל במלוה ע"פ פטור מלשלם. ולפ"ז כשטוען המוכר שמא, אם גם הקונה טוען שמא, הו"ל שמא ושמא ופטור, אא"כ נאמר דביטול המקח האמור בתורה הו"ל כמלוה בשטר.

עוד כתב המל"מ, דשאני איני יודע אם פרעתיך דריע טענתיה דהוה ליה למידע ומשום הכי חייב, אבל בספק מחלוקת הפוסקים, לא שייך לומר טעם זה, ויכול לומר קים לי כמ"ד דפטור. והמל"מ בזה לשיטתו שפטור בטוען איני יודע אם פרעתיך בלא הו"ל למידע. והנה מש"כ המל"מ דבאיני יודע אם פרעתיך חייב מפני שריע טענתיה (עיין גם נתיבות עה,ה הנ"ל), לכאורה הוא חדוש דאיני יודע אם פרעתיך חייב מפני שטענתו גרועה, דלכאורה חייב מפני שיש חזקת חיוב, ולפ"ז אין חילוק בין הו"ל למידע או לא. וראיתי לגרא"ז באבן האזל בהשמטות להלכות טו"נ עה,י שהקשה על הסברא דריע טענתיה, שלא שייכת בלא הו"ל למידע. וכתב להסביר ע"פ מש"כ בעה"ת, דכיון דהו"ל למידק ולא דק, דאפשר היה לו לדעת אם פרע אם לא; "לא הוי טענה כלל אפשר פרעתיך, דבאפשר שלו שאינו יודע מזה ושבדרך הרגיל צריך הוא לדעת, אינו יכול להוציא מידי ודאי חיוב של הלואה. ודוקא בלא הו"ל למידע, היינו היכא שיש ספק בעצם, לא מצד טענת הלוח, אז פטור".

מבואר מדברי הגרא"ז דבעצם כל איני יודע אם פרעתיך, אינה טענה כנגד חזקת חיוב הקיימת, וכשאין טענה מול חזקת חיוב, אין ריעותא בעצם חזקת החיוב. אבל כשאני יודע אם פרעתיך הוא ספק בעצם ולא מחמת טענת הלוח, הוי ריעותא בחזקת חיוב, דכל חוב עומד לפרעון ויש כאן ספק שמא נפרע. ולפ"ז בנדו"ד שהוא ספק

בעצם ולא מחמת הטענה, אין לחייב את המוכר בהחזר דמי המכר. ולפ"ז בנדו"ד אף על הצד דהוי איני יודע אם פרעתיך, באנו למחלוקת הנ"ל ולהסבר הדין, והו"ל ספק אם אפשר לחייב את המוכר בהחזר המקח, ויכול לכאורה המוכר המוחזק לומר קים לי שהוא פטור. וכן לטעם של איני יודע אם נתחייבתי, ודאי שהוא פטור.

ב. לאחר זמן של יראנו לתגר ה"ז כמחילה

תנן בב"מ מט"ב: עד מתי מותר להחזיר, עד כדי שיראה לתגר או לקרובו. וברש"י שם, שאם שהה יותר, מחל על אונאתו. ולפ"ז לשיטת רש"י בספק שמא יראנו לתגר הוי ספק מחילה. אך נראה דדינו כאונאה עד שתות דהוי מחילה, דכך הוא שעור חכמים הקבוע, שאמדו דעת רוב בני אדם, ומודד זה נקבע ע"פ הרוב ולא כל מקרה לגופו, דכך קבעו חכמים דאחר זמן שיראנו ודאי מחל, וכמש"כ התוס' שם בד"ה בכדי, שהקשו דא"כ נתת דבריך לשעורים, דפעמים שהם רחוקים ממנו ופעמים שהם קרובים. ותירצו התוס', דלעולם יש שיעור אחד לפי מה שמצוי רוב פעמים שיוכל להראות לתגר או לקרובו. וצ"ל דמודד אחד לכל האנשים, אולם בכל חפץ וחפץ יש לבדוק מה הזמן שיראנו לתגר, וכדמוכח מדברי הרמב"ם בהל' מכירה יב"א, דבספרים או אבנים טובות ומרגליות, שאין הכל בקיאות בדברים אלו, יש לו לחזור עד שיראה לתגרים הבקיאים בהם. וגם יש חילוק בין לוקח למוכר, דמוכר חוזר לעולם, כדאיתא בב"מ נב, נא, דהמקח אינו בידו, אבל בלוקחים אין לחלק.

והרמב"ן בתש' סי' סד, הובא גם בבעה"ת סד,א, לענין דברי רבא (ב"מ נא,ב) המחלק בין סתם למפרש, חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה על מנת שאין לך עלי אונאה, דבסתם יש אונאה ואין מחילה, כתב הרמב"ן; "דבסתם ליכא מחילה, דהא כשאר מקח וממכר הוא, דכל מקח וממכר נמי כל אחד יודע שחברו מעלה בדמי ממכרו כמו שיכול לעלות, ורחמנא אמר לא תהוי מחילה בכדי שיראה לתגר או לקרובו". ולכאורה מבואר דכך הוא דין התורה, שאין מחילה עד זמן שיראנו לתגר, והוי מהתורה זמן זה, שמכאן ואילך הוי מחילה, ועד כאן לא הוי מחילה.

וכיון שכל הדו"ד באונאה לאחר זמן שיראנו לתגר הוא טענת מחילה, ואם אינם יודעים, שהמוכר אומר איני יודע אם מחלת לי, וכן הלוקח אינו יודע אם מחל לו, הרי זה כטענת פרעון, דטענת מחילה גרועה מטענת פרעון לענינים מסוימים, דסתם שטר עומד לפרעון ולא למחילה, ונפק"מ שאם טוען פרעתי לך, יכול הלוה להשביעו שבועה, כמבואר בגמ' שבועות מא,א, ובשו"ע חו"מ פב,ב. אבל בטענת מחילה, נחלקו הראשונים אם דמי לטענת אמנה וריבית, שאינו יכול להשביעו (עיין חו"מ פב,ג) או

לטענת פרעוץ, וכמו שהביא המחבר ב דעות אלו בשו"ע חו"מ פב,יא. והש"ך חו"מ עה,כב הביא מדברי המרדכי ב"ב סו"ס תסט דכל נאמנות בטענת מחילה היא במיגו של פרעתי, עיי"ש. ועיין בהגהת רע"א חו"מ פב,יא, דאף דמחילה טענה גרועה ואינו נאמן אלא במיגו דפרעתי, מ"מ מהני להשביע, עיי"ש.

ולפ"ז כל טענת איני יודע אם עבר הזמן של יראנו לתגר, שהוא כטענת איני יודע אם מחלת לי, הרי זה כטענת איני יודע אם פרעתיך. וע"ע ברמ"א חו"מ ע,א, מה שהביא מהמרדכי פ"ק דב"ב, דכל מקום שנאמן לומר פרעתי, נאמן לומר מחלת לי, אף דמחילה טענה גרועה. ולאמור לעיל הו"ל איני יודע אם פרעתיך בדבר דלא הו"ל למידע, וגם הקונה טוען איני יודע אם מחלתי, כיון שהדבר אינו ברור לביה"ד אם עבר הזמן. ועיין בתש' רשמי שאלה חחו"מ סי' נו, הובא בפ"ת חו"מ קמב,ב. ולפ"ז בנדר"ד יוכל המוכר המוחזק לטעון טענת קים לי שהוא פטור.

ובגמ' ב"מ נב - נא,ב מבואר חילוק בין לוקח למוכר, דדוקא בלוקח יש שעור של בכדי שיראנו לתגר, כיון שלוקח מקחו בידו, אבל מוכר שאין מקחו בידו, עד דמיתרמי ליה זבינתא כזבינתיה וידע אי טעה ואי לא טעה. ועיין ברמב"ם מכירה יב,ו ובשו"ע רכז,ח, שאם היה המקח בדבר שאין במינו שינוי, או אם ידוע שבא לידו מקח כזה, אינו יכול לחזור ולתבוע אונאתו. ובשטמ"ק שם הביא בשם הרמ"ך, וז"ל:

"והיכא דקא טעין לוקח דודאי איתרמי ליה כי ההוא זבינא וידע טעותא ומחל, נראה לומר דמשתבע מוכר ושקיל. וכן לפי מה שכתב רבינו חננאל דליכא מחילה באונאה בהדי מוכר ולא מצי אמר ליה לוקח למוכר ידעת ומחלת. עד כאן. מיהו נראה לי דמשתבע היסת."

והיינו כשיש ויכוח בין הקונה למוכר אם ידע המוכר, אין המקח חוזר ויכול אפי' לגבות מעות מהלוקח, רק נשבע המוכר היסת שלא ידע, כנגד טענת ברי של הלוקח שידע. ונחלקו הסמ"ע וקצוה"ח בפירוש דברי הרמ"ך. הסמ"ע רכז,כ כתב דדוקא אם נודע בבירור שבא לידו מעין שמכר, אבל אם היו מחולקים בזה המוכר והלוקח אם בא ליד המוכר, אף שהלוקח טוען ברי שנזדמן למוכר כעין זה, הדין עם המוכר אף שבא להוציא ממנו דמי המקח, דאמרינן סתמא אין אדם מוכר מקח כדי לחזור בו, ובודאי לא ידע עד הנה. דחובת ההוכחה על הטוען שמחל, כיון שמן הסתם לא ידע באונאה, והוי כאנן סהדי דמסייע לטענת ברי של המוכר. ובקצוה"ח רכז,ו כתב דמחילה טענה גרועה, דלא עביד איניש דמחל, ע"כ צריך הטוען שמחל לברר טענתו. ולדבריו הסכים הנתיבות שם ס"ק ו, דמחילה טענה גרועה היא ואינו נאמן אלא במיגו דפרעתי, וכאן אינו יכול לטעון פרעתי דמי אונאה, דמי יימר דמגבי ליה רבנן. ולפ"ז

לכאורה כאשר יש ספק אם אם עבר הזמן של יראנו לתגר או לקרובו, כיון שמחילה טענה גרועה, על הטוען שהיתה מחילה, ובנדו"ד על המוכר, להביא ראיה.

אמנם נראה לחלק בין טענת מחילה כלפי לוקח בזמן של יראנו לתגר, לבין טענת מחילה כלפי מוכר, שהזדמן לו מקח כזה. דבטענת מחילה של מוכר שהזדמן לו מקח כזה, כיון שבמוכר אין זמן קבוע של יראנו לתגר או לקרובו, הרי הטענה שמחל להדיא בזה שראה אצל תגר ומחל בפירוש מזה שלא תבע, ולכן הטוען שהיתה מחילה כזו, כיון שהיא טענה גרועה, על הלוקח להביא ראיה. אבל מחילה מחמת זמן של יראנו לתגר, שהוא זמן קבוע שקבעו חכמים (או מהתורה), שעד לזמן זה אין מחילה ומעבר לזמן זה כבר אינו יכול לתבוע אונאתו, כיון שאינה טענה שמחל להדיא אלא שהוא הזמן שמכאן קבעו חכמים שמחל, אינה טענה גרועה שצריך המוכר להביא ראיה שעבר הזמן, כשיש ספק לבי"ד בעצם הדבר אם עבר הזמן, וצ"ע.

אמנם צ"ע בנדו"ד שהקונה טוען שלא היה לו זמן להראות לתגר, אם חשיב כטוען ודאי דלא מחלתי. ולמש"כ לעיל מהתוס' לא מהני בזה טענת הקונה, כיון שלא נתנו חכמים דבריהם לשעורים, ולעולם יש שעור אחד. גם מה שטוען שידע ודאי תוך הזמן שהתאנה, רק לא הודיע למוכר מיד מחמת חוסר זמן וכנ"ל. דהנה המרדכי ב"מ שז, הביאו הרמ"א רכז, דאם ידע הלוקח ושתק עד לאחר זמן ותבעו לדין, לא הויא שתיקתו מחילה, כדמוכח בעובדא דורשכי וכיפי (נא,א), שקנה מהמוכר בכדי אונאה כדי שיוכל לתבעו, ורבא ורב חסדא לא פטרי משום דידע אלא משום דבעל הבית העשוי למכור כליו הוה, אבל מפני שידע הלוקח כשלקח שנתאנה לא פטרוהו, וא"כ מוכח שאם יודע ולא מוחל, מחזיר אונאה (וכן ביטול מקח, עיין בסמ"ע רכז,יח). אמנם בב"ח רכז,ט דהיינו דוקא דומיא דהני עובדא שאמר הלוקח בפני עדים אתן לו שיתא ואתבעיניה לדינא, כיון שנתברר דידע ולא מחיל, כפי שהתברר בפני העדים, אע"פ ששתק בשעת לקיחה, אין שתיקתו מחילה, אבל אם לא נתברר דהיה דעתו לתבעו אח"כ, אע"ג שהתברר בפני עדים שידע הלוקח שאינו שוה אלא חמש וקנאו בשש, אמרינן מתנה הוא דיהיב ליה. ולפ"ז בנדו"ד אף שטוען שידע מהאונאה והתכוין לתבוע, כיון שעדים אינם מעידים שהתכוין לתבוע, אינו יכול לתבוע אונאתו.

לאמור לעיל אין בדינו להחזיר המקח, ולחייב את המוכר להחזיר דמי המקח.

סימן כג

שכר שדכנות

ראשי פרקים

א. טול דינר והעבירני את הנהר - בדבר מצוה

ב. חלוץ לה ע"מ שתן לך מאתים זוז

ג. שכר שדכנות

ד. ההפסד ושעורו

ה. אינאה בקבלן

ו. מענת השמאה ללא תביעה

ז. אופנים בהם לא שייכת מענת השמאה

ח. כשבליבו לא היה להשמאה בשעת ההתחייבות

נשאלתי במי שבתו הגיעה לגיל 25 ולא נשאה, והבטיח לשדכנית אחת שאם תצליח לשדך את בתו, יתן לה 5000 דולאר שכר שדכנות, הגם שמקובל לתת רק 1000 דולאר. השדכנית אכן הצליחה בס"ד לשדך את הבת. האב טוען שלא התכוין ל-5000 דולאר ממש אלא שישלם לה מעבר למקובל, ורק רצה להמריץ את השדכנית. השדכנית טוענת שעקב ההבטחה, היא פינתה מזמנה הרבה כדי לחפש בחורים מתאימים וכמעט לא עסקה בשידוכים אחרים, מה עוד שהיו לה הוצאות רבות של טלפונים וכד'.

א. טול דינר והעבירני את הנהר - בדבר מצוה

על הא דתנן ב"ק קטז, א-ב; זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש, נסדקה חבית של דבש ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו, אין לו אלא שכרו. ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, חייב ליתן לו. הקשתה הגמ' שם קטז, א; אמאי, ונימא ליה משטה אני כך, מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעבורת לפניו אמר לו טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו, אלמא אמר ליה משטה אני כך, הכא נמי לימא ליה משטה אני כך. הא לא דמי אלא לסיפא, ואם אמר לו טול דינר זה בשכרך והעבירני, נותן לו שכרו משלם, מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא. אמר רמי בר חמא בצייד השולה דגים מן הים, וא"ל אפסדתני כוורי

בוזזא (והיינו בשכרו דקתני, טול דינר בשכר שאתה מפסיד כאן ותעבירני, נותן לו אותו שכר משלם, ומתני' נמי הרי הפסידו ניכר - רש"י).

וגמרא זו הביאה להלכה הרי"ף ב"ק (מבא בעמוה"ר), והרא"ש ב"ק י, כא, והרמב"ם הל' גזילה ואבידה יב, וז"ל:

"היה זה בא בכד של דבש וזה בא בקנקנים ריקנים, ונסדקה כד הדבש ואמר לו בעל הקנקנים אני מציל לך דבש זה בקנקני עד שתתן לי חציו או שלישו או כך וכך דינרין, וקבל עליו בעל הדבש ואמר לו הן, הרי זה שחק בו ואינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו, שהרי לא הפסידו כלום. וכן מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו, ואמר לו העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו, אין לו אלא שכרו הראוי לו, ואם היה צייד ואמר לו בטל מצודתך והעבירני, נותן לו מה שהתנה עמו וכן כל כיוצא בזה."

דאף שהתנה בעל החבית עם בעל הדבש על שכר יותר מהראוי, כיון שאין לו הפסד, הואיל וקנקניו היו ריקים, אין לו אלא שכרו הראוי והמקובל. וכן במי שהעביר אסיר בורח במעבורת והתנה בשכר גבוה, אם אין לו הפסד, אין לבעל המעבורת אלא שכרו, אולם אם נגרם לו הפסד, נותן כל מה שהתנה. ולכאורה מבואר בגמ' דדוקא אם ההפסד הוא בענין אחר, דהיינו שכיון שמעבירו במעבורת, מתבטל מדייג של דגים, אבל הוצאות המעבורת אינם בכלל הפסד אלא בכלל שכרו. וכן אם שופך הדבש, זו הוצאה אחרת, ולכן חייב לשלם כל מה שהתנה, אולם אם יש הוצאות בגין החביות עצמן וכד', זה נכלל בשכרו, דהשכר הראוי מחושב לתחילה גם מהוצאות שיש לבעל המעבורת בגין המעבורת, כגון שכרה או מיסים וכד'. אלא דלכאורה צ"ע, דהחילוק בין היה צייד ואמר לו בטל מצודך, שחייב לשלם כל מה שהתנה, לאם לא היה צייד וכד', דכל טענת משטה שייכת בהתחייבות, אבל כשבא בתמורה, לכאורה לא שייכת טענת השטאה. אלא דא"כ גם על פעולת הפועל, העברה במעבורת או מילוי הכדים בדבש, התחייבות הבעלים היא התחייבות בתמורה, וא"כ לכאורה לא שייך בה טענת השטאה. [גם צריך להבין בדברי הרמב"ם, מדוע בהל' ו לענין דבש וקנקנים, לא כתב דאם יש לו הפסד, חייב ליתן כל מה שהתנה. ובזה י"ל, כיון דדין הפסד נאמר לענין הסיפא של הברייתא במעבורת, כך דרכו של הרמב"ם לפרש דבריו על מה שנאמר בגמ', ומינה נדון לדין הקנקנים והדבש.]. והר"מ מסרקסטא, הובאו דבריו בשטמ"ק בסוגיא, כתב וז"ל:

"ואם היה צייד ואמר לו בטל מצודתך והעבירני, נותן לו מה שהתנה עמו כיון שבטלו, שמא באותה שעה היה מזדמן לו דג גדול, וכן כל כיוצא

בזה."

לכאורה י"ל, דבסתם התחייבות בתמורה שייכת טענת משטה, אם התמורה לא שווה את ההתחייבות, אבל במעבורת, כיון ויתכן וידוג דג בשווי כהתחייבות, א"כ יתכן ויהיה לו הפסד כזה, ע"כ ההתחייבות ראויה, שזה המחיר לעבור במעבורה שמנהיגה דייג שיכול לדוג גם דג גדול.

עוד י"ל דאה"נ בכל שכיר שהתחייב לתת לו יותר מהשכר הראוי, חייב ליתן לו כמו שהבטיחו. דהנה מהרמב"ם בהל' שכירות ט,ג מוכח שאם אדם שוכר פועל והתחייב לתת מעבר לשכירות, חייב לשלם כל מה שהבטיח, ורק בשליח שהתחייב יותר ואמר שכרכם על בעל הבית, יש לדון כדאיתא בגמ' ר"פ האומנין (ב"מ ע"א), אבל בעה"ב שהתחייב בארבע, חייב לשלם ארבע, אף אם כל הפועלים נשכרים בג'. ובנדון חבית ומעבורת, הרמב"ם הביא הדין בהל' אבידה ולא בהל' פועלים, דדוקא במקום שבעל החבית הבא ריקן ובעל המעבורת, מחויבים לעשות את פעולת ההצלה, כיון שממונו נפסד או גופו נפסד, דבבורח מבית האסורים מיירי הברייא ולא בכל מי שרוצה לעבור במעבורת, ועיין בדברי הרמ"ה, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ק קטז"א, וז"ל:

"ואוקימנא לסיפא בצייד השולה דגים מן הים, דאמר ליה אפסדתן טפי מהאי. והיינו דקאמר טול דינר בשכרך - בשכר בטלתך. מכלל דרישא אע"ג דאפסדיה טפי מהא, כיון דלא אמר ליה בשכרך, דמשמע בשכר בטלתך, אין לו אלא שכרו. ושמע מינה דאפילו אמר ליה טול דינר בשכרך נמי דוקא היכא דאפסדיה כשיעור דינר, אבל היכא דלא אפסדיה ולא מידי, אע"ג דאמר ליה טול דינר בשכרך, אין לו אלא שכרו. והוא הדין בזה בא בחבית של יין וזה בא בכדו של דבש וכו', אין לו אלא שכרו. ואפילו אמר לו על מנת שאתה נותן לי סלע, אבל אם אמר לו אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, גלי אדעתיה דאגר פסידיה קא שקיל וחייב ליתן לו. והני מילי היכא דשפך את יינו, אבל אם היתה חביתו ריקנית והציל דבשו של חברו לתוכה, אע"ג דפסק בהדיה דינר או סלע בשכרו, אין לו אלא שכרו דומיא דמעבורת, מדקא מדמינן להו בגמרא להדדי, שמע מינה תרווייהו חד דינא הוא. מיהו דוקא כגון הני דמחייב ההוא שכיר לאיטפולי בההוא שכירות, אי בחינם ואי בשכר, כגון שהיה בורח מבית האסורין דמיירי באבדת גופו, וכגון זה בא בחביתו דמיירי באבדת ממונו, דכיון דמצוה עליה לאיטפולי באבדת גופו ובאבדת ממונו היכא דלית ליה פסידא, וכי אית ליה פסידא לא שרי ליה למשקל מיניה טפי ממאי דאפסדיה, אמטו להכי מצי אמר ליה משטה אני כך ואין לו אלא שכרו הואיל והוא חייב לטפל בה בכדי שכרו. אבל היכא דלא רמיא עליה למעבד ההיא מילתא כלל, ופסק בהדיה למיתב ליה דינר באגריה, אע"ג דלא הוה חזי ליה אלא פרוטה באגריה, יהיב ליה דינר."

וכדברי הרמ"ה אפשר לבאר ברמב"ם. הרמ"ה מיירי דוקא באומר לו טול דינר בשכרך, דהיינו בשכר בטלה שלך. וברמב"ם בה"ז אמנם לא הזכיר לשון הברייתא "טול דינר זה בשכרך והעבירני", אלא נקט; "ואמר לו בטל מצודתך והעבירני", להדגיש שלא תטעה ש"בשכרך" הכוונה על שכר העברה, לכן שינה הרמב"ם ולימד שהפשט בשכרך – שכר ביטול המצודה. דבענינים של השבת גופו והשבת ממונו, אינו רשאי ליטול שכר, ואינו ככל פועל שאם התחייב יותר משכרו, חייב לשלם כל מה שהתחייב. כאן בבורח מבית האסורים או בדבש שעומד להאבד, יש על בעל המעבורת/ החבית מצוה להצילו ולהציל ממונו, וכל מה שמותר ליקח הוא רק שכרו, דהיינו שכר שמותר לקחת (וכנראה מיירי לענין שכר המעבורת ושכר הכלים, וכן שכר פועל בטל, כמבואר בב"מ ל"ב, ובשו"ע רס"א, ועיין להלן), אבל מה שנגרם לו הפסדים, אם והתחייב האסיר או בעל הדבש, חייב לשלם כדי הפסדיו של בעל המעבורת/ החביות. לכן זה דין מיוחד בהשבת אבידה, שאין לו אלא שכרו, אא"כ יש הפסד והתנה, אבל בכל פועל שהתחייב לתת יותר משכרו, חייב לתת כפי שהתנו ביניהם. ומה דמבואר בגמ' דבאין לו הפסד צריך לטעון משטה אני כך, דל משטה, אינו חייב מפני שבעל המעבורת/ החבית חייב להציל. י"ל דיכול בעל המעבורת/ החבית לטעון מה ענין באיסורים שלי, אתה קיים התחייבותך, דעל משיב אבידה יש איסור, אבל אתה קיים התחייבותך. וע"ז התשובה של המתחייב, דכיון שאינו חייב מהדין, הרי התחייב במה שאינו חייב, ודמי למנה לי בידך ואמר לו הן, שיכול לטעון משטה אני כך (ואם טענינן ליה, יבואר להלן). ועיין בשטמ"ק מה שהביא מרבינו יהונתן, וז"ל: "וליאמא משטה אני כך, ואע"פ שהתנה לו לתת דמי חמורו כולו לא יתן לו אלא שכרו, דהא מצוה היא להציל בהמת חברו בשכר". דהיינו רק שכר של פועל בטל, ומעבר לזה כיון שאינו חייב, ואינו חייב ליתן דמי חמורו כמו שהתחייב, יכול לטעון על ההתחייבות טענת השטאה. וכן מבואר בראב"ד, הובא בשטמ"ק שם; "נימא ליה משטה אני כך, שהרי חייב אתה להצילו, ואם התניתי לך יותר, משטה הייתי כך". וכן נמצא במרדכי ב"ק (סי' קעד), וז"ל:

"דוקא אם היה עוסק במלאכה שהפסיד לו כל כך, אז נותן לו שכרו משלם אפילו יותר מכדי טרחו הרבה, אבל אם לאו הכי, לא יתן לו רק שכר טרחו, דדמי לבורח מבית האסורין, דמצי אמר ליה משטה אני כך. וטעמא דהוא מסוכן וחייב להצילו וליטול שכר טרחו, והכי נמי מצוה להביא רפואה לחולה, אבל בשאר מלאכות [ר"ל שאינה של מצוה], חייב לתת לו כל אשר התנה לו."

הרי מבואר שלהתחייבות אין תוקף כיון שחייב בעל המעבורת להצילו בחינם מכח המצוה. ומ"מ לפ"ז דוקא אם קיימת אפשרות להפסד כזה וכמש"כ לעיל, אבל

אם אין היכי תימצוי להפסד כזה והתחייב לו סכום גבוה בהרבה ממה שיכול להפסיד, לכאורה ההתחייבות בטלה ואינו משלם לו אלא שכרו ולא את החלק מההתחייבות אותה יכול להפסיד. ואין לומר שהדבר תלוי לכאורה בדין קני את וחמור ובג' הדעות לענין מקנה מעות ומטלטלין בקנין חליפין, דאף שמעות לא קנה, הביאו המרדכי ג דעות, אם קנה הכל, רק המטלטלין או הכל לא קנה, עיין ברמ"א חו"מ סו"ס רג. ובדבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, פסק הרמ"א חו"מ רט, ד דקנה מחצה. ובנודע ביהודה (מהדו"ק חו"מ סו"ס כט) כתב לישב ולחלק, דבהקנה מעות ומטלטלים ביחד, כיון שהמעות בעין, נוכל לומר שני טעמים הנ"ל, דלטעם האחד מיירי שהמעות והמטלטלים מונחים לפניו ואמר כל מה שמונח כאן אני מקנה לך. וכן לטעם השני הקונה אין דעתו לקנות זה בלא זה, אבל בדבר שאינו ברשותו עם דבר שברשותו א"א לומר שמונחים לפניו, שהרי אכתי אינו ברשותו. ובפרט דבסי' רט מיירי שלא בא לעולם עדיין, וא"כ אינו לפניו ולא שייך לכוללו בדיבור אחד. וכן טעם השני דנימא שאין דעת הקונה לזכות זה בלא זה כיון שזה עדיין אינו בעולם וזה ישנו לעולם והוא מקנה לו מעכשיו, וזה יודע הלוקח שאחד מהם אינו בעולם ובשום ענין לא יהנה בו עכשיו, לא שייך לומר שאינו רוצה לזכות בזה בלא זה. ולכאורה לדעת הנודע ביהודה היכא שכללם בסכום אחד, כיון שאיחד את כל הסכום, אין דעתו להתחייב על זה בלא זה. וכן נראה לדעת קצוה"ח רי,ה שכתב לחלק בין מקנה לשני בני אדם, למקנה שני דברים לאדם אחד, דבשני דברים לאדם אחד, הקנין תלוי האחד בשני. וא"כ בנדון מעבדות שהתחייב בסכום גדול מהפסד שיכול להיות לו, אינו חייב כלום. אולם עיין בקצוה"ח רסד,ב שכתב להדיא שאם נראה לעינים בבירור שאי אפשר בשום פנים להעלות כ"כ דמים כמו שיעור פסיקתו, אין צריך ליתן אלא כשיעור שהיה יכול לצוד. הרי שחייב עכ"פ לשלם כשעור שהיה יכול לצוד.

ואם החיוב של בעל המעבדות ובעל החבית הוא מדין השבת גופו וממונו, יש להקשות לכאורה מדוע יש לו שכרו, הרי משיב אבידה שהיה בטל ממלאכה, אין לו שכר כלל. ואפשר ששכרו הכוונה לשכר הכלים והמעבדות וכמש"כ. אך הלשון "שכרו", לא משמע כן אלא שכר הפועל ממש. אמנם מצאתי ביד המלך גזילה ואבידה יא,ב שכתב מעין זה, דאין חיוב בהשבת אבידה אלא לטרוח בגופו אך לא בכליו, ולכן שכרו לא יטול אלא שכר כליו, וז"ל:

"ואפשר לחלק דהתם בהצלת הדבש שהציל בקנקנים, ג"כ אינו מחויב ליתן לו רק שכר הקנקנים אבל לא שכר טרחתו, ומשום דגם באבדה גמורה אינו מוטל השתדלות החזרה רק על גופו של המוצא אבל לא על כליו. ובאמת לא מצינו שיהיה אדם מחויב להשתדל בממונו ובכליו להציל של חבירו. הילכך בשהציל בקנקנו דבשו של זה, שפיר מחויב לשלם לו שכר כליו אשר נתן לו

על סמך הבטחתו שהבטיח לו עבורם סך רב, או מצד נדבת לבו מרצונו ולא מצד חיוב המצוה, אבל שכר טרחת עצמו בהצלת מטלטלין, בודאי אין צריך לשלם לו, כיון דהוא מחויב מצד חיוב המצוה שבו, הרי הוא כמו כל טרחת קיום שאר המצוות סוכה ולולב וכדומה. וגם בהצלת קרקע משמע מסתימת כל הפוסקים שמחויב לגדור ולהציל בחנם, דלא מצינו בשום מקום כלל שהזכירו בגדר שדה בעת סכנת איבוד שיהיה בעל השדה מחויב לשלם מאומה בעד טרחתו, וצ"ע לדינא."

הרי שמחלק יד המלך בין שכר כליו לשכרו שלו כפועל, ו"שכרו" שחייב לשלם היינו שכר כליו. ובסמ"ע רסד, יט ג"כ התקשה בזה שיכול ליטול שכרו, וכתב בתרוץ אחד לישב דמיירי בשכר הטירחא ושכר הכלים, דמיירי באיש הנשכר לאחרים לעסוק בכלים אלו במלאכת אחרים, ושכר בטלתו ניכר, שאלולי עסק בהצלתו של זה, היה עוסק בשכירות אחרת, ואין עליו לבטל ממלאכתו בחנם בשביל הצלת ממנו או גופו של אחר. והיינו דגם שכר הכלים בכלל שכרו, אך גם שכר בטלתו המוכחת, שנשכר לאחרים. אך אה"נ, אם לא נשכר לאחרים בזמן הזה, לתרוץ זה של הסמ"ע אין לו אלא שכר הכלים. אך בתרוץ שני, כתב הסמ"ע וז"ל:

"דאפילו אם ידוע שלא היה לו עסק אחר לעת עתה לעסוק בו, וה"ה לבעל מעבדות שלא היה לו לעת עתה מי להעבירו, מ"מ צריך ליתן לו שכרו כאחר, כיון דכל השנה כשבא אחד ומבקש ממנו להעבירו או לעסוק לו בכליו מלאכה כזו או קלה או כבדה ממנה מדרכן ליתן עליה שכר, אינו מן הדין שיהא זה עדיף משום צורך הצלת ממנו או גופו, משו"ה צריך עכ"פ ליתן לו שכר כאינש דעלמא."

כיון שזו גופא מלאכתו, להעביר אנשים במעבורת, כאשר מגיע דבר מצוה להעביר במעבורת, הרי עכשיו אלולי היה זה דבר מצוה, היה לו השתכרות בהעברתו במעבורת, הרי המצוה מבטלת אותו ממלאכה ומשכר שיכל לגבות מאותו אדם, אלולי היה זה דבר מצוה. ועיין במחנה אפרים שכירות טו שהקשה על הסמ"ע, דא"כ אם אחד ששכרו להעביר חבילות, עוסק בשליחויות, ימצא חבילה, האם יוכל לקבל את שכר השליחות, כיון שאלולי היה זה דבר מצוה היה גובה שכר. ולכאורה יש לחלק ולבאר בסמ"ע, דבמעבורת אלולי דבר מצוה היה משלם, במציאת אבידה אין מי שנתן למשלוחן תמורת כסף. אלולי היה זה דבר מצוה, היה משאיר האבידה במקומה. לא הזדמנה לו כאן השתכרות. אך במחנה אפרים כתב לבאר בדרך שונה, דכל היכא שגמר בליבו לתת לו, חייב לתת למציל, אף שהוא דבר מצוה, ואע"פ שעובר על מה אני בחינם וכו', חייב ליתן כיון שגמר בליבו. אך כשטוען משטה אני בך, לא

גמר בליבו, אך שכרו בלבד, בודאי גמר בליבו לתת. ומעין זה ראיתי באבה"ז גזילה ואבידה יבו, ד"ה אכן. ועיי"ש שכתב דלדעות הסוברות שאין לו שכר שהתחייב מפני שזה דבר מצוה, י"ל דאף בהשבת אבידה יכול ליטול שכר טרחו.

התשוב"ץ (טור המשולש ח"ג סי' כ) דן בחולה שדרשו ממנו שכר סממנים כפללים מעלותם, וכן שכר רופא נדרש לשלם סכום גבוה במיוחד, והסכים החולה לסכומים הנ"ל, ולאחר שהתרפא מסרב לשלם אלא את המחיר הראוי. ומדברי התשוב"ץ למדנו חילוק בין סוגים שונים של מצוה, אם מדובר במצוה המוטלת על היחיד שבא לפניו, כמו הצלת ממנו או גופו כשהבורח לפניו ואם לא יעבירו יתפסוהו הסוהרים, או אם לא ימלא את הדבש בקנקניו, ילך הדבש לאיבוד, משא"כ חולה ששוכב במיטתו ולא במצב שדורש טיפול מיידי, שכל ישראל מצויים להצילו, ואינו בכלל חיוב הצלת גופו ללא שכר. עוד חידוש למדים מהתשוב"ץ, דיש חילוק בין סממנים ורפואות לשכר רופא. רופא יכול לדרוש בעבור חכמתו כל סכום, וכל סכום הוא בבחינת שכר הראוי. על סממנים אינו יכול לדרוש (ולכאורה, אם הוא בחכמתו המציא תערוכת סממנים, חשיב כמכירת חכמתו, משא"כ אם מוכר תרופה של אחרים, וצ"ע). וז"ל התשוב"ץ:

"בענין הסימנים נראה פשוט שלא יתן לו אלא דמים הראויים להם, ודומה לזה אמרו בהגוזל בתרא (קטז,א) תניא הרי שברח מבית האסורים והיתה לפניו מעבורת ואמר לו טול דינר והעבירני, אין לו אלא שכרו. ופסקוה הפוסקים להלכה כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות גזילה ואבדה, וכן כתב בעל הטורים. והטעם בזה משום אונס, דמחמת אונסו הוא שנדר לו כך, ולכן לא יתן אלא שכר הראוי לו, וא"כ הוא הדין והוא הטעם למוכר הסימנים, שלא יתנו לו אלא דמים הראויים לו. ומצאתי שכתב ה"ר חזקי' ז"ל על מה שאמרו (שם) שכרו להביא כרוב ודרמוסקין לחולה ומצאו שמת או שהבריא, לא יאמר לו טול מה שהבאת בשכרך אלא נותן לו כל שכרו. וכתב וז"ל דוקא אם עסוק במלאכה שהפסיד כל כך אז נותן לו כל שכרו משלם אפילו יותר מכדי טרחו, אבל אי לאו הכי לא יתן לו אלא שכר טרחו, דדמי לבורח מבית האסורי' וכו', והכא נמי מצוה להביא רפואה לחולה אבל בשאר מלאכות חייב לתת כל מה שהתנה, עכ"ל. הנה נתבאר מדבריו מה שרצינו לדמות דין מכירת סימנים לדין בורח שמצא לפניו מעבורת, דכמו שיש מצוה לסייע בהצלת הבורח מבית האסורים, כן מצוה להביא רפואה לחולה או למכור לו סימנים להצלת נפשו, ובשניהם אינו מוטל עליו לעשות בחנם, דהא כל מצוה דרמיא אכוליה עלמא, אין חייב לעשותה בחנם. אבל מה ששואל יותר מהראוי לו, שלא כהוגן שאל, מאחר דסוף סוף מילי דמצוה נינהו, ולכן אע"פ שהודה לו לתת כמו שהוא רוצה, פטרו אותו משום דהוי אנוס. וכן הדין בכל דבר שהוא מצוה

דלא רמיא עליה לחודיה. אבל מה שפסק עם הרופא בשכרו, צריך לתת לו משלם, דחכמתו הוא מוכר לו ואין לה שיעור, וכל מה שיתן בה מיקרי שכר הראוי לו. וכן כתב הרשב"א ז"ל בחידושי יבמות בשם הרמב"ן ז"ל, דבסימנים אין לתת אלא שכר הראוי לו, וברפואה חייב לתת כל מה שנדר לו.

ומה שחילק בין שכר רופא לסממנים, דבר זה נמצא במחלוקת הראשונים אם רופא שמוכר את חכמתו, חייב להציל את החולה מדין אבידת גופו, עיין בנימוק"י יבמות (לד, ב בעמודה ד), שהביא מחלוקת בין הרמב"ן והריטב"א, וז"ל:

"וכתב הרב ז"ל, דמהא שמעינן דמי שהוא חולה וסממנים ביד חבירו שוים כ, והתנה עליו ליתן הרבה בדמיהן מחמת אונס חוליו, אין לו אלא דמיהן. אבל רופא יש לו שכרו משלם, שחכמתו מכר לו והיא שוה דמים הרבה. וכתב הריטב"א ז"ל דאינו מחזור, שהרי חייב הוא לטרוח בחכמתו לרפאותו מדין אבדת גופו, ודיו בשכר טרחו כפועל בטל או כפי הראוי לו."

ונמצא שנחלקו הראשונים הנ"ל אם דין מעבורת היא מחמת המצוה או מדין אונאה ואונס, דדעת הרמב"ן לחלק בין רופא לסממנים, כיון דס"ל שדין מעבורת הוא מחמת התחייבות באונס, וכפי שיובאו להלן דעות הראשונים בזה. ולדעת הריטב"א מדין מצוה, ולדעת הריטב"א גם אין חילוק בין רופא למעבורת, ובשניהם מוטל עליו. גם מדברי המרדכי (ב"ק סי' קעד הנ"ל) מבואר דאין חילוק בין רפואות למעבורת לענין חיוב המצוה, וכן נראה לדברי הרמב"ן ביבמות קו, א. ואפשר דהראשונים הנ"ל מיירי ברפואה מיידית, וע"כ מוטל עליו. ועיין לשון המרדכי הנ"ל שכתב דבבורח מבית האסורים; "דהוא מסוכן וחייב להצילו וליטול שכר טורחו, והכי נמי מצוה להביא רפואה לחולה". ואפשר להסביר דאף בחולה הוא מסוכן, ולכן מוטל עליו דומיא דבורח מבית אסורים. אך אין הכרח. [ועיין בתש' חוות יאיר סי' קפו בענין בעל תוקע שביקש שכר מופרז, דחשש הבעל תוקע פן יהתלו בו, לכן בקש שיקדימו לו את שכרו, דדמי לטול דינר והעבירני. וכתב החו"י דאפשר הדמיון למעבורת, אם היתה זו שנה פשוטה של שלום ושלחה, דנהי דאין לכופו מפני דהמצוה לא רמיא עליו, מ"מ י"ל דאם סירב עד שהוצרכו להפריז לו יותר מן הראוי, אין לו רק שכר הראוי לפי הטורח אם היה דבר רשות, והוא כענין מטען דגבי פועלים. מש"כ אם הזמן אינו של שקט ושלחה אלא שעת חירום ויש חשש סכנה, הדרך לתת הרבה, לכן מחויב לתת לו כל מה שפסקין].

ומ"מ מדברי התשב"ץ הנ"ל מבואר שלמד פשט בסוגיא בבורח מבית האסורים וכו', דאינו חייב לשלם מה שהתחייב מחמת אונס. ואח"כ הביא את פירוש הר"ר חזקיה, שהוא מדברי המרדכי (עיין הגמ"י שכירות ט, ל), וכתב החילוק בין מצוה

המוטלת על הרבים, כמו רפואה (כשאני צריך באופן דחוף, דאם צריך באופן דחוף ומייד, כיון שכעת רק הוא יכול להצילו, דמי למעבורת ודבש), למצוה המוטלת על היחיד, כמו הצלת גופו וממונו שמצא כעת. וזה הסבר אחר בסוגיא ממש"כ בתחילה בענין התחייבות באונס. גם עצם הפרוש לפטור התחייבות באונס בכה"ג, צ"ב. עיין סמ"ע רה, כחד במתחייב לחבירו מה שאינו חייב לו, הרי דינו כמתנה. ובמתנה אף שלא מסר מודעא, כיון שהוא אנוס, המתנה בטלה, עיין בנתיבות רה, ח. אך לכאורה כל זה באנסוהו לתת או למכור, וכאן דמי לאונס דאית ליה מנפשיה. כמו כן במקרה שהוא מקבל תמורה על האונס, דמי למכירה, ובוה בעינן למודעא ושיכירו העדים באונסו (עיין מהרי"ק סוף שורש קיח, ובב"י חו"מ סו"ס רה). ואפשר דכיון דמכריחו לשלם יותר משכרו הראוי, דמי למש"כ המחבר בשו"ע חו"מ רה, ד, והוא מהרבינו יונה, שאם כפהו למכור לו בסכום נמוך קרקע, הרי זה כמתנה ולא כמכר, והוא הדין בהתחייב לשלם עבור סממנים. ואפשר דהתשב"ץ מיירי דהסוגיא מיירי מדין אונאה ואונס וכדלהלן. ומ"מ מדבריו נמצאנו למדים לסוברים דהסוגיא מיירי דוקא במקום מצוה, לחלק בין מצוה המוטלת עליו, למצוה המוטלת על הכלל.

ויש להסתפק בגדר הצלת גופו, מה הדין בחולה שאין בו סכנה, והתחייב לסכום גדול עבור סממנים, או מי שיש לו מיחושים. ולכאורה הצלת גופו שחייב אינו רק הצלת נפשות אלא גם הצלת כל עיניו, וכדקיי"ל לענין ענה תענה אותו, אחד עיני מועט ואחד עיני מרובה (עיין מכילתא דר"י משפטים פ"ח, ומס' שמחות ח, ח). דכמו בהצלת ממונו אין חילוק בין דין פרוטה לדין מאה, הוא הדין לענין הצלת גופו, גם בהצלה מועטת שלא יסבול – חייב. ואחר כן מצאתי ברדב"ז (ח"ו ב אלפים רעט) שדן בזה. אך הרדב"ז דן מכח דברי הרמב"ן, שהתחייבות לשלם ממון רב בטלה, מחמת היותה התחייבות באונס, ודן הרדב"ז האם גם חולי שאינו מסוכן, הרי הוא בהול ואנוס להתחייב, וע"כ גם בזה ההתחייבות בטלה. אבל לשיטות דהתחייבות בטלה מחמת המצוה, נראה לכאורה דגם במיחושים ובסממנים למיחושים (אם אינה מצוה אכ"ע כדעת הראשונים שיובאו להלן), גם בזה אינו חייב. וז"ל הרדב"ז (בדעת הרמב"ן):

"מסתברא דאמרה אפי' בחולה שאין בו סכנה אלא שהוא בהול למהר רפואתו והוי אנוס, אע"פ שהסמנין נמצאו ביד אחרים, כיון שהוא נבהל למהר רפואתו אין לו אלא שכרו, דומיא דמי שהיה בורח מבית האסורים, מי לא עסקינן שהיה חבוש על ממון ואין שם סכנת נפשות. ומי לא עסקינן שהיתה מעבורת אחרת ופגע בזו תחלה. אבל אם אינו בהול על הרפואה והסמנים מצוין ביד אחרים, מסתברא שנותן לו כל מה שהתנה עמו, אע"ג שלא הפסידו כלום, מ"מ כל תנאי שבממון קיים. ואם אין הסמנים מצויים ביד אחרים כלל

אע"ג דאינו בהול כ"כ על רפואתו, מסתברא דאין לו אלא מה ששויים הסמנין, דסוף סוף אנוס הוא כיון שאין שם אלא אלו.

וכוונת הרדב"ז דאסור על ממון, שאין לו סכנת נפשות אלא רק עינוי שישאר בבית האסורים, ואינו עינוי של פקוח נפש, ובכל זאת אין לו אלא שכרו, דעדיין הוי קציצה מחמת אונס ופטור. וגם בהמשך דבריו במצוי ביד אחרים ואינו בהול, דאינו אנוס כ"כ ולא הוי קציצה מחמת אונס. אבל אם אינו מצוי אצל אחרים והוא בהול, הוי קציצה מחמת אונס. ולשיטות הראשונים דהוי מדין דבר מצוה, לכאורה כמש"כ דגם בהצלה מועטת הוי דבר מצוה.

ועיין ביש"ש ב"ק י, לח שכתב בהסבר הסוגיא, הן מחמת אונאה והן מחמת החיוב להשיב גופו, וגם הוא חילק בין סממנים, שאינו יכול ליטול יותר משכרם, לחכמת הרופא, שיכול ליטול אף יותר משכרו. היש"ש כתב דהעיקר נראה, דבכל פעולות שאין להם קצבה, משלם לו שכרו משלם. לאפוקי אם יש בו קצבה, יש בו אונאה. ומה שמעביר במעבורת בורח מבית האסורים, שאין לו אלא אלא שכרו, דסתם מעבורת יש לה קצבה; "ועוד מסוכן הוא, וחייב הספן להצילו, וליקח שכר טרחו". וברפואות וסממנים לחולה, ס"ל ליש"ש דדינו כמעבורת, אבל שכר רופאים צריך ליתן כפי שהתחייב, ואף שכתב הר"ן בשם הריטב"א בפ' מצות חליצה (נימוק"י יבמות לד, ב בעמוה"ר) שגם לרופא אין לו אלא שכרו, ולא כפי מה שקצב, שהרי הוא חייב לטרוח בחכמתו לרפואתו מדין אבדת גופו, מ"מ ס"ל דעיקר כמו שהביא הנימוק"י הנ"ל לחלק בין רופא לסממנים, דכן דעת רוב הגאונים, ועיקר. וכן בכל שארי מלאכות, חייב לתת לו ככל אשר התנה. ועיין גם בנתיבות רסד, ח שהביא דברי תשב"ץ אלו, וג"כ נראה שכתב שני הדינים, הן מדין קנין באונס והן מדין מצוה המוטלת עליו, ונפק"מ לקנין, עיי"ש.

והחילוק שכתב התשב"ץ בין מצוה המוטלת עליו למצוה המוטלת על הכלל, נמצא גם בתש' מהרי"ל (החדשות סי' קעח), דדוקא במעבורת "משום דמסוכן הוא, ומצוה רמי עליה להצילו". והקשה מדברי המרדכי ב"ק קעב דמדמה שידוכין למעבורת; "ושמא לא מחלק בין מצוה ולאו מצוה, אלא חשיב לכלהו השטאה".

ב. חלוץ לה ע"מ שתן לך מאתים זוז

ודין זה הובא גם ביבמות קו, א לענין מי שהבטיחה שכר עבור חליצה; בת חמוה דרב פפא נפלה לפני יבם שאין הגון לה, אתא לקמיה דאביי, אמר ליה חלוץ לה ובכך אתה כונסה. אמר ליה רב פפא, לא סבר לה מר להא דאמר רבי יוחנן (דבעינן שיתכוונו שניהם לחליצה, כמבואר ביבמות שם). ואלא היכי אימא ליה. אמר

ליה, חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז. לבתר דחלוץ לה אמר לה זיל הב ליה (דהא קבילת עלה, ואע"ג דחליצה בהכי לא מיפסלא, מיהא איחייבא לקיומי תנאה מדינא כשאר שכירות דעלמא - רש"י). אמר ליה משטה אני כך עבדה ליה, מי לא תניא, הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעברא לפניו ואמר ליה טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו, אלמא אמר ליה משטה אני כך, הכא נמי משטה אני כך (כיון דחליצה כשירה היא, משום דינא נמי לית ליה, דכיון דעליה רמיא למיעבד ולא בעי, משטה אני כך עבדה ליה).

מפרש"י עולה כי הטענה של החולץ היתה שחייבת לשלם לו מאתים זוז מדין שכירות, ללא כל קשר אם החליצה קיימת או מתבטלת, ועל כך התשובה שהחליצה אינה מותנית בשכר, ושכר אין לחולץ מפני שהיה עליו חיוב לבצע את החליצה, ויכולה לטעון משטה הייתי כך בכך שהתחייבתי לשלם מה שאני חייבת. ומבואר מפרש"י דס"ל כדעות לעיל, דכיון דמיירי בדבר מצוה, ניתן לטעון משטה אני כך, ודוקא בדבר מצוה וכו"ל. (ועיין בריב"ש סי' תעו שכתב דגם רש"י פירש דפטורה מחמת שהיתה הקציצה באונס, וכדעת הראשונים דלהלן. ואפשר דאין כוונת ריב"ש דכן פירש רש"י לענין טענת משטה אלא לענין הרישא, עיי"ש).

אך השאלה מדוע חייב לחלוץ לה, שנאמר דרמיא עליה למיעבד. וי"ל דרש"י ס"ל כדלעיל דממונא חזא לה, שרצה גם כאן לקחתה לשם ממון, ובזה חייב לחלוץ כיון שאינו יכול ליבם כשמתכוין לשם ממון. ועיין במחנה אפרים שכירות טו דבכה"ג היה אפשר אפי' לכופו לחלוץ, וכל הפחות במילי (לחולקים על רש"י), כיון דמצוה רמיא עליה מהתורה לחלוץ. גם הרמב"ן בסוגיא הקשה, דהא גם במעבורת היכא שמפסיד לו, חייב לשלם כפי שהתנה, וכאן מפסידים ליבם בנכסים ובאשה. ותיירץ הרמב"ן, דהסוגיא מיירי ביבם שאינו הגון לה, דכיון דמצוה מן התורה בחליצה, דכתיב; ודברו אליו, ורמיא עליה לחלוץ, ולכן חשיב כהתנתה במקום שאין לו פסידא. וע"ע ברשב"א בסוגיא ובנימוק"י יבמות לד, ב בעמוה"ר, ובמאירי בסוגיא ביבמות. [ובזה א"ש מה שהקשו על רש"י מדוע בחליצה נחשב כחייב לחלוץ, דלכאורה אינו חיוב. וי"ל, דכיון שאינו רוצה ליבם, וגם אינו מתכוין לשם שמים ואסור לו ליבם, יש עליו מצוה לחלוץ, וכופין לכל הפחות במילי, ועיין במחנה אפרים שכירות טו].

והריטב"א כתב על דברי רש"י דיפה פירש, אך הוסיף טעם לפטור, כיון שהקציצה היתה באונס, וז"ל:

"ויפה פי' ז"ל, ומ"מ עדיין צריך להוסיף בזו ובההיא דמעבורת, כי אף על פי שקצץ עמו שכירות ועשה פועל מלאכתו על פי השכירות ההוא, ובעלמא כי האי גוונא אינו יכול לחזור בו וחייב לתת מה שפסק עמו משלם,

שאני הכא כי מתוך האונס פסק, וכהא דהכא דיבם שאינו הגון לה היה וכדי שלא תתעגן קצבה עמו. וכן במעבורת אנוס היה ומחמת האונס פסק, וקציצה באונס כמאן דליתא דמיא ואין לו אלא שכרו."

נראה דמה שהוצרך הריטב"א להוסיף בטעם רש"י, דעדיין י"ל דמה אני בחינם, אינו דומה לאיסור ריבית, באיסור ריבית יש איסור גם על הלזה. במה אני בחינם, האיסור הוא על הנוטל שכר ללמוד תורה ולהשיב אבידה, והנותן אין לו איסור, וא"כ מבחינת דיני ממונות חייב המתחייב לתת, ומה שיטול החולץ או בעל המעבורת, אינו ענין בדיני ממונות שביניהם אלא בדיני הלכות תלמוד תורה של הנוטל. וע"כ הוצרך הריטב"א להוסיף, דכיון שהחולץ ובעל המעבורת חייבים לעסוק בחינם, וכל ההתחייבות היתה מחמת אונס, התחייבות מחמת אונס כמאן דליתא (רק קצת קשה הלשון משטה אני כך, היה לומר אנוסה היא, וי"ל).

ותוספת ביאור מצאנו עוד בריטב"א בב"מ נו"ב, לענין ספיקת הגמ' אם בשכירות יש אונאה, דהיינו שכירות מטלטלין, ואסיקנא דשכירות ליומיה ממכר הוא, ויש לשכירות מטלטלין אונאה. ודעת הריטב"א דבשכירות פועל אין כלל אונאה, דדוקא בממכר, דוכי תמכרו ממכר לעמיתך אמרה התורה, אבל שכירות פועל אינה ממכר (דלא כרמב"ם שפסק דפועל אין אונאה מפני שדומה לעבד, ובקבלן יש אונאה, עיין בשו"ע חו"מ רכז, לג, ועיין להלן). והביא הריטב"א ראיה ממי שהיה בורח מבית האסורין, דבעינן לטענת משטה אני כך, ולא אמרינן שפטור מפני שהתאנה. אלא שאין בשכירות משום ממכר (והסוגיא מיירי לכאורה בקבלן, דנותן לו דינר על פעולה ולא לפי שעות. והרמב"ם אפשר ויפרש דנותן לו דינר לפי שעה. או כיון שיכול לעשות מלאכתו באיזה שעה שירצה, דין השדכן כקבלן, עיין להלן). ומ"מ מתבאר בריטב"א שאין הטעם לאי חיוב המתחייב משום אונאה. וע"ע בשטמ"ק ב"מ נח, ב ד"ה תניא בשם הרמ"ך.

גם מדברי הרמב"ן בחידושו ליבמות קו, א (וכן הוא בחדושי הרשב"א שם, וכן נראה גם דעת המאירי) משמע שהטעם שפטורה המתחייבת לחולץ והמתחייב לבעל המעבורת או החבית, מפני שכל התחייבות יותר מהראוי מחמת אונס, אינה התחייבות, משא"כ ברופא שמכר לו חכמתו, כיון שאין לה דמים והיא שוה הרבה, אין כאן התחייבות יותר מהראוי. גם סתר הרמב"ן את טעם רש"י שהתחייבות אינה תקפה מחמת המצוה שהוא חייב לחלוצו ולהעביר האסיר במעבורת, וז"ל:

"ושמענין מינה דמי שהוא חולה וסמנין ביד חבירו שוין עשרים, והתנה עליו ליתן הרבה בדמיהן מחמת אונס חליו, אין לו אלא דמיהן, אבל רפאוהו יש לו שכרו משלם שחכמתו מכר לו והיא שוה דמים הרבה, ויש

מפרשים דטעמא דמתניתין משום דחייב הוא להצילו משום השבת אבידה, ומשום הכי אין לו אלא שכרו כפועל בטל, ולדבריהם אין לרופא אלא שכר בטלה שלו, ולא מסתברא דמדמינן לה לחליצה בשמעתין, דהא מ"מ ליכא עליה חיובא ממש למיחלץ, ולישנא דמשטה אני כך נמי דיקא הכי כדפרישית."

הרמב"ן סובר שאין לפרש בטעם אי תקפות ההתחייבות כיון שחייב לעשות הפעולה, דהא בחליצה אינו בגדר חייב, וא"כ גם במעבורת ודבש שחייב להציל גופו וממונו, אין זה מטעם החיוב, שבכולם טעם אחד נאמר, כיון שמדמים להודי. וגם אם אי תקפות ההתחייבות היא מטעם החיוב המוטל עליו, מה שייך בזה טענת משטה אני כך. הרמב"ן מבין דלשיטת רש"י לא שההתחייבות לא תקפה מצד המתחייב, אלא החולץ ובעל המעבורת והחבית אסור להם לקחת שכר, ולכן ההתחייבות כנגד מי שחייב לעשות פעולה – בטלה, וא"כ זה לא מחמת כוונת המתחייב ולא שייך טענת משטה. משא"כ אם ההתחייבות לא תקפה כיון שהתחייב באונס ביותר מהשכר הראוי לאותה פעולה, א"כ אי התקפות של ההתחייבות מצד המתחייב, ושייך טענת משטה, שהיא טענה לאי תקפות ההתחייבות מצד כוונת המתחייב.

עוד כתב הרמב"ן דנפק"מ לענין רופא, שאם כדברי רש"י, הרי רופא ג"כ מצוה קעבד, משא"כ לשיטתו שאי תקפות ההתחייבות מחמת התחייבות באונס על סכום יותר מהראוי, הדבר לא שייך ברופא. ומזה שלא כתב הרמב"ן סברא לחלק בין מצוה המוטלת על הרבים כרפואה, למצוה המוטלת עליו, כמש"כ התשב"ץ הנ"ל, מוכח דלא ס"ל כחילוק זה. וזה דלא כריטב"א, דחייב הרופא לרפאותו מדין הצלת גופו, עיין בריטב"א בסוגיא ביבמות, ובנימוק"י יבמות (לדב בעמוה"ר), ועיין בתשב"ץ בחוט המשולש ח"ג סי' כ הנ"ל.

ובשו"ע יור"ד שלו, פסק כדברי הראשונים הנ"ל לחלק בין שכר רופא לרפואות, דשכר רופא, חכמתו מכר לו ואין לו דמים, ובטור הוסיף דהוי מצוה דרמיא אכ"ע, וכסברא הנ"ל, וכן פסק הרמ"א שם. משא"כ רפואות; "אפילו פסקו לו בדמיהם הרבה, מפני צורך השעה שלא מצאו סמנין אלא בידו, אין לו אלא דמיהן". ומבואר לכאורה שהוא מטעם "צורך השעה", והיינו התחייבות באונס, ולא הזכיר מחמת המצוה, וזה כראשונים הנ"ל. וכן למד הגר"א שם בבאוריו ס"ק יא, וז"ל:

"דלא כ"מ דטעמא דבורח משום דחייב להצילו משום השבת אבידה. ולדבריהם אפי' התנה בשכר הרופא, וליתא, דא"כ מאי ראייה הביא רב פפא שם לחליצה, דהא חליצה לא רמי עליה למיחלץ. ואף על גב דיבם שאינו הגון, מ"מ אי כניס לאו איסורא עבד, אלא הטעם משום שמתנה בשכירות יותר מכדי דמיה מפני האונס והדחק הוא וה"נ באשה..."

ומבואר שהטעם בדעת המחבר לא מפני שהתחייב בדבר שחייב מכח מצוה אלא עקב ההתחייבות מחמת אונס, שהתחייבות מחמת אונס אינה כלום, וכתב דדעת המחבר כדעת הראשונים שאין מצוה לחולץ לחלוץ, דאף באינו הגון אם יבס, לא עביד איסורא. ובהמשך בס"ק יב כתב הגר"א, דהרמ"א, והיא דעת הטור, שכתב דהוי מצוה המוטלת אכ"ע, לישב הקושיא דהא מחויב בהצלת גופו, וע"כ ישב דהוי מצוה המוטלת אכ"ע.

ובתוס' פירשו באופן שונה מדוע יכולה לטעון כנגד החולץ משטה אני כך ולא לשלם מה שהתחייבה, וז"ל (בד"ה אין לו):

"היינו דוקא כגון הכא ששואל דבר גדול במקום שאין לוקחין אלא דבר מועט, וכן ההיא דהגוזל בתרא (ב"ק קטז, ב) גבי הלך להביא כרוב ודורמסקין לחולה דאין לו אלא שכרו. אבל היכא שלוקחין דבר גדול, התם אין יכול לומר לו משטה אני כך, ואע"פ שלא הוציא כלום מאותו דבר שתובע עליו שכר."

וכן כתב גם הרא"ש ביבמות יב, טז. נראה מדברי התוס' והרא"ש דטענת משטה אני כך בנדון שכירות בחליצה/ מעבורת/ קנקנים, שונה במהותה מטענת משטה המבוארת בפ"ג דסנהדרין (כט, א) לענין מודה בהיותו חייב לפלוני. דכאשר מודה על טענת חוב, לא ניכר בהודאה כל השטאה, רק יכול לטעון השטאה בתנאים מסוימים ויש לו נאמנות, אבל אין בעצם ההודאה על פניה השטאה. לא מדובר בהודאה או התחייבות שהיא במהותה נראית כהשטאה, כמו בהתחייבות לתשלום מוגזם במעבורת וחליצה, דמי שמתחייב לשלם על דבר מעבר (או הרבה מעבר, עיין נתיבות סו"ס רסד) למה שצריך לשלם, מעצם ההתחייבות מדובר בהתחייבות שעל פניה אינה התחייבות גמורה ומוחלטת, דבעצם מהותה כאשר ההתחייבות היא מופלגת מהמחיר האמיתי או מהמחיר שמקובל לשלם, זו התחייבות שעל פניה נראית בה ההשטאה, לכן אינה כלום. משא"כ כאשר יש המשלמים סכום כזה גבוה על שרות או חפץ מסוג זה, אינו יכול לטעון טענת משטה. ומעין סברא זו י"ל בדעת היש"ש בטעם הראשון מדוע במעבורת אין לו אלא שכרו; "דסתם מעבורת יש לה קצבה. וא"כ בודאי שיחק בו". כלומר, לא שצריך לטעון טענת השטאה. הטענה כבר מונחת בעצם ההתחייבות, ואנן סהדי שמשטה בו, דכיון שיש לה קצבה, התחייבות מעבר לקצבה מורה על השטאה. (ועיי"ש ביש"ש שכתב בטעם השני שאינו חייב לשלם כל שכרו, דמסוכן הוא, וחייב הספן להצילו, וכן הדין ברפואות, והיינו כשיטת רש"י והראשונים הנ"ל דכיון שחייב מדין השבת אבידה והצלת גופו, אינו חייב לשלם. ועיי"ש שחילק בין רפואות לשכר הרופא, וכדעת הרמב"ן).

ולכאורה יש להקשות בדברי הרמ"א, דביו"ד שלו, ג הנ"ל, המשיך כדברי המחבר דברפואה הוי התחייבות באונס ולכן פטור, וכתב דלא הוי מצוה, כיון שהיא מצוה המוטלת אכ"ע. וכן נראה שהסכים לדעת המחבר המחלקת בין רפואה לסממנים. ובשו"ע חו"מ רסד,ז, פסק הרמ"א כדעת התוס' והרא"ש, וז"ל:

"י"א הא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה, אבל בדבר שדרך ליתן הרבה, כגון השבעת שדים או רפואה, חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו."

והיינו כדעת התוס' והרא"ש הנ"ל. ורפואה ממ"נ, אם הכוונה לשכר רופא, גם אם אין רגילים לתת הרבה, כיון שחכמתו מכר לו (לראשונים הנ"ל, וכמו שפסק המחבר ביו"ד שלו, ג). ואם הכוונה לתרופות, הרי דעתו לכאורה כמחבר דהוי קציצה באונס ופטור, ומדוע כתב דרגילים לתת הרבה. והבנת התוס' והרא"ש, היא הבנה אחרת מהבנת הראשונים הנ"ל שפסק המחבר כמותם. ואפשר דביו"ד כתב לשיטת המחבר, ובחו"מ פסק כתוס' והרא"ש.

ועיין ברא"ש ב"מ ב, כח לענין שכר השבת אבידה ופריקה וטעינה; "... ואם הוצרך לפסוק בשכר מרובה יותר מן השכר הראוי לו ליתן על טורח כזה, לא יתן לו אלא כפי הראוי, מידי דהוה אטול דינר והעבירני דאין לו אלא שכרו, אבל פריקה והשבת אבידה בחנם, ואם הוא פנוי אין רשאי ליטול שכר". ומזה שדימה הדינים להדדי, נראה דס"ל דגם בטול דינר והעבירני, אין לו אלא שכרו מפני שחייב לעשות עימו בחינם, דומיא דהשבת אבידה ופריקה וטעינה. ואפשר דאינו מוכרח כ"כ, ודימה הדינים ולא טעמיהם.

ג. שכר שדכנות

נפק"מ מהסברים הנ"ל לענין שכר שדכנות, דאם הפטור במעבורת וחליצה מפני שהם דבר מצוה, לכאורה אין שידוכים דבר מצוה כבורח מבית האסורים וחליצה, דשדוכים היא מצות חסד המוטלת על הכלל. ואם מדין התחייבות באונס, השאלה אם רגילות לתת שכר הרבה, וכמש"כ התוס' והרא"ש. ובמרדכי ב"ק (סי' קעב) הביא בענין זה מחלוקת ראשונים, וז"ל:

"אומר ר"מ דה"ה לשכר שדכנין שאינו מחויב לתת לו כ"א שכר טרחו. אמנם ראיתי בספר או"ז שפסק משם רבינו שמחה שחייב לתת לשדכן כל מה שהתנה ליתן לו, ולא דמי לטול דינר והעבירני, שבשכר שדכנין רגילין לתת הרבה יותר מכדי טרחו. והביא ראייה דמעשה בא לפני ר"י באחד שעשה

בהשבעה של שדים שהוחזרה הגניבה, ונדר לו זקוק, ואחר שעשה המעשה לא רצו ליתן לו אלא שכר טרחו, ופסק ר"י לתת לו כל מה שהתנה, בדבר זה רגילין לתת יותר מכדי טרחו. ואמרתי לפני מורי שכן ראיתי, ולא השגית. ושוב מצאתי כן בספר המצות משום רבינו יהודה דה"ה לענין רפואות דדרך ליתן דמים מרובה, ולא נאמר בזה שיחק בו, עיין פ' מי שמת. ושוב הרצו הדבר לפני רבינו מאיר שכן ראו בספר המצות, ולא השגית. ובספר החכמה כתב רבינו ברוך ממגנצ"א על בעל הבית שחייב לתת לשדכן כל אשר התנה לו, וכן פסק רבינו שמחה."

ומה שהביא המרדכי מאור זרוע, הוא בדברי האור זרוע (פסקי ב"ק תנז), שנשאל רבינו שמחה באשה שהבטיחה שכר שדכנות גבוה לראובן, אם ישדכה לשמעון וישא אותה. ועוד נשאל במי שטוען השדכן שהאשה הבטיחה לו שכר שדכנות גבוה, בין ישא אותה המשוך לבין לא ישא אותה. ויש שרוצים לדמות הדבר לטול דינר והעבירני דאין לו אלא שכרו. וכתב רבינו שמשון השואל, דאינו דומה, "דהדבר ידוע שיש בני אדם נשואי פנים ונשמעים איש לחבירו זה יותר מזה כאיכא אינשי דגייסי גבי הדדי, ופעמים שנשמע לעצתו יותר מלגדול הימנו, וראוי זה לשכירות גדול יותר מאדם אחר שאין נשמע לו כמוהו. וגם היא אינה רוצה לגלות עצתה לכל אדם, והאי צנוע לה טפי. גם אין אדם מתבזה לעסוק בדברים הללו בשכר מועט". ולכן מקרה זה הינו כשאר שכירים דעלמא, ולא דמי לבורח מבית האסורים ומעבורת, ולא שייך בזה טענת משטה אני בך. והשיב רבינו שמחה, וז"ל:

"ודאי מעשים בכל יום להרבות בשכר השדכנים וכן כל הסרסורים לפי חובת המקח, והרי הוא ככל פועל ששכר טרחו עומד ונוטל ואין כאן דין אסמכתא, כי קונה שכרו בפעולתו דומיא הרי את מקודשת לי על מנת שאדבר עליך לשלטון, הדבר ידוע שאין קילקולו שוה פרוטה אם לא שיתפייס השלטון על ידו, אף על פי שאין בידו להשיב שכר דבורו כמו עשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך דמילי דמזדבני בדינרי, ומחמת חובת המקח מרבה שכר גדול לסרסור על דיבור."

א"כ דעת רבינו שמחה אינה מהנפק"מ בין ההסברים בטעם הדין. לרבינו שמחה שכר שדכנות וסרסרות אין לו מחיר, והכל לפי הענין, והיינו כשיטת התוס' והרא"ש בדבר שרגילים לתת בו הרבה. וכן היא דעת התשב"ץ (חוט המשולש טור ג סי' כ) הנ"ל, דבשדוכים יש דרך לתת הרבה. וכן נמצא בחדושי רבי משה קזיס (תלמיד הרמ"ע מפאנו) ב"ק קטז, דבשדוכים יש דרך לתת הרבה. רק כתב דאין צורך לזה, דכיון שאין בזה הצלת גופו או ממנו, חייב בכל מה שהתחייב, וכן היא דעת היש"ש

ב"ק י'לח (יובא להלן), וכן פסק במחנה אפרים שכירות טו, דדעת מהר"מ דעת יחיד ולא קיי"ל הכי, בפרט בשכר שדכנות, שהרגילות לתת הרבה. וכן נראה דעת הגר"ש קלוגר בחכמת שלמה חו"מ רסד,ז.

והסתפקתי במקום שיש מנהג לתת סכום מסוים עבור שידוך, אם חשיב כיש לו קצבה, או כיוון שיש הנוהגים, אמנם בודדים, לתת הרבה יותר, הרי זה כאין לו קצבה. אם קצבה פרושו שנוהגים שלא לתת יותר מסכום מסוים, או אם נוהגים כסכום המסוים, חשיב כיש לו קצבה לפי המנהג. ועיין בזה מש"כ בתש' מהרי"ל החדשות סי' קנח: "וכן שכר סרסרו" חק קבוע מן הקבוע אין אדם פוצה פה, דאדעתא דהכי נכנסין, דהוי כשוכר פועלים באתרא דיש מנהג לדונם וליתן להם כמנהג המדינה, וכל כה"ג בטר מנהגא אזלינן, וכל הטוען שהתנה נגד המנהג, עליה ידידיה רמי להביא ראיה אפי' להחזיק". ולכאורה לא הוי כקצבה, שיכול להתנות נגד המנהג. אך אפשר שהתנה באופן המועיל בקנין וכד', וצ"ע.]

ודעת מהר"מ מרוטנבורג המובאת במרדכי, היא בתש' מהר"מ (פראג, סי' תתקנב, ועיין גם וביתר הרחבה בדפוס לבוב סי' שח, ובדפוס פראג תצח), וז"ל:

"טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו, מכאן נ"ל דהאומר לאותן שדכנים אני אתן כך וכך שפלוני יזווג [לי] או לבני או לבתי, אין לו אלא שכרו שכר טרחו ותו לא, אבל אם [השדכן אומנתו] בכך שהולך במלכות תדיר ומזווג יזווגין, שמא זה ראוי לדמותו לסיפא, לציד השולה דגים מן הים, דא"ל אפסדתי כוורי בזווי, או שמא לא דמי, דהתם שמא הריחו ברור יותר, התעלה מצודה מן המים [ולכוד] לא תלכוד, אבל [השדכנים] פעמים רבות הולכים ואינם עושים, ורפיא בידי אי דמיא לסיפא, והבא להוציא צריך ראייה ברורה, לכן טוב שיעשו בקנין סודר מה שנודרים להם."

גם מדבריו בדפוס לבוב וגם כאן מבואר שדימה שידוכים לבורח מבית האסורים, וכתב (בדפוס לבוב) דאין לומר דוקא בורח מבית האסורים, דהא דימו למציל הדבש בחבית. ומהר"מ לא הזכיר בתשובותיו לא את ענין המצוה ולא את ענין ההתחייבות מחמת אונס. ונראה דמהר"מ קאי בשיטת התוס' והרא"ש וכהסבר דלעיל. דבכל דבר שאדם מתחייב בשכירות הרבה מעבר למקובל, הרי בעצם ההתחייבות מונחת כבר ההשטאה. לא שיש התחייבות וצריך לטעון משטה בגדרי טענות משטה המובאים בפ"ג דסנהדרין ובשו"ע חו"מ סי' פא. שם יש הודאה, וצריך טענה השטאה כדי לסתרה. כאן מלכתחילה התחייבות כזו שהיא מופלגת אין בה ממש, וההשטאה כבר בתוכה. וס"ל למהר"מ דשדוכים אינם מהדברים הרגילים לתת להם הרבה, ולכן אין לשדכן אלא שכרו.

עוד עולה מתש' מהר"מ, האם ההפסד צריך להיות בגובה שעור ההתחייבות, או אפי' פחות, ואפי' פחות בהרבה. מתש' מהר"מ הנ"ל ממש"כ; "התעלה מצודה מן המים ולכוד לא תלכוד", ולכאורה נראה שהכוונה שתלכוד משהו לכל הפחות, וא"כ אפי' במקצת הפסד, מגלגלים עליו כל ההתחייבות. אבל בתש' בדפוס לבוב הדברים מבוארים אחרת: "שהוא קרוב לודאי שתעלה מצודתו מן הים לכל הפחות שוה דינר". הרי דמיירי בהפסד בגובה ההתחייבות. וכן מסתבר, או שלכל הפחות יש אפשרות כזו. דלומר שאם מפסיד פרוטה, מגלגלים עליו כל ההתחייבות, אינו מסתבר, דדבר זה שייך בכגון זה נהנה וזה לא חסר, אבל בנדו"ד אם מטעם מצוה, אינו נוטל שכר אלא במה שמפסיד. ואם מחמת התחייבות באונס, י"ל שאם מפסיד חייב לשלם לו כפי שהתחייב, דכל הסברא דהתחייבות באונס אינה כלום היא רק בדברים שאין רגילות לקחת הרבה, אבל כשיש הפסד, הרי זה כדבר שיש רגילות לקחת הרבה. ולראשונים שלא כתבו כסברת התוס' לחלק בין רגילות לקחת הרבה, אפשר שלענין זה מסכימים לסברת התוס'. או י"ל שאם מפסיד, הרי זה שכרו, ורק כשלא התחייב י"ל שמחל על ההפסד, משא"כ בהתחייב. או י"ל, דמה שאומר לו טול דינר זה בשכרך, היינו שכר ביטול מצודתך, וזה לא שכר העברה (רק שמותנה בכך שיעבירו) אלא שכר ביטול המצודה, וזה שכרו של ביטול המצודה ואינו שכר ההעברה. (ויתבאר להלן, דקצוה"ח רסד, ב כתב דאפי' בהפסד קצת מגלגלים עליו הכל, דומיא דזה נהנה וזה לא חסר אלא שחרוריתא דאשיתא, לפי דעת הרא"ש לענין השבת אבידה).

והנה הרא"ש בתש' קהא מביא דיש מרבתי שמדמין שכר שדכנין להיתה מעבורת לפניו. ולפ"ז אין לו אלא שכרו, ורק בהפסד דומיא דכוורי, חייב לשלם התחייבותו. ולפי מש"כ ביבמות יב, טז כדעת התוס' לחלק בין דבר שרגילים לתת הרבה לאין רגילים לתת הרבה, ודימה שדוכין לטול דינר, נראה דס"ל לרבתי דגם בשדוכין אין רגילים לתת הרבה. וכדברי הרא"ש פסק הרמ"א בחו"מ רסד, דבשדכנות אין לו אלא שכרו, אע"פ שהתנה עמו לתת לו הרבה. אולם בתש' הרמ"א הביא ב הדעות אם שדוכין הוא דבר שרגילות לתת בו הרבה, ולא הכריע. [ומה שהוסיף הרמ"א בתש'; "מ"מ בנדון דידן צריכה לשלם לו, מידי דהוה אצייד שבטל ממצודתו וכו', דהא מי שנוסע והולך למרחקים מביתו, אין לך מפסיד גדול מזה", יש ללמוד מה שהסתפקתי אם צריך שההפסד יהיה דוקא חיצוני, כמו מעבורת וההפסד הוא בדבר אחר, שיכל לדוג דגים, או גם הפסד מתוך המלאכה, כגון אם עולה לו דלק למעבורת וכד'. דהרמ"א בתש' מיירי בשדכן שהלך למרחקים לענין השידוך, ולכאורה הפסד זה צריך להיות בכלל הוצאות השידוך וביש לחשבו בכלל שכרו ואינו הפסד חיצוני, דמה שהלך למרחקים, בסיבת השידוך הלך. ומזה מוכח לכאורה שאפי' ההפסד מיניה וביה, גם חשיב הפסד שיהיה חייב לשלם מה שהתחייב. ונראה דהדבר הזה תלוי אם אמר

לשדכן טול דינר בשכר הליכתך, או טול דינר בשכר ההפסד שיש לך במעבורת, וצ"ע].

וביש"ש י, לח נראה דעתו דשכר שדכנים וסרסורים הוא כשכר שאין לו קצבה, ומשלם מה שהתחייב, אא"כ דומיא דמעבורת שקצץ מחמת אונס. ואף שהביא דעות הסוברים והחולקים אם בשדכנות יש דרך לתת הרבה, נראה דהכרעתו דכל דבר שאין לו קצבה, הרי הוא כדבר שדרך לתת בו הרבה, כיון שמעצם העובדה שאין לו קצבה, הרי שאין לו גבול למעלה ולמטה. ואת דברי היש"ש הביא הש"ך רסד, טו על דברי הרמ"א הנ"ל, וכתב דלא פליגי, דהרמ"א מירי במקום שיש לשדכנות קצבה, והיש"ש מירי במקום שאין לשדכנות קצבה. וכן נראה דעת הנתיבות דהכל תלוי אם יש לשדכנות קצבה, עיין בבאורים רסד, ח, ובחדושים סוס"ק יט.

ובקצוה"ח רסד, ג כתב לשיטתו בס"ק ב דאפי' בהפסד קצת מגלגלין עליו הכל (יובא להלן), בשדכנות כיון דרוב פעמים מפסיד השדכן בביטול זמנו על כל פנים פרוטה שהיה יכול להרויח, מגלגלין עליו הכל ומחויב לשלם לו כל מה שפסק, אם לא שעשה השדכן פעולתו בדיבור בלא שום ביטול זמן; "וגם בלא"ה דעת יש"ש (ב"ק י, לח) דבשדכנות משלם כל מה שפסק". מדבריו עולה שפסק כדעות שחייב לשלם בשדוכים כל מה שפסק, גם מטעמיה דהיש"ש, וגם לסברתו בס"ק ב, דכיון שהיה לשדכן ביטול זמן בפעולתו, עכ"פ ביטול של פרוטה, מגלגלין עליו הכל. [ומזה יש להוכיח במש"כ לעיל, דדעת קצוה"ח דלא בעינן דוקא הפסד בדבר חיצוני דומיא דכוורי, אלא גם אם יש לו הפסד של דלק במעבורת, הוי ג"כ הפסד דלשיטת קצוה"ח מגלגלים עליו הכל. וצ"ע, דא"כ במעבורת בודאי ביטל זמן של פרוטה גם ללא כוורי, ומדוע אין מגלגלין עליו הכל].

ובפת"ש חו"מ סו"ס רסד הביא מחלוקת אחרונים אם לפסוק כרמ"א שבשדוכין אין נותנים כל מה שפסק, או כדעת היש"ש, שבשדוכין הוי דבר שרגילות לתת הרבה, ע"כ נותן כל מה שפסק. דעת הב"ח בתש' סי' כח שצריך לשלם כל מה שהתחייב לשדכן. הב"ח דן בשדכן שנדרו לו סכום מסוים בפני עדים אם ישתדל בעבור שידוך זה, וטרח השדכן בכל מאי דאפשר לו עד שהביא השידוך לידי גמר, והמשודך מסרב לשלם מעבר לשכרו ע"פ תקנת המדינה. והביא ממהר"ל מפראג שפסק דחייב ליתן לשדכן כל מה שנדר. ותורף דבריו, דמאחר דמנהג כל בתי דינין שבישראל, אף במקום שאין תקנה קבועה לחייבו לבעל הבית שישלם לשדכן יותר מכדי טרחו כפי ראות עיני ב"ד, ע"כ אי אפשר לומר דמנהג זה הוא ממנהגים הגרועים דלא אזלינן בתרייהו, שהרי הוקבע עפ"י חכמי הדור ובתי דינין שבישראל, לפי שראו חכמי הדור שהכל רגילין לתת לשדכן מעצמם יתר על שכר טרחו כפי אשר יאות, דאע"ג

דלא התנה כמו שהתנה, דחכמי הדור שנהגו כך קים להו כפי רבינו שמחה ודעימיה, דבהתנה צריך לתת לשדכן כל מה שנדר לו, ודלא כדעת מהר"מ;

"כיון דקי"ל כרבינו שמחה, השתא ודאי אפילו היכא דאיכא תקנה קבועה כמה יתן לכל מאה, מ"מ היכא דנדר לו כך וכך צריך ליתן לשדכן כל מה שנדר לו, דהתקנה אינו אלא היכא דלא התנה, דהתם הוי השכר לפי ראות עיני ב"ד, ולפיכך תקנו דבר קצוב כדי שלא יבואו לידי מחלוקת, דזה יאמר כך הוא ראוי וזה יאמר לא כך אלא כך. אבל אם התנה בפירוש עם השדכן, על זה לא תקנו שום תקנה, ופשיטא דצריך לקיים לו כל מה שנדר לפי טעם רבינו שמחה וסיעתו שרגילין לתת בזה שכר הרבה, ואינו יכול לומר משטה הייתי כך. ותו נראה דסברא ישרה דלפי דגם הב"ה יודע שהשדכן יוכל להשתדל שידוך זה לשדכו לאיש אחר ולא יהיה נפסד משכרו הקבועה, לפיכך נדר לו לתת לו שכר יותר כדי שיטרח בעבורו ביתר שאת ועוז, א"כ אינו יכול לומר לו משטה אני כך שכך הוא ההנהגה בכל הדברים לתת שכר הרבה למי שטורח בעבור פלוני להשתדל לו חפץ זה שלא יקדימנו אחר, כי חפץ בו מאד."

הב"ח ס"ל דהתקנה בדבר קצוב הוא רק למציאות שלא התנו, כיון דקיי"ל כרבינו שמחה, וגם במציאות יש טעם מדוע רגילים לתת הרבה כשמבקש ממנו שידאג לו לשידוך, כדי שישתדל ביותר, ולכן אף אם יש תקנה בהתנה, כל זה בשדכנות רגילה, אבל כשמתנה, הרי הוא רוצה שישתדל יותר, א"כ השכר הוא לא על השדכנות אלא על ההשתדלות יתר, ועל זה לא היתה תקנה, כך נראה בבאור דברי הב"ח. עוד הביא הב"ח ראייה מ"מ ר"פ האומנין לענין שליח ששוכר ביותר מהשכר הנהוג, שאם אמר שכרכם עלי, משלם כל מה שהתנה, משום דמנהג העולם בכל כיוצא בזה להוסיף על השכר הקבוע כדי שתהא מלאכתו נעשית מיד, ולא אמרינן בכה"ג משטה אני כך, ומק"ו בשדכנות שמנהג פשוט הוא שמוסיף להרבות שכר לשדכן, הלכך חייב לתת לשדכן כל מה שהתנה עמו, ואע"פ שנדר לו יותר על התקנה הקבועה.

ובתש' פנים מאירות (ח"א סי' צז) כתב, דאנו אין לנו אלא פסקו של הרמ"א שבשדוכין אין לו אלא שכרו. ומה שהביא הב"ח ראייה מתש' מהר"ל, ס"ל דהכריחו לשלם יותר מכדי טרחו, דראו שכן נהגו לשלם, אבל במקום שיש תקנה שכבר אמדוהו חכמי הדור כמה ראוי להוסיף על שכר טירחא, י"ל דאין אחר התקנה כלום, וכל מה שמבטיח יותר אין רגילין ליתן שכר זה, א"כ י"ל דקי"ל כרבינו מאיר דאין לו אלא שכרו הרגיל בו. ואת הראייה מר"פ האומנין דחה, דהן אמת אם אמר שכרכם עלי וכולם נשכרים בג', אין להם אלא שכרם. ואף אם נאמר שצריך לתת כמו שהתנה, מפני ששכר פועל שדינו כעבד, ועבדים אין להם אונאה (וזה כשיטת הרמב"ם, אבל

לחולקים גם בקבלן אין אונאה, כמש"כ לעיל ולהלן), אבל בעושה לחבירו איזו פעולה טובה כדוגמת שידוך, אין לו דין של עבד, ואין לו אלא שכר הראוי לו. וא"כ בדין שדכנות אין לזוז מפסק רמ"א במקום דאיכא תקנה, אף שמבטיח לו ליתן יותר, אין לו אלא שכרו כפי התקנה. ומדבריו במסקנה לא ברור אם דוקא במקום שיש תקנה, אבל בלא תקנה נותן לו כל שכרו, דהרמ"א ומהר"מ מיירי אפי' בלא תקנה, רק נדון פנ"מ מיירי במקום שיש תקנה, ומעשה שהיה כך היה, וצ"ע.

ועיין בתש' שבות יעקב (ח"ב סי' קנז) דן בדברי הב"ח וראיתו מר"פ האומנין, ודן בדין אונאה בפועל וקבלן, ובשדכנות דעת הרמ"א לפסוק שאין לו אלא שכרו וכו', ואף גם לדעת מהר"מ שפסק דבשדכן יכול לומר משטה ואין לו אלא שכרו שמדמה למעבורת, דאף אי סבר כהרמב"ן דאין דין אונאה בקבלן, אפי' בשדכן מדמי למעבורת דמצד אונס א"ל כך כדי לשדך שידוך זה לקיים פריה ורביה ושלא לעגן, וא"כ במתווך אפשר שצריך לתת לו כל שכרו שפסק עמו. אולם מכיון שהרמ"א הכריע כדעת מהר"מ, אין להוציא מיד מוחזק, הן בשדכן והן במתווך, דלא כתשובת דברי ריבות (סי' שצו) שדעתו להכריע כאו"ז ורבינו שמחה. ומ"מ בשתדלנות שהוא חמור יותר, צריך ליתן לו כל מה שפסק עמו. וע"ע בחכם צבי (סי' נז) דיכול המוחזק לומר קים לי כדעות הסוברות שצריך ליתן כל מה שפסק.

[ומה שהביא הב"ח ראייה מר"פ האומנין, עיין קצוה"ח קכט, שהקשה, דמשמע שם דאפילו כל הפועלים מיתגרי בשלשה ולהם התחייב ארבעה, דצריך לשלם להם ארבעה, ומשמע דאפילו בדיבור בעלמא ללא קנין, ולא אמרינן דאין לו אלא שכרו. וכתב לישב דפועלים שאני דאין קצבתם ידוע, דיש שעושים עבודה יותר טובה ושכרם בהתאם, לכן אין שכר קבוע לפועל. וגם משתנה לפי העת והזמן, דיש זמני לחץ שמשלמים לפועל יותר מזמנים רגועים, לכן צריך לשלם כל מה שהתחייב. וגם פועל אית ליה טרחא טפי, ולא אמרינן אין לו אלא שכרו אלא בסרסור ושדכן ורופא. ומעין זה כתב גם בחקרי לב חו"מ ח"ב סי' עח ד"ה והנה, דאין שכר קבוע ממש לפועלים, ויש זמנים של דבר האבד, ויש מלאכה קשה יותר, משא"כ במעבורת ששכרה קבוע בוז, עיי"ש].

והגרש"ש בחידושו לב"ק יטו, (ד"ה אמנם) הקשה איך יכול להשטות בשדכנות, דרק במקום שיש לו רשות להטעות את חבירו, כמו בחליצה או מעבורת או השבת אבידה, שהם דבר מצוה, יכול גם להשטות. אבל בכל מקח או פועל, אין לו רשות להטעות. וכתב לישב ע"פ דרך הנתיבות שהוא מטעם אונאה, דכיון דאמרה תורה בקרקע דליכא אונאה, וגם אין אומדנא שלא היה מוכר בלאו הכי, יכול להשטותו, דכיון שאמרה התורה שאין אונאה, וממילא היה מתרצה גם בפחות, נמצא שרק לחינם

הבטיח תוספת לחבירו. וא"כ הוא הדין בשדכן שדינו כקבלן, לשיטות הראשונים שאין בקבלן אונאה. ועיי"ש שחידש לפ"ז, דגם במבטיח בקרקע יותר משוויה, יכול לטעון טענת השטאה. (ובעבר היה נידון לפני, במי שהבטיח עבור דירה לחג סכום גבוה מאד, ואחר החג טען השוכר שלא התכוין באמת לסכום כזה, ולא קיבלתי טענתו מכמה טעמים, ובין השאר מפני שקנין החזקה בדירה הוי כקנין לחייב דמי השכירות שהבטיח, ואכמ"ל).

ולפ"ז באנו בנדו"ד לכאורה למחלוקת ראשונים ואחרונים אם בשדוכים רגילים לתת סכום רב. ונראה דאף לשיטת הרמ"א הוא דוקא במקום שמדובר בשידוך רגיל, אבל בנסיבות מיוחדות, כמו זיווג שני או מבוגרים או כשיש בעיה מסוימת, נהגו לשלם אף מעבר לקצוב. וסכום של 5000 דולאר אפשר שיש רגילים להתחייב בנסיבות דומות. בפרט שמצד הבחור תקבל השדכנית רק סכום של אלף דולאר, כך שאפשר שיש המשלמים סכום של 6000 דולאר משני הצדדים, לשידוך מסוג זה.

ד. ההפסד ושעורו

כאן טוענת השדכנית שהיו לה הוצאות כמו טלפונים, וכן פינתה הרבה מזמנה ולא עסקה בשדוכים אחרים, כדי למצוא שידוך לבת המבקש. ולכאורה מדויק מדברי רש"י בסוגיא על אפסדתני כוורי בזווא; "והיינו בשכרו דקתני, טול דינר בשכר שאתה מפסיד כאן ותעביירני, נותן לו אותו שכר משלם, ומתני' נמי הרי הפסידו ניכר". ומבואר שהפסדו ניכר, ואם לא ניכר הפסדו, אינו חייב. דכך אומר האסיר לבעל המעבורת, טול דינר במה שאתה מפסיד. וא"כ כשלא ניכר הפסדו, אינו נותן לו כפי שהתנה, אם התנה מעבר למה שניכר. וכן נראה מדברי התוס' ב"ק קטז, ב ד"ה להביא; "... דליכא למימר משטה אני בך, שהוא מפסיד במקום אחר כיוצא בזה". מתוספת המילים כיוצא בזה, יש לדייק לכאורה דדוקא בהפסד כיוצא בהתנאה שהתנה, חייב לשלם מה שהתנה ואינו יכול לומר משטה אני בך, אבל בהתנה מעבר להפסדו, יכול עדיין לומר משטה אני בך, לכל הפחות למה שמעבר להתנאה. (ולפ"ז עד הפסדו חייב לשלם, ולא כמש"כ לעיל, דאינו מחמת ההתחייבות, אלא שאינו י"ל משטה. ועדיין צ"ע, דכיון שיכול לומר משטה על המקצת, יאמר על כל ההתחייבות).

ולעיל הבאנו את דברי הר"מ מסרקסטא, הובאו דבריו בשטמ"ק בסוגיא, דנותן לדייג כל מה שהתנה עימו; "שמא באותה שעה היה מזדמן לו דג גדול". מבואר שאין צריך להיות הפסד ודאי, אלא כיון שיתכן ושמא היה מזדמן לו דג גדול, הרי זה הפסד. וכן נראה מדברי הרמב"ם גזילה ואבידה יב, ז: "... ואם היה צייד ואמר לו בטל מצודתך והעבירני נותן לו מה שהתנה עמו וכן כל כיוצא בזה". הרי שלא

התנה שצריך שיהיה מוכח שיעלה לו דגים כשעור ההתנאה, ושיהיה ההפסד ודאי. וכן למד הסמ"ע רסד, כ מדברי הרמב"ם (וכן מהרא"ש לענין השבת אבידה, יובא להלן), דאפילו אין נראה לעינים שהיה לו ריוח כל כך אם היה צודה דגים, מ"מ כיון דעכ"פ היה לו לצוד דגים, ואפשר שהיה עולה במצודתו כל כך דגים כשיעור פסיקתו שכר זה, משו"ה צריך ליתן לו כל שכרו. בניגוד לר"מ מסרקסטה שכתב שמא יעלה במצודתו דג גדול, אבל אם ודאי לא היה עולה דג גדול אלא קטן, אפשר שהיה נותן לו רק שעור של דג קטן, הרי שמדייקים ברמב"ם שאפי' ודאי לא היה עולה במצודתו אלא דג קטן, מ"מ כיון שהיה לו הפסד מסוים, נותן לו כל מה שהתנה. וכן מבואר בלחם משנה שם: "משמע אע"פ שהתנה עמו יותר ממה שהפסיד במצודתו, חייב ליתן לו". אולם בקצוה"ח רסד, ב מבואר שלמד ברמב"ם שאם נראה לעינים בבירור שאי אפשר בשום פנים להעלות כ"כ דמים כמו שיעור פסיקתו, אין צריך ליתן אלא כשיעור שהיה יכול לצוד. והיינו שדייק ממה שעלה בפועל במצודתו, אבל אפשר שהיה עולה יותר, אבל אם ודאי לא היה עולה יותר, אין צריך לתת מעבר למה שיכול לעלות במצודתו (ועיין לעיל דצ"ע אולי כל הפסיקה בטלה, כיון שפסק סכום גבוה, ואין לו אלא שכרו). אמנם י"ל דהרמב"ם נקט רק מה שהוזכר בגמ', ולא נכנס לחילוקים שלא הוזכרו בגמ', אבל אפשר דס"ל כדעת מהר"מ דלהלן.

ולעיל הובאה תש' מהר"מ מרוטנבורג, דאמנם ממש"כ מהר"מ; "התעלה מצודה מן המים ולכוד לא תלכוד", לכאורה נראה שהכוונה שתלכוד משהו לכל הפחות, וא"כ אפי' במקצת הפסד, מגלגלים עליו כל ההתחייבות. אבל בתש' בדפוס לבוב הדברים מבוארים אחרת: "שהוא קרוב לודאי שתעלה מצודתו מן הים לכל הפחות שוה דינר", הרי דמיירי בהפסד בגובה ההתחייבות. ומ"מ מבואר מתש' מהר"מ דמיירי בהפסד הקרוב לודאי, דודאי מצודה תעלה לכהפ"ח דגים בשווי דינר. וכן מבואר בדברי המרדכי (ב"ק סי' קעד) בשם הר"ר חזקיה: "דוקא אם היה עוסק במלאכה שהפסיד לו כל כך, אז נותן לו שכרו משלם אפילו יותר מכדי טרחו הרבה". הרי שקודא בהפסידו כל כך, והיינו כל כך כמו שהתנה עימו. וא"כ דוקא בגובה הפסד כזה, ודוקא בעוסק במלאכה שהפסדו כ"כ, וא"כ דוקא בתורת ודאי, ודוקא בגובה ההתנאה.

גם מדברי רבינו יהונתן, המובא בשטמ"ק ב"ק קטז, א, נראה דדוקא בהפסד ניכר חייב לשלם מה שהפסיד. רבינו יהונתן כתב דמיירי הסוגיא שכבר נתן לבעל המעבורת הדינר, דומיא דבבב, שהדבש ביד בעל בחבית, ולכן אינו יכול לטעון טענת השטאה. וביאר רבינו יהונתן בקושית הגמ' מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא, וכי מפני שמחזיק בדינר, לא יוכל הבורח לתבוע את בעל המעבורת, הרי נתאנה. ותרצה הגמ';

"דאין שם אונאה כלל, דבצייד השולה דגים מן הים עסקינן, כלומר שהפסדו ניכר, ומשום הכי אינו רוצה לזוז ממלאכתו עד שנותן לו דינר זהב כשיעור שהיה מרויח היום, ובמתניתא נמי הפסדו ניכר לכל דבידים קא מפסיד שלו ושופך יינו, ומשום הכי דין הוא שתיכף שמכניס הדבש בחביתו יזכה בו מיד, אבל ברישא דמעבורת דלא מפסיד כלום, שהרי אינו צייד, ולפיכך הוא בוטח בו בתנאי לבדו שיתן לו מה שפסק הוא מאליו על עצמו. והוא הדין אפילו נתנו לו שהרי נתאנה ..."

ומבואר דאין לו אלא שכר שהפסידו, בהפסד ניכר ותו לא. ולכן במקרה שאינו דייג, אין לו כלום. עוד מבואר ברבינו יהונתן דכאשר הקדים לו שכרו, אין לו טענת משטה ורק מדין אונאה יכול לתבוע. וכן הוא בנימוק"י (ב"ק מב,א בעמוה"ר); "דהכא שהפסדו ניכר יותר, דבידים קא מפסיד, ששופך יינו בידים בשבילו".

ובקצוה"ח רסד,ב דייק מדברי הרא"ש ב"מ ב,כח לענין שכר פריקה וטעינה, דאם יש שם ביי"ד או הבעלים, והתנה עימהם, דאפי' הפסיד מעט, כיון שהתנה, נותנים לו כל מה שהתנה, אף שהוא יותר מהראוי, והביא שכן כתב המעדני מלך שם, והביא ראייה מדין זה נהנה וזה לא חסר, דאם הפסידו שחרוריא דאשיתא, שוב לא מקרי אינו חסר, ובגין החסר קצת, משלם הכל. ומקור דברי קצוה"ח מדברי הרא"ש ב"מ ב,כח, וז"ל:

"אבל אם הוא עסוק במלאכה והניח מלאכתו, שמין כמה אדם רוצה לפחות משכרו ויניח מלאכתו ולטרוח בהשבת אבידה זו ובפריקה, ונותנין לו עד כדי דמי אבידה. והיינו אם עושה מעצמו, אבל אין מחויב להניח מלאכתו להשיב אבידה ולפרוק ולפחות משכרו. אבל אם יש שם ב"ד או הבעלים והם אומרים לו הנח מלאכתך והשב או פרוק ויתנו לך כל שכרך, חייב ליתן לו כל שכרו אף אם פסק לו יותר מן הראוי. מידי דהוה טול דינר בשכרך והעבירני דנותן לו שכרו משלם. דאמרינן בפרק הגזול בתרא (קטז,א) ... בצייד השולה דגים מן הים דא"ל אפסדתני כוורי בזוזא. וכיון שיש לו קצת הפסד, יטול כל מה שפסק לו."

מדברי הרא"ש נמצאנו למדים דמה שחייבה התורה לעסוק בחינם במצוות כהשבת אבידה ופריקה וטעינה, ממה אני בחינם אף אתם בחינם (עיין בראשונים ב"מ לא,ב), היינו דוקא כשאנו עוסק במלאכתו, אבל כשעוסק במלאכתו, לא חייבה התורה להשיב בחינם, וכיון שאפשר שלא יוכל לגבות את הפסד מלאכתו, לא חייבה התורה להחזיר אבידת חבירו, דקיי"ל (ב"מ לג,א): אבידתו ואבידת חבירו, אבידתו קודמת, וילפינן מאפס לא יהיה בך אביון, וכיון שאין שם ביי"ד להתנות, אינו חייב להשיב

אבידת חבירו. (ועיין בשטמ"ק ב"מ ל,ב מתלמיד הרי"ף). ואפשר גם לפרש בדרך אחרת, שאם עוסק במלאכתו, לא חייבה התורה כלל להשיב אבידה. ונפק"מ אם יש שם ביי"ד או הבעלים ויכול להתנות, אם מחויב להתנות ולהשיב אבידה. דלצד הראשון, התורה לא חייבה את המוצא להחזיר אבידה במקום שיהיה לו הפסד, ואם לא יהיה לו כל הפסד, דיפרעו עבור מלאכתו, אין כאן אבידתו ואבידת חבירו אלא רק אבידת חבירו, ומחויב להתנות ולהשיב אבידת חבירו. משא"כ לצד השני, כיון שיש כאן הפסד, מעין הותרה, לא חייבה התורה להשיב אבידה ולהשתדל להמנע ממצב של "אבדתו", והוא פטור מלהשיב אבידה. ומדברי הרא"ש מדויק שאם הבעלים אומרים לו הנח מלאכתך והשב או פרוק ויתנו לך כל שכרך, דלכאורה חייב לפרוק ולטעון. ואף שהרא"ש מיירי לענין שחייבים ליתן לו כל שכרו, ממהלך הרא"ש נראה לכאורה שחייב לעשות כן. דבתחילה כתב לענין אם אין ביי"ד או הבעלים, דאינו מחויב להניח מלאכתו. ובהמשך כתב כנ"ל. ולכאורה י"ל שחייב לפרוק ולטעון, וגם הם חייבים ליתן לו כל שכרו.

וכן נראה גם מדברי הנימוק"י (ב"מ טז,ב בעמוה"ר), ממה שכתב דכשמלאכתו מועטת, יחזיר של חבירו ויטול מהאבידה את המעט שלו אפי' אין שם ביי"ד, וז"ל:

"דוקא כגון שהיה בטל מן הסלע, דלא מצי למשקל מחבריה בלא תנאי, כדאמרן. א"נ היכא דשלו מרובה, דהיה מפסיד דודאי, לא יטול מבעל אבדה טפי ממה שהחזיר לו, אבל כל היכא דשלו מועטת [וליתנהו לבעלים], כיון דמן הדין שלו קודם, אפילו היכא דליכא ב"ד, מניח את שלו כדי להחזיר את של חברו ונוטל ממנו שיעור זה שהפסיד בודאי, דהו"ל כשכרו של פועל בטל, ודבר ברור הוא."

ולכאורה אם נאמר כדרך השניה הנ"ל, מדוע בהפסד מועט ואין ביי"ד יניח שלו ויציל של חבירו, הרי התורה לא חייבה אותו להשיב ככה"ג כשיכול לגבות את ההפסד המועט מאבידת חבירו. אלא בהכרח כשאפשר להמנע מההפסד, ע"י התנאה או ע"י גביה מהאבידה של חבירו, אין כאן "אבדתו", ורק אבידת חבירו כאן, וחייב להציל את של חבירו.

עוד י"ל בדברי הרא"ש, שדין השכר המבואר ברא"ש אינו דין בהלכות השבת אבידה, אם צריך להשיב אם לאו, אלא דין בנטילת שכר, דמה שציוותה התורה מה אני בחינם אף אתם בחינם, היינו דוקא שאין לו כל מלאכה, אבל ביש לו מלאכה ובטל ממנה, לא ציוותה התורה לעשות בחינם, וכמו שמצאנו לענין דיין שחייב לדון בחינם, אבל אם יש לו מלאכה דבטל הימנה, אינו חייב לדון בחינם, עיין בכורות כט,ב, עיין רש"י שם ובתוס' ד"ה כפועל.

ואם כהסברנו זה, קשה להבין מש"כ הפלפולא חריפתא (שם אות ה), הביאו קצוה"ח שדימה דין זה לשחרוריתא דאשיתא בענין זה נהנה וזה לא חסר, דבזה נהנה וזה לא חסר, כיון שהחסירו מעט, כבר אין בו מידת סדום, אבל כאן הוא דין בהלכות השבת אבידה או בדין מה אני בחינם, דכשיש לו הפסד, לא חייבה התורה להשיב אבידה, או שהתורה לא חייבה לעסוק בחינם, וכיון שכן יכול להתנות אפי' יותר מהפסדו, דאפי' יש לו הפסד מועט, חייב לשלם כל מה שהתנה, כיון שלא היה מחויב להשיב האבידה ולא היה מחויב להשיב חינם, ועצם הדמיון משחרוריתא דאשיתא לכאן, קשה להבנה. אולם בקצוה"ח כתב שדומים הם להדדי, וז"ל:

"... והכי נמי בטול דינר והעבירני, מיקרי זה נהנה דהא צריך למעבורת, אלא דאם לא היה חסר כלום הו"ל זה נהנה וזה לא חסר, אבל אם יש לו הפסד קצת, מגלגלין עליו כל מה שפסק, דמה לי משתמש בביתו או משתמש בגופו. ואם כי מדברי האחרונים לא נראה הכי, אבל מדברי הרא"ש ומדברי מעדני מלך מבואר להדיא דאפילו בהפסד קצת, צריך ליתן כל מה שפסק."

קצוה"ח לומד פשט בטול דינר והעבירני דפטור. לא כמש"כ שהוא מדין קציצה באונס או מדין מה אני בחינם וכו', אלא מדין זה נהנה וזה לא חסר, ורק באית ליה הפסד קצת, יכול ליטול כל מה שהתנה. ולפ"ז הוא הדין אם יהיה לו הפסד קצת בשכר המעבורת כגון בדלק ומיסים וכד', ג"כ יגלגלו עליו הכל. אלא שקשה, דא"כ מדוע יש לו שכרו, הרי בזה נהנה וזה לא חסר פטור לגמרי. ועוד, כשיוורד על דעת שכר, אין דין של זה נהנה וזה לא חסר, דכל הדין הוא בדר בחצר חבירו שלא מדעתו. ועוד, דהיה לו לחלק אם זו עבודתו של בעל המעבורת, א"כ לכאורה חשיב כעבידא למיגר. ועוד, הרי גילה דעתו שרוצה ליתן שכר, עיין חו"מ שסג, ח. ודוחק לומר שדין זה נהנה וזה לא חסר הוא רק ביותר משכרו.

וקצוה"ח אזיל לשיטתו גם בס"ק ג לענין שכר שדכנות, כיון דרוב פעמים שמפסיד השדכן בביטול ימים ושעות על כל פנים פרוטה שהיה יכול להרויח, מגלגלין עליו הכל ומחויב לשלם לו כל מה שפסק, אם לא שעשה השדכן פעולתו בדיבור בלי שום ביטול זמן, באופן שלא היה לו שום הפסד. וכן להלן בסי' רסה, ב. דהרמ"א שם בחו"מ רסה, א הביא דעת הרא"ש והטור דמחויבים לשלם כל מה שפסקו, אפי' פסקו יותר מהראוי. והסמ"ע ס"ק ז, דר"ל יותר ממה שראוי לאדם אחר דנוטל פחות מדמי מלאכתו כדי לישב בטל, וכמש"כ בס"ק ו, דבכה"ג אין לו עבירה מה שנוטל שכר על השבת אבידה, דלא חייבתו תורה להשיב בחינם במקום פסידא. אבל אם פסקו לו יותר מדמי מלאכתו, ודאי שאין צריך ליתנו לו, כי יאמר לו משטה הייתי כך אפילו לדבר הרשות, וכל שכן בזה שמצות השבה עליו לקיימה. ובקצוה"ח שם ס"ק ב כתב לחלוק על הסמ"ע, וציין לדבריו ברסד, ב.

ועיין מהרי"ט בתש' (ח"א סי' מה סד"ה תשובה) שכתב בדין טול דינר והעבירני, דאע"ג דשליחותו קעביד, וכל מילי דשליחות בדיבור בלבד משעבד משיעשו שליחותן, מ"מ מעבורת זו שלכך היא עומדת להעביר בני אדם בשכרן, ולפי שראוהו להא בהול ונחפז ללכת, לא נתרצה אלא בדינר, והואיל ולא חסרו כלום אין לו אלא מה שהוא רגיל ליקח או במה שחסרו, עיי"ש. וא"כ למד ג"כ שכל מה שהוא מעבר לשכרו, אינו חייב לשלם מדין זה לא חסר. אך מ"מ לא דמי למש"כ קצוה"ח. דקצוה"ח דימה ממש לזה נהנה וזה לא חסר, דבשחרוריתא דאשיתא נותן לו הכל, ולמהרי"ט נראה שמשלם רק מה שחיסרו.

והגרש"ש בחידושו ל"ב"ק יטו, הקשה על קצוה"ח, דא"כ לעולם ישלם, דהרי חסר קצת במה שטרח בגופו. ומה שהביא ראיה מהרא"ש ב"מ ב, כח (הנ"ל), נראה דכוונת הרא"ש במה שכתב "כיון שמפסיד קצת", שאינו הפסד גמור, דכעת עושה עבודה קלה ממה שהיה עושה במלאכתו. וכן אולי לא היה מזדמן לו ריוח, וכיון שיש לו הפסד קצת, שוב אינו חייב להשיב. וכתב הגרש"ש לבאר, וז"ל:

"ונראה בירור הענין, דאין צריך לשלם כל הנאתו, דכיון דחייבה תורה לו לעשות בכה"ג, ליכא דין נהנה, דהוה כזיכתה לו תורה בכך ונהנה משל רחמנא, רק כפי הפסדו חייב, דלא חייבה תורה את המשיב היכי דמפסיד שלו, דשלך קודם, אבל אם נותנים לו כדי הפסדו, חייבתו תורה. ולפ"ז לא דמי לחסר קצת, דהתם אינו יכול לכופו ע"י נתינת הפסד. וכמו כן בטעינה אם נותנים לו שכר פעולה כפי הראוי, יכול לכופו, ומשום הכי אם הבטיח יותר יכול לומר משטה אני בך."

מבואר מהגרש"ש שדין זה נהנה לא שייך בכה"ג, דדבר שהתורה חייבה את המהנה לעשות, לא נחשב המקבל נהנה. ולכן בחליצה, השבת אבידה, מעבורת, כיון שחייב לעשות, אין דין נהנה על הבורח, הבעלים או הנחלצת. וכל הדין שחייב לשלם "כפי הפסדו", מפני שכשיש הפסד אין מוטל עליו חיוב השבת אבידה וגופו, אבל כשמשלם לו הפסדו, כבר אין בו דין של "אבדיתו ואבידת חבירו", וחייב להשיב אבידת חבירו. ולפ"ז סגי במה שישלם לו כדי הפסדו ולא יותר.

גם הגרא"ז באבן האזל גזילה ואבידה יב, ז דן בשאלה אם צריך לתת יותר מכדי הפסדו דמוכח, ומשמע דדעתו כדעת הסמ"ע שאין צריך ליתן אלא ההפסד דמוכח. וגם לדעות החולקות וסבורות שצריך לשלם כל מה שהתנה, מחלק הגרא"ז בין אם ההפסד הוא מחמת פעולת המצוה או הפסד חיצוני. אם ההפסד הוא חיצוני, כדוגמת דגים שיכל לצוד בזמן הזה, חייב לשלם כל מה שהתנה. אבל אם מבקש שכר הרבה על סממנים לרפואה, או על פעולה הפריקה או על פעולת ההשבה או על פעולת

החליצה, כיון שהתורה חייבה אותו לעשות, רק מה שמפסיד אינו חייב, אבל מעבר למה שמפסיד, חייבה אותו התורה לעשות הפעולה, ולכן אם תובע הרבה על הפסד מתוך הפעולה, פטור, משא"כ אם ההפסד לא מפעולת המצוה אלא ממניעת פעולה אחרת בזמן המצוה. ולפ"ז אם לשדכן היה הפסד מחמת טלפונים וכד', אם שדכנות היא פעולת מצוה, אין לו אלא שכרו והוצאותיו. משא"כ אם בזמן הזה יכל להרויח במקום אחר. אולם כאמור דעת הגרא"ז דבכל ענין אינו חייב אלא כדי הפסדו ולא כל מה שהתנה.

ומה שכתב הגרא"ז לחלק בין הפסד מתוך פעולת המצוה להפסד חיצוני, מדברי הרמ"א בתש' סי' פו, ומהרש"ם ח"ד סי' עד מבואר שאין לחלק, ואף בהוצאות מתוך הפעולה של המצוה, חייב לשלם. דהרמ"א בתש' כתב דאם נסע מביתו למרחקים עבור הסרסרות, אין לך הפסד גדול מזה, והוי כציד שביטל מצידתו ולכו"ע חייב לשלם לו גם בשדכנות. וכתב ע"ז מהרש"ם, דהכי נמי גם בלא נסע למרחקים, כיון שטרח הרבה במשך כל השנה, הרי זה כבטל מצודתו. וכן ראיתי שכתב מהרש"ג בח"ג סי' קג, דאם היה השדכן ת"ח ובטל מלימוד תורתו, יכול לומר הפסדתי מלימוד תורה, ובשביל שכר מועט לא הייתי מוכן להתבטל מלימוד תורה. ומבואר שהסברא שצריך לשלם כל מה שהתנה, מפני שיכול לומר שבשביל שכר מועט לא היה מתבטל ממלאכתו. וצ"ע אם סברא זו שייכת בדיוק לדוג בדניר, והתנה עמו ארבעה דינרים, דלכאורה גם בדניר היה מבטל ממלאכתו, ואפשר דדוקא בתלמוד תורה שכל חפצין לא ישוו בה, אמרינן הסברא הנ"ל. [ועיי"ש עוד בסי' קכא דאפי' במניעת ריוח, כגון שהיו לפניו שתי אבידות, של ישראל ועכו"ם, שמהעכו"ם יכול לתבוע שכר, שיכול לקחת מהישראל שמחזיר לו האבידה, מה שמפסידו בהפסד החזרת אבידת עכו"ם].

ה. אונאה בקבלן

הזכרנו לעיל את דברי הראשונים (ריטב"א ב"מ נו,ב, רמב"ן, רבינו יהונתן) והאחרונים (הנתיבות, השבות יעקב, פנים מאירות ועוד), שדנו בשאלת התשלום מדין אונאה. ובנתיבות רסד"ח הקשה, דאם הטעם שכשאיין לו הפסד יכול לטעון טענת אונאה בקבלן, מדוע נצרכה הגמ' לטעם משטה. ותירץ, דודאי לית ביה משום אונאה, דהא ביותר מכדי שהדעת טועה לא שייך דין אונאה כמבואר בב"ב עח,א גבי צמד ובקר, דאמרינן מתנה יהיב ליה. וכן הוא בט"ז חו"מ רכז, דבידע בשעת מקח והוא ביטול מקח, דאינו יכול לבטל המקח. אך כתב לחלק בין מקח לפועל, דהיינו בין כשיכול להחזיר המקח, לפועל שעשה מלאכתו ואינו יכול להחזיר המקח, דדוקא כשהמקח בעין, ואם יטען אונאה יתבטל המקח, אין לומר דדעתו היתה לחזור ולתבוע

ולבטל המקח, דמה טעם היה לו לקנות מקודם, ולכך אמרינן דודאי מחל. משא"כ בפועל דהדין דיכול לחזור ולתבוע אונאה לעולם, כמבואר בסמ"ע רכז, סז, דמי למאנה רק בשיעור אונאה המבואר שם ברמ"א ס"ז, דאפילו ידע הלוקח, שיכול לטעון שלא מחל ולא קנה רק משום שיכול לחזור ולתבוע אונאתו. וא"כ אפי" באין הדעת טועה, יש לו טענת אונאה.

והנתיבות דחה חילוק זה, דדוקא בלא ידע ונתאנה והמקח בטל למפרע, אבל כשידע שנתאנה ואפילו הכי עשה מלאכתו על ידי הפועל, יש לומר דמחל ונתרצה בהמקח והרי נתקיים המקח מרצונו, לזה אמרו בש"ס טעמא דהשטאה. יוצא שמדין אונאה אינו יכול לתבוע מה שנתאנה, דודאי מחל מדין אונאה גרידא, ורק מפני שמשטה אני בכך, יכול שלא לשלם. ונפק"מ אם כבר נתן, שאם מדין אונאה, יכל לתבוע אונאתו גם כשכבר נתן, משא"כ בטענת השטאה, כשכבר נתן, אינו יכול לתבוע אונאתו, ממש"כ הרשב"א בתש' (ח"א אלף רמ) דאין השטאה אחר נתינה. ומסקנת הנתיבות:

"היוצא מזה, דבמילי דמצוה יכול לטעון משטה ואפילו קנין לא מהני (עיין בתחילת הס"ק שהביא הנתיבות מחלוקת ראשונים בזה), אבל במידי דלאו מצוה כגון פועל וסרסור ושדכן, כשיש אונאה בדבר אף שהוא בכדי שאין הדעת טועה יכול לטעון משטה, אם לא שהיה קנין, או שהוא דבר שדרך ליתן פעמים סך רב ואין לו קצבה, דשוב לא הוי אונאה כלל ואינו יכול לטעון משטה. ועיין תשב"ץ חלק ד (טור השלישי סימן כ) דאם היתה התוספת קרוב למה שראוי לו חייב, ודוקא בתוספת הרבה יותר מדאי יכול לטעון משטה. ולפענ"ד דהשיעור קרוב היינו שתות, דהא כתב בספר פנים מאירות (ח"א סימן צז) דהא דב"מ בהאומנין הטעם דבפועל אין בו דין אונאה, אלמא דכל שאין בו דין אונאה לא יכול לטעון דין משטה, אם כן ה"ה בפחות משתות דאין בו דין אונאה, אין יכול לטעון משטה."

מבואר בנתיבות דטענת משטה הוא דוקא אם ההתחייבות היתה ביותר משתות ממה שרגילים להתחייב, ומהני בשדכן, אא"כ היה קנין בדבר. ומ"מ לענין אונאה אין בזה דין אונאה בלבד אלא רק יכול לטעון טענת משטה (ועיין מה שהבאנו לעיל מהגרש"ש ב"ק יט,ו), וההיתר לטעון טענת משטה הוא מפני שסוף סוף עבר בעל המעבורת על לא תונו.

אמנם לראשונים והאחרונים הנ"ל שכתבו דמה שיכול לא לשלם הוא מדין אונאה, לכאורה דין השדכן יהיה תלוי במחלוקת הראשונים אם יש אונאה בקבלן וכנ"ל, דדעת הרמב"ם מכירה יג,טו, ושם הי"ח דבקבלן יש אונאה, והרשב"א (ב"מ נו,ב),

הרמב"ן שם, הנימוק"י (ב"מ לב,א בעמוה"ר) דגם בקבלן אין אונאה. ועיין בריטב"א בסוגיא ובמאירי. ודעת המחבר בשו"ע חו"מ רכז,לו הוא כדעת הרמב"ם דבקבלן יש אונאה, ורק פועל דדמי לעבד אין בו אונאה. וא"כ אפי' יהיה השדכן מוחזק, איך יוכל לטעון קים לי כנגד דעת המחבר. אמנם להסבר הנתיבות בכ"ע יכול לטעון טענת השטאה, ודין אונאה הוא רק להיתר ההשטאה וכנ"ל.

ועיין בחכמת שלמה חו"מ רסד,ז שהקשה, מדוע במעבורת כשאין לו הפסד, אין לו אלא שכרו, הרי לפועל אין אונאה. וא"ת שדינו כקבלן, כאן במעבורת אין דינו כקבלן, דקבלן אינו משועבד לזמן, ויכול לעשות באיזה זמן שירצה, משא"כ במעבורת מחויב להעבירו מיד, וא"כ דינו כפועל, ואין לפועל זה קצבה, כיון שאין בו אונאה. ורצה לחלק, דאולי על שכר הפועל אין קצבה, אבל שכר מעבורת, יש קצבה ויש אונאה, דומיא דשוכר סוס ופועל (עיין תה"ד סי' שיח, הובא ברמ"א חו"מ רכז,לג). ודחה, דא"כ הו"ל לפוסקים לחלק בין שתי השכירות, וכמש"כ תה"ד דיש לחשב שכר הפועל לחוד ושכר הסוס לחוד. גם אין לומר דמיירי שכבר נתן לו שכרו, עיי"ש שנשאר בצ"ע.

ועיין ב"מ נח,ב; תניא רבי יהודה בן בתירא אומר, אף המוכר סוס וסייף וחטיטום במלחמה אין להם אונאה, מפני שיש בהן חיי נפש. ובשטמ"ק שם הביא מהרמ"ך מחלוקת אם קיי"ל בזה כרבי יהודה בן בתירא, וז"ל:

"איכא מאן דפסק כרבי יהודה דאמר דאין להם אונאה ללוקח. ורבינו האי פסק דכל הני אית להו אונאה. מיהו נראה לומר דסייף וחטיטום וסוס במלחמה, לית דינא ולא דיינא דלית להו אונאה כרבי יהודה בן בתירא, דליכא מאן דפליג עליה בברייתא. ומצינן למימר לאידך גיסא, דאפילו במלחמה יש להם אונאה, הא לא דמי אלא למי שהגיע לעבור בנהר ולא רצו לעוברו בפחות מדינר ופסק עמהם בדינר והעבירוהו דאמר אין להם אלא שכרן הראוי להן. וצריך עיון."

הרי שהביא צד לדמותו למעבורת, דסוס במלחמה אין להם אונאה כמו במעבורת, ולא דן מצד קציצה באונס או במקום הצלת גופו, אלא אפי' שיש בהם צורך גדול, יש בהם אונאה דומיא דמעבורת. ואפשר דגם הרמ"ך מה שהביא לאידך גיסא, לא מדין אונאה יש להם אונאה, אלא מהטעמים הנ"ל שכתבו הראשונים, כיון שמחויב להציל גופו או קציצה באונס, ולכן אין לו אלא שכרו. [ועיין ביד דוד סנהדרין יט,ב במה שהתחייב שאול עושר גדול למי שינצח את גלית, דכיון שעשה דוד השליחות, נתחייב שאול בשכר השליחות ולא בעי קנין. וכתב דאפשר דדמי למעבורת, דאין לדוד אלא שכרו, ולא היה מחויב ליתן לו שאול עושר גדול. והוסיף, דבדבר שרגילים לתת

שכר גדול, לא שייך לטעון משטה, "והכא בודאי רגילין ליתן שכר גדול להלחם נגד איש גבור כמו גלית, דהרי לא היה איש בכל מחנה ישראל שהיה רוצה להלחם עימו". וא"כ חלוק מעבורת ממלחמה, דבמלחמה נותנים שכר רב, וצ"ע בכלי מלחמה].

ו. טענת השטאה ללא תביעה

ולמש"כ לעיל בדעת התוס' והרא"ש לחלק בין טענת משטה האמורה בפ"ג דסנהדרין (כט,א) לטענת משטה האמורה במעבורת, דטענת משטה במעבורת מעצם ההתחייבות המופרזת היא במהותה ועל פניה השטאה, ואילו במנה לי בידך וא"ל הן, אין בעצם הטענה השטאה, ורק אם טוען משטה שומעין לו, אתי שפיר מה שיש להקשות מדוע יכול לטעון הבורח טענת משטה, הרי לא תבעו, ודעת הרא"ש דסנהדרין ג, כה, והנימוק"י (סנהדרין ז, ב בעמוה"ר), וכ"פ המחבר בשו"ע חו"מ פא,ה דלא מהני טענת משטה אלא כשתבעו והודה, אבל בלא תבעו והודה מעצמו, אינו יכול לטעון טענת משטה, ואף דבש"ך פא,יב הביא דדעת ראשונים רבים דאפי' בלא תביעה יכול לטעון טענת משטה, מ"מ דעת המחבר ועוד ראשונים דדוקא בתבעו והודה, וא"כ במעבורת הרי לא תבעו והודה אלא מעצמו התחייב. ולמש"כ בדעת התוס' והרא"ש י"ל, דכיון דמעצם ההתחייבות המוגזמת יש בה כבר את טענת ההשטאה, לא בעינן תבעו והודה, דסתם אדם שמודה אין את הסיבה לומר שמשטה, ורק כשתבעו והודה י"ל כמש"כ רש"י בסוגיא בסנהדרין כט,א, דכשם ששיטת בי, כך אני משטה כך, אבל כאשר בעצם הטענה כבר ניכר שיש בזה דבר חסר הגיון, שיתחייב באופן מופרז, הרי ההשטאה כבר מונחת בתוך ההתחייבות, ולא בעינן תבעו והודה כדי שיהיה ניכר שלא התחייב באמת.

וכך מוצאים אנו בדברי המרדכי (סנהדרין סי' תשד), הובא ברמ"א חו"מ פא,א לענין אם טענינן טענת השטאה, דאף דלא טענינן, מ"מ אם סבא אמר לחתנו העשיר שילמד עם נכדו, בן החתן, ואני אשלם לך, אף אם לא טעין משטה, טענינן ליה. וכתב הסמ"ע שם בס"ק ה, דאע"ג דכתב הטור וגם המחבר חו"מ פא,ה דלא אמרינן משטה אלא כשתובעו, היינו דוקא כשהודה שחייב לחבירו מנה בלא תביעה, דאין טעם להשטאתו, אבל היכא שיש טעם וסברא לומר שכונתו היתה להשטות, כגון זה שלמצוה נתכוין שילמד עם נכדו שהוא בן החתן, וגם שחתנו עשיר, שהיה מוטל עליו ללמוד עמו או לשכור לו מלמד, בכה"ג טענינן שלהשטות נתכוין. וכן כתב הש"ך שם בס"ק ו והוסיף (וכן הוא במרדכי), דכן הוא הדין בכל מקום כשאנו חייב לו ורק מבטיח לו עתה בדיבורו, כמו במי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו ואמר לו טול דינר והעבירני, דאין לו אלא שכרו (ובסבא שהתחייב לא חייב לתת לו שכרו, כיון שחייב ללמוד עם בנו), וכן גבי חליצה מוטעית, חלוץ ע"מ שתתן

לך מאתים זוז, דפטורה מלתת לו, כיון דבלא"ה הוא חייב לחלוץ. וביתר ביאר מצאנו בתש' מימוניות לספר משפטים סי' סד, וז"ל:

"מדקפסיק ותני אין לו אלא שכרו, משמע דכל שעתא הוי דינא הכי, דאפילו אי לא טעין אנן טענינן ליה, משום דאנן סהדי דלא נתכוון בלב שלם לתת לו אלא להשטאה בעלמא. ועוד, מדפריך התם אמתני' דהתם ולימא משטה אני בכך מי לא תניא הרי שהיה בורח כו', ולא משני מתני' בדלא טעין משטה אני בכך וברייתא בדקטעין, ש"מ דכל כה"ג אפילו אי לא טעין טענינן ליה."

מבואר דיש בהתחייבות זו אנן סהדי שהתכוין להשטאה. כך במתחייב לחתנו העשיר שילמד עם בנו, כך במעבורת וכך בחליצה, דזה יסוד ההשטאה כאן, דבעצם ההתחייבות עצמה כבר מונח האנן סהדי של ההשטאה. לכן טענינן ליה, ולכן לא צריך גם תבעו והודה. דתבעו והודה צריך כדי שיהיה סיבה להשטאה, משא"כ במעבורת ובחליצה ובמתחייב לחתנו, אין צורך לסיבה להשטאה, דאנן סהדי שמשטה. [ועוד יותר ס"ל לש"ך דבכגון זה אפילו אמר אתם עדי פטור, דאפילו תימא שמתחייב עתה לשלם לו, הא הסכימו רוב הפוסקים שאין אדם יכול להתחייב באתם עדי בלא קנין בדבר שלא היה חייב כבר (ח"מ סי' מ), ואפילו להרמב"ם הסובר שיכול להתחייב, דעת הש"ך מ"ד דהיינו דוקא כשמתחייב בלא תנאי כלל, משא"כ כשהתחייבות מותנית].

ז. אופנים בהם לא שייכת טענת השטאה

המחבר בשו"ע חו"מ פא"ז, ומקורו מדברי הראשונים, פסק דאינו יכול לטעון טענת משטה, אם הודה בכתב ידו ונמצא הכת"י אצל הזוכה, או הודה בקנין. והנה הרשב"א בתש' (ח"א סי' אלף רמ) לענין הבטיחה לחולץ מאתיים זוז (יבמות קו,א), כתב וז"ל:

"אבל אם הקדימה ונתנה לו, אין השטאה אחר נתינה. והא דקתני בברייתא טול דינר והעבירני, לאו למימרא שנטל קודם שהעבירו, אלא טול לאחר שתעבירני קאמר. וקרוב בעיני שכל שחלץ קודם שנטל מעות, שאין מוציא מיד האשה, ואפילו חייבה עצמה לו בשטר ואפילו בקנין."

הרשב"א מדבר על שלש אפשרויות: אם הקדימה לו את מה שהבטיחה, שאינה יכולה להוציא ממנו, אבל בלא הקדימה, אפי' התחייבה בשטר או קנין, אין החולץ יכול להוציא מידה. ואפשר לומר, או דהרשב"א חולק בזה על הרא"ש בתש', שהוא

מקור דברי המחבר בשו"ע חו"מ פא"ז, וסובר הרשב"א דאף בשטר או קנין יכול לטעון משטה. או י"ל דדוקא במשטה שהוא טוען טענת השטאה, שאם התחייב בשטר או קנין, מוכח שלא התכוין להשטות. אבל בטענת השטאה כמעבורת וחליצה, שאנן סהדי שהתכוין להשטות, אף בשטר או קנין עדיין אנן סהדי שמתכוין להשטות, דהשטר או הקנין לא מוסיף לגרע כח ההשטאה בהתחייבות מופרזת שבמהותה היא השטאה. ולכן אפשר בדרך זו דהרשב"א מסכים עם דעת המחבר לענין טענת השטאה של טענו מנה לי בידך והודה, דבשטר או קנין אין טענת השטאה.

ועיין בדברי רבינו יהונתן שהובא בשטמ"ק ב"ק קטז,א (הנ"ל) שביאר את הסוגיא באופן שכבר נתן לבעל המעבורת דינר, דומיא דדבש, שנמצא כבר ביד בעל החבית, ובכגון זה אין טענת משטה אלא טענת אונאה; "... שאם נתן לו מידו לידו קודם שיכנס במעבורת דינר זהב, שוב אינו יכול לומר לו משטה אני כך כיון שפרעו, הכא נמי במתניתא זוכה מיד בדבש של חברו קודם שיבא לידי חברו, ומשום הכי אין יכול לערער עליו ולומר משטה אני כך". וכן כתב המאירי בסוגיא שם: "ואם פרעו קודם שיעבור אף הראשונה, אין כופין אותו להחזיר לו כלום. ויש פוסקים שאם רצה זה תובעו לדין, ומחזיר כל שיש שם יתר על שכרו". כלומר כנגד טענת משטה של הבורח, אין בעל המעבורת חייב להחזיר, אולם יש אומרים שיכול לתובעו מדין אונאה. הן רבינו יהונתן והן המאירי לא הזכירו קנין או שטר. ואפשר דבמעבורת אין רגילות לעשות קנין או שטר רק להקדים שכר, ולא מוכח דס"ל כרשב"א או כרא"ש.

דמדברי הרא"ש בתש' סד,ג מבואר שגם במעבורת וחליצה מהני התחייבות בקנין, שכתב שם לענין מעבורת; "אלמא אע"פ שהתנה לו ליתן לו דמי שלו, כיון שהוא יותר מכדי שכרו, צריך קנין". ומבואר דבמעבורת מהני קנין. אולם מדברי מהר"מ מרוטנבורג (פראג סי' ל) אפשר לדייק לכאורה דס"ל דלא מהני קנין אלא דוקא אם נתן קודם או שהקנה במעמד שלשתן, וז"ל:

"אם היא אמרה לשליש במעמד שלשתן, תן לו אותם כ זקוקים אחר שיחלוץ לי, אז ודאי יש לו לשליש לתנם לו, שהרי קנאם במעמד שלשתן מיד לתנם לו אחר החליצה, ולא מצוי בתר הכי לאפוקי שטר כתובה ולשבע ולגבות בכתובה, דלא שייך משטה אני כך בדבר שכבר זכה בו ובא לידו. והא דאמר (ב"ק קטז,א) טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו, לא מיירי דיהיב ליה הדינר מיד, דבהא לא הוי שייך משטה אני כך, אלא איירי כגון דאמר תטול דינר לבסוף לכשתעבירני, בהא קי"ל אין לו אלא שכרו".

ובמרדכי יבמות סי' כה הביא דבריו דבמעמד שלשתן הוי כאילו בא לידו, עיי"ש. והחילוק בין מעמד שלשתן לשטר או קנין, דמעמד שלשתן זכה מיד כשחלץ,

משא"כ בשטר או בקנין, זו רק התחייבות ולא זכה. ומזה שמהר"מ כתב דחייב השליש לתת מפני שכבר זכה, משמע דוקא כשכבר זכה דומיא דמעמד שלשתן או שהקדים לו שכרו, אבל בקנין ושטר יכול לטעון משטה.

אולם מתש' אחרת של מהר"מ (פראג סי' תתקנב, הובא גם בתש' מימוניות לספר נזיקין סי' כב) מבואר בענין שדכנים שמבטיחים להם שכר הרבה (הובאה לעיל), מסיים מהר"מ; "לכן טוב שיעשו בקנין סודר מה שנודרים להם". ומבואר דמהני התחייבות בקנין סודר לסתור טענת השטאה, וזה לכאורה כדעת הרא"ש. ועיין מש"כ בזה מהריב"ל ח"א סי' ק. ועדיין י"ל דבשדכנים דהוי דבר הרשות, כ"ע מודו דמהני קנין, משא"כ במעבורת.

ועיין בתשב"ץ (חוט המשולש ח"ג סו"ס כ) שהביא את דברי מהר"מ הנ"ל, וכתב דבשדוכים מהני קנין וכל שכן שבועה; "ולענין שכר השידוכין אם היה ביניהם קנין, חייב לתת לו כל מה שנדר לו, וכ"ש אם היתה שבועה שודאי כופין אותו". אמנם דעת התשב"ץ דבשדוכים שהוא אינו מילי דמצוה, אפי' קנין אין צריך, ובמידי דמצוה כמו מעבורת, גם קנין לא מהני, דהוי קנין באונס, וז"ל:

"בכל מידי צריך לתת כל מה שנדר, ומדסתם דבריו נראה דאין לחלק בין איכא קנין לליכא קנין, דבמידי דמצוה אפי' איכא קנין הוי קנין באונס ואינו כלום, ובמידי דלאו מצוה אפי' בלא קנין צריך לתת כל מה שנדר".
וא"כ י"ל דס"ל כדעת הרשב"א דקנין לא מהני במעבורת, דאף דקנין מהני לענין טענת השטאה, מ"מ במילי דמצוה כמו מעבורת וחליצה, כיון שלא היה חייב, ומה שהתחייב היה באונס, לא מהני קנין. וע"כ י"ל דמסכים התשב"ץ (ולכאורה גם הרשב"א) דלכל טענת השטאה של מנה לי בידך וא"ל הן, מהני קנין, ורק במעבורת כיון שהוא מילי דמצוה, קציצה באונס אפי' בקנין, לא הוי קציצה. וכן דעת הב"ש קסטנג, על דברי הרמ"א שם סע' נ שפסק כרשב"א בחלוץ ע"מ שאתן לך מאתים וזו, דאם נתנה לו המעות או השלישה לו המעות, אינה יכולה לחזור, וז"ל הב"ש:

"אבל אם חייבה את עצמה בשטר או בקנין, אין מוציאין מיד האשה, תשובות רשב"א שם. אע"ג דקי"ל אם נתן כתב לחבירו אינו יכול לפטור את עצמו בטענת השטאה כמ"ש בתה"ד סי' פא, שאני הכא דהא ידוע לנו העסק דחייב זה לחלוץ בחנם, ומהיכי תיתי לומר דיתחייב את עצמו בחנם, משא"כ שם דאמרינן מסתמא אמת הוא שחייב לו כאשר נתן לו כתב ידו עליו".

דשטר או קנין מהני במקום שמחייב עצמו מרצונו שלא יוכל לטעון טענת השטאה, אבל בדבר שחייב הזוכה לעשות בחינם, ומה שהתחייב היה מחמת אונס, גם הקנין וגם ההתחייבות שנעשו כשהזוכה היה חייב לעשות בחינם, אגן סהדי שכיון

להשטאה, דמהיכי תיתי שיתחייב סתם כך, ולכן לא הוסיף הקנין דבר לסלק את ההשטאה המוכחת מתוכה.

וכן כתב בנתיבות פא"ב, לאחר שהביא את דעת התומים פא"ו, דאם התחייב לחתנו שילמד עם בנו בקנין, שהוא מחלוקת הרשב"א והרא"ש, כתב דבזה לא מהני הקנין, דכיון שהוא מחויב בדבר לית ביה משום שכירות, דהוי כמו שאמר עשה לך סוכה או תפילין לעצמך, דלית ביה משום שכירות, ולכ"ע לא מהני קנין. וכן בסי' רסד, ח הביא את התומים הנ"ל, וכתב דלפ"ז אם בשדכנות קבל קנין, יהיה הדבר תלוי לתומים במחלוקת הרא"ש והרשב"א, וכתב דבזה אף הרשב"א יודה שמועיל קנין, דהרשב"א דס"ל דאפילו קנין לא מהני דוקא במילי דמצוה כמו בטול דינר והעבירני, וכמו בערב דכתובה דס"ל להרבה פוסקים באה"ע קבו, דלא מהני קנין משום דמצוה קעביד, וגם שם הוא אנוס והוי קנין באונס, משא"כ במידי דלאו מצוה דהטעם הוא רק דלא מתחייב בדיבור, מהיכי תיתי לא יועיל קנין. הרי שחילק הנתיבות בין דבר מצוה, דלא מהני קנין, לדבר הרשות, דמהני קנין לכ"ע לסלק טענת השטאה.

ועיין בתש' פנים מאירות (ח"א סי' צז הנ"ל) שדן בהתחייב לשדכן סכום גדול, ונתן לו משכון וכן ממרני בחתימת ידו על הסכום. ובתחילה כתב דכיון דקיי"ל ברמ"א חו"מ סו"ס רסד דאם נתן לו, בכל אלו הדברים אינו יכול להוציא מידו, א"כ לכאורה כיון שנתן משכון ושט"ח הוי כאלו נתן לידו, ואין יכול להוציא מידו, ואין לומר דמנה אין כאן משכון אין כאן. ובהמשך נז"נ בדברים דיש אופנים דמנה אין כאן ומשכון אין כאן עד שיאמר לו קנה בגוף המשכון, מ"מ נראה דעכ"פ בנתן משכון או שט"ח דיכול השדכן לומר קים לי כהנך רבוותא דס"ל דאם הבטיח לו יותר משכר הראוי לו, דצריך לקיים תנאו. ומבואר דשטר מהני, ולכאורה הוא הדין קנין, כמבואר בגוף התש'. וזה כדעת הרא"ש, או גם הרשב"א מודה בשדוכין שהוא דבר הרשות, וכמש"כ התשב"ץ והב"ש.

והתומים פא"ו, על דברי הרמ"א הנ"ל באחד שהתחייב לחתנו שכר אם ילמד עם בנו שהוא נכדו, כתב התומים דאם התחייב בקנין, הדבר תלוי במחלוקת הרשב"א והרא"ש. ולכאורה לדברי התשב"ץ והב"ש, כיון שהתחייב לחתנו בדבר שאינו חייב בו, וחתנו העשיר מצווה ללמוד עם בנו, דמי למעבורת וחליצה דבזה דעת הרא"ש לא נפסקה להלכה, וקיי"ל שאינו חייב.

והרמ"א בשו"ע חו"מ קטס, כב הביא להלכה את דעת הרא"ש בתש' (סד, ג), במי שנדר שכר לחבירו שיערב בעדו, אם קבל קנין ליתן לו שכר, חייב כפי מה שקצב. ואם לא קבל קנין, אין צריך ליתן לו שכר באמירה בעלמא. והתומים קטס, כ כתב דהדבר תלוי במחלוקת הרא"ש והרשב"א הנ"ל. ולמש"כ התשב"ץ והב"ש י"ל דבזה שהוא דבר הרשות, שאינו חייב לערוב לו חנם, מהני קנין. ובקצוה"ח ח כתב ג"כ

דהרשב"א מודה בזה, וז"ל:

"ולפענ"ד נראה דכאן גם הרשב"א מודה. ועיין ריש פרק השוכר את האומנין (ב"מ ע"א), ומשמע שם דאפילו כל הפועלים מיתגרי בשלשה ולהם הבטיח בעל הבית ארבעה, דצריך לשלם להם ארבעה, ומשמע דאפילו בדיבור בעלמא ולא אמרינן דאין לו אלא שכרו. וצריך לחלק, דפועלים שאני דאין קצבתם ידוע, דיש דעביד עבידתא שפירתא טפי וגם משתנה לפי העת והזמן, לכן צריך לשלם כל מה שהבטיח, וגם פועל אית ליה טרחא טפי, ולא אמרינן אין לו אלא שכרו אלא בסרסור ושדכן ורופא, ובקנין אפילו בסרסור ושדכן ורופא מהני שיתחייב בכל מה שקצב."

מחלק קצוה"ח דפועל אין לו קצבה לכן מהני התחייבות ולא יכול לטעון משטה, ובשדכן וסרסור ורופא מהני קנין. והרי הרשב"א להדיא פסק במעבורת וחליצה דלא מהני קנין. וי"ל דדוקא במעבורת וחליצה שהוא דבר מצוה, לא מהני קנין וכטעם התשב"ץ והב"ש, משא"כ שדכן וסרסור ורופא שהוא דבר הרשות, ואינו חייב לעשות להם פעולה בחינם, בזה מהני קנין לסלק השטאה כבכל טענת השטאה. ועיין בגר"א בבאוריו קט"ז; "כיון דאין דרך ליטול ע"ז שכר ולא אפסדיה, וכמ"ש בב"ק קט"ז, אמאי ונימא כו' מי לא כו', וביבמות קו', לענין חליצה, ע"ש". הרי שדימה דין ערב למעבורת וחליצה שאין דרך ליטול על ערבות שכר, ולא חילק כחילוק התשב"ץ והב"ש. ועדיין י"ל דכל דבריו הם בהתחייבות ללא קנין, דיכול לטעון משטה כיון דאין דרך ליטול שכר, אבל לענין קנין מהני אף באין דרך ליטול שכר, כיון שאינו מחויב להיות ערב.

ובקצוה"ח רס"ד, על דברי המחבר רס"ד; "במה דברים אמורים, בשלא נתן לו, אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציאה מידו", כתב קצוה"ח דאם נשבע או תקע כף ליתן לו, דצריך ליתן לו כל שכרו, דהפטור הוא מטענת משטה אני כן, ושבועה מסלק השטאה, דשכירות נקנה בדיבור, ומטענת משטה אין לו כל מה שהתחייב, וכיון דשבועה מסלק השטאה, חייב לקיים כפי מה שפסק כיון דשכירות נקנה בדיבור. ודברי קצוה"ח הם על דברי המחבר המתירחים גם לענין מעבורת, וא"כ מוכח דס"ל כרא"ש דאף במעבורת מהני שבועה או קנין. דאין חילוק בין שבועה או קנין, דבשניהם לא קנה כבמעמד שלשתן או בהקדים לו שכרו, וכיון שמסלק השטאה בחייב אני לך מנה וא"ל הן, הוא הדין בזה. הרי שלא חילק בין דבר הרשות להיכא שחייב לעשות הפעולה.

ומ"מ לענין שידוך שהוא דבר הרשות, מהני קנין או שבועה או תקיעת כף, וכל שכן מעמד שלשתן, לסלק טענת השטאה. וכן מהני אם הקדים לו שכרו או שכבר נתן לו אח"כ, שאינו יכול לטעון טענת משטה, וכמ"ש הראשונים הנ"ל, וכמ"ש פ

המחבר בשו"ע חו"מ רסד, ח, וברמ"א אהע"ז קסטג, וכן ברמ"א אהע"ז קסה סו"ס א דאם השלישו הסכום, דאינו יכול לטעון טענת השטאה. ועיין פ"ת אהע"ז קסטג, מה שהביא מתש' הרמ"א סי' כד (ולא מצאתי שם, ואפשר דהכוונה לסי' פו) דאף בהשלישה יכולה לטעון השטאה, כיון דרק הימניה לשליש ולא זיכה לו ממש. וי"ל דאם השלישה שאם יחלוץ שיתן לו, בזה חשיב כהקדים לו שכר, דהשליש לאחר החליצה, ידו כיד החולץ, משא"כ אם השלישו שאחר החליצה ידונו אם לתת לחולץ, רק שהאשה לא תהיה מוחזקת, בזה יכולה לטעון השטאה.

ח. כשבליבו לא היה להשטאה בשעת ההתחייבות

ויש להסתפק האם כיון שיכול לטעון טענת השטאה, יש בזה חסרון בעצם ההתחייבות, דכמו שבענין קנין בהתחייבות (עיין שו"ע חו"מ סו, ו) וללא הקנין אין גמירות דעת, כך גם כשמתחייב באופן שיכול לטעון טענת השטאה, חסר בעצם ההתחייבות וההודאה, ואפי' באמת לא התכוין להשטאה ובלבו חשב להתחייבות גמורה, הרי זה דומה למי שמתכוין להתחייב בהתחייבות גמורה ללא קנין, דלא מהני, כך גם כשהודאה או ההתחייבות היתה באופן שיכול לטעון טענת משטה, הרי זה פגם בעצם ההתחייבות וההודאה. או שהיכולת לטעון השטאה, אינה פגם בעצם ההתחייבות אלא זכות של המתחייב לטעון שכך היה, אם היה, או שטענינו שכך היה, ולכן ההתחייבות/ ההודאה בטלה, אולם אם באמת לא התכוין להשטאה, ההתחייבות חלה, דביטול ההתחייבות היא במציאות שהיתה השטאה בפועל ולא מחמת שהיא בכח, משא"כ לצד הראשון, אפי' התכוין להתחייב, כיון שיש כאן טענת השטאה, אין כאן התחייבות.

ואמנם הרא"ש בתש' סה, ד דן במי שאמר לחבירו מנה לי בידך, והלה הודה ואמר הן, באופן שיכול לטעון משטה אני בך, הביא מרב סעדיה גאון שחייב להשבע שכיון להשטות, וז"ל: "ודין משטה אני בך, פסק רב סעדיה גאון, צריך לישבע שבאותה שעה בדעתו להשטות בו ולא נתכוון להודאה". וכן הביאו להלכה ברא"ש סנהדרין ג, כה; "ושמעתי בשם רב סעדיה גאון ז"ל שצריך לישבע שמה שהודה לו לא כוון אלא להשטות בו ולא לשם הודאה, ומסתברא כיון שתיקנו שבועת היסט לכפירה, הוא הדין לכל טענה שטוען לפטור את עצמו". הרי שזו טענה לפטור ולא פגם בהתחייבות. וכן פסק בשו"ע חו"מ פא, א. ועיין בסמ"ע פא, ב דהביא דעת המרדכי פ"ג דסנהדרין דאפי' לא טען שכנגדו שישבע, חייב להשבע. ובש"ך פא, א הביא שהם שתי דעות בראשונים שם. ומ"מ בין אם טענינו ובין אם לא, אם היה הפגם בעצם יכולת הטענה, מהיכי תיתי להשביעו שכיון להשטות, דהרי אפי' לא כיון להשטות הוי פגם בעצם ההתחייבות. ואם חייב להשבע שכיון להשטות, מוכח שאם לא כיון להשטות, לא יכול לטעון טענת משטה, דהיכולת לטעון משטה אינה פגם בעצם

ההתחייבות אלא ביטול ההתחייבות/ ההודאה מחמת המציאות שהיתה כאן השטאה, ואם התכוין להתחייב, אין מה שיבטל את ההתחייבות.

ולכאורה היה מקום לחלק בין טענה השטאה של מנה לי בידך וא"ל הן לטענת השטאה בנדון כמעבורת והתחייבות מוגזמת וכנ"ל, דדוקא במנה לי בידך, שאין ההשטאה בעצם ההודאה אלא מחמת טענתו, ולכן אם לא טען, לא טענין ליה וכנ"ל, אבל במעבורת ומי שהתחייב לחתנו העשיר סכום כסף אם ילמד עם בנו/ נכדו, שעצם ההשטאה מונחת בהתחייבות המוגזמת, אפי' התכוין בליבו, בעצם ההתחייבות המוגזמת מונחת השטאה, והיא פגם בעצם ההתחייבות. ולכאורה יש ללמוד כן מתש' מימוניות לספר משפטים סי' סד (עיין גם במרדכי סנהדרין תשד) לענין מי שהתחייב לחתנו סכום כסף אם ילמד עם בנו (עיין ברמ"א חו"מ פא"א, הובא לעיל). וכתב שם דאף דלא טענין משטה, בנדון שם טענין, וכמו במעבורת וחליצה דלא בעינן שיטעון כן ואנן טענינן ליה, הוא הדין בנדון מתחייב לחתנו העשיר; "משום דאנן סהדי דלא נתכוון בלב שלם לתת לו אלא להשטאה בעלמא". והוסיף שם, וז"ל:

"ואע"ג דרב סעדיה זצ"ל כתב עלה דההיא דזה בורר דצריך לישבע שנתכוון להשטות, נ"ל דהני מילי בההיא דהתם כיון דאי לא טעין לא טענינן ליה, אבל בהא, מההוא טעמא שהוכחתי דאפילו כי לא טעין טענינן ליה, מההוא טעמא גופיה לא בעי לאישתבועי דלהשטאה נתכוון."

ומבואר שאינו צריך שבועה כל היכא דטענינן ליה. ובפשטות נראה היה לבאר דהוא מהטעם שכת', דכיון שההשטאה היא בעצם ההתחייבות שהיא מעבר למה שחייב, הרי שההתחייבות בעצמה פגומה כיון שבכח יש כאן טענת השטאה, ולכן טענינן וגם אינו צריך להשבע. אלא שקצוה"ח פא"ד כתב על תש' מימוניות זו;

"הרי מבואר להדיא דאילו היה בלבו שלא להשטאה היה צריך לשלם, דהא ס"ד להשביעו על זה אי לאו מטעמא דאנן טענינן ליה ומסתמא כיון להשטות, הא לאו האי טעמא הוי צריך שבועה ... אך אם הוא בעצמו שידוע כוונתו שלא כיון להשטות צריך הוא לשלם לפי שנתחייב בתורת שכירות, ואם היה ידוע לנו שלא היה כוונתו להשטות אנן נמי מחייבין אותו וכדמוכח מתשובת מוהר"מ הנזכר."

מבואר דמה דטענינן ליה ומה שאינו צריך להשבע, ס"ל לקצוה"ח מפני שאנן סהדי שאכן התכוין להשטות ומן הסתם לכך התכוין, אבל אם באמת לא התכוין להשטות, חייב לשלם. הרי שהבנת קצוה"ח שאין מושג של טענינן שהוא פגם בעצם ההתחייבות. זו זכות לטעון. רק לפעמים כיון שהטענה מונחת כבר בהתחייבות עצמה, אנן טענינן ליה. אבל אם התכוין בליבו לשלם, חייב לשלם. וזה לא כמש"כ. וכן כתב גם המחנה אפרים הל' שכירות סו"ס טו, שאם היה בדעתו לתת כל מה שהתחייב,

חייב לתת לו, ושכן נראה מתש' מהר"מ (התש' המובאת לעיל בתש' מימוניות משפטים (סד). וכן כתב הגרש"ש בחידושו לב"ק סי' יט, ד"ה ובהא.

לפ"ז בנדו"ד, גם אם לא היה מקום לחייב את אבי המשודכת עקב טענת השטאה, מ"מ יש להורות לו שאם אכן בשעת מעשה התכוין לשלם וגמר בליבו עקב המצוקה הקשה שהיה נתון בה, ורק כעת מתעורר לטענת "לא התכוונתי", הרי שחייב בכל ענין לשלם את אשר התחייב.

[במאמר מוסגר אציין שהאמור לעיל מגיע לפתחו של ביה"ד, כאשר אשה תובעת תשלום של כתובה שנכתב בה סכום מופרז וגבוה לתוספת כתובה. ואין בהתחייבות זו משום מצוה כבהשבת אבידה, מעבורת וחליצה, דאינו מקיים בזה כל מצוה שכותב תוספת כתובה גדולה (ואולי אפי' יש בזה משום אונאת דברים, שהרי כנראה לא מתכוין אלא להשביח עצמו ומקחו בעיני האורחים ומשפחת האשה, ויש לדון בזה). גם אין בזה קציעה מחמת אונס דומיא דמעבורת וכד', דזהו אונס שהוא מביא על עצמו. והנידון בזה הוא ע"פ דברי התוס' והרא"ש שכיון שזו התחייבות מוגזמת, ומוכח מתוכו שהוא משטה, לכן פטור מלשלם, וכנ"ל. ואינו דומה לשכר שדכנות, שיש הסוברים שיש רגילות לשלם סכום גבוה וכנ"ל, דבכתובה מוגזמת, אף שיש רגילות להתחייב כך, אין רגילות לשלם, ופוק חזי. וכבר יצאו נגד צורה זו של התחייבות, שהיא כולה השטאה.]

והנה בנדו"ד למש"כ לעיל נראה דע"פ הכרעת הפוסקים (לעיל אות ג), אם יש רגילות לשלם סכום גבוה כזה עבור שדוך, מהני התחייבותו וחייב לשלם. ונראה דבמציאות שבתו בגרה והגיעה לגיל שבו בציבור שממנו האב מחפש שידוך, היא כבר נחשבת למבוגרת, ובודאי הדבר מצריך מלאכה מיוחדת, יש דרך להתחייב בכה"ג, והיינו שהסכומים הרגילים הנוהגים, נוהגים בשידוכים רגילים, ובשדוכים מיוחדים, אין להם מנהג וקצבה. בפרט שהרי מצד החתן תקבל השדכנית רק 1000 דולאר, דהיינו סה"כ בגין שדוך זה סכום של 6000 דולאר. ובנסיבות הענין נראה שהדרך להתחייב סכום כזה, ויש דרך לשלם סכום גבוה במקרים מיוחדים כאלה, ולא נראה כסכום מופרז ומופקע ביותר, וע"כ יש לנו לנקוט כהכרעת הפוסקים שאם שדוך הוי דבר שאין לו קצבה, חייב לשלם, וגם אם יש לו קצבה, כל זה בשדוך רגיל, ולא בשדוכים מיוחדים כנדו"ד.

לאור האמור לעיל, יש לחייב את אבי המשודכת בסכום שהתחייב, ועליו לשלם לשדכנית סכום של 5000 דולאר.

סימן כד

המוצא ספרים שיש בהם נזק רוחני

ראשי פרקים

א. חתול רע מותר להרגו, מדין הפקר בית דין

ב. לא תשים דמים בביתך, ומדין ובערת הרע מקרבך

מי שמצא ברחוב ספר שיש בו נזק רוחני רב (ואכ"מ לפרט), ועל הספר היה רשום שם של בעל הספר, ושאל אם יש עליו חיוב להשיב את הספר לבעלים? ובעבר נשאלתי בכגון זה במי שגילה אצל חבריו מכשיר שיש בו נזק רוחני, אם מותר לו לשבור את המכשיר?

א. חתול רע מותר להרגו, מדין הפקר בית דין

איתא בב"ק פ,ב, באמוראים שבאו לשמחת פדיון הבן, ועד אשר דברו מי יעלה ראשון, אדהכי והכי אתא שונרא קטעיה לידא דינוקא. נפק רב ודרש, חתול מותר להורגו ואסור לקיימו ואין בו משום גזל ואין בו משום השב אבידה לבעלים, וכיון דאמרת מותר להורגו, מאי ניהו תו אסור לקיימו. מהו דתימא מותר להורגו איסורא ליכא, קמ"ל. אמרי, וכיון דאמרת אין בו משום גזל, מאי ניהו תו אין בו משום השב אבידה לבעלים. אמר רבינא, לעורו. מיתיבי, רבי שמעון בן אלעזר אומר מגדלין כלבים כופרין וחתולין וקופין וחולדות סנאים, מפני שעשוין לנקר את הבית. לא קשיא, הא באוכמא הא בחיורא. והא מעשה דרב אוכמא הוה. התם אוכמא בר חיורא הוה. והא מבעיא בעיא ליה רבינא, דבעי רבינא אוכמא בר חיורא מהו. כי קמבעיא ליה לרבינא באוכמא בר חיורא דרב אוכמא, מעשה דרב באוכמא בר חיורא בר חיורא הוה.

ומבואר בגמ' מדרשת רב, שחתול רע מותר להרגו, דהיינו שמי שהרגו אינו חייב משום מזיק, דאין בו דין של גזל ואין בו מצות השבת אבידה לבעלים. ומדברי הרשב"א בסוגיא, הובאו דבריו בשטמ"ק כאן, משמע שאין זה מעיקר הדין אלא תקנה, והשאלה היתה אם זה תקנת ראשונים, עוד מלפני רב, או שרב תקן, וז"ל:

"לאו למימרא דעכשיו תקן, דאם איתא מאי קא מוטיב לה מן הברייתא, אלא דנפק ודרש שמימות הראשונים הסכימו והתקינו שיהא מותר להורגו.

ואפשר לי לומר דעכשיו תקן, והכי אקשו עליה האיך תקן, ואע"פ שעכשיו הזיק, והלא התירו לגדל מפני שהוא צריך לבריות הרבה כדי לנקר את הבית."

והדיון ברשב"א, דאם רב תיקן, איך הקשו מברייטא, די"ל דעד עתה היה מותר לגדל, או איך תיקן שמותר להרגו, הרי הבריות צריכים להם. מ"מ מבואר שזו תקנה בפני עצמה ולא מעיקר הדין. וכן מבואר בתוס' (ד"ה נפק) דלא עתה על זה המעשה תיקן, דהא פריך עלה מברייטא אלא דרש דמקודם נתקן. ומבואר שהיתה זו תקנה ולא מעיקר הדין. וכן נראה מדברי הר"ר ישעיה שהקשה (וכן הקשו התוס' ד"ה מותר) מסנהדרין טו, ב, דארי, דב, זאב, נחש וברדלס, אפי' לר"א דמותר להרגו, היינו דוקא כשהמיתו, אבל בלא המיתו אסור להרגו. ובתוס' תירצו דבלא המיתו אסור להרגו, בקשורים בשלשלאות, משא"כ באינם קשורים, מותר להרגם בכל ענין. עוד חילקו בתוס' בין חיות רעות אלו, שמכירים כולם בהיזקם ובמסוכנותם, משא"כ בחתול שאינם יודעים אם הוא בר אוכמא או בר חיוורא. והר"ר ישעיה, הובאו דבריו בשטמ"ק, כתב לישב בתרוץ שני, וז"ל:

"אפילו לריש לקיש דאמר והוא שהמיתו, יש לומר דקנס רב בחתול מפני שבני אדם רגילין לגדלו, והתיר להרגו אף בלא המית, כדי להרחיק בני אדם מלגדלן."

מבואר ג"כ שדברי רב הם גדר של תקנה וקנס כדי שלא יבואו לגדל, וע"כ אף בלא המיתו מותר להרגם. ולכאורה י"ל דכח התקנה של רב היה הפקר בית דין הפקר, ומוכח דגם יחיד יש לו כח של הפקר בית דין, ואין צריך דוקא בית דין, וכן שכח ההפקר, לא רק להפקיע בעלות. ומהסוגיא מוכח לכאורה שהתקנה היתה גם שזוכה בעורו, ואפי' שכבר מת ואינו יכול להזיק, אין חייב להחזיר לו העור (עיין בליקוטים שבספר הרמב"ם מהדורת פרנקל על הל' גזילה ואבידה פט"ו, ועיין פני יהושע ב"ק פ, ב, על תוס' ד"ה אמר, שאפי' לאר הרגו אלא מצאו מת).

כמו כן נפק"מ לנדו"ד. שאם נאמר שזו תקנה מיוחדת של רב, א"כ דוקא בנדון כנדון התקנה, חתול רע וכל חיה רעה (והא דהתקנה היתה בכל חיה רעה, יש ללמוד מקושית התוס' מסנהדרין טו, ב, ו) ומ"מ דוקא בנדון כזה. עוד י"ל דאם היתה זו תקנה מיוחדת עקב זה שהזיק לאחרים, א"כ דוקא במזיק לאחרים, אבל בבעל חי שיכול להזיק רק לבעלים (אם היה אופן כזה), תקנת רב לא נאמרה לגביו, דדוקא בנדון כנדון השונא ונדון התקנה. אמנם לענין זה י"ל, דזה בכלל תקנת רב שאסור לקיימו, והיינו שאף שעדיין לא הזיק, ואפי' הבעלים עצמם, יש עליהם איסור לקיימו.

איתא בגיטין לו, ב: דאמר רבי יצחק מנין שהפקר בית דין היה הפקר, שנאמר; "וכל אשר לא יבוא לשלושת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא

יבדל מקהל הגולה" (עזרא י,ח). רבי אליעזר אמר מהכא: "אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וגו'" (יהושע יט,גא), וכי מה ענין ראשים אצל אבות, לומר לך מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין העם כל מה שירצו. וע"ע ביבמות פט,ב. והרשב"א בסוגיא בגיטין, כתב וז"ל:

"ומינה שמעינן דכח בית דין יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבא לידו, וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו, דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלוני לפלוני וזכה בו מיד ואף קודם שבא לידו, אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו ואומרים ממון ראובן יהא לשמעון וזוכה בו שמעון מעתה."

מבואר מדברי הרשב"א דכח הפקר בית דין אינו רק להפקיר ממון של הבעלים אלא אף לזכותו לאחר עוד קודם שהגיע ליד האחר. ואף שמעצם הדין של הגמרא בגיטין בענין פרוזבול לא מוכח כן, דהא התם השביעית השמיטה את החוב והפקר בית דין (פרוזבול) מקיים את החוב ומחייב את הלואה לשלם למלוה ולא זכה המלוה קודם שהגיע לידו, מ"מ מראית הגמרא מהפסוק ביהושע מוכח שהפקר בית דין (של ראשים) דמי לכת האבות בנחלה, ובכח האבות להנחיל ולהעביר את זכות הנחלה ולזכות אף קודם שיגיע ליד זוכה, וא"כ גם כח בית דין להפקיע מאחד וזכות לאחר. אמנם מהפסוק בעזרא לא מוכח כן, דהא בפסוק בעזרא מיידי רק ביחרם כל רכושו ולא בזכיה של אחר. וכך נמצא בדברי היש"ש (יבמות פ"י ס' יט), וז"ל:

"ונראה דהא דרבי אליעזר עדיף, דילפינן מיניה שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט לחבירו, ולא תימא דוקא שיכולים להפקיר אותו או להחרימו."

לפ"ז הדין אם יכולים בית דין לזכות או רק להפקיע, תלוי במחלוקת רבי יצחק ורבי אליעזר. ומוכח מהרשב"א הנ"ל דס"ל עיקר לדברי רבי אליעזר, מדהביאו בסתמא. וכן משמע ממש"כ בתש" (ח"א ס' תשעה) דהביא רק את הפסוק מספר יהושע, ומשמע דס"ל כן להלכה. ועיין בתש" הרשב"א ח"א ס' אלף רו, וי"ל דאין ראיה ממה שהביאו הראשונים דוקא הפסוק ביהושע או מעזרא. וכן נראה מדברי מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין כד,ו, וז"ל:

"וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה. והרי הוא אומר בעזרא 'וכל אשר לא יבוא', מכאן שהפקר בית דין הפקר."

מפורש ברמב"ם שכח בית דין גם לאבד וגם לתת לאחר; "... ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה", הרי שיש כח לחכמים

לפי הענין גם לתת הממון לאחר. ובכל זאת הראה הרמב"ם מקורו לפסוק בעזרא, הרי דס"ל לרמב"ם דרבי יצחק ורבי אליעזר לא פליגי לדינא ואף רבי יצחק מודה דמהני לזכות ממון לאחר, אלא דס"ל דטפי עדיף ללמוד מקרא דעזרא, אך עדיין צ"ע מנין לומר רבי יצחק דיכולים גם לזכות ממון. (ועיין בנחל יצחק סי' ב שדייק דהרמב"ם פליג על הרשב"א מאחר והביא את הפסוק מעזרא, וי"ל, דהא הרמב"ם ס"ל דיש להם כח גם לתת וכמפורש בדבריו, וא"כ אין להביא ראיה ממה שהביא הפסוק בעזרא, ואין ללמוד סתום ממפורש).

ובתש' רע"א סי' רכא,ו, הביא תש' מבנו הגר"ש; "דהפקר בית דין למדנו בגיטין מקרא דכל אשר לא יבוא יחרם כל רכושו, א"כ לא מצינו רק דיש כח לחז"ל לסלק רשות בעלים ממנו כמו שם דעשאוהו חרם, אבל שיהיה כח בידם לומר שיהיה קנוי לאחר, לא מצינו". והגרע"א (עיי"ש רכב,כא) העיר לבנו הגר"ש, דנעלמו מעיני קודשו דברי הרשב"א הנ"ל דמקרא דיהושע ילפינן דיש כח בידם אף להקנות.

והריב"ש בתש' (סי' שצט) הביא את הגמ' הנ"ל ואת ראיתה מהפסוק דאלה הנחלות וכהסבר הרשב"א הנ"ל, דזוכה בו אף קודם שהגיע לידו, דמדין פרוזבול מוכח דיש כח ביד חכמים להקנות מדין הפקר בית דין, והסביר דמשום הכי תירץ רבא גבי פרוזבול דהפקר בית דין הפקר; "ואפי' כרבנן דאמרי שביעית דאורייתא תקון רבנן דלא תשמט, ואע"פ שהחוב ביד הלוח זוכה בו מן התורה, חכמים זכו אותו למלוה בפרוזבול וזוכה בו מעתה". וצ"ל דאע"פ שהממון לא זיכו לו מעתה, מ"מ כיון שזיכו לו שעבודו, הרי שעבודו מעתה על הלוח. וס"ל לריב"ש דאם היה כח חכמים רק להפקיר ממון, א"כ מהיכי תיתי יזכה בממון המלוה, אלא שיש בקיום המלוה לא רק הפקעת ממון אלא גם זכיה למלוה.

ומדברי הרשב"ם (ב"ב קלא,א ד"ה אלא תנאי בית דין) מבואר דכח הפקר בית דין הוא להקנות אפילו דבר שלא בא לעולם ואפילו לדבר שלא בא לעולם, והוא כח טפי מקנין שעושים בני אדם. הגמרא דנה שם על כתובת בנין דיכרין, הכיצד יכול להקנות לבנים שאינם כעת בעולם. ותירצה הגמרא דתנאי בית דין שאני, ופירש הרשב"ם; "דאלים תנאי בית דין משום דהפקר בית דין הפקר להקנות אפילו לדבר שלא בא לעולם, והכא נמי אלים תנאי בית דין ...". וצ"ל דס"ל לרשב"ם דהא דבית דין יש להם כח הקנאה באמצעות הפקר בית דין, אין הפירוש שבית דין פועלים פעולה של הפקר ואחרי זה פעולה של הקנאה אלא שלבית דין יש את כח הקביעה מי הוא הבעלים על החפץ או הכסף. בפעולת קנין בין אנשים שייך לומר שאין גמירות דעת בדבר שלא בא לעולם או שאין לקנין על מה לחול, אך כאשר קובעים שפלוני או פלוני הוא הבעלים, אין כאן פעולה קנינית שצריכה לחול על החפץ אלא

קביעה משפטית הלכתית שפלוגי הוא הבעלים, ובוה לא שייך הסברות המונעות לקנין לחול על דבר שלא בא לעולם ואין גם את המניעה של חלות הקנין כשהקונה הוא דבר שלא בא לעולם, דהא הבית דין יכולים לקבוע שהבעלים הוא מי שיבוא אח"כ לעולם. דדוקא בקנין יש חסרון של דבר שלא בא לעולם, או שאין לקנין על מה לחול או שאין גמירות דעת, אבל כשבי"ד קובעים מי הבעלים, אין חסרון זה.

והמחנה אפרים (קנין משיכה סי' ב) הביא את דברי הר"ן בגיטין, על הגמרא סד,ב, דמהני זכית שפחה קטנה לאחרים בשיתופי מבואות, דשאני שיתופי מבואות דהוי מדרבנן, והקשה הר"ן שם (לא,א-ב בעמוה"ר) דאי מודה שמואל דזכיה מדרבנן, למה לגמרא לתרץ דשאני שיתופי מבואות דרבנן, הא אפילו הוי דאורייתא, כיון שזיכו לו חכמים מדין הפקר בית דין הפקר, מהני זכיתו לאחרים אף אם שיתופי מבואות מדאורייתא. ותירץ הר"ן דאשכחן זכיה דרבנן דקלישא מזכיה דאורייתא, עיי"ש. וכתב עליו המחנה אפרים, וז"ל:

"ואיברא דאלולי דברי הר"ן הייתי אומר דקושייתו אינה קושיא, דטעם זה דהפקר בית דין הפקר לא סגי אלא להפקיע ממונא מרשותא דבעלים, אבל לעשות מי שאינו זוכה כזוכה כאילו הגיע לידו ממש, לא אמרינן."

וצ"ל דהמחנה אפרים פליג על הרשב"א דס"ל דזוכה מיד ואף קודם שהגיע לידו, אך לענין זה שיש כח ביד חכמים לזכות לאחר בכח הפקר בית דין לכשיגיע לידו וליתן לו הזכות לזכות מכח ההפקר, בזה נראה דלא פליג, דהא וכח מהגמ' בגיטין לענין פרוזבול דיכולים לתת למלוה את זכות הגביה ולא הוי ההפקר בית דין רק לאפקועי ממונא. והתם בשיתופי מבואות שצריכה השפחה הקטנה לזכות לבני המבוי, א"כ אי הוי זכיתה מכח הפקר בית דין, לשיטת המחנה אפרים לא מצי בני המבוי להיות זוכים בשיתופי המבואות.

והמחנה אפרים ציין לעיין בדין מלקט בנו אחריו, והם מדברי הגמרא בב"מ יב,א, ואיתא שם דאליבא דרבי יוסי, אם שכר פועל לקצור שדה, יכול בנו של הפועל ללקוט אחר אביו את הלקט הנושר השייך לעניים, ואפילו קיבל אביו לקצור את השדה למחצה שליש ורביע, שדין האב כעשיר. וס"ל לשמואל דהלכתא כרבי יוסי. והקשתה הגמרא, דהא שמואל הסביר את המשנה שם שמציאת הבן לאביו, מפני שמריצה אצל אביו, וא"כ אמאי ס"ל לשמואל דהלכתא כרבי יוסי דיכול בן העשיר ללקוט לקט עניים. ותירצה הגמרא דשמואל הסביר את המשנה אך לא ס"ל כן להלכה. והקשתה הגמרא, דמוכח דס"ל לרבי יוסי דקטן יש לו זכיה מדאורייתא, והא במקום אחר למדנו דרבי יוסי ס"ל דמציאת קטן הוי גזל מדבריהם. ותירצה הגמרא דרבי יוסי ס"ל דיכול בנו ללקט אחריו מפני שהתיאשו העניים מהלקט ולא מפני דאית ליה

זכיה מדאורייתא. ונראה דהמחנה אפרים רצה להביא ראיה מהא דהקשתה הגמרא דס"ל לרבי יוסי דאית ליה לקטן זכיה מדאורייתא, הא אפילו אית ליה זכיה מדרבנן, וכדס"ל דהוי גזל גמור מדבריהם, הא כיון דהפקר בית דין הפקר יכול הבן לזכות בלקט לעצמו, ואמאי התנתה הגמרא את יכולת זכית הבן בלקט בהא דאית ליה זכיה מדאורייתא. וע"כ מוכיח מכאן המחנה אפרים דכח הפקר בית דין הוא רק לאפקועי ממונא ולא לזכות ממון לאחר. אלא לכאורה נראה דאין משם ראיה לשיטת המחנה אפרים, דהא התם הבן המלקט זוכה בלקט בידיו, ואין כאן זכיה שלא אחר שנאמר שיעשה ההפקר בית דין אינו זוכה כזוכה, דהא הוא זוכה בידים ומיד, ובזה אף המחנה אפרים מודה דיש כח לחכמים להפקיר ולזכות למי שזוכה בידו. ואף שרש"י שם (בד"ה ונפקא מינה) כתב; "דכיון דמדאורייתא לית ליה זכיה, נמצא אביו גוזל את העניים", לאו למימרא דמכח הזכיה אביו זכה ולכן גוזל האב את העניים, דהא אליבא דרבי יוסי זוכה הבן ולא האב. אלא ס"ל לרש"י דעצם הרשות שנתן האב לבן ללקט אחריו, הוי גזל לעניים ולא מכח הזכיה. ומ"מ כיון שזכה הבן בידיו ולא אחר זיכה לו, א"כ אפילו לשיטת המחנה אפרים מצי הבן לזכות.

והנה איתא בגמ' ב"ב ק,א דלדעת רבי אליעזר רבים שבררו דרך לעצמם, מה שבררו בררו. והקשתה הגמ', דרבים גזלנים נינהו. ותירץ רב גידל בשם רב, כגון שאבדה להן דרך באותה שדה. והקשתה הגמרא, דאי הכי אמאי אמר רב רב הונא אמר רב, אין הלכה כרבי אליעזר, וס"ל לגמרא דמאן דמיירי רבי אליעזר בכגון שאבדה דרך שדהו, לא מתני דאין הלכה כרבי אליעזר. וכיון דס"ל לרבה בר רב הונא דלית הלכתא כרבי אליעזר, מאי טעמא דמתניתין שם (צט"ב) בדיון מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו, כיון דלא מצי לאוקמי סתם מתניתין כרבי אליעזר דלית הלכתא כותיה. ותירצה הגמרא דסתם מתניתין מוקמינן לה כרב יהודה דמיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו. והקשתה הגמ' על רבי אליעזר, במאי קני ליה רבים, כיצד קנו ללא חזקה (רשב"ם). ותירצה הגמרא דקני בהילוכא. ורבינו יונה בעליותיו (שם ד"ה ורבי אליעזר) הקשה אליבא דמאן הקשתה הגמרא קושיתה, אי אליבא דרב גידל, כיון שאבדה להם דרך שדה לא בעי קנין, ואי לא מהני ברירתן, מה שייך לקנות בהילוכא. ואי אליבא דרבה בר רב הונא, הא כח הרבים הוא מפני דהפקרם הפקר. ותירץ רבינו יונה, וז"ל:

"ויש לומר, בין לרב גידל בין לרבה בר רב הונא, לרבה בר רב הונא משום דהפקר הרבים הפקר, כבירית הדרך אין אדם זוכה ע"י הפקר עד שיחזיק ויקנה, וכל היכא דאמרינן הפקר ב"ד הפקר בעל הנכסים איבד זכותו ע"י הפקר בית דין, והרי הן כדבר שאינו שלו ויש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות בית דין, אבל אינו זוכה בו בדיבור בית דין עד שיחזיק. ולרב גידל נמי

דאוקמא למילתא דרבי אליעזר כשאבדה להם דרך באותה שדה, כיון דיחיד שאבדה לו דרך בשדה חבריו ילך לו בקצרה, רבים ודאי צריכין הן קנייה בברירת הדרך, ועד שיחזיקו לא קנו, וכשהחזיקו מיהא קנו אע"פ שהחזיקו שלא ברצון בעל השדה, לפי שנתנו להם בית דין כח להחזיק ושתהא חזקתם קונה בדיעבד והפקר בית דין הפקר."

מבואר ברבינו יונה יסוד דלא כרשב"א, דלדעת רבינו יונה אין לבית דין כח לזכות לאחר קודם שיגיע לידו, דשם בגמרא דימו כח רבים בהפקרן לכח של בית דין, ולבית דין יש כח להפקיע את זכות הבעלים ולעשות רכושם להפקר, וכדין הפקר שיכול אחר לזכות בהפקר ואינו זוכה ללא קנין. אך עדיין צ"ע אי יש כח לחכמים להגביל ולומר דרך פלוני רשאי לזכות בהפקר ולא אחר. דמש"כ רבינו יונה; "ויש רשות לחבריו להחזיק בו ברשות בית דין", בפשטות לא משמע שרק למי שיש רשות מבית דין להחזיק הוא היכול להחזיק, אלא הפשטות שכל מי שמחזיק אחר הפקר הרי הוא מחזיק ברשות בית דין, אך אין כוונת רבינו יונה שיכול להחזיק רק מי שבית דין נתן לו רשות להחזיק. אך מדברי רבינו יונה אין ראיה, דנידון רבינו יונה הוא ברבים שהחזיקו, ובנידון זה לא שייך לומר שיבוא אחר ויזכה או שבית דין מגביל את כח הזכיה רק לאדם מסוים. אך מ"מ י"ל כן מכח הגמרא בפרוזבול, דהתם מוכח שבית דין הפקירו ממון הלוה עבור המלוה בלבד, ואף אם י"ל שלא זיכו לו קודם שהגיע הממון לידו, מ"מ זיכו דוקא לו. דרבינו יונה מיירי רק לענין דבעינן קנין כאשר יש הפקר בית דין, אך רבינו יונה לא מיירי על אופן ההפקר, אם הוא רק הפקעה או הפקעה שיכול לזכות בו אדם מסוים.

אך במקום אחר ברבינו יונה נראה יותר שכל כח בית דין הוא בהפקעה גרידא. על הא דאיתא בגמ' ב"ב נדב, דדינא דמלכותא דלא ליקני ארעא אלא בשטר, פירש רבינו יונה דאף דהגוי איסתליק משעה דבאו המעות לידו, מ"מ אין המחזיק יכול לזכות בו עד כתיבת השטר כיון דדינא דמלכותא דאינו קונה אלא בשטר. וממשיך רבינו יונה, וז"ל:

"ואין לפרש דהכי קאמר, כיון דמלכא אמר ליכא דקני אלא בשטר, אין המוכר יכול להסתלק בקבלת הדמים לפי שעדיין זוכה בנכסים בדינא דמלכותא, שלא הוזכר דינא דמלכותא אלא להפקעה, שהנכסים מופקעים מבעליהם בדיני המלך וכענין הפקר בית דין הפקר, ומי שיוור בהם במצות המלך זוכה בהם בחזקה, אבל כל זמן שלא החזיק בהם לא זכה בהן, הלכך כיון שהמוכר מסתלק מן הנכסים בקבלת הדמים, אינו זוכה בהם ממילא בדינא דמלכותא." ולכאורה שם אם נאמר דלבית דין יש כח להפקיע ולומר שיזכה בו רק פלוני, מדוע אי אפשר להסביר שהדינא דמלכותא השאירה את הקרקע עדיין ברשות הנכרי

ולא בעי כלל קנין כיון דעדיין ברשותו. אך מ"מ אין ראייה כ"כ, כיון דדין הפקר בית דין בא כאן כדימוי ולא כדין, דהיינו שדינא דמלכותא דמי לדין הפקר בית דין, וע"כ אין לדייק כל-כך. ועיין עוד בקובץ שעורים לגרא"ו (כ"ב סי' רמג) דדייק מרבינו יונה דבהפקר בית דין "לא מהני אלא להפקיע מהבעלים ולא להקנות, אלא צריך להחזיק כדי לזכות בהן".

וכדעת רבינו יונה נמצא גם בגט פשוט (קכ"ה) דאף דיש כח ביד בית דין להפקיע את כספה של האשה שנתנה לסופר לכתוב גט, מ"מ איך יזכה בזה הבעל, "דלא מצינו בשום דוכתא דיש כח לבית דין לאוקמי ברשותו דבר שאינו שלו ולא החזיק בו עדיין". ואף כאן הנידון לזכות לו דבר שלא בא לרשותו, אך בעצם הדין להפקיע מאחד שיוכל לזכות בו רק אחר, בזה לא מצאנו דס"ל דאין כח לבית דין. ועיין באבני נזר (חיו"ד סי' תה) שהביא ראייה לדעתם מהירושלמי. וכן היא דעת החתם סופר בתש' (חאו"ח סו"ס קיז) "דהפקר בית דין אינו אלא להפקירו מיד המקנה ולא להקנותו לקונה".

והנתיבות רלה"ג כתב; "דהפקר בית דין אינו רק הפקר מדאורייתא אבל לא הוי קנין מדאורייתא רק קנין מדרבנן", וציין שהאריך בזה במקום אחר, והוא בספרו מקור חיים תמח"ט (דף לב טור ג), וז"ל:

"לכן נראה דהנה הטעם דמקודשת מדאורייתא בקנין שהוא מדרבנן, הוא דהא ילפינן מקרא בגיטין לו דהפקר בית דין הפקר, וכיון דמדאורייתא הפקר בית דין הפקר הוי הקידושין ג"כ מדאורייתא, כיון דהוי הפקר מדאורייתא והוא בידה הרי זכתה מדאורייתא כזוכה מן ההפקר, וכיון דמחמתו קא זכתה, מקודשת. משא"כ בקידשה במעמד שלושתן, דנהי דתיקון רבנן דליקני, אפ"ה לא הוי רק הפקר דאורייתא, וא"כ במאי תקדש מדאורייתא, הא לא קנתה מידי מדאורייתא. רק שנעשה הפקר מדאורייתא והיא לא עשתה זכיה שיהיה קנין מדאורייתא. וכן משמע לשון הש"ס דקאמר מנין להפקר בית דין הפקר ולא אמר קנין בית דין קנין, מוכח דרבנן אין להם כח מדאורייתא רק להפקיר הממון מרשות בעלים, ומ"מ צריך לעשות קנין כזוכה מן ההפקר."

מוכח מדברי המקור חיים דס"ל דאין לחכמים כח יותר מאשר הפקר, ומשמעות דבריו דאפילו לומר שיזכה רק פלוני בהפקר, ג"כ אין להם כח דהוי טפי מהפקר, דכל כח חכמים הוא להפקיר, וכדין הפקר - לאפשר לזוכה לזכות, יהיה אשר יהיה. ואף שאפשר להסביר גם לאידך גיסא, כך נראה מפשטות דבריו. ובהמשך דבריו הביא המקור חיים דצווחו עליו בבי מדרשא דהא ילפינן דין זה מנחלות, והתם הוי קנין. וע"ז תירץ המקור"ח; "דמ"מ יליף שפיר, כיון דע"י הפקירא דידהו יכולין לזכות בו".

וצ"ל, דס"ל דבנחלות יש שני חלקים, האחד הפקעת הנחלה מהיורש, והשני הקנאה לאחר, וילפינן ראשים מאבות רק לענין ההפקר ולא לענין ההקנאה. ומ"מ מבואר מדבריו דבית דין יכולים להפקיע ולא להקנות.

ולכאורה קשה על כל הני דס"ל דהפקר בית דין אינו אלא הפקר ולא הקנאה, דמהגמרא בגיטין בענין פרוזבול משמע שיש בכוחם להקנות, שהרי רק המלוה יכול לזכות בכסף הלואה ולא כל אחד. דאפשר דחכמים הגבילו את כח הזכיה והפקירו רק כלפי המלוה. (ועיי' מש"כ לעיל מהריב"ש.) ואף שלכאורה קשה דהא קיי"ל כדעת בית הלל במשנה בפאה פרק ו' משנה א' דהפקירו רק לעניים ולא לעשירים, אינו הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה, וכן נפסק בשו"ע חו"מ רע"ה, וא"כ כיצד הוי הפקר שמפקירו רק למלוה ולא לאחרים. אלא שלענין זה נמצא בנודע ביהודה (תנינא, חיו"ד סי' קנד) שכתב לחלק בין מפקירו לכל העניים ולא לעשירים לבין מפקירו לאדם מסוים דמהני; "נלענ"ד דהיינו בהפקירו לכל העניים ולא לעשירים, שאז שום עני לא יוכל לזכות בה, אבל במפקיר זכותו נגד אחד או שנים לנוכח, מהני שהם יכולים לזכות בו". ועיי"ש שהביא ראיה מהמג"א באו"ח תמח"ד דהפקיר את החמץ רק אדעתא דנכרי ולא אדעתא דכ"ע, לכן לא מצי אחר לזכות בחמץ אם קנה מהנכרי לאחר הפסח. ועוד הביא ראיה מהגמרא בנדרים מהא דמהני הפקר רק אדעתא דאחד, עיי"ש. לפ"ז גם בנידון שמיטת כספים מהני מה שחכמים יפקירו רק כלפי המלוה.

וע"ע במחנה חיים (לגר"ח סופר, ח"ב סי' מא) שכתב דכל ענין הקנין שלא יוכל אדם לזכות בחפץ זולת הקנין, הוא דוקא בחפץ שיש לו בעלים או שלאחרים יש ג"כ זכות כשלו, כגון במציאה, שרוצה לזכות וע"י זה למנוע מאחרים לממש את זכותם ולזכות במציאה ובהפקר, וע"כ צריך מעשה קנין. אבל בדבר שום אדם בעולם לא יוכל לזכות בו אלא אדם פלוני, כגון מי שאסר כל נכסיו על כל העולם חוץ מראובן, ואח"כ הפקיר נכסיו, דבר פשוט הוא שיזכה ראובן בנכסים בלי קנין, דכיון דרק ראובן לבדו יכול ליטול את החפץ, ממילא אין צריך קנין. וכן הוא הדין בירושה שיש יורש יחיד, שאין היורש צריך לעשות קנין כדי לזכות בירושה, ולכן אפילו יורש קטן זוכה מהתורה, דכיון שהתורה מנעה מאחרים את היורשים וקבעה שרק לו לבדו היא, אין צריך קנין. וכן כתב הבית אפרים במכירי כהונה, דכיון דשאר כהנים אסחי אדעתייהו, הוי כמו שאין כהן אחר בעולם וזכו המכירי כהונה. וזה גם כח של הפקר בית דין, שבית מפקיר ואינו מקנה, אך כיון שבית דין קובע שרק לפלוני הזכות, אין הזוכה צריך קנין. ואפשר לבאר בדרי, שבית דין אכן אין לו כח אלא להפקיר, אך יש בידו כח להפקיר שיזכה בו רק פלוני, וכיון שרק פלוני יכול לזכות, הוא זוכה ללא קנין, אבל אליבא דכ"ע אין לבית דין כח להקנות, ואי הצריכות לקנין נובעת מכח ההפקר המוגבל לזכיה של אחד. לפ"ז אפשר גם שאין מחלוקת בין הראשונים

והאחרונים הנ"ל, אך בפשטות דברי הרשב"א משמע שכח בית דין הוא ככח האבות המנחילים למי שירצו, וא"כ זהו כח להקנות. אך ע"פ דרכו של המחנה חיים מיושבת הקושיא על הסוברים דאין כח אלא להפקיר, הכיצד מהני כח הבית דין שיזכה המלוה בחוב שנשמט ביד הלוה.

ומקובל לישב ע"פ מש"כ הגרש"ש בשערי יושר ה,ט דהכח שנתנה תורה לחכמים הוא להפקיר ולהקנות כפי שיראו לצורך תקנתם והנהגתם, וכמש"כ הרשב"א בגיטין לו,ב (הנ"ל) לענין הפקר בי"ד הפקר, ומינה שמעינן דכח בי"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפי' קודם שבאו לידו. וכן מוכח מהלימוד ומההיקש מאבות מנחילים לראשי המטות. וע"כ אין שום מקום להסתפק בזה שלא תועיל הקנאת חכמים לכל דינים שבתורה, ולכן במקום שהיה צורך שהזוכה יזכה, הקנו ע"י הפקר בי"ד, ולכן במריש הגזול שפטרו אותו מחובת השבה, דאף דלענין היתר תשמיש סגי בנתינת רשות לחוד, אבל כדי להפטר ממצות השבת גזילה, הוצרכו להפקיר או להקנות, משא"כ כשרק הסתפקו בהפקעת רשות. וכן כתב בשואל ומשיב (תליתא, ח"ג סי' קסב), וז"ל:

"ובזה היה נראה לפענ"ד בזה ענין חדש, דודאי מעמד שלושתן דהוה הלכתא בלא טעמא יהיה רק הפקר בית דין הפקר, דכל דחז"ל ראו שהוא תיקון הסוחרים שיהיה מעמד שלושתן כמש"כ הרא"ש, א"כ הפקירו בית דין מעותיו של זה ונקנה לזה. ואף אם נימא דהפקר בית דין אינו עושה קנין, היינו כשהיה מקום לחז"ל להפקיר נכסים של זה, אמרינן דהוה הפקר ולא קנין, אבל כאן (במעמד שלושתן) דעל מה היה להם להפקיר נכסים של זה שלא פשע כלום רק דרצו לעשות תיקון העולם, וכל שלא יהיה נקנה לזה שוב אין מקום להפקר, וא"כ הוצרכו לתקן שיהיה ההפקר מזה לזה ועי"ז שיקנה הלזה יהיה הפקר ביד המקנה במעמד שלושתן, וא"כ ההפקר נצמח ע"י קנינו של זה, ובכהאי גוונא ודאי דהפקר בית דין עושה קנין, וזה ברור כשמש."

מבואר מדברי השואל ומשיב דיש שני סוגים של הפקר בית דין. כאשר ברורה מטרת החכמים להפקיע ממון מיד אחד, או כאשר מטרתם היא לזכות לאחר. דכאשר כל ענינם הוא להפקיע מיד האחד, אין לבית דין כח להקנות לאחר. אולם כאשר אין להם כל ענין בהוצאת ממון מהאחד אלא רצונם שיזכה בו האחר, וכנידון מעמד שלושתן, א"כ מה יועיל כוחם אם לא יקנו, והרי כל ענינם הוא בהקנאה ולא בהפקר ובהפקעה של צד אחד. לפ"ז גם בנידון של שמיטת כספים אין ענין בהפקר כסף הלזה אלא בהקנאה של המלוה, וע"כ לסברת השו"מ יהני מכח הפקר בית דין הפקר לכ"ע. אמנם בנידון שלפנינו שענינם הוא לקנוס את הצד המפר דברי בית דין, לא

יוכלו להקנות את הממון לצד שכנגד, כיון שענינם הוא בהפקר ובקנס, ואף שרצונם גם שיזכה אחר, מ"מ כיון שיש כאן ענין בהפקר לא מהני הקנאה מכח הפקר בית דין.

ולפ"ז יכל רב להפקיר את החתול, לא רק בהפקעת בעלות, אלא שאין בו גזל, ולא רק בבחינת רשות להרוג את החתול, אלא גם מה שזוכה בעורו, כמבואר בגמ' ב"ק פ,ב. אולם לעצם השאלה אם דיין יחיד יכול להפקיר בהפקר ב"ד, מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין כד,ו משמע לכאורה שלכל דיין הראוי לדון דיני ממונות, יש כח להפקיר ממון. דהנה בהל' ו כתב הרמב"ם; "וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון", (ועיי"ש בכסף משנה דחידוש הרמב"ם במילה "תמיד" דאפילו בזמן הזה יכול להפקיר ממון). ומיהו הדיין - לכאורה הוא הדיין המדובר בפרק זה ברמב"ם, וכמש"כ הרמב"ם בריש פרק כד; "יש לדיין לדון דיני ממונות", והיינו בית דין הראוי לדון דיני ממונות הוא הראוי להפקיר ממון. אמנם צ"ע שלענין מלקות נקט הרמב"ם שם בהל' ה לשון "בית דין" ("וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ...), ואילו לענין הפקר בית דין נקט הרמב"ם לשון יחיד - "דיין". ועיין בנימוקי יבמות (כח,ב בעמוה"ר) שכתב על דברי הרי"ף שם (לענין הפקר בית דין הפקר): "ופסק הרמב"ם ז"ל דהוא הדין לכל בית דין חשוב בכל מקום וכל זמן, וכדאמרינן במו"ק טז,א."

וכוונת הנימוק"י לנאמר שם בהל' ה לענין מלקות, ומינה יליף הנימוק"י גם לענין הפקר. אלא שבנוסחאות הרמב"ם שבידנו לא נזכר בית דין "חשוב". והגדרה זו של בית דין חשוב, נמצאת גם בדברי הרשב"א בתש' (ח"ג סי' ס) לענין בית דין שהכריחוהו לעשות קנס (אחד הצדדים בדברי הרשב"א) דהוי אסמכתא "א"כ הוי הבית דין בית דין חשוב שיש בידו כח להפקיע ממון", וכפירוש קנין בבית דין חשוב לענין אסמכתא (ועיין שו"ע חו"מ רז,טו). ועיין עוד בתש' הרשב"א ח"ד סי' רמז שכתב דבית דין של עכשיו לא אלימי לאפקועי ממונא. ואפשר דהתם מיירי שהקהל מינו ג אנשים סתם, אבל בית דין קבוע בעירו גם בזה"ז אלימי לאפקועי ממונא. ואף מדברי רש"י (ב"מ לב,א ד"ה אם) משמע לכאורה דאפילו בית דין סתם יכולים לאפקועי ממון: "וסתם בית דין שלשה, אלמא אין כח להפקיר ממון זה אצל זה בפחות משלשה". ומשמע דבכל ג מהני להפקיר ממון.

אך לכאורה דין זה תלוי בדעת הראשונים בהא דאיתא בגמרא בגיטין לו,ב: ת"ש דאמר שמואל לא כתיבין פרוזבול אלא אי בבי דינא דסורא אי בבי דינא דנהרדעא, ואי סלקא דעתך לדרי עלמא נמי תקין, בשאר בי דינא נמי לכתבו. דלמא כי תקין הלל לדרי עלמא, כגון בי דינא ידיה וכרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא, אבל לכולי עלמא לא. ובתוס' שם (ד"ה דאלימי) כתבו דר"ת כתב פרוזבול "כי היה

אומר דלא בעינן אלא בית דין חשוב שבדור". ולכאורה משמע מדברי התוס' דאף דבי דינא הראוי להפקיע ממון הוא רק בית דין של חכמים גדולים ביותר, וכמש"כ הרמב"ם בהל' שמיטה טז, רק דס"ל לר"ת דלענין פרוזבול לא בעינן בית דין של חכמים גדולים. אלא שבעה"ת (שער מה, א, טז), כתב וז"ל:

"ומסתברא שכל ג בקיאיין בדין ובענין פרוזבול ויודעים מצות שמיטה והמחוהו רבים עליהם באותה העיר שהן דריין בה, הרי הן באותה העיר ובאותו הזמן כבי דינא דרב אסי וראויין להפקיע ממון בני עירם בתקנתם הנראה להם כמו הם בדורם, וכדגרסינן במסכת ר"ה (כה, א), ויעל משה ואהרן ושבעים מזקני ישראל, למה לא נתפרשו שמותם של זקנים, ללמדך שכל ג וג' שנתמנו בית דין על ישראל, הרי הן כבית דין של משה."

ומבואר דבית דין שהמחוהו רבים עליהם באותה העיר, יכולים להפקיע ממון והפקרם הפקר, ולא דוקא בית דין חשוב שבדור. וכן כתב המרדכי (ב"מ סי' רנז), וכן מבואר בדברי הריב"ש בתש' (סי' שצט) דכל בית דין קבוע בעירו יכול להפקיע ממון. ועיי"ש בריב"ש שלמד כן בדברי ר"ת (הנ"ל) וכן בדברי הרמב"ם (הנ"ל), וע"ע ברא"ש גיטין פ"ד סה"ג. ומדברי הריב"ש הביא גם המהריב"ל (ח"ב סי' מד), ועיי"ש מה שהאריך בדין זה.

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

"כל בית דין אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון ... ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם."

ופתח המחבר בלשון "כל" בית דין, והיינו לרבותא בתי דין של חו"ל, וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק א, וסיים המחבר דדוקא גדול הדור או שהמחוס בית דין עליהם, והיינו שהמחוס הציבור לבית דין עליהם (עיין בסמ"ע שם ס"ק ט). ובמהרי"ק (שורש קפח) כתב דאפילו לסוברים דאף בית דין של ג הדיוטות הפקרן הפקר ויכולים לענוש שלא מן הדין, מ"מ גם לשיטתם "לכל הפחות בעינן שיהיו ממונים לדיינים כבית דין של ג הדיוטות". וע"ע במהרי"ק שורש א. ומ"מ לאמור לעיל, רב בהיותו גדול בדורו, היה לו כח להפקיר ממון וכנ"ל.

וכאמור לעיל, אם כח תקנת רב היא מדין הפקר בית דין, והיתה זו תקנה מיוחדת, א"כ דוקא בחתול רע וכיוצ"ב חיות רעות, אבל לא בכל דבר שמזיק. דמדברי הרשב"א והר"ר ישעיה שהוא מדין תקנה, א"כ דוקא בנדון התקנה, ואין להרחיב ולמילף מינה לדברים אחרים שלא היו בתקנה ובהפקר ב"ד שהפקיר רב. אמנם אפשר לחלק בין שני התרוצים בראשונים. אם היתה זו תקנה של רב, התקנה דוקא בכגון ובנדון כזה, משא"כ אם היתה זו תקנה קדומה, י"ל שיש לה שורש ועיקר וכדלהלן, והתקנה על כל דבר המזיק.

ב. לא תשים דמים בביתך, ומדין ובערת הרע מקרבך

ודין זה לא הביאו הרי"ף והרא"ש בהלכותיהם. ועיין ביש"ש ב"ק פ"ז סוף הל' לז שכתב דכל המפרשים לא הביאו, לפי שלא מצוי בינינו, כמו שאין נזהרים עכשיו בגילוי. ואם המיתו פעם אחת במקרה, או נשכו, וקטעו יד של תינוק. פשיטא דנוהג בהן כל הדיינים. ואפילו אם הם אוכמא בר אוכמא. דרב לא חילק בין אוכמא לחיורא אלא כשלא המיתו. ונראה מהיש"ש שתקנת רב היתה באוכמא בר חיורא בר חיורא, וע"כ לא הביאו המפרשים. אבל אה"נ יכול להרוג כל חתול שהורג, דרב מיירי בלא הרג, דבזה בעינן אוכמא בר חיורא בר חיורא, אבל בהורג, יכול כל המוצאו להרגו. ונראה דהיו שתי תקנות, תקנה קדומה שכל חתול ההורג יכול להרגו, ותקנת רב באוכמא בר חיורא ובר חיורא, אפי' לא הורג. וממש"כ שאינו מצוי בינינו, מוכח לכאורה דתקנת רב הינה דוקא בחתול וכיוצ"ב, דאל"כ ודאי שיש מזיקים הרבה בינינו שמצוה לבערם.

עוד כתב ביש"ש, דמכל מקום אם הרג אדם עכשיו חתול חיורא של חבירו. או אוכמא בר חיורא, אין לחייבו ממון מספיקא, מאחר שהוא עשה משום סכנת נפש, וסבר שמותר להרגו, רק יקבל עליו היסת שלכך כיון, ויפטור. אבל אם עשה להכעיס ולהזיקו. חייב, כשאר מזיק ממון חבירו. והרמב"ם בהל' גזילה ואבידה טו, יז, כתב וז"ל:

"חתול רע שהורג את הקטנים, אסור לקיימו ואין בו משום גזל ואין בו משום השב אבדה, אע"פ שעורו מועיל, אלא כל המוצאו זכה בו והורגו והעור שלו."

ובשו"ע חו"מ רס"ד, פסק המחבר בשינוי קצת: "חתול רע שמזיק לקטנים, אין צריך להשיבו לבעלים, אלא כל המוצאו הורגו וזוכה בעורו". הרי שבניגוד לדעת הרמב"ם שכתב "הורג את הקטנים", המחבר כתב דאפי' אינו אלא מזיק ג"כ נאמרה הלכה זו. ועיין ברב המגיד שהקשה על הרמב"ם, שהרי הגמ' מיירי רק בהזיק לתינוק, וכתב דשמא גירסא אחרת היתה לפני הרמב"ם. ולמש"כ לעיל ביש"ש י"ל, דתקנת רב אפי' באינו הורג, הוא דוקא באוכמא בר חירורא בר חירורא, וכיון שאינו מצוי בינינו, לא הביאה הרמב"ם. ובחתול ובכל חיה ההורגת, היתה זו תקנה קדומה, ודוקא בכה"ג הוי מילתא דשכיחא, ע"כ הביאה הרמב"ם.

[ואמנם תקנת רב היתה על חתול, ומוכח בתוס' דהוא הדין על כל חיה רע, וא"כ צ"ע מדוע הרמב"ם והשו"ע כתבו הדין דוקא בחתול, והיה לרמב"ם לפסוק הדין בכל חיה רעה המזיקה. ואפשר דבכלב יש תקנה לקשרו בשלשלאות, וכדמוכח במשנה ב"ק ע"ט.ב. ולכן כל כלב שיש לו תקנה, אסור להרגו אלא יחזיר לבעלים ויקשרו בשלשלאות. אבל חתול שאין דרך לקשרו בשלשלאות, בו תיקן רב שמצוה להרגו. ועיין בזה במשנה הלכות לגר"מ קליין זצ"ל ח"ה סי' רצו. אמנם להלכה נראה דאין לחלק, דאין ללמוד מדיוק כשמהראשונים שהקשו מסנהדרין ט"ב, מהארי, הנמר וכו'. והרמב"ם נקט כלשון הגמ'.]

עוד השמיט המחבר ממש"כ הרמב"ם, והוא בסוגיא בגמ' דאסור לקיימו ואין בו משום גזל. ומה שאין בו משום גזל, יש ללמוד ממה שזוכה בעורו, אך דין אסור לקיימו השמיט המחבר. גם הטור חו"מ סי' רסו השמיט מה שאסור לקיימו. והב"י חו"מ רס"ד כתב דמה שהשמיט הטור הדין שאסור לקיימו, מפני שאין כאן מקומו. ולפ"ז מובן מה שהשמיט המחבר דין אסור לקיימו והא דאין בו משום גזל (אף שהטור הזכיר שאין בו משום גזל), דכאן כתב רק מה ששייך להלכות השבת אבידה ולא לדין גזל, ודין אסור לקיימו שייך לסוף שו"ע חו"מ, בדברים האסורים לקיימם משום סכנה, מדין לא תשים דמים בביתך. ובסמ"ע ס"ק ח כתב דנכלל ב"כל המוצאו הורגו". ועיין בש"ך ס"ק א שהקשה עליו, דבגמ' הוצרכו לאיסורא, שאסור לקיימו ולא רק מותר להרגו.

ובמה שדנו הראשונים אם היתה זו תקנה קדומה או שרב תיקן, נלענ"ד, דהנה בגמ' ב"ק ט"ב (ועיין גם מו"א) בענין כלב שאכל כבשים וכו', דמשמטינן ליה עד דמסלק היזקא, שיהרוג הכלב, מדרבי נתן, דתניא רבי נתן אומר, מנין שלא יגדל אדם

כלב רע בתוך ביתו ואל יעמיד סולם רעוע בתוך ביתו, ת"ל (דברים כב) לא תשים דמים בביתך. וכן במשנה ב"ק ע"ב, שלא יגדל אדם כלב א"כ קשור בשלשלאות, ושם בסוף מרובה פב,א. והכל ענין אחד, דדוקא בכלב רע אסור, משום דרבי נתן (ועיין בתוס' יו"ט על המשנה הנ"ל). והביאו להלכה הרי"ף (ב"ק ו,ב בעמוה"ר), והרמב"ם בהל' נזקי ממון ה"ט ובשו"ע חו"מ ת"ט, דאסור לגדל כלב א"כ קשור בשלשלת או בעיר הסמוכה לספר. וברמ"א שם דאף אם מצויים בין האומות, אם הוא כלב רע שיש חשש שיזיק בני אדם, אין לגדלו א"כ קשור בשלשלת. (ועיין במהרש"א בחדושי אגדות, דהחידוש ברבי נתן, דאף שכבר הזהיר הכתוב על המעקה, הוא מפני דרי בני ביתו שלא יפלו מן הגג, אבל לגדל כלב רע דודאי לא יגיע החיזוק לבני ביתו שהורגל כלב הרע עמהם, והחיזוק יהיה רק לאחרים, בכל אופן הוא בכלל לא תשים דמים בביתך, שלא יזיק אף לאחרים. ועיין מנחת חינוך מצוה תקמו בסופו, דמשמע שעיקר האיסור ביש היזק לאחרים. וי"ל אם ה"בביתך" שלא תשים דמים, קאי על הניזק, כמש"כ מהרש"א, שאנשי ביתך לא יזקו או קאי על המזיק, שלא יהיה בביתך מה שיזיק לאחרים). ולכאורה מדוע היה לרב לתקן תקנה חדשה, הרי מצי למילף את דין הריגת החתול מדינו של רבי נתן. ובפשטות י"ל דרבי נתן רק לאיסורא קאמר, דיש איסור על הבעלים לגדל, אבל מנא לן שיכולים בני אדם להרגו ואף לזכות בעורו, על זה בא רב ותיקן.

עוד י"ל, דרבי נתן מיירי רק במקום שיש סכנת נפשות, וכמש"כ מהר"י כץ שהובא בשטמ"ק, דמשמטינן לבעל הכלב אע"ג דר"נ מיירי בסכנת נפשות כדמוכח קרא דלא תשים דמים בביתך, ומ"מ משמטינן אף בחיזוק ממוני, שאכל אימרי. ולפ"ז י"ל, שהיה רב צריך לתקן תקנה מיוחדת גם למקרה של חיזוק, כנדון דידה שהזיק החתול ליד התינוק. אמנם עיין בחינוך מצוה תקמו שלמד באיסור לא תשים דמים בביתך: "שלא להניח המכשולים והמוקשים בארצותינו ובבתינו, כדי שלא ימותו ולא יזקו במ בני אדם". הרי שגם נזק בכלל הלאו, וא"כ גם רבי נתן מיירי הן במיתה והן בנזק, ולא כמהר"י כץ.

ולפ"ז אין לומר שיוכל כל אדם להרוג החתול מדרכי נתן ומלא תשים דמים בביתך, דהחיוב הוא על הבעלים, ואם אינם מקיימים חיובם, משמטינן להו, כדאיתא בב"ק טו,ב. ולכן היה צריך רב לתקנה מיוחדת שלא חייב להשיב האבידה, ושמותר להרגו וזוכה בעורו. ולפ"ז אין ללמוד גם מרבי נתן שיהיה מותר להשמיד ספרים שיש בהם נזק רוחני ולא להחזירם לבעליהם מדין לא תשים דמים בביתך, דאיסור לא תשים דמים הוא על הבעלים, ומתקנת רב לכאורה אין לך בו אלא תקנתו וכנ"ל. אלא שמדברי הרמ"ה בחידושו לסנהדרין טו,ב, נראה דמדרכי נתן מותר אף לאחרים להרגן. דתנן במשנה ריש סנהדרין: הזאב והארי הדוב והנמר והברדלס והנחש,

מיתתן בעשרים ושלשה. רבי אליעזר אומר כל הקודם להורגן זכה. רבי עקיבא אומר מיתתן בעשרים ושלשה. ואפליגו אמוראי בדעת רבי אלעזר, אם כל הקודם להורגן זכה, אף בלא המיתו, או דוקא בהמיתו. ובטעם דעת ר"ל דס"ל דוקא בהמיתו, כתב הרמ"ה, וז"ל:

"... אלא ודאי על כרחך טעמא דרבי אליעזר גבי שאר בהמה וחיה, לאו משום דאיגלאי מילתא דהני לאו בני תרבות נינהו, אלא לעולם בני תרבות נינהו ויש להם בעלים, ואפ"ה כיון שהמיתו קטלינן להו לסלוקי היזיקא מדרבי נתן (ב"ק טו,ב). אי נמי, מדכתיב ובערת הרע מקרבך ... ואמר ר' אליעזר דאין צריך לדונן בעשרים ושלשה, אלא קטלינן להו משום דכתיב ובערת הרע מקרבך ... ומפרקינן, דהאי זכה לאו נשתכר ממון הוא אלא זכה לשמים שבער את הרע מן העולם ..."

מוכח מדברי הרמ"ה דאליבא דרבי נתן, אין האיסור של לא תשים דמים בביתך על הבעלים דוקא, אלא על כל אחד ואחד שיכול להרגם. עוד למד הרמ"ה בטעם רבי אליעזר מציווי התורה ובערת הרע מקרבך (בכ"מ בספר דברים, לענין נביא שקר, עובד ע"ז, עדים זוממים, בן סורר, אונס), ועיין בחינוך מצוה מז. ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא, למה היה לרב לעשות תקנה מיוחדת, הרי ילפינן כבר מרבי נתן שכ"א יכול להרגו. וי"ל, דכיון דלא קי"ל כרבי אליעזר, וכמו שפסק הרמב"ם בהל' סנהדרין ה,ב דדנים אותם בבי"ד של עשרים ושלשה: "אפילו ארי ודוב וברדלס שהן בני תרבות ויש להן בעלים שהמיתו, מיתתן בעשרים ושלשה". וע"כ מפרשים את רבי נתן שהחיוב הוא רק על הבעלים, ולכן הוצרך רב לתקנה מיוחדת.

ולפ"ז מצד לא תשים דמים בביתך, אין להתיר לא להחזיר כלב רע שאבד. דהוא דין על הבעלים, ורק מתקנת רב אין להחזיר. ולפ"ז במוצא דברים שיש בהם נזק רוחני, אף שהבעלים מצווים לבער מהעולם, מ"מ אין מצד לא תשים דמים בביתך רשות לאחר להשמיד או להחזיר אבידה, דכל עוד שהוא ממון בעלים, יש עליו חיוב להחזיר אבידה ותורת דמים עליו, ותקנת רב לא שייכת בזה לכאורה, כיון שלא נאמרה אלא על חיות רעות וכנ"ל.

ומדברי החת"ס בחידושיו לחולין קמא נראה דדין רב הוא מטעם של לא תשים דמים בביתך. דאיתא בחולין קלח,ב – קלט,א: אמר רבינא, הלכך עוף טהור שהרג את הנפש פטור משלוח, מאי טעמא, דאמר קרא שלח תשלח את האם, במי שאתה מצווה לשלחו, יצא זה שאי אתה מצווה לשלחו אלא להביאו לב"ד. היכי דמי, אי דגמר דיניה, בר קטלא הוא, אלא דלא גמר דיניה ובעי לאתוייה לבי דינא וקיומי ביה ובערת הרע מקרבך. ועי"ש ברש"י שפירש; "מצוה על כל הפוגע בחייבי מיתה

להביאן לב"ד, כדי לבער רשעים מישראל". הרי שאין לו מצוה להרגן אלא להביאם לבית דין. וע"ע בחולין קמ,א. והראב"ד בהל' נזקי ממון י,ז כתב דשור טריפה שהרג בפני בי"ד, יש להרגו מדין ובערת הרע מקרבך. וברב המגיד כתב דמצות ובערת הרע מקרבך הינה רק על אדם ולא על בהמה. וכתב החת"ס, דדברי המגיד מוקשים מהסוגיא הנ"ל בחולין, דבעוף שהרג את הנפש, יש מצוה להביאו לבית דין ולקיים בו ובערת הרע מקרבך. והקשה החת"ס, דא"כ כל מי שחייב סקילה ומצוה להביאו לב"ד לגמור דינו לסקל, אטו כל מוצאו יהרגהו בלי דין ב"ד, או להרגו במיתה שאינו כתובה בו. וכן טרפה שהרג בפני ב"ד שאינו נידון בעדים, ומ"מ נהרג משום ובערת הרע, וכי ממיתין אותו במיתה אחרת שאינה כתובה בו;

"אע"כ לענין ובערת הרע לא ילפינן שור האדם אלא לענין דין ב"ד בקבלת עדים. והך דהכא לאו משום ובערת הרע, אלא משום ולא תשים דמים בביתך מצוה לבער המזיקין וכל מוצאו יהרגהו, וכל הקודם זכה באיזה מיתה שירצה, ולא לשלחו להרבות היזק בישראל. ועיין רמב"ם פט"ו מגזלה ואבדה הל' יז, וע"ש ופשוט."

מבואר בחת"ס שגם דינו של רב אינו מדין ובערת הרע מקרבך, דמצוה זו מוטלת היא על בי"ד ולא על כאו"א מישראל, אלא מדין לא תשים דמים בביתך, שיש בה מצוה לבער המזיקין, וציין לדברי הרמב"ם הנ"ל בכתול המזיק לקטנים. ואם לא תשים דמים בביתך היא מצוה לבער המזיקין, בזה י"ל שהוא הדין גם בדבר שיש בו נזק רוחני. ונראה שיוכל המוצא שביער את המזיק, לומר קים לי כדעת החת"ס, ואין לחייבו ממון, אם יתבעוהו הבעלים.

אמנם כיון שלא מצאתי להדיא שיהיה מותר לעשות כן, י"ל דחיוב ובערת הרע מקרבך הוא מצוה המוטלת על בית דין, ועל כן על המוצא לא לבערו בעצמו אלא להביאו ליד בית דין, והם יחליטו ויכופו לבעלים לבער הרע או יבערו בעצמם, וגם הבי"ד יחליטו אם ספרים אלו בכלל ספרי מינות, עיין שבת קטז,א וסנהדרין ק,ב. ועיין בתש' דברי יציב לכ"ק האדמו"ר מקלויזנבורג זצ"ל, חיוור"ד סי' מז, שנשאל בספרן בספריה, אם מותר להגיש למזמין ספר שמחברו מין ואפיקורס, אם יש בזה לפני עיוור או מדין מסייע, וכתב דלכאורה איסורו רק מדברי קבלה ולא דבר תורה, וז"ל:

"ובהא דספרי מינות וכפירה, יל"ע במקור איסור הקריאה בהם מלבד ענין ביטול תורה [עיין יור"ד סי' רמ"ו ס"ד ברמ"א ובגר"א שם ס"ק י"ז, ובאו"ח סי' ש"ז סט"ז], וממ"ש במשנה דריש חלק [סנהדרין ז,א] דכל ספרי חיצוניים כן הוא [עיין בלחם שמים להגר"עב"ץ ובסנהדרי קטנה שם]. אמנם לגבי ספרי

מינות יל"ע אם זה רק משום שיביאו אותו לידי כפירה, ושאני מינות דמשכא [ע"ז כז,ב], או דעצם הקריאה הוי עבירה. ועיין בשלטי הגבורים בריש ע"ז [דף א,ב מעמדה"ר] אות ב אפי' לגבי עכו"ם או ספר אפיקורסות עיין שם, ואינו מבורר עצם האיסור. ואפשר שהוא משום הרחק מעליה דרך, זו מינות, בע"ז דף יז,א, ועיי"ש בתוס' ד"ה הרחק מ"ש מבי אבידן עיין שם, ואפשר דזה רק מדברי קבלה. ואפשר גם למ"ש בברכות יב,ב לא תתורו אחרי לבבכם זו מינות, שזה כולל גם הקריאה בספריהם, ומה"ת הוא. ועיין לא"ז בדרך פקודין מל"ת י"א בחלק המחשבה אות ד' בהג"ה, שאסור לקרות דבר שבקדושה במקום שמצויין ספרים כאלו וצא תאמר לו עיין שם. ומ"מ אין הכרח שזה הוי ממש איסור תורה. וא"כ אף שבתוס' בע"ז הנ"ל דגם באיסור דרבנן שייך לפני עור, ולהמנ"ח הנ"ל הוה מה"ת, מ"מ לגבי מסייע דרבנן י"ל דליכא בעבירה דרבנן וכנ"ל.

ולכן בנדון שם שהוא רק איסור מסייע, אין לאסור באיסור דרבנן. ומ"מ למדנו שאפשר שאין הכרח שאיסורו מהתורה. ובודאי יש לדון בכל מקרה לגופו, אם לדונו כספרי מינים ואפיקורסים, והדבר מוטל על בי"ד.

ואמנם לפי מש"כ החת"ס, שדין רב הוא מדין לא תשים דמים בביתך, שיש לבער את המזיקין, יכול לבערו, אם מדובר בדבר דברי היזקא לרבים, ויש לשאול מורה הוראה קודם על כל מקרה ומקרה לגופו. וטוב לקיים ובערת הרע מקרבך, אם יביאו לבית דין, דמצוה זו מוטלת על בית דין, והם יקבעו ויחליטו, וכן ראוי. ואם מדובר בחפץ שיש בזיון ללכת עמו ברחוב, לכאורה יש בו דין והתעלמות, פעמים שאתה מתעלם, עיין ב"מ כט,ב, ל,ב, ובשו"ע חו"מ סי' רסג. ועיין בשו"ע הרב הל' מציאה סע' לח, דגם אם אינו זקן אך נכבד מצד עשרו ומשפחתו, פטור. והגרא"ז באבן האזל גזילה ואבידה יא,יג כתב דדוקא זקן וחכם, אבל עשיר לא, אף שמדעת הטור הסתפק, עיי"ש. מ"מ בנדון כנדו"ד שהוא בזיון לכל אדם מישראל לקחת בידו חפץ גדול שיש בו נזק רוחני, יש בו דין והתעלמות על כאו"א מישראל, דהבזיון בזה הוא לא מחמת עשרו וכבודו אלא מחמת היותו יהודי שומר תו"מ, ובזה כ"ע יודו שיש בזה דין והתעלמות. דאמר רבא (ב"מ ל,ב) כל שבשלו מחזיר, בשל חבירו נמי מחזיר, וודאי היה בוש לילך בפרהסיא עם דברים כנ"ל.

לאור האמור לעיל:

א. רואה חפץ שיש בו נזק רוחני, ומתביש להרימו ולהוליכו, יכול להתעלם, ואינו חייב להשיב.

ב. לענין שבירת החפץ או זריקת הספר לאשפה, יש להביאו לבי"ד שיבחנו אם הוא בכלל מזיק או מזיק את הרבים, ועליהם מצווה להחליט אם יש בו מצוה של ובערת הרע מקרבך.

ג. עבר וביער החפץ/ הספר מהעולם, ותבעוהו הבעלים לבי"ד, ובי"ד קבע שחפץ/ הספר בבחינת מזיק שמצוה לבערו, י"ל הנתבע קים לי כחת"ס שהיה עליו לבערו מהעולם, ואין לחייבו.

אם יש חיוב להשיב אבידה בהקדם

ראשי פרקים

א. במצות עשה של השב תשיבם

ב. תחילת המצוה - בראיה או בהנבחה

ג. שיהיו מצוה לא משהינן

נשאלתי באחד שמצא חפץ ועליו שם וכתובת, וכעת אין לו זמן פנוי כ"כ להשיב את האבידה לבעליה ולעסוק בכך, ורוצה להשיב רק אחרי כמה ימים. כמו כן, אם לדעתו הבעלים לא צריכים כעת את החפץ, האם יכול לעכב את השבת האבידה בכמה ימים לכשיתפנה. (ומיירי באופן שאין אפשרות להודיע בטלפון, עיין מש"כ בח"ו כח/א).

א. במצות עשה של השב תשיבם

והשאלה אם החיוב למחר ולהשיב את האבידה הינה חלק ממצות השבת אבידה ומהשב תשיבם, או מדין זריזין מקדימין למצוות. ונפק"מ אם עובר על השב תשיבם. וגם נפק"מ, אם ימחר להשיב ויפסיד שכר בטלה דמוכח, דמצד השב תשיבם יכול לקחת שכרו כפועל בטל, וכדאיתא בגמ' ב"מ ל"ב, ובשו"ע חו"מ רס"א, אבל אם לא מקיים בזה מצות השב תשיבם אלא רק מדין זריזין מקדימין, לכאורה לא יכול ליטול שכרו כפועל בטל.

גם י"ל שיש חיוב למחר ולהשיב ממצות ואהבת לרעך כמוך, בהיות המאבד דואג על ממונו, ויש לו עוגמת נפש על אבידת ממונו, ויתכן ויוציא הוצאות בגין העיכוב. ונפק"מ אם מדין זריזין מקדימין או ואהבת לרעך כמוך, בחפץ שכעת אין לבעלים שימוש ואינם דואגים כעת על ממונם זה, דמדין זריזין יש חיוב להחזיר, ומדין ואהבת לרעך כמוך לא יהיה חיוב להחזיר.

והנה בגמ' ב"מ ל"א איתא דכהן והאבידה בבית הקברות, אין הכהן מחויב להשיב, דהשבת אבידה עשה - השב תשיבם, וטומאת כהן - לא תעשה ועשה, וקדשתו, ולנפש לא יטמא בעמיו, ולא אתי עשה ודחי לא תעשה ועשה. וברש"י שם הקשה, הרי בהשבת אבידה יש גם לא תעשה, ותירץ, דאין ל"ת דוחה ל"ת, ורק עשה דוחה ל"ת, ובקדושת כהן הוי ל"ת ועשה. ובנימוק"י (ב"מ טז,א מעמוה"ר) הקשה, מדוע

עובר הכהן על עשה דהשב תשיבם, דכל שלא נטלה, כמו האבירה שהיא בבית הקברות, לא עבר אעשה כלל אלא על הלאו של לא תוכל להתעלם, כדאמרין לעיל המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם, דעשה דהשב תשיבם אינו אלא על מי שנטלה על דעת להחזירה, ולאחר שהתיאשו התכוין לגזלה, כדאיתא בב"מ כו,ב, אבל מי שלא נטלה אינו עובר על עשה דהשב תשיבם אלא על לא תוכל להתעלם. והביא הנימוק"י את תרוץ הר"ן, וז"ל:

"דכל הרואה אבדה והולך לו עובר בעשה ולא תעשה. וכי אמרינן לעיל בהמתין לה לאחר שנתיאשו הבעלים ונטלה דאינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד, התם היינו טעמא לפי שהמתין לה ולא הניחה באבדתה ועדיין היה יכול להשיבה ולקיים עשה שבה, דודאי הרואה אבדה ולא נטלה מיד, כיון ששמר אותה לא עבר על עשה שבה אלא כשבטלו והלך לו. וכשנתיאשו הבעלים ממנה, מחמת הבעלים הוא שנתבטל עשה זו ולא מחמתו של מוצא זה, והרי הוא לענין זה כאילו נטלה להחזירה ואמרו בעלים אי אפשרי בה שאע"פ שלא נתקיים עשה, שבה מ"מ לא נתבטל. ונטלה ע"מ לגזלה דעבר משום השב תשיבם, טעמא נמי כדאמרן שהניחה באבדתה, ולא עוד אלא שהפקיעה מבעליה לגמרי. נמצאת אתה למד שכל הרואה אבדה ולא החזירה והלך לו, עבר על עשה ולא תעשה. כך הם דברי הרמב"ם ז"ל בפרק יא מהלכות גזלה ואבדה, שכן כתב, הרואה אבדת ישראל ונתעלם ממנה והניחה עבר בלא תעשה שנאמר וכו' ובטל מצות עשה."

מדברי הר"ן מבואר דאם לא התעלם מהאבדה אלא שמרה באופן שעוד יכול להחזירה, אינו עובר על השב תשיבם; "דודאי הרואה אבדה ולא נטלה מיד, כיון ששמר אותה, לא עבר על עשה שבה אלא כשבטלו והלך לו". (ואף שאין לו דין שומר אבדה קודם שהגביה, רק שמר והמתין, אף ללא דיני שמירה של אבדה). ואף שאח"כ התיאשו הבעלים, ביטול העשה אינו מחמתו אלא מחמת הבעלים, ולכן אינו עובר אף שלא קיים העשה. דכל מה שעובר על השב תשיבם הוא כשהניחה באבדה, או שהפקיע הבעלים לגמרי, כמו בנטלה ע"מ לגזלה, אבל כשעומד ושומר, לא עובר על השב תשיבם. ומה שעובר על לא תוכל להתעלם, הוא רק באופן שהמתין עד שתיאשו, אבל אם שמר כל העת, ולבסוף הרים האבירה בטרם התיאשו, אינו עובר על לא תוכל להתעלם. והביא שכן דעת הרמב"ם בגו"א יא,א: "השב אבדה לישראל מצות עשה, שני' (דברים כב,א) השב תשיבם לאחיך, והרואה אבדת ישראל ונתעלם ממנה והניחה עובר בלא תעשה, שני' (דברים כב,א) לא תראה את שור אחיך והתעלמת מהם, ובטל מצות עשה, ואם השיבה קיים מצות עשה". ולכן הכהן שאינו עומד ומשמר האבדה, עובר בעשה דהשב תשיבם ובל"ת דלא תוכל להתעלם. ומבואר שאף

ביטול עשה הוא רק בהתעלמות. ולפ"ז כאשר עדיין בשמירתו ואחריותו, אינו עובר בהשב תשיבם ובלא תוכל להתעלם. ולפ"ז לכאורה גם אין ענין להזדרז בקיום מצות ההשבה מדין זריזין מקדימין, דגם עצם השמירה היא קיום מצוה, אף שאינו בקיום תכלית המצוה וכדלהלן.

והנימוק"י שם כתב דתרוץ הרמב"ן רחוק בעיניו, אף שגדולי המפרשים סמכו עליו. והרמב"ן ב"מ ל, א כתב בתרוץ ראשון לישב האופן שיש בהשבת אבידה ל"ת ועשה בכהן הרואה אבידה בבית הקברות, בהיכי תימצי שהגביהה ע"מ להחזירה ולפני יאוש נמלך שלא להחזיר, שעובר בלאו ועשה הואיל ולפני יאוש מעלים עיניו ממנה ואינו מחזיר, והגמ' הקשתה לצריכותא של הפסוק, דאילמא לכהן והיא בבית הקברות, לא מיבעיא לא נטלה כלל דפשיטא שאינו מחזיר, אלא אפילו הגביהה קודם לכן ולא החזיר ועכשיו היא בבית הקברות, נמי פשיטא שלא יחזיר אף על פי שנתחייב בהשב תשיבם, כיון שכבר נטלה ע"מ להחזיר. ולפ"ז ההיכי תימצי שכהן מצא מציאה והגביהה ע"מ להחזירה, וכעת נמצאת האבידה בבית הקברות, דהוי כנמלך שלא להחזיר, ועובר על ל"ת ועשה, רק כיון שיש עשה ול"ת בקדושת כהן, אינו עובר. ותירוצ זה הביא הרשב"א ב"מ ל, א בשם הרמב"ן. ובתרוץ נוסף כתב הרמב"ן, דאף אם אינו עובר על עשה באי ההשבה, בהשבה מקיים עשה, והו"א ידיחה העשה שיכול לקיים בהשבת אבידה את הל"ת דטומאת כהן, אי לאו עשה דקדשתו, וז"ל:

"דהכי קאמרינן דאע"ג דלא עובר משום השב תשיבם עד שתבא לידו. מיהו כיון שאם החזירה קיים מצות עשה של השב תשיבם חשיב ליה עשה, שאם בטל עשה שבטומאת כהן הרי קיים עשה של השבת אבידה, הילכך אי לאו משום דטומאת כהן עשה ול"ת הוא, הוה אמינא ידחה דהשבת אבידה עשה הוא".

והנימוק"י כתב דתרוץ הרמב"ן רחוק בעיניו, אף שגדולי האחרונים סמכו עליו. ומ"מ מדברי הרמב"ן אין ראיה לנדו"ד אם מבטל עשה כששומר ואינו משיב, אך מתרוץ הר"ן מוכח דכל ששומר על האבידה, אינו עובר על השב תשיבם, ואף על לא תוכל להתעלם לא עובר כשאינו ממתיך עד שיתאשו הבעלים ויזכה בה, דכאן לא שייך שיזכה אף בהתיאשו הבעלים, דהוי יאוש שלא מדעת, וקיי"ל דלא הוי יאוש.

ומחלוקת הרמב"ן והר"ן היא אם השב תשיבם חל מיד כשרואה ולא לוקח, וזו דעת הר"ן. ודעת הרמב"ן דדוקא לאחר שבאה האבידה לידו חל עליו חיוב של השב תשיבם. והגר"ב בברכת שמואל ב"מ כה, כתב בסברת הרמב"ן, דשם אבידה חל על החפץ רק לאחר שבאה לידו לענין חיוב המצוה להשיב; "דהוי כמו על תנאי,

דכך חייבה התורה דוקא כשלקחה מחויב הוא בדיני ממונות להשיבה לבעלים, וקודם שבאה לידו ליכא עוד אבידה לענין השבה, ואינה חלה עליה מצות השבה". ומה שעובר בהשב תשיבם לרמב"ן בנטלה ע"מ לגזלה, הרי מיד שנטלה יש עליו חיוב חיובי של השב תשיבם ולא קיומי, דהאבידה נכנסה לרשותו לענין דיני ממון ששיבנה לבעלים, דהגזילה עושה חלות חיוב השבה, וע"כ עובר על השב תשיבם. ודעת הר"ן שלא יכול לחול חיוב השבה מכח מעשה הגזילה, אא"כ נאמר שחל חיוב השבה עוד קודם שנטלה. וביתר ביאור כתב הגר"ב, וז"ל:

"מה דאמרינן נטלה ע"מ לגזלה עובר עליה, דשמעינן מזה דלא רק שעובר על מצות השב תשיבם כמו שכת' למעלה, דאפי' אם מניחה לארץ הוי עובר בדידים. אבל הכא שמעינן דנעשה עליה עובר ועושה איסור, דנעשה עליה גזלן, וזהו איסור השבה, דגזילה באבידה הוי איסור, וע"כ צריך תקוני לאוי דאבידה ... ונמצא דעברתו הוא לא רק שאינו עושה השבה, אלא שעשה גזילה ואיסור בה. וזה מבואר בדברי הראב"ד דצריך לתקוני לאוי, דהיינו לשלם תשלומים של השבה."

ומה שמוכח לכאורה מדברי הנימוק"י דכל עוד יכול להחזיר לא עובר על השב תשיבם, ולכן בהמתין לה עד שיתאשו הבעלים, אינו עובר אלא על לא תוכל להתעלם, כדמוכח בגמ' ב"מ כו.ב. ולכאורה צ"ב מדוע על לא תוכל להתעלם עובר בהמתין, ועל השב תשיבם אינו עובר. וראיתי לגר"ז באבן האזל גזילה ואבידה יא,א, שכתב וז"ל:

"וצריך לומר דכיון דבאותה שעה העלים עצמו מהשבתה, עובר אפי' אם אח"כ חזר בו והשיב, אבל השב תשיבם, כל זמן שלא ביטל ואפשר עוד לקיימו לא עבר, ולא דמי למילה דעובר בכל יום, ומשמע דהוא הדין בכל רגע, היינו משום שהוא צריך להיות מהול, וכל זמן שמששה עצמו והוא ערל עובר על המצוה. אבל הכא המצוה הוא להשיב את האבידה, אבל המשכת הזמן אין בזה עבירה על המצוה, אלא דאם מתעלם בכוונה עובר על לא תוכל להתעלם."

מדברי הגר"ז מבואר דמצות העשה של השב תשיבם ואיסור הלאו של לא תוכל להתעלם שונים במהותם, דמצות העשה הוא להשיב את האבידה הוא בתכליתה, ואינה מוגבלת בזמן, ואילו איסור התעלמות הוא בעצם ההתעלמות, ולכן כשמתעלם ולא משיב מיד עובר, משא"כ על עשה דהשב תשיבם אינו עובר כל עוד שיש אפשרות לקיים תכלית המצוה והיא ההשבה. ומבואר מדבריו גם שאין איסור של השב תשיבם בהתמשכות הזמן, ובנדו"ד כיון שהוא שומר על האבידה ולא התעלם,

לא עבר על הל"ת דלא תוכל להתעלם, ואין עליו מדיני עצם המצוה חיוב למהר. והחיוב הוא רק מדין זריזות במצוות, וכן ממצות ואהבת לרעך כמוך וכדלהלן.

ולכאורה יש להקשות קצת מדברי הרמב"ן, הובאו דבריו בריטב"א קדושין לד,א, בענין חיוב נשים במצות אבידה ומעקה ושלוח הקן, דהזמן לא גרמן, תיפוק ליה דחייבות מצד הלאו. דהרמב"ן תירץ, וז"ל:

"דבהני אע"ג דאית בהו לא תעשה, אין העיקר אלא בעשה שבהם, ולא אתא לא תעשה אלא לקיומיה לעשה, דבמעקה כתיב ועשית מעקה לגגך, ובו הרצון והכוונה, ואח"כ כתיב ולא תשים דמים בביתך, כלומר לא תעכב מלעשות מצוה זו. וכן באבידה העיקר השב תשיבם, והזהיר שלא יתעלם מלקיים מצוה זו. וכן בשלוח הקן לא תקח האם לעצמך רק שלח תשלח. וכיון דעשה הוא עיקר, אילו היו נשים פטורות מן העשה, היו פטורות מלאו שבו, שאין הלאו אלא קיום עשה שבו, וגם זה נכון."

ולפי מש"כ הגרא"ז הרי שחלוקים הלאו והעשה. אולם אין זו קושיא, דהרי מהגמ' ב"מ כו,ב מוכח שחלוקים הם, אלא אף לרמב"ן שהעשה הוא המטרה והלאו לקיומיה, כל אחד כדינו, רק תלויים האחד בשני, כשאין עשה, גם אין ל"ת בעצם, דהיינו דבר שאין בו תכלית של העשה, גם אין בו איסור של לאו, אבל דבר שחייב להשיב, אף שע"פ דיני המצוה אינו חייב, מ"מ יש על החפץ דיני אבידה, ועובר על לא תוכל להתעלם, אף שעל העשה כעת עדיין לא עובר.

ודברי הגרא"ז מבוארים לכאורה בדברי הגר"ח (בסטנסיל סי' רסז). הגר"ח חקר אם עובר על לא תוכל להתעלם במה שאינו משיב או במה שהוא מתעלם, והיינו שאם עוד יכול להשיב והתעלם, כמו בהמתין והתעלם, עובר בלאו. והביא ראיה מהר"ן הנ"ל דעל השב תשיבם אינו עובר, אף שעל לא תוכל להתעלם עובר: "ומזה משמע דהלאו דלא תוכל להתעלם הוי איסור בפני עצמו, על החפצא דהעלמה. ולפ"ז הוא עובר בכל רגע ורגע, אלא היכא דמשיב את האבידה דמנתק את הלאו. אבל היכא שאינו מקיים העשה כשהבעלים הפקיעו (ע"י יאוש), משום הכי עובר על הלאו". ומ"מ בנדו"ד אף על הלאו אינו עובר וכנ"ל, כיון שלא התעלם, ועל עשה דהשב תשיבם אינו עובר, שאינו מוגבל בהמשכת הזמן, וכל ששיב בסופו ועודו משמרה, אינו עובר אעשה.

והגר"ש רוזובסקי זצ"ל (שעורי ב"מ סי' מג) כתב דזהו חידוש גדול לומר דכל היכא שלא רצה רגע אחד להשיב ולבסוף השיב, דעובר בלאו דהעלמה על הזמן שלא רצה להשיב. וכתב לבאר, דאף דאינו מחויב מצד השב תשיבם להשיב מיד,

וכל זמן שרואהו, אפי' אין בדעתו להשיב מיד, אינו עובר על השב תשיבם, דאינו מחויב להשיב לבעלים מיד ברגע הראשון. לכן גם אם לבסוף התיאשו הבעלים, לא עבר על השב תשיבם. אבל על לאו דהעלמה, אם רגע אחד חשב לא להשיב, יש לאו של לא תוכל להתעלם, אך העבירה על הלאו מותנית בכך שלבסוף לא ישיב, דגדר הלאו הוא אל תתעלם אלא השב תשיבם. ולכן דוקא אם לבסוף לא השיב, עבר על הלאו מרגע שהתעלם. דלא תוכל להתעלם, אף שמחויב מיד ברגע הראשון להשיב לבעלים, מ"מ דוקא אם מה שהתעלם בתחילה, לא הושבה האבידה לבסוף, בזה הוא דעובר על לאו דהעלמה. ונפק"מ, דלגר"ש אף אם התעלם רגע אחד, אם לבסוף השיב, לא עבר על הלאו, בהיותו מותנה באי השבה, משא"כ לגר"ז מיד שהתעלם עבר על לא תוכל להתעלם.

ב. תחילת המצוה - בראיה או בהגבהה

ובהמשך הקשה הנימוק"י דלא שייך בכה"ג עשה ידחה ל"ת, דהרי בשעה שיעקור את הלאו של טומאת כהן ויכנס לבית הקברות, עדיין לא יקיים מצות עשה של השב תשיבם, דרק כשיגביה יקיים, וא"כ לא דמי למילה בצרעת וסדין בציצית, דבשעה שעוקר הלאו מקיים העשה. והביא מתרצים, דאה"נ, רק לרווחא דמילתא הקשו כן. והביא הנימוק"י את תרוץ הר"ן, דגוף המצוה מתחיל משעת הראיה, ומיד שמתעסק בהליכה להגבהה האבידה, מקיים את מצות השב תשיבם אף בטרם הגביה, דאין זה מכשירי מצוה אלא גוף המצוה, דהמצוה מתחילה מ"לא תראה" – מהראיה ומההתעסקות מהראיה להשבתה. אך הביא דעה החולקת, וז"ל:

"דיכולים לומר דלא דמיא למילה, דמילה כל מה שנעשה בה הוא גוף המצוה עצמה ואם לא גמרה לא נעשית אלא חצי המצוה, כמו שאם לא הטיל ציצית אלא בשתי כנפיו, וכן בתקיעת שופר אם לא השלים התקיעות. אבל גבי השבת אבדה עיקר גוף המצוה השבה בבית הבעלים, שזהו עיקר גוף כוונת המצוה, והשאר הוי כעין מכשירי מצוה, דודאי אף על פי שצריך להשבת אבדה הנטילה וההבאה קודם לכן, עיקר גוף המצוה הוא ההשבה אל ביתו, ודמי למכשירי שאר מצות, שאע"פ שצריך לעיקר מצות נטילת לולב לעקרו מן הדקל, מ"מ העיקר הוא הנטילה. ואף על פי שבתחלה מתעסק הוא לקיום המצוה, גבי השבה נמי מתחלה אינו אלא כמתעסק להשיב אל ביתו."

לפ"ז לכאורה גוף הקיום של מצות השבת אבידה היא ההשבה אל ביתו, והיותו שומר אינו אלא מכשירי מצוה. ולפ"ז אף שאינו מבטל עשה דהשב תשיבם כל עוד הוא שומר על האבידה, כיון שעיקר המצוה היא השבה אל ביתו, כל עוד לא השיב

האבידה לביתו לא קיים המצוה, דהשמירה היא רק מכשירי מצוה כמו אסיפת הלולב מהדקל.

והנה מש"כ הר"ן דחיוב ההשבה הוא משעת הראיה, וכמש"כ דהכי מוכח קרא ב"לא תראה", לכאורה לא משמע כן מדברי המאירי ב"מ כו,ב בענין חיובו של המוצא שהמתין עד שיתאשו, שאינו עובר על השב תשיבם. המאירי שם כתב דאם המתין עד שיתאשו, והוא שיעור משמוש בכיס, ונטלה לאחר יאוש; "אין כאן בל תגזול שהרי יש כאן יאוש בשעת נטילה, ולא השב תשיבם שהרי קנאה, אלא עבר על לא תוכל להתעלם, שהרי התעלם שלא להגביהה בשעת חיוב החזרה". ואם היה ס"ל כר"ן, הו"ל לומר שאינו עובר על השב תשיבם מפני שהוא שומר על האבידה ומקיים בזה מצוה, ומה שאח"כ התיאשו, הרי זה כמחזיר והבעלים מסרבים לקחת וכנ"ל, ומדכתב המאירי שאינו עובר על השב תשיבם כיון שקנאה, מוכח דמצות ההשבה חלה לא משעת ראייה אלא משעת הגבהה, ולא נתחייב כיון שקנאה.

וכן נראה מדעת הרא"ש בתוספותיו (ב"מ כו,ב), דמה שעובר רק על לא תוכל להתעלם ואינו עובר על השב תשיבם; "השב תשיבם אינו עובר, דאומצאתה קאי, ואמרינן ומצאתה, דאתאי לידיה משמע. אבל לא תוכל להתעלם, מעיקרא קודם לקיחה משמע". הרי דמצות השב תשיבם היא משעת המציאה ולא משעת הראיה, וא"כ גם אם שומר לפני ההגבהה, לא מקיים מצות השב תשיבם. אבל לכאורה גם לשיטתם אחרי שהגביה המציאה, כשיושב ושומר, מקיים מצוה של השב תשיבם.

גם מדברי הריטב"א ב"מ ל,א מוכח שאינו עובר על השב תשיבם אלא משעת מציאה ולא משעת ראייה. הריטב"א מתיחס לקושית הראשונים, שהקשה גם רש"י, דבאבידה, ובכללה התעלמות כהן בבית הקברות, יש עשה ול"ת, ותירץ דבהשבת אבידה לא משכחת עשה ול"ת ביחד: "שאם לא נטלה, לא תוכל להתעלם איכא, השב תשיבם ליכא. ואם נטלה, השב תשיבם איכא, לא תוכל להתעלם ליכא, לא משכחת להו כחד אלא כשנטלה על מנת לגזולה". ומבואר דבשעת ראייה לא נתחייב בהשב תשיבם, ורק בהתעלמות עובר על לא תוכל להתעלם.

וכן נראה מדברי הראב"ד, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ כו,ב לענין חיוב השב תשיבם: "שאין לשון השבה אלא בדבר שהוא שלו ונדחה ממנו שיחזירונו לו, כי לשון השבה לבעליו משמע, כדכתיב כסף ישיב לבעליו, וזה הואיל וכבר נתיאש בשעת שנטלה לא נתחייב בהשב תשיבם, אלא משום דכתיב לא תוכל להתעלם בלבד שכבר העלים ממנה עיניו". ומבואר דכל חיוב השב תשיבם הוא בנטלה ונדחה ממנו שחייב להחזיר ולא משעת ראייה. ומ"מ כשנטלה ונדחה ממנו להחזירה, חייב בשמירתם ומקיים בזה מצות השב תשיבם.

ועיין בריטב"א ב"מ כו,ב דמשמע מדבריו דכל שעה ושעה שאינו משיב, עובר על השב תשיבם. הריטב"א קאי על דברי הגמ' בנטלה לפני יאוש והמתין עד לאחר יאוש ואינו מחזירה, דאף שבאיסורא אתי לידה, אינו עובר אלא על השב תשיבם. והקשה הריטב"א, מדוע לא כתבה הגמ' שאינו עובר אלא על השב תשיבם, ונקטה שעובר על השב תשיבם, והיינו שלא נקטה במיעוט שרק על השב תשיבם אלא בדרך החיוב, שעובר על השב תשיבם, והרי בסיפא כתבה הגמ' שאינו עובר אלא על לא תוכל להתעלם, והוא בדרך מיעוט שאר איסורים. ותיירץ הריטב"א: "משום דלקמן כיון שראה אותה העלים את עינו והלך לו, ולא עבר אלא פעם אחת על לא תוכל להתעלם, אבל הכא כיון שבאת לידו, עובר כל שעה ושעה בהשב תשיבם, כנ"ל". מבואר דקיום העשה של השב תשיבם הוא קיום תמידי עד אשר מקיים המצוה, וכל רגע ורגע יש עליו חיוב, וכשעובר על השב תשיבם, אינו עובר רק בפעם אחת אלא כל רגע ורגע. ומוכח גם דקודם שנטלה ע"מ לגזלה, קיים מצוה של השב תשיבם, דבעצם השמירה הוא קיום המצוה של השב תשיבם.

ומדברי המחבר בשו"ע חו"מ ריש הל' אבידה (רנט,א), מבואר לכאורה כדברי הר"ן שמצות השב תשיבם מתחילה משעת הראיה, דכך כתב: "הרואה אבידת ישראל, חייב ליטפל בה להשיבה לבעליה, שנאמר השב תשיבם". ומבואר שהחיוב הוא בשעת ראיה. ומקור דברי המחבר, מלשון הטור, שגם מדבריו משמע כן. והסמ"ע רנט,א כתב דמש"כ הרואה, הוא לאו בדוקא, דהרי דעת הטור והמחבר דאם המתין ולא נטלה עד אחר יאוש ונטלה לעצמו, דאינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם, ולמש"כ היה לו לעבור גם על השב תשיבם. אלא מש"כ הטור והמחבר הכונה להרואה והגביה ובאה לידו קאמר, דעובר נמי משום השב תשיבם כו', ולישנא דקרא נקט. דתחילת הפרשה מ"לא תראה", וענינה בהשב תשיבם, וסיומה ב"לא תוכל להתעלם", דאיסור התעלמות הוא משעת ראיה, דלאו דהעלמה עובר משום שרואה ומעלים עינו מהשיב, אבל על השב תשיבם אינו עובר עד דאתא לידו. אמנם בט"ז שם העיר על הסמ"ע, דאישטמיטיה דברי הר"ן (הנ"ל), ושכן דעת הרמב"ם, שעובר על השב תשיבם בשעת ראיה.

וכן דעת הב"ח בדעת הטור, דחייב אפי' כשרואה מרחוק, שאפי' רואה את האבידה בשדה, חייב ליטפל ולהביאה לעיר, ואף ברואה מרחוק חייב ליטפל אחריה, ובב"מ לג,א נתנו שיעור ריס אמה, ראיה שיש בה פגיעה, ויליף לה (שמות כג,ד) מכי תפגע, דכתיב לגבי אבידה, ומכי תראה דלגבי פריקה. ולפיכך כתב הטור והמחבר הרואה סתם, דאפי' רואה מרחוק חייב להשיב. ומבואר דלא כסמ"ע.

ובדעת הרמב"ם, אף שפשטות לשונו נראה שעובר בשעת ראיה, ביד המלך (גזילה ואבידה יא,א) כתב דהא דכתב הרמב"ם דהרואה ולא השיב דביטל עשה, אין

כוונתו דעבר על השב תשיבם, רק כוונתו שהוא בטל מלקיימו, אבל מ"מ לא עבר על העשה, דכל זמן שלא בא לידו אינו חל עליו חיוב העשה כלל. (וכיוצא בזה ראיתי בגר"ח בסטנסיל סי' רסח, דקודם שהגביה יש חיוב אקרקפתא דגברא כמו מצות הנחת תפילין, אבל כשבאת לידו יש עליו חיוב ממון להשיבו, ובוה לא מהני יאוש, כיון שהתחייב בהשבה מדין דררא דממונא, אבל בחיוב עשה בלי חיוב ממון, מהני יאוש, עיי"ש). אמנם העיר ביד המלך דלשון הרמב"ם אינו נח בכוונה זו, דשם בה"ב כתב הרמב"ם גם כלשון זה, דאם לקח ולא השיבה בטל מצות עשה, ושם ודאי הכוונה שעבר על העשה ממש, דהא כבר לקח האבדה לידו וחל עליו חיוב השבה, ואם לא השיב ביטל בידים מצות עשה של השב תשיבם, והקשה על לשון הרמב"ם בלשון השוה שנקט בשתי ההלכות, אף שהדין לכאורה שונה. וכתב דאין לומר דבראיה עצמה עובר על עשה, דבה"ז כתב הרמב"ם, דאם המתין ולא הודיע לבעלים ולא נטל הדינר עד שידעו הבעלים שנפל שהרי נתיאשו, ואח"כ נטל הדינר מעל הארץ, אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם. והאין נוכל לומר דכוונתו כאן דאם הניחה ולא נטלה דבטל העשה, היינו דעבר על העשה דהשב תשיבם, והלא לא עדיף כחו בהא דהמתין לה ולא נטלה ולאחר יאוש נטלה ולא החזירה, מאלו הניחה ולא נטלה כלל, ואין נאמר דבהמתין לה ולא נטלה עד אחר יאוש ואז נטלה לו לעצמו אינו עובר אלא בלאו דלא תוכל להתעלם לבד אבל לא בעשה, ובהניחה ולא נטלה כלל יהיה עובר בלאו ועשה, ונשאר בצ"ע. ועיין עוד ביד המלך (גזילה ואבירה יא, יח) לענין כהן הרואה בבית הקברות, דאסור לו לקיים העשה, מחמת עשה ול"ת בטומאת כהן, והרי בשעה שהולך לא מקיים העשה, ולזה הוכיח שאף בשעה שהולך מקיים העשה.

ועיין בנצי"ב בהעמק דבר (דברים כב, ג), דמצאתה משמעו דאתא לידך, ומאידך - רישא דפרשה היא "לא תראה", דתלה הכתוב בראיה, אלא שהזהירה התורה שאם תראה אזי ומצאתה, תקח לידך, ונכלל בזה שאם תקח לידך, והשבתו לו. ומבואר שעצם החיוב של השב תשיבם הוא בנטילה לידו, אבל יש חיוב נוסף של "ומצאתה", שכשאתה רואה תקח לידך, עיי"ש.

ומ"מ לנדו"ד לאמור לעיל לא מצאנו חיוב שחייב למהר ולהשיב, וכשכבר נטלה והוא שומר עליה, לא עובר על איסור או מבטל עשה, ומוכח מהנ"ל לכאורה שאינו עובר ואינו מבטל עשה, כיון שנטלה להשיבה ובדעתו להשיבה, והרי הוא שומר עליה. אמנם אם החפץ עצמו בהעדרותו יהיה לבעלים הפסד, כמו חפץ שצריך למלאכתו ויש חשש שאם לא יחזיר מיד יקנה אחר, הרי שיש חיוב להחזיר מדין מניעת הפסד מחברו, וכדאיתא בב"מ לא, ב: ראה מים ששוטפין ובאין, הרי זה גורר בפניהם. אמר רבא (דברים כב), לכל אבידת אחיך, לרבות אבידת קרקע". והיינו שמחויב להציל חבירו מהפסד, והוא בכלל הריבוי של "לכל אבידת אחיך". אבל באין הפסד לבעלים

בשיהוי, אינו מחויב להשיב במהירות מדין המצוה של השבת אבידה. ונפק"מ שאם החליט להזדרז ולהשיב, והיה בטל ממלאכתו, אינו יכול ליטול שכר כפועל בטל בגין זריזותו.

ג. שיהוי מצוה לא משהינן

ואף דענין של זריזים מקדימים למצוה מצאנו במצוה שהיא תלויה בזמן, שיש להקדים זמנה, וכמו שמצאנו לענין מילה (פסחים ד,א) דכל היום כולו כשר למילה אלא שזריזין מקדימים למצות, שנאמר וישכם אברהם בבקר, וכמש"פ הרמב"ם בהל' מילה א,ח דמצוה להקדים לתחילת היום, דזריזין מקדימין למצוות. דהנה ביבמות לט,ב נחלקו אם ביאת קטן או חליצת גדול, מה עדיף. ושם בגמ' דאם תלה בגדול עד שיבוא ממדינת הים או בקטן עד שיגדיל, לכ"ע אין ממתנים, דשיהוי מצוה לא משהינן. וכן ביבמות מז,ב בגר שקיבל עליו מצוות, דמלין אותו מיד, דשיהוי מצוה לא משהינן. ונפק"מ בין מש"כ בחליצה למש"כ בגר, דהנה בתש' עבודת הגרשוני סי' יב כתב דלא נקרא שהוי מצוה אלא במקום שיש להסתפק שתעבור המצוה, כגון בקטן עד שיגדיל, ובגדול עד שיבא ממדינת הים, דאיכא למיחש שמא ימות הקטן או לא יבא הגדול ממדינת הים, אבל ממדינה למדינה שקרוב הדבר שיבא משהינן. והראה מקורו לתרומת הדשן סי' לה, שכתב; "דדוקא בדראווי להסתפק שתעבור המצוה, אז לא משהינן לה, אבל בשאין ראוי להסתפק לא". ולכאורה מגר מוכח אפי' אין ספק שתעבור המצוה. אלא י"ל דגם בגר יכול לקיים מצוות כל רגע ורגע אחר שמל, ע"כ יפסיד המצוות שיכול לקיים. ולפ"ז גם באבידה יש חשש שאולי אח"כ לא יוכל להחזיר, או תאבד גם ממנו וכד', אא"כ מדובר בדיחוי קטן שלא חיישינן.

ומ"מ שיהוי מצוה לא עדיף מזריזין מקדימין, ואף בזריזין מקדימין דעת המאירי שאינו חייב גמור, שכך כתב ביומא כח,ב: "כל היום כשר למילה, שנאמר וביום השמיני וכו', ומ"מ ראוי לזריזים להקדים בה בשחרית, שלא יראה כמתרשל בה מצד חמלתו על הבן ולאחוז בדרכי האבות, שנאמר עליהם בכיזא בה וישכם אברהם בבוקר". ועיין ברד"ך בית ב,ה שהביא ראיה מחגיגה ז,ב: "נראה שיש כל כך איסור גדול למי שאינו מקדים המצוות בתחלת זמנן כאלו נכתב בתורה, שאם תאמר חייב להקדים מצוה פלונית ואם לא הקדמת אתה עובר איסור תורה...". ועיין בטורי אבן ר"ה ד,ב לענין הא דתנן בחגיגה ט,א: דמי שלא הביא חגיגה ביום טוב הראשון של חג, חוגג את כל הרגל ויום טוב האחרון של חג, דאף דיו"ט אחרון רגל בפני עצמו, הוי תשלומין לראשון, דמשמע מצותו לכתחילה לחוג ביו"ט ראשון, אך אין אסור למאחר אלא זירזו בעלמא הוא מדרבנן משום דזריזין מקדימים למצות, עיי"ש. וע"ע בשבות יעקב חאו"ח סי' ל מש"כ בזה.

ולאור זאת אם מדובר בשיהוי קצר, כיון שאינו אלא זירוז מדרבנן וברי שלא תתבטל המצוה, יכול לעכב קצת. אבל כשמדובר בשיהוי שיש חשש שתתבטל המצוה, חייב להזדרז, דשיהוי מצוה לא משהינן.

עוד סברתי שזירוז בהשבת אבידה, הוא בכלל המצוה של ואהבת לרעל כמוך (ויקרא יט, יח), וכמו שכתב החינוך מצוה מג: "שכלל הכל הוא שיתנהג האדם עם חבירו כמו שיתנהג עם עצמו, לשמור ממונו ולהרחיק ממנו כל נזק ... ועובר עליה ולא נזהר בממון חבירו לשומרו, וכל שכן אם הזיק אותו בממון או צערו בשום דבר לדעת, ביטל עשה זה ...". רק נפק"מ אם מדין שיהוי מצוה או ממצות ואהבת לרעך, אם מצא חפץ שיודע שחבירו לא יחפש אותו כעת ואינו צריך לו כעת, כמו מטריה בקיץ, אין בזה צער לחבירו, שאפשר שאינו יודע בזה כלל ואינו צריך לחפץ זה כעת, ואין בהקדמת ההחזר משום ואהבת לרעך, משא"כ אם מדין שיהוי מצוה שחייב להזדרז, אם יש חשש שתתבטל המצוה.

לאור האמור לעיל, מדיני השבת אבידה אין חובת זירוז, אא"כ יהיה לחבירו הפסד בשיהוי ההשבה, ומ"מ חייב להזדרז בקיום המצוה, דשיהוי מצוה לא משהינן, אם מדובר בשיהוי ארוך, שתתבטל המצוה בעיכוב השבתה. ואם בטל ממלאכה או הוצאה אחרת בגין זריזותו, אינו יכול ליטול שכרו כפועל בטל או הוצאות שנגרמו לו עקב זרוזו בקיום המצוה.

סימן בו

חזרה מצואה

ראשי פרקים

א. קנין הפירות במהיום ולאחר מיתה

ב. אם יכול לחזור

ג. אם במתנה של מהיום ולאחר מיתה צריך קנין

ד. מעמים שיוכל לחזור בו

נדרשתי לענין ראובן שכתב צואה בלשון "את הנ"ל אני מצוה מהיום ולאחר מיתה". ולא היה מוזכר בצואה אפשרות שיכול לחזור בו, ולאחר זמן כתב צואה אחרת. וכן נזכר בצואה ש"הכל נעשה ע"פ החוק וע"פ דיני ישראל באופן היותר מועיל". ולאחר כשנתיים מיום הצואה הראשונה, ערך המצוה צואה אחרת, כדת וכדין של תורה. וטענו המוטבים בצואה הראשונה שהואיל ולא נזכר שיכול לחזור בו, אין תוקף לצואה השניה אלא לצואה הראשונה. ומאידך טוענים המוטבים בצואה השניה, שבצואה הראשונה לא מוזכר כל קנין ואף לא לשון קנין אלא לשון ציווי וירושה.

א. קנין הפירות במהיום ולאחר מיתה

תנן במשנה ב"ב קלו,א: הכותב נכסיו לבניו, צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, דברי רבי יהודה. רבי יוסי אומר אינו צריך. הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב, אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב. מכר האב מכורים עד שימות, מכר הבן אין ללוקח בהן כלום עד שימות האב. דשיטת רבי יוסי שאינו צריך לכתוב מהיום, מבואר בגמ' שם דזמנו של שטר מוכיח עליו. ודעת רבי יהודה, שצריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה, וכמבואר בגמ' שם, דגוף מהיום ופירות לאחר מיתה. והרשב"ם על המשנה, כתב בבאור דברי רבי יהודה, וז"ל:

"בריא שרוצה לישא אשה ואינו רוצה לשעבד נכסיו לאשתו, פן יפסידו בנים שיש לו מאשתו ראשונה, ורוצה לכתוב להם נכסיו לאחר מותו אלא שיאכל פירות בחייו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, דמשמע מהיום יהא קנוי לך הגוף לבדו, ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה, שתאכל גם הפירות לאחר מיתתי, אבל בלא מהיום, לא נתן להם כלום דאין מתנה לאחר מיתה, דבההיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנות.".

משמע שצריך לעשות קנין על הגוף מהיום (וכן נראה מהרשב"ם שם ד"ה זמנו, דכתוב בשטר הוו עלי עדים וקנו ממני וכו', ורק לרבי יוסי לא בעינן מהיום, אבל לעצם הקנין אין חילוק), וחלות קנין הגוף הוא גם מהיום, ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה היינו שגם הפירות יהיו קנויים לו, אבל הגוף קנוי לו מהיום בקנין גמור, ולכאורה בעינן שיעשה קנין לגוף (עיין להלן). ולכאורה איך קונה הפירות לאחר מיתה. דלא משמע ברשב"ם שעושה קנין גם על הפירות, א"כ איך תהיה נגמרת המתנה. ואפשר שמשיר לו האבא את הפירות, דכשנותן גוף, הרי הגוף והפירות למקבל, ורק כשאומר בלשון מהיום ולאחר מיתה מפרשים שמשיר לעצמו את הפירות לימי חייו, וממילא חלות קנין הגוף על הפירות הוא לאחר המיתה. ולפי הסבר זה את הגוף לא שיר כלל לעצמו, ולא יוכל לחזור בו.

וכדברים אלו נמצא בחידושי הגרע"א (ב"ב קל"א). הגרע"א הביא את דברי המרדכי דאין כתובת בנין דכרין גובה מפירות שלאחר מיתה, דאף שלא זכה אלא לאחר מיתה בפירות, מ"מ אינה כירושה, ואין כתובת בנין דכרין גובה מהם. והקשה הגרע"א:

"תמוה לי, הא בלא"ה במהיום ולאחר מיתה שקנה הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, לכאורה אין פירושו דחל קנין הפירות לאחר מיתה, הא אין קנין לאחר מיתה. אלא העיקר דקנה הכל מעכשיו, אלא דשיר הנותר לעצמו הקרקע לפירות שיגדלו כל ימי חייו, א"כ ממילא לגבי הפירות שיגדלו לאחר מיתה בכלל הקנין שקנה מעכשיו, וא"כ פשיטא דאין כתובת בנין דכרין גובה ממנו."

והיינו ששיר לעצמו פירות של כל ימי חייו, אבל כיון שהקנה הגוף מיד, הפירות שלא שיר נגררים מהשתא אחרי הגוף, רק מה ששיר לעצמו, יכול לאכול, אבל מה שלא שיר, זכה המקבל יחד עם הגוף, וממילא אינו צריך זכיה מחדש לאחר מיתה, דכבר זכה במתנה מיד.

אמנם הבית מאיר (הובא ברע"א שם) ס"ל דקנין מהיום ולאחר מיתה אינו שיר אלא קנין שמתחיל היום ונגמר לאחר מיתה, ואינו מפריע מה שנגמר הקנין לאחר מיתה, בשעה שאין המקנה בר הקנאה, דאם החל הקנין בחייו, שוב אינו מזיק מה שנגמר לאחר מיתה. והטעם שסובר שאין כאן שיר, דבשיר היה לו למשיר להניח מקום הפירות, והרי כל הקרקע מקום הפירות, ומה הקנה למקבל. עוד כתב הבית מאיר, דהא דלא מזיק מה שנגמר לאחר מיתה אם התחיל מחיים, היינו לשיטת רש"י בקדושין ס,א שאפשר לפרש כן, משא"כ לתוס' שם (ד"ה כל) דגם אינו יכול להגמר לאחר מיתה, אף שהתחיל מחיים, י"ל דאין הכוונה לגמר מיתה ממש אלא לזמן הסמוך למיתה. ועל דבריו השיב הגרע"א, וז"ל:

"רחוק אצלי לומר דבגמר קנין הוי לאחר מיתה או סמוך למיתה. גם מ"ש מעכ"ת דהענין דמהיום יהיה קנוי לו הגוף לבדו ולאחר מיתה יוגמר לפירות, לא ידעתי, כיון דהגוף קנוי מהיום, באיזה זכות יאכל הנותן הפירות, הא גדלו בשדה של זה. ע"כ דמשייר לנפשו הפירות בענין דלא הוי דבר שלא בא לעולם, דמשייר מקום הפירות. ומה שהכריח מעכ"ת דאם כדברי מה יקנה למפרע משעה ראשונה במה דהשאיר לנפשו ולא הקנה אז, איני יודע התחלה לדברים אלו, דמיד שהקנה לו השדה, קנה הכל, רק דמשייר לעצמו הקרקע לזכות זה לאכול הפירות שגדלו בחייו, וכאלו חזר המקבל ונתן לו זכות זה, ואחר מיתת הנותן דפקע זכות זה, ממילא הכל להמקבל כמו נותן לחבירו קרקע לפירות כל ימי חייו."

הרי דס"ל לגרע"א דהפירות נגזרים אחרי קנין הגוף, להוציא מה ששייר, והיינו פירות לימי חייו, אף ששייר כדיון גם מקום הפירות כדי שלא יהיה שיור בדבר שלא בא לעולם, מ"מ גם מקום הפירות הם רק לימי חייו, וכשפקע זמן השיוור, בא המקבל מכח הקנין הראשון. ועיי"ש עוד שנו"נ הגרע"א והבית מאיר לענין אם מהיום ולאחר מיתה שייר מקום היניקה. ודברים אלה נמצאים גם בתש' רע"א תנינא סי' פח, עיי"ש. וע"ע במש"כ הגרב"ב בברכת שמואל ב"ב סי' סא, עיי"ש.

וכדברים אלה נמצא אגב אורחא במחנה אפרים (שומרים לו) לענין שנים שקנו דבר בשותפות ונשאר הדבר ביד אחד, ונגנב או נאבד ממנו, עיי"ש, דאם אחד השותפים משתמש, תלוי אם אמדינן לדעתו שבשימוש כוונתו להיות שומר גם על חלק חבירו, או רק לשמור את שלו נתכוין. ובתו"ד כתב המחנה אפרים, דע"פ זה היה נראה לומר, דמי שנתן נכסים לחבירו גוף מהיום ופירות לאחר זמן, דאין הנותן נעשה שומר על הנכסים, דמה שהחזיק בנכסים היינו משום דשייר כח לעצמו לאשתמושי בהו ובשלו מחזיק. ולדברי הבית מאיר, ובודאי לקובץ שעורים (להלן), הרי הוא כשותף בקרקע ולא מכח שיוור, אלא שנוצרה מציאות חדשה שיש על הקרקע קנין שהתחיל את פעולתו כעת ולא נגמר, וכן לגרא"ו דלהלן הם שותפים. ומוכח מזה דס"ל למחנה אפרים דמהיום ולאחר מיתה הוי שיוור, וכמש"כ הגרע"א.

אמנם מדברי הגרא"ו בקובץ שעורים (ב"ב תסב) נראה דמהיום ולאחר מיתה, היינו שהקנין נעשה עכשיו, והחלות היא גם עכשיו, כזכות בעצם הקרקע, אף שתתמשש בפועל רק לאחר מיתה, שזה הזכות שיש לו כעת, ובזה אין חסרון של לאחר מיתה, דמצד החסרון שאינו יכול לעשות מעשה קנין ולתת זכויות שיהיו לאחר מיתה, הקנין כבר נעשה, ומצד החסרון שיחול רק לאחר מיתה, כיון שכבר כעת נותן לו בשדה זכות זו של לאחר מיתה, הרי בכח זכות זו חלה עכשיו והיא קיימת, אף שתמומש רק לאחר מיתה כיון שזה הדבר שיש לו בשדה, וז"ל:

"הכוונה שהוא קונה תיכף השדה על זמן שלאחר מיתה. ואינו דומה ללוקח לאחר ל, דהתם בתוך ל אין לו כלום עכשיו, אלא דלאחר ל' תתחדש זכירתו, אבל הכא לאלתר הוא שותף בשדה. דלענין הזמן של עכשיו שייכה לראשון, ולענין הזמן של אחר מיתה, השדה של השני."

והיינו שהמקבל כבר כעת יש לו זכות זו בשדה, שלאחר מיתה תהיה השדה שלו, ולכן אין בזה חסרון של קנין לאחר מיתה, דהן מעשה הקנין והן החלות חלים כעת, ולא שלאחר מיתה קמה ומתחדשת הזכיה כבקנין לאחר ל'. ועיי"ש עוד באות רפא שהביא את מחלוקת הגרע"א והבית מאיר, גם הקשה על הגרע"א איך המקבל מקנה כביכול את הפירות ששייר הנותן לעצמו. וכתב דמ"מ בעיקר מחלוקתם אם הוי שיור או לא, ס"ל שמיד זוכה הלוקח בקרקע לענין הזמן של לאחר מיתה, והזכות של קודם זמן המיתה היא של הנותן, והרי הם כשני שותפים בפירות שחילקו ביניהם את השדה לזמנים.

ועיין ברמ"ה (ב"ב קלה, ב, ס' קעב) דבמהיום ולאחר מיתה, אע"ג דקני גופא מהיום; "לית ליה רשותא לאשתמושי ולא למשלט בגופה ולא בפירא אלא לאחר מיתה". והטעם שאין לו רשות להשתמש בגוף מהיום אף אם קני לו, י"ל כמש"כ הגרא"ו, דאין הגוף קנוי ממש היום, אלא מהיום ניתנה לו הזכות של לאחר מיתה.

ג. אם יכול לחזור

ובגמ' קלה, ב: תנו רבנן, איזה היא דייתיקי, כל שכתוב בה דא תהא למיקם ולהיות. ואיזה היא מתנה, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה (דמשמע הכי, גופה קנוי לך מהיום, ופירי לאחר מיתה, אבל אי לא הוה כתב בה מהיום אינו קונה, דאין מתנה לאחר מיתה, שהרי אין כח לאדם ליתן מקודם לכן דבר שלא יוכל להקנות באותו הזמן שהוא רוצה שתתקיים המתנה, ואחר מיתה היאך יכול אדם ליתן אחרי שמת ונקבר - רשב"ם). אלא מהיום ולאחר מיתה הוא דהויא מתנה, מעכשיו לא הויא מתנה (ומתמיהנן - טעמא דהויא מתנה משום דכתב לאחר מיתה בהדי מהיום, אבל אם כתב מהיום גרידא לא הויא מתנתו מתנה, והלא קל וחומר הוא דהוי מתנה גמורה מעכשיו, שהרי נתן לו גוף ופירות מהיום). אמר אביי הכי קאמר, איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה (פירות אלא לאחר מיתה, דומיא דמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה. ומיהו בהכי עדיפא משכיב מרע, דמתנת שכיב מרע יכול לחזור בו וליתן לאחר כדלקמן, דייתיקי מבטלת דייתיקי, אבל מתנת בריא דמהיום ולאחר מיתה אינו יכול למכור עוד הגוף כל ימי חייו אלא פירות). ומבואר שאף שמקנה לו הגוף

מהיום, אין המקבל זוכה בגוף מהיום אלא לאחר מיתה, ומה דמהני הקנין של הגוף מהיום הוא לענין שאינו יכול לחזור בו. וכן נראה מדברי הרמב"ם זכיה ומתנה יב"ד:

"מתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה, שמשמע דברים אלו שאע"פ שקנה הגוף מהיום, אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה".

ועיין ברב המגיד דדעת הרמב"ם שאינו יכול לחזור בו, ואינה כמתנת שכ"מ שיכול לחזור בו עד שעת מיתה, אלא שדומה לה לענין זמן הזכיה, שאינה זוכה בפירות מעתה. וכן מבואר להדיא בדברי המחבר בשו"ע חו"מ רנ"ו, שאע"פ שקנה הגוף מהיום ואינו יכול לחזור בו, אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה. ולכאורה גם בגוף אינו זוכה אלא לאחר מיתה, דכן משמע הלשון שאינו זוכה בו ואוכל פירות לאחר מיתה (עיין מהרי"ט צהלון ח"א סי' נא).

והתוס' (ב"ב קלה,ב) הקשו משלחי פ"ק דב"מ, דתנן מצא שטרי מתנות לא יחזיר. ומבואר בגמ' (ב"מ י"ט,א) דיש לחוש שמא נתן קודם לאחר, וזכה הראשון, וכעת יחזיר לשני השטר. ובמתנת שכיב מרע אין לחשוש, דיכול לחזור בו. ושם בגמ' מבואר דמיירי במתנה, ומוקי לה בשכ"מ, וצ"ל דהיינו במהיום ולאחר מיתה, ולשיטת הרשב"ם שאינו יכול לחזור בו במתנה זו, מדוע באמר תנו נותנים, הרי יש לחוש שמא יש ראשון שכבר זכה, ואין הנותן יכול לחזור בו. ויתרצו התוס':

"ומפרש רבינו תם, מהיום ולאחר מיתה היינו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, ומיירי כגון שפירש בפירוש מהיום אם לא יחזור עד לאחר מיתה, דמסתמא אם אמר מהיום ולאחר מיתה הוי מהיום קני גופו ולאחר מיתה קני פירות כדמשמע במתני' בסמוך. ואע"ג דנקט הכא כלישנא דלקמן, מכל מקום לא איירי בחד גוונא."

לכאורה מחלוקת הרשב"ם והתוס' היא באוקימתא, אבל למעשה גם התוס' מודים דמהיום ולאחר מיתה, קונה גוף מהיום, ואין הנותן יכול לחזור בו, ורק באמר להדיא אם לא אחזור בי, יכול לחזור בו מנתינת הגוף. וכן מבואר ברב המגיד זכיה ומתנה יב"ד; "ויש מי שפירשה שהוא כמתנת שכיב מרע ממש שיכול לחזור בו עד שעת מיתה. ומכל מקום ודאי אין בכלל לשון מהיום ולאחר מיתה שיוכל לחזור בו אלא כשביאר כן בפירוש מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה. ולענין הדין אין בין הפירושין הללו כלום". ובתוס' רי"ד (ב"ב קלה,ב) הביא את קושיית ותרץ ר"ת, וז"ל:

"לפיכך פירש ר"ת דכל היכא דכתב מהיום ולאח' מיתה, משמע מהיום תתחיל לקנות ולא תגמור המתנה אלא לאחר מיתה. והשתא קאי האי פירושא

דהכא שפיר. אי זו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ דלא קניא אלא לאחר מיתה וגם יכול לחזור בו, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, אבל ברייתא דאוקמינא התם בבריא, יש לפרש דבשטר מתנה שאין כתוב בו מהיום ולאחר מיתה מיירי, דכה"ג בריא לא מצי למיהדר ביה. והא דאמרינן לקמן הכותב נכסיו לבנו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, ומפרש בגמרא דגופא קני מהיום ופירא לאחר מיתה היינו כשלא חזר, אבל אי בעי למיהדר ביה, ודאי מצי מהדר ביה. ואינם נ"ל דבריו כלל לעקור יסודות עולם משום פירכי דמיפרקי שפיר, וקורא אני עליו הבל הבלים אמר קהלת, דבכולה תלמודא קיי"ל דכל האומר מהיום או מעכשיו קנה למפרע, ואי בעי למיהדר ביה קודם שימות אינו יכול, בין לגבי גט בין לגבי קידושין, אי אמר מהיום ולאחר שלשים יום, לא מציא' הדרא ביה. וכן לגבי מתנה ... והאי דקאמרינן איזו הוא מתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ, כבר פי' דלא קניא אלא לאחר מיתה, דאלמא דלא מדמי לה למתנת שכ"מ אלא בהא מילתא בלחוד, אבל לענין מיהדר ביה, האי כי דיניה והאי כי דיניה.

מבואר בתוס' רי"ד שלמד בדעת ר"ת שכל האומר מהיום ולאחר מיתה הרי הוא כאומר מהיום אם לא אחזור בי, ממש כמתנת שכיב מרע, ויכול לחזור בו גם בלא התנה במפורש. וחלק עליו התוס' רי"ד וס"ל דאינו יכול לחזור בו. אמנם כדבריו בתוס' מצאנו גם ברמב"ן בסוגיא בשם ר"ת, וז"ל:

"לפיכך פירש ר"ת ז"ל מהיום ולאחר מיתה שיהא כח בידי לחזור עד לאחר מיתה, ולא מקני ליה מידי מחיים, אבל כי מיית קני כולה, גופא ופירא. ולהאי פירושא לא קשיא ליה ההיא סוגיא דהתם, דאיכא למימר להכי לא אקשי אידי ואידי מתנות קתני, דאיכא לאוקמה כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה. והרב אב"ד ז"ל פירשה כן. ובודאי אם אמר לו מהיום ולאחר מיתה קני אם לא אחזור בי, שהדין כך הוא, אבל שטרא דכתיב ביה סתם מהיום ולאחר מיתה, לא מצי למהדר ביה, והכא בדפריש."

וכן מפורש בדברי הרשב"א בסוגיא: "כתוב מהיום תהיה מתנה אם לא אחזור מכאן עד לאחר מיתה, ולא למימר שאם כתוב מהיום ולאחר מיתה שנפרש אותו כן ...". וכן בדברי הריטב"א בסוגיא: "ור"ת ז"ל מפרש שהיא כמתנת שכיב מרע לגמרי, ויכול לחזור בה מחיים כל שכתוב בה מהיום תהא מתנה כל זמן שלא אחזור בי עד לאחר מיתה. והדין אמת, אבל אין הלשון הולמו לפירוש זה". הרי שמחלק בין אם מפרש אם לא אחזור בי, שהיא כמתנת שכ"מ, לבין אם אמר סתם מהיום ולאחר מיתה, שאינו יכול לחזור בו מהגוף, ורק לענין הפירות היא כמתנת שכיב מרע. (וע"ע

במהריב"ל ח"ב סי' לו). ולכאורה גם לענין הפירות אינה כמתנת שכ"מ לגמרי שיכול לחזור בו, דאינו יכול לחזור בו לכאורה מפירות של לאחר מיתה, שהם נגררים מהגוף, ורק פירות דמחיים שייר לעצמו. וע"כ גם הפירות לא דמי לכאורה בזה למתנת שכיב מרע.

אמנם מדברי המאירי ב"מ יט,א מבואר דיש מפרשים הסוברים שמתנה של מהיום ולאחר מיתה, שהיא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע, שתהיה דינה כמו מתנת שכיב מרע שיוכל לחזור, וא"כ פירש בדברי התוס' שאינו צריך התניה מפורשת שיכול לחזור אלא בכל ענין יכול לחזור, וז"ל:

"ויש מפרשים בכאן איזו היא מתנת בריא שהיא כשכיב מרע לענין חזרה, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, ר"ל מהיום תהא מתנתי מתנה אם לא חזרתי בה עד לאחר מיתה, אבל כל זמן שארצה לחזור אחזור אף מגוף המתנה. ולא סוף דבר שאמרוה לענין ביאור הסוגיא אלא אף לענין פסק, רבים כתבוה כן, ומכח סוגיא זו. שאם תאמר במתנת בריא במהיום ולאחר מיתה שאינו יכול לחזור, כשדקדק עליו הא אמר תנו נותנין, ואקשינהו מבריתא דמצא דיאתיקאות, היה לו להקשות בפירוש מה שמקשה, ליחוש דילמא כתבה מעיקרא להאי וכו'. ועוד, היאך מתרץ מתני' בשכיב מרע והא מתנות מיהא בבריא הוא, ושאלו תאמר שיכול לחזור, אין כאן קושיא, שהרי לענין זה דינו כשכיב מרע, אלא למה שאתה אומר שאינו יכול לחזור היאך העמידה בשכיב מרע, והרי מתנות קתני. ומכאן למדו רבים שמתנת בריא במהיום ולאחר מיתה יכול לחזור, ונתישבה הסוגיא יפה, שהרי מתנה זו כמתנת שכיב מרע היא ויכול לחזור, וא"כ אמר לו בפירוש קני גופא מהיום ופירא לאחר מיתה."

והראיה היא של ר"ת ממצא שטרי מתנות וכנ"ל, שאם אמר מהיום ולאחר מיתה, יכול לחזור, שהיא כמתנת שכיב מרע, ואם אמר קני גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, אינו יכול לחזור, והיא מתנת בריא שיש בה שני ענינים. אולם דעת המאירי עצמו שבכל ענין אינו יכול לחזור. כך כתב שם בסוגיא ב"מ יט, וכן להדיא בב"ק פח, ב :

"הכותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה, ר"ל שיקנה לו הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה, כך צריך לפרש, לפי מה שכתבו גדולי הדורות בראשון של מציעא שסוברין שאף בשטר שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה, אם רצה לחזור חזר עד שיזכיר שם גופא קני מהיום ופירא לאמר מיתה. ולדעתנו אינו צריך שאף במהיום ולאחר מיתה אינו יכול לחזור. ולענין הדין מיהא מר כדאית ליה ומר כדאית ליה. האב אינו יכול למכור מכירה מוחלטת לעולם, שהרי גוף

הנכסים של בן ואין לאב בהן אלא קנין פירות, והבן אינו יכול למכור עד שיעמידם ביד הלוקח מעכשיו, שהרי הן ברשות האב ויש לו בהן קנין פירות כל ימי חייו. מעתה מכרן האב מכירתו מכירה לענין מה שיש לו בה והוא קנין פירות..."

וכן כתב להדיא בחדושו ב"ב קלה,ב. ועיי"ש גם בב"מ איך ישב קושיות הראשונים מהחזר שטר מתנה. [ולכאורה מה שהגוף נקנה מהיום קנין גמור, והרי לא אמר להדיא שרוצה הגוף מהיום, אלא דכך היא משמעות דבריו של מהיום ולאחר מיתה, או שכך אנו אומדים דעתו ומפרשים דבריו, שרוצה שהגוף יהיה מהיום. דכך כתבו התוס' ביבמות צג,א סד"ה קנויה דשמא במהיום ולאחר מיתה משמע טפי שרוצה להקנות גוף מהיום. ומסתברא דכיון דאמר לאחר מיתה, דלהברית נכסים משאר יורשים קאתי ומקני ליה לגוף מהשתא. והיינו דאמדינן לדעתיה שרוצה להברית נכסים משאר יורשים, וע"כ ודאי נעשה באופן המועיל. ולכאורה לפ"ז מדוע לא יוכל לחזור בו כבמברחת. אלא שקשה לאמוד, וחכמים אמרו בזה שאין כוונתו שיוכל לחזור בו.]

והאחרונים הקשו סתירה בדברי הרשב"ם. דבב"ב קלה,ב (הנ"ל) מבואר ברשב"ם דאם נתן במתנת מהיום ולאחר מיתה, אינו יכול לחזור בו ולתת לאחר, דלא כבמתנת שכיב מרע, ואילו בב"ב קלז,א מבואר בדברי הרשב"ם שיכול לחזור בו. דבנכסי לך ואחריך לפלוני, קיי"ל כרשב"ג דאין לשני אלא מה ששייר ראשון. ואיתא בגמ' אמר רבי יוחנן, הלכה כרשב"ג, ומודה רשב"ג שאם נתנם במתנת שכיב מרע, שהשני מוציא מהראשון. ופירש רשב"ם, וז"ל:

"אע"ג דאמר אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אם נתנו אותו ראשון במתנת שכיב מרע, כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה, לא אמר כלום והשני מוציא. אי נמי כשהיה שכיב מרע נתנה, דשתי מתנות הללו שוות כדאמרן לעיל איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע כו'."

לתרוץ הראשון מיירי שנתן הראשון במתנה של מהיום ולאחר מיתה, אף שנתנו לאחר וקיי"ל שאין לשני אלא מה ששייר ראשון, יכול השני להוציא הכל, מהטעם לכאורה שאין זה כמתנה מעכשיו מתנה גמורה אלא כמתנת שכיב מרע שיכול הנותן לחזור, ולכן לא חשיב שמכר הראשון, וקמ"ל שמתנה דמהיום ולאחר מיתה אינה מתנה גמורה, ופועל יוצא שיכול לחזור בו עד מיתה דומיא דמתנת שכ"מ. וזה סותר למש"כ בדף קלה,ב וכן"ל. וכפרוש רשב"ם פירש גם הנימוק"י ב"ב סג,א בעמוה"ר; "אם נתנם הראשון מתנת בריא כדרך מתנת שכיב מרע, דהיינו במהיום ולאחר מיתה, או במתנת שכ"מ לא עשה ולא כלום ולעולם יהיו לשני". מבואר דבמתנה של מהיום ולאחר מיתה, יכול לחזור ולתת לאחר. סתירה זו בדברי הרשב"ם ונשאר בצ"ע, דרק

לדעת התוס' יכול לחזור בו ולא לדעת הרשב"ם, וא"כ מדוע זכה השני ויכול להוציא מהראשון. ועין שם בנתיבות רמח"ט שכתב דהוא תמוה באמת. גם הגרע"א (בחדשות סי' נח) הקשה כן, וכתב שרצה לישב דהשני מוציא היינו את הפירות ולא את הגוף, אך הזכיר את דבריו בתש' (הובאו לעיל) שגם הפירות קנה מיד, ורק שייר פירות של כל ימי חייו, וא"כ לא יוכל הנותן לחזור בו. ועיין בדברי משפט רנ"ו שכתב לחלק אם אמר מהיום ולאחר מיתה והיה קנין, דאינו יכול לחזור בו, לבין אם לא היה קנין, דאז מה שנתן מהיום הוא רק שהנותן לא יוכל לחפור בגוף הקרקע בורות שיחין ומערות. וע"כ בקלה"ב מיירי הרשב"ם שנתן בקנין, לכן אינו יכול לחזור בו, משא"כ בקלזא, מדובר בנתן במתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ, ובלא קנין, ולכן יכול לחזור בו.

ועיין במש"כ הנצי"ב בהעמק שאלה לגג, דשיטת הרשב"ם שאה"נ דבמהיום ולאחר מיתה לא יכול לחזור בו, אלא שמתנה זו חלה רק לאחר מיתה ולא קודם. דזו שיטת הרשב"ם, שיכולה להיות מתנת בריא שאינו יכול לחזור, אך אינה קונה אלא לאחר מיתת הנותן. לכן בנכסי לך ואחריך לפלוני, והראשון נותן במהיום ולאחר מיתה, אף שאינו יכול לחזור בו, כיון עדיין לא חל, ורק לאחר מיתת הראשון יחול, כבר קדמו אחריו. עיי"ש שהביא ראייה מדברי הרשב"ם בכ"ב קיג"ב לענין שלשה שנכנסו לבקר את החולה. וע"ע באור שמח זכיה ומתנה ט"ג דמה שזוכה אחריו ולא המקבל מהראשון כשנתן לו במתנת שכ"מ או במהיום ולאחר מיתה, כיון שמתנת שכ"מ אינה חלה אלא לאחר מיתה. וא"כ אין בדברי הרשב"ם בכ"ב קלזא, כדי ללמד שיכול לחזור בו, דמה שזכה אחריו הוא מפני דקדים למקבל בזמן חלות המתנה.

לאמור לעיל אם כתב בצוואה מהיום ולאחר מיתה, ולא הזכיר ענין החזרה, אינו יכול לחזור בו לדעת רוב הראשונים, הן לרשב"ם והן לתוס'. ואף שמצאנו מיעוט פוסקים שיכול לחזור בו לדעת ר"ת גם אם לא הזכיר במפורש לשון חזרה, מ"מ אין המוטבים בשניה מוחזקים שיוכלו לטעון קים לי, מה עוד שזו טענת קים לי נגד מה שפסק המחבר בשו"ע חו"מ רנ"ו, וכיון דדעת המחבר דאינו יכול לחזור בו בנותן מהיום ולאחר מיתה, והרמ"א והנו"כ לא הגיהו עליו, אין המוחזק יכול לטעון קים לי, 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 חזרה."

ועיין בנתיבות (כללי תפיסה כלל כ) שהביא את דעת החוות יאיר הנ"ל. וע"ע בש"ך בתוקפו כהן (סי' עד), וז"ל: "וכבר נהגינו שלא להיות נגד מהרמ"א במקום

שאינן ראייה ברורה לסתור דבריו, עיי"ש, וכן היא דעת התומים בקיצור תוקפו כהן (עיינן דף מחב, בדפוסים שלנו). וע"כ בנדוד"ד לכאורה אינו יכול לחזור בו ויש לקיים צוואה ראשונה.

ג. אם במתנה של מהיום ולאחר מיתה צריך קנין

הובאו לעיל דברי הרשב"ם ב"ב קל"א, ד"ה זמנו, דנראה מדבריו שצריכה מתנה של מהיום ולאחר מיתה קנין, דלרבי יוסי דזמנו של שטר מוכיח עליו, אין צריך לכתוב מהיום, אבל בעינן לכתוב שקנו מידו; "שכתב בתחלתו בכך וכך בשבת אמר לנו פלוני הו"ו עלי עדים וקנו ממני לפלוני בני לאחר מיתתי". וכן מבואר גם בנימוק"י (ב"ב ע"א, בעמוה"ר, ועיינן בסוגיא ב"ב קנב,א), וז"ל:

"ומיהו הא דאמרינן דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין ולא בעי קנין, היינו היכא דלא כתב בשטר מהיום, אבל אי כתב בה מהיום או מהיום ולאחר מיתה בעי קנין, דכל שמחיים מקנה, לא קנה בדיבור ולא אמרינן דסימנא לחיים קאמר, וזה ברור בעיני המפרשים ז"ל."

וכן הוא ברמב"ן ב"ב קנב,א בסוף העמ'; "ונקטינן מתנת שכיב מרע שכתוב בה מהיום צריכה קנין כמתנת בריא ולא קניא אלא בקנין, ואפי' כתוב בה מהיום ולאחר מיתה ...". וכך למד מהר"מ פאדווה בתש' סי' נב, דאף אם כתוב מהיום לרבי יהודה, או זמנו של שטר מוכיח עליו לרבי יוסי, מ"מ צריך קנין, וללא קנין לא מהני, דרק בשכיב מרע מהני המתנה בדברים, וז"ל:

"ולא יטעה המעיין לומר מאחר שכתוב הזמן בצוואה זו, הרי היא כאלו נכתב בה מהיום, דהלכה כרבי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו. גם טענה זו אין בה ממש, דבין שיהיה כתוב מהיום כרבי יהודה או זמנו של שטר מוכיח כרבי יוסי, מ"מ צריך שיהיה עמו קנין, ולא יועילו הדברים בבריא. דדוקא בשכ"מ תקנת חכמים היא כדי שלא תטרף דעתו עליו כרב נחמן פרק מי שמת, וכן מוכח כולהו שמעתתא. וז"ל רשב"ם שם; זמנו של שטר שכתוב בתחלתו בכך וכך בשבת אמר לנו הו"ו עלי עדים וקנו ממני לפלוני בני לאחר מיתתי, ע"כ. הרי שכתב בהדיא שאף על פי שמצווה על אחר מיתה וכתב זמן, אפי' הכי צריך קנין. וכן אחר כך כשבא רשב"ם לתרץ הא דפרק המגרש אתקין רב בגיטין מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדברי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו, אמר וז"ל; אית לן למימר לגבי גט אשה הואיל ואין בו זכר קנין, משום הכי הוא דאתקין לרווחא דמילתא משום חומרא דעריות, אבל גבי ממונא דר' יוסי י"ל כי לא אמר רב הלכה כר' יוסי אלא בשטר שיש בו קנין.

והענין מובן. אף על פי שהלשון מוטעה קצת. ושוב אח"כ במילתא דר' יודא בגמרא (ב"ב קלו,א) בעי מיניה רבא מרב נחמן, בהקנאה מהו, פי' רשב"ם וז"ל; בהקנאה מהו בשטר שכתוב בו קנין, מי פליג רבי יהודה ומצריך לכתוב מהיום, ומשום הכי קמבעא לי דאיכא למימר בשטר מתנה בלא קנין פליגי, כגון שכתוב שדי נתונה לך לאחר מיתה ומסר לו את השטר, כדקיימא לן דקרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה, עכ"ל. וכל היודע ומבין בצורתא דשמעתתא יראה בשכלו אמתת כוונת רשב"ם, שאף אם נאמר שפליג בלא הקנאה, כפי הבעיא וכפי המסקנא, מ"מ לא יועילו דברים רק עסקים של קנין, כגון שדי נתונה לך דלישנא זו קנין של שטר הוא."

וכן מבואר במהריב"ל ח"ב סי' לו דהבריא אינו יכול לתת מנכסיו לאחר מותו אם לא שיאמר מהיום ולאחר מיתה, דמשמע מהיום גוף ולאחר מיתה הפירות, או שיאמר מהיום אם לא אחזור בי כל ימי חיי, ונמצא שאין המתנה מתקיימת בידו עד לאחר מיתה וצריך קנין, וזוכה בהם לגמרי לאחר מיתה מהיום, אבל כשלא אמר מהיום, אין במתנת בריא לאחר מיתה כלום, לא שנא בקנין ולא שנא בלא קנין. ומבואר דבלא קנין אינו זוכה במתנה של מהיום ולאחר מיתה. ועיי"ש בהמשך דבריו, דאף על הצד שלאחר מיתה זוכה בלא קנין, מ"מ מהיום ודאי אינו זוכה בלא קנין. וע"ע בתש' לחם רב (לבעל הלח"מ – סי' רא) לפסוק כדעת הראשונים דבמהיום ולאחר מיתה בעי קנין אפי' במתנת שכיב מרע (עיי' בזה ברמ"א שו"ע חו"מ רנ"ט). וכן כתב הסמ"ע רנז"א, על דברי המחבר שם דמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת שכיב מרע; "פירוש, כשעשה קנין סודר על מתנתו כדין מתנת בריא". לפ"ז בנדר"ד שלא נזכר בשטר הצוהה הראשונה קנין, הרי המתנה שנתן מהיום בטלה, ואף חזרה אינה צריכה.

ד. טעמים שיוכל לחזור בו

אמנם כבר דנתי בח"ד סי' ז לענין אם לא נכתב קנין ורק נזכר שהכל נעשה באופן המועיל, דלכאורה סגי בזה ואין צריך יותר, ועל זה אנו מסתמכים בצואות רבות. ואביא את עיקרי הדברים. התוס' בכתובות ר"פ אע"פ (נדב, ד"ה אע"פ) כתב דמי שהודה שיש לו נכסים, אע"פ שאין אנו יודעים, מ"מ הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ומטעם זה אומר ר"ת שכותבין בהרשאות שמקנה לו ד אמות בחצרו, אע"פ שאנו יודעים שאין לו קרקע, "כיון דמודה שיש לו, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". וכן כתבו התוס' בב"ק קד"ב ד"ה אגב, וכן בתוס' ב"ב מד"ב, ד"ה דלא, וכן כתב הרא"ש בתש' לו"ח. ועיי' קצוה"ח קיג"ב. והמחבר בשו"ע חו"מ סו, כתב בענין מי שהקנה לחבירו וטוען שלא היה לו מה שהקנה בשעת הקנין והוי דבר

שלא בא לעולם, דאם אין הדבר ידוע אם היו ברשותו, על התובע להביא ראיה. וכתב על זה הרמ"א, וז"ל:

"אבל רבים חולקים על זה וס"ל דכל האומר נתתי לפלוני כו"כ, הוי הודאת בעל דין וכמאה עדים דמי ואין מדקדקים כיצד נתן, דמאחר שהודה, אמרינן דודאי נתן באופן המועיל וקנה מקבל המתנה."

ומקור דברי הרמ"א הם מהתוס' והרא"ש הנ"ל. הרי שכל שמודה שנתן באופן המועיל, אין מדקדקים, ואפילו ידעינן שלא נתן באופן המועיל, כיון שהודה מהני, וכמש"כ התוס' לענין ד אמות בחצרו. ובמרדכי ב"ב (סי' תריז) דן בשטר שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי, והביא תשובת רבינו ברוך, שהובאו להלכה ברמ"א חו"מ ריב"א, ; "שטר שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי, רק כתוב בו שנתן לו כח ליקח הפירות כתיקון חכמים, הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים, ויש לפרש שנתן לו באופן המועיל."

ונראה דלראשונים הנ"ל אם כותב בצואה שנתן באופן המועיל ע"פ דין תורה (או מעין זה), הרי הודה שהקנה לו באופן המועיל. ורק אם כותב באופן המועיל סתם, אפשר לפרש בנותן לו באופן המועיל ע"פ החוק, שהרי כל הצואה ע"פ החוק, ואין כאן הודאת בעל דין. משא"כ אם במפורש מזכיר דין תורה או הלכה יהודית וכד', הרי הוא שנתן באופן המועיל. ועיין במשפט שלום (ריב"א ד"ה ועיין בקה"י) דדוקא אם חסר בשטר לשון הקנאה, מהני מה שכתב שנעשה באופן המועיל, אולם כשיש לשון הקנאה שאינה מועילה, לא מהני לשון זה לתקנה.

והנה בנדו"ד כתב ש"הכל נעשה ע"פ החוק וע"פ דיני ישראל באופן היותר מועיל", וא"כ מה שכתב שנעשה בדיני ישראל באופן היותר מועיל, לכאורה לראשונים הנ"ל הוי הודאת בעל דין שהיה כאן קנין. אלא שכך בזה גם את ענין החוק, שהצואה נעשתה גם ע"פ החוק באופן היותר מועיל, וצואה ע"פ חוק אינה מועילה אא"כ יכול לחזור בו. שהרי כך הוא סע' 27 (ב) לחוק הירושה התשכ"ה 1965: "הוראת צוואה השוללת או מגבילה את זכות המצווה לשנות את הצוואה או לבטלה – בטלה". וא"כ בדבריו אלה שכוונתו לעשות את הצואה באופן המועיל ע"פ החוק, הרי התנה את זכות החזרה, וכן נראה בנדו"ד.

בפרט שבמתנה אמרינן דברים שבלב הוי דברים, עיין שלטי גבורים (כתובות נו,א בעמחה"ר), תוס' רי"ד קדושין נט,א, וכמו שפסק הרמ"א חו"מ רז,ד, וכתבתי בענין זה בכמה מקומות ואכמ"ל. וברור שמי שעושה צואה, בפרט באינו ת"ח, לשונות הצואה מוכתבים ע"י עורך הצואה, ואף שאינו יכול לומר לא הבנתי, כמש"כ הרמב"ן

(בתש' המיוחסות סי' עז) והרשב"א (ח"א תרכט), הובאו דבריהם להלכה בחו"מ מה"ג, סא"ג, ובאהע"ז סו"ג, עיין מה שכתבתי בח"א סי' א, מ"מ ככל שמדובר במתנה אמדינן לדעתיה, ובודאי כוונתו היתה לתת עם אפשרות חזרה מהצואה, שאל"כ היה מעביר בעלות באופן מוחלט בחוזה רגיל ולא בשטר צואה. וכ"ע ידעי שבדר"כ יכול לחזור בו מצואה, ואומדן דעת במתנה זו שהתכוין לחזור בו, הגם שאין הדבר כתוב להדיא.

אמנם מה שרצו לטעון הזוכים בצואה השניה, שהזוכים בראשונה לא זכו מפני ששטר הצואה נשאר ביד המצוה, לכאורה זה אינו, דהזכיה אינה מותנית שיגיע השטר ליד הזוכה, כן נמצא להדיא בריטב"א בתש' סי' קסד, וז"ל:

"... דעל מתנת בריא שהיא בקנין מהיום לגמרי, או אפי' מהיום ולאחר מיתה ולא היה שום תנאי בגופו של קנין או בגופה של מתנה, משעת קנין נגמרה המתנה, ואין הגעת השטר מעכב כלום בגופה של זכיה, ואפי' לא הגיע לידם מעולם או אפי' נשאר השטר בידו של נותן ולא הגיע לידם אלא לאחר זמן או לאחר מיתה, שאין השטר אלא לראיה בעלמא."

דבשטר שיש בו קנין זוכה מיד, ומזה הטעם כותבים שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עימו, ולא חיישינן למוקדם, שתהיה חלות המכירה רק לאחר הגעת השטר ליד הקונה, לאחר זמן, והוי מוקדם. ומדלא חששו, קמ"ל שאם בשטר יש קנין, אין צריך השטר לבוא ליד הזוכה. והביא דכן דעת כל הראשונים, דלא כרי"ף בתש' (להלן), ואף לרי"ף לכשיגיע השטר לידו, זוכה למפרע. ורק בשטר קנין פסק ברמב"ם בהל' מכירה א"ז, ובשו"ע חו"מ קצא, דבעינן שיגיע השטר לידו, אבל בשטר ראייה, אין צריך שהשטר יגיע לידו. ולכאורה שטר צואה זו כשטר ראייה, ובדר"כ שטרי צואה הם שטר ראייה בלבד, והקנין שנעשה אינו בשטר, בפרט שיש שם גם כספים ומטלטלין. ועיין ברמב"ם זכיה ומתנה ט, כד לענין מי שמת ונמצאה דייתקי קשורה על ירכו, וברב המגיד שם כתב על דברי הרמב"ם; "אלמא דבמתנת בריא בקנין לא בעינן מטא שטרא לידיה, וכמ"ש פי"ח מהל' גזילה כדעת קצת המפרשים ז"ל". ועיי"ש בכס"מ שם שהביא את הנימוק"י ב"מ ו,א בעמוה"ר לענין אם בעינן מטא שטרא לידיה, ושהריב"ש הסכים עם פירוש המגיד. וז"ל הנימוק"י ב"מ (ו,א בעמוה"ר):

"וכתב ר"ח ז"ל דאע"ג דאמרינן דבשטרי אקנייתא אע"פ שלא לזה קנה, הני מילי היכא דמטא שטרא לידיה אבל היכא דלא מטא שטרא לידיה דמלוה לא, וכן דעת הרי"ף ז"ל בתשובה, והביא ראייה מדתנן בפרק יש נוחלין (קלה"ב) נמצאת דייתקי חגורה לו על ירכו לא עשה ולא כלום, ומי לא עסקינן אפילו כתוב בה קנין, וכן דעת הרמב"ם ז"ל דההיא אפילו בקנין הוא,

שכך כתב בפ"ט מהלכות זכיה ומתנה. אבל רש"י וה"ר יוסף הלוי והרמב"ן והרשב"א ז"ל והרבה מן האחרונים ז"ל כתבו דאע"ג דלא מטא לידיה דמלוה קנה, וכן הוכיחו מתוך דקדוק הלכה אלא שאין כאן מקום להאריך."

וכאמור בנדו"ד שהוא שטר ראיה, ודאי אין צריך שיגיע השטר לידו. והנה ראיתי בתש' מצל מאש (למהר"י אלפנדרי סי' כג) שנשאל בראובן שנתן מתנה לשמעון בקנין בגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, וכתב השטר כהוגן וכתיקון חז"ל, אך לא הודיע לשמעון הזוכה כלום, והשטר עדיין ביד ראובן כתוב וחתום ומקום (ובנדון שם שמעון גר באותו בית), ורוצה הנותן לחזור בו מהמתנה. והשיב מהר"י אלפנדרי דיכול הנותן לומר קים לי כדעת הר"ח ורי"ף דאם לא מטי שטר ליד זוכה, לא זכה המקבל, ואף שהוא יושב בבית, חזקה זו אינה כלום, עיי"ש. וכן יכול לחזור בו מחמת שלא נעשה הקנין בפני המקבל. ואף שהתוס' והרא"ש פ"ק דקדושין (כו,ב ד"ה ה"ג) דחו סברא זו, מ"מ יוכל המוחזק לומר קים לי כמאן דס"ל דלא מהני שלא בפניו. אלא שהסתפק אם אפשר לומר קים לי נגד מנהג, כמו שלא אומרים מיגו נגד מנהג, ומנהג העולם ומעשים בכל יום דקונין שלא בפני המקבל.

עוד הסתפק מהר"י אלפנדרי, דעד כאן לא אמרין דאף שלא בפניו מהני אלא דוקא כשידע בדבר ונתרצה קודם שיחזור בו הנותן, אלא שהיה קנין שלא בפניו, אבל אם לא ידע כלל לא קודם הקנין ולא אח"כ, כל עוד שאינו יודע, יכול לחזור בו הנותן, דכיון שהמקבל יכול לומר שאינו רוצה (עיי' ב"ב קלז,ב – קלח,א, ובשו"ע חו"מ סו"ס רמה), א"כ גם הנותן יכול לחזור בו. וא"כ דברי מהר"י אלפנדרי הם סניף נוסף למש"כ לעיל שיוכל לחזור בו.

לאור האמור לעיל שיכל המצוה לחזור בו מהצוה הראשונה, יש לקיים את הצוה השניה ולבטל הראשונה.

סימן כו

דין ראוי, בצואה של מהיום ולאחר מיתה

ראשי פרקים

א. מקור הדין והלימוד מהפסוקים שאין הבעל יורש בראוי

ב. מוחזק מהיום

ג. כשעדיין לא נבחה

בהמשך למש"כ (בסי' כו) בדין חזרה מצואה, נשאלתי באשה שכתבה צואה באופן של מהיום ולאחר מיתה, ואחת מהמוטבות בצואה היא בתה. ובין כתיבת הצואה למיתת האמא, נפטרה הבת. והשאלה אם בעלה של הבת יורש את חלק אשתו ז"ל בעזבון אמא, אם חשיב כראוי, או כיון שצואה זו היא "מהיום ולאחר מיתה", הרי זכה בעזבון בזמן כתיבת הצואה, ואינה בבחינת ראוי. ואף שלכאורה הדין מפורש בדברי המרדכי ר"פ יש נחלין (ב"ב תקעה), הביאו הרמ"א אהע"ז צ"א, מ"מ לכאורה יש לדון האידנא שמשאירים פתח לחזרה, ובדר"כ, וכן הוא בנדו"ד, נכתב להדיא בצואה שיכול המצוה לחזור בו.

א. מקור הדין והלימוד מהפסוקים שאין הבעל יורש בראוי

למש"כ בסי' כו מבואר דדעת הגרע"א בחידושיו לב"ב קלו"א, דהעיקר דקנה הכל מעכשיו, אלא דשייר הנותן לעצמו הקרקע לפירות שיגדלו כל ימי חייו, א"כ ממילא לגבי הפירות שיגדלו לאחר מיתה בכלל הקנין שקנה מעכשיו. יוצא דלדעת הגרע"א הוי הגוף קנוי ממש מעכשיו, ולפ"ז לכאורה אינו ראוי, אם קבלה אשתו בצואה של מהיום ולאחר מיתה. וכן נראה מדעת המחנה אפרים (שומרים לו). אמנם הבית מאיר (הובא ברע"א שם) ס"ל דקנין מהיום ולאחר מיתה אינו שויר אלא קנין שמתחיל היום ונגמר לאחר מיתה, ואינו מפריע מה שנגמר הקנין לאחר מיתה, בשעה שאין המקנה בר הקנאה, דאם החל הקנין בחייו, שוב אינו מזיק מה שנגמר לאחר מיתה. ולפ"ז כיון שהקנין עוד לא נגמר בחיי אשתו, לכאורה הירושה שקבלה במהיום ולאחר מיתה הוי ראוי ולא מוחזק. וכן לדעת הגר"א"ו בקובץ שעורים (ב"ב תסב) לכאורה הוי ראוי, למש"כ בהסבר דין מהיום ולאחר מיתה שהוא רק זכות היום שיש לו לאחר מיתה, עיי"ש. ולפ"ז נדו"ד תלוי בהסבר האחרונים בגדר מתנה של מהיום ולאחר מיתה, דלגרע"א הוי קנין מהיום, וע"כ לא הוי ראוי. ולבית מאיר לא הסתיים

הקנין עד לאחר מיתה, והרי זה ראוי. וכן להסבר הגרא"ו שיש לו היום את הזכות של לאחר מיתה.

ולכאורה בנדון דידן כיון שהמצוה יכולה לחזור בה, לכאורה כבר אינו בבחינת מצוי בידו והוי ראוי. ולבאר ענין ראוי, דהנה תנן במשנה בכורות נא, ב – נב, א דאין הבכור נוטל שני חלקים אלא במוחזק ולא בראוי. ושם בגמ' יליף מכל אשר ימצא לו. וכן הוא בב"ב קכה, ב: אמר רב פפא, הלכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק.

ואיתא בב"ב קיג, א: א"ר אבהו אמר ר' יוחנן אמר רבי ינאי אמר רבי, ומטו בה משמיה דרבי יהושע בן קרחה, מנין לבעל שאינו נוטל בראוי (כגון שמתה אשתו ואח"כ מת אביה, דנחלה זו ראויה לה אילו היתה קיימת, מנין שלא יירש אלא קרוביה מצד האב או בנה יירשנה, שהבן יורש את זקנו, כדכתיב: ואם אין לו בת עיין עליה שבן הבת יורש אביה - רשב"ם) כבמוחזק (ירושא שהיא מוחזקת כבר קודם מיתתה, כגון שמת אביה ואחר כך מתה היא. ומנין שלא יירש. דסד"א כיון דבעל קודם לבנה לירשה, והכי נמי כשמתה ואחר כך נפלה לה ירושה יקדים האב לבנו, דק"ו הוא, כיון דבמקום בן הוא קודם ליטול במוחזק, בראוי נמי הוא יורש, ק"ו מבן שיורש בראוי), שנאמר (דברי הימים א ב); ושגוב הוליד את יאיר ויהי לו עשרים ושלוש ערים בארץ הגלעד. מנין ליאיר שלא היה לו לשגוב, אלא מלמד שנשא שגוב אשה ומתה בחיי מורישיה, ומתו מורישיה וירשה יאיר (ולא שגוב אביו, לפי שאין הבעל נוטל בראוי, דאילו היה נוטל בראוי, הוא היה יורשה ולא יאיר בנה, שהאב קודם לבנו בירושת אשתו). ואומר (יהושע כד); ואלעזר בן אהרן מת ויקברו אותו בגבעת פנחס בנו בהר אפרים, מנין לפנחס שלא היה לו לאלעזר, מלמד שנשא אלעזר אשה ומתה בחיי מורישיה, ומתו מורישיה וירשה פנחס (מאשר ניתן לו בהר אפרים, קדייק דמשמע שבאו לדין אלעזר ופנחס על עסק ירושה זו, לפי שהיתה ראויה לאלעזר ונתנה בבית דין לפנחס בנו, לפי שאין הבעל נוטל בראוי. ורבינו חננאל פירש, דדייקנן מדכתיב בהאי קרא בנו, וכי אילו כתב בגבעת פנחס ולא אמר בנו, הלא ידוע שפנחס בן אלעזר הוא, ומפני מה כתב בנו, ללמד כי זו הגבעה היתה ראויה לאלעזר וירשה פנחס בנו, דבנו מיעוט משמע בנו ולא הוא מכלל שהיתה ראויה לאלעזר, והלכך ליכא למימר דנפלה ליה משדה חרמים שחלק פנחס לא היה ראוי לאלעזר, כן כתוב בפירושי רבינו חננאל). ומאי ואומר, וכי תימא יאיר דהוה נסיב איתתא ומתה וירתה, תלמוד לומר ואלעזר בן אהרן מת.

ובגמ' ב"ק מב, א יליף דאין הבעל יורש כופר של מיתת אשתו מהפסוק והמית איש או אשה, דמקיש אשה לאיש, מה איש נזקיו ליורשיו, אף אשה נזקיה ליורשיה;

ת"ר, (שמות כא) והמית איש או אשה, אמר ר"ע, וכי מה בא זה ללמדנו, אם לחייב על האשה כאיש, הרי כבר נאמר כי יגח שור את איש או את אשה, אלא להקיש אשה לאיש, מה איש נזקיו ליורשיו, אף אשה נזקיה ליורשיה (ולא לבעלה – רש"י). וסבר ר"ע לא ירית לה בעל, והתניא (במדבר כז) וירש אותה, מכאן שהבעל יורש את אשתו, דברי ר"ע. אמר ריש לקיש, לא אמר אלא בכופר, הואיל ואין משתלם אלא לאחר מיתה (הלכך לא זכתה בו מחיים) והוה ליה ראוי, ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק. מאי טעמא, אמר קרא, והמית איש או אשה השור יסקל וגם בעליו יומת, אם כופר יושט עליו.

ובתוס' בב"ק מב, ב (ד"ה הוה) הקשה, מדוע צריך גם את הפסוק והמית איש או אשה, וגם את הפסוקים האמורים בב"ב קיג, א משגוב ומגבעת פינחס. וכתב לישב דמכופר ליכא למילף לראוי אחר, דשאני כופר דלעולם הוי ראוי, ולא אתי מיניה שאר ראוי. וכופר לא יכול להלמד משגוב וגבעת פינחס, דבכופר סו"ס נעשתה החבלה שהכופר בא על ידה בחייה, משא"כ בראוי של ירושה המגיעה לאשה רק לאחר מיתתה.

והנה הרמב"ם בהל' נחלות א"א, שהזכיר דין ירושת ראוי בבעל, כתב; "בעל שמתה אשתו ואחר כך מת אביה או אחיה או אחד מן המורישין אותה, אין הבעל יורש אותן ... שאין הבעל יורש נכסים הראוין לבא לאחר מכאן, אלא לנכסים שכבר באו לירושה קודם שתמות". וברב המגיד שם דייק ברמב"ם שנקט אופן ראוי בירושה הבאה לה לאחר מיתה, ולא הזכיר מלוה, כמו שנקט לענין בכור בהל' נחלות ג, א. והביא את מחלוקת הראשונים אם בעל יורש מלוה של אשתו, דדעת הר"י מיגאש שיוורש מלוה של אשתו, והר"ף ור"ח חלוקין עליו ואומרים שדין הבעל במלוה כדין הבכור, והר"י מיגאש חשש לדבריהם ולא עשה מעשה כדבריו, והרמב"ן והרשב"א ז"ל דעתם כדעת הגאונים שאין הבעל נוטל במלוה, וכן עיקר, אבל דעת הרמב"ם דיוורש מלוה. ובלחם משנה שם כתב דלא כמגיד, דודאי יש חילוק בין בעל לבכור, דאל"כ למה לי קרא בכופר דאיש או אשה לומר באשה נזקיה ליורשיה, נילף מבכור שאינו יורש את המלוה, וכל שכן בכופר שאינו משתלם אלא לאחר מיתתה שאינו יורש הבעל. ומה שתירצו בתוס' לחלק בין כופר לראוי, דבכופר מחיים נעשה החבלה, ליתא אם נאמר דאין חילוק בין בעל לבכור, דמ"מ נילף מבכור שאינו נוטל מלוה, אף שההלואה נעשית מחיי המוריש. אלא נראה דיש חילוק בין בעל לבכור, ודוקא בבכור הוא דאינו יורש, אבל בבעל הוה אמינא דיוורש אפי' כופר, קמ"ל דכופר דאינו משתלם אלא לאחר מיתה אינו יורש, אבל מלוה יורש אם הגיע זמנו קודם מיתה. ועיין במרכבת המשנה מה שהקשה על הלח"מ.

ובמנחת חינוך מצוה נא כתב דכל הצריכות של הפסוק הוא אם נאמר שירושת הבעל דאורייתא, אבל אם ירושת הבעל דרבנן, וכמו שסובר הרמב"ם, לא נצרכו לפסוק, דמלכתחילה לא תיקנו שירש הבעל בראוי, ואין חילוק בין ראוי דכופר לשאר ראוי, דדוקא אם הוא מהתורה ובראוי אינו יורש, יש לחלק וצריך פסוק לראוי ולכופר, אבל לשיטת הרמב"ם דירושת הבעל מדרבנן, הם אמרו והם אמרו, וא"כ אין חילוק בין ראוי לראוי לכ"ע. והוסיף המנ"ח, דלשיטת הסוברים דירושת הבעל מדאורייתא וצריך פסוקים כנ"ל, לכאורה הגם שבא לאחר מיתה, לא גרע ממלוה, אלא בהכרח ס"ל דבעל יורש מלוה אשתו שזמן פרעונו לאחר מיתה, דאל"כ, נילף כופר ממלוה. אמנם בעיקר דין כופר שאין הבעל יורש, וכן יש לפרש לכאורה בבאור תרוץ התוס' בבב"ק הנ"ל, כתב המנ"ח דכופר אינו כלל בדין ראוי, וז"ל:

"ולענ"ד דראוי לא הוי אלא אם הממון שייך למת והיורש בא מכחו, כגון מלוה ששייך לו בחיים ואם מת יורשים אותו היורשים. וכן בנפל למת נכסים בירושה דשייכים לו והיורשים יורשים, שייך לומר דגזירת הכתוב הוא דאין הבעל יורש מה שבא לאחר מיתה, מה שאינו מוחזק להמוריש בשעת מיתה. אבל כופר דלא משכחת לה אלא לאחר מיתה, וזה גזירת הכתוב דצריך לשלם הכופר ליורשים, א"כ אין הממון של המת כלל אפי' לאחר מיתה, כי התורה לא זיכתה לו כלל שיהי' המעות שלו והיורשים ירשו אותו, רק התורה גזרה גזה"כ שהמזיק יתן כופר, ולמי יהיה הנתינה - ליורשי ממונו. אבל לא מחמת ירושה אלא שגזה"כ שהתורה זיכתה ליורשים בממון, אם שור של א' הרג מורישם וצריך כפרה, יהיה הכפרה שיתן דמי נפשו ליורשים, אבל אין שייך כלל להמת לומר שהיורשים יורשים מכחו ... וכן מכאן לא מוכח דאין הבעל יורש בראוי, דאפשר לומר אע"ג דיורש בראוי, מ"מ כאן לא משום ירושת ראוי מיעטה התורה, דבאמת אינו ראוי כלל רק גזה"כ דאינו מגיע לו הכופר, אבל ממון שלה שבא מכח ירושה אפשר דיורש בראוי, ע"כ צריך קרא שם בבב"ב דאין הבעל יורש ראוי. הכלל דכופר אין ענין לראוי כלל דהתחלת החיוב שחייבה התורה הוא ליורשים ונתחייב להם כי כן גזה"כ כנלע"ד ב"ה נכון בסברא ישרה."

אלא שהמנ"ח הקשה דמדברי ר"ל בגמ' מבואר לכאורה שהוא ליורשיה כיון שהוא ראוי. וכתב דר"ל אתא לאשמועינן, דסלקא דעתך דהתורה אמרה יתן הכופר ליורשיה, שהבעל הוא יורש האשה, ע"ז בא ר"ל ואמר, דכיון דחזינן דאינו יורש גמור, כמו שאינו יורש בראוי, וכיון שכופר דומה קצת לראוי, מסתבר להעמיד בשאר יורשים ולא בבעל. וכן מבואר באור שמח נזקי ממון ט, יא דאין בכופר כלל דין ירושה, כיון דלא שייך שהממון יבוא ליד המוריש, שכל ענין הממון הוא במיתתו,

דלא כמלוה או ירושת מורישיו שמתו אחריו, שהיה שייך שיקבל הירושה אם היו מתים לפניו. וכ"ה בחדושי הגר"ח על הרמב"ם הל' נחלות ה,ח.

והיה אפ"ל בטעם הר"י מיגאש שבעל יורש מלוה אשתו ובכור אינו יורש, דמה הסברא לחלק. דהנה הא דבכור לא נוטל פי שנים בראוי, ילפינן מהפסוק (דברים כא,יז); לתת לו פי שנים בכל אשר ימצא לו, ומלוה לא חשיב "ימצא לו", שאינו מצוי בידו, עיין ב"ב קיא,ב וקכד,ב. אבל ירושת הבעל שאינו יורש, ילפינן משגוב וגבעת פינחס, ושם מייירי בירושה שקיבל ממורישיו אמו אחר מיתתה, ומזה שהיה צריך לימוד מיוחד בב"ב קיג,א, מוכח שאין ללמוד ראוי דבעל מראוי דבכור, ובכל אחד המניעה והסיבה שונה, דבבכור בעינן מצוי בידו, ובבעל מיעטה התורה מה שירש ממורישיו אמו לאחר מיתתה. אולם מדברי הר"י מיגאש (ב"ב קכה,ב), מבואר טעם אחר, ומוכח דלא כמש"כ, וז"ל:

"מסתברא לן דדוקא לענין בכור הוא דהוי ראוי, משום דמתנה קרייה רחמנא, מה מתנה עד דמטי לידיה, אף חלק בכורה עד דאתא לידיה. אבל לענין בעל וכתובת אשה, מלוה מוחזקת הוא, ובעל ירית לה וכתובה גביא מינה ... "

ועיין להלן בדברי מהר"מ אלשיך בתש' סי' יחד משמע שלומד מהפסוקים דדוקא באופן של ירושה הבאה לאחר מיתה הוא דהוי ראוי לגבי הבעל, דכך ילפינן מהפסוקים משגוב וגבעת פינחס.

ב. מוחזק מהיום

המרדכי ריש פ"ח דב"ב (סי' תקעה) הביא מספר החכמה; "אם נתן הנכסים לבת מהיום ולאחר מיתה, אע"פ שמתה בחיי [האב] והזקנה, הבעל יורשה דהויא לה מוחזקת בגוף הקרקע בחיי הזקנה". וכן פסק הרמ"א בשו"ע אהע"ז ז,א, (ועיי"ש בח"מ ובב"ש מה שנחלקו אם הפירות הוי ראוי או מוחזק), ובשו"ע חו"מ סו"ס רעח. והרמב"ן ב"ב קכה,ב הביא מרבינו אפרים, וז"ל הרמב"ן:

"וסברת רבינו אפרים סברא אחריתי היא, שכתב בהא דאתמר בפרק איזהו נשך (סז,ב) האי משכנתא באתרא דלא מסלקי, בעל חוב גובה ממנו ובכור נוטל פי שנים, והכא אנן סהדי דגופא דלוה ופירא דמלוה. אלא כיון דלא מסלק ליה עד משלם שניא, הוה ליה ההיא ארעא לגבי מלוה מוחזקת ולגבי לוה ראוייה. גבי כותב כל נכסיו לבנו נמי מהיום ולאחר מיתה, אע"ג דגופא לבן ופירא לאב, כיון דבן לא מסלק ליה לאב כל כמה דאיתיה בחיים, לגבי

כתובה ולגבי בכור הוה ליה אותן נכסים כראוי לגבי הבן, ואין אשתו נוטלת מהן כתובתה ולא הבכור נוטל פי שנים. ואע"פ שאם מכרן בחיי האב, מת הבן בחיי האב ואחר כך מת האב קנה לוקח, כר' שמעון בן לקיש דאמר ביה מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, דבמקום בן קאי לוקח ומיקנא, ולא קני שעבודא בעולם הוא."

והרמב"ן הקשה על רבינו אפרים; "תמיהא לן מילתא, דהא היינו מעשה דסבתא דאמרינן מסתבר טעמייהו דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבינה זבינה זביני, ומשום הכי הוא דהוי ראוי הא מכלל דאי אמר לה מעכשיו מוחזק הואי ובעל ירית ליה". וענין מתנה דסבתא, מבואר בגמ' ב"ב קכח, א-ב; ההוא דאמר להו נכסי לסבתא ובתרה לירתאי, הויה ליה ברתא דהוה נסיבא. שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא. בתר דשכיבא סבתא אתא בעל קא תבע. אמר רב הונא לירתי, ואפי' לירתי ירתי. ורב ענן אמר לירתי, ולא לירתי ירתי. שלחו מתם הלכתא כוותיה דרב ענן, ולא מטעמיה, הלכתא כוותיה דרב ענן דבעל לא ירית, ולא מטעמיה, דאילו רב ענן סבר אף על גב דהוה לי ברא לברתיה לא ירית, ולא היא, דאילו הוה ליה ברא לברתיה, ודאי ירית, ובעל היינו טעמא דלא ירית משום דהוה ליה ראוי, ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק. מכלל דרב הונא סבר בעל נוטל בראוי כבמוחזק. א"ר אלעזר דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים, כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי. אמר רבה מסתברא טעמא דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבנא זבינה זביני. ומבואר בגמ' דכיון שיכלה הסבתא למכור בחייה, לא נחשבים הנכסים כמוחזקים לבת, וז"ל הרשב"ם:

"דחשבי להו ראוי לגבי בת ולא מוחזק, דליכא למימר כאומר מעכשיו דמי, דהא אם קדמה הזקנה בחייה ומכרה לאחרים זבינה זביני, וכשתמות הזקנה אפי' אם תהיה הבת קיימת לא תטול כלום, כדאמרינן בכתובות ולקמן בפרקין (דף קלז) נכסי לך ואחריו לפלוני, אם קדם הראשון ומכר, מה שמכר מכר, ואין לשני אלא מה ששייר ראשון, ואם לא שייר כלום לא שקיל מידי, והלכך בעל לא ירית, דאשתו לא הויה הוחזקה כלל בהני נכסים בחייה, שהרי היתה הזקנה יכולה למכרן לגמרי, מה שאין כן במתנת מהיום ולאחר מיתה, ונמצא שאף גוף הקרקע לא הוחזק לבת בחיי הזקנה, וגם כשמתה הזקנה אין הבת בחייה להוריש המוחזק לה לבעל."

ומזה הקשה הרמב"ן, דמשמע שאם אמר המוריש מעכשיו, הרי הבת מוחזקת ולא הוי ראוי, והוא הדין באומר מהיום ולאחר מיתה דהוי כמעכשיו. ואף לדברי המפרשים דלבני מערבא אומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, ואפי' הכי הוי ראוי, היינו טעמא משום שיכולה הסבתא למכור, וע"כ במהיום ולאחר מיתה שאין האב יכול למכור,

לא הוי ראוי. ועיין בכנסת הגדולה חו"מ רעת הגה"ט ס"ק יד דיכול המוחזק לומר קים לי דהוי ראוי.

אמנם בנותן מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי, לכאורה מה שיכול לחזור בו, מהוה סיבה שאינו מוחזק למקבל. או י"ל כיון שמה שיכול לחזור בו הוא מכח התנאי ולא מכח הקנין, וכל עוד לא חזר בו הוי קנינו מעכשיו והוי מוחזק. והנה ברמב"ן לא נתבאר בטעם דהוי ראוי, רק כיון שיכולה למכור הוי ראוי. וברבינו יונה בעליותיו (ב"ב קכה,ב, הובאו דבריו בשטמ"ק), כתב בטעם שאין הנכסים מוחזקים לבת, וז"ל:

"פירוש, אע"ג דאומר אחרין כאומר מעכשיו דמי אפילו הכי לא ירית בעל, כיון שהסבתא יכולה להפקיע זכות הבת מעיקרו מנכסים הללו, דלא קניא להו ברתא מעכשיו ... דבעל לא ירית משום דהוה ליה ראוי, כיון שיש ביד הסבתא להפקיע זכות הבת על ידי מכירה ... דהיינו טעמא דאמר רב נחמן לעיל גבו קרקע אין לו, משום דסבירא ליה דהיינו טעמא דבני מערבא במעשה דסבתא דאמרי בעל לא ירית, משום דאי קדמה סבתא וזבנה וזבינה זביני, והוה ליה ראוי כיון דמשתכח בנכסי צד הפקעה ..."

ולכאורה לפי זה אם היה לנותן מתנה צד הפקעה בזכות הקנין ע"י שיכול לחזור בו, וגם יכול למכור, וע"י מכירה הוי חזרה, כבר אינו נחשב כמוחזק, דכיון שאין המוחזקות מחמת הקנין מוחלטת ויש בה צד הפקעה, הוי ראוי ולא מוחזק. ועיין עוד במהר"מ אלשיך בתש" ס' יח שכתב בבאור דברי הרמב"ן הנ"ל דבמהיום ולאחר מיתה הוי מוחזק ולא ראוי, וז"ל:

"ומהנראה שדחויה היא הסברא ההיא בעיניו לומר כי הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה יקרא ראוי, שהרי בגמ' אמרו מנין לבעל שאינו נוטל בראוי כבמוחזק, שנאמר ושגוב הוליד את יאיר ... ואומר ואלעזר בן אהרן מת ויקברו אותו וגו' ... הנה שאינו נקרא ראוי אלא מה שעתידי לבא אחרי מותה, וכמו שכתב רשב"ם על מה שאמרו שאין הבעל נוטל בראוי ... ועל דרך זו כתבו כל הפוסקים. ומעין זה הוא עובדא דסבתא דיהבו לה מתנה ואחריה לבת ומתה הבת בחיי דסבתא, דאמרו בגמ' שאין בעל הבת יורש מפני שהוא ראוי לבת אלו היתה קיימת במיתת סבתא, דכך הוא מה שעתידיה ליטול אחר מיתת סבתא אפי' אמר ואחרין מעכשיו לבת, כמו מה שהיתה עתידיה לירש מאביה, דאין לה מעכשיו גדול מירושת אביה שמחיי אביה זוכה בה מן התורה, אבל הא מיהא עד מיתת אביה לא זכתה בהן. וכן עד מיתת סבתא דמשום הכי האומר מה שאירש מאבא מכור לך לא קנה, דהוי כמו בדבר שלא בא לעולם. והוא

הדין נמי מה שאירש מסבתא, דלא עדיף מירושת אביה דודאי נמי לא קנה, משא"כ בנותן הגוף מהיום לגמרי שקונה מעכשיו הגוף בקנין גמור, דאם מכר הבן הגוף קנה לוקח אפי' מת הבן בחיי האב כדבעינן למימר קמן, ולא הוי כאומר מה שאירש מאבא או ממתנה שניתנה למי שזה קונה אחריה, וכל שכן לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל וסייעתם דאם אמר לסבתא ואחריך לבת מעכשיו דלא הוי ראוי וירית לה הבעל, דהשתא הוי ק"ו, ומה אם מה שעדיין לא בא לרשות הבת משום דעתידה לזכות במעכשיו הוי מוחזק, אף על גב דאי הוה הבת מוכרת מה שתירש מסבתא לא היה כלום, כל שכן הכא דהגוף הוי מהיום שלה.

ולמבואר לעיל כל המודד הוא אם מוכר הנותן, אם ממכרו מכר, דבמהיום ולאחר מיתה לא יכול הנותן למכור הגוף, וכמבואר בב"ב קל"א, ובשו"ע חו"מ רנ"א, וא"כ במהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי, שהיא ממש כמתנת שכיב מרע, וכמש"כ התוס' בב"ב קל"ה ב (ד"ה כל) ובב"מ יט, א (ד"ה איזה), ועיין נימוק"י (ב"מ יא, א מעמוה"ר), דאם כתב בפירוש מהיום תהא קנויה לך אם לא אחזור בי כל ימי חיי; "הוי כמתנת שכיב מרע שאין לו בה כלום לא גוף ולא פירות עד לאחר מיתה". ואף שאם לא חזר בו חלה המתנה מהיום, וכמש"כ הרא"ש ב"מ א, מז, מ"מ משעת מיתה חלה למפרע, ובשעת מיתת הזוכה לא הוי מוחזק, ורק לאחר מיתת הנותן הוי למפרע מתנה, וכשאנו דנים על שעת מיתת המקבל לא הוי מוחזק כיון שיכול הנותן לחזור בו, דהשאלה אם הוי ראוי או מוחזק היא בשעת מיתת המקבלת שהוא המורישה לבעל, ולא בשעת מיתת המוריש עצמו, ע"כ לא מהני מה שקנה למפרע, דבשעת מיתת האשה לא הוי מוחזק. ובפרט למש"כ המרדכי ב"ב (סי' רנד) בדעת ר"ת, דאין הקנין נגמר אלא לאחר מיתה. ועיין שו"ע חו"מ רנ"ז, ולפ"ז י"ל בנדו"ד דאין הבעל יורש את מה שניתן לאשה במתנה של מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי, דהוי ראוי.

ג. כשעדיין לא גבתה

ויש לצרף עוד דעת הפוסקים דאין הבעל זוכה בירושת אשתו כשלא גבתה עדיין. דהנה מהרי"ו בתש' (סי' מ), הובאו דבריו ברמ"א אהע"ז ק, ב, במי שצויתה לתת מתנה לבנה לאחר ג' שנים, ובתוך הג' שנים מת הבן; "דאשת הבן לא גביא כתובתה מכל הממון שהניחה חמותה, וטעמא ידידה כיון שהממון הופקד ביד אחרים ג' שנים והממון לא בא ליד הבן ולא זכה בה מעולם, הוי ליה ראוי". ובח"מ ק, יג כתב דמדקדוק לשון מהרי"ו שדימה לשכר שכיר, אף דקודם מיתתו מיד כשגמר המלאכה יש לו חוב אצל בעה"ב, מ"מ מאחר שלא גבה עדיין מיקרי ראוי, ואינו דומה למלוה

שהיה בידו המעות קודם שהלוח ואותה שעה היה לאשה שעבוד על המעות ולא פקעה זכותה אף כשהלוח הבעל המעות לאחרים. אבל מתנה שניתנה לו ולא זכה בה עדיין, דמי ממש לשכר פעולה שלא זכה בו. "א"כ לאו דוקא נקט הרב מהרי"ו בתחלה כיון דכתב בשטר לפרוע לאחר שנתים, רק דקושטא דמילתא נקט שמעשה כך היה שם, אבל לדינא אף שצוה ליתן לבנו מתנה מיד ומת הבן ולא גבה, הוה ליה כשכר פעולה ומיקרי ראוי". ודעת הב"ש שם ס"ק יג דמהרי"ו מיירי באופן שהתחייב האב לתת לבן סכום מסוים, ולכן אפי' הגיע הזמן הוי ראוי, אבל אם ציוה ליתן לבנו במתנת שכ"מ, הוי כמסורים בידו, לכן אם לא קצב זמן לא הוי ראוי. והביא מתש' ר"ב אשכנזי (סי' מא) דאם נתן מתנה לאשה ולא גבתה עדיין ומתה, דהבעל יורש המתנה משום דהוי כמסורים בידה, ורק אם לא הגיע זמן הפרעון הוי ראוי. וכדברי הב"ש נראה מהפלאה בקו"א (ק,ב).

מדברי תה"ד ח"א סי' שנ נראה כח"מ, דכל דלא בא ליד המקבל, הוי ראוי. תה"ד דן באב שציוה מחמת מיתה לתת לבתו סכום מסוים לקנות חגורה, וחודש אחרי פטירת האב נפטרה הבת, דכלפי הבעל הוי ראוי; "משום דכה"ג לא בא ממון זה ליד אשתו מעולם ומחוסר גוביינא, חשיב ראוי ואין הבעל יורש את אשתו בראוי, וגרע טפי ממלוה בשטר דאית לה לאיתתא בנכסי מלוג שלה דלא ירית לה בעל משום דחשיב ראוי, אע"ג דההוא ממון אתא לידה כבר". וכן נראה מדברי ראנ"ח בתש' ח"א סי' ע, וכן הוא בדברי ריבות סי' קכט. ועיין בשב יעקב (ח"ב סי' כו) שהכריע כתה"ד, דכל מחוסר גוביינא, הוי ראוי.

וכבר הזכיר בב"ש דדעת ר"ב אשכנזי בתש', דכיון דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמי, הו"ל כמוחזק והבעל יורש. ועיין בספר נתיבות משפט (על הרבינו ירוחם) נתיב כגז (דף קצא,ג) שכתב לחלק בין דבר מסוים, דהוי כגבוי ומוחזק, לאם נתן לה דבר ולא סיימו, דהוי כמלוה וכראוי. ומכח דברי תה"ד והדברי ריבות הנ"ל, כתב בקצוה"ח רנג"ב כדעת הח"מ, דכל שלא באו ליד האשה, הוי ראוי גם במתנת שכ"מ. רק כתב לחלק בין נותן דבר מסוים לנותן מנכסיו, וכמש"כ לעיל מנתיבות משפט, דכשנותן מנכסיו סתם, חשיב מחוסר גוביינא, אבל שכיב מרע שנתן דבר מסויים, כגון חפץ וכיוצא בזה, דכל היכא דאיתיה, ברשותא דמקבל איתיה, ואינו אלא כמו פקדון ולא הוי ראוי בין לכתובה בין לירושת הבעל. וכן נראה מדברי הגרע"א בתש' (בחדשות סי' ס) שדן באב שציוה לתת לבתו סכום מסוים וכוס כסף פלוני, והיה מצוה מחמת מיתה, ואח"כ מתה הבת ובעלה בא לירש מתנה זו. והשיב הגרע"א ע"פ תה"ד והשב יעקב, דכל זמן שלא גבתה הוי ראוי ואין הבעל יורשה. ולכן אין לבעל זכות להוציא המנה נגד דעת תה"ד והשב יעקב. אולם לענין הכוס של כסף דהוא דבר מיוחד, בזה לא הוי ראוי. עוד הוסיף הגרע"א, וז"ל:

"... דנראה ברור דאם מתה קודם, בוודאי אין הבעל יורש, דבזה שהיה רשות ביד אביה למכרו ולחזור מהמתנה ממילא הוי ראוי. וביותר נ"ל דאף אם זרע קיימא להבת גם כן אינו יכול לירש, דמתנת שכיב מרע אינה קונה רק אחר מיתה ובאותה שעה אין המקבל בעולם. ואף דבספ"ק דגיטין מבואר דבשכיב מרע שאמר הולך מנה לפלוני ומת המקבל בחיי נותן דיתנו ליורשי מקבל, עיין בר"ן שם דבאמת הניח בתימא, דהא מתנת שכיב מרע אינה קונה עד אחר מיתה ואם עמד בטילה, וגם יכול לחזור בו. ודעת הרמ"א הובא בטור חו"מ סימן קכה דבהולך באמת אינו יכול לחזור אלא אם כן עמד, כיון שהוציא המעות מרשותו, ועיין בש"ך שם סק"ל, וא"כ במתנת שכיב מרע דעלמא דיכול לחזור, במת מקבל בחיי נותן לא קנה. ומכל שכן בנ"ד לגבי בעל בוודאי הוי ראוי, אך אם מתה הבת אחר מות אביה, נראה לענ"ד דהבעל זכה לירש הכוס כסף אבל לא המנה ואם יש לה זש"ק, הם יורשים המנה כנלע"ד."

והנה בנדו"ד שנתן לבת מתנה במהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי, שהיא כמתנת שכיב מרע וכמו שנתבאר, ועדיין לא גבתה הבת, והמתנה היא לא חפץ מסוים אלא נתן חלק מנכסיו, בזה י"ל כיון שלא גבתה עדיין, הוי ראוי לגבי בעל.

לאור האמור לעיל, לא ירש הבעל נכסים אלו שקבלה אשתו בצואה של מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בי.

סימן כח

בנותן נכסיו לאשתו ואחריה לילדיו

ראשי פרקים

א. פירוש דברי הנותן

ב. מהיום ולאחר מיתה, אם דינו כאחריו מהיום

ג. אחריו ליורשי

ד. נותן מתנה לבנו

ה. נתנה במתנת שכיב מרע

ו. חלוקת כספים וכו'

בצואה כתב המצוה את נכסיו לאשתו, ולאחר מאה ועשרים של אשתו, יחלקו הילדים את הנשאר בחלקים שווים. בתחילה היו צואות הבעל והאשה הדדיות, ונעשו באותו היום בפני אותם עדים, כאשר כ"א נותן את הנכסים לבן זוגו, ואחריו ליורשיו בחלקים שווים. הצואות נעשו באופן המועיל ע"פ ההלכה. כמו כן בנוסח הצואות נאמר שהמצוה נותן את הנכסים מהיום ולאחר מיתה. וכן יש בה אפשרות של חזרה מהצואה.

לאחר מיתת האב, וכשנה לפני פטירתה, חזרה האם מהצואה הראשונה, וכתבה צואה בחלוקה לא שוויונית בין הילדים. ושאלו היורשים אם צואת האם מתיחסת רק לנכסים שרשומים על שמה מעיקרא, או גם על נכסים שירשה מבעלה ועליהם צוה כנ"ל. וכן השאלה על כספים שהצטברו בחשבונות הבנק לאחר מיתת הבעל. כאשר עם פטירתו של האב נשארו בחשבונות הבנק כמה מאות אלפי שקלים, שבהם קנתה האלמנה דירה, והדירה נרשמה על שמה. וכעת נשארו כספים שנכנסו לחשבון הבנק כתוצאה מזכויות פנסיה של האב.

א. פירוש דברי הנותן

קיי"ל בב"ב קלז,א דהלכה כרשב"ג שהאומר נכסי לך ואחריו לפלוני, דאין לשני אלא מה ששייר ראשון. איתא בב"ב קלז,א: דתניא, נכסי לך ואחריו לפלוני, וירד ראשון ומכר ואכל, השני מוציא מיד הלקוחות, דברי רבי. רבן שמעון בן גמליאל אומר, אין לשני אלא מה ששייר ראשון. ורמינהי, נכסי לך ואחריו לפלוני, יורד ראשון ומוכר ואוכל, דברי רבי. רבן שמעון בן גמליאל אומר אין לראשון אלא אכילת פירות

בלבד. קשיא דרבי אדרבי ודרשב"ג אדרשב"ג. דרבי אדרבי לא קשיא, הא לגופא הא לפירא. דרשב"ג אדרשב"ג לא קשיא, הא לכתחלה הא דיעבד, אמר אביי איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים, כרבן שמעון בן גמליאל (דאהנו מעשיו, והרי הוא חוטא ולא לו. ומיהו המוכר עצמו, דהיינו ראשון, לא מקרי רשע, ואף על גב דלכתחלה אסור לעשות כן, דלא חמיר איסוריה, שהרי השליטו הנותן בגוף ופירות לעשות בהן כרצונו. זה המשיא עצה - לראשון למכור בנכסים, דהא קי"ל כר"ש דאין לשני אלא מה ששייר ראשון, ולא נעשה נחת רוחו של מת שאמר אחריו לפלוני דהוה ניחא ליה אם ישתיר. ומיהו לא אקפיד קפידא גמורה שלא יוכל הראשון למכרן אם ירצה - רשב"ם). א"ר יוחנן הלכה כרבן שמעון בן גמליאל. ומודה שאם נתנן במתנת שכיב מרע לא עשה כלום (ר"ש אף על גב דאמר אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אם נתנו אותו ראשון במתנת שכיב מרע, כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה, לא אמר כלום והשני מוציא. אי נמי כשהיה שכיב מרע נתנה, דשתי מתנות הללו שוות כדאמרן לעיל איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע כו'). מאי טעמא, אמר אביי מתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה, וכבר קדמו אחריו. ושם בע"ב: ההיא איתתא דהוה לה דיקלא בארעא דרב ביבי בר אביי. כל אימת דהות אזלא למיגזריה, הוה קפיד עילוה. אקניתיה ניהליה כל שני חייו. אזל איהו אקנייה ניהליה לבנו קטן. אמר רב הונא בריה דרב יהושע, משום דאתו ממולאי אמריתו מילי מולאתא, אפילו רשב"ג לא קאמר אלא לאחר, אבל לעצמו לא.

עוד מצאנו בדיון זה של אחריו, שאם אמר נכסי לך ואחריו לפלוני, לדברי ריב"ב דיכול האב להוריש לאחד מבניו כל נכסיו, אם היה הראשון ראוי ליורשו, אין לשני כלום, שאין כאן מתנה אלא ירושה, וירושא אין לה הפסק. כן מבואר בגמ' ב"ב קט"ב, ועיי"ש ברשב"ם בסוגיא: "לדברי ר' יוחנן בן ברוקה, דס"ל דאב יכול להוריש בלשון ירושה לאחד מבניו כל נכסיו. אם אמר לאחד מהם נכסי לך, כדמפרש לקמיה וראשון ראוי ליורשו ולא פירש לא לשון ירושה ולא לשון מתנה, אין לשני במקום ראשון או יורשי ראשון כלום, שאין כאן לשון מתנה להאי ראשון אלא מסתמא ללשון ירושה איכוין הנותן במאי דאמר נכסי לך, הואיל וחזי לירש כל הנכסים מן התורה אם ירצה אביו, וכיון דירושה הוא להאי ראשון, אינו יכול להפסיקה, דאין ירושה לחצאין". ודעת הרמב"ם זכיה ומתנה יב"ה, והמחבר בשו"ע חו"מ רמח"א, דדוקא בשכיב מרע הדין כן, אבל בריא שאינו יכול לתת בלשון ירושה לאחד מבניו, יש לשני מה ששייר ראשון. ועיין קצוה"ח רמח"ד שמהרי"ט חולק וס"ל דאין חילוק בין שכ"מ לבריא. והסביר בדעת הרמב"ם דמיירי שהבן לא זוכה כלל כשיש עוד בנים, אבל כשהבן יורש יחיד, זכה השני בנשאר. ועיין בקצוה"ח שם מש"כ בזה.

מפשטות דברי הראשונים נראה שהדין של נכסי לך ואחריוך לפלוני הנזכר, הוא פרשנות במתנת הנותן. בניגוד לאומדנא שבה דבריו ברורים, רק אנו אומדים את דעתו שאם היה יודע את המציאות היה נוהג אחרת, הרי שכאן דבריו אינם ברורים וכוונתו לא ידועה, ויש לפרשה מה התכוין שאמר אחריוך, שהיא מתנה לכשעצמה אינה ברורה, האם התכוין שלראשון יש פירות בלבד וגוף לשני, כדברי רבי, או כרשב"ג שאין לשני אלא מה ששייר ראשון. וז"ל הנימוק"י (ב"ב סב,ב – סג,א בעמוה"ר):

"משום דס"ל דאע"ג דאמר אחריוך, לעולם אינו נותן לראשון אלא הפירות ולאחרון הגוף, דהא לא שעבד הגוף אחריו לשום אדם, הלכך הכל נתן לו, ואם כן מה שמכר הראשון בגוף הקרקע לאו כלום הוא והשני מוציא מיד הלקוחות ... ורבי שמעון בן גמליאל סבר דכל האומר אחריוך, כאילו אמר מה שתשייר אחריוך, דכי היכי דיהיב לשני בעין יפה שנותן לו הכל, הוא הדין לראשון, דנותן בעין יפה נותן ורחים ליה טפי, שהרי נותן אליו תחלה. ומתני' דקתני האב אינו יכול למכור מפני שכתבן לכן כו', אף על גב דאחריוך הוא דקאמר ליה, משום דאי לגבי נפשיה הוה משייר שהיה יכול למכור, אם כן לא יהיב אלא מה שמשייר ולא הוי עין יפה, אבל כל היכא דלגביה נפשיה לא משייר מידי אלא שנותן לאחרים, כי היכי שיהיב לשני בעין יפה, הוא הדין לראשון. הלכך אם קדם הראשון ומכר אין השני מוציא מן הלקוחות. אי נמי במתני' מיירי דאמר ליה מהיום או שיש זמן או קנין, דהוי כמהיום, אליבא דרבי יוסי (קלו,א) דקי"ל כוותיה, וכיון דמעכשיו מקני ליה, אינו יכול למכור אח"כ, והכא נמי אילו אמר מעכשיו יהיה הגוף קנוי לשני ופירי אחריוך, אם קדם הראשון ומכר, השני מוציא מיד הלקוחות. ומיהו כיון דדעת הנותן שישאר לשני, אין לו לראשון למכור לכתחלה, והיינו דשנינן הא לכתחלה דאמר רבן שמעון בן גמליאל אין לראשון אלא אכילת פירות בלבד, והא דאמרי' אין השני מוציא, היינו דיעבד דמה שמכר מכר וכדפרישית. והכי הלכתא כרשב"ג וכדפסקינן גבי ההיא סבתא וכדמשמע בסמוך."

מבואר שזו פרשנות במתנה, וכאשר לא אומר מעכשיו, הרי כוונתו לתת מתנה לראשון, ומה ששייר – לשני, ואם אמר מעכשיו, כוונתו לתת לראשון, אולם לא מהני מכירתו, כיון שקדם שני לקונה. ומה שאסור לו למכור לכתחילה אף בלא אמר מעכשיו, זה לא דין בהלכות מתנה אלא במידות הנהגת המקבל, דכיון שמטרת הנותן שישאר לשני, אין לו לראשון לפעול בניגוד למטרת המתנה, אף שמבחינת הלכות מתנה הוא רשאי לעשות זאת, אין זו מידת ההנהגה הראויה. כך נראה לכאורה מדברי הנימוק"י, שאין המניעה במכירה מכח מגבלה קנינית אלא דרך הנהגה ראויה של המקבל.

ואפשר גם לבאר דברי הנימוק"י, שזו הגבלה קנינית במתנה של הנותן, שלא נתן לו אלא הפירות באופן מוחלט, וכן הגוף נתן לו למכור רק למקרה שאם יצטרך וימכור, תועיל המכירה. כך נראה לכאורה מדברי הריטב"א בסוגיא, וז"ל: "דמודה רשב"ג שאסור למכור ולתת לכתחילה, ואין לו לכתחילה אלא אכילת פירות, ונכלל בזה שאין לו למכור לכתחילה סתם, דסתמא כל מאי דאית ליה זבין והא אית ליה גוף ופירות לרשב"ג, אבל לרבי יכול הוא למכור סתם, שאין לו אלא אכילת פירות". לא בגלל דעת הנותן אלא שזה גופה המתנה, שאין לו גוף אלא שאם מכר מהני המכירה.

ומש"כ דדין אחריו הוא פרשנות בדברי הנותן, כן נראה גם מדברי הרבינו יונה בעליותיו, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב קל"ב: "דכיון שאמר נכסי לך ואחריו ולא קאמר נכסי לך למתנה גמורה, נתפס לו שיהא לו גם כח מכר ויעשה בהם כל חפציו, אלא שאם מת ולא מכרם יהא לשני מה ששייר ולא יפלו נכסים לפני יורשיו, הילכך כשאין המתנה מתקיימת אצל שני ושלישי דין הוא שיחזרו ליורשי ראשון, שהרי הראשון את גוף הנכסים קנה, ואפילו לענין שיהא מכרו מכר, נמצא שלא נשתייר קנין הגוף ביד הנותן". דמבחינת הקנין, זה מה שנתן, וזה הפרוש בדבריו ממה שלא אמר שנותן מתנה גמורה הרי נותן לו מתנה מוגבלת, שיכול לנהוג במתנה מנהג בעלים, אף שאינו בעלים גמור על הגוף להורישו. רק כיון שהראשון סילק עצמו מכל, אם לא התאפשרה אחריו מחמת איזה סיבה, זכו יורשי הראשון. והכל מכח מה שאנו מפרשים את דבריו.

וכן נראה מדברי הרא"ש בתוספותיו, הובאו הדברים בשטמ"ק ב"ב קל"ב, וז"ל: "דאפילו לרבי שמעון בן גמליאל דאמר דיכול למכור מטעם אחריו, מכל מקום אם לא מכרם ומת, איגלאי מילתא למפרע שלא היה לו בהם אלא אכילת פירות, דהוי כאלו אמר נכסי לך לאכילת פירות כל ימיו ואחריו לפלוני. וגם אם תצטרך לגוף תמכרם, ואם מת ולא מכרם, אשתכח דלא הוה ליה ביה אלא אכילת פירות". והיינו שהנותן נתן לראשון פירות, ואת הגוף רק אם יצטרך יוכל למכרו, כלומר שלגוף אין לו בעלות מוחלטת אלא מותנית, בכך שיצטרך לגוף, וכשאנו צריך לגוף, לא התקיים התנאי של הנותן. והכל לפי מה שאנו מפרשים דברי הנותן.

אמנם לגבי עצם הקנין, אם זוכה השני מכח הנותן או מכח המקבל הראשון, הגרא"י בקוב"ש ב"ב שצד, הביא שהדבר תלוי בפירוש דברי הגמ' ב"ב קל"ב, מנכסי לך ואחריו, למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, ותירצה הגמ' דאחריו שאני. ופירש רשב"ם דנתן לראשון גם גוף וגם פירות. ודעת הרשב"ם דבנותן לאחריו מעכשיו, אין הראשון יכול למכור, והתוס' ס"ל דאף בנותן לאחריו מעכשיו, יכול

הראשון למכור, וע"כ הוי ראוי, שיכול להפקיע ע"י מכירה. ולא כרשב"ם שאחריך שאני שנתן לו גוף ופירות, אלא שכך היתה המכירה או המתנה, שיהיה לשני מה שישאר ולא ימכר ע"י הראשון: "ולפ"ז, אם לא מכר הראשון, השני זוכה מכח הנותן ולא מכח הראשון כיון דאמר מעכשיו. ולפירוש רשב"ם דלאו כאומר מעכשיו דמי, השני זוכה מכח הראשון ולא מכח הנותן, ופירוש דאחריך שאני הוא, דהראשון יש לו לגמרי הגוף והפירות, דאל"כ איך יזכה השני בקנין גמור מכח הראשון יותר מקנינו של הראשון, אלא שכך ניתנה המתנה, שאחר מיתת הראשון יעבור קנינו להשני ולא ליורשי ראשון, ומשום"ה מהני מכירת הראשון ואין הלוקח צריך לתת לשני דזכותו של השני היה לקבל מיד הראשון ולא מיד הלוקח". לבאור הקוב"ש לשיטת הרשב"ם, אין לומר שהראשון נותן בקנין לשני, אלא שהמתנה היתה כולה מעיקרא לראשון, ומה ששייר לשני, ולתוס', מעיקרא לא ניתנה לראשון.

ואפשר דנחלקו הרשב"ם והתוס' בבאור מהות דין אחריך (עיין להלן), דדעת הרשב"ם דקנין הראשון הוא כמו קנין לזמן, שמקנה לו הנותן למקבל הראשון הגוף והפירות לכל ימי חייו, ולאחר זמן זה של כל ימי חייו, מקנה לשני. ואילו לשיטת התוס' מקנה לו הפירות, וכן נותן לו רשות למכור הגוף אם יצטרך. ונפק"מ אם יכול הראשון לבנות ולהרוס. אם נאמר שנתן לו קנין לזמן, יכול לבנות ולהרוס, וכמש"כ הרמב"ם בהל' מכירה כגו. ואם נתן לו קנין פירות, וגם נתן לו זכות למכור אם יצטרך, לא נתן לראשון אלא רשות למכור כשיצטרך, ולא לבנות ולהרוס. ודעת הראב"ד בהל' מכירה כגו, דבאחריך פשיטא שיכול לבנות ולהרוס, ואף שבמוכר לזמן פליג ארמב"ם, דדוקא באחריך שאין לשני אלא מה ששייר ראשון, הראשון יכול לבנות ולהרוס, דזה בעצם המתנה שיכול להשאיר לשני ויכול שלא להשאיר, ואם ישאר לשני, יקבל השני מה ששייר ראשון. עיין באבן האזל מכירה כגו.

דהנה נחלקו הראשונים אם נותן קרקע לראובן לעשר שנים ואחריו לשמעון, ומכר ראובן, אם שמעון מוציא מיד הלוקחות. הנימוק"י ב"ב (סג,א בעמודה"ר), כתב וז"ל:

"ונראה סברת המפרשים, דבין שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני או נכסי לך ואחר מיתתך לפלוני, אם קדם הראשון ומכר, מה שמכר מכר. אלא שמסופקים אם נתן לראשון לזמן ידוע ואחריו לפלוני ולא קצב זמן, אם מה שמכר הראשון מכר או לאו, דמשמע דלא יחייב לראשון בעין יפה כמו לשני ואינו יכול למכור בגוף הקרקע, או אם נאמר דלאותו זמן מיהת שנתן לו, נתן בעין יפה בשלימות, ומה שמכר מכר."

ובטור חו"מ רמח פסק, דאם אמר לו נכסי לך לעשר שנים ואחריך לפלוני ומכר הראשון, השני מוציא מהלקוחות, דכיון שלא נתנם לכל ימי חייו, לא התכוין

למתנה גמורה. וכן פסק הרמ"א רמח"ג. ובקצוה"ח שם ס"ק ח ציין לרמב"ן קלז,א (עיי"ש ברמב"ן סד"ה הא), דאף בנתן לראשון לעשר שנים, ומכר הראשון, אין השני מוציא מהלוקח. ולפ"ז י"ל דלמ"ד דבעשר שנים לא יכול הראשון למכור, דבקנין לזמן אינו יכול למכור, וכדעת הראב"ד שאינו יכול גם לבנות ולהרוס, ורק באחריו לפלוני יכול למכור, מפני שהמכירה היא מוחלטת לכל ימי חייו, דבאחריו בעצם המתנה מונח שיש לשני רק מה ששייר ראשון, וע"כ יכול ראשון למכור, משא"כ בעשר שנים. ודעת הרמב"ן שאין חילוק, וגם במתנה לעשר שנים מונח שיש לשני מה ששייר ראשון. ולפ"ז אפשר דהרמב"ן ס"ל דכל מהות קנין לך ואחריו, דלראשון הוי כקנין לזמן וכנ"ל.

ב. מהיום ולאחר מיתה, אם דינו כאחריו מהיום

ובנדר"ד יש שני טעמים לבטל צואת האשה, לגבי מה שקבלה מבעלה במסגרת הצואות ההדדיות. הטעם העיקרי, שאף אם יכולה למכור, מ"מ אינה יכולה לתת ליורשיה, וכדלהלן. כמו כן יש לדון מצד מה שנכתב בצואות שהמתנה היא מהיום ולאחר מיתה, אם דינו כדין ואחריו לפלוני מהיום, או שבעינן שאמירת מהיום תתיחס בנוסף ובאופן נפרד ל"ואחריו".

איתא בב"ב קכה,ב: דההוא דאמר להו נכסי לסבתא ובתרה לירתאי, הויה ליה ברתא דהוה נסיבא. שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא. בתר דשכיבא סבתא, אתא בעל קא תבע (ואח"כ שכיבא סבתא ואתא בעלה וקתבע, לפי שבשעת צוואת המת היתה בתו קיימת, וכמי שאמר נכסי לסבתא ובתרה לבתי דהיינו ירתי, והיה רוצה לירש זכות אשתו - רשב"ם). אמר רב הונא, לירתי ואפי' לירתי ירתי (האי ובתרה לירתאי דקאמר ההוא גברא, לירתאי ולירתי ירתאי קאמר, כיון שנתנה ליורשיה והרי זכתה בהן הבת שהיתה יורשת שלה, כדמפרש טעמא לקמן דכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, וכיון דזכתה בהן מחיים הרי הבעל יורש את אשתו, דהיינו ירתי ירתאי, והכי מפרש לה לקמיה). ורב ענן אמר לירתי ולא לירתי ירתי. שלחו מתם הלכתא כוותיה דרב ענן, ולא מטעמיה. הלכתא כוותיה דרב ענן דבעל לא ירית, ולא מטעמיה. דאילו רב ענן סבר אף על גב דהוה ליה ברא לברתיה לא ירית, ולא היא דאילו הוה ליה ברא לברתיה ודאי ירית. ובעל היינו טעמא דלא ירית, משום דהוה ליה ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק. מכלל דרב הונא סבר בעל נוטל בראוי כבמוחזק. א"ר אלעזר דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים, כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי (וכיון דאמר ובתרה לירתאי דהיינו לבת, היינו נמי כמו שאמר מיד אני נותן את גוף הקרקע לבתי אלא שזקנתי תאכל פירות בחייה ואחר כך תקח בתי או הבא מכחה את הנכסים, דחשיב לה רב הונא לגבי בת כמתנת מהיום ולאחר מיתה, והלכך הויה

לה זו הבת מוחזקת בחייה בהני נכסים, וכי קא ירית בעל, שפיר קא ירית במוחזק). אמר רבה מסתברא טעמא דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבנא זבינה זביני (דחשבי להו ראוי לגבי בת ולא מוחזק, דליכא למימר כאומר מעכשיו דמי, דהא אם קדמה הזקנה בחייה ומכרה לאחרים זבינה זביני, וכשתמות הזקנה, אפי' אם תהיה הבת קיימת, לא תטול כלום כדאמרינן בכתובות ולקמן בפרקין (קלזא), נכסי לך ואחריך לפלוני אם קדם הראשון ומכר, מה שמכר מכר ואין לשני אלא מה ששייר ראשון, ואם לא שייר כלום לא שקיל מידי, והלכך בעל לא ירית דאשתו לא הויה הוחזקה כלל בהני נכסים בחייה, שהרי היתה הזקנה יכולה למכור לגמרי, מה שאין כן במתנת מהיום ולאחר מיתה. ונמצא שאף גוף הקרקע לא הוחזק לבת בחיי הזקנה, וגם כשמתה הזקנה אין הבת בחייה להוריש המוחזק לה לבעל).

מדברי הרשב"ם בבאור הסוגיא מבואר שאם היתה המתנה "מהיום ולאחר מיתה", הרי הפירות לסבתא, והחזיק הגוף היום לבתו היוורשת. ומה שנחלקו רב ענן ורב הונא, דרב הונא ס"ל דהאומר ואחריך לפלוני, הרי הוא כאומר מעכשיו לפלוני, ואף בסתם הוי כמהיום ולאחר מיתה, ורב ענן, והכי קי"ל, דדוקא באומר להדיא מהיום ולאחר מיתה אינה יכולה למכור ולתת. ולכאורה יש להבין בדעת רב הונא, מהיכי תיתי שיהיה אחריך כמעכשיו. וצ"ל דס"ל לרב הונא דלא שיך בהלכות קנינים שיקנה אחריך אא"כ קנינו מעכשיו, דכבר כלתה קנינו, כדאיתא בכתובות פבא. ולכאורה יש להבין, אם אינו מעכשיו, איך קונה לרב ענן.

ונראה דהן לרב ענן והן לרב הונא מבחינת הלכות קנינים מקנה לו מעכשיו, שיהיה קנינו חל. ומחלוקתם, שאם אומר מעכשיו לא החזיק את אחריך בגוף, ונתן לראשון רק פירות והגוף לשני, שאין הראשון יכול למכור כלל. ובזה מודה רב ענן שהשני מוחזק בגוף כבר מעכשיו. ולרב הונא הוא הדין בסתם. וס"ל לרב ענן דכאשר לא אמר מעכשיו, אף שקנינו מעכשיו, אבל לא בגוף המתנה אלא במה ששייר הראשון אף באמצעות מכירה, וכיון שהראשון יכול למכור, אינו נחשב כמוחזק בגוף הנכסים, דהרי על כל גוף וגוף יש כל העת סימן שאלה בבעלות השני, דאם ימכור הראשון, לא יוכל השני להוציא מהלקוחות, לכן הגם שמה שלא מכר יש לו קנין מעכשיו, אך לענין מוחזק של בעל ובכור, הוי ראוי ולא מוחזק. וזה נראה מדברי הרמ"ה בסוגיא (אות צא), וז"ל:

"דקסבר כל האומר אחריך לפלוני כאומר מעכשיו לפלוני דמי, דלא יכיל ראשון לזבוני, ואי מזבין אתי שני לאחר מיתת ראשון ומפיק מלקוחות, ואשתכח דהו"ל מוחזק לשני. ובני מערבא סברי אחריך לאו כמעכשיו דמי, ואי זבין ראשון, לא מצי שני למיטרף לקוחות. הלכך אע"ג דלא זבין, נמי הו"ל ראוי לגבי שני."

מבואר שכל הנפקות אם יכול למכור או לא, דמחלוקת רב הונא ורב ענן אינה בהלכות קנינים אלא בהלכות מתנה, שאמירת מעכשיו היא גילוי דעת שנותן לו כל הגוף לשני באופן שהראשון לא יכול למכור, ויש לו לראשון רק אכילת פירות. ונפק"מ לנדר"ד, שכתב בצואה מהיום ולאחר מיתה, הרי שכתובה זו היא לאופן הקנין שיזכה הראשון, ואף שלכאורה מתיחס גם לשני, הכתיבה היא לגבי אופן הקנין. וכאן בעינן לגילוי דעת מיוחד שאינו יכול הראשון למכור, ולכן צריך לומר מהיום באופן מיוחד ביחס לקניית אחריו, ולא סגי באמירה או כתיבה לקנין, שבזה צריך גילוי דעת ע"י אמירת מעכשיו שלא יוכל למכור, ולכן צריך אמירת/ כתיבת מעכשיו באופן פרטני לקניית אחריו, וצ"ל ואחריו מעכשיו, ולא סגי במה שהשליט את הראשון והשני במהיום ולאחר מיתה.

ועיין במש"כ הגרש"ש במערכת הקנינים סי' ח (ד"ה ועד"ז) בענין מחלוקת רבי ורשב"ג, דכ"ע סברי אחריו כאומר מעכשיו, היינו זמן כל ימי חייו של הראשון הוא נותן לראשון, והזמן של אחר מיתת הראשון הוא נותן מעכשיו לשני, רק דפליגי אם כוונתו בזה דלראשון נתן רק קנין פירות ולשני קנין הגוף, או דלראשון ג"כ נתן קנין הגוף כמו שביארנו. דרבי סובר כיון דלשני לא הגביל זמן קנינו, עיקר מתנתו לשני ולראשון נתן רק הפירות, ורשב"ג ס"ל דעיקר כוונתו ומתנתו לראשון, והגוף נתן לראשון, והזכות שנתן לשני לאחר מיתת הראשון אינה זכות מוחלטת אלא רק מה שישתייר מהראשון:

"ולפ"ז מיושב היטב הא דאמר רבה מסתבר טעמא דבני מערבא דאי קדמה סבתא וזבנה זבינה זביני, היינו אף אם אחריו הוי כאומר מעכשיו, מ"מ לא דמי מעכשיו זה לאומר מעכשיו ולאחר מיתה, דהתם קנה מהיום גוף ופירות לאחר מיתה, אבל הכא לא קנה רק זכות על מה שישתייר מן הראשון, דמשום הכי ראשון יכול למכור, דאינו מוכר זכות של אחרים, דלשני אין זכות רק על השיר ממנו ... מ"מ בעלה לא ירית לה דמקרי ראוי, דכיון דסבתא יכולה למכור ולאכול, לא היתה הבת מוחזקת בחייה ..."

ולכאורה אם אומר להדיא אחריו מעכשיו, מה מועיל יותר מסתם. אלא בסתם לענין הקנין מהני שזוכה במה שישיר הראשון כבר מעכשיו, אבל הראשון יכול למכור, וכשאומר להדיא אחריו מעכשיו, הרי הגביר את כח זכיתו של השני בגוף מעכשיו, והגביל זכות הראשון שיהיה לו רק פירות, והוא מדיני מתנה וגילוי דעת במתנה וכו"ל. דטעמא דאומר אחריו כאומר מעכשיו, י"ל דמוכרח להקנות מעכשיו, שאל"כ לא חל מדיני הקנינים, וקיי"ל דאומר אחריו לאו כאומר מעכשיו, דבעינן לומר להדיא ואחריו מעכשיו כדי להגביל כוחו של ראשון שלא יוכל למכור.

והראשונים פסקו שכל האומר אחריו, לאו כאומר מעכשיו דמי, ודוקא אם אומר להדיא אחריו לפלוני, הוי גוף לשני והוא מוחזק ולא ראוי. כן כתב הרי"ף (ב"ב נה,א בעמוה"ר), דלית הלכתא כמ"ד כל האומר אחריו כאומר מעכשיו. וכן כתב הרא"ש ב"ב ח,יב. וכן פסק הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה יב,יב: "מעשה באחד שאמר נכסי לאמי ואחריה ליורשי, והיתה לו בת נשואה ומתה הבת בחיי בעלה ובחיי אם אביה ואחר כך מתה הזקנה, ואמרו חכמים אין הבעל יורש אותן נכסים מפני שהן ראויין לאשתו, ולא זכתה בהן האשה אלא אחר שמתה". וברב המגיד שם למד מדברי הרי"ף והרמב"ם שהאומר ואחריו מעכשיו לפלוני, אם ירד ראשון ומכר, השני מוציא מיד הלקוחות, שהטעם שאין הבעל יורשה כשלא אמר מעכשיו, מפני שהראשון יכול למכור, וכיון שכן כשאמר מעכשיו שהוא יורש, אין הראשון יכול למכור. וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ רמח"ז: "אין כל דברים הללו אמורים אלא באומר ואחריו לפלוני, ולא אמר מהיום. אבל אם אמר ליה ואחריו מהיום לפלוני ומכר הראשון, השני מוציא מיד הלקוחות".

ובעל המאור (ב"ב נד,ב בעמוה"ר) כתב דבין באומר אחריו סתם ובין באומר אחריו מעכשיו לפלוני, יכול הראשון למכור ומהני המכירה, דמפרש אליבא דרבא כל האומר אחריו כאומר מעכשיו, ומהני המכירה ולכן הוי ראוי, דאפי' באומר להדיא מעכשיו נמי הוי ראוי ולא מוחזק, כיון שיכולה הסבתא למכור. דלא נדחית דעת רב הונא דכל האומר ואחריו כאומר מעכשיו, וכל מה דהוי ראוי, כיון שיכלה הסבתא למכור, וזה יכלה למכור בין באומר סתם ובין באומר להדיא ואחריו מעכשיו. ורב הונא ס"ל שאינו ראוי, דאף שהסבתא יכולה למכור, כיון שסו"ס לא מכרה, הוי מוחזק ולא ראוי, וז"ל:

"דעד כאן לא אדחיא דרב הונא אלא משום דכיון דאי קדמא סבתא זובנא זבינה זביני ראוי הוא, אבל בכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי לא אדחיא לה דרב הונא. ורב נמי לא פליג אהאי דאי קדמא סבתא זובנא זבינה זביני לא אשכחן אמורא דפליג עליה, דהא בין לר' יוחנן בין לריש לקיש קיימא לן הלכה כרשב"ג. אלא קסבר רב הונא דאי קדמא סבתא זובנא זבינה זביני, כיון דהשתא מיהא הא לא זבינה, וכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי, מוחזק הוא ולא ראוי ובעל ירית לה. ורבא דמפרש טעמייהו דבני מערבא אליבא דנפשיה ס"ל כל היכא דאי קדים וזבן זבינה זביני, לאו מוחזק הוא אלא ראוי, הילכך אע"ג דאמר מעכשיו נמי ראוי הוא ... הילכך לא שנא אמר לה אחריו סתם ולא שנא אמר לה בפירוש מעכשיו ראוי הוא, מאחר דקיימא לן כבני מערבא וכטעמיה דרבה דאסתבר ליה טעמייהו."

והקשה בעה"מ, מדוע באחריו מעכשיו מהני מכירת הראשון, ואילו בכותב נכסיו לבנו לאחר מיתה, דמהני מכירת האב רק לימי חייו, ואחר מותו הבן מוציא מיד הלקוחות. ותירץ, דבגמ' קלוב, איתא דאחריו שאני, שמשמע שנתן לראשון גוף ופירות (עיי"ש ברשב"ם). ומ"מ מבואר בבעל המאור דיכול הראשון למכור, בין אחריו סתם ובין בנותן לאחריו מעכשיו.

והרמ"א בחו"מ רמח"ז הביא דעת החולקים על המחבר; "דאין לחלק בין אמר מהיום או לא". ומקור הדין מתש' הרשב"א ח"א סי' תשד, הובא גם בנימוקי" ב"ב (סג,א בעמוה"ר). והסמ"ע כב כתב דדברי הרמ"א מתיחסים למש"כ לעיל מינה, די"א דלא אמרינן באומר ואחריו מהיום, היה הראשון ראוי ליורשו, דירושה אין לה הפסק, כמו בנותן ליורש שלו ואחריו לפלוני, דאמרינן דירושה אין לה הפסק. וע"ז קאי הרמ"א שאין לחלק, וגם באומר ואחריו מהיום, ירושה אין לה הפסק, וזכה היורש (המקבל הראשון). אך דברי הרמ"א לא קאי על המחבר שאינו יכול הראשון למכור באומר ואחריו מעכשיו, דע"ז לא חולקים הי"א שברמ"א, דחולקים רק דירושה גם בואחריו מעכשיו אין לה הפסק: "כיון דעכ"פ זכה בפירות כל ימי חייו זכה גם בהגוף, אבל ג"כ מודים דאין כח ביד הראשון למוכרו באם אמר מהיום לפלוני".

ובקצוה"ח רמח"א חלק על הסמ"ע וס"ל די"א ברמ"א קאי בשיטת בעל המאור, דגם באומר ואחריו מעכשיו, יש לראשון קנין הגוף ויכול למוכרו, והרי זה כתנאי שאם ישייר הראשון יהיה לאחריו מהיום, דקי"ל כרב הונא דאמר באומר אחריו כאומר מעכשיו, וממילא אין חילוק לענין זכות מכירת הראשון, וכמו באחריו סתם יכול הראשון למכור ואין לשני אלא מה ששייר ראשון, הוא הדין באומר להדיא מעכשיו, דאין חילוק ביניהם לרב הונא, וכמש"כ בעל המאור. ולכן אמרינן ביה ירושה אין לה הפסק, כיון דהראשון יכול למוכרו הרי נחית גם לגוף בירושה. וכתב דכן משמע מהריב"ש בתש' סי' קסח, וכן יש ללמוד בדברי הרשב"א בתש'. דלא שייך לומר דבכה"ג ירושה אין לה הפסק, ומאידך - שאינו יכול למכור, דודאי אם אין הראשון יכול למוכרו, הרי צריך לומר דאין לו לראשון אלא פירות ובגוף אין לו כלל, וא"כ לא נחית לירושה בגוף כלל אלא הגוף מהיום לאחריו, א"כ כי נחית לפירי בירושה מאי הוי, כיון דאין לו ירושה בגוף כלל, ומהיכי תיתי לא יהיה לה הפסק בגוף. אלא טעם היש חולקין דס"ל דגם אם מכר הראשון מכרו מכר, ומשום דאינו אלא תנאי שיקבל השני מה ששייר הראשון גם אם ימכור, ומש"ה כיון דנחית לירושה לגוף שיכול למכור, אין לה הפסק דהגוף שלו.

ובנתיבות רמח"א כתב דדעת בעה"מ רק אם נפרש דמסתבר טעמא דבני מערבא כמש"כ בעה"מ, דאפי' אי אחריו כמעכשיו, יכול למכור, וע"כ הוי ראוי.

אבל למה שמפרשים שמסתבר טעמא דבני מערבא, וממילא אחריך אינו כמעכשיו, יש לחלק בין מעכשיו להדיא לבין ואחריך סתם בלא מעכשיו, דבמעכשיו לכ"ע אין הראשון יכול למכור. ועיי"ש מה שחילק בולאחריך מעכשיו, בין דין ירושה שאין לה הפסק לדין מכירת הראשון.

ומ"מ לאמור לעיל כיון שבנדו"ד לא כתב ואחריך מעכשיו, אף שכתב בתחילת הצוואה שנותן הכל מהיום ולאחר מיתה, אין בכתיבה מהיום שנאמרה לקנין הצוואה כדי למנוע מהאשה למכור נכסים שקבלה בצוואה מהבעל.

ג. אחריך ליורשי

ובנדו"ד היתה הצוואה (גם זו של האב) באופן של "ואחריך ליורשי". איתא בב"ב קלז,ב: ההיא איתתא דהוה לה דיקלא בארעא דרב ביבי בר אביי. כל אימת דהות אזלא למיגזריה, הוה קפיד עילוה. אקניתיה ניהליה כל שני חייו. אזל איהו אקנייה ניהליה לבנו קטן. ושם בגמ' דלא קאמר רשב"ג אלא לאחר, אבל לעצמו - לא. ופירש הרשב"ם, דרשב"ג לא קאמר דמה שמכר ראשון הוה מכור אלא כשאמר לו נכסי לך ואחריך לפלוני, אבל כשאמר ואחריך לעצמי, כמו אותה אשה שלא הקנתה לרב ביבי אלא לכל ימי חייו, ורוצה היא שאחרי רב ביבי יחזור הדקל לה, והרי זה כאומרת ואחריך לעצמי, בזה אפי' רשב"ג מודה שלא הקנתה אלא פירות, וממילא מה שהקנה לבנו לא הועיל כלום, כיון שיש לו רק פירות של כל ימי חייו. ומוכח דאחריך לעצמי, הרי לא נתן הנותן למקבל אלא פירות, ואין המקבל יכול למכור בגוף הנכסים. ועדיין לא התבאר הדין באחריך ליורשי, אם הוא כאומר אחריך לעצמי.

ובב"ב קכה,ב, בעובדא דההוא דאמר נכסי לסבתא ובתרה לירתאי וכו', ועיין לעיל הדיון אם יכולה הסבתא למכור, דאם יכולה למכור, הוי המתנה ראוי. ולפי גירסה דידן שנתן המתנה לסבתא ואחריו ליורשיו, מוכח לכאורה שיכול המקבל הראשון למכור, אף אם השני הוא יורש הנותן. וכן היא גירסת הרי"ף בסוגיא (ב"ב נד,ב) — נה,א בעמוה"ר, וכן היא גירסת הרא"ש שם בהי"ב. וכן פשטות דברי הרמב"ם זכיה ומתנה יב,יב שגרס ואחריה ליורשי, עיין ברב המגיד, ובתש"ר"ב אשכנזי סי' י. ומוכח שהאומר אחריך ליורשי אינו כאומר אחריך לעצמי, דשם יכלה הסבתא למכור, אף שלגירסה הנ"ל אמר אחריך ליורשי.

אמנם בנימוק"י ב"ב (נד,ב בעמוה"ר) כתב: "שהניח נכסיו לזקנה ואחריה ליורש שלה ...", וא"כ דוקא בהניח לסבתא וליורש של הסבתא, אבל ליורשי נותן, אין המקבל הראשון יכול למכור (ומה שהניח לסבתא ואח"כ ליורש שלה, דלכאורה הרי ממילא ירש היורש שלה, כתב בנימוק"י שם נה,א בעמוה"ר, דנפק"מ לבע"ח של

הסבתא, כיון שיורשיה מקבלים מכח הנותן, עיי"ש). וכן מבואר בדברי הרשב"א בסוגיא קכה,ב, שהקשה על פירוש הרשב"ם, וז"ל הרשב"א:

"וקשיא לי, דא"כ היכי קאמרינן דבעל לא ירית ומשום דכל האומר אחרין לאו כאומר מעכשו דמי, ואמר רבה מסתבר טעמיהו דבני מערבא דאי קדמה זובנה זבינה זביני, כלומר כרשב"ג דאמר נכסי לך ואחרין לפלוני ועמד הראשון ומכר ואכל אין לשני אלא מה ששייר ראשון, והא אמרינן לקמן בשילהי פירקין בעובדא דההיא איתתא דאקניה דיקלא לרב ביבי בר אבבי כל שני חייה, ואזל איהו ואקנייה לבנו קטן ... אפי' רשב"ג לא אמר אלא לאחר אבל לעצמו לא, כלומר כשאמר אחרין לפלוני, אבל אחרין לעצמי לא, דלא נתן לראשון אלא אכילת פירות בלבד. וא"כ הכא נמי דקאמר אחרין ליורשי, לא הוציא הנכסים מרשותו ומרשות יורשיו אלא בחיי סבתא שתאכל היא פירות הנכסים כל ימי חייה. ור"ש ז"ל בעצמו כן פי' שם, וכיון שכן, הכא אי קדמה סבתא זבינא זביני, לאו זבינא. ולולי שהרב ז"ל בעצמו פי' שם כן הייתי מתרץ לפי גרסתו שבכאן, דהתם הכי פירושא, הני מילי בשירד הראשון ומכר או נתן לאחר, אבל בשנתן לעצמו לא, ובנו קטן כגופו דמי, וכן פי' שם ר"ח ז"ל, וגרסת הגאונים ז"ל."

וכך גם גרסת המאירי בסוגיא, שנתן לסבתא ואחריה ליורשיה. גם בהגהות הב"ח על הרי"ף אות ב דבגרסת רי"ף ישן נמצא שאחריה לירתה, והיינו יורשי הסבתא. וכך היא גרסת הגאונים, וכן הביא הרב המגיד זכיה ומתנה יב, דכך היא גרסת הגאונים, ושכן מצא במקצת גרסאות הרמב"ם, (ועיין במגיד בה"י כתב המגיד שאין דרך זו עולה עם דברי הרמב"ם שם). וכך הביא הב"י חו"מ סי' רמח, והמל"מ זכיה ומתנה יב,ט. וכן הריב"ש בסי' תע כתב דבין אמר ואחרין לי או ליורשי, אין המקבל יכול למכור. וכן פסק הרמ"א חו"מ רמח"ז, ועיי"ש בסמ"ע כה. ועיין בקצוה"ח יב, מה שהביא מהרמב"ן (ב"ב קלז,ב ד"ה ושמעין) ונו"נ בדבריו, בנתיבות שם ס"ק יב, ובחזו"א אהע"ז עד,ט. והלבוש בע"ש רמח"ז כתב, דכל הדברים הללו אינם אמורים אלא כשאומר אחרין לפלוני שהוא אחר שאינו יורשו, אבל אם אמר אחרין לי או ליורשי, אם מכרן הראשון, הנותן או היורש מוציאין מיד הלוקח, דבכי האי גוונא הוי שיור ששייר לעצמו הגוף ולא הקנה לראשון אלא הפירי, דכל לגבי עצמו או יורשיו בעין יפה משיר, עיי"ש.

ולפ"ז אם המתנה היא "לך ואחרין ליורשי", הרי זה כנותן "לך ואחרין לי", ואין הראשון יכול למכור או לתת, שלא נתן לו אלא פירות. ומזה לנדו"ד שאם אמר ואחריו ליורשי, נתן במחלוקת הראשונים בגירסאות הגמ' בב"ב קכה,ב, אם יכול המקבל למכור ולתת.

ד. נותן מתנה לבנו

אלא שבנדוד"ד נתנה האשה את אשר קבלה מהבעל לילדיה באופן לא שווה. ובזה קיי"ל שאף אם מהני מכירת הראשון או נתינת מתנה, מ"מ לא מהני אם יתן או ימכור ליורשיו. לעיל הובאה הגמ' ב"ב קלז,ב: ההיא איתתא דהוה לה דיקלא בארעא דרב ביבי בר אביי וכו'. ושם בגמ' דלא קאמר רשב"ג אלא לאחר, אבל לעצמו - לא. והרשב"ם שם פירש, דרשב"ג לא קאמר דמה שמכר ראשון הוה מכור אלא כשאמר לו נכסי לך ואחר כך לפלוני, אבל כשאמר ואחר כך לעצמי, כמו אותה אשה שלא הקנתה לרב ביבי אלא לכל ימי חייו, ורוצה היא שאחרי רב ביבי יחזור הדקל לה, והרי זה כאומרת ואחר כך לעצמי, בזה אפי' רשב"ג מודה שלא הקנתה אלא פירות, וממילא מה שהקנה לבנו לא הועיל כלום, כיון שיש לו רק פירות של כל ימי חייו. והכי נמי י"ל בב"ב קכה,ב הנ"ל, בעובדא דההיא סבתא, דכיון דאמר ובתראי לירתאי, הרי לעצמו אמר, א"כ לא הקנה לסבתא אלא פירות, ואינה יכולה להקנות לאחר, ואיך הקנתה הסבתא. ויש לחלק בין אמר אחר כך לעצמי או אחר כך ליורשי כך הביא בתוס' רי"ד ב"ב קכה,ב. וכתב התוס' רי"ד דזה נראה דוחק, וז"ל:

"והנכון בעיני לפרש ההיא דרב ביבי, כמו מה שפירש ר"ח, אפילו רשב"ג דאמר אם נתנה במתנה מה שעשוי עשוי לא אמר אלא בזמן שהקנה לאחרים, אבל לבנו לא, דבנו כי עצמו דמי. זה היא פתרון נאה ביותר ובנו קטן גרסינן דהוה כי גופו, כיון דסמוך על שלחנו והו"ל כאלו לא יצאו הנכסים מרשותו, אבל אם היה מוכר או נותן לאחר, הכי נמי דמה שעשה עשוי, שאין חילוק בין היכא דאמר אחר כך לפלוני ובין היכא דאמר אחר כך לי."

וכך פסק הרמב"ם זכיה ומתנה יב,י, שאם מכר או נתן מקבל ראשון לבנו או למי שראוי ליורשו, לא עשה ולא כלום: "במה דברים אמורים בשמכר הראשון או נתן מתנה לאחרים, אבל אם מכרן הראשון או נתנן לבנו מתנה או לאחר מיורשיו, לא עשה כלום". והרב המגיד כתב שהרמב"ם מפרש בעובדא דרב ביבי (ב"ב קלז,ב), דלא קאמר רשב"ג אין לשני אלא מה ששייר ראשון אלא שנתן ראשון לאחר, אבל לעצמו, כגון שנתנם למי שראוי ליורשו שהוא כעצמו, לאו כל כמיניה, דלא כרשב"ם שפירש "לעצמו לא", היינו בשייר הנותן לעצמו, ולא במכירת המקבל (כרמב"ם). וטעם הדין, שכוונת הנותן כשאמר ואחר כך לפלוני לא היה בדעתו שיוכל המקבל הראשון לתנם לבניו או ליורשיו, שא"כ לא עשה ולא כלום במה שנתן לאחריו, שכל מה שיש לאדם הוא נותן לבניו. אבל כשאינו יכול לתתם לבניו או ליורשיו, אע"פ שיוכל לתתם לאחרים, לא חושש הנותן לכך, שאין אדם חוטא ולא לו, דהיינו לתת לאחרים. ובסמ"ע רמח"ט כתב בבאור דברי המגיד, ואין כוונת המגיד דאין אדם חוטא ולא

לו, שאינו חוטא בלא ריוח, דא"כ תינח מתנה אבל במכר שמכרו וקיבל דמיו מאי איכא למימר. ועוד, דגם מתנה נחשבת כמכר, דאין אדם נותן מתנה לחבירו, אם לא קיבל ממנו הנאות. אלא כונת המגיד דלא חשדו הנותן שיחטא זה הראשון ליתנו או למכרו לאחרים כיון שיש איסור בדבר לשנות דעת הנותן, משא"כ לתת לבניו או יורשיו, שכך הוא הדרך, יש לחשוש שיעשה כן על אף האיסור, שכך היא הדרך, וחושש הנותן שיעבור המקבל על האיסור, משא"כ בנתינה לאחרים.

ועיין באבן האזל (זו"מ יב,י) שכתב בבאור דברי הרמב"ם שהוסיף דגם אם נתן ליורשיו הוי כלעצמו, אף שבעובדא דרב ביבי מיירי דוקא בבנו ולא נזכר שאר יורשים, ומנ"ל לרמב"ם שהוא הדין בשאר יורשים. אלא שסברת הרמב"ם במה שלא יכול המקבל לתת לבנו או ליורשיו, כיון שעיקר דעת הנותן היה להוציא מיורשי המקבל הראשון, שלא ירשו יורשי מקבל, וכיון שזו דעת הנותן, ודאי דעתו שגם המקבל לא יתן ליורשיו, אבל אם מוכר לאחרים, אין מוכח ממתנתו שרוצה דוקא שתשאר המתנה אחריו לפלוני, ורק כוונתו שלא ישאר ליורשי מקבל הראשון, עיי"ש.

והראב"ד בהשגות הקשה על הרמב"ם, שהרי רב ביבי הקנה לבנו קטן, ולא בטלו המתנה אלא מפני שאמרה הנותנת ואחר כך לעצמי, ומדוע לא ביטלו מחמת שנתן רב ביבי לבנו. ועוד, איך יכל לתת לבן אחד שיחשב כירושה, הרי זה רק לרבי יוחנן בן ברוקה, ואף זה רק בשכיב מרע ולא בבריא (עיין ב"ב קל"א, ובשו"ע חו"מ רפ"א). וכתב דהרמב"ם מפרש דמה שביטלו המתנה, דאפילו רשב"ג לא קאמר אלא לאחר אבל לעצמו לא, אין הכוונה שהנותנת נתנה לעצמה אחריו, אלא שהנותן נתן לעצמו, כגון שנתן לבנו קטן שהוא אוכל פירות. ולפ"ז הקשה הראב"ד, דמי יימר שאם נתנו הנותן לבנו גדול שאינו סמוך על שולחנו, שלא תועיל המתנה.

ובשו"ע חו"מ רמח"ד פסק כדברי הרמב"ם, שאם מכרם או נתנם לאחד מיורשיו, לא עשה הראשון ולא כלום. ולפ"ז בנדר"ד שנתנה האשה, שהיא המקבלת הראשונה, ליורשיה, אף שהם גם יורשי הנותן, מ"מ כונת הנותן היתה שיתנו ליורשים בחלקים שוים, וכל נתינה שלא בחלקים שוים, היא בניגוד לכוונת הנותן. אמנם נראה דלטעמים שכתבו האחרונים, לכאורה לא שייכים בנדר"ד. לטעם שכתב הרב המגיד והסביר הסמ"ע, דיש לחוש שיעבור על האיסור בנתינה ליורשיו, לכאורה לא שייך בנדר"ד שיורשי המקבל הם יורשי הנותן, וקשה לומר שחשש שתחלק בחלקים לא שוים, וצ"ע. ובודאי למש"כ הגרא"ז באבן האזל שעיקר כוונת הנותן היתה באחריו – להוציא מיורשי מקבל ראשון, לא שייך בנדר"ד שיורשי נותן ויורשי מקבל – חד הם. אולם מאידך י"ל דלא פלוג, וכיון שנפסק שאם נתנה ליורשיה אינו כלום, אין לחלק בין אם יורשיה הם גם יורשי הנותן או לא.

ה. נתנה במתנת שכיב מרע

בגמ' ב"ב קלז,א איתא דלא מהני מתנת מקבל לאחרים, אם נתנם המקבל במתנת שכ"מ: ומורה שאם נתנן במתנת שכיב מרע לא עשה כלום (ר"ש אע"ג דאמר אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אם נתנו אותו ראשון במתנת שכיב מרע, כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה, לא אמר כלום והשני מוציא. אי נמי כשהיה שכיב מרע נתנה, דשתי מתנות הללו שוות כדאמרן לעיל איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע כו'). מאי טעמא, אמר אביי מתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה, וכבר קדמו אחריו. וכן פסק הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה יב'; " וכן אם נתנו מתנת שכיב מרע אפילו לאחרים לא עשה כלום, שאין מתנת שכיב מרע קונה אלא לאחר מיתה, וכשימות יקנה השני". וכן פסק בשו"ע חו"מ רמח"ד.

ובקצוה"ח רמח"ט למד מדברי הרשב"ם והנימוק"י (ב"ב סג,א מעמוה"ר), שאף במהיום ולאחר מיתה הוי כמתנת שכיב מרע, ואין המקבל יכול ליתנו במתנה של מהיום ולאחר מיתה. והקשה קצוה"ח ממש"כ הרשב"ם בב"ב קלה"ב, דמתנת בריא דמהיום ולאחר מיתה, אינו יכול הנותן למכור עוד הגוף כל ימי חייו, ואין לו לנותן אלא פירות, וא"כ איך קדם אחריו למקבל מהמקבל הראשון, דכיון דאית ליה לראשון הגוף ויכול למכרו ואין לשני אלא מה ששייר ראשון, ובזה שנתן מהיום ולאחר מיתה, קנין הגוף מהיום, וכשמת הנותן, הפירות של הלוקח כיון דהגוף שלו מהיום ולא נשאר פירי אלא לחיי המוכר, וא"כ ודאי לוקח קדים לאחריו, ונשאר בצ"ע. אולם לדברי התוס' שם דמהיום ולאחר מיתה היינו מתנת בריא, ששייר לו הנותן זכות חזרה, אחריו קדם אף שלא חזר בו הנותן, דכיון דשייר הראשון לנפשיה זכות שיוכל לחזור בו, הו"ל של אחריו ולא של הלוקח מהראשון, כיון דאכתי לא סילק נפשיה הראשון, וממילא אחריו קדים; " אבל לפי פירוש רשב"ם דגוף מהיום דאינו בחזרה כלל ונסתלק לגמרי, ודאי דאין לו לשני אלא מה ששייר ראשון, והרי לא שייר מיד, וצ"ע". ועיין בנתיבות רמח"ט.

ולפ"ז נדו"ד שמתנת האשה היא במהיום ולאחר מיתה, שהיא כמתנת שכ"מ וכדברי הרשב"ם, לכאורה לא מהני המתנה, ולקצוה"ח הדבר נתון לכאורה בדרך באור דין מהיום ולאחר מיתה, אך גם לדידיה אין ספק כי דעת הרשב"ם דלא מהני מתנת המקבל הראשון, רק נשאר בצ"ע.

והנה בדין מתנת שכיב מרע של מקבל דלא מהני, עיין מל"מ זכיה ומתנה ט,י שהקשה לשיטת הר"ן בתש', דפעוטות שמכרו בנכסים מועטים לא עשו כלום, דכיון שכל הקנאת פעוטות הוא מתקנת חכמים, במקום שעשו הפעוטות איסור ומכרו בנכסים מועטים שהיו למזונות הבנות, לא תקנו חכמים בכה"ג שעושים איסור. והקשה המל"מ

על מקבל שקיבל נכסים ואחריו לפלוני (כנידון סוגיא דידון), דלא מהני מתנת שכיב מרע כיון שכבר קדמו אחריו, תיפוק ליה שלא תקנו חכמים תקנת מתנת שכיב מרע במקום איסור, וכיון שאסור למכור וכו"ל, אף אם לא קדמו אחריו, לא מהני במתנת שכ"מ. ותירץ, דדוקא גבי ההיא דפעוטות, דאי לאו תקנת חז"ל שממכרין ממכר במטלטלין, לא היה להם שום אפשרות למכור, אבל במתנת שכ"מ יכול ליתנה במתנת בריא לאחר מיתה, וא"כ רק חידשו קנין נוסף ואפשרות נוספת, ולכן גם במקום איסור מהני תקנתם. והיינו דבכה"ג הוי כמו קנין באיסור, ועיין מה שכתבתי בח"ד סי' ה מה שהתבאר בזה באריכות. ועיין בשער המלך זו"מ ט, שכתב דמיירי במתנת בריא של מהיום ולאחר מיתה שהיא כמתנת שכ"מ, ובזה לא נצרכים לתקנת חכמים, ולכן גם לדברי הר"ן מהני אף במקום איסור.

עוד ראיתי בבאור הענין שאם נתנו במתנת שכ"מ לא מהני, שכבר קדמו אחריו, לזקני בעל הזית רענן (ח"ב עז, ד) שהקשה, למה לי טעם דכבר קדמו אחריו, תיפוק ליה שהאחריו קנה מדינא, והשני מתקנת חכמים דדברי שכ"מ, ומי נדחה מפני מי, ופשיטא דאזלינן בתר עיקר הדין, דדברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעין. וכתב לבאר דטעם זה נכון כשנתן להם במתנת בריא בקנין ואמר נכסי לך ואחריו וכו', ובזה אין צריך לטעם שכבר קדמו אחריו. אבל כיון דסתמא קתני, ומשמע שאפי' נתנו הנותן במתנת שכ"מ, ונמצא שגם אחריו לא זכה אלא בתקנת חכמים, ואפ"ה אם נתנה הראשון כשהיה שכ"מ, קנה אחריו ולא מי שקיבל מהמקבל הראשון. וכיון ששניהם לא קנו אלא מדרבנן, מש"ה הוא שהכריחו לאביי לפרש משום שכבר קדמו אחריו וזכותו קדמה לזכיית המקבל מן הראשון, עיי"ש.

וכאמור בנדר"ד שהמתנה של האשה היא במהיום ולאחר מיתה, ופשטות דברי הגמ' והראשונים דלא מהני מתנה של המקבל הראשון בכה"ג, ואף דהקצוה"ח נשאר בצ"ע בהבנת דברי הרשב"ם, מ"מ ברשב"ם מבואר כן להדיא דאף במתנה של מהיום ולאחר מיתה לא מהני מתנת המקבל הראשון.

לאור האמור לעיל נראה שצואת האשה השניה תהיה ברת תוקף ביחס לנכסים שהיו מעיקרא של האשה/ האם, אך לא ביחס לנכסים שקבלה בירושה מהבעל, שבהם החלוקה תהיה בחלקים שווים, כצואת האב.

ו. חלוקת כספים וכו'.

כל האמור הוא ביחס לנכסים שהיו של האב (שכולם בכלל לא עברו עדיין ע"ש האלמנה/ האם, ועדיין רשומים ע"ש האב, אך אין בזה נפק"מ, דהוא הדין בהעבירה הנכסים על שמה לפי הצוואה). ברם כספים שהיו בחשבון הבנק ובהם קנתה

האלמנה דירה, אף שבמקומם נכנסו כספים ממקור אחר, מ"מ מה שהשאיר האב השתמשה האלמנה ולא שיירה. ואין חילוק בין אם קנתה בכספים דירה או הוציאה בהוצאות אחרות. ומה שקנתה האלמנה דירה, אינו בבחינת שיור ממתנת הנותן. דמהנ"ל מבואר דיש לשני מה ששייר ראשון, היינו שייר ראשון מגוף מתנת הנותן. אבל אם הוציא בדרך כזו או אחרת, אין שמו של הנותן על הנכס שנקנה מכספי המתנה, וממילא אין כאן שיור של ראשון ממתנת הנותן. דלא שייר לומר ואחריו לפלוני, ואין לאחריו מה ששייר הראשון, דוקא בגוף המתנה שנתן והשאיר הנותן, אבל כשנתן או מכר, אף אם קבל בתמורה נכס אחר, אין זה שיור ממתנת הנותן, ואין לאחריו נכס כלום. ולכן בנדו"ד צואת האם תחול על הדירה שקנתה מהכסף שהשאיר האב בבנק.

כמו כן כספים שהצטברו אחר מיתת האב בחשבון הבנק, רובם ככולם מזכות האב לפנסיה, וזכות זו ניתנה לאלמנה, והם שלה לחלוטין, ואינם בכלל המתנה והצוואה שהשאיר האב, דזכויות הפנסיה הם לא זכות של היורשים אלא של האלמנה. ולכן גם כספים שבחשבון הבנק יחולקו לפי צואת האלמנה.

כלי כסף ומטלטלין של האב, שעדיין קיימים, כיון שהם שיור של מקבל ראשון (האלמנה) ממתנת האב, יחול בהם דין "ואחריו" שבצואת האב, וחלקו של האב בהם יחולק שוה בשוה.

לאור האמור לעיל:

- א. צואת האב לחלוקה שיויונית של נכסיו לאחר מות האם, תחול על נכסים שהיו של האב בשעת מותו, ובהם חלקו בדירה, קרקעות שהשאיר, וכן מטלטלין וכלי כסף שהיו של אב, חלקו של האב יחולק שוה בשוה.
- ב. האמור לעיל הוא אף אם האם הוציאה את צואת האב מהכח אל הפועל והעבירה את נכסי האב על שמה.
- ג. חלוקה לא שיויונית לפי צואת האם תחול על נכסים הרשומים על שמה מעיקרא (לא מכח הפעלת צואת האב), ובכלל זה הדירה שרכשה מכספי הירושה, וכן כספים שנמצאים בחשבון הבנק של האם.

בדין מצוה מחמת מיתה

ראשי פרקים

א. שכיב מרע ומצוה מחמת מיתה

ב. מפרש שנותן מחמת מיתה

ג. בנדר מסוכן

בענין חולה במחלה סופנית, שלפי דברי הרופאים לפי קצב התקדמות המחלה, לא נשארו לו אלא חדשים ספורים בלבד לחיות, ובמהלך אחד מאשפוזיו היומיים לצורך קבלת טיפול, אמר בע"פ בפני שני ידידים שהיו עימו, כיצד לנהוג באחד מנכסיו/ עסקיו, תוך אמירה "אני מרגיש שאני לא אצא מהסיפור הזה". לאחר מכן חזר לביתו, וגם המשיך בטיפולים, ולמעשה תפקד כמעט כרגיל עד ממש לפני פטירתו, ולאחר כמחצית השנה ממועד המתנה הנ"ל נפטר, ושאלו היורשים אם יש תוקף קניני למה שצוה, הגם שלא היה קנין, והגם שלכאורה אינו מוגדר כשכיב מרע, והיתה המתנה במקצת.

א. שכיב מרע ומצוה מחמת מיתה

במשנה ב"ב קנ"ג, נחלקו ר"מ וחכמים במתנת שכיב מרע שלא כתוב בה שהיה המצוה שכיב מרע, והמצוה טוען שהיה שכיב מרע ורוצה לחזור, והמקבל טוען שהיה בריא ואינו יכול לחזור. ואיתא בגמ' שם: ההוא מתנתא דהוה כתב בה כד הוה קציר ורמי בערסיה, ולא כתב בה ומגו מרעיה איפטר לבית עולמיה (כך היו רגילין לכתוב מתנת שכיב מרע הנכתבות לאחר מיתתן, להודיע שהנכסים הללו נתונים לזה המקבל בצוואת שכיב מרע, ומתוך אותו חולי נפטר שלא עמד בינתים ולא חזר בו. - רשב"ם). אמר רבה, הרי מת והרי קברו מוכיח עליו. אמר ליה אביי, השתא, ומה ספינה שרובן לאבד נתנין עליהן חומרי חיים וחומרי מתים, חולין שרוב חולין לחיים לא כל שכן. והיינו שנחלקו אם לא כתוב בגוף שטר מתנת שכיב מרע שמת מאותו חולי, אם מעמידין בתר חזקה דהשתא, שכעת מת, או מעמידים בחזקת חיים. ושם ב"ב קנ"ד: א"ל אביי, מאי טעמא, אי נימא מדכולהו כתיב בהו כד הוה מהלך על רגלוהי בשוקא ובהא לא כתיב בה, שמע מינה שכיב מרע הוי, אדרבה מדכולהו כתיב בהו כד קציר ורמי בערסיה והא לא כתיב בה, שמע מינה בריא הוי וכו'. ומבואר בגמ' דבכל אופן בכל מתנות שכיב מרע היו כותבים כד הוה קציר ורמי

בערסיה, שהוא חולה ומוטל במיתה (עיינ רב המגיד זכיה ומתנה ח,א). עוד מבואר בגיטין עב,ב – עג,א, בשכ"מ שניתק מחולי לחולי, דאם הלך בשוק בלא משענת, הרי זה כבירא ובטלו מתנותיו כשנתן בהיותו שכ"מ, ורק בהלך על משענתו. וכך פסק הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ח,א-ב, וז"ל:

"הסומא או הפסח או הגדם או החושש בראשו או בעינו, או בידו או ברגלו וכיוצא בהן, הרי הוא כבירא לכל דבריו במקחו או בממכרו ומתנותיו. אבל החולה שתשש כח כל הגוף, וכשל כחו מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגלו בשוק והרי הוא נופל על המטה, הוא [הנקרא] שכיב מרע, ומשפטי מתנותיו אינם כמתנת בריא."

הרי שגדר שכיב מרע הוא שאינו יכול להלך בשוק והוא נופל על המיתה, וכ"פ בשו"ע חו"מ רנ,ה. ועיין ברמב"ם שם הכ"ה לענין שכ"מ שניתק מחולי לחולי, שאם לא עמד ולא הלך על משענתו בשוק, דינו כשכ"מ ומתנתו מתנה. וכן פסק בשו"ע רנ,ב. ועיין ברא"ש ב"ב ט,יח דמסוכן שתקף עליו החולי ונוטה למות, כל צוואתו חשבינן מחמת מיתה אפילו לא הזכיר מיתה. "והכי איתא בירושלמי דפאיה, איזהו שכיב מרע, כל שלא קפץ עליו החולי, דרך ארץ הקרובים נכנסין אצלו מיד והרחוקים אחר שלשה ימים, ואם קפץ עליו החולי, אלו ואלו נכנסים מיד. אלמא משמע דאחר שלשה ימים נקרא שכיב מרע, וכל צוואתו מחמת מיתה". ועיין בטור חו"מ סי' רנ, לפי דעת הרא"ש, דתוך ג ימים ראשונים ולא קפץ עליו החולי, יש לו דין מתנת שכיב מרע, ואחר ג ימים ראשונים, או שקפץ עליו החולי ואפי' תוך ג ימים, יש לו דין מצוה מחמת מיתה. ומלשון הרמב"ם נראה שהמודד הוא אם יכול להלך בשוק או לא - ללא משענת, וכל שחלה באופן שאינו יכול להלך על רגליו בשוק, הוא נקרא שכיב מרע, ולא חילק בין קודם או אחר ג ימים, וכמו שחילק ברא"ש. [ובניתק מחולי לחולי, אם הלך על משענתו בשוק, בעינן אומדאם מחמת חולי ראשון מת, כמבואר שם בהכ"ו]. כן כתב הדרישה רנ,ח והב"ח שם. דכשקפץ עליו החולי, יש לו דין של מצוה מחמת מיתה, וכמש"כ הרמב"ם שם בהכ"ד:

"והמפרש בים, והיוצא בשיירא, והיוצא בקולר, והמסוכן והוא שקפץ עליו החולי והכביד עליו חליו, כל אחד מארבעתן כמצוה מחמת מיתה, והרי דבריו ככתובין וכמסורין ומקיימין אותן אם מת, ואם ניצל ועמד אפילו קנו מידו במקצת חוזר, כדין כל מצוה מחמת מיתה."

ודין אלו הארבעה שהם כמצוים מחמת מיתה, הוא מדברי הרי"ף בגיטין (לב,א מעמוה"ר); "דהני ארבעה דתנינן במתני' (גיטין סה,ב), כולהו כשכיב מרע דמצוה מחמת מיתה ניהו, וכן הלכתא". ובר"ן שם הביא דעת רבינו יונה דרק יוצא בקולר

ומסוכן דינם כמצוה מחמת מיתה, אבל מפרש ויוצא בשיירא, הרי הם כבריאים לכל דבר, דכיון שדעתם לחזור ומדעת עצמם יצאו, לא מקנים באמירה, ואם קנו, אין חוזרים במתנתם. ורק לענין גט, מהני אמירת כתבו גט לאשתי, והרי אלו יכתבו ויתנו, שכיון שאמרו כתבו, דעתם לגרש, שלא לעגן את נשותיהן, ורק מחמת טרדתם לא אמרו כתבו ותנו, משא"כ לענין מתנה. וכך היא דעת הרא"ש גיטין ז, טו וב"ב ט, יח: "דמפרש ויוצא בשיירא לענין גט דווקא יש לה דין שכיב מרע, דאינהו טרידי ובהילי ומועיל כתבו בלא תנו, אבל לא לענין מתנה".

ועיין קצוה"ח רנ, ט שרצה לפרש בדעת רבינו יונה, דבמפרש ויוצא בשירא, דוקא לענין קנין אין דינו כמצוה מחמת מיתה, אולם לענין שאם עמד חוזר, גם רבינו יונה מודה דאם עמד חוזר. ובסברת קצוה"ח בחילוקו היה נראה לומר, דיש במתנת שכיב מרע שני ענינים: האחד תקנת הקנין, שדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמי (עיין מש"כ בח"ד סי' ז), והיינו שלא תטרף דעתו, ולאור רצינות המעמד (כמו שאין אדם משטה בשעת מיתה, ואינו יכול לטעון טענת השטאה בהודאת שכיב מרע, כדאיתא בב"ב קעה, א ובשו"ע חו"מ פא, ב), אמרו חכמים שגומר בדעתו להקנות גם באמירה גרידא, או שלא צריך קנין או שהאמירה זה הקנין בשכיב מרע, לאור המציאות של מצבו. ודבר אחר הוא הדין של אם עמד חוזר, שהוא מחמת הדין הכללי של אומדנא במתנה, שאדם שנותן מתנה מחמת שהוא הולך למות, דברים שבלבו ובלב כל אדם שאם יעמוד תחזור המתנה, ולא לתת לאחרים ולהניח עצמו בלא כלום, ואין זה מעיקר דין מתנת שכ"מ אלא דין כללי בהלכות מתנה, וכמו בשמע שמת בנו ונתן נכסיו לאחר והתברר שבנו חי (ב"ב קמו, ב) או מברחת (כתובות עח, ב), וכמש"כ הר"ן קדושין (כ, ב בעמוה"ר), דכיון שהענין מוכיח מתוכו, לאו דברים שבלב הם אלא בפי כל העולם, ובתוס' כתובות עח, ב (ד"ה כתבתינהו) דמברחת לא הוי דברים שבלב, דודאי ניכר שלא התכוונה אלא להברית, דנפשה עדיפא לה. וכן הרא"ש שם כתובות יא, ט דאנן סהדי דלהכי איכוון, וכן הריטב"א קדושין נ, א מנה מצוה מחמת מיתה שאם עמד חוזר, בכלל דברים שבלבו ובלב כל אדם. ואף שקצוה"ח כתב דאין לחלק כך בדברי רבינו יונה, היינו שביוצא בשיירא ומפרש אין לחלק בין הקנין לחזרה, אלא בכל ענין לא הוי מתנה גם מחמת החזרה, אבל לענין שני הדינים במתנת שכ"מ, לענ"ד כן נראה בבאורם, שדין החזרה אינו חלק מדין מתנת שכ"מ.

ולפ"ז נראה דמה שחילקו בין מצוה מחמת מיתה למתנת שכ"מ לענין מקצת, דבשכ"מ בעי במקצת קנין ואם עמד לא חוזר, ובמצוה מחמת מיתה לא בעי קנין במקצת, ואם עמד חוזר במקצת אפי' בקנין, דלענין הקנין שער חכמים בשכיב מרע שאם לא נותן הכל, אפשר שאינו מחמת המיתה, ורק במצוה מחמת מיתה או במפרש שמחמת מיתה, שער חכמים שאף במקצת גומר בדעתו לתת ואין צריך קנין, או שאמירתו

היא כקנין, אבל בשכיב מרע שאינו מפרש ואינו מצוה מחמת מיתה, שערו שרק בנותן כל נכסיו הוא נותן מחמת המיתה ואין צריך קנין. וכן לענין החזרה, כך היא האומדנא של חכמים במתנה, שאם ציוה להדיא מחמת מיתה או שהוא מצוה מחמת מיתה, גם במקצת יש אומדנא שלא מתכוין לתת לאחרים, ורק בשכ"מ שנותן הכל, שיש אומדנא שלא יתן לאחרים וישאיר עצמו בלא כלום, בזה אמרינן שאם עמד חוזר, אבל במקצת שהשאיר לעצמו, כלשהו (ב"ב קנב, קנב, ושו"ע חו"מ רנ, ד) – דלא פלוג בתקנתם, או לרא"ש ב"ב ט, כו, (ורמ"א שם) דבעינן שיור כדי פרנסתו, אין אומדנא שתחזור אם עמד. ובמצוה מחמת מיתה או פירש להדיא, הרי זה כגלוי דעת שנתן רק על דעת מיתה, וכמו בגילה דעתו שמוכר מפני שרוצה לעלות לאר"י (קדושין מט, ב).

וגם מה ששכיב מרע שדבריו ככתובים וכמסורים, איתא בב"ב קמז, ב: רבא אמר רב נחמן, מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תטרף דעתו עליו. והרשב"ם שם הביא לישנא אחרנא, ושכן נראה בעינינו: "דלהכי תקון רבנן שיקנו דבריו באמירה, שאם אין דבריו נקנין, חיישינן שמא תטרף דעתו בחליו מתוך צער שהוא יודע שלא יקיימו בניו צוואתו". ומבואר שכמו שתקנו חכמים קנין מעמד שלשתן מפני תקנת השוק, כך תקנו קנין ע"י אמירה, שזהו הקנין, שמא תטרף דעתו. מבואר דלא כמש"כ שעצם המציאות של השכ"מ היא הנותנת שגומר בליבו, וכמו שאינו משטה בהודאה, אלא זו תקנת קנין מיוחדת בשכיב מרע שלא תטרף דעתו, וכמו תקנת קנין של מעמד שלשתן בחוב. ועיין בהעמק שאלה לנצי"ב (ח"א לג, ד) דהקנין מתחיל משעת האמירה, ע"פ מש"כ התוס' גיטין יד, ב ד"ה הא, עיי"ש.

ולכאורה מה שייך תקנה בזה במצוה מחמת מיתה, דלכאורה לא שייך טרופ דעת במצוה מחמת מיתה, ובשלמא אם היינו אומרים דעצם המעמד גורם, י"ל דכשאדם מדבר על עניני מיתה אינו משטה, הגם אם אינו שכ"מ, ולכן גומר בלבד, אבל אם היא תקנה משום שלא תטרף דעתו, לכאורה במפרש בים לא שייך טעם זה. והרשב"א בגיטין סו, א, כתב וז"ל:

"ואע"ג דטעמא דשכ"מ דלא בעי קנין פרישנא התם כדי שלא תטרף דעתו עליו, איכא למימר דהכא נמי כיון דטרידי, איכא למיחש נמי להכי. ורבי אלפסי ז"ל הכין כתב, דהני ד דמתני' כמצוה מחמת מיתה ניהו, ולגבי מסוכן לא חדית ביה רב הונא לגבי מתנה, דהא פשיטא דמצוה מחמת מיתה הוא, אלא לענין גט חדית ביה שאם עמד חוזר כעין שהוא חוזר במתנתו ... ואכתי קשיא לי, מאי קאמר מה גטו אע"ג דלא אמר תנו, אף מתנתו אע"ג דלא קני מיניה, דהא לא שייכי בחד טעמא, דאלו בגטו טעמא משום אומדנא דכל שאמר כתבו, אע"ג דלא אסיק דיבוריה לומר תנו, אומדן דעתא הוא דלא

רצה לשחק בה, אלא מתוך שהוא בהול שיוצא בקולר או מפרש או יוצא בשיירא, לא אסיק דיבוריה ואינו משטה באותה שעה ודעתיה אכתיבה ונתינה. אבל גבי מתנה, אע"ג דגמר בדעתיה לאקנויי בה הקנאה גמורה, לאו כל כמיניה, דבמה קנה, הא חסרה ליה קנין. וי"ל, דכל הנך לרב הונא עשאו כמסוכנין וכמצוין מחמת מיתה במתנתן כגטין, כדי שלא תטרף דעתן עליהן, וזהו חדושו של רב הונא, כנ"ל."

הרי שלרשב"א גם מצוה מחמת מיתה חשו חכמים לטירוף דעת, ותקנו דמהני מתנתם באמירה. ובבאור הדין ראיתי בהעמק שאלה לנצי"ב (ח"א לג, בסופו) דכל היכא שאם עמד חוזר, יש לו דין שכ"מ לענין זה שקונה באמירה, דלא פלוג חכמים בתקנתם. דכיון שאומדנא במתנה יש גם במצוה מחמת מיתה שאם יעמוד יחזור, ממילא הוא בגדר התקנה להקנותו באמירה, דכל שנכללו בכלל האומדנא שאם עמד חוזר, הם בכלל התקנה של נקנה באמירה.

ונראה דענין החילוק בין שכיב מרע, ליוצא בקולר ומסוכן, שהם כמצוים מחמת מיתה, דמצוה מחמת מיתה מהני אפי' במקצת שאין צריך קנין משא"כ שכיב מרע, דמצוה מחמת מיתה כמו מסוכן ויוצא בקולר קרובים למיתה יותר משכיב מרע, דשכיב מרע שהוא חולה ג' ימים וכנ"ל, אינו בהכרח קרוב למיתה, רק הרגשתו היא רעה, ואמרינן שיתכן והוא עצמו יתכן וחושב שמא יבריא, ולכן כשנותן רק מקצת אמרינן שהוא עצמו דעתו מיושבת עליו וחושב שמא יבריא, וכמש"כ הראשונים, עיין ברבינו יונה קמז,א (ד"ב בבריא): "מיהו כשנתן סתם וקנו מידו מתנתו קיימת, דליכא אומדנא לומר שלא נתן אלא לאחר מיתה, שהרי מקוה הוא לחיות", דהדעה הסוברת דמתנת שכ"מ במקצת בעי קנין, דלא שייך במקצת טרוף דעת, דבעצם מה שנותן במקצת, מוכח שדעתו מיושבת עליו, וכמש"כ רבינו יונה שם: "דקסבר מתנת שכ"מ מדרבנן, גזירה שמא תטרף דעתו עליו, ולא שייך האי טעמא במתנת שכ"מ במקצת, לפי שדעתו מיושבת עליו". ועיי"ש בד"ה קודם לענין מתנת שכ"מ במקצת: "לפי שדעתו מיושבת עליו ומקוה לעמוד מחוליו, ולא שייך ביה שמא תטרף דעתו עליו". והיינו דעצם הנתינה במקצת מוכיחה שדעתו מיושבת עליו, ושהוא מקוה לעמוד מחוליו, דאל"כ היה נותן הכל. דמתנת שכ"מ נתקנה מחמת הרגשתו של השכ"מ, בהיותו חולה זמן מסוים, אף אם מבחינה אובייקטיבית יתכן ואינו קרוב למיתה. אולם במצוה מחמת מיתה, שאינו מחמת ההרגשה הפרטית של הנותן אלא דבר הגלוי לכל העולם שהוא קרוב למיתה, בזה יש אומדנא גם במקצת, עיין ברבינו יונה שם (בד"ה כתב רב אלפסי), דהוא קרוב למיתה יותר מן החיים.

ולפ"ז בשכיב מרע יש שני מצבים, יש מצב שהוא חולה ג' ימים ולא קפץ עליו החולי, או שהוא חולה ואינו יכול להלך בשוק, בזה הוא כבריא לכל דבר,

אא"כ מחלק כל נכסיו, דאז מחמת דעתו של השכ"מ ומכח מעשיו ניכר שהוא חושב שהוא הולך למות, ולכן מחלק כל נכסיו, ולב יודע מרת נפשו, ותיקנו חכמים שיהיה מקנה באמירה ואם עמד חוזר. ואם הוא מוגדר מעשית כמסוכן, שקפץ עליו החולי, הרי הוא קרוב יותר למיתה, וכיון שהוא קרוב יותר למיתה, ובו מהני אף במקצת, דהמצב לכשעצמו מורה על טרופ דעת, לא מחמת הנהגת האדם כבשכ"מ שלא קפץ עליו החולי, ולכן תקנו חכמים אף במקצת דמהני מתנתו ללא קנין, וע"ע ביד רמ"ה ב"ב פ"ט סו"ס פב. ואדרבא, התקנה המקורית היא במצוה מחמת מיתה, שבו עשו תקנה, ובשכיב מרע שנותן כל נכסיו, עשו אותו כמצוה מחמת מיתה, עיין רשב"א ב"ב קנבא (בתחילת העמ'). ומוכח לכאורה מהגמ' ב"ב קנא, דמתנת שכ"מ בכולה, הרי היא כדין מצוה מחמת מיתה, דהכי אמר שמואל, שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרים, אע"פ שקנו מידו, עמד חוזר, בידוע שלא היה מצוה אלא מחמת מיתה. דעיקר התקנה היא במצוה מחמת מיתה, רק בשכ"מ שנותן כל נכסיו, מעשיו מוכיחים שהוא כמצוה מחמת מיתה.

וע"ע ברבינו יונה ב"ב קמו,ב, על הא דתנן שם דאם שייר קרקע כלשהו, אין מתנתו קיימת, דאיתא בגמ', מאן אזיל בתר אומדנא, רבי שמעון בן מנסיא, בכותב כל נכסיו לאחר מחמת ששמע שמת בנו, ובא בנו וכו'. וכתב רבינו יונה, וז"ל:

"אע"ג דדברי שכיב מרע כקנין, כיון שכל נכסיו חלק ולא שייר קרקע כל שהוא אזלינן בתר אומדנא ואמרינן שלא היה אלא מחמת מיתה, שאין אדם עשוי ליתן כל נכסיו מחיים. רבי שמעון בן מנסיא דאית ליה שמבטלים קנין גמור מחמת אומדנא. מיהו בשייר קרקע כל שהוא אין כאן אומדנא, דאמר אי קאי סמיך על אותו שיור. ואע"פ שהשיור כל שהוא, הרי גלה בדעתו שהשיור ההוא חשוב בעיניו. אי נמי לא היה משיירו אם לא אמר כי יש לו תקוה, וכיון ששייר ונתן, מוכחא מלתא דמה שנתן מחיים נתן. והאי טעמא בתרא לא נהירא, דאם כן במצוה מחמת מיתה במקצת מאי טעמא לא אמרינן שאם עמד חוזר אע"ג דקנו מיניה. אבל יש לומר שהשטר מוכיח שהוא מקוה לעמוד מחליו, ובמצוה מחמת מיתה ליכא למימר הכי. והיינו נמי דקיימא לן מתנת שכיב מרע במקצת הרי היא כמתנת בריא דבעיא קנין, לפי שהוא מקוה לעמוד מחליו, אבל מחלק כל נכסיו מוכחא מלתא שאינו מקוה לעמוד מחליו, ובמצוה מחמת מיתה דתקינן רבנן שתהא מתנתו קיימת שלא תטרף דעתו עליו."

דענין מה שעמד חוזר, הוא אומדנא במתנה, ולכאורה מה עדיפא אומדנא דמצוה מחמת מיתה על שכ"מ, דמצוה מחמת מיתה מתנתו קיימת אף במקצת. וי"ל, דשכ"מ מחמת עצמו אנחנו לא יודעים אם מחמת מיתה עושה כן, שהרי לא כל מי

שאינו יכול להלך או אחר ג ימים ולא קפץ עליו החולי, קרוב למיתה, ורק כשמעשיו מוכחים שעושה מחמת מיתה, תקנו חכמים שלא תטרף דעתו. ולכן כאשר נותן כל נכסיו, מעשיו מוכחים שמחמת מיתה נותן. משא"כ מצוה מחמת מיתה, לא מעשיו מוכחים אלא מצבו מוכיח, ולכן גם אם שייר כלשהו, לא השנתה הגדרת מצבו, ויש בזה אומדנא במתנה שנותן מחמת חולי, שאם יעמוד יחזור, ויש בזה תקנת חכמים שיקנה באמירה, מחשש לטרופ דעת.

ולפ"ז בנדו"ד שאינו מסוכן כעת, וגם יכול להלך בשוק ללא משענת ואינו שכ"מ, אינו בכלל מתנת שכ"מ ואינו בכלל מצוה מחמת מיתה מעצם מצבו, רק יש לדון מחמת גלוי דעתו שנותן מחמת שהוא מרגיש שלא יעמוד ממחלתו, והיינו מפרש מחמת מיתה.

ב. מפרש שנותן מחמת מיתה

איתא בב"ב קנא, א-ב: אחתיה דרב דימי בר יוסף הוה לה פסקתא דפרדיסא. כל אימת דהות חלשא הוה מקניא ליה ניהליה, וכי קיימא הות הדרא בה. זימנא חדא חלשא. שלחה ליה, תא קני. שלח - לא בעינא. שלחה ליה, תא קני כל היכא דבעית. אזל שיירה וקנו מינה. כי קיימא הדרא בה ... וס"ל לרב נחמן, דאף שהיתה זו מתנה בשויר, כיון שאמרה האחות ווי דקא מיתה הך איתתא, הוה מצוה מחמת מיתה, ומצוה מחמת מיתה חוזר. דכיון שמתאונן על מיתתו, הרי זה מצוה מחמת מיתה, עיי"ש ברשב"ם. ועיין בריטב"א שם דמצוה מחמת מיתה היינו "שמזכיר בפירוש שנותן לאחר מיתה או שאומר וי ליה לההוא גברא דמיית". הרי שגם אם מזכיר שנותן מחמת מיתה, הוי מצוה מחמת מיתה. וברבינו גרשם שם כתב: "מחמת חוליה הקשה, וכסבורה היא למות להכי מקנת לו". והיינו דוקא בחולה ששייך לומר מחמת חוליו הקשה אמר כן, אבל אם יבוא בריא ויאמר שנותן מחמת מיתה, אינו בכלל מצוה מחמת מיתה. וכן בהמשך דבריו: "דמצוה מחמת מיתה דסבורה היתה למות", הרי דדוקא בסבורה למות מהני מה שפירשה ווי דקא מיתה, משא"כ בלא סבורה למות.

ולעיל התבאר דבמצוה מחמת מיתה, המציאות שהוא קרוב למיתה היא הנותנת דמהני מתנותיו, גם במקצת, מחמת המיתה, לענין שאם עמד חוזר ולענין דלא בעי קנין וסגי באמירה, משא"כ שכיב מרע שלא רק המציאות של קרוב למיתה אלא גם אופן הנהגתו, שנותן הכל. ולפ"ז היה מקום לדון במי שאינו קרוב למיתה, אבל אומר שנותן מחמת מיתה, אם דינו כמצוה מחמת מיתה. דבעובדא דאחתיה דרב דימי בר יוסף, גם אמרה ווי דקא מיתה, וגם היתה חולה מסוכנת. ונראה כמש"כ לעיל דיש

להפריד בין שני הדינים שיש במצוה מחמת מיתה ובמתנת שכ"מ, הדין שאם עמד חוזר, והדין דסגי באמירה. דלענין הדין שאם עמד חוזר, לכאורה גם אדם בריא שיגלה דעתו שנותן מחמת מיתה, הרי זה כמוכר קרקע ומגלה דעתו שמוכר כדי לעלות לאר"י וכנ"ל, ואם יעמוד יחזור. ואף שבבריא לא שייך הדין של אם עמד חוזר, מ"מ אין המתנה חלה אלא אם ימות. אך לענין הדין דלא בעי קנין וסגי באמירה, שהוא תקנת חכמים מיוחדת שלא תטרף דעתו, הרי שחכמים תקנו כן במי שקרוב למיתה כמו מסוכן, או חולה שאינו יכול להלך בשוק וכנ"ל, שניכר ממעשיו, שנותן כל רכושו, שהוא רואה עצמו כקרוב למיתה ואינו משייר לעצמו דבר.

והנה הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ח, יד-יז, כתב וז"ל:

"שכיב מרע שכתב כל נכסיו מתנה סתם ולא שייר כלום, אם עמד חוזר ... שייר כלום לעצמו בין קרקע בין מטלטלין, הרי זו מתנה במקצת וסתמה כמתנת בריא שקונה מזמן הכתיבה, לפיכך אינו חוזר, והוא שקנו מידו שמתנת שכיב מרע במקצת צריכה קנין, בין עמד בין לא עמד. במה דברים אמורים בשנתן סתם, שהרי אנו אומדין דעתו ואומדין הואיל ושייר לא נתכוון אלא להקנות לו מחיים במתנת בריא, אבל אם נתן לו המקצת בפירוש במתנת שכיב מרע שאינו אלא לאחר מיתה, אינו צריך קנין ואם עמד חוזר, ואם לא עמד קנה זה המקצת, ואם היה בה קנין, לא קנה אלא אם כן היה מיפה כחו כמו שביארנו."

והראב"ד השיגו, דאם פירש שנותן במתנת שכיב מרע, הרי זה מצוה מחמת מיתה. והיינו מדוע כפלו הרמב"ם, הרי לקמן בהכ"ג כתב הרמב"ם דין מצוה מחמת מיתה: "שכיב מרע שצוה מחמת מיתה, כגון שהיתה דעתו נוטה שהוא מת ודאי, וניכר דבר זה מכלל דבריו, אע"פ שקנו מידו במקצת, אם עמד חוזר". ולכאורה י"ל דבהי"ז כתב הרמב"ם לענין קנין באמירה, דאם פירש שנותן במתנת שכיב מרע, סגי באמירה, ובסע' כג כתב הרמב"ם לענין שאם עמד חוזר. ולפ"ז בדברי הרמב"ם מבואר דאם עמד חוזר הוא בשכיב מרע שצוה מחמת מיתה, ולמש"כ מחמת הגילוי דעת מהני גם במי שאינו שכיב מרע לענין שאם עמד חוזר, או בבריא שאינו חל אלא אם ימות. ואפשר דהרמב"ם בהכ"ג לא מיירי שאמר בפירוש שנותן מחמת חשש מיתה, אלא שניכר הדבר מכח דבריו, ולא שאמר להדיא, ולכן דוקא בצירוף המציאות שהוא שכיב מרע עם ניכר מכלל דבריו, יש אומדנא שנותן רק אם ימות, ואם עמד חוזר. ועיין מחנה אפרים זכיה ומתנה סי' א (ד"ה ועוד בה) שלמד בפשט דברי הרמב"ם שאין צריך שיאמר בהדיא שהוא מצוה מחמת מיתה, אלא בגילוי דעת לחוד סגי. והיינו כמש"כ בתחילת דבריו, שהקובים מדברים עמו, עי"ש. ונראה דדוקא אם הוא

שכיב מרע, והיינו חולה שאינו יכול להלך בשוק, בצרוף מציאות זו מהני גילוי דעת, אבל בחולה שאינו שכיב מרע האומר להדיא, אם אמר שמצוה על צד המיתה, הרי זה גילוי דעת על חלות המתנה והתנאתה במיתה. ואם הוא חולה, אף שאינו שכ"מ, לכאורה אפשר שאם יעמוד יחזור, וצ"ע.

ומ"מ לנדו"ד שהשאלה היא על הקנין, נראה דאם אינו בכלל קרוב למיתה כמו מסוכן, או שכיב מרע שאינו יכול להלך בשוק, אינו בכלל תקנת חכמים. אך עדיין צ"ע בנדו"ד, שהרופאים מגדירים את מצבו כחולה במחלה קשה, אף שלמעשה בזמן הציווי הוא מתפקד רגיל, צ"ע אם דינו כמסוכן שמצוה מחמת מיתה מחמת הגדרת מחלתו, או כבריא, מחמת אופן תפקודו. וכבר הזכרנו לעיל את דברי הרא"ש והטור דמצוה מחמת מיתה הוא אחר ג' ימים ראשונים או קפץ עליו החולי, עיין בטור חו"מ סי' רנ. והנה מדברי הטור נראה דכל מצוה מחמת מיתה הוא בשכיב מרע שגם ציוה מחמת מיתה, שהתאונן על מיתתו וכד', שבו תקנו חכמים דמהני בלא קנין אף בנותן מקצת, ואם עמד חוזר. וז"ל הטור:

"בד"א שמתנת שכיב מרע שיש בה שיור אינה נקנית אלא בקנין ואם עמד אינו חוזר, כשנתן סתם ולא פירש מחמת מיתה, אבל אם פירש מחמת מיתה, או אפילו לא פירש אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מחמת מיתה כגון שמתאונן על מיתתו וכיוצא בזה, אפילו אם יש בה שיור, נקנית באמירה בלא קנין לכשימות ואם יעמוד חוזר אפילו אם יש בה קנין. ור"ש בן חפני פירש מי שמזכיר מיתה הוא הנקרא מצוה מחמת מיתה, הא לא"ה לא. ובעל העיטור כתב מסוכן שחוליו קשה וניכר שצואתו מחמת מיתה, אף על פי שלא הזכיר מיתה, דינו כמצוה מחמת מיתה. וג' ימים הראשונים נקרא שכיב מרע, ואם הוא מזכיר מיתה אפילו בג' ימים הראשונים נקרא מצוה מחמת מיתה, וזהו כדעת א"א הרא"ש ז"ל."

ועיי"ש ובהמשך דברי הטור, דנראה מפשטות הדברים שמצוה מחמת מיתה הוא בשכיב מרע, והוא תוספת לשכ"מ, וכמש"כ בתחילת דבריו; "בד"א שמתנת שכיב מרע שיש בה שיור אינה נקנית אלא בקנין ... כשנתן סתם ולא פירש מחמת מיתה, אבל אם פירש מחמת מיתה ...", ומה שנחלקו הרשב"ח והעיטור הוא בלא מתאונן על מיתתו או לא מזכיר המיתה, אלא שחוליו קשה וניכר שצואתו מחמת מיתה, אבל גם לרשב"ח לא מהני אא"כ הוא במצב של שכ"מ, רק מצריך שיפרש או יתאונן על מיתתו. ומה שנחלקו הרי"ף והרא"ש ביוצא בשיירא אם דינו כמצוה מחמת מיתה, דדעת הרי"ף דדינו כמצוה מחמת מיתה, ודעת הרא"ש דוקא מסוכן או יוצא בקולר, אין ללמוד מזה דלרי"ף אף בבריא מהני אם יפרש מחמת מיתה, אלא ס"ל לרי"ף

דמציאות יוצא בשיירה היא סכנה לכשעצמה, או כמו מי שיוצא לקרב מסוכן במלחמה, שמחלוקתם היא באם מצבו של המצווה באופן פרטי אינו מסוכן אלא שהמציאות היא מצב של סכנה, האם גם לזה יש דין של מצוה מחמת מיתה שנקנה באמירה ואם עמד חוזר. אבל ללא מצב פרטי שהמצווה מסוכן או מצב נסיבתי שהוא מסוכן כעת (לרי"ף), אין לו דין של מצוה מחמת מיתה.

וכן נמצא בתש' משפטי שמואל (לרבי שמואל קלעי, סי' קג ד"ה ומעתה) שכתב דבר פשוט דמצוה מחמת מיתה דאמרו עליו דעדיפא משכ"מ לענין נותן מקצת נכסיו, היינו דהיה חולה כבר וציוה מחמת מיתה, אבל הבריא שציוה מחמת מיתה, אין דינו כמצוה מחמת מיתה, והוכיח כן מהרמב"ם והטור הנ"ל. ועיין בדברי מלכיאל (ח"א סי' ק, יג-יד) שדן בקושית הרמב"ם על הכפילות בדברי הרמב"ם בפ"ח מזכיה ומתנה הי"ז והכ"ג, וכנ"ל, וז"ל הדברי מלכיאל:

"אבל נראה פשוט דעתו כמו שכת' לעיל בשם הנימוק"י, דמצוה מחמת מיתה ברור בעיניו שימות ומקנה מעכשיו, כי כבר התיאש מכל עמלו. אבל שכ"מ אף שחושש למיתה, מ"מ דעתו ליתן רק לאחר מיתה, כי כל זמן שהוא חי חפץ שיהיו ברשותו אולי יחיה ויקום מחליו. ולזה במתנת שכ"מ שיש בה קנין אמרינן אין קנין לאחר מיתה, ובתקנת חז"ל לא רצה להקנות כיון שעשה קנין, ולזה צריך יפוי כח. אבל במצוה מחמת מיתה אין צריך יפוי כח בקנין, דבאמת מקנה מעכשיו, רק עומד חוזר משום דהוי כהתנה, כמו שכתב הנימוק"י. ולזה במתנת שכ"מ חוזר בחליו, ובמצוה מחמת מיתה אינו חוזר בקנין, כמש"כ הנימוק"י. ולזה בהל' טז חידש הרמב"ם שאף שאין ברור לו שימות, מ"מ כיון שנותן בפירוש במתנת שכ"מ, שפיר שייך זה אף במקצת נכסיו, דלא נימא דבמקצת לא שייך כל דין מתנת שכ"מ. ולא כתב שצריך יפוי כח. אבל בהכ"ג כתב שם שברור לו שימות והוי מצוה מ"מ, ושפיר א"צ יפוי כח כלל."

והיינו דמצוה מחמת מיתה כבר התיאש מחייו, וברור בעיניו שימות והתיאש מכל עמלו, משא"כ שכיב מרע אף שחושש לחייו, מ"מ יש בלבו תקוה שיקום מחוליו, ולכן אינו רוצה להקנות אלא לאחר מיתה, בתקוה שיקום מחוליו, ולזה בקנין הוי כקנין לאחר מיתה, משא"כ במצוה מחמת מיתה אף שנותן בקנין, כיון שרוצה לתת מעכשיו, הקנין אינו מגרע ואין צריך מיפה כוחו. ודברי הנימוק"י שהזכיר הדברי מלכיאל, הם בב"ב (עא,א-ב בעמוה"ר), על הא דאיתא בב"ב קנא,ב דמתנת שכ"מ במקצת, הרי היא כמתנת בריא, וז"ל:

"דכיון שאינו מסוכן ורוב החולים עומדים מחליים וראינו ששייר לעצמו מקצת מן הנכסים, אמדינן דעתיה שהניח קצת נכסים אלו שיסמוך עליהם

כשיעמוד מחליו עד שירויח, ומה שנותן לאחרים מנכסיו נותן לגמרי, וא"כ הרי היא כמתנת בריא ולפיכך בעיא קנין, דדוקא בהניח כל נכסיו לאחרים הוא דסגיגא באמירה בעלמא משום דאמדינן דעתיה דלא נתן כל נכסיו אלא אם ימות, דאם קם ברור לנו שאינו רוצה להמית עצמו ברעב, דכיון דמחמת מיתה קא עביד, בכה"ג הוא דאמרינן דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו והוי זה כמצוה מחמת מיתה, דאע"ג דלא נתן אלא מקצת נכסיו, כיון דאמר ווי דמית או כיוצא בזה דמשמע דמחמת מיתה יהיב, סגי באמירה בעלמא ולא בעי קנין, ואדרבה הקנין מגרע כח המקבל מתנה, דכיון דפשיטא לן דלא יהיב אלא מחמת מיתה ושיהיו למקבל לאחר מיתתו של נותן, איכא למיחש כיון שנעשה בו קנין ולא צריך נימא שמא לא גמר להקנות אלא בשטר או בקנין ואין שטר ואין קנין לאחר מיתה ... אלא שדעת רבוותא ז"ל דמצוה מחמת מיתה ומסוכן נחלקים מצד מה משכיב מרע שכתב כל נכסיו היכא דאיכא קנין וזכוי, דאילו שכיב מרע שכתב כל נכסיו אסיקנא לקמן דקנה המקבל לכולי עלמא מעתה משום דאין אחר קנין וזכוי כלום ואין יכול לחזור בו בין לעצמו בין לאחר, ובמסוכן ומצוה מחמת מיתה לעולם חוזר כמ"ש הרב הלוי בן מגא"ש ז"ל. ונ"ל טעמא דמסתבר דשכ"מ הזכוי הוא גלוי דבמתנת בריא יהיב, אבל אלו שידוע לנו שאינו לעולם אלא מחמת מיתה, הזכוי אי אפשר לגלות מה שאינו. והחילוק שיש בין המסוכן למצוה מחמת מיתה, דמצוה מחמת מיתה הוא כי שמענו דאמר ווי דמית, ומסוכן אפילו לא אמר מידי הוי דינו כמצוה מחמת מיתה, כדמשמע בירושלמי דמסכת פאה, דהתם מקשינן להא דמסוכן ממתי' דקפץ עליו החולי, והתם בשקפץ משמע דמדמינן ליה להא דלא אמר ווי דקא מית. ועוד, דאי אמר, היינו מצוה מחמת מיתה ואף על פי שלא קפץ עליו החולי, דלב יודע מרת נפשו, וכן העלו האחרונים ז"ל.

מדברי הנימוק"י עולה דיש מצוה מחמת מיתה מצבו המסוכן, ויש מחמת אמירתו אפי' אינו מסוכן ממש, רק ראינו שהתיאש מחייו. וכן בשכיב מרע שנתן כל נכסיו, הדבר מלמד שהתיאש כבר מחייו, ואף שלענין תוספת קנין שעשה השכ"מ יש חילוק ביניהם, דבשכ"מ י"ל דעדיין במתנת בריא יהיב, אבל בנותן בלא קנין, בין במתנת שכיב מרע ובין במצוה מחמת מיתה, כל אלו מוכיחים שהתיאש מחייו. אבל מ"מ גם בנדו"ד לא התיאש מכל עמלו ולא התכוין להקנות מעכשיו אלא רק לאחר מיתה, וכך אמר בהדיא. ואף שחלות כל מתנת שכיב מרע היא רק לאחר מיתה, מ"מ הוא עצמו במתנתו נוהג ומתיאש מחייו כבר מעכשיו לענין נכסיו, רק אמדינן לדעתיה שאם היה יודע שיקום מחוליו, לא היה נותן נכסיו, אבל השכ"מ מצד עצמו מתיאש ליתן מעכשיו (ולכאורה לפ"ז חלה המתנה למפרע משעת נתינה,

עיין בראשונים ספ"ק דגיטין, ברא"ש סה"ט, בתוס' יד, ב ד"ה הא, ברשב"א ובר"ן, ועיין קצוה"ח רנא, ועיין מה שכתבתי בח"ד ה(י).

ג. בגדר מסוכן

וכמש"כ יש להסתפק בנדו"ד אם דינו של החולה כמסוכן, דאף שהוא מתפקד באופן רגיל, מ"מ הרופאים מגדירים את מצבו כמסוכן. דע"א אמירתו שנראה לו שלא יבריא ממחלתו, עדיין לאור תפקודו, אין בדעתו להקנות מעכשיו, ואינו בגדר של התיאש מכל עמלו. ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת הרי"ף והרא"ש הנ"ל אם מפרש בים ויוצא בשיירה דינם כמצוה מחמת מיתה, דדעת הרי"ף דדינם כמצוה מחמת מיתה, וכ"ד הרמב"ם בזכיה ומתנה ח, כד. ודעת הרא"ש דלענין מתנה, דוקא מסוכן ויוצא בקולר דינם כמצוה מחמת מיתה, וכ"ד רבינו יונה והרשב"א. ועיין קצוה"ח רנט. והרי פשיטא שיוצא בשיירה ומפרש בים, אין זה בכלל התיאש מכל עמלו, וגם לא ברור בעיניו שימות, משא"כ מסוכן ויוצא בקולר. וס"ל לרי"ף שאף אם אין ברור בעיניו שימות, כיון שחושש למיתתו, הוי מצוה מחמת מיתה, וכמו דלענין גט חושש המפרש בים והיוצא בשיירה שלא יספיק לגרש ותשאר אשתו עגונה, כך גם לענין מתנה חושש שמא לא יספיק לצוות על נכסיו. ודעת הרא"ש דוקא בהתיאש מחייו וברור בעיניו שימות, ויש לחלק בין גט למתנה, דכל עוד לא קרוב למיתה, אף שעושה מחשש שמא לא יספיק לצוות, מ"מ כיון שאינו קרוב למיתה, לא תיקנו חכמים.

תנו בגיטין סה, ב: בראשונה היו אומרים היוצא בקולר ואמר כתבו גט לאשתי, הרי אלו יכתבו ויתנו, חזרו לומר אף המפרש והיוצא בשיירה. רבי שמעון שזורי אומר אף המסוכן. והרי"ף גיטין (לא, ב בעמוה"ר) פסק דכל הארבעה המנויים במשנה; " כולהו כשכיב מרע דמצוה מחמת מיתה נניהו, וכן הלכתא". ובשאלה אם מסוכן הוא קרוב למיתה ממש כמו גוסס או אף חולה, כתב המאירי ב"ב קמ"ב, (ועיין גם גיטין סה, ב), וז"ל:

"מסוכן זה שכתבנו יש מפרשים שהוא נוטה למות עד שהוא גוסס או קרוב לכך. ועיקר הדברים שפירשו אף בחולה לבד אע"פ שאינו מסוכן כל כך, שכל חולי בחזקת סכנה. והראיה, שהרי במסכת גיטין אמרו בריא שאמר כתבו וכו' ור' שמעון בן שזורי היא, ודוקא בריא אבל חולה כותבין ונותנין. ובראשון של גיטין יג, ב אמרו לא מיתוקמא מתני' בשכ"מ, והביאו עליה זו של ר' שמעון בן שזורי. ואם מסוכן דוקא שנוטה למות, היה להם להעמידה בשכיב מרע שאינו מסכן כל כך. ובירושלמי פירשו כל שקפץ עליו החולי שלשה ימים. והענין הוא שמן הסתם אין אדם מחזיק חולי של סכנה ברוב

החליים עד שנמשך בו שלשה ימים, הא מ"מ אם קפץ עליו חולי והכביד מיד, כך הדין. וכן כתבו גדולי המחברים. וכן אף תוך שלשה כל שאנו או הוא עצמו מחזיק אותו בחולי של סכנה דנין בו כן. וכן הדברים נראין. והוא שכתבו גדולי הצרפתים מסכן שכ"מ."

נראה מדברי המאירי דמסוכן הוא קרוב למיתה, או מחמת המציאות כפי שאנו רואים אותה, או מחמת תחושתו של המצוה, הגם שמהבחינה הרפואית האובייקטיבית אינו קרוב למיתה, אולם אם תחושתו היא שהוא חולה מסוכן, בזה תיקנו חכמים שיקנה באמירה ואם עמד חוזר, דגם בזה שייך שלא תטרף דעתו, הגם שלדעתנו אינו מסוכן. אולם תנאי בתקנת חכמים היא הרגשת החולה בהיותו מסוכן בסכנה קרובה ומיידית ולא בסכנה רחוקה. וסכנה קרובה היא באופן שחושש שלא יספיק לצוות מחמת מחלתו, אף אם לדעתנו לא יגיע למצב זה, כיון שלב יודע מרת נפשו וחושש שלא יספיק לצוות, יש חשש של טירוף דעת גם בזה. אבל חולה כנדוד"ד שאין בו סכנה קרובה, ואף שחש שלא יצא ממחלתו ולבסוף ימות, יודע שנכוננו לו עוד ימים ושבועות בהם יתהלך ויתפקד באופן רגיל, וככזה אינו חולה שהוא מסוכן לדעתו, ובודאי לא לדעתנו. דגם קפץ עליו החולי והכביד עליו החולי, הוא הקירבה למיתה ולמסוכנות. דכל הסברא של טרף הדעת שתקנו חכמים שייך במי שחושש שעוד מעט קט לא יוכל לצוות, משא"כ כשיודע שהוא חולה מסוכן, אך מתפקד כבריא לכל דבר, אין דינו כמצוה מחמת מיתה. וע"ע ברב המגיד גרושין ב"ב. ועיין ברע"ב טבול יום ד,ה בבאור דברי ר' שמעון בן שזורי, דמסוכן הוא הנוטה למות. ואף שבמשנה בגיטין פירש הרע"ב דמסוכן הוא חולה, ומשמע שכל חולה מסוכן, עיין בתוס' יו"ט מה שהקשה סתירה עליו. ואפשר שהכוונה חולה שלדעתו הוא מסוכן ונוטה למות, אף שלדעתנו אינו כן, וכמש"כ המאירי.

ולפ"ז גם מה שאומר בפירוש שמצוה מחמת מיתה, אין הכוונה שכל בריא שיאמר שהוא מצוה מחמת מיתה, עשו בו חכמים תקנה שתועיל הקנאתו ללא קנינים אלא באמירה בלבד, אלא מי שהוא חולה, ולפי דעתנו אינו מסוכן, אבל לפי דעתו הוא מסוכן שקרוב למיתה, הרי זה כמצוה מחמת מיתה. ואיך ידעינן דעתו שהוא לדעתו מסוכן וקרוב למיתה. כיון שגילה דעתו שהוא מצוה מחמת מיתה, ולדעתו הוא מסוכן וקרוב למיתה, באמצעות אמירתו שמצוה מחמת מיתה, ידעינן לדעתו שהוא סבור שהוא בחשש שלא יספיק לצוות. אבל ודאי שאם הוא בריא, ויודע שעוד נכוננו לו ימים ושבועות לתפקד כבריא, ועוד יספיק לצוות, ויכול גם להספיק לעשות קנינים כראוי, אף שמגלה דעתו שמצוה מחמת מיתה, אין דינו כמצוה מחמת מיתה, דתנאי מהותי בתקנת חכמים שיקנה באמירה הוא חשש טרף דעת שלא יספיק לעשות קנינים,

וזה גם לדעתו עוד יהיה לו שהות לעשות קנינים, אין דינו כמצוה מחמת מיתה, כיון שאינו חולה הקרוב למיתה באופן הנ"ל, לא לדעתו ולא לדעתינו.

לאמור לעיל, בנדו"ד אין דינו כמצוה מחמת מיתה, ודינו כבריא לענין קנינים.

סימן ל

מלמד שחוזר מחוזה עבודה

ראשי פרקים

- א. פועל חוזר בו בחצי היום
- ב. מחוסר אמנה בפועל
- ג. מחוסר אמנה והחייב לעמוד בדיבורו
- ד. חורה מחוזה עבודה
- ה. בחוזר בו מחמת יוקר, ובחוזר ומשכיר עצמו לאחרים
- ו. נשכר לדבר מצוה
- ז. פועל בדבר האבד כשלא התחיל במלאכה
- ח. אם יכול לבוף את הפועל שלא לחזור בדבר האבד
- ט. מתי מלמד יחשב בדבר האבד

ראובן חתם חוזה עם ת"ת כששה שבועות לפני תחילת שנת הלימודים, ללמד בשנת הלימודים הבאה בת"ת. כיון ששבועיים לאחר מכן הוצע לו משרה טובה יותר, בקש לחזור בו מההסכם החתום. ויש לדון אם יכול לחזור בו כדין פועל החוזר בחצי היום, אם הדין שונה בעקבות החתימה על חוזה עם הת"ת, ואם יש בזה מחוסרי אמנה.

א. פועל חוזר בו בחצי היום

איתא בב"מ י, א (וכן בב"ק קטז, ב) דפועל חוזר בו אפי' בחצי היום, דכתיב (ויקרא כה) כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים. וברש"י שם: שאינו שלו כעבד, שאם בא לעזוב לו שכרו מכאן ואילך ולחזור בו, יחזור בו. ובב"מ עז, א, על דברי רבי דוסא בפועל שחוזר בו, שלא רק שמין מה שעשו אלא גם מה שעתידי להעשות, ואין הפועל החוזר מקבל כל שכרו אם השלמת המלאכה עולה יותר באופן יחסי: אמר רב הלכה כרבי דוסא. ומי אמר רב הכי, והאמר רב פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום. וכי תימא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות (דגבי שכירות איתא להאי טעמא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל בקבלנות, אין זה עבד אלא לעצמו, ורבי דוסא בקבלנות מיירי, כדקתני קיבלו קמה לקצור, ודרב

בשכיר יום - רש"י), ומי שאני ליה, והתניא השוכר את הפועל ולחצי היום שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה, אם שכיר הוא נותן לו שכרו, אם קבלן הוא נותן לו קבלנותו. מני, אילימא רבנן, מאי איריא שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה דאניס, כי לא אניס נמי הא אמרו רבנן יד פועל על העליונה. אלא לאו רבי דוסא היא, ושמע מינה לא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות. אמר רב נחמן בר יצחק בדבר האבוד ודברי הכל (לעולם שאני ליה, ומודה הוא בשכיר דידו על העליונה, והא דנקט אונס בשכיר, אפילו רבנן נמי אמרי ליה, דאי לא אניס לא הדר, כל שכן רבי דוסא, והא מתניתין בדבר האבוד עסקינן, ודברי הכל אין הפועל יכול לחזור בו). ומבואר דדין פועל היכול לחזור בו הוא דוקא בשכיר ולא בקבלן, ודין רבי דוסא ששמן מה שעשה הוא בקבלן. וכ"כ להדיא התוס' ר"פ האומנין (ב"מ עה,ב ד"ה השוכר) והרא"ש ב"מ ו,ו, שדוקא שכיר יכול לחזור בו ולא קבלן. (ומלמד כנוד"ד דינו כשכיר ולא קבלן, כיון ששכרו מחושב לפי שעות עבודה ולא מקבל על השלמת המלאכה, עיין מה שכתבתי בח"א ח/א).

והריטב"א ב"מ עוב, (ד"ה בד"א) כתב: "והא דפועל חוזר בו בחצי היום, גזרת הכתוב הוא משום כי לי בני ישראל עבדים". הרי שדין חזרת פועל הוא גזירת הכתוב. (עיין גם במחנה אפרים פועלים ה). אמנם בפ"ח על הרא"ש ב"מ ו,ו, (אות ז) כתב דאין זו דרשה גמורה, שאם היתה זו דרשה גמורה, יכלו לחזור בהם גם מדבר האבד, וכמו כן לא יכלו פועלים כלל להשכיר עצמם; "אלא לאו דרשה גמורה היא, וחכמים הוא דתקנו להם חזרה והסכימו על המקרא שאמר כי לי בני ישראל עבדים, ולפיכך אמרו ז"ל שיכולים לחזור לקיים מה שנאמר כי לי וגו'. ובדבר האבד היה נראה להם שלא לתת להם יד שיחזרו, הואיל ודבר האבד הוא". ומבואר שאינו גזירת הכתוב אלא תקנת חכמים, ואסמכוהו אקרא. וכן נראה לכאורה מקצוה"ח שלג, ז שדן במי שהשכיר עצמו ליותר מג' שנים, שגם זה מכח האיסור הנ"ל, עיין במרדכי ב"מ תס, ונשבע השכיר שיהיה שכיר ביותר מג' שנים, דצריך לקיים שבועתו, דמה שאסור להשכיר עצמו ביותר מג' שנים אינו אלא מדרבנן, ובדרבנן לא הוי מושבע ועומד מהר סיני, דבביטול מצוה דרבנן אסור לעשות המצוה כדי שלא לעבור על השבועה בקום ועשה, עיי"ש. ומבואר שדין זה הוא מדרבנן, ולכאורה הוא תקנת חכמים ואסמכוהו אקרא.

ומדברי מהר"מ בתש' (ד"פ סי' פה, עיין גם תש' מימוניות קנין לא) מבואר דדין זה בפועל נלמד במידת קל וחומר מעבד; "דילפינן לה מעבד עברי דיוצא בגרעון כסף, דכל קולי דעבד עברי יהבינן לפועל מק"ו, השתא עבד עברי דעבד איסורא ועבר על כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים וגופו קנוי מקילין ביה, כל שכן פועל". ולכאורה כן י"ל בדברי הרא"ש ב"מ ד,ט: "אם הוא שכיר יום או שכיר

שבת או שכיר חדש, יכול לחזור בו, ואע"פ שנגמר קנין השכירות, כמו עבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא". הרי שנלמד דין חזרה מעבד עברי שמגרע פדיונו. ובקצוה"ח שלגו, למד מתש' מהר"מ הנ"ל דכל מה שיכול לחזור בו הוא מדין גרעון כסף, ולכן צריך הפועל החוזר להחזיר לבעה"ב את השכר שהקדים לו, ואם אין לו לשלם ממה שכבר קיבל שכירותו, אינו יכול לחזור בו, דאין לו גרעון. ועיי"ש שהביא דדין זה הוא מחלוקת ראשונים.

ובנתיבות שלגו חלק על קצוה"ח, והביא את המחלוקת בירושלמי אם שכיר שחזר בו והוזלה המלאכה, אם צריך לתת בעה"ב לפי תחשיב הזול, דדעת רב שאין צריך לשלם אלא כפי מה שעשה, ואם הוזלה ישלם לו לפי התחשיב הפחות. ודעת רבי יוחנן דיש לו דין עבד עברי ויש בו קנין, ולכן בעבד עברי שיוצא בגרעון כסף, מחשב עמו לפי השנים הנותרות, וא"כ אינו מנכה אלא כזולא דלקמיה ולא לפי הוזלת מלאכת הפועל עכשיו. וע"ז כתב הנתיבות דמה שיכול לחזור בו, הוא נלמד בק"ו מעבד עברי, וכמש"כ בתש' מהר"מ:

"וכיון דבש"ס דילן (ב"מ עז,א) פסקו להלכה כרב דאמר פועל יכול לחזור בו, וכיון שתפסו בלשון חזרה, משמע דקיי"ל דאין לו דין עבד עברי ובדין חזרה הוא, דלא דמי לעבד עברי שיש לאדון בו קנין הגוף וצריך לקנות עצמו בגרעון כסף ולכך צריך ליתן כסף דוקא, אבל שכיר אין קנין בו ובדין חזרה קאי, וכיון שיכול לחזור, ולכך אפילו אין לו מה לשלם המעות רק חוב עליו כמו בחוזר במקח שלא נקנה בו, ומה"ט נמי כשהוזל אינו נותן רק כפי מה שעשה."

הרי שלמד הנתיבות ממה שאמרה הגמ' פועל יכול לחזור בו, ולא אמרה דשכיר יוצא בגרעון כסף כעבד עברי, שאין דינו כעבד עברי, דעבד עברי גופו קנוי ולכן יוצא רק בגרעון כסף. וצ"ל דס"ל לנתיבות דלמסקנת הגמ' הפסוק הינו אסמכתא, וזהו דין חכמים ואסמכתו אקרא, אבל אין דינו דומה לעבד עברי. ועיין בחזו"א ב"ק כא, לא ד"ה ובנתיבות מש"כ בזה. ובחזו"א ב"ק כט, לא, כתב דדברי קצוה"ח הינם דוקא אם קבל את הכסף להקנות גופו של פועל, אבל קבל הכסף כעין הלואה, חוזר אף אם אינו משיב הכסף לבעלים, עיי"ש. וע"ע באגרות משה חח"מ ח"א סי' פא ענף ד מש"כ בבאור דברי הירושלמי.

ועיין במחנה אפרים ריש שכירות פועלים כתב דדין זה אם יוצא השכיר בגרעון כסף דוקא, נתון למחלוקת ראשונים אם גופו קנוי, ולמ"ד שאין גופו קנוי ילפינן בק"ו מעבד עברי, דמה עבד עברי שגופו קנוי יכול לחזור, ק"ו שכיר שאין גופו קנוי. וס"ל דלפ"ז אפי' הקדים לו שכרו, אינו בדין גרעון כסף, ואף אם אין לו

לשכיר להחזיר מעות לבעה"ב, יכול לחזור בו והמעות יהיו חוב, שאין החזר המעות חלק מעצם דין החזרה, רק בעבד עברי שגופו קנוי. ומבואר שלמד דלא כמש"כ בקצוה"ח שלגו הנ"ל. דקצוה"ח למד מתש' מהר"מ דילפינן שכיר מעבד עברי, דא"כ גם שכיר יוצא בגרעון כסף בדוקא, והמחנ"א למד שאינו בדין עבד עברי ויוצא אף ללא גרעון כסף, דגרעון כסף הוא דוקא באם גופו קנוי וכן"ל.

גם מדברי החת"ס בתש' (תחומ"מ סי' כב) נראה שאין זה ק"ו גמור, ושכיר יוצא אף אם אין לו לשלם, שאינו יוצא מדין גרעון כסף, ודלא כמש"כ קצוה"ח מתש' מהר"מ. החת"ס כתב בבאור תש' מהר"מ, דלכאורה קשה, דמנין שאם לא יכול לחזור מיקרי עבד. וע"ז כתב מהר"מ, דעבד עברי יוצא בגרעון כסף, ואם הפועל לא יכול לחזור בו, גרוע יהיה מעבד עברי ויהיה כעבד כנעני. ומבואר דעבד עברי אף שיוצא בגרעון כסף, מ"מ עבד מיקרי ואסור למסור עצמו, ואיך פועל יכול להשכיר עצמו. והשוני בין פועל לעבד עברי (לתוס' ב"מ י"א ד"ה כי), דעבד עברי אינו יכול לצאת ללא גרעון כסף, ואף אם ימחול האדון, קיי"ל דהרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול. משא"כ פועל שאפי' קיבל שכירתו מכבר, ואפילו לא ירצה האדון למחול לו, מ"מ יצא ויזקוף עליו במלוה, וא"כ אין גופו קנוי.

ובתש' אחרת (תחומ"מ סי' קעב) כתב החת"ס מדוע הגמ' נקטה לטעם של עבדי הם ולא עבדים לעבדים, דעבד עברי היוצא בגרעון כסף מיירי בנמכר על כרחו ע"י בי"ד בגנבתו, או באמה הנמכרת ע"י אביה בעל כרחו, ואילו פועל שמשכיר עצמו כרצונו על זמן ידוע וחוזר בו, ואיך נלמד דינו מעבד עברי שלא מכר את עצמו ולא התרצה מעולם להיות אצל בעה"ב. ע"כ אמרה התורה כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים, שאין הפועל יכול למכור עצמו באופן שהפועל לא יכול לחזור בו, כממכר עבד כנעני, שהרי הוא כבר מכור להקב"ה, ושטרו קודם. אך היא גופה מנא לן, שהמוכר עצמו ואינו יכול לחזור בתוך זמנו, שהוא כממכר עבד כנעני. ע"ז הביא מהר"מ שאפי' עבד עברי שנמכר בגניבתו, חסה עליו התורה שיוצא בגרעון כסף, א"כ מי שאינו יכול לצאת בתוך זמנו, כבר יצא מגדר עבד עברי ונכנס לגדר עבד כנעני, וזה שאמרה התורה כי לי בני ישראל וכו', שלא יהיה עבד ישראל כעבד כנעני. ולפ"ז יוצא שהלימוד מגרעון כסף, בא ללמד שבכל ענין עבד ישראל יכול לחזור בו, והלימוד עבדי הם וכו', בא ללמדנו שאסור לישראל להיות כעבד כנעני, אך הגרעון כסף אינו עיקר הלימוד אלא ראיה שעבד ישראל יכול לחזור בו.

והנה הגרי"א בנחל יצחק (עד, ג, ענף ג) למד דיש שני מקורות לדין חזרת פועל: גרעון כסף, וכי לי בני ישראל עבדים. דין גרעון כסף, וכמש"כ מהר"מ והרא"ש,

הוא נלמד מדין עבד עברי היוצא בגרעון כסף, וא"כ אף בחזור בו ורוצה להשכיר עצמו במקום אחר, יכול לחזור בו, ולא אמרינן איך יחזור בו מלי בני ישראל עבדים, עבדי הם, ולא עבדים לעבדים, כאשר הוא חוזר בו כדי להיות עבד לאחר. דכיון שחוזר בו מהנלמד בעבד עברי היוצא בגרעון כסף, אין חילוק בין משכיר עצמו לאחר אחר חזרתו או לא, דעבד עברי היוצא בגרעון כסף, אף ברוצה לצאת מחמת יוקר או רוצה להשתכר, דכיון דזה אחד מהקנינים שעבד עברי קונה עצמו, כדתנן במשנה קדושין יד,ב, ויליף לה מהפסוק והפדה וכו', ודאי דהוי כשנים ויובל שקונה את עצמו, אף שרוצה להשכיר עצמו לאחר. וא"כ הוא הדין פועל יכול לחזור בו.

ומצאנו מחלוקת ראשונים בעבד עברי שנקנה בקנינים אחרים (לא בכסף), אם קונה עצמו בגרעון כסף, עיין בריטב"א קדושין כא שהביא את שיטת ר' ישעיה בשם ר"ת שאינו יוצא בגרעון כסף אלא כשנקנה בכסף. ולפ"ז גם פועל שלא נקנה בקנין כסף, לא יצא בגרעון כסף. וכתב הגרי"א, דכיון שהריטב"א השיג על שיטת הראשונים הנ"ל, א"כ עבד עברי, והוא הדין פועל, שנקנו שלא בכסף, יצאו בגרעון כסף.

ולשיטת מהר"מ והרא"ש ששעיקר הטעם דילפינן מעבד עברי היוצא בגרעון כסף, קשה למה נקטה הגמ' טעם של עבדי הם ולא עבדים לעבדים. וכתב הגרי"א, דכיון דאין דין עבד עברי נוהג בזמן הזה, ממילא אין דין גרעון כסף, והו"א דפועל לא יוכל לחזור בו, ע"כ נקטה הגמ' טעם של עבדי הם ולא עבדים לעבדים.

אמנם שיטת הגרי"א, דכן היא דעת הרשב"א ועוד, דילפינן גם מטעם גרעון כסף, וגם מטעם עבדי הם ולא עבדים לעבדים. ונפק"מ שאף אם אינו מחזיר את הכסף שקבל, אם בעה"ב הקדים לו שכרו, אף שמדין גרעון כסף אינו יכול לחזור וכמש"כ בקצוה"ח, מ"מ מטעם עבדי הם ולא עבדים לעבדים, יכול לחזור אף באינו מחזיר הדמים שקבל. ואמנם לדברי הגרי"א לא יוכל לחזור בו כשחוזר מחמת שרוצה להשכיר עצמו לאחר או מחמת יוקר, ומאידך לא מחזיר דמים שקיבל, דאז ממה נפשך אינו יכול לחזור בו, דמטעם גרעון כסף אינו יכול לחזור כשאינו מחזיר הדמים, ומטעם עבדי הם ולא עבדים לעבדים, אינו יכול לחזור כשחוזר מחמת שהוקרה המלאכה או משכיר עצמו לאחר.

ב. מחוסר אמנה בפועל

וכאמור לעיל מדינא דגמ' יכול כל פועל לחזור בו אף לאחר שהתחיל במלאכה, וכמו שפסק בשו"ע חו"מ שלג,ג. ולכאורה צ"ע אם הדין הוא שהתורה התירה ע"פ דיני השו"ע והלכות פועלים לחזור בו, שאינו שבוי ועבד לבעה"ב, אבל עדיין מצד

ראוי לעמוד בדיבורו, אף שרשאי לחזור בו, מ"מ ראוי לו לעמוד בדבורו ולא לחזור, שדין החזרה הוא בהגדרת מהות היחסים שבין בעה"ב לפועל, שאינו כעבד כנעני, אבל אין בזה היתר שלא לעמוד בדורו. או שדין זה הוא גם היתר שלא לעמוד בדבורו. והסתפקתי בדבר, לאחר שראיתי בתש' חת"ס חת"ס מ' קעב הנ"ל, והדברים הובאו לעיל בבאור הלימוד מגרעון כסף של עבד עברי, ומאידך – הגמ' למדה מעבדי הם וכו', ועיין לעיל בדברי החת"ס, וז"ל:

"... דפועל גופו קנוי לבעה"ב וידו כיד בעה"ב, ואפ"ה יכול לחזור בו, ולא הוה מצי לאתויי ראייה מעבד עברי שיוצא בגרעון כסף, דעיקר גרעון כסף בנמכר על כרחו ע"י ב"ד בגנבתו כתיב, או באמה הנמכרת ע"י אביה בעל כרחה, ואנן בפועל עסקינן דמשכיר עצמו כרצונו על זמן ידוע וחוזר בו, והרי הוא מחוסר אמנה או עובר מי שפרע, ואפשר שקנו מינה, יחזור בו מקנינו..."

ועיין בהמשך הדברים (הובא לעיל). ולפ"ז נראה שחידוש התורה שיכול לחזור בו, אף שהוא מחוסר אמנה או עובר על מי שפרע, שאסור לעבד ישראל להיות כעבד כנעני שאינו יכול לחזור בו, והיינו שלא יהיה עסק שכירות הפועלים באופן שאינו יכול לחזור בו, שאז הוא כעבד כנעני, אבל הגם שהוא יכול לחזור בו, אסור לו להיות מחוסר אמנה, כך נראה לכאורה מאגב דברי החת"ס בתש' הנזכרת.

וכן נמצא בחקרי לב (חיו"ד ח"ג סי' פ) שדן אם לשון "יכול", משמעותה לכתחילה או בדיעבד (ובגמ' ב"מ מט,א לענין מתנה מועטת, משמע שמותר הוא רק בדיעבד, עיין להלן). וכתב שם דבחזר הפועל אין ספק דאסור לכתחילה משום מחוסרי אמנה. ושכן נראה מדברי רש"י ב"מ עו,ב, בגמ' על מש"כ במשנה שאין להם זה על זה אלא תערומת: "ומיהו תרעומת איכא, שיהו צריכים לחזר זה אחר פועלים וזה אחר שוכרים. ותביעת ממון ליכא, דהא דברים בעלמא נינהו". ומשמע רק שאין תביעת ממון, אבל מחוסרי אמנה יש בזה אף שהם בדברים. ועיי"ש שדן אם יש בזה איסור של הן צדק, ע"פ פלוגתא דאמוראי ב"מ מט,א ובדברי הראשונים שם, עיי"ש. ומ"מ מבואר מדברי החקרי לב שרק מבחינת דיני הממונות יכול לחזור, אבל מחוסרי אמנה יש בזה. וכך נמצא גם בדברי הגר"ע באחיעזר ח"ג עג,ד, וז"ל:

"הרואה בד' הסמ"ג בריש סי' שלג יראה דאין חלוק בין פועל לאחר לענין מחוסר אמנה, ופשוט דאיכא בהו מחוסר אמנה, אם לא היכא דמותר לחזור גם באחר, ובהמגביה מציאה לחברו אינו נאמן לומר לעצמי הגבתי, לפי שהוא מחוסר אמנה, אלמא דיש בשליח משום מחוסר אמנה".

ומאידך מצאתי להדיא למהרא"ל צינץ, מעיני החכמה (ב"מ עז,א אות כז) שכתב בבאור דעת רבותיו של הריטב"א שבשכרו בקנין אינו יכול לחזור בו, דהרי לכאורה קשה, איך יכול לחזור בו, הא אמרינן בב"מ מח,ב גבי מי שפרע – מילט לייטינן ליה, משום דמקרי אינו עושה מעשה עמך, ופרש"י, דכתיב, שארית ישראל לא יעשו עולה. ואם משום דברים בלבד מקרי אינו עושה מעשה עמך, ודאי פועל שבעה"ב סמך עליו, שלא כדין עשה שחזור בו. ובב"מ עג,ב דבאינו נוהג כשורה יכולים להשתעבד בו. וכתב לישב, דכיון שיכול לחזור בו, אדעתא דהכי נכנס בעה"ב שיוכל לחזור, ואפי' התנה שלא יחזור, דברים בעלמא הם, ובעה"ב שכרו על דעת שיכול לחזור (וכן משמע לכאורה בגמ' ב"מ מט,א לענין חזרה מפסיקת מזונות, שהכל תלוי בסמיכות דעת המקבל. וכן בדין חזרה ממתנה מועטת, שהרי זה ממחוסרי אמנה, מפני שסומך דעתו), משא"כ בקנין, סמכא דעת בעה"ב על השכירות בקנין שלא יחזור, ואם חוזר מקרי עכ"פ אינו עושה מעשה עמך, ולכן אינו יכול לחזור, שאם יחזור אינו נוהג כשורה ויכול להשתעבד בו. ויוצא מ"מ שבלא קנין, או אפי' בקנין לחולקים על רבותיו של הריטב"א, מותר לו לחזור ואין בזה מחוסר אמנה, שבעה"ב שכרו על דעת שיוכל לחזור. רק צ"ע, דלכאורה גם במקח בדברים מן הסתם הקונה והמקנה גמרו ביניהם על הצד שיוכלו לחזור, הם ושכנגדם, ומדוע יש בזה מחוסר אמנה, שהרי כ"ע ידעי דבלא קנין אין תוקף קניני למקח, ובודאי מה שסיכמו זה ע"ד שאפשר לחזור, ומה עדיפות שכירות פועל ממקח בדברים.

ג. מחוסר אמנה והחיוב לעמוד בדיבורו

ומקור הדין דמחוסרי אמנה, בב"מ מט,א: רב כהנא יהבי ליה זוזי אכיתנא, לסוף אייקר כיתנא. אתא לקמיה דרב, אמר ליה במאי דנקיטת זוזי הב להו (ואי לא, מקבלת מי שפרע – רש"י). ואידך (המותר) - דברים נינהו ודברים אין בהן משום מחוסרי אמנה, דאיתמר, דברים - רב אמר אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה. ושם בגמ' דמתנה מועטת יש בה משום מחוסרי אמנה. עוד שם בגמ', אמר רבי יוחנן האומר לחבירו מתנה אני נותן לך, יכול לחזור בו, יכול, פשיטא (דהא לא משך ואין כח בבית דין לכופו), אלא מותר לחזור בו (ודאי על כרחך מותר לחזור בו קאמר, ואשמעינן דאפילו חסרון אמנה ליכא). אמר רב פפא ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת דסמכא דעתייהו (שאין מותר לחזור, משום דסמכא דעתיה דמקבל אדיבוריה, וכי אמר מותר לחזור בו, במתנה מרובה קאמר, דלא סמכא דעתיה דמקבל דלקיימיה לדיבוריה).

והרא"ש בתש' קב, דין במי שאשתו מעוברת, ונדר לחבירו שהוא יהיה המוהל של בנו. ודן שם מצד דבר שלא בא לעולם ודבר שאין בו ממש, ואף אם היה קנין לא מהני, שאין זה אלא קנין דברים. ואף מחוסר אמנה אין בזה, וז"ל הרא"ש:

"ואפי' מחוסר אמנה אין כאן. דאפילו למ"ד דברים יש בהם משום מחוסר אמנה (ב"מ מט"א), הני מילי בדבר שישנו לעולם ודבר שיש בו ממש, שאלו הקנה לו היה קונה קנין גמור, כך בדברים שיש בהם משום מחוסרי אמנה. אבל בדבר דלא שייך ביה קנין, אין בו משום מחוסר אמנה. וכה"ג מחלק בפרק הזהב (מח"ב): ומאי שנא קרקע, דבכספא קני ליה ממש, קני ליה לכולה, מטלטלין דלא קני אלא לקבולי מי שפרע, לא קני ליה כוליה (מקצת), אפילו לעבור עליו מי שפרע לא. ומטעם זה נמי לא דמי למתנה מועטת, דכיון דלא שייך ביה קנין, לא שייך ביה מחוסר אמנה."

והראיה שהביא הרא"ש מדין נתן מקצת דמים, דבמטלטלין אם נתן לו משכון על מקצת תמורת המטלטלין, לא חייב מי שפרע אלא מה שכנגד המשכון, משא"כ בקרקע, כיון שקרקע נקנית בכסף, משא"כ במטלטלין שאינו קונה בכסף אלא למי שפרע. ומהרא"ש מבואר דאם נתן לו בדברים דבר שאין בו ממש או שלא בא לעולם, אין בזה מחוסרי אמנה, כיון שגם בקנין לא יכל להקנות. ולפ"ז לענין חזרת פועל, דקיי"ל דלא כרבותיו של הריטב"א (ראה להלן), ואף בקנין לא מהני להקנות באופן שלא יוכל הפועל לחזור, אין בו לשיטת הרא"ש דין של מחוסרי אמנה. וזה לכאורה דלא כאחרונים הנ"ל. דמהרא"ש מבואר דדיבור לבד אינו מחוסרי אמנה. דיבור מחוסר אמנה רק באופן שאם היה נוסף לדיבור קנין, היה קונה קנין גמור ולא יכל המוכר לחזור בו, וזה אינו בפועל. ובזה התישבה גם קושית המהרא"ל צינץ הנ"ל.

והנה בגמ' ב"ב ס"ב, בענין מי שאמר לחבירו שמוכר לו ארעא ודקלי, והיינו שלא מוכר לו דקלים באותה קרקע דוקא, שלא אמר ארעא בדקלי, דמשמע דקלים בתוכה, אלא ארעא ודקלי, אם יש לו שני דקלים לבד הדקלים בשדה המכורה, נותן לו, ואם אין לו דקלים אחרים, יקנה שני דקלים ויתן לו. ופירש הרשב"ם שם: "יקנה לצרכו של זה שני דקלים, שלא יהא מחוסר אמנה, שכך התנה לו, אני מוכר לך אילנות שאקנה לצרכך, או יחזיר לו מן המעות כנגד דמי שני דקלים". ולכאורה הרי אם אין לו שני דקלים, מכר לו דבר שאינו ברשותו, ומדוע צריך לקנות שני דקלים כדי שלא יהיה מחוסר אמנה. וביותר תימה, דהרא"ש עצמו שם (ב"ב ד"ב), כתב כן להדיא, וז"ל: "פי' כדי לעמוד בדבורו, ולא שיהא מחויב לקנות לו שני דקלים, דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכל דבר שאין ברשותו מיקרי דבר שלא בא לעולם כמו מה שאירש מאבא מכור לך". ומפורש ברא"ש שאם מכר לו דבר שאינו ברשותו, נח לו לעמוד בדבורו ומעמיד לו שני דקלים.

ולכאורה י"ל, דבנידון הגמ' בב"ב, דקלים מצויים בשוק, וע"כ מהני בהם קנין אף שאינו ברשותו, לפמש"כ הכס"מ מכירה כב,ג לפי תרוצו הראשון, ואף לפי תרוצו השני מהני בזה קנין לענין מי שפרע. דהרמב"ם שם כתב: "הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר, חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק, ואם חזר מקבל מי שפרע". ובכס"מ הביא מקור לדברי הרמב"ם מהתוספתא פ"ד דב"מ לענין המוכר פירות לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו, לאו כל הימנו לאבד זכותו של זה. והקשה הכס"מ, דהא כיון שאינו ברשותו לא קני, שכך כתב הרמב"ם שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. ותירץ הכס"מ: "וי"ל דכיון שזה דבר הנמכר בשוק, הוה ליה כאילו הוא ברשותו, וזהו שכתב הפוסק על שער שבשוק, דמשמע שהוא דבר הנמכר בשוק בכל שעה". ולפ"ז מש"כ הרמב"ם בסמוך שמי שהקנה מטלטלין אגב קרקע, שאם אינם ברשות מוכר אינם קנויים, היינו דוקא מטלטלין שאין כיוצא בהם נמכר בשוק. ולפ"ז כשמצוי בשוק יכול להקנות. ובתרוץ אחר כתב: "אי נמי דכשנתן דמים נמכר אע"פ שאינו ברשותו, כיון שהוא בעולם קנה לענין מי שפרע, אבל בשהקנה לו מטלטלין אגב קרקע, אע"פ שהיו בעולם, כיון שלא היו ברשותו, ההוא קנין לא מהני מידי מדין קניין אגב קרקע". דבקנין כסף בלבד מהני מצוי בשוק לענין מי שפרע, אבל גם בקנין כסף לא מהני להקנותם קנין גמור.

ובשו"ע חו"מ רטו, הובאו דברי הרמב"ם הנ"ל, ובסמ"ע שם בס"ק כג פסק דכיון דמצוי לקנותו מהני ביה קנין גמור, היכא שיצא השער כמו שפסקו, ולדעת הש"ך שם בס"ק יג לא מהני ביה קנין גמור אלא רק לענין מי שפרע. ובדברי קצוה"ח ס"ק ט והנתיבות ס"ק ט מבואר דמחלוקתם תלויה בשני תרוצי הכס"מ הנ"ל. ואף שבקצוה"ח תלה את תירוצי הכס"מ במחלוקת המבוארת בשטמ"ק פ"ד דב"מ, אי אמרינן מי שפרע כשמעות לא קונות דבר תורה, דהכס"מ בתירוצו הראשון והסמ"ע סוברים דלא מהני גם לענין מי שפרע, אם לא קונות מעות דבר תורה, וכדעת רבי יוחנן שם מזב, דדבר תורה מעות קונות, וכדאיתא בגמ' שם; תנן אבל אמרו מי שפרע, אי אמרת בשלמא מעות קונות משום הכי קאי במי שפרע, ומשמע דלדין דקיי"ל כרבי יוחנן דמעות קונות דבר תורה, משום הכי קאי במי שפרע, וע"כ אי אפשר שיהיה במי שפרע בדבר שאינו ברשותו, אם אין בו היכי תימצי של קנין גמור. ואף דהקצוה"ח הביא דעה המובאת בשטמ"ק הסוברת כרבי יוחנן, ובכל זאת קאי במי שפרע גם כשמעות אינן קונות, מ"מ נוקט הקצוה"ח כדעת התירוץ הראשון בכס"מ. ועיין במשכנות יעקב חו"מ סי' נד שדעת הרבה פוסקים, הראב"ד, הראב"ה ועוד כמה פוסקים, דהמוכר לחבירו דבר שיש לו שער ידוע ומצוי למכור בשוק, חייב להעמיד לו מקחו. וכן האריך בתש' ושב הכהן סי' צח, וכ"פ בפנים מאירות ח"ב סי' ח. גם מדברי התשב"ץ (ח"ד בטור השני סי' יג- הנ"ל) מבואר כדברי הסמ"ע

דמהני ביה קנין, וכן נראה בדעת הט"ז חו"מ רטז,ה. ואף שמדברי הנתיבות בס"ק ט המביא ראיה קצת לדעת הש"ך ומישב קושיית הסמ"ע, משמע קצת כש"ך, נראה שלא הכריע לגמרי כדעת הש"ך. וראיה לכך ממשמעות דבריו ביור"ד (בחוות-דעת) דמהני קנין גמור כשמקנה לו פירות סתם המצויים בשוק, לאפוקי פירות אלו.

ואף מהש"ך שם ביור"ד נראה שיועיל קנין גמור. דשם ביור"ד (קעה,ו) כתב המחבר דהפוסק על שער נותן לו כשער שהיו שוים כשנתן לו המעות, והחזור בו מקבל מי שפרע. וכתב שם בש"ך ס"ק יב; "היינו שלא חייב עצמו בקנין אחר רק בדברים, וכמש"כ בחו"מ סי' רט ס"ו". ומשמע מיניה דבעשה קנין גמור אינו יכול לחזור בו כלל, וזה סותר למש"כ בחו"מ. וסתירה זו הקשה בחוות דעת שם בס"ק ד. והסיק שם החו"ד להלכה, דבפוסק וקונה בקנין על יין סתם מהני, אף שאינו ברשותו אלא מצוי בשוק, ורק בפוסק על יין זה לא קני, דמי יימר דמזבני ליה. וע"כ י"ל דמש"כ בנתיבות ראיה קצת לדעת הש"ך בחו"מ, היינו לראיה בעלמא, אך להלכה נראה עיקר כמש"כ ביור"ד לחלק בין פירות סתם לפירות מסוימים.

וברבי עקיבא איגר בתש' סי' קלד הביא את מחלוקת הסמ"ע והש"ך ולא הכריע. ובהגהותיו על השו"ע (חו"מ יא,ו), על הא דאיתא שם דלא מהני קנין אגב למטבע או מטלטלין אא"כ נמצאים ברשותו, כתב: "לדברי הסמ"ע לעיל סי' ריז (צ"ל:רט) ס"ק כג, לכאורה מיירי הכא בדברים שאינו מצוי לקנות בשוק, ועי' בכס"מ ר"פ כב ממכירה". נראה שרצה ללמדנו, דלא נימא דבשו"ע פסק הכס"מ דלא כתירוצו הראשון, וכדי שלא נשוה לסמ"ע כטועה בדבר משנה תירץ דמיירי התם באינו מצוי.

וע"ע במשפט שלום למהרש"ם רטו, שדן בזה באריכות, ובדברי חיים (לגרי"א אויערבך - מכירה סי' ל). ובמנחת פיתים לגר"מ אריק בסי' רט ס"ו, הביא מהבית שלמה בתש' חו"מ סי' פה דמהני פוסק על שער שבשוק מדין התחייבות, שהוא מחייב עצמו בזה להעמיד ללוקח מקח זה, ומהני קנין להתחייבות לגמרי. וכתב ע"ז המנחת פיתים, דאפי' בלא יצא השער, כל שהדבר מצוי לקנותו, אם קנה בשאר קנינים (לא בכסף) או שכתב המוכר שטר בלשון התחייבות - מהני, אבל באינו מצוי, אפי' התחייבות בפירוש לא מהני, עיי"ש.

ומ"מ לנדו"ד י"ל דלתרוץ קמא של הכס"מ דמהני קנין גמור, אם מכר לו שני דקלים ומצוים בשוק, קנה קנין גמור, ואף לתרוץ השני שמהני רק לענין מי שפרע, בנדו"ד שהשאלה היא מחוסרי אמנה, מהני מכירת שני הדקלים, שיצטרך לקנות שלא יהיה מחוסרי אמנה, כמו שקונה לענין מי שפרע, ודאי קונה גם לענין מחוסרי אמנה.

אך מעמידים את דברי הרשב"ם והרא"ש באופן שיכול לקנות אינו מצוי, הרי גם בנידון הרא"ש בתש', שהבטיח לתת בנו למוהל מסוים, הרי מהני קנין סיטומתא

בכה"ג, וכמש"כ המרדכי סוף שבת (תעב – תעג) לתרוץ אחד, ושכתרוץ זה מבואר ברא"ש בתש', דמהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו, שכן כתב בתש' יג, כ (ד"ה ואלה תשובות), וז"ל:

"... ומה שטענו המורשים לבטל החכירות משום דהוי דבר שלא בא לעולם ומשום שאין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו ברשותו, בזה אני מודה לדבריהם דמדין תורה אין קנין נתפס בחכירות, דאפי' חוב גמור אין אדם יכול להקנות לחבירו, דמלוה להוצאה ניתנה, ואין דבר שיחול עליו הקנין, ואין קנין למלוה אלא במעמד שלושתן, וגם קנין זה הוא כהלכתא בלא טעמא, וכ"ש חכירות. אלא שאני רואה מנהג הארץ כל יום שחוכרים זה מזה ואין בו חזרה, וכן הודו המורשין, דבחתומת ההורדה ובמסירתה למוכר מתקיימת החכירות, וכיון שנהגו כן, הוי קנין דאין בו חזרה, כדאמרינן האי סיטומתא קניא ..."

ולכאורה י"ל דגם בסנדקאות יש היכי תימצי של קנין סיטומתא. ואפשר שבסנדקאות לא היו רגילים להתחייב באופן כזה, וע"כ ס"ל לרא"ש שאין בזה מנהג הסוחרים, ואילו היה מנהג כזה, אין הכי נמי שהיה מחוסר אמנה, אבל כיון שלמעשה אין מנהג להתחייב שיועיל לתת בנו לסנדק, אין בזה דרך קנין.

ולפ"ז בפועל שאין שום אפשרות והיכי תימצי שיקנה את הפועל באופן שלא יוכל הפועל לחזור בו, אלא לרבותיו של הריטב"א דלא קיי"ל הכי, גם כששוכר את הפועל, כיון שיכול לחזור בו, אם הפועל חוזר, אין בו מחוסרי אמנה, כיון שאין בקנין פועלים היכי תימצי לקנות באופן שלא יוכל לחזור בו.

אלא שלכאורה מדברי התוס' ב"מ סו,ב בענין מוכר פירות שלא בא לעולם, דאף לרב נחמן שמחילה בטעות לא הוי מחילה, בזביני אי שמיט ואכיל מודה דאינו יכול להוציא מהקונה, כתבו התוס': "גבי פירות דקל זביני ולא מחילה בטעות היא, דנהי דיכול לחזור, מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנותיה, ולכך אית לן למימר דאפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר". מבואר בתוס' להדיא דגם בדבר שלא בא לעולם, נח לו למוכר לעמוד בדיבור. ועדיין י"ל, דיש כאן שני דינים, יש מחוסרי אמנה, שרוח חכמים אינה נוחה ממי שמחוסר אמנה, ויש התנהגות אנושית ומוסרית של אדם לעמוד בדבורו, גם אם אין עליו שוט של קנין או נזיפה מחכמים. ואף שיש אנשים שאינם כאלה, מ"מ אם אנו רואים שהקונה אכל, אמרינן מן הסתם נהג בו המוכר ממידת המוסר, אף שלא נצטוו על כך בציווי חכמים. ולאחר מכן מצאתי חילוק זה בתש' פרי יצחק לגר"י בלאזער, ח"ב סי' מז (סד"ה אולם), שכתב לישב בסתירת דברי הרא"ש בתש', שאין מחוסרי אמנה בדבר שאין בו ממש, למש"כ בב"ב ד,יב דניחא ליה לעמוד בדיבורו במכירת שני דקלים:

"דמש"כ הרא"ש (בב"ב) כדי לעמוד בדיבורו, אין זה משום מחוסר אמנה, דמחוסר אמנה מן הדין אסור לחזור ומותר לקרותו רשע, כמש"כ הדרכ"מ והש"ך ביור"ד סי' רסד. אולם מש"כ הרא"ש (בב"ב) כדי לעמוד בדיבורו הוא דליקן בהימנותיה. ובאמת נראה דהא דמצינו בגמ' נוחא ליה דליקן בהימנותיה, אין הפירוש בכל מקום משום מחוסר אמנה, אלא דכל אדם רוצה לעמוד בדבורו, וכן ראוי לכל איש ... אבל באמת גם גבי דקלי ליכא משום מחוסר אמנה".

ולפ"ז י"ל דגם בפועל, אף שאין בזה משום מחוסר אמנה וכמש"כ הרא"ש בתש', מ"מ ראוי לו לעמוד בדבורו, לא מצד ציווי חכמים, אלא ממידת יושר האדם, וכדברי קהלת (ז,כט): אשר עשה האלהים את האדם ישר, והמה בקשו חשבנות רבים. שאדם בעצם יצירתו הוא ישר, וכך יש לו ללכת, אף שאין בזה דין של מחוסרי אמנה שיוכל לקראתו עברין.

וכן נראה לבאר בדברי הגרי"א בנחל יצחק סי' עח,ב, ענף ה', דדין פועלים שחזרו בהם עוברים על שארית ישראל לא יעשו עולה. וכמו שמצאנו ששוחטים את הפסח על מי שהבטיחו שיוציאוהו מבית האסורים דישאל, שכיון שהבטיחו, ודאי יוציאוהו מבית האסורים, משום (צפניה ג); שארית ישראל לא יעשו עולה. וכן רשב"ג הסובר שהמקבל שדה מחבירו לזרעה חטים, לא יזרעה שעורים, דלא כת"ק, אף שהשעורים מכחישות הקרקע פחות מחטים, מ"מ אסור לו לשנות משום; שארית ישראל לא יעשו עולה, ולא ידברו כזב, ולא ימצא בפייה לשון תרמית. וס"ל לגרי"א דכן הדין בפועלים. וי"ל דמחוסרי אמנה הוא מדין הן צדק, כמבואר בגמ' ב"מ מט,א, משא"כ בזה שהוא חיוב שאינו רשאי לקרותו עברין, והוא חיוב מוסרי גרידא.

וכן נראה גם לבאר מש"כ הגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה חח"מ ח"א סי' נח ד"ה עכ"פ, לענין תנאים שעושים באגודות פועלים, בדברים שאין בהם קנין, שהם תנאים של דברים בעלמא – פעולות וכד', דאף שמחוסר אמנה לא שייך בדבר שאין בו גדרי קנין כלל; מ"מ ודאי יודה שגם דין על האדם יש שיהיה הן שלו צדק, אף שסובר עוד יותר שנעשה גם דין בחפץ". והיינו שיש שני גדרים, מחוסר אמנה ולעמוד בדיבורו, והם חיובים שונים.

והגר"י בלאעזער הפנה בתשובה זו למש"כ בח"א בישוב סתירת דברי הרא"ש. [ועיין גם בח"א סי' מט מה שהאריך בדין מכירי כהונה, שהוא גדר של מחוסרי אמנה, וכתב לחלק בין באו המעשרות כבר לעולם או לא. עוד כתב שם דמכירי כהונה הוי כמתנה מועטת שאסור לו לחזור, וכיון שאסור לו לחזור, אסחו שאר כהנים דעתייהו מזה, וממילא כבר אינו יכול לחזור בן]. ושם בח"א סי' נ כתב לחלק בין

דבר שלא בא לעולם לדבר שאינו ברשותו. דבר שלא בא לעולם "לא שייך ביה במציאות קנין כלל", ולכן אין בזה משום מחוסר אמנה, משא"כ דבר שאינו ברשותו, אם הוא מצוי בשוק כמו דקלים, מהני ביה קנין. ודן שם באריכות בקנין בדבר שאינו ברשותו ומצוי בשוק. ושמחתי שכיוונתי לדברי קדשו. אלא שקשה כנ"ל, דהא גם בדבר שלא בא לעולם מהני ביה סיטומתא לשיטת הרא"ש.

והנראה בזה לחלק בין קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, לקנין דבר שאינו ברשותו ומצוי בשוק. דדבר המצוי בשוק, מהני ביה קנין כביכול הדבר ברשותו, וכל הקנינים המועילים בחפץ דוגמתו, מועילים גם בזה, א"כ אין בזה בכלל חפץ שלא מועיל בו קנין. משא"כ בדבר שלא בא לעולם, לא מועיל בו אלא קנין מסוים, וא"כ אם היה מקנה בסיטומתא דבר שלא בא לעולם, לשיטת הרא"ש היה מועיל, אך שיטת הרא"ש דמחוסרי אמנה לא אמרינן אלא במקום שאמר בדברים שמוכר, ורק היה מחוסר קנין, שאז חסרון הקנין לא נותן לו אפשרות מוסרית לא לקיים את מה שאמר. משא"כ דבר שלא מועיל בו קנין, אין אפשרות להקנותו, ואינו מסתתר מאחרי העדר הקנין, שהרי גם אם היה עושה קנין לא מהני. סיטומתא היא פעולה מיוחדת, שחכמים הכירו בה כגמירות דעת לפי מנהג הסוחרים. לכן החפץ שלא בא לעולם לא נקנה בקנין אלא בפעולת סיטומתא, שהיא האופן שבו נהגו הסוחרים להקנות, דמהני כקנין. המוכר אינו מסתתר מאחרי העדר קנין, שהרי קנין לא מהני בדבר שלא בא לעולם. דכל הקנינים לא מהני בדבר שלא בא לעולם. רק יכול לעשות פעולה שהדבר יועיל, וכשאמר בדיבורו שמקנה דבר שלא בא לעולם, לא היה אפשרות להקנות אלא אם היה עושה פעולה מסוימת ויחודית, ובזה אין החפץ בעל שם של בר הקנאה, שהרי במהותו אינו בר הקנאה, והראיה שכל הקנינים האחרים לא מועילים בו, אלא שפעולת מנהג הסוחרים מהני ביה, ואין טענה כלפיו שחייב לקיים המקח מוסרית, כיון שהוא מסתתר מאחרי מה שלא עשה את מנהג הסוחרים. חכמים לא הטילו חיוב מוסרי לקיום המקח אלא אם הוא מסתתר מאחרי העדר קנין, אך אין חיוב כזה, אם יכל להקנות רק בהיכי תמצי מיוחדת שאינה מאופינת דוקא לחפץ זה.

עוד נראה בבאור החילוק בין קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, לדבר שאינו ברשותו אך מצוי בשוק, דהנה התוס' בכתובות קבא, (ד"ה אליבא) הקשו, איך מהני כתיבת חייב אני לך מנה בשטר, אף שאינו חייב לו באמת, איך מועיל להשתעבד, וז"ל: "דיש לומר דהואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדקאמר בסמוך. ועוד, דשמעין ליה לרבי יוחנן בהזהב (ב"מ מט,א) הנותן מתנה מועטת לחבירו, קנה אע"פ שלא הגיע לידו, דגמר ומקני, הכא נמי מתוך שטרח ליתנם בשטר בכה"ג גמר ומקנה". מבואר דמתנה מועטת ומחוסר אמנה זה גדר קניני ולא מוסרי, שהוא מעין דברים הנקנים באמירה, ואינו

רק חיוב מוסרי, ורק כשלא עשה קנין והקנה באמירה בלבד, יכול לחזור בו קודם שבא ליד המקבל, ואם חזר בו, הרי זה ממחוסרי אמנה. וכן נראה לבאר בדברי התוס' ב"ב קכג,ב (ד"ה הכא) לענין מכירי כהונה, דכל כמה דלא הדר הוי כמוחזק. והיא זכות קנינית ולא רק זכות מוסרית. ועיין בקצוה"ח סו"ס רעח (סוס"ק טו) שכתב דמכירי כהונה הוא רק איסור ולא זכות ממונית, ואך בתקפו כהן קודם שחזר בו, שוב אינו בתורת חזרה.

ולפ"ז י"ל דאמירה תחשב קנין בדבר שמועיל בו קנין, כמו בכל חפץ, ואף אם אינו ברשותו, אם מצוי לקנות בשוק, כיון שמועילים בו כל הקנינים המועילים בחפצים כאלה, מועילה האמירה במקום קנין. אבל שתועיל האמירה במקום קנין סיטומתא בדוקא, זה אינו. ולכן בדבר שלא בא לעולם שלא מועילים בו קנינים, אינו קונה באמירה, דאמירה בזה יכולה להיות תחליף לקנינים, אבל כשקנינים לא מועילים ורק פעולה של מנהג הסוחרים, בזה לא מהני האמירה. וגם אם החפץ מבחינת הלכות הקנינים כ"כ רעוע שאינו נקנה בקנינים, לא מהני ביה אמירה במקום קנין.

וסברתי עוד לדון בנדו"ד שאין בזה מחוסרי אמנה, כיון שמציעים לו מקום עם משכורת הרבה יותר טובה, ודמי לכאורה לחזרה מחמת שינוי השער. דמדברי הנימוק"י (ב"מ כט,ב בעמוה"ר) מבואר שאף שאינו עובר על הן צדק, מ"מ על מחוסר אמנה עובר אף בנשתנה השער, וז"ל: "שלא ידבר אחת בפה. בשעה שהוא אומר הדבור לא יהא בדעתו לשנות, אבל אם נשתנה השער אח"כ והוא חזר בו לפי שינוי השער, אינו עובר אעשה דאורייתא, אף דאיכא חסרון אמנה כדפירש ר' יוחנן ...". וכן היא דעת הרב המגיד בהל' מכירה ז,ח, וז"ל:

"ויש מפרשים דדוקא בחד תרעא, כלומר שלא הוקר המכר ולא הוזל, אבל בתרי תרעי שהוזל או שהוקר, אין בדברים משום מחוסרי אמנה, ואין בזה ראייה ברורה. והעיקר דבכל גוונא יש בדברים משום מחוסר אמנה, דבכל גוונא יש בדברים משום מחוסרי אמנה, וזה דעת הראב"ד והרשב"א ז"ל."

וכך פסק הרמ"א בסו"ס רד. דלפי פרוש רש"י ותוס' מחלוקת רב ורבי יוחנן (ב"מ מט,א, ובתוס' ד"ה מודה) הוא בתרי תרעי, ובדאייקור ס"ל לרבי יוחנן דהוי כמתנה מועטת, והיינו שאם חזר בו הוי מחוסר אמנה. וקיי"ל כרבי יוחנן. אולם בעל המאור (ב"מ כט,ב בעמוה"ר) כתב להדיא דבתרי תרעי אין בזה משום מחוסרי אמנה, וז"ל:

"פסק הרי"ף ז"ל כר' יוחנן דאמר דברים יש בהם מחוסרי אמנה. ולי נראה הנ"מ בחד תרעא, אבל בתרי תרעי לית בהו משום מחוסרי אמנה, מידי דהוה אמצעות לר"ש שהן קונות ללוקח שהוא אינו יכול לחזור בו, ובתרי תרעי

לא קני אלא קאי באבל אמרו, כדאמרינן באיזהו נשך. דאי לא תימא הכי, אם כן מי שפרע לר"ש בלוקח לית ליה וכו'. אף אנו יש לנו לומר כן בדין מחוסרי אמנה דבתרי תרעי קלש ליה איסורא, ואין עליו דין מחוסרי אמנה."

והרא"ש בב"מ ד,יד הביא את דברי בעה"מ בסופו. והב"ח בחו"מ סו"ס רד הקשה על הרא"ש, היאך שבק דעת רש"י ותוס', ותופס דעת בעל המאור. וכתב הב"ח דלכאורה נראה דפירוש רש"י והתוס' עיקר, ושכן דעת הראב"ד והרשב"א והר"ן, דאפילו בתרי תרעי אית ביה משום חסרון אמנה, וכן כתב הרב המגיד שכך הוא העיקר, ושכן פסק הרמ"א חו"מ סו"ס רד. אלא שהקשה מנימוק"י (ב"ב מב,א בעמוה"ר) שלמד מהירושלמי שכשנשתנה השער יכולין לחזור בהן לגמרי ואין בו משום מחוסר אמנה. "לפי זה ודאי נראה יותר להשוות הבבלי עם הירושלמי, ודלא כפירוש רש"י ותוספות, וצריך עיון". וכן העיר בש"ך סו"ס רד על פסק הרמ"א, שהב"ח הסתפק בזה.

ולכאורה יש לחלק בין נדו"ד לתרי תרעי, דבתרי תרעי שהשתנה השער הרי הוא אנוס, שאמר למכור בזול דבר שהוא כעת השתנה השער והוא ביוקר, והרי הוא אנוס, ולכן אין בזה מחוסר אמנה, כיון שחוזר מחמת אנוס. אבל בנדו"ד לא השתנה השער אלא שהציעו לו הצעת עבודה טובה יותר, ולכאורה תמיד שייך שיציעו לו הצעה טובה יותר, וקשה לומר שהוא כאנוס ודמי לתרי תרעי, וצ"ע.

לאמור לעיל, אף שאין בחזרת פועל דין של מחוסר אמנה, מ"מ יש על האדם חיוב מוסרי לעמוד בדיבורו ולנהוג ביושר, ונפק"מ, דבמחוסר אמנה רשאי לקרוא לו עברין, משא"כ בחיוב לעמוד בדיבורו שהוא ענין מוסרי גרידא, וכמבואר לעיל. אמנם יש אחרונים שכתבו שאף מחוסר אמנה יש בזה, וכמבואר לעיל בכת"ס, חקרי לב, אחיעזר. ועדיין יש לפרש כוונתם שאין זה ממש גדר של מחוסר אמנה, אלא חיוב מוסרי לעמוד בדיבורו, וכמו ניחא ליה דליקו בהימנותיה. וגם רש"י ב"מ עוב, הנ"ל, שממנו רצה לגזור החק"ל שיש בזה מחוסרי אמנה, י"ל שאינו גדר של מחוסרי אמנה, דרש"י לא הזכיר אלא תרעומת.

ד. חזרה מחוזה עבודה

בנדו"ד חתמו הצדדים על חוזה עבודה מסודר לשנה הבאה. חתימה על הסכם מחייבת כנהוג בין עובדים, וכן ע"פ חוק (ראה מה שכתבתי בח"ו סי' כ). וכבר הוזכרו לעיל דברי הריטב"א בשם רבותיו, דאם פועל נשכר בקנין, הקנין בא להוסיף שלא יוכל לחזור בו, וז"ל הריטב"א ב"מ עה,ב:

"ודעת מורי הרב שאין כל דיני משנתנו וגמרא דעלה אלא במי ששכר פועלים באמירה בלא קנין, שאם נתחייבו פועלים בקנין הרי המלאכה מוטלת עליהן, ואפילו אם נאנסו חייבין להשלימה על ידן או ע"י אחרים או לשלם מה שהפסיד בעה"ב. והוא הדין כשקבלו כבר כל שכרן. וכבר ארוחנא בהא בחידושין הארוכין שכתבתי לפני רבינו."

ומבואר שכל דין חזרה בפועל הוא באופן שנשכר באמירה, אבל אם נשכר בקנין אינו יכול לחזור בו. ולכאורה יש להבין, דהא קיי"ל דפועל חוזר בו אפי' בחצי היום, היינו אפי' התחיל במלאכה, והתחלת המלאכה היא קנין בפועלים, וכמשמעות הסוגיא ב"מ ע"ב, וא"כ מה עדיפות לקנין בטרם מלאכה מהתחילו במלאכה. וי"ל, דעצם הקנין בא להוסיף, דאף שפועל נשכר באמירה, כוונתו להוסיף בקנין שלא יוכל לחזור בו, משא"כ התחילו במלאכה זה קנין למלאכה, ואינו בא להוסיף. ומ"מ קשה, דהרי אם היו מתנים ביניהם ששוכר את הפועל על מנת שלא יחזור בו, לא מהני מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה, דלכאורה אינו תנאי שבממון אלא איסור, עבדי הם ולא עבדים לעבדים, וא"כ איך יועיל קנין לעבור על מה שכתוב בתורה. ובפרט שלא אמרו כן להדיא, מדוע לפרש בדרך של איסור.

ונראה לכאורה, דרבותיו של הריטב"א לא מפרשים שהקנין מהני לענין שאינו יכול לחזור בו. הקנין מהני על האחריות לביצוע המלאכה, ופועל יוצא שיש על הפועל חיוב תשלומים באי עשיית המלאכה, דאף שאינו כעבד, מ"מ קבל על עצמו חיוב אחריות שהמלאכה תעשה, ולכן יש חיוב תשלומים על נזק שיגרם לבעה"ב באי עשיית המלאכה. ובהיות הפועל אחראי לעשיית המלאכה, יש לפניו אחת משלש: או לעשות המלאכה בעצמו, או ע"י אחרים, או לשלם הנזק. ולכן אין כאן שכירות שאינה ניתנת לחזרה. דשכירות שאינה ניתנת לחזרה היא בכלל איסור עבדי הם ולא עבדים לעבדים, אלא קבלת אחריות, ובזה אינו כעבד, כיון שא"א לכופו לעשות המלאכה, רק אפשר לחייבו לשלם הנזק, ואם הוא מעצמו יעשה המלאכה כדי לא לשלם הנזק שהתחייב בקנין, אין זה בכלל עבד, ואינו בכלל האיסור של עבדי הם ולא עבדים לעבדים. וכמש"כ קצוה"ח ע"ד, לענין מה ששומר או מקבל עיסקא, אינו יכול לחזור בו, דמעצם הפעולה יכול לחזור בו, אך מקבלת האחריות אינו חוזר. הרי דיש בזה שני דינים, עצם המלאכה וקבלת האחריות. ולכן מש"כ הריטב"א דבקנין אינו חוזר, היינו מקבלת האחריות ולא בעצם המלאכה.

אולם לאחר העיון מצאתי בתש' הריטב"א (סי' קיז) שכתב כדעת רבותיו שאין הפועל יכול לחזור בו אם נשכר בקנין, ומהני ככל תנאי של ממון, ולכן אינו כמתנה על מה שכתוב בתורה. הריטב"א דן בראובן שנשכר לשמעון לשמשו שנה אחת, ונשתעבד לו לזה בשטר בקנין כראוי. והשיב הריטב"א, וז"ל:

"כך מקובלני ממורי הרב הגדול ר' אהרן הלוי ז"ל וכן כתוב אצלי משמו ב' השוכר בשנים או שלשה מקומות, כי הלכה רווחת אצלו משום רבותיו ז"ל, שלא אמרו שהפועל יכול לחזור בו אלא במשכיר עצמו באמירה כדין פועל של תורה, אבל כל שנשתעבד בקנין, לטפויי מילתא אתא שלא יוכל לחזור בו, וכל כי האי גוונא תנאי שבממון הוא שהוא קיים, כמתנה על שאר כסות ועונה, דאפי' עונה דבר שבממון הוא ... וכוליה פרקין דהשוכר את הפועלים היינו בפועל שנשכר בדברים, וכל כי האי גוונא חדוש הוא ואין לנו בו אלא חדושו, ועל דא אנא סמיך. והנראה כי אף לבעלי התוספות ז"ל כל ששעבד עצמו ונכסיו לשמוש זה, גובה מנכסיו לשכור משמש אחר, כל שבאת החבלה ליד בעל הבית ששוכר עליו מן החבלה עד ארבעים וחמשים זוז, לפי שכבר זכה לו חבילה לכך, ושעבוד נכסיו בקנין, כמי שבאת חבלה לידו דמי."

ולפ"ז מבואר דאינו מילתא דאיסורא אלא תנאי שבממון. ולפ"ז נחלקו רבותיו של הריטב"א והראשונים האחרים (כדלהלן), אם עבדי הם ולא עבדים לעבדים הוא דבר שבממון או מילתא דאיסורא. לפי איך שהריטב"א בתש' למד מרבותיו הוי תנאי שבממון. וזה לכאורה צ"ב, איך יתכן ללמוד דהוי תנאי שבממון, הרי משמעות הגמ' שהוא מילתא דאיסורא, שאסור לו להשכיר עצמו באופן שאינו יכול לחזור בו, ולכן הסתפקו התוס' בב"מ י"א אם יכול להשכיר עצמו בכלל. ולכן נראה דגם למש"כ הריטב"א בתש' שנשתעבד בקנין, היינו שהשתעבד שהמלאכה תעשה, ולכן יש עליו חיוב שהמלאכה תעשה. ויכולה המלאכה להעשות לאו דוקא על ידו אלא גם על ידי אחרים, ואם לא תעשה, ישלם השכיר הנזק שנגרם במניעת המלאכה. אבל אין האמור שקנין שלא יוכל לחזור מהני, דזה מילתא דאיסורא. ואף הריטב"א בתש' לא מיירי שהיה קנין שלא יוכל לחזור בו, וכמש"כ בגוף השאלה; "ונשתעבד לו לזה בשטר בקנין כראוי", הרי שהקנין היה לשעבוד המלאכה ולא שלא יוכל לחזור בו. דקנין שלא יוכל לחזור בו, נראה דגם לריטב"א ורבותיו הוי מילתא דאיסורא, ולא מהני בזה קנין.

וראייתי בתש' לגאון מסלוצק, הגר"י פיימער זצ"ל (תש' רבינו יוסף מסלוצק, סי' ב ד"ה אמנם גם לדעת הרמב"ן) דלריטב"א מהני תנאי שבממון "כיון דליכא בזה איסור גמור", משום דעיקר קרא מיירי דוקא בעבד עברי דגופו קנוי. ולכאורה גם אם אינו איסור גמור, מ"מ אינו דבר שבממון, ואף אם אינו איסור דאורייתא, איסור מדרבנן יש כאן. אולם לדעת הפ"ח שהובאו בתחילת הדברים, דהוי רק תקנת חכמים ואסמכוהו אקרא, י"ל שאינו איסור אלא דבר שבממון. אלא שבתחילת הדברים הבאתי את דברי הריטב"א דהוי מגזירת הכתוב, עיין לעיל.

אך סמך למש"כ לעיל, מצאתי במחנה אפרים (שכירות פועלים סי' ב). המחנה אפרים דן בפועל שהתחייב בקנין, אם יכול לחזור בו. ודעת המחנ"א דאינו יכול לחזור בו; "דכיון שחייב עצמו בכך, הרי זה נעשה עליו חוב לעשותו בין ע"י עצמו בין ע"י אחרים אם לא יוכל הוא לעשותו, דהוי כשאר חיוב שאדם מתחייב לחבירו לבנות לו בית או להקים לו שום דבר שחייב עצמו וממונו להקים לו אותו דבר. אף זה שחייב עצמו לעשות מלאכתו של בעה"ב, הרי דבר זה נעשה חוב עליו לעשותו ואם לא יוכל הוא לעשותו הרי זה מחוייב להשכיר אחר משלו כדי להשלים מלאכתו של בעה"ב ונמצא דכי עושה זה אצל בעה"ב היינו כדי לפרוע חיובו שנתחייב". ובהמשך הדברים רצה לתלות במחלוקת הרמ"ה (והריטב"א) והרא"ש אם דין עבד עברי נוהג בזמן הזה, לענין שחייב לעשות מלאכת בעה"ב כל שקיבל הדמים, ולשיטת הרא"ש דבזמן הזה אם נמכר לא חל השיעבוד, וכן אם שיעבד גופו למלוה אינו יכול להשתעבד בו משום דאין עבד עברי נוהג בזמן הזה, יראה דהוא הדין כשהתחייב הפועל לבעה"ב למלאכתו, לא חל החיוב. אלא שכתב המחנה אפרים לחלק, דדוקא בפועל שאינו עומד בקבע עם בעה"ב, דאין זה דומה לעבד, כי אינו אלא שכיר יום. אבל כשהשכיר עצמו לזמן להיות בקבע עם בעה"ב במלאכתו, דבזה נראה כעבד ואין השעבוד חל לרא"ש. ולכן כשנשכר לימים, כיון שאינו דומה לעבד; "כל שהתחייב בקנין הרי זה נעשה חוב עליו לעשותו בין על ידי עצמו בין על ידי אחרים אם לא יוכל לעשות הוא עצמו. ואפי' תימא דאין שיעבוד חל על גופו כדי שיוכל לכפותו למלאכתו, שאינו אצלו כעבד, מכל מקום יהני החיוב שנתחייב לענין שבעה"ב ישכור עליו פועלים, שהרי חייב עצמו ונשתעבדו נכסיו לכך". ולפ"ז אין בזה קנין המשעבד את הפועל לעבוד, אלא קנין התחייבות שהמלאכה תעשה, והיא אחריות לעשיית המלאכה, ויכול לשכור אחרים או להיות חייב בנוק וכמש"כ לעיל.

וכן נמצא לחזו"א (ב"ק כא, כט-ל) שכתב שאין מחלוקת בין מש"כ הריטב"א לראשונים, שאם פירש בהדיא שמקנה גופו, ודאי יכול הפועל לחזור בו, ואף הריטב"א מודה בזה. רק אם קנו מידו שמשעבד נכסיו להשלמת המלאכה, בזה מודים הפוסקים דיורדים לנכסיו ושוכרים פועלים. ודעת הריטב"א דסתם קנין בפועל הוא שעבוד נכסים, דיש לפרש הקנין באופן המועיל, שאם ישעבד גופו, לא מהני, וכל הקנין הוא שעבוד נכסים להשלמת המלאכה, וכעין שוכר חמור סתם, דחייב להעמיד לו חמור. והיכא שפירש בהדיא שמשעבד גופו כעבד עברי ונאנס, מלמד שאינו חייב לשלם ההפסד, גם אינו מפסיד משכירותו להשלים ההפסד. ועיי"ש באות ל דמ"מ אם הקנה גופו, חל הקנין רק יכול לחזור בו. ולפ"ז מבואר כמש"כ לעיל שאין כאן חיוב לעשיית מלאכה אלא חיוב אחריות שהמלאכה תעשה.

אך נראה דגם לריטב"א כל זה אם עשה קנין לטפויי מילתא, שהרי פועלים נשכרים באמירה, ומדוע עשה קנין, ע"כ מפרשים שכוונתו להוסיף על השכירות את השעבוד. אבל במציאות שכולם נהגו לשכור בקנין, לכאורה בזה אין גילוי שהתכוין להוסיף שעבודו של פועל ותוקף אחריות. דכל מה שמפרשים הוא באופן שהוסיף על הנהוג, אבל אם יהיה המנהג שכולם שוכרים בקנין, לכאורה אין לפרש כוונתו כן. אא"כ כולם שוכרים בקנין כדי להוסיף שעבוד ואחריות. ולפ"ז צ"ע בנדו"ד שעשו ביניהם חוזה עבודה, שבענינים כאלה בדר"כ מקובל לעשות חוזה עבודה כדי לבאר ולפרש את תנאי העבודה ולא כדי להוסיף בשעבודו של פועל, וא"כ אין בחתימה על החוזה משום תוספת שעבוד על עצם השכירות באמירה. וכיון שלא קבל על עצמו אחריות בפירוש, אין לפרש את החתימה כקנין סיטומתא שלטפויי קאתי.

ובב"מ מח, איתא, דאם נתן פרוטה של הקדש בשוגג לבלן, ע"מ שירחצנו בבית המרחץ, אע"פ שעדיין לא רחץ, הוי מעילה, דהפרוטה היא שכירות גמורה, אבל בדבר ששייך משיכה, כגון בספר, למשוך כלי תספורת שלו, לא נשכר הספר עד שימשוך בעה"ב כלי תספורת, ואין מעילה בנתינת הפרוטה של הקדש, כיון שאין בזה שכירות. ובתוס' שם בד"ה והא, כתב וז"ל:

"מכאן אומר ר"ת, דהסופר שהשכיר עצמו, אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו, אין יכולין שוב לחזור בהם. ואם תאמר, מאי שנא מפועל דיכול לחזור בו. ויש לומר, דפועל דוקא דכתיב ביה עבדי הם ולא עבדים לעבדים יכול לחזור בו, ולא קבלן."

מבואר להדיא בתוס' שאף בפועל שעשה קנין, יכול לחזור בו. וכן כתב הרא"ש שם (ב"מ ד, ט) דבמשיכת כלי האומנות "נגמר קנין השכירות", וקבלן לא יכול לחזור בו; "אבל אם הוא שכיר יום או שכיר שבת או שכיר חדש יכול לחזור בו, ואע"פ שנגמר קנין השכירות, כמו עבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא". (ומה שלמד הרא"ש שיכול לחזור בו מדין גרעון כסף, עיין מש"כ לעיל באות א. ולכאורה אם מה שיכול לחזור בו הוא מדין גרעון כסף, אפשר דמהני תנאי שבממון, וצ"ב). ומ"מ מדברי הרא"ש מבואר להדיא דלא מהני קנין שלא יוכל לחזור בו אלא לקבלן. וכן מבואר במאירי ב"מ מח, א. [וברש"י בסוגיא מח, א כתב דאם נתן פרוטה לבלן הוי שכירות גמורה, ואינו יכול לחזור בו, וז"ל: "דוקא בלן קתני דמעל הנותן, משום דשכירות גמורה היא בנתינת הפרוטה, ואין יכול לחזור בו, שאין כאן למשוך". ואף שבפשטות אפשר לומר שגם הבלן אינו יכול לחזור, מ"מ אין הכרח לומר כן, וי"ל דהנותן לא יכול לחזור בו, וכמו שפירשו בתוס'].

והגרע"א (בחידושים לב"מ מח, א) הקשה, דאיך מוכח כן שהקבלן אינו יכול לחזור, שהרי אפשר שהקנין מועיל שהבעה"ב לא יוכל לחזור, כמו בכל קנין בפועל

שבעה"ב אינו יכול לחזור והפועל יכול לחזור. וכתב לבאר, דכל קנין משיכה, אין המשיכה עושה קנין להתחייבות המושך, אלא דהמשיכה עושה שיזכה בדבר המושך, וממילא נתחייב המושך בתשלומים. ולכן אם הפועל יכול לחזור בו, לא זכה בעה"ב במשיכת כלי האומנות, וממילא אין במשיכה התחייבות של בעה"ב בתשלומים. אין המשיכה פועלת קנין בפני עצמה שלא יוכל לחזור, היא פועלת רק שזוכה במה שמשך, ואין בעל החפץ יכול לחזור, שאחרת לא זכה במה שמשך, ולכן גם בעה"ב לא יכול לחזור, פועל יוצא במה שזכה במשיכת כלי האומנות.

והרשב"א בסוגיא ב"מ מח,א, הביא גם את דברי ר"ת, וגם את דברי ר"י, שאף קבלן יכול לחזור בו, לאחר שמשך בעה"ב כלי אומנות, וז"ל:

"דקדק ר"ת ז"ל שהסופר ומלמד תינוקות שמשכו הבעלים כלי תשמישין, כגון קסת הסופר וקולמוסו וכלי תשמישו, קנו ואינן יכולין לחזור בהן, דומיא דספר שמשכו ממנו תספורת. ויש לפרש שאינו אלא [שכירות] תספורת שהוא נקנה במשיכה, למ"ד קנין גמור במשיכה, כדאמרין לענין קרקע כשם שהקרקע נקנה בכסף כך שכירות קרקע נקנה בכסף ומכיון שמשך תספורת לשכירות מעל. הרמב"ן ז"ל. ורבינו יצחק בעל התוספות ג"כ אינו נ"ל כדברי ר"ת ז"ל, דלא גרע מעבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא. ואע"פ שיש לחלק, דהתם הוא משום עבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל כאן שהוא קבלן אפשר שאינו יכול לחזור בו לפי שאינו עבד כיון שאינו לא שכיר יום ולא שכיר שעות אלא קבלן, אבל מ"מ אינו נראה כן, דהכא אינו אלא שהוא יכול לעכב המספרים עד שיספרנו, שהמספרים קנויים לו, והוא הדין לסופר שהקולמוס קנוי לו, אבל סופר יכול לחזור בו."

מדברי ר"י מבואר שאף קבלן יכול לחזור בו, ולא מהני משיכת המספרים לטפוי קנין בקבלן שלא יחזור בו, אלא רק שיכול לעכב המספרים אצלו עד שיעשה מלאכתו. ואפשר שכן הדין גם בפועל, שהרי ר"י לא חילק בין קבלן לפועל. ודברי ר"י הובאו גם במדרכי ב"מ שנ, ובהג"א ב"מ ד,ט.

גם הריטב"א הביא דעת ר"ת, וכתב דהקשו עליו; "דהא הלכתא בלא טעמא, כי היאך זכה זה באומן שלא יחזור בו במשיכת כלי אומנותו. וגדולה מזו אמרו (לעיל י,א) פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, והיאך לא יחזור בו מפני משיכה שעשו בכליו, זה אין הדעת סובלו". והריטב"א לא חילק בין פועל לקבלן, כמו שחילקו בתוס', וכתב כתרופן ר"י שיכול לחזור בו, רק יכול בעה"ב לעכב כלי האומן עד שתעשה המלאכה. דלריטב"א היו שתי קושיות, השניה - שפועל יכול לחזור בו, והאחת - איך זכה במשיכת הכלי שלא יוכל לחזור בו. והיינו שאין בקנין איזכור

לחזרה, ומנין לפרש כן. ולכן גם בקבלן אינו ענין לחזרה אלא למשכון של כלי האומנות. וכן נראה מדברי הר"ן, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ מח,א. ובשטמ"ק שם הביא מהר"ש די וידאש שאין כוונת ר"ת דבמשיכה של כלי האומנות אינו יכול לחזור, שהוא לא ירד לדון דין החזרה. וכוונת ר"ת שנגמר ענין השכירות במשיכת כלי האומנות, והאי דקאמר אינו יכול לחזור בו, סירכיה הוא דנקט, ואינו אלא לומר שאינו יכול לומר שלא נגמר ענין השכירות כיון שלא התחיל עדיין, אלא כיון שמשך את הכלים נגמר ענין השכירות. והינו שכל דברי ר"ת שמשיכת כלי השכירות הוא כהתחלת המלאכה, אבל כשם שבתחילת המלאכה יכול פועל לחזור בו, הוא הדין במשיכת כלי השכירות.

הדרנא לדברי הריטב"א בשם רבותיו. הש"ך שלג,יד כתב ששאר הפוסקים שלא כתבו כדעת רבותיו של הריטב"א, לא ס"ל הכי. והביא את הראשונים הנ"ל לענין משיכת כלי אומנות, דמוכח שפועל יכול לחזור בו ורק בקבלן נחלקו. ודוחק לחלק בין משיכה לקנין, דבכל דוכתא כי הדדי נינהו. וכתב דהוי קנין דברים (עיי' מש"כ בקצוה"ח ס"ק ה דמשעבד גופו לא הוי קנין דברים). ואף שהב"י הביא את רבותיו של הריטב"א, בשו"ע חזר בו ולא פסק כוותיה. והוסיף הש"ך שמצא להדיא בריב"ש ריש סי' תעו, שאין חילוק בין שכירות פועל ליום א או שכיר שבת או שכיר חודש או שכיר שנה, או שהוא קבלן שקבל קמה לקצור או כרם לבצור, שבכל אלה התחלת המלאכה היא הקנין, אלא שהפועל יכול לחזור בו לעולם אפי' התחיל במלאכה ואפי' בקנין, משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים. ולכן נראה דגם הריטב"א לא קאמר אלא בקבלן, שאינו יכול לחזור בו ולהיות ידו על התחתונה, כמש"כ הש"ך שלג,ג (אמנם בתש' הריטב"א הנ"ל מבואר להדיא הדין אף בשכיר, וצ"ע). אלא שמצא בתש' המבי"ט ח"ב סי' קלב שכתב דאלו ראה הריב"ש דברי הריטב"א בשם רבותיו, אולי לא הי' חולק עליהם. ודעת הש"ך דהעיקר כריב"ש. [ואולם מצאתי למהר"א די בוטון בתש' לחם רב (סי' פא ד"ה איברא) דהריב"ש הוא יחיד נגד הריטב"א ורבותיו, ואף לומר קים לי כדעתו אינו יכול. ועיי"ש להלן בתש' דמה שאסור לו להשכיר עצמו יותר מג' שנים הוי איסור, ועבדי הם לכאורה הוא איסור תורה, ועכ"פ איסור מדרבנן, עיי"ש, וא"כ איך מהני קנין].

ולכאורה י"ל כמש"כ לעיל, דהריטב"א מירי שהקנין הוא קבלת האחריות על העבודה, ואילו ר"ת מירי שהקנין משיכה הוא שלא יוכל לחזור בו, וגם רבותיו של הריטב"א מודים שיכול לחזור בו. דמה שאסור הוא להשכיר עצמו באופן שלא יוכל לחזור בו, אבל אם משכיר עצמו ומקבל אחריות שהעבודה תתבצע, דהיינו או שיעשה בעצמו, או ע"י אחרים, ואם לא יעשה, ישלם הנזק, בזה לא השכיר עצמו כעבד.

אך א"כ יש להבין מדוע ר"ת לא פירש את משיכת כלי האומנות ג"כ כקבלת אחריות. ובזה י"ל בדרכו של הגרע"א הנ"ל. דעצם משיכת כלי האומנות ע"י בעה"ב, אין בה שום התחייבות, דלא כבסודר, אלא שזוכה בכלי האומנות, וכל כמה שיכול הפועל לחזור בו, לא זכה בכלי האומנות. דלא כבסודר שהוא קנין לחיזוק, והיינו חיזוק עשיית המלאכה ע"י קבלת האחריות, הרי שמשיכת כלי האומנות היא זכות שזוכה בעה"ב בכלי האומנות. וכל כמה שאינו חייב לעשות מלאכתו, לא זכה בכלי האומנות. לכן עצם משיכת כלי האומנות היא ביחס לחיוב הישיר של בעל הכלי לעשות את המלאכה. ובזה יש לחלק בין פועל לקבלן וכמש"כ התוס', שאין הפועל יכול לחייב עצמו במלאכה, דדין זה שזכה בעה"ב בכלי האומנות הוא רק בקבלן שאינו יכול לחזור בו.

ואפשר שנהאחרונים ס"ל דלראשונים לא קיי"ל כרבותיו של הריטב"א, גם לענין קבלת אחריות, שאין לפרש שקבל בקנין אחריות. או שסוברים שגם קבלת אחריות על המלאכה, סופו של דבר הוא כשכירות עבד, שיכול לחזור בו רק בתנאי שימצא פועל אחר. ובזה פליגי הראשונים, דרבותיו של הריטב"א ס"ל דלשכור פועל שהוא אחראי שהמלאכה תעשה, אין בזה שכירות של עבדות, דסו"ס יכול לחזור בו, רק יעמיד אחר במקומו או ישלם ממון. והראשונים אחרים (וכמש"כ הש"ך) ס"ל דגם בכה"ג הוי עבד, דסו"ס הוא יכול לחזור רק בתנאי, והרי זה עבדות.

ובנודע ביהודה (קמא חחו"מ ל, ח, הובא בפ"ת שלג, ב, ושכ"א) כתב במי שהתחייב בשטר לעשות איזה פעולה לשני, שהתחייב לעשות פעולה אינה כהתחייבות ממון שבחו"מ סי' מ, דהתחייבות לעשות פעולה בפועל לא מהני, ורק בקבלן מהני לשיטת ר"ת והרמ"א (חו"מ שלג, א) שפסק כוותיה. ובשטר עצמו, אפי' לא היה קנין בשטר, אין הקבלן יכול לחזור בו, וכמש"כ הרמ"א חו"מ שכ"ב, בענין המקבל שדה ומוציא עליה הוצאות, ונותן לבעל הקרקע אחוזים ביכול או תנאי אחר; "ואין כותבין שטר ביניהם, אלא מדעת שניהם, שמשנכתב השטר אינן יכולין לחזור בו והוי ליה כמלוה בשטר". ומבואר שאם כתבו לקבלן שטר (ושם המקבל אינו שכיר לשעות אלא דינו כקבלן), אינו יכול לחזור בו. וס"ל לנו"ב דמיירי בלא קנין, דאם היה קנין, מדוע א"א לכתוב שלא מדעתם; "אלא ודאי דבלי קנין מיירי אלא בשטר לחוד. והרי מפורש דקבלן בשטר אינו יכול לחזור בו, ובין שטר בעדים ובין שטר כתיבת יד הבע"ד ובחתימתו, אין שום חילוק רק לענין פרעתי ולענין לטרוף ממשעבדי, אבל לכל יתר הדברים אלימא מלתא דשטרא בחתימת ידו כמו שטר בעדים". ועכ"פ מבואר דדוקא בקבלן אינו יכול לחזור בשטר ולא בפועל.

ועיי"ש בנו"ב אות ט, דב"ד כופין את הקבלן, ואם הוא בזמן שכבר א"א לכופו, אין לחייבו, דהוי מבטל כיסו של חבירו. וזה דלא כרבותיו של הריטב"א הנ"ל,

דלרבותיו בכ"ע חייב בתשלומין, כיון שקבל אחריות וכמ"ש"כ. ומוכח דהנו"ב לחלוטין לא ס"ל כדעת רבותיו של הריטב"א, דהראשונים חלקו עליו, וכמ"ש"כ הש"ך. והגרע"א בחדושים לב"מ (ע"ט, א) כתב דלשיטת הש"ך ס"ק ד דקבלן אינו יכול לחזור אף אם ירצה להיות ידו על התחתונה, וכופין הב"ד לעשות מלאכתו, אם לא כפוחו בי"ד וחזר בעל כרחו של בעה"ב, ובעה"ב שכר פועלים אחרים, חייב הקבלן לשלם כפי היוקר. ואף דכל קבלן א"צ לשלם מכיסו רק מכיסן, מ"מ זה שחייב לעשות מלאכתו, א"כ שוכר עליו שלוחו וחייב לשלם מה שהוצרך ליתן לאחרים. והגרע"א כתב דינו בקבלן, שחייב לשלם, שכך היא קבלת האחריות לעשות מלאכה, ואם לא יעשה, אחרים יעשו במקומו, ובעה"ב חשיב כשלוחו לשכור פועלים. וכנ"ל כן הדין בפועל לרבותיו של הריטב"א. אמנם גם בקבלן כתב הגרע"א דדעת הש"ך שאין משלם מכיסו, ונשאר בצ"ע.

אמנם בשבות יעקב (ח"ב סי' קפד) מצאנו שחלק על מש"כ הש"ך דבפועל בקנין יכול לחזור בו, וס"ל דאם עשו קנין כסף או שטר דמהני בעבד עברי, גם פועל אינו יכול לחזור בו. ומעבדי הם ולא עבדים לעבדים, אין ראייה לשכיר בקנין, דכיון שאינו עבד ממש, אם קנו אינו יכול לחזור בו; "כיון דבאמת אינו עבד ממש, וכתוב, לא תעבוד עבודת עבד, רק כשכיר וכו', הרי דשכיר אינו עבד ממש ואלים מלתא דקנין שמשעבד בכך, משא"כ בלא קנין יכול לחזור כיון דעכ"פ דומה לעבדות קצת". ואף שקנין זה הוא לכאורה קנין דברים, ודאי כל הקנינים שבעולם לא מהני בזה דהוי קנין דברים וכמ"ש הש"ך, אך קנין כסף ושטר דמהני לקנות בו עבד עברי וגופו קנוי בזה, לא הוי קנין דברים לענין שלא יוכל לחזור בו. ושכן מצא במהרי"ק סי' קפב. וס"ל לשבו"י דלא נחלקו על רבותיו של הריטב"א, דהסוברים דלא מהני קנין, מיירי דוקא בקנינים שאינם כסף ושטר, ורבותיו של הריטב"א מיירי בכסף ושטר, דמהני בעבד עברי. (וע"ע בתש" בית שלמה חחו"מ סי' סא).

ולכאורה בנדו"ד שהקנין הוא סיטומתא – החתימה על חוזה העבודה, לכאורה אינו בכלל הקנינים דמהני בעבד עברי, ולא מצאתי מי שדן להדיא בדין סיטומתא בעבד עברי. וגם לא מצאנו מנהג מבורר לקנות עבדים בסיטומתא. ואף ששכיר מהני סיטומתא לקנין, מ"מ אינו בעבד עברי, ולשבו"י בעינן דוקא דומיא מה שקונה גופו בעבד עברי, ובעבד עברי לא מצאנו שקונה סיטומתא, וגם לא מצאנו נוהגים כן שיחשב קנין בעבד עברי, שאין עבד עברי נוהג בזה"ז, ומה שייך בזה מנהג הסוחרים. ולא דמי למש"כ הש"ך רא,א לענין קרקעות שנחלקו אם מהני בהם סיטומתא, וס"ל לש"ך דהיכא דנהגו לקנות בסיטומתא, מהני הקנין. דבעבד עברי גופו לא מצאנו סיטומתא. ולכן בנדו"ד גם לשבו"י לא מהני שלא יוכל לחזור בו.

ולאמור לעיל דלא מהני חתימה על חוזה העבודה להיות המלמד משועבד, כיון שהחוזה עצמו נעשה כדי לבאר תנאי העבודה, ואין בזה תוספת כמו פועל שנשכר בקנין סודר, אף שנשכר באמירה, דאמרינן שבא להוסיף, בזה לא שייך שבא להוסיף, כיון שכך היא הדרך לכתוב בחוזה את תנאי העבודה, ומה שלא נכתב, אין הפועל אחראי, ואין בזה קבלת אחריות. ואף לשיטות דמהני קנין בפני עצמו, קנין סיטומתא לא מהני בעבד עברי, ודוקא כסף ושטר וכו"ל.

ויש להסתפק, דלכאורה כיון שבית הספר שכר את המלמד, א"כ הוי כרבים ששכרו, ואין צריך קנין. דהנה המרדכי ב"מ תנו – תנח, כתב וז"ל:

"וששאלת רבים שהשכירו מלמד, אם יכולין לחזור קודם שהתחיל במלאכתו או לא הדין. פשוט מההיא דפרק בני העיר כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר, ואפילו בפני ג', אין יכול לחזור, דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד, ורבים הם שלשה כדאיתא פרק השולח. ואפילו יחיד העושה ע"פ רבים [אין] יכול לחזור, כגון נדר שנעשה ברבים או על דעת רבים, כ"ש רבים עצמם. ולכך נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קנין במקום שיחיד צריך קנין ... ועוד ראיה דאין יכולין לחזור, דלא גרע ממתנה דאם היו אומרים לאדם אחד אנו רוצים ליתן אינם יכולין לחזור, דהו"ל לגבי רבים מתנה מועטת, דאמרינן בפרק הזהב מתנה מועטת אין יכול לחזור אפילו יחיד ..."

ויש להאריך עוד בדין דבר הנעשה ברבים שאין צריך קנין, דהיינו דוקא קנין לחיזוק כהתחייבות וכיוצא"ז, אבל בדבר שצריך קנין כקרקע ומטלטלין, שרבים המוכרים ודאי לא מהני לא קנין, ומיירי רק בקנין שהוא לחיזוק, כמו בפשרה ובשכירות פועל. והמעין במרדכי יראה דמיירי דוקא לענין חזרת הרבים (עיי' בזה בשער המשפט שלג, א, וגם שם איירי מחזרת הרבים). ואמנם טעם השני של מתנה מועטת שייך רק בחזרת הרבים, אך מדוע לא נזכר לטעם הראשון דהוי כקנין, גם שפועל אינו יכול לחזור בו. וע"כ או שחולק על רבותיו של הריטב"א, או י"ל, וזה נראה העיקר, כמש"כ לעיל דדוקא שעושה קנין במקום שאינו צריך, כמו פועל שנשכר באמירה, ועושה קנין סודר, לטפויי קאתי, לקבל על עצמו אחריות. אבל כשלא נעשה קנין, הגם שאין צריך קנין, הרי בפועל עצמו הנשכר באמירה ג"כ אין צריך יותר מזה, ומה שנעשה ברבים, הגם שזה כקנין לענין דברים אחרים, מ"מ אין כאן מעשה של קנין שנאמר שהתכוין הפועל להוסיף אחריות על שכירותו. ולכן גם ברבים ששכרו מלמד שאין צריך קנין (ועיי' נתיבות שלג, סוס"ק א), לענין חזרת פועל לא מהני. וסברא זו מצאתי אח"כ בתש' רבינו יוסף מסלוצק (סי' ב ד"ה ולפי תרוץ זה ליתא), דבמה שנשכר לרבים, אין בזה גלוי דעת דלטפויי מילתא קאתי.

ה. בחזור בו מחמת יוקר, ובחזור ומשכיר עצמו לאחרים

למש"כ לעיל לכאורה כיון שהאיסור הוא להשכיר עצמו לאחרים באופן שאינו יכול לחזור בו, שאין איסור להשכיר עצמו לאחרים באופן שיכול לחזור בו, וכמש"כ התוס' ב"מ יא (ד"ה כי לי): "דמ"מ מותר אדם להשכיר עצמו, דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור, עובר משום עבדי הם". הרי שהשכירות האסורה היא באופן שאינו יכול לחזור בו, ועד כמה שיכול לחזור בו, אין איסור. א"כ גם אם חוזר בו מחמת שהתיקרה המלאכה ורוצה יותר מבעה"ב, או מפני שרוצה להשכיר עצמו לאחר, יכול לחזור בו, שאין האיסור להשכיר עצמו, שבכך אינו עבד. האיסור הוא להשכיר עצמו באופן שאינו יכול לחזור בו, ואין איסור להשכיר עצמו לאחר. ורק אם יחזור בו מבעה"ב זה, כדי להשכיר עצמו לאחר באופן שלא יוכל לחזור בו (אם יש כזה אופן), בזה יש לדון אם יכול לחזור בו, אבל כשמשכיר את עצמו לאחר באופן המותר, או בחזור מחמת רצונו בתוספת שכר, יכול לחזור בו.

אמנם למש"כ בפ"ח על הרא"ש ב"מ ו,ו אות צ (עיין לעיל באות א); "אלא לאו דרשה גמורה היא, וחכמים הוא דתקנו להם חזרה והסכימו על המקרא שאמר כי לי בני ישראל עבדים, ולפיכך אמרו ז"ל שיכולים לחזור לקיים מה שנאמר כי לי וגו'. ובדבר האבד היה נראה להם שלא לתת להם יד שיחזרו, הואיל ודבר האבד הוא". יש מקום לומר, שכמו שלא תקנו בדבר האבד, כמו כן לא תקנו שיוכל לחזור בו אלא אם רוצה שלא להשכיר עצמו, וכן שיוכל לחזור בו מחמת היוקר. אך אין זה מוכרח, דגם לפלפולא חריפתא מה שתקנו חכמים שיוכל לחזור, שלא יהיה נראה כעבד, והיינו שלא תהיה שכירות הכובלת אותו כעבד כנעני, אבל כל כמה שמשכיר עצמו בשכירות שיכול לחזור, הוא בכלל התקנה, ורק בדבר האבד שיש בזה פסידא לבעה"ב, בזה לא תקנו. ומענין זה ראיתי בשו"מ (רביעאה, ח"א סי' מז ד,ה והנה במש"כ הריטב"א), דאם הדבר הוא כדי שלא יהיה עבד, א"כ אם משכיר עצמו לאחר, אינו יכול לחזור מהראשון, משא"כ אם זה תקנת הפועל, בכל ענין יכול לחזור בו. ולפ"ז לסברא שהיא תקנת חכמים ואסמכוהו אקרא, י"ל דזוהי תקנת הפועל, ולכן בכל גוונא יכול לחזור בו. (וע"ע בשו"מ תנינא ח"ד סי' נד, דמשמע דעתו שיכול לחזור אף במשכיר עצמו לאחר, דכל שיכול לחזור אין שם עבד עליו, עיי"ש).

ובטור חו"מ סי' שלג (הובא להלכה שם ברמ"א ס"ד), בענין פועל שחוזר בו באמצע המלאכה, ששמן לו וידו על העליונה לקבל חצי שכרו, אפי' הנתרת התיקרה ועלתה לבעה"ב יותר מחצי שכרו, וכן אם הוזלה, יקבל יותר מחצי, עד להשלמת הסכום עם תשלום המחליף, דדעת ר"י שכל זה בחזור בו סתם, אבל אם חוזר מחמת יוקר, אין שומעין לו. ובב"ח שם כתב בבאור דעת ר"י, וז"ל:

"נראה דטעמו דכיון דשכיר יום לא מצי חוזר אלא משום דכתיב עבדי הם ולא עבדים לעבדים, א"כ דוקא בחוזר בסתם דתלינן שאינו חפץ לעבוד יותר, אבל אם חוזר בו מחמת היוקר, א"כ גלי דעתיה דניחא ליה בעבדות אם ישלם לו בעל הבית כפי היוקר, ואין שומעין לו, והכי מסתברא."

וכן נמצא בתש' מהרי"ט חיוור"ד סו"ס נ, שאם "לא חזר בו כדי לנוח, אלא אדרבה, הלך וקנה אדון לעצמו בבצע כסף, בכה"ג לא שייך לומר ולא עבדים לעבדים". ולכאורה יש להבין, הרי כל האיסור הוא להשכיר עצמו באופן שלא יוכל לחזור בו, ואין איסור להשכיר עצמו באופן שיכול לחזור, א"כ מה לי חוזר ולא ישכיר עצמו יותר או חוזר ע"מ להשכיר עצמו לאחר. אא"כ נאמר כפלפולא חריפתא, שכל זה תקנת חכמים, ובכהאי גוונא לא תקנו חכמים.

ובחוות יאיר סי' קו כתב שאין לחלק בין אם משכיר עצמו לבעה"ב אחר, לאחר שחוזר בו מבעה"ב הראשון; "רק מפני שנא' כי לי בני ישראל עבדים, לא אלים קניית האדון בו כולי האי שאם יחזור בו יפסיד מה שעשה כבר. ולא תלי בצדקתו ודעתו שחוזר בו מהיות עבד לעבדים רק עבד להי"ת". ובפ"ת שלג, הקשה עליו מדברי הטור והב"ח. והגרע"א בהגהות על שו"ע חו"מ שלג, הביא דברי החו"י בסתם, ומשמע דהכי ס"ל. ועיין שם בחכמת שלמה דמבואר מדבריו דאם במעמד החזרה משכיר עצמו לאחר, אינו יכול לחזור בו מהראשון, ולא נחשב בזה לעבד, כיון שיכול לחזור בו שלא יהיה פועל כלל.

ובתש' מים חיים (לגר"ח הכהן רפפורט – חחו"מ בסופו – סי' כו, ד"ה ומה שהביא, הובא גם בקיצור בפ"ת הנ"ל), דודאי פועל יכול לחזור בו מחמת יוקר או מחמת שרוצה להשכיר עצמו לאחר. ומש"כ ר"י, ב"ח וטור, מתיחס רק לענין הדין שאם חזר בו שידו על העליונה, שהוא באופו שחוזר בו ואינו משכיר עצמו לאחר ולא בחוזר בו מחמת יוקר, אבל במקום שחוזר בו ואין נפק"מ שידו על העליונה (כגון בלא התחיל עדיין במלאכה), יכול לחזור בו בכל ענין. והראיה שהטור והרמ"א הביאו דברי ר"י על הדין של פועל החוזר ידו על העליונה שבסע' ד, ולא הביאו על הדין שבסע' ג שיכול לחזור בו, מפני שלחזור בו יכול בכל ענין, ודברי ר"י מוסבים על הדין שידו על העליונה. והטעם שיכול לחזור בו, כתב במים חיים, דפועל בעצם השכרתו אינו עובר על עבדי הם ולא עבדים לעבדים, הן לטעם הג"מ שאינו עבד אלא ביותר מג' שנים, והן למש"כ תוס' ב"מ י, א (הנ"ל), דפועל חוזר בו מפני שלא חל עליו השעבוד באופן שלא יוכל לחזור בו, וכמש"כ רש"י על הפסוק כי לי בני ישראל וכו', דשטרי קודם, והוא מהתורת כהנים, וכיון דשטרו של הי"ת קודם, מה לי משכיר עצמו לאחר או לא, הי"ת נתן רשות לפועל לחזור בו, שלא יהיה

בעל כרחו משועבד. ועיין בחזו"א ב"ק כג, כ מש"כ בזה, דדוקא משך בעה"ב כלי האומנות, י"ל שאין הפועל יכול לחזור בו, או שיהיה דינו כקבלן וידו על התחתונה, עיי"ש.

גם המחנה אפרים (שכירות פועלים סי' ז) הביא דברי ר"י והב"ח, רק הקשה דלכאורה מהגמ' ב"מ עז,א מבואר דיכולים לחזור אפי' מחמת יוקר. דהגמ' העמידה דאיידי בדאייקר עבידתא ואימרו פועלים וכו', ומשמע דמחמת יוקרא הוא דהדרי ואפילו הכי שומעין להן, דאם לא כן מה היו מרויחין בחזרתן. וכתב המחנ"א לדחות, דמן הסתם שאינם רוצים אלו לטרוח, וזו הסיבה לחזרה, הגם שהתיקרה, אין זו הסיבה לחזרה, רק בעה"ב פייסם. אך ציין שמדברי הריטב"א ורבו אין נראה כן, אלא אפילו בחזר מחמת יוקרא שומעין לו, ותפס דברי הגמרא כפשוטן. וראה הנ"ל (מב"מ עז,א) ראיתי שהביא גם האמרי אש בתש' חור"ד סי' צג, וכתב דאף שהסברא שלא יכול לחזור בו, מ"מ מהפסוק עבדי הם למדנו שאין גופו משועבד, ולכן גם אם אין טעם של עבדי הם, יכול לחזור בו, דבמה נשתעבד. ועיין מש"כ מהרא"ל צינץ במעיני החכמה לב"מ עז,א (אות כה).

ולעיל הבאתי מש"כ הגרי"א בנחל יצחק סי' עד,ג ענף ג (ד"ה ולפ"ז א"ש) בחילוק בין אם נלמד מדין גרעון כסף או מהפסוק של לי בני ישראל, דאם לומדים מהפסוק לי בני ישראל וכו', יכול לחזור בו, גם אם הקדים לו בעה"ב שכרו ואין לו לשלם ולהחזיר לבעה"ב מה שהקדים לו, משא"כ אם ילפינן מדין גרעון כסף. ולכן כתב דמש"כ ר"י שאינו חוזר בו מחמת יוקר, וצ"ל דהוא הדין בחזר בו מחמת שרוצה להשכיר עצמו לאחר, זה דוקא לשיטה שכתב לעיל בס"ג שחוזר אף אם אין לו להחזיר לבעה"ב, כיון דילפינן מהפסוק לי בני ישראל וכו', וכאן עושה עצמו עבד לאחר. משא"כ טעם של גרעון כסף, יכול לחזור בכל ענין. וע"כ אם אין נפק"מ בזה, כמו בלא התחיל שכירותו או בלא הקדים לו בעה"ב מעות, או בהקדים ורוצה להחזיר לו, ודאי שיוכל לחזור בו.

וע"ע בתש' רבינו יוסף מסלוצק (סי' ב עמ' ט – יא) שכתב לבאר בדברי הירושלמי ר"פ האומנין, במחלוקת רב ורבי יוחנן, אם השעבוד לבעה"ב שאינו יכול לחזור בו, לא נתפס בשכירות פועל, או שהשעבוד נתפס אלא יש לו זכות חזרה, ונפק"מ אם משכיר עצמו לאחר, דאם אין השעבוד נתפס, יכול בכל ענין לחזור בו, אף מחמת יוקר או משכיר עצמו לאחר, משא"כ אם זו רק זכות חזרה, אין לו זכות רק אם אינו משכיר עצמו לאחרים. (ולכאורה י"ל כמש"כ לעיל לפ"ח, שזו תקנת חכמים שיכול לחזור). ועיי"ש מה שנו"נ בראיה הנ"ל מהגמ' ב"מ עז,א (שהביא במחנ"א הנ"ל). ועיין בתעלומות לב (ח"ג קונטרס הליקוטים חזו"מ סי' ל) דכיון שהדבר

במחלוקת, המוציא מחבירו עליו הראיה, והפועל מוחזק בגופו, ואין לחייבו לעבוד אצל הראשון.

ו. נשכר לדבר מצוה

והנה בנדו"ד שמדובר בשכירות מלמד שהוא דבר מצוה, האם גם בזה יש דין שפועל חוזר בו, כיון שנשכר לעבדות הי"ת. ויש להביא ראיה מתש' מהר"מ שהביא בהגהות מרדכי ב"מ תנט – תס לענין איסור מלמד להשכיר עצמו יותר מג' שנים, דג' שנים הם ימי שכיר, ובעבד שש שנים, הם משנה שכר שכיר, וטפי משנת שכיר, דהיינו ג שנים, יצא מתורת שכיר לתורת עבד, וז"ל:

"כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים תימה א"כ כשם שאסור לימכר בעבד עברי, כך יהא אסור להשכיר עצמו מדקרי הכא פועל עבד, וי"ל דפועל לא מיקרי עבד אלא שכיר ... והיינו דכתיב כי משנה שכר שכיר עבדך דהיינו שש, כדכתיב בישעיה שלש שנים כימי שכיר, א"כ עבד עברי ו' שנים היינו משנה שכר שכיר. ונ"ל דמהאי טעמא יש ליהזר למלמד או לסופר או שאר מלאכות מלהשכיר עצמו להיות בבית בעה"ב להיות בקבע עמו ולהיות סמוך על שולחנו בלי הפסק יותר מג' שנים, דכל טפי משלש שנים נפקא ליה מתורת שכיר ועבד גמור לא הוי לכל הלכותיו, מ"מ כיון דנפקא ליה מתורת שכיר קא עבר על כי לי בני ישראל עבדים. וקצת ראיה מפ' מפנין מעשה באדם אחד שירד מגליל העליון והשכיר עצמו אצל בעה"ב ג' שנים כו' ומדנקט ג' שנים משמע דטפי לא מצי לאשתעבודי."

ומדכתב מהר"מ דינו גם במלמד וסופר, קמ"ל שגם מלמד וסופר שהם עבודת הי"ת, יכול לחזור בו, דאם האיסור של עבדי הם ולא עבדים לעבדים חל לענין שכירות יותר מג' שנים, הוא הדין וק"ו על דינא דגמ', שיכול לחזור בו.

ובתש' חוות יאיר סי' קמ דן בחזן שהתקבל לעבוד בקהילה, וקבל באלה ושבועה לעבוד אצלם י שנים ולא לעבור לקהילה אחרת, ואחר ג שנים רוצה לעבור לקהילה אחרת, וטוענים ששבועתו לעבור על המצוה, להשכיר עצמו ביותר מג' שנים. וכתב החו"י שאין בזה איסור, כיון שאינו עבד לעבדים אלא להי"ת:

"ועוד י"ל, דדווקא פועל דהו"ל ביתר מג' שנים עבד לאדם לפעולתו, והו"ל עבדים לעבדים. ואפילו מלמד דאוסר בהגמ"ר, מ"מ ע"כ אין היתר בשכר שנוטל רק שכר שימור ופסקי טעמים דאינם מצות ה' ועבודתו ית', משא"כ החזן שכל עצמו אינו רק להוציא ציבור ולעבדו בפלחן הראוי, ואפילו נכלל

בשכרו מה שמשורר ובכה"ג, וע"כ נגבה חציו לפי הממון כמ"ש מהר"ם פדואה, הביאו הב"י באו"ח סי' נג גם רמ"א שם בהג"ה, מ"מ הואיל שמכבד בקולו ה' מהונו ממה שחננו ומשמח אלהים ואנשים, לא נקרא בכך עבד לעבדים. (וצ"ע ברב ושמש העושה צרכי בית הכנסת). ואת"ל דהו"ל ספק דדינא, הו"ל ספק איסורא דתקיעת כף ולחומרא.

מבואר מהחו"י דאם היה עבד שעושה רק עבדות הי"ת, אין בזה דין עבדי לעבדים, הן לענין חזרה, שאינו יכול לחזור בו, והן לענין שמותר לו להשכיר עצמו ביותר מג' שנים. אבל מלמד שכל ההיתר ליקח שכר הוא על פיסוק טעמים ולא על לימוד התורה, אין זה עבד ה', ויכול לחזור בו, ואסור להשכיר עצמו יותר מג' שנים. ועיין נדרים לז, א – ב שהוא מקור הענין. ועיין בר"ן שם (ד"ה ולענין הלכה), וברא"ש ה"ו ששכר בטלה שרי. ואף אם נוטל שכר בטלה על התלמוד תורה, אין זה שכיר לעבודתו ית', דעל עבודת הי"ת לא נוטל שכר ואינו שכיר, ורק נוטל על בטלה, ואינו שכר מ"מ על תלמוד תורה.

ובשבות יעקב (ח"א סי' ו) כתב דגם בחזן יכול לחזור בו, דלא כמ"ש בחו"י. דאין מקום לומר כיון דעיקר הטעם דפועל יוכל לחזור מטעם שלא יהי' עבד לעבדים, ובחזן הוא עוסק בעבודת ה', דתפלה במקום עבודה, והני כהני שלוחי דרחמנא, מ"מ כל מה שהקהל טוענים שאסור לו לחזור הוא מהטעם שהם רואים אותו כשכיר שלהם, א"כ אם לא יוכל לחזור בו הוא מטעם שהוא משועבד להם, והרי זה עבד לעבדים, הגם שעיסוקו בדבר מצוה. וס"ל לשבו"י דמזה הטעם גם מלמד וסופר, שהם ג"כ מלאכת ה', פסקו הפוסקים דיכולין לחזור אא"כ הוי דבר האבד, ובחזן ע"פ הרוב לא הוי דבר האבד, דעכשיו הכל בקיאין לירד לפני התיבה ולהתפלל, אף שאין לו קול לשורר. לכן ס"ל לשבו"י דיכול לחזור בו, ואפשר דאפי' נעשה בקנין גמור, ג"כ יכול לחזור. וכן כתב בקצוה"ח שלג, דלא כחו"י, וז"ל:

"ולענ"ד לא נהירא דבריו בזה, דמאי שנא דפיסוק טעמים אינן מצות ה' ועבודתו, חלילה לומר כן דאין זה עבודתו יתברך, דהא חזינן דבגדריה לז, א ס"ל לרב דאסור ליקח שכר פיסוק טעמים, והוא בכלל מה אני בחנם, וכתב שם הר"ן (ד"ה ורבי יוחנן) דס"ל לרב דהוי דאורייתא. אלא דאנן דקי"ל כר' יוחנן דשרי שכר פיסוק טעמים, ומשום דס"ל דפיסוק טעמים אינו דאורייתא אלא מדרבנן ועיי"ש, וכ"כ שם הרא"ש (ד"ה שכר פיסוק טעמים) ועיי"ש, וא"כ לא גרע מתפלה, דתפלה נמי אינו אלא מדרבנן לדעת רוב הפוסקים. ומוכח מזה כיון דמלמד חוזר דאע"ג דהוא עושה עבדות ה' עבד ה' מיקרי, אבל מה שהתקשר לאחרים אינו עבד שלהם ויכול לחזור, וא"כ ה"ה בחזן וזה ברור."

וכסברא הנ"ל, שיש שני דינים במלאכת המלמד והחזון: הפעולה שעושה, והיא עבודת הי"ת, וההתקשרות עם המעביד, שכלל שהיא כובלת שלא יוכל לחזור, הוי עבד לעבדים. וע"כ אין חילוק בין סוגי הפעולות שעושה הפועל, אם ההתקשרות כובלת שלא יוכל לחזור, הרי הוא עבד לעבדים. וכן נראה דעת האמרי אש (חיור"ד סי' צג) שדן שם בענין חזרת ש"ץ. ועיין בכסף הקדשים שלג, ג' מש"כ לישב דברי החור"י, וחילק בין פיסוק טעמים, שיכול לקיים בינו לבין עצמו, לבין החיוב לעבור בציבור לפני התיבה, עיי"ש. וע"ע בתש' והנהגות לגר"מ שטרנבוך שליט"א (ח"א סי' תתמה) לענין חזרת שוחט. ומ"מ בנדר"ד במלמד כ"ע מודים שאינו נקרא עבד ה', יהיה הטעם אשר יהיה, והוא עובד של המעביד, וכפי שהוכיחו מדברי הגמ"ר הנ"ל, וע"כ לו מטעם זה, אין מניעה שיחזור בו המלמד.

ז. פועל בדבר האבד כשלא התחיל במלאכה

מלמד נחשב דבר האבד, כן כתב המרדכי ב"מ (אות שמג): "מלמד החוזר בו ומורד בבעל הבית ואינו רוצה לגמור מלאכתו, יד של בעה"ב על העליונה, שוכר עליו או מטעהו. וכתב רבינו חיים ברבי משה, דאם קבל כבר המלמד שכרו, צריך להחזיר עד כדי שיוכל להשכיר אחר. וכן פירש ראבי"ה דלימוד דבר האבד הוא, כדאמר רב לקמן פרק המקבל ופ"ב דב"ב, האי מקרי דרדקי פסידא דלא הדרא הוא. וכ"פ ר"י ורבינו שמשון דדבר האבד הוא ואין יכול לחזור. אבל רבינו יואל הלוי פסק דמלמד כפועל ויכול לחזור בחצי היום. ורבינו מאיר אומר דהלכה למעשה דדבר האבד הוא". וכן פסק ברמ"א חו"מ שלג, ה' דדבר האבד הוא. אמנם י"ל דהם מיידי במלמד שכבר כעת מלמד, וחוזר בו בחצי היום או באמצע הזמן, דזה מקרי דבר האבד. אבל אם חוזר בו באופן שקיימת אפשרות להשיג מלמד, רק לטענת הת"ת לא יהיה מלמד בסדר גודל של הראשון, לכאורה אינו דבר האבד. כמו כן כשמדובר בסדר גודל של שלשה שבועות קודם תחילת שנה"ל, קיימת אפשרות להשיג מלמד, אך עדיין מדובר בזמן לחוץ, ולכאורה בכה"ג אינו דבר האבד.

ודין דבר האבד הובא במשנה ר"פ האומנין (ב"מ עה, ב): שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפין וחלילים לכלה או למת, ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד, וחזרו בהן, מקום שאין שם אדם, שוכר עליהן או מטען. ובגמ' שם ע"ב: כיצד מטען, אומר להן סלע קצצתי לכם באו וטלו שתים. ועד כמה שוכר עליהן, עד ארבעים וחמשים זוז. במה דברים אמורים (דשוכר עליהן בשאינו מוצא לשכור - רש"י) בזמן שאין שם פועלים לשכור, אבל יש שם פועלים לשכור ואמר צא ושכור מאלו, אין לו עליהן אלא תרעומת. ובגמ' ע"א: עד כמה שוכר עליהן, אמר רב נחמן עד כדי שכרן (אם עשו אצלו קצת המלאכה ולא קיבלו כלום, שוכר

עליהן, כל מה שהוא חייב להן יוסיף לאחרים ויגמרו). איתיביה רבא לרב נחמן, עד ארבעים וחמשים זוז. אמר ליה כי תניא ההיא שבאתה חבילה לידו (אם יש בידו משלהן הרבה, כדרך האומנים המקבלים עליהן מלאכה מביאים כלי אומנות לבית בעל הבית).

ולכאורה בדוגמא שהביאה המשנה, פרייפרין וחלילים לכלה או למת, לכאורה משמע, אף שאין זה מוכח, שאפי' לא התחילו הפועלים במלאכה, אלא כיון שנשכרו באמירה לדבר האבד, שוכר עליהם או מטען, דדוחק לאוקמי שחוזרים בהם תוך כדי חילול לכלה או למת. דהנה שם בגמ' ע"ב, בדין חזרה של פועלים ובעה"ב, חילקה הגמ' בין התחילו במלאכה, שאם חוזר בעה"ב נותן להם כפועל בטל, משא"כ בלא התחילו, דבזה מיירי המשנה שאין להם אלא תרעומת. ובשטמ"ק (ב"מ ע"ב) הביא מהראב"ד דכל האמור בגמ' אינו ביחס לדבר האבד, דבדבר האבד שוכר עליהם או מטען אפי' לא התחילו במלאכה, וז"ל הראב"ד:

"חוץ מדבר האבד, שאפילו לא התחילו כלל, ששוכר עליהן או מטען. ודבר זה למדנו אותו ממשנתנו, דתנן השוכר את האומנין והטעו זה את זה, דהיינו חזרו, אין להן על זה אלא תרעומת. והא ודאי בשלא הלכו, ועלה קתני שכר את החמר ואת הקדר להביא וכו'. וכל דבר שהוא אבד שוכר עליהן או מטען, שמע מינה אפילו לא הלכו בדבר האבד שוכר עליהן או מטען."

והיינו דהמשנה מיירי באין להם זע"ז אלא תרעומת, בלא הלכו, וע"ז נקטה מיד המשנה דין דבר האבד, ומשמע שדבר האבד הוא באופן הקודם, דהיינו בלא הלכו. ודברי הראב"ד הביאם הרא"ש ב"מ ו"ב, וכן בריטב"א שם (עיין בשטמ"ק). וכן כתב המאירי שם; "שכל שהוא אבד, התחילו ולא התחילו הכל שוה, ומדרישא בלא התחילו אף סופא בלא התחילו". וכן הוא בנימוק"י ב"מ (מו"ב בעמוה"ד). וכן הוא בטור חו"מ סי' שלג, וב"י שם ציין לראב"ד והרמב"ן הנ"ל. ובשטמ"ק הביא מהר"ש די וידש שנשאר בצ"ע על ראית הראב"ד, דבגמ' ע"ב, העמידה את הרישא לא בחזרו אלא בהטעו. וכדעת הראב"ד נמצא ברמב"ן בחידושו לב"מ ע"ב, (ד"ה והוי), וז"ל:

"והוי יודע שהפועלים שחזרו בהם בדבר האבד, אע"פ שלא התחילו במלאכה, שוכר עליהן או מטען, והיינו מתני', ואע"פ שכל זמן שלא באת חבילה לידו אין כאן אלא דברים, חייבין לשלם עד כדי שכרן ולא יותר, דסמכא דעתייהו מעיקרא ואין כאן דרך לקנין. ומיהו אם לא שכר עליהן אלא הפסיד בהמתנתם, אינם משלמים, שהרי לא קבלו עליהם לשלם. וכל זמן שלא נעשו שומרים, אע"פ שפשעו פטורין. ואם באת חבילה לידו, שוכר עליהן מדמי החבילה אפי' עד ארבעים וחמשים זוז, דקנה אותה להשתלם ממנה שכירותו."

מהרמב"ן מבואר להדיא שאפי' לא התחילו במלאכה, יש עליהם חיובי דבר האבד עד כדי שכרן, שכן סומכת דעתם להתחייב עד כדי שכרם על מניעת המלאכה בגין חזרתם. וצ"ל שהוא מעין התחייבות, ואף שהתחייבות צריכה קנין (עיין חו"מ סו, ו), יש דברים הנקנים באמירה, כדאיתא בכתובות קב, א-ב.

ובקצוה"ח שלג, ב כתב לחלק בין אם החיוב מדין דבר האבד או מדינא דגרמי, בדבר האבד לא מצאנו שיתחייב אלא כשכבר התחילו במלאכה, שזה קנין שקונין בו בשכירות פועלים, ואם רצו לחזור, שוכר עליהם או מטען. אבל כשלא התחילו במלאכה, שאין בזה משום קנין כלל אלא דברים בעלמא, אפי' בדבר האבד החיוב הוא מדינא דגרמי, שהפסידו לבעה"ב. ונפק"מ שאם היה בזה רק מניעת ריוח, אין חייב בגרמי במניעת ריוח, דאינו חייב בגרמי אלא בנזק ולא בד' דברים. קצוה"ח כתב שם, דגם לענין פועלים שמצאו אמש להשתכר והיום אינם מוצאים, שהחיוב הוא מדינא דגרמי, כדעת התוס' ב"מ עו, ב ד"ה אין, שהחיוב הוא מדינא דגרמי, ולכן דוקא באדם דאזיק אדם, משא"כ בשוכר בהמות, שהוא מזיק ממונו, אינו חייב בשבת. אך הביא דעת הרמ"ה, שהובא בטור חו"מ שח, דבגרמי אינו חייב אלא בנזק ולא בד' דברים, ולכן פטור משבת, אפי' לא מצאו הפועלים מקום להשתכר, אינו חייב במה שנתבטלו על ידו, כיון דאינו אלא משום שבת ואינו חייב בדינא דגרמי אלא בנזק. ושכן מצא להדיא בתש' מהר"מ (דפוס פראג, סי' תתכא), דגבי פועלים אפילו מצאו אמש מקום להשתכר והיום לא מצאו – פטור, ומשום דאינו היזק אלא מניעת ריוח. וע"ז כתב קצוה"ח דעת מהר"מ שחייב לשלם, דוקא בהתחילו במלאכה, וכנ"ל, אבל בלא התחילו, אף במצאו אמש להשתכר והיום לא, אינו משום דבר האבד אלא מדינא דגרמי, בדבר האבד הוא דין מיוחד בפועלים, ודין זה דוקא בהתחילו, שאז שם פועלים עליהם, אבל בלא התחילו, החיוב מדינא דגרמי. דחיוב מדין דבר האבד שהוא מיוחד בפועלים, הוא חיוב של שוכר עליהם או מטען, אבל אין בזה חיוב תשלומים, משא"כ בדינא דגרמי החיוב הוא תשלומים על הנזק (עיין מש"כ קצוה"ח בס"ק שאח"ז). וע"כ מסיק קצוה"ח, דכיון דדעת מוהר"ם דפטור בלא התחילו, נראה דמספיקא לא מפקינן ממנו, אף דלדעת התוס' אפי' בלא התחילו בדבר האבד, יש חיוב מדינא דגרמי לשלם לפועלים.

ושם בס"ק ג נו"נ בדברי הנימוק"י (ב"מ מו, ב בעמוה"ר), וכתב דטעמא דפועלים שחזרו קודם שהתחילו, שאין עליהם חיוב תשלומי נזק אלא שוכר עליהם או מטען; "דפועלים לא קיבלו עליהם אלא לגמור המלאכה ונשתעבדו לגמור מלאכתן עד כדי שכרן, ומשו"ה בדבר האבד אפילו לא התחילו במלאכה, כיון דקיבלו עליהם לעשות מלאכתן, נשתעבדו עד כדי שכרן, והיינו כששוכר עליהן אבל אם אינו שוכר עליהן לא בעי שלומי, כיון דלא קיבלו עליהם תשלומין. אבל בעל הבית החוזר

בפועלים, עיקר חיובו דבעל הבית הוא לשלומי לפועלים, וכיון דתנאו דבעל הבית הוא לשלומי, משו"ה בדבר האבוד צריך לקיים תנאו ובעי שלומי". והיינו שחיוב פועלים הוא שהמלאכה תעשה, ולכן יש אמצעים שהמלאכה תעשה להפעיל את שעבודם שהשתעבדו, אבל לא התחייבו בתשלומים, משא"כ בעה"ב החיוב שלו הוא תשלומים.

כל זה כתב קצוה"ח לשיטת התוס', אבל לשיטת מהר"מ, אין כל חיוב תשלומים, גם בעה"ב לפועלים, אא"כ התחילו במלאכה. וצ"ל לסברת מהר"מ דהחיוב של פועלים בלא התחילו במלאכה, דבר שאינו בבעה"ב, משום דפועלים בבעל הבית היכא שהוא דבר האבוד, גרמו לו נזק ממש, משא"כ בעה"ב בפועלים שאינו אלא מניעת ריוח. וחלילין למת דהוי דבר האבוד, אפי' שלא התחילו במלאכה, שוכר עליהן או מטען משום כבוד המת, אבל דין מזיק אין בזה. אבל בעה"ב בפועלים דאינו אלא מניעת ריוח, ולא הוי היזק כמו פועלים בבעל הבית כמו פשתן להעלות ממשרה, שהוא נזק ממש, פטור לשלם כמש"כ מהר"מ. ונשאר בצ"ע, כיון דהמרדכי (ב"מ שמב) הביא בשם מהר"מ דאין חילוק בין התחילו במלאכה כו', ומשמע כדעת תוס'.

ומבואר מקצוה"ח דחיוב פועלים כשהתחילו במלאכה, דהוי כקנין, הוא חיוב מיוחד בפועלים והוא נקרא חיוב מדין דבר האבוד, שאינו חיוב תשלומי נזק אלא שוכר עליהם או מטען, משא"כ בלא התחילו במלאכה, שאין כאן קנין, חיובם מדין מזיק. (ועיין בחזו"א ב"ק כג, כה, דעל הרוב מוצאים פועלים ביוקר, וע"כ לא נכנס הפועל לחייב עצמו בנזקים מדינא דגרמי. ובזה א"ש לסברת הרמב"ן הנ"ל).

ה. אם יכול לכופ את הפועל שלא לחזור בדבר האבד

והשאלה אם בדבר האבד החיוב הוא שוכר עליהם או מטען, או שיכול גם לכופ את הפועל לעשות מלאכה ושלא יחזור בו. והיינו אם דין עבדי הם וכו', לא נאמר בדבר האבד, או שנאמר גם בדבר האבד ויכול לחזור בו, רק יש עליו שעבוד שהמלאכה תעשה ע"י פעולתו, או בשכירת אחרים או במטען. דהנה בתש' מהר"מ (ד"פ סי' עז, הובא במרדכי ב"מ שמו), הביא בתו"ד מרבינו יואל וראב"ה; "שמלמד לא חשיב כפועל, דאפילו בחצי היום חוזר, אלא חשיב כדבר האבד ולא כל הימנו לחזור בו". מבואר שבדבר האבד אינו יכול לחזור בו, וא"כ לכאורה יכול לכופו למלאכה. רק יש להבין, איך יצא דבר האבד מכלל האיסור. רק אם נאמר כדעת הפלפולא חריפתא הנ"ל שהיא תקנת חכמים ואינה דרשה גמורה, והראיה מזה שאינו יכול לחזור בדבר האבד, וכנ"ל.

ומהרי"ט בחיור"ד סי' נ, דן במי שלימד תורה ברבים לקהילה אחת, ובאו בני קהילה אחרת ופיתוהו להשכיר עצמו אצלם ללמד תורה ברבים, ולבסוף הסכים ואף נתן להם תקיעת כף. ודן מהרי"ט בדין חזרת מלמד תורה, שהוא כדבר האבד, ובתוך הדברים כתב בענין מה שנשבע בת"כ ללמד לאחרונים, שהרי הוא כנשבע לחזור בו ממלאכת דבר האבד דלא מהני, וז"ל:

"דהא דע"כ שעבודא אית ליה לבעה"ב על גופו, מדלא מהניא ליה מחילה, דומיא דעבד עברי, אלמא אין עליו תביעת ממון אלא תביעת גוף. ולא אמרו שוכר עליהם או מטען אלא לפי שאינו יכול לכופו, שאם היה מוצא ב"ד היו כופין אותו בעל כרחו, וכיון דשעבודא דגופיה איכא עליה, כשנשבע לחזור בו, יצאה שבועה לשקר ולא חיילא כלל."

מבואר ממהרי"ט שבדבר האבד יש חיוב ושעבוד של הפועל לעשות המלאכה, רק כשאינן בית דין שיכולים לבצע זאת, לכן נקטה המשנה דשוכר עליהם או מטען, אבל החיוב של הפועל הוא לעשות מלאכה, וע"כ הדין שפועל חוזר בו בחצי היום, דכתיב כי לי בני ישראל עבדים וכו', אינו לענין דבר האבד, שבו אין הפועל יכול לחזור בו.

אמנם מדברי הש"ך בשני מקומות מבואר שפועל יכול לחזור בו גם בדבר האבד, אלא ששוכר עליהם או מטען. על מש"כ המחבר דפועל חוזר אפי' קבל כבר דמי שכירותו ואין לו לשלם, דייק הש"ך שלגטו, דדוקא אין מזומן בידו לשלם כעת בשעה שחוזר בו, אבל אם אין לו כלל לשלם, שאין לו ממון להחזיר לבעה"ב, הוי כדבר האבד ואינו חוזר בו. וע"ז כתב הש"ך, דמדברי המחבר נראה דאפי' אין לו לשלם כלל יכול לחזור. ולא דמי לדבר האבד ששוכר עליהם או מטען, אבל מ"מ אינו יכול לכופו להשתעבד בו בעל כרחו. עוד כתב לישב, דאף שאין לו לשלם, לא מיקרי בשביל כך דבר האבד (ועיין קצוה"ח ס"ק ו). ומבואר בתרוץ הראשון, שגם בדבר האבד יכול לחזור בו, ואין בעה"ב יכול להשתעבד בו בעל כרחו, רק יכול לשכור עליו או להטעותו, אך יכול הפועל לחזור בו גם בדבר האבד. וכן כתב בס"ק לד, בענין משיכת כלי האומנות, דמשמע דקבלן לא יכול לחזור בו, ופועל יכול לחזור, עיי"ש.

ובחזו"א ב"ק כגט כתב במחלוקת מהר"מ והש"ך, דמהר"מ מתיחס למלמד שאמר לו בעה"ב לך מעמדי ואח"כ חוזר בו, דאם הפועל משועבד למלאכה, לא מהני מחילה וצריך קנין, דומיא דעבד שגופו קנוי. והש"ך שלגמז חולק על מהר"מ, דאין גופו של המלמד קנוי שלא תועיל מחילה. וסובר החזו"א דמהר"מ מיירי באופן שנעשה קנין המועיל באופן שמן הדין יש לכופו למלאכה, ובזה מודה הש"ך דלא מהני למחול

שעבודו ובעי קנין, ונחלקו רק בענין פועל בדבר האבד אם יכולים לכופו למלאכה, ואם כופין אותו, לא מהני מחילה. וכתב דאפשר דלש"ך אף אם כופין את הפועל בדבר האבד, מהני מחילה. וי"ל בסברת החזו"א, דפועל אף אם כופין אותו למלאכה בדבר האבד, אינו מדין קנין גופו לבעה"ב שלא תועיל מחילה כמש"כ מהר"מ, אלא בהיות הפועל משועבד לעשיית מלאכת דבר האבד, ובכל שעבוד מהני מחילה ואין צריך קנין. (ועיין תוס' קדושין יז, א ד"ה חלה, דמלמד אין גופו קנוי, דלא כעבד עברי. ואף שמלמד הוי דבר האבד, ומוכח דאף בדבר האבד הוי רק שעבוד ולא קנין הגוף). ולשיטת מהר"מ י"ל, כמש"כ במהרי"ט (חיו"ד סי' נ), דכל דאיכא פסידא חל השעבוד על גופיה כדין עבד עברי, ובדברים בעלמא לא נפקע שעבודו.

ובמחנה אפרים (שכירות פועלים סי' ו, ד"ה איברא) כתב בדבר האבד, אחד פועל ואחד קבלן אינם יכולים לחזור בהם, ושכן דעת הרי"ף, הרמב"ם, הרא"ש והטור. והביא מקשים מהגמ' ב"ק קטז, ב: ת"ר, שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה, ועמד אחד מהן והציל, הציל לאמצע, ואם אמר אני אציל לעצמי, הציל לעצמו. והעמיד רבא את דברי הגמ' בפועלין, שהיו שכירים לאנשי השיירא, וחזרו בהם ואמרו שמצילים לעצמם, מדין פועל החוזר בו בחצי יום, וכל כמה שלא חזרו בהם, הצילו לבעה"ב השוכרים, וכי חזרו בהם, זכו מהפקר, שכבר התיאשו הבעלים. והרי שם הוי דבר האבד, ואיך יכולים לחזור בהם. ותירץ המחנ"א, דשם לא יכלו להציל לא הפועלים ולא הבעלים, וכבר התיאשו, אלא שמסרו נפשם הפועלים להציל. ומ"מ מבואר מדבריו בדבר האבד, אין הפועל יכול לחזור בו, והוא משועבד למלאכתו.

ולכאורה יש להביא ראיה לסוברים שאינו יכול לחזור בו, מדברי התוספתא ב"מ יא, כז: מי שהיה בלן לרבים, ספר לרבים, נחתום לרבים, שולחן לרבים, ואין שם אחר אלא הוא, והגיע שעת הרגל ומבקש לילך לתוך ביתו, יכולין לעכב על ידיו עד שיעמיד אחר תחתיו. ומבואר שיש עליו חיוב לעשות מלאכה כל עוד אין אחר תחתיו. אולם מה שהיה נראה בפשטות לכאורה דמיירי התוספתא בשכיר או בקבלן ובדבר האבד, ראיתי שהשער אפרים סי' קלח כתב שאינו מסתבר דמיירי בשכיר או בקבלן, דהלא אף בדבר האבד לא אמרינן רק שוכר עליהן או מטען, ואף שלדברי הפוסקים בדבר האבד אם חוזר בו מחוייב לשלם ההפסד מדינא דגרמי, היינו דוקא בדבר האבד של ממון, משא"כ בדבר אבד שאינו של ממון פטור. והביא שער אפרים דיש המעמידים את התוספתא בשכיר או קבלן, והוי כדבר האבד. ומתוך זה רוצים לומר דגם בפועל או קבלן או משרתת, כשאינו יכול להטעותו או לשכור פועלים אחרים, כופים את הפועל לגמור מלאכתו בדבר האבד. ודחה השער אפרים, בדבר האבד שאינו של ממון כנידון התוספתא בבלן או ספר, כ"ע מודים דאינו חייב כלום, ואיך יוכל לכופו לעשות מלאכתו או להעמיד אחר תחתיו. עוד הקשה, לדעות שאינו יכול

לשכור אלא כדי שכרן, אבל אם באת חבילה לידו, חייב להחזיר לפועל חבילתו, ואינו יכול לשכור אחרים מהחבילה אלא רק משכר הפועל, דאין יתכן שיכול לכוף גופו, ובכל זאת מחויב להחזיר חבילת הפועל, אף שממונו נפסד. גם באור שמח בתש' (ח"ב סי' יב) דחה שאין דברי התוספתא מדין דבר האבד ובחזרת פועל, דא"כ מקומה בפ"ו של התוספתא, עיי"ש מה שהקשה בפירוש זה. וע"כ כתב כמש"כ בשער אפרים, דהתוספתא מיירי מדין אלימות כח הרבים, דכיון שהוא בלן ורוחץ אותם תמיד בשכר, אינו יכול להסתלק בזמן הרגל, שצורך גדול הוא להם, והרי הלכה זו מהלכות הרבים ולא מהלכות פועלים ודבר האבד.

ולפ"ז באנו למחלוקת אם בדבר האבד יכולים בית דין לכוף את הפועל לעשות מלאכה. אם דין דבר האבד הוא חיוב ושעבוד הגוף למלאכה, או שהוא חיוב של שוכר עליהם או מטען. וראיתי בחכמת שלמה (על חו"מ שלג, ג) שכתב על מלמד שהוא דבר האבד, שאם עשו קנין, אף שנחלקו בזה הראשונים (עיין לעיל), מ"מ בקנין בדבר האבד לכ"ע אינו יכול לחזור בו, דלמעט בפלוגתא עדיף. ולכן אם נתן למלמד כסף בשעת השכירות, נקנה בכסף ואינו יכול לחזור, כיון שמלמד הוי דבר האבד. וכבר כתבתי לעיל דצ"ע מה הדין בחתימה על חוזה מדין סיטומתא, דיש דעות דדוקא בכסף ושטר דומיא דעבד עברי, וכנ"ל. ועיין בריטב"א ב"מ עח, א ד"ה ורבנו, שהביא את הדעה שבקנין לא יכול לחזור, ביחס למלמד, וא"כ יש לדייק לכאורה דדעת רבותיו של הריטב"א דוקא ביחס לדבר האבד, אך אין ראיה דהראשונים והאחרונים מודים לו. ובזה ס"ל לחכמת שלמה דאין מחלוקת, והריטב"א מיירי במלמד שהוא דבר האבד, והחולקים מיירי בפועל שאינו דבר האבד.

עוד ראיתי לגרש"ז אויערבך זצ"ל, במנחת שלמה ח"א סי' פז, שאף שבדבר האבד אינו יכול לכופו לעבוד, מ"מ כיון שנשכר לרבים והוי כקנין, ולמש"כ החכמת שלמה הנ"ל דבקנין אינם יכולים לחזור, וגם רוצים להשכיר עצמם אצל אחרים, ואף אם אינם רוצים להשכיר עצמם, אין זה פשוט שיוכלו לחזור בהם, דגם פועל פשוט אינו רשאי לחזור אם השכירות נעשתה בקנין, וכל שכן במלמדים דאיכא נמי בטול תורה של תשב"ר. (ולכן כתב דמדין תורה אסורים לשבות ולמנוע אחרים מלבוא במקומם. ודן שם אם מכח מנהג המדינה הדבר מותר בזכות הפועל לשבות ולמנוע אחר לבוא לעבוד במקומו, וכתב לאסור, וצריכים להזמין לדין תורה, עיי"ש).

ט. מתי מלמד יחשב כדבר האבד

למבואר לעיל נראה שמלמד נחשב כדבר האבד. אך לכאורה דבר זה הוא באופן שחוזר בו תוך כדי למוד, דהתלמידים יתבטלו בזמן שחזר, אבל אם חוזר

באופן שעוד ניתן, לפחות תאורטית, למצוא מלמד אחר, אין זה דבר האבד. אמנם אם יטענו הת"ת שאינם מוצאים מלמד טוב כמלמד החזור, דמחמת קוצר הזמן לא ימצאו מלמד טוב כראוי, יש לעיין אם בזה יחשב כדבר האבד.

והובאו לעיל דברי מהר"מ בתש' (ד"פ סי' עז), דמלמד הוי דבר האבד; "ראבי"ה ורבינו יואל פסקו, שמלמד לא חשיב כפועל דבחצי היום חוזר אלא כדבר האבד חשיב, ולא כל הימנו לחזור בו". וכן בתש' מהר"מ (ד"פ סי' תעז) דביטול התינוקות הוי פסידא דלא הדר כשאר דבר האבד, אא"כ יכול למצוא מלמד אחר, ולא יהיה התינוק בטל מלימודו אלא זמן מועט, דבכגון זה לא הוי דבר האבד אלא כפי אותו זמן מועט שידוע שימצא מלמד. וגם ביחס לזמן המועט, אם התלמידים יודעים להעסיק עצמם, אם יודעים לקרוא בתורה ובנביאים ובכתובים ללא מלמד, פעמים שיש תועלת לתלמידים בהפסקה מועטת זו; "הוא בריאות לתינוק כשיש לו מעט ריוח מן הלמוד, ואין כופין אותו אלא לרצונו". ובתש' אחרת (ד"פ סי' שפז) הביא מהר"מ דהוי דבר האבד, דהוי פסידא דלא הדר, מאם תעזבני יום, יומיים אעזבך. והובאו דבריו במרדכי ב"מ (שמג ושמו), בהג"א ב"מ פ"ו סה"ו, במהרי"ט (הנ"ל, חיר"ד סי' נ), וברמ"א חו"מ שלגו. וכן נמצא בשטמ"ק ב"מ עה, בשם נמוקי התוס': "נראה מכאן דמלמד יכול לחזור בו ואפילו בחצי זמנו, דהאי כפועל הוא ויטול מה שעשה. ודוקא כשבעל הבית מוצא מלמד, ואם לאו, שוכר עליו או מטעהו". מבואר דבאינו מוצא מלמד אחר, הוי דבר האבד. ובש"ך שלג, כו כתב באופנים בהם מלמד הוא דבר האבד, וז"ל:

"מלמד נקרא דבר האבוד מטעם שכל עת ורגע שהתינוק הולך ובטל הוא פסידא דלא הדר ... ונפק"מ אם מעמיד לו מלמד אחר וכדלקמן ס"ז ובסמ"ע סק"ח. אי נמי נפק"מ, אם כששכר את המלמד לא היה מוצא מלמד אחר לשכור, דבכה"ג לא מיקרי דבר האבד, דאז יש חילוק בין שכר עצמו לזמן, דיכול לחזור בו ושמין לו מה שעשה, ואם ללמוד עמו ספר, אז יש לו דין קבלן וידו על התחתונה ..."

עולה מדברי הש"ך שכל רגע של בטלה הוי דבר האבד לגבי אותו הרגע. אולם אם בעה"ב לא היה מוצא מלמד אחר בשעה ששכר את המלמד הנדון, הרי שאין לו טענה שהוא דבר האבד, שהרי לולי שכירותו של הראשון היה התינוק בטל, וע"כ הוי דבר האבד דוקא אם היה בעה"ב מוצא מלמד אחר בזמן שכירות הראשון, וכן שהמלמד לא מעמיד לו מלמד אחר, שאם מעמיד לו כעת מלמד אחר, או שיש זמן לשכור אחר, שוב לא הוי דבר האבד. והדברים מתבארים גם בתש' מהר"מ הנזכרות. ובש"ך שלג, לט, בענין מש"כ הרמ"א דבדבר האבד של ממון חייב לשלם לו היזקו,

והוא מדברי תה"ד והג"א, וקודם הביא שאין חייב לשלם לו היזקו, והוא מהנימוק"י (ב"מ מו,ב מעמוה"ר). וברמ"א חילק בין דבר האבד של ממון, שחייב לשלם היזק וכתה"ד והג"א, ובאינו של ממון כגון מלמד, אין צריך לשלם היזקו. ע"ז כתב הש"ך לחלק, דהנימוק"י מיירי בהיה מוצא לשכור, אלא שהמתין, לכן לא ישלמו במה שהפסיד בהמתנתו, משא"כ כשלא היה מוצא לשכור או שנפסד מיד, שצריך הפועל לשלם הפסדו. ומבואר שכל היכא שיכל למצוא פועלים אחרים, אין צריך לשלם הפסדו. ולכאורה, באם יכל למצוא, שוב לא הוי דבר האבד, ואינו שייך כלל לדין זה של דבר האבד, ומהיכי תיתי יצטרך לשלם. ואפשר דלש"ך זה חידושו של הנמוק"י, דאף שיש דברים שהם במהותם דבר האבד, כגון פשתן להעלות מהמשרה, ובהם אינו חוזר, רק אם חזר ויכל למצוא פועלים אחרים, אינו צריך לשלם הפסדו. רק לכאורה צ"ע, דאם מוצא פועלים אחרים אינו דבר האבד כלל.

ונראה בהסבר הש"ך, דהנה מש"כ בש"ך דמקרי דבר האבד דוקא ביכל בעה"כ למצוא פועלים אחרים בשעה ששכר את המלמד, כן פסק השו"ע חו"מ שלג,ה, ומקורו בדברי הראשונים, עיין בריטב"א עה,ב ד"ה השוכר, ובשטמ"ק שם בשמו, וכן בשטמ"ק עו,ב בשם הרשב"א, והוא נלמד מדין הפועלים (ב"מ עה,ב), דיכול בעה"כ לחזור בו כשלא היו מוצאים הפועלים להשתכר אמש, ורק אם היו מוצאים להשתכר מקרי דבר האבד. אמנם הב"י חו"מ שלג, והג"א ה"ב, הביאו מתלמיד הרשב"א בשם הרמב"ן, דאפי' לא יכל למצוא אמש פועלים אחרים, אין הנשכרים יכולים לחזור בהם, דמקרי דבר האבד. ובש"ך שלג,כח הקשה מדוע לא הביאו דעה זו (עיין מחנה אפרים שכירות פעלים סי' ו ד"ה ודע. ובתש' ושב הכהן סי' יג, הובאו דבריו בפ"ת שלג,יא כתב, דרוב הפוסקים חולקים על דעת תלמיד הרשב"א, ולהלכה לא מבעי שלא שוכר עליו או מטען אלא אפי' יכול לחזור לכתחילה. וכן מצאתי אח"כ בתש' רבנו יוסף מסלוצק סי' ב ד"ה עוד יש לעיין. ועיין בחזו"א ב"ק כג,כג דלש"ך הוי ספיקא דדינא, ועיין עוד מש"כ בהסבר הש"ך). והביא הש"ך מש"כ הג"א בזה; "דהתם מיירי באותו ענין שלא גרמו לו שום הפסד, כגון שהפשתן היה שרוי כבר, ובשעה שהשכיר אלו לא היו אחרים מצויין, ומ"מ כיון שנשכרו לו כבר, צריכין לעשות או שוכר עליהן או מטען". מבואר מהג"א דדבר שהוא במהותו דבר האבד, כגון שהפשתן כבר שרוי, בשעה שנשכרו, נשכרו לדבר האבד, ואם יכל למצוא או לא, אינה שאלה לגבי מהות השכירות שהיא דבר האבד, היא שאלה בטוען ונטען אם נגרם לבעה"כ נזק אם צריכים לשלם, אבל במהות השכירות הוי שכירות לדבר האבד, וחל עליהם שם של פועלים בדבר האבד על כל הנפק"מ שבזה. ולפ"ז מובן גם מש"כ הש"ך לדעת הנימוק"י, דאף בלא מוצא פועלים אחרים הוי דבר האבד, רק אינו חייב לשלם היזקו, דאין לפועלים שם מזיק כיון שבעה"כ לא יכל למצוא פועלים אחרים.

ועיין בחדושי הגרע"א על השו"ע (שלג,ב) שהביא את דעות הראשונים אם חיוב בעה"ב החוזר הוא מדין דבר האבד או מדין גרמי (עיין סמ"ע ח וקצוה"ח ב הנ"ל), וכתב דלפי מה שנקט בשו"ע שחיובו הוא מדין דבר האבד, א"כ אפי' בלא היו הפועלים מוצאים אמש להשתכר, חייב בעה"ב לשלם להם מדין דבר האבד, דמדין דבר האבד אין לחלק בין היו מוצאים אמש או לאו, דזה נפק"מ רק לחיוב מדינא דגרמי, אבל בדבר האבד בודקים באשר הוא שם, וכיון שכעת זה דבר האבד, אין נפק"מ במה שהיה אמש ביכולת הפועלים להשתכר.

ובדברי המחנה אפרים (שכירות פועלים סי' ז ד"ה אבל) מצאתי חידוש לדינא בדבר האבד, ונפק"מ בזה גם לנדו"ד. המחנ"א סובר שאם יכול למצוא בעה"ב פועל, רק הפועל יתור יקר מהפועל הראשון, אבל עדיין הוא במסגרת השכר הנהוג בין הפועלים, אין זה דבר האבד, ואין בעה"ב יכול לשכור עליהם או להטעותם. וז"ל המחנ"א:

"דנראה מדברי הרמב"ם ז"ל והטור דהאי דינא דדבר האבד דשוכר עליהם עד כדי כפל שכרם ומפסיד הפועל, הוא דוקא בשאינם נמצאים פועלים אחרים לגמור המלאכה בשכרן, אבל אם מוצא פועלים אחרים אע"פ שהם ביוקר, אין זה מיקרי דבר האבד, שהרי כתב (שכירות ט,ד) דאם מצא פועלים וא"ל צא ושכור פועלים מאלו, אין לו עליו אלא תרעומת ושמין לשכיר יום מה שעשה, מפני שידו על העליונה. וא"כ בנדון זה אם נמצאת משרתת אחרת, אע"פ שהוא יותר ביוקר, כיון שאינה נוטלה אלא כדי שכר פועלים אחרים, לא מיקרי דבר האבד ויכולה לחזור בה."

ולפ"ז אם ימצא מלמד שידרוש שכר גבוה יותר ממה שסוכם עם המלמד שחוזר בו, אם זה עדיין במסגרת המקובלת בשכר מלמדים, אין זה דבר האבד ויכול המלמד לחזור בו. כמו כן אם המלמד החוזר יש לו מלמד אחר המוכן להשכיר עצמו לת"ת, והם מסרבים, אף אם יקחו אח"כ מלמד בשכר גבוה יותר, אינם יכולים לתבוע מהמלמד אם יש בידם משכרו או חבילה (תלוי במחלוקת הראשונים, עיין בשו"ע וברמ"א חו"מ שלג,ו ובנו"כ שם), לפמש"כ בחוות יאיר סי' קו לענין משרתת שחזרה בה, שאם המשרתת החוזרת רצתה להעמיד לה משרתת אחרת הגונה כיוצא בה, הדין עמה. ואם מהרה בעה"ב לשכור אחרת בשכר גבוה, והמשרתת מבררת שתוכל להעמיד לה אחרת, הדין עמה ותפסיד בעה"ב המותר.

עוד נראה בנדו"ד אם יהיה זה ספק דבר האבד, אם יכול בפרק זמן כזה לשכור פועלים, או ספיקות אחרות אם הוי דבר האבד, לכאורה יש להחיל מש"כ הש"ך שלג,כג בענין משרתת, שיש לבחון כל מקרה לגופו, והכל לפי ראות עיני הדיין אם

מקרי דבר האבד (ועיין עוד בפ"ת שלג, ח מש"כ בזה), גם לענין כזה הדבר תלוי בראות עיני הדיין אם יכול לשכור מלמד אחר בפרק הזמן שנותר. ובכל מקרה של ספק, נראה שאין להוציא מיד הפועל, וכמו שלמד החזו"א (ב"ק כג, כג, וכג, כה) בדברי הש"ך הנ"ל. אך לענין החזרה, לכאורה אם יש בזה אסור של עבדי הם ולא עבדים לעבדים, ויש ספק אם האיסור לא חל בנדו"ד כיון דהוא דבר האבד, לכאורה יוכל לחזור בו. אלא שמצאתי בתש' ושב הכהן סי' יג (ד"ה נחזור) שכתב דבספק דבר האבד, אף אם אי אפשר לחייבו לשלם, מ"מ אינו יכול לחזור בו, דאיך יגרום נזק מספק.

ולפ"ז בנדו"ד יש לשקול לפי ראות עיני ביה"ד אם נותר זמן מספיק כדי לשכור מלמד אחר בשכר ראוי, ואם יש זמן, וכך לכאורה, דשלשה שבועות הוא זמן סביר שיוכלו למצוא מלמד אחר לשנה"ל הבאה, יוכל המלמד לחזור בו מהסכם העבודה עם הת"ת.

רק יש לעיין מה הדין אם המלמד שמוצא הת"ת לשכור, הוא פחות מרמתו של המלמד החזור. והיה נראה ללמוד דבר זה מדין דבר האבד שבחול המועד, דהרא"ש במו"ק א, יז כתב דבשביל מיעוט תוספת קלקול, לא מקרי דבר האבד. והיינו שדוקא בפוגם כל הענין, אבל במעט קלקול לא מקרי דבר האבד. וכן כתב ברבינו ירוחם (נתיב ד ח"ה ד"ה החלק החמישי), דלא מקרי דבר האבד אלא כשעקר הענין אבד, כגון לבצור כרמו וכיוצא בדברים אלו, אבל בשביל מעט תוספת קלקול לא מקרי דבר האבד. וע"ע במהריב"ל בתש' (ח"ג סי' סא). ולפ"ז יש לבחון לפי ראות ביה"ד אם מדובר במלמד ראוי, אף אם הוא פחות מהראשון, שבכך לא נפסד הענין. ולפעמים גם חסר נסיון מוכיח עצמו ומשקיע יותר מבעלי נסיון, ומה שנראה כהפסד קצת, יתברר כיתרון מרובה.

לאור האמור לעיל:

- א. עקרונית יכול המלמד לחזור בו הסכם העבודה עם הת"ת, וזאת אם במועד ההודעה על החזרה ועד לשנה"ל, ניתן למצוא מלמד אחר ראוי במקומו.
- ב. אין זה ישר לחזור מהסכם שחתם, ונכון וראוי לו לעמוד בדבורו.

טענת אונס ברכב שכור

ראשי פרקים

א. טעם חיוכי השומרים כ"א כדינו

ב. מנהג בשומרים

ג. בין גניבה ואבירה לאונסין

ד. "גיהוץ" האשראי, אם המשכיר נחשב כמוחזק

ה. חיוב מוכרת על גניבה בחנות

לראובן שלשה רכבים מדגמים שונים, אותם הוא משכיר באופן פרטי, כאשר יש דיווח לביטוח על היות הרכבים מושכרים. שמעון שכר מראובן רכב חדיש, כשהוא מבוטח בביטוח מקיף, ומאידך – ראובן "גיהץ" את כרטיס האשראי של שמעון, כנהוג וכמקובל בחברות השכרה לגובה של 3500 ש"ח. כשהחנה שמעון את רכבו בחניון בצורה טובה ומסודרת, עבר במקום רכב אחר ובנסיעה לא זהירה גרם לכיפוף בדלת. (לשמעון יש עדים על כך, אך לא הצליח לאתר את מספר הרכב). הביטוח מכסה את הנזק, אך בין ראובן לשמעון היה דו"ד בענין ההשתתפות העצמית שבסך 1200 ש"ח. שמעון טוען שהדבר ארע באונס, והוא כשוכר פטור מאונסין.

ראובן המשכיר טוען שכל מי ששוכר רכב בחברת השכרה (וכיום רוב מוחלט של השכרות הרכב מבוצעות במסגרת חברות ההשכרה), הרי שהשוכר חייב בהחזרת הרכב באופן תקין, וכי מוטלות על השוכר כל חיובים, אף כאלה שנעשו שלא באשמתו או באונס. שמעון השוכר טוען כי בחברות ההשכרה הוא חותם על התחייבות המחייבת אותו בנ"ל, דבר שלא נעשה במסגרת הפרטית של השכרת הרכב. ראובן משיב כי הדבר ברור מכח המנהג בהשכרות רכב, גם אם לא היתה חתימה על חוזה, וכי לשם כך נוטל התחייבות פתוחה של כרטיס אשראי, ואשר על כן הוא גם מוחזק כנגד שמעון.

[ובעבר נשאלתי גם שאלה דומה, במוכרת בחנות, שבשעה ששרתה לקוחות, נכנסה אשה וגנבה חפצים מהחנות. ובעל החנות טען שהיא כשומר שכר שחייבת בגניבה ואבירה. והמוכרת טענה שלא מקובל לחייב עובדות על גניבה שקורת בחנות, וכל השכירים עובדים על דעת המנהג נכנסה לעבוד, ואינה חייבת בגניבה ואבירה.]

א. טעם חיובי השומרים כ"א כדינו

תנן בב"מ צג,א: ארבעה שומרים הם וכו'. ובמשנה ב"מ צד,א: מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם. כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל. והגמ' שם אם דין מתנה שומר חנם להיות כשואל וכו', הוא למ"ד דיכול להתנות תנאי שבממון על מה שכתוב בתורה או לא, כמו בהרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה. והעמידה הגמ' את המשנה אפי' אליבא דר"מ שאינו יכול להתנות בקדושין, אף דהוי תנאי בממון, נגד חיוב שהטילה עליו התורה: אלא כולה רבי מאיר היא, ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה (רישא דקתני מתנה שומר חנם להיפטור משבועה, רבי מאיר, והאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא אלא שאמר לו אי אפשר להיות שומר שלך אלא בכך, ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה, והאי כי משיך, כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה, ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת, ולמה שירד – ירד. אבל המקדש את האשה, מכי אמר לה הרי את מקודשת לי איתקדשה לה, וכי אמר לה על מנת שאין לך עלי, מתנה על מה שכתוב בתורה, דאין אישות לחצאין, וכי תפיס קדושין – לגמרי תפיס, והוה מתנה על מה שכתוב בתורה – רש"י). תנא, ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים (בתמיה). אמר שמואל בשקנו מידו. ורבי יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא, גמיר ומשעבד נפשיה.

ועל מתנה שומר שכר להיות כשואל, הקשו הראשונים דלא מהני להתחייב בדברים, והלא בכל התנאים סגי בדברים, כיון שהתנה בשעת מעשה. ועיין בריטב"א שתירץ, דהכא חיוב הוא שמחייב עצמו ומשעבד נכסיו יותר מדינו, ואין אדם מתחייב במה שהוא פטור מן הדין אלא בקנין או בכסף או בהנאה, עיי"ש. ומ"מ להלכה פסקו הראשונים בסוגיא, ובשו"ע חו"מ רצא, כז דמהני תנאי אף בלא קנין, דבההיא הנאה דנפיק קלא דאינש מהימן הוא, גמר ומשעבד נפשיה, ואין צריך קנין.

מדברי רש"י מבואר שמתנה שואל להתחייב כשומר חנם הוא מפני שאדעתא דהכי לא שעבד עצמו מעיקרא, דעוד קודם ההשתעבדות הסכימו שלא יהיה חייב אלא כשומר חנם, ולא חלה ההתחייבות אלא לאחר ההסכמה, משא"כ בקדושין התנאי הוא לאחר שכבר חל החיוב מכח הקדושין, ובזה ס"ל לר"מ דהוא מתנה על מה שכתוב בתורה. ומדברי רש"י יוצא שלא מהני תנאי אחר שכבר משך את החפץ הנשמר (כן כתב בהגהות חו"י על הרי"ף ב"מ נד,א בעמוה"ר אות י). ועיין ברבב"ד בסוגיא, הובאו דבריו בשטמ"ק, דבקידושין כיון דאמר לה הרי את מקודשת לי, מיד אשתעבד לה בשאר כסות ועונה, וכיון שהיא אשתו לכל דבר, גם הוא משועבד לה

בכל דברי אישות. אבל בשומרים, כיון שיש כמה סוגים של שומרים, יכול להיות שומר מסוג אחר, משא"כ קדושין. וברישא דמי למש"כ רש"י, ובסיפא נראה דגם ס"ל כרש"י לענין דבעינן דנחית מעיקרא אדעתא דהכי, ולא מהני מה שיתנה אח"כ. רק חלוק לכאורה מרש"י, דאף אם ימשוך ויתנה, ג"כ מהני לראב"ד, משא"כ לרש"י.

והרמב"ן בסוגיא הקשה על רש"י, דגם בקדושין לא שעבד נפשיה אלא ע"מ שאין לה עליו שאר כסות ועונה, שהרי אומר לה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הרי את מקודשת לי שאל"כ הוה מעשה קודם לתנאי. (ועיין בהגהות חו"י הנ"ל אות כ שהקשה, דא"כ לר"מ אם יקדים התנאי לקדושין, יועיל גם לר"מ, וזה דבר חידוש). ולכן פירש הרמב"ן דמעיקרא לא קיבל על עצמו להיות שואל או שומר שכר, וכמו בהנח לפני, משא"כ במקדש, אינו יכול לקדש שלא ע"פ מה שקבעה התורה והטילה עליו חיובים, וכשמקדש הרי הוא חייב בכל החיובים ולא יכול להתנות אליבא דר"מ. וצ"ל לכאורה לשיטת הרמב"ן, דגם בשואל לא מעשה ההשתמשות חינם הוא המחייב אלא ההתחייבות, שאל"כ בשלמא בשומר שכר י"ל כמש"כ הרמב"ן, אבל בשואל מכי השתמש חייב. אלא י"ל דגם בשואל החיוב מכח ההתחייבות ולא מכח השימוש, וכשמשתמש סתם הרי הוא מתחייב כשואל.

גם הריטב"א בסוגיא הקשה על פרוש רש"י, דבגמ' לא מבואר החילוק אם מתנה קודם משיכה או אף אחר המשיכה, והרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי וכו', אף שמתנה ואומר ע"מ שאין לך עלי וכו', הרי את מקודשת. וע"כ פירש הריטב"א, וז"ל:

"והפירוש הנכון בזה בעיני דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה, דבכולהו אידך אזהר רחמנא בהדיא. דבאונאה כתיב אל תונו, ובשביעית כתיב לא יגוש, ובשאר וכסות ועונה כתיב לא יגרע, ובאלו רחמנא קפיד בהו, הילכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שהקפידה תורה. אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים, אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם. אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי, לא קפיד רחמנא כלל, וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף, אינו מתנה על דין תורה."

מבואר מהריטב"א דבשומרים התורה לא אסרה או הטילה חיובים. התורה אמרה מה דינו של מי שמקבל סתם חיוב כשואל או כשומר שכר, משא"כ באונאה או בקדושין, התורה אסרה להונות, והתורה קבעה מה יהיו חיובי הבעל בקדושין. אבל בשומרים התורה קבעה מה החיוב הסתמי של השומר, שאם קבל עליו בסתם ולא הזכיר חיובים, מה יהיה דינו, אבל אם מקבל עליו חיובים שונים, בזה לא דברה

התורה. לפ"ז יש מקום לומר שאם המנהג במקום ששוכר חייב אפי' באונסין, הרי זה כמתחייב באונסין, ועל דעת המנהג שכן, ולא דברה התורה אלא במקום שאין בו מנהג ברור, דחשיב כשוכר סתם, אבל במקום שיש מנהג ברור, הרי הוא כמתחייב, ובזה לא אמרה תורה שפטור מאונסין. ועיין גם בתוס' הרא"ש בסוגיא (ד"ה שאני), וז"ל:

"מעיקרא לא שעבד נפשיה, והתורה לא חייבה השומרים אלא כל אחד כפי הנאתו ודעתו. ולא דמי לכל דוכתא דחשבינן מתנה על מה שכתוב בתורה היינו היכא דחייבתו תורה ע"י דבר אחר, לא מחמת שהעלה בדעתו ליתן, כגון שאר כסות ועונה דחייבה תורה לכל מקדש אשה בסתם".

ולתוס' הרא"ש דחיובי השומרים הם בהתאם להנאתו של השומר ובהתאם לדעתו, שירדה תורה לסוף דעת השומרים מה דעתם להתחייב לפי הנאתם, אבל כשדעתו להתחייב באופן שונה, בזה לא דברה התורה לחייבם אלא לפי דעתו. וגם בזה יש לכאורה מקום לומר, שאם המנהג ברור, וברור שדעתו היתה להתחייב באונסין, הרי זה לדעתם שיתחייב בכה"ג וכנ"ל. ובשטמ"ק בסוגיא הביא מרבינו חננאל שכתב לבאר, דהתורה דברה על שומרים מסוימים, וכאשר מתנה להתחייב יותר או פחות, לא נחית להיות שומר כשומרי התורה אלא סוג שומר חדש, משא"כ בקדושין, אין קדושין אלא קדושי תורה: "כיון שהתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל מלשלם וכו', דלא ירדו לה בשמירה של תורה ולא שעבדו עצמן ואינם חשובין מן השומרים של תורה, וכגון הנח ותיב נטר דמי. ואינו דומה למקדש את האשה שתלו עליו קידושין, וכשמתנה שלא תזון ושלא לכסות, בא לבטל הכתוב, לפיכך תנאו בטל". וצ"ל בדבריו, דמושג השמירה והשומרים היה קיים גם לולי דין התורה, וכאשר מתנה להתחייב פחות או יותר, הרי הוא שומר שלא כשומרים עליהם דברה התורה, משא"כ בקדושין, אין קדושין אלא ע"פ דין תורה. (וכך מצאתי גם בחתם סופר בסוגיא שפירש החילוק, עיי"ש). וגם לדבריו אפשר לכאורה, דהיכא שהמנהג הברור שחייב שוכר באונסין, הרי שכירות זו יצאה מכלל שכירות של התורה, ולא שעבדו עצמם כפי ששעבדה התורה.

ולראשונים הנ"ל י"ל דלא בעינן תנאי כמשפטי התנאים במתנה שומר חנם להיות כשואל, דלשיטת רש"י, ולפי מש"כ הראשונים בדעתו, נראה דבעינן לתנאי ממש, ואילו לראשונים האחרים הנ"ל, כיון דבעינן לדעתו שאינו מעונין להתחייב כחייב שחייבה ההתורה, אין צריך אלא לגילוי דעת, ואם מגלה דעתו ואומר הריני מקבל עלי השמירה, אבל רק על דעת שלא אתחייב אלא כו"כ והסכימו הבעלים, בהכי סגי. וכן אם השכירו הבעלים, וגילו דעתם שאינם מעונינים להשכיר אא"כ

יתחייב באונסין, ומשך השואל, הרי התחייב לכאורה על דעת כן, ולא בעינן לתנאי ממש. כך נראה לכאורה. ומה שהביאה המשנה בב"מ צד,א למשפטי התנאים, אחרי הדין של מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, הם דינים בפני עצמם, ואינם למתנה דרישא, וזאת לאחר תרוץ הגמ' דמעיקרא לא שעבד נפשיה. (ועיין במחנה אפרים שומרים כא ד"ה הן, דמשמע לכאורה דבעינן למשפטי התנאים, וצ"ע).

ובתוס' כתובות נו,א-ב (סד"ה הרי) כתבו לתרוץ ולחלק בין קדושין לשומרים, כיון דריבתה תורה שומרים הרבה, יכול כל אחד להתחייב לפי תנאו. ותירוץ זה לכאורה כמש"כ השטמ"ק מהראב"ד, הובא לעיל. ובתרוץ שני כתבו התוס'; "שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה, הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים". והיינו שהתורה ירדה לסוף דעתם של השומרים שרצונם להשתעבד כפי הנאתם, ובמקום שאינם משעבדים עצמם, או משעבדים עצמם באופן שונה, הכל כפי ששעבדו עצמם. (עיין לעיל בדברי תוס' הרא"ש). ועיין קצוה"ח רצא,ד, שכך פירש בדברי התוס': "דכל השומרין לא נתחייבו בעל כרחם, אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן דברצונם מקבלין עליהם". וע"ע במש"כ קצוה"ח שמ סוס"ק א בחילוק בין התחייבות לשמור בעבדים וקרקעות, דבעינן קנין להתחייב, לבין מתנה שומר חנם להיות כשואל, דסגי בדברים ולא בעינן קנין, מדברי התוס' בכתובות הנ"ל בתרוץ השני, וז"ל:

"וכיון דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצין להתחייב בכך, ואפ"ה בעבדים ושטרות וקרקעות פטרה התורה אע"ג דדעתן להתחייב שוה בהנך כמו בשאר מטלטלין, א"כ אינו מוסיף באמירה ידיה שאמר שרוצה להתחייב, כיון דידענו שרוצה להתחייב ואפ"ה פטרו התורה ואינו מחויב באמירה יותר אא"כ קנו מידו. אבל בהנך דאית בהו דין שומרין לא חייבה התורה את השומרין ביותר מדעתן, ומשום דשומר חנם אין דעתו אלא לחייב בפשיעה, וכן כולם, אבל היכא דשעבד נפשיה ביותר משומר חנם חייב בדברים בעלמא."

דבעבדים וקרקעות ושטרות התורה פטרה על אף דעתו להתחייב, משא"כ בחיוב שומרים בשאר דברים, כל חיובי התורה הם לפי דעתו, וממילא כשמתנה בדברים בעלמא הרי אין בדעתו להתחייב כחיוב התורה, שלא חייבה התורה אלא לפי דעתו.

וגם לראשונים הנ"ל נראה דכל אפשרות שינוי חיובי התורה הוא דוקא קודם השמירה, שעל דעת כן השתעבד, אבל לאחר שכבר קבל עליו לשמור, לא מהני לפחות או להוסיף אלא בקנין. וכן מבואר להדיא בדברי המרדכי ב"ק (סי' ק), וז"ל:

"מעשה בראובן שהלוה י ליטרין לשמעון לזמן קצוב, ואחר הזמן אומר ראובן לשמעון אותם י ליטרין שאתה חייב לי, יהא לך למחצית שכר, וכברנתעסק שמעון בהם ונאנסו. נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחלה, כי אין המעשה נשתנה בחליפות דברים, וראיה מפרק החובל; האומר קרע כסותי ושבר כדי חייב, ורמינהו עלה לשמור ולא לקרוע. ואמר רבא לא קשיא, הא דאתא לידיה בתורת שמירה וכו'. אלמא היכא דאתא לידיה בתורת שמירה, ואע"ג דהדר ביה ואמר ליה לקרוע, לאו כלום הוא ובתורת שמירה קאי, הכי נמי בתורת מלוה קאי ולא משתנה לעסקא. ועוד דאמר' פרק הפועלים מתנה שומר חנינם להיות פטור משבועה ושואל להיות פטור מלשלם כו' ופריך בגמ', ואמאי, מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, ומסיק לעולם ר"מ הוא, ושאי הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה. משמע הא שיעבד נפשיה לא מצי מתנה."

מבואר במרדכי דלאחר שקיבל השמירה, אינו יכול להתנות ולשנות חיוביו. וכן פסק הרמ"א חו"מ שדמ"א. ועיי"ש בקצוה"ח ס"ק א, דכל זה כשלא אמר להדיא לשון שהוא פטור, אבל אם אמר קרע כסותי והפטר, מהני אף לאחר שבא לידו בתורת שמירה. וא"כ כל היכא שהתנה במפורש שהוא פטור, מהני אף לאחר קבלת השמירה, ולא היה לו לרמ"א לכתוב דבריו על המחבר, דהמחבר מיירי שהתנה להדיא בלשון ברורה שיהיה פטור.

ובנתיבות שם ס"ק א כתב להסביר דברי הרמ"א, ודלא כקצוה"ח, דבשומרים אף אם אומר להדיא לשון פטור, יהיה חייב, דבקרע כסותי והפטר, הפטור של הקורע הוא מדין ערב, וכמו שאם אמר זרוק מנה לים ותפטר מחובך שאתה חייב לי מכבר, ודאי דפטור, ומכל שכן כשאמר קרע כסותי ותפטר מחוב הקריעה, מכל שכן דפטור כיון דאפילו מביתו חייב לשלם כשעשה מעשה על פיו מטעם ערב. משא"כ בשומרין שאינו פוטר אותו רק מחיוב אחריות של גניבה, לא שייך בזה דין ערב, דבערב בעינן שיוציא ממון על פיו, משו"ה נמי לא נפטר בדברים בעלמא בלא קנין. ולכן כתב הרמ"א דבריו ולא חילק, דאפי' בלשון ברורה של פטור חייב בשומרים, כיון שלא הוציא ממון על פיו. ועיין במחנה אפרים שומרים כא (ד"ה והשתא) דלדין דקיי"ל דלא כר"מ, ותנאו קיים בדבר שבממון, מהני התנאי כאילו קנו מידו, ואפי' לאחר שכבר קבל עליו השמירה. ועיי"ש בהמשך דבריו בד"ה איברא, וכן מש"כ שם דבלשון מחילה ודאי מהני אף לר"מ, עיי"ש. ועיין עוד בדברי חיים שומרים כג מש"כ בזה.

ב. מנהג בשומרים

ובשו"ע חו"מ עב,ה פסק כדברי הרשב"א, דמי שנתמשכן על ידי נאמני הקהל על חלקו המגיע מהמס, ונגנב המשכון, אין לקהל ולא לנאמן דין שומר שכו. וברמ"א הוסיף דאם יש מנהג בעיר, הולכין אחריו. והש"ך ס"ק לה הקשה, דמהיכי תיתי ילכו אחר מנהג גרוע כזה, דאין מנהג כזה מבטל הלכה. ולשון הרשב"א וכוונתו, וכן יש לפרש דברי הרמ"א, דאם יש מנהג שהקהל פורעים המס והם גובים מכל יחיד ויחיד, שנמצא היחידים חייבים להקהל, נעשו הקהל שומרי שכו. והגר"א בס"ק לג הקשה על הש"ך: "ואיני מבין שיחתו, הלא פריך בר"פ הפועלים וליחזי היכי נהיגי כו", אף דיליף מקרא. ובירושלמי שם זאת אומרת מנהג מבטל הלכה. וכמה מקומות. ואינו ענין זה למנהג גרוע". ומבואר בגר"א דבעניני חיובי שומרים אזלינן בתר המנהג, דכיון שהמנהג להתחייב כשומר שכו, אף שאינו שומר שכו, אדעתא דהכי נכנס לשמור את משכונות החייבים. וכך נמצא בדברי התומים עב,כא, שגם תמה על דברי הש"ך, וכתב דחיובו ע"פ המנהג, וז"ל:

"ויותר נראה דקאי אנאמן, דבמקום דנאמן הוי שומר שכו. ול"ק איך היה המנהג מבטל הלכה. דכיון דמנהג כך והוא הנאמן קיבל על עצמו להיות נאמן, מאן דנחית אדעתא דמנהגא נחית, והו"ל כהתנה שיהיה שומר שכו לכל משכונות, ומתנה שומר חנם להיות כש"ש, וא"כ שורת הדין לחייבו".

מבואר מדברי התומים, דאף שהנאמן שומר חנם, שאינו מקבל שכו, כיון שכך המנהג, הרי זה כהתנה. ומעיקרא סברתי שזה מנהג בשכירות פועלים ולא בדיני שומרים, ממש"כ התומים: "והוא הנאמן קיבל על עצמו להיות נאמן, מאן דנחית אדעתא דמנהגא נחית", דכיון שקבל על עצמו עבודת פועל להיות נאמן, ובשכירות פועלים אזלינן בתר המנהג, ואם המנהג שהנאמן הפועל בחינם יהיה חייב כשומר שכו, הרי זה על דעת המנהג שומר שכו. אולם מדכתב התומים לדמות למתנה שומר חנם להיות כשומר שכו, הרי שכך הוא דין השומרים שחיובם נקבע לפי המנהג שנהגו. ולדבריו נראה שהסכים הנתיבות עב,כא, והוסיף דגם לא גרע מתקנות הקהל, דכיון שהמנהג כן, הרי זה כיש תקנה בעיר.

ובשו"ע חו"מ שסט,יא הביא מתש' הרשב"א, דהנושא אשה במקום שדיני עובדי כוכבים, ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר דכל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים דאם מתה יורשה בעלה או כדומה לזה. ובסמ"ע שם ס"ק כא כתב בטעם שלא אזלינן בזה בתר המנהג, דבשעה שנשאו זה את זה לא היה שעת הירושא ולא היה בזמן הנישואין איזה גילוי דעת שנשאה אדעתא דמנהגא, והבעל עומד עתה לפנינו ואומר שלא היתה דעתו

בשעה ההיא לישא על דעת שאם תמות שלא יירשנה, דבזה ודאי לא עקרי דין תורה. ובנתיבות שם ס"ק ד כתב להסביר מדוע נצרך הסמ"ע להסבירו, וז"ל:

"ונראה דלא הוצרך לטעם שלו רק להנך דסברי (שו"ע אה"ע צב,ז) דמהני תנאי בירושת הבעל שלא יירשנה, א"כ כשהמנהג הוא כך הוי כאילו התנה ולכך הוצרך לטעם שלו, אבל להפוסקים שהביא הב"ש שם ס"ק יז דלא מהני תנאי, בלא"ה לא קשה כלל."

ומבואר דכל היכא דמהני תנאי, אם נהגו כן, הרי זה כמתנה. וע"ע סמ"ע קעו,לא דבר שתלוי באומדן דעת הבריות, אזלינן בתר המנהג בשותפים, שודאי אדעתא דהכי הסכימו להשתתף. ולפ"ז י"ל דהוא הדין בנדון דידן דכיון שכך המנהג ברור בין שוכרי מכוניות, אדעתא דהכי שכרו את הרכב, בידועם שכך יש לנהוג, והרי זה כהתנה שוכר להתחייב באונסין. ומדברי הש"ך עב,לה הנ"ל י"ל, דדוקא מנהג שאינו ידוע ואינו מפורסם, שיכול הנאמן והקהל לומר שלא ידעו מהמנהג, אבל מנהג ידוע ומפורסם י"ל דגם הש"ך מודה דאזלינן בתריה. וכך מצאתי בתש" פרי החיים (לגר"ח רוזנברג, אב"ד בילגוריאי) תחומ"מ סי' לב בבאור דעת הש"ך, עיי"ש.

והנה הריב"ש סי' שמה (והביא דבריו גם מהריב"ל ח"ב סי' כג) כתב להדיא דאם נהגו ששומר חנם יהיה כשואל, אין המנהג מבטל הלכה אא"כ התנו, דלא בכל ענין אזלינן בתר מנהג סתם של בני העיר, אם לא התנו, וז"ל:

"ואפשר שיש דברים שאין סתם מנהג מבטל הלכה אלא הלכה רופפת, אבל הלכה ברורה, אין מנהג סתם מבטלה אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר, כמו שנטה הרמב"ן ז"ל לסברא זו. כמו שכתוב בפ' מי שמת, שאם נהגו, על דרך משל, שמלוה את חבירו בעדים לא יהיה נאמן לומר פרעתי, או ששומר חנם יהיה חייב כשואל, אין מנהגם כלום לבטל ההלכה, אלא א"כ התנו עליו. אבל בענייני הקניות, וכן בשכירות הפועלים, ודומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חוזרין בהם, וכן הפועלין בשכירותם, הולכין אחר מנהגם אפילו בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין או משיכה. וכן בענייני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, אפי' לא התנו עליו בני העיר."

דאם ההלכה מפורשת, אין סתם מנהג מבטלה אא"כ התנו בני העיר, משא"כ אם ההלכה היא היא שהולכים אחר המנהג, כמו בשכירות פועלים או בקנין שנהגו הסוחרים, שההלכה היא לפי המנהג, אין צריך מנהג שהתנו עליו בני העיר, אלא כל שנהגו, זהו מנהג מדינה המחייב. ולכן כיון דקיי"ל להלכה שהמלוה את חבירו בעדים,

יכול הלזה לטעון פרעתי, אין מנהג שנהגו בני העיר שאינו נאמן לומר פרעתי, אף שאם כך נהגו היה לו ללזה לחשוש ולפרוע בעדים או בשובר, מ"מ אין מנהג כזה מבטל הלכה מפורשת שיכול לטעון פרעתי, ורק אם יתנו בני העיר שעל הלזה לפרוע גם במלוה ע"פ בעדים או בשובר, לא יוכל לטעון פרעתי. והוא הדין לענין חיוב השומרים, שאם ינהגו ששומר חינם חייב באונסין, לא יהיה ניתן לחייבו ולבטל הלכה מפורשת, אא"כ יתנו בני העיר כן. והיינו שצריך תוקף של התנאת בני העיר לבטל את ההלכה באופן הפרעון ובחיוב השומרים.

אמנם לכאורה צ"ע אם מנהג בני העיר לא היה מכח תקנה של בני העיר, אלא נהגו בני העיר באמצעות התנאה, שכולם היו מתנים בשעת קבלת שמירה של שומר חינם שיתחייב כשואל, או שכל המלוים בע"פ היו מתנים להדיא שלא יהיה נאמן לומר פרעתי, האם מנהג שנהגו ואינו מנהג סתם, מבטל את ההלכה הברורה לענין טענת פרעתי של לזה או חיובי השומרים. האם דינו כהתנו עליו בני העיר. דלכאורה יש להבין מדוע דוקא התנו בני העיר מהני. אם נאמר דבעינן תוקף למנהג שמבטל דין, שיהיה בתוקף שהתנו בני העיר. או שיש דינים שבהם נאמרה ההלכה שהכל כמנהג המדינה, ויש הלכה שבה נאמר דין, ויכול להתנות. והדרך לשנות את הדין הוא ע"י שיתנו הצדדים. וכאשר נוצר מנהג באופן שכ"א נהג ששומר חינם חייב באונסין, הרי מעיקרא לא היה חייב באונסין, כיון שלא התנו השומר והבעלים, ממילא אין למנהג כזה תוקף, אבל כאשר המנהג נוצר באמצעות התנאה, שכולם היו מתנים שיהיה שומר חינם חייב באונסין, בזה אלינן בתר המנהג כהתנו עליו בני העיר, ולא צריך שדוקא ז טובי העיר או חכמיה יתנו על כך, אלא סגי במה שנהגו כך להתנות.

ואם נאמר כדרך השניה, שאם נהגו בני העיר להתנות שיהיה שומר חינם חייב באונסין, הוי מנהג המבטל את דיני השומרים, אתי שפיר לכאורה שלא יוקשה מדברי הריב"ש ומהריב"ל על האחרונים הנ"ל דאזלינן במנהג בשומרים. דאף דלדרך הראשונה י"ל דבשמירת הנאמן במשכון מיירי במנהג שנהגו מכח התנאת בני העיר, זה לכאורה רחוק יותר מהכתובים מאשר לומר דמיירי במנהג שנוצר מהתנאה מפורשת של בני העיר עם הנאמנים. ונפק"מ בזה לנדו"ד, שמה שנהגו לחייב את השוכר באונסין נובע מכח התנאה שהתנו שוכרי הרכב, אם לריב"ש מהני תנאי כזה לשנות דיני השומרים, וצ"ע.

ועל הצד שיש מחלוקת אם מהני תנאי בחיובי שמירה, אפשר דלכאורה מחלוקתם היא אם דין מתנה שומר חינם להיות כשואל, אם מחיל עליו דיני שומרים, שהוא שומר חינם שנוסף דינו והשתנה דינו בדיני השומרים, שהוא שומר חינם שחייב בדיני השומרים כשואל, או נאמר שבדיני השומרים נשאר דינו כשומר חינם, רק שהוא

הוסיף התחייבות על התחייבות השומרים. ונפק"מ, אם נאמר ששינה דינו ששומר חינוס חייב כשואל, הרי זה שינוי בדיני השומרים, וע"ז סובר בריב"ש שאין מנהג מבטל דיני השומרים אא"כ התנו בני העיר. אבל אם נאמר שלא השתנה דינו בדיני השומרים אלא רק הוסיף התחייבות על התחייבותו, בזה אינו מבטל את דיני השומרים.

אולם בפשטות נראה שא"א לומר שיש כאן תוספת התחייבות, דאם זה תוספת התחייבות איך מהני ללא קנין, וגם לכאורה איך מהני מכח מה שנהגו, דכל הטעם שמועיל להתנות שומר חינוס להתחייב כשואל ללא קנין, בעוד ששמירה בקרקעות, כדי להתחייב בעי קנין, כתבו הראשונים דכיון שנכלל הוא בדיני השומרים לא בעי קנין, דהוי ככל תנאי שבממון בשמירה, משא"כ בהקדשות וקרקעות שהוא מתחייב מחדש, עיין ברמב"ם שכירות ב,ט, ובתוס' ב"מ נח,א ד"ה אמר, ובנימוק"י ב"מ (לב,ב מעמוה"ר). גם נפק"מ שאם הוי התחייבות נפרדת שאינה בהלכות שומרים, א"כ יתחייב המתנה משעת התחייבות ולא משעת אונסין, ובסמ"ע רצא,נא מבואר מהרבינו ירוחם שאינו חייב משעת התחייבות אלא משעת אונסין, עיי"ש. ולפ"ז נראה דההתנאה הינה הרחבת החיוב של שומר ולא התחייבות נפרדת. ועיין בזה מש"כ הגר"ש רוזובסקי בשעורים על ב"מ צד,א.

והנה אף שבנדו"ד הוא לכאורה מנהג ברור, שהרי רובא דרובא וכמעט כל שוכרי המכונות, שוכרים באמצעות חברות ההשכרה ומתחייבים להחזיר הרכב בשלמותו, מ"מ לדעת הריב"ש ומהריב"ל נראה דלא מהני המנהג אא"כ התנו עליו בני העיר, מה שאינו בנדו"ד, ולדעת הגר"א והתומים מהני המנהג. ולכאורה בזה אין להוציא מיד המוחזק.

ג. בין גניבה ואבידה לאונסין

עוד יש לברר אם נדו"ד דמי כלל לגניבה ואבידה או לאונסין. דיני השומרים מבוארים במשנה ב"מ צג,א וצג,ב. ושם בגמ' מבואר לדעת רבה דאם שמר כדרך ששומרים, פטור גם בגניבה, אא"כ בשומרי העיר או במתחייבים לשמור שמירה יתירה. ולחולקים, והכי קיי"ל, שצריך שומר שכר לשמור שמירה יתירה. וכן שומר שכר חייב לקדם ברועים ומקלות, ולשכור בשכר, ושומר חינוס אינו חייב אלא לקדם ברועים ומקלות בחינם. ובמשנה שם צג,ב הביאה דוגמאות לאונס: זאב אחד אינו אונס, שני זאבים אונס. רבי יהודה אומר, בשעת משלחת זאבים, אף זאב אחד אינו אונס. שני כלבים אינו אונס. ידוע הבבלי אומר משום רבי מאיר, מרוח אחת אינו אונס, משתי רוחות אונס. הלסטים הרי זה אונס. הארי הדוב והנמר והברדלס והנחש הרי אלו אונס וכו'.

ובגמ' ב"ק נז,א, לענין טוען טענת גנב על אבידה שמצא, שמשלם כפל, דאם דינו כשומר שכר, הרי בטענת גנב חייב, ולמה משלם כפל ולא קרן. ותירצה הגמ' דמיירי בטוען טענת ליסטים מזוין, וכיון דמיטמר מאינשי גנב הוא. והתוס' שם ד"ה כגון הקשו, מדוע נדחקה הגמ' להעמיד בטענת ליסטים מזוין, שתעמיד באופן שטענו טענת גניבה באונס, שנגנבה ממנו באונס גדול, כגון ששומר כספים בחפירה בקרקע שאי אפשר לגנבם אלא במחילות תחת הקרקע דהוי אונס כליסטים מזויין, או אם בא עליו חולי של טירוף הדעת, או שינה נפלה עליו באונס, או אונס אחר שאינו יכול לשמור. דבכל אלו כיון שנגנבה מחמת אונס, היה לו להפטר, ואם נמצא שלא גנב, משלם כפל. ותירצו התוס', וז"ל:

"ונראה לר", דכיון שחייב הכתוב שומר שכר בגניבה, וסתם גניבה קרובה לאונס, כדאמרין בהשואל (צה,א), סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה, יתחייב מגזרת הכתוב אפילו באונס גמור. ואע"ג דבלסטים מזויין דהיינו שבויה דקרא פטר בו הכתוב, אע"פ שאין אונסו גדול יותר."

מבואר מדברי התוס' דבגניבה אף שהיא אונס, גזירת הכתוב שחייב בכל אופן המוגדר כגניבה, וכל ליסטים מזוין פטור. שאין גניבה נמדדת במודדים של אונס או לא, אלא בהגדרת שם גניבה. אם העדר החפץ הנשמר הוא מחמת פעולה המוגדרת כגניבה, אף שהיתה באונס, חייב השומר בשכר לשלם לבעלים. ובב"מ מב,א (ד"ה אמר) הסתפקו התוס' אם שומר שכר חייב על כספים שהיו טמונים בקרקע ונגנבו. ואת הראיה מב"ק נז,א הנ"ל, דחו התוס', דדברי הגמ' נאמרו בדרך דחיה. והביא ראיה מהגמ' ב"מ צה,א דאין היכי תימצוי ששומר שכר יפטר בגניבה. והקשו התוס'; "אך תמהון גדול הוא, למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק אמות, דמאי הו"ל תו למיעבד, או אם תקפתו שינה או חולי גדול, ואיך יתכן ששום גניבה לא נמצא שתהא אונס גמור כליסטיין מזויין ... ומ"מ אין סברא כלל שלא נמצא גניבת אונס שיפטר בה שומר שכר". ואין לומר דחייבה התורה מגזה"כ שומר שכר בכל אונס, עיי"ש. ודחו הראיה מב"מ צה,א, ונראה דמסקנת התוס' דשומר שכר פטור מגניבת אונס.

ולפ"ז יוצא דנחלקו התוס' בב"ק והתוס' בב"מ אם שומר שכר חייב בגניבה באונסיין. דעת התוס' בב"ק דשומר שכר חייב בגניבה גם אם היא באונס גמור, דכך גזרה התורה, ודעת התוס' בב"מ דאינו חייב בגניבה באונס, דמה הו"ל למיעבד. ומדברי הרא"ש ב"מ ג,כא מבואר כדברי התוס' בהכונס, דשומר שכר חייב בגניבה, אפי' היתה הגניבה באונס גמור, וז"ל:

"כיון דשם גניבה היא מחייב עליה שומר שכר. והיינו טעמא דכל גניבה קרובה לאונס הוא, כדאמר לקמן בפ' השואל (צד,ב), אפי' הכי חייבה תורה

שומר שכר בגניבה, הלכך אין חילוק בין אונס קטן לאונס גדול, דכל הנקרא גניבה חייב בשומר שכר ... דשמירה האמורה בשומר חנם, כיון ששומר כל צרכו פטור, ושמירה האמורה בשומר שכר, אפילו הקיפהו בחומה של ברזל, אין רואין אותו אם היה שם אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור, אלא אומרים אילו היה שם היה יכול להציל. ואמר לקמן בפ' הפועלים (צג,ב) ואלו הן אונסין ששומר שכר פטור, כגון ותפול שבא ותקחם, אלמא ליכא מידי דשומר שכר פטור אלא אונס דלסטים מזוין. וכן כתב רב אחאי בשאלתות בפרשת ויצא יעקב, ואי באגרא אשלימו ליה, אע"ג דאוקמה בדוכתא דנטירותא ונגנבה, מחייב לשלומי, דבעי למיתב בהדה ולנטורה ביממא ובליליא, שנא' הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה. ואי יתיב בהדיה ואני לסטין מזוין ולא מצי קאי באפיה - פטור."

ונראה דמש"כ הרא"ש דליכא מידי דשומר שכר פטור אלא אונס דלסטים מזוין, אין הכונה שאין אונס אחר פטור ולא מצאנו בשומר שכר אונס שיפטר אלא ליסטים מזוין, אלא דוקא באופן של גניבה, לא מצאנו אונס שיפטר אלא ליסטים מזוין, אבל בגוונא אחריני שאינם גניבה, ודאי יפטר שומר שכר.

והרמב"ן בחידושו ל"ב"מ מב,א הביא את מחלוקת הראשונים הנ"ל, די"א דבקרע יש להם שמירה אפי' בשומר שכר. והנפק"מ בין חיוב שמירה בשומר חנם לשומר שכר, נעל בפני הבהמה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה, אך אינה יכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה, דשומר חנם פטור, ושומר שכר חייב, אא"כ נעל בדלת שיכולה לעמוד בפני כל רוח, ואם נעל בדלת כזו העומדת בפני כל רוח ובאו ליסטים ופרצוה, אף שומר שכר פטור. ויש סוברים דשומר שכר יש עליו חיוב לישב ולשמור, ואם הניח הכספים במקום שמור כקרע, לא נפטר. ודעת הרמב"ן דשומר שכר אינו פטור אלא בליסטים מזוין, אבל בכל גניבה, אף אם שמר בקרע שמירה מעולה, חייב לשלם, ואינו פטור אלא ביושב ומשמר וליסטים מזוין. והביא גם ראייה מהירושלמי ששומר שכר חייב; "אפי' הקיפהו חומה של ברזל, אין רואין אותו כאלו הוא שומר אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור, ואין אומרים אלו היה שם היה יכול להציל". וכן הביא מב"מ צג,ב, דאלו הן אונסין ששומר שכר פטור, כגון שהוא אומר ותפול שבא ותקחם. מבואר דאינו פטור אלא באונס כליסטים מזוין. וכן הביא מרב אחא משבחא גאון, בשאלתא דויצא יעקב, ומתש' לרב צמח גאון, עיי"ש. וכן נראה דעת הרשב"א בסוגיא ב"מ מב,א. וכן נראה מדעת הריטב"א ב"מ מב,א שהסכים לרמב"ן; "ומיהו מקצת רבותינו בעלי התוס' חלוקין בדין זה וכדכתיבנא בב"ק, והאמת מורה דרכו". וכדעת הרמב"ן כתב הנימוק"י במ"מ כד,א מעמוה"ר. וכן דעת הר"ן, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ מב,א. וכן דעת הרב המגיד שאלה ופקדון ד,ד.

ובשטמ"ק ב"מ מב, א הביא מהר"ש די וידאש שכתב להקשות על שיטות הראשונים הנ"ל המחייבים את השומר שכר לשמור כל העת, דאין זה מן הסברא שכל שומר שכר יהא חייב עד שיהא יושב ומשמר. ולפי זה לא תמצא לעולם מי שישמור דבר לחברו, שיצטרך להיות קשור אליו כל היום. וכתב בבאור ראיות הראשונים מהירושלמי, דרק בבעלי חיים שצריכין שמירה תדיר, חייב לשבת ולשמור, ולא בשאר חפצים ומטלטלין;

"והוא ביאור הפרשה עצמה של שומר שכר שנאמרה בבעלי חיים, כי הראשונה בכסף או כלים נאמרה בשומר חנם, והשניה בבעלי חיים בשומר שכר, והיינו ההיא דהפועלים שהזכיר יעקב בשמירת צאן לבן, אבל מטלטלים אינם נשמרים במקום שיוכל להגיע לשומר חורב ביום וקרח בלילה".

עוד הקשה הר"ש, דמאיזה סברא יהיה המלוה על המשכון, שהוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ומשום דבר מועט כזה יתחייב להיות יושב ומשמר את המשכון, ואם כן נעלת דלת בפני לוי, שלא יהיה אדם מלוה לחבירו, שהרי לא יוכל לקחת משכון, שהמשכון יחייב אותו להיות שומר כל העת. וכן נראה מדברי המרדכי (ב"ק רפ), וז"ל:

"אבל ר"י פסק דגניבת כספים מן הקרקע גניבה היא ולא אונס, ושומר שכר חייב. ותימה גדולה היא, דמה הו"ל למיעבד. וכי תימא היה לו לשמור שם לעולם שלא יבאו הגנבים, א"כ וכי לא יישן לעולם ולא ילך חוץ לאותו מקום. וכי תימא יעמיד שם הנפקד שומר לעולם כשירצה לישן, א"כ למ"ד שומר שמסר לשומר לעולם חייב, מאי איכא למימר, לא ירויח כלום. מיהו בהא י"ל כיון שאינו יוכל לתקן רק בענין זה שיעמיד שם שומר אחר, לא יתחייב בכך אפילו למ"ד שומר שמסר לשומר חייב."

מבואר מהמרדכי דאין זה מן הסברא שיהיה חייב השומר שכר לשמור כל העת, ובאם לא שמר, חייב, ואף שדחה הקושיא משומר שמסר לשומר, מבואר דעתו דגניבה כששמר כראוי הוי אונס. וכן נראה מדברי הגמ"ר (ב"ק רז), דכל גניבה באונס יפטר שומר שכר. גם בהגהות מיימוניות ריש הל' שכירות אות ג מבואר דבגניבה באונס פטור, עיי"ש, הובאו דבריהם בש"ג (ב"ק נג, ב בעמודה"ר אות ב).

והנה הרמב"ם בריש הל' שכירות א, ב כתב; "... נושא שכר והשוכר משלמין את האבידה ואת הגניבה. ונשבעין על האונסין הגדולים כגון שבורה ושבויה ומתה וטריפה, או שאבד הדבר בספינה שטבעה בים, או נלקח בלסטים מזויין וכל כיוצא באלו משאר אונסין הגדולים". ובגינת ורדים (תחומ"מ א, א) דייק מדברי רמב"ם אלו,

דמדכתב הרמב"ם ונשבעין על האונסים הגדולים כגון שבויה, ולא קאמר בקיצור ונשבעין על השבויה, אלא הוסיף על הלשון ונשבעין על האונסין הגדולים כגון כו', וגם חזר וכפל בסוף הלשון וכן כל כיוצא באלו משאר אונסים גדולים, כל זה מורה בהדיא דהרמב"ם בא לרבות גניבה כשהיא באונס גדול, פטור עליה שומר שכר כמו שבויה, שהוא בכלל אונסין גדולים. והביא הגינת ורדים את דעת החולקים המחייבים שומר שכר בגניבה באונס, והסיק להלכה דאין לחייב השומר, דכיון שהוא פלוגתא דרבוותא, לא מפקינן ממון. (ועיין במהרש"ם ח"ב סי' ק שהביאו להלכה, אך כתב דכל זה באונס גמור, אבל במקום דשכיחי גנבים, היה לו לשמרו טפי, ואינו אונס גמור. גם מהר"ם שיק בתש' חחו"מ סי' מח ד"ה אלא כתב, דכיון דדעת הש"ך כיש"ש, אי אפשר להוציא ממון). עוד טעם כתב, דיש לחייב באונס גדול לדעת המחייבים, דוקא כשלוקח שכר בהדיא על השמירה, אבל כשלוקח רק שכר טירחא, כמו בשותפים ועיסקא, אין לחייבו באונס גדול. ולפ"ז לכאורה גם בנדו"ד אין לחייב שוכר בגניבה או אבידה באונס, כיון שמה שחשיב שכרו מה שמשתמש בחפץ, אינו שכר להדיא על השמירה, דלכאורה אין לחלק בין שוכר למקבל עיסקא. ועיין שו"מ תליתאה ח"א קלב.

[אמנם מה שהקשה הר"ש ממלוה על משכון, שהוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ואם כן נעלת דלת בפני לוין וכנ"ל, עיין בקצוה"ח עב,ה דלדעת הרמ"א דפוסק כרבה ולא הוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, אלא בכדי מעותיו הו"ל כאילו פירש שאם יאבד או יגנב יפסיד מעותיו, כיון דבאונס לא מפסיד ומשום דאין דעתו על אונס, א"כ הקיפוהו מחיצה של ברזל ונגנבה אינו מפסיד חובו, דכיון דאין דעתו על האונס א"כ מה לי אונס אחר או אונס גניבה, דבשלמא שומר שכר דחייביה קרא הוי גזירת הכתוב, אבל זה שתלוי בדעתו ובתנאי, אינו מפסיד על ידי אונס, וכן עייל בעידנא דעיילי אינשי ובא זאב או נגנבה, נוטל כל חובו ואינו מפסיד כלום. דשונה דין שומר שכר על משכון שהוא מטעם שכאילו פירש המלוה, לשומר שכר, שחיובו מגזירת הכתוב.]

ובבאור מחלוקת הראשונים הנ"ל אם חייב שומר שכר בגניבה באונס, ראיתי לגר"א וסרמן בקובץ שעורים פסחים יז, שכתב לחקור אם חיוב שומר שכר בגניבה ואבידה הוא מפני שלא שמר כראוי, כמו חיוב של שומר חינוס בפשיעה, או שהוא מטעם חיוב אחריות כמו שואל, והיינו שכך קיבל עליו אחריות, שאם יגנב או יאבד, ישלם לבעלים. דבשומר יש שני ענינים, החיוב לשמור, וההתחייבות לשלם ולהחזיר החפץ, עיין קצוה"ח עד,א. וכתב הקובץ שעורים דמדברי הרמב"ם מוכח דהוי מטעם אחריות, ומשום הכי פטור בקרקעות; "וכן מוכרח לדעת הסוברין דחייב על גניבה

באונס גמור". וע"ע במשך חכמה שמות כב, ט וכב, יא מש"כ בחיוב שומר שכר בגניבה באונס.

והסתפק הרמב"ן, מה יהיה דינו של שומר שכר שארע לו אונס, דהיינו על גופו של שומר ולא על גוף החפץ, כגון שישב ושמר כפי שחייב מכח שמירתו, אלא שחלה או ארע לו אונס אחר בגופו, דאם תחייבו, נמצא שומר שכר חייב באונסין; "אלא ודאי מודינא באונסין כגון אלו שהוא פטור, למה זה דומה שבאו עליו ליסטים ונשבה ואחר כך בא גנב וגנבה, שבודאי פטור, שהוא בכלל אונסין מאחר שהוא אינו יכול לשמור ולהציל". והקשה הרמב"ן מב"ק נז, א, דלא משכחת לה פטור של שומר שכר בטוען טענת גנב אלא בליסטים מזוין, ולכאורה משכחת לה בטוען טענת גנב שהיה אונס בגופו של שומר שלא יכל לשמור. ותיירץ הרמב"ן דאפשר שאם טען טענות שהיה אונס בעצמו ונמצא שהוא גנבו, אינו משלם תשלומי כפל;

"דכיון שהוא טוען נאנסתי בגופי ולא יכולתי לשמור, כטוען לא נעשיתי לך שומר לאותה שעה שנגנבה, שאינו משלם תשלומי כפל, שלא מצינו תשלומי כפל אלא בשומר שהוא חייב לשמור וטען שמרתי כראוי לי, אבל זה מכיון שנאנס, נפטר מן השמירה לגמרי, וזה צ"ע. ומ"מ למדנו ששומר שכר חייב בגנבה ואבדה עד שיהא יושב ומשמר. הילכך לא משכחת ביה גנבה לעולם שהוא פטור אלא בליסטים מזוין שהוא גנב, למ"ד הכי או בכיוצא בו שאינו יכול להציל".

מדברי הרמב"ן מבואר שגנב חייב בכל גניבה חוץ מליסטים מזוין, ומה שפטור מגניבה כאשר היה אונס בגופו, מפני שכשהוא אונס עצמו, אין לו דין שומר ואין עליו חיובי שומר, אבל לא מדין פטור גניבה אלא מפני שאין עליו דין שומר שהוא גופו אונס. וכן היא דעת הנימוק"י ב"מ (כד, א מעמוה"ר). ועיין קצוה"ח שמא, ד שכתב דמיתת השומר הוי אונס הגוף, ואם אביהם קבל בהמה לשמור ומת, ונאבדה או נגנבה ביד היורשים, אף שאביהם היה חייב בגניבה ואבדה, מ"מ הוי אונס בגופו ופטורים, עיי"ש.

והרשב"א ב"מ מב, א הקשה על הרמב"ן (וכן הקשה הר"ן, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ מב, א), דא"כ גנא (שכב לישן) בעדנא דגנו אינשי, ליפטר, דשינה אנסתו, ואין לך אונס גדול מזה, שהרי הנודר שלא לישן ג' ימים לוקה וישן מיד (נדרים טו, א), וא"כ משכחת לה בטוען שנאנס באונס שינה. ובגמ' ב"מ צג, ב מבואר דרק לרבה פטור, אבל לחולקים, והכי קי"ל, חייב גם בגנא בעידנא דגנו אינשי;

"ושמא כל שלא בא האונס בפקדון ממש כגון שמתה הבהמה או שנטלה לסטים מזוין, ואע"פ שאירע אונס לשומר שלא מחמת האבדה ממש חייב, שהרי

לא נאנס הפקדון אלא הוא ואונסין דשומר שכר כאונסין המפורשין בשואל, דכתיב ומת או נשבר או נשבה. כלומר שמת הפקדון או שנשבר או שנשבה, הא נשברה רגלו של שומר ואינו יכול לשמור, או שנשבה – חייב, וצ"ע. אח"כ מצאתי בתוספות שמגמגמין בה מחמת קושיא זו בעצמה שהקשיתי בישן. מהרשב"א מבואר דבאונס בגופו בכל ענין חייב, דאין בשומר את הפטור של אונס בגופו, דשומר שכר חייב לשמור ולהחזיר החפץ לבעלים, ועל כך התחייב וחייב, ורק אם ארע אונס בפקדון כמו נשבר או נשבה הפקדון, בזה הוא שפטרה התורה, אבל בלאו הכי חייב בכל. ועיין במבי"ט ח"א סו"ס שמא דנראה שלא הכריע במחלוקת זו. ועיין בחדושי הגרע"א לב"ק נז,א בקושית מהר"מ שיף מדוע לרבה פטור בעידנא דעייל אינשי, עיי"ש בבאור דעת הרשב"א.

ובשו"ע חו"מ שגב, פסק די"א "אפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה, שאי אפשר לגנבם משם אם לא ע"י מחילות, או גם בעידנא דניימי אינשי ונגנבו, או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה, חייב. ואפילו הקיפו חומה של ברזל. ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל, חייב בגניבה ואבידה, אלא אם כן היה שם ולא היה יכול להציל", ורק באונס דליסטים מזוין פטור, כמש"כ שם בס"ג. וכן כתב גם בתשובותיו אבקת רוכל סי' קלט.

וביש"ש ב"ק ו,יא דחה את ראית התוס' מהא דלא מצאנו שומר שכר שפטור אלא בליסטים מזוין, ולא שייך גביה טוען טענת גנב, דפשיטא דמי שסובר שליסטים מזוין גזלן הוא, ק"ו נגנבה באונס גדול, והוי כטענת אונס. דמאחר שטען נגנבה באונס גדול, אינו דומה כלל לטוען טענת גנב, אלא לטוען סתם נאנסה וגרוע יותר מליסטים מזוין דאינו כ"כ אונס גדול. וס"ל ליש"ש דאף השאלתות והירושלמי לא איירי באונס גדול, אלא בשמירה סתמא כדרכה. והיינו משום דבעי נטירותא יתירתה. ואף התוס' ב"מ מב,א כתבו דשומר שכר פטור בגניבה ואבידה באונס. ועוד, דלישנא דסתמא דתלמודא בב"ק קיח,ב נגנבה באונס והוכר הגנב כו', דמשמע להדיא דפטור שומר שכר בגניבת אונס, ואף שהתוספות (שם ד"ה נגנבה) פירשו דאיירי בליסטים מזוין, מ"מ לישנא דנגנבה באונס משמע כפשוטו. וע"כ הסיק היש"ש; "הילכך שומר שכר חייב בגניבה ואבידה, עד דנטיר נטירה יתירה. כדאיתא בפרק הפועלים (ב"מ צג,ב) דאי עייל בעידנא דעיילי אינשי. וכן ניים, ונגנבה ונאבדה חייב. וכן כל כה"ג, כדאיתא התם. והיכא דהוי אונס, שלא היה יכול לשמור, מאיזה סיבה שבעולם שנאנס, פטור, כן נ"ל הלכה למעשה". וכדעת היש"ש פסק הש"ך חו"מ שגד, דהעיקר כפוסקים דגניבה באונס פטור, וכמש"כ ביש"ש. ומה שציין הש"ך לתש' המבי"ט ח"א סו"ס שמא, ותש' מהרשד"ם חחו"מ סי' תנט (עיי"ש בדברי השואל), לכאורה בדבריהם שם משמע דלא כיש"ש אלא שחייב בגניבה בכל ענין ורק בליסטים מזוין פטור.

ובקצוה"ח שג,א כתב לחדש דכל מה שכתבו הראשונים שחייב בגניבה אפי' באונס גדול, היינו דוקא בגניבה, דכיון שחייבה התורה בגניבה שהיא קרובה לאונס, ממילא חייבה בגניבה אפי' הוא אנוס, אבל באבידה שחייבה התורה היא קרובה לפשיעה, לא חייבה באונס, וז"ל:

"ונראה דהיינו דוקא בגניבה הוא דחייב אפילו אם היתה ע"י אונס גדול או שבא עליו חולי ואונס אחר שאינו יכול לשמור, ומשום דכל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייבו רחמנא, וליסטים מזויין למאן דאמר גנב הוא נמי ראוי לחייבו, כיון דכל גניבה חייב אפילו באונס, אלא דגלי קרא לפטור שבויה וכמ"ש תוס'. אבל אבידה ע"י אונס, כגון שבא עליו חולי או אונס אחר שאינו יכול לשמור, הרי הוא פטור, כיון דאבידה קרובה לפשיעה לא חייבו הכתוב ע"י אונס. ולפ"ז אפילו לרבה דס"ל פרק הפועלים צג,א-ב בעל בעידנא דעיילי אינשי ונם בעידנא דניימי אינשי ובא זאב וטרף דפטור, היינו דוקא משום דבא זאב וטרף, אבל על בעידנא דעיילי אינשי או נם כד ניימי אינשי ונגנב, גם לרבה חייב, כיון דאפילו גניבה שע"י אונס חייבתו התורה כיון דכל גניבה קרובה לאונס. וכן להנך אמוראי שם דפליגי אדרבה ומטעמא דאמרו שם דלהכי יהבי לך אגר כי היכי דלינטר נטירותא יתירתא, היינו בבא זאב וטרף הוא דהוצרכו להך טעמא, אבל בנגנב אפילו נטריה נטירותא יתירתא חייב, וכגון שהקיפו חומה של ברזל ונגנב, אבל בא זאב וטרף כד נטריה נטירותא יתירתא ובא עליו אונס שינה פטור, זה הנראה לענ"ד בשיטת תוס'."

מבואר מקצוה"ח דבכל היכי תימצי שאינה גניבה, אם היה באונס, לא חייבה התורה שומר שכו. וס"ל דהן לרבה והן לאמוראי דפליגי עליה, בגניבה אם היה אנוס, חייב, ומה שחולק רבה הוא דוקא באופן של בא זאב וטרף שאינו גניבה. (ועיין מש"כ קצוה"ח עב,ה, ועיין בנתיבות שג,ב מה שכתב על דברי קצוה"ח, ובבית אהרן לגר"א וולקין, ב"מ צג,א מש"כ בישוב קושית הנתיבות. וע"ע בדברי משפט בדברי משפט שג,ב שכתב דלא קצוה"ח.)

אמנם מדברי מהרי"ק בתש' סי' קד נראה דאין חילוק בין גניבה לאבידה. מהרי"ק נשאל בשותפה שנשאה עימה כיס של מעות לפרוע לאחר, ובדרך נקרעה הרצועה של הכיס ונאבד הכיס. וטענה דלא הו"ל לאסוקי אדעתא שתקרע הרצועה, ושמרה כדרך השומרים. וע"ז השיב מהרי"ק; "דאין לומר מאי הוה לה לרבקה למיעבד הלא שמרה כדרך השומרים, דפשיטא הוא דשומר שכו חייב בכל אבידה ואפי' שמר כדרך השומרים, ואפי' בדבר שהוא קרוב לאונס מתחייב ולא מפטר אלא באונס גמור."

והשואל ומשיב (קמא, ח"ב קסז) כתב להקשות על קצוה"ח בחילוקו בין גניבה לאבידה, הקשה דמהרא"ש ב"ק ו,ה, מהשאלות והירושלמי שהביא שם, משמע שאין

לחלק בין גניבה לאבידה. וכן הקשה, דהרי קיי"ל דגניבה קרובה לאונס ואבדה קרובה לפשיעה, והרי אבדה דקרובה לפשיעה הוא פטור כד נם כדניימי אינשי, ובגניבה הקרובה לאונס יתחייב בדנים כדניימי אינשי. וכתב דכל הדברים הם אליכא דרבה, ולא קיי"ל כוותיה, עיי"ש. אולם במהדורא תליתאה ח"א סי' תלב הביא ראיה לדברי קצוה"ח, עיי"ש.

ומצאתי גם לנצי"ב בהעמק שאלה כג, דכתב להקשות על קצוה"ח, וכתב דאין לחלק בין גניבה לאבידה, אולם בהמשך דבריו (מכתי"ק) כתב לחלק בין גניבה ואבידה לשאר אונסין, דסברת התוס' דגוה"כ דחייב בגניבה באונסין, אבל בשאר אונסין, דאפי' לא יתיב בהדא פטור. והביא שכן משמע ברש"י ותוס' ב"ק מהא (ועיין במש"כ הנצי"ב במרומי השדה ב"ק מהא). ומ"מ לשיטת הרי"ף הכל תלוי אם היה שם השומר, לא היה קורה האונס, ואם היה קורה אפי' היה שם, שומר שכו פטור. ולפי' לנצי"ב בנדו"ד הוי אונס שאינו גניבה או אבידה ויש לפטרו. אך לשיטת הרי"ף צ"ע, שהרי אם היה שם, יתכן והיה רואה מי פגע ברכב, ויכל לקבל פרטים וכו'.

ולפי חלוקן של קצוה"ח, י"ל בנדו"ד שאינו בבחינת גניבה, כיון שהיה באונס, שהרי יכול להחנות רכב בחניון, ומה שבא אחר ופגע ברכב, כשהרכב חנה באופן ראוי ומותר, יש לפטור את השוכר מדין אונס שאינו גניבה (ולנצי"ב הוא הדין, שאינו גם אבידה), ויש רק לחייבו אם נאמר שכך הוא המנהג וכנ"ל. ולכן לא מביעא לתוס' ב"מ מבא ודעימיה דיש לפטרו, אלא אף לתוס' ב"ק נזא ודעימיה, יש לפטרו.

ד. "גיהוץ" האשראי, אם המשכיר נחשב כמוחזק

והנה בנדו"ד יש להסתפק לכאורה בתרתי, גם אם יחשב הדבר כאונס, יש מקום לומר וכמש"כ לעיל, דכיון שנהוג אצל כמעט כל שוכרי הרכב להתחייב בכה"ג, שחייב להחזיר המכונית ללא פגע למשכיר, או שאוקמי אדינא ופטור כדין שומר שכו הפטור באונסין. וגם יש להסתפק היכי קיי"ל במחלוקת הראשונים אם חייב באבידה באונס. מכל זה נראה שאין להוציא מהמוחזק. אלא השאלה הנשאלת, מי נחשב מוחזק בנדו"ד, דאף שהשוכר מוחזק במעות, המשכיר מחזיק בטופס כרטיס האשראי של השוכר ע"ס 3500 ש"ח, שנועד להבטיח גביה במקרה שיצטרך לכך. והשאלה מי נחשב מוחזק בנדו"ד.

והנה משתי סיבות נראה שאין לדון את המוחזק בטופס האשראי "המגוהץ" כמוחזק בממון. עיין מש"כ בח"א סי' יא, יב-יד בהגדרת כסף, שהוא דוקא במעות היוצאות, ע"פ מש"כ החתם סופר בתש'. ומצאנו מחלוקת ראשונים לענין מוחזק בשטר, אם המוחזק בשטר טוען טענת מיגו, אם הוי מיגו להוציא. ודעת הרמב"ן בתש'.

(מיוחסות סי' ק), ובעליות דרבינו יונה (ב"ב לב,ב) דחשיב כמוחזק לגוף הממון, מ"מ היינו דוקא לענין טענת מיגו, וכמש"כ הנודע ביהודה (מהדור"ק חחו"מ סי' ה), וז"ל:

"ואומר אני, שהן אמת שהלוה לא נקרא מוחזק ואין המלוה נקרא מוציא מיד הלוה כיון ששטרו בידו, ולזה נחשב כגבוי דלא מיחשב איהו מוציא, אבל ג"כ אין הלוה נקרא מוציא מיד המלוה וכמו שאוכיח לקמן. ולכן שם בדיני הש"ך שיש להם ספיקא דדינא ממקום אחר והלוה רוצה לתפוס חוב זה ולטעון קים לי, והא ודאי דטענת קים-לי לא מהני אלא היכא שהוא תפוס ועומד, אבל אם אינו תפוס, אף שחבירו ג"כ אינו תפוס, לא שייך למימר קים-לי ... ומנא אמינא לה ... ממה דמבואר בחו"מ סי' פה ס"ה שאפי' היתומים קטנים אין אומרים שהם יגבו מיד ולא יגבו מהם עד שיגדלו, כיון שתפס בחיי אביהם, וכתב הסמ"ע בס"ק יט דהא דאין נזקקין הוא דוקא במקום שבא להוציא מהם, אבל לא במקום שבא לתפוס ולהחזיק במה שבידו. והא ודאי שאילו היו שניהם בחיים הדין נותן שזה גובה וזה גובה, וא"כ נימא כיון שאין שום ספק על השטר שביד היתומים, הרי הוא כגבוי ונקראו היתומים מוחזקים, וא"כ הרי הוא בא להוציא מהיתומים ואין נזקקין לנכסי קטן. אלא ודאי הא דמהני להיות כגבוי הוא שלא יהיה נקרא המלוה מוציא, אבל גם הלוה אינו נקרא מוציא ..."

מבואר שאף לדעת הסוברים דמוחזק השטר דינו כמוחזק בגוף הממון, אין כוונתם דהוי מוחזק ממש אלא כוונתם שאינו נקרא מוציא, דאין שכנגדו חשיב מוחזק, אולם גם מחזיק השטר אינו נחשב כמוחזק. וכן הדין לענין הממעה דכשאינו מוחזק בגוף הממון אלא בשטר, חובת הראיה על מחזיק השטר הרוצה להוציא ממון, דאין חלוק בזה בין טענת קים לי לדין הממעה.

ועיין עוד בקצוה"ח פגה (וכן פב,ח), דדוקא שטר שגובה בו ממשועבדים חשיב כגבוי, כיון דאית ביה אחריות נכסים, אבל שטר שאין בו אחריות נכסים, אפי' לבית שמאי לא חשיב כגבוי, כדמוכח בגיטין לז,א דדוקא שטר שיש בו אחריות נכסי אליבא דבית שמאי אינו משמט. וא"כ בטופס האשראי שאין שעבוד נכסים, אין דינו כמוחזק בממון.

וע"ע במש"כ בח"ג סי' יד בענין שיק שניתן לבטחון, דאף שהוא תפוס כעת בשיק, לא מקרי מוחזק. וכן נראה שאסור למשכיר לגבות את סכום הנזק ע"י הפקדת ההמחאה בבנק, דכיון דאינו יכול לברר שהוא חייב לו מדינא, לא מצי למיעבד דינא לנפשיה, וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' ד. ואף שהסמ"ע שם בס"ק ב התיר תפיסה בלא עדים גם כשאינו יכול לברר, ועיין בנתיבות סי' ד בחידושים ס"ק ד, מ"מ נראה

דבשיק שיש רישום בבנק מי גבה את השיק ולמי ניתן הכסף, חשיב כתפיסה בעדים. וע"ע בש"ך בתוקפו כהן סי' קטו. כמו כן בנדר"ד כל טענת המשכיר היא טענת שמא, לכן אינו יכול לתפוס בטענת שמא, ורק אם תפוס יכול לטעון קים לי (עיין כללי התפיסה כלל ג ויג), וגביית הטופס בדרך הפעלתו, היא פעולת תפיסה.

גם י"ל, והוא הטעם הנוסף, דכל ענין השיק לבטחון או טופס האשראי, מטרתם לא ליצור מוחזקות בדיני הממון ולשנות את מציאות ההלכה, אלא במידה ויתברר ע"פ דין שהנותן חייב למחזיק, יוכל המחזיק לגבות את החוב שחייב לו ע"פ דין, ולא יצטרך לרדוף אחרי השוכר בהליכי גביה, אבל הוא לא נועד לתפיסה שרירותית של הממון, כשיש ספק ועל ב"ד לדון לגופן של טענות.

לאור האמור לעיל, מחמת הספיקות האמורות, ואף שיש מקום לחייב את השוכר, מידי ספק לא יצא, ואין בידנו להוציא מהשוכר את תשלום ההשתתפות העצמית.

ה. חיוב מוכרת על גניבה בחנות

ובענין האחר, בטענת בעל חנות כנגד מוכרת לחייבה בגניבה שארעה בחנות, בהיותה שומר שכר. בנוסף על האמור לעיל שאין דרך ולא נהוג לחייב עובדים על גניבה, גם אם ארע ברשלנותם, הרי שמוכרת בחנות אינה מקבלת שכר על שמירה מגנבים אלא על מכירה, ונוכחותה בחנות אינה אפי' בגדר קבלת שמירה של הנח לפני או הנח סתם. היא מקבלת על עצמה למכור, ועל זה היא מקבלת שכר.

דהנה הרדב"ז בתש' (ח"ד סי' קלט – קמ, אלף רי) נשאל בשמש בית כנסת, שבא לפניו ילד קטן שנשלח ע"י אמו להביא את טלית אביו, והשמש נתן לו טלית של אדם אחר, ולא היתה זו פשיעה מצד השמש, כיון שהטלית של האחר היתה מונחת במקום הקבוע לאב הקטן, ונאנסה הטלית. ובתו"ד דן אם לחייב את השמש כדין שומר שכר, והשיב; "שאין השמש שומר שכר, כי שכר שמשותו הוא נוטל לא שכר שמירה, אם לא שהתנו עליו בהדיא".

ובמחנה אפרים (שומרים לא) הביא מתש' מהרש"ך ח"ב סי' פה דנראה מדבריו "דמשרתו של בעל הבית שומר חינום חשיב אצל בעל הבית, לענין אם מסר בידו לשמור ונגנב מידו. ואע"פ דהמשרת עומד אצל בעה"ב בשכר, מ"מ לא נקיט השכר בשביל שמירה אלא בשביל שירות הבית". ועינתי בתש' מהרש"ך הנזכר, ולכאורה משמע שם אדרבא, שדינו כשומר שכר. ועיין גם בקצוה"ח רצא, בסופו, דנראה דגם למד כן במהרש"ך, וע"ע בפ"ת שג"א. גם מהר"מ אלשיך סי' כ, חוות יאיר סי' קו, ומהרש"ם ח"ג סי' נד מבואר מדבריהם דדין המשרת כשומר שכר.

אמנם אפשר דהם מיירי באופן שקיבל שכר גם על השמירה, והוא חלק מתפקיד המשרת וממרכיב שכרו, שבזה הוא שומר שכר, אבל בסתם משרת, אינו שומר שכר לענין השמירה. וכן נמצא בדברי מלכיאל ח"ג סי' קעב, וז"ל:

"ונראה שבשעה שמצוה להמשרת לעסוק בשמירת איזה דבר, הוי ודאי שומר שכר, דהא נוטל שכר על מלאכתו, וזהו מלאכתו כעת לשמור דבר זה. אבל בשעה שעושה מלאכות אחרות, ודאי דלא הוי ש"ש על כלים שבבית. וזוהי דעת הקצה"ח שם. ובאשר אין תחת ידי שו"ת מהרש"ך, לא אאריך בזה. ועכ"פ פשוט דשמש לא הוי שומר שכר, כיון שידוע שאינו יושב ומשמר רק מניח הכל בביהמ"ד וסוגר הביהמ"ד. וכיון ששמר כדרך השומרין, הוי כגניבה באונס שדעת הרבה פוסקים שפטרו, וכתב הש"ך סי' ש"ג שכן עיקר. ואף שכתב הנתיבות שם דבנם בעידנא דניימי אינשי, כ"ע מודו דחייב. מ"מ הכא שידוע שאין חיוב על השמש להיות תדיר בביהמ"ד ואף ביום לשמור החפצים, ורק להשגיח לסגור הארונות ביום ודלתי ביהמ"ד בלילה, בזה ודאי שפטור."

מבואר מהדברי מלכיאל דכיון שאינו מקבל שכר על שמירתו, לא חשיב כשומר שכר, ולא מיבעיא לדעת הש"ך שפוטר בגניבה באונס, אף לחולקים יש לפטור. וע"ע בדברי מלכיאל ח"ה רטו. וכדבריו מצאתי אח"כ במהר"מ מינץ סי' כז, דאין לחייב המשרת שהיה נו"נ בעניני הבית באבירה שארע בבית מטעם שהוא שומר שכר; "כי אינו יושב ומשמר הבית, רק טריד לכל מלאכת הבית".

גם נראה דאפי' לדעת המחייבים במשרת, היינו דוקא שהוא מקבל עליו כל עניני הבית, משא"כ במוכרת בחנות שבזה ודאי תפקידה מצטמצם רק למכירה בחנות. זאת ועוד, גם אם שכרו שומר מאבטח, נראה שאין שכרו אלא לפעולה ולא להתחייבות, ואם ארעה גניבה מחמת פשיעת השומר, ניתן לפטרו, אך אין מקום לחייבו באחריות, דאודמנא דמוכח שאין שכרו אלא לפעולה ולא לאחריות, ודמים מודיעים, ואומדנא דמוכח שכל מה שמקבל על עצמו ומה שהוטל עליו הוא פעולת השמירה גרידא, ולא אחריות ממונית באי מילוי התפקיד כראוי, אא"כ התנו להדיא אחרת, וכך נהוג.

לאור האמור לעיל:

א. מחמת הספק אין בידינו להוציא מהשוכר את דמי ההשתתפות עצמית שתובע המשכיר.

ב. אין לחייב מוכרת על גניבה שארעה בחנות, וכן אין לחייב שכיר שנשכר לאבטח.

נזק ברכב שכור

ראשי פרקים

א. אם בכה"ג חשיב כמתה מחמת מלאכה

ב. ספק מתה מחמת מלאכה

ג. חיוב המטעין האחרון

ראובן שכר רכב משמעון לצורך נסיעה לטיול (פורמאלית ראובן השוכר, אך אין מחלוקת שהוא שכר בשם כל הנוסעים). הרכב היה עמוס במזוודות וחפצים וכן בארבעה נוסעים ונהג. בדרך צרפו נוסע חמישי (שישי, כולל הנהג), את לוי. לאחר רבע שעה של נסיעה הרגישו יושבי המכונית שמהו לא תקין בנסיעה, ואז התברר שהקפיץ האחורי, בצד של לוי, קרס, ככל הנראה גומיה שנקרעה עקב העומס, ובהמשך גם פגיעה מסוימת בקפיץ האחורי. שמעון תובע את ראובן על כך שהעמיס את הרכב יותר מדי. שמעון משיב שמדובר בעומס תקין, הגם שלא שקל את המטען עם האנשים, רכב אמור להכיל גם ששה נוסעים על תכולתם ולעמוד בעומס, וככל הנראה הבעיה היתה קיימת עוד קודם עקב בלאי טבעי. או לחלופין, לחייב את לוי בנזק שנגרם, מאחר ולוי היה האחרון שהתישב, והאחרון שהעמיס מזוודה עם משקל כבד ביותר. המזוודה לא נכנסה לתא המטען, ולוי התישב עם המזוודה בתוך המכונית, ובצד שבו התישב, שם ארע הנזק. חלק גדול מהמטען נקשר גם לגג הרכב. לוי טוען שאם יש לחייב, יש לחייב את כל הנוסעים. מה עוד שהטענה כלפיו היא מחמת המטען שהעמיס בתא המטען, וכל המטען נועד לכל יושבי המכונית.

א. אם בכה"ג חשיב כמתה מחמת מלאכה

מברור שנערך התברר כי אכן מציאות שהקפיץ ישבר בכגון זה, קיימת או במצב שהקפיץ מלכתחילה לא היה תקין. ככל הנראה שחוק מחמת בלאי, כאשר העומס יתר היה ה"מכה בפטיש". או שמדובר בעומס חריג במיוחד. מסתבר שהיתה חריגה מהמשקל המותר, אך לא חריגה גדולה במיוחד, וככל הנראה - זה וזה גורם. כלומר, ההערכה (ע"פ אומדן משקל המזוודות והאנשים) כי היה עומס יתר וחריגה במעט מהמותר (ע"פ תחשיב המשקל המופיע בספר הנהג, וע"פ אומדן המשקל והמטען, ובענין זה קיימת הסכמה הן על המשכיר והן על דעת כל הנוסעים, שהיתה חריגה מועטת של כ - 10% מהמשקל המותר), אך יתכן ואילו היה הקפיץ תקין, המכונית

היתה עומדת בעומס החריג. כמו כן קיימת סבירות שאם המשקל היה מתחלק בין החלק הקדמי לאחורי, ובין צד ימין לשמאל, הנזק לא היה קורה. יודגש כי אף שברשיון הרכב רשאי הרכב לשאת 4 נוסעים ונהג, אין זה בדין משקל העומס על הרכב אלא הוראה בטיחותית, וע"כ העמסת נוסע שישי לבדה, אין בה כדי לטעון שהיא הגורמת לקריסת הקפיץ. זו היתה דעתם של שני מומחים. למסקנה זו הגיעו מאחר וגם הקפיץ מצד ימין קיימת בו שחיקה מוגברת, תופעה מוכרת ברכב שנועד להשכרה, רכב שנסעו בו בתנאי שטח, ואופי הנהיגה בו בהתאם לרכבים שהיו בתנאי השכרה. הגם שהקפיץ מימין תקין, הוא "חי על זמן שאול", וכדאי להחליפו מיידית.

טענת ראובן היא שהרכב אמור לעמוד בעומס כזה, וא"כ הקריסה של הרכב היא בבחינת מתה מחמת מלאכה. איתא בב"מ צ"ב, – צ"א: ההוא גברא דשאל נרגא מחבריה. איתבר (בפשיעה – רש"י). אתא לקמיה דרבא, אמר ליה זיל אייתי סהדי דלאו שנית ביה ואיפטר. ואי ליכא סהדי, מאי. תא שמע, דההוא גברא דשאל נרגא מחבריה ואיתבר, אתא לקמיה דרב, אמר ליה זיל שלים ליה נרגא מעליא. אמרו ליה רב כהנא ורב אסי לרב דינא הכי (שישלם לו כלי עשוי ומתוקן, והתנן (ב"ק יב) גבי נזיקין, תשלומי נזק, מלמד שהבעלים מטפלין בנבילה, ששמין לו הנבילה של בהמתו, שמתה על ידי זה שהזיקה לו, ועליה מוסיף ומשלם דמיהן, הכא נמי ישומו לו שברי הראשון, ועליהן ישלם דמיו, וזה ילך ויטרח ויקנה לו כלי אחר), ושתיק רב. והלכתא כרב כהנא ורב אסי, דמהדר ליה תבריה, וממליא ליה דמי מנא. ההוא גברא דשאל דוולא מחבריה. איתבר. אתא לקמיה דרב פפא אמר ליה אייתי סהדי דלא שנית ביה ואיפטר (דהוה ליה מתה מחמת מלאכה). ומדברי הגמ' מבואר שחלה על השואל הטוען שמתה מחמת מלאכה, חובת ההוכחה שלא עשה שינוי בחפץ השאול. וגמ' זו הובאה להלכה ברי"ף (ב"מ נה, ב בעמוה"ר), וכן פסק הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון אב, וז"ל:

"השואל בהמה מחבירו ומתה, וטען השואל שבשעת מלאכה מתה, אם היה המקום ששאלה לילך בו מקום שבני אדם מצויין שם, יביא ראיה שמתה או נאנסה בשעת מלאכה ושלא שינה בה ויפטר, ואם לא הביא ראיה משלם. שאלה ממנו למלאות בה עפר שבחורבתו, שאין העדים מצויין שם, או ששאל ממנו דלי למלאות בו הבור בתוך ביתו ונקרע בבור, אם הביא ראיה יפטר אף משבועה, ואם לאו, ישבע השואל שבועת השומרים שמתה בשעת מלאכה ויפטר, וכן כל כיוצא בזה."

וברב המגיד כתב דהסוגיא שצריך להביא ראיה מיירי במקום רואים, אבל שלא במקום רואים, ישבע ויפטר, דבאין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם, כאיסי בן יהודה

(ב"מ פג,א). וכן הוא ברא"ש ב"מ ח,ה, וכן הוא במרדכי ב"מ ס"י שעת בראובן שטען על שמעון שהשאל לו כלי למלאכה מסוימת, והשואל עשה בו מלאכה אחרת, וכתוצאה מכך נשבר הכלי. ושמעון משיב שלא שינה כי אם באותה מלאכה נשבר. ופסק המרדכי מהסוגיא דלעיל דמשלם ליה דמי החפץ; "והני מילי כי ליכא סהדי וגם אינו רוצה לישבע, אבל אם רוצה לישבע, נשבע שלא שינה ומחמת מלאכתו נשבר ופטור, כדן כל הנשבעין ולא משלמין". וע"ע בנימוק"י (נה,ב בעמוה"ר) ושטמ"ק, וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ שדמ,א.

והנה בנדו"ד אין מחלוקת על העובדות באופן השימוש, המחלוקת היא אם שימוש בכגון זה נחשב לשינוי. אם עודף קל של משקל מחמת משא, כשאין מדובר במשא שבמהותו חריג, אלא בגדים, ואוכל, ורק ברכב עמוס נחשב הדבר לחורג במקצת, האם בכה"ג יש לחייב אף בטענה של מתה מחמת מלאכה, כיון שהשינוי גרם לנזק.

תנן במשנה ב"מ פ,א: השוכר את החמור להביא עליה חטין והביא עליה שעורין (שהם קלים מחטין) – חייב (בקילקולה אם הוסיף שלשה קבין, ולא אמרין הואיל והשעורין קלים, יש לו להוסיף עד כדי כווד לתך חטין, שמשא החמור לתך חטין חצי כור). תבואה והביא עליה תבן – חייב, מפני שהנפח קשה כמשאוי. להביא לתך חטין והביא לתך שעורין – פטור, ואם מוסיף על משאו – חייב. וכמה יוסיף על משאו ויהא חייב, סומכוס אומר משום רבי מאיר סאה לגמל שלשה קבין לחמור. ובגמ' שם איתמר, אביי אמר קשה כמשאוי תנן, רבא אמר קשה למשאוי תנן. אביי אמר קשה כמשאוי תנן, נפחא כי תקלא, ואי מוסיף שלשה קבין חייב. רבא אמר קשה למשאוי תנן, תקלא כי תקלא ונפחא הוי תוספת. והיינו שנחלקו אביי ורבא בשינה מחיטים לשעורים ולא שינה במשקל הכללי, אך נפח השעורים יותר מנפח חיטים, דדעת אביי שנפח שוה למשקל, ואם שכר למשקל מסוים של חיטים ושם עליה שעורים, אף במשקל קל, כיון שהם בנפח החיטים, הרי שמכאן אנו מודדים את השינוי, ובתוספת שלשה קבין חייב, אף אם משקלם פחות מהחיטים. (עיין ברמב"ם בפיהמ"ש ב"מ ו,ו: אם פסק עמו על "קנטאר" חטים והביא "קנטאר" שעורים חייב, לפי שהכובר ככובר והנפח תוספת. ואם הביא עליה פחות מ"קנטאר" שעורים אף על פי שמדתו יותר ממדת "קנטאר" של חטים הרי זה פטור, לפי שלא יהיה הנפח יותר עד שיהא המשקל כמשקל). ולרבא אין הנפח כמשקל ממש, ואם ישוה את משקל השעורים למשקל החיטים, יהיה הנפח תוספת מחייבת, ובוה מדברת המשנה. תנן להביא לתך חטין והביא לתך שעורין פטור ואם הוסיף על משאו חייב, מאי לאו שלשת קבין (כאביי), לא סאה (והכי קאמר: להביא לתך חטין והביא לתך שעורין פטור, ואע"פ ששינה שהרי שינה להקל, ואם הוסיף עד כדי משקל החטין, חייב

משום תוספת הנפח). והא עלה קתני וכמה יוסיף על משאו ויהא חייב, סומכוס אומר משום רבי מאיר סאה לגמל שלשה קבין לחמור. הכי קאמר היכא דלא שני חטין והביא חטין, שעורין והביא שעורין, כמה יוסיף על משאו ויהא חייב, סומכוס אומר משום רבי מאיר סאה לגמל שלשה קבין לחמור. והיינו שתוספת המשנה מדברת בלא היה שינוי בין חטים לשעורים, אלא הטעין את סוג המשאוי שסיכמו, אלא שהרבה במשקל, וע"ז תנן במשנה סאה לגמל, ג' קבין לחמור. וקיי"ל הלכה כרבא. כן פסק הרי"ף (ב"מ נא, בעמוה"ר), וכן פסק הרמב"ם בהל' שכירות דד, ושם בה"ו, וז"ל:

"השוכר את הבהמה להביא עליה מאתים ליטרין של חטים והביא מאתים ליטרין של שעורים ומתה חייב, מפני שהנפח קשה למשאוי והשעורין יש להן נפח, וכן אם שכרה להביא תבואה והביא במשקלה תבן, אבל אם שכרה להביא עליה שעורים והביא במשקלן חטים ומתה פטור, וכן כל כיוצא בזה ... השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו, אם הוסיף חלק משלשים על השיעור שפסק עמו ומתה חייב, פחות מכאן פטור, אבל נותן הוא שכר התוספת, שכר סתם, אינו נושא אלא במשקל הידוע במדינה לאותה בהמה, ואם הוסיף חלק משלשים כגון שדרכה לשאת שלשים וטען עליה שלושים ואחת ומתה או נשברה חייב, וכן ספינה שהוסיף בה אחד משלשים על משאה וטבעה חייב לשלם דמיה."

וברב המגיד שם מבואר שפסק כרבא (ליטרין הוא משקל ולא נפח, בניגוד למקובל בשימוש בימינו, עיין רמב"ם מתנות עניים ו,ח, וע"כ מיירי הרמב"ם במשקל שוה, אך כיון שהנפח גדול, ע"כ אינו יכול להפטר בטענת מתה מחמת מלאכה). והרב המגיד כתב בה"ו לענין שיעור המשקל, שהרמב"ם לא הזכיר שיעור המשקל, דאע"פ שבגמרא נתנו שיעור ידוע לקצת בהמות, הרמב"ם לא כתבו, לפי שכל הארצות אינן שוות. אולם מדכתב הרמב"ם שיעור התוספת שהוא אחד משלושים, מבואר ששיעור אחד משלושים קיים בכל מקום, וכל שינוי של אחד משלושים ומעלה במשקל, מחייב את השוכר, ואין בידו טענה של מתה מחמת מלאכה, אלא מחמת השינוי מתה.

והנה בנדר"ד התוספת במשקל היא בסביבות העשירית (קשה לאמוד, אבל בודאי יותר מאחד לשלושים), ואף שיתכן שמחמת חולשת הקפיץ ובלאי טבעי ארע הדבר, אולם אם היו מקפידים על המשקל הנכון, נראה שלא היה נשבר הקפיץ כעת, אין לשוכר טענה של מתה מחמת מלאכה וחייב (רק הטענה תהיה באשר לעלות התיקון, כיון שהתיקון לכאורה היה נצרך בטוח הקרוב, אף שלא המיידית). כך נלמד מדברי הנימוק"י (ב"מ נא, בעמוה"ר), וז"ל:

"אם מתה, כיון שלא הוסיף סאה לגמל וג' קבין לחמור. ודוקא כשהוסיף זה על שיעור משאו, דהיינו לתך לחמור, אז הוא דחייב אם מתה, אע"פ

שלא ידענו מפני מה מתה, אבל שכרו לתת עליו חצי לתך, אע"פ שהוסיף עליו שלשה קבין ומתה, אינו חייב, אע"פ שאין לו לעשות כן, דהא סתם משא חמור הוא לתך. [ומיהו הני מילי היכא שמתה כדרכה ולא ידענו מפני מה מתה, אבל אם נתברר לנו שמחמת תוספת של זה מתה, אע"פ שדרכו של כל חמור כיוצא בו בכך חייב] וכדאמרינן לעיל [עח,א] גבי שוכר חמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה, שאם מתה אינו חייב אע"פ ששנה בה, אא"כ ידוע שמתה מחמת השינוי כגון שהכשיה נחש וכהני גווני דלעיל. וה"ה הכא שאם נתברר לנו שמחמת תוספת מתה שהיה חייב, ודאי אפילו בפחות משיעור משאו, כיון ששינה, דאמרינן אותו שינוי גרמא וכדפירשנו.

וכאן מדובר בתוספת יותר מהנהוג והמקובל ולא מההתנאה שלא היתה (עיי' בריטב"א ד"ה וכמה, ועיי' להלן מש"כ בדבריו הגר"י אברמסקי זצ"ל בחזון יחזקאל), וע"כ לכאורה הנזק נגרם כתוצאה ממשקל העודף, ולמש"כ הנימוק"י בכל מקרה כזה של תוספת ואפי' פחות מהשעור של אחד לשלושים, חייב. אף שהנימוק"י מיירי בהתנה להוליך משקל קל והוסיף עד למשקל הנהוג, ובזה אם מחמת התוספת מתה חייב, לכאורה הוא הדין בהוסיף עד פחות משלשים. או די"ל דפחות מאחד לשלושים הוא חלק מהמשקל, כיון שא"א לדייק, ובזה אף אם מחמת תוספת של אחד משלשים מתה, יהיה פטור, כיון דלא חשיב כתוספת כלל, והנימוק"י מיירי בהוסיף מעבר לזה, ורק בהתנו הבעלים על משקל פחות בהרבה והשוכר הוסיף. דהיינו, אם כך הוא שעור חכמים במשקל שיכול להטעין, שהוא לא מדויק וחלק מהשעור הוא תוספת אחד משלושים. וא"כ כשהמשכיר מתנה, השעור הוא במדויק ללא תוספת. או שהתוספת נובעת מכך שאין המטעין יכול לדייק, וא"כ הוא הדין במתנה המשכיר. ודבר זה מפורש יוצא מדברי קצוה"ח שח,א בסופו, וז"ל:

"ונראה דמ"ש הנימוק"י שאם נתברר שמחמת תוספת מת כו' אפילו בפחות משיעור משאו, היינו שהוסיף חלק משלשים, אע"פ שהוא פחות משיעור משאו שדרך חמור כיוצא בו, אבל ממה שהתנה עכ"פ הוסיף חלק משלשים, דאי בפחות משלשים אפילו בודאי מחמת התוספת מתה נמי פטור, וכדמוכח מהא דאמרינן (שם פ,ב) גבי אדם קב לכתף שהוא חלק משלשים ואוקמה כשחבסו לאלתר ואזקיה ואפ"ה בעינן דוקא חלק משלשים. ואם הוסיף משאו במה שאין דרך חמור כיוצא בו בכך, הו"ל גזלן וחייב באונסין אפילו ידוע שמתה כדרכה משום דהוי שולח יד וגזלן. ומ"ש בנימוקי יוסף דהיינו לתך לחמור אז הוא דחייב אם מתה אף על פי שלא ידעו מפני מה מתה, לאו דוקא אלא אפילו ידוע שמחמת אונס מתה, כיון שהוסיף חלק שלשים על החמור מדרכו כיוצא בו חייב באונסין."

מדברי קצוה"ח מבוארים כמה יסודות. גם במקום שהתנה על משקל מסוים, יכול לחרוג מהמשקל עד אחד לשלושים. לכאורה מפני שמידת המשקל אינה מדויקת וא"א לדייק, ועד אחד לשלושים זה חלק מהמשקל. לכן אם הוסיף פחות, אף אם בודאי מתה מחמת התוספת, פטור, ודוקא בהוסיף יותר מאחד לשלושים. כמו כן יש חילוק בין התנה ללא התנה, לענין חריגה. דבהתנה, אם חרג מההתנאה (מעבר לאחד לשלושים), דוקא במתה מחמת החריגה חייב, אבל בלא התנה, שיכול להטעינה עד הנהוג בכיוצא בו, אם חרג (מעבר לאחד ושלושים), אפי' לא מתה מחמת החריגה וודאי מתה באונסין, חייב לשלם, מפני שבחריגה מעבר למקובל דינו כגזלן ושולח יד, ואף שנאנס, חייב באונסין. משא"כ בחריגה מעבר להתנאה, אם נאנסה, וכל עוד לא הוכח שמחמת החריגה מתה, פטור באונסין, שאין דינו בזה כשולח יד. אמנם בנתיבות שח,א מבואר ששינוי מהנהוג, אינו בבחינת שליחות יד, ונפק"מ שאם נאנסה אונס אחר שיהיה פטור (משא"כ לקצוה"ח, כל אונס חייב מטעם שליחות יד), וכפי שיובא להלן.

ובקצוה"ח שח,א הביא את מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן באם התנו הבעלים למשקל פחות מהנהוג, והשוכר הטעינה עד למשקל הנהוג, אם חייב, דדעת הרמב"ם כנ"ל לחייב, והרמב"ן (ב"מ פ"א ד"ה השוכר) חולק ואינו מחייב, שאם שכר החמור להביא עליה חצי לתך חטין והביא עליה יותר עד כדי משוי כל חמור כיוצא בזה, אע"פ שאין לו לעשות כן, וכדאמרינן (שם ע"ב) לרכוב עליה איש לא ירכב עליה אשה, אם עבר ועשה אינו חייב לשלם, שמאחר שדרך כל חמור לישא לתך, אינו יכול לומר לחצי לתך השכרתי לך, וכן אם הוסיף על הדרך כגון ששכרה לחמשה מילין והלך עשרה מילין, כיון שדרך כל חמור לילך עשרה מילין, אם מתה פטור. אמנם אם מתה ודאי מחמת המשא, בזה גם הרמב"ן מחייב, וכמש"כ לעיל בנימוק"י.

והביא את תש' הרא"ש צ"ב, במי ששכר בהמה לדרך ידועה, וכשלמחרת יחזור, והלך וחזר בו ביום, והשתדלו הבעלים ברפואת הבהמה ולבסוף מתה לאחר ח' ימים. והשיב הרא"ש, וז"ל:

"אחרי שהשכיר ראובן בהמתו לשמעון שתלך ביום א' ותחזור ביום ב', ושמעון הוליכה מהלך ב' ימים ביום אחד, הרי שינה שמעון, כמו השוכר את החמור להוליכה בבקעה והוליכה בהר, ומחמת שנתיגעה נכנס בה חלישות וחולי, ומתה לסוף ח' ימים."

ובן הרא"ש הקשה עליו, דהרי רוב בהמות עוברים את המרחק הלך וחזור ביום אחד. ועל כך השיב הרא"ש:

"דע כי הרבה בהמות חורשות בהרים, אף על פי כן, כשהתנה שיחרוש בבקעה וחרש בהר, הוי שינוי, כי זה היה מכיר בהמתו שמנה, שלא היה יכול לסבול טורח חרישות הר, ואחרי ששינה והוליכה בהר, אנו תולין שמתה. וכן בנדון זה, אע"פ שיש בהמות שהולכות וחוזרות ביום א', זה שהתנה שתלך ותחזור בשני ימים, מכיר היה בבהמתו שאין בה כח ללכת ולחזור ביום אחד, וזה ששינה, פשע. והמשכיר אמר מיד שלא היה רוצה לקבלה, כי מכיר היה בבהמתו שתחלש ... ובהמה זו, כיון שמתה סוף ח' ימים, יש הוכחה גדולה שמתה מחמת ששינה, ואם היתה חיה יותר, היה צריך שיראה בהמתו לעדים, והם יראו שהיתה מתנונה והולכת."

ומבואר ברא"ש שחייב בכל שינוי ממה שהתנו הבעלים, אף שאינו שינוי מהנהוג בשאר בהמות, כיון שיש הוכחה שמחמת השינוי מתה, חייב. והנה הב"י חו"מ סי' שח כתב דדעת הרא"ש כרמב"ם, כבר העיר בקצוה"ח דכיון דאף הרמב"ן לא פטר במוכח שמחמת השינוי מתה, והרא"ש מיירי במוכח שמחמת השינוי מתה, וזה כרמב"ן שמודה בזה, וז"ל קצוה"ח:

"וא"כ כיון שיש הוכחה שמחמת השינוי הוא שמתה בזה, גם להרמב"ן חייב, ולא כתב הרמב"ן אלא במתה כדרכה הוא דפטור אף על גב דהוסיף במשא ממה שהתנה לא חשיב גזלן ושולח יד בכך להתחייב באונסין, אבל בידוע שמחמת השינוי מתה ודאי חייב. והרא"ש דמדמה לה להר ובקעה, והתם נמי אינו חייב לדעת הרא"ש אלא בידוע שמחמת השינוי הוא דמתה או שידוע בודאי שינוי האויר, אבל מה ששינה מהר לבקעה אף על גב דמעביר על דעת בעל הבית לא הוי גזלן להתחייב באונסין. ולפי דמשמע מדברי הרמב"ם שכתב בהוסיף על משאו ומתה חייב ולשון ומתה משמע אפילו מתה כדרכה, ובזה הוא דכתב הרב המגיד דהרמב"ן חולק, אבל אם ידוע בהוכחה שמחמת שינוי מתה גם הרמב"ן מודה דחייב וכמבואר שם בדבריו, ולזה נמי הרא"ש מודה כיון שכתב דמחמת הוכחה גדולה שמת מחמת השינוי ומש"ה חייב וכמ"ש."

ומבואר דדעת הרא"ש כרמב"ן, ולא כדמשמע מהרמב"ם שחייב לשלם בשינוי מההתנאה, גם בדליכא הוכחה שמתה מחמת השינוי מתה, ושדברי הרא"ש כרמב"ן, וכן דעת הנימוק"י (הנ"ל). ובנתיבות שח,א חלק על קצוה"ח וס"ל דדעת הרא"ש דלא כרמב"ן, וכמש"כ בב"י דדעת הרמב"ן כרמב"ם, דהרא"ש המצריך שמחמת שינוי ההתנאה מתה, דוקא בנדון ידידה שמתה לאחר ח ימים, אבל במתה לאלתר בדרך, ודאי מחמת השינוי מתה, ואין צריך ודאות שמחמת שינוי ההתנאה מתה, וז"ל הנתיבות:

"ולפענ"ד דדעת הרא"ש ודאי דאפילו ליכא הוכחה חייב, והא שכתב הרא"ש דאיכא הוכחה, היינו משום דשם מתה אחר חזרה, ויש לומר דהמשכיר

המיתה אחר חזרה באכילה ובסמים, ולכך כתב דאיכא הוכחה שמחמת החולי שאירע לה בעודה בידו מתה. וכן המחבר שהעתיק דינו בסימן שט לא כתב שיש הוכחה, עיי"ש. וראיה לזה, דהרי בתשובת הרא"ש השואל לא כתב לו שהיתה הוכחה בעודו בדרך שהחולי שאירע לה היה בודאי מחמת השינוי שראינו שנתגעה וכיוצא, אלא ודאי דבמה שאירע בדרך חייב אפילו ליכא הוכחה, ולא הוצרך להוכחה רק מחמת שהמיתה היתה אחר החזרה, ע"ש בתשובת הרא"ש.

וא"כ בנדו"ד שהנזק ארע בדרך ולא אח"כ, לנתיבות לא בעינן הוכחה שמחמת התוספת ארע הנזק, גם אם היה מדובר בשינוי בהתנאה, וכל שכן כשמדובר מהשינוי ברגילות, שבזה לא בעינן הוכחה לכ"ע, וחייב בכל ענין כששינה מהנהוג.

ולעיל הובאה דעת קצוה"ח דכל שינוי מהנהוג המקובל (בניגוד לשינוי בהתנאה) דינו של השוכר כגולן וכשולח יד. והנתיבות הנ"ל כתב שאין דינו כגולן ושולח יד, דאפילו הרא"ש שמחייב, לא מחייב רק במתה מחמת מלאכה, ואף שאינו ידוע בודאי אי מתה מחמת מלאכה זו, מ"מ חייב כל שיש לתלות שאפשר מחמת שמלאכה זו כבידה הוזקה, כמו בהוליקה בהר והוליקה בבקעה דכשאייר המקום ההוא משונה דתולין באויר ההר, אף שבשומר אין תולין, מכל מקום נגד שוכר למלאכה נחשב שינוי זה לפשיעה כשיש לתלות באיזה דבר, וה"נ כבידות מלאכה זו כשינוי אויר דהוליקה בהר דמי, אבל באונסין אחרים כגון הכישה נחש פטור, דלא חשבינן ליה לשולח יד, דלא גרע מלוקח חמור העומד להשכיר דלא הוי גולן ופטור מאונסין כמבואר בהג"ה סוף סימן זה, אבל בפחת שיש לתלות שנעשה מחמת מלאכה חייב, כמבואר בחו"מ שסג"ה דרצה פחתה נוטל, והיינו פחת שמחמת מלאכה. מבואר שנחלקו קצוה"ח והנתיבות אם שינוי מהנהוג דינו כשולח יד וגולן, או כמזיק בפשיעתו או בידיים, שאין לו טענה שמתה מחמת מלאכה. ולנדו"ד לקצוה"ח אם הרכב היה מתקלקל שלא מחמת המשקל העודף, היה השוכר חייב, משא"כ לנתיבות שאין לחייבו אלא באונס הקשור לשינוי.

והגרא"ז באבן האזל שכירות דו, הקשה על שיטת הרמב"ם המחייב בשינוי מההתנאה בכל ענין, ממה שפסק הרמב"ם בהל' שכירות ד,א השוכר את החמור להוליקה בהר והוליקה בבקעה, דאף שעבר על דעת משלחו, אם הוחלקה פטור, ואם הוחמה חייב, ובמגיד שם ביאר את דברי הרמב"ם דדוקא בפשיעתו ניכרת חייב, כרבי יוחנן. ועכ"פ מוכח דלרמב"ם צריך שיהיה ודאי שע"י השינוי מתה, כמו בהוחלקה בהר והוחמה בבקעה, וא"כ מדוע בהוסיף במשקלה חייב בעובר על ההתנאה, אף ששאר בהמות יכול לשאת יותר. עוד הקשה מהא דיש אומד לנזיקין, עיי"ש, וע"כ כתב הגרא"ז, וז"ל:

"ונראה בשיטת הרמב"ם דאין החיוב כאן משום שהבהמה מתה ע"י זה שהוסיף עליה משא, אלא דהוא חיוב מדין שליחות יד. דהא איתא בב"מ מא,א, דהניח מקלו ותרמילו עליה והכניסה במקל ורצתה לפניו חייב, ולמ"ד שליחות יד צריכה חסרון מוקי שם שהכניסה במקל. אבל לדידן דקיי"ל דאין צריכה חסרון, לא בעינן שהכניסה. וא"כ אם שכר בהמה להוליך עליה חצי לתך, אף שיכולה לשאת לתך, אבל כל מה שהוסיף הא לא גרע מהניח מקלו ותרמילו עליה, דהא אין לו רשות להוסיף. ומה דבעינן אחד משלושים, אין זה משום דאמרינן דבשעור זה כשהוסיף מתה ע"י זה, אלא דבפחות משעור זה אין זו הוספה והבעה"ב אינו מקפיד, שאין דרך לדייק ולצמצם משקלו. ולא דמי לרועה דאף כשהניח מקלו ותרמילו חייב, דרועה אין לו רשות להניח עליה כלל, אבל השוכר ששכרה למשא, אין בעה"ב מקפיד בהוספה קטנה אא"כ היה אחד משלושים ממה שפסק. וא"כ הך דינא דהוסיף על משאו, לא דמי כלל להוליכה בהר והוליכה בבקעה, דהתם לא הוסיף משא אלא שינה, והוי רק מעביר על דעת בעה"ב דאינו חייב, ולכן צריך דוקא שיהיה השינוי גורם למיתת הבהמה, דשינוי מהר לבקעה אינו ברור דמקפיד, ולכן לא הוי שליחות יד, ומ"מ אם מתה ע"י השינוי חייב, כיון דלא נתן לו רשות מפורש ע"ז. אבל הכא כשהוסיף, הא משא ההוספה אין לו רשות כלל והוי שליחות יד."

מבואר מהגרא"ז דאף לשיטת הרמב"ם בהתנה למשקל פחות, אם הוסיף על משקלה, חייב מדין שליחות יד, דכיון שיש בזה הקפדה, הרי הוא גזולן ושולח יד. אמנם בהוסיף פחות מאחד לשלשים, חשיב כחלק מהמשקל המותנה, כיון שאין דרך לדייק ולצמצם משקלו, ולא דמי לרועה שהניח מקלו, אף שמשקלו פחות, דרועה אין לו רשות להניח משא, משא"כ בשוכר למשא ידוע, המשא המותנה שהסכימו עליו אינו במדויק, וממילא יכול לחרוג באחד לשלושים. והחילוק בין שינוי הר לבקעה לשינוי במשא, נראה מדברי הגרא"ז דבשינוי מהר לבקעה "אינו ברור דמקפיד", ע"כ הוי רק שינוי מדעת בעה"ב, משא"כ במשא שזו הקפדה שאין לו רשות להניח משא יותר מהמותנה, הוי שולח יד. וצ"ב, לכאורה מדוע בשינוי מהר לבקעה אינו ברור דמקפיד, ובתוספת משא מקפיד שאין לו רשות כלל, דלכאורה אם התנה להוליכה בהר, גם אין לו רשות להוליכה בבקעה. ומ"מ מדברי הגרא"ז מבואר דדין המשנה במשא, חיובו מדין שולח יד.

וראיתי לגר"י אברמסקי זצ"ל בחזון יחזקאל (בביאורים לתוספתא ב"מ ז,ו) שכתב דמסתימת הגמ' והפוסקים שאפי' הוסיף על משאו בשוגג, כגון שטעה במשקל או במידה נמי חייב, על כרחך אין חיובו מדין שליחות יד אלא מדין אדם המזיק, שאדם מועד לעולם בין בשוגג ובין במזיד. וכתב דמהאי טעמא כתב הריטב"א שאם

שכר חמור שראוי להוליך בו לתך, והתנה המשכיר שיוליך חצי לתך, והטעינו לתך ומת החמור, שאין לחייבו מחמת תוספת זו. והטעם שהחייב הוא מדין אדם המזיק, וע"כ אין בזה נזק, משא"כ מדין שליחות יד היה לחייבו. אלא בהכרח שאין החייב מדין שליחות יד אלא מדין אדם המזיק. אבל הקשה, דנתי אם הוסיף פחות מאחד ושלשים על משאה, אין המשכיר מקפיד ואין בזה משום שליחות יד, אבל בהוסיף במתכוין יותר מאחד לשלושים ממה שהתנה, מדוע אין בזה משום שליחות יד. ועיי"ש שכתב דדעת הרמב"ם דאה"נ, דאם המשכיר התנה את מדת המשקל, יודע נפש בהמתו שאין ביכולתה לשאת יותר, ולא היה על השוכר לעבור על דעתו. משא"כ כשהשוכר אמר שהוא רוצה להטעין כו"כ סאים ואח"כ הטעין יותר עד לכמה שיכולה לשאת, פטור השוכר אם מתה. ומ"מ מבואר מדבריו דחייבו הוא מדין אדם המזיק ולא שליחות יד. ואף שליחות יד יש צד לחייבו רק בהתנה המשכיר, אבל לא בהוסיף על המשקל המקובל.

וא"כ בנדו"ד ששינו במשא, בכל מקרה חייב המשנה מדין שולח יד או מזיק, ולמ"ד מדין שולח יד חייב גם אם היה אונס שלא מחמת השינוי, אך בנדו"ד שהנזק גם מחמת השינוי, יש לחייב את השוכרים בכ"ע, גם אם החייב מדין מזיק.

ג. ספק מתה מחמת מלאכה

ובנדו"ד העלו השוכרים טענה שככל הנראה שהנזק נגרם כתוצאה מגומיה שחוקה (ואכן כך מצביעות העובדות, אלא שכנ"ל במקרה שלא היה עודף משקל, הרכב יכל להמשיך לנסוע עוד זמן, ולא היתה דחיפות בהחלפת הגומיה, הגם שהיה רצוי), וא"כ במקרה של רכב תקין, הנזק לא היה קורה, ורק כתוצאה מהבלאי היתה השפעה לעודף המשקל, וע"כ רכב רגיל (מאותו סוג ומאותה שנת יצור) יכול לשאת משקל כפי שהטעינו השוכרים, ורק מחמת הבלאי והקפיץ עם הגומיה השחוקה, מתה מחמת מלאכה. ולכל הפחות הרי זה ספק מתה מחמת מלאכה, ובהיותו מוחזק טוען ראובן שאין להוציא מידו. וכבר כתבתי שהיות הגומיה שחוקה, מהוה טענה לחישוב דמי הנזק ולא לשינוי הדין למתה מחמת מלאכה, כיון שמחמת השינוי נזוק, אך בכל אופן יש לברר הלכתית גם טענה זו של ספק מתה מחמת מלאכה.

דלכאורה מהגמ' ב"מ צ"ב, – צ"א, מבואר דעל הטוען שמתה מחמת מלאכה חלה חובת ההוכחה שלא שינה, או שישבע, כנ"ל. ולכאורה אם אין לו ראיה שלא שינה, א"כ הוי ספק מתה מחמת מלאכה וספק מחמת השינוי, ומדוע מחייבים. אלא מכאן ראיה לכאורה שחובת ההוכחה היא על השוכר הטוען לפטור עצמו מדין מתה מחמת מלאכה, שהטענה תהיה ברורה שאכן מתה מחמת מלאכה ולא מחמת השינוי. ובנימוק"י (ב"ק לט"א, בעמודה"ר), כתב וז"ל:

"וכ"כ הרא"ה ז"ל דמשעת פשיעה הגורמת לאונס מתחייב השואל עלה. ונפק"מ לשואל חמור לרכוב עליה שלוחו ומתה בדרך, והדבר ספק אם מחמת מלאכה מתה אם לאו, דכיון דקי"ל שאינו חייב עליה עד שעת אונסין, הרי הוא פטור, שהרי זה כאומר (ב"ק קיח,א) איני יודע אם הלוייתי 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 [גיטין כט,א] אין השואל רשאי להשאל והוא מתחייב משעת פשיעה, והרי זה כאומר הלוייתי ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו שהוא חייב, עכ"ל."

מדברי הרא"ה מבואר דאם ספק מתה מחמת מלאכה, ולא עשה כל שינוי ידוע, כיון שהחייב משעת האונסין, הו"ל איני יודע אם נתחייבתי, ופטור. אבל בפשע וספק אם מתה מחמת מלאכה, כיון שהחייב משעת פשיעה, הו"ל ספק בפטור כשהחייב ודאי, וחייב. ולכאורה גם בספק אם מתה מחמת מלאכה חובת ההוכחה היא על השוכר שלא שינה וכנ"ל.

ודין זה של הרא"ה, אינו מוסכם מהראשונים. דהנה הרא"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". (ועיין בשלטי גבורים ב"מ נה,ב בעמוה"ר אות ב). וכך פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ שמ,ג. מבואר מדבריו דכאשר יש ספק אם מתה מחמת מלאכה, כיון שאין השואל יכול לטעון בתורת ודאי שמתה מחמת מלאכה, חייב לשלם. ומדברי הרא"ש הנ"ל, למד תרומת הדשן (סי' שלג) במי ששמר כראוי, ולאחר זמן פשע בפקדון, ויש ספק אימתי נגנב ונאבד, האם נגנב בשעה ששמר כראוי ופטור, או שנגנב לאחר הפשיעה וחייב (עיי"ש בפרטי המעשה). וסובר התרומת הדשן דכיון דהוי ספק, חייב השומר לשלם, וז"ל:

"דכיון דכל שומר צריך להשבע שלא פשע, היאך יוכל שמעון כאן להשבע בודאי שלא פשע ... ואם תאמר, מנלן דחייב להשבע כהאי גוונא שהוא ודאי שלא פשע, דלמא כל היכא שנוולד ספק שלא יוכל לידע, אמרינן עלה אוקי ממונא בחזקת מריה ... הא ליתא, כדאיתא להדיא באשר"י פרק השואל גבי מתה מחמת מלאכה ... ואע"ג דהתם נמי אינו יכול לידע הספק, אפילו הכי לא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה ונימא דמתה מחמת מלאכה ..."

מבואר מדברי הרא"ש ותרומת הדשן דכל היכא שיש לנו ספק באופן האבידה או הגניבה, אם היתה בדרך המחייבת או בדרך הפוטרת, דחייב לשלם כיון דהוי ספק בפטור ואינו יכול להשבע שבועת השומרים אלא בטענת ודאי. וכנ"ל דדין זה מוכח מהא דב"מ צו,ב דמביא ראייה שלא שינה. אלא שבמשנה למלך (שאלה ופקדון

ד,א) כתב על דברי תרומת הדשן הנ"ל, דיש לחלק בין דין איני יודע אם פרעתין לנדון תרומת הדשן, דגבי איני יודע אם פרעתין, "השמא הוא גרוע, דהוה ליה למידע אם פרע אם לאו, ומדלא ידע בברור, ודאי לא פרע". משא"כ בנידון תרומת הדשן, "אע"ג דהוא ברי בחיובא וספק בחזרה, מ"מ השמא אינו גרוע, דלא הו"ל למידע". ולכאורה צ"ב מדוע הוי שמא טוב בנידון תה"ד, דהרי היה על השומר לשמור באופן שלא יתן לאחר להכנס לחדר בו החפץ, ואם נתן, היה לו לשומרו בזמן שהייתו או לקחת החפץ אצלו. ולא דמי לנידון שמא טוב שנאמר בדין יורש בטענה כנגד אביו שלוה, עיין בספר התרומות (שער לח, ג,ד), וכן ברדב"ז בתש' (ח"ד סי' סט) בענין אשה שלקחה בהקפה מלבוש, ובא בעלה לגרשה, היא אומרת שאינה חייבת ובעלה אומר שאינו יודע. וע"כ נראה לחלק בין יורשים ובעל לנדון שומר, דבשומר אף שכעת אינו יודע באמת, מ"מ היה לו לדעת ע"י שמירה טובה יותר. ועיין עוד בנתיבות עה,ה דכל היכא שחסרון הידיעה נובע מפשיעת המוכר, לא חשיב כלא הו"ל למידע וחייב כשטוען איני יודע אם פרעתין. והוא הדין לכאורה בנידון תה"ד דפשע השומר. ועיין עוד בנתיבות בכללי התפיסה (ס"ק יא) שכתב דדעת רוב הפוסקים דאפילו במקום דלא הו"ל למידע, חייב באיני יודע אם פרעתין. וע"ע בקצוה"ח עה,טז, דכיון דכל הלימוד הוא מיורשים, הדבר תלוי במחלוקת הראשונים אם ילפינן מיורשים. ומ"מ צריך להיות דומיא דיורשים, ונדון תה"ד שונה וכמש"כ, כך נראה לכאורה בדעת תה"ד.

ועיין עוד בתוס' רי"ד (קידושין סה,ב) שכתב לחלק בין דין איני יודע אם פרעתין לדין מי שטוענים אותו "שורך הזיק" ומשיב שאינו יודע. דבהלואה הו"ל למידע אם הלוהו אם לאו או אם פרעו, והיכא שטוענו שהלוהו והו"ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע, קי"ל דמשלם, דהו"ל למידע. משא"כ "אם העידו על דבר שלא היה יכול לידע, כגון שאמר לו שורך הזיק", אפילו במודה במקצת פטור ולא מקרי מחויב שבועה, וממשיך התוס' רי"ד לענין מי ששאל את הפרה חצי יום ושכרה חצי יום, דאמרינן דבאינו יודע מתי נאנסה מיחייב כשיש עסק שבועה ביניהם:

"משום דכיון דלקח הפרות מחבירו, בין בשאלה בין בשכירות, נתחייב לדעת אנסייהן באיזה ענין יהיה שיפטר ובאיזה ענין יתחייב, הלכך חייב".

והיינו דכל היכא שאינו טוען טענת ודאי לפטור, חייב לשלם ואינו בכלל לא הו"ל למידע. ובב"י (ח"מ רצא,כה) הביא בדין זה, אם טענת שמא של השומר יכולה לפוטרו, ב דעות, וז"ל:

"כתבו תלמידי הרשב"א, שומר שכר שמסר לאשתו ובניו או למי שהבעלים רגילין להפקיד אצלו, דעת הרמב"ן שאילו נשבע השני, שהוא שומר

חינם, שלא פשע בה ואומר שנגנבה או שאבדה, שהראשון הוא חייב, שהרי זה פטור בשבועתו, וכיון שהוא פטור ואומר שנגנבה או שאבדה, אע"פ שאין אנו יודעים, הראשון חייב, ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני, שעליו לברר. וכן היכא שאינו רוצה להשבע השני שמתה כדרכה, או שהלך למדינת הים, הראשון חייב, ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני, וכן כתב מורי ר"ש. אבל דעת רבינו, דשומר שכר שמסר לשומר חינם ואין השני רוצה להשבע או שהלך לו, שהראשון פטור, ואפילו הלה תובעו בברי שנגנבה, מפני שזה טוען שאינו יודע אם נגנבה והוא חייב, או אם נאנסה או מתה בפשיעה והוא פטור, והו"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי לך, דפטור."

מבואר מדברי תלמידי הרשב"א ב דעות כאשר השומר טוען טענת שמא הדבר הנפקד נאבד באופן הפוטר. דעת הרמב"ן דעל השומר לברר, וכל היכא שאינו מברר, בין ע"י שבועה ובין בדרך אחרת, הוי טענת שמא דשומר כטענת איני יודע אם פרעתיך שהוא חייב. ודעת הרשב"א דאפילו הבעלים טוענים טענת ברי, כל היכא שהשומר אינו יודע, הו"ל איני יודע אם נתחייבתי שהוא פטור. וכדעת הרמב"ן מבואר לכאורה ברמ"א חו"מ שגג, ומקורו מדברי המרדכי ב"מ סי' שעו, וז"ל הרמ"א:

"אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה שומר שכר עליהם, הוי אונס, אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא ע"י אחרים. ודוקא שיודע בודאי שנשרפו, אבל אם אינו יודע בברור רק שהיו בבית שנשרף, אינו יכול לישבע שנשרפו דדילמא עכו"ם נכנסו וגנבו אותו ולכן חייבים לשלם, אא"כ עכו"ם הנכנסים הם ליסטים מזוינים, דאז ישבע שנשרפו או נגנבו בליסטים מזוינים ופטור."

מבואר מדברי הרמ"א דכאשר השומר אינו טוען טענת ודאי לפטור, חייב לשלם, ואינו יכול להסתור בטענת שמא, ואף שהיו החפצים בבית שארעה בו השרפה, עליו לדעת ברור שלא נגנבו החפצים. ועיין בפת"ש שגה, מה שהביא מתש' חוט השני דהיינו דוקא היכא דשכיחי גנבי. והיינו מטעם שהיתה שריפה, ומהיכי תיתי לחשוש לגנבי במקום דלא שכיחי, אך במקום שלא היתה שריפה, אם אינו יודע כיצד נאבד, יש לחייבו מדין איני יודע אם פרעתיך.

לפ"ז גם בנדו"ד שאינו טוען טענת ודאי שהנזק נגרם כתוצאה מבלאי בקפיץ, רק מסברא אומר כן, אינו יכול לפטור את עצמו בטענת שמא מחמת מלאכה מתה. ובפרט כשהרמ"א פסק כדעת הרא"ש דלא נפטר בספק אם מתה מחמת מלאכה. ואף למש"כ בח"ג סי' ח, דנראה בדעת הרשב"א דס"ל דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי

דוקא במקום שאין ודאי חיוב, וכגון במקום שאינו יודע השומר אם נגנבה או לא, ובמקום דלא הו"ל למידע, כגון בשומר שמסר לשומר, אבל במקום שיש ודאי חיוב, כגון בידוע שנגנבה אלא שהשאלה היא אם נגנבה באונס ופטור או שלא באונס וחייב, בכגון זה אם אינו יודע, חייב השומר לשלם, שכך עולה לכאורה מדברי הרשב"א בתש' (ח"א סי' אלף קלד), עיי"ש. הנה בנדו"ד דודאי ארע נזק, אינו יכול לפטור עצמו בטענת שמא מחמת מלאכה מתה.

והש"ך חו"מ רצא, מד (עיין גם ש"ך שמו, ז) כתב דלא קיי"ל כנימוק"י וכדעה שהביא הב"י הנ"ל, דמדברי רש"י ומדברי כל הפוסקים לא משמע כן, אלא כיון שאינו יכול לומר בבירור שנאבד באונס חייב. וגדולה מזו כתב בתרומת הדשן סי' שלג דאפילו לא מסר לשומר רק נאבד אצלו ואין יודע אם בפשיעה אם באונס חייב, דכל שומר צריך לישבע בבירור אבל לא שאינו יודע, וכן עיקר. וע"כ מסיק הש"ך: "דלענין דינא דכיון שאינו יכול לומר בבירור חייב, והכי משמע מדברי הפוסקים בכמה דוכתי". ובש"ך הביא את היש"ש (ב"ק פ"י סי' ג) שהקשה על הרא"ה, דאי איירי שטוען המשאל ברי לי שמתה בפשיעה, א"כ אפילו גבי ידידה (ולא שליח) נמי מחייב;

"דהוי כהלוייתני ואיני יודע אם פרעתיך, דהא אתחייב ליה להשיב בהמתו ובטענת ספק רוצה לפטור עצמו נגד טענת ברי. ואי איירי שג"כ המשאל בא בטענת שמא, נ"ל דאפילו גבי שליח פטור, דהא אין כאן טענת ודאי לחייבו, ושמא ושמא הוא, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ודומה לאחד שאומר הלוייתני ואיני יודע אם פרעתיך, וזה ג"כ אינו יודע, דפטור."

לכאורה מעיון בדברי היש"ש, נראה דאין להביא ראיה לדעת הש"ך, דאף שהיש"ש חלק על הרא"ה וכתב דלא דק, מ"מ היש"ש ס"ל דהוי איני יודע אם פרעתיך דוקא במקום שטוענים הבעלים טענת ודאי, אבל בטענת שמא של הבעלים פטור. ולדעת הש"ך נראה דכל היכא שהשומר אינו טוען טענת ברי שמתה באופן הפוטר, חייב לשלם, וכמש"כ הש"ך בתוך דבריו: "דלענין דינא דכיון שאינו יכול לומר בבירור, חייב", ועיי"ש בהמשך דבריו, דשאלה (והוא הדין פקדון) כיון דהדרא בעינה, לא רמי חיובא אנכסיה דשואל כל זמן שהיא בעין חייב להחזירה, וא"כ כשאינו יודע אם מתה כדרכה או לא, הו"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך. ומשמע שאין חילוק בין אם טוען המפקיד טענת ודאי או לא. ועיין בחזו"א חו"מ ה,ו שהיש"ש פירש דברי הרא"ה בליכא שבועת השומרים, ולכן לא קשה קושית הש"ך, עיי"ש, דדוקא במחויב שבועת השומרים הוי איני יודע אם פרעתי, משא"כ בליכא שבועת השומרים, הוי איני יודע אם נתחייבתי.

אמנם בקצוה"ח שמד, הצדיק את דעת הרא"ה, דעל הצד לטעון דהו"ל איני יודע אם פרעתיך הוא מטעם שיש על השומר חיוב השבה עוד קודם האונס, ולכן החיוב

ודאי והפטור – ספק מתה מחמת מלאכה – ספק, וע"כ חייב. אולם לדעת קצוה"ח אין לשומר חיוב השבה כל זמן שהוא בעין, וע"כ אין כאן חיוב ודאי הקודם לספק הפטור, 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, דמ"ש 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 דמיחייב בהשבה, אבל שומר אינו חייב בהשבה אלא כל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהן, וכמ"ש בסימן פו סק"ד ע"ש ובסימן קצח סק"ה, ודוקא היכא שמתה בפשיעה הוא דכתב רחמנא יביא עד דהיינו יביא עדודה לבית דין, אבל היכא דמתה באונס אין השומר מחויב להביא עדודה וכמ"ש בנימוק"י פ"ק דב"ק (דב, בעמוה"ר הרי"ף) ומכל שכן כשהוא בעין."

ואף למ"ד ששומר מחייב משעת משיכה, הביא קצוה"ח את דברי הריטב"א דלאו דמיחייב חיוב גמור לאלתר משעת משיכה, 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. ומבואר דכל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפילו מצות השבה אינו בשומרין, ודוקא גנב וגזול הוא דמיחייב בהשבה, אבל שומרין אינן בהשבה כלל אלא אם הבעלים רוצים בפקדונם הולכים לביתו של שומר ולוקחין את אשר להם.

וע"ע בנתיבות שמו, שהקשה על דברי הש"ך, דהא אין לך לא הוי למידע גדול מזה, דהא בלתי אפשרי לידע דבר זה לכל העולם, וא"כ מדוע חייב. וכתב לישב דכיון דהו"ל דררא דממונא, וא"כ אף בשניהם טוענים שמא בפרעון, חייב לשלם, דהא הספק נולד לב"ד בלא טענותיהם, והתומים בכללי תפיסה [קיצור תקפו כהן] ס"ק מג כתב לחלק בדין תפיסה, דכשהספק בפרעון לא מהני תפיסה, כגון פועל שאכל מגפן אחר דיש לספק דילמא מנכין לו אכילתו משכירותו, דאינו יכול לנכות לו מספק (חו"מ שלזי), כיון שהספק בפרעון, ע"ש. וע"כ צ"ל אע"ג דבאיני יודע אם פרעתי, כשטוענין שניהם שמא פטור (חו"מ עה, יח ונתיבות סקמ"ו), מ"מ כשיש ספק לב"ד בלא טענותיהם חייב בספק בפרעון, וא"כ הכא נמי הרי איכא דררא דממונא ולא נפטר בספק פרעון.

וכאמור, כיון שהנזק נגרם תוך כדי נסיעה ולא לאחר זמן, ניכר שהנזק נגרם מעודף המשקל, ואינו יכול לטעון טענת מתה מחמת מלאכה וכנ"ל, ורק בשקול

התשלום של הנזק, יש לחשב את ערך הקפיץ שעומד לתקון בעוד זמן קצר, אך אין בטענה כדי לפטור את השוכר.

ג. חיוב המטעין האחרון

מהלכות שומרים חייב השוכר ראובן לשלם למשכיר את הנזק, והשאלה הנשאלת מדין אדם המזיק שיש חיוב על נוסעי המכונית, האם יש חיוב על כולם או על לוי המטעין והנוסע הנוסף והאחרון.

על הא דתנן ב"ק ט,ב: הכשרתי במקצת נזקו, חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו, איתא שם י,ב: מתקיף לה רב פפא, והא איכא דתניא, ה' שישבו על ספסל אחד ולא שברוהו ובא אחד וישב עליו ושברו, האחרון חייב. ואמר רב פפא, כגון פפא בר אבא (שהיה בעל בשר - רש"י). היכי דמי, אילימא דבלאו איהו לא איתבר, פשיטא (דלא דמי לבור שהראשון גרם נזקין והרג חציו או רובו, אלא משום הכי הוא דמפטר דאמר ליה אי לאו אתה, הוה מתזיק ולא הוה מיית. אבל אלו לא שברו כלום כל זמן שלא בא זה). אלא דבלאו איהו נמי איתבר, מאי קעביד. סוף סוף מתניתא היכא מתרצא. לא צריכא דבלאו איהו הוי מיתבר בתרי שעי (ולא הכי אצטריך למיתנייה לאשמועינן דאפי' הכי חייב. ומיהו בהדי ההיא דחופר בור לא מצי למיתנייה דתהוי הך כהכשר במקצת נזקו דמתני', דהאי לא מקצת נזק הוא אלא כל נזק, שהראשונים לא התחילו לשברן כי היכי דחופר בור ט' הזיקתו הבל חום של ט' והבל חום של י' הרגו), והשתא איתבר בחדא שעה, דאמרי ליה אי לאו את, הוי יתבינן טפי פורתא וקיימין. ולימא להו אי לאו אתון, בדידי לא הוה מיתבר (לחוד לא הוה מיתבר, ואתם כשישבתי היה לכם לעמוד, ומדלא עמדתם אתם כמוני שברתם, וגבי משלים בור לעשרה ליכא לאקשווי הכי, דמאי הוה ליה לקמא למיעבד). לא צריכא דבהדי דסמין בהו תבר (לעולם דבלאו איהו לא הוה מיתבר כלל, ודקאמרת פשיטא, לא צריכא דלא ישב עליו אלא עמד על רגליו ונסמך עליהם, ואתא לאשמועינן דכחו כגופו דמי). פשיטא מהו דתימא כחו לאו כגופו דמי, קמ"ל דכחו כגופו דמי, דכל היכא דגופו תבר כחו נמי תבר. והמגמ' משמע לכאורה שאם לא נסמך עליהם ויכלו לעמוד, חייבים כולם. והתוס' שם ד"ה כגון הביא קושית רשב"ם לפטור את יושבי הספסל מדין מתה מחמת מלאכה. וכתב הרשב"ם דסתם ספסל שאול לבני אדם רגילים, וע"כ אם נשבר בישיבתם, חשיב כמתה מחמת מלאכה, משא"כ לאנשים כפפא בר אבא. ולפ"ז גם שאר ארבעת היושבים היו כפפא בר אבא, אם מחייבים אותם בהיכי תימצי דבלאו חמישי היה מיתבר. אולם למסקנת הגמ' י"ל דא"ה"נ, דהם לעולם אינם חייבים, ואין דוחק לומר דהבריייתא מיירי שכל הארבעה הם גם כפפא בר אבא (עיי' מהרש"א על התוס'), כיון דהבריייתא מיירי בסמך עליהם;

"ומתוך כך פטר ארבעה בני אדם שישבו על ספסל אחד של אלמנה ושברוהו, והר"ר עזריאל חייב לשלם. ור"ת מפרש דנקט פפא בר אבא משום דקאמר במסקנא דכחו כגופו דמי, ודוקא פפא בר אבא שהוא אדם כבד ומתוך כבדו מונען לעמוד, אבל שאר בני אדם שאין כבידין כל כך ואין סמיכתן מעכב מלעמוד, אינהו נמי פשעו שלא עמדו וכולן חייבין. ולפי זה צריך לומר דרב פפא עצמו בא לתרץ מה שהקשה ותו ליכא."

ולכאורה מה מחלוקת הרשב"ם והר"ר עזריאל, דלכאורה הדין שפטורים מלשלם כיון דמתה מחמת מלאכה. ובמהר"ם פירש דהר"ר עזריאל פירש כר"ת. וצ"ל דאף דסתם ספסל שאול לסתם בני אדם, מ"מ כשבא אחד כפפא בר אבא ויושב על הספסל, צריכים האחרים מיד לקום, ואינו שאול להם יותר לשבת, ואם לא קמו מיד, יש לחייבם, ואין להם את הפטור של מתה מחמת מלאכה, כיון שכבר אינו שאול להם. ולכאורה למש"כ מהר"ם דהר"ר עזריאל פירש כר"ת, מדוע חייב בספסל אלמנה, כיון שלא היה שם פפא בר אבא ביניהם, והיה הספסל שאול להם ומתה מחמת מלאכה פטור. וצ"ל, דמיירי בספסל שאינו ראוי לארבעה, או שהרגישו שהולך להשבר, וזה דוחק לפרש כן. אמנם מדברי הרשב"א בבאור דעת ר"ת עולה דר"ת ס"ל דסתם ספסל אינו שאול לסתם בני אדם, ע"כ לא שייך בזה הפטור של מתה מחמת מלאכה, וז"ל:

"אבל ר"ת אחיו ז"ל פירש דכולן ישבו בו שלא ברשות, דאינו מושאל מן הסתם אפילו לשאר אנשים, ולא נקט פפא בר אבא אלא לאשמועינן דטעמא דברייתא משום דכחו כגופו כדמפרשין בתרוצא דברייתא."

לפ"ז מה שחייב הר"ר עזריאל, דס"ל כר"ת שספסל אינו שאול לשיבת בני אדם אא"כ השאילם להדיא, וכאן ישבו מעצמם על ספסל האלמנה, וממילא אין להם הפטור של מתה מחמת מלאכה. רק הדיון מי מביניהם חייב, וכיון שלא יכלו לעמוד בסמיכתו, הם פטורים והוא חייב. וצ"ל דמדובר בספסל מחובר לקרקע או באופן שלא יכלו להזיזו, או שיכלו ולא הזיזו אותו, שלא קנו הספסל בקניני גזילה, שאל"כ חייבים באונסין כגזלן. אמנם למש"כ היש"ש (להלן), אתי שפיר דיש לו רשות לישב ואינו גזלן, ומ"מ אינו פטור מדין מתה מחמת מלאכה (ועיין בנחלת דוד ב"ק י"ב בסופו).

והרא"ש בה"י הסכים לפרוש רשב"ם, וביש"ש ב"ק א, כח תמה עליו, כי אף שסתם ספסל עשוי לישב עליו. מנין שנותן רשות לפטור היושב עליו ומשברו, דאפשר דלא נקרא גזלן בהכי כשיושב עליו. אבל אין לפוטרו בדין מתה מחמת מלאכה רק כששואל מדעת בעלים, דבזה יכול לומר לאו לאוקמיה בכילתא שאלתיה כדאיתא בהשואל (ב"מ צו, ב). א"כ אדעתא דהכי קא שאיל ואדעתא דהכי קמשאיל.

אבל כשהיושב בספסל מדעת עצמו לא שאל מהבעלים להדיא, אף שסתמא עשוי לישבה, מ"מ לא נתן לו רשות לישוב וליפטר בשבירה. כלומר, גם אם יש רשות לשבת, אין ליושב דין של שואל להפטר מדין מתה מחמת מלאכה, דפפור זה קיים רק למי ששואל ממש. (ובזה השבתי למי שהתארח בבית וישב על הכסא, דחייב לשלם לפי היש"ש ואין לו פטור של מתה מחמת מלאכה, וכן לאורחים בבנין שעלו במעלית. אמנם יכולים לומר קים לי כרשב"ם והרא"ש דפטורים גם בכהאי גוונא כשמתה מחמת מלאכה). עוד הקשה על הרא"ש דאין נראה לחלוק על עמודי העולם, הרמב"ם (חובל ו,טו) ור"ת ור' עזריאל שהם מחייבים בנדון זה. ובפירוש הסוגיא כתב ביש"ש:

"מתחלה מוקי ליה כגון פפא בר אבא. פי' דאיש כבד היה. ומיד כשישב עליו נשבר בפתע, ואף בתחילה כשישבו עליו יחד לא היה בו צד ריעוע, דאי לא איירי בפפא בר אבא, אי אפשר, שאם מתחילה כשישבו עליו הד' לא היה נשמע קול הטייה ריעוע הספסל, יהיה נשבר מיד בהוספת ישיבת החמישי, אם לא שהוא כבד ושמן ביותר, כי כך המנהג לעולם, קודם שיעור שבירה נרתע ונשמע קול הטייה, וא"כ מאחר שהיה נשבר כשישב עליו החמישי מיד, א"כ מסתמא מקודם היה ראוי קצת להתרועע כעין שבירה, וא"כ למה לא עמדו הד', שהיה להם לחוש בריעוע הספסל, ואף שאח"כ ידוע שלא היה נשבר בישיבת הד' אנשים, מ"מ פושעים הם, והוי כמו שישבו כולם בפעם אחת ונשבר. שכולם חייבים. אלא איירי בפפא בר אבא, ומתחילה לא היה שום צד רעותא וקרוב לשבירה. וכשבא וישב החמישי כגון פפא נשבר מיד. ועל זה אסיק היכי דמי, אי דבלאו איהו לא נשבר, פשיטא שהוא עושה כל הנזק והראשונים פטורים, ואין זה הכשר מקצת נזקו. אלא דבלאו איהו נמי מתבר, מאי קעביד. פי' הלא מנא תבירא תבר ... אלא שבלאו איהו היה מתביר בתרי שעי והשתא בחד שעה, וקא מסמך בהו שלא היו יכולין לעמוד, א"כ האחרון חייב, וקמ"ל דכחו כגופו דמי, ואיירי אפילו בלא פפא בר אבא. אבל אם לא נסמך עליהם, אף שבישיבתו היה נשבר בשעה אחת, כולם חייבים ..."

מבואר מהיש"ש שיש חובה על היושבים לעמוד באחד משני המצבים: או שמרגישים שהספסל לא יציב ומתחיל להשבר, שאז גם אם אין ביניהם פפא בר אבא, חייבים מיד לעמוד, ואם לא עמדו, חייבים כולם. או שאפי' לא הרגישו שהספסל לא יציב, רק שמתישב לידם אדם כבד משקל, חייבים הם מיד לעמוד מתוך הבנה שהשבירה עלולה לקרות. ורק אם לא יכלו לעמוד מחמת זה שהיושב החמישי נסמך עליהם, בזה הם פטורים והאחרון חייב.

והרמב"ם הביא דין זה בהל' חובל ומזיק ו,טו, וז"ל:

"וכן חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא האחרון וישב עליו ונשבר, אע"פ שהיה ראוי להשבר בהן קודם שישב, הואיל וקירב את שבירתו, האחרון חייב, שהרי אומרים לו אילו לא נסמכת עלינו היינו עומדים קודם שישבר, ואם ישבו כאחת ונשבר כולן חייבין, וכן כל כיוצא בזה."

ואת היות האחרון נסמך עליהם הזכיר הרמב"ם לא בגוף העובדא אלא בטענות האחרים. ובמחבר בשו"ע חו"מ שפא,א הוסיף ברישא דאחרון "נסמך עליהם ולא הניחם לעמוד ונשבר". ובסמ"ע ס"ק ב הקשה על שינוי הגירסאות, וכתב דהרמב"ם לא מיירי בנשען האחרון ומנעם מלעמוד, דדוקא לרש"י והרא"ש יש לפרש כן. ומש"כ הרמב"ם אח"כ שאומרים לו אילו לא נסמכת עליו היינו עומדין, הכוונה נסמכת על הספסל, ור"ל אילו לא באת לסמוך ולקרב ולישב על הספסל היינו עומדין, ומשום הכי אין האחרון יכול לומר לראשונים שהיה להם לעמוד כשישב, דמיירי שנשבר עד שלא ידעו עדיין שרוצה לישב שם ומיד שבא אצלם והתחיל לסמוך על הספסל נשבר. כלומר, מיד שהתישב ונסמך על הספסל, עוד בטרם יכלו לעמוד, מיד נשבר, וע"כ רק אחרון חייב. ולכאורה אין נפק"מ לדינא בין הפירושים, דבכל אופן שלא יכלו או לא הספיקו לעמוד, ונגרם הנזק כתוצאה מאחרון, האחרון חייב. והא דבעינן שיכביד על הספסל ושיהיה כחו כגופו, י"ל שאם רק מונע מלעמוד ואינו מכביד על הספסל, והיינו שאינו גורם לשבירה, רק גרם להם שלא יוכלו לעמוד והם שברו, המעכבם מלעמוד אינו אלא גרמא ופטור, עיין חזו"א ב"ק ג,יא ד"ה ולולא. (ועיין בסמ"ע דבדפוס כסף משנה נדפס אילו לא נסמכת "עלינו", והיינו על היושבים ולא על הספסל, ויש לדעת הסמ"ע לגרוס "עליו" או להשמיט בכלל, ונדפס כן ע"פ פירוש המגיד משנה שם דפירש לדברי הרמב"ם כרש"י, ואחריהן נמשך העיר שושן וכתב נסמכת "עלינו", ואינו נראה וכמו שכתבתי בדרישה). ועיין בלח"מ דמה שלא פירש הרמב"ם דמיירי באדם כפפא בר אבא, דהרמב"ם ס"ל דהעיקר הוא אם סומך עליהם בכח ומנעם מלעמוד. ולסמ"ע י"ל דאף באינו כפפא בר אבא, והוא השובר, ומה שלא עמדו, מפני שנשבר מיד. ועיין גם בחדושי הגרא"ל מאלין (ח"א סי' נט בתחילתו) דדעת הגר"א לחייב כל היכא שלא הניחם מלעמוד, אף שלא כחו שבר, ודייק מדברי הרמב"ם דחייב רק כשקרב שבירתו, ולא במנעם מלעמוד גרידא. ועיי"ש מה שביאר בדעת הגר"א בבאור הסוגיא. ולפ"ז בנדו"ד שראו שמעמיס ויכלו לצאת מהדלת השניה, והשבירה ארעה רבע שעה לאחר ההטענה הבעיתית, אין להם טענה וחייבים לשלם כמותו.

אולם ראיתי בספר אולם המשפט חו"מ שפא,א שכתב דאפי' לא נשברה תיכף בישיבתו אלא שהו זמן רב, מ"מ אין חיוב אלא על האחרון ואין על הראשונים חיוב לעמוד. וכל מה דטענינן דעל הראשונים יש חיוב לעמוד, היינו דוקא באופן שגם

בלעדיו היה הספסל נשבר (י"ל שמפרש את תרוץ הגמ' שנסמך עליהם וכו', כהמשך לתרוץ הקודם דבלאו איהו הוי מיתבר בתרי שעי, והשתא איתבר בחדא שעה, דאמרי ליה אי לאו את, הוי יתבינן טפי פורתא וקיימין, עיין להלן בדעת הראשונים), דכיון דבלא אחרון לא היה קורה הנזק, האחרון לבדו נקרא מזיק, ועל הראשונים אין שם מזיק כלל (ועיין גם בברכת שמואל לגרב"ב ב"ק יא,ב). ושכן נראה מדברי הסמ"ע שפג,י. דהנה המחבר בשו"ע חו"מ שפג,ד, כתב וז"ל:

"ה שהניחו ה חבילות על הבהמה כאחד, ולא מתה, ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותם החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה, האחרון חייב, ואם מתחלתה לא היתה מהלכת, האחרון פטור. ואם אין ידוע, כולם משלמין בשוה."

וכתב ע"ז הסמ"ע בס"ק י:

"ולא מצי למימר זה היה לכם ליקח חבילתכם ממנו כשהנחתו את שלי, כדאמרינן לעיל בה' שישבו על הספסל בסימן שפא, דשאני התם דמיירי דגם זולת האחרון היה נשבר לאחר זמן, דמשום הכי א"ל כיון דהייתם צריכים לעמוד עכ"פ לאחר זמן, היה לכם לעמוד מיד, משא"כ בחבילות הללו וכן בטעינת הספינות בסוף סימן ש"פ."

וא"כ דוקא באופן שבלאו האחרון גם היה נשבר, אבל כשללא האחרון לא היה נשבר, גם בספסל רק האחרון חייב. וכן הביא ראיה משו"ע חו"מ תיח,ט לענין אחד הביא את האור, ואחד הביא את העצים, המביא את העצים חייב. אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור, המביא את האור חייב. והיינו שיכולה האש לבעור ולהבעיר ולצאת ברוח מצויה כמבואר שם. ומשמע שאפי' ראה הראשון שנתן האחרון את האור, אין הוא חייב ליקח עציו, כיון שבלעדי האור לא היה מזיק, אין לו שם מזיק. ואע"ג דיש לחלק קצת בין נדון האש לנדו"ד, דשם כבר עשה הראשון את המעשה וגמר מעשיו, משא"כ בספסל עושה גם כעת ביושבו על הספסל, מ"מ יש ללמוד משם דכבר זכה בהקדמתו. וא"כ הכי נמי כבר זכו הראשונים בשיבתם, ואין לחייבם לעמוד כשישב האחרון המזיק. וכן נראה גם מדברי המאירי בסוגיא, וז"ל:

"חמשה בני אדם שישבו על ספסל אחד ולא שברוהו ובא אחר וישב עליו ונשתבר, אם הדבר ניכר לבית דין שאף בלא ישיבתו של זה היה נשבר, פטור זה לגמרי והאחרים חייבים. ואם נכר להם שלא היה נשבר אלא מצד ישיבתו של זה, הוא חייב והאחרים פטורים. נכר להם שבישיבתו של זה נשבר לשעתו ולולא ישיבתו לא היה נשבר עד שעה או שנים, כולם חייבים."

הרי שאם בלעדיו לא היה נשבר, רק האחרון חייב, ורק באופן שגם בלעדיו היה נשבר אחרי שעתיים, בזה כולם חייבים. ולכאורה בנדוד"ד שלולי העמסת היתר, ע"פ אומדן המומחים לא היה נשבר הקפיץ, א"כ יש לחייב רק את האחרון.

ויש בזה לכאורה מחלוקת ראשונים אם רק בעטיו של אחרון נשבר, אולם האחרונים יכלו לעמוד ולצאת מהרכב כבנדוד"ד, דהשאלה היא אם תרוץ הגמ'; לא צריכא דבהדי דסמין בהו תבר, מיירי באופן שבלאו איהו לא הוי מתבר, כמש"כ רש"י שם ("לעולם דבלאו איהו לא הוה מיתבר כלל, ודקאמרת פשיטא, לא צריכא דלא ישב עליו אלא עמד על רגליו ונסמך עליהם..."), וא"כ ביכלו לעמוד חייבים, גם אם בלאו איהו לא היה נשבר. אולם בנימוק"י (ב"ק ד, ב בעמוה"ר) מבואר דלתרוץ הגמ' שנסמך עליהם, מיירי שאילולי נסמך עליהם, היה הספסל נשבר בשעתיים, וא"כ דוקא בכגון זה יש לחייבם אם יכלו לעמוד, אבל אם לולי האחרון לא היה נשבר כלל, אף אם יכלו לעמוד, אין לחייבם, וז"ל הנימוק"י:

"שנסמך עליהם ולא הניחם לקום, וכיון שכן הוא כאילו עשה כל הנזק בידים, וקא משמע לן דאע"ג דלא תבריה בגופו מחמת ישיבתו אלא מחמת כחו שנסמך עליהם, הוא חייב והם פטורים, דאע"ג דמכתם ומכחו נשבר, הכל כח ידיה חשיב, דכגרון ביד החוצב דמי. אבל אם לא נסמך עליהם אלא שבשביל ישיבתו נשבר בשעה אחת, כולן חייבין שבשבילו לבד לא היה נשבר אם עמדו הם, ובשבילם נמי לא היה מתבר בשעה אחת..."

הרי שלתרוץ הגמ' מיירי דוקא באופן שגם בלעדיו היה נשבר בשעתיים, ורק בכה"ג יש לחייבם אם לא עמדו. וכן נראה מדברי הטור חו"מ סי' שפא; "ואם הענין כך שבזולתו היה שעה וע"י שישב עליו נשבר מיד, אם בשישב עליו נשען עליהם ומנען מלעמוד הוא לבדו חייב, ואם לאו כולם חייבין". הרי דדוקא באופן שבלאו איהו הוי מתבר, חייבים כשלא עמדו.

ועיין בחדושי הגרא"ל מאלין (ח"א סי' נט ד"ה והנראה) שכתב לבאר במחלוקת הראשונים הנ"ל, אם הטענה שהיה עליהם לעמוד עושה שכולם למעשה ישבו בבת אחת, וממילא גם אם בלעדי האחרון היה נשבר, כולם חייבים, דכיון שהיה עליהם לעמוד חשיב כישבו כולם כאחד וכולם חייבים, וזו שיטת רש"י, או שעדיין חשיב כשיבה בזה אחר זה, רק כיון שהיה עליהם לעמוד, אף שהוא אחרון והם ראשונים, כיון שגם בלעדיו היה נשבר, גם הם מזיקים במה שלא עמדו, וכשבלעדיו לא היה נשבר, רק האחרון מזיק. ומ"מ בנדוד"ד שלא יצאו מהרכב, לשיטת רש"י יש לחייבם ג"כ, ולנימוק"י והטור יש לפטרם ולחייב רק האחרון.

אולם בנדו"ד שהמשא הנוסף היה של כולם, והוטען על דעת כולם, בעבור כולם ובשליחות כולם, וגם מה ששכרו הרכב שראוי לחמשה, עבור כל הששה, אין לפטור את האחרים ולחייב רק את לוי, ויש לחייב את כל הששה. ברם בתחשיב הנזק צריך לחשב את שוויו של הקפיץ בטרם הנזק, וכאמור מדובר בקפיץ שעמד לתיקון באופן מיידי או בקרוב ממש, ומומלץ להחליף את הקפיץ באופן מיידי, כפי שמומלץ בענינו של הקפיץ הימני. ע"כ יש לשום את עלות החלפת הקפיץ קודם הנזק (ניתן לכאורה לשום לפי עלות החלפת הגומיה והתיקון בקפיץ הימני), להפחית סכום זה מהנזק בפועל שארע, וסכום זה ישולם ע"י כל הששה בשווה.

לאור האמור לעיל: על הששה להתחלק בשוה בעלות הנזק, כשמסכום התיקון יופחת מחיר התיקון של הקפיץ בטרם הנזק (לפי הערכה של תיקון הקפיץ הימני).

סימן לג

חלקי חלוף לרכב שהתבררו כגנובים

ראשי פרקים

א. יאוש ושינוי רשות

ב. החזר דמים

עקב תאונה, נאלץ ראובן להחליף ברכבו החדש כמה חלקים, ובהם חלקים יקרים כמנוע, גיר ועוד. במוסך הציעו לו במקום חלקים חדשים מהחברה, חלקים משומשים של רכבים שעברו תאונה, וחלקיהם נמכרו למוסכים. מדובר בחלקים הזולים בהרבה מהחלקים החדשים. לאחר מכן פורסם בתקשורת שבעל המוסך נעצר, ואח"כ גם נשפט, עקב מסחר בחלקים ממכוניות גנובות, כאשר בעל המוסך היה לו קשר עם גנבי רכב משטחי יו"ש, ולדעת המשטרה וביהמ"ש, אף היה שותף עם אותם גנבי רכב. והשאלה של ראובן, אם מותר לו להשתמש ברכב עם החלקים הגנובים, ואם צריך למצוא דרך לשלם לבעלי הרכב שנגנב, או שמא כיון שכבר קבלו כספם מהביטוח (מסתבר שהרכבים היו מבוטחים, כיון שמדובר בדגמים חדישים), יש לשלם את הכסף לביטוח.

א. יאוש ושינוי רשות

בנדו"ד היה יאוש ושינוי רשות. השינוי רשות בעצם המכירה של הגנבים לבעל המוסך, ועל הצד שבעל המוסך היה שותף עם הגנבים, המכירה לראובן וההתקנה ברכבו. ובפשטות י"ל שעצם פניית בעל הרכב שנגנב לחברת הביטוח, מהוה יאוש מהרכב עצמו. ובדר"כ כשיודע שהרכב נגנב, מתאשים הבעלים, מאחר ומספר הרכבים שחזרו לאחר גניבה, הם מיעוט דמיעוט, וגם מיעוט זה היה כרוך בדר"כ בתשלום לגנבים. לכן הסביר נותנת שהיה כאן יאוש ושינוי רשות. ולכאורה השינוי רשות, בודאי המכירה לראובן, היו לאחר היאוש.

איתא בב"ק קט"ו, איתמר, גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב, רב משמיה דרבי חייא אמר הדין עם הראשון (דינו של בעה"ב ותביעתו, על הגנב היא, ואין הלוקח בעל דינו, ואם בא לגבותו הימנו, יתן דמים. ואע"ג שהוכר הגנב לא אמרינן יחזיר לוקח הכלים בחנם ויפרע מן הגנב. – רש"י), ר' יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר הדין עם השני (דינו של בעל הבית עם הלוקח הוא, ויוציא הימנו כליו בחנם). ושם בגמ', רב זביד אמר (היכא דלא אייאוש בעלים, דכ"ע אית להו דרב חסדא והדין עם השני,

והכא כגון שנתיאשו כו') כגון שנתיאשו הבעלים ביד לוקח ולא נתיאשו ביד גנב, ובהא פליגי, מר סבר יאוש ואח"כ שינוי רשות קני, שינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני, ומ"ס לא שנא. רב פפא אמר בגלימא דכ"ע לא פליגי דהדר למריה (לעולם בדלפני יאוש פליגי, ותרוייהו אית להו דרב חסדא, ובגלימא דגניבה כ"ע לא פליגי דהדרא למרה מיד בחנם ואין הלוקח יכול לעכבה על מעותיו וכדרב חסדא, והדין עם הראשון דאמר רב לא בדין הבעל הבית קאמר אלא בדין של לוקח קאמר), והכא בעשו בו תקנת השוק קמיפלגי (על שקנאו לוקח בשוק בפרהסיא ולא הבין בו שנגנב, עשו לו תקנה שישלם לו בעל הבית מעותיו), רב משמיה דר' חייא אמר הדין עם הראשון, דינא דלוקח דלישקול זוזי מגנב, ולא עשו בו תקנת השוק, ור' יוחנן משום דר' ינאי אמר הדין עם השני, דינא דלוקח דלישקול מבעל הבית, ועשו בו תקנת השוק. וסבר רב לא עשו בו תקנת השוק והא רב הונא תלמידיה דרב הוה, וחנון בישא גנב גלימא וזבנה, אתא לקמיה דרב הונא א"ל להווא גברא זיל שרי עביטך, שאני חנן בישא כיון דליכא לאישתלומי מיניה, כלא הוכר דמי. אמר רבא אם גנב מפורסם הוא, לא עשו בו תקנת השוק. והא חנן בישא דמפורסם הוה ועשו בו תקנת השוק. נהי דמפורסם לבישוא, לגניבותא לא מפורסם.

ועיין ברי"ף ב"ק (מא, ב – מב, א בעמודה"ר) דהלכתא כר' יוחנן דאמר עשו בו תקנת השוק. ובנימוק"י שם הקשה, מדוע הבעלים צריכים לשלם ללוקח משום תקנת השוק, הא מדינא חייב להחזיר בחינם, דהא קי"ל דסתם גניבה יאוש בעלים, והוי יאוש בידא דגנב ושינוי רשות [בידא] דלוקח, ותירץ הרא"ה ז"ל בשם זקנו הרז"ה ז"ל, דמיירי שהבעלים מרדפים אחריהם דליכא יאוש. ומבואר שאם היה יאוש, לכאורה או אינו צריך להחזיר כלל. ואם לקח מגנב מפורסם אחרי יאוש, נחלקו הראשונים אם צריך הלוקח להחזיר דמים, כפי שיתבאר להלן.

והרא"ש ב"ק י"ח פסק כדעת רבי יוחנן באוקימתא דרב זביד, דדוקא יאוש ואח"כ שינוי רשות מהני שיקנה הלוקח, משא"כ אם התיאשו הבעלים כשהיה ביד הלוקח. וכן פסק הרשב"א בחידושים כאן, וכן משמע מפרש"י גיטין נה, א, לענין יאוש כדי לא קני, וז"ל: "יאוש לבדו בלא שינוי רשות אחר היאוש". מבואר דשינוי רשות דוקא לאחר היאוש קני. וכן דעת המרדכי (ב"ק סי' קלט) דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני, אבל יאוש ואח"כ שינוי רשות קני. וכן משמע מהתוס' ב"ק סז, א-ב מדהביא סתמא את דעת רבי יוחנן.

ודעת הרמב"ם בהלכות גניבה ה, ג דאין חילוק בין אם התיאשו ביד גנב או ביד הקונה, וז"ל:

"נתיאשו הבעלים מן הגניבה, בין שנתיאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואינו מחזיר הגניבה

עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם, או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם. (השגת הראב"ד) נתיאשו הבעלים מן הגניבה וכו' אלא נותן להם דמים מפני תקנת השוק אם לא היה הגנב מפורסם. א"א כל זה אין לו שורש ולא ענף והוא שבוש המעתיק."

וכן פסק בשו"ע חו"מ שנגג, ודעת הרמ"א שם בשם י"א כרא"ש. ומה שפסק הרמב"ם דאף בהתיאשו ביד הלוקח, הקשה ברב המגיד דהא באוקימתא דרב זביד, רבי יוחנן ס"ל דשינוי רשות קודם יאוש לא קני. ושמא הוא סובר דכיון דרב פפא דהוא בתרא, אוקי באוקימתא אחריתי בשלא נתיאשו כלל, הדרינן לכללין דיאוש ושינוי רשות קני אי זה מהם יהיה קודם. והביא רביה מב"ק סח"א, דאמר שנתיאשו הבעלים בי לוקח דהוה ליה יאוש ושינוי רשות (אך בגרסא אצלנו המילים שינוי רשות נמצאות בסוגריים). וע"ע בלח"מ מש"כ בזה. ועיין בגדו"ת מט, יג, ח מש"כ בדברי המגיד.

ונראה דסברת רבי יוחנן והראשונים שפסקו כוותיה, דלא מהני יאוש אחר השינוי רשות, דבאיסורא אתי ליד הקונה, וכמש"כ הש"ך שנגג, דגם בגנב וגזול צריך שיהיה בהיתרא ביד הלוקח. דאף שיש סברא לחלק בין אבידה לגזילה, דגניבה וגזילה במהותם הם בבחינת באיסורא אתי לידיה, מ"מ מוכח מהגמ' ב"מ כב,א דשינוי רשות בעינן שיהיה היאוש קודם שנתן הגזול. וכתב הש"ך דאפשר והרמב"ם מחלק בין מכר למתנה, "אבל אין נ"ל לחלק, דהא קי"ל רשות מקבל מתנה כרשות לוקח דמי". וס"ל לש"ך דגם דעת הראי"ף שיאוש ואח"כ שינוי רשות לא מהני. ודלא כמהרש"ל (ב"ק י, לא), דהרי"ף סמך עצמו על מה שפסק כאב"י דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, הואיל ובאיסורא אתי לידיה. ולכן גם מה דקיי"ל דסתם גניבה הוי יאוש בעלים, היינו כשידוע שהבעלים ידעו מהגניבה, דבזה אמרין מסתמא נתיאשו הבעלים, אבל אי לא ידעין שידעו מהגניבה, לא הוי יאוש.

גם מקצוה"ח שנגג, מבואר דטעם רבי יוחנן דלא קנה בשינוי רשות ואח"כ יאוש, משום שבאיסורא אתי לידי. קצוה"ח הביא את דברי הרמב"ם בהל' אישות ה,ז: "המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס, אם נתיאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר בייאוש, הרי זו מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת". ובמגיד שם כתב הטעם דהוי יאוש ושינוי רשות, וכיון דקנאתו היא, אף הוא קונה אותה. וכתב קצוה"ח דהרמב"ם לטעמיה דס"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש גם קונה, אף דבאיסורא אתי לידיה. ולכן לשיטת הרמב"ם גם בקידושין י"ל דכיון דהיא קנאתו, הו"ל קידושין וקנין שלו באין כאחד, דגזול נמי קונה ע"י שינוי רשות, דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת, דאע"ג דאתי לידיה דגזול באיסורא, הא שינוי רשות ואח"כ

יאוש דודאי באיסורא אתי לידיה דלוקח אפ"ה קונה בהצטרפות שניהם. אולם לשיטת הרא"ש דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני, ע"כ טעמא דיאוש ואח"כ שינוי רשות אינו אלא משום דאתי ליד לוקח בהיתרא, א"כ לגזול אינו קונה כלל ואפי' בשעה דאתי ליד האשה, כיון דלדידיה באיסורא אתי לידיה, וכיון דבעל לא קני, לא הוי קידושין, דאין הכסף שלו. ומבואר שמחלוקתם היא אם מהני בגזול שינוי רשות כשבאיסורא אתי לידיה, ומבואר גם שחולקים לענין אם הגנב והגזול עצמו קונה בשינוי רשות (ועיין בקובץ שעורים ב"ק טו מש"כ להקשות על דברי קצוה"ח).

ובחזו"א ב"ק טז, דייק מדברי תוס' בסוכה ל"ב, דהא דשינוי רשות ואח"כ יאוש קונה, דלגבי עלמא יאוש כדי קני, ורק לגזול אינו קונה, ולכן ביחס ללוקח, קונה ביאוש כדי. ולמ"ד דלא מהני יאוש אחר שינוי רשות, י"ל דכיון דלקח קודם יאוש, נעשה גזול. ולפ"ז הקשה החזו"א, לשיטת התוס' בב"ק קיא, ב (ד"ה גזל) דלא מהני יאוש אחר שינוי רשות, על דברי רב חסדא שם; גזל ולא נתיימשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו, רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ובתוס' שם מדייקים, דאם התימשו הבעלים, אינו גובה אלא מן הראשון, ואפי' היכא דאילו לא אכלו היה חייב להחזיר, כגון היכא דליכא שינוי רשות, שנתיימש אחר שבא ליד השני. ומוכח דס"ל דלא מהני יאוש אחר שינוי רשות. ואפי' הכי אם אין גזילה קיימת קתני דפטור. והקשו בתוס', דכיון דכי הגזילה קיימת חייבין, אמאי פטורין כשאכלום. ותירצו, דדרשינן מקרא לקמן בשמעתין דפטור באין גזילה קיימת, אשר גזל - אם כעין שגזל יחזיר. והחזו"א הקשה למש"כ ולמד שדינו של הלוקח קודם יאוש כגזול, מדוע לא חייב כשאכלו. ותירץ החזו"א, דיכול הלוקח לזכות ביאוש אף שנעשה כגזול; "מ"מ כח גזול הראשון קיים, ואילו מכרו הגזול עכשיו לאחר, הוי קני לה לוקח שני, וא"כ הדין נותן דגם לוקח ראשון אפשר לו לחדש המכירה עכשיו ולקנות, וממילא פקע גזילתו", עיי"ש.

ועיין בעונג יו"ט סי' כט דלשיטת הרמב"ם ביאוש ושינוי רשות קונה למפרע משעת הגזילה, וע"כ מהני אם בשעת הקידושין לא היה יאוש, ורק אחר שקדש התימשו הבעלים, דמקודשת כיון שקונה למפרע משעת גזילה, ודלא כב"ש כח, דשכתב דאף לרמב"ם לא מקודשת ביאוש אחר השינוי רשות. וע"ע בעין יצחק לגרי"א (חאהע"ז ח"ב סה,נז) מש"כ בזה.

והגרא"ז באבן האזל (גניבה ה,ג) כתב דלמעשה שינוי רשות עצמו קונה, אלא שאינו שינוי גמור וצריך ליאוש שיהיה עימו כדי שהשינוי רשות יקנה, וכיון שאין היאוש קונה אלא השינוי רשות, והיאוש רק מסייע לשינוי רשות, ס"ל לרמב"ם שאין לחלק בין קדם היאוש לשינוי רשות או לא.

ובנתיבות שנגב, כתב לישב את דברי הרמב"ם (ועיי"ש מה שתירץ בראית הש"ך), דהא דאמר רב זביד דפליגי בשינוי רשות ואח"כ יאוש אי קני, דרב סבר דקני, אין הכונה לקנין גוף הגזילה, דלדעת רב גוף הגזילה גם ללא שינוי רשות קונה, דס"ל (ב"ק סז,ב) דיאוש כדי קני. ומחלוקתם היא לענין החזר הדמים, ודעת רבי יוחנן דצריך עכ"פ להחזיר הדמים, דשינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה לענין שאינו צריך להחזיר הדמים. ולכן לשיטת הרמב"ם דאף ביאוש ואח"כ שינוי רשות קונה ומחויב להחזיר הדמים (הל' גניבה ה,ג הנ"ל), לכן אין חילוק בין שינוי רשות ואח"כ יאוש ליאוש ואח"כ שינוי רשות, דקנה ומחזיר דמים, ופסק כר' יוחנן.

והנה הגרש"ש בחידושיו לב"ק (סי' לח) הקשה לשיטת הרמב"ם דמהני יאוש אצל הלוקח, איך מהני קנין הלוקח ללא קנין חדש מהגזלן, כיון דעיקר קנין הלוקח הוא רק אחר יאוש, דקודם יאוש הוא של הבעלים, וא"כ צריך קנין חדש. וכתב לבאר, דהתוס' ב"ק סו,א (ד"ה כיון) כתבו דיאוש אינו כהפקר גמור, שאם היה כהפקר גמור, א"כ אפי' בא לידו קודם יאוש ובאיסורא, יוכל כעת לקנות מן ההפקר. וביאוש מעבד אין צריך גט שחרור, לא מטעם שהוא כהפקר אלא שאין לרבו רשות עליו. והנתיבות רסב,ג (ועין קצוה"ח שסא,א) כתב דיאוש לא יצא מרשות בעלים, עד דאתי ליד זוכה. וזה החילוק בין הפקר ליאוש, וכמש"כ בתוס' ב"ק הנ"ל, דהפקר יצא מרשות הבעלים אף קודם שבא לרשות זוכה, והבעלים צריכים לקנות בקנין אם רוצים לזכות מההפקר. ויאוש נראה דלא מהני עד דאתי לרשות זוכה, ואם נתיאש מהאבידה ולא בא ליד זוכה, אין צריכים הבעלים לחזור ולזכות בו, רק כיון שראהו תיכף זכה בו, ואין שום אדם יכול לזכות בו שוב. ולכן תנן ב"ק צו,א, דגזל חמץ ועבר עליו הפסח, אומר לו הרי שלך לפניך, אף דודאי התיאשו הבעלים, ואף למ"ד יאוש קונה, מפני שאין הגזלן רוצה לקנות. ואם הוא הפקר, אף שאינו רוצה לקנות, איך יאמר לו הרי שלך לפניך, הרי אינו של הבעלים. וכתב הגרש"ש לחלק בין יאוש בגזילה ליאוש באבידה, וז"ל:

"דהנה באבידה נ"ל דהוי הפקר, והוא דאף דענין היאוש אינו הפקר רק כאינו מקפיד כמש"כ, מ"מ יצא הדבר מרשות בעלים, כיון שאינו רגיל שיוחזר לבעלים, שאבוד מהם, והתורה התירה לכל אדם לזכות בו, ממילא לא חשיב שוב של בעלים והוי כהפקר, וכן משמע מדברי הרמב"ם ... אמנם בגזילה כיון דאינה ראויה לשום אדם ע"י יאוש, דאי אפשר לזכות בלא רצון הגזלן כמוש"כ, ולגזלן נמי חשוב אינו ראוי, דלמ"ד יאוש אינו קונה בגזילה, ודאי ניחא. ולמ"ד יאוש כדי קונה, מ"מ אסור ליה לזכות, דמחויב להשיב גוף החפץ. ומשו"ה אינו חשיב כהפקר ע"י יאוש, כיון דאינו פועל כלום, כיון דלא מצי להפקיע ע"י היאוש בפועל מרשות הבעלים, ונשאר רק דין יאוש דלא הוי הפקר. ועוד

נ"ל כל היכי דאין זכות לכל אדם לזכות בו כמו באיסורי הנאה, וכדומה לא שייך שיתחשב כהפקר ע"י דין היאוש, ולפ"ז נוחא דברי הש"ס ב"ק סו דאומר הש"ל, כיון דאינו רוצה לקנות ע"י יאוש, הדבר עדיין של הבעלים, דכיון דליכא שום זכות לגזולן שירצה לזכות, לא נעשה הפקר ומכש"כ אם נאמר דאסור לי' לזכות."

ביאור הדברים, דיאוש לכשעצמו אינו הפקר, רק בצרוף הנסיבות שבענין, ולכן באבידה, שהתורה התירה אבידה, ואינו רגיל שיוחזר לבעלים, ממילא אחרי היאוש החפץ מופקר כתוצאה מצרוף היאוש עם הנסיבות הנ"ל. משא"כ בגזילה שאין נסיבות להוצאה מרשות הבעלים, דא"א לזכות ללא רשות הגזולן. (והא דגזולן מעכב זכית אחרים, לכאורה כדעת הרשב"א ב"ק קיא,ב, דאין שינוי רשות אלא בשינוי רשות הבא מדעת הגזולן שמכרה או נתנה לאחר או שהורשה, למ"ד רשות יורש כרשות לוקח, הא כשנטלה אחר שלא מדעתו, אין זה שנוי רשות). והביא הגרש"ש ראיות לדבר, ובין השאר הביא ראיה מהא דאבידה לאחר זמן מרובה, דאם מתו הבעלים קודם שזכו אחרים, ודאי שיכול לזכות בהם, אף אם היורשים אינם יודעים מן האבידה דלדידהו הוי יאוש שלא מדעת. ובמצא בגל ובכותל ישן, לראשונים דמיירי באבידה של ישראל, איך זוכה המוצא, כיון שניכר שהיו שם זמן רב, מדלא חוששים שמתו הבעלים ויורשיהם לא ידעי והוי יאוש שלא מדעת, ולא נמצא בשום פוסק לחלק באבידה בין מתו הבעלים או לא. ומזה מוכח ג"כ דלאחר יאוש נעשה הפקר.

והוסיף הגר"ש, דהלוקח מהגזולן יהיה דינו כמו מוצא אבידה דבהיתרא אתא לידיה, וללוקח דין היאוש כהפקר. רק קודם שלקח מן הגזולן, זכות הגזולן שהיתה מעכב לכל אדם מנעה היות הדבר הפקר, אולם משלקח הלוקח מהגזולן כל זכות שיש לו וליכא עכוב מצד הגזולן, חזר דינו כאבידה. וכל ענין השינוי, שלא יהי' כעין שגזל, ואם נעשה החפץ הפקר אין לך שינוי גדול מזה דיצא מרשות בעלים, וכמו שאם נשתנה הדבר זוכה בו הגזולן, כמו כן אם יוצא מרשות בעלים לגמרי, יזכה בו הגזולן, והלוקח זוכה בכל הזכויות שיש לגזולן; "ולפ"ז י"ל דמהני ג"כ שינוי רשות ואח"כ יאוש, ואין צריך קנין אחר, דכיון שזכה מקודם כל זכות של הגזולן מכיון שנתיאשו הבעלים אח"כ, אז נעשה שלו מטעם שינוי, כנ"ל". והדברים עמוקים.

והגאון רבי פסח מקוברין בשעוריו לב"מ סי' יד כתב לבאר, דביאוש אינו יכול להקנות חפץ שלו, ומצאנו יאוש באבידה וגזילה, והיינו שבעצם המושג בעלות מתיחס רק לחפצים הנמצאים תחת רשותו ושליטתו, וחפץ שאינו נמצא תחת רשותו ושליטתו, אינו בבחינת "שלו", אלא שהתורה גזרה שיש להשיב את האבידה ולקיים מצות השבת אבידה, או שגזרה להשיב אף שאינם של הבעלים, או שבעצם המצוה, כבר אינו

נקרא "אבוד", וממילא הוא של הבעלים. וכאשר מתיאשים הבעלים, באופן זה לא ציותה התורה להשיב, וממילא הדר דינא שאינו שלו, או שממילא לא היה שלו, ואין חיוב של התורה להשיב אף שאינו שלו. אולם בגזילה שלקח החפץ מבית הבעלים, בשעה שגזל לא היה בבחינת אבוד, וכיון שיש על הגזלן חיוב השבה, אין מה שמסיר מהבעלים את בעלותם, דלא היה רגע אחד במצב של "אבודה", דבאבדה כשלא היה ברשותו, היה כבר אינו שלו, ורק אח"כ באו המוצאים שהטילה עליהם התורה את חיוב ההשבה. כאן מיד בשעת הגזילה יש על הגזלן חיוב השבה, ממילא לא יצא מרשות הבעלים, והיאוש לא מועיל אחרי שחל עליו חיוב השבה. אולם הלוקח מהגזלן שאין עליו חיוב השבת גזילה, הדר דינא שחפץ האבוד מהבעלים אינו שלהם, ורק יש עליו חיוב להשיב, והיאוש מסלק את החיוב להשיב. ואף שבאבדה שחל עליו חיוב להשיב לא מהני יאוש אחרי שבא לידו, הטעם דבאבדה נעשה שומר על החפץ, ואינו נקרא אבוד, וממילא רשות הבעלים עליו, עיי"ש.

ובנדו"ד היה מן הסתם יאוש, שסוף הרכב לפירוק, ויודעים הבעלים, ואף בגנב עכו"ם מהני יאוש לפטור הקונה מהחזרת הגניבה, וכדמוכח מהסוגיא ב"ק קידא, וכמו שפסק הרמ"א בשו"ע חו"מ שסח"א: "וסתם גניבה הוי יאוש אפילו בעובד כוכבים, ואם כן הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגניבה אלא אם כן ידעין דלא נתיאש, דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות". ואף אם נאמר שבעל המוסך היה שותף, נראה שהיה שותף לקנות מהם חלקי החילוף וכן המידע, ולא שקנה בקניני גזילה, וקנה מגנבי הרכב, וחשיב כקניה שהיא שינוי רשות (ב"ק קיא, ב ושו"ע חו"מ שנגד). גם אם נאמר שעדיין לא התיאש קודם שהגיע ליד בעל המוסך, וזה לא מסתבר, מ"מ בשעה שמכרו לראובן, חשיב שינוי רשות.

זאת ועוד, בנדו"ד בעצם פרוק הרכב יש שינוי מעשה הקונה אף ללא יאוש, דאיתא בב"ק צו, א: אמר רב פפא האי מאן דגזל דיקלא מחבריה וקטליה, אע"ג דשדיא מארעא לארעא דידיה לא קני, מאי טעמא, מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי. דיקלא ועביד גובי לא קני, השתא מיהת גובי דדיקלא מיקרי. גובי ועבדינהו כשורי קני. כשורי רברבי ועבדינהו כשורי זוטרי, לא קני. עבדינהו קצוצייטא קני. אמר רבא האי מאן דגזל לוליבא ועבדינהו הוצי קני, דמעיקרא לוליבא מיקרי והשתא הוצי. הוצי ועבדינהו חופיא קני, מעיקרא הוצי והשתא חופיא. חופיא ועבדיה שרשורא לא קני, מאי טעמא דהדר סתר ליה והוי חופיא. ומבואר בגמ' דעצם החיתוך והקציצה לא קני אלא רק כשנשתנה שמם מחמת הקיצוץ. וכן פסק בשו"ע חו"מ שס"ט: "גזל קורות גדולות ועשאן קטנות, לא קנה. קצצן לוחות עד שנשתנה שמם, קנה". וגם בנדו"ד כבר אין על החלקי הרכב שם רכב אלא חלקי חילוף. וגם כמעט לא שייך להחזירו לברייתו ולתקנו באיזה דרך שהיא. לכן נראה דעצם פרוק הרכב הוי קנין

ללא יאוש, והנידון הוא רק על תשלום הדמים. דגם בשינוי מעשה שקונה ללא יאוש, אין צריך להחזיר אלא דמיה, עיין בשו"ע חו"מ שס"ה, ובקצוה"ח שם ס"ק ב. רק החזרת הדמים בלא יאוש הוי מעיקר הדין, משא"כ בנדו"ד שהיה יאוש ושינוי רשות, החזר הדמים הוא מתקנת חכמים ובגנב מפורסם, ונחלקו בזה הראשונים.

ב. החזר דמים

לעיל הובאה דעת הרמב"ם בהל' גניבה ה,ג, דביאוש ושינוי רשות קנה ואינו מחזיר הדמים לבעלים, רק אם קנה מגנב שאינו מפורסם, אבל קנה מגנב מפורסם, מחזיר הדמים לבעלים. והראב"ד השיג עליו. ועיין ברב המגיד, דאפשר שגם ע"ז תמה הראב"ד, דכיון שקנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות, מדוע יתן דמים, אפילו קנה מגנב מפורסם. (ולכאורה זה דלא כדברי הראב"ד שהביא הרשב"א בב"ק קיד,א, עיין להלן). וכדעת הרמב"ם פסק המחבר בשו"ע חו"מ שנג,ג: "... אבל מחזיר דמים אם לקח מגנב מפורסם, ואם לא היה גנב מפורסם, אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים, מפני תקנת השוק". והרמ"א שם הביא חולקים, דאף בגנב מפורסם אין צריך ליתן דמים לבעלים, דקנה הלוקח לגמרי.

ולכאורה יש להבין בדברי הרמב"ם, דכיון דקנה ביאוש ושינוי רשות, ובפרט אם היה יאוש ואח"כ שינוי רשות דאתי לידיה בהתירא, הרי זה ממש כאבידה שקונה אותה ביאוש בלבד, ובאבידה אינו צריך להחזיר דמים כשבא לידו אחר יאוש, ומדוע ביאוש ושינוי רשות דגנבה, כתב הרמב"ם דצריך להחזיר הדמים. עוד הקשו בחילוקו של הרמב"ם בין לקח מגנב מפורסם ובין אינו מפורסם, הרי מדינא אין שום חילוק בין גנב מפורסם ובין אינו מפורסם, ולא מצאנו חילוק רק קודם יאוש ולקולא, להקל שבגנב שאינו מפורסם מחזיר הנגזל הדמים ללוקח ומשום תקנת השוק (עיין ב"ק קטו,א), אולם כשפטור מלהחזיר מדינא, לא מצאנו להחמיר עליו בגנב מפורסם.

ועיין בטור חו"מ סי' שנג שכתב בבאור דעת הרמב"ם, דמדינא כל גוף הקניה של יאוש ושינוי רשות אינו רק לענין קניית גוף החפץ, אבל הדמים בכל ענין צריך להחזיר מדינא, רק דבגנב שאינו מפורסם עשו תקנת השוק שלא יהיה צריך להחזיר אף הדמים, ובגנב מפורסם אוקמה אדינא. וראיתי מקשים על הטור, דלכאורה כשנאבד החפץ מרשות הלוקח, יהיה הלוקח פטור מתשלום דמים, דכיון דאין החפץ ברשותו, ממילא אין עבור מה לחייבו בדמים. והיה לרמב"ם לפרש שאינו מחזיר דמים רק כשהחפץ עדיין בעין.

ולעיל הובאה דעת הרמ"א שהביא חולקים, שאין לחלק לענין דמים בין גנב מפורסם לאינו מפורסם, ובכל ענין קנה ביאוש ושינוי רשות, ואינו מחזיר הדמים. ועיין ברשב"א ב"ק קיד,א, כתב וז"ל:

"והראב"ד ז"ל פי', דכי קתני במתני' הרי אלו שלו, דלא מפקו מיניה בעלים בלא כלום קאמר, משום דקני ליה ביאוש ושינוי רשות, אבל בדמים מיהא מיבעי ליה לאהדורי משום דבאסורא אתא לידיה, דיאוש כדי לא קנה, והוא הדין לכל גזלה וגנבה הנמכרת. והיינו דקאמר בברייתא ומחזיר לבעלים הראשונים, כאלו אמר הרי אלו שלו אבל מחזיר הוא לבעלים, דלא פליגא אמתני' כלל ובענינא דמתני' גופה איירי בברייתא. ואע"פ שכתב הרב ז"ל שזה עיקר, עדיין צריך תלמוד, דיאוש ושינוי רשות בכוליה תלמודא משמע דקני לגמרי קנין הגוף, דאי לא, הא דאמר להו רב הונא (סוכה ל,א) להנהו אוונכרי כי זבניתו אסא מגוים לגזוז אינהו, כי היכא דליהוי יאוש בידא דידהו ושינוי רשות בידא דידכו. מאי אהני, דהא מ"מ האי אסא לא מקניא להו קנין הגוף, דהא אינה אלא כעין משכון, דבדמים בעו לאהדורה, ואנן בעינן ביום הראשון לכם משלכם. ומיהו אנן לא קיי"ל הכא כי האי לישנא קמא אלא כלישנא בתרא דאמרי' אם בא להחזיר שאינו רוצה בממון שאינו שלו וממדת חסידות מחזיר לבעלים הראשונים, הא מדינא אינו מחזיר."

מבואר מהרשב"א דדעת הראב"ד דבמוכסים בכל ענין מחזיר החפץ אבל תמורת דמים חייב להחזיר לבעלים הראשונים. והרשב"א הקשה מהנהו אוונכרי, דשם יוצא בהדס הגזול שנקנה ביאוש ושינוי רשות, ולשיטת הראב"ד הרי צריך להחזיר ההדס לבעלים תמורת הדמים, ואינו לכם. ובקצוה"ח שנגב, הקשה על הרשב"א, דכיון שגוף החפץ שלו, אף שצריך ליתן הדמים, אמאי לא הוי לכם, דכיון שגוף החפץ שלו הוי לכם ואין זה כמשכון, דמשכון הוי גוף החפץ לבעלים ואין למלוה עליו אלא שעבוד, וזה להיפך שהחפץ שלו ואין לבעלים אלא חוב דמים. ועיין בלשון הרשב"א שהביא קצוה"ח. ולכאורה ללשון הרשב"א הנ"ל, כמובא בספרי הרשב"א שלפנינו, הרי שהלוקח מחזיר גוף החפץ, תמורת דמים שנותנים הבעלים, וא"כ הוי כמשכון, וכמש"כ הרשב"א.

ועיין שם בקצוה"ח שחילק בין קנין לוקח לאחר יאוש, לבין קנין גזול בשינוי השם או למ"ד יאוש כדי קני, דשינוי מעשה ושינוי השם קונה את החפץ קנין גמור, וכן למ"ד יאוש כדי קני, קונה את החפץ קנין גמור. ומה שנותן הגזול דמים, היינו על מה שנתחייב משעת גזילה, ואפילו נאבד החפץ נמי צריך ליתן הדמים, שכבר נתחייב משעת הגזילה. אבל לוקח שקנה ביאוש ושינוי רשות, אין בו שום חיוב, כיון דלא גזלו, ולכן י"ל שאין הלוקח קונה קנין גמור אלא שיוור בקניינו שצריך לתת דמים, ונפק"מ שאם נאבד החפץ אצל הלוקח, אינו חייב דמים לבעלים, וכיון שאינו קנין גמור לראב"ד, הוכיח הרשב"א שא"כ לא הוי לכם, וכיון דקיי"ל דהוי לכם, אין לומר שיש כאן שיוור בקנין.

ועיין בפני יהושע (ב"ק קיא,ב ד"ה זאת אומרת), דאי לאו דברי הטור ושאר פוסקים קדמונים, היה מפרש בדברי הרמב"ם, דמיידי דוקא בקונה מגנב מפורסם ומשום קנס, וזה לא שייך ביורשים. אבל מלשון הטור שכ"כ בשם הראב"ד והרמב"ן בכמה דוכתי משמע דאיירי אף בגנב סתם. עוד הקשה בפנ"י, שלא מצא מקור הדינים בראב"ד ורמב"ן, ואדרבא הרב המגיד כתב בשם הראב"ד להיפוך, ורק הרשב"א כתב מהראב"ד כנ"ל. וכן מלשון הרמב"ן משמע קצת להיפוך, שבעל המאור כתב להדיא גבי נטלו מוכסין חמורו דביאוש ושינוי רשות גמור קונה לגמרי, והרמב"ן מפלפל שם בדבריו, ולא מצאנו דפליג עליה, עיי"ש.

ובנתיבות שנגג, למד מדברי התוס' ב"ק סט,א (ד"ה כל שלקטו) שיש שני דרכים בהבנת יאוש: או דהוי הפקר, וממילא אין צריך להחזיר לבעלים דמים. או דהוי כמתנה לגזולן בלבד (ונפק"מ שאחר לא יכול לזכות אם היא ברשות הרבים). ועל הצד דהוי כמתנה לגזולן, י"ל דשיירו הבעלים במתנה, וחייב הגזולן לשלם דמים כיון שלא קנאו אלא לגופו ולא לדמים, ולכן גם הלוקח לא קנה אלא לגופו ולא לדמים. ועיי"ש מה שיישב בזה.

מקור לדברי הרמב"ם, הביא בנתיבות שנגג, מב"ק קיד,א: נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת, הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתייאשין מהן. והגמ' מביאה ברייתא שחולקת על המשנה, וס"ל דאם נטל, יחזיר לבעלים הראשונים. ועיין ברש"י דבריייתא לא כמתני'. וכן מבואר בתוס' ב"ק סז,א-ב ד"ה אמר עולא. והרמב"ם ס"ל דלא פליגי, דבמוכסין וליסטים, כיון דגנב מפורסם הוא ובאיסורא אתי לידיה דאסור ליקח מגנב מפורסם, לכן אף דגוף החמור שלו כדקתני במתניתין, מ"מ מחזיר הדמים כדקתני בברייתא. ועיין בשער המלך גניבה ה,ג שהביא אף הוא את המקור הנ"ל לדברי הרמב"ם.

ועיין בש"ך שנגג, דאף שי"א דלשיטת הרמב"ם אף בגנב שאינו מפורסם, מחזיר הלוקח לבעלים את יתרון הכסף, בין מחיר הקניה למחיר השווי, וכמו שהביא הסמ"ע שם ס"ק ז (דמצד אחד צריך הלוקח להחזיר לגזולן, ומאידך יש תקנת השוק שהלוקח יקבל דמים ולא יפסיד, ולכן העמידו בסכום ההפרש בין השווי לקניה, שאין בזה אפוכי מטרתא, וצריך הלוקח לתת לבעלים), מ"מ דעת המחבר בשו"ע אינה כן, אלא בלוקח בגנב שאינו מפורסם, אינו מחזיר כלום, והוכיח שכן היא דעת הרמב"ם וכן הדין, והוכיח מדברי הרמב"ם ריש פט"ז מהל' עדות, דאם מכר הגזולן שדה ללוי, אין הנגזל יכול להעיד עליה שנוגע בעדות שיוציאנה מיד הלוקח. אבל אם מכר הגזולן טלית, מעיד עליה, שהרי אין טלית זו חוזרת לנגזל לעולם, שכבר קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות. ואם איתא שעכ"פ צריך להחזיר לו המותר (ההפרש בין מחירה למחיר הזול שקנה מהגזולן), אין לך נוגע בעדות גדול מזה.

ושם בס"ק ו כתב הש"ך בדעת הרמב"ם לחלק בין גנב מפורסם לאינו מפורסם, דבגנב מפורסם אינו שינוי רשות גמור, דבאיסורא אתי לידיה: "דכיון דקנה מגנב מפורסם, א"כ באיסורא אתי לידיה ולא הוי שינוי רשות גמור ומחזיר מותר הדמים ששוה. וכעין זה ממש כתב בעל המאור פ' הגזול בתרא גבי נטלו מוכסים חמורו ונתנו לו אחרת הרי הוא שלו ומחזיר המותר לבעלים הראשונים, דכיון דבטעות אתי לידיה לא הוי שינוי רשות גמור...". והגרא"ז (אבן האזל גניבה ה,ב-ג) הקשה על הש"ך, דבאיסורא והיתרא אינו תלוי בידיעת הלוקח, אלא במציאות, אם היה קודם יאוש או אח"כ. ועוד, דברמב"ם מבואר להדיא דטעמא הוא מפני תקנת השוק, דבין בגירסא שלנו בין בגירסת הטור כתוב כן, וא"כ אינו מטעם איסורא והיתרא.

והנתיבות שנגד הסכים עם דעת הש"ך, אך ס"ל דבשינוי רשות ואח"כ יאוש, אין לסמוך על דעת הרמב"ם שבאינו מפורסם לא מחזיר דמים, דלא גרע מאבידה דאם הגיע לידו קודם יאוש, דצריך להחזיר הדמים עכ"פ, אף למאן דס"ל דיאוש קונה, כיון דבאיסורא אתי לידיה. עוד כתב הנתיבות, דבידע שהוא גנוב, אף הרמב"ם מודה דאפי' גוף החפץ לא קנה בשינוי רשות ואח"כ יאוש, דכיון שידע שהוא גנוב, התחייב להיות שומר עליו ולהשיבו לבעלים, והוי כמונח ברשות הבעלים דלא מהני ביה יאוש.

גם החת"ס (תחומ"מ סי' נו, ובחידושים לסוכה ל,א), הביא את קושיית האחרונים על הרמב"ם, דלא מצאנו החזר דמים רק בשינוי מעשה. וכתב לישב ע"פ דברי הרב המגיד הל' גזילה ספ"א, על דברי הרמב"ם דאע"ג דתלוייהו וזבין וזבינה זביני, מ"מ עובר על לא תחמוד. והקשה המגיד, א"כ איך קנה, הא אמר רחמנא לא תעביד, וקי"ל כל דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני. ותירץ המגיד, דכיון דגילה רחמנא ביאוש ושינוי מעשה, דאע"ג דאמר לא תעביד מ"מ מהני, כדמפיק מקרא פ"ק דתמורה; אשר גזל - אם כעין שגזל יחזיר, א"כ הוא הדין בלאו דלא תחמוד נמי לא עדיף משינוי מעשה דאי עבר ועביד מהני. ומדברי הב"י חו"מ סי' שנג (מהראב"ד) עולה דמה שצריך להחזיר הדמים אף שקנאו בשינוי רשות, משום דבאיסורא אתי לידיה. דכיון דיאוש כדי לא קנה, א"כ עדיין ברשות המרא קמא, וכביכול הלוקח לוקחו מרשות הבעלים הראשונים. ולפי סברא זו דבאיסורא אתי לידיה, איך יועיל שינוי רשות כלל לקנות אפי' גוף החפץ, הא אמר רחמנא לא תעביד ולא מהני אפי' בשוגג. וע"כ י"ל כתירוצ' המגיד הנ"ל, משום דגלי רחמנא בשינוי מעשה דמהני, אף דאמר רחמנא לא תעביד, כך גם שינוי רשות. וא"כ דיו כשינוי מעשה שיקנה גוף החפץ, אבל לעכב לעצמו גם הדמים לא למדנו משינוי מעשה.

וראיתי בספר יד המלך (גניבה ה,ג) שכתב בישוב דעת הרמב"ם, דאף דיאוש ושינוי רשות קני קנין גמור הן לענין גוף החפץ והן לענין דמיו, ומכח גוף החפץ

לא נשאר שום חיוב לנגזל על הלוקח, מ"מ כיון דקודם שנשתנה הרשות עדיין החפץ ברשות הנגזל, אף דהיה מונח ברשות הגזלן מ"מ כל היכא דאיתא ברשותא דמרא קאי, ורק ע"י קניה זו שקנאו הלוקח יצא החפץ מרשותו של הנגזל, לכן סובר הרמב"ם שיש לחייב את הלוקח מדין מזיק, ומשום דאפסדיה ליה בקניה זו בידיים, דע"י קניה זו שקנאו הלוקח והכניס הגזלה לרשותו יצא החפץ מרשותו של הנגזל, ואין לך מזיק גדול מזה. וסובר הרמב"ם דבחיוב חזרת דמים אלה לנגזל, יש לחלק בין גנב מפורסם ואינו מפורסם, דכיון דתשלומים אלה אינם בעד גוף החפץ רק מדין מזיק, בגנב שאינו מפורסם אין על הלוקח דין מזיק כלל, דאונס גמור הוא, דמאי הוי ליה למיעבד, וכי לא יקנה שום חפץ מהשוק ויעלה על דעתו דגנוב הוא, ואונס כי האי בודאי בכל מזיק הוא פטור. אבל בקנה מגנב מפורסם אין לך פושע גדול מזה דהוי ליה לאסוקי אדעתיה דגנוב הוא, והפסיד לבעלים בידיים.

ובדרך זו רצה יד המלך לישב קושית הב"ש (כח,ג) על הרמב"ם (אישות ה,ז), בקידש אשה בגזל או בחמס ונודע שקנה אותו דבר ביאוש, היא מקודשת. ולרמב"ם דבכל ענין צריך הלוקח להחזיר דמי החפץ לבעלים א"כ גם כאן צריכה האשה להחזיר דמי שווי החפץ לבעלים, ובמה היא מתקדשת, הלא לא נשאר פרוטה לקידושין. והב"ש דחק דדין זה של קידש אשה בגזל, מיירי בגזלן שאינו מפורסם דאינו צריך להחזיר הדמים. וכתב ביד המלך לישב, דבקידושי אשה בגזל, אף דהאשה צריכה להחזיר לבעלים דמי חפץ הקידושין, מ"מ כיון דאין שום ריעותא בגוף קנית הקידושין, וגוף הקידושין קנתה הן לגופו של החפץ והן לדמי שויה, והתשלומין אינם רק מדין מזיק, אין בכח התשלומין להרע כח הקידושין, דאין להתשלומין אלו שום שייכות לקידושין ולחפץ אלא ענין אחר יש בהם, של חיוב מזיק. וגוף חפץ הקידושין קנתה לחלוטין גם מהלכות גזילה, רק חיוב אחר בא לכאן, וע"כ מקודשת גם בגנב מפורסם.

והאחרונים הרבו בישוב שיטת הרמב"ם, עיין בב"ח חו"מ שסא,א, בנתיבות שנגד, אור שמח גזילה ב,ג, במקנה (על הב"ש כח,ג, ואכמ"ל, דככל שנוגע לנדוד"ד אין מקום לחייב את ראובן בתשלום עבור החלקי חלוף גם לשיטת הרמב"ם, כיון שבנדוד"ד אין להגדיר את בעל המוסך כגנב מפורסם, כיון שלא היה ידוע על בעל המוסך שעוסק בחלקי חילוף גנובים, ובעלי מוסך רבים עוסקים בקנית חלפים מרכבים לאחר תאונה וכו', ולא היה הדבר מפורסם. ואף אם היה דינו כגנב מפורסם, לכל הפחות יכל ראובן המוחזק לומר קים לי כהנהו פוסקים (שכמותם פסק הרמ"א להלכה), שאין הקונה מגנב מפורסם צריך לשלם דמים לבעלים. רק נפק"מ אם היה כאן שינוי רשות ואח"כ יאוש, ולכאורה בנדוד"ד היה היאוש קודם השינוי רשות, ולכן בכל ענין אין לחייב את הלוקח בדמים.

גם י"ל שאין לחייב את הלוקח בתשלום כלל, שהרי הנגזל בפנותו לביטוח, מכר את זכות התביעה לביטוח בעצם הגשת התביעה לביטוח ומכח הפוליסה, זכות התביעה היא לחברת הביטוח. ודבר זה בר מכירה, כמו שמצאנו לענין שומר ב"מ לגב, ועיין שו"ע חו"מ סי' רצה, דאע"ג דאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם, זכה השומר בכפל כששילם ולא רצה להשבע, דהו"ל כאומר בשעת קבלת השמירה משוך אותו לשומרו על תנאי זה שבאם תגנב ותרצה לשלמני כפי שיווי הפקדון, הרי פקדוני קנוי לך מעכשיו. אולם שבח גיזותיה וולדותיה לא קונה השומר, דסתמא דמילתא שבח דאתי מעלמא ככפל או אם הוקרה הבהמה אחר שהופקדה בידו, דאין צריך הנפקד ליתן אלא דמי שויה בשעת הפקדון, עביד אינש דמקני, דקים להו לרבנן דניחא להו לבעלים שיהיה בטוח בקרן על מנת שיהא ספק כפל והיוקר העתיד לבוא של השומר. ולכאורה הוא הדין בעיסקת הביטוח. אולם נראה דכל זה בדו"ד בין הגנב לבעלים, שנכנסה חברת הביטוח תחתיו. אולם לענין תקנת הנגזל שיהיה חייב לשלם דמים לבעלים בגנב מפורסם לשיטת הרמב"ם, נראה דכל תקנת חכמים היא ביחס לבעלים ולא למי שקנה ממנו. גם לכאורה מתנאי הפוליסה יש רק זכות נגד הגנב ולא כנגד מי שקנה מהגנב.

לאור האמור יכול ראובן להשתמש ברכב המתוקן, ואין עליו חיוב תשלומים לבעלים או לחברת הביטוח.

סימן לד

העמדת קראוון על קרקע ציבורית

ראשי פרקים

א. הראשונים הסוברים דעובר על לא תגזול בקרקע

ב. בשיטת התוס'

ג. יאוש בקרקע

ד. מענת זה נהנה וזה לא חסר, כשמחסר לבעל הקרקע

ה. להנות לכתחילה כשחבירו לא חסר

במי שלצורך עיסוקו העמיד קראוון על קרקע ציבורית, ולבסוף העיריה פינתה את הקראוון. ונשאלתי אם עבר על איסור גזילה, ונפק"מ גם לעדות. וטענת מעמיד הקראוון, שממילא מקום זה פנוי ואינו נצרך כעת, ואינו מפריע לעוברים ושבים, ואם העיריה היתה רוצה בעתיד להשתמש במקום לטובת הרבים, היה מפנה את הקראוון.

א. הראשונים הסוברים דעובר על לא תגזול בקרקע

הרמב"ם בהל' גניבה ז',א, כתב וז"ל: "המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחום שלו אפילו מלוא אצבע, אם בחזקה עשה הרי זה גזול, ואם הסיג בסתר הרי זה גנב, ואם בארץ ישראל הסיג הגבול הרי זה עובר בשני לאוין בלאו של גניבה או של גזילה, ובלאו של לא תסיג גבול רעך, ואין חייבין בלאו זה אלא בארץ ישראל, שנאמר (דברים יט,יד) בנחלתך אשר תנחל". וכן כתב הרמב"ם בספר המצוות (ל"ת רמו). וברב המגיד ציין מקור לדברי הרמב"ם מהספרי פרשת שופטים: "לא תסיג גבול רעך, והלא כבר נאמר לא תגזול, ומה תלמוד לומר לא תסיג. מלמד שכל העוקר תחומו של חבירו עובר בשני לאוים. יכול בחוצה לארץ. תלמוד לומר בנחלתך אשר תנחל, בארץ ישראל עובר בשני לאוים, בחוצה לארץ אינו עובר אלא משום לאו אחד בלבד". והוא המקור לדברי רש"י (דברים יט,יד) לענין איסור השגת גבול, דאף שכבר נאמר לא תגזול, ת"ל לא תסיג, דהעוקר תחום חבירו עובר בשני לאוין, ודוקא בארץ ישראל, עיי"ש. וכן הביא הרא"ה בספר החינוך (מצוה תקכב) את דברי הספרי הנ"ל. וכן דעת רב אחאי גאון בשאלתות, עיין העמק שאלה בראשית ד,ט. וכן הביאו ברייתא זו להלכה בסמ"ג (לאוין קנג) וביראים (סי' רנח).

ובמנחת חינוך (מצוה לח) כתב בבאור דברי הרמב"ם, דקרקעות אינם בכלל והשיב את הגזילה, וגם אינם ברשות הגזולן לענין אחריות. ולכן אם גזל עבדים ושטרות וקרקעות, ודאי עובר על לאו דלא תגזול. והקשה המנ"ח לרמב"ם, דיש לאו ואינו בכלל והשיב, א"כ אינו ניתק לעשה, וא"כ גזול קרקע או עבדים ושטרות, יתחייב מלקות, ומדוע לא כתב הרמב"ם דלוקים על לאו זה (בהל' סנהדרין שמנה כל הלאוין שלוקים עליהם). וכתב דאפשר דכיון דניתן לתשלומים, אין לוקין כדין לאו הניתן לתשלומים אף אם לא ניתק לעשה. אך הקשה, א"כ באבדו, שאינו חייב באחריותם, אינו ניתן לתשלומים וילקו. ומדוע לא כתב הרמב"ם דיש היכי תימצי שילקו בלאו זה. וכתב לישב, דכיון דמקצת הלאו כגון במטלטלין, הוא לאו הניתק לעשה, א"כ ניתק כולה אף באינו מקיים העשה, כמו גבי השבת העבוט דאין לוקין אף בעשיר (ועין מהרש"ג ח"ב סי' רלו מש"כ בישוב הקושיא הנ"ל). ומ"מ מבואר מהמנ"ח פשט ברמב"ם, דרק על הלאו עוברים, אך דיני גזילה אין על הקרקע, כגון לענין השבה ואחריות. (ואף שאין מצוה של והשיב בקרקעות, מ"מ חייב להשיב, כיון שאינו שלו, ומדין כל דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני. כן כתב במנחת חינוך מצוה שלו, והיינו שאין את העשה של ההשבה, אבל חיוב להשיב ככל דבר שאינו שלו, חייב להשיב).

ועיין בבאור הרס"ג לגר"י פערלא ל"ת רעא שרצה להביא ראייה מהגמ' סוטה מג, א-ב, בענין בנה בית ולא חנכו, החזור מעורכי המלחמה; לא חנך ולא חנכו פרט לגזולן, לימא דלא כרבי יוסי הגלילי, דאי רבי יוסי הגלילי הא אמר ורך הלבב זה המתירא מעבירות שבידו. אפילו תימא רבי יוסי הגלילי, כגון דעבד תשובה ויהבי דמי. אי הכי הוה ליה לוקח וליהדר. כיון דמעיקרא בתורת גזילה אתא לידיה – לא. ורצה הגר"י פערלא להוכיח מהגמ' שם, דאף למ"ד קרקע אינה נגזלת, מ"מ עובר על לא תגזול, דאל"כ אין עבירה בידו שיחזור מעורכי המלחמה. ודחה הגר"י, דכיון דקרקע אינה נגזלת ואין לו לגזול בה קניני גזילה ואינה ברשותו, מהיכי תיתי לומר כלל שיחזור מעורכי המלחמה משום ביתו של נגזל, שהרי הבית עדיין של נגזל, ומדוע אם לא חנכו הגזולן יחזור מעורכי המלחמה. וכתב די"ל או שהברייתא היא אליבא דמ"ד קרקע נגזלת. והקרקע ברשות הגזולן לחיוב אחריות הגזולן, וכיון שיש לו קנין בקרקע לחיוב אחריות, הו"א שיחזור מעורכי המלחמה, קמ"ל שלא חוזר. או י"ל, דהא דקתני למעוטי גזולן היינו גזולן שבנה בית על קרקע גזולה בעצים ואבנים גזולים. דהו"א כיון שהוא עצמו בנה הבית הרי זה חוזר מעורכי המלחמה, קמ"ל שלא. ולפ"ז אין ראייה מהגמ' שם לשיטת הרמב"ם ודעימיה.

עוד הביא שם מהמגלת ספר (לרבי בנימין קאזיס, על הסמ"ג, לאוין קנג) שכתב דאף לשיטת הרמב"ם דגם קרקעות בכלל אזהרת לא תגזול. מ"מ אינו עובר עליהם

בלא תגזול אלא בשעה שנהנה מהן באכילת פירות וכיו"ב. משא"כ בלאו דלא תסיג שעובר מיד בשעת הסגת הגבול, והיינו משום דבגזול הדבר עומד להתברר שגזולה היא בידו ותחזור לבעלים, ולכן כל כמה דלא נהנה ממנה לאו כלום קעביד. משא"כ באזהרת לא תסיג גבול דא"א לברר הדבר. והגר"י פערלא חלק עליו והוכיח דמיד עובר בלא תגזול כמו בגזלת מטלטלין.

עוד הביא שם בחילוק בין איסור לא תחמוד לאיסור גזילה, דכאשר בא על עסקי ממון בעלמא, שלא רוצה דוקא את החפץ הזה עצמו אלא על עסקי ממון, בזה עובר על לא תגזול, משא"כ כשבא דוקא על עסקי חפץ זה עצמו, בזה עובר על לא תחמוד. וכיון דבסוכה אין לו נפק"מ בסוכה זו דוקא, ורק רוצה סוכה לצאת בה ידי חובה, אינו עובר אלא על לא תגזול ולא על לא תחמוד. ועיין בענין זה באריכות במנחת חינוך מצוה לח.

ובתורה תמימה (דברים יט, יד הערה כח) רצה להביא ראיה לדעת הרמב"ם מהא דיש איסור גניבה באדם, והרי אדם הוקש לקרקעות. ולכאורה י"ל בראיה זו, דכיון שנחלקו הראשונים אם אדם הוקש לקרקעות, עיין קדושין ז, א ברש"י ד"ה שיש; "אדם הוקש לקרקעות, דכתיב והתנחלתם אותם לרשת אחוזה". מבואר דס"ל לרש"י דלא רק עבדים הוקשו לקרקעות אלא כל אדם הוקש לקרקעות. ובתוס' שם (ד"ה א"כ) הקשו דההוא קרא כתיב ביחס לעבדים ולא לענין בני חורין, דדוקא באומר דמי עלי הוקש לעבד, לפי ששמין אותו כעבד (סנהדרין טו, ב). ע"כ מפרשים התוס' באופן שונה את דברי הגמ', דיש להם אחריות לאו דוקא, אלא אפילו אין להם אחריות נמי אינם נקנין, דאין מטלטלין נקנים אגב מטלטלין. וכדברי התוס' נמצא גם בדברי הרמב"ן בחידושיו לקדושין (ז, א ד"ה א"כ) דאפילו עבדים קיי"ל דכמטלטלי דמי, ואף למ"ד כמקרקעי, לא מיקני מטלטלי אגביהו, דשאני מקרקעי דניידי ממקרקעי דלא נידי. וכן דעת הרשב"א בחידושיו לקדושין (ז, א ד"ה בעי) כתב דלא איתקש לקרקע אלא עבדים ולא בני חורין, וכן כתב בחידושיו לקדושין טז, א ד"ה הניחא ועוד. וכן חילק הרב המגיד בהל' טוען ונטען ה, ב, וכן הנהיג צה"ו. ואף שדעת הראב"ד טוען ונטען ה, ב, מוכח דכל אדם הוקש לקרקעות, וכן במל"מ שם הביא ראיה מדברי הרמב"ם בהל' מכירה יג, טו, שמדבריו משמע דאף כל אדם הוקש לקרקע, ועיין מה שכתבתי בח"ה כז, ד, מ"מ י"ל דהתוס' קאי כשיטתם וכשיטת הראשונים הנ"ל דסתם אדם לא הוקש לקרקעות.

עוד הביא התו"ת ראיה ממה שלמדו חז"ל דינים רבים מהשגת גבול, דכל מה שמחסר לחבירו, כגון יורד לאומנותו של חבירו, ומהפך בעסק אחד ובא חבירו ותפסו, "וחדוש שכל כך מזלזלים בני אדם בכך, וחז"ל השוו קפוח פרנסה לקפוח הנפש".

אמנם י"ל דאף שאסור מדרבנן וקרא אסמכתא להשגת גבול, מ"מ אינו עובר על לא תגזול.

ב. בשיטת התוס'

ובתוס' ב"מ סא,א (ד"ה אלא) מבואר דקרקע אינה נגזלת. על הא דאיתא שם בגמ' דלא לכתוב רחמנא לאו בגזל, ונלמד מאונאה וריבית. ותירצה הגמ', דאצטריך לאו דגזל לכובש שכר שכיר, דלא ילפינן מאונאה ומריבית, עיי"ש ברש"י. ובתוס' הקשו, דאצטריך לאו דגזל לגזול גופו, כגון שגזל עבד, ואף דעבדים הוקשו לקרקעות וקרקע אינה נגזלת, יש לחלק בין גזילת קרקע לגזל עבד: "דהא קרקע אינה נגזלת אינו מן המקרא אלא משום דאי אפשר לזוזה ממקומה, אבל עבדי דניידי אע"ג דהוקשו לקרקעות, יעבור בלא תגזול".

ועיין מש"כ הגרש"ש בשערי יושר ג,כד (בסופו) בבאור דברי התוס' בסוכה תוס' לא,א (ד"ה אבל) דמשכחת לה סוכה גזולה בראובן שבנה סוכה על קרקע של שמעון, ותקף שמעון והוציא את ראובן מהסוכה, דכיון שהסוכה בחצר של שמעון, הסוכה נגזלת. והגרע"א (ראה שם בגליון הש"ס) הקשה, דהרי עבדים שיכול להכניסם לרשותו ג"כ אינם נגזלים דהוקשו לקרקעות, א"כ אף אם אינם ברשות הנגזל, אינם נגזלים. והגרש"ש כתב לישב, דשני ענינים יש בדין קרקע שאינה נגזלת. האחת מה שאין אפשרות לעשות עיקר גזילה, להוציאה מרשות בעלים, וזה למדו התוס' מסברא. והשניה גזירת הכתוב, דאף אם יצויר שיוציאה מרשות בעלים, מיעטה תורה לענין דין גזילה מתשלומים. ולענין סוכה לפסול סוכה גזולה, אין נפק"מ אם יש חיוב תשלומים, אלא במציאות אם יכול להוציא מרשות הבעלים, וכיון שיש היכי תימצי שיוציא מרשות הבעלים, הרי זו סוכה גזולה. ולפ"ז יוצא דלשיטת התוס' כל היכא שלא הוציא מרשות הבעלים, לא עבר על איסור גזילה.

והמל"מ (מלוה ולוה ד,א) הקשה על התוס', דדבריהם סותרים את דברי הספרי, ונשאר בצ"ע. וגם להדיא מפורש בתוס' ב"ק סב,ב (ד"ה יצאו) שיש היכי תימצי בגניבה בקרקעות, בהשגת גבול או בגונב פירות המחוברים לקרקע. לענין מה שמיעטה הגמ' תשלומי כפל בעבדים וקרקעות. והקשו התוס', איך שייך גניבה בקרקע. ותירצו: "וי"ל במשיג גבול, א"נ במחובר לקרקע, כי ההיא די' גפנים טעונות וטוען שנגנבו לו ה' ונמצא שהוא גנבם". ומשמע מהתוס' דיש איסור גזילה בקרקעות.

ומהרש"א בב"מ סא,א הקשה, דהרי גמ' מפורשת שמיעטו קרקעות משבועת הפקדון ומגזילה, דאיתא בב"ק קיז,ב: הגזול שדה מחבירו ושטפה נהר, חייב להעמיד לו שדה אחר דברי ר' אלעזר, וחכ"א אומר לו הרי שלך לפניך. במאי קא מיפלגי

... ורבנן דרשי כללי ופרטי, וכחש כלל בפקדון פרט או מכל חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט, מה הפרט דבר המיטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המיטלטל וגופו ממון, יצאו קרקעות שאין מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות. וכתב בפני יהושע לישב, דמה שלמדנו דקרקע אינה נגזלת וממעטינן לה מכלל ופרט וכלל, היינו לענין השבה וכן לענין שאין לגזול קונה אותה בשינוי, אבל לא לענין איסור גזילה, דהא לאו גזולה לא כתיב בכלל ופרט. ולכן כתבו התוס' דמסברא שייך למעט קרקעות אף מאיסור גזילה, מסברא שאי אפשר להזיזה ממקומה, משא"כ עבדים שונים מקרקע ושייך בהם איסור לא תגזול. ועיין בתורת חיים (ב"מ סא,א) שכתב בבאור דברי התוס', דהא דאמרין קרקע אינה נגזלת היינו שאם גזל שדה ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, לאפוקי גזל פרה והזקינה או טלית ונפסדה, דמשלם כשעת הגזילה.

ובמנחת חינוך (מצוה לח, וכן במצוה רכט) כתב ג"כ דנחלקו הרמב"ם והתוס' אם עובר על לא תגזול בקרקעות. וכתב המנ"ח, דאף דגוף קושית התוס' יש ליישב, דגם לענין אונאה, אף שאין אונאה לקרקעות וכו', היינו דין אונאה, שצריך להחזיר שתות ויתר דיני אונאה, אבל האיסור של לא תנונו שייך גם בקרקעות; "ועיקר קרא מיירי בקרקעות - במספר שנים אחר היובל וכו', וכן הוא להדיא בפ"י הרמב"ן על התורה, א"כ הכל נלמד מבינייהו. אך עכ"פ סברתם דבקרקע אינו עובר על לאו דלא תגזול כיון דאינו יכול לזוז ממקומה, דלא כרמב"ם".

והגר"י פערלא (בבאורו לרס"ג לאוין ל"ת רעא) הקשה לשיטת התוס', דאף דאיסור לא תגזול ליכא בקרקע, לשיטת התוס' דאין קרקע נגזלת, מ"מ כיון דודאי תנא בארץ ישראל קאי, עובר על איסור של לא תסיג גבול רעך. ולכאורה לאו זה בכל גזלת קרקע בא"י, אף שאין לגזול קרקע סמוכה לקרקע הנגזלת. ואין בזה הסגת גבול ממש אלא גזלה בעלמא, שהרי אין לך מסיג גבול יותר מזה שגזול ממנו כל שדהו ונחלתו עם גבולו. וכתב הגר"י פערלא, דהראשונים לא נקטו אזהרה זו אלא במחזיר סימן חלוקת הקרקע לאחר לתוך נחלת חבירו כדי להרחיב את שלו, כמבואר בפירש"י והרמב"ן עה"ת (בפרשת שופטים), ושכן כתב הרמב"ם בספר המצוות (עיין מצוה רמו: "היא שהזהירנו שלא לגנוב תחומי הארץ והוא שנשנה גבול שיהיה בינינו ובין זולתנו, עד שיהיה אפשר למשקר שיאמר שקרקע זולתו הוא שלו"). והביא שכן דעת הסמ"ג, החינוך, היראים (רנח) והטור (ח"מ סי' שעו) עיין שם. ולפי הנראה ס"ל דאין לאו זה אלא בענין זה בלבד, שלא להחזיר לאחר סימן הגבול שבינו לבין נחלת חבירו, כדפירש"י, שהוא מלשון נסוגו אחור. והחמירה תורה בזה יותר לעבור עליו בשני לאוין בא"י, משום שהוא דבר ההווה ומצוי ביותר, לפי שאין חבירו מכיר בו כ"כ, וכל שכן אחרים. ולפ"ז בגזול קרקע ולא מסיג גבול, אינו עובר בלאו זה.

ועיין בחזו"א (ב"ק טז,יט) שכתב בבאור דברי התוס', דמשמע מדבריהם דהעושה חזקה בקרקע ע"מ לגזלה, לאו כלום הוא, שאין גזילה אלא במשך או הגביה או בחצירו ונתכוין לגזלה, "אבל בקרקע לא שייך גזילה אא"כ שימש עליה שוה פרוטה או אוכל פירותיה". ולפ"ז כל הנידון בעושה קנין חזקה בקרקע ולא השתמש בקרקע, אבל בעצם השימוש בקרקע יש דין ואיסור גזילה. וסברת החזו"א, דכיון דילפינן מסברא דאי אפשר להזיזה ממקומה, וסברא זו הינה רק לקנין גזילה. ולפ"ז יש לישב מה שהקשה המל"מ על התוס', דהא ספרי מפורש שעובר בלא תגזול. וי"ל, דהספרי מירי בהשתמש בקרקע הגזולה, וע"כ עובר בלא תגזול, משא"כ התוס' מירי בעושה קנין ולא השתמש.

ומש"כ החזו"א דבהשתמש בקרקע או אכל פירותיה, חייב לשלם לבעלים אף אם קרקע אינה נגזלת, כן מבואר בתש' הרא"ש (צה,א). הרא"ש נשאל במי שגזל כרם ואכל הפירות כמה שנים, וטען השואל דפטור מצד דקרקע אינה נגזלת. והשיב הרא"ש, דאף דקרקע אינה נגזלת, דתמיד עומדת ברשות הבעלים, היינו לענין דאם שטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, וכן עבדים והזקינן, משלם כשעת הגזלה. אולם הפירות שגדלו על הקרקע הם של הבעלים, וחייב הגזולן לשלם לבעלים הפירות, דכיון שהקרקע ברשות הבעלים, הפירות שלהם. וכן חייב ליתן לבעלים שכר העבדים. וראיה מהגמ' ב"ק צז,א, דהתוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור, דאף למ"ד כמקרקעי דמי וברשות הבעלים הוא עומד, מ"מ פטור מלשלם שכר פעולת העבד, דוקא כשעשה בו מלאכה שלא בשעת עבודה, אבל בשעת עבודה, חייב לשלם לבעלים שכר העבד, אף למ"ד עבדא כמקרקעי דמי, דשלא בשעת מלאכה הוי כלא עבידא למיגר וכו'. והוסיף הרא"ש, וז"ל:

"ועתה אבאר דין גזל קרקע. כך הוא האמת, דשלש עברות הן בענין גזל, הראשונה במחשבה, שמתאוה בלבו לממון חברו, והשניה בדבור, שמדבר אלו היה אותו הממון שלו, והשלישית במוציא מחשבתו ודבורו לפועל, והולך וגוזל ממון חברו. מטלטלין משנוטלין ומוציאן מרשות הבעלים ומביאן לרשותו, אז נגמר הגזל. ובמקרקעי לא שייך, כי נתמעטו מכלל ופרט גבי אשם גזלות, ומשם למדו חכמים שאם שטפה נהר, או גזל עבדים והזקינן, אומר לו הרי שלך לפניך. הילכך אם גזל שדה ולא חרשה ולא זרעה, או גזל בית ולא נשתמש בו, אין כאן בל תגזול, כי ברשות בעלים הם עומדים. אע"פ שמנע את הבעלים מלהשתמש בקרקע שלהן, גרמא בניזקין הוא, ואינו חייב לשלם לבעלים כלום. [אבל אם אכל הגזולן הפירות של השדה, עובר משום בל תגזול, כי ברשות הבעלים גדל, ואם כן נשתמש בבית ולא העלה שכר לבעלים, ועובר] משום בל תגזול."

מבואר מהרא"ש דלענין גוף הקרקע אינו עובר בלא תגזול, כשיטת התוס', דכיון שלא מוציאם מרשות הבעלים, אין כאן מעשה גזילה, דמעשה גזילה הוא שמוציאם מרשות הבעלים, ואינו שייך בקרקע, וזה ילפינן מכלל ופרט, אבל לענין פירות הקרקע, ובכללם שימוש בבית, כיון שהוציא הפירות מרשות הבעלים, עובר על לא תגזול. אמנם נראה דבסוכה דלא קיימא לאגרא, אם גוזל סוכת חבירו, דקרקע אינה נגזלת, גם מה שדר בסוכה אינה גזילת פירות.

ואף שיש מקום לומר דגם בהשתמש בקרקע אינו עובר על איסור גזילה, אא"כ מתכוין שהקרקע תהיה שלו, דכך היא לשון הספרי: "... והכניס מתחום חבירו בתוך תחום שלו אפילו מלוא אצבע", ולא מיירי בשימוש גרידא. י"ל דלענין שיעבור בהסגת גבול בעינן שיכניס מתחום חבירו שיהיה שלו וישתמש (לשיטת התוס'), אולם לענין איסור גזילה, גם אם לא מתכוין שתהיה קרקע חבירו שלו, עצם השימוש בקרקע חבירו הוי גזילה, וכמי ששתמש בחפץ חבירו ללא רשות, שנחלקו חכמים ורבי יהודה (ב"ב פז, ב – פח, א), ופסק הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה ג, טו, ובשו"ע חור"מ שנטה, דדינו כגזול. (ומ"מ דוקא אם השימוש הוא שוה פרוטה, עיין רמב"ם הל' גניבה א, א, וגזילה ואבידה א, א. ועיין מנחת חינוך מצוה תקכב שהסתפק אם לאו דלא תסיג עובר בפחות משה פרוטה. ועיין באבני נזר חור"ד קסא, ג).

ועיין במש"כ הגר"י אברמסקי זצ"ל בחזון יחזקאל, תוספתא א, ב, שהקשה ג"כ על דברי התוס' שהם נגד הספרי. וכתב דדוחק לחלק בין אם גוזל קרקע למסיג גבול, דגוזל קרקע הנגזל לא הפסיד כלום, שהרי בידו לקחתה והיא במקומה עומדת, משא"כ מסיג גבול והכניס מחלק חבירו לתוך שלו באופן שלא ניכר שנטל ממנו, עובר על לא תגזול. וכתב דזה חילוק דחוק, עיי"ש.

[ועיין במהרי"ל בתש" ס"י קצח שכתב: "ושואל שלא מדעת דנקרא גזול, וכן המעביר על דעת בעלי' לחד מ"ד, כמדומה לי שפי' רבותינו דין גזול יש לו, ולא דקעבר בלא תגנוב אע"פ שאין דעתו לשלמו בשעת שאילה". ונראה כוונתו לענין חיוב אונסין, אך אינו עובר בלא תגזול. ועיין בהערות שם מהמגיה שכתב דלא מצא דעה כזו. ועיי"ש בהמשך דבריו שכתב לחלק בין מי שגונב ע"מ לשלם כפל (ב"מ סא, ב), דעובר על לא תגנוב; "דמכוון לגניבה ובאיסורא אתא לידיה". ולכאורה בגזילת קרקע מתכוין לגזילה, וגם שואל שלא מדעת עובר על איסור גזילה, גם לשיטה שהביא מהרי"ל.]

ולכאורה יש להביא ראיה שגם בשימוש בקרקע עובר על לא תגזול, מהגמ' ב"ב ק, א, בדין מיצר שהחזיקו בו רבים, ועל המשנה שם (צט, ב) רצתה הגמ' להעמיד המשנה כרבי אליעזר, דתניא ר' יהודה אומר משום רבי אליעזר, רבים שבררו דרך

לעצמם, מה שבררו בררו. והקשתה הגמ', לרבי אליעזר רבים גזלנים נינהו. ופרשב"ם שם: "שיגזלו קרקע של אחרים". ותירצה הגמ', אמר רב גידל אמר רב, כגון שאבדה להן דרך באותה שדה (דמ"מ אורחא אית להו גביה, ויפה כח רבים מכח יחיד, שהיחיד שאבדה לו דרך בשדה חבירו לא יברור מעצמו אלא או בבית דין או ברשותו של בעל השדה, אבל רבים בבית דין דמו – רשב"ם). ומוכח לכאורה שרבים במה שהילכו בדרך של יחיד, נקראים גזלנים. וקשה לומר דכוונת הגמרא שהם עושים מעשה של גזילה, מעשה שאסור לעשות, אך לא עברו על לא תגזול. אמנם נראה לדחות, דרבי אליעזר לשיטתו, דהרבים עשו קנין בקרקע בהילוך, וכמו שתירצה הגמ' שם על השאלה ור' אליעזר, רבים במאי קנו ליה. ותירצה הגמ' - בהילוכא, דתניא, הלך בה לארכה ולרחבה, קנה מקום הילוכו דברי ר' אליעזר וכו', וכיון שעשו קנין להפקיע זכות היחיד, חשיבי כגזלנים, אבל אם לא מהני קנין, אין ראייה שיחשבו כגזלנים ע"י ההליכה. דאי לאו הכי קשה, דכיון דהמציצר שהחזיקו בו רבים לא קיימא לאגרא, לא גזול וכנ"ל. רק לרבי אליעזר שקנו בקניני גזילה, רבים גזלנים נינהו.

ובחזו"א (ב"ק טז,יט) מחלק בין דין גזולה על החפצא של הסוכה, דבזה יש עליה דין של סוכה גזולה, לבין אם היושב עובר על איסור גזל, דבזה יש לפסול מצד מצוה הבאה בעבירה ולא מדין סוכה גזולה. דמהגמ' בסוכה לא, דסוכה גזולה שפסולה, היינו דוקא סוכה שנתחייב בהשבה, משא"כ ביושב בבית חבירו, דאף שהוא גזול בשיבתו, כאוכל פירות של שדה חבירו, כיון דגוף הבית של הבעלים, לא חל על הסוכה דין גזולה, ולא פסלה התורה סוכה זו. ובקרקע שאין על הקרקע שם גזולה, כשיושב בקרקע גזולה אין הישיבה מכלה את החפץ, ולא מקרי מצוה הבאה בעבירה. והקשה החזו"א, מדוע הישיבה עצמה, כשיושב בסוכה והבעלים מוחים, אינה נחשבת כגזול. ותיירץ דאירי דאין הבעלים מקפידים עכשיו על ישיבתו, אבל הוא דעתו לגזלה לגמרי. ולכן מצד אכילת פירות לא חשיב גזל, ומצד גזילת הקרקע, אינה בכלל סוכה גזולה, דלא חל עליה שם גזולה:

"וכן בסיכך ברשות הרבים, מקפידין על הסכך והדפנות שמפריע את בני רשות הרבים. אבל אחת היא להם אם הוא יושב בה או לא. וכל זמן שהסוכה עומדת דין הוא שכל אחד ואחד נכנס, כמו שכולן משמשי ברשות הרבים, ואין כאן גזל שימוש. והראשונים דנו משום מצוה הבאה בעבירה ... שהרי הוא נוהג אלמות לעכב את הבעלים מליטול את שלו. ותיירץ הריטב"א, שכיון שזה אינו קשור בישיבה, לא מקרי מצוה הבאה בעבירה."

מבואר מהחזו"א דשימוש שיחשב גזל, מיירי באופן שעצם השימוש מפריע את הרבים, אבל אם בנה סוכה ברשות הרבים, ועצם הסוכה היא המפריעה ולא הישיבה,

אף שגזל את הרבים בבניה, מ"מ בישיבה אינו גזול את הרבים, דלרבים אין נפק"מ בישיבה. ומ"מ מבואר להדיא דשימוש בלא דעת חבירו, נחשב כגזול על הפירות, גם אם קרקע אינה נגזלת. (ועיי"ש מש"כ דמה דאיתא בנחמיה ח, טז: ויעשו להם סכות איש על גגו, ובחצרתיהם ובחצרות בית האלהים וברחוב שער המים וברחוב שער אפרים. י"ל, שהיה דעת כולם להקנות חלקם לכאור"א).

ודברי הריטב"א שהביא החזו"א, עיין בריטב"א לא, א שהקשה, דאף אם קרקע אינה נגזלת, מ"מ הו"ל מצוה הבאה בעבירה. ותירץ הריטב"א: "דהכא כיון דלא קני לה כלל וברשותיה דמאריה איתא ואין המצוה מוציאתה מרשות בעליה, לא חשיבא מצוה הבאה בעבירה, והרי הוא כאילו היתה שדה דעלמא גזולה ברשותו, שאע"פ שעבירה בידו אין הסוכה נפסלת בכך". וראיתי לגר"י פערלא בביאורו לרס"ג (לאוין ל"ת רעא) שהקשה, דמ"מ מדוע לא תהא מצוה הבאה בעבירה. דבאמצעות העבירה באה המצוה לידו, דאם לא היה תוקף את חבירו ומוציאו מסוכתו לא היתה לו סוכה לקיים מצות ישיבה בסוכה. והו"ל מצוה הבאה בעבירה. ואי משום דאין המצוה מוציאה מרשות הבעלים דאין קרקע נגזלת, אדרבה בכך גרע טפי, שהרי לר"א אפילו סוכה שאולה מדעת בעלים פסולה אלא דלרבנן גלי קרא להכשיר השאולה גבי סוכה. וא"כ לר"א בקרקע במאי דאינה שלו ואין לו בה שום קנין, סוכה זו גם שאולה וגם גזולה, עיי"ש.

ג. יאוש בקרקע

ולכאורה אם מהני קניני גזילה בקרקע, תלויה לכאורה במחלוקת הראשונים אם יאוש לקרקע. איתא בגמרא סוכה ל, א-ב: אמר להו רב הונא להנהו אוונכרי, כי זבניתו אסא מעכו"ם לא תגזזו אתון אלא לגזוזו אינהו ויהבו לכו, מאי טעמא, סתם עכו"ם גזלני ארעתא נינהו וקרקע אינה נגזלת. ועיי"ש ברש"י (ד"ה וקרקע); "כלומר אינה קנויה לגזול בשום יאוש, דלעולם בחזקת בעליה היא, דמקראי נפקא לן בהגזול בתרא (ב"ק קיז, ב)". וכן מבואר ברש"י סוכה לא, א ד"ה ורבנן. ועיין בפני יהושע שהקשה על ראית רש"י מהגמרא בהגזול בתרא, דהא שם אין הנידון אם מהני יאוש לקרקע אלא אם קרקע נגזלת. והסביר הפני יהושע דכוונת רש"י למילף מהגזול בתרא דקרקע אינה נגזלת, וממילא שמעינן דלא מהני יאוש, דיאוש מהני רק בדבר הנגזל. וע"ע בחזו"א ב"ק טז, יח ד"ה ויש. ובתוס' שם (בד"ה וקרקע) כתבו דהדין עם רש"י, דאי יאוש מהני בקרקע, מאי נפקא ליה מינה דאינה נגזלת, דקודם יאוש בכל ענין אינה נקנית, ואחר יאוש הרי קונה ביאוש. וע"כ מוכח דלא מהני יאוש לקרקע. וכן מבואר ברשב"ם (ב"ב מד, א סד"ה ופרקינן): "דאין יאוש ושינוי רשות מועיל בקרקע, דקרקע אינה נגזלת".

והתוס' בב"ב מד,א (ד"ה דוקא) הביאו מהירושלמי בכלאים דיאוש מהני בקרקע אף שאינה נגזלת, וכן נראה דעתם שם. אמנם בתוס' סוכה ל,ב (ד"ה וקרקע) הביאו את הירושלמי ופירשו בענין אחר. והנה בירושלמי שם, על הא דתנן: האנס שזרע את הכרם, קוצרו אפילו במועד. מאימתי הוא נקרא אנס, משישקע, איתא: אמר רבי אחא, נשתקעו הבעלים ולא נתיאשו הבעלים, איסורן דבר תורה. נתיאשו הבעלים ולא נשתקעו הבעלים, איסורן מדבריהם. והקשו בירושלמי, ויש קרקע נגזל. אמר רבי לא, אע"פ שאין קרקע נגזל, יש יאוש לקרקע. ועיי"ש בפני משה, דהיכא שנשתקע שם בעלים מהכרם, הואיל והיא נקראת על-שמו של האנס, הרי היא שלו, וממילא מקדש בכלאים ככרם שלו ואינו כאוסר דבר שאינו שלו, וזהו דבר תורה. אולם אם התיאשו ולא נשתקע שם הבעלים, אין האנס אוסר בכלאי הכרם אלא מדרבנן.

ואת שאלת הירושלמי "ויש קרקע נגזל" וישובה, מסביר הפני משה: "וכי יש גזילה בקרקע דנימא דמהני יאוש לענין שיהא האנס אוסר מיהא מדבריהם ... דאף דבעלמא אין גזילה לקרקע, אמרו חכמים דיש יאוש לקרקע זו והאנס אוסר מדבריהם". מבואר מדברי הפני משה שקושית הירושלמי היתה על הסיפא, על הא דאוסר האנס מדבריהם בהתיאשו הבעלים ולא נשתקע, וע"ז תירצו שהוא דין מיוחד בכלאים שאנס אוסר מדרבנן. אבל על הרישא דבנשתקע שם הבעלים, לא הקשו בירושלמי אמאי חשיב ככרם של האנס, ויש להבין. עוד יש להבין מה שהביאו התוס' בב"ב מד,א, ראה מהירושלמי דקרקע מהני בה יאוש אע"פ שאינה נגזלת, והיינו מהסיפא, והרי הסיפא (בנתיאשו ולא נשתקע) הוא דין מיוחד בכלאים.

ובתוס' בסוכה ל,ב בהביאם את דברי הירושלמי, פירשו את הירושלמי בשני אופנים, (וכן הוא בפירוש הר"ש למסכת כלאים ז,ו), והפירוש הראשון מחלקיעם התוס' בין נשתקע שם הבעלים ליאוש בעלים ולא נשתקע - דבנשתקע שם הבעלים הוי כדין אבודה ממנו ומכל אדם, דע"כ לא מהני מה שצווח שאינו מתיאש, שנעשה כצווח על ביתו שנפל. וכשאבודה ממנו ומכל אדם, מהני יאוש אף בקרקע. משא"כ ביאוש שאינה בבחינת אבודה ממנו ומכל אדם אלא שהתיאש ולא השתקע, לא מהני יאוש. ונראה בדבריהם, דמה דלא מהני יאוש בקרקע הוא מפני שקרקע בחזקת בעליה עומדת וכמבואר לעיל. כאשר נשתקע שם הבעלים או במקום דהוי אבודה ממנו ומכל אדם, כבר אינה בחזקתו. ביאוש, הבעלים מנתקים את עצמם מהחפץ, וכאשר החפץ (הקרקע) נשאר עדיין בחזקתם, אין כאן ניתוק. באבודה ממנו ומכל אדם, החפץ ניתק עצמו מהבעלים. הניתוק של החפץ מהבעלים כולל גם את ניתוק המוחזקות. הניתוק הפקיע את המוחזקות של הבעלים. קרקע בחזקת בעליה עומדת מפני ששם הבעלים

על קרקע, דאל"כ איך היא עומדת בחזקת הבעלים כשהבעלים אינם מוחזקים. הניתוק של הקרקע מהבעלים ע"י שקיעת השם, גרר גם את ניתוק המוחזקות. ובהסבר השני בירושלמי, פירשו התוס' דגם בנשתקע שם הבעלים אין הכרם בבעלות האנס, ומה שאוסר את הכלאים הוא מחמת הבעלים שמקיימים ולא עוקרים את הכלאים. והתוס' כתבו דהראשון נראה עיקר.

גם הר"ש בכלאים תירץ כשני התרוצים הנ"ל, ומשמעות דבריו דלא מהני יאוש בקרקע. אלא שהר"ש במקום אחר (אהלות יח,ד) משמע מיניה שמהני יאוש לקרקע. במשנה באהלות שם תנן: שדה בוכין, לא נטעת ולא נזרעת. ושדה בוכין היינו מה דאיתא בגמרא מו"ק ה,ב שהיא שדה שמספידין בה המתים ובוכין שם ואומרים צידוק הדין, היא רחוקה מן הקברות. והטעם שלא נטעת ולא נזרעת, פירש הר"ש שם, וז"ל:

"משום יאוש בעלים נגעו בה, דכיון שכן הוא מתיאשים הבעלים ממנה והוה ליה כמיצר שהחזיקו בו רבים דאסור לקלקל. ומיהו דוקא משום דנתיאשו דאחזוק כדין, אבל לא נתיאשו, א"כ היו מחזיקין שלא כדין, ומותר לקלקלו."

א"כ להדיא כתב דמהני יאוש בקרקע. ועיין מה שכתבתי בח"ג סי' כב לחלק בין נידון שדה בוכין לדין יאוש בקרקע. בשדה בוכין הדיון הוא לא על גוף הקרקע אלא על השימוש בקרקע. בשדה בוכין הבעלים הינם הבעלים על גוף הקרקע, אלא שמהשימוש בקרקע התיאשו, וכן הדין במיצר שהחזיקו בו רבים. לענין שימושים בקרקע לא

שייך לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת, כיון שאין בשימוש של אחרים משום סתירה למוחזקות. משא"כ בדין יאוש בקרקע הנידון הוא גוף הקרקע, ובוה כיון שהיא מוחזקת לבעלים, לא מהני יאוש. (ועיין במש"כ השואל ומשיב, קמא, ח"ג סי' רח). והרמב"ם בהל' גזילה ואבידה ח,יד, נראה שלא חילק בין סוגים שונים של יאוש, וז"ל: "וכן הקרקע אינה נקנית לגזלן לעולם אלא ברשות בעליה קיימת, ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתיאשו הבעלים, הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים..." . מהרישא של דברי הרמב"ם מוכח שקרקע אינה נקנית לגזלן "לעולם". לאמור - אין היכי תימצא שתקנה הקרקע לגזלן.

אלא שמדברי האור זרוע (ח"א סי' תשנח) מבואר דיש יאוש לקרקעות, וז"ל:

"... שכשם שיש יאוש לעבדים, הכי נמי יש יאוש לקרקעות. וכן שמעתי מפי מורי ה"ר שמחה שיש יאוש לקרקעות מההיא דכלאים, דתנן ... וכן כתב ה"ר שמשון ב"ר אברהם דיש יאוש לקרקע. וההוא דאוונכרי הכי פירושו, אמר להו רב הונא להנהו אוונכרי ... פירוש, קיי"ל כרב אסי דבעכו"ם מסתמא לא

מייאש ... היינו מגוף הקרקע אבל מדבר הנתלש ונאבד ודאי סתמא מיאש. ויש מקיימים פירוש רש"י דהכי אמר להו רב הונא, וקרקע אינה נגזלת אפילו ע"י יאוש, היינו לענין מצוה אחמור רב הונא."

מבואר מדברי האור זרוע דיש יאוש לקרקעות, והסביר את הגמרא בסוכה לשיטתו בשני אופנים, ונזכר בגוף הדברים. וכן מבואר ברא"ש בב"ב פ"ג המ"א, יובא להלן. ועיין בתש' לחם רב לבעל הלחם משנה, סי' קנו (בד"ה אבל כד מענינן) שכתב דכיון שהוי פלוגתת ראשונים, אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, דהיינו הבעלים. וע"ע בש"ך שעא"ב ובהגהות מימוניות הל' גזילה ואבידה ח"ד, דנראה מדבריהם שנקטו כתלמוד דידן שאין יאוש לקרקעות, וכדעת הבבלי.

ובשו"ע חו"מ שעא"א פסק כלשון הרמב"ם הנ"ל דקרקע "אינה נגזלת לעולם אלא ברשות בעליה עומדת". וכן מבואר מדבריו בחו"מ לז"ז דלא שייך בקרקע יאוש, ועיי"ש בסמ"ע ס"ק מז. אלא שלכאורה דבריו סותרים למש"כ בשו"ע חו"מ רלו"ט בדין אגס שמכר את הקרקע לישראל אחר, דחזרת הקרקע ומחזיר לקונה הישראל דמיה, ופסק המחבר: "בד"א בשאין שופטים שיוכל להוציא שדהו מיד העכו"ם, אבל אם יש שופטים בארץ והיה אפשר להוציאו מיד עכו"ם בדין ולא עשה, אז ודאי נתיאש וישאר ביד הלוקח ולא יתן לבעלים כלום".

ומקור הדין מהגמרא בגיטין נח"ב בהא דאמר רב יוסף אין דין אנפראות בבבל, דכיון דאיכא בי דוואר ולא אזיל קביל, אימא אחולי אחיל, עיי"ש (ועיין ברמב"ם ר"פ י מהל' גזילה ואבידה). ומבואר מדברי המחבר דמהני יאוש לקרקע. ובקצוה"ח שעא"א כתב לישב ע"פ מש"כ אחיו הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהנא (בספרו תרומת הכרי), וז"ל:

"דודאי בגזל לא מהני יאוש בקרקע, אבל היכא שהאגס בא עליו בעקיפין מצד אחר, וכדי להפטור ממנו אומר לו שא קרקע והניחני, ובוזה אע"ג דבעלמא תלוהו ויהיב לא מהני, אבל היכא דאיכא בי דוואר, יש הוכחה דגמר ויהיב אגב אונסיה."

לפי החילוק הנ"ל, בין גזל לבין מצב שנתן לו הנאנס לאנס קרקע כדי להציל עצמו מאונס, מובן מדוע בסקריקון מהני היאוש, דכיון דבעצמו הקנהו לו, מהני היאוש. ובדרישה חו"מ לז"א הביא הסתירה הנ"ל בדברי המחבר, אך תירץ באופן שונה:

"לכן נלענ"ד דרבינו ס"ל דודאי יאוש גמור שמוכח לכל שמייאש, כההיא דסקריקון שהביאו התוס' ורבינו לקמן סי' רלו, שיש הוכחה גדולה שמתיאש, אפילו בקרקע מהני יאוש וכמש"כ התוס' והרא"ש, אבל היכא דליכא

הוכחה אלא שאמר ווי לחסרון כיס וכיצא בזה, דבכהאי גוונא איירי הכא ובסי' שעה, מסתבר לרבינו לתפוס דברי רשב"ם לעיקר, דכיון דקרקע אינה נגזלת וליכא הוכחה גמורה דמיאש, דמסתמא לא מייאש."

לדברי הדרישה יש שני סוגים של יאוש - יש יאוש שכל מקורו מכח דיבור הבעלים שהתיאשו. כאשר עומד לפנינו דיבור הבעלים שהתיאשו מול הסברא והחזקה שאינו מתיאש מקרקע כיון שהיא בחזקתו, אמרינן שדיבורו כמאן דליתא, דאף שאמר, מן הסתם לא מתיאש. אבל כאשר התנהגותו מוכיחה שהתיאש, כגון במקרה של סקריקון שיכל לתבוע את הסקריקון בערכאות ולהוציא מידו ולא תבעו, מוכח ממעשיו שהתיאש, וע"כ מהני היאוש.

ומדברי הדרישה נמצאנו למדים סברא שונה בדין יאוש בקרקע ממש"כ לעיל. לעיל הבנו שיאוש לא מועיל בקרקע כיון שהיא בחזקת הבעלים, אף שהבעלים באים לנתק עצמם ע"י היאוש מהקרקע, בחפצא של הקרקע מונח קשר לבעלותו, כיון שהקרקע בחזקתו, ולכן לא מהני יאוש לקרקע. לפי הדרישה - יאוש מהני בקרקע ואין הקרקע שונה לענין זה ממטלטלין, אלא שאמרינן שאף שאומר שהתיאש מסתמא לא התיאש. החסרון (או המעלה) אינם בקרקע אלא ביאוש. ולכן כאשר יש לנו הוכחה ליאוש, מהני היאוש אף בקרקע.

ומעין סברתו (ע"א שיש חילוק רבה בדין) נמצא בדברי הרא"ש בב"ב (פ"ג המ"א). לאחר שהביא את הירושלמי בכלאים (הנ"ל), כתב דמשמע מהגמרא בגיטין דיש יאוש בסקריקון, וכן משמע בגיטין לט"ב, דמהני יאוש בעבדים. ותירץ הרא"ש: "וי"ל דאע"ג דיש יאוש בקרקע, מ"מ לא שכיח בה יאוש לפי שאינה דבר הכלה ואינו מתיאש, שאם לא יוכל להוציאנה מידו יוציאנה מיד בנו, אבל בפרה וטלית שכיח בהו יאוש, ואורחא דמילתא נקט". נראה שלמד דהא דאין יאוש בקרקע, היינו מסתמא אינו מתיאש, אבל אם אמר מפורש שמתיאש, מהני יאוש. הרא"ש אינו מצריך הוכחה ליאוש. לשיטתו יש יאוש בקרקע אפילו הוציא בפיו, דהחילוק בין קרקע למטלטלין אינו בחפצא של הקרקע אלא ביאוש. אך כמובן לדבריו מהני יאוש בקרקע, משא"כ למחבר לדעת הדרישה לא מהני אא"כ יש הוכחה, אבל בגוף הסברא, לתרויהו שיך יאוש בקרקע.

ועיין בספר כפות תמרים (למוהר"מ חביב, סוכה ל,א) שכתב שבנשתקע שם הבעלים מהני יאוש, דאנן סהדי דמיאשי, משא"כ ביאוש שמתיאש בפיו, אינו מתיאש בלב שלם. והיינו כסברת הדרישה דמהני יאוש לקרקע היכא שמתיאש בלב שלם, והיכא שאנן סהדי שמתיאש, משא"כ כשאומר בפיו. ובתרוומת הכרי (סי' שעא) חלק

על הכפות תמרים וכתב דלא מהני יאוש בקרקע כשם דלא מהני יאוש בדבר שברשותו, ובנשתקע שם הבעלים ס"ל דמהני מדין אבודה ממנו ומכל אדם, וז"ל:

"ונראה לי דהאי טעמא משום דבזוטו של ים ושלוליתו של נהר רחמנא שרי ואפילו היכי דלא נתיאשו הבעלים, כמש"כ הראשונים ז"ל בפ"ב דב"מ, והדברים עתיקים. וא"כ כל שנשתקע שם בעלים, תו הוי כזוטו של ים דאבודה ממנו ומכל אדם. וזה מדוקדק בלשון התוס' דהוי כצוות על ספינתו שנטבעה בנהר, ור"ל דהוי זוטו של ים דשריא אף בלי יאוש."

מדברי תרומת הכרי נמצאנו למדים דדין זוטו של ים שאבודה ממנו ומכל אדם, מותרת למוצאה "דרחמנא שריא", והיינו שהתורה התיירה, וזה הטעם שאין צורך ביאוש בעלים. שאם הבנו קודם בדברי הראשונים דהא דלא מהני צוות על ביתו שנפל, משום דאנן סהדי שמסתמא מתיאש אף שצוות שאינו מתיאש, בא תרומת הכרי ללמדנו שאבודה ממנו ומכל אדם אין צורך ביאוש, דרחמנא שריא, וע"כ אף אם צוות שאינו מתיאש, יתכן ואכן אין כאן יאוש, אבל אין אנו צריכים ליאושו כדי שיוכל לזכות המוצא באבידה. עוד נמצאנו למדים, דנשתקע שם הבעלים הרי זה כאבודה ממנו ומכל אדם, שאין אנו צריכים ליאושו ואין אנו באים לדון מכח דין יאוש בקרקע, וע"כ ס"ל לירושלמי בפשטות דהוי של אנס ואוסר בכלאים. ועיי"ש עוד בתרומת הכרי בהמשך, שיצא לדון דבנשתקע שם הבעלים, תו לא חשיב כמוחזקת לבעלים, וע"כ מהני ביה יאוש, עיי"ש. והדברים מפורשים בדברי הרשב"א בב"מ כא,ב (ד"ה זוטו), וז"ל:

"זוטו של ים ושלוליתו של נהר דאית בה סימן רחמנא אפקריה. מסתברא דהפקר גמור הוא, ואפילו מרדף אחריהם, ואפילו אמר בפירוש לא מיאשנא, אפילו הכי שריא דרחמנא אפקריה."

וע"ע בפני יהושע (סוכה ל,ב ד"ה ובעיקר). הפני יהושע מבחין בין יאוש מדין יאוש ליאוש מדין הפקר (מעין חילוקו של הנתיבות רסב,ג, יובא להלן). יאוש מטעם הפקר שייך אף בקרקע, דעיקר ילפוטא דהפקר ילפינן מקרקעות. ע"כ בנשתקע שם הבעלים אין לך הפקר גדול מזה, "שאין לה בעלים והרי הן כמדבר".

מהאמור לעיל מבוארים שני הסברים בהא דאין יאוש לקרקע: דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת, אין יאוש מנתק את הבעלות מהקרקע. או הא דלא מהני יאוש כיון דמסתמא לא מייאש אף שאומר שמתיאש. והנה הנתיבות שעא,א הקשה על שיטת המחבר מהא דסקריקון, וכן הקשה על תרומת הדשן סי' שמ שכתב דמי שאבדה לו דרך שדהו, דקיי"ל בכתובות קט,ב דבחד דאתי מכח ד אין לו דרך, דהטעם בזה משום יאוש, והא אין יאוש לקרקעות. והסביר הנתיבות ע"פ דברי הרמב"ן

במלחמות (עיין קצוה"ח ריש הל' אבידה) דלא מהני יאוש לדבר שברשותו, ולא מהני יאוש שלא מדעת, דכיון שהגיע ליד המוצא קודם יאוש נעשה שומר אבידה והוי כברשותו בשעת היאוש, וע"כ לא מהני היאוש לאחר שבא לרשות המוצא. וס"ל לנתיבות דכיון דקרקע חשיב ברשותו, לא מהני יאוש, "ואבידת קרקע לא משכחת, דהארץ לעולם עומדת". ע"כ במי שאבדה דרך שדהו, כיון שאינו יכול להוציא את הקרקע בדיינים, לא חשיב ברשותו. והוא הדין בנשתקע שם הבעלים כנידון הירושלמי, דכיון דנשתקע, אינו יכול לתבוע מהמוחזק ואינו יכול להוציא בדיינים, וע"כ לא חשיב כמוחזק לו וכברשותו, וע"כ מהני יאוש. וכן כתב הנתיבות גם בסי' שסג.א. וכן נמצא בתש' חמדת שלמה (חאו"ח סי' כה ס"ק ד).

מדברי הנתיבות עולה דדין יאוש בקרקע שוה לדין יאוש בדבר שברשותו. והטעם דלא מהני יאוש בדבר שברשותו, נראה דבדבר שברשותו אין כאן מציאות של אבידה או גזילה. תנאי לחלות היאוש שיהיה כאן אבידה וגזילה, וכאשר הדבר נמצא עדיין ברשותו, אין כאן מציאות של אבידה וגזילה שיחול עליהם יאוש. והסבר זה נגזר מדברי הנתיבות רנט,א, במחלוקתו עם קצוה"ח שם בדין יאוש בדבר שברשותו, וז"ל:

"ולפע"ד נראה דכמו דגזילה מיקרי אינו ברשותו, כמו-כן אבידה. אמנם דוקא שהוא מונח במקום שאינו משתמר, דהוי כהפקר לכל עובר ושב, מיקרי האבידה שכבר יצא מרשותו ומהני ביה יאוש ... דכשמונח במקום המשתמר לאו שמה אבידה."

הרי שחסרון חלות יאוש בדבר שהוא ברשותו הוא מפני שאין כאן אבידה ואין ליאוש על מה לחול, דיאוש חל רק על דבר שהוא אבידה או גזילה, וע"כ קרקע שהיא ברשותו אין ליאוש על מה לחול. אמנם בקצוה"ח שם סובר דיאוש מהני בדבר שברשותו, אלא שכאשר הגיעה האבידה לרשות מוצא קודם היאוש, כיון שהשומר לא מתיאש, לא מהני יאוש בעלים, עיי"ש בקצוה"ח רנט.א. ע"כ לקצוה"ח אין להסביר דהא דאין יאוש בקרקע הינה מפני דדמי ליאוש בדבר שברשותו, דהא כל היכא דלא הגיעה הקרקע ליד אחר נמי לא מהני יאוש, וכגון שסילקוהו מהקרקע והתיאש, ולא נכנס הגזלן לקרקע, דלכאורה לא מהני יאוש. (ועיין בתרומת הכרי (סי' שעא) שכתב בסברת הדין כדברי הנתיבות דלא מהני יאוש בקרקע, כשם דלא מהני יאוש בדבר שאינו ברשותו).

אלא שבמקום דלא הגיעה הקרקע ליד אחר, אף במטלטלין סובר הנתיבות דלא מהני יאוש, דכן כתב בסי' רסב ס"ק ג, דאינו יוצא ע"י יאוש מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, ובזה חלוק הפקר מיאוש, דהפקר יוצא אף בלא אתי ליד זוכה,

כיון דהפקר הוא מדעת ויאוש הוא שלא מדעת. אמנם סובר הנתיבות שבאבודה ממנו ומכל אדם, כגון אבידה ששטפה נהר או שור הנסקל שהוזמו עדיו, יש לו דין הפקר ממש, ויצא מרשות בעלים אף דלא אתי לרשות זוכה. ומוכח מהנתיבות דבאבודה ממנו ומכל אדם, לאו מטעם יאוש אתינן עלה אלא דרחמנא זיכתה לזוכה אף ללא יאוש, וכמש"כ לעיל בשם תרומת הכרי. וכן ראיתי בדברי המרחשת בתחילת קונטרס היאוש, שלמד כן בדברי הנתיבות. ועיי"ש באות ב מש"כ בהסבר החילוק, דביאוש שתלוי בדעת הבעלים, אין דעת הבעלים להתיאש כל זמן דלא אתי לרשות אחרת, אך באבודה ממנו ומכל אדם כיון שלא תלוי ההפקר בדעת הבעלים, יצא מרשותו מיד בשעה שרחמנא אפקריה, דרחמנא אפקריה מיד שהיתה אבודה.

והנה המרחשת בקונטרס היאוש (הא ולהלן) כתב לחלק בין יאוש בקרקע לאבודה ממנו ומכל אדם, דלדברי התוס' בב"ק סו,א ובב"מ כז,א עיקר דין יאוש נלמד משמלה, וע"כ מהני יאוש דוקא בדבר דדמי לשמלה, משא"כ קרקע אינו בכלל שמלה ולא מהני יאוש. אולם אבידה שאבודה ממנו ומכל אדם, ילפינן מהפסוק "אשר תאבד ממנו ומצאתה", בזה יש יאוש גם בקרקע, דפסוק זה מיירי גם בקרקע, והראיה מהגמ' בב"מ לא,א דילפינן אבידת קרקע מריבוי "כל" אבידת אחיך. והוא מעין ההסבר השני של התוס' בסוכה ל,ב בדברי הירושלמי המחלק בין נשתקע שם הבעלים להתיאשו הבעלים. ועיי"ש בסוף הקונטרס (ס"ק טו-טז) מה שחילק דבזוטו של ים מהני במוצא אף שבא לידו קודם יאוש, דאם נתיאשו הבעלים אח"כ הוי של מוצאו. (ובדין אם יאוש הוי כהפקר, עיין בתוס' ב"ק סו,א ד"ה כיון, נודע ביהודה תנינא, חאהע"ז סי' עז ד"ה ואמנם (השני), מחנה אפרים זכיה מהפקר סי' ז, חזו"א ב"ק יח,א, פני יהושע גיטין לח,א ד"ה רש"י, תרומת הכרי סי' רסב.)

ועיין במש"כ הגרש"ש שקופ בשערי יושר, היב ד"ה עוד, בטעם יאוש דלא מהני בקרקע; "משום דקרקע אינה חשובה אבודה מן הבעלים, רק היכא שנשתקע שם הבעלים, י"ל דהוי כאבודה, ומהאי טעמא בכהאי גוונא מהני יאוש גם בקרקע". נראה שסברתו דקרקע חסר בה שם אבידה, וכיון שחסר בה שם אבידה, אין ליאוש על מה לחול, והיינו כמש"כ לעיל בסברת הנתיבות. ועיין בחידושי הגר"ח על הרמב"ם (גזילה ואבידה ט,א), וז"ל:

"... דאע"ג דאין עבדים נגזלים, מ"מ מעשה גזילה אית בהו, דאי לאו הכי הרי ליכא בהו חלות דין של יאוש כלל, כיון דהרי הם ברשות בעלים, ולגבי יאוש הא בעינן או מעשה גזילה או מעשה אבידה ... דבאמת הרי בקרקע לא שייך כלל לא מעשה גזילה ולא אבידה, דהרי היא עומדת ברשות בעליה כמו שהיתה, ורק אם היה בה דינא דנגזלת והיה חל בה קנין גזילה, עיי"ז הוא דהיינו מוצאין בה מעשה גזילה ואבידה ע"י קנין גזילה שבה."

אמנם הגר"ח מיירי ב"מעשה גזילה ומעשה אבידה", והיינו שאין בקרקע מעשה גזילה ואבידה, והראיה שאין בה קניני גזילה. אך הן הן הדברים. בקרקע החסרון שלא שייך בה גזילה ואבידה, וכאשר לא שייך גזילה ואבידה, אין ליאוש על מה לחול, דתנאי קודם ליאוש הוא שיהיה בה שם גזילה ואבידה. אמנם הגר"ש שקופ הסביר בשערי יושר (ה"ב בד"ה ונלענ"ד) דענין יאוש הוא "ענין התרצות וניחותא, בדבר שהבעלים חושבים שאבוד ממנו לעולם ולא יוחזר אליו, מתרצים המה על כל המקרים שיתהוו עוד ואינם חסים עליו ... וכל חפץ שאין הבעלים מקפידים על חסרונו, יכול כל אדם לזכות בו". ולכאורה לדבריו מה לי יש לחפץ שם אבידה ומה לי אין לו שם אבידה, כיון שהבעלים מתרצים בחסרונו מהני יאוש. אך גם לשיטתו י"ל כמש"כ הוא עצמו בהמשך, דבקרקע הוי חסרון בשם אבידה, ובודאי גם לשיטתו מהני התרצות זו רק בדבר ששייך בו שם גזילה ואבידה.

אמנם במה שהביא הגר"ח ראיה מהא דאין בה קניני גזילה, ראיתי בקהילות יעקב (לסטייפלר זצ"ל - גיטין כו"ב) שכתב דאין הפירוש בהא דאין קרקע נגזלת "שאין בה דיני גזילה להתחייב באונסין ובהשבה ולקנות בשינוי, אלא הכוונה דקרקע במציאות אינה נגזלת מרשות הבעלים, דאכתי קיימא ברשות בעלים שהיא עצמה רשות בעלים היא". הרי שסתר את הראיה מקניני גזילה וכתב דאינה נגזלת מבחינת המציאות. אלא שבהמשך דבריו הביא מרש"י בסוכה ראיה דהא דאינה נגזלת היינו מטעם שאין בה קניני גזילה. ועיי"ש מה שהסיק דבקרקע הוי יאוש ברשות מתרי טעמי, מחמת המציאות שאינה נגזלת, ומחמת קניני גזילה, ומה שישב בזה.

ועיין בדברי הגר"א וסרמן בקובץ שעורים (ב"ב סי' קפה) בסברת הדין דלא מהני יאוש בקרקע: "דליכא קנין יאוש אלא אם החפץ אבוד מן הבעלים, ובגזילת קרקע אין זו אבידה מבעליה, דסופן של בעלי זרוע ליפול. ולטעם זה נראה דגם בקרקע הא דלא מהני יאוש הוא רק היכא דאפשר להוציאה בדינין, דכל היכא דאיתא, ברשותא דמריה איתא, אבל היכא דאי אפשר להוציאה בדינין, דלאו ברשותא דמרא הוא להקדישה, הכי נמי מהני יאוש גם בקרקע, דבאופן זה מיקרי אבידה מבעליה". לדעת הגר"א וסרמן, קרקע בהיותה מוחזקת לבעלים, לא שייך בה שם אבידה, "דאין זו אבידה מבעליה", אבל כאשר הקרקע אינה מוחזקת לבעלים, וכגון שאי אפשר להוציאה בדיינים או שנשתקע שם הבעלים, שייך בה אבידה, וע"כ מהני בה יאוש.

וכל זה לענין קניני גזילה, אך לענין האיסור, כבר נתבאר לעיל דרבו הפוסקים דעובר על לא תגזול, דכן מבואר בספרי וברמב"ם ובעוד ראשונים. ואף לשיטת התוס' דאינו עובר על איסור גזילה בקרקע, י"ל דהיינו בעושה קניני גזילה ולא מונע מהבעלים שימוש בחפץ, אבל במונע מהבעלים שימוש בחפץ, אף לתוס' עובר בלא תגזול וכמו שהתבאר.

ד. טענת זה נהנה וזה לא חסר, כשמחסר לבעל הקרקע

ובנדר"ד טוען השואל שהעמדת הקראוון מותרת מדין זה נהנה וזה לא חסר וכופין על מידת סדום, שהרי המגרש היה שומם זמן רב, ורק לאחר שהעמיד שם את הקראוון החליטה העריה להפוך את המקום לשטח ירוק, ולמעשה העמדת הקראוון לא היתה אמורה להפריע לאיש, כך לטענתו. וטענה זו יש לדחות. הן מצד הנזק שגורם לציבור, שעליהם לפנות את הקראוון. וכל דין זה נהנה וזה לא חסר נאמר כשרוצה להשתמש בקרקע כדיורים והילוך, אך כאשר בונה בקרקע, אף שמדובר בקראוון, מ"מ הרי זה כבניה בקרקע, לא נאמר דין הנ"ל. וכן שכל דין זה נהנה וזה לא חסר נאמר על מצב של בדיעבד, אך לכתחילה יכול למחות.

ענין הקפדה בבנין בקרקע, מצאנו לענין שימוש בחצר השותפים. במשנה ב"ב נז,א תנן; אלו דברים שיש להן חזקה ואלו דברים שאין להן חזקה, היה מעמיד בהמה בחצר, תנור, ריחיים וכיריים, ומגדל תרנגולים ונותן זבלו בחצר, אינה חזקה, אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה עשרה טפחים ... הרי זו חזקה. והקשתה הגמרא מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא. ותי' הגמ', אלא אמר רב נחמן אמר רב אבוח, הכא בחצר השותפין עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי, אמחיצה קפדי. ופירש הרשב"ם שם, דבהעמדת בהמות גרידא בלא בלא בנין לא הוי חזקה, דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה, משא"כ מחיצה ובנין דקפדי, מדשתקו ולא מיחו, בודאי ברשותן עשו. ובהמשך הקשתה הגמ', והא תנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין להכנס לחצר, אלמא דבהעמדה גרידא קפדי (עיי"ש ברשב"ם). ותירצה הגמ', אלא אמר רב נחמן אמר רב אבוח הכא ברחבה שאחורי הבתים עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי ואמחיצה קפדי. ועיין ברשב"ם ד"ה והכא, דהקפידה היא לא על אופן השימוש אלא על המניעה שמונע ממנו השותף שבנה מחיצה להשתמש בחצר המשותפת, שגם לו יש בה זכות שימושים, והוא בבניית המחיצה מונע ממנו להשתמש בחצר כחפצו; " דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיצטרכו לאותו מקום, וכשיצטרכו, יקפידו ויסלק זה חפצו". ומשמע מדברי הרשב"ם דדוקא במחיצה של בנין ממש קפדי, משא"כ מחיצה הניתנת לסילוק לאלתר. ודון מיניה, שאם בשותף שיכול להשתמש בחצר מעיקר הדין, אינו יכול לבנות מחיצה מפני שמקפיד השותף, ודאי בחצר חבירו שכל השימוש הוא רק בלא חסרו, כיון שמקפיד על בניה בחצירו, אין זה בגדר השימוש המותר כשלא חסר (אף באופן שיכול היה לסלק הקראוון ולא היה ניכר ולא היה נגרם נזק לבעל הקרקע).

ובזה לא גרע משחרוריתא דאשייתא, דבחסרון מועט חשיב חסר. וכאן גם גורם נזק, שהרי צריך לפינוי מורכב, וגם גורם נזק בעצם הפינוי, ואח"כ סילוק השאריות

וישור הקרקע. דבב"ק כב, איתא: ת"ש רבי יהודה אומר אף זה הדר בחצר חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר. ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב. שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא (שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא, אבל בית ישן לא – רש"י). וכאשר גורם נזק לבעל הקרקע, אף אם הוא נזק מועט, על המשתמש לשלם את כל מה שנהנה מהקרקע ולא רק את הנזק. דבנדו"ד בסופו של דבר יצטרך לשלם לעיריה את עצם הנזק וההוצאות (יש על כך תביעה בביהמ"ש, ובודאי יצטרך לשלם, כיון שאין לו טענות משפטיות מהותיות לפטור). אך מבחינת ההלכה, כשגורם נזק, חייב לשלם גם שכר דירה של מספר החדשים שהיה הקראוון על הקרקע.

החיוב לשלם כל מה שנהנה, אף שהנזק היה מועט, כן מוכח מדברי התוס' בסוגיא שם (כא, א ד"ה ויהבי), וז"ל: "ומחמת כן חייב לשלם מה שנהנה, אע"פ שלא חסר כל כך. וכן מוכח כולה שמעתין כדאמרינן לעיל משום שחרוריתא דאשייתא". וכן כתב הרא"ש שם (סוף ה"ו): "כיון שהיו חסרים בו דבר מועט, צריך הנהנה לפרוע כל הנאתו. וכן הדר בבית חדש, דכיון דמחסרו שחרתא דאשיתא, צריך לפרוע כל הנאתו". וכן מבואר ברשב"א בסוגיא (כב, ד"ה שאני). אמנם בנימוק"י (ב"ק ט, א בעמודה"ר ד"ה בציבי) הביא את דעת הרמ"ה שאינו מחויב לשלם יותר ממה שעולה אותו הפסד של השחרוריתא דאשייתא. והביא הנימוק"י דהרא"ש והריטב"א חולקים וסוברים דאע"ג דלא מחסר ליה אלא בדבר מועט, משלם לו כל מה שנהנה. ובשו"ע חו"מ שסג, פסק כדעת הראשונים הנ"ל, דמשלם הכל. (ומה שמשלם מה שנהנה ולא כפי שכר הדירה הנהוג, י"ל כיון דגברא לא עביד למיגר, משלם מה שנהנה, משא"כ בגברא דעביד למיגר, משלם לפי השכר הנהוג בשכירות כזו. כן מצאתי בישועות מלכו חחו"מ סי' כב). ומש"כ הרמ"א שם: "ואם כן אם אין דרך זה לשכור פטור, דהא לא נהנה, ויש חולקים, היינו בגברא דלא עביד למיגר וחצר דלא קיימא לאגרא, נחלקו בזה אם חייב לשלם מה שנהנה. ולכאורה אם קיימא לאגרא, למש"כ הרמ"א, כיון דגברא לא עביד למיגר, יש לפטרו. ועיין בישועות מלכו חחו"מ סי' כב, דבקימא לאגרא לכ"ע חייב לשלם מה שנהנה.

ובנודע ביהודה (חחו"מ סי' כד) כתב דלכאורה דעת הרמב"ם דאינו משלם אלא מה שהפסידו ע"י השחרוריתא. הנו"ב ציין שהרמב"ם בהל' גזילה ואבידה ג, ט לא הביא כלל הך דינא דשחרוריתא דאשייתא ומזה למד הנו"ב דהרמב"ם מפרש שאינו חייב רק לשלם הפסד השחרוריתא, וזה משנה שאינה צריכה, דפשיטא שמזיק חייב לשלם מה שהזיק. דאם היה הרמב"ם מפרש שע"י השחרוריתא חייב לשלם כל השכירות, היה לו לפרש ולחייבו לשלם כל השכר, ולמה השמיטו הרמב"ם. ע"כ הסיק דדעת הרמב"ם כדעת הרמ"ה. ותמה על הרב המגיד שם והב"י, שלא הרגישו שהרמב"ם

חולק בדבר. ועיין בדברי מלכיאל ח"ג סי' קנז מש"כ בזה (ועיין מה שכתבתי בדברי הנו"ב והדברי מלכיאל בח"ג סי' א, ואכמ"ל).

ובקצוה"ח שסג, ד כתב לבאר בדעת הראשונים הנ"ל, דאם היה חיוב לשלם רק מה שחיסרו, היה זה מדין מזיק. אולם החיוב כאן הוא על ההנאה, והנהנה בא לפטור את עצמו מדין זה נהנה וזה לא חסר, וכיון שזה חסר קצת, כבר אין לו פטור זה, וחייב לשלם על הנאתו, ונפק"מ שאם לא נהנה, גם על השחרוריתא לא ישלם, כיון שאין כאן דין מזיק, וז"ל קצוה"ח:

"ונראה דשחרוריתא דאשייתא לא מיחייב מדין מזיק, כיון דאם ישכור פועל ללבנו הדרא ללבנוניתא, והו"ל כמו זורק מטבע לים היכא דאפשר לאהדורי ע"י בר אמוראי. דאע"ג דצריך הוצאה, אינו אלא גרמא ופטור. (עיין ב"ק צח, א ובתוס' ד"ה עכורין), אלא היכא דנהנה מתחייב על הנאתו, כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר את גרמת לי הקיפא יתירא (שם כב), דודאי אין בזה משום דין מזיק אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה כיון שזה מיהא חסר על ידו, אבל היכא דלא נהנה, אינו חייב בעד שחרוריתא דאין בזה משום מזיק וכמ"ש."

אמנם מדברי הסמ"ע שם ס"ק ז נראה דהפירוש שונה ממש"כ קצוה"ח. הסמ"ע שם כתב על דברי המחבר שמשלם כל מה שנהנה: "כיון דעכ"פ צריך לשלם מה שחיסרו, מגלגלין ג"כ על ידי אותו המעט כל מה שנהנה, וצריך לשלם הכל". מבואר שיש חיוב עצמי על המעט שהזיקו, ואגב זה מגלגלין גם מה שנהנה. ולמש"כ קצוה"ח אין חיוב לשלם מה שהזיקו בשחרוריתא. וצריך טעם לפרש מה שמגלגלין עליו הכל, דמה ענין זה לזה. וראיתי בשואל ומשיב (רביעאה, ח"ג סו"ס פב) שכתב לבאר, דכל דין זה נהנה וזה לא חסר הוא מטעם של גזילה פחות משה פרוטה, ולכן כאשר חסר בשחרוריתא, הרי חסר בפרוטה, ואינו גזל פחות משה פרוטה, ומשלם הכל. ונראה דגם לסמ"ע אינו משלם גם מה שהזיקו וגם מה שנהנה, דכיון דמשלם מה שנהנה, אין השחרוריתא בכלל נזק, כיון שיכול להשחיר הכתלים כשגר במקום. ועיין עוד בשער המלך גזו"א ג, ט שהאריך בבאור מחלוקת הראשונים הנ"ל, ועי"ש שכתב דשחרוריתא בבית חדש יש לחייבו מדין מזיק בידיים, ובדברי חיים (גניבה וגזילה סי' ל) חלק עליו, דאין לחייבו מדין מזיק בידיים.

ה. להנות לכתחילה כשחבירו לא חסר

ולאמור לעיל אין למעמיד הקראוון טענה של פטור מדין זה נהנה וזה לא חסר, כיון שגרם להם נזק בהעמדת הקראוון במקום. כמו כן כל דין זה נהנה וזה לא

חסר הוא רק באופן שכבר נהנה, אבל בבא להנות לכתחילה מחצר חברו, אינו יכול לכוף לבעל הקרקע להנות מחצירו.

דין זה מבואר מדברי הראשונים. התוס' ב"ק כב, ד"ה (והא) לענין הדר בחצר חברו שלא מדעתו, אם צריך להעלות לו שכר; "אפילו למ"ד בפ"ק דב"ב (יבב) כופין אותו על מדת סדום ויהיבין ליה אחד מצרא, שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו". וכן כתבו התוס' ב"ב יבב, ד"ה כגון; "הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר בחצר חברו שאינו מעלה לו שכר, אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו, אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דהוה זה נהנה וזה לא חסר".

וכן כתב בנימוק"י (ב"ק ח,ב,ט,א בעמוה"ר) דבכה"ג לא כופין על מידת סדום; "שאם אי אתה אומר כן, אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו, ע"כ. וכן דעת הרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל, דכה"ג לא אמרין כופין אותו על מדת סדום". וכן כתב המרדכי (ב"ק סי' טז) דלכתחילה לא יכול לכוף את בעל הקרקע שיאפשר לו להנות מחצירו, ורק אם כבר נהנה, אין צריך להעלות לו שכר, כשזה נהנה וזה לא חסר. וכן נראה דעת האור זרוע (ב"ק קכב-קכג), שאף שהביא בתחילה דעת הסוברים דכופים אף לכתחילה, נראה דס"ל כדעת החולקים דלא כפינן לכתחילה לדור בביתו. וכן הביא בהג"א ב"ק ב,ו הערה ב: "וכן כתב מהרי"ח, וגם מתחלה יכול לעכב על ידו שלא יכנס בביתו, אע"פ שאינו חסר כלום ואין בזה משום מדת סדום, אלא במה שכבר דר אין צריך להעלות לו שכר אע"פ שדר שם בעל כרחו". אמנם מה שכתב הג"א שאם מוחה בדר, ובכל זאת דר שם, שאינו צריך להעלות לו שכר, הטור חו"מ סי' שסג כתב שאם אמר לו צא ולא יצא, חייב בכל עניין. והפטור הוא רק באופן שלא אמר לו דבר וזה דר בו. היש"ש ב"ק ב,טז כתב דקיי"ל כטור ולא כמהרי"ח, דהא כשמוחה בו הוי לגביה כבית דעביד למיגר.

ולכאורה נראה דהרמב"ם ס"ל דבזה נהנה וזה לא חסר, אף לכתחילה לא יכול למנעו, דלא כראשונים הנ"ל. דבהל' שכנים ח,ד, כתב הרמב"ם: "המעמיד סולם קטן שאין לו ארבעה חוקין בצד כותלו בתוך חצר של חברו או בתוך שדהו, לא החזיק בנזק זה, וכל זמן שירצה בעל החצר בונה בצד סולם ומבטל תשמישו ... אבל אם העמיד סולם קטן אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו אין עליך הפסד בזה כל זמן שתמצא תטלנו". והמגיד שם כתב על הסיפא בדברי הרמב"ם, דדין זה לא נזכר בגמ' במפורש, אולם נלמד מהדין הכללי שזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום. ולכאורה מדוע לא יכול למחות בעל החצר לכתחילה. ומוכח לכאורה משיטת הרמב"ם דפליג אראשונים הנ"ל.

ובמהרשד"ם (חחו"מ סי' תט) כתב לישב, דהרמב"ם מיירי שאין לבעל החצר כל נזק וכל עיכוב בזה שהסולם נמצא בחצירו, שהרי סולם קטן אינו מהווה הפרעה או עיכוב, ותמיד יכול להזיזו ממקומו. ואה"נ, אם ירצה בעל הסולם להכנס לחצר חבירו להשתמש בחצר, יוכל בעל החצר לעכב עליו מלהכנס לחצר, דהנחת הסולם עצמה אינה מהווה נזק כלל, וכל שירצה בעל החצר להשתמש וצריך לסלק הסולם, יעשה צרכו ויסלק הסולם, באופן שעכ"פ צריך שלא יגיע שום נזק כלל ועיקר לבעל החצר. לכן ס"ל לרמב"ם דאינו יכול למחות על עצם הנחת הסולם. ואם יבוא בעל הסולם לעלות, ובעל החצר מתנגד לכניסתו לחצר, ודאי מעכב עליו. ועיין גם במהרשד"ם שם סי' תסד.

ובמרדכי (ב"ק סי' טז) והנימוק"י (ב"ק ט,א בעמוה"ר) הביאו את דעת האבי עזרי, דכל הדין שיכול לכתחילה למנעו מלהשתמש בחצירו, דוקא באופן דאי בעי בעל החצר להנות מחצירו, אבל כאשר אינו יכול להנות מחצירו, יכול הנהנה לכופו אף לכתחילה. וז"ל המרדכי:

"כתב רבינו אבי העזרי שמעתי דמצי למיכפייה, דהא כופין על מדת סדום. וי"מ דאין כופין אלא כגון היכא דמהני [אפילו] אי הוה בעי לארווחי בהא מלתא 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. ולכאורה 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, כן כתב הנודע ביהודה (תנינא, חחו"מ סי' כד ד"ה ואמנם): "מדברי המרדכי בפרק כיצד הרגל שהביא רמ"א בסי' שסג,ו ... משמע שדבר שאינו יכול להרויח בו, יכול זה לכופו אף לכתחילה. מ"מ נלענ"ד דעכ"פ פשוט שזה רק להרמב"ם בריש סי' קעד, אבל לדעת הרא"ש פשיטא דלא שייך בזה כופין על מדת סדום." (עיין ברמ"א חו"מ שסג,ו, בפת"ש שם ס"ק ג, ופת"ש חו"מ קע,א).

ולכאורה יש להקשות על הרמ"א מדידה אדידה, 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 אהדי, דבסוף פ"ק דב"ב כתב בנידון האחים

שחלקו, דדינא 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 דלא 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, כ"נ בבאור שיטת הרמ"א. ומעין זה מצאתי אח"כ בשעורי הגר"ש שקאפ זצ"ל (ב"ק כה"ג) בבאור שיטת התוס' דיכול למנעו לכתחילה, וז"ל:

"ונראה דכוונתם דלכתחלה ליכא כפיה, משום דאם יכפוהו נוטלים ממנו שליטת ביתו, וע"ז קפדי רוב אינשי ולא חשיב מדת סדום בדבר שקפדי רוב אינשי, ואם כבר דר בו הרי כפוהו באופן שלא יהיה נעדר שליטתו, דכל זמן שירצה יצא מביתו."

מוכח דלבטל זכותו הקנינית בשליטת ביתו, אין כופין על מידת סדום, ורק כשמדובר באופן שעובר במקום ואינו מבטל שליטת ביתו. ועיין גם בנתיבות קנדה, דכשאינו נותן לו משלו מאומה, כופין אותו על מידת סדום, וכשבא ליטול זכות שיש לו, אין כופין. וכן בשער המשפט קנג"א כתב דכופין על מידת סדום רק בדבר שאינו משתמש בשל חבירו כלל, כגון בונה חלון על חצר חבירו, באופן שאינו מפריע לבעל החצר, אבל במשתמש בשל חבירו, כגון דר בחצר חבירו, אין כופין על מידת סדום ועיין גם בתש' בית אפרים (חחו"מ סי' מט), ובדברי מלכאל ח"ג סי' קנז ד"ה והנה, ומהרש"ם ח"ב סי' קנג, ובשעורי הגר"ב (ב"ב יא"ד). ולכן בנדו"ד גם אם לא יכלה העיריה להנות מהשטח (דבר שאינו נכון עובדתית), יכולים למנעו מלשים קראוון ולסלקו, כיון שהוא משתמש באופן שמפקיע זכות הבעלים באופן קבוע לשימוש בשטח.

מכל הלין מבואר שאין לבעל הקראוון כל טענה להעמיד את הקראוון במגרש שבבעלות העיריה. ודעת רוב הראשונים שעובר על איסור לא תגזול, ואף לשיטת התוס'

משפטיך

סימן לד

ליעקב

תרכא

והרא"ש שאינו עובר, היינו בעושה קניני גזילה, אך בעצם השימוש בחצר אחר, עובר על איסור גזילה וכן"ל.

לאור הנ"ל כיון שמעמיד הקראוון עבר על איסור גזילה, אחרי שישוב בתשובה יש להכשירו לעדות.

סימן לה

קניה במקום שרוב הדוכנים מוכרים סחורה גנובה

נשאלתי אם מותר לקנות בדוכן הנמצא במקום מסוים, כאשר כמעט כל הדוכנים במקום מוכרים בין השאר סחורה גנובה, אך על בעל הדוכן המסוים אין עליו מידע מיוחד, ועל פניו נראה שאינו עוסק בסחורה גנובה. והשאלה אם עצם הקניה במקום מפוקפק יש בה מן האיסור, או כיון שהדוכן המסוים לא מוחזק כעוסק בסחורה לא חוקית, מותר לקנות במקום.

תנן בב"ק קיח,ב: אין לוקחין מן הרועים צמר וחלב וגדיים (דאיכא למימר שמא גנבו מצאנו של בעל הבית המסור להם – רש"י), ולא משומרי פירות - עצים ופירות, אבל לוקחין מן הנשים כלי צמר ביהודה, וכלי פשתן בגליל, ועגלים בשרון. וכולן שאמרו להטמין אסור. (ובטעם הדבר, עיין רמב"ם גניבה ה,א, דאסור לקנות מהגזול, דבזה מחזק ידי עוברי עבירה ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול. וצ"ל דהמכשול שגורם לו לגנוב עוד, עיין ביש"ש ב"ק י,נח).

ובגמ' קיט,א נחלקו אם מיעוט שלו, אם מותר לקנות ממנו: איתמר, גזלן מאימת מותר לקנות הימנו. רב אמר עד שתהא רוב משלו, ושמואל אמר אפילו מיעוט שלו. אורי ליה רב יהודה לאדא דיילא כדברי האומר אפילו מיעוט שלו. וברש"י בבאור דברי רב, דבעינן לרוב ממונו משלו בלא גזילה, דהולכים בזה אחר הרוב ונהנין ממנו. ולדברי שמואל דסגי במיעוט, דתלינן ואמרינן האי מידי דיהיב ליה מדידיה הוא. ולפי מה שהורה רב יהודה, סגי במיעוט שלו. ולכאורה לדברי שמואל, מדוע מהני מיעוט שאינו גזול, ומדוע לא נילך אחר הרוב. וביש"ש (ב"ק י,נח) כתב דלא מיירי כאן בודאי רוב גזול אלא רוב בחזקת גזול, ולכן מספיק מה שמיעוט משלו. ואם המיעוט ודאי גזול, מהני רוב שאינו גזול, ולא אמרינן דכל קבוע כמחצה על מחצה, כיון שהאיסור לא ניכר במקומו, וכיון שמעורב, חד בתרי בטיל, וכמש"כ תוס' חולין צה,א ד"ה ספיקו.

והרמב"ם בהל' גניבה ו,א פסק דאם הרוב גנוב או חזקתו גנוב, אין לוקחים הימנו, וזה לכאורה לא כהוראת רב יהודה, וז"ל הרמב"ם:

"כל דבר שחזקתו שהוא גנוב אסור ליקח אותו, וכן אם רוב אותו הדבר שהוא גנוב אין לוקחין אותו, לפיכך אין לוקחים מן הרועים צמר או חלב או גדיים, אבל לוקחין מהן חלב וגבינה במדבר אבל לא ביישוב. ומותר ליקח מן הרועים ארבע צאן או ארבע גיזות של צמר מעדר קטן או חמש מעדר גדול, שאין חזקתו שהוא גנוב בדבר זה."

וברב המגיד הביא את הגירסא בגמ' בהוראת רב יהודה לאבא דיילא דסגי במיעוט שלו, ואע"פ כן פסק הרמב"ם דלא סגי במיעוט, דפסק כוותיה דרב, דהלכתא כוותיה באיסורי, אף שיש פוסקים בזה כשמואל. עוד הקשה המגיד, דבלשון הרמב"ם דדוקא ברוב איסור אין לוקחים, אבל במחצה לוקחים. ולדברי רב בעינן רוב היתר. ובכס"מ כתב לישב: "דהתם ליהנות מן הגזלן אסור עד שיהא רוב ממון שלו, והכא לקנות מאדם שאינו מוחזק בגזלן אלא שאותו דבר שקונה ממנו יש לחוש שהוא גנוב". והיינו דכשמוחזק בגזלן, כדי להנות ולקנות מהגזלן, בעינן שיהיה הרוב משלו ולא גזול, אבל כאשר אין מוחזק בגזלן, רק סוג החפץ יש לחוש שהוא גנוב, וכנידוני הרמב"ם בצמר או חלב מרועים, אף שהרועים עצמם לא מוחזקים כגזלנים, יש לחוש שמה שמוכרים הוא גזול, ובזה בעינן לחשוש על דברים שרובם בחזקת גזולים, ובמחצה על מחצה לא חיישינן. גם י"ל שכתב לישב את הסתירה מהרמב"ם דלהלן (עיין בכס"מ גזילה ה,ח, ועיין להלן).

ולכאורה יש לעיין בנדו"ד, דמה שיש חזקה במקום זה שמוכרים דברים גנובים, זה גם חזקה שהמוכרים גזלנים, שכך מקובל בציבור, וגם שהדברים הנמכרים במקום זה הם בחזקת גזולים, וא"כ גם אם המוכר לא מוחזק, מ"מ סוגי המכירות במקום זה מוחזקים ברובם כגזולים, וכמו ברועים המוכרים חלב, כך הדין במכירה במקום הנידון יש לחוש לגזילה.

והאחרונים הקשו סתירה מהרמב"ם הנ"ל, לדברי הרמב"ם בהל' גזילה ה,ח, שמשמע שאם מיעוט שלו, סגי בהכי, וכדברי שמואל והוראת רב יהודה: "אסור ליהנות מן הגזלן, ואם היה מיעוט שלו, אע"פ שרוב ממנו גזול, מותר ליהנות ממנו עד שיודע בודאי שדבר זה גזול בידו". ועיין בהג"מ שם שכתב דדעת הרמב"ם כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני ולא כרב. וברב המגיד שם הקשה סתירה ברמב"ם, ובתחילה רצה לחלק בין גנב לגזלן, אולם אח"כ כתב לחלק "בין רוב הדבר ורוב הממון, דרוב הדבר אסור וברוב הממון מותר, וזה עיקר". ולכאורה היה נראה, דלאסור את החפצא כיון שרוב החפצים הנ"ל בחזקת גנובים, כחלב מן הרועים, בזה לא השאלה אם רוב ממנו של הרועה אינו גזול, דהשאלה היא על החלב מן הרועים, ורוב חלב מן הרועים גזול, רק אם אצל הרועה רוב חלב אינו גזול, אין לאסור. משא"כ בשאלה אם להנות ממי שבחזקת גזלן, כשאין חזקה על חפץ מסוים, בזה סגי שמיעוט ממנו אינו גזול. כן נראה בבאור דברי המגיד. דמש"כ רוב הדבר אסור ורוב ממון מותר, מתיחס למש"כ בהל' גניבה, דבהל' גזילה כתב דסגי במיעוט ממנו. ולכס"מ לחילוק שכתב בהל' גניבה, וציין לחילוק זה כאן, אם מוחזק כגזלן, בעינן לרוב ממון, ואם אינו מוחזק לגזלן אלא שרוב הדבר גנוב, מספיק שמיעוט ממון אינו גזול.

וביש"ש ב"ק י, נח הביא את דברי המגיד, והקשה, דכמו דאזלינן אחר הרוב ברועים המוכרים חלב, וקובעים את מהות החפץ שאסור לקנות ע"פ הרוב, כך גם בגזלן אם רוב ממנו גזול ומיעוט משלו, נילך אחר הרוב ויהיה אסור להנות ממנו. ולכן כתב לישב דדוקא אם הרוב בחזקת גנוב מהני המיעוט משלו, אבל אם הרוב גנוב, לא מהני מיעוט, והרמב"ם בהל' גזילה פסק דוקא ברוב בחזקת גנוב. ובהל' גניבה הנידון הוא על החפץ, חלב מן הרועים, וכיון שהרוב הוא שחלב כזה אינו שלו, אסור לקנות ממנו ולא מהני מיעוט. ועיין בט"ז שסט"ג שכתב בדעת היש"ש, דכיון שהמיעוט ודאי והרוב מוחזק, עדיף מיעוט ודאי מרוב מוחזק.

ובט"ז כתב דמלשון הרמב"ם משמע דאף בידוע בודאי מהני מיעוט. ולכן כתב דודאי מן הראוי לדרן לקולא כשהמיעוט הוא ברור לפנינו שיש לו משלו מעט, והוי כמונח בפני עצמו וע"כ הו"ל קבוע, ואין רוב גזול לאסור, ובמחצה על מחצה אין לאסור, משא"כ בסימן שנח (הרמב"ם בהל' גניבה) אין היתר ברור לפנינו אלא דרוב הוא גנוב, ע"כ אזלינן בתר רובא.

והגרא"ז באבן האזל גנבה ו,א הקשה מדברי התוס' (הנ"ל), דכל שאין ההיתר והאיסור ניכרים, אין בזה דין קבוע. עוד הקשה, דגם במחצה על מחצה יש לאסור. וכתב לישב ע"פ מה דאיתא בירושלמי דאם גזל סלע משלה וקדשה, מקודשת. דס"ל לירושלמי שסלע דרכו להתחלף, דכיון שאינו ניכר, והנגזל לא יוכל להוכיח שהסלע שלו, לכן מתיאש מהסלע. ואף דהבבלי אוקים בדשדיך, הבבלי ס"ל דיאוש כדי לא קני, אבל לירושלמי קני ביאוש, ובזה מתיאש, כיון שסלע דרכו להתחלף. ולכן בגזלן שגזל למשל תבואה, כיון שדרכו להתחלף כסלע, ולא יוכל הנגזל להוכיח ששלו, ודאי מתיאש, ואף שאסור לקנות דבר גזול שהתיאשו הבעלים, כיון שיש מיעוט משלו, אין אסור, דמעיקר הדין הוי יאוש ושינוי רשות, ורק לא לחזק ידי עוברי עבירה, ובזה סגי במיעוט שלו. משא"כ מש"כ הרמב"ם בהל' גניבה בחלב מהרועים, שבעה"ב לא יודע שהרועה גנב חלב, ואין כאן יאוש, ע"כ מעיקר הדין אסור לקנות, כיון שרוב חלב מהרועים גנוב. ונראה לומר דבספק גזל שהוא איסור תורה יש להחמיר, ורק מצד מסייע, שהוא מדין לפני עור, וכיון שאפשר שיכול למכור לאחרים, אין לאסור כשמיעוט שלו. ועיין בלבוש שסט"ג שכתב דאיסור זה מדרבנן, ויש לכן להקל כשמיעוט שלו.

ולאמור לעיל נראה, דבהל' גניבה החפץ הוא בחזקת גנוב, והרי דנים על החפץ כגנוב, וע"כ לא מהני מיעוט. משא"כ כשאין דנים על החפץ אלא על הגזלן, וכמש"כ הרמב"ם בהל' גזילה, הרי שאין כאן חפץ גזול אלא ממון הגזלן בחזקת גזול, ובזה מהני מיעוט. וזה נראה החילוק בדברי הרדב"ז (ח"ו ב אלפים רפג); "נמצאת למד

לפי מה שכתבנו, דרוב הדבר של גניבה, אסור ליהנות ממנו, ורוב הממון, מותר ליהנות ממנו". דככל שדנים על החפץ עצמו, לא מהני המיעוט, דאזלינן בתר רובא, אבל להנות מגזלן עצמו, כשדנים על הגזלן, תלינן שהחפץ שממנו רוצים להנות הוא מהמיעוט, כיון שאין רוב על החפץ אלא על הגזלן, ואיסור להנות ממי שמוחזק לגזלן הוא רק כשאין מיעוט ממנו. וכן נראה מדברי הב"ח חו"מ שנתא.

ומהסמ"ע שנתא, אפשר לפרש בחילוק כנ"ל, ומש"כ שם בס"ק ב הוא ביאור החילוק בין רוב החפץ בחזקת גזול לבין רוב ממנו. וז"ל הסמ"ע:

"עיינ דרישה שם כתבתי לחלק בין הא, להא דאיתא בגמרא [ב"ק קיט,א], וכתבו ג"כ הטור והמחבר לקמן בסימן שסט, דמותר לקנות מהגזלן אפילו מיעוט ממנו הוא משלו ורובו גזול. דשאני התם דמ"מ יש בידו משל היתר מיעוט ממנו, משא"כ כאן דכשנאמר דזה הרועה הוא מן הרוב המוכרים שלא ברשות בעליהם, נמצא שכל דבר ההוא שבידו הוא גזול, וק"ל."

דכשדנים על חלב מהרועים, מה מהני מיעוט ממנו, הרי כשדנים על החלב ורוב הרועים גזלנים, הרי שדין החלב כודאי גזול. משא"כ כשדנים רק על הגזלן עצמו ואין דין על חפץ מסוים, אמרינן שאין כאן רוב על החפץ המסוים, ותלינן שהחפץ המסוים הוא ממיעוט ממנו.

והנה בנדו"ד אין לומר שלחפצים מסוג זה הם גזולים או בחזקת גזולים, אלא האנשים שמוכרים במקום זה הם בחזקת גזלנים, וכיון שיש להם מיעוט משלהם שאינו גזול, סמכין אמיעוט. בפרט שאם זו חזקה אגברא, הרי יש לדון כל גברא לגופו. ובעבר נשאלתי גם מקניה מנכרים שידוע שגונבים ומוכרים חלקי חלוף לרכב, ראה גם מה שכתבתי סי' לג, והשבתי לאיסור גמור, דהדברים האלה הם בחזקת גזולים, ויש בזה רוב ברור ומוחלט. אבל כשמדובר בדוכנים במקום מסוים, אם המחיר הוא זול באופן כזה שלא יתכן שהדבר הושג אלא בגניבה, הרי יש חזקת גזולים גם על החפץ, והרי זה רוב חפצים אלו במחיר כזה בחזקת גזולים. אבל כשמדובר במחיר שאפשר למכור בריוח פחות, או בקניה מעודפים וכד', ויש אפשרות כזו מבחינת המחיר ביחס למחיר השוק, הרי שהשאלה היא אם יש לאותו פלוני חזקת גזלן, ואין המקום גורם אלא האיש.

האמור לעיל בחפץ מסוים מאנשים מסוימים, כמו חלב וצמר מרועים, אבל אין הרועה בחזקת גזלן אלא החפץ שאצל רועה הוא בחזקת גזול, אבל דברים אחרים יכולים לקחת מרועים. אולם יש שמלאכתם גזלנים, וכדתנן בב"ק קיג,א: אין פורטין לא מתיבת המוכסין ולא מכיס של גבאין ואין נוטלין מהם צדקה אבל נוטל

הוא מתוך ביתו או מן השוק. וברש"י שם מבואר דבתיבת המכס הרי אלו מעות של גזל. והרמב"ם בהל' גזילה ה,ט, כתב וז"ל:

"בני אדם שחזקתן גזלנין וחזקת כל ממונן מן הגזל מפני שמלאכתן גזלנות, כגון המוכסין והליסטיין, אסור ליהנות מהן, שחזקת מלאכה זו שהוא גזול. ואין מצרפין דינרים מן התיבה שלהן, שהכל בחזקת גזלה."

ולכאורה קשה, הרי במשנה מבואר שנוטלים מביתם, א"כ דוקא מתיבת המוכסים אסור, ואין כל ממונם בחזקת גזול, ומדוע נקט הרמב"ם "וחזקת כל ממונן מן הגזל מפני שמלאכתן גזלנות", ואף שכתב בסיפא שאין נוטלים מהתיבה, מ"מ לא הזכיר שמביתו נוטל. ובשו"ע הביא דברי הרמב"ם, אך הוסיף דממה שיש לו בבית או בשוק שלא בתיבת המוכסים, מותר לצרף. וקושיא זו הקשה המל"מ שם, ונשאר בצ"ע. ועיין באולם המשפט שסט,ד מש"כ בזה.

ומה שהסתפקתי אם בעינן שיהיה המוכר אדם נאמן או בעינן שלא יוחזק גזלן, מהאמור לעיל נראה להדיא דכל הדין הוא בהוחזק גזלן, דבזה אסרו לקנות אא"כ יש מיעוט משלו, אבל לא בעינן שיהיה בבחינת נאמן או הוחזק כנאמן. וכיוצב"ז נמצא באולם המשפט שסט,ו.

לאמור לעיל אין מניעה לקנות במקום הנזכר, אא"כ מדובר בחפץ שמחירו נמוך ברמה כזו שי"ל שהוא בחזקת גזול, או כשאותו אדם הוא בחזקת גזלן, אבל בלא"ה כנדו"ד, אין מניעה לקנות באותו מקום.

סימן לו

שאלות בדין יורד לשדה חבירו

ראשי פרקים

א. טול עצך ואבנך בשדה העשויה ליטע

ב. זכית בעל הקרקע בעצים

א. ראובן בעל רכב, הכניס את רכבו לתיקון במוסך של שמעון. הוא קיבל הצעת מחיר, ונאמר לו שאם יצטרך הוצאה מעבר לנ"ל, הם יבקשו את אישורו. תוך כדי עבודה ראו במוסך שרפידות הבלמים כמעט שחוקות, ואף שאפשר לנסוע ברכב עוד כחודש פחות או יותר, במצבים כאלה מקובל להחליף את רפידות הבלמים. במוסך שכחו לבקש את אישורו של ראובן. ראובן טוען שכיון שלא קבלו את אישורו, אינו מוכן לשלם, שיפרקו את הבלמים ויחזירו את הישנים. כמו כן טוען שהואיל ועוד ניתן היה לנסוע חודש עם הרפידות הישנות, לא היה צורך בהחלפתם. שמעון טוען שנהוג ומקובל להחליף רפידות במצב כזה, כך נוהגים כל בעלי הרכבים, וכולם שמחים שיש להם הזדמנות לחסוך עלויות בהחלפה תוך כדי תיקון דבר אחר. הגם שהיתה טעות באי קבלת אישור מראובן, ככל שמדובר בבלמים, הוא לא נתקל במקרה של התנגדות. ראובן מסכים שככל הנראה הבלמים היו בשלב שלפני החלפה, ורק טוען כנ"ל.

ב. ראובן נטע עץ ערבות ברשות הרבים (גינה ציבורית הסמוכה לביתו). הוא נהג להשקות ולטפל בעץ. בערב סוכות תלה שלט במקום שמי שרוצה לקטוף ערבות מהעץ, עליו לפנות אליו ולשלם על כל בד ערבה, ולא – הדבר יחשב כגזל. ונשאלתי במידה והמוסמך לכך מטעם המועצה נותן רשות לקטוף את הערבות, האם מותר לתושבים לקטוף ערבות.

א. טול עצך ואבנך בשדה העשויה ליטע

איתא בב"מ קא, א: איתמר, היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמיין לו וידו על התחתונה (אם השבח יתר על הוצאה, יש לו הוצאה, ואם הוצאה יתירה על השבח, אין לו אלא שבח - רש"י), ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה. אמר רב פפא, ולא פליגי, כאן בשדה העשויה ליטע (אילנות, שיפה לאילן יותר מזרעים, איתא דשמואל) כאן בשדה שאינה עשויה ליטע. והא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, דההוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה, זיל

שום ליה. אמר ליה, לא בעינא. אמר ליה, זיל שום ליה וידו על התחתונה. אמר ליה, לא בעינא (איני חפץ בנטיעתה, שדה לבן היתה לי). לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה, אמר ליה, גלית אדעתך דניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה. איתמר היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשותו, ואמר לו עצי ואבני אני נוטל. רב נחמן אמר שומעין לו. רב ששת אמר אין שומעין לו ... מאי הוי עלה אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן, בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו. בשדה מאי טעמא, משום ישוב ארץ ישראל. איכא דאמרי משום כחשא דארעא (שכבר הכחישו הנטיעות את השדה שינקו ממנה). מאי בינייהו איכא בינייהו חוצה לארץ (למאן דאמר משום כחשא דארעא, ממנוא אפסדיה, ואפילו בחוצה לארץ נמי אין שומעין לו).

ונראה דבנדון שאלה א, גם לפי העובדה הלא מוכחשת, שהיה צורך בהחלפת רפידות הבלם, הגם שהיה עוד זמן של חודש בו ניתן היה להשתמש ברכב, בכל אופן דעת בני אדם במקרים כאלה היא להחליף. והגדרה אם היא שדה עשויה ליטע או לא, לכאורה תלויה בדעת בני אדם, אא"כ יש לו טענה מוכחת שהוא יוצא מן הכלל. ודבר זה נלמד מההוא דאתא לקמיה דרב, שרב אמר לו זיל שום ליה, אמר לא בעינא. ורש"י פירש שם: "איני חפץ בנטיעתה, שדה לבן היתה לי". ולכאורה מדוע הוסיף רש"י את הסיפא "שדה לבן היתה לי", סגי במה שאמר לא בעינא. אלא שאם מדובר בשדה שיפה לה אילנות משדה לבן, ודעת העולם לנטעה ולא לזרעה, אין בטענת לא בעינא ממש. אולם כאשר מוכיח שהוא יוצא מן הכלל, ששדה לבן היתה לי, הרי שלגביו הוי שדה שאינה עשויה ליטע. ולכן כיון שבנדו"ד דעת רוב העולם להחליף בכה"ג את רפידות הבלמים, ולא העלה טענה שהוא נוסע עם רפידות הבלמים עד ללחותם, דבר שפשוט שהוא מסוכן בעצם, הרי הוא בכלל דעת העולם שהוי כשדה העשויה ליטע.

ולפ"ז יש לאמוד כמה אדם רוצה לשלם עבור החלפת רפידות הבלמים, ולכאורה הוא המחיר (בהתאמה) ששילם בהחלפה הקודמת של הבלמים. משא"כ אם היה הגדר כשדה שאינה עשויה ליטע, יש לחשב את עלות החומר (בסיסי ללא ריוח), ועלות ישירה של עבודה (הוצאה ללא ריוח, לפי שעת עבודה של פועל במוסך). אולם כאמור נראה שבנדו"ד הוי כשדה העשויה ליטע, וכנ"ל.

אלא שכאן טוען בעל הרכב, טול עציך ואבניך, דהיינו, קח והחלף בחזרה את החדש בישן. והשאלה אם טול עציך ואבניך היא טענה גם בשדה העשויה ליטע. הרי"ף בב"מ (נחב, בעמוה"ר), כתב לאחר דברי הגמ' שיכול היורד לומר עצי ואבני אני נוטל, דיש להסתפק אם יכול בעל הקרקע לומר ליורד טול עציך ואבניך, וז"ל:

"ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינא בנין, הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא ושדרו ממתיבתא, דכי היכי כד א"ל בעל בנין עצי

ואבני אני נוטל שומעין לו, הכא נמי אי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך שומעין לו. אבל אי שביק ליה בעל בנין ואזל ליה, וחזינן לבעל קרקע בתר הכי דקא גדר ומנטר ליה, מחייבין ליה בדמי בנין עד גמירא וידו על העליונה, כי ההוא דאתא לקמיה דרב וכו'..."

דברי הרי"ף מתיחסים לדברי הגמ', איתמר היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשותו, ואמר לו עצי ואבני אני נוטל, ומסקנת הגמ' דבשדה אין היורד יכול לומר כן, ובקרקע יכול לומר. ועל זה כתב הרי"ף דבבית אף בעל הקרקע יכול לומר טול עציך ואבניך. ולכאורה כל דין זה הוא בקרקע שאינה עשויה לבנות, כדברי הגמ' שעליהם מתיחסים דברי הרי"ף, אבל בשדה העשויה ליטע, או בשדה שאינה עשויה ליטע ונטע נטיעות, בארץ ישראל או בחו"ל, לכל אחד מתרוצי הגמ', כשם שהיורד אינו יכול לומר כן, ויש על בעל הקרקע חיוב תשלומים, כך גם בעל הקרקע אינו יכול לומר טול עציך ואבניך. דמדברי הרי"ף נראה שתלויים הם האחד בשני, אם יכול היורד לומר, יכול בעל הקרקע לומר. ובשדה העשויה ליטע, לכאורה לא שמענו שיוכל לומר, ויש על בעל הקרקע חיוב דמים.

אולם בנימוק"י (שם ע"א) מבואר להדיא דאף בשדה העשויה ליטע, יכול בעל הקרקע לומר ליורד טול עציך ואבניך, וז"ל:

"וכבר כתבנו לעיל דבשדה נמי שאינה עשויה ליטע יכול לומר כן, וכיון דאסיקנא דבשדה אין שומעין לו אבל בבית שומעין לו, משמע דאפילו בבית העשויה לבנות שומעין לו, דאילו אינה עשויה ליבנות [לא עדיף] משדה שאינה עשויה ליטע כדאמרן, אלא ודאי אפי' עשויה ליבנות יכול אחד מהם לטעון אטול עצי ואבני או טול עציך ואבניך. ומיהו בעל הבנין גרע כחו טפי במקצת, דאם בעל הקרקע היה מקדים לו דמיו, לא מצי תו למימר עצי ואבני אני נוטל, דכיון שעל דעת ליטול מבעל הבית בנה, הו"ל כאומר לחבירו זכה לפלוני במנה זה אם ירצה, דכיון שרצה הלה זכה זה בשבילו, הכא נמי כיון שנתרצה, זכתה לו חצרו ושוב אין הלה יכול לחזור בו."

מבואר דבכל דבר, חוץ מכחשא דארעא או ישוב ארץ ישראל, יכול לומר טול עציך ואבניך. והנימוק"י מתיחס לפירוש בעובדא דרב הנ"ל בגמ', שפירש את הדו"ד בין רב לבעל הקרקע, דרב לא ידע אם אין עשויה ליטע או עשויה ליטע, לכן אמר לבעל הקרקע בסתם שישלם, ולא פירט אם ידו על התחתונה או על העליונה. וכשאמר בעל הקרקע לא בעינא, סבר רב שכוונתו לא בעינא, כיון שהיא שדה שאינה עשויה ליטע. וענה לו רב, שא"כ ישום לו וידו על התחתונה. וכשאמר לו בעל הקרקע בשנית לא בעינא, שתק רב, דפירש כוונת בעל הקרקע שייטול נטיעותיו וילך לו;

"וש"מ דבשדה שאינה עשויה ליטע מצי למימר הכי, שאל"כ לא הוה שתיק רב, דהא אמר רב בשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה, אלא משום דהיינו בשלא אמר כן יטול וכו', אבל כשאמר ודאי אין שמין לו". ומזה מסיק הנימוק"י דדברי הרי"ף הם אפי' בבית העשוי לבנות, דאי באינו עשוי לבנות, כבר שמעינן מדברי רב לעיל.

וכן למד במלחמות שם (שחלק על בעה"מ דלהלן) מדברי רב, דאיך אמר לו רב גלית אדעתך דמינח ניחא לך, שמא לא ניחא ליה, אלא כיון שעל כרחו יתחייב בדין לשום לו וידו על התחתונה, גדרא וקא מינטר לה, וכי גם ישלם לו ליורד, וגם יבוא היורד ויעקור מה שנטע. אלא על כרחך ה"ק ליה רב, לא בעינא יטול עציו ואבניו. ורב לא חייבו, דדינא קאמר ליה בעל הקרקע. רק כיון דחזא דקא מנטר לה, ידע דניחא ליה וחייבו לשלם.

ובבעל המאור שם כתב דאין בעל הקרקע יכול לומר טול עצים ואבנים, אא"כ לא הנהו כלום. בעה"מ חלק על פירוש הרי"ף וכתב דנראה לו כדברי רב האי גאון דאמר דאין שומעין לבעל הקרקע. וראיתו ממה שחילקה הגמ' בין בית לשדה היכא דאמר היורד עצי ואבני אני נוטל, אלמא דבזה בלבד יש לחלק בין בית לשדה, אבל כשהיורד לא רוצה ליטול עצים ואבנים, דין בית ושדה אחד הוא; "דלעולם שמין לו כרב דא"ל לההוא גברא זיל שום ליה וידו על התחתונה. ואע"ג דא"ל לא בעינא. ואין לחלוק בדין זה בין בית לשדה, שאין לנו לחלוק אלא במה שחלקו בו הגמרא ... אבל ודאי היכא דהוי ההוא בנן שלא כראוי לבעל הקרקע ולית ליה ביה שום הנאה, דלדידיה מתבעי ליה למבנייה דלאו כההוא בנינא, כגון זו מסתברא דמצי א"ל טול עצים ואבנים דהא לא מהני ליה ולא מידי". יוצא מבעה"מ דאין בעל הקרקע יכול לומר טול עצים ואבנים, אא"כ בנה בנן שאינו ראוי לבעל הקרקע, אבל בלא"ה אם בעל הקרקע צריך לבנות כזה, אינו יכול לומר טול עצים ואבנים.

והרמב"ן במלחמות חלק על בעל המאור וכתב דיכול בעל הקרקע לומר טול עצים ואבנים, והביא ראיה מעובדא דרב הנ"ל, וכן הביא ראיה מהירושלמי, דלחד מ"ד אומרים ליורד שימתין שבעל הקרקע יגלה דעתו דניחא ליה, ואז יוכל לגבות ממנו. ומשמע שדלא גילוי דעת, יכול בעל הקרקע לומר טול עצים ואבנים. עוד כתב הרמב"ן; "ושמעתי כי רבינו האי גאון ז"ל חזר בו והסכים באותה תשובה ששדרו ממתיבתא".

אמנם גם לרמב"ן כל זה בשדה שאינה עשויה ליטע, דבשדה העשויה ליטע ס"ל לרמב"ן דאינו יכול לומר כן. דעל עובדא דרב שאמר בעל הקרקע לא בעינא, כתב הרמב"ן בחידושו ל"ב"מ קא, א, וז"ל:

"ומכאן למדנו שאם אמר בעל השדה או בעל הבית יטול עציו ואבניו שומעין לו. שאם אתה אומר אין שומעין לו, למה אישתיק רב עד דחזייה דגדרה, וכי גדרה נמי מנא ליה דניחא ליה, דילמא לא ניחא ליה אלא כיון שעל כרחו אתה מחייבו לשום לו וידו על התחתונה, גדר ומנטר לה, וכי ישום לזה ויחזור ויעקור. אלא ודאי כי אמר לא בעינא, יטול עציו. ורב שתיק ולא חייביה משום דדינא קאמר ליה ולא הו"ל לנטורה, וכיון דמנטר לה, גלי אדעתיה דמינח ניחא ליה. וכן דעת רבינו הגדול דלמריה ארעא שומעין לו אם אמר טול עצין ונטיעותין ואבניך בין בבית בין בשדה, דליכא למיחש לכחשא דארעא ולא לישוב א"י שאם בא לקוץ אין ממחין בידו, לפיכך שומעין לו בכולן. ומיהו בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי ועדיף מינה."

מבואר מדברי הרמב"ן דדוקא בעובדא דרב שלא היתה השדה עשויה ליטע, לכן שתק רב כשאמר בעל הקרקע לא בעינא, והיינו טול עצין ואבניך. אבל בשדה העשויה ליטע, לא יכול בעל הקרקע לומר לנוטע טול עצין ואבניך. דבעשויה ליטע עדיפא ממאן דגדרה. ונראה דסברתו דכיון שעשויה ליטע אנן סהדי דניחא ליה, עדיף אנן סהדי דניחא ליה ממה שגילה דעתו דניחא ליה. וכן כתב הרשב"א (ב"מ קא,א) שם: "ובשדה העשויה ליטע אם אמר בעל השדה טול נטיעותין, אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי, ועדיף מינה". וכן כתב הריטב"א שם (ב"מ קא,א), ושכן דעת הרמב"ן. וכן כתב הר"ן בחידושו שם.

והרמב"ם בהל' גזילה ואבידה יד-ה, פסק: "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה. אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו, אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע". והראב"ד בהשגות כתב שאין אומדין כך בארץ ישראל מפני ישוב ארץ ישראל. ונחלקו הכס"מ והרב המגיד בבאור דברי הרמב"ם. הרב המגיד כתב דדברי הרמב"ם דיכול בעל הקרקע לומר עקור אילנך אינם אלא בשדה שאינה עשויה ליטע, אבל בעשויה ליטע לא כל הימנו, וכן עיקר, ושכן דעת הרמב"ן והרשב"א, ושכן נראה מההלכות (היינו דברי הרי"ף).

והרב המגיד לשיטתו, כתב שם בה"ט, על דברי הרמב"ם: "היורד לתוך חרבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה, ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל, בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע, אמר לו בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו". וכתב הרב המגיד דהרמב"ם

מיירי בשדה שאינה עשויה ליטע, דחורבה היא שדה שאינה עשויה ליטע. ולכן יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך. הא אם היתה החורבה עשויה לבנות, לא יכול בעל הקרקע לומר כן.

[והגאון רבי מאיר שמחה בחידושיו לב"מ ח"ב ב"מ קא,א, הביא ראייה לכס"מ ממש"כ המחבר בשו"ע חו"מ קסח,א בדין שטף הנהר זיתיו ושתלן בתוך שדה חבריו, ואמר הלה זיתי אני נוטל וכו', דאם אומר לו בעל הקרקע טול אילנותיך, שומעין לו. ולמד הגרמ"ש דאף בשדה העשויה ליטע שומעין לו. ולכאורה צ"ב, דשם בשו"ע לא משמע דמיירי בעשויה ליטע. וגם מדברי הרמב"ם בהל' שכנים ד,י שלא הזכיר טענת בעל הקרקע עקור אילנך, אפשר דלא ס"ל כלל שיכול לטעון כן.]

אולם דעת הכס"מ מדברי הרמב"ם בה"ה, מתיחסים למש"כ בה"ד, ושם כתב בין בשדה העשויה ליטע ובין באינה עשויה ליטע, וכך הם פשט דבריו בה"ה. וכן כתב בתש' בעי חיי (תחו"מ ח"א סי' רכג) בטעם הכס"מ, דמדלא חילקו הרי"ף והרמב"ם בין שדה העשויה ליטע לאינה עשויה ליטע, משמע שבכל ענין יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך. (ועיי"ש, דכיון דפלוגתא דרבוותא, קיי"ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה). וגם נראה מדברי הכס"מ דאף בשדה העשויה ליטע, אף שבעל העצים אינו יכול לומר שיטול עציו ואבניו מפני שמכחיש הקרקע, בעל הקרקע יכול לומר כן בכל ענין.

ובמעניי החכמה למהרא"ל צונץ (ב"מ קא,א ד"ה איתמר) הביא ראייה דהרמב"ם מיירי בכל גווני, בין עשויה ליטע ובין באינה עשויה ליטע, וכדעת המגיד, ממה שלא חילק הרמב"ם בה"ח, בדין גילה בעל הקרקע דעתו, בין עשויה ליטע לאינה עשויה ליטע, עיי"ש דכן גם דעת הרי"ף והשו"ע, והכי נקטינן, דבעשויה ליטע אינו יכול לומר בעל הקרקע לבעל העצים טול עציך ואבניך, דלא כב"י והסמ"ע (ס"ק ד).

גם הגרא"ז באבן האזל (גו"א י,ד-ה) כתב כדעת המגיד, הן מצד סדר הדברים ברמב"ם (עיי"ש), וכן מהסברא, דכיון דבשדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה ונוטל מבעל השדה, ע"כ אפי' אין השבח עולה סך האומד, חייב לשלם כמה שאומדים, דאם השבח שוה כך, אפי' באינה עשויה ליטע כן. אלא בהכרח אמרינן דודאי הוי ניחא לבעלים ונתחייבו בכך, א"כ מה מהני כשאומר עכשיו לא ניחא לי. ומבואר דכל היכא שיש אומדנא דניחא לבעלים בכך, לא יכול לומר כעת טול עציך ואבניך דלא ניחא לי. ובהל' שכנים ג,ד הוכיח הגרא"ז מבונה המקיף ארבעה כתלים מסביב לחצירו, באופן שגם הניקף נהנה, אם בנה את הכותל על מקום שניהם, חייב לשלם הניקף למקיף מחצית מההוצאות עד לד' אמות, וכמש"כ הרמב"ם שם בה"ב. והקשה הגרא"ז, דאף שהחורבה עשויה לגדור, ואף שבנה על מקום שניהם,

יכול הניקף לומר למקיף טול עציך, לשיטת הכס"מ. ומזה הוכיח דאינו יכול לומר כן בעשויה ליטע, וכדעת המגיד, עיי"ש.

והרא"ש (ב"מ ח, כג) הביא דברי הרי"ף הנ"ל, והביא עליהם את דעת הראב"ד דאין שומעין לבעל הקרקע האומר טול עציך ואבניך, דקי"ל חורבה עומדת לבנות וזה מזיק הוא ואין שומעין לו, אלא ישב בה זה שבנה בחצר חבירו עד שיתן יציאותיו. וכתב הרא"ש: "ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה, ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלא קפות פרנסתו, דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו". מבואר מהרא"ש דיש לבחון את כנות כוונת בעל הקרקע, האם באמת אינו חפץ בעציו ואבניו של היורד, אין לו צורך כלל בבנין או בנטיעה, ולא מהנהו כלל, דבזה יכול לטעון. אולם כאשר כל הטענה של טול עציך ואבניך נועדה רק לגרום הפסד ליורד, בזה אין שומעין לו.

ובמהר"א ששון (סי' רכד) הקשה סתירה בדברי הרא"ש, דשם בהכ"ב כתב דעובדא דרב מיירי בשדה העשויה ליטע, ויכל בעל הקרקע לומר לרב לא בעינא, וא"כ סובר שאף בעשויה ליטע יכול לומר טול עציך ואבניך. וכתב לחלק, דעובדא דרב אכן לא מעונין בנטיעה, כיון שרוצה לזרוע תבואה, משא"כ בנדרון הראב"ד מדובר בטענה שכל מטרתה לגרום הפסד לבעל הבנין.

לאמור לעיל מצאנו ד דעות בדין בעל קרקע שאומר טול עציך ואבניך. דעת הרמב"ם שיכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך, כיון דסתם חרבות אינן עשויות ליבנות. והוא מש"כ הרי"ף ז"ל דשדרו ממתיבתא. וא"כ נכנס בעל הקרקע ודר בה. ומבואר דדוקא באינה עשויה ליטע, אבל בעשויה ליטע, דעת הרי"ף והרמב"ם דאינו יכול לומר כן. והדעה השניה היא דעת הנמוק"י, דאפילו בעשוי לבנות יכול לומר טול עציך ואבניך. וכן דעת הב"י (כמש"כ גם בכס"מ). הדעה השלישית היא דעת רב האי גאון (כמש"כ בבעל המאור הנ"ל) דלא יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך לעולם, אא"כ בנה בנין שלא כראוי לבעל הקרקע ולית ליה ביה שום הנאה. והרמב"ן במלחמות כתב שרב האי חזר בו. ודעת הרא"ש דמסתבר טעמא דהראב"ד כשלא היה משתמש בחורבה ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קפות פרנסתו, דודאי תואנה מבקש להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו.

ובטור חו"מ סי' שעה הביא את הא דשדרו ממתיבתא, דאם אמר בעל החורבה טול עציך ואבניך דשומעין לו, אא"כ בעל החורבה גדר ליה ומנטר ליה, דודאי ניחא ליה ומיחייב בדמי בנין עד גמירא וידו על העליונה. והביא הטור את דעת הראב"ד שאין שומעין לו דכל חורבה עומדת ליבנות, וזה מזיק הוא, והיורד ישב בתוכה עד שישלם לו יציאותיו ומשמע מהרצאת הדברים דמחלוקת רק אם חורבה

עשויה לבנות, אבל אם היתה עשויה בנות, לכ"ע אין בעל הקרקע יכול לומר טול עציך ואבניך. והביא הטור את דעת אביו הרא"ש, דמסתבר טעמיה דהראב"ד היכא שלא היה משתמש בחורבתו ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קיפוח פרנסתו, דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו, הא לאו הכי שומעין לו.

והב"י שם הביא בתחילה את תלמידי הרשב"א, דאפילו בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך ונטיעותיך, שאם לא כן נמצא אדם כופה לעשות שדה וגנה וחצר ובתים. ושכן נראה מדברי הרי"ף שלא חילק בין עשויה ליבנות לאינה עשויה ומסתמא בית עשויה ליבנות היא. ובהמשך כתב על דברי הרא"ש הנ"ל: "ואפשר שאף למאי דשדרו ממתיבתא איתנהו לדברי הרא"ש". ועיי"ש בדעת הנמוק"י. ועיי"ש עוד בב"ח ס"ק ה, דנראה שהסכים לדעת המגיד.

ובשו"ע חו"מ שעה א-ב נקט כלשון הרמב"ם, וכתב דשומעין לבעל השדה האומר עקור אילנך, ולא חילק בין עשויה ליטע ואינה עשויה ליטע. ומדברי הסמ"ע ס"ק ד נראה שנוקט כמש"כ בכס"מ, דאין חילוק בין עשויה ליטע או לא, ובכל גוונא יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך, דלא כמגיד.

וראיתי בחזון איש (ב"ב ב,ג) שכתב דאין מחלוקת בין הראשונים, דאין דברי הרמב"ן והרשב"א אלא כשאין לבעל השדה אמתלא וטעם מפני מה לא היה רוצה לנטועה, "ואנו רואים את תשובתו טול נטיעותיך רק כדי להכעיס את היורד, כעין גם לי גם לך לא יהיה, או כדחיה שלא לשלם. אבל אם הדבר אמת שאינו חפץ בנטיעותיו אלא רוצה בעקירתן, דינו כשדה שאינה עשויה ליטע". וכתב דהטור כתב שיש מחלוקת בדיון זה, וס"ל לחזו"א שאין כאן מחלוקת, אם לא שנאמר דפליגי בסתמא אם חשבינן ליה למשקר. דלרמב"ן ׀הרשב"א דבסתם חשבינן ליה למשקר, ולרא"ש מן הסתם מהימן.

ולפ"ז בנדו"ד נראה כאמור דחשיב כשעשוי לתקן, דרפידות בלמים בשלב כזה, ודאי עשוי לתקן, והוי כעשויה ליטע, ורבו הפוסקים דבעשויה ליטע לא יכול לומר לו טול מה שעשית. ואף למש"כ הרא"ש, וכמו שביאר החזו"א, דכל כשנראה מטענתו שרוצה לגרום הפסד, אבל באמת ניחא ליה בהכי, אינו יכול לומר טול מה שעשית. וכן נלענ"ד עובדתית בנדו"ד, שטענת שמעון היא לצורך מו"מ כספי, להורדת המחיר עד כמה שניתן, ולא טענה כנה של החלפת הרפידות, כיון שבכה"ג לא רק לשמעון יגרם הפסד אלא גם לראובן, ולא בשופטני עסקינן.

עוד נראה דבנדו"ד לא יוכל בעל הרכב לטעון לבעל המוסך טול מה שעשית, לפמש"כ הנתכיבות שעה ב, "נראה דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמו שנתן, ולכך

יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאנו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע, מחויב לשלם לו". וא"כ גם בנדר"ד אינו יכול לקח בחזרה את הרפידות, ויש בזה נזק גדול, וכבר לא להתקין את הרפידות ברכב אחר, ולכן חייב לשלם.

לאור האמור, יש לאמוד כמה היה מוכן אדם אחר לשלם עבור החלפת רפידות תוך כדי עבודה, לפי מחיר ממוצע בשוק המוסכים (ויש לברר אצל מומחה בדבר, או לפי מה ששילם ראובן במקרה דומה בהחלפת רפידות בלמים), ועל ראובן לשלם סכום זה לבעל המוסך.

ב. זכית בעל הקרקע בעצים

ובנדון השאלה השניה שירד ושתל שיח ערבות ברשות הרבים, נראה דדינו כיורד ברשות בשדה העשויה ליטע, כיון דלעיריה/ מועצה לא איכפת אם שותלים שם בפניה שיח ערבות שאינו מפריע, ומקומות אלה שיש בהם אדמה ולא מרצפות אבן, נועדו לשתילת צמחים, ואפשר גם שיח ערבות. דלמש"כ לעיל, אומדן דעת שניחא ליה במקום כשדה שישתלו שיחים, ועד כמה שלא היתה להם טענה שרוצים לשתול צמחים אחרים, אנן סהדי דניחא להו בהכי. לכן עד כמה שיש לחייב את המועצה בתשלום, יש לאמוד כמה היתה המועצה מוכנה לשלם לגנן שישתול שיח ערבות (ולענ"ד מדובר בסכום מזערי ביותר. מדובר בכד ערבה ישן שהשריש, ועלותו נמוכה מאד, ואף עלות ההשקיה לעץ ערבות נמוכה ולא משמעותית). ונפק"מ שאם הוי כעשויה ליטע, שאין המועצה יכולה לומר לו לעקור השיח וליילך. משא"כ אם הוי כשדה שאינה עשויה ליטע, יכולים לומר לו כן לדעת רוב הפוסקים הנ"ל. ומן הסתם, סתם מקום כזה ברשות הרבים הוי כעשוי ליטע.

ונראה דבכל דין יורד לשדה חבירו, הוי העצים של בעל הקרקע, ויש ליורד תביעת דמים כנגד בעל הקרקע, אך העצים הם של בעל הקרקע. כך יש ללמוד מדברי הרשב"א בסוגיא (ב"מ קא,א), וז"ל:

"נ"ל דדוקא שקדם ואמר עצי ואבני אני נוטל קודם שיאמר הלה דמיהם אני נותן, אבל קדם בעל השדה או בעל החצר ואמר ניחא לי במה שעשה, מיד קנתה לו חצרו, שהרי כשבנה זה או נטע, על דעת שיקנה הלה אם ירצה בנה ונטע, והרי זה כאלו נתן מטלטלים בחצר חבירו ואמר לו לכשתרצה לקנות מטלטלין אלו הרי קנויים לך בכך וכך, ואמר הלה תקנה לי חצרי, או שגלה בדעתו דניחא ליה דתיקני לו חצרו, קנה ואין חבירו יכול לחזור בו, והו"ל כאותה ששנינו בפ"ק דב"ב כותל חצר שנפל ... אלמא מכיון שסמך לו כותל

וגילה בדעתו דניחא ליה, קנתה לו חצרו ושוב אין חברו יכול לחזור בו, שאם אין אתה אומר כן, למה בחזקת שנתן, והלא יכול לומר עצי ואבני אני נוטל ואי אפשר למכור, ואיזו חזקה יש לזה שהוא נאמן לומר קניתי. אלא ודאי אין חברו יכול לחזור בו אחר שגלה בדעתו דניחא ליה דתקנה לו חצרו. ומעתה חזרו עליו דמי ההוצאה כמלוה ע"פ ונאמן לומר פרעתי, כנ"ל."

ועיין גם בנימוק"י ב"מ נח,א בעמוה"ר. הנה דברי הרשב"א שזכתה לו חצירו וקנה בעל הקרקע, הוא דוקא כשדעת הנוטע שיקנה הלה, וכשגילה דעתו דניחא ליה, קנתה לו חצירו. אבל בנדר"ד לכאורה שותל השיח דעתו היתה שיהיה שלו, ולא על דעת לגבות מהמועצה כספים, אלא שיהיה העץ שלו, ובחג הסוכות ימכור לאחרים. אך נראה דמש"כ הרשב"א דבנה ונטע על דעת שיקנה הלה אם ירצה, היינו לענין הטענה של עצי ואבני אני נוטל. אולם ברור שכל עוד הנטיעה מחוברת לקרקע והבנין מחובר לקרקע, הרי הם של בעל הקרקע, ורק יש לו זכות לתשלוש ולטעון עצי ואבני אני נוטל. ובנדר"ד מה שייך שיטען היורד עצי אני נוטל, הרי עצו היה בד ערבה, והשיח הקיים היום, כבר שינה פניו והכל לבעל הקרקע.

ויש להביא ראיה דמה שהשביח הכל לבעל הקרקע, מהא דתנן ב"מ ק,ב: שטף נהר זיתיו ונתנם לתוך שדה חבירו, זה אומר זיתי גדלו וזה אומר ארצי גדלה – יחלקו. ושם בגמ' קא,א: אמר עולא אמר ריש לקיש, לא שנו אלא שנעקרו בגושיהן ולאחר שלש (עם הקרקע שסביבותיהן שיכולין לחיות על ידו, פטורין מן הערלה, כדתנן, אין שנעקר והסלע עמו, אם יכול לחיות פטור, ואם לאו חייב. - רש"י), אבל בתוך שלש הכל של בעל הזיתים, דאמר ליה אי את נטעת, בתוך שלש מי הוה אכלת. ולימא ליה אי אנא נטעי לאחר שלש הוה אכילנא ליה כוליה, השתא קאכלת פלגא בהדאי. אלא כי אתא רבין אמר ריש לקיש, לא שנו אלא שנעקרו בגושיהן ובתוך שלש, אבל לאחר שלש הכל לבעל הקרקע, דאמר ליה אי אנא נטעי לאחר שלש מי לא הוה אכילנא ליה כוליה. ולימא ליה אי את נטעת בתוך שלש לא הוה אכלת, השתא קא אכלת פלגא בהדאי. משום דאמר ליה, אי אנא נטעי, הוה קטיני, וזרענא תחותיהו סילקא וירקא (הוו זיתים דקין ולא היה להן צל, וזרענא תותיהו סילקא וירקא).

וממהלך הגמ' מבואר דלהלכה רק בנעקרו ובגושיהם ובתוך ג, יחלקו בעל הקרקע עם בעל הזיתים, אבל לא נעקרו בגושיהם, או לאחר ג, הכל לבעל הקרקע. וכן פסק הרי"ף (ב"מ נז,ב – נח,א בעמוה"ר), והרא"ש ב"מ ח,כא, שהביאו רק את המימרא רבין אמר ר"ל. וכן פסק הרמב"ם שכנים י,ד: "שטף נהר את זיתיו ושתלם בתוך שדה חבירו .. ואם עקן הנהר בגושיהן כששתלן יחלקו הפירות בעל השדה עם בעל

הזיתים כל ג שנים, ולאחר ג הכל לבעל השדה, ואם לא נעקרו בגושיהן הכל לבעל הקרקע מיד". וכן פסק בשו"ע חו"מ קסח,א. והנימוק"י שם (ב"מ נז,ב – נח,א בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"הכל של בעל הקרקע. כל הפירות של בעל הקרקע. ומיהו יהיב ליה לבעל הזיתים דמי זיתיו כמו שהיו שוין בשעה ששטפן נהר, אבל לא מה שהשביח האילן בעצמו, דאותו שבח הוי לבעל השדה בתוך ג כפירות לאחר ג בגופו, דמצי א"ל אי אנא נטעי הוי כל זה שבחא דידך."

מבואר מהנימוק"י דיש על בעל הקרקע חיוב לשלם לבעל הזיתים דמי עצים כפי שוין בשעה ששטפן נהר. (ועיין בתוס' ב"מ קא,א ד"ה ואם: "ובעל הקרקע יתן דמי הזיתים כמו ששויים למכור לנטיעות". ובפשטות, הכוונה למה שהיו שוים בשעה ששטפן נהר. וע"ע בראב"ד שכנים י,ד דאומדין כמה אדם קונה זיתים כאלו ליטע אותם בתוך שדהו. וברב המגיד שם חילק בין נעקרו בגושיהם לנעקרו בלא גושיהם, דכשנעקרו בלא גושין הרי זו אבידה המותרת כזוטו של ים וכשוליתו של נהר, דודאי בעלים מתיאשים, ולכן הכל לבעל הקרקע מיד ואינו נותן לו דמים כלל וכפשט הגמרא, אבל כשנעקרו עם הגושין, הרי גדלו עם סיוע הגושין ולפיכך נוטל חלקו. אי נמי, שכל שנעקרו עם גושין, אין דרך הנהר להוליכם למקום רחוק, ולכן אינו מתיאש מהם, עיי"ש. וע"ע בשו"ע חו"מ קסח,א, סמ"ע ב ובט"ז שם). דכל שבח העצים כולל הפירות, הכל לבעל הקרקע, ורק בתוך ג, כיון שאילולי נעקרו בגושיהם היו הפירות ערלה, חולקים בעל הקרקע ובעל העצים, אך עצם השבח של העצים, כל מה שגדל, הכל לבעל הקרקע. וכן מבואר בדברי הר"ן בחידושו בסוגיא, דמה שהשביחו העצים, הכל לבעל הקרקע; "דשבחא דאילנות אפילו תוך שלש, הרי הוא כפירות דלאחר שלש, דמצי אומר ליה אי אנא נטעי כולי שבחא דידי הוי". והיינו דדוקא בפירות דשייך בהם ערלה יחלוקו, אך השבח כולו לבעל הקרקע. ועיין בקובץ שעורים ב"ב סי' צה, דמוכח מהסוגיא דהיכא דליכא משום ערלה, הכל לבעל הקרקע.

ועיין בחלקת יואב (תחומ"מ סי' י) שדן במי שזורע בשדה חבירו שלא ברשות, ובתחילה רצה להביא ראיה מתוס' ר"ה יג,א ד"ה ולא, דאף שארץ ישראל ירושה מאבותינו, מ"מ יש לנכרי במה שזורע בארץ. וכתב לחלק, דכך היתה הנתינה לאברהם אבינו, שיהיה לו קנין הגוף, וקנין פירות לנכרים. ועיי"ש ראיות נוספות שהביא מהמשנה כלאים ז,ו, ותרומות ט,ד, דהכל לבעל הקרקע. רק מבואר מדבריו דכאשר זרע בשדה הפקר, חייב במעשר, וכדאיתא בירושלמי ריש מעשרות וברמב"ם תרומות ב,יא, דס"ל לירושלמי דהיכא שאין לקרקע בעלים, מה שזורע הוא שלו. ואין כך בנדוד, דאין הקרקע הציבורית הפקר אלא שייכת לרשות המקומית. (ועיי"ש מה שחילק בין נוטע

בקרקע לבין מרכיב ענף באילן, דבמרכיב באילן, הכל לבעל הענף. וכתב די"ל דיש חילוק בין יוצא מקרקע ליוצא מאילן, עיי"ש).

ולאמור לעיל בנדו"ד אין לזה ששתל שיח ערבות אלא דמי נטיעה של שיח הערבות, שהוא לכאורה סכום זעום, ואין לו כל ההוצאות. אולם ראיתי בשטמ"ק שהביא בשם הראב"ד, דהיכא דטרח בנטיעה, יש לו כל ההוצאות, ואם עשויה ליטע, אומדים כמה רוצה ליתן בנטיעה זו. שכן הדין ביורד לשדה חבירו, ורק בשטף נהר, שלא טרח ויגע, אין לו אלא דמי הנטיעות. וז"ל השטמ"ק ב"מ קא,א:

"ואי אמרת הרי היורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, אם עשויה ליטע אומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעם כדין שתלא, והא נמי הרי היא עשויה ליטע ונטעה. לא היא, דהתם טרח בגווה בכל עבודת הקרקע, אבל הכא לא טרח ולא מידי הילכך אין לו אלא דמי הנטיעות."

וכן כתב המאירי (ב"מ ק,ב), דאין דנין אותו כיורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, שבשדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה, שבשדה העשויה ליטע ונטעה טרח בכל עניני עבודת הקרקע, אבל בזו לא טרח כלום, והילכך אין לו אלא דמי הנטיעות. ולפ"ז למש"כ לעיל דחשיב כשדה העשויה ליטע, יש לאמוד כמה המועצה היתה רוצה לשלם עבור שתילת עץ ערבות במקום זה.

ולפ"ז הערבות שייכות למועצה, ואם המועצה תתן רשות לתושבים לקחת ערבות מהשיח, לא יוכל שותל השיח למנוע מהם בטענה שהשיח שלו. השיח הוא של המועצה, ויש לבעל השיח תביעת דמים נגד המועצה, ואם הוי כשדה העשויה ליטע (וכך מסתבר), אומדים כמה רוצה המועצה לשלם בכה"ג, ואם כשדה העשויה ליטע, אין לו אלא הוצאה שעור שבת. (ואין לומר דדינו כשותף ונוטל כל השבח, דרשות המועצה היא רשות נפרדת וכרשות של ציבור, ואין כל תושב ותושב שותפים).

אך השאלה אם יכול שותל השיח למכור את הערבות, ובדרך זו לכסות את החוב שחייבת לו המועצה. ויש לציין בענין זה, דאף אם הוא רשאי, עליו לפנות לבית דין שישומו כמה החוב של המועצה כלפיו, ויוכל למכור בשעור זה בלבד. כמו כן אין הדבר מונע מאחרים ליטול מהעץ בכל מקרה, כיון שהעץ שייך למועצה, וכשהמועצה נותנת רשות להשתמש בערבות, הרי העץ שלהם, אך יש עליהם חיוב דמים כלפי השותל וכדלהלן.

הנמוק"י (ב"מ נח,א מעמוה"ר) הביא מהרשב"א (הובא גם בר"ן בסוגיא) דמי שירד לחורבתו של חברו שלא ברשות ובנאה, אינו יכול לדור בחורבה בטענה שהוא בנאה; "משום דא"ל אי אנא בנינא, מי לא הוה דיירנא, הלכך נותן לו כל הוצאתו ומסתלק". מבואר מהרשב"א שהואיל ובעל הקרקע הוא הבעלים ולא הבונה,

זכות הפירות הם לבעל הקרקע, ורק יש עליו חיוב דמים כלפי הבונה. ואם כבר דר בה הבונה, והשאלה אם צריך להעלות שכר לבעל הקרקע, הדבר תלוי אם החורבה המסוימת עשויה לשכר, וככל דין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, דאם אינה עשויה לשכר, אין צריך להעלות לו שכר, ואם עשויה לשכר, ואפילו בטרם שיפץ הבונה היתה ראויה לשכר מועט וכעת ראויה לשכר מרובה, צריך לשלם לבעל הקרקע שכר כשווי שכירותה כעת לאחר השיפוץ. והביא ראיה מב"ק כא, מההוא גברא דבנה אפדנא אקילקלתא דיתמי וכו'. והואיל וכן, אסור לו להשכיר לאחרים. ואם השכירו הבונה לאחרים שלא כדין, אי חצר דלא קיימא לאגרא, השוכר פטור מלשלם, ואי קיימא לאגרא, מעלה שכר לבעל הקרקע. והביא ראיה מהגמ' ב"ק שם מהשוכר בית מבני העיר ונמצאו לו בעלים. ובקיימא לאגרא ושילם השוכר לבונה, מוציא מהבונה, שהרי בעל הקרקע יתבע ממנו. ואף בלא קיימא לאגרא דאין צריך להעלות שכר לבעלים, אם שילם לבונה "מפיק מיניה, דהא ארעא לאו ידיה הוא. ומיהו אפילו למארי ארעא לא מיחייב. הלכך כה"ג דעיקרא דמילתא מחילה בטעות היא לא הויה מחילה". עוד הביא מדברי הרשב"א, וז"ל:

"ומיהו מסתברא דאפילו לא היתה החורבה עשויה לשכר ולא היו מעלין ממנה שכר מעיקרא כלל, אם עמד זה ובנאה והשכירה אצל אחרים, מחשבין לו כל מה שקבל בשכירות הבתים מדרכי יוסי, דאמר (ב"מ לה, ב) כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, ואנו רואים הדר בו בשכר כאילו הוא שוכר של בעל החצר."

וי"ל דמיירי באופן ששילם השוכר לבונה ולא תבע ממנו, דלמש"כ הנימוק"י, יכול לתבוע מהבונה שיחזיר לו השכר, דהא ארעא לאו ידיה הוא. אלא מיירי הרשב"א באופן שלא תבע השוכר, דמנכים למשכיר מהחוב שחייב לו בעל הקרקע את דמי השכירות שגבה. ועיי"ש בלשון הרשב"א שכתב: "ואם השכירו הבונה לאחרים שלא כדין", משמע דלכתחילה אינו יכול להשכיר לאחרים. ואפשר דמדין עביד אינש דינא לנפשיה היכא שלא יוכל לגבות חובו, יוכל להשכיר, וצ"ע בכל מקרה לגופו, וגם תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים אי עביד אינש דינא לנפשיה בחוב כזה, עיין חו"מ סי' ד.

אמנם מדברי תלמיד הרשב"א (ב"מ קא, א) נראה דחולק על הרשב"א וס"ל דיכול להשכיר לאחרים, וז"ל: "וכתבו רבותי שאם השכירה זה הבונה לאחרים, חייב להעלות לו שכר, שאינו יכול לעשות סחורה בחורבתו של חבירו. ונראה לומר שאין זה נכון. אין זה עושה סחורה בחורבתו של חבירו אלא שכר עציו ואבניו הוא שנוטל, ובשלו הוא שעושה סחורה ולא בשל חבירו". מבואר מדבריו דאף שדעת הרשב"א דחייב להעלות שכר לבעל הקרקע, ס"ל לתה"ר שיכול ליטול שכר. ונראה לבאר דכוונת

תה"ר, דשכר עציו ואבניו, לא שהבונה הוא הבעלים להשכרה, אלא כיון שמגיע לו מבעל הקרקע דמים עבור מה שבנה, הרי מנכה לו מהשכר שהשכיר חוב זה, וזו כוונתו "שכר עציו ואבניו". ולזה הסכים גם הרשב"א, וכמש"כ הנימוק"י בשמו. ומה שנחלקו, האם לכתחילה יכול להשכיר, דדעת תלמיד הרשב"א דאף לכתחילה יכול להשכיר כדי לגבות שכר עציו ואבניו.

לכן נראה בנדו"ד להתיר לשותל השיח למכור עד כדי החוב. ואם המועצה תאמר לשותל השיח "טול עצים", דהיינו עקור השיח, ועקר השיח, פשוט שיכול למכור את הערבות מהשיח התלוש והרי הם שלו, והוי כנותנים לו את כל השיח תמורת ויתור החוב.

ובאותו הענין, נשאלתי באחד השכנים ששתל בחצר המשותפת שיח ערבות, ושוב עלתה השאלה מי רשאי להשתמש בשיח. וגם בזה י"ל דהבעלות על השיח היא משותפת. וממילא קטיפת כדי הערבה תלויה בנוהג בין השכנים. הם יכולים ברוב דעות (כנהוג בהחלטות כאלה) להתיר לכל שכן או לכל מאן דבעי לקחת ערבות. ולשכן ששתל ערבות יש תביעת ממון כנגד השכנים, אך דינו כשותף היורד, ולכאורה דינו כיורד ברשות (גם זה צ"ע איך נהוג, אם כ"א יכול לשתול פרחים בחצר או לפי החלטת הועד וכד'). ואם דינו כיורד ברשות, הרי יכול לתבוע את השבח (ואם ההוצאה גבוהה יותר, אע"פ כן רק הוצאה שעור שבח), עיין מה שכתבתי כאן בסי' כ אות א. ושוב אם יורו לו לקצור את השיח, הערבות שלו וכנ"ל.

לאור האמור לעיל, בענין שתי השאלות הנ"ל:

- א. יש לאמוד כמה היה מוכן אדם אחר לשלם עבור החלפת רפידות תוך כדי עבודה, לפי מחיר ממוצע בשוק המוסכים, ועל ראובן לשלם סכום זה לבעל המוסך.
- ב. שיח הערבות שייך למועצה, ואם המועצה נותנת רשות לקטוף ערבות, רשאי כל מקבל רשות (או כל תושב, אם הרשות כללית) לקטוף ערבות.
- ג. לשותל השיח יש תביעה כלפי המועצה, ועל המועצה לשלם לשותל לאחר אומד כמה היו מוכנים לשלם למי שישתול שיח ערבות במקום ההוא.
- ד. יש להתיר לשותל השיח למכור ערבות עד לשעור החוב, לאחר קבלת שומת החוב מבית דין.
- ה. נראה דהמועצה אינה יכולה לומר לשותל טול ועקור את השיח, כיון דיש לראות במקום כעשוי ליטע. אולם אם אמרו לו כן ועקר השיח, רשאי למכור את הערבות מהשיח שנעקר, והרי הם שלו.

בטוח שתובע את המזיק, האם רשאי המבוטח לגבות מהביטוח

ראשי פרקים

א. מציל את שלו

ב. עושה בשלו ומזיק לחבירו

ג. זכות משלם הפוליסה בדמי הביטוח

ראובן הזיק לשמעון, באופן המחייבו לשלם. שמעון היה מבוטח על הנזק, ותבע את חובו מהביטוח. ראובן תובע את שמעון שלא יגבה חובו מהביטוח, מאחר והביטוח ישלם לראובן כספים שמגיעים לו ע"פ הפוליסה, והחברה תתבע אותו (את ראובן) בגין כל התשלומים ששילמה ע"פ החוק, בעוד שע"פ ההלכה יש סכומים שאינו חייב. לכן תובע משמעון לדון עימו בדין תורה, וכל אשר יפסק, הוא מתחייב לשלם לו. ושואל שמעון אם מותר לו לגבות מחברת הביטוח, עקב טענת ראובן.

א. מציל את שלו

המרדכי בב"ק (אות קצג), על הגמ' שם קיז,א, ההוא שותא דהוה מינצו עלה בי תרי, ואזל חד מיניהו ומסרה לפרהגנא דמלכא, ופסק שם רבא דמשמטינן ליה עד דמייתי ליה וקאי בדינא, וז"ל:

"פסק ה"ר אליעזר מטולא, דתקנת חכמים היא שלא יהיה אדם רגיל בכך, אבל אינו נקרא בכך מסור, ולהכי קאמר היו משמתינן ליה ולא קאמר מחייבינן ליה. והיכא דתקפה לעצמו בידי עובדי כוכבים, אף שאין לו לעשות כך, דהא דקיי"ל בהמניח עביד איניש דינא לנפשיה, הני מילי בחפץ המבורר לו וידוע שהוא שלו אבל לא בדבר אחר, מ"מ אי תקף בידי כותים לא דיינינן ליה דין מסור, ואע"פ שהפסיד אותו שתקפו הרבה מידו, כגון שהעלילו עליו הכותים ולקחו ממונו יותר או הענישוהו, אפילו הכי אין על התוקף דין מסור, דלא מצינו בתלמוד מסור לאנס אלא במתכוין להזיק את חבירו, אבל זה נתכוין להוציא את שלו."

העולה ממשמעות דברי המרדכי שמחרימין למי שעושה דינא לנפשיה במקום המותר ע"י עכו"ם, אף שאין מחייבין אותו כדין מוסר, כיון שהתכוין להציל את שלו ולא להזיק לחבירו. ובהא דלא מחייבין ליה כדין מוסר, מצאנו סתירה בדברי המרדכי,

דשם בסי' קיה פסק שדינו כמוסר, הביא הרמ"א בחו"מ שפח,ה את שתי הדעות, וז"ל המחבר והרמ"א:

"בעלי דין שהיתה ביניהם מריבה על הקרקע או על מטלטלין, זה אומר שלי, וזה אומר שלי, עמד אחר מהם ומסרה ביד אנס, מנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ויסלק אנס מביניהם ויעשו דין בישראל. הגה: מכל מקום אין לו דין מסור, אף על פי שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה, דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק, אבל לא במתכוין להוציא את שלו. ויש חולקין וס"ל דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו, אם לא היה חבירו סרבן; וכ"ש אם התרו בו תחלה שלא ידונו בפני אנשים, ועבר, שיש לו דין מסור."

וביש"ש ב"ק י, מט הביא דברי המרדכי הנ"ל, דכל שמתכוין להציל את שלו, אין לו דין מוסר. וכתב דכל זמן שאינו מתכוין להזיק אין בו דין מוסר, היינו לפוסלו לעדות ולשבועה. וכן אסור לאבד ממונו כבמוסר גמור. אבל בדין תשלומים ס"ל ליש"ש שיש לחייבו, אף שאינו מוסר ממש. ואף שגבי שותא אין בו דין חיוב ממון, היינו משום שהוא דבר שבספק, עיי"ש. ועיין בש"ך חו"מ שפח,כו שפסק ג"כ דחייב לשלם וכדעת היש"ש, ולא כמהר"מ מלובלין סי' כו.

אמנם יש לחלק בין מוסר שמציל את שלו, להיכא שמציל את שמו, ועיי"ז יגרם נזק, אך בגרמא ואינו ברי היזקא. דבמוסר הרי מזיקו בגרמי, רק פוטרים מדין מוסר, ולר"א מטולא אף מתשלומין, כיון שהוא מתכוין להציל את שלו, ולמחייבים – סוף סוף הזיקו בגרמי. אבל כשאינו עושה פעולה של היזק אלא פעולה מותרת, ובכך יתכן ויגרם נזק לשני כבנדו"ד, לכאורה לכ"ע אין לחייב ואין לאסור, (ועיין מהרי"ט בתש' ח"א סי' מה ד"ה ובר).

ב. עושה בשלו ומזיק לחבירו

ודבר זה יש ללמוד לכאורה מנזקי שכנים. דהנה קיי"ל כרבי יוסי שעל הניזק להרחיק עצמו, אא"כ מזיק לו השכן בגירי דיליה. והאחרונים הקשו מדוע על הניזק להרחיק עצמו, בעוד שבכל אבות נזיקין על המזיק להרחיק עצמו. וכתבתי בענין באריכות בח"ו סי' יג. ועיקרי הדברים, דבנתיבות קנה"ח כתב בהסבר הדין; "דהר" 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 ההזיק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו, כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא". ועיין עוד במש"כ הגרב"ב (ברכת שמואל סי' יג,

וסי' יד): "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 ...". ומבואר דכל אחד יכול לעשות בשלו, גם אם בגרמא של השימוש בשלו, יגרם נזק לאחר. וכן מצאנו בעוד מקומות בנזקי שכנים.

ועדיין יש לעיין, דהא דין גרמא בנזיקין אסור, נאמר בגמ' לענין נזקי שכנים. דתנן בב"ב כב,ב: מרחיקין את הסולם מן השוכן ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמייה ואת הכותל מן המזחילה ד' אמות, כדי שיהא זוקף את הסולם. ובגמ' שם; לימא מתניתין דלא כר' יוסי, דאי ר"י הא אמר זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. אפי' תימא ר' יוסי, הא אמר רב אשי כי הוין בי רב כהנא הוה אמר מודי רבי יוסי בגירי דידיה, הכי נמי זמנין דבהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה. והא גרמא הוא. א"ר טובי בר מתנה, זאת אומרת גרמא בניזקין אסור (ואפי' למ"ד דלא דאין דינא דגרמי ופטור מלשלם, אסור לגרום, וכשבא להעמיד גרמא להזיק חבירו מעכב – רש"י). רב יוסף הוה ליה הנהו תאלי, דהוו אתו אומני ויתבי תותייהו ואתו עורבי אכלי דמא וסלקי אבי תאלי ומפסדי תמרי. אמר להו רב יוסף אפיקו לי קורקור מהכא. א"ל אביי, והא גרמא הוא. א"ל הכי אמר רב טובי בר מתנה, זאת אומרת גרמא בניזקין אסור.

וקושיית הגמ' לענין סולם ונמיה, לאחר שהגמ' תירצה דמתני' ר"י היא, והוי גירי דיליה, דזימנין דבהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה, לכאורה מה שהקשתה הגמ' והא גרמא הוא, אליבא דחכמים הקשתה, ועל זה תירצה הגמ' דגרמא בניזקין אסור, אבל אליבא דרבי יוסי, אם עושה בשלו, אף ששכנו ניזוק בגרמתו, אין איסור. והנה בר"י מיגאש, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב כב,ב, מבואר הסבר אחר בקושיית הגמ'. דבתחילה העמידה הגמ' את המשנה אליבא דר"י, דכשמגיע הנזק לאלתר, אפי' רבי יוסי מודה דמעכב עליה משום דגיריה ניהו, וסולם כגיריה דמי, דזימנין דבהדי דמנח ליה לסולם קפצא ההוא שעתא נמיה מיניה לשוכן, דאשתכח דגיריה הוא. וקושיית הגמ' והא גרמא הוא, היא בין לרבנן ובין לר"י, וז"ל הר"י מיגאש:

"פירוש בין לרבנן בין לרבי יוסי על כרחך לא שמעינן דמחייבי ליה רבנן למזיק לסלוקי היזקא מיניה דניזק, אי נמי לרבי יוסי בגיריה, אלא היכא דהוי נזק מחמת ההוא מידי גופיה, כגון הנוטע אילן סמוך לבורו של

חברו, דשרשים גופייהו דמזקי ליה, וכגון משרה וירק, דמשרה גופה היא דקא מזקא ליה לירק, אבל הכא דסולם הוא גופיה לאו איהו מזיק לשובך, אלא נמיה הוא דקא מזקא ליה, וסולם גרמא הוא, אמאי מחייבין ליה לארחוקי, והא קיימא לן דגרמא בנזקים פטור כדגרסינן בפרק הכונס. רב אשי אמר כי אמרין זורה ורוח מסייעתו כו', הני מילי לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל לענין נזיקים, גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזקין פטור. ומהדרין אמר רב טובי בר מתנה, זאת אומרת גרמא בנזקים אסור, כלומר אע"ג דפטור, איסורא מיהא לכתחלה איכא, ומשום הכי מרחיק.

ומבואר דקושית הגמ' והא גרמא, היינו שאין מעשה המזיק גוף הנזק אלא מסייע למזיק – הנמיה, ולכן אף דהוי גירי דיליה באופן שמחזיק הסולם בידו וקופצת הנמיה, מ"מ לא הסולם מזיק אלא הנמיה, ואף שפטור, מ"מ אסור. אבל כל היכא דלא הוי גירי דיליה, גם רבי יוסי ס"ל דאין איסור לעשות בשלו כשע"י כך ינזק חבירו בגרמא. וגדר הגרמא כאן הוא גרמא דגיריה, עיין מש"כ בח"ו יג/ו בגדר גרמא דגיריה.

גם מדברי רבינו יונה בעליותיו (ב"ב כג,א) לענין קושית הגמ' והא גרמא הוא, לענין העורבים שהיו מטנפים את התמרים של רב יוסף, ופירש רבינו יונה: "כיון דקיי"ל כרבי יוסי אין להם להרחיק משם, הא אמר רב טובי בר מתנה זאת אומרת גרמא בנזקים אסור, ואפילו לרבי יוסי. ואין לפרש דלרבנן דוקא קאמר, דהא קיי"ל כרבי יוסי, והיינו טעמא דהויא גרמא דגיריה, דכי הוה אתו עורבים הוה האומנן מפרחים אותם". ודוקא באופן של גרמא דגיריה, אבל גרמא כשעושה בשלו ולא הוי גירי, אין לאסור. וגרמא דגיריה י"ל שהנזק נעשה לאלתר ממעשיו, אף שמעשה הנזק גופא ע"י דבר אחר, והעושה רק מסייע ומהוה חלק משלב הנזק, אבל אינו מזיק בעצמו, מ"מ כיון שהנזק נעשה לאלתר והשכן רק גורם, מ"מ אסור אף שאין לחייבו. וכן מבואר ברשב"א (ב"ב כג,א, וכן בכ"א סד"ה א"ל אנא) דהאיסור הוא מחמת גרמא דגיריה. (וע"ע בברכת שמואל ב"ב סי' כב ד"ה אולם).

וכן מבואר מדברי הרמ"ה (ב"ב פ"ב אות עח): "וש"מ דכל מידי דהוי גיריה או גרמא דגיריה על המזיק להרחיק את עצמו, אבל מידי דלא הוי גיריה ולא גרמא דגיריה על הנזק להרחיק את עצמו. ושמעין נמי דלא הוי גיריה אלא היכא דכי מנח ליה לההוא מידי דאתי מיניה היזקא אזיל היזקא כי גירא ולא מעכב עד דמטי ליה לניזק, אבל היכא דלא אזיל היזקא בשעת הנחה, אע"ג דאזיל בתר הכי, לא הוי גיריה". ומבואר להדיא דכשאנו גיריה או גיריה דגרמא, אין אסור ואינו בכלל. ולכאורה דוקא בכה"ג שעושה בשלו, אבל במקום שמזיק בגרמא בידים, לכאורה יש לאסור.

וברבינו ירוחם (מישרים נתיב לאו) כתב בשתי חצרות, וחצר אחת חרבה, ואומר השכן שיבנה חצירו, מאחר ובחורבתה באים גנבים לחצירו, דהוי כגירי דיליה, ועל המזיק להרחיק עצמו. וכן הביא הטור חו"מ סי' קנז בשם הרמ"ה: "מאן דמתחייב למגדר בינו ובין חבירו ולא גדר, ואתו גנבי וגנבי ליה מידי דרך הגדר, חייב לשלומי ליה". ובב"י תמה על דבריו, דאיך יכול להחשיב כגירי דיליה מה שבאים גנבים מחמת הגדר הפרוצה. והרמ"א בחו"מ סו"ס קנה, הביא את ב הדעות, וז"ל:

"שני שכנים הדרים ביחד, וביתו של אחד נפרץ, וע"י זה באים גנבים לבית השני, ואמר השני גדור ביתך או מכרנה לאחרים כי אתה גורם לי היזק [קל], י"א דהדין עמו וצריך לתקן היזקו, ויש חולקין דלא הוי גירא דיליה."

גם הש"ך שם (קנה, כב) כתב להקשות על הדעות המחייבות לבנות את הגדר שנפרצה, והקשה על הב"ח שפסק לחייב, ודימה דין זה למחיצת הכרם שנפרצה (ריש ב"ב), וכתב דראיתו כעוכלא לדנא, דשאני התם דהיזק כלאים ברי כשנפרצה, אבל גנבים מאן לימא לן דאתו, ויותר ברי הוא הזיקא דפורץ גדר בפני בהמת חבירו, ובכל אופן חשיב גרמא. גם הנתיבות בס"ק כב, אף שהקשה על הש"ך, דבהרחקות הניזקין לא תליא כלל בברי הזיקא רק בגירי דיליה, מ"מ כתב דהעיקר דמחיצת הכרם חשיב גירי דיליה, דגירי דממונא חשוב כמו גירי דיליה, משא"כ גנבים לא חשיב גירי דיליה, עיי"ש. והטעם שאין כאן "לאלתר" ממעשה המזיק כדי שיחשב כגירי.

ומש"כ הרמ"ה (ב"ב פ"ב קז) דאסור להזיק בגרמא מטעם לפני עיור לא תתן מכשול, או מטעם ואהבת לרעך כמוך, המעיין שם יראה דכל זה במזיק בגרמא דומיא דפורץ גדר בפני בהמת חבירו, אולם כשעושה בשלו ונגרם נזק לשכן שלא לאלתר באופן שאינו גירי, אין לאסור. אמנם מדברי הגרא"ו נראה לכאורה לאסור בכל ענין. בקוב"ש (ב"ב סי' עד), על קושית הגמ' והא גרמא בנזיקין הוא, ובתוס' שם מבואר דבקושית הגמ' ס"ד דכי היכי דפטור, הכי נמי דמותר, והקשה הגרא"ו, איך היתה הו"א דמותר לגרום היזק לחבירו, והא כל מה דעלך סני לחברך לא תעביד. ועוד, דאפילו אם ההיזק לחבירו בא מאליו, חייב להציל משום השבת אבידה, וכל שכן שאסור לגרום היזק מחמתו. ותירץ: "וי"ל דהכא שאני, שאפשר לניזק להרחיק את עצמו כדי שלא יוזק, ובכח"ג ליכא משום השבת אבידה, דשלך קודם לשל כל אדם". ולכאורה בכל אופן שאינו יכול להציל את שלו, הוא בכלל גרמא בנזיקין אסור. אמנם צ"ע, דהא בהשבת אבידה, הגם שהמאבד אינו יכול להציל את שלו, קיי"ל דשלו קודם, דאינו צריך להפסיד ממונו כדי להציל ממון חבירו.

ג. זכות משלם הפוליסה בדמי הביטוח

ובח"ה סי' יח כתבתי בענין מי שהזיק לחפץ מבוטח, דלכאורה זכותו בדמי הביטוח נובעת מהתשלומים ששילם לחברת הביטוח, והם כעיסקא נפרדת ודין נפרד, ויכול לגבות את הכסף הן מהמזיק והן מהחברה. ואביא רק בקצירת האומר מש"כ האור שמח בהל' שכירות ז, דמדבריו עולה שיש להפריד בין תשלום הביטוח לחיובי השומר או המזיק, דתשלום חברת הביטוח למבוטח נובעת מהעיסקה שעשה המבוטח עם החברה ולפיה במקרה של נזק, החברה תשלם לעושה העיסקה - משלם הפרמיה. ואין תשלום דמי הביטוח תלויים בתשלום או באי תשלום דמי הנזק שחייב המזיק או השומר לשלם לבעלים, דכל תשלום בא מכח הלכה אחרת, תשלום הביטוח מכח הלכות מקח וממכר, ותשלום המזיק או השומר מכח הלכות נזקין או שומרים.

וכך גם נראה מדברי מהרש"ם (ח"ד סי' ז) שדן במי ששרף בית חבירו המבוטח, ושלמו לו מחברת הביטוח, וטוען השורף כי לא נגרם לניזק נזק, מאחר והביטוח מפצה אותו בדמי כל הנזק. וטענת הניזק כי אין למזיק כל חלק וטענה בדמי הביטוח שבאים מתשלום הפרמיה ששולמה על יד הבעלים. [עוד טוען הניזק כי יכול לתבוע את המזיק בשם הביטוח. וטענה זו הביא ראיה משומר התובע את הגנב בהוכר הגנב, ומהגמ' ב"מ ריש המפקיד וב"ק קח, ועיי"ש מה שדחה, בפרט כשאין הניזק מעביר את התשלום לחברת הביטוח, משא"כ בהוכר גנב דשומר, ועיי"ש בדו"ד בזה]. ובמסקנת דבריו כותב מהרש"ם שלא לפטור את המזיק כתוצאה מתשלום דמי הביטוח שהתקבלו מפוליסה ששילם הניזק, וז"ל:

"הדבר פשוט בעיני מסברא שאין לשורף שום זכות במה שעשה זה לעצמו מסחר עם הסיקיראציע, והוא ריוח של מסחר. והלא גוף הבית הוא של בעה"ב והוא שרפו, ואיך יעלה על הדעת שהוא ירויח ע"י שזה עשה לעצמו מסחר מבחוץ וגובה דמי ההיזק גם מאחרים שיופטר השורף ע"י זה. ולכן לענ"ד גם מסברא פשוט דהשורף חייב לשלם לבעה"ב ..."

ומבואר דאלו שני דינים: הכסף שמקבל מהלכות מקח וממכר של הבעלים עם הביטוח, והכסף שיקבל מהמזיק בגין הנזק שעשה. וראה עוד בקובץ שעורים סי' ריז, ואכמ"ל, ועיין מה שכתבתי בח"ה סי' יח.

אלא שמהות הביטוח בעיסקה שעשו המבוטח וחברת הביטוח, שאם לא יוכל לגבות את הנזק מהמזיק, החברה תשלם לו עבור הנזק. וכן אם לא ירצה לגבות מהמזיק, יוכל לתבוע מהביטוח, והחברה היא זו שתגבה מהמזיק. לכאורה י"ל שהחברה ע"פ תנאי הפוליסה, מכסה גם נזקים שאינם ע"פ ההלכה, אולם כאשר המזיק לפנינו

ומוכן לשלם את אשר חייב ע"פ דין, הגם שע"פ תנאי הפוליסה הוא יכול לגבות מהחברה, אולם כיון שבמקרה והמזיק לפנינו הרי הגביה מהחברה משליכה את התביעה ישירות על המזיק, והחברה תגבה ממנו גם מה ששילמה לניזק שלא ע"פ דין תורה. תנאי הפוליסה לא קובעים את הדין. הם באו לכסות במקרה והמזיק לא נמצא, או שהוא בע"ד קשה שאין למבוטח רצון מלהתדיין איתו. כיון שחייב המזיק אינו שייך לעצם הפוליסה, הרי שזכותו לרצות להתדיין ולשלם את המגיע ע"פ דין, וממילא חברת הביטוח לא תשלם למבוטח, אחרי שגבה מהמזיק. ומש"כ לעיל דיכול לעשות בשלו, אף שמזיק בגרמא לחבירו, נראה דבנדו"ד לא חשיב מציל משלו, כיון שהמזיק מוכן לשלם את אשר הזיק, וכל אשר יושת עליו בבי"ד.

לענ"ד חברת הביטוח היא כמו ערב קבלן, דהיינו שאפשר לגבות ישירות מהערב קבלן/ הביטוח, אף מבלי לפנות ללווה/ המזיק. אולם בערב קבלן קיי"ל ב"ב קעגב, ובשו"ע חו"מ קכט,טו) דלעולם יפרע מהערב קבלן תחלה אם ירצה, אפילו יש נכסים ללוה, אלא אם כן הלוה רוצה לפרעו. ועיין בסמ"ע שם ס"ק לו, דאף אם יש ללוה זיבורית ורוצה לפרוע להמלוה ממנה, והמלוה רוצה לגבות מבינונית דהקבלן, יכול הקבלן לדחותו אצל זיבורית דהלוה, וכן הוא ברשב"א שם בתשובותיו (ח"א סו"ס) תתצ"ב. וכיון שכאן הלוה חפץ לפרעו, וטוען שיגרם לו נזק אם יגבה מהקבלן, כיון שהקבלן יגבה ממנו דברים שאינם מגיעים.

לכן נראה דעל הניזק להתדיין עם המזיק בדין תורה, ובמידה והמזיק לא ישלם את אשר יחויב בדין תורה, יוכל הניזק להפעיל את הפוליסה ולגבות מחברת הביטוח שתתבע את המזיק, אך רק את אשר חייב המזיק ע"פ דין.

סימן לח

נזק של צבע ברכב

ראשי פרקים

א. פחת נבלה

ב. השביח הניזק

ג. חיוב המזיק להשיב החפץ לקדמותו

ד. משביח שרוצה לימול מה שהשביח

על רכבו של ראובן נשפכה חבית של צבע, באופן שאינו יכול לתבוע את המזיק. הוא חפץ לתבוע את הביטוח, ולפי מצב המכונית בשעת הנזק, הבטוח היה מאשר לצבוע את כל הרכב. אולם בסמוך לשפיכת הצבע, ניסה ראובן למנוע ולמזער את הנזק, וניסה לנקות את הרכב באמצעים הפשוטים העומדים לרשותו. ואכן במקומות מסוימים הצליח לנקות, אך עדיין מצב הרכב עם כתמי צבע מחייב צביעה מחדש. לדבריו, לפי המצב הנוכחי, שמאי הביטוח יאשר לצבוע רק חלק מהרכב, כך שהרכב יראה כמנומר, שאין דומה צבע חדש לישן. ע"כ שאלתו, אם מותר לו להחזיר את מצב הרכב בדיוק למציאות שלפני נסיונותיו לנקות ולמזער הנזק, כדי שהתיקון יהיה כראוי.

א. פחת נבלה

יש לדון בתחילה מה היה הדין אם המזיק היה משלם את הנזק, ואם היה חיוב עליו בכגון זה, האם החיוב על שעת הנזק או לפי המצב לאחר השבחת הרכב ע"י הניזק, שנקיון הרכב הוא השבחתו לכאורה, ותובע הניזק שיתקן המזיק לפי שעת הנזק, אם יכול המזיק לטעון שאינו חפץ לתקן אלא לפי מצבו של הרכב כיום. גם יש להגדיר במציאות כפי שהוצגה, את פעולת בעל הרכב בנסיונו לנקות את הרכב. אפשרות אחת היא שפעולת בעל הרכב היתה מניעת נזק, דהיינו כמו משיב אבידה, שמונע את אמת המים לבוא לחצר חבירו, מבריה ארי מנכסי חבירו וכד'. מציאות זאת נכונה במצב שעדיין לא נגרם הנזק. אם למשל היה פורס סדין, או מיד עם נפילת הצבע וטרם ספיקתו בפח הרכב, היה מונע את הנזק ברכב ע"י שטיפתו המהירה, הרי שמעשהו היה מוגדר כמניעת נזק. לא כך במציאות בנדו"ד כפי שהוצגה. נראה שהנזק כבר נעשה, וראובן ניסה לבצע תיקון של הנזק באמצעים הפשוטים העומדים לרשותו. לכן הגדרת מעשה ראובן היא השבחת הרכב לאחר שניזוק.

איתא בב"ק י,ב על המשנה חבתי בתשלומי נזק, חבתי בנזקו לא קתני (דליהוי משמע שישלם שור גמור חי והוא יטול את הנבילה - רש"י) אלא בתשלומי נזקו (דמשמע השלמה שיטול ניזק את הנבילה, וזה משלים לו מה שפחתו מיתה), תנינא להא דתנו רבנן, תשלומי נזק מלמד שהבעלים מטפלין בנבילה (כלומר נוטלין את הנבילה). מנא הני מילי אמר ר' אמי דאמר קרא (ויקרא כד) מכה נפש בהמה ישלמנה, אל תקרי ישלמנה אלא ישלימנה (משמע שישלם המותר). רב כהנא אמר מהכא (שמות כב) אם טרף יטרף יביאהו עד הטרפה לא ישלם, עד טרפה ישלם, טרפה עצמה לא ישלם. חזקיה אמר מהכא (שמות כא) והמת יהיה לו לניזק. והגמ' עשתה צריכותא לכל הלימודים. והקשתה הגמ', שהרי גם לולי הלימודים משלים מה שפחתו מיתה, שהרי אילו היו לו כמה נבילות בביתו, היה יכול לשלם בנבילות אלו לניזק מדין ישיב לרבות סובין, א"כ ודאי יכול לשלם גם בנבילה זו. ותרצה הגמ', לא נצרכה אלא לפחת נבילה, דהכי אמר רחמנא, דמשעת מיתה קאי ברשותיה דניזק, ואם הסריחה ופחתה דמים משעת מיתה ועד שעת העמדה בדין, פסידא דניזק הוא ומשלם ליה מזיק מה שהנזק הוי יתר על הדמים שהיתה נבילה שוה בשעת מיתה (רש"י). והיינו שחייב המזיק לשלם כשעת הנזק, ואם נפחתה הנבילה עד שעת העמדה בדין, אין המזיק משלם לניזק פחת שנפחת לאחר הנזק. ורצתה הגמ' לתלות דין פחת נבילה במחלוקת תנאים; דתניא, אם טרף יטרף יביאהו עד, יביא עדים שנטרפה באונס ופטור. אבא שאול אומר, יביא עדודה לב"ד. מאי לאו בהא קמיפלגי, דמר סבר פחת נבילה דניזק הוי, ומר סבר דמזיק הוי (דבאונסין הא ודאי לא פליג אבא שאול למימר דאפי' נטרפה באונס יהא חייב, דאין שומר שכר חייב באונסין, אלא ה"ק, אם נטרפה בפשיעה שיהא בר תשלומין, יביא עדודה ויוסיף מביתו על הדמים שהיא שוה בשעת מיתה, דאי משום דמים דהשתא לא איצטריך, דהשתא אי אית ליה נבילות אחרנייתא יהיב ליה כל שכן הא, אלא לפחת נבילה אתא, ות"ק דלא מפיק ליה להך דרשה סבר פחת נבילה דמזיק הוי (...). לא דכ"ע דניזק, והכא בטורח נבילה קמיפלגי (להביאה ממקום שמתה שם למקום שהיתה שם, אבא שאול סבר על המזיק הוא), והתניא (בניחותא) אחרים אומרים מניין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו, ת"ל (שמות כא) כסף ישיב לבעליו והמת (משמע שאף המת ישיב לבעליו). אמר ליה אביי לרבא, האי טורח נבילה היכי דמי, אילימא דבבירא שויא זוזא ואגודא שויא ארבע, כי טרח בדנפשיה טרח (וריוח דנפשיה קא עביד, דשיים ליה לניזק בדמי יתירי ולמה לי קרא דוהמת). א"ל לא צריכא דבבירא שויא זוזא ואגודא נמי שויא זוזא. ומי איכא כה"ג. אין, דהא אמרי אינשי כשורא במתא בזוזא כשורא בדברא בזוזא.

ומבואר בסוגיא דפחת נבילה דניזק, דהיינו דמה שפחתה נבילה משעת מיתה עד העמדה בדין, אין המזיק חייב לשלם. וטורח הטיפול בהבאת הנבילה ממקום

הנזק למקום שהיתה קודם הנזק, כמו בבור, על המזיק (ולכאורה להביאה לבית דין ממקום שפת הבור, על הנזק, דמרש"י מדויק דדוקא להביאה להיכן שהיתה קודם הנזק, וזה דוקא שייך בבור ולא בשור שנגח, דבשור שנגח הנבילה נמצאת במקום שהיתה, ורק להעלותה מתחתית הבור לשפתו חייב המזיק, כן נראה לכאורה מפרש"י. אולם לכאורה ממה שאמר אבא שאול יביא עדורה לבי"ד, מדויק דאף ההבאה לבית דין או לבית הנזק, חייב המזיק, ועיין להלן). עוד דין שעולה מהסוגיא, שאם השביחה הנבילה ממילא, הרינוח לניזק, כך לכאורה מהא דבנפשיה קא טרח. אך קשה, דהרי קיי"ל שחולקין השבח, וילפינן מוגם את המת יחצון, עיין ב"ק לדב, ובשו"ע חו"מ תד. ובשטמ"ק ב"ק יא, א הביא מהר"מ מסרקסטא דאם השביחה הנבילה בבור הוי שבח דמזיק, ורק בשבחה אחר שעלתה מהבור, הוי דניזק (ונראה דהר"מ מסרקסטא לשיטתו, וכפי שיבואר להלן), וז"ל:

"והוא הדין שאם השביחה בעודה בבור, שבאו קונים הרבה לעיר, שהשביחה למזיק. והא דאמרינן דשבח נבלה חולקין, בדאשבחה בתר דאפקה מבוריה מיירי ואי בתר דשקלה ניזק אשבחה, כיון דשמוה עליה וקבלה בשומת שמאין, אם השביחה דין הוא שהשביחה לניזק כדכתבינן לעיל וצריך עיון."

ודין פחת נבילה לניזק, הביאו הרי"ף (ב"ק ד, ב בעמוה"ר), וכן הביא מחלוקת ת"ק ואבא שאול לענין טורח נבילה, והביא הראיה מהברייתא שחייב בעל הבור לטפל בנבילה להעלותה לבור. והא דאם בבור שוה זוז ובשפת הבור ארבעה זוזים, דבדנפשיה קא טרח, לא הביאה הרי"ף. והרא"ש בהי"א כתב דהלכתא כאבא שאול, מדתניא כוותיה;

"ופחת נבילה על הנזק משעה שנודע לו ההיזק, ומשנודע לו, היה מוטל עליו להשתדל ולהעלותו מן הבור, ושכר העלאה יפרע המזיק. וכן לכל כ"ד אבות ומסור ומפגל וכופר ושלשים של עבד, בר מגנב וגזלן שצריך לשלם לו בהמה וכלים שלימים, והנבילה והשברים לגנב ולגזלן."

(ועיין בתוס' ב"ק י, ב ד"ה לא נצרכא, דאע"ג דבפ' המניח (לד, א) אמרינן כיחשה כשעת העמדה בדין משום דקרנא דתורא קבירא ביה, התם משום דלא מתה ויש לו להמתין עד שתתרפא אבל הכא מיד היה לו למוכרה. ומבואר דוקא בידיעת הנזיק חייב בפחת נבילה, דבלא ידע אין טענה שהיה לו למכרה). מהרא"ש מבואר הסתירה לכאורה בין הדין שפחת נבילה לניזק, לחיוב המזיק להעלות הנבילה מהבור, דאם יפחת עד שעת העלאה מהבור הוי דניזק, וא"כ מה החיוב של המזיק בלהעלות מהבור. וחדש הרא"ש דהחיוב הוא חיוב דמים, דהיינו שחייב המזיק בדמי העלאתה מבור, אבל הטורח עצמו על הנזק, ולכן אם פחתה במה שלא העלה אותה מהבור,

הפחת על הניזק. עוד מבואר מהרא"ש דאין הטעם שפחת נבילה על הניזק מפני שחייב המזיק הוא רק על שעת הנזק ממש, דהיינו הנפילה לבור או נגיחת השור, אם כן מדוע אם נודע לו לניזק מאוחר יותר ופחתה משעת הנזק עד לשעת הידיעה, חייב המזיק. אלא חייב המזיק הוא בשעת הנזק, ושעת הנזק הוא מרגע ארוע הנזק ועד ידיעת הבעלים, כל זה חשיב שעת הנזק, ומשעה שנודע לבעלים כבר אינו שעת הנזק, והטיפול בנבילה עליהם. כך לכאורה היה אפ"ל בדעת הרא"ש. אמנם יותר נראה דחייב המזיק הוא רק על שעת המיתה, ומה שחייב עד שעת ההודעה לבעלים הוא דין אחר, דכיון שפשע, הרי הוא כמזיק. ונפק"מ אם המזיק חיפש להודיע לבעלים, והתברר שהבעלים במדינת הים או במקום רחוק ואינם יכולים להוציא מהבור, דאם שעת הנזק היא עד שעת ההודעה, כל זמן שאין הבעלים יכולים להוציא הנבילה מהבור, שעת הנזק קרינן ביה (ואם הודיע, יכולים לעשות שליח אף שבמדה"י). אולם אם החייב מפני שפשע, הרי כאן לא פשע המזיק, דמה הו"ל למיעבד. גם נפק"מ לענין אם הוזלה הנבילה, דאם שעת הנזק היא עד שעת ההודעה, חייב המזיק גם במה שהוזלה, משא"כ אם חייב מפני שפשע, בהוזלה לא פשע. רק לפירוש זה קשה, איך חייב המזיק מדין פושע, הרי אינו שומר. ואף לשיטת הרמב"ם (עיי' רמב"ם הל' שכירות ב,ג, והראב"ד ועוד ראשונים חולקים) אין מקום לחייבו אם אינו שומר מדין מזיק, דלרמב"ם החייב דוקא בשומר של עבדים וקרקעות ולא באדם שאינו שומר, ובודאי לחולקים על הרמב"ם. ואפשר דיש למזיק גדר של שומר אבידה, וצ"ע. ועיי' במש"כ הגרא"ז באבן האזל נזקי ממון ז,ח-ט, ויובא להלן.

והגר"י אברמסקי זצ"ל בפרושו על התוספתא ב"ק א,א כתב דבלא נודע לניזק, פחת הנבילה על המזיק, דוקא בפחת מחמת סרחון; "שהרי גם הסרחתה היא פעולת מעשה המזיק שנעשתה נבילה שעתידה להסריח, ובנוגע להסרחתה שייך שפיר למימר קרנא דתורא קבירא ביה, ורק מיד כשנודע ליה לניזק כלתה פעולת מעשה ההיזק, שהרי יכול למכרה קודם שתסריח. אבל לגבי זולא, יש מקום לומר שירידת המחיר אינה תוצאה ממעשה ההיזק, ואע"ג שלא נודע, הוה הפחת על הניזק". ומבואר שעד ידיעת הניזק, נמשכת פעולת הנזק בענין ההסרחתה, כיון שההסרחתה היא חלק מפעולת הנזק עד לידיעת הניזק. וע"ע להלן במש"כ מהגר"י אברמסקי זצ"ל.

ובנימוק"י (ב"ק ד,ב בעמוה"ר) מבואר שחייב המזיק משעת המיתה עד לשעת ההודעה, הוא מפני שהוא פושע ומזיק, והוא חייב נפרד מחייב הנזק שהזיק ממנו,

וז"ל:

"אבא שאול מוקי קרא בשנטרפה בפשיעה, ולהכי חייביה קרא להביא עדודה לב"ד כדמפרש ואזיל דבטורת נבלה קמפלגי, והיינו יביאהו עד, שטורת

הנבלה שהוא שלל הנשאר על המזיק להביאו והרי הוא כמזיק כיון שנטרפה בפשיעתו, ות"ק מוקי קרא באונס, וכיון שיביא עדים שנטרפה באונס פטור ... אבל הכא דנבלה קמיה מצי אמר ליה הרי שלך לפניך, אבל לא הודיע לבעלים עד שסרחה הבהמה ופחתה, פשיעותא דשומר הוא וחייב לשלם הפחת. ולא מיבעיא שומר דהויא פקדון גביה ואית ליה למעבד כדי שתהדר למריה, אלא אפילו מזיק נמי חייב בהכי כדמפרש ואזיל. ישיב לבעליו והמת. קרי ביה המת ישיב נמי ובשעת מיתה משמע, הלכך אי פשע בה ולא אהדרא, דהיינו להעלותה מן הבור או לא אודעינהו לבעלים עד דאסרח, פחת נבלה דבכה"ג דמזיק הוי, שהוא פושע. אבל לענין זולא כתב הרמ"ה ז"ל דלא מחייב, חדא דלא הוה ידע דזילא ולא פשיעותא היא. ועוד, דכיון דאיתא לנבלה בעינא ישוב לבעליו והמת קרינן ביה, ולא חמיר מגזלן, דאע"ג דשהייה גביה עד דזילא, כי אהדרה פטור דוהשיב את הגזילה אשר גזל קרינא ביה."

וצ"ב איך נהיה המזיק לשומר החייב בפשיעה מדין מזיק. ומ"מ מדברי הנימוק"י עולה דחייב הנזק הוא בשעת הנזק, ומה שחייב אח"כ במה שלא הודיע לבעלים, הוא מדין פשיעה שהוא חיוב אחר ואינו בכלל הנזק. ואפ"ל כמש"כ, או שיש לו דין של שומר אבידה, דכיון שהבעלים לא כאן ואינם יכולים להציל, הרי המזיק כשומר אבידה שחייב בשמירת הנבילה. רק לפ"ז צ"ע אם בעל הבור במדינת הים ואחר רואה את הנזק ולא מודיע לבעלים, אם פחת נבילה עליו. או אפ"ל שכיון שחיובו מדין מזיק, החיוב הוא עד שעת ההודעה וכמש"כ לעיל.

עוד י"ל דלמעשה בכל נזק היה צריך לשלם לבעלים שור או חפץ בתשלום מלא, דהיינו אם הזיק שור שוה מאתים, היה על המזיק לשלם לבעלים מאתים, וגילתה התורה דהנבילה בכלל התשלומין, וזה חידוש שחידשה התורה, דאף שיכול לתת לו כמה נבילות שירצה, מ"מ שמין את הנבילה לפי שעת המיתה. ולכן כאשר פשע ולא הודיע לבעלים, אין שמין לו לניזק אלא משעת ההודעה. אמנם ראיתי באפיקי ים סי' כא שכתב דמפשטות הסוגיא מוכח דיסוד הדין שבעלים מטפלין בנבילה הוא מפני שעיקר הנזק אינו רק פחת שפיחתה מיתה, ושוויה של הנבילה אינו בכלל הנזק. ואף שמעיקרא היה לו לניזק שור חי וכעת בידיו נבילה, ופנים חדשות באו לכאן, חיוב הנזק אינו מעיקרו רק הפחת שפיחתה המיתה. לפ"ז אין מקום לחיבו כלל מדין הודעה מטעם הנ"ל, דאין הנבילה בתורת תשלומין אלא אינה בכלל הנזק, ועיי"ש הנפק"מ לענין טביחה ומכירה, והקשה מדוע משלם הטובח כל שווי הבהמה, ולא מנכין לו שווי הבשר לאחר השחיטה.

וע"ע בדברי יחזקאל מז,ב שרצה לתלות במחלוקת הראשונים, דלדעת הראב"ד כיון שהנבילה בתורת תשלומין, הו"א שישומו בשעת העמדה בדין, וכל זמן שלא

שילמה לניזק, הרי היא ברשותו לענין ירדת ערכה, קמ"ל דפחת נבילה לניזק. ודעת התוס' שאין הניזק מתחייב אלא פחת שפיחתו מיתה, והנבילה אינה כלל בתורת הנזק. וכשהוזלה לא היה צריך גילוי של התורה דפחתה לניזק, ורק בפחתה מחמת עצמה, דלא תימא דדמי למכה, דקרנא דתורך קבירא ביה, קמ"ל התורה דפחת נבילה לניזק. וע"ע בקה"י ב"ק י, ג, מש"כ בזה. ועיין בשאלות דרב אחאי גאון פר' אמור סי' קיא שכתב: "וכי משלם, לא משלם אלא מאי דאזיק, אבל תיברא דמנא גופיה, מקביל ליה מריה במאי דשווי, דתנו רבנן תשלומי נזק מלמד שהבעלים מיטפלין בנבילה ...". ומרישא י"ל שאינו בכלל הנזק, שאין הנבילה בכלל מה שהזיק. אבל מההמשך נראה שהוא בתורת תשלומין. ובאור שמח נזקי ממון ז, ח מבואר שהחיוב הוא רק בשעת המיתה (ולא התבאר מדוע חייב המזיק כל זמן שלא נודע לניזק, ועיין בדברי יחזקאל מז, א מה שהקשה עליו), וז"ל האור שמח:

"ולפ"ז הא דשקיל וטרי דלתחייב בפחת שפחתה הנבלה, אף על גב דנבלה שנפלה לבור ונפחתה פטור, דהוי כלים, אך הואיל ונפל בעודו בחייו לבור, מתחיל חיובו דבעל הבור מעת שהיה השור בחיים על כל מה שנפחת, אפילו הפחת בא לאחר מיתה, כן הוי אמינא לולי דגלתה רחמנא והמת יהיה לו. אבל כיון דגלי רחמנא בנזקי גופו ונזקי שורו דפחת נבלה לניזק כשנודע לו לניזק בשעת מיתה, נמצא רואין אנו כוונת התורה דהניזק היה לו לטפל בנבלה ולמוכרה תיכף קודם שתסרח, א"כ החיוב כשלא נודע לניזק בשעת מיתה באה אז כשכבר הומת ואינו יודע, א"כ אז הרי כבר אינו חי, והוי כאלו נפל השתא לבור ונפחת מדמיו דפטור, מטעם דפטור על הכלים בבור, כן נראה לדעת."

ובחזו"א ב, ק יד, הקשה, דכיון דכל החיוב של המזיק הוא בפחת שפיחתו מיתה, א"כ מה לי נודע לניזק או לא נודע, דכמו שאין לחיוב אדם שראה נזק ולא הודיע לבעלים, כן אין לחייב את המזיק במה שלא הודיע לניזק, כיון שהנבילה ברשותו, ואין למזיק שום שייכות בנזק שתפחת הנבילה, כיון שהנזק שהוא הזיק הוא רק הפחת שפחתו מיתה. גם לא שייך לדין קרנא דתורך קבירא ביה, דזה שייך רק במכה, דכל הכחשה היא מחמת המכה, אבל פחת נבילה אינו מחמת המכה, ומה שלא מכר או האכיל הנבילה ביומו, הוא מאורע נפרד. וכתב לישב דהוא מדין טורח נבילה, דכיון שהטילה התורה את טורח הנבילה על המזיק, ממילא לא יכול לחשוב הנזק בפחת מיתה לחוד אלא כשיביא עדורה לבית דין. והיה מקום לומר שכל זמן שלא יביא הנבילה ליד הניזק, נחשב הנזק בכל הבהמה ואפי' הודיע לניזק. אך הביא דמדברי הראשונים אינו כן, ומ"מ כל זמן שלא הודיע לניזק, ודאי לא נתקיים יביא עדורה, וא"א לו לנכות דמי נבילה שנפחת, כיון דהאי פחת לא מקיים בו יביא עדורה,

והלכך ההפסד על המזיק. ומבואר מהחזו"א דחייב המזיק עד שעת ההודעה הוא מעיקר חייב הנזק ולא חייב נפרד, ומה שכתב הרמ"ה שפשע בה, היינו שהתורה הטילה על המזיק את חייב הנזק לא לפי שעת מיתה אלא עד שעת ההודעה, מחמת שפשע ולא הודיע, הרי זה בכלל חייב הנזק ואינו חייב נפרד.

ועיין בדברי יחזקאל מזה שכתב בבאור דברי הנימוק"י דמה שחייבה התורה את המזיק בטורח העלאת הנבילה, אינו מדין תשלומי נזק, אלא שיש שני חיובים: חייב תשלומי הנזק, וחייב להשיב את הנבילה לניזק, וחייב ההשבה הוא מעין חייב גזילה. ולכן כשפשע ולא העלה מהבור, חייב בפשיעת חייב ההשבה. אולם בהזולה יכול לומר הרי שלך לפניך, כמו שגזולן י"ל בהזולה הרי שלך לפניך, משא"כ בנפחתה מחמת עצמה שסרחה, ניכר ההיזק ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך. ועיין בבית אפרים חור"מ סי' לה ד"ה אך לענ"ד דאינו מדין חייב ההשבה כמו בגזולן, דהרי המזיק לא קיבל עליו חייב ההשבה, רק התורה הטילה עליו להשלים היזקו, והטורח בנבילה הוא חלק מהשלמת ההיזק שהטילה עליו התורה.

וביש"ש ב"ק ג, לא הביא את לשון הטור דפחת נבילה לניזק, היינו דוקא משעה שנודע לניזק, והסביר בטעמו, דכל זמן שלא נודע לניזק, מה הוא ליה למיעבד, ומה שפחתה הנבילה עד עת שנודע לניזק, חייב המזיק, ומעת שנודע לניזק, מתחיל חייב הניזק; "כי עיקר הטעם שפחת הנבילה לניזק, כדי שלא יתעצל בה. ולא היה לו להשהותה עד שתפסד. אף שעל המזיק מוטל להעלותה מן הבור. ולהביאה ממקום הנזק לב"ד. מ"מ מאחר שידע הניזק, היה לו להודיע למזיק להעלותו. ושכר העלאתה על המזיק. לכן כל זמן שלא נודע לו אין הפחת שלו. וכן כתב לעניין הוזלה הבהמה". בהסבר היש"ש בדעת הטור מבואר שפחת נבילה על המזיק הוא תקנת חכמים שלא יתעצל, דמעיקר הדין היה על הניזק החייב, רק כדי שלא יתעצל, השיתו את החייב על הניזק, ולכן החייב מתחיל רק משעה שנודע לו, דאז יש טעם שלא יתעצל, אבל בלא נודע לו, אוקמא אעיקר דינא שהוא על המזיק. (ועיין בבית אפרים חור"מ סי' לה ד"ה והנה מש"כ הטור, שהקשה על היש"ש, דארכביה אתרי רכשי, דהעמיס את סברת הנימוק"י עם סברת הרא"ש והטור, עיי"ש) והיש"ש הקשה על סברא זו, דמנין להם סברא זאת, ולא עוד, אלא שהטור כתב דגם שבח נבילה חולקים גם כן מעת שנודע לו, ולגבי שבח מדוע הדבר תלוי בידעת הניזק. ע"כ כתב היש"ש, וז"ל:

"על כן נראה, אף שלא ידע הניזק. מ"מ הפחת שלו מעת המיתה עד העמדה בדין. כי התורה הקילה לגבי תשלומים, לומר הפחת נבילה לניזק, אפילו הוזלו. והשבח יחלקו. ומ"מ מאחר שעל המזיק להביאה לב"ד ממקום תקלה. כל זמן שידע המזיק, והניזק לא ידע, א"כ הוא פושע בדבר, והפחת הוא של

המיתה, ואינה לניזק, בין בפחת שהנבילה נתקלקלה מחמת שהייה. בין שהזולה בדמיה, דג"כ פושע הוא, שאלמלא ידע הניזק אולי היה מוכרה לאלתר, בשער היוקר. ומ"מ נ"ל דאינה מוטל הכל על המזיק, אלא על שניהם. אבל היכא דנתקלקלה בגופה מחמת שהייה. מוטל הכל על המזיק, דפושע גמור הוא, כך נראה בעיני ... ונראה, אפילו היכא שידע המזיק, ולא העלה אותה מן הבור, ונסרחה. וגם הניזק ידע את המיתה, ולא תבעו לדין, פשיטא היכא שידע המזיק שגם הניזק ידע, דליכא פשיעה כלל. דעל הניזק רמיא לתובעו בדין. ולאו כל כמיניה לעכב עד שיסרח. וחשבינן הפחת מעת המיתה. אלא אפי' היכא שלא ידע המזיק שידע הניזק ממיתת בהמתו, ופושע הוא. מ"מ אם נודע אח"כ לב"ד שידע הניזק מעת המיתה, חשבינן ליה כל הפחת. שהיה לו לתובעו לב"ד. ולהזיירו להעלותה לב"ד. ומה לי בזה שהמזיק ג"כ פושע בו. ואין לך פשיעה גדולה ממי שפושע בעצמו. וכ"ע מודים בזה. ואפילו לא ידע הניזק מעת המיתה, ונודע לו אח"כ. שמאותו העת שנודע לניזק הרי הוא פושע בעצמו. ולא גרע מאילו שניהם לא פשעו, שהפחת על הניזק."

והנה מש"כ היש"ש דמעיקר הדין היה צריך להיות חיוב בכל אשר יארע לנבילה על המזיק, אלא שהתורה הקילה עליו, ולא הקילה עליו התורה אלא היכא שידע הניזק ופשע, אבל במקום שלא ידע הניזק, לא הקילה עליו התורה. ולכן לא צריכים להגיע שיש כאן חיוב מיוחד על המזיק להשיב או להודיע, או כמש"כ לעיל דחיובו כמו שומר אבידה, אלא כיון שמעיקר הדין החיוב על המזיק, לא הקלה התורה אלא היכא שלא פשע וכשלא ידע הניזק, אבל אם הניזק ידע, הקלה התורה על המזיק.

ומדברי הר"מ מסרקסטא שהביא השטמ"ק ב"ק יא, נראה לכאורה שדין זה שחייב המזיק להעלות הנבילה לשפת הבור, הוא דין בהלכות שומא, שהמזיק משלם את הנזק פחות הנבילה, וכפי שישומו את הנבילה, ושומת הנבילה היא כשהנבילה היא על שפת הבור ולא בתוכו, וז"ל:

"פחת נבלה דאמרינן דהוי עליה דניזק, דוקא פחתה בתר דהוה מצי שקיל לה לזבונה, אבל אי פחתה בעודה בבור נראה לומר דאין מחשבינן אותה עליו אלא כפי מה ששוה בחוץ, כיון דעליה דמזיק רמי לאפוקה."

דזה חידוש התורה שאין שמין את הנבילה כפי היותה בבור אלא כפי שהיא מחוץ לבור, ואין שמין אותה אלא כשהיא מחוץ לבור ולא בבור עצמו. [עיי' מש"כ בקצוה"ח שפ"י דמאי דפריך כי טרח בנפשיה טרח, דאי לאו קרא דוהמת היו שמין הנבילה לניזק בארבע כפי ששווה על שפת הבור, דכיון דיכול להוציא מן הבור אע"ג דיצטרך להוציא ממון, אין המזיק חייב בשביל הוצאה, ומשום הכי צריך קרא והמת

לאשמוענין דהמזיק חייב להעלותו מן הבור, עיי"ש. ועיין במש"כ הגר"ש שקאפ בשעורים על ב"ק סי' יג, שאנו מחייבים המזיק ליתן דמים באופן של ישלימנה, שיהיה ראוי בהם לקנות חפץ כפי ערך שהיה שוה דבר הניזוק, ואם הנבילה אינה שוה כלום, תהיה הסיבה אשר תהיה, אם מחמת שהיא בבור וכד', א"א לנכות את הנבילה מחיובו של המזיק, וכיון שבבור אינה שוה אלא זוז, אף שסיבת הדבר מחמת הטורח, מ"מ כיון שאינו שוה אלא זוז, א"א לנכות אלא זוז. ולא דמי לזורק מטבע לים, דשם דנים להחשיב את טורח ההעלאה לנזק, משא"כ כאן אנו דנים על נכיון הנזק. גם בבית אהרן ב"ק יא, דן בדברי קצוה"ח, וכתב לחלק בין זורק מטבע לים, שאין כאן אלא גרמא, דכל הנזק הוא ההוצאה להשיבה ליבשה, משא"כ כשעצם הדבר הוזק ונפחת בפחת כזה דלא הדר עוד והוי נזק ממש, פשיטא שגם הוצאת ההעלאה בכלל הנזק. וכדבר הזה מצאתי להדיא בחזו"א ב"ק גיב. וע"ע בקה"י ב"ק יג, שכתב דחשיב המזיק כמפסיד כל הבהמה, דגם מה שתופסד אח"כ חשיב היזקא דידיה, ורק מה ששווה הנבילה נפטר מתורת תשלומין, עיי"ש, וע"ע באבן האזל גניבה איד ד"ה וע"פ הנחה זו, ועיין מש"כ לעיל. ולדברי הר"מ י"ל שהוא דין מיוחד בבור, אופן השומא של נבילה, אבל לא במקום ששייך לשום במקום הנזק כגון בשור שהזיק (ועיין בסמ"ע חו"מ תג, בסופו דאין חילוק. ועיין עוד באמרי משה לא, שכתב דדין זה הוא בכל המזיקים, וכמו שדייק מדברי הרמב"ם, ותמה על היש"ש, עיי"ש). כמו כן אין הדבר תלוי כלל בהודעה לניזק. ולפ"ז מובן גם מה שזוכה המזיק בשבח שהשביחה הנבילה בתוך הבור, דכיון דהשומא היא בשפת הבור, לא איכפת לן שוויה של הנבילה בבור, דאין שמין אלא על שפת הבור. ומש"כ הר"מ בהמשך דבריו, הובא בשטמ"ק שם, וז"ל:

"ואם שויה בבור תלתא וחוצה לו שויה ארבעה, מפיק לה מאן דבעי. אי מפיק לה ניזק, שקיל לה בתלתא, ואי מפיק לה בעל הבור, שמין לה ניהליה דניזק בארבעה כדשויה השתא בתר דאפקה."

והיינו דשומה ששמין מחוץ לבור הוא לא באופן שהעלה הניזק את הנבילה והשביחה בבור, דאם העלה הניזק, שמין משעת הנזק ובבור, והיינו דוקא בהשביחה ולא בפחתה. ואפשר דזה מה שחידשה התורה שהנבילה בתורת תשלומין קודם העמדה בדין, היינו דוקא כשהנבילה היא על שפת הבור ולא בבור. וכן ראיתי בדברי יחזקאל מז, שכתב לבאר בדעת הר"מ מסרקסטא (ושכן היא דעת הרמב"ם) דמה דחשיב הנבילה בתורת תשלומין אף קודם שומא ובשעת מיתה, דוקא לאחר העלאת הנבילה מהבור; "דמאחר דגלי קרא דעל המזיק להעלות הנבילה מבורו, אלמא דלא מיקרו תשלומין קודם העלאה, דלא חייביה רחמנא לטרוח בשל חברו, ומשום הכי כל הפחת והשבח שנעשה קודם העלאה, ברשות המזיק הוא". דגילוי התורה שחובתו לטרוח,

עם הדין ששמין בשעת מיתה, מלמד שחייב הטרחה הוא בשלו, ולכן אוקמא ברשות המזיק עד שעת ההעלאה מהבור. ומבואר שהוא ממש ברשות המזיק עד ההעלאה מהבור, דכך הוא פרוש התורה שחובתו לטרוח בהעלאת הנבילה מהבור.

והרמב"ם בהל' נזקי ממון פ"ז הל' ח,ט, יג, כתב וז"ל:

"שבת הנבילה חולקין אותו הניזק והמזיק. כיצד, שור שוה מאתים שנגחוהו ומת והרי הנבילה שוה בשעת מיתה מאה ובשעת העמדה בדין פחתה והרי היא שוה שמונים, אין המזיק משלם אלא מאה אם היה מועד ואם היה תם משלם לו חמשים מגופו ... על המזיק לטרוח בנבילה עד שממציא אותה לניזק, כיצד, כגון שנפל השור לבור ומת מעלה הנבילה מן הבור ונותנה לניזק ואחר כך שמין לו פחת הנבילה שנ' (שמות כא,לד) כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו, מלמד שהוא חייב להשיב את הנבילה ואת הפחת שפחתה מן החי לניזק, ואם היה תם חצי הפחת כמו שביארנו."

מדברי הרמב"ם נמצאנו למדים שיש גזירת הכתוב שחייב המזיק להשיב את הנבילה לבעלים. לא דין להעלות לבור או להביא לבי"ד אלא להשיב לבעלים, ורק לאחר שישב לבעלים שמין הנבילה לענין שומת הנזק. ולכאורה חולקים הרמב"ם והרא"ש והנימוק"י והר"מ מסרקסטא, לכ"א פירוש משלו בחיוב טורח המזיק להעלות הנבילה מהבור. דעת הרמב"ם שזו גזירת הכתוב שחובה עליו להשיב את הנבילה, ורק אחר שישב הנבילה, גזרה התורה שישומו הנזק. ולכאורה הפרוש שכל זמן שלא השיב הנבילה לבעלים, נמשך הנזק, ושעת הנזק נגמרת ומסתיימת בשעה שיחזיר הנבילה לבעלים. דעת הרא"ש שהוא דין בהודעה, שחייב להודיע לבעלים, ועד ההודעה היא באחריותו, וכמש"כ דאפשר דשעת הנזק נמשכת עד שעת ההודעה, אבל מ"מ אין חיוב על המזיק להביא הנבילה לניזק. דעת הנימוק"י שהוא חיוב נפרד מדין פושע. ודעת הר"מ מסרקסטא שהוא דין בהלכות שומת הנזק, שאין שמין אלא על שפת הבור, אא"כ המזיק העלה מהבור נבילה שהושבחה.

ובשו"ע חו"מ תג, הביא ופסק כלשון הרמב"ם שיש חיוב על המזיק להמציא הנבילה לניזק, ואחר שימציא שמין הנזק, והיינו כדברי הרמב"ם. וברמ"א בסע' ב שם הביא את דעת הנימוק"י דפחת נבילה לניזק דוקא אחר הודעה שיודיע לניזק, והביא מחלוקת לענין אם הוזלה. ובסמ"ע תג,ב, בפירוש דברי הרמ"א שהם כדברי הנימוק"י, כתב: "דאז ה"ל לניזק לטפל במכירת הנבילה קודם שנסרחה ונפחתה מדמיה, ואפילו נפלה לבור, דעל המזיק מוטל להעלותה ולמסרה להניזק בדמי שוויה וכמ"ש הטור והמחבר בסמוך, היינו שהמזיק מחויב ליתן הוצאות שצריכין ליתן למעלין מהבור, אבל הטיפול להשתדל להעלותה מוטל על הניזק וחוזר ולוקח ההוצאה מהמזיק".

ולכאורה מה שפירש בסמ"ע הם דברי הרא"ש, ולמש"כ דברי הרא"ש והנימוק"י הם שתי שיטות בהסבר הדין. וצ"ל דס"ל לסמ"ע שכיון שיש עליו חיוב דמים, והתורה הטילה עליו חיוב לשלם עבור העלאת הנבילה והטורח הוא על הניזק, הרי שאי ההודעה לניזק היא פשיעה, וחייב מדין פושע, והם שיטה אחת. וכן נראה מדבריו שם בס"ק ח.

והגרא"ז באבן האזל נזקי ממון ז,יג הקשה על הסמ"ע שהשווה דעת הרא"ש עם דעת הרמב"ם. דהנה שם בנזקי ממון ז,ח-ט כתב הגרא"ז לבאר בדעת הרמב"ם דיש לחלק בין נזק למיתה, דבנזק שייך לומר קרנא דתורך קבירא ביה, אבל במיתה; "המיתה עשתה אותה לנבילה לא יותר, ורק שדרך הנבילה להשתנות, אבל עיקר מעשה ההיזק הוא רק שעשתה אותה לנבילה, ואף שהוא דבר העשוי להשתנות, בכל זאת שמין כמה שוה בשעת הנזק". ובה"ג הביא הגרא"ז את הלבוש חו"מ תג,ג שמדבריו עולה שפחת נבילה מתחיל משעה שמעלה מהבור, וחלק עליו, עיי"ש. וכתב לבאר בדעת הרמב"ם, דנחלקו הרמב"ם והרא"ש בדין הטורח להעלותה מהבור, אם חיוב המזיק הוא חיוב דמים כדעת הרא"ש, או חיוב לטרוח ממש, כדעת הרמב"ם. דהרמב"ם ס"ל דגזרה התורה שחייב המזיק להעלות הנבילה מהבור. וכיצד תכוף עליו גזירה זו על גופו, על זה גזרה התורה שאם אינו טורח בגופו להעלותה מהבור, אין שמין לו אלא משעת העלאה מהבור, והוא מעין קנס לכופו לעשות מה שחייבה אותו התורה.

והגר"י אברמסקי זצ"ל בחזון יחזקאל ב"ק א,א כתב לחקור אם חיוב המזיק להעלות הנבילה מהבור הוא חיוב חדש שחייבה התורה או שהוא חלק מחיוב הנזק ותוצאה ממנו, שהתורה העמידה את הנבילה ברשות המזיק כל זמן שאינו מעלה את הנבילה מהבור, וכל זמן שאינו מעלה הנבילה מהבור "הוא חייב בתשלומי כל השור". ולכן אפי' נודע לניזק שנבלת שורו בבור, חייב המזיק כל זמן שלא העלה הנבילה מהבור. וכן משמע ממכילתא דר"י פרשת משפטים: והמת יהיה לו – לניזק. מכאן אמרו שמין לנזקין שרואין כמה פחת ומשלם לו הפחת. והמת יהיה לו – מלמד שהוא חייב להטריח עליו בנבילה עד שימציאה לו. והיינו ששמין לניזק, כשהמת יהיה לו, שימציא הנבילה למזיק. וס"ל לגר"י אברמסקי דזו שיטת הרמב"ם בנזקי ממון ז,יג (הנ"ל), דכל פחת שפחתה מן החי עד השבתה למזיק, חייב הניזק. אבל לדעת הרא"ש והטור שנפטר המזיק אם ידע הניזק, ומשעת ידיעת הניזק אינו חייב המזיק בפחת, י"ל שחיוב המזיק בפחת הנבילה עד שיעלה מהבור הוא חיוב בפני עצמו שחייבה התורה. והנה כאמור לעיל נדו"ד הוא בשבח שהשביח המזיק ולא בפחת שפחתה נבילה, ומ"מ עולה מהנ"ל דחיוב המזיק הוא על פחת שפחתה מיתה, ועד לשעת ההודעה לניזק י"ל או שזה חלק מחיוב הנזק או שהטילה התורה חיוב נפרד על המזיק. ומ"מ החיוב על המזיק הוא על שעת המיתה ועל פחת שפחתה המיתה. עוד עולה מהנ"ל

שכל האמור הוא באופן של מיתה, כמו במיתת השור, אבל בנזק י"ל קרנא דתורך קבירא ביה, וכל דבר שהוא נמשך מהנזק מחמת המכה, חייב המזיק בתורת תשלומי נזק. ואם היה הרכב נפחת לאחר ארוע שפיכת הצבע, כגון שהצבע מחמת חריפותו פגע בפח עצמו באופן שצריך להחליף הפח, חייב המזיק גם בנזק זה, דקרנא דתורך קבירא ביה בנזק לכ"ע. רק בנדו"ד כל הארוע ארע מחמת נסיון הניזק למזער הנזק. ומזעור הנזק הוא בכלל השבחה וכנ"ל, שאינו מגיעת נזק, דכל דבר שעושה אחר שכבר נעשה הנזק בגוף הדבר הניזוק, הרי זה בכלל השבחה, דודאי אם היה מציל את הרכב מנזק, יכל לתבוע שכר עבודה, וכן מה שמשביח, דאין מוטל על הניזק לתקן מה שהזיק המזיק, ויכול לדרוש ע"כ ממון, ולפחות הוצאות שעור שבח וכדלהלן, וכעת רוצה ליטול שבחו, והשאלה אם יכול ליטול השבח, אם השבח הוא שלו או גם של המזיק.

ב. השביח הניזק

ולענין השביח הניזק, על מחלוקת רבי מאיר ורבי יהודה במשנה ב"ק לד,א, בענין שור שוה מאתיים שהזיק שור שוה מאתיים, דחולקין גם בנבילה, הקשתה הגמ' מאי בינייהו, ושם בע"ב, דשבח נבילה איכא בינייהו, דמר סבר דניזק הוי (דלית להו שום שותפות – רש"י) ומ"ס פלגא, דרבי יהודה סבר שהם שותפים גם בנבילה, וממילא חולקים בשבח. ומסקנת הגמ' דלא מחמת חלק שיש למזיק בנבילה, אלא שזיכתה לו התורה מחצית שבח מיתורא "וגם", לשתף אותו בשבח, דחס רחמנא על המזיק, עיין בנימוק"י ב"ק טז,א - ב בעמוה"ר. וכל זה בשבח דממילא, אבל שבח שפיטמו ניזק, לפי המבואר בגמ' לד,א לענין מזיק שפיטם לשור התם, שאין לניזק חלק כשפיטמו מזיק, אף לר"ע דסבר שותפין נינהו, לכאורה הוא הדין בשבח נבילה שפיטמו הניזק, שאין למזיק חלק בו אף לרבי יהודה שחולקין בשבח, דמה שריבתה התורה את מחצית השבח למזיק, היינו דוקא בשבח דממילא, אבל כשהשביח הניזק, לא עדיף מהשביח המזיק שור המזיק לר"ע דס"ל דשותפי נינהו. ועיין בסמ"ע תגז, לענין חילוק בין שבח נבילה לשבח שהשביח הניזק שור שננגח ולא מת, שאין המזיק נותן אלא כשעת הנזק אף שכעת שוה השור ממה שהיה שוה בעת שהזיק, דשאני התם דמצי הניזק למימר לולי שנגחהו שורך היה ריוח זה דנעשה שמן וגדול כפל ממה שהוא עתה, שכן דרך הטבע שבהמה חיה נשבחת בשומן וגידול, וכשהיא אינה נגוחה נשבחת יותר מנגוחה וחולה, משא"כ כאן בנבילה דאף דנתיקר הבשר, הוא דבר שאינו מצוי ותלוי במזל, ואין לומר אילו לא המיתו היה נתיקר בכפלים, דיכול להיות דבמזלו נתיקר. הרי שחלוקת השבח הוא דין מיוחד בנבילה באופן שאינו מצוי. ובודאי בהשביחו הניזק, אין למזיק חלק בשבח. והט"ז חו"מ תג,ב חלק על חילוקו

של הסמ"ע, דדוקא במקום שריבתה התורה "וגם את המת יחצון", יש לו למזיק בשבח, אבל במקרה שלא מת רק פחת מכספו, שלא ריבתה התורה, אין למזיק כלום בשבח שהשביחה הנבילה, וז"ל הט"ז:

"דאזלינן בתר משמעות הכתוב דואת המת יחצון, דהיינו בשבח נבילה דוקא, משא"כ בסימן תד דאין שם נבילה, ע"כ אין למזיק כלום בשבח הבהמה הניזקת. וכן מצאתי לרש"ל ביש"ש בפרק המניח סי' כט על קושיא זאת וז"ל, וצ"ל דלא חולקין בשבח אלא היכא שמת הניזק, וטעמא דאית ליה שותפות בגווה כדכתיב ואת המת יחצון, אבל היכא שלא מת לית ליה זכיה בגווה כלל, עכ"ל."

ועיין עוד בחזו"א ב"ק יד, דהא דשקיל מזיק בשבח היינו כשהוקרה נבילה ולא הוקרו שורים, ובשעת הנזק לא היו קופצים לנבילה ובשעת העמדה בדין היו לה קופצים. אבל אם הוקרה הנבילה מפני שהוקרו השורים, ואלמלי הזיקו היה מרויח יותר, אין המזיק נוטל בשבח. אך כתב דאפשר דנבילה דהוי מילתא אחריתא, ויתכן שתתיקר הנבילה הגם שלא יתיקרו השורים, לא טענינן שאלמלי הזיקו היה מרויח הניזק יותר, ולעולם שקיל מזיק חצי שבח, אף בהוקרו השורים. ועיין בפני יהושע ב"ק לד, א (ד"ה אבל) דדוקא בנתיקר הבשר יש למזיק חלק בשבח, ולא באופנים אחרים, שאם השביחה הבהמה מחמת עצמה, י"ל אילו לא הזקתני, היתה שוה יותר, עיי"ש. ומ"מ בנדו"ד הן מחמת מה שהשביח הניזק, והן מחמת שאין כאן מיתה בחינת גם את המת יחצון, לא נוטל הניזק בשבח שישביח את המכונית.

והראשונים הקשו במה שלא נוטל הניזק במה שהשביח המזיק, דכיון דלר"ע שותפים נינהו, הרי השותף נוטל בשבח היתר על ההוצאה. בתוס' ד"ה הב"ע כתבו שאין כאן שבח היתר על ההוצאה, שאם היה יותר, נהי נמי דאמרינן בב"ב מב, ב דשותף הוי כיוור ברשות, מ"מ מה שאדם רוצה ליתן למפטם לפטם יטול המזיק, והמותר יש לו להיות לניזק. ולשיטת התוס' אם השבח יותר על ההוצאה, חולקים בשבח היתר על ההוצאה. וכן נראה דעת היש"ש ב"ק ג, כט שהביא דברי התוס'. אולם שיטת הראב"ד דאין חולקים בשבח היתר על ההוצאה, ולא דמי לשותף, הביאו הרשב"א בחידושו לב"ק לד, א, ונשאר בצ"ע, וז"ל הרשב"א:

"ומדברי הראב"ד ז"ל נראה שהוא מפרש דאי כשפטמו והשביח יתר על ההוצאה, שאין הניזק נוטל כלום באותו שבח, שכך כתב בשפטמו מזיק דאמר ליה אנא מפטמנא ואת שקלת, ואע"ג דבשותפי דעלמא לא אמרינן הכי דאי מפטם חד שותפא לתורא לא שקיל ליה לכוליה שבחא, התם משום דשותפי אדעתא דשותפות קא מפטמי ותרוייהו סמכי אהדדי בשבח, הכא לאו שותפות

גמור הוא ואיאושי מיאש ניזק מההוא פטמא, ומזיק נמי לאו אדעתא דשותפות קא מפטם ליה, ע"כ. וצ"ע."

הרי דס"ל לראב"ד דגם השותף הניזק מתיאש מהשבח של פיטום המזיק, וגם המזיק לא ירד על דעת השותפות, דלא כבשותפות רגילה, דכאן זו שותפות ששיתפה התורה שנים – מזיק וניזק, ולמה ששיתפה הם שותפים, ולמה שלא שיתפה, תלוי בדעתם. משא"כ בכל שותפות, הרי כל פעולה ופעולה היא על דעת השותפים, דכך הוא הנוהג. כך נראה לכאורה בבאור דעת הראב"ד "דהכא לאו שותפות גמור". והרשב"א נשאר בצ"ע לחלק בין שותפות זו לשותפות רגילה. וכדעת הראב"ד נמצא גם בדברי המאירי בסוגיא ב"ק לד, א, וז"ל:

"ואע"פ ששאר שותפין שפטם אחד מהם אינו נוטל כל השבח לעצמו, טעם הדבר ששותף הגמור על דעת השתוף הוא משביח ושניהם סומכים זה על זה, אבל זו אינה שותפות גמורה ואין המזיק מפטם להועיל כלום לניזק, ואף הניזק אין דעתו סומכת על כך."

והיינו כסברת הראב"ד דאינה שותפות גמורה, ואין דעת השותפים בשבח זה לחלוק בו וכנ"ל. והרמב"ם בהל' נזקי ממון ז, יב ובשו"ע חו"מ תד, ב לא חילקו בין שבח יתר על ההוצאה לשבח שאינו יתר על ההוצאה, וז"ל הרמב"ם:

"השביח המזיק בשעת העמדה בדין, אם מחמת שפטמו שבח, אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק, ואם מחמת עצמו השביח, משתלם חצי נזק ממנו כלו כשעת העמדה בדין."

דהרמב"ם נקט כלשון הגמ' ולא חילק, והמחבר כתב כלשון הרמב"ם, והרמ"א הביא את דעת הטור שכתב כתוס' לחלק. ועיין בגר"א שם ס"ק ג שכתב דכן דעת התוס', ושהראב"ד חולק והרשב"א הסתפק בזה. ועיין באבן האזל נזקי ממון ז, יב ד"ה והנה הרמב"ם פסק שהקשה על שיטת הראב"ד הרי דין זה יורד קיים גם באינם שותפים, ואף ביורד שלא ברשות, אם עשויה ליטע שמין לו כאריס, ואם אינה עשויה ליטע, אם השבח יתר על ההוצאה, נוטל ההוצאה, וא"כ אינו תלוי כלל מה דעת המשביח ומה דעת הבעלים. וכתב לחלק בין יורד בקרקע ליורד בבהמת חבירו, דבבהמה אם נחית אדעתא דגזלנותא, השבח לגזלן, עיי"ש מה שהאריך בזה. וע"ע באריכות בדברי מלכיאל ח"ג סי' קעה.

ובתרומת הכרי תז, א (ד"ה ובזה נתישב) כתב דשיטת הרמב"ם דלא כתוס', אלא אין לניזק בשבח שפיטם המזיק לשורו, גם בשבח היתר על ההוצאה, דבשאר שותף ס"ל לרמב"ם דלא יכול המשביח לומר אנא מפטמינא ואת שקלת, שיאמר לו

השותף ארעי אשבח. אבל בפיטמו המזיק לא יכול הניזק לומר שורי השביח, דשור זה אינו של הניזק אלא של המזיק, דקודם שעמד בדין אין לו לניזק שום חלק וזכיה, ואדרבה, יכול המזיק לומר לניזק, כי טרחנא, בידי טרחנא (ועיין גם בערהו"ש חו"מ תד, בסופו). וע"ע באור שמח נזקי ממון ז, יב שפירש את דברי הרמב"ם שאין הניזק שותף בשבח דממילא אלא שיכול לגבות את חצי הנזק גם מהשבח דממילא; "ולא אמרינן דאין זה מגופו, דשור אחר הוא, כיון שהראשון הושבח, אבל פטמו אמרינן דגופא אחרינא הוא, ואין זה מגופו", ושכן מצא ברבינו חננאל, עיי"ש.

וכאמור בנדר"ד שהוא שבח שהשביח הניזק, אין למזיק חלק בשבח, וכמו שהובא לעיל מדברי האחרונים, וגם אין לו בזה דין יורד, שאין למזיק חלק ושותפות ברכב, ולא שייכת מחלוקת הראשונים אם השבח יתר על ההוצאה, אם מקבל הניזק, דדוקא בשור תם שהזיק לר"ע דשותפי ניהו נחלקו הראשונים בזה, ודעת התוס' שיש לניזק בשבח היתר על ההוצאה, וראשונים אחרים חולקים, אבל אם השביח הנבילה, בזה לכ"ע אין למזיק חלק בשבח. גם מחמת שדין מחצית השבח הוא ריבוי מיוחד בנבילה, ודוקא בהשביחה ממילא או ביוקרא וזולא, אבל ודאי דבפיטמו ניזק, אין למזיק חלק בשבח וכנ"ל.

ג. חיוב המזיק להשיב החפץ לקדמותו

וכל זה אם היינו מחשבים את תשלומי הנזק בחישוב דמי הפחת. אולם בתשלומי נזק יש חיוב נוסף, שאם ניתן לתקן הנזק, יש חיוב על המזיק לתקן החפץ הניזוק ולהשיבו לקדמותו. כן מבואר בדברי הש"ך חו"מ צה, יח וכן בשפז, א. ועיין במש"כ הגרש"ז במנחת שלמה תנינא סי' קלה לענין מזיק ממון הראוי רק לבעלים (וראה מה שכתבתי בזה בח"ה סי' יז); "דבדבר שהוא ממש ממון נראה דצריכים לשלם לו כפי שהוא צריך להוציא כדי לקנות חפץ כזה שהפסידוהו, ולא נמדד כלל בכמה יוכל למכור זה לאחרים ולפעמים משלמים לו פחות, דהתורה אמרה מכה נפש בהמה ישלמנה, ולשון ישלמנה היינו להשלים שיהיה לו בהמה אחרת, ולא מספיק מה שישלם לו כשיעור שהי' מקבל אילו הי' מוכר לאחרים". ואף שנאמר לענין מזיק ממון הראוי רק לבעלים, צא ולמד גם לחיוב המזיק בהשבת החפץ הניזוק לקדמותו, וכפי שיבואר להלן, הרי החיוב הוא לתקן ולהביא את מצב הניזוק כקודם הנזק.

הרמב"ם בהל' טוען ונטען ה, ב כתב בהא דאין נשבעין על הקרקעות, דמי שחפר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסיד הקרקע, וטוען הניזק שחפר המזיק שתי מערות והמזיק מודה באחת וכופר באחת, או שהיה עד אחד שחפר והמזיק מכחישו, בכל אלו אין חיוב שבועה דאורייתא אלא רק שבועת היסת, וז"ל הרמב"ם:

"שתי שדות מכרת לי לא מכרתי לך אלא אחת, שני עבדים או שני שטרות יש לי בידך אין לך בידי אלא שטר אחד או עבד אחד הרי זה נשבע היסת. וכן אם טען ואמר חצר זו או עבד זה או שטר זה שיש לי בידך שלי הוא ואתה מכרתו לי והנטען אומר לא היו דברים מעולם, בין שהביא הטוען עד אחד בין שלא הביא, הרי זה נשבע היסת ונפטר. וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה והרי הוא חייב לשלם, בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת, או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום, הרי זה נשבע היסת על הכל."

ומקור הדין מהגמ' ב"מ ה,א דאיצטריך קרא למעט קרקעות משבועה אף דהוי הילך, היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות, דלא הוי הילך. והראב"ד שם בהשגותיו, כתב וז"ל:

"נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצרות, אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון, וכמי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת."

והרב המגיד שם חלק על הראב"ד, "שהרי אין ביד התובע להכריח את הנתבע למלאות לו את החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו, הלכך מה לי תובעו למלאות מה לי תובעו בדמים", בתרווייהו הוי תביעת דמים הבאים מחמת קרקע. [ועיין במל"מ שם שחלק על המגיד, וכתב; "אם עפר קרקעו הוא בעינא ועדיין קיים, אפשר שביד התובע להכריח לנתבע למלאות החפירות ולא אמרין שישלם דמי נזקו, אלא לומר דאינו חייב לקנות עפר אחר למלאות החפירה". והיינו שחילק בין העפר עצמו בעין לעפר אחר, דאם העפר עצמו בעין, חייב למלא החפירה ויש עליו חיוב הגוף. ועיין במש"כ הגרא"ז באבן האזל טו"ג ה,ב ד"ה ובמה שכתב, דדברי המל"מ אין להם מקום בסברא, דלא מצאנו בתורה שיש על המזיק לתקן בעצמו את הנזק אלא חיוב תשלומין, מכה בהמה ישלמנה, שלם ישלם המבעיר וכו']. גם מדברי הר"ן בשבועות נראה דסובר שחולקים הרמב"ם והראב"ד בזה, אך בשינוי קצת ממש"כ המגיד, וז"ל:

"ואין זה מחוור דכיון דמ"מ בדמים הוא נפטר, תביעת דמים הוא".

(וכן הוא בדברי הר"ן בחידושו לב"מ ה,א ד"ה כי איצטריך). דבמגיד מבואר שאין הניזק יכול להכריח את המזיק למלאות החפירות, ומשמע שאין עליו חיוב כלל בזה. ובר"ן אפשר שיש עליו חיוב אלא שאם שילם בדמים, נפטר ג"כ מחיובו כמזיק,

דכל עוד לא שילם, חל עליו לכתחילה חיוב לתקן הנזק, וכאשר שילם לא ניתן כבר לחייבו, וכיון דיכול לפטור עצמו בדמים, הוי תביעת דמים דמחמת קרקע. אמנם בריטב"א בשבועות מב, ב (ד"ה ר"מ) מבואר כמגיד; "דהיה דחפר בה שיחין ומעורות אינו יכול לטוענו מילוי החפירות כלל אלא נזק בעלמא ככל הנזיקין שבעולם". הרי שאין כאן אפילו תביעה למלאות החפירות, ובכל נזיקין התביעה היא תביעת תשלום דמים ולא מילוי החפירות. ונראה דס"ל לריטב"א כדעת הרמב"ם, ושכן דעת הרמב"ן, ולא כראב"ד, דאע"ג דהשתא נזק של חפירת הקרקע תבע ליה דהוי מטלטלין, כיון דבשעת פקדון קרקע הוה מעטיה רחמנא משבועה. והקשה על הסבר הראב"ד.

ומדברי הרשב"א שבועות מב, ב, לאחר שהביא את דברי הרמב"ם דכל שעיקר תביעה היא מחמת סיבת הקרקע, אע"פ שחזרה תביעתו עכשיו על המטלטלין, רואין אותה כעיקר מה שנעשית התביעה עליו דהיינו הקרקע, הביא את דברי הראב"ד והקשה, דאפי' תובעו מעות למלא החפירות, אין זו תביעת קרקע אלא מטלטלין, וז"ל:

"ומצאתי להראב"ד שהרגיש בראיה זו בספר ההשגות ותפס עליו וכתב, דהתם נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות, אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעת ממון, וכמו שאמר חבלת בי שתיים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת דחייב, דאע"פ דאדם הוקש לקרקעות מדכתיב והתנחלתם אותם וגו', כשתובע ממנו תשלומי נזק הרי הוא כמטלטלין. ואני תמיה על הרב ז"ל דאפי' תובע ממנו מעות למלאות החפירות אין זו תביעת קרקע, שהמזיק אינו חייב למלאות אם בא לפטור עצמו בתשלומי נזק. גם ראיית הרב ז"ל מן האומר שתיים חבלת בי והלה אומר לא חבלתי בכך אלא אחת אינה ראייה, דבן חורין לא הוקש לקרקעות ועבדים הוא דהוקשו לקרקעות, מדכתיב בהו והתנחלתם אותם כו'. ומסתבר לי שגם דברי הר"ם ז"ל אינם נכונים במקום זה וכמו שכתבתי דתשלומי נזקי קרקע לאו ניהו כקרקע דעכשיו מטלטלין ניהו, וכן תשלומי ענבים שבצר זה אפי' בשאין עומדין ליבצר לאו תביעת קרקע הוא אלא מטלטלין."

דמה שתיירן הראב"ד לרמב"ם דמיירי שתבעו למלא החפירות, דבכה"ג הוי כקרקע, ס"ל לרשב"א דגם בתבעו למלא החפירות, היינו תביעת ממון ולא תביעת קרקע. וחזר הדין בתשובותיו בח"ב סי' שמג. ובשטמ"ק בב"מ ה, א (ד"ה איצטריך) הביא תשובת הר"י מיגאש, וז"ל:

"איכא מאן דמפרש הא דאמרינן כי איצטריך קרא למעוטי היכא דחפר בה בורות שיחין ומעורות משום דלא ממונא קטעין ליה אלא תקוני בעלמא, דמשמע דכי מתקן להו להנהו בורות כגון דאייתי עפרא וקא מליינהו. אי נמי

ההוא עפרא גופיה דנפק מינייהו קא מהדר ליה. והא מילתא משבשתא היא דלאו היינו טעמא דמילתא אלא משום דכי חפר בה בורות שיחין ומערות לאו הילך הוא דהא לאו היינו קרקע דקא טעין ליה, ומשום הכי איצטריך קרא למיעוטי למימרא דכהאי גוונא במטלטלין חייב שבועה דהו"ל מודה במקצת קרקע ופטור."

ונראה דיש מי שפירש שאין כאן הילך כיון שיש כאן חיוב הגוף של המזיק לתקן, וכיון שטוענו לתקן שני בורות והלה מודה לו בתיקון בור אחד, אין כאן הילך, והו"א שיהיה כאן חיוב של שבועת מודה במקצת, על כך חידשה התורה שאין בכגון זה שבועת מודה במקצת. והר"י מיגאש סובר דהתביעה כאן היא תביעת ממון ולא תביעה על גוף הקרקע, דתובעו תשלום, ובכהאי גוונא במזיק מטלטלין היה חייב שבועת מודה במקצת, ואתא קרא ופטור משבועה. ועיין בחזון איש ב"ק ו,ג (ד"ה והנה) שלמד בדברי הר"י מיגאש שאין עליו כל חיוב למלא החפירות;

"שאם עיקר חיובו למלא החפירה אלא שפודה עצמו בדמים, הדין נותן דכל זמן שלא שילם יהא חייב בנזקי הבור. ועוד, שאם עיקר חיובו למלא, הדין נותן דהו"ל תביעת קרקע ואין נשבעין עליה כמו שנקט הש"ך בפשיטות, אלא עיקר חיובו ממון כשאר נזיקין."

ונראה לכאורה דמעיקרא אין עליו חיוב הגוף לתקן אלא הוי חיוב ממון, דאף במקום שאפשר לתקן, החיוב הוא חיוב ממון ולא חיוב הגוף לתקן. וכן נראה מהמשך דבריו:

"ולחאמור יש מקום לומר דאפילו נזק העומד ליתקן שמשלם דמי תיקונו ואין שמין פחתא, מ"מ חשיבא תביעת ממון ולא תביעת קרקע כיון שמתחייב ממון כשעת הנזק ולא רמי עליה תיקונו כלל, ומ"מ כיון ששורש התביעה משום שעומד לתיקון י"ל דחשיב כתביעת קרקע."

ואפשר דהראשונים הנ"ל מודים דיש על המזיק חיוב לשלם את דמי תיקון החפץ הניזוק או דמי תיקון הקרקע, דהא דקיי"ל דשמין לניזק (ב"ק יא,א ושו"ע חו"מ שפז,א), היינו דוקא באופן שאין אפשרות לתקן את החפץ הניזוק כגון בשבירת כליו, שאין בהם אלא שברים, או במיתת הבהמה, שאין אלא נבילה, משא"כ כשקיימת אפשרות לתיקון, גם הראשונים הנ"ל מודים שיש עליו חיוב לתקן וכמש"כ הש"ך בחו"מ שפז,א ובסי' צה,יח. אלא שהראשונים הנ"ל סברו שהחיוב לתקן שכתב הראב"ד הינו חיוב הגוף וסובר הראב"ד דכאשר חפר בורות שיחין ומערות החיוב של המזיק הוא חיוב הגוף לתקן, ובזה חלקו עליו הראשונים הנ"ל וסוברים דהתביעה היא תביעת

דמים, הגם שתביעת הדמים - במקום שאפשר לתקן - הם דמי התיקון ולא שמין לניזק, מ"מ זו תביעת דמים, דמי התיקון, ובזה פטרה התורה כשהתביעה היא על קרקע, וע"כ לא סבירא להו חילוק הראב"ד דמה שפטרה התורה הוא רק באופן שתביעת הניזק היא תביעת הגוף, לבצע פעולה של מילוי החפירות, אבל בתביעת דמים לשלמן הו"ל ככל תביעת מטלטלין. כלומר, אין מחלוקת על החיוב לתקן. המחלוקת היא אם זו תביעת דמים או תביעת קרקע, וכן אם יש תביעת הגוף לתקן. וראית הראב"ד משתים חבלת בי ואינו מודה לו אלא באחת, דאינו תובעו לרפאותו אלא לשלם דמי ניזקו או דמי ריפוי (או חמשה דברים, כל מקרה לענינו), והוא הדין בתובעו לשלם דמי תיקון הקרקע שחפר. והראשונים החולקים ס"ל דאף שהוא תביעת דמים, מ"מ בכהאי גוונא פטרה התורה משבועה, דכיון שבא מחמת קרקע, התמעטו משבועת התורה. וזה הפרוש בדברי הר"ן; "דכיון דמ"מ בדמים הוא נפטר, תביעת דמים הוא", דאף דמודה לראב"ד שיש עליו חיוב לתקן את אשר חפר, מ"מ אין זה חיוב על גוף המזיק לבצע הפעולה אלא תביעת דמים רגילה - לשלם את אשר הזיק. וכן נראה גם בדברי הרב המגיד; "שהרי אין ביד התובע להכריח את הנתבע למלאות לו את החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו...", דגם למגיד יש עליו חיוב לשלם את תיקון אלא שאינו חיוב הגוף, וכנ"ל.

אמנם מדברי הש"ך צה, יח שכתב דהני ראשונים חולקים על הראב"ד (והש"ך פסק כראב"ד וס"ל דאף לרמב"ם הדין כן), משמע דהני ראשונים ס"ל דאפילו אין חיוב לשלם תשלומי התיקון, וכל החיוב הוא בתשלומי הפחת, דשמין כמה היתה שוה וכמה היא שוה, ואף שהתיקון עולה יותר, אינו חייב אלא פחתה. ובהמשך דבריו כתב הש"ך דלדעת הראב"ד אינו חייב למלא החפירות בפועל אלא לשלם דמים, מ"מ ודאי בדמים שיתן לו ימלא החפירות והוי תביעת קרקע. ולכאורה נראה דאף הראשונים הנ"ל לא חלקו בזה להדיא על הראב"ד אלא במה דמשמע שיש חיוב על גוף המזיק למלא החפירות. ועיין בחזון איש ב"ק ו, ג מש"כ בדברי הש"ך. [ועיין עוד באבן האזל טוען ונטען ה, ב (ד"ה ובעיקר וד"ה ובזה) שכתב דלדברי הראב"ד מיירי באופן שהתביעה למלא החפירות פחותה מתביעת הממון לשלם דמי הנזק].

ובתומים צה, ז הביא את המשנה למלך (טוען ונטען ה, ב) שכתב דאף לרמב"ם אם העפר בעין, חייב למלא החפירה. והתומים חלק עליו והוסיף, דאף דאינו יכול להכריחו למלא החפירה, מ"מ אם המזיק חפץ בכך, אין הניזק יכול להכריחו לשלם דמים. ע"כ הניזק תובעו על אחת משתים - או מלא העפר או שלם דמים, א"כ אין כאן תביעה ברורה בדמים, משא"כ בחבלה כיון דהוא מעוות לא יוכל לתקון, הוי תביעה ודאי בדמים. ובזה דחה את ראית הראב"ד משתים חבלת וכו'. ולכאורה

משמעות התומים דבכל ענין יש חיוב תשלומים על התיקון, והשאלה היא רק אם חייב למלא או לשלם, וע"ע בתומים שם (אורים ס"ק כז).

וכדעת הש"ך נראה מדברי הנתיבות ש,ג שכתב דאם עלה בבהמה מכה הצריכה ריפוי, שתחזור הבהמה לקדמותה ע"י הריפוי, ובלא הריפוי לא תחזור לקדמותה. "כ"ע מודים שצריך השומר או המזיק לשלם הריפוי". והביא הנתיבות מרדכי (ב"ק קטז) שכתב דאינו חייב בכחאי גוונא ריפוי, וביאר דבריו דדוקא באופן שתתרפא מעצמה אלא שע"י הרופא יחיש ריפוי, בכחאי גוונא ס"ל למרדכי דאינו חייב לרפאותה, אבל באופן שאינו יכול להחזירה לקדמותה אלא ע"י ריפוי, גם המרדכי מודה דחייב המזיק:

"דכל מזיק מחויב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי."

ומבואר מהנתיבות שיש חיוב על שומר או מזיק להחזיר את החפץ השמור/ הניזוק למצבו הקודם והוא בכלל חיובי שומר או מזיק. ולפ"ז יש חיוב על המזיק להחזיר את החפץ הניזוק למצבו של קודם הנזק, וחובתו היא ישלימנה, להשלים הניזק ע"י השלמת החפץ. וכנ"ל, אפשר דאין חולקים בזה, ומחלוקתם רק אם הוי כקרקע או כתביעת דמים של מטלטלין, ואם התורה פטרה משבועה בכח"ג, אבל על עצם החיוב לא פליגי דחייב לתקן הנזק ולהחזיר החפץ לקדמותו אם אפשר, שזו האפשרות הראשונה של תשלומי הנזק.

אמנם מדברי החזו"א הנ"ל ב"ק ו,ג נראה דלא כש"ך, דלדעת הש"ך חיוב נזיקין הוא כחיוב ריפוי, דהיינו לתקן ("לרפאות") את הדבר הניזוק, וע"כ אם שוה בשעת הנזק ד' ובשעת העמדה בדין אחד, חייב לפי שעת העמדה בדין, כיון שלא נתחייב דמים אלא ריפוי השבר. אולם דעת החזו"א דדוקא בריפוי חייב לתקן ואילו בנזק ממון החיוב הוא חיוב דמים ומשלם כשעת הנזק. והביא ראייה מב"ק פה"א בנחבל שרוצה ישלמו לו ריפוי, ואינו רוצה לרפאות עצמו, שאומר לחובל קוץ לי מקץ, דיכול החובל לומר לנחבל דכ"ש דפשעת בעצמך וקרו לי שור המזיק. ומבואר שזה דין מיוחד בחובל, אבל בנזקי ממון יכול לדרוש תשלום מבלי לתקן הנזק. ומזה הוכיח החזו"א דחיוב נזק ממון הוא חיוב ממון ולא תיקון הנזק. [ומהגמ' הנ"ל השבתי בעבר למי שניזוקה מכוניתו ע"י מכונית אחרת והתעסק הפח במקצת, והמזיק שילם לו כמה שעולה תיקון, והניזק לא תיקן אלא השאיר את הפח בקימוטו. דבנזקי ממון יכול לקבל דמים גם מבלי לתקן, משא"כ בריפוי]. ועיין במחנה אפרים נזקי ממון סי' א שכתב בדעת הראב"ד, דעיקר החיוב הוא למלא חפירות הקרקע, אלא שאם

רוצה משלם לו מה שהזיק כשעת הנזק, ודמי הנזק הם ע"פ שעת הנזק, שאז נתחייב דמי היזקו, ולכן אם הוול אח"כ משלם כשעת היזקו.

ובענין דברי הרמב"ם דבטוענו שנים חפרת והוא מודה באחת, דס"ל לרמב"ם שאינו חייב בשבועת מודה במקצת, דחשיב כתביעת קרקע שהתורה פטרה, הגר"ח הלוי (על הרמב"ם טו"נ ה,ב) הקשה על הרמב"ם מהא דפסק הרמב"ם בהל' נערה בתולה ב,יג דאם אמרה לו אנסת אותי והוא אומר לא כי אלא פתיתי, הרי זה נשבע שבועת התורה על דמי הצער ומשלם בושט ופגם. ומבואר דגם תשלומין אלו הן מדין חבלות, ומ"מ פסק הרמב"ם דנשבעין עליהם שבועת התורה, והקשה, דהרי דמי חבלות הם כדמי קרקע דאין נשבעין עליהן לדעת הרמב"ם. וכתב הגר"ח לחלק בין תשלומי נזק דממון לתשלומי חמשה דברים, ובכלל נזק, של חבלות. דחיוב נזק של ממון שניזוק, עיקר החיוב הוא להשלים את מה שניזוק, התשלומים הם חליפי השלמת הניזוק. בחבלות יש חיובים כמו צער ובושט שאין בהם הפסד ממון כלל, או שבת שיש בו נזק של גרמא, של מניעת ריוח, וללמד על הכל יצאו, דגם בהם וגם בשאר דברים כנזק וריפוי שיש בהם הפסד ממון, החיוב הוא חיוב תשלומים שחייבה התורה, ואין החיוב תשלומים בא כתחליף להשלמת ותיקון הניזוק אלא כחיוב מתחילתו שחייבה התורה, וז"ל:

"אכן נראה, דהנה כל חובל בחברו הרי מתחייב בחמשה דברים, וגם בצער ובושט, והרי צער ובושט לית בהו נזק ממון כלל, ומ"מ מתחייב בתשלומין, אשר זהו רק גזירת הכתוב בחבלות, שיתחייב בתשלומין אף בלא נזק ממון. ולפי זה נראה, דגם בנזק חלוק דין חבלות משאר נזקי ממון, דבשאר נזקי ממון עיקר חיובו הוא הממון עצמו שהפסידו, ומחמת חיוב זה הוא שמתחייב בהתשלומין, שהם חליפי ממון שהפסיד, דאם לא היה מתחייב בעיקר הממון שהפסיד, לא היה חייל עליה גם חיוב תשלומין, משא"כ בחבלות, התחלת חיובו הוא בהתשלומין עצמם, דחייבתו התורה מחמת שיווי הנזק מגזירת הכתוב דחבלות, וכחיובא דצער ובושט כן גם חיובא דנזק דחיוב התשלומין הוא התחלת חיובו. והרי כן הוא גם חיובא דשבת, דליכא ג"כ ממון הנפסד, דהא הוי רק מניעת הריוח וגרמא בעלמא דפטור בכל מקום, ורק דבחבלות הויא גזירת הכתוב לחייבו על שויו, אבל מ"מ הרי ודאי דהתחלת החיוב הוא רק על התשלומין, כיון דאין שם ממון הנפסד כלל, וא"כ הכי נמי גם בנזק דכוותיה, דאית ביה גם הך חיובא שחייל מתחלה על התשלומין."

ולפ"ז כתב דחלוק חיוב תשלומי קרקע מחיוב תשלומים בחבלות, דבקרע דחיובו בא מחמת עצם הממון שהפסידו, על כן התשלומין שהן חליפי עצם הקרקע שהזיק ג"כ דינם כקרקע ואין נשבעין עליהן, דכיון דבעיקר החיוב לא חלה עליו שבועה כיון

שהתביעה היא על קרקע, לכן אינו חייב בשבועת מודה במקצת. אולם בחבלות, דהתחלת חיובו הם התשלומין גם בלא חיוב עצם הממון שהפסיד, נמצא דגוף החבלה אינו רק כדבר המביאו לידי חיוב תשלומין, אולם אין תחילת התשלומין תיקון הנזק שארע מהחבלה, ובכה"ג לא נפטר משבועה מחמת היות החפץ הניזק – אדם, שמועט משבועה דאורייתא. ועיין באבן האזל טו"נ ה,ב בסופו מש"כ בדברי הגר"ח. וע"ע בשעורי הגר"ש רוזובסקי, ב"מ סי' עח.

לאמור לעיל דעת הש"ך שחייב לתקן הנזק אם הדבר אפשרי, ושיומת הנזק היא רק במקום שא"א לתקן הנזק, ושכן נראה דעת הנתיבות שמ,ג כנ"ל. ובתרומת הכרי שפז,א הקשה על הש"ך מהא דב"ק מח,א; אמר רבא הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות וחפר בה בורות שיחין ומערות, בעל השור חייב בנזקי חצר ובעל חצר חייב בנזקי הבור. ואם כדברי הש"ך שחייב למלא החפירות, מדוע בעל החצר חייב בנזקי הבור, יתחייב בעל השור החייב במילוי הבור. ואין לחלק בין נזקי גופו לממונו. וגם דוחק לומר שהשור חפר כל כך, עד שא"א למלא החפירות והוי רק תביעת נזקי ממון. ע"כ קושית תרומת הכרי. ובאולם המשפט כתב לישב, דשאני בור בחצר אחר, שאין למזיק רשות להכנס לתקן. עוד י"ל, דחיוב המזיק אינו חיוב הגוף לטרוח אלא חיוב לשלם דמים, וא"כ הבור הוא באחריות בעל החצר, רק יש על בעל השור חיוב לשלם לבעל החצר את עלות מחיר מילוי הבור, וע"כ חייב בעל החצר בנזקי הבור. ועיין בחזו"א הנ"ל (ב"ק ו,ג) מש"כ בזה. ועיין עוד בפתחי חושן נזיקין פ"י הערה יח דדוקא כשמחזיר הדבר לקדמותו ולא כשיש כאן פנים חדשות, כגון בית ונפל, לא חשיב תיקון אלא יצירה חדשה. ואם התיקון לא יחזיר למצבו הקודם שהיה כלי חדש, חייב לשלם כלי חדש, עיי"ש. ומ"מ בנדוד"ד שיכול לתקן ולהשיב את המכונת למצבה הקודם, חיוב המזיק הוא לתקן ולצבוע הרכב מחדש, לפי המציאות שהיתה בשעת הנזק.

ד. משביח שרוצה ליטול מה שהשביח

ובנדוד"ד השביח הניזק, ורוצה ליטול השבח ורוצה להחזיר המכונת למצבה הקודם. איתא בב"מ קא,א-ב; איתמר, היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות ואמר לו עצי ואבניי אני נוטל, רב נחמן אמר שומעין לו, רב ששת אמר אין שומעין לו. מיתבי, רבן שמעון בן גמליאל אומר, בית שמאי אומרים שומעין לו, ובית הלל אומרים אין שומעין לו. לימא רב נחמן דאמר כבית שמאי. הוא דאמר כי האי תנא (דאמר לא נחלקו בית הלל בדבר, כרבי שמעון בן אלעזר - רש"י), דתניא שומעין לו דברי רבי שמעון בן אלעזר, רבן שמעון בן גמליאל אומר בית שמאי אומרים שומעין לו ובית הלל אומרים אין שומעין לו. מאי הוי עלה. אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן, בבית שומעין לו, בשדה (היורד לתוך שדה ונטעה שלא ברשות,

ואמר נטיעותי אני נוטל) אין שומעין לו. בשדה מאי טעמא, משום ישוב ארץ ישראל. איכא דאמרי משום כחשא דארעא (שכבר הכחישו הנטיעות את השדה שינקו ממנה). מאי בינייהו איכא בינייהו חוצה לארץ (למאן דאמר משום כחשא דארעא ממונא אפסדיה, ואפילו בחוצה לארץ נמי אין שומעין לו). (ועיין ברש"ש ב"מ קא,ב, דלכאורה בבית שייך יותר ישוב אר"י, וכתב לחלק בין זרעים לאילנות, עיי"ש. והדברים מבוארים גם ברא"ש ב"מ פ"ט הל' לג לענין דינא דבר מצרא, דאילנות חשיב מבתי לענין ישוב אר"י, וממילא יש לו עדיפות בדינא דבר מצרא, משא"כ זרעים. ועיין באבן האזל גו"א י,ט דבבנין בשדה, נחלקו בזה רש"י והרמב"ם, ולרמב"ם גם בבית בשדה יש ישוב אר"י. ובכל זה אין נפק"מ לנדו"ד). ועיין בריטב"א בסוגיא שכתב דדוקא לאחר שהשרישו דאיכא כחשא, אבל קודם שהשרישו, יכול ליטול הנוטע עציו ואבניו גם בארץ ישראל וגם בשדה. וכן הביא בנימוק"י ב"מ נח,ב בעמוה"ר. ולפ"ז בארץ ישראל בשדה, שיש כחשא דארעא, אינו יכול ליטול עציו ואבניו. אבל בבית, או בשדה בחו"ל, יכול ליטול עציו ואבניו. וכן נראה להלכה ברי"ף ב"מ (נח,ב בעמוה"ר), ברא"ש ב"מ ח,כג, וכן פסק הרמב"ם הל' גזילה ואבידה י,ט, וז"ל:

"היורד לתוך חרבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה, ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל, בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע. אמר לו בעל הקרקע טול מה שבנית, שומעין לו."

וכן פסק בשו"ע חו"מ שעה"ו. והרשב"א בסוגיא (וכן הוא בנימוק"י ב"מ נח,א – ב בעמוה"ר בשמו) כתב לחלק בין אם קדם בעל החצר ואמר תזכה לי חצירי, שאין יכול הבונה לומר עצי ואבני אני נוטל, דדוקא בלא אמר בעל החצר שרוצה בבנין הבונה, דזכתה לו חצירו, וז"ל הרשב"א:

"נראה לי דדוקא שקדם ואמר עצי ואבני אני נוטל, קודם שיאמר הלה דמיהם אני נותן, אבל קדם בעל השדה או בעל החצר ואמר נחא לי במה שעשה, מיד קנתה לו חצרו, שהרי כשבנה זה או נטע, על דעת שיקנה הלה אם ירצה בנה ונטע, והרי זה כאלו נתן מטלטלים בחצר חבירו ואמר לו לכשתרצה לקנות מטלטלין אלו הרי קנויים לך בכך וכך, ואמר הלה תקנה לי חצרי או שגלה בדעתו דניחא ליה דתיקני לו חצרו, קנה ואין חבירו יכול לחזור בו."

ודבר זה אינו שייך בנדו"ד, שהרי החצר, היא חצירו של המשביח, ולא שייך שתקנה המכונית למזיק, וע"כ בכל ענין יכול ליטול עציו ואבניו, דהיינו ליטול מה שהשביח ולהחזיר המכונית לקדמותה, דגם אין שייך בזה כחשא דארעא וישוב ארץ ישראל. גם מש"כ הרא"ה דמיד זכה בעל הקרקע בחורבה העשויה לבנות, ולכאורה

ברכב בנדו"ד עשוי לתקון, לא שייכת הסברא הנ"ל, כיון שלא זוכה המכונת למזיק, וז"ל השטמ"ק בסוגיא:

"וכי מסקינן נמי בגמרא דכי אמר עצי ואבני אני נוטל שבבית שומעים לו, איכא מאן דאמר הני מילי בחורבה שאינה עשויה ליבנות, אבל בחורבה העשויה ליבנות אין שומעין לו, דמיד זכה בעל הקרקע בבנין, שמתחלה על דעת כן בנה, אבל בחורבה שאינה עשויה ליבנות דשמין לו וידו על התחתונה הוא, שיכול לחזור בו, שיכול לומר שמתחלה כשבנה על דעת ליטול כל הוצאתו נתכוון. כן כתב הרא"ה. אבל מדברי הרשב"א נראה דאפילו בחורבה העשויה ליבנות יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, כל זמן שלא קדם בעל הקרקע ואמר דמיהם אני נותן, דבכהאי גוונא כיון שעל דעת ליטול מבעל הבית בנה וכו'." ולפ"ז מפשטות הסוגיא עולה שבנדו"ד יכול ליטול מה שהשביח. ואף שראיתי ברדב"ז בתש' (ח"ו סי' שני אלפים רנו) שכתב דאם יתברר שאם יטול עציו ואבניו יסתור ויקלקל הבנין דאין שומעין לו, דהוי כיוור לתוך שדה של חבריו דאפי' בחוצה לארץ אין שומעין לו. וא"כ כאן לכאורה מתקלקלת המכונת בפעולת החזרת הצבע לקדמותו. זה אינו, דהמכונת לא מתקלקלת מעבר למה שחוזרת לקדמותה. והרדב"ז מיירי באופן שכשנוטל עציו ואבניו מרעיד הבנין והכתלים, וגורם בנטילת עציו ואבניו נזק לכל הבנין. אבל אם הנזק הוא רק בהעדר השבח, ודאי דיכול ליטול עציו ואבניו. ובנדו"ד שהשאלה היא כנגד חברת הביטוח, נראה שחברת הביטוח עומדת במקום המזיק, וכיון ששעת הנזק גורמת את החיוב לתקן את הרכב ולצבוע כולו, זו חובת המזיק וממילא חובת הביטוח. (הביטוח עצמו מחויב לשלם גם אם בעל הרכב הזיק, רק שיכול לתבוע את בעל הרכב המזיק והוי אפוכי מטרותא). וכיון שחובת המזיק היא לתקון הרכב לפי מה שהיה בשעת הנזק, כן הוא חיוב הביטוח, ויכול הניזק ליטול מה שהשביח וכו"ל. מה עוד שגם במציאות שלאחר התיקון, חיוב המזיק, וממילא גם חיוב הביטוח לפי תנאי הפוליסה, להחזיר את הרכב למצבו הקודם. צביעתו באופן שיראה כשני צבעים, לענ"ד אינה עולה בקנה אחד עם חיוב המזיק וחיוב הביטוח שבמקומו, וגם לא עומדת בתנאי הפוליסה. ויתכן שאם היה הניזק מתעקש משפטית לצביעת הרכב, גם לאחר נסיון מיזעור הנזק, חברת הביטוח היתה מתקנת וצובעת את כל הרכב באופן מושלם, אלא שאין ברצונו להכנס לדו"ד עם הביטוח בידעו את חזקם מול המבוטח הקטן. דברים אלה תלויים בדרכי לפי דעתו של כל שמאי ושמאי, ויש דורשים לשבח ויש דורשים לגנאי. לכן בכל ענין נראה שיכול להחזיר הרכב למצבו של שעת הנזק.

לאור האמור לעיל, יכול בעל הרכב להחזיר את מצב הרכב לקדמותו, דהיינו לשעת הנזק.

