# משפטיך ליעקב

## פסקים ותשובות

## בדיני ממונות

## שבין אדם לחבירו ובין איש לאשתו

## חלק שמיני


מאת

**צבי יהודה בן יעקב**

דיין בבית הדין הרבני האזורי

תל אביב



**ישראל, התשע״ה**

**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

**נדפס בישראל התשע"ה**

# תוכן העניינים

סימן א היתר חרם דר״ג ..... ז

א. קבלת עדות שלא בפני בע״ד. ב. שלחו לו ולא בא. ג. להפריש מאיסור ועדי זנות. ד. מסרבת לבוא לדין תורה. ה. השלשת סכום הכתובה וזיכוי הגט.

סימן ב אב שטוען שבתו מאיש אחר ..... לב

א. חזקת האב ונאמנות האב, כשנשואים אזרחית. ב. בני זה ממזר. ג. עדות או נאמנות. ד. לפסול בתו. ה. נאמנות להכשירו.

סימן ג עד בחופה כשיחדו עד אחר ..... נ

א. יחוד עדים בגיטין וקדושין. ב. לאו כל כמיניהו. ג. אינו פוסל את הכשרים. ד. עדים בחופה.

סימן ד הסכמה בעיניי ממון בשעת השידוכים ..... סו

א. בההיא הנאה. ב. דאורייתא או דרבנן. ג. קונה ללא קנין. ד. מכירי כהונה. ה. עמדו וקדשו או נשאו. ו. עמדו ושדכו.

סימן ה מסירת הכתובה לאשה בפני עדים ..... פט

א. עדי מסירה בשטרות. ב. קדושין בשטר. ג. עדי יחוד הראוי לביאה.

סימן ו תביעת מזונות למפרע ..... ק

א. מזונות אשה ואלמנה למפרע. ב. לא תבעה מזונות ילדים, ובדין פורע חובו של חבירו.

סימן ז בעל שניהל עסק של אשתו בצורה כושלת ..... קיב

א. בעל בנכסי אשתו. ב. בדין האשה במלאכת הבית. ג. פטור משמירה או מתשלומין. ד. פושע כמזיק. ה. ידעה ולא מחתה.

סימן ח הכותב בצואה כל נכסיו לאשתו ..... קלה

א. כשהקנה בקנין. ב. כשמוכח מהשטר שהתכוין למתנה גמורה. ג. בנותן מתנה מהיום ולאחר מיתה.

סימן ט בדין חרש המדבר ..... קמו

א. מדבר ואינו שומע, לענין מכירת קרקעות. ב. מי שלמדוהו לדבר. ג. גט חרש.

סימן י עובד שרוצה לתפוס עבור שכר שלדבריו מגיע לו בדין ..... קסז

א. עביד אינש דינא לנפשיה, כח בית דין או דין תפיסה. ב. בפרעון חוב ובשכר שכיר. ג. עושה דין לעצמו בסתר.

סימן יא כובש עדות בערכאות..... קצב

א. החובה להעיד. ב. השבת אבידה וגמ"ח. ג. עד אחד שכבש עדותו, אם עובר. ד. עד אחד בערכאות. ה. כשהנתבע ודאי לא ידון בדין תורה, אם צריך היתר בי"ד לתבעו בערכאות. ו. כשהתובע לא קיבל היתר מבי"ד. ז. החיוב לצאת ידי שמים.

סימן יב שיק בטחון שהועבר לצד ג..... ריד

א. טענה המבטלת את השטר. ב. שטר שאין בו נאמנות. ג. שבועת פרעתי בשיק.

סימן יג בדו"ד בענין תשלום משכורת באיחור..... רכה

א. זכות המלוה לקבוע בעבור איזה חוב מקבל את הפרעון. ב. עבד לוה לאיש מלוה.

סימן יד הלואה בפני עד אחד ..... רמב

א. סיבת האיסור להלוות בלי עדים. ב. שטר או כתב ידו. ג. מידת חסידות.

סימן טו דו"ד בין קופת גמ"ח ליורשי מלוה ..... רנג
א. מתי גובה המלוה מיתומים. ב. אם בע"ח גובה בראוי.

סימן טז חלון מול חלון ודלת מול דלת, בבנין משותף ..... רעב
א. חזקה בחלון מול חלון. ב. איסור בהיזק ראיה.

סימן יז חלוקת דירה..... רפט
א. הוצאות החלוקה. ב. קנין דברים.

סימן יח גוד או אגוד בחמשה שותפים.....רצג
א. תקנת חכמים או דין בית דין. ב. מכירה או הסתלקות.

סימן יט דירה שנקנתה למטרת נישואי ילדים ..... שא
א. מי הודיעו לבעל החיטים שיקנה לבעל המעות. ב. מה שקנה לשמן. ג. כשרק התכוין שיהיו לצרכן. ד. בגדים וסנדלים או שאר כלים.

סימן כ תשלום עבור נסיעה לשדה התעופה, כשהטיסה בוטלה..... שכא
א. שכר פועל להשקות שדה לחה. ב. שליח שלא מילא את מטרת שליחותו.

סימן כא גג בית בתמורה להרחבה .....שכו
א. הבטיח חפץ לפועל בתמורה לעבודה. ב. מדין התחייבות. ג. קנין חזקה בגג. ד. שווי הגג.

סימן כב קנין קרקע מחברה בע"מ או משליח/ אפוטרופוס ..... שדמ
א. לא סמכא דעתיה שיוכל לאכוף המכירה. ב. אם מיירי בשטר קנין. ג. מפרש הישראל שרוצה לקנות בכסף בלבד. ד. שטר מתנה בערכאות.

סימן כג המרת שקלים במט"ח..... שנח
א. יחס השקל למט"ח – מטבע ופירי. ב. הטעם שאין קונה דולארים בקנין כסף. ג. בקונה בקנין כסף, אם מתבטל מעצמו או צריך חזרה. ד.

דולארים שאינם מסוימים. ה. כסף בתורת סיטומתא. ו. מי שפרע, ובדין מחוסרי אמנה בנשתנה השער. ז. קנה בשיק.

**סימן כד בעלות על חמרי בנין שהועמסו על משאית הקונה..... שפג**

א. כלי כרשות. ב. כליו של לוקח ברשות מוכר. ג. טענת קים לי של לוי.

**סימן כה השקעה בפרויקט "פינוי בינוי"..... שצו**

א. אגב אונסיה גמר ומקנה. ב. אם יש איסור לקנות דבר שהכריחוהו למכור. ג. אין קונה המוכר הדירה החליפית באונס. ד. דינא דמלכותא בקרקעות. ה. דינא דמלכותא בארץ ישראל.

**סימן כו שכיב מרע שנתן לנכדים שלא נולדו עדיין..... תשז**

א. מקנה לעובר. ב. מזכה לעובר בנו. ג. מתנת שכיב מרע בדבר שלא בא לעולם. ד. מצוה לקיים דברי המת. ה. את וחמור קנה מחצה.

**סימן כז מתן זכות שימוש בציפורים תמורת חוב ..... תמב**

א. אונאה בקרקעות. ב. בתי עץ המחוברים לקרקע. ג. אונאה יותר מכפל. ד. אונאה בשכירות קרקע. ה. שכירות קרקע אם נקנית במלוה. ו. איסור ריבית בכה"ג. ז. מקח שנעשה באיסור.

**סימן כח אם יש טענת אונאה ומום במוצרים "יד שניה" ..... תפ**

א. בעל בית המוכר כליו. ב. הטעם שאין בזה אונאה. ג. הקונה בעל בית.

**סימן כט אריזה בחלק ממחיר המוצר..... תצא**

א. איסור תערובת פסולת באוכל. ב. אונאה במשקל. ג. יכול לראותו ולטעמו. ד. כיצד יחזיר מה שכבר נטל.

**סימן ל אונאה במכירת רכב ..... תקה**

א. צביעת ישן שיראה חדש. ב. שכירת פועל ישראל, על פני פועל נכרי.

סימן לא אופניים שנקנו באינטרנט, ונמכרו לאחר.....תקי
א. טענת מום במי שקונה ומוכר. ב. שיטת הרמב"ם לפטור הספסירא.

סימן לב ירושת נכד את סבו – ברבנות ..... תקיח
א. מקור הדין. ב. אם רבנות והרבצת תורה בירושה. ג. כשיש בן שאינו ראוי, האם פקע דין ירושה.

סימן לג סילוק מעזבון ..... תקלח
א. מחילה בדבר שלא בא לעולם. ב. מחילת קנס במפותה. ג. סילוק מדבר שלא בא לעולם. ד. סילוק מירושת אשתו בלשון טובה או קנין. ה. הטעם שמועיל סילוק בירושת הבעל. ו. סילוק מנחלת אבותיו. ז. סילוק מזכות ירושה המגיעה ע"פ חוק.

סימן לד שכר רכב והתקלקל באמצע הדרך ..... תקס
א. שוכר בהמה והתקלקלה או מתה. ב. התקלקלה ואומר לו הרי שלך לפניך, אם חייב השוכר לשלם שכירות. ג. מתה בחצי הדרך, אם נותן לו שכר חצי הדרך. ד. שכר בית ומת השוכר. ה. כששכר חצי הדרך הנותרת גבוה מדמי השכירות. ו. חיוב השוכר לשמור לאחר תום השכירות. ז. חיוב השבה בשומר.

סימן לה תביעה לתשלום שכירות בגין חניה.....תקפב
א. אכול עמי, ובדין קרע כסותי. ב. דור עמי.

סימן לו שוכר שמשכיר דירתו לאחרים ..... תקצב
א. להשכיר בית לאחר. ב. כשכבר שילם למשכיר.

סימן לז חזרה משכירות חנות ..... תר
א. מחילה בשכירות פועל. ב. מחילה בשכירות קרקע. ג. אם בכה"ג יש מחוסרי אמנה.

**סימן לח בדין השבת גניבה..... תרח**

**א. אבודה ממנו ומכל אדם. ב. שיטת הרמב"ם דצריך יאוש. ג. פועל שנאסר עליו ללקט מציאות. ד. תקנת השבים. ה. אינו יודע ממי גזל.**

**סימן לט אחריות מעביד על נזקי עובד..... תרלה**

**א. חיוב אחריות שמירה בשותפים למלאכה. ב. עבד שהזיק. ג. מנהג באחריות הקבלן.**

# סימן א

## היתר חרם דר״ג

### ראשי פרקים

**א. קבלת עדות שלא בפני בע״ד**

**ב. שלחו לו ולא בא**

**ג. להפריש מאיסור ועדי זנות**

**ד. מסרבת לבוא לדין תורה**

**ה. השלשת סכום הכתובה וויכוי הגט**

בני הזוג נשאו כדמו״י בחו״ל לפני כעשרים שנה, נפרדו לפני ארבע שנים, והתגרשו אזרחית לפני שנה. הבעל הגיש לביה״ד תביעה למתן ג״פ כדמו״י. התביעה הוגשה לביה״ד של הקהילה אליה השתייכה המשפחה בטרם נפרדו, והוא הבי״ד היחיד באזור העוסק בעניני גיטין. בכתב התביעה ציין הבעל כי האשה מתגוררת כיום עם גבר זר. ביה״ד שלח לאשה הזמנה, אולם היא השיבה שאינה מכירה כלל בהליך הדתי של הגרושין, ומבחינתה בשעה שהם התגרשו אזרחית, הם כבר גרושים לכל דבר וענין.

בעצתי, כדי לוודא שאכן האשה קיבלה את ההזמנה והיא זו שהשיבה על ההזמנה והתביעה, ביה״ד בדק בעצמו והגיע לכתובת והטלפון של האשה, ושוחח עימה בטלפון. האשה חזרה ואמרה שקבלה את התביעה, ומבחינתה היא גרושה, ואינה מכירה בכל טקס גרושין דתי, ואם ימשיכו להטריד אותה בעינן, היא תפנה לרשויות להתלונן. לשאלת ביה״ד אם היא אכן מתגוררת עם גבר זר, היא השיבה שמבחינתה היא גרושה, ואינה חייבת למסור דין וחשבון לרבנים.

השאלות שעלו: האם יש צורך שהבעל יביא עדים כשרים לביה״ד כדי להוכיח שהאשה מתגוררת עם גבר זר, וכן להביא עדים שבני הזוג אינם חיים יחד זה מספר שנים, כשהאשה עזבה עם הילד הקטין את הבית, וזאת לאחר שהאשה הודתה בטלפון לדיינים שהם פרודים כמה שנים ומבחינתה היא גרושה, ואף לא הכחישה את טענת הבעל בענין הגבר הזר. ב. האם מועיל קבלת העדות שלא בפניה. ג. האם בכה״ג צריך הבעל להשליש את סכום הכתובה או/ו תוספת הכתובה. ד. אם לזכות לה גט או רק להשליש גט בביה״ד באמצעות שליח הולכה.

## א. קבלת עדות שלא בפני בע"ד

איתא בב"ק קיב,ב: אמר רב אשי א"ר שבתאי, מקבלין עדים שלא בפני בעל דין.

תהי בה ר' יוחנן, וכי מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. קיבלה מיניה ר' יוסי בר חנינא, כגון שהיה הוא חולה או עדיו חולים או שהיו עדיו מבקשין לילך למדינת הים, ושלחו לו ולא בא. אמר רב יהודה אמר שמואל, מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. אמר מר עוקבא, לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל, כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, אבל לא פתחו ליה בדינא מצי א"ל אנא לב"ד הגדול אזילנא. אי הכי כי פתחו ליה נמי מצי א"ל לב"ד הגדול אזילנא. אמר רבינא כגון דנקט דיסקא מבית דין הגדול. אמר רב, מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין. ור' יוחנן אמר, אין מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין. א"ל רב ששת לרבי יוסי בר אבהו, אסברה לך טעמיה דרבי יוחנן, אמר קרא (שמות כא) והועד בבעליו ולא ישמרנו, אמרה תורה, יבא בעל השור ויעמוד על שורו .

תוס' שם (ד"ה מקיימין) דהא דקאמר אסברה לך טעמא דר' יוחנן, דאפילו בקיום שטרות אית ליה לר' יוחנן יבא בעל השור ויעמוד על שורו. ומיהו רב נמי אית ליה בעלמא יבא בעל השור. מבואר דגם לרב אית ליה האי דרשא, רק לא לענין קיום שטרות. ומשמע לכאורה שקבלת עדים בפני בעל דין היא מדאורייתא, דדרשינן לה מקרא. והרשב"א בסוגיא (ב"ק קיב,ב), כתב וז"ל:

"וקשיא לן אשמעתין, דהא אמרינן דטעמא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין משום דאמר קרא והועד בבעליו, וא"כ כי הוה הוא חולה או עדיו שמבקשים ללכת למדינת הים, היאך מקבלין, והתורה אמרה והועד בבעליו. וי"ל דעיקר קרא לגבי שור דהוא בדיני נפשות כתיב, ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא ומדרבנן."

עולה מדברי הרשב"א דבדיני נפשות קבלת עדות בפני בע"ד הוי דבר תורה, בעוד שבדיני ממונות הוא מדרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא. (ועיין פ"ח ב"ק פ"י ה"ג אות ל). ולכאורה מדברי הרשב"א בתש' (ח"ב סי' שעו) משמע דהוי דאורייתא גם בדיני ממונות, ואף דקיי"ל דמקיימים השטר שלא בפני בע"ד, מ"מ לענין קבלת עדות בפני בע"ד, הוי דאורייתא, וז"ל:

"... בההוא שטרא דיתמי דנפק עליה תברא. דאפילו איכא עדים, שמעידין שהם זכורין הפרעון, אין עדותן עדות, לפי שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין. ואמרת היכא דאיכא עדים על הפרעון, מאי חשש איכא, דאחזוקי אינשי בשקרי לא מחזיקינן. תשובה: אל תתמה על דברי רבינו זצ"ל, שאין מקבלין

עדות שלא בפני בעל דין, גזרת הכתוב היא, ולא משום דחוששין לעדיה. דאטו משה ואהרן, מי חיישי להו. ואפילו מהן ומכיוצא בהן, אין מקבלין שלא בפני בעל דין, דכתב: והועד בבעליו ... ומקיימין את השטר שלא בפני בעל דין, דקשיא לך, מאי שנא הא דר׳ יוחנן, דאמר התם בריש פרק הגוזל ואין מקיימין שלא בפני בעל דין ... ומיהו, לית הלכתא כותיה, אלא כרב דאמר מקיימין ...״

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

״ותו דעכ״פ מוכח דדיעבד מהני מדמהני באונס, וצריכין אנו לומר כמש״כ הב״י דהוא דרבנן, דקרא אסמכתא בעלמא, א״כ אף בדיני נפשות אינו רק דרבנן, כיון דקרא אסמכתא בעלמא כמש״כ הרשב״א בתש׳ הובא בב״י (סי׳ שפ״ח), והועד בבעליו קאי על גמר דין ולא על העדות, א״כ אף שדומה לדיני נפשות, כיון שהוא מדרבנן מקבלים בשלחו ולא בא, או באונס, דהם אמרו והם אמרו, ואולם לפמש״כ הרשב״א בחי׳ בב״ק פ׳ הגוזל, י״ל בדיני נפשות הוא דאורייתא ובדיני ממונות הוא דרבנן, א״כ שפיר י״ל באונס או בלא רצתה לבא, מ״מ אין מקבלין עדות שלא בפניו.״

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

״אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, ואם קבלו שלא בפני בע״ד, אינה עדות לדון ע״פ אותה עדות, וכאלו לא העידו. והביא ריב״א ז״ל ראיה מהא דאמרינן (כתובות כ) מכחישין את העדים שלא בפניהם, ואין מזימין את העדים אלא בפניהם; והזמה שלא בפניהם, נהי דהזמה לא הויא, הכחשה מיהא הויא. פירוש, מכחישין את העדים שלא בפניהם, דהכחשה לא הוי חוב העדים, אלא חוב בעל דין, והרי הוא בפנינו. אבל אין מזימין את העדים אלא בפניהם,

דהזמה הויא חובת העדים, ואין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, וקאמר דשלא בפניהם אפילו בדיעבד לא הויא הזמה. אבל אם היה חולה, או עדיו חולים, ושלחו לו ולא בא, כיון דאיכא הפסד לתובע, והתרו בנתבע ולא בא, הפקיעו ממונו ושויוה להאי עדות שלא בפניו עדות.״

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

ואיתא בב״ק כד,א: תא שמע, אין השור נעשה מועד עד שיעידו בו בפני בעלים ובפני בית דין. העידו בו בפני בית דין ושלא בפני בעלים, בפני בעלים ושלא בפני בית דין, אינו נעשה מועד עד שיעידו בו בפני בית דין ובפני בעלים. ובנימוק״י (ב״ק י,ב מעמוה״ר) כתב, דאע״ג דבעלמא מקבלין עדים שלא בפני בעל דין אם היה הוא חולה או עדיו חולים או שמבקשים לילך למדינת הים, בהעדאת שור אין מקבלים, וזה החידוש של הברייתא. והרמ״א בחו״מ תח,א פסק כנימוק״י, אך לא הגביל דבריו להעדאת שור אלא הכליל כל הנזיקין. על דברי המחבר שם דאין הנזקים משתלמים אלא בראיה ברורה ובעדים כשרים, הגיה הרמ״א: ״ואין מקבלין העדות אלא בפני בעל דין, אפילו היה הוא ועדיו חולים״.

והגרע״א בתש׳ (קמא סי׳ קה) כתב בהסבר דברי הנימוק״י, דהנימוק״י ס״ל כרשב״א שהדין הוא מדרבנן, ולכן מן התורה בכל ענין מקבלים ולא רק באונס, אולם לענין העדאת שור, דוהועד בבעליו כתיב, ומדאורייתא בעי בפניו, לכן גם אונס לא מועיל לקבל שלא בפניו. וכתב הגרע״א, דכל כונת הנימוק״י הוא רק לענין לעשות את השור למועד, דבזה הקפידה התורה והועד בבעליו, אולם לענין התשלומים מה שכבר נגח, הרי זה ככל עדות דמהני בבעל דין או עדים חולים. ולכן הקשה על דברי הרמ״א תח,א הנ״ל, דדין זה של עדיו חולים דלא מקבלים, הוא דין מיוחד לענין העדאת שור ולא לענין שאר נזיקין, ולכן הקשה מדוע הכליל הרמ״א דין זה לכל הנזיקין; ״ולא ידעתי טעם לחלק בין נזקין להלוואות, דנ״ל ברור דהנימוק״י לא מיירי רק לענין יעודי תורא״. ועיין שער המשפט תח,א.

ומספר טעמים נשנו בדין זה. דאם לומדים מוהועד בבעליו, א״כ הוי גזה״כ ללא טעם, ונפק״מ שאפי׳ במקום שאין חשש שישקרו, אין מקבלים. כן מבואר בתש׳ הרשב״א (ח״ב סי׳ שעו): ״שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, גזרת הכתוב היא, ולא משום דחוששין לעדיה. דאטו משה ואהרן, מי חיישי להו. ואפי׳ מהן ומכיוצא בהן, אין מקבלין שלא בפני בעל דין, דכתיב והועד בבעליו״. ומבואר שדין זה הוא אפי׳ במקום שאין חוששים לשקר, כיון דגזה״כ היא. ואף דלשיטת הרשב״א דין זה

הוא מדרבנן, היינו בממונות, אבל בנפשות הוא מהתורה, וממילא כל מה שגזרו חכמים בממונות, כעין דאורייתא גזרו. וכן כתב בניתבות כח,ו, לענין קושית התומים, דבעדות בכתב מעיז יותר והוי שלא בפני בע״ד, ע״ז השיב הנתיבות, דהא דבעינן בפני בעל דין לאו משום דלא מעיז הוא, רק גזירת הכתוב, וראיה דאפילו בשור הנסקל שלא שייך טעם זה, בעינן בפני השור. ומוכח דהוא גזירת הכתוב.

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

״נהי דגמרינן שלש שנים משלש נגיחות, כי היכי דמפקי הני מחזקה, הני נמי מפקי מחזקה, אבל מחאה מהעדאה לית לן למיגמר, דהתם כיון דהעדאה לחייבו ממון על נגיחותיו היא באה ולהעמיד שורו בחזקת מועד, בעינן בפני בעלים שידעו לטעון ולהכחיש העדים ולהביא אחרים להזימן, אבל טעמא דמחאה להתרות בו להיות זהיר בזכיותיו היא באה, שזה טוען שבגזילה היא בידו, הכא אפילו שלא בפניו נמי איתה.״

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

״... והני מילי בקבלת עדות, אבל קיום מקיימין שלא בפני בעל דין, דלא אמרינן יבא בעל השור ויעמוד על שורו כדלעיל. ומסתברא כי היכי

דמקיימין, הכי נמי גומרין שלא בפניו, אפילו לרבנן דאמרי אין גומרין דינו של שור אלא בפניו, הני מילי שור משום דכתיב בעליו, דמיתתו בעשרה ושלשה, דכמיתת הבעלים כך מיתת השור, אבל בממונא אע״ג דבעלים בני טענה נינהו ואי אית ליה טענתא מעליתא הדר ליה לדייניה. אבל הכא לא אפשר ...״

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

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

מבואר דהטעם הוא דבפניו מתביישים להעיד בשקר, ויפרשו מהעדות. וכנ״ל דזה דין בהגדת עדות, דכמו דמאיימים על העדים כדאיתא בסנהדרין כט,א במשנה ובגמרא, כדי שימנעו מלשקר, הוא הדין צריך לומר העדות בפני הבע״ד כדי שימנעו מלשקר. (וע״ע בש״ך חו״מ סו״ס לח, דנראה מדבריו דהטעם דאין חבין לאדם שלא בפניו, ועיין תש׳ אבני נזר חאהע״ז קכג,ט מש״כ בזה).

ונראה נפק״מ אם הוי מטעם שימנעו מלשקר מחמת הבושה או כדי שהבע״ד יוכל להזימה או להכחישה, אם ישלחו העדים את עדותם בכתב ויקראו הב״ד את העדות מהכתב, אם צריך להיות בפני בע״ד כדי שירתעו מלשקר, א״כ בקריאה מהכתב ליתא, אולם כדי שיוכלו להזימה או להכחישה, גם בקריאה מהכתב יוכלו להזימה או להכחישה. עוד נראה נפק״מ בין שני ההסברים אם זה מדין הגדת העדות או זכות בעל דין, אם הסכימו הבע״ד שהעדות תשמע שלא בפניהם. אם נאמר דזה דין בהגדת עדות, ושלא בפני הבע״ד לא הוי הגדת עדות כדין, א״כ כאשר מסכימים לקבל עדות שלא בפני בע״ד הרי זה כמסכימים לקבל עד קרוב או פסול, אם צריך קנין ואם יכול לחזור קודם גמר דין, ואם מקבל כתרי, הכל כמבואר בסוגיא דנאמן עלי אבא וכו׳ ובראשונים, ובשו״ע חו״מ סי׳ כב. אבל אם זה זכות של הבע״ד שיוכל למצוא עדים להזים או להכחיש, א״כ במחילה סגי.

## ב. שלחו לו ולא בא

בגמ׳ ב״ק קיב,ב הנ״ל מבואר דיכולים לקבל עדים שלא בפני בע״ד, כששלחו לבע״ד ולא בא, דאיתא שם: קיבלה מיניה ר׳ יוסי בר חנינא, כגון שהיה הוא חולה

או עדיו חולים או שהיו עדיו מבקשין לילך למדינת הים, ושלחו לו ולא בא. אמר רב יהודה אמר שמואל, מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. אמר מר עוקבא, לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל, כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, אבל לא פתחו ליה בדינא מצי א"ל אנא לב"ד הגדול אזילנא. בדברי רבי יוסי בר חנינא מיירי לכאורה רק באופן של היה הוא חולה וכו', ואז מהני מה ששלחו לו ולא בא. אמנם מה שאמר רב יהודה אמר שמואל ומר עוקבא, יכול להתפרש בשני אופנים, או שמתיחס ג"כ לעדיו חולים וכו', ושלחו ולא בא, והיינו דקאי אדלעיל ואינה מימרא בפני עצמה, או שבכל ענין, אף לא היה אונס לעדים או לתובע, ושלחו לו ולא בא, מקבלים שלא בפני בע"ד. או י"ל שלא פוסקים כמר עוקבא. וזו לכאורה מחלוקת הראשונים, והשו"ע והרמ"א חו"מ כח,טז, עיי"ש בסמ"ע כח,נג, ויתבאר להלן. ולכאורה נראה דאם זה זכות של בע"ד, מהני מחילה וכנ"ל, וא"כ כששלחו ולא בא הוי מחילה, ומקבלים שלא בפניו. אולם אם זו גזה"כ ודין בהגדת העדות, לא מהני לכאורה מה ששלחו לו ולא בא.

והרא"ש ב"ק י,ג מפרש את דברי רב יהודה אמר שמואל ומר עוקבא, שכבר שמעו את הטענות בפני הנתבע, וכשרוצה התובע להביא עדים, מסרב הנתבע לבוא לביה"ד, אולם אם עדיין לא שמעו טענות, אינו יכול לקבל עדות שלא בפני בע"ד. ובזה חולק על רבי יוחנן לפירוש ר"י בר חנינא, שאם היו חולים וכד', יכול לקבל עדות שלא בפני הנתבע אפי' לא פתחו בדינא, ורב יהודה אמר שמואל חולק וס"ל דאף בחולים מהני דוקא בפתחו בדין, דאל"כ יכול בע"ד לומר שקוצה לדון במקום אחר, וז"ל הרא"ש:

"פי' שכבר טענו לפני הדיינים, ואח"כ הביא התובע עדיו ושלחו ב"ד לנתבע שיבא וישמע עדי התובע ולא בא, דמילתא דפשיטא שמקבלים, כיון שהודיעוהו הדיינים ולא בא, דברצונו לא יבא לשמוע העדות. ולא פליג שמואל אהא דר' יוחנן, דאיירי בדלא פתח בדיניה אלא שהיה הוא חולה או עדיו חולין או מבקשים לילך למדינת הים, והושיב התובע דיינין לקבל עדות, אבל לא פתחו ליה בדיניה, מצי אמר לבית דין הגדול קאתינא. פי' יאמר איני רוצה שתקבלו עדות עד שאבא לדין ... ב"ד הגדול [הוא הגדול] בחכמה שבכל ישראל., וכה"ג אי בעי נתבע לאישתמוטי מיניה, אומר לב"ד הגדול קאזלינא."

וכ"פ הטור חו"מ כח,כב. ובגמ' מבואר דאף בפתחו בדין יכול לומר אלך לבי"ד הגדול, דהגמ' שאלה אם כן יכול לומר שרוצה לבי"ד הגדול גם לאחר שפתחו בדין, ותירץ רבינא, כגון דנקט דיסקא מבית דין הגדול (אגרת מב"ד הגדול ששלחו לב"ד של כאן לכופו – רש"י). אמנם אם מדובר באופן שחייב לדון כאן, ולפי המנהג

שהתובע הולך אחר הנתבע, או באופן שקבלו וחתמו על שטר בוררין (עיין תומים כח,כב, ונתיבות חדושים כח,לב), או בכגון קהילות חו״ל, שלכל קהילה יש בי״ד משלה ואין זולתה, וחייבים לדון שם, יכול לקבל עדות אף בלא פתחו בדין, אם שלחו לו ולא בא, דכל פתיחת דין היא רק ביחס ובאופן שיכול להתנגד לדון בבי״ד זה, אבל באופן שאינו יכול להתנגד וכנ״ל, יכולים לקבל עדות ואף לשמוע טענות, אם מסרב לבוא לטענות ולדיון בבי״ד. ומ״מ מבואר ברא״ש דכל הדין של שלחו לו ולא בא, מתיחס לעדים חולים או בע״ד חולה וכו׳, אבל אינו טעם בפני עצמו, ורק נחלקו מה הדין בלא פתחו, אבל מסרב לבוא לדין ושלחו לו ולא בא, אין שומעים טענות ואין מקבלים עדים, אם אין בהילות לקבלם. אמנם אם יש טעם לשמוע הטענות ואינו יכול לומר שרצונו בבי״ד אחר וכנ״ל, בזה לכאורה יכולים לשמוע ולקבל עדות כשיש טעם נכון לקבלם.

ובאופן זה נראה לבאר מש״כ הרא״ש בתש׳ מא,ו: ״אבל אם היה חולה או עדיו חולים, ושלחו לו ולא בא, כיון דאיכא הפסד לתובע, והתרו בנתבע ולא בא, הפקיעו ממונו ושויוה להאי עדות שלא בפניו עדות״. ומיירי בפתחו בדין, ומקבלים בשלחו לו ולא בא, בהיו עדיו חולים וכו׳, שהיה דחיפות לקבלם, ולא בא לזמן קבלת העדות. אך נראה דכל זה הוא כפי דאיתא בהמשך הגמ׳, שיכול לומר שרוצה לילך לבי״ד אחר, אבל באופן שאינו יכול לבחור בי״ד אחר, יכולים לקבל ולדון, מכח הסברא שכתב הרא״ש דהפקיעו ממונו, והיינו דמכח הפקר בי״ד הפקר, מקבלים את העדות, ולמש״כ באופן הנ״ל, גם דנים מכח זה.

והנימוק״י (ב״ק לט,ב בעמוה״ר) הביא דיוק המפרשים ממש״כ ושלחו לו, ולא כתבו או שלחו לו, מדלא קאמר או שלחו לו, שהדין שלחו לו ולא בא מתיחס רק לדין של היו עדיו מבקשים לילך, דבזה צריך להודיע לו שיבא קודם שיקבלו, כיון שיש שהות ואם לא בא, מקבלין עדותו שלא בפניו. משא״כ בהוא חולה או עדיו חולים, דכיון שהדבר נחוץ, ודאי מקבלין העדים ואין צריך לשלוח לו, דאם לא עכשיו אימתי, דסתם חולים לסכנה חיישינן להו. לפ״ז דין זה דשלחו לו ולא בא מתיחס רק לאופן של עדים הרוצים לילך, ויש שהות להזמינו. או בכל אופן שמקבלים ויש שהות להזמינו. וכן נראה מפירוש הר״מ מסרקסטא, הביאו השטמ״ק בסוגיא: ״פעמים שמקבלים עדות אפילו שלא בפני בעל דין, כגון שהיה הנתבע חולה או העדים חולים או שהיו רוצים לצאת למדינת הים. וכן נמי היכא דליתיה בהדי תובע בעיר אחת ושלחו לו להודיעו ולא בא, או שהלך למדינת הים ובא זה לתבוע חובו״. מבואר דשלחו לו ולא בא מתיחס לאינו בעיר, ולא מתיחס לעדים חולים וכו׳.

ומדברי הרשב״א נראה שדין שלחו לו ולא בא הוא דין נפרד, ואינו שייך לדינים הקודמים של בע״ד חולה או רוצים העדים ללכת למדינת הים. על הא דאיתא

בגמ׳ ב״ק קיב,א: הגוזל ומאכיל את בניו פטורין מלשלם, הניח לפניהן, בין גדולים בין קטנים חייבין, משום סומכוס אמרו, גדולים חייבין קטנים פטורין. והטעם לסומכוס, דאין מקבלים עדים שלא בפני בע״ד, וקטן חשיב כלא בפניו. והקשה הרשב״א, מדוע להמתין ליתומים עד שיגדלו, ופעמים הקטן מוטל בעריסה, ויש להמתין שיגדיל ויהי׳ בן יג שנה ויום אחד ועד שיביא סימנים. ואילו בגדולים כשהיה חולה או שהיו עדיו חולים או מבקשים ללכת למדינת הים, אין ממתינין ומקבלים שלא בפני בעל דין, דחיישינן שמא ימותו או שמא יתעכבו ויפסיד זה את דינו. וכתב דאין לומר שלא אמרו בכל אלה שמקבלים אלא דוקא במי ששלחו לו ולא בא, וממילא אין דין זה שייך בקטן: ״לא היא, דבכל חדא מינייהו מקבלין, וכן כתב הראב״ד ז״ל ונראין דבריו״. ולפ״ז גם שלחו לו ולא בא הוא דבר בפני עצמו, כמו עדים חולים וכו׳. וכל ששלחו לו ולא בא, מקבלים שלא בפניו. ופירוש הראב״ד שהזכיר הרשב״א, עיין בשטמ״ק ב״ק קיב,ב (ד״ה או שהיו) שהביאו. וכן כתב בהרשב״א בתש׳ (ח״ב שסב, וח״ד סי׳ ד, וסי׳ ר, בכל אלו נקט כדעת הראב״ד). וכדברי הרשב״א נראה מהמאירי בסוגיא: ״... או ששלחו בית דין בעד הנתבע ולא בא לזמן שנתנו לו, והוא הענין שנכפל בגמרא באמרם ושלחו לו ולא בא, וחזרו ואמרו דפתחו בי דינא ולא אתא״. ומבואר שם שהוא ענין בפני עצמו, עיי״ש.

ולמעשה שני הפירושים מובאים כבר בתוס׳ בסוגיא (ד״ה ושלחו) בשם ר״י, דמשמע דבעי שלחו לו ולא בא בהדי שהיו עדיו חולים או שהיו מבקשין לילך למדינת הים, מדלא נקט בלשון של או, משמע שמתיחס לדלעיל. ומיהו בסמוך משמע דבעי למימר או ושלחו, דאף שהלשון שם; כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, מ״מ העיקר שמקבלים הוא מפני שלא בא. וכתבו התוס׳ דיש לדחות; ״דשאני התם דפתחו ליה בדיניה, ודין גדול הוא זה״. ועיין במהרש״א, דבהו״א תוס׳ סברו דאם שלחו לו ולא טען שרוצה לילך לבי״ד הגדול, ג״כ מקבלים, וע״ז ענו דוקא פתחו לו וגם שלחו ולא בא, ולכן אין כאן אמירה של ״או״, אלא ״ו״ המחברת. ומ״מ משמע דבפתחו לו ולא בא, מהני בסרב לבוא לחוד כדי שנקבל עדים שלא בפניו. וכן כתב בפני יהושע, דהו״א סברו התוס׳ דהאי דפתחו לו בדיניה אינו תועלת כלל לדין קבלת העדות שלא בפניו, אלא העיקר דמקבלין היינו משום דשלחו ליה ולא בא, והפתחו הוא רק היכי תימצי, שאינם יכולים לשלוח אחריו כלל אלא בדפתחו ליה בדינא, שנתרצה הנתבע לדון לפניהם. וא״כ כתבו שפיר דמוכח דגרסינן או שלחו, דאף דיש ״ו״ מחברת, המשמעות כאן היא ״או״, וממילא כן י״ל ברישא לענין עדיו חולים. ודחו התוס׳, דשאני התם דפתחו ליה בדינא, שכבר תבעו לפניהם, וראו שלפי טענתם הוצרכו לדון עפ״י עדות, ושלחו שישמע קבלת העדות ולא בא, דמקבלים שלא בפניו, וממילא אין כאן פירוש של ״או״ אלא ״ו״ החיבור.

ועיין במרדכי (סי׳ קמז) דאין מקבלים עדים אלא שיש שלשה תנאי ביחד: הוא או עדיו חולים, פתחו בדינא, שלחו לו ולא בא. וזה לגרסת הראשונים דלא גרסי או, הרי״ף אביאסף ור״ח. וכן הוא באור זרוע (ב״ק תלו, וכן תלח), ובאגודה (ב״ק קל), ועיין מהרי״ק שורש קט. ובתש׳ מהר״מ מרוטנבורג (פראג קסו), אף שגרס ושלחו לו, וממילא לכאורה אינו היתר בפני עצמו, מ״מ כתב דכשפתח בדין ושלחו ולא בא, זו סיבה בפני עצמה לקבל עדות שלא בפני בע״ד.

ובתוס׳ רי״ד בסוגיא הביא את שני הפירושים, או דקאי שלחו לו ולא בא, דוקא על האופן שהיה הבע״ד אנוס, ואם אינו אנוס, אף דמסרב לבא לבי״ד, לא דנים ולא יורדים לנכסיו, אא״כ מלוה בשטר, דעדים החתומים על השטר, כמי שנחקרה עדותם בבי״ד, אבל מלוה ע״פ אין דנים לסרבן ואין מקבלים שלא בפני בע״ד. והביא מפרשים דהוא מילתא בפני עצמה, ואם הוא סרבן לבוא לבי״ד, מקבלים העדות, גם אם אין התובע אנוס, וז״ל:

״אבל אם לא היה אנוס, אין מקבלין עדותם שלא בפני הנתבע, ואע״פ שמורד ואינו רוצה לבא לב״ד, אלא משמתינין לי׳ עד דאתי, ואי לא אתי, קאי בשמתא והעדות לא נקבל שלא בפניו כדי שנכתוב אדרכתא אנכסיו, מה דאמרינן לקמן דלבתר תשעין יומין כתבינן אדרכתא אנכסיה, דוקא בשיש שטר ביד המלוה, שהועדה העדות משעה שחתמו בשטר, כדאמרינן העדים החתומין בשטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב״ד, אבל לעולם במלוה ע״פ עדים אין מקבלין העדים בלא הנתבע, אע״פ שמורד לבא לבית דין, אך אם היה התובע אנוס. אי נמי יש לפרש, ושלחו לו ולא בא, שאם הנתבע מורד ואינו רוצה לבא לב״ד, מקבלין עדותן שלא בפניו, ואע״פ שאין התובע אנוס.״

וכן הוא בפסקי הרי״ד ב״ק שם. ולמש״כ לעיל, אפשר דמר אמר חדא ומר חדא ולא פליגי, דאם יכול הנתבע לומר שילך לבי״ד אחר, ואפי׳ פתחו בדינא ולא הביא דסקיא מבי״ד הגדול, אין מקבלים עדות אא״כ הוא אנוס, ובמקרה שאינו יכול להתחמק מלדון לפניהם והוא חייב לדון לפניהם, לפי האופנים הנ״ל, שיש רק בי״ד אחד וכולם כפופים אליו, או ששייכים לקהילה זו, או שחתם על שטר בוררין ובאופן שקיבלם לדון, אם אח״כ לא יבוא לדין, יכולים לדון שלא בפניו ולקבל עדות שלא בפניו.

ובפסקי ריא״ז (ב״ק י,יד) פסק להדיא שאם סרב לבוא לבי״ד, מזה הטעם לבד יכולים לקבל עדות שלא בפני בע״ד, וכן שאינו יכול לומר שרוצה לדון בביה״ד הגדול, דמבואר בס״פ זה בורר (סנהדרין לא,ב) דדוקא מלוה יכול לכוף לדון בביה״ד הגדול, ולא לוה, וז״ל הריא״ז: ״התובע את חבירו לדין ושלחו ב״ד לנתבע ולא בא, הרי זה מקבלין עדים שלא בפניו, שלא כל הימנו להשמט מבית דין ולהפסיד זה

דינו. ואם טען הנתבע ואמר אני רוצה לילך לבית דין הגדול ולדון בפניהם אין שומעין לו, אלא כופין אותו ודן בעירו". ומשמע שאפי' לא פתחו בדינא, אלא כיון שתובעו, אינו יכול לסרב ויכולים לדון הנתבע ולקבל עדים שלא בפניו. וברמ"א חו"מ כח,טז הביא י"א, דכל ששלחו אחריו ולא בא לב"ד מהני, ומקבלין עדות שלא בפניו, אם פתחו ליה בדינא, או אפי' לא פתחו ליה בדינא, וצריך לדון לפני אותן דיינים כדרך שנתבאר בסימן יד. ועיין מש"כ שם הסמ"ע ס"ק נג. וציינו שם לרבינו ירוחם נתיב ב,א. ועיינתי שם ברבינו ירוחם, והביא כמה דעות, ומ"מ כאמור יש מהראשונים הסוברים כדעה זו, וכמבואר לעיל.

והרמב"ם בהל' עדות ג,יא פסק דדין שלחו לו, מתיחס לבע"ד או עדים חולים, או רוצים לילך למדינת הים: "גם בדיני ממונות אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, אם היה בעל דין חולה או שהיו העדים מבקשים לילך למדינת הים ושלחו לבעל דין ולא בא הרי אלו מקבלים עדים שלא בפניו". וכבר העיר בכס"מ שלנימוק"י (הנ"ל) קאי רק על רוצה ללכת למדינת הים, אבל בחולה שיש הפסד, לא בעינן שלחו לו. וכן פסק בשו"ע חו"מ כח,טז כדעת הנימוק"י: "היה הבעל דין חולה, או שהיו העדים חולים, מקבלים שלא בפניו. ואם היו העדים מבקשים לילך למדינת הים, ושלחו לבעל דין ולא בא, או שאינו מצוי בעיר, הרי אלו מקבלים עדות שלא בפניו". ועיין שם בסמ"ע ס"ק נ, דהמחבר חילק בין חולה שיש לחוש שימות פתאום, להולך למדינת הים שיש שהות לשלוח אחריו, דלא כתוס' והרא"ש הסוברים דגם בחולה צריך לשלוח אחריו.

וברדב"ז ג,יא הצדיק את הגירסא של הראשונים, הגורסים "או" שלחו לו ולא בא, שאל"כ כשלא ירצה לבוא וילכו העדים למדינת הים, ונמצא הנתבע מפסיד לתובע. עוד הוסיף, דבכל ענין אם ראו ב"ד שהוא נשמט מלבוא לב"ד כדי שלא יקבלו העדות, אפי' לא חולים או רוצים לילך למדה"י, מנדים אותו עד שיבוא, ואם לא בא, מקבלים את העדות שלא בפניו; "הוא עשה שלא כהוגן, עושין עמו שלא כהוגן, וכן נהגתי בהיותי במצרים". (ועיין עוד בלח"מ שם בבאור דקודוק הרבינו ירוחם). וכן כתב מהריב"ל (ח"ב סי' ח) להלכה, לאחר שנו"נ באריכות בדין זה, "היכא דאיכא בית דין מומחה וחשוב, דבשלחו לו ולא בא לחוד סגי, ומקבלין העדות שלא בפני בעל דין". וכן נראה מהיש"ש (ב"ק י,ח), במקום שאין הנתבע יכול לדחותו, הרי הוא פושע, ויכולים לגבות העדות שלא בפניו. אמנם היש"ש מצדיק הגירסא ושלחו לו ולא בא, והיינו דלא סגי בחולה לחוד, עיי"ש, וע"ע שם בסי' ט.

## ג. להפריש מאיסור ועדי זנות

הרא״ש בתש׳ מו,א דן בענין גט שכיב מרע, שקבלו עדות שהאשה התיחדה עם הבעל לאחר סדור הגט שכיב מרע, במשך החמשה ימים מסדור הגט ועד שנפטר, והלכה האשה ונשאה בגט זה, וקבלת העדות היתה שלא בפני האשה:

״והנה כתבו לי על אודות ערעור הייחוד, שהלכו לפרפיאן, ועשה קבוץ בבית היבם, והעידו לפני שלשה הדיוטות, שלא בפני האשה ושלח בפני הבעל שנשאת לו, שראוה מתיחדת עם בעלה אחורי הפרגוד, אחרי שנתגרשה, בחייו כמו ה׳ ימים שחי אחר נתינת הגט. תחלה אני כותב, שלא כהוגן עשו שקבלו העדות שלא בפני האשה ושלא בפני בעלה שכבר נשאה, שיבא בעל השור ויעמוד על שורו. ועוד, היה ראוי שעדות זו תתקבל בפני גדולי ישראל הבקיאים בדרישה, שידרשו ויחקרו היטב, כדי שלא לאסור אשה על בעלה, דתני*א בשילהי יבמות (קכב,ב) ... ובנדון זה, לאסור אשה על בעלה, הכל מודים דבעינן דרישה וחקירה, ולקבל העדות בפני בעלי הדינין ובפני גדולי ישראל שידעו לחקור ולדרוש, ולא להסתיר עצה במחשכים ולהוציא לעז על האשה היושבת תחת בעלה. ואף בדיני ממונות אין מקבלין עדות שלא בפני בעל הדין, וכתב רבינו יצחק בר אשר הלוי ז״ל, שאם קבלו עדות שלא בפני בעל דין, אינו עדות לדון על פיו ... וראוי להעניש לכל מי שהיה באותה עצה ובאותו ועד, לקבל עדות של לעז ופגם על אשה היושבת תחת בעלה שלא בפניה.״

ועיי״ש בהמשך התש׳ שפסל העדות והערעור על הגט, והתיר האשה לבעלה. ודברי הרא״ש בתש׳, הובאו להלכה ברמ״א אהע״ז יא,ד. והרשב״א בתש׳ (ח״ד סי׳ ר) נשאל במי ששלח גט לאשתו על ידי שנים, שהם עדי חתימת הגט, והם עדי מסירה. ונתנוהו ליד האשה כראוי וכהלכה. והיא לא ספרה לקרוביה שקבלה גט, והשלוחים הלכו להם, ולא חזרו אצל הבעל. ולא יצא עליה קול, לפי שמצאוה יושבת יחידה. וחשש הבעל שמא לא עשו שליחותן, וחזר וכתב גט אחר, ושלחו ביד שנים אחרים, ונתנוה לה בפני קרוביה, ומחמת יראה, חזרו העדים והעידו שלאשה אחרת נתנו לה הגט, ונתחלפה להם רחל בלאה. ושמעו ב״ד דברי העדים האלו האחרונים, והעמידו האשה בחזקת אשת איש. וטרח הבעל וחזר אחרי העדים הראשונים ימים רבים, והביאם לפני ב״ד, וקבלו עדותם שלא בפני האשה. ונשאל הרשב״א אם יכול הבעל להנשא בעדות זו. והשיב הרשב״א, שאין זה בכלל מה שאמרו אין מקבלין עדים שלא בפני בע״ד, שזה אינו בא עכשיו לידון בינו ובין האשה, אלא להעיד על עצמו שהוא מותר לישא אשה. ועל היתר הוא בא לדון וליתן עדים, כנותן עדים שחתיכה זו מותרת לו. הרי שלענין להתיר לבעל להנשא, אין צריך בקבלת עדות בפני

האשה, כיון שהשאלה היא באיסור והיתר, והיא נוגעת בעצם לבעל, אם מותר לו להנשא, ולכן אין לראות את האשה כבעלת דין לענין זה. והוא הדין באשה הבאה להנשא, ומביאה עדים שהתגרשה, שמקבלים עדותם שלא בפני הבעל.

עוד הוסיף הרשב״א, דאף לענין ממון מהני בדיעבד קבלת עדות שלא בפני בע״ד.

ומצאנו גם בבע״ד חולה או שלחו ולא בא, דכיון שיש צורך, מקבלים אפי׳ לכתחילה. וכל שכן בנידון שנשאל הרשב״א, שהוצרך לטרוח אחר העדים, ולא גרע מאותם דהיו רדופין ללכת למדינת הים. ויש לחוש דעד שיעמידו העדים בפני האשה, ילכו העדים ולא ימצאם עוד, בפרט שהם יראים מהאשה וקרוביה. ולא עוד, אלא נראה שכל שאין הבע״ד מצוי כאן, משמע שמקבלין. שלא אמרו אין מקבלים, אלא בזמן שבע״ד כאן, והביא ראיה מהירושלמי, עיי״ש. ועיין בתש׳ מהר״מ אלשקר סי׳ טז, מה שהאריך להשיג על הרשב״א.

ועיין במאירי בסוגיא (ב״ק קיב,ב): ״וכן הסכימו שבענין איסורין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין, כגון אם באו עדים והעידו שלא בפניה שנתקדשה לפלוני או שנטמאו טהרותיו, שזכות הוא לו להפרישו מאיסור, ואפילו היה נראה לדיין שיש שם צד רמאות, לא יקל בכך״. עוד כתב המאירי, דכל שהבית דין יכולין להביא את הנתבע לפניהם שולחים לו שיבא, וכל שלא בא או שאי אפשר לבא, מקבלים שלא בפניו, וכותבים הטעם שקיבלו שלא בפניו וההכרח לכך. ונראה בזה שדעתו כדעת הרשב״א, דככל שהענין נוגע לאיסור והיתר לאדם עצמו, וכמו לענין להתירו להנשא לעלמא, מהני קבלת עדות שלא בפני האשה, בפרט אם יש הכרח לכך.

ומהרש״ל בתש׳ (סי׳ לג, הובא גם בשו״ת הרמ״א סי׳ יג, ועיין גם בתש׳ מהרש״ל סי׳ יא, ובתש׳ רמ״א סי׳ יב וסי׳ יד) כתב דלא מהני לאסור אשה לבעלה בקבלת עדות שלא בפניה, ואף בדיעבד לא מהני, דאין הלכה כראב״ן, וכמש״כ בספרו יש״ש ב״ק י,ט (עיין ש״ך כח,יט, דהביא דבריו דלא מהני בדיעבד, ונראה דהכי ס״ל, וכן נראה מדברי הב״ש יא,טז, דלא מהני בדיעבד קבלת עדות לאסרה לבעלה, וכדעת היש״ש), אא״כ הזמינו אותו לדין ופשע ולא בא. ולא דמי לקטטות ומריבות שמקבלים שלא בפניו, דדוקא ענינים שאין בהם דברי אסורים אלא חירופים וגידופים ולראות מי הוא הפושע, לפשר העניין וידע מי מחוייב ביותר כדי להשקיט הריב, בזה מותר לקבל העדות שלא בפניהם. ועיין בתש׳ רמ״א סי׳ יב, דכמו דלא מהני לאוסרה שלא בפניה, הוא הדין דלא מהני להפסידה כתובתה, עיין או״ת, אורים כח,לו, ובנתיבות בחידושים כח,ל.

והנודע ביהודה בתש׳ (קמא חאהע״ז סי׳ עב) כתב, דאם קבלו בדיעבד עדות שלא בפניה ובפני בעלה, לענין לאסרה על בעלה, אין להקל בזה, דאף שהיש״ש

(הנ"ל) כתב דלא מהני, והרמ"א בתש' (סי' יב) הוסיף דלאסרה על בעלה הרי זה כדיני נפשות, ולכ"ע אפי' דיעבד לא מהני קבלת עדות שלא בפניו, וכן כתב בפשיטות הפנים מאירות בתש' (ח"א סי' כד), ושכן כתב בתש' עבודת הגרשוני (סי' ג), מ"מ קשה להקל בדיעבד להתירה לבעלה, כיון דדעת הראב"ן דמהני בדיעבד, ואפשר דאף לאסרה על בעלה כן, וכן דעת החכם ר' נפתלי הירץ בתשובת רמ"א הנ"ל, וכן י"ל לשיטת הראשונים דקבלת עדות בפניו הוי מדרבנן, א"כ יש לומר דלענין איסורא אוקמוה אדאורייתא, וכן צירף דעת המאירי (הנ"ל) דבענין איסור מקבלין שלא בפני בעל דין, הגם שרוב הפוסקים חולקים ע"ז, מ"מ לענין דיעבד אין להקל.

וכן נראה מדברי האבני נזר (חאהע"ז סי' יד), דהרמ"א בחו"מ כח,טו שפסק כרשב"א דמקבלים שלא בפני בע"ד בהיה אנוס, ס"ל כרשב"א דאין מקבלין שלא בפני בע"ד הוי מדרבנן, ולכן בדיעבד בקבלו עדות שלא בפניה לאסרה על בעלה, אין להתירה מחמת קבלת עדות שלא בפני בע"ד. ואף שהרמ"א בתש' החמיר שלא לקבל העדות אף בדיעבד, בפסקיו מוכח דס"ל דמקבלים בדיעבד וכשיטת הרשב"א. וע"ע שם בסי' רלח (אות יט ולהלן) מש"כ לבאר בדברי המאירי והרדב"ז (ח"א נז) דלענין איסורין זכות הוא לו, וכ"ע בעלי דין לענין זה, עיי"ש. וכן נראה בתש' הגרע"א (קמא סי' צד) שהביא דברי הרשב"א דקדושין אינן בכלל נפשות, ומש"כ הראנ"ח בתש' (ח"ג סי' כח) דמקובל מפי סופרים ומהר"י בירב והרדב"ז ושאר גדולי הדור, דבעניני איסור אישות, מקבלים עדים שלא בפני בעל דין, שהבי"ד עצמם הם הבע"ד, וכן הוא בשו"ת דברי ריבות (סו"ס ד) ועיין תשו' לחם רב (סי' כג), ולכן קשה להקל להתירה, אחרי שקבלו העדות. אמנם בתש' אחרת (קמא סי' צט) כתב הגרע"א דלא מהני באיסור קבלת עדות אפי' באונס, דבממון י"ל הפקר בי"ד הפקר, משא"כ באיסור דלא שייך טעם זה, עיי"ש. אולם בהמשך הדברים כתב דקשה להקל בדיעבד, מחמת דעת ראב"ן, ודעת ר' נפתלי הירץ המובאת בתש' הרמ"א. וע"ע שם בתש' בסי' קד.

ועיין בתש' דברי חיים (חאהע"ז ח"א סי' ה) שכתב להתיר לקבל עדות שלא בפניה, דכיון שמביא עדים שעליו מצוה לגרשה מחמת רוע מעלליה, הוי כדבר איסור שאין צריך להעיד דוקא בפניה; "ומה יעשה הבעל אם רשעה זו תברח ותמאן מלבוא ולסתור עצמה גם מלפני שליח בית דין, ולכן בודאי די בזה אם מקבלים עדות שלא בפניה. ובפרט דרמ"א (חו"מ כח,טו) פסק דבדיעבד דנין על פי עדות שלא בפניו". ומכח זה התיר לישא אשה אחרת, אם נתקבל עדות שרגילה להתיחד עם ערלים ולשכר עמהם.

ובנדו"ד יש מקום נוסף להקל בקבלת עדות בפני הבעל ולא בפני האשה, למש"כ החלקת יואב (חאהע"ז סי' ד) דעיקר העדות בעדי זנות נוגעת לבעל, שהאשה

אסורה לו, וכיון דמקבלים העדות בפני הבעל, אין צריך שיעידו גם בפני האשה. והביא החלקת יואב ראיה ממה שפסק הרמב"ם (הל' ע"ז ד,ו) דקטני עיר הנידחת נהרגין, אף שעדות כנגד הקטנים היא כלא בפניהם, מ"מ כיון שאנו מאמינים על הגדולים ונעשית העיר לעיר הנידחת, ממילא נהרגים גם הקטנים. והכי נמי בעדי זנות, כיון שנאמנים נגד הבעל שהוא בפנינו, נאמנים גם ביחס לאשה. והקשה החלקת יואב מסנהדרין יט,א, מעבדא דינאי דקטל נפשא, שאין מקבלים עדות שלא בפני ינאי, ומדוע לא יהיו מקבלים בפני העבד, ומה שיפסיד ינאי, הוא ממילא מכח העדות, עיי"ש מה שחילק. עוד הביא ראיה משיטת הרמב"ם (איסורי ביאה יח,ו) דקטנה שזינתה נאסרת, ומשמע דנאסרת מיד עוד בקטנותה, ואיך מקבלים עדות בפני קטן, אלא בהכרח דסגי במה שמקבלים בפני הבעל. ולא דמי לעבדא דינאי, דכיון דהעבד הוא של האדון והוא ממונו של ינאי, העדות על האדון הוא כמו על העבד, משא"כ במעידים על האשה שזינתה: "תדע, דתמיד אנו משגיחין על עיקר העדות, דהרי ודאי פשיטא דאם מעידים על האשה שחיללה שבת להרגה, ודאי דלא צריך בפני הבעל, אף דהאשה היא שדהו, עכ"ז עיקר העדות הוא לדיני נפשות". ולפ"ז גם בנדו"ד שעיקר קבלת העדות הוא להתיר לבעל לשאת אשה שניה, יש לקבל בפני הבעל, וסגי בכך, ואין צורך לקבל העדות גם בפני האשה, אף שבעדות זו נאסרת לבעל, כיון שעיקר העדות כאן נוגע להיתר חרם דר"ג. ועיין גם בבית יצחק (חאהע"ז סי' לא,ד) מה שהביא מהברית אברהם להתיר קבלת עדות שלא בפניה, לענין היתר חרם דר"ג אחר האלף החמישי, אף שהבית יצחק פקפק בהיתר זה, מ"מ כיון שהברית אברהם (סי' צב) והדברי חיים (חאהע"ז סי' ה) התירו, הסכים לדבריהם, עיי"ש.

עוד י"ל בנדו"ד, ע"פ מש"כ באבני נזר (חאהע"ז סי' יד). האבני נזר דן באריכות אם מהני מה שקראו לו ולא בא לענין איסורים, או דוקא לעניני ממון דהפקר בי"ד הפקר, משא"כ לענין איסור. ותלה במחלוקת הראשונים, הרא"ש והרשב"א, אם מה שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, הוא מהתורה או מדרבנן. וכתב שם, דאף לדעת הרא"ש מקבלים בשלחו לו ולא בא, דכיון דפשע, מקבלים שלא בפניו, אף שהוא מהתורה, ושכן דעת הרמ"א, וכן כתב בנודע ביהודה. עוד כתב באבני נזר לחלק בין נידון הרשב"א בתש', להתיר לו לישא אחרת מחמת שהתגרשה, לבין היתר לישא אחרת מחמת שזינתה, דבמעידים שלא בפניה שנתגרשה, דלהתירה לעלמא ודאי נאמנים, שאין זה לחייבה, רק שלענין היתר לישא אחרת היה מקום לומר שאינם נאמנים, שמא לא נתגרשה, ובזה כתב הרשב"א דאין זה נדון בינו ובין האשה אלא להעיד לעצמו. אולם במעידים על האשה שזינתה להתיר לו לישא אחרת מחמת שאסורה לו, כיון שלאוסרה אין נאמנים, ממילא אסור לישא אחרת. אולם כל זה בלא קראו לה, אולם בקראו לה ולא באה, גם באופן של להעיד שזינתה, יש לקבל העדות שלא בפניה.

וע״ע בדברי מלכיאל ח״ה סי׳ קסא, דלקבל עדות שלא בפניה לאוסרה על בעלה, צריך להתרות בה שתבוא לב״ד, ושאם לא תבוא, יגבו עדות שלא בפניה. וכך הוי בנדו״ד שהתרו בה וכנ״ל.

לאמור לעיל, הן לענין לאסרה על בעלה ולהתיר לו לשאת אשה שניה, והן לענין הפסד הכתובה, כיון דהתרו בא והזמינו אותה לבא לבי״ד, ולא רק שאמרה שלא תבוא, אף איימה על הדיינים שאם ימשיכו להטריד אותה בהזמנות, תפנה בתלונה לשלטונות, יש לקבל את העדות שלא בפניה.

## ד. מסרבת לבוא לדין תורה

ואם בסיס ההיתר הוא מחמת שעזבה את הבית מזה שנים, וגם חיה עם גבר זר, יכולים לקבל את העדות שלא בפניה וכנ״ל. אמנם במסרבת לבוא לדין תורה, שהתירו הפוסקים מחמת שהיא עוברת על דת, לכאורה היא גופה סיבה להתיר לו חרד״ג, אף ללא העדות הנ״ל, ויש לדון אם עצם הסרוב לבוא לדין תורה, הוא עצמו סיבה להיתר חרד״ג.

בספר יהושע (לגרי״ה באב״ד, סי׳ צח) כתב, דאשה המסרבת לציית לדין תורה, ואין בידינו כח לכפותה באמצעי כפיה לבוא לדין תורה; ״פשיטא ופשיטא דהוי עוברת על דת יהודית, ואם אינה רוצית לשמוע שום דברי בי״ד כשרים, כי אם עומדת על דעתה ולא תזוז לשמוע דברי כשרים, רק כפי מה שעולה בשכלה כן תעשה, אין לך אשה רעה בדעותיה שמצוה לגרשה״. ומבואר דעצם הסרוב לבוא לדין תורה הוא בבחינת עוברת על דת יהודית, והיא גופה סיבה להתיר לו לשאת אשה שניה (וכמו שיתבאר להלן בעוברת על דת). ולפ״ז אין צורך בשמיעת עדות במה שחיה עם גבר זר, דהעובדה שלא רוצה לבוא לדין תורה, דינה כעוברת על דת, ויש להתיר לו חרם דר״ג.

ובהסתמך על התש׳ הנ״ל, התיר מהרש״ם (ח״ה סי׳ מח) לשאת אשה שניה, וז״ל: ״וגם מחמת שהאשה מסרבת מלציית ד״ת באם שהזמין רו״מ גם את האשה והתרה בה והיא מסרבת, י״ל דמותר לגרשה בעל כרחה, וכמ״ש בשו״ת ספר יהושע סו״ס צח, דהוי׳ עכ״פ רעה בדיעותיה ומצוה לגרשה. וכן השבתי בשנה דאשתקיד לק״ק ביטשאטש. ומהגם די״ל דכיון דמסרבת, יש עליה עונש נח״ש (נידוי, חרם, שמתא), דאף שבעוה״ר אין יד ב״ד תקיפה לפרסם מגזירת המלך כנודע, אבל מ״מ דת תוה״ק בתוה״ק בתקפו וכרוך על ראש המסרב, ובעון זה בנים מתים כדין נודרת ואינה מקיימת, וא״כ יוכל לגרשה בע״כ ויוצאת בלא כתובה״. הרי שהסרוב לבוא לדון

בד״ת היא גופה טעם וסיבה להיתר חרד״ג, או מטעם של רעה בדעותיה, או שבעוון סרבנות היא בחרם ונידוי, ובנים מתים וכו׳.

גם בתש׳ אבני צדק (לגרי״י טייטלבוים, אב״ד סיגעט, חאהע״ז סי׳ מ) כתב, שאם מסרבת לעמוד לדין תורה, יש להתיר גם מטעם עוברת על דת: ״ובשגם גיסי הגאון אבד״ק זלאטשוב נ״י, העד העיד בנו שחותנו הגאון החוו״ד ז״ל עשה מעשה כך באשה שסירבה לעמוד עם בעלה לדין תורה, תיכף התיר לו לעשות כרצונו. וכן כתב לי ש״ב הרה״ג מסקאליט, כי הרב הגאון בעל החוו״ד, והרה״ג מוהרא״ל אבד״ק סטאניסלאוו ז״ל, ומו״ח הרה״ג ז״ל מטאלטשווא נתוועדו יחדיו לדין באשה שמסרבת לעמוד לדין תורה, והתירו לבעל. ואחריהם עוד מגדולי הדור״. וצירף טעם זה לטעמים נוספים, ובהם שרואים אנו שאין האשה רוצה לדור עם הבעל אלא רק לעגנו, ובזה היא גם מעגנת את עצמה, הגט אינו חוב לה אלא זכות.

וכן נמצא לגר״מ תאומים בתש׳ אוריין תליתאי (סי׳ קמד) לצרף לסניף את מש״כ בספר יהושע, שאם מסרבת לדין תורה הרי היא כעוברת על דת, ואין עליו חרם דר״ג. ואף שהביא מי שהקשה על ספר יהושע, דאינה נקראת עוברת על דת אלא בדברים שיש בזה מכשול לבעל, או בעוברת על נדר ושבועה, שבעוון זה בנים מתים, משא״כ ברעה בדעותיה. והביא מהדברי חיים שדינה כעוברת על דת לענין חרם דר״ג, דבזה לא תיקן ר״ג, וגם כשעוברת בזה על ציווי בי״ד, מונעת מהבעל אפשרות של קיום מצות פו״ר, ובזה הוי גם דברים שמכשילתו.

ומה שהביא מהדברי חיים, הוא בחאהע״ז סי׳ נא, וז״ל: ״והנה אם לא תקבל דברי הבית דין, הרי היא עוברת על דת דמותר לגרשה, דעל עוברת על דת לא תיקן הרבינו גרשום מאור הגולה, כמבואר בכל הפוסקים (עי׳ אהע״ז קטו,ד בהגה). והנה לפי דברי מהר״ם מפאדווה ז״ל בתשובה משמע בהדיא דבכל איסור שעוברת, מותר לגרשה בעל כרחה יעו״ש בסי׳ יד. אך אפילו לפי דמבואר בבית שמואל (קטו,ח) ובחלקת מחוקק (קטו,ח) דדוקא בעי עוברת על דת מה דנוגע לבעל כגון מאכילתו שאינו מעושר, מ״מ גם זה הוא מה שעוברת על צווי הבית דין נוגע לבעל, דהא על ידי זה לא יוכל לקיים מצות פריה ורביה כיון דאגיד בה, אם כן נמצאת עוברת על דת״. מבואר בדברי חיים דבעצם סרובה לעמוד לדין תורה, יש לה דין של עוברת על דת, שמונעת ממנו לקיים מצות פו״ר, והיא גופה סיבה להתיר לו לשאת אחרת.

ובתש׳ חבצלת השרון (חאהע״ז סי׳ ו) כתב לסמוך על דעת הפוסקים דבמסרבת לדין תורה, יש להתיר לבעל לשאת אשה אחרת, אך לא מטעם עוברת על דת, אלא כיון שסירבה לעמוד לדין תורה אחרי כמה פעמים שהתרו בה, שוב אין חיוב על הבי״ד להזקק לה, וכיון שהוא אומר שהיא מאוסה עליו, ונותן אמתלאות טובות לדבריו,

אף שהבי״ד לא היו מאמינים לו וחוששים שמא עיניו נתן באחרת, מ״מ עתה שסירבה לדין תורה, אין בי״ד נזקקין לה, והוא לפי דבריו אינו עושה איסור. וכיון דכל תקנת ר״ג הוא משום קטטה, ולדבריו הראשונה מאוסה בעיניו ולא ידור עמה, לא יעבור על החרם, ולכן נאמן, עיי״ש.

ובתש׳ חת״ס (חאהע״ז ח״ב סי׳ קסז) נראה שאינו טעם בפני עצמו להחשיבה עוברת על דת, אלא כיון שהיא מורדת בבעלה, וסרבה לעמוד לדין תורה יותר מי״ב חודש, יש להתיר לו לשאת אשה אחרת, והיינו מטעם היותה מורדת ומעגנת את בעלה, ולא הזכיר שהוא עוברת על דת, וז״ל:

״שהאשה מ׳ הינדא, אשת מה׳ משה פיזינגר, מורדת על בעלה ומעגנת אותו, והבעל נתרצה לכל אשר יורו המורים, הן לדור עמה בכפיפה אחת, הן לפוטרה בג״פ כדמו״י, ואך היא עומדת בסרבנותה, ולפי מכתב הרבנים נ״י נמשך זמן הסירוב יותר מי״ב חודש הרבה ... ובכל ההתראות היא עומדת בסירובה מבלי לעמוד כלל עם בעלה לפני דייני ישראל. הנה לכאורה כיון ששהתה בסרבנותה יותר הרבה מי״ב חודש, פשוט הוא שיכולים להתיר לו לישא אשה על אשתו ע״פ ק רבנים כנהוג, וישליש לה גט בתחלה ... אבל כשהיא אינו רוצה לקבלה, וכבר שהינו י״ב חודש, ג״כ פשוט שאין לענגו לעולם אלא או יגרש בע״כ או נתיר לו חרד״ג ... והנה לפי ששמעתי מפי מה׳ ישראל טעם מרידתה מפני שהוחזקה כבר ב פעמים שמשתגעת בלידה וחוששת שתילד ותלקה בשגעון עולם, ע״כ מורדת היא מתשמיש ותשב על בלתה היות לה אורח כנשים ואז תחזור לבעלה, והוא והיא רכים בשנים, וא״כ אין לה צער בעיגון שלה, ושפיר שייך יאכל הלה וחדי והוא יצטער ויהי׳ מעוגן על ידה, וכזה לא תיקן הגאון ז״ל.״

ולא דן החת״ס להתיר מצד עוברת על דת, במה שמסרבת לבוא לדין תורה, אלא מטעמים של מורדת ומצערת לבעל, וכמבואר בגוף התשובה, וא״כ משמע שאין בטעם סרבנותה לבוא לדין תורה, סיבה עצמאית להתיר לו חרד״ג, מטעם עוברת על דת או טעם אחר, וכמש״כ בספר יהושע. ועיין גם במהר״מ שיק (חאהע״ז סי׳ קטו) שדן שם באשה שקבלה גט ונמצא בו ספק פסול, ומסרבת לבוא לקבל גט נוסף, ולא הזכיר להתיר מדין סרבנות ומדין עוברת על דת, ודן שם בצדדים אחרים, עיי״ש.

ובתש׳ פרי השדה (לגרא״ח דייטש, ח״ג סי׳ כ) כתב עמש״כ בספר יהושע, דאף אם רעה היא בדעותיה ומצוה לגרשה כשמסרבת לעמוד בדין תורה, עדיין לא מבואר דרשאי לגרשה בעל כרחה. ובפרט שיש הרבה אנשים, ונעשה להם כהיתר, שמשמטין עצמם מלבוא לדין תורה, וקשה לומר שיהיה זה בכלל רעה בדעותיה. והיינו

שאינה מזידה שתחשב כרעה בדעותיה, שכן רואה הרבה שעושים כך. ועל דבריו סמך הגרי"ש טייכטל זצ"ל הי"ד, בתש' משנה שכיר (חאהע"ז סי' עד) שאין בטעם זה לחוד להתיר חרם דר"ג, ורק אם רוצה לעגנו ולצערו, יש להתיר, משא"כ ברוצה להמשיך ולדור עימו, אין בעצם הסרוב בלבד טעם להתיר, עיי"ש.

ולפ"ז בנדו"ד שמסרבת לבוא לדין תורה וגם מסרבת לדור עימו, וכמו שאמרה לדיינים בטלפון שבעיניה היא גרושה מחמת הגרושין האזרחיים, רבים הפוסקים המתירים מטעם זה לחוד להתיר לבעל לשאת אשה שניה, ובפרט אם יבואו עדים המעידים שהאשה גרה כבר זמן רב עם איש זר.

## ה. השלשת סכום הכתובה וזיכוי הגט

הב"ח באהע"ז א,ו, על מש"כ הרמ"א (אהע"ז א,י) במקום שאין הראשונה בת גירושין כגון שנשתטית או שהוא מן הדין לגרשה ואינה רוצה לקבל גט, יש להקל להתיר לו לישא אשה אחרת, כתב וז"ל: "מיהו ראיתי מרבותי, שקיבלו גם הם מגדולי עולם, שיציעו הענין לפני הגדולים שבאותו הדור ויסכימו בהיתר זה ויחתמו מאה רבנים על אותה ההסכמה, וכמ"ש בספר כל בו (סימן קטז) בתקנת ר"ג מ"ה. וגם ישליש סך כתובתה ונדונייתה ותוספת שכתב לה ביד ב"ד, ואח"כ ישא אחרת". ובכלבו (סי' קטז) כתב דתהא כתובתה צרורה ומונחת ביד נאמן במשכונות או במעות, עיי"ש.

ולכאורה דין זה של השלשת הכתובה הוא רק באופן שלא התברר בבית דין שהפסידה כתובתה, וכבנדו"ד שבאם עדים שחיה עם אחר, ויש לקבלם שלא בפניה וכנ"ל. ועצם החידוש של השלשת הכתובה, תוספת הכתובה והנדוניא, הובא גם בב"ש א,כג, והביא מדברי הב"ח גם באהע"ז סי' קיט, שיתן גט ביד שליח הולכה, שיהיה הגט בידו עד שתשתפה, וחייב ליחד לה בית בפני עצמה, וישמור אותה ממנהג הפקר, וחייב ליתן לה מזונות. ויחוד הבית ומזונות, הוא דין מיוחד בשוטה, שחייב במזונותיה ומדור, ושלא ינהגו בה מנהג הפקר. וכנ"ל דנראה דאין זה מעיקר ההיתר, שלולי השלשת הכתובה אין מתירין לו, דרק במקום שי"ל שחייב בכתובה, חייב להשליש, משא"כ במקום שנראה לבי"ד לפסוק שהפסידה כתובתה.

ובצמח צדק (הקדמון, סי' סז) דן במי שאין בידו להשליש סכום הכתובה, לפי שכתובתה מרובה ואין ידו משגת להשליש אפילו חצי סך כתובתה, וכתב הצמח צדק דצ"ע איך להתיר לישא אשה אחרת, כיון דהכלבו כתב שאין להתיר אפי' כשיראו טעם מבורר, אלא כשישליש סך כתובתה. ואף דהרא"ש והריב"ש כתבו בתשובה, הביאם הרמ"א קיט,ו, דיכול לגרשה ואין לו לשלם הכתובה, אינו יכול לעכב הגירושין אלא תתגרש וישאר הכתובה חוב עליו, אינו דומה לנדו"ד, דשם כיון שיכול לגרשה

מצד הדין אלא שאין לו לשלם אינה יכולה לעכב בשביל פרעון הכתובה אלא תשאר חוב עליו; "אבל כאן אין גירושין כלל, אלא שרוצה לישא אחרת וחל עליה חרם דר"ג, ולא נמצא היתר אלא בגונא דכתב הכלבו שצריך להשליש סך כתובתה ליד ב"ד, אם כן היאך נכניס ראשינו להתיר אפילו כשלא ישליש, דילמא כך היה מקובל הכלבו שמתחלה נעשה חרם על אופן זה שלא להתיר אפי' כשיראו טעם מבורר, אם לא שישליש סך כתובתה ותוספתה". ולכאורה משמע שדוקא כשמגרשה בפועל, יכול לגרש ללא כתובה, משא"כ בהיתר חרם דר"ג, אין להתיר ללא השלשת הכתובה, דכך היה מעיקר התקנה. ועדיין צ"ע, דכל זה במקום שלא התברר שהפסידה הכתובה, אולם אם הפסידה הכתובה בבי"ד, מדוע שיצטרך להשליש הכתובה. ודוקא באופן שנשטתית שלא הפסידה הכתובה וכיוצ"ב, משא"כ בנדון כנדו"ד.

והנצי"ב במשיב דבר (חאהע"ז סי' ג) כתב, דחששו הראשונים שמא כשתשתפה ויהא חייב לגרשה, לא יהא קל בעיניו להוציאה מחמת תשלומי הכתובה ויעגן אותה בחנם, ע"כ תקנו שתהא הכתובה צרורה ומונחת ותהא קלה בעיניו להוציאה, ואין לחוש עוד שיעגנה בחנם. ובימי הב"ח הוסיפו לחוש שמא יעגן אותה כדי ליורשה, ולכן תקנו שישליש ג"פ ויהא לה דין נתן עיניו לגרשה, דלשיטת הרשב"ם בב"ב קמו,ב שוב אין יורש אותה, ואף דלא קיי"ל כהרשב"ם, כמבואר בשו"ע אה"ע צ,ה, כיון דהירושה בחזקת יורשי האשה, מהני הג"פ שלא יהיה מקום לחוש לזה, שיאמרו קי"ל כרשב"ם. וגאוני קדמאי דלא ס"ל כרשב"ם, לכן לא תקנו השלשת ג"פ. והעלה הנצי"ב בדבריו, שלא תקנו להשליש כתובה אלא כשיש לו, וכמו שהיה חייב לסלק לה הכתובה אם היתה פקחית וגרשה, כך חייב להשליש בהיותה שוטה. אולם באופן שכופין אותה לקבל גט, יכולים להתיר לו בלי השלשת כתובה, שהרי אין כאן טעם שתהא קלה בעיניו להוציאה שהרי אין לו. ואם נחוש שמא יעשיר וכשתשתפה ולא ירצה לגרש משום הכתובה, ישליש וועקסלען שתוכל לגבות אפילו לא יגרשנה. ונראה דגם מה שכתב בכופין לגרשה שאין חיוב להשליש באין לו, מיירי בכופין להוציא ויש לה כתובה, אבל אם זינתה באופן שאין לה כתובה, נראה דאין צריך להשליש כלל, דלא שייך הני טעמים, שהרי יוכל לגרשה ממילא ללא כתובה, כיון שכבר הפסידה כתובתה.

ובתש' עבודת הגרשוני (סי' לו) דן בענין אחד מתלמידי ישיבתו, ואשתו נשביתה והמירה מחמת אונס, ורוצה לשאת אשה שניה, ושאל את הט"ז, שעבר במקרה בעירה בה היה התלמיד, והתיר לו הט"ז לשאת אשה שניה אף בלא השלשת גט וכתובה, והיו שערערו על הוראת הט"ז. והשיב עבודת הגרשוני, דאף שאין אשה שהמירה דתה בשעת הזעם והרג רב נאסרת על בעלה, ולא חיישינן שמא נתרצית, מ"מ דינה כעוברת על דת, ואף שלא הפסידה הכתובה מחמת שלא התרה בה, מ"מ

אין חיוב כתובתה מעכבת אותו לגרשה בע״כ במקום שיוכל לזכות לה גט לאשתו ראשונה ולישא אשה אחרת, אף שאינו בהשג יד להשליש לה כתובתה. ומה שהתיר הט״ז בלי זיכוי גט לאשתו הראשונה, נראה דס״ל דבכה״ג לא תיקן רבינו גרשם שלא ליקח ב נשים, רק שמנהג אישטרייך להשליש גט קודם שישא אשה אחרת, כמ״ש תה״ד בפסקיו סי׳ מד וסי׳ רנו, וכיון שבמדינות מערהרין וגם במדינות פולין אין שם מנהג ידוע, ממילא מחמת ספק מנהג לא הוצרך לזכות גט לאשתו הראשונה.

והציע עבודת הגרשוני את דבריו לפני חמיו (הצמח צדק), והשיב לו הצמח צדק דלא נקראת עוברת על דת כשהמירה מאונס, לא לענין להפסיד כתובתה ולא לענין לגרש בעל כרחה, אף שהיא באמת עוברת על דת כשהמירה שתנצל מן המיתה, שלא היה לה לעשות כן, מ״מ לא נקראת עוברת על דת שדברו בה חז״ל הן לענין הפסד כתובתה הן לענין גירושין בעל כרחה, דדוקא באשה שרגילה בכך שמאכילתו שאינו מעושר וכו׳, ולא בכה״ג שנפלה בפעם אחת בשעת הזעם והרג רב, אע״פ שעשתה עבירה חמורה שבחמורה, לית לן בה, כיון שמאונס עשתה כן וע״י תשובה קלה תתכפר לה. וגם דחה שאין מנהג לגרש בלא השלשת גט.

ועיי״ש מה שהשיב לו עבודת הגרשוני, שיש מצוה לגרשה גם בלי התראה, והנידון של התראה הוא ביחס לכתובה, וכיון דאיכא מצוה, ליכא למיחש לחרם רגמ״ה, כי במקום מצוה לא גזר, כיון שעברה על דת אף שאנוסה היתה. ומה שכתב שאינה נקראת עוברת על דת בעברה פעם אחת, כתב לחלק דלענין מגלה זרועותיה, דוקא רגילה בכך, משא״כ בהמירה. וגם ענין רגילה בכך הוא להפסד הכתובה ולא למצוה לגרשה, עיי״ש. והנה כל זה לענין עוברת על דת, שאף אם לא הפסידה כתובתה, ס״ל לעבודת הגרשוני שאין צריך להשליש כתובתה, כיון שרבינו גרשם לא גזר בכה״ג, ועל זה חלק חותנו הצמח צדק, אולם במקום שהפסידה הכתובה וכנדו״ד שחיה עם אחר, ודאי אינו צריך להשליש הכתובה. ועיין בתש׳ בית יצחק (חאהע״ז סו״ס לא) באשה שברחה עם נכרי, והכומר כתב מכתב שהמירה דתה, דס״ל לבית יצחק דודאי אינו צריך להשליש הכתובה, אך לענין הנדוניא דן שם להשליש, שאם תחזור בתשובה שיהיה בידה, וציין לדברי הרמ״א חו״מ רפג,ב, ש״ך ס״ק ב ונתיבות ס״ק א, עיי״ש.

ואף שהאחרונים הנ״ל דיברו במומרת, נראה דהוא הדין היכא שנאסרה עליו מחמת זנות. כן מבואר במהרי״ק (שורש קמא), וז״ל: ״ועוד דפשיטא דלא מיקרי נושא שתי נשים אלא כשהראשונה מותרת לו, אבל כשהיא אסורה עליו כגון זו שזינתה כמה וכמה פעמים, כיון שהמירה ונשתקעה בכותים, פשיטא דאין זו אשתו לעניין זה. ואף כי עדיין היא אשתו לחייב הבא עליה משום אשת איש, כיון שאסורה עליו עולמית״. הרי דכל היכא שאסורה עליו, אין זה בכלל נושא שתי נשים, כיון שאינה

אשתו לענין שאינו יכול לחיות איתה, ובכה"ג לא גזר ר"ג. ומדלא גזר ר"ג, לכאורה אין צורך בהתרה או בהשלשת הכתובה. וכן הסכים באבני נזר (חאהע"ז סי' ד). ועיין חמדת שלמה (חאהע"ז סי' ד) מש"כ בזה.

והשב יעקב (חאהע"ז סי' א ד"ה ולפ"ד אין הוכחה), בענין מש"כ הב"ש שלא חילק בין מן הדין לגרשה שלא פשעה, כגון בשהה י שנים ולא ילדה, לכשפשעה כגון עוברת על דת, דבשניהם יש חולקים אם נוהג חרד"ג במקום מצוה, וע"ז כתב השב יעקב, דבמקום שפשעה כגון בעוברת על דת, שכתב הרמ"א אהע"ז קטו,ד דיכול לגרשה בעל כרחה ואין בזה משום חרם דר"ג, ולא הביא חולקים, דבעוברת על דת לכ"ע לא תיקן ר"ג שלא יגרשה בעל כרחה. ואף שלענין עוברת על דת החמיר בחמדת שלמה (הנ"ל), כיון שאם רוצה רשאי לקיימה, מ"מ בזינתה ודאי לא תיקן ר"ג. ובתש' מהר"י הכהן (רפפורט, מהדור"ת חאהע"ז סי' כח) כתב דאין לחלק בין המירה לזינתה, ואף בזינתה יכול לזכות לה גט, ואין צריך היתר ק רבנים.

והגרי"א בעין יצחק (חאעה"ז סי' א) נשאל באשת איש שזינתה ברצון ונאסרה על בעלה, והבעל רוצה לישא אשה אחרת במדינתו ואשתו אינה רוצה בשום אופן לקבל גט מבעלה, אם להתיר לו לישא אחרת בלא היתר מאה רבנים ואם ישליש גט, או דאין תועלת כלל בהשלשת הגט וזכוי הגט, כיון דאין רצונה להגט. והגרי"א השיג על השבות יעקב שכתב דלא מהני זכוי הגט היכא דאינה חפיצה בגט, וס"ל לגרי"א דכיון דהוי זכות גמור מזכין לה בעל כרחה, וע"כ יש להתיר לו לישא אשה אחרת, לאחר שיתרו בה שתקבל גט, ואם לא תסכים לקבלת הגט, ישליש גט ובתורת זכוי עבורה. ואף דנימא דלא מהני זכוי הגט כלל היכא דאומרת בפירוש שאינה רוצה כלל בגט, מ"מ יש להתירו לישא אחרת אף בלא היתר מאה רבנים וכפי סברת המהרי"ק והחמדת שלמה, דעיקר תקנת ר"ג לא היתה רק באשה המותרת לו, אבל בנאסרה עליו אין זה בכלל שתי נשים, ואין זה בכלל תקנת ר"ג.

ואף שמצאנו בחתם סופר (חאהע"ז ח"א סי' ג) שכתב דאף בזינתה יש צורך בהיתר ק רבנים, נראה דלענין השלשת הכתובה, אין צריך אף לשיטתו. החת"ס כתב לחלק בין מומרת לזינתה, דבמומרת אפשר לזכות לה גט, ואם מזכים לה גט, אין צריך היתר ק רבנים, דבמומרת שא"א להשיגה לגרשה בע"כ, ולהתיר לישא אחרת בלי ק רבנים לא נהיגי אפי' בפושעת, ע"כ נהגו לזכות לה גט, דזכות גדולה היא לה כיון שהמירה ומופקרת לזנות ומחייבת מיתה על כל בעילה, א"כ הגירושין זכות לה, ועל זה כתב מהרי"ק שרש קמא דלדעתו במקום מצוה כי האי לא גזר, ולא בעי ק' רבנים. א"כ מהיכי תיתי לזכות לה גט, דלרי"ף ספ"ק דגיטין אין זכיה מועילה אלא שלא יחזור בו האדון והבעל אבל לא שתהיה מותרת לעלמא. ואף שהתוס'

ורא״ש ורמב״ם פליגי, וקיי״ל כדבריהם, מ״מ למה לנו להכניס עצמינו נגד הרי״ף באיסור דאורייתא, כיון שיכול לישא אחרת בלי זיכוי גט. אך במקום שנתפשט המנהג דגם במקום מצוה גזר, ובעי ק רבנים ויתעגן הבעל עד שיטרח ויוציא הוצאות ק רבנים, יפה עשו שסומכים על רוב פוסקים לזכות לה גט, כדי שלא יתעגן עד שימצא ק רבנים.

אך כל זה במומרת ולא בזינתה, דרמ״א אהע״ז קמ,ה הוסיף מן דיליה, דהוא הדין אשה הנאסרת על בעלה מזכה לה גט, ויש חולקים. דכשהוא באופן שתזנה והולכת ומפקרת עצמה מכאן ולהלן, דזכות הוא לה להצילה מחיוב חנק כל שעה, מזכים לה גט, וכתב דיש חולקים, והיינו שלא התיר המהרי״ק אלא כשהתפשט המנהג, והרי המנהג לא התפשט אלא במומרת, אבל אשת ישראל שאפי׳ זינתה פעם ופעמיים לא שכיחא שתזנה והולכת ושיהיה זכות ברור לה בגירושין, כיון דלא שייך מנהג במידי דלא שכיחא, לא התיר מהרי״ק. זו כוונת הרמ״א בדעת החולקים. וכתב החת״ס דמ״מ צ״ע דמה בכך דלא שכיחא וליכא מנהגא, מ״מ כיון שנתפשט המנהג שלא להתיר בלי ק רבנים, גם בזנות יתעגן הבעל עד שיטריח וימצא ק רבנים, ע״כ טוב לזכות לה גט ולא לחוש לדעת יחיד של הרי״ף. ונראה דכל הנידון של החת״ס הוא אם לזכות גט או להתיר ע״י ק רבנים, אבל לענין השלשת הכתובה, כיון דלא גזר ר״ג בזינתה, בפרט כשממשיכה לזנות, אין צריך להשליש הכתובה, ובפרט אם מזכה לה גט ומגרשה בעל כרחה, דהשלשת הכתובה הוא באופן שמתירים לשאת ב נשים ע״י ק רבנים, משא״כ כשמגרשה בזיכוי גט. ועיין בבית יצחק (חאהע״ז ח״א סי׳ קד) שכתב דיזכו לה גט, אם ידוע בעדים שגרה עם איש אחר, ואין צריך להיתר ק רבנים, עיי״ש. ובתשורת שי (ח״א סי׳ תקמג), הגם שפקפק בזיכוי גט, כיון שמוחה בקבלתו, מ״מ התיר לו לשאת אשה אחרת, אף ללא היתר ק רבנים.

והדברי חיים הנז׳ (חאהע״ז ח״א סי׳ ה) דן באשה שרגילה להתיחד עם נכרים, ואחרי שכבר אינה דרה עם בעלה, ילדה תאומים, והן לדבריה והן לדברי הבעל, אינם ילדי הבעל. וכתב הדברי חיים דבזה ודאי לא גזר ר״ג. אך כתב דלא מהני לזכות לה גט, כיון שהאשה צווחה ואינה רוצה בגט, בכהאי גוונא לית מאן דפליג דאין נעשה שליח עבורה לקבלה בעל כרחה, והגם דמשמע מקצת פוסקים דבדבר שיש בו זכות גמור לא מהני מחאה, לא קיימא לן כוותייהו, ואפי׳ איסור יש לזכות לה גט, דיוכל לבא לידי תקלה דבית דין טועים, שישיאוה בגט זה. ולא הזכיר הדברי חיים אם צריך בכה״ג היתר ק רבנים אלא שאין לזכות לה גט; ״דנידון דידן אשה שנאסרה ומוחה מלקבל גט, בודאי אסור לזכות לה גט פן יבא לידי תקלה, ורק שמותר לו לישא אחרת, דכהאי גוונא לא גזר רבינו גרשום מאור הגולה״.

ובאבני נזר (חאהע"ז סי' ד) כתב דכשיש עדי זנות, אינה אשתו ולא גזר ר"ג, וכמש"כ מהרי"ק (הנ"ל). אלא שבנידון האבני נזר לא היו עדים על זנות אלא על כיעור, ואף שכתב לצדד להתיר אף בעידי כיעור, הסיק האבני נזר, וז"ל: "ומהיות טוב נ"ל לזכות לאשתו הראשונה גט, כי זכות גמור הוא לה מאחר שזינתה ואין לה עוד היתר לבעלה, למה לה להיות נדונית באשת איש על כל ביאה וביאה, וכמ"ש הפוסקים במומרת (סי' א סעי' י ברמ"א). ויש עוד סניף מחמת שהבעל עוד לא קיים פו"ר, כי אין לו רק בן אחד, ויש פוסקים במקום מצות פו"ר להתיר. לזאת נ"ל להתיר [בשעת הדחק שקרוב הדבר שלא ישמע להמתין עד שישיג היתר מאה רבנים] לו לישא אחרת בלא מאה רבנים, ועכ"פ יסכימו בהיתר עוד שני רבנים מובהקים". אמנם בנדון האבני נזר לא מחתה בגט, וע"כ התיר לזכות לה גט, וכן צידד בשעת הדחק בלבד ללא היתר ק רבנים, כיון שלא היו עדי זנות אלא עדי כיעור.

והגאון ר"מ אריק, אמרי יושר ח"ב סי' קטז, דן בענין אשה שגרה כמה שנים עם נכרי בפרהסיא, וכתבו לה הבי"ד שתקבל גט מבעלה; "ולא רצתה אז, כי אינה צריכה, כך היתה תשובתה". ודן שם לענין זיכוי הגט, דאף שבעבר לא רצתה, י"ל שחזרה בה ויכולים לזכות לה גט. ולענ"ד נראה שיזכו בנדון שם, שהרי לא מחתה בקבלת הגט, רק לא רצתה לטרוח, דסבורה שאין לה צורך בזה, ובכגון זה לא חשיב שאינו זכות לה, דדוקא במוחה ואינה רוצה, כגון שרוצה להמשיך להיות נשואה לבעל, מטעמי ממון או לצערו, משא"כ באינה רוצה לטרוח בקבלתו, מפני שסבורה שזה מיותר מבחינתה. והנה לעצם הדין כתב הגר"מ אריק: "דבנדו"ד יש לזכות לה גט ואין צריך להשליש כתובה, דהא זינתה בודאי ואבדה כתובתה, ואם הדבר ברור גם עתה שאין רצונה בגט, מותר לישא אחרת בלי ק רבנים, רק עכ"פ יקבל עליו בשבועה ליתן לה גט אם תאבה בגט. ועיין תש' מהרש"ם ח"ג סי' כא. אבל שם היה רק קול ולא נתברר, ע"כ הצריך להשליש כתובה, אבל בנדו"ד הוא פטור לגמרי". וע"כ בנדון דידן שאינה מוחה בקבלת הגט, רק שסבורה שאינה צריכה, יש להתיר בזיכוי גט, ללא היתר ק רבנים וללא השלשת כתובה. וע"ע בשאילת שלום (לגר"ש טויבש מבוטשאן, ח"ב סי' ה) שהתיר אם יש עדים שגרה עם הנכרי כדרך איש ואשה, ושיזכה לה גט ואין צריך היתר ק רבנים. וכן התיר הרוגוטשובער בצפנת פענח (ח"א סי' יד), באשה שדרה בפרסום עם איש זר, כיון שהיא פשעה, אינו משועבד לה, ויכול לשאת אשה אחרת ללא היתר, ורק כשתבקש ממנו גט, יתן לה גט.

**לאור האמור לעיל, לאחר שיקבלו עדים שלא בפניה שהיא גרה עם אחר, יזכו לה גט, ויתירו לבעל לשאת אשה שניה, ללא צורך בהיתר ק רבנים וללא צורך בהשלשת הכתובה.**

**לאחר זיכוי הגט, ימסרו הגט ליד שליח ההולכה, ולא יכתבו מעב"ד של זיכוי הגט, שלא תוכל האשה להנשא ללא קבלת הגט בפועל, אלא יכתבו פס"ד של היתר נישואין, ויציינו שנעשו כל הפעולות הדרושות להיתר זה, וכי הגט מושלש בביה"ד, והאשה רשאית לבוא בכל עת ולקבל הגט בביה"ד.**

**במידה והבעל לא יביא עדים כשרים לבי"ד בדבר מגורי האשה עם גבר זר, אף שיש להתיר לבעל לשאת אשה שניה מחמת סרובה לבוא ולדון בביה"ד, צ"ע אם בכה"ג, בהודאה טלפונית, אף שהיתה בפני כל דייני ביה"ד, יש לראות בכך הודאת בע"ד להפסד הכתובה ולהתיר לשאת אשה ללא היתר ק רבנים. וע"כ, אם לא יביא עדים כשרים לבי"ד בדבר מגורי האשה עם גבר זר, יתירו לו לשאת אשה שניה, ויצרפו היתר ק רבנים. וכן ישליש סכום הכתובה באמצעות שיק עצמי עם שני ערבים, או בכל דרך אחרת שתראה לביה"ד, לפי שקול דעת ביה"ד. (בפרט שהבעל מוכיח שכבר גבתה סכומים גדולים באמצעות הסכם הגרושין שנעשה בבית המשפט). וכן יזכו גט, ויתנו אח"כ לשליח הולכה, וכנ"ל.**

# סימן ב

## אב שטוען שבתו מאיש אחר

### ראשי פרקים

**א. חזקת האב ונאמנות האב, כשנשואים אזרחית**

**ב. בני זה ממזר**

**ג. עדות או נאמנות**

**ד. לפסול בתו**

**ה. נאמנות להכשירו**

ראובן הכהן נישא בשנת תשנא בנשואין אזרחיים לגרושה. בשנת תשנג נפרדו כשהאשה בהריון. לאחר הלידה תבעה האשה מזונות עבור הבת בביהמ״ש המחוזי בירושלים. ראובן טען שהבת אינה שלו, מאחר ואשתו חיה באותה תקופה עם גבר אחר (בפרוטוקול בביהמ״ש נקב בשמו), ולדבריו בפועל לא חיו כאיש ואשה כמה חדשים לפני ההריון. הוא ביקש לערוך בדיקת רקמות (שהיתה נהוגה באותה תקופה) להוכיח שאינו אבי הבת. ביהמ״ש סרב לבקשתו. במהלך הדיון הגיעו הצדדים להסכם, ועל פיו ישלם האב מזונות נמוכים (400), כשהאב מוותר על הסדרי הראיה. בשנת תשנה נשאה האם (אזרחית) עם אותו גבר שראובן טען שגם איתו חיה האם (יצוין כי אינו כהן, והביאו עדות על משפחתו ועליו, שהוא יהודי ואינו כהן). במהלך השנים התיחסה הבת אל בעל האם כאביה, אף שבת.ז. רשומה היתה ע״ש ראובן. לדבריה – מעולם לא הכירה את ראובן, והנושא מדוע היא רשומה על שמו, היה נושא אסור לשיחה בבית.

כעת הבת באה להרשם לנישואין, עם בחור שהוא כהן. ביה״ד זימן את ראובן, שחזר על דבריו שאינה בתו, וכי בתקופה המדוברת האשה חיה עם גבר אחר (שאח״כ נשאה לו אזרחית), ומה שהסכים לפשרה בענין המזונות, מפני שהשופט לחץ עליו ואיים שאם לא יגיעו לפשרה זו, יחייב אותו בסכום גבוה, וכך בחוסר ברירה הסכים לפשרה, כאשר בפועל במשך 12 שנה, האם הסכימה עקב מצבו הכלכלי, לותר לו על תשלום המזונות שלא נגבו.

אם הבת טענה בביה״ד כי כל מה שאמרה בביהמ״ש זה אמת, ואף כי היה לה קשר אישי עם בעלה השני בתקופה המדוברת, ראובן הוא אבי הבת. כיון שהאם נפרדה מבעלה השני לפני מספר שנים, והוא בחו״ל וכתובתו לא ידועה, לא ניתן היה לקבל את גירסתו.

ויוצא א״כ שאם הבת היא בתו של ראובן, הרי נולדה מאיסור כהונה ודינה כחללה ואסורה לכהן, עיין קדושין עז,א ושו״ע אהע״ז ז,יב, ואם היא בתו של השני, אין כאן איסור כהונה, דאף שהאם נפסלה לכהונה, מ״מ השני אינו כהן ואינה חללה. וכן מה שנישאו אזרחית בלבד, ממילא אין לאסרה לבוא בקהל מדין ממזרות, אף אם התעברה האם בהיותה נשואה אזרחית לראובן.

## א. חזקת האב ונאמנות האב, כשנשואים אזרחית

כל מה שאנו מחזיקים את הבת מלכתחילה כבתו של ראובן, נובע מהכלל ההלכתי של רוב בעילות אחר הבעל, עיין חולין יא,ב: רב מרי אמר, אתיא ממכה אביו ואמו, דאמר רחמנא קטליה, וליחוש דלמא לאו אביו הוא, אלא לאו משום דאמרינן זיל בתר רובא ורוב בעילות אחר הבעל. ואיתא בסוטה כז,א, דאפי׳ אשה מזנה, בניה כשרים, דתני רב תחליפא בר מערבא קמיה דר׳ אבהו, אשה מזנה בניה כשרין, רוב בעילות אחר הבעל. ורק בפרוצה ביותר הסתפקה הגמ׳; בעי רב עמרם, היתה פרוצה ביותר מהו, אליבא דמ״ד אין אשה מתעברת אלא סמוך לווסתה, לא תיבעי לך דלא ידעי בה ולא מנטר לה, כי תיבעי לך אליבא דמ״ד אין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה, מאי, כיון דידע בה, נטורי מנטר לה, או דלמא כיון דפרוצה ביותר לא, תיקו.

ולכאורה הסברא שרוב בעילות אחר הבעל הוא מפני שהוא מצוי אצלה, עיין תוס׳ סוטה כז,א ד״ה רוב, וע״ע ב״ש ד,כג, ולכן אף במזנה הוי מיעוט, ולפ״ז הוא הדין בנישואין אזרחיים וכל היכא שגרים יחד כבעל ואשה, שייך רוב זה. ואינו דומה לארוס (עיין יבמות סט,ב וקדושין עה,א, ושו״ע אהע״ז ד,כז), דכאן ודאי אינו חושש והרי חיים הם יחד כבעל ואשה. ולא דמי לפנויה (עיין רמב״ם יבום וחליצה ג,ד, וכן שו״ע אהע״ז ד,כו וברמ״א שם), דבפנויה מיירי שאינם גרים יחד. ועיין תוס׳ כתובות יג,ב-יד,א (ד״ה ההוא) שכתבו לחלק, שאם הארוס מודה שבא עליה פעמים רבות והיה רגיל אצלה תמיד, הרי הולד מיוחס אחריו וכמו שאומרים בבעל דרוב בעילות הלך אחר הבעל. אמנם יש לחלק בין ארוס לנישואין אזרחיים או ידועים בציבור, דבארוס יש גם צרוף של חזקה באשה שהיא חוששת להתעבר מאחר שמא יהיה הולד ממזר, וכדאיתא בצדדי הבעיה בסוטה כז,א, משא״כ בנשואה אזרחית או כל ידועה בציבור, אין לה חשש זה.

אולם נראה שעיקר הרוב נוצר מחמת היות הבעל מצוי אצלה, ואין נפק״מ אם נשואים או לא, המציאות יוצרת את הרוב. וראיתי לזקני הגרי״א חבר זצ״ל, בנין עולם חאהע״ז ה,י שדן בענין רוב זה, ודן שם מדוע לא צריך תרי רובי, ובתוך דבריו כתב

דחזקה של מתהפכת ומזנה לא שייכת בנשואה אלא בפנויה, דנשואה יכולה לתלות בבעל. גם כתב דרוב זה הוא מחמת שמצוי אצלה, והוי רוב וקרוב, דתמיד היא קרובה לבעלה ומצויה אצלו ביותר, והביא ראיה מב״ב כד,א, דרוב ומצוי ליכא למ״ד. וגם שייך לומר כאן נמצא כאן היה, הרי שכל שהיא ברשות בעלה ובביתו, תלינן גם דהולד ברשותו.

גם מש״כ ברמב״ם אסורי ביאה טו,כ, הובא בשו״ע אהע״ז ד,טו: ״אשת איש שיצא עליה קול שהיתה מזנה תחת בעלה, והכל מרננים אחריה, אין חוששין לבניה שמא הם ממזרים ...״, ומשמע לכאורה שדוקא ביצא קול, אבל בודאי מזנה חוששים, עיין בכנסת הגדולה הגה״ט ס״ק כד, מ״מ כבר כתב בח״מ ס״ק יד דהוא הדין אם באו עדים שזינתה, גם כן בניה כשרים, דזיל בתר טעמא דרוב בעילות תולין בבעל, ואם כן אף שיש עדים שזינתה. ורק לרבותא דסיפא נקט, שאף על רינון וקול, כהן חושש לה מדין תורה. וכ״כ בט״ז שם ס״ק ו, וכן נמצא בתשב״ץ ח״ב סי׳ צ, שלא חילק לשיטת הרמב״ם והשו״ע, ואף בודאי זינתה הדין כן.

ולא מצאתי סברא לחלק בין נשואה כדמו״י לידועה בציבור לענין זה, דכל שהוא מצוי אצלה אמרינן דרוב בעילות אחר הבעל, דרוב זה נובע מהמציאות ולא מדין הנישואין, וכמש״כ התוס׳ גם לענין ארוס וארוסה. ע״כ בנדו״ד אם אזלינן בתר רוב זה, הרי שיש ליחס את הבת לראובן, לולי הטענות שהעלה, וכפי שיבואר להלן.

ולאחר כתבי הנ״ל, מצאתי לגר״י ברייש, בחלקת יעקב חחו״מ סי׳ כה, שדן אם זוג שהיה נשוי אזרחית, ונולדה להם בת, ומתה הבת, אם האב יורש את בתו. ובתוך דבריו כתב, וז״ל: ״ועוד בנדו״ד דהם דרו יחד נשואים בערכאות, שפיר שייך לומר רוב בעילות אחר הבעל, וכבאע״ז ד,כו ברמ״א שם, וסע׳ כט, וזה מצד הסברא, דגם בנשואי ערכאות שייך לומר רוב בעילות אחר הבעל״. ומש״כ לרמ״א אהע״ז ד,כו, עיין בב״ש שם ס״ק מב. ומ״מ מוכח דכן הדין מסברא ואין לחלק, וכמו שכתבתי לעיל דהכל תלוי במציאות אם מצוי אצלה. ובני המחבר כתבו שם בהערה להוכיח כן גם מפילגש, דהרי בפלגש לא חיישינן לבניה, אף דדעת הראב״ד בהשגות (אישות א,ד), וכן דעת הרמב״ן (בראשית כה,ו) דפלגש הוי בלי קידושין רק מיוחדת לו, מ״מ כיון דדרכן היה להקפיד על זנות פלגשם, כמבואר בתוס׳ גיטין ו,ב (עיי״ש בד״ה זבוב), לא חיישינן שמא זינתה עם אחר, וא״כ גם בנישואים אזרחית אין לנו לחוש. ומוכח מזה דגם באזרחית אמרינן רוב בעילות אחר הבעל.

עוד הסתפקתי אם שייך דין יכיר בבנו שהוא מנישואין אזרחיים, או דוקא כשהיו נשואים כדמו״י, יכול להכיר. ומסברא היה נראה דדין יכיר שייך במי שהוא מוחזק כבנו, וכל היכא שהוא מוחזק כבנו, יש בו דין יכיר, וכיון שמוחזק כבנו הוא

כל היכא שמצוי אצלה, ממילא אין לחלק, ואף בנשואין אזרחיים יכול להכיר. ומצאתי לערול״נ בבנין ציון (חדשות סי׳ כב), שהשואל השיג עליו, שהפסוק של יכיר מיירי דוקא בנשואים כדמו״י, ובזה האמינה התורה לאב, אבל בפנויה מנ״ל דנאמן, דאיך ידע שהוא בנו אא״כ חבושין בבית האסורים דלא איירינן ביה. והשיב הבנין ציון; ״ותמהתי, שהרי יכיר יכירנו, לאחרים כתיב, אצל בן השנואה, דהיינו ששנואה בנשואיה, ופי׳ בסמ״ע רעז,יז, דהיינו מאותה שלא תפסו בה קידושין, והרי זו פנויה, וגרוע ממנה, ואעפ״כ התורה האמינו. וכן מוכח ממה דיליף ר׳ יהודה מיכיר יכירנו לאחרים, שהאומר בני זה ממזר נאמן, ופי׳ רש״י, ממזר הוא שנולד לו מחייבי כריתות. ואי ס״ד לחלק דיכירנו הוא דוקא מנולד לו מאשתו כדת משה וישראל, איך אפשר לילף מזה שנאמן ג״כ כשאומר שנולד לו מחייבי כריתות דהוי פנויה, אע״כ שאין לחלק בכזה״. מבואר מהבנין ציון שאין לחלק, ואף בבנו מן הפנויה יש יכיר, וכגון בנשואי איסור, והוא הדין בנשואים אזרחית או ידועים בציבור, שהוא מוחזק בציבור כבנו, ולכן נאמן גם בהכרתו.

ובתה״ד סי׳ רסז, הובא ברמ״א אהע״ז ד,כט, כשפנויה התעברה ואומרת מפלוני, והפלוני אומר שממזר התעברה, דאין פלוני נאמן שהוא ממזר: ״דנראה דההוא הימנותא ליתא אלא בבן שנולד מאשתו, בההיא האמינתו תורה שיכירנו לאחרים הואיל ומאשתו ומארוסתו נולד, ומסתמא דמילתא הוא דלשדייה בתריה וכשהוא אומר דלאו מיניה הוא וממזר הוא מהימן. אבל בנ״ד דלית ליה לא נישואין ולא קידושין בהך איתתא, היאך תיסק אדעתין דליהוי מהימן במידי על הבן הנולד ממנה, הואיל והוא אמר דלאו מיניה הוא, ואי משום דאיהי אמרה דמיניה הוא, אי לדידה מהימנא א״כ לאו מנכרי קאתי״. וברמ״א ד,כט הביא להלכה דברי תה״ד אלו, וז״ל: ״הא דאב נאמן על בנו היינו במי שהוא בחזקת אביו, כגון באשתו נשואה, אבל פנויה שאומרת זהו בן פלוני, והוא אומר שממזר נתעברה, אינו נאמן לפוסלו והיא נאמנת עליו להכשירו״. ונראה דאף לתה״ד, כפי שביאר הרמ״א, כל היכא שהוא בחזקת אביו, נאמן עליו מדין יכיר. ולכן נראה דגם בנשואים אזרחית, הבן בחזקת אביו הנשוי לאמו אזרחית. ונראה דהוא הדין אם הם ידועים בציבור, וכך גם נרשם בתעודות כאביו, דיש לו דין של חזקת אביו, ויהיה נאמן לפסלו מדין יכיר. ועיין להלן.

## ב. בני זה ממזר

תנן בקדושין עח,ב: האומר בני זה ממזר (שנולד לו מחייבי כריתות – רש״י), אינו נאמן (דקרוב הוא אצלו ואינו כשר להעיד עליו), ואפילו שניהם מודים על העובר שבמעיה ממזר הוא, אינם נאמנים. רבי יהודה אומר נאמנים. ובגמ׳ שם: מאי ואפילו שניהם, לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא איהו דלא קים ליה (האב דלא קים ליה אם

ממנו נתעברה או מאחר), אלא אפילו איהי דקים לה לא מהימנא (דלא מיפסל אלא בעדות גמורה). ולא מיבעיא היכא דאית ליה חזקה דכשרות דלא מהימני (כגון רישא שכבר יצא לאויר העולם, ועד הנה הוחזק בחזקת כשר), אלא אפילו עובר נמי דלית ליה חזקה דכשרות לא מהימני. ובהמשך הגמ׳ שם: רבי יהודה אומר נאמנים, כדתניא (דברים כא); יכיר יכירנו לאחרים. מכאן אמר רבי יהודה, נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור, כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה, וחכמים אומרים אינו נאמן (אפסולא קיימי, אבל לענין בכור לא פליגי).

וברשב״ם ב״ב קכז,ב, על הא דנאמן לומר בן גרושה וכו׳: ״לאחר שגרשתיה החזרתיה וילדה לי זה, או שנשא אשה גרושה, וסברא הוא, מדכתיב יכיר, מה לי בכור מה לי לדבר אחר״. וחכ״א אינו נאמן: ״לא בבכור ולא בחלל, וכגון שמוחזקין באחר שהוא בכור, וקרא מוקי בצריך היכרא, כגון שבאו מחדש בכאן ואין מוחזקין באחד מהן מי הבכור ומי הפשוט, התם ודאי אב מהימן״. ובתוס׳ שם (ד״ה כך) הקשו, דמהיכי תיתי אם נאמן לבכר, יהיה נאמן גם לפסול ולומר שהוא בן גרושה. ותירצו, דכיון שנאמן לבכר, ואפי׳ אומר על בנו הקטן שהוא בכור, ממילא עושה בניו הגדולים לפסולים וממזרים שמאיש אחר הם, והכי נמי נאמן לומר שהוא בן גרושה. ורבינו אליהו מפרש דיכיר נמי קאי אבן השנואה, דנאמן לומר שהוא בן שנואה, דהיינו שנואה בנישואיה.

והגרע״א (קמא סי׳ קי) כתב נפק״מ בין שני תרוצי התוס׳ הנ״ל, אם מנאמנות לבכר או מבן השנואה. דאם מטעם נאמנות לבכר, מזה שנאמן על הבכורה, ומזה יוצא נפק״מ שהוא פסול, מוכח שאין כאן נאמנות לחצאין, אלא ככל שהוא נאמן לומר זה בכור, נאמן הוא גם לנפקות היוצאת מהכרת בכורה, ולכן הוא גם בגדר של ממזר, ולכן יהיה נאמן על כל הענינים. ולכאורה היה צריך להיות גם נאמן לומר זה בני, על מי שלא הוחזק כבנו, לפטור אשתו מחליצה, אף כשאין בידו לגרשה, י״ל דיכיר דקרא רק באומר על בן בין הבנים, לא על מי שאינו מוחזק כלל לבנו. ושיטת הר״י מפאריש דנאמן על בנו דילפינן מבן השנואה יכיר, י״ל דאינו נאמן אלא על כשרות ופסול הבן, ולא על הנפקויות היוצאות מכך, דמה שמעיד הוא ששנואה בנשואיה, ומזה ילפינן שהוא פסול. דלתרוץ ראשון, הנאמנות לפסול היא הנפקות, משא״כ לר״י מפאריש היא גופה העדות. ולכן מעיקר הנאמנות אינו נאמן לומר זה בני, על מי שלא הוחזק כבנו, לפטור אשתו מחליצה: ״ואפשר גם לא להתירו לקרוביו, דזה אינו בשורש איכותו דהבן, דהתורה לא האמינתו רק בכשרותו ופסלותו דהבן״. ולפ״ז רצה לישב דברי הנימוק״י (ב״ב נו,א מעמוה״ר), עיי״ש. ועיין להלן בענין אי נאמנות לענין חליצה. (וע״ע בתש׳ רע״א החדשות, חאהע״ז סי׳ ו מ״ש הרב מוהר״ם).

עוד הביאו תוס׳ שם את דברי בה״ג, דהלכה כרבי יהודה דוקא כשפוסל ע״י הכרת בכורה, וממילא אין הלכה כר׳ יהודה שיהא נאמן לומר זה בן גרושה, כיון שלא שייך הכרת בכורה. ור״י בתוס׳ חולק על בה״ג, והביא ראיה מיבמות מז,א, ההוא דאתא לקמיה דרב יהודה, אמר ליה נתגיירתי ביני לבין עצמי, אמר ליה נאמן אתה לפסול עצמך ואי אתה נאמן לפסול בניך, כיון שלדבריך כותי אתה, ואין עדות לכותי, ומשמע דאי לאו דאין עדות לכותי היה נאמן לפסול, אע״ג שאינו ע״י הכרת בכורה. ושיטת הבה״ג לא נפסקה להלכה, אף שמצרפים שיטתו להכשיר, וכאן אם נצרף הוי לפסול.

והריא״ז בפסקיו קדושין ד,טו, פסק דנאמן דוקא במקום שטוען שהוא בנו, אלא שהוא פסול, כגון שאשתו פסולה אצלו, אבל אם אומר שאשתו זינתה ואינו בנו והוא ממזר, אינו נאמן, וז״ל: ״ואף כשהאמינתו תורה לאב, לא האמינתו אלא כשהוא אומר שהוא בנו אלא שנולד בפסול, שאמו היתה אסורה עליו משום איסור אחר, ושמא לא הכיר בה עד עתה, אבל אם הוא אומר שאשתו זינתה תחתיו ומאחר נתעברה ואין זה בנו, אינו נאמן עליו, שעל בנו האמינתו תורה ולא על שאינו בנו, והואיל והוא בחזקת כשרות, לא כל הימנו לפוסלו״. והרמב״ם בהל׳ איסורי ביאה טו,טז ובשו״ע אהע״ז ד,כט, לא חלקו כחילוק בה״ג, אלא בכל ענין נאמן לפסול בנו בדרך הכרה, וז״ל הרמב״ם: ״וכשם שנאמן לומר בני זה בכור, כך נאמן לומר בני זה ממזר או בן גרושה או בן חלוצה, וכן אם היתה אשתו מעוברת, נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא, ויהיה ממזר ודאי״. מבואר שאף שלא בדרך הכרת בכורה, וגם כשטוען שאינו בנו, נאמן לומר שאינו בנו והוא ממזר.

ולעיל הובאו דברי תה״ד סי׳ רסז, שנשאל בפנויה שהתעברה בזנות, וילדה בן ואמרה מפלוני ישראל נתעברתי, והוא מכחיש וטוען שמנכרי נתעברה, ונותן הוכחות וראיות לדבריו אבל אינם אומדנות ברורות, ואדרבה הרבה בני אדם מאמינים לדבריה, והבן גדל ושואל אם חייב לפדות את עצמו. והשיב תה״ד, דכיון דלא היתה אשתו, אינו נאמן לומר ממי התעברה, דנאמנות האב הינה דוקא בבן שנולד מאשתו, אולם בפנויה שאינה נשואה או ארוסה לאותו פלוני, אין אותו פלוני נאמן לומר ממי התעברה. ואם אתה מאמין לאשה שמפלוני התעברה, א״כ גם נאמנת שממנו ולא מנכרי. דאיהו לא מהימן להכחישה אלא בהא דלאו מיניה, אבל לא לפסול הבן. וכ״ש לעניין ה סלעים דאית ליה לבן חזקת ממונא דלא מחייבינן ליה לתת דמי פדיונו לכהן, דמוקי ממונא בחזקתו ואמרינן מכשר נתעברה, ופטור מפדיון. ועיין בתש׳ הגרע״א (קמא, רכא,ג, בתש׳ מבן הגרע״א, שהביא דברי אביו) שהשיג על מה דמשמע בתה״ד שבאשתו נשואה, לא רק שנאמן לומר שאינו בנו אלא גם נאמן לומר ממי התעברה, וס״ל לגרע״א דנאמן רק לומר שאינו בנו, אך לא מצאנו שיהיה נאמן לומר ממי התעברה.

ולעיל הבאתי לענין נאמנות אב לפסול בנו, כשהוא נשוי עם האם בנשואים אזרחיים או ידועה בציבור. דאיתא בגמ׳ יבמות מז,א: מעשה באחד שבא לפני רבי יהודה ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי. א״ל רבי יהודה, יש לך עדים. אמר ליה לאו. יש לך בנים, א״ל הן. א״ל נאמן אתה לפסול את עצמך ואי אתה נאמן לפסול את בניך ... א״ר נחמן בר יצחק, ה״ק ליה, לדבריך עובד כוכבים אתה, ואין עדות לעובד כוכבים. והנימוק״י שם (טז,א מעמוה״ר), כתב דהואיל ובניך מוחזקים בכשרות, אין אתה נאמן להעיד עליהם ולפסלן. והקשה הנימוק״י, דאף אם נאמן, הרי אינם נפסלים, דקי״ל עכו״ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר. ותירץ, דהכא מיירי בגר וגיורת, ושניהם היו טוענין כן, ואם היה נאמן, בניהם עובדי כוכבים גמורים. והנה אם מאמינים לו שהוא נכרי, א״כ אין קדושין באשתו, ולולי זה שנכרי אינו בתורת עדות, היה נאמן. ומבואר דאף שאינם נשואים כדמו״י, נאמן לפסול בנו.

ומדברי התוס׳ שם (יבמות מז,א ד״ה נאמן) שכתבו: ״היינו דוקא במילי דמשוי נפשיה חתיכה דאיסורא, אבל אם בא על בת כהן לא פסלה, כדפרישית לעיל בסוף פ׳ שני (כה,ב). ולפ״ז מה שנאמן לפסול עצמו אינה נאמנות ממש ומוחזק כישראל גמור. ובן הגרע״א (תש׳ רע״א קמא רכא,ג) הקשה, דא״כ מדוע לא יהיה נאמן לגבי בניו, ומה בכך דהוא משקר ואומר על עצמו שהוא נכרי, הא אנן מחזקינן ליה לישראל, וכי משום שהוא משקר אין לו תורת יכיר, וכיון דאנו אומרים שהוא ישראל, נאמינו גם לגבי בניו. והביא שם מה שהקשה אביו הגרע״א על תה״ד, ולפ״ז כתב לישב, דאה״נ, נאמן לגבי עצמו לכל דבר שיהיה שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, ולגבי הבן נאמן שאינו בנו, אף שאינו נאמן לומר שמהנכרי, ובזה שהוא אומר שהוא אינו בנו, בזה נאמן, אך לא לענין שנאמן לומר שהוא מנכרי, דלזה לא נאמן.

ובתש׳ שאח״ז (סי׳ רכב) השיג עליו הגרע״א, דמה שמעיד שאינו בנו, הוא באופן שהוא מעיד שהוא מנכרית, וכיון שאינו נאמן לומר שהוא מנכרית, ממילא גם אינו נאמן במה שיוצא מעדות זו שהוא אינו בנו. דכיון שהיה בחזקת בנו מאשתו זאת, והוא מחזיק החזקה שהוא בנו מאשתו זאת אלא טוען שהיא נכרית ולכן אינו בנו המתיחס אחריו, איך נאמין לומר שאינו בנו אלא מאחר, דזה נגד מה שהוא עצמו אמר, ונגד החזקה שנהגו כאב ובן. וכתב הגרע״א, דהתורה האמינה לאב בשני אופנים: או שמעיד שהוא בנו פסול, שהולידו מגרושה וכדומה, או שמעיד שאינו בנו כלל. ולכן אם היה מעיד רק על אשתו שהיא נכרית, היה נאמן מדין אינו בני, אבל כיון שאומר על עצמו שהוא נכרי והוי בנו, א״כ לא בא להעיד שאינו בנו, אלא שמעיד זהו בני והוא נכרי, ובזה אמרינן שאותה העדות אינך נאמן, דאין עדות לנכרי.

### ג. עדות או נאמנות

נאמנות האב מדין יכיר, נקראה בגמרא יבמות מז,א בשם עדות, לענין מי שאמר התגירתי ביני לבין עצמי, דנאמן לפסול עצמו, ואינו נאמן לפסול בניו. ובגמ׳ שם, לדבריך עכו״ם אתה, ואין עדות לעכו״ם, וז״ל רש״י (ד״ה ואין עדות לעכו״ם): ״הואיל ובניך מוחזקין בכשרות אין אתה נאמן להעיד עליהן ולפוסלן״. מבואר דמה שאינו נאמן העכו״ם, כיון דזה עדות, ואין עדות לעכו״ם. הרי דיכיר לכאורה מדין עדות. וכן נראה מדברי קצוה״ח רפד,א, וז״ל:

> ״ולענ״ד מכל השגות הנ״ל איני רואה סתירה לדברי הריב״ש, דכבר נתבאר בש״ס ופוסקים דגבי בכור האב נאמן ומשום דכתיב (דברים כא,ז) יכיר, ומש״ה נאמן אפילו נגד חזקה דהיינו שמוחזק שאינו בכור האב נאמן, אם לא שיש עדים מעידים בפירוש שאינו בכור עדים נאמנין יותר, אבל בשאר יורשין אינו נאמן בתורת יכיר אלא מדין מיגו דאי בעי יהיב ליה כל נכסיו ... אבל גבי בכור דהוא נאמן בתורת הכרה ואינו משום מיגו, משום הכי נאמן אפילו דרך שיחה ...״

מדברי קצוה״ח לא נתבאר לכאורה אם היכיר הוא בתורת עדות אם לאו, רק מבואר דשונה מקרובים דאינם נאמנים לירושה אלא מחמת המיגו דאי בעי יהבי ליה בירושה, ורק שני עדים נאמנים יותר מהאב הנאמן ב״תורת הכרה״. אולם בהמשך דבריו כתב דהנאמנות היא בתורת עדות, וז״ל:

> ״... ונפלאתי בזה דהרשב״ם לא כתבו אלא גבי בכור ומשום דהאב נאמן בתורת עדות, דיכיר אמר רחמנא, ומשום הכי נאמן אפילו נגד חזקה, אבל נגד עדים ממש ודאי אפילו האב אינו נאמן, אבל בשאר קרובים דעת הרשב״ם מפורש דאינו אלא בתורת מיגו, ואינו נאמן נגד חזקה ...״

מבואר להדיא דנאמנות האב היא בתורת עדות. ולמעשה הדברים מבוארים עוד בדברי הראשונים. בתש׳ הרי״ד (לר׳ ישעיה דטראני) סי׳ צב דן אם אב שאמר על בנו שהוא ממזר, אם יכול לחזור בו מאמירתו, וז״ל:

> ״ומאי דכתב מר, וזה האיש שהכניסו לברית ולימדו תורה ונהג בו מנהג בנים, וכמה פעמים קראו בנו והאכילהו והשקהו והלבישו והשיאו אשה ואחר כך קראו ממזר שלא בבית דין, לא תהא עדות פיו גדולה מהעדאות העדים, ואילו מעידים שני עדים שלא בבית דין כי הוא ממזר יכולין לחזור בעדותם, שלא נאמר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא בעדות שהעידו בבית דין, ואם באו שנים ואמרו אנחנו שמענו מפי שני עדים פלוני ופלוני כי פלוני ממזר,

לא נעשה ממזר על פיהם, כל שכן אם חזרו בעדותן, שיכולין לחזור בעדותן כל זמן שלא העידו בבית דין, גם זה כל זמן שלא העיד בב״ד יכול לחזור בעדותו, וצריך שיעיד בב״ד או בפני ג בתורת עדות לא דרך כעס. ואם תימצי לומר כי אינו צריך בב״ד, מכל מקום כל זמן שלא העיד בב״ד, יכול לחזור בעדותו ...״

מבואר מדברי הר׳ ישעיה, דבתחילה ר״ל שדין יכיר הוא כעדות, וצריך לאומרה בבית דין ובפני ג ובתורת עדות, ואם מהני שלא בבית דין, יכול לחזור בו מעדותו. וא״כ רק באמירה שאמר בפני בית דין ניתן לפסוק שהוא ממזר, ובלא בית דין, יכול לחזור בו האב מעדותו. ומ״מ נראה דלאמירתו יש תורת עדות, דאף שהאב הוא עד אחד וקרוב, מ״מ ההכרה צריכה להיות בתורת עדות, ואם לא היתה בתורת עדות, יכול לחזור בו. אולם מהרי״ד מבואר יותר, דמה שהאמינה אותו תורה בתורת עדות כעד אחד וכקרוב, היינו דוקא בפסולים אלה, אבל כשהאב נוגע בעדותו, אינו נאמן. הר׳ ישעיה דן אם יכול האב לומר שאינו בנו, כדי לצרפו עמו לעדות, או לפטרו מעונש של מלקות ומיתה אם הכהו וכד׳. וכתב הרי״ד דלצד שאינו נאמן לומר אין זה בני אלא רק לומר זה בני ומחייבי כריתות, לא שייכת השאלה הנ״ל, דמ״מ בנו הוא. אבל לצד שנאמן בכל ענין לומר שאין זה בנו, ג״כ לא יהיה נאמן; ״שהוא מעיד שאינו בנו אינו יכול לפוטרו מעונש קללתו והכאתו או לצרפו עמו לעדות כי הוא נוגע בעדותו, שנראין הדברים שבעבור זה מעיד כך כדי לפוטרו ולצרפו עמו לעדות הוא מתכוין, והילכך אינו נאמן״.

מבואר דכיון שיש בו פסול אחר שלא התירה התורה, אינו נאמן. ומבואר שיכיר אינה ״טענה״ או ״אמירה״ שבה האב נאמן אלא דין עדות יש לה, הן על אופן האמירה בבית דין, והן על פסולים אחרים שלא הותרו בו להדיא. והא דפסול האב להכיר כשהוא נוגע, כן מבואר גם בתש׳ חתם סופר (חאהע״ז סי׳ עו). החתם סופר נשאל באיש ואשה שגרו בכפר אחד, והיו להם ילדים, כולם מוחזקים כילדיהם, ונשא הבן הבכור את אחות אביו. וכעת אומר האב שהבן אינו בנו. ודן החת״ס מכמה טעמים, ובתו״ד כתב וז״ל:

״ובר מן דין נ״ל, דלאחר שכבר נעשה מעשה הערוה ונשא אחות אביו, תו לא מהימן האב לכ״ע מכמה טעמים, חדא, דהו״ל נוגע בדבר מפני שנשא אחותו, ונהי דהאמינו תורה נגד בניו שהם קרוביו, היינו דוקא לענין זה ואין לך בו אלא חדושו, אבל לענין שארי נגיעות לא עדיף מסהדי דעלמא.״

מבואר דאין נאמן לומר שאינו בנו כשהוא נוגע. וכן מבואר בתש׳ שם סי׳ יג לענין אב שאומר ע״פ אומדנות שאינו בנו, וז״ל: ״הנה פשוט אע״פ שהאמינתו תורה

להאב, מ״מ לא עדיף מעדות גמור דאורייתא, דנהי דאפשר דלא בעי דרישה וחקירה ואינו צריך לברר כלל לומר מנא ידעת שאינו בנך אלא נאמן סתם, מ״מ כל שאומר מאומד ומדומה, שאפי׳ ב עדים כשרים אין עדותם עדות, מכל-שכן עד זה חידוש הוא, ואין לך בו אלא חדושו״. הרי דלענינים מסוימים חידשה התורה להאמינו שאינו צריך לברר דבריו, אולם דוקא בתורת עדות ברורה נאמן ולא באומדנות, דלא עדיף בזה מעדים שאינם נאמנים כשמעידים מאומדנות וכד׳.

וכן נמצא בתש׳ הגאון רבי שלמה איגר (חאהע״ז סי׳ ט ד״ה ומתוך) שדן בפנויה שהרתה וטענה שמפלוני, ואותו פלוני כיחש, ואחר שהרבה אביה נדן, נשא לאשה וילדה האשה, והכניס הבן לבריתו של אאע״ה. ונשאלו (הגאון רבי עקיבא איגר סי׳ קי, וכן בתש׳ הגר״ש איגר) דמתחילה שאמר שאינו בנו, שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, ואסורה הפנויה לו מדין מינקת חבירו. ובתוך דבריו כתב הגר״ש איגר, דכיון דמה שאמר שאינו בנו הוא מחמת הבושה, שלא יקראוהו רשע, הרי הוא נוגע בעדותו ואינו נאמן לומר שאינו בנו. והביא ראיה מהראשונים בחזקת הבתים (מה,א) דהוי נגיעה לענין שלא יקראוהו לוה רשע ולא ישלם, עיי״ש. וכן מצאתי לזקני הגרי״א חבר בתש׳ בנין עולם (חאהע״ז ו,יא) דאב שאומר על הבן שאינו בנו, ויש חשש שאומר כן כדי להפטר ממזונות, דלא עדיף מעדות דכל התורה כולה, דכשיש לו נגיעה בדבר, שאין לו נאמנות, א״כ כל שכן בחידוש זה שחידשה תורה שהאב נאמן לעשות יכיר, שאינו נאמן בהיותו נוגע. והביא ראיה מהירושלמי (קדושין ד,ז) דהאב נאמן לומר זה בנו כדי לתת לו ולא כדי לרשת אותו. אלמא דלא מהני הכרתו כשעושה כן כדי לירש אותו. לפ״ז יצא שאב אינו נאמן לומר שאינו בנו רק כשהבן מעל גיל שש, ובזמן הזה מעל גיל יח, אבל קודם לכן הוי נוגע ואינו נאמן. או י״ל שיכול להכיר שאינו בנו כשהאם ג״כ מודה שאינו בנו, דאף שאינה נאמנת, מ״מ לענין ממון ותביעת מזונות הוי הודאתה הודאת בע״ד ונאמנת. אמנם בנדו״ד שהאב חזר על דבריו גם אחר שכבר כלו שנות המזונות, וגם הנהגתו עם הבת כל השנים היתה כמי שאינה בתו, נראה דאף לבנין עולם יש להאמינו במה שאומר שאינה בתו.

אמנם מבואר בקמאי ובתראי דנאמן האב לומר שאינו בנו, אף כשלמעשה רוצה להפטר ממזונות. הריב״ש בתש׳ (סי׳ מא) דן בפנויה שהתעברה ותובעת את שמעון בטענה שהוא אבי הילד, ושמעון מכחיש, ותובעת ממנו מזונות. וכתב הריב״ש שהוא נאמן לומר שאינו בנו מדין יכיר, וז״ל: ״ואם היא תובעת משמעון שהולד הוא שלו, ושיטפל בו לפי שחייב אדם לזון את בניו כשהן קטנים, דהיינו עד בני שש ... ועוד, דאפילו באשתו העומדת תחתיו ומשמשתו, וילדה לו, האמינה תורה לאב לומר זה אינו בני וממזר הוא ... וכיון שכן, שמעון נאמן בטענתו, ואין מזקיקין אותו לשבועת

היסת, שהתורה האמינתו". וכן כתב שם בסי' שאח"ז (סי' מב) (עיין בב"ש כב,ה שהביאו).

ועיין בתשב"ץ (ח"ב סי' יט) דאף שהאב נאמן, מ"מ חייב להשבע על כפירת המזונות, דאם האשה טוענת ברי שבא עליה, ותובעת ממנו לפרנסו או ליתן שכר הנקה, אע"ג דלענין יוחסין נאמן אפי' שלא בשבועה, לענין טענת ממון, כל שיש בהודאתו חיוב ממון, יש בכפירתו שבועת היסת כשטוענת בברי נבעלה לזה. ואף שלהכרת בכור נאמן בלא שבועה אע"ג שהוא ממונא, התם שאני דגזרת הכתוב הוא ואפי' במוחזקין בו שאינו בכור, וטעמא דמלתא משום דאין לבן טענת ברי על האב שהוא בנו, כמו שיש לאשה זאת על זה שתובעת אותו שיפרענה שכר הנקתה. ועוד, שלא האמינתו תורה אלא במי שחיובו מן התורה כירושת פי שנים, אבל במה שעיקר חיובו אינו אלא מדבריהם, אינו בכלל נאמנותו, והרי הוא כשאר תביעת ממון שהם חייבוהו היסת בטענת ברי אע"פ שהתורה האמינתו, עיי"ש. ומ"מ מבואר דלענין הבן נאמן אף שהוא נוגע, אלא שצריך להשבע אם תובעת אותו בטענת ברי. ועיין במל"מ נחלות ד,ב שהקשה על הריב"ש הנ"ל, דאע"פ שהתורה האמינתו, מ"מ גם כופר הכל התורה האמינתו, וחייבוהו שבועה, וא"כ הוא הדין בזה. ומבואר דאף שהקשה על הריב"ש לענין השבועה, ס"ל דנאמן אף שהוא נוגע, וכמש"כ בתשב"ץ. ועיין בבית מאיר ד,כו שהסכים ג"כ לדעת התשב"ץ.

וכן נראה לכאורה מדברי הגרע"א בתש' סי' קכח שדן באחד שאמר שאינו בנו כדי להפטר ממזונות, ולא פסל דבריו מדין נוגע, עיי"ש. אמנם עיין בתש' הגרע"א סו"ס קי - בשאלה שדן גם אחיו הגר"ש כנ"ל - דבנדון שאמר שאינו בנו כשהפנויה באה אליו בטענה, אף אם היה אומר דבריו בבית דין, לא מיקרי כ"כ עדות, דלא בא להעיד דאינו בנו רק להנצל עצמו מטענתה עליו, וי"ל דבכי הא חוזר ומגיד באמתלא, והוי בנו ליורשו ולפטור אשתו מחליצה, וממילא מותרת לו, וצ"ע לדינא, עיי"ש. ומבואר דבנגיעה אינו נאמן.

ואיתא בגמ' ב"ב קכז,ב (ובעוד מקומות) יכיר יכירנו לאחרים, מכאן אמר רבי יהודה, נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר זה בן גרושה זה בן חלוצה, וחכמים אומרים אינו נאמן, והלכתא כרבי יהודה. וכתב בזה הנימוק"י (ב"ב נו,ב בעמוה"ר); "וא"ת, היאך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרושה או חלוצה. י"ל, כגון שאמר שוגג הייתי". והגרע"א במשניות (יבמות ב,ט) הוכיח מדברי הנימוק"י שהקשה דאינו נאמן לשום עצמו רשע, ולא הקשה דא"כ לדבריו הוא רשע, ואינו נאמן להכיר שאינו בנו, מוכח מזה דאף רשע נאמן להעיד על בנו. והוסיף שם הגרע"א: "ובפרט הזה אני מסופק אם נאמנותו דאב רק כמו ב

עדים בכל התורה, ואם הוא רשע אינו נאמן. או דבכל ענין הימניה רחמנא לאב. וכן לענין נאמנות האב שקידש את בתו, אם הוא רשע".

הרי דמספקא ליה לגרע"א אם נאמנותו היא מתורת ובגדרי עדות, או דיש לו נאמנות בכל ענין. אמנם נראה לכאורה דהיא מחלוקת ראשונים. דאיתא בגמ' גיטין עא,א: מיתבי, כשם שבודקין אותו לגיטין, כך בודקין אותו למשאות ולמתנות, ולעדיות ולירושות. קתני מיהת עדיות. אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב ששת, בעדות אשה, דאקילו בה רבנן. והא קתני ירושות. אמר רבי אבהו, ירושת בנו הבכור. רש"י פירש דהיינו לענין להשוות בין בכור לפשוט, שעושה כן ע"י רמיזה. ובתוס' שם (ד"ה ירושת) חלקו על רש"י: "ואין נראה לר"י, אם כן הוה ליה למימר שריבה לזה ומיעט לזה. אלא אומר רבינו יצחק דהיינו שאומר על בן בין הבנים שהוא בכור, וקא משמע לן דנאמן לכך על ידי הרכנה".

וכן פסק בשו"ע חו"מ רעז,יד. ונראה דרש"י לא ניחא ליה בפירוש התוס', דס"ל דיכיר דאב היינו עדות שצריך לומר בפיו כדין עדות בבית דין, וע"כ בנשתתק לא מהני ע"י הרכנה. ותוס' ס"ל דאין כאן דין עדות אלא נאמנות, ומהני בנשתתק ע"י הרכנה. ומ"מ הפוסקים נקטו כשיטת התוס', כן מצאנו בחוט המשולש (תש' הגר"ח מוואלז'ין סי' ג), וז"ל:

"והוא הדין והוא הטעם בהכרת האב על בניו, דאף דמהימן לשוויה ממזר ודאי, אבל אבא לגבי בריה, לאו והוא עד מקרי. וגם בכלל אם לא יגיד אינו, דאינו מחויב להגיד, דהא דאמרינן בקידושין (עד,א) שלשה נאמנים על הבכור כו' ואמו כל שבעה, נראה פשוט דאם מת האב תוך שבעה, לא שיילינן להאם בתורת עדות. אף שאם העידה נאמנת, מ"מ אין חיוב עליה להגיד. ומשום הכי אע"ג דבשאר עדות עד מפי עד לאו כלום הוא, בהכרת האב סמכינן אעדים ששמעו מפיו, כדאמרינן בב"ב קכו,ב ... וכן סגי בהרכנת הראש גרידא גבי הכרת האב, כדאמרינן בגיטין עא,א ... וכבר תפסו כל הפוסקים כפי' התוס' שם. והיינו משום דבהכרת האב לא מקרי עדות כלל. והא דכתב הרשב"ם (ב"ב קכז,ב) גבי זה בני וחוזר ואומר עבדי וכו', וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, האי לישנא לאו דוקא הוא אלא כוונתו כיון שהכיר שוב אינו חוזר ומכיר."

מבואר מהגר"ח דאינו בבחינת עדות, וע"כ מהני בהרכנה, ומהני עד מפי עד. וכן מבואר בדברי חיים (נחלות ד, בהגהה מבן המחבר האמרי בינה) דלא בעינן כלל להגדת האב בתורת עדות, מהא דנאמן ע"י הרכנה, דאקילו בה רבנן; "אלא ונראה דלאו מטעם עדות נאמן, רק התורה האמינו מצד בעלים". ונראה דכמו שהתורה נתנה נאמנות לבעל השדה לומר איזה פרי הוא ביכורים, ולבעל הרפת איזה הוא בכור

לאמו וכד', דהתורה נתנה נאמנות למי שהוא הבעלים לומר בענין הדברים השייכים אליו, לומר מה מהותם. וכך גם נתנה נאמנות לאב לומר מה מהות בנו, כשר או ממזר. ועיין עוד באמרי בינה (הל' עדות סי' לט ד"ה אולם הקשה).

עוד ראיתי בחידושי הגרנ"ט (כתובות לז) בענין דברי הרמב"ם שאם אמר על עצמו שהוא ממזר, נאמן לאסור את בנו אבל לא להתירו בממזרת. ולכאורה כיון שנאמן לאסור את בנו בישראלית, א"כ הוא מדין יכיר, ואמאי לא נאמן להתירו בממזרת. ותירץ הגרנ"ט דהתורה חידשה ביכיר דין נאמנות של בעלים, שהאב הוא בעלים על בנו לענין יוחסין ונחלה, וא"כ כמו שיכול לשוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, כן יכול לשווי לבן, דהוא בעלים עליו כמו על עצמו לענין יוחסין ונחלה. וע"כ כשאומר ישירות על הבן, שיש על דבריו תורת יכיר, נאמן לכל מה שאמר. וכשאומר על עצמו, הנאמנות היא מדין שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, וזה נאמן רק לאסור ולא להתיר. וז"ל הגרנ"ט:

> "אלא ע"כ צ"ל שהרמב"ם ז"ל ס"ל שכמו שיש דין שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא על עצמו, כן יכול ג"כ ע"י אמירתו לשויא חתיכה דאיסורא על בנו, משום דבעלים הוא על בנו לגבי דין נאמנות כמו על עצמו. והרמב"ם מוכיח דין זה מדין יכיר, דחידשה תורה להאמין את האב בזה. שאם נאמר שהוא אינו בעלים על בנו כלל, מאיזה טעם האמינתו תורה לשויא בנו ודאי ממזר או בן גרושה ובן חלוצה, אע"פ שהוא מוחזק אצלנו שאינו ממזר ואינו בן גרושה ובן חלוצה. אלא ע"כ צ"ל שהתורה עשתה לאב בעלים על בנו לגבי דין נאמנות על יוחסין ונחלה. הלכך היכא שאין שייך הדין יכיר ממש ואינו נאמן לגמרי, דהיינו בזמן שאינו אומר על בנו רק על עצמו, ששם ליכא דין יכיר, בזה נאמן הוא מטעם שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, משום דבעלים הוא על בנו ..."

ומבואר שהתורה נתנה לאב נאמנות של בעלים על הבן, וממילא היא נאמנות מוחלטת, או אם אינו בגדר של יכיר, ע"י שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ונאמן לאסור, כמו שנאמן לאסור על עצמו. אבל עכ"פ זה נאמנות של בעלים ולא עדות. וכך מצאנו גם באבני מלואים ו,ו, בהסבר דברי הב"ש ו,כז שכתב דאם הכהן מאמין לאשתו שנאנסה ואסורה לו, יכול לעשות בניו חללים, דאע"פ שלאם אין נאמנות, כיון דלאב יש נאמנות ומאמין לדבריה, יכול לעשות בניו חללים. וכתב האבני מילואים: "והיינו מדכתיב יכיר יכירנו לאחרים, משום הכי אע"ג דבאב עצמו אינו יודע אלא שמאמין לאחר וסומך דעתו עליו ודומה לו שהוא כן, הו"ל בכלל יכיר, וכמו שיוכל לאסור על עצמו ע"י מה שמאמין לאחר, הכי נמי האב לבנים הו"ל כמו בעל דבר, וכשסומך

דעתו בזה הו״ל בכלל יכיר יכירנו לאחרים. ועיין מה שכתבתי בשב שמעתתא ש״ב סוף פ״כ״. הרי שהתורה ביכיר עשתה את הבן כמו האב עצמו, וכמו שנאמן לגבי עצמו, כך נאמן לגבי בנו. וזה התורה עשתה ביכיר, להשוות הבן לאב. וזה תוכן הנאמנות כבעלים שנתנה התורה לאב, להיות הבן יוצא חלציו כמוהו לענין מה שיאמר עליו בענין יוחסין או בענין ירושה.

ומ״מ נראה דאף לסוברים שנאמנות האב אינה בגדר עדות, לענין דמהני רמיזה, ושאין צריך אמירת העדות כעדות, מ״מ לא מהני היכא שנוגע בעדותו. דנוגע או בכל חשש משקר, הרי איתרע נאמנות, ומה שנתנה התורה נאמנות לאב הוא רק במקום שלא איתרע נאמנותו, אבל אם איתרע נאמנותו מחמת נגיעה, הרי באופן זה לא נתנה לו התורה נאמנות. ולכן גם אם אין כאן תורת עדות, אין כאן נאמנות. ומעין זה מצאנו בטור חו״מ סי׳ עא לענין מי שנתן לחבירו נאמנות, ונמצא המלוה כפרן בדבר אחר: ״תשובה לרבי קלונימוס, שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בדבר אחר וע״י עדים, לא מהני ליה הנאמנות, אע״ג דקיי״ל הוחזק כפרן לאותו ממון לא הוחזק כפרן לממון אחר, אפילו הכי בהא בטל לנאמנות, דהימניה לוה למלוה ולא שקיל מיניה אלא בשבועה״.

וכן פסק המחבר בשו״ע חו״מ עא,יג. ומקור הדין מהתרומות (שער כו ב,ב), שהביא את טעם רבינו משולם ב״ר קולנימוס: ״... משום דאתרע ליה למלוה. מאי טעמא, דאמרי כי המניה לוה משום דכל ישראל בחזקת נאמנין קיימי, ולהכי המניה כי המניה, אבל השתא דהוחזק כפרן במקום אחר, איתרע ליה נאמנות דידיה ולא שקיל מידי בלא שבועה מיניה דלוה, ואע״ג דהימניה״. ועיין בגדו״ת שם דדוקא נעשה כפרן אחר דהימניה, דכיון שהתחדשה עתה הכפרנות, מצי למימר אדעתא דהכי לא האמנתיו, אבל הוחזק כפרן בבית דין קודם לכן, אית ליה קלא, והימניה על דעת שהוא כפרן, עיי״ש. ועיין עוד בנתיבות עא,יז אם נעשה חשוד שלא מחמת ממון רק מכח עבירות אחרות כגון אכל נבילות, אם בטלה הנאמנות, דמסברא נראה לנתיבות, דכיון שהוחזקו לחז״ל שמחמת עבירה זו להיות אינו נאמן אפילו בשבועה לענין ממון, מכל שכן שיכול לומר לא האמנתיך על חזקה זו, והא דנקט דוקא הוחזק כפרן, הוא לרבותא, דאפילו במקום דלא נעשה חשוד, כגון במקום שי״ל אשתמוטי, אפילו הכי בטלה הנאמנות.

ונפק״מ מהנ״ל באב שנפסל לעדות, ככהן שנשא גרושה, עיין שו״ע חו״מ לד,ב, אם נאמן על בנו. ולכאורה למש״כ הראשונים דנאמן על בנו שבא על ערוה, מוכח שנאמן אף בהיותו פסול לעדות, וכבן גרושה ובן חלוצה, וכמש״כ לעיל מהרשב״ם ורבינו אליהו. וכן הביא המאירי בסוגיא (ב״ב קכז,ב): ״כשם שאדם נאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בני בן גרושה ובן חלוצה, ומגאלו מן הכהנה. ויש

שפירשוה בשאומר לא הכרתי בה עד שנתעברה, שאם לא כן היאך נאמן לשים עצמו רשע. ויש חולקין בה, הואיל והכתוב אומר יכיר הכל תלוי בהודעתו". ועיין עוד בנימוק"י (ב"ב נו,א בעמוה"ר) דמה שנאמן לומר שנשא גרושה, אף שאין משים עצמו רשע, מיירי באומר שוגג הייתי, וע"ע בראשונים שם. ועיין ברע"א על המשניות (יבמות ב,ט) שכתב ספיקו, אם נאמנות האב הוא בתורת עדות, ורשע אינו נאמן, או שבכל ענין הימניה רחמנא לאב. ועיין עוד באור גדול סי' ב.

ונראה דבנדו"ד שגם כעת אומר שאינה בתו, אף שכעת אינו נוגע בדבר, ואף שעביד אינש לאחזוקי בדיבוריה, מצאנו כן לענין העיד שלא בפני בע"ד, אם חוזר ומעיד בפניו, ועיין בקצוה"ח כח,ז דלא אמרינן עביד אינש לאחזוקי בדיבוריה, וכל שיכול להעיד כעת באופן המועיל, יכול לחזור ולהעיד, ועיין עוד קצוה"ח לג,ב. ועיין בנתיבות לג,א, דבמקום דהגדתן לאו כלום היא ואין עוברין שום איסור בהגדת שקר, לא שייך לומר עביד איניש לאחזוקי דיבוריה, עיי"ש, וא"כ בנדו"ד שהעדות ניתנה בביהמ"ש וכעת חוזר ומעיד, וכעת אינו נוגע כבר בעדותו, מהני הכרתו שאינה בתו, אף לדעות דלא מהני בהיותו נוגע. וגם נראה דרגליים מוכיחות אף בלא עדותו החוזרת, מכך שלא שמר כל קשר עם הבת ולא הכיר בה, והבת ראתה בבעל האם כאביה, מסברא נראה שאף הסוברים דנוגע לא יכול להכיר, בכה"ג יודו שזו הכרה מעליא. ומ"מ כיון שחזר והעיד, מהני הכרתו להכשיר הבת.

## ד. לפסול בתו

עוד מצאנו נידון אם נאמנות האב היא רק על בנו או גם על בתו. הרשב"א בתש' (ח"ב סי' ריט) בדו"ד בין קרובי נפטר בענין ירושה, כשיש למת בת שהיא ממזרת. והשיב הרשב"א שאף שהיא ממזרת, היא בתו לכל דבר. ובתו"ד כתב: "אלו אמר הוא שהיא בתו, נאמן לירש אותו, ואפילו לנכסים שיבאו לו לאחר מכאן, וכמו ששנינו בפרק יש נוחלין. אמר רבי יהודה, נאמן אדם לומר זה בני בכור ...". הרי שאף שנאמנות האב נלמדת מדין הכרת בכורה, שלא שייכת בבת, מ"מ כשנתנה התורה נאמנות לאב, לא חילקה בין בכור לפשוט ובין בן לבת. וכן מבואר מדברי התשב"ץ (ח"ג סי' קיב) שדן באב שאמר על בתו שהיא ממזרת, ודן שם להכשירה מצד שהוחזקה כבתו, ולא חילק דאינו נאמן לפסול בתו, הרי דאין חילוק בין הכרת בן להכרת בת. וכן הוא שם באריכות בסי' ריז, עיי"ש. וכן הביא בדרכ"מ (אהע"ז ד,יא) ממהר"ם מריזבורג, בראובן שכעס על אשתו ואמר שהבת שילדה אינה בתו אלא ממזרת וגירשה, ואחר זמן רוצה להחזירה ואומר שכל מה שדיבר עליה ועל בתו שקר, ומחמת כעס עשה, דאם חוזר ונותן אמתלא לדבריו נאמן. הרי דמעצם הנאמנות אין חילוק בין הכרת בן להכרת בת.

אולם הגרש״ש בשערי יושר (ו,יג ד״ה ועפד״ז – אות רנו) כתב דלא מצאנו שהאב נאמן מדין יכיר רק על בן ולא על בת. והקשה דלפי מש״כ תוס׳ קדושין עד,א (ד״ה כשם, וכן הוא בב״ב קכז,ב) לפרש המקור שנאמן לפסול בנו, דאומר על קטן שבבניו שזה בכור, אף שע״י שהוא מעיד על זה שהוא בכור, מחזיק את הגדולים לממזרים, וא״כ בתינוק בין הבנות, מחזיק את הבנות לממזרות, וא״כ ממקור הלימוד יש ללמוד שאין לחלק בין בנים לבנות, ואף את בתו נאמן לפסול. וכתב הגרש״ש, דהתורה נתנה נאמנות לאב לומר שהבן הקטן הוא הבכור, ואם אינו פוסל את הגדולים, מה הועילה הנאמנות לקטן, רק כשפוסל את הגדולים, מועילה הנאמנות לקטן, ויש לנאמנות זו נפק״מ בפסול הגדולים. משא״כ בבן בין הבנות, אין לבן נפק״מ אם הן פסולות או לא, ואף אם הן כשרות, אין הן יורשות, וז״ל הגרש״ש:

״דבאומר על תינוק בין הבנים מוכרח דיש לו תורת נאמנות על הגדולים לומר שאינו בכור, דאל״ה מה תועיל אמירתו על התינוק, דהרי הגדול בעל כרחו ג״כ בכור, ובעל כרחו שהתורה האמינתו גם על הגדולים לומר שאינם בניו, ומכיון שילפינן שהתורה האמינתו, ילפינן שלכל דבר הנוגע להבן האמינתו. אבל אם אומר על תינוק בין הבנות, דלדינא של בן זה אין נפקותא אם יהיו דין של הבנות בחזקת כשרות, נוכל לומר אף שנאמן לומר על הבן הקטן שהוא בכור, מ״מ הבנות הגדולות ממנו הן בחזקתן חזקת כשרות, ואין דין זה סותר דין הבן אף שהעובדא סותרת זה את זה.״

ולכאורה יש להבין בדברי הגרש״ש, דאם נפרש דממילא אין הגדולה בבחינת בכור, וממילא אין נפק״מ לבכורה של הבן שאומר עליו שהוא בכור אם הן כשרות או פסולות, ובין אם נאמר שאין נפק״מ, כיון שבנות אינן יורשות אם יש לו בן, גם אם הן כשרות, כל זה אם הוא בן יחיד, אולם אם יש בנים אחריו, יש נפק״מ בכשרותן ופסולן של הבנות, שאם הבנות כשרות, אף שהוא יורש, אינו בכור, ואם הן פסולות, הכיר אותו בבכורה. ודוחק לפרש שהתורה נתנה להכיר בכורה, ואם הגדול בן, הרי יש שני בכורים, ומזה למדה התורה שנאמן לקחת מהגדול חלק בכורה אף שפוסלו, משא״כ בבנות שלא נוטל חלק בכורה. ומ״מ ממהלך דברי הגרש״ש נראה דהא דנאמן מדין יכיר הוא דוקא על בן ולא בת. ועיין גם בבנין עולם (לזקני הגרי״א חבר, ו,ג) שמדבריו נראה דאין לאב נאמנות לבנות אף לא בדין נחלה, אלא בתורת מיגו. אך נראה דכל האמור שם הוא לשיטת בה״ג, עיי״ש.

והגר״ש רוזובסקי (שעורי רבי שמואל, ב״ב קכז,ב, אות פה) הקשה על רבו הגרש״ש, שהביא אח״כ מהש״ג, ושכן דעת הרמב״ם, דהא דנאמן לומר על בנו שהוא גדול, הוא מדין יכיר ולא מדין עד אחד נאמן באיסורים, ושם איתא דנאמן גם על בתו שהיא בת ג, וא״כ מוכח דנאמן גם על בתו, ושכן היא דעת התשב״ץ.

והגרא״ו בקובץ שעורים (ב״ב סי׳ תו) הקשה, דבבן סורר ומורה משמע שבבת אין דין סורר ומורה, מדיוקא דקרא דכתיב בן. והקשה הגרא״ו, דהא ביכיר גם נאמר בן, וא״כ נאמר שלא יהיה נאמן על הבת אלא רק על בן. ומקושיתו מבואר דס״ל דאין חילוק בין בן לבת, ורק הקשה מדוע לא נדייק, כמו בבן סורר. ועיין חזו״א (אעה״ז ז,י ד״ה כ׳ עוד) דאין חילוק בין בן לבת, והוכיח כן מהא דנאמן על הצעיר לומר שהוא בכור, וכן בנאמנות הארוס, שלא חלקו אם הבן זכר או נקבה, ושכן מבואר ברע״א שאין חילוק בין בנו לבתו. ומ״מ מבואר מהנ״ל דאין לחלק בנאמנות בין בנו לבתו.

## ה. נאמנות להכשירו

הריטב״א ביבמות ספ״ז (ע,א), כתב וז״ל: ״והיכא שהבעל טוען בברי שהוא כשר והיא מכחישתו, י״א שהולד ספק ממזר כיון דברי וברי הוא, וי״א שאם הוא טוען שלא זזה ידה מתוך ידו, שהוא נאמן להכשירו, דכיון שהאמינתו תורה לפוסלו, כל שכן שהוא נאמן להכשירו דאית לאמו חזקה דכשרות, והיא לא כל הימנה לפוסלו, אפילו טוענת שהיתה שוגגת, וכל שכן אם טוענת שהיתה מזידה שאינה נאמנת על עצמה, וטעמא דמסתבר הוא״. ודבריו הביא גם הנימוק״י (יבמות כג,ב בעמוה״ר). מבואר שאם נאמן האב לפסול הבן, כל שכן שנאמן הוא להכשירו, לפי הצד שכתבו הריטב״א והנימוק״י, דמסתבר הוא. וכן נראה מדברי התשב״ץ (ח״ב סי׳ צ). התשב״ץ כתב דכשברור הדבר שהוא ממזר, כגון שהיה במדינת הים, והבעל אומר ודאי שלא באתי עליה, ואע״פ כן אני רוצה להחזיק עובר זה ממני כדי שלא יהיה ממזר, דבזה לא כל הימנו, שכיון שהודה שלא בא עליה, הרי הוא ממזר ודאי. וכל זה הוא באופן האמור בתשב״ץ, שמודה שלא בא עליה והוא ודאי ממזר ורוצה להכשירו, אבל אם אינו ידוע ובא להכשירו, יהיה נאמן להכשירו.

והרמ״א בשו״ע אהע״ז ד,כט הביא ב הדעות שהביא הריטב״א: ״ארוסה שאומרת על בנה שהוא ממזר, אף על פי שהארוס אומר שהוא שלו ושלא זזה ידו מתוך ידה, י״א דהבן הוי ספק ממזר, וי״א דהוא נאמן״. ובח״מ שם ס״ק ל, ובב״ש שם ס״ק נא, כתבו דהעיקר כדעת שניה, וכמש״כ הריטב״א והנימוק״י. ועיין בשב שמעתתא ב,כ שכתב, דכיון דנאמן להכשירו בתורת יכיר, כמו שנאמן לפוסלו בתורת יכיר כשסומך דעתו על אחר, הוא הדין דנאמן להכשירו כשסומך דעתו על אחר.

ובאבני מלואים שם ס״ק כב כתב, דנחלקו הראשונים אם האב נאמן לומר זה בני גם כשאינו מוחזק כבנו, דעת הרמב״ם (נחלות ב,יד), וכן פסק בשו״ע חו״מ רעז,יב. אולם לדעת הרשב״ם (ב״ב קלד,ב ד״ה ליורשו) ותוס׳ שם (ד״ה ליורשו), אין

האב נאמן בהכרה אלא כשהוחזק בבנו לומר בכור הוא, אבל אם אינו מוחזק בבנו, אינו נאמן בתורת יכיר אלא מכח מיגו דאי בעי יהיב ליה כוליה נכסיה. ולפ״ז בארוס שאינו מוחזק כבנו, אינו נאמן להכשיר לשיטת התוס׳ והרשב״ם. וכתב די״ל דדעת הריטב״א כדעת הרמב״ם, אבל להלכה לא יצא מדי ספק. ובקצוה״ח רעז,ב הקשה על שיטת הסוברים דנאמן להכשירו, מהגמ׳ כתובות כה,ב, דמבואר בגמ׳ דנאמן להאכילו בתרומה מכח מיגו דבידו להאכילו בתרומה. ומדוע לא יהיה נאמן להאכילו בתרומה בלא מיגו ומדין יכיר, ומה שאינו נאמן להשיאו אשה, אפשר שהוא משום מעלה דיוחסין, אבל לתרומה יהיה נאמן בתורת יכיר. ומזה רצה להוכיח כדעת הרשב״ם והתוס׳ שאינו נאמן בתורת יכיר אא״כ מוחזק כבנו, וכשאינו מוחזק כבנו, אינו נאמן לפסול או להכשיר, ובמוחזק כבנו נאמן לפסול או להכשיר. ועיי״ש שהביא ראיה מהירושלמי, דאף להכשירו לכהונה, ונשאר בצ״ע, עיי״ש. ועיין בערך שי (אהע״ז ד,כט) מה שכתב לישב קושית קצוה״ח, דמה שאינו נאמן לענין כהונה, הוא מפני שחב לאחריני לכהנים אחרים ליטול עמם בגורן, עיי״ש. וע״ע בבנין עולם ו,ט בהגהה שם מה שכתב להקשות על דברי קצוה״ח, וודאי נאמן להכשירו.

אמנם בנדו״ד נראה דלכ״ע יהיה נאמן להכשירו, אף למש״כ קצוה״ח, דהרי בנדו״ד הוחזקה לכאורה כבתו, וכמש״כ לעיל ס״ק א, דמוחזק כבנו מצד רוב בעילות אחר הבעל, וא״כ אף לשיטת הרשב״ם והתוס׳, אף אם בארוס לא קיי״ל כהכרעת הריטב״א והנימוק״י, מ״מ לא דמי לארוס, כיון שכאן הוחזקה כבתו, וע״כ יהיה נאמן להכשיר. וכן ראיתי שכתב הגדול ממינסק בתש׳ אור גדול (סי׳ ב, עיין בעמ׳ כט,ב). וע״ע באמרי משה יא,ד. וע״כ נראה בנדו״ד שנאמן הבעל להכשיר הבת במה שאומר שאינה בתו.

ואף שבנדו״ד האם מכחישה לאב, מ״מ אינה נאמנת לפסלו, דנאמנות לפסול ניתנה רק לאב אליבא דרבי ינודה, וכמו שפסק הרמב״ם בהל׳ איסורי ביאה טו,יט: ״אשת איש שהיתה מעוברת ואמרה עובר זה אינו מבעלי, אינה נאמנת לפסלו, והרי הבן בחזקת כשרות, שלא האמינה תורה אלא האב. אמר האב אינו בני או שהיה בעלה במדינת הים, הרי זה בחזקת ממזר, ואם אמרה מעכו״ם ועבד נתעברתי הרי הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישה בדבריה״. וכן פסק המחבר בשו״ע אהע״ז ד,כט. ואף שהחזקה מסייע לה שהוא בחזקת אביו, מ״מ אין לה נאמנות נגד דברי האב, ורק במה שאינו יכול האב להכחישה, כגון באומרת שמנכרי וכד׳, בזה יש לה נאמנות, עיין ברמב״ם שם ובמגיד, ובגר״א אהע״ז ד,עח. ובנדו״ד יכול להכחישה מבחינת הזמנים שחיו יחד, ואומר בתורת ודאי שנפרדו.

**לאור האמור לעיל נראה להתיר הבת להנשא לכהן.**

# סימן ג

## עד בחופה כשיחדו עד אחר

### ראשי פרקים

**א.** יחוד עדים בגיטין וקדושין
**ב.** לאו כל כמיניהו
**ג.** אינו פוסל את הכשרים
**ד.** עדים בחופה

בחו״ק יחדו שני עדים, כנהוג במקומות אלו ליחד, כאשר החתן אומר ״אתם ורק אתם תהיו עדים״. בגמר החו״ק מיהר אחד העדים, ולא יכל להשאר עד גמר זמן היחוד בחדר היחוד. הוא ביקש מעד אחר שימלא את מקומו. ומתברר שהמקדש והמתקדשת ידעו שיש עדים, אך לא שמו לב מי הם העדים שראו אותם נכנסים לחדר היחוד, כך שאין לומר שכביכול יחד הבעל שני עדים ובהם העד החדש, להיות עדי יחוד. והשאלה אם לעשות שוב יחוד בפני עדים שייחד הבעל.

### א. יחוד עדים בגיטין וקדושין

איתא בקדושין מג,א: איתמר, רב אמר שליח נעשה עד, דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד, מ״ט דבי רבי שילא, אילימא משום דלא א״ל הוי לי עד, אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא אמר להם אתם עדי, ה״נ דלא הוו קידושי (הרי ראו, וכי אמרינן בסנהדרין (כט,א) צריך שיאמר אתם עדי, הני מילי בעדי הודאה, שפעמים שאדם מודה לתובעו מנה ואומר הדין עמך, מפני שרוצה להשתיקו מעליו עד לאחר זמן, ואף על פי שאינו חייב לו כלום, לפיכך אין השומע יכול להעיד בפני הודה עד שיאמר אתם עדי, אבל בעלמא לא – רש״י). אלא רב אמר שליח נעשה עד, אלומי קא מאלימנא למילתיה. דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד, כיון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו, הוה ליה כגופיה. גם בתוס׳ שם (ד״ה ולא) כתבו דפשיטא דהוו קידושין, וחילק בין הודאה, שיכול לטעון השטאה והשבעה, לקידושין. וכן הוא ברשב״א שם, בר״ן (יז,ב בעמוה״ר), ובמאירי בסוגיא. והריטב״א שם בסוגיא, לאחר שכתב דכן ההלכה בקדושין דלא בעינן אתם עדי, כיון שלא שייך טענת השטאה והשבעה, כתב וז״ל:

״מיהו כל היכא שיש באותו מעמד כשרים ופסולים או קרובים, צריך לייחד עדי הקידושין, דאי לא, כיון דאיכא עד פסול ביניהם, עדות כולם בטלה. ואע״ג דאמרי למחזי אתינא, דכי אמרינן התם (מכות ו,א) דאמרינן להו למחזי אתיתון או לאסהודי אתיתון, ואי אמר למחזי אתינן תתקיים העדות בשאר, היינו בדיני ממונות ובדיני נפשות שאין העדות מתקיימת עד שבאין לבית דין, ושעת ראיה לא חשיבא עדות. אבל הכא בקידושין, אין העדות באה לאמת הדבר בלבד, אלא אפילו ידעינן דהכי קושטא דמילתא שקידשה, אינה מקודשת בלא עדות ואין לקדושין קיום בלא עדות וגזרת הכתוב הוא. וכיון דכן, שעת מעשה הוא שעת עדותן, וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהן, עדות כולן בטלה, דומיא דבעלמא כשיש צרוף פסולי עדות כשבאין להעיד בבית דין שעדות כולן בטלה. וכי אמרינן למחזי אתיתון או לאסהודי אתיתון, היינו היכא דאתו למחזי בשעת מעשה, כך הורה רבינו נר״ו הלכה למעשה, אבל אין זה דעת המפרשים ז״ל, וראוי להחמיר.״

ובמכות ו,א הביא הריטב״א מקשים לשיטת רש״י, שבעצם הכונה להעיד, מצטרף עם הכשרים לכת אחת ופוסל את העדות, דמה הסברא שאם התכוין בשעת ראיה להיות עד, שיפסול את האחרים; ״ועוד דא״כ היינו צריכין לסיים עדים בשעת קידושין, שאם לא כן ויש שם שום קרוב, אולי נתכוין להיות עד ופוסל את כולם, והו״ל מקדש בעדים פסולין או מקדש בלא עדים שאין קדושיו כלום, ואנן בהדיא קיימא לן (קדושין מג,א) דבקידושין לא צריך לומר אתם עידי, ולא שני לן בין במקדש ביחידים או ברבים בפני אביה או קרובים, ואע״פ שנהגו בקצת מקומות לסיים עדים בקידושין, לא משורת דין התלמוד עושין אלא לפי שחשו לפי׳ רש״י״. ועיי״ש מה שכתב לישב. אמנם למש״כ בקדושין כנ״ל, הרי בקדושין כיון דהוי שעת מעשה גם שעת הגדת עדות, הוי כצרוף בשעת הגדת עדות, ולפ״ז אף לחולקים על רש״י י״ל דיש ליחד עדים, אף אם לא נחוש לשיטת רש״י.

וכן הוא בריטב״א גיטין יח,ב, דבקידושין שאין הענין תלוי אלא בראיית העדים, דאף אם ידוע שקדשה, כל שקדשה בלא עדים אינה מקודשת: ״וראייתן של עדים הוא שעושה המעשה, כל זמן שיהיה שם קרוב או פסול אין הקידושין כלום, דעדות הכשרים בטלה, דהרי זה כמו בעלמא שאם באים להעיד כולם בטלה, דהכא עיקר עדותן הוא עכשיו בראייתן, וכמו שבאין כולם להעיד דמי, והילכך עדותן בטלה. ומיהו שפיר דמי לחומרא להצריכה גט, זו היא סברת רבינו בעניינים אלו, והיא נכונה״. הרי שכתב דראיית העדים היא זו היוצרת את מעשה הקידושין, והרי היא ראיה והגדת העדות יחד, ולכן גם בראית הפסולים לבד חשיב כהגדה, ובזה לכאורה גם לחולקים

דבקרוב או פסול לא נפסלה העדות אלא גם בהגדה בבי״ד, תפסל העדות לשיטת הריטב״א.

וכאמור כל זה אפי׳ לא נחוש לשיטת הפוסקים דבראיה לחוד שהתכוונו להעיד נפסלת העדות, שהיא שיטת רש״י במכות ו,א, דאיתא שם בגמ׳: אמר רבא הכי אמרינן להו, למיחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו, אי אמרי לאסהודי אתו, נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה, אי אמרי למיחזי אתו, מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג את הנפש. ופירש רש״י שם: ״לקרוב ופסול למבדקינהו, אם מתחלה לעדות נתכוונו״, הרי שאם נתכוונו מתחילה להעיד, עדותם בטלה אף בלא באו לבי״ד והעידו. והיא הדעה הראשונה שהובאה בשו״ע חו״מ לו,א. ודעת תוס׳ שם (ד״ה לאסהודי) והרא״ש (שם הי״א), דתרתי בעינן, גם נתכוונו להעיד וגם באו להעיד, והיא הדעה השניה בשו״ע חו״מ לו,א. ולכאורה לשיטת רש״י בלא״ה צריך ליחד, והחידוש דאף לתוס׳ והרא״ש, כיון שאין כאן הגדה בבי״ד, עצם הראיה היא כל העדות, וכראיה והגדה. אולם עדיין י״ל דמש״כ הריטב״א הוא אפי׳ לשיטת רש״י, וכמש״כ בדברי הריטב״א בקדושין, דהשאלה של למיחזי אתיתו וכו׳, שייכת בדבר שצריך כוונה להעיד, והיינו שצריכים אח״כ לבוא לבי״ד ולהעיד, אבל בדבר שאין צריכים לבוא לבי״ד ולהעיד, אין צריך כוונה, ועצם הראיה היא העדות מתחילתה ועד סופה, הן לרש״י והן לתוס׳, וע״כ הן לרש״י והן לתוס׳ צריכים ליחד עדים.

או י״ל, וכן נראה, דבדבר שצריך הגדה בבי״ד, יש בראיתם לאסהודי או למחזי, ואף לרש״י, הדבר מתברר כשבאים לבי״ד ושואלים אותם, אולם כשאינם באים לבי״ד להעיד, וכענין העדות בגיטין וקדושין, יש לחוש שלאסהודי התכוונו, וכיון שאין צריכים להעיד, לא יתברר הדבר, והן לרש״י, ואף לתוס׳ והרא״ש, כשאין צריכים להעיד, יודו לרש״י דבכוונתם להעיד הצטרפו ופסלו הכת הכשרה, ויש לחוש לכך, ולכן יש ליחד עדים. דדוחק לומר דראיה לחוד הוי עדות המצרפת ללא כוונה, דלא מצאנו דבר זה אלא אליבא דרבי יוסי (מכות ו,א), ודוחק לומר דכיון דלא באים לבי״ד ונגמר הדבר בעצם ראית העדות, גם ללא כוונה מצטרפים, דזה לא נראה לכאורה ממשמעות הריטב״א. אלא כיון שלא באים לבי״ד, לא נשאלים לאסהודי או למיחזי, וממילא יש לחוש בכל פעם שהתכוונו להעיד, ולכן ס״ל לריטב״א דיש ליחד עדים.

ולא התבאר בדברי הריטב״א מי מיחד את העדים, האם הבעל או/ו האשה, או כל שהציבור מיחד או העדים יחדו את עצמם גם מהני. עוד יש להבין, מה מועיל יחוד העדים, אם בכל זאת יתכוונו להעיד, לשיטת רש״י וכן להסבר הריטב״א, הרי הצטרפו עם הכשרים ופוסלים את העדות. ומעיקרא הו״א לישב, דחלוק עדות בקדושין מעדות בממונות, דעדות בקדושין הם חלק ממעשה הקידושין, וכמו שנראה לבאר את

הראשונים (הריטב״א קדושין מג,א בהמשך לריטב״א הנ״ל, והרשב״א בסוגיא) שצריכים המקדש והמתקדשת לראות את העדים, שאל״כ יכולים לומר שלא חששו במעשה הקידושין כיון שסברו שאין עדים, ולא מהני הטמין עדים מאחורי הגדר, משא״כ בממונות, לא איברי סהדי אלא לשקרי. וא״כ י״ל, כיון שהעדות היא חלק ממעשה הקידושין, יכולים המקדש והמתקדשת לקבוע מי יהיו העדים ומי לא יהיו עדים. והריטב״א מירי ביחדו המקדש או המתקדשת, וכיון שזה חלק מהמעשה הפועל שלהם, יש להם כח לקבוע מי יהיה חלק מהמעשה שהם עושים.

אלא שידועים דברי הגרש״ש בשערי יושר ז,ג, לענין עדות מיוחדת, כתב בתוך דבריו, וז״ל: ״דענין מה שהצריכה תורה לקדושין עדים, אין העדים חלק והצטרפות אל עצם מעשה הקנין כמו הכסף ושטר, אלא המעשה היא מעשה שלימה וסיבה הראויה להועיל לחלות הקדושין, אלא שאמרה תורה שלא יחול חלות הקדושין בלא עדים״. וההסבר, דבעינן במעשה הקידושין כונה לקדש ולהתקדש, והצריכה התורה שכונה זו תהיה גם ע״י שיראו המקדש והמתקדשת את העדים, אך אין זה חלק מפעולת מעשה נתינת וקבלת הקידושין, דרק מעשה הקנין הוא בעצמותו מעשה הקדושין ולא העדים, והעדים הם תנאי בחלות הקדושין אבל לא חלק ממעשה הקדושין.

וכן נראה לכאורה מדברי האבני מלואים מב,ז. האבנמ״ל הסתפק אם קידש בפני שנים ונמצאו פסולים, והיו שם עדים כשרים מאחורי הגדר, ובאופן שאינה יכולה לומר רצתה לשחק בו, כגון שלא ידעו בפסול העדים, שהיה פסולם נסתר, אם מקודשת בכה״ג. וכתב האבנמ״ל דאינה מקודשת מכח דברי הריטב״א הנ״ל, דבגיטין וקדושין בעינן עדים לגוף המעשה: ״דלא מהני עידי הכמנה כלל בדבר שצריך גוף הדבר לעדים, והיינו משום דנהי דקידושין לא בעי אתם עדים, אבל כוונה לעדים מיהו בעי, דהיינו ששניהם יכוונו לקדש בפני עדים, וא״כ הכא שהעדים נמצאו פסולים, תו לא מהני כלל מה שהיו עדים כשרים אחורי הגדר, דעדי הכמנה לא מהני כלל כיון שלא היתה כוונתם לעדים הטמונים, וכמו שכתב הריטב״א בטעם הראשון, דהיכא שגוף הדבר צריך עדים, לא מהני עדי הכמנה, וא״כ בנ״ד לא הוי קידושין״. והיינו שהעדים אינם חלק ממעשה הקדושין. הם היכי תימצי לכוונת המקדש והמתקדשת, אבל אינם חלק מהמעשה, וא״כ מה שייך לומר שפוסלים המקדש או המתקדשת את העדים.

ועדיין י״ל, דכיון דכל מה שצריך ליחד לשיטת הריטב״א, כיון שנגמר הדבר ע״פ העדים מיד בלא עדות בבי״ד וע״י ראייתם, וממילא לא שייך לשאול אם באו למיחזי או להעיד, כיון שהראיה קובעת, כל זה מחמת שהכוונה של המקדש והמתקדשת היא לאותם עדים, והעדים הם ההיכי תמצי לכוונת הקדושין של המקדש והמתקדשת, ולכן הראיה של המקדש והמתקדשת את העדים היא הגומרת, וכיון שבכוונתם תליא

מילתא, יכולים ליחד ולפסול האחרים, שלהם אינם מתכוונים, וממילא האחרים יש להם עדות שעדיין לא גומרת הקדושין אלא עדות רגילה, שאם יתכוונו להעיד, יפסלו הפסולים את הכשרים. אבל עדות זו הגומרת את הקדושין היא מכח כוונת המקדש והמתקדשת, למי הם כיוונו, וכיון שכיוונו לכשרים, ממילא נכשרים הם בעדות הכשרים, שבראייתם גמרו הדבר.

ועצם סברת האבנמ"ל דהעדים הם היכי תמצי לכוונתם של המקדש והמתקדשת, שהכוונה היא חלק מהותי ממעשה הקדושין, ובלי העדים יש חסרון בכוונת המקדש והמתקדשת בפרט ובמעשה הקדושין בכלל, הם אליבא דהחולקים על מש"כ מהר"מ פאדווה (סי' לב), הובא להלכה ברמ"א אעה"ז מב,ג (עיי"ש מה שהביא מהריב"ש רסו ד"ה עוד יש טעם אחר, דאפי' שמעו העדים שאמרה שמקבלת לקדושין, יכולה לומר יודעת הייתי שאין קדושין בלא עדים וכוונתי לשחוק בו, והוא גם מדברי הראשונים הנ"ל), דאם לא ראו המקדש והמתקדשת את העדים, אם אומרים שלשחוק נתכוונו, אינם קדושין, אבל אם מכחישים וטוענים שלא היו כלל קדושין, אינה נאמנת כשהעדים ראו הקדושין. ובח"מ ח הקשה על מהר"מ פאדווה והרמ"א, דהכל יודעים שקידושין בלא עדים אינם כלום, ואף אם שמעו מפיה שמקבלת לשם קידושין, אנן סהדי דלא קבלה לקידושין. גם בב"ש י הביא ממהרי"ט (על הרי"ף פ"ב דקדושין), דאפי' אם היה כוונתם לשם קידושין לא מהני באין רואים המקדש והמתקדשת את העדים, משום שהתורה הפקיעה את הקדושין כשלא ראו את העדים. והוסיף הב"ש, דאל"כ למה נאמנת לומר לשחוק כוונתי ולא חיישינן שמא מערימה. אלא ודאי דלא מהני הקדושין. ולדבריהם הסכים בבית מאיר מב,ג, דאם הודאתה לא מהני, כל שכן הכחשתה לא מהני, דאף אם ע"י הכחשתה נודע שטוענת שקר, מ"מ נתקדשה בלא עדים. ודברי האבני מילואים הם לחולקים על מהר"מ פאדווה והרמ"א, וכדעת הח"מ והב"ש.

ומצאתי לשרידי אש (בחידושם למכות סי' נ, ובתש' ח"א סי' פח) שכתב דהעדות בקדושין הוא חלק ממעשה הקידושין, אך במפורש כתב דאינם עולים לדברי הריטב"א שכתב ליחד כשרים, דאם הם חלק ממעשה הקידושין הרי דממילא רק הכשרים הם בכלל מעשה הקידושין ואין צריך להעיד, וז"ל בחידושיו למכות סי' נ:

"והעולה משיטת הריטב"א, דבגלל שבקידושין העדים הם עדי קיום, לכן הפסולים פוסלים את השאר כבר בשעת ראיה. ולכאורה נראה דאיפכא מסתברא, שבשאר עדויות העיקר הוא המעשה, והעדים אינם אלא להעיד על המעשה והעדים רואים ובאים ומגידים, ולכן שייך צירוף גם בראיה שגם הפסולים ראו כמו הכשרים. אבל בקידושין, דוקא בגלל שהעדים הם עדי קיום, נמצא שהעדות

היא חלק בלתי נפרד ממעשה הקידושין, וחלק בלתי נפרד זה מהווים רק הכשרים ולא הפסולים, שהפסולים נחשבו כלא, ואיך שייך צירוף ... ולפי״ז לא בעינן כלל ייחוד של שני עדים כשרים, דהייחוד של הכשרים בעדי קיום נעשה מאליו, וכל הכשרים הופכים מאליהם לחלק ממעשה הקידושין. אלא שאם לא נחתינן לסברא זו, בכלל קשה לי, מאי מהני הייחוד לכשרים. ומש״כ באבני מילואים מב,ו דכיון דבגיטין וקידושין צריך שיכוונו המקדש והמקודשת לעדות, דהמקדש בלא עדים לא הוי קידושין כלל, ממילא דעתם לעדים כשרים הראויים להעיד. לא מובן לי, ואיך יוכל הבעל לפסול את השאר.״

אמנם לשיטת השרידי אש אין צורך בכלל ליחד עדים, דכיון דהעדים הם חלק ממעשה הקידושין, הרי כמו שהמקדש והמתקדשת הם בעלים על מעשה הקנין, באיזה כסף יעשה, כך כדי לקיים מעשה הקדושין הם בעלים על מי יהיה עד שיהיה חלק ממעשה הקידושין, וכיון שרוצים בקיום הקדושין, ממילא דעתם על הכשרים. ולפ״ז י״ל, דגם הריטב״א ס״ל דעדות העדים הוא חלק ממעשה הקדושין, אך ס״ל דאין בסתם כוונתם דוקא לכשרים, ויש לחוש שמא לא סלקא דעתיה דהמקדש והמתקדשת לכך, וע״כ יש ליחד, אף אם לא יחד, שצריכה עכ״פ גט.

הש״ך לו,י הביא את דברי מהר״י בי רב (שהובאו בתש׳ מהר״מ אלשקר סי׳ טז) שכתב דאנן סהדי שההולכים לחופה לא הולכים להעיד, ומהר״מ אלשקר הקשה עליו. ודעת הש״ך כמהר״י בי רב, דמשמע ממסקנת הרמב״ן פרק יש נוחלין (עיין בש״ך שם ס״ק ח) דדוקא כשבאו אח״כ מעצמם לבי״ד להעיד, אמרינן מסתמא הלכו להעיד, אבל כשלא באו להעיד, אמרינן מסתמא לא כיונו להעיד, וא״כ בהך עובדא דהר״י בי רב שלא באו העדים רק מצד ההכרזה, א״כ מתחילה בשעת מעשה מסתמא לא כיוונו להעיד. והוסיף הש״ך: ״ועוד נראה, דהר״י בי רב כתב כן לפי המנהג שכתב הסמ״ק דהאידנא מיחדים עדים בשעת קדושין, א״כ שאר העדים אנן סהדי שאין הולכים להעיד, וא״כ אדרבה מהסמ״ק ראיה להר״י בי רב״.

וצ״ע אם דברי מהר״י בי רב והש״ך הם גם אליבא דהריטב״א הנ״ל, דהריטב״א חילק בין קדושין לממון ונפשות, דבקדושין אין הגדת עדות בבי״ד ושעת הראיה היא שעת העדות, ולכן לא צריכים להתכוין להעיד וסגי בראיה, וא״כ מה לי בכך שאנן סהדי שלא הלכו להעיד, כיון שלא באו אח״כ להעיד, הרי לריטב״א לא בעינן שילכו להעיד או יתכוונו להעיד, דשעת הראיה היא שעת ההגדה. ומה שכתב בהמשך דבריו דאליבא דהסמ״ק שמיחדים עדים, ודאי אנן סהדי שלא נתכוונו להעיד, היינו דלא בעינן מה שלא באו אח״כ לבי״ד להעיד להוכחה שלא נתכוונו להעיד, אלא כבר עתה לא התכוונו להעיד. ונראה שהש״ך מפרש אליבא דהריטב״א כמש״כ לעיל, לא שעצם

הראיה מצרפת אלא הכוונה, רק כיון שאינם באים לבי״ד ואי אפשר לברר אם התכוונו להעיד או לראות, יש לחוש שהתכוונו להעיד, וע״ז בא הש״ך וחידש באם יחדו עדים, אנן סהדי שלא התכוונו להעיד, וממילא אין לחוש לצרוף. ויחוד העדים עושה שאנן סהדי שאינם מתכוונים להעיד, לא מחמת שלא יבואו לבי״ד להעיד, אלא מחמת עצם היחוד שרואים עדים אחרים שהם המעידים, ואף שלא יודעים אנו מה התכוונו האחרים, אנן סהדי שביחוד העדים לא התכוונו הפסולים להעיד. לפ״ז אליבא דהש״ך מה שמיחדים עדים פועל שהאחרים לא יתכוונו להעיד, דאנן סהדי שלא התכוונו להעיד, וממילא לא יצטרפו לפסול הכשרים. ויוצא מהש״ך שאין כאן פסול או כח לפסול את האחרים שלא יהיו עדים, והיחוד רק גורם שלא יתכוונו להעיד, אבל אין הכשרים נפסלים לעדות אם אכן יתכוונו להעיד.

אלא שהפשט הנ״ל בש״ך, דאנן סהדי דלא התכוונו להעיד, וא״כ יתברר שהתכוונו להעיד, לכאורה מתבטלת העדות, וזה דלא כמש״כ המחבר בשו״ע חו״מ לו,א, וז״ל: ״ואם הזמין התובע עדים כשרים, ועמדו שם קרובים ופסולים, אפי׳ נתכוונו להעיד והעידו, לא נתבטלה עדות הכשרים. וכן כשאדם צריך לעדות ומצוה להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבא ויעיד, והעידו כשרים ופסולים, לא נתבטלה עדות הכשרים, שלא היתה כוונתו אלא בראויים להעיד״. ולמש״כ הש״ך לכאורה אם יתכוונו התבטלה העדות. ועיין בתומים לו,ז שהקשה כן לש״ך, ועיין להלן במש״כ התומים בבאור דברי מהר״י בי רב.

## ב. לאו כל כמינייהו

אמנם אפשר דאף אם העדות אינה חלק ממעשה הקדושין, מ״מ יכול ליחד עדים, וע״י זה לא יצטרפו הפסולים עם הכשרים, למש״כ הרי״ף מכות (ב,ב בעמוה״ר): ״אבל המזמין את עדיו והוציא את כל האחרים מכלל העדות, לאו כל כמיניה לבטל את העדות. וכן כשצריך האדם לעדות ומצוה להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבא להעיד, ובאו בערבוביא והעידו כשרים ופסולים, ראיתי רבותי דנין שלא נתבטל עדות הכשרין שלא היתה כוונתו אלא בראוי להעיד״. וכן כתב הרא״ש במכות פ״ק הי״א: ״ויראה שאם הזמין המלוה עדים כשירים ועמדו שמה קרובים או פסולים, אפי׳ אם כוונו להעיד ובאו והעידו בב״ד, לא נתבטלה עדות הכשירין, דכיון שיחד את עדיו, לאו כל כמינייהו להפסיד לזה ממונו. דהא דקאמר הש״ס דשייליה להו אי למיחזי אתו אי לאסהודי אתו, היינו דבר הנעשה בפני רוב עם בלא הזמנת עדים ובאים כולם להעיד, אבל המזמין את עדיו והוציא את כל אחרים מכלל העדות, לאו כל כמינייהו לבטל העדות. וכן כשאדם צריך לעדות ומצוה לאחרים להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבוא ויעיד, ובאו בערבוביא והעידו כשירין ופסולין, ראיתי רבותי דנין שלא

נתבטלה עדות הכשירין שלא היתה כונתו אלא בראוין להעיד". הובאו הדברים גם בנימוק"י (מכות ב,ב – ג,א מעמוה"ר). מדברי הרא"ש מבואר שאף בדיני ממונות, דאין העדים אלא לראיה ואינם אלא שלא יטען בשקר, מ"מ יכול לפסול את הפסולים ולמנוע מהם להצטרף לכשרים, וזאת ע"י שמיחד עדים כשרים. ויש להבין בדברי הרי"ף והרא"ש דהמזמין את עדיו והוציא את כל אחרים מכלל העדות, לאו כל כמינייהו לבטל העדות.

ונראה בבאור דעת הרי"ף והרא"ש שחידשו דיש שני סוגים של עדות. יש עדות שהיא מחמת כורח הדין, שבית דין לא יכול לחייב אדם בנפשות וכד', אם חילל שבת או גנב. מי שמעידים עליו לא הוא זה שהיה רוצה בעדות. אך התורה נתנה כח לבי"ד לפסוק ע"פ עדות שתבוא לפניהם, ואם עבר, ידונו בית דין את דינו ע"פ שנים עדים, ובהם נאמרו דינים ופרטים. העדות הינה מחמת ראית העדים וחובתם להעיד, ואם לא יגיד ונשא עוונו. יש עדות אחרת שהיא מכח רצון ובקשה של מי שמעידים עליו. אין עליו חיוב ללכת ולהעיד ולהכניס עצמו בכלל החיוב. כמו מי שמקדש אישה, יכול לקדש בלי עדים ולא תהיה מקודשת. זה המקדש רצונו לקדש בפני עדים. ואם רוצה בקיום הקידושין, מזמין עדים שיראו הקדושין. או אם הלוה ממון, יכול להלוות בלא עדים, ועלול הלוה לכפור. הוא מעמיד עדים שיעידו על ההלואה. אין הם חייבים להכניס עצמם לכלל העדות, שהרי הם יכולים שלא לבוא ולראות, ורק באים מחמת רצונו של זה שהם מעידים עליו. וע"כ העדים עדותם מתחלת מכח רצונו של העושה. וממילא הוא יכול לרצות את אלו ולא את האחרים. ואף שגם אלו שלא הזמינם יכולים להיות עדים, אך אינם יכולים להיות ולהצטרף לכת שהזמין כדי שיהיה תוקף למעשהו זה, וע"כ אין ביכולתם ולאו כל כמינייהו, לבטל את העדים שבאו מכח רצון הבעלים, כיון שכל העדות באה מכח רצון הבעלים, ויכל גם שיהיה ללא עדים. ואינו דומה למעשה עבירה דלאו בדידיה תלי העדות. אבל העדות שכל כולה מחמת רצון הבעלים שהפעולה יהיה לה תוקף וכד', לכת שמינה הבעל בעדות כזו אינם יכולים להצטרף אפי' ירצו, ורק יכולים להיות עדות של כת נפרדת שראתה, אם יתכוונו לאסהודי, וכמו בנפשות או ממון כגניבה ומזיק. כך נראה לכאורה בבאור דברי הרי"ף והרא"ש.

ולעיל הובאו דברי מהר"י בי רב שבתש' מהר"ם אלשקר סי' טז. התומים לו,ז הקשה בבאור שכתב הש"ך בדברי מהר"י בי רב (עיין לעיל). וכתב לבאר את מהר"י בי רב אליבא דהרא"ש, והיינו דהרא"ש (הנ"ל) הסובר דבעינן גם כונה בראיה וגם יבואו לבי"ד, צריך שתהיה ביאתם לבי"ד מעצמם, דבזה הוא בכלל מקיימי דבר, אבל כשבא מחמת הכרזה דטועה הוא וחושב דצריך לבוא, אין זה בגדר מקיימי דבר הואיל ולא בא מעצמו לב"ד. דאל"כ מעולם לא יתנו חרם על עדות, דאולי יבאו פסולים

ועל ידי כן תתבטל העדות, והב"ד גורמים ביטולה של עדות. והוא הדין בעדים הבאים להעיד לא מחמת עצמם רק מחמת שהכריזו, לאו שמיה ביאה להעיד.

ולכאורה איך יסביר את הזמנת העדים שכתבו הרי"ף והרא"ש, דבזה לא שייך להסביר כמו שכתב לענין הכרזה. ועוד, נראה ממהלך דברי הרא"ש שדין ההכרזה יוצא מהדין הקודם של יחוד עדים, ושם מבואר ברא"ש שהוא מטעם "לאו כל כמינייהו", ולא מטעם שאין זה בכלל ביאה לבי"ד, כיון שאינה ביאה מעצמם. ואכן בסוף דברי התומים שם, כתב דלכאורה בדברי הרא"ש י"ל דדוקא בממון מהני יחוד עדים, ומדין נאמנות, שהמלוה והלוה פסלו עדים ולא נתנו להם נאמנות, אך מה יועיל בדבר שבערוה. וע"כ כתב לבאר בדעת הרא"ש, וז"ל:

"ולכך יותר נראה, כי מהני זימון לרבי דס"ל דיש הבדל בין למחזי או לאסהודי, והיינו דס"ל דלא מבטל עדות הכשרים רק ע"י צירוף, ולכך בזימון בטל הצירוף, דהא מייחד להיותם נפרדים מאתם ואינו חפץ בם, והוי כאילו באו למחזי, דהוא לא ביקש מאתם עדותן, ולא הוי לאסהודי דהא הוציאן מכלל עדות, ולכך כשר. אבל לרבי יוסי דס"ל אפילו למחזי ואין להם צירוף כלל, בטלה כל עדות, א"כ מה יועיל זימון, סוף כל סוף ראו העדים ומי יטה עיניהם מראות, וכל תכלית הזימון דהוי כאילו באו למחזי, דאין כאן עדות, ואתי שפיר דלרבי יוסי לא מועיל זימון להכשיר."

ויש להבין בדברי התומים במש"כ: "בזימון בטל הצירוף, דהא מייחד להיותם נפרדים מאתם ואינו חפץ בם, והוי כאילו באו למחזי, דהוא לא ביקש מאתם עדותן, ולא הוי לאסהודי דהא הוציאן מכלל עדות", דאיך בטל הצירוף, ואיך זה נכלל במש"כ הרי"ף והרא"ש דלאו כל דמיניהו דעדים להפסיד לבע"ד, ומה הכוונה "כאילו" באו לראות. ונראה כמש"כ לעיל, דכיון דכל העדות היא מרצון והזמנת הבע"ד, ממילא אין להם צרוף לכת שהזמין. ואם הם יתכוונו להעיד, הרי זו עדות נפרדת ואינה מצטרפת לכת שהזמין, דלכת הזו שהזמין, בהזמנתו ביטל את צרופם, כיון שכל העדות מכח הזמנתו. ואף אם יתכוונו להעיד, אינם מצטרפים לכת מזומנת זו, ולענין כת זו הרי הם "כאילו" באו למיחזי, אף אם יתכוונו להעיד.

ויש להבין בדברי האבני מילואים מב,ו. האבנמ"ל דן במי שקידש בפומבי ולא יחד עדים לקדושין, והיו שם גם פסולים. והביא האבנמ"ל את דברי הרא"ש במכות א,יא הנ"ל, ומתוך דבריו כתב: "ולפ"ז כיון דבגיטין וקידושין צריך עדים לגוף הדבר, וצריך לכוין לעדות וכמו שיבואר לפנינו לקמן (ס"ק ז), א"כ כי היכי דאם היה מייחד עדים בפירוש, לכשרים כוונתו ומהני, והכי נמי אפי' בסתמא כל שמכוין לעדים אמרינן ודאי כוונתו היא לעדים כשרים הראויין להעיד ולא אמרינן נמצא א' קרוב או פסול

עדותן בטילה. אלא בדיני נפשות דליכא יחוד לעדים, או בדיני ממונות דלא איברי סהדי אלא לשיקרי ולא מכוין המלוה לעדים כלל. אבל כל היכי דבעי כוונה לעדים כמו בגיטין וקידושין דהאיש והאשה צריכין שניהם כוונה שיהיו הקידושין בעדים, והמקדש בלא עדים לא הוי קידושין כלל, וכל שמכוין לעדים דעתו על הכשרים ותו לא מיפסל ע״י קרובים או פסולים. וזה ברור. אמנם בס׳ קצה״ח לו,א שם כתבנו דראוי ונכון לכל מסדרי קידושין לייחד עדים כשרים בשעת קידושין, שלא יהא ח״ו שום גמגום בשורש קדושת ישראל עיי״ש״. (וסברא זו הביא גם בקצוה״ח לו,ו, ועיין בשערי יושר ז,ה ד״ה אבל לפי מש״כ וד״ה אח״ז). הנה מש״כ האבנמ״ל דבעדים לחלות הדבר כגיטין וקדושין, כיון שבכוונת המקדש והמתקדשת תליא מילתא, והעדים הם ההיכי תימצי לכוונתם לקדושין כמו שהוסבר לעיל, אין הפסולים יכולים להצטרף לכת זו. ולכן ס״ל לאבנמ״ל דאפי׳ לא יחד עדים, כיון שחלות הקדושין בא גם מחמת כוונת המקדש והמתקדשת לעדים אלו, לכן מן הסתם כוונתו לכשרים, אפי׳ לא יחד, ורק שלא יהיה גמגום בקדושין, יש ליחד. אולם מש״כ האבנמ״ל דבריו לפי דברי הרא״ש הנ״ל, לכאורה אינו מובן, שהרי הרא״ש כתב דבריו במפורש גם בדיני ממונות כהלואה, כמבואר להדיא בראשית דבריו ובסופם, וא״כ גם באינם עדי חלות כגיטין וקדושין, אם הזמין עדים, ס״ל לרא״ש דלאו כל כמנייהו דפסולים להפסיד לזה.

ונראה בכוונת האבנמ״ל, וכן הסכים בחת״ס (חאעה״ז סי׳ ק), דאה״נ לענין דיני ממונות שאין צריך עדים כלל, אם מיחד את העדים, לאו כל כמינייהו דפסולים להפסיד לבע״ד ע״י צרופם. אולם בגיטין וקדושין, אפי׳ לא מיחד את העדים, כיון שהעדים נצרכים למקדש והמתקדשת לצורך כוונתם, גם בלא יחד, לאו כל כמינייהו להפסידם, דודאי מתכוין לכשרים, וממילא הם נהיים כת נפרדם מכח כוונתו להם. וכן הסיק החת״ס שם לענין אם הרב הזמין עד פסול, לאו כל כמיניה להפסיד המקדש והמתקדשת, וז״ל: ״העיקר דלא נאמרו דברי רי״ף ורמב״ם אלא כגון עדות ממון ונפשות, אבל דברים שתחלת עשייתן צריכים עדים אע״פ שאינו מיחד עדים, מ״מ דעת הבעלים אינם אלא על הכשרים, ולאו כל כמיניהו דפסולים לבטל רצון הבעלים ומעשיהם. ויצא לו מלשון רא״ש פ״ק דמכות ... וא״כ הכא אע״פ שהזמין הרב המסדר זה הפסול להצטרף, לאו כל כמיניה להפסיד הקידושין שהחתן והכלה מיאנו בו ולא רצו שיהי׳ עליהם עדים זולתי הכשרים״. (וצ״ע מה שכתב יחוד עדים בנפשות שלא הוזכר ברא״ש, ומה שייך בנפשות יחוד עדים).

[וראיתי שלשה מגדולי האחרונים שהתנבאו בסגנון אחד, במה שלא מתבטלים הקידושין כשלא יחד עדים ונמצאים בקהל גם פסולים, דאם מצטרף הפסול להעיד, הרי שאין כאן קדושין, ואם הקרוב מעיד עם הכשרים ואין כאן קדושין, הרי אינו יכול להעיד שראה שהתקדשה, שהרי אם הצטרף אינה מקודשת ולא ראה מעשה קדושין,

והרי הוא כמעיד אחרת מכת כשרים המעידים שהתקדשה, עיין אבני נזר חאהע״ז קלא,ו, ודברי חיים, השמטות לח״ב סי׳ לב, ובזכר יצחק ח״א סי׳ יט, עיי״ש.]

## ג. אינו פוסל את הכשרים

ולאמור לעיל, גם כאשר מיחד עדים, ואפי׳ אומר אתם ולא אחרים תהיו עדים, אין ביכולתו לפסול את הכשרים, רק יכול שלא יצטרפו עדים אחרים לכת עדים זו, שתהיה כוונתו לעדים אלו, אבל אינו פוסל את הכשרים, שאין ביחוד העדים כדי לפסול את הכשרים, רק כיון שיחד, אין העדים היכולים לפסול את הקדושין, לאו כל כמינייהו, וכוונתו על עדים אלו, וככל שיש עדים כשרים אחרים, כוונתו גם עליהם, ורק בדיבורו מונע את צרוף הפסולים לכשרים, דאין בדיבורו יכולת לפסול עדים, רק כוונתו היא על עדים אלו ומגלה דעתו שרוצה בקיום הקדושין שיהיו בעדים, שהמקדש ללא עדים אין חוששין לקידושיו, וחושש הוא לצרוף הפסולים, ובכך מגלה דעתו שלא רוצה לצרוף הפסולים, וכמש״כ לעיל. (מלבד דענין זה שבעינן לעדים לצורך כוונתו, שייך לכאורה רק בקדושין ולא שייך ביחוד הראוי לביאה, וממילא לא שייך לכל הענין של יחוד העדים הנ״ל. ואף אם לא צריך ליחד ויחד, לא גרע ממלוה, שאין הפסולים יכולים להצטרף, מ״מ כשמיחד נראה שאינו מתכוין אלא למקום שצריך לעדים להיכי תימצי לכוונתו. וכן י״ל שאין צורך ליחד עדים אלא בדבר הנעשה בפרהסיא, במקום שיש כשרים ופסולים וקרובים, משא״כ ביחוד שאין שם עדים מלבד עדי הקדושין והיחוד, שהרי אין עדים שנמצאים במקום כל הזמן הנצרך ליחוד הראוי לביאה, ממילא אין כוונתו ביחוד העדים לענין היחוד, בפרט אם יחוד אין צריך עדים, ויבואר להלן). אבל עצם ההזמנה אינה לפסול הכשרים או הפסולים אלא מניעה מהפסולים להצטרף, דלאו כל כמינייהו, וזה לא שייך לענין הכשרים שאינם פוסלים בהצטרפותם.

הריב״ש (סי׳ תעט, הובאו דבריו להלכה ברמ״א אהע״ז מב,ד), כתב בתוך דברי תשובתו, שכשהוזמנו שנים לעדות קדושין, יכולים גם אלה שלא הוזמנו להעיד: ״ועם היות שנראה מתוך הקבלת עדות שהשנים לבד הוזמנו לעדות ולא אחרים, אין חשש בזה, דעדי קדושין אין צריך להזמינם ולומר להם אתם עדי, כדאמרינן בפ׳ האיש מקדש (מג,א) ... וא״כ אף כשהוזמנו שנים לעדות, יכולין להעיד אף אותם שלא הוזמנו״. ולכאורה לפי הריב״ש, מה מועילה הזמנת העדים, אם יכולים להעיד אף אלו שלא הוזמנו, ומאי נפק״מ אם מעיקר דינא דגמ׳ אין צריך להזמנה, דמשמע מהריב״ש שאם היה צריך להזמנה מעיקר הדין, לא היו יכולים אחרים להעיד.

והיה לכאורה אפשר לפרש בדברי הריב״ש, דאה״נ גם הכשרים האחרים פסולים להיות עדים לחלות הקדושין, ורק יכולים כשרים אחרים להעיד בבית דין שהיה בפני

כשרים והיה כדת וכדין, אבל לחלות הקדושין לא מהני גם כשרים אחרים, וכן נראה מתש' בית דוד (לרבי יוסף דוד פילוסוף מסלוניקי, חחו"מ סי' ז). אולם לכאורה לא משמע כן מדברי הריב"ש. שהרי הריב"ש כתב דמה דמהני כשרים אחרים הוא מחמת שאין צורך ביחוד העדים ע"י אתם עדי. וכי אם היה צריך יחוד העדים ע"י אתם עדי, לא יכלו עדים אחרים להעיד שנעשה בכשרות בפני עדים שיחדום באתם עדי, והרי מבואר בשו"ע חו"מ פא,ט, לענין מי שהודה באופן שאינו יכול לטעון טענת השבעה או השטאה, שעדים אחרים יכולים להעיד על כך, ושם צריך לאתם עדי כשמודה בפני עדים לסלק טענות של השטאה והשבעה (עיין סנהדרין כט,א ושו"ע חו"מ פא,ו), וז"ל המחבר שם בס"ט: "הודה בפני עדים הודאה גמורה, וחזו ליה סהדי אחריני, אע"ג דליתנהו לעדי הודאה, כי אתו עדי ראיה ומסהדי דאודי קמי הנך, חייב". וא"כ מה הביא הריב"ש ראיה מהא דאין צריך ליחוד עדים מדינא, גם אם היה צריך יחוד עדים מדינא, מהני לעדות עדים אחרים שנעשה הכל כדת וכדין.

גם מדברי הרמ"א בשו"ע אהע"ז מב,ד, שהביא דברי הריב"ש להלכה, לא משמע דמיירי שכשרים רק להעיד בבי"ד אך אינם כשרים לעדי חלות, שהיה לרמ"א לבאר ולא לסתום דכשרים. דדברי הרמ"א שם הם על דברי המחבר שאין צריך אתם עדי לעדי קדושין, וע"ז כתב הרמ"א: "ואפילו ייחד עדים, יכולים אחרים שראו המעשה להעיד (ריב"ש סי' תע"ט) וצריכים העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה, אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה, אף על פי ששמעו שאמר: התקדשי לי בחפץ פלוני, ואחר כך יצא מתחת ידה, אינן קידושין עד שיראו הנתינה ממש". והסיפא לגבי ראית הנתינה היא מדברי הרשב"א בתש' (עיין לעיל), וסיפא דבריו מיירי לענין עדי חלות ולא לענין עדים הבאים אח"כ לבי"ד, וכן י"ל ברישא, שאל"כ היה לרמ"א לחלק ולבאר.

ונראה ע"פ מה שנמצא בתש' ב"ח (החדשות סי' צג, תשובה מרבי אברהם הלוי עפשטין. ותשובה זו נזכרה בשער המשפט לו,ה, ונראה דהכי ס"ל), שדן שם בענין כשרות גט, שהעלו כמה שאלות, ובין השאר לענין שאחד מעדי המסירה היה קרוב רחוק למתגרשת (אשתו רביעי ברביעי עם האשה המתגרשת, ומנהגינו להחמיר בגיטין וקדושין אפי' בקרובים רחוקים, עיין רמ"א אהע"ז קל,א). ובתוך דבריו דן שם בענין דברי הריב"ש הנ"ל דאין הכשרים נפסלים ביחוד עדי הקדושין: "שאין הכוונה במה שמייחד העדים רק להוציא הפסולים מהחבורה ולא הכשרים, וכך דעתי נוטה, כי למה יפסול הכשרים". ומה שנהגו במקומו לחזור ולומר שכל הכשרים יהיו ג"כ עידי מסירה, הרי גם בלי אמירה זו הם בכלל, כל זה מחשש שמא שני העדים שיחד הם פסולים בעבירה, וא"כ גם כל הכשרים שנשארו יהיו פסולין בהיותם בחברה ובצירוף אלו שנים שנתייחדו ונבדלו מכח היחוד מהפסולים, ולא יהיו עדי מסירה,

לכן חוזרים ומיחדים כל הכשרים. והביא ראיה ממש"פ בשו"ע חו"מ ע,ד: "אמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, ואמר לו פרעתיך בפני אחרים, אם באו אותם אחרים והעידו שפרעו בפניהם, פטור". ועיין בש"ך שם ס"ק יד, בקצוה"ח ס"ק ה, מהסוגיא שבועות מא,ב, ברש"י ובתוס' שם ד"ה אזל, והוא מחלוקת הראשונים אם באמירה אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, פסל כל העדים האחרים, והשו"ע פסק דלא פסל העדים האחרים.

ונראה דכל ענין זה הוא מחמת אומדן דעתו של המיחד, דאם היה צריך מעיקר הדין לומר אתם עדי, לא שייך אומדן דעת, אבל במקום שמיחד עדים ואין צריך ליחד, ועשה זאת מחמת רצונו, הרי שבזה יש לילך אחר אומדן דעתו. ולכן ס"ל לראשונים, שפסק בשו"ע כמותם, באל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, הרי שאמדינן לכוונתו שלא התכוין אלא שלא ידחהו לעדים אחרים, אבל לא פסל אחרים אם יבואו ויעידו. וכן ביחוד עדים בגיטין וקדושין, כוונתו רק למנוע הצטרפות הפסולים, שלא יפסלו את מעשה הקדושין, דכל שלא חייב ליחד מדינא ועשה כן מרצונו משיקולים שונים, יש ללכת בזה את כוונתו, ואמדינן לכוונתו שלא התכוין לפסול הכשרים.

וכן נמצא בתש' חוות יאיר (סי' יט), וז"ל: "ואין לומר דיחוד לעדים וחד מהם פסול מגרע גרע דהוציא את כל הקהל מכלל עדים, דהא ודאי ליתא דאפילו ייחוד תרי לעדות מ"מ כל בי תרי מצי להעיד כמ"ש הריב"ש בתשובה, והביאו רמ"א בקצרה בהגה' א"ה שם ס"ד". הרי שפסק שאין יחוד העדים פוסל הכשרים האחרים, והיינו כדעת הריב"ש. וכן מבואר להדיא בתש' חתם סופר (חאהע"ז סי' ק, הובא לעיל). וכן נראה בתש' סם חיי (לרבי חיים עשהאל, סי' ו) שכתב שאין יחוד העדים פוסל הכשרים שלא יחד (אמנם מה שהביא שם ראיה מתש' הרא"ש ס,ג, לענין עדי צואה, דאחד מעדי החתימה על הצואה היה קרוב, וקרא הזוכה (לא המצוה) לעד אחר שהיה בחוץ, שישמע את ציווי המצוה. והרא"ש כתב דעד זה אף שלא יחדו לעד, יכול להעיד עם העד שאינו קרוב החתום על הצואה. וי"ל, דשם היחוד היה על חתימת הצואה, ולכן יכול אחר להצטרף במה ששמע, שבזה שיחד עדים לחתום על הצואה, לא פסל אחרים שראו או שמעו, וצ"ע). ומ"מ מוכח גם מדברי הסם חיי שהוא מחמת אומדן בדעת המיחד, שלא התכוין לפסול הכשרים האחרים.

ואף שמצאנו חולקים על הריב"ש, עיין במהרי"ו (סי' ז) שדן בענין קדושין שיחדו עדים פסולים; "כיון דיחדו עדים פסולים, א"כ היתה כוונתם שהעדים שיחדו יהיו עדים ולא האחרים", וסמך דברי על הרא"ש מכות א,יא (הנ"ל). וכן נראה ממריב"ל (ח"א סי' קב) ומהר"י ברונא (סי' לה) ומהרש"ך ח"א סי' כה), שביחוד הפסולים פסל את הכשרים, וסמכו על דברי הרא"ש הנ"ל. (ועיין באוצר הפוסקים אהע"ז מב,ד אות

לא שהביא דברי האחרונים שנו״נ בדבריהם). ומ״מ אנו אין לנו אלא הכרעת הרמ״א, והנו״כ שם שלא חלקו עליו. (ואף שהיה מקום לחלק, דמהרי״ו ודעימיה מיירי דוקא ביחד פסולים, ובזה י״ל שהתכוין לקדש בפני פסולים ולא מהני עדות הכשרים, משא״כ ביחד כשרים, מ״מ לסברא הנ״ל אין לחלק, דכיון שדעתו שיחולו הקדושין, ורק שהפסולים לא יצטרפו לכשרים, היה להכשיר גם בכה״ג מחמת אומדן דעתו).

## ד. עדים בחופה

ואף אם יבוא להחמיר כמהרי״ו ודעימיה, דלא כרמ״א שפסק כריב״ש, י״ל דכל הדין הנ״ל הוא לענין קדושין שצריך עדים, אבל לענין חופה, כיון שבשעת החופה היא כבר אסורה אכ״ע כהקדש מחמת מעשה הקדושין, י״ל שאין צריך עדים. אך עיין בתוס׳ ר״י הזקן (קדושין י,ב) דיחוד לנשואין בפני עדים, וז״ל: ״חופה היא שמיחדין שניהם בפני רבים בבית אחד לבדם, ועדים רואים היחוד, אבל אין עדים נשארים עמהם בבית, שאין לבעול בפני שום אדם״. ונחלקו בזה האחרונים. האור שמח (אישות י,ב) הסתפק בזה, ונשאר בצע״ג מטעם הנ״ל, דכיון דאינו חב לאחריני בחופה, אין צריך עדים;

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

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

> ״דאל״כ איך היתה נחשבת שם אשתו, הרי בע״כ לא היו שם ישראלים אחרים עוד, דאל״כ הו״ל לכתוב כתובה. ואף אם לא הי׳ פנאי לכתוב כתובה בשביה, עכ״פ הוי ליה לקנות ממנו בקנין, דהרי בשעת הדחק קיי״ל (אהע״ז סו,א) דודאי מהני עדים בקנין ומותר לבא עליה ולמה לא קנו ממנו, אלא ודאי דלא היו עדים כלל ... ואעפ״כ החופה נחשבת חופה, ומוכח דחופה מהני אף

בלי עדים ג״כ גומר להיות נשואה, ואינו דומה לקדושין דבעינן בפני עדים, וז״ב לדינא.״

הרי דס״ל להדיא שחופה אינה צריכה עדים. וכן נראה מדברי המקנה (קו״א סי׳ נז ד״ה כיצד האשה), על הא דאיתא שם בשו״ע; האשה שנתארסה ומסרה אביה לבעלה או לשלוחי הבעל וכו׳, דהא דקתני שלוחי הבעל לשון רבים, משום דצריך לעשות שליחות זו בעדים כמו שליח הקידושין. וציין לחידושיו בכתובות (הפלאה מח,ב ד״ה מסר האב); ״דדוקא בשליח קידושין צריך עדים ולא מהני הודאת האב, משום דהוי חיובא לאחרינא כדאיתא בקידושין סה,ב, אבל בנשואין אין צריך עדים כששניהם מודים, עיי״ש, וצ״ע״. וע״ע במקנה בקו״א נה,א.

אמנם באבני מלואים לח,יז כתב דהוי ככל דבר שבערוה, שאינו בפחות משנים. דילפינן דבר דבר מממון, הכי נמי נשואין הו״ל דבר שבערוה, דכל עניני אישות צריך עדים, ולכמה דברים נשואה שאני מארוסה, דארוסה בסקילה ונשואה בחנק, וכיון דנישואין צריך עדים, צריך עדי יחוד בבעל, דאם היתה הביאה בינו לבינה, אינו לשום נשואין אלא כמו ביאת זנות. והגרא״מ שך זצ״ל (אבי עזרי, אישות, ג,יג ד״ה והנה הרמב״ם) כתב להוכיח שאין חופה בגדר של קנין, והביא דברי האור שמח והאבני מילואים הנ״ל, וכתב דלא מצאנו בשום מקום להצריך עדים בנישואין, ולשיטתו, שאין נישואין גדר קנין אלא מעשה נישואין, דרק קנין בעי עשים לקיומא, אבל מעשה נישואין כבר נעשה אף בלא עדים ואינו יכול להתבטל, עיי״ש.

ומצאנו עוד לגדולי הפוסקים שכתבו דחופה אינה צריכה עדים. כן כתב להדיא האבני נזר (חאהע״ז שצה,ג), וז״ל: ״והנה נ״ל ברור דחופה אחר הקידושין לא בעי עדים, ולא דמי לקידושין דאפי׳ שניהם מודים לא מהני, דחופה לא הוי דבר שבערוה מצד מה שנאסרת לעולם, דכבר נאסרת משעת אירוסין, ומצד מה שניתרת לבעלה לא הוי חב לאחרים, ומה שנעשית אשתו ליורשה ולטמא לה, לא הוי דבר שבערוה. ותדע דלא משתמיט אחד מהפוסקים לומר דחופה צריך עדים, וכן מעשים בכל יום שאין מייחדין עדים לחופת אלמנה דהיינו יחוד״. הרי דחופה אינה דבר שבערוה, כיון שאסורה מחמת הקדושין, ומה שניתרת לבעלה, אינו חב לאחרים, וע״כ לא בעי עדים. והדגש בדבריו דלא מיחדים עדים לחופת אלמנה. הרי שלחופה לא מיחדים עדים, וא״כ י״ל דמה שמיחד עדים הוא רק לקדושין ולא לחופה.

וכן כתב הגר״י לנדא (ברכת יוסף חאהע״ז סי׳ לח), שדן לענין קטן שקדש לו אביו, ודן שם גם לענין יבום אם צריך עדים, ובתו״ד כתב, דחופה אינה חב לאחריני, כיון שכבר אסורה לעלמא מחמת הקדושין, ולענין חיובי הממון מחמת החופה, מהני הודאת בעל דין, וכיון שחופה אינה צריכה עדים, מהני חופה בקטן, עיי״ש. ובחלקת

יואב (חאהע"ז סי' ו) הוכיח מדברי הרא"ש, על הא דאיתא בב"ב קמו,א-ב, מעשה באדם אחד שאמרו לו אשתו תותרנית היא, ונכנס אחריה לחורבה לבודקה, אמר לה ריח צנון אני מריח בגליל, אמרה ליה, מן יהיב לן מכותבות דיריחו ואכלנא ביה. נפל עלה חורבה ומתה. אמרו חכמים, הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבודקה, מתה אינו יורשה. (ועיין מה שכתבתי בסוגיא זו בח"ה סי' לד). והרא"ש שם בהט"ז, שבניגוד לרשב"ם שם שפירש דמיירי בנשואה, והואיל ודעתו לגרשה לא יורשה, פירש הרא"ש דמיירי שהכניסה לחורבה לשם נישואין, וזו החורבה שלו היתה ונכנס עמה לבודקה, והוא טוען שנכנס עמה לשם נישואין, באם לא ימצאנה תותרנית ולא מצאה בעלת מום והרי היא אשתו וזכה בירושתה. ואמרו חכמים הואיל וכניסתו היתה לבודקה, לא חשבינן להך כניסה נישואין ואין יורשה. ושם לא היו עדים בכניסתו לחורבה לשם נישואין (וגם דוחק לומר דנחלקו הרשב"ם והרא"ש אם היו שם עדים). והקשה על האבנמ"ל (הנ"ל) שלא הביא מדברי הרא"ש. וכתב החלקת יואב דהטעם שאין צריך עדים, למש"כ לבאר שם דבחופה היא האשה מקנית עצמה, דאל"כ לא היה מועיל מסר האב לשלוחי הבעל, דהמסירה היא רק כדעת אחרת מקנה; "ושוב דין קנין נישואין ככל הקנינים דאין צריך עדים על עצם החלות".

גם הגרצ"פ פרנק (הר צבי חאהע"ז סי' פה) כתב דאין צריך עדים בחופה לקיום הדבר, עיי"ש מה שתירץ את קושית האבנמ"ל. וכן כתב הגר"ש וואזנער שליט"א (שבט הלוי ח"ו סי' ר"י) דחופה אין צריכה עדים, ועיין מש"כ הגר"ע יוסף זצ"ל (יביע אומר ח"ה, חאעה"ז ח,ה), בענין הייחוד שעושים לחתן ולכלה בלילה, ואין מלווין אותם לחדרם אלא קרובי החתן והכלה, ולפעמים אין השכנים רואים אותם כשבאים להתייחד, דמעיקר הדין אין צריך עדים לכך, אבל המיחדים עדים, יש להם על מה שיסמכו.

והנה גם אם נאמר שחופה צריכה עדים, מ"מ ביחוד לא נהגו רבים לעמוד במקום, בודאי לא למשך הזמן של היחוד, וממילא טעם יחוד העדים מיותר, כיון שאין מצויים במקום קרובים, ואין החתן צריך ליחד עדים, דכל טעם יחוד העדים הוא למעשה הקדושין, או גם אם יחמיר שחופה צריכה עדים, מ"מ אין כוונתו אלא על המקרה בו דברו הראשונים ליחד עדים, והיינו כשעומדים שם רבים, ובהם קרובים ופסולים. וכיון שלא אמר הבעל להדיא שהוא מיחד את העדים גם לחופה וגם ליחוד, ודאי שיש לפרש דבריו על דרך הנ"ל.

**לאור האמור לעיל, נראה דאין לפקפק במעשה הנישואין הנ"ל, ואין צורך למעשה יחוד נוסף. (בפרט שהשאלה נשאלה במהלך שבעת ימי המשתה ולא בזמן החתונה עצמה).**

# סימן ד

## הסכמה בעניני ממון בשעת השידוכים

### ראשי פרקים

**א. בההיא הנאה**

**ב. דאורייתא או דרבנן**

**ג. קונה ללא קנין**

**ד. מכירי כהונה**

**ה. עמדו וקדשו או נשאו**

**ו. עמדו ושדכו**

באבות שסיכמו ביניהם הוצאות נישואי ילדיהם, ביום שבו באו בני הזוג בברית השידוכים (מה שנקרא היום אירוסין), וכתבו זכרון דברים בלשון כללית ולא בלשון חיוב, וגם לא חתמו על זכרון הדברים, ובשטר התנאים נכתב על עניני הכספים "כמדובר", כפי הנהוג במקומינו, ונשאלתי על תוקף הסכמה זו.

### א. בההיא הנאה

איתא בכתובות קב,א: תנן, הנושא את האשה ופסקה עמו לזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים. מאי לאו כי האי גוונא . לא, בשטרי פסיקתא, וכדרב גידל, דאמר רב גידל אמר רב, כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, עמדו וקידשו קנו, הן הן הדברים הנקנין באמירה. ומבואר בראשונים שם, עיין רש"י ד"ה לא ובריטב"א), דהחידוש של רב גידל, שאע"פ שלא פסקו בעלי דבר אלא בדברים, מהני ולא בעי קנין. ושם בע"ב: גופא אמר רב גידל אמר רב, כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, עמדו וקידשו קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה. אמר רבא, מסתברא מילתא דרב בבתו נערה, דקא מטי הנאה לידיה, אבל בוגרת דלא מטי הנאה לידיה לא. והאלהים אמר רב אפילו בוגרת, דאי לא תימא הכי, אבי הבן מאי הנאה אתא לידיה. אלא בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי.

ובפשטות היה נראה לבאר, דדינו של רב גידל דנקנים באמירה, מיירי בהתחייבות שבאה בתמורה, ואף שכל התחייבות צריכה קנין, כשהיא באה בתמורה אינה

צריכה קנין, וכדין כל מכר, שמתחייב הקונה לשלם דמי המכר, אין התחייבותו צריכה קנין כיון שבאה בתמורה, כך התחייבות שבתמורתה מקבל הנאה של חיתון, אינה צריכה קנין. וכן במתחייב לזון את בת אשתו, מקבל בתמורה הנאה שהאשה נשאת לו. עיין מש"כ הריטב"א כתובות קב,ב, במחלוקת הרמב"ם והראשונים, אם מהני התחייבות בדבר שאינו קצוב, דהרמב"ם (מכירה יא,טז) כתב דאף דלא מהני להתחייב בדבר שאינו קצוב, שאני הכא שפסק בשעת נישואין ומשעבד נפשיה מדרב גידל, כשם שמתחייב בדבר שאינו ברשותו. וחלק עליו הריטב"א, דאין דברים נקנים באמירה, כשאינם נקנים בדרכי הקנינים, וחידוש דרב גידל הוא שאין צריך קנין וסגי באמירה, אולם אם הם דברים שקנין לא נתפס בהם, גם אמירה לא תועיל: "וסבור הייתי דמודה הרמב"ם ז"ל במי שקבל שכר לזון זמן ידוע שהוא חייב לזון הזמן ההוא, ושלא אמר רבינו ז"ל אלא במחייב מעצמו דרך מתנה וגמילות חסדים, ואין זה נראה מדבריו ז"ל, דא"כ הכא הא איכא שכר שנשאת לו האשה הזאת ולא אתי עלה מרן ז"ל אלא לפי שפסק בשעת נישואין. ועוד, ערב יוכיח שהלוהו זה על אמונתו, ואפ"ה אומר רבינו ז"ל (מלוה ולוה כה,יג) שאם ערב בדבר שאינו קצוב ונתנו על פיו פטור". הריטב"א דוחה את האפשרות לומר בדעת הרמב"ם, שכל דבר שהוא בתמורה, מהני התחייבות ללא קנין, שא"כ מדוע כתב הרמב"ם שמהני מפני שהתחייב בשעת נישואין, וכן מדוע ערב בדבר שאינו קצוב לא מועילה ערבותו בשעת מתן מעות, הרי יש הנאה שמהימן ליה. אולם נראה שהריטב"א לא דחה את הסברא שכאן הוי התחייבות בתמורה להנאה, וכפי שיש לפרש את דברי הגמ' קב,ב הנ"ל, וקושיתו רק אליבא דהסבר שר"ל ברמב"ם. ועיין להלן בדברי הריטב"א קדושין ט,ב.

וכמו שמצאנו בכ"מ בש"ס דהנאה מהוה לכאורה תמורה להתחייבות, וע"כ מהני בלי קנין. דאיתא בב"ב קעג,ב: אמר ליה רב אשי לאמימר, הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד. אלא אמר רב אשי, בההוא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשתעבד נפשיה. ועיי"ש ברשב"ם שפי': "בלב שלם, ושליחותא דערב קא עביד מלוה, כאילו הוא עצמו הלוה". והיינו כביכול הערב קיבל מעות ההלואה. ובריטב"א שם, שהערב משעבד נפשיה כאילו קיבל המעות ממש לטובתו. ובסוף המסכת בדין ערב דבי"ד דלא בעי קנין, דבההיא הנאה דמהימן ליה, גמר ומשעבד ליה. פירש שם הרשב"ם: "דבההיא הנאה דקא מהימני ליה ב"ד, גמר ומשעבד נפשיה". והיינו שההנאה היא תמורת ההתחייבות, וע"כ אין ההנאה צריכה קנין.

ולכאורה יש להבין בפירוש הרשב"ם, דנחשב הערב כביכול קיבל המעות מהמלוה והוא הלוה, א"כ הנאה זו מתפרשת באופן שונה מההנאה של ערב דבית דין, ומה דחק את הרשב"ם לפרש שהערב הוא הלוה, היה מקום לפרש שבהנאה שמהימן לו ללוה, גמר ומשעבד נפשיה כמו בערב דבית דין, דכן היא משמעות דברי

הגמ׳. ונראה בבאור דעת הרשב״ם, דאף שבההיא הנאה מסלק את האסמכתא, והנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד, ס״ל לרשב״ם דהנאה זו שנתן המעות בשליחותו, היא הגורמת גם שיהיה נחשב כקיבל המעות, ודוקא כשיש לו הנאה מהשליחות, אולם כשאין לו הנאה מהשליחות, לא יהיה כקיבל המעות. ומצאתי סברא זו בדברי חיים (חחו״מ ח״א סי׳ טו), דכן מצאנו במקודשת מדין ערב, שאם נתן מעות בשליחותה, כיון שיש לה הנאה במה שאחר קיבל, הרי זה כאילו קבלה היא. משא״כ בתנהו על הסלע, שאין לה הנאה מזה, לא חשיב כקבלה, ואינה מקודשת. וזו כונת הרשב״ם, דמה שנתן ללוה הוי כנתן לערב, וערב נתנם ללוה על ידי שלוחו, אך בדוקא ביש לו הנאה מיניה. ומה שאינו גובה מהערב, מפני דחשיב כבני חורין במקום משועבדים.

ובמחנה אפרים (ערב סי׳ א) כתב בתחילה דכל דין הגמ׳ הוא רק כדי להוציא מדין אסמכתא. ההיא הנאה לא יוצרת קנין אלא מסלקת אסמכתא של הערב דלא גמר נפשיה לשעבודי, דסבור שהלוה יפרע. והקשה המחנ״א מקדושין ז,א בדין מקודשת מדין ערב, דאם אמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך, דמקודשת מדין ערב, ערב לאו אע״ג דלא קא מטיא הנאה לידיה משתעבד, האי איתתא נמי אע״ג דלא מטיא הנאה לידה, מיקדשא נפשה, ולכאורה יש לחלק בין ערבות לקידושין, דבערבות הוי התחייבות, ויכול לשעבד עצמו בההיא הנאה, אולם בקדושין צריך שתקבל כסף ויהיה כסף קנין, ואיך מוכח מערב דמהני. וכתב המחנ״א, דההיא הנאה חשיב כקבלת ממון, שנהנה בשוה פרוטה, ובזה משתעבד ובזה מתקדשת: ״דעיקר חיובא דערבות הוי משום דההיא הנאה דקא מהימן ליה, חשיב ממונא שנהנה בשוה פרוטה כמ״ש הריטב״א ז״ל יע״ש, איכא למימר דלא מייתי התם מערבות אלא למילף דאותה הנאה שהוציא ממון על פיו, חשיבא ממונא. ומה״ט משתעבד הערב, ואע״ג דהוי אסמכתא״. ובקדושין מתקדשת בהנאת פרוטה, ובערבות הרי זו התחייבות שבאה בתמורה, וע״כ מהני ואין בה אסמכתא, וגם אינה צריכה קנין, עיי״ש בהמשך דבריו. וכן נמצא במקנה (קדושין ז,א), דבערב הוא מקנה את גופו להשתעבד ע״י קנין כסף, דההנאה דמהימן ליה חשוב כאלו נותן לו פרוטה, ובקנין זה נשתעבד גופו על כל החוב, כמו במכר שדה דיכול להקנות כל השדה ע״י קנין פרוטה, הכי נמי יכול להקנות שיעבוד גופו על כל החוב ע״י הפרוטה.

[ועיין במש״כ הגרא״ו בקובץ שעורים ב״ב סי׳ תרמח בבאור דין מקודשת מדין ערב: ״דכיון דאילו נתבטלו הקידושין היתה חייבת לשלם לו מדין ערב שהוציא ממון על פיה, בזה גופא מתקדשת דהקידושין הן במקום התשלומין, וכמו בעשה לי שירים נזמים דמקודשת למ״ד אינה לשכירות אלא בסוף אפילו אי אומן קונה בשבח כלי, ואמאי מקודשת הא לא נתן לה כלום, אלא דכיון דאי לאו הקידושין אי תבע לה קמן בדינא אמרינן לה זיל שלים, השתא הקידושין הן במקום התשלומין״. א״כ לכאורה

לא קיבלה אלא הנאת מחילת תביעת חוב, וצ״ב. ועיין במש״כ הגרא״ז באבן האזל אישות ה,כא.]

והגרי״א בנחל יצחק (סי׳ מ ענף ג) כתב דההיא הנאה דרב גידל הוי תורת קנין ולא תורת התחייבות, דכן משמע מלשון רב גידל; עמדו וקידשו קנו, הן הן הדברים הנקנין באמירה, ומשמע דמיירי בקנין, שאם היה מדובר בהתחייבות, היתה הגמ׳ נוקטת לשון שעבוד, וכמו שנקטה בערב; גמר ומשעבד נפשיה, וכן לענין מתנה שומר חינם להיות כשואל (ב״מ צד,א), נקטה הגמ׳ לשון שעבוד; בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא, גמיר ומשעבד נפשיה. ואילו רב גידל נקט לשון קנין. ולפ״ז הקשה, דאם רב גידל מיירי בקנין, ומשמעות דברי רב גידל דאין לחלק בין קרקע למטלטלין, ואם כריטב״א (וכן דעת הרמב״ן) דההיא הנאה חשיב כסף, איך קונה מטלטלין בכסף, והרי גזירה שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה. וע״כ הוכיח כר״ן דהוי גם חליפין, (עיין בב״י חו״מ סי׳ קצ לענין הנאת אדם חשוב דקונה במטלטלין), עי״ש מש״כ באריכות בבאור הדין, והנפק״מ בשיטות הראשונים.

וכן מצאנו הנאה שהינה ככסף או שכר, בענין שומר אבידה, בב״ק נו,ב נחלקו רבה ורב יוסף אם שומר אבידה דינו כשומר חינם או שומר שכר, ולרב יוסף דדינו כשומר שכר, בההיא הנאה דלא בעיא למיתבי ליה ריפתא לעניא, הוי כשומר שכר, דכיון שעוסק במצוה, פטור מהמצוה. ושם לכאורה יכול להתבאר גם אם אינו ממון ממש, דכיון שיש הנאה של פטור מחיוב, הוי שכר, דלענין שומר שכר אינו צריך לקבל דוקא ממון, אלא כל הנאה שתבוא לו, אם הוי שוה פרוטה (עיין ש״ך שג,א), הרי זה כשכר ודינו כשומר שכר. וכן יש לפרש את ההנאה המבוארת בגמ׳ ב״מ מג,א, לענין מפקיד מעות מותרין אצל שולחני, דבהיא הנאה דאי מיתרמי ליה זבינא דאית בה רווחא זבן בהו, הוי עלייהו שומר שכר. דשכר של שומר שכר אינו צריך להיות דוקא כסף קנין, אלא כל הנאה שיש להעריכה בשוה פרוטה, דינה כשכר אף אם אין דינה לענין קנינים ככסף. וכן לענין הנאה של אומן (ב״מ פ,ב), דהוי הנאה לענין שכר שומרים, שיחשב כשומר שכר.

אמנם מצאנו הנאה, שהיא לכאורה אינה בכלל בגדר של ממון, אף שמועילה לענין קנין. דאיתא בב״ב קו,ב: תניא ר׳ יוסי אומר, האחין שחלקו, כיון שעלה גורל לאחד מהן, קנו כולם. מאי טעמא, אמר ר׳ אלעזר כתחלת ארץ ישראל, מה תחלה בגורל אף כאן בגורל. אי מה להלן בקלפי ואורים ותומים, אף כאן בקלפי ואורים ותומים. אמר רב אשי, בההוא הנאה דקא צייתי להדדי, גמרי ומקנו להדדי. ולכאורה הנאה של הסכמה לחלוק בגורל, אין לה משמעות של כסף וממון, ולכאורה בודאי לא להיות כסף לקנין כסף. ועיי״ש ברשב״ם שפירש: ״משום דגמרי בלבב שלם ומקנו

למי שיעלה הגורל מיד, מהני גמר דעתם עם הגורל כאורים ותומים דמהני אפילו היכא דלא גמרי ומקנו, דבההיא הנאה דצייתי להדדי ונשמעין זה לזה לחלוק בגורל כדי שיטול כל אחד חלקו בפני עצמו, דאינן חפצים עוד בשותפות, הלכך אין רוצין שיהא עוד עכוב בדבר, וגמרו ומקנו אהדדי". לכאורה יש בזה אומדנא לגמירות דעת, מחמת ההנאה שסו"ס יחלקו השותפות בגורל, ואין להנאה דין של כסף.

אולם בריטב"א שם (ב"ב קו,ב) מבואר דדינו ככסף, וז"ל: "פירוש והנאה ככסף, ומורי נר"ו אומר שאין דין גורל אלא בקרקעות. וכן סיתומתא באתרא דנהיגי (ב"מ עד,א) מדין כסף הוא ובקרקעות, ורבינו שמואל ז"ל פירש שכן הדין במטלטלין, דההיא הנאה נמי חשיב כאילו משך, וכן דעת התוספות". ומש"כ דדינו ככסף, י"ל שאינו ככסף ממש אלא דדינו ככסף, וכמו שכסף קונה, הוא הדין גורל, מחמת ההנאה. דאל"כ איך יועיל במטלטלין, הכיצד יחשב למשיכה בפועל. אלא כוונת הריטב"א לכאורה שדינו ככסף וכמשיכה, וכמו שהם קונים, כך הנאה של צייתי אהדדי מהני.

ובדברי הר"ן בסוגיא, מפורש בדרך שונה, וז"ל: "דוקא בגורל, דההיא הנאה מהניא בקלפי אורים ותומים שהיתה בתחלתה של ארץ ישראל, אבל בלא גורל כלל, דודאי בדיבורא בעלמא לא קנו משום ההיא הנאה, אלא הכא אגורל קא סמיך, דכיון שיש לגורל עיקר, שהרי ארץ ישראל נחלקה בו, ואם מתרצים לחלוק בכך, גמרי ומקנו אהדדי". ומבואר שהקנין הוא הגורל, וכבר מצאנו קנין גורל בארץ ישראל, רק בארץ ישראל היו אורים ותומים וקלפי, וההיא הנאה מכשיר את הגורל להיות קנין גם בענינים אחרים. כלומר, ההיא הנאה אינו הקנין, ואינו קנין בפני עצמו, שהרי ללא גורל לא מהני. ההיא הנאה מכשיר קנין שכבר מצאנו בענין אחר, ויכול להוות תחליף לתנאים שהיו בקנין, אך אינו עצם הקנין. וזה לגירסת הספרים דלא גרסי אלא אמר רב אשי, דלא פליג רב אשי על ר' אלעזר, ורק בא לתרץ את קושית הגמ' בחילוק בין חלוקת הארץ לחלוקת השותפים. וכן נראה לכאורה לבאר בדברי הנימוק"י (ב"ב נ,ב בעמוה"ר), וכן מבואר להדיא בר"י קרקושא בסוגיא. ולפ"ז לכאורה לריטב"א יהני אפי' בלא גורל, רק הגורל היה היכי תימצי להנאה. ולר"ן הגורל הוא המקנה, וההנאה היא מכשרת גורל ללא אורים ותומים וקלפי.

והרמב"ם בהל' שכנים ב,יא, פסק: "האחין שחלקו ועשו ביניהם גורל, כיון שעלה גורל לאחד מהן, קנו כולן בהנייה שנעשית להם ששמעו זה מזה לדבר שהסכימו עליו, גמר כל אחד מהן ומקנה לחבירו". והראב"ד השיגו, שלא נתחוורו דבריו כלל. והרב המגיד הקשה על הראב"ד, שהרי דברי הרמב"ם מפורשים בסוגיא בב"ב קו,ב. והגר"ח הלוי שם כתב לבאר, דאם נאמר יש ברירה, אין בחלוקת השותפים מעשה קנין אלא חלוקה בלבד שכ"א נוטל חלקו, משא"כ אם אין ברירה ודינם

כלקוחות, צריכים גם מעשה קנין להקנות כ״א לשני, שהרי לא יתברר למפרע חלקו של זה אלא היו שותפים בכל, וכ״א מקנה לשותף וקונה מהשותף. ותוס׳ בב״ק פח,ב (ד״ה הכי) דבחלוקת ארץ ישראל כו״ע מודים דיש ברירה, ולפ״ז הגורל רק ברר את החלקים ולא מעשה קנין. ולדידן דקיי״ל דאין ברירה, לא יועיל גורל, כיון שאינו מעשה קנין. והרמב״ם גורס אלא אמר רב אשי, והיינו שחזר מהלימוד של חלוקת הארץ, והגורל הוא קנין בפני עצמו מחמת ההיא הנאה, ולכן מועיל כקנין. והראב״ד גורס אמר רב אשי, שלא חזר מהילפותא דחלוקת הארץ, וא״כ כל זה בחלוקת הארץ שיש ברירה, אבל לדידן דקיי״ל דאין ברירה, הגורל אינו מועיל בתורת מעשה קנין הנצרך לחלוקת השותפות.

והקשה הגר״ח, לשיטות דלא גורסים אלא אמר רב אשי, וההיא הנאה היא תחליף לקלפי ואורים ותומים, איך מועיל ההיא הנאה, הרי סו״ס אינו דומה לחלוקת הארץ שהיתה בקלפי ואורים ותומים, ותירץ הגר״ח:

״דאע״ג דבחלוקת הארץ היה גורל בקלפי ואורים ותומים, מ״מ הגורל וקלפי ואורים ותומים שני דינים הוא דאית בהו, דעיקר דין חלוקה היה ע״י הגורל לבדו, ומשום דכך היה הגזירת הכתוב דע״י הגורל יעשה ויחול הדין חלוקה, וקלפי ואורים ותומים היה לברר לכל אחד חלקו, ותרווייהו צריכין להדדי, דאע״ג דקלפי ואורים ותומים ביררו לכל אחד שזהו חלקו, אבל כל זה הוא אם הם מחולקים זה מזה, אבל קודם שנתחלקו זה מזה היתה ארץ ישראל זכיית כולם ביחד, וא״כ הלא היו צריכין לגורל שעל ידו נתחלקו זה מזה, שיוכל לזכות כל אחד בחלקו לבדו, וגורל לבדו ג״כ לא מהני, דהרי אין בגורל דין קנין שיזכה על ידו כל אחד בחלקו, וממילא דלא חלה דין חלוקה כלל, דעצם החלוקה הא הויא מה שנשאר כל אחד בחלקו בלא זכות חבירו, אלא דכיון דהיו קלפי ואורים ותומים שבירורו לכל אחד שזהו חלקו ולא חלק חבירו אם יתחלקו, א״כ ממילא אהני הגורל. ונמצא דהגורל וקלפי ואורים ותומים כולהו צריכין להדדי, דבין כולם ביחד חלה חלוקה וזכייתו של כל אחד בחלקו ביחד, כיון דהיה כאן חלוקת גורל ובירור החלקים לכל אחד מה שלו, א״כ ממילא שאינו חסר עוד קנין וזכיה ונתקיימה החלוקה ... ובזה באמת חלוק כל יש ברירה דעלמא ליש ברירה של חלוקת ארץ ישראל, דבחלוקת ארץ ישראל היתה הברירה דנטל כל אחד חלק המגיע לו, ולא היה יכול להשתנות בשום אופן, דכיון דהיה על פי הדיבור ונביא ואורים ותומים פשיטא דנטל כל אחד חלק המגיע לו, ופשיטא דלא היה צריך כל אחד לשום קנין, כיון דנתברר דזהו חלקו שלו, והשתא הוא דגמרה זכיית ירושתו של כל אחד בחלקו, משא״כ בכל יש ברירה דעלמא עיקר הברירה היא ע״י זכיית כל אחד בחלקו וכמו

שכתבנו. אשר על כן זהו דפריך הגמ׳, אי מה להלן בקלפי ואורים ותומים אף כאן בקלפי ואורים ותומים, ר״ל וא״כ איך ילפינן כל חלוקה דעלמא מחלוקת ארץ ישראל ענין גורל, והלא בחלוקת ארץ ישראל כיון דנתברר על ידי הקלפי ואורים ותומים לכל אחד חלקו במסויים, וא״כ הרי אין בהגורל רק מעשה חלוקה בעלמא בלי שום קנין, ובזה הוא דמהני גורל, משא״כ בכל חלוקה דעלמא, דנתבאר דאפילו למ״ד יש ברירה מ״מ הרי בעינן בחלוקתו גם דין מעשה קנין, ולזה הרי לא שייך כלל ענין גורל, וממילא דאינה מתקיימת המעשה חלוקה. ועל זה הוא דמשני הגמ׳ בההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקנו להדדי, ר״ל וחשוב זאת כמו שנתבררו בחלקם, ואינו חסר עוד לכל אחד קנין וזכיה בחלקו, והכל תלוי רק במעשה חלוקה, ושוב ילפינן מתחלתה של ארץ ישראל דגורל מהני לעשות מעשה חלוקה, וכמו שכתבנו דגם בתחלתה של ארץ ישראל חלות דין מעשה חלוקה היה ע״י הגורל לבדו.״

בבאור דברי הגר״ח נראה, דאף למ״ד יש ברירה, סוף סוף איך יכול השותף בחלוקת הארץ או בחלוקת השותפים, להיות בעלים יחידי על מה שהובירר בגורל לחלקו, דאף אם גורל מחלק וקובע שזה חלקו של זה וזה חלקו של זה, עדיין צריך כ״א לקנות ולהקנות לשותפו, ואיך הקנה הגורל, שאינו אלא מברר החלקים. אולם בחלוקת הארץ שהיתה בקלפי ואורים ותומים, הרי זו חלוקה ע״פ הדיבור ואינה יכולה להשתנות, וכיון שהובירר ע״פ הדיבור שזה חלקו של כ״א ואחד, הרי שלא נצרכו אלא למעשה החלוקה, ומעשה החלוקה עשה הגורל. וכן בחלוקת השותפים, ההיא הנאה דקא צייתי להדדי, הינה ברור החלקים שאינם יכולים לחזור בהם מהחלוקה, שבהנאה זו קבעו שהגורל לא רק עושה מעשה של חלוקה אלא גם מברר את החלקים, למי שייך מעיקרא חלק זה ולמי חלק זה, וע״כ אינם צריכים להקנות ויש להסתפק במעשה החלוקה שעושה הגורל. דיש שני דינים, דין מעשה החלוקה, שהם נחלקים, וברור חלקו של כ״א מהם, ומעשה החלוקה עושה הגורל, וברור החלוקה הינו ע״י קלפי אורים ותומים בחלוקת הארץ, או ההיא הנאה דקא צייתי להדדי, הגורל גם יברר וגם יחלוק, וע״כ אינם צריכים לקנין וסגי במעשה החלוקה, כיון שהתברר בגורל גם חלקו של כאו״א.

ועיין מש״כ הגר״א קוטלר (משנת רבי אהרן, שכנים ב,יא) דאין לומר שהגורל רק מברר חלקים, וממילא התוצאה שלאחר ברור החלקים היא שכ״א קנה החלק שהגורל ברר לו, דא״כ אין ללמוד חלוקה בגורל מחלוקת ארץ ישראל, שבחלוקת הארץ היה קלפי ואורים ותומים, ולא רק שקנין אין כאן, גם חלוקה אין כאן, ומה מועילה ההיא הנאה דצייתי אהדדי. ובהכרח הראשונים הסוברים שחלוקת היורשים מדינא היא בגורל, הרי שלענין עצם הברור חלקים, גם ללא קלפי ואורים ותומים

מהני גורל, רק לענין הקנין הנצרך לאחר ברור החלקים, לא מהני הגורל, ורק בחלוקת הארץ מהני לקנין, מחמת הקלפי ואורים ותומים, אבל בלא״ה לא מהני. וזה שהקשתה הגמ׳, איך מועיל הגורל לקנין, ותירצה הגמ׳ דבההיא הנאה דצייתי אהדדי, חל הקנין ע״י הגורל, והגורל אינו רק מברר חלקים אלא מהוה מעשה קנין. ועיי״ש מה שביאר באריכות, דאם הגורל היה רק מברר, יכל אחד האחים לבטל הברור ע״י עילוי בדמים, ונצרך לקנין כדי שלא יוכל לבטל את מה שבירר הגורל. ועיי״ש באות ה (ד״ה והנה), דבדין ירושה סגי בברור חלקים ואין צריך קנין, משא״כ אם הם כלקוחות דבעינן נמי קנין.

## ב. דאורייתא או דרבנן

לאמור לעיל נראה דההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי, הוא תמורה להתחייבות, וכשההתחייבות בתמורה, מהני ההתחייבות אף בלא קנין וכנ״ל. ואף אם מדובר בדברים שמקנה בפועל (וכפי שהתבאר ויתבאר להלן בדעת הראשונים), הרי ההנאה היא כסף או חליפין לקנית המטלטלין. ולכאורה לאמור לעיל נראה דהוא מעיקר הדין שאין צריך קנין, כיון שההתחייבות שבתמורה, או הכסף חליפין שהם מהווים, הוי מעיקר דיני קנינים, ולכן מהני באמירה בלבד.

ובנודע ביהודה (מהדור״ק חו״מ סי׳ כח) דן עם חתנו (הגאון רבי יוסף, אב״ד פוזנא, בעמח״ס זכרון שארית יוסף), מה הדין אם בשעת חיתון גם דיברו וגם קבלו בקנין, דחתנו ס״ל דכמו בשכיב מרע דלא מהני אמירתו אם קבל קנין, הוא הדין בעמדו וקדשו, ודעת הנו״ב דבשכ״מ הכל תלוי בדעת השכ״מ, ולכן אם אינו רוצה לקנות באמירה, מי יכריחו לקנות באמירה, משא״כ בשטרי פסיקתא, כיון שתלוי בדעת שניהם, ואדעתא דהכי מתחתני אהדדי שיתן לו מה שפוסק לו באמירה, וחז״ל תקנו שאלו דברים נקנים באמירה, אינו יכול לומר שאינו רוצה להקנות באמירה, כיון שפסק לו ועמדו וקידשו, נגמר הקנין שתקנו חז״ל. וחתנו השיגו, דאין כאן תקנת חכמים אלא אומדן דעתם, דמחמת דמתחתני אהדדי, גמיר ומקנה באמירה בעלמא. והנו״ב השיבו דללא תקנת חכמים לא היה מועיל מה דגמר ומקני באמירה, כיון שאין האמירה קנין לא מועילה גמירת דעת, וכמו דלא מהני גמירות דעת בקנינים ללא מעשה קנין. והביא ראיה מאיסור גיורא (ב״ב קמט,א), שלא יכול היה להקנות לרב מרי בריה רק באודיתא, אף שפקדון היה ביד רבא ובכל מקום שהם ברשות איסור היו, ולמה לא הקנה לרב מרי בריה באמירה ואפילו שלא בפניו, ואין לך אנן סהדי דניחא ליה יותר מאיסור לבנו. אלא ודאי שללא קנין, לא מהני גמירות דעת. אולם בשטרי פסיקתא, חז״ל תיקנו שיהיו נקנים באמירה; ״דאמדו חכמים דעתם דניחא להו, ולכן תקנו חכמים שיהיה זה קנין, וכיון דתקינו שדברים אלו נקנין באמירה, שוב לא חילקו בדבר,

ואפילו מתרמי אדם דלא ניחא ליה, כבר הוא קנין מצד תקנת חז״ל, דומיא דמי שמקנה בק״ס, הכי יעלה על הדעת שאם לא ניחא ליה בלבו שיוגמר הקנין מהני, ואפילו אם הקונה מאמין לו שהיה בלבו דלא גמר ומקני״. מבואר מהנו״ב דדין הנ״ל הוא מתקנת חכמים דמהני באמירה בלבד, וזה קנין מדרבנן, ככל הקנינים שהם מדברי סופרים.

והנו״ב חלק בזה על חתנו שכתב דאינו מדרבנן אלא אומדן דעת של חכמים, וע״ז השיגו הנו״ב, דלא מהני גמירות דעת ללא מעשה קנין, וכיון שתקנו חכמים שנקנים באמירה, הרי שבזה האמירה היא מעשה קנין, וההיא הנאה היא הסיבה לתקנת חכמים. ולכאורה למש״כ לעיל נראה שאין צריך לתקנת חכמים, אלא כיון שההנאה היא תמורה להתחייבות, או שיש לה דין כסף או חליפין שקונה, ואומדן דעת חכמים שההתחייבות שהיא בתמורה להיא הנאה, נחשבת כתמורה או ככסף, דלא כל הנאה תחשב כתמורה להתחייבות או לכסף. וע״ע מה שחיזק הנו״ב דבריו במהדור״ב (חחו״מ סי׳ מב).

ומדברי הריטב״א (קדושין ט,ב) משמע שדין זה הוא תקנת חכמים. הריטב״א כתב דבההיא הנאה יש חיוב לקיום, ומהני אף בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו: ״וסברא דרבוותא ז״ל דדברים אלו הנקנים באמירה אינם נדונים כמתנה בקנין בלחוד אלא כחיוב בקנין, אפילו לפוסק דבר שאינו בעולם ושאינו ברשותו, ונראין דבריהם״. הרי שיש כאן חיוב בקנין, מחמת ההיא הנאה דמחתני אהדדי. ובהמשך כתב דמ״מ בטרם כתיבת השטר, צריכים העדים לאמלוכי ביה: ״למאן דמוקים לה בשטרי פסיקתא, כיון דדברים הנקנים באמירה הם וקנו, הרי הוא כאילו קנו מידם, ובקנין לא צריך לאימלוכי בכתיבה כדאיתא בריש פרק אע״פ (כתובות נה,א) דסתם קנין לכתיבה עומד עד שימחה, איכא למימר דמאן דמוקים ליה בשטרי פסיקתא סבר דדברים הללו לא אלמוהו רבנן אלא לגבי בני חרי אבל ממשעבדי לא גבי, וכיון דליכא קנין ממש, צריך לאימלוכי ביה״. ומבואר מהריטב״א שהקנין באמירה הוא מתקנת חכמים, וכל מה שנידונים כחיוב, שכך תקנו חכמים לדונו כחיוב. ובאמרי בינה (הלואה טו) למד מדברי הריטב״א והנו״ב, דדברים הנקנים באמירה כדוגמת רב גידל כמה אתה נותן לבנך וכו׳, הרי הוא רק קנין דרבנן ואינו מועיל מהתורה, דגמר ומקני אינו אלא קנין דרבנן.

ולכאורה דברי הריטב״א בקדושין דהוי תקנת חכמים, סותרים למש״כ בכתובות (עיין לעיל), דההיא הנאה חשיב כסף. ונראה לומר, דקנין זה הוא מהתורה לכ״ע, הואיל ויש כאן התחייבות בתמורה או דהוי כסף, אלא מתי יש לראות את ההנאה כהנאה חשובה שנחשיב אותה ככסף או כקבלת תמורה, בזה אין לנו מה שאמרו

חכמים, וחכמים קבעו שהנאת חיתון או הנאה של ערב שנאמן עליו, נחשבת להנאה השוה כסף ונחשבת להנאה שמהוה תמורה להתחייבות, וכיון שאינו כסף ממש אלא חכמים החשיבו את ההנאה לכסף או לתמורה, לא החשיבו אלא לבני חרי ולא למשעבדי וצריך לאמלוכי קודם כתיבה. ולכן אין ראיה שכל הקנין הוא מדרבנן, אלא כיון שהחשיבו חכמים את ההנאה לכסף, ממילא יש לקנין דין של כסף מהתורה, ולהתחייבות יש תוקף מהתורה אף ללא קנין, כן נראה בבאור דברי הריטב״א. ועיין חזו״א בכורות יט,יג לענין שאין אנו בקיאים לדמות מילתא למילתא בסברת גמר ומקני, ורק מה שאמרו חז״ל להדיא אמרינן דגמר ומקני, עיי״ש.

ובזה סברתי לישב מה שהקשה במנחת חינוך (מצוה שלו, בהשמטה, בדפוסים ישנים מופיע בסוף מצוה שמב). דבקדושין ח,ב הסתפקה הגמ׳ אם זרק לה קדושין על סלע של שניהם. ובצדדי הספק כתב הר״ן, די״ל דהקנה לה חלקו בסלע, דכיון דניחא ליה לקדשה, אקנויי אקני לה מקום באותו הסלע וקניא לה. ובהסבר דברי הר״ן, כתב באבני מילואים ל,ג, דאף דכל הקנאה צריכה קנין, ובסלע של שניהם לא היה קנין, מצאנו הקנאה בלא קנין בבכורות יח,ב, דרבי טרפון סבר אקנויי קא מקני ליה בחצירו וניחא לי דליתעבד מצוה בממונו, וכתבו שם תוס׳ (ד״ה אקנויי) ואפי׳ בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה; ״והכי נמי כיון דניחא ליה לקדשה דהוא מצוה, גמר ומשעבד. משא״כ במקח וממכר לא גמר ומשעבד נפשיה כולי האי״. ולמד מזה המנחת חינוך, דכל דבר של מצוה, אין צריך קנין. וכתב, די״ל דזה הטעם שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, דכיון שעושה מצוה, אין צריך קנין וסגי באמירה. רק הקשה על מה שנחלקו הפוסקים אם בצדקה אמרינן אמירתו לגבוה, ולכאורה כיון שעושה מצוה, מדוע לא מהני אמירתו לגבוה בצדקה.

ונראה לישב, דלא כל מצוה הוי אמירתו לגבוה אלא מה שאמרו חכמים דהמצוה תחשב כהנאה וככסף וכהתחייבות בתמורה, אך לא בכל מצוה י״ל כן אלא במה שאמרו חכמים, ובזה נחלקו הפוסקים, דהסוברים דבצדקה אמרינן אמירתו לגבוה, ס״ל דאין חילוק בין מצוה של צדקה למצוה של הקדש, ומדאמרו חכמים אמירתו לגבוה, הוא הדין במצוה של הקדש, והחולקים ס״ל דיש לחלק, ואין ללמוד ממה שאמרו חכמים בהקדש, לנדון הצדקה. אולם ביסוד הדין י״ל, דהמצוה נחשבת כהנאה וכתמורה או ככסף ממש, ועל כן הוי קנין. וגם הנאה של חיתון, שונה מכל הנאה של מצוה, כיון שאין בהתחייבות הכספית או בקנין החפצים לחתונה, משום המצוה גופה אלא רק הקדמה והכשר למצוה, ובזה בעינן שיאמרו חכמים באיזה ובכיוצא בזה מהני, ובמה שלא נקטו דמהני, לא מועיל. ולכן גם מי שקונה שופר או אתרוג או מצה, דהוי רק הכשר מצוה ולא המצוה גופה, לא יועיל בדברים ללא קנין.

## ג. קונה ללא קנין

ובדרך אחרת נראה לבאר את דברי הריטב״א בקדושין, ובעיקר דברי הנו״ב והאמרי בינה, דדברים הנקנים באמירה הוי תקנת חכמים, דתקנת חכמים היתה שהאמירה היא הקנין והיא מעשה הקנין, וכמו שתקנו בקנינים אחרים, כל דבר לפי ענינו, תקנו דבמקום שיש הנאה, מעשה הקנין הוא ע״י אמירה, ולכן קנין זה הוא קנין מדרבנן, דמדאורייתא אין מעשה קנין ע״י אמירה, ורק מדרבנן תקנו כן, אולם ללא מעשה קנין, לא מהני אפי׳ ידעינן שיש גמירות דעת, דלא סגי קנין ללא מעשה קנין.

והנה ברשב״א ב״ק קב,ב כתב בדין מקדיש נכסיו, שאין לו בכסות שצבע לשם אשתו ובסנדלים שקנה לשמן: ״מהתם שמעינן דדינא קתני, משום דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח להן, ואע״פ שלא הקנה להן בפירוש, ומשום דאמדינן ליה לדעתיה, אמרו נעשה כמי שהקנה״. והגרש״ש בשערי יושר (מערכת הקנינים סי׳ יא) למד מדברי הרשב״א הנ״ל: ״דענין הקנין הוא גמירות דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת ע״י מעשה, ולכן אם הסוחרים קבעו מעשה, מועיל המעשה הזה גם מהתורה, ולא גרע מה שקבעו חז״ל מקביעת הסוחרים. ועוד, דכיון שהוא זוכה מדין חז״ל, גמר בדעתו להקנות״. ולכאורה מה שלמד מדברי הרשב״א צ״ב, דבנדון המשנה, היה מעשה קנין, שקנה הבעל מהמוכר, רק השאלה היתה איך זכתה האשה, הרי הבעל לא אמר שעושה מעשה קנין עבור האשה, ועל זה השיב הרשב״א דאמדינן לדעתיה שכוונתו לקנות לאשה, והיינו שבמעשה הקנין שקנה מהמוכר, קנה לאשה, והאומדנא בגמירות דעת אינה תחליף למעשה קנין אלא מגלה לנו את הכוונה, וא״כ מנין ראיה דבגמירות דעת ללא מעשה קנין מהני. ולכן אפשר דהרשב״א ס״ל דהבעל עשה קנין מהתורה, רק מה שקנה עבור האשה הוא באומדן חכמים, ואין מזה ראיה דמהני הקנין לדאורייתא, אם היה הקנין מדרבנן.

והגרא״ו בקובץ שעורים (ב״ב תל) לענין תוך כדי דבור דלאו כדיבור במגדף, כתב לענין חזרה בקנינים תוכ״ד, וז״ל: ״והא דמהניא חזרה בכל הקנינים, היינו משום דגם התם עיקר הקנין נעשה ע״י המחשבה דגמר ומקני, דבמקום דאנן סהדי דגמר ומקני, אין צריך מעשה קנין, כמ״ש בתוס׳ כתובות קב, ואפשר לפרש בזה טעם החילוק בין קידושין לכל הקנינים, דבקידושין אפילו ידעינן דגמר ומקדש, ודאי לא מהני בלא כסף ושטר, ואם עשה מעשה קידושין אפילו לא ידע מקודשת, כמ״ש תוס׳ פ״ק דקידושין גבי מי שאינו יודע בטיב קידושין לא יהא לו עסק עמהן, עיין שם״. והיינו, דקנינים לא המעשה גומר אלא המחשבה, ומחשבה יכול לפרש ולחזור תוכ״ד. משא״כ בגיטין וקדושין הגומר הוא המעשה, וממעשה שנעשה לא יכול הוא לחזור, דהמעשה נעשה, ורק מחשבתו יכול לחזור בה תוכ״ד. ונראה כוונת דברי הקוב״ש

לדברי התוס׳ כתובות קב,א (ד״ה אליבא) שכתב דאין להקשות איך משתעבד בשטר זה, הא אין מטלטלין נקנין בשטר. ותירצו התוס׳ דיש לומר דהואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה; ״שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך. ועוד, דשמעינן 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״. והראיה של הגרא״ו, דהרי שטר לא מועיל במטלטלין, ואיך מהני ההשתעבדות שלו בשטר כשכותב חייב אני לך מנה בשטר, וע״ז תירצו דהואיל ויש גמירות דעת בטירחת השטר, גמר ומשעבד נפשיה. ולכאורה התוס׳ מיירי בהתחייבות והשתעבדות, שאינו נותן לו מנה מסוים, ומי יאמר דבקנין מהני באופן של גילוי דעת.

ועיין תוס׳ בבכורות יח,ב (ד״ה אקנויי), לענין ישראל המקנה חצירו לכהן, שיקנה בה הבכור: ״ואפי׳ בלא קנין קא קני, דגמר ומשעבד נפשיה״. ועיין באבנמ״ל ל,ג הנ״ל, דהינו טעמא דרב גידל. ומהתרוץ השני שם בתוס׳: ״אי נמי, כמה פעמים הרועה פותח ונועל, כדאמר תיזיל איהי ותחוד ותפתח, וברשות בעל הבית קא מחזיק״. משמע שהנידון בתרוץ הראשון שיקנה בלא קנין הוא על החצר ולא על הבכור. ולכאורה, אם גמר ומשעבד נפשיה, למה לי קנין חצר, יקנה הבכור ללא קנין. ועיין בדברי חיים (חיור״ד ח״א סי׳ סא) שהקשה בכלל בקנין בכור, דאין יותר רוצה להקנות, מבעה״ב שרוצה להקנות לפטור מבכורה, ודאי גמר ומקני ויועיל אפי׳ בקנין כל דהו. וכתב לישב, דכיון דאין בלבו להקנות באמת רק להפקיע האיסור, לא מקרי גמר בלבו, ולכן צריך קנין גמור. ולפ״ז י״ל דדוקא ברוצה שיגדל הבכור בחצירו, בזה מקיים מצוה וניחא ליה.

[ובזה י״ל על מה שהקשה מהרש״ם בתש׳ (ח״ג סו״ס שיח), אם מהני לדבר מצוה בלא קנין, א״כ גם במכירת חמץ לא יצטרכו קנין כלל. עוד הקשה מדברי הטור חו״מ סי׳ שלו בשם רמ״ה, דאם אמר לפועל טול מה שעשית בשכרך, דוקא בעשה משיכה וכד׳ אינו יכול לחזור בו, ומדוע לא קנה הפועל מיד, והרי מבואר בתוי״ט (ב״מ י,ה) דשלא יעבור בבל תלין גמר ומקני, ומדוע נצרך קנין. די״ל דאינו רוצה להקנות החמץ למצוה אלא שלא יעבור איסור חמץ בפסח, וע״כ אינו בכלל דבר מצוה. וכן במתן שכר הפועל, אין כוונתו למצוה, אלא שלא יעבור על בל תלין, וכמש״כ הדברי חיים בבכור.

ובזה י״ל למה שהקשה הגאון ר׳ דוד קארלינער, פסקי הלכות יד דוד, ח״א פ״ג הערה מה בהגהה, על שיטת התוס׳ והרשב״א, על הא דב״מ יא,ב דרבן גמליאל הקנה לזקנים בקנין אגב, הרי היה שנת ביעור ורוצה לקיים מצות ביעור מעשרות, ומדוע נצרך לקנין, הרי לשיטת התוס׳ והרשב״א אין צריך קנין. וכן הביא מירושלמי מעשר

שני ה,ד שהיה רבן גמליאל צריל לזכות להם המקום כדי שיקנו המעשרות, עיי״ש בפני משה. וע״כ הסיק דלא כתוס׳ והרשב״א. וי״ל כמש״כ הדברי חיים, דאין כוונתם למצוה אלא להפקיע מעליהם איסור מעשרות.]

ולכאורה אפשר בדרך שונה, שזה חלק משכרו של הרועה, שאם יולד בכור, מקנה לו חלק בחצירו, שיגדל את הבכור בחצירו, ואינו ענין לקנינים. דאף אם דל מהכא את הסברא של ניחא ליה שיגדל הכהן בחצירו, הרי הכהן מקיים מצוה של מתנות כהונה, שנותן לכהן הרועה את הבכור, ומדוע אין את הסברא של ניחא ליה לקיים מצוה, וגמר ומשעבד נפשיה בלא קנין. ועוד, גם אם לא יתן לרועה, הרי הבכור יגדל בחצירו ע״י הרועה עד שיתן לכהן אחר, ומה ניחותא דמצוה יש לו יותר בכהן זה מאחר. אלא דבעינן קנין בכל ענין, אלא בשכירות הרועה גם נתן לו זכות לגדל הבכור בחצירו, והוא זכות שימוש בחצר וחלק משכרו לזכות בחצר בבכור שרוצה לתת לו, דבעה״ב גמר ומשעבד נפשיה לשכרו זה. ומצאתי מעין זה בספר משמרות כהונה (לגאון רבי אברהם יצחקי, אב״ד בתוניס, בכורות יח,ב): ״אין ענין קנין לשעבוד, אלא דר״ל, דמעיקרא כשעשאו רועה לבהמותיו, שעבד נפשיה שאם יהיה ספק ביניהם שיחלוקו, והוי בכלל שכירותו של רועה״. ואף שהסביר בדרך אחרת שהכונה לשעבוד ולא לקנין, נלמד ממנו שמדובר בשכר הרועה. ועיין מה שכתבתי בח״ב ל,ד בשיטת התוס׳ דחצר קונה לשוכר, וממילא כאן שנתן לו רשות בשכרו, יכול לקנות בחצר מכח הרשות שנתן לו להשתמש בחצר, ועדיין צ״ע.

עוד י״ל, לפי מה שמצאתי בגדולי שמואל (ב״ב קכג,ב) לענין שיטת הרשב״ם ורש״י לענין מכירי כהונה, שזוכה הכהן, ע״פ מש״כ הריטב״א גיטין ל,א דישראל שנתן מתנות ללוי ואמר לו בפירוש תזכה לך חצרי, קנה הלוי בחצירו של הישראל, אף דלא מטא ליד הלוי. והקשה הגדולי שמואל, דאיך קנה הלוי, הרי אין ידו וחצירו של המקנה יכול לקנות עבור הקונה, כיון דלא יצא מרשות מקנה לקונה. וכתב לישב, דשאני מתנות כיון דישראל אין לו בהן אלא טובת הנאה, וגוף המתנות שייך לכהן ולוי, ולמ״ד טובת הנאה אינה ממון הרי אין לישראל זכות כלל במתנות כהונה, לכן מהני שפיר דחצירו של ישראל הנותן יכול לקנות עבור הלוי. ולפ״ז י״ל דגם כאן אף שלא זכה במפורש לכהן את הבכור, ואף שלא הקנה לו חצירו בקנין, כיון שאין לבעה״ב אלא טובת הנאה, מהני בחצר בעה״ב, כשבעה״ב רוצה שיזכה בחצירו את הבכור, ורועה הוי כמכירי כהונה והוי כמפרש תזכה חצירו לכהן, והיינו למש״כ התוס׳ בבכורות לה,ב (ד״ה מימר), דמש״כ ביח,ב דהקנה לו מקום בחצירו, מדובר במכירי כהונה או שאוהבו ורגיל ליתן לו.

והחזו״א (חו״מ סי׳ כב ד״ה כלל) כתב: ״כלל גדול יהיה לך בקנינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש

דברים שקים להו לחז״ל שבדבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בליבו רק ע״י הקנינים המפורשים מהתורה או מחז״ל, ודו״ק היטב בזה והפוך בה דכולה בה. דוק בש״ס ופוסקים ותמצא כן. וזכורני שכדברים האלה כתב הגאון ר׳ אלעזר משה מפינסק (שיחי׳) [ז״ל] בהסכמתו לש״סים לווילנה הנדפס במסכת ב״ב, ודוק בדבריו כי נכונים הם מאד״. ואפשר דדיבור הוא מעשה הקנין, דלא סגי בגמירות דעת ללא דיבור, דאף שדיבור אינו בכלל הקנינים המפורשים בתורה או בחז״ל, לעיתים הסכימו חז״ל לראות בדיבור גמירות דעת, ואין לנו אלא מה שחידשו לנו חז״ל ובמקום שחידשו. וע״ע בחזו״א ב״ק כא,ה. ועיין בתש׳ קול אריה (לגרא״י שורץ, מתלמידי החת״ס, סי׳ קלא בסופו) שכתב דכיון דעיקר הקנין הוא לגלות דעתו, ממילא קנין דרבנן מהני לדאורייתא, דכיון שגילה דעתו, וחכמים קבעו שיש בזה גילוי וגמירות דעת, ממילא מהני לדאורייתא כיון שהיה כאן כבר גילוי דעת.

ומהרש״ם במשפט שלום (קצד,ב ד״ה כלל העולה) שמצא רב אחד (נראה שכוונתו לגר״ש קלוגר, בתש׳ טוב טעם ודעת תליתא סי׳ קמו, עיי״ש, וכן בקמא סי׳ ער) שכתב בתש׳ דבקנינים העיקר הוא סמיכות הדעת ולא מעשה הקנין, ומעשה הקנין רק מגלה את את סמיכות הדעת, וציין לדברי הרמב״ם מכירה ה,יג דדוקא בדברים שאין צריך קנין הוי כן, אבל בדברים הצריכים קנין, מעשה הקנין הוא העיקר. והנה המעין בדברי הרמב״ם שם יראה דמתיחס לעושה שליח או מוחל לחבירו או ביטול מודעות, שאין צריך קנין, ונהגו רוב המקומות להקנות למקצת אלו הדברים, וע״ז כתב הרמב״ם: ״קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום, אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו ואחר כך אמר, לפיכך אם אמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי לעשות דבר זה אין צריך דבר אחר כלל״. וממילא אינו ענין לנדון דברים הנקנים באמירה.

## ד. מכירי כהונה

ואיתא בב״ב קכג,ב: האי הזרוע והלחיים והקיבה היכי דמי, אי דאתי לידי אבוהון – פשיטא, ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא (... אבל הני מתנות לא זכה אביהן כלום מחיים, וכולן הוו שבח – רשב״ם), ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק. הכא במכירי כהונה עסקינן (שאנשי העיר קרוביו ומכיריו של כהן זה, ומזכין לו זיכוי גמור במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו קודם שהופרשו מן הבהמה), ודאשתחיט בחיי דאבוהון, וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו (ודמי כמאן דאתו לידיה בטבלייהו, דאמרינן בשחיטת חולין (חולין קל,ב) דקני להו כהן אי אתו לידיה בטבלייהו, דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין, כדנפקא לן התם מוזה יהיה משפט הכהנים, מלמד שהמתנות דינן להוציאן בדיינין אי אתו לידיה בטבלייהו, כדמפרש התם. והכי

נמי כיון דאשתחיט בחיי אבוהון והן מכירין של כהן זה ומרעיו ואוהביו, אף על פי שעדיין לא הופרשו, הרי הם כאילו באו לידו, שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות כשהן עדיין בתוך הבהמה, ודמי כמי שהוחזק בהן בחייו, דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין, ויטול בהן בכור פי שנים). ומבואר שזוכה הכהן במתנות כהונה במכירי כהונה, אף שלא עשה בהם קנין, ועודם בתוך הבהמה, כיון שנשחטו בחיי האב ונתחייב בעה״ב במתנות כהונה, הקנה לו בעה״ב את מתנות הכהונה. ומבואר שקונה בלא קנין. ובאור זרוע (ב״ב סי׳ עט) הקשה מדיוק לשון הרשב״ם, דבתחילה כתב שמזכין לו זיכוי גמור, ומשמע שאינו נוטל פי שנים אלא א״כ זיכו לו לאביו זיכוי גמור. ואח״כ כתב הרשב״ם, דכיון שהם אוהביו ורעיו גמרו ומקנו ליה, ומשמע דמן הסתם אמרינן שהקנו לו, אף שלא עשו זיכוי גמור.

וכדעת הרשב״ם מבואר ברש״י גיטין ל,א: ״דאינו רגיל לתת תרומות ומעשרות אלא לכהן זה, הלכך כיון דמלתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו, אסחי להו שאר כהני דעתייהו, והוה כמאן דמטו לידייהו דהני״. הרי שזה נחשב כמוחזקות וכבא לידם. דאם לא בא לידם, איך זכה הכהן שיכול הישראל לעכב הדמים בחובו של הכהן, ואיך יצא הישראל ידי נתינה. וכן פירש הר״ן (גיטין טו,ב מעמוה״ר), וכן הוא בפסקי הרי״ד (גיטין ל,א). וכן נמצא בשטמ״ק בשם הרא״ם, דכיון דבעל הבהמה מוחזק לתת לו המתנות; ״זכה בהו בהני מתנות וכנכסיו דמי, והוו להו גבי בעל הבהמה פקדון״, ולכן אף דלא מטא לידיה בחייו, חשיב כמוחזק והבכור נוטל בהם פי שנים. ועיין בגדולי שמואל בסוגיא בבאור דעת רש״י ורשב״ם (עיין לעיל), דאמרינן אומדנא דנתכוין הישראל לקנות עבורו, וכל מכירי כהונה הוה כפירש.

אולם בתוס׳ שם (ד״ה הכא) מבואר שלא זכה הכהן ולא קנה, אלא כיון דחשיב מתנה מועטת, אין בעה״ב יכול לחזור בו, ולכן חשיב הכהן כמוחזק; ״והיינו טעמא שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו, ואפי׳ בדברים בעלמא, ואף על פי שאם רצה יכול לחזור בו, מכל מקום כל כמה דלא הדר הוי כמוחזק״. וכן מבואר בריטב״א שם: ״כיון דמכירי כהונה הוא שמזכה לו מתנותיו, וקיבל עליו כן, הא ודאי אסור לחזור בו משום מחוסרי אמנה, שאפי׳ היו מנין מתנותיו אלף זוז, כיון דאין לו בהן אלא טובת הנאה, מתנה מועטת היא״. הרי שלא זוכה בלא קנין אלא שאסור לבעה״ב לחזור בו מהמתנה, ולכן אינו ראוי. ויש ראשונים דס״ל שלא רק שאסור לחזור בו במתנה מועטת, אלא אף אינו יכול לחזור בו, עיין בעליות דרבינו יונה בסוגיא, ובקצוה״ח רעח,טו בסופו. וע״ע בדבר אברהם (ח״א א,יז בהגהה) שכתב דטעם שאסור לחזור בו, אינו טעם לעצמו, אלא כיון שאסור לחזור בו, אסחי כהנים אחרים דעתייהו, וכיון דאסחי אחרים דעתייהו, ממילא הוא המוחזק, עיי״ש.

[ולכאורה יש לחלק בין אינו ראוי למוחזק, דיכול להיות שאינו ראוי, ומ״מ אינו מוחזק לענין ספיקא דדינא. גדר חדש זה נלמד מדברי מהרש״ם ח״ה סו״ס עב, דמש״כ התוס׳ היינו לענין שלא יהא ראוי, אבל מ״מ אינו מוחזק ממש, והוי מוציא מיד בעה״ב המוחזק היכי דהוי ספק אם מחויב ליתן לו. כלומר שיש גדר מוחזק לענין ספק ממון וגדר מוחזק לענין בכור, דבבכור כל שאינו ראוי הוא בבחינת ״ימצא לו״, גם אם אינו מוחזק לענין ספיקא דדינא, דסו״ס כיון שאסור לו לחזור בו, חשיב ״ימצא לו״.]

אולם בריטב״א בגיטין (ל,א) לענין המלוה מעות את הכהן מפריש עליהם מחלקם, הביא מהירושלמי שדין זה של מכירי כהונה הוא תקנת חכמים, שימצא הכהן מי שילוה לו, דבירושלמי פירשו דדוקא במלוהו עכשיו, ומשום תקנת כהן או לוי שימצא מי שילוהו, משא״כ כשכבר הלוהו; ״דהא ודאי אינו מן הדין אלא משום תקנה דלמאן דאמר בגמרא דבמכירי כהונה ולויה עסקינן, מכל מקום אינם זוכים בפירות מן הדין, אלא דרבנן עשאום כזוכים, ומשום תקנה״. והיינו דשם עשאום זוכים מהתקנה, וזה לא שייך בירושת בכור. ולכן פירש כאן בב״ב לענין בכור, כמו שפירשו התוס׳ דמיירי במתנה מועטת שאינו יכול לחזור בו.

והגרא״ו בקוב״ש (ב״ב שעב) הקשה לשיטת התוס׳, דאם יכול לחזור בו, איך מוריש לבניו כשלא זכה בהם. וגם בגיטין ל,א, במלוה מעות את הכהן, מבואר דבמכירי כהונה יכול למכור חלקו, ואם לא זכה עד שתבא לידו, איך ימכור דבר שאינו שלו. וכתב הגרא״ו לבאר דכמו שמצאנו לענין קנין סודר (ב״ב קיד,א) שיכול לחזור בו תוך כדי דיבור, ודוקא בקנין סודר דכיון שלא הוציא עדיין הדבר מרשותו, קים להו לרבנן שכונתו היתה שיכול לחזור. והוא הדין במכירי כהונה, אף שגמר להקנות לאלתר, דעתו להקנותו רק בתנאי אם לא יחזור בו עד שיבא ליד הכהן, ואם לא חזר בו, קנה הכהן למפרע, ולכן חשיב מוחזק.

ובקצוה״ח רעח,טו למד מדברי התוס׳, דאם נשבע לתת מתנה לחבירו, ומת המקבל קודם שקיבלה, הבכור נוטל פי שנים, דעדיף ממכירי כהונה דחשיב רק מתנה מועטת שאינו יכול לחזור בו. והקשה קצוה״ח, דבב״ב קכה,ב מוכח (מעובדא דההיא סבתא) דנכסי לך ואחריך ליורשי, ואחת מיורשי הנותן מתה קודם שמת הראשון, שאין בעלה של בת הנותן (שהיא ה״אחריך״) נוטל בנכסים אלו כיון שהם בבחינת ראוי, כיון שהראשון יכל למכור. וקשה לשיטת התוס׳, דהא לראשון יש איסור למכור כשנתן אחריו לפלוני, בכל זאת חשיב ראוי ולא מוחזק. וכתב לישב, דעיקר הטעם דחשיב ראוי משום דאחריך לאו כאומר מעכשיו, והך טעמא דאי קדים וזבנא אינו אלא לראיה דלא הוי כמעכשיו. עוד כתב קצוה״ח לחלוק על מהרי״ל הסובר דמכירי

כהונה אינו משום איסור אלא שאין יכול לחזור בו, דבאיסור גרידא לא היה חשיב מוחזק. וקצוה"ח הקשה, דבתוס' מבואר שיכול לחזור אלא שאסור לחזור. ומש"כ תוס' ב"מ ו,א-ב דמכירי כהונה אם תקפה הכהן אין מוציאים מידו, והרי יכולים הבעלים לחזור בהם, דכיון דתקפו כהן קודם שחזר, אינו יכול כבר לחזור בו, דכיון דמכירי כהונה; "חשיב כמו הבטחה שיתן לו כל המתנות, וכבר תקפו, תו ליתיה בחזרה כיון דכבר זכה בו. והוא הדין במתנה מועטת דיכול לחזור ואסור לו לחזור, ואם הלך המקבל בעצמו ומשך, תו ליתיה ברשותיה לחזור, דהו"ל כנותן לו רשות לזכות בו, כיון דאסור לו לחזור". ובנתיבות ס"ק יא כתב, דאף אם תקפו כהן, אין הבעל יכולים להוציא מידו במכירי כהונה, מ"מ במתנה מועטת אם תפס, מוציא הנותן מידו אם חזר בו.

ובגדולי שמואל הביא מהגר"א מטעלז לחלק בין מכירי כהונה להבטחה לתת לכהן מסוים, דבמכירי כהונה אמרינן יש ברירה, וכשנתן אח"כ מתנות כהונה להיורשים מחמת כח אביהם דירשו זכות האב, איגלאי מילתא למפרע דמתנות כהונה קנוי היה לאביהם מתחילת החיוב, ואף דקיי"ל אין ברירה, מ"מ כיון שמתנות כהונה שייכים לכלל הכהנים והם שותפין בו, כשברור דעומד לכהן זה ואסור ליתן לאחר, אסחי שאר כהנים ממנו ויש ברירה, כביכול מלכתחילה גם לא היתה אפשרות אחרת. משא"כ הבטחה בעלמא אין לומר בזה יש ברירה, כיון דקודם הבטחה כל הכהנים שותפין בו, וספק הוא על כל הכהנים למי יתן ולא אסחי דעתייהו מחמת ההבטחה, אין לומר דאיגלאי מילתא למפרע דשל אביהם היה. אמנם בפרי יצחק לגר"י בלאזר (סי' מט ד"ה אמנם) כתב דאין חילוק בין מכירי כהונה להבטחה לתת, ואם הבטיח לתת מתנה, חשיב המקבל כמוחזק, דכן י"ל לשיטת התוס'.

## ה. עמדו וקדשו או נשאו

ולמש"כ לעיל שהנאה דמחתני אהדדי אפשר לפרש שהיא תמורה, והיינו דכיון שההתחייבות היא בקבלת תמורה, שהאשה מתחתנת עימו או שהאיש מתחתן איתה (במקרה שהאשה או אביה התחייבו), לכן חייב מה שהתחייב בתמורה להנאה. או שההנאה עצמה שוה כסף, וככל שמדובר בהקנאת חפצים, הרי יש כאן קנין כסף או חליפין. ומצאתי בבית אפרים (חיור"ד סי' סו) דאינו אלא חיוב הגוף ולא הקנאה, שגופו משתעבד, אבל אינו מקנה גוף הדבר. והא דמהני שעבוד בלא קנין, י"ל דכיון שהוא חיוב בתמורה, חייב אף בלא קנין, והתמורה היא ההנאה דמחתני אהדדי.

ובבית מאיר (אהע"ז נא,א) הקשה, מדוע נצרך רב גידל לדברים הנקנים באמירה, תיפוק ליה בחייב ליתן לאשה מה שפסק עימה בשכרה, וכמו האומרת תחלוץ ע"מ

שאתן לך מאתיים זוז, שחייבת ליתן לו בשכר פעולה, כמבואר ביבמות קו,א. (ואין חילוק בזה בין אם האבות פסקו על שכר פעולת ילדיהם, או שהבעל והאשה פסקו, וכמבואר ברמב"ם אישות כג,יג, ובשו"ע אהע"ז נא,א, ושאלת הבית מאיר היא לשני האופנים). ואם נאמר שמקנה גוף החפץ, אתי שפיר דאין חייב ליתן לפועל גוף החפץ (עיין רמ"א חו"מ שלב,ד). וכתב הבית מאיר לחלק בין חליצה ושכירות פועלים לנדון תנאי נישואין, דבחליצה ושכירות פועלים עשה החולץ והפועל בעבור הפסיקה, משא"כ בקדושין, לא קדשו בעבור הממון, ואף אם פוסקים קודם הקדושין, אינם תולים את הקדושין בזה. ועיין גם בישועות יעקב (נא,א) מה שכתב לחלק בין מה שפסקה האשה למה שפסק הבעל. ובשואל ומשיב (מהדור"ד ח"א סי' מד) האריך בקושית הבית מאיר והישועות יעקב, וכתב לישב שאפשר לדון על שכר פעולה בגובה שכר הפעולה, אולם יותר משכר הפעולה, כמו שמקובל בנשואין, ע"ז צריך את חידושו של רב גידל.

והרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ו,יז, שמביא את דינו של רב גידל, כתב: "וצריכין שיהיו הדברים שהן פוסקין מצויין ברשותו, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמו שביארנו". וכבר הובאו לעיל דברי הריטב"א שחולק וסובר דאין כאן מתנה אלא התחייבות. כן נמצא בדברי הריטב"א בקדושין ט,ב: "וסברא דרבוותא ז"ל דדברים אלו הנקנים באמירה אינם נדונים כמתנה בקנין בלחוד אלא כחיוב בקנין, אפילו לפוסק דבר שאינו בעולם ושאינו ברשותו ... ונראין דבריהם". וכן בכתובות קב,ב, דדעת הגאונים דמהני הא דרב גידל אפילו בפוסק על ידי עצמו מטבע ודבר שאינו ברשותו שאינו נקנה בחליפין, דהא דרב גידל כחיוב בקנין הוא. וראיתי בענין דיון בראשונים ובאחרונים, עיין בריב"ש סי' שמה, בעיטור (ח"א אות פ בדיני פסיקתא), תש' ב"י (דיני כתובות סי' יא), בשו"ע אהע"ז נא,א ובנו"כ. ונראה דגם הרמב"ם אינו חולק כשאמר בלשון התחייבות והשתעבדות, ורק כשאמר בלשון מתנה שנותן דבר מסוים, צריך הדבר להיות ברשותו. כן כתב הריב"ש בסי' שמה, דכמו שיכול לשעבד עצמו במה שאינו חייב (עיין שו"ע חו"מ סי' מ), וכן שאדם יכול לשעבד נכסיו מטלטלי אגב מקרקעי, אע"פ שאינן ברשותו, דקיי"ל דאקנה משתעבד. וכן כתב הח"מ נא,ד, דאם חייב עצמו או שיעבד לה כל נכסיו לסך מסוים, דמהני קנין אף שאינו בידו. וכ"כ הב"ש נא,ד, דאם מחייב את עצמו וגופו, יכול להתחייב, ואף שבשו"ע חו"מ ס,ו מבואר שצריך לעשות קנין, כאן נקנה באמירה ואין צריך קנין, ולכן מהני אפילו בפסיקת נדוניא גדולה שאין בידו.

ומצאנו מחלוקת בראשונים אם נקנים באמירה דוקא כשעמדו וקדשו מיד, או גם אם קדשו לאחר זמן גם נקנים באמירה. תוס' בקדושין ט,ב (ד"ה הן הן) הקשו מהמשנה כתובות קט,א, הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל, תשב עד שתלבין ראשה, ולמה תשב, ישאנה ויקרא חמיו לדין, כיון דמן הדין זכה במה שהתחיב. וכתב

לתרץ שהחתן אינו רוצה לטרוח בדין תורה. ורשב״ם פי׳ דדוקא כשמתוך התנאים עמדו וקדשו, אז נקנים באמירה, וכמדויק מדברי רב גידל מדקתני עמדו, והמשנה שתשב עד שתלבין ראשה מיירי בשלא קדשו מתוך הדברים, אך כיון שהסכימו על כך, תשב עד שתלבין ראשה. וכתבו התוס׳, ומיהו אין ראיה מלשון עמדו, דאורחיה דגמרא בהכי. ולכאורה אין הכרח שהתוס׳ חולקים על רשב״ם בעצם התרוץ שממנו עולה שבעינן דוקא בעמדו וקדשו מיד. אולם בריטב״א כתובות קב,ב הביא שהם שתי דעות, ור״י חולק על רשב״ם, וז״ל הריטב״א: ״ור״י ז״ל פירש שזה אינו, דלעולם כל שקדשו על דעת תנאים הראשונים קדשו, ועמדו - לשון התלמוד הוא בכמה מקומות״. הרי שר״י חולק על הרשב״ם וס״ל דלאו דוקא עמדו וקדשו. ועיין עוד בתוס׳ כתובות קט,א (ד״ה תשב), רא״ש כתובות יב,ג, דאף שהביאו תירוצים אחרים לשאלה מהמשנה של הפוסק מעות לחתנו, אך לא הזכיר דעת ר״י הנ״ל החולק להדיא. ובמרדכי כתובות (סי׳ רסג) הביא את מחלוקת הרשב״ם ור״י, וכתב להוכיח מהמשנה דהפוסק מעות לחתנו כדעת הרשב״ם, שכן דעת הר״מ שאם הפסיקו לא קנה. והטור אבהע״ז נא והרמ״א נא,א, הביאו דעת הרשב״ם להלכה, דדוקא עמדו וקדשו ולא הפסיקו בדברים אחרים. ובדעת הרמב״ם אישות כג,יג הביא את לשון הגמ׳ וכלשונו של רב גידל, ולכן אין הוכחה במש״כ עמדו וקדשו. ועיין בכס״מ בהל׳ שאח״ז (הי״ד), ובגדולי תרומה סד,א,ב.

עוד מצאנו מחלוקת ראשונים אם דינו של רב גידל הוא בדוקא עמדו וקדשו, או גם אם כבר קדשו וקודם הנישואין עושים תנאים אלו, אם נקנים באמירה. ומצד הסברא יש פנים לכאן ולכאן, די״ל דכשמקדש אשה הרי זה קבלת הדבר וההתחדשות, משא״כ כשנושאה, הרי רק מסיים את ההנאה. או לאידך גיסא, דכל ההנאה למטרת הגמר, ואין לו ענין בקדושין לחוד, וע״כ יש ההיא הנאה גם בנישואין. ומחלוקת זו הובאה בשו״ע אבהע״ז סו,ח. המחבר כתב שם: ״יש מי שאומר שאין צריך קנין בשעת הנשואין כמה שנותן לה״. וברמ״א הגיה: ״ויש חולקין״.

הטור באבהע״ז סי׳ סו, הביא מרב האי גאון, שתנאים שמתנים בשעת הנישואין, אינם צריכים קנין; ״כי היכי דבשעת קדושין לא בעי קנין מדרב גידל״. וכן הוא בשטמ״ק כתובות נה,א, על הא דאיתא בגמ׳ דאי אמר לעדים כתבו כך וכך תוספת והבו לה, אי קנו מיניה לא צריכי לאמלוכי ביה. וכתב הר״י מיגאש, דאי כתב בשעת הקידושין או בשעת הנשואין קנו, ואף דלא קנו מיניה ולא מטי שטרא לידה, דבשעת הקידושין קניא מדרב גידל, וכל מה דיזכה לה בשעת הקידושין נקנה באמירה בלבד; ״ואי בשעת הנשואין כתבה ניהלה, נמי קניא לה, דהא קי״ל דתנאי כתובה ככתובה דמו, וכי היכי דכתובה לא בעיא קנין מדרב גידל״. מבואר דאין חילוק לרב גידל בין

שעת קדושין לשעת נישואין, וגם בעמדו ונשאו נקנים באמירה. ודבריהם הובאו בעיטור (אות כ כתובות, בתחילתו).

וכן נמצא בשטמ״ק כתובות נד,ב מהרא״ה, שהביא יש מן הגאונים, שאין תוספת כתובה צריכה קנין אלא הרי היא זוכה באמירה בעלמא, מדינו של רב גידל; ״דכי היכי דקיימא לן דאיתא לדרב גידל בשעת קדושין, דהוא הדין בשעת נשואין מההוא טעמא גופיה. ובירושלמי אמרו, דאפילו אחר נשואין היא קונה באמירה, ופירשו הטעם, לפי שרוצה הוא ליתן כמה שלא תחזור בה, ואמרינן ויכולה היא? אמרינן כן מעיקא ליה ומשבק ליה״. (והיינו, שמצערת אותו עד שמתרצה לגרשה, לכך מוסיף לה שלא תצערנו ותשב עמו בשלום, עיין קרבן העדה רפ״ה דכתובות). ומבואר דלירושלמי מהני אף אחר הנישואין, אבל לרב גידל מהני בין בעמדו וקדשו ובין בעמדו ונשאו. וכן כתב הריב״ש (סי׳ שמה), דמש״כ רב גידל עמדו וקדשו, הוא הדין בשעת נשואין, דההיא שעתא הוה גמר החתון, ואיכא איקרובי דעתא טפי. ומש״כ רב גידל עמדו וקדשו, לרבותא נקט, דאף בקדושין ולא הזכירו בנישואין, בכל אופן מהני. וכתב הריב״ש שכן כתב העיטור, ושכן נראה מלשון הרמב״ם (מכירה יא,יז) לענין מתחייב לזון את בת אשתו שהוא חייב לזונה; ״מפני שפסק בשעת נשואין, והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה״. הרי שלרמב״ם אין חילוק בין שעת קדושין לשעת נישואין.

אולם מדברי המרדכי (כתובות סי׳ רסג) מבואר דדברי רב גידל מתיחסים רק על שעת הקדושין ולא על שעת הנישואין. המרדכי הקשה מהא דאיתא בב״ב קעד,ב: משה בר עצרי ערבא דכתובתה דכלתיה הוה. ודנה הגמ׳ איך מועילה ערבותו של אבי הבעל, והא קיי״ל ערב דכתובה לא משתעבד. ותירצה הגמ׳ דמיירי בערב קבלן. והקשה המרדכי, תיפוק ליה שחייב מדין כמה אתה נותן לבנך וכו׳, ויהיה חייב מדרב גידל, דדל מהכא דין ערבות דכתובה, שאם היה אדם אחר לא היה משתעבד אא״כ הוא ערב קבלן, אולם אבי הבעל יש לחייבו מדין כמה אתה נותן לבנך. ותירץ המרדכי: ״וי״ל דלא קבל עליו מקמי קדושין, אבל מקמי נשואין לא רצתה לינשא עד שנעשה ערב בנו מן הנדוניא, וכן מעשים בכל יום״. ומבואר שדוקא לפני קדושין מתחייב האב מרב גידל, אולם לפני הנישואין, שלא רצתה להנשא אלא בערבות האב, אין זה אלא מדין ערבות. ומבואר דדין רב גידל הוא דוקא בעמדו וקדשו.

וממש״כ הר״ן (כתובות כא,ב מעמוה״ר) לחלוק על הירושלמי (כתובות ה,א הנ״ל), לכאורה אין ראיה, דהר״ן חולק רק על חידוש הירושלמי דמהני באמירה אף לאחר הנישואין, אבל על קודם הנישואין לא דיבר, וז״ל הר״ן אחר שהביא דברי הירושלמי: ״וצריך עיון ,משום דלא אשכחן כולי האי בגמ׳ דילן, אדרבה, בגמרא

משמע דלית לן האי סברא". והיינו רק לענין אחר הנישואין. ועיין ב"ח אבהע"ז סי' נא שלמד בדעת הר"ן דקודם נישואין לאחר קידושין, לא יכול לחזור מאמירתו אף שלא היה קנין, ושכן כתב הריב"ש בסי' שמה (הנ"ל). וכן כתב הב"ש נא,ז כדברי הב"ח, דלא כדרכי משה (אהע"ז נא,א) שכתב דמשמעות דברי הר"ן כדברי המרדכי. (ועיין הפלאה כתובות נד,ב, על תוס' ד"ה אע"פ, בד"ה ועוד, דהסביר את קושית התוס' כשיטת המרדכי; "ונראה מדבריהם דס"ל כוותיה").

גם בגדו"ת (סד,א,ב) כתב דאין לחלק בין שעת קדושין לשעת נישואין. וכן כתב בח"מ סו,לג דכן משמע מדברי הר"ן, דאף שחולק על הירושלמי דאמירה לא מהני אחר נשואין, מ"מ משמע דקודם נשואין מהני באמירה. ובשער המלך (אישות כג,יד בסופו) הקשה סתירה, דמדברי המרדכי (כתובות סי' קנד) לענין כתב לה פירות כסות וכלים; "הוא הדין אם לא כתב אלא באמירה בעלמא, דהן הן הדברים הניקנין באמירה", ובריית מיירי בכתב לה מן הנישואין, ומוכח דס"ל המרדכי דאין חילוק בין נשואין לקדושין. ופירש דמש"כ המרדכי בעובדא דמשה בר עצרי, דמיירי קודם הנישואין ולא בשעת הנישואין, עיי"ש.

## ו. עמדו ושדכו

לכאורה מהאמור לעיל נראה דכל דינו של רב גידל הוא בעמדו וקדשו או עמדו ונשאו, אבל לא בעמדו ושדכו, וכמש"כ הריטב"א בקדושין ט,ב בבאור דברי רב גידל: "פי' ודוקא קדשו, דבההיא הנאה דמחתני אהדדי גמרי ומקנו, כדאיתא התם (כתובות קב,ב), אבל כל זמן שלא קדשו, אע"פ ששידכו, יכולין לחזור בהן, והכי איתא בירושלמי". מבואר בריטב"א להדיא דלא מהני אם רק שידכו, ולא נקנין בשידוכין באמירה. וכן כתב הריב"ש (סי' קכט), דצריך שיהיו התנאים בשעת הקדושין; "אבל אם היו התנאים בשעת השדוכין, ואחר זמן קדשו ולא הזכירו התנאים, אינן נקנין באמירה, וזהו לשון רב גידל, ועמדו וקדשו". הרי דבשעת שידוכים לא נקנים הדברים באמירה, ודוקא בעמדו וקדשו, דאין הנאת חיתון בשעת השידוכים.

אולם גם מדברי הריב"ש עולה, שאם הזכירו בשעת הקידושין מה שהתנו בשעת השידוכים, מהני לקנות באמירה. ומקור לזה דמהני, נמצא בתוס' כתובות (קט,א ד"ה תשב). התוס' יצאו לבאר הא דתנן, הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל, דתשב עד שתלבין ראשה, דלכאורה יכול להוציא מהאב בדין, כיון שפסק ונקנים באמירה, וז"ל: "פי' רשב"ם, הא דאמר רב גידל בריש הנושא (לעיל קב,ב) עמדו וקדשו קנו, הני מילי דקדשו מיד מתוך התנאי או לאחר זמן והזכירו התנאים בשעת קידושין, אבל התנו עתה וקדש לאחר זמן ולא הזכירו התנאים, לאו דברים הנקנים

באמירה הם, ובכי האי גוונא הכא תשב עד שתלבין ראשה, ולא מצי תבע ליה בדינא״. ומבואר מהרשב״ם שאם הזכירו בשעת הקדושין מה שהתנו בשדוכין, נקנים הדברים באמירה. ודברי הרשב״ם הביאם גם הרא״ש בכתובות יב,ג. ואף הריב״ש הנ״ל הביא שכ״כ רבינו שמואל. ולפ״ז כל היכא דהזכירו בשעת הקדושין מה שהתנו בשעת השידוכין, נקנים הדברים באמירה.

אולם נראה לקיים התחייבות זו מכמה טעמים, אף אם לא הזכירו בשעת הקדושין.

המבי״ט בתש׳ (ח״א סי׳ רכג) כתב דהיכא דכתבו את מה שפסקו, וכן כשמוכח שקדשו על דעת מה שפסקו, נקנים הדברים באמירה. הריב״ש נשאל במי שפסקו בשעת שידוכין, וכתבו התנאים ביניהם, ולא נודע אם היה קנין בשעת שידוכין על הפסיקה, אם מהני הפסיקה ללא קנין. וכתב המבי״ט ג טעמים מדוע חייב לקיים הפסיקה, דאף אם עמדו וקדשו בדוקא, מ״מ כיון שע״י מה שפסקו ביניהם נגמר הדבר ונטלו קנין הבן והבת לקידושין ולנישואין לזמן שקצבו, ואח״כ קידש וכנס, הרי זה כלא היה שום הפסק בין הפסיקה לקידושין, ולא היה צריך אחר כך בשעת הקידושין להזכיר הפסיקה, דאם פסקו ועשו שידוכין מיד ולא חזר בו אח״כ וקדשו, הוו הקידושין גמר הענין, דעל תנאי קדש וכנס. וכוונת דבריו, דכשברור לנו שמה שקדשו הוא על דעת מה שפסקו בשעת השדוכים, הרי זה כהזכירו הפסיקה, או אפי׳ כהתנו קודם הקדושין, שהרי על דעת כן קדש ונשא.

וכתב המבי״ט לחלק בין שדוכין שלא עשו ביניהם קנין, לשדוכין שעשו החתן והכלה קנין להנשא לזמן מסוים וכו׳, דכל מה שכתב הריב״ש דעמדו ושדכו לא מהני, היינו בשדכו סתם ללא קנין, אולם כשיש קנין ושבועה ותנאי לקדש לזמן פלוני, כיון שקדשו אחר כך ונתקיים התנאי, הרי זה כהתנו בשעת הקדושין. ונראה גם לבאר, דדוקא עמדו וקדשו ולא עמדו ושדכו כמו שכתב הריטב״א, כיון ששידוכין אין ההיא הנאה, דסו״ס יכול לחזור בו לאלתר, אולם כשעושים קנין לקדש לזמן פלוני, הרי השידוכין מחייבים, וכדי לחזור בו עובר על הקנין שקיבל, וממילא יש ההיא הנאה.

טעם נוסף כתב, דמה שהתחייבו החתן והכלה להנשא בקנין וכו׳, היה על סמך התחייבות האבות, והוי התחייבותם כערב בשעת מתן מעות. טעם נוסף, דמה שנכתב ביניהם דרך הודאה, אפי׳ פסקו ועבר זמן עד שעת הקידושין חייב לקיים, דע״מ כן כנסו כיון שנכתבו התנאים שביניהם בפני עדים, עיי״ש. ומכל זה י״ל למבי״ט, שאם כתבו ביניהם, הרי זה כאמירה בשעת הקדושין, וכן אם ברור שעל דעת כן קדשו ונשאו, כיון שלא חזרו בהם, ברור שנשאו על דעת כן, והוי כהתנו בשעת הקדושין. בפרט דיש לחלק בין שדוכין עם קנין לשדוכין בלי קנין, וכפי שנהוג שהשידוכין הם דבר המחייב, אף שניתן לבטלם, מ״מ הדבר חמור ביותר (אמנם

בקהילות הספרדים אינו חמור כאצל האשכנזים), וע״כ יש ההיא הנאה. ועיין בנתיבות משפט (לר״ח אלגאזי, נתיב כג ד״ה וכתב המבי״ט ולהלן) שהקשה על המבי״ט. אמנם כתב שסברת המבי״ט שאם כתבו, אף שאינו כתוב באופן המחייב ע״פ דין, י״ל שעל דעת כן כנסו. וגם על מש״כ בטעם הראשון שקבלו קנין וכו׳, ונשאו ע״ד כן, הוא טעם נכון ואינו רחוק מן הדעת; ״מ״מ איך מלאו ליבו להוציא ממון בחילוקים בלי ראיה, ומפני שאנו מדמים״.

עוד נראה לחייב את הפוסק מצד מחוסרי אמנה, עיין מה שכתבתי בח״ז ל,ג. וראיתי לנצי״ב בהעמק שאלה לו,ד, דבמחוסרי אמנה בית דין אומרים לו ומזהירים אותו שהוא נקרא מחוסר אמנה, דודאי אם עובר על הן צדק, אף שמתן שכרה בצידה, כדאיתא בב״ב פט,א דמשום הן צדק – יהיה לך, מ״מ מזהירין ואומרים שהדין כך הוא, עיי״ש. ועיין מש״כ הגר״י בלאזר בפרי יצחק (ח״א סי׳ נא ד״ה ומעתה) להוכיח ע״פ דברי רש״י, שאף כופין על הן צדק. שהרי רש״י בכתובות פו,א כתב דפריעת בע״ח מצוה לומדים מהן צדק, ומצות פריעת בע״ח כופין בממונו, וא״כ במצות הן צדק נחתינן לנכסיה. ולכאורה גם אם נאמר דכאן הוי מתנה מרובה, מ״מ כאן אינה מתנה אלא התחייבות בתמורה, ואף אם הוי כמתנה, י״ל דבזה סמכא דעתיה, שעל דעת כן נשאו.

**לאור האמור לעיל יש מקום לחייב בנדו״ד לעמוד במה שסיכמו, וליתן להסכמה תוקף ע״פ דין.**

# סימן ה

## מסירת הכתובה לאשה בפני עדים

### ראשי פרקים

**א. עדי מסירה בשטרות**

**ב. קדושין בשטר**

**ג. עדי יחוד הראוי לביאה**

יש מסדרי קדושין שנוהגים שהחתן מוסר את הכתובה לכלה, ואומרים לעדי הקדושין שיראו את מסירת הכתובה לאשה, ולכאורה צ״ע הטעם. וראיתי אף מסדר קדושין שאמר לעדים לראות מסירת הכתובה מהאשה לאמה, ואמר שכך נוהג.

ומה שמצאנו בראשונים שנהגו שהבעל מוסר הכתובה לאשה, אינו ראיה לנדו״ד, דאף דודאי צריך למסרו לידה, כדי שתהא הכתובה מצויה בידה, והוא חלק מתקנת הכתובה, מ״מ לא מצאנו שימסור בפני עדי מסירה. לכן אין ראיה ממש״כ בשאלתות (פר׳ חיי שרה תחילת שאילתא טז), וכן בבה״ג ריש הל׳ כתובות ועוד, והיינו שיתן לאשה את שטר הכתובה, אבל לא בעינן עדי מסירה, רק צריך למסור לידה כדי שיהיה מצוי בידה, שלא יהיה בבחינת שוהה עם אשתו בלא כתובה, שאם אינו בידה, לא סמכא דעתה, וכפי שיובא להלן.

לא אמנע טוב מספרו החשוב של הגר״א בר שלום שליט״א, משפט הכתובה ח חלקים, ושם בפרק נח דן בזה לעומק ולרוחב, והיה לי לעינים בנקודות רבות (כמובא גם בגוף הדברים להלן), והנראה לענ״ד כתבתי.

## א. עדי מסירה בשטרות

תנן במשנה גיטין פו,א: רבי אליעזר אומר, אף על פי שאין עליו עדים אלא שנתנו לה בפני עדים, כשר וגובה מנכסים משועבדים, שאין העדים חותמים על הגט אלא מפני תיקון העולם. ובגמ׳ שם פו,ב: אמר רב יהודה אמר רב, הלכה כר׳ אלעזר בגיטין (דעדי מסירה כרתי, ואפילו פסולא דרבנן ליכא, אבל לא בשטרות דכתיב בהן וכתוב בספר וחתום (בירמיה לב) בספר המקנה). כי אמריתה קמיה דשמואל, אמר אף בשטרות (דהתם עצה טובה קמ״ל מפני תיקון העולם). ורב סבר בשטרות לא, הא קתני וגובה מנכסים משועבדים. רבי אלעזר תרתי אמר, ורב סבר כוותיה בחדא ופליג עליה בחדא. וכן אמר ר׳ יעקב בר אידי אמר ר׳ יהושע בן לוי, הלכה כר׳ אלעזר

בגיטין. ורבי ינאי אמר אפילו ריח הגט אין בו. ורבי ינאי לית ליה דר׳ אלעזר. הכי קאמר, לרבנן אפילו ריח הגט אין בו. וכן אמר ר׳ יוסי בר׳ חנינא אמר ריש לקיש, הלכה כרבי אלעזר בגיטין ... אדהכי נח נפשיה דרב הונא, אמר ליה רבה בריה, הכי אמר אבא משמיה דרבא, הלכה כר׳ אלעזר בגיטין. ורבותינו הבקיאין בדבר הלכה משום רבינו אמרו, הלכה כר׳ אלעזר בגיטין, דאמר רב חמא בר גוריא אמר רב הלכה כר׳ אלעזר בגיטין ... וכן כי אתא רבין אמר ר׳ אלעזר אמר רב הלכה כרבי אלעזר בגיטין. ומבואר בסוגיא לכאורה דרק שמואל ס״ל דהלכה כר״א גם בשטרות. ואף לשמואל דס״ל דהלכה כר״א גם בשטרות, היינו שעצה טובה לחתום, ובודאי עדי חתימה כרתי, ומ״מ לא הפקיעו עיקר הדין שעדי מסירה כרתי, וכשר אף בעדי מסירה, הגם שמפני תיקון העולם כשר בעדי חתימה, וכדקיי״ל במשנה גיטין לד,ב.

והרי״ף גיטין (מו,ב – מז,א מעמוה״ר) כתב: ״אמר רב יהודה אמר רב, הלכה כר״א בגיטין אבל לא בשטרות. ושמואל אמר אף בשטרות. וכן אמר רבי יעקב בר אידי אמר רבי יהושע בן לוי הלכה כר׳ אלעזר בגיטין. והלכתא כר״א בגיטין״. ומבואר לכאורה דבשטרות אין הלכה כר״א, דמדברי ר״י אמר רב משמע נאמר להדיא בגיטין ולא בשטרות. והר״ן שם הביא גירסה בדברי הרי״ף פ״ג דסנהדרין דהלכה כר״א אף בשטרות, מדאיתא שם בסנהדרין כח,ב: ההיא מתנתא דהוו חתימי עלה תרי גיסי. סבר רב יוסף לאכשורה ... א״ל זיל נקנייה ניהלך בעדי מסירה, אמר ליה אביי כמאן, כר״א דאמר עדי מסירה כרתי, והאמר ר׳ אבא מודה ר״א במזוייף מתוכו שהוא פסול. ומזה מוכח דשטרות, כשאין בהם חתימה פסולה, נקנים בעדי מסירה. והרמב״ן ז״ל העיד שמצא נוסחא ישנה ומוגהת בכתיבת ידי הרי״ף, וכך היה כתוב בה תחלה, והלכה כר״א בגיטין ולא בשטרות, וחזר ומחק ולא בשטרות והניח הדבר בסתם כר״א בגיטין. וכתב הר״ן דמשמע שאין עדי מסירה כורתין בשטרות, ודחה הראיה מסנהדרין כח,ב, דשם אמר לו דכיון שספק אם הלכה כר״י דמכשר בגיסו, כדאי הוא ר״א לסמוך עליו בספק זה.

וציין הר״ן לדברי הרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה יא,ב, דס״ל לרמב״ם דבכתב ידו שנמסר בפני עדים, דיש לו דין מלוה בשטר, ומוכח דס״ל לרמב״ם דהלכה כר״א אף בשטרות. ועיי״ש מה שהביא ראיה לכאורה דקיי״ל כר״א אף בשטרות, מב״ב קעו,א, ומה שדחאה הרמב״ן. והביא ראיה מכתובות צד,א דלכאורה הלכה כר״א בשטרות; שני שטרות היוצאין ביום אחד. רב אמר חולקין, ושמואל אמר שודא דדייני, ואוקימנא רב כר״מ דאמר עידי חתימה כרתי והילכך שניהם זכו כאחת כיון דלא כתבו שעות, ושמואל כר״א דאמר עידי מסירה כרתי, הלכך זה שנמסר לו בתחלה קנה ומדלא ידעינן הי ניהו, עבדינן שודא דדייני. והתם קי״ל כשמואל, דר״נ הכי ס״ל ועבד עובדא התם כוותיה, וקי״ל (כתובות יג,א) הלכתא כרב נחמן בדיני, ומוכח דהלכה כר״א אף

בשטרות. ודחה הרמב"ן ראיה זו, שכשאמרו שם דלר"מ חולקין וליכא שודא דדייני אלא לר"א, וכיון דעדיו בחתומיו זכין לו והרי שניהם כביכול נחתמו בשעה אחת, קונים שניהם כאחת משעת חתימה, שכביכול נחתמו כאחד, דאין מוכח מהשטר באיזה שעה נחתמו. אולם לדידן דקיי"ל שאינו קונה בעדי חתימה עד דמטי שטרא לידיה, א"כ תלוי מתי הגיע השטר ואינם נחשבים כזוכים כאחת, וע"כ גם לר"מ צריך לעשות שודא, כיון שאיננו יודעים מתי הגיע השטר לידו. והוסיף הרמב"ן (שם בספר הזכות): "הרי טרחנו לקיים הלכה כר"א בגיטין אבל לא בשטרות, לפי שהיא סברא המתחוורת בשמועה זו". ועיין ברמב"ן בחידושים לב"ב פו,ב. והר"ן שם נו"נ בדברי הרמב"ן, ומתוך דבריו, שאף דבעינן דמטי שטרא לידיה, מ"מ לר"מ החתימה היא הקובעת, ומה שצריך השטר לבוא לידיו הוא מעין תנאי בחלות השעבוד, וכיון שהחתימה קובעת, הרי אין מקום לר"מ לשודא, דשניהם זכו כאחת. וע"כ ס"ל לר"ן דמהסוגיא בכתובות מוכח לכאורה דהלכה כר"א אף בשטרות. וכדברי הרמב"ן נראה מהריטב"א בסוגיא פו,ב, שאין הלכה כר"א בשטרות.

ודעת הר"ן עצמו (מח,א מעמוה"ר) בבאור הסוגיות, דרבי אלעזר ס"ל דעדי מסירה לחוד כרתי, ועדי חתימה לא כרתי כלל, והיינו דאמרינן בכל דוכתא דר"א ס"ל דדוקא עדי מסירה כרתי ולא אמרינן אף עדי מסירה. רק שהמסירה כורתת כל שיש בשעתה עדים, בין שהם מעידים על המסירה עצמה או על גוף הדבר. ומה שמודה ר"א דגט החתום בעדים כורת אף שלא נתן בעדי מסירה, לאו משום דס"ל דעדי חתימה כרתי, אלא שהמסירה כורתת מכיון שיש עדים על עיקר הדבר, דהוו להו עדי חתימה כעדי מסירה, שהרי הגט יוצא מתחת ידה בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרה לה ונמצא כאילו הם עצמם מעידים על המסירה. ומה דקיי"ל הלכה כר"א בגיטין, ומשמע אבל לא בשטרות; "לא באנו לומר דעדי חתימה קונים בשטרות, דלא היא, דבין בשטרות בין בגיטין אין כורתין בלא מסירה ... משום דבשטרות בעינן שטר קנייה חתום בעדים כדי שיהא ראוי לעמוד ימים רבים, וכי הוי כה"ג, המסירה היא כורתת משום שעדים החתומים על השטר הוו כעדי מסירה". ומבואר דלר"ן בעינן עדי מסירה בשטרות, ואף דבעדי חתימה סגי, מ"מ לכתחלה בעינן עדי מסירה שהם העיקר, רק עדי החתימה והשטר בידה מורה שהיתה מסירה. (ומזה קשה לכאורה על מש"כ הש"ך נא,ט, דדעת הר"ן דאין הלכה כר"א בשטרות).

ובתוס' גיטין ד,א (ד"ה דקיי"ל), על הא דאיתא שם בגמ' דהלכה כר"א בגיטין, כתבו דהלכה כמותו אף בשטרות, דקיי"ל כשמואל בדיני דהלכה כר"א אף בשטרות. והביאו ראיה מהגמ' סנהדרין כח,ב הנ"ל וכתובות צד,ב הנ"ל. וכן הביאו הראשונים ראיה מגיטין יא,א: אמר רבא, האי שטרא פרסאה דמסריה ניהליה באפי סהדי ישראל, מגבינן ביה מבני חרי. ומשמע דאי לאו דלית ליה קלא משום דשטרא פרסאה הוא,

הוה מגבי ביה אפילו ממשעבד, עיין רא״ש שם הי״א. ועיי״ש בסוגיא ד,א, ברמב״ן הרשב״א והריטב״א, דאין לדייק מדברי הגמ׳ דוקא בגיטין ולא בשאר שטרות, דהגמ׳ בד,א עסקה בגיטין, ולכן נקטה הלכה כמותו בגיטין, וכאן לא רצתה להכניס עצמה למחלוקת של פרק בתרא דגיטין. וכן פסק הרא״ש (גיטין ט,ז): ״וכן הלכתא בין בשטרי מכר ומתנה ובין בשטרי הלואות, בעינן עדי מסירה״. וכן נמצא במאירי (גיטין פו,ב): ״וגדולי הפוסקים כך כתבוה תחלה, שאין הלכה כדר׳ אלעזר בשטרות. אלא שנמצא אחר כך בהלכות הבאות מספרד, הלכה כר׳ אלעזר בגיטין והוא הדין לשטרות. ופירושה אף בשטרי שעבוד, וכן כתבוה גדולי המחברים. ובאמת הסוגיא כך מוכחת דהלכתא כשמואל בדיני, ואיהו קאמר הלכה כר׳ אלעזר אף בשטרות ולא פלג בהו בין שטרי שעבוד לשטרי מתנות, ואי אינהו לא פלוג, אנן היכי פלגינן״. וכן פסק הרי״ד בפסקיו (גיטין פו,ב).

ובתוס׳ שם בסוף הדיבור כתבו מר״ת, דאף שטר מתנת קרקע או שטר מכר שהוא לקנין קרקע ואינו לראיה, אין מועיל כלום לר״א אם ידוע שלא נתנו בפני עדים. אך כתבו לחלק, דלענין ממון דמהני הודאת בעל דין כמאה עדים, סגי בעדי חתימה במקום הודאת בעל דין, אבל בקידושין וגרושין, דחב לאחריני, לא מהני הודאת בעל דין. ועיין באבן האזל (מלוה ולוה יא,ב) כתב, דמבואר שהסתפקו התוס׳ אי מהני שטר בעדי חתימה, במקום שהשטר צריך להועיל לקנין או שעבוד. וכתב דפשוט דמהני בעדי חתימה בלי עדי מסירה, וכמש״כ הרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה יא,ב. דאפי׳ לר״א דאמר עדי מסירה כרתי, מ״מ מהני בעדי חתימה מדאורייתא, וכן היא שיטת הרמב״ם בהל׳ גירושין א,טז, והוא משום דמפרשים דברי ר״א סבר נמי דמהני בעדי חתימה, וכדאמר אע״פ שאין עליו עדים אלא שנתנו בפני עדים, כשר וגובה מנכסים משועבדים, א״כ בעדי חתימה לחוד נמי גובה ממשעבדי. וכן כתב בריטב״א (קדושין ט,א), דבשאר שטרות שהם שטרי ראיה, קיי״ל כרבי מאיר דבעינן עדי חתימה, ובכל דוכתא דמתכשר בעדים החתומים, כתב ידו חשיב כעדים, אלא דבגט פסול מדרבנן, ואם נשאת הולד כשר, אבל בקידושין כשר לגמרי כדיניה. ומבואר דבכל ענין בשטרות כשר בעדי חתימה לחוד.

ודעת הרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה יא,ב, דהלכה כר״א אף בשטרות: ״לוה שכתב שטר בכתב ידו והעיד בו עדים ונתנו למלוה, הרי זה שטר כשר. וכן אם כתב שטר אף על פי שאין בו עדים ונתנו למלוה בפני עדים, הרי זו מלוה בשטר״. ובמגיד שם כתב דדעת הרמב״ם כדעת התוס׳ שפסקו כר׳ אליעזר אף בשאר שטרות, ושכן דעת בעל העיטור ורוב המפרשים, דלא כרי״ף שפסק הלכתא כר׳ אליעזר בגיטין, ומשמע אבל לא בשטרות, והראשון עיקר.

אולם התוס׳ גיטין ג,ב (ד״ה וגובה), הביאו דעת ר״ח דאינו גובה ממשעבדי בעדי מסירה, ושכן דעת רש״י: ״פסק רבינו חננאל שיש לסמוך אההיא דגט פשוט, ולא מגבינן בעדי מסירה אלא מבני חרי״. ומה שהקשתה הגמ׳ בגיטין יא,א, גבי שטר פרסאה דמסרי באפי סהדי ישראל; אי הכי ממשעבדי נמי ליגבי, תירץ ר״ח דכיון שחתומים בהם עדים עכו״ם, סלקא דעתך שיגבו ממשעבדי, שכיון שמסרו בפני עדי מסירה ישראל, יחשבו העדי חתימה כערכאות; ״וגם מלשון הקונטרס מוכיח לקמן דלא גבי ממשעבדי אלא בעדי חתימה״. גם מדברי הרשב״א בתש׳ (ח״א אלף סד) משמע דבעינן בשטרות עדי חתימה דוקא ולא עדי מסירה. הרשב״א נשאל בשני יוסף בן שמעון שדרים בעיר אחת, ויצא שטר חוב על אחד מהם, ועדי השטר מעידים על אחד מהם שהוא הלוה. והשיב הרשב״א: ״אפשר לומר שאינו גובה ממשעבדי, דכל שאינו מוכיח מתוך השטר אלא מפי העדים, עדות בעל פה היא זו ולאו בשטר. וכן דעת רבינו יצחק ז״ל. וראיתו מגרסת הספרים דגרסי׳ בריש פר׳ כל הגט, גבי כתב לגרש את הגדולה לא יגרש את הקטנה ... אמר רבא זאת אומרת שני יוסף בן שמעון הדרין בעיר אחת, מוציאין שטר חוב על אחרים. אמר ליה אביי ... אלא מאי אית לך למימר בעדי מסירה ור׳ אלעזר היא, הכא נמי בעדי מסירה ור׳ אלעזר היא. והיא גרסת הספרים, דאלמא לרבי אלעזר דוקא דאמר עדי מסירה כרתי, דכיון שהכל תלוי בעדי מסירה, כל שהן יודעין על מי מהנך נמסר העדות – כשר, ואף על פי שאינו מוכיח מתוך הגט. אבל לר׳ מאיר דאמר עדי הגט כרתי, כל שאינו ניכר ונודע מתוך עדי חתימה אינו כלום״. ומבואר ברשב״א דקיי״ל דבעינן מוכח מתוכו ולא סגי בזה בעדי מסירה, ולא קיי״ל כר״א, דלר״א לא בעינן מוכח מתוכו. ועיין באריכות דברי הרשב״א בסוגיא בגיטין פו,ב, ומה שנו״נ בדברי הראשונים בזה. וכן בעה״ת יג,ג,ב, האריך בבאור דין זה, וטרח לקיים הלכה כר׳ אלעזר בגיטין אבל לא בשטרות; ״לפי שהיא סברא המתחוורת בשמועה זו, ואין דעתנו מקבלת לדחות הלכה פסוקה ומסקנה דשמעתא דאיתמר בדוכתה גבי הלכתא פסיקתא דהאי דינא, והוא דעת הגאונים ורבינו הגדול הנמצא בנסחי הלכות שלו״.

והמחבר בשו״ע חו״מ נא,ז, פסק הלכה כר״א אף בשטרות: ״שטר שנמסר בפני שני עדים, גובין בו ממשעבדי אעפ״י שהם אינן חתומים בו״. ובגר״א שם ס״ק יט, כתב דרוב הפוסקים פסקו כשמואל, דהלכה כר״א אף בשטרות. ובסמ״ע נא,יד כתב דמש״כ המחבר שהם אינם חתומים בו, לאו דוקא הם, אלא שאין שם עדים כלל, דאם אחרים היו חתומים בו, אין צריך עדי מסירה. אולם הש״ך שם האריך לחלוק על דברי המחבר, דרבים מהראשונים פסקו דלא כר״א בשטרות, ולא יגבה ממשעבדי בשטרות, ויוכל המוחזק לומר קים לי כוותייהו, ונשאר בצ״ע. והביא דבריו גם התומים (אורים נא,כ) והנתיבות בחידושים ס״ק טז.

מכל הנ״ל מבואר דמהני עדי חתימה לחוד, ואין צריך בשטרות עדי מסירה. ואין לומר דכיון דכל חתימת העדים הוא מדרבנן מפני תיקון העולם, ורוצים לעדים דאורייתא (ואגב כאן אביא נפק״מ שכתב בשבות יעקב ח״א סי׳ קטז, אם עד חתם על גט ואינו מיוחד להיות ג״כ עד מסירה, דמותר לו להיות דיין, דכיון דקי״ל כר׳ אלעזר בגיטין דעדי מסירה כרתי, ועדי חתימה אינם אלא מדרבנן, דעדים חותמים על הגט מפני תקון עולם, ובדרבנן קי״ל דעד נעשה דיין, וכמסקנת הש״ס בכתובות כא,א, דבקיום שטרות דרבנן אפי׳ עד המעיד נעשה דיין, עיי״ש), מ״מ כיון שחל השעבוד, אין כל ענין לעשות בעדי מסירה, וכמבואר מהראשונים הנ״ל. וגם אין לומר דבעינן עדי מסירה, כדי שיזכה משעת המסירה, שאין כותבים שעות. דמהר״ן והרמב״ן מבואר דלא מהני מסירת השטר לשעות. וגם אם כך תקנו חכמים לחתום על הגט, ולא תקנו לכתוב שעות בגט, מוכח דלא חשו לכך, ומהיכי תיתי נעשה כן בשטר כתובה שהוא שטר התחייבות. גם לומר שיש למסור בפני עדי מסירה מחשש של שטר העשוי להזדייף, הוא רחוק מאד, דאל״כ למה לא תיקנו כן גם בשאר שטרות.

## ב. קדושין בשטר

הארחות חיים (לרבי אהרן הכהן מלוניל, בעמח״ס כלבו, ח״ב הלכות כתובות סי׳ א), כתב וז״ל: ״ואחר כך לוקח החתן הכתובה ונותנה ביד הכלה. ושמעתי שהמנהג הזה מפני רוב ספקות הנולדות בקדושין, שאם לא יועילו הקדושין הראשונים, יועילו אלו שיהיו בשטר, שכך כתוב בה הוי לי לאינתו כדת משה וישראל. כתב ה״ר יצחק נשיא ז״ל כי מהטעם הזה נהגו בגלילות פרובינצא לברך ברכת חתנים בשעת נתינת הכתובה. ע״כ. ונראה שעושין כן לפי שמנהגם שאין חותמין אותה אלא לאחר כמה ימים. והמקומות שאין חותמין אותה אלא לאחר כמה ימים, אין מתיחדין עמה. והבעל המנהל כתב, כי מאחר דקיימא לן דעידי מסירה כרתי, אם קנו מידו לשעבד לה כתובה, מועיל כמו כתובה וקנין במסירה, דסתם קנין לכתיבה עומד. ע״כ״. הארחות חיים מביא שני טעמים למסירת הכתובה. אמנם הארחות חיים לא מזכיר שמסרו לה בפני עדים, אך ממש״כ להלן מבואר דמיירי במסירה בפני עדים. הטעם הראשון, שאם יש ספיקות בקדושין, יועיל מדין קדושי שטר. וכתב בשם ר״י נשיא, דמטעם זה נהגו בגלילות פרובינצא לברך ברכת חתנים בשעת נתינת הכתובה. ולכאורה אם הוי קדושין, מה ענין ברכת חתנים למסירת הכתובה, היה לברך ברכת ארוסין, ומה ענין ברכות נישואין למסירת הכתובה, היה לומר שמוסר הכתובה עובר לעשייתן לברכת הארוסין.

גם נראה שהארחות חיים עצמו לא ניחא ליה בהסבר זה, ממש״כ על מנהג זה ״ושמעתי״ וכו׳, וממש״כ בטעם השני; ״ונראה שעושין כן״, דיש לפרוך הטעם הראשון של קדושי שטר, כמו שיובא להלן. ולכן כתב שהטעם הוא לפי שנהגו בזמנם

שלא לחתום על הכתובה אלא לאחר כמה ימים, וכדי שלא ישהה עם אשתו ללא כתובה, נהגו למסור בעדי מסירה, שיהיה חלות חיוב על הכתובה מכח עדי מסירה, דמהני עדי מסירה לרוב הפוסקים, וכמו שהתבאר לעיל. ולפ״ז גם לארחות חיים, האידנא שחותמים על הכתובה מיד בזמנו, קודם או בשעת הקדושין, אין צריך למסור בפני עדי מסירה.

ועל הטעם הראשון שהביא הארחות חיים שמהני מדין קדושי שטר, יש להקשות מהא דקדושין ט,א דבעינן בשטר קדושין לכתבו לשמו ולשמה, דומיא דגט, דמקשים הוויות ליציאות, וכן פסק בשו״ע אהע״ז לב,א: ״וצריך שיכתוב אותו לשם האשה המתקדשת, כמו בגט. ואם כתבו שלא לשמה, אינה מקודשת״. ואף אם תאמר שודאי כותב שם האיש והאשה לשמה, מ״מ בעינן גם שחתימת העדים תהיה לשמה, וכמו שפסק בשו״ע אהע״ז קלא,ו: ״אפילו נכתב לשמו, אם לא חתמו העדים לשמו, אם נתנו לה בלא עדי מסירה, אינו גט. ואם נתנו לה בעדי מסירה, הרי זה פסול. וי״א שגם זה אינו גט״. וכן מבואר בשו״ע שם ס״ט דצריך לומר בפיו, וזה לא מצאנו שאומר כשכותב הכתובה.

זאת ועוד, קיי״ל בגט שאין כותבים גט ללא ציווי הבעל, עיין שו״ע אהע״ז קכ,ד, וגם אם לא שמע מפיו ממש, הוי חסרון בלשמה (עיין מה שכתבתי בח״ד סי׳ ל). כמו כן בנוסף על הכתיבה לשמה, בעינן דשטר קדושין יכתוב לדעתה, ואם כתבה שלא מדעתה, הוי ספק מקודשת. דאיתא בקדושין ט,ב: כתבו לשמה ושלא מדעתה, רבא ורבינא אמרי מקודשת, רב פפא ורב שרביא אמרי אינה מקודשת. אמר רב פפא, אימא טעמא דידהו ואימא טעמא דידי. אימא טעמא דידהו, דכתיב ויצאה והיתה, מקיש הוייה ליציאה, מה יציאה לשמה ושלא מדעתה, אף הוייה נמי לשמה ושלא מדעתה. ואימא טעמא דידי, ויצאה והיתה, מקיש הוייה ליציאה, מה יציאה בעינן דעת מקנה, אף הוייה בעינן דעת מקנה. ומחמת מחלוקת הראשונים שם כיצד לפסוק, עיין רי״ף (קדושין ה,ב בעמוה״ר) דאינה מקודשת, ברא״ש שם הט״ז שהביא מחלוקת הראשונים, בבעל המאור שם שפסק דלא כרי״ף אלא כרבינא ועוד, ומחמת זה פסק המחבר שהוי ספק מקודשת. (ועיין באבני מילואים שם לב,ט שהקשה, דהרי לשיטת רש״י דלא הוי מפי כתבם כיון דנכתב מדעת המתחייב, א״כ בלא״ה אינה מקודשת, מחמת חסרון של מפי כתבם. ותירץ, דמ״מ החתימה נעשית מדעת המתחייב, וא״כ בנחתם שלא מדעת האשה, ודאי אינה מקודשת).

גם הלשון הכתובה בכתובות הנהוגות אצלינו: ״... איך ר׳ פב״פ אמר להדא בתולתא פב״פ הוי לי לאנתו כדת משה וישראל״, והוא לשון עבר ולא לשון הוה, ולכאורה לא מהני בשטר קדושין, דהלשון המובאת בגמ׳ קדושין ט,א, ובשו״ע אהע״ז לב,א

הוא לשון הוה ולא לשון עבר. ועיין עוד במה שפסק הרמ"א בשו"ע אהע"ז כז,ה בשם הר"י דוראן: "וצריך שיאמר לה לשון המוכיח להבא, כגון שאומר הרי הן קדושין, או קדושין יהיו. אבל אמר הן קדושין, לחוד, אינו כלום". ואף למש"כ בח"מ שם ס"ק טז דמהני לשון הוה, מ"מ לשון עבר לכ"ע לא מהני.

ועיין בתש' הגרע"א (תנינא סי' נה) שדן במקום דלא מהני קדושי כסף, אם מועיל מה שהיו תחת החופה, ונחוש לדעת הפוסקים דחופה קונה, וז"ל: "ומ"ש מעכ"ת דיש לחוש להפוסקים דסברי חופה קונה, זה אינו רק באומר הרי את מקודשת לי בחופה זו, אבל בלא אמר לא. ובפרט עתה דכ"ע מקדשי תחת החופה בטבעת, הרי דמסתמא אין מקדשין בחופה, ומעולם לא שמענו דאם אחר כיסוי הינומא או כשעומדים בחופה אם חוזרים דיצטרכו גט, והרי הנהוג לברך ברכת אירוסין קודם אירוסין משום עובר לעשייתן, והו"ל לנהוג לקדש קודם ההכנסה לחופה, דאם חופה הוא קנין, אין הברכה עובר לעשייתן א"ו דאין דעתם על קדושי חופה". ומה שדן שם מדין מתכוין לקנות בקנין אחד ועשה קנין אחר, ומדין ראה את המציאה ונפל עליה ועודר בנכסי הגר וכו', עיי"ש שאם מתכוין לקנות, אף אם הקנין לא מועיל, מ"מ יועיל מדין קנין המועיל כעת, עיי"ש. כל זה שייך לטעמים האחרונים, אבל לטעם הראשון, דחופה קונה רק באומר הרי את מקודשת לי בחופה זו, לא מהני בכל ענין. וא"כ גם בנדו"ד, כיון שלא אמר לה להדיא הרי את מקודשת לי בשטר זה, לא מהני, וכמו שפסק בשו"ע אהע"ז לב,א.

ועיין עוד בתשובות והנהגות (לגר"מ שטרנבוך, ח"ב סי' תרנ) מה שהאריך לבאר בענין זה, שכך נהג הרב מבריסק הגרי"ז זצ"ל, וכתב דהוי קדושין מדין מקודשת בשטר חוב. דבתחילה דן מדין קדושי שטר, והקשה מצד החסרון לשמה: "ובעיקר הדבר צ"ע טובא לומר סתמא לשם קידושי שטר, בשעה שעומדת להתקדש בכסף ולא מתכוונים כלל לקידושי שטר, וע"כ מסתברא יותר כמו שצידדנו לעיל שבכתובה כלול מצידו התחייבות שתהא אשתו וחיובי אישות במאתיים זוז ותוספות, ובתוספות שאינו חייב כלל ההתחייבות לכך גופא יש לומר דמועיל כקידושין בתורת כסף בדיעבד אם לא חלו הקידושין קודם, ושפיר נהגו לדקדק שיתן לה בפני עדים, ומועיל נמי בנדפס כיון שאין הקידושין בתורת שטר". ועיין במשפט הכתובה נח,ג מה שכתב להקשות בדבריו.

לאמור לעיל נראה דאין לחוש למסור בפני עדים מחמת קדושי שטר, ומהטעמים דלעיל. גם מדברי הארחות חיים נראה דלא ניחא ליה אלא בטעם השני, שאינם חותמים אלא לאחר כמה ימים, וזה לא שייך האידנא, ולכן צ"ע מה שנוהגים למסור בעדי מסירה.

ובספר משפט הכתובה נח,ה, הביא מקובץ מבקשי תורה (תמוז תש״ס עמ׳ שצב) מדברי הגר״ז שוב שליט״א, ששמע מהגאון הרב שלמה זלמן אויערבך זצ״ל דלא ניחא ליה מה שצועקים ואומרים לעדי מסירה לראות מסירת הכתובה, כביכול כך ההלכה. והיה נוכח בחתונה שהיה החתן בעל מום בידו, והגאון ר׳ שלמה זלמן אויערבך זצ״ל מסר את הכתובה לאם הכלה, מבלי לבקש מהחתן לעשות כן. והביא מקונטרס אפריון לשלמה (לגרי״א דינר שליט״א), שאמר לו הגרי״ש אלישיב זצ״ל, שאינו רואה טעם במסירת הכתובה מידו לידה, אבל אין לבטל את אלו הנוהגים כן, ושכן אמר לו הר״ש וואזנר זצ״ל, שפעם לא נהגו כן. ובמשפט הכתובה כתב, דכן שמע מהגאון רבי בן ציון אבא שאול זצ״ל, שאין לדקדק בזה, וגם אינו עושה כן אפי׳ לכתחילה. ושם גם מביא ששמע בשם הגרי״ש אלישיב זצ״ל והגר״ע יוסף זצ״ל, דלרווחא דמילתא עושים כן, אע״פ שמעיקר הדין אין צריך לזה.

וראיתי לגר״ש וואזנר זצ״ל, שבט הלוי ח״ח רפה,ג, בתשובה שכתב לגרש״א שטרן שליט״א, וז״ל: ״שאל כ״ת האם העדים צריכים שיראו מסירת הכתובה לידי הכלה. הנה משמעות הפוסקים שאין צריך לזה עדים, והיו מנהגים שהיו מפקידים שטר הכתובה מיד לקרוביה או בבי״ד. ועיין תשובת לבושי מרדכי אה״ע ח״א סי׳ מט כמה ענינים חשובים במסירת הכתובה, ודרכי להזהיר בכל חופה לבל לשכוח הכתובה במקום החתונה מה דשכיח״. מכל הלין מבואר שאין טעם ברור למסירת הכתובה מהחתן לכלה בפני עדים.

## ג. עדי יחוד הראוי לביאה

והיה לענ״ד ליתן טעם בענין זה של מסירת הכתובה בפני עדי הקדושין. דהנה קיי״ל שאסור לאדם לשהות עם אשתו ללא כתובה, וקיי״ל בשו״ע אהע״ז סו,א: ״אסור להתייחד עם הכלה קודם שיכתוב לה כתובה; (רמ״א) ויש מקילין ומתירין להתייחד בלא כתובה, ובלבד שלא יבעול״. ואף שהרמ״א מתיר להתיחד גם בלא כתובה, מ״מ בעינן לכתחילה יחוד הראוי לביאה, וע״כ צריך שכבר בשעת היחוד תהיה הכתובה, וכמש״כ הרמ״א בשו״ע אהע״ז סא,א: ״וצריכין לכתוב הכתובה קודם החופה, כדי שתהא חופה הראויה לביאה. ולמ״ד דחופת נדה הוי חופה, אף על פי שאינה ראויה לביאה, הוא הדין אם לא כתב כתובה. מכל מקום נוהגים לכתחלה לכתבה קודם לכן״. ויש עוד להאריך בהלכות אלו, ואכמ״ל, אך מפורש יוצא שצריך שתהיה הכתובה כתובה וחתומה אף קודם היחוד, שיהיה היחוד לכתחילה ראוי לביאה, ובפרט לדעת המחבר (הן סא,א והן סו,א, והיא דעת הרמב״ם), דאסור להתיחד בלא כתובה, והן חופה שאינה ראויה לביאה אינה חופה, הרי שמעיקר הדין צריכה להיות הכתובה עוד קודם היחוד, אף שיש הסוברים דאינו מעכב בדיעבד, עיין להלן.

ובראשונים מבואר שצריכה הכתובה להיות ביד האשה ולא ביד הבעל. הרשב״א בתש׳ (ח״ב סי׳ קעב) כתב: ״ולענין הטפסת שטר הכתובה, אשר תבע לוי, אינו בדין. דמצי האלמנה למימר, דמית עלאי כארי׳ ארבא. ואינו צריך שיהא טופס כתובתי מונח אצלך, כדי שלא תתחכם להערים ולמצוא עילה לפסול את שטרי, והכי משמע בפרק גט פשוט. דתנן התם (קסח,א): אין כותבין שטרי ברורין אלא מדעת שניהם ... ומפרש טעמא דרשב״ג, דאמר כותבין לזה בעצמו ולזה בעצמו, ולא חיישינן לפסידא דהוצאה יתירה, משום דאמר אידך, לא בעינן דתיהוי טענתי גבי טענתיך, משום דדמית עלאי כי אריא ארבא״. הרי שלאשה יש טענה שלא תהיה כתובתה ביד הבעל, משום דדמית עלאי כי אריא ארבא.

וכן כתב הרשב״ש בתש׳ (סי׳ שכ), שנשאל באשה שכתובתה מונחת ברשות בעלה, אם מותר לשהות עמה. והשיב הרשב״ש שאין נכון לעשות כן, לפי שכל מהות הכתובה אינה אלא כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, ולפיכך אמרו שאסור לשהות עם אשתו אפילו שעה אחת בלא כתובה, וכיון שהכתובה ברשות הבעל, אם תקניטנו יקרענה ותהא בעיניו קלה להוציאה ויפטרנה בלא כלום. ובודאי כן הדין לדעת הפוסקים שאין האשה גובה כתובתה באלמנות ולא בגירושין במקום שנהגו לכתוב כתובה עד שתוציא כתובה, ואם אין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אינה גובה לא עיקר ולא נדוניא ולא תוספת; ״וכפי דעתי אין להניח הכתובה ברשות הבעל״. ולפ״ז כדי שהיחוד יהיה ראוי לביאה, צריך שהכתובה תהיה ביד האשה.

ולפ״ז קשה אם עדי הקדושין, שהם גם עדי היחוד שאחר הקדושין, לא ראו מסירת הכתובה ליד האשה, א״כ איך יהיו עדים ביחוד זה, הרי הוא יחוד שאינו ראוי לביאה, ואף שלרמ״א מהני בדיעבד יחוד שאינו ראוי לביאה, מ״מ לכתחילה צריכים להעיד על יחוד הראוי לביאה. ולשיטת הרמב״ם דלא מהני יחוד שאינו ראוי לביאה, נחלקו האחרונים אם יחוד ללא כתובה, הוי יחוד שאינו ראוי לביאה. הב״ש סא,ג כתב דלרמב״ם בדיעבד הוי חופה, אם לא כתבו כתובה, כמ״ש המגיד אישות י,ז שהוא רק לכתחילה, שלא יחסר דבר המעכב אפי׳ מדרבנן. ולא דמי לחופת נידה. משא״כ להרא״ש עושים חופה אפילו לכתחלה בלא כתובה. וכן כתבו המקנה והעזר מקודש אהע״ז ר״ס סא. ובשער המלך (אישות פ״י ד״ה ומעתה פש) למד מדברי הרמב״ם, דאפי׳ בחופה דלא ראויה לביאה אלא מדרבנן, דינה כארוסה. ושכן מתבאר גם מדברי המשאת בנימין (סי׳ צא) שכתב שמה שנוהגים לעשות נישואין לבתולה בערב שבת ולערב טובלין אותה ובועל אותה, שלדעת הרמב״ם דס״ל דחופת נדה לא קנה, לא יפה הם עושין שנמצא שקונה אותה בשבת. הרי דאפי׳ בז׳ נקיים דאיסורא דרבנן, ס״ל דלא קנה, וכן פסק להלכה. ולפ״ז לשער המלך לא קונה לרמב״ם אף בלא כתב כתובה, ולחולקים וסוברים דבדיעבד מהני, מ״מ ודאי לכתחילה צריך שתהיה

הכתובה חתומה וביד האשה קודם היחוד. אשר על כן מצריכים שעדי הקדושין שהם עדי היחוד, לדעת שהכתובה ביד האשה, כדי שיהיה יחוד הראוי לביאה.

וכבר העיר הגר״ש וואזנר זצ״ל בתש׳ הנ״ל; ״ודרכי להזהיר בכל חופה לבל לשכוח הכתובה במקום החתונה מה דשכיח״. ולכאורה מה ענין הערה זו לשאלת השואל. אלא שאף שנותן הבעל הכתובה לאשה, כיון שחתונה נעשית במקום שהרבים מצויים שם, וקיי״ל דמקום שהרבים מצויים שם הוא מקום שאינו משתמר, כדאיתא ב״מ כא,ב וכד,א, ואף שלענין יאוש יש חילוק בין רוב ישראל לרוב עכו״ם, וקיי״ל דברוב ישראל יחזיר, דאין הבעלים מתיאשים באבד במקום של רוב ישראל, וכן המוצא כתובת אשה יחזיר לאשה (עיין רמ״א חו״מ סה,ב ורנט,ג ועוד), מ״מ כל שלא בידה ונמצאת במקום שאינו משתמר, הוי ככתובה דאירכסא, כיון שהיא מונחת במקום של הפקר שהרבים מצויים שם.

ואל תשיבני מדברי הרמ״א אהע״ז סו,ג: ״עיר שכבשוהו כרכום, או שגלו מן העיר, ואבדו הנשים הכתובות שלהם, צריכים לחדש נשותיהם כתובתיהם, אף על פי שיש לומר שמא ימצאו אחר כך כתובותיהם או יחזרו להם, מכל מקום מאחר שהכתובות בחזקת אבודות צריכים כתובות אחרות״. ומהנו״כ שם משמע דדוקא בעיר שכבשוה כרכום הוא בחזקת אבודות. י״ל, דשם הניחה האשה את הכתובה במקום משתמר, רק כיון שכבשוה כרכום, דוקא בכה״ג הוי בחזקת אבודות, כיון שהכרכום נכנסים לבתים. אולם אם מלכתחילה מניחה את הכתובה במקום שאינו משתמר, אם תניח את הכתובה באולם חתונות, ואיש אח״כ לא ימצא את הכתובה, הרי היא כמניחה אותה ברשות הרבים. ולכן מש״כ בשבט הלוי להזהר לא לשכוח, הוא הן מיד אחרי החופה והן אחריה, כיון שאולם חתונות כל העת הוא לא מקום משתמר, ובודאי בזמן החתונה, ואף לאחריה, צריכה הכתובה להיות בידה של האשה.

ולמש״כ לעיל שצריכה הכתובה להיות בידה כדין המיוחד בכתובה וכמבואר לעיל, לא סמכא דעתא אא״כ תהיה שמורה בידה וידעו העדים ששמורה הכתובה ולא הניחו במקום שרבים מצויים שם. ולכן מה שנותנים ליד אם האשה, הרי זו שמירה בעדים, ויודעים העדי יחוד שהכתובה שמורה ואינה אבודה, שיש מי ששומר על הכתובה עבור הכלה ומטעמה, וסמכא דעתה על שמירה זו, וממילא הוי יחוד הראוי לביאה, והם עדים על יחוד הראוי לביאה, כפי שצריך להיות לכתחילה לר״פ, ולשער המלך אף בדיעבד בענין שיהיה יחוד הראוי לביאה אפי׳ בחסרון מילתא דרבנן. כן היה נלענ״ד לישב מנהג העולם, שיהיו עדי הקדושין רואים מסירת הכתובה ליד האשה, ומיד האשה ליד אמה, כדי שידעו שהכתובה ביד האשה ושמורה מטעמה, וממילא הוי יחוד הראוי לביאה.

# סימן ו

## תביעת מזונות למפרע

### ראשי פרקים

**א. מזונות אשה ואלמנה למפרע**

**ב. לא תבעה מזונות ילדים, ובדין פורע חובו של חבירו**

הצדדים התגרשו כשהבעל היה אסיר, ועקב כך נכתב בהסכם הגרושין שנוסח ע״י ביה״ד, בסעיף המזונות (עבור שלושת ילדי בני הזוג), שהואיל והבעל אסיר וגם אינו עובד, האב לא מתחייב עבור מזונות ילדיו. מחצית השנה אחר הגרושין השתחרר הבעל מהכלא. והחל לעבוד בחנות ירקות של המשפחה, כששכרו הרשמי כ 12,000 בחודש. כשנתיים לאחר מכן תובעת האם מזונות רטרואקטיבית מהיום בו שוחרר מהכלא והחל לעבוד. מבלי להכנס לשאלות האחרות שעלו (כמו העובדה כי הפסיק לעבוד מיד עם קבלת התביעה, וטענת פרעתי וכד׳), השאלה שעלתה, האם ניתן לתבוע מזונות למפרע או רק מיום הגשת התביעה בפועל.

### א. מזונות אשה ואלמנה למפרע

הרמב״ם בהל׳ אישות יב,כב, פסק וז״ל: ״הרי שלא תבעה ולא לותה ולא מכרה אלא דחקה עצמה ביום ובלילה ועשתה ואכלה, אין לה כלום״. וכן פסק בשו״ע אהע״ז ע,יא. ובמגיד שם הראה מקורו לגמ׳ כתובות קז,א: ת״ש, מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות, ואם בא ואמר צאי מעשה ידיך במזונותיך רשאי. ובמגיד שם בהכ״א כתב דהרמב״ם מפרש את הברייתא, דמי שהלך למדינת הים, ואחר חזרתו אשתו שדחקה עצמה וניזונת תובעת מזונות, והוא אמר יצאו מעשה ידיה במזונותיה – רשאי, שכיון שנתפרנסה בלא הלואה, אינו חייב ליתן לה כלום. וכן פירש הרמב״ן בסוגיא בדעת הרמב״ם: ״ונראה שהוא מפרש הך ברייתא הכי, מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות שהוציאה היא, ואמר לה איני משלם לך כלום אלא מה שעשית יהא במזוניך – רשאי, שכיון שדחקה בעצמה ולא לותה, אין לה עליו כלום״. והביא הרמב״ן שם נוסחה של ר״ח, שאם אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך רשאי, וכן בתוספתא אם אמר הוציאו לה מעשה ידיה במזונותיה. ולפי זו גירסא זו מיירי בדו״ד לענין מזונות להבא וספקה, אולם בלותה ואכלה ורוצה לחשב עכשיו מעשה ידיה והיא לא עשתה כלום, הייתי סובר שהרשות בידו, קמ״ל שאינו רשאי; ״ובטלנו בה דעתינו מפני דעת הר״מ ז״ל״.

ועיין בתוס׳ כתובות קז,א (ד״ה ואם) שפירשו בדברי הברייתא, דלוותה ואכלה, והבעל טוען שלא יפרע מה שלוותה, שאם לא היו מלוים לה, היתה דוחקת עצמה, אע״ג דלא ספקה. ומוכח מזה שיכול לטעון כן, שאם היתה דוחקת עצמה, אין לה תביעה כלפיו, שאל״כ מה טענתו כלפי הלווים, הא בכל ענין יכולה לתובעו. ויש שגרסו; ואם בא ואמר צאי מעשה ידיך במזונותיך – נאמן, והיינו שטוען הבעל שהניח לה מזונות לגבות מהם, ואינו ענין ללא תבעה. והקשו התוס׳ מהגמ׳ להלן, לוותה ואכלה עמדה ומיאנה, ודייקינן טעמא דמיאנה, הא לא מיאנה יהבינן לה. התם דפסקו לה בי״ד. אולם אם לא פסקו לה בי״ד, מוכח שאין לה מזונות על העבר. וכל זה אפי׳ בלוותה. ועיין בפנ״י בבאור דברי התוס׳. ובשטמ״ק בסוגיא הביא מרש״י ממהדו״ק, שאם הלך בעלה למדינת הים וחזר ובא, ואשתו תובעת ממנו מזונות שלותה ואכלה בעוד שהיה במדינת הים, ואמר לה בחזרתו צאי מעשה ידיך למזונותיך, שאותה מלאכה שמחויבת לעשות לבעלה, תטול במזונותיה – רשאי, ואפילו לא עשתה מלאכה פטור ממזונותיה, דהואיל והיא משעבדת לו למעשה ידיה, ואילו היה עושה היה מספקה לה למעשה ידיה, כיון דלא עשתה, איהי דאפסדה אנפשה. ומוכח לכאורה שאם היה טוען שהיה לה לדחוק עצמה, טענתו טענה, וממילא שאם דחקה עצמה, אינו חייב על מזונות העבר.

ובשטמ״ק שם בסוגיא הביא מתלמידי רבינו יונה, דהברייתא מיירי ברגילה מתחלה לעשות כשיעור מזונותיה, שכיון שהיתה מתחלה רגילה בכך, רשאי אח״כ לומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך. והביא מרש״י, דמי שהלך למדינת הים ואמר לאשתו בשעה שהולך צאי מעשה ידיך במזונותיך, אינו רשאי אא״כ הסכימה או מספיקין לה מעשה ידיה. וכתבו דנראים דבריו, דודאי אם אינה מתרצית בדבר, מה טעם הוא לומר שיוכל לעקור תקנת חכמים ולומר צאי מעשה ידיך במזונותיך. הרי דבלא נתרצית, לא יכול לומר כן אא״כ מספיקים לה מעשי ידיה. וכן הוא בריטב״א בסוגיא: ״שאם אמר שכן אמר לה כשהלך וקבלה עליה, רשאי לומר כן, כיון שעדיין לא פסקו לה בי״ד״. ולא הזכיר אם ספקה. ומ״מ כשלא תבעה, מוכח דספקה ופטור. וכך יש לפרש גם בדברי המאירי בסוגיא: ״ונראה שהם מפרשים הברייתא כך. מי שהלך בעלה למדינת הים וכו׳ ואשתו תובעת מזונות, ר״ל מזונות שהוציאה היא, ואמר לה טלי מה שעשית במזונותיך רשאי, הואיל ודחקה עצמה ולא לותה, הא אם לותה, הבעל מפסיד״. ומוכח שכל שלא תבעה מזונות ודחקה עצמה, הבעל פטור ממזונות העבר.

ואיתא בכתובות צו,א: אמר ר׳ יוחנן משמיה דרבי יוסי בן זימרא, אלמנה ששהתה שתים ושלש שנים ולא תבעה מזונות, איבדה מזונות. השתא שתים איבדה שלש מיבעיא. לא קשיא, כאן בעניה כאן בעשירה (היכולת בידה להמתין, הלכך אי

נמי לא תבעה, לאו מחילה היא עד שלש שנים, אבל עניה מדלא תבעתן מחלתן – רש"י). אי נמי, כאן בפרוצה כאן בצנועה (בושה לבא לבי"ד, הלכך בשתי שנים לאו מחילה היא). אמר רבא, לא אמרן אלא למפרע (אותן שתי שנים שעברו איבדה), אבל להבא יש לה. והרמב"ן שם (כתובות צו,א), כתב וז"ל:

"דוקא אלמנה הוא דבעיא שתים ושלש שנים, אבל אשת איש אפי' שהתה יום א ולא תבעה, אבדה מזונותיה למפרע. דבשלמא אלמנה אפשר דמתזנא מדידה, כגון ממציאתה, אבל אשת איש שהכל לבעלה, מדידיה מתזנא. ואי אמרה דלותה ואכלה, תביא ראיה לדבריה, דכל היכי דאיהי מפקא מבעל, עליה להביא ראיה, משא"כ באלמנה דנכסי בחזקת אלמנה קיימי. ומסתברא דאפי' מכרה בנכסיה בטובת הנאה ולא תבעה, הפסידה מיד, שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן ולסייע להם. והני מילי לאפוקי מבעל, אבל אם לא נתן לה מזונות ועשתה ואכלה, אף על פי שהותירה, אין לבעלה עליה כלום, דכל היכא דאיהו לא יהיב לה מזוני, הרי משכון בידה תמשכננו עליו, ואינה צריכה להתנות עמו בבי"ד ולומר איני ניזונית ואיני עושה. וזו היא ששנינו אם אינו נותן לה מזונות מעה כסף לצרכיה, מעשה ידיה שלה, כנ"ל."

מבואר מהרמב"ן לחלק בין אשת איש לאלמנה, דאשת איש שהכל לבעלה, ממילא אמרינן דמה שאכלה הוא משל הבעל, ואם לותה, עליה הראיה. ואף אם תוכיח שמכרה משלה לשם מזונות, כיון שדרך נשים להתגלגל עם בעליהם ולסייע להם, אמרינן דמדלא תבעה מחלה. וסברא זו אינה שייכת באלמנה. ונראה דהוא הדין בגרושה לענין מזונות הילדים, דלא שייכת הסברא של דרך הנשים להתגלגל וכו'. וכן הביא סברא זו הריטב"א שם בסוגיא: "באשת איש כל זמן שלא תבעה מזונותיה, איבדה אותם למפרע, שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן, וכל שלא לותה או שלא היה בידה משכון, מחלה אותם. וכן ראיתי למורי הרב ז"ל שדן אפילו באשה שהלכה לבית אביה מפני מריבה שהיה לה עם בעלה, כיון שלא מסרה מודעא בפני עדים שלא מחלה אותם". וכן הביא סברא זו הר"ן בחידושיו לכתובות צו,א, וכן הוא בר"ן על הרי"ף כתובות (נה,ב מעמוה"ר), וכן הוא בשטמ"ק בשם הרא"ה. וכן הביא המגיד (אישות יח,כו) מדברי הרמב"ן הנ"ל. ועיין מרדכי כתובות רסז בסופו.

אלא שהר"ן על הרי"ף (שם) הקשה על מש"כ הרמב"ן דבמכרה מנכסי מלוג מחלה, דכיון דמפליגינן בין עשירה לעניה ובין צנועה לפרוצה, י"ל דדוקא באלמנה הפסידה, לפי שאם לא מחלה המזונות לא היתה בושה לתבוע היורשים, אבל באשת איש שעושה נחת רוח לבעלה, י"ל שלא הפסידה לעולם, ומשו"ה נקט אלמנה. והרמ"א אהע"ז ע,ח הביא מדברי הר"ן: "לא לותה, רק מכרה נכסיה ופרנסה, אין לה עליו

כלום ומעשה ידיה שלה". ומקור דברי הרמ"א מדברי הר"ן כתובות (סב,ב מעמוה"ר), שדייק כן מדברי הרמב"ם, שאפילו לותה ואכלה, אין הבעל מחשב עמה על מעשה ידיה אלא אם עשתה יטול, ואם לא עשתה הפסיד. ולפי זה הברייתא העמידה לא בלותה, אלא בתובעת מזונות שהוציאה מנכסיה שמכרה, ואמר איני משלם לך כלום אלא מה שעשית יהא במזונותיך רשאי, שכיון שנתפרנסה בלא הלואה, אין לה עליו כלום. ובח"מ ע,לב כתב, דמירי דהאשה היא בת מלאכה, ואם היתה מצמצמת, היו מעשי ידיה מספיקים למזונותיה. אבל באופן שאינה בת מלאכה או בשני רעבון שאינם מספיקים, מהיכי תיתי שתפסיד נכסיה שמכרה, כיון שאין לו שום טענה עליה, ואיך יאמר צאי מעש' ידיך במזונותיך והיא אינה בת מלאכה כלל או שאין מספיקין מעשה ידיה. וכתב הח"מ, שהר"ן עצמו (כתובות נה,ב מעמוה"ר) הביא את הרמב"ן שמפסדת מה שמכרה, והר"ן נשאר בצ"ע. ומזה נראה שדעת הח"מ שאינה מפסידה מה שמכרה מנכסי מלוג, אם אינה בת מלאכה, והר"ן והרמ"א מיירי בבת מלאכה. והב"ש שם ע,כט הביא דברי הרמב"ן והר"ן שנשאר בצ"ע, ורק אם אמרה בפני עדים דאין דעתה לותר, דינה כלותה. ונראה דבניגוד לח"מ שנראה דעתו שלא הפסידה באינה בת מלאכה, מהב"ש נראה שלא הכריע.

והרמ"א בשו"ע אהע"ז פ,יח, פסק וז"ל: "אשה ששתקה ולא תבעה מזונות ולא מעה כסף, מן הסתם מעשה ידיה עם המותר שלה, ולא אמרינן שמחלה מעשה ידיה (הר"ן פ' אע"פ), אבל מה שאינו מספיק לה, אין הבעל צריך לשלם לה, דודאי מחלה ... וכל אשה יש לה מזונות אף על פי שאין כתובתה בידה, ואינו נאמן לומר שמחלה לו, רק בראיה ברורה, ואפילו על מזונות שעברו, אם לא טען לא טענינן ליה, וצריך לישבע שמחלה לו". ולכאורה סתירה בדברי הרמ"א, אם בשתיקה הוי מחילה או לא, דברישא משמע דהוי מחילה, ובסיפא מבואר דלא הוי מחילה בלא תבעה. ובח"מ פ,לה הקשה כן, וכתב לחלק, דברישא, מדברי הר"ן מיירי דבת מלאכה היא, ולפעמים יש לה מותר, אף שלפרקים חסר לה, מדלא תבעה ודאי מחלה, שלא יבואו עמה לחשבון. ובסיפא של דברי הרמ"א, מדברי הרשב"א, מיירי באשה שהיתה חולה ואינה בת מלאכה, דצריך לשלם לה אפילו מזונות שעברו כל זמן שלא טען בפירוש שמחלה לו. והקשה דמ"מ לא היה לרמ"א לסתום אלא לפרש חילוק זה. והב"ש שם בס"ק כז כתב לחלק, דבלא תבעה ודאי מחלה, וכמש"כ ברישא, ובסיפא מיירי דהיא גופה המחלוקת בין הבעל והאשה, דהיא טוענת שתבעה והוא טוען שלא תבעה, וחלק על חילוק הח"מ. והיינו לשיטתו בסי' ע,כט, שלא הכריע דלא כרמב"ן, ואפשר דלכן לא רצה לישב כמש"כ הח"מ, דהח"מ לשיטתו בסי' ע,לב, דמכרה נכסי מלוג לא הוי מחילה. ובהפלאה פ,כא הסכים לדעת הח"מ, עיי"ש.

ובשו״ע אהע״ז ע,ה פסק, דמי שהלך למדינת הים ובאה אשתו לבית דין לתבוע מזונות, ג׳ חדשים הראשונים מיום הליכתו אין פוסקים לה בהם מזונות, שחזקה אין אדם מניח ביתו ריקן. וכתב הרמ״א שם, דאם שתקה יותר, ותבעה אח״כ, אין פוסקין לה למפרע, רק מיום התביעה, אפילו החמיצו הבי״ד את הדין. ובב״ש ע,יב כתב, דלא דמי לאלמנה, דאשת איש אינה תובעת למפרע. ובהפלאה ע,י הקשה על הב״ש, דהר״ן (נה,ב מעמוה״ר) מסיק דלא כהרמב״ן, דבאשת איש שעושה נחת רוח לבעלה, איכא למימר שלא מחלה ולא הפסידה לעולם. ומ״ש הר״ן דכשפוסקים לה מזונות פוסקין לה מיום תביעתה אף שהחמיצו הדין, דמשמע דמקודם תביעה אין פוסקין, אינו מטעם מחילה אלא חשש צררי, ואם הבעל מודה שלא נתן לה, לא הוי מחילה מטעם שתיקתה. גם החזו״א אהע״ז סח,ט הקשה על הב״ש, דלאו מטעם מחילה אתינן עלה אלא שנאמן הבעל על העבר, עיי״ש ובאות שאח״ז (ד״ה בשו״ע).

ונראה נפק״מ בין טעם צררי לטעם שדרך נשים לגלגל עם בעליהם, אם תבעה מזונות זמן רב אחרי הפירוד באופן שאין לטעון שחיה ממה שהשאיר בעלה, וכל מעבר לג׳ חדשים אין לחשוש, ואם תבעה אחרי שנה, לכאורה לטעם צררי יש לפסוק למפרע תשעה חדשים, מעת שאין לחוש לצררי, משא״כ לטעם שדרך נשים לגלגל עם בעליהם, כל עוד לא תבעה, אין לפסוק למפרע. כמו כן בהתגרשו, לא שייך הטעם שדרך נשים לגלגל וכו׳, וצ״ע אם שייך טעם צררי ג חדשים בסמוך לגרושין, אם הפירוד היה רק מזמן הגרושין, שחזקה אינו מניח ביתו ריקם.

כמו כן צ״ע אם טעם דרך נשים לגלגל וכו׳, שייך גם לענין מזונות ילדים. ולעיל הובאו דברי הריטב״א (כתובות צו,א): ״... וכן ראיתי למורי הרב ז״ל, שדן אפילו באשה שהלכה לבית אביה מפני מריבה שהיה לה עם בעלה, כיון שלא מסרה מודעא בפני עדים שלא מחלה אותם״. הרי שאפי׳ במצויה בקטטה עם בעלה, אם לא מסרה מודעה, יש באי התביעה משום מחילה. וכן למדו בביה״ד הגדול (פד״ר כרך ב עמ׳ 291), דגם באשה שהלכה לבית אביה עקב מריבה שהיתה לה עם בעלה, מן הסתם מחלה, דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן; ״והטעם הוא, דכל אשה גם כשהיא במצב של ריב עם בעלה, כל עוד שלא ניתק קשר הנשואין ביניהם, היא עוד מקוה לשלום, ולכן מסתמא אמרינן שמחלה, דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן. ולפי זה במקרה דנן שלפי דברי האשה היא לא רוצה גט אלא שהבעל הוא הדורש את הגט, גם כשהיא בריב אתו, אמרינן דמסתמא מחלה דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן״. ומזה יש ללמוד שאם האשה היא התובעת את הגרושין, אין היא בכלל; ״עוד מקוה לשלום, ולכן מסתמא אמרינן שמחלה, דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן״. וזאת אף בהיותה עדיין נשואה, אולם לאחר הגרושין, ודאי לא שייך טעם זה. ונראה דאף למה שהסתפקתי לעיל, גם טעם צררי לא שייך באשה שכבר התגרשה, דבדר״כ בא בחשבון בזמן

הגרושין על כל דבר וענין. אולם בתובעת גרושין, בזה י״ל, דאף אם לא שייך טעם דרך נשים לגלגל וכו׳, מ״מ טעם צררי שייך לכאורה גם בזה.

## ב. לא תבעה מזונות ילדים, ובדין פורע חובו של חבירו

ויש לדון בענין מזונות ילדים כשלא תבעה, אם יפסקו למפרע. ולכאורה ככל שהיא עדיין נשואה, אם שייך גבה הטעם שדרך נשים להתגלגל עם בעליהן, לכאורה גם בזה י״ל שמה שלא תבעה הוא מפני שדרך נשים להתגלגל עם בעליהן או מטעם שלא הניח ביתו ריקם. וכן נמצא למהרש״ם בתש׳ (ח״ב סי׳ רלו), דככל שהיא נשואה, לאלתר הוי מחילה, ולא שייך בה הדין של ב או ג שנים שבמזונות אלמנה; ״הכי נמי בנדו״ד במזונות הולד, כיון שלא מסרה מודעא בעדים מחלתן, וכמו שדרך נשים לגלגל עם בעליהן אפי׳ במקום קטט, הכי נמי בזנה הולד איכא הוכחה שמחלה, ובפרט שכבר עברו ב שנים, דגם באלמנה עניה ופרוצה אמרינן דמחלה, וגבי מזונות הולד גם בצנועה אינה בושה לתבוע מבעלה, ועכ״פ היה לה למסור מודעא בעדים שלא מחלה״. ומבואר דככל שהיא נשואה עדיין, שייך הדין של מזונות אשה, דאמרינן דמחלה מדלא תבעה, גם במזונות ילדים.

וכן נראה ממש״כ בתש׳ חבצלת השרון (תנינא, סי׳ עה), דאף שלשואל היה פשוט שחייב לשלם עבור מזונות העבר, ס״ל לחבצלת השרון דלא גרע מפורע חובו של חבירו, ואף לר״ת וסייעתו דרק ממזונות אשתו פטור, כיון שבנדון דידיה לא אמרה האשה איני ניזונת ואיני עושה, ובכה״ג שייך כל המעשי ידיה לבעלה ואפי׳ המותר, אמרינן דהיתה מצמצמת וזנה גם ילדיה ממעשי ידיה. ונידון שם הוא בעודה נשואה, הן ממהלך הדברים, והן ממש״כ שאין נפק״מ, כיון שלא תסכים לקבל הגט ויצטרכו להתפשר, עיי״ש.

אמנם מדברי ההפלאה (פ,יא) נראה, דבמזונות הילדים אף בעודה נשואה, חייב הבעל לשלם על מזונות העבר. דבמזונות האשה הנידון הוא מדין מחילה, ואמרינן שדרכה להתגלגל וכו׳, משא״כ במזונות הילדים שהטעם לפטור הוא מדין פורע חובו של חבירו, ובזה י״ל כיון שהאב חייב לשלם לאשתו עבור מזונות הילדים, היא הבע״ח עצמו (עיי״ש, לענין מש״כ המחבר שמוסיפים לה דברים היפים לחלב, וההפלאה דן בלא הוסיף לה דברים היפים לחלב, ותובעת על העבר), וז״ל: ״והנה נראה פשוט דאם אכלה משלה ולא אמרה בפני עדים דאין דעתה לותר, לא גרע ממה דאיתא בסי׳ ע,ח, לא לותה רק מכרה מנכסים ופירנסה עצמה אין לה עליו כלום. אלא אפי׳ אם הודיעה לעדים צ״ע, דאפשר דהו״ל כזן בניו של חבירו דפטור, דהו״ל כפורע חובו של חבירו, א״כ הכי נמי כיון שאין תועלת במזונות היתירים אלא לולד, אע״פ

שמוטל על האב, מ״מ הו״ל איהי כפורע חובו. מיהו י״ל דהכא עדיף טפי, כיון שהחיוב על האב ליתן לאשתו, הו״ל היא כבע״ח עצמו, וכן משמע ביבמות דף מ״ב ע״ב שהיא התובעת״. ולפ״ז בהיכי תימצי שחיוב כלל המזונות הוא על האב לתת לאם, אין באי התביעה משום פורע חובו, ואף בהיותם נשואים. (ומה שיש בידה הסכם גרושין ולא תבעה, עיין מה שדן הגרי״מ אהרנברג זצ״ל, בתש׳ דבר יהושע, ח״ג חחו״מ סי׳ ח, שדן אם הוי מחילה בשטר, אולם מסקנת דבריו דמה שלא תבעה אותו לדין שיפרע מה שהתחייב בהסכם, אין בזה אומדנא דמוכח שמחלה, עיי״ש).

ואם האשה תבעה גרושין, למש״כ לעיל הרי לא שייך בזה שדרך נשים לגלגל וכו׳,

וטעם שלא מניח ביתו ריקם, שייך רק בתקופה קצרה של סמוך ונראה, או ג חדשים, או תקופה שתראה לבי״ד בענין. וודאי שלאחר הגרושין, שני הטעמים לא שייכים, ומה שלא תבעה, אין בזה מחילה, ויכולה לתבוע על העבר. דבכל חוב אין באי התביעה משום מחילה, ובכתובה רק אחרי כה שנה, ורק במזונות שייך מחילה ומהטעמים הנ״ל, ולאחר הגרושין לא שייכים הטעמים הנ״ל.

ואף שלכאורה כשהאם משלמת עבור מזונות הילדים ולא תובעת, הרי היא פורעת חובו של האב, ופטור האב מלשלם (עיין שו״ע חו״מ סי׳ קכח), נראה דבאם המפרנסת את ילדיה, אין דין פורע חובו של האב, שהרי עצם פרנסת הילדים מוטלת על האם בהיותה הורה, ובפרט בהיותה הורה משמורן, רק העול הכספי אינו מוטל עליה, ולכן אין בפרנסת הילדים משום מבריח ארי אלא קיום חובה המוטלת עליה. דכל הסברא בפורע חובו של חבירו, הוא מהטעם שכתבו בירושלמי, מפייסנא ליה ומחיל, וזה לא שייך באם הזנה ילדיה הקטנים.

דהנה בכתובות קז,ב תנן: מי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופירנס את אשתו, חנן אומר איבד את מעותיו. נחלקו עליו בני כהנים גדולים ואמרו ישבע כמה הוציא ויטול. א״ר דוסא בן הרכינס כדבריהם. א״ר יוחנן בן זכאי, יפה אמר חנן הניח מעותיו על קרן הצבי. ובגמרא הקשו מהמשנה של המודר הנאה מחבירו שיכול לפרוע את חובו, דהא מרויחו במה שפורע את חובו של מי שמודר ממנו. ותירצה הגמרא דאליבא דחנן שאינו צריך להחזיר חובו, שרי ליה למיעבד הכי, דכיון שאין צריך לשלם לו חובו, אע״פ שמהנו, ״אינו אלא גרמא בעלמא, שע״י שפורע זה לבעל חובו מיפטר״ (כתובות קח,א, תוס׳ ריש ד״ה הא מני). ובנדרים לג,ב תירץ רבא דאפילו אליבא דבני כהנים, במשנה מיירי דיהיב ליה על מנת שלא לפרוע, שהמלוה הלוה ללוה באופן שלא יוכל לכופו לפרוע, וכיון דאי בעי לא פרע ליה, לאו מידי יהיב ליה למודר (עיין שם ברש״י ובר״ן).

והתוס׳ הנ״ל הביאו מחלוקת ראשונים אם דין פורע חובו של חבירו שהניח מעותיו על קרן הצבי, הינו דוקא בחוב מזונות או גם בשאר חובות. דעת ר״ת דדין

זה הוא דוקא בחוב מזונות, דאף שחיוב פורע שייך רק בפסקו לה בית דין, וא״כ אין הבעל יכול לטעון מי יימר שאני חייב לה, מ״מ יכול הבעל לטעון שאם לא היתה מוצאת מי שילוה לה, היתה דוחקת עצמה ומצמצמת, אבל בהלואה שאינה בחוב מזונות, גם חנן מודה דלא איבד מעותיו, דהנאה גמורה היא הואיל ולא יכל להפטר בשום ענין. ופירש דהגמרא תירצה דמתניתין דמודר הנאה מיירי באופן של חנן, והיינו בחוב מזונות.

וריב״א הביא ראיה מהירושלמי (פרק בתרא דכתובות ה״ב) דאף בבע״ח, אם פרע שלא מדעתו, הניח מעותיו על קרן הצבי, ואפילו לבני כהנים גדולים דוקא באשתו חייב לפורעו, דלא עלה בדעתו שתמות אשתו ברעב, משא״כ בבע״ח ״מפייסנא ליה ומחיל״. וכן נראה שמחלוקת ראשונים בדין זה מדברי התוס׳ בסוגיא שם בכתובות (ד״ה חנן) שהקשו על דברי חנן מדין יורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות, דשמין לו כאריס, דהתם השבח הוא בעין, ובפורע הרי הוא כמבריח ארי מנכסיו. והקשו התוס׳ מכמה מקומות בש״ס דמבואר שחייב לשלם לחבירו מה שהציל מנכסיו. וכתבו דלדברי ר״ת ניחא דדין זה הינו דוקא במזונות, ולחולקים על ר״ת תירצו באופן שונה, עיי״ש. וע״ע תוס׳ ב״ק נח,א ד״ה א״נ.

והרי״ף (כתובות סג,ב בעמוה״ר) הביא את הירושלמי (הנ״ל) בפורע שט״ח לחבירו שלא מדעתו, ומשמע דס״ל דדין זה הינו בכל חוב וכדברי הירושלמי, ועיי״ש בר״ן. וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה (כו,ו), וז״ל: ״וכן הפורע שטר חובו של חבירו שלא מדעתו, אפילו היה החוב על המשכון, אין הלוה חייב כלום ונוטל משכונו בחינם, והרי אבד זה הנותן את מעותיו, שמא היה הלוה מפייס את המלוה ומוחל לו״. ומבואר בדברי הרמב״ם שאף בחוב שאינו של מזונות, אם פרע שלא מדעת לוה, הפסיד מעותיו. וכן פסק בשו״ע חו״מ קכח,א, וכן פסק הרמ״א שם, דלא כר״ת והרא״ש (כתובות יג,ח) שהביא את דעת ר״ת ואת תרוצו דגמרא דידן פליג אירושלמי.

והסמ״ע (קכח,ג) פסק כדעת ר״ת והרא״ש (עיין דרישה ס״ק א), ובפרט שמהרי״ו שהיה בתראי גם פסק כמותם. ובש״ך שם (ס״ק ה) הביא יותר משלושים פוסקים הסוברים דהפסיד מעותיו, ״ואפילו תפס הפורע מפקינן מיניה ... וא״כ פשיטא דהחולק בטל בשלשים״. וגם מהרי״ו בתש׳ (סי׳ קסז) לא פסק להדיא כדעת ר״ת אלא צרפו לסניף, וכיון שהפורע מוחזק יכול לומר קים לי כמותם. ובזה פליג עליה הש״ך וס״ל דאינו יכול לטעון קים לי כנגד דעת כל הני רבוותא דס״ל דהפסיד מעותיו.

וטענה זו של מפייסנא וכו׳, לא שייך לטעון באם המפרנסת את ילדיה, ולא שייך בכלל לטעון ביחס לילדים קטנים טענה זו, ואף אם טוען שאחרים היו מפרנסים, לא שייכת טענה זו כנגד האם, שיש עליה גם חובה, הגם שלא ממונית, לפרנס ילדיה.

ואף אם היה עליה חובה ממונית לפרנס ילדיה, לא גרעה משותף שפרע חוב השותפות, שחייב השותף לשלם לו חלקו, ודין האשה לא גרע בזה משותף. דהמחבר ורמ״א בשו״ע חו״מ עז,א, פסקו בשנים שלוו כאחד, וז״ל: ״... ואם פרע אחד מהם כל החוב, חוזר וגובה מחבירו חלקו. וברמ״א. ולכן שנים שלוו ופרע אחד מהן, ודאי פרע בעד חבירו״. ומקור דין זה הוא מתש׳ הרא״ש עג,ט. הרא״ש דן בשנים שלוו ונעשו אחראים וערבים זה לזה, והאחד מהם פרע כל החוב, ונתן המלוה שטר החוב ביד הפורע, אם יוכל לגבות חצי החוב מחברו, או נאמר שהפסיד מעותיו כדין פורע שטר חוב של חברו. והשיב הרא״ש: ״הא מילתא דפשיטא היא, כיון שמן הדין יכול להוציא המלוה ולגבות ממנו כל חובו, שחברו חייב לפרוע לו חלקו. דהא דאמרינן (נדרים לג): הפורע חובו של חברו, הפסיד מעותיו, היינו היכא דמדעתו קם ופרע, ולא היה מוכרח לכך, דהוי כמו מבריח ארי מנכסי חברו, אבל היכא דמתחלה נעשו אחראין וערבאין זה לזה, אין בכאן מבריח ארי, וצריך חברו לפרוע חלקו״. ומינה דכל היכא שהוא מוכרח לפרוע חוב חבירו, וכגון בשותפים, וכן באשה המפרנסת ילדיה, אין בזה דין של פורע חובו של חבירו.

וכן מבואר הדין במרדכי כתובות (רלז – רלח): ״... אבל בנדון זה כיון דמעיקרא נשתתפו בחוב וקבלו הערבות ביחד או אחד בשביל כולם, ואח״כ הקדים אחד מהם לתת כסף חלקו לעובד כוכבים, בשליחות דכולהו עביד כדאיתא פרק חזקת הבתים שותף כיורד ברשות דמי ... אלמא כל מה דעביד שותף במילי דשותפות כיורד ברשות דמי בין לזכות בין לחובה ... ואמרינן בירושלמי בפרק שבועת הפקדון, גבי וכחש בו, פרט למודה לאחד מן האחין או לאחד מן השותפין. אמר רבי יוסי, הדא אמרה ב׳ שלוו מאחד, אף על פי שלא כתבו אחראין וערבאין זה לזה, כיון דלוו סתם ביחד, שליחות דהדדי עבוד, ואם אין לאחד לשלם, ישלם השני חלקו וחלק חבירו, דכל מעשה השותפות אחד הוא, ומסתמא כל חד וחד אדעתא דכולהו עביד. ועוד ראיה מפ׳ הגוזל בתרא, האי מאן דמשתכח בבי דרי פרע מנתיה דמלכא וה״מ שותפים כו׳״. ודברי המרדכי הובאו במהרי״ק שורש קכ, והסכים עמהם לדינא. ומבואר במרדכי דבשותפים יש להם רשות לפרוע האחד עבור חוב חבירו. ומינה גם לנדו״ד, שלא רק שיש לה רשות לזון ילדיהם אלא הוא חובה עליה, בפרט אם היא הורה משמורן.

וכן מבואר בבעה״ת מד,א,ה, דמסתבר דכיון ששנים שלוו הם ערבים זה לזה, אם לוו שנים או שלשה ובא המלוה ותבע אחד מהן, וברר בעדים או בהתקבלתי שכתב לו שפרע הכל, חוזר ותובע מחבריו את חלקם כדין שאר ערב שתובע את הלוה כשמברר שפרע בשבילו. ואף שאין הלוה חייב לשלם לערב עד שיאמר לו בשעה

שנכנס ערבני ושלם או שהרשהו שיכנס ערב בשבילו. מסתמא כיון שנעשו ערבים, כמי שהרשהו דמי, שעל מנת כן נשתתפו בכך.

וכן כתב בסמ״ע עז,ו, בבאור דברי המחבר והרמ״א, דאין בזה דין פורע חובו של חבירו, כיון דגם הפורע נשתעבד ונעשה ערב בעד חבירו, הו״ל כנתן לו רשות לשלם בעדו. והרמ״א הוסיף, דלא מיבעיא אם בשעת פרעון אמר בפירוש שפורע בשביל חבירו, דיכול לחזור ולגבות ממנו חלקו, אלא אפילו פרע סתם, אמרינן מסתמא דדעתו היתה כדי לחזור ולגבות ממנו. ובש״ך עז,ה חלק וכתב דדין זה צ״ע, דהראשונים הנ״ל אזלי לטעמייהו דסבירא להו כהשגת הראב״ד (מלוה כו,ו) דכשאומר לערב ערבני, כמי שהרשהו לשלם דמי. אולם למש״כ המחבר בשו״ע חו״מ קל,ב סברת הרמב״ם וסברת הראב״ד ולא הכריע, הוי ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראיה, ואינו חייב אף שהרשהו להיות ערב עד שירשהו לשלם, ולכן גם אינו חוזר וגובה מחבירו חלקו. עוד כתב הש״ך די״ל, דהרא״ש והטור לטעמייהו אזלי דס״ל בשנים שלוו, שיכול לגבות מכל אחד ואחד הכל דהוו כקבלנים זה לזה, ובקבלן גם הרמב״ם והמחבר מודים כמבואר להדיא כמבואר בשו״ע חו״מ קל,ב. וכמש״כ גם הרא״ש בתש׳, דכיון שמן הדין יכול המלוה לגבות ממנו כל חובו, חבירו חייב לפרוע לו חלקו, דדין פורע חובו של חבירו הוא באופן שמדעתו קם ופרע ולא היה מוכרח לכך, דהוי כמו מבריח ארי, וא״כ לדידן דקי״ל דאינן רק ערבים זה לזה ולא קבלנים, לא היה יכול המלוה לגבות כל חובו מאחד מהם ולא היה מוכרח לשלם הכל, והוי כפורע חובו של חבירו.

אולם האחרונים חלקו לדינא על השגתו של הש״ך. התומים עז,ה, אף שכתב דיפה תמה הש״ך, כתב שמדברי המרדכי (כתובות סי׳ רלז – רלח, הנ״ל), מוכח דאם פרע, חייב השני לשלם לו חלקו כמבואר שם, דדרך שותפים לפרוע בשביל חבריהם וחוזרים ונפרעים מהם, וא״כ כיון דכך היא הדרך מתחילה, כשקבלו הלואה ביחד אדעתא דדרך שותפין קבלו, והו״ל כאומר לו ערבני ושלם, דחייב לשלם לכו״ע. אמנם באורים ס״ק ו כתב דלדינא צ״ע, בנתיבות עז,ה הביא השגת התומים על הש״ך, ובחידושים ג כתב דהעיקר כסמ״ע. וכן נראה מדעת קצוה״ח שסט,ב בסופו, דאף אם יש לחלוק בערב, מ״מ בשותף ודאי חייב לפרוע מה ששותפו פרע, וז״ל: ״ועוד נראה דגבי מסים אפילו פרע מעצמו צריך לפרוע מה שפרע בשבילו, כיון דבר מתא אבר מתא אחראין וערבאין זה לזה, וגבי ערב ששילם אפילו מעצמו צריך הלוה לפרוע מה שפרע עבורו (סי׳ קל,א), ואפילו לדעת החולקין, עיין שו״ע סי׳ קל,ב, היינו בערב שנכנס מעצמו, אבל בני מתא ע״כ ערבים הם זה לזה. ועוד, שותפי נינהו באותו מס, והו״ל כשותפין שלוו ורשאי אחד לפרוע עבור חבירו ומחויב להחזיר לו חלקו״. ומוכח דבשותפים בכ״ע חייב לשלם, מהטעם הנ״ל דהוי כפורע ברשות. וכן כתב הלחם משנה בתש׳ לחם רב (סי׳ סא), דכל פורע חוב שיש לו שייכות בגוויה, אין בו דין פורע

חובו של חבירו. וכן הביא כנה"ג (חו"מ קכח הגה"ט טז) ממהרשד"ם ומהר"א ששון. ע"כ להלכה ודאי קיי"ל כמחבר וכרמ"א, ואף לש"ך החולק, יש לחלק בין נדון השותפים לאם הנותנת מזונות לילדיה, דבזה אף הש"ך יודה, כיון שהיא חייבת לזונם וכנ"ל.

ומש"כ דאין לאם הזנה ילדיה דין של פורע חובו, כן נראה מתש' הרא"ש פז,ד.

הרא"ש דן באשה שמת בעלה, והיו עליה חובות לעכו"ם ובאו לגבותם מקרקעותיו, והלכה האלמנה ופרעה אותן מהנכסים, כדי שלא יזלזלו במכירת קרקעותיו, ותובעת האלמנה לאפטרופוס של היתומים, שכיון שאין לה לפרוע חובות בעלה, שיתן לה מחלק היתומים כדי חצי ממה שפרעה בחובותיו. והאפוטרופס טוען שדינה כפורע חובו של חבירו. והשיב הרא"ש, שאם הדבר ידוע בעדים שהיה לכותים שטרות של בעלה ורצו למכור קרקעותיו, יפה עשתה האלמנה שפרעה החובות, כדי שלא יזלזלו הכותים במכירת הקרקעות, דכל שיש הפסד, נזקקין לירד לנכסיהם;

"ואע"פ שלא עשתה על פי בית דין, מ"מ כיון שהיתומים היו סמוכין אצלה, הויא כאלו נתמנית אפוטרופוס על היתומים, ויש לה כח לעשות תועלת היתומים בלא בית דין, כדאמרינן בפרק הנזיקין (גיטין נב,א): הנהו יתמי דהוו סמיכי גבי ההיא סבתא והויא להו תורתא, שקלה וזבינתה, אתו קרובים לגבי דרב נחמן, אמרו ליה מאי עבידתא, אמר להו יתומים שסמכו אצל בעל הבית תנן. ואם כן בדין היא תובעת שיתנו לה מחלק היתומים בחצי הממון שפרעה חובות אביהם, כיון שאין לה לפרוע שום דבר מן החובות שהיה חייב בעלה, אם התקנה היא כך בארץ הזאת, שהיתומים יפרעו מחלקם כל חובות אביהם".

מבואר מהרא"ש דאם הזנה את ילדיה, דינה כיתומים שסמכו אצל בעה"ב, והרי היא כאפוטרופוס על היתומים, ואין באפוטרופוס וכיוצ"ב דין של פורע חובו. וכדברי הרא"ש פסק המחבר בשו"ע אהע"ז קיח,ד, וז"ל: "אלמנה שפרעה שלא ע"פ בי"ד חובות העובדי כוכבים מנכסי בעלה כדי שלא יזלזלו במכירת קרקעותיו, יפה עשתה".

ובח"מ קיח,ה הקשה, מדוע המחבר השמיט הטעם שכתב הרא"ש, דהואיל והיתומים היו סמוכין אצלה, הוי כנתמנית אפטרופוס, ולא כתב המחבר דדוקא סמכו אצלה. וכתב הח"מ, דאפשר דכל שהבי"ד רואים שעשתה טובה ליתומים, אף שלא סמכו אצלה, יפה עשתה, דזכין לאדם שלא בפניו. ולכן אפי' לא סמכו אצלה. והב"ש שם קיח,ד הקשה לאידך גיסא, מדברי הרמ"א חו"מ קכח,א, דהפורע חובות לעכו"ם, אינו בכלל פורע חובו של חבירו, וחייב הלוה לשלם לפורע, וא"כ לדברי הרא"ש יפה עשתה דהוי כאלו נתמנת אפטרופוס עליהם, ובלא טעם זה היו היתומים פטורים לשלם.

וכתב הב״ש לחלק, דנגד היתומים שאני, דלא היה לה לשלם בלי ידיעת הבי״ד. ומ״מ באם הזנה ילדיה, ודאי אין בה דין של פורע חובו, ומהטעמים הנ״ל.

גם הר״י מיגאש בתש׳ (סי׳ עא) חייב אב לשלם עבור מזונות בתו שהאם זנה אותה, לאחר שהאב והאם התגרשו, והלך האב לארץ אחרת, עיי״ש. וכן נראה דעת הרמב״ם בתש׳ (סי׳ שסז, דן בשאלה שנידונה בר״י מיגאש): ״ועל עסקי המזונות שעברו אם מדמינן לאחד שעמד ופרנס את אשתו או לזו שפסקה על מזונות בת עם הראשון או האחרון, ודאי שדבר זה צריך עיון הרבה, ואיכא לדמותה בהאי ואיכא לדמותה להאי, ודעתי נוטה שהאב חייב במזונותיה שנים שעברו״.

ומה שיכולה לתבוע גם עבור הזמן שקודם הגשת התביעה, כן נמצא לגרי״ש אלישיב זצ״ל (פד״ר כרך ב, עמ׳ 164 ולהלן, וכן מצאתי לאחר זמן בקובץ תשובות), דלא שייך בזה גם ענין של פורע חובו של חבירו שלא מדעתו, לפמש״כ ההפלאה פ,יא (הנ״ל), שהיא עצמה הבע״ח. וכיון שהיא זכאית להחזיק את הילד ולדרוש מן האב את כל ההוצאות הכרוכות בהחזקתו, הרי היא כבע״ח עצמו. וגם אינה מחויבת לומר בפני עדים שכל מה שהיא מוציאה על הילד אין כוונתה לוותר מלתבוע את האב, דרק באשה היושבת תחת בעלה יש צורך בזה, מטעם דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן, משא״כ באשה גרושה מבעלה. והביא הגרי״ש זצ״ל, שכן פסק מהרש״ם בתש׳ (ח״ב סי׳ רלו – הנ״ל), שאין באשה המפרנסת ילדיה כשאביהן חייב בהחזקתן, דין פורע חובו של חבירו שלא מדעתו. ומזה הסיק: ״לפי האמור אין יסוד לטענת ב״כ המערער, השולל את הזכות מן המשיבה לדרוש הוספה על מזונות הילד לתקופה שמלפני יום הגשת התביעה על ידה״. (ועיין עוד בפד״ר כרך ה עמ׳ 335 ולהלן, מביה״ד ברחובות, וכרך ו עמ׳ 245 ולהלן, מביה״ד בפ״ת).

ובנדו״ד שמצד אחד הבעל מחזיק את הסכם הגרושין וטוען לפטור, והאשה טוענת שזמן רב קודם הגשת התביעה הבעל עבר והרויח יפה, חובת ההוכחה היא על האשה/ האם, שאכן האב עבד והרויח מעבודתו. (ולענין מזונות להבא, הסכם הגרושין לא נתן לבעל פטור תמידי ומוחלט, אלא רק לזמן היותו אסיר ולזמן השיקום, ולכן יש לנהוג בזה כפי שמחייבים כל אב במזונות ילדיו, ולא הארכתי בזה במסגרת זו).

**לאור האמור לעיל, בנדו״ד יכול ביה״ד לפסוק מזונות אף למפרע, ואף לזמן של קודם הגשת התביעה, כשהאשה תוכיח על זמן מסוים שהבעל עבד והרויח באופן שיש לחייבו לשלם עבור מזונות ילדים, על אף האמור בהסכם הגרושין.**

# סימן ז

## בעל שניהל עסק של אשתו בצורה כושלת

### ראשי פרקים

**א. בעל בנכסי אשתו**

**ב. ברין האשה במלאכת הבית**

**ג. פטור משמירה או מתשלומין**

**ד. פושע כמזיק**

**ה. ידעה ולא מחתה**

בני זוג נישאו לפני כעשר שנים בנישואים שניים. לאשה היה עוד מלפני הנישואין עסק של ביגוד, שעדיין רשום על שמה. לפני כשש שנים עזב הבעל את מקום עבודתו, והחל לנהל את עסקיה. במהלך השנים הרחיב את העסק, ליבוא ושיווק של בגדי גברים ובגדי נשים ומוצרי טקסטיל שונים. כתוצאה מכך העסק הפסיד כספים רבים ופשט רגל.

קודם הנישואין עשו הצדדים הסכם ממון, ועל פיו העסק שייך לאשה, וכל ההכנסות מהעסק שייכים לאשה לבדה, ואין לבעל חלק בהכנסות מהעסק. בהסכם אף הסתלק כל צד מנכסים, כספים וכל רכוש אחר, כולל כספים שיגיעו ממקום העבודה, וכן מכל מחויבות כספית או רכושית, לבד מאשר יסכימו עליו וירשם על שמם (כפי שארע בבית שקנו – הנכס היחיד הרשום ע"ש שניהם), וסכום מסוים שכל צד מכניס לחשבון משותף לקיום הבית.

עם כניסתו של הבעל לעסק כמנהל, קבל משכורת, שעברה ישירות לחשבונו הפרטי. בהוצאות המחיה, כולל החזקת הבית וכו', נשאו הבעל והאשה בסכום קבוע חלקים שוים כאמור בהסכם הממון. הבית נקנה מכספי שני הצדדים, ומשכנתא ששולמה בחלקים שוים, כאשר כל צד מפריש מחשבונו לחשבון שממנו נגבית המשכנתא, מחצית מדמי המשכנתא.

במסגרת תביעת הגרושין תובעת האשה שהבעל ישלם לה את שוויו של העסק משעה שנכנס לניהולו, כך שמחצית הבית הרשום על שמו, יעבור לבעלותה. הבעל טוען כי פשיטת הרגל נבעה "מחוסר מזל", יבוא מתחרה זול יותר וכד', כך שאין לחייבו כתביעת האשה. כמו כן לדבריו האשה ידעה בדיוק איזה סחורה הוא עומד לקנות ואילו כמויות, אף שבכך נאלצו לקחת הלוואות בנקאיות, האשה ידעה ולא

הביעה כל התנגדות. האשה טוענת שסמכה עליו בכל אשר עשה ולכן לא הפריעה למהלך ההשקעה בסחורה, ובדיעבד התברר כי ניהל בצורה כושלת. לדבריה – חלק מההשקעות בסחורה נודע לה רק בדיעבד, כשכבר ראתה אותם במחסן ובחנויות.

## א. בעל בנכסי אשתו

איתא בב״מ צו,א-ב: בעי רמי בר חמא, בעל בנכסי אשתו שואל הוי (קא סלקא דעתך להתחייב באונסי בהמות נכסי מלוג שלה, שהוא עושה בהן מלאכתו – רש״י) או שוכר הוי. אמר רבא לפום חורפא שבשתא, מה נפשך, אי שואל הוי, שאלה בבעלים היא (שהיא עמו תדיר במלאכתו, והיא נשאלת לו תחלה משנשאה), אי שוכר הוי, שכירות בבעלים היא. והרשב״א שם הקשה, דאפשר דמיירי בפרה שנפלה לה בשעה שהיתה ישנה או בשעה שאינה ראויה למלאכה, שבאותה שעה אינה עמו במלאכתו, וכמו בב״מ קט,א, במקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא וספר מתא, דרק בעידן עבידתייהו הוי שאלה בבעלים. ותירץ הרשב״א: ״ונ״ל שאשה אין לה שעה שאינה חייבת להיות עם הבעל במלאכתו, משא״כ באומנין שיש להם שעות פנויות שאינם חייבים לעשות בצרכי בני המדינה. ומסתברא לי שהאשה היא שהיא במלאכת הבעל לעולם, אבל הבעל אינו עם האשה במלאכתה, אלא בעתים שהוא מתעסק ממש בצרכיה״. מבואר מהרשב״א שהאשה עמו במלאכתו, אין הכוונה שצריכה להיות בפועל ולעשות מלאכתו, אלא עצם השעבוד כל שעה למלאכת הבעל, מוגדרת כבעליו עמו במלאכתו, ולכן פטור הבעל בנכסי אשתו, כדין שמירה בבעלים בשומר.

ומה שכתב הרשב״א דאין הבעל משועבד לאשה בכל רגע, ולכן דוקא בשעה שהוא עוסק בפועל במלאכתה חשיב שמירה בבעלים, כן הוכיח גם הר״ן בסוגיא מהירושלמי, וכתב לבאר דלכן אשה פטורה אם שברה כלים בתוך הבית, שאל״כ אין לך שלום בבית. הרי דוקא מפני התקנה היא פטורה, אבל אינה פטורה מדין שמירה בבעלים, והיינו בזמן שאין הבעל מתעסק בפועל במלאכתה. וכן דעת הרמב״ם (אישות כא,ט), ואף שהראב״ד השיג ואמר שפטור מפני שהוא פשיעה בבעלים, מ״מ דברי הרמב״ם נראין עיקר, שכן מוכח בירושלמי. ובנימוק״י (ב״מ נה,א-ב מעמוה״ר) כתב דהא דחשיב שאלה בבעלים, אף אם לא עסקה במלאכתו באותה שעה: ״כיון שאינה פטורה לעולם מלשמשו, שאלה בבעלים קרינן ליה, ודמיא להא דאמרינן לעיל בריש פירקין (צד,ב) דבעלים באמירה מיקנו דמשום שקבל עליו לעשות מלאכתו, אע״פ שעדיין אינו עוסק בה, חשבינן ליה שאלה בבעלים״. והחילוק בין שעבוד האשה לשעבוד הבעל, כתב גם הסמ״ע שמו,כו, דאפי׳ שאל ממנה בשעת שאינה עוסקת עמו במלאכתו פטור, כיון שהיא מוכנה ועומדת לעסוק במלאכתו תדיר. משא״כ כשהיא שואלת ממנו, אין הוא נחשב כמוכן ועומד לעסוק במלאכתה תדיר, כיון שאינו משועבד

לה תדיר אלא יש לו חיובים כלפיה, וע״כ אינה פטורה מדין בעליו עמו, אא״כ שאלה ממנו בשעה שעוסק במלאכתה. ועיין בגר״א חו״מ שמו,יז.

ולכאורה הטעם בחילוק בין שעבוד האשה לשעבוד הבעל, דאשה כיון דמעשי ידיה לבעלה, ומה שקנתה אשה קנה בעלה, הרי השעבוד הוא תמידי, דהחיוב הוא לעשות מלאכה, בעוד שהחיוב של הבעל הוא לזון ולפרנס, ואף אם אינו עובד, אם יזון ויפרנס ממקום אחר סגי בהכי, וא״כ אין כאן שעבוד למלאכה, משא״כ באשה יש שעבוד למלאכה. ויש לדון באשה שאמרה איני ניזונית ואיני עושה, כנדו״ד שמהסכם הממון עולה שאין היא חייבת במעשי ידיה לבעלה (ועיין מה שכתבתי בח״ז סי׳ ב), אף אם נאמר כשיטות הראשונים (יובא להלן) שיש לאשה חיוב לעשות מלאכות הבית, מ״מ אין זה כבר בגדר של שעבוד האשה והוי כשעבוד הבעל לזון ולפרנס, או שסו״ס אף שאינה משועבדת למלאכה של מעשי ידיה שהיא מרויחה מהם, מ״מ משועבדת למלאכות הבית, וממילא אף שנשכר שלא בשעת מלאכתה, הוי בעליו עמו.

דנחלקו הראשונים באומרת איני ניזונת ואיני עושה, אם נפטרת משש מלאכות הבית

האמור במשנה כתובות נט,ב, או רק ממלאכה שהיא מרויחה בהם כמו עושה בצמר, האמורה במשנה שם. תוס׳ כתובות סג,א (ד״ה רב), בדברי רב הונא דמורדת היינו מתשמיש, אבל ממלאכה אינה מורדת, כיון שיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה, ורב הונא ס״ל כמ״ד שיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה. ורבי יוסי בר חנינא דס״ל דמורדת היינו ממלאכה, סובר דאינה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה. ואין לומר דרבי יוסי ב״ר חנינא סובר כרב הונא שיכולה לומר איני ניזונת וכו׳, ואע״פ כן שייך מורדת ממלאכה, והיינו מלאכה של מזיגת הכוס והצעת המטה והרחצת פניו ידיו ורגליו; ״דמסתברא דחייבת אפילו אמרה איני ניזונית ואיני עושה, מידי דהוה איושבת בקתדרא דחייבת בהן״, דאין נראה שתהא מורדת אלא מהמלאכות המפורשות במשנה כמו מבשלת ואופה וכו׳. ומ״מ מדברי התוס׳ מבואר דבאומרת איני ניזונת, חייבת רק במלאכות של חיבה כמו מזיגת הכוס וכו׳, אבל מלאכות הבית כמו מבשלת וכו׳, אינה חייבת, שאם היתה חייבת, יכלו להעמיד את רבי יוסי ב״ר חנינא כרב הונא, דאף שאמרה איני ניזונת וכו׳, מ״מ חייבת במלאכות הבית. מבואר שדעת התוס׳ דבאיני ניזונת וכו׳, אינה חייבת אלא במלאכות של חיבה ולא במלאכות הבית. וכן דעת הרא״ש שם (כתובות ה,לא), דאין לומר דרבי יוסי ב״ר חנינא סובר כרב הונא דיכולה לומר איני ניזונת וכו׳, ומ״מ כיון שחייבת במלאכות הבית כמבשלת ואופה, תחשב מורדת ממלאכה כיון שאפי׳ לרב הונא אינה פטורה אלא ממלאכת הצמר, ובזה נחלקו רבי יוסי ב״ר חנינא ורב הונא, דרבי יוסי ב״ח ס״ל דאינה נפטרת ממלאכות הבית, ורב הונא סובר דנפטרת אף ממלאכות הבית. ודחה הרא״ש, דאם נאמר כך, יצא שרבי יוסי ב״ח סובר שאם לא אמרה איני ניזונת וכו׳, היא חייבת לעשות בצמר, ולא מצאנו

חיוב של אשה לעשות בצמר, רק במי שמשרה את אשתו ע״י שליש, דכיון שנותן לה מזונותיה ואינה עושה מלאכות הבית, חייבת לעשות בצמר משקל ה סלעים, כדתנן בכתובות סד,ב.

ומדברי הר״ן (כתובות כד,א מעמוה״ר, ועיין גם בעמ׳ הקודם) מבואר דאינה נפטרת ממלאכות הבית באמירת איני ניזונת ואיני עושה, דאיתא בגמ׳ כתובות נט,א, אמר רב הונא בריה דרב יהושע, באומרת יקדשו ידי לעושיהם, דידים איתנהו בעולם, ובדרך זו יכולה להקדיש מעשי ידיה. והקשתה הגמ׳ דסו״ס היא משועבדת לו. ותירצה הגמ׳, דהאשה הקדישה מעשי ידיה לכשתתגרש. ודחתה הגמ׳, דאף שבשדה יכול להקדיש כשאינה ברשותו, לשתהיה ברשותה לאחר שיקננה, מ״מ אשה אין בידה לגרש עצמה. ולכאורה עדיין יכולה להפקיע עצמה ממעשי ידיה ע״י אמירת איני ניזונת וכו׳. ומזה מוכיח הר״ן דאינה מפקיעה עצמה ממלאכות הבית אלא ממלאכת צמר וכד׳, וז״ל הר״ן: ״ומדאמרינן דאשה אין בידה לגרש את עצמה, מוכח מה שכתוב למעלה דאפילו לרב הונא דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונית ואיני עושה דוקא במעשה ידיה, אבל בשאר המלאכות השנויות במשנתינו כגון טוחנת ואופה ומבשלת, לא כל הימנה להפקיע זכותו של בעל, דאי לא תימא הכי הרי בידה לפדות את עצמה שתאמר איני ניזונית ואיני עושה, אלא כדכתיבנא״. ולא חילק בין מלאכות הבית למלאכות של חיבה, וכמש״כ התוס׳ והרא״ש. ומוכח דס״ל לר״ן דבכל ענין חייבת במלאכות הבית.

וכן כתב הרשב״א (כתובות נט,ב) מתשובת רבינו אפרים, דדוקא במלאכות כמו עושה בצמר, נפטרת באמירת איני ניזונת, אבל אופה היא ומבשלת ועושה שאר המלאכות השנויות במשנה; ״שאין אותן מלאכות תחת המזונות אלא משועבדת היא לו לאותן המלאכות בין ניזונת בין אינה ניזונת״. וכן כתב הרשב״א בהמשך (סג,א), על דברי רבי יוסי ב״ח דמורדת ממלאכה, דהיינו משאר מלאכות חוץ ממעשה ידיה של צמר וכד׳, כגון שמורדת מטחינה ואפייה ובישול, דאי ממעשה ידיה של צמר וכד׳, גם רבי יוסי ב״ח ס״ל דיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה, משא״כ שש מלאכות אחרות שמנו חכמים, אינן תחת מזונות, ובין ניזונת בין אינה ניזונת הרי זו אופה ומבשלת וכו׳. וכן כתב הרמב״ן בחידושיו לכתובות (סג,א): ״מורדת מחמת מלאכה. פי׳, שאמרה איני מכבסת ואיני מבשלת ואיני עושה שש מלאכות שאחז״ל, אבל מעושה בצמר אין זה מרד כלל, שיכול הוא שלא לזונה, והיא עצמה יכולה לומר איני נזונת ואיני עושה״. הרי שבאיני ניזונת אינה נפטרת אלא מעושה בצמר. וכן היא דעת הרי״ד בפסקיו שם, דיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה, ומהני למעשה ידיה של עשיה בצמר משקל ה סלעים וכו׳, אבל שאר המלאכות המפורשות במשנה, כגון טוחנת ואופה, אינה יכולה להיפטר מהם, ואם מרדה שלא לעשותן נחשבת למורדת. וכן היא

כתב הרב המגיד (אישות יב,ד), שלא אמרו שיכולה להפקיע עצמה אלא ממלאכה שמרווחת בה כטווה בצמר, שאינה לצורך הבית, אבל ממלאכות הבית כמו טוחנת ואופה ומבשלת ועושה כל צרכי הבית, אף באומרת איני ניזונת וכו', חייבת בהם כמו אם היתה ניזונת, ושכן היא דעת הרשב"א.

ולכאורה נראה דהנפק"מ ממחלוקת ראשונים זו, דאם נאמר שהאשה חייבת במלאכות הבית, הרי שעבודה הוא תמידי, דאלו מלאכות בכלל הן תמידיות. משא"כ מלאכות כמו חיבה, אינה בגדר משועבדת באופן תמידי. ונפק"מ אם בתחילת הנישואין אמרה איני ניזונת ואיני עושה, אם נחשבת כבעליו עמו לענין שמירה על נכסיה, וכדאיתא בגמ' ב"מ צו,א-ב, דאם אינה משועבדת למלאכות הבית וחייבת רק לעשות מלאכות של חיבה, לכאורה אינה נחשבת כמשועבדת, ורק אם שכר בשעת מלאכתה, חשיב כבעליו עימו וכדין הבעל. דרש"י בב"מ צו,ב פירש דהוי שאלה בבעלים: "שהיא עמו תדיר במלאכתו", וזה שייך במלאכות השנויות במשנה, ולא במלאכות של חיבה. ואף למש"כ שם הרשב"א בסוגיא (עיין לעיל): "שאשה אין לה שעה שאינה חייבת להיות עם הבעל במלאכתו, משא"כ באומנין שיש להם שעות פנויות שאינם חייבים לעשות בצרכי בני המדינה", נראה דדבר זה שייך רק במלאכות הבית ולא במלאכות שהן של חיבה. אמנם למש"כ הנימוק"י שם (עיין לעיל): "כיון שאינה פטורה לעולם מלשמשו, שאלה בבעלים קרינן ליה", הזכיר "מלשמשו", ולכאורה כולל גם מלאכות של חיבה. ועדיין י"ל דמלאכות של חיבה אינן תדירות כמו מלאכות הבית, וצ"ע.

והא דאינה משועבדת לו במלאכות חיבה כל היום, משא"כ במלאכות הבית, יש ללמוד מדברי הרמב"ם (אישות כא,ב-ג), וז"ל: "היה לו ולה ממון הרבה, אפי' היו להן כמה שפחות, אינה יושבת לבטלה בלא מלאכה, שהבטלה מביאה לידי זמה, אבל אין כופין אותה לעשות מלאכה כל היום כולו, אלא לפי רוב הממון ממעטת במלאכה. המדיר את אשתו שלא תעשה מלאכה כלל, יוציא ויתן כתובה, שהבטלה מביאה לידי זמה. וכן כל אשה רוחצת לבעלה פניו ידיו ורגליו ומוזגת לו את הכוס ומצעת לו את המטה ועומדת ומשמשת בפני בעלה, כגון שתתן לו מים או כלי או תטול מלפניו, וכיוצא בדברים אלו". מבואר מהרמב"ם שהשעבוד לכל היום כולו הוא בכל ששת המלאכות שהם מלאכות הבית, אבל מלאכות של חיבה שכל אשה עושה לבעלה, אינן מלאכות של כל היום כולו. ולפ"ז כשאינה חייבת בכל ששת המלאכות כולן, אינה משועבדת לכל היום, וממילא אין לומר שהשעבוד שחייבת במקצת יהיה לו דין בעליו עמו, הפוטר את הבעל בשמירה בנכסיה, וכמש"כ הראשונים הנ"ל דהוי בעליו עמו כיון שהיא עמו תדיר, וגם למש"כ הנימוק"י שאינה פטורה לעולם מלשמשו, מ"מ אינו חיוב תמידי שנאמר שיחשב כבעליו עמו, אפי' שלא בשעת מלאכה, כיון שאין כאן שעבוד לכל היום.

עוד י״ל דבמלאכות אלה אינה משועבדת לבעל, למש״כ רש״י בכתובות סא,א לענין מלאכות של חיבה כמזיגת הכוס וכו׳: ״דבר שאינו טורח, ומשום דמילי דחיבה נינהו כדי שתתחבב עליו. ולא דמי למצעת דמתני׳ דהוי דבר של טורח ובכפייה, הני לא כפי לה אלא חכמים השיאוה עצה טובה להנהיג זאת בישראל״, וכיון שאינה אלא עצה טובה, אינה משועבדת לו. וכן פסק הב״ש פ,כא שאין לכוף באלו המלאכות של חיבה. וממילא אין לומר שהיא משועבדת לו, כיון שאינו אלא עצה טובה.

ואחר הדברים האלה, מצאתי שהם שתי דעות שהביא בגינת ורדים (חחו״מ ג,יח-יט), אם במלאכות של חיבה נחשבת משועבדת לבעל כל העת. בכלל ג,יח כתב הגינת ורדים בבאור דעת המגיד בדעת הרמב״ם שפטור אשה בשבירת כלים אינו אלא מתקנה (וכדלהלן), ולא מחמת שמירה בבעלים, דחלוק האיש מהאשה, דאיש אינו משועבד כל העת למלאכת האשה, משא״כ האשה: ״נראה דהכי פירושא, דהאשה בשעה שכונסה הבעל, אם מזדמנת לבעל איזו מלאכה, היא מחוייבת לעשותה תכף ומיד מבלי השמטה ואיחור, כגון למזוג לו כוס של יין וכיוצא, ולכן שפיר חשיבא שהיא שכורה עמו, אבל האיש אע״פ שמחוייב לעשות צרכי אשתו ויזדמן לו לעשות לה איזה צורך בשעה שכונסה, הרי אינו מוטל לעשות הדבר בנחיצות באותה שעה, ויכול לדחות ולהעביר המועד בחפץ לבו״. הרי שהשעבוד מחמת מלאכות של חיבה. אולם שם בסי׳ יט הביא מהרב יוסף בכ״ר יוסף, שהשעבוד מחמת מלאכות הבית: ״ולי נראה שדברי הרב המגיד מבוארים, שהכונה שהיא צריכה לעשות כל צרכי הבית והתבשילים וכל כיוצא בזה, וגם לעשות מלאכה ומעשה ידיה לבעלה, כמו שאמרו בכתובות פרק אף על פי, אלו מלאכות שהאשה עושה לבעלה טוחנת, ואם כן בכל שעה היא שכורה עמו, אבל הוא אינו שכור עמה אלא בשעה שהוא עסוק בצרכיה, דהיינו כשרוצה לקנות לה בגדים וכיוצא בזה כדי ללבוש אותה או תכשיטיה כדי שיתקשט בהם, וא״כ אינו שכור לה בכל שעה. ואע״ג דיכול לעשותו על ידי שליח, כיון שהדבר מוטל עליו, שפיר מיקרי שכור הוא עמה בשעה שמתעסק בצרכיה״. הרי שלמה שהביא הגינת ורדים בסי׳ יט, דוקא בצרכי הבית ולא במלאכות של חיבה חשיב משועבדת, אמנם לגינת ורדים בסי׳ יח גם ממלאכות של חיבה היא משועבדת. ולמש״כ לעיל יש להוכיח כדעת רבי יוסף בכ״ר יוסף בסי׳ יט, כיון שאינה משועבדת כל היום וכנ״ל, וכיון שאינה אלא עצה טובה.

ובמחלוקת זו, אם באיני ניזונת וכו׳, נפטרת ממלאכות הבית, הרמ״א בשו״ע אהע״ז פ,טו הביא רק את הדעה שאינה נפטרת (דעת הרשב״א והר״ן הנ״ל): ״וי״א דאפילו באומרת איני ניזונית ואיני עושה, צריכה לעשות צרכי הבית, ולזה כופין אותה אף על פי שאינה ניזונית״. ובח״מ ס״ק כז הקשה, מדוע השמיט דעת התוס׳, הא יכולה לומר קים לי כדעת התוס׳. ובח״מ כתב דברמ״א אהע״ז ע,יב מבואר ג״כ כדעת

הראשונים (הר"ן והרשב"א) הנ"ל, וז"ל הרמ"א שם: "ואם משום מלאכות הבית, אם היתה חולה פשיטא דחייב, דחולה לאו בת מלאכה היא. ואם אינה חולה, מנכה לה ממזונותיה כפי מה שצריך לשכור מי שעושה לו המלאכות קטנות שבבית, אבל אינה מפסדת משום זה מזונותיה, רק מחמת מעשה ידיה אם בת מלאכה היא". ומקור דברי הרמ"א הם מתש' הרשב"א שהביא הב"י אהע"ז סי' עז. ושם מבואר דהנידון מה שמנכה לה ממזונותיה הוא רק מה שצריך לשכור למלאכות של חיבה, כמזיגת הכוס, ולא לשאר מלאכות. אך אפשר דהרשב"א מיירי ביש לה שפחות שאינה צריכה לעשות מלאכות הבית, עיי"ש. ומ"מ קושית הח"מ, מדוע לא הביא הרמ"א דעת התוס', דיכולה לומר קים לי כתוס'. גם הב"ש פ,כא כתב דבמקום פלוגתא, פטורה האשה ממלאכות אלו, וע"כ אי אפשר לחייבה במלאכות הבית באומרת איני ניזונת וכו'. וכן פסקו בפד"ר (כרך ב עמ' 5, מהגרי"א הרצוג, הגר"ע הדאיה, הגרי"ש אלישיב), דהדעת נוטה שאין לחייבה בשאר מלאכות כשאמר איני ניזונת ואיני עושה, מכיון דלדעת התוס' והרא"ש פטורה מכל המלאכות, והואיל והיא מוחזקת בעצמה, אי אפשר לחייבה בהן, וציינו לב"ש הנ"ל. אולם מאידך גם אין להוציא מן האב שכר שמוש טיפול, כיון שהוא מוחזק בממונו. וכאמור לשיטות ראשונים אלה שיכולה לומר איני ניזנת ולהפטר ממלאכות הבית, כשעשו הסכם ממון לפי סגנון נדון דידן, אין בזה שמירה בבעלים. אולם כיון שכאן אנו באים לחייב את הבעל, הרי שיכול לומר קים לי כדעות שנפסקו להלכה, שאינה יכולה להפטר ממלאכות הבית, והוי שמירה בבעלים ופטור.

## ב. בדין האשה במלאכת הבית

איתא בירושלמי כתובות ט,ד (הובא גם בתוס' כתובות פו,ב ד"ה רבי, וברא"ש כתובות ט,יז): שיברה את הכלים מה את עבד לה, כשומרת חנם או כשומרת שכר. מסתברא מיעבדינה כשומרת שכר. אמרין אפילו כשומרת חנם אינה. אם אומר את כן, אין שלום בתוך ביתו לעולם. וידועה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד (אישות כא,ט) אם הפטור מחמת התקנה שיהיה שלום בבית או מדין בעליו עמו. וז"ל הרמב"ם: "האשה ששברה כלים בעת שעושה מלאכותיה בתוך ביתה פטורה, ואין זה מן הדין אלא תקנה, שאם אין אתה אומר כן, אין שלום בתוך הבית לעולם אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות, ונמצאת קטטה ביניהם". הרי שנקט כדעת הירושלמי שטעם פטור אשה הוא מהתקנה ולא מדין בעליו עמו. והראב"ד שם השיגו שהוא מדין שמירה בבעלים: "לא מן השם הוא זה אלא מפני שהיא שמירה בבעלים, שהוא שכור לה בכל שעה". ודברי הרמב"ם הובאו להלכה בשו"ע אהע"ז פ,יז.

ונראה דנפק"מ אם פטורה מדין שמירה בבעלים או מהתקנה, אם שברה כלים שלא בשעת מלאכה, וכן אם אבדה תכשיטיה וכד', דלרמב"ם כל התקנה היתה בשעת

המלאכה, ולכן כל ששברה שלא בשעת המלאכה, דינה כאיניש דעלמא וחייבת לשלם, דכך היתה התקנה לחשוש לשלום הבית בשעה שהיא עושה מלאכה. משא"כ אם הוא מדין שמירה בבעלים, כיון שהיה בעלה שכור לה בשעת הנישואין, הרי היא פטורה מכל עניני חיובי שמירה, גם אם לא היו בשעת מלאכה. ועיין בתשב"ץ (ח"ד טור ראשון סי' א) שכתב לחייב אלמנה בבגדים שנשרפו בפשיעתה, עיי"ש. אמנם הח"מ פ,כט העיר, דאף שמדברי הרמב"ם משמע דשלא בשעת מלאכה חייבת לשלם, מהירושלמי משמע שאין לחלק. וכן העיר בב"ש שם ס"ק כג. והגר"י אייבשיץ בבני אהובה (אישות כא,ט) כתב דשלא בשעת מלאכה אינה בבחינת שומר, ואין לדון כשומר חינם או כשומר שכר אלא כמזיק, וזה גם הדיוק מהירושלמי שדן אם דינה כשומר חינם או שכר, והיינו בשעת מלאכה שיש מקום לדונה כשומרת. ועיין במל"מ שם (יובא להלן).

וברב המגיד שם מבואר דמחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דדעת הרמב"ם דלא שייך בעליו עמו ביחס לאשה העושה מלאכתה שיהיה הבעל שכור לה ובעליו עמו, דיש לחלק בין איש לאשה, וכמש"כ הראשונים הנ"ל, שהאשה היא שכורה עם הבעל בכל שעה, אבל הוא אינו שכור עמה אלא בשעה שמתעסק בצרכיה. והראב"ד ס"ל דדין האשה והאיש שוים בזה. ועיין בגר"א (חו"מ שמו,יז). ובמל"מ שם מבואר דמחלוקת הרמב"ם והראב"ד הוא בגדר פטור של מזיק בבעליו עמו, דדעת הרמב"ם דאין לפטור כלל מזיק בבעליו עמו, ולכן בשברה את הכלים אין לפטרה אלא מן התקנה. והראב"ד ס"ל דדוקא במתכוין להזיק חייב, אבל במזיק בשוגג, יש בו את הפטור של בעליו עמו, והביא ראיה מב"מ פג,א, בהנהו שקולאי שהעבירו חבית, שנפטרו מלמען תלך בדרך טובים, ודנו שם אם נתקל פושע, אבל מ"מ לא חשיב מזיק, והיינו דכל שאינו מתכוין להזיק, יש לשומר פטור של בעליו עמו.

ומצאתי בקרבן העדה (בשיירי הקרבן, שם כתובות ט,ד) שכתב בבאור דעת הראב"ד, וז"ל: "ונ"ל דהראב"ד מפרש לסוגיין דאיירי בששיברה שלא בשעת מלאכה, ואז לא שייך לומר פשיעה בבעלים, דדוקא בשומרים הוא דכתיב פשיעה בבעלים פטור, אבל אם אין הכלי בשמירה או בשאלה אצלו, אע"פ שהבעלים שאולים או שכורים אצלו, אם הפסיד לבעלים אלו חייב, לכך הוצרך לומר כאן משום תקנה פטורה, וזה שלא כדעת הרמב"ם". מבואר מקרבן העדה דפטור בעליו עמו הוא דוקא בשומר, ובהם כל שהיה שאול או שכור בשעת מלאכה, יהיה פטור מדין בעליו עמו, או אם פשעה בשעת מלאכתה, דאז דינו כשומר וכשואל, שפטור מדין בעליו עמו, אולם שלא בשעת מלאכה, אין את הפטור של בעליו עמו, כיון שאינה שומרת או שואלת אלא בשעת מלאכה. והירושלמי מיירי שלא בשעת מלאכה, ולכן נצרך לתקנה של שלום בבית. אולם הרמב"ם שכתב בשעת מלאכה, א"כ בשעת מלאכה תמיד יהיה את הפטור של בעליו עמו אם היה שאול או שכור בתחילת המלאכה. משא"כ לירושלמי

דמיירי שלא בשעת מלאכה, דבזה אין הפטור של בעליו עמו, כיון שאינה שומרת. וכהסברו מצאתי אח"כ גם ביד המלך (אישות כא,ט), דהירושלמי מיירי שלא בשעת מלאכה, וע"ז הקשה הראב"ד על מש"כ הרמב"ם דמיירי בשעת מלאכה, דבשעת מלאכה פטור מדין בעליו עמו, ורק שלא בשעת מלאכה צריכים לתקנה.

ובשואל ומשיב (תנינא ח"א סו"ס יא) כתב דלא מסתבר שהתורה תפטור מדין בעליו עמו, כאשר באופן תמידי יפטר מדין בעליו עמו, וא"כ לא מסתבר שהתורה תפטור אשה ששברה כלים מדין בעליו עמו, דא"כ לעולם לא תתחייב. ולכן ס"ל לרמב"ם שנצרכה לתקנת חכמים לפטור את האשה. ואף הראב"ד מודה לרמב"ם, שהרי כן מפורש בירושלמי, אלא דס"ל לראב"ד דעיקר הטעם הוא שמירה בבעלים, ותקנת חכמים החזירה והכלילה את האשה בפטור של בעליו עמו. ולכאורה יש להקשות על סברא זו, מדין בעל בנכסי אשתו, שהרי גם פטור זה הוא פטור תמידי, וכמו דלא מסתבר לפטור אשה לעולם בנזקים בנכסי הבעל, מהיכי תיתי לפטור בעל באופן גורף ותמידי בנכסי אשתו מדין בעליו עמו. (ומש"כ השו"מ להוכיח ממזיק אשתו בתשמיש (ב"ק לב,א), עיין בבאר יצחק לגרי"א, חחו"מ סי' ד, דשאני נזקי גוף מנזקי ממונו, ובנזקי גוף אין בעליו עמו. ועיין בחלקת יואב קמא חו"מ יב ד"ה ועוד נ"ל וד"ה אשר ע"כ, ובדבר אברהם ח"א סי' מ בהגהה).

וביחס למש"כ הרב המגיד בבאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם ס"ל דאין הבעל שכור לה כל שעה, כתב המהרי"ט (ח"א סי' ל) לישב דעת הראב"ד, שאין הדבר תלוי אם הוא שכור לה כל שעה, אלא הכל תלוי בשעת השכירות, דהיינו שעת הנישואין, וכיון שבשעת הנישואין היא היתה משועבדת לו למלאכות הבית, גם הוא משועבד לה. וז"ל מהרי"ט: "ונראה לקיים דברי הראב"ד ז"ל, שכיון שבשעה שנכנסה היא בחיוב שמירה בבית, שהוא בשעת נשואין, באותה שעה שכור היה אצלה, שעדין הוא צריך לעשות צרכיה, אפילו אם אחר שעשה צרכיה כלתה שכירותו, מ"מ אחר שעה ראשונה אזלינן, כדתניא אם בעליו עמו לא ישלם, כיון שיצא מרשות משאיל שעה אחת בבעלים ומתה פטור. ואפילו אם נאמר שכלים אלו לא היו שם באותה שעה, מ"מ חיוב שמירתן לא נתחייבה בעת הבאתם אלא מעת שנשאת לו נתחייבה, ובאותה שעה שאול היה אצלה". ובקצוה"ח קעו,ה הביא דבריו להלכה, בנידון שם, בשני שותפים שהתנו בתחלת השיתוף שיעסוק כל אחד בחדשו, ונגנב ממעות שותפות אצל אחד מהשותפין בחדשו, ובתחלת השותפות היה בעלים עמו, אלא שכבר כלתה השאילה בבעלים קודם שבא לידו ממעות השותפות. והסתפק בקצוה"ח אי אזלינן בתר משיכת השומר, וכשבא לידו מעות השותפות כבר כלתה לה השאלה בבעלים ונתחייב בדין השומרים, או בתר התחלת קבלת השמירה, כשהיה שאלה בבעלים, שהיה שומר שלו באיזה חפץ. ופסק קצוה"ח ע"פ המהרי"ט הנ"ל,

דאזלינן בתר שעת קבלת השמירה באיש ואשה, והכי נמי שהחיוב הוא בתחילת השיתוף, שכ״א התחייב לעסוק מידי חדש בחדשו, וכיון שבתחלת השיתוף היתה שמירה בבעלים, ע״כ פטור השותף.

ובישועות יעקב (פ,י) כתב לבאר דברי הירושלמי, דנחלקו רב אחא ורבינא אם פשיעה בבעלים חייב או פטור (ב״מ צה,א). ואף שנפסקה ההלכה כמ״ד פטור, עיין רמב״ם שכירות א,ג, ושו״ע חו״מ שמו,א, והירושלמי נצרך לתקנת השלום, למ״ד פשיעה בבעלים חייב, ולדידן דקיי״ל שמירה בבעלים פטור אפי׳ בפשיעה, י״ל שאין צורך לטעם זה. וכ״כ בערך שי סו״ס פ. (ושם בישוע״י הקשה על המל״מ שכתב דבמזיק יהיה חייב אף בבעלים, דהרי דעת הרמב״ם דפושע הוא מזיק בידיים, וא״כ י״ל דכמו שפשע פטור בבעליו עימו, הוא הדין במזיק, עיי״ש. ויבואר עוד להלן).

ולעיל הובאו דברי המל״מ, דדעת הרמב״ם דאין לפטור אשה ששברה כלים מדין שמירה בבעלים, דאין פטור של שמירה בבעלים במזיק. וכן כתב במחנה אפרים (שומרים לט), דאשה ששברה כלים יש לה דין מזיק, דקי״ל אדם מועד לעולם בין שוגג בין אנוס, ואין שמירה בבעלים פוטרתה, ולכן נצרך הרמב״ם לדין שלום בית, ולכן אינה פטורה אלא כששברה אותם בשעה שהיא עוסקת במלאכתה בתוך ביתה, דבזה שייך הטעם שלא תמנע מלעשות מלאכותיה. ומה שהירושלמי דן בתחילה אם היא שומרת חינם או שכר, ומה שייך נידון זה במזיק, י״ל דהירושלמי תחלה דיבר כששברתן באונס, כגון בנתקל, דאדם המזיק פטור, אלא משום שמירה הוה ס״ד לחייבה, וע״ז השיב דאפי׳ בפשיעה, לא באופן של נתקל, פטורה משום שלום הבית. וכתב דאם הטעם דוקא בשעת מלאכה, א״כ אם מסר בידה חפץ לשמור ופשעה בשמירתו, אין לפטרה מטעם הירושלמי, וחייבת כיון שאינה בשעת מלאכתה, דאין בזה הטעם שתמנע מלעשות מלאכה. והוא הדין בגניבה ואבידה יש לחייבה. ולכאורה יש להבין, שא״כ תמנע מלשמור על חפצי הבעל.

ונראה דכוונת המחנה אפרים לחלק בין מלאכות שהיא חיבת לעשות לבעל, ודוקא בהם אם תמנע שייך הטעם של שלום בית, למלאכות, כמו שמירה, שאינה חייבת לעשות, שאין בהם הטעם של שלום בית. וכן מבואר מהמשך דברי המחנ״א. ובהמשך דבריו כתב לדחות, דאדם המזיק לא הוי אלא במזיק בגופו, כגון שנפל על הכלי ונשבר, או בכחו, אבל כשנפל הכלי מידו ונשבר, אין זה אדם המזיק ולא מתחייב אלא כשהוא שומר שקבל עליו לשמור. ולפ״ז אין לחייב אשה ששברה כלים שלא בשעת מלאכה, אם היה בפשיעתה, יש לפטרה מדין פשיעה בבעלים, אם יש בזה דין של שמירה בבעלים, ולא כמל״מ.

וכדברים האלה נמצא בשואל ומשיב (קמא, ח״ג סי׳ קמה), דאילולי השמירה, לא היתה חייבת בשוגג, דאף דאדם מועד לעולם, מ״מ בשבירת כלים שהוא

קרוב לאונס, דלא ימלט שכלי הבית לא ישברו מעט מהם ברבות הימים, יש לחייב רק מכח השמירה, ובאשה יש לפטור לראב״ד מדין שמירה בבעלים, ולא דמי למזיק רגיל. (ועיין מה שהובא לעיל מהשו״מ תנינא ח״א סי׳ יא). וי״ל בטעמם, דאין דין אדם המזיק במי שמתעסק בחפצי בעה״ב לטובתו ומכח העיסוק נגרם נזק, ורק מדין ומגדרי שומר יש לחייבו, אבל אינו אדם המזיק, ולכן גם בנתקל פושע (ב״מ פב,ב) ובהנהו שקולאי (ב״מ פג,א), וכן בטבח אומן שקלקל (ב״ק צט,ב), אין דינם כמזיק אלא כשומרים ודנים בדיני שומרים, כיון שעוסקים לטובת בעה״ב. וסברא זו ראיתי גם באבני נזר (חחו״מ סי׳ יט).

ועיין לגרא״מ שך באבי עזרי (שכירות ג,ב בסופו), דלרמב״ם חובל ומזיק ו,ג, דמזיק שלא ברשות הניזק פטור אא״כ מתכוין להזיק, והיינו ברשות הניזק שאין לו רשות להיות שם, אבל כל שיש לו רשות להיות שם, אפי׳ ברשות הניזק פטור. והראב״ד שם חולק, דאף במזיק ברשות חייב, אף בלא מתכוין להזיק, ולכן לשיטת הראב״ד נצרכים לתקנת הירושלמי. וציין לדברי המל״מ שלוחין ושותפין ה,ב, והם דברי המל״מ אישות כא,ט. ולכאורה שם מבואר דלראב״ד בלא מתכוין, אין דין של מזיק, וע״כ יש פטור של בעליו עמו. דלמה שהסביר האבי עזרי, לראב״ד בכל ענין אין לאשה הפטור של בעליו עמו, כיון שיש לה שם מזיק בין בכוונה ובין שלא בכוונה. ועיי״ש שהאבי עזרי הרגיש בזה, ותירץ לחלק בין מזיק באינו מתכוין, שיש לחייבו מדיני מזיק, לבין פשיעה שאין לחייבו מדיני מזיק כלל רק בדיני שומרים, והראב״ד מיירי בפשיעה שאין לחייבה מדיני מזיק, עיי״ש. ועיין בהפלאה פ,יט במש״כ בדברי המל״מ, ונראה שהסכים לדבריו, ורק באינו מתכוין ס״ל לראב״ד דפטור, וכמש״כ במל״מ.

והגר״ח בחידושיו לב״מ צה,א הקשה סתירה בדברי הראב״ד, דהרי הראב״ד חולק על הרמב״ם שכירות ב,ג, הסובר דבעבדים ושטרות וכו׳, חייב בפשיעה, אף שמועטו מדיני שומרים, כיון דפושע הוא כמזיק בידיים, והראב״ד חולק, וא״כ כאן באשה ששברה שהיא כמזיק, פטורה לראב״ד מטעם שמירה בבעלים, וא״כ מזיק בבעלים פטור. ושם בהל׳ שכירות השיג על הרמב״ם, שאם לשיטתו דפושע הוא מזיק, מדוע פשיעה בבעלים פטור, וא״כ ס״ל דנזק בבעלים חייב. ותירץ הגר״ח, דלראב״ד פטור שומר בבעליו עמו הוא משום ששעת חיובו היא שעת קבלת השמירה, וכל שהיו בעליו עמו בשעת קבלת השמירה, שהיא שעת החיוב, התורה פטרה אותו. אולם גם מזיק בבעלים פטור, והוא אם היו בעליו עמו בשעת הנזק, שהוא שעת החיוב. ולכן הקשה על הרמב״ם, שאם פושע דינו כמזיק, א״כ הכל תלוי אם היו בעליו עמו בשעת הנזק ולא בשעת קבלת השמירה, ואם היו בשעת קבלת השמירה, יש לחייב השומר הפושע, וברמב״ם לא כתב לחלק בין פשיעה בבעלים לאונס וגניבה ואבידה בבעלים.

אולם באשה ששברה כלים, שבעלה לעולם עמה בבית, נמצא שהוא עמה גם בשעת ההיזק שהיא שעת החיוב, ולפיכך גם במזיק איכא פטור בבעלים. ולפ״ז גם אם נאמר שיש לבעל דין של מזיק, מ״מ האשה עמו במלאכתו גם בשעת הנזק, ויש לפטרו, ועיין להלן.

## ג. פטור משמירה או מתשלומין

ובאור שמח (גניבה ד,י) כתב לבאר בדברי התוס׳ ב״ק נז,ב (ד״ה נמצא), שהסתפקו אם בשמירה בבעלים אינו שומר כלל, או שהוא שומר אלא פטור מתשלומים, דאם אינו שומר כלל, התורה לא חדשה כפל רק בשומר שטוען טענת גנב ולא במי שאינו שומר. ובנתיבות רצא,לד מבואר דבבעליו עמו יש לו דין של שמירה ולא רק פטור מתשלומין, ונפק״מ שחייב אם שלח בו יד, אף שהיה בעליו עמו, ואף ששליחות יד הוא חיוב בשומר בלבד. ומדחייב הנתיבות שליחות יד בבעליו עמו, מוכח שיש לו דין של שומר אלא שפטור תשלומין, וז״ל: ״ונראה דמ״מ דין שומר עליו להיות חייב בשליחות יד כדין שומר, דלא מיעטיה קרא מדין שומר רק מדין תשלומין כדמוכח בב״מ מא,ב, דאמר התם שלא תאמר דיו לבא מן הדין, מה שואל בבעלים פטור וכו׳״. ולכאורה מקרא מפורש (שמות כב,יד): אם בעליו עמו לא ישלם. וא״כ לכאורה הוא פטור בתשלומין. אמנם יש לחלק, דהתורה מירי לענין חיובי שואל, כמבואר שם בפס׳ יג, ומזה לומדים לשאר שומרים, עיין ב״מ צה,א. ולענין שואל ששמר כראוי ונאנסה, הוי פטור בתשלומים, אולם שומר שפשע, אפשר דהוי פטור מעצם השמירה, שהרי לא שמר כלל. ומדילפינן לשאר שומרים, אין לומר שהוא רק בבחינת לא ישלם.

ובשעורי הגר״ש רוזובסקי (ב״מ ח״ב סי׳ נו) כתב שראה מביאים, דהגר״ח מבריסק שאל את האור שמח, אם בשומר אבידה יש את הפטור של בעליו עמו, והשיב האו״ש דאם במשך כל הזמן היה בעליו עמו, דינו ככל השומרים שפטור. והגר״ש כתב דאף שלכאורה יש לחלק, דדין בעליו עמו שייך במי שקיבל עליו חיוב שמירה, משא״כ בחיוב שמירה שהתורה הטילה עליו, דבזה אין פטור, אולם מדלא חילק האו״ש, מבואר דס״ל דהפטור אף בכה״ג שלא התחייב אלא מכח חיוב התורה. אך היה מקום להסתפק, דבשומר הקובע הוא שעת קבלת השמירה, משא״כ בשומר אבידה שלא היתה קבלת השמירה, הרי כל רגע ורגע הוא כמו קבלת השמירה, דכל רגע היא סיבה מחייבת, שעדיין האבידה לא הוחזרה לבעליה. והביא האור שמח ראיה דאף אם יש סיבה חדשה, אם חיוב השמירה החל מקודם ונמשך בלי הפסק, אזלינן בתר שעת קבלת השמירה בתחילה, לענין פטור בעליו עמו, מהגמ׳ ב״מ צח,ב, בשאלה בבעלים וקודם שהחזירה שכרה שלא בבעלים, ומשמע שאם שכרה בבעלים וחזר ושכרה

שלא בבעלים, יהיה פטור של בעליו עמו, אף שהתחדש חיוב חדש, וא״כ הוא הדין בשומר אבידה.

וכתב הגר״ש להקשות ע״פ שיטת הגר״ח (לא מצאתי מקומו) החולק על הנתיבות רצא,לד הנ״ל, וסובר דאין כאן פטור תשלומין אלא פטור בשמירה. דהגר״ח כתב לישב קושית הראב״ד על הרמב״ם שכירות ב,ג, דאם פושע דינו כמזיק, מדוע פטור פשיעה בבעלים. וכתב הגר״ח, דבעבדים ושטרות יש חיוב שמירה ורק פטור הוא מתשלומין, ולכן כשפשע ולא שמר כפי שחייב הוי מזיק וחייב. בשמירה אחרת בבעליו עמו, הפטור הוא בחיוב השמירה, ולכן כל שלא הזיק ממש ורק פשע, פטור כיון שאין לו דין שומר. ולפ״ז כתב לחלק, דבשומר אבידה אינו דין שומר רגיל אלא מכח מצות השבת אבידה, ולכן לא שייך בזה פטור בעליו עמו.

ולפי דברי הגר״ש, נראה להוכיח דחיוב השמירה שיש לבעל בנכסי אשתו, הוא מכח חיוב שומר ולא מכח חיובי אישות שבין בעל לאשה, שאם נאמר שבעל בנכסי אשתו הוא מכח חיובי אישות שבין הבעל לאשה, החובה והזכות, א״כ יש לומר שאין פטור של בעליו עמו בבעל בנכסי אשתו ובאשה בנכסי בעלה, ומזה שהגמ׳ בב״מ צו,ב כתבה דפטור מדין בעליו עמו, ושיטת הראב״ד דאשה פטורה בשברה כלים מדין בעליו עמו, מוכח שזה דין שמירה רגיל. ולפ״ז היה מקום לומר, דמה דנקט הרמב״ם דאשה ששברה כלים פטורה מן התקנה ולא מדין בעליו עמו, דס״ל לרמב״ם לחלק בין חיוב של בעל בנכסי אשתו, לאשה ששברה כלים של בעלה, דאשה ששברה כלים, העיסוק בצרכי הבית הוא חלק מחיובי האישות, ולכן אין לה את פטור השמירה של בעליו עמו, משא״כ בעל בנכסי אשתו, שאין מכח חיובי האישות חיוב של בעל לעסוק בנכסי אשתו, ממילא החיוב הוא ככל שומר, ולכן פטרה הגמ׳ את הבעל מדין בעליו עמו.

## ד. פושע כמזיק

ובנדו״ד טוענת האשה שהיתה פשיעה בניהול העסק מצד הבעל והבעל טוען לחוסר מזל, כאשר ניהל נכון, אך גם כשמנהלים נכון ומנסים לנהוג בזהירות, לעיתים תחרות ממקום אחר גורמת להפסדים. והנה גם לטענת האשה שהבעל פשע בניהול, אף לשיטת הרמב״ם שדינו כמזיק, מ״מ אף בפשיעה בבעלים פטור, וכמו שפסק הרמב״ם בהל׳ שכירות א,ג: ״המפקיד אצל חבירו, בין בחנם בין בשכר, או השאילו או השכירו, אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהן או שכרן, הרי השומר פטור מכלום, אפי׳ פשע בדבר ששמר ואבד מחמת הפשיעה, ה״ז פטור ...״. וכן בשו״ע חו״מ רצא,כח, ושמו,א.

ואף אם נקבל את טענת האשה, למש״כ לעיל שאף אם עשו הסכם ממון, יכול הבעל לומר קים לי שאינה יכולה להפטר משש המלאכות של הבית, וממילא הוי שמירה בבעלים. והועלתה טענה שהבעל לא פעל בעסקי אשתו מדין בעל בנכסי אשתו, כיון שקיבל משכורת כמנהל העסק, וככל מנהל חלק עליו החיובים של מנהל בשכר. ואף אם מנהל ניהל בצורה כושלת ואין מקום לחייבו מדין שמירה, כיון שהמשכורת היתה לניהול העסק (ולהלן יתבאר חיוב מתעסק מתי חייב), מ״מ יש לחייבו מדין פושע שהוא מזיק בידיים. דאם נאמר דדין פושע כמזיק הוא דוקא בהלכות שומרים, לטענה זו אין לחייבו, שהרי הטענה שאינו שומר ולכן אין פטור בעליו עמו, משא״כ אם נאמר שפושע כמזיק אינו בדוקא בהלכות שומרים, יש לחייבו, אם היה מוכח שפשע (עיין להלן).

הרמב״ם בהל׳ שכירות ב,ג, כתב: ״יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן, חייב לשלם, שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין הגניבה והאבידה והמיתה וכיוצא בהן ... אבל אם פשע חייב לשלם, שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין, ודין אמת הוא זה למבינים ובו ראוי לדון. וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירת חינם, והתנה עימו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה, חייב כמי שהפסיד בידיים, וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידיים חייב על כל פנים״. והראב״ד פליג וס״ל דפושע אינו כמזיק, דאם חייב לשלם כשפשע, מדוע אינו נשבע. ועוד, דא״כ פשיעה בבעלים אמאי פטור. אלא מוכיח הראב״ד שאין דין הפושע כמזיק.

והרב המגיד ציין דגם מדברי רש״י משמע שחייב לשלם בפשיעה. כוונתו לדברי רש״י במשנה ב״מ נו,א (ד״ה אינו נשבע) דשומר חינם אינו נשבע על קרקעות וכו׳; ״שלא פשע, שלא הזקיקתו תורה להשבע עליהן״. ובנימוק״י שם (לב,ב בעמוה״ר) דייק מדברי רש״י דדוקא משבועה פטריה רחמנא, אבל אי ידעינן דפשע - חייב לשלם, וכדברי הרמב״ם דפושע הוא כמזיק (וצ״ב מש״כ הנימוק״י, דדעת הראב״ד כדעת הרמב״ם. ועיין ברא״ש אמצע הכ״א שגם כתב כן בשם הראב״ד בחידושים. והב״ח בחו״מ סו״ס סו כתב דזהו טעות סופר. ועיין עוד בש״ך סו סוס״ק קכו שכתב דאו דתרי ראב״ד נינהו, או שחזר בו הראב״ד בחידושיו ממש״כ בהשגות). אולם הביא דדעת הרי״ף בתש׳, הר״י מיגאש, הרשב״א, תוס׳, רא״ש ור״ן דשומר חינם גם אינו משלם אם פשע. והא דתנן במתניתין דאינו נשבע, ולא - אינו משלם, הטעם דבכל פרשת שומר חינם נאמר שבועה ולא נאמר תשלומין. עוד הוסיף הנימוק״י לחלוק על הסוברים דפושע מזיק, דא״כ אמאי פשיעה בבעלים פטור, הא פושע בבעלים חייב. ותש׳ הרי״ף הנזכרת היא בסי׳ צז, שלמד ממשנתינו שדין שמירה אינו בדברים הנזכרים במשנה, וכן דיני כפירה אין בהם, ואפילו הודה השומר שפשע אינו חייב לשלם,

עיי״ש. גם הרא״ש בב״מ שם הכ״א הסכים עם דעת הרי״ף דאף מפשיעה פטור, דכיון שהוציאה התורה קרקעות ואינך מפרשת השומרים, הרי שמכל חיובי שומרים נפטר אם שמר על קרקעות וכו׳;

> ״ופושע בדבר ונאבד לא חשיב אדם המזיק, שהרי פשיעה בבעלים פטור, ואילו חשוב כאדם המזיק, אמאי פטור בבעלים. אלא ודאי לא מיקרי אדם המזיק כיון דלא אפסדיה בידים אלא שבפשיעתו שלא שמרו כראוי נפסד, אלא על שמירת שומר חייבתו תורה, הלכך בבעלים פטור. וכיון שהוציאה תורה את אלו מדין שומרים, פטורים אף בפשיעה.״

גם הרמב״ן בחידושיו לב״מ (נו,ב ד״ה הא) הביא את תש׳ הרי״ף דמינה מוכח ששומר חינם בשטרות, אף אם פשע אינו משלם, וכן דעת הר״י מיגאש; ״וזהו הראוי לסמוך עליו״. וכן כתבו התוס׳ (ב״מ נז,ב ד״ה שומר) מקושית הגמ׳ על התוספתא דלעיל - השוכר את הפועל לשמור את הזרעים וכו׳, דהקשתה הגמרא אמאי חייב באחריותו הא הו״ל קרקע או הקדש (תלוי בהסבר הראשונים), ומדוע לא תירצה הגמרא דמיירי בפשיעה. אלא דמכל דיני פרשת השומרים מיעטה התורה קרקעות וכו׳. והתוס׳ בשבועות (מב,ב ד״ה שומר) הביאו ראיה דאף שומר שכר על קרקעות והקדש וכו׳ פטור מלשלם אם פשע, מהגמ׳ ב״ק צג,א מההוא ארנקי של צדקה דאתא לפומבדיתא, אפקדיה רב יוסף גבי ההוא גברא. פשע ביה, ואתו גנבי וגנבו. ורצה רב יוסף לפוטרו מטעם דממון עניים הופקע מפרשת שומרים מקרא ד״לשמור״ - ולא לחלק לעניים. ולרב יוסף דינו כשומר שכר, דלא בעי לתת ריפתא לעני, עיי״ש. (ועיין בש״ך קכו,סו שדחה ראית התוס׳, דאם ילפינן ״לשמור״ ולא לחלק לעניים, א״כ התמעט לגמרי מהיותו שומר ופשיטא דפטור מפשיעה דדינו כאיניש דעלמא, משא״כ בקרקעות שלא התמעט מהיותו שומר אלא מחיובי שומר - שבועה, גניבה ואבידה וכו׳ - ולא מפשיעה, עיי״ש. ובפשטות יש להסביר דמהפסוק לשמור התמעט הגברא, דלחלק לעניים אינו שומר, משא״כ קרקעות וכו׳ דהתמעטו מכלל ופרט וכלל - ״כסף או כלים״ - דהמיעוט הוא לא בגברא השומר אלא בחפצא, דהיינו שהוא שומר אלא שהחפצים האלה לא נתפס בהם דיני שמירה).

וכן מבואר בר״ן בחידושיו לב״מ (קד,א ד״ה ר״מ) דשומר חינם שפשע בקרקעות פטור מלשלם. והביא שם דאף למחייבים, מ״מ באם פשע שלא עבד הקרקע, לא חשיב מזיק בידיים. ועיין בריטב״א בתש׳, הובאו דבריו בב״י חו״מ סו,מא דפושע אינו כמזיק אלא הוי גרמא בנזיקין, ורק שומר חייבה התורה בפשיעה מפני שסמך עליו בעל הפקדון. (אמנם עיין בחידושי הריטב״א בדפוסים הישנים, ב״מ צג,ב ד״ה מאי לאו, דבתחילה כתב דקיי״ל כרמב״ם דפושע הרי הוא כמזיק בידים, ובסוף הדיבור כתב דפשיעה אינה כמזיק בידים, עיי״ש. ועיין עוד בשטמ״ק ב״מ נח,א ד״ה לפיכך שהביא

מהריטב״א דחיה לראית התוס׳ מהתוספתא לשמור את הזרעים וכו׳, דהתוספתא מיירי בשכר שבת והיינו שומר שכר ולא בחיוב פשיעה, וע״כ לא יכלה הגמרא לתרץ דמיירי בפשיעה, עיי״ש. ועדיין אפשר דהריטב״א כתב רק לדחות הראיה, אך אין במשמעות דס״ל כרמב״ם, דבתשובה כתב להדיא דלא כרמב״ם).

והשגת הריטב״א על ראית התוס׳ מהגמ׳ ב״מ נח,א, דמשמע דאחריות שבת עליו, היינו לענין גניבה ואבידה ולא לענין פשיעה וע״כ לא מצי לאוקמי בפשע, מעין זה נראה לכאורה גם מדברי הלחם משנה שכירות ב,ג שכתב דאף שאין נותנים לו שכר שבת, אחריות שבת עליו לענין פשיעה, וע״כ לא יכלו להעמיד שפשע. וכן דחה הש״ך בחו״מ סו,קכו, דאחריות שבת עליו היינו כשאר שומר שכר, וע״כ ליכא לאוקמי בפשיעה. ועוד, דאין להעמיד שפשע, דהרי גם באופן שלא קיבל שכר, יש עליו אחריות של שומר חינם לענין פשיעה, דכיון שקיבלו בסתם והוא ברשותו בשבת, הו״ל שומר חינם גם בשבת. (ועיין בתומים ס״ק סז מה שדחה על אופן פשיעה שיש לשומר שכר ואין לשומר חינם. ועיין בקצוה״ח סו,מו מה שדחה את דחיית התומים). ולענין הסברא כתב הש״ך דחיוב פשיעה לא צריך פסוק בשומרים לחייב בפשיעה, וחיוב זה נלמד מסברא מדין מזיק. ואין כוונת הרמב״ם דפושע הוא מזיק ממש אלא ״כמו מזיק הוא לענין דמן הסברא חייב פושע אפילו בלא קרא״. ולענין מה שהקשה הראב״ד דא״כ אמאי פטור בפשיעה בבעלים, תירץ הש״ך דבבעליו עימו אין לו דין שומר, ע״כ כל חיובי שומר אין בו, בין חיובים דכתיבי בהדיא בקרא, ובין חיובים שלומדים מסברא, כמו פשיעה דיליף חיובו מסברא ממזיק. והוסיף הטור להוכיח כדעת הרמב״ם, ושכן עוד ראשונים ס״ל כרמב״ם, ויש שלהדיא לא כתבו נגד דעתו, וספוקי מספקא להו. ע״כ כתב דלדעתו דעת הרמב״ם עיקר. ועכ״פ לפי סברת הש״ך דין זה שפושע כמזיק הוא רק במי שיש עליו שם שומר, וכגון בקרקעות שיש עליו שם שומר אלא התמעט מחיובי שומר.

ונראה בבאור דעת הרמב״ם, דלכאורה מי עדיף פושע על מזיק בגרמא שפטור. אלא הפירוש ברמב״ם דפושע אינו מזיק אלא כמזיק, והיינו שמהלכות נזיקין אכן אי אפשר לחייבו וכמש״כ הש״ך, אך מהלכות שומרים יש לחייבו, ולא מפני שחייבה התורה שומר בפשיעה, אלא עצם התחייבותו לשמור היא התחייבות לשלם על כל הענינים שהוא בהם ״כמזיק״. לא חיוב התורה מחייב אלא עצם השמירה והתחייבות השומר לשמור היא התחייבות שלא לפשוע כמזיק, ואם יפשע כמזיק מתחייב לשלם. הנפק״מ מהסבר זה - דכדי להפטר מחיוב פשיעה לא סגי במה שלא חייבה אותו התורה אלא צריך פטור מפורש של התורה. לכן גם שמירת קרקעות לא נכללה בפרשת שומרים, היינו שאין בשמירת קרקעות וכו׳ חיובים של שומר שחייבה התורה, אולם חיובים שחייב מכח קבלת השמירה שהיא מעין התחייבות גם ללא חיוב של התורה,

בזה לא נפטר אא״כ היתה התורה פוטרת אותו להדיא. ע״כ אם אדם שאינו שומר פושע ונגרם נזק בדרך של גרמא וכד׳, אין לחייבו מדין מזיק, ורק אם קיבל על עצמו להיות שומר מכח התחייבותו חייב לשלם אם פשע. ולפ״ז אם בנדו״ד אין דינו כשומר כטענה שהועלתה, אין לחייבו אף לשיטת הרמב״ם.

וכן יש לבאר את מש״כ המגיד על דברי הרמב״ם בהל׳ שאלה ופקדון ב,ח דבשאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהם וכד׳, שהסתפקה בגמרא אם הוי כשאלה בבעלים והרי זה ספק, לפיכך אם נאנס מיד השואל אין משלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאים מידם. ומוסיף הרמב״ם; ״פשע בה השומר, הרי זה משלם״. והקשה הרב המגיד דהרי פשיעה בבעלים פטור, וכאן הוי ספק פשיעה בבעלים, ובמה השתנה דינו משאר דיני שומרים דאינו משלם ומהני תפיסה של הבעלים. ועל כך הסביר המגיד דדעת הרמב״ם דפושע דינו כמזיק; ״וכיון שהוא כמזיק ואין ראיה ברורה לפטרו, חייב לשלם״. ולכאורה מה הוסיף המגיד דבעינן ראיה לפוטרו, אם פושע דינו כמזיק, הרי שמזיק חייב לשלם ככל מזיק, ומה ענין ראיה לפוטרו לכאן. אלא שפושע אינו מזיק אלא כמזיק, דמכח שמירתו קיבל על עצמו גם ללא חיובי התורה לשלם אם יזיק בפשיעתו, וכאשר התורה פטרה בשמירה בבעלים ופטרה גם בפשיעה, הרי להדיא יש ראיה ברורה שאף על חיוב זה שהתחייב מכח שמירתו ולא מכח חיוב התורה, פטור מלשלם. אולם כל זה דוקא בדבר ברור שיש בו פטור. דבחיובים שחייבה התורה ויש ספק אם נגנב או נאבד בשמירה בבעלים, הרי יש כאן ספק בעצם החיוב אם יש כאן חיוב של שמירה וחיובים שחייבה התורה כגניבה ואבידה (בשומר שכר) ואונסין (בשואל). אבל בפשיעה החיוב לא מכח חיוב התורה אלא מכח שמירתו והתחייבותו, וע״כ יש כאן חיוב ודאי, וכדי שיפטר צריך פטור ודאי, וכל עוד אין פטור ודאי, החיוב בחזקתו עומד. משא״כ בחיובים שחייבה התורה, כל היכא שיש ספק בשמירה בבעלים, הוי ספק בחיוב ולא בפטור (ועיין מה שכתבתי בחלק ג, סי׳ ח, ד-ה).

והרמב״ם בהל׳ שכירות א,ד כתב בדין שומר שמסר לשומר, שאם מיעט שמירתו, הרי הראשון פושע וחייב לשלם; ״אע״פ ששאל או שכר בבעלים, שהרי הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר״. וברב המגיד הסביר את טעם דברי הרמב״ם דלא מהני לפטור מה שפשע הראשון בבעלים, דפטור של פשיעה בבעלים היא כשפשע הראשון ונאבדה בפשיעה ברשותו, אך אינו פטור במה שנאבד ברשות השומר השני שלא שאל בבעלים, והראשון חייב על פשיעת השני. ונשאר המגיד בצ״ע. ובכסף משנה שם ביאר באופן שונה:

> ״ולי נראה שהטעם משום דפשיעה דמפטר כשבעליו עימו היינו כשהניחה ולא שמרה, אבל אם הזיקה בידיים פשיטא דחייב. ומסרה לאחר ומיעט בשמירתו חשיב כמזיק בידים. ואע״פ שכתב רבינו בפרק שאחר זה דפושע הוי כמזיק בידיים, צריך לומר דיותר מזיק בידים הוי כשמסרה לאחר מבפשע בה.״

מדברי הכסף משנה עולה שיש שני סוגים של פשיעה - יש פשיעה באי עשייה, כשלא שמרה כראוי, ויש פשיעה בקום ועשה. אמנם עדיין אינו מזיק ממש אלא פושע בקום ועשה, ופשיעה בקום ועשה חשיב כמזיק בידיים. והא דלא פירש הרב המגיד כסברת הכסף משנה, י״ל דלרב המגיד היה קשה, דא״כ היה לרמב״ם בדין קרקעות ובדין שמירה בבעלים בשותפים (הנ״ל) לחלק בין פשיעה בקום ועשה לבין פשיעה שאינה בקום ועשה, דהיה לרמב״ם לומר דחייב בקרקעות ובספק שמירה בבעלים דוקא בפשיעה שהיא בקום ועשה כגון שמסרו לשומר, אבל בפשיעה שפשע באי השמירה אינו חייב גם בקרקעות וכו׳ ופטור מלשלם בספק שמירה בבעלים. ומדלא חילק הרמב״ם בכה״ג, משמע שאין חילוק בין שני הסוגים ובכל ענין בפשיעה הוי כמזיק בידים ופטור בבעלים, והטעם כאן לחייב שאין פטור בעלים לשומר ראשון מהני לפשיעת שני וכנ״ל.

אמנם בשער המשפט משמע דלשיטת הרמב״ם הוא דין בהלכות מזיק. שער המשפט סו,לד הביא את ראית התוס׳ (ב״מ נז,ב ד״ה שומר) מקושית הגמ׳ על התוספתא דלעיל - השוכר את הפועל לשמור את הזרעים וכו׳, דהקשתה הגמרא אמאי חייב באחריותו, הא הו״ל קרקע או הקדש (תלוי בהסבר הראשונים), ומדוע לא תירצה הגמרא דמיירי בפשיעה, דחייב בפשיעה. אלא בהכרח אין שומר קרקעות וכו׳ חייב בפשיעה. ושער המשפט תירץ את ראית התוס׳ דקיי״ל היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, ואף למאן דדאין דינא דגרמי, לא גרע גורם להיזק שאינו ניכר ממזיק בידים בהיזק שאינו ניכר. וא״כ לפירוש רש״י דמיירי בשומר שלא טמאו התינוקות וכו׳, אף אם פשע ולא שמר כראוי אין לחייבו, כיון דהוי היזק שאינו ניכר. וע״כ לא יכלה הגמרא לתרץ דמיירי בפשע, דבנידון התוספתא אינו חייב בפשיעה. ולכאורה למש״כ יש לחלק, דדין היזק שאינו ניכר הוא דין בהלכות נזיקין, דכאשר מזיק בהיזק שאינו ניכר, קיי״ל דפטור, אולם שומר שפשע הוא דין אחר, דחיובי שומר הם טפי מחיוב אדם המזיק, דאדם המזיק בגרמא פטור, ושומר שהזיק בגרמא חייב (עיין גם פת״ש חו״מ סו״ס נה), ואף שבקרקעות וכו׳ אינו חייב בחיובי שומרים ובכללם פשיעה, מ״מ בפשיעה שהיא כמזיק יש על השומר חיוב אף בקרקעות, ואף בהיזק שאינו ניכר דפטור באדם המזיק, מ״מ בשומרים חייב, דבהלכות שומרים התחדש דכל היכא שהוא שומר, אף שלא נכלל בחיובים שחייבה התורה את השומרים, מ״מ בפשיעה שהיא כמזיק גם ללא חיובי התורה יש לחייבו מכח התחייבות שקיבל על עצמו לשמור. אלא דשער המשפט ס״ל דפושע הרי הוא כמזיק, היינו שהוא כמזיק ממש וע״פ הגדרים של הלכות נזיקין, וע״כ בהיזק שאינו ניכר כיון שאינו חייב בהלכות נזיקין, לא עדיף בשומר לחייבו בפשיעה בהיזק שאינו ניכר.

אלא שמהמשך דברי שער המשפט נראה דהדבר תלוי במחלוקת אם שומר יכול לומר הרי שלך לפניך, והביא את דעת הש״ך בחו״מ שסג,ז דאף בשומר אומר באיסורי

הנאה הרי שלך לפניך, דלא כרש״ל ביש״ש דס״ל דאין אומרים כן אלא בגזלן ולא בשומר. דלדברי היש״ש כיון שקיבל עליו שומר את השמירה, חייב אף בהיזק שאינו ניכר. ועיין בשער המשפט שהביא ראיות לדעת היש״ש. יוצא א״כ משיטת היש״ש ושער המשפט דס״ל כוותיה, דיש כח בהתחייבות השומר לשמור כדי לחייב בהיזק שאינו ניכר, וא״כ גם בפשיעה דמתחייב הוי דין מיוחד בהלכות שומרים דפושע הוא כמזיק, והיינו שאין צריך את חיובי התורה כדי לחייבו בפשיעה, דכיון שהתחייב לשמור, מעצם התחייבותו חייב לשלם אם פשע כיון ששומר שפשע דינו כמזיק. לפ״ז במקום שלא שייך להגדירו כשומר, אין בפשיעתו משום מזיק. וע״כ לדעת הש״ך דאף בשומרים אומרים הרי שלך לפניך, חייב בקיבל עליו השמירה אפילו בהיזק שאינו ניכר. וכמו שחייבה התורה שומר חינם בפשיעה אף שלא עשה כלום, מ״מ מדקיבל עליו השמירה התחייב בפשיעה, הוא הדין שיש לחייבו בהיזק שאינו ניכר. אך כל זה לשיטת התוס׳, אולם לשיטת הרמב״ם;

> ״דפשיעה חשוב כמזיק גמור, א״כ הא דחייבה רחמנא לשומר חינם בפשיעה משום דהוא כמזיק גמור, א״כ בהיזק שאינו ניכר כיון דלאו שמיה היזק כלל, אף שקיבל עליו השמירה מהיזק זה, י״ל דלא חייביה רחמנא, אבל אם הוא שומר שכר, כיון דחזינן דרחמנא חייביה אף בגניבה ואבידה - שלא עביד ההיזק כלל - כיון שמקבל שכר על שמירתו, א״כ הוא הדין במקבל שכר לשמור מהיזק שאינו ניכר חייב בו.״

מדברי שער המשפט עולה דלשיטת הרמב״ם דפושע הוי כמזיק היינו כמזיק ממש

וע״פ הלכות נזקין ולא מכח הלכות שומרים, ואין זה דין מיוחד בשומרים, אלא בכל מקום שע״פ הלכות נזקין חייב, הרי הוא חייב. ואף דלא עדיף מגרמא, מ״מ דין פשיעה להחשב כמזיק שייכת במי שהוא שומר אף שאינו בתורת שומר, דכיון שיש בו פעולה של שומר, שייך לגביו לומר שהוא פושע, ובפושע יש דין שהוא כמזיק. ומ״מ בענינים שאינו חייב בהלכות נזיקין וכגון היזק שאינו ניכר, אין חייב אף בפשיעה. עוד עולה לדינא, דאם התחייב לשמור, אף בדברים שאין בהם תורת שמירה, מ״מ כיון שהוא עושה פעולה של שומר ופשע בשמירתו, הרי יש עליו דין של מזיק, דגם אם אין בו תורת שומר, הרי הכניס עצמו לפעולה ששייך גבה פשיעה. ולפ״ז היה צד לחייב בנדו״ד.

ועיין עוד באבני נזר (חאו״ח ח״ב שכו,טז) שכתב לבאר בדעת הרמב״ם על אחד משני ההסברים: א. כיון שעל פיו של שומר הסתלקו הבעלים משמירתם, חשיב כאילו השליכו השומר בידיים למקום שאינו משומר. ב. דכיון שהתחייב לשמור ולא שמרו, חשיב כמשומר והשליכו למקום שאינו משומר, ודמי לנתיאשו הבעלים ולא גדרו מחיצת הכרם (ריש ב״ב), דחייב מדינא דגרמי כסילק הגדר בידיים. ולכאורה נראה דהנפק״מ

בין שני ההסברים, בדבר שלא שייך לגביו שמירה. דלסברא קמייתא כיון שהסתלקו הבעלים, שייך אף בדבר שלא שייך לגביו שמירה, ויהיה חייב מכח הסתלקות הבעלים ההופכים את פשיעתו למזיק בידיים. משא"כ לסברא השניה, פשיעה היא כמזיק בידיים מכח התחייבותו לשמור, ודבר זה שייך בדברים ששייך בהם שמירה, דהרי אין כאן התחייבות מיוחדת של קנו מידו להתחייב אלא התחייבות רגילה של שומר, וזה שייך בדברים שיש בהם דין שמירה.

ומעין סברא זו נמצא בקהילות יעקב ב"מ סי' לד, דסברת הרמב"ם לחייב בפשיעה מדין מזיק הוא מדין גרמי: "דאחרי שקיבל עליו לשמור ורמיא עליה חיוב שמירה, א"כ כשאינו שומר אותו הוי כמסלק שמירה ממון חבירו ולא גרע מדינא דגרמי עיין מרכבת המשנה כאן. ובמשובב נתיבות סי' צה מבאר הרב המגיה שם דאפילו בלא עשה שום קנין מתחייב אפשיעה, עיי"ש שהביא ראיה לזה. ונראה הביאור לזה, משום דכיון דע"פ הבטחתו של זה השומר סילקו הבעלים שמירתן מדבר זה, וע"י זה נשאר הדבר בלא שמירה ונאבד, הו"ל איהו בגדר גרמי להיזק כהא דמראה דינר לשולחני ונמצא רע, דחייב השולחני משום שעל פיו הוציאו הבעלים ממון תמורת זה הדינר המזויף". ובהמשך דבריו כתב לישב את קושית התוס' על השיטה המחייבת בפשיעה בעבדים וקרקעות וכו' מהתוספתא המובאת בב"מ נח,א (עיין לעיל), דבתינוק אי אפשר לחייבו מדין מזיק כיון שאינו ממון הקדש. ואמנם אפשר לחייבו מדין שומר, דהשומר מתחייב באחריות כלפי זה שמסר לו לשמור אפילו אינו ממון שלו, אולם בהני דאיתמעטו מדין חיובי שומר, ממילא פטור אף בפשיעה. ומבואר מהקהילות יעקב דחיוב פשיעה מדין מזיק הוא חיוב מדינא דגרמי אף אם אינו בתורת שומר, דכיון שקיבל על עצמו לשמור ועל סמך קבלתו והתחייבותו לשמור הסתלקו הבעלים, פשיעתו היא כדין מזיק בגרמי, אף שאין על המתחייב תורת שומר.

ועיין עוד במה שכתב הגרא"ו בקובץ שעורים (פסחים אות יז, וע"ע בח"ב סי' כו) שהקשה על שיטת הרמב"ם דמה שייך לחייב פשיעה מדין אדם המזיק, הא חיוב פשיעה אינה אלא בשומרים, וכיון שקרקעות התמעטו משמירה, אין בהם גם חיוב פשיעה, דהא לא הפשיעה היא המחייבת אלא השמירה. וכמו דשואל שחייב באונסין, לא האונס הוא המחייב דהא אונס רחמנא פטריה, אלא קבלת אחריות השמירה היא המחייבת. וכתב לישב:

> "אמנם בחיוב פשיעה אפשר לומר דהפשיעה בעצמה היא המעשה המחייבתו, שהיה חייב לשמור ולא שמר, ובקרקעות אף דנתמעטו מדיני שומרין, מ"מ כיון דקיבל עליו לשומרן הוי כמו כל פועל דכל כמה דלא הדר ביה צריך לעשות מלאכתו, וזוהי כוונת הרמב"ם שהפושע כמזיק, היינו דכמו דבמזיק מעשה ההיזק היא המחייבתו, כן הוא בפשיעה, דאינו מטעם חיוב אחריות על החפץ, ולא נתמעטו קרקעות אלא מחיוב אחריות."

מבואר א״כ דאף שאין עליו תורת שומר, כיון דע״פ הלכות פועלים קיבל על עצמו לעשות פעולה של שמירה, אף שאינו בתורת שומר בחיובי התורה, הרי שהפשיעה היא מעשה המחייב כמזיק, שאי ביצוע הפעולה שקיבל על עצמו, היא הגורמת והמחייבת בתשלומין כשפשע באותה פעולה. ועיין במש״כ הגרא״ז באבן האזל (שכירות ב,ג ד״ה ונראה דהרמב״ם): ״דלא צריך דין חדש מדיני שומרים שיתחייב במה שקיבל עליו, שנאמר דכיון שנתמעטו קרקעות ועבדים ושטרות מדיני שמירה פטור גם בפשיעה, אלא דהוא סברא בלא דינים מיוחדים מדיני שומרים, דכיון שהמפקיד סמך עליו וקבל עליו שמירת הפקדון ופשע בו, הוי כמזיק וחייב. ולכן אף שנתמעטו מדיני שומרים, חייבים על הפשיעה ... אלא עיקר החיוב הוא שלא קיים התחייבותו ולא שמר כדרך השומרים, דאם לא שמר ממילא חייב כיון שהתחייב לשמור״. ובהל׳ שאלה ה,א (ד״ה איברא) מבואר דדוקא במקום שקיבל עליו השמירה.

## ה. ידעה ולא מחתה

ונראה דלפי מה שעלה מהדו״ד ביו הצדדים, אין לדון בנדו״ד דין של פשיעה כלל.

ומצאנו נדון זה בשותפים ובמי שמתעסק בעסק של חבירו. הרמב״ם בהל׳ שלוחין ושותפין ה,א, כתב וז״ל: ״המשתתף עם חבירו בסתם, לא ישנה ממנהג המדינה באותה הסחורה, ולא ילך למקום אחר ולא ישתתף בה עם אחרים, ולא יתעסק בסחורה אחרת, ולא ימכור בהקפה אלא דבר שדרכו להמכר תמיד בהקפה, ולא יפקיד ביד אחרים, אלא א״כ התנו בתחלה או שעשה מדעת חבירו. עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואח״כ הודיעו ואמר לו עשיתי כך וכך והסכים למעשיו, הרי זה פטור. ואין כל הדברים האלו צריכין קנין אלא בדברים בלבד״. מבואר שאם נוהג כפי שנהוג בעסקים מסוג זה ולא חרג מהנוהג המקובל, אין לחייבו בגין ההפסדים.

אולם צ״ע אם השקעות מסוג התרחבות העסק, הם בכלל הנהוג. אולם בנדו״ד הרי האשה חתמה בבנקים על ההלואות וידעה על ההשקעות, ואם ידעה על ההלואות וחתמה עליהם, מן הסתם יש להניח שידעה על מה נלקחות ההלואות. ואף לטענתה שידעה שהעסק יתרחב, אבל לטענתה הבגדים שקנה היו דברים יוקרתיים שלא נמכרים כ״כ, ולאחר זמן קצר משתנית האופנה, והיה צריך להבין שאי אפשר ליבא בגדי יוקרה במחירים לא זולים ובכמויות כה גדולות, מ״מ ידעה בדיעבד על הקניה ולא מחתה, וכן על מכירתם מתחת למחירי העלות.

דהנה על מש״כ הרמב״ם: ״עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואח״כ הודיעו ואמר לו עשיתי כך וכך והסכים למעשיו, הרי זה פטור״, כתב הכס״מ שם דהוא מדין

מחילה: "הטעם שכיון שא"ל ונתרצה הרי מחל לו ומחילה אינה צריכה קנין". ומשמע דוקא באמר לשותף ונתרצה הוי מחילה. אמנם במל"מ שם הביא בזה מחלוקת בין מהרשד"ם ומהריב"ל, דלמהרשד"ם סגי בשתיקה, ומהריב"ל ס"ל דלא אמרינן שתיקה כהודאה, וז"ל המל"מ: "לאו דוקא שאמר הן, אלא כיון שידע ושתק ולא מיחה, קרינן שהסכים למעשיו, כ"כ מהרשד"ם סימן שסח, ועיין בסימן ריט ובסו"ס כח וסי' קמח וקעט, וכ"כ מהר"י יפה, הובאו דבריו בתשובת מהראנ"ח ח"א סימן סד. אך מהריב"ל ח"א סוף כלל ה חולק בזה וס"ל דלא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא. וכן נראה מדברי מהר"י אדרבי סימן קלד". והסמ"ע קעו,לד משמע שהסכים לדעת מהריב"ל שצריך הסכמה מפורשת, דבשתיקה בעלמא לא אמרינן בזה דשתיקה כהודאה דמיא, דהא י"ל דשתק מאחר דכבר עשאוהו ולא היה בידו לשנות. ומהרש"ם במשפט שלום (קעו,יאות יח ד"ה והסכים) שמצא פוסקים רבים דלא כסמ"ע. בתש' ארח צדיק סי' ה שהביא מהרדב"ז ורש"ך ח"ב סי' פו ועוד כמה פוסקים דלא כסמ"ע. אולם בתש' פני יהושע ח"ב סי' קא פסק כסמ"ע, והביא שהמוחזק יכול לומר קים לי, ושכן כתב בזכור לאברהם (חו"מ ח"ב ערך שותף). ולפ"ז בנדו"ד שהבעל מוחזק, יכול בכל אופן לומר קים לי ששתיקתה מהוה הסכמה.

וכדעת המל"מ נמצא גם בתש' מהריט"ץ (ישנות, סי' פד), ששתיקה מהוה מחילה אם מסר פקדונו ביד אחר: "אם יתברר שראה לוי כשמסר החצי לוח שמעון ביד הפאטור, וידע שראובן שלחה לידו והוא מסרה לפאטור, ושתק לוי ולא מיחה, גם בזה נפטר שמעון מטענת מחילה, כיון שראה ושתק בודאי שמאמין את הפאטור כיון שלא מיחה בידו". ועיי"ש בסי' קמא, בשותף שהשקיע מכספי השותפות אצל צורף אחד, אף שלכאורה שינה מהשותפות, ואם פחתו – פחתו לו, מ"מ כיון שהשותף האחר ראה ושתק, ודאי נתרצה, ושכן כתב מהרי"ק בשורש כד. ומבואר דס"ל דשתיקה יש בה הסכמה, ואין שותף יכול לטעון על שינוי מתנאי השותפות כשראה ושתק. ובתש' פרח מטה אהרן (ח"א סי' פט ד"ה אמור מעתה) מבואר דאם עשה לצורך השותפות והוא משתדל לצורך השותפות, אף שאח"כ בא להם הפסד, יש בשתיקה משום הודאה, משא"כ בחלק לעצמו בלא דעת שותפו. ולפ"ז בנדו"ד לפרח מטה אהרן הוי השתיקה הודאה.

ומהרש"ל בתש' (סי' טו) משמע לכאורה דלא מהני ידיעה לבד אלא בעינן ריצוי, וכדעת מהריב"ל. מהרש"ל דן בצוואה שנכתב בה שלא יעשה ראובן דבר בלי ידיעת חבירו אהרן, ורוצה ראובן לפרש שאינו תלוי כלל ברצון אהרן אלא רק בידיעתו, וממילא מספיק שידע, אך לא יוכל לעכב. ודעת מהרש"ל שיכול אהרן לעכב, ע"כ אין הפירוש בצואה ידיעה בלבד אלא גם הסכמה. ובכנסת הגדולה (חו"מ קעו הגה"ט פב) כתב דאין להוכיח כן מהרש"ל, די"ל דאם ידע ושתק סגי בהכי, אף

שיכול לעכב אם לא היה שותק, ידיעה ושתיקה אפשר דהוי הסכמה, ואין להוכיח מהרש"ל כמהריב"ל ולא כמל"מ.

וע"ע בתש' פני יהושע (ח"ב סי' קא ד"ה ואע"ג דכתב), דהסמ"ע מיירי באופן שהדבר שעשה השותף כבר נעשה ואין אפשרות להחזיר הדבר לקדמותו, ממילא אין בשתיקה משום הודאה. אולם אם שתק כשניתן היה החזיר הדבר לקדמותו, גם הסמ"ע מודה דהשתיקה הוי הודאה. והרב מטשיבין בדובב מישרים ח"ג סי' ג הביא לתש' פני יהושע הנ"ל, ונראה שהסכים לדעתו. ולענ"ד נראה, שאם נראה שמדובר בהשקעה שאינה חד פעמית וכנדו"ד, שעוד ימשיך להשקיע בכגון זה, ודאי היתה צריכה למחות על העתיד שיותר לא ישקיע באופן כזה, ואם שתקה, הרי השתיקה יכולה להוות ראיה גם על העבר, דמזה שלא מחתה על העתיד, קמ"ל שמסכימה על אופן ההשקעות ודרך הניהול של העסק.

וכאמור נראה דהשתיקה בנדו"ד מהוה הסכמה לפעולת הבעל בעסק, כיון שלא היתה כאן פעילות שהיא בעליל פעילות אסורה, וכנדון מש"כ הרמב"ם בהל' שלוחין ושותפין ה,י, לאסור סחורה בנבילות וטריפות, ואם עשה השותף סחורה בהם או בדברים אסורים, ההפסד על המתעסק לבדו, וכן פסק בשו"ע חו"מ קעו,יב, שהן השקעות בדברים פסולים בעליל. משא"כ בנדו"ד שכן הוא מנהג הסוחרים להשקיע כספים. וכאן היה הבעל בעמדת ניהול, וודאי ידעה האשה שהבעל לוקח הלואות בנקאיות, עליהם חתמה גם האשה, וידעה שהולך להשקיע, גם אם לדבריה לא נכנסה לפרטים הקטנים, מ"מ כבר אינו בגדר שינוי ממנהג המדינה. ובפרט שהעסק התנהל כך כשנתיים, ויכלה למחול מיד בתחילה, ושתיקה בכגון זה שלא מחתה, נראית כהסכמה. ועיין במרדכי סנהדרין (סי' תשה) שהביא מה שפסק ר"י, באדם שהתנה לבחור אחד ללמוד לבן חברו בפני אבי הבן, ואבי הבן שתק, דשתיקה כהודאה דמי. וכן פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ פא,ז: "מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו, בפני אבי הבן, ואבי הבן שתק, שתיקה כהודאה דמיא, ואע"פ שלא דבר האב כלום, דהוי ליה לאב לאסוקי אדעתיה ולמחות". ואף למש"כ שם התומים ס"ק יג דדעת המרדכי דשתיקה מתחילה ועד סוף מהני, אולם למש"כ המחבר שם פא,ז דאם לא אמר בתחילה הן לא הוי כהודאה, ליתא לדין המרדכי. נראה דהיינו דוקא שיהיה חייב, אבל בדבר שמספיקה הסכמה, בכגון נדון השותפים שאינו משנה ממנהג המדינה וצריך למחות, השתיקה מהוה מחילה, וכשתיקה בחזקת נזיקין, דהו"ל למחות, דהתומים מיירי רק בענינים ששייך לטעון טענת השטאה, עיי"ש.

**מכל הטעמים דלעיל, אין לחייב את הבעל בהפסד שנגרם לעסק האשה תחת ניהולו.**

# סימן ח

## הכותב בצואה כל נכסיו לאשתו

### ראשי פרקים

**א. כשהקנה בקנין**

**ב. כשמוכח מהשטר שהתכוין למתנה גמורה**

**ג. בנותן מתנה מהיום ולאחר מיתה**

במי שכתב צואה, והשאיר בצואה כל נכסיו לאשתו, וכתב שאם תמות לפניו, הרי שלשת הילדים יתחלקו בחלקים שוים, ולאחר מיתתה, יהיו הנכסים מתחלקים בשלשה חלקים שוים. ומת הבעל, והאשה רצתה לקיים הצואה. הצואה היתה בקנין ובמתנה של מהיום ולאחר מיתה. והשאלה שלפנינו, האם אפשר לקיים את הצואה, דקיי"ל הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופוס.

### א. כשהקנה בקנין

איתא בב"ב קלא,ב: אמר רב יהודה אמר שמואל, הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא (דאומד הדעת הוא דאין אדם מניח את בניו ונותן את הכל לאשתו, ולא נתכוין אלא לעשותה אפוטרופא כדי שיחלקו לה בניו כבוד, משום דאוקי אבוהון נכסי ברשותה לפרנסם מהם כפי אומד דעתה ויהיו כפופים לה. ולקמן מני לה מהני תלת מילי דשוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא, דדברי נבואה הם בפ' מי שמת, לפי שאנו מניחין מה שכתוב בשטר בהדיא שנתן לה הכל, לילך אחר אומד דעתנו. ובשכיב מרע מיירי, ורבא בעי לקמן בבריא היאך, ומשו"ה נקט לה הכא ... ודוקא כל נכסיו דליכא שיור לא במקרקעי ולא במטלטלי, אבל אי איכא שיור קנתה. ומיהו הכותב נכסיו לאחר שאין בו אומד הדעת שאינו חש כל כך לכבודו, אמרי' לקמן דאם כתב לו כל נכסיו, אם מת קנה הכל, דכיון דלא שייר מידי, צואת שכיב מרע היא זו, שהיה ירא למות והוו דבריו ככתובין וכמסורין – רשב"ם). פשיטא, בנו הגדול לא עשאו אלא אפוטרופוס (פשיטא, בנו גדול שכתב לו כל נכסיו, לא עשאו אלא אפוטרופא, דרוצה הוא שיחלקו לו אחיו כבוד, שהרי חייבין בכבודו ... ואומד הדעת הוא שלכבודו נתכוין). בנו הקטן מאי. איתמר רב חנילאי בר אידי אמר שמואל, אפילו בנו קטן המוטל בעריסה. פשיטא בנו ואחר, אחר במתנה ובנו אפוטרופוס. (אשתו ואחר, לאחר במתנה ואשתו אפוטרופוס). אשתו ארוסה ואשתו גרושה במתנה. איבעיא להו בת אצל הבנים ואשה אצל האחים ואשה אצל בני הבעל מהו. אמר

רבינא משמיה דרבא, בכולהו לא קנה לבר מאשתו ארוסה ואשתו גרושה. רב עוירא משמיה דרבא אמר, בכולהו קני לבר מהאשה אצל האחין ואשה אצל בני הבעל (ובסברות בעלמא פליגי, ובת אצל הבנים לבדה איכא בינייהו, לרבינא לא קניא, לרב עוירא קניא). והרי"ף (נט,ב בעמוה"ר) פסק כרבינא, וכ"פ הרא"ש שם הל' לא, וכ"פ הראשונים בסוגיא, עיין ברשב"א.

ושם קלב,א: בעי רבא, בבריא היאך, בשכ"מ הוא דניחא ליה דלישתמעון מיליה, אבל בבריא הא קאי איהו (שכתב כל נכסיו לאשתו, ולכל הני דאיירי שמואל אם כתב להם במתנה מהיום לגמרי, אי נמי מהיום ולאחר מיתה, מי אמרינן מתנה גמורה היא, דאי משום כבודה הא קאי הוא ויכבדוה מאימתו), או דלמא בריא נמי ניחא ליה דלישתמעון מלה מהשתא (לפי שיודעין שעתידין להיות כפופין לה). והגמ' שקו"ט בבעית רבא, ולא איפשיטא.

והרשב"א בסוגיא הביא את דברי הראב"ד, דכל הסוגיא מיירי בלא קנין, אולם אם קנו מידו, מתנה גמורה היא, שאין קנין לאפוטרופסות. והביא שם מה שהקשה הרא"ה, וכתב הרשב"א שאין זו קושיא על הראב"ד, עיי"ש. עוד הביא הרשב"א, מהרז"ה שכתב דלא אמרו שעשאה אפטרופוס אלא בשיש בנים קטנים שצריכין לאפטרופוס, אבל גדולים, מה להם לאפטרופוס, ומה שאמרו אפי' בנו קטן המוטל בעריסה, בקטן בין הקטנים קאמר. והרשב"א כתב דאפי' בבנים גדולים לא עשאה אלא אפוטרופוס, אף שהגדולים אינם צריכים לאפוטרופוס, דאמדינן לדעתיה שמתכוין להחשיב הבן או אשתו בין הבנים. דאי לא מטעם זה אלא מפני שצריכים לאפוטרופוס, מאי שנא בנו ואשתו, אפי' כתב נכסיו לאחר יהיה הדין כן, שיהיה אפוטרופוס על אלה הצריכים לכך. עוד הביא ראיה שאין חילוק בין גדולים לקטנים, מדבעי רבא בבריא היאך. והרי בבריא האב קיים ואינם צריכים לאפוטרופוס, אלא דלשתמען מיליה מהשתא, כלומר שישמעו לו מעכשיו ויכבדוהו, ואי דוקא בשצריכין אפטרופוס, פשיטא דבבריא לא אמר, דהא אינן צריכין לו.

וכן בתש' הרשב"א (ח"ב סי' רסג) הביא שהראב"ד כתב שאפילו לא בירר, אלא דכתב להם מתנה בקנין, מתנה גמורה היא, לפי שאין קנין לאפטרופסות. ונראה, שהרי"ף אינו סובר כן, אלא אפי' בירר, ואפי' בקנין, אינו אלא לאפטרופסות. דכל שכתב כל נכסיו ולא שייר כלום, מוכח מלתא שכוונתו לאפוטרופסות, ואפי' קנו מידו, אינו אלא לכבוד בעלמא דלשתמעו מלייהו. והביא הרשב"א ראיות שהביאו רבותיו לדעה שאינה מחלקת בין קנו ללא קנו, ודחה הראיות. ומסקנת דבריו: "הדין נראה לנו דין אמת, כל שבירר, שאינו מתכוין לאפטרופוס אלא למתנה גמורה, שמתנתו מתנה וקנו. וכן כל שקנו מידו, שאין קנין לאפטרופסות. והלכתא בלא טעמא היא, ולא מוספינן עלה". הרי שלדעת הרשב"א כל היכא דקנו, הוי קנין גמור ולא לאפוטרופוס.

ורבינו יונה בעליותיו (הובא גם בשטמ״ק בסוגיא) כתב דגם במקנה בקנין ובמיפה כוחו, לא עשאה אלא אפוטרופוס: ״ולי נראה דהכותב כל נכסיו סתמא קאמרינן, לא שנא בקנין ולא שנא בלא קנין, דהא קאמרינן שהוא מייפה כחו בדרך הקנאה דלישתמען מיליה, הלכך מהאי טעמא נמי הוא הדין בקנין״. עיי״ש בראיה שהביא, וכן בראיה שהביא דיש להעמיד הסוגיא אף במייפה את כחה דאמר תנו כל נכסי לאשתי ואף כתובו. אמנם אם פירש בשטר שהוא מקנה לה הקנאה גמורה ולא בתורת אפוטרופסות, או שפירש בשטר שתהא רשאה למכור ולתת במתנה לאחרים, ודאי קנתה באופן גמור ולא בתורת אפוטרופוס, ולפי שלא היו רגילים לכתוב לשונות הללו בטופסי דשטרי, לפיכך דברו חכמים בסתם כותב שלא עשאה אלא אפוטרופוס. וממש״כ הנימוק״י (ב״ב נט,ב בעמוה״ר), לענין האיבעיא בגמ׳, בבריא היאך; ״בריא שכתב כל נכסיו. בקנין ובשטר לאחד מכל אלו, ולא בירר לו בשעת הקנין ולא בלשון השטר אם מתנה גמורה היא״, מבואר דס״ל דהסוגיא מירי בשטר ובקנין, ואע״פ כן לא עשאה אלא אפוטרופוס. ובמאירי (קלב,א) כתב, דהואיל והבעיא של בבריא האיך, נשארה בספק ולא איפשיטא, מהני תפיסה:

> ״דברים אלו שכתבנו באשה ובן שלא נעשו אלא אפטרופסין, לא סוף דבר בשכיב מרע אלא אף בבריא ובקנין. ויראה לי אף במעכשיו, שהרי אמרו עליה ניחא ליה דלישתמען מילי מהשתא עד שישייר או שיברר שלא לאפטרופסות הוא מכוין. וכן כתבוה גדולי הפוסקים והמחברים. ומ״מ הואיל ובגמ׳ שאלוה ונשארה אצלם בספק, יראה שאם תפשו אין מוציאין מידם. מעתה כל הרוצה ליתן נכסיו לבן בין הבנים או לאשתו נשואה בין היורשים, צריך שישייר במקצת, ובשאר מתנות אינו צריך שיור. שמא תאמר זה שאמרו למטה הכותב כל נכסיו לבנו צריך שיכתוב לו מהיום וכו׳, אף במהיום היאך מועיל והרי לא עשאו אלא אפטרופוס. שמא באין שם בנים אחרים, או שבירר שלהקנאה גמורה הוא מתכוין, או שמא בנותן מקצת נכסים.״

ומבואר במאירי דאם רוצה לתת מתנה גמורה, עליו לבאר ולכתוב שנותן במתנה גמורה, או לשייר מקצת מהנכסים, אבל נותן כל נכסיו ולא כתב שנותן במתנה גמורה, לא עשאה אלא אפוטרופוס, ואף אם כתב בשטר ובקנין, כיון דנשאר בספק, מהני תפיסה של המקבל, אבל ללא תפיסה, לא עשאו אלא אפוטרופוס. וכן ברמב״ם בהל׳ זכיה ומתנה ו,ד מבואר שאף בקנין, לא עשאה אלא אפוטרופוס, וז״ל: ״וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכיב מרע אף על פי שקנו מידו, לא עשאה אלא אפוטרופא על יורשיו, בין שהיו יורשי בניו ממנה או מאשה אחרת או אחיו או שאר יורשיו, ואם שייר כל שהוא בין קרקע בין מטלטלין, קנתה כל שכתב לה״. וברב המגיד שם בה״ג כתב דיש מי שכתב שאם קנו מידו, הוי קנין גמור, שאין קנין

לאפוטרופסות. אולם דעת הרמב״ם מפורש שאין חילוק בין קנו ללא קנו. ומבואר שנחלקו הראשונים אם בעושה קנין, גם עשאה אפוטרופוס, או קנתה בקנין גמור.

והמחבר בשו״ע חו״מ רמו,ד, פסק וז״ל: ״הכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו... לא עשאו אלא אפוטרופוס, והרי הוא בכל הנכסים כאחד מאחיו. ואפילו האריך בלשון כדרך שופרא דשטרי ילך, יזכי, יחזיק, אומדן דעת הוא שלא נתכוון אלא להיות אחיו נשמעים לו. ואם שייר כל שהוא, בין קרקע בין מטלטלין, זכה הבן במתנה. ואם פירש בשטר שמקנה לו הקנאה גמורה ולא בתורת אפוטרופוס, או שפירש בשטר שיהא רשאי למכור ולתת לאחרים, או שכתב לו מטלטלי אגב מקרקעי, או שהקנה לו בקנין, וכן כל שכתוב בשטר המתנה לשון שאפשר להוכיח ממנו דלמתנה גמורה נתכוון, קנה״. ומבואר במחבר שאם הקנה בקנין, קנה באופן גמור ומוחלט ולא בתורת אפוטרופסות.

ובסמ״ע שם ס״ק ח העיר, דכן היא מחלוקת הראב״ד ורבינו יונה, וכאן נקט כדעת הראב״ד, ושם רמו,ז כתב מחלוקת בזה. וז״ל המחבר רמו,ז: ״יש מי שאומר דכותב כל נכסיו לבן בין הבנים, אם נתן לו קנין וייפה כחו קנה. ויש מי שאומר שאף על פי כן לא קנה״. ובשו״ע אהע״ז קז,א, לענין הכותב כל נכסיו לאשתו, פסק המחבר: ״הכותב כל נכסיו לאשתו, בין בריא בין שכיב מרע, אף על פי שקנו מידו, לא עשאה אלא אפוטרופא על יורשיו״. הרי דלא מהני מה שקנה בקנין. ובסמ״ע רמו,יד הקשה, מדוע כתב המחבר סעיף זה בפני עצמה, הו״ל לכותבו בסוף ס״ד, על מש״כ דאם הקנה לו בקנין וכו׳ קנה, די״א דצריך ליפות כחו בקנין ושי״א דאפ״ה לא קנה. וכתב הסמ״ע, דס״ל לרבינו יונה דכמו דכשכתב לו נכסי נתונין לו אפילו ביפוי כח, דלא מהני לומר שלא עשאו אפוטרופוס, כמו כן לא מהני לו שום קנין. אבל מלשון המחבר מוכח דמחלק בינייהו, דבקנין סודר גם רבינו יונה מודה לו דקנה קנין גמור, ודוקא בקנין דשטר דלא מהני. ולכן בס״ד כתב דקנין מהני, ובס״ז כתב פלוגתא בקנין ויפוי כח, ואינו ר״ל דכתב לו וגם עשה לו קנין סודר וגם ייפה כחו, אלא בקנין דהכא ר״ל קנין דשטר כתיבה, וכשהשטר הוא הקנין, בזה הביא ב דעות. ונשאר הסמ״ע בצ״ע, דאין טעם נכון לחלק, דהא גם לקנין סודר בעינן יפוי כח בשכיב מרע, עיין שו״ע רנ,יז. והש״ך בס״ק ח הסכים לדברי הסמ״ע. ולכאורה יש להקשות על החילוק של הסמ״ע (אותו דחה), גם משו״ע אהע״ז קז,א, דשם משמע שהקנין הוא בפני עצמו. ועיין ח״מ א וב״ש ב שציינו שהמחבר בחו״מ הביא בזה מחלוקת, וכאן הכריע שלא עשאה אלא אפוטרופוס.

## ב. כשמוכח מהשטר שהתכוין למתנה גמורה

ודנו הראשונים, מה הדין אם מוכח שהתכוין למתנה גמורה, דלכאורה בזה י״ל, דאף שלא אמר להדיא שנותן במתנה גמורה, קנתה לגמרי. הר״י מיגאש (ב״ב קלא,ב) הביא משמא דרבוואתא, דהא דאמרינן לגבי בנו לא עשאו אלא אפוטרופוס, הני מילי בכותב אבל האומר כל נכסי יורש פלוני בני – קנה, דאל״כ מה אמר רבי יוחנן בן ברוקא (ב״ב קל,א) דאם אמר על מי שראוי ליורשו פלוני ירשני, דבריו קיימין, ונפסקה הלכה כרבי יוחנן ב״ב, הרי גם כשאמר כן אין דבריו קיימין, שלא עשאו אלא אפוטרופוס. וכתב הר״י מיגאש שאינה ראיה, שדברי ר׳ יוחנן ב״ב יש להעמיד בגילה דעתו שהתכוין להקנאה גמורה, שרבי יוחנן ב״ב לא בא ללמוד אם להקנאה איכוון או לעשותו אפוטרופוס, אלא ללמד כשאמר בלשון ירושה על הראוי ליורשו שדבריו קיימין, וממילא יש להעמידו באופן שלהקנאה גמורה התכוין: ״דעד כאן לא אמרינן לא עשאו אלא אפוטרופוס אלא היכא דלא גלי דעתיה בהדיא, ואפשר לומר דלעשותו אפוטרופוס איכוון, אבל היכא דגלי דעתיה בהדיא דלהקנאה גמורה איכוון, כיון דגלי גלי, ולעולם יש לומר דאי נמי לא גלי דעתיה בההיא דלהקנאה גמורה איכוון, דינו כדין כותב ולא עשאו אלא אפוטרופוס״. וממילא אין חילוק בין אומר לכותב. ומדברי ר״י מיגאש עולה, דאם גילה דעתו שלהקנאה גמורה התכוין, לא אמרינן שעשאו אפוטרופוס אלא קונה לגמרי.

והרמב״ן בסוגיא הביא את דברי הר״י מיגאש הנז׳, דהכל תלוי בדעתו של הנותן, שאם התנה ואמר בהדיא שאינו רוצה שתהיה אפוטרופוס ונותן לה במתנה גמורה, ודאי דקנה. והביא להקשות מהגמ׳ בקלב,א, דמוכח ממעשה דרבי יהודה הנחתום שמועילה מתנתה ולא עשאה רק אפוטרופוס, ומדוע לא העמידה הגמ׳ במפרש שרוצה לתת לה במתנה. וכתב דאורחא דתלמודא למפרך בכלדהו, ולתרץ במה שנזכר להדיא בגמ׳. והביא יש אומרים דגבי אשתו אפילו פריש בהדיא לא עשאה אלא אפוטרופא, משא״כ בבנו, וכתב דדברי הבאי הם. וכתב דהכל מודים דאי פריש יעשו כפירושו, דהא משום אומדנא נגעו בה, וממילא במקום שמפרש אין מקום לאומדנא. ואי פריש בהדיא פריש. וכתב דכן מצא בתשובה לרבינו האי גאון שאם גילה דעתו שמתכוין לקנין גמור, קנה לגמרי.

וגם רבינו יונה בסוגיא, אף שסובר דלא מהני קנין, מ״מ מועיל אם פירש בשטר שהוא מקנה לה הקנאה גמורה ולא בתורת אפוטרופסות, או שפירש בשטר שתהא רשאה למכור ולתת במתנה לאחרים, דודאי קנתה. ולפי שלא היו רגילים לכתוב לשונות הללו בטופסי דשטרי, לפיכך דברו חכמים בסתם כותב שלא עשאה אלא אפוטרופוס, וכן כתב הרמ״ה (ב״ב שם אות קמו), שאם כתב לה לשון מתנה בפירוש, דגלי

אדעתיה דלהקנאה גמורה איכוון, בכולהו קניא. ומדברי הריטב״א בסוגיא מבואר שאם נתן בלשון ירושה, וכן אם היה בצואה ציווי של אחריך לפלוני, לא שייך לומר שיהיה בתורת אפוטרופוס, וז״ל:

״והנכון בדברים דהא דרב יהודה בנותן סתם ולא פירש ולא בירר דבריו, ומתני׳ ובדרב הונא כשפירש ובירר דבריו וגילה דעתו דלמתנה נתכוין. תדע, דבמתני׳ כבר בירר, דהא דומיא דנותן בלשון ירושה דייקינן לה, ובלשון ירושה אין כאן אפוטרופוס, והיא דרב הונא (ב״ב קלג,א) נמי כבר בירר דבריו, כי השואלים ממנו נכסיה למאן דילמא לפלוני לא נתכונו לאפוטרופוס. וכל שכן למאי דאסקינן שאמר ואחריך לפלוני, וזה ברור מאד. וכל שכתוב בשטר לשון שהוא נותן מתנה גמורה וחלוטה לעשות כל רצונו, הא ודאי למתנה גמורה דיינינן לה, ואין צריך לומר אם כתב בפירוש שלא נתכוין לאפוטרופוסות.״

הרי שאם אמר בלשון שאין לפרשה בתורת אפוטרופסות, הוי מתנה גמורה. ועיין ריטב״א גיטין יד,א: ״ואידך דאמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא, ודוקא כל נכסיו, ודוקא בכתיבה אבל לא בקנין אחר, ודוקא שלא יאריך לשונו לומר הריני נותן לך כל מה שיש לי מתנה גמורה או כיוצא בזה, דבכי הא ודאי קנתה״. הרי שכשיש אריכות לשון שמשמעותה שלמתנה גמורה נתכוין, אין בזה את אומדן הדעת שעשאה אפוטרופוס. והחילוק בין לשון ירושה ללשון מתנה, מבואר ברשב״ם קל,א (ד״ה הלכה). הרשב״ם הקשה, דאם הלכה כבי יוחנן ב״ב, ומשמע שאפי׳ בכותב כל נכסיו לבנו, והרי קיי״ל דלא עשאו אלא אפוטרופוס, ותירץ הרשב״ם: ״הני מילי כותב לשון מתנה, או אומר לשון מתנה, דלכבודו איכוין להקנות לו נכסיו, אבל לשון ירושה קנה הכל כדין תורה, כדנפקא לן מביום הנחילו את בניו, דבשלמא לשון מתנה איכא למימר דהקנה לו הני נכסים להיותן בחזקתו כדין אפוטרופא, שגם כשעשאו אפוטרופוס נתקיימה מתנתו, שיש נותן מתנה גמורה ויש שנותן מתנת אפוטרופוס, אבל ירושה אינה יכולה להיות אלא אם כן קונה הנכסים קנין גמור, דלשון ירושה משמע שקם תחת המוריש לקנות נכסיו לגמרי ולהיות מוחזק בהן להיות שלו כמורישו, אבל אם אינו אלא אפוטרופוס, נמצא שלא הוריש לו כלום״. הרי שאם הזכיר לשון ירושה, לא שייך בזה לומר שעשאו אפוטרופוס. (ועיין מש״כ הגרע״א בחידושיו שם (ב״ב קל,א), דאפשר שאם כתב לאחר לשון ירושה, דלא מהני גביה, ומתנה בתחילה או בסוף, דמהני לישנא דירושה לאגלויי דאינו עושהו לאפוטרופס בעלמא, וממילא זוכה מכח לישנא דמתנה). וכן נראה ממש״כ הנימוק״י (נט,א מעמוה״ר סד״ה דאין לדיין).

והרא״ש ח,לא הביא את חילוק רשב״ם, דבלשון ירושה קונה, ובלשון מתנה אזלינן בתר אומדנא דנתכוין לאפוטרופא. והביא את מה שחילק הר״ח בין אמירה

לכתיבה, דדוקא בכתיבה עשאה אפוטרופוס, ונתן טעם לדבר, דבכתיבה מכוין לאפוקי קלא לאחשוביה כדי שיכבדוהו. וכתב להקשות מהא דאיתא בב״ב קלג,א; אמר רב הונא, שכיב מרע שכותב כל נכסיו לאחר, אם ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה, ואמר ליה רב נחמן אימא הלכה כר׳ יוחנן וכו׳, אלמא בכל הנכסים, ובכותב נמי אמר דלא עשאו אפוטרופא. ולתירוץ רשב״ם ניחא, דכיון דראוי ליורשו, אע״ג דאמר נכסי לך, הוי כאילו הזכיר ירושה. הרי דבראוי ליורשו, אף שלא הזכיר לשון ירושה, מפרשים שהכונה לירושה, ולכן קונה בקנין גמור.

והרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ תתקנח) נשאל, במי שהיו לו כמה בנים, וכתב כל נכסיו לשלשה מבניו, ומטלטלי הקנה אגב קרקע, ולא שייר כלום, אם הדין דאינם קונים ועשאם אפוטרופוס. ולאחר שכתב דלכאורה דינם כאפוטרופוס, שאין חילוק בין כתב לאחד מבניו או לכמה מהם, כתב דבנדון שאלתו, גם אם היה כותב לאחד, היה קונה לגמרי:

״ומכל מקום כן נראה לי ברור שקנו אלו השלשה כל הנכסים מחמת מתנה. ואפילו כתב לאחד בכיוצא שכתב לאלו, קנה משום מתנה, שהרי כתב להם מטלטלי אגב מקרקעי. אלא ודאי מתוך כך נתבאר שברר הוא דבריו ושלא נתכוין לאפטרופוס אלא למתנה גמורה. ועוד מתוך הדברים נכר שנתן להם לקנין, ואי לאפטרופסות ,קנין למה. אלא בודאי למתנה גמורה נתכוון. וכן כתב הראב״ד ז״ל שם בפירושיו שאמר הקנה לו בקנין קנה, שהרי ברר דבריו שלא נתכוון אלא למתנה גמורה.״

וכאמור שיטת הרשב״א כראב״ד דאם הקנה בקנין, לא אמרינן דעשאו אפוטרופוס. ונראה שהטעם של קנין אגב קרקע, הוא טעם בפני עצמו, שכאשר מפרט והולך, ולא כותב בסתם שנותן, אלא מפרט מטלטלי אגב קרקע, הרי מוכח מדבריו שמתכוין למתנה גמורה. וכאמור בצואה דידן יש גם לשון ירושה, גם דין אחריך, וגם פירוט של דרכי הקנאה, של מהיום ולאחר מיתה, שעה אחת קודם מיתתי, וקנין המועיל, כל פרוט זה לשם מה נאמר, אם כוונתו לעשותה אפוטרופוס.

והטור (אהע״ז סי׳ קז) הביא תש׳ מהרא״ש, בראובן שחלה וצוה מחמת מיתה, ואמר הוו עלי עדים שאני מצווה מחמת מיתה ואני נותן כל נכסי לאשתי, ובכלל דבריו אמר, שלא יחשבו לשטות מה שנתן כל נכסיו לאשתו, מחמת שיודע שלא תנשא לאחר מותו, והיורשים אומרים שלא עשאה אלא אפוטרופוס. והשיב הרא״ש לקיים צואה זו:

״שטר צוואה זו אני רואה לשון המורה על הענין דהוי מתנה גמורה, שהרי אמר בו אל תחשבו לי לשטות שאני נותן כל נכסי לאשתי, שהרי אני

יודע בה שלא יהיה לה בעל לעולם, והשטות שחושבים לו לאדם שמניח יורשיו ונותן כל נכסיו לאשתו, זה בשביל שהיום או מחר תינשא לבעל, תכניס לו נכסיו, וזהו עגמת נפש שתאכל עמלו עם איש אחר. אבל המכיר את אשתו שלא תינשא לאיש אחר, באהבתו אותה נותן לה כל נכסיו, הילכך לשון זה מוכיח דהוי מתנה גמורה, שאם לא היתה כי אם אפוטרופא, מה שטות יחשבו לו אם מינה אפוטרופא, אף אם תינשא לבעל, כי הדבר ידוע אם תינשא לבעל שיסלקוה ב״ד מן האפוטרופסת שלא יאכלם הבעל, הלכך מוכיח לשון זה דהוי מתנה גמורה, דכיון דטעמא שאנו מבטלין המתנה הוא משום אומדנא כדפרישית לעיל, כל היכא שיש להוכיח מתוך השטר דהוי מתנה גמורה, הרי בטלה האומדנא.״

ומבואר שכשיש דבר המוכיח מתוך השטר, שע״פ סברתינו מורה שהתכוין למתנה גמורה, אף שלא כתב כן בפירוש, אלא מזה שכתב דברים שיש לפרשם בדרך זו וללמוד מהם שלמתנה התכוין, כמו זה שכתב הטעם מדוע נותן לאשתו, שמזה יש לנו ללמוד שהתכוין למתנה גמורה, לא אומרים שעשאה רק אפוטרופוס אלא למתנה גמורה התכוין.

ובשו״ע אהע״ז קז,ח פסק: ״וכל היכא שיש להוכיח מתוך השטר דלא נתכוין לאפוטרופא אלא למתנה גמורה, הויא מתנה״. ובח״מ קז,טו ובב״ש קז,טו כתבו בבאור דברי השו״ע, את האופן שהביא הטור מתש׳ הרא״ש הנ״ל, ועיי״ש בגר״א ס״ק יח. וע״ע בתש׳ רמ״ע מפאנו סי׳ נח, דהוא הדין לכל לשון דאית ביה גלויי מלתא דמבטל לאומדנא דילן שלא עשאה אלא אפוטרופוס, קנתה הכל, ותמך דבריו מתש׳ הרא״ש הנ״ל. וכן כתב הלחם משנה בתש׳ לחם רב (סו״ס קצח), כשאמר קודם מיתתו לבנו, דמה שלא הניח לו (לבנו) כלום, הוא מפני שאינו צריך כלום, ומזה מוכח שלמתנה גמורה התכוין, שאם לא עשאה לאשתו אלא אפוטרופוס, הרי הניח לבן, דמה שהניח לאשה הוא לא למתנה גמורה. אלא כל היכא דיש הסתברות מאמירות או נסיבות של המקרה שנתן למתנה גמורה, גם אם הראיות והאמירות אינן מתוך גוף המתנה, אמרינן שלמתנה גמורה התכוין. (ומצד שהשטר כשר ע״פ חוקי המדינה, ואין להם אומדנא הנ״ל, אין להכשיר השטר ולומר דהוי קנין גמור, אא״כ יש ראיה כנ״ל, עיין בתשב״ץ ח״ג סי׳ שכה, וע״ע במש״כ הגרח״ע, תש׳ אחיעזר ח״ג סי׳ לד ד״ה והנה שרצה לקיים מדין מצוה לקיים דברי המת, אבל רק אם לא אמרינן שעשאה אפוטרופוס. הרי שהדינא דמלכותא יועיל רק לענין הקנין אך לא לדין שלא עשאה אלא אפוטרופוס. וכ״כ רבי יהודה עייאש בתש׳ בית יהודה ח״ב סי׳ קכג, בסוף התש׳. ועיין מש״כ להלן, בזה״ז דיש ההולכים לאשר צואות בערכאות, דיש צד לומר שמעיקרא התכוין

לצואה לפי פרשנות החוק, כיון שכותבים צואה באופן שיהיה לה גם תוקף ע״פ החוק, וצ״ע.)

### ג. בנותן מתנה מהיום ולאחר מיתה

הובאו לעיל דברי הגמ׳ ב״ב קלב,א: בעי רבא, בבריא היאך, בשכ״מ הוא דניחא ליה דלישתמעון מיליה, אבל בבריא הא קאי איהו (שכתב כל נכסיו לאשתו, ולכל הני דאיירי שמואל אם כתב להם במתנה מהיום לגמרי, אי נמי מהיום ולאחר מיתה, מי אמרינן מתנה גמורה היא, דאי משום כבודה הא קאי הוא ויכבדוה מאימתו), או דלמא בריא נמי ניחא ליה דלישתמעון מלה מהשתא (לפי שיודעין שעתידין להיות כפופין לה). והגמ׳ שקו״ט בבעית רבא, ולא איפשיטא. ומבואר דבעית הגמ׳ היא גם באופן שבריא נתן נכסיו במהיום ולאחר מיתה (ולענין מהות הקנין של מהיום ולאחר מיתה, עיין מש״כ בח״ז סי׳ כז). ועיין במאירי, דאף בנותן מתנה מעכשיו, הסתפקה הגמ׳, שהרי אמרו בצד הספק בגמ׳, ניחא ליה דלישתמען מילי מהשתא.

הרי״ף בסוגיא (ב״ב נט,ב בעמוה״ר) כתב: ״ולא איפשיטא בעיין, ולקולא עבדינן, ולא עשאה אלא אפוטרופיא״. וכן כתב בר״י מיגאש (ב״ב קלא,ב), וכן הרמב״ם זכיה ומתנה ו,ב וכן בה״ד שם, לא חילק בין בריא לשכ״מ, (ובהגמ״י שם אות ב נשאר בצ״ע, שהרי הבעיא לא איפשטא). וכן פסק הרא״ש (שם הל׳ לב, דכיון דלא איפשיטא, לא קנתה המתנה שנתן לה במתנת בריא. וכן כתב הרא״ש בתש׳ מא,א, דכיון דלא איפשיטא, לא מפקינן ממונא מחזקתיה, ולא עשאה אלא אפטרופא, וכן הרבינו יונה (ב״ב קלא,ב ד״ה ובהא), וכן כתב הריא״ז בפסקיו (ב״ב פ״ח ג,לח), וכן כתב רבינו ירוחם במישרים כג,יא, וכן כתב הרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ אלף מח, וכן במיוחסות סי׳ עא), וכן ברמ״ה (אות קמה) כתב דכיון דלא איפשיטא, הרי המתנה שנתן מחיים בחזקת הנותן, והרי הוא כממנה שליח, ואם רוצה יכול לבטלו. ואף שיש להקשות מהמשנה׳ קלו,א: הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, ושם מיירי בבריא, ואם כתב מהיום ולאחר מיתה קנה ולא אמרינן לא עשאו אלא אפוטרופוס. עיין פסקי רי״ד (ב״ב קלא,א) דיש להעמיד שם באופן כגון ששייר. ועיין במאירי בסוגיא, דכיון דהוי ספיקא דדינא, מהני תפיסה של מקבל המתנה.

אולם הריטב״א בחידושיו לב״ב קלב,א כתב, דכיון דיש למקבל המתנה שטר, על היורשים להביא ראיה שלא עשאה אלא אפוטרופוס, וכיון דלא איפשיטא, מעמידים ביד מקבל המתנה, וז״ל: ״ויש אומרים כי על מקבלי המתנה להביא ראיה שמתנה גמורה היא, כי הם באים להוציא מיד היורשין. ולי נראה כדברי האומר דכיון שיש להם שטר מתנה סתם, הרי הם מוחזקים במתנתם ועל היורשין להביא ראיה שלא נתכוין אלא לאפוטרופוס, כיון שלא נתברר בתלמוד״.

ובטור ובשו״ע (אהע״ז קז,א, וחו״מ רמו,ד) לא חילקו בין בריא ושכ״מ. ובב״ש שם ס״ק א הקשה, דכיון דלא איפשיטא, מהני תפיסה, וא״כ כשיתנו לה בתורת אפוטרופוס, תתפוס האשה ותהיה מוחזקת. וכתב, דקודם שנותנים לה אומרים לה דאין תפיסתה תפיסה, ואין נותנים לה אלא לשם אפטרופוס. ויש להבין, מה מהני מה שאומרים לה, סו״ס היא תפוסה בנכסים. ועיין בבית מאיר קז,א שכתב, דאף אם לא אמרו לה, אלא היתה מוחזקת בנכסים עוד קודם מיתתו, לא מהני תפיסתה, כיון שכל תפיסה היא מדין מוחזקות, וחזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו, ולכן חובת הראיה היא על שכנגדו. אולם יש שאין להם חזקה במטלטלין, כמו באומנים, וכן חפצים שאין להם חזקה, כמו גודרות, דכשיש סיבה מיוחדת שנמצאים תחת ידו, אין חזקתו מהוה מוחזקות. ולכן אומן שנותנים לו חפץ לתקן, אין ראיה במה שהחפץ נמצא תחת ידו. ולכן גם אשה שנותנים לה בי״ד ואומרים לה שנותנים לה בתורת אפוטרופוס, הרי היא כאומן, שהנכסים באו לסיבה מסוימת, ואין המוחזקות ראיה לבעלות. וכן אם בידה מכח מה שהיו בידה בזמן בעלה, אין מוחזקותה ראיה, כמו שאין לאשה חזקה בנכסי בעלה. והגר״י מקוטנא, בישועות מלכו על הרמב״ם, נזקי ממון ב,ה ד״ה באופן, כתב דלשיטת הרמב״ם לא מהני בזה תפיסה, עיי״ש בהסבר דברי הרמב״ם מדוע לא מהני בזה תפיסה.

לאור האמור לעיל נראה דיש לבחון לשון הצואה, אם נראה מלשון הצואה או מדברים שאמר בזמן כתיבתה או חתימתה, שמתכוין לתת מתנה גמורה ומוחלטת, שאף תוכל למכור ולתת למי שרוצה, הוי מתנה גמורה, אולם בלאו הכי, לא עשאה אלא אפוטרופוס. ות״ח אחד העלה טענה, דלכאורה בזמן הזה לאו כ״ע דינא גמירי, ובודאי אם כתב כן, התכוין למתנה גמורה, ובטלה האומדנא. והשבתי דאין לבטל אומדנא מטעם זה, דאכן מוצאים אנו מקרים רבים בהם מעביר כל נכסיו לאשתו, אולם אין בכוונתו שתהיה בעלים על הנכסים, ולא מתכוין הבעל אלא משום כבודה, שיהיה לה ממה להחיות עצמה ונפשה בכבוד, ולא שתמכור ותעביר נחלה מאחד לאחר. ובפרט במקרים בהם שייך עוד שתנשא לאחר וכד׳. לכן מכח זה אין לבטל את האומדנא. אולם אפשר, דכיון שידע שמדינא דמלכותא יהיו הנכסים שלה, ויכולה לאשר את הצואה בערכאות, הוי מתנה גמורה, עיין מה שכתבתי בח״ד סי׳ ז בענין זה, ועיין מה שכתבתי לעיל, דאפשר ששונה כאן ממש״כ התשב״ץ, כיון שבצואה רואים שרצה לתת לה תוקף גם ע״פ החוק, וא״כ יש אומדנא שהתכוין גם לדרך זו, וצ״ע.

אולם בנדו״ד שכתב את הצואה והזכיר שאחרי מיתתה ירשו שלשת הילדים בחלקים שוים, מבואר בריטב״א בסוגיא דהוי מתנה כדין ואחריך, ואין לשני אלא מה ששייר ראשון. וכן מה שהאריך לתת תוקף לצואה באופן המועיל ע״י התחייבות וכד׳, אפשר דמהני למתנה גמורה. ובפרט אם נראה מלשון הצואה ומנסיבות המקרה וכו׳,

שהיתה כוונתו לתת לאשה את הנכסים במתנה גמורה, הרי שאפשר לאשר את הצואה. בפרט בנדו"ד שכתב שאם האשה לא תהיה בחיים, שיתחלקו שלשת הילדים (שתי הבנות והבן) בחלקים שוים. וכמו שלגביהם, כשאין עוד יורשים, לא אמרינן שעשאם אפוטרופוס, הוא הדין לענין החלק הראשון של הצואה, וממילא מוכח דכל הצואה בחדא מחתא, שלמתנה גמורה התכוין. אולם לשופרא דמילתא, יש לקבל בקנין מהיורשים ע"פ דין תורה, שמקנים באופן המועיל.

**לאור האמור, אף שנראה שמעיקר הדין יש מקום לאשר את הצואה בנדו"ד, ותהיה האשה בעלים גמורים על נכסי הבעל, מ"מ ראוי ונכון לקבל מהיורשים ע"פ ד"ת בקנין, שמקנים הנכסים כאמור בצואה.**

# סימן ט

## בדין חרש המדבר

### ראשי פרקים

**א. מדבר ואינו שומע, לענין מכירת קרקעות**

**ב. מי שלמדוהו לדבר**

**ג. גט חרש**

הופיע בפני לסדור גט אדם שאינו שומע כמעט בכלל, וספק אם שומע ברור כשצועקים באזניו. לדבריו בעבר שמע קצת, אך עם השנים שמיעתו נחלשה יותר ויותר. כשנתתי לו לקרוא, הוא קרא בצורה ברורה לחלוטין, אף שהיתה קצת משונה, אולם ברורה לחלוטין, בחיתוך ההברות ובהגיתן. כמו כן הוא קורא את שפתי הנוכח ומבין את השיחה. מבקשה שהוא העלה לפני, הבנתי שיש בו אפי׳ רמה אינטליגנטית מעל לממוצע.

יצוין כי הצדדים נשאו לפני מספר שנים, כשהבעל היה חרש במצב דומה, ככל הנראה עם איכות שמיעה מעט טובה יותר מהמצב כיום. והסתפקתי לגבי תוקף התחייבותו בהסכם הגרושין, העוסק בעניני כספים ורכוש, וכן לענין הגט אם צריך לעשות גט חרש או גט רגיל.

## א. מדבר ואינו שומע, לענין מכירת קרקעות

מצאנו במקומות רבים בש״ס מיעוט של חרש שאינו שומע ואינו מדבר, והטעם דהוי חסרון בדעת, עיין יבמות קיג,א ועוד מקומות, ואכמ״ל. ואיתא בגיטין עא,א: אמר רב כהנא אמר רב, חרש שיכול לדבר מתוך הכתב, כותבין ונותנין גט לאשתו (שהיה פיקח כשכנסה וקדושיו קידושין גמורין, ותנן ביבמות (קיב,ב) נתחרש הוא או נשתטה, לא יוציא עולמית, לפי שאין כח בגירושי חרשות להפקיע קידושי חכמה, וקאמר רב דאם יכול לדבר מתוך הכתב דיודע לכתוב על הקלף כתבו ותנו גט לאשתי אתם פלוני ופלוני ומסר להם, פיקח גמור הוא וכותבין ונותנין – רש״י). אמר רב יוסף, מאי קא משמע לן, תנינא נשתתק ואמרו לו נכתוב גט לאשתך והרכין בראשו, בודקין אותו שלשה פעמים, אם אמר על לאו לאו ועל הן הן, הרי אלו יכתבו ויתנו. אמר ליה רבי זירא אלם קאמרת (דכיון דשומע הוא, הרי הוא כפיקח לכל דבריו, אבל חרש שאינו שומע ואינו מדבר, אי לאו דיכול לדבר מתוך הכתב ברמיזה, לא

מפיק ואי לאו דאשמעינן רב לא הוה ידענא), שאני אלם, דתניא, מדבר ואינו שומע זהו חרש (ולא זהו חרש שדברו בו חכמים בכל מקום והשווהו לשוטה, דזהו כפיקח לכל דבריו כדקתני בהדיא, אבל חרש דרב כהנא לא שומע ולא מדבר), שומע ואינו מדבר זהו אלם, וזה וזה הרי הן כפקחין לכל דבריהם. ובהמשך הגמ׳ הובאה דעת רשב״ג דפיקח ונתחרש, הוא כותב גט ואחרים חותמים, כדעת רב כהנא. ושם בע״ב: אמר רבי יוחנן, חלוקין עליו חביריו על רשב״ג. אמר אביי אף אנן נמי תנינא, נישטת לא יוציא, נתחרש הוא או נשתטה, לא יוציא עולמית. מאי עולמית, לאו אע״ג דיכול לדבר מתוך הכתב. וכן קיי״ל להלכה, דחרש גמור שאינו שומע ואינו מדבר, אין סומכין על כתבו להחשיבו כפקח, אלא אם כנס כשהוא פקח, אינו מוציא עולמית, ואם כנס כשהוא חרש, מוציא ברמיזה, עיין רמב״ם הל׳ גרושין ב,יז, ושו״ע אהע״ז קכא,ו.

ואיתא שם בגיטין עא,א: חרש לא הלכו בו אחר רמיזותיו ואחר קפיצותיו ואחר כתב ידו אלא במטלטלין, אבל לא לגיטין. תנאי היא דתניא, אמר רבן שמעון בן גמליאל במה דברים אמורים בחרש מעיקרו, אבל פיקח ונתחרש הוא כותב והן חותמין. והרמב״ם בהל׳ מכירה כט,ב-ג, כתב וז״ל:

> ״החרש כיצד נושא ונותן, חרש שאינו שומע ולא מדבר או מדבר ואינו שומע כלום, מוכר ולוקח המטלטלין ברמיזה אבל לא בקרקע, ואף במטלטלין לא יתקיימו מעשיו עד שבודקין אותו בדיקות רבות ומתישבין בדבר. (השגת הראב״ד) אבל לא בקרקע וכו׳. א״א, זה לא ידעתי למה, עכ״ל. אלם ששומע ואינו מדבר או מי שנשתתק, מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנותיו קיימות בכל, בין במטלטלין בין בקרקע, והוא שיבדק כדרך שבודקין לגיטין או יכתוב בכתב ידו.״

ומה שחילק הרמב״ם בין מדבר ואינו שומע, שדינו כחרש גמור, לשומע ואינו מדבר, הקשה עליו הרב המגיד שם, דבגמ׳ גיטין עא,א השוו דיניהם, דזה וזה הרי הן כפקחין לכל דבריהם. וברש״י שם דחרש המדבר ואינו שומע, אין זה חרש שדברו בו חכמים בכל מקום והשווהו לשוטה, דמדבר ואינו שומע הרי זה כפקח לכל דבריו, ונשאר בצ״ע. ועיין גם בהל׳ טוען ונטען ה,יב, לענין מה שאין נזקקין לטענת חרש ושוטה, דדעת המגיד דמיירי באינו שומע ואינו מדבר, אבל מדבר או שומע, נזקקים לטענותיהם. ועיי״ש בלח״מ לחלק בין קנינים לטענות, וי״ל דלקנינים בעינן דעת טפי מלנזקקים לטענותיהם. ועיין בטור (חו״מ רלה,יט) דמה שהחמיר הרמב״ם בדינו של מדבר ואינו שומע, אינו נראה כן. וכן מבואר מהרמב״ן בימבות קד,ב, עיין להלן.

ובכס״מ כתב לישב, דמה דאיתא בגמ׳ הרי הם כפקחים לכל דבריהם, אין הכונה לפקחים ממש, דפקחים ממש אינם צריכים בדיקה, ומדבר ואינו שומע ושומע

ואינו מדבר צריך בדיקה, וכיון דקתני מדבר ואינו שומע זהו חרש, משמע שדינו כחרש גמור לדברים שלא נאמר בו בפירוש שאינו כחרש. ועוד י״ל, שסובר הרמב״ם שהוא כפקח דוקא כששומע קצת, וקרי ליה אינו שומע לפי שאינו שומע כמו הפקחים, אבל אם אינו שומע כלל דינו כחרש גמור. וע״ע בגדו״ת לו,א,א משׁ״כ בזה.

ועל תרוצו השני של הכס״מ, כתב בפרמ״ג (פתיחה כוללת ח״ב), דכל הפוסקים כתבו דאף שאין שומע כלל, אם הוא מדבר, הרי הוא כפקח, כברייתא דריש חגיגה (ב,ב). והא דתנן בתרומות א,ב דהמדבר ואין שומע לא יתרום לכתחלה, י״ל לשיטת הרמב״ם דשומע קצת, ולכתחילה לא יתרום כיון שאינו משמיע לאזניו את הברכה היטב. גם בית הלוי (ח״ג סי׳ ב,ג) כתב דאף באינו שומע כלל דינו כפקח. דאף אם היה פקח ונתחרש אח״כ הרי הוא כשוטה לכל דבריו, היינו באינו שומע ואינו מדבר, דכל שאיבד גם שמיעה וגם דיבור, ודאי נאבדה דעתו, אבל במדבר ואינו שומע, בחסרון חוש השמיעה לבד, אין כאן חסרון בדעת שלו, דהא תנן הרי הם כפקחין לכל דבריהם. והא דכתב הכס״מ דבאינו שומע כלום הרי הוא כשוטה, י״ל דאינו מצד חסרון חוש השמיעה, אלא שאם אינו שומע כלום, לא היה לו ממי ללמוד דעת, ועיר פרא אדם יולד, ואם לא ילמד דעת מאחרים אין לו דעת. וכל זה באינו שומע מעיקרא, אבל אם שמע ולמד דעת אף שנתחרש אח״כ ואינו שומע כלום, גם הכס״מ מודה דאינו כשוטה. ואם תאמר, הרי מדבר ואינו שומע כלום שכ׳ הכס״מ דהוא כשוטה, ע״כ איירי בשמע מקודם, דאל״כ מהיכן למד לדבר. זה אינו, דודאי דמדבר דאמרינן בכל דוכתא אין הכוונה שיודע לשון המדינה או שאר לשון אחר, וגם מי שנולד בבית האסורים ולא למדוהו שום לשון גם הוא אינו בכלל אינו מדבר לענין שיחשב לחסרון דעת, וכל שיש לו חוש הדיבור ויכול להוציא כלל ההברות והקולות הנצרכות לדיבור, הוא נקרא מדבר, אף שאינו יודע שום לשון, ורק מי שחסר לו חוש הדיבור שאינו יכול להוציא מפיו ההברות הנצרכות מחמת חסרון שבחושיו, הוא הנקרא אינו מדבר לענין חסרון דעת, ולא מי שאינו מדבר מחמת חסרון לימוד.

וכן נמצא בתש׳ בית שלמה (חאו״ח סי׳ צה) שכתב דתרוצי הכס״מ ״תמוהים מאד״, וחרש המדבר במקצת, אף אם אינו שומע כלל, הרי הוא כפקח לכל דבריו, כדאיתא בברייתא דחגיגה ג,א ובמשנה תרומות א,ב; ״ופשוט לענ״ד דאף שאינו יכול לדבר המלות כראוי, מ״מ כל שיכול לדבר מקרי מדבר, דאם לא כן נימא דכל שמגמגם קצת בלשונו כדרך המצוי, מקרי אלם, והא ודאי ליתא״. וע״ע להלן אות ב מדברי האחרונים בענין.

והנתיבות רלה,כ הקשה על הכס״מ, דהא בחגיגה ב,ב תנן בהדיא, דחרש שדיברו חכמים בו בכל מקום, כשאינו שומע ואינו מדבר. וא״כ כשמדבר ואינו שומע

דינו כפקח. גם הקשה על מה שתירץ הכס״מ דמיירי בשומע קצת, דהא כששומע כשמדברין איתו בקול רם, אפילו אינו מדבר, דינו כשומע ואינו מדבר, וכמש״כ הרא״ש בתש׳ פה,יג, שהשומע כשמדברים עמו בקול רם, אינו חרש אלא שכבדו אזניו משמוע והרי הוא כפקח לכל דבר. עוד הקשה הנתיבות, מדוע בהל׳ גיטין וקדושין לא כתב הרמב״ם דמי שמדבר ואינו שומע דינו כשוטה (עיין להלן, דבהדיא כתב הרמב״ם בהל׳ אישות דדינו כפקח). ותירץ הנתיבות, וז״ל:

״לכן נראה לפענ״ד דדעת הרמב״ם דהא דתנן בחגיגה חרש שדיברו בו בכל מקום, היינו דוקא בכל מקום שהזכירו חכמים חרש אצל שוטה וקטן, וכ״כ רש״י שם (ד״ה חרש) וז״ל, שהשוו אותו לשוטה, אז בעינן דוקא שיהיה אינו שומע ואינו מדבר. אבל כאן שלא הזכירו אלא חרש לבד, הוא אפי׳ מדבר ואינו שומע, וכדתנן בגיטין (עא,א) מדבר ואינו שומע זהו חרש. והטעם דקרקע גרע, דהא קטן אחר יג שנים, שדינו כגדול לקדש ולגרש, וס״ל להרבה פוסקים (חו״מ רלה,ח) דאפילו קרקע שלו אינו יכול למכור אם לא שהוא חריף, וכיון דבקרקע בעינן חריפות, ולכך אפילו חרש שמדבר ואינו שומע אינו חריף ואינו יכול למכור קרקע. די״ל דהיה קים להו לחכמינו ז״ל שאינו חריף ואינו יכול למכור קרקע. ונראה דאם צריך למכור קרקע, שהבי״ד מעמידין לו אפוטרופוס כמו שמעמידין לשוטה (חו״מ רלה,כ), דיש לו דין שוטה לזה, דאי לא תימא הכי, לא יהיה יכול למכור קרקע אם לא שילוה תחלה והב״ד יגבוה לפרעון.״

מבואר מהנתיבות שחרש שהוצמד דינו לשוטה, הוא דוקא אינו מדבר ואינו שומע, אבל שומע ואינו מדבר אין דינו כשוטה. אבל לפעמים היה נראה לחכמים להחמיר בדינו, שאין בו דעה מספקת, כגון למכירת קרקעות המצריכה דעת יותר ממכירת מטלטלין או קדושין וגרושין, וכמו שמצאנו לענין מכירת קרקע שירש מאבותיו, דאינו יכול למכור עד הגיעו לכ׳. ולכן לא סמכו על מדבר ואינו שומע במכירת קרקעות, אלא יש להעמיד לו אפוטרופוס כמו בשוטה. וכן תירץ מהרש״ם (ח״ב סי׳ קמ), דהרמב״ם לא כתב אלא לענין מכירת קרקעות, דגם במי שהוא בן יג, שדינו לכל דבר כאיש גמור, עד עשרים שנה אין דינו כגדול בקרקע של אבותיו, ובשלו עד שידע בטיב מו״מ. לכן גם מי שאינו שומע איננו עכ״פ כיודע בטיב מו״מ או כבן עשרים, אבל לשאר דברים דינו כגדול. והביא המהרש״ם ממהר״ם שיק סי׳ קמו שכתב, דבמו״מ בעינן שיהיה סמכא דעתיה דמוכר וקונה, ובאינו שומע לא סמכא דעתיה, כיון שאינו יודע דעת שכנגדו כשאינו שומע דיבורו. (ועיין להלן תש׳ מהר״מ שיק).

וכתרוץ המחלק בין מכירת קרקעות לשאר ענינים נמצא גם במרכבת המשנה (לגר״ש מחעמלא) מכירה כט,ב, וכן הביא דברי הנתיבות האבני נזר (חאהע״ז סי׳

רכה,ג), וכן הגר״מ פיינשטיין זצ״ל באגרות משה (חאהע״ז ח״ג לג), שיש הכרח לומר כתרוץ הנתיבות. (ועיין דברי חיים ח״ב חאהע״ז סי׳ עב ד״ה אך בנידון, דלא קיי״ל כרמב״ם במש״כ במדבר ואינו שומע, עיי״ש. וצ״ע דבסוף התשובה משמע שחש לשיטת הרמב״ם). ובקונטרס מלאכת חרש כתב דמש״כ הרמב״ם הוא בקרקעות, מפני שאין קרקעות ניתנים מיד ליד, ואין כאן מעשה המוכיח על דעתו של החרש המדבר, משא״כ במטלטלין. וזה כוותיה דהנתיבות, אך לא מטעמיה.

ועיין בגט פשוט קכ,כט שהביא את דברי הרמב״ם והחולקים עליו, ולדבריו אם נכתב גט ע״פ דבורו של מדבר ואינו שומע, כיון דדעת הרמב״ם שדינו כחרש גמור, אף דהטור והר״ן פליגי עליה, הרי היא ספק מגורשת. אך בהמשך הקשה על מש״כ הרמב״ם דדינו כחרש גמור, דמריש חגיגה ומתרומה משמע שיש לו דעתא צילותא, ושכן פסק הרמב״ם בהל׳ תרומות ד,ד ובהל׳ חגיגה ב,א, ונשאר בצ״ע על הרמב״ם.

וכאמור, לכאורה יש להקשות סתירה בדברי הרמב״ם, ממש״כ בהל׳ אישות ב,כו: ״חרש וחרשת האמורים בכל מקום הן האילמים שאין שומעין ואין מדברים, אבל מי שמדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר, הרי הוא ככל אדם. ואיש ואשה שהן שלמים בדעתן ואינן לא חרשים ולא שוטים נקראין פקח ופקחת״. ומבואר דמדבר ואינו שומע הוא ככל האדם. וכמו שרמז הנתיבות הנ״ל לסתירה זו. ומהר״מ שיק בתש׳ (חאהע״ז סי׳ עט) כתב לישב, דהרמב״ם בהל׳ מכירה מיירי בחרש המדבר, אך אינו מדבר ממש אלא רומז, עיי״ש, ולכאורה הוא דוחק בדברי הרמב״ם. ונשאר בצ״ע על הרמב״ם דדבריו סותרים. ובסוף תשובתו כתב לישב, דהרמב״ם מיירי דמדובר בחרש שאינו שומע ואינו מדבר מלידה, ולמד לדבר בבית ספר לחרשים, שלא יצא מידי ספק בר דעה. ולכאורה למש״כ האחרונים, אם הצליחו ללמדו בבי״ס, כנראה הוא שומע קצת, וכמש״כ הדברי חיים מהרמב״ם בפירוש המשניות והברטנורא בתרומות א,ב, ועיין עוד להלן אות ב.

עוד יש להקשות סתירה לכאורה ברמב״ם, ממש״כ בהל׳ תרומות ד,ד (ומקורו במשנה תרומות א,ב), דחרש מדבר ואינו שומע לכתחילה לא יתרום, מפני שאינו שומע הברכה, אך תרומתו תרומה. ומוכח שאינו כשוטה שאף תרומתו אינה תרומה, ולא כחרש המדבר ואינו שומע, שכתב הרמב״ם דינו שם בה״ב שאין תרומתו תרומה. וכן יש להקשות מדברי הרמב״ם בהל׳ עדות ט,יא: ״החרש כשוטה שאין דעתו נכונה ואינו בן מצות. ואחד חרש מדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר, אע״פ שראייתו ראייה מעולה ודעתו נכונה, צריך להעיד בבית דין בפיו, או שיהיה ראוי להעיד בפיו, ויהיה ראוי לשמוע הדיינים והאיום שמאיימין עליו. וכן אם נשתתק, אע״פ שנבדק בדרך שבודקין לענין גיטין ונמצאת עדותו מכוונת והעיד בפנינו בכתב ידו, אינו עדות כלל,

חוץ מעדות אשה לפי שבעיגונה הקילו״. הרי שבמדבר ואינו שומע החסרון שאינו שומע האיום שמאיימים עליו הדיינים, והוא דין מיוחד בעדות, אבל אינו כשוטה, משא״כ מי שאינו שומע ואינו מדבר.

והגרא״ז באבן האזל מכירה כט,ב הקשה את הסתירה הנ״ל בדברי הרמב״ם, והביא גם דברי הגר״א בבאורו לחו״מ רלה,נד, והקשה עליו, עיי״ש. וכתב הגרא״ז לבאר, דכשהחסרון הוא מצד הדעת, יש למדבר ואינו שומע ושומע ואינו מדבר דין פקח לכל דבריו. אולם יש ענינים שדין חרש התמעט מטעמים אחרים ולא משום חסרון דעת, ובהם דינו של מדבר ואינו שומע כדין חרש. דכשנזכר דין חרש אצל שוטה, מוכח שחסרונו הוא דעת, דומיא דשוטה, וחרש זה הוא שאינו שומע ואינו מדבר בדוקא. והן למעשה דברי הנתיבות רלה,כ

ולפ״ז כתב הגרא״ז לישב את דברי הרמב״ם, דהא דתנן חרש רומז ונרמז במטלטלין, וכן מה דתניא בגיטין חרש לא הלכו אחר רמיזותיו אלא למטלטלין אבל לא לגיטין, אין הדין משום חסרון דעת, אלא שכח הרמיזה לא מהני רק במטלטלין ולא בקרקע. ובשומע ואינו מדבר מהני רמיזתו גם לקרקע ולגיטין, יש לחלק בין רמיזה שלו לרמיזה של אחרים. דשומע ואינו מדבר שהוא מוכר ע״פ רמיזה שלו ושומע מה שאחרים מדברים עמו, מהני רמיזתו, אבל מדבר ואינו שומע שהוא צריך להבין את הרמיזה של אחרים, ואין אנו סומכין שהוא מבין רמיזת אחרים, ולכן לא מהני. דבין מדבר ואינו שומע ובין שומע ואינו מדבר, הרי הם כפיקחים לענין דין דעת, רק החילוק הוא בדין רמיזה, וזה שייך רק במקח וממכר, שמתוך שאינו יכול להבין רמיזתם של אחרים אינו יודע במקח קרקעות. ולכן אף שהוא מדבר שהוא מוכר בכך וכך מעות ונתנו לו המעות, לא מהני מכירתו. אבל בגיטין וקידושין, כיון שאין החסרון בדעת שלו, שפיר מהני הקדושין והגירושין שלו, ואין צריך לרמיזה כלל, שהרי הוא מדבר ואינו צריך לשמוע מה שאחרים אומרים לו, ובשומע ואינו מדבר מהני גם רמיזתו ע״י בדיקה גם לקרקעות. ולפ״ז לענין גט דינו כבן דעת, ולענין הסכם גרושין, ככל שמדובר בעניני קרקעות לכאורה לא מהני מכירתו. אולם לכאורה האידנא ככל שהוא קנה וזכה בדירה, כך יש לו היכולת למכרה, שהרי לא קנה את הדירה ע״י שאחרים זיכו לו. ומה עוד שכל עניני ההסכם מובאים בכתב, ובפרט שההסכם מעגן רק בירור חלקים, וכ״א נוטל את שלו. ובפרט בנדו״ד שיש לו עו״ד, אף שלא בי״ד מינה העו״ד (עיין שו״ע חו״מ רלה,כ), לכאורה בזה סגי וחשיב כיש לו אפוטרופוס, דלענין זה לכאורה סגי במה ששכר לעצמו עו״ד, בצרוף האמור לעיל, אף לשיטת הרמב״ם.

וע״ע באגרות משה הנ״ל (חאהע״ז ח״ג סי׳ לג) שכתב בהסבר תרוץ הנתיבות, דבאינו שומע הרי זה חסרון וקלקול השייך לדעת האדם. ולכן אף שמדבר, שיש לו

התחברות לעניני העולם והשלים חסרונו להיות בדין פקח, מ״מ חריפות הדעת הנצרכת למכירת קרקע אין בו. אולם כשהוא שומע, אין בו שום חסרון וקלקול במוח, ומה שאינו מדבר אין חסרון בדעת ובמוח אלא כמחלה וחסרון באברים אחרים, ואין בזה קלקול, ולכן אין מניעה שתהיה לו חריפות שיש לפקח, וממילא יכול גם למכור קרקעות. ותמה על תרוצי הכס״מ, וכמו שהקשה בנתיבות. ונראה שבשו״ע חזר בו, כמו שלא חילק לענין גיטין וקדושין ועדות: ״ולכן למעשה ודאי אין לחוש לזה בכל הדברים, והוא כפקח גמור, לבד ממכירת קרקעות להרמב״ם״. ולפ״ז כל דבר שאינו במסגרת של מכירת קרקעות, יש לדונו כדין פקח, ובנדו״ד בהסכם הגרושין שאינו מכירת קרקעות אלא ברור חלקים, ואף יש לו עו״ד שמטפל בדבר, יש להכשיר את ההסכם וכנ״ל.

ונראה מדברי הרמב״ן שסובר שאינו שומע ומדבר או אינו מדבר ושומע, דינם כפקחים לכל דברים. דהגמ׳ יבמות קד,ב דנה לענין חליצת אילם ואילמת, אם כשרה כיון שקריאה לא מעכבא, או כיון שאינו ראוי לקריאה, קריאה מעכבת בו: אמר רבא השתא דאמרת קריאה לא מיעכבא, לפיכך אלם ואלמת שחלצו, חליצתן כשירה. תנן, חרש שנחלץ והחרשת שחלצה והחולצת מן הקטן, חליצתה פסולה. מאי טעמא, לאו משום דלא בני קרייה נינהו. לא משום דלאו בני דעה נינהו. אי הכי אלם ואלמת נמי. אמר רבא, אלם ואלמת בני דעה נינהו, ופומייהו הוא דכאיב להו. והא אמרי דבי רבי ינאי לפי שאינו באמר ואמרה. אלא כי אתמר דרבא אסיפא אתמר חרש שנחלץ והחרשת שחלצה והחולצת מן הקטן חליצתה פסולה. אמר רבא השתא דאמרת קרייה מעכבא, לפיכך אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה, ומתניתין כר׳ זירא, דאמר ר׳ זירא כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו וכל שאין ראוי לבילה בילה מעכבת.

והרמב״ן שם ביבמות הקשה מהגמ׳ חגיגה ב,ב דחרש המדבר ואינו שומע זהו חרש, שומע ואינו מדבר זהו אלם, וזה וזה כפקחין לכל דבריהם. ומהירושלמי פ״ק דתרומות דחרש שדברו חכמים בכל מקום שאינו לא שומע ולא מדבר. ולפ״ז ביאר הסוגיא, דבהו״א סברו דחרש במשנה הוא שאינו שומע ומדבר, מדלא קתני שוטה, ולכן הקשתה הגמ׳ לאו משום דאינן באמר ואמרה, לפי שאין אנו יכולין ללמדם לקרוא, ולא משום דלאו בני דעה נינהו משום חרשותן בלבד, ולית לן השתא הרי הן כפקחים לכל דבריהם אלא כפקחים הן לחייבן במצות, אבל לחליצה שצריכה כוונה, אין להן דעת; ״ומסקנא משום שאינן בואמר ואמרה ואפילו במדברין, ואי נמי בשאינן מדברין פי׳ ר׳ ינאי דמתניתין, משום האי טעמא נמי פסיל להו, אף על גב דאיכא נמי משום דעת, לפיכך אלם ואלמת נמי חליצתן פסולה משום קריאה ולאו דוקא נקט חרש״. (ועיין להלן אות ב לענין חליצה בחרש המדבר). ומשמע מהרמב״ן דבמדברים

אין הפסול משום דעה אלא דוקא בחליצה שצריך כונה וצריך ואמר ואמרה, הא לשאר ענינים יש בהם דעת, וזה דלא כרמב"ם.

גם מדברי הר"ן גיטין (לג,א-ב מעמוה"ר) מבואר דחרש המדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר, הרי הם כפקחים לכל דבריהם, אלא שצריך בדיקה, וז"ל: "חרש שיכול לדבר מתוך הכתב. אע"פ שאינו מדבר ואינו שומע, ומשו"ה לא קי"ל כותיה, אבל מדבר ואינו שומע שומע ואינו מדבר, הרי הן כפקחין לכל דבריהם ובבדיקה סגי". ועיין להלן אות ב משו"כ ממהר"מ שיק בענין.

וגדר מי נקרא מדבר, נמצא באגרות משה (חיור"ד ח"ד סי' מט): "כידוע חרש שיכול באמת לדבר, דזה הוי כשמדבר מילים שמובנות בקל, אינו נחשב כחרש לדינא, כדאיתא בנדה יג,ב, אבל חרש שאינו יכול לדבר מילים שיהיו מובנים לרוב אנשים נחשב כחרש, אף אם יכול לדבר ע"י ידיו או בכתיבה". וכאמור בנדו"ד הבעל מדבר באופן ברור לחלוטין, וקרא היטב והובן היטב מה שאמר, הגם שבניגון של כבד פה, אבל דבריו היו ברורים לחלוטין. וע"ע בצמח צדק (לובאוויטש, חאהע"ז סי' קנח) משו"כ לענין חרש שאינו מדבר אלא בלחש, וגם זה רק כמה תיבות לחצאין וכמה לא, אם נחשב כמדבר.

ויש לצרף לנדו"ד גם שיטות ראשונים הסוברים דאף בחרש גמור תקנו לו חכמים קנין בקרקעות כדי חייו, וכמש"כ לעיל דכן דעת הראב"ד. תנן בגיטין נט,א: חרש רומז ונרמז (מה שהוא רומז קיים, ומה שרומזין לו והוא מתרצה קיים. רמיזה – בידיו ובראשו – רש"י), ובן בתירא אומר קופץ ונקפץ (עקימת שפתיים, שנא' קפצה פיה (איוב ה), ואינו סימן ניכר כרמיזה) במטלטלין. הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין. ובגמ' שם: אמר רב נחמן, מחלוקת במטלטלין, אבל בגיטין דברי הכל ברמיזה. פשיטא, במטלטלין תנן, מהו דתימא אף במטלטלין, (קאמר, וכל שכן בגיטין, דלא תימא גיטין הוא דקילי משום דבקפיצה כנס בקפיצה יוציא, אבל מטלטלין שנפלו בירושה לא, משום הכי תנן מטלטלין), קמ"ל (רב נחמן מטלטלין דוקא נקט בן בתירא ולא בגיטין ובקרקעות, לא ברמיזה ולא בקפיצה, דהכא הוא משום כדי חייו תקון רבנן כדלקמן). איכא דאמרי, א"ר נחמן, כמחלוקת במטלטלין כך מחלוקת בגיטין. והאנן במטלטלין תנן, אימא אף במטלטלין. ולפ"ז יוצא שנחלקו שני ההסברים בגמ' אם במטלטלין דוקא תקנו קפיצה או רמיזה, דאף דפשטות הגמ' דהמחלוקת היא לענין קפיצה בלבד, מבואר ברש"י דללישנא קמא לא תיקנו לא קפיצה ולא רמיזה אלא במטלטלין כדי חייו, ולאיכא דאמרי תיקנו הן במטלטלין והן בשאר דברים כגיטין וקרקעות. ועיין בריטב"א בגיטין שם.

עוד מבואר ברש"י דקפיצה אינה סימן ניכר כרמיזה, והיא פחותה מרמיזה, ובן בתירא בא להקל דאף בקפיצה מהני. וכן מבואר ברמב"ם מכירה כט,ב: "החרש כיצד

נושא ונותן, חרש שאינו שומע ולא מדבר או מדבר ואינו שומע כלום, מוכר ולוקח המטלטלין ברמיזה אבל לא בקרקע". ומבואר דדוקא ברמיזה ולא בקפיצה, וכלישנא קמא דדוקא במטלטלין ולא בקרקעות. וכ"פ בשו"ע חו"מ רלה,יז. וכן פסק הסמ"ג (עשין פב), דדוקא במטלטלין ולא בקרקע.

אמנם הרמב"ם בפירוש המשניות (גיטין ה,ז) כתב דבן בתירא מחמיר יותר מת"ק, דקפיצה אינה עקימת שפתיים גרידא אלא שבמקח וממכר במטלטלין לא מהני רמיזה אלא עד שיקבל הדבר ויחזיק בו, וימסור החפץ לזה שמכר לו, ולא תספיק הרמיזה בלבד. וכן הסביר הריטב"א בדברי בן בתירא: "נוטל החפץ מידו ונותן לו המעות שלא ברמיזה", וכן הראב"ד בפירושו על הרי"ף (גיטין כז,ב בעמוה"ר) מהירושלמי. ומ"מ פסק הרמב"ם בהל' מכירה דאין צריך קפיצה אלא סגי ברמיזה.

והראב"ד בהל' מכירה כט,ב הקשה על הרמב"ם שפסק דבקרקעות לא מהני, דלא ידע מדוע פסק הרמב"ם כן. וכדעת הראב"ד נראה מדברי הרי"ף, לפי מה שלמד הרא"ש בדבריו, עיי"ש ברא"ש גיטין ה,יח, מזה שהביא הרי"ף מימרא דרב נחמן בהלכותיו, משמע שפוסק כבן בתירא וכלישנא בתרא דרב נחמן לקולא. וסברתו מדאמר רב נחמן דבריו אליביה דבן בתירא, אלמא דקסבר דהלכתא כוותיה. והרא"ש השיג על הרי"ף, דבכל התלמוד מפרשין האמוראין דברי התנאים לידע פירוש המשנה במה נחלקו, אע"ג דלית הלכתא כוותייהו, והבא להקל צריך ראיה. אמנם כדעת הראב"ד נמצא במאירי בשם יש מי שפירש, ועיי"ש שביאר דין קפיצה בקרקע לשיטתו. ומ"מ יש לצרף דעות החולקים על הרמב"ם וסוברים דמדבר ואינו שומע הוא כפקח לכל דבריו, וכן דמהני אף בחרש גמור רמיזה במקרקעין, לאשר ולתת תוקף להסכם הגרושין שעליו הסכים החרש, וכנ"ל.

## ב. מי שלמדוהו לדבר

ומצאנו דיון באחרונים בחרש גמור והוא משכיל ולמד דעת, וכיום עם התפתחות מדע הרפואה, ניתן ללמד חרש גמור להבין ולהשכיל. הפרמ"ג בפתיחה הכוללת לאור"ח (ח"ב אות ד) דן לענין מדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר, אם דינם כפקחים, ובכל אופן צריכים בדיקה; "אבל אין שומע ואין מדבר, אפילו פקח גדול, לא מהני, דא"כ נתת דבריך לשעורין". ובתש' צמח צדק (הקדמון) סי' עז נשאל בענין חיט, המוגדר ע"י השואל כפקח גדול ובעל הבנה טובה. והשואל טען שאין זה חרש אלא אלם, מפני שהוא יודע בסדר התפילות להראות מתוך הסידור איזה הם תפילות של חול ואיזה של שבת ויום טוב, ומה שמוסיפין לומר לפי סדר המועדים, ונושא ונותן עם כל אדם, ויודע לחתום בחתימת ידו, והשאלה איך יקדש אשה. וע"ז השיב

הצמח צדק שהוא מכיר את אותו חיט ואינו אלם אלא חרש שאינו שומע ואינו מדבר, ואף שהוא פקח ביותר, אין לחלק בין החרשים. וראה הצ״צ לרבותיו דנוהגין שהולך לחופה עם החרש אחד שהוא רגיל עמו, כגון אחד מן אחיו או שאר קרוביו הגדלים עמו בבית, ומכירים ברמיזותיו, ואותו הרגיל עמו מראה לו ברמיזות ענין קידושין, והחרש מושיט הטבעת לאשה ומקדשה. וכן ראה בקראקא מחרש אחד, שגם הוא היה חיט ופקח גדול, והיה סוחר עם מלבושים, וגם היה פעמים הרבה תובע לאחרים לפני הב״ד, ופעמים היה הוא נתבע, והיו הרבה מבני הקהלה שהיו מכירין ברמיזותיו, כי פקח גדול היה ובקל היה מבין, ואפ״ה היה מקדש ע״י אחד מן אחיו שהיה נכנס עמו לחופה. ומבואר דאם הוא חרש גמור שאינו שומע ואינו מדבר, דין חרש לו ולא חלקו בין החרשים, ואף אם הוא פקח גדול לא מהני בשום דרך, אלא דינו כחרש לכל דבר האמור בגמ׳ ובפוסקים. וכן כתב בבית שלמה (חאו״ח סי׳ צה) דחרש שפטור מכל המצות, אף אם אנו רואין שהוא פקח גדול לעינינו, בכלל חרש הוא. אמנם בבית שלמה שם כתב דכל שהוא מדבר קצת, אף שאינו יכול להגות המילים כראוי, מ״מ כל שיכול לדבר מקרי מדבר, דאם לא כן נימא דכל שמגמגם קצת בלשונו כדרך המצוי, מקרי אלם, והא ודאי ליתא, וע״כ דינו כפקח לכל דבריו. (ועיין בציץ אליעזר חט״ו סי׳ מו מש״כ בדברי הבית שלמה).

ואפשר בעיקר תקנת חכמים להשוות חרש לשוטה לכמה ענינים, הנה חסרון חרש הוא מחמת דעת, כיון שאת הידע והחכמה אדם מקבל דרך חוש השמיעה, וכאשר חוש השמיעה נפגם, אין הוא יכול לקבל את הידע מהחוץ לפנים, משא״כ אילם שאינו מדבר ושומע, שהחסרון הוא שאינו יכול להוציא את אשר רוצה מתוכו לעולם החיצון, ואין בזה פגימה של קניית ידע ודעת, שאת הידע הוא מקבל באמצעות השמיעה. ולכן מדבר ואינו שומע, מדבורו מוכח שהוא שומע קצת, אלא שאם מדבר רק בעקימת שפתיים מוכח שכמעט אינו שומע, וממילא הידע והחכמה שמגיעים אליו מהעולם החיצון הם מועטים ביותר (וזה אתי שפיר להסבר הגרש״ז אויערבך במהר״מ שיק, עיין להלן). ובגמ׳ יבמות קד,ב איתא דאלם ואילמת בני דעה נינהו, ופומייהו הוא דכאיב להו. ומדוע לא נאמר שגם חרש הוא בר דעת ואוזנו כואבת לו. והיינו דכמו שיש בעל מום באבר מסוים אין זה פוגע בדעה, כך גם באילם, יש חסרון בדיבור שהוא כחסרון בכל אבר אחר, אולם אין בחסרון זה כדי למנוע ממנו לקנות דעה ודעת מהעולם החיצון, ורק להביע את דעתו, ממנו ולחוץ, אינו יכול. ולכן היה מקום לחלק בין חרש שאנו רואים שקנה דעה מהעולם החיצון, אף שאינו מדבר כלל ואינו שומע כלל, פיתח חושים אחרים שבאמצעותם קנה דעת וחכמה, ובן דעת הוא. וע״ז באו האחרונים וכתבו דאין לחלק וכנ״ל. אלא שאם זו הסברא, יש להבין מדוע בנשא כשהוא פקח ונתחרש, לא יוציא עולמית, אם כבר קנה דעת וניכר שהוא בדעה. ואפשר

שמה שכתבו הפוסקים דלא פלוג חכמים בחרש, וגם בחרש שלמד וקנה חכמה דינו כשוטה, היינו דוקא בחרש מלידה, שלא קנה דעת דרך חוש השמיעה, אבל מי שהיה בריא ונתחרש, וניכר עדיין שהוא יודע ומבין ובר דעת וחכמה, רק אינו שומע ואינו מדבר, אין דינו כחרש. דכן נראה מדברי בית הלוי ח״ג ב,ג הנ״ל. והמשנה ביבמות מיירי באופן שניכר שאיבד גם את הדעה שהיתה לו בעבר. ובעבר נתקלתי באדם כזה, שעקב הלם קרב ממלחמה, איבד את הדיבור, והשמיעה ג״כ נפגמה ששומע רק רעשים, וניכר עליו שגם דעתו משובשת.

ובקונטרס מלאכת חרש כתב דחרש שאינו שומע והוא מדבר, הרי הוא כפקח לכל דבריו, אם יש גם מעשה המוכיח על פקחותו, ומחשבתו ניכרת מתוך מעשיו. ולכן אלה שלימדו אותם לדבר, הרי הם כפקחים לתפילה, קדושה ושחיטה, ואף לענין עדות, אם אין כאן דין מרומה המצריך דרישה וחקירה. ואף לענין גרושין מהני אם יכתוב בעצמו הגט, דמעשה הכתיבה מוכיח. אמנם בתשובה אחרת שם בקונטרס, שכתב לדברי חיים, חזר בו הגהמ״ח וכתב דגם נתינת הגט חשיב מעשה המוכיח, ואין צריך לכתוב בעצמו את הגט.

והדברי חיים (ח״ב חאעה״ז סי׳ עב), בתשובה לגאון המחבר ספר מלאכת חרש, דן בענינם של חרשים, אשר ברבות הימים הולכים לשקוד וללמוד בבית הספר מיוחד לחרשים, וכשמסיימים לימודם יודעים הם להתפלל ומבינים היטב בלשון אשכנזי וגם מלומדים המה לדעת דת וחק, ומבינים דבר המדברים אליהם כמעט בהברה ובחיתוך הלשון. וגם המה מדברים בלשון עלגים קשה עד למאד לפעמים, אך ביכלתם לדבר באופן אשר השומע יודע ומבין מה שמדברים ומה שהם מבקשים. והשאלה אם גם אחרי הלימוד הם בכלל חרשים שאמרו חז״ל דלאו בני דעה נינהו, או מאחר כי אף שחרשים המה ואינם שומעים הרי מדברים הם בלשון עלגים, ואנו יודעים ומבינים ע״י דיבורם מה שאומרים ומה שמבקשים ודורשים, ורואים שמבינים ויודעים דרכי והויות העולם, כמעט נמצא בהן דעת ותבונה.

הדברי חיים לומד ממסקנת הגמ׳ בגיטין עא,א-ב (הנ״ל), דלרבנן דפליגי על רשב״ג, דינו כחרש אף בחריף היודע לדבר מתוך הכתב, והביא שכן כתב הפרמ״ג (הנ״ל). אולם בהמשך דבריו הביא את דברי הרמב״ם בפירוש המשניות ריש תרומות (א,ב), בטעם שנקרא חרש: ״וקראו חכמים עליהם השלום למי שלא שומע ולא מדבר חרש, לפי שסיבת האלמות היא חרשות, שנפגע בה הילד במעי אמו וגורמת לו שלא ישמע איך מדברים, וכבר נתבאר זה בספר השאלות הטבעיות, ולפיכך קראו את האלם על שם גורם האלמות״. דהיינו חוסר הדיבור נובע מהחרשות, דאם אינו שומע, אינו יכול לדבר. ולפ״ז אם הוא מדבר קצת, מוכח שהוא גם שומע לפחות קצת, שאל״כ איך למד לדבר, וז״ל:

"באם מדברים קצת [ואפילו בלשון עלגים] והוי בגדר מדבר באופן שכתב מהרי"ט ז"ל [בתשובה הנ"ל], בכהאי גוונא לפענ"ד כפקחים הם. ואי משום שאינם שומעים, הנה לפי מה שכתב הרמב"ם (בפירוש המשניות תרומות א,ב) דעל פי טבעי הרפואה אי אפשר לדבר מבלתי שמוע, ולכן אם הם מדברים מסתמא שומעים קצת, על כל פנים דזה מהני להיות נחשב כשומע ומדבר כמבואר בדברי תשו' הרא"ש פה,יג ... ובלאו הכי במדבר ואינו שומע לא קיימא לן כהרמב"ם ז"ל (מכירה כט,ב) וגם הרמב"ן ז"ל (יבמות קד,א ד"ה והא) שחייש לזה, גבי חליצה דוקא דצריך ענינים מרובים וקרוב לטעות, כמבואר בריטב"א שם במקומו (ד"ה מ"ט). וגם כי מבואר ברמב"ן שם דזה רק לס"ד, אבל באמת שומע ואינו מדבר ומדבר ואינו שומע כפקחים."

[ומה שהביא הד"ח מהרמב"ם בפיהמ"ש, כן נמצא גם בברטנורא שם: "שנולד חרש ממעי אמו, וכיון שלא שמע מעולם מה שמדברים לו, אי אפשר לו שידבר". ומוכח דאין אפשרות לדבר אם לא ששומע קצת, ועיין להלן]. והמשיך הדברי חיים לדון אם מהני שיכתוב הגט בעצמו, דכל מה דלא מהני הוא דוקא שכותב ציווי לאחר לכתוב, אבל אם הוא עצמו יכתוב הגט יועיל, ודחה סברא זו, עיי"ש. ומ"מ מוכח מהדברי חיים שאם הוא מדבר ומבינים מה שהוא מדבר, אף אם שפתו שפה עילגת, מוכח ששמע ושומע קצת, וממילא דינו כפקח לכל דבריו.

ומהרש"ם (ח"ב סי' קמ) נשאל באשה שנפלה לפני יבם חרש שמלידתו אינו שומע ואינו מדבר, וע"י שלמד בבי"ס מיוחד לחרשים יודע ומכיר בתנועות שפתים וידיים, ומבין כל מה שמדברים עמו, וגם הוא מדבר בלשון נלעגת, ומבינים השומעים את דבריו, והוא עוסק במלאכתו בחכמה ובדעת ככל האדם. והאשה מרוב חשיבותה אין רצונה להתייבם לו בשום אופן, ותשב כל ימיה גלמודה אם לא יתירו לו לחלוץ. והביא מתש' צמח צדק ודברי חיים הנ"ל, דכל שהוא חרש גמור, אף אם הוא פיקח, דינו כחרש האמור בחז"ל לכל דבר וענין. ומ"מ בנדון שם שהוא מדבר ואינו שומע, כתב להתיר לחלוץ, ודן בדברי הריטב"א ביבמות הפוסל מדבר ואינו שומע לחליצה שלמד כן מהירושלמי בתרומות, היינו לשיטת הירושלמי דבכל המצות צריך שישמיע לאזניו, דכתי' והאזנת למצותיו, לכן גם בחליצה צריך שישמעו כל א הדברים שאומר, כיון שהאמירה בכלל המצות, מ"מ לש"ס דילן אין צריך שישמיע לאזניו, עיי"ש. וגם הריטב"א מודה שדעת הירושלמי דחליצת חרש פסולה לאו משום שאינם בני דעה אלא מפני שאינם בכלל אמר ואמרה, רק שהירושלמי סובר כשאינם שומעים, אינם בכלל אמירה, שהוא דין בכל המצוות לירושלמי, משא"כ לדידן. ולכן בחליצה לפי מסקנת הש"ס דילן לכ"ע אין צריך להשמיע האמירה בחליצה לאזניו, ובמדבר ואינו שומע מהני החליצה. עוד כתב מהרש"ם, דהריטב"א ביבמות קד (הנ"ל) ביאר דאף

דאילם דעתו שלמה, מ״מ במדבר ואינו שומע, מתוך שאינו שומע דיבורו של חבירו, עומד נבהל ואין דעתו מיושבת. א״כ כשלמדוהו להבין מה שמדברים אליו באמצעות תנועות השפתים, אינו בהול ודעתו שלימה, ולכ״ע חליצתו כשרה. והביא מהמהרי״ל בתש׳ סי׳ קז דחרש המדבר ואינו שומע דינו כפקח, אף שאינו יודע לקרוא ושפתותיו נעות בזמן הברכה, ואפשר לצרפו למנין. וע״כ כתב מהרש״ם להתיר לחלוץ.

ובמהר״ם שיק (חאהע״ז סי׳ עט) דן באריכות בדין חרש, ובאות ד כתב בענין מי שנולד חרש שאינו שומע ואינו מדבר, ולמד לדבר קצת בבי״ס לחרשים. וכתב שספיקו אם דין מדבר ואינו שומע שכתבו הפוסקים הוא במי שמעיקרו מדבר ואינו שומע, או גם מי שאינו שומע ואינו מדבר ולמד לדבר, דינו כפקח. ולא זכיתי להבין עצם השאלה, וגם מדעת שאר הפוסקים לא משמע שזה בכלל ספק, שאיך יש מציאות שאדם מלידה מדבר ואינו שומע, איך יש במציאות אדם שמלידה בדרך הטבע ידבר בלי שישמע, ואם בלא שלימדוהו מדבר, כנראה ששומע, ובבי״ס לחרשים מנצלים את אחוזי השמיעה הקטנים ומגרים העצב ומלמדים אותו לדבר. והיינו שמבחינת המציאות מי שמדבר ואינו שומע בלי שלמדוהו, כנראה שיש לו אחוזי שמיעה גדולים, והוא בכלל שומע ומדבר, רק שומע קצת ומדבר קצת, וא״כ היכי משכחת לה מדבר ואינו שומע מלידה בלי שלמדוהו. ואכן מהדברי חיים מבואר כנ״ל, שודאי שומע קצת, וגם המציאות היא כזו. לכן עצם השאלה לא מובנת.

וברורתי אצל מומחה בתחום השמיעה, ומסקנת הדברים שמי שיש לו רמת שמיעה נמוכה ביותר, עד שלא שומע רמת רעש של 90DD, כאשר רמת הרעש שבני אדם בדר״כ מדברים היא של 60DD, אין אפשרות שילמד לדבר. אא״כ מה שהתחדש מזה כמה שנים (כ-20 שנה) שניתן להשתיל שתל שבלול באוזן הפנימית, שתפקידו כאוזן, להמיר אנרגיה מכנית (גלי קול) לאנרגיה חשמלית (גירוי עצבי), וגם זה יועיל רק אם אין פגיעה נורולוגית (שזו פגיעה בהבנה ובפיענוח, אך היא פגיעה נדירה). וממילא אם חרש יכול לדבר, בפרט בתקופה של לפני מאה שנים ויותר, מוכרחים לומר שהשמיעה שלהם קיימת, הגם שהיא חלשה ביותר, אך ודאי הם שומעים קצת, וללא שמיעה מינימאלית, אין אפשרות שילמדו לדבר. ולכאורה גם אם רמת השמיעה כה נמוכה עד אשר נצרכו להשתלת שבלול שתל, מוכח שאין כאן פגיעה בדעת אלא כחסרון אבר, וממילא אם מדבר, אין דינו כחרש. וכאמור, הדברי חיים הוכיח כן מהרמב״ם בפירוש המשניות בתרומה א,ב, וכן מוכח מהברטנורא שם, וכנ״ל. וממילא מה שכתב מהר״מ שיק, לכאורה צ״ב. וראיתי לגרש״ז אויערבך זצ״ל במנחת שלמה ח״א סי׳ לד, שמהר״מ שיק לא התכוין למדבר ממש אלא למי שמדבר בעקימת שפתיים בלבד, עיי״ש וא״ש דברי מהר״מ שיק דלא מיירי במדבר ממש.

והנה מה שהביא מהר״מ שיק ראיה מהגמ׳ גיטין עא,א דרב כהנא ס״ל דמהני כתיבה כדיבור, אך בחרש מעיקרא לא מהני, הגם שעצם הכתיבה מראה על פקחות. וראיה זו גם לא זכיתי להבינה. דשם בגמ׳ מיירי בחרש מעיקרו, אין הכונה מעיקרו – מלידה, אלא על שעת הנישואין, והיינו שגם בזמן הנישואין היה חרש, ואין מעיקרא משמעו מלידה אלא מזמן הנישואין. ושם אף שהוא כפקח, מ״מ אינו מדבר כלל אלא רק כותב, ואינו מדבר כלל, יש להביא ראיה שאין דינו כפקח, אך מהיכי תיתי לדמות מדבר מתוך הכתב למדבר ממש שלימדוהו לדבר.

גם מש״כ מהר״מ שיק בדברי הר״ן גיטין (לג,א מעמוה״ר) שכתב דחרש שיכול לדבר מתוך הכתב, אף שאינו מדבר ואינו שומע, לא מהני כתיבתו, אבל מדבר ואינו שומע, שומע ואינו מדבר, הרי הן כפקחים לכל דבריהם ובבדיקה סגי, ע״כ דברי הר״ן. וכתב מהר״מ שיק דהר״ן מיירי דוקא אם נולד מדבר ואינו שומע, אבל אם נולד אינו מדבר ואינו שומע ולמד לדבר, כיון שהוחזק שאינו בן דעת, לא מהני בדיקה. וגם ראיה זו לא זכיתי להבין, מנ״ל לומר כן בדברי הר״ן, וגם מבחינת המציאות אינו באפשר וכמש״כ לעיל. (ועיין מנחת יצחק ח״א סי׳ קלב). ועיין לגרש״ז אויערבך זצ״ל במנחת שלמה ח״א סי׳ לד דלמד כונת מהר״מ שיק, שאין מדובר במדבר ממש אלא במי שמדבר רק בעקימת שפתיים, ואתי שפיר כל הקושיות הנ״ל.

והנה למהות השאלה במי שאינו שומע ואינו מדבר כלל, רק ניכר שהוא פקח, שכתבו הפוסקים הנ״ל שדינו כחרש שאמרו בו חכמים שאין בן דעת, ולא מהני מה שלמד בבי״ס, כתב מהר״מ שיק לבאר דיש שני ענינים במצוות, רצון ומחשבה, וכוונה. רצון ומחשבה היינו לעשות את עצם הפעולה שהוא עושה, ויש גם את ענין הכוונה, דהיינו שבגיטין וקידושין נוסף על עצם הרצון לעשות את מעשה הקידושין, צריך כונה שתהיה אשתו מקודשת לו קנין עולם, ובגרושין, שתהיה מגורשת ממנו ומותרת לכל אדם, ובקנין צריך שיתכוין שיהיה שלו וחלק מנכסיו, או שמוכר ומוציאו מרשותו. והגם שבחרש זה הפיקח ניכר שעושה ורוצה לעשות המעשה, אין במעשיו הוכחה על כוונת תכלית המעשה, ולכן לא מהני, עיי״ש. וע״ע מה שכתב שם מדוע לא מהני גדול עומד על גביו, דאין כאן דעת עצמו אלא דעת אחרים, ולא מהני בגט, עיי״ש. ובמנחת שלמה ח״א סי׳ לד כתב דעינינו רואות שבזמננו אין הדבר כן, ויש להם פקחות וחריצות משלהם, וגם יש אשר הם יותר משכילים ממלמדיהם, כך שקשה לומר שיש בו דעת מלמדו ולא דעת עצמו.

ובתש׳ עונג יו״ט (סי׳ קעה) דן לענין חליצה בחרש המדבר ואינו שומע, דאף דאין בזה חסרון של ואמר ואמרה, מ״מ כיון שאינו משמיע לאזנו, אפשר דלא חשיב קריאה. והביא מהשאגת אריה בתש׳ (הישנות סי׳ ז) דבקריאה דחליצה צריך שישמיע

לאזנו לכתחלה כמו בקריאת שמע, ואם אינו ראוי לשמוע, הו״ל אינו ראוי לבילה ובילה מעכבת בו. והשאגת אריה הקשה, דביבמות (קד,ב) קאמר רבא אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה משום דלאו בני קריאה נינהו. ואמאי לא אמר רבותא יותר דהמדבר ואינו שומע חליצתו פסולה, דאינו משמיע לאזנו. ומזה הוכיח דהא דקאמר רבי יהודה משום ראב״ע דלכתחילה צריך שישמיע לאזנו מקרא דשמע, הוא מדרבנן אסמכתא בעלמא, וכיון דהוי רק מדרבנן לא איכפת לן גבי חליצה במה שאינו יכול להשמיע לאזנו. והקשה, דברשב״א בברכות טו,א מבואר דהא דדריש רבי אלעזר בן עזריה צריך שישמיע לאזנו מקרא דשמע ישראל, הוא מדאורייתא ודרשה גמורה היא. וכתב לישב, דכיון דקריאה גופא אינה מעכבת אלא משום דבעינן שתהא ראויה לקריאה, וכיון דבדבר דבעי קריאה, ההשמעה לאוזן היא רק לכתחלה אף שהיא מן התורה, מ״מ כיון שהיא רק לכתחלה, אינו מעכב באינו ראוי, וכיון דראוי לקריאה לדין דיעבד, לא איכפת לן במה שאינו ראוי לקריאה לכתחילה.

והעונג יו״ט כתב לחלק, דאף אם בקריאת שמע בעינן שישמיע לאזנו, בחליצה יוצא אף באינו משמיע לאזנו, דדוקא בק״ש וברכת המזון שהם כתפילה, וצריך שישעבד ליבו לשמים, לכן צריך שישמיע לאזנו, משא״כ חליצה שהיא קנין וגם כונה היבם היא רק כונת קנין, וכל הקריאה ענינה שיוציא כוונתו בפיו, אין צריך שישמיע לאזנו. עוד הביא ראיה מהרא״ש בברכות ג,יד, דההשמעה לאזנו לכתחילה היא מדרבנן, דלכן מהני הרהור בבעל קרי. ולכן התיר בעונג יו״ט לחלוץ ליבם שמדבר ואינו שומע. ועיין בקונטרס מלאכת חרש דדעתו דמהני חליצתו, והדברי חיים סבר שעדיף ליבם, והוא השיב עליו, עיי״ש.

והגרש״ז אויערבך זצ״ל במנחת שלמה ח״א סי׳ לד דן בענין חרשים המלמדים אותם לדבר, ובתחילת דבריו כתב שאך למותר הוא להאריך בזה, כי להלכה נקטינן ודאי שאפי׳ אם אינו שומע כלום, מ״מ אם הוא בר דעת הרי הוא כפקח לכל דבר, פרט לאותם הדברים שצריך האדם להשמיע לאוזניו (ראה שד״ח מערכת ח׳ כלל ל״א). אולם בחרש שאינו שומע ואינו מדבר, ואע״פ כן הוא יודע בטיב משא ומתן והוא מבין ומכיר בכל הדברים, וגם יודע בעניני מצוות מה מותר ומה אסור, דן הגרש״ז דלענין בני נח כיון שהוא בר דעת שפיר חייב בכל הז׳ מצוות וגם נהרג עליהם, עיי״ש. ובהמשך דבריו כתב בענין חרש שאינו מדבר אלא בשפת עלגים, שמלמדים אותם לדבר בתנועות שפתיים, וז״ל:

״ובענין חרש בר דעת שאינו שומע, אבל יכול לדבר בשפת עלגים שמלמדים אותם לדבר בתנועות שפתים, נשאלתי לפני כמה שנים ע״י חכם אחד בנידון כזה, בצעיר חרש, אך חריף בשכלו ופיקח גמור, וגם יש לו חברותא

בלימוד, והשבתי שדינו כפקח, וגם מחותני הגאון ר׳ יוסף שלו׳ אלישיב שליט״א נשאל על כך והסכמנו אז לדבר אחד שדינו כפקח, ורק לענין לעלות לתורה חושבני דכיון שאינו יכול לברך כראוי, מסתבר שאין להעלותו.״

אמנם ראיתי לגר״מ שטרנבוך (תשובות והנהגות ח״א סי׳ תשע) שכתב דאם מדבר בתנועת שפתים באופן ברור ביותר, והדיבור יותר בהיר עד שרוב בני אדם יכולים לשוחח עמו ולהבין היטב, עדיף מרמיזה בעלמא ועדיף טפי ומועיל. ואף שרואים שאינו מעורב עם הבריות כ״כ, היינו מפני שהוא בעל מום גדול ומרגיש מוגבל ומתבייש, ואינו מעורב אלא כשנחוץ לו ביותר, אך הוא לכשעצמו יודע ומבין, ודומה לשומע ממש ורומז לדבר ודינו כבן דעת. אך לענין גיטין, קידושין וקנינים שצריך רצון, יש לומר שאין לו רצון פנימי, ולכן דוקא לענין כוונה מהני בחש״ו גדול עומד על גביו וכמבואר בתוס׳ יבמות קד,א (ד״ה והא), אבל לגבי רצון אין זה מספיק, ואינו יכול לקדש או לגרש בגדול עומד ע״ג, וכמו שחילק בזה הגאון רבי חיים מבריסק זצ״ל בספרו בהלכות חליצה. אמנם במצוות שמעשיו מוכיחים שמבין, דומה לגדול עומד ע״ג ומהני, מפני שאנו תמיד כעומדים ע״ג שלימדנו אותו ויודעים שהוא שמבין, לכן אי אפשר לפוטרו מחיובו. אבל לענין גיטין וקידושין אף שמבין מה שמלמדים אותו, נראה שאין לו הדעת ושכל עצמי ככל גדול לקדש ולגרש אשה זאת או לקנות דבר זה, לכן לא מועיל אף שיודע מה שעושה, כי זה לא מספיק לענין רצון, ויש להסתפק ולחשוש לקידושיו מה דינו. ועיין מה שהבאתי לעיל מהמהר״ם שיק. ואין בידי להוכיח מה דעת הגרש״ז אויערבך והגרי״ש אלישיב בענין כזה לענין גיטין וקדושין, אם אמרו דבריהם רק למצוות שמעשיו מוכיחים או גם לגיטין וקידושין.

ולפ״ז בנדו״ד שאפי׳ מדבר ממש, יש לדונו כפקח לכ״ע, דמדבר ממש כנראה גם אינו חרש גמור, שאל״כ לא יכל לדבר בשפה כה ברורה, הגם שלא נעימה, אבל ודאי דיבור הוא ואינו חרש, והוא מוכיח שהיה לו אחוזי שמיעה מסוימים (ומחמת גילו המבוגר, אין מדובר במי שיש לו שתל, וכנ״ל), וע״כ דינו כפקח לכל דבר. ורק כשמדבר בשפתיו בלבד יש לדון כנ״ל לענין גיטין וקדושין.

ואף למה שאמר בפני, שבעבר שמע קצת יותר, והיום כמעט ולא שומע, נראה דאין לדונו כנשאה שהוא פקח ונהיה חרש, כדתנן במשנה ר״פ חרש יבמות קיב,ב, שאינו מוציא עולמית. הן מצד שכיום הוא מדבר ודינו כמדבר ואינו שומע, והן מצד שירידת שמיעה מרמה נמוכה שהיתה בתחילה לרמה הקיימת היום, אינה בגדר נתחרש האמורה במשנה שם, דהמשנה מיירי בירידה ממצב של שומע למצב של חרשות, שהיא ירידה חדה ממציאות למציאות, ולא בירידה טבעית של אחוזי שמיעה. וגם ממה נפשך, אם דיבורו הקודם חשיב כדיבור ולכן גם שמיעתו כשמיעה, הרי היום

הוא בגדר מדבר ואינו שומע. ואם אין דבורו דבור, ומעיקרא דינו כחרש, א״כ כשם שכנס ברמיזה מוציא ברמיזה. וכאמור, נראה שדינו כמדבר וכפקח לכל דבר, וכאמור לעיל.

## ג. גט חרש

הובאה לעיל המשנה בגיטין נט,א: חרש רומז ונרמז ובן בתירא אומר קופץ ונקפץ במטלטלין. ותנן במשנה יבמות קיב,ב: חרש שנשא פקחת ופקח שנשא חרשת, אם רצה להוציא יוציא, ואם רצה לקיים יקיים. כשם שהוא כונס ברמיזה, כך הוא מוציא ברמיזה. והנה רבינו ירוחם (אדם וחוה, נתיב כד,ו) הביא בשם הגאונים נוסח גט חרש, כפי שמצא בעיטור (ובספרי העיטור שבידינו לא מצאתי, עד שראיתי בתש׳ צמח צדק סי׳ סח שהביא מהתוס׳ יו״ט, שגם הוא לא מצא), וז״ל:

> ״טופס גט חרש, כפי שכתב בעל העטור וכן נמצא בשם הגאונים: בכך וכך וכו׳ אנחנא בי דינא דחתימי לתתא במותב תלתא כחדא הוינא כד אתא קדמנא פלוני בר פלוני ורמזנא ליה ורמז להוציא פלונית בת פלוני דאינסבא ליה ברמיזה ומדרמז לנא כתבנא לה גיטא דנא למהוי מגורשת גמורה ותהא רשאה ושלטאה בנפשה למהך להתנסבא לכל גבר דיתיצביין ואנש לא ימחא בידה מן יומא דנן ולעלם ודן די יהוי לה גט פיטורין ואגרת שבוקין וספר תירוכין כתקנתא דרבנן והרי את מותרת לכל אדם.״

ובב״י אהע״ז קכא,ו הזכיר דנוסח גט חרש הובא ברבינו ירוחם. אמנם בשו״ע והרמ״א לא הזכירו שיש שינוי בין גט רגיל לגט חרש, וכמשמעות המשנה שהוא גט רגיל, אלא שציווי החרש הוא ברמיזה. והביא נוסח הגט בנחלת שבעה (קונ׳ מהדר״ב סי׳ א), עיי״ש דקדוק בלשון טופס זה. וע״ע במנחת יצחק ח״ב סי׳ סא בענין דקדוק נוסח הגט.

ובגינת ורדים (חאהע״ז כלל א,יב) הביא נוסח גט הנ״ל מרבינו ירוחם, והקשה דלשון נוסח הגט הוא לשון של בי״ד, ולא לשון שמדבר הבעל עם האשה, ומלבד שיש בו ענינו של גט, יש בו עדות של בי״ד שמעידים איך נהיה דבר זה. וכתב להוכיח דאע״ג דנכתב הגט בלשון שלישי מהני, כיון שאינו לשון עדים לראיה על הגרושין, דכל קפידא שתהיה האשה מתגרשת בגופו של גט זה, שידבר עם האשה לנוכח או בדרך נסתר בין שידבר שלישי בעדו, רק צריך שיהיה מוכח מתוכו שבגופו של גט היא מתגרשת. ואין הקפדה במה שנכתבו ענינים אחרים בגט, מאחר והבעל נותן את הכל ליד האשה, שהרי ס״ת שיש בו כמה פרשיות, אם היה מבורר בו שם המגרש והמתגרשת, הרי זה גט מעליא. וכיון שאין בקלף הגט רק מעשה ב״ד על ענינו וקיומו של גט, דללא המעשה ב״ד האי גיטא חספא בעלמא הוא, דהחרש אינו בן גרושין, והרי זה כקיום הגט. וכתב דבכל אופן יש לסדר גט נוסף כשאר גיטין

דעלמא. (ועיין בתפארת יעקב גיטין נט,א, דכיון שא״א לדעת אם אכן הוא בגדר חרש שאמרו חכמים, צ״ע לגרש בגט כזה לבד, עיי״ש). ושם (בסוף אות טו, תשובה ממהר״י פראג׳) ביאר את ענין מהות גט זה, שהוא שונה משאר גיטין, וז״ל:

״דמה ענין גט דחרש לגט דעלמא, גט חרש דרבנן, הם אמרו דיהיה לחרש נשואין, וכשיבואו לידי גרושין הם המגרשין, דבדבריו אין בהם ממש, דהם אמרו והם אמרו. ואדרבא אם יכתבוהו בנוסח גט דעלמא יש קול גדול, מידי דהוה אגט מיאון ... אם יתנו לה גט בנוסח גט דעלמא, אתי לאיחלופי שיאמרו אלו לא היו קדושיו קדושין גמורים לא היו כותבים גט בנוסח כל הגטין, ואתי לידי קלקול דאתו למימר דאשת איש גמורה ואין קדושין תופסין בה.״

ומבואר מהגינת ורדים דכך היא היתה מעיקרא תקנת חכמים שיגרש חרש ברמיזה, ויכתבו גט בנוסח הנ״ל, ובמתכוין רצו חכמים בתקנתם לשנות בין גט חרש לשאר גיטין דעלמא, כדי שלא יבואו לומר שהיתה אשת איש גמורה, נפק״מ שאם קבלה קדושין מאחר בזמן שהיתה נשואה לחרש, דקדושי האחר שהם מהתורה, תופסים בה. ולכן כך היתה תקנת חכמים, שזו הרמיזה, ולכתוב גט שהוא שונה מגט רגיל. וכן כתב בשבות יעקב (ח״א סי׳ קכג) כי כבר אמרו חז״ל כשם שכנס ברמיזה כך יוציא ברמיזה, כיון דמדאורייתא אין כאן קידושין כלל, סגי ברמיזה לבד. ואפשר דלכך שינו חכמים בנוסח הגט, להראות שאין כאן קידושין ולא גט מהתורה.

ובתש׳ צמח צדק (הקדמון, סי׳ סח) כתב דמתחילה סבר דבחרש יש לכתוב גט רגיל, אלא שרומז לסופר לכתוב ולעדים לחתום, דאף שאינו מדבר בפיו ממש בפועל, מכל מקום מדבר כך ברמיזותיו שמגרש ברצונו וכו׳. עד שראה בב״י אהע״ז קכא שהפנה לרבינו ירוחם, שגט חרש יש לו נוסח מיוחד. ופנה לבעל התוס׳ יו״ט בשאלה כיצד לעשות, וכתב לו התוס׳ יו״ט נוסח שמצא ברבינו ירוחם, וציין שבעיטור לא מצא נוסח זה, והוסיף דגט זה אינו הגט שאיתו מגרש אלא תוספת לגט הרגיל, לפי שצריך שיהיה החרש רומז, ובית דין חוקרים שרומז כהוגן, וכן צריך בדיקה, וצריך בי״ד לכל זה. ולכן כותבים גט חרש בנוסח שהביא הרבינו ירוחם, לראיה שהכל נעשה כדת וכדין, אולם כותבים גט ככל שאר נוסחאות גיטין, ולשון ״גיטא דנא״ שכתוב בטופס גט חרש, כוונתו לגט הנכתב בפני עצמו, הגט הרגיל. ומבואר שהגט המגרש הוא הגט הרגיל, וגט חרש שברבינו ירוחם הוא תוספת, שביה״ד חקרו ברמיזותיו שהן כדין.

ולהדיא מצאנו בב״ש קכא,ט שכתב דכותבים לחרש גט רגיל: ״וחרש המגרש, כותבים גט כשאר נוסח הגט, ונותנים כתב להאשה שגירש אותה ע״י הב״ד כדין ע״י רמיזה, והנוסח עיין ברי״ו ובתשו׳ צ״צ סי׳ סח״. הרי שנוסח הרבינו ירוחם הוא כמו מעב״ד שנותנים לאשה ולא גט ממש. ובפרי חדש אהע״ז קכא,ו בסופו, ציין לרבינו

ירוחם בנוסח הגט, וציין לצמח צדק הנ״ל. וכן כתב רבי שמואל אשכנזי בתש׳ מקום שמואל סי׳ סח, דעיקר הגט הוא הגט הרגיל, וכמש״כ התוס׳ יו״ט והצ״צ, וכן הסכים בישועות יעקב (אעה״ז קכא,ט בקצר). וע״ע בתש׳ ישמח לבב (לרבי ישועה שמעון חיים עובדיה זצ״ל, חאהע״ז סי׳ כז) מש״כ בזה.

וכדברים אלה נמצא בנצי״ב במשיב דבר (ח״ד סי׳ מז). הנצי״ב מקשה על נוסח גט חרש, שיהיו הבית דין מגרשים את האשה, דככשם שהוא כונס ברמיזה כך הוא מוציא ברמיזה, שהוא מרמז מה שהפקח מדבר, אבל נוסח הגט מוכרח להיות בלשון שהבעל אומר הנני מגרשך. ואם הבי״ד כותבים שהבעל אמר להם שיגרשו את אשתו, ה״ז גט בטל. גם תמה, דאין אפשר שכל הראשונים לא ביארו נוסח גט זה. עוד הקשה, שאם צריך בי״ד ממש לגט חרש, הרי יצא שגט חרש חמור יותר מגט פיקח, שאין צריך בי״ד. ועוד הקשה על הרב השואל: ״אחר שחקר בשעת מעשה מגאוני המו״ץ בווילנא איך נהגו, והם השיבו כהלכה למעשה שעשה רבם הגאון הישיש ר״י זצ״ל לכתוב גט פשוט, היאך מצא ידיו לעשות מעשה להיפך. והפלא היותר על המו״ץ שי׳, שהסכימו לעשות מעשה לא כמו שראו רבם עושים״. ומבואר שבווילנא עשו גט רגיל בלבד, ולא כנוסח המובא ברבינו ירוחם. ובעיקר נוסח הגט שהביא רבינו ירוחם, כתב הנצי״ב שאינו אלא טופס שנותנים ביד האשה, לפי שנהגו בימי הגאונים למסור הגט ליד האשה כדי שתוכל להנשא בו, והיה מקום לחוש שכסבורים יהיו שהיא גרושה מן התורה, ע״כ היה נוסח אחר ליתן לידה, וה״ז כמו נוסח גט חליצה שכ׳ הרי״ף ס״פ מצות חליצה. וכהיום אין אנו נוהגים כלל לתת לאשה גט אלא מעב״ד, ולכן לא הביאו נוסח זה של גט חרש, באשר כבר נהגו שכל הגרושות אין הגט בידן, אלא ב״ד נותנים לה מעב״ד שהתגרשה כדת משה וישראל מדרבנן. ומבואר שהאידנא אין צורך בגט זה, שאינו אלא בזמנם שהיו נותנים הגט ביד האשה, והיום נותנים מעב״ד של גט חרש, ושכן נראה נהגו בווילנא שלא לעשות אלא גט רגיל, ומזה הטעם לא הביאו הראשונים ובשו״ע ונו״כ נוסח גט זה. ועיין בהיכל יצחק לגרי״א הרצוג, חאהע״ז ח״ב סי׳ מו שפסק הלכה למעשה דיש לנו לסמוך על רב רבנן גאון עוזנו מוולוזין ז״ל במשיב דבר, שגט חרש בצורתו ככל הגיטין, ואין לדעתו צורך כלל בגט בצורה של נוסחת רבינו ירוחם ז״ל.

ועיין בנודע ביהודה (קמא, חאהע״ז סי׳ פד) שדן בנוסח גט חרשת שכתב הנחלת שבעה ״שרצה לשנות הנוסח משאר גיטין, ויליף לה מנוסח גט חרש שהזכיר רבינו ירוחם והשבות יעקב ... הנה הס לא להזכיר לשנות דבר בגט חרשת, ואף בגט חרש אי אתי לידי הייתי מתיישב איך לעשות, אבל בגט חרשת, שרי ליה מריה להנחלת שבעה שלא ידע לדמות, ודמיונו אינו עולה יפה״. הרי שאף לענין נוסח גט חרש נראה שלא הסכים באופן מוחלט וכתב דיש להתישב בדבר איך לעשותו.

ובתש׳ צמח צדק (לובאוויטש, תאהע״ז סי׳ קנא) כתב בהסבר הדעה הנ״ל שטופס גט חרש הוא כדי שיהיה בידה, וכמש״כ האחרונים הנ״ל, דהא דתיקנו טופס זה ולא די בגט הרגיל, כיון שבגט הפשוט לא נזכר שבעלה היה חרש, והרואה יסבור שבעלה זה היה פקח, ואם החרש הזה נשאה אחר שגירשה בעלה הראשון פקח, תהיה אסורה לחזור לו, משא״כ אם נשאה לחרש היא מותרת להנשא לבעלה הראשון הפקח מן הדין, לכן נותנים טופס זה ראיה בידה. והקשה הצ״צ על שיטת השבו״י שגט חרש בנוסח הרבינו ירוחם הוא עיקר תקנת חכמים שיוציא ברמיזה, שהרי נכתב הגט באופן שהוא לשון הב״ד, ואף שהשבו״י כתב שבכוונה שינו חז״ל בגט חרש, לא יתכן שישנו בדבר שעיקר הגירושין תלוי בו והוא דאורייתא, משום דכתיב; וכתב לה, ואם אינו לשון הבעל, אינו גט כלל. והקשה עוד קושיות של נוסח הגט שברבינו ירוחם, ועל שיטת השבו״י, שכך היתה תקנת חכמים, ולכן הסיק דשיטת השבו״י ברבינו ירוחם דחוקה, ומבואר שהסכים לדעת התוס׳ יו״ט והצמח צדק הקדמון. וכן כתב בסו״ס קפד, דנהגו כצ״צ הקדמון.

ובתש׳ חסד לאברהם (לגאון ר״א תאומים, תנינא תאהע״ז סי׳ נז) כתב שהנוסח שברבינו ירוחם הוא נוסח של מעב״ד שנותנים ביד האשה, והיה נוסח מתוקן לכל בתי דין שיכתבו כולם בסגנון אחד, ועיקר הגט המתיר את האשה לעלמא הוא נוסח הגט הרגיל, ואין לשנות ממטבע שטבעו חכמים בגיטין, ולהשמיט מלשון הגט דברים העיקריים המעכבים ופוסלים בגט, וכתב דדברי השבו״י תמוהים, וחלילה לשנות נוסח גט חרש מכל נוסחי גיטין. ונוסח הגט שכתב רבינו ירוחם, אין לו שייכות בזמנינו, שהבי״ד נותנים לאשה מעב״ד לראיה שהתגרשה. וכן נמצא לגר״ש טויבש בשאילת שלום (תנינא, סי׳ רטז, ריח-ריט), שאין לשנות גט חרש מכל גיטין דעלמא, ואם היתה קבלה שזה נוסח הגט, מדוע לא נמצא נוסח זה בש״ס ובגדולי הראשונים, לכן ״אין לשנות וחלילה לשנות מכל גיטי דעלמא״, ונוסח רבינו ירוחם נועד לתת ראיה ביד אשת החרש שהתגרשה, וכמש״כ התוס׳ יו״ט. ובסי׳ ריח השיב לשואל שהביא ספר שמן המשחה שהצריך ב גיטין; ״ספר זה לא ראיתי מעולם ולא ידעתי שם המחברו, ולדעתי חומרא יתירה היא בלי טעם וריח״, עיי״ש. וכן מבואר בתש׳ נטעי נעימים (לגרי״א רבינוביץ משאוול, תאהע״ז סי׳ לח), שהשיג על דעת השבו״י, רק סידר קודם גט רגיל, ואח״כ גט בנוסח רבינו ירוחם, ונתנו ליד האשה לראיה, ושכן נרעה לעשות. וכן מבואר בתש׳ לב יהודה (לגר״י צירלסון, בעמח״ס מערכי לב, סי׳ פב) דעיקרו של הגט שאנו מצריכים כרבינו ירוחם: ״לא בא אלא לרווחא דמילתא בלבד״. ועיין בתש׳ צבי גאון יעקב, לגרצ״י אופנהיים מקעלם, סי׳ מו) שכתב דלא מיבעיא שיש לסדר רק גט אחד, אלא יש לאסור לעשות שני גיטין, דיש לחוש לאחלופי, שיאמרו שהגט חרש הוא המתיר, ואינו כן, אלא הגט הרגיל הוא המתיר.

אמנם מצאנו גם בפוסקים שכתבו לכתוב ב גיטין, אף שסברו שהגט העיקרי הוא הגט הרגיל, וכמש"כ התוס' יו"ט הנ"ל. כן כתב בדברי חיים (אהע"ז ח"ב סי' עט), וכתב דיסדר תחילה גט רגיל ואח"כ גט חרש. וכן נמצא בתש' אפרקסתא דעניא (לדר"ד שפרבר, ח"א סי' נד), דיש ליתן שני גיטין, דהגאונים הסתפקו אם בעינן גט דעלמא או צריך דוקא נוסח מעשה ב"ד, וכדי לצאת מידי ספיקא דגירושין תקנו גם גט זה, ולכן מדויקים דברי רבינו ירוחם, שכתב "וזהו טופס גט חרש", דמשמע שאינו לראיה לחוד. וכן נראה מדברי הגר"א וולקין בזקן אהרן ח"ב סי' קכב, עיי"ש. וע"ע בתש' ישכיל עבדי ח"ו סי' פו בענין סדר גט חרש ע"י שליח (שהוא נושא בפני עצמו, ועיין בתש' בית יצחק חאהע"ז ח"ב סי' י, צמח צדק לובאוויטש, חאהע"ז סי' קיח, מלאכת חרש ח"ב חקירה א, אור שמח הל' יבום ד,כד, ואין כאן המקום להאריך).

ובמלאכת חרש הנ"ל (חלק ראשון) הביא את דעות הפוסקים בענין, והביא מהיד אהרן (אהע"ז סי' קכא) שדעתו כדעת הגינת ורדים, דיש ליתן בחרש קודם גט כנוסח הרבינו ירוחם, ואח"כ קורעים אותו ונותנים לה גט רגיל. ומתש' דברי נחמיה סי' יט הביא דיש להקדים את הגט הרגיל לגט דרבינו ירוחם, ועיי"ש מש"כ באריכות בענין זה, ומסקנת דבריו דגט דרבינו ירוחם הוא העיקר, ואפי' אם יחזור בו הבעל ולא יסכים לגט דעלמא, יש לסמוך על גט זה דרבינו ירוחם בדיעבד, דהגט דעלמא הוא רק לחוש לדעת התוס' יו"ט ודעימיה.

וראיתי בקובץ מוריה (שד-שו, התשס"ד), הובא שם מכתב שכתב הגאון ר' יצחק אלחנן ספקטור זצ"ל, לגאון האדרת זצ"ל, וז"ל: "עתה באתי ע"ד מה שביקש ממני להכניס את עצמי בענין גט חרש. הנה באמת איני יודע מהו שנתלבטו האחרונים כ"כ בדבר הזה, וכי כעורה היא מה שכתב הצמח צדק, וכמו שהסכים הב"ש לדבריו, ואלו דייקינן כולי האי וכו'. וכן הגאון בעל הישועות יעקב הסכים לדבריהם. והספרים שהביא כת"ר אין לי לעיין בהם ...". ומבואר לכאורה שהסכים לעשות גט רגיל, כדעת הצ"צ הקדמון והב"ש והישוע"י.

והנה כל האמור הוא בחרש גמור, שאין קדושיו וגרושיו אלא מדרבנן, אולם בנדו"ד שהמגרש מדבר, וכאמור לעיל שאין לדונו כחרש, ובודאי גם שמע, שאל"כ לא יכל ללמוד לדבר כ"כ טוב, ודאי דאין לעשות אלא גט אחד. והרי גם בגט של חרש גמור, רבו הפוסקים שאין לעשות אלא גט אחד רגיל, כשהחרש רומז לסופר ולעדים.

**לאור האמור לעיל, הואיל ובנדון דידן שהמגרש מדבר וכאמור, אין לעשות אלא גט רגיל, ע"י שיצוה בפיו לסופר ולעדים, ודינו כפקח לכל דבר, וכן לענין הסכם הגרושין, הכל שריר וקיים.**

# סימן י

## עובד שרוצה לתפוס עבור שכר שלדבריו מגיע לו בדין

### ראשי פרקים

**א. עביד אינש דינא לנפשיה, כח בית דין או דין תפיסה**

**ב. בפרעון חוב ובשכר שכיר**

**ג. עושה דין לעצמו בסתר**

שעת עבודה, כשהעובד מצהיר על מספר שעות, והמעביד משלם לו לפי כל שעה שהצהיר, אחת לשלשה חדשים. בתשלום הראשון הבחין שהמעביד חישב לפי 80 ש״חֵ לשעה. כשפנה למעביד, טען המעביד שסיכמו על 80 ש״ח לשעה. כיון שהעובד רצה להתפטר מהעבודה, הסכים המעביד מכאן ולהבא לשלם לו מאה ֵ לשעה. נשאלתי ע״י העובד, כיון שההפרש למשך 3 חדשים מגיע לסכום של 5000 ש״חֵ, וכיון שלדבריו ברור למעלה מכל ספק שסיכמו מלכתחילה על 100 ש״חֵ לשעה, הוא יצהיר בחדשים הבאים על עוד 50 שעות עבודה פיקטיביות, ובכך יגבה את המגיע לו, מאחר ובדין לא יוכל להוציא מהמעביד, כשאין לו הוכחה לכך, אולם ברור לו שכך סיכמו.

### א. עביד אינש דינא לנפשיה, כח בית דין או דין תפיסה

איתא בב״ק כז,ב: דההוא גרגותא (בור מים מכונסין להשקות שדות – רש״י) דבי תרי, דכל יומא הוה דלי חד מנייהו, אתא חד קא דלי ביומא דלא דיליה, א״ל יומא דידי הוא, לא אשגח ביה, שקל פנדא דמרא מחייה. א״ל מאה פנדי בפנדא למחייה (ק הכאות היה לו להכותו, שהרי גזלו מימיו), אפילו למ״ד לא עביד איניש דינא לנפשיה, במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה, דאתמר רב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה (ואפי׳ דין אמת לא יעשה הוא לעצמו, אלא ילך אצל הדיין), רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה. היכא דאיכא פסידא כ״ע לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה (אי אזיל לבי דינא, דאדאזיל לבי דינא ואתי, קא דלי האי ולא ידע מאי דלי, או שמא יכלו המים מן הבור ואין לו פרעון לזה דקא מפסיד, כי האי גוונא עביד איניש דינא לנפשיה), כי פליגי היכא דליכא פסידא, רב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא, ליזיל קמיה דיינא. ר״נ אמר עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד, לא טרח. מתיב רב כהנא בן בג בג אומר, אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב,

אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל. א״ל עמך (בתמיה), בן בג בג יחידאה הוא, ופליגי רבנן עליה.

ומבואר בגמ׳ דבמקום שיש הפסד, לכ״ע עושה דין לעצמו, ונחלקו במקום שלא יהיה לו הפסד אם יתבע בדין, ורק אינו רוצה לטרוח ולהביא חבירו לבי״ד, ועושה דין לעצמו כדי להמנע מטירחה זו, בזה נחלקו רב יהודה ורב נחמן, וכמש״כ הרא״ש ב״ק ג,ג: ״דרב יהודה סבר בשביל הצלת טורח אין לו רשות לחבל בו, ורב נחמן סבר כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו, יש לו רשות להציל את שלו אפילו בהכאה אם אינו יכול להציל בענין אחר. אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציאו ממנו, לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממוני עשיתי״. ומבואר שאפי׳ לרב נחמן שיכול להציל לעצמו בליכא פסידא, דוקא בדבר שיכול לברר בדין, ואם אינו יכול לברר בדין, אינו יכול לעשות דין לעצמו.

ולכאורה, אם יודע התופס שהאמת איתו, וידע זאת בודאות מוחלטת, רק אינו יכול לברר בבי״ד באמצעות עדים או דרכי ראיה אחרים, מדוע לא יוכל לעשות דין לעצמו ולקחת בחזקה מהחייב. ונראה דס״ל לרא״ש דדין זה דעביד אינש דינא לנפשיה הוא בהלכות דיינים ולא בהלכות תפיסה, שהאדם עומד במקום בי״ד לעשות את הדין, במקום שאין בי״ד או (לר״נ) יש טרחה לבוא לבי״ד, אולם עליו לפעול כדיין, לבדוק את העובדות והראיות כדיין, ע״פ דיני הראיות המצויות בש״ס ובשו״ע. אין לו חופש פעולה לעשות לפי הבנתו ולפי האמת שהוא מכיר ויודע, שזה יכול לעשות בגדרי תפיסה. אולם עביד אינש דינא לנפשיה, הוא הדיין, ועליו לפעול כבי״ד, ולא להוציא ממון שלא ע״פ דיני הראיות. (ועיין באגרות משה חחו״מ ח״א סי׳ ו, דדוקא בדבר שהוא ברור בדין, ולא בדבר הצריך עיון בדין, דבזה לא עביד דינא לנפשיה, עיי״ש).

וזהו גם מש״כ הרא״ש ב״ק א,כ לענין תפיסה בד׳ וה׳ דיכול לעשות דין לעצמו. הרא״ש שם הביא את הר״מ הלוי הסובר דהא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה, דוקא כשיעור הנזק או פחות, אך לא ביותר משעור הנזק. ולכן אם תפס ד או ה בטבח ומכר, מפקינן מיניה, דלא מצאנו תפיסה ביותר מהנזק. וכן מהטעם שזו תקנת חכמים, ולא עשו חכמים תקנה אלא שלא יפסיד ממונו, אך לא לענין קנסות שהם מעבר לקרן. וע״ז כתב הרא״ש: ״ולא נראה לי, דלאו תקנתא היא אלא דינא הוא, דמדאורייתא מחייב ליה אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו, בכל כה״ג עביד איניש דינא לנפשיה, ולא מפקינן מיניה עד דיהיב כל דמחוייב ליה מדאורייתא״. הרי שדין עביד אינש וכו׳, הוא שעומד העושה במקום הדיין, והיינו כשאין דיין שיעשה את הדין, עומד העושה במקומו, ולכן צריך שידון בהתאם לכללים של דיין,

ורק אם יש לו ראיות שיוכל להוכיח בדין, יכול לפעול לפי דין זה, משא״כ כשלא יוכל להוציא בדין, הרי גם הוא כדיין העומד במקום בי״ד, אינו יכול לעשות דין לעצמו.

וכן הוא בנימוק״י (ב״ק יב,ב בעמוה״ר), וז״ל: ״ודוקא נמי היכא דאית ליה ראיה למציל דממונא דידיה הוא. אי נמי, דמודה ליה בעל דיניה בהכין, אבל היכא דליתיה ראיה ולא מודה ליה, אי עבד דינא לנפשיה ע״י הכאה וכיוצא בה מיחייב לשלומי לניזק דמי חבלה. דע״כ לא קאמר רב נחמן אלא היכא דעביד דינא, דאי נמי לא הוה עביד איהו, לא עבדי ליה בי דינא בציר מהכי״. והיינו שיכול לעשות דין לעצמו, רק אם גם בי״ד היו פוסקים לו כן, משא״כ אם בי״ד לא היו פוסקים לו כן, מחמת שאין לו ראיות לתביעתו, אינו יכול לעשות דין לעצמו.

וכן מבואר מדברי המרדכי (ב״ק סי׳ ל) בשם רבינו מאיר, דקיי״ל כרב נחמן דעביד איניש דינא לנפשיה דוקא בחפץ מבורר שהוא שלו ומחזיק בו ומסרב להחזיר לו, אולם כשאין ידוע אם החפץ שלו אם לא, אין לו רשות לעשות דין לעצמו אפי׳ יש לו הפסד; ״דא״כ לא שבקת חיי לכל בריה, דכל אחד יאמר לחבירו ודאי דידי מגזל קגזלת לי ויכה אותו ויחטוף אותו ויאמר עבידנא דינא לנפשאי, דודאי רב נחמן לא פליג אמתני׳ דפ׳ המקבל, המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו, ועוד, והא קרא כתיב בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט״. ומבואר דלא עביד דינא לנפשיה אלא בדבר מבורר ושיכול לברר שהוא שלו. וכן מבואר באור זרוע (ח״ג ב״ק קמה) בשם הראביה, בדוקא דבר ידוע שזה גוזלו, דומיא דההוא גרגותנא דהוה ידוע ששייך לשניהם, יש לו רשות לעשות דין לעצמו, אבל בדבר שאין ידוע אם גוזל אותו או לא, אינו עושה דין לעצמו; ״דא״כ כל אחד ואחד יאמר לחבירו האי דידי ומגזל גזלת ממני ויכה אותו או יחטוף מידו, ונימא עבידנא דינא לנפשיה, א״כ לא שבקת חיה לכל בריה, אלא ודאי לא עביד אינש דינא לנפשיה אלא בידוע שזה גזלו״. ומש״כ בידוע, היינו ידוע בעדים ויכול להוכיח דבריו בבי״ד, וכמש״כ לעיל בדברי הראשונים, דדוקא בכה״ג יכול לעשות דין לעצמו, ולאו בדוקא שיהיה הדבר ידוע לרבים, אלא כל שידוע לשני עדים ויכול להוכיח בבי״ד, יכול לעשות דין לעצמו.

והבדל בין דין לתפיסה, דדין קובע בעלות ותפיסה קובעת מוחזקות, דבתפיסה צריך אח״כ לברר דבריו בבי״ד, רק יוכל לטעון על מוחזקות ולהטיל את חובת ההוכחה על שכנגדו, לפי דיני וגדרי תפיסה, אבל אינה קובעת בעלות על מה שתפס. משא״כ בעביד דינא לנפשיה, הרי עשה ע״פ פסק דין, שנתנו לו כח להיות דיין בענין. וזה עולה גם מדברי מהרי״ק (שורש קסא, בתחילת התש׳); ״דהא לא מיקרי עביד

דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר, או להכות את חבירו או להפסידו עד שישלם הממון, בכה״ג שייך למימר דינא לנפשיה, אבל בכה״ג לא מקרי אלא תופס בכולי תלמודא״.

[ומדברי רב נחמן, בטעם דעביד דינא לנפשיה: דכיון דבדין עביד לא טרח, משמע שעושה דין לעצמו הוא סברא ולא לומדים זאת מפסוקים, מדלא כתב אלא סברא, ועיין חידושי הרי״מ חו״מ ד,א ד״ה ועוד, מה שהסביר בהמשך הגמ׳ דיליף בנרצע שכלו ימיו, שיכול להכותו, מלא תקחו כופר. ונראה דאף למש״כ החזו״א אישות כז,ח, דבדיני ממונות אין פסק בית הדין יוצר את הדין, דלא כבנפשות וקנסות, שפסק ביה״ד יוצר את הדין, בדיני ממונות הבית דין הוא למטרת הכפיה ולירד לנכסיו, ויש עליו חיוב להביא הדבר לפני בי״ד, מהפסוק: ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם - ולא לפני הדיוטות, מ״מ מה שהותר לו לעשות דין לעצמו ולהחשיבו כבי״ד, במקום פסידא לכ״ע ואף בלא פסידא לר״נ, הוא מכח הסברא, עיי״ש.]

ואף כשעושה תפיסה, מצאנו שכח התפיסה הוא מדין עביד אינש דינא לנפשיה, אף שאינו יכול ליצור בעלות, כגון שיש מחלוקת הפוסקים בענין, דאינו יכול לדון לעצמו ולפסוק וליצור בעלות, אך יכול לתפוס מכח עביד דינא לנפשיה, והדיין מגבה לו מחמת מוחזקותו. כן נמצא בדברי הש״ך בתקפו כהן (סי׳ פז). הש״ך דן איך מהני תפיסה במחלוקת הפוסקים, וכתב דכמו שאם דיין פסק כדעה אחת במחלוקת הפוסקים, קיי״ל דקם דינא, וכיון דאילו עשה הדיין כן, מה שעשה עשוי ואין כאן טעות, לכן מועילה תפיסתו מדין עביד דינא לנפשיה: ״דמצי למימר הדין עמי, ואני הוא הדיין ועושה דין לעצמי, דהא קיי״ל בפרק המניח דאפי׳ היכא דליכא פסידא עביד אינש דינא לנפשיה, כל שכן במקום פסידא. דהא בלא תפיסתו לא היה יכול הדיין להגבותו וליתנו לו לכתחילה״. מבואר שהתפיסה היא מכח היות התופס דיין, אך כח הדיין שלו הוגבל רק למעשה התפיסה והמוחזקות, ולא לעשיית דין הקובעת בעלות, דכיון שיש מחלוקת הפוסקים, אין לו כח דיין ליצור בעלות, רק למוחזקות, והדיין יגבה לו מכח מוחזקותו.

ואם לענין עצם הדין דינו כדיין, הרי שכאן פועל יותר מבי״ד, שהרי בי״ד פוסקים הדין, וביצוע הדין הוא הליך של זמן שנותנים לו לשלם עד דנחתינן לנכסיה, ובעביד איניש דינא לנפשיה הוא גם המבצע של הדין שפסק. אלא שיש לו שני כוחות של בי״ד, הכח האחד הוא לדון ולפסוק, דאם יש לו ראיה, כדיין יכול לפסוק, באין בי״ד או אית ליה פסידא (לר״נ), מה יהיה הדין. ויש גם כח של שליח בי״ד לבצע הדין, וכדאיתא בגמ׳ ב״ק כח,א לענין וקצותה את כפה, דבאינה יכולה להציל ע״י דבר אחר, נעשה ידה כשליח ב״ד ופטורה. וכן כתב הנימוק״י (ב״ק יב,ב בעמוה״ר)

לענין גרגותא (כז,ב) דיכול להכותו להציל מימיו: "וממילא שמעינן דשליח ב"ד נמי הכי דיניה בהדי מאן דלא צייית דינא. דאי לא תימא הכי, מארי ממונא היכי יהבי ליה רשותא למעבד הכי, מי אלים משליחא דבי דינא". הרי שניתן לו גם כח של שליח בי"ד, בנוסף לכח של בי"ד לדון, גם כח של שליח בי"ד לבצע את הפס"ד.

ובכח השליח בי"ד מונח גם כח לאפרושי מאיסורא. כן נלמד מדברי האמרי בינה (דיינים סי' ט). האמ"ב מקשה על מה שיכול להכותו, דאם הוא גברא דציית דינא, איך יהיה לבע"ד כח יותר מבי"ד, שהרי גם בי"ד לא יורד מיד לנכסיו אלא משמתינן ליה, ומדוע יש לו כח להכותו, כשהנתבע מוכן לבוא ולדון בבי"ד. ותירץ האמ"ב, דכיון שעושה עבירה זה שרוצה לגזול ממנו, אף אם יוציא אח"כ ממנו בבי"ד, עבר על לא תגזול; "וכל עניני עול שעושה לחבירו בדיני ממונות או גזילה או היזק, הוי ג"כ דין שמים להצילו מעבירה, בזה יש לו רשות אף להכותו להפרישו מאיסורא בטרם שיעבור, ובזה יש רשות לכל אדם ואין צריך ב"ד והוי כשליח ב"ד". דיש שליח בי"ד לשליחות ביצוע הפס"ד, ויש כח של שליח בי"ד לאפרושי מאיסורא, ובשני כוחות אלו יכול להוציא מידו, ואף ע"י הכאה, דלהוציא מידו הוא מכח שליח בי"ד לקיום הפס"ד, ומה שיכול להכותו, הוא כח של שליח בי"ד לאפרושי מאיסורא, שאף שניתן לכל אדם, הוא מכח שליח בי"ד.

והרמב"ם בהל' סנהדרין ב,יב, כתב וז"ל: "יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח, הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה, אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו, אין סותרין את דינו". ולכאורה יש להבין מש"כ הרמב"ם "אם יש בידו כח", אם הכונה לכח הראיה, או כח להכותו ולהוציא שלו מידו בכח. דלכאורה הכונה יותר פשוטה לכח הראיה, דאם לכח הפיזי, הרי לא חייב לפעול בכח ההכאה, וגם אם אין בידו כח הכאה, יכול להוציא שלו ללא הכאה. גם מש"כ הרמב"ם בהמשך הדין; לפיכך אם קבל עליו בעל דינו וכו', שלא נזכר בגמ', ומהיכי תיתי שאם נמצא מה שנפסק כדין, שיסתרו את דינו. ובלח"מ פירש דמש"כ הרמב"ם אם יש בידו כח, הכונה שיכול אפי' להכותו. וממילא פירש המשך דברי הרמב"ם והוציא מדבריו, שאם תבע המוכה את המכה לדין תורה, אם יתברר שעשה שלא כדין, יצטרך לשלם על ההכאה. אולם ברור שהחידוש ברמב"ם הוא שאין סותרים את עצם הדין, ולא קאי על ההכאה עצמה, רק יוצא מהדברים לענין ההכאה.

ומפשטות דברי הרמב"ם נראה שבא לומר שבי"ד דנים על קבילת זה שתפסו ממנו, דהו"א כיון שיש לזה שעושה דין לעצמו כח של בי"ד, בי"ד בתר בי"ד

לא דייקי, קמ"ל הרמב"ם שבי"ד דנים ובודקים, וממילא אם נמצא שעשה כדין לא מוציאים מידו, ואם נמצא שעשה שלא כדין, יוציאו מידו. דאף שחכמים נתנו לו כח של בי"ד, היינו דוקא שפועל בכח הראיות, והגבילו את כח לבדיקה ודיון בבי"ד, אם יקבול שכנגדו על מה שעשה שלא כדין, דכך תיקנו חכמים שיהיה לו כח בי"ד רק אם פעל כבי"ד, ולבי"ד של ג הסמכות לקבוע אם פעל כבי"ד או לא.

[ועיין בחדושי הגאון ר' אריה ליב מאלין (ח"א סי' עה) דהמחלוקת בין רב יהודה לר"נ, האם במקום שיש בי"ד, יש לבע"ד כח לעשות דין לעצמו, וממילא אם יש לו רשות להכותו, דאף לר"נ דיכול להכותו, בניגוד לבי"ד שבנוסף לכח לדון יש להם כח גם להכותו, שהוא כח נפרד, דיש דין שופטים ויש דין שוטרים, בע"ד המכה כדי לעשות דין לעצמו, אינו דין נפרד אלא מכח עשיית הדין, וממילא אם אין לו אפשרות אחרת, יכול לעשות ע"י הכאה. ובזה פירש דברי הרמב"ם שהשמיט מה שיכול להכות בעביד דינא לנפשיה, דכח ההכאה שלו הוא מכח עשיית הדין. עוד כתב שם, דבבי"ד המכים אין להכאה תורת מזיק, משא"כ בבע"ד המכה, יש תורת מזיק, רק פטור מתשלומים, עיי"ש הנפק"מ בזה. וע"ע בחדושי הגאון ר' שמואל רוזובסקי ב"ב י,ז]

ובב"ח (חו"מ ר"ס ד) הקשה, מה חידש הרמב"ם שאם קבל ונמצא שעשה כדין שאין מוציאים מידו, הלא דבר פשוט הוא. וכתב לחלק בין דברים שידוע לכל שהם שלו, לבין אם אין הדבר ידוע לכל. דאם מפורסם דשלו הוא מציל, כמו אשה שאינה יכולה להציל בעלה ע"י דבר אחר, והדבר גלוי לכל ורואים כולם שאינה יכולה להציל ע"י דבר אחר, כדין עשתה דהצילה את בעלה. וכן שור שעלה על גבי חבירו להרגו, דנודע לכל שהשור הוא שלו, וכן דרך הרבים עוברת בתוך שדהו דמצי למינקט פיזרא וליתיב, דידוע לכל ומפורסם שהיא שדהו. אבל אם אינו ידוע לכל דשלו מציל, ובעל דינו מתרעם עליו בדבר שאינו ידוע לכל שעשה כדין, אם בית דין חקרו ודרשו ומצאו שעשה כהלכה, אין סותרים את דינו. ולדברי הב"ח עולה חידוש בדעת הרמב"ם, דאם מפורסם ששלו הוא מציל, אין בע"ד יכול לתבוע אותו לבי"ד, ובי"ד לא ידונו ויחקרו. ולמש"כ לעיל נראה, דיכול בע"ד לתבוע בבי"ד בכל ענין, דזה כח שנתנו לו כדיין, כפוף לבדיקה וחקירה של בי"ד, ובי"ד יחקרו, ואם יראו שהוא מפורסם, לא יסתרו דינו.

והביאור שכתב הש"ך בדברי הרמב"ם, לכאורה צ"ב. הש"ך חו"מ ד,ב כתב בבאור דברי הרמב"ם, שהבעל דין אומר אני מוכן לעמוד כעת לדין, אולם בטרם העמדה בדין, יחזיר לי את שלי ואני אציית בפניכם לדין מיד, ואסלקנו בדברים אחרים, או נפק"מ לדברים אחרים, קמ"ל דאין סותרים דינו. ולכאורה ברמב"ם מבואר שאין

סותרים את הדין, אחר שבית דין דרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו, דלפני שדרשו ומצאו שעשה או לא עשה כדין, לא היתה הו"א שיסתרו את דינו.

והט"ז (חו"מ סי' ד) גם הקשה בבאור דברי הרמב"ם הנז' (הביאם הטור) שאין סותרים דינו, וגם מהלשון משמע שרק בדיעבד מכשירים מה שעשה, והלא יכול לעשות כן לכתחילה. וכתב לתרץ, דיש מקרים שאם הדיין עשה ופסק בהלכה ואין מורין כן, שבדיעבד מהני, כמו הדין המבואר בחו"מ קח,כה, שלכתחילה דנין ליורשי המלוה שלא ליפרע מיורשי הלוה שמת בחיי המלוה, אם עבר הדיין וכו' אין מוציאין מידם. והחידוש שגם בעביד איניש דינא לנפשיה, יש לו דין של דיין לענין הלכה ואין מורין כן; "דסד"א דוקא בדיין שיפה כחו הוא דלא מהדרינן עובדא, אבל לא בבעל דין גופיה, קמ"ל דאפי' הכי דין שלו שעשה בעצמו אין סותרין אותו, כמו דאם נעשה לפני דיין". וכתב דכן מצא בבעה"ת יד,ח,ז לענין הדין שלכתחילה דנין ליורשי המלוה שלא ליפרע מיורשי הלוה שמת בחיי המלוה, "וקיי"ל דעביד דינא לנפשיה ...". ומבואר מהט"ז שנתנו לו כח של דיין ממש, גם לענין דיעבד, וכל מקום שמהני מה שעושה הדיין בדיעבד, הוא הדין דמהני בעביד דינא לנפשיה.

והרי"ף בסוגיא (ב"ק יב,ב בעמוה"ר) כתב בבאור דעת רב נחמן דעביד דינא לנפשיה אף במקום שאין פסידא: "דכיון דדינא קעביד, אמר לא מצינא דאיטרח. והלכה כרב נחמן, דקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני". ורבינו אפרים על הרי"ף (מובא גם בשטמ"ק ב"ק כח,א הקשה על הרי"ף, דאין מחלוקת רב יהודה ור"נ בדיני אלא באיסור והיתר, האם מותר לעשות דין לעצמו או לא, וגם אין הנידון אם עשה דין לעצמו אם מחזירים ממנו, וכל מחלוקתם היא באסור ומותר, דרב נחמן סבר שרי ליה לאיניש למיעבד דינא לנפשיה, ורב יהודה סבר אסור, במקום שאין הפסד. ופסק כרב יהודה דיקא מתניתין וסוגיין כוותיה. ומבואר מרבינו אפרים לשיטתו שאין כאן דין שעושה מכח דיין, שנתנו לו חכמים לעשות דין לעצמו כדיין, אלא שהוא דין תפיסה. אולם מכל הראשונים הנ"ל מבואר דקיי"ל כרב נחמן, וכן דהוא גדר דין ולא אסור ומותר, ולכן כתב הרי"ף דקיי"ל כרב נחמן בדיני.

וממש"כ דדין עביד דינא לנפשיה הוא כח של דיין, מזה עולה שאם אינו יכול לברר בב"ד, אינו יכול לעשות דין לעצמו, וכמש"כ הרא"ש בסוגיא והמרדכי (הנ"ל). וכן כתב הנצי"ב בשאלתות (ב,א) דדעת הראשונים דלא קאמר רב נחמן עביד אינש דינא לנפשיה, רק אם ידוע שכך הדין יהיה נפסק בבי"ד, אולם אם לא יפסק כך בבי"ד, אף שיודע שהדין עמו; "לא יכול לתפוס ולמיעבד באלימותא. והוכיח שכן גם דעת פירש"י, בדין גרגותא, פירש רש"י דההפסד שילך לבי"ד הוא שבינתיים ידלה חבירו מים, ולא ידע כמה דלה. ומדוע לא פירש רש"י שאם ילך לבי"ד, יפסיד כשאין

לו ראיות. ומזה מוכח דס״ל לרש״י שאם אין לו ראיות, גם אינו יכול לעשות דין לעצמו, אף אם יש לו הפסד זה.

ולענין אם יכול לתפוס כשאין לו ראיות, הביא הנצי״ב בזה מחלוקת (המובאת ברמ״א חו״מ סי׳ ד ובנו״כ). דדעת מהרי״ק דיכול לתפוס בלא הכאה, ונחלקו הסמ״ע והש״ך אם יכול לתפוס בעדים. ודעת היש״ש שאינו יכול לתפוס כלל כשאינו יכול לברר בעדים. ולכאורה יש לחלק בין עביד דינא לנפשיה לתפיסה, דתפיסה אינה קובעת בעלות על החפץ אלא רק מוחזקות, ועליו לבוא לדין תורה כדי שיקבעו אם הוא שלו או צריך להחזיר, משא״כ בעביד דינא לנפשיה, התפיסה קובעת בעלות, אלא שאם יבוא חבירו לבי״ד, בי״ד יבדוק אם התפיסה היתה כדין. וכן מוכח מדברי מהרי״ק בתחילת התש׳ (הובא לעיל). והמעיין בכל דברי מהרי״ק יראה שחילק בין עביד דינא לנפשיה לתפיסה.

ורצה מהרי״ק להביא ראיה מדברי המרדכי (ב״ק סי׳ קצג), על דברי הגמ׳ ב״ק קיז,א, ההוא שותא (מכמורת לדגים או לחיות) 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. והמרדכי הביא את פסק ה״ר אליעזר מטולא דתקנת חכמים היא שלא יהא אדם רגיל בכך, אבל אינו נקרא בכך מסור, כיון שעשה להציל את שלו ולא לגרום נזק לשכנגדו (ועיין מרדכי ב״ק קיח, וברמ״א חו״מ שפח,ה), ולכן רק משמתין ולא מחייבים: ״והיכא דתקפה לעצמו בידי עובדי כוכבים, אף שאין לו לעשות כך, דהא דקי״ל עביד איניש דינא לנפשיה, ה״מ בחפץ המבורר לו וידוע [לכל] שהוא שלו, אבל לא בדבר אחר״. מבואר שאינו יכול לעשות דין לעצמו אא״כ מבורר שהוא שלו. וכתב ע״ז מהרי״ק לחלק, דלמוסרו בידי עכו״ם העשויים להעליל עליו, ודאי אין לו לעשות דין לעצמו, אם לא יהיה דבר ידוע שהוא שלו, דאל״כ יתקוף בטליתו של חבירו ויאמר שלי היא. והאופנים שהובאו בסוגיא ריש פ״ג דב״ק, בגרגותא, או שור שעלה ע״ג חבירו, כל הנידון של עביד דינא לנפשיה לא שייך כשעושה תפיסה בעלמא, ובזה אפי׳ למ״ד לא עביד דינא לנפשיה, אין זה דין אלא תפיסה:

> ״דבשלמא להכות חבירו או להזיקו בממונו בידים או ע״י גוי, שייך למימר בי׳ עביד דינא לנפשיה או לא עביד דינא, דהא נמי כמו דינא, שהרי הדיין יש לו כח לרדוף ולכוף בין בגוף בין בממון עד שיקבל הלה עליו את הדין. והיינו דפליגי התם רב יהודה ור״נ אי עביד אי לא עביד. וכן אי הוה מצינו למימר דאפילו בחפץ שאין מבורר, כלומר שאין לו תביעה על אותו ממון שהוא תופס אלא על ממון אחר, אפ״ה מצי שקיל לנפשיה בתורת גובינא,

אז הוה שייך שפיר למימר ביה עביד או לא עביד כו', דודאי התם נמי הוא דינא דנחית לנכסיה דחייב, ומגבי לאידך שהוא זכאי."

הרי שהחילוק ברור בין מעשה של דין, שפועל ועושה כדיין, וממילא נפסק הדין שהוא שלו, לבין תפיסה גרידא, שאינו רשאי לפעול כדיין, וממילא מה שתופס רק יוצר מוחזקות, ובא לבי"ד ופוסקים למי שייך החפץ. וכן כתב הסמ"ע ד,ב, על דברי השו"ע דעביד דינא לנפשיה רק כשיכול לברר שהוא שלו, דאם אינו יכול לברר שהוא שלו, לא מיבעיא דאסור להכותו ולהוציאו מידו, אלא אפילו בלא הכאה נמי אינו רשאי להוציאו מידו. והוסיף הסמ"ע, דבלא עדים יכול לתופסו, דיהיה נאמן לפני ב"ד במיגו אטענתו. וכן הביאו הש"ך בס"ק ג. ומבואר דתפיסה באופן שיבוא לבי"ד ובי"ד יפסקו, אינו ענין לעביד דינא לנפשיה. ומש"כ דוקא בלא עדים, היינו לגדרי והלכות תפיסה, דתפיסה בעדים אין לו מיגו. וע"ע בסמ"ע ד,ד.

ובנתיבות ד,ג כתב, דכל שתופס דרך גובביינא, שאינו יורד לדין רק שגובה לעצמו בלא בי"ד, הוא דין עביד דינא לנפשיה, ואסור לעשות דין לעצמו אלא כשיש לו טענה על גוף החפץ, וכמש"כ מהר"מ והרא"ש, יובא להלן. אולם תפיסה בעלמא, שתופס והולך לבי"ד מיד, אין זה בכלל הדין של עביד דינא לנפשיה רק תפיסה; "דאין זה מעשה דיין ומותר בכל ענין". ומ"מ גם תפיסה בעלמא אסור לתפוס כי אם במקום שתהיה מועילה תפיסתו לפני בי"ד, כגון בלא עדים, או שתהיה מועילה לפני בי"ד מכח טענת קים לי, אבל לתפוס בעדים באופן שלא יהיה נאמן בטענתו לפני בי"ד, אסור לעשות כן. ואפי' אם יהיה נאמן לפני בי"ד במיגו דהחזרתי, אסור לו לתפוס בעדים, כיון שיהיה מוחזק בגזלן ויעשהו חשוד כמבואר בב"ב לג,ב גבי נסכא דרבי אבא, ואיך יעלה על הדעת שיהיה מותר, כשמוחזק בגזלן ארבעין בכתפיה. ועיין בתומים ד,ב לענין לתפוס בעדים ללא הכאה, מה שלמד ממהרי"ק ומה שהקשה עליו, ועיין בנתיבות הנ"ל.

והיש"ש (ב"ק ג,ה) האריך לחלוק על הסבר מהרי"ק במרדכי, וס"ל דאף בלא הכאה לא יכול לעשות דין לעצמו. ונראה לכאורה דגם מהרי"ק ס"ל דאף בלא הכאה אינו יכול לעשות דין, ויכול רק לתפוס, ונפק"מ אם נהיה בעלים או מוחזק, דבתפיסה צריך לבוא לבי"ד וכנ"ל, וכן נפק"מ בתפיסה בעדים, וכמש"כ היש"ש. ודברים אלה כתבם הש"ך בתקפו כהן סי' קיד, להצדיק דברי מהרי"ק. ובפרט שלענין עצם החילוק בין תפיסה לעשיית דין, גם היש"ש כתב לחלק, והסכים למהרי"ק דתפיסה מהני בגוף הממון בטענת ברי. אך כתב דלא מהני תפיסה בטענת ברי רק בספיקא דדינא. ככמו בתרי ותרי או בעיא דלא איפשיטא או פלוגתא דרבוותא, אולם כשטוען שהחפץ שלו, לא מהני תפיסה, אא"כ תפס בלא עדים, דנאמן במיגו דלקוח הוא בידו,

ואף אם ראו כעת בידו ואין לו מיגו דהחזרתי לך. מ״מ נאמן במיגו דלקוח הוא בידו, אם הוא בדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר. ואין חילוק בין שטוען בעצמו שתפס, ואינו שלו. או שטוען שהוא שלו ממש, ולוקח או נותן לו במתנה. לעולם נאמן במיגו על טענותיו. והיינו שמברר טענותיו בבי״ד, וע״ז מוסיף הישׁ״ש בענין התפיסה:

״ודוקא בדיעבד. ולעניין נאמנות, דמהימן במיגו. אבל לכתחילה לא יכול לתפוס שום דבר מחבירו, אם לא בחפץ המבורר. ומ״מ נראה דוקא שתופס משלו. אבל היכא שיש בידו משכון או פקדון. יכול לעכבו אפי׳ לכתחלה, כדי להציל ממון שלו, בכל טצדקי דבעי, מאחר שברור לו שהוא חייב לו, ולא יכול לברר עליו בעדים, וזה לא נקרא עביד דינא לנפשיה, שהרי לא תפס, אלא שמעכב את שלו בשב ואל תעשה״.

מבואר בישׁ״ש דאף דין תפיסה הוא רק בדיעבד, אבל לכתחילה ״לא יכול לתפוס״.

ולא התברר אם יש בזה איסור, ולכאורה לא כתב שאסור לתפוס, ומאידך – מה הלשון ״לא יכול לתפוס״, ואם יכול מבחינה מעשית, האם מותר לתפוס, שהרי אם תפס, ודאי שיצר מוחזקות בחפץ, וכמש״כ הישׁ״ש עצמו. ואפשר דכוונתו לענין עביד אינש דינא לנפשיה, ולכוונתו שלא יכול לעשות לכתחילה דין לעצמו, ואם עשה דין לעצמו, מהני רק לענין תפיסה. והיינו שעצם מעשה התפיסה הוא מכח עביד דינא לנפשיה, וזה אסור לו לעשות, רק שאם עשה, לא מהני לענין דין ובעלות, דעצם התפיסה היא עשׂית דין, וזה אינו רשאי, רק כשעשה, אף שלא מועילה לעשׂית דין, מועילה לתפיסה ומוחזקות. והש״ך בתקפו כהן סי׳ קטו הקשה על הישׁ״ש, דמדוע אסור לו לתפוס כשידוע שהוא שלו רק אינו יכול לברר בבי״ד, ובודאי כשיודע בנפשו שאינו עושה שום איסור, פשיטא דשרי, ואין בזה איסור מישכון דלא תבוא לביתו לעבוט עבוטו, כגון בחוב שאינו מחמת הלואה וכד׳, או באופנים שאין איסור מישכון כמבואר בשו״ע חו״מ סי׳ צז. ולכן כתב דמש״כ הרמ״א חו״מ סי׳ ד, דהראשונים חולקים על הריב״ש (סי׳ שצו) ליתא, אלא כולם סוברים דמהני תפיסה באופנים שאין איסור מישכון.

(ועיין בשבות יעקב, בקונטרס משפטי יעקב בכללי קים לי, דבתופס תלמיד חכם מותר לכ״ע לתפוס את שלו, אפי׳ לכתחלה במקום שיש לו מגו, והביא ראיה ממו״ק יז,א; אמר רב יוסף צורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במילתא דפסיקא ליה, ומדברי הרא״ש שם. ולכן ת״ח עביד דינא לנפשיה שיכול לתפוס את שלו אם הוא ברור לו ויש לו מגו אפי׳ לכתחלה, וליכא חלול השם בדבר כיון דתפס בלא עדים ואיכא מגו. וכל שאינו מבורר שהוא משנה בדבורו, כשתפס ויש לו מיגו, לא מפקינן מיניה אפי׳

בעם הארץ, וכל שכן בת"ח דאפי' לכתחלה מותר לתפוס כה"ג. וכן נמצא לבן איש חי בתש' רב פעלים, ח"ג חחו"מ סי' ה, דכל מי שאינו ת"ח, לא יוכל ליקח דבר אחר אפילו שוה בשוה, ודוקא כשמצא החפץ שגזלו ממנו בעין, יוכל ליקח אותו בלא רשות. משא"כ ת"ח שגזלו ממנו מנה בבירור, יוכל ליקח מנה ממעות אחרים מאשר ימצא אצל הגזלן, כיון שהוא דבר ברור והוא זוזי בזוזי, ולא חששו בו שמא יעשה כן גם בדבר שאינו מבורר.וע"ע שו"מ תליתא, ח"א סי' שעא, מש"כ בזה.)

ומחדש היש"ש גדר נוסף. שאם עד עתה דנו בענין עביד דינא לנפשיה ודין תפיסה, יש דין נוסף שנקרא עיכוב (ועיין ריב"ש סי' שצו שגם למד שיכול לעכב, אך לא חילק בין עיכוב לתפיסה, וז"ל: " וכן נשתמשו הגאונים ז"ל מדין זה, בענין התפיסות, שיוכל אדם לעכב פקדון שבידו, לטעון עליו אם הוא חייב לו מצד אחר ... אלא שמטעם עביד איניש דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו ... אפילו לתפוס מטלטליו, כל שמצאום ברשות אחרים, או אפי' ליקח מידו ומביתו, כל שהחוב אינו הלואה ממש). ובעיכוב פקדון אין כאן מעשה תפיסה בגדר של עשיית דין, ולכן גם לכתחילה יכול לעכב מה שבא לידו מחבירו עד שישלם לו, אף שאינו יכול לברר בעדים, ואף שיצטרך לבוא עם המפקיד לדין תורה, ואין כאן בעלות אלא מוחזקות, מ"מ יכול לעכב ולעמוד עימו לדין, ואף לכתחילה אין כאן מעשה תפיסה שהיא מכח עביד איניש דינא לנפשיה אלא מעשה עיכוב. ונפק"מ שמותר לכתחילה לעשות כן. ומ"מ צריך לעמוד עם המפקיד לדין, שבמעשה העיכוב אין כאן בעלות אלא מוחזקות. נפק"מ שאם המפקיד לא ידע או שכח וכד', שאף אם מעכב, אינו נהיה בעלים, וצריך לברר טענותיו בבי"ד, רק שיהיה מוחזק, ויהיה הדין שכנגדו להביא ראיה, וכל עוד לא ירד עימו לדין, אינו שלו ורק מוחזק בחפץ חבירו.

ובקצוה"ח סי' ד הביא שיש איסור גמור לעכב פקדון, ע"פ מש"כ הזוהר (פרשת במדבר ח"ג קיט,א). וכתב דיש לזה פנים על פי נגלה, והוא שיטת הריטב"א (כתובות פד,ב ד"ה ההוא בקרא) דהיכא שבא ליד הנפקד בתורת פקדון צריך למיעבד השבה מעליא, ולכן בעל נפש ירחיק מזה. ולכאורה הראיה שהביא קצוה"ח מהריטב"א כתובות פד,ב צ"ב, דשם בגמ', ההוא בקרא דיתמי דתפסו תורא מיניה, בעל חוב אמר מחיים תפיסנא ליה, ובקרא אמר לאחר מיתה תפס אתו. וכתב הריטב"א: "ומסתברא דבקרא חייב לשלם ליתומין, דהא שומר שכר דיתמי הוא כדאיתא בפרק המפקיד (ב"מ מב,ב), ואיבעי ליה לנטורי שפיר דלא לתפוס בהו איניש כלל". וא"כ יש חיוב תשלומים על השומר, אבל אין איסור לתפוס, ואם הוא עצמו יתפוס, יהיה עליו חיוב תשלומים, אך לא נאמר בריטב"א שיהיה איסור. ונפק"מ במקום שיש לו מיגו, שיפטר מתשלומים, שאין איסור לתפוס פקדון, וא"כ היכן מצאנו פנים ע"פ נגלה שאסור לו לתפוס, דאף אם יש חיוב השבה, היינו דיש חיוב ממוני אם לא השיב, אך לאסור לתפוס לכאורה

לא מצאנו שם בריטב״א. וגם דברי הש״ך נח,ט, שציין קצוה״ח, מיירי לכאורה לא באיסור תפיסה אלא בחיוב הממוני שיבוא מכח חיוב השבה, ונפק״מ אם יעכב הפקדון במקום שיש לו מיגו. ולכאורה גם מבואר בגמ׳ ב״ק מא-,ב, דיכול הנפקד לתת את הפקדון לבע״ח של המפקיד, משעבודא דר״נ. ולא גרע חוב שחייב למפקיד עצמו מחייב לאחר. וי״ל לקצוה״ח, דשם בגמ׳ מיירי לענין תביעה הממונית שיש לבעלים כנגד המפקיד, אבל לענין האיסור, אפשר דאה״נ דאסור לתת, אלא בהגבוהו בי״ד ופסקו שחייב לתת, וצ״ע.

ואף מה שהביא קצוה״ח מדברי הזוהר, לכאורה אינו מבואר שיש איסור באי החזרת הפקדון כשחייב לו יותר, אלא שהוא כמו מחוסרי אמנה, עיי״ש בזוהר שהביא קצוה״ח: ״ובר נש בעי לאקדמא ולמפקד בידיה פקדונא דנפשיה, כפקדונא דבר נש דיהיב פקדונא לאחרא, דאע״ג דאיהו אתחייב לגביה יתיר מההיא פקדונא, לאו כדאי לאתאחדא ביה, הואיל ופקדונא אתמסר לגביה, ואי יסרב ביה, ודאי נבדוק אבתריה דלאו מזרעא קדישא הוא ולאו מבני מהימנותא ...״. ובזוהר נקט ״לא כדאי״ וכו׳, וכן ״נבדוק אבתריה״ וכו׳, ולא משמע שזה איסור אלא ממידת המוסר או כמחוסרי אמנה, וצ״ב.

ולכאורה מש״כ הריב״ש והיש״ש בהיתר עיכוב מה שבידו, כן נראה מדברי הר״מ מסרקסטא, הובאו דבריו בשטמ״ק ב״ק כח,א, וז״ל: ״עביד איניש דינא לנפשיה דלא למפרע מאי דתבעו מיניה, אי ידע איהו דלא מחייב מן דינא, ולא ליזיל בהדיה לגבי דיינא, אע״ג דלא להוי ליה פסידא אי ליזיל בהדיה. וליזיל תובע לגבי דיינא ולישייליה. וכן נמי אי שקל תובע מאי דתבע, ואמר לא מהדרנא ניהלך ולא מידי, דכדין שקלי, וזיל לדיינא ותשייליה אי לא מהימנת לי, דינא קא״ל ולא כייפינן ליה למיזל בהדיה״. ואף שהר״מ לא כתב דבריו בפקדון, אולם מבואר דיכול לעכב מה שבידו ולא להחזיר, וכן אם תפס, ואינו חייב לילך לדין תורה, אלא זה שתפסו ממנו ילך וישאל לדיינים אם כדין תפס. ומ״מ מבואר שיכול לעכב מה שבידו.

ולמש״כ בנדו״ד אינו מוחזק בחפץ של המעביד, אלא ע״י פעולה של שקר, שכותב מספר שעות רב יותר (ועיין עוד להלן אם דין זה של עביד דינא לנפשיה הוא גם בשכר שכיר). הרשב״א בתש׳ (ח״ג סי׳ פא) נשאל, אם כדי לעשות דין לעצמו מותר לו לשקר להוציא דין לאמתו, כמו שמצאנו בב״ב לב,ב, דלחיש לרב נחמן ואמר ליה, אין, שטרא זייפא הוא, ומיהו שטרא מעליא הוה לי וארכס וכו׳, ואע״ג דאין הלכה כר״נ בזוזי, בארעא קיי״ל כוותיה, ואף היה נאמן אם עמד בשקרו. ואם מותר לו לשקר, כמו שמצאנו שמותר לו להכותו אף שעובר על לא יוסיף – פן יוסיף. וע״ז השיב הרשב״א: ״חס ליה לזרעיה דאברהם דלימא שיקרא, ואפילו במקום פסידא,

דכתיב: שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב". והביא משבועות ל,א שאפילו באומר אמת אך בדרך שקר, גם אסור, כמו, בשלשה שהפקידו אצל אחד, שלא יהא אחד תובע ושנים מעידים, ולמדו כן מדבר שקר תרחק, אף שלא אמרו שם כל שקר. וכשיש לו מיגו, אנו מאמינים שהאמת כמו שטוען, שאלו בא לשקר, היה לו לטעון טענה אחרת בשקר, שהיה נאמן בה. והא דב"ב לב,ב, לא אמרו שיהא מותר לו לעשות ולטעון כן, אלא כל שטען, מאמינים לו משום מגו: "ותדע לך, דאי מהתם, נימא דשרי נמי למיעבד שטרא זייפא כי התם, וחס לנו לומר כן, אלא ודאי שנוי השקר ואהוב האמת, ואין תמורתו כלי פז". וא"כ בנדו"ד אסור לו לשקר כדי לעשות דין לעצמו, ועליו לתבעו בדין תורה (והדין בזה כמבואר בשו"ע חו"מ פט,ד, ומחלוקת הראשונים אם בכה"ג נשבע בעה"ב בנקיטת חפץ או שבועת היסת, עיין גם בנו"כ שם בש"ך ס"ק ט ובתומים ס"ק יד, ואינו ענין לנדו"ד, ומראה מקום אני לך, ואכמ"ל).

ועדיין י"ל דכל דברי הרשב"א שאסור לשקר, היינו שאסור לו לומר בבי"ד שקר, וכדמוכח מלשון השאלה ומהראיה שהביא בב"ב, אך לשקר שלא בבי"ד כדי להציל את שלו, אפשר דאין בזה איסור, וכמש"כ הריא"ז בפסקיו (ברכות א,ב,ו) לענין אריסא דרב הונא, וז"ל: "מי שהיה האריס שלו חשוד שהוא גונב ממונו ונוטל יותר מחלקו, הרי זה אינו רשאי ליטול ממנו כלום, אלא נותן לו כל חלקו משלם, שאין אדם רשאי ליטול ממון חבירו אלא על פי בית דין. ואם היה חבירו אלם ונוטל את שלו באונס, רשאי להתנהג בו בדרך מרמה כדי להציל את שלו, שנאמר; עם נבר תתבר ועם עקש תתפל". אך אפשר דכל זה כשנוטל באלימות ובאונס, ולא בנדון כנדו"ד, דאפשר שסובר המעביד שהאמת איתו, וכך סיכמו על שכר השעות. (ועיין גם מש"כ הבית אפרים חחו"מ סי' עו, לענין איסור מישכון דעובר בלאו היינו כשתופס בחזקה מיד חבירו, אבל דרך הערמה שרי, דאל"כ קשה היכא משכחת דינא דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, עיי"ש. ובנדו"ד נראה דאינו דרך הערמה, דכל שיש בו שקר, הוי טפי מהערמה, אא"כ נאמר דכל שאינו משקר בבי"ד, אין בזה איסור, וכנ"ל).

אך כל זה לענין לכתחילה, אמנם בדיעבד כשעשה דין לעצמו שלא כדין, אינו נחשב לגזלן, וכמש"כ הרא"ש בתש' סד,א, דאע"ג דלא עביד איניש דינא לנפשיה אלא בחפץ המבורר שהוא שלו (עיין להלן אות ב); "נהי דלא עביד אינש דינא לנפשיה לכתחילה, מ"מ אם תפס אדם חפץ משל חבירו עבור תביעה שהוא חייב לו, לא מיקרי גזלנא". והביא הרא"ש ראיה משנים אוחזין בטלית, ושמא מלוה ישנה יש לו עליו, ולא הוה חשוד אממונא, ואף שבועת שוא אינה, אם נשבע שטלית שלו, עי"ש. ולפ"ז יש להורות לו לכתחילה לא לשקר, אמנם אם שיקר, אין דינו כגזלן.

ובזה אתי שפיר דברי הראשונים, ב״מ ו,א, לענין הא דאמר אביי, חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו. ופירש רש״י שם: דטעם המשנה לא כרבי יוחנן, דשבועה זו תקנת חכמים, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי היא (ב״מ ה,ב), שאם היה חשוד בממון, היה חשוד גם על השבועה, אלא חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו על זה, ומכיר בו ששכחה, ויכפור בו, והולך ותוקף בטליתו, ונשבע שיש לו בה דמי חציה, וטלית זו שלו, דהא אפילו גלימא דעל כתפיה שעביד ליה. ולכאורה אם לא יכול לעשות דין לעצמו במלוה, א״כ יחשב כגזלן וחשיד אשבועתא. אלא כמש״כ הרא״ש, דנהי דאסור לו לעשות דין לעצמו, מ״מ אם עשה, אינו נחשב כגזלן.

## ב. בפרעון חוב ובשכר שכיר

הרא״ש בב״ק ג,ג (המשך למה שהובא לעיל), כתב וז״ל: ״ודוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו הוא דאמרינן הכי, אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו, לית ליה רשותא, דתנן בפ׳ המקבל (קיג,א) המלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב״ד, ואמר שמואל התם דאפילו שליח ב״ד מנתח נתוחי בשוק דוקא אבל לא יכנס לביתו, והמלוה עצמו אפי׳ בשוק לא. וכיון דאין לו רשות, אם חבל בו או אם הזיק ממונו חייב כמו על אחר״. והרא״ש ברישא מיירי בבא לגזול ובחפץ שלו ביד אחר, שיכול לעשות דין לעצמו. ובסיפא, במה שאינו יכול לעשות דין לעצמו, כתב באופן שעובר על איסור של לא תבא לביתו לעבוט עבוטו, ולכאורה בענינים שאינו אסור למשכנו, כמו בשכר שכיר וכד׳, י״ל שאין איסור לעשות דין לעצמו. ולמש״כ הרא״ש ברישא, כל אופן שלא בא לגזלו ואין החפץ שלו ביד אחר, אסור לעשות דין לעצמו, ולכן גם בשכר שכיר אינו יכול לעשות דין לעצמו. (ועיין במאירי (מובא בשטמ״ק ב״ק כח,א), דכל שעבר האונס, כגון שכבר גזלו או גנב לו או שכבר הלוהו ואינו רוצה לפרעו, אינו בדין זה לא אמרוה אלא בעוד שהוא אונסו, או באופן שאם ישאר ביד שכנגדו, יגרם לו הפסד, כגון שמתירא שמא יחזיק בו. ומשמע דבעינן שיהיה שעת אונסו או האונס קיים כעת כשעושה דין לעצמו.)

וכדברי הרא״ש מבואר בנימוק״י (ב״ק יב,ב בעמוה״ר) דדוקא בממונא דשכיח בעיניה, כמו בגרגותא, שמציל מימיו שבא לגזלו או להזיק ווק״ו בהצלת נפשות, אבל בפרעון חוב, אין לו רשות לעשות דין לעצמו, והביא הנימוק״י ראיה מדין מישכון. וכנ״ל, צ״ע מה יהיה הדין בדברים שאין בהם איסור מישכון, כמו ביתו של ערב ושכר שכיר (ב״מ קטו,א, ושו״ע חו״מ צז,יד). והשאלה אם חכמים קבעו שיכול לעשות דין לעצמו דוקא כשבא לגזלו או רואה חפץ שלו ביד אחר, וממילא בכל אופן אחר אסור. או שבכל ענין יכול לעשות דין לעצמו, רק כשיש איסור למשכן, בזה אינו

יכול לעשות דין לעצמו. והש"ך בתקפו כהן סי' קטז כתב, דבכל ענין שאין איסור של מישכון, יכול לעשות דין לעצמו, גם לדעת מהר"מ (להלן), הרא"ש ודעימיה הסוברים דבעינן חפץ מבורר. ולכן רק בחוב מחמת הלואה, אינו יכול לעשות דין לעצמו. ובתומים ד,ב כתב דלא אמרינן עביד דינא לנפשיה לשיטת מהר"מ ורא"ש רק בחפץ מבורר, אולם תפיסה ומיד יבוא לבי"ד, אין איסור בכך.

ובב"מ (סט,א מעמוה"ר), הביא הנימוק"י מר"ת להקשות על הדין שאינו יכול להכנס לביתו למשכנו, הא קיי"ל עביד אינש דינא לנפשיה, וז"ל הנימוק"י: "והא קי"ל ריש פרק המניח את הכד (כז,ב) דעביד אינש דינא לנפשיה. תירצו בשם ר"ת ז"ל דהיינו בכלי של עצמו. אי נמי, כשבא בתורת גבייה, אבל הכא מיירי שבא בתורת משכון לממשכן, וכדפי' רבינו [תם] במתני', ועוד יתבאר לפנינו בע"ה. ובתשובה לרבינו אלפסי ז"ל, שאם הלוה אלם ורע מעללים ומעיז פנים מלפרוע, מותר ליכנס בביתו ולדעת את מצפוניו, ואפילו על ידי שליח נכרי, כדאמרינן ממשכנין על הצדקה, וכן אנו עושין בצרכי הקהל ובגרמות, ע"כ הרנב"ר ז"ל". מבואר מהנימוק"י דדין עביד דינא לנפשיה שונה מאיסור מישכון, דבמישכון רק ממשכן את הלוה, בעוד שעביד דינא לנפשיה גובה חובו לחלוטין. ולפ"ז גם בהלואה, ככל שגובה חובו לחלוטין ולא למשכון, עביד דינא לנפשיה. ועוד הוסיף הנימוק"י, שאם יש חשש שהלוה יכפור או יבריח, מותר לבי"ד להכנס לביתו של הלוה אפי' ע"י שליח עכו"ם, ומשמע שאפי' למשכנו. ודברי ר"ת ותש' הרי"ף, הובאו גם בחדושי הר"ן (ב"מ קיג,ב), ועיין גם בתוס' רבינו פרץ, ב"מ קיג (ד"ה בבע"ח). (ועיין שער המשפט ד,א, אם מותר לתפוס שלא בעדים כלי אוכל נפש ובגד אלמנה, דכיון דלגוביינא אף מכלי אוכל נפש ובגד אלמנה נמי גובין, כדאיתא בשו"ע חו"מ סי' צז, א"כ כשאינו יכול לגבות מהם אלא ע"י תפיסה שלא בעדים, שיהיה נאמן במיגו, הוי כתופס לגוביינא ומותר לתופסם. וכתב להוכיח מהמרדכי ב"מ תו שאסור לתפוס, עיי"ש שנשאר בצ"ע.)

ולכאורה דבריו סותרים, בין מש"כ בפ"ג בב"ק (נ"ל) דבחוב הלואה לא עביד דינא לנפשיה, וכאן כתב בשם ר"ת דלגוביינא שרי לעשות דין לעצמו, ומשמע דגם בהלואה שרי. ובדוחק י"ל דהנימוק"י ס"ל דבכל ענין יכול לעשות דין לעצמו, ורק במקום שיש איסור למשכן, בזה אינו יכול לעשות דין לעצמו. וזה מש"כ בפ"ג דב"ק. ובפ"ט דב"מ כתב דלגוביינא אין איסור מישכון, וממילא חזר הדין דיכול לעשות דין לעצמו. אלא שאם כדברינו, מדוע בפ"ג דב"ק לא חילק פשוט בין מישכון לגובינא, וכתב שם דבהלואה אסור לעשות דין לעצמו, החילוק לא בין גזל להלואה אלא בין מישכון לגובינא.

ונראה לישב ע"פ מש"כ הריב"ש סי' שצו, בבאור דעת ר"ת, וז"ל הריב"ש: "ואף הר"ת ז"ל שחלק בין נוטלו בתורת משכון בין נוטלו לגובינא להציל את שלו;

לא רצה לומר לגובייגא בלא ב״ד, ושיקחנו להיות שלו מעתה, אלא רצה לומר שהוא נוטלו לאחר זמן ב״ד לגובייגא שיגבוהו לו ב״ד, ואז אינו עובר בנטילתו, שלא אסר הכתוב אלא בנוטלו להבטחה לבד, ואין דעתו להפרע מהמשכון ההוא כי אם מעות או קרקע, וכגון שנתנו לו ב״ד זמן, ונוטלו כדי שלא ישמיטנו בשביעית, או שלא יעשה מטלטלין אצל בניו ... זה נראה כוונת ר״ת ז״ל. אבל שהוא יגבה לעצמו ויחליט המשכון לעצמו או למכור לאחרים בלא שומת ב״ד, חלילה ישתקע הדבר ולא יאמר״. והיינו לא לענין לכתחילה כתב ר״ת דבריו, אלא לענין שאם עשה כן ונטל לגובייגא, לא עובר על איסור דלא תבא לביתו וכו׳, ורק אם עשה כן מהני ולא עבר על איסור. דבעביד אינש דינא לנפשיה, הוא נוטלו כדי להיות שלו מעתה, ובמשכון הוא נוטלו כדי להיות בטוח במעותיו, ולגובייגא הוא נוטלו כדי שיגבו לו בי״ד, שהוא בא לפניהם עם מה שנטל, והם מגבים לו לאחר שומא, אבל אין בזה הדין של עביד אנש דינא לנפשיה, שהוא בנטילתו נהיה בעלים על החפץ, אלא בי״ד ישומו ויגבו לו בחפץ זה, וס״ל לר״ת דבזה אין איסור. ונפק״מ כאמור, הן שצריך לבוא לפני בי״ד שיפסקו לו אם הוא בעלים על מה שתפס, וכן שאסור לו להכותו כדי לתפוס את שלו, דדין הכאה להציל את שלו, הוא רק בעביד דינא לנפשיה, ולא בדבר שהוא בתורת תפיסה.

ובקצוה״ח צז,ב הקשה ונשאר בצ״ע על מה שהביא הנימוק״י בשם ר״ת; ״אמנם לענ״ד לא יכולתי להבין, דהיכי שייך תורת גביה בלא בי״ד ומאן שם ליה, וע״כ אינו אלא למשכון, וצ״ע״. ולכאורה כשהגיע זמן הפרעון ורוצה לגבות חובו, מדוע לא יוכל לעשות דין לעצמו ולגבות חובו. ולמש״כ ע״פ דברי הריב״ש, הרי שבי״ד ישומו ויגבו לו, והוא פועל רק כשליח בי״ד להביא את הדבר לבי״ד שישומו ויגבו לו.

וצ״ל דס״ל לקצוה״ח דבכל מקום שיש איסור מישכון, לא עושה דין לעצמו, וכמש״כ הנימוק״י עצמו והרא״ש וכנ״ל. והיינו, שמדברי ר״ת משמע דלגובייגא בהלואה יכול לעשות דין לעצמו, ובדין לעצמו הוא נהיה בעלים גמורים, וע״ז הקשה קצוה״ח. עוד כתב קצוה״ח, דאפשר למש״כ הרי״ף בתש׳ דיכולים להכנס לביתו של לוה בחשש כפירה, א״כ כשחושש מכפירת הלוה הוי כלא אפשר לאשתלומי מיניה באופן אחר, ומותר למשכנו. וכתב קצוה״ח דקשה לסמוך על זה, דבעה״ת (א,ג,ב) חלק וכתב שאין אנו נכנסים לבית הלוה אלא בדוחק גדול, ואין בנו כח לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול, ושיהיה כוונת ב״ד לשם שמים, ורק לבית דין מותר ולא למלוה; ״ומשום הפסד ממון לא שרי לעבור על דבר תורה, והמקום ימלא חסרון כיס במקום מצוה, ויד לא ישלח לעבור על דבר תורה״. וע״כ לדינא לא התיר בקצוה״ח להכנס לביתו לשם גובייגא.

ובסי׳ ד החמיר קצוה״ח ביותר, דאף לתפוס בעבור חוב הלואה, אסור לתפוס כיון שיש איסור מישכון, אף שבתקפו כהן (סי׳ קי) התיר הש״ך לתפוס גם בהלואה כדי שיהיה לו מיגו, נראה שלא היה הדבר ברור לש״ך, ושם בסי׳ קטו-קטז משמע דבהלואה אסור ליה לתפוס בכדי שיהיה לו מגו; ״וכן נראה מתוך הסברא, דכיון דקי״ל עביד אינש דינא לנפשיה אפילו במקום דליכא פסידא, ואפילו הכי בחוב הלואה הקפידה תורה דלא למיעבד ליה דינא לנפשיה, א״כ הוא הדין אפילו במקום דאית פסידא, כגון שהלוה כופר בחובו אסור לו לתפוס בכדי שיהיה לו מגו. וראיתי רבים מתחכמים בזה לתפוס מחבירו איזה חפץ בכדי שיהיה לו מגו קודם בואו לדין, ולאו שפיר עבדי וקרוב לאיסור תורה אם הוא על ידי תפיסה, ועיין בסימן צז,ב ושם מבואר אצלינו צד קולא בזה, אבל הישרים בלבותם אין להם להקל״. והיינו צד להקל אם תופס לגוביינא, וכמו שהסתמך על תש׳ הרי״ף, אך כתב דאין להקל. ובפרט למש״כ לעיל, דהנימוק״י עצמו פסק כרא״ש שאין להקל בהלואה לעשות דין לעצמו.

אמנם בשער המשפט ד,א כתב להתיר לתפוס אף בעבור חוב הלואה ללא עדים, כשהלה כופר חובו, דאף דאסור למשכנו בעצמו, היינו כשיכול למשכנו ע״פ בית דין, אולם באופן שלא יוכל לגבות ממנו ע״י בית דין, יכול לתפוס בעצמו, וכמבואר בשו״ע חו״מ צז,טו לענין שליח בית דין ליכנס לביתו למשכנו. והביא ראיה מתש׳ הרא״ש (סח,יג), הובא בשו״ע חו״מ סא,ו, בשטר שכתוב בו שיש לו רשות ליכנס לביתו למשכנו שלא ברשות בית דין, דאינו רשאי לעבור על דין תורה, אולם אם לא מצא דיין שרוצה לדונו, יש לו רשות לעשות דין לעצמו. ומשמע התם דבכה״ג ליכא איסורא כלל, והא דהוצרך לפרשו בשטר, הוא משום שופרא דשטרא. ולכן כשאין המלוה נאמן אלא ע״י התפיסה, הוי כמו שלא מצא דיין לדונו דיכול לעשות דין לעצמו. ועיי״ש בהמשך דברי שעהמ״ש.

ונמצא למהר״מ מרוטנבורג בתש׳ (קרימונה סי׳ כז) שכתב לחלק בין חפץ מבורר לבין הלואה, וכחילוק שהובא לעיל בדברי הראשונים בסוגיא בב״ק (הרא״ש והנימוק״י): ״והא דאמרינן בפרק המניח עביד איניש דינא לנפשיה, היינו דוקא בחפץ המבורר שהוא שלו, כגון אם הייתי רואה חפץ שלי ביד אדוני הייתי נכנס ונוטלו, וכל מה שמביא לשם מיירי בדבר המבורר שהוא שלו. אבל אם אדם חייב לחבירו, לא ימשכננו כלל אלא יתבענו לדין ושליח בית דין ימשכננו, ואם עבר ונכנס לביתו למשכנו, עובר בלאו ועשה, בלא תבא אל ביתו לעבוט וגו׳ [דברים כד,י], ובחוץ תעמוד וגו׳ [שם,יא]. ואם כן הוכחתי דהאי נמי איסורא עבד. וזה הכלל דעביד אינש דינא לנפשיה שכתבתי דלא שייך אלא בחפץ המבורר שהוא שלו, כך כתבתי לחכמי [שפירא], כי מתחלה דנו בכי האי גוונא דעביד איניש דינא לנפשיה בכל ענין ואפילו בחפץ שאינו מבורר, וכתבתי להם לא תיתלו בוקי סריקי ברב נחמן, דאם כן עשיתם רב נחמן טועה בדבר

משנה דההיא דהמקבל, והודו לדברי״. ולא חילק מהר״מ בין גוביינא למשכון, ומשמע שבכל ענין בהלואה, אם נכנס לביתו של לוה לגבות חובו, עובר בלאו ועשה. והתשובה לחכמי שפירא, הובאה בדפוס פראג סי׳ תתקנ, ושם גם כתב לאסור לתפוס עבור חובו, דעביד דינא לנפשיה הוא דוקא בחפץ המבורר שהוא שלו גופא, שכיון שזה החפץ עצמו שלו, יכול לקחתו בכל מקום שימצאנו. והטעם שלא חילק בין משכון לגוביינא, דכל שהחפץ אינו שלו, מאן שם ליה, וכיצד יכול לעשות דין לעצמו, וכמו שהקשה קצוה״ח צז,ב על חילוק ר״ת. וממילא לא שייך גוביינא, והכל כתפיסה למשכון, שהיא אסורה בלאו ועשה. וחזר הדין בתש׳ מהר״מ (דפוס לבוב, סי׳ קמח וסי׳ שלד), עיי״ש.

ודברי מהר״מ הובאו גם במרדכי (ב״ק סי׳ ל, וע״ע במרדכי ב״ק קצג), וכן פסק בתשב״ץ (ח״ב סי׳ רלא), ובמהר״ח או״ז (סי׳ קמא). וכתב המרדכי שכן מצא בספר יראים, דרב נחמן מיירי בנגזל שדבר שלו בעין, ורוצים לגזול ממנו, או אם הוציאה הגזלן ולא נזקף דמי גזלתו במלוה. והביא ראיה מברכות ה,ב בתר גנבא גנוב וטעמא טעים, דאף דקיי״ל עביד איניש דינא לנפשיה, היינו דוקא אותו דבר עצמו שנלקח לו לאדם מותר לו ליקח בכל מקום שיכול להשיגו, דומיא דמילתיה דבן בג בג דאמר שלו הוא נוטל, אבל הכא לקח זמורות אחרים שלא גנב לו האריס. ועיין באגודה ב״ק ג,לט.

והראיה שהביא היראים מפ״ק דברכות (ה,ב), דאיתא שם בגמ׳, דרב הונא החמיצו לו ארבע מאות חביות יין, ואמרו לו שם החכמים שיפשפש במעשיו, ואמרו לו החכמים ששמעו עליו שלא נתן לאריסו את חלקו בזמורות הגפן שחותכים בשעת הזמיר, דבר שהיה מגיע לאריס מדיני אריסות. אמר להם: מי קא שביק לי מידי מיניה, הא קא גניב ליה כוליה (וכי אינו חשוד בעיניכם שהוא גונב לי הרבה יותר מחלקו – רש״י). אמרו לו, היינו דאמרי אינשי, בתר גנבא גנוב וטעמא טעים. (הגונב מן הגנב אף הוא טועם טעם גניבה), ולכן נענש משמים שהחמיץ יינו. היראים מביא ראיה מגמ׳ זו דאינו רשאי לעשות דין לעצמו אף בגזילה, היכא שהגזילה לא בעין, דהא רב הונא (לפי פירוש רש״י) טען שאריסו גוזל אותו הרבה יותר מחלקו, ולפרש״י משמע שלא מדובר בגזילת הזמורות אלא בגזילת חלקו בענבי הכרם (או בגזילת זמורות, אך ברור שלא אותן זמורות שגנב האריס נטל רב הונא) ובעבור גזילת חלקו, לא נתן לו רב הונא את חלקו בזמורות. וא״כ הוי ראיה מוכחת שבגזילה ג״כ לא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה, כאשר תופס דבר אחר בעבור הגזילה ולא את החפץ הנגזל עצמו. והמרדכי הנ״ל ממשיך ומביא את קושיית ה״ר קלונימוס, דהרי רב הונא לקח מן הדין, דהא קיי״ל עביד איניש דינא לנפשיה. ותירץ ה״ר קלונימוס,

דהיינו דוקא אותו דבר עצמו שנלקח לו לאדם מותר לו ליקחנה בכל מקום שיכול להשיגו, אבל הכא לקח זמורות אחרים שלא גנב לו האריס. והיינו שפירש ה״ר קלונימוס דבמקרה של רב הונא מדובר שלא נטל את הדבר שנגזל ממנו, וכמו שעולה גם מפירוש רש״י.

[ומדברי רבי יהודה החסיד בספר חסידים (סי׳ ת) נראה לחלק בין גונב בהחבא ובצנעא, לבין אם עושה זאת בפרהסיא, וז״ל: ״אחד שחק עם חבירו בקוביא והרויח, ואותו שהפסיד גנב אצל אותו שהרויח התיבה של עץ ששוחקין בהן, כגון צחקת השקקי ודומיהן, עד שחזר והרויח מה שכבר הרויח ממנו, ושאל אם יש לו עון. א״ל, בתר גנבא גנוב וטעמא טעים, ועוד, יאוש עשית כשהרויח ממך ולא יכולת להרויח אלא דרך גניבה. אבל הגוזל אחר הגזלן עביד אינש דינא לנפשיה״. והיינו כיון שעשה כן בפרהסיא, אין בזה איסור, מזה שחילק בין גניבה לגזילה.]

ולכאורה יש להבין, דהא לדברי היראים בגזילה יכול לעשות דין לעצמו כל היכא דלא זקפו במלוה, ושם בגמרא לא מיירי בזקפו לגזילה במלוה, וא״כ הוי ראיה לסתור. ונראה ע״פ מש״כ הש״ך בתקפו כהן (סי׳ קיז) לישב קושיא אחרת (על שיטתו הוא), וז״ל:

״ואין להקשות מה תירץ רבינו קלונימוס במרדכי פרק המניח, על הא דרב הונא דפ״ק דברכות שלקח זמורות אחרות, הא כיון שהאריס גנב א״כ הו״ל החוב שלא בדרך הלואה ויכול לתפוס אפילו דבר אחר. נראה כיון שמגיעים קצת זמורות מן הדין לאריס, וכמו שפירש רש״י בפ״ק דברכות שכשם שחולקים ביין כך חולקים בזמורות וכו׳, א״כ הזמורות היתירות שגנב האריס הוי כאילו לקח עתה הרבה ובעל הכרם יקח כנגד זה פעם אחרת, ודמי כאילו זקף במלוה.״

בסימנים הקודמים בתוקפו כהן מבוארת שיטת הש״ך שיכול אדם לתפוס חפץ עבור חוב שאינו על דרך הלואה. הש״ך מקשה לכאורה מדברי רבינו קלונימוס שתירץ כנ״ל, שרב הונא לקח זמורות אחרות מאלו שלקח האריס ולכן היה אסור לרב הונא לתפוס ולעשות דין לעצמו. וע״ז הקשה הש״ך, דכיון שהחוב היה שלא על דרך הלואה, שהרי חוב זה היה מחמת גזילת האריס, א״כ מדוע היה אסור לרב הונא לתפוס ולמיעבד דינא לנפשיה, הא למש״כ הש״ך שרי לעשות כן בחוב מחמת גזילה. וע״ז תירץ הש״ך שהאריס לא היה גזלן, ומה שלקח זמורות יותר מהמגיע לו, כוונתו היתה שהיום הוא יקח זמורות ובעתיד רב הונא יקח יותר זמורות, כנגד הזמורות היתירות שלקח, ואף שהיה אסור לו לעשות כן שלא מדעת רב הונא, מ״מ הוי כחוב וכזקפו במלוה, וע״כ אסור היה לרב הונא לתפוס ולמיעבד דינא לנפשיה.

והריב״ש בתש׳ (סי׳ שצו) כתב דדין עביד איניש דינא לנפשיה לא נאמר בכל ענין, אלא רק ליטול את שלו, כגון אם גזלו, או הפקיד אצלו. אולם מחמת חוב

הלואה שיש לו עליו, אסור לו לעשות דין לעצמו, מקרא דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו. וכן אם חבירו רוצה להזיקו בממונו, יכול הניזק להציל את שלו ולהזיק את חברו, וכן למדו הגאונים מדין זה שיוכל אדם לעכב פקדון שבידו, אם הוא חייב לו מצד אחר. או לתפוס מטלטליו, כל שמצאום ברשות אחרים. או ליקח מידו ומביתו, כל שהחוב אינו הלואה ממש, משא"כ בהלואה שאסור לבא לביתו למשכנו או לחטוף מידו, אלא דאי עביד מהני, כדאיתא בתמורה ד,ב.

ועיין בש"ך בתקפו כהן סי' קטז, דכולם סוברים כן, דרק בהלואה אינו יכול לעשות דין לעצמו, כיון דרק בהלואה יש איסור מישכון, ודלא כמשמעות הרמ"א חו"מ ד, דמהר"מ ורא"ש פליגי אריב"ש, אלא לכ"ע אם אין איסור מישכון, יכול לעשות דין לעצמו, גם לשיטות מהר"מ והרא"ש שבעינן שיהיה חפץ מבורר שהוא שלו. (ועיין ט"ז חו"מ סי' ד (ד"ה וי"א דוקא). ובתומים ד,ב כתב לחלוק על דעת הש"ך, וס"ל דלמהר"מ והרא"ש כל שאין חפץ מבורר שהוא שלו, לא יכול לעשות דין לעצמו, אולם אם תפס ומיד בלא עיכוב בא לב"ד, ואומר עובדות כהוויתם ומבקש שידונו לו דין תורה, אינו בכלל עביד דינא לנפשיה, כי לא עשה דין לעצמו רק תפס ומיד בא לב"ד שיעשו דין, כשהוא מוחזק במה שתפס, וממילא אין מחלוקת בין מהרי"ק וריב"ש, למהר"מ והרא"ש: "אבל מ"מ צ"ע, כי קשה עלי לחדש סברא מה דלא מצאתי מבואר במחברים קדמונים נבוני מדע".

ומדברי מהרי"ק (שורש קסא, הובא לעיל), נראה דבכל ענין יכול לעשות דין לעצמו, וכדעת ר"ת דלגובייגא שרי, וז"ל: "דהא לא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר, או להכות את חבירו, או להפסידו עד שישלם הממון, בכה"ג שייך למימר דינא לנפשיה, אבל בכה"ג לא מקרי אלא תופס בכולי תלמודא". וא"כ כל מקום שגובה ממון בשביל ממון אחר, עושה ככח דיין, וזה דין של עביד דינא לנפשיה, ומשמע שיכול לגבות בעבור חוב ככח דיין, וכדעת ר"ת. ועיין במל"מ סנהדרין ב,יב וביש"ש ב"ק ג,ה מה שהקשו על דברי מהרי"ק.

וכדעת הראשונים הנ"ל שיכול לעשות דין רק בחפץ מבורר שהוא שלו, כן פסק המחבר בשו"ע חו"מ סי' ד, ששינה מלשון הרמב"ם בהל' סנהדרין ב,יב שלא הזכיר חפץ מבורר וכד', אלא פסק דיש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח, הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה, אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין וכו', והמחבר בשו"ע חו"מ סי' ד פסק: "יכול אדם לעשות דין לעצמו, אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, יכול לקחתו מידו ... והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בדין, מ"מ אין לו רשות למשכנו בחובו". ומבואר ששינה מלש' הרמב"ם וכתב דדוקא רואה שלו ביד

אחר. ואף הרמ״א הביא שם דעות הפוסקים בעניני תפיסה, ודעת המרדכי, הריב״ש ומהרי״ק. אלא שלפ״ז קשה, מה חידש המחבר; ״מ״מ אין לו רשות למשכנו בחובו״, דאם מיירי בגזילה וכד׳, מה שייך לענין משכון, ואף אם ניתן לו כח לענין להציל את שלו ולקחת את שלו שביד חבירו, מהיכי תיתי יתנו לו למשכן בחובו. אא״כ נאמר דחידש המחבר שאף בגזילה וברואה שלו ביד אחר, אסור לו למשכן, וזה אינו, דמה גרע משכר שכיר ושכר בהמתו, דדוקא בהלואה אסורו למשכן, כמבואר בשו״ע חו״מ צז,יד. ואפשר דכיון דהמחבר הביא בשו״ע חו״מ צז,טו דעת הרי״ף בשם יש מי שאומר, דבהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו והלוה אינו רוצה לפורעו, והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומבריחם, שליח בית דין נכנס לביתו למשכנו. וע״ז כתב דמ״מ המלוה עצמו אסור לו גם לגובייגא, וצ״ע.

לאמור לעיל באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים, אם מותר לו לעשות דין לעצמו בשכר שכיר, דאם רק בחפץ מבורר, הרי בשכר שכיר אסור לו לעשות דין לעצמו, ואם רק באופן שאסור למשכנו בחובו, א״כ בשכר שכיר יכול לעשות דין לעצמו. ומ״מ לתפוס יכול, ויבוא לבי״ד שיורו לו אם הדין עימו, ואף אם ישקר ויכתוב שעות שלא עבד בהם, אם יבוא אח״כ לבי״ד וידון עם המעביד, לכאורה אין לאסור (אך זה כנראה מבין שלא יעשה, ובודאי לא בשלב זה שהוא ממשיך לעבוד אצלו, דמי יעסיק מי שרימהו, ואם אינו הולך מיד לבי״ד, אין להתיר לכאורה לנ״ל, ורק בתופס ובא לבי״ד שיפסקו הדין, אין לאסור). וגם מש״כ בתש׳ הרי בשמים (ח״ב סי׳ רמ) ובתש׳ יביע אומר (ח״ו חחו״מ סי׳ א) להתיר לעשות דין לעצמו בשכר שכיר, וכדעת הפוסקים הנ״ל, כ״ז הוא דוקא בבא אח״כ לבי״ד שידונו דינו, אבל בלא״ה נראה לאסור.

עוד נראה דבנדו״ד לא יחשב כשכר שכיר אלא כהלואה, וכמש״כ הרא״ש פ״ד דגיטין הי״ז פירש שזקפן במלוה היינו שקבע לו לפורעו עד זמן פלוני. ובב״י (סז,יט) הקשה עליו מהגמ׳ גיטין יח,א דלאונס ומפתה שעת העמדה בדין היא הזקיפה במלוה. ותירץ הב״י, דדוקא לענין קנס הוי העמדה בדין כזקיפה במלוה, משא״כ בחוב שאינו קנס. ועיין בקרבן נתנאל שם ס״ק נ שכתב דמ״מ גם העמדה בדין הוי זקפו במלוה. לפ״ז כל עניני הפטור בשמיטת כספים שאין דינם כהלואה, כמו הקפת החנות ושכר שכיר, אין שביעית משמטתה עד שיקבע לו המוכר מועד לפרעון, דכל זמן שלא קבע לו זמן לתשלום הרי הוא כאין דרכו להקפיד ולנוגשו, והוי כמלוה שמועד פרעונה לאחר השמיטה. משא״כ כשקבע זמן לפרעון דדינו כהלואה. ולפ״ז בנדו״ד שכבר הגיש לו חשבון, אלא שהמעביד סובר שקבע מחיר נמוך יותר, דינו כמלוה ולא כשכר שכיר לענינים הנ״ל.

### ג. עושה דין לעצמו בסתר

עוד יש לדון בנדו״ד, שיש לאסור לכאורה לעשות דין לעצמו, דאף אי עביד דינא לנפשיה, הני מילי בגלוי ובידיעת הבע״ד, אולם בסתר אסור לעשות דין לעצמו. דבגמ׳ ב״ק כז,ב הובאו דברי בן בג בג: מתיב רב כהנא, בן בג בג אומר, אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל. א״ל עמך (בתמיה), בן בג בג יחידאה הוא, ופליגי רבנן עליה. ובתוס׳ שם (ד״ה אלא), כתבו דהקושיא על רב נחמן היתה, דמדברי בן בג בג משמע דמיירי שאין הפסד, מזה שאסר להכנס בלא רשות ובסתר, שאם היה הפסד, ודאי היה מתיר להכנס בלא רשות. ומוכח דלא כר״נ. וע״ז תירצה הגמ׳ דלא קיי״ל כבן בג בג. ומוכח דלבן בג בג אסור להכנס בסתר וכגנב לקחת את שלו.

ויש להבין מהות האיסור של להכנס בסתר שלא יראה כגנב, האם הדבר נובע מהלכות מידות ודעות, שהאדם לא ירגיל לעשות דברים בסתר ובהסתר, שלא יראה בעיני עצמו כפועל פעולת גניבה שכל כולה נראית כלא ישרה, ואף שבעיניו כך הוא הדין והיושר, בפעולה שעושה בסתר משחית את מידותיו לפעול בחוסר יושר, במחשכים ובחדרי חדרים. או שהכונה שלא יראה בעיני המון העם כגנב, שבכך יצא לו שם רע, שהרי הם אינם יודעים אם האמת איתו אם לאו, וכאשר עושה בפרהסיא, הם מבינים שכנראה לפחות הוא סבור שהאמת איתו, וכשפועל בסתר, סבור העולם שהוא פועל כגנב. ונפק״מ בין הצדדים לנדו״ד שירשום שעות שבהן לא עבד, כדי לגבות באמצעות הרישום את הפרש השכר המגיע לו. אם נאמר שהאיסור הוא מהל׳ מידות, גם אם היה מותר לעשות דין לעצמו, אף שאינו דומה לנכנס לחצר חבירו בסתר, דכאן לא יראו ולא יראה בעיני המון העם כגנב, מ״מ כלפי עצמו ומידותיו הדבר אסור. ואם נאמר שכל האיסור הוא כדי שלא יראה בעיני המון העם כגנב, בנדו״ד אם היה מותר לעשות דין לעצמו, לא היה איסור לכתוב שעות נוספות שבהן לא עבד, אליבא דבן בג בג. ונראה לדייק מדברי בן בג בג שאמר: שמא תראה עליו כגנב, ומדלא כתב שמא תראה כגנב אלא שמא תראה עליו כגנב, קמ״ל דהאיסור הוא שמא יראה בעיני האחר/ האחרים כגנב. ועליו – לאו דוקא, שהרי בעה״ב יודע שהנכנס נוטל את שלו.

והנה דברי בן בג בג הובאו בתוספתא ב״ק י,טז: בן בג בג אומר, אל יטול אדם את שלו מבית אחרים, שמא יראה כגנב. וכן היה בן בג בג אומר, אל יגנוב אדם את שלו מבית הגנב, שמא אף הוא יראה כגנב. ושם לא נאמר שמא יראה עליו כגנב, וכלשון שהביאה הגמ׳ בסוגיא. ואכן במנחת בכורים שם כתב שמא ירגיל עצמו לגנוב. והיינו שאיסור זה ממידות האדם וכמו שביארנו. אבל בלשון הגמ׳ בסוגיא שמא

יראה עליו כגנב, י״ל שמא יראה בעיני הגזלן כגנב, והינו שיוכל להוכיח לאחרים שזה שנכנס לרשותו, הוא גנב, והראיה שנכנס בסתר.

ועיין מש״כ הגר״מ פיינשטיין זצ״ל באגרות משה (חחו״מ ח״א סי׳ ג ד״ה ומפרש רב יהודה). ועיי״ש באגר״מ מה שפירש באריכות במחלוקת בן בג בג וחכמים, אם עדיף לקחת בסתר שלא יבוא לידי הכאה, כדעת חכמים, או עדיף שיקח בגלוי. ולפירוש אחר שכתב שם, חכמים כלל לא חוששים לא לסתר ולא להכאה, עיי״ש. וכן ראיתי לגר״ע יוסף זצ״ל, יביע אומר (ח״ו חחו״מ סי׳ א אות ב) שכתב דדברי בן בג בג הם דוקא בעושה מעשה להכנס לבית חבירו, אבל אם מוחזק בחפץ של חבירו, גם לבן בג בג אין איסור. אמנם למה שהבאתי לעיל מהמנחת ביכורים, יש לאסור אף במוחזק בחפץ של חבירו, כיון שמרגיל עצמו במידת הגניבה.

והשאלה אם לבן בג בג הוא בבחינת איסור או עצה טובה. דאם הוי רק עצה טובה, מה הקשתה הגמ׳ לר״נ מבן בג בג, וכן משמע מדברי הרי״ף בתש׳ (סי׳ קלג) שהוא איסור גמור ולא רק עצה טובה. אמנם בתורת חיים בסוגיא, הקשה על התוס׳, דאפשר דבן בג בג מיירי אף באיכא פסידא, ולא איסורא קאמר אלא עצה טובה קמ״ל. ולכאורה אם עצה טובה קמ״ל, מה קשה על ר״נ. ובמנ״ח (מצוה רכד) הביא דהסמ״ג פסק כבן בג בג; ״ונראה מדבריו דהוא מהתורה, דנכלל בלאו, א״כ צ״ע למה לא ילקה ע״ז״. ומבואר שהוא בכלל האיסור של לא תגנובו. אמנם באמרי בינה (דיינים סי׳ ט ד״ה וראיתי) כתב להוכיח דכל דברי בן בג בג הינם בגדר עצה טובה קמ״ל, ולכן לא הביאוהו להלכה הרמב״ם והשו״ע.

גם הגר״י פערלא בבאורו לרס״ג (ל״ת צא) כתב דבן בג בג לא סובר שיש בזה איסור תורה ולאו דלא תגנב, אלא איסורא דרבנן בעלמא קאמר. ושכן משמע מדברי התוס׳ ושאר ראשונים (בפ״ג דבב״ק כז,ב) שכתבו דלבן בג בג נמי בדאיכא פסידא שרי להכנס בסתר. ואם יש בזה איסור תורה, לא יתכן לומר דשרי לעבור משום פסידא על לאו דאורייתא דלא תגנבו. וכתב שם דלדעת הרי״ף בתש׳ יש בזה לאו גמור מדאורייתא, אך דעת הרס״ג אינו כן.

והרשב״א בסוגיא כתב דאין לפרש דחכמים פליגי להדיא על בן בג בג, דא״כ איך פירש רב ינאי שבור את שיניו בדין, והיינו שיתבעהו לבית דין, ואם פליגי רבנן עליה דבן בג בג, וכי חכמים חולקים על שבור שיניו בדין. אלא בהכרח דמן הסתם בן בג בג יחידאה, אבל לא נמצא בהדיא שחולקים עליו. ולכאורה אפשר, דכיון דדברי בן בג בג הובאו בתורת כהנים ריש פרשת קדשים: ״לא תגנובו על מנת למקט, לא תגנובו על מנת לשלם תשלומי כפל, ולא על מנת לשלם תשלומי ארבעה וחמשה, בן בג בג אומר לא תגנוב את שלך מאחר הגנב שלא תראה גונב״. וא״כ חכמים

שדרשו מהפסוק ע״מ למיקט וע״מ לשלם כפל, ולא דרשו כבן בג בג, מזה למדה הגמ׳ שחולקים על בן בג בג.

אמנם כיון דכל דברי הגמ׳ שבן בג בג יחידאה, הוא לתרץ לדברי ר״י, אבל לדידן דקיי״ל כר״נ, אין צורך לתרוץ זה. ומהמנ״ח הנ״ל נראה דהדבר נתון במחלוקת הראשונים, דהרמב״ם וספר המצוות (וכן בשו״ע) שלא הביאו דברי בן בג בג, מאחר וס״ל דיחידאה הוא ופליגי חכמים עליה, וממילא אין לפסוק כמותו. ואילו לדעת הסמ״ג שפסק כמותו, ס״ל דלאו יחידאה הוא, וכיון דלא מצאנו להדיא שחולקים חכמים על בן בג בג, א״כ מש״כ הגמ׳ הוא דחויה בעלמא, וקיי״ל כבן בג בג, וכסברא שכתב הרשב״א.

ובשער המשפט שמח,א הביא מהסמ״ק (סי׳ רסא) בשם רבינו יונה, דאסור לגנוב את שלו מאחרי הגנב שלא יראה כגנב, והיינו כבן בג בג, וכמו שפירש רש״י שם, שלא יכנס לחצר חברו בגניבה ובסתר; ״וקיי״ל כוותיה לדידן דסבירא לן עביד אינש דינא לנפשיה אף במקום דליכא פסידא וע״ש. אך במקום דאיכא פסידא, מותר אף ליכנס לחצר חבירו כמו שכתבו התוס׳ (ד״ה אלא) והגהות אשרי שם (סי׳ ג) יע״ש. ותמיהני מה שהשמיטו הרמב״ם והטור והמחבר דין זה״. והיינו דבליכא פסידא אם ילך לבי״ד, אסור להכנס לביתו בסתר. ולכאורה כיון דכל התירוץ הוא אליבא דר״י, ואליבא דר״נ אין צריך לתרוץ זה, א״כ קיי״ל כר״נ, וקיי״ל כבן בג בג אף במקום שיש הפסד. ובתוס׳ (ב״ק כז,ב ד״ה אלא) כתבו דבמקום דאיכא פסידא, יכול להכנס בסתר לביתו, אף לבן בג בג. ונראה דהכריחו לתוס׳ לפרש כן, כיון דכל מחלוקת ר״י ור״נ הוא בדליכא פסידא, ובאיכא פסידא לכ״ע עביד אינש דינא לנפשיה, ואם בן בג בג מיירי גם באיכא פסידא, קשה גם על ר״נ. ועיין באמרי בינה (דיינים ט בתחילה). והביא שכן כתב ראב״ן וסמ״ק בשם רבינו יונה, וא״כ כל דברי בן בג בג הלכתא נינהו, ותמה מדוע לא הביאו הרמב״ם והשו״ע דין זה שאסור בכל ענין להכנס בסתר. אמנם בהמשך דבריו כתב דאינו אלא זהירות בעלמא ואין בזה איסור תורה, ולכן לא הביאו הרמב״ם והשו״ע. ועיין עוד במש״כ הבן איש חי (תש׳ רב פעלים ח״ג חחו״מ סי׳ ה), דקייל כבן בג בג דאסר ליקח אפי׳ את שלו בסתר מן הגנב שגנבו ממנו, אלא לעביד דינא לנפשיה בגלוי. וכן ס״ל לרב נחמן דקי״ל כוותיה, דלעביד דינא לנפשיה בגלוי, דרב נחמן לא דיבר מענין של לקיחה בסתר כלל, דהוא איירי בעושה דין לעצמו בגלוי. (ועיין מה שהבאתי לעיל מספר חסידים סי׳ ת, דעדיף לקחת בפרהסיא מלקחת בצנעא.)

וכן כתב הגר״י פערלא (בבאור לרס״ג ל״ת צא), דלפי דברי הרי״ף דלאו דלא תגנבו איתא נמי בגונב את שלו, ס״ל דלא אמרו הני אלא אליבא דמ״ד לא עביד אינש

דינא לנפשיה, אבל למאי דקיי״ל כמ״ד עביד אינש דינא לנפשיה, קיי״ל גם כבן בג בג, ואפשר דס״ל דגם רבנן לא פליגי עליה. ושכן היא גם דעת הסמ״ג (לאוין קנה) שמביא שם להלכה דברי בן בג בג, וכן בהגהות סמ״ק בשם רבינו יונה (סי׳ רסא), ושכן כתב ביראים (סי׳ רנה) ובשאילתות (פרשת נח שאילתא ד) ובה״ג בב״ק; ״ועוד בכמה ראשונים ז״ל מתבאר כן״. אולם דעת הרמב״ם (ריש הל׳ גנבה) והטור (חו״מ סי׳ שמח) שלא הביאו דברי בן בג בג, ס״ל דלא קיי״ל כוותיה, דרבנן פליגי עליה. וכתב דאפשר דכן דעת הרס״ג.

ולפ״ז באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים אם כשמותר לעשות דין לעצמו, אם מותר לו לעשות זאת גם בסתר, ואף לאוסרים, צ״ע אם בנדון כנדו״ד הוי בכלל האיסור של בן בג בג, או יש לחלק וכנ״ל.

**לאור האמור לעיל נראה, שאם יכתוב את השעות שלא עבד בפועל ע״מ לגבות חובו, אינו נחשב כגזלן ולא עובר איסור, מ״מ אין להתיר לעשות כן.**

# סימן יא

## כובש עדות בערכאות

### ראשי פרקים

**א. החובה להעיד**

**ב. השבת אבידה וגמ״ח**

**ג. עד אחד שכבש עדותו, אם עובר**

**ד. עד אחד בערכאות**

**ה. כשהנתבע ודאי לא ידון בדין תורה, אם צריך היתר בי״ד לתבעו בערכאות**

**ו. כשהתובע לא קיבל היתר מבי״ד**

**ז. החיוב לצאת ידי שמים**

ראובן תבע את שמעון לד״ת, ומשלא הופיע לדיון, התירו לו בי״ד לתובעו בביהמ״ש.

במסגרת התביעה נצרכה עדות לוי. משיקולים של חשש מסכסוך עם שמעון הנתבע, עימו הוא מתפלל באותו ביכנ״ס, התחמק לוי מהופעה בביהמ״ש, ועקב כך נדחתה תביעת ראובן. לאחר מעשה שואל לוי, אם היה עליו להופיע בביהמ״ש, ואם הוא חייב לפצות את ראובן בגין אי הופעתו בביהמ״ש והנזק שנגרם ללוי.

## א. החובה להעיד

איתא בב״ק נה,ב-נו,א: תניא אמר ר׳ יהושע, ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ... והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו ... במאי עסקינן, אילימא בבי תרי, פשיטא דאורייתא הוא (דחייב בדיני שמים – רש״י), אם לא יגיד ונשא עונו, אלא בחד (שמחייבו שבועה, ובדיני שמים מיחייב, דאי הוה מסהיד, מחייב ליה שבועה, ודלמא לא הוי משתבע בשיקרא ומשלם). ולכאורה נראה מכאן (וכן מהגמ׳ שבועות לב,א ולה,א) שיש חיוב להעיד מכח המצוה, וכמש״כ החינוך (מצוה קכב): ״להגיד העדות בפני הדיינין בכל מה שנדעהו, בין שיתחייב בעדות מיתה או ממון המועד עליו, או שיהיה הצלתו בממונו או בנפשו, שנאמר (ויקרא ה,א): והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו, בכל ענין חובה עלינו להגיד העדות לפני הבית דין״. וכן מבואר ברמב״ם בספר המצוות (עשה קעח): ״שצונו להעיד בבית דין בכל מה שנדעהו ... והנה הביאו רבותינו ע״ה ראייתם על חיוב הגדת העדות

מאמרו יתעלה (ויקרא ה) והוא עד או ראה או ידע. והעובר על מצוה זו והוא שיכבוש העדות ענשו גדול". וכן ברמב"ם ריש הל' עדות: "העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע, בין בעדות שיחייב בה את חבירו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות, שנאמר: והוא עד או ראה או ידע, אם לא יגיד ונשא עונו". והרדב"ז שם הקשה, דאין משמעות הפסוק אלא שאם לא יגיד ונשא עונו, אבל אין במשמעות שהיא מצות עשה להעיד. ותירץ הרדב"ז: "וי"ל דילפינן לה מדכתיב והוא עד או ראה או ידע – יגיד, ואם לא יגיד ונשא עונו". וזה הטעם שזו מצות עשה להעיד, אף שלשון התורה הוא בגדר עונש, אך אין מצות עשה להעיד, ומנין למד הרמב"ם שזו מצות עשה, וע"כ תירץ הרדב"ז דיש ללמוד מהפסוק גם חיוב של עשה להעיד.

ורש"י בסנהדרין לז,ב, על הא דאיתא שם בגמ', שאם יאמרו העדים מה לנו ולצרה הזאת, ומדוע עלינו להעיד, והסבירה הגמ' דהחובה להעיד היא מכח הפסוק אם לא יגיד וכו'. ופירש רש"י שם: "עליכם מוטל חובה ונשיאות עון אם לא תגידו מה שראיתם". מבואר שיש חובה להעיד, ונשיאת עוון שלא להעיד. ובפשטות דברי רש"י חובה ונשיאת עוון, שאין כאן מצות עשה אלא נשיאת עוון, ומכח נשיאת עוון יש חובה להעיד. דהו"ל לרש"י לומר דעליכם מצות עשה להעיד, ומדלא כתב כן אפשר דאין מצוה אלא רק נשיאת עוון. ודוחק לומר שרש"י כתב כן רק כתשובה לטענת העדים מה לנו ולצרה זו, דסגי בחובה ובנשיאת עוון לסתירת טענת העדים, דעדיין הו"ל לרש"י למימר שיש מצות עשה. אולם הגר"י פערלא בבאורו לרס"ג (ח"א עשין לא) למד בדברי רש"י דהחובה היא מצות עשה, רק כיון דלא כתיבא בהדיא בקרא שיש מצוה להעיד, לא מנאה הסמ"ק אלא במנין הלאוין (רלט: "שלא לכבוש עדותו דכתיב (ויקרא ה') אם לא יגיד ונשא עונו").

וכן הביא בשאילתות דרב אחאי גאון (שאילתא סח): "דאילו מאן דידע בסהדותא דחבריה מיחייב למיזל ואסהודי ליה, ואי לא מסהיד ליה, קאים באיסורא, שנאמר, ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה וגו'. ואע"ג דהאי קרא בהיכא דאשבעיה ולא מסהיד ליה, הני מילי כי כתיבה שבועה לאיחיובי עלה קרבן שבועה, אבל למיקם באיסורא כי לא מסהיד נמי קאים באיסורא, דכתיב נפש כי תחטא והדר ושמעה קול אלה אלמא כי לא שמע שבועה נמי קאים בחטא". מבואר מהשאלתות דמקרא נלמד שגם בלא שמע קול שבועה, יש חטא ונשיאת עוון באם לא יגיד. ולא הזכיר השאילתות מצות עשה להעיד. ולמש"כ הגר"י פערלא י"ל גם בשאילתות, דהחובה היא מצות עשה.

והשאלתות הביא מיד גם את דברי הספרא (פרשה ב ד"ה פ"ד) שאיסור זה נלמד מלא תעמוד על דם רעך. ולכאורה משמע שעובר שני איסורים, הן אם

לא יגיד, והן לא תעמוד על דם רעך. והרמב״ם לא הזכיר לאו זה בהל׳ עדות ואף בספר המצוות עשה קעח הנ״ל, אולם בל״ת רצז לענין האיסור של לא תעמוד על דם רעך, כשפרט ההיכי תימצי בזה, כתב בין שאר המציאויות: ״וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה כי הוא רואה ממון חבירו אובד והוא יכול להחזירו אליו באמרו האמת, וכבר בא בזה הענין גם כן (ויקרא ה הוב׳ במ״ע קעח) אם לא יגיד ונשא עונו, ולשון ספרא מניין אם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק עליה, תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך״. וכבר תמה הנצי״ב בהעמק שאלה סט,ב, מדוע לא הזכיר הרמב״ם לאו זה בהלכות עדות. והשו״מ (תנינא, ח״ג סי׳ קי) הקשה, מדוע בהל׳ רוצח א,יד לא הביא הרמב״ם דין כבישת עדות בכלל לאו זה דלא תעמוד וכו׳. ועיין גם במשכנות יעקב חחו״מ סי׳ יב מש״כ בזה.

ושער המשפט כח,ב הקשה, דהרמב״ם בהל׳ עדות כתב דדוקא תבעו חייב להעיד, ואילו מלאו דלא תעמוד, חיוב הגדת העדות היא גם בלא תבעו, כיון שהוא יודע עדות לחברו וחברו לא העלה בדעתו שהוא יודע לו עדות, חייב להצילו בכדי שלא יבוא חברו לידי הפסד, והביא ראיה מרש״י סנהדרין עג,א. וכתב לישב, דדעת הרמב״ם והטור דהלאו של לא תעמוד על דם רעך הוא דוקא לענין דיני נפשות, דכך פשטות הפסוק, דאם הבית דין רוצים לחייבו מיתה והוא יודע לו עדות להצילו, מחויב להעיד לו. ומה שכתבו הרמב״ם והרא״ה דאף לענין ממון שייך לאו זה, אסמכתא בעלמא הוא. ועיי״ש מש״כ להוכיח דכל חיוב עדות הוא בלאו דלא תעמוד. ובשו״מ (תנינא ח״ג סי׳ קי) כתב דלאו דלא תעמוד על דם רעך הוא דוקא בהצלת הגוף, שאם רואה שטובע בנהר או שלסטים באים עליו וכדו׳, חייב להצילו והוא מכלל החיוב דלא תעמוד על דם רעך. אבל בהצלת ממונו של אדם, אינו בכלל לא תעמוד על דם רעך. וכן מבואר במשך חכמה (ויקרא יט,טז), וז״ל:

״בספרא ד,ח): ומנין שאם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק, ת״ל; לא תעמוד על דם רעך. פירוש בדיני נפשות, שאם יודע עדות לזכותו ונמנע, הרי זה שופך דמים, וכמו דמוקי הגמרא בסנהדרין (עג,א) דמכאן אף למטרח ולאגורי. ודוקא שיודע לזכותו בדיני נפשות, אבל דיני ממונות, הוא רק בשתבעו הבעל דין להעיד, ובאם לא יגיד ... וזה שאמר שבדיני ממונות אינו עובר באם לא יגיד רק כשיתבענו, אבל בדיני נפשות אפילו אין הבעל דין תובעו ״לא תעמוד על דם רעך״, ש״אני ה׳״ - אני הוא התובע דמי נפש נקי״.

ועיין באבי עזרי עדות א,א הקשה על מש״כ המשך חכמה שמש״כ בספר המצוות שלאו זה הוא גם בדיני ממונות, אינו בדקדוק (עיין במשך חכמה), דהרי גם בחינוך מצוה רלז מפורש דלאו זה הוא גם בכובש עדות ממון; ״ועוד כללו ז״ל

באזהרה זו, שלא לכבוש עדות, כדי שלא יאבד חבירו ממונו". מפורש יוצא דלאו זה מתיחס גם לכבישת עדות ממון, וכמו שעולה מדברי הרמב"ם בספר המצוות.

ולכאורה נראה נפק"מ אם נלמד מאם לא יגיד או מלא תעמוד על דם רעך, אם צריך להעיד לחבירו בערכאות (באופן שמותר היה לדון בערכאות, עיין מה שכתבתי גם בח"ד סי' כד), דאם ילפינן מאם לא יגיד, הוא דין מיוחד לעדות בבית דין, משא"כ אם נלמד מלא תעמוד על דם רעך, הוא דין גם לעדות שיכול להצילו בערכאות. אמנם למש"כ השו"מ דין זה הוא דוקא בהצלת גופו, וכגון במשפט פלילי וכד', אך לא בדיני ממונות כנדו"ד.

## ב. השבת אבידה וגמ"ח

טעם נוסף מצאנו באחרונים בחיוב להעיד אף בדיני ממונות, והוא מדין השבת אבידה.

כן נמצא בדברי קצוה"ח כח,ג. קצוה"ח כותב דאם קבלו עליהם קרוב או פסול, אינו חייב להעיד מדין אם לא יגיד ונשא עוונו, והביא ראיה מהירושלמי (שבועות ד,א) דאין עליו שם עד, ושכן כתב הר"ן (שבועות טו,ב מעמוה"ר) בשם הרמב"ן (שבועות לה,א). ומ"מ ס"ל לקצוה"ח דיש עליו חיוב להעיד מדין השבת אבידה: "מיהו נראה דאע"ג דאינו חייב משום לא יגיד, אפ"ה מצוה איכא להעיד ומשום השבת אבידה". וכן נמצא בנתיבות כח,א, דנהי דאינו עובר באם לא יגיד, מכל מקום חייב להעיד מדאורייתא משום השבת אבידה לבעלים, ואף בלא תבעו ובכל מקום דאינו חייב משום אם לא יגיד, מכל מקום חייב משום השבת אבידה.

ולכאורה מדוע נצרכו לחידוש לחייב מדין השבת אבידה, תיפוק ליה לחייבו מדין לא תעמוד על דם רעך. ובפשטות י"ל דחיוב זה הוא רק על אבידת גופו ולא אבידת ממונו. וראיתי למנחת חינוך רלז,ג שכתב דדוקא שני עדים עוברים בלאו זה דלא תעמוד, אבל עד אחד אינו עובר, דאל"כ הא דאיתא בב"ק נו,א דעד אחד הכובש עדותו אינו חייב רק בדיני שמים. ואם עובר בלא תעמוד וכו', הו"ל לגמ' להקשות דעדיין חייב מדין לא תעמוד. וע"כ נקט המנ"ח בפשטות דעד אחד אינו עובר גם על הלאו של לא תעמוד וכו'.

גם האמרי בינה (עדות ח) כתב דיש חיוב להעיד מדין השבת אבידה, אך נפק"מ דמדין השבת אבידה אינו חייב לטרוח ולילך לפני בי"ד ולהעיד, דמדין השבת אבידה אינו חייב להפסיד ממונו, ואף שכר בטלה מותר לקבל, ע"כ באה התורה והוסיפה חיוב של ואם לא יגיד ונשא עוונו, לחייב את העד לטרוח ולהעיד בפני בי"ד. ולפ"ז למש"כ לעיל דבערכאות אין חיוב הגדת עדות ורק מדין השבת אבידה, יוכל ליטול שכר כדי לילך ולהעיד, ואינו צריך שיגרם לו הפסד בממונו עקב עדותו,

משא״כ בחיוב להעיד בבי״ד מקרא דאם לא יגיד, חייב לטרוח ולהעיד בבי״ד, ואף אם יהיה לו הפסד ממון. אמנם על החיוב של לא תעמוד על דם רעך, בזה יש חיוב גם לטרוח, דהא מבואר בש״ס סנהדרין עג,א דקרא דלא תעמוד אתי לחייב למיטרח ומיגר, וברש״י שם דלא תעמוד על עצמך משמע, אלא חזור על כל צדדין שלא יאבד דם רעך. אך כל זה אבידת גופו, דאבידת ממון אינו חייב למיטרח ומיגר. וגם לימוד זה ס״ל לאמרי בינה דאינו מעיקר החיוב אלא אסמכתא בעלמא. ולפ״ז בהפסד גופו יהיה חייב להעיד גם בערכאות ולטרוח, משא״כ בהפסד ממונו, אינו חייב לטרוח ולהפסיד ממונו. אמנם לכאורה יש להבין בדברי האמרי בינה, דגם בהשבת אבידה חייב לטרוח ולהשיב, רק יכול ליטול שכר בטלה, ורק אין חיוב לשכור פועלים כדי להציל ממון חבירו, דטרחה זו היא רק בשומר שכר. וא״כ גם בחיוב הגדת עדות לכאורה יש לחייבו להעיד ולטרוח, ורק רשאי לבקש שכר בטלה, ואינו חייב לאבד ממונו כדי להציל ממון חבירו, דשלך קודם, כדאיתא בב״מ לג,א, אבל חיוב טרחה להשיב חייב, וא״כ יהיה חייב להעיד ולהציל ממון חבירו. ונראה שכוונת האמרי בינה למקום שיש למעיד הפסד, וכנ״ל. (וע״ע בישועות ישראל לגר״י מקוטנא סי׳ כח עי״מ א, ובמנחת שלמה, קמא סו״ס פב).

וכבר מצאנו טעם כזה בדברי הראשונים, לחייב להעיד מדין גמילות חסדים. דהרי״ף ב״ק (כד,א מעמוה״ר) כתב על הא דעד אחד היודע עדות ואינו מעיד, דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, דכיון שחייב שבועה ע״פ עד אחד ולא העיד העד, יש לחייבו בדיני שמים. וכתב ע״ז הנימוק״י שם בטעם הדין, וז״ל:

> ״דדילמא לא הוה משתבע בשקרא ומשלם, דאילו בב׳ עדים שאין רוצין להעיד פשיטא דמדאורייתא חייב בדיני שמים דכתיב אם לא יגיד וכו׳, דאפילו בלא שבועה איכא נשיאות חטא, דהא דכתיב ושמעה קול אלה ... ודוקא בב״ד דכשאמרו אין אנו יודעין שוב אין יכולין להעיד, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אבל חוץ לב״ד אין לחוש כ״כ הרא״ה ז״ל. והא דמחייבין הכא בכובש עדותו היינו בדיני שמים אבל בדיני אדם לא, ואפי׳ למאן דדאין דינא דגרמי, לפי שאין אדם חייב להעיד לחבירו אלא ממידת גמילות חסדים כ״כ הרא״ה ז״ל.״

ונראה בהסבר הרא״ה, דאף שיש חיוב להעיד מכח אם לא יגיד, מ״מ זהו חיוב ככל המצוות שבין אדם למקום, וכמו שאם אינו שומר שבת, אין לכל יהודי שהדבר מפריע לו חילול שבת, תביעת ממון כנגד מחלל השבת, והכל בדיני שמים, וכל הסלקא דעתך לחייב את הכובש עדותו הוא מכח הלכות נזיקין, שהעד מזיק לבעל דין כשכובש עדותו, ע״ז אמר הנימוק״י שהחיוב הממוני שבין אדם לחבירו הקיים בהגדת העדות

הוא מכח גמילות חסדים, וכשמנע עצמו מעשיית חסד, אין לחייבו בדיני אדם, ורק בדיני שמים יש לחייב מכח החיוב להעיד דאם לא יגיד ונשא עוונו. יוצא איפוא דמש"כ הרא"ה: "לפי שאין אדם חייב להעיד לחבירו אלא ממידת גמילות חסדים", היינו לחיוב שבין אדם לחבירו, והוא חיוב נוסף לחיובים שהטילה התורה בין אדם למקום.

ולכן גם שנים פטורים מדיני אדם, וכן הוכיח הרמב"ן בקונטרס גרמי (ד"ה והיודע עדות) ממה הקשתה הגמ', שאם מיירי בשני עדים, פשוט שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, דדאורייתא הוא וכו', הרי ששנים פטורים גם מדיני אדם. והטעם דכל החיוב בבין אדם לחבירו הוא מדין גמילות חסדים, ודומיא דהשבת אבידה, ומי שלא קיים השבת אבידה או גמילות חסדים, אף דעבר על מימרא דרחמנא, אין לחייבו מדין מזיק, כיון שהחיוב לגמול חסד אינו חיוב ממוני כמו במחיצת הכרם וכמו בשמירת נזיקין אחרת אלא חיוב מצוותי, וז"ל הרמב"ן:

> "טעמא דמילתא שאף הוא אינו חייב להעיד לו אלא מדין גמילות חסדים שחייבה תורה להעיד, ואם לא רצה לקיים אותה מצוה אין מן הדין לחייבו ממון, מה שאין כן בנתיאש הימנה ולא גדרה, דכיון שהוא חייב חיוב ממון לגדור ולא גדר ונתיאש חייב, שהרי הוא מזיקו ביאושו וגפניו הם האוסרין והוא גורם האיסור, אבל מי שאינו רוצה להעיד פטור, שאין עליו חיוב ממון אלא מדרך גמילות חסדים, ואם אינו רוצה לטרוח ולהצילו לזה אינו חייב. למה זה דומה למי שרואה כיסו של חברו אבד ואינו מצילו, או מי שאינו רוצה ליתן פרוטה משלו לעני, שאין בית דין מחייבין אותו בכך, אף כאן אין בית דין מחייבין אותו לשלם מביתו שלא חייבתו התורה בכך אלא כשאר המצות היא זו ואינה בדין ממון."

ובקוב"ש (ב"ב יב-יג) הוכיח מהרמב"ן דחיוב ההרחקה של הכרם הוא מכח הרחקת נזיקין ולא מטעם איסור כלאים, דאי מאיסור כלאים, לא היה מקום לחייבו, משא"כ אם מהרחקת נזיקין, כשלא הרחיק הרי הוא מזיק וחייב. (ועיין קצוה"ח סו,כא, ומהרש"ם ח"ג סי' צו מה שהקשה בזה).

ועיין גם במאירי בסוגיא (ב"ק נו,א) דאין לחייב הכובש עדות, דאין לחייב על מניעת הדיבור, שאין כאן מעשה, משא"כ במחיצת הכרם החיוב הוא על ממונו המזיק, דכיון שהטילו את חובת השמירה והגידור על בעל הכרם, הרי גפניו המתפשטים הם ממונו המזיק, דבכובש עדותו אף גרמא אין כאן, הואיל ואין בזה מעשה אלא מניעת הדיבור, ובמחיצת הכרם "יראה לי בו שמ"מ יש כאן מעשה שלו, והוא שגפניו

מתפשטים מתוך גדולם ומקדשים את התבואה. וחכמי הדורות שלפנינו תירצו בה, שמאחר שנודע בודאי שהאיסור בא על ידי כך, הרי הוא כגורם בידים״.

וברבינו ירוחם (מישרים ב,ז) כתב: ״היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו, בתרי חייב בדאוריתא. בחד - פטור מדיני אדם וחייב בידי שמים״. ולכאורה מה המשמעות שחייב בדאורייתא, דלענין חד הזכיר חיוב בידי שמים, ולענין שנים משמע שמן התורה חייב. וכן נראה מדברי הריא״ז בפסקי ב״ק (פ״ו יב, הובא גם בש״ג ב״ק כד,א מעמוה״ר) שיכול לתבוע את העד ולהשביעו היסת, שאם כפר, חייב היה להשבע ממון, ומיירי בתרי, דבחד איתא בגמ׳ דפטור. והגרע״א בהגהה על שו״ע חו״מ, על הש״ך כח,ב הביא את המשאת משה (חח״מ סי׳ סג) דיכול המוחזק לומר קים לי כריא״ז ורבינו ירוחם הסוברים שעדים הכובשים עדותם, חייבים לשלם גם בדיני אדם. ועיין בש״ך שם אות ב לענין אם מפקינן היכא דתפס, כשהנתפס חייב לצאת ידי שמים.

ומ״מ למש״כ דיש חיוב להעיד מדין השבת אבידה וגמילות חסדים, נראה דחיוב זה הוא באופן של עדות בכל מקום, ואף בערכאות, ואף בעד אחד. וגדר חדש נראה מדברי הגר״י אייבשיץ בתש׳ מאהבה (ח״א עו), שהקשה על הא דחייב בדיני שמים, דמהגמ׳ פסחים קיג,ב משמע שאינו חיב לצאת ידי שמים, דאיתא התם, שלשה הקב״ה שונאן, המדבר אחד בפה ואחד בלב, והיודע עדות בחבירו ואינו מעיד לו, והרואה דבר ערוה בחבירו ומעיד בו יחידי. ולא משמע בזה חיוב בידי שמים, דומיא דאחד בפה ואחד בלב, שלא שייך בזה חיוב ממוני לצאת ידי שמים. וכתב התשובה מאהבה לישב, וז״ל:

> ״ונראה דשם בפסחים מונה ג דברים שהמה במחשבת האדם ולא נודעים ואינם גורמים נזק, המדבר אחד בפה כו׳ והרואה דבר ערוה ומעיד בו יחידי, מתנצל שכוונתו לפרסם הרשעים, והיודע עדות בחברו ואינו מעיד, ואומר בלבו שאין בעדותו תועלת, אחרי שהוא קרוב וכיוצ״ב, אשר עכ״ז ראוי להעיד, אף כי אין מוציאין ממון עפ״י קרובים ופסולים, מ״מ ימנעו לפעמים בעלי הדינין, והדיינין יחמיצו את הדין ויצא הדין לאמתו. ויעויין במרד׳ ובאגודה ר״פ שבועות העדות והקב״ה לבדו הוא יודע מחשבות האדם אם הנה לשמים, ולכך הוא שונאן, משא״כ בב״ק שגורם נזק לחברו.״

הרי שיש גדר חיוב שאינו מגמ״ח או השבת אבידה שגורם נזק לחבירו, אלא ״הקב״ה שונאו״, שיתכן ותהיה תועלת עקיפה שהבע״ד ימנע לשקר, וגם לדיינים תהיה כיוון חשיבה לדרוש ולחקור היטב אם אמת ונכונה התביעה והטענה.

## ג. עד אחד שכבש עדותו, אם עובר

מהגמ׳ ב״ק נו,א נראה לכאורה שעד אחד אינו עובר על אם לא יגיד, דרק בשני עדים משמע בגמ׳ שעובר, ופשיטא שחייב בדין שמים, אבל בחד לא. אך אפשר דגם בחד עובר, רק דאינו פשיטא שחייב בדין שמים, ועל זה חידשה הגמ׳ שגם בעד אחד חייב בדיני שמים, דעובר על אם לא יגיד. דלכאורה ממש״כ הרמב״ם בריש הל׳ עדות נראה דהמצוה להעיד היא גם בעד אחד, הגם שלא הזכיר הרמב״ם לשון של עד אחד, אלא דיבר בלשון יחיד, וז״ל: ״העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע, בין בעדות שיחייב בה את חבירו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות, שנאמר; והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו״. והכס״מ למד בדברי הרמב״ם בתחילה שהכונה לעד יחידי, והקשה מהגמ׳ ב״ק הנ״ל, וכתב לישב דהרמב״ם מיירי כשיש שני עדים בדבר, ומצוה על כל אחד מהם להעיד, דעד אחד כבר כתב הרמב״ם בספי״ז מעדות, דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ועיין ביראים (סי׳ קעח, בדפוס חדש) שנראה דהחיוב הוא דוקא בב׳ עדים הכתוב מדבר, עיי״ש.

ובמנחת חינוך (ריש מצוה קכב) כתב לישב לשון הרמב״ם, דהרמב״ם מיירי באופן שעד אחד חייב להעיד וחייב קרבן שבועה, כגון לענין טומאה ומיתה, דבזה מיירי הרמב״ם דחייב להעיד. ובמהרש״ם (ח״ו סי׳ רמ) דיש האידנא חיוב לעד אחד להעיד, דודאי מהתורה אינו מחויב להעיד, אבל לאחר תקנת חז״ל דמחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם, ולא נפטר הנתבע בטענת איני יודע, הוי ממון גמור וחייב העד להעיד עדותו, ולכן נקט הרמב״ם לשון יחיד, דמשמע אפי׳ עד אחד. וע״ע באמרי בינה עדות ח מש״כ בזה.

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

ומפשטות לשון השו״ע חו״מ כח,א היה נראה דיש חיוב גם על עד אחד להעיד, דז״ל השו״ע: ״כל מי שיודע עדות לחבירו וראוי להעידו, ויש לחבירו תועלת בעדותו, חייב להעיד, אם יתבענו שיעיד לו (בב״ד), בין שיש עד אחד עמו

בין שהוא לבדו". ועיין בסמ"ע ט דיש תועלת בעדותו, דיחייב שבועה, ואלי ימנע הנתבע מלהשבע וישלם. ובנתיבות שם ס"ק א כתב, דמהסוגיא ר"פ הכונס מבואר דהחיוב מהתורה הוא בב' עדים, אבל עד אחד אינו עובר מדאורייתא רק מדרבנן. ונפק"מ לנשבע שלא יעיד, דבמקום שמחויבין מדאורייתא אין השבועה חלה דהוי נשבע לבטל המצוה, אבל מדרבנן חייל, ושכן כתב בתומים כח,א. עוד הוסיף, דבעדות מיוחדת אין הראשון עובר מדאורייתא, כיון דאינו יודע מעדות השני, רק השני אחר שכבר הגיד הראשון עובר מדאורייתא. עוד הוסיף הנתיבות, והובא לעיל, דבמקום שעד אחד מחייב ממון, כגון בקבלו כבי תרי, אף שאינו עובר באם לא יגיד, מכל מקום חייב להעיד מדאורייתא משום השבת אבידה לבעלים. ומבואר דעל עד אחד יש חיוב מדרבנן להעיד, או במקום שאפשר להוציא ממון ע"פ העד אחד, עובר משום השבת אבידה. וכן הובא לעיל מקצוה"ח כח,ג, דאין עליו שם עד, וראיה מירושלמי, ורק יש מצוה להעיד משום השבת אבידה.

וכל זה לענין החובה מכח אם לא יגיד, אולם מהאיסור של לא תעמוד על דם רעך,

יש לדון לכאורה אם עד אחד המונע עצמו מלהעיד, עובר על לא תעמוד וכו'. וראיתי בשו"מ (ב, ח"ג סי' קי) שכתב דכיון שלא הטילה התורה חיוב דאם לא יגיד, לפי שאין בו תועלת ממון, א"כ כל אחד בפני עצמו אינו עומד על דם רעהו, והרי עד אחד אף שמחייב שבועה, מ"מ אינו בכלל לא יגיד. משא"כ בדיני נפשות דאף אם אין אחד יכול להגיד, מחויב לעשות מה שבכחו, משא"כ בדיני ממונות לא חייבה התורה לעשות מה שבכוחו רק עם חברו, ולכן אינו בכלל לא תעמוד על דם רעך. ולפ"ז יש לחלק בין ממון לנפשות, דבנפשות גם על יחיד יש חיוב להציל מה שיכול, גם אם אין תועלת סופית במעשיו, משא"כ בממונות התורה פטרה אותו לעשות, אא"כ יש תועלת בעדותו.

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

ומדברי קצוה"ח, התומים והנתיבות הנ"ל מבואר דגם אם קבל עליו עד יחיד או קרוב

וכד', אין עליו שם עד, ואם כבש עדותו אינו עובר באם לא יגיד, וחייב רק מדין השבת אבידה. קצוה"ח כח,ג הביא מנהג קצת דיינים כשמקבלין בעלי דין קרוב

או פסול לעד, מזהירים את העד בעונש אם לא יגיד, וטעמם, דכיון דמקבלין עליהם לעד, הרי הוא עד. ודחה קצוה"ח מנהגם, והביא ראיה מירושלמי שגם בקבלו עלייהו, אין עליו שם עד, ורק חייב להעיד מדין השבת אבידה. וכן בתומים כח,ב למד מהירושלמי ומהר"ן בשבועות בשם הרמב"ן, דאם הכשיר קרוב או פסול לעדות, אף שיש תועלת בעדותו כמו עד כשר, הואיל ודבר תורה אינו בכלל עדות, אין עליו חיוב להעיד, ואינו בכלל דאם לא יגיד. וכן הביא הנתיבות כח,א. גם מסברא נראה, דאף אם קבלוהו לקרוב, אין זה מחייב את הקרוב לבוא ולהעיד, וכמש"כ בתש' הלכות קטנות סי' קכ, דלאו כל כמינייהו להכשירו לזה להעבירו על דת. ומדחייבו רק מדין השבת אבידה ולא הזכירו לחייב מדין לא תעמוד, נראה דגם בקבלוהו לעד אחד, אינו בכלל לא תעמוד. ועיין במש"כ הגרא"ז באבן האזל עדות א,א לפרש דברי הירושלמי, דדין חיוב עד להעיד הוא אם כבר נעשה עד בשעה שראה העדות, וזהו שאמר הכתוב והוא עד או ראה או ידע, אבל בקבלוהו לקרובים אפי' קבלוהו בקנין, כיון שבשעה שראה העדות לא היה עליו שום גדר עדות כיון דהוא קרוב, ולכן לא מהני לחייבו בהגדה כשקבלוהו.

ועיין במנ"ח (מצוה קכב) שסתר ראיתם מהירושלמי, ומשמע דבמקום שיש תועלת בעדותם, כגון בטומאה או במיתת הבעל, יש נשיאת עוון. ובשבות יעקב (ח"א סי' קמו) חלק על הסוברים דאין נשיאת עוון בעד אחד שקבלוהו, וס"ל דפשוט דכל שהכשירהו, מקרי ראוי להעיד ובר הגדה הוא, וגם מחייב קרבן שבועה. והביא ראיה מהסוגיא ב"ק נו,א, ממה שתירצה הגמ' על הקושיא פשיטא, והעמידה בעד אחד, יכלה להעמיד בשני עדים פסולים שקבלו עליהם. אלא דבפסולים שקבלו עליהם הרי הם כשנים לענין חיוב הגדת עדות. עוד הביא השבו"י ראיה מתש' הרא"ש והרשב"א המובא בשו"ע חו"מ סי' לז בענין הסכמות ותקנות הקהל שמקבלים עידי העיר אפי' לקרוביהם, דהוי כקבלו עליהם קרוב או פסול. ואם איתא דלא יענשו בעונש דאם לא יגיד, מה הועילו חכמים בתקנתם, כיון שאם לא ירצו להעיד אין שום עונש שמים עליהם. ועיין בדברי משפט כח,א שכתב לחלק, דאם קבל קרוב בקנין, שאין בעלי הדין יכולים לחזור בהם, אם לא יעיד חייב קרבן שבועה, משא"כ בקבלו בלא קנין, שיכולים הבע"ד לחזור בהם. ועיין לעיל מש"כ הגרא"ז באבן האזל עדות א,א.

## ד. עד אחד בערכאות

ואף אם נאמר שיש מצות גמ"ח והשבת אבידה להעיד בערכאות וכבנדו"ד, צ"ע כיון שבבתי המשפט מחייבים ע"פ עד אחד, בעוד שבבית דין אין מחייבים ע"פ עד אחד. דאיתא בגמ' ב"ק קיג,ב - קיד,א: האי בר ישראל דידע סהדותא לכותי ולא תבעו מיניה, ואזל ואסהיד ליה בדיני דכותי על ישראל חבריה, משמתינן ליה, מאי

טעמא, דאינהו מפקי ממונא אפומא דחד (ונמצא שהפסידו שלא כדין – רש"י). ולא אמרן אלא חד, אבל בתרי לא. וחד נמי לא אמרן אלא בדיני דמגיסתא (בני כפר שאין יודעין לדון במשפט), אבל בי דוואר (שלטון) אינהו נמי חד אמומתא שדו ליה (על פי עד אחד אין מוציאין ממון, אבל מחייבין בעל דין שבועה להכחיש העד כדין תורה. לשון אחר, דמגוזתא אנסין בחזקה, כמו אתו גוזאי וקא מחו ליה (מגילה כח), סריסים (של בית רבי) העומדין לרדות בחזקה). אמר רב אשי, כי הוינא בי רב הונא איבעיא לן, אדם חשוב דסמכי עליה כבי תרי, מפקי ממונא אפומיה ולא איבעי ליה לאסהודי, או דלמא כיון דאדם חשוב הוא לא מצי משתמיט להו ומצי לאסהודי, תיקו. ודין זה הובא להלכה בשו"ע חו"מ כח,ג-ד.

ולכאורה נדון עדות עד אחד בערכאות תלוי בב' הפרושים ברש"י. דלפרוש ראשון דוקא אם אינם מוציאים ממון בעד אחד. ולפרוש האחר, דוקא בני כפר שאינם דנים אלא בחזקה ואינם יודעים משפט, משא"כ השלטון. ולפי פרוש השני, לכאורה גם בערכאות צריך עד אחד להעיד. ועיין בב"ח כח,ב, דנראה דנקט כפירוש ראשון, שהכל תלוי אם הערכאות יודעים משפט ואינם מוציאים ממון ע"פ עד אחד. ונפק"מ בזה לענין עדות בפני בוררים שאינם בעלי הלכה אלא פוסקים בדר"כ לפי ההשכלה המשפטית שלהם, שגם בפניהם לתירץ זה יהיה אסור להעיד, ומשמתינן לעד, כיון שמוציאים ממון ע"פ עד אחד. משא"כ בפני בוררים בני תורה.

והתוס' ב"ק קיד,א (ד"ה ולא) הקשו מדוע שני עדים יכולים להעיד, והרי הפקעת הלואתו של נכרי שרי, וא"כ בעדות השנים לא יוכל להפקיע הלואת הנכרי ומפסידים לו. ותירצו התוס': "וי"ל דמכל מקום לא משמתינן ליה כיון שאין משלם על ידם אלא מה שחייב לו". ומבואר דכל שהאמת שחייב הישראל לנכרי, לא משמתינן. ולכאורה הוא הדין אם היה לבית הדין ברור שעדות האחד היא אמת, וע"פ האמת חייב הישראל לנכרי, יכול להעיד בפני הערכאות, דסו"ס מעיד עדות אמת וזו המציאות שחייב הישראל לנכרי. וכן נראה מדברי המרדכי (ב"ק קיז). המרדכי דן מדוע העד אינו חייב לשלם לישראל מה שהפסידו בעדותו, דמהגמ' משמע דרק משמתינן ליה ואינו חייב לשלם לישראל, דכיון שיכול העד לומר אמת העדתי, אין לחייבו ממון, דכיון שטוען העד טענת ברי, אף שטוען הישראל שאינו חייב, המוציא מחבירו עליו הראיה;

"ומיהו אם היו לו עדים שפרע לעובד כוכבים ולא היה חייב לו כלום, הרי ודאי חסרו ומשום הכי הוי חייב האי עד. ואם זה היה מודה ממה שהיה חייב לעובד כוכבים אלא שרצה לכפור לו ולהרויח בכך, והלך העד והעיד עליו, לא הוינן משמתינן ליה, דלאו כל כמיניה להרויח. והיינו דקאמר

והני מילי עד אחד אבל תרי לא. כלומר, הואיל והדבר ידוע שהוא חייב לעובד כוכבים, כדין עשו שהעידו עליו.״

מבואר דכל שהיתה ידיעה ברורה, כמו אותה ידיעה שמציין המרדכי, שהודה הנתבע שהוא חייב אלא רצה לכפור, לא משמתינן ליה. ולפ״ז אם אכן יודע העד שאמת הדבר, אף שבית הדין אינו יודע זאת, גם אם בי״ד ישמתו את העד, כלפי שמיא גליא אין איסור בדבר, דהאמת שחייב הישראל לנכרי, ויכול להעיד אף שישמתו אותו. ולכן אפשר דאף דמשמתינן, מפני שבי״ד לא יודע האמת, מ״מ לישראל המעיד אין איסור בדבר, כיון שמעיד אמת והוא יודע אותה בודאי, רק בי״ד שאינו יודע האמת ע״פ עד אחד, משמתינן ליה.

ועיין במהריט״ץ (ח״א סי׳ קב) שהקשה, דאי מירי בידע העד שודאי חייב לו ולא פרעו, כגון שלא זזה ידו מתוך ידו, מדוע לא יעיד, והרי אפי׳ יוציאו ממנו ממון, אינו שלא כדין. ואי מירי דלא ידע אי פרעיה אי לאו, אפי׳ שני עדים מדוע יעידו, הרי יכול לטעון פרעתי. ועיי״ש מה שתירץ, והמהריט״ץ עצמו כתב על תרוצו שהוא בדוחק, עיי״ש. ובשלטי גבורים (מ,ב – מא,א בעמוה״ר) האריך בדין זה של עד אחד המעיד אמת, ונראה דמסקנתו דאף שמעיד אמת, אינו כדין וע״כ אסור לו להעיד. עיין בזה בכנסת הגדולה הגה״ט כח,יב. ועיי״ש בהגב״י כח,כה דאף שהעיד אמת משמתינן ליה, משום דחציף והלך להעיד בערכאות.

וכך גם מצאנו בחיד״א בברכי יוסף (חו״מ יח,ג) שהקשה שיטען העד שהעיד אמת, ומה נפשך, אם בבי״ד היה מודה ולא נשבע, לא הפסדתיו, ואם היה נשבע לשקר, הצלתיו משבועת שקר; ״אלא מהכא שמעינן דאיהו לא בעי לאשכוחי עילה לקיומיה מילתא, אלא אמרינן ליה מאי דאיפקדת איבעי לך למעבד ותו לא, הא אין עליך אלא לאסהודי בבית דין ישראל, ואי שלים או אשתבע לשקרא את לא אכפת לך״. הרי שאם מעיד אמת או לא, אינו נפק״מ לענין השמתא, שלא היה עליו להעיד כעד אחד בערכאות. וזו למעשה גם דעת מהרטי״ץ הנ״ל; ״זה שהעיד בערכאות נקרא חוטא וחייב נדוי, אע״ג שמצילו מן החטא ומן השבועה לשקר, מפני שכיון שהתורה האמינתו בשבועתו אין לו להתחכם על בוראו״.

ולפ״ז אסור לעד אחד להעיד בפני ערכאות או אפי׳ בפני בוררים שאינם תורניים, כיון שיוציאו ממון ע״פ עד אחד, אא״כ קבלו הצדדים את הבוררים לפי שקול דעתם. ואפי׳ מעיד אמת משמע דמשמתינן ליה, אף שאינו חייב לשלם לנתבע היזקו, כיון שלדבריו ברור לו שהעיד אמת.

והנה הרא״ש בסוגיא (ב״ק י,יד) כתב דהאיסור הוא כשהכותי תובע את הישראל, שכופר בתביעה או טוען פרעתי, אבל ישראל התובע מעות מהכותי ואמר פרעתי

או כופר הכל, יכול להעיד. שהרי גם בדין ישראל היה פוטר עצמו בטענת פרעתי, וכיון דבדיני ישראל יכול לפטור עצמו, יכול להעיד. וכן שני עדים מעידים נגד טענת הישראל, דאף שיכל הישראל לכפור ולהפקיע הלואת הנכרי, כיון שאין מפסידים משלו יכולים להעיד. והוסיף הרא״ש:

״וכל זה כשלא העמיד אותו הכותי לעד, אבל אם מתחלה יחד הכותי לישראל להיות עד, איכא חלול השם אם לא יעיד. וכל שכן בזמן שחק לישראל שאין הכותי נאמן להעיד על ישראל אם לא שיהיה ישראל עמו, ואם הישראל יכחד עדותו, יבטלו זה החק ויאמינו לכותי להעיד על ישראל.״

ונראה דדברי הרא״ש מדויקים מהגמ׳ לפי פירושו. דבסוגיא איתא: האי בר ישראל דידע סהדותא לכותי ולא תבעו מיניה, ואזל ואסהיד ליה וכו׳, ומה הפירוש לא תבעו מיניה. ובפשטות י״ל שהגוי לא תבע את הישראל שיבוא ויעיד, וא״כ כל פעם שתובעו להעיד, אין מנדים. אולם הרא״ש פירש ולא תבעו מיניה, לא להזמנה לבית דין אלא לזמן הראיה של העדות, שלא תבע ממנו להיות עד, והיינו לא יחדו לעד, וע״ז קאי הגמ׳. וכן נמצא בדברי התומים כח,יא, וציין שברי״ף נשמטו המילים ולא תבעהו מיניה, אבל הרא״ש הביאו, וס״ל לרא״ש דלא קאי אלבסוף להעיד בבית הדין, רק לכתחילה לא תבעהו שיהיה עד, עיי״ש.

מש״כ הרא״ש ״העמיד אותו הכותי לעד״, דיש לחלק אם הישראל עבר במקום וראה, אם לא יבוא להעיד, אין חילול ה׳ בדבר, שיכול הכותי לסבור שלא ראה או לא שם לב. וצ״ע מה יהיה אם לא יחדו לעד, אבל לכותי הוא בתורת ודאי שהישראל ראה ושם לב, ואנן סהדי שהעד ראה וזה ברור לכל, האם גם בכה״ג יהיה חייב להעיד. דמצד אחד י״ל שהישראל מתחמק מהעדות ואיכא חלול ה׳. או דוקא באופן שיחדו לעד, שהכותי אומר שהישראל אינם אמינים, שהרי יחדו לעד שיבואו ויעיד, ואף שלשם כך יחדו, הישראל כובש עדותו, וזה חלול ה׳ גדול יותר מאופן שראה ולא יחדו אותו לעד. ואפשר דיש לדון בכל מקרה לגופו עד כמה נראה שיהיה חלול ה׳ אם לא יעיד, עד כמה יהיה טענה לנכרי כנגד הישראל.

וגם מש״כ הרא״ש בהמשך, בזמן שחק לישראל שאין הכותי נאמן להעיד על ישראל אם לא שיהיה ישראל עמו וכו׳, נראה שהוא טעם נוסף, דכאשר יש טובה ציבורית לכלל, ובמניעת העדות תמנע טובה שהיא לכלל, הרי שיש על העד חובה להעיד, דבמקום שכבישת העדות עלולה לגרום בעקיפין למניעת הטובה, העד רשאי להעיד ולא משמתינן ליה. ומזה מוכח שחילול ה׳ אינו רק כלפי הנכרי אלא גם כלפי הערכאות והציבור, ככל שיצא מזה חלול ה׳, שהערכאות או הציבור או הממשל יראה בכבישת

העדות משום דבר לא ישר והגון, יש בזה ג"כ חלול ה', וכל שכן שעלולים להזיק לכלל.

ודין זה מובא בתש' מהר"ם (דפוס ברלין/לבוב סימן נח). וסיפא דברי הרא"ש הובאו בראב"ן בב"ק, וז"ל: "נ"ל במקום שמנהג הוא בין ישראל לגוי, ממנין עד ישראל וגוי להעיד ביניהם, מותר לישראל להעיד שמתחילה להכי קיבלם". ומבואר דוקא כשמלכתחילה יחד הכותי את הישראל לעד כיון שכך החוק, ובזה יש סכנה שיבטלו החוק בנוסף לחילול ה' שבדבר, הרי פעל הנכרי עקב המנהג ליחד ישראל, כיון שכך החוק, ובזה יש סכנה. ומבואר שאינו טעם בפני עצמו אלא תוספת נזק לחילול ה' שיהיה. וגם בזה צ"ע, האם דוקא בכה"ג שיחד לעד כיון שכך החוק, יש לחוש לנזק לכלל, או בכל ענין לפי שקול דעת שנראה חלול ה' לכותי ולערכאות שנמנע מלהעיד.

ועיין עוד באגודה (פ"י דב"ק), וז"ל: "היכא שלקחו כמו שרגילין ליקח יהודי וכותי, צריך להעיד מפני חלול ה', רק יתרה לישראל תחילה ואומר לו שיעיד". ולכאורה משמע בדוקא שיחדו כה"ג. אבל ברא"ש, וכן נפסק בשו"ע חו"מ כח,ג, נראה שזה תוספת סיבה וטעם, אבל בחלול ה', ולאו דוקא באופן של לקחו בדוקא להעיד את הישראל עקב החוק, יכול להעיד, שכן כתב הרא"ש: "וכל שכן בזמן שחק לישראל ...", הרי שזה תוספת, וגם בלא"ה אם יש חלול ה', רשאי להעיד. רק הרא"ש נקט יחדו כעד, וצ"ע אם הוא בדוקא או דוגמא נקט.

והיש"ש (ב"ק י,כג) הביא דברי הרא"ש, דלכאורה משמעות דברי הרא"ש דאם לא יחדו לעד, משום חשש ביטול החוק לא מתירים להעיד, מדלא כתב הרא"ש, והאידנא אף בלא יחדו אותו לכך יכול להעיד, משום שמא יבטלו את החוק. והקשה היש"ש, א"כ למאי כתב הרא"ש וכ"ש האידנא כו', דאין בזה נפק"מ לדינא, דממה נפשך, הכל תלוי ביחדו כעד. והביא דבקיצור פסקי הרא"ש כתב סתמא דהאידנא יכול להעיד. ע"כ הסיק היש"ש, וז"ל:

> "על כן נראה דרך הכרע, אף היכא דלא יחדו מתחילה שרי להעיד, משום שמא יבטלו החוק. והיינו היכא שיודעים דיניי הגוים שזה היהודי היה אצל המעשה, וא"כ מסתמא ידע, ומה שלא יעיד ירגישו שתורתינו מורה שלא להעיד להם, ואיכא סכנה לבטל החוק, כה"ג שרי. וכן בימי חורפי שמעתי מעשה כה"ג, שיהודי אחד לא רצה להעיד, ובא הדבר לפני ההגמון, והרגיש בדבר, ואמר לזה היהודי, אתם מבטלים בעצמיכם חוק וקיומים של המלך."

הרי שבכל אופן שיש חלול ה' וסכנה לכלל, כיון שיאמרו שישראל אינם מכבדים ציווי של השלטון, רשאי העד להעיד. ודברי היש"ש להדיא אפי' לא יחדו אותו

כעד, רשאי להעיד. ונראה שיש לדון בכל מקרה לגופו, ואינו כלל דוקא ביחדו או בסכנה דומה של ביטול חוק, אלא כל מקום שנראה חלול ה׳ בדבר, בין לנכרי ובין לערכאות ובין לשלטון, מעיד ולא משמתינן ליה. (ומש״כ היש״ש שם בסוף הסי׳, דאי איכא חלול ה׳ לא משמתינן אבל לא מורים לו להעיד, נראה דקאי על אופן של חלול ה׳ שרוצה לכפור בהלואה על אף שלוה ממנו, אבל לא באופן הנ״ל, דאפשר דהכפירה עצמה היא חלול ה׳, דודאי לא מיירי ביחדו וכד׳, עיין בתחילת הדברים דנראה שאם הערכאות מרגישים שהישראל יודע בדבר, דמעיד לכתחילה, עיי״ש).

וכן נראה מדברי הגר״א כח,כח שהביא מקור לדברי הרא״ש מהגמ׳ שם שמחזירים אבידה לעכו״ם במקום חלול ה׳, הרי שכל מקום שיש שאלה של חלול ה׳, מעיד לנכרי, וזה נידון כבאבידה לענינו, אם יש חלול ה׳ בדבר. דבאבידה נפסק באופן כללי ברמב״ם (גזילה ואבידה יא,ג) ובשו״ע חו״מ רסו,א, דבמקום שיש חלול ה׳, אבידתו אסורה, ולא פרט האופן, אלא נמדד כל דבר לענינו.

והב״ח כח,ב כתב דדוקא ביחדו לעד, שאין העד יכול להשמט ולומר שאינו זוכר, אבל לא העמידו מתחלה לעד אלא עכשיו ביקש ממנו שיעיד לו כיון שעמד והיה ליד ההלואה, יכול להשמט ולומר שאינו זוכר, כיון שלא יחדו בשעת הלואה. אבל אין לפרש דלא אסרינן ליה בחד סהדא אלא במעיד מעצמו בלי בקשת הגוי ממנו שיעיד, אבל אם שואל ממנו עכשיו שיעיד לו מותר להעיד לו, דאם כן מאי קמיבעיא ליה באדם חשוב, הא פשיטא דאדם חשוב נמי מצי לאשתמוטי שלא להעיד מעצמו. אלא ע״כ בלא בקשת הגוי ודאי אינו מעיד, ואף בבקשת הגוי, הכל תלוי אם יכול להשמט ולומר שאינו זוכר. וע״כ כל מקום שנראה שאם יאמר שאינו זוכר יהיה ניכר שאינו אומר אמת, יש חלול ה׳ בדבר, ומעיד ולא משמתינן.

אולם היעב״ץ בשאילותיו (ח״ב סי׳ נא) פירש להדיא דלא כב״ח, אלא בכל ענין שראה ואינו יכול להשמט ותבעו ממנו להעיד, חייב להעיד, והלא תבעו מיניה דאיתא בגמ׳ הוא בדוקא, שלא בקשו ממנו אלא מעצמו מעיד, אבל אם בקשו ממנו להעיד, חייב להעיד. משא״כ באדם חשוב, שמוטל עליו להציל עשוק מיד עשקו בכל אופן שיוכל, אם בגופו או בהשתדלותו, יהיה העשוק מי שהיה. כענין שאמר איוב, ואשברה מתלעות עול, וכתוב במשה רבינו ע״ה ויקם ויושיען לבנות יתרו, אף שבנות כומר היו, הילכך אדם חשוב לא מצי משתמיט מלאסהודי בבי דוואר דקביע במתא. הרי שאדם חשוב יש צד שאף מעצמו צריך להעיד, משא״כ כל אדם, דוקא תובע אותו הנכרי להעיד לא משמתינן, משא״כ בבא מעצמו להעיד.

אמנם מדברי הרמ״ה (הובא בשטמ״ק ב״ק קיג,ב) נראה שחלול ה׳ אינה טענה לעד ללכת ולהעיד. הרמ״ה כתב דאם יש חשש שהערכאות יענישו את העד בגין

אי עדותו, מותר לו להעיד, וז״ל: ״ואפילו לשמותיה, דוקא היכא דהוה ליה לאשתמוטי ליה ואסהיד, אבל היכא דלא הוה יכיל לאשתמוטי ליה, כגון דמחייבי ליה שבועה דלא ידע ליה סהדותא, ואי לא משתבע ליה אניס ליה בגופיה או בממוניה, אזיל ומסהיד ולא משמתינן ליה, והא דמיא להההיא דאמרי בפרק קמא דשבת, וכי אומרים לו לאדם עמוד וחטא בשביל שיזכה חברך״. הרי דדוקא באופן זה דאינו יכול להשמט מחמת נזק שיגרם לעד, אבל באופן של חלול ה׳, נראה שלא יכול להעיד. אולם בשו״ע פסק כדעת הרא״ש, דאף באופן של חלול ה׳ בכבישת העדות, יכול להעיד.

ובנדו״ד תבע ישראל את חבירו בערכאות, לאחר שסרב לבוא ולדון עימו בדין תורה.

ולכאורה בזה ודאי יוכל להעיד בביהמ״ש, אם התובע יתחייב שאם הנתבע יתבע אותו לדין תורה ויטען שהוציאו ממנו ממון שלא כדין, אם בי״ד ירצו לדונו, עיין רמ״א חו״מ כו,א ובנתיבות שם ס״ק ב. וגם נראה שאין זה ענינו של העד כלל, דכיון שהתירו לו להתדיין בערכאות, פשיטא שיכול העד גם להעיד, והוא בכלל ההיתר.

ורק במקום שלא קיבל היתר לדון בערכאות, נראה דלא רשאי להעיד לטובת מי שתבע בערכאות ללא היתר, עיין בגר״א חו״מ כו,ו על הסוגיא הנ״ל דמיירי בנכרי וכל שכן בישראל, אא״כ חייב להופיע בפניהם, ובמידה ויכבוש עדותו יגרם לו נזק, או כדי להציל הנתבע שתבעוהו שלא כדין. ועיין היש״ש (ב״ק י,כג) לאסור להעיד למי שתבע את חבירו בערכאות מהאי דינא, דאם שנים דנו בערכאות ללא היתר בי״ד, וע״פ העד הוציאו ממון, ״אף שלא טוב עשה בעמיו, שעשה אויבינו פלילים, ונגמר דין הערכאות על פיו, וראוי להענישו כראות עיני הדיין, לפי הענין והסיבה. ואף שנים לא יעידו בלתי רשות מורה וטובי העיר. מ״מ לא משמתינן ליה״. הרי שאסור לו להעיד בכה״ג. ולענין מש״כ דבשנים לא משמתינן, עיין בט״ז חו״מ כח,ד דמשמתינן, ורק בגוי מותר לשנים להעיד, משא״כ בישראל התובע לחבירו.

והרמ״א בתש׳ (סי׳ נב) הביא ראיה מסוגיא דידן, דלכאורה אם הערכאות ידונו כדין,

וכגון שאינם מוציאים ממון ע״פ עד אחד אלא ע״פ שנים, שיוכל להעיד בערכאות. ע״ז כתב דהיינו דוקא במי שאינו ישראל התובע לישראל, אבל ישראל התובע את חבירו, דאסור להעיד אף שהוא כדין, משום מסייע לעוברי עבירה. ואף דלית ביה משום לפני עור לא תתן מכשול, מאחר דבלאו דידיה יוכל לעשות האיסור, וכמו שכתבו התוס׳ ריש ע״ז (ד״ה מנין) והמרדכי (סי׳ תשצה) והרא״ש (ע״ז א,ב), מ״מ איסורא מדרבנן איכא כמו שכתב שם הר״ן (ע״ז א,ב בעמוה״ר). ובמהריט״ץ בתש׳ (ח״א סי׳ קב) כתב דדין הגמ׳ הוא גם בישראל התובע לישראל חבירו; ״דבאיסורא לא קמיירי ... ולאו ברשיעי עסקינן״. ועיין ברע״א בהגהה לשו״ע חו״מ כח,ד (על הש״ך ס״ק ו).

ובנדו״ד י״ל שבזה שסרב הנתבע לדון בבי״ד, הרי קבל על עצמו מה שיפסקו הערכאות,

וגם אם יפסקו ע״פ ע״א. כן יש ללמוד מדברי מהרש״ם בתש׳ (ח״א סו״ס פט) לענין הוצאות שנפסקו בערכאות, שרשאי התובע את הסרבן לגבות הוצאות אלו. והביא דברי התשב״ץ (ח״ג סו״ס סח) דכיון שהלכו תחלה לדון בערכאות, ובערכאות יצאו חייבים, הרי הם כאלו קבלו עליהם לדון באותו דין ומחלו זכותם. ועיי״ש דמיירי שדנו בהסכמה בערכאות, והנתבע לא ביקש לדון בדין תורה; ״אם כבר זכה בדינו ושם פסקו לו הוצאות, הרי דינם דין, שהרי שניהם סמכו את עצמם על דיניהם, וגם הנתבע אדעתא דהכי נכנס אם לנצח אם להנצח. דאל״כ, הו״ל להזמינו מיד בהשיגו תביעה הראשונה שבדיני אומות העולם לב״ד ישראל, והו״ל כמשחק בקוביא דגמר ומקני בדיבור בעלמא״, עיי״ש. וע״ע באורים כח,יב, בענין דברי הסמ״ע כו,יא בקבלו קנין לדון בערכאות, דכיון דנתחייב כפי זכות של דיני אומות העולם, ועל זה היה הקנין כמש״כ הסמ״ע, אף עדות עד אחד מועיל באמת כמו בדיני אומות העולם, דהא נתחייב לפי זכותם ודינם, ורשאי להעיד, עיי״ש.

לפ״ז בנדו״ד כיון שרשאי להעיד בביהמ״ש, מחויב לעשות זאת מדין השבת אבידה

וגמילות חסדים וכמש״כ לעיל, דכל הספק היה אם מותר לו להעיד, אבל עד כמה שמותר לו להעיד, יש עליו חיוב להעיד וכנ״ל. ונראה שאין בנותן טעם כדי להמנע מסכסוך עם מי שמתפלל בביכנ״ס, נימוק מספיק כדי להמנע מעדות והצלת ממונו של ראובן.

## ה. כשהנתבע ודאי לא ידון בדין תורה, אם צריך היתר בי״ד לתבעו בערכאות

ואגב ענין זה, נשאלתי כמה פעמים אם מותר לאדם לתבוע רשות, כגון בית חולים או חברת ביטוח, שמצהירים שאינם דנים בבית דין אלא רק בבית משפט, ומצהירים שלא יתדיינו בבית דין, והדבר ידוע, ואם יטרח להזמינם ג פעמים עד שיקבל היתר מבי״ד, יהיה לו טרחה גדולה (עיין מה שכתבתי ח״ג לו, ועיין בקובץ בית אהרן וישראל, קובץ צה, עמ׳ עג ולהלן, מאמר מקיף בענין מהגרמ״ש שור שליט״א), דודאי לא יבואו להתדיין בבית דין בדין תורה. (ואם הוא נתבע מכל אחד בערכאות, אין צריך רשות מבית דין להציל את שלו ולדון בערכאות בהיותו נתבע שם, כן כתב הגר״י קצנלבויגן בתש׳ כנסת יחזקאל סי׳ צז, דלבטל אשר עשה השני שלא כדין בערכאות, פשיטא שאין צריך רשות בית דין כלל, ואין צריך שום התראה בעולם. ודבריו הובאו בתש׳ מהרש״ם ח״א סי׳ פט, והסכים עימו לדינא). וידועים דברי הגאון מבוטשאטש בכסף הקדשים חו״מ סי׳ כו:

״מי שידוע עליו שיודע מאליו חיוב שלא לעשות עוולה, והוא ממונה בעירו, או שיש אומדנא שלא תועיל התביעה בבד״צ, והוא אומדנא ידועה לרבים,

ואולי די ע״י ידיעת שלושה בני אדם האומדנא, כמו שמועיל רשות מג׳ הדיוטות, כי ע״י ידיעה דתלתא אין חשש לזות שפתיים כי עומד להתפרסם, דאפי׳ תלתא מציל מבחינת איסור לשון הרע. וי״ל ששייך בזה מעין מה שאמרו חז״ל חבר אין צריך התראה, והגם שלא קיי״ל שם כן, מ״מ לגבי התראה לגבי משפט י״ל דמועיל אומדנא כנ״ל.״

ודברי הכסף קדשים היוו מקור לפסיקה בכמה בתי דין, שלא להצריך היתר מבי״ד לתבוע בביהמ״ש, כשיש אומדנא ברורה שהנתבע לא יבוא להתדיין בדין תורה. עיין בתשובות והנהגות (לראב״ד ירושלים הגר״מ שטרנבוך שליט״א, ח״א סי׳ תשצה) שהביא את דברי הכסף קדשים, שאם יש אומדנא דמוכח שצד השני לא ישמע לבית דין ולא יקבל ההזמנה, הוה כחבר שאין צריך התראה. וכתב דמנהג הבד״ץ בעיה״ק ירושלים, דמתירין אם לא עונה על הזמנה אחת בכה״ג, ובחו״ל נהגו בכמה מקומות שהרב שולח לו לבוא לבית דין, וכשמסרב שהוא עז פנים או מומר, מתיר הרב לצד השני ללכת לערכאות בהזמנת הרב לבד והודעתו. הרי שאף באומדנא, מ״מ כדי שהאומדנא תהיה ברורה, אף שאין צריך ג הזמנות וכד׳, סגי בהודעה שאינו רוצה לבוא לדין תורה, או באי התיחסות להזמנה אחת. אולם בתש׳ אחרת (ח״ג סי׳ תמה) לענין מחלל שבת בפרהסיא, עולה שאין צריך רשות מבית דין ואין צריך להזמינו כלל, וז״ל:

״מ״מ נראה דהכא שהנתבע מחלל שבת בפרהסיא וגם מנותק מחיי דת, מה לנו להטריח בית דין להתרותו, והלוא מותרה ועומד לעיקרי הדת ולא שומע, וכל שכן שלא ילך לבית דין של ישראל לדון ע״פ דין תורה, ואם כן בזה נראין דברי כסף הקדשים שאין צריך רשות מבית דין, מאחר שגלוי וידוע שלא יבוא, ורק מפני כבוד בית דין ותורתה״ק נראה שכדאי לפרש בנוסח התביעה שהוא מעדיף דין תורה, ורק כיון שאין הנתבע מוכן, הולך לערכאות.״

מבואר שאין צריך כלל רשות מבי״ד אלא רק איזכור בכתב התביעה לבית המשפט שמוכן להתדיין בדין תורה, לפתוח פתח ביד הנתבע שיבוא לדין תורה, אבל אין צריך הזמנה מבי״ד. ועיין בפס״ד מבי״ד לממונות שע״י הרבנות בירושלים (ח״ג עמ׳ טז) בענין היתר לתבוע עיתון חילוני על פרסום לשון הרע, שסמך על דברי הכסף קדשים להתיר לתבוע בערכאות ללא הזמנה לבי״ד, כיון דברור הדבר ומפורסם שהנתבע לא ציית דינא, ועוד דאם ימתין להזמינו ג פעמים לבי״ד, יש חשש דביני וביני יפרסמו עליו כתבות הכפשה נוספים.

לאור האמור לעיל, כיון שענין האומדנא דמוכח לא תמיד מוכח כראוי, ויתכן והנתבע בפעם הזאת יחפוץ כן להתדיין בדין תורה, מן הראוי לשלוח לנתבע מכתב

מבי״ד או רב, או לכהפ״ח מהתובע עצמו, בו הוא מציע לנתבע להתדיין בדין תורה בבי״ד מוסכם, ואם לא ישיבו הנתבעים או ישיבו שאינם דנים בדין תורה, רשאי לפנות לבית משפט ללא היתר מבי״ד, ובתנאי שאכן מדובר ברשות או חברה כנדו״ד, שדבר ברור שאינם דנים בדין תורה.

## ו. כשהתובע לא קיבל היתר מבי״ד

ובנדו״ד כאמור קבל התובע היתר מבי״ד לתבוע בערכאות. ואם לא היה מקבל היתר לדון בערכאות, יש לדון אם מותר לעד להעיד לטובת התובע שתבע בערכאות ללא היתר מבי״ד. מדברי הר״ן בתש׳ (סו״ס עג) מבואר דאין העד עובר על איסור הליכה לערכאות, דהאיסור הוא ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, לפניהם ולא לפני הערכאות, וזה אינו משים דינו לפניהם. אך גם אם אינו עובר כנ״ל, עדיין לכאורה יש בכך איסור מסייע לעוברי עבירה. ועיין מהרשד״ם (חחו״מ סי׳ שצה) דכל טצדקי יש לעשות למנוע התדיינות בערכאות ולא בדין תורה, ולכן ככל שמדובר בעדים המעידים לטובת תובע שהלך ודן בערכאות ללא היתר בי״ד, יש למנוע מהעדים להעיד לזכותו, שלא ילכו לפני ערכאות, אולם מותר להעיד לטובת הנתבע שנגרר בעל כרחו לערכאות, ולהצילו בכל אופן שאפשר.

והובאו לעיל דברי הרמ״א בתש׳ (סי׳ נב) דישראל התובע את חבירו, דאסור להעיד אף שהוא כדין, משום מסייע לעוברי עבירה. ואף דלית ביה משום לפני עור לא תתן מכשול, מאחר דבלאו דידיה יוכל לעשות האיסור, וכמו שכתבו התוס׳ ריש ע״ז (ד״ה מנין) והמרדכי (סי׳ תשצה) והרא״ש (ע״ז א,ב), מ״מ איסורא מדרבנן איכא כמו שכתב שם הר״ן (ע״ז א,ב בעמוה״ר).

ובשער המשפט כו,א הקשה, דלכאורה אין בזה איסור מסייע, דכשמושיט לחבירו דבר איסור, אף דחבירו יכול ליטלו מעצמו, מ״מ הרי הוא גורם לו לעשות האיסור בנתינתו לו, ואדרבה הוא מחויב להפרישו מלעשות האיסור. וכן בכל מקום שאסרו משום מסייע ידי עוברי עבירה, כגון לשאול נפה וכברה ולבור ולטחון עם מי שאוכל פירות שביעית כדאיתא בגיטין סא,א, התם נמי ע״י המעשה שלו מסייע לחבירו לעשות האיסור, משא״כ הכא הא דאסור לדון לפני דייני עכו״ם הוא מפני שמייקר שם אלילים כשדן לפניהם, וא״כ מה שהעדים מעידים לפניהם שהאמת כדברי התובע, אינו גורם ומסייע כלל לעשיית העבירה, דהא אף שלא יעידו, הוא מייקר שם האלילים במה שדן לפניהם, ואין שום תועלת בעדותם לזה. ורצה להביא ראיה לדעת הרמ״א לאסור, כדי שלא ירגילו בכך לדון בערכאות, ממשנה ע״ז נה,א דאין דורכין עם ישראל העושה בטומאה, ומוכח התם לשיטת רש״י ותוס׳ שם (ד״ה דורכין) דאף סוף דריכה אסור

אף שכבר נטמאו הפירות, דאסור לסייעו כדי שלא ירגיל בכך, וא״כ הוא הדין בעדות בערכאות, כיון שעושה איסור במה שהוא דן לפניהם, אסור לסייעו בכדי שלא ירגיל בכך. אך דחה את דברי הרמ״א, וס״ל דיש חובה להעיד בערכאות, וז״ל:

״וכי משום שלא ירגיל בכך, ימנעו מלהעיד לו שהוא מצות עשה, וג״כ עובר על לא תעמוד על דם רעך כמו שכתבתי בסי׳ כח באריכות, והוי כהשבת אבידה דחייב להחזיר אף למומר אוכל נבילות לתאבון כדאיתא בסי׳ רסו,ב. והוא הדין לענין עדות, פשיטא דחייב להעיד אף לרשע גמור, וכי משום שלא יחזיק עובר עבירה שהוא חומרא דרבנן בעלמא, והקלו בו בכמה דוכתי משום דרכי שלום, כדאיתא בגיטין סא,א יעברו העדים בעשה ולאו דלא תעמוד על דם רעך. ועוד, דכיון שהם יודעים האמת שהנתבע חייב ממון לתובע והוא כופר לו אם לא יעידו, הרי הם מסייעים ומחזיקים ידי הנתבע שגוזל ממון חבירו, ואין לך מסייע ידי עוברי עבירה גדול מזה ... וגם איכא חששא דאם העדים יצטרכו לכפור עדותם לפני הערכאות אולי שוב יהיו מתייראים להעיד לפני דייני ישראל ... אך מ״מ הכא לענין עדות נלפענ״ד עיקר שמחויבים להעיד אם הוא כדין, מהאי טעמא דכתיבנא, ודלא כהרב בתשובה.״

מבואר משער המשפט דחייב להעיד לטובת התובע, אף אם עבר ותבע בערכאות, דיש בזה משום לא תעמוד על דם רעך והשבת אבידה לבעלים. ובאמרי בינה (דיינים כז) כתב לדחות דברי שער המשפט, דאין בזה השבת אבידה, שאף התובע בעצמו להציל ממונו, אסור לו לדון בערכאות עד שיתנו לו הבי״ד רשות. והרמ״א בתש׳ כתב דבריו באופן שהתובע אינו רוצה לילך לתבוע בפני בי״ד ישראל, ובזה ודאי אסור לסייע לעוברי עבירה, ואין צריך להשיב לו אבידה בזה ולסייע לו, ולהוסיף לדון לפניהם בקבלות עדות מישראל, וחמור עוד ממסייע. וע״כ הסיק כדברי הרמ״א לאסור עדות בכה״ג. ועיין בברכת שלמה (לגר״ש טנא זצ״ל, חו״מ ה,ד) שכתב דלא שייך בזה השבת אבידה, כיון שהעדים מוכנים להעיד בבי״ד, ולהשיב אבידתו בבי״ד, אם יעביר התביעה לבי״ד, וגם לא דומה למה שמשיבים אבידה לרשע, דשם העבירה אינה קשורה להחזרת האבידה, שהוא עובר עבירה בשאר דברים, אבל כאן עצם העדות – החזרת האבידה – קשורים לעבירה של ההליכה לערכאות.

לכן נראה דיש להחמיר כדעת הרמ״א שאין להעיד לטובת מי שתבע בערכאות ללא רשות בי״ד. וכאמור אינו ענין לנדו״ד, שהתביעה היתה ברשות בי״ד, ואף בי״ד הורו לו להעיד.

## ז. החיוב לצאת ידי שמים

כבר התבאר לעיל דהכובש עדותו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואף עד אחד חייב בדיני שמים, וכמש״כ בגמ׳ ריש הכונס הנ״ל, וכמש״פ רש״י בטעם חיוב עד אחד בדיני שמים, דאי הוה מסהיד, מחייב ליה שבועה, ודלמא לא הוי משתבע בשיקרא ומשלם. ואף שבערכאות לא שייך טעם שבועה, מ״מ שייך הטעם שהיה רואה הנתבע את עדותו, היה מודה ומשלם. והפני יהושע (ב״ק נו,א על רש״י ד״ה אלא) כתב דאין להקשות, מה שייך לחייבו בדיני שמים, הרי בשמים יודעים אם היה נשבע או לא; ״דמ״מ כיון שזה עצמו שיודע להעיד אינו יודע אם ישבע הלה או לא, ונמצא דלא איכפת ליה בהזיקו של חבירו חייב בדיני שמים, שנתכוין להזיק״. מבואר דהחיוב בידי שמים הוא כשנתכוין להזיק באי אמירת העדות, אף אם כלפי שמיא גליא היה נשבע, מ״מ לא על המציאות האמיתית מחייבים אלא על מעשה אי אמירת העדות, שכלפי העד יתכן ויהיה בזה נזק, וע״כ יש לחייבו.

ועיין בראב״ן בסוגיא דהחיוב לצאת ידי שמים הוא דוקא בנתכוין לרעה, דאף שיכול לטעון ולומר מי יימר שהנתבע היה מודה, אולי היה נשבע לשקר; ״קמ״ל דחייב בדיני שמים אם אין כוונתו לכך, וצריך לצאת ידי שמים אם לרעה נתכוון, ולרצות את חבירו, כי יודע הקדוש ברוך הוא כוונתו אם לרעה אם לטובה״. ולכאורה אם החיוב בגרמא הוא חיוב ממוני שאין בי״ד גובים אותו אלא בידי שמים, מדוע דוקא בנתכוין לרע. וראיתי בדבר אברהם לגר״א שפירא זצ״ל מקאוונא, ח״ב לב,טז בהגהה שם, שהקשה, דאיך ילפינן מאם לא יגיד שחייב בדיני שמים, אולי יש עליו רק איסור שלא קיים חיוב התורה, אבל חיוב ממוני בידי שמים מנלן. וכתב הדבר אברהם, דודאי אם היה העד במקום להעיד משלם לבע״ד את סכום העדות, לא היה עובר על אם לא יגיד, שהרי סו״ס לא הפסידו ממון. וא״כ אין כאן חיוב לצאת ידי שמים כחיוב רגיל שבי״ד לא חייב לחייב ורק בידי שמים חייב, אלא פיצוי שמשלם העד כדי שהוא העד לא יעבור על איסור. ולכן בזה הצדיק את דברי הש״ך כח,ב דלא מהני תפיסה, כיון שאין כאן חיוב, אלא הוא מפצה בעצמו כדי לא לעבור על האיסור. ואפשר שבדרך זו יש להבין כוונת הראב״ן, דכיון שזהו פיצוי שהוא לא יעבור ואינו חיוב ממוני בידי שמים, תלוי בזה כוונתו של העד שכבש עדותו.

ועיין גם במאירי (ב״ק נו,א) לענין פורץ גדר בפני בהמת חבירו, לענין כותל רעוע העומד לסתירה, דיש לחייבו בדיני שמים, דאף דיש בזה מצוה, הואיל ומ״מ מתכוין הוא להזיק ולא למצוה, חייב בדיני שמים. ולכאורה משמע דחיוב בידי שמים הוא דוקא כשמתכוין להזיק. וכן נמצא בתש׳ מהרי״ט (ח״א סי׳ צה), דבפורץ גדר בפני בהמת חבירו וכופף קמתו של חבירו לפני הדלקה, דחייבים בדיני שמים כיון

שכוונתם להזיק, אולם מי שאין כוונתו להזיק אלא לתועלת, פטור אף מדיני שמים. ואף שבנזקי אדם לא חלקת בין שוגג למזיד בין מתכוין לשאינו מתכוין, כיון דבמזיד חייב מדינא, אף בשוגג חייב, דאדם מועד לעולם, אבל בדבר דאף במזיד פטור מדיני אדם, לא מחייבים בדיני שמים אלא למי שכוונתו להזיק, כי כל לבבות דורש ה׳, ולא ענש על השוגג. וכן הוכיח החזו״א (ב״ק ה,ד) מהסוגיא, דדוקא במתכוין להזיק, אף שאין הנזק ברור, אלא שאפשר שיגיע הנזק לבעלים, אבל בקרוב לפשיעה כעין אבידה, אינו חייב בידי שמים, כגון העושה מלאכה במי חטאת, ולא ידע שהן נפסלין. ועיין תש׳ ברכת רצה סי׳ כב.

העולה מהאמור דגדר נתכוין להזיק הוא באופן שנראה בשעה שכובש עדותו שיתכן ויהיה נזק לבעלים, ואם אין לו כונה אחרת, למצוה וכד׳, הרי הוא חייב בידי שמים, וכאן שהמניעה היתה חוסר נעימות או חשש מסכסוך עם שמעון הנתבע, עימו הוא מתפלל באותו ביכנ״ס, לכאורה אינו נכלל בגדר כוונה להזיק שיש לחייבו, וצ״ע. וכאמור טעם זה יתכן ומהני לפטור בחיוב בדיני שמים, אך אין בו כדי לפטור מהחובה להציל ממון חבירו, מדין השבת אבידה וגמ״ח.

**לאור האמור היה על העד להעיד בביהמ״ש. אולם כשלא העיד אין לחייבו בדיני אדם, ונראה דאף בדיני שמים אינו חייב.**

# סימן יב

## שיק בטחון שהועבר לצד ג

### ראשי פרקים

**א. טענה המבטלת את השטר**

**ב. שטר שאין בו נאמנות**

**ג. שבועת פרעתי בשיק**

בעל עסק (להלן: ראובן) שנקלע לקשיים, נתן לאחד הנושים (להלן: שמעון) מספר שיקים שקיבל מלקוחות. בין השיקים היה שיק של לוי, על סכום של 50,000 ש"ח. כשהפקיד שמעון את השיק של לוי, השיק לא כובד, מאחר ובוטל ע"י בעל החשבון. שמעון פנה ללוי שטען שהשיק ניתן לראובן כשיק בטחון להבטחת תשלום הסחורה, וכל התשלומים כובדו, ואין לו חוב לראובן, כך שאין מקום לממש את שיק הבטחון. ראובן אישר את טענת לוי, אך כעת לא יכל לתת לשמעון כסף אחר בתמורה (וספק אם יוכל לתת בעתיד הקרוב הנראה לעין). שמעון טוען כי על השיק לא נכתב היותו שיק בטחון, ולכן מבקש רשות לפנות להוצל"פ ע"מ לגבות את השיק מלוי.

### א. טענה המבטלת את השטר

איתא בכתובות יט,א: א"ר יהודה אמר רב, האומר שטר אמנה הוא זה, אינו נאמן. דקאמר מאן, אילימא דקאמר לוה, פשיטא - כל כמיניה. ואלא דקאמר מלוה. תבוא עליו ברכה. אלא דקאמרי עדים. אי דכתב ידם יוצא ממקום אחר, פשיטא דלא מהימני, ואי דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר, אמאי לא מהימני. אמר רבא, לעולם דקאמר לוה, וכדרב הונא, דא"ר הונא אמר רב מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו. אביי אמר, לעולם דאמר מלוה, וכגון שחב לאחרים (בהודאה זו שהוא מודה שהוא שטר אמנה חב ומפסיד את אחרים הנושים בו, ואין לו מה להגבותם, והיו רוצים לגבות חוב זה – רש"י), וכדרבי נתן, דתניא רבי נתן אומר, מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה, תלמוד לומר ונתן לאשר אשם לו. ולטעם אביי דקיי"ל כוותיה דמה שאינו נאמן הוא מפני שחב לאחרים, א"כ לאו דוקא טענה של אמנה, אלא הוא הדין כל טענה, כמו פרוע וכיוצ"ב, דאינו נאמן לחוב לבע"ח שלו.

ודין זה הביאו הרי"ף (כתובות ו,א מעמוה"ר) שהביא הגמ' כצורתה, וכן את תרוץ אביי, דאין המלוה נאמן כשחב לאחרים. וכן הביא הרי"ף בכתובות (מז,ב מעמוה"ר),

על הא דתנן (כתובות פז,א-ב) דנפרעת כתובתה מנכסים משועבדים, לא תפרע אלא בשבועה, דנאמנות לא מועילה כשחב לאחריני, והביא ראיה מהגמ׳ יט,א, דאף אם כתב לה הבעל נאמנות, חייבת שבועה בבאה להפרע מלקוחות, דלא מהני נאמנות אלא על הלוה או יורשיו, אולם לא מהני נאמנות כשחב לאחרים: ״אבל היכא דאיכא עליה חוב לאיניש אחרינא או כתובת אשה או לוקח דזבן מיניה, לא מהניא, ומסתייע הדין סברא, מהא דגרסי׳ פרק האשה שנתאלמנה (יט,א) ... אלמא כל היכא דחב לאחרים וליכא גביה מהיכא דפרע, אין הודאתו הודאה, והא נמי דכוותה״. וכן הביא הגמ׳ ותרוץ אביי, הרא״ש כתובות ב,ט, ועיי״ש דאין חילוק בין טוען אמנה או פרוע. וכ״פ בשו״ע חו״מ מז,א.

וכשטוען על שיק שניתן לבטחון בלבד, זו טענה שדומה לשטר אמנה, אך אין בה עוולה, ואם היתה מציאות של חתימת עדים, לא היה בזה משום משווי נפשייהו רשעים. ודמי יותר לאומר שהשטר מותנה, שאינו יכול לגבות השיק אלא בתנאי שלא יעמוד בתשלום, וכל דבר המבטל את השטר, הוא בכלל הדברים שאינו נאמן, וכמש״כ הש״ך פו,יא: ״ועוד מוכח מכח מה שכתבתי, דלאו דוקא אמנה או פרוע, אלא הוא הדין תנאי או שאר כל דבר שבעולם המבטל את השטר אינו נאמן, דהא כשאומר אמנה או תנאי או כל דבר שבעולם הוא מבטל את השטר והוי מחילה, ואין לך מחילה גדולה מזו כשהוא אומר שהשטר הוא בטל. ואינו יכול לבטל את השטר בשום ענין כשהוא משועבד מדר׳ נתן״. וא״כ טענת שטר בטחון דמי לשטר מותנה, שהתנה עמו שלא יגבה השיק אא״כ לא יעמוד בתנאי התשלום.

ולענין זה אם אינו נאמן המלוה דוקא בטענת אמנה, והוא הדין בטענת פרוע, וכמש״כ הרא״ש כתובות ב,ט והש״ך פו,יא, מצאנו בזה מחלוקת ראשונים. בעה״ת נא,ב,ב דן בשאלה זו אם טען המלוה שטר פרוע זה והוא חב לאחרים אם נאמן אם לאו, והביא מחלוקת ראשונים. הראב״י (רבי אברהם ב״ר יצחק) כתב בפירוש דאי אמר מלוה שטרא פרוע הוא, מהימן במגו דאי בעי מחיל ליה לשטרא, דדוקא באמנה לא מהימן משום דמבטל ליה לשטרא, אבל בטענת פרוע נאמן, דכיון דשטרא קאי לגוביינא, נאמן לטעון כל טענה שאינה מבטלת את השטר מעיקרו. אולם דעת הראב״ד בתש׳, שאינו נאמן אף לטעון פרוע הוא. ודעת בעל העטור דדוקא אמנה דמבטל ליה לשטרא, אבל פרוע נאמן, דכיון דשטרא קאי לגוביינא מהימן. והביא שם את תש׳ הראב״ד, וז״ל: ״במוכר שט״ח לחברו וחזר ומחלו מחול, אי אמר שטר פרוע הוא, אי מהימן במגו דאי בעי מחיל, דהתם נמי חב לאחרים הוא ומצי מחיל, הכא נמי כי טעין פריעא הוא להוי נאמן אע״ג דחב לאחרים, מגו דאי בעי מחיל. דע שאינו נאמן אא״כ יוציא שובר מקויים ... והלכה רווחת היא בשום דבר שהוא חב לאחרים אינו נאמן בשום הודאה היכא דנקיטי שטרא דחוב, דאמרינן, אם איתא ודאי דהאי שטרא פריעא

הוה ליה למקרעיה, או הוה קא בעי מיניה לוה שובר, וכ״ש מוכר שט״ח לחבירו דאמר פרוע הוא, דמשוי נפשיה רשע וגנב. וא״ת באומר שטר אמנה הוא זה, שאינו נאמן דאוקמא אביי בשחב לאחרים, מאי איריא שטר אמנה לשמעינן פרוע וכ״ש אמנה. הא לאו מילתא היא, דלא תימר כי אמר פרוע הוא דלא מהימן משום דחל שעבודא דבעל חוב עליה ולאפסודינהו קא אתי, אלא אפילו אמנה נמי דלא חל עליה דידהו שעבודא כלל, לא מהימן״. ודברי העיטור שציין בעה״ת, הם באות ק (קיום), שכתב: ״ומסתברא דוקא אמנה דמבטל ליה לשטרא, אבל פרוע הוא נאמן דאיכא למימר כיון דלגוביינא קאי מהימן״. ובב״י (חו״מ מז,א) הביא ב הדעות, ובשו״ע חו״מ מז,א הכריע כדעת הראב״ד והרא״ש, דדין פרוע כדין אמנה, ואין המלוה נאמן לטעון טענת פרוע.

ונראה שבנדו״ד לא יוכל לוי המוחזק לטעון קים לי כדעת הראב״י ובעל העיטור, שנאמן המלוה לטעון טענה שאינה מבטלת השטר מעיקרו, מפני שהלכה זו נפסקה בשו״ע חו״מ מז,א דלא כדעתם, והרמ״א לא חלק על דברי המחבר, וקיי״ל דכל היכא שפסק המחבר ולא חלק עליו הרמ״א, שאין 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 חוזר״. וכן מבואר להדיא בדברי הנתיבות (כללי תפיסה כלל כ), שהביא את דעת החוות יאיר הנ״ל. וע״ע בש״ך בתוקפו כהן (סי׳ עד), וז״ל: ״וכבר נהגינן שלא להיות נגד מהרמ״א במקום שאין ראיה ברורה לסתור דבריו״, עיי״ש, וכן היא דעת התומים בקיצור תוקפו כהן (עיין דף מח,ב בדפוסים שלנו). וע״כ לא יוכל הנתבע לאחוז בטענת קים לי כדעת הראב״י ובעל העיטור, ואין ראובן יכול לטעון טענה המבטלת את השטר, באופן שלא יוכל שמעון לגבות מהשיק.

## ב. שטר שאין בו נאמנות

הטור והמחבר חו״מ סי׳ מז כתבו, דכל האמור הוא בשטר שיש בו נאמנות למלוה לטעון שלא פרע, אבל אם אין נאמנות למלוה לטעון שלא פרע, יכול הלוה להשביעו שבועה שלא פרע, וכיון שהמלוה טוען אף הוא פרוע ואינו יכול להשבע, אין בע״ח של המלוה יכול לגבות בשטר זה. ומקור דבריהם הוא מבעה״ת נא,ב,ד, וז״ל: ״ויש לברר אי שטרא דאית ליה למלוה שני על לוה זה שאנו רוצים להוציא החוב ממנו ולפרוע לראשון, לא כתיב ביה נאמנות, וטען הלוה שפרוע הוא, וקי״ל דאי אמר לשתבע לי משתבע ליה, ונמצא שאינו יכול לגבות ממנו כלום אלא בשבועה, והמלוה שטוען פרוע הוא אינו יכול לישבע שאינו פרוע, בהא היכי דיינינן. ומסתברא ודאי דמפסיד מלוה הרוצה להפרע מחוב זה, ומחרים סתם על הלוה שלו שכן הוא

כדבריו שהוא פרוע. ואית דאמרי דמשתבע שבועה חמורה בנקיטת חפץ כדין הטוען אין בידי במה לפרוע חובי שכתבנו בשער ג' שהקדמנו". ומבואר מבעה"ת דכל הדין שאינו נאמן המלוה בטענת פרוע כשחב לאחרים, הוא בשטר שיש לו נאמנות למלוה, שאינו צריך להשבע בטענת פרוע, אולם אם צריך להשבע, כיון שאינו יכול להשבע, שהרי טוען המלוה פרוע, אין המלוה של המלוה יכול לגבות השטר מהלוה.

ויש לעיין, אם טוען הלוה שהוא שיק בטחון והמלוה מכחיש, אם חייב שבועה.

דשבועת פרעתי, היא השבועה המבוארת בגמ' שבועות מא,א, ובשו"ע חו"מ סי' פב. אולם יש טענות שאינו נשבע עליהם. הרמב"ם בהל' מלוה ולוה יד,ג, פסק וז"ל: "הוציא עליו שטר מקויים והלוה טוען ואומר שטר מזויף הוא ומעולם לא כתבתי שטר זה, או שטען שחוב זה רבית הוא או אבק רבית, או שטען שהוא שטר אמנה או שאמר כתבתי ללוות ולא לויתי, כללו של דבר טוען טענה שאם הודה בעל השטר היה השטר בטל, והמלוה עומד בשטרו ואומר שזה שקר טוען ואמר הלוה ישבע לי ויטול, הרי זה מחלוקת בין הגאונים, יש מי שהורה שחייב בעל השטר להשבע כעין של תורה, כמי שטען עליו שפרעו, ורבותי הורו שלא ישבע המלוה אלא אם טען עליו הלוה שפרעו בלבד, שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד, אבל כל אלו הטענות, לא כל הימנו לבטל שטר מקויים, אלא ישלם ואחר כך יטעון על המלוה במה שירצה, שאם יודה יחזיר לו ואם כפר ישבע היסת, ולזה דעתי נוטה". וכן נראה דעת הראב"ד שם בהשגות, ועיין ברב המגיד שם, דכן עיקר דאין נשבעין אלא על טענת פרעון, דאם נשבעים גם על אמנה, למה לא השמיע רב פפא רבותא דאפי' בטוען בשטר שהוא אמנה, שהשטר לאו להכי עביד, וכל שכן בטוען טענת פרעון. וכנטית דעת הרמב"ם שאינו נשבע בטענת אמנה וכו', פסק בשו"ע חו"מ פב,י.

ונחלקו הראשונים לענין טענת מחילה, אם דמי לפרעון או אמנה. ומחלוקת ראשונים זו הובאה בשו"ע חו"מ פב,יא, ומקורה בבעה"ת כא,ב,ב, שהביא מחלוקת בין הרמב"ן לבעל העיטור בזה. דעת בעל העיטור שטענת מחילה כשאר כל הטענות; "ואי טעין דאית ביה רבית או שלא נטלתי עדין כל סך הממון, אי נמי שטר מחול הוא, לאו כל כמיניה לאשבועיה". ודעת הרמב"ן שאין משביעים בטענות כמו אמנה וריבית, כיון שטוען שהשטר בטל מעיקרו, אבל כל דלא עקר שטרא, כגון מחילה ופרעון, אי אמר ישבע לי, חייב להשבע.

אולם כאמור לעיל, שטר בטחון דומה לשטר מותנה, ובזה כ"ע מודו שיכול להשביעו, כמו שפסק במחבר בשו"ע חו"מ פב,יב, ומקורו מבעה"ת כא,ג,א, דאי לא כתוב בשטר שהשטר הוא ללא תנאי ולא בשום שיור, וטען הלוה תנאי היה בו וקיימתיו ונפטרתי מהמלוה, והמלוה טוען שהשטר היה ללא תנאי, ואין עדים בדבר; "משבעינן

ליה למלוה כדין מאן דמפיק שטרא אחבריה, דתנאי מילתא אחריתי היא ולא עקר שטרא בהאי טענה, ושטרא כדקאי קאי, דהא תנאי לא עקר לשטר מיד אלא לאחר זמן, ולא דמי לאמנה ורבית ולשאר טענתא דעקרי לשטרא מיד". ולכן נאמן הלוה בטענתו, ויכול להשביע את המלוה בטענת תנאי.

וכל האמור הוא רק באופן שאין הלוה יכול לטעון טענת פרעתי נגד שיק, דאם יכול לטעון טענת פרעתי, פשיטא שנאמן הלוה, ולא גרע מטענת פרעתי, אולם למה שכתבתי במקום אחר (עיין ח"א יא/יד, וח"ב יב/ד), דאין הלוה יכול לטעון פרעתי נגד שיק, ממילא דינו כאמור לעיל בשטר בעדים, דככל שיכול להשביעו, דמי טענת תנאי לטענת פרעון. אולם אם נאמן הלוה לטעון פרעתי, נאמן בכל ענין. דנחלקו הראשונים אם יכול הלוה לטעון פרעתי, כנגד שטר הכתוב בכתב ידו ואין עליו עדים, עיין בנימוק"י ב"ב (פב,ב מעמוה"ר ד"ה מתני', ולז,ב מעמוה"ר), ובחו"מ סט,ב במחבר ברמ"א, בסמ"ע ס"ק ח, בש"ך ס"ק יד, ובקצוה"ח שם ס"ק ג. אך נ"ל דהמחאה עדיפא לענין זה מכתב ידו, דבהמחאה ודאי יכול למימר שטרך בידי מאי בעי ואין שכנגדו יכול לטעון פרעתיך, שהרי יכול ללכת לבנק ולגבות עם שטר כזה או לפנות להוצאה לפועל אם לא ישלמו לו בבנק, ופשיטא דשטר כזה לא מניח הלוה ביד המלוה לאחר שפרע לו, וע"כ אין הלוה יכול לטעון טענת פרעון. וכבר הכריע הרמ"א שם סט,ב (ומקורו מדברי הריב"ש): "ואין לדיין בזה אלא מה שעיניו רואות". ולכן נראה שלענין טענת פרעתי עדיף שיק משטר בכת"י, אף אם יוגדר השיק משפטית/הלכתית כשטר בכתב ידו, וזאת מאחר ומדינא דמלכותא יכול מחזיק השיק לפנות אל ההוצאה לפועל ולממש את השיק, ובכגון זה היה על נותן השיק להזהר בפרעון, ובטענות גרידא אין לסתור את השיק. וכן נראה ממש"כ הנודע ביהודה בתש' (מהדו"ק, חחו"מ סי' י) לענין חילוף כתב הנהוג בין הסוחרים שאינו נאמן לומר פרעתי כנגדו, הואיל ומדינא דמלכותא אינו נאמן לומר פרעתי. ורק בנידון הנודע ביהודה יכל לטעון פרעתי, כיון שהשטר לא היה תקף מדינא דמלכותא הואיל ואיחרוהו. אבל בנידון השיק שהינו תקף מדינא דמלכותא, אינו יכול לטעון פרעתי נגדו, אא"כ יביא הוכחה ברורה אחרת (שטר או עדים) שפרע.

ולאמור לעיל, לשיטת המחבר כיון שאין בשיק נאמנות, לכאורה יכול הלוה להשביע את המלוה שהשיק לא ניתן לבטחון, וכיון שאינו יכול המלוה להשבע, כיון שמודה ללוה, ממילא לכאורה לא יוכל לוי לגבות את השיק. והנה הש"ך חו"מ מז,ד כתב לחלוק על בעה"ת, דאפילו אין בו נאמנות ואומר ישבע לי, ואין המלוה רוצה לישבע ומודה שהוא פרוע, השטר בתקפו, דכיון דמשועבד מדר' נתן למלוה שלו, אין דבריו כלום, וא"כ אף שאינו רוצה לישבע אינו כלום והשטר בתקפו. ועוד, דשעבודא דר' נתן מדאורייתא, ושבועה דשטרות דרבנן הוא. ועוד, דכיון דנשתעבד למלוה ראשון

מדאורייתא והו״ל איהו בעל דבר דידיה, לא איכפת לן בהכי מה דאית ליה שבועה על המלוה השני. ועוד, דאף דאינו רוצה לישבע חיישינן לקנוניא. ולכך לא חילקו הרמב״ם וסמ״ג ושאר פוסקים בין יש בו נאמנות או אין בו נאמנות. ועיי״ש באריכות דברי הש״ך, דאף שאינו רוצה להשבע, כיון שאינו נאמן לטעון פרוע, אין צריכים לשבועתו, ומשועבד החוב למלוה מדר׳ נתן. ועין בט״ז ובגר״א ס״ק ג.

אמנם באחרונים מבואר דלא כש״ך אלא כדעת המחבר. כן נראה מהסמ״ע מז,ב.

ובקצוה״ח פו,ט כתב לישב דעת בעה״ת מקושית הש״ך, דעיקר שעבודא דר׳ נתן, שיהיה השעבוד שיש לשמעון על לוי חזק ואמיץ שלא יוכל להבריחו, והרי הוא כביד שמעון, ומשם נמשך השעבוד לראובן מדר׳ נתן, אבל במטלטלין שאין השעבוד חזק דיכול למוכרו ולא הוי כביד שמעון, ממילא אינו יכול להשתעבד לראובן. ולכן כשיש לשמעון שעבוד מטלטלין אגב קרקע על לוי, אף שלראובן אין שעבוד אגב אצל שמעון, כיון דהשעבוד חזק אצל שמעון ממילא נמשך לראובן. ולכן דוקא כשיש בו נאמנות, שעבוד שמעון בלוי הוא שעבוד חזק ויכול לגבות בלא שבועה, והוי כבידו אף שלא ישבע, וכיון דהוי כבידו, נשתעבד השט״ח לראובן מדר׳ נתן אפי׳ אומר שהוא פרוע, דכיון דכבר נשתעבד לראובן, אינו נאמן במקום שחב לאחרים. ולכן מה שצריך לנאמנות, כדי שיהיה שמעבוד שמעון חזק, ובלא״ה אינו משועבד מדר׳ נתן לראובן.

ובתומים מז,א גם כתב לישב דעת בעה״ת והמחבר מקושית הש״ך, דמצד הסברא צודקים דברי הש״ך דאף דלא כתב נאמנות, אי חייב לאחרים אין נאמן לומר פרוע. רק דאם כן מה הועילו חכמים בתקנתם דתקנו שבועה בטענת פרעתי, דכל אחד שיהיה נפרע על שטרו וירצה לתובעו שנית ולהנצל משבועת שוא שלא נפרע, ילך וילוה מאחרים עד שיהיה חב לאחרים, ויהיה בעל חוב ההוא גובה משטר זה, ויאכל המלוה וחדי, ואם כן פקעה תקנת חז״ל דתקנו שישבע, ומה הועילו חכמים בתקנתם. ולכך סבירא ליה לבעה״ת והמחבר דאלמוהו חכמים לתקנתם, ואם אין יכול או אין רוצה לישבע, אף דחייב לאחרים, אינו משלם. אבל בנתן נאמנות למלוה שלא נפרע, שהלוה עצמו מחל על תקנת חכמים והאמינהו בלי שבועה, ליכא למיחש לתחבולה, כיון דהלוה עצמו מחל על השבועה ואמר אי אפשי בתקנת חז״ל, ואם כן חזר הדין לקדמותו דבמקום דחב לאחרים לא מהימן בכל דבריו. ועיי״ש מה שהאריך בראיות ובישוב דברי הראשונים לפי תרוצו.

גם בשבות יעקב (ח״א סי׳ קנד) כתב דלכאורה משמע כדברי הש״ך, מ״מ מי ימלא לבו לפסוק להוציא ממון כדברי הש״ך, נגד גדולי ראשונים בעה״ת והטור, ושכן פסק בשו״ע, בפרט שאין ראיות הש״ך מוכרחות, ולא נמצא להדיא באחד מהראשונים

שחולק עליהם בדבר זה. ומסתימות לשון הרמב״ם והסמ״ג והש״ס דכתובות אין ראיה, דשם מיירי לענין שטוען שטר אמנה הוא זה, ולענין טענת אמנה, אף שאין בו נאמנות, אין הלוה נאמן לטעון כן כמו ביש בו נאמנות לענין טענת פרוע: ״ומעתה אין כדאי בדברי הש״ך אלו לדחות דברי הראשונים, ובפרט להוציא מיד מוחזק. אך נ״ל שיכול להשביע שבועה חמורה את המלוה כמו בטוען אין לי״.

והאחרונים עוד דנו שם אם טוען המלוה שהוא שטר אמנה ואין בו נאמנות, אם נאמן בטענתו לענין שלא יוכל בעל חובו לגבות משטר זה, עיין בשבו״י שם, תומים ס״ק א, קצוה״ח ס״ק ב, נתיבות ס״ק ב, דמקצוה״ח והנתיבות עולה דאף ביש לו מיגו של פרעתי, אינו נאמן לטעון שטר אמנה, ואין צריך לנאמנות. ובנתיבות שם כתב, דאם הלוה טוען פרוע והמלוה אומר שטר אמנה, אינו גובה כשלא נכתב בו נאמנות, דכיון שהלוה טוען פרעתי, מחויב המלוה לישבע, וכיון שאומר אמנה, אין רוצה לישבע שחייב לו על שטר זה, ואין יכול לגבות בו. ועיין בשער המשפט ס״ק ג שכתב לאידך גיסא, דאף כשטוען המלוה אמנה, נאמן באין בשטר נאמנות, דהא אית ליה מיגו דאי בעי היה אומר פרוע כמו בכתב ידו, דנאמן הלוה לומר אמנה במיגו דפרוע. ומה שלא נאמן הלוה בטענת אמנה במיגו דפרוע להשביע למלוה, היינו משום דמיגו להשביע לא אמרינן. דהטעם שלא אמרינן מיגו להשביע, דכיון דלא מאמינים ללוה בטענת אמנה לפטרו לגמרי, לא שייך להאמינו לחצאין במיגו שישבע המלוה. משא״כ הכא שאם יטעון המלוה שהוא פרוע יהא בטל השטר לגמרי באין בו נאמנות, א״כ הכי נמי בטוען אמנה מהימן לגמרי במיגו דפרוע דהוי מיגו מעלייתא, ודמי ללא הוחזק השטר בבית דין דנאמן המלוה במיגו דקלתיה. וכן משמע מסתימת הטור ושו״ע בזה דאין חילוק בין טענת אמנה לטענת פרוע.

## ג. שבועת פרעתי בשיק

ונראה דבשיק לא יכול נותן השיק להשביע את מחזיק השיק בטענת פרעתי, דכל שבועה שלא נפרע שייכת בשטר שמוציא המלוה על הלוה, אולם בשיק שמעצם טבעו ומהותו הוא פניה של מחזיק השיק לצד ג – הבנק, והבנק מכח החוק והתקנות פורע למחזיק השיק, אין לנותן השיק מקום לטענת פרעתי, ואף שיכול לבטלו, מ״מ כיון שביטולו אסור ע״פ החוק, וחובת ההוכחה לטענת נפרע תהיה על נותן השיק, ממילא י״ל כשנותן שיק, הרי הוא כנותן נאמנות שלא נפרע, אא״כ יוכיח אחרת בשובר או עדים וכיוצ״ב, ששיק זה המסוים נפרע.

דאיתא בשבועות מא,א: אמר רב פפא, האי מאן דאפיק שטרא על חבריה ואמר ליה שטרא פרוע הוא, אמרינן ליה לאו כל כמינך, זיל שלים. ואם אמר לשתבע

לי (דלא פרעתיך – רש״י), אמרינן ליה אשתבע ליה. א״ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי, ומה בין זה לפוגם את שטרו (שלא פגם שטרו, לפוגם שטרו ... והשתא דאמרת משביעין לו, מה יפה כחו משאם פגם את שטרו). א״ל, התם אף על גב דלא טעין איהו טענינן ליה אנן, הכא אמרינן ליה זיל שלים ליה, ואי טעין ואמר אשתבע לי, אמרינן ליה זיל אשתבע ליה (גבי פגם את שטרו, אע״ג דלא טעין לוה אשתבע לי אלא אומר פרעתיך, טענינן ליה אנן ואמרינן לבעל השטר השבע). ואי צורבא מרבנן הוא, לא משבעינן ליה. א״ל רב יימר לרב אשי, צורבא מרבנן משלח גלימא דאינשי. אלא לא מזדקקינן ליה לדיניה (להשבע, דמיחזי דחשדינן ליה. ולא לגבות לו דהא אמר ליה אשתבע לי דלא פרעתיך).

ודין זה הובא ברמב״ם בהל׳ מלוה ולוה יד,ב: ״התובע את חבירו לפרעו, וטען הלוה שפרע שטר זה או מקצתו, ובעל השטר אומר לא פרעת כלום, אומרים לו שלם לו. טען הלוה ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ויטול, משביעין אותו בנקיטת חפץ שלא פרעו כלום או שלא פרעו אלא כך וכך ואחר כך יטול, ואם היה המלוה תלמיד חכם אין נזקקין לשבועתו״. וכן נפסק להלכה בשו״ע חו״מ פב,ב. והנה שבועה זו הינה מתקנת חכמים, דמעיקר הדין אין צריך המלוה כל שבועה, דכיון דשטרו בידו, חזקה שטרך בידי מאי בעי. אולם חכמים הצריכוהו שבועה, וכמו בפוגם וכיוצ״ב, ורק תיקנו בטוען השבע לי, ובת״ח לא תיקנו, ובמי שאינו ת״ח, אף שיש למלוה חזקה, תיקנו חכמים שישבע אם תובע זאת הלוה, אולם באי תביעת הלוה, אין המלוה צריך להשבע, דחזקה שטרך בידי מאי בעי. ועיין בבעה״ת כא,א ובגדו״ת מה שהעירו בדברי הרמב״ם במה שכתב דאף בטוען פרעתי מקצתו.

ובבעה״ת כא,ג,א מבואר דאם טען הלוה שהחוב היה מותנה וטוען שקיים התנאי וממילא אין כאן חוב, והמלוה מכחיש, אף ביש בשטר נאמנות, לא מהני אלא לענין פרעון ולא לתנאי, וחייב המלוה להשבע, והוא בכלל תקנת חכמים הנ״ל. ואם כתוב בשטר בפירוש שנעשה בלא שום תנאי ושיור בעולם, אין בדברי הלוה ממש, ואינו יכול להשביע המלוה בטענת תנאי וכיוצ״ב. משא״כ אם לא כתוב בשטר שנעשה בלא בשום תנאי ולא בשום שיור, וטען הלוה תנאי היה בו וקיימתיו ונפטר ממנו, ומלוה אינו מודה לו שתנאי היה ביניהם, נשבע המלוה כדין מאן דמפיק שטרא אחבריה, דתנאי מילתא אחריתי היא, ואינו עוקר השטר מעיקרו, ולא דמי לאמנה ורבית ולשאר טענתא דעקרי לשטרא מיד; ״הלכך מהימן לוה בטענתיה ומשבעינן למלוה ושקיל. ואע״ג דאיכא נאמנות בשטרא, לא מעלה ולא מוריד, דכי המניה מפרעון המניה ולכל מאן דעקר שטרא מיד, אבל תנאי דלא עקר לשטרא אלא לאחר זמן והוא מלתא אחריתי, לא הימניה, והלכך משתבע ושקיל״. וכ״פ בשו״ע חו״מ פב,יב. ולפ״ז בנדו״ד אף אם היה בו נאמנות לפרעון, מ״מ חייב להשבע המלוה, ובנדו״ד שאינו יכול

להשבע, לשיטת בעה״ת ודעימיה, וכמו שפסק המחבר בשו״ע מז,א, ודלא כש״ך מז,ד, לא יוכל שמעון לגבות את השיק מלוי.

ועדיין י״ל, דאף בנדון כזה, כיון שלוי לא טען ישבע לי, אין מקום לשבועה, ויכול ראובן, וממילא גם שמעון, לגבות השיק ללא שבועה. גם י״ל דשיק מעצם טבעו ומהותו כשניתן לבטחון, ולא נכתב עליו שהוא לבטחון (שאז מרע לשיק ואינו בר גביה), שיוכל לגבות ישירות מהבנק ללא טענות ומענות, ואף יוכל להעבירו לאחר (כשלא ניתן למוטב בלבד), ולא יוכל לטעון כל טענה בהוצל״פ. הרי ששיק כזה מהוה נאמנות לכל סוגי הטענות, ומטיל את חובת ההוכחה על הלוה הטוען לריעותא, פרעון וכיוצב״ז, ועדיף משטר, ובכה״ג לא תיקנו חכמים.

באגרות משה (חחו״מ ח״ב סי׳ טו) דן במי שהלוה לחבירו קודם שעת ההשמטה של שמיטת כספים, ונתן הלוה למלוה שיק לפרעון החוב קודם שעת ההשמטה, והיה שיק למועד פרעון בשנה השמינית, דאם בשעת הלואה נתן הלוה שיק שזמן פרעונו לאחר השמיטה, הרי זה כקביעות זמן לאחר השמיטה, והלוהו לי׳ שנים;

״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 הלוים 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, מכיון שלמנהג קדמונים אינו משמט, שלדידהו מה שאין נותנים לו רשות לילך בעש״ג הוא שלא כדין, יכול גם בעצמו לילך בעש״ג אם אינו יכול לתפוס. דאף דבסימן ד׳ כתב הרמ״א דאף במקום שרשאי למעבד דינא לנפשיה אסור לעשות ע״י העכו״ם, הנה מאותו תה״ד עצמו דהביא הרמ״א משמע דבכה״ג רשאי ... שכיון שהב״ד לא יתנו לו רשות אף שכן הוא מן הדין, רשאי הוא בעצמו לתבוע בעש״ג מדין כפיית עצמו למאי דהיה סבור שהוא רשאי, וא״כ כ״ש כשהוא עושה כדין מאחר שכן היה מנהג קדמונים שלדידיה גם הב״ד צריכים ליתן לו רשות לילך בעש״ג, שמה שאין נותנים מצד שרוצים להחמיר הוא שלא כדין, שרשאי באם אינו יכול לכופו בעצמו לילך גם בעש״ג. ובזה לא שייך לומר גם שמכוער הדבר, דרק כשנשמט החוב ממש מדין שמיטה ומחוייב גם הוא לומר משמט אני ורק שליכא עליו איסור לא יגוש כיון דכופהו שלא בב״ד ולא משום חוב, שייך לומר שכיון שהב״ד אסורין לכופו מכוער הוא שיכוף ע״י עכו״ם, אף שעליו בעצמו ליכא האיסור מאחר דעכ״פ שלא כדין הוא, אבל הכא דכדין הוא כופהו, לא שייך לומר שהוא מכוער כמו שלא

אמרינן שהוא מכוער כשנתנו לו הב"ד רשות. ובעצם הא דמוכיח הרמ"א דבעביד דינא לנפשיה אסור לעשות ע"י עכו"ם - מתה"ד, לא מובן לכאורה, דהתה"ד הא כתב זה בדין כל דאלים גבר, שהמרדכי סובר דאסור לתקוף ולאלם ע"י נכרים, שזה פשוט שיש לאסור, דודאי לא יתקנו רבנן גם כשאינו אלים בעצמו אלא ע"י עכו"ם יהיה נחשב אלים, דאין בזה סברת הרא"ש שסמכו שמי שהדין עמו ימסור נפשו יותר להעמיד שלו בידו ממה שימסור האחר לגזול שלכן ודאי לא יתירו. ועוד, דבכלל לא יסתלקו הב"ד מלדון ולשלחם לעש"ג שהוא דבר איסור, אבל כשהדין עמו והתירו לו למעבד דינא לנפשיה, אפשר גם לעשות ע"י עכו"ם וצ"ע בראיית הרמ"א, ואף מהכפיה לשלם בשביעית שאוסר ע"י עכו"ם, אף למאי דהיה סבור שמותר לכופו בעצמו, אין ראיה, משום שנמי הוא שלא כדין, וצ"ע."

(הבאתי את אריכות דברי האגרות משה, אף למה שלא נוגע לנדו"ד, כיון שיש בו ענין של לכופו לפרוע שיק באמצעות ההוצל"פ, ועיין מה שכתבתי בענין בח"ב סי' ו). ומ"מ מבואר מהאג"מ, דשיק עצמו נחשב כתשלום, מאחר שאסור לבטלו, ובשעת מתן השיק כבר נחשב כפרעון. והיינו שהחוק שאוסר ביטול השיק, נותן למחזיק השיק כח ונאמנות לכל טענות הנותן, ומטיל בכל ענין את חובת ההוכחה עליו, עד שנחשב השיק כתשלום בפועל (ורק כשמבטלו, הרי נוצר מהביטול חוב חדש לאחר הביטול, כמש"כ באגר"מ). ולפ"ז גם בנדו"ד י"ל, דאין השיק נכלל בתקנת חכמים של שבועת פרעון, דכיון שחייב לפרוע מכח החוק, וגם אינו בא בדין ודברים עם הלוה אלא ישירות פונה לצד ג – הבנק, ואסור לנותן השיק לבטלו, הרי נאמנות המחזיק היא כנגד כל טענות נותן השיק, ועליו הראיה, גם אחר תקנת שבועה של המלוה שלא נפרע.

ועיין מה שכתבתי בח"א סי' כא דעות הפוסקים בענין מעמדו של השיק. ולכאורה לדעות הפוסקים שם שדינו כממרני בכתב ידו, ורק אינו יכול לטעון פרעתי, א"כ דינו ממש כשטר חוב לענין זה, שאם יטען נותן השיק פרעתי, כח המחזיק הוא מחזקה שטרך בידי, וא"כ לא עדיף לכאורה משטר, וא"כ צריך שבועה, ובאין בו נאמנות, לא יוכל המלוה של המקבל לגבות ללא שבועת המקבל. דמדעות הפוסקים הנ"ל, נראה שאין עדיפות לשיק על שטר רגיל, וכמש"כ שם, ולא התחשבו בנהלי וחוקי הבנק. אמנם למה שהבאתי שם דעת הגר"מ פיינשטיין הנ"ל, וכן דעות הפוסקים שיש לתת לשיק מעמד מכח סיטומתא עם דינא דמלכותא, ובפרט למה שהעליתי שם לתת לשיק כח של מעמד שלשתן ע"י הכתב, בודאי שיש להתחשב בנהלי וחוקי הבנק, ויש עדיפות לשיק על שטר לענין טענת פרעתי, ולא יוכל הנותן להשביע את המחזיק בטענת פרעתי וכד'.

והגר״י גרוסמן זצ״ל, נצח ישראל מד,יג-יד, דן בנותן שיק לחבירו, וטוען נותן השיק כנגד המחזיק, שכבר פרע לו הסכום במזומן. ודן שם בדברי הרמ״א חו״מ סט,ב בדין פרעתי, ובדברי הנו״כ שנחלקו איך לפסוק, וכתב שם: ״והנה גם אנו רואים בעינינו כי אין אדם משאיר טשעק חתום על ידו אצל אחר, בזמן שאינו חייב לו מה שכתוב בטשעק. ולפ״ז מסתברא לומר שאם הטשעק ביד המלוה, יכול להוציא ממנו מה שכתוב בטשעק, כי אם היה נכון מה שהלוה טוען שכבר פרע לו במזומנים, היה בודאי דורש בתוקף שיחזיר לו את הטשעק, וכמו שפסק השו״ע סט,ד, בפנקס שחתם עליו הבע״ד אינו נאמן לומר פרעתי, וכמש״כ הש״ך, שאם הדיין רואה שלא היה מניח כת״י אצלו, הכל לפי עיני הדיין״. עוד הביא שם מתש׳ חת״ס (חחו״מ סי׳ קכח, הובא בפת״ש חו״מ סט,ד, ועיי״ש מה שהביא מהנודע ביהודה), דנהגו בתי הדין להגבות ע״י חלוף כתב מקוים הנהוג בימינו. אך הוסיף שם הגר״י גרוסמן: ״ובודאי יכול הלוה להשביע את המלוה שלא קבל כבר את החוב, ואפי׳ בשטר כשר ומקוים יכול לומר אשתבע לי דלא פרעתיך, כל שכן בטשעק״. ולפ״ז לא עדיף שיק משט״ח לענין שבועת פרעתי.

אמנם לענ״ד נראה, דכיון דע״פ החוק תוקף שיק יותר משט״ח רגיל וכאמור לעיל, הן לענין אופן גבייתו ואיסור החוק לבטלו וכו׳, לכן נראה שלא יוכל להשביע את מחזיק השיק בטענת פרעתי וכד׳, ועל נותן השיק הראיה. ובענין זה נראה לצרף גם דעת הש״ך הנ״ל, דבכה״ג אין צריך להשבע, כיון שחייב מכח שעבודא דר״נ, וכנ״ל.

**לאור האמור, עקרונית יכול שמעון לגבות השיק מלוי, ואם יסרב לוי לפרוע את השיק, יהיה רשאי שמעון לגבות השיק באמצעות ההוצל״פ. אמנם בטרם גביית השיק, יש ללוי זכות להביא ראיותיו לבי״ד על כך שהשיק היה שיק בטחון ולא שיק לגביה, וכי מילא חובותיו וממילא השיק בטל. לכן יש לאפשר ללוי להביא ראיות תוך 30 יום לבי״ד, במידת הצורך יקבע דיון וביה״ד ידון בראיות. לכן בשלב זה לא יגבה שמעון את השיק עד להחלטה אחרת של ביה״ד, הקובעת כי אין ללוי ראיות או ראיותיו נדחו.**

# סימן יג

## בדו״ד בענין תשלום משכורת באיחור

### ראשי פרקים

**א. זכות המלוה לקבוע בעבור איזה חוב מקבל את הפרעון**

**ב. עבד לוה לאיש מלוה**

ראובן מעביד של שמעון. מזה כמה חדשים שלא שילם ראובן לשמעון משכורת. בתחילת אוקטובר 2014 הכניס ראובן לחשבון שמעון בבנק משכורת אחת, ובמכתב מקדים כתב לו שמשכורת זו היא עבור חודש מאי 2014. עקב פיצוי האמור בחוזה העבודה, שאינו ענין כעת לנדו״ד, טוען שמעון שאינו מסכים שהמשכורת תהיה עבור מאי אלא עבור ספטמבר 2014, וכי על אף מכתבו של המעביד, בדין תורה זכותו לקבוע עבור איזה חוב יקבל את התשלום, וממילא לתבוע אותו על עיכוב משכורת מאי 2014 שהיא למעלה מחמשה חדשים, כשיש בענין התיחסות בחוזה העבודה. השאלה שבפנינו, האם כשחייב לעובד כמה משכורת, יכול המעביד לקבוע עבור איזה חודש הוא משלם, או שזכות העובד לקבוע זאת.

## א. זכות המלוה לקבוע בעבור איזה חוב מקבל את הפרעון

איתא בכתובות פה,א: אבימי בריה דרבי אבהו הוו מסקי ביה זוזי בי חוזאי. שדרינהו ביד חמא בריה דרבה בר אבהו. אזל פרעינהו. אמר להו הבו לי שטרא. אמרו ליה סטראי נינהו (מצד אחר היינו נושים בו מלוה ע״פ, ומחמת אותה מלוה נחזיק בהם - רש״י). אתא לקמיה דרבי אבהו, אמר ליה אית לך סהדי דפרעתינהו. אמר ליה - לא. אמר ליה, מיגו דיכולין לומר לא היו דברים מעולם, יכולין נמי למימר סטראי נינהו. לענין שלומי שליח, מאי (מי הוה פושע שהחזיר המעות עד שלא קבל מהם השטר). אמר רב אשי, חזינן, אי אמר ליה שקול שטרא והב זוזי - משלם. הב זוזי ושקול שטרא - לא משלם. ולא היא, בין כך ובין כך משלם, דאמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

הרא״ש בסוגיא פ״ט דכתובות ה״ד כתב בהסבר דברי הגמרא דנאמן המלוה במיגו דלהד״ם, וז״ל: ״אבל בלא מיגו לא מהימן, דלאו טענה מעלייתא היא, דיותר ברצון אדם פורע מלוה בשטר ממלוה ע״פ״. והר״ן בסוגיא (כתובות מב,ב בעמוה״ר) הוסיף בהסבר נאמנות המלוה:

"ומהא שמעינן שמי שנושה בחבירו שני חובות ופרע לו הלוה סתם, אינו יכול לומר שיהיו לפרעון חוב פלוני שמחמתו נתנם לו. אדרבא, הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני לקחתי. דאי לא תימא הכי, כי מהמני למימר סטראי נינהו מאי הוי, אכתי יכול היה אבימי לומר שמחמת אותו חוב שבשטר שלחם והיה להם לחזור שטרו. אלא ודאי יד המלוה על העליונה. ולא עוד אלא אפילו אמר לוה בשעת פרעון הא לך מעות אלו בשביל חוב פלוני, ומלוה קבל ושתק, יכול מלוה לומר אח"כ שבשביל מלוה ע"פ או בשביל חוב אחר תפסם, והאי דשתיק, לאו משום דאודויי אודו ליה אלא פקח היה לשתוק כדי לתפוס, ואחר שתפס בירר דעתו בשתיקתו."

מהר"ן מבואר דהקביעה עבור איזה חוב נפרע, עבור חוב ע"פ או חוב בשטר, נתונה למלוה, הוא אשר יכול לומר שקיבלם עבור חוב ע"פ או עבור חוב בשטר. כל זה אם אומר מיד בקבלת הממון, או (כך נראה לכאורה) גם אם קבלם בשתיקה כשהלוה נתנם ג"כ בשתיקה. אולם כאשר הלוה נותן לו במפורש עבור החוב שבשטר והמלוה שותק, בכגון זה אין למלוה הכח לקבוע שקבלם עבור חוב ע"פ, כיון שהלוה אמר שנותן עבור חוב בשטר והוא שתק, ורק יש ביד המלוה הכח לתפוס ולומר לאחר תפיסתו שתפס עבור חוב בע"פ, שזו היתה כוונתו. אך בניגוד למציאות בה אמר בשעת קבלת מעות את רצונו או כששניהם שתקו, דבזה י"ל שיש למלוה את הכח לקבוע עבור איזה חוב נפרע, דיד המלוה על העליונה, ומהא דעבד לוה לאיש מלוה, וכמו שיתבאר. אך כל זה בזמן הפרעון, ולאחר הפרעון הוי רק בגדר של תפיסה, וכשהוא תפוס הוא מברר את דעתו שתפס בשתיקתו עבור החוב בע"פ, והנאמנות היא מכח המיגו של להד"ם. דבשעת הפרעון הכח ביד המלוה לקבוע עבור איזה חוב מקבל המעות, ויש נאמנות רק מכח מיגו. ע"כ בעיקר הדבר אין כאן גדר של תפיסה של חב לאחריני (לשליח), כיון שהתפיסה רק מבררת את דעתו על זמן שהיה לו כח קביעה (ועיין עוד להלן).

ולרא"ש נראה לבאר דהנידון בגמרא לא למי הכח לקבוע עבור איזה חוב ניתן הפרעון, ועל שאלה זו לא דנה הגמרא. הנידון הוא במקום שיש הכחשה בין המלוה ללוה האם ניתן החוב עבור חוב ע"פ או שטר, אין בטענת המלוה גרידא כדי לקבוע שניתן כדבריו למלוה ע"פ, דודאי יותר ברצון אדם פורע למלוה בשטר, וודאי הסכימו המלוה והלוה שיהיה הפרעון עבור המלוה בשטר, ורק מכח המיגו נאמן המלוה שנפרע עבור המלוה ע"פ. עוד י"ל, דהכח לקבוע הוא לפורע, דהיינו ללוה, דאומדן דעת שפורע עבור מלוה בשטר, ואמדינן לדעת הלוה, דהוא הקובע עבור מה פרע, אך כשיש למלוה מיגו, מהני תפיסתו עבור חוב אחר, דאף שנאמן הלוה שפרע עבור חוב בשטר, מועילה תפיסת המלוה במיגו של להד"ם שיהיה החוב עבור מלוה ע"פ.

ובתרומות (שער כ, חלק א, ב-ג) כתב בשני אופנים, באופן שפרע הלוה למלוה בסתם,
דלא אמר בשעת פרעון שרוצה לתת עבור חוב א או עבור חוב ב, דבזה פשוט שיכול המלוה לומר שקיבלם עבור חוב פלוני; "ואין שומעין ללוה אע"פ שטען שרצונו היה לפרוע חוב פלוני". והביא ראיה מדמי קטינא דארעא (כתובות צא,ב) דכיון דפרעו היתומים בסתם, יכול המלוה לומר דפרעו המטלטלי משום מצוה, אף דלא משתעבדי לבע"ח. וכל זה ביתומים שפרעו בסתם, אולם בלוה עצמו שפרע, אף אם פירש שרצונו לפרוע עבור חוב פלוני, יכול המלוה לכופו ולקבלם עבור חוב ע"פ רצונו; "דהא קיי"ל עבד לוה לאיש מלוה, וכיון דמשני החובות עבר זמנם, הכל תלוי ברצונו". ולא דמי לדמי קטינא, דיכול דוקא מפני שפרעו היתומים בסתם, דדוקא במטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לחוב, יכול לתפוס מפני שפרעו בסתם, משא"כ בלוה עצמו יכול בכל ענין לומר שנפרע עבור החוב האחד ולא עבור השני.

ואף שלכאורה דברי בעה"ת עולים בקנה אחד עם דברי הר"ן הנ"ל, המעיין יבחין בשינוי מסוים. הר"ן מדבר באופן שהמלוה קבלם בשתיקה, ואחר קבלה אמר שמקבלם עבור חוב ע"פ ("... מלוה קבל ושתק, יכול מלוה לומר אח"כ שבשביל מלוה ע"פ או בשביל חוב אחר תפסם ..."), בעוד שמדברי בעה"ת נראה שבשעת קבלה ובטרם הקבלה התווכחו המלוה והלוה עבור איזה חוב פורע הלוה, וכלשון בעה"ת:

"ומסתברא נמי דהיכא דאמר לוה בשעת פרעון לא אפרעך כי אם מחוב פלוני, והמלוה אומר לא אקבלם כי אם בחוב פלוני שאין לי ערב ממנו או שאני כושל בראיתי, הרשות ביד המלוה לכופו בכך."

ומשמע שאמר להדיא שאינו רוצה לקבלם, אבל אם קבלם בשתיקה כשהלוה אומר שפרע עבור חוב א, אינו יכול לומר אח"כ שקיבלם עבור חוב אחר. על שינוי ודיוק דברי בעה"ת עומד הגדולי תרומה (שם). אולם, כותב הגדו"ת, שרחוק לומר שנחלקו הר"ן ובעה"ת בזה, ואין לפרש בבעה"ת שאם קבלם בשתיקה, שאינו יכול לומר אח"כ עבור איזה חוב קבלם. אמנם הפרישה (חו"מ פג,ג) על דברי הטור שהביא את בעה"ת, דמשמע דאם שתק המלוה, הדין עם הלוה, וזה דלא כר"ן, וכן כתב בכנסת הגדולה (חו"מ פג, הגהת טור, ס"ק ה). אולם מהא דהביא המחבר בשו"ע חו"מ פג,ד דברי הר"ן ללא חולק, אפשר דסובר דלא פליג בעה"ת על הר"ן, או דפליג וקיי"ל כר"ן.

ולדברי הפרישה וכנה"ג היה נראה לבאר במחלוקת הר"ן ובעה"ת, דשיטת הר"ן דטענת המלוה הינה בגדר תפיסה, וע"כ גם אם קבלם בשתיקה, פקח היה לתופסם, דגדר הטענה של סטראי יש בה מן הכח לקבוע עבור מה נפרע בהיותו אדון לעבד

הלוה, ויש בה מן התפיסה, וע״כ אף במקום שאין לו את כח לומר שקבלם עבור חוב מסוים, יש לו כח לתפוס, דבשתיקתו לא נקבע עבור איזה חוב קבלם והדבר נשאר תלוי ועומד, וע״כ בתפיסתו הוא מברר שקבלם עבור חוב אחר (משא״כ אם היה מסכים עם הלוה, כבר נקבע שנפרע עבור החוב שאמר הלוה, ולא מהני תפיסה לדבר שכבר הוברר ונקבע). ואילו לבעה״ת אין בסטראי גדר של תפיסה אלא כח הנתון למלוה לקבוע עבור איזה חוב נפרע, בהיות הלוה עבד לאיש מלוה, וכח זה נתון לו בשעת הפרעון ולא אח״כ, דלאחר הפרעון כבר נקבע בשתיקת המלוה שנפרע עבור החוב שאמר הלוה, ושוב אין לו כח לשנות קביעה זו.

והכח לקבוע עבור איזה חוב נפרע, כח שניתן למלוה, נובע כאמור מהיות הלוה עבד למלוה, אך כל זה דוקא באופן שהגיע זמן הפרעון של שתי ההלואות, דאם לא הגיע זמן של אחת ההלואות, אין המלוה יכול לכופו לפרוע בעל כורחו. כך מדויק מדברי המחבר בשו״ע חו״מ פג,ב, וכך דייק קצוה״ח שם בס״ק א. וכן הביא מכנסת הגדולה דאף באופן שלא כופה המלוה את הלוה, אלא שטוען המלוה שפרע עבור החוב שטרם הגיע זמנו, בזה יש עדיפות לטענת הלוה, דלא שביק איניש מלוה שהגיע זמנה ופורע מלוה שלא הגיע זמנה. ועיין עוד בנתיבות בחידושים פג,א.

כל זה באופן שמחולקים בשעת הפרעון, או לאחר פרעון ואין הכחשה על העובדה כי הלוה אמר שפורע עבור חוב פלוני והמלוה שתק. אולם מה יהיה הדין אם לאחר הפרעון נחלקו המלוה והלוה בעובדות, המלוה טוען כי נפרע עבור חוב מסוים, והלוה טוען שפרע עבור חוב אחר, בזה כתב בעה״ת (שער כ ח״ב):

> ״היכא ודאי דלא פרעיה באפי סהדי, מלוה מהימן, ואי ליכא נאמנות בשטרו, משתבע אשטריה ושקיל ... דמיגו דיכיל למימר לא היו דברים מעולם ומהימן, כי אמר אין פרעתני ומצד אחר פרעתני - מהימן. אבל אי פרעיה באפי סהדי ומסהדי דבתורת פרעון יהב ליה זוזי באפייהו, אבל לא ידעי אי מהאי שטרא אי משטרא אחרינא, בהא איכא מאן דאמר דכיון דמסהדי סהדי דפרעיה, איתרע שטרא, וחזר דינו כדין סטראי ...״

לאמור - כאשר קיימת הכחשה בין המלוה ללוה, אם אין עדים על הפרעון, נאמן המלוה במיגו, אך כשיש עדי פרעון, איתרע שטרא. אולם בעה״ת עצמו חולק וסובר שאין לדמות לסטראי, דבסטראי אינו מברר שיש חוב נוסף אלא רק טוען כן, ולפנינו רק חוב אחד (בשטר) ופרעון שקיבל עבורו, בזה איכא למימר דאיתרע שטרא. משא״כ כאשר ידועים שני החובות ושני השטרות מונחים לפנינו, והשאלה עבור איזה מהם פרע, בזה אמרינן דנאמן המלוה, ואם יש נאמנות בחוב, נפרע ממה שאומר בלא שבועה, ובלא נאמנות נפרע בשבועה.

ונראה בהסבר הדברים, דבסטראי הנידון הוא אם יש בכלל חוב נוסף, ובאמצעות טענת הפרעון, שטוען המלוה שקיבל עבור חוב פלוני, מגיע המלוה לנאמנות על עצם היות קיים חוב ע״פ, שבמידה ויש לו מיגו של להד״ם, הפרעון הוא על חוב ע״פ, והיינו שנאמן גם על עצם קיומו. משא״כ בלית ליה מיגו, אין לו נאמנות על החוב האחר בתורת ודאי, ועדי הפרעון מרעים לשטר. כלומר - כאשר טענת הפרעון והכח לקבוע עבור איזה חוב נפרע היא לא התכלית עצמה אלא אמצעי לטענה אחרת, שיש כלל חוב ע״פ, בזה אינו נאמן אלא במיגו של להד״ם. דאין לו כח לקבוע עבור איזה חוב, כאשר אין ידוע לנו על החוב רק באמצעות נאמנותו, ואין לו בזה אלא תפיסה. כח הנאמנות לקבוע עבור איזה חוב נפרע הוא במציאות שיש לפנינו שני חובות ידועים, והשאלה עבור איזה חוב נפרע, בזה כח המלוה לקבוע עבור איזה מהם נפרע, דעבד לוה לאיש מלוה (ועיין גדו״ת שער כ, ח״ב, ס״ק א, וצ״ע אם שייך בנדו״ד סברא דעבד לוה לאיש מלוה). דיש להפריד בין שני סוגים של נאמנות בטענת הפרעון, כאשר טענת הפרעון עבור חוב פלוני היא טענת פרעון נטו, או כאשר טענת הפרעון תכליתה או ראשיתה בקביעה שיש כאן חוב, דבזה אין למלוה נאמנות טפי מללוה אלא מכח מיגו, והיינו תפיסה.

ובשו״ע חו״מ פג,ב הביא המחבר דין זה בפרע בסתם, דיכול המלוה לומר שקבלם בעבור חוב מסוים. וברמ״א שם הוסיף: ״וכן אם שלח עם המלוה מעות לאחרים וקבלם בשתיקה, יכול לומר אח״כ אקבלם לעצמי, ומה ששתקתי, כדי שתתן לי המעות״. והש״ך בס״ק ב הקשה מחו״מ קכה,ג, דאם יש עדים שקבלם שליח ואמר לו הולך או תן מנה זה לפלוני, אין השליח יכול לעכבם לעצמו, וכאן משמע דאף בעדים יכול לעכבם לעצמו. ותירץ הש״ך בתרוץ הראשון, וז״ל:

> ״דשאני התם דמיירי כשאומר אח״כ אמת קבלתים מתחילה להוליכם לפלוני, אבל לא אעשה כן אלא אעכבם לעצמי, והלכך כיון שמתחילה זכה בהם לפלוני, שוב אינו יכול לעכבם לעצמו. אבל הכא איירי שאומר מעולם לא כוונתי לזכות בהם לפלוני, רק מתחילה כוונתי בהם לעכבם לעצמי.״

ואף דהש״ך מיירי בקושייתו דוקא על האופן שיש עדים שקבלם עבור פלוני וזכה לפלוני, אך תרוצו והסבר דבריו ברשב״א (מקור דברי הרמ״א) הם בכל אופן, דהרשב״א מיירי בכל אופן. ומבואר שיש לחלק בין אם מודה המלוה/ השליח שקבלם עבור המטרה שנתן לו הלוה/ המשלח, דבזה מיד שקבלם זכה עבור מי שנשלח עבורו או עבור החוב שלשמו קיבלם, משא״כ אם קבלם בשתיקה. דכל טענת סטראי היא על שעת הפרעון, שטוען שקבלם עבור חוב אחר, אך כשמודה שקבלם עבור חוב שטוען הלוה, הרי מיד החוב פרוע. וכן כאשר מודה שזכה עבור מי שנשתלחו לו, מיד זכה עבורו. ועיין עוד בתומים פג,א.

## ב. עבד לוה לאיש מלוה

והנה בנדו״ד אם היה מדובר בחוב סתם, הרי שלשמעון המלוה, מקבל התשלום, היה הכח לקבוע עבור איזה חוב מהחובות הוא מקבלם. אולם כשמדובר בחוב מחמת הלואה, יש לדון אם המעביד הוא עבד לעובד לענין תשלום החוב. דלכאורה פסוק זה שנאמר במשלי כב,ז, נלמד בגמ׳ לדיני לוה ומלוה ולא לענינים אחרים. ובפרט נראה לענין עובד ומעביד, שיצא העובד מכלל עבד ויכול לחזור בו בחצי היום, כדאיתא בב״מ י,א, לא מסתבר לומר שיהיה המעביד עבד לעובד. גם נראה שאין איסור בל תלין הופך את המעביד לעבד לוה, עיין מה שכתבתי בענין בל תלין בח״ו סי׳ לד וסי׳ לה.

על הא דתנן בב״ב דאין לאשה חזקה בנכסי בעלה, דייקא בגמ׳ (ב״ב נא,א) דמהני ראיה, שאם תביא האשה ראיה שקנתה הקרקע, נעמיד הקרקע בחזקתה. והקשתה הגמ׳, דנאמר שמה שהבעל מכר לאשה את הקרקע, כדי לחשוף כספים נסתרים שיש לאשה באמצעות המכירה. ולאחד התרוצים מיירי בשטר מתנה, דליכא למימר לגלויי זוזי בעי, ולתרוץ אחר, לא אמרינן דלגלויי זוזי וקנתה, כיון דקונה בשטר ללא דמים. ושקו״ט הגמ׳ בענין קנית האשה קרקע מבעלה בשטר ללא דמים. והקשתה הגמ׳ על מ״ד דקנתה ולא אמרינן לגלויי זוזי בעי; מיתיבי, לוה מן העבד (וכתב שטר מלוה ושיעבד לו נכסיו - רשב״ם) ושחררו, מן האשה וגרשה, אין להן עליו כלום. מאי טעמא, לאו משום דאמרינן לגלויי זוזי הוא דבעי. שאני התם דלא ניחא ליה לשווייה נפשיה עבד לוה לאיש מלוה (אנן סהדי דשום אדם לא יהיה ברצונו עבד לוה אם יכול להפטר בשום ענין, והלכך איכא למימר לגלויי זוזי הוא דבעי, אבל גבי מכר גמר ומקנה, שהרי אינו נעשה עבד לוה בהך שטר מכירה כלל, ואפילו קבל עליו אחריות, עדיין לא נטרפה מן הלוקח דליהוי עבד לוה לגבי לוקח). שלח רב הונא בר אבין, המוכר שדה לאשתו, קנתה ובעל אוכל פירות. ברם רבי אבא ורבי אבהו וכל גדולי הדור אמרו, במתנה בקש ליתנו לה, ולמה כתב לה לשום מכר, כדי ליפות את כחה (ולא יאכל פירות, כדאמרינן לקמן, במתנה - קנתה ואין הבעל אוכל פירות. ומיהו במוכר לחבירו אין לומר כן, שאינו אוהבו כל כך). והקשתה הגמ׳ מדוע מהני המכר, ולא אמרינן לגלוי זוזי בעי, ומ״ד דהוי מכר ולא מתנה. מיתיבי, לוה מן העבד ושחררו, מן האשה וגרשה, אין להן עליו כלום. מ״ט, לאו משום דאמרי לגלויי זוזי הוא דבעא. שאני התם דלא לישוי איניש עבד לוה לאיש מלוה.

המעין בדברי הרשב״ם (ד״ה דלא משווי) מבואר לכאורה שאם מכר הקרקע באחריות, כשתטרף הקרקע מיד הלוקח, הרי המוכר עבד לוה ללוקח להחזיר לו מעותיו, שכך כתב, דבהלואה שמלוה מהעבד קודם השחרור, או מהאשה קודם גרושיה, אנן

סהדי דשום אדם לא יהיה ברצונו עבד לוה אם יכול להפטר בשום ענין, ע״י שיגלה המעות הטמונים שהם שלו מדינא, ולכן י״ל דלגלויי זוזי דבעי. משא״כ גבי מכר: ״שהרי אינו נעשה עבד לוה בהך שטר מכירה כלל, ואפילו קבל עליו אחריות, עדיין לא נטרפה מן הלוקח דליהוי עבד לוה לגבי לוקח״. ומבואר שאחר שנטרפה הרי הוא עבד ללוקח. ולכאורה הרי אינו חוב מחמת הלואה אלא מחמת ביטול מקח או טריפת מקח, ומדוע נעשה עבד לוה. ומכאן ראיה לכאורה דאף אם אינו חוב של הלואה, הרי הוא עבד למי שהוא חייב לו, דמה שבנידון הגמ׳ לא היה עבד לוה, כיון שלא נוצר עדיין החוב והחיוב, אך משנוצר החוב, הרי הוא עבד לוה.

ועיין בנימוק״י (ב,ב כז,ב בעמוה״ר) שהביא מהריטב״א, וז״ל: ״וכי היכי דאמרנו במכר לא קנתה דחיישינן למעות טמונים, דמספיקא אוקי קרקע בחזקת מריה קמא, הוא הדין לענין מלוה אפילו בשטר אין לה עליו כלום, ואפילו נתגרשה, עד שיתפרש בשטר שהיו ממעות שאינם טמונין״. ועיי״ש בחדושי אנשי שם (אות ב) מה שהקשה. ועיין בריטב״א עצמו (ב״ב נא,ב): ״ולענין מכר אסיקנא דבמעות טמונים לא קנתה, אבל במעות שאינן טמונים קנתה, וכל היכא דהויא ספק יש אומרים דקנתה ואינו יכול לומר לגלויי זוזי הוא דעבדי (דהכי) כההיא סוגיא דלעיל. ויש אומרים דלא קנתה, דהא אפילו במעות [שאינם] טמונים הוה אמרינן לה. והשתא פסקינן הילכתא דבמעות טמונים לא קנתה, הילכך מספיקא נמי לא קנתה״. מבואר דגם במכר לגלויי זוזי הוא דבעי. וצ״ע אם דינו כהלואה דודאי לגלויי זוזי, דלא ניחא ליה להוי עבד לוה. או שסברא זו דלא ניחא ליה להוי עבד לוה, היא רק לסברא המחלקת בין מכר להלואה, וכן נראה.

ומ״מ מהרשב״ם לעיל צ״ע, דאיך יהיה עבד לוה בדבר שאינו הלואה. ונראה דהרשב״ם מפרש דלא היתה כוונת הגמ׳ להביא ראיה בדוקא מהפסוק של עבד לוה, ורק כמשל, שאדם לא עשוי לשעבד עצמו כשקיימת לו אפשרות אחרת לגלויי זוזי, הגם שאינו עבד, מ״מ לשעבד עצמו בחינם לא עשוי. והפסוק עבד לוה לאיש מלוה, אינו אלא משל. דעבדות ולהחשב כעבד, שייך רק בהלואה ולא בחוב שאינו מחמת הלואה.

ואיתא בגמ׳ ב״ב קעא,ב: ומסתברא דכותבין שובר, דאי סלקא דעתא אין כותבין שובר, אבד שטרו של זה, יאכל הלה וחדי. מתקיף לה אביי, ואלא מאי, כותבין שובר, אבד שוברו של זה, יאכל הלה וחדי. א״ל רבא, אין - עבד לוה לאיש מלוה(מוטב שיהא טורח ודאגת שמירת שטר מוטל על הלוה יותר מן המלוה - רשב״ם). ועל הא דתנן במשנה כתובות טו,ב דיכולה לגבות כתובת בתולה בעידי הינומא, הקשתה הגמ׳ בכתובות טז,ב: וליחוש דלמא מפקא עדים בהאי בי דינא וגביא, והדר מפקא לה לכתובה בהאי ב״ד וגביא בה. א״ר אבהו, זאת אומרת כותבין שובר. רב פפא אמר,

במקום שאין כותבין כתובה עסקינן. ועל הא דאיתא דכותבין שובר, כתבו התוס׳ שם (ד״ה כותבין), דאף דבב״ב קעא,ב איתא דכותבין שובר משום עבד לוה לאיש מלוה, וא״כ לכאורה בכתובה אין טעם זה; ״לאו דוקא לוה אלא הוא הדין בכל חוב כמו כתובה דהכא, ושטרי מקח דאמר התם דכותבין שובר״. ולפ״ז טעם עבד לוה שייך לכאורה גם בשאר חובות, ולאו דוקא הלואה.

וברמב״ן שם בסוגיא (כתובות טז,ב), כתב וז״ל: ״ואע״ג דליכא למימר עבד לוה לאיש מלוה, מיהו כיון דמחייב לה, כותבין שובר, ומילתא בעלמא הוא דקאמר התם משום דעבד לוה לאיש מלוה״. ומבואר מדברי הרמב״ן דעבד לוה שייך רק בהלואה, ומה שנתנה הגמ׳ טעם לכתיבת שובר מעבד לוה לאיש מלוה, ״מילתא בעלמא הוא דקאמר״. ויש להבין משמעות הנ״ל. וביתר ביאור נמצא בדברי הרשב״א בסוגיא שם, וז״ל:

> ״ואע״ג דאמרינן התם בשילהי גט פשוט טעמא דמאן דאמר כותבין שובר משום דעבד לוה לאיש מלוה, לאו עיקר טעמא הוא אלא מילתא בעלמא הוא דקאמרינן התם, ועיקרה משום דלא יאכל הלה וחדי, דחשש אבידת שובר אינו בריא. ועוד, שידע זה שנאבד ויתבענו, מילתא רחיקתא היא, אבל אי לא כתבינן, נמצא זה מפסיד מעכשיו בבירור. ועוד יש לי לומר, דלא פלוג, דכיון שהיה להם לתקן בשאר שטרות משום עבד לוה, אף במקום שאין שם טעמא דעבד לוה נמי, כדי שלא תחלוק.״

מבואר מהרשב״א שלשה הסברים לשאלה מדוע כותבים כתובה בשאר חובות, הרי לא שייך בהם עבד לוה לאיש מלוה. ותירץ שאין זה עיקר הטעם, אלא עיקר הטעם שלא יאכל המלוה וישמח, ולסתור טענה הראשונה שלא ישמח הלוה באיבוד שטר המלוה, כתבו דעבד לוה. וכן החשש הוא רחוק שיתבע המלוה פעם שנית, דמנין ידע שאיבד שוברו, וע״כ אין עכשיו נזק הנראה לעין כעת ללוה. משא״כ אם לא נמצא פתרון למציאות שאבד המלוה שטרו, שהיא הפסד מידי. ועוד תירץ, דכיון שלענין הלואה יש תשובה של עבד לוה, ממילא לא פלוג בשאר חיובים. ומבואר מהרשב״א להדיא וכן מהרמב״ן, דעבד לוה לאיש מלוה שייך רק בהלואה, דאם שייכת גם בשאר חובות, קושיא מעיקרא ליתא.

ובגמ׳ כתובות פט,א, על הא דתנן שיכולה לגבות כתובתה אף אם הוציאה גט ואין עמו כתובה, דש״מ דכותבין שובר, דאי אין כותבין שובר, ליחוש דלמא מפקא לה לכתובתה וגביא בה. ופירש רש״י שם: ״... ש״מ כותבין שובר על כרחו של לוה, ואינו יכול להשמיט עצמו לומר לא אפרע עד שתחזיר לי שטרי שמא תחזור ותוציאנו, אלא אומרים לו פרע והוא יכתוב לך שובר. ופלוגתא היא בבבא בתרא, וקיימא לן

כמאן דאמר אין כותבין, לפי שנמצא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים". ומבואר מרש"י דלהלכה אין כותבים שובר, ואין הלוה צריך לפרוע עד שיוציא המלוה שטרו. ובתוס' שם ד"ה ש"מ, הקשו על רש"י, דהא להלכה שם כותבים שובר. ופירשו דלא כרש"י, אלא הקושיא של הגמ' היא למ"ד דאין כותבים שובר.

ובשטמ"ק שם הביא מהריב"ש לבאר בדברי רש"י, דקי"ל דאין כותבין שובר כדי שלא יאבד שוברו של זה ויאכל הלה וחדי, אי לאו משום טעמא דעבד לוה לאיש מלוה, והכא בכתובה ליתיה להאי טעמא. והיינו דגם רש"י ס"ל להלכה דכותבים שובר, ורק בנדון הכתובה לא כותבים, כיון דטעמא דכותבים שובר הוא מעבד לוה, וזה לא שייך בכתובה. ובשטמ"ק הקשה, דמרש"י לא משמע כן, שהרי כתב להדיא שמע מינה כותבין שובר על כרחו של לוה כו', א"כ הקושיא לא היתה מיוחדת לדין כתובה אלא גם לשאר חובות. "ואם תשאל היכי מדמינן להו אהדדי, דמשום דכותבין שובר הכא בכתובה דהכי נמי כותבין גבי לוה ומלוה, ותקשי דהא קי"ל בעלמא דאין כותבין שובר, וכי היכי דהכא בכתובה אית לן למימר אין כותבין, הכי נמי בעלמא גבי שאר שטרי חוב, וכדמשמע לשון הרב בפשוטו. דילמא איברא ודאי דהכא בכתובה אית לן למימר אין כותבין, משום דליכא למימר עבד לוה לאיש מלוה". והיינו דודאי בכתובה דלא שייך עבד לוה לאיש מלוה, אית לן למימר דלא כותבים שובר. ומ"מ לשאלה דנן, גם מהריב"ש וגם מהשטמ"ק עולה ומבואר דבשאר חובות לא שייך דין עבד לוה לאיש מלוה.

גם בש"ג כתובות (מח,ב מעמוה"ר אות ד) דדוקא בהלואה כותבים שובר, דעבד לוה לאיש מלוה, אבל בכתובה דלא שייכא האי טעמא, אין כותבים שובר. וכן נמצא בתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס ברלין, סי' צ). והפני יהושע (כתובות פט,א על תוס' ד"ה ש"מ) הקשה על הסבר הש"ג, דממה שהביא רש"י פלוגתא משלהי ב"ב, מוכח דס"ל דגם בעלמא אין כותבים שובר (ודברי הש"ג וקושיא זו, הם למעשה מש"כ בשטמ"ק הנ"ל). וכתב דרש"י ס"ל דדוקא במי שטוען שאבד שטרו, כותבים שובר, דאל"כ אבד שטרו של זה יאכל הלה וחדי, והו"ל כלא אפשר וכתבינן שובר. משא"כ בענין הכתובה, כיון שצריכה היא לשמור גיטה, שאם תאבד גיטה, יאכל הלה וחדי, ויותר היה להם לחכמים לתקן שתגבה בכתובה ולא בגט, כדי שלא יוכל לבא לידי הפסד שתגבה באלמנותה. ועל זה תרצה הגמ' דאיירי במקום שאין כותבין, או שגובה עיקר ולא תוספת, וממילא ליכא למיחש מידי. וסובר רש"י דבהא מילתא דאפשר בתקנה אחריתי, ליכא מאן דפליג אדרב הונא דאין כותבין שובר, עיי"ש. וגם הפנ"י לא חולק על החילוק בין הלואה לכתובה, דבכתובה לא שייך עבד לוה לאיש מלוה, ורק כתב דאין זה חילוק זה עולה מדברי רש"י. ועיין עוד ברדב"ז בתש' (ח"א סי' תקנד).

גם מדברי הב״י בתש׳ אבקת רוכל (סי׳ קכא) מבואר דעבד לוה לאיש מלוה שייך רק בהלואה ולא בשאר ענינים, וממילא להלכה כותבים שובר הוא רק בהלואה ששייך טעם זה. הב״י נשאל בראובן הרוצה לפתוח חלון על גינתו של שמעון, ומניח לפניה שמשית של זכוכית, ושמעון מעכב מחשש שהזכוכית תשבר ברבות הימים. עוד טען שמעון לעכב על ראובן, מפני שכשיבא לבנות, יעכב עליו ראובן בטענה שמאפיל על חלונו. וכתב הב״י דהיא טענה. ואף שראובן אומר שיעשה לו שטר, כיון ששמעון טען שיאבד השטר או יאכלוהו עברים ויפסיד זכותו, הדין עמו; ״דאע״ג דקי״ל כותבין שובר, ואע״פ שהלוה טוען שמא יאכלוהו העכברים לא משגחינן ביה, הא אמרינן בפרק גט פשוט דטעמא משום דעבד לוה לאיש מלוה, משמע בהדיא דאי לאו האי טעמא, הוה חיישינן לשמא יאכלוהו העכברים, הילכך יכול לעכב עליו משורת הדין״. ומבואר דטעם עבד לוה האמור בכתיבת שובר, בהלואה דוקא נאמר ולא בשאר דברים והתחייבויות. ואמנם ודאי שטר התחייבות כזה שאין לו חזקה, אין דומה לחיובים כמו כתובה, מ״מ מדברי הב״י עולה שעבד לוה שייך רק בהלואה ולא בשאר ענינים.

ואף שבב״ש ק,כח כתב דכותבים שובר בכתובה ולא רק במלוה, דלא כש״ג, וז״ל: ״ונראה דקמ״ל חידוש גדול דכותבים שובר על הכתובה, ולא כדעת הש״ג שכתב אע״ג דקי״ל דכותבים שובר ללוה משום עבד לוה למלוה, אבל בכתובה אם נאבדה אין צריך לשלם, שמא תמצא הכתובה והוא יאבד השובר. ותוס׳ והג״א ס״פ הכותב והר״ן ס״ל ג״כ דכותבים שובר על כתובה. ואין לומר שאר הפוסקים איירי כשנשרף הכתובה אז כותבים שובר, משום דאין חשש שתמצא הכתובה, משא״כ בנאבד, דהא בנשרף ליכא פלוגתא כלל. וע״כ דאיירי אפילו אם נאבדה הכתובה כותבים שובר״. ונראה דאין להוכיח מזה שעבד לוה שייך אף בשאר ענינים, שהרי גם לרמב״ן והרשב״א כותבים שובר בכתובה, אף שאין שייך הטעם של עבד לוה, וכמו שהתבאר לעיל.

ומזה נפלאתי על מה שמצאתי בשער המשפט פג,א, שכתב להוכיח מהב״ש הנ״ל, דאף בדברים שאינם הלואה, יכול מקבל החוב לקבוע עבור איזה חוב קיבל, אף שאין בזה לכאורה עבד לוה לאיש מלוה, וז״ל שער המשפט:

> ״בבעל התרומות (שער כ א,א) והטור מפורש הטעם משום דעבד לוה לאיש מלוה. ונראה דאף בחוב שאינו דרך הלואה רק שחייב את עצמו בכך, מ״מ הרשות ביד המלוה ליקח המעות על חוב זה, דכיון דמ״מ נתחייב לו, מקרי שפיר עבד לוה לאיש מלוה. וראיה לזה מהא דאמרינן בפרק גט פשוט (קעא,ב) דהא דקיי״ל כותבין שובר, ולא אמרינן אבד שוברו של זה יאכל הלה וחדי, משום דעבד לוה לאיש מלוה, ואפי׳ הכי אף בכתובה שחייב הבעל את עצמו, קיי״ל דכותבין שובר כדמוכח מדברי התוספות ס״פ הכותב (פט,א ד״ה

ש״מ) ושאר פוסקים שם, כמו שכתב הב״ש ק,כח, דלא כש״ג שמחלק בכך עיי״ש. וא״כ הוא הדין לענין דינא דהכא ג״כ אין חילוק, וגם ביורשים שמשלמים חוב אביהם ג״כ הרשות ביד המלוה לגבות איזה חוב שירצה, כדמוכח בבעל התרומות (שם) והביאו הב״י ע״ש.״

ובשלמא לענין חוב הלואה ביתומים של הלוה, כיון שאביהם היה עבד לוה, ויכל המלוה לקבוע עבור איזה חוב קיבל, לא השתנה דינו במיתת הלוה. אולם שאר חובות, אף שלענין שובר לא פלוג חכמים ושאר תרוצים שנאמרו בראשונים הרמב״ן והרשב״א, מ״מ מוכח מכל הראשונים דלעיל, דבשאר חובות לא שייך עבד לוה לאיש מלוה. וצ״ע שלא הביא שער המשפט את כל הראשונים הנ״ל.

וראיתי בכסף הקדשים פג,א, שהסתפק בדין זה, ודעתו נוטה שאין הדינים האמורים בשו״ע חו״מ סי׳ פג, לגבי יכולת המלוה לקבוע עבור איזה חוב קיבל, שייכים בשאר חובות שאינן על דרך הלואה של גמילות חסדים, וז״ל:

״צ״ע אם שייך כן רק בהלואה ולא בפקדון או שכר שכיר או הקפת (החנות), כיון שאינו סגנון מלוה ממש, א״כ לא שייך ע״י זה צד עבדות, ולא שייך ע״י זה ההיא דמו״מ סי׳ פג שכתבו הטעם רק משום עבד לוה לאיש מלוה, ולולי זאת היה שייך פרעון בעל כרחו שמיה פרעון, וכן מסתבר. וגם בזקפו במלוה ועשו שט״ח סתם, כיון שמ״מ תחילה לא הלוה לעשות גמילות חסד עם קונה הסחורה. ועיסקא שחציו מלוה, משמע ששייך בה עבד לוה ... והרי המלוה כהלואה הן לגמילות חסד, משא״כ בסחורה שהמוכר עושה לטובת עצמו ... ומש״כ בסי׳ נח מעות שורו, אין משם ראיה, כי אולי חוב שבע״פ סגנון מלוה גמילות חסד. גם אולי שם בזבינא חריפא וגם בזקף המלוה, דלגבי שביעית הו״ל כמלוה, כיון דלא מצינו תקנת חז״ל לומר שהשוו בלא פלוג, יש חילוק כנ״ל.״

מבואר בכסף הקדשים דעבד לוה שייך רק באופן שעיקר ההלואה היתה לגמילות חסד, ולא שהחיוב היה לטובת המתחייב. ומש״כ בסיפא של דבריו; ״דלא מצינו תקנת חז״ל לומר שהשוו בלא פלוג״, היינו כסברת הרשב״א הנ״ל, דכותבים שובר בכתובה, דלא חילקו חכמים בתקנתם. ומבואר א״כ דבנדו״ד לא יוכל העובד לקבוע עבור איזה חוב קיבל, ואם הודיע לו המלוה שהמשכורת עבור חודש מאי 2014 וקיבל בשתיקה, לא יוכל לומר שרצה לקבל עבור חודש ספטמבר, דלא דמי להלואה.

ומש״כ לעיל דאם בסיס החוב הוא הלואה, ומת הלוה, גם היתומים הם בכלל עבד לוה לאיש מלוה, כיון שבאים מחמת הלואה, כן נראה להוכיח מהגמ׳ בגיטין

יד,א, דאיתא שם; רב ששת הוה ליה אשרתא דסרבלי במחוזא (הקפה שנתן סרבלים באשראי, לתת לו המעות לזמן קבוע - רש״י), א״ל לרב יוסף בר חמא, בהדי דאתית, אייתינהו ניהלי. אזל יהבינהו ליה. אמרי ליה, ניקני מינך (אונסא דאורחא, דאי מיתנסי מינך לא ליהדר לתובען). אמר להו – אין (כן אעשה). לסוף אישתמיט להו. כי אתא לגביה, אמר ליה שפיר עבדת דלא שוית נפשך עבד לוה לאיש מלוה (שלא שיעבדת עצמך על חינם ותהיה עבד. ולהך לישנא גריס שפיר עבדת דלא שוית נפשך עבד לוה לאיש מלוה). לישנא אחרינא, שפיר עבדת עבד לוה לאיש מלוה (כלומר שפיר עבדת דאשתמטת, לפי שהן לווים ועבדים לי להביאו לי באחריותן).

ולכאורה מה הוסיף רש״י ״לתת לו המעות לזמן קבוע״. ולכאורה אינו נצרך, שהיה מספיק לכתוב שהקיף להם באשראי. וי״ל ע״פ מש״כ הרא״ש בגיטין ד,יז דזקפו במלוה היינו שקבע לו לפורעו עד זמן פלוני, וז״ל: ״והקפת חנות ושכר חנות אין משמטין, ואם עשאן מלוה משמטין. פירוש, שזקפן במלוה לפורען עד זמן פלוני״. וע״כ אפשר דהקפת החנות שזקפו במלוה דינו כמלוה, ועבד לוה לאיש מלוה, וכמו שיש צד כזה לומר בכסף הקדשים.

במה נחלקו שתי הלישנות, י״ל דללישנא קמא היה רב יוסף בר חמא עבד לוה לאיש מלוה, אף שלא לקח הלואה, מ״מ כיון שהחוב מחמת זקיפה במלוה של לוקחי האשראי, הרי הוא נכנס במקומם והוא עבד לוה לאיש מלוה. ולישנא בתרא ס״ל דלא נעשה בכה״ג עבד לוה, אלא רק לוקחי האשראי, ולכן ללישנא בתרא שפיר עשה רב יוסי בר חמא, שאם היה באחריותו, לא היה עבד לוה, משא״כ לוקחי האשראי. עוד י״ל, שלא היתה כאן כונה לעבד לוה כפשוטו, אלא הכונה היתה אם היה נוטל אחריות, הרי הוא היה משתעבד במקומם.

עוד מצאנו דין עבד לוה לאיש מלוה, לענין קביעת מקום הדיון בדין תורה. איתא בסנהדרין לא,ב: אמר אמימר הילכתא כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר ליה רב אשי לאמימר, והא אמר רבי אלעזר כופין אותו ודן בעירו. הני מילי היכא דקאמר ליה לוה למלוה, אבל מלוה, עבד לוה לאיש מלוה. והנה הרמב״ם בהל׳ סנהדרין ו,ו-ז, כתב וז״ל: ״שנים שנתעצמו בדין, אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נעלה לבית דין הגדול שמא יטעו אלו הדיינין ויוציאו ממון שלא כדין, כופין אותו ודן בעירו ... במה דברים אמורים בשאר הדינין שזה טוען וזה טוען, או כשאמר המלוה נדון כאן והלוה אומר נלך לבית דין הגדול, אבל אם אמר המלוה נלך לבית דין הגדול, כופין את הלוה ועולה עמו, שנאמר: עבד לוה לאיש מלוה. וכן אם טען זה שהזיקו או גזלו ורצה הטוען לעלות, כופין בית דין שבעירו את הנטען לעלות עמו וכן כל כיוצא בזה״. וכן נמצא ברבינו ירוחם (מישרים א,יג): ״מלוה או כל תובע יכול לכוף ללוה

לילך לבית הועד, אבל לא לוה למלוה, והוא הדין לכל תובע ונתבע". וכדבריהם פסק גם מהר"י אדרבי בתש' דברי ריבות (סי' רסט), וכן פסק בשו"ע חו"מ יד,א. ולכאורה מה מקור לדברי הרמב"ם שאינו מחלק בין הלואה לשאר דינים, וגם במזיק וניזק וכד', יכול התובע לכפות הנתבע שידונו בבית דין הגדול ולא בעירו.

ובכס"מ שם הביא מהרמ"ך שהקשה, מדוע הביא הרמב"ם את הפסוק של עבד לוה לאיש מלוה, כיון דמסיק לבסוף דניזק או נגזל או תובע אחר יכול לכוף הנתבע לעלות עמו; "ורבותי ורבינו תם מפרשים דניזק ומזיק לא מצו מעכבי, דטעמא דמלוה משום דעבד לוה לאיש מלוה, אבל בשאר תביעות ליכא עבד, עכ"ל. ולי נראה דיש לומר, דבשאר תביעות נמי שייך לומר שהתובע מתרעם מחבירו שהזיקו, הוי הנתבע עבד לו, עד שיסלק היזקו או יברר שאינו מזיקו". מבואר מהרמ"ך דרבינו תם פליג וס"ל דדוקא מלוה יכול לכוף לדון במקום הועד, דזיל בתר טעמא. אבל הכס"מ (וכן פסק לשיטתו בשו"ע) דגם בשאר תביעות נחשב כעבד, עד שיברר שאינו חייב לו ואינו עבד. ולכאורה סברת הב"י צ"ע, דמהיכי תיתי לומר שעבד לוה לאיש מלוה גם בשאר תביעות.

ובהגמ"י שם כתב דמקור לדברי הרמב"ם הוא מהתוס': "וכ"כ התוס', דלאו דוקא לוה ומלוה אלא אפילו גזלות וחבלות ומקח וממכר ופקדונות, וכל דבר שיש בו תובע ונתבע, וקאי אתוקף את חבירו בדין וכו'". והיינו ששנים שנתעצמו בדין, שם בגמ', קאי על כל הסוגיא, גם לענין כופין לעלות למקום הועד. וכן הביאו הרדב"ז והלח"מ. ולכאורה צ"ע היכן התוס' אומרים כן. ונמצא לגר"א בבאורו לחו"מ יד,ח שהראה מקורו לתוס' בכתובות טז,ב (הנ"ל) לענין כותבין שובר. ולכאורה צ"ע, דלעיל התבאר דאין משם ראיה, דאין חילוק בין לוה למלוה אלא לענין שובר. וכנראה שהגר"א למד בתוס' שעבד לוה לאיש מלוה, קאי על כל הענינים, ולאו דוקא מלוה ולוה. אלא שא"כ, התבאר לעיל שהרמב"ן והרשב"א לא ס"ל כן, ולכאורה היה על הרמ"א והנו"כ להביא דעתם.

ועיין במבי"ט (ח"א סי' שמג) שהביא את הדעה החולקת על הרמב"ם, דדוקא מלוה יכול לכוף ללוה לבית הועד ולא בשאר תביעות. והוסיף דאף לדעת הרמב"ם שכתב דאם טוען זה שהזיקו או גזלו וכן כל כיוצא בזה וכו', היינו כשיש שם עדים או ראיה, אבל טענה ריקנית אין מחייבין את הנטען לצאת כלל. ולכאורה גם בזה אין חילוק לרמב"ם בין הלואה לשאר תביעות, דבתביעה ריקנית, לפירוש זה, גם בהלואה לא יוכל המלוה לכוף ללוה.

ונמצא ליד רמ"ה, בחידושיו לסנהדרין לא,ב, שכתב להדיא דלא כרמב"ם, וז"ל: "אבל אמר מלוה לילך למקום הועד, עבד לוה לאיש מלוה, ודוקא מלוה דאית ביה

האי טעמא, אבל שאר תביעות ודיני נחלות וכיוצא בהן, כופין אותו ודן בעירו״. מבואר שחילק בין הלואה לשאר תביעות, ודוקא לוה עבד למלוה, ולא בשאר תביעות. וכן הוא בתש׳ מהר״מ מרוטנבורג (פראג, סי׳ תתקס), דדוקא מלוה התובע, כופה ללוה לדון בבית הועד, אבל לא שאר תובעים, וז״ל:

״על אודות ראובן שתובע את שמעון לדין, ושמעון אומר לדון כאן, וראובן אמר נטעון כאן והדיינים ישלחו הדין למקום אחר. אע״פ שר״י כתב בפ׳ זה בורר (לא,ב) דלאו דוקא מלוה מעותיו כופה את הלוה והולך לבית הועד, [אלא] אפי׳ בשאר תובע כופין את הנתבע והולך לבית הועד כמו שאמר התובע, ואם אמר הנתבע נלך לבית הועד והתובע אומר נדון כאן, כופין אותו ודן בעירו ... ע״כ נ״ל בשאר תביעות איזה מהם שיאמר נלך לבית הועד, כופין אותו ודן בעירו כו׳, [וה״ק] ל״ש אלא מלוה, דוקא מלוה, אף על גב דהו״ל למימר כי היכא דמצי מלוה למימר נלך לבית הועד ה״נ לוה, דלמה יגרע ממנו, להכי אצטריך למימר דודאי גרע, דעבד לוה לאיש מלוה, אבל בשאר, לא תובע ולא נתבע מצי למימר נלך לבית הועד ...״

מבואר להדיא דעת מהר״מ דיש חילוק בין לוה ומלוה לשאר תביעות, ובשאר תביעות לא יכול התובע לכופו לדון בבית הועד, ורק מלוה כופה ללוה, דעבד לוה לאיש מלוה. ועיין ברשב״א ב״ק קיב,ב, על הא דאיתא בגמ׳ שם: אמר רב יהודה אמר שמואל, מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. אמר מר עוקבא לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל, כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, אבל לא פתחו ליה בדינא, מצי א״ל אנא לב״ד הגדול אזילנא. והקשה הרשב״א, איך הנתבע יכול לומר לבית דין הגדול אזילנא, וכתב דמיירי במי שאינו לוה אלא בפקדון וכיוצ״ב, אבל לוה אינו יכול לומר לילך לבית דין הגדול, דעבד לוה לאיש מלוה. ולפ״ז כל תובע ונתבע יוכל לומר שרוצה לבית דין הגדול, להוציא לוה. ועיי״ש בהמשך הרשב״א לחלק בין בין בית ועד חכמים שבחו״ל, לבית דין הגדול באר״י.

ועיין עוד בתש׳ הרשב״א (ח״ז סי׳ תקכו) שכתב דאם הנתבע אומר נדון בעירי, אין כופין אותו לילך לב״ד הגדול, ופסקו בהלכות גדולות דדוקא לענין הלואות יכול כל אחד לכוף חברו לילך לבית הועד, ולרבינו תם אפילו תובע יכול לכוף הנתבע ללכת לבית דין הגדול, אבל בשאר תביעות כל מי שרוצה לדון בעירו, הן התובע הן הנתבע, אין חבירו יכול לכופו ללכת לבית הועד, והוי פלוגתא דהלכות גדולות ורבינו תם אי יכול לומר לבית דין הגדול קא אזלי; ״ואומר אני בכל תביעות לבד מהלואות, כל מי מהם שיאמר נדון בכאן, אם שכנגדו אומר נלך לבית הועד, כופין אותו ודן בעירו״. מבואר דחלוק הלואה משאר תביעות לדעת הרשב״א, ורק בהלואה יכול התובע לכופו לבית הועד.

ודברי רבינו תם מובאים בספר הישר (סי׳ תרסח), הביאו הנימוק״י סנהדרין (י,א מעמוה״ר), דדעת ר״ת דדוקא במלוה ולוה הוא דכופין לילך למקום הועד, דעבד לוה, אבל בשאר דינין, כגון נזקין ומקח וממכר וכיוצא בהן, כופה את חברו לדון בעירו. והביא שם בנימוק״י מהרא״ה דבשאר דינים כופה כל אחד לחבירו לילך לבית הועד, ואיצטריך גבי מלוה ולוה לטעמא דעבד לוה, שלא נאמר דכשם שאין שומעים ללוה לילך לבית הועד, כמו כן אין שומעים למלוה, על זה בא הטעם של עבד לוה לאיש מלוה. ומ״מ גם לשיטת הרא״ה בשאר תובעים, גם הנתבע יכול לכופו לבית הועד, וא״כ הן לר״ת והן לרא״ה עבד לוה לאיש מלוה, שייך רק בהלואה ולא בשאר תביעות.

ומצאנו גם בפסקי הריא״ז (סנהדרין פ״ג אות ז) דדוקא במלוה ולוה, כופה התובע המלוה לילך לבית הועד: ״ועוד דימה הנגזל והניזק למלוה, ובזה לא נראו לי דבריו, שלא אמרו טעם המלווה אלא לפי שעבד לווה לאיש מלוה, שהוא משועבד לו על שההנהו ועשה לו טובת הנאה להלוות לו מעותיו בחנם, אבל שאר תביעות כך דין הטוען כדין הנטען, וכופין אותו ודן בעירו״. ומבואר דעבד לוה שייך רק בהלואה ולא בשאר תביעות. וכן היא דעת העיטור (אות ב, בירורין א,א).

והרא״ש בסוגיא (סנהדרין ג,מא), כתב וז״ל: ״אמר אמימר הלכתא כופין אותו והולך למקום הועד. אמר ליה רב אשי לאמימר, והא אמר ר׳ אלעזר כופין אותו ודן בעירו. אמר ליה הני מילי דקאמר לוה, אבל קאמר מלוה לא, דעבד לוה לאיש מלוה. ולאו דוקא לוה ומלוה, אלא אפילו גזילות ומקח וממכר ומתנות וירושות וכל דבר שיש בו תובע ונתבע, דהאי טעמא דרבי אלעזר שלא יוציא מנה על מנה שייך בכל תובע. וגם רבי יוחנן איירי בכל תביעות שתקף את חבירו לדין״. ואף שמפשטות דברי הרא״ש נראה בתחילה דדבריו עולים עם שיטת הרמב״ם, נראה לחלק, דהרא״ש כתב דאין לחלק בין הלואה לשאר תביעות; ״דהאי טעמא דרבי אלעזר שלא יוציא מנה על מנה, שייך בכל תובע״. ודין שלא יוציא מנה על מנה מיירי לענין זה שהלוה לא יכול לכופו לעלות לבית הועד, וא״כ דברי הרא״ש קאי לענין זה שהלוה לא יכול לטעון ללכת לבית הועד אלא כופין ודן בעירו, וע״ז אין חילוק בין הלואה לשאר תביעות, אבל לענין כפיה של מלוה ללכת לבית הועד, גם הרא״ש ס״ל דיש לחלק בין הלואה לשאר תביעות, דדוקא בהלואה יכול המלוה לכופו לבית הועד.

אולם מדברי המרדכי (סנהדרין סי׳ תשט) מפורש יוצא כדעת הרמב״ם, וז״ל: ״אבל מלוה עבד לוה לאיש מלוה ... יש שר״ל דוקא לוה, אבל בדיני מקח וממכר ובדיני פקדון אין אחד מהם רשאי לכוף את חבירו. וריב״א כתב וכן ר״י, דהוא הדין ירושה ופקדון גזילות וחבלות״. הרי שהביא את דעת הריב״א ור״י דיכול גם בשאר תביעות לכוף את הנתבע לילך לבית הועד.

והר״ן (סנהדרין כג,א) נראה שמפרש דבשאר תובע ונתבע, גם הנתבע יכול לכופו לילך לבית הועד, ורק בהלואה לא יכול הלוה לבקש לדון בבית הועד וזו זכות השמורה למלוה, דעבד לוה לאיש מלוה, אבל בשאר תובע ונתבע, גם הלוה יכול לכופו לעלות לבית הועד, וז״ל:

״ומסתברא דבשאר תובע ונתבע, כגון גוזל ונגזל חובל ונחבל מזיק וניזק, אם האחד טוען ללכת לבית הועד, אפילו גוזל ומזיק וחובל, שומעין לדבריו. דודאי מאן דקא בעי ב״ד מומחין, דינא קא בעי, דהא דקא מעכבינן ללוה אי אמר לעלות לבית הועד, היינו טעמא משום דעבד לוה לאיש מלוה, הא לאו הכי טענתיה טענתא. אבל הרמב״ם ז״ל כתב בפ״ו מהלכות סנהדרין דכולהו תובעין דינייהו כמלוין, וכולהו נתבעין דינייהו כלוין. ואיכא דדייקי איפכא ואמרי דדוקא מלוה יכול להעלות הלוה לב״ד הגדול משום עבד לוה לאיש מלוה, אבל שאר התובעין כגון מזיק ונזוק חובל ונחבל גוזל ונגזל, אין אחד מהן יכול להעלות חבירו לבית הועד. ולא מחוור.״

ומש״כ הר״ן דלא מחוור, היינו דלא מחוור שרק מלוה יוכל לכוף לבית הועד, אלא כל תובע ונתבע, חוץ מלוה, וכמש״כ שם בתחילת הדברים; ״דודאי מאן דקא בעי ב״ד מומחין, דינא קא בעי״. ולכן י״ל, דגם לר״ן עבד לוה לאיש מלוה הוא דוקא בהלואה ולא בשאר תביעות.

ותנן בראש השנה לא,ב: אמר רבי יהושע בן קרחה, ועוד זאת התקין רבן יוחנן בן זכאי, שאפילו ראש בית דין בכל מקום, שלא יהו העדים הולכין אלא למקום הועד. ובגמ׳ שם: ההיא איתתא דאזמנוה לדינא קמיה דאמימר בנהרדעי, אזל אמימר למחוזא, ולא אזלה בתריה. כתב פתיחא עילווה. אמר ליה רב אשי לאמימר, והא אנן תנן אפילו ראש בית דין בכל מקום, שלא יהו העדים הולכין אלא למקום הוועד. אמר ליה, הני מילי לענין עדות החדש, דאם כן נמצאת מכשילן לעתיד לבא, אבל הכא עבד לוה לאיש מלוה. והנה שם בגמ׳ אינו ענין לתובע ונתבע אלא להליכת בע״ד אחר הדיין, ולכאורה נראה שאין כאן אלא מושג מושאל, דחייב הנידון ללכת אחר הדיין, ורק בעדות החודש לא חייבו את העדים לילך אחר הדיין.

ועיין ביום תרועה בסוגיא שם, שדין זה דחייב הלוה ללכת אחר ראש ב״ד בכל מקום, לא הביאו הרמב״ם וטור. אבל הב״י חו״מ סי׳ יא הביאו. וכתב היום תרועה דליתא להך דינא, כיון שהשמיטו הרמב״ם והטור, וסוברים דלית הלכתא כאמימר אלא כרב אשי, דהקשה לו דשאר דינים שוה לקידוש החדש; ״וכן מסתבר, דאיך אפשר דאם הלך ראש ב״ד לעיר אחרת, דילך הבעל דין אחריו. ותו, דלא ידעינן שיעורא עד איזה שיעור ילך ראש ב״ד, דיצטרך הבעל דין לילך אחריו, דיש עירות קרובות

ורחוקות, וברחוקות טובא הם דברים זרים שנאמר שאם לא הלך הבעל דין ששם היו מנדין אותו. ולכן נראה דדעת הרמב"ם והטור דס"ל דאין הבע"ד חייב ללכת אחר ראש ב"ד אלא למקום הועד". ועיין עוד בערוך לנר שם שפירש, דמה דקאמר אבל הכא עבד לוה, אין זה טעם לעצמו, אלא לומר למה לא שייך גם בזה דאתה מכשילן לעתיד לבא, דאפי' אתה מצריכו לילך אחר ראש ב"ד חוץ למקום הועד, לא ימנע מללות, דעבד לוה לאיש מלוה, ומיד כשלוה על מנת כן לוה, שיהיה הולך אחר המלוה בכל ב"ד שירצה.

**לאור האמור לעיל, שמעון העובד אינו יכול לקבוע עבור איזה משכורת קיבל את המשכורת האחרונה, ואם אמר לו המעביד שנותן לו עבור משכורת מסוימת, וקיבלם העובד, הרי זה על דעת המשכורת שקבע המעביד, ואינו דומה למלוה ולוה, שביד המלוה לקבוע עבור איזה חוב קיבל הפרעון.**

# סימן יד

## הלואה בפני עד אחד

### ראשי פרקים

**א. סיבת האיסור להלוות בלי עדים**

**ב. שטר או כתב ידו**

**ג. מידת חסידות**

קיי״ל שאסור להלוות כסף לחבירו שלא בפני עדים. ונשאלתי במה שנוהגים העולם להלוות בפני עד אחד, אי שפיר עבדי. וכן לענין ההלואות בגמ״ח, שלווים ולא כותבים שטרות בעדים אלא בכתב יד, אם הדבר מספיק ע״פ ההלכה.

## א. סיבת האיסור להלוות בלי עדים

איתא בספ״ה דב״מ (עה,ב): אמר רב יהודה אמר רב, כל מי שיש לו מעות ומלוה אותן שלא בעדים, עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול (שעולה על רוחו של לוה לכפור – רש״י). וריש לקיש אמר גורם קללה לעצמו (כשתובעו וזה כופר הכל, מקללין אותו ואומרין שהוא דובר על צדיק עתק), שנאמר, תאלמנה שפתי שקר הדוברות על צדיק עתק. אמרו ליה רבנן לרב אשי, קא מקיים רבינא כל מה דאמור רבנן, שלח ליה בהדי פניא דמעלי שבתא, לישדר לי מר עשרה זוזי, דאתרמי לי קטינא דארעא למזבן. שלח ליה ניתי מר סהדי ונכתב כתבא. שלח ליה, אפילו אנא נמי. שלח ליה, כל שכן מר דטריד בגירסיה משתלי וגורם קללה לעצמי (ישכח הלואתי, ואגרום קללה לעצמי). תנו רבנן, שלשה צועקין ואינן נענין (בבית דין של מטה. ואינן נענין, שהרי הם גרמו לעצמן), ואלו הן, מי שיש לו מעות ומלוה אותן שלא בעדים, והקונה אדון לעצמו, ומי שאשתו מושלת עליו. והרי״ף (ב״מ מה,ב בעמוה״ר) והרא״ש (ב״מ ה,פ) הביאו להלכה רק את דברי רב, שעובר משום לפני עיור, ולא הביאו הא דגורם קללה לעצמו. והרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה ב,ז ובשו״ע חו״מ ע,א, הביאו את שני הטעמים, הן לפני עיור, והן גורם קללה לעצמו. ונראה דנפק״מ בין דברי רב לר״ל, אם אומר המלוה שאינו חושש לקללה שיגרום לעצמו, דלר״ל אין איסור, אבל אם עובר על לפני עיור, אסור אפי׳ אינו חושש על עצמו. כך נמצא בדברי הט״ז חו״מ ר״ס ע. ולפ״ז לא הוסיף ר״ל על דברי רב אלא גרע מהם. ולכאורה לרב יכול לבוא לידי איסור, ולר״ל אפשר שאין לחשוש לאיסור אלא הוי ממידת המוסר. והרי״ף

והרא״ש ס״ל דדין זה מעיקר הדין, וכיון שאין בדברי ר״ל תוספת על רב, לא הביאוהו להלכה. ועיין בפלפולא חריפתא ספ״ה דב״מ, אות ק, יובא להלן.

ומדברי רש״י עולה כי החשש במי שמלוה ללא עדים הוא שמא הלוה יכפור, ומשמע אפי׳ במזיד, וכמש״כ רש״י: ״שעולה על רוחו של לוה לכפור״, והיינו להכחיש ההלואה במזיד ולומר לא לויתי, וגורם קללה לעצמו; ״כשתובעו וזה כופר הכל, מקללין אותו ואומרין שהוא דובר על צדיק עתק״. ובהמשך ממה שאמר רב אשי לרבינא שכ״ש ת״ח כרבינא צריך להלוות בשטר, שמא ישכח הלוה את ההלואה, ויגרום קללה למלוה. ואפשר דרבינא לא רצה לומר לרב אשי שחושד בו שיכפור במזיד. או אה״נ, בת״ח אין לחוש לכך אלא לשכחת הלוה ולא לכפירה במזיד, וגם בחשש שיכחה יש לכתוב שטר.

וכן ביאר הב״ח (חו״מ ע,א) את השקו״ט בגמ׳, ונראה דרב אשי סבר שהחשש הוא שמא יכפור, והרי בת״ח אין חשש זה, דחלילה לתלמיד חכם שיעלה על רוחו לכפור, ובודאי האיסור הוא דוקא במלוה לעם הארץ. והשיב לו רבינא, דהחשש הוא גם שמא ישכח ולא יפרע, וזה חשש גם בת״ח; ״לא מיבעיא לעם הארץ דאיכא נמי משום לפני עור, אלא אפילו לתלמיד חכם, דאע״ג דליכא למיחש שמא יעלה על רוחו לכפור, מכל מקום איכא למיחש דכיון דטריד ישכח וגורם קללה לעצמו״. וכן הוא בהסבר דומה בפרישה ע,א, וכן הוא בסמ״ע ע,ב, דיש לחשוש בת״ח שמחמת טירדת לימודו ישכחנו, וישבע שאינו חייב, ויגרום לעצמו קללה. וכן כתב מהר״מ שיף (ב״מ עה,ב). וכן בכנה״ג (הגה״ט ע, סוף ס״ק א), דיש חילוק באיסור בין ת״ח לעם הארץ.

אמנם יש שפירשו שאין מדובר כאן בכפירה במזיד אלא יכפור בשוגג, שישכח ויסבור שלא לוה, וכשיש עדים לא ישכח ולא יסבור בדעדו שלא לוה. כך פירש הלח״מ (מלוה ולוה ב,ז). הלח״מ הקשה, דמה יועילו עדים, הא קיי״ל דהמלוה את חבירו בעדים, אין צריך לפרעו בעדים. ותירץ הלח״מ: ״דמאי שכתב שעולה על רוחו לכפור, לאו למימרא דברשע יעשה כן, דאטו ברשיעי עסקינן, אלא י״ל דחיישינן שאם לא ילוהו בעדים, ישכח הדבר שהלוהו, ולפי דעתו הוא אמת, שהרי אינו נזכר, אבל כשיש עדים, אע״פ שלא יזכור, על כרחו יפרע ולא ישבע״. ולכאורה אם החשש הוא שמא ישכח ולכן יכפור, לכאורה בזה סגי בעד אחד או בשטר בכת״י, והלואה בשני עדים או בשטר בעדים הוא לשופרא דמילתא, אך לחשש שכתב הלח״מ, אין צריך כולי האי.

ומהשקו״ט בגמ׳ נראה דבת״ח אין חשש של לפני עיור רק גרימת קללה לעצמו, דכן ענה רבינא לרב אשי. והטעם דבת״ח לא יעלה בדעתו לכפור ולהכחיש את עצם ההלואה, ורק יש חשש שישכח. ולפ״ז בשוגג הלוה, לא עובר המלוה על לפני

עיור. ולכאורה גם אם הכשיל אדם ששגג, עובר המכשיל בלפני עיור. כן מבואר מהתוס׳ ע״ז ו,ב (ד״ה מנין), על הא דאיתא שם בגמ׳, מנין שלא יושיט אדם כוס של יין לנזיר ואבר מן החי לבני נח, ת״ל ולפני עור לא תתן מכשול. וכתבו התוס׳: ״נראה דה״ה בכל שאר איסורין, אלא להכי נקט כוס יין לנזיר, משום דמסתמא למישתי קא בעי ליה, כיון דכ״ע חמרא שתו ושמא שכח נזירתו, אבל ישראל שאמר הושיט לי נבלה או חזיר או שום איסור, אין לחושדו מלהושיט לו״. הרי שגם אם הנזיר שוגג, ששכח נזירותו, וכך סבור המושיט לו יין, עובר המושיט על לפני עיור. ועיין בדברי מלכיאל (ח״ד סי׳ קלו ד״ה אכן), דאף אם יהיה העובר שוגג, המכשיל עובר על לפני עיור, וכתב דאף בעם הארץ ולדברי רב, עובר על לפני עיור בשוגג, והחשש שמא יכפור בשוגג ולא במזיד הוא לכ״ע, ולאו דוקא לת״ח.

וראיתי לגר״י בלאזער בפרי יצחק (ח״א סי׳ מח) שכתב לחלק, דלהכשיל את חבירו בדבר איסור כשחבירו כבר שוגג בדבר, עובר משום לפני עור. אולם במלוה מעות לת״ח שבודאי לא יכפור ברצונו, רק חייישינן שמא ישכח ההלואה, אין זה מחייב את המלוה לפעול באופן שלא יהיה הלוה שוגג וישכח. אולם כשיש לחוש שהלוה יכפור בשאט נפש, עובר המלוה על לפני עור, דכיון שהלוה חשוד לכפור ממון חבירו במזיד, מחויב המלוה שלא יהיה גורם בדבר.

ובכנה״ג (הגה״ט ע,א) הביא ג״כ את הקושיא, מה מהני הלואה בעדים, הרי יכול לטעון פרעתי, דאינו חייב לפרעו בעדים. והביא בשם מהר״ש יונה; ״דבליכא עדים, שאינו מודה לו שעשה טובה, איכא למיחש שיעיז פניו נגדו ויאמר לא לויתי, אבל כשהלוה בפני עדים דאינו יכול לכפור על ההלואה, ליכא למיחש להכי״. ונראה שכוונתו, דכיון שהלוה לו בעדים, יכול לכפור ולומר פרעתי, שאינו מודה לו בטובה. משא״כ כשיודע שאינו יכול לכפור בטובה, לא יעיז לשקר ולומר פרעתי. עוד הביא שם, דאף דקיי״ל שאין צריך לפרעו בעדים, לאו כ״ע דינא גמירי, וסבור שצריך לפרעו בעדים. וכמו דלא אמרינן מיגו בטענה שהיא מחלוקת. וכאן עיקר האיסור בעם הארץ, והוא סבור שחובת הראיה לפרעון עליו.

והתומים ע,א הביא קושית הכנה״ג, ובתחילה רצה לישב בדוחק, דאולי אם חייב להלוות בעדים, חייב גם להתנות שלא יפרע לו אלא בעדים. אך זה דוחק. (אמנם מדברי המאירי בסוגיא מבואר כן, וז״ל: ״ומלוה שלא בעדים עובר משום נתינת מכשול, ואף בעדים דוקא בדרך שלא יהא בידו לומר פרעתי, כגון אל תפרעני בפני פלוני ופלוני או בשטר״. ומבואר דבעדים דוקא באומר אל תפרעיני אלא בעדים). ולכן כתב לישב, דאין חשש שהלוה יכפור להדיא ויאמר לא לויתי, דהרי אין אדם מעיז פניו בפני בע״ח, וכמו לענין כופר הכל דהתורה לא חייבה אותו שבועה, דאינו מעיז

לכפור (ב״מ ג,א), והחשש במלוה בלא עדים, שיאמר הלוה שאינו יודע, ובזה לא חשיב מעיז פניו, ובאיני יודע אם נתחייבתי פטור משבועה, אך אם יהיו עדים שלוה, חייב גם באיני יודע. ולפ״ז כתב לבאר את דברי רב אשי ורבינא, דרב אשי ביקש שישלח לו את הכסף ע״י שליח, ויכול רבינא לפטור את השליח משבועה, ולא יהיה השליח נוגע ויהיה עד אחד, ואם יטען רב אשי איני יודע, יהיה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם. ולכן אין לחשוש לאיסור לפני עור, כיון שבסופו של דבר יקבל המעות. אולם גורם קללה לעצמו, דיאמרו דעושה עול; ״ולזה כ״ש ת״ח דפשיטא דיחשוד העולם דתובע בשקר״. אבל במלוהו בעצמו ללא שליח וללא עדים, דיש חשש לפני עור, אדרבא שאר אנשים גריעי טפי, דת״ח אף שיאמר איני יודע אם הלותני, מכל מקום ירצה לצאת ידי שמים ויפרע למלוה, משא״כ שאר אנשים שלא יחששו לצאת ידי שמים.

ובדברי מלכיאל (ח״ה סי׳ ריא) הוסיף על דברי התומים, דאף אם נאמר שיש לחוש שיעלה על רוחו לכפור במזיד, היינו רק במקום שחושב שלא יתברר שקרו, שאין ולא יהיו עדים היודעים בהלואה, אבל במקום שעבידא לאיגלויי, לא יעלה בדעתו לכפור ולא משקרי אינשי. ולכן כשיש עדים שהלוה, אין לחוש שיטעון שפרע, כי בזה יהא ניכר כמשקר, דכיון שיש עדים שלוה, הו״ל לפרוע בעדים, ואף שלא התנה שיפרענו בעדים, מ״מ כיון שהלה הלוהו בעדים, היה לו להזהר לפרוע בעדים ג״כ. [ואפ״ל בדרך הדברי מלכיאל, דהמלוה את חבירו בעדים, דקיי״ל שאין צריך לפרעו בעדים, הוא דין להלכה שאין ראיה ממה שלא פרעו בעדים, ואין בי״ד מוציאים ממון מהלוה הטוען שלא פרעו בעדים, דכיון שיש מיעוט הפורע שלא בעדים, המלוה המוציא עליו הראיה, אבל בני אדם חוששים לטענה מדוע לא פרעו בעדים, ורוב בני אדם פורעים בעדים, ויחששו לשקר כנגד טענה זו.]

ומהתומים מבואר דהחשש הוא שמא יאמר איני יודע ולא חשש שיכפור. כמו כן מבואר דבסתם אנשים סגי בעד אחד, כיון שאם יטען איני יודע, הו״ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם, וכיון שישלם, אין לפני עיור. אבל בת״ח יש חשש שיאמרו שתובע בשקר, דהיינו שאם הלוה ת״ח, יאמר העולם שתובע את הת״ח בשקר וגורם לו לשלם בטענת איני יודע, וגורם קללה לעצמו, ולכן בת״ח לא סגי בעד אחד. ומבואר שקללה זו הינה אף אם המלוה גם ת״ח. ומ״מ יוצא כאן בנפק״מ היפך ממש״כ לעיל. דלעיל הבנו דהחשש בת״ח שישכח, א״כ סגי בעד אחד שיזכיר לו. וכאן מבואר דאדרבא, בשאר אנשים יכול להלוות בעד אחד, אבל בת״ח יגרום קללה לעצמו. וצ״ע אם יש לחוש במלוה למי שאינו ת״ח שגורם קללה לעצמו. ואפשר דלכן השמיטו הרי״ף והרא״ש טעם ריש לקיש, דאינו אלא בת״ח. ואפשר דאם להלכה נקטו רק חשש של לפני עיור, א״כ לת״ח יכול להלות גם בלא עדים, דישלם

לצאת ידי שמים, ורק רבינא חש לעצמו גם לטעם ר״ל. ולפ״ז במלוה למי שאינו ת״ח, יכול להלוות בפני עד אחד, שאם יטען איני יודע, ישלם מכח מתוך שאינו יכול להשבע.

ועיין בפרי יצחק (ח״א סי׳ מח) דאין החשש שיכפור במזיד כדי לגזול ממון חבירו, אלא דחיישינן שלפעמים אין ללוה מה לפרוע ויכפור כדי לאישתמוטי מיניה, סבר עד דהוו לי זוזי ופרענא ליה. ורב אשי ורבינא לא סוברים דהמלוה בלא עדים עובר על לפני עור, ואף במלוה לע״ה אינו עובר, דרבינא ורב אשי היו סוף האמוראים אחר תקנת רב נחמן, ובימיהם כבר היה התקנה דכופר הכל מחוייב להשבע שבועת היסת, וכיון שאין לחשוש רק משום שהלוה יכפור לאשתמוטי אם לא יהיה לו מה לפרוע, ועל זה גופה תקנו חכמים שבועת היסת, ואחר התקנה בטל החשש. ולכן אינו עובר המלוה בלא עדים בלפני עור. רק יש לחשוש שיכפור בשוגג, ואף שאם יכפור בשוגג אין איסור של לפני עור (עיין לעיל מה שהובאו מדברי הפרי יצחק), מ״מ גורם קללה לעצמו. ובזה יש לחלק בין ת״ח לע״ה, דאף שהיתה הו״א דת״ח לא ישכח, ושלח ליה כ״ש מר דטריד בגירסיה ומשתלי וגורם קללה לעצמו. (ובזה רצה לישב מנהג העולם מה שלא חששו להלוות שלא בפני עדים). ועיין גם באולם המשפט ע,א, דלאחר שנתקנה שבועת היסת והוה איסורא, ליכא למיחש למידי. וכתב דאפשר שבאמת ישכח וישבע שאינו יודע; ״אבל כיון דבש״ס לא איירי כלל מהא, י״ל דאין חוששין. ואפשר דמשום הכי אין נזהרין בזה עכשיו, וצ״ע״.

ולכאורה אפי׳ אחר שנתקנה שבועת היסת, בשעה שיכפור הלוה, אף אם אח״כ ישלם ולא ישבע, כבר עבר המלוה על לפני עיור, למש״כ רש״י, שעלה בדעתו לכפור, וכאן כבר כפר להדיא. ודוחק לומר שלא יכפור בהלואה, כיון שיודע שבסופו של דבר ישלם מחמת אי השבועה. ע״כ י״ל דסבור שלא ישביעוהו בי״ד, או מחמת הפשרה שנוהגים לפשר בגין אי השבועה (ראה מה שכתבתי בח״ב ה/ב, וכה/י). ע״כ לכאורה לכהפ״ח בזה״ז שלא משביעים, אין לסמוך על חיוב שבועת היסת להלוות בלא עדים.

ומש״כ רש״י שעולה על רוחו של לוה לכפור, לכאורה משמע שאפי׳ לא כפר בסופו של דבר אלא שעלה על רוחו ורצונו לכפור, כבר עבר. ולפ״ז אם הושיט כוס יין לנזיר, והנזיר לא שתה בסופו של דבר, עובר המושיט על לפני עיור. וביד מלאכי (כללי התלמוד, כלל שסז) כתב דעבר אפי׳ בלא שתה. והביא ראיה ממו״ק יז,א, דאם מכה לבנו הגדול, עובר על לפני עיור, וברש״י שם: שמא יבעט באביו, עיי״ש. וע״ע במחנה חיים ח״א סי׳ מח ובשדי חמד (ח״ב כלל כו,א) מש״כ בזה. ובדברי מלכיאל ח״ד סי׳ קלו רצה לישב דאפשר דעובר על לא תחמוד, ודחה, דא״כ יהיה אסור

להתיחד עם חפצים של חבירו שמא יהרהר ויחמדם. אלא דאין לחוש שמא יחמוד, עיי״ש.

ובפ״ח (על הרא״ש ספ״ה דב״מ) כתב דר״ל חולק על רב, דמדאמר ר״ל גורם רעה לעצמו, ולא אמר אף גורם רעה לעצמו, משמע דס״ל דאינו עובר על לפני עיור. דסבר ר״ל דלא אמרה תורה אלא העיור באותה שעה שנותן לפניו המכשול. וגם רבינא דלא רצה להלוות לרב אשי בלא עדים, אמר טעמו דגורם קללה לעצמו, ולא מטעם לפני עור. ומזה הגיע הפ״ח למסקנה דהלכה כר״ל, דהא רבינא בתראה הוא; ״ונפק״מ אי ההוא גברא בעי למיקם בגורם קללה, דלא הוי עובר על דברי חכמים, ועל זה אפשר שסמכו העולם שאין מדקדקים בכך״. דגורם קללה אינו איסור אלא בגדר עצה טובה. ולכאורה י״ל לפ״ח דמה שהרי״ף והרא״ש הביאו רק האיסור דלפני עיור, אפשר כמש״כ בדברי מלכיאל, דזה קודם שנתקנה שבועת היסת, הכי קיי״ל, אבל לאחר שנתקנה, הטעם דגורם קללה. ומה שמבואר בפ״ח דגורם קללה הוא בגדר עצה טובה, עיין להלן מה שהובאו דברי הריטב״א דאיסור זה ממידת חסידות.

## ב. שטר או כתב ידו

והריטב״א בסוגיא הקשה, מדוע נצרך לכתוב שטר בעדים, יכתוב בכתב ידו. ורצה להוכיח מכאן שנאמן הלוה לומר פרעתי נגד שטר בכת״י, ויש חשש שמא יאמר הלוה פרעתי מחמת שכחתו. וכתב הריטב״א דאין זו ראיה, דשמא לא היה לו פנאי לכתוב כעת, ומצא עדים שיכתבו במוצאי שבת או ביום אחר. וכן כתב הריטב״א בב״ב קעה,ב: ״והא דאמרינן בשילהי איזהו נשך (עה,ב) ליתו סהדי וליכתבו כתבא, לאו משום דבכתב ידו יכול לומר פרעתי, אלא משום דרב אשי היה טרוד, דהוה פניא דמעלי שבתא ולא הוה מצי למיכתב, וכן דעת רבותי שאינו נאמן לומר פרעתי״. ומדברי הריטב״א עולה דכתיבת שטר בכת״י מועילה לאיסור להלוות ללא עדים, אם לא יכול לטעון פרעתי נגד שטר בכת״י, עיין שו״ע ורמ״א ונו״כ חו״מ סט,ב. ומבואר שאין מדובר רק בטענה שיכפור בעצם ההלואה אלא גם לשכחת הפרעון ולטענת פרעתי.

ובמהרשד״ם (חו״מ כג) למד מדברי רבינא, דלא מיבעיא דשטר בכת״י לא מהני, אלא אפי׳ עדים גרידא לא מהני וצריך שטר דוקא, מזה שרבינא לא הסתפק בעדים ורצה לכתוב שטר; ״ולא נתפייס בעדים, ולא אפי׳ בכתב ידו אלא שאמר ניתי מר סהדי ונכתב כתבא. ואם לרב אשי כן, לשאר אינשי עאכ״ו. אע״ג דאמר רבינא כ״ש מר, מ״מ אפשר דאמר כן כדי לפייסו מפני כבודו ומעלת גדולתו״. ומבואר דלא

סגי בכת״י, דלא כריטב״א. ועיין בחושן אהרן (לגר״א וולקין, ע,א) מש״כ בדברי מהרשד״ם.

ובשו״ע חו״מ ע,א כתב: ״אסור להלוות בלא עדים, ואפילו לתלמיד חכם, אלא אם כן הלוהו על המשכון. והמלוה בשטר משובח יותר״. וסמ״ע ד כתב דהכוונה דמשובח יותר ממשכון. דאף שלכאורה י״ל דמשובח יותר מעדים, בסמ״ע ביאר דהכוונה למשכון; ״משום דבהלואתו על המשכון אכתי יש קללה קצת, כשהן חלוקין כמה הלוה עליו, משא״כ כשהלוה בשטר דהכל רואין הסך שכתב בו ויודעין ברור שחייב לו, והפרעון הוא טענה גרועה, דא״כ שטרו בידו מאי בעי״. ולפי הסבר הסמ״ע, מדוע הלואה בשטר לא עדיפה על הלואה בעדים, דבעדים עדיין אין צריך לפרעו בעדים, ובשטר י״ל שטרך בידי מאי בעי. ועיין בטור חו״מ ע,א שינוי הלשון: ״אסור לאדם להלוות מעות לחבירו בלא עדים אפילו לתלמיד חכם, אלא אם כן הלוהו על משכון, ואם עושה עליו שטר הרי זה משובח״. ובפשטות גם י״ל דשטר משובח לא רק ממשכון אלא גם מעדים.

והש״ך שם ע,ב רצה ללמוד מדברי הסמ״ע דלפ״ז גם שטר בכת״י משובח, כיון שנזכר בו סכום ההלואה. אך כתב דמהמהרשד״ם מבואר דכת״י לא מהני. ולכאורה קשה שלא הזכיר דברי הריטב״א דאם אינו נאמן לומר פרעתי, וכן ס״ל לריטב״א, מהני אף בשטר בכת״י. וגם קשה, דמהרשד״ם כתב דבריו לרבינא, וס״ל למהרשד״ם דלרבינא לא מהני עדים אלא שטר בעדים, ואנן קיי״ל דמהני עדים, וא״כ לרב ור״ל יועיל גם שטר בכת״י למהרשד״ם.

ובחתם סופר בחידושיו לב״מ (עה,ב) כתב דמה שביקש רבינא שטר בעדים ולא הסתפק בעדים, מפני שאנן קיי״ל דהמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים. ורב ור״ל ס״ל דצריך לפרעו, ולכן הסתפקו בעדים, משא״כ רבינא ס״ל כדקיי״ל שאין צריך לפרעו בעדים, ולכן הצריך שטר. והקשה החת״ס, דהרמב״ם והשו״ע פסקו דאין ללות בלא עדים ושטר משובח ממנו, ומשמע דבעדים לחוד סגי. ע״כ כתב דלמאי דקיי״ל דאפי׳ מוציא המלוה שטר בעדים, יכול הלוה להשביעו שלא פרעו (עיין שבועות מא,א ושו״ע חו״מ סי׳ פב), א״כ אפי׳ יהיה ביד המלוה שטר, יוכל הלוה להשביעו, ומי יאמר שירצה המלוה להשבע, דכמה פעמים אדם מפסיד ממונו ולא נשבע אפי׳ בקושטא. ואם ישבע, ודאי גורם המלוה קללה לעצמו. וכיון שגם שטר לא מציל מטענות הלוה, סגי בעדים. אולם למאי דקיי״ל בשבועות מא,א ובשו״ע חו״מ פב,ו דלא משביעים מלוה ת״ח אם הלוה טוען פרעתיך, אסור ללוות בלא שטר, ולכן רבינא דרש דוקא שטר (ועיין בטור חו״מ פב ובשו״ע ס״ז אם שניהם ת״ח).

ונראה דבזה״ז אינו יכול לטעון טענת פרעתי נגד שטר בכת״י, ובזה יש לישב מנהג גבאי גמ״ח ומלוים אחרים, המסתפקים בשטר בחתימת ידו אף ללא עדים.

דמצאנו מחלוקת ראשונים אם יכול הלוה לטעון פרעתי, כנגד שטר הכתוב בכתב ידו ואין עליו עדים, עיין בנימוק״י ב״ב (פב,ב בעמוה״ר, ד״ה מתני, ולז,ב שם בעמוה״ר), ובחו״מ סט,ב במחבר ברמ״א, בסמ״ע ס״ק ח, בש״ך ס״ק יד, ובקצוה״ח שם ס״ק ג. ובתומים סט,ה כתב ענין מנהג בתי דין שאינו יכול לטעון פרעתי נגד שטר בכת״י, וז״ל:

״והנה בחתימת כתבים הנוהגים בזמנינו, נהגו כל בתי דינים בישראל לפסוק דאינו נאמן לומר פרעתי, ורוב לומדים נתנו טעם משום דינא דמלכותא דינא. ובאמת אין זה טעם, כי דינא דמלכות אין לבד על חילוף כתב, רק כל נימוסם הוא, אפילו על כתב יד בעלמא וחשבון בפנקס אינו נאמן לומר פרעתי, ולכך אף גבי חילוף כתב אין נאמן לומר פרעתי, וא״כ אם באים אנו לדון כפי הנימוס המלכות, בטלו כל דיני תורה, וכבר כתבתי לעיל (סח,ו) דוקא אם גזירת המלכות שלא יועיל שום שטר רק שטר ערכאי הוא דאמרינן דינא דמלכותא דינא ולא זולת, וא״כ וכי גזר המלך שיהיה דוקא נכתבים חילוף כתב מבלי נאמנות בתוכו או שאר שטר שמועיל, וא״כ לא שייך דינא דמלכותא וכמו שבארנו, דאל״כ ח״ו יבטלו דיני תורה.

ולכן נראה הטעם הנכון, דכל עצמותו של הטעם דנאמן לומר פרעתי, משום דאין משגיחין ומדקדקין כל כך להניח כתב ידו ביד המלוה, הואיל ואינו גובה ממשעבדי בחתימת כתבו, דטיבו לתתו לאחרים, ונגד אחרים קשה לטעון, דיאמר לאו בעל דברים דידי את תבע למלוה שמכרו לי, ולי אתה פורע, וכך טיבו של חתימת כתבו דאפילו יש לו שובר מהמלוה צריך לפרוע ללוקח החתימת כתבו שבידו הח״כ, וכך נימוסו. וא״כ על כתיבת ידו כזה ודאי מקפיד מבלי להניחו ביד המלוה אם פרעו, דאולי ימכרו ומאי לו לדינא ודיינא. וכן מצאתי בתשובת הרמב״ן סי׳ כ״ג דכתב להדיא, היכא דאיכא דינא דמלכותא דאין יכול לטעון פרעתי, פשיטא דמצי אמר ליה שטרך בידי מה בעי, דאנן סהדי דכיון דהורמנא מלכא הוא ואולי אפיק בערכאות, לא מצי למימר פרעתי, ואף הוא לא שבק שטרו בידו דחבריה, ע״ש. ומכל שכן בחתימת כתבו דדרכו למסרו מזה לזה, אפילו ליד גוי, ואפילו למדינות רחוקות, וא״כ ודאי מקפיד עליו, ויפה הורו בתי דינים בישראל ואלקים נצב בעדת אל.״

ומדברי התומים עולה, שאין הדינא דמלכותא גורם הדין שלא יוכל לטעון פרעתי, אלא שעלינו לבדוק כל מקרה האם בדעת בני אדם חוששים הם להניח כתב כזה ביד המלוה, וככל שע״פ דינא דמלכותא יוכל לגבות מהלוה, הרי הלוה לא יניח הכת״י ביד המלוה. הדינא דמלכותא היא הסיבה העקיפה שאינו מניח ביד המלוה, וממילא אינו יכול לטעון פרעתי. הדינא דמלכותא אינה הסיבה הישירה שלא יוכל

לטעון פרעתי אלא העקיפה. ולכן גם בזה״ז דבר ברור שלא מניח שטרות בכת״י ביד המלוה, וכן עמא דבר, שמיד לוקחים מהמלוה את השטר בכת״י, וכיון שאין רגילות להשאיר שטר כזה ביד המלוה, יכול המלוה לטעון שטרך בידי מאי בעי. ולכן סגי מה שנוהגים להלוות תמורת שטר בכת״י ללא עדים.

ויש לציין שגמ״ח המלוה לאנשים רבים, יש עליו חובת זהירות מיוחדת לא להלוות ללא עדים או שטר או כת״י. דהנה הערך שי (חו״מ ע,א) בתחילת דבריו הקשה, דאיך מחייב המלוה את הלוה שבועת היסת כשהלוה מכחיש, הרי המלוה משים עצמו רשע בכך שהלוה בלא עדים, ואין אדם משים עצמו רשע, ואף בדבר שהוא מידת חסידות, כתב הרשב״א בכתובות יט דאין משים עצמו רשע. עוד הקשה הערך שי, דלא ראה אנשי מעשה נזהרין בזה. וכתב לישב, דלשון הגמ׳; כל מי שיש לו מעות ומלוה אותן שלא בעדים, עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול וכו׳. ומה הפירוש כל מי שיש לו מעות, וכי יש מי שמלוה ואין לו מעות. אלא הכונה שיש לו מעות מיוחדים להלוותם, דכיון שעוסק בהלואות, י״ל דאין חזקה שאינו מעיז פניו לכפור, דמרוב טרדותיו בהלוואות, ודאי לא יזכור כל הלואה והלואה, והלוה מעיז פניו. ורק כנגד מי שמלוה באקראי יש חזקה שאינו מעיז. גם י״ל דאם מלוה מעות של גמ״ח, יתכן ואין בזה חזקה שאינו מעיז, דסבור שאלו כספי צדקה והוא זקוק לצדקה, וגם גבאי הגמ״ח לא יזכור מרוב הלואותיו. ולפ״ז בגבאי גמ״ח יש להזהר יותר. אלא שלשון השו״ע והפוסקים אינו כן, שלא הזכירו לשון הגמ׳; מי שיש לו מעות וכו׳, עיין רמב״ם מלוה ולוה ב,ז, ושו״ע חו״מ ע,א.

אמנם שאלת הערך שי על לש׳ הגמ׳ מי שיש לו מעות וכו׳, נמצא ברש״ש ספ״ה בסוגיא; ״אולי בא לומר דדוקא מי שיש לו ממון הרבה, כי אז יש חשש לשמא יכפור הלוה בו כפרש״י, אבל אם אינו אמוד כ״כ, לא חיישינן לשמא יעיז הלוה בפניו לכפור״. דחש שאינה העזאה כ״כ לכפור למי שהוא אמוד. ולכאורה גם בגמ״ח יש לחוש. ומ״מ נראה דבכת״י מהני גם לחשש שיעיז, וכמו שהתבאר לעיל.

## ג. מידת חסידות

עוד נראה טעם מה שאין נזהרים בזה״ז, ע״פ מש״כ הריטב״א במגילה כח,א, דאיסור זה הוא ממידת חסידות (עיין לעיל מה שהבאתי מהפ״ח), על הא דאיתא בגמ׳; אבוה בר איהי ומנימן בר איהי, חד אמר תיתי לי דלא אסתכלי בגוי, וחד אמר תיתי לי דלא עבדי שותפות בהדי גוי. והקשה הריטב״א, מה הרבותא שלא עשה שותפות עם גוי, הרי איסור דאורייתא הוא, ובכלל לא ישמע על פיך, כדאיתא במסכת סנהדרין (סג,ב) דאסור לאדם לעשות שותפות עם הגוי שמא יתחייב לו שבועה, והתורה אמרה לא ישמע על פיך. ותירץ הריטב״א, וז״ל:

"והנכון דההיא לאו איסורא ממש דאורייתא או דרבנן אלא מידת חסידות בעלמא, וכענין שאמרו (ב"מ עה,ב) אסור לאדם שילוה מעותיו בלא עדים ואסור להלוות את הגוי ברבית (עי' ב"מ ע,ב), וכענין שאמרו (גיטין לח, ב) אסור לשחרר עבדו, דמשחרר עבדו עובר בעשה."

וכנ"ל גם מהפ"ח נראה דכיון שיכול לגרום קללה לעצמו, אינה אלא בגדר עצה טובה ולא איסור, למש"כ הפ"ח דקיי"ל דאינו עובר על לפני עיור אלא רק כר"ל דגורם קללה לעצמו. ובדברי מלכיאל (ח"ד סי' קלו הביא ראיה לדברי הריטב"א הנ"ל ממה שניסה רב אשי את רבינא, דאיך עלה על דעת רב אשי שרבינא יעבור על איסור גמור; "וכי מה בין זה לבשר עוף בחלב או לטלטל בכרמלית וכדומה. וגם מה רבותא הוא דמקיים כל מילי דרבנן, הלא כבר אמרו חז"ל בעירובין כא וברכות ה, שכל העובר על דברי חכמים חייב מיתה". ומזה ראיה לריטב"א דהוי רק מדת חסידות, ואמרו לרב אשי דרבינא מקיים כל מילי דרבנן ואף מידת חסידות. וניסה אותו רב אשי בדבר זה שהוא מידת חסידות. וכיון שנהגו כריטב"א, לא חושש העולם למידת חסידות. וע"ע מה שהשיב בח"ה סי' רכז. וע"ע בשד"ח (ח"ב מערכה ה אות פח) מה שהביא מהאחרונים במנהג זה כריטב"א.

ובערה"ש חו"מ ר"ס ע כתב, דמה שאין נזהרים עתה בזה ולוים זה מזה גמ"ח בלא עדים ובלא שטר, משום דמכירין זא"ז ונאמנין זל"ז, ויודע המלוה שלא ישכח ולא יכפור לו. וצ"ל דס"ל לערוה"ש דכיון שיודע ודאי שלא יכפור, אינו עובר על לפני עיור, וכמו במושיט דבר איסור לאדם שיודע ודאי שלא יכשל בו. וכן מצד גורם קללה לעצמו, דאינו אלא עצה טובה כמש"כ הפ"ח. או שסובר ערוה"ש כדעת הריטב"א שאין דין זה אלא מנהג חסידות, ולכן אם מכירים זא"ז, אין לחוש גם ממנהג חסידות. וע"ע בפרי יצחק (ח"א סי' מח וסי' מט) מה שכתב לישב מנהג העולם.

וראיתי בציץ אליעזר (לגר"א וולדנברג זצ"ל, ח"ז סי' מז) שהקשה על דברי ערוה"ש דטעמו דחוק ביותר, דאטו איכשר כעת דרא שהאנשים יהיו יותר נאמנים שלא יכפרו, וששר השכחה לא ישלוט על משנהו, וכי בזמנים קדומים לא היו מכירים זא"ז בנאמנותם, ע"כ דבריו. אמנם אפשר דערוה"ש מירי בסכומים יותר נמוכים, ובאופן יחסי לסכום האמור כך הנאמנות והבטחון, לפי ערך המלוה והלוה, דיש סכומים שאף המלוה לא איכפת לו אם הלוה לא יחזיר, או שמדובר בסכומים שודאי ביכולתו להחזיר. [ועיין בעין יעקב בסוגיא שפירש בשם חמיו, אם כסף תלוה – את עמי, שיהיה זה במעמד אנשים, אבל את העני, כאשר אתה נותן צדקה – עמך, בינו לבינך. וי"ל שגם הלואה שאינו מקפיד בהחזרה, כגון בסכום מועט, היא בבחינת את העני עמך].

ושם בצי״א, הביא מתש׳ בן יהודה (לגר״א רוזנבוים, סי׳ קנד) דאפשר בדוחק ליישב המנהג, בהיות שהנוהגים להלוות בלא עדים המה סוחרים המלוים זה לזה, ואין אפשרות להלוות בעדים, שאין רצון הסוחרים שידעו האחרים מהלואה. א״כ הסוחרים העושים כן מן הסתם מפקירים המעות שלא יעשו איסור, ואם אח״כ משלמין להם, הרי הם זוכים מן ההפקר. והסוחרים שאין דעתם לכך, עושין איסור, זכן מי שאינם סוחרים או שאינם צריכים לכך, אין להם שום היתר ועוברים על לפ״ע. והצי״א הקשה עליו, שהישוב דחוק, ומה גם דשוברו בצידו לאלה שאינם סוחרים ולשאינם צריכים לכך, וגם לסוחרים שאין דעתם לכך להפקיר שהמה הרוב, ואינו מתאים למציאות. אולם למסקנת דברים כתב הצי״א להקל רק במקום שמלוהו שלא בעדים למניעת בושה ומניעת אזיל סומקא. אבל גם זה רק למי שמוחזק לנאמן.

והגר״ע יוסף זצ״ל ביביע אומר (ח״ז חחו״מ סי׳ ז) כתב שאין לזוז מדברי רבותינו הפוסקים, ולכן צריך להזהר שההלואה תהיה בעדים, או בקבלת שיק מאוחר וכיצו״ב, באופן שיבטיח קבלת פרעון חובו. וכתב דודאי שאם מניח אצלו שיק על חשבון ההלואה שיוכל אח״כ לגבות בו, אין בזה שום חשש. וכל מה שתמהו האחרונים על מנהג העולם וטרחו ליישב, הוא רק על אלה שמסתפקים בהלואה על פה, ללא עדים וללא שטר. ולכאורה הוא הדין בשטר בכת״י, רק שיק עדיף, שיוכל לגבות בלי לפנות ללוה. ולכאורה שיק לא עדיף משטר בכת״י, שהרי יכול לבטל השיק ולא יהיה אלא שטר בכת״י. ועדיין עדיף שיק מבוטל משטר בכת״י, שהרי יכול לפנות להוצל״פ ישירות, משא״כ בשטר בכת״י.

**לאור האמור לעיל, למלוים בשטר החתום בחתימת יד הלוה ללא עדים, יש על מי לסמוך. והוא הדין אם מלוים בפני ע״א. אמנם אם תמורת ההלואה לוקח שיק, ודאי אין בזה חשש לכ״ע.**

**והאחרונים ישבו מנהג העולם שמלוים בלא שטר ועדים כלל. ובודאי ככל שמדובר בסכום מועט שאינו מקפיד, שמוכן כבר כעת לתת ללוה בתורת מתנה, בודאי אינו חושש שיכפור, ובכה״ג אין לחוש להלוות בלא עדים או שטר.**

# סימן טו

## דו״ד בין קופת גמ״ח ליורשי מלוה

### ראשי פרקים

**א. מתי גובה המלוה מיתומים**

**ב. אם בע״ח גובה בראוי**

ראובן לוה לפני כחמש שנים מגמ״ח סכום של 5000 דולאר. בהגיע מועד הפרעון, לאחר כששה חדשים ממועד ההלואה, לא פרע לגמ״ח, וגבאי הגמ״ח התריעו בראובן מספר פעמים שיפרע חובו, ואף פנו בענין לערבים. לאחר כשנה ומחצה ממועד ההלואה נפטר ראובן. לדברי גבאי הגמ״ח, אף ששמע שנשאר לראובן סכום כסף בבנק (רכוש אחר לא נשאר, אף לא דירה), והואיל ושמע שמצבה של האלמנה ושני היתומים שנשארו בבית הוא בכי רע, ואף דובר שקופת הקהל תאסוף כסף עבור האלמנה והיתומים, נמנעו מלהתריע שוב. אמנם הם פנו לערבים, אך אלה ענו, שכיון שראובן השאיר כסף בבנק, יכולים לגבות מכסף זה, ו״חשבונות״ הצדקה של גבאי הגמ״ח, לא מחייבים אותם בפרעון הערבות, הואיל והם ערבים רגילים ולא ערב קבלן.

(נושא שיש לדון בו בפני עצמו, אך כיון שלא נדרשתי להתיחס, וכך פסקו להם מורי ההוראה ששאלו בזמנו, אמנע מלהתיחס. רק אציין שלאמור להלן (אות א) שאינו יכול לגבות מהיתומים, גם המערב אינו יכול לגבות, עיין שו״ע חו״מ קכט,יב, וברמ״א שם סע׳ טו, בש״ך ס״ק לב, ופת״ש ס״ק יב, ויכול הערב טעון טענת קים לי, ומילא אין נפק״מ בשאלה אם הוא ערב רגיל, ואכמ״ל).

לפני כשנה נפטר אביו של ראובן, והשאיר אחריו סכום כסף מכובד בחשבונות בנק, שמתחלק בין יורשי ראובן ואחיו, כך שחלקם של ילדי ראובן כ״א קרוב למליון (הכספים חולקו בשוה בין כל ילדי ראובן). כעת תובע הגמ״ח שיורשי ראובן (כולם גדולים) יפרעו במשותף את הכסף לגמ״ח.

ילדי ראובן מעלים שתי טענות: א. הם אינם יודעים על החוב, ובהחלט יתכן והאב פרע לגמ״ח את החוב. ב. שואלים, האם חלה עליהם חובה לפרוע חוב אביהם מירושה שקיבלו מסבם, אבי אביהם.

## א. מתי גובה המלוה מיתומים

איתא בב״ב קעד,א-ב: ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי (אביהם לוה בחייו, וזה נעשה ערב למלוה בשבילו, ולאחר מותו פרע הערב

תחלה מקמי דנתבעינהו ליתמי. כלומר, משלו פרע ולא משל יתומים, שלא הספיק לתבעם, ועתה חוזר עליהם ותובעם – רשב"ם). א"ר פפא, פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו (הערב עתה נעשה בע"ח, ומלוה על פה הוא ומצוה לפרעו, ואם יתומים פחותים מיג', דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, וכי גדלי לישתעי דינא בהדייהו). ורב הונא בריה דרב יהושע אמר, אימר צררי אתפסיה (לעולם יתמי בני מיעבד מצוה נינהו ... אלא היינו טעמא דלא גובה ערב מיתמי עד דגדלי וידעו לטעון ולחזור אחר דינם, דאיכא למימר אימור צררי אתפסיה אביהם למלוה בחייו לפטור את הערב, והלכך על מלוה על פה איכא למיחש דלמא פרעיה אבוהון בחייו. ואע"ג דקיי"ל לקמן בפירקין מלוה על פה גובה מן היורשין, הני מילי כגון דשמתוהו ומית בשמתיה. אי נמי, כשחייב מודה. ופסקינן לקמן הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע דאמר דלא חיישינן למימר יתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, אלא בכל חוב שאנו יודעין שלא פרעו אביהן בחייו או שאין אנו יודעין אלא שאמר אביהן תנו - נותנין ... וכל הני גבייתן ממקרקעי דיתמי. ונראה בעיני דבזמן הזה דליכא מקרקעי כל כך, אף על גב דקיי"ל מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, בזמן הזה דינם לגבות ממטלטלי דשבק להון אבוהון, כמו שתקנו הגאונים בכתובת אשה, דפסקינן הלכתא ממקרקעי ולא ממטלטלי, ואפילו הכי נהגו לגבות ממטלטלי ... ). מאי בינייהו, איכא בינייהו כשחייב מודה (בשעת מיתתו, דליכא למיחש לצררי, לרב הונא גבי מיתמי, לרב פפא לא גבי עד דגדלי). אי נמי, דשמתוהו ומת בשמתיה (שלא רצה לפרוע בחייו). שלחו מתם, שמתוהו ומת בשמתיה, הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע. ובפ"ק דב"ב (ו,א) מבואר דקיי"ל כריש לקיש דתוך זמנו גובה אפי' מיתומים. ועיין בתוס' ב"ב ה,ב (ד"ה ואפי'), שמה שלא כתבו בגמ' קעד,ב נפק"מ דמת תוך זמנו, דלרב הונא גובה, דאין לחוש לצררי, ולרב פפא אין מצוה בקטנים, דאין הגמ' חוששת לומר את כל הנפק"מ דאיכא בינייהו.

ומדברי הרשב"ם, בבאור דברי ר"ה בריה דר"י, מבואר דדינו של ר"ה בריה דר"י דחיישינן לצררי הוא דוקא ביתומים קטנים, ממש"כ הרשב"ם: "דלא גובה ערב מיתמי עד דגדלי וידעו לטעון ולחזור אחר דינם, דאיכא למימר אימור צררי אתפסיה אביהם למלוה בחייו לפטור את הערב". וכן מבואר ברמ"ה בסוגיא (אות קלג ד"ה ברם), דאף שהאבא לא נאמן לומר פרעתי, כשמת ולא התברר שלא פרע, חיישינן לצררי. ודוקא ביתומים קטנים, דקטן במילי דאבוה לא ידע, ואפשר כשיגדלו ויחקרו אחרי עניני האב וימצאו עדים או ראיה שפרע, או שנתן צררי למלוה או לערב, אולם אם גדלו ולא הביאו ראיה, לא חייש רב הונא בריה דרב יהושע לצררי. שאל"כ היה לגמ' לומר איכא בינייהו גדולים, דלרב פפא גדולים חייבי דבני מצוה נינהו, ולרב הונא בריה דרב יהושע אפילו גדולים פטורין, דחיישינן לצררי. אלא בהכרח ס"ל לר"ה

בריה דר״י דחיישינן לצררי רק ביתומים קטנים. ודעת הרמ״ה דכל החשש לצררי הוא דוקא במלוה ע״פ, אבל במלוה בשטר לא חיישינן לצררי (עיי״ש בד״ה הרי), דבין לרב פפא ובין לר״ה בריה דר״י במלוה בשטר נזקקין. ונדון הגמ׳ בערב למלוה בשטר, ואם היה בא המלוה עצמו לגבות מהיתומים הקטנים, יכל לגבות, דאם לא יכל המלוה לגבות מהיתומים, לא היו צריכים ר״פ ור״ה בריה דר״י לומר טעם שלא יוכל הערב לגבות, דודאי אם המלוה לא יכול לגבות, גם הערב אינו יכול. רק אע״פ שהשתעבד הלוה למלוה בשטר, אין השעבוד בשטר כלפי הערב. ומבואר דהמלוה בשטר גובה אפי׳ מיתומים קטנים, והנידון הוא רק בערב שדינו כמלוה ע״פ.

גם מדברי הראב״ד (מובא בשטמ״ק בסוגיא) מבואר שכל הנידון הוא ביתומים קטנים,

ובין במלוה ע״פ ובין מלוה בשטר, לר״פ לאו בני מצוה נינהו, ולר״ה בריה דר״י דחיישינן לצררי: ״רב פפא לטעמיה דאמר שעבודא לאו דאורייתא ... אלא מצוה בבעל חוב לפרוע חובו, וכן מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, ויתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו, הילכך אפילו מלוה בשטר וירשו קרקע מאביהם אין נזקקים לפרוע. מיהו יתומים גדולים וכן הלקוחות גובין מהם מלוה בשטר כדי שלא תנעול דלת לפני לווים״. מבואר דלר״פ מיירי אפי׳ במלוה בשטר ובקטנים, שאין להם מצוה לפרוע חוב אביהם. וע״ז חלק ר״ה בריה דר״י: ״רב הונא בריה דרב יהושע אמר לעולם שעבודא דאורייתא, ואם יש שם נכסים מאביהם והיא מלוה בשטר חייבים, והכא היינו טעמא דלא מחייבי משום דחיישינן לצררי שמא התפיס צררי למלוה״. והיינו דבכל מלוה בשטר גובה מגדולים, וכאן שפרע קודם שהודיעם, אין דינו כמלוה בשטר, דחיישינן לצררי.

ואף שלדברי רב פפא הגמ׳ מדברת בקטנים דוקא, מ״מ לר״ה בריה דר״י בחשש צררי,

אין חילוק בין גדולים לקטנים, שהרי כל חשש צררי הוא מכח טענינן, וא״כ טענינן גם לגדולים ויש לחשוש לצררי. דבגמ׳ גיטין נ,א מבואר דהבא להפרע מנכסי יתומים, ס״ל לאביי קשישא דגם ביתומים גדולים טענינן שמא פרע אביהם, ולא יפרע אלא בשבועה; דתני אביי קשישא, יתומין שאמרו גדולים, וא״צ לומר קטנים. ודלמא הני מילי לענין שבועה דגדול במילי דאבוה כקטן דמי, אבל לענין זיבורית לא. ובגר״א חו״מ קח,א כתב, דמה שלא כתבה הגמ׳ איכא בינייהו יתומים גדולים, דלר״פ חייבים לפרוע, ולר״ה בריה דר״י אינם חייבים (אלא בג׳ דרכים), דכיון דנחלקו תנאים, ת״ק ובן ננס, אם קיי״ל כאביי קשישא, לאחת האוקימתות בגמ׳, לא רצו לומר נפק״מ בדבר שיש בו מחלוקת, עיין כתובות צד,א: אביי אמר, דאביי קשישא איכא בינייהו, דתני אביי קשישא יתומים שאמרו גדולים ואין צ״ל קטנים, ת״ק לית ליה דאביי קשישא, ובן ננס אית ליה דאביי קשישא.

והרשב״א בסוגיא (ב״ב קעד,א), בתחילה הביא לפרש את דברי רב פפא דיתמי לאו בני מצוה, דמיירי ביתומים קטנים: ״ונ״ל לפרש יתמי, כלומר יתומים קטנים, לאו בני מיעבד מצוה נינהו״. ואם היה הערב מודיעם בטרם פרעון שהוא מוכרח לפרוע מחמתם ובדעתו לגבות מהם כשיגדלו כדרך שהיה גובה מהם המלוה עצמו, היו חייבים לפרוע כשיגדלו לערב, כפי שהיו חייבים לפרוע למלוה. אולם כשלא הודיעם בטרם פרע למלוה, הרי החוב כלפיו הוא כמלוה ע״פ, ובחוב כלפי ערב אין נעילת דלת שיש במלוה ע״פ כלפי המלוה עצמו, לכם גם כשיגדלו לא יהיו חייבים לפרוע; ״ורב הונא בריה דרב יהושע סבר שיעבודא דאורייתא, ולפיכך אמר הכא לאו משום דלאו בני מיעבד מצוה נינהו, דבעלמא חייבין ודאי נינהו לפרוע מנכסי אביהן וב״ד יורדין לנכסיהן. אלא טעמא הכא משום דחיישינן לצררי, כלומר שמא התפיס האב צררי לערב, ומשום הכי פרע עד שלא הודיעם, ואזלא לה ההיא מלוה, דמלוה כבר נפרע ונסתלק״. ומדברי הרשב״א נראה דמיירי במלוה בשטר, ובערב יש דין מיוחד כשפרע קודם שהודיעם, דחיישינן לצררי, וזה לכאורה בין בגדולים ובין בקטנים, ודוקא בערב ולא במלוה עצמו, דבמלוה עצמו בשטר לא חיישינן לצררי ויורדים לנכסיהם. ומש״כ הרשב״א דדין צררי הוא ביחס לערב שפרע קודם שהודיעם, שאף במלוה בשטר שייך חשש זה, אולם במלוה ע״פ נראה שבכל ענין שייך חשש זה.

ועיין בריטב״א בסוגיא (ב״ב קעד,א), דלרב הונא בריה דרב יהושע פטורים היתומים בערב שפרע בלא להודיעם, דאימור צררי אתפסיה, דכיון דקדם הערב ופרע למלוה לפני שהודיע ליתומים; ״ודאי יש כאן חשש שהתפיסו הלוה צררי, ורגלים לדבר לחוש כאן לצררי לגמרי שלא להאמינו אפי׳ בשבועה כשיגדילו משא״כ בחשש צררי דחיישינן בעלמא למלוה על היתומים, דסגי ליה בשבועה כשיגדילו. הא אילו אודעינהו ליתמי, הא ודאי נראה דשליחותם דידהו ודאבוהון עבד וגובה מהם כשיגדילו מיהת בדבר שהיה המלוה גובה״. הרי שהחשש צררי הוא בערב שפרע קודם הודעה. ולכאורה בין בגדולים ובין בקטנים יש רגלים לדבר וחשש זה, ודין זה הוא במלוה בשטר. והמלוה עצמו גובה בשבועה כשיגדילו. ובמלוה ע״פ בכל ענין לא יגבה. אך לראשונים הנ״ל, אף במלוה ע״פ שאין המלוה גובה, בנפק״מ שהביאה הגמ׳, שחייב מודה או מת בנידויו, ולמש״כ לעיל ולהלן בתוך זמנו, יגבה גם במלוה ע״פ. דלר״ה בריה דר״י בערב שפרע קודם הודעה הרי זה מלוה ע״פ, ובנפק״מ שהביאה הגמ׳, גובה מהיתומים.

והא דמבואר דבערב שפרע קודם שהודיע, אינו גובה מהיתומים אף לאחר שיגדילו, עיין בנימוק״י (ב״ב פא,ב מעמוה״ר), דלאחר שיגדילו גובה הערב מהם בשבועה וכדין מלוה, וז״ל הנימוק״י: ״ורב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע לא פליגי בהכי, דכולהו מודו שהפסיד הערב מה שהוציא, אלא פליגי בטעמא מאי שהיתומים פטורין,

דרב פפא סבר שעבודא לאו דאורייתא, ואין בפריעת בעל חוב אלא מצוה, ובעודן קטנים אפילו אותו שעבוד דרבנן ליתא. ורב הונא בריה דרב יהושע סבר דשעבודא דאורייתא, והיו חייבין לפרוע, אלא דחיישינן למימר שמא נתן כבר אביהם למלוה נכסים בשביל החוב, הלכך עד שיגדילו לא יגבה מהם שידעו לטעון ולחזור אחר דינם". ומבואר דבגדולים לא חיישינן לצררי, והיינו שאין חוששים שלא יגבה בכלל, אלא מלוה ע"פ לא יגבה (אא"כ בדרכים הנזכרים בגמ' בנפק"מ), ובמלוה בשטר יגבה בשבועה.

ובמאירי (ב"ב קעד,ב) כתב לדינא, שמלוה על פה אינה נגבית מן היורשים אפילו גדולים אלא באחד משלשה דרכים, בשחייב מודה כן בתוך חליו, תוך זמנו או מת בנידויו. אבל כל שאין שם אחת מדרכים אלו, אפילו באו עדים שזה הלוה לאביו, אינו גובה אף לא מיתומים גדולים, ואפילו הוציא כתב ידו שהוא חייב לו, שיש לחוש שמא פרעו. ומלוה בשטר נגבית מיתומים גדולים, אבל יתומים קטנים אין נזקקים לנכסיהם אף בחייב מודה, ואף במת בנדויו ואף בתוך זמן ואף במלוה בשטר ואפילו היה שם כל תנאי שבעולם עד שיגדלו היתומים, אא"כ ריבית אוכלת בהם או כתובת אשה. ובדברי ר"ה בריה דר"י כתב דחשש צררי קיים באופן שפרע הערב מלוה בשטר מבלי שהודיע ליתומים, דהוי כמלוה ע"פ, ואינה נגבית אלא בג' דרכים הנ"ל דליכא למיחש לצררי; "שלא נאמר לפטור בזו אלא שמא פרע את המלוה והתפיסו צרורות, או שהתפיס צרורות לערב בשעה שערב לו, והרי הוא כאלו לא היה שם שטר, שהרי חזרה מלוה שבשטר זו למלוה על פה. וכשם שאלו לא היה שטר למלוה אלא שהיה זה ערב שבמלוה על פה, שלא היתה מלוה זו נגבית לא מן היתומים ולא מן הערב, כך עכשו שפרע הערב וחזרה מלוה על פה, אינה נגבית אלא באחד משלשה דרכים אלו". ומש"כ דמלוה בשטר נגבית מקטנים דוקא בריבית אוכלת בהם, היינו שלא על ג דרכים הנז'.

ומדמיירי הגמ' בב"ב קעד,א-ב ובערכין כב,א ביתומים קטנים, קמ"ל דבג' דרכים של חייב ומודה וכו', אפי' מיתומים קטנים גובים, ואפי' במלוה ע"פ, וכ"פ הרמב"ם בהל' מלוה ולוה יא,ו: "אין ההלואה שעל פה נגבית מן היורשין אלא באחד מג' דברים אלו; כשחייב מודה בה, וצוה בחליו שיש לפלוני עליו חוב עדיין, או שהיתה ההלואה לזמן ולא הגיע זמן לפרעה וחזקה היא שאין אדם פורע בתוך זמנו, או שנדוהו עד שיתן ומת בנדויו. כל אלו גובין מן היורשין בלא שבועה. אבל אם באו עדים שהיה חייב לזה מנה או בפנינו הלוהו, אינו גובה מן היורש כלום שמא פרעו, שהמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים. וכן אם מוציא כתב יד אביהן שהוא חייב לו, אינו גובה בו כלום כמו שביארנו". ומש"כ הרמב"ם דאינה נגבית מן היורשים, מיירי בין בקטנים ובין בגדולים, עיין ברמב"ם בהל' מלוה ולוה

יב,א וברב המגיד שם. והנפק״מ בין גדולים לקטנים הוא במלוה בשטר שאין את ג התנאים הנז׳, וכמש״כ הכס״מ בהל׳ מלוה ולוה יב,א בבאור כוונת הרב המגיד, דבמלוה על פה, כשגובה מיורשים גדולים, דהיינו באחד מג׳ תנאים, גובה גם מיורשים קטנים, וכל שאין אחד מג׳ תנאים, לא גובה בין מגדולים ובין מקטנים. ובמלוה בשטר, אם יש בו אחד מג׳ תנאים, גובה אפילו מיורשים קטנים, דלא גרע ממלוה ע״פ. אולם כשאין שום אחד מג׳ תנאים, אע״פ שגובה מיורשים גדולים, אינו גובה מיורשים קטנים. וכן נפסק בשו״ע חו״מ קח,א וקח,ג. ולפ״ז בנדו״ד, שלא צוה בחוליו, ולא מת בנידויו, וגם לא הוי תוך זמנו, אין המלוה שהיא בכתב ידו נגבית מיתומים בין גדולים ובין קטנים, ואין הגמ״ח יכול לגבות גם מנכסי היתומים עצמם שירשו מאביהם.

## כ. אם בע״ח גובה בראוי

ובנדו״ד אין נפק״מ בשאלה השניה אם חייבים לפרוע מנכסים שנפלו לאחר מיתת אביהם, כיון שאינם על ג דרכים, אין אפשרות לחיב את היורשים לפרוע חוב אביהם שאינו על ג דרכים הנ״ל, אולם כיון שהתעוררה השאלה, יש מקום לבררה, אף שלאמור לעיל אין בה נפק״מ לנדו״ד, אלא רק תוספת טעם.

תנן בב״ב קנז,א: נפל הבית עליו ועל אביו או עליו ועל מורישיו, והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ואח״כ מת האב, ובעלי החוב אומרים האב מת ראשון ואח״כ מת הבן. ב״ש אומרים יחלוקו. ובית הלל אומרים נכסים בחזקתן. ומבואר ברשב״ם שם, דמה שטוענים יורשי האב שהבן מת ראשון, שלכן הם יורשים לא את הבן אלא מכח אבוה דאבא, כדאיתא בב״ב קנט,א-ב: איתמר, בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו, ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות. וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפיק. ומאי קושיא, דלמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא (דאמר להו, חנוך בן ראובן מכח יעקב, דהוא אבוה דאבא, קא אתינא, דבני בנים הרי הן כבנים, וכי היכי דראובן אבי היה יכול לירש את יעקב אביו אילו [היה] חי אחרי מות אביו, כך אני יורש את יעקב מגזירת הכתוב, ולא מכח ראובן אבי אני יורש, ואין בנכסים הללו שום זכות לראובן, ומכירתו לאו כלום היא - רשב״ם). תדע, דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך, תשיתמו לשרים בכל הארץ (דחנוך בן ראובן יורש את יעקב זקנו שלא מכח ראובן, דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך, לראובן קאמר, תחת אבותיך, דהיינו יעקב, יהיו בניך דהיינו חנוך, מדלא כתיב תחתיך יהיו בניך). ובהמשך רצתה הגמ׳ לדחות דתחת אבותיך יהיו בניך, נאמר לענין ברכה, אך לא שהירושה עוברת מסב לבן, אך לא לענין דיני ירושה. והקשתה הגמ׳ מהמשנה הנ״ל (ב״ב קנז,א), נפל עליו הבית וכו׳, ואם אינם יכולים לומר מכח אבוה דאבא קאתינא, כיון שהפסוק מדבר בברכה, גם אם מת הבן ואח״כ מת האב

יוכל בע״ח לגבות, שהרי נוטל הוא ירושת האב החייב. אלא מוכח דהנכדים מכח הסבא ולא מכח האבא המת. ודחתה הגמ׳, דיורשי האב הכתובים במשנה אינם בני האב אלא אחיו, שהם יורשים ומתחלקים בירושת אביהם שהוא גם אבי החייב, שמת בלא בנים, והם יורשים רק את אביהם ולא את האח, כיון שירושת אביהם מתחלקת בין הבנים שנשארו בחיים, וגם הבן המת, צאצאיו נוטלים חלקו, אך כשמת בלא בנים או בנות, האחים יורשים ישירות מאביהם. וכתב ברשב״ם שם, דלענין הלכה הנכדים יורשים מכח הסב ואין בע״ח גובה בראוי, דאין זה אלא דחיה של הראיה, אבל להלכה קיי״ל דהנכד מוציא מיד הלקוחות, ורק הראיה נדחית, שאין בה הכרח, וז״ל: ״דלענין דינא לא אשכחן במתני׳ שום ראיה למילתא דשלחו מתם, והלכך קשה הוא בדיני ממונות. ומיהו הכי הלכתא כדשלחו מתם, דהכי סבירא להו, אלא דלא אשכחן ראיה מפורשת, וכן כל הני דאמרן לעיל הכי הלכתא״.

ובתוס׳ שם (ב״ב קנט,א ד״ה ולימרו) פירשו, דמכר האב בנכסי הסבא ודאי לא חל מדין דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו, וכל הדיון הוא בתביעת הקונה מהיורשים להחזרת המעות, וכדין מלוה הנגבית מהיורשים. והקשו, מה קושית הגמ׳ אבוך זבין ואת מפקת, דלמא מה שאין הקונה יכול לגבות דמי המכר, הוא שאין בע״ח גובה בראוי, דאין בעל חוב נוטל בראוי. ותירצו התוס׳, ושמא יש לומר דוקא כתובת אשה, אבל בע״ח נוטל בראוי. וכתבו דאין להביא ראיה מדאמר רב נחמן (ב״ב קכה,ב) יתומים שגבו בחובת אביהן בע״ח חוזר וגובה אותה מהם, אלמא נוטל בראוי, שהרי אין זה ראוי אלא משעבדי ליה מדר׳ נתן.

ומבואר דטענת מכח אבוה דאבא קאתינא, דאף אם בע״ח נוטל בראוי, מ״מ יכול הנכד לומר שבא מכח הסבא ולא האבא, ולכן אין בע״ח האב גובה ממנו. ולכאורה יש להבין טענה זו, דהרי מוכח שהנכד אינו בא ישירות מכח זקנו, שהרי אם יש לבן שנפטר מספר בנים, הם אינם יורשים אלא חלק אביהם. גם אם השאיר הבן בת, ויש לו אחים, אם יורשת הבת ישירות מהסבא, הרי יש לו בנים ואינה יורשת, אלא בהכרח היא באה מכח אביה. וכן אם היה הבן שנפטר – בכור, יורשים יורשיו חלק בכורה מזקנם, ואם באים ישירות לירושת זקנם, איך נוטלים חלק בכורה.

והנה בסברא של מכח אבוה דאבא קאתינא, איתא בב״ב קיא,א: בעא מיניה, מנין לבן שקודם לבת בנכסי האם. אמר ליה, דכתיב: מטות, מקיש מטה האם למטה האב, מה מטה האב בן קודם לבת, אף מטה האם בן קודם לבת. ובתוס׳ שם (ד״ה מקשיא) הביאו קושית רשב״א, מדוע נצרכה הגמ׳ להיקש של מטות, נלמד מהקש ירושה שניה לירושה ראשונה (ב״ב קיג,ב), מה ירושה ראשונה, בנכסי האב, בן קודם לבת אף ירושה שניה, כגון בן הבת, קודם לבת הבת בנכסי אבי האם. ותירץ רשב״א,

דבן בנכסי האם, היינו נמי ירושה ראשונה הבאה מכח האם, ואחלולי ההיקש דמטות שבן קודם לבת בנכסי האם, לא היינו יודעים שקודם בנכסי אבי האם, דלא אתי אלא מכח היקשא דירושה ראשונה. ור״י תירץ, דאע״ג שבן קודם לבת בנכסי אבי האם, היינו משום דמכח אבוה דאימיה קאתי, וממילא לא שמעינן שקודם בנכסי האם עצמן, כשאין הטענה מכח אבוה דאמא קאתי. ורשב״א הקשה עליו: ״דהא מכח דאבוה דאם לא ירית אלא ע״י משמוש, דנפלו לפני האם והוא יורש את אמו״.

וכתב הגרנ״ט (סי׳ קפט) לבאר, דמחלוקתם היא במהות הטענה של מכח אבוה דאבא קאתינא. דעת הרשב״א דכל מה שיורש את הסבא הוא לא ישירות אלא מכח זכות האבא, שבזכות שיש לו על אביו, הוא יורש את סבו. ואף שמבחינת הנכסים לא היו כלל עם שייכות לאבא, דאל״כ מדוע בע״ח של האבא לא יכול לגבות מנכסים אלו, אלא הירושה של הסבא באה מכח זכות שיש לו בירושת אביו, ובזכות זו יורש את סבו, ועד כמה שיש לו זכות כנגד הבת או אין לו, כגון בנכסי האם בהו״א, בכח זה הוא מגיע לירש את נכסי הסבא. משא״כ ר״י ס״ל דזה זכות עצמאית ואינה קשורה כלל לאב, וטענתו של הבן שהוא בא לירש את הסבא, ללא כל קשר לאבא, וזה זכות עצמאית, ולכן גם אם בנכסי האם לא היה לו זכות מול הבנות, בנכסי אבי האם שאינו יורש מכח האם אלא מכוחו, אין לבנות חלק בכל ענין. ולפ״ז אתי שפיר הקושיות לעיל לשיטת רשב״א, אך לר״י עדיין צ״ע.

ובאמרי משה (סי׳ לח) כתב דאף דבאים לירש מכח זקנם, עדיין זכות זו באה מכח אביהם, שאין הכוונה שהוא יורש שלא ע״י משמוש כלל, רק שהנכסים לא היו של האב כלל, ואת הזכות לירש מהסבא הוא יורש מאביו, וכיון שרק ירש זכות הירושה מאביו ולא גוף הנכסים, שהנכסים לא היו כלל של האב החייב, ממילא אינו חייב לפרוע חוב אביו. והביא ראיה מתש׳ רע״א (סי׳ קלב) דמה שהנכד, בן הבכור, נוטל פי שנים בנכסי הסבא גם נגד בני שאר האחים (בני הסבא) שנפטרו, דיאמרו בני הפשוטים מכח אבוה דאבא קאתינא. והשיב רע״א, דאומר להם בן הבן הבכור, דיש לו הזכות לירש גם מכח אביו. עיי״ש באמרי משה באריכות הדברים, ומה שישב ענינים רבים. ולכאורה סברא זו אתי שפיר למש״כ רשב״א בתוס׳ הנ״ל, אולם לשיטת ר״י לכאורה עובר ישירות מהסבא לנכד, דאם לא כן, מה נחלקו רשב״א ור״י.

ודברי הגרע״א בתש׳ (קמא סי׳ קלב) שהזכיר האמרי משה, עיי״ש וז״ל: ״גם אף אם אמרינן לכל מילי מכח אבוה דאבא קאתינא, מ״מ נ״ל היינו דיכולים היורשים לטעון לזכות גם בזכות אבוה דאבא, ולבא בטענה זו נגד הלוקח ובע״ח, אבל מ״מ יש להם הזכות לירש אביהם בקבר, וראיה לזה מסוגי׳ (ב״ב קנט,א) ... ולכאורה יקשה דלימא הש״ס בפשוטו, דהא קשיא איך אפשר לומר דמכח אבוה דאבא, א״כ בן בכור

לא יטול פי שנים, היכא דגם הפשוטים מתו בחיי אביהם, דבני הפשוטים יאמרו לבן הבכור מכח אבוה דאבא אתינא, אע"כ דבזה אינו יכול לגרע כח היורש הזה במה שבא לזכות לירש אביו בקבר". ולכאורה, מדוע נגד בע"ח יכול לומר מכח אבוה דאבא קאתינא, והאחים הפשוטים של האבא אינם יכולים לטעון טענה זו. ומש"כ שיורש משני כוחות, גם מכח האבא וגם מכח הסבא, ולכן כלפי הבע"ח; "דיכולים היורשים לטעון לזכות גם בזכות אבוה דאבא", מדוע כאן באים בזכות זו, ושם בזכות אחרת. אלא כוונת הגרע"א, דהנכסים באים ישירות לבנים, אך זכות זו באה מכח הירושה של אביהם, שהם באים מכח אביהם המת, ולכן כל מה שהיה לו זכות, הם יורשים, אך הנכסים עצמם קיבלו מאבי אביהם, ולענין חלק בכורה, הזכות של אביהם הבכור שיקבלו פי שנים, וכנגד בע"ח, כיון שלא היו הנכסים של אביהם רק בגדר זכות, אין בע"ח גובה מהם.

וסברא זו נמצאת גם בחזו"א (ב"ק כג,א): "ואע"ג דכח יורש מאבוה דידיה קא ירית, שהרי אפי' באיכא אחי לאבוה, הוא ירית חלק אבוה, ואילו אביו קיים אינו יורש עם אביו בנכסי זקנו, מ"מ הנכסים עוברים מזקנו לו ע"י כח יורש שהורישו אביו, והלכך אין זכות לבע"ח דאביו בנכסים אלו", וכמו גם שאין בע"ח גובה מחלק בכורה. והיינו, שהכנסים של הסבא מגיעים ישירות מכח הסבא, אבל הזכות לירש בנכסי הסבא, ירש מאביו.

וסברא הנ"ל שעל אף שמכח אבוה דאבא קאתינא, מ"מ הוא עומד במקום האב, והיינו שהנכסים לא הגיעו ליד הבן, והזכות לירש את הסבא ירש הבן מאביו, כן נראה מדברי הרמ"ה בסוגיא שם (פ"ט דב"ב אות קסט – קע), וז"ל:

"וסברינן למימר אי קשיא הא קשיא, בן שמכר חלק בכורה בחיי אביו ומת הבן, ואחר כך מת האב, בנו מוציא מיד הלקוחות בלא דמים ... אי מכח אבוה דאב קאתי, אבוה דאב בחלק בכורה מאי עבידתיה. ודחינן מאי קושיא, מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא, ובמקום אב קאימנא, ואמטול הכי מצי מפיק. וכן הלכתא. ושמעינן מינה דבן הבן בנכסי דאבא דאבוה, לכולי עלמא מכח אבא דאבוה קאתי. וכי מספקא לן אי האי דאתי מכח אבא דאבוה, לאו מכח אבא דאבוה בלחוד קאתי, אלא מכח אבוה נמי קאתי, או דילמא מכח אבא דאבוה בלחוד קאתי, דהוה ליה כבריה ממש. והיינו דאמרינן מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא ובמקום אב קאימנא, ולאו מחמת דאתינא מכח אבא, דאם כן הדר קושיין לדוכתיה, אבוה מזבין ואיהו מפיק, אלא למימרא דכי היכי דאית ליה לבן הבכור חלק בכורה בנכסי אביו, היכא דמית הבכור נמי בנו בדוכתיה קאי למחשביה כמאן דהוי איהו בריה דאבא דאבוה והוי

בכור ומוציא. דחלק בכורה הילכתא היא. דעל כרחיך מכח אבא דאבוה בלחוד קאתי. ולא זו בלבד אלא כל יורש נמי, אפילו רחוק יותר מדאי, כיון דראוי ליורשו, על כרחיך מכח בעל הנכסים גופיה קאתי. למאי נפקא מינה, למאן דהימניה לחבריה ולבאים מכחו עליו ועל הבאים מכחו, הרי היורשין בכלל הבאים מכחו. דהא אפילו למאן דקשיא ליה הכא אבוה מזבין ואיהו מפיק, לא קאמר דלא אתי מכח אבא דאבוה אלא משום דאתי נמי מכח אבוה כדברירנא, וכל שכן דהא חלק בכורה הילכתא היא.״

ונראה בהסבר דבריו, שאין לומר שבא מכח האב, היינו שהאב ירש והוריש הנכסים לבנו, דא״כ מדוע בע״ח של האב אינו מוציא מיד הלקוחות. וגם אין לומר שיורש ישירות את הסבא מדיני נחלות, דא״כ מדוע הבן של הבכור מקבל שני חלקים בירושת הסבא. אלא שזכות הירושה בנכסי הסבא באה לו מכח האבא, ואת הזכות ירש מאביו, אולם הנכסים עצמם הם רק מכח הסבא, ולענין גבית בע״ח, כיון שהנכסים לא היו של האב החייב, אין בע״ח גובה מהם. דכל מה שירשו מאביהם, לא נכסים ירשו אלא זכות ירושה, ומכח זכות זו באים לירש בנכסי הסבא. כן היה נראה בבאור דעת הרמ״ה.

ועיין בשטמ״ק (ב״ב קנט,א) הביא מהראב״ד, וז״ל: ״מכח אבי האב קאתינא. כי בן הבן הרי כבן. מכח אבי האב קאתינא ובמקום אב קאימנא. כלומר, אחר מיתת אבי שני מורישין יש לי, כי אני יורש את אבי האב, שלא תבא לי נחלתי מיד אבי כי אם מיד זקני, שאני כבנו. וגם אני יורש את אבי ונוטל חלק בכורתו. שאף על פי שמת אביו בחיי אבי אביו, נוטל חלק בכורה בקבר ומוריש אותה לבניו, שהרי הנכסים מוחזקים היו בחייו ביד מורישו, ואין קוראין ראוי לבכור שמת אביו בחיי מורישו אלא אותם נכסים שנפלו בירושה משמת ראוין הם אצלו, שלא הוחזקו ביד אביו בחייו ואין אני קורא בהם בכל אשר ימצא לו, שלא היו מצוין ביד אביו ביום מותו, והכי איתא בירושלמי״. מבואר בראב״ד דחלק פשוט יורש ישירות מסבו, ואילו חלק בכורה יורש את אביו שירש בקבר. (ואחר העיון, אפשר לפרש כן גם ברמ״ה). אלא שלפ״ז יש להבין, במה חלוק חלק פשוט מחלק בכורה, שחלק פשוט יורש ישירות מהסבא, וחלק בכורה ירש אביו בקבר להנחיל לבנו. גם לפ״ז יצא שבע״ח של האב יגבה חובו מחלק בכורה. אא״כ נאמר שמה שאינו גובה מחלק בכורה הוא מטעם שאין בע״ח גובה בראוי.

ולענין עצם השאלה אם יכול לטעון מכח אבוה דאבא קאתינא, לדחית הגמ׳ שתחת אבותיך וכו׳, הוי לברכה. מהרשב״ם מבואר דהוי דחיה לראיה, שאין לנו ראיה, וע״כ קשה היא בדיני ממונות, עיין לעיל. ועיין בשטמ״ק ב״ב קנט,א, מדברי הרא״ש

מלוניל (בסופו), דנראה דקיי"ל הכי, דלענין ברכה הוא דכתיב: "ומשני, לא יורשי האב אחי, אבל אם היה בן, היה הבעל חוב לוקח ממה נפשך, דתחת אבותיך יהיו בניך לענין ברכה הוא דכתיב". ומשמע שבע"ח גובה מהבן, דלענין דינא אינו בא מכח אבוה דאבא. ומדברי האור זרוע (ב"ב קנט,א) מבואר ברשב"ם, דאף שקשה בדיני ממונות, כך היא ההלכה; "כך קבלנו מרבותינו שכך הלכה". וזו היא שקשה בדיני ממונות, שכך ההלכה, אף שתחת אבותיך וכו', בברכה הוא דכתיב. וכן פסק להלכה במהרי"ט (חחו"מ סו"ס לה), כאותה טענה מכח אבוה דאבא קאתינא, ולא יוכל בע"ח לגבות מהבן, על אף דחית הגמ' דתחת אבותיך וכו', בברכה כתיב.

ועל דברי הרא"ש מלוניל, דלא יכול הבן להוציא מהלקוחות, כיון דבברכה הוא דכתיב, הקשה במהרח"ש (עיין בתורת חיים ח"ד סי' כח, הובא בשער המלך מלוה ולוה כא,א), דיוצא מדבריו דהא דשלחו מתם שהבן מוציא מיד הלקוחות, לאו הלכתא היא, והוא תימה, שנראה מסוגיית הגמ' דהלכה פסוקה היא, וכמו שפסקו הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש ובעה"ת (שער מג,ד,טו) בסתם ולא הזכירו שום חולק בזה. וכתב שער המלך לישב דעת הרא"ש מלוניל, דהטעם דהבן מוציא מיד הלקוחות לאו משום דמצי למימר מכח אבוה דאבא קא אתינא, אלא משום דאין מכירתו מכירה, דהוי דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו, והכסף שקיבל האב בתמורה למכירה הוא מלוה ע"פ, ולוה וקנה והוריש לא משתעבד, וכיון שלא נשתעבדו לבע"ח בחיי האב, לכ"ע לא משתעבד לגבות מהבן, ולכן הבן מוציא מיד הלקוחות. ואף שלא מצאנו לו ראיה מפורשת, רצתה הגמ' להביא ראיה מתחת אבותיך וכו', ודחתה הגמ' דאין מזה ראיה, דההיא בברכה הוא דכתיב. והקשתה הגמ' מהמשנה נפל הבית וכו', ודחתה, מאי יורשיו אחיו, ולעולם דגם בבן אין ראיה מהמשנה, אולם אף שאין ראיה, הדין דין אמת מטעם אחר, דמלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים, כל שקנה אח"כ או שנשתעבדו לו אחר מותו.

ולכאורה כהסבר זה נראה גם מדברי הרמב"ם (מכירה כב,ז): "הבן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת הבן בחיי האב ואחר כך מת האב, בן הבן מוציא מיד הלקוחות, שהרי אביו מכר דבר שלא בא עדיין לרשותו, ונמצאו הנכסים ברשות האב וזה יורש אבי אביו, וכן כל כיוצא בזה". ובמחבר בשו"ע חו"מ ריא,ג, הוסיף: "ואינו צריך להחזיר דמים, שהרי אביו מכר דבר שלא בא עדיין לרשותו, ונמצאו הנכסים ברשות האב וזה יורש אבי אביו". ואינו מכח אבוה דאבא קאתינא, אלא שהמכר לא חל, והדמים אינו צריך להחזיר, שלא נשתעבדו הנכסים. ועיין בתומים קד,יד (ד"ה ולפ"ז לפי) מש"כ בזה.

והנה מהרשב"ם במשנה קנז,א, דטענת יורשי האב הוא מכח אבוה דאבא קאתינא, ולכן בע"ח של האב אינו גובה מהם, ולא הזכיר מדין ראוי. בעה"ת (מג, ד,טו)

הביא את דברי הרא״ש מלוניל שאינו יכול לטעון מכח אבוה דאבא קאתינא, לאחר שהגמ׳ דחתה את הראיה מהמשנה, דמיירי דוקא ביורשים שאינם בנים של המת אלא של הסבא, שהם באים מכח הסבא, וכפי דחית הגמ׳. וכן יכול הבע״ח לגבות מהיתומים מדין ראוי; ״שלא מצאנו בכל התלמוד בע״ח אינו נוטל בראוי, דלעולם בע״ח נוטל בראוי כזה״. אולם בעה״ת עצמו הביא דעת הרמב״ן בספר הזכות, שאין בע״ח נוטל בראוי, שהוא מקובל מר״ח, שכשם שאין כתובה נגבית מן הראוי, כך בע״ח אינו נוטל בראוי. וראיה מהמשנה ב״ב (קנז,א) נפל הבית עליו ועל אביו וכו׳. וכן הוא בתוספתא (סוף בכורות): הבכורה והיורש את אשתו והמייבם את אשת אחיו והמתנה נזק וחצי נזק ותשלומי כפל ותשלומי ד׳ וה׳, כולן אין נוטלין בראוי כבמוחזק. ומבואר דבע״ח, ואפי׳ מלוה הכתובה בתורה, כמו נזק וחצי נזק וכפל, אין נוטלין בראוי כבמוחזק. וכן הביא ירושלמי פ״ה דגיטין; מיטב שדהו ומיטב כרמו, שדהו פרט למטלטלין, כרמו פרט לראוי כמוחזק, ר׳ אליעזר אומר בשם ר׳ ניסא, בשחפר אביו והזיק בחיי אביו ונפלו נכסים לאחר מיתת אביו, הייתי אומר ישתעבדו הנכסים לאותו הניזק, לפום כן צריך כרמו פרט לראוי כבמוחזק. ומבואר בירושלמי שאין בע״ח ונזקין גובין בראוי כבמוחזק. אולם ממלוה של אביהם, גובה בע״ח, מדין שעבודא דר״נ, עיי״ש. וכ״ז לדעת הרמב״ן, אבל לשיטת הרי״ף גם ממלוה אינו גובה, עיי״ש בגדו״ת.

וכן י״ל דמחלוקתם אם גובה בע״ח בראוי הוא דוקא בכתב לו דאקני, דאם לא כתב לו דאקני, בלי דין ראוי אין בע״ח גובה. ועיין במל״מ (מלוה ולו הכא,א ד״ה אך), דלמ״ד לוה וקנה ואח״כ הוריש, דבע״ח גובה בלא דאקני, א״כ למ״ד שגובה בע״ח בראוי, אף בלא דאקני יכול לגבות. וכן הביא מהנתיבות משפט (על רבינו ירוחם ו,ג), דלסובר דלוה והוריש משתעבד בלי דאקני, גם בע״ח הגובה מיורשים שירשו ירושת סבם לא בעינן דאיקני, אף שנפלו לו הנכסים אחרי מותו. וכן כתב הראנ״ח (סי׳ ק), דכיון דקי״ל דלוה וקנה ואח״כ הוריש דמשתעבד בלי דאקני, בראוי נמי כך דינו, דאפילו לא כתב דאקני גובה לדעת הסוברים דבע״ח גובה מהראוי, ודין הראוי כבמוחזק. ולכן הסיק המל״מ, שיכול התופס לומר קים לי כמ״ד דבע״ח גובה בראוי, וקים לי כמ״ד דלוה וקנה ואח״כ הוריש דמשתעבד אף שלא כתב דאקני, עיי״ש. וכן כתב במל״מ נחלות ה,ח. אולם בקצוה״ח קד,טו חלק עליהם, דא״א לומר תרי קים לי, דהוא דבר בלתי אפשר בדין המפורש במשנה שנאמרו בו שני טעמים, ולומר קים לי דהאי טעמא ליתיה וגם האי טעמא ליתיה, דא״כ איך תפרש המשנה.

ודברי התוספתא בבכורות, הביאה הרא״ש בס״פ יש בכור (ח,יא), על הא דתנן בבכורות נא,ב – נב,א: הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם. ואינו נוטל בשבח ולא בראוי כבמוחזק. ולא האשה בכתובתה ולא הבנות במזונותיהן ולא היבם. וכולם אין נוטלים בשבח ולא בראוי כבמוחזק. ולכאורה הוא

דין מיוחד בכתובה ולא בבע״ח. וע״ז הביא הרא״ש את התוספתא (הנ״ל), והוכיח מינה שגם בע״ח אינו נוטל בראוי. ומה שנקטה המשנה דוקא כתובה, משום שבח דבעל חוב גובה שבח ולא אשה, ולא כרבינו אפרים שכתב הא דתנן ולא האשה בכתובתה, בכולן מקולי כתובה שנו. והביא הרא״ש ראיה מהמשנה ב״ב קנז,א: נפל הבית עליו ועל אביו וכו׳, ובגמ׳ קנט,א: מאן יורשי הבן בניו, דאמרי במקום אבוה דאב קאתינא; ״אלמא בע״ח לא גבי ראוי״. וכן הביא ראיה מהירושלמי גיטין ה,א (הנ״ל). ומבואר דס״ל לרא״ש דבע״ח אינו גובה בראוי. וגם מבואר שפירש מכח אבוה דאבא קאתינא, דלכן אינו גובה בראוי. וכן הוכיח גם הרמב״ן (ב״ב קכה,ב) דבע״ח אינו נוטל בראוי. וכן כתב רבינו יונה בעליותיו (ב״ב קכה,ב), שאין כתובת אשה ובעל חוב חלוקים בדין ראוי, ורק לענין שבח נחלק דינם. וכן הוא ברשב״א (ב״ב קכה,ב ד״ה ומ״מ). ועיין ברשב״א ב״ב קנט,א שכתב, דיש הרוצים לדקדק מהמשנה בבכורות נב,א דבעל חוב נוטל בראוי, דכח בעל חוב עדיף מכח כתובה, והקשה, מדוע אין הבע״ח נוטל בראוי בנפל הבית. והביא את דברקי הר״ח שכתב דבנו מוציא מיד הלקוחות מפני שהוא ראוי, וכשם שאינו משתעבד כך אינו נמכר; ״זה צריך עיון עדיין״. וכן כתב רבינו ירוחם (מישרים ו,ג), דבעל חוב אינו נוטל בראוי כבמוחזק, כמו ירושה הראויה לבא, אף שנוטל מלוה שחייבים ללוה, דמלוה אינה חשובה ראוי כיון שמשועבדת מדר׳ נתן.

וכן הוא במאירי (כתובות פא,ב), שלאחר שהביא דעת המפרשים שבע״ח גובה בראוי, ושכן מדויקת סתם משנה בבכורות (נב,א הנ״ל), דדוקא כתובה אינה גובה בראוי, ולא הוזכר שם בעל חוב, הביא מר״ח דאף בע״ח אינו נוטל בראוי. וכן פירש המאירי את המשנה בב״ב קנז,א, בנפל עליו הבית וכו׳, שמה שבע״ח לא גובה מהבן, מפני שאינו גובה בראוי. וכן הביא מהתוספתא בכורות והירושלמי (הנ״ל). ומה שלא הוזכר במשנה בבכורות בע״ח, ורק כתובה הוזכרה שאינה נוטלת בראוי, מפני שעיקרה לשבח נשנית, שאין נוטלין בשבח, ובעל חוב נוטל את השבח. ומ״מ בע״ח נוטל ממלוה של האב, כדאיתא בכתובות צב,א; יתומים שגבו קרקע בחוב אביהן, בע״ח חוזר וגובה, שאין המלוה נקראת ראוי לגבי בעל חוב, כיון שמשועבדת מדר׳ נתן. אלא שבגבו מעות אין לו, שאף אם היו בידו אינו גובה מהיורשין, ולאחר תקנת הגאונים אף בגבו מעות בגין חוב שהיו חייבים לאביהם, גובה בע״ח מהם. וכן הוא בתשב״ץ (ח״ב סי׳ רלד).

גם הר״ן בחידושיו (ב״ב קכה,ב) כתב דבע״ח אינו גובה מראוי, כשאינו משועבד לו מדר״נ. ובתחילה הביא דאיכא מ״ד דגובה, ושכן כתב הרמב״ן בסוף הל׳ בכורות בשם מקצת רבוותא, דדוקא אשה אינה גובה בראוי ולא בע״ח, כדיוק המשנה בבכורות נב,א. והקשה עליו הרשב״א, דהא מקשינן בסוגיא קכה,א, מבעל חוב לבכור, מיתומים

שגבו קרקע בחובת אביהן דבע״ח חוזר וגובה אותה מהן, ואם בע״ח גובה מראוי, היה לגמ׳ לדחות דשאני בע״ח שגובה מראוי. אלא ודאי שדין בע״ח כדין כתובה, ששניהם אינן גובין מן הראוי. ומה שהזכירה המשנה בבכורות נב,א רק כתובת אשה, משום שבח שאינה גובה, ובע״ח גובה שבח. וכן הביא ראיה מהתוספתא, ומהירושלמי, ומהמשנה ב״ב קנז,א, בנפל עליו הבית וכו׳, דאין בע״ח נוטל בראוי.

והגר״ח (נחלות ה,ח) הקשה על הרמב״ם שהביא דין נפל עליו הבית וכו׳, ולא כתב הטעם שאין בע״ח גובה מירושת הסבא, מטעם דאין בע״ח נוטל בראוי. והיה על הרמב״ם לכתוב טעם זה, שנלמד ממנו גם לענין אחר כמו כופר, שאין בע״ח גובה מכופר שקבלו היורשים אחר מיתת אביהם, כדאיתא בב״ק מב,א. וכתב הגר״ח, די״ל דדעת הרמב״ם דבעל חוב נוטל בראוי, מהטעם שכתבה הגמ׳ (ב״ב קנט,א) על המשנה, דמצי למימר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא, הרי שלולי טעם זה, אף שהנכסים ראוי ולא מוחזק, היה בע״ח גובה מהם. ומה שנצרכו לטעם של ראוי בבכורות נב,א, משום בכור ויבם, שלא שייך אצלם הטעם דמכח אבוה דאבא קאתו, ועל כן צריכים לטעם של ראוי, אבל אה״נ, בע״ח לא גובה מירושת הסבא לא מטעם ראוי אלא דמכח אבוה דאבא קאתינא, ולכן הרמב״ם הביא המשנה בסתם ללא טעם. אולם הקשה, מדוע לענין כתובת אשה לא כתב הרמב״ם הטעם שאינה נוטלת בראוי, כיון שלענין כתובה הוא הטעם, כמבואר במשנה בבכורות נב,א, מדוע לא הזכיר טעם המשנה, וממנה נלמד גם לענין כופר. ותירץ הגר״ח, וז״ל:

״והנראה לומר בזה, דבכופר כיון דאינו משתלם אלא לאחר מיתה, א״כ ממילא דגם בלאו הך טעמא דראוי אין הבעל חוב וכתובת אשה גובין מזה, ומשום דכיון דאינו משתלם אלא לאחר מיתה, וכל חלות הך חיובא הוא לאחר מיתה, א״כ ממילא דהדין ממון של הך חיובא נעשה רק תחת ידי היורשין, ולא לנהרג. ואף על גב דעיקר חיובא דכופר הוא שייך לנהרג, והבנים רק מכח אבוהון הוא דקזכיין ביה, מדין ירושה, מ״מ הא ודאי דלא צריכינן לדין ירושתן שיהא חלות דין ממון על החיוב, כי אם דחייל דין ירושה גם על עיקר זכות הך חיובא, שהם נכנסים במקומו לזכות בחיוב זה, וממילא דהחיוב הוא שלהם מעיקרא, הואיל שבא לאחר מיתתו. ולהכי הוי דינא דאין הבעל חוב וכתובת אשה גובין מזה גם בלאו טעמא דראוי, דשעבודא דחוב לא חייל כי אם על דין ממון לחוד, והכא כיון דהדין ממון נעשה רק תחת ידי היורשין ולא לנהרג, א״כ ממילא דאין כאן דין ממון לגביית הבעל חוב וכתובת אשה, ואין גובין מהן. והוא הדין והוא הטעם לכל דיני ממון הבאין לאדם לאחר מותו, דלא צריכינן בהו לדינא דראוי, משום דבלאו הכי אין דין גבייה בהן, דליכא דין ממון בהו ברשות מורישן. ולא משכחינן גוונא דראוי רק בנכסים שנפלו לו

מאביו לאחר מותו, דאז הדין ממון עצמו ממשמש והולך בירושה דרך עליו, ובזה הוא דצריכינן לטעמא דראוי, כיון דבלאו הכי שיעבודא חייל עלייהו ככל נכסי המוריש. אלא דשם איכא גם טעם השני דיכולין לומר מכח אבוה דאבא קאתו, ועל כן זהו שפסק הרמב״ם בסתמא להך דינא דאין האשה ובעל חוב גובין מנכסים שנפלו מאבי האב, ולא הזכיר טעמא דראוי כלל, כיון דליכא מזה נפקא מינה למקום אחר.״

(וכבר הארכתי בענין כופר, שאינו מדין ירושה, אלא התורה קבעה שהיורשים יקבלו, בח״א סי׳ יח, ודעת הגר״ח לפרש באופן שונה במקצת מהאור שמח). הגר״ח מבאר דהכופר אינו ככל ירושה, שהיו הנכסים של האב והבנים יורשים, אלא שדין חיוב תשלומי כופר הוא ישירות בין החייב ליורשים, ולא היה לאביהם כל זכות מונית בכופר, דכל מהות הכופר הוא חיוב לאחר מיתה, ולכן אין צריך לטעם של ראוי, שהוא נכסים שהיה לאב בהם זכות בחייו, וכיון שהיורשים אינם הבע״ח למלוה או כתובת אשה, אינם יכולים לגבות מהם, אף ללא טעם של ראוי, שלא היה לכופר דין ותורת ממון אצל האב המוריש. ורק בירושה שמת האב קודם מורישו, שהירושה ממשמשת דרכו, ואינה ישירות ליורשים, בזה צריכים לדין ראוי. ובדין בע״ח שאינו גובה מהירושה, יש טעם נוסף של מכח אבוה דאבא קאתינא, ולכן לא הזכיר הרמב״ם טעם ראוי. ובכתובת אשה, אין צורך לטעם זה, כיון שלא נלמד ממנו לדברים אחרים, שבכופר בלא טעם של ראוי אינה גובה מהכופר שקיבלו היורשים. (ועיין במש״כ הגרא״מ שך באבי עזרי מכירה כב,ז ד״ה והנה בבכורות, שהקשה על הגר״ח, דמה שייך ירושה בזכות, דירושה היא רק בממון ולא בזכויות, עיי״ש).

ולכאורה מה החילוק אם באים בטעם של מכח אבוה דאבא או באים בטעם של ראוי, מי עדיף טעם של מכח אבוה דאבא על טעם של ראוי. דאם בע״ח אינו נוטל בראוי, מדוע הגמ׳ נצרכה לטעם חדש של מכח אבוה דאבא קאתינא. וברשב״א ב״ב (קכה,ב ד״ה ומ״מ) כתב להוכיח מזה שבע״ח לא גובה גם מחלק בכורה, אף שבחלק בכורה של הנכד שגבה מסבו מכח היות אביו בכור, ודאי מכח אביו הוא, ואין בו טעם של מכח אבוה דאבא קאתינא, מ״מ אינו גובה, שאין בע״ח גובה מראוי כזה של ירושת מורישיו: ״... וכדאמרינן התם (ב״ב קנט,א), בכור שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בחיי אביו, הבן מוציא מיד הלקוחות דאמר להו מכח אבוה דאב קא אתינא ובמקום אב קאימנא. אלמא אע״ג דבן יורש חלק בכורה מחמת אביו, אפי׳ הכי אין הלקוחות גובין מהן. אלמא בעל חוב אין נוטל בראוי דירושה, וכן בכל ראוי שאין דינו של ר׳ נתן שייך ביה״. הרי שטעם שאין בע״ח נוטל בראוי נצרך לחלק בכורה. אולם עדיין יש להבין, דמדוע נצרך לטעם מכח אבוה דאבא

קאתינא, שיהיה טעם ראוי לבדו כדי שלא יגבה בע״ח מירושת מורישו שמת החייב בחייו.

ובקצוה״ח קד,טו כתב בטעם שבע״ח גובה מראוי, משום דסבירא ליה דקנה והוריש לא בעי דאקני (ב״ב קנז,א), דאפילו נימא דאקני לא משתעבד, מ״מ מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם. וכיון שאינו אלא משום מצוה לפרוע חובת אביהם, יכול היורש לומר שאין לו מצוה זו, דמכח אבוה דאבא קא אתינא ואין עלי מוטל לפרוע חובת אבא, כיון דיכול לזכות בלא אביו אלא מכח אבוה דאבא, ולא אמרינן מצוה על היתומים לפרוע חובת מורישיהן, אלא כשבא המלוה לגבות מכח מורישו החייב. לפ״ז נצרכו שני הטעמים יחד, דכל הטענה מכח אבוה דאבא קאתינא, היא אינה טענה לעצם אי יכולת הגביה של הבע״ח אלא טענה כנגד המצוה לפרוע חוב אביהן, ורק לענין המצוה, יכולה להשמע טענה זו, ולכן נצרכו לשני הטעמים, טעם ראוי, שהופך את החיוב למצוה, וטעם אבוה דאבא קאתינא, שהיא טענה שנאמרת רק לענין המצוה שיש על היתומים לפרוע חוב אביהם.

ועיין בחידושי האור שמח (חדושי ר׳ מאיר שמחה, ב״ב קנט,ב) שמדבריו עולה דדין מכח אבוה דאבא קאתינא היא טענה מהותית, שאין לאבא החייב כל שייכות בנכסים אלו, ולכן אין בהם דין גביה, דכיון שלאבא לא היה שייכות בנכסים, גם מלוה שלו אינו יכול לגבות. משא״כ ראוי, היא טענה על שעבוד הנכסים, דבע״ח אינו נוטל בראוי, כמו שבע״ח אינו נוטל במטלטלין, שאלו ואלו אינם משתעבדים. אין כאן טענה מצד זכות האב אלא מצד שעבוד המלוה, שנכסים כאלו, אף אם היו של אביהם, אינם משתעבדים. ונפק״מ בנפל הבית עליו ועל מורישו, וכנדון המשנה קנז,ב. דאם הוא מטעם אבוה דאבא קאתינא, הרי טענת יורשי האב שאין לבע״ח זכות בנכסים, ובמצב של ספק, מעמידים הנכסים בחזקתם. אולם לטעם ראוי, והשאלה אם יש שעבוד או אין שעבוד, גם לפי טענתם יש מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, אבל כמו במטטלין שאין בי״ד כופין אותם, הוא הדין בראוי, אבל מצוה עליהם קיימת, כיון שאביהם השאיר נכסים, והנידון הוא לא אם הנכסים מכח הסבא או האבא אלא אם דינם כמטלטלין או כמקרקעי, וא״כ לא שייך בזה נכסים בחזקתם, וכיון שיש עליהם מצוה, הדין נותן דיחלוקו, דאע״ג דלא משתעבדי, מ״מ הוי כמו שהניח להן אביהן מטלטלין, דאע״ג דלא משתעבדי, מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, (עיין תוספות ב״ב קנז,א ד״ה מצוה), א״כ זכות הבע״ח שוה ליורשים ויחלוקו, עיי״ש.

ומצאתי סברא זו בדברי החזו״א ב״ק טו,א, וז״ל: ״וסברת ראוי הוא, שבעיקר אין שעבוד חל על נכסים שנפלו לו לאחר מותו, דאפי׳ כתב לו דאקני, וננקוט דאדם משעבד דאקני, לא עדיף שעבוד לדידן מקנין לרבי מאיר, ומודה ר״מ בנכסים

שנפלו לו לאחר מיתה, ואפי׳ נפלו לו כשהוא גוסס, שאין הקנין חל, וכדאמר קכז,א, והכי נמי בשעבוד לדידן אפי׳ גשנפלו כשהוא גוסס, אין השעבוד חל. אלא שיש מקום לחייב היורשים לשלם חוב מורישם אף שאין הנכסים משועבדים, כיון דמיד מורישם מגיע להם הממון, ומורישם חייב לאחרים, רמיא עלייהו מצוה וחובה לשלם חוב מורישם ... ובזה היה מקום לחייב היורשין אף במת הבן ואח״כ מת האב, דסוף סוף יש כאן כח האב בקבר. ולזה אמרינן כיון דהאב לא היה לו קנין בנכסים בפועל, אע״ג דיש לו כח ירושה בקבר שמנחילו לבנו, אין כח זה מטיל חובה על בנו לשלם חובו, והיינו ממש כעין טעם מכח אבוה דאבא קאתינא. ור״ל, שקנין הנכסים בפועל עוברים מהזקן לבן בנו״. ולכאורה הן הן הדברים. דראוי הוא טעם של חסרון שעבוד, כמו במטלטלין, משא״כ במכח אבוה דאבא קאתינא, יש כאן טענה מהותית, שלאב לא היה שייכות כלל בנכסים.

[ועיין בקבוץ שעורים (ב״ב שלה) שהביא את מחלוקת הראשונים אם בע״ח גובה מראוי, דדעת רבינו יונה להוכיח מהסוגיא בב״ב קכה,ב דבע״ח גובה בראוי, והרמב״ן בסוף הלכות בכורות (עיין גם ברמב״ן ב״ב קכה,ב) ס״ל דאינו נוטל בראוי. ומחלוקתם היא ביסוד הגדרת דין ״משמוש״. דעת הרמב״ן דכשהירושה ממשמשת ובאה, הרי יש לראות את הנכסים כמוחזקים למת, והאחר זכה בכוחו, והיה צריך להיות הדין שבע״ח יגבה מנכסים אלו. ומה שלא גובה, מפני שיכול לומר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא, ולכן הנכסים הם ראוי, ואין בע״ח גובה בראוי. ואם הנכסים נחשבים כמוחזק לאב, מדוע בכור אינו נוטל פי שנים בנכסים אלו. י״ל, דכיון דחלק בכורה מתנה קריא רחמנא, צריך שיהיה חלק זה ראוי שיתן האב במתנה, כדי שדין בכורה יחול על הנכסים, וכיון שלא יכל לתת מתנה נכסים ראויים, אין זה בגדר ״מתנה״ שהבכור יטול פי שנים. ודעת רבינו יונה דבמשמוש הנכד יורש את הסבא ולא את האבא, ומה שבע״ח של האבא גובה מראוי, דאף שאינו מוחזק לאבא; ״דראוי לו מיהא הוי, היינו כיון דמצד הדין ראויין הנכסים להיות שלו, אלא שאין בו כח לזכות בהן בפועל, והעיכוב הוא מצד המציאות ולא מצד הדין, בהכי סגי שיגבה בע״ח מהן אי בעל חוב נוטל כראוי״. והקשה הגרא״ו, איך השתעבדו הנכסים האלה, שיגבה הבע״ח, והרי לאחר מיתתו ודאי גובה רק מטעם שעבוד נכסים. ותירץ, שתשלום חובותיו הם צורך המת, ולצורך המת גובים מנכסיו, אף הראויים, והשתעבדו לדברים שהם לצרכו: ״כיון דצורך המת הוא לפרוע חובותיו, והנכסים ראויין להיות שלו, אלא שאי אפשר מפני דמת לאו בר זכיה הוא. אבל דבר זה אפשר שישתעבדו לצורכו. וכעין זה בנימוק״י פרק כיצד הרגל, בזורק חץ ומת והחץ שבר כלי לאחר מיתתו, גובין מנכסיו והשיעבוד חל לאחר מיתתו, אף דעכשיו הנכסים אינן שלו אלא של יורשין״. ועיי״ש מש״כ שם בס״ק שאח״ז.]

ועיין בתומים קד,יד, שהביא מדברי הרמב"ן (ב"ב קכה,ב ד"ה זה כתבתי), דאף אם החסרון בראוי שאינו משתעבד כמטלטלין (וציין לרמב"ן ב"ב קכה,ב ד"ה ומה שכתבתי), אף לאחר תקנת הגאונים שגובים ממטלטלין דיתומים, מראוי לא יגבו, שהרי כל טעם תקנת הגאונים, משום שעכשיו רוב עסקינו במטלטלין, א"כ אין טעם זה שייך לגבי ראוי בירושת אביו לאחר מותו, דאין זה שכיח, ולא על זה סמך הבע"ח וכתובת אשה, ורק מילוה שהוא שכיח, בזה סמכא דעתיה דמלוה ותיקנו הגאונים, משא"כ בראוי כמו ירושת מורישו, ושהוא ימות לפני מורישו, אין זה שכיח, ולא סמכא דעתיה.

והנה המחבר חו"מ קד,טז פסק: "לוה שאין לו ממה לפרוע, ונפל הבית עליו ועל מורישיו, ובני הלוה אומרים אבינו מת ראשון וירש את מורישו בקבר והורישו לנו, ואין לבעל חוב ליטול כלום ממנו, (הגהת הרמ"א: הרי אין בעל חוב נוטל בראוי), והמלוה אומר המוריש מת ראשון, ונמצא שזכה הלוה בנכסים מחיים ובעל חוב גובה מהיורשים, הדין עם היורשים". ועיין בשו"ע חו"מ רפ,יב, שהוא כפול ממש"כ בסי' קד,טז, ושם לא הגיה הרמ"א בטענת היורשים, שאין בע"ח נוטל בראוי. ומה שהגיה הרמ"א כאן בטענת היורשים, שאין בע"ח נוטל בראוי, כתב הסמ"ע שם ס"ק לו, שהרמ"א פסק דלא כרא"ש מלוניל, ונפק"מ שגם אם כתב לו המלוה דאקני, כיון שהיה ראוי ולא בא ליד הלוה, אין בע"ח גובה מהם, שאין בע"ח גובה מראוי, וכן הדין לענין שכר פעולה של הלוה שלא בא לידו.

והש"ך שם קד,כא הביא מה שהסתפקו האחרונים אם בע"ח גובה מראוי, או שהטעם במשנה הוא כדאיתא בגמ', מכח אבוה דאבא קאתינא, והביא שאף הרמ"א עצמו בתש' (סי' ג) הסתפק בזה, ורק כתב לפי דברי המחבר, שטוענים היורשים שירש אביהם את מורישו בקבר, וא"כ טענתם אינה מכח אבוה דאבא קאתינא, ולכן כתב והסביר דברי המחבר שטוענים שאינו גובה מראוי. והביא דמהרש"ל בתש' (סי' מט), מהר"מ מלובלין (סי' יד) והראנ"ח (סי' ק וסי' קסו) הסתפקו ולא הכריעו. אולם דעת הש"ך: "ואי לאו דמסתפינא הייתי מכריע דבעל חוב נוטל בראוי", כיון דשבח הוי ראוי, ונלמד מקרא דכל אשר ימצא לו, כמו ראוי, וקי"ל דבע"ח גובה השבח. ואף שיש לדחות ולחלק בין שבח לראוי, מה לנו להמציא סברות קלושות לחלק. ולכן כל מה שלא גובה בע"ח הוא רק מטעם מכח אבוה דאבא קאתינא. ובתומים קד,יד האריך להוכיח שבע"ח אינו גובה מראוי, עיי"ש. ועיין קצוה"ח קד,טו (הוזכר לעיל), שצריך לשני הטעמים של מכח אבוה דאבא וגם לטעם ראוי, שלא יוכל בע"ח לגבות חוב אביהם, דאף דהוי ראוי, מ"מ יש עליו מצוה לפרוע חוב אביו (עיין לעיל), ולכן הוצרך לטעם של מכח אבוה דאבא קאתינא, שאין עליו מצוה לפרוע אף בראוי.

ולדבריו הסכים הנתיבות קד,ט, עיי״ש. ובבית מאיר (אהע״ז קיג,ב) האריך להוכיח דהוי ספיקא דדינא, ונפק״מ דמהני תפיסה. (ועל יסוד דברי קצוה״ח דאף בנשבע לתת לחבירו, ומת המקבל קודם שבא לידו, דהוי כמכירי כהונה שבכור נוטל פי שנים, עיין בקהילות יעקב ב״ב סי׳ לח משׁ״כ בזה).

נפק״מ נוספת אם מטעם ראוי או מטעם אבוה דאבא קאתינא, באופן שנפלו לו נכסים לאחר מותו מאבי אמו, ואחיו מן האב (שאינם מן האם) יורשים את נחלתו, ובא בע״ח של המת ורוצה לגבות מנכסים אלו, דאם מטעם ראוי, אינו יכול לגבות. אולם אחיו מן האב אינם יכולים לטעון מכח אבוה דאבא קאתינא, שהרי הם אינם יורשים סבו מאמו. כן כתב בהג״א ב״ב ט,לח. ועיין בתומים קד,יד שנשאר בצ״ע, שאם מת קודם שמת אבי אמו, הרי אין אחיו מן האב יורשים אותו כלל. ועיי״ש משׁ״כ בישוב דברי הג״א.

**לאמור לעיל, אין הגמ״ח יכול לגבות מהנכסים שנפלו ליתומים ירושה מסבם, הן מצד הטעם שאין החוב על ג דרכים הנז׳ בגמ׳, וטעם זה שייך אף לענין נכסים שירשו מאביהם, והן בטעם מכח אבוה דאבא קאתינא, והן לחלק מהפוסקים גם מטעם ראוי. ואף אם בטעם זה של ראוי בלבד היה הדין תלוי, אם בע״ח נוטל בראוי, יכלו לומר קים לי כדעת הראשונים שבע״ח אינו נוטל בראוי, אבל אין צריך לטעם זה, ומהטעמים האחרים ג״כ אין הגמ״ח יכול לגבות מנכסי הסבא.**

# סימן טז

## חלון מול חלון ודלת מול דלת, בבנין משותף

### ראשי פרקים

**א.** חזקה בחלון מול חלון

**ב.** איסור בהיזק ראיה

נשאלתי, בשכונה המוקמת ונבנית לציבור שומרי תו״מ, נבנים מספר בנינים שהם זהים בתוכניתם, כך שלמעשה חלונות בנין האחד, הם מול חלונות הבנין האחר. וכן התכנון בחדרי המדרגות שדלתות הכניסה ממוקמות האחת מול השניה.

## א. חזקה בחלון מול חלון

תנן ב״ב נט,ב: לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין. ובגמ׳ שם דלא יפתח לא לחצר השותפים ולא לחצר חבירו, לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא לחצר חברו דלא, אבל לחצר השותפין דא״ל סוף סוף הא קא בעית אצטנועי מינאי בחצר, קא משמע לן דאמר ליה, עד האידנא בחצר הוה בעינא אצטנועי מינך, השתא אפי׳ בבית נמי בעינא אצטנועי מינך. ובמשנה ס,א: לא יפתח אדם לחצר השותפין פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון. ובגמ׳ שם יליף לה מבלעם, א״ר יוחנן דאמר קרא, וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שוכן לשבטיו. מה ראה, ראה שאין פתחי אהליהם מכוונין זה לזה, אמר ראוין הללו שתשרה עליהם שכינה. וברשב״ם במשנה מבואר דלא מהני חזקה בפתח מול פתח ובחלון מול חלון: ״לא יפתח אדם לחצר השותפין - אפילו היכא דיש לו חזקה״. והטעם לכאורה, דכיון דיש בזה היזק ראיה, לא מהני חזקה. ועיין בגר״א חו״מ קנד,כא (וכן נראה מהב״ח קנד,ה) דסברת הרשב״ם, דבלא חזקה לא מהני לפתוח לחצר השותפים, וע״כ בהכרח המשנה מיירי ביש חזקה.

והרמ״ה בפירוש לב״ב (פ״ג אות רפ) לאחר שהביא את ראית הגמ׳ מדברי בלעם, כתב הרמ״ה דמוכח מראית הגמ׳ שיש בזה איסור משום ״צניעותא דנשי״, דאם נאמר שרק דין יש כאן ולא איסור, אף אם פתחיהם היו מכוונים היתה השכינה צריכה לשרות עליהם, שמא מחלו זל״ז. אלא מוכח שלא מועילה מחילה. ועוד הוסיף הרמ״ה דדין זה דוקא בפתח כנגד פתח, או גגות העשויות לדירה או חצר שיש בה דין חלוקה; ״אבל גבי חלון דאיפשר ליה לאשתמושי ולא ליסתכל ברשותא דחבריה, אע״ג דלכתחילה יכול למחות, אי אחזיק ביה קיימא ליה חזקה״. ואף שהפסוק מיירי

כדברירנא בפירקין ובפרק השותפין. ואע״ג שהראיה מדברי בלעם מתיחסת גם לחלון מול חלון, ודין אחד להם; ״הני מילי לכתחילה דומיא דמתני׳ דמייתינן לה עילויה דמיירי לכתחילה, אבל לענין חזקה הא כדאיתא והא כדאיתא״. והקשה הרמ״ה, שאם יש בזה איסור ולא מועילה מחילה (בפתח מול פתח); ״כי מירצו תרוייהו בהכי נמי אנן היכי שבקינן להו. שאני הכא דהרחקה יתירא הוא, משום דלא איפשר להו לאשתמושי תרוייהו בההוא דוכתא דמטי ליה היזק ראיה דרך צניעות, מיהו כיון דאיפשר דמסליק כל חד מינייהו תשמישיה מההוא דוכתא בעידנא דמשתמש ביה חבריה, ואניס נפשיה דלא לאהדורי אפיה להדי ההוא דוכתא דמטי ליה היזק ראיה. אי נמי דלא לשתמיש חד מינייהו אלא בההוא דוכתא [דלא] )אתי מיניה היזק ראיה ולא בההוא דוכתא דמטי ליה היזק ראיה. ליכא מדינא לעכובי עליהו דיכלי למימר אנן מזדהרינן בנפשין דלא לאשתמושי אלא דרך צניעות. ועוד דלאו כל הרחקה יתירא כיפי עלה בי דינא, אלא מידי דברירא מילתא דאתי בה לידי הרגל עבירה״. מבואר מהרמ״ה דבחלון מהני חזקה, כיון שאפשר להשתמש בלא להביט ברשות חבירו, ואף שיכול השכן למחות, מהני חזקה. ובדלת מול דלת דלא מהני חזקה, אף שזה איסור ולא מועילה מחילה, אין בית דין כופין על כך, כיון שיכול כ״א להשתמש באופן שחבירו לא יראה בשעה שמשתמש חבירו, וכיון שהוא הרחקה יתירה, בית דין אינו כופה על רצון הצדדים להשתמש באופן זה. ולפ״ז האידנא שיש דלתות שסגורות בדר״כ לרשות המשותפת, וכן מה שיכול לראות מהרשות המשותפת הוא קטע קטן בבית, כך שאין היזק ראיה בדלת מול דלת, אין בי״ד כופין ומתערבים בהסכמת הצדדים.

[והנה מש״כ דדברי הרמ״ה שאין מתערבים בי״ד ומהני ריצוי הצדדים, נראה שהכונה לענין פתח נגד פתח, וכמשמעות דברי רמ״ה, דבחלון האיסור הוא רק לכתחילה, וא״כ לא קשה קושית הרמ״ה דמה מהני הריצוי, דכיון שכל האיסור הוא לכתחילה, ודאי שיועיל ריצוי, ורק בפתח מול פתח שלא מהני חזקה, הקשה איך מועיל ריצוי הצדדים. כך נראה לכאורה. אולם אח״כ מצאתי בדברי החזו״א ב״ב יב,ד סד״ה ובסמ״ע, דהרמ״ה מיירי בחלון מול חלון, אבל בפתח מול פתח לא מהני מחילה, שרק בחלון שהוא לכתחילה, אין לכופו לסתום. רק החזו״א הוסיף שאם היתה הסכמה מפורשת של השני, אין החיוב לסתום מונח רק לפתחו של הראשון, אלא יעשו גורל, וכן יחלקו בהוצאות, עיי״ש ועיין להלן בדברי האחרונים.]

ובזה יש לישב לכאורה מה שנוהגים העולם בפתיחת דלת מול דלת וחלון מול חלון, דלענין חלון ודלת כיון שכל הדיירים הסכימו וקנו על דעת כן, וכיון שכ״א יכול לעשות תשמיש צנוע בסגירת דלת או חלון, או כפי שנהוג היום גם לעשות וילונות לחלונות כשיש חשש לראיה ממקום אחר, כיון שהסכימו לכך, אין בי״ד מתערב

בהסכמתם. ועצם קניית הדירה כשיודע שכך בונים באזור, יש לראות בזה הסכמה לאופי הבניה.

והב"י בחו"מ סי' קנד פסק כדברי הרמ"ה ולא כרשב"ם. הב"י הביא את ב הדעות:
"וכתב הרמ"ה (סי' רפ) דאפילו חזקה וכו', מדברי רשב"ם נראה דחזקה לא מהניא בין בפתח בין בחלון שכתב (ס,א) לא יפתח לחצר השותפין אפילו היכא דיש לו חזקה עד כאן. וטעמא דאע"פ שהחזיק יכול למחות, משום דהיזק ראייה אין לו חזקה. [בדק הבית] ובסימן זה (סי"ז) אכתוב דהלכה כדברי האומרים דיש חזקה להיזק ראיה כל שידע הניזק ושתק". הרי שפסק כדעת הרמ"ה, אך לא מטעמיה, אלא מטעם שיש חזקה להיזק ראיה.

ובשו"ע חו"מ קנד,ג פסק: "לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו, ואפילו אחד מהשותפים בחצר שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר, מעכב עליו שותפו מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח, יסתום. ואם נתנו לו השותפים בחצר רשות לפתוח חלון או פתח, רשאי, והוא שלא יפתח פתח כנגד פתח או חלון כנגד חלון". ולכאורה משמע דלא מהני הסכמה לפתח מול פתח או לחלון מול חלון, וכן לא הזכיר לענין חזקה. ואפשר דהמחבר מיירי ברשות סתם ולא ברשות להדיא לחלון מול חלון, שאם נתנו לו להדיא רשות לדלת מול דלת או חלון מול חלון, מהני רשותם והסכמתם. וברמ"א הוסיף: "ובפתח כנגד פתח לא מהני חזקה. והוא הדין בחלון נגד חלון. וי"א בחלון נגד חלון מהני". וכל זה לענין חזקה ולא לענין הסכמה מפורשת.

והב"ח (חו"מ קנד,ה) כתב בבאור מחלוקת הרשב"ם והרמ"ה, דהרשב"ם מיירי בהיה לו בית שהיה בו פתח מול פתח וחלון מול חלון, והחזיק בבית בצורה זו ג שנים, ויש לו חזקה, ונפל הבית ובא לבנותו כמתכונתו הקודמת, וע"ז כתב הרשב"ם, דאף שהיתה לו חזקה בבית הקודם, לא יבנה את הבית מחדש באופן הנ"ל, ואף שחזקתו הקודמת בהיתר ולא באיסור. וכ"ז לרשב"ם דבעינן חזקת ג שנים להיזק זה. ומש"כ הרמ"ה דלא מהני חזקה בפתח מול פתח, מיירי באופן שהחזיק באיסור, דלרמ"ה מהני חזקה לאלתר, ועשה פתח מול פתח ולא מיחה חבירו, והחזיק באיסור, לא מהני החזקה. וסובר הרמ"ה דחזקה לא מהני כיון שבאיסור עשאו, שהרי בתחילת עשייתו לא ידע שישתוק חבירו וימחול לו, וכיון שבאיסור עשאו ואיכא קפידא טובא, לא מהני חזקה, משא"כ בחלון דלא הוי כל כך קפידא, מהני חזקה; "והדבר ברור שבפירוש רשב"ם לא איירי בחזקה זו שעשאה באיסור כל עיקר אלא בחזקה שהחזיק כבר, והרמ"ה לא איירי בחזקה שהחזיק כבר בפתח וחלון זה, אלא בחזקה שעשאה באיסור. והב"י מ"כ הבין דהרמ"ה מדבר בחזקה דקאמר רשב"ם ופליגי בפתח חלון כנגד חלון, ולא דק. ומתוך מש"כ התבאר דדוקא להרמ"ה דהחזקה היא לאלתר, דכיון דשתיק

מחיל, הלכך לא הויא חזקה אלא בדליכא קפידא, אבל לפי רשב״ם היכא דעבר ועשה פתח כנגד פתח והחזיק כך ג שנים ובטענה, הויא חזקה למאן דאית ליה חזקה, אפילו היכא דאיכא היזק ראיה״. ומבואר דאף לרשב״ם מ״מ מהני חזקה ג שנים היכא שהחזיק כבר, אם טוען שהסכים חבירו ומחל.

והב״ח הוסיף דכל זה דלא כפירוש הסמ״ע (קנד,י). הסמ״ע שם כתב דלרשב״ם כיון שעשאו והחזיק באיסור, אפי׳ יש עדים שמחל לו או שנתן לו שטר וקנין על זה, לא מהני כיון דיש איסור בדבר. ולדעת הרמ״ה, בחלון כנגד חלון מהני מחילה, דלדעת הרשב״ם אין זה איסור בבין אדם למקום גרידא אלא מחמת קפידת השכן, שכשיש קפידא, יש איסור. ולכן בחלון מול חלון דלא רגילים להקפיד כ״כ מהני חזקה, ואף בפתח מול פתח שיש רגילות להקפיד, מועילה מחילה גמורה או שטר וקנין, דלא עדיפי מקוטרא ובית הכסא. ויוצא דנחלקו הסמ״ע והב״ח אם לרשב״ם מהני מחילה מפורשת בפתח מול פתח.

ומהנתיבות קנד,ה נראה דמהני מחילה מפורשת או מחילה או מכירה בשטר או בקנין, ורק חזקה דג׳ שנים לא מהני, דכל ענין החזקה הינה רק ראיה שמחל סתם בשתיקה, שהסכים לסבול, אך יכול לטעון אח״כ סברתי שאני יכול לסבול וכעת איני יכול לסבול. והביא הנתיבות ראיה מהרמב״ן (ב״ב נט,א) בטעם שאין חזקה בחלון, דכל נזק שהוא נזק בגוף אין לו חזקה, ולא אמרו חזקה אלא בנזקי ממון, כמו אמת המים וסיד וסלעים והשנויין עמהם, שאין נזקן אלא בכותלו של חברו, אדם מוחל על כותלו אפילו יפיל אותו ממש, משא״כ בנזקי הגוף, והוא הדין וכל שכן בהיזק ראיה, דנזקי אדם באדם הוא, אי משום עין רעה אי משום לישנא בישא אי משום צניעותא, ואפי׳ מחל הניזק, כיון דודאי אסור הוא למזיק להזיקו בראיה ולהסתכל בו לדעת, ואין אדם יכול ליזהר בכך לעמוד כל היום בעצימת עינים, מחייבים לסתום החלון, ויכול השכן לומר סבור הייתי לקבל ועכשיו איני יכול לקבל. ומדברי רמב״ן אלו לומד הנתיבות דלא מהני מחילה בשתיקה; ״דאין מחזקת ג שנים ראיה דמחל בפירוש, רק שסבל ושתק, ויכול לומר עד עתה סברתי שאוכל לסבול ועתה איני יכול לסבול, וכמבואר שם בנ״י, א״כ הכי נמי אין מחזקת ג שנים ראיה שמכר רק שמחל, ויכול לטעון סברתי שאוכל לקבל ואיני יכול״. ולפ״ז אם מחל להדיא בשטר או בקנין, ולא רק חזקה שמחל מכח שתיקה, מהני אף בחלון ובפתח.

והוזכרו לעיל דברי הרמב״ן, דאין חזקה בהיזק זה מטעם שיכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל, וכעת איני יכול לקבל. והרמב״ן הביא ירושלמי שאין חזקה להיזק ראיה: ״הפותח חלון בחצר חברו במעמד חברו, יכול לומר לו יגעת ופתחת בשמאל, יגע וסתום בימין. הגע עצמך שהיה שם, יכול למימר בעינא הוינא תלעי.

הגע עצמך שהיה מושיט לי צרורות, יכיל למימר מגחך הוינא באהין גברא. ושמעת מינה שאין להם חזקה, שאלו היה חזקה להיזק ראיה לעולם כיון שהוא פותח במעמד חברו והוא מושיט לו צרורות, מיד נתקיימה חזקתו, כדאמרינן (לה,ב) אי דלי צנא דפירי לאלתר הוי חזקה וכו׳. ואמרינן נמי (מא,א) והא אית לי סהדי דאתא וסייע בגודא בהדאי, וכיון שלא נתקיימה חזקה בכך, לא מקיימא ליה חזקה לעולם היכא שיש שם היזק ראיה״. מבואר מהירושלמי דאין חזקה להיזק ראיה, ואף בחלון מול חלון. וכן למד הר״י מקרקשתא (ב״ב נט,א) מדברי הירושלמי).

גם בנימוק״י (ב״ב לב,ב מעמוה״ר) הסיק מדברי הירושלמי דלא מהני חזקה להיזק ראיה דפתח מול פתח או חלון מול חלון. הנימוק״י למד מהירושלמי דבחצר אף בשנתן לו רשות, אסור לו לפתוח חלון באופן שיכול חבירו לראות ולהזיק בראייתו; ״דיכול לומר סבור הייתי לקבל, ועכשיו אינו יכול לקבל. אלמא דלהיזק ראיה דחלון לא מהני שום ראיה״. ואף שבקוטרא ובית הכסא מהני מחילה מפורשת, בחלון לא מהני כל ראיה, דכיון דהמזיק עצמו לא יכול להיות בטוח בעצמו שלא יציץ, מתוך שתשמישו תדיר, אין מניחין אותו לחטוא, דהיזק ראיה איסורא הוא. ולפ״ז לא מהני לכאורה כל הסכמה במקום שיש היזק ראיה, כמו בחלון מול חלון.

והריטב״א בסוגיא (ב״ב נט,ב) הביא את הירושלמי, וכתב דאינה ראיה, דודאי היכא שסייעו לבנות בתוך חצירו, כעובדא דרב ענן (ב״ב מא,א), דבכגון זה לא היה חבירו שותק כדי לצחק בו אלא אודויי אודי ליה, אבל גבי חלון כנידון הירושלמי, שזה עושה בתוך שלו, ואין חבירו מסייעו בעלות החלון (דלא כבעובדא דרב ענן שצריך לשלם מחצה, כדין מחיצת השותפים) ועדיין אינו מזיקו, יכול לומר מצחק הייתי בך. אך הוסיף הריטב״א; ״ומ״מ עיקר הדין נראה לי אמת״. והיינו כדעת הרי״ף דאין חזקה להיזק ראיה, ולא מהני מה שסייעו, וכמש״כ בירושלמי.

ואף דהירושלמי מירי במחילה בדרך של סיוע, שהיא מחילה מכלל התנהגותו, ולכאורה אינה מחילה באותה דרגה של מחילה מפורשת, ומדוע לא נאמר דמהני מחילה מפורשת, ובודאי אם סילק זכותו בשטר או בקנין. וצ״ל דכיון דיכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל וכעת איני יכול לקבל, שהוא נזק גדול שאין דרך למחול עליו, ממילא גם במחילה מפורשת יכול לומר כן. כך נמצא בדברי החזו״א (ב״ב יא,ו ד״ה והרמב״ן), דבכל חזקת חלון דמהני חזקה, היינו דוקא בדליכא היזק ראיה.

ומ״מ לשיטת הרמ״ה נראה דמהני חזקה האידנא בפתח נגד פתח ובחלון נגד חלון, דהאידנא גם בפתח מול פתח לא נפיש היזקא, כיון שיש לפתח דלת שסגורה תדיר, וגם לחבירו יש דלת הסגורה תדיר, וספק אם יוכל לראות מדלת חבירו לתוך בית חבירו, וכיון שלא נפיש היזקא, יש בכגון זה חזקה ומהני מחילה אף מכללא

וכמש״כ לעיל. רק השאלה אם לכתחילה מותר לעשות האידנא כן, אף אם בי״ד אינם מוחים בהם.

## ב. איסור בהיזק ראיה

לעיל התבאר גם בדברי הרמ״ה באיסור של היזק ראיה, דמראית הגמ׳ מדברי בלעם; ״שמעינן דבהא איסורא נמי איכא משום צניעותא דנשי... דאי ס״ד לענין דינא בלחוד קאמרינן, מאי ראויין הללו שתשרה עליהן שכינה ... ואי טעמא דדינא ותו לא, כי מכוונין נמי אמאי אין ראויין, דילמא ממחל הוא דמחלי גבי הדדי. אטו מאן דמחיל היזיקיה גבי חבריה גריעותא היא, אלא משום דלאו מידי דמשתריא במחילה הוא״. וכן מבואר בנימוק״י (לב,ב מעמוה״ר הנ״ל): ״דכיון דאי אפשר לו לעמוד בעצמו שלא יציץ מתוך שתשמישו תדיר, אין מניחין אותו לחטוא, דהיזק ראיה איסורא הוא״.

ומצאתי בחקרי לב (חחו״מ ח״א סי׳ צח) שמחדש דכל האיסור לפתוח חלון מול חלון ודלת מול דלת, הנסמך מדברי בלעם, הוא דוקא כשיכול לראות אותו בדברים שבצינעא, אבל בלאו הכי אין איסור. ובזה אתי שפיר המנהג לפתוח דלת מול דלת וחלון מול חלון, במקום שלא שייך שיסתכל בדברים שבצנעא. וז״ל החקרי לב:

> ״ואמינא לה במה שנ״ל, שעיקר דין היזק ראיה הוא דע״י פתיחת החלון לבית חברו או לחצר חברו, יסתכל באשת חבירו או יראה בדברים שבצנעה שאדם עושה עם אשתו, דעביד ולאו אדעתיה. שהרי בב״ב ס,א שנינו ... ומפיק לה מדכתיב וירא את ישראל שוכן לשבטיו ... ובמדרש ילדנו, הובא בילקוט (פר׳ בלק): אמרו שלא ישראל שרוצים בעריות, ובשעה שירדו למצרים היו צנועים כ״א בתוך אהלו, דכתיב: איש וביתו באו. לא ראובן היה מביט באשתו של שמעון, ולא שמעון באשתו של ראובן, אלא כ״א באהלו. ואפי׳ שהיו ישראל ס ריבוא במדבר, כך היו צנועים ולא היה אחד פותח פתחו נגד פתחו של חבירו, כיון שראה בלעם כך התחיל משבחם, מה טובו אהליך יעקב. הנה מבואר דעיקר הדין היזק ראיה, משום צניעות נשים נגעו בה.״

והביא החקרי לב ראיות לדבריו, מהרמ״ה ס,א שכתב דבהאי איסורא יש משום צניעות נשים. וגם בריש ב״ב (ב,ב) בהיזקא דבית שאני, פירש רש״י: ״שאדם עושה בביתו דברי הצנע״. (ומה שהביא ראיה מתש׳ הרשב״א ח״ג סי׳ קס, בראובן יש לו גן בביתו, ופעמים הנשים עושות שם מלאכתן, וכן אוכלין שם בקיץ לרוח היום, ויש לשכנים חלונות פתוחות על אותו הגן זה ימים רבים, שאין לבעל החלונות חזקה, לכאורה אין משם ראיה שזה מטעם צניעותא, די״ל דכך הוה עובדא, אבל אה״נ, גם בלא טעם זה יש איסור להיזק ראיה בענינים אחרים ואין חזקה). וכתב החק״ל, דאף

למש״כ הרמב״ן בב״ב נט,ב דטעם היזק ראיה הוא משום עין הרע או משום צניעות, י״ל דהעיקר משום צניעות, ואגב זה חששו לעין הרע. ולפ״ז כשפותח דלת מול דלת באופן שאין חשש לצניעות, אין בזה איסור. ואף בחלון מול חלון, לשיטות דלא מהני חזקה, האידנא שאפשר לסגור החלונות באופן שלא יראה השכן, ובפרט שיש תריסים וכד׳, לכאורה אין בזה איסור. ובכל אופן בזה יש לישב מנהג העולם.

עוד ראיתי בהפלאה בפנים יפות (במדבר כד,ב) שכתב לפרש שענין זה שלא יהיו פתחיהם מכוונים, כדי להסיר מהם את הקנאה והתאוה: ״ואחז״ל (ב״ב ס א) ראה שאין פתחיהן מכוונים זה כנגד זה ואמר ראויין הן לברכה, ענינו, כי קללת אדם הראשון היה ע״י הקנאה והתאוה והכבוד, כמ״ש (אבות ד,כא) הקנאה והתאוה והכבוד מוציאין את האדם מן העולם, ומה שלא כוונו פתחיהן זה כנגד זה הוא להסיר מהם הקנאה איש מרעהו, ושלא יתאוה בשל רעהו, ושלא יתגאה איש על רעהו״. הרי שצריך להסיר כל הענינים המביאים לקנאה וכו׳, ובכללם שאין פתחי אהליהם מכוונים זל״ז.

שוב ראיתי בפתחי חושן לגרי״י בלוי זצ״ל, נזיקין יד (ג), שבזמנינו שיש פרוזדור לפני הפתח, ושם אין תשמישים צנועים, שוב אין דינו כפתח מול פתח. וציין לתש׳ משכנות ישראל, לגר״י גרוסמן זצ״ל, סו״ס לד. ושם תמה מדוע כשמתכננים שכון חרדי, לא שמים לב לאיסור זה לפתוח פתח מול פתח וחלון מול חלון. ולמש״כ לעיל י״ל דלא שייך ענין צניעות בפתח מול פתח, וכמש״כ לעיל. וכאמור, אין בזה לקבוע את ההלכה להתיר, אלא לישב מנהג העולם מדוע לא נהגו להקפיד בזה.

# סימן יז

## חלוקת דירה

### ראשי פרקים

**א.** הוצאות החלוקה

**ב.** קנין דברים

לראובן דירה של ארבעה חדרים בקומה אחרונה. על הגג בנה עוד שלשה חדרים, עם כניסה נפרדת מהגג. אצל רשם המקרקעין רשומה הדירה התחתונה עם העליונה, כדירה אחת. שמעון רכש מראובן את הדירה שעל הגג, כאשר בהתאם לשמאות שקיבלו, נרשמה כל הדירה, העליונה והתחתונה, בבעלות ראובן ושמעון, לראובן 60% ושמעון 40%. ראובן התחייב בהסכם לפעול לחלוקת הדירה לשתי דירות באופן רשמי, כך שברשויות (רשם מקרקעין, עיריה וכו') כ"א יהיה בשלו, ראובן בדירה התחתונה ושמעון בעליונה, כפי שעשו במקום דירות אחרות.

כשהחל ראובן לפעול לחלוקת הדירות, התברר לו כי קיימת עלות של אלפי שקלים (אגרות, מסים, שכ"ט של עו"ד), וכשבקש משמעון את העלות, טען שמעון כי העלות חייבת להיות של ראובן. ראובן טען כי הדירה בגג נמכרה מלכתחילה במחיר מוזל יותר מערכה, אילו היתה זו דירה רשומה בפני עצמה בטאבו (בכ 15% פחות ממחיר השוק). שמעון טוען כי ברור היה שזה מתפקידו של ראובן לפעול לחלוקת הדירה, וכי העלויות תהיינה עליו, שאל"כ היה צריך לכתוב בחוזה מכר שהעלות לחלוקת הדירה תהיה על הקונה. ראובן העלה טענה נוספת, שבעצם אינו חייב לפעול לחלוקת הדירה, כיון שכל ענין זה של חלוקה בין השותפים, הוא קנין דברים ואינו מחייב. (יצוין כי הנידון הוא רק על הוצאות הרישום כשתי דירות נפרדות, ולא הוצאות כגון היטל השבחה ומיסים, דזה ודאי על הבעלים הקודמים שהשביחו דירתם, ויצוין כי היטלים אלה על השבחת הנכס, כבר שולמו ע"י המוכר, ונדו"ד הוא רק על הוצאות הפרדת הרישום אצל רשם המקרקעין והעיריה).

### א. הוצאות החלוקה

לענין חיוב ההוצאות, כיון שבחוזה המכר לא נזכר מי ישא בהוצאות החלוקה, ויש פנים לכאן ולכאן ואין בזה מנהג ברור אלא הכל כפי שסיכמו, לענ"ד כעת שהדירה נמצאת בשותפות של שניהם, ושניהם מפרידים את השותפות בדירה וחולקים את הדירה, הרי שככל הוצאות השותפות, יחלקו שניהם לפי אחוזי השותפות. ואין

הדבר דומה לדין חצר שיש בה כדי חלוקה, שלאחד חלק יותר גדול מהשני, שחיוב הוצאות בניית הכותל בשוה על שניהם, כמש״פ בשו״ע חו״מ קנז,ג. דשם חיוב התשלום אינו מכח חלוקת השותפות הקיימת אלא מהשותפות החדשה בכותל, שנבנה על מקום שניהם ושניהם יכולים להשתמש בכותל, וכיון שההוצאה אינה מכח השותפות בחצר, חולקים בשוה, משא״כ בנדו״ד שההוצאה הינה מכח השותפות הקיימת, ולא נוצרה כאן שותפות חדשה בכותל, ע״כ ההוצאה ישאו כ״א לפי חלקו. ודין זה נמצאנו למדים מדברי הרמ״ה (ריש ב״ב), וז״ל:

״ולא תימא הני מילי היכא דשוו חולקי להדדי, אלא אפילו היכא דלא שוו חולקי להדדי, כגון בכור ופשוט שבאו לחלוק, תרווייהו כי יהבי, בין במקום הכותל בין בבנין, כהדדי יהבי. דהאי כותל כי מתעביד, לאו לאשבוחי לחולקיה דכל חד מינייהו מתעביד, כי היכי דתימא כל חד מינייהו לפום מאי דמטי ליה בחולקיה מהאי שבח הוא דיהיב, דהא לאו אשבוחי משבח, אלא מגרע קא גרע, דקא ממעיט בין באוירא בין בתשמישתא, כדאמרינן בגמ׳ בהדיא בריש פרקין. אלא כי מתעביד לסלוקי היזק ראיה מהדדי הוא דמתעביד, וכיון דתרווייהו בהאי הזיקא כהדדי נינהו, דתרווייהו מזקי אהדדי ומיחייבי כהדדי לסלוקי היזק ראיה מהדדי, דינא הוא דיהבי ביה כהדדי. ומתניתין נמי דיקא, דקא פסיק ותני בונין את הכותל באמצע, ולא קא פליג בין דשוו חולקי להדדי להיכא דלא שוו להדדי. וסיפא נמי דקתני לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם, בסתמא קאי דלא ידעינן היכי פלגי, דאי ידעינן מאי לפיכך, אלא לאו מסתמא דכיון דמעיקרא מצו למכפא אהדדי למהוי המקום והאבנים משל שניהם, השתא נמי דנפל מסתמא המקום והאבנים משל שניהם. ואי ס״ד מעיקרא כל חד מינייהו לפום חולקיה הוא דיהיב, כי נפל הכותל ולא ידיע חולקיה דכל חד וחד כמה הוי, מחמת דאישתני חולקיה דחד מינייהו, קא מטי ליה פסידא לבכור בין במקום בין באבנים, דיהיב תרי תילתי ולא קא מטי ליה השתא טפי מפלגא. ועוד, בר מכל דין ומכל דין, אפילו היכא דלא נפל הכותל ואתברר כמה יהיב ביה כל חד מינייהו, אי יהיב ביה בכור טפי מפשוט, אית ליה פסידא דקא יהיב ביה טפי ומשתמש ביה בהדיה בשוה. וכי תימא דמשתמש ביה פשוט תולתא ובכור תרי תולתי, מצי פשוט למימר אנא [שיעור] מאי דצריכנא [בעינא], דאי משתמישנא בציר ממאי דצריך לי, אית לי פסידא דמפיקנא דמי בתשמישתא דאי לא נמטי עבידתיה לא מתהני לי מיניה ולא מידי. וכי תימא לשתמש פשוט שיעור מאי דצריך ליה ובכור לשתמש על חד תרין מפשוט, אפשר דבכור נמי לא צריך לאשתמושי ביה טפי מפשוט ואית ליה פסידא דקא יהיב פי שנים בפשוט ומשתמש בהדיה בשוה. אלא ודאי ש״מ דמעיקרא כי

יהבי ביה כי הדדי יהבי. וכי תימא אם כן נמצא בכור נוטל במדת הקרקע יותר מפי שנים בפשוט. כיון דמעיקר חלוקה דמשתמודע ליה כל חד מינייהו לחולקיה פי שנים (בלחוד) הוא דקא שקיל, כי קא יהבי בהדדי בין במקום הכותל בין בבנין, לאו אנפא דשייך בעיקר חלוקה הוא, אלא כל חד מינייהו כפורע חובתו דמי, ומסתמא דמחייבי בה בהדדי הוא דקא יהבי, ומעיקרא כל חד מינייהו מאי דחזי ליה קא שקיל ותו לא מידי.״

ודברי הרמ״ה נפסקו בטור חו״מ סי׳ קנז, ובשו״ע חו״מ קנז,ג. מדברי הרמ״ה נמצאנו למדים דאם מדובר בהשקעה שהיא להשבחת הנכס, הרי כ״א משלם לפי חלקו, משא״כ בכותל שבין שתי חצירות, חיוב בנית הכותל אינו נובע מהשותפות בממון אלא חיוב הגוף של כ״א לסלק היזק ראיה, ממילא אינו שייך לחלק כ״א בחצר. וכן השימוש והבעלות על הכותל היא של שניהם, וממילא אינה נובעת מהשותפות בחצר אלא שותפות חדשה בכותל, שותפות שתתחלק בשימוש שוה, וממילא אינה שייכת לחלק של כל אחד ואחד בחצר. וזה הביאור במה שהאריך הרמ״ה בענין הזכות בגוף הכותל והשימוש בו, דאין כאן שותפות ישנה אלא שותפות חדשה בכותל, ואין לה שייכות לשותפות הקודמת בחצר, דהבעלות על הכותל וזכות השימוש, יהיו בשוה וללא כל קשר לחלק בבעלות החצר, דזו שותפות חדשה. ולפ״ז בנדו״ד שכ״א משביח חלקו במה שתרשם כל דירה בפני עצמה, ויוכל למכור הדירה שבבעלותו באופן חופשי ולפעול באופן חופשי ללא תלות בדעת השותף האחר, הרי כ״א משלם לפי חלקו.

וכדברי הרמ״ה נמצא בשטמ״ק (ב״ב ב,א, מגליון), אך לא כתב טעמא דמילתא אלא שכן מוכח שהחלוקה שוה ממילא ההוצאה שוה, וז״ל: ״ועוד יש לומר, דאתא לאשמועינן דלא נימא בונין באמצע דוקא כשיש להם חלקים שוים בחצר, והיינו דקאמר באמצע שהמחיצה היא באמצע החצר, אבל אם לאחד יש שליש בחצר ולאחר שני שלישים כל אחד יתן מן הקרקע והבנין כפי חלקו, להכי קתני זה נותן וזה נותן, לאשמועינן דאפילו שאינם שוים בשותפות החצר, זה נותן שלשה וזה נותן שלשה ... וקתני תו במתניתין לפיכך, כלומר הואיל ואינם נותנים לפי חשבון אלא לעולם בשוה, אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם, ולא אמרינן דמעלין לפי חשבון״.

והגר״א בחו״מ קנז,יג הביא ראיה מב״ב ד,ב, דתנן שם: המקיף את חבירו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית (שקנה ג שדות סביב שדה חבירו לשלשת מצריה וגדר את שלשתן, ונמצא שדהו של אמצעי זה מוקף משלש רוחותיו - רש״י), אין מחייבין אותו. רבי יוסי אומר, אם עמד וגדר את הרביעית, מגלגלין עליו את הכל. ובגמ׳ שם: אמר רב יהודה אמר שמואל, הלכה כר׳ יוסי דאמר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, ל״ש עמד ניקף ל״ש

עמד מקיף. איתמר, רב הונא אמר הכל לפי מה שגדר (בכל יציאות שהוציא בהן הראשון, יחזיר לו מחצה). חייא בר רב אמר, הכל לפי דמי קנים בזול. וכ״פ ברמב״ם שכנים ג,ג: ״מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו ... לפיכך אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר, מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות עד ארבע אמות, ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם״. וכ״פ המחבר בשו״ע חו״מ קנח,ו. ומזה מוכיח הגר״א, שאף שלאחד יש ג שדות ולאחר שדה אחת, מ״מ בעל השדה האחת משלם חצי ההוצאה. וגם שם מיירי בגדר בין המקיף לניקף, כמבואר ברש״י וברמב״ם, ועיין ברמ״א חו״מ קנח,ו. (ועיין קצוה״ח קנח,ה, דחיוב ההוצאה בשוה, רק כשמקום הכותל הוא של שניהם, ושניהם זכו בכותל בשוה).

ולכאורה אינה ראיה, דבמקיף וניקף לא היו שותפים בחצר והגדר המחלקת היא בין שתי חצירות קיימות, ובזה כיון ששטח המקום המחלק שוה בשניהם, מה לי מה יש מעבר לשטח זה, דזה ודאי שותפות חדשה, שמלכתחילה אחד קנה ג שדות והאחד שדה אחת, ולכן כל שותפתם היא בגדר, ושטח המיצר שוה בשניהם, ואין נפק״מ השטח שיש לכ״א. משא״כ כשהיו שותפים בחצר וחולקים החצר ובונים גדר בין שני חלקי השותפות, הוה אמינא שהמחיצה נובעת מהשותפות וכ״א יתן לפי חלקו, קמ״ל הרמ״ה שאף בזה לא נותן לפי חלקו, ומהטעם האמור לעיל.

והרש״ש (ריש ב״ב) כתב דאם אין החלקים שוים, כ״א נותן במחיצה לפי חלקו, וכתב דזה דומה להא דאיתא בב״ב ז,ב דגובין לפי ממון; ״וזה אשמע לן התנא באמרו באמצע, לומר דמיירי בחלקים שוים. אבל לא כן כתב הטוש״ע בסי׳ קנז,ג. ועל ראיות הגר״א ז״ל שם אומר, אני ערבך ערבא צריך״. מה שכתב הרש״ש וראיתו, י״ל דהטעם הוא דמשלם לפי חלקו, דאף שאין זה נובע מהשותפות, מ״מ מחיצה נצרכת לסילוק המזיק של הראיה, וכמו חומה דלתיים ובריח שבונים מסביב לעיר, דגובים לפי ממון, שלפי הממון כך צריכים שמירה מהמזיקים. והוא הדין לענין היזק ראיה, לפי גודל החצר, כך צריך שמירה מהיזק ראיה באופן יחסי לחצר הקטנה, ולכן גם עלות המחיצה לפי שטחי החצרות. ועל ראית הגר״א מהמקיף את חבירו, היה קשה לרש״ש, שהרי לא נאמר בהדיא שפורע בעל השדה האחת מחצית, ולא התבאר להדיא בגמ׳, וע״כ היא גופה צריכה ראיה.

אמנם לפי מש״כ הנתיבות קסא,א, יש לחלק בין נידון חומה ובית שער, ומחיצה בין שותפים. לענין דברים שבני החצר כופין זה את זה, לבנות דלת ובית שער לחצר, וכן כל הדברים שהחצר צריכה להם צורך גדול, או הדברים שנהגו בני המדינה לעשותם. ושם בשו״ע חו״מ קסא,ג כתב, דכשגובין דברים אלו גובים לפי הממון, ולא

לפי קירוב הבתים, דדוקא בעיר אמרו לפי קירוב בתים, אבל לא בחצר. ויש מי שאומר שדין החצר כדין העיר. וכתב ע"ז הנתיבות, דאף דבית שער הוא משום היזק ראיה, כמבואר בב"ב ב,ב, דמוכיח מזה דהיזק ראיה שמיה היזק. ולענין היזק ראיה פסק בשו"ע חו"מ קנז,ג דאפי' יש לאחד פי שנים, חולקים עלות המחיצה בשוה, ולכאורה הוא הדין אם יש לאחד ממון הרבה, דחולקים עלות המחיצה בשוה. יש לחלק בין היזק ראיה מעלמא להיזק ראיה משותפו, דבשותפים בחצר כל אחד מזיק לחבירו וכל אחד שם מזיק עליו, וממילא על כל אחד חלה חובה להרחיק עצמו מלהזיק (דבהיזק ראיה הוי גירי דיליה, ואף לר' יוסי על המזיק להרחיק עצמו), וכיון שעל כ"א חלה חובת הרחקה, מזיק גדול או קטן, עלות המחיצה על שניהם בשוה. משא"כ כשהנזק בא מאחרים, לכך מי שהוא ניזוק יותר, צריך ליתן יותר. לפי סברת הנתיבות בנידון דידן, הרי אין ברישום המשותף משום נזק האחד לשני אלא נזק כשירצו למכור את הדירה או לפעול מול הרשויות, וממילא יש בהפרדת הרישום משום השבחה של הקרקע, וכ"א ישלם לפי חלקו, כשלא סיכמו מלכתחילה על מי חלה חובת ההוצאה.

ובמל"מ שכנים ב,טז הסתפק, מה הדין בבקעה, שהדין שאין בה היזק ראיה, וקנו לעשות מחיצה, והיה לאחד פי שנים בשטח מהשני, אם נותן פי שנים בעלות המחיצה, או שדינו ככל מחיצה בחצר שנותנים חלקם בשוה. והביא ספר נתיבות משפט (על הרבינו ירוחם, נתיב כז,ג), דנראה דס"ל דאם אין בה דין חלוקה, אף שנתרצו לחלוק, אין כופין אותו לעשות מחיצה, משום דמצי למימר כי איתרצאי לחלוק הוא ע"מ שלא אעשה מחיצה. ואף שבחצר לא יכול לטעון כן (שו"ע חו"מ קנז,יא), אפשר דשאני גינה דאין בו היזק ראיה כל כך. ונראה דמה שהביא מנתיבות משפט, דאם אינו חייב לעשות מחיצה, ממילא אין לחייב אותו בעלות המחיצה, בודאי לא באופן שוה, כשחלק האחר גדול יותר. והיינו, שאין כאן מזיק אלא השבחה של כל חלק וחלק, וע"כ יתנו לפי חלקם. כן נראה בבאור המל"מ, שדברי נתיבות משפט הם ראיה לספיקו. ובנתיבות (חדושים קנח,ג) כתב דטעם הספק של המל"מ, כיון דבבקעה הטעם משום עינא בישא, א"כ בעל הגדולה ניזק יותר. ולכאורה שם הוי עינא בישא, עין רעה, מאחד לשני ולא מעלמא, כיון שהמחיצה היא לשכנו ולא לעלמא, וא"כ למש"כ הנתיבות עצמו קסא,א (ראה לעיל) חולקים בשוה בהוצאה, וצ"ע. וע"ע קצוה"ח קנח,א.

ועיין לגר"א קוטלר (משנת רבי אהרן, שכנים ב,יד,כב) בבאור דברי הרמ"ה, דסלוק היזק מוטל על כ"א מהשותפים בשוה, אולם מה שנוגע לתקוני החצר או שמירת ממונם, בזה החיוב הוא לפי ממונם. עוד כתב להסביר (ולמעשה הדברים מבוארים בנתיבות הנ"ל), דבהיזק ראיה כ"א הוא מזיק, ולמעשה על כ"א חל חיוב לבנות מחיצה שלימה לסלק ההיזק ראיה, ורק כיון שאין צריך ב מחיצות, בונים אחת בהוצאת

שניהם בשוה. משא״כ תיקוני החצר, עצם החיוב הוא על השותפות, דחיוב התיקון אינו מוטל על כ״א בפני עצמו רק בחלקו היחסי בשותפות.

והגר״א קוטלר הסתפק בדין מחיצה של י טפחים, שאינה להיזק ראיה אלא לנתפס כגנב, והיינו שאם יכנס לחצר חבירו יהיה נתפס כגנב, או כשילך בחצירו סמוך למיצר חבירו, שלא יהיה נתפס כגנב, אין דין חיוב בנית המחיצה מתורת מזיק אלא השבחת ותיקון החצר, והחיוב יהיה לפי ממון. אולם אם יש גם חיוב של היזק ראיה וגם נתפס כגנב, לא יוכל לטעון שרוצה שהתשלום יהיה יחסי, כיון שכבר יש חיוב לעשות בשוה ד אמות, הוי הי׳ טפחים בכלל, ויפרעו המחיצה בשוה.

ועיין בדברי החזו״א (ב״ב א,יד) בבאור דברי הרמ״ה: ״יש לעיין, כיון דהיזק ראיה שמיה היזק, הרי הכותל עושה שבח בחצר, וראוי שיכופו זה את זה לעשות כותל, כמו שכפין בני העיר זה את זה לעשות בית שער ודלת לחצר, ובזה הדין נותן דלפי שבח ממון שיימינן, והרי זה שיש לו ח אמות, יש לו שבח מרובה ממי שיש לו ד אמות. ומשמע דכיון דכ״א כופהו לחבירו לבנות לסלק היזקו, ובזה אין נפקותא בין חלק גדול לחלק קטן, ממילא מתחייב בעל חלק קטן מחצה, וזו כוונת הרמ״ה לאשמועינן״. מבואר מדברי החזו״א לחלק בין שבח חצר, לבין חיוב שחייבים לעשות לא מחמת שבח אלא סילוק היזק השכן, וכדעת הנתיבות הנ״ל.

ועיין בגדולי שמואל (ב״ב ב,א) שהסתפק, מה יהיה הדין בשלשה שותפים, ושני שותפים חולקים עם השותף השלישי, ושנים נשארו שותפים בשני חלקים ולשלישי חלק אחד, איך יפרעו את המחיצה שבין השנים לשלישי. דמצד אחד, כ״א מהשנים מזיק לשלישי בהיזק ראיה, והרי בין מצד החלקים ובין מצד הבעלים עליהם לתת ב חלקים. ובפרט לסברת הר״ן (נדרים ריש פ׳ השותפין), דלכן בשותפין שנדרו הנאה מותרים ליכנס לחצר, משום דכל שותף בעת שמשתמש נקרא אז בעלים בכל החצר, ועל כל בעלים מוטל לתת החצי, ואפשר גם אם השני שותפין יש להם ביחד חלק שוה כמו השלישי נימא דמתחשבין עם הבעלים ונותנים ב חלקים. או י״ל, דכמו בשני שותפים, אם לאחד בני ביתו מרובים משל חברו ומזיק יותר בהיזק ראיה, הדבר פשוט דעדיין פורע רק מחצית מהמחיצה, דהרי מסתבר דגם אם הבעלים סומא, כופין בעבור היזק ראיה דכל בני הבית, ולכן לא שנא אם בני ביתו מרובים או שותפים מרובים, עושים הכותל לחצאים. או י״ל, דבני ביתו שאני, דכיון דדרים מכחו, הרי החיוב רק על הבעלים ולכן שניהם שוים, אבל בשותפים מרובים דכל אחד בעלים הוא, מוטל על כ״א לתת חלק בפרעון המחיצה, ונשאר הגדולי שמואל בצ״ע, עיי״ש.

וכאמור לאמור לעיל, כיון שלא סיכמו אחרת, חלוקת ההוצאות לצורך רישום הדירה כשתי דירות נפרדות, תחול על שני הצדדים, כ״א לפי חלקו היחסי היום

בדירה המשותפת, וכפי שקבע שמאי, דהיינו יחס של 60:40, וכפי הרישום היום אצל רשם המקרקעין בחלקו היחסי של כ״א.

## ב. קנין דברים

בחוזה נכתב כי: ״המוכר מתחייב לפעול לרישום הדירה העליונה כדירה נפרדת ... המוכר והקונה מתחייבים לחתום על כל מסמך שידרש לצורך כך ...״, מכאן באה טענתו שאינו חייב בפעולה זו, מאחר ואמירה כזו ע״פ ההלכה הינה קנין דברים, כאשר בטענה הבסיסית לא נזכר בענין זה לשון התחייבות. טענה זו יש לדחות, וכפי שיתבאר להלן.

איתא בב״ב ג,א: במאי אוקימתא למתני׳, בשאין בה דין חלוקה. אי בשאין בה דין חלוקה כי רצו מאי הוי, נהדרו בהו. א״ר אסי א״ר יוחנן שקנו מידן. וכי קנו מידן מאי הוי, קנין דברים בעלמא הוא (ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או מכר או מתנה או שעבוד קרקעות, שהקנין חל עליו או מטלטלין - רש״י). ותירצה הגמ׳, בשקנו מידן ברוחות (זה בורר לו חלק מזרחי וזה בורר לו חלק מערבי, וקנו מידם, ומעתה נקנה חלק מזרחי לזה ואין לזה חלק בו, וכן השני לחבירו). רב אשי אמר כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק. מבואר מפרש״י דאין לקנין לחלוק על מה לחול, כיון שקנו על עשיית פעולה ולא על הקרקע. משא״כ לתרוץ הגמ׳ שבררו חלקים, הרי שהקנין לחלוק חל לכ״א על החלק שבירר. ולתרוץ הגמ׳ שקנו ברוחות, לכאורה י״ל דהוא הדין אם שותפים קנו קרקע מאחר, והתנו ביניהם בזמן קנין הקרקע שהם חולקים את הקרקע, שקנין חל על קנית הקרקע. והוא הדין אם אחד מוכר לחבירו מחצית מהקרקע שבבעלותו, ומתנים לחלוק באופן מסוים, שהקנין חל על החלק שהתנו דהוי כקנין ברוחות. אלא שבנדו״ד לא זו השאלה, דהשאלה על הפעולה שיפעל לרישום הדבר, ובזה לא חל הקנין על החלק שבחרו, שהוא תנאי וענין בפני עצמו, ובהיותה פעולה, לא חל על הקרקע.

ובתוס׳ ד״ה כי רצו כתבו, דלמ״ד מחיצה גודא, לא הקשתה הגמ׳ דהוי קנין דברים; ״דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהן לבנין הכותל. אלא למ״ד פלוגתא, לא מהני קנין, דקנין דברים בעלמא הוא, דלא מסיק אדעתיה שקנו ברוחות״. ולכאורה י״ל דהחילוק בין גודא לפלוגתא, דבגודא יש הוצאה, ממילא י״ל שיש בזה שעבוד נכסים להוצאת הכותל, משא״כ בחלוקה ללא גודא. ולפ״ז י״ל דגם בנדו״ד, כיון שיש הוצאה ברישום, וכן פעולות וכו׳, הרי שעבדו עצמם, והרי זה כקנו מידם לעשות מחיצה. וכן הוא בתוס׳ שם (ד״ה קנין דברים), לענין מתנה שומר חינם להיות כשואל, ולמה שהעמידה הגמ׳ ב״מ צד,א דקנו מידו: ״התם לאו קנין דברים הוא אלא קנין

גמור הוא, שמשעבד את עצמו שאם יאנס שישלם". הרי כל היכא שמשעבד עצמו להוצאות או לחיוב בקנין זה, אף שעצם הקנין הוא לפעולה, לא חשיב קנין דברים. אלא שלפ"ז צ"ע אמאי לא מהני קנין אתן, שהרי בקנין אתן משעבד עצמו לתת.

וי"ל, דהתוס' ס"ל דקנין אתן לא הוי קנין דברים, כדעה השניה המובאת בשו"ע חו"מ רמה,א-ב (ויבואר עוד להלן). או י"ל, דקנין דמהני כשמחייב את עצמו, היינו שהפעולה אינה החיוב אלא נובעת ממנה, ואז אמרינן שאינו קנין דברים, אולם כשהפעולה היא גופה החיוב, הוי קנין דברים, כיון שלא התחייב כראוי. אך זה אינו, דלכאורה אין סברא לחלק. אך בדרך אחרת י"ל, ע"פ מש"כ קצוה"ח רמה,א, דאף למ"ד דקנין אתן לא מהני, היינו שלא זכה המקבל במתנה, אבל מחייבים את הנותן לקיים, ונפק"מ שאם מת, אין מחייבים את היורשים לתת. וא"כ החיוב קיים, אלא שבי"ד מחייבים אותו לקיים מה שכתב ואמר לתת מה שאמר. (ועיין בבית מאיר אהע"ז סי' נא). משא"כ בקנין לחלוק למ"ד פלוגתא, כיון שלא חל על דבר, גם אין מחייבים אותו לחלוק. (ועיין להלן מש"כ בדין קנין לבנות וקנין אתן).

והנה בעצם הסברא שבקנין לבנות למ"ד פלוגתא, אין לקנין על מה לחול, כן מבואר בראשונים בסוגיא. הרשב"א בסוגיא (ב"ב ג,א), כתב וז"ל: "והדר פריך וכי קנו מידם, ללישנא דמחיצה פלוגתא מיהא מאי הוי, ליהדרו בהו, דקנין אינו חל אלא או בקרקע או במטלטלין. אי נמי בשעבוד, אבל בדברים בעלמא לא חאיל, וכי קנו לחלוק קנין דברים בעלמא הוא, שהחלוקה אינו דבר שיש לו גוף. ויש מפרשים דללישנא דמחיצה גודא לא הוה קשיא ליה ולא מידי, דמסתמא היה יודע שקנו מידן, כיון דאיפשר בקנין, אבל ללישנא דפלוגתא הוא דקא קשיא ליה, לפי שלא היה קנין חל עליה". הרי שחסרון קנין דברים למ"ד פלוגתא, מפני שאינו חל על חפץ אלא על פעולה, ואף למ"ד גודא, אף דהוי פעולה – לבנות כותל, מ"מ יש היכי תימצי שישעבדו נכסיהם לבנית הכותל, משא"כ בחלוקה שאין בה הוצאה. אמנם עדיין צ"ע אם צריכים להדיא לשעבד, וכיון שיש אפשרות כזו, ממילא הגמ' היתה מעמידה כך את ההיכי תמצי למ"ד גודא, או גם כשקנו לחלוק למ"ד גודא, מפרשינן שכיון שיש בזה הוצאה וכנ"ל, ממילא שעבדו נכסיהם לבנות, ולא הוי קנין דברים.

והרמ"ה (פ"ק דב"ב אות כו) כתב בבאור קושית הגמ' ותרוצה, דלא מועיל קנין אלא שקנו גוף הממון, אבל קנין לעשות קנין לא מהני, דכיון דלא הקנו בקנין זה את גוף הממון, אינו משועבד לעשות אח"כ קנין, שקנין לעשות קנין הוא קנין דברים בעלמא ולא הוה קנין. ואפי' קנו עצמו שהוא חייב לחלוק, לא משתעבד, מזה שלא העמידה הגמ' בהיכי תימצי זה:

"וה"מ היכא דקנו מידו דמחייב לחלוק או להקנות, וכל שכן היכא דקנו מידו לחלוק או להקנות. אבל קנו מידו שחייב לתת כך וכך או לבנות או

לזון, מסתברא דלאו קנין דברים בעלמא הוא, שהנתינה עצמה אינה ממון, והאי לאו אנתינה גופא קנו מיניה אלא אגופא דממונא קנו מיניה, דמחייב למיתב ליה כך וכך ממון. ועוד, דכיון דקנייה לממונא גביה איחייב למיתביה ניהליה. וקרא נמי דכתיב גבי קנין לקיים כל דבר קאי כשהדבר מתקיים בו לבדו, לאפוקי קנין להקנות או לחלוק שאין הדבר מתקיים בקנין זה עד שיחלוק או עד שיקנה לו בהקנאה אחרת. תדע דכי אקשינן וכי רצו מאי הוה להדרו בהו ואי נמי קנו מידן קנין דברים בעלמא הוא ולהדרו בהו, לא קא מקשינן אלא למאן דאמר מאי מחיצה פלגותא דאשתכח דקנו מידן לחלוק, אי נמי דמחייב לחלוק, ואלו למאן דאמר מאי מחיצה גודא, דאשתכח דקנו מידן לבנות את הכותל לא קא מקשינן מאי טעמא. על כרחך משום דאיכא אנפא דמחייב, כגון דקנו מידן דמיחייב למבניה בהדי הדדי, דכי קנו מיניה הכי, ממונא קא מחייב נפשיה ולאו קנין דברים בעלמא הוא״.

מבואר מהרמ״ה שקנין לחלוק או להקנות, אין בו ענין ממון אלא רק פעולה, ולכן אפי׳ מתחייב לחלוק, אין בזה שעבוד נכסים שיחול עליו. משא״כ לבנות כותל, אם מתחייב לבנות כותל, הרי התחייב ממון, וחל שעבוד נכסים, דכותל הוא ממון שחייב לתת, ועל זה התחייב והשתעבדו נכסיו. ומ״מ מבואר דדוקא באופן זה שמתחייב לבנות, משא״כ לחלוק. וכן מבואר גם ברמ״ה לעיל (אות יט): ״דהא משכחת לה כגון דקנו מיניה דמחייב למבנייה לכותל בהדיה לסלוקי היזק ראיה, דכי האי גוונא ודאי לאו קנין דברים בעלמא הוא, דהא לא קנו מיניה למבנייה אלא אודויי אודי ליה דמחייב ליה בהדיה וקנו מיניה, והוה ליה כמאן דא״ל חייב אני לך מנה דמשתעבד. ואילו התם אף על גב דקנו מיניה דמחייב לחלוק, כיון דלא חייב נפשיה ממונא אלא חלוקה בעלמא, הוה ליה קנין דברים בעלמא ולא מחייב״. והיינו שיש חילוק בין מתחייב ממון למתחייב פעולה. (ועיין במשנת רבי אהרן, שכנים ב,י,ב, דאין זה מצד חסרון שאין לקנין על מה לחול, אלא החסרון בחיוב, שלא מצאנו בתורה תורת חיוב כי אם על ממון ולא על פעולה, עיי״ש.)

ובבאור דעת הרמ״ה, כתב הגרש״ש (שערי יושר ה,ב ד״ה ועיקר), דגדרי הקנינים הוא להחליף ולחדש כח השליטה של האדם על החפץ. אולם אם צריך הקונה עוד לרצון הבעלים כדי שהוא הקונה יהיה הבעלים על החפץ, הרי שההחלפה וההתחדשות של כח הבעלים לא נעשתה כאן, ולכן קנין אתן או קנו לחלוק הוי קנין דברים, דעדיין נצרך רצון הבעלים/ המקנה, ובלי רצונו אין חידוש כח השליטה: ״ולפי״ז בקנין של חיוב ממון בע״כ נמצא בזה הענין שמתקיים הדבר ע״י הקנין, שכבר יכול לזכות בסך הממון גם בלי רצון המתחייב, דאם לא יזכה בממון רק ע״י הקנאת המתחייב הוי קנין דברים״, ועיי״ש דבנשבע לתת לחבירו מנה, אינו זוכה בממון

זה בלי הקנאת הבעלים, דאף שהוא מושבע ועומד ליתן לו, מ״מ מחמת זה לא זוכה חבירו בממון זה בלי רצון הבעלים, ואם יכפוהו בי״ד לקיים שבועתו, כמו שכופים על שאר מצות עשה, מ״מ נצרך לפעולות אחרות לקיים הקנין. ולכאורה צ״ב, איך מהני קנין שמחייב עצמו, שאינו צריך לקנין הבעלים. ובפשטות היה לבאר, דענין החיוב הוא ענין בפני עצמו, והוא גדר אחר מקנין, אבל הגרש״ש לא פירש כן. אלא נראה גם ע״פ מש״כ שם (לעיל מינה, ד״ה והנה ראשונה), דיכול אדם להתחייב בשיעבוד הגוף ע״י קנין סודר. וזה כוונתו כאן דבזה הענין שמתקיים הדבר ע״י הקנין, והיינו שהשעבוד הגוף מתקיים ע״י הקנין.

אמנם עיין באבי עזרי, זכיה ומתנה ח,ו, בענין מה דמהני קנין אתן, שכתב דכיון שחייב לתת, יכול המקבל לקחת בעצמו מדין עביד אינש דינא לנפשיה, וממילא חשיב כיש לו אצל הנותן מה שקיבל קנין לתת. ואפשר לפרש כן גם בענין זה את דברי הגרש״ש. וכן מצאתי אח״כ בחדושי הגר״ש רוזובסקי (ב״ב ד,א), דבהתחייבות ממון יש למקבל זכות ממון ונשתעבד לחיוב זה, וביי״ד יורדים לנכסיו וגובים מה שהתחייב. וממילא י״ל דלא דמי לנשבע לתת, דשם אין יורדים לנכסיו אלא כופין אותו לתת, משא״כ בהתחייבות, יורדים לנכסיו של המתחייב, והוי זכות ממון גמורה שיש למקבל אצל הנותן. וע״ע מש״כ הגרש״ז אויערבך, מנחת שלמה ב-ג סי׳ קלז,ג.

ולעיל הובאו דברי התוס׳ בחילוק בין מחיצה פלוגתא או גודא, וברא״ש שם ה״ג יש שינוי לשון: ״למ״ד מחיצה גודא ניחא, דכיון דקנו ושיעבדו נכסיהם לבנין הכותל, לאו קנין דברים הוא. אבל למ״ד מחיצה פלוגתא, שלא נתרצו אלא לחלוקה, אין כאן שיעבוד נכסים ולא מכר ולא מתנות, ואין לו לקנין על מה שיתפיס״. בתוס׳ כתבו דלמ״ד מחיצה גודא, ״דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהן לבנין הכותל״, והיינו שאפשר להעמיד דברי הגמ׳ באופן זה. אבל הרא״ש כתב קנו ושעבדו נכסיהם, ובזה י״ל דאף אם לא נתחייב להדיא, כיון שקנו לעשות כותל, שהוא דבר שיש בו הוצאת ממון, קנו ושעבדו נכסיהם לכך, אף אם לא היה חיוב להדיא.

ועיין במאירי בסוגיא (ב״ב ג,א), וז״ל: ״קנין דברים זה שפסקנו שאינו קנין, ענין הדברים כל שאינו קונה עכשיו בעיקר הענין אלא שמבטיח על עיקר הענין שיעשהו וקונין ממנו על כך, כגון שהוא מבטיחו שימכור לו קרקע פלוני למחר, או אחר זמן, אין קונין ממנו על גוף המכירה, שהרי אינו מוכרו עכשיו אלא קונין ממנו שימכור לאחר זמן, או שישתתף עם פלוני, או שיקדש את בתו של פלוני, או שיחלוק עמו קרקע פלוני המשותף לשניהם, אף על פי שאין בו דין חלוקה. הא כל שהוא עושה עכשיו עיקר הענין וממשו וקונין ממנו על עיקר הענין שיתקיים, זהו קנין הגמור, והוא ענין קנו מידם ברוחות״. ועיין להלן בדברי הגר״א ובראייתו מע״ז עב,א, ומה

שהובאו להלן דברי הנימוק״י. ונראה דס״ל כדעת הרמ״ה, דלא מהני התחייבות למכור בקנין אלא במעכשיו, והבטחה לתת ללא התחייבות על הגוף ושעבוד נכסים, לא מהני.

וכדיוק דברי הרא״ש, נמצא להדיא ברשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ אלף קמב), דבקנין אתן אף שלא אמר בלשון התחייבות, הוי כמתחייב לתת: ״דכל שקנו בדבר שיש לו כזה שאמר כן וכן, אף על פי שלא אמר בלשון חיוב – חייב, דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין, וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן. וכאותה שאמרו בריש הכותב (פג,א); אי בעיא להו קנו מידו מאי. אמר רב יוסף מדין ודברים קנו מידו, רב נחמן אמר מגופה של קרקע קנו מידו. והלכתא מגופה של קרקע קנו מידו״. הרי דמן הסתם מפרשים קנינו בתורת התחייבות.

ומצאנו שהדבר נתון במחלוקת הטור והב״י. והטור חו״מ קנז,כ, כתב וז״ל: ״ומיהו דוקא דקנו מיניה דמיחייב ליתן כך וכך, דדרך הודאה הוא. אי נמי דרך שיעבוד, דשיעבד נפשיה להכי ולאו קנין דברים הוא, אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות, כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה, והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא, הוי קנין דברים ומצי הדר ביה. ואיכא מרבוותא דסבירי להו דקנין לתת לאו קנין דברים הוא, דלא מיקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך, ע״כ. ויראה מדברי א״א הרא״ש ז״ל דלבנות לא הוי קנין דברים״. ממש״כ הטור דמהרא״ש מבואר דלבנות לא הוי קנין דברים, מוכח דלמד ברא״ש דלמ״ד מחיצה גודא, כיון שקנו לבנות מחיצה, אף שלא התחייבו, לא הוי קנין דברים, דאל״כ מה החילוק בין לבנות ולחלוק, אם התחייב ושעבד נפשו או נכסיו, מהני בכל ענין. אלא ס״ל לרא״ש כיון שקנו לבנות, ממילא הוי שעבוד נפשיה ונכסיו, גם אם לא אמר להדיא שכוונתו לבנות. ואה״נ, לרא״ש גם קנין אתן מהני.

אולם הב״י כתב שם על דברי הטור, דדיוק הטור ממש״כ הרא״ש דלמאן דאמר מחיצה גודא ניחא, דכיון דקנו ושעבדו נכסיהם לבנין הכותל לאו קנין דברים הוא. ומפרש הטור, דכיון דקנו לבנות הכותל; ״הוה ליה כאילו שעבדו נכסיהם״. והב״י חלק וכתב, דלכן האריך הרא״ש בלשונו לומר דבעינן שיקנו מידו בלשון הזה, כלומר שהוא משעבד נכסיו לבנין הכותל, הא לאו הכי קנין דברים הוא. ומבואר דלדעת הטור גם בסתמא הוי התחייבות, ולדעת הב״י בדעת הרא״ש, דוקא בחייב עצמו או שעבד נכסיו להדיא, הא סתמא הוי קנין דברים. והרמ״א בחו״מ קנז,ד הביא מחלוקת ראשונים זו בין הרא״ש לרמ״ה, וז״ל: ״ואם קנו מידו לבנות מחיצה, לא יוכל לחזור בו, דלבנות לא מקרי קנין דברים. ויש חולקין בזה״.

גם בחו״מ קצה,יד, הביא הב״י דמהני קנין אתן, אף בלא לשון התחייבות. דיש מהגאונים שאמרו דכל לשון עתיד שאעשה כך או שאתן כך, הוי קנין דברים.

ויש מי שאומר, דכל האומר אתן כך וכך, לאו קנין דברים הוא אלא הרי הוא כאילו קנו מידו בחיוב אותו סך, ואין קנין דברים אלא באומר אחלוק עמך, שאלו דברים בעלמא, וכן מעשים בכל יום בפוסק נדוניא, שקונה שיתן לפלוני כך וכך זהובים. וכן כתב בעל העיטור (מאמר ב עמ' י,ד) דכל שקנו מידו שיחזיר כל זכויות שיש לו עליו, לאו קנין דברים הוא, אבל במה שקנו מידו שיעשה הוא ואשתו שטר מחילה, נראה דלא עשה ולא כלום, שכל אלו אינן אלא דברים בעלמא. וציין לתש' הרשב"א (ח"א אלף קלה).

ובגר"א קנז,כב כתב, דכן היא דעת התוס' ב"ב ג,א ד"ה רצו. וכתב דכן היא דעת התוס' כתובות ר"פ אע"פ (נד,ב). אמנם המעין שם בתוס' כתובות ר"פ אע"פ יראה דמיירי שמשעבד גופו, או שכותב לו שכל נכסיו יהיו אחראים: "אף על פי שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים, חל שעבודו מעתה ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא כההיא דריש בבא בתרא (ג,א) שקנו מידם לחלוק חצר שאין בה דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה, משתעבד ואין זה קנין דברים בעלמא. וי"מ דכיון דכותב סתמא שיהיו כל נכסיו אחראין, למה לא נתחייב". ולכאורה מיירי בשעבוד להדיא, כדעת הרמ"ה הנ"ל. אלא שהגר"א מפרש בתוס' שאין כאן שעבוד להדיא אלא מכללא, כמו למ"ד גודא, דכיון שקנו לבנות הכותל, הרי זה הפירוש שמשעבד גופו, אף שלא פירש להדיא. והטעם שפירש כן בתוס', דדברי התוס' הנ"ל מבואר גם בראש"ש שם (כתובות ה,א), והרי הרא"ש ס"ל דכל לבנות לא הוי קנין דברים, ומדוע צריך לשעבד עצמו. אלא בהכרח דקנין לבנות (בניגוד ללחלוק) מעצם מהותו הוי שעבוד גופו לבניה.

עוד הביא הגר"א ראיה מע"ז עב,א: ההוא גברא דאמר ליה לחבריה אי מזבינגא לה להא ארעא, מזבינגא לך במאה זוזי. אזל זבנה לאיניש אחרינא במאה ועשרין. אמר רב כהנא קנה קמא. ופירש רש"י דקנה קמא מפני דהא פסק וקנו מיניה. הרי שקנין למכור מהני, דשעבד נפשיה. ולדעת הרמ"ה י"ל דמיירי בקנו מעכשיו. ובסמ"ע קנז,יד כתב, דאף לדעת הרמ"ה מהני אם קנו מיניה דמשעבד נפשיה לבנות, או מחייב עצמו ליתן כך וכך, דמהני לכו"ע, דהו"ל דרך הודאה או שעבוד. וראיה זו והסברה (דמיירי באמר מעכשיו), מבוארת בנימוק"י (ב"ב ב,א מעמוה"ר ד"ה ומשני), עיי"ש.

וכאן (קנז,ד) הביא הרמ"א ב הדעות ולא הכריע ביניהם. ובחו"מ רמה,ב לענין קנין אתן, פסק כדעה שקנין אתן לא מהני. (וע"ע בט"ז חו"מ ר"ס רג, מה שהקשה סתירה אחרת בפסקי הרמ"א). וראיתי לגר"א קוטלר (משנת רבי אהרן שכנים ב,י,ג) שהקשה סתירה בפסקי הרמ"א, וכתב לישב דהרמ"א מחלק אם מתחייב לתת חפץ

מסוים לבין אם מתחייב לתת חפץ או מנה, שאינם מסוימים. כאשר מתחייב לתת חפץ לא מסוים, א"כ השעבוד חל על כל הנכסים ולא על קרקע מסוימת, וממילא זה שעבוד ולא קנין. משא"כ כשקונה להקנות חפץ מסוים, כיון שלמעשה זה לא שעבוד אלא קנין, שעבוד זה גופה הוא קנין ממש, וכיון שזה קנין ולא שעבוד, לא מהני כשלא מקנה החפץ אלא קנין לתת. והביא ראיה מדברי הרא"ש ב"מ ה,כט, דבאפותיקי מפורש יכול הלוה לסלק בזוזי, דאי לאו הכי אין כאן אפותיקי, דמעתה היא מכורה. והיינו ששעבוד לא יכול לחול, כשהשעבוד יהיה קנין על החפץ. ולכן בסי' רמה שהנידון הוא אתן לך שדה מסוימת, לא שייך שיחול השעבוד על השדה המסוימת, משא"כ בקנין לבנות, שאינו על דבר מסוים, חל השעבוד על גופו ונכסיו. ועיי"ש באות ה ובאות ו, דלרשב"א (הובא לעיל בדברי הב"י חו"מ קצה,יב) אין חילוק בין קנין אתן לקנין לבנות. ועיי"ש באות י מה שביאר בשיטת הרמב"ם, כרשב"א או כרמ"א. וע"ע באבי עזרי זכיה ומתנה ח,ו ד"ה והנראה.

ובהגהה שם הקשה, דהרי הרמ"א שם (רמה,ב), לאחר שפסק דקנין אתן לא מהני, כתב: "ולכן כתב דהכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה, לא זכתה כל זמן שלא כתב לה, ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה". והרי שם אינו מתחייב בדבר מסוים. וכתב לישב, דשם אין בזה התחייבות שרוצה להתחייב כעת, אלא קנו ממנו שיתחייב בעתיד בזמן הנישואין שיתחייב בכתובה, וממילא מוכח שלא היתה כוונתו לשעבד נכסיו כבר כעת, ולא מהני בזה הקנין, דאין כאן שעבוד גופו או נכסיו, דמוכח שאינו מתכוין לשעבד נכסיו כבר כעת.

ועיין בתש' ר"י מיגאש (סי' קלה) שכתב לענין קנין דברים, שאחד שקיבל קנין לשאת אשה, וז"ל: "שהקנין שהעידו בו על ראובן שקנו מידו שישא את בת דודו, אינו קנין כפי שורת הדין להיותו קנין על פעולה שיעשה אותה, והוא נקרא קנין דברים שאינו קנין, לפי שהקנין אינו מועיל אלא בכל דבר שיש בו עצם, או בפעולות שהם מקרים ואין להם עצם". וצ"ב בכוונתו, מה המקרה שאין בו עצם, דמהני הקנין. דדבר שיש בו עצם, לכאורה הכוונה לחפצא מסוים, וא"כ אדרבא, היה צ"ל להיות דמהני למקרים שיש בהם עצם. אולם למש"כ הגר"א קוטלר, י"ל, דאם יש כאן חפצא מסוים, הרי שלא יכול לחול השעבוד והוי קנין ולא מהני, משא"כ פעולה שאין בה חפצא מסוים אלא מחויב לדבר שאינו מסוים, מהני הקנין ולא הוי קנין דברים, וכמו דמהני בקנין לבנות. אבל זה אינו, דא"כ מה שייכי הטעמים הנ"ל לקנין לשאת אשה, וצ"ע.

והרא"ש בתש' יב,ג דן במי שאמר לחבירו שיהיה בעל ברית לבנו, אף שכבר נולד הבן, הוי קנין דברים, דאף אם נולד הבן והקנה לו בקנין שיהיה בעל ברית,

יכול לחזור בו; דקנין דברים בעלמא הוא, כדאיתא בב"ב ג,א. והוסיף הרא"ש: "דקנין לא מהני, אלא או במכר או במתנה או בתמורה, על דבר הנתפס וקונה גוף החפץ, אבל בדבר זה שהקנה לו לעשות מצוה אחת, קנין דברים בעלמא הוא. והכי איתא בב"ב (קמז,ב): שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פירות דקל זה, לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו וכו' ... אלמא אפי' בבריא אפי' בקנין, אינו מועיל". ולכאורה מה הוסיף מידור פלוני בבית זה. ונראה כיון שאמר יהיה בעל ברית, לא דמי לאתן, דבאתן או אבנה חל שעבוד על גופו, משא"כ בידור, לא שעבד גופו או נכסיו, והוי לשון פעולה שאין בה שעבוד על גופו ונכסיו, משא"כ אם היה אומר אני נותן לו לדור.

**לאור האמור, גם אם לא היה מתחייב להדיא לפעול לחלוקת הדירה, היה לנו לפרש כן את דבריו לחלק מהראשונים. אולם בנדו"ד שהתחייב להדיא, לכ"ע חייב לקיים התחייבותו. ולאור האמור לעיל, יתחלקו בהוצאה לפי חלקם היחסי בשותפות, וחייבים לקיים התחייבותם.**

# סימן יח

## גוד או אגוד בחמשה שותפים

### ראשי פרקים

**א. תקנת חכמים או דין בית דין**

**ב. מכירה או הסתלקות**

נשאלתי אודות חמשה שותפים במגרש (ראובן, שמעון, לוי, יהודה, יששכר). ראובן אומר לשמעון גוד או אגוד, או תקנה אתה את החלק שלי (חמישית) או אקנה אני חלק שלך. והשבתי, שמעיקר התקנה של גוד או אגוד היא חלוקת השותפות, אבל כשאחרי הגוד או אגוד ישארו שותפים, אין בזה גוד או אגוד. והקשה מדברי ערוך השולחן חו״מ קעא,ט שכתב מסברא דיליה: ״והוא הדין אם היו שותפים הרבה, יכול אחד לומר לכולם כן או שנים מהם יאמרו להנותרים גוד או איגוד״. והשבתי, דאם שנים יחד אומרים לאחד, הרי בזה יכול אחד לקנות הכל, או כולם קונים את חלקו, וזו שותפות חדשה, אבל כשאין אפשרות שאחד יקנה את הכל, ואין כאן התאגדות ושותפות של השאר כאחד, אין זה גדר של פרוק השותפות שעליה תקנו חכמים גוד או אגוד.

### א. תקנת חכמים או דין בית דין

איתא בב״ב יג,א- ב: אין בהן כדי לזה וכדי לזה מהו, רב יהודה אמר אית דינא דגוד או אגוד, רב נחמן אמר לית דינא דגוד או אגוד. א״ל רבא לרב נחמן, לדידך דאמרת לית דינא דגוד או אגוד, בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה כיצד עושין ... ת״ש, שני אחין אחד עני ואחד עשיר, והניח להן אביהן מרחץ ובית הבד, עשאן לשכר, השכר לאמצע, עשאן לעצמו, הרי עשיר אומר לעני קח לך עבדים וירחצו במרחץ, קח לך זיתים ובא ועשה בבית הבד. התם נמי גוד איכא אגוד ליכא. ת״ש, כל שאילו יחלק ושמו עליו חולקין, אם לאו מעלין אותו בדמים. תנאי היא דתניא, טול אתה שיעור ואני פחות שומעין לו, רבן שמעון בן גמליאל אומר אין שומעין לו. לא לעולם כדקתני, ודקאמרת מ״ט דרשב״ג, משום דאמר ליה אי בדמי לית לי דמי למיתן לך, במתנה לא ניחא לי, דכתיב ושונא מתנות יחיה ... אמר אמימר הלכתא אית דינא דגוד או אגוד. ולכאורה יש להבין בדין גוד או אגוד, מדוע בחצר שאין בה חלוקה יכול אחד השותפים או היורשים להכריח את שותפו למכור לו את חלקו או שיקנה ממנו, הרוצה לחלוק, ימכור את חלקו לעלמא ולא ישאר שותף, אך מהיכי תיתי להכריח את השותף למכור או לקנות. וברבינו יונה בעליותיו

(ב״ב יג,ב) לענין חלוקת כלים שאין תשמישם שוה, כתב וז״ל:

״ועוד י״ל, אפילו היו שוים בדמים, מוכח מיניה שפיר דאית דינא דגוד או אגוד כיון שחולקין, דפשיטא לן דאין תורת חלוקה בב׳ כלים שתשמישן חלוק, דלכל אחד מיבעי ליה תרוייהו. הלכך ע״כ זה שחולקין תקנה היא שהתקינו ליתן דרך לחלוקה, והוא הדין דמתקנינן דינא דגוד או איגוד ...״

מבואר מרבינו יונה שמעיקר הדין אין מקום לטענה זו של גוד או אגוד, דמהיכי תיתי תכריח אותי למכור את חלקי או לקנות חלקך, אלא שחכמים הבינו שאין דרך לחלוק אלא בדרך זו, שהרי לא בנמצא שיהיה קונה לחלק קטן משלם, ויהיה בכך הפסד גדול להשאר שותף בעל כרחו, ע״כ התקינו דרך לחלוקה באופן של גוד או אגוד. וכן נראה מדברי הרא״ש בתש׳ צח,ג לענין טענת גוד או איגוד, כשהטוען אין בידו ממון לקנות ורוצה שאחרים יקנו במקומו את חלק האחר עם חלקו, ויתן לו חלק הדמים המגיע לו, וז״ל:

״אם יש בבית כדי חלוקה, שיהיה לכל אחד ארבע אמות על ארבע אמות, יחלוקו הבית מתהום ארעא עד רום רקיעא, עם העליה והחנות שעל גביו ועם המרתף שתחת הבית, ולא שייך כאן גוד או איגוד, כיון שיש בו כדי לזה וכדי לזה. ואם אין בבית כדי חלוקה, והיורש אומר שרוצה למכור הכל ביחד, כדי שימכור חלקו ביוקר, (ואומר לאלמנה גוד ותן לי החצי ממה שנותנין בכל הקרקע, או איגוד בשומא שנותנין לי בכולם, ואקבל המעות ואתן לך חצי הדמים), הא לאו טענה היא, דאין זה גוד או איגוד, כיון שאין לו מעות לקנות הקרקע משלו, אלא שימכור כל הקרקעות לאחר. דטעמא דרב יהודה, דאמר (ב״ב יג,א): אית דינא דגוד או איגוד, היינו משום שאין מקום המשותף ראוי לתשמיש שניהם, הילכך אמרו חכמים שיש כח לאחד מן השותפין לומר: תקנה חלקי ויהיה ראוי לך לתשמיש, או אקנה חלקך ויהיה ראוי לי לתשמיש, דהוי זה נהנה וזה אינו חסר, שאינו ראוי לתשמיש שניהם וראוי לאחד מהם ... ורב יהודה סבירא ליה כיון שאינו ראוי לתשמיש שניהם, מצי למימר גוד או איגוד, כדי שיהיה ראוי לאחד מהם לתשמיש. אבל בכי האי גונא, שאמר אחד מהם גוד חלקי כמו שאמכור כל הקרקע, או אני אמכור את הכל ואתן לך חצי הדמים, כדי שימכור חלקו ביוקר, אפילו רב יהודה מודה דלא שייך גוד או איגוד, ולא נדחה את האחד מלהסתפח בנחלתו בשביל תוספת דמים של האחר, אלא ימכור חלקו כמו שיוכל, והלוקח ישתתף עם האחר.״

מבואר ברא״ש שדין גוד או איגוד הוא תקנת חכמים, דכיון שאינו ראוי לתשמיש שניהם, הוי זה נהנה וזה לא חסר. וכן היא דעת הרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ תתקנו), וז״ל:

"ונראה לי טעמא דמילתא, משום דדינא דגוד או אגוד ודינא דחלוקה לזמנים ידועים תקנתא היא, דאלו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית בה שיעור חלוקה אלו רצה זה ליטול חלקו אלא משום עשיית הטוב והישר אי אפשר, ולפיכך תקנו להם או דינא דגוד או אגוד או דינא דחלוקת זמנים ידועים, כדי שלא יפסידו זה על זה חלקם."

לאמור לעיל אם דין זה הוא תקנת חכמים, דמעיקר הדין אין יכול להכריחו למכור חלקו או לקנות, אלא שחכמים סברו שאין זה מטובת השותפים שישארו בעל כרחם שותפים ושניהם לא יוכלו להנות, שכ"א מפריע לשני ואינם יכולים לחלוק ולמצות את חלקם, וע"כ במקום שאין אפשרות לחלוקה בעין, תיקנו גוד או אגוד. ובבסיס התקנה היא חלוקה ופרוק השותפות, ואם אין כאן פרוק השותפות, אין מקום לתקנת חכמים. ואינו דומה לשלשה שותפים, ששנים אומרים לאחד, כיון שיש בטענה של גוד או אגוד בכה"ג פרוק השותפות, דהאחד יכול לקנות הכל, והשנים שיקנו, הרי הם מסתדרים ויכולים להנות ביניהם, אבל כשאחד מהשותפים אומר לאחר, שהוא מתוך מכלול של שותפים, גוד או אגוד, הרי הוא מכריח את חבירו למכור את חלקו או לקנות, ומהיכי תיתי יעשה כן, כשאין בזה פרוק השותפות.

ובקרית ספר למבי"ט ריש הל' שכנים שכתב דכל הדינים האלו הם מן התורה: "מה שיש בו דין הלוקח כופין השותפין זה את זה לחלוק, ושאין בו דין חלוקה יש בו דין גוד או איגוד, או דירה לזמנים או שכירות לאחרים. ונראה דכל זה הוא מן התורה". ולכאורה נראה היה לבאר את דברי המבי"ט לפמש"כ הרב המגיד בסוף הל' שכנים, דדינא דבר מצרא הוא מהתורה, שהתורה נתנה כללים במידות האדם, ונתנה הכח לחכמים שבכל דור לישם לפי הצורך, עיי"ש. וא"כ למש"כ הרא"ש שדינא דגוד או איגוד נובע מדין זה נהנה וזה לא חסר, ויש בו גם הישר והטוב כמש"כ הרשב"א בתש' הנ"ל (ועיין גם במהרש"ם ח"ג סי' קז), ע"כ ס"ל דהוא דאורייתא. ולפ"ז גם אם נאמר שהוא מהתורה, וחכמים יצקו את התוכן, ודאי קבעו רק במקום שיש בו חלוקה ופרוק של השותפות, ולא בכגון נדו"ד.

ומה שהובאו לעיל דברי הרא"ש בתש' שאם אין לו דמים לקנות, אינו יכול לומר גוד או איגוד, הגרא"ז באבן האזל (שכנים א,ג) למד בדעת הרמב"ם דיכול לומר אף בכהאי גוונא גוד או שאחר יקנה, וכתב ע"ז הגרא"ז וז"ל:

"ובדעת הרמב"ם נראה דסובר דדין גוד או איגוד אינו משום גדרי זכות שיש לכל שותף זכות לומר גוד או איגוד, אלא דהוא דין בית דין, מגדרי כופין על מידת סדום, דכיון שאינו טוב לשניהם ביחד, יכול כל אחד לומר גוד או איגוד. והנה הטור הביא מדברי הרא"ש בתש' דלא אמרינן גוד או איגוד אלא כשאומר אקנה חלקך לתשמישי או תקנה חלקי לתשמישך. אבל

כשאומר גוד חלקי או אני אמכור הכל ואתן לך חצי הדמים כדי שימכור חלקו ביותר, לא שייך ביה גוד או איגוד. ובדברי הרמב״ם בהל׳ ב מבואר להדיא דלא כדברי הרא״ש, שכתב; ואין העני כופה את העשיר לקנות חלקו, אא״כ אמר לו קנה ממני או מכור לי והריני לוה וקונה או מוכר לאחרים וקונין, הדין עמו. וכן מבואר בשו״ע, והוא מחלוקת הרמב״ם והטור. ובטעם מחלוקתם נראה דהוא בזה, דהרא״ש סובר דדין גוד או איגוד הוא משום דיש לכל שותף זכות תשמיש בחצר, וכיון שאינו ראוי לתשמיש בעד שניהם, יכול לומר גוד או איגוד שיהיה לו אפשר להשתמש בחלקו, אבל על מכירה לאחרים בשביל תוספת דמים, אין לו זכות בזה. אבל הרמב״ם סובר דאינו משום גדרי זכות אלא דהוא דין מדיני בית דין, משום גדרי כופין על מידת סדום, כיון שהוא טוב יותר לשניהן, ולכן גם מכירה לאחרים כיון שהוא טוב לשניהם בשביל תוספת דמים, נמי יש בזה גוד או איגוד.״

מדברי הגרא״ז עולה דניתן לבאר את דין גוד או איגוד בשני אופנים: או שבהלכות שותפין לכל שותף יש זכות לדרוש להשתמש בחצר, וכיון שאינם יכולים להשתמש בחצר, מהלכות שותפים יכול לטעון גוד או איגוד. ואולי צריך להוסיף דאדעתא דהכי השתתפו, שכ״א יוכל להשתמש, ואם לא יוכלו, שכ״א יוכל לקנות את חלק חבירו ולסלקו, אך לא שיסלקו ע״י שיביא אחר שיקנה, אפילו אם יקנה הכל, הרי הקונה מסלק שותף מחלקו, וע״ז לא השתתפו שיוכל לסלק אחר שאינו שותף את אחד השותפים, רק השתתפנו על דעת שאם לא נוכל להשתמש, שכ״א יוכל לסלק את חבירו ע״י גוד או איגוד. ובדרך זו הלך הרא״ש. ושיטת הרמב״ם שאין זה מהלכות שותפים אלא כדין כל כפיה על מידת סדום, שתתן לי להנות מרכושי, ובכל דרך שאמצא להנות מהרכוש, כיון שאתה השותף לא ניזוק, שאינך יכול להשתמש ולהנות מחצר זו שאין בה דין חלוקה, הרי שכל דרך של הפרדות אינך יכול למנוע, כיון שהמניעה היא מידת סדום, יכולים לכוף את השותף למכור חלקו גם לאחרים, אם זו הדרך להפרד ולהנות, כשכעת לא ניתן להנות. (ועיין ברמ״ה בסוגיא דדין זה הוא מכופין על מידת סדום, עיין להלן).

ונראה דבין אם נאמר דעל דעת כן השתתפו, או שזה דין מהלכות בית דין דכופין על מידת סדום, י״ל דבנדו״ד אינו יכול לומר גוד או אגוד, דאין לומר דעל דעת כן השתתפו שכ״א יאמר לחבירו, באופן שאינו מחלק השותפות, דכל הבסיס הוא שיכול להשתמש בכל החצר, וכאן בטענת גוד או אגוד אין היכי תימצי שיוכל להשתמש בכל החצר. וגם אם זה כח בית דין לכוף על מידת סדום, מה מידת סדום יש כאן אם ממילא הוא נשאר בשותפות עם האחרים שאינם חלק מהגוד או אגוד, ואין היכי תימצי שהנטען יוכל לקנות הכל.

ובכסף הקדשים קעא,ו כתב דדין זה של גוד או איגוד "הוא תקנה דרבנן מפני דרכי שלום ... ואין זה שייכות כלל לכח המכר והקנין רק דרכי שלום". הרי שדין זה הוא אמצעי להשכנת שלום בין שותפים. ואף כתב דאפשר שדין זה הוא מן התורה, מדכתיב; בין איש ובין גרו, על עסקי דירה (עיין סנהדרין ז,ב, אפי' בין בית לעליה וכו'), ממילא דרך השלום בדירות הוא בכלל, או שהוא הלכה למשה מסיני, או שהוא דרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא. ומ"מ כתב להדיא שאינו דין מדיני המקח. ונראה דלכסף הקדשים צריך לעשות הקונה קנין בחלק שותפו, לאחר שחלקו בגוד או איגוד. ועיין בחזון איש (ב"ב ח,א) בהסבר שכל דין זה הוא תקנת חכמים, ומ"מ קבעו חכמים את הדרך מתי אפשר ומתי אי אפשר לכוף את השותף, וז"ל:

"נראה דדיני ממונות נמסרו לחכמים לקבוע כפי משפטי חכמת התורה שזכו בה חכמי התורה, והן הן שנמסרו למשה, שהרי הן בכלל משפטים, והיינו ששכל בני אדם מסכים עליהם. והנה דבר משותף אין לאחד מהן הנאת היחיד בקנינו, מפני הקיפוח של השני, וצריך לקבוע משפטים ישרים ביניהם, איך יקוים תשמישם בזמן שיתעצמו אחד עם השני, ובזה קבע הדין מתי כופין לחלוקת הנכס עצמו, ומתי חלוקת זמנים או שאר חלוקה. ודנו ר"י ור"נ אי אית דינא דגוד או איגוד, שגם זה בכלל זכות שותף נגד חבירו, שגם זה בכלל הישר שאין לאחד לסבול מכובד השותפות, בזמן שנותן לחבירו הברירה ליקח או למכור ..."

נראה מדברי החזו"א שנקט מילתא בטעמא לתקנת חכמים של גוד או איגוד, שזה כוחם להעמיד משפטי התורה והממון על תילם, שכאשר שותפים בנכס ואינם יכולים להנות מהנכס, יש לחלוק את הנכס ע"פ הלכות שקבעו חכמים. ודברי החזו"א יכולים להיות מילתא בטעמא הן לרמב"ם והן לרא"ש, ולא נחית לחלק ביניהם.

והנה נחלקו הראשונים אם דין גוד או אגוד הוא גם בשנים שקנו בשותפות בית שאין בו דין חלוקה, או רק ביורשים ומקבלי מתנה, עיין ברא"ש ב"ב א,נא שהביא את דעת הר"י מיגאש דגוד או איגוד לא שייך אלא ביורשין או מקבלי מתנה, אבל אם לקחו שנים בית שאין בו כדי לזה ולזה, אין אחד מהן יכול לומר גוד או איגוד, שהרי לדעת שיהו שותפין לקחוהו שניהם ולא למכרו איש אל אחיו. וכתב הרא"ש דנראין דבריו אם לא היה להם בית דירה ולקחוהו לדור בו, או אם היה להם בית דירה ולקחוהו להשכירו לאחר, אבל אם היה להם בית דירה ונפל או נשרף דירתו של אחד מהן או הוצרך למכור מחמת דוחקו, יכול לומר לחבירו גוד או איגוד, כיון שצריך לדור בו ואינו רוצה לדור עם אחר. עוד הביא הרא"ש מהר"י מיגאש דאין דין גוד או איגוד בשדה. וכתב הרא"ש, דהר"י מיגאש לשיטתו דדוקא בדבר שמשתמשין בו בשותפות כגון בית דירה ומרחץ ובית הבד וטלית ושובך, ואין נוח לאדם להשתמש

בשותפות עם חבירו, יכול לומר גוד או איגוד, אבל בשדה אפשר לעובדה בשותפות או למוסרה לאריס. והרא״ש כתב דאין דבריו נראין בזה. ודעת רבינו יונה (ב״ב יג,ב ד״ה עלה) כדעת הר״י מיגאש דבלוקחים לא אמרינן גוד או איגוד. גם הנימוק״י (ב״ב ח,א – ב בעמוה״ר) הביא דעת הרא״ה דגוד או איגוד אין בשותפים שהשתתפו לדעת; ״שלא נשתתפו והטילו מעותיהם על דעת שיסלק אחד מהם את חבירו״. אולם הנימוק״י עצמו ציין דדעת הרמב״ם דאין חילוק בין יורשים או שנים שהשתתפו לדעת, עיין ברמב״ם הל׳ שכנים א,ג שנחלקו בזה הרמב״ם והראב״ד, וז״ל:

״אחד השוכר מחבירו מקצת חצר, או שדה שאין בה דין חלוקה, או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהן יכול לכוף את חבירו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכיר לי חלקך, ואם יש בה דין חלוקה חולקין. השגת הראב״ד: וגם זה הדין נפשו אותה ויעש ממנו לשכירות, שע״מ כן שכרו, וקרוב אני לומר אף במקח כן, ולא אמרו גוד או איגוד אלא בירושה ומתנה.״

(ועיין בחזו״א ב״ב ט,ג דהראב״ד ס״ל דאף בדבר שיש בו כדי חלוקה, אם קנו בשותפות, אין אחד יכול לכוף את חבירו לחלוק, דאדעתא דהכי השתתפו). ובשלטי גיבורים שם אות ב הביא מתש׳ רבינו האי גאון דשייך בשותפים שהשתתפו דינא דגוד או איגוד. ועיין ביד רמ״ה ב״ב פ״א סוף סי׳ קעג. ובמחבר בשו״ע חו״מ הביא דעת הרמב״ם בלבד לענין זה דבשותפים שקנו, ג״כ יש דינא דגוד או איגוד. ובש״ך ס״ק א הביא דעת הר״י מיגאש והראב״ד. והחתם סופר בתש׳ חחו״מ סי׳ יב, הובאו דבריו בפת״ש חו״מ קעא,ג, דדעת כמעט כל הפוסקים דגם בשותפים אמרינן גוד או איגוד.

והנה כל מחלוקת הראשונים היא בדעת השותפים, האם השתתפו על דעת שלא להפרד זה מזה בדרך של גוד או איגוד, או אף שקנו יחדיו חצר שאין בה כדי חלוקה, לא היה בדעתם שאם אחד מהם לא יוכל אלא לחלוק, כשסבור הוא לקבל ואינו יכול, שלא יוכל לחלוק בדרך של גוד או איגוד, שהיא דרך החלוקה בדבר שאין בו דין חלוקה. כך כתב הרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ תתקיג) לפרש את דעת הרמב״ם; ״לפי שיכול לטעון סבור הייתי לקבל ולדור כן, ועכשיו איני יכול לסבול״. וברב המגיד שכנים א,ג הביא את הרשב״א, וכתב להוסיף בבאור דעת הרמב״ם, דיכול השותף לומר שסמך שיוכל להפרד ע״י דינא דגוד או איגוד. ובחזו״א (ב״ב ט,ד) כתב בענין שותפים בעסק מרויח, ונפלה קטטה בין השותפים, דיש להסתפק אם דמי לנפל הבית שיכול לומר גוד או איגוד אף לדעת הר״י מיגאש, דאם נפל דבר מחודש מצי טעין גוד או איגוד, שכן כתב הטור לדעת הר״י מיגאש, או ששנאה לאו טענה היא, עיי״ש. גם בכסף הקדשים קעא,ו כתב דכל היכא שהתחדשה ידיעה חדשה שלא היתה קודם השותפות, יכול לטעון לכ״ע גוד או איגוד, ולמד כן מדברי הרשב״א הנ״ל,

עיי״ש. ומ״מ כאמור לא שייך לומר כן בנדו״ד, שבטענת גוד או אגוד לא תתפרק השותפות.

אחר הדברים האלה, ראיתי ברמ״ה בחידושיו לב״ב יג,ב (אות קעג ד״ה והוא הדין גביה) שכתב וז״ל: ״והוא הדין גבי תלתא אחי או תלתא שותפי, דאזל חד מיניהו למדינת הים וקא בעו הני תרי דקיימי למפלג בדבר שיש בו דין חלוקה, דיכיל למיפלג באנפי בי דינא ואפילו קמי ב״ד הדיוטות דבקיאי בשומא ... והוא הדין היכא דלית ביה דין חלוקה לענין חולקי דהני תרי דקיימי דאית ביה דינא דגוד או אגוד, אבל בחולקא דאידך לא״. ולכאורה משמע שיכולים השנים לומר ביניהם גוד או איגוד, אף שלענין החלק השלישי במקומו עומד, כך נראה לכאורה. וצ״ע הפשט ברמ״ה. וא״כ ראיה לא כמש״כ, דאף שהשותפות לא מתפרקת, יכול לומר גוד או אגוד. אך אפשר דדעת הרמ״ה כמו שיובא להלן, דדין גוד או איגוד הוא דין בית דין וכפיה על מידת סדום, ובזה י״ל שכופה שלא יהיו שותפים. אולם לראשונים שזו תקנת חכמים, י״ל כמש״כ לעיל.

וכן נראה מתש׳ מהר״מ מרוטנבורג (פראג סי׳ רצ), לענין אח או שותף הנמצא במדינת הים, דיכולים לחלוק ולהניח לו חלקו, והביא ראיה שהחלוקה תהיה קיימת, ואין השלישי יכול לבטל החלוקה, ובלבד שתהיה החלוקה בבי״ד: ״ובדבר דשייך ביה גוד או אגוד, לא מסתברא שיהו רשאין לחלוק, ואם חלקו יכול למחות כשיבא בגוד או איגוד״. מבואר דלא מהני חלוקה בגוד או אגוד שלא בפניו. אמנם בסברא שם י״ל דאין תקנת חכמים בכה״ג שאינו פה, ואפשר גם אינו בדין כפיה. אולם עדיין יכולים לומר ביניהם גוד או איגוד, ולהשאר בשותפות עם השלישי שבמדינת הים. וא״כ מוכח לכאורה דבכה״ג אינם יכולים לומר גוד או איגוד בינם לבין עצמם. אבל צ״ע אם אפשר לדייק כן במהר״מ, דאפשר שרוצים לומר גוד או איגוד על הכל ולא רק על חלקם.

## ב. מכירה או הסתלקות

ועיין בחידושי הגר״ש רוזובסקי זצ״ל ב״ב סי׳ יב שחקר אם תקנת חכמים בגוד או איגוד הוא גדר של חלוקה, דהיינו שכך מחלקים את השותפות, האחד מקבל את חלק חבירו, וזה שלא קיבל, מקבל דמים. או שזה גדר של מכירה, שמוכר שותף אחד לשני את חלקו. נפק״מ אם צריך דעת מקנה, דאם זה דין מדיני חלוקת שותפות, אין צריך דעת מקנה, ומהני אף אם אינו רוצה. ואם זה דין מכירה, כופין את המקנה עד שיאמר רוצה אני, עיי״ש. ועיין בשעורי הגר״י גוסטמן (קונטרס שעורים ב״ב ח,ב). והדבר נתון לכאורה במחלוקת הראשונים. דהנה הרמ״ה לאורך כל הסוגיא משתמש בביטוי ״כפינן״ לנתבע לגוד או אגוד. עיי״ש באות קסז: ״ושמעינן מינה דלא

מיתוקם דינא דגוד או איגוד אלא היכא דחד מינייהו קאמר ליה לחבריה גוד את כוליה בהני דמי או איגוד אנא בגווייהו, דאע״ג דחבריה לא קא ניחא ליה, כייפינן ליה למיגד או לאוגודי ליה לתובע, אבל היכא דחד מינייהו קאמר ליה לחבריה אגוד אנא ולא קא מבחר ליה למיגד או לאוגודי, לא כייפינן ליה לחבריה למיגד ולא לאוגודי, אלא משתמשי בה בשותפותא ..., דכיון דאפילו היכא דלא משכחת גוד דומיא דאגוד אף על גב דמיבחר ליה בגוד או אגוד בההוא אנפא דאיפשר ליה לאבחוריה ולא משייר מידי ממאי דאיפשר ליה, לא כייפינן ליה לנתבע למיצת ליה, דלאו גוד או אגוד הוא ...״. וכן שם באות קעג (ד״ה מיהו) דאם מבקש נתבע ל יום להשיג כסף לקנות, ממתינים לו ואין כופין אותו למכור מיד, כיון שיש לו פסידא בזה, עיי״ש. וכן שם בד״ה ומחוורתא, ובד״ה ואפי׳ היכא. ודין בכפיה בזה י״ל שכופין אותו להקנות עד שיסכים ויאמר רוצה אני, וא״כ הוי דין הקנאה ולא חלוקה, דאין חלוקה, למה לנו לדין כפיה, יחלוק שלא מדעת חבירו, דמשמעות הרמ״ה שהכפיה היא על השותף ולא על השותפות, ואם צריך להפעיל כפיה על השותף, מוכח לכאורה שזה דין הקנאה.

ובגמ׳ יג,א הקשתה הגמ׳ שאין דינא דגוד או איגוד, מזה שחזרו בית הלל להורות כבית שמאי, שחציו עבד וחציו בן חורין, כופין את רבו ועושין אותו בן חורין וכותבין שטר על חצי דמיו, ולא כמו שסברו בית הלל בתחילה, שעובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד. וא״כ מוכח שלא אמרינן גוד או איגוד, דאם אמרינן, מדוע לא יאמר העבד או האדון גוד או איגוד. ותירצה הגמ׳, דשאני הכא, דאגוד איכא גוד ליכא. דהעבד יכול לקנות, אבל אינו יכול לומר לאדון קנה חלקי, שאין דמים לבן חורין, שאין עבד עברי נמכר אלא לשש. ובשטמ״ק שם הביא מגליון תוס׳ להקשות, דהרי בחצי עבד וחצי בן חורין, גם איגוד ליכא, שהרי האדון אינו יכול לשחררו מחמת העשה של לעולם בהם תעבודו. ותירצו: ״אי דינא הוא דמצי למימר איגוד, אם כן אינו משועבד לרבו כלל, דליכא עשה דיתן לו חצי דמיו ויפטר בעל כרחו, ובדין אין לרבו עליו אלא דמיו אם הוא רוצה ליתנם״. דאין האדון משחררו אלא הוא משחרר את עצמו ע״י נתינה בעל כרחו של הכסף לרבו. ומוכח מזה לכאורה דבגוד או איגוד אין צריך דעת מקנה ויכול לסלקו בעל כרחו.

**תבנא לדינא, לענ״ד נראה דלא יכול השותף לומר לשותף האחר גוד או איגוד, כשיש עוד שותפים.**

# סימן יט

## דירה שנקנתה למטרת נישואי ילדים

### ראשי פרקים

**א. מי הודיעו לבעל החיטים שיקנה לבעל המעות**

**ב. מה שקנה לשמן**

**ג. כשרק התכוין שיהיו לצרכן**

**ד. בגדים וסנדלים או שאר כלים**

זוג קנה דירה, כששני הצדדים מודים שהדירה נקנתה למטרת נישואי הבת בעוד שנים, אף שהדירה רשומה ע״ש שני בני הזוג, וזאת עקב משכנתא ששולמה בעבר ונלקחה ע״י שני בני הזוג, וכן מסיבות מובנות לא רשמו את הדירה ע״ש הבת הקטינה. במסגרת הגרושין הבעל תובע לחלק את הדירה, בעוד האשה תובעת שהדירה תשאר לבת. הבעל טוען שלא אמרו למוכר שהדירה עבור הבת, ודעתם היתה להשתמש לצרכי נישואי הבת, וכך היו הדיבורים מעיקרא, אולם ברור היה לשניהם, שאם יצטרכו את הכסף, ימכרו את הדירה וישתמשו לצרכם. האשה טוענת שכיון שזו היתה כוונתם, הרי הדירה מיועדת לנישואי הבת.

## א. מי הודיעו לבעל החיטים שיקנה לבעל המעות

תנן בערכין כד,א: אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן (לשם אשתו ובניו – רש״י) ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן (רבותא קמ״ל [דאע״ג] דעדיין לא נעלום, הרי הן בחזקתן משעת לקיחה). ואיתא בב״ק קב,ב, במי ששלח שליח לקנות חיטים, ושינה בשליחותו וקנה שעורים, דלחד תנא הריוח וההפסד לשליח, ולחד תנא, ההפסד לשליח, והריוח חולקים השליח והמשלח. ורבי יוחנן העמיד את התנא השני שאומר שהריוח מתחלקים, אליבא דרבי יהודה דשינוי אינו קונה, אולם אם פחתו ההפסד לשליח, דלא שלחו לעיוותי. (ובענין הריוח לאמצע, אם הוא דוקא בנשלח בתורת שותפות או גם בנשלח בתורת שליחות, עיין בראשונים בסוגיא). ושם בגמ׳, מחכו עלה במערבא לר׳ יוחנן אליבא דר׳ יהודה, וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות (למוכר החטין שלצורך בעל המעות הן שיקנה לו). מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי, אי הכי אפי׳ חטין וחטין נמי לא. אמר רבי אבהו, שאני חטין וחטין דשליחותיה קא עביד, וכי בעה״ב

דמי. תדע, דתנן אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך את עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן. ואמאי, לימא הכא נמי, מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה, אלא לאו משום דאמרינן דשליחותיה קא עביד, וכיד אשתו דמי, הכא נמי שליחותיה קא עביד וכיד בעה״ב דמי. ומבואר בגמ׳ דאליבא דבני מערבא, אם קונה בשליחות המשלח, ממילא מה שמקנה המוכר לשליח, קונה למשלח, שיד השליח כמשלח, אבל אם שינה בשליחותו ואינו שליח, חסר בדעת המקנה של המוכר. משא״כ לרבי יוחנן, קונה בעל המעות בכל ענין.

ובגמ׳ שם, א״ר אבא, לא כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו. והיינו שאף שהאשה והבת לא קנו ואינם שלהם, מ״מ מקדיש ומעריך אין דעתו על הבגדים שקנה לשמן, אף אם אינו שלהן. והקשתה הגמ׳ על ר׳ אבא, ותירץ, אלא אמר רבי אבא, כל המקדיש נכסיו, נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא. ובהמשך הגמ׳, אמר מר, הלוקח שדה בשם ריש גלותא, אין כופין אותו ריש גלותא למכור. מכלל דמקנא קניא ליה. לימא פליגא דבני מערבא דאמרי וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל הבית, אי משום הא לא קשיא, כגון דאודעיה לבעל שדה ואודעינהו לסהדי. (ובענין המשך הסוגיא בקונה קרקע ומעלה בשם ריש גלותא, ראה מה שכתבתי בח״ד סי׳ לב,א-ב).

ובפשטות נראה דמחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא, מה תפקידו של המוכר בקנין החפץ, אם המוכר מתכוין להסתלק מבעלותו ולהקנות למי שיקנה, ואין לו במעשה הקנין אלא הסתלקות ומתן רשות לקונה לקנות, וממילא מי שקובע מי יזכה בחפץ הוא הקונה, שהוא מתכוין לזכות לעצמו או לבעל המעות. וזו דעת רבי יוחנן. ובני מערבא ס״ל דהמוכר הוא חלק מפעולת הקנין של הקונה, ואין הקונה יכול לקנות אלא למי שהקנה לו המוכר עבורו. הקונה מבצע את פעולת הקנין, לפי מה שנתן לו המוכר לבצע, דהמוכר הוא חלק מפעולת הקנין של הקונה, ולא כרבי יוחנן שהקונה הוא עצמאי לאחר הסתלקות המוכר.

ונראה שנחלקו בזה הראשונים. הרא״ש שם בב״ק ט,יח, כתב וז״ל: ״וליתא לחוכא דבני מערבא, דאע״ג דשני השליח, מ״מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות. ואע״פ שבעל החטים מזכה לשליח החטין, ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות, ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות״. מדברי הרא״ש מבואר שאין למוכר חלק במעשה הקנין של הקונה. מעשה הקנין הוא פעולה עצמאית של הקונה, והוא זוכה למי שרוצה, בין אם לשליח, שידו כידו, או לכ״א אחר. המוכר פעולתו היא בעצם ההקנאה והסתלקותו מהבעלות, אך למעשה הקנין של הקונה, לא

נצרך הקונה שהמוכר יזכה לו עבורו או עבור מי שקונה. וע״כ ס״ל לרא״ש דליתא לבני מערבא הסוברים מי הודיעו לבעל החיטים וכו׳, שאין זה חלק מפעולת המכירה של המוכר.

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

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

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

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

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

> ״וי״ל דלר׳ יוחנן ל״ש הכי ול״ש הכי, לעולם דעת המוכר למכור למי שהמעות שלו או למי שדעת בעל המעות לקנות לו, שהרי כל שהלוקח לוקח סתם, הרי הוא אצל המוכר כלוקח בפי׳ לעצמו, ואפ״ה לדעת ר׳ יוחנן הוי לבעל המעות, וכיון שכן, מה בין לוקח בשמו והמעות לאחר, ובין לוקח בשם ריש גלותא והמעות שלו, לעולם דעת המוכר למי שהמעות שלו או למי שדעת בעל המעות, אבל לבני מערבא דבעו שיודיעו לבעל חטים היאך קנה זה. ופרקינן כגון דאודעיה לדידיה.״

(ועיין גם בתוס׳ רבינו פרץ בסוגיא, דלחולקים על בני מערבא, דעת המוכר להקנות לבעל המעות: ״אין דעתו להקנות אלא לבעל המעות ולא לשליח שנותן לו

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

ובתש׳ הרשב״א (ח״ב סי׳ שסט) נשאל בשולח יד בעיסקא, ועקב שליחות היד טוען שכיון שהתחייב באונסין, כל הריוחים מהעיסקא שלו. ונותן העיסקא טוען שלא אמרו בשליחות יד אלא לחובתו, להגדיל את אחריותו, אך לא שיהיה חוטא נשכר. ובתו״ד דן שם במחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא; ״ושמעינן מהא תרתי. חדא, דכל היכא דמתכוין לקנות לעצמו, לא זכה בעל המעות, דבכי האי, ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים. ושמעינן מינה נמי, דכל היכא דמתכוין לזכות לבעל הבית, זכה בעל הבית בריוח, ואע״פ ששינה מתחלה בדבר שבעל המעות מקפיד, כחטים ושעורים לאכילה, או אפילו לסחורה ... ״. ולכאורה למש״כ הרשב״א בסוגיא, דדעת המוכר לזכות לבעל המעות, אם דעתו נצרכת וכנ״ל, מה מהני מה שיתכוין הקונה לזכות לעצמו, הרי המוכר התכוין לבעל המעות, ומה כתב הרשב״א; ״דבכי האי, ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים״, הרי תמיד דעתו לבעל המעות, דמן הסתם כך דעתו, ואיך קנה הגקונה לעצמו. ומזה ומהמשך דברי הרשב״א בתש׳ נראה, דאין בכוונת המוכר חלק מפעולת קנין הקונה. ומש״כ הרשב״א ״דבכי האי, ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים״, דלכאורה דל מהכא בעל החיטים, הקונה לא התכוין לזכות לבעל המעות, י״ל בדוחק, דבכהי הא גם רבי יוחנן מודה לבני מערבא.

ובקצוה״ח קפג,ג למד מדברי התוס׳ בסוגיא (ד״ה שאני) דלרבי יוחנן מיירי הסוגיא בהודיעו למוכר שהוא שליח של בעל המעות, ולבני מערבא, אף אם היה מודיעו מהני שיקנה בעל המעות, הסוגיא מיירי סתמא אף בלא הודיעו. ובקצוה״ח

שם כתב דדעת הפוסקים אינו כן, ולא קיי"ל כבני מערבא, ואין צריך הקונה להודיע למוכר עבור מי מקנה. ומ"מ לדברי התוס' גם המקנה חלק מפעולת הקנין של הקונה, ודעתו להקנות לקונה היא חלק ממעשה הקנין של הקונה, לא רק הסתלקות מהבעלות אלא הקנאה לקונה.

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

(ועיין מה שכתבתי בח"ד סי' לד, דלכאורה מהגמ' משמע שהקונה אינו הריש גלותא אלא הקונה עצמו, ורק צריך הריש גלותא לתת שטר לקונה, והיא קושית קצוה"ח קפג,ד (ד"ה ובש"ך) על הש"ך. אולם מדברי רש"י נראה שריש גלותא קנה, והשאלה איך כופין אותו למכור. ולכאורה לפ"ז מה הקשתה הגמ' דלא אתי כריש גלותא, הרי כאן הודיעו שקונה לריש גלותא ומעלה השטר בשם ריש גלותא. וצ"ל, דלרש"י לא הודיע למוכר אלא לעדים שכתבו השטר. ובמשכנות יעקב חחו"מ סי' סג ד"ה והנה עלה, כתב שמצא בתש' הרא"ש צו,ג להדיא דלא כרש"י, אלא מי שקנה הוא הריש גלותא, עיי"ש מה שביאר בסוגיא).

ובס"ק ד כתב קצוה"ח, דאם המשלח אמר לשליח זיל זבין והשליח קונה במעותיו, אף שהשליח קונה במעותיו (של השליח), יש לראות בכסף זה הלואה למשלח,

ולכן המשלח הוא בעל המעות. אולם במש״כ הרבינו ירוחם, מדובר בלא אמר לו זיל זבין אלא שקונה מעצמו במעותיו, ואין לראות במשלח בעל המעות, דאי בעי אינו רוצה במקחו. וכן בכלים שצבע לשם האשה, דהבעל נותן מעות ואין האשה מחזרת כלום, אין לראות באשה בעלת המעות. עוד העמיד את דברי רבינו ירוחם, שנותן השליח את המעות עבור המשלח דרך מתנה, ובכגון זה לא הוי זכות למשלח, וכמש״כ הרמ״א חו״מ קצה,ג.

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

ולפי ההסבר ברא״ש, כתב קצוה״ח דאף לשיטת הרא״ש אם התכוין השליח לזכות לעצמו, כשקנה במעות עצמו, אף שאומר למוכר שקונה בשביל פלוני, כפי שהיה בעובדא שהעלה השטר בשם ריש גלותא, דאף לרא״ש כשאין הקונה בעל המעות, ואין השליח רוצה לזכות אלא לעצמו, זוכה לעצמו בהיותו בעל המעות, דלא כסמ״ע קפג,א שאינו זוכה לעצמו. וכמו בריש גלותא, דאף שדעת המוכר היתה על ריש גלותא, כיון דהקונה לא רצה לזכות לריש גלותא, ממילא זוכה לעצמו שהוא בעל המעות. ולכאורה, גם אם קונה במעות משלח, ודעת המוכר למשלח, כיון שהכל תלוי בדעת השליח הקונה, מדוע לא יוכל לקנות לעצמו, למש״כ דלדעת הרא״ש אין משנה

כלל כונת המוכר, ורק כונת הקונה שמתכוין לזכות מן הסתם לבעל המעות. ומעין זה מצאתי במשכנות יעקב (חחו"מ סי' נג ד"ה והנה עיקר) בפירוש דעת הרא"ש.

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

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

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

עוד נמצא בשעורי הגרש"ש (ב"מ סי' יט) הסבר לשיטות הראשונים הנ"ל, דדעת מוכר להקנות לבעל המעות, ודלא כבני מערבא דס"ל מי הודיעו וכו', דלדידן דלא קיי"ל כבני מערבא, י"ל דדעתו של מקנה להקנות לבעל המעות וכרצון בעל המעות, שאין כוונתו להקנות דוקא לאדם שהוא רואה אלא כוונתו לסיבת המכר - המעות, ובדעתו גומר להקנות לסיבה ולא לצורה שהוא רואה. והוא הדין והטעם לבני מערבא, אין כוונתו מיוחדת לגוף האדם שעומד נגד עיניו אלא לסיבה שהוא צריך אליו להקנות, ודעתו להקנות למי שמקנה לו הכסף. ולכן בשליחות ממש, כשאינו משנה בשליחותו,

וכמו בחיטים וחיטים, ס״ל לבני מערבא שמתן המעות ע״י השליח הם כמתן המעות ע״י המשלח. אולם כשמשנה בשליחותו, וקונה שעורים במקום חיטים, אין כאן שליחות, ורק מדין זכיה יכול השליח להקנות לו הכסף, ואת הכסף נותן הקונה/ השליח למוכר, ולכן הוא שהיה שליח נותן למוכר את סיבת המכר – המעות, ולו מקנה המוכר לבני מערבא. אבל לחולקים על בני מערבא, כל שנתן המשלח מעות, אף בחיטים ושעורים, הוא הסיבה למכר, ודעת המוכר להקנות לו.

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

## ב. מה שקנה לשמן

הובאו לעיל דברי המשנה בערכין כד,א: אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן, ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן. והרשב״א בסוגיא דן אם דין זה שאין להקדש בחפצים אלו, הוא מעיקר הדין או מתקנה. ובתחילה הביא הרשב״א מדייקים מדברי ר׳ אבא (ב״ק קב,ב הנ״ל), כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא, ומדכתב ״נעשה״, משמע שאין זה מעיקר הדין אלא תקנת חכמים שאין להקדש באלו החפצים. ודחה הרשב״א, שאין לומר כן, דאם הוי תקנת חכמים ולא דינא, איך הביאה הגמ׳ בכתובות נד,א ראיה ממשנה זו דאלמנה אין שמין מה שעליה, הרי בהקדש זו תקנת חכמים מיוחדת, אלא בהכרח דינא קאמר: ״אלא מהתם שמעינן דדינא קתני, משום דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח להן, ואע״פ שלא הקנה להן בפירוש, ומשום דאמדינן ליה לדעתיה, אמרו נעשה כמי שהקנה״. מבואר שיש כאן אומדן דעת של הקונה, שמקנה לאשתו ובניו. ועיין להלן בענין אומדן דעת זה.

[לענין עצם האומדנא, יש לחלק בין אומדן הדעת בדעת המקנה, לחולקים על בני מערבא, שדעתו להקנות לבעל המעות או לכל מי שירצה הקונה, לבין אומדן דעת בדעת הקונה. דאומדן דעת בדעת הקונה לא מועיל לעצם ההקנאה, משא״כ בדעת מקנה מועיל האומדנא גם לענין עצם ההקנאה, וכמש״כ דענין הקנאת המקנה היא הסתלקות ומתן רשות, וע״כ באופן שיש ניחותא למקנה, י״א דיכול הקונה לזכות, עיין ש״ך שנח,א. אולם בדעת מקנה, אף שיש אומדנא למי זכה או בתנאי הזכיה, מ״מ לא מהני אומדנא לעצם הקנין, ומן הטעם שהוא פועל הקנין, וע״כ צריך דעת קונה לקנות, וכדין העודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו (יבמות נג,ב), אף שיש אומדן דעת

שאם היה יודע שהם נכסי הגר, היה מתכוין לקנות. וכן כתב הנתיבות קצז,ד, דבקנין בעינן דעת מקנה ודעת קונה, והאומדנא אינו מועיל אלא לתקן דעת מקנה. אולם במקום שלא התכוין הקונה לקנות, אף אומדנא דמוכח לא מהני, דכל הקנינים בעינן שיהיה כונה לשם קנין. ועיין להלן לענין אם צריך שיאמר בפה שזוכה לאשתו ובניו, או סגי במחשבה. ולעצם שאלת קנין באודן דעת, עיין נו״ב קמא, חו״מ סי׳ כח שכתב דהוי קנין מדרבנן, ועיין חזו״א ב״ק כא,ה משכ״כ בזה.]

אלא שהקשה הרשב״א, דמר׳ אבא מבואר שלא בשעת הקניה של הבגד והסנדלים קנה עבורם אלא בשעת ההקדש, נעשה כמי שהקנה, וא״כ איך זכו ומי הקנה להם. ותירץ הרשב״א שני תרוצים: ״וי״ל דכל שדעתו קרובה להן הרבה גמר בדעתו בהקנאה וזכייה לקנות, ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא, ודכותה איכא בריש פרק השוכר את הפועל במס׳ ע״ז (סג,ב) גבי חנוני המקיפו, כיון דאורחיה לאוקופיה, מקנה ליה דינר בכיסו כנ״ל״. כלומר, אין כאן קנין מדרכי הקנינים אלא גמירות דעת לבד המועילה, שבשעה שקנה מהמוכר, דעתו היתה קרובה להם וגמר והקנה להם. עוד תירץ הרשב״א, דאין זה מכח הקנאה, אלא שאין דעתו כשהוא מקדיש על מה שכבר לקח לצורך אשתו ובניו. ואם תאמר, אם אין כאן הקנאה וכו׳, ודין מיוחד במקדיש, איך הביאה הגמ׳ ראיה לאלמנה שאין שמין מה שעליה. י״ל דמש״כ הרשב״א בסוף דבריו הוא אליבא דדחיית ר׳ אבא, אבל לדידן דלא קיי״ל כבני מערבא, קם לן מש״כ הרשב״א בתחילת דבריו, דמיד שקנה דעתו היתה לאשתו ובניו, ואין צריך לדעת המוכר, כן נראה לומר בדברי הרשב״א. (אחר כן מצאתי לגרא״ז באבן האזל מלוה ולוה א,ה ד״ה אכן דברי, שהקשה כן לרשב״א, ועיי״ש מה שתירץ בדבריו).

ועיין בתש׳ חת״ס (חאהע״ז ח״א סי׳ קטו ד״ה שוב) שממנו עולה דהרשב״א חזר ממש״כ דהוי קנין גמור. ולכאורה אין נראה כן מהרשב״א שחזר בו. ונראה שמש״כ בתחילת דבריו הוא לעיקר הדין דלא קיי״ל כבני מערבא, ולכן הביאה הגמ׳ בכתובות ראיה לאלמנה שאין שמין בגדיה, ומש״כ בהמשך, הוא אליבא דר׳ אבא שתירץ את המשנה גם אליבא דבני מערבא. וכן נראה ממש״כ הרשב״א בתש׳ (ח״ב סי׳ רפו) דמהגמ׳ כתובות נד,א מוכח דלא כר׳ אבא: ״לפי שבפרק נערה שנתפתתה, משמע דלית להו טעמא דרבי אבא, אלא משום דקנויין הן לחלוטין לאשה ולבנים, ואפילו צבע שצבע לשמן, משום דאמרינן דשליחותא דידהו קא עביד, לזכות להן מיד הצבע״. ומשמע שזוכה לחלוטין, ולא קיי״ל כר׳ אבא. (ועיין הפלאה צ,טו דלמד מהרשב״א דאין כאן קנין גמור אלא קנין מותנה, דמלשון הגמ׳ נעשה כמי שהקנה, משמע דאינו קנין גמור מתחלת ההקנאה, מדלא תנן המקדיש כסות אשתו ובניו לא עשה ולא כלום. והוא קנין מותנה, שאם ירצה יחזור בו, ואם לא יחזור בו, תהיה מתנה קיימת, עיי״ש. ועיין עוד בקצוה״ח צז,יג אם הוי קנין גמור, ויתבאר להלן דתלוי

אם קיי"ל כתרוץ ר' אבא. ועיי"ש מה שמחלק אם כבר לבשו הבגדים, דבזה ודאי הוי קנין גמור).

ונראה דפירוש זה אם ר' אבא הינו דחוי בעלמא לדברי בני מערבא דלא קיי"ל כמותם, או שקיי"ל כתרוץ ר' אבא אף לרבי יוחנן ולחולקים על בני מערבא, הוא מחלוקת בראשונים. עוד יש לדון אם הבעל זוכה ישירות מהמוכר לאשה, או שהבעל זוכה מהמוכר, ומקנה לאשה. ואת דברי הרשב"א ניתן לכאורה לפרש לשני פנים, אם זוכה ישירות מהמוכר, או הבעל זוכה לה. והנפק"מ בלוה הבעל ושעבד לו מטלטלי אגב קרקע וגם בשעבוד דאקני, ואח"כ קנה כלים אלה לשמן, אם הבע"ח יכול לגבות ממטלטלין אלו. דאם נאמר שהמוכר הקנה ישירות לאשה, אין בע"ח זה יכול לגבות מהם, משא"כ אם הקנה לבעל, והבעל הקנה לאשה, יוכל בע"ח ששעבודו באגב ובדאקני, לגבות מהם.

הג"א ב"ק ט,יח, הביא ממהרי"ח, דתרוץ ר' אבא דכל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה וכו'; "דמשמע דוקא מקדיש ומעריך, איכא למימר הכי אבל גבי בע"ח לא, נראה דדחוייא בעלמא הוא אלא הוא הדין דבע"ח נמי לא גובה מכסות אשתו ובניו מכל הנך דחשיב במתני', וטעמא, משום דבלקיחתו לשמן זכו בהו, דשליחותיה קעביד כדמשני מעיקרא, וה"ה מוכר נכסיו לא מכר כסותו". ומזה נראה דסובר דתרוץ ר' אבא הוא דחוי לבני מערבא, ולא קיי"ל כמותם. וכן ביאר את המהרי"ח בקצוה"ח צז,יג, דר' אבא דאמר נעשה כמי שהקנה, אפשר לפרש כבני מערבא, דאין בזה לאשה קנין ממש, דמי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה, ועל כרחך הבעל זכה תחלה לעצמו ומדידיה לדידה קא אתי, ובמה זכתה האשה, כיון שלא משכה בהן ואינו אלא כמו שתירץ ר' אבא נעשה וכו', והיינו שעשו שאינו זוכה כזוכה, ונעשה כמי שהקנה להן בקנין גמור. ולפ"ז י"ל דלא אמרו נעשה אלא במקדיש ומעריך אבל בע"ח גובה מהם כיון דלא זכתה. ומהרי"ח סובר דבע"ח אינו גובה מהם, דתירוץ דר' אבא אינו אלא דיחוי, דקיי"ל דלא כבני מערבא, והבעל זכה לצורך אשתו, דלא בעינן להודיע למוכר שיזכה לאשה, וכיון דזכה בלקיחתן לשמן, הבעל מעולם לא זכה ואין בע"ח יכול לגבות. ולפ"ז גם לא יועיל אם לוה קודם ושעבד באגב ובדאקני.

וכן נראה מדברי הרמ"ה, הובאו דבריו בשטמ"ק בסוגיא (ב"ק קב,ב). הרמ"ה כתב דלא קיי"ל כבני מערבא, דכל היכא דאמרינן מחכו עלה במערבא, רבי יוסי בר חנינא ורבי אלעזר, ותרווייהו תלמידי דרבי יוחנן הוו, ואין הלכה כתלמיד במקום הרב, ולכן בצבע שצבע לשמן וכו'; "דכי צבעינהו וזבנינהו מעיקרא אדעתא דידהו זבנינהו, וכידם דמי מההיא שעתא זכו בהו, ולא אמרינן מי הודיעו לצבע שהקנה צבע לאשה, לא שנא שני שליח ולא שנא לא שני שליח, כי טעמיה דרבי יוחנן, ושנויא דרבי

אבא ליתא״. ומבואר שמיד המוכר קונה האשה, ויד הבעל זוכה לאשה ישירות מהמוכר, ור׳ אבא דיחוי בעלמא אליבא דבני מערבא. ומבואר גם ברמ״ה שזוכה לאשה, אף שאינה בעל המעות ולא נתנה מעות.

ובעה״ת א,א,ה, כתב דמה שאין בע״ח גובה כלום מכסות אשתו ובניו ולא מכלים שצבען או שלקחן לשמן, דוקא שלקחן לשמן קודם שלוה, אבל לא כשלקחן לאחר שלוה. והחידוש בזה שאינו גובה מכלים אלו כשקנייתם קדמה להלואה, דאף שלא לבשו אותם ולא זיכה להן כי אם בדיבור בלבד שלקחן לשמן, אין לומר שעדין כנכסיו הם ונכנסו תחת שיעבוד המלוה. ושכן השיב לו הרמב״ן: ״יפה כתבת כן לפי ענין הסוגיא שבפרק הגוזל, למאי דסלקא דעתא מעיקרא שליחותא דידה קא עביד, אשה זו מידו של מוכר היא זוכה ולא היה זכות לבעל בכסות וסנדלין הללו מעולם. ולמאי דמוקי ר׳ אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להם כסות אשתו ובניו מעיקרא, הבעל זוכה בהן מיד המוכר והוא הקנה אותם לאשתו ובניו. וכיון דהלכה כר׳ יוחנן דלא אמרינן מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטיו לבעל המעות, וסוגיא דשמעתא דר׳ אבא לתרוצה לר׳ יוחנן אתמר. שמעינן מינה דבעל זוכה מיד מוכר והן זוכין מידו. הילכך אם לקחן אחר הלואה וכתב לו דאקנה וגם מטלטלי אגב מקרקעי, גובה אותן בחובו, ואם פחת אחת מן המדות הללו, אינו גובה מהן״. מפורש יוצא מדברי הרמב״ן דהאשה זוכה מיד הבעל ולא מיד המוכר, ולכן בע״ח ששעבודו באגב ובדאקני, גובה מהם. ומבואר דלרמב״ן תרוץ דר׳ אבא הינו גם אליבא דחולקים על בני מערבא. ועיין בקצוה״ח צז,יג משי״כ בבאור הסוגיא כתובות נד,א, לענין שומת בגדי אלמנה.

וכדעת הרמב״ן י״ל ברא״ש ב״ק ט,יח, דתרוץ ר׳ אבא אינו דחוי לבני מערבא. שכן כתב: ״ואע״ג דר׳ אבא משני הך משנה דערכין אליבא דבני מערבא, דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו, הוה אמרינן מי הודיעו לצבע שיקנה צבע לאשה. שאני התם דכיון שהצבע מזכה לבעל האשה, אפי׳ אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע, אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע״י אחר. הלכך צריך רבי אבא לתרץ כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו, אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות״. ולכאורה יכל הרא״ש לומר דכל תרוץ ר׳ אבא הוא לבני מערבא דלא קיי״ל כמותם, ומדוע חילק דבכסות אשתו ובניו בעינן לנעשה וכו׳, כיון שלא יכול לזכות בשלו לאחר. אלא בהכרח ס״ל לרא״ש דר׳ אבא אינו דחוי לבני מערבא. כך למד קצוה״ח בדברי הרא״ש.

והגר״א בחו״מ קעו,סד, כתב דדעת הרי״ף והרמב״ם לפסוק כבני מערבא. הרמב״ם בהל׳ שלוחין ושותפין ה,ב, הובא בשו״ע חו״מ קעו,יא, פסק וז״ל: ״לפיכך

הנותן מעות לחבירו בתורת שותפות ליקח בהן חטים לסחורה והלך וקנה שעורים או שנתן לו מעות לקנות שעורים וקנה חטים, אם פחתו פחתו לזה שעבר ואם הותירו הותירו לאמצע". וכתב ע"ז הגר"א, דמהרמב"ם יש לדייק דדוקא בשותף הדין כן ולא בשליח, וכן גם דעת הרי"ף בסוגיא (ב"ק לו,א-ב מעמוה"ר), דלא אמרינן הותירו לאמצע אלא כשנתן לו מעות בתורת שותפות, ליקח בהן חטין ולקח בהן שעורין, שעורין ולקח בהן חטין, אבל שלא בתורת שותפות, בין לסחורה בין לאכילה אליבא דר' יהודה חד דינא הוא, אם הותירו הותירו לבעל המעות, ואם פחתו פחתו לשליח. והסביר הגר"א, דהשוני בין שליח לשותף הוא אליבא דבני מערבא, וכתרוץ הגמ' דשליחותיה קעביד, ובזה הכל לבעל המעות, דיד השליח כידו, אא"כ פחת, דלתקוני שדרתיך. ובשותף חולק הריוח, כיון שהוא גם שליח וגם שותף, וזוכה בריוח לשותפות. וזה אליבא דתרוץ הגמ' דשליחותיה קעביד, שנאמר אליבא דבני מערבא. ובשותף יש חילוק בין סחורה לאכילה, דכל הדין שהריוח לאמצע הוא בקונה לסחורה, אבל שותף הקונה לאכילה, בזה קיי"ל כבני מערבא דמי הודיעו וכו', דאינו בבחינת שותף לענין זה, וממילא אין ידו כיד שותפו. ולכן יש חילוק בין שותף לשליח, וחילוק בשותף בין קונה לסחורה או לאכילה. ומזה מסיק הגר"א דהרי"ף והרמב"ם ס"ל כבני מערבא, והטעם שפסקו כבני מערבא, כיון שר' אבא מעמיד את המשנה בערכין כמותם. וז"ל הגר"א: "הן דברי הרמב"ם וכ"ה דברי הרי"ף ע"ש, וטעמם שפ' כבני מערבא, דר' אבא מתרץ למתני' דערכין כוותיה, וכן פריך שם לימא פליגא דבני מערבא כו', ומפ' דוקא בשותף, אבל בשליח לעולם יד שלוחו כיד בע"ה, ולהכי לא פריך גמ' אמתני' על ר' יהודה מי קני לבע"ה השבח שעל הצמר. אבל הרא"ש וש"פ פ' דלא כבני מערבא, ע"ש. לכן פ' הרא"ש והטור וש"פ דאף בשותף בין לסחורה בין לאכילה, וכ"פ הרב בסי' קפ"ג שם, וז"ש הרב כאן וע"ל סי' קפ"ג ס"ה".

והגרא"ז באבן האזל (מלוה ולוה א,ה ד"ה ודברי הגר"א) תמה על מש"כ הגר"א דהרי"ף והרמב"ם פסקו כבני מערבא, כיון דר' אבא העמיד המשנה בערכין כמותם, דהא ר' אבא דחה את הראיה מהמשנה. גם מש"כ הגר"א דשלא בתורת שותפות אין חילוק בין לסחורה בין לאכילה משום דשליחותיה קא עביד, היא סברת ר' אבהו, וגם ר' אבהו לא אמר כן אלא בחטים וחטים. ור' אבא דחה לדר' אבהו. עוד הקשה, דהסברא לחלק בין שותפין לשליח, דבשליח אמרינן שליחותיה קא עביד אפי' מחטין ושעורים גם לבני מערבא, ובשותפין לא אמרינן, לא מצאנו חילוק זה בסוגיא.

ע"כ כתב הגרא"ז, דאין כונת הרי"ף והרמב"ם לפסוק כבני מערבא, מזה שהרי"ף לא הזכיר הא דבני מערבא כלל רק שחילק בין לאכילה בין לסחורה. גם אין לומר דהרמב"ם ס"ל כר' אבא, דא"כ כשההלואה היתה לפני שקנה הכסות והצבע, ושעבד

באגב ובדאקני, היה לרמב״ם לכתוב שגובה מכסות אשתו. וכן הרי״ף בתשובה לא הי׳ לו לסתום דאין בע״ח גובה מכסות אשתו ובניו, ולחלק רק מבגדי חול לבגדי שבת, והו״ל לחלק גם בין ההלואה היתה קודם קנית הכסות ושעבד באגב ובדאקני, לבין הלואה אחר הקניה או לא שעבד באגב ובדאקני. גם החילוק בין שותף לשליח לא מסתבר כלל, דהא שותף נמי שליח הוא, ואם בשליח לא אמרינן מי הודיעו, גם בשותף אין סברא לומר מי הודיעו.

ומש״כ הרשב״א בסוגיא (הובא לעיל); ״דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח להן, ואע״פ שלא הקנה להן בפירוש, ומשום דאמדינן ליה לדעתיה, אמרו נעשה כמי שהקנה״. והגרע״א (עיין בחידושים על ב״ק קב,ב) כתב דלסברת הרשב״א יש לחלק בין מקדיש ומעריך לבע״ח, דדוקא בהקדש שהוא כעין מתנה, אמדינן לדעתיה שאינו רוצה לכלול כלים אלו, משא״כ בבע״ח שמקבל ממנו כסף, לא שייך אומדן רק בדעת הלוה אלא גם בדעת המלוה, וכמו בקונה ומוכר, דאפשר דלא היה המלוה מוכן להלוות לו ללא שעבוד כלים אלו, ועל הלוה לפרש שאין כלים אלו בכלל השעבוד, ומדלא פירש, גם אלו השתעבדו למלוה. וממילא י״ל דלפוסקים שלא חילקו בין הקדש לבע״ח, דלא ס״ל כסברת הרשב״א דאמדינן לדעתיה.

גם מדברי הח״מ צ,נ נראה שאין חילוק, ודין זה אינו מיוחד להקדש אלא לכל ענין ודבר הם שלה. הח״מ כתב דאין הבעל יכול למכור כלים אלו: ״... המקדיש את נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו, ואם ההקדש אין חל, ודאי דאין המכר חל, דאין יכול למכור דבר שאינו שלו״. ומבואר שכלים אלה לחלוטין שלה, ואין זה דין מיוחד למקדיש. אמנם הב״ש שם בס״ק נב כתב דאף שלכתחילה אינו יכול למכור, בדיעבד חלה המכירה, דפירש דדין זה מיוחד להקדש, דמן הסתם אין דעתו על כסות אשתו, אבל אם היתה דעתו עליהם, חלה המכירה. אולם למעשה נשאר בצ״ע אם חלה המכירה בדיעבד: ״מיהו למעשה צ״ע בדיעבד אם המכירה קיים, כיון דיש לפרש דברי המחבר כפירוש הח״מ. ובתשובת מ״כ שהביא הב״י מבואר דמכירה בטלה אף בדיעבד״. ועיין בתש׳ חת״ס חאהע״ז סי׳ קטו מש״כ בזה.

ובדברי מלכיאל (ח״ד סי׳ עט) נשאל באב שקנה סחורה לעשות בגדים לבתו לחתונתה, ואשתו חלתה חולי גדול, ונדרה הבת את כל מה שקנה לה לטובת הקדש עניים אם תתרפא האם, ונתרפאה האם. ודן הדברי מלכיאל אם בגדים אלה של הבת שיכולה להקדישם. ובתוך דבריו כתב דכשקונה בגדים לשם אשתו וכד׳, ביאר בשטמ״ק בב״ק (קב,א) דאמדינן ליה לדעתיה שמקנה אותם להם, אם יקדיש או יעריך, וכל אומדנא דמוכח הוי כאלו אמרה בפירוש לפנינו, דכיון שהאומדנא מוכחת וגלויה לכל, הרי זה כתנאי מפורש. וא״כ גם בנידון שם, אומדנא דמוכח שלא הקנה הסחורה לבת

על דעת שתקדיש רק שיהיו לצורך חתונתה. ודן שם אם מה שהקדישה לצורך רפואת אמה, לא קפיד בזה. ועוד דן שם אם דוקא כנגד הקדש וערכין או גם נגד בע״ח, ותלוי אם קנוי לה קנין גמור, עיי״ש.

## ג. כשרק התכוין שיהיו לצרכן

מדברי הרשב״א בסוגיא (ב״ק קב,ב) הנ״ל מבואר דסגי במחשבה, ולא צריך שיאמר בפה, וכמש״כ הרשב״א, דאמדינן לדעתיה שבודאי קנה לאשתו ובניו: ״מהתם שמעינן דדינא קתני, משום דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח להן, ואע״פ שלא הקנה להן בפירוש, ומשום דאמדינן ליה לדעתיה אמרו נעשה כמי שהקנה״. הרי שלא צריך שיאמר בפיו, וסגי במחשבה, ואף המחשבה מכח אומדן דעת שלנו. וכן בהמשך הרשב״א שם (ד״ה ולענין) עולה שמספיק אם מתכוין הקונה שרוצה לקנות לשם פלוני, או לשם האשה ובניו, סגי בהכי, ולא צריך להוציא בפיו, ואפי׳ במחשבה מהני, שהרי בנדון הסוגיא לא הודיע למוכר או לעדים, ובכל זאת לחולקים על בני מערבא מהני קנייתו. וז״ל הרשב״א: ״וההיא דאין לו בכסות אשתו ובניו, דאצטריך ר׳ אבא לאוקמיה בטעמא דכל המקדיש נעשה כמי שהקנה כסות אשתו ובניו, ההיא לא לקחן הבעל בפירוש מיד המוכר לשמן, דאלו כן לא אמרינן מי הודיעו, שהרי הודיעו הבעל, כיון שלוקח מן המוכר בפי׳ לשמן. ולשמן דקתני, בכונת לשמן קאמר, כלומר לצרכן, וכיון שכן אם קנה בשם חבירו, מנלן דלא קנה חבירו ושהוא לא לקח בדוקא לו, כיון שקנה בשמו״. ומשמע מהרשב״א דלעיל, דלא מיבעיא שאין צריך לומר למוכר או לעדים, גם בפיו בינו לבין עצמו אין צריך, שהרי באומדנא ודאי לא אמר בפיו, ודוחק לומר דאמדינן שאמר בפיו.

ובענין זה מצאנו מחלוקת בין הסמ״ע והש״ך (רסט,א) בדין המגביה מציאה לחבירו שזכה חבירו (ב״מ ח,א ושו״ע שם), אם זכה חבירו כשלא אמר בפיו אלא חשב בליבו. הסמ״ע ס״ל דמירי דבשעה שמגביה המציאה מעל גבי קרקע, אמר בפיו הריני מגביה מציאה זו כדי לזכות בה לשמעון. והש״ך כתב דסגי אם מודה שכוונתו היתה לכך. ובקצוה״ח שם ס״ק א נקט כדעת הסמ״ע, דקיי״ל דברים שבלב אינן דברים. ובקצוה״ח הקשה מהסוגיא, מבגדים שקנה לשמן, דאיך מהני מחשבתו להוציא מידי הקדש. וכתב לישב; ״ואפשר דהתם מירי נמי שאמר מתחלה לפני עדים שקונה לשמן, אלא שלא הודיע לצבע. וכן נראה מוכרח, דאי לא תימא הכי, היכי נאמן לאפקועי כח הקדש במה שאומר שקנה וצבע לשמן, ואכתי צ״ע״.

ולכאורה מהרשב״א לא משמע כן, כיון שהכל מחמת אומדן דעת, ודוחק לומר דאמדינן לדעתיה שאמר בפיו. ובנתיבות שם ס״ק א כתב לפי מש״כ הרשב״א בקדושין

נ,א, דכשדברים שבלב לא סותרים את הדברים שבפה, הוי דברים שבלב דברים, וז״ל הנתיבות:

״ואישתמיטתיה דברי הרשב״א בחידושיו לקדושין (נ,א), דדוקא במקום דהדברים שבלב סותרין לדברים שבפה לא הויין דברים שבלב דברים, אבל דברים שבלב סתמן, הויין דברים, כמו בתרומה דמהני מחשבה (גיטין לא,א). ומש״כ ראיה מבגדים שצבע לשמן, אין ראיה, דשם יש הוכחה שנצבע לשמן, שבגדיהן הן.״

הרי דבנדון בגדים שקנה לשמן, אין הדברים שבלב סותרים דברים שבפה, שהרי לא אמר שקונה לצרכן, ובהכי לכאורה סגי. וקנית בגדים לשם האשה, לא סותרים את הפה, ולא גרעו ממגביה מציאה לחבירו. אך הנתיבות הוסיף טעם נוסף, שבבגדים שצבע לשמן, יש הוכחה שצבע לשמן, שהם בגדיה של האשה. והיינו שבזה אומרים אומדן דעת.

ולכאורה טעם זה מספיק לענין בגדים שצבע לשמן, ומה יעשה בסנדלים שלקחן לשמן, שלא היו סנדלי האשה. ונראה בזה לבאר בנתיבות, דיש אומדנא דמוכח בכל אלו שלא קנה לעצמו, שהרי חלוק בגד איש מבגד אשה ומבגד ילד, וכן סנדלי אשה וילד, שונים מסנדליו, וכן צבע שצבע לשמן. א״כ בעצם הקניה מוכח שלא קנה לשמו, וע״כ בזה יש אומדן דעת דמוכח שקנה לשם מי שהסנדלים מתאימים.

## ד. בגדים וסנדלים או שאר כלים

ולפ״ז בנדון דידן אם היו אומרים למוכר שקונים עבור הבת, והיו אומרים לאחרים, או מוציאים בפה באיזה דרך, או כשקנו דבר המיוחד לבת (ובדירה אינו שייך), יש לדון שקנתה הבת, אבל אף אם דיברו ביניהם קודם, נראה מחשבתם שהדירה תהיה שלהם להשקעה לצורך נישואי הבת, ואם יצטרכו לדברים אחרים, ישתמשו לדברים אחרים, ולא היתה כונה להקנות לבת. ואף אם לאשה היתה כונה כזו, הוי דברים שבלב בכה״ג. דבזה הדברים שבפה, שרושמים הדירה על שמם, סותרים לדברים שבלב. ואין כאן אומדנא דמוכח, כיון שדירה אינו חפץ המיוחד דוקא לבת.

ואין לומר שמה שדיברו קודם שיהיה לנשואי הבת, הוי כדברים שבפה וכונתם בודאי לצורך הבת, וכמש״כ קצוה״ח שם, דאם אמר לו ראובן בפירוש שיגביה עבורו את המציאה, והגביה במחשבתו לזכות לראובן, קנה ראובן, דזה אינו דברים שבלב אלא דברים שבלב כל אדם, דכיון ששתק, אדעתיה דידיה ודאי אגביה, והו״ל דברים שבלב כל אדם דמהני. נראה דאינו שייך דוקא כשאמר זה שזוכים עבורו, אולם על

סמך אמירת הקונה קודם הזמן, אפשר שחזר בו. מה עוד שבנדו״ד אפשר לפרש כוונתם שיהיה שלהם להשקעה לצורך הבת, אך לא יהיה לבת בעלות על הדירה.

ומש״כ דלכאורה דוקא בבגדי וסנדלי אשה וילדים, דמוכח מהכלים שקנה לשמן ולא לשמו, והם מיועדים רק לצרכן, כן נראה ללמוד מתש׳ הגאונים (הוצאת הרכבי, סי׳ קז) בענין המשנה של המקדיש נכסיו וכו׳, וז״ל: ״והטעם לזה הוא, כי משעה שנתנן להם קנו [אשתו ובניו] אותן ויצאו מרשותו. ולפיכך אין ההקדש חל עליהן, וכן לא יוכל בעל חוב לגבות מהן כלום. אבל אבנים טובות וזהב, משום שההלכה לא זכרה אותן, לא נוכל להכניסן בכלל בגדים בלא ראיה. וכל שכן שהזהב ואבנים הטובות יקשט אדם בהן את אשתו וילדיו וישתמש בהן בעצמו בזמן הצורך, מפני שהן לא יבלו ויפסדו כמו הבגדים״. מבואר מתש׳ הגאונים דאבנים טובות ומרגליות, לא זכרה אותם המשנה, ומזה הטעם גם אי אפשר להכלילן בכלל בגדי אשתו שאין להקדש ולבע״ח בהם. וכתב לחלק בין בגדים ואבנים טובות, דבגדים של אשתו ובניו אין דרך (ובדר״כ גם אפשרות) להשתמש בהם, וממילא אין כוונתו אלא לצרכן, וזה מוכח בתחילת הקניה. משא״כ אבנים טובות ומרגליות, אף שאין דרכו של איש להתנאות בהן, כיון שיש דרך להשתמש בהן לצורכו אם יחפוץ בכך, כגון למכרן, שאינן כבגדים, ואינן מתכלות ובלות כבגדים וסנדלים, לכן הרגילות להשתמש בהן לצרכן אם יצטרך, ואין בתחילת קנייתן ראיה שקנה רק לצורך אשתו. ומינה נלמד גם בנדו״ד, שאף אם דברו ביניהם בתחילה שהדירה תהיה לצורך נישואי הילדים, אף אם דירה היתה חפץ שממנו מוכח כן, מה שאינו, מ״מ הרגילות גם למכרה כשצריך, ממילא אינה בכלל כסות אשתו וילדיו. (משא״כ בהקנה להם להדיא, עיין במרדכי כתובות קעב).

ובעה״ת א,א,ו הביא מהר״י ברצלוני, שאם קנה האב לבניו ספרים, הרי הם בכלל מה ששנינו אין לו בכסות אשתו ובניו ולא במה שלקחן לשמן. ובעה״ת חלק עליו, דמסתברא דכסות דתנן תנן, ספרים דלא תנן - לא תנן. וי״ל כסברת הגאונים הנ״ל, דכיון דיש רגילות ודרך להשתמש בהם כשצריך, ממילא לא זכו באופן מוחלט, דבספרים אין הוכחה בעצם הקניה שקנה לשמן, ואין בזה את האומדנא שיש בבגדי אשתו ובניו, דסו״ס ספרים ראויים גם לו, ואם לא הקנה במפורש, אין בזה אומדנא וכנ״ל. וכן כתב שם בס״ק שאח״ז לענין תכשיטים, שדינם כבגדי שבת ולא כבגדי חול (עיין להלן מחלוקת הראשונים בזה), ואינם בכלל האמור במשנה:

> ״ואין צריך לומר אם היה לאשה תכשיטי כסף וזהב שמוכרין אותן ופורעין החוב למלוה מהן, שאין אלו עושה אותן לתכשיטין בלבד אלא עושה אותן לאחריות הזמן מפני שאינו בלה וכלה, והילכך נדון אותם כשאר נכסיו ומגבין אותן לבעל חובו.״

ועדיפי לכאורה מבגדי שבת, דבגדי שבת עשויים יותר להתבלות. ואפשר דמר אמר חדא ולא פליגי, דיש לחלק בין סוגי הבגדים של שבת, דככל שעשוי יותר להתבלות, מוכח יותר שקנה לצרכה בלבד, ואין להקדש ולבע"ח בהם, משא"כ בגדים של שבת שאין בהם שימוש רב ולא עשויים להתבלות, שיכול להשתמש בהם לצורכו, והכל לפי הענין. ומ"מ תכשיטים של זהב וכסף ודאי עשויים להשתמש בהם אח"כ לצרכו, וכמש"כ בעה"ת שעושה אותן לאחריות הזמן מפני שאינו בלה וכלה. וכן כתב בגדו"ת (שם ס"ק ו), דספרים אינן כמלבוש החול, אותם מן הסתם הקנה אותם באופן מוחלט לאשתו ובניו שישתמשו בהם על שיבלו לגמרי. משא"כ ספרים שקנה לבניו, אין דעתו להקנותם לחלוטין לבניו אלא קנאם להם כדי שילמדו בהם, והפירות שלהם ושלו, אם יצטרך, והגוף שלו למכרם ככל חפצו, ולפיכך הם משועבדים לבע"ח. והיינו שאין בספרים אומדנא כמו בבגדי חול, וכן בתכשיטים אין אומדנא, דאף שתכשיטים הם בכלל כלי האשה המיוחדים לאשה ולא לאיש, מ"מ הם יכולים לשמש גם כנכסים למכירה בבא העת, וע"כ אין בהם אומדנא כבבגדי חול וסנדלים. ועיי"ש גם בגדו"ת בס"ק שאח"ז. וכן נמצא בנימוק"י (ב"מ סט,ב מעמוה"ר).

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

ועיין במל"מ מש"כ שם. ועיין בתש' מהר"מ מרוטנבורג (קרימונה פד, וכ"ה בדפוס לבוב שנט), כדעת הרמב"ם, דבכסות שבת ורגל לא אמרינן דמסתמא נעשה כמי שהקנה להם בכסות אשתו ובניו מעיקרא, אא"כ ידוע להם שקנה להם מעיקרא (עיין במרדכי כתובות סי' קעב, דרכ"מ חו"מ צז,ז, ומש"כ ביש"ש כתובות ד,נא, וסמ"ע

צז,סב). ועיין גם בתש׳ מהר״ח או״ז (סי׳ קיט), שבתחילה כתב מדעת עצמו לחלק בין בגדי חול לבגדי שבת, שכן מוכח בירושלמי דלא חשיב כהקנה מעיקרא, ולכן בע״ח גובה מהם. אולם הביא מתש׳ אביו (האור זרוע) דאין לחלק בין בגדי חול לבגדי שבת ותכשיטים, עיי״ש.

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

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

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

בהם, ואם יצטרך להם, ימכור או לפרוע חובותיו. וכתש׳ זו נקט גם הרדב״ז (ח״א סי׳ רפא), וכתב דהתש׳ בסי׳ רנח, אינה מדברי הרי״ף, עיי״ש. וכן נקט מהרי״ק (שורש י׳).

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

ומ״מ מהאמור לעיל עולה דבנדו״ד שרכשו ההורים את הדירה, אף שדיברו קודם שהיא לצורך נישואי הבת, ולא אמרו למוכר שהם קונים עבור הבת, אין זה עדיף מתכשיט, שאף אם כוונתם בין השאר להשתמש בזה לצורך נישואי הבת, דעתם היא שאם יצטרכו לכסף וממון, ימכרו את הדירה וישתמשו בכסף לצרכם.

ויש להסתפק בענין חלקה של האשה, אם יש בזה הודאת בע״ד שהדירה שייכת לבת, או שגם לפי דבריה, הרי היו רק דיבורים כאלה מלכתחילה, אולם גם לדבריה יש לומר אומדנא דמוכח שאם היתה צריכה לכסף, היתה מוכרת את הדירה. וכן נראה שזו כוונתה, ולא היתה כאן כוונת קנין מצידה לטובת הבת. ואם לדעתה זו היתה כונתה, הרי יכולה היא להשתמש בחלק שתקבל לטובת נישואי הבת.

**לאמור לעיל, הדירה אינה שייכת לבת, ובני הזוג יתחלקו בדירה בחלקים שוים.**

# סימן כ

## תשלום עבור נסיעה לשדה התעופה, כשהטיסה בוטלה

### ראשי פרקים

**א. שכר פועל להשקות שדה לחה**

**ב. שליח שלא מילא את מטרת שליחותו**

ראובן אמור לטוס לחו״ל, שכר נהג לקחתו מביתו לשדה התעופה. ההזמנה בוצעה מספר ימים מראש. בבוקרו של יום הופיע הנהג ולקח את ראובן לשדה התעופה. כשהגיעו למקום, הציע הנהג לראובן שימתין, שאם יתברר שהטיסה בוטלה, הוא יקח אותו חזרה. הדבר היה לפלא בעיני ראובן, ופלא גדול יותר, שאכן הטיסה בוטלה. משיחה עם הנהג בדרך חזור, התברר שהנהג ראה עוד בלילה הקודם שהטיסה בוטלה. על השאלה מדוע לא יידע את ראובן ומדוע בא לקחתו לשדה התעופה, לא היתה תשובה, אף שהתשובה מובנת. נשאלתי, אם ראובן חייב לשלם לנהג עבור הדרך הלוך, עבור הדרך חזור, ומה הדין אם כבר שילם, אם יכול לתבוע את הסכום ששילם מהנהג.

## א. שכר פועל להשקות שדה לחה

איתא בב״מ עו,ב-עז,א על פועלים שנשכרו לעדירה ומצאו שדה שהיא לחה, אם לא נותן להם שכר כלל או נותן להם כפועל בטל: הא דסיירא לארעיה מדאורתא (והוליך הפועלים לשם וראוה, ולא הבינו שהיא לחה, או שירדו גשמים בלילה, לית להו כלל, דהא חזו אינהו גופייהו ועל מנת כן נשתכרו לו, והרי לא יכולין, ולא היה להן לילך בבקר – רש״י), הא דלא סיירא לארעיה מאורתא (עליו היה לתת לב לדבר ולהודיעם, אם תמצאו שדה לחה לא אתן לכם כלום, ויהיב להו כפועל בטל). כי הא דאמר רבא, האי מאן דאגר אגירי לרפקא ואתא מטרא ומלייה מיא, אי סיירא לארעיה מאורתא פסידא דפועלים (גשמים שירדו, הפסד פועלים הוא, דלא יהיב להו מידי, דאמר להו מזלייכו גרם), לא סיירא לארעיה מאורתא, פסידא דבעל הבית ויהיב להו כפועל בטל (דאמרי ליה מי יימר דלדעתא דההוא ארעא אגרתן). ואמר רבא, האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא (להשקות שדות) ואתא מטרא (והשקה אותה, ואינה צריכה לדוולא), פסידא דפועלים, אתא נהרא (גדל הנהר ועלה, ונכנס בחריצין העשויין בשדה ומהן היא שותה, ואינה צריכה לדוולא) פסידא דבעל הבית ויהיב להו כפועל בטל (דפועלים אינם יודעין במנהג שדהו שיהא נהר עולה להשקותו, אך הוא היה יודע). ואמר רבא, האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא, אי לא עביד

דפסיק, פסידא דפועלים, עביד דפסיק, אי בני מתא, פסידא דפועלים, לאו בני מתא, פסידא דבעל הבית.

והנה מש״כ רש״י דאין נותן להם שכר כלל בסיירא לארעא, מבואר דכיון דסיירא לארעא וראו הקרקע, ״ולא הבינו שהיא לחה״, והיינו שהיה להם להבין שאין צורך ואין אפשרות לעבודתם, ״או שירדו גשמים בלילה, לית להו כלל, דהא חזו אינהו גופייהו ועל מנת כן נשתכרו לו, והרי לא יכולין, ולא היה להן לילך בבקר״. לפ״ז גם אם הפועלים ראו שהשדה לחה והבינו שפעולת העדירה לא תביא תועלת, והלכו וחפרו השדה ולא היתה תועלת בעבודתם, שמיד בא סחף ושטף, או הלכו והשקו שדה לחה שאין צורך בהשקיה, הוא הדין והוא הטעם שאין להם כלום. ועיין גם בטור חו״מ שלד,א: ״השוכר הפועל לחפור בשדה ובא מטר בלילה בענין שאינו יכול לחפור, אם הראה לו השדה בערב, פסידא דפועל הוא, דכיון שראה אותה והכירה שאינה ראויה לחפור אם ירד עליה מטר, לא היה לו לבא ואינו נותן לו כלום״. הפועל לא ראה שדה לחה, רק היה עליו להבין שאם ירד גשם אינה ראויה לחפור, היה עליו להבין שאם ירד גשם אין צריך למלאכתו (וכן יש לבאר ברש״י, והוא לכאורה ביאור הטור בדברי רש״י ״ולא הבינו שהיא לחה״. וברמב״ם נראה שפירושו ריפקא – להשקות השדה, ויובא להלן).

וכן י״ל לכאורה בנדו״ד, ששכרו ע״מ להגיע לשדה התעופה לטוס לחו״ל, והנהג ידע שנשכר לשם כך, ולכן אף בדק באינטרנט לידע את השעה המדויקת של הטיסה, ״וראה שהיא לחה״, ״לא היה להן לילך בבקר״, לא היה לו לבוא ולקחת את ראובן אלא להודיעו, ואם יחפוץ בכל זאת בנסיעה, הו״ל כהתנה דאף שיתבטל הצורך ישלם לו. אבל כשעל מנת כן נשתכר לו, לטוס לחו״ל, וראה וידע שלא צריך לנסיעה זו, לא היה לו להסיעו בתמימות לשדה התעופה. ואין חילוק לדינא בין לא השקה כיון שהיא לחה, ובין השקה שדה לחלה, תרויהו חד טעמא.

ומש״כ ברבינו חננאל (עיין גם בשטמ״ק ב״מ עח,א ד״ה וז״ל גליון) בטעם פסידא דפועלים, דבסיירא לארעא יכול לומר להם לכו וחפרו, ומשמע שאם חפרו יש להם שכרם, היינו בעדירה שהשדה הלחה רק מקשה את החפירה באופן שהיא בלתי אפשרית, אך התוצאה מושגת, אבל אה״נ במקום שאין בפעולתם תועלת, אם לא היה להם לעשות, אין נפק״מ במה שעשו. ועיי״ש בשטמ״ק שהביא קושיא גבי דוולא ואתא מטרא, יאמרו פועלים הא קיימינן; ״ויש לומר, דפועלים אפסדו אנפשייהו, דבלילה נחת מטרא ומאי בעי התם״. וע״כ בדוולא גם אם השקו, אין נפק״מ, ולא היה להם להשקות.

וברשב״א (ב״מ עו,ב) הביא מהראב״ד: ״לא גרסינן הכא בפלגא דליליא, דהתם אפי׳ תרעומת ליכא, דליכא התחלה, ואפי׳ הלכו אינו כלום ומה להם לילך והוא

אינו צריך לדוולא, ע״כ. למדנו מדבריו שאע״פ שלא נגמרה מלאכה, שהרי עדיין צריך לפתוח פתחים בראשי תלמים, כל שהוקלה כ״כ עד שאינו צריך אלא מלאכה מועטת, הרי זה כאלו אינו צריך להם כלל, ואפילו הלכו עד שלא חזר בהם אינו נותן להם כלום״. נראה מדבריו דאפי׳ יש התחלת מלאכה, כיון שאינו צריך, אין להם כלום, וא״כ מה לי התחלה ומה לי השקו ואינה צריכה.

ויש מהראשונים שמדבריהם נראה דחלוקת ההפסד נובעת מכך שהיה לפועלים לדעת שבעה״ב אינו צריך אותם, ואף אם שוים שניהם בידיעה או אי הידיעה, פסידא דפועלים דהו״ל לאתנויי, שאף אם לא יצטרך יתן להם שכרם. כך מבואר בריטב״א בסוגיא (ב״מ עו,ב), וכן בנימוק״י (ב״מ מו,ב בעמוה״ר); ״דכיון דלא הוי פשיעה דבעה״ב טפי מדפועלים, והפועל תלוי שכירותו בעשיית פעולה, א״כ כל שלא עשה פעולתו, פסידא דידיה הוא״. ועיי״ש בהמשך הדברים. וכן בראי״ש ב״מ ו,ג, דכל ששוים בידיעה, יד הפועל על התחתונה דהו״ל לאתנויי, ורק כשבעה״ב ידע והפועל לא ידע, הו״ל לבעה״ב להתנות. ולפ״ז כשפשע הפועל ומחמת פשיעתו התבטלה המלאכה, פשיטא שאין לפועל שכרו, והוא הדין כשעשה מלאכה כשידע שאין בה צורך, דהוי כפשיעת הפועל והו״ל לאתנויי.

אמנם נראה דצ״ע לדמות נדו״ד לדין הו״ל לאתנויי, דא״כ אם שניהם לא ידעו שתתבטל הטיסה, וכי בכה״ג יפסיד הפועל מטעם דהו״ל לאתנויי. אך יש ללמוד מכאן שפועל שעשה מלאכתו בפשיעה באופן שעשה פעולתו אך התוצאה לא תהיה כראוי, דבזה מפסיד שכרו כיון שפשע בעשיית מלאכה שאינה צריכה. ודמי למי שנשכר לשחוט בהמה, וידע השוחט שעברה ניתוח באופן שנעשית טריפה, ושחט הבהמה כדת וכדין, דאין לו שכרו, דהפסיד בפשיעתו והו״ל לאתנויי שיקבל שכר גם בטריפה.

ומדברי הרמב״ם נראה שפטור בעה״ב הוא כשבא בטענת אונס, אבל כשאין לו טענת אונס, שהיה יכול לבדוק את השדה מערב, משלם שכרם, וכמש״כ הרמב״ם בהל׳ שכירות ט,ד: ״... או ששכר להשקות השדה ומצאוה שנתמלאה מים, אם ביקר בעה״ב מלאכתו מבערב ומצא שצריכה פועלים, אין לפועלים כלום, מה בידו לעשות, ואם לא ביקר נותן להם שכרן כפועל בטל״. דהפטור של בעה״ב הוא בטענה של ״מה בידו לעשות״, אבל אם יכל לעשות ולא עשה, חייב לשלם. ועיין ברב המגיד שם, בשלא ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב שהוא בפשיעתו, אבל אם לא היתה פשיעת בעל הבית בדבר כלל, הרי זה אונס ונפטר. (ועיין בריא״ז בפסקיו ב״מ פ״ו א,טז). ועדיין נראה שאף לרמב״ם אם פועלים ידעו ובעה״ב לא ידע, אף שאין לו טענת אונס, כיון שידעו הפועלים, הרי הוא פטור, כדמוכח מהמשך הגמ׳ לענין השקיית השדה ועלה הנהר.

ועיין במאירי ב״מ עו,ב) דפטור בעה״ב הוא מפני שהוא אונס גמור כשסייר לשדה מבערב, ואם לא סייר הוי פשיעה: ״שאם כבר הלך בעל הבית מבערב אצל שדהו ומצאו שצריכה פועלים אלא שאח״כ נכנסו שם מים בחצי הלילה, חוזר בו ואינו נותן כלום, אונס גמור הוא זה, ואם לא הלך שם מבערב אף הוא פושע בכך ונותן שכרו כפועל בטל״. וע״ע במאירי שם בד״ה כבר. וכן נראה מהטור חו״מ שלד,א. ואם הכל תלוי בבעה״ב אם הוא אנוס או פושע כהגדרת המאירי, נראה דבנדו״ד אין זה אונס גמור מצד ראובן, דאף שהנהג ידע על ביטול הטיסה, עדיין אין זה אונס גמור מצד בעה״ב, שיכל אף הוא לבדוק באינטרנט אם הטיסה בוטלה. ועיין בסמ״ע שלד,ט, דכשלא ראה בעה״ב שדהו קודם לכן, היה לו להעלות על דעתו שמא אינה ראויה לחפירה מחמת לחות הקרקע, ולכן נראה מדעתו שדעתו לשלם להם בכל מקרה. וסברא זו אינה שייכת בנדו״ד כשיודע הפועל שאין השדה ראויה, ובנדו״ד יודע שאין ראובן צריך לנסיעה זו. ועיין בב״ח חו״מ שלד בתחילתו, ובערוה״ש שלד,ג. וע״ע בתורת חיים (ב״מ עו,ב) שכתב מחלוקת רש״י והרמב״ם, ובטעם דברי הרמב״ם כתב: ״וטעמא משום דמעיקרא פשע ששכר פועלים ולא ידע אי צריכה פועלים״. וזה לא שייך בנדו״ד.

## ב. שליח שלא מילא את מטרת שליחותו

ולאמור נראה מהדין הנ״ל לפטור את ראובן, כיון שידע הנהג שמטרת הנסיעה התבטלה, לא היה לו לבוא ולהביא את ראובן לשדה התעופה, והרי זה כשמצאו שדה לחה והלכו והשקוה, דכמו שאין להם שכרם בלא השקו כיון שהתבטלה המלאכה, הוא הדין בהשקו שדה שאינה צריכה, דאין טעם לחייב כשעשו מלאכתם, דהו״ל לדעת שאינה צריכה למלאכה. ולכאורה יש להקשות מדברי התוספתא ב״מ ז,ד: השוכר את הפועל להביא ענבים ותפוחים ודרמסקנות לחולה, והלך ומצאו שמת או שהבריא, לא יאמר לו טול מה שהבאת בשכרך אלא נותן לו שכרו משלם. ותוספתא זו הובאה בגמ׳ ב״מ קטז,א-ב: בעא מיניה רב מרבי, ירד להציל ולא הציל מהו. אמר לו וזו שאילה, אין לו אלא שכרו. איתיביה השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקנין לחולה והלך ומצאו שמת או שהבריא, נותן לו שכרו משלם. א״ל, מי דמי, התם עביד שליח שליחותיה, הכא לא עביד שליח שליחותיה. והובא להלכה ברמב״ם שכירות ט,ח, ובשו״ע חו״מ שלה,ג.

ובלחם משנה שכירות ט,ח הקשה על ההלכה הנ״ל מדין ירד להציל ולא הציל, דאין לו אלא שכרו (ב״ק קטז,א), ודחה את סברת המגיד דהליכה עצמה היא הפעולה, משא״כ בירד להציל מקבל שכרו על התוצאה, ונשאר בצ״ע. ובנתיבות שלה,ב כתב דבירד להציל ולא הציל, יש לו את שכרו, רק השכר היתר שהבטיח לו, את

זה לא יוכל לקבל. ובדברי משפט שלה,א, הובא גם בפת"ש שלה,ג, דבשוכר את הפועל להביא לו שליחות ממקום למקום, והלך ולא מצא שם מה שיביא, מדובר שבשעה ששלחו להביא שליחות לא היה מצוי כלל אותו דבר באותו מקום, ובעה"ב היה סובר שימצא שם, וא"כ אונס זה לא אירע לשליח רק לבעל הבית, משא"כ בארע האונס אחר השכירות, דבזה אין לו אלא שכרו (וע"ע מחנה אפרים שכירות ח). ולפ"ז לדברי משפט אם ידע השליח שאין שם דבר זה ובעה"ב לא ידע, פשוט שאין לו שכר כלל.

ובעצם הדבר נראה שאינו דומה נדון השליח לנדו"ד, דנדו"ד דומה אם ידע השליח קודם שעשה השליחות שמת החולה ובכ"ז עשה השליחות, דבזה אין סברא לומר שיש לו שכרו. דעיין שם ברמ"ה, הובא בשטמ"ק ב,ק קטז,א): "והני מילי היכא דלא הציל, דלא עביד שליחותיה, אבל אם הציל ומת ביבשה או שאבד, נותן לו שכרו משלם ... ואסיקנא התם גבי פועל עביד שליחותיה, דלאיתויי אגריה והא אייתי, הכא גבי הצלה לא עביד שליח שליחותיה, דלאצולי אגריה והא לא אציל, וכן כל כיוצא בזה". והיינו שעשה שליחותו, אבל נראה שאם היה יודע שמת החמור, וכגון שמת במים קודם שהציל, פשיטא שאין לו שכרו.

לאמור לעיל בנדו"ד בכל ענין אין לנהג לקבל שכר, ולא היה לו לגרום לו נזק בביטול זמן והוצאות. ואף אם כבר שילם, על הנהג להחזיר. דכל הדין שאם הוא מוחזק על אידך מוטלת הראיה, וכמש"כ הרא"ש בב"מ ו,ג, היינו דוקא באופן ששניהם שוים בידיעת או אי ידיעת האונס, אולם כאן שהנהג ידע בביטול הטיסה, לא היה לו להוליך את ראובן לשדה התעופה, וכמש"כ לעיל, לכן אף אם הוא מוחזק, יש להוציא מידו.

ולענין הדרך חזור, אם לא היה לוקח אותו בדרך חזור, לכאורה הוי ברי היזקא, דודאי יצטרך לחזור לביתו ויוציא הוצאות לנסיעה חזור, ואף שבעצם הסתרת מידע אין מקום לתביעה, אך כשלקח אותו למקום שאינו צריך להיות, הרי זה בכלל מזיק בגרמי, כשודאי יצטרך לחזור לביתו. ולכן אף אם לא היה לוקחו חזרה לביתו, יש מקום לחייב את הנהג מדינא דגרמי. אמנם צ"ע לחייב לשיטת הריצב"א דגרמי הוי בדבר שכיח, וזה אינו נראה בנדו"ד. ומ"מ גם אם הוי גרמא, לאחר שלקח אותו וראובן תפוס בשכר, אין לחייב את ראובן לשלם לנהג עבור הדרך חזור. ולדינא נראה דבכל ברי היזקא הוי כגרמי, ויש לחייב את הנהג אף להחזיר לראובן, אם שילם כבר עבור הדרך חזור.

**לאור האמור, ראובן פטור מלשלם לנהג עבור הדרך לשדה התעופה, וכן עבור הדרך חזור. ואף אם שילם עבור הדרך הלוך או חזור, יכול לתבוע מהנהג להחזיר לו את הסכום ששילם.**

# סימן כא

## גג בית בתמורה להרחבה

### ראשי פרקים

**א.** הבטיח חפץ לפועל בתמורה לעבודה

**ב.** מדין התחייבות

**ג.** קנין חוקה בגג

**ד.** שווי הגג

בני זוג גרים בתחום שיפוט של מועצה מקומית, בבית חד קומתי על מגרש של כ 800 מ״ר. לפני כשבע שנים הוחלט ע״י הגורמים המוסמכים לאפשר לכל הבתים כנ״ל בישוב, להרחיב את הבתים באופן משמעותי, וכן לבנות מעל המבנה הקיים והמורחב קומה נוספת. לפני כשנתיים הוחלט במקום לאפשר לבנות אף שתי קומות מעל המבנה הנ״ל.

לפני כעשר שנים נישאה בתם של בני הזוג. בן זוגה עוסק בין השאר בבניה. עם אפשרות ההרחבה (לפני כשבע שנים) הציעו בני הזוג לחתנם להרחיב מכספו את דירתם, ובתמורה הגג יהיה שלו, והוא יוכל לגור עם בתם (ועם הנכדים שנולדו ויולדו), במבנה שיבנה החתן מעליהם, או לחלופין, יוכל גם למכור את הקומה העליונה, אם הדבר יתאפשר מבחינת הרשויות. החתן בנה והרחיב את דירת ההורים, אך עדיין לא בנה, כיון שהיה לו מידע שיאפשרו קומה נוספת. מזה הטעם גם לא הגישו ההורים בקשה לרשיון בניה על הגג, הגם שקבלו אישור להרחבת המבנה הקיים. ולמעשה עד היום לא נבנתה כל קומה מעל מבנה ההורים. מטבע הדברים, לא נעשה כל חוזה בין החתן להורי אשתו, אך על העובדות הנ״ל אין מחלוקת בין הצדדים.

לפני זמן פרץ סכסוך בין משפחת הורי האשה, לבין הבת והחתן, כך שכעת ההורים חוזרים בהם מהסכמתם לתת את הגג (שעליו ניתן לבנות שתי קומות) לחתן. הם מוכנים לשלם אך ורק את עלויות הבניה של ההרחבה, לפי המחיר נכון ליום ההוצאה בתוספת הצמדה, בעוד החתן דורש שישלמו את שוויו העכשיו של הגג, או לחלופין יאפשרו לו למכור את הגג, או לבנות שתי קומות, ולמכור את הדירות שיבנה.

בעקבות אותו סכסוך בין החתן והבת למשפחת האשה, הורי האשה סרבו לחתום על בקשה לבניה על הגג וחלוקה של המבנה, כך שיתאפשר למכור את הקומות מעל לאחר הבניה, ובכך משביח את שוויו של הגג. ההורים מאשרים שלולי הסכסוך

היו עושים כן, אך כעת, לאחר שפרץ הסכסוך, הם מסרבים לחתום, עד אשר חתנם יסלק ידו מתביעה לגג המבנה. החתן תובע להעריך את הגג בהתחשב שהקומות העליונות נתנות להפרדה מהמבנה, כיון שהרשויות נותנות אישורים כנ"ל לאחר בקשה מתאימה, ורק כעת עקב הסכסוך הם מסרבים לכך.

## א. הבטיח חפץ לפועל בתמורה לעבודה

הראשונים דנו במי ששכר פועל, והבטיח לו בתמורה לעבודתו חפץ, האם קנה את החפץ עצמו, או רק צריך לתת את תמורתו. איתא בע"ז סג,א: בא עליה ואחר כך נתן לה אתננה מותר. ורמינהי, בא עליה ואחר כך נתן לה, אפילו מכאן עד שלש שנים, אתננה אסור. אר"נ בר יצחק אמר רב חסדא, לא קשיא הא דאמר התבעלי לי בטלה זה (כל כמה דיהיב לה הוי אתנן, דמהשתא קניתיה - רש"י), הא דאמר לה התבעלי בטלה סתם (כי יהיב לה לאחר זמן לאו אתנן הוא, דהשתא הוא דקנייה). וכי אמר לה בטלה זה מאי הוי, הא מחסר משיכה. ותירצה הגמ' דמיירי בזונה עובדת כוכבים, דלא קניא במשיכה. ואיבעית אימא לעולם בזונה ישראלית, וכגון דקאי בחצירה. ומבואר בגמ' דאם הבטיח לה טלה מסוים, אין הטלה שלה שיחשב כאתנן שאסרה תורה, אא"כ קנתה הטלה בקנין.

והרא"ש שם (ע"ז ה,ב) הקשה, דהא מה שמתחייב בתמורה לשכר פעולה לא בעי קנין. דפועל העושה עם בעל הבית, קנה שכרו שהבטיח לו בעה"ב, ואמאי לא נקנה לה הטלה בביאה. ותירץ הרא"ש: "מכאן נ"ל לדקדק דהאומר לפועל עשה עמי מלאכה זו ואתן לך חפץ זה בשכרך, יכול ליתן לו דמי החפץ בשכרו. ודאי נתחייב לו החפץ או הדמים, אבל בגוף החפץ א"א לו לקנות אלא במשיכה או שיהיה ברשות הפועל בשעת עשית מלאכה, וכיון שיכול ליתן לה דמי הטלה הוי כמו טלה סתם". מבואר מהרא"ש דאם התחייב לפועל בתמורה לעבודתו חפץ, אין החפץ של הפועל, ויכול ליתן לפועל, או החפץ או דמיו. וכן מבואר בדברי הר"ן (ע"ז ל,ב בעמוה"ר): "... אבל מ"מ נראה שחייב ליתן לו דמיו, שאע"פ שגוף הדבר לא נקנה, מ"מ הרי מתחייב השוכר בשוויו, ששיוויו בכלל עצמו הוא, והרי הוא לענין זה כשאר כל השוכרין שפסקו דמים. וזה נראה עיקר אע"פ שהרשב"א ז"ל מספק בדבר".

וראיתי בתש' קול אליהו (ח"ב חחו"מ סי' כט), שהקשה על הראשונים הנ"ל ממה שהביאו ראיה מהגמ' בע"ז הנ"ל, היה להם להביא ראיה דמה לי הן ומה לי דמיהן, דכל מקום שאין טעם מיוחד כשמתנה על חפץ מסוים שדוקא יתן החפץ ולא דמיו, אין חילוק בין חפץ לדמים. וכמש"כ הרא"ש בסוכה ג,ל, דבמתנה ע"מ להחזיר באתרוג לא מהני מה שיתן דמיו וחייב ליתן דוקא אתרוג, ואם לא החזיר האתרוג,

לא יצא, דלא קיים התנאי, דבתנאי ע״מ להחזיר יש קפידא להחזיר דוקא את האתרוג, שרוצה לצאת בו ידי חובה. וכן בגיטין עד,א שמתנה שתתן לו אצטלית דוקא ולא דמיה, לחכמים דפליגי ארשב״ג, מפני שלצעורה קא מכוין, אבל בלא״ה אמרינן מה לי הן ומה לי דמיהן. והקשה הקול אליהו, דא״כ גם בפועל, למה לי ראיה מע״ז, הא כשאין טעמים הנ״ל אמרינן מה לי הן ומה לי דמיהן. ונראה לומר, דהראשונים הנ״ל הביאו ראיה, דאף אם יש טעם לשבח מדוע התחייב דוקא בחפץ, דלא היה מסכים הפועל להשכיר עצמו אלא תמורת החפץ דוקא, מ״מ אינו חייב ליתן לו דוקא החפץ, דאף שאין שייך בזה לומר מה לי הן ומה לי דמיהן, מ״מ לא קנה.

עוד הביא הקול אליהו ראיה מסנהדרין יט,ב, דקדושי טעות היה לו לדוד במירב, דאמר ליה שאול מלוה אית לך גבאי והמקדש במלוה אינה מקודשת, אזל אייתי מאה ערלות פלשתים, אמר ליה מלוה ופרוטה וכו׳. והשתא אם איתא דחייב לתת לו שכרו כמו שהתנה משום דכתיב לא תלין, אמאי לא קיים שאול תנאו לא במירב ולא במיכל, הגם שמהלכות קדושין לא היתה מקודשת משום דקידש במלוה, מ״מ מהלכות פועלים לא גרע מהיכא דהתנה עמו לתת לו חפץ בשכרו, דאע״ג דלא משך הפועל לא קנייה ואפ״ה צריך לקיים תנאו, וא״כ אף דלא נקנית לדוד שום אחת מהם משום דהקידושין היו במלוה, סוף סוף מחוייב הוא לקיים תנאו אשר התנה, ואת בתו יתן לו לאשה. אלא ודאי שגם מהלכות פועלים אינו קונה. ולכאורה אינה ראיה, דשם מה שהתכוין לתת לו את הבנות לאשה בדוקא, ולא מדין ממון, הן או שווין, וכל היכא שאינה אשתו, אינו מחויב אלא ליתן לו שכר הראוי, דכך היה התנאי ליתן לו לאשה בדיני ומתורת אישות ולא בתורת ממון, וע״כ לכאורה אינה ראיה לנדון מתחייב חפץ לפועל.

ואף שמדברי הרא״ש והר״ן מבואר להדיא דחייב ליתן לו דמי החפץ כפי ששווה, לכאורה מדברי הרשב״א נראה דאינו חייב ליתן דמי החפץ. דהנה הרשב״א בסוגיא, כתב וז״ל:

״ומהא איכא למשמע לשוכר את הפועל ופסק עמו כור חטים זה או בגד זה או עור זה שאם רצה אחד מהם לחזור בו, שהרשות בידו, שהרי כור חטים שפסק עמו לא קני ליה דהא מיחסר משיכה, ויהיב ליה מידי אחרינא וכדאמרינן הכא בטלה זה. ואפשר נמי דאפי׳ פסק עמו חטים סתם אינו חייב ליתן לו חטים, אלא נותן לו שכרו במעות. ומיהו בזה יש לבעל הדין לחלוק דממין שפסק עמו מיהא חייב ליתן לו, דומיא דטול מה שהבאת בשכרך שאין שומעין לו, אע״פ שיש לחלוק ולומר דסתם שכירות במעות היא ואדעתא דהכי נחת והילכך חייב ליתן לו מעות, אבל כשפסק עמו חטים כיון שאין סתם

שכירות בחטים, אלא שבא לדון עליו מחמת שהתנה עמו בכך לא קנה דהא לא משך, וזה נכון ועיקר. והיכא דקא פסק לו כור חטים זה שיכול לחזור בו כמו שביארנו, צריך עיון אם יתחייב ליתן לו מכל מקום במעות כדמי החטים, שכבר גלו בדעתם מיהא בשיעור פסק השכירות, וזה נתרצה ליתן וזה נתרצה להשתכר בשוה כור חטים, או שמא נאמר כיון שאין גוף הדבר שפסקו ביניהם נקנה, ולא זה קנה ולא זה נתחייב, אפי׳ בשוויו של פסק זה לא נתחייב, והכל לפי דעת ב״ד בכמה ראוי להשתכר. בדבר זה צריך אני להתיישב, ואפשר שהכל הולך אחרי המלאכה שעשה, שאם עשה וטרח יותר משאר פועלים יכול לומר לו להכי טרחי ועבדי לך עבידתא שפירתא כדאיתא בריש השוכר את האומנים, ואי לא יהיב ליה כשכיר דעלמא לפי אומד המלאכה שעשה, כנ״ל.״

מדברי הרשב״א עולה, דכיון שפסק עם הפועל לתת לו חיטים, ואינו חייב ליתן לו חיטים, הרי זו שכירות עם קציצה בטעות, שהפועל נשכר ע״ד חיטים, ואינו חייב ליתן לו חיטים, לכן שניהם יכולים לחזור בהם, והרי זה פגם בעצם שכירות הפועל, ואין כאן שכירות. ולענין מה שעשה, אם חייב ליתן לו ממין שפסק, אף שלא את המסוימים האלו, ממסקנת הרשב״א שאינו חייב אלא ליתן לו מעות. והסתפק הרשב״א אם חייב ליתן לו מעות בשווי החיטים שפסק (וכמש״כ הרא״ש), או שבי״ד ישומו את שוויה של הפעולה וישלם כשוויה, דאין כאן קציצה, והסיק הרשב״א דאם טרח ועשה עבודה שפירתא, חייב ליתן לפי שווי החיטים שפסק, דטירחתם של הפועלים ביותר מהראוי, מחייבת את בעה״ב לשלם כפי שפסק אף אם היה יותר מהפסיקה הרגילה, כדאיתא בנדון הגמ׳ ב״מ עז,א, ואם עשו עבודה רגילה, אינו חייב אלא לפי מה שראוי לשלם עבור עבודה כזו.

ובמאירי בסוגיא כתב דבכל ענין אין לו אלא לפי שכרו ולא לפי מה שפסקו: ״וקצת רבניהם כתבו שאף בזו אינו חייב אלא מעות, אלא שנסתפקו אם שער החטים שהתנו עולה ליתר מכדי שכירות הראוי בדמים, אם חייב ליתן לו דמים כשיעור אותו שווי אם לאו. ונראה לי שמאחר שלא קנה החטים, חזר החיוב בדמים ואין לו אלא כפי הראוי״. ומבואר דבכל ענין לא יתן אלא לפי הראוי. וכן נמצא בתש׳ מהרי״ט (ח״א סי׳ כו): ״ושמא דאפי׳ חיוב אין עליו, דכיון דאמר ליה בטלה זה והיא לא זכתה בטלה משום דמחוסר משיכה, הואיל וטלה אין כאן שיעבוד אין כאן״. מבואר שאינו חייב ליתן לה דמי טלה אלא שכר הראוי. ובקצוה״ח שלב,ד הקשה על מהרי״ט, שזה דלא כרא״ש והר״ן. אך לכאורה דברי מהרי״ט כדברי המאירי, ואף לכאורה אין סתירה לדברי הרשב״א, דרק בעבידתא שפירתא חייב ליתן דמיו.

הרי לנו ג דעות במי שהתחייב בחפץ בתמורה לעבודה, דעת הרא״ש והר״ן שצריך ליתן לפי שווי החפץ שפסק, וכן דעת הרמ״א בשו״ע חו״מ שלב,ד (ועיין בנתיבות

קעו,ד דמבואר בדבריו כרמ״א דחייב ליתן דמי החפץ, ואף בהתחייב חפץ שעדיין לא בא לעולם). דעת הרשב״א – דנותן דמי החפץ, דוקא אם עשה עבודה הטובה מהרגיל, אבל בלא״ה, אין לו אלא שכרו הראוי לו לאותה מלאכה. ודעת המאירי – שאין לו אלא שכרו הראוי.

ומהר״מ מרוטנבורג (ד״פ סי׳ קסה) הביא שר״ת הסתפק במי שהבטיח חפץ בשכר מלאכה, ואחר גמר המלאכה תובע הפועל את החפץ, ובעה״ב רוצה ליתן לו דמי החפץ, שיכול בעה״ב לחזור בו וליתן דמי החפץ. והביא ראיה מהגמ׳ ע״ז סג,א הנ״ל. (ולכאורה משמע שדמי החפץ בכל ענין חייב ליתן, כמש״כ לעיל בדעת הרא״ש. ואין לומר דמעשה שהיה כך היה, שהרי זה ספיקו של ר״ת, שהוא ספק בדין, ואם אינו צריך ליתן דוקא דמי החפץ, הו״ל להשמיע רבותא טפי, שאין צריך ליתן אלא שכרו הראוי). ומהר״מ הקשה עליו: ״ואיני יודע איך משמע, דהא איהו מהדר לאוקמי [בבא עליה ואח״כ נתן לה]. ופרי׳ בטלה זו מיחסרא משיכה ולא קניא ליה קודם ביאה, אבל לאחר ביאה קני ליה, דאינה לשכירות אלא לבסוף״. דבדין אתנן בעינן שיהיה שלה מהשתא שאומר לה הבעלי לי וכו׳, עיי״ש ברש״י ד״ה בטלה זה (״כל כמה דיהיב לה הוי אתנן דמהשתא קניתיה״), ולדין אתנן אה״נ דלא קנתה מהשתא, דהא מחסרא משיכה, וכדאיתא בגמ׳, אבל לענין שיהיה שלה מדין שכירות, הרי הוא שלה לאחר ביאה, אף שאינו בדין אתנן, כיון דאינו שלה בשעת ביאה, ורק בסוף ביאה, דאין לשכירות אלא לבסוף. ובקצוה״ח שלב,ד הקשה על ראית מהר״מ, דאדרבא, משם מוכח דאינה קונה גם בתורת שכירות. דהא לתרוץ הגמ׳ דמיירי בזונה נכרית, והיינו בנכרית הקונה בכסף ולא במשיכה, אבל בישראלית שאינה קונה בכסף אלא במשיכה, לא עדיפים דמי שכירות מכסף עצמו, וכמו שכסף אינו קונה, כך דמי השכירות אינם קונים גוף החפץ.

ובקצוה״ח שם כתב, דלכאורה אין כאן כסף כלל, דכיון דקי״ל דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף, הו״ל מלוה, ואינו קונה במלוה ככסף. וכתב לישב דגם בשכירות, היכא דבגמר פעולה, והוא מכוש אחרון אית ביה שוה פרוטה, לא הוי מלוה. וכיון שיש כאן כסף, אם בעה״ב מסרב לתת לפועל את החפץ, מקבל מי שפרע, ככל קונה בכסף ולא במשיכה, כשחוזר בו המוכר, דמקבל מי שפרע, והוא הדין בזה שקנה בשכר הפעולה. (ועיי״ש מש״כ לישב קושית הפנים מאירות, וחילק בין תנאי לשכירות, דבקיום תנאי יש צד לומר דחפץ דוקא ולא דמיו, ואם לא נותן החפץ דוקא, לא קיים התנאי והמעשה בטל, משא״כ בשכירות, כל עוד לא קנה בפועל החפץ, אין החפץ נקנה כדמי שכירות).

אמנם בנתיבות רג,ז כתב לחלק בין אמר לפועל עשה עימי ויהיה חפץ זה בשכרך, לבין אמר לו: אתן לך חפץ זה בשכרך, דאם אמר יהיה חפץ זה בשכרך, קנה

הפועל את החפץ במעות, לענין שאם לא יתן לו בעה״ב את החפץ, יהיה חייב במי שפרע, משא״כ אם אמר אתן לך את החפץ, בכ״ע הוי קנין אתן, ולא מהני למי שפרע, ונדון הרמ״א בשלב,ד הוא באתן לך חפץ פלוני, וכמש״כ הרמ״א: ״וא״ל ליתן לו חפץ בשכרו״. דאם אמר לפועל עשה עמי ויהיה חפץ זה שלך, חשיב כנתינת מעות על החפץ וחייב לקבל מי שפרע כשאינו רוצה ליתן לו החפץ, וכמו אם אמרה עשה עמי כפועל ואקדש אני לך, דמקודשת כדאיתא בקידושין סג,א, מוכח דחשיב ככסף או שוה כסף לקנין, וע״כ קונה את החפץ בקנין כסף, ובהעדר משיכה קונה רק למי שפרע. אולם אם אמר לפועל עשה עמי ואתן לך חפץ זה בשכרך, כיון דאתן לאו קנין הוא, והוי כאומר לו הלוה לי מעות ואפרע לך בחפץ זה, דיכול ליתן לו דמיו, ואפי׳ אמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזה, או רק מזה אפרע לך, יכול לסלקו בזוזי. וע״כ אין בזה חיוב למי שפרע. ובקצוה״ח הנ״ל לא נחת לחילוק זה.

עוד חידש בקצוה״ח שם (שלב,ד), דאם בעה״ב רוצה לתת לפועל דוקא את החפץ עצמו ולא דמיו, אין הפועל יכול לומר תן לי דמי החפץ. דאף דמעות אינן קונות, היינו לענין עצם הקניה של הפועל בחפץ, אבל דל מהכא קנין, הרי יש הבטחה של בעה״ב ליתן חפץ, ואם עומד על קיום הבטחתו, אף שאין הפועל יכול לכופו על כך, מה טוב. ורק הסתפק בקצוה״ח, אם נשרף החפץ, אם יכול לפטרו בלא כלום בטענה שהחפץ שהבטיחו נשרף. וכתב דהיא גופא טעמא של הגזירה של נשרפו חיטיך בעליה, שכסף אינו קונה ורק משיכה קונה. ולענ״ד יש להוסיף, דטענת שלך נשרף, קיימת רק אם נאמר שהחפץ של הפועל, וזה אינו. ומה שיכול ליתן החפץ, זה עקב הרצון לקיום ההבטחה, וכאשר אומר שלך נשרף, אין בזה קיום ההבטחה. ולפ״ז נראה דגם למה שהביא שם להקשות מאחיו, היינו על עצם הראיה, אבל לדינא אינו יכול לומר שלך נשרף, כיון שאינו שלו, דמחסרא משיכה, ומצד הרצון לקיום ההבטחה, י״ל דוקא שנותן לו החפץ בפועל. אמנם דעת הנתיבות שם (שלב,ה) דכיון דדינו כאפותיקי מפורש, אם נשרף החפץ פטור מליתן דמיו.

## ב. מדין התחייבות

המחבר בשו״ע חו״מ רג,ה כתב, דכיון שהתבאר דאיסרים של נחושת חשיבי כפירי ביחס לדינר כסף, נתן לו שלשים איסר של נחושת בדינר כסף, חייב ליתן לו דינר כסף כמו שפסק עמו, אם חדש חדש, ואם ישן ישן. דכיון שחשיבי כפירי, הרי כשמשך פירי, התחייב בכסף אבל אם נתן לו דינר כסף בשלשים איסרות נחושת, לא קנה עד שיקח האיסרות של נחושת, דאין הכסף קונה בחליפין פירי. בנימוק״י (ב״מ כז,א מעמו״ר) כתב, דכוותה במטלטלין, מי שמשך חפץ מחבירו והתנה ליתן לו כור חטים חדשים, חייב ליתן לו כמו שפסק. ובקצוה״ח שם רג,ד הביא את קושית

אחיו על הנימוק״י מהראשונים בע״ז (הנ״ל) דאם שכר את הפועל והתנה ליתן לו בשכרו כור חטים זה או אפילו כור חטים סתם, אינו חייב ליתן לו חטים אלא מעות ומשום דמחסרא משיכה, וא״כ הוא הדין במושך חפץ מחבירו והתנה ליתן כור חיטים, מדוע יצטרך ליתן לו כור חיטים. והביא שכן הקשה בספר בני יעקב.

וכתב בקצוה״ח לישב, דהתחייבות מהני דוקא במשיכת פירי ולא בכסף, דהזהב קונה את הכסף, מבואר בב״מ מה,ב דהיינו נתחייב בכסף, לא גוף המטבע, דמטבע אינו נקנה בחליפין, אלא שחייב ליתן לו כסף. וא״כ ע״כ הא דתנן (ב״מ מד,א) הכסף אינו קונה את הזהב, דאפי׳ חיוב אין כאן. ומוכח דאפי׳ מחייב עצמו ליתן זהב עבור כסף לא מהני, ולכן מעות אינן קונה אפילו להתחייב בכור חטים סתמא, ומלאכת הפועל שאינה אלא כנתינת מעות, אינה מחייבת אף לא בתורת חיוב, ליתן חיטים תמורתם. משא״כ מי שמשך פירות והתנה ליתן לו חטים במקום דמי הפירות, מתחייב כמו שהתנה, דאע״ג דפירי לא עבדי חליפין (שם מו,ב), היינו דוקא דרך קנין זה תחת זה, אבל להתחייב בפירות כיון שאחריותו עליו מהני: ״כללא דמלתא מעות אינו מחייב את הפירות והיינו הך דשכירות, אבל פירי שפיר מחייב את הפירות והיינו הך דנימוקי יוסף״. ובמחנה אפרים (מוכר דבשלב״ל סי׳ ג) כתב דכמו דלא מהני כסף לקנין, לאחר שגזרו חכמים שכסף לא יקנה אלא משיכה, וכשקונה בכסף חייב רק מי שפרע, הוא הדין לענין התחייבות לא מהני אלא לענין מי שפרע.

והגרש״ש בקונטרס השעבוד (א,א) הקשה, מדוע לא תועיל התחייבות ע״י קנין כסף, ולא שייך בהתחייבות בכסף גזירת חכמים של קנין כסף, דלא שייך בזה נשרפו חיטיך בעליה, דשייך דוקא כשהקונה נותן מעות בתמורה ולא בדרך קנין של התחייבות. ולשיטת הסוברים דבשכירות מטלטלין דלא שייך הגזירה דנשרפו חיטיך בעליה מעות קונות, ולא אמרינן בזה לא פלוג, אם כן גם לענין התחייבות לא שייך לא פלוג, דענין התחייבות הוא בגוף המתחייב, ומשום הכי מהני אפילו בדבר שלא בא לעולם. וכתב הגרש״ש לחלק בין התחייבות לתשלום חפץ לבין התחייבות בתורת פרעון, דכל שקנה חפץ במשיכה שנעשה מקח ביניהם, מהני על כל פרטי ההתחייבות, ובהם גם לתת בתמורה חפץ מסוים. אבל כל זה בקונה חפץ, דמכיון שמשך נעשה מקח, וממילא מתחייב בפרעון מה שהתנה. אבל במשיכת הכסף וקנינו עדיין לא נעשה מקח, דקנין כסף אינו נקרא מקח, רק שע״י הכסף יוכל להתחייב ולהקנות, ואינו אלא בדרך קנין, וכמו קנין סודר. ובמלאכת הפועל אין כאן חפץ הנקנה על ידי הקנאה שהחפץ ניתן בתמורה, אלא מלאכת הפועל היא ככסף התחייבות, ואינו דומה למי שמשך חפץ, שחייב לשלם בתמורה מה שהתנה, דאין במלאכת הפועל דמיון למשיכת חפץ.

והנה נחלקו הראשונים בדין לוה שבא לבית דין בשטר חוב שבידו לכפות את המלוה להלוותו לזמן שנקבע בשטר, דאף אם התברר שמדעת המלוה נכתב, דעת הרשב״א דיכול לחזור בו, והרמב״ן חולק וס״ל דאינו יכול לחזור בו, והובאה מחלוקת זו באריכות בשו״ע חו״מ לט,יז ובנו״כ שם בבאור מחלוקתם. ודעת הרשב״א (בתש׳ סי׳ אלף נד) דאפי׳ בשטר חוב בקנין לא חייב להלוותו, דשעבוד לא דמי לקנין, דדוקא כשקונה דבר לקנין נתחייב ליתן דמים שהמוכר אינו יכול לחזור בו, משא״כ כשלא קנה רק שעבוד נכסי, לא דמי לקנין. וע״כ אין לדמות למוכר בקנין שנקנה החפץ בקנין ללוקח, דבזה נתחייב הלוקח בדמים. וכתב הנתיבות שם לט,יז בבאור דעת הרמב״ן דחייב להלוותו, דמבואר בכמה מקומות שיש הפרש בין קנין לחיוב, דבקנין נקנה לו גוף החפץ, ויכול לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות, אבל כשמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני, אין לו קנין בגוף החפץ, רק שהחיוב חל אגברא, ויכולין בי״ד לכפותו ולהגבות אותו החפץ שנתחייב לו. ואם תפס החפץ שנתחייב לו הלה וקידש בו אשה קודם גביית ב״ד אינה מקודשת, ואם המתחייב קידש אשה בחפץ שנתחייב בו מקודשת, וכן אם מכרו מכור, דשלו הוא, רק שהב״ד כופין אותו לשלם דמי שווי חפץ שנתחייב כיון שקלקל החיוב. גם במכירת חפץ, שכיון שקנה הקונה את החפץ, נתחייב בתמורה שהבטיח למוכר, כמבואר בריש פרק הזהב (מה,ב), וכן בנימוק״י (ב״מ כז,א מעמוה״ר), דאם אמר לו ליתן לו כור חיטין תמורת חפץ, שמחויב ליתן לו כור חיטין דוקא, מבואר דחל על הקונה חיוב לתת מה שהתחייב לתת בתמורה לחפץ.

ולפי זה י״ל דטעם הרמב״ן דס״ל דמחויב להלוות לו, וכן טעם המבי״ט (ח״ב סי׳ ר׳ וסי׳ רי״ג) דמחויב ליתן לו המטלטלין, לאו משום דהשטר הוי כסף, דשטר חוב שלו לא הוי ככסף משום דאגיד גביה, כמבואר באה״ע כט,ו ובח״מ שם ס״ק ח, וגם לחליפין לא דמי, אלא טעם הרמב״ן הוא דמדמה שעבוד לקנין, וכמו שקנה חפץ נתחייב גברא בדמים, כמו כן הכא כיון שקנה השעבוד, וכמו שכתב הרמב״ן שנקנה לו השעבוד בחליפין וכו׳, וכונתו, כיון דמיירי בשטר הקנאה, נקנה לו השעבוד נכסים בחליפין, דהיינו בקנין סודר, השעבוד מדמה אותו לקונה חפץ בקנין, שנתחייב בדמיו. והכי נמי באם הבטיח להקיף לו מטלטלין והוא קנה השעבוד לנכסיה, דהוי כקונה חפץ להרמב״ן ונתחייב לו בחיוב גברא אהמטלטלין שהבטיח לו. והיינו שהמלוה קנה שעבוד נכסים, וחייב לשלם מה שהבטיח בתמורה, והיינו ההלואה.

## ג. קנין חזקה בגג

לכאורה בנדו״ד לא דמי לפועל שהבטיח לו חפץ בשכרו, דבפועל לא עשה כל קנין בחפץ, ובנדו״ד עשה כמה פעולות בגג עצמו לצורך ההרחבה, וכן יצר יציקה

של תשתית עמודים לבניה על הגג, וזאת במסגרת הרחבת היחידה התחתונה, ולכאורה הוי קנין חזקה בעצם בנית היסודות והפעולות שנעשו בתשתית הגג, ובכך קנה בקנין חזקה. ויש לדון אם יש בזה חסרון מצד שלא אמר המוכר (בעל הבית) לך חזק וקני, והן מצד שלכאורה לא התכוין לקנות את הגג בפעולות שעשה בגג, ויש לדון גם מצד חזקה ללא שטר, האידנא דנהגו לעשות כל העיסקאות בשטר.

לענין אמירת המוכר "לך חזק וקני", איתא בב"ב נב,ב: תני רב הושעיא בקדושין דבי לוי, נעל גדר פרץ כל שהוא, בפניו הרי זו חזקה. בפניו אין, שלא בפניו לא. אמר רבא הכי קאמר, בפניו לא צריך למימר ליה לך חזק וקני, שלא בפניו צריך למימר ליה לך חזק וקני. וברשב"ם שם כתב בבאור הדין: "אם גדר ופרץ לוקח בפניו דמוכר, לא צריך למימר ליה מוכר ללוקח לך חזק וקני, אלא מכיון שנתרצה לו למכרה בכך וכך מעות והחזיק זה בפניו הויא חזקה, דניחא ליה בהך חזקה, והלכך שתיק ולא יוכל מוכר לחזור בו עוד, והלוקח נתחייב לו דמי מקחו ... אם בא להחזיק שלא בפניו דמוכר, כגון בעיר אחרת, או אפי' באותה העיר שלא מדעתו של מוכר, לא הויא חזקה אלא א"כ א"ל מוכר ללוקח לך חזק וקני, ואפי' אם נתן לו מעות לא קני במעות, כגון בעיר שכותבין שטר דאין הכסף מועיל עד שיחזיק או עד שיכתוב השטר, כדאמרי' בפ"ק דקדושין (כו,א) ...". מדברי הרשב"ם מבואר דגדר שלא בפניו, הוא לא בפניו ממש, כגון בעיר אחרת, או אפי' בפניו אבל שלא מדעתו של מוכר. וצ"ב מה הכונה שלא מדעתו של המוכר, אם הכונה שלא מדעתו שאינו רוצה כלל למכור ולא הסכים למכור, פשיטא דלא מהני. ואם הסכים למכור בכו"כ והחזיק בפניו, מבואר ברשב"ם שם דהוי חזקה אף בלא אמירת לך חזק וקני. ואפשר דכונת הרשב"ם שהסכים למכור בכו"כ, אבל לא ניחא ליה למוכר שיעשה כעת קנין חזקה, כגון כשלא שילם לו כל הכסף או לא מילא תנאים אחרים, דאף אם עשה בפניו, כיון דאין את הסברא דניחא ליה למוכר בהכי, לא הוי חזקה ללא אמירת לך חזק וקני. דהדין נותן שצ"ל המוכר לך חזק וקני, אא"כ יש סברא דניחא ליה בהכי, ולכן כשאין סברא זו, גם אם בפניו, לכאורה לא מהני.

והסברא דבעינן לאמירת המוכר או בפניו, דבלאו הכי יש לחשוש שמא המוכר חזר בו, כן מבואר מדברי האחרונים, עיין בדבר אברהם ח"ב סי' י,ד: "ופשוט הוא דשאני אמירת משוך וקני מאמירת קני באגב, דאמירת משוך וקני הוא רק משום קפידת הבעלים בעיקר ההקנאה, דכל זמן שלא אמר לו קני, אינו יכול לעשות קנין בשל חבירו שלא מדעתו, ומשו"ה אינו צריך שיאמר לו דוקא קני במשיכה, אלא בדאמר לו בסתמא קני, נמי סגי. וכן במשך בפני המוכר אין צריך שיאמר לו, דחזינן דניחא לו. ומשום הכי בהפקר דליכא קפידת בעלים דמעכבא מלקנות, שפיר קני גם בלא אמירה. משא"כ באמירה דקני באגב דנראה שהיא עכוב בגוף הקנין ולא רק

ברצון ההקנאה, שהרי צריך לפרש לו דוקא קני באגב, אבל קני סתמא לא מהני״. הרי דאמירת לך חזק וקני היא כדי לסלק את הקפדת הבעלים בעצם ההקנאה. וכן ביאר הגר״י בלאזר זצ״ל בפרי יצחק ח״ב סי׳ מח, דבעינן לאמירת לך חזק וקני, דחיישינן לחזרת המוכר ולא משום עיכוב המעות, דהיה סברא לומר דדוקא כשלא נתן הקונה מעות, בעינן לאמירה, והוכיח הפרי יצחק דאין זה מחמת עיכוב המעות, דאף בנתן המעות, חיישינן לחזרה, ולכן בעינן לאמירת לך חזק וקני.

מעין זה י״ל במש״כ הגרש״ש בחידושיו לקדושין (סי׳ יט ד״ה אלא) לחלק בין רצון האשה בקדושין, לאמירת לך חזק וקני, דרצון האשה בקדושין הוא מציאות המתחדשת בחפץ הבעלים, ולא מהני התחדשות זו שהיא כעין הפקר, ע״י אומדנא. משא״כ אמירת לך חזק וקני שהיא נתינת רשות, דאין האמירה יוצרת דין ממוני בחפץ הנקנה, ולכן אין צריך אמירת הבעלים דוקא וסגי באומדנא דניחא ליה או שהדבר זכות, משא״כ רצון האשה לקבל כסף הקדושין, עיי״ש. ומבואר דענין האמירה היא גילוי דעת לרצון המוכר, ואין צריך דוקא אמירה אלא סגי בכל אומדנא דניחא ליה. ומה דבעינן לגילוי דעת אחרי שכבר הסכים למכור, י״ל דהחשש שמא חזר בו, וכמש״כ לעיל.

ושיטת הראשונים (התוס׳ ב״ב ג,א ד״ה רב, והראשונים שם בסוגיא) דבשותף החולק משותפו, יכול להחזיק אף בלא אמירת לך חזק וקני, דכשיש לו חלק בקרקע, אין צריך לאמירת לך חזק וקני. והגרא״ז (שכנים ב,י, וכן גם באישות ד,כא) כתב בבאור שיטת הראשונים, ובתו״ד חקר במטרת אמירת זו של לך חזק וקני, אם הוא משום דאי לאו הכי אין לו רשות להחזיק בקרקע, ואף שכבר גמרו ביניהם המוכר והקונה שמוכר לו הקרקע בכו״כ, יש לחשוש שמא חוזר בו. או שטעם האמירה לא משום שהאמירה ונתינת הרשות הם חלק ממעשה הקנין, דבעינן שהמקנה יקנה להקונה את הקרקע מדעתו, ולכן כ״ז שלא אמר לו לך חזק וקני אין לנו עדיין דעתו על הקנאה זו, רק שיש לנו הסכמה על המכירה אבל לא דעת על ההקנאה. האמירה של המוכר לך חזק וקני, היא פעולת הדעת של המוכר שהינה חלק ממעשה הקנין, ומש״ה אם אמר לו לך חזק וקני, הוי מעכשיו דעת על שעה שיחזיק ויהיה הקנאה מצד המוכר, אף שיחזיק אח״כ שלא בפניו.

וכתב הגרא״ז דלכאורה יש לתלות במחלוקת הקצוה״ח והנתיבות בסי׳ רמד במי שעשה שליח להוליך מתנה לפלוני, והשליח רוצה לעשות שליח במקומו, דקצוה״ח ס״ל דאינו יכול לעשות לשליח, דכיון דאם לא רצה המקבל, אינה מתנה, ולכן הוי ליה מילי ולא מימסרן לשליח. והנתיבות כתב דהולכת המתנה הינה מעשה קוף ולא מעשה שליחות. וי״ל דדעת הנתיבות דאין צריך במכירה ומתנה אלא נתינת רשות לקנות, ואין

צריך לרשות המקנה לחלק ממעשה הקנין. וקצוה״ח סובר דבעינן למעשה מצד המוכר ולא נתינת רשות גרידא. דבשולח שליח ליתן מתנה, אין במינוי השליחות מעשה הקנאה מצד הבעלים אלא שליחות על עצם מעשה ההקנאה, שנותן לשליח רשות ושליחות להקנות, ולכן עצם הקנאת המוכר תלויה בשליחות (ולא מעשה שכבר נעשה ונגמר), ולכן הוי מילי ולא מימסרי לשליח. אולם אם נאמר דלא צריך מעשה הקנאה מצד המוכר אלא מתן רשות לקונה לקנות, כמו בדבר שאין בעה״ב מקפיד עליו, שאם נטל א׳ וקידש בו אשה הוי ספק קדושין, ומבואר באה״ע סי׳ כ״ח במפרשי הש״ע דהטעם הוא משום דשמא מקפיד, ולכן הוי ספק. ואם לא היה לנו ספק והיה ברור לנו שאינו מקפיד עכשיו על לקיחת דבר זה, היה קונה המקדש את החפץ והיתה מקודשת בודאי אף שאין כאן הקנאה. וזו סברת הנתיבות, דכיון דלא בעי הקנאה וסגי בנתינת רשות לבד לקנות, ונתינת רשות זו כבר נתנו הבעלים רשות במה ששלחו להוליך המתנה לפלוני, ולכן כל מעשה השליחות אינה פעולה קנינית מצד המוכר או השליח אלא מעשה קוף בעלמא.

וכתב לבאר דבזה יש לבאר את אמירת לך חזק וקני. דאי נימא דבעי פעולת הקנאה מצד המוכר, ונאמר דבאמר לו לך חזק וקני יש בזה גדר הקנאה, עכשיו או לאחר מכן שיעשה הקונה את מעשה החזקה, י״ל דבלא אמירת לך חזק וקני, לא שחסרה לנו ידיעת רצונו והסכמתו על עצם המכירה, רק חסרה לנו דעתו על ההקנאה עכשיו שיקנה עכשיו להקונה. דדעתו היא מעצם ההקנאה ולא גילוי דעת לסילוק התנגדות. אבל אי אמרינן דלא צריך הקנאה רק הסכמה על המכירה או על המתנה, והקונה קונה בעצמו בלא הקנאתו, ואמירת לך חזק היא גילוי דעת שאינו מתנגד למעשה הקנין מצד הקונה, ובלא אמירת לך חזק וקני אין לנו ידיעה על הסכמתו ואי התנגדותו לקנין הקונה, אף שגמרו מקודם והסכימו על המכירה. וס״ל לגרא״ז דאם הוא חלק ממעשה הקנין, י״ל דבשותף שיש לו כבר חלק, אין צריך למעשה קנין מצד השותף השני, ורק בקונה ומקנה בעינן לכך. משא״כ אם צריכים לגילוי דעת שאינו מתנגד, גם בשותפים צריכים לגילוי דעת זה. (ועיין עוד בנחל יצחק לגרי״א, עח,ב ענף ט בהגהה שם, דאף דלא חיישינן שחוזר בו, דשארית ישראל לא יעשו עולה, מ״מ כל שלא אמר לו לך חזק וקני משמע שאינו מסכים שיקחנו בלי דעתו. ולכאורה הוי מעין קפידא, שהאמירה מסלקת את הקפידא, אך אינו חשש חזרה, עיי״ש. ועיין עוד בחלקת יואב חחו״מ סי׳ ה ד״ה ע״כ. ובבית אפרים חחו״מ סו״ס לט כתב דהוי נתינת רשות, דבכל הקנינים, להוציא קנין חליפין, הקונה הוא העושה את מעשה הקנין ואין צריך המקנה להקנותו ולהוציאו מרשותו, רק צריך לתת לקונה רשות למעשה הקנין. ובזה י״ל דכל בפניו הוי נתינת רשות).

ולכאורה לצד שהביא הגרא״ז דאמירת לך חזק היא דעת המוכר על ההקנאה וחלק ממעשה הקנאה ולא גילוי דעת לסילוק התנגדות וחשש שחזר בו, איך מהני חזקה בפניו ללא אמירת לך חזק וקני, הרי אין כאן מעשה מצד המוכר ודעתו על ההקנאה, ובשלמא אם הוי סילוק התנגדות וחשש שמא חזר בו, סגי במה שמחזיק הקונה בפניו, אבל אם חלק ממעשה הקנין, דעת המוכר, איך מהני מה שמחזיק בפניו. וביותר קשה, דדעת רוב הראשונים דבשותפים החולקים לא בעינן לאמירה זו, ולמש״כ הגרא״ז מפני דבעינן דעתו, ושותף שיש לו חלק, אין צריך דעת המקנה, וא״כ לכאורה לשיטתם איך מהני מה שמחזיק בפניו. ואף שהגרא״ז כתב דאם החזיק בפניו הוי ראיה על ההקנאה, לכאורה יש להבין איך הוי דעתו ומעשה קנין מצד המוכר ממה שראה ושתק.

והגר״ש רוזובסקי זצ״ל (חדושי ר׳ שמואל ב״ב ה,ה) הביא את דברי הגרא״ז, וכתב דאפשר דאף אם בעלמא סגי בקנין מצד הקונה בלבד, במעשה הקנין של משיכה וחזקה יש דין מיוחד דאין המעשה נחשב כקנין אא״כ נעשה מדעת הבעלים, ואף דיש לקונה כח לקנות גם בלי דעת המקנה, מ״מ אין משיכה וחזקה נחשבים למעשה קנין אלא ע״י אמירת לך חזק וקני. רק כל זה כשאין לקונה זכות בחפץ, משא״כ בחלוקת השותפות אין צריך שמעשה הקנין יהיה מדעת הבעלים.

והנה לנדו״ד י״ל שלא היה במעשה הבניה וההרחבה נתינת רשות מצד הבעלים לעשיית קנין חזקה, והם ראו בפעולות הנעשות על הגג חלק מענין ההרחבה, אבל לא נראה שהיה בזה הסכמה למעשה קנין על הגג. דהנה לענין שוכר בית שאח״כ רוצה לקנות המושכר, אם צריך המוכר לאמירת לך חזק וקני, דבתש׳ מהר״מ מינץ סי׳ לט (א) כתב בענין שוכר שנעל וגדר: ״ועוד, הכא כיון דהבית בלאו הכי של הר״ג, זהו גריעותא של הר״ג, ודומה כאלו אמר לו לך ועשה חזקה בבית דידך כדי לקנות בית זה, דבלאו הכי איתא בידו לנעול ולגדור כאשר ייטב בעיניו, אם לא שעשה דבר חדש לשם קנייה״. הרי שאם עושה פעולה שאינה מוכיחה שהיא לשם קנין חזקה, דמעמדו במקום מאפשר לו לעשות זאת, אין במעשה שעשה משום חזקה המורה על בעלות, וכאשר יתכן והמעשה אינו לשם בעלות בהיותו שוכר במקום, אין במעשה משום קנין חזקה. ולפ״ז גם כאשר הפעולות שעושה בבנין הם בהיותו קבלן המשפץ ומרחיב, ויש לפרש את מעשיו כפעולה מכח עבודתו כמשפץ ובונה במקום ולא כקנין חזקה בגג, אין בפעולתו בגג קנין חזקה.

והא דבעינן שתהיה הפעולה מוכחת שהיא לשם קנין, כן מבואר בדברי הרא״ש בגיטין ח,ג לענין פתיחת דלת ונעילתו, דלא סגי במה שהאשה תסגור הדלת, שהרי רגילה לעשות כן כדי לשמור נכסי בעלה, וא״כ לא מוכח שעושה זאת לחזקה, אלא כיון

שסוגרת ומיד פותחת את הדלת הרי יש בזה מעשה המוכיח לחזקה, דכך אינה עושה בשגרה בנכסי בעלה, וז״ל הרא״ש:

״ראיתי מפרשים שפירשו דפתיחת דלת קונה כמו נעילת דלת, מדקאמרינן הכא ותיחוד ותפתח, דמשמע תיחוד או תפתח. ולא נהירא לי, דאפי׳ למאי דפרישית דנעילת דלת קונה היינו נעילה במפתח שמונע כל אדם מליכנס בו, אבל פתיחת דלת לא מוכחא שתהיה קנייה, ולא דמי לפרץ, דהתם מיירי שפרץ גדר ותיקן הפתח ליכנס בשדה, ותפתח דהכא לאו דווקא, א״נ בנעילה לחודה לא מוכחא שיהא לשום קנין, אלא כמו שהיתה רגילה בכל פעם לסגור בתים של בעלה כדי שיהא שמור מה שבתוכו, אבל כיון שהיא פותחת מיד אחר הנעילה ניכר שהנעילה היתה לצורך קנין.״

ומדברי הרא״ש למד הב״י (חו״מ קצב,ג) דהקונה בית שהוא דר בתוכה, לא קני עד שינעול ויפתח, דבנעילה לחוד לא מוכח שעושה כן לשם חזקה. וכן היא דעת הרדב״ז בתש׳ (סי׳ אלף קצב, ח״ד סי׳ קכב) לענין שותף שקנה את חלק שותפו בקנין חזקה, שאם עשה מעשה שהיה רגיל לעשות בהיותו שותף, לא מהני: ״הילכך מסתבר לי בנדון דידן שאפי׳ אמר לו המוכר לך חזק וקנה, והלך זה ולא חדש דבר אלא נעל ביתו כדרכו בסתם, לא קנה, שהרי לא עשה דבר שיורה על קנין חדש, והכי אמר ליה לך חזק בחזקה חדשה וקנה, דאלו נעילת דלת בלאו דבריו הוא נועל ופותח״. ובמחנה אפרים (שכירות סי׳ יג) כתב להוכיח מהראשונים דאפי׳ בסתמא שאינו מכוין עכשיו לקנות בהאי נעילה, כיון שדעתו של מקנה להקנותו, קונה בחזקה. ולכאורה כשאינו מעשה המוכיח, לא בכוונה החסרון אלא בעצם מעשה הקנין, שאינו מוכיח על בעלות, וכל מעשה שאינו מוכיח על בעלות, אינה חזקה.

אמנם הראיה שהביא המחנ״א מהריטב״א בב״מ לענין מלוה שמשכן ואח״כ קנה, לכאורה מוכח דאף שאינו עושה מעשה המוכיח הוי חזקה. עוד ראיה הביא המחנ״א מב״מ טו,ב–טז,א, בגזלן שמכר את הקרקע שגזל, ולאחר שמכרה, חזר וקנה מהבעלים, ובגמ׳ שם, מתקיף לה רמי בר חמא, מכדי האי לוקח במאי קני להאי ארעא בהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא. ובתוס׳ שם הקשו, ולימא דקני לה במה שהחזיק בה אחר שקנאה גזלן. ותירצו התוס׳, דמשמע ליה משעה שקנאה הגזלן היא של לוקח, אף שלא עשה בו שום מעשה. ואם נאמר שצריך מעשה המוכיח, הרי הלוקח לא עושה קנין חזקה, כיון שאם במעשיו משום קנין המוכיח, שהרי משתמש בקרקע קודם קנית הגזלן מהבעלים, ומדוע לא תירצו התוס׳ שאין במעשה הלוקח הוכחה על בעלות. ומוכח דס״ל לתוס׳ דאין מניעה במה שאינו עושה מעשה המוכיח, ואם עושה מעשה של חזקה כמו נעל וגדר, אף אם בנתוני המקרה אינו

מוכיח על בעלות, מ״מ מהני כקנין חזקה. ועיין מל״מ מכירה א,ח שנחלקו בזה גדולי הדור. ומ״מ בנדו״ד שהקרקע בחזקת ההורים, ודאי שאין להוציא מחזקתם מכח מעשה חזקה כזה.

בנדו״ד נראה גם שלא קנה במה שעשה פעולות ההרחבה וכו׳, כיון שמן הסתם לא היתה כאן כונה לקנין חזקה. ברמ״ה פ״ג דב״ב (סי׳ רכד), בדין חזקה בנכסי הגר וקנין חזקה, אם צריך כונה מפורשת לקנין, הביא מדברי רב האי גאון בספר המקח, דיש לחלק בין מחזיק בפניו או לא בפניו של המוכר, דאם מחזיק שלא בפניו, כיון שהמוכר צריך לומר לקונה לך חזק וקני, אדעתא דציווי המוכר עשה הקנין, אבל בפני המוכר שאין צ״ל לך חזק וקני, צריכה להיות חזקה המוכחת שמתכוין לקנות, אא״כ החזיק בפניו תוך כדי ההסכמה לקנין, אף בלא אמירת לך חזק וקני, כיון שעסוקים באותו ענין, מוכח שמתכוין לקנות במעשה החזקה, וז״ל הרמ״ה:

״וחזינא ליה לגאון ז״ל דכתב בספר מקח וממכר (שער יג) מילי דמשמע לן מינייהו דהוה סבירא ליה דשלא בפניו כיון דצריך למימר ליה לך חזק וקנה, מסתמא כי מחזיק אדעתא דמקנא קא מחזיק, דשליחותיה דמקנה דאמר ליה לך חזק וקנה קא עביד, אבל בפניו כיון דלא צריך למימר ליה לך חזק וקני, כוונה מפורשת לקנות בעינן. ומשמע דהוה סבירא ליה דבפניו דלא צריך למימר ליה לך חזק וקנה, דומיא דשלא בפניו בעינן דמוכחא מילתא דאדעתא דמקנא קא עביד, דהא אמר ליה לך חזק וקנה. והיכא דאחזיק בפניו בעידנא דקביל עליה מקנה מקמי דסליקו מענינא לענינא, לא ידעינן טעמיה דמסתמא אדעתא דמקנא קא עביד. ואיכא למימר דכי קאמר גאון ז״ל היכא דאחזיק בפניו לאחר זמן, דאיכא למיחש דילמא הדר ביה חד מינייהו ביני ביני ... ואפילו בהא נמי לא ידעינן מנא ליה, דהא סוגיא דגמרא כל בפניו פסיקא ליה דלא צריך למימר ליה לך חזק וקנה. ואיכא למימר דלקידושין מדמינן לה, היכא דהיה מדבר עם האשה על עסקי גיטה וקידושיה ונתן לה קידושיה ולא פירש. דקיימא לן דאי כל זמן שעוסקין באותו ענין מקודשת, דאדעתא דהכי יהיב לה. ואי לבתר דסליקו מענינא לענינא קידושי ספק הוו, דאיכא למיחש דאדעתא דמידי אחרינא יהיב לה, ואף הא נמי דכוותא, ומספיקא לא הויא חזקה.״

וחזר הדין שם ברמ״ה (סי׳ רלג), דבנכסי חבירו דמוכח דאדעתא דקנין עשה פעולתו. דבפניו כל זמן שעסוקין באותו ענין אדעתא דמיקנא קא עביד, ושלא בפניו כיון דצריך למימר ליה לך חזק וקנה, מסתמא שליחותיה דמקנה הוא דעבד ואדעתא דמיקנא עבד. ודברי רב האי הביאם הטור להלכה בחו״מ סי׳ קצב. (וע״ע במה שכתבתי באריכות בדין כונה בקנין, בח״ג סי׳ ד). ולפ״ז בנדו״ד דאף שהיה בפניו, לא היו עסוקים באותו ענין של המכירה, ולא מוכח שעל דעת הקנין עשה.

עוד נראה בנדו"ד כיון שאפי' היה מתכוין לעשות קנין חזקה, הרי שיש להסתפק אם מועיל לעשות קנין חזקה ללא שטר, במקום שנהגו לעשות שטר. הרא"ש פ"ק קדושין א,לו, כתב וז"ל: "אמר שמואל, מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן. אמר רבא, לא שנו אלא שנתן לו דמי כולן, אבל לא נתן לו דמי כולן, לא קנה אלא כנגד מעותיו. וא"ת כיון שנתן דמי כולן, בלא חזקה נמי קרקע נקנה בכסף. וי"ל, דמיירי במקום שכותבין את השטר. ומשמע דדוקא דעשר שדות בעשר מדינות לא קנה אלא כנגד מעותיו, אבל בשדה אחת קנה בחזקה בלא מעות. מכאן יש לדקדק אף במקום שכותבין את השטר, אע"ג דכסף לא קני, חזקה קניא. והיינו טעמא משום דאלים קנין חזקה משום שעשה מעשה בגוף הדבר, מידי דהוה אמשיכה דקניא בלא כסף". ומבואר מדברי הרא"ש דחזקה מהני בפני עצמה, אף במקום שכותבים את השטר. וכן למד הב"ח קצב,יג בדעת הטור. ובר"ן קדושין (י,א מעמוה"ר) למד כן גם מדברי הרשב"ם ב"ב נא,א, והביא את הרמב"ן דמה דאיתא בגמ' לא שנו אלא במקום שאין כותבים את השטר, אכולה מתניתין קאי, שלא מצינו שיפה כח חזקה מכח כסף אלא במה ששנו בברייתא קדושין כז,א. וז"ל הרמב"ן קדושין כו,א:

> "לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה לא בכסף ולא בחזקה עד שיכתבו את השטר, דלא סמכא דעתייהו עד שיכתבו, ואע"ג דא"ל קני בכסף או לך חזק וקני לא קנה, אבל משיכתוב את השטר קנה באותו כסף או באותה חזקה, ואי פריש בכסף בלבד אקנה או בחזקה לבדה בלא שטר - קנה, כפי הטעם שפירשנו למעלה. וי"מ דאכסף בלחוד קאי אבל בחזקה קנה בכל מקום, דקניה אלימתא היא שהרי באה לרשותו, וזה דעת הר' שמואל שכתבו בפרק חזקת (נג,א), ואינו נכון שאעפ"כ לא מצינו שיפה כח חזקה מכח כסף אלא במה ששנו לקמן בברייתא, ואכולה מתניתין קאי."

מבואר מדברי הרמב"ן דאכולה מתינתין קאי, וגם חזקה לא מהני בפני עצמה, במקום שנהגו לכתוב שטר. (ועיין תש' הגר"ש אייגר, חחו"מ סי' ח). ומחלוקת זו הביאה גם הרב המגיד מכירה א,יט, וכתב דדעת הרשב"א דקונה כל היכא דלא עייל ונפיק אזוזי. ובכס"מ מכירה א,ח כתב דמדברי הרמב"ם שכתב דקנין כסף היינו במקום שאין כותבים שטר, וכתב את דבריו בה"ד, קודם שכתב ענין קנין חזקה, משמע דס"ל דחזקה קונה אף במקום שכותבים שטר. גם ברפ"ב ממכירה דייק הכס"מ מלש' הרמב"ם שכתב: "עבד כנעני הוא כקרקע לקניה ונקנה בכסף ובשטר או בחזקה". וזו גירסת הכס"מ, ולא כגירסה דידן: ... או בשטר .... ודייק הכס"מ דעבד כנעני נקנה בכסף ובשטר במקום שנוהגים לכתוב את השטר, או בחזקה ללא שטר, אף במקום שנוהגים

לכתוב את השטר. ולפי גירסה דידן אין ראיה. וכן למד הלח״מ מכירה ו,טו בדברי הרמב״ם. וכן דעת רבי בצלאל אשכנזי בתש׳ סי׳ יז. ועיין עוד בשער המלך מכירה ו,יד. גם ברבינו ירוחם נתיב יא,א כתב דמהני חזקה אף במקום שכותבים שטר.

ובמהרשד״ם חאהע״ז סי׳ קסד כתב דדעת הרמב״ן היא נגד רוב הפוסקים קמאי ובתראי. (והשואל שם ר״ל דלא מהני חזקה אלא עם כסף ושטר, ודחה מהרשד״ם דבריו, עיי״ש). גם הלח״מ בתש׳ לחם רב סי׳ קמב כתב דדעת הרמב״ן דעת יחידי, ואין לומר קים לי כדעתו, עיי״ש הקשה על הרמב״ן ומה שישב, ומ״מ כתב דאין לומר קים לי כדעתו. גם מהר״י אדרבי בתש׳ דברי ריבות סי׳ ש הביא את כל הראשונים דלעיל, והסיק דחזקה ללא שטר קני, אף במקום שכותבים שטר. וכן דעת היש״ש שהר״ן ג״כ הכריע במק״א דלא כרמב״ן. ועיין בכנה״ג חו״מ סי׳ קצה הגב״י אות מז מש״כ בזה.

אמנם כשניכר שמקפידים דוקא לעשות שטר, שכן מוכח מהנהגתם או מגילוי דעת הצדדים, נראה דלא מהני חזקה ללא שטר. כן נמצא בתש׳ אחיעזר (ח״ג מ,ה) בענין שכירות בכסף ללא שטר, דאף דלהלכה מהני שכירות בתים אף בכסף לחוד, מ״מ אם נראה מקפידים דוקא על שטר, לא מהני ללא שטר, וז״ל:

> ״אם אמנם שכתבו הפוסקים בטעם מה ששכירות קרקע קונה בכסף אף במקום שכותבין את השטר, דאין דרך לכתוב עליו שטר דסמכא דעת השוכר בלא שטר כיון דלימים קצובים שכרוהו. ולפ״ז היכא שנהגו לעשות קאנטראקטין גם בשכירות, י״ל דדמי למכירה. אך באמת אין המנהג ברור בזה, דיש שסומכים בשכירות דירות וחנויות אף בכרכים בלא שטר, ולא דמי למכירה שאין הלוקח והמוכר סומכים כל זמן שלא יעשה הקופצע הרשמית. שו״ר בס׳ משפט שלום בקונטרס משמרת שלום בסי׳ קצה, שהביא מתש׳ אבני צדק חחו״מ סי׳ נ״ה, דבמקום שנהגו בשכירות בתים לכתוב שטר, והשוכר לזמן מרובה ירא שלא יחזור המוכר ומקפיד בשטר, כה״ג בלא שטר לא סמכא דעת הקונה ולא קנה עד שיכתוב שטר, יעוי״ש. ולפ״ז ראוי לדעת אם הקפיד והתנה הקונה בכתיבת הקונטראקט, גם בשכירות יכולים לחזור דלא סמכא דעתיה ...״

ובנדו״ד לא עשו שטר, מפני שסמכו על מערכת היחסים בין הצדדים, הואיל ומדובר במשפחה, ואפשר שסמכו זע״ז, ולכן רק אם יאמר קים לי כרמב״ן, יוכלו המוחזקים לטעון כנגד החזקה של החתן שהיתה ללא שטר, וכנ״ל די״א שאינו יכול לטעון קים לי. ומ״מ מהטעמים האחרים דלעיל אין כאן קנין חזקה.

### ד. שווי הגג

ונראה בנדו״ד יש לחייב את הורי האשה בתשלום בגין ההרחבה, לפי שווי של הגג.

דלשיטת הרא״ש והר״ן, ושכן פסק הרמ״א והנו״כ להלכה, הרי שאף שאינו מחויב ליתן לו החפץ עצמו, יש ליתן שוויו. ובענין שוויו של הגג, צד ההורים טוען ששווי הגג הוא ללא אישורים, שאף שהם יכולים לקבל אישורים ורשיון לבניה על הגג, מ״מ כעת שאינם חפצים להגיש בקשה לרשויות, הרי הגג לפי שוויו העכשיו הוא לפי ערך גג לבניה ללא אישורים וללא הפרדה וחלוקה. בעוד החתן טוען שכיון שניתן לקבל אישורים ורשיון לבניה באופן ודאי ומידי, ורק הסכסוך בין הצדדים הוא המונע, הרי שיש לשום את הגג כביכול יש עליו אשורי בניה הנוהגים במקום, וכפי שבתים אחרים קבלו, עם אפשרות להפרדה וחלוקה מהמבנה התחתון.

ולענ״ד נראה דיש לשום את הגג, לפי ערכו העכשיו, תוך התחשבות בכך שניתן לקבל אישורים לבניה באופן מידי. דהיינו, אם השמאי יעריך את הגג ללא אישורים ורשיון ואפשרות הפרדה וחלוקה, מחירו נמוך בהרבה מהשווי עם אישורים. אולם אם ההערכה היא כגג ללא אישורים, אך ניתן לקבל אישורים באופן מידי, כפוף לבקשה מהבעלים (ובמסגרת מכירה הדבר נכלל בחוזה בין קונה הגג לבעלים, ובהעדר הסכמה, לא יקנה את הגג), הרי שמחירו גבוה בהרבה ממחיר גג ללא אישורי בניה והפרדה מהמבנה התחתון, ונמוך במקצת מגג עם אישורים ורשיון בניה בפועל, המופרד מהמבנה התחתון.

ונשאלתי, מה יהיה הדין אם הערכת השמאי תהיה בסכום נמוך מסכום עלות הבניה (דבר שלחלוטין לא מסתבר), האם נחייב את ההורים בהוצאות הבניה, כדין יורד ברשות, ששמין לו וידו על העליונה, או לפי השבחת ערך הדירה של ההורים. ועל כך השבתי דלמבואר בגמ׳ ב״ב ה,א ובשו״ע חו״מ סו״ס יז (ועיין מה שכתבתי בענין זה בח״ד סי׳ לה), אין לפסוק יותר מהתביעה, וכיון שתבע רק את מחיר הגג ולא את הוצאות הבניה, רק אנו מעריכים את מחיר הגג כאמור, אין לפנינו תביעה לחיוב ההוצאות רק את מחיר הגג. ולדעתינו שוויו כאמור, בפרט שלא טען שאם כדברי ההורים שאינם חפצים לבקש אשורים, היה עליו להסכים לקבל את עלות הבניה, ולטעון שמבקש הצמדה, או לטעון שמבקש לפי שבח בנייתו, ומדלא טען כן, הרי הסכים לתבוע רק את מחיר הגג.

ואם לא היה טוען כנ״ל, לכאורה כיון שההורים הפרו את ההסכם, הרי דינו כיורד ברשות, דשמין לו וידו על העליונה, כמבואר בשו״ע חו״מ שעה,ד. וכאמור, כל הנ״ל הוא רק להלכה ולא למעשה, דהרי ברור ששווי הגג לבניה בכל מקרה, גבוה

יותר מעלות הבניה ומשבח ההרחבה, כפי שעלה מהדו״ד בין הצדדים. ובפרט שהעלויות היו לפני מספר שנים, ולכאורה זולות מהעלויות כיום.

**לאור האמור לעיל, גג המבנה שייך לנתבעים, וערכו כיום ישולם לתובע. על כן יש למנות שמאי שיעריך את שווי הגג למכירה, בהתאם לנתון שניתן לקבל עליו אישורים ורשיון לבניה וחלוקה מהמבנה התחתון כיחידה נפרדת, הגם שאין אישור בפועל, וכי אישור בפועל מותנה בהסכמת הבעלים, וסכום זה על הנתבעים לשלם לתובע.**

# סימן כב

## קנין קרקע מחברה בע"מ או משליח/ אפוטרופוס

### ראשי פרקים

**א. לא סמכא דעתיה שיוכל לאכוף המכירה**

**ב. אם מירי בשטר קנין**

**ג. מפרש הישראל שרוצה לקנות בכסף בלבד**

**ד . שטר מתנה בערכאות**

נשאלתי במי שקונה דירה הנמצאת בבעלות חברה, והשטר שמוכר החברה אינו תקף ע"פ הלכות שטרות, הגם שיש לדון להכשירו מקנין סיטומתא או/ו דינא דמלכותא, באיזה קנין יקנה הדירה. וכן אם הדירה בבעלות אינו יהודי, והמוסמך למכור את הקרקע מכח יפוי כח הוא יהודי, או שהוא כונס נכסים של הדירה מכח מינוי של ביהמ"ש. מה הקנין המועיל בקרקע בנדונים דלעיל.

## א. לא סמכא דעתיה שיוכל לאכוף המכירה

איתא בב"ב נד,ב - נה,א: אמר רב יהודה אמר שמואל, נכסי עובד כוכבים הרי הן כמדבר, כל המחזיק בהן זכה בהן, מ"ט, עובד כוכבים מכי מטו זוזי לידיה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה, הלכך הרי הן כמדבר וכל המחזיק בהן זכה בהן (כי מטו זוזי לידיה מן הלוקח, אסתלק ליה העובד כוכבים, שהרי כל קנינו של עובד כוכבים בכסף, כדאמרי' בפ"ק דקדושין (יד,ב), ומשקבל המעות לגבי דידיה הויא מכירה גמורה, שאין יכולין עוד לחזור זה בזה, וישראל לא קני במתן מעות עד דאתא שטרא לידיה, כדאמרינן בקדושין וכדפרישית לעיל, דאפילו מישראל חבריה לא קני בזוזי עד שיכתוב לו את השטר, וכל שכן מעובד כוכבים, דסתם עובדי כוכבים אנסים הם ואין בדעתו לקנות בלא שטר, והלכך אי אתא ישראל אחרינא רפק ביה פורתא מקמי האי – קנה. ודוקא בלוקח מעובד כוכבים, אבל לוקח מישראל חבירו, נהי דלא קני לוקח עד דאתי שטרא לידיה, אחר מיהא אין יכול לקדם ולהחזיק, שהרי עדיין ברשות מוכר קיימא, שכל זמן שלא החזיק הלוקח או לא בא השטר לידו, יכולין שניהם לחזור זה בזה - רשב"ם). א"ל אביי לרב יוסף, מי אמר שמואל הכי, והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באיגרתא (והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים

שרגילים להנהיג במלכותם, דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, והלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו ע״פ חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל. ומלכא אמר לא ליכול ארעא שום מחזיק בארעא אלא א״כ יש בידו שטר מכירה מן המוכר, והיאך יקנה זה המחזיק, הואיל ואין לו שטר מן העובד כוכבים, אלא לוקח ראשון יקנה בדינא דמלכותא לכי אתי שטריה דעובד כוכבים לידיה). אמר ליה אנא לא ידענא (... והאי דקשיא ליה דינא דמלכותא דינא, רב יוסף לא ס״ל האי דאמר אביי ומלכא אמר לא ליכול ארעא אלא בשטרא, דלאו דינא דמלכותא הוא אלא בחזקה נמי ליכול) עובדא הוה בדורא דרעותא בישראל דזבן ארעא מעובד כוכבים, ואתא ישראל אחרינא רפיק בה פורתא, אתא לקמיה דרב יהודה אוקמה בידא דשני. א״ל דורא דרעותא קאמרת, התם באגי מטמרי הוו, דאינהו גופייהו לא הוו יהבי טסקא למלכא, ומלכא אמר מאן דיהיב טסקא ליכול ארעא (באגי מיטמרי, שדות טמונות, שלא היו הבעלים נותנין את המס למלך אלא מבריחין עצמן. דאינהו גופייהו, בעלים ראשונים לא הוו יהבי טסקא, ומדינא דמלכותא לא היה בידם דבעלים כח למכור, ומכרן בטל). רב הונא זבן ארעא מעובד כוכבים. אתא ישראל אחר רפיק בה פורתא. אתא לקמיה דרב נחמן אוקמה בידיה. א״ל מאי דעתיך, דאמר שמואל נכסי עובד כוכבים הרי הן כמדבר וכל המחזיק בהם זכה, ליעבד לי מר כאידך דשמואל, דאמר שמואל לא קנה אלא מקום מכושו בלבד. א״ל בהאי אנא כשמעתין סבירא לי, דאמר רב הונא אמר רב כיון שניכש בה מכוש אחד קנה כולה. שלח רב הונא בר אבין, ישראל שלקח שדה מעובד כוכבים ובא ישראל אחר והחזיק בה, אין מוציאים אותה מידו, וכן היה ר׳ אבין ור׳ אילעא וכל רבותינו שוין בדבר.

ויש לדון אם מה שלא קנה הלוקח עד דמטי שטר לידיה מהעכו״ם מפני שלא סמכא דעתא, האם זה דין במי שבצע את פעולת המכירה או דין בבעלים על הנמכר, ונפק״מ אם מכר לו ישראל בשליחות העכו״ם, באופן שהעכו״ם לא יכול למכור (ביפוי כח בלתי חוזר וכד׳), האם סמכא דעתיה, או שזה דין בבעלות הקרקע. (ועיין בנימוק״י (ב״ב כט,א מעמוה״ר) שכתב: ״... לא קנה ישראל הלוקח משום דלא סמכא דעתיה, כיון דמעובד כוכבים אתי ליה, אלא בשטר״. וצ״ע לדייק ממש״כ ״אתי ליה״). וכן יש לדון אם הדין שסומך רק על הכסף, וכמו שפירש רשב״ם, הוא באופן של מוכר ישראל, או כל שאינו נכרי גם דינו כישראל לקנית קרקע, ונפק״מ כשקונה מחברה, וכנ״ל.

והנראה בזה ע״פ מה דאיתא שם בסוגיא, וכן נפסק ברמב״ם זכיה ומתנה א,טו, ובשו״ע חו״מ קצד,ב, דאם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו, עושין כפי משפט המלך, שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין. ונראה לפ״ז לבאר, דמה שלא סמכא דעת הישראל, אינו מחשש

שהעכו״ם אלים ויגנוב דעתו, אלא כיון שהעכו״ם אינו צאית דינא ואינו כפוף לדיני ישראל, ממילא יבקש לתובעו בדיני עכו״ם, וכיון שכשלא יהיה לו שטר, יפסיד בדיניהם, אם כך דיניהם, ממילא לא סמכא דעתו. ולפ״ז כל מי שאינו צאית דינא, כשהדין בערכאות שאין קרקע נקנית אלא בשטר, אין הקונה סומך דעתו לקנות ללא שטר, שחושש שמא לא יזכה בקרקע, כיון שהעכו״ם אינו כפוף לדיני ישראל. ולפ״ז בכל מציאות שיצטרך לאכוף את המכירה, ולא יוכל לאוכפה בדיני ישראל, הן מחמת שהבעלים יתחמקו או המוכר, הוא בכלל ה״לא סמכא דעתא״. ונראה דזה היה גם בזמנם, שכל ישראל כפופים לדיני תורה. אולם כיום שיש רבים שאינם מכפיפים עצמם לדיני תורה, אף שדין אין כאן לבטל המכירה, מ״מ הטעם של לא סמכא דעתא קיים. והיינו, אפי׳ בישראל שיודע שאינו צאית דינא ויסרב להתדיין בדין תורה ולא יוכל לכפותו לכך, אינו סומך דעתו לקנות אלא לפי החוק הנהוג, שבאמצעותו יוכל לכוף את המכירה.

עוד נראה, דאם כל דין הלא סמכא דעתיה, מפני שחושש שלא יוכל לאכוף את המכירה אלא בדיניהם, ולכן רוצה קנין שיוכל לאוכפו בדיניהם, א״כ השטר אינו צריך להיות בדיני ישראל, דבדיני ישראל כבר קנה בכסף, ומה שמצריך שטר, מפני שחושש שלא יוכל לאכוף בדיניהם, וע״כ צריך שהשטר יהיה יוצא בדיניהם, ויתבאר עוד להלן בהכשרו של השטר.

ונראה דאף למש״כ הרשב״ם (ב״ב נד,ב ד״ה איסתליק): ״אסתלק ליה העובד כוכבים, שהרי כל קנינו של עובד כוכבים בכסף כדאמרי׳ בפ״ק דקדושין (יד,ב), ומשקבל המעות, לגבי דידיה הויא מכירה גמורה שאין יכולין עוד לחזור זה בזה, וישראל לא קני במתן מעות עד דאתא שטרא לידיה, כדאמרינן בקדושין וכדפרישית לעיל, דאפילו מישראל חבריה לא קני בזוזי עד שיכתוב לו את השטר, וכל שכן מעובד כוכבים, דסתם עובדי כוכבים אנסים הם, ואין בדעתו לקנות בלא שטר״. ולכאורה מהרשב״ם משמע שדין השטר והסמכא דעתא, הוא כדין ישראל וכל שכן ממנו, והיינו שחושש שהעכו״ם באלימותו יכחיש המכירה וכו׳, ולכן אינו סומך דעתו אלא בשטר. ואפשר דדברי הרשב״ם הוא לדברי רב יהודה אמר שמואל, ובמקום שאין דין מלך לקנות בשטר, אבל לאחר שהקשה לו רב יוסף, ומי אמר שמואל הכי וכו׳, שהכל תלוי בדין המלך, הרי שהכל תלוי באופן שיוכל לאכוף את המכירה על הנכרי, וממילא יש שוני בין הסמכא דעתיה בישראל מישראל שמצריך שטר, לישראל מעכו״ם, דישראל מישראל אינו סומך שיוכל להוכיח בדיני ישראל, ובעכו״ם אינו סומך שיוכל להוכיח בדיני עכו״ם. וממילא גם יש שוני בין השטר של ישראל מישראל, לישראל מעכו״ם, ואם השטר יהיה כשר בדיני ישראל ולא בדיני עכו״ם, אף שיועיל לישראל מישראל, לא יועיל כשקונה מעכו״ם.

והרמב"ם בהל' זכיה ומתנה א,יד כתב: "... אבל הקרקע אינו קונה אותו מישראל אלא בשטר, ואינו מקנה אותו לישראל אלא בשטר, שאין דעתו סומכת אלא על השטר ...". והקשה המל"מ, על מה מתיחסים דברי הרמב"ם שאין דעתו סומכת על השטר, האם גם על ישראל שמכר לנכרי או רק על ישראל שקנה מנכרי. וכתב המל"מ, שאם גם הנכרי אינו סומך אלא על שטר, איך בקבלת מעות מסלק עצמו. ולכן ודאי דברי הרמב"ם קאי רק על ישראל המוכר; "ואי לישראל קאי, אתי שפיר, כיון דעכו"ם אלם הוא, כל דלא כתב איהו שטר אז העכו"ם המוכר, לא סמכא דעתיה ולא קנה, וכיון דלא קנה, העכו"ם נמי מצי הדר ביה, וכמ"ש בפ"א (מהלכות מכירה) דבמקום שכותבין השטר לא סמכא דעתיה דלוקח, ושניהם יכולים לחזור". מבואר מהמל"מ שחשש של הקונה הוא מפני אלמות המוכר, ובפשטות בהיותו אלם, יחזור בו או ימכור לאחר. עוד מבואר מהמל"מ, דכיון דהישראל לא קנה, גם הישראל וגם העכו"ם יכולים לחזור בהם. ומה שיכול לזכות בקרקע ישראל אחר, היינו קודם שחזר בו הלוקח. ומש"כ המל"מ שהעכו"ם אלים, י"ל כמש"כ, שלא יוכל לכפותו לדין תורה.

והנתיבות קצד,ב חולק על הדין שיכול גם הלוקח לחזור בו, דכיון שהחסרון הוא מצד הסמכא דעתא של הישראל, הרי שהעכו"ם מבחינתו גמר והקנה, אלא שהישראל לא קנה. הנתיבות מקשה על המל"מ, מדברי הרא"ש ב"ב ג,סה שכתב שאין הישראל יכול לדון עם הנכרי להוציא ממנו, דכיון דבדיניהם קני, ואף בדינינו נגמר הקנין ע"י נתינת הכסף, שוב אינו חייב להעמיד מקחו בידו כשבדיני ישראל זכה המחזיק וכו'. ולשיטת המל"מ, יחזור הישראל מהמקח ויתבע מעותיו בדינינו, כדין ישראל מישראל שחוזר בו, שחייב המוכר להחזיר מעותיו. (ונראה גם להביא ראיה מהרשב"ם ד"ה איסתליק, שהובא לעיל). עוד הקשה הנתיבות, שאם יכול הנכרי לחזור בו, מדוע הקרקע הפקר, דבשלמא אם אינו יכול לזכות בקרקע, י"ל שמפקירה, אולם כשיכול לזכות בקרקע, מדוע יפקירה העכו"ם, ועיי"ש שהביא ראיה מנותן מתנה לחבירו ואמר המקבל אי אפשי בה; "אלא ודאי דנגד הגוי הוי קנין גמור, שאין הגוי יכול לחזור בו מהמקח, וגם הישראל אינו יכול לתבוע מעותיו, דנגד הגוי הוי קנין גמור לענין שיצא הקרקע מרשותו ע"י הכסף, רק הישראל עדיין לא קנה השדה ולא נכנס לרשותו, מחמת שרפוייי מרפייה בידיה הקנין שחושב שהגוי יחזור בו מצד אלמותו". עוד כתב דאינו דומה לישראל מישראל כשלא נתן שטר, דבישראל מישראל, כיון שהמוכר יודע שהלוקח לא סמכה דעתיה ולא קנה, גם המוכר לא גמר ומקנה, לכן אין השדה יוצא מרשותו. משא"כ בישראל מנכרי שאין הנכרי יודע שהישראל מחזיקו לאנס ואיננו סומך דעתו עליו, ודאי גמר ומקני כיון שיודע שבדיניהם ובדינינו קנין גמור הוא, וכיון שהנכרי גמר ומקני, הרי הקרקע הפקר.

ועל הדרך בה פועל הקנין בשתי פעולות, יציאה מרשות מוכר וכניסה לרשות קונה,

עיין במש"כ הגרש"ש בשערי יושר ו,יז: "... אבל כשנעיין היטב בזה, רחוק לומר שכל מקנה עושה שני דברים מיוחדים, הפקעת קנינו והקנאה חדשה לבעלים אחרים, דאם מפקיע קנינו, איך מקנה אח"כ לאחר. ואף דיש לתרץ זה דאפשר דכיון דעכשיו הוא בעלים יכול לחדש על הדבר קנין חדש גם לאחר שיופקע ממנו דין בעלים, וכעין זה מתפרש ענין אחריך לפלוני לשיטת כמה ראשונים ואכמ"ל. אבל פשטות הדברים נראים, דבמה שמחדש סיבה חדשה להעשות בעלים חדשים, סבה זו בעצמה פועלת על שני ענינים יחד שיתחדש על דבר זה בעלים חדשים, ויופקע קנין של הבעלים הראשונים". ובאור דבריו לכאורה, דיש אפשרות להסביר שהמוכר עצמו בהיותו בעלים קובע שהקנין יתבצע "בשתי פעימות", האחת סילוקו מהבעלות, והכנסה לרשות הקונה, ואף שבשעת ההכנסה לרשות הקונה אין הוא הבעלים, אבל בהיותו בעלים הוא קובע את אופן הבעלות העתידית כיצד תתבצע, וכדין אחריך, אולם הגרש"ש כתב דנכון לומר שהמוכר מעצמו מפעיל את רצונו שיהיו כאן בעלים חדשים, והרצון הזה עובד בשתי הפעימות. לא המוכר עושה שתי פעימות אלא הקנין מעצמו כך מתבצע.

## ב. אם מיירי בשטר קנין

הר"ן בקדושין (י,א מעמוה"ר) דן האם השטר שצריך הישראל לקבל מהנכרי הוא שטר קנין או שטר ראיה: "ודאמרינן בפ' חזקת הבתים (נד,ב) נכסי העובד כוכבים ... מאי טעמא עובד כוכבים מכי שקיל זוזי אסתלק וישראל לא קני אלא בשטרא, הלכך כל המחזיק בהן זכה בהן. התם בשטר קנין עסקינן, ובמקום שכותבין את השטר היא, מדקאמר דישראל לא קני אלא בשטרא, דאי במקום שאין כותבין את השטר, בכסף בלבד הוא קונה, ואי בשטר ראיה עסקינן ומשעת נתינת הכסף (קנה), היכי אמרינן דכל המחזיק בהן זכה בהן, דהא כי כתיב ליה עובד כוכבים שטרא, אשתכח דקני ישראל ראשון למפרע משעת נתינת הכסף. ולי נראה ודאי דהתם בשטר קנין עסקינן, מטעמא דכתיבנא, אבל בשמעתין מדקאמרינן סתמא בכל שטר עסקינן". והיינו שמוכיח הר"ן מזה שאחר יכול לזכות, דמיירי בשטר קנין וקונה בשטר, דאם השטר רק לראיה והקנין הוא בכסף, איך יוכל לזכות ישראל אחר, דמיד שיכתוב לו הנכרי שטר ראיה, קונה למפרע בקנין כסף. ולכאורה יש להבין בדברי הר"ן, אם כוונתו שהשטר צריך להיות ע"פ דיני שטרות וקנין שטרות שבדיני ישראל, או שיכול להיות גם שטר שאינו כשר בדיני ישראל, אבל הוא יהיה מעשה קנין בנכרי, והתחדש בנכרי דין שטר מיוחד שקונה, והוא שטר שאיתו יוכל לאכוף המכירה על הנכרי בערכאות, אם יכחיש או יתנגד מכל סיבה שהיא.

ומש״כ הר״ן דדין זה נגזר מהא דקדושין כו,א, דישראל מישראל לא קני אלא בשטר במקום שנוהגים לכתוב שטר, כן נראה גם מדברי התוס׳ (ב״ב נד,ב ד״ה וישראל) שפירש דסוגיא מיירי במקום שכותבים שטר. והקשה רבינו שמשון בן אברהם, מדוע לא קונה בכסף בלבד דמאחר שהעובד כוכבים מסתלק ויכול אחר לזכות, מדוע לא יגמור בדעתו לקנות, והרי זה כמפרש אי בעינא בכספא אי בעינא בשטרא (קדושין כו,א). ותירצו התוס׳: ״דאנן סהדי שלא היה בדעתו אלא כמות שהוא רגיל לקנות עם ישראל, דהיינו בשטר, מדלא פירש אי בעינא בכספא איקני״. ומבואר שדין זה נגזר מהדין הכללי, שכך נהגו לקנות דוקא בשטר, וממילא כל שכן בנכרי שאינו סומך אלא בשטר. וי״ל, דאף אם אין נוהגים לכתוב שטר בישראל מישראל, מ״מ כיון שבנכרי נהגו לכתוב שטר, הרי זה כמקום שנהגו לכתוב, ואינו קונה אלא בשטר. דשייך לומר מנהג בסוג מסוים של קונים או מוכרים, כשם ששייך לומר מנהג בסוג מסוים של דברים הנקנים – קרקע או מטלטלין.

ומש״כ דאף אם בישראל לא נהגו בשטר, מ״מ בנכרי נהגו, כן נמצא בדברי הב״ח (חו״מ קצד,א), שהביא את דברי הטור שהביא את הרשב״א, שממנו ניתן ללמוד דאפי׳ במקום שאין כותבין את השטר, כיון דהנכרי אנס הוא, לא סמכה דעתיה עד דמטא שטרא לידיה. דאי סבירא ליה להרשב״א כר״ן ורבינו ירוחם, שמ״מ יקנה בחזקה לחוד, אף שלא כתב שטר, דלא דמי לכסף. אלא ודאי כיון דנכרי אנס הוא, לא קני לה לא בחזקה ולא בכסף אפילו במקום שאין כותבין שטר. והטעם נראה כמש״כ, שאין הישראל סומך שיוכל לכפותו על המכירה אלא בשטר. וע״ע לח״מ זכיה ומתנה א,יד.

וכן נראה מדברי הכס״מ (מכירה א,יז): ״והקונה מעכו״ם לא סמכא דעתייהו שהמקח או המכר קיים, עד שיהא שטר עם כסף, ואפילו במקום שאין דרכן לכתוב, משום דסתם עכו״ם אנס ויערער עליהם לבטל המקח, אבל כשנעשה בשטר אין יראים ממנו״. והיינו שתמיד ירא שלא יוכל לאכוף את המכירה, ולא יהיה צאית דינא בדיני ישראל, אבל כשכותב שטר, יוכל לכופו בערכאות ולא יוכל לערער לביטול המקח. כן נראה בבאור הכס״מ.

ובמהרשד״ם חחו״מ סי׳ רכה למד מדברי התוס׳ דמיירי דוקא במקום שנהגו לכתוב שטר, ולא חילק אם מנהג זה בישראל דוקא, או כמש״כ לעיל, דאף שמישראל לא נהגו לקנות בשטר, מנכרי, כיון דלא סמכא דעתא, נהגו לקנות תמיד בשטר. והביא מהרשד״ם דכן משמע מדברי רבינו ירוחם, דדין ישראל שלא קונה מנכרי אלא בשטר הוא במקום שנהגו ישראל שלא לקנות אלא בשטר, דאל״כ קנה ראשון בכסף. וכל המקומות בזמן הזה נראה ודאי דלא כתבו שטר. וגם בזה לא נראה שחילק

כנ״ל בין אם נהגו דוקא לקנות מנכרים בשטר או באופן כללי, ומה הדין אם נהגו שלא לקנות בשטר, אבל מנכרי קונים בשטר.

ומה שהביא שם מהרשד״ם מרבינו ירוחם, נראה שסותר למש״כ לעיל לענין אופי השטר. רבינו ירוחם כתב דאין לומר דכיון שהטעם שישראל לא קנה עד דמטא שטרא לידיה, משום דלא סמכא דעתיה עד דמטא שטרא לידיה, א״כ הישראל הקונה לא סמכה דעתיה עד שיכתוב שטר שיהיה תקף בערכאות, דאם הוי שטר בערכאות, הרי זה שטר ראיה, ומדוע כל הקודם זכה קודם כתיבת השטר, וכמש״כ הר״ן בקדושין (הנ״ל), דבשטר קנין תולה מעותיו, והשטר קונה, משא״כ שטר ראיה קונה למפרע.

וסמך למש״כ דשטר בקניה מנכרי נצרך לראיה לאכוף על הנכרי את המכירה, ולכן לא סמכא דעתיה אלא על שטר שיהיה תקף בערכאות, דנכרי לא צאית דינא לדיני ישראל, מצאתי באמרי בינה (הלואה סי׳ יא). האמ״ב דן בשטרי מכר כשנתן כסף, אם קונה למפרע משעת נתינת הכסף, והביא דהר״ן בגיטין ס״ל דמדינא דמלכותא מועיל שטר קנין של ערכאות, וכן פסק הרמ״א חו״מ סח,א, א״כ י״ל דאף שטר העולה בערכאות דינו כשטר קנין. אולם למש״כ הרא״ש והטור (חו״מ סח) דהאידנא הני שטרות חספא בעלמא הם אפילו נמסרו בפני ישראל, ואינם רק שטר ראיה, וכן הרמב״ם והמחבר שם פסקו דלא מהני דינא דמלכותא לענין זה ודינם כשטר ראיה, אם כן היכי משכחת הדין שיהיו הפקר, כיון שקונה בשטר של ערכאות, והוא שטר ראיה, דעל ידי השטר ראיה זוכה למפרע, ואיך אחר יכול לזכות. ותירץ האמ״ב, וז״ל:

> ״לכן בהכרח צריך לומר לדעת הריטב״א דבזה גרע שטר מעכו״ם, כיון דסתמא אנסים נינהו ולא סמכא דעתו דלוקח לקנות אלא בשטר, תולה כל קנייתו דוקא בשטר כיון דמוכרח לו לראיה יותר מאם קונה מישראל. לכך אף דבישראל דעתו לקנות בכסף משעה הראשונה, והשטר אינו אלא תנאי בעלמא וזוכה למפרע, לא כן בקונה מן העכו״ם, תולה עיקר הקנין רק בשטר, ולכך הוי הפקר כי מטי זוזי לידו, דנכרי דאסתלק. אבל בישראל יש לומר דאף בשטר מקנה לא הוי רק כתנאי בעלמא וזוכה למפרע, וכהך צד שכתב ריטב״א. ולכך אתי שפיר דכותבין למוכר בקנין אע״פ שאין הלוקח עמו.״

מהאמ״ב מבואר דאף שהשטר שקונה מעכו״ם, מבחינת הגדרתו ומהותו הוא שטר ראיה, שאין בו עניני קנין שיש בשטרות קנין ע״פ דין תורה, מ״מ כיון שהישראל אינו סומך לקנות הקרקע אלא בשטר ראיה זה, אין הקנין חל רק משעת קבלת השטר ראיה, כיון שאינו סומך בדעתו אלא על שטר זה, ולכן יכול ישראל אחר לזכות מכי אסתלק הנכרי. משא״כ ישראל מישראל, אף בשטר קנין, אינו אלא תנאי ולא עצם הקנין, ולכן יכול לקנות למפרע. ומבואר, שיש שטר ראיה שהוא בעצם

שטר קנין, וזה השטר שעליו סומך הישראל נגד העכו"ם. וע"ע במש"כ שם בקונטרס הקנינים סי' כב ד"ה והר"ן.

והאור שמח (זכיה ומתנה ה,ו) דן במקום שכותבים שטר, אם קנין השטר חל למפרע מנתינת הכסף או מהשטר ואילך, אם הוי שטר קנין או ראיה. דאפשר לומר דאף אם סגי בשטר ראיה לסמיכות דעת הלוקח, וכשכותב השטר סומך הלוקח בדעתו וקונה בכסף, אבל לא למפרע, רק מעת כתיבת השטר, והוי כמפרש בעת נתינת הכסף שיקנה לו הכסף שנותן מעת כשיגיע השטר לידו, ומשם מתחיל קנין כסף. אולם ציין שמהכס"מ מבואר דהקנין חל למפרע מעת נתינת הכסף. והוסיף האו"ש לענין נכרי שמכר קרקע לישראל, דשם ודאי לא חל הקנין למפרע, דא"כ איך יזכה בו ישראל אחר. ולכן מוכח שהקנין לא חל למפרע. וכתב האו"ש לחלק בין נכרי לישראל. או שהלוקח לא מתכוין לקנות בכסף רק עם נתינת השטר, ואינו מוחה לקנות למפרע בכסף, כיון שבא לבסוף השטר לידו, אך אינו מתכוין לקנות למפרע בכסף. ולכן בדעת אחרת מקנה, גם כשאינו מתכוין היה קונה למפרע, כיון שהמוכר מתכוין למכור בכסף. אך זה דוקא בישראל, אולם בנכרי שאינו מתכוין דוקא להקנותו בכסף, אלא העיקר מבחינתו שיגיע הכסף לידו ומסתלק מהקרקע, אין דעת אחרת מקנה אותו למפרע בכסף, כיון שאין דעת אחרת מקנה אותו כשלא התכוין. דדוקא בישראל, שכל זמן שאין קונה הלוקח, לא מסתלק המוכר מהשדה, ומכוון להקנות אותו בכל מה שיוכל לקנות.

ומבואר לכאורה מהאו"ש דהשטר הוא שטר ראיה, ובישראל הוי כתנאי וחל למפרע, ובנכרי לא חל למפרע, כיון שלא סמך דעתו על הכסף עד אשר יהיה בידו השטר, אבל מה שקונה בסופו של דבר הוא הכסף, אך אינו קונה למפרע, כיון שהישראל לא התכוין באותה שעה לקנות, אף שלא היתה כונה הפוכה, והנכרי לא התכוין להקנותו, ומה שחל כעת הקנין כסף, הוא מכח שעבוד המעות, וכמש"כ האו"ש שם, דשעבודא דכספא קיים אף כי נתאכלו המעות.

עוד ראיתי לגרא"ז באבן האזל (מכירה א,ד) שכתב לבאר דאף בשטר ראיה מיירי, ומה שקונה זה הכסף, ומה שהקשה הר"ן דא"כ איך זוכה הישראל האחר, הרי משיכתוב הנכרי שטר ללוקח, יזכה הלוקח, על כך השיב הגרא"ז, דאחר שכבר זכה אחר, אין הנכרי המוכר יכול לכתוב שטר ללוקח, בין שטר קנין ובין שטר ראיה, וז"ל:

"מה שכתב הר"ן דבמקום שכותבין שטר ראיה איך קונה המחזיק, דכשכתב אח"כ העכו"ם שטר לישראל קונה למפרע, אפשר לומר ע"פ מה שכתב הרא"ש בסוף פ"א דב"מ (המ"ט) בדעת הרי"ף, דלדעת אביי דסבר עדיו בחתומיו

זכין לו, לא מהני אלא בשטר שעבוד, אבל בשטר מכר או מתנה, אם כתב לראשון ולא נתן לו וכתב לשני ונתן לו ואח"כ נותן השטר לראשון, לא אמרינן דמכי מטא לידיה זוכה למפרע, דנתבטל זיכוי החתימה כיון שנתנו לאחר קודם שיבוא השטר ליד הראשון. וכונתו דלא שייך לומר אח"כ מטא לידיה, כיון דהשטר נעשה חספא בעלמא כיון שנתן כבר השדה. א"כ הכי נמי לא מהני מה שהעכו"ם יכתוב עכשיו שטר אפי' שטר ראיה דאין עליו תורת שטר כלל כיון שכבר זכה אחר בקרקע ונתבטל קנינו של הכסף. ואף דמדברי הרא"ש שם אין ראיה, דשם הוא בשטר קנין, מ"מ יש לומר דגם בשטר ראיה הכי, דאין עליו תורת שטר כלל, כיון דנתבטלה המכירה והקרקע אינה של העכו"ם".

ובדברי הגרא"ז דלא מהני כתיבת השטר אחר שזכה אחר, מצאנו בראשונים שכתבו לענין אי מהני שטר מהנכרי אחר נתינת המעות. הרמב"ן בסוגיא (ב"ב נד,ב) כתב: "ויש לדקדק, אי גוי כיון דשקיל דמי מסתלק, אם חזר וכתב אחר כך שטר, היאך יקנה לוקח ראשון. ואם שמא לעולם לא קנה עד שיכתוב שטר קודם שיתן כסף". הרי שאפי' לא זכה אחר בקרקע, אין הנכרי יכול לכתוב שטר, דכיון שכבר הסתלקה בעלותו, איך יכתוב שטר. וכן כתב הרשב"א שם: "יש מי שאומר שאלו כתב לו הגוי את השטר אפי' לאחר שקבל את המעות קנה. וליתא, דכיון דאמרינן דגוי איסתלק ליה, הוה ליה נוכראה ושדה מופקרת היא, והילכך אין לו תקנה אא"כ כתב לו גוי את השטר עד שלא יתן לו דמים". וכן כתבו הרא"ש (ב"ב ג,סה) והנימוק"י (ב"ב כט,א מעמוה"ר), וכן פסק בשו"ע חו"מ קצד,ג בשם יש מי שאומר.

ועיין בכס"מ מכירה א,יז שכתב לפרש בדברי הרמב"ם שכתב שם: "העכו"ם אינו קונה בחזקה, אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף ...". עיי"ש אם צריך להקדים כתיבת השטר לנתינת הכסף, וכתב דיותר נראה שאין צריך להקדים. והביאו גם הסמ"ע קצד,ג. ונראה דזהו דוקא בישראל המוכר לעכו"ם, שבו לא שייך לומר שכבר נסתלק, וכטעם שכתבו בנכרי המוכר לישראל. ולכן אין סתירה בין מה שפסק המחבר בשו"ע חו"מ קצד,ג, למה שנראה שנטה בחיבורו כס"מ.

## ג. מפרש הישראל שרוצה לקנות בכסף בלבד

הריטב"א בסוגיא (ב"ב נד,ב), כתב: "הא ודאי אילו רצה ישראל לקנות בכסף – קנה, דישראל וגוי שווים בהקנאתם בקרקעות מיהת, ואנן הכי אמרינן, דישראל הקונה מגוי, כל זמן שלא פירש, אין דעתו מן הסתם לגמור קנינו בכסף, שאין דעתו סמוכה שלא יחזור הגוי ויערער עליו עד דאיכא שטרא בידיה". מבואר להדיא שאם פירש הישראל שסומך דעתו על הנכרי ורוצה לקנות בכסף, קונה בכסף לחוד כדין

הקונה מישראל, שלא הפקיעו חכמים קנין כסף בקונה קרקע מנכרי, אלא כיון שמן הסתם אין דעתו סומכת, כל זמן שלא פירש, הרי אנן סהדי שאין כוונתו לקנות בכסף, וע״כ לא מהני קנין כסף.

ולכאורה כן נראה מוכח מדברי התוס׳ ב״ב נד,ב (ד״ה וישראל הנ״ל). תוס׳ לשיטתם דדין זה נגזר מדין הכללי של מקום שנהגו לכתוב שטר, שאף בישראל אינו קונה אלא בשטר, וכתבו שם: ״וצ״ל דאנן סהדי שלא היה בדעתו אלא כמות שהוא רגיל לקנות עם ישראל, דהיינו בשטר, מדלא פירש אי בעינא בכספא איקני״. הרי שאם היה מפרש שרוצה לקנות בכסף, היה קונה בכסף כמו בישראל.

וכן כתב הב״י בחו״מ סי׳ קצד: ״ונראה לי שאם אמר הלוקח בכסף לבדו אני קונה, שקנה ואינם כמדבר, וכדאמרינן (קידושין כו.) לגבי ישראל, דאי אמר אי בעינא בכספא אקנה, שקנה וכמו שכתוב בסימן קצ״. ובדרכ״מ שם העיר, דדין זה הוא דוקא לשיטת התוס׳ ודעימיה, דאף בישראל אינו קונה אלא בשטר, והוא הדין בנכרי, ובמקום שבישראל קונה בכסף לחוד, אף בנכרי יקנה בכסף וסמכא דעתיה, ולכן מהני תנאי אף במקום שנוהגים לקנות בשטר, דומיא דישראל שקונה מישראל במקום שנהגו לכתוב שטרא. אבל לסוברים שישראל מנכרי אין קנינו אלא בשטר, וכדמשמע מדברי הטור (חו״מ ר״ס קצד): ״עכו״ם שמכר קרקע לישראל אינו קונה אותו אלא בשטר״, לא יועיל תנאי. ושכן נראה ממש״כ הרא״ש, הובא גם בטור שם, שאם פקח המוכר, אם נותן מעות, יחזיק בו מיד בתורת הפקר קודם שיקדימנו אחר. ומדוע יחזיק מיד, יתנה שרוצה לקנות בכסף. אלא בהכרח לא מהני תנאי. והוסיף הדרכ״מ, דלמש״כ הטור בסוף הסי׳: ״וכל זה לא איירי אלא בקרקע שאין דעת הלוקח לקנות אלא בשטר, אבל במטלטלין קונה בנתינת המעות״. משמע שהכל תלוי בדעת הקונה ומהני תנאי. ומש״כ הרא״ש שיחזיק בתורת הפקר, אחת מהדרכים נקט, ואה״נ מהני גם תנאי. ונראה שכן נקט להלכה, שכך פסק בהגהה על השו״ע חו״מ קצד,א.

והב״ח (חו״מ סי׳ קצד) סובר שלא מהני תנאי, ואין ללמוד מדברי הטור בסוף הסימן שהדבר תלוי בדעת הלוקח, אלא שאין דעת הלוקח כלל לקנות אלא בשטר, לפי שלא סמכה דעתיה עד דמטא שטריה לידיה, אבל אין הכוונה שתלוי בדעת כל לוקח ולוקח. וכן ממש״כ הרא״ש שיחזיק מיד בטרם יזכה אחר. ומזה הוכיח הב״ח דלא מהני להתנות שרוצה לקנות בכסף ללא שטר, דלא כרמ״א. והש״ך קצד,ב הביאו. וכן היא דעת הט״ז שם (חו״מ סי׳ קצד), דאין לומר דכל שגילה דעתו שסומך דעתו לקנות בכסף, מגלה דעתו שאינו ירא מכך שהגוי אנס ומועיל קנינו, ובזה לא דיברו חכמים; ״דודאי בטלה דעתו אצל כל אדם״, והביא ראיה מדברי הרא״ש (הנ״ל) שהצריך להחזיק בתורת הפקר מיד אחר נתינת הכסף, ולא כתב שיתנה עם המוכר או שיגלה

דעתו: "אלא פשוט שאין זו סברא". ובקצוה"ח שם ס"ק ב, כתב דמהני לקנות בכסף, אם התנה או גילה דעתו דאינו חושש מאלמות הנכרי, וז"ל:

"והטעם, כיון דהא דאינו קונה מעכו"ם בכסף, היינו משום דלא סמכה דעתיה, וכיון דהתנה וסמכה דעתיה מהני, וכמו גבי אתרא דכתבי שטרא דמהני תנאה לקנות בכסף (קצ,ח). אבל בט"ז וב"ח חולקין גם כאן וס"ל דלא מהני תנאה, ועיי"ש. ולפי מש"כ בסימן קצ"ח (סק"ג) דמהני תנאה אפילו במטלטלין לקנות בכסף עיי"ש, א"כ מכל שכן הכא דאינו אלא משום סמכה דעתיה."

ודעת הנתיבות (בביאורים סוס"ק ג ובחידושים ס"ה) כדעת הב"ח והט"ז דלא מהני תנאי; "דאף דהתנה, מכל מקום לא סמכה דעתא, כיון דהגוי אנס". ועיין בפת"ש שם ס"ק ב, שהביא מהכנסת יחזקאל סי' צג, דאף לרמ"א דמהני תנאי, מ"מ מהני רק כשאח"כ יכתוב הנכרי שטר. ועיין בכנסת יחזקאל הנ"ל, דאף אם שטרי דידן שטרי ראיה, לא סמכא דעת הקונה בלי שטר ראיה, ובפרט אם נצרך השטר לדינא דמלכותא.

והמהרש"ם במשפט שלום (קצד,א ד"ה וכן) הביא מתש' ספר יהושע (לגאון יהושע העשיל באב"ד) סי' ד, לדחות את דעת הב"ח והט"ז, וס"ל דקיי"ל בזה כרמ"א. וראיתי בתש' שם שכתב לפרוך את הראיה שמביאים ממש"כ הרא"ש ואי יפקח יקנה בתורת הפקר, דמה שלא כתב הרא"ש שיתנה לקנות בכסף, מפני שהרא"ש רצה לתת עצה למי שכבר קנה בכסף ולא התנה. עוד הוכיח שחכמים לא הפקיעו קנין כסף בנכרי, שלא כקנין חזקה שהפקיעו בנכרי הקונה מישראל. ומש"כ הר"ן דבשטר לא קונה למפרע, היינו בשטר קנין, אבל בשטר ראיה קונה למפרע. ועיי"ש במה שהאריך דאף בשטר קנין קונה למפרע, מדעת הראב"ד בדין שטר מאוחר, עיי"ש.

ומהמבואר לעיל נראה שנחלקו האחרונים בדעת הראשונים, אם חכמים הפקיעו קנין כסף בנכרי, או שזה אנן סהדי שאינו סומך ואינו גומר בדעתו לקנות. ולכאורה י"ל דהנפק"מ, אם נאמר שהפקיעו מנכרי, י"ל שהשאירו את הקנין כסף רק בישראל, או שהפקיעו רק ממי שלא סמכא דעתא כנכרי, וכמש"כ שלא יוכל לתבעו בדין תורה, ובזה יש לדון בדינו של קונה קרקע שהיא בבעלות נכרי, והשליח הוא ישראל, או קונה מחברה בע"מ. אולם אם נאמר דמהני תנאי, וממילא הביאור שלא הפקיעו אלא בפועל לא סמכא דעתיה, יש לומר שאם קונה מבעלות נכרי והשליח ישראל או להיפך, וכן בקונה מחברה בע"מ, בכה"ג אין אנן סהדי שלא סמכא דעתיה, ולמעשה בדיני ישראל קונה בקנין כסף, אא"כ יהיה מוכח מהקונה דלא סמכא דעתיה. וכמש"כ לעיל, אם נראה לקונה שלא יוכל לכופו בדיני ישראל, הרי זה בכלל הנכרי ולא סמכא דעתיה. ומצוי בחברה בע"מ. ובודאי כשהעכו"ם בעלים ונמכר ע"י שליח

ישראל, או כשהישראל בעלים ונמכר ע״י שליח נכרי, אם יצטרך לתבוע גם את הבעלים וגם את השליח, לא סמכא דעתיה שיבוא לדון בדיני ישראל.

## ד . שטר מתנה בערכאות

לאמור לעיל ששטר הנצרך בקונה שאינו ישראל, הוא כדי שיוכל לכופו לקיים המקח,

וכיון שאינו צאית דינא בדיני ישראל, צריך שיהיה שטר בר תוקף לדיני הערכאות, וכן הדין בכל מי שהוא בבחינת אנס, שאינו צאית דינא לדיני ישראל, ומ״מ צריך לעשות הקנין באופן המועיל בנכרי, דבשטר עצמו אם הוא כתוב בהתאם לחוק ולא להלכה ואין בו קנין, הוא מועיל לכופו בערכאות, אך אינו מועיל לקנין.

תנן בגיטין י,ב: כל השטרות העולים בערכאות של עכו״ם, אע״פ שחותמיהם עכו״ם,

כשרים חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים. ר״ש אומר אף אלו כשרין. לא הוזכרו אלא בזמן שנעשו בהדיוט. ובגמ׳ שם: קא פסיק ותני לא שנא מכר ל״ש מתנה, בשלמא מכר, מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה (לארעא, דקרקע נקנה בכסף או בשטר, והאי שטרא ראיה בעלמא הוא, שלא יאמר (לא) מכרתיה ולא קבלתי מעות, ובהא מילתא אינהו מהימני - רש״י) ושטרא ראיה בעלמא הוא, דאי לא יהיב זוזי קמייהו לא הוו מרעי נפשייהו וכתבין ליה שטרא, אלא מתנה במאי קא קני, לאו בהאי שטרא, והאי שטרא חספא בעלמא הוא (דעל ידי השטר הוא קנה אותה במסירת השטר, היכי מקניא, האי שטרא חספא בעלמא הוא). אמר שמואל, דינא דמלכותא דינא. ואי בעית אימא, תני חוץ מכגיטי נשים. ובגמ׳ שם (יא,א) דדוקא בערכאות דלא מקבלי שוחד. ונידון הגמ׳ בגיטין הוא בישראל הקונה מישראל בשטר הנעשה בעכו״ם.

והרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה כז,א פסק כאב״א תני חוץ מכגיטי נשים, וז״ל: ״... וכן שטרי [חוב] והודאות ומתנות ופשרות ומחילות שהן בעדים שלהן, אע״פ שיש בהן כל הדברים שמנינו, הרי הן כחרסים״. ועיי״ש ברב המגיד שכתב דדעת רוב הגאונים ודעת הרמב״ם לפסוק כתרוץ השני, תני חוץ מכגיטי נשים, שכל שטר שהוא כגט, כשהשטר הוא שטר הקנאה ושיעבוד, לא מהני בערכאות. וכן פסק המחבר בשו״ע חו״מ סח,א. והרא״ש גיטין א,י כתב דשני התירוצים לא חולקים אהדדי, דאין חולק על דינא דמלכותא דינא, ואם הנהיג המלך שלא יעשו שטר אלא בפני הערכאות, שלא יחתמו העדים על שטר עד שיבואו בעלי הדבר לפני הערכאות, ויראו וידעו הערכאות אמתת הדבר, כל השטרות האלה שגזר המלך, ובכללם שטרי קנין, הם בכלל שטרות העולים בערכאות של עכו״ם שדברה המשנה. אולם אם לא הנהיג המלך כך, מעמידים המשנה בחוץ מכגיטי נשים. וכן פסק הרמ״א בשו״ע חו״מ סח,א.

ובקצוה"ח סח,א הקשה על שיטת הרמב"ם והמחבר, מדוע פסולים עכו"ם לעדות מקח וממכר, הרי נצטוו על הדינים, ורק משה ואהרן יש גזה"כ שפסולים, אבל בעכו"ם דלא מרעי נפשייהו, וככל שאומרים אמת, לא נפסלים לעדות, והוא מדברי המרדכי (גיטין שכד) בשם ספר החכמה, בטעמא דערכאות דכשרין משום דלא מרעי נפשייהו, ואילו משה ואהרן פסילי אע"ג דמיהמני, דלא בעינן דוקא ישראל לעדות, וכל מי שמוחזק בכשרות כשרים להעיד מן התורה. וכתב לישב ע"פ מש"כ התוס' ב"ב נד,ב (ד"ה עובד כוכבים, וכן קדושין יד,ב ד"ה הואיל) בשם ר"ת, דכל מה שקרקע נקנית בשטר, נלמד מהפסוק בירמיהו (לב,יא) ואקח את ספר המקנה, והתם גבי ירמיה בישראל הוי עיי"ש, וא"כ אין לנו לימוד שנכרי יקנה בשטר, ולכן כמו שפסולים בגיטי נשים משום דלאו בני כריתות נינהו, כך פסולים בשטרות משום דלאו בני שטרא נינהו, וכל קנינו של הנכרי אינו אלא בכסף. ועיין בפני יהושע (גיטין י,ב ד"ה אלא, ושם על התוס' ד"ה חספא). ועיין בבית אהרן (גיטין י,ב ד"ה בגמ' ולהלן), מה שכתב לבאר מדוע נפסל לעדות בשטר, כיון דלאו בני שטרא, דלכאורה בגיטין זה גזה"כ של וכתב ונתן, משא"כ בשאר ענינים.

אמנם נראה לישב, דהרמב"ם לשיטתו, דפסול נכרי לעדות הוא פסול הגוף מהתורה, וילפינן פסולו מהפסוק ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, וכמש"כ הרמב"ם בהל' עדות ט,ד: "העבדים פסולין לעדות מן התורה, שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, מכלל שאחיו כמוהו, מה אחיו בן ברית אף העד בן ברית, קל וחומר לעכו"ם, אם עבדים שהן במקצת מצות פסולין, העכו"ם לא כל שכן". ולכן ס"ל לרמב"ם דלא מהני עדות נכרי בשטרי מקח וממכר. ועיין תוס' גיטין (ט,ב ד"ה אע"פ), וז"ל: "וכיון דלאו בני עדות נינהו, היה ראוי אפילו כל שטרות העולים בערכאות של עכו"ם לפסול מן התורה אפי' אותם העומדים לראיה, אלא תקנתא דרבנן הוא היכא דקים לן בסהדותייהו שהוא אמת דלא מרעי נפשייהו. ומ"מ שטר מתנה קאמר לקמן דחספא בעלמא הוא, אע"ג דקים לן דקושטא קאמר, משום דהרי אין כאן שטר". הרי דבשטרי ראיה מהני מתקנת חכמים, אף שעדותם פסולה מהתורה, ובשטרי קנין לא תיקנו חכמים, דבשטרי קנין נוסף על חסרון העדות, יש בזה חסרון של שטר, ובזה לא תיקנו.

ולכאורה יש להבין, אם התוס' והרא"ש פליגי אהדדי, דהרי לשיטת הרא"ש מהני עדות עכו"ם בשטר, אם גזר המלך שלא יהיה השטר אלא בערכאות וכו'. וי"ל, או דס"ל דאף שאינם בני שטרא, יכולים להעיד, וכמש"כ הבית אהרן בקושיתו. או י"ל ע"פ מש"כ בתש' מים חיים (לגר"ח ראפפורט, חאו"ח סי' ז) דהתוס' כתבו דבריהם אליבא דהו"א דלא מהני קנין חליפין בנכרי, וכיון שהתוס' קדושין ג,א (ד"ה ואשה) כתבו דמהני חליפין בעכו"ם, וכן פסק בשו"ע חו"מ קכג,יד דמהני קנין סודר בעכו"ם,

א״כ גם שטר מהני. ואף שהש״ך קכג,ל דלא מהני חליפין בעכו״ם, התומים שם ס״ק יב כתב כדעת השו״ע. וכן הוכיח המים חיים מהא שפסקי התוס׳ השמיטו הן בב״ב והן בקידושין הדין דלא מהני שטר בעכו״ם. ואף אם תאמר דדעת התוס׳ דלא מהני שטר בנכרי, מ״מ דעת המגיד, הכס״מ (מכירה א,יד) והסמ״ע קצד,א וס״ק ד) דמהני שטר בנכרי ״והמה פוסקים אחרונים״, עיי״ש. ולפ״ז י״ל דכן דעת הרא״ש ודעימיה דמהני שטר העולה בערכאות, אף בשטר מכר.

ולנדו״ד נראה בענין קנין שטר בחברה בע״מ או בשליח ישראל מבעלים נכרי, למש״כ דהלא סמכא דעתא בישראל הוא מחשש שלא יוכל לכפות המכירה בדין תורה, לכאורה גם בשליח ישראל מנכרי לא יוכל לכפותו, ולא סמכא דעתיה. וצ״ע בחברה בע״מ, בפרט אם היא בבעלות נכרים, אך גם בבעלות ישראל, אפשר דלא סמכא דעתיה. ולכאורה נראה דהוא הדין במוכר שאינו שומר תו״מ ולא צאית דינא. ולשיטת הראשונים והאחרונים דמהני תנאי, גם בזה יועיל תנאי לקנות בכסף בלבד. ומ״מ בשטר שתקף גם בדיני הערכאות, בזה נראה שיהיה לו דין שטר ראיה, וסמכא דעתיה לקנות, אם יכתוב לו שטר זה עוד בטרם שילם את כל הכסף למוכר, כאשר מוכח שהמוכר לא הסתלק מהנכס כל עוד לא קיבל כל כספו, ובכה״ג ודאי אינו הפקר. דאף דנכרי מסתלק בקבלת הכסף, כשמוכח שאינו מסתלק, וכגון בלא קיבל כל כספו, אף דמהני ביה קנין כסף, מ״מ לא הסתלק, ואין אחר יכול לזכות בתורת הפקר. בפרט לנהוג היום שעושים זאת בב״א.

ולעצם השאלה אם מהני קנין שטר בחברה בע״מ, אם ילפינן קנין שטר מהפסוק בירמיהו ואקח את ספר המקנה, וישראל נאמר ולא בנכרי, א״כ דוקא שיש למוכר דין ישראל (והוא הדין בחברה בע״מ שיש לראות בחברה רק לצרכי רשם החברות, אבל בפועל הבעלים הוא בעל המניות, וכשהבעלים ישראל, ראה בענין זה באריכות במנחת יצחק ח״ג סי׳ א משי״כ בזה). אולם לשיטות דמהני שטר בנכרי, וכמש״כ לעיל, י״ל דגם בזה מהני. אך עדיין בכל הנידונים נראה דלא סמכא דעתיה לקנות אלא באופן שיוכל לאכוף את המכירה בערכאות, וכמש״כ לעיל. ולענין מתן תוקף הלכתי לחוזה מכר, עיין מה שכתבתי בח״ב סי׳ ט.

העצה היעוצה בנדו״ד, מאחר ובשעת חתימת החוזה נהוג לתת סכום ראשוני, יכול להתנות שמתכוין לקנות בכסף בלבד עם השטר ראיה שעושה כעת, וזה נראה יועיל לכ״ע, גם לסוברים שלא מהני התנאה, בפרט שאף לסוברים שהפקיעו קנין כסף בנכרי, י״ל דבנדון כזה לא הפקיעו.

# סימן כג

## המרת שקלים במט"ח

### ראשי פרקים

**א.** יחס השקל למט"ח - מטבע ופירי

**ב.** הטעם שאין קונה דולארים בקנין כסף

**ג.** בקונה בקנין כסף, אם מתבטל מעצמו או צריך חזרה

**ד.** דולארים שאינם מסוימים

**ה.** כסף בתורת סיטומתא

**ו.** מי שפרע, ובדין מחוסרי אמנה בנשתנה השער

**ז.** קנה בשיק

ראובן בקש משמעון (חלפן כספים) להמיר סכום גדול של שקלים בדולארים. ראובן נתן לשמעון את הסכום בשקלים, וכיון שלשמעון לא היה במקום סכום כה גדול (הגם שהיה לו בכספת בחנות), וכן מאחר וראובן נצרך לכסף רק לאחר כמה ימים ולא רצה להחזיק בביתו סכום כה גדול, סוכם ששמעון יעביר לראובן את הדולארים לאחר כמה ימים. במהלך אותם הימים ארע פיחות של כ 4% בשער השקל, כך ששער הדולאר גבוה יותר ב 13 אג׳ מהמועד בו נתן ראובן לשמעון את השקלים. שמעון בקש מראובן את ההפרש, וראובן סרב, ומשכך בקש שמעון להחזיר לראובן את השקלים שנתן. לאחר דו"ד הסכים שמעון לתת לראובן את הדולארים, ובתנאי שמתן הדולארים לא יפגע בזכותו לתבוע את ההפרש. לשמעון היתה טענה נוספת, שלא על כל הסכום נתן לו ראובן מזומן, וחלק (קצת יותר מרבע מהסכום) ניתן בשיק (אמנם שיק מזומן לאותו יום). ושניהם פנו אלי ושאלה בפיהם, האם יכל שמעון להחזיר לראובן את השקלים, והאם יכול לתבוע את ההפרש?

## א. יחס השקל למט"ח – מטבע ופירי

תנן במשנה ר"פ הזהב (ב"מ נד,א): הזהב קונה את הכסף והכסף אינו קונה את הזהב. וברש"י שם; "הלוקח דינרי זהב טבועים בדינרי כסף, ונתן לו דינרי זהב, משיכת הזהב קונה את הכסף לבעל הזהב, ונתחייב לו זה משקיבל דינרי זהב לתת לו דינרי הכסף, ואינו יכול לחזור בו. אבל הכסף אינו קונה את הזהב, שאם נתן לו דינרי הכסף תחילה לא קנה, ויכולין שניהם לחזור, דמטבע כסף הוי מעות משום דחריפי

לינתן בהוצאה, ודינר זהב אינו אלא כשאר מטלטלין, ופירות ומעות אינן קונות עד שימשוך המטלטלין". והוא הדין והטעם למש"כ המשנה שהכסף אינו קונה את הנחושת, דמטבע של כסף, טבעו חשוב ואינו קונה, ומי שאין טבעו חשוב וחריף הוי כפירות, ומשיכתן הוא קיום דבר. ובגמ' שם: מתני ליה רבי לרבי שמעון בריה, הזהב קונה את הכסף. אמר לו רבי שנית לנו בילדותיך הכסף קונה את הזהב, ותחזור ותשנה לנו בזקנותיך הזהב קונה את הכסף. בילדותיה מאי סבר, ובזקנותיה מאי סבר. בילדותיה סבר דהבא דחשיב הוי טבעא, כספא דלא חשיב הוי פירא, וקני ליה פירא לטבעא. בזקנותיה סבר, כספא דחריף (יוצא בהוצאה ועובר לסוחר – רש"י) הוי טבעא, דהבא דלא חריף הוי פירא, וקני ליה פירא לטבעא. אמר רב אשי כילדותיה מסתברא, מדקתני הנחשת קונה את הכסף, אי אמרת בשלמא כספא לגבי דהבא פירא הוי, היינו דקא תני הנחשת קונה את הכסף, דאף על פי דלגבי דהבא פירא הויא, לגבי נחשת טבעא הוי. אלא אי אמרת כספא לגבי דהבא טבעא הוי, השתא לגבי דהבא דחשיב מיניה אמרת טבעא הוי, לגבי נחשת דאיהו חשיב ואיהו חריף מבעיא. איצטריך, סלקא דעתך אמינא הני פריטי באתרא דסגיי אינהו חריפי טפי מכספא אימא טבעא הוי, קא משמע לן כיון דאיכא דוכתא דלא סגי ביה, פירא הוי.

רי"ף שם בר"פ הזהב (כו,א-ב בעמוה"ר) פסק דכללא דנקטינן מהא שמעתא, דדהבא לגבי כספא פירי הוי, כזקנותיה דרבי, דסתם לן הזהב קונה את הכסף. אולם לענין קניית שאר מטלטלין, דינר זהב דינו כטיבעא, וקונה בקנין כסף את המטלטלין. וכן פסק הרמב"ם בהל' מכירה ו,ג דדינרין של זהב לגבי מטבעות של כסף הרי הן כפירות, וכן המעות של נחשת, כמו פירות לגבי מטבעות של כסף. וכן בראש"ש ר"פ הזהב, וכ"פ בשו"ע חו"מ רג,ד.

ומבואר לפ"ז שכל מטבע שהוא חריף יותר מהמטבע האחר, אף אם המטבע האחר יוצא בהוצאה, אך אינו יוצא בהוצאה כמטבע הראשון, דין החריף והיוצא יותר בהוצאה כדין כסף, ודין הפחות יוצא בהוצאה כדין פירי. ויש לדעת האם יוצא בהוצאה במקומו, או נמדד לפי כל העולם. וכן יש לדון שכיום בכל מדינה ומדינה נעשות עסקאות עם כל העולם, והן רוב העיסקאות (במדדים של כסף), וממילא רוב העיסקאות נעשות בדולארים, הגם שבמדדים אנושיים, רוב תושבי המדינה עושים עסקאות בשקלים, וכן בעידן האינטרנט שאנשים קונים בכל העולם מכל מקום בעולם, ורוב העסקאות נעשות בדולארים, האם הדולאר לבדו יחשב כמטבע ביחס לכל המטבעות האחרות.

ובתחילה יש להביא מה נקרא מטבע מקומי, שהרי בזמן חז"ל היה למטבעות ערך עצמי, ואילו היום שטר כסף אין לו ערך עצמי והוא מעין שט"ח של

המדינה, של הבנק המרכזי במדינה, ובארץ ישראל – בנק ישראל. כיום ערכו נקבע לפי שער חליפין נייד הנקבע בשווקי העולם, אולם במהותו אין לו ערך עצמי, והוי דבר שאין גופו ממון. ובשאלה זו דנו האחרונים. החתם סופר (חיור"ד סי' קלד) קבע שגדר מטבע הוא מה שקבעה המלכות שחייבים לקבלה בתמורה, ומי שאינו מקבלה, הרי הוא עובר על החוק, וז"ל:

"אבל גדר מטבע הוא שגזר המלך עליו שתצא, ומי שממאן מלמכר וליקח באותו המטבע, יחייב ראשו למלכות, ודינא דמלכותא דין אמת ומשפט צדק הוא בזה, ולא מלכותא דארעא לחוד גזר עליו אלא גם מלכותא דרקיעא ית"ש, כמבואר פ' מקום שנהגו (פסחים נד,ב, עיי"ש: ת"ר, שלושה דברים עלו במחשבה ליבראות, ואם לא עלו, דין הוא שיעלו. על המת שיסריח, ועל המת שישתכח מן הלב, ועל התבואה שתרקב. וי"א, על המטבע שיצא), והיינו מטבע שגופו ממון, ואין חילוק אם יהי' זהב או כסף או נייר. ואין לומר בזה שאינו עומד אלא לראיה שבו, דהרי קמן שכמה פעמים העם מסופקים בגירעון כסף, וטוב היה להם שלא למכור אותם ועל כרחם צריכים למכור מפני אימת המלכות, כי כן יסד נמצא הראיה שלו אינו שוה להם רק הגזירה היא המקיימת טבען בעולם, משא"כ שטר אפי' על עשיר היותר גדול ואפי' על המלך בימי עשרו, אשר בודאי יהיה עובר לסוחר לכל אדם, מ"מ אינו אלא מפני הראיה שבו, שיודעים שזה הוא אדם בטוח, אבל אין גופו ממון, שאם ירצה שלא ליקחו, מי יכוף על זה. וכן כל (הבאמאטק"א וקופ"פר אמב"יט שיי"ן) אין אדם מוכרח ליקח אותם בתשלומין, משו"ה אינם אלא שטר בעלמא."

ע"כ כל דבר שמוכרח המקבל ליקח אותו בתורת תשלומים מכח חוק המלך, דינו כמטבע. וכן הוא בשטרות הכסף של בנק ישראל, שע"פ החוק חייבים לקבלם, משא"כ שיקים או כרטיסי אשראי וכד', שאין חובה על הסוחר לקבלם. וכן הוא במט"ח, שאין חובה חוקית לקבלם, הגם שיכול לקבלם בתשלומים, אין חובה חוקית לקבלם (ולהלן יתבאר אם העובדה שיש חובה חוקית לקבלם בחו"ל, כל מטבע במדינתו, נותן למטבע דין מטבע בכל מקום בעולם). ולפ"ז ההגדרה הנ"ל קובעת שגם אם אין גוף המטבע ממון, כיון שיש חובה חוקית לקבלה בתשלום, דינה כמטבע, וגוף השטר של הבנק המרכזי, כדין מטבע.

והוסיף החת"ס, דאין ספק שכסף המדינה הוא כסף גמור אפי' לענין קדושי אשה, והרי הוא כסף לפדות בו הקדשות ומעשר שני. ועיי"ש מה שהוכיח מהגמ' קדושין ה,א דפודין בו מעשר שני והקדשות, ועדיף מאסימון, דאף שהוא מכסף גמור, אין עליו צורה, ולא מקיים ביה וצרת הכסף, ושטרות המדינה עדיפי דמקיים ביה

וצרת. וכסף דקרא הוא לאו דוקא, שהרי פודין על נחושת, והכל תלוי אם יוצאים בהוצאה. וכתב החת״ס לחלק, דדוקא לענינים שבין אדם לחבירו, יש לשטרות הכסף דין מטבע, משא״כ לענינים שבין אדם למקום כמו בפדיון הבן. דאף פדיון הקדש ומעשר שני אינו אלא כבין אדם לחבירו, שאינו אלא קונה מגזבר ההקדש, וממלא חסרונו של גבאי ההקדש בדבר אחר, וכן לענין פדיון מעשר שני לאוכלו בירושלים, י״ל דכל מטבע חוקית, הקונים והמוכרים פודים בו, ודינה כמטבע גם לענין שבועה ושומרים, שהם ביסודם עניני ממון שבין אדם לחבירו. משא״כ פדיון שפודים מהקב״ה כי לי כל בכור, אלא שהקב״ה נתן פדיונו לכהן, אבל עיקר הפדיון הוא מהקב״ה שקצב פדיונו ה סלעים. ואף אם יתן לכהן מטבע כסף השווה כך מחמת הצורה, אינו יוצא ידי חובה עד שיהיה במטבע כסף מזוקק כשיעור. ואף דרב כהנא שקיל סודרא בפדיון הבן ואמר לדידי שוה, היינו משום שאם היו לו ה סלעים היה נותנים בעד הסודר, ״משא״כ אלו השטרות אינם שוים גם לכהן כלום רק מאימתא דמלכותא, אפשר אין פודין, ועדיין צ״ע״.

וכן כתב החת״ס גם בחחו״מ סי׳ קפז, דיש לשטרות הבנק דין כסף מכח דינא דמלכותא, ורק לענין פדיון בכור שהוא להקב״ה בעצמו והקב״ה נותנו במתנה לכהן, אין דינא דמלכותא דארעא לגבי גבוה כלום. וכן בחאהע״ז ח״א סי׳ קכו כתב דיש להם דין מטבע, להוציא לענין פדיון הבן ושבועה דאורייתא, דמי שהפקיד אצל חבירו שטרות אלו וטוען שנאנסו, אין לחייב את השומר שבועה דאורייתא, שאין גופן ממון וממועטים מכלל ופרט של כסף או כלים, ואינם כעין הפרט, אך לענין שאר דברים יש להם דין מטבע. וע״ע בחיור״ד סי׳ רפט לענין פרעון כתובה.

והחזו״א (יור״ד עב,ב) כתב דענין המטבע הוא כל דבר שהסכימו עליו בני המדינה למכור ולקנות בו ולהעריך בו את כל השוק, כפי שנוהגים המדינות. החזו״א לא מצריך שיהיה חיוב מצד החוק לקבל את המטבע כפי שכתב החת״ס, אלא עצם הנהגת המדינה במטבע כמטבע רשמי לקניה ומכירה וחיי המסחר, עושה אותו למטבע ע״פ ההלכה. והחזו״א גם כתב דהתורה קבעה את ערך התשלומים, ע״פ מטבע הנהוגה בכל מדינה ומדינה. והקשה החזו״א, דכיון דהכל הוא ע״פ ההסכם המקרי, מה יהיה הדין אם יסכימו שלא יהיה מטבע. וכתב דבכה״ג כסף צרוף יהיה המטבע המחייב לכל דיני תורה. ועיין בחזו״א שם קפב,א לענין פדיון הבן שהתורה קבעה דוקא לפי משקל כסף צרוף ולא מטבע. ולכאורה יש מקום לנפק״מ בין החת״ס לחזו״א בדולארים בזמן הזה, שנוהגים בענינים רבים לשער בדולארים, וכן ליבא וליצא סחורות בדולארים, וכן אנשים קונים באמצעות האינטרנט פריטים בחו״ל בדולארים, דלחת״ס כיון שאין חק מדינה בארץ ישראל המחייב לקבל דולארים, אין לזה בארץ דין של מטבע, משא״כ לחזו״א שהכל נובע מהסכמת בני המדינה, בזה״ז (בניגוד לזמן החזו״א לפני 70 שנה),

יש הסכמה של בני המדינה לראות גם בדולאר מטבע הנסחרת במסחרים שונים בארץ, ועיין להלן.

והעונג יו״ט (סי׳ קב) נשאל אם מותר לפדות בכור בשטרות כסף, והביא את דברי החת״ס הנ״ל ביסוד הדברים, דדין מטבע יש לכל דבר שחייבים ע״פ החוק לקבל בתורת תשלומים. וכתב דמטבעות אף אם אינן שוות כערך הנחושת/ הכסף שבהם, מ״מ יש להן שווי עצמי, דע״י הטבעא שטבע המלך במטבע מתעלה ערכו, והרי זה גופו ממון. אולם שטרות כסף אין להם כל ערך עצמי, ואין הבדל בין שטר בעל מספר גבוה לשטר בעל מספר נמוך מבחינת ערך הניר, והכל לפי המספר הכתוב בהם, והרי זה שטר גמור שאין גופו ממון ואינו אלא לראיה ואין פודין בו; ״ועיין בדברי הגאון הנ״ל באו״ח שכתב בעצמו דלענין פדיון מקריין אין גופן ממון״. ולכאורה גם בתש׳ ביור״ד שציין העונג יו״ט, כבר כתב החת״ס דלענין פדיון הבן אין פודים בהם. (וכן נמצא בסדור דרך החיים לנתיבות בדיני פדיון הבן, דשטרות הכסף דינן כשטרות ולא ככסף). ואף שהעונג יו״ט חלק על יסוד דברי החת״ס, צ״ע אם מה שחלק עליו הוא רק לענין פדיון הבן שעליו נשאל, או לכל הענינים בהם נזכר כסף. גם צ״ע לענין קדושי אשה אם גרע משוה כסף דמקדשים, וכן לענין שומרים.

ובמחנה חיים (לתלמיד החת״ס הגר״ח סופר, ח״ב או״ח סי׳ כז) דן לענין שטרות הבאנקנאטען אם דינם ככסף לענין קדושי אשה ופדיון הבן, וכתב שרצה הקב״ה שיהיה עכ״פ שם של כסף בכל העולם, משא״כ שטר ממלכות זו, אינו עובר לסוחר במלכות אחרת. והקשה עליו השואל, דהרי הקפידא היא שיהיה שוה במקום הקדושין, ואם אינו שוה במקום הקדושין, הוי ספק קדושין שמא שוה פרוטה במדי. ולחזק קושיתו, הביא המחנה חיים מהב״ש לא,ו, מהרא״ש בשם ר״י, דאין לקדושין אלא מקומו ושעתו, ואפי׳ ידעינן ששוה פרוטה במקום אחר, אינה מקודשת. וכתב המחנה חיים לחלק בין כמות הכסף לאיכותו, דלענין כמות הכסף, בעינן שיהיה שוה לפי מקומו ושעתו. אולם לענין איכות הכסף, ילפינן משדה עפרון דבעינן כסף שיהיה בעל איכות בכל העולם, שהיה עובר לסוחר בכל העולם. משא״כ שטרות הכסף, הגם שבמדינות המלך חייבים לקבלם בגזירת המלך, בשאר המדינות לא יחשבו ככסף, ובכל מקום שציוה הקב״ה שיהיה כסף, צריך להיות כסף בעצמו או שוה כסף בכל העולם. ולכאורה לפ״ז כל שטרות הכסף כיום, כמעט מכל מדינות העולם, הגם שאינם כסף שחייבים לקבל, מ״מ ניתן להמירם בכל בנק בעולם, וא״כ הוי עכ״פ שוה כסף בכל העולם, ולכן בזמן הזה לכל שטרות הכסף מכל העולם, הגם שאין חייבים לקבלם אלא במדינה שבהן יצאו, מ״מ שוה כסף בהמרה בכל העולם.

ועיי״ש במחנה חיים שהעיר ג הערות בדברי רבו החת״ס. מש״כ החת״ס דיש לשטרות דין כסף, היינו דוקא אם לא נזכר על שטר הכסף מקום הפרעון, אבל שטרות

כסף שנדפס עליהם שנפרעים דוקא במקום מסוים, שניתן לקבל תמורתם עשרה זהובים בבנק הנמצא בווינה (כנדון דידיה), הרי זה כשט״ח רגיל. עוד כתב על דברי החת״ס דחשיב כיש עליו צורה, והוי בכלל וצרת הכסף, דדוקא צורה שוקעת או בולטת הוי צורה, משא״כ צורה מודפסת, אין עליה שום ממשות. ומ״מ נראה דשטרות הכסף של ימינו, אף של מדינות אחרות, כיון ששוות כסף בכל העולם (ואפשר בעיקר שטרות הכסף של מדינות גדולות ומפותחות), דינם ככסף.

עוד ראיתי בתש׳ השיב משה (לבעל הישמח משה, חיור״ד סי׳ נה) המגדיר כסף כדבר בעל כח קניה, שניתן לקנות איתו כל דבר, וכיון שאפשר לקנות באמצעותו כל דבר, הוי גופו ממון. והוכיח כן מדברי התוס׳ ב״ק יא,א (ד״ה אין), דהריבוי ישיב ואפי׳ סובין לא נאמר לענין גזלן, דגזלן יש דין – אשר גזל, כעין שגזל; ״צריך להחזיר הגזילה או דמיה ולא סובין״. והקשה, מדוע יכול להחזיר דמיה, הרי דמים זה גם רק שוה כסף ולא כעין שגזל, ומה עדיפות יש לדמים על פני סובין, הרי שניהם לא כעין שגזל. אלא שבעד מעות יכול לקנות הכל, לכך הוי כעין שגזל, שיכול לקנות בהם כלי כמו שגזל. ולפ״ז כל דבר שניתן לקנות באמצעותו, הוי גופו ממון. רק צ״ע במט״ח אם נחשב ג״כ כבעל כח קניה, כיון שבמקומו אינו בעל כח קניה, הגם שניתן להמירו או לקנות במקום אחר בעולם. ובפרט דולארים בזה״ז שניתן לקנות באמצעות האינטרנט בכל מקום בעולם.

והגר״ש קלוגר בהגהת חכמת שלמה (חו״מ סו״ס עד) דן במי שלוה שטרות הכסף (באנקנאטען) והוזלו השטרות, אם מחזיר לו השטרות שהוזלו. וכתב דשטרות אלו אין להם דין כסף אלא שטרות, ודינם כהלואת סאה בסאה של פירות, שאם הוזלו, משלם לו הסאה שלוה, ואם נפסדו לגמרי, משלם דמיהם, עיי״ש. ומבואר דס״ל דאין לשטרות הכסף דין מטבע אלא שטר. וכן נראה דעת הגר״מ אריק באמרי יושר (ח״ב סי׳ קנא), עיי״ש. וכן היא דעת הבית שלמה (חחו״מ סי׳ ע-עא) גם לענין קנינים, שאם המיר שטרות כסף במטבעות כסף ממש, דיש לשטרות דין שטר ולא כסף, ולא מהני לקנות שטרות כסף בדמי מטבעות הכסף, דמעות אינן קונות אלא משיכה, ואף דשטרות אינן נקנות אלא בכתיבה ומסירה, מהני משיכתם מדין סיטומתא. ואף שדעת הנתיבות בסי׳ רא דאין נקנים בסיטומתא, היינו שטר ממש שצריך כתיבה ומסירה, משא״כ שטרות אלה שדינם כשטרות למוכ״ז, נקנים במסירה. והמעין שם בסי׳ עא יראה דשטרות הכסף עליהם דיבר הבית שלמה, הם שטרות עליהם נכתב: בנק פלוני ישלם למביאו כו״כ מעות כסף, וא״כ אינם כגוף הכסף אלא כשוה כסף, אף שהם שטרות, ודומים יותר לשיק בנקאי הנהוג היום, עיי״ש. ולכן נראה שהשטרות שעליהם דיבר הבית שלמה, אינם כשטרות הכסף של ימינו, דעיקר הכסף העובר לסוחר היו המטבעות, והשטרות היו הוראה לבנק לתת למחזיק השטר מטבעות כסף. וכן אפשר

דכך היו הבאנקנאטען שדיבר הגר״ש קלוגר והגר״מ אריק. וכן נראה לבאר בדעת החכמת אדם (קלב,ט) שדן בדין מטבעות זהב אדום, שיש להזהר בהם בהלואת ריבית כדין פירות, ושיהיה לו אדום זהב אחד בבית, כדין סאה בסאה; ״וכן הדין בבאנק נאטען, ובמדינתנו קוראין אסיג, וכן בר״טים האלענדער״. נראה שבזמנו היו מצוים מטבעות מזהב וכסף שבהם היה עיקר המו״מ, ושטרות הבנק היו כעין שיק בנקאי המורה לתת למחזיק כו״כ מטבעות מכסף או זהב, מזה שדן החכמת אדם בעיקר על מטבע אדום זהב, והבנקנאטען כאגב, עיי״ש.

וכן יש לבאר מש״כ בתש׳ חיי אריה (לגרח״א הורוויץ מקרקא, ח״א סי׳ א), שאין לדון על הבאנקנאטען כגופו ממון;

> ״שאין מלכות בעולם שיגזר על בני מדינתו קבלו ניר בשוה כסף, שזה אי אפשר. וכן בארצכם ברוסיא מונח באוצרות המלכות כמאה מליון רובל מעשה כסף וזהב, מלבד שאר חובות שיש להם. ואלו יצויר שיאבד הכסף והבטחונות, אז ודאי יפול מחיר שטרות הניר המה הבאנקנאטען, כי גם דינא דמלכותא שמקיימים בהוצאה יפקע מהם ... רק כעת יש מדינות אשר הניר היוצא מובטח על אוצרות כסף וזהב, אשר כל הבא עם באנקנאטען, יתן לו כסף וזהב כפי שוויו, ואף במדינתכם שאינו כן, מ״מ עיקר שטרי הניר מובטחים על בטחונות, וגם פועל חשיבותו שיוצא בהוצאה וראוי לקנות בו כל דבר, וגם דינא דמלכותא שנקחים בכל מקום, אף שאין שיווי כסף וזהב כנגדם, מ״מ כיון שעיקר שווין של שטרי הניר הוא הרובל, הוא בנכסי ואוצרות הבנק, ודינא דמלכותא רק פועל ששוויו נתוסף, א״כ אין עצמותו ממון, וקאי רק לראיה על נכסי הבנק״.

גם הביא ראיה שאם ישרף שטר כזה בעדים, הבנק יתן לו שטר אחר, וא״כ מוכח שאין גופו ממון. ונראה דזה דוקא בזמנם שהיה השטר היכי תימצי לקבל ממון אחר, כמו שכתב בטעם הראשון, משא״כ אם אינו כאמצעי לקבל כסף או זהב. גם מש״כ בטעם השני, דברוסיה אף שאין מטבע אחרת, הבנק לא מדפיס שטרות כסף אא״כ יש לו גיבוי של כסף או זהב. נראה דכל זה אם הבטחונות הם של מטבעות בעלי ערך, דבזה י״ל שאין השטרות אלא שט״ח על המטבעות הקיימים, משא״כ אם הבטחונות הם נכסים וכד׳, מ״מ השטר הוא המטבע העובר לסוחר. מה עוד שבימינו שיטת חישוב ערך המטבע לא נקבע ע״פ שווי הזהב שיש לבנק המרכזי, אלא חישוב של קניה ומכירה בשווקי העולם של המטבע, כשהערך נקבע לפי מודדים שונים של הכלכלה המקומית. לכן נראה דגם לשם אריה האידנא יש לשטרות הכסף דין כסף, לענינים שבין אדם לחבירו.

וכבר כתבתי לעיל דלכאורה קביעת הדולאר כמטבע או פירי, אפשר שהיא נתונה בנפק"מ בין הסברי החת"ס והחזו"א. רק שענין נדו"ד הוא לענין הלכות קנינים. והנה הרי"ף בר"פ הזהב (כו,ב בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"ברם צרכינן לברורי דלאו כל דינרי דהבא הוו טיבעא לגבי פירי, אלא דינרין דסגיין בההוא אתרא וזבני ומזביני בהו אינשי, הוא דהוו טיבעא, אבל דינרי דמיפסלן ולא זבני ומזביני בהו, אלא מאן דמזבני בהו אזיל בהו לבי טיבעא. אי נמי אזיל בהו לדוכתא אחריתא דסגיין בה, או דמזבין להו למאן דאזיל בהו התם, כגון הני ודאי לא הוו טיבעא כלל אלא פירא נינהו לכל מילי. והכי דינא נמי בטיבעא דכספא באתרא דלא סגיין, כדתנן: כל המטלטלין קונין זה את זה, ואמר ר' שמעון בן לקיש (מו,א) אפילו כיס מלא מעות בכיס מלא מעות ..."

מבואר מהרי"ף שאף אם יש מטבע הנסחרת, אבל בדר"כ מי שקיבל מטבע זו הולך לחלפן להחליפה במטבע הרגילה הנהוגה, או שהוא מעבירה למי שהולך מחוץ למדינה, אין למטבע זו דין מטבע, אף אם יש הנוהגים לסחור באמצעות מטבע זו. אמנם במאירי שם בסוגיא (ב"מ מד,ב) הביא את דברי הרי"ף הנ"ל, והביא דעה חולקת, וז"ל:

"ומ"מ יש מי שאומר דוקא שאין השלחנים קונים אותם אלא כשיעור הכסף שבה ואין צורתם מועלת כלל, אבל מטבע היוצא במדינות שאין רחוקות כל כך, או שהסוחרים מצויים לילך שם, הואיל וכל כיוצא בזה קונין אותם יותר מחשבון כסף שבהן, בודאי הרי הם מטבע אצל הפירות, אלא שהם פרי אצל מטבע היוצא, ולענין הלואת דמים בדמים. והדברים נראין, אע"פ שמלשון גדולי הפוסקים והמחברים לא נראה כן."

ואולי יש לקיים דברי היש מי שאומר במאירי, בזמן הזה שהעסקאות נעשות דרך האינטרנט מכל ולכל העולם. אולם גם להגדרת המאירי, ביחס למטבע המקומי, יחשב המט"ח כפירי, וכן לענין הלואה, יחשב המט"ח כפירי וכהלואת סאה בסאה, וכמש"כ המאירי עצמו.

ולכאורה יש להביא ראיה לדברי היש מי שאומר, מהא דאיתא בב"ק צז,א-ב: איתמר, המלוה את חבירו על המטבע ונפסלה המטבע, רב אמר נותן לו מטבע היוצא באותה שעה. ושמואל אמר, יכול לומר לו לך הוציאו במישן. אמר רב נחמן, מסתברא מילתיה דשמואל דאית ליה אורחא למיזל למישן, אבל לית ליה אורחא לא. ואוקמא שם בגמ' שבלית ליה אורחא למישן לא, היינו במלכויות מקפידות זו על זו, וכשאית

ליה אורחא למישן יכול לתת לו במטבע שהלוהו ויוצאת במישן, כשהמלכויות מקפידות אך לא בודקות ומחפשות, ואם ימצאו יקפידו. ומוכח מהגמ׳ שאם יש לו דרך ללכת למישן, יש למטבע שנפסל שם של מטבע, וא״כ אפשר דגם למטבע שאינה יוצאת כאן, אם יוצאת במישן, יש לה כאן שם של מטבע. ועיין בהגה״מ (מלוה ולוה ד,ב) דאין צריך שיהיה למלוה דרך למישן דוקא, אלא גם אם סוחרי מישן מצויים כאן, סגי בזה שנותן לו ממטבע שנפסלה. וכן פסק ביש״ש (ב״ק ט,יג), הביאם הש״ך חו״מ עד,כא.

אף שיש לחלק ולומר דאחרי שהיה לה שם מטבע בשעה שהלוהו, לא פקע מינה שם מטבע כשנפסלה, אם יש לו דרך למישן, דדרך למישן לא נותן שם של מטבע, אולם מגדיר את המטבע כמטבע שלא נפסלה, משא״כ לקבוע שם מטבע כשאין למטבע רק דין של פירי. דהגדרת מטבע היא דבר שאתו קונים בני המדינה, וכיון שאין בני המדינה קונים במטבע זו, אף אם במדינה אחרת קונים, כלפי בני המדינה אינה מטבע.

עוד נראה לבאר ע״פ מש״כ ברבינו יהונתן (על הרי״ף ב״ק לד,ב מעמוה״ר) שאם יש למלוה דרך למישן, כופין על מידת סדום ונותן לו ממטבע שנפסלה: ״מסתברא מילתא דשמואל דס״ל דיד הלוה על העליונה, ה״מ שיש לו דרך מזומן לילך למישן בשיירות, ודרכו של מלוה לילך שם תדיר, כגון זה כופין על מדת סדום ...״, וכן נמצא בדברי בעה״ת (מו,ח,א). וע״כ אפשר שמטבע ונפסלה אף אם יש לו דרך למישן, אין זה עושה את המטבע הפסולה למטבע, דאף שאין למטבע שנפסלה כאן דין מטבע כשיש לו דרך למישן, כיון שאין למלוה הפסד ממה שמקבל בפרעון מטבע פסולה, כופין על מידת סדום.

ומ״מ מהאמור לעיל עולה, שאף אם נגדיר את הדולאר כמטבע היוצאת, ודאי שכאן בארץ אינה מטבע יוצאת ביחס לשקל, וע״כ ע״פ דיני קנינים ולאמור לעיל, דין הדולארים כדין מטלטלין, ואם קנה בשקלים דולארים, הרי זה כדין מטלטלין שקנה בקנין כסף (ובנדו״ד היו הדולארים בכספת של המוכר, וגם אם לא היו בידו דולארים, יש לדון מדין דבר המצוי לקנות, עיין מה שכתבתי בח״א כא/כב-כג).

## ב. הטעם שאין קונה דולארים בקנין כסף

אף שדבר תורה מעות קונות מטלטלין, גזרו חכמים שלא יקנה מטלטלין אלא במשיכה או הגבהה וכד׳, כל דבר לפי ענינו, שמא יאמר לו המוכר נשרפו חיטיך בעליה. אבל מוכר החוזר בו מקנין כסף, צריך לקבל על עצמו מי שפרע. תנן במשנה ר״פ הזהב (ב״מ מד,א): כל המטלטלים קונין זה את זה, כיצד משך הימנו פירות ולא נתן

לו מעות, אינו יכול לחזור בו. נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות, יכול לחזור בו. אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה, הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו. רבי שמעון אומר כל שהכסף בידו ידו על העליונה. וברש״י שם במשנה מבואר דהא דתנן כל המטלטלין קונין זה את זה, היינו בין בתורת חליפין ובית בתורת דמים. ובגמ׳ שם מז,ב: אמר רבי יוחנן, דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה, גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה. סוף סוף מאן דשדא דליקה בעי שלומי. אלא גזירה שמא תפול דליקה באונס, אי מוקמת להו ברשותיה, מסר נפשיה טרח ומציל, ואי לא, לא מסר נפשיה טרח ומציל. ריש לקיש אמר, משיכה מפורשת מן התורה. מאי טעמא דריש לקיש, אמר קרא וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך, דבר הנקנה מיד ליד. והרי״ף (ב״מ כח,ב בעמוה״ר) הביא את דברי רבי יוחנן ולא ר״ל, ומשמע שפסק כרבי יוחנן, וכ״פ הרא״ש ב״מ ד,ח, וכ״פ הרמב״ם בהל׳ מכירה ג,א והשו״ע חו״מ קצח,א. ועיין בסמ״ע קצח,י דדליקה הוי אונס שכיח, ובגינה הפקיעו קנין כסף במטלטלין, משא״כ שאר אונסין לא שכיחי כולי האי.

ומה שחששו חכמים לדבר לא שכיח כדליקה, עד שגזרו לבטל קנין דאורייתא במטלטלין,

והיה אפשר גם להשאיר את קנין כסף על מכונו, ולתקן שיהיו המטלטלין באחריות המוכר, נמצא בחוות יאיר בתש׳ (סי׳ כד) נשאל ע״י מחותנו, למה בטלו חכמים קנין כסף במטלטלין, היה להם לחייב את המוכר באחריות אם לא טרח להציל, כשהוא חייב להציל גם מדין תורה מדין אבידת אחיך, והוי המוכר כשומר אבידה, ואף שבאינו מציל אבידת חבירו אינו חייב בנזקו, מ״מ יכלו לתקן כן במקום לבטל קנין כסף. וכתב השואל לישב, דחששו חכמים שמא יטען המוכר שהיתה דליקה שהיא אונס, ויש לפטרו מדין אונס, וע״כ בטלו קנין כסף. והחו״י השיב דעיקר תקנת חכמים לטובת הלוקח, שיהיה המוכר מחויב בדין להציל, דבשלו הוא טרח, וכל כמה דלא טרח איהו דאפסיד אנפשיה, דלא יצא המקח מרשותו. ועיין בתש׳ צמח צדק (סי׳ לא) שגם הקשה כנ״ל, וכתב דאין נפק״מ אם מבטלים קנין כסף או משאירים באחריות המוכר, דאם המטלטלין באחריות המוכר עדיין לא יצאו מרשותו של המוכר, ויכול המוכר לחזור בו, וממילא הוי כלא קנה הלוקח והוי ביטול קנין כסף. והביאו זקני הזית רענן (ח״ב סב,ג), וכתב דאם היו מתקנים שיהיו של הקונה ובאחריות המוכר, הרי זה לאחוז החבל בשני ראשים והוא נגד המושכל.

ובתש׳ זית רענן שם (ע,ב) מבואר שאין כאן הפקעת קנין כסף אלא הבנה בדעת

הלוקחים, דלא נצרכו חכמים להפקר בי״ד להפקיע בעלות הקונה בזה, אלא כיון שראו חכמים שכך טובת הלוקחים, ודאי הלוקח לא גמר בדעתו לקנות באופן שאינו לטובתו. ונראה דסברא זו אתי שפיר לשיטת הרמ״א חו״מ קצח,ה דמהני תנאי לקנות מטלטלין בכסף, וכמו שכתב גם בקצוה״ח קצח,ג, דלא כש״ך קצח,י, דהפקיעו

חכמים קנין כסף לחלוטין. אולם למש״כ הרמ״א שלא הפקיעו חכמים, י״ל כמש״כ הזית רענן שאין זה אלא אומדן דעת הלוקח, שאינו מתכוין לקנות מטלטלין בקנין כסף. ועיין מש״כ בזה הגרנ״ט (ריש קדושין, סי׳ צו).

והנה התוס׳ בכ״מ (ב״מ מג,א ד״ה מאי, קדושין כח,ב וערובין פא,ב) הקשו, דמה הועילו חכמים בזה שלא יועיל קנין כסף מחשש שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה, בביטול קנין כסף, יאמר המוכר נשרפו מעותיך בעליה. ובתוס׳ בב״מ מג,א תירצו התוס׳: ״דאע״ג דלא הוי על המעות כי אם שומר חנם, לא מצי א״ל נשרפו מעותיך בעליה, דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע״. דגם אם יטען המוכר נשרפו מעותיך, הוא חייב בשמירתם ובאחריותם, וביחס לשריפה, כיון שאינם נשמרים אלא בקרקע, ליכא למיחש לדליקה, ואם יטען שנשרפו, פשע בשמירתם במה שלא שמרם במקום הראוי להם שאין יד הדליקה מגעת, וחייב באחריותם. וכן תירצו בקדושין כח,ב (ד״ה שמא). ובתוס׳ עירובין פא,ב (ד״ה שמא) תרצו תרוץ נוסף, דמעות נח לשמרם ואין טורח בהצלתם כמו פירות, דאין יכול להציל אלא בטורח גדול. ועיין בריטב״א (ב״מ מז,ב) שכתב דאף אם המוכר שומר חינם על המעות ואין לו רשות להוציאם, אין לחוש שיטען נשרפו מעותיך: ״ולא שכיחא בהו גניבה ואבדה ולא אונס, כל שנעל עליהם כראוי או שנתנם תחת הקרקע בזמן שהגנבים מצויין, כדין שומר חנם״. דע״פ אופי שמירת כספים, אפי׳ של שומר חינם, אין לחוש לכל אונס. ועיין בסמ״ע קצח,ז.

ולאמור לעיל בדברי התוס׳ יש להקשות, מדוע הכסף לא יקנה את הזהב וכו׳, דבשלמא פירות שייך החשש של נשרפו חיטיך בעליה, אבל במטבעות זהב שנקנו בכסף, מדוע לא יקנה הלוקח, שהרי המוכר יטרח ויציל, הן מחמת שאין טורח בהצלתם, והן מחמת שהם באחריותו שהיה לו לשמרם בקרקע. וקושיא זו הקשה הפני יהושע בר״פ הזהב, והוסיף דאף דמלשון הסמ״ע (רג,טו) נראה דהא דמעות אינן קונות לא פלוג חכמים, מסוגיא דגמרא משמע להדיא דהיכא דלא שייך טעמא דנשרפו חטיך לא תקנו (ב״מ מט,ב, בביתו של לוקח מושכר למוכר, דקונה בכסף). ונשאר הפני יהושע בצ״ע. ונפק״מ גם לנדו״ד, בקונה דולארים בכסף, דבדולארים שאין להם שמירה אלא בכספת, אין לחוש לדליקה.

אמנם הגרע״א בתש׳ (קמא סי׳ קלד) נקט שלא מועיל בזהב קנין כסף, כיון שלא פלוג חכמים, דאף באופנים שלא שייך נשרפו חיטיך, לא חלקו חכמים בדבריהם, דבכל ענין מעות אינן קונות, זולת במה דמצינו להדיא, כמו בדבר דלא שכיח, כגון דמים שהן כחליפין, וכן במכור באלו, ובעליה של לוקח מושכרת, דדמי קצת שהם ברשות הלוקח, אבל באופנים אחרים לא פלוג: ״דהרי כסף אינו זהב, דדהבא פירי,

והא למ״ש תוס׳ דבמעות לא שייך נשרפו, דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, אם כן מה בכך דדהבא הוא פירי, הא מכל מקום לא שייך ביה נשרפו, דהא אין לו שמירה אלא בקרקע״, ומדלא קונה כסף את הזהב, מוכח שלא חלקו חכמים אלא בדברים שנקטו להדיא.

והנה המרדכי (ב״מ תמז) כתב: ״מסתברא דוקא עליה דשכיח ביה דליקה, אבל מכר לו חטין שבבית דלא שכיחא בה דליקה, מעות קונות״. והביא ראיה מהירושלמי. ובב״י (חו״מ סי׳ קצח) כתב דאין נראה כן מדברי הפוסקים, שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים. ובבדק הבית הוסיף, דהדליקה מצויה בבית כמו בעלייה, ורבנן חדא מינייהו נקטו. אולם דברי המרדכי הובאו ברמ״א חו״מ קצח,ה: ״וי״א דאם היו המטלטלין במקום דליכא למיחש לדליקה, נקנו במעות״. והש״ך שם בס״ק ט כתב דהב״י והב״ח חולקים, וכן נראה לו לש״ך עיקר כדבריהם, שלא נתנו חכמים דבריהם לשעורים. (ועיי״ש בפת״ש ס״ק ו מה שכתב דע״פ הש״ך לא מהני אם המטלטלין יבוטחו בביטוח מפני שריפה). והנתיבות שם בס״ק ה הקשה על המרדכי, דהא משנה מפורשת שהכסף אינו קונה את הזהב, והרי בזהב לא שייך טענת שריפה וכמש״כ התוס׳, וא״כ מוכח דלא פלוג חכמים בתקנתם. וכתב הנתיבות לחלק בין מעות המכר, לבין מעות זהב הנקנות, דבמעות המכר יש למוכר אחריות, או כשומר שכר או כשומר חינם, ומ״מ אם יפשע בשמירתם, יהיה חייב, וכיון שאין להם שמירה אלא בקרקע, אין לחוש שלא יציל, משא״כ למעות הזהב שהן החפץ הנקנה בכסף, אין למוכר אחריות עליהם, ואינו חייב בשמירתם, אם מעות קונות את מעות הזהב. וכן נראה מדברי תרומת הכרי רג,ד, וכן תירץ בדברי חיים (מכירה סי׳ י). וע״ע בפני יהושע (קדושין כב,ב ד״ה אמר שמואל) דבעבד כנעני לא שייך האי תקנת חכמים שאינו קונה בכסף, ולכן נקנה בכסף, דלא שייך בו התקנה. ונראה הטעם שלא שייך שיאמר נשרפו חיטיך, ולא שייך טעם התקנה שיטרח המוכר ויציל. וכן נראה מהתורת חיים (ב״מ לג,ב) דכיון שחכמים תיקנו משיכה שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה, האי טעמא לא שייך כשהפרה כבר נגנבה, וכל היכא דלא שייך האי טעמא, העמידו על דין תורה, עיי״ש. וע״ע באגרות משה חחו״מ סי׳ נב ענף ב משו״כ בזה. וע״ע להלן אות ד.

## ג. בקונה בקנין כסף, אם מתבטל מעצמו או צריך חזרה

ובנדו״ד לא חזר בו המוכר להדיא אלא תבע תוספת מחיר, ויש לדון אם כשקנה את הדולארים בקנין כסף, התבטל הקנין מאליו, או כל זמן שלא חזר בו, הלוקח או המוכר, הקנין בתוקפו. המאירי ב״מ מד,א כתב שאף הלוקח חוזר בקנין כסף; ״ומ״מ כל שלא חזרו בהם והעמידו את ממכרם, קנאו לוקח משעה ראשונה, ואם הקדישו או נתנו או מכרו בין נתינת מעות למשיכה, לכשימשוך מיהא קנה הקדש או

לוקח או מקבל מתנה, שהרי משעה ראשונה קנאו, ושלו הוא מקדיש או מוכר או נותן". ומבואר דכל זמן שלא חזרו בהם, הרי המקח קיים, וכן במשיכה קונה למפרע. וכן כתב במאירי עירובין פא,ב: "שאע"פ שאמרו אין מעות קונות, מ"מ דוקא שאם רצה חוזר בו, אבל כל שמשך אח"כ קנאו למפרע משעת נתינת מעות". וכן למד הפני יהושע (ב"מ מו,ב ד"ה בפרש"י, ומח,א על רש"י ד"ה קאי באבל) בשיטת רש"י, דלרבי יוחנן כיון דהוי קנין גמור מדאורייתא, נהי שתקנו חכמים שיכול לחזור בו אם יקבל מי שפרע, מ"מ כל כמה דלא קיבל עליו מי שפרע, המעות ברשות המוכר קיימי ויכול להשתמש בהם ולהוציאם, שהרי נגמר המקח בקנין המועיל, וכשיחזור הלוקח יכול המוכר ליתן לו מעות אחרים תחתיהם, וכל כמה דלא חזר הלוקח ונאנסו המטלטלין, נאנסו ללוקח כדין תורה.

ונראה דהדבר נתון לכאורה למחלוקת הראשונים. הרי"ף בב"מ (כח,ב בעמוה"ר) כתב: "ושמעינן מהא דכמה דלא משכיה לוקח לזבינא ואיתניס, דלמוכר איתניס, ואית ליה ללוקח למימר תן לי את מקחי או תן לי את מעותי". ומבואר שאף שלא חזר בו הלוקח, אין כאן מקח, ועל המוכר לשאת בהפסד המטלטלין, שהם ברשותו, לאחר שאמרו חכמים דמשיכה קונה. ובעל המאור שם השיג על הרי"ף: "ולי לא נראה כן, שאם נאנס או נאבד או נשרף דליתיה בעולם, כיון דקי"ל דמעות קונות מדבר תורה, אינו יכול לחזור בו אלא כל זמן שהוא קיים, והיינו דאמרינן מה טעם אמרו משיכה קונה, גזרה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה, ואי מוקמת להו ברשותיה, מסר נפשיה וטרח ומציל, כי היכי דאי מתרמי ליה רווחא ליהדר ביה". אמנם עיין ברמב"ן במלחמות שם דחה השגות המאור על הרי"ף, עיי"ש. ועיין בחתם סופר (חיור"ד סי' שיד ד"ה ובלא"ה), ובדבר אברהם ח"א א,טז מש"כ בזה. ועיין בבית אהרן (ב"מ מח,א, על רש"י בד"ה קאי), דאף לחולקים על בעל המאור וס"ל דיכול לחזור בו ולקבל מי שפרע אף לאחר שנשרף, מ"מ כל עוד לא חזר בו וקיבל מי שפרע, הרי הם ברשות הלוקח.

ומדברי הרמב"ם בהל' מכירה ג,ה נראה דעקרו חכמים קנין כסף, ואף בלא חזר בו, ברשות מוכר קאי, וז"ל: "ולמה תקנו חכמים דבר זה במטלטלין, גזרה שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו יאבד באונס, וכגון שנפלה דליקה ונשרף, או באו ליסטים ונטלוהו, אם יהיה ברשות הלוקח יתמהמה המוכר ולא יצילהו, לפיכך העמידוהו חכמים ברשות המוכר כדי שישתדל ויציל החפץ, שאם אבד חייב לשלם". ומבואר לכאורה שהוא ברשות מוכר כל זמן שלא משך הלוקח.

ובדברי יחזקאל נו,ה, וכן במשפט שלום למהרש"ם רד,ה, הוכיחו מהרמב"ם תרומות ט,י, דכהן שמכר פרתו לישראל בקנין כסף, אסור לכהן כבר להאכילה בתרומה.

והרי תרומה בזמן הזה מדרבנן, ולמה לא יוכל להאכילה בתרומה קודם שמשך הישראל. אלא בהכרח שלא עקרו לגמרי קנין מעות, ורק בנפלה דליקה, אף שלא חזר בו, הוי בכלל תקנת חכמים שיהיו ברשות המוכר כדי שיציל. וכן הוכיח האבני נזר (חחו"מ סי' לה) דכך דעת הרמב"ם שחל הקנין למפרע, אם לא חזר בו. וכן בדברי חיים (מכירה ט, עיין להלן).

ובנו"ב (קמא, חיור"ד סט ד"ה וראיה) כתב לבאר בדרך זו את שתי הדעות המובאות בשו"ע חו"מ רד,ב, בענין מי שחוזר בו מפני שירא להפסיד כל המקח, אם מקבל מי שפרע, דהשו"ע הביא י"א דאינו מקבל מי שפרע, ודעה קמייתא סוברת שמקבל מי שפרע. וס"ל לנו"ב דדעת הי"א דאין כאן קנין כלל, ומי שפרע הוא רק לכופו שיגמור המקח ויעשה קנין משיכה, וכיון שעדיין לא משך מהני אומדנא דאדעתא דהכי לא נתן המעות, אם היה יודע שיארע דבר שיהיה בו אחריות להפסיד כל המקח. ודעה קמייתא ס"ל, דכיון דמעות מן התורה קונות, אלא שחכמים תקנו מי שפרע, כל זמן שאינו מקבל מי שפרע נשאר על דין תורה, והרי זה כנגמר הקנין ולא מהני אומדנא.

וע"ע בכסף הקדשים ר"ס קצח שבתחילה רצה ללמוד ממה שחייב המוכר באחריות המעות, שכל זמן שלא קבל מי שפרע הרי זה קנין גמור ולכן הן באחריות המוכר. וכתב דמשם ראיה לאידך גיסא, כיון דכל מה שהם באחריותו, לא מחמת היות הקנין קיים עד שיחזור בו ויקבל מי שפרע אלא כיון שיש לו רשות להשתמש בהם, ומזה מוכח שאין הקנין קיים עד שיחזור בו.

ובכתב סופר (חיור"ד סי' קנו ד"ה וכשאני) כתב לבאר משה שהקשו התוס' (ב"מ מז,ב ד"ה נשרפו), מדוע עקרו קנין כסף, שיתקנו שצריך שני קנינים, כסף ומשיכה. ותירצו, שאם משיכה לבדה לא תקנה, יאמר לוקח למוכר נשרפו חיטיך בעליה. והקשה הכת"ס, דעדיין אם מתקנים שצריך שני קנינים, הרי זה עקירה של קנין כסף. ולכן כתב דהמשיכה היא תנאי בקנין כסף, שאם משך, קונה למפרע בכסף. ולפ"ז כל זמן שלא משך, תהיה הסיבה אשר תהיה, הרי שאין כאן קנין כלל, גם אם לא חזר בו, ככל קנין שלא התקיים תנאו.

גם ביד המלך (אישות ה,ז) הסתפק בשאלה זו, אף שכתב בתחילה שאחר שעקרו חכמים קנין כסף, גם המוכר וגם הלוקח אין דעתם לקנות בקנין כסף, ולכן מהתורה אין כאן קנין כלל, כיון שאין גמירות דעת של הלוקח והמוכר לקנות בכסף, מ"מ הסתפק באם קידש הלוקח אשה קודם משיכה, והמוכר אינו חוזר מהקנין, אם כיון שבשעת הקידושין היה בידו לחזור ועדיין אינו שלו, או כיון שהמעות קונה לענין מי שפרע; "ואם אין המוכר חוזר אמרינן דאיגלאי מלתא דלא היה בדעתו לחזור

ולעבור על מי שפרע, ונגמר הקנין למפרע ובשלו קידשה, והוי כקידשה בפקדון שיש לו ביד אחרים ומקודשת״. וכתב דהדבר צריך עיון וישוב לדינא. הרי שהסתפק אם בלא חזר בו וגם לא עשה משיכה, אם קונה למפרע משעה שקנה בכסף, וגילו דעתם שרצונם לקנות בקנין כסף. והגרא״ז באבן האזל (מכירה ג,א וג,ה) כתב שנחלקו בזה הסוגיות בב״מ ובע״ז, דבע״ז מבואר שהתבטל המקח לגמרי, ושהרמב״ם (מכירה ג,ה הנ״ל) פסק כסוגיא דע״ז דבטל לגמרי גם בלא חזר בו.

והדברי חיים (מכירה ט) כתב דאם הלוקח והמוכר לא חזרו מאותה מכירה, נקנה המקח למפרע. וכתב שמצא כן בספר גט מקושר (נבון), שהביא מספר נאות יעקב שמהני קנין כסף כל זמן שלא חזרו בהם. (ועיין באבני נזר חחו״מ סי׳ לה מה שדן בדברי הנאות יעקב). אולם בנו של הדברי חיים (האמרי בינה) שם בהגהה, וכן בשו״ת שבסוף ח״א (סי׳ ג,יב) כתב שכן מצא ביש״ש (גיטין ב,כב) לענין אם כתב הסופר את הגט ולא משך הבעל את הקלף, אבל נתן לסופר כסף, דהגט נכתב על קלף הבעל, רק חכמים נתנו זכות חזרה כל זמן שלא משך. מ״מ דעת האמרי בינה להוכיח דלא מהני קנין כסף כלל, אף בלא חזרו בהם. אמנם כדעת הדברי חיים נמצא באור שמח (מלוה ולוה ח,טו) דכל עוד שלא קיבל עליו החוזר מהמקח מי שפרע, הקנין קיים ולא התבטל, דכך תקנו חכמים דעל ידי המי שפרע יתבטל קנין כסף, ורק במקח שנעשה באיסור, לא תקנו חכמים מי שפרע, ולכן המקח בטל מאיליו.

ויש מקום להאריך באחרונים ובראיותיהם, ובעוד אחרונים שדנו בדין זה, ואציין ואראה מקום למעיין לראיות שהביאו מהגמ׳ ומהראשונים, עיין תש׳ הר הכרמל סי׳ לו, זכר יצחק ח״ב מז,ג, מהר״ש ענגיל ח״א סי׳ ו, וח״ח סי׳ יט, במחנה חיים ח״ב לא, במהרש״ם במשפט שלום רד,ה ועוד, ומ״מ מידי ספק לא נפקא, ואף שלא חזר בו להדיא ולא קבל עליו מי שפרע, אין לומר שקנין כסף בתוקפו מחמת שלא חזר בו ולא קיבל מי שפרע. דכל מקום שיש ספק אם בכה״ג מעמידים על דין תורה, היא גופה מחלוקת הפוסקים. דבשער המשפט קצח,ג כתב על דברי המחבר לענין שכירות מטלטלין דנקנה בכסף ללא משיכה, דהמחבר פסק כן, אף שהוא מחלוקת ראשונים, כיון דדבר תורה מעות קונות, אלא שחכמים הצריכו משיכה, כיון שנחלקו הראשונים אם תקנת חכמים היתה גם בשכירות מטלטלין, מעמידים על דין תורה דמעות קונות ומוציאין מיד המשכיר, דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא. וכדעת שער המשפט נמצא גם בתש׳ שואל ומשיב (תנינא ח״ג סי׳ קכז): ״אך לפענ״ד היה נראה דבר חדש דכיון דעכ״פ מעות קונות דבר תורה, ומדרבנן הוא דעקרו לקנין המעות, א״כ לפענ״ד נראה דבר חדש, דכל שיש ספק אי קנה או לא, הוה יותר בחזקת הלוקח מהמוכר״. (אמנם זו סברא שונה משער המשפט, עיין בראיה שהביא השו״מ, אך לדינא המקח קיים). אמנם בפת״ש קצח,ח הביא מתש׳ נאות דשא סי׳ צא, שכתב

דגבי תקנות של חכמי התלמוד לא אמרינן כן, לפי שתקנות של חכמי התלמוד דין תורה נקרא, וכל מה שהוא ספק בתקנתם הו״ל כמו ספק בדין, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ושכ״כ בתשובות פרח מטה אהרון ח״א סי׳ יא. וע״כ צ״ע לדינא.

## ד. דולארים שאינם מסוימים

עוד יש לדון בנדו״ד אם קונה בכסף לחוד, כיון שהדולארים לא מיוחדים, שהרי לא הקנה לו דולארים מסוימים, וא״כ אין חשש של נשרפו חיטיך בעליה. ולכאורה תלוי בדעות שהובאו לעיל בסוף אות ב, במחלוקת אם קונה כסף קנין גמור, במקום דליכא למיחש לדליקה, הובאו הדברים בב״י וברמ״א (חו״מ קצח,ה). והנתיבות שם קצח,ה הוכיח מהמשנה שהכסף אינו קונה את הזהב, אף שאין לחוש לדליקה במטבעות זהב, א״כ מבואר במשנה דלא קונה קנין גמור גם במקום דליכא למיחש לדליקה. והנתיבות רד,א הביא את המחנה אפרים (קנין מעות ה) שכתב דאם קנה מטלטלין דקנה לגמרי, כיון שכתבו התוספות בב״מ מו,א (ד״ה ש״מ) מטבע נעשה חליפין, דבקנין סודר דליכא למיחש לנשרפו חיטיך בעליה, דכיון שלא נתן המעות טרח המוכר ומציל, הכי נמי בנתן לו שט״ח ולא מעות, טרח המוכר ומציל. והנתיבות חלק על המחנ״א, וז״ל:

> ״ולפענ״ד הא ודאי ליתא, דלפי דבריו א״כ הכסף אמאי אינו קונה הזהב, הא במעות לא שייך נשרפו מעותיך כמ״ש התוס׳ בב״מ מג,א (ד״ה מאי), וכן בקנין סודר אם כבר נתן המעות לא ליקני׳, דהא שוב לא שייך תירוץ התוס׳. אלא ודאי דלא פלוג רבנן, וכל ששם קנין מעות עליו לא קנה, וכל ששם שאר קנינים עליו, אף דלפעמים שייך גביה החשש דנשרפו חיטיך, מ״מ כיון שברוב קנין זה לא שייך החשש, לא פלוג רבנן. וכן כתב הסמ״ע בהדיא בסימן רג,טו, וכיוצא בזה כתב השיטה מקובצת בב״מ (מז,ב ד״ה וז״ל הריטב״א), עיי״ש. והכי נמי שט״ח ודאי קנין מעות שמו ולא קנה, ולא פלוג רבנן.״

מבואר דדעת הנתיבות דלא מהני קנין מעות אפי׳ במקום דליכא למחיש לדליקה, שלא חלקו חכמים, וכל ששם קנין כסף על הקנין, לא מועיל הקנין במטלטלין, ובקנינים אחרים, כיון שרוב פעמים אין לחוש לדליקה, גם אם במקרה מסוים יש לחוש, לא חשו חכמים ולא עקרו את הקנין במטלטלין. ולכאורה יש לעיין ממש״כ הנתיבות רט,ט, לענין מי שמוכר דבר שאינו ברשותו אך מצוי בשוק לקנות (פוסק על שער שבשוק, עיין במחבר בשו״ע חו״מ רט,ו ובנו״כ שם), שנחלקו הראשונים והאחרונים אם קונה המוכר בקנין גמור או רק למי שפרע (עיין מה שכתבתי בח״א כא,כב-כג), והנתיבות רצה להביא ראיה שקונה רק לענין מי שפרע ולא קנין גמור, דאם פוסק

על שער שבשוק קונה קנין גמור אף שהדבר לא ברשותו, א״כ גם בקנין כסף יקנה קנין גמור, למ״ד שקונה קנין כסף במקום דליכא למיחש לדליקה, ובפוסק על שער שבשוק ליכא למיחש לדליקה, כיון שאינם מסוימים. אלא בהכרח גם למ״ד זה מקנה דבר שאינו ברשותו אך מצוי בשוק, רק לענין מי שפרע, וז״ל הנתיבות: ״וקצת ראיה נראה דפוסק על השער לא קנה רק למי שפרע, דאי קנה קנין גמור א״כ קשה למאן דס״ל בסימן קצח,ה דבמקום דליכא חשש דנשרפו חיטיך קונה כסף קנין גמור במטלטלין, א״כ בפוסק על השער דליכא חשש דנשרפו חיטיך, ליקני קנין גמור, אלא ודאי דפוסק על השער לא קנה רק למי שפרע״. ועדיין אין מזה ראיה כ״כ שפוסק כמ״ד זה, וכמש״כ לעיל, ורק הביא ראיה, דא״כ הו״ל למ״ד זה לומר שבפוסק על שער שבשוק, יועיל קנין כסף כקנין גמור, כיון שאין חשש של נשרפו חיטיך בעליה, אבל לא ס״ל כוותיה לדינא, וכמש״כ הנתיבות קצח,ה ורד,א.

וסתירה זו הקשה גם באגרות משה (חחו״מ ח״א נב, ענף ב) שהקשה על הנתיבות, דהרי הנתיבות עצמו כתב דלא פלוג חכמים בתקנתם. וכתב להסביר לדעת הב״י דלא קונה אף במקום דליכא למיחש לדליקה, דחכמים לא עשו שום תקנה בלי גדר קבוע, ואף במקום דלא שייך הטעם נכלל בכלל התקנה. ולכן כשתקנו שמעות אינן קונות, אין חלוק בין נתן כל המעות לנתן רק פרוטה אחת, דמאחר דעקרו קנין מעות, אין להשגיח על הטעם. וכן לא קנה אף אם מונחים במקום שאין לחוש לדליקה, כיון דעקרו התקנה ולא נתנו דבריהם לשעורים. אך כל זה הוא רק כשלא נוכל לומר שהם ברשות הלוקח, אבל היכא דהבית הוא של הלוקח שאז הוא גם ברשות הלוקח, לא הוי בכלל התקנה. ולדעת המרדכי י״ל, כיון דדעת המרדכי (עיין רמ״א חו״מ קצח,ה) שאם התנו בהדיא לקנות בקנין כסף, שמעות קונות. דמאחר שהתקנה היא לטובת הלוקח, יכול לומר אי איפשי בתקנת חכמים. וס״ל למרדכי דאף בלא התנו, אם ליכא למיחש לשריפה, הרי זה כהתנו, דודאי אומדנא היא שרוצים שניהם שיהיה קנין גמור. ולכן אף שבכל מקום גם המרדכי מודה דלא פלוג ולא נתנו לשעורים, מ״מ הכא פלגינן, משום דנחשב כהתנו, והויא ממילא התקנה עדין דבר קבוע. ולכן גם בפוסק על שער בשוק, שאין כאן סחורה מיוחדת, וממילא לא תועיל למוכר טענת נשרפו חיטיך, הרי זה כהתנו להדיא שיועיל קנין כסף. אך מ״מ גם לאגר״מ כל זה לשיטת המרדכי ודעימיה, וכבר נחלקו בזה האחרונים איך לפסוק, עיין לעיל.

ואת הקושיא הנ״ל שיקנה הפוסק על שער שבשוק בקנין גמור, כיון שלא שייך נשרפו חיטיך, שאינם מסוימים, הביא גם בספר בני יעקב מהמהריט״ץ, הובאו דבריהם בשואל ומשיב (תנינא, ח״ד סי׳ קי). והבני יעקב כתב לישב קושית מהריט״ץ, דאחר שיבואו לרשותו יאמר לו שנשרף. וכתב השו״מ דזה אינו, דכיון שלא ייחד לו איזה

חטים, האחריות על המוכר, דלא קנה חיטים ידועים. והשו״מ הביא ראיה דאף בדבר שאינו ברשותו ומצוי בשוק, שייך נשרפו חיטיך, ממש״כ התוס׳ ב״מ סב,ב (ד״ה אע״פ), דמה שמותר לפסוק ולא הוה ריבית אף שנתייקרו, דכיון שאם היה המוכר רוצה לחזור היה קאי במי שפרע, חשוב כנתיקרו ברשות הלוקח. וכיון שמשום איסור ריבית נחשבים ברשות הלוקח, מיד יכול לומר גם נשרפו. דממה נפשך, אם אינם חשובים כברשות הלוקח, א״כ בנתיקרו הוי ריבית, ואם ברשות לוקח וכמש״כ התוס׳, יכול לומר נשרפו חיטיך (ועיין מש״כ מהר״ש ענגיל ח״ח סי׳ לח בבאור דברי התוס׳).

ועיין מחנה אפרים (דבר שלא בא לעולם סי׳ ג בסופו) שהביא מתש׳ הרמב״ן סי׳ רכה, שנראה מדבריו שכמו שמעות קונות דבר תורה, כמו כן בקבלת המעות מתחייב לתת מה שפסק עמו, ואף אם לא היו ברשותו. וכתב המחנ״א, דלפ״ז אף שאמרו חכמים שלא יקנו המעות קנין גמור ורק למי שפרע, לא מהני נמי החיוב אלא לענין מי שפרע. וא״כ הגם שבחיוב חפץ תמורת הדמים לא שייך נשרפו חיטיך, כיון שאין החפץ מסוים, מ״מ אינו מתחייב תמורת הכסף לתת לו החפץ, שזה בכלל עקירת הקנין. וכן נראה מדברי הגרע״א בתש׳ (סי׳ קלד) לענין מוכר דבר שאינו מסוים, דאף דלא שייך טעם של נשרפו חיטיך, מ״מ לא קנה בקנין כסף, וז״ל:

״דאף בענין דלא שייך נשרפו, מ״מ חז״ל לא חלקו בדבריהם, דבכל ענין מעות אינן קונות, זולת במה דמצינו להדיא, דבדבר שלא שכיח כגון דמים שהן כחליפין, וכן במכור באלו, ובעליה של לוקח מושכרת, דדמי קצת שהם ברשות הלוקח, אבל בעלמא הוא בכלל לא פלוג, דהרי כסף אינו זהב, דדהבא פירי, והא למש״כ תוס׳ דבמעות לא שייך נשרפו, דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, אם כן מה בכך דדהבא הוא פירי, הא מכל מקום לא שייך ביה נשרפו, דהא אין לו שמירה אלא בקרקע ... ומהאי טעמא נלענ״ד דמש״כ הסמ״ע (סי׳ רא) דלא חיישינן לזה אלא במקום שכבר קבל כל המעות וכו׳, משמע דבלא קיבל כל המעות מעות קונות. ולענ״ד אינו כן, דקנין מעות בכל מקום לא מהני, כיון דבקנין מעות הדרך ליתן כל המעות, לא חלקו בזה, רק בקנין סודר דאין דרך ליתן המעות, משום הכי אף בנתן המעות כבר קנה. וא״כ דינא דידן הוא ממש דינא דהשו״ע רט,ו דלא קנה.״

מבואר דאף במוכר דבר שאינו מסוים, דלא שייך טענת נשרפו חיטיך, מ״מ אינו קונה בקנין כסף. ועיין באמרי בינה (הלואה נא ד״ה ויש). ומדברי הבית אפרים (חחו,מ סי׳ סט ד״ה ומיהו) נראה ג״כ דבמטלטלין שאינם מיוחדים, דלא שייך לומר נשרפו חיטיך, קונה בכסף. והובאו לעיל דברי הפני יהושע ר״פ הזהב (ד״ה הכסף) דלא שייך לומר נשרף הזהב בעלייה, כיון דלא יחדן לו, ואף אי אמרינן דקונה הזהב,

מ״מ יהיו באחריות המוכר עד שיגיעו ליד הלוקח. וכתב דמלשון הסמ״ע רג,טו נראה דהא דמעות אינן קונות לא פלוג רבנן, אבל מסוגיא דגמרא שחילקה בכמה אופנים שקונה מטלטלין בכסף, כגון מטלטלין ברשות לוקח, משמע שכשלא שייך טעמא דנשרפו חטיך לא תקנו, ונשאר בצ״ע. ובחלקת יואב (חחו״מ סי׳ יז) כתב דלא פלוג חכמים, ורק בשכירות ובמטלטלין ברשות לוקח, סברו חכמים לחלק, אבל בשאר ענינים, לא פלוג חכמים.

וכיון שכן מזה הטעם שלא היו הדולארים מסוימים, לא נוכל לומר שקונה בקנין כסף,

כיון שרבו האחרונים הסוברים דאף דבדבר שאינו מסוים, שאין למוכר טענת אונסין, מ״מ עקרו חכמים קנין כסף ולא פלוג חכמים בתקנתם, אא״כ לשיטת המרדכי שהביא הרמ״א ולהולכים בשיטתו.

## ה. כסף בתורת סיטומתא

לעצם השאלה אם קנין סיטומתא מועיל במטלטלין, או יש לחוש גם בזה שיאמר לו נשרפו חיטיך. והנה מבואר שלא הפקיעו חכמים קנין סיטומתא במטלטלין, דבדר״כ כשעושה קנין סיטומתא לא נותן מעות, וא״כ בכה״ג אין חשש שיטען המוכר נשרפו חיטיך, וכיון שכן, לא תקנו אף בקיבל המעות. והסמ״ע רא,ד כתב דלא שייך בסיטומתא שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה, דלא חשו חכמים אלא במקום שכבר קיבל המוכר כל דמי שוויו של המכר. וכ״כ הסמ״ע קצח,ז לענין קנין סודר. ולפ״ז יוצא דאם קיבל כל דמי המכר, יש לחוש. ולכאורה לא מצאנו שחכמים הפקיעו קנין סיטומתא במטלטלין. ונראה דגם לסמ״ע, כיון שבדר״כ אין המוכר מקבל כל הכסף, לא תיקנו בכה״ג גם במקום שמקבל כל הכסף, ומש״כ הנתיבות רד,א (הנ״ל): ״... ודאי דלא פלוג רבנן, וכל ששם קנין מעות עליו לא קנה, וכל ששם שאר קנינים עליו, אף דלפעמים שייך גביה החשש דנשרפו חיטיך, מ״מ כיון שברוב קנין זה לא שייך החשש, לא פלוג רבנן ...״. וכן כתב הנתיבות קצח,ד, דבסיטומתא ובקנין סודר, כיון דסתם אינו נותן המעות, לא פלוג רבנן, ואפילו נתן המעות ג״כ קונה.

גם בחתם סופר בתש׳ (חחו״מ סי׳ צט) דן בדברי הסמ״ע, שמשמעות הסמ״ע דבנתן

כל המעות, כיון שיש לחוש שיאמר נשרפו חיטיך, לא מהני סיטומתא, והקשה על הסמ״ע דאין נדון קנין כסף דומה לסיטומתא, דהרי עיקר תקנת חז״ל לעקור קנין כסף, כיון שהלוקח פוחד שיחזור בו המוכר ולא היה בטוח במקחו, ע״כ שילם כל מעותיו כדי שיהיה בטוח במקחו, ובזה יש חשש שיאמר המוכר נשרפו חיטיך, ע״כ עקרו חכמים קנין כסף ותקנו קנין משיכה. ובקנין הגבהה שבטוח במקחו, קונה המקח אפי׳ כבר נתן כסף, ולא נזכר חלוק זה בשום מקום. והטעם בזה, כיון דחכמים תיקנו

לו דבהגבהה קנה ובטוח במקחו בלי כסף, וכבר ניצל מחשש שמא יאמר לו נשרפו וכו׳, ואם הלוקח נותן כסף למוכר, איהו דאפסיד אנפשיה, ולא יתקנו חכמים ללוקח זה לעקור קנין הגבהה, כשהוא מעצמו נתן לו כל המעות. ואין זה דומה למתנה תנאי שיקנה בקנין כסף, דכיון שהפקיעו חכמים אותו קנין, לשיטת הש״ך ודעימיה הו״ל כמתנה לקנות במה שאין בו קנין כלל. וכן בסיטומתא שקונה עפ״י המנהג, שהוא כקנין מן הדין, אם הי׳ רוצה הלוקח שלא לתת למוכר מעותיו, הרי הוא בטוח בקנינו שלא יחזור בו המוכר, והאי דיהיב זוזי, מדעתיה הוא דיהיב, אין בזה עקירת תקנת חז״ל. ועיי״ש שכתב דהדבר תלוי בשני תרוצי התוס׳ בעירובין פא,ב (ד״ה נשרפו), דלר״י י״ל שחכמים תקנו שיקנה במשיכה ולא יצטרך ליתן מעות, ואם עבר לוקח ונתן מעות קודם משיכה, איהו דאפסיד אנפשיה, ולריב״ן לא אמרינן הכי, ובודאי אין להוציא מהמוחזק נגד דעת ר״י, עיי״ש. ולפ״ז בנדו״ד מה שנותן כסף בהמרת מטבע, הוא גם ממנהג הסוחרים לקנות בכה״ג, ואם כסף יועיל מדין קנין סיטומתא, באנו לכאורה למחלוקת הסמ״ע והנתיבות, אם יועיל מדין סיטומתא, כיון שבנדו״ד כבר נתן כל המעות.

אמנם נמצא באחרונים, דאף אם נהגו לקנות בכסף, אין לזה דין של קנין סיטומתא.

כן נמצא במהר״מ שיק חחו״מ סי׳ מא, דהאומר דמעות קונה מצד סיטומתא, לא אמר כלום, והא דאיתא בשו״ע חו״מ סי׳ רא לענין נותן פרוטה, הביא מהשטמ״ק ב״מ דהיינו מטבע דלית בה צורה. ולכאורה לפ״ז אפי׳ בנתן מקצת המעות לא מהני. ובאולם המשפט (סי׳ רא) כתב דאף אם נהגו לתת כל המעות תמורת המטלטלין, אין לזה תוקף של סיטומתא, כיון שהיה קנין ועקרוהו חכמים, הבא לעקור מה שעקרו חכמים, לאו מנהג הוא. ואף למ״ד דמהני תנאי, היינו שידע הלוקח ומחל, אבל לעשות כמנהג, לאו כלום הוא. ועיין בתש׳ מהר״ש ענגיל (ח״ז סי׳ קיא) שמצדד להלכה, שאם נהגו לקנות בכסף, הרי זה כקנין סיטומתא, ומה שהפקיעו חכמים הוא את קנין כסף ומה ששם קנין כסף עליו, משא״כ בכה״ג ששם קנין סיטומתא עליו, אף שנתן למוכר כסף.

## ו. מי שפרע, ובדין מחוסרי אמנה בנשתנה השער

לאמור לעיל יש כמה צדדים לקבוע שקנה הקונה בקנין גמור את הדולארים, ואע״פ כן כיון שבכל צד דעות הסוברות שלא קנה, נראה שאין להחליט שקנה בקנין גמור. ומ״מ קנה למי שפרע, שאם חוזר בו המוכר, אוררין אותו בבי״ד, וכמבואר להלן. דבמשנה ר״פ הזהב (ב״מ מד,א) תנן: נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות, יכול לחזור בו. אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה, הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו. ובגמ׳ מח,ב נחלקו אביי ורבא אם רק מודיעים לו

שאם יחזור יפרעו ממנו, או מקללים אותו בבי״ד: איתמר, אביי אמר אודועי מודעינן ליה. רבא אמר, מילט לייטינן ליה. וקיי״ל כרבא, וכמו שיתבאר להלן דמקללים אותו בבי״ד. ועיין ברא״ש ד,י. ובגמ׳ מח,א: אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים בים, הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. והנושא ונותן בדברים לא קנה, והחוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו (אין נחת רוח לחכמי ישראל במעשיו של זה, אין דעתם נוחה עליהם, הימנו - על ידו – רש״י). והנראה דיש שינוי בלש׳ הגמ׳ מלש׳ המשנה, דבגמ׳ הוסיפו גם אנשי סדום ועמורה ומצרים שטבעו בים. וברי״ף (כח,ב בעמוה״ר) הביא לשון הגמ׳, ובלש׳ המשנה הזכיר רק את דור המבול, ועיין ברא״ש ב״מ ד,ח.

ועיין פרישה רד,ב, הובא בסמ״ע רד,ח, דבאלה התפרסמה השגחת הי״ת על מעשים הרעים דבני אדם, ופרע להם בפומבי לפי מעשיהם. אמנם בתוס׳ הרא״ש (ב״מ מח,א ד״ה מי) כתב טעם אחר. דדור המבול היו מלאים חמס ולא היו עומדים בדבורם, ודור הפלגה נקט אגב דור המבול. ומצרים לא היו עומדים בדבורם, שבכל שעה היו אומרים לשלח את ישראל וחזרו בהם. ובמאירי (ב,מ מח,א) נקט בטעם דור המבול, דגם אנשי דור המבול היו גוזלים באופן שלא היו בית דין יכולים לסייע לתובע. ובערוך״נ (סוכה נב,ב) פירש, וז״ל:

״דלכן מזכירין ד פורענות אלו דוקא, מפני שבזה הראה הקב״ה שמושל בכל ועל כן נפרע מהרשעים הללו בד׳ יסודות, שכל הברואים נבראו על ידם. דהיינו מדור המבול נפרע במים, ומדור הפלגה ברוח, כדאיתא במדרש (תהלים פא) בפסוק לא כן הרשעים כי אם כמוץ אשר תדפנו רוח, זה דור הפלגה דנפוצו ברוח. ומאנשי סדום נפרע באש, שהמטיר עליהם גפרית ואש מן השמים. וממצרים בים נפרע בעפר, דתחלת אבודם היה שנעשה הים כמין חומר שנטבעו בו ולא יכלו לנוס.״

וברמב״ם מכירה ז,ב כתב: ״וכיצד מקבל מי שפרע, אוררין אותו בבית דין ואומרין מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו, ואחר כך יחזור הדמים״. ועיין ברא״ש ה״י אם אומרים לו הוא יפרע ממך (לנוכח). ובשו״ע חו״מ רד,ד הביא לש׳ הרמב״ם להלכה. ועיי״ש סמ״ע ט. וברמ״א כתב די״א שאומרים לו בלשון נוכח הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך. והוא מדברי הרא״ש ב״מ ד,י. והביא גם מהמרדכי שאומרים לו כן ברבים. ועיין בשו״מ (מהדור״ב ח״ד סי׳ קי) שהביא מחלוקת אם מי שחייב במי שפרע, אם נפסל לעדות, ודעת השו״מ דאינו נפסל לעדות.

ואף בדברים בלבד, יש בו מחוסרי אמנה, דנחלקו רב ורבי יוחנן בגמ׳ ב״מ מט,א אם בדברים בלבד יש מחוסרי אמנה, וקיי״ל כרבי יוחנן שיש בדברים מחוסרי

אמנה, וכמו שפסק הרמב"ם מכירה ז,ח, ובשו"ע חו"מ רד,ז, דאף שאין בו מי שפרע, מ"מ הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו. ועיין ברמב"ן קדושין יז,ב שמחזיקים לו רעה משום מחוסרי אמנה. ומשמע שאין בזה איסור אלא אין מחזיקים לו טובה. וכ"כ בר"ש בסוף שביעית, וכן נראה ממש"כ המגיד בהל' גזילה ואבידה א,יג, לענין גזלן שבא לעשות תשובה מאיליו, תקנו חכמים שאין מקבלין ממנו, וכל המקבל ממנו דמי הגזלה, אין רוח חכמים נוחה הימנו. וכתב המגיד, דאם רצה הנגזל לכוף את הגזלן שיחזיר לו בבי"ד, בי"ד נזקקים לו. ומוכח מזה שאין איסור בדבר, שאם היה אסור, לא היו נזקקים חכמים לדבר זה. ועיין בשדי חמד (ח"א מערכה א אות כב, שהביא בזה מחלוקת, אם יש איסור בדבר.

והנה לענין מי שפרע, דוקא במקום שחוזר בו מחשש שיפסיד לגמרי המקח, אין בחוזר מי שפרע, וכמש"כ התוס' ב"מ מז,ב (ד"ה אי), וכ"כ ברא"ש שם הי"ג, וכ"פ בשו"ע חו"מ רד,ב, ועיין בסמ"ע ה. אולם לענין מחוסרי אמנה, מצאנו ב דעות בראשונים אם השתנה השער, אם היה רק בדברים, אם יש בו מחוסרי אמנה. דהנה הנימוק"י (ב"מ כט,ב בעמוה"ר) על הא דלא ידבר אחד בפה ואחד בלב, כתב הנימוק"י: "בשעה שהוא אומר הדבור לא יהא בדעתו לשנות, אבל אם נשתנה השער אח"כ והוא חזר בו לפי שינוי השער, אינו עובר אעשה דאורייתא, אע"פ דאיכא חסרון אמנה". מבואר דאף אם השתנה השער, יש בו משום מחוסרי אמנה. וכן כתב הנימוק"י (כט,א בעמוה"ר) לענין מתנה מועטת, דמכר הרי הוא כמתנה מועטת, ואפילו נשתנה השער, דסמכה דעתיה. והביא שזו דעת הראב"ד והר"ן, דלא כבעל המאור. וכן י"ל בדברי רש"י (ב"מ מט,א ד"ה שלא), על הא דאיתא בגמ' שיהיה הן שלך צדק, דאליבא דרב דבדברים אין בהם מחוסרי אמנה; "בשעה שהוא אומר הדבור לא יהא בדעתו לשנות, אבל אם נשתנה השער לאחר זמן והוא חוזר בו לפי שינוי השער, אין כאן חסרון אמנה". וזה אליבא דרב דבדברים אין מחוסרי אמנה, ומינה לרבי יוחנן דבדברים יש בהם מחוסרי אמנה, גם בנשתנה השער אסור לחזור בו. וכן דעת התוס' (ב"מ מט,א ד"ה מודה) דיוקר הוי כמתנה מועטת, ויש בו מחוסרי אמנה. וכן דעת הרמב"ן במלחמות (ב"מ כט,ב בעמוה"ר) והמגיד (מכירה ז,ח). ובב"י חו"מ סי' רד כתב דסוגיא משמע כוותייהו. וכן פסק הרמ"א חו"מ סו"ס רד.

ובטור חו"מ סי' רד הביא דעת בעל המאור דבתרי תרעי אין בו משום מחוסרי אמנה. ודברי בעה"מ בב"מ (כט,ב בעמוה"ר), והביא ראיה מב"מ עד,ב, דלרבי שמעון דמעות קונות, מ"מ אם השתנה השער יכול לחזור בו, ומקבל מי שפרע, אף אנו יש לנו לומר כן בדין מחוסרי אמנה, דבתרי תרעי קלש ליה איסורא ואין עליו דין מחוסרי אמנה. גם הביא ראיה מקדושין ח,ב מבני רב הונא, דמעות אין כאן משכון אין כאן, כיון שרק נתנו משכון ולא כסף, ואם אסור לחזור, הרי קניה במשכון לא גרעה

מדברים, ומוכח דבנשתנה השער יכול לחזור. ובראי"ש ב"מ ד,יד הביא דעת בעה"מ, ומשמע דס"ל כמותו. ועיין בב"ח חו"מ סו"ס רד דנשאר בצ"ע לדינא, ובש"ך רד,ה הביא דבריו.

## ז. קנה בשיק

לענין מה שקנה חלק מהדולארים בשיק מזומן שנתן לשמעון, ויש לדון אם מהני לקנות בשיק לקנין גמור או למי שפרע. דהנה הש"ך קצ,א הביא שאלה שנשאל במי שקנה קרקע ולא החזיק בקרקע, רק נתן הקונה למוכר ממרני, והוא שט"ח בכת"י שהוא לכל המוציאו, שחייב לו אחר, ונתן הממרני למוכר בדמי הקרקע, ופסק הש"ך דאף לפוסקים דקונה במלוה לא מהני, מ"מ בממרני קנה הלוקח ואינו יכול לחזור בו. והביא ראיה דאף לקדש אשה יכול בממרני, דמה שאינה מקודשת בשט"ח שיש לו על אחרים, מפני שלא סמכא דעתה דילמא מחל, אבל בממרני שהוא לכל המוציאו, ואינו יכול למחול, הרי היא מקודשת, וא"כ פשיטא דמהני במכר. והוסיף הש"ך בסו"ד: "מיהו כל זה בקרקע, אבל במטלטלי לא שייך האי דינא דסמכא דעתיה, מ"מ לא עדיף השט"ח ממעות עצמו דאין מטלטלין נקנין במעות אלא במשיכה". ובקצוה"ח א כתב דאף בשט"ח שיש לו על אחרים, אף שבאשה לא מקודשת, מהני לקנית קרקע, דאשה בושה לתבוע, משא"כ במקח וממכר אין המוכר מתבייש לתבוע הקונה אם ימחול ללוה. והביא ראיה מדברי התוס' ב"ב קמז,ב (ד"ה המוכר), וב"מ טז,א (ד"ה האי).

ובקצוה"ח שם קצ,ו דן אם מהני שט"ח דידיה, שכותב שהוא מתחיב למוכר כו"כ, אם הוי ככסף. וכתב דלכאורה יש ראיה דלא מהני, מכתובות קב,א דכותב לכהן שחייב לו חמשה סלעים, דבנו אינו פדוי, ועולא ס"ל דדבר תורה בנו פדוי לכשיתן, ומאי טעמא אמרו אין בנו פדוי, גזירה שמא יאמרו פודין בשטרות. ומשמע דקודם שיתן אינו פדוי אפילו מן התורה. ומזה מוכח דלא מהני שט"ח דידיה. וכתב לחלק דפדיון הבן כיון דהתמעטו עבדים ושטרות שאין פודין בהם, הוא הדין שט"ח דידיה אין פודים בו. (וכן חילק במחנה אפרים קנין מעות סי' ה). גם כתב לחלק, דבשט"ח דאחרים דאין פודין, משום שאין גופו ממון, ומשום דאינו קונה השט"ח אלא ע"י הראיה, אבל שט"ח דידיה דמחייב עצמו ובזה נשתעבד לו, אפשר דגופו ממון.

עוד הביא קצוה"ח ראיה מקדושין ה,א דשט"ח דידיה הו"ל כמו כסף, בדחית הגמ', מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומעשר שני, תאמר שטר שאין פודין בו הקדש ומעשר שני, ופירש רש"י דשטר הוא באופן שכתב לגזבר שטר על מעות פדיון הקדש,

דאין הקדש פדוי, דכתיב ונתן הכסף וקם לו ע״ש. ומוכח דדוקא לענין הקדש ומעשר שני לא מהני, אבל לקידושין או קנין קרקע הו״ל ככסף, דאל״כ הו״ל למימר מה לכסף שכן קונין בו אשה וקרקע כו׳. ומשמע דגם בשטר דידיה קונין בו אלא שאין פודין בו הקדש ומעשר שני. אך כתב דלולי דברי רש״י אפשר לפרש דשטר היינו אם הגזבר כותב לפודה שדה הקדש זו קנויה לך. והביא ראיה מהרשב״א קדושין ה,א דפירש שטר, היינו בגזבר שכותב שדה הקדש קנוי לך. והביא הרשב״א ראיה דשט״ח דידיה לא מהני כמו כסף, מהא דבנו אינו פדוי קודם שיתן וכנ״ל. ולפ״ז באנו למחלוקת ראשונים אם מהני שט״ח דידיה כמו כסף, דמרש״י יש לדייק דמהני, ולרשב״א לא מהני.

ובשו״ע אהע״ז כט,ו פסק דבקדשה בדינר ולא נתן לה הדינר אלא משכון, דאינה מקודשת. וברמ״א שם הוסיף דכל שכן אם כתב לה שט״ח על הדינר, דאינה מקודשת. ובח״מ ס״ק ח כתב דהדבר נתון במחלוקת הראשונים בהסבר מנה אין כאן משכון אין כאן. וכ״כ בב״ש ס״ק י. ובפת״ש חו״מ קצ,ב כתב דלפי הנ״ל דלא מהני שט״ח דידיה, הוא הדין דלא מהני לש״ך אלא ממרני שיש לו על אחרים, אבל ממרני על עצמו לא מהני.

ובמחנה אפרים (קנין מעות סי׳ ה) כתב דמהני שט״ח דידיה שמסרו למוכר, או שקנו מידו שהוא מתחייב לחבירו דמי החפץ, הרי זה קנין גמור, שכן כתב רב האי גאון בספר מקח וממכר בשם הגאון (שער יג), אלא שכתב שהוא עמד על זה ולא הכריע. וכתב המחנ״א דשט״ח על עצמו דסמכא דעת המקבלו, קונה כמו קנין הכסף ועדיף מן הכסף, דהכסף אינו קונה אלא למי שפרע, אבל בכה״ג קונה קנין גמור דלא שייך טעם דנשרפו חטיך, כיון שהמוכר עדיין לא קיבל דמים, וטרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו הדמים. ועיי״ש מש״כ דלכאורה הוא מחלוקת הראשונים בבאור סוגית מנה אין כאן משכון אין כאן. ועיין בתש׳ בית אפרים חחו״מ סי׳ כ מה שחלק על המחנ״א, הובאו דבריו בפת״ש חו״מ קצ,ב.

ובאבני מלואים כח,לא כתב דבשט״ח דאחרים מקודשת כשמקנה לה השט״ח בכתיבה ומסירה, ושט״ח גופיה מיקרי דבר שבא לעולם, ויכול גם להקדישו, כמש״כ הריטב״א קידושין (כח, ב) בהא דאמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ע״ש. וכן במעמד שלשתן, כיון דחכמים תיקנו שיוכל להקנות במעמ״ש, הרי הוא ברשותו ויכול לקדש בו אשה. ודוקא כשאינו מקנה במעמ״ש אלא מוחל לה החוב, כיון דהחוב אינו ברשותו הו״ל כדבר שלא בא לעולם. אבל בשט״ח דאחרים ומקנה לה בכתיבה ומסירה, או מלוה ע״פ ומקנה במעמ״ש, הרי הוא נקנה ע״י הקנאתו וה״ל ברשותו לענין זה, ויכול לקדשה בזה; ״ולפ״ז ה״ה בשט״ח דידה, ומקנה לה גוף השט״ח בכתיבה ומסירה,

מהני כמו בשט"ח של אחרים". ולפ"ז בממרני דמהני רק במסירה (עיין מה שכתבתי בח"א כד/ב), מהני ככסף לקנות בו, וכן הדין בשיק לסוברים שדינו כממרני. ובשיק סמכא דעתיה, כיון שאסור לבעל החשבון לבטל השיק, ויש בזה איסור פלילי. (והנתיבות בקהלת יעקב קדושין כח,ז ד"ה אינה, כתב דלא מהני שט"ח דידיה, כיון שאינו נותן לה הנאה מחודשת, עיי"ש).

גם נראה למה שכתבתי בח"א סי' כא לענין תוקפם של השיקים, די"ל שקונים בהם חפצים, יש לראות בעצם הקנין בשיק גם סיטומתא, שכך הוא מנהג הסוחרים לקנות בשיק, ואם אין דינו כמעות אלא כסיטומתא, אפשר שקונה קנין גמור ולא רק למי שפרע, ועדיף מהמזומן שנתן לו. ואף לסוברים שדין השטר כממרני, מ"מ כח הקניה של השיק הוא מכח מנהג הסוחרים ולא מדין קנין כסף, וממילא יקנה בקנין גמור. רק לשיטות אלו, ולמש"כ באבנמ"ל, כיון שנותן לו הממרני במסירה, הרי זה בגדר קנין כסף שנהגו הסוחרים לקנות בו, ותלוי במש"כ לעיל אות ה. וגם למה שכתבתי שדינו כמעמ"ש ע"י כתב, לכאורה דינו ככסף, ואף אם יהיה כסיטומתא, תלוי באמור לעיל. לכן נראה שקונה לכל הפחות בשיק לענין מי שפרע, ולענין קנין גמור, צ"ע ותלוי בנ"ל.

**לאור האמור לעיל, אף שיש צדדים לומר שקנה ראובן במעותיו את הדולארים בקנין גמור, אף אם לא נפסוק כך, אסור לשמעון לחזור בו מהמכר, ואם חזר בו, עליו לקבל מי שפרע. וממילא כל עוד לא חזר בו וקיבל מי שפרע, וכנראה גם אינו רוצה לחזור בו ולקבל מי שפרע, הרי הדולארים של שמעון. ואין שמעון צריך לשלם לראובן הפרשי שער.**

# סימן כד

## בעלות על חמרי בנין שהועמסו על משאית הקונה

### ראשי פרקים

**א. כלי כרשות**

**ב. כליו של לוקח ברשות מוכר**

**ג. טענת קים לי של לוי**

ראובן ושמעון שותפים בחברה סיטונאית לחומרי בנין. לוי קבלן שיפוצים. לוי נוהג לרכוש סחורה באשראי בחברה, ואחת לחדשיים משלם על הסחורה שלקח. כך הם נוהגים מספר שנים. לאחרונה הגיע לוי למתחם העסק הנ"ל עם רכבו, וכנהוג רכש סחורה, שהועמסה על משאיתו ע"י פועלי החברה (המשאית אינה שלו אלא שכורה מחברת ליסינג תפעולי). במקום נכח רק ראובן שאישר את העיסקה. כשבא לוי לצאת עם רכבו, הגיע שמעון למתחם ובקש ממנו לשלם במזומן או שיפרקו את הסחורה מהמשאית, וזאת מאחר ושמע ששיקים של לוי שניתנו לסוחרים אחרים, חזרו ללא כיסוי, דבר שהוכחש ע"י לוי. לדרישתו של שמעון הצטרף גם ראובן, שטען שלא ידע על המידע החדש, וכי חובו של לוי מגיע גם ללא סחורה זו לעשרות אלפי שקלים. בפועל הצליח לוי להערים ולצאת עם הסחורה מחוץ למתחם.

לוי בונה עבור יהודה. מספר ימים לאחר הארוע הנ"ל, סיפר לוי ליהודה דברים כהוויתם, ויהודה הציע כי את החוב שחייב ללוי עבור הבניה, יפרע לחברה לחומרי בנין, ובהסכמתו כך היה. בעצה שקיבל, ביקש יהודה מראובן ושמעון שיאמרו בזמן פרעון החוב שהם מוחלים ללוי בלב שלם, וכי חומרי הבניה שלקח הם של לוי. והתעוררה השאלה, אם מעיקר הדין היתה הסחורה שייכת ללוי, לאחר שקנאה בכליו – משאיתו, בהסכמת ראובן, ולא יכלו לחזור בהם ממה שכבר קנה.

## א. כלי כרשות

איתא בב"ב פה,א: כליו של אדם קונה לו בכל מקום (של לוקח קונה לו, אם פסק דמים, בכל מקום אפי' ברשות מוכר, וכגון דאמר ליה בהדיא יקנה כליך, כדאמר לקמן בשמעתין, אבל בסתמא מיבעיא לן לקמן ולא אפשיטא – רשב"ם), חוץ מרשות הרבים (והוא הדין לחצר שאינה של שניהן, כדמוכח לקמן בברייתא דד' מדות). ורבי יוחנן ור"ש בן לקיש דאמרי תרוייהו, אפילו ברה"ר. אמר רב פפא, לא פליגי כאן ברה"ר כאן בסימטא, ואמאי קרו לה רה"ר, שאין רה"י. ה"נ מסתברא, דא"ר אבהו

א״ר יוחנן, כליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו (כגון סימטא וחצר השותפין ורשות מוכר, וכגון דאמר ליה זיל קני כדלקמן, דהיינו יש לו רשות), יש לו רשות – אין, אין לו רשות – לא, ש״מ.

ובגמ׳ שם פה,ב - פו,א: בעא מיניה רב ששת מרב הונא, כליו של לוקח ברשות מוכר (כגון פסק ונתן לתוך מדה של לוקח, או מדד במדה שלו ושפכן לכליו של לוקח והבית של מוכר הוא), קנה לוקח או לא (דרשות עיקר והכלי בטל לגבי הרשות). אמר ליה תניתוה, זרקו לה לתוך חיקה או לתוך קלתה הרי זו מגורשת. והגמ׳ שקו״ט בראיה זו. ושם בגמ׳: אמר רבא, ת״ש, משך חמריו ופועליו והכניסן לתוך ביתו, בין פסק עד שלא מדד ובין מדד עד שלא פסק, שניהן יכולין לחזור בהן. פירקן והכניסן לתוך ביתו, פסק עד שלא מדד אין שניהן יכולין לחזור בהן, מדד עד שלא פסק, שניהן יכולין לחזור בהן. ומדכליו דמוכר ברשות לוקח לא קנה, כליו דלוקח נמי ברשות מוכר לא קנה. אמר רב נחמן בר יצחק בששפכן. איקפד רבא, מידי שפכן קתני פירקן קתני. אלא אמר מר בר רב אשי במתאכלי דתומי. א״ל הונא בריה דמר זוטרא לרבינא, מכדי פירקן קתני מה לי פסק ומה לי לא פסק. א״ל פסק סמכא דעתיה, לא פסק לא סמכא דעתיה (דמי יימר שיתקיים המכר שמא המוכר יעלה בדמיהן והלוקח יזלזל בדמיהן, שהרי אין דמיהן קצובין). א״ל רבינא לרב אשי, ת״ש, דרב ושמואל דאמרי תרוייהו כליו של אדם קונה לו בכל מקום, לאתויי מאי, לאו לאתויי רשות מוכר. התם דא״ל זיל קני (אני רוצה שיקנה לך כליך, דכמאן דמושיל ליה מקום הנחת כליו דמי, כי קמיבעיא לן סתמא).

והם שני ענינים: מה שכליו של אדם קונה לו, ודין כליו של קונה ברשות מוכר.

לענין מה שקונים בכליו של אדם בכל מקום שיש לו רשות להניחם, בפשטות היה נראה שהוא מכח קנין חצר, שכלי של אדם הוא כרשותו, וכמו שחצר קונה מדין רשות, כך גם כליו קונים מדין רשות. כן נראה מדברי הגמ׳ ב״מ ט,ב, דספינה קונה מדין חצר: אלא מעתה היה מהלך בספינה וקפצו דגים ונפלו לתוך הספינה, הכי נמי דחצר מהלכת היא ולא קני. אמר ליה, ספינה מינח נייחא ומיא הוא דקא ממטו לה. וכן מוכח שם בבעיא של משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה, דלבהמה יש דין של חצר, ועיין ברש״י שם (ד״ה מי), דלבהמה יש דין של חצר: ״דמדקני בהמה קני כלים, משום תורת חצר, דקיימא לן חצרו של אדם קונה לו, ובהמתו כחצרו״. ושם בד״ה בכפותה. וכן הוא בתוס׳ (ד״ה משוך) דקני בהמה מדין חצר. וכ״כ הרמב״ן שם: ״לעולם לא קנה אלא בכפותה, דהויא לה כעין כליו, וקונה מטעם חצרו, דכליו וחצרו קונים לו, ומשום חצר איתרבאי כלים״. וכן כתב הרשב״א שם, דיש ללמוד מדברי הגמ׳, דכליו של אדם מדין חצרו הם קונים; ״דאי לא מאי קא משני מחצר המהלכת, דילמא כליו שאני״. וכן הוא בריטב״א שם ועוד ראשונים.

אולם מדברי הרמב"ם מכירה ד,א מבואר דכלי קונה מדין חצר ומדין הגבהה, וז"ל:
"כליו של אדם כל מקום שיש לו רשות להניחו קנה לו, כיון שנכנסו המטלטלין בתוך הכלי, אין אחד מהן יכול לחזור בו והרי זה כמו שהגביהן או כמו שהונחו בתוך ביתו". וכבר דייק האור שמח (מכירה א,ד) בדברי הרמב"ם, דבקנין כליו יש שני ענינים, הגבהה וחצר. דהגבהה אף אם לא הוגבה על ידו רק מסיבתו, כדאיתא בחולין קמא,ב, זיל טרוף אקן דליגבינהו וליקנינהו, והכי קאמר ליה, זיל טרוף אקן, הקש בידך על הקן דליגבינהו אפרוחים מיראתך, ותקנה אותם בהגבהה, עיין רש"י שם, הרי דמה דנגבהים מחמת יראתו שהקיש בקן, מיקרי הגבהה, והוי כקורא לה והיא באה דמקרי משיכה; "א"כ לא מוזר הוא לומר דמה דבאו ע"י הלוקח לתוך כליו הוי ממש הגבהה, וכמו תמן, משום שדרך בעלי חיים להיות נגבהים, כן דרך המטלטלין להיות מונחים בתוך כלים". ולכן גם נכרי יקנה בכליו, דנכרי קונה בהגבהה. ואף דהגבהה קונה בכל מקום, היינו דוקא במגביה בידו, אבל כשאינו אוחז בידו רק מחמת שמונח בכלי, כיון שהכלי גופיה אין מקומו חשיב הנחה, כיון שמונח ברה"ר, וכל אדם יכול לסלקו, אין זה חשיבא הנחה וממילא גם אינו הגבהה. דכשההגבהה אינה בידו ממש אלא מסיבתו, ומכש"כ לנידון זה, כיון דאין לו רשות להניח כליו, אין הדברים המונחים תוך הכלי נחשבים כמוגבהים מסיבתו.

ונראה נפק"מ נוספת אם מדין הגבהה או חצר, במה שנחלקו האחרונים אם קונים בכלי שאין לו תוך, דבמחנה אפרים (קנין חצר יא) כתב דקונים אף במחצלת. דאף שמגיטין נט,א מוכח דוקא כלי שיש לו תוך, לענין מצודות חיה ועופות יש בהם גזל מפני דרכי שלום, מב"מ סז,ב יש להוכיח שאף מחצלת קונה, ומצודות חיה ועוף שאני, שצריך לקנות בע"ח; "אבל מ"מ נקטינן דלאו דוקא כלי שיש לו תוך, אלא אף מחצלאות קונות לו". ודעת הנתיבות ר,ג דדוקא יש לו תוך הוי חצר משתמרת, ובלא מחיצות לא הוי משתמרת ואינו קונה בכלי, עיי"ש. ונראה למש"כ האור שמח, דאם מדין הגבהה, כל שבא לשם בסיבתו, הרי זה קנין בכליו, ואין צורך דוקא ביש לו תוך. משא"כ אם מהני מדין חצר, בעינן דוקא שיש לו תוך.

ובנדו"ד מדובר במכונית שכורה. ומהסברא היה נראה לכאורה שתלוי במחלוקת הראשונים אם חצר שכורה קונה לשוכר או למשכיר (עיין מה שכתבתי בח"ב סי' ל). אולם יש לחלק ולומר דוקא בחצר, שבית המשכיר פתוח גם לחצר וכד', אבל בכלי שהשוכר נוטלו עימו לכל מקום, לכ"ע קונה רק לשוכר ולא למשכיר (עיין להלן מה שהובאו דברי הנצי"ב בהעמק שאלה). ויש להוכיח דקונה בכלי מושאל, מהא דאיתא בב"מ ט,ב: בעי רבי אלעזר, האומר לחבירו משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה, מהו. לקנות - מי אמר ליה קני, אלא משוך בהמה זו וקני כלים שעליה מהו. ועיי"ש ברש"י, דמוכר לו את הכלים ולא את הבהמה. וקיי"ל דמהני כפותה. ומזה מוכח דאף

בכלי שאול מהני לקנות בתורת חצר. עיי״ש ברשב״א ד״ה ואכתי, דמוכח מהגמ׳ דמהני לקנות בכלי, אף שהוא מושאל. הרשב״א הביא ראיה מהברייתא בסוגיא בב״ב (פה,א), ד מדות במוכרין וכו׳, משנתמלאה המדה שניהם אינן יכולים לחזור בהן. בד״א במדה שאינה של שניהם, ואוקימנא במדה דסרסור, דעד שלא נתמלאת משאיל לו למוכר, משנתמלאה משאיל ליה ללוקח, אלמא קונין בכלי מושאל.

וכן הוא בריטב״א שם (ב״מ ט,ב). הריטב״א הקשה, מה קושית הגמ׳, דודאי אם משאיל לו בהמתו לקנות בה קנה, דלדין חצר סגי אפילו בחצר או כלים מושאלים או מושכרים. והביא ראיה מב״מ יא,ב בעובדא דר״ג וזקנים; ומקומו מושכר לו, וקס״ד דמדין חצר קאמר. וכן הביא ראיה מב״ב פה,א מד׳ מדות במוכרין, וכנ״ל. ותירץ הריטב״א, וז״ל: ״וי״ל דהתם הוא שמושאל לו להשתמש בו והוי כשלו, אבל הכא שאינו ממשיכו לו אלא בקנין זה בלבד מספקא לן, ובעיין לא איפשיטא״. והיינו דאם מושאל ומושכר לו לכל הדברים ולא רק לצורך קנין חצר, ודאי קונה בכלי מושאל או מושכר. וכ״כ תלמיד הרשב״א (ב״מ ט,א): ״כליו של אדם קונין לו לאדם כל דבר הניתן בתוכן, כשם שחצירו קונה לו הנתון בתוכו, כמו שכתבנו בפרק הספינה. וכשם שאדם קונה בכלי שלו, כך קונה בכלי מושאל״. והראיה שהביאו מהגמ׳ ב״מ יא,א-ב: מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה. אמר רבן גמליאל, עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו. ועיי״ש ברש״י דמיירי בקבל ממנו שם שכר המקום; ״שתהא חצרו קונה לו, לפי שהמטלטלין אין קונין אלא או במשיכה, או חצרו תקנה לו״. ומוכח דספינה שכורה קונה לו חצירו לשוכר.

ונראה אף לדעת הרמב״ם (שכירות ו,ה), לענין קנין חצר, גם מרמב״ם מודה דקונה לשוכר. וז״ל הרמב״ם: ״הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר, לפיכך הוא מטפל בו להוציאו, ואם יש שם מנהג, הולכין אחר המנהג. בד״א כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר, אבל אם הבהמות של אחרים, הזבל של בעל החצר, שחצירו של אדם קונה שלא מדעתו אף על פי שהיא שכורה ביד אחרים״. והראב״ד ועוד ראשונים חולקים, אולם המחבר, אף שבב״י חו״מ סי׳ שיג הקשה על הרמב״ם, בשו״ע שם שיג,ג פסק כוותיה. ונראה דהרמב״ם מיירי רק לענין שקונה לו שלא מדעתו, כמו באבידה ומציאה, משא״כ כשקונה בקנין חצר דרך מקח וממכר, דמי לבהמותיו שעשו זבל, ורק כשאין דעתו של שוכר או משכיר לקנות, כמו חצירו שקונה לו שלא מדעתו, דאין כאן כוונה לא של שוכר ולא של משכיר לקנות, והשאלה למי קונה, אבל כשהשוכר עצמו קונה בקנין חצר מדעתו, כיון ששכר לכל השימושים, קונה בחצר. דקנין חצר שלא מדעתו, אינה מכח שימושי החצר לשיטת הרמב״ם, אלא דין בחצר עצמה, אבל קנין חצר שעושה הקונה עצמו, בזה י״ל כיון ששכר החצר, הרי זה חלק משימושי החצר.

ועיין קצוה״ח שיג,א בבאור דברי הרמב״ם, דרק לענין זבל, משייר המשכיר כח לנפשיה שלא יזכה בה השוכר, דכיון דהמשכיר את החצר, לא השכיר הרפת שבה וכמבואר בגמ׳ (ב״מ קב,א), ומשום הכי דעתיה על זבל שלא יזכה בה השוכר אפילו אם יהיה הזבל בחצר, כיון דשבח רפת דידיה ומשייר לנפשיה כח בחצר לזכות בזבל. אבל בשאר מציאות דעלמא זוכה השוכר. ושכן מוכח מדברי הרמב״ם, דבעלמא הוי כח החצר לשוכר, שכתב בהל׳ גרושין ה,א, דזורק גט לאשתו בתוך חצירה, בין שהוא קנוי לה בין שאול בין שכור קונה. ועיין ב״י (אה״ע סי׳ קלט) דהטעם משום דשכירות ליומא ממכר. וכן מוכח בגמ׳ גיטין עז,א, דפריך חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה, ופירש רש״י קנה בעלה לפירות להשתמש בה, ואכתי לא נפיק גט מידו דבעל. ומבואר דעיקר חצר למי שיש לו רשות השתמשות. ולפ״ז ודאי לענין קנין חצר, דיכול השוכר לעשות במקח וממכר קנין חצר בחצר, ויהיה קנוי לו, משא״כ אם המשכיר יעשה קנין חצר בחצר, לא תהיה החצר קונה לו למשכיר.

עוד נראה לבאר, לפמש״כ הנציב בהעמק שאלה (ח״ג קלה,ז בסופו): ״מיהו נראה דגם לדעת הרמב״ם אינו אלא בחצר, שאע״ג שהיא שכורה, מ״מ הכל דורסין בה, וכן חנות. משא״כ בית או רפת מושכרת, ודאי כל הנמצא בה הוי רק לשוכר, שהרי אין למשכיר ולכל אדם שם שום דריסת רגל״. ולפ״ז י״ל דודאי כששוכר משאית, אין לכל אדם דריסת רגל שם, ואין למשכיר כל דריסת רגל במקום, ולכן חצירו קונה לו לשוכר. וחילוק זה, אך מטעם אחר, נמצא במהר״י אדרבי בתש׳ דברי ריבות (סי׳ שכו), שלא פסק הרמב״ם דקונה למשכיר כי אם בחצר אשר איננו לעיקר תשמישו, ולפיכך לא קנה לגמרי כי אם לתשמישיו אבל לא שתזכה לו החצר, משא״כ בבית שעקר תשמישו בה, הקנה לו לגמרי, וביתו זוכה לו כחצר הזוכה לו שלא מדעתו. ועיין מהרי״ט חחו״מ סי׳ פג, דנראה שלא חילק בין בית לחצר, וכן נראה בח״א סי׳ סה שלא חילק בין בית לחצר, ודן מדברי הרמב״ם גם לענין בית. וכן נראה מדעת המחנה אפרים (קנין חצר סי׳ ג). ומ״מ לאמור דעת רוב פוסקים דקונה בכל ענין לשוכר, ואף לפוסקים דקני למשכיר, י״ל כחילוק הנ״ל. וממילא במשאית שכורה, קונה השוכר מדין כליו.

## ב. כליו של לוקח ברשות מוכר

ובנדו״ד היתה המשאית בחצר המוכר, ואם נאמר שלא קנה עדיין, יכול המוכר לחזור בו, כיון שלא עשה הקונה קנין, משא״כ אם כבר קנה לוי הלוקח, אין ראובן או שמעון יכולים לחזור בהם, כיון שלראובן יש סמכות למכור, וכבר קנה לוי בכליו. ולעיל הובאה האיבעיא דגמ׳ אי כליו של לוקח ברשות מוכר קונה. ומבואר בגמ׳ דלא קונה, אא״כ אמר לו זיל קני, כמבואר בגמ׳ שם. וכן פסק הרמב״ם מכירה ד,א: ״כליו

של אדם כל מקום שיש לו רשות להניחו קנה לו, כיון שנכנסו המטלטלין בתוך הכלי אין אחד מהן יכול לחזור בו, והרי זה כמו שהגביהן או כמו שהונחו בתוך ביתו. לפיכך אין כליו של אדם קונה לו ברשות הרבים ולא ברשות המוכר, אלא אם אמר לו המקנה לך וקנה בכלי זה. וכן אם קנה הכלי תחלה והגביהו ואחר כך הניחו שם ברשות המוכר וחזר וקנה ממנו הפירות, כיון שנכנסו בתוך כלי זה קנה אותם, מפני שהנאת המוכר במכירת הכלי אינו מקפיד על מקומו". וכן פסק בשו"ע חו"מ ר,ג.

והצד לומר שכליו של לוקח ברשות מוכר קנה לוקח, י"ל בשני אופנים, או שהרשות אינה חשובה לגבי הכלי, והכלי הוא הרשות ולא הרשות עליו מונח הכלי. או כיון שנותן המוכר ללוקח רשות להניח את הכלי במקום, הרי גם רשות המוכר היא רשות הלוקח. דלהסבר הראשון, כיון שנתן לו רשות, לא שרשות המוכר כרשות הלוקח אלא מסיר את כוחו ובעלותו מהמקום, והרי זה כמונח בסימטא, משא"כ לפירוש השני, יש לראות בזה רשות לוקח. וברשב"ם בסוגיא (ב"ב פה,ב), בספק הגמ' בכליו של לוקח ברשות מוכר, כתב: "קנה לוקח - כאילו נתן לתוך רשותו של לוקח. או לא קנה - דרשות עיקר והכלי בטל לגבי הרשות". שאם הכלי בטל ביחס לרשות החשובה, לא קנה לוקח, או שהחשיבות היא בכלי לתוכו הונח, ומה לי היכן מונח, כיון שנתן לו רשות להניחו שם, הרי זה הכלי כמונח בסימטא, והרשות אינה מבטלת את רשות הכלי.

ובדברי התוס' שם (ד"ה כליו), אפשר לבאר בשני האופנים, וז"ל: "אף על גב דברשות הרבים אמרינן לעיל דלכ"ע לא קנה, התם היינו טעמא משום דלא ניחא להו לבני רה"ר שיניח כליו שם, דמאן פייס ודמאן שביק. אבל ברשות מוכר מיבעיא, דאע"ג דא"ר יוחנן דכל מקום שיש לו רשות להניחו קנה, דלמא לא אתא למעט אלא רה"ר, אבל מוכר שמא משאיל לו מקום ללוקח שיקנה מה שהוא מוכר לו". כאן מזכיר התוס' שמשאיל לו מקום, ובזה י"ל שכיון שהשאיל לו מקום, הרי זה הכלי כמונח ברשות בעל הכלי ולא ברשות המוכר, דרשות המוכר שאולה ללוקח. או שאין כאן השאלה חיובית אלא סילוק כח מרשותו, שאין רשותו חשובה לקנות בקנין חצר, וממילא הרי זה הכלי כמונח בסימטא, ואינו בטל לגבי רשות המוכר.

ועיין בחזו"א (גיטין, סי' קמז, פרק הזורק סי' ג) שכתב דג' מידות יש כאן, אם השאיל מוכר ללוקח את מקום הפירות, אף בלא כליו של לוקח קנה, אלא שצריך קנין כדין שאלה ושכירות. ואם הכלי של הלוקח, קונה את מקומו בהעמדת הכלי. ואם לא השאיל לו את המקום אלא נותן לו רשות להעמדת כליו, יש חילוק, דאם אינו מקפיד על המקום, ואין חבירו צריך ליטול רשות כל פעם, כמו במקום קלתה, הרי חצירו כסמטא, וכליו של קונה קונים לו. אולם אם צריך בכל פעם לבקש רשות, בזה מיבעיא בגמ' בכליו של לוקח ברשות מוכר. והיינו, שכשאין צריך ליטול רשות בכל פעם,

הרי שאין כאן רשות לוקח כלל לענין שיכול לבטל רשות הכלי, וביחס לכלי, הרי זה כמונח בסימטא. ושאלת הגמ׳ היתה, אם במקום שצריך ליטול רשות, כשנתן לו המוכר רשות, האם גם אז דינו כסימטא. והיינו שבהסכמת המוכר לשימת הכלי במקום, הרי הוא מבטל כח רשות לענין קנין ביחס לכלי הקונה. ונראה דבנדו״ד יהיה תלוי אם יש מחסום במקום החניה וההטענה, שצריך הלוקח לקבל רשות מהמוכר להכנס לחניה, או שמדובר במקום פתוח, שאם יש מחסום, הוי הבעיא בגמ׳, משא״כ אם מדובר במקום פתוח, הרי זה כרשות קבועה והוי כסימטא, שמבטל את רשותו לכלי הלוקח.

ובראי״ש שם (ב״ב ה,טו) נראה לכאורה לבאר דהספק בגמ׳ אם הכלי בטל לרשות או הרשות לכלי, וז״ל הרא״ש: ״והשתא לא איפשיטא הך בעיא אי כליו של לוקח ברשות מוכר קני אי לא, היכא דלא א״ל זיל קני, נמצא דמספקא לן אם הכלי בטל לגבי הרשות או הרשות בטל לגבי הכלי, הלכך כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה. וכן נמי כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה. אבל רב אלפס גורס, בעי מיניה רב ששת מרב הונא, כליו של לוקח ברשות מוכר קנה או לא קנה, אמר ליה לא קנה. ומתוך שהשיב לו דלא קנה, אלמא שהכלי בטל לגבי הרשות, פסק נמי דכליו של מוכר ברשות לוקח קנה. וגירסא זו לא ראיתי בשום ספר ...״ ומבואר בראי״ש שהנידון הוא מה החשיבות של הרשות, הרשות הישירה בה נמצא החפץ הנקנה, או הרשות החשובה שבה נמצא הכלי, מי בטל לגבי מי, ולא איפשיטא הבעיא הן בכלי לוקח ברשות מוכר או כלי מוכר ברשות לוקח, דלא איפשיטא מי בטל לגבי מי, אא״כ אמר לו זיל קני. והרא״ש כתב שם דאמירת זיל קני, הרי זה כהקנה לו מקומו: ״ודחי ליה רב אשי, שאני התם דא״ל זיל קני, שהקנה לו מקומו, דהשתא הוי כליו של לוקח ברשות לוקח״. ולפ״ז י״ל דכמו דאמירת זיל קני הוי כהקנה לו מקומו, כן הדין גם בהרשה לו להניח כליו, דהוי כהקנה לו מקומו לשעתו, וכאמירת זיל קני.

והר״ן קדושין (ט,ב מעמוה״ר), כתב וז״ל: ״ומה דאמרינן בפרק הספינה (פה,ב) גבי כליו של לוקח ברשות מוכר דלא קנה לוקח, ואי א״ל קני קנה, התם נמי היינו טעמא משום דמאי דלא קני כליו ברשות מוכר היינו לפי שאין רשות לו להניח שם כליו, דכל מקום שיש לו רשות להניח שם כליו קונה, הילכך כל היכא דא״ל קני, הרי הוא כמשאיל לו מקום לכליו וקונה״. מבואר שאמירת קני היא השאלת מקום בחצירו, וא״כ כשנותן לו רשות להניח הכלי במקום, י״ל שהרי הוא כמשאיל לו מקום בחצירו, והרי זה כרשות לוקח. וכן הוא בריטב״א שם (קדושין כה,ב), דאמירת זיל קני היא כהשאלת מקום ללוקח, וממילא הוי כרשות לוקח, וז״ל הריטב״א: ״כיון דאמר ליה מוכר קני ברשותי, נעשה כמשאיל לו מקום בחצרו להניח שם כליו, והוה ליה כליו של לוקח ברשות לוקח, הא אילו אמר ליה מוכר דליקני ליה כליו ברשות הרבים לא קנה״. והשאלת המקום של המוכר להניח כליו, הוי המקום כרשות לוקח. ובזה

נראה שאין צריך לאמירת זיל קני בדוקא, אלא כל היכא שנותן לו רשות להניח כליו, הוי רשות לוקח מחמת שמשאיל לו המקום.

ובדין זה מצאנו ברמב"ן בחידושיו (קדושין כה,ב), דמה דמהני אמירת זיל קני בכליו של לוקח ברשות מוכר הוא נתינת רשות בלבד, לא שהרשות נהיית של הלוקח, אלא כיון שנתן לו רשות להניח כליו שם, הוי רשותו כסימטא שמותר לו להניח שם כלים, וז"ל הרמב"ן; "מפני שהדין נותן שבכל מקום שיהא לו רשות להניח, יקנה לו כליו, וכיון שאמר לו קני, יש לו רשות להניח ולקנות הוא לפיכך קנה". הרי שבכל ענין שיש לו רשות להניח כליו, נתן לו רשות גם לקנות בכליו. וצ"ל שמבטל רשותו לכלי, והרי היא כסימטא, משא"כ לר"ן הוי כרשות לוקח, מפני שהשאיל לו את המקום, ולרמב"ן הוי נתינת רשות ולא השאלת מקום, ובנתינת רשות י"ל שהוא כמסלק כוחו, והוי רשותו כסימטא ולא כרשות המוכר, דהוי רשות מוכר כסימטא, שהצד השוה שבהם הוא שיש לו רשות להניח כליו שם. וכן מבואר בדברי הרשב"א שם (קדושין כה,ב) דמהני כליו של לוקח ברשות מוכר באמירת זיל קני: "התם נמי משום שנתן לו רשות להניח כליו שם, והלכך קני, דכליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו". דאמירת זיל קני הוא כנתינת רשות, וממילא הוי רשות מוכר כסימטא, כיון שיש לקונה רשות להניח כליו שם, הוי הרשות כסימטא. ובזה חלוקים הרמב"ן והרשב"א, מהר"ן והריטב"א, דלר"ן והריטב"א הוי כרשות לוקח, ולרמב"ן והרשב"א הוי כסימטא, כיון שיש לו רשות להניח כליו שם. ומ"מ כשנותן לו רשות להניח כליו שם סגי לראשונים הנ"ל, ואין צריך לאמירת זיל קני בדוקא.

ולכאורה נראה לבאר דברי הרמב"ם (מכירה ד,א), כדברי הרמב"ן והרשב"א. וז"ל הרמב"ם: "כליו של אדם, כל מקום שיש לו רשות להניחו קנה לו, כיון שנכנסו המטלטלין בתוך הכלי אין אחד מהן יכול לחזור בו, והרי זה כמו שהגביהן או כמו שהונחו בתוך ביתו, לפיכך אין כליו של אדם קונה לו ברשות הרבים ולא ברשות המוכר, אלא אם אמר לו המקנה לך וקנה בכלי זה". התחיל הרמב"ם בכליו קונים בכל מקום שיש לו רשות להניחו, והמשיך שברשות מוכר מהני אמירת לך וקנה בכלי זה, ומשמע שבאמירה זו קונה לו הכלי כמו בסימטא, שהרי זה כנתינת רשות להניח הכלי. דאם כר"ן והריטב"א, אין הדינים של סימטא ונתינת רשות קשורים להדדי, והיה לו לומר שבאמירת זיל קני הרי זה כרשות לוקח, ואינו שייך לדין של הרישא. כן נראה לכאורה בבאור דעת הרמב"ם.

וכן נראה ממה שפירש המגיד שם בדברי הרמב"ם: "אלא א"כ אמר להו המקנה לך וקנה בכלי זה. מפורש שם דכיון דאינו מקפיד על הנחת כליו שם בחצירו, יקנה לו כליו". הרי מבואר שאמירה זו היא כאמירת איני מקפיד, וממילא י"ל דכיון שאינו

מקפיד המוכר שיניח שם כליו, הוי המקום כסימטא, וקונה הלוקח, ולא מחמת שהמקום הוא רשות הלוקח, וכנ״ל. ומבואר לכאורה ברמב״ם דלא ס״ל כדעת הרמ״ה דלהלן, דדוקא באמירת זיל קני קונה בכליו. ועיין בהלכה למשה (לרבי משה אמריליו, מכירה ד,א) שכן למד במגיד, ועיי״ש מה שהקשה.

ואם נאמר שמשאיל לו המוכר מקום להניח כליו, סברא זו שייכת בכלי של לוקח ברשות מוכר, דמוכר החפץ אגב זה שמעונין למכור את החפץ, משאיל לו ללוקח מקום, אבל כלי של מוכר ברשות לוקח, צ״ל דאינו משאיל למוכר מקום, ולכן הכלי בטל לגבי הרשות. אלא שא״כ אין שני הדינים, כלי של לוקח ברשות מוכר, תלוי בדין כלי של מוכר ברשות לוקח, ובגמ׳ משמע שתלוים הם האחד בשני. ועיין במחנה אפרים קנין חצר (סי׳ י ד״ה איברא) מה שכתב לבאר בזה, דשמא המוכר משאיל לו מקום, או דלמא הלוקח מבטל הכלי שלו, וזהו כונת הבעיא. ולכן, אם הכלי של לוקח קונה לו ברשות מוכר משום דס״ל דאין הלוקח מבטל כלי שלו, א״כ כליו של מוכר ברשות לוקח אמאי קנה, הלא אין המוכר מבטל כלי שלו. וגם אם נאמר שהשאלה מי בטל למי, כל זה בנתן לו רשות, וכמו שהוסבר לעיל, אבל בהניח שלא ברשות, הרשות לא בטלה לכלי בכל ענין, ולא קנה הלוקח. וא״ת, בהניח שלא ברשות, איך יקנה בעל הקרקע כיון דאין בעל הכלי מבטל כלי שלו. י״ל דכיון דאין בעל הכלי קונה, שהרי הניחו שלא ברשות נמצא דאין הכלי חשיב כלום, ובטל אגב הקרקע.

והרמ״ה בסוגיא (פו,א אות קג) כתב דלא מהני מתן רשות שיקנה הלוקח, ורק באמירת זיל קני מהני: ״ואסיקנא התם דא״ל זיל קני, דכיון דיהיב ליה רשותא לאנוחי התם וא״ל נמי זיל קני, דכיון דיהיב ליה, גלי אדעתיה דכי יהיב ליה רשותא לאנוחי התם, אדעתא דמיקנא הוא דיהיב ליה רשותא. אבל היכא דלא א״ל זיל קני, אף על גב דיהיב ליה רשותא לאנוחיה התם, נמי לא קני. דנהי דגבי סימטא הוא, דכיון דאית ליה רשותא ללוקח לאנוחי ביה כליו קנה. [לא דמי], חדא דמוכר ולוקח לגבי סימטא בהדדי נינהו. ועוד, דההיא זכותא דאית ליה ללוקח בגוה לאו מחמתיה דמוכר קאתיא, דינא הוא דקני ליה כליו של לוקח. אבל ברשות מוכר, דההוא זכותא דאית ליה ללוקח בגוה לאנוחי כליו התם, מחמת מוכר קאתיא, אף על גב דיהיב ליה רשותא מוכר ללוקח לאנוחי כליו התם, לא קני. דנהי דיהיב ליה רשותא לאנוחי בעלמא, אבל אדעתא דמיקנא לאקנויי לזבונה דבגויה, לא יהיב ליה רשותא״. והיינו דס״ל לרמ״ה דסתם רשות להניח כליו אינה מבטלת את הרשות לכלי, אא״כ נתן לו רשות מפורשת לקנות בכלי באמירת זיל קני, דאז הוי רשות להניח כליו ע״מ לקנות, ולכן מהני. משא״כ נתינת רשות סתם להניח כליו, אין בזה ביטול רשות המוכר לענין קנין כלי של הלוקח, ולכן דוקא באמירת זיל קני; ״גלי אדעתיה דכי יהיב ליה רשותא לאנוחיה התם, אדעתא דמיקנא נמי יהיב ליה רשותא וקני, ואי לא - לא קני״. דחידוש הגמ׳ דבעי

זיל קני, שצריך נתינת רשות מפורשת לקנות בכלי המונח בחצירו. ודוקא גבי כליו של לוקח ברשות מוכר מועילה אמירת זיל קני, משא"כ ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם, דאין לו רשות להניחו שם, לא מהני אמירת זיל קני, דאמירת זיל קני מבטלת רשותו, וזה לא שייך ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם; "דלאו כל כמיניה דמוכר לאקנויי ליה זכותא ללוקח ברשותא דלאו דיליה". ומ"מ מבואר דרשות להניח כליו לבד לא מהני, ורק בנתינת רשות גם לקנות, ע"י אמירת זיל קני, מהני.

אולם דעת הרמב"ם (מכירה ד,א הנ"ל), וכן דעת הר"י מיגאש (ב"ב פו,א), דאם קנה הכלי תחלה והגביהו ואח"כ הניחו שם ברשות המוכר וחזר וקנה ממנו הפירות, כיון שנכנסו בתוך כלי זה קנה אותם, דמפני הנאת המוכר במכירת הכלי, אינו מקפיד על מקומו. ומבואר דכשאינו מקפיד על מקומו, אין צריך לאמירת זיל קני, רק בעינן הוכחה שאינו מקפיד על מקומו, כמו באופן של מכירת הכלי. וכן נראה מבאור דברי המגיד (עיין לעיל). ובב"ח (חו"מ סי' ר) דייק מדברי הרשב"ם ב"ב פו,א (ד"ה התם), דאין צריך לומר דוק אזיל קני, דכל היכא שנראה שמשאיל לו מקומו, הרי זה כאמירת זיל קני, וז"ל הרשב"ם: "התם דאמר ליה - מוכר זיל קני, אני רוצה שיקנה לך כליך, דכמאן דמושיל ליה מקום הנחת כליו, דמי כי קמיבעיא לן סתמא". הרי שכל אמירת תזיל קני היא כהשאלת מקום, וא"כ לכאורה כל היכא שאמדינן בדרך אחרת שמשאיל לו מקום הנחת הכלי, קונה הלוקח בכליו ברשות מוכר. וכתב הב"ח דכן דעת התוס', וכן נקטינן להלכה. וכן פסק הש"ך ר,ז, על מש"כ המחבר שם ר,ג, דמהני כלי של לוקח ברשות מוכר; "אם כן אמר לו המקנה: לך וקנה בכלי זה, ואז קנה אם הוא ברשות המוכר". וע"ז כתב הש"ך, דהוא הדין בנתן לו המוכר רשות להניח שם הכלי, וכדעת הב"ח.

ובנתיבות ר,ח הסכים לדעת הרמ"ה, דדוקא באמירת זיל קני קונה הלוקח, וכתב שם, דבעית הגמ' בכליו של לוקח ברשות מוכר, אם אויר הכלי בטל לגבי החצר או לא, והיינו אם אויר הכלי בטל לכלי או לחצר. והספק בכליו של לוקח ברשות מוכר, תלוי בספק אויר שאין סופו לנוח, דאי אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי, א"כ כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה, דאף שכליו כידו של לוקח, מ"מ גם למוכר יש בחפץ זה תפיסת יד מכח אויר חצירו דהוי ג"כ כידו, דאויר כלי כאויר חצר, ויד שניהם תפוסים בו דלא קנה הלוקח. אולם אם אויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי, א"כ אין לאויר קנין בעצמותו, ולא חשיב ידו של מוכר, וממילא קנה לוקח, דהא אין להמוכר שום תפיסת יד בזה החפץ, דאוירו לאו כלום הוא כיון שאין סופו לנוח. ולכן מהני כשאמר ליה המוכר זיל קני, שאמירת זיל קני הרי היא כאמירה שאינו רוצה שיקנה לו חצירו, והרי הוא כמשאיל לו האויר של הכלי בפירוש. והוסיף הנתיבות, דכן י"ל בכל מקום דאיכא אומדנא דמוכח, כגון בהיה הבעל מוכר קלתות, הו"ל כאילו פירש בהדיא וא"ל זיל קני, דבזה לא הוי כיד המוכר תפוס בו, וכליו

קונין ללוקח: "ולפי"ז נראה לי דלכו"ע דזיל קני הוא דוקא, דאז מקנה לו ג"כ אויר הכלי, כיון דא"ל שיקנה הכלי הרי על כרחך השאיל לו באופן שיהיה יכול לקנות על ידו, ועל כרחך השאיל לו ג"כ אוירו, משא"כ בנתן לו סתם רשות להניח שם הכלי, ודאי לא קנה, דהא אפילו מן הסתם צ"ל דנותן לו רשות להניח הכלי, דבלא"ה ליכא למיבעי מידי, דהא בהדיא אמרו דכלים של אדם אינו קונה אלא במקום שיש לו רשות להניח, כמו שכתבו התוס'. וכן נראה דהעיקר דזיל קני דוקא, וכן מסתבר, דאלת"ה למה ליה להש"ס (ב"ב פו,א) לומר דא"ל זיל קני, היה לו לומר סתם דנתן לו רשות להניח הכלי". הרי דסתם רשות להניח הכלי לא מהני, אא"כ אמר לו זיל קני, או במקום שיש אומדנא, כבמוכר לו גם הכלי קודם, דיש בזה הנאת מוכר. ועיין מש"כ הנתיבות בתורת גיטין עט,ב. וע"ע באריכות בדברי חיים מכירה טו.

## ג. טענת קים לי של לוי

לאור האמור לעיל יכול לוי המוחזק לומר קים לי כדעת רוב הראשונים, שבנתינת רשות סגי לקנות בכליו ברשות מוכר, כיון שהיה לו רשות לחנות שם את משאיתו, וכיון שבהוראת ראובן הועמסה הסחורה למשאית לוי ע"י פועלי החברה, קנה ואין ראובן ושמעון יכולים לחזור בהם, דכיון שהיה לראובן רשות למכור, קנה לוי מיד שבא למשאיתו, ויכול לומר קים לי כדעת הפוסקים הנ"ל שקניתי כבר, או מטעם דהוי רשות לוקח או שדין הרשות כסימטא, וכנ"ל. וכאשר טוען טענת קים לי, אינו עובר על איסור גזילה. כמו שכתבו האחרונים בישוב הקושיא, מדוע יכול המוחזק לטעון קים לי בממון, והרי בכל ממון יש גם איסור גזילה, ובאסור אינו יכול לטעון טענת קים לי. בכנסת הגדולה (סי' כה, כללי הקים לי, אות ז) הביא בשם המהר"י באסן לחלק בין איסור שאם אזלינן גביה לחומרא יצאנו מדי ספק, לאיסור גזל שבספיקו אפי' אם נחמיר לא נצא מחשש גזל, שאם האחד לא יעבור מספק, השני יכנס בספק גזל, ובכגון זה שלא פתרנו את ספק האיסור, ולכן לא שייך להחמיר. לפ"ז צ"ל, דאם יש לפנינו מקרה שבו יש גם איסור גזל וגם איסור אחר, אזלינן להחמיר, שאף אם החומרא לא תעלה ארוכה לאיסור גזל ומדי ספק לא נפיק, כיון דלענין הספק השני אם נחמיר נצא מידי ספק, ניזיל לחומרא ונרויח לכל הפחות ספק איסור אחד. ועיין בכל זה בפת"ש חו"מ סו"ס כה בכללי התפיסה.

בקונטרס הספיקות (כלל א סי' ו) כתב לישב את קושיית המהר"י באסן, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין, וע"כ ספק ממון שאזלינן בתר המוחזק גם דרא דאיסורא ליתא גביה. וביאור דבריו נמצא לגר"ש שקאפ בשערי יושר (שער ה,א,ד-ה), וז"ל:

"וביאור ענין זה הוא לענ"ד על פי הקדמה כללית, דכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה, דבכל המצוות הוא מה שהזהירה לנו תורה בעשה ול"ת, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות ה', ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי, דהרי אף אם קטן הוא הגוזל דאינו בר מצוות, מ"מ מוטל על בי"ד להציל עשוק מיד עושקו לכוף את הקטן להחזיר החפץ הגזול לבעליו. ועוד כלל עיקרי בזה, דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות - למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ. ולפי"ז מה דאמרו חז"ל כללי ההלכות בספיקו של ממון, ודאי שמצאו כן על פי הכרעת השכל שעל פי תורת המשפטים הדין נותן כן שבמחליף פרה בחמור וילדה וספק מתי נולד, דאם נמצא הולד בשעת לידת הספק ברשות של אחד מהם יהיה כן שיהיו ברשותו, ואם קיימא באגם אזלינן בתר מרא קמא. והנה הלאו של איסור גזל הוא שלא יגזול איש מחבירו דבר שעל פי תורת המשפטים הוא של חבירו, וכן לא יעשוק שכר שכיר מה שעל פי משפט התורה הוא חייב לשלם, ואיך שייך לדון שיחוש מי שיעכב הממון תחת ידו על פי משפט התורה לאיסור גזל, אם הממון הוא שלו על פי משפט התורה, איזה איסור גזל אפשר בזה, דהלאו של לא תגזול הוא לאו כללי דאסור לגזול משל חבירו מה שהוא שלו, בין ע"י ירושה ובין ע"י זכיה של מקח, ומתנה והפקר, ובין אם זכה על פי משפט חכמים. ולפי"ז נלענ"ד ברור, דספק גזל אסור מהתורה ככל ספק איסור תורה, אלא דספק גזל הוא דבר רחוק מן המציאות, דבכל ספק ממון הורו לנו חכמים איזה משפט על פי תורת המשפטים, וכיון שאיכא בזה איזה דין משפטי, כבר ליכא ספק איסור גזל, אלא או שהוא ודאי גזל או שהוא ודאי היתר, דאם יתפוס התובע במקום שנפסק הדין דלא מהני תפיסה, הוא גזל ודאי, ובמקום דמהני תפיסה הוא ודאי היתר. וספק גזל היכא דליכא בזה שום משפט דיני ממונות, כגון לגזול מאיש שהוא ספק נכרי ספק ישראל למ"ד גזל נכרי מותר, בכה"ג יהיו ספק איסור ככל איסורי תורה, דבכה"ג אינו ענין כלל לדיני המשפטים, דאף למ"ד גזל נכרי מותר, אין לו שום זכות וכח לגזול את הנכרי."

מבואר מהגרש"ש, שאיסורים התלויים בדיני ממונות, האיסור תלוי בדין הממוני, שאם ע"פ דיני ממונות אזלינן בתר המוחזק ואפי' אומר קים לי כמיעוט פוסקים, אין המוחזק עובר על האיסור שנובע ממצב זה. דכל הדין האיסורי כפוף לדין הממוני, וככל שהדין הממוני נותן שיכול להחזיק הממון, הרי גם שנפסק בהלכות האיסורים שאינו עובר על האיסור.

חילוקים נוספים כתב בשבות יעקב (ח"א סי' נא), וז"ל: "ונ"ל עוד לחלק דשאני גבי איסור גזל דאיתא בחזרה, משא"כ באיסור. ועוד נ"ל דלא עבדינן האיסור גזל רק בשב ואל תעשה דהיכי דקיימי זוזי תיקום מספק, משא"כ לומר קים לי ולאכול ולעשות האיסור בקום ועשה זה לא אמרינן כן". חילוקו הראשון, לחלק בין גזל דאיתא בחזרה ואינו יוצר מצב בלתי הפיך, ובמידה ויתברר הספק ניתן להחזיר את המצב לקדמותו, משא"כ אכילת איסור שאם יאמר קים לי כמקילין ויתברר כאוסרים, הרי שאיסורו לא ניתן לחזרה, וע"כ לא עבדינן בה עובדא לקולא. עוד צ"ל דאין כוונתו דאיסור הגזל ניתקן בהשבתו, דהא בעצם מעשה הגזילה והחזקת ממון חבירו שלא כדין עבר על איסור גזילה, אלא תוצאת האיסור ניתנת לתיקון, דאיסור גזל ניתק לעשה של והשיב את הגזילה אשר גזל, כמבואר במכות טז,א ועוד מקומות.

ולפ"ז יוכל ודאי לוי לטעון קים לי כדעת הראשונים הנ"ל, דנראה שהם רוב הראשונים, ודלא כרמ"ה שצריך לאמירת זיל קני בדוקא, וממילא לא עובר לוי על איסור גזל (ובנדון זה לא שייך עאיל ונפיק אזוזי, מכמה טעמים (עיין חו"מ קצ,טז, דדוקא ביומיה, וכאן סיכמו על אשראי מאוחר), ולכן אינו גזל בידו, ואין ליהודה לחוש בזה שבנה עם חומרים גזולים, ואינו נצרך לתקנת מריש הגזול.

עוד נראה דבנדו"ד קנה לוי, אף לשיטת הראשונים והאחרונים דבעינן אמירת זיל קני בדוקא, ע"פ מה שחידש בדבר אברהם (ח"א כא,ה), דעד כאן לא אמרינן דכליו ברשות מוכר לא קנה, דוקא בכלי פתוח שיש שם אויר חצר, אבל כלי סתום שאין בו אויר חצר, קונה בין ברשות הרבים ובין ברשות מוכר. והביא ראיה מדברי הריטב"א (הישנים, ב"מ קב,ב), על הא דאיתא בגמ', במדביק כלי בשולי פרה, דכי אמרינן כליו של לוקח ברשות מוכר, הני מילי היכא דיש אויר רשות מוכר, משא"כ במדביק כלי בשולי פרה, אין זה אויר בעל הכירה, עיי"ש. ועיי"ש מה שנו"נ הדבר אברהם בסברא זו, אך נראה דהכי קיי"ל למסקנת דבריו. ולפ"ז יוכל לוי גם לצרף דעה זו, כיון שכאן מיירי במשאית סגורה, ובמשאית סגורה אין אויר חצר המוכר, ולכן קנה לוי.

יש לציין שבנדו"ד לא שייך דין עייל ונפיק אזוזי, שיבטל המקח, מפני שתנאי התשלום היו שיקים לששים יום, ובכה"ג לא שייך דין עייל ונפיק אזוזי מכמה טעמים, עיין שו"ע חו"מ קצ, דאינו ביומו, וגם הסכים לזמן מאוחר, ועדיין לא הגיע הזמן של הפרעון, דבנדו"ד כבר פרע יהודה קודם לכן.

**לכן נראה דיכול לוי המוחזק לטעון טענת קים לי שהסחורה שהוטענה במשאיתו כבר קנאה, ואין בזה חשש גזל.**

# סימן כה

## השקעה בפרויקט "פינוי בינוי"

### ראשי פרקים

**א. אגב אונסיה גמר ומקנה**

**ב. אם יש איסור לקנות דבר שהכריחוהו למכור**

**ג. איך קונה המוכר הדירה החליפית באונס**

**ד. דינא דמלכותא בקרקעות**

**ה. דינא דמלכותא בארץ ישראל**

נשאלתי ממי שרוצה להשקיע בפרויקט פינוי בינוי, שענינו פינוי דיירים קיימים ובניית בנינים רבי קומות, כאשר הדיירים המפונים מקבלים דירות חדשות ומעט גדולות יותר מהקיימות, וכן תשלום כספי, הכל לפי הערכת השמאי לשווי הדירה הנוכחית. והואיל ויש דיירים המסרבים להתפנות מכל מיני שיקולים (בדר"כ מתוך מטרה לקבלת תשלום גבוה יותר ממה שמוצע), ולאחר שרוב המוחלט של בעלי הקרקע/ הדירות הסכימו להליך, פונה היזם לבית המשפט שמפנה את הדיירים המסרבים להתפנות, תמורת פיצוי שפוסק בית המשפט. ונשאלתי ע"י המשקיע, האם מותר להשקיע בפרויקט, כאשר אחד הדיירים מסרב להתפנות כנ"ל, ואם זכה בקרקע ע"פ דין. וגם שאל אם חל בזה דינא דמלכותא בקרקעות במדינת ישראל.

### א. אגב אונסיה גמר ומקנה

איתא בב"ב מז,ב-מח,ב: אמר רב הונא, תליוהו וזבין זביניה זביני (מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר וקיבל הדמים ואומר רוצה אני. זביניה זביני - ולא יוכל לחזור בו – רשב"ם), מאי טעמא, כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין, ואפילו הכי זביניה זביני (רוב חפצים וכלי ביתו וטליתו שאדם מוכר, אי לאו דאניס ודחיק במעות לא הוה מזבין, ואפ"ה הוה זביניה זביני בעל כרחו, אפילו לא גמר ומקני, שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר בין דברים הצריכין לו ומכרן, לדברים שאין צריכין לו, אלא כולהו קונה לוקח. והכי נמי אע"ג דאניס מוכר קונה לוקח הואיל וקיבל דמים, אע"ג דלא גמר ומקני). ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני ... אלא סברא הוא, אגב אונסיה גמר ומקנה (רב הונא מסברא דידיה קאמר, דמתוך יסורים גמר בלבו ומקני, הואיל ואיכא תרתי יסורים ומתן מעות, דלא מפסיד

מידי) ... אמר רבא, הלכתא תליוהו וזבין זביניה זביני, ולא אמרן אלא בשדה סתם (שהכריחוהו למכור אחת משדותיו, והוא בירר מעצמו ומכר את זאת, דכיון דמדעתו בירר, רעה שבהן בירר שאינו חושש בה כל כך, וגמר ומקני) אבל בשדה זו לא, ובשדה זו נמי לא אמרן אלא דלא ארצי זוזי (לא מנה המעות, גילה דעתו דבעל כרחו מקבל), אבל ארצי זוזי לא, ולא אמרן אלא דלא הוה לאישתמוטי (לא אמרן דלא הוי זביני אלא דלא הוה ליה להאי לאישתמוטי מן התולה בשום דיחוי שבעולם, כגון המתן לי עד למחר או עד שתבוא אשתי או שום דיחוי שיכול לטעות בו האנס), אבל הוה ליה לאישתמוטי לא. והלכתא בכולהו דהוו זביניה זביני ואפי׳ בשדה זו (ולא ארצי זוזי ולא הוה ליה לאישתמוטי דהוי אונס גמור, וכגון דאמר רוצה אני). וכן פסק הרי״ף (ב״ב כו,א-ב בעמוה״ר): ״דקי״ל כדרב הונא דאמר תליוה וזבין זביניה זביני, מ״ט סברא היא דאגב אונסיה גמר ומקני ... והלכתא בכולהו תליוה וזבין זביניה זביני ואפילו בשדה זו״. וכ״פ הרמב״ם בהל׳ מכירה י,א: ״מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכר, ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות, שמפני אונסו גמר ומקנה ...״. וכ״פ בשו״ע חו״מ רה,א.

ועיין במאירי (ב״ב מט,א) דדין זה דאגב אונסיה גמר ומקנה, היינו דוקא שרוב העולם היו רוצים באלו המעות למכור, ואף שבתחילה לא רצה, המעות הביאוהו לנהוג כמנהג העולם, אולם במקום שרוב העולם לא היו רוצים למכור בכגון זה אף בריצוי מעות, לא אמרינן דזביני זביני. וז״ל המאירי: ״ שנתינת מעות גוררת את הלב להיות גומר מקנה, לא נאמרו הדברים אלא במקום שנתינת המעות ראויה בו אצל כל בני אדם וזה לא היה רוצה בהם, וכשאנסוהו ונתנו לו מעות חזר לו לנהג העולם וגמר והקנה, אבל כל שאין נתינת מעות ראויה בו, אפילו חדש זה במנהג ונתן מעות אין זה כלום״. ונפק״מ במקום שנותנים לו מעות בקרקע שערכה עשוי לעלות בזמן הקרוב, שאף שנתנו לו בערכה העכשוי, מ״מ רוב העולם לא היו מוכנים למכור קרקע זו. משא״כ בנדו״ד שמקבל פיצוי שוה ערך בדירה, ולכן רוב העולם היו מוכנים לעסקה זו, והראיה שרוב התושבים הסכימו לפיצוי שנקבע ע״י השמאי בביהמ״ש.

וראיתי בגרנ״ט (ב״ב, סי׳ קפ) שכתב לחקור אם הא דאגב אונסא גמר ומקני, עושה את רצונו לרצון גמור לבצע את המכירה, או שרצון הבא ע״י אונס אינו רצון גמור, ונפק״מ שתועיל מודעא, שאם הוא רצון גמור, לא מהני מודעא שמסר, כיון דרגב אונסיה הוי רצון גמור, משא״כ אם נאמר שרצון ע״י אונס אינו רצון גמור, מהני מודעא לגלות שלמעשה אין כאן רצון. [ונראה לכאורה, דאם אמרינן דהוי רצון גמור דלא מהני מודעא, דהוי כאנן סהדי שרוצה למכור, ולא מהני מודעא נגד עדים המעידים שהוא רוצה ברצון גמור למכור. משא״כ אם אין כאן רצון גמור, אין אנן סהדי, ומהני גילוי דעתו במודעא שאין כאן רצון]. וע״פ זה כתב לבאר את מחלוקת

רב הונא ורבא אי מהני מודעא בזביני, ועיין בבעה״מ שם (כ,ב בעמוה״ר). [ועיין שו״ע חו״מ רה,א, ומזה מוכח לכאורה דלא הוי רצון גמור].

ועפ״ז כתב לישב את הסתירה לכאורה בדברי הרמב״ם, דבהל׳ גרושין ב,כ כתב: ״מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש, בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר ... ולמה לא בטל גט זה, שהרי הוא אנוס בין ביד גוים בין ביד ישראל, שאין אומרין אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו, כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן, אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו, אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני, כבר גרש לרצונו״. והקשה הגרנ״ט סתירה ממש״כ דלא מהני מכירה באונס, דהרי הרמב״ם עצמו בהל׳ מכירה י,א כתב דמהני מכירה באונס, דתליהו וזבין זביני זביני, וז״ל: ״מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות, שמפני אונסו גמר ומקנה ...״. וכתב לישב, דבגט בעינן רצון גמור, וע״כ כתב דע״י רצונו לקיים כל המצוות וכו׳, הוי רצון גמור, משא״כ במכירה אין בזה רצון גמור, אך במכירה מהני אף בלא רצון גמור, עיי״ש.

ומעין זה נראה בדברי הגרא״ז באבן האזל (גזילה א,ט) בבאור השגת הראב״ד על הרמב״ם, דלא תחמוד מיירי בלא אמר רוצה אני (עיין להלן). דהראב״ד מפרש דהכונה הוא דרוצה באמת בלא האונס, וכיון דלבסוף אמרינן דרוצה באמת, למה יעבור בלא תחמוד, וכי בשביל שהפציר בו או אפי׳ אנסו פעם אחת לא יוכל אחר זמן רב לקנות ממנו, כשהתבטלה ההפצרה והאונס, לכן ודאי אינו עובר בלא תחמוד. והרמב״ם סובר דבאמר רוצה אני יש צד רצון בשביל שמצוה לשמוע דברי חכמים גבי גט או דניחא ליה בכפרה גבי קרבן, וכמש״כ בהל׳ גרושין ב,ל. אבל במכירה דיש את הסברא של אגב אונסיה גמר ומקנה, אין צריך רצון גמור. דאונס אינו מבטל קנינים אלא כשבשעת האונס הוא רוצה לבטל וחושב על אפשרות הבטול, אבל כשבשעת ההקנאה גמר ומקנה באונס והממון שמקבל, אף דלכתחלה אינו רוצה, למעשה הוא מסכים וגומר ומקנה ואינו חושב על ביטול. וזה מהני בקנינים אבל בגט ובקרבן דכתיב לרצונו לא מהני גמר ומקנה דצריך רצון ממש, ולכן צריך לטעם שרוצה לקיים דברי חכמים, וניחא ליה דתהוי ליה כפרה.

ובמהרי״ט (ח״ב חאהע״ז סי׳ יט) כתב בבאור דין רצון במכירה באונס, דלכאורה כיון שהקנה באונס, איך מהני הקנין, דאף לסברת הגמ׳ אינו אלא ספק אם אכן

התרצה, ובספק קי״ל המוציא מחבירו עליו הראיה, וארעא בחזקת מרא קמא קיימא, וז״ל:

״אלא דהך מלתא דסברא היא, דכיון שהוא רואה שאנוס היא למכור ואינו רוצה להפסיד הדמים ומקבלן, אף הוא גומר בלבו להקנות שיאמר מה בצע שלא אגמור, כיון שראו שקבלתי דמים לא יהיו מקובלים דברי בפני שום דיין שיאמרו לי בשביל המעות נתרצית, ומתוך מחשבה זו גמר ומקנה, לא שיש לו שום מודעא שהוא סומך עליה. הילכך כשפסל גם עדי המודעא שוב אין לו על מה שיסמוך, ואף הוא גמר ומוכר.״

ולכאורה מדבריו נראה דבכה״ג שקיבל המעות ויודע שאין לו סיכוי בבי״ד לערער על המכר, גמר בליבו ובלב שלם הסכים למכור, אא״כ מסר מודעא. ולפ״ז גם בנדו״ד יהיה זה גמירות וריצוי גמור בליבו, שהרי יודע שההליך בלתי הפיך, ומרוצה לקבל מה שפסקו בעבורו.

ועיין במקנה (קדושין נ,א), על הא דאיתא בגמ׳ דדברים שבלב אינם דברים, ממי שאנסוהו להביא קרבן, ודחתה הגמ׳, דבקרבן ניחא ליה דתהוי ליה כפרה, וע״כ יש לנו להחזיקו בחזקת מקיים מצוה, וגמר בלבו לקיים דברי בית דין. כלומר, יש חזקה נגד דברים שבלב. והקשה הרשב״א, דסברא זו דניחא ליה דתהוי ליה כפרה, נאמרה בגמ׳ ב״ב מח,א למ״ד דתליוהו וזבין לאו זביניה זביני, אבל למ״ד זביני זביני, אמרינן דאגב אונסיה גמר ומקנה. וכתב המקנה לישב קושית הרשב״א, דסברא זו דאגב אונסיה גמר ומקנה; ״לא ברירא כולי האי להיות כודאי אלא דמסתמא אמרינן הכי, ואם אמר אח״כ שלא נתרצה ראוי להאמינו״, אף במטלטלין שאין בהם הדין שהם בחזקת הבעלים, כיון שהמוכר טען ברי שלא נתרצה בלב, והלוקח טוען שמא, ואיך יכול לתפוס מספק. אלא ע״כ דאפילו הוא בעצמו אינו רשאי לתפוס, אף שהוא יודע שלא נתרצה בלב שלם, מ״מ כיון דדברים שבלב אינן דברים, ומאידך יש סברא לומר דאגב אונסיה גמר ומקנה, אף דאינה סברא ודאית, מ״מ כיון דליכא אומדנא דמוכח שלא נתרצה, הדר הוי ליה דברים שבלב. א״כ שפיר מוכח מכאן דדברים שבלב אינן דברים. וע״ז משני דשאני הכא דניחא ליה דליהוי ליה כפרה ונתרצה לגמרי. ומבואר מהמקנה דדוקא בקרבן דיש הסברא של ניחא ליה דתהוי כפרה, הוי רצון גמור, אבל כשאין סברא זו, אין כאן רצון גמור אלא ספק, ואנו נוהגים אחרי הסברא של אגב אונסיה גמר ומקנה, אבל אין כאן רצון ודאי.

וכן נראה לכאורה מהאבני נזר בתש׳ (חאהע״ז קסז,יג). ובמהר״מ שיק בתש׳ (חיור״ד סי׳ קסד) כתב לישב דאגב אונסיה גמר הוא בתורת רוב. ובקרבן לכאורה היו צריכים לחשוש למיעוט, ולכן מהני מה שניחא ליה דלהוי כפרה, דלא נחשוש למיעוט.

וע״ע בבית אפרים בתש׳ (תאהע״ז תנינא, ח״א סי׳ עא ד״ה ומ״ש) לחלק בין אונס גדול שמכריע דעתו לקנות, דבזה אמרינן דאגב אונסיה גמר ומקנה, לאונס שאינו גמור, אין הסברא מחייבת שיקנה מחמת אונס כזה, ואף שלא מפסיד מידי, חזינן דלא ניחא ליה בהאי מכירה, עיי״ש.

סברא מחודשת נמצא ביד המלך (גזילה ט,א), בהסבר דעת הרמב״ם דעובר על לא תחמוד גם באמירת המוכר רוצה אני, שכן נראה מדברי המגיד (עיין להלן), דיש לחלק בין דעת המוכר לרצון המוכר לענין קנינים. דלא נמצא קפידא בתורה על שום קנין שיהיה בו רצון המוכר, ואדרבה לענין שבועה נצרכה הגמ׳ בשבועות כו,א למעט שבועה באונס, ואי לאו קרא הו״א דגם בשבועה לא בעינן רצון. וכל הריעותא והגירעון באונס שמגרע ומרע כח הקנין, אינו מצד מניעת רצון המקנה, רק מצד מניעת דעת המקנה, דדעה ורצון שני ענינים שונים הם, דאם המקנה הוא אנוס אזי אין בקנין זה דעת עצמו של המקנה, וכיון דמחוסר דעתו בקנין, הרי דינו של המקנה בקנין זה כמו דין קנין של חרש שוטה וקטן. דאין קונים כלום ומשום דלאו בני דיעה נינהו. ואי לאו סברת רב הונא דאגב אונסיה גמר ומקנה, היינו סוברים דחוסר רצון הוא גם חוסר דעת, ולא מהני הקנין. ולימד רב הונא דהדעה והרצון שני ענינים נפרדים המה, ויכול להיות קנין שיהיה מחוסר רצון של המקנה, ובכל זאת תהיה בו דעת המקנה; ״דהרי כל דמזבין לא הוי רצונו של המוכר במכירה, ובודאי נפשו עליו תכאב אם הוא מוכר ביתו או שדהו מחמת דחקו והוא מוכרח לצאת ממנו ואיש אחר יקחנו, ואי לאו דאנסיה זוזי לא היה מוכר. אלא על כרחך דאמרינן דבכדי לסלק אונס המעות מעל עצמו גמר בדעתו להקנות, וכיון דיש כאן דעת מקנה לא איכפת לן מה דאין רצונו בכך, דאין אנו צריכין בקנין רק דעתו אבל לא רצונו, הכי נמי אמרינן כן בכל אונס דתלוהו וזבין וכד׳, דבכדי להסיר מעליו מכאוב היסורים האלה גמר בדעתו להקנות, וממילא אף דידעינן בבירור דהוא אנוס ביסורים ואין רצונו בגמר קניה זו, בכל זאת כיון דגמר בדעתו להקנות הרי יש כאן דעת מקנה ואין אנו צריכין לרצונו כלל״. אך כל זה לענין הקנין שבין אדם לחבירו, ולכן אין צריך לאמירת רוצה אני, דאם היו צריכים לאמירת רוצה אני, אמירה זו שנאמרה באונס לא מהני, משא״כ לענין עבירת לאו דלא תחמוד, הגם דתכונת לאו זה הוא ענין הנוגע בין אדם לחבירו, בכל זאת כיון דעיקרו וכל שורש פעולתו הוא בין אדם למקום, עובר על הלאו כל היכא שאין רצון. וע״כ ס״ל לרמב״ם דגם באמירת רוצה אני של המוכר, עובר הקונה על לא תחמוד. ונמצאנו למדים דקנין באונס מהני, כיון שיש כאן דעת, דאגב אונסיה גמר ומקנה, אף שאין רצון, דאין צורך ברצון בקנינים.

## ב. אם יש איסור לקנות דבר שהכריחוהו למכור

ואף אם מהני המכירה, יש לדון אם יש איסור לקנות דבר שנאנס המוכר למכרו כבנדו״ד. דאיתא בסנהדרין כה,ב דחמסנים פסולים מדרבנן, דמעיקרא סבור דמי קא יהיב אקראי בעלמא הוא, כיון דחזו דקא חטפי, גזרו בהו רבנן. והקשו התוס׳ שם (ד״ה מעיקרא), הרי החמסנים פסולים לעדות מפני שעברו על לאו של לא תחמוד. ותירצו, דלא תחמוד משמע דלא יהיב דמי, וכי יהיב דמי ליכא לאו דחמוד. והקשו, דמב״מ ה,ב משמע שאנשים טועים וסוברים שלא תחמוד הוא בלא דמים, ומשמע דבאמת גם בנותן דמים עובר על לא תחמוד. ותירצו התוס׳ שני תרוצים, דאה״נ מה שמשמע לאינשי בלא דמי, כך היא האמת, ולא שהם טועים. ובתרוץ שני תרצו התוס׳, דדוקא בנתנו דמים והיו מפייסים אותם עד שיאמרו רוצה אני, לא עברו על לאו של לא תחמוד, אולם כשלא פייסו אותם לומר רוצה אני, כיון שראו חכמים דשקלי בעל כרחייהו ולא היו חוששין אם יתפייסו, פסלינהו לעדות. ומבואר דכשלא מפייסם לומר רוצה אני, אף שנותן דמים, לתרוץ אחד של התוס׳, עובר על לא תחמוד. ואף לתרוץ זה פסולו מדרבנן, אבל מדאורייתא לא נפסל בנותן דמים, כן מבואר בתוס׳ כאן ובב״מ ה,ב ד״ה בלא דמי. וכן כתבו בב״ק סב,א, על הא דאיתא שם דחמסן אף דיהיב דמי, כל דלא אמר רוצה אני הוי חמסן ופסול מדרבנן; ״... אבל מן התורה אינו פסול אלא היכא דלא יהיב דמי, אבל היכא דיהיב דמי כשר אע״ג דלא אמר רוצה אני, אע״פ שעובר על לאו דלא תחמוד, הא אמרי׳ בפרק שנים אוחזין (ב״מ ה,ב ושם ד״ה בלא) לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו״.

ובתוס׳ הרא״ש שם מבואר כתרוץ השני של התוס׳, דאף בנותן דמים עובר על לא תחמוד, היכא דלא אמר רוצה אני, רק לא פסלוהו מהתורה כיון שסבורים שאינם עוברים איסור, וכקוברי המת ביו״ט ראשון, וז״ל:

> ״ע״כ בדלא אמר רוצה אני מיירי, דאי אמר רוצה אני חמסן קרי ליה, הא אמר רב הונא תליוהו וזבין זביניה זביני כדדייקינן בסוף הכונס. ומעיקרא לא פסלוהו, דחמסן דאוריתא היינו גזלן דלא יהיב דמי, אלא שבלשון חכמים קראוהו חמסן היכא דיהיב דמי כדאיתא בסוף הכונס. ואע״ג דעבר אלא תחמוד לא פסול מדאוריתא משום דאמרי׳ פ׳ שנים אוחזין לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ולבסוף פסלינהו משום דחזו דזימנין דחטפי ושקלי בעל כרחייהו בלא נתינת דמים פסלי אפי׳ אותם הנותנים דמים.״

מבואר שאם קנה באונס, עובר הקונה באיסור דלא תחמוד, אף דאינו פסול לעדות מעיקר הדין, ופסלוהו לעדות כשראו שקונים ומכריחים למכור ללא נתינת דמים. וכן מבואר בנימוק״י (סנהדרין ה,א בעמוה״ר), דפסלו חכמים רבנן אף דיהבי דמי,

משום דשקלי מהבעלים שלא ברצונם, אף שאינו גזל גמור לפסלו מהתורה; "משום דלא משמע להו לאינשי איסור כולי האי כיון דיהיב דמי". ומבואר שהאיסור הוא מצד לא תחמוד, רק כיון דלא משמע להו לאינשי, אין לפסלם מצד זה, דמצד גזל אין כאן, כיון דיהיב דמי. ועיין ב"ש כח,ב.

ומדברי הר"ן בחידושים בסנהדרין שם, נראה שאין לפסול לעדות מי שאנס למכור ויהיב דמי, אף בלא אמר רוצה אני. הר"ן שם הקשה, דאם לא יהיב דמי, הרי הוא גזלן ולא חמסן. ותירץ מספר תרוצים. דכיון שמתחילה היו מכריחים למכור על דעת שלא יתנו דמים, ורק אחר כך נתנו דמים, יש לפסלם על כוונתם הראשונה. עוד י"ל, שכיון שיש שאינם נותנים דמים, גזרו על נותני הדמים אטו אלו שאינם נותני דמים. ותרוץ שלישי שהוא פסול חכמים, כדי שסו"ס לא יבואו לחמוס; "ועיקר הפירוש שהחמסנין עצמן דהוו יהבי דמי שהיו כשרין מתחלה, חזרו עכשיו ופסלו אותן. ויגיד עליו ריעו, הגזלנין שהיו נוטלין מציאת חרש, דלית בהו אלא מפני דרכי שלום, והיו מכשירין אותן מתחילה, כיון דחזו דסוף סוף דממונא שקלי, פסלינהו. הרי שפסלו הגזלנין עצמן שהיו כשרים מתחילה, הכי נמי פסלו החמסנין שהיו כשרים מתחילה, מפני שהיו מתמידים לחמוס בני אדם". ומ"מ מבואר דמעיקר הדין בנותן דמים לא עבר איסור, ופסלו מכח גזירה, או שלא יחמסו, או מחמת האחרים שנוטלים בלא דמים, אן על מחשבתם הראשונה. אך כל זה גזירת חכמים, ולכאורה גם אין חילוק בין אמר רוצה אני ללא אמר המוכר רוצה אני, ואף שנפסל לעדות, אין בנותן דמים איסור. אמנם אפשר דס"ל לר"ן כמש"כ האור זרוע (פסקי סנהדרין טז) דהיכא דאמר רוצה אני לא הוי חמסן. והיינו, דברוצה אני של המוכר, אינו בגדר פסול שגזרו חכמים, כיון דאינו נחשב במציאות לחמסן.

גם מדברי הרמ"ה בחידושיו לסנהדרין שם נראה דאין בזה איסור. דאף שכופין את הבעלים למכור בעל כרחן; "כיון דאינהו קא מזבני אגב אונסייהו ושקלי דמי, גמרי ומקני. כיון דחזו דקא חטפי ושקלי כעין גזל, ושדו להו לדמים קמייהו, פסלונהו רבנן, דכי האי גוונא ודאי לא גמרי בעלים ומקני, ואמטו להכי גזרו בהו רבנן". הרי שהגזירה לא היתה מחמת האיסור אלא על אופן הקניה שהיתה דומה לגזילה, שהיו נוטלים מהם כעין גזל וזורקים להם הדמים. ובנדו"ד נראה שאינו בכלל.

ונראה דכן יש לפרש דברי הטור (חו"מ סי' לד), וז"ל: "העובר על גזל של דבריהם, כגון גוזלי מציאות חרש שוטה וקטן, וכגון החמסנים שגוזלים משל חברים שלא ברצונו ונותן לו הדמים, פסולים מדבריהם". נראה דמיירי שעשו כן דרך גזילה רק שנתנו דמים, וע"כ פסולים מדבריהם, אך כשלא עשו כן דרך גזילה, אינם פסולים אף לא מדרבנן, כן נראה לכאורה מלשון ומהקשר דברי הטור. [וע"ע בכס"מ עדות

י,ד דלוקח שלא ברצון הבעלים, הרי זה פסול מדבריהם: "וכן כל העובר על גזל של דבריהם הרי הוא פסול מדבריהם, כיצד החמסנים והם הלוקחים קרקע או מטלטלין שלא ברצון הבעלים, אע"פ שנותנין הדמים, הרי אלו פסולין מדבריהם".]

ואפשר דגם לענין איסור לא תחמוד, בנדו"ד לכאורה לא עובר על האיסור. שהרי אין הקונה חומד בית רעו, אדרבא, רוצים להרוס את ביתו של המוכר ולבנות במקומו כמה דירות, אחת למוכר וכמה למכירה ולמימון הבניה, ואין הקונה קונה את בית המוכר, אלא בהשקעתו מפנים את המוכר ומפצים אותו ובונים דירות אחרות. והמוכר עצמו חפץ בפת חריבה, ואילו השותפים חפצים למכור ולבנות דירות חדשות וגדולות, באמצעות המשקיעים. ולכאורה בכה"ג אינו עובר על לא תחמוד. דז"ל הרמב"ם בספר המצות (ל"ת רסו):

"שהזהירנו מהשים מחשבתנו לחמוד מה שיש לאחינו ולהתאוות בו, שזה יהיה מביא לעשות תחבולה לקנותו, וזהו לשון האזהרה שבאה בזה הענין אמר (ואתחנן) לא תתאוה בית רעך. ואין השני לאוין אלו בענין אחד. אבל הלאו הראשון, והוא לא תחמוד, מזהיר שלא לקנות מה שיש לזולתנו, והלאו השני מזהיר אפילו להתאוות בלבנו לבד ... ובאור זה שאם ראה דבר יפה אצל אחיו, אם גברה מחשבתו עליו והתאוה בו, עבר על אמרו ית' לא תתאוה. ואם התחזק בו אהבת הדבר ההוא עד שישתדל להגיעו אצלו ולא יסור מחלות פניו ולהכביד עליו שימכרהו או יחליף אותו אליו במה שהוא יותר טוב ממנו ויותר שוה, ואם הגיע אל בקשתו הנה כבר עבר על לא תחמוד גם כן, אחר שקנה הדבר שיהיה לחבירו ולא היה רצונו למכרו, אבל הכביד עליו והערים עד שלקחו ויהיה שלו כבר עבר שני לאוין לא תתאוה ולא תחמוד כמו שביארנו. ואם נמנע האיש ההוא מלמכור אותו או להחליפו לאהבתו בדבר ההוא, הנה הוא יקחהו באונס והכרח לחוזק אהבת הדבר ההוא בנפשו, ויהיה אז כבר עבר על לא תגזול גם כן."

ולכאורה כל זה כשהוא עצמו שם עינו ומתאוה לקנותו, אולם כשע"פ החוק נאלץ למכרו בסכום שנקבע, ולא המשקיע הכריחו למכור אלא בממונו פיצו, פינו ובנו, בזה לכאורה לא עבר על איסור. ודין זה מבואר ברמב"ם בהל' גזילה א,ט-יב, ושם כתב הרמב"ם כמה פעמים בלאו זה דדוקא בהפציר במוכר למכור, וז"ל:

"כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו, או כל דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו, והכביד עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו, אע"פ שנתן לו דמים רבים, הרי זה עובר בלא תעשה, שנ' (שמות כ,טז) לא תחמד, ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה, ואינו עובר בלאו זה עד שיקח

החפץ שחמד ... התאוה מביאה לידי חימוד והחימוד מביא לידי גזל, שאם לא רצו הבעלים למכור אע״פ שהרבה להם בדמים והפציר ברעים יבא לידי גזל ... הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד, והקונה דבר שהתאוה בהפצר שהפציר בבעלים או בבקשה מהן, עובר בשני לאוין, לכך נאמר לא תחמד ולא תתאוה, ואם גזל עבר בשלשה לאוין.״

ומכל זה מבואר דענין לא תחמוד הוא בהפצרת דברים ובאופן שמשכנעו למכור, וכן מצאתי במנחת חינוך (מצוה לח, ד״ה עוד יש לישב קושית המגיד) דהלאו ״הוא על ההפצר״. וכן נראה גם מביאור הפנים יפות (שמות כ,יד) דהאיסור הוא הקנין ״בהשתדלות רצון המוכר״. ולפ״ז בנדון כנדו״ד שאינו משכנעו למכור אלא אחרים הכריחוהו למכור מכח עניני השותפות ולקבל חלקו, והוא משקיע במיזם שבאמצעותו ישלמו למפונה. וגם לא חמד לקנות בית רעהו, רק כשהוצע למכירה לאחר פס״ד הערכאות בענין.

אמנם מדברי החנוך (מצוה לח) יש לדייק דאף בלא הפציר בו והרבה עליו רעים, אלא כל שלקחו ממנו דרך הכרח, עובר בלא תחמוד: ״... שאיסור לאו דלא תחמוד אינו נגמר עד שיעשה בו מעשה. ואפילו נתן הדמים לחבירו על החפץ עובר גם כן על לאו דלא תחמוד, שאין לאו דלא תחמוד נתקן בנתינת הדמים כל זמן שדרך הכרח לקחו ממנו״. ולכאורה גם אם לא הוא עצמו הכריח את המוכר, אלא כיון שהיה דרך הכרח, עובר בלאו דלא תחמוד. ועדיין י״ל דדוקא בהכרח מצד הקונה, משא״כ בנדו״ד.

והראב״ד (גזילה א,ט) השיג על הרמב״ם שכתב דאין לוקין על לאו זה דאין בו מעשה; ״לא ראיתי דבר תמה גדול מזה, והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ. אבל היה לו לומר מפני שהוא חייב בתשלומין, שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב את הגזלה ולפיכך אינו לוקה. וגם זה חייב להשיב את החפץ לבעליו״. מבואר מהראב״ד שמי שחמד בית חבירו, חייב להשיב את הבית למוכר. וברב המגיד כתב בבאור מחלוקתם, דשיטת הרמב״ם דכיון שברצון המוכר נעשה, אין בזה חיוב השבה. אך כתב דשיטת הראב״ד נכונה יותר.

ועל מש״כ הרמב״ם שם: ״... הכביד עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו, אף על פי שנתן לו דמים רבים, הרי זה עובר ...״, הגיה הראב״ד דמיירי בלא אמר רוצה אני, דבכה״ג עובר על לא תחמוד, משא״כ באמר רוצה אני, דלא עבר. ולכאורה הרמב״ם לא פליג בזה. ובמגיד כתב דיש מחלוקת הרמב״ם והראב״ד בלא אמר רוצה אני, אם מקחו קיים, וכמבואר לעיל (בהמשך הראב״ד, הובא לעיל). דדעת הרמב״ם דבכ״ע מקחו קיים אף בלא אמר המוכר רוצה אני, דאף דכל מילתא דאמר רחמנא

לא תעביד אי עביד לא מהני, הרי הוא כגוזל צמר ועשה ממנו בגד שאינו משלם אלא כשעת הגזלה וקנה הדבר בשינוי, ואף כאן קנה בדמים. (ומה שמהני קנין דמים, אף דבגזלן לא מהני קנין דמים, עיין בשער המלך גזילה ט,א דכוונת המגיד, דכי היכי דגבי גזל אהני קנין שינוי אף דעבר על לאו דלא תגזול, הכי נמי בלאו דלא תחמוד מועיל קנין דמים אף דבגזל לא מהני, דבגזל יש גזירת הכתוב והשיב את הגזילה אשר גזל, כעין שגזל, וכאן הגזילה בעין וחייב להחזיר אם אין בה שינוי, ומ״מ לגבי הא מילתא ילפינן מגזל דכל שיש קנין מהני, אף שעבר איסור). אולם לשיטת הראב״ד מבואר דבלא אמר רוצה אני, לא מהני וצריך להחזיר החפץ לבעלים. רק לכאורה מבואר דגם ברוצה אני עובר לרמב״ם על לא תחמוד, ועיין לעיל מה שהבאתי מיד המלך. וע״ע בעצמות יוסף (ריש קדושין ד״ה ובדין האיש) דלשיטת הרמב״ם דבאמר רוצה אני פסול מדרבנן, ובלא אמר רוצה אני, הוי חמסן דאורייתא, עיי״ש.

וההפלאה בפנים יפות (שמות כ,יד) כתב דלכאורה מוכח שאף שרוצה אני עובר בלא תחמוד, דהרי באשת רעך ודאי עובר בלא תחמוד אף באמר הבעל רוצה אני. וכתב דמהאי טעמא לא כתיב בדברות האחרונות באזהרת לא תתאוה - אשת רעך, מפני שלא דיברה התורה על הרהור התאוה שהוא אסור מצד איסור אשת איש. ואיסור אשת רעך נאמר רק בלא תחמוד, והיינו שלא ישתדל להכריח בעלה שיגרש אותה ויקח אותה, ואף דלא הוי גירושין אלא מרצונו, מ״מ עובר על לא תחמוד. וכן בבית שאינו נקנה אלא ברצון המוכר, מ״מ עובר באיסור זה שמכר לו את הבית בהשתדלות הקונה, אף שהיה רצון המוכר.

והסתפקתי אם לשיטת הראשונים דברוצה אני אינו עובר על לא תחמוד, אם צריך אמירה מפורשת, או כשהתנהגותו מוכחת שהוא מסכים, חשיב כאמירת רוצה אני. ומצאתי בב״י חו״מ רה: ״ואפשר דלא בעינן שיאמר בפירוש רוצה אני, אלא כל ששתק וקיבל דמים, אומר רוצה אני קרינן ביה״. וכן בב״ח (חו״מ שנט,ט) שכתב: ״דאמר בפירוש שמוכר שלא מרצונו אלא מחמת אונס, אבל בדשתק וקיבל דמים, רוצה אני קרינן ביה״. וכן כתב הב״ח בחו״מ רה,א, ודייק מדברי הטור שם שכתב בסתם דתליוהו וזבין זביני זביני, מי שאנסוהו למכור ומכר וקיבל הדמים, דהיינו דלא אמר כלום, הרי זה מכר. וכן בלח״מ מכירה י,א הביא מהב״י הנ״ל דכל שקיבל דמים, הוי כאמירת רוצה אני, דחמסן היינו שנתן לו הדמים בעל כרחו, דחמסן הוא מי שצווח מתחלה ועד סוף וקבל הדמים בעל כרחו, אבל תליוהו וזבין דזבניה זביני, דלבסוף שתק וקבל הדמים. ולפ״ז כל ששתק וקיבל הדמים כנדו״ד, אין כלל איסור. (ולכאורה מדברי הסמ״ע רה,א לא משמע כן, שכתב דכל שנראה מהמוכר שאינו מוכרו ברצון, אף שקיבל דמי המקח, אין מכרו מכר, אם לא שהמכירה היתה באונס. אך

נראה דמש״כ הינו לענין ידיעת האונס, דבעינן לידיעת האונס שיגמור בדעתו למכור, ולא לענין אמירת רוצה אני).

והמנחת חינוך לח,ב הקשה על המגיד, דלענין קנין בשינוי יש גזירת הכתוב אשר גזל – כעין שגזל, משא״כ בזה. אך כתב לישב לשיטת המהרי״ט דאם לא יתוקן האיסור גם אם לא מהני, אף רבא מודה דמהני. ולכן גם בחמסן אף אם נאמר שאין הקנין כלום, מ״מ עבר בלא תחמוד, לכן פסק הרמב״ם דהמקח קיים, אף שעבר על הלאו. דאף שהאיסור הוא לחמוד ולא לקנות, וא״כ מה שייך בזה אי עביד לא מהני, דהרי אין האיסור לקנות אלא לחמוד, י״ל, דכיון שכתב הרמב״ם דאינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד, הרי שהקנין מקים האיסור, וע״כ שייך אי עביד לא מהני. אלא שהגרא״ז באבן האזל (גזילה ט,א) כתב דכיון דעיקר הוא החמדה בלב, מזה שפסק הרמב״ם דאין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה, א״כ מוכח דהקניה היא תנאי בקיום האיסור אך אינה האיסור, ולכן לא שייך אי עביד לא מהני. וכן הקשה הגרא״ו בקובץ שעורים (ב״ק קא) על המגיד, דהא הלאו דלא תחמוד אינו תלוי בחלות הקנין, דאפילו לא אמר רוצה אני דלא קנה, עבר על לא תחמוד, ולא שייך לומר בכה״ג לומר לא מהני.

## ג. איך קונה המוכר הדירה החליפית באונס

ונראה דלאמור לעיל אין לאסור לקנות בנדו״ד, כשנפסק בביהמ״ש שעליו לפנות הנכס, ובתמורה יקבל דירה חדשה ומרווחת בבנין החדש שיוקם במקום, ועוד סכום מסוים של כסף. ויש לדון ע״פ מש״כ הב״י חו״מ רה,יב, הביאו להלכה הרמ״א רה,יב, בשם בעל העיטור (אות מ, מודעא מא), דדוקא אנסוהו למכור גמר ומקני, אבל אנסוהו לקנות לא אמרינן אגב אונסיה גמר וקני. דלפ״ז איך קונה המעות והדירה החליפית, דאגב אונסיה לא אמרינן גמר וקני, וממילא לכאורה כיון שלא זכה המוכר בתמורה, לא קנה הקונה את הנמכר באונס.

וכדעת העיטור נמצא בדברי המאירי (ב״ב מ,ב): ״מי שאנסוהו לקנות, אין אומרים אגב אנסיה גמר וקני אלא קובל לבית דין ומחזירין אותו, ואפילו לא מסר מודעא, ואפילו נתנו לו מעות בכדי לקנות, וכן כתבו גאוני הראשונים״. אמנם מדברי הרמב״ם בהל׳ אישות ד,א שכתב דהאיש שאנסוהו לקדש קדושיו קדושין, מוכח שגם קונה באונס. וכן נראה מדברי הרשב״א בתחילת קדושין (ב,ב), שהביא דברי הרמב״ם ודברי העיטור, וכתב דנראין דברי הרמב״ם, דאי אגב אונסו גמר וזבין, כל שכן דגמר וקני. ובשו״ע אהע״ז מב,א הביא את ב הדעות, דעת הרמב״ם ודעת בעל העיטור, לענין אנסוהו לקדש.

ובשער המשפט רה,ד הוכיח דדעת המחבר כדעת הרמב"ם, ממש"כ בשו"ע חו"מ רה,ג דפשרה דינה כמכר, ואם אנסוהו להתפשר, הרי הפשרה קיימת, בין שהתובע אנס הנתבע ובין הנתבע אנס התובע. ובפשרה שאנס התובע את הנתבע, וע"י זה אנסוהו לקנות, מדוע קיימת לדעת העיטור. ומזה הוכיח דדעת המחבר כרמב"ם והרשב"א, ולא כמו שפסק הרמ"א בסע' יב כדעת העיטור.

ומדברי החתם סופר בחידושים לב,ב (מז,ב ד"ה והנה) מבואר דסברת העיטור דאגב זוזי אין כאן רצון ודעת לקנין אלא סילוק שמסלק עצמו מהחפץ, וכשמסלק עצמו, קונה הקונה. וכיון שקנין אין כאן, לא שייך שיקנה אגב אונסיה אלא רק שימכור. וז"ל:

"... אך למסקנא דמסיק מודה שמואל היכי דיהיב זוזי ויהיב, לא הוי יהיבא. הכי נמי במקנה לא אמרינן שדעתו להקנות לחבירו כלל, אלא סילוק שמסלק עצמו משלו אגב אונסיה, וממילא זכה אידך, אבל קנין לא שייך, אם אין דעת לקנות אינו קונה בעל כרחו ..."

מבואר מהחת"ס דאף שלא אמר רוצה אני, ובאמת אפשר שאינו רוצה למכור, כיון ששתק וקיבל דמים בעבור המכירה, סילק את עצמי מהחפץ, ולכן מהני המכירה, משא"כ לקנות דבעינן רצון ממש שירצה לקנותו, כיון שהכפיה אינה עושה כונה ורצון רק סילוק רצון, לא מהני.

[וראיתי בדובב מישרים לגאון מטשיבין, ח"ג סי' סד, שכתב לישב בדרך זו קושית האחרונים, על הא דאיתא בר"ה כח,א דאם כפאוהו לאכול מצה יצא, דש"מ מצות אין צריכות כוונה, והקשו האחרונים (עיין בפני יהושע שם ד"ה שלחו), דהא אפילו אין צריכות כונה, מ"מ הלא כונה להיפוך לא מהני, למש"כ הרבינו יונה ז"ל (ברכות ו,א מעמוה"ר ד"ה ורבינו), והרי בכפאוהו לאכול מצוה, מתכוין שלא לצאת ידי מצוה, כיון דכופין אותו, ואיך יצא למ"ד מצות אין צריכות כונה. וכתב לישב ע"פ הנ"ל, דכפיה לא מהני לעשות לו כונה, לכן אם מצות צריכות כוונה לא מהני הכפיה, אך מהני הכפיה שמסלק את עצמו מהתנגדות שלו, כמו בתליוהו וזבין דמהני שמסלק את עצמו והוי כלא כיון, ולכן אם לא צריכות כוונה, אין כונה להיפוך, דאגב אונסיה סילק הכונה ההפוכה.]

ואת הקושיא הנ"ל, איך קונה הקונה בתליוהו וזבין, הרי הקונה לא קונה באונס את תמורת המכירה, נמצא בנתיבות רה,יח. ושם דן הנתיבות במי שאנסוהו למכור תמורת חפץ, דאנסוהו תמורת כסף אינו בבחינת אנסוהו לקנות, דאנסוהו לקנות שייך רק בחפץ ולא בדמים, ודמים ודאי רוצה לקנות, וכל השאלה באנסוהו תמורת חפץ,

כך עולה מהנתיבות. דדמים ודאי רוצה, ולא שייך בזה אנסוהו לקנות, דאגב זוזי גמר ומקני, ורק שרוצים לתת לו בתמורה שוה כסף, הוי כאנסוהו לקנות ג״כ, ובזה היה שייך לומר, דכמו שהקונה לא קונה, כך גם המוכר לא יקנה. וע״ז כתב הנתיבות, דכמו דאמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה, הכי נמי אמרינן אגב אונסא ושוה כסף גמר ומקני, דהא יכול למכור השוה כסף בעד מעות, והוי כקיבל דמים. והקשה הנתיבות, דהנאנס לא קנה החפץ שנתן לו האנס בחליפין, דהא אנסוהו לקנות לא קנה, וא״כ גם האנס לא יקנה. וכתב דזה אינו, דכל המוכר בעד שוה כסף בתורת דמים אין לו קנין בגוף החפץ שמקבל בתמורה, רק שנעשה חיוב על הלוקח לתת חפץ זה, כמבואר בב״מ מה,ב דהזהב מחייב את הכסף, ועיין שו״ע חו״מ רג,ג בט״ז שם, וכיון דאין לנאנס קנין בגוף החפץ, לא שייך גביה לומר אנסוהו לקנות, רק אנסוהו למכור דגמר ומקני.

וכוונת הנתיבות לכאורה דתמורת המכירה אינה החפץ אלא ההתחייבות לתת את השוה כסף והוא החפץ, וכיון שנתן החפץ, אף אם לא קנה הלוקח, מהני המכירה, דהמוכר מילא את התחייבותו בכך שנתן התמורה לרשותו, דהמכירה תלויה בקיום התחייבות המוכר במתן התמורה, והוא נתן התמורה, לכן המכירה חלה, ותמורת המכירה היא ההתחייבות למתן החפץ, ולא שיקנה המוכר את החפץ. משא״כ אם ימכור לו תמורת חפץ מסוים, יש לזה דין חליפין, וככל שהמוכר אינו קונה, כך גם הקונה אינו קונה. ולפ״ז בנדו״ד צ״ע, כיון שמיחד לו דירה אחרת בתמורה. אא״כ נאמר דהתנהגותו אח״כ בכניסה לדירה, מוכיחה על רצון וכאמירת רוצה אני. ועיין בגרנ״ט סי׳ צא דיש לדון, דאף בחליפין אין הנאנס צריך לעשות קנין אלא נקנה לו ממילא. ועיי״ש דאף אם הקנין בכסף, אין צריך שהקונה יקנה הכסף אלא סגי בנתינה בלבד למוכר, אף אם לא קנה הכסף.

ועיין בדברי משפט רה,יג דכתב דפשוט דאת תמורת המכירה, רוצה הקונה לקנות, דמה שאינו רוצה ואנסוהו הוא על המכירה, אולם על התמורה רוצה לקנות, ודין אנסוהו לקנות דלא מהני, היינו שאנסוהו על עצם הקניה, דכיון שאינו רוצה לקנות, לא מהני, אך על תמורת המכירה ודאי רוצה לקנות. והיינו שאינו רוצה ללקות פעמיים, גם להפסיד הנמכר, וגם לא לקבל התמורה. וכן נראה מחידושי הרי״מ ב״ב מז,ב (ד״ה שם אמר) דאגב זוזי גמר ומקני, ורוצה שהחפץ יהיה של הקונה והוא יקבל המעות, דאף שאפשר שטוב יותר בעיני המוכר שלא לקנות המעות ולא להשתמש בהם, והקונה לא יקנה החפץ ע״פ דין, ויוכל להוציא מהאנס על פי דין כשיחזיר מעותיו, אולם כיון שבין כך יטול הקונה את החפץ, ודאי טוב לו שיהיו המעות שלו ושיקנה הלה על פי דין. ומ״מ לסברת הדברי משפט וחידושי הרי״מ, אין מקום לשאלה בנדו״ד.

ובשואל ומשיב (תנינא, ח״ד סו״ס קנא) כתב, דהא דלא מהני בקניה באונס, מפני שכשאנסוהו לקנות מכריחים אותו לתת דמים, וזה אינו רוצה לתת דמים, וכיון שכן דמי לתליוהו ויהיב דלא מהני. ולפ״ז בכל תליוהו וזבין שמקבל מעות או חפץ מסוים, לא שייך לומר שלא תועיל המכירה, דמה שקונה בתמורה למכירה אינו בבחינת אנסוהו לקנות, ורק מה שמכריחים אותו לקנות ולתת דמים לא מהני. וזה לכאורה לא כקצוה״ח במשובב נתיבות ט,ב הנ״ל, דאף בלא דמים לא מהני לקנות. המשובב למד דדעת הנתיבות בטעם דאנסוהו לקנות דלא קני, מפני שאינו מקבל מעות. ואינו כן, אלא אפילו נתן למקבל חפץ ונותן לו גם דמים ואונסו על כך, אפ״ה לא קני, דלקנות לא מהני באונס לדעת העיטור; ״ואם אנסוהו לקנות תרקבא דדינרי והרי כאן זוזי ואונסא, ואפ״ה כל אנסוהו לקנות לא קני, והיינו דאגב אונסא וזוזי גמר ומקנה אמרינן, אבל לא גמר וקני אפילו אגב אונסא וזוזי״. וא״כ ודאי שאם אנסוהו לקנות ללא מתן דמים, למשובב לא מהני, דאפי׳ היו נותנים לו דמים לא מהני, כל שכן באנסוהו לקנות בחינם.

## ד. דינא דמלכותא בקרקעות

לאמור לעיל אין לאסור על הקונה להשקיע בתוכנית פינוי בנוי, ולא ראיתי צורך להכנס בענין זה לשאלה אם אפשר לצרף דמהני מכח דינא דמלכותא החל על קרקעות, אולם כיון שבמסגרת השאלה נשאלתי גם בענין דינא דמלכותא לענין קרקעות הנמצאות במדינת ישראל, אם הדבר מחייב ע״פ ההלכה, ראיתי להביא את דעות הפוסקים בענין.

דשנינו כמה פעמים בש״ס דברי שמואל דדינא דמלכותא דינא, לענין אסור הברחת מכס (ב״ק קיג,א), בניית גשרים ודרכים (ב״ק קיג,א), שטרות (גיטין י,ב), קנית קרקע מעכו״ם (ב״ב נד,ב), ולענין אריסא דפרסאי. והרמב״ם בהל׳ גזילה ואבידה ה,יז-יח, כתב וז״ל:

> ״מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר, מותר לעבור עליו, וכן אם הרס בתים ועשה אותן דרך או חומה, מותר ליהנות בה, וכן כל כיוצא בזה, שדין המלך דין. במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים, אבל אם אין מטבעו יוצא, הרי הוא כגזלן בעל זרוע, וכמו חבורת ליסטים המזויינין, שאין דיניהן דין, וכן מלך זה וכל עבדיו כגזלן לכל דבר.״

מבואר ברמב״ם שגדר מלכות שדינה דין, כשהמלך שולט בחיי המסחר והכלכלה, והמטבע החוקית שקבע המלך, היא המטבע הנסחרת בין בני אותה מדינה.

ומדברי הרשב״א בתש׳ נראה דאין צריך שיהיה דוקא מלך, אלא כל שר ומושל בעירו דינו דין. הרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ תרלז) השיב: ״דכל שלטון ישראל הממונה בעירו ומושל במקומו דינו דין. והוא בעירו בכלל דינא דמלכותא, כל זמן שעושה כחוקי מקומו, דומיא דמלך ממש, זה ברור. והראיה, תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי, כלומר הפקידים הממונים״. ועיין כנסת הגדולה (מהדור״ב חו״מ סי׳ שסט, הגה״ט ס״ק י) שכך למד בדברי הרשב״א, דלא כש״ג ב״ב (כט,א מעמוה״ר, אות ג) שצריך להיות שליח מהמלך. דכדברי כנה״ג נראה מתש׳ הרשב״א (ח״א סי׳ תריב). הרשב״א נשאל בשלטון שהעליל על יהודי, והתפשרו עימו בסך ידוע, והשלטון נתן לפקיד יהודי אחוז מסוים מדמי הפשרה, והשאלה אם מותר לאותו פקיד יהודי לקבל את חלקו, אחר שהודה הנותן בדבר מרצונו. והשיב הרשב״א: ״אם השלטון הזה יש בו כח לעשות חוקים בעירו, דינו דין, דקיימא לן דינא דמלכותא דינא. ומי שמענשין המקלקלים, כגון הגזלנים והגנבים והרצחנים, וכיוצא בזה ממשפטי המלוכה והאדנות הוא זה, ודינן בכל אלו וכיוצא באלו דין״. ומבואר שאם יש להם סמכות לדון ולשפוט, יש להם דין של מלכותא, שדינם דין, ומבואר דלאו דוקא מלך, וכמש״כ בכנסת הגדולה.

ומדברי הרא״ש בנדרים ג,יא מבואר שהטעם שדינא דמלכותא דינא; ״שארץ שלו היא, ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו שלא יהנה אדם מארצו אלא מדעתו ובקצבתו״. מבואר לכאורה דדוקא מי שהארץ נחשבת שלו והוא כבעלים על קרקעות הארץ, בזה יהיה דינו דין. והוא כדעת הר״ר אליעזר ממיץ בפ״ד דנדרים, הביאו האור זרוע (ב״ק סי׳ תמז, הובא גם בתש׳ מהר״ח או״ז סי׳ קי, בשם אביו האו״ז), וז״ל:

> ״והיינו טעמא דדיניה דינא, שהארץ שלו היא ואין רשאי אדם שיעמוד בארצו אם לא במצותו. אבל אם קוצב על מלכות שכבשו בגולה, כי ההיא סיקריקון דגיטין או אדם שאינו חפץ בארצו, לאו כל כמיניה. ולכך במלכי ישראל אין דיניה דין, שארץ ישראל לכל אחד ואחד ואינה של מלך, אבל באומות העולם כך דינם שכל הארץ למלך. והוא הדין בכל הדיוטות שאם קצבו שאל יהנה אדם מארצם אלא בקצבתם, שדינם דין. ושמואל קמ״ל דכל הארץ למלך היא. והיינו דאמר בהגוזל בתרא דקטלי דיקלי וגשרי גושרי, שהדקלים והקרקעות שלהם.״

ומבלי להכנס עדיין לשאלה של דינא דמלכותא במלכות ישראל בארץ ישראל, מבואר שדין המלכות הוא דוקא בקרקע. ולכאורה צ״ע, דמדין מכס המבואר בב״ק קיג,א, משמע דבכל ענין כך הדין, ואפשר לפרש דמדובר במוכס על דרכים וקרקעות, וכמש״כ החזו״א (עיין להלן) דגובים מס על זכות המעבר בקרקע. אמנם מגיטין י,ב, י״ל דזו דחיית הגמ׳ שם באי בעית אימא. דבגיטין מיירי בכל השטרות, משא״כ בב״ב

נג,ב מיירי לענין שטר קנית קרקע, (ועיין בגר"א חו"מ שסט,לו, דכן פירש לענין הא דאיתא בגיטין י,ב, דמיירי לענין שטרי קרקעות). אמנם במהריב"ל ח"ג סי' כט נקט בפשיטות כדעת הר"א ממיץ, דדוקא במקרקעי או בעבדים שהוקשו לקרקעות, קיי"ל דינא דמלכותא דינא, ולא בשאר ענינים. וכן בבנימין זאב בתש' (סי' תכ) בשם הראבי"ה פ"י דב"ק (בדפוסים שלנו לא נמצא) דדינא דמלכותא דינא דוקא בדברים השייכים בקרקעות. וכן ברדב"ז (ח"א סי' כט), דאיכא מ"ד דדינא דמלכותא דינא דוקא במסים וארנוניות וכיוצא בהם, שהם דברים נוגעים אל המלך, ואיכא מ"ד דבכל דיני קרקעות אמרינן דינא דמלכותא, "והכי נקטינן". והרמ"א בחו"מ שסט,ח, הביא ב הדעות, והכריע דבכל ענין, ולא דוקא בקרקעות, אמרינן דינא דמלכותא דינא, וז"ל:

"י"א דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלוים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא. ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא, ולכן המלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא, וכן הוא עיקר."

וכן פסק הלבוש בע"ש שסט,ח דבכל ענין אמרינן דינא דמלכותא, ולאו דוקא בקרקע,

וכן בכנסת הגדולה (מהדר"ב שסט, הגב"י ס"ק לג) דדעת רוב הפוסקים דאף בדברים שאינם שייכים לקרקע אמרינן דינא דמלכותא. וכן נראה מדברי החזו"א (חו"מ ליקוטים טז,י) הביא ראיה מב"ב נה,א דאפי' בשעורים שבכד יש דינא דמלכותא, וכן בנדרים כח,א לענין מכס על פירות, אך דחה דאפשר דנוטלים מכס על זכות המעבר בקרקע. ומ"מ נראה מסקנת דבריו דדינא דמלכותא אינו דוקא בקרקע: "ואפשר שאין דינא דמלכותא אלא על נכסים ולא על הגוף, להטיל חוב [רק משום מצוה לשמוע דבר המלך ולחפוץ לשלומו], לזה פירשו דהקרקע שלו, וממילא המכס שהוא מטיל זוכה מעיקר הדין ככל חוב, אבל מודים דיש כח בדינא דמלכותא להפקיר ולהפקיע, וכמש"כ ר"י". גם הגרא"ז באבן האזל (נזקי ממון ט,ה) כתב דאינו מובן החילוק בין מטלטלין לקרקע, לומר דדינא דמלכותא לא הוי דינא אלא בקרקע. ובש"ך עג,לט שהאריך שם לברר דאין הולכין בדינא דמלכותא נגד דיני התורה, לא חילק בין קרקע למטלטלין. ועיין להלן מה שהבאתי מהדברי מלכיאל.

אמנם מהאבני מילואים כח,ב נראה שפוסק דדינא דמלכותא רק בקרקע. האבנמ"ל דן לענין החובה להחזיר אבידה וגזילה לאחר יאוש מדינא דמלכותא, וכתב דדבר זה הוא רק מלפנים משורת הדין ולא מעיקר הדין של דינא דמלכותא; "דהתם לאו משום דינא דמלכותא אתינן עלה, דלא אמרו דינא דמלכותא דינא אלא בקרקע, וכמ"ש בש"ך שם, אלא דודאי מדינא יאוש באבידה או יאוש ושינוי רשות בגזילה קנה לוקח אלא משום שאמרו בגמ' דלפנים משורת הדין מחזירין אחר יאוש, וראו בי"ד לכופו על הישר והטוב לפנים משורת הדין".

ומ״מ אין נפק״מ לנדו״ד שהוא ענין של קרקע, והפקעת הקרקע היא אינטרס של המדינה לנצל קרקעות ולפתור את בעית הדיור, וע״כ עד כמה שיש דינא דמלכותא בארץ ישראל ובמלכות ישראל, אמרינן דינא דמלכותא. והוא חק קבוע לכל (עיין במהר״ח או״ז בדברי הר״א, וכן במאיר נדרים כח,א ועוד). אך נפק״מ לסברת ר״א לענין מלכות ישראל בארץ ישראל, דשני הדינים, דוקא בקרקעות ולא בארץ ישראל, תלויים בהדדי (עיין להלן), וכיון שפסק הרמ״א דלאו דוקא בקרקעות, וכן נקטו פוסקים רבים, יהיה נפק״מ לקרקעות בארץ ישראל.

## ה. דינא דמלכותא בארץ ישראל

והובאו לעיל דברי הר״ר אליעזר ממיץ: ״ ולכך במלכי ישראל אין דיניה דין, שארץ ישראל לכל אחד ואחד ואינה של מלך״. וכן בתש׳ בעלי התוס׳ (סי׳ יב, מר״ת) דדינא דמלכותא הוא דוקא באומות העולם, אבל מלכי ישראל ומלכי בית דוד דנין אותו כדאיתא פ״ב דסנהדרין, ואין יכולין לגזול שלא כדין. ואפילו למ״ד כל האמור בפרשת מלך, מלך מותר בו, אין לך בו אלא חידושיו, ואת כרמכם יקח ונתן לעבדיו אוסרי מלחמתו, אבל לא לעצמו, להרבות לו הון ולהיות לו לגן ירק. ולכאורה לר״א מייץ י״ל דכל סברתו דדוקא בקרקע אמרינן דינא דמלכותא, ובארץ ישראל אין למלך ישראל בעלות על הקרקע; ״ שארץ ישראל לכל אחד ואחד ואינה של מלך״, וא״כ לפוסקים הנ״ל דדינא דמלכותא אינו דוקא בקרקע, גם בארץ ישראל אמרינן דינא דמלכותא. אולם לדעת ר״ת שהמלך כפוף ג״כ לדיני תורה, אין לזה שייכות לדין הקרקע, אלא בכל ענין מלך ישראל כפוף לדין תורה, ולכן במלך ישראל, גם בחו״ל, לא אמרינן דינא דמלכותא, אלא רק מה שנאמר להדיא בדיני מלך. והרשב״א בנדרים כח,א הביא את דברי הר״א, והוכיח כדבריו כדעת ר״ת, דמלך ישראל כפוף לדין תורה, וז״ל:

> ״ופירשו בתוס׳ בשם ה״ר אליעזר, דדוקא במלכי אומות העולם אמרו דינא דמלכותא דינא ומשום דמצי אמר להו אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם, שהארץ שלו היא, אבל במלכי ישראל לאו דינא, דאינו יכול ליטול מהם משלהם כלום, לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה ואין בה למלך יותר מלאיש אחר. ותדע לך דהכי הוא, דהא איכא מ״ד (סנהדרין כ,ב) כל האמור בפרשת מלך מלך אסור בו ולא נאמר אלא ליראם ולבהלם, ואמאי תיפוק לי משום דדינא דמלכותא דינא, אלא דלא נאמרו דברים אלו במלכי ישראל אלא במלכי האומות.״

הרי שאף שנימוק הר״א הוא כיון שבקרקע של ארץ ישראל כולם שותפים בה, הוכיח הרשב״א מסנהדרין כ,ב דאין דינו דין במלך ישראל, ולכאורה לפ״ז אינו תלוי

בקרקע. וכן נראה מדברי הרשב״א בתש׳ (ח״ב סי׳ קלד) דבארץ ישראל לא אמרינן בה דינא דמלכותא דינא; ״לפי שארץ ישראל ירושה היא לנו מאבותינו, להדיוט כמלך״. אולם מש״כ בחידושיו לנדרים, י״ל דוקא מלך ישראל בארץ ישראל ולא בחו״ל, דכן מבואר להדיא בתש׳ הרשב״א (ח״א סי׳ תרלז): ״דכל שלטון ישראל הממונה בעירו ומושל במקומו דינו דין. והוא בעירו בכלל דינא דמלכותא כל זמן שעושה כחוקי מקומו דומיא דמלך ממש ... ואף במלכי ישראל בחוצה לארץ, ודוקא בארץ שהיא ירושה לכל ישראל הוציאו רבותינו הצרפתים בנדרים״. הרי דדוקא במלכות ישראל בארץ ישראל הוציאו מכלל הדין של דינא דמלכותא. וכדעת הר״א ממיץ הובא בנימוק״י נדרים (י,א מעמוה״ר); ״והסכימו רוב המפרשים ז״ל דדוקא במלכי אומות העולם, ודינא דמלכותא דוקא, כלומר חוקי המלך הקבועין במלכות ע״פ הגדולים. אבל דין שההגמון עושה מדעתו אינו דין. ומלכי ישראל אין דנין דין אלא על פי התורה״. וכן הוא בר״ן נדרים כח,א, וכן מובא בתש׳ הריב״ש (החדשות סי׳ ט) בשם הרא״ה.

אמנם יש שסברו שדינא דמלכותא נובע מפרשת המלך, ולכן עיקרו נאמר ביסודו למלכי ישראל, ומהם ילמדו למלכי האומות. כך מוצאים ברדב״ז בהל׳ מלכים ד,א. הרמב״ם שם פסק: ״רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס ואסור להבריח מן המכס, שיש לו לגזור שכל מי שיגנוב המכס ילקח ממונו או יהרג, שנאמר: ואתם תהיו לו לעבדים ...״ וכתב הרדב״ז שם: ״פרק כה״ג פלוגתא דתנאי ואמוראי, ופסק כדר׳ יוסי ושמואל שאמרו כל האמור בפרשת המלך מותר בו. ואמרינן בכמה דוכתי דינא דמלכותא דינא. ואפילו מלכי הגוים אמרינן בהו דינא דמלכותא דינא״. לכאורה מבואר שדינא דמלכותא נגזר ממלכי ישראל באר״י, ומינה נלמד למלכי האומות. וכן נראה מדברי המבי״ט בקרית ספר (גזילה פ״ה) לענין אסור גזילה ממוכס: ״וגבאי המלך שמטבעו יוצא, שגובין דבר שהוא חוקק לכל, אינו גזל דדינא, דמלכותא דינא כדילפינן מקראי דמשפט המלוכה, כדנילף בהלכות מלכים בס״ד, ואפילו מלך גוי״. הרי שעיקרו נלמד מפרשת המלך. ועיין מש״כ הגאון מטשיבין בדובב מישרים ח״ג סי׳ פט. ועיין במהרי״ץ חיות נדרים כח,א מה שכתב על דברי הר״ן, ומבואר מדבריו דדינא דמלכותא יסודה מדיני מלך ישראל.

ובתש׳ דברי מלכיאל (ח״ו סי׳ סה, י״ל ע״י מוסד הרב קוק מכת״י לאחר מיתת המחבר, בניגוד לחמשת הכרכים הראשונים, מכת״י שניתן ע״י בן המחבר) דן במחלוקת הראשונים אם דוקא בקרקע אמרינן דינא דמלכותא, וכן אם יש דינא דמלכותא בארץ ישראל ובמלכות ישראל. ושם באות יד-טז כתב דדינא דמלכותא נובעת או מכח מנהג העיר, שהולכים בכל עניני העיר והמדינה אחר מה שהכריעו ז טובי העיר, או מכח תנאי שבממון, שהמלך מוכן שידורו במקומו רק בתנאים מסוימים, שיקיימו את חוקיו, וז״ל:

"ונראה גדר הדברים, שכמו שבהנהגות העיר מבואר בכמה מקומות שהולכים אחר רוב דיעות העיר, ולענין לחדש איזה דבר בעינן כל דעות, וז' טובי העיר יש בהם כח להנהיג העיר באין מוחה, אבל לא כשיש מוחה, ומכל שכן לחדש דבר מכל וכל. ובמקום שמנהג שז' טובי העיר עושים ומתקנים כרצונם, הרשות בידם ... שכל דינים אלו אינם מדין גמור, רק מצד שע"מ כן נתיסדה העיר ונתקבצו ונשתתפו בישיבה והוי כתנאי השותפין והאומנין, ודין זה ג"כ בכל בני המדינה, שכל מדינה נתיסדה ע"ד כן, שהמלך ינהיגה ויעשה כרצונו לתקנת המדינה וכפי שכלו, ויוכל לשלוח שלוחיו, ולמלאת ידיהם לעשות צרכיו ולהעריך מיסים וכד' ... וכמה פעמים נמצא שהמלך חטא נגד בני מדינתו והעבירוהו, כי הוא נתמנה להשגיח עליהם לטובתם, ואף כי לפעמים יתראה לפי שכלינו שהוא קלקלה, אבל כיון שכוונתו לתקן, תקנתו תקנה, משא"כ אם כוונתו לקלקל, אז אין תקנתו תקנה, שע"ד כן לא נשתתפו. וזוהי שיטת הפוסקים דהוי דינא דמלכותא דינא בכל גוונא (ועיי"ש מה שהביא ממהרשד"ם חחו"מ סי' נה והקשה עליו) ... ושיטת הפוסקים שתלוי דוקא בדברים השייכים לקרקע, דעתם בזה בדרך אחרת, לפי שהיהודים הם בכל מקום גולים ואינם מתחברים כלל עם אומות העולם, ורק שלא יניחם לדור שם אם לא ישלמו כל המיסים השייכים לקרקע. וא"כ הרשות ביד המלך לקחת מהם בעד זה, אבל זולת זה לא קבלו על עצמם הנהגותיו ונימוסיו, ולא נחתו אדעתא דהכי להשתעבד לו ולהיות שוה עם אזרחי המדינה, וכמורגל בפי כל שבעת שנתישבו היהודים באיזה מדינות, נתישבו על זכויות מיוחדות."

הרי שזה גדר של הסכמת השותפים, או תנאי שיכול המלך להתנות שרק ע"ד כן נותן להם זכות מגורים במקום. ונפק"מ אם הוי דוקא בקרקע או בכל דבר, שאם הוא תנאי בשותפות, הרי זה בכל ענין, ואם נותן להם זכות חניה בקרקע, זה רק בדברים השייכים לקרקע. וכן במלך ישראל בארץ ישראל, אם הוי כתנאי בשותפות, יש גם בזה דינא דמלכותא, משא"כ אם מכח זכות שנותן להם חניה בקרקע, אין זה שייך בארץ ישראל, וכמש"כ הר"א ממיץ, דארץ ישראל שייכת לכלל ישראל לכאו"א, וממילא אין המלך נותן הזכות, ולכן אין בו דינא דמלכותא. אולם ככל שמדובר במלך שאינו כפוף לדיני תורה, שיכול ע"פ חוקיו לסלקם מהארץ, והוא זה שנותן להם את זכות הישיבה במקום, בזה דין מלכותו דין.

ומש"כ הדברי מלכיאל דהוא תנאי והסכמה בין השותפים, כן נראה מדברי הרשב"ם ב"ב נד,ב (ד"ה והאמר), בבאור דינא דמלכותא; "כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם, דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, והלכך דין גמור הוא, ואין למחזיק בממון חבירו

ע״פ חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל״. ומה שמקבלים חוקי המלך ברצונם, נראה דאף אם יש חוקים שאינם ברצונם, כיון שהמלך נבחר לטובת הציבור, והציבור מסכימים ומעונינים בחוקים שהם לטובת המלכות והם לטובתם, והרי זה כהסכמת השותפים, שאף אם לא מסכימים לכל דבר, הרי הסכימו לנהוג בכך ע״פ רוב, ואף אם השותף מהמיעוט, הרי הסכים שעניני השותפות יתנהלו ע״פ רוב. וכך גם בחוקי המלך, הסכימו בני המדינה שהמלך ינהל את ענייניהם, ואף אם במקרה מסוים אין ציבור כזה או אחר מסכים, קיימת הסכמה לחקיקה מצד המלך.

וכן למד בתש׳ חתם סופר (חחו״מ סי׳ מד) מדברי הרשב״ם הנ״ל דאין לחלק בין מלך אומות העולם למלך ישראל, שאפי׳ מלך ישראל שאין הארץ שלו כ״א לשבטים התחלקה הארץ, מ״מ כל נימוסיו וחקיו מקבלים עליהם ברצונם ומחילה גמורה הוא. אך כל זה בתנאי שהחוקים אינם נוגדים דין תורה, למה שכתוב בתורה במפורש, דנגד דבר המפורש בתורה, למלך אומות העולם אין שומעים, וק״ו למלך ישראל.

ולפ״ז נראה לענ״ד שהאידנא במדינת ישראל, שקיבלו זכות הקמת המדינה מאומות העולם, ואין השלטון מכפיף עצמו לחוקי התורה ודיני המלך האמורים בפ״ב דסנהדרין ועוד, וברמב״ם הל׳ מלכים ועוד, ויש בידם הכח הבינלאומי והחוקי לקבוע מי ידור והיכן, אין השלטון נחשב כ״מלכות ישראל״ לענין דינא דמלכותא, ואף שמכריזים על הזכות ההיסטורית של עם ישראל בארץ ישראל, מ״מ אינם מכירים בהלכות כחוקים התקפים, וממילא אינם בגדר מלכות ישראל, וממילא כלפיהם יש לומר דינא דמלכותא דינא גם לשיטת הר״א ממיץ ודעימיה, שהרי יכולים להתנות עם כאו״א אם ידור והיכן, ואם לא ישמע לחוקי המדינה, בידם לסלקו מהמדינה או לשלול ממנו זכות תושב ואזרח.

ולכאורה הדבר תלוי אם אמרינן דינא דמלכותא באר״י במלך שאינו יהודי. ולכאורה מדיוק בראשונים הנ״ל משמע דדוקא במלך ישראל באר״י לא אמרינן דינא דמלכותא, אבל לא במלך שלא הכפיף עצמו למשפטי התורה. ועיין במש״כ הגרש״ז אויערבך זצ״ל במעדני ארץ (סי׳ כ סע׳ ח, עמ׳ קכא) שלמד מדברי הר״ן בנדרים (הנ״ל) שמלך ישראל שכובש ארץ, אפי׳ אינה אר״י, כיון שאין הארץ ממש שלו כרכוש פרטי, אף שלטובת הארץ יכול לחוקק חוקים, כיון שאינה שלו, צריך הוא להתחשב במה שהוא לטובת המדינה; ״ואם אינו מתחשב במצוות התורה ומתנהג כמלך עכו״ם, אין שומעין לו ואין דינו דין. משום דדוקא עכו״ם שאינו חייב במצוות הוא דאמרינן שדינו דין, משא״כ במלך ובני מדינה ישראל״.

וראיתי בפד״ר (כרך ה, עמ׳ 268 ולהלן) שנחלקו הגר״ב זולטי זצ״ל והגר״ע הדאיה זצ״ל, לענין שטרות שיש להם תוקף מכח חוקי המדינה, אם הדבר נכון גם

במדינת ישראל. הגר״ע הדאיה הזכיר את דבריו בישכיל עבדי (ח״ו חו״מ כח) דדינא דמלכותא נוהג גם במדינת ישראל, והגר״ב זולטי כתב, דלמש״כ רש״י בגיטין ט,ב בטעמא דדינא דמלכותא, משום דבני נח נצטוו על הדינין, ולכן במקום בו השלטון נכרי, דין המלכות הוא כדין, שהרי אצל בן נח אלו דיניהם, ולכן מהני אף ביהודים שעשו שטרותיהם בדיניהם, שהרי אצלם השטר קונה כדין, משא״כ במדינת ישראל שכולנו מצווים לשמור ולקיים את כל משפטי התורה, א״כ כל שטר שנעשה שלא כד״ת אין לו כל תוקף. אלא שי״ל שלא גרע מסיטומתא דקני. ודברי הגר״ב זולטי עולים למש״כ הגרש״ז אויערבך.

ועיין בציץ אליעזר (ח״ה סי׳ ל) שכתב לענין חוק הגנת הדייר, שיש לו תוקף ע״פ דין תורה: ״בכגון הנהוג כאן באופן קבלת ההחלטות בכנסת, עדיפא קבלת החקים ותקפם עוד יותר משאר דוכתא של דדינא דמלכותא דינא. כי הרי החוקים מתקבלים אחרי הצבעת ההסכמה עליהם ע״י רוב חברי הכנסת, וכידוע חברי הכנסת המה נבחרים שנבחרו ע״י רובו ככולו של הציבור בארץ ונבחרו לשם ענינים כאלה בעמידה על המשמר לטובת אנשי המדינה ולטובת האינטרסים של בוחריהם, וא״כ הרי כל חק המתקבל ע״י החלטת רובם נחשב זה כנתקבל ברצון ע״י קהל שולחיהם הבוחרים, וכל בכה״ג דהוו כסברו וקבילו בודאי יודו כו״ע שמהני דבר ההסכמה לכך גם כשזה נגד דין תורה, ונחשב כמחלו זה לזה זכותם שמגיע להם ע״פ דין תורה״. וסברא זו למש״כ לעיל דהוא מכח הנהגת הציבור והשותפים, בדברי הראשונים הסוברים דמהני דינא דמלכותא בכל מקום, וכמש״כ מהחתם סופר והדברי מלכיאל.

וכן מוצאים בפד״ר (ח״א עמ׳ 283 ולהלן, בראשות הגרי״מ בן מנחם זצ״ל) לענין העברה בטאבו, אם הוי קנין החלטי מדינא דמלכותא, ודן אם באר״י במלכות ישראל אמרינן דינא דמלכותא, ומסקנת הדברים דדינא דמלכותא הוא גם וכל שכן במלכי ישראל באר״י, ועיקרו של הדין בנוי על הנאמר בפרשת מלך, עיי״ש. ומ״מ לאמור לעיל, גם אם לא נכנס להכרעה אם יש בחוקים אלו משום דינא דמלכותא, נראה שאין לאסור על המשקיע לקנות זכויות בתוכנית פינוי בינוי.

**לאור האמור, אין לאסור על השואל להשקיע בתוכנית פינוי בינוי.**

# סימן כו

## שכיב מרע שנתן לנכדים שלא נולדו עדיין

### ראשי פרקים

**א.** מקנה לעובר
**ב.** מזכה לעובר בנו
**ג.** מתנת שכיב מרע בדבר שלא בא לעולם
**ד.** מצוה לקיים דברי המת
**ה.** את וחמור קנה מחצה

ראובן שהיה חולה סופני, וכמה ימים קודם מותו קרא לשני עדים וציוה בע״פ בענין רכושו, ובין השאר ציוה שכל אחד מנכדיו/ נכדותיו, גם אלה שיולדו אחר מותו, יקבל לחתונתו מרכושו סכום של 20,000 דולאר, ונדרשתי לתוקפה של המתנה, ככל שהיא מתיחסת לנכדים שלא נולדו עדיין. עוד נשאלתי בזה, אם כשבטלה המתנה לנכדים הנ״ל, האם כל הצואה בטלה מדין ״את וחמור״.

### א. מקנה לעובר

מה שדנו במזכה לעובר בנו, ובן בנו, בירושה ובמתנת שכיב מרע, הוא דוקא בעובר, כשכבר התעברה האשה, אולם במי שעדיין אפי׳ לא עובר, לא שייך גביה קנין כלל, ואף לא מתנת שכיב מרע, ויש לדון לחייב את היורשים לקיים מדין מצוה לקיים דברי המת, אף בלא הושלש, וכפי שיובא להלן.

איתא בב״ב קמא,ב: ההוא דאמר לה לדביתהו נכסי להאי דמעברת. אמר רב הונא הוי מזכה לעובר, והמזכה לעובר לא קנה. איתיביה רב נחמן לרב הונא, האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה, ילדה זכר נוטל מנה. אמר ליה, משנתינו איני יודע מי שנאה. ולימא ליה רבי מאיר היא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אימור דשמעת ליה לרבי מאיר לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי שמעת ליה. ולימא ליה רבי יוסי היא דאמר עובר קני, דתנן עובר פוסל ואינו מאכיל דברי רבי יוסי, שאני ירושה הבאה מאיליה. ושם בב״ב קמב,ב: והלכתא ככל הני לישני דאמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא. אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן, המזכה לעובר לא קנה, ואם תאמר משנתינו, הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו. אמר ליה שמואל לרב חנא בגדתאה, פוק אייתי לי בי עשרה ואימר לך באפייהו המזכה לעובר קנה.

והלכתא המזכה לעובר לא קנה (כרבי יוחנן, וכגון שאינו בנו, אבל המזכה לעובר שבמעי אשתו קנה, דדעתו של אדם קרובה אצל בנו – רשב״ם).

בראשונים מבואר שעובר נחשב כלא בא לעולם, ולא מיבעיא מי שאינו בעולם כלל, אלא אף עובר נחשב כלא בעולם. כן מבואר בדברי הרמב״ם מכירה כב,י: ״כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ואפילו עובר הרי הוא כמי שלא בא לעולם, והמזכה לעובר לא קנה, ואם היה בנו, הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה״. מבואר שדין העובר כדין מי שאפי׳ עובר אינו, ואף עובר הרי הוא כמי שלא בא לעולם. וכן נראה מדברי התוס׳ גיטין יג,ב (ד״ה לדבר): ״דעובד כוכבים ועבד איתנהו בעולם אלא שמחוסרים גירות ושחרור, ולא דמו לנולדים דליתנהו בעולם כלל״. הרי שעובר אינו בעולם כלל. וכן מבואר ברשב״א בקדושין סב,ב (ד״ה והא דאמר), דאף בהוכר עוברה הוי דבר שלא בא לעולם: ״ותו קהו בה רבוותא, דא״כ אשתו מעוברת בשהוכר עוברה דבר שבא לעולם הוא לדברי הכל. ואינו נראה, דקי״ל בפרק מי שמת המזכה לעובר לא קנה, ולא מפלגינן התם בין הוכר עוברה בין לא הוכר עוברה״.

והרמב״ם בהל׳ מכירה לא חילק בין הוכר העובר ללא הוכר, ומשמע שבכל ענין הוי דבר שלא בא לעולם, אפי׳ הוכר העובר. ובהל׳ אישות ז,טז, כתב הרמב״ם, וז״ל: ״האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה, לא אמר כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר, הרי זו מקודשת״. והראב״ד השיג על הרמב״ם, דהוכר העובר מקודשת אליבא דר״א בן יעקב הסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ולית הלכתא כוותיה. ובלח״מ שם הקשה סתירה בדברי הרמב״ם, דבהל׳ מכירה לא כתב דבהוכר עוברה מקודשת.

ובקצוה״ח רט,א כתב דחסרון במזכה לעובר, אינו מפני שלא בא לעולם אלא מפני שאין לו כח זכיה, אף שהוא בעולם, ונפק״מ שאם הוכר העובר אפשר להקנותו ככל דבר שבא לעולם, רק לזכות אין לו כח. והביא ראיה מדברי הרמב״ן (ב״ב עט,ב): ״ולאו מלתא היא, אלא רב נחמן לא חשיב עובר כמי שלא בא לעולם אלא דבר שבא לעולם הוא במקצת, אלא שמעכשיו אין לו יד לזכות ואין זכין לו ולכשתלד זכין לו, מידי דהוה בירושה דירית״. ולכן גם יכול לקדש עובר. וס״ל לרמב״ם דדוקא בהוכר עוברה חשיב בא לעולם. ולמד קצוה״ח מדברי הרמב״ן דדוקא לענין זכיה הוא דלא מהני עובר, אבל לשאר מילי הו״ל בא לעולם וישנו בקנין; ״והא דאין לו זכיה, היינו משום דלענין זכיה כבהמה הוי, אבל בעולם מיהא איתיה ומהני ליה בקנין, וכן בקידושין לענין עובר״. ובין אם נאמר מחמת דבר שלא בא לעולם ובין נאמר מטעם שאינו בר זכיה, בנדו״ד אין יכול לזכות לנכדים שלא באו

כלל לעולם, דבזה שאפי׳ לא התעברה ובודאי לא הוכר עוברה, החסרון מצד דבר שלא בא לעולם בכל ענין, ולא זכו במתנה.

ובדרך זו נראה לבאר מחלוקת הראשונים אם לעובר יש זכיה בירושה, כיון דירושה אינה מכח זכיה אלא באה מאליה. דתנן ביבמות סז,א: בת ישראל שניסת לכהן ומת והניחה מעוברת (אף על פי שיש לה בנים הימנו והיא אוכלת בתרומה, לא יאכלו עבדי צאן ברזל בתרומה, לפי שהן של יורשים ויש לעובר בהן חלק, ואין לעובר כח להאכילן בתרומה, אי משום דקסבר עובר במעי זרה זר הוא, אי משום דקסבר ילוד מאכיל, שאין ילוד אין מאכיל, שנאמר (ויקרא כב); ויליד ביתו הם יאכלו בלחמו, קרי ביה יאכילו – רש״י), לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר, שהעובר פוסל ואינו מאכיל (אם בת כהן נישאת לישראל והניחה מעוברת ואין לה בן אחר, פוסלה מלשוב לבית אביה כנעוריה. ואינו מאכיל - אם בת ישראל לכהן היא ומת והניחה מעוברת, אין בעובר כח להאכילה, וה״ה לעבדים), דברי ר׳ יוסי. אמרו לו, מאחר שהעדת לנו על בת ישראל לכהן, אף בת כהן לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה, מפני חלקו של עובר. והרי״ף שם (יבמות כב,ב בעמוה״ר) כתב, דס״ל לר״י דעובר במעי זרה זר הוא, ואית ליה קנייה ולפיכך פוסל בעבדים מלאכול בתרומה בשביל היורשים מפני חלקו שהוא זר, ולית הלכתא כוותיה דרבי יוסי אלא כרבנן דאמרי אין לעובר קניה ואין לו חלק עד שיולד, הילכך אפי׳ במעי גרושה לא פסיל להו לעבדים עד שיולד. והביא הרי״ף ראיה מהמשנה נדה מג,ב, תינוק בן יום אחד פוסל בתרומה. פירוש, בן גרושה שהוא חלל אינו פוסל את העבדים מלאכול בתרומה בשביל הבנים הכשרים עד שיהא בן יום אחד, אבל עובר במעי גרושה לא פסיל, וכן הלכתא. הרי דס״ל לרי״ף שעובר אינו יורש.

וכדעת הרי״ף שאין העובר יורש, כתב הריטב״א בסוגיא (יבמות סז,א, הובא גם בנימוק״י כב,ב מעמוה״ר), דאין הלכה כרבי יוסי, והמזכה לעובר דעלמא לא קנה כלל, ואפילו לעובר דעצמו דאמרינן דקנה מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, אינו אלא בשכ״מ כדי שלא תטרף דעתו עליו ומתקנתא דרבנן היא, וכיון דהמזכה לעובר לא קנה, הוא הדין אפילו בירושה, דאביי מחלק בין ירושה להקנאה דעלמא, אבל רבא לא מחלק, והלכה כמותו. וכן דעת הרמב״ן שם (יבמות סז,א): ״אלא מיהו מסתברא כיון דקי״ל המזכה לעובר לא קנה, אע״ג דאשכחן ליה לאביי דאמר התם ירושה הבא מאיליה שאני, כיון דאשכחן ליה לרבא דלא מתרץ הכי התם בפ׳ מי שמת ומוקי לה משום דמרפיא בידייהו, הא לאו הכי קנו כדאיתא התם, ש״מ קסבר רבא זכייה דעלמא כירושה הבאה מאיליה, הלכך כיון דאפסיקו הלכתא במזכה לעובר שלא קנה, אף בירושה כן״. וכן דעת הרשב״א שם בסוגיא.

הרי שלדעת הראשונים הנ״ל עובר אינו יורש. והב״י (יור״ד סי׳ שלא) והש״ך רי,א, למדו מדברי הרמב״ם בהל׳ תרומות ח,ד, דס״ל דעובר אינו יורש, מדפסק הרמב״ם: ״בת ישראל שנשאת לכהן ומת והניחה מעוברת, לא יאכלו עבדיה בתרומה בשביל העובר, שהילוד הוא שמאכיל, שאינו ילוד אינו מאכיל, לפיכך אם היה העובר חלל, אינו פוסל העבדים אלא אוכלין בגלל אחיו הכשרים ,עד שיולד זה החלל ויאסרו העבדים מלאכול״. והראב״ד שם השיגו, דהא קי״ל דעובר אית ליה זכיה ואפילו במתנת אביו, הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו, וכ״ש בירושה הבאה מאיליה, על כן העבדים אינן אוכלין מפני חלקו של חלל. ועיין במחלוקת ראשונים זו בראש יבמות ז,ד.

ונראה דמחלוקתם אם לעובר אין זכיה או שעובר כאינו בעולם, דאם עובר אינו בעולם, לא שייך שירש את אביו, ולא שנא ירושה או מתנה, כיון שאינו בעולם, אינו בכלל ירושה. אולם אם עובר אינו בר זכיה, וכמש״כ הרמב״ם, י״ל דכל זה בדבר שמזכים לו, אין לו יד לזכות, אולם דבר הבא ממילא ומאיליו כירושה, אין הוא תלוי בכח זכיתו מאחר. ובפרט לסברא שכתב הפני יהושע (קדושין סב,ב ד״ה אלא דלפ״ז), דהא דזכין לאדם שלא בפניו הוא מטעם שליחות, ואפי׳ קטנים לאו בני שליחות נינהו, ואיתא בב״מ עא,ב, דקטנים דאתי לכלל שליחות תקון להם זכיה מדרבנן, דזכין לקטנים היינו מדרבנן. וא״כ י״ל דלא תקנו זכיה לקטן אלא לאחר שנולד, אבל לעובר לא תקנו זכיה, דמילתא דלא שכיחא היא. ולפ״ז דוקא בדבר שצריך שליחות, אולם בירושה ממילא שאינה מכח זכיה ושליחות אלא ממילא, ס״ל לראב״ד ודעימיה דיורש עובר.

## ב. מזכה לעובר בנו

איתא בב״ב קמב,ב: אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן, המזכה לעובר לא קנה, ואם תאמר משנתינו, הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו (וגמר ומקנה בכל לבו אבל לעובר אחר לא קנה – רשב״ם). אמר ליה שמואל לרב חנא בגדתאה, פוק אייתי לי בי עשרה ואימר לך באפייהו המזכה לעובר קנה. והלכתא המזכה לעובר לא קנה (כרבי יוחנן, וכגון שאינו בנו, אבל המזכה לעובר שבמעי אשתו קנה, דדעתו של אדם קרובה אצל בנו). ולכאורה אם דעתו של אדם קרובה אצל בנו, ומשום הכי מקנה אף לדבר שלא בא לעולם, מדוע מהני דוקא בעובר, דלענין דבר שלא בא לעולם, מה לי עובר או לא, כיון דמהני היה צריך להועיל גם אפי׳ אינו עובר. וי״ל דקרובה אצל בנו הוא דוקא בעובר, ובאינו עובר, אינו בכלל קרובה אצל בנו.

ומעיקרא הו״א דהדבר תלוי במחלוקת אם בדעתו קרובה אצל בנו, ממילא יש גמירות דעת אף דלא הוי בעולם, או שדין זה הוא תקנת חכמים. הריטב״א בסוגיא,

הביא דעת הראשונים שדין זה הוא תקנת חכמים דוקא בשכיב מרע, שלא תטרף דעתו, אולם לא בבריא, דדין זה הוא תקנת חכמים, דחסרון עובר אינו במקנה אלא בקונה, ואיך מהני קרובה אצל בנו שיועיל הקנין, איך יועיל כשהחסרון בקונה, וממילא מוכח שזהו דין מיוחד ותקנת חכמים שלא תטרף דעת השכ״מ, וז״ל:

״וסברא דקצת רבוותא ז״ל, דאפילו לגבי בנו נמי דווקא בשכ״מ דתקון רבנן הכי כדי שלא תטרף דעתו עליו, וכן דעת מורי הרא״ה. וכן נראה ודאי דהא תלמוד טעמא דאין עובר קונה, משום גריעותא דידיה הוא דלא הוי בר זכיה ולאו משום גריעותא דמקנה, וא״כ כי דעתו שלו קרובה אצל בנו מאי הוי לעשות את שאינו זוכה כזוכה. אלא ודאי ה״ק, כי מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו חששו לטירוף דעתו אף בזה כנ״ל. ויש אומרים, דאפי׳ לגבי עובר שלו דוקא לאחר ארבעים יום, אבל תוך ארבעים יום לעיבורו מיא בעלמא הוא ואין דעתו קרובה אצלו. ועוד, דהוה ליה כאילו לא היה בעולם כלל שלא תקנו לו כלום, וטעמא דמסתבר הוא.״

וכן הוא בריטב״א ביבמות סז,א. וכן כתב הרמב״ן שם ביבמות סז,א, לענין ירושת עובר, דאין ללמוד מדין מזכה לעובר בנו. דהראב״ד ס״ל דכיון דקיי״ל המזכה לעובר שלו קנה משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, כל שכן בירושה הבאה מאיליה. וחלק עליו הרמב״ן, שאין אותו הדין אלא תקנה ודוקא בשכיב מרע, ולא שזוכה מעכשיו אלא לכשנולד זוכה כעין ירושה, כדי שלא תטרף דעתו, ואין דינו כן בבריא, הלכך אין ממנו ראיה לדין תורה בירושה. ולכאורה י״ל דמלכתחילה תקנו דוקא בעובר ולא בבנו שאפי׳ עובר אינו. ודברי הרמב״ן והראב״ד הביאם אף הרשב״א ביבמות שם, ונראה שהסכים לדעת הרמב״ן. וכן הוא במאירי ביבמות שם, שדין זה הוא תקנת חכמים בשכיב מרע: ״יראה לחכמי הדורות שזו אינה אלא כעין תקנה, שמן הסתם כך הוא דעתו של מת ואין למדין הימנו לדין תורה כלל, והרבה נתבלבלו בה בחדושין״. ועיין שם בראי״ש יבמות ז,ד. וכן הסכים הנמוק״י (ב״ב סו,א מעמוה״ר, ויבמות כב,ב מעמוה״ר), דדוקא בשכיב מרע דהא משום גריעותא דעובר הוא ולא משום גריעותא דמקנה, וא״כ מה שדעת האב קרובה אצל בנו לא מהני לעשות את שאינו זוכה כזוכה, אלא ודאי משום שדעתו קרובה חששו לטירוף דעתו ותקנת חכמים בשכיב מרע. וכן הוא בעיטור (אות ז, זיכוי ט,ד).

אלא שהרמב״ם בהל׳ מכירה כב,י לא חילק בין שכיב מרע לבריא: ״כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ואפילו עובר הרי הוא כמי שלא בא לעולם, והמזכה לעובר לא קנה, ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה״. וכבר העיר הרב המגיד שדעת הרמב״ם כדעה

שאין מחלקת בין בריא לשכ״מ, ושדעת הרמב״ם עיקר, דבגמ׳ אמרו בסתם ולא חילקו. אלא שלכאורה יש סתירה בדברי הרמב״ם, דבהל׳ זכיה ומתנה ח,ה, כתב הרמב״ם: ״שכיב מרע שצוה לתת מתנה לעובר שבמעי אמו, זכה העובר מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו שביארנו״. הרי דדוקא בשכיב מרע הדין כן. ועיין ברב המגיד שם בה״ו. והב״ח חו״מ רנג,מב העיר בסתירת דברי המגיד, וכתב דמש״כ בהל׳ זכיה עיקר, ודעת הרמב״ם לחלק בין שכיב מרע לבריא, ובהל׳ מכירה נקט בלשון קצרה. והש״ך רנג,לה כתב דאין סתירה בדברי הרמב״ם, דבהל׳ מכירה נקט שאין חילוק עקרוני בין בריא לשכיב מרע, ודעתו של אדם קרובה אצל בנו, וע״כ מהני מתנה לעובר בנו, בין בבריא ובין בשכ״מ. אולם בהל׳ זכיה ומתנה מיירי לענין מטבע, שאינו נקנה בחליפין, וגם אמר בלשון של התנאה שהיא אסמכתא דלא מהני בבריא, וע״כ לא מהני בבריא אלא בשכיב מרע; ״זהו ברור דעת הרב המגיד והרמב״ם לפי עניות דעתי, ולא כב״ח, כן נ״ל ברור. וכן מוכרח דעת הטור, שכאן הביא דעת הר״י הלוי והרי״ף, ולעיל בסי׳ ר״י כתב בסתם במזכה לעובר בנו קנה. א״ו התם מיירי במזכה מיד במטלטלים וכי האי גוונא, ולא במטבע בלשון אם כנ״ל״.

ובשו״ע חו״מ רי,א הביא בסתם שאם היה העובר בנו קנה, ואת דעת הראשונים המחלקים בין בריא לשכ״מ, הביא המחבר בשם י״א. ובסמ״ע רי,ו הביא את הסתירה בדברי הטור, וכתב לחלק דאם מזכה ע״י אחר בקנין גמור, מהני אף בבריא. והש״ך שם בס״ק א הביא לישב בשם חתנו הר״ר מאנש, דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, ואנן סהדי דגמר ונתן לבנו באופן המועיל, והוי כאילו אמר אני הקניתי לו באופן המועיל, דאף למ״ד מזכה לעובר לא קנה, אפשר להקנות לעובר באופן של קני ע״מ להקנות, וכדאיתא בנדרים מח,ב; ״וא״כ כיון דדעתו של אדם קרובה אצל בנו הוי כאילו אמר אני מודה שהקניתי לבני בקני מעכשיו ע״מ להקנות בשאר אופן המועיל, וגם אפילו לא יהיה אופן המועיל, מ״מ הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו, עשאו שאינו זוכה כזוכה, אבל בעלמא מזכה לעובר וירושה הבאה מאליה לא קני, וכן נ״ל ברור דעת הרי״ף, והעיקר כדבריו, ולחנם הרעישו הגדולים בזה, כי מש״כ הוא ברור״. וכן פירש דעת הרמב״ם, עיי״ש שהסיק לדינא דדין זה אף בבריא.

ועיין בנתיבות שם רי,ב שהקשה על דברי הש״ך, איך מהני בזה קני ע״מ להקנות, מבלי שיעשה הקונה קנין עם העובר כשיולד. עוד הקשה, דוכי שדעתו קרובה אצל בנו, יעשו אינו זוכה כזוכה, עיי״ש. ועיין לעיל מדברי הרשב״ם בסוגיא, ומדבריו למד הרש״ש (בכורות יח,ב) דבגמר ומקני אין צריך קנין, ומהני אף בלא קנין. ואפשר שזו כוונת הש״ך, דאם יש היכי תימצי שיועיל קנין, כיון שדעתו להקנות באופן המועיל, אמרינן דגמר והקנה אף בלא קנין, דגמירות דעת כהאי גוונא אינה צריכה

קנין, וכמש״כ תוס׳ בבכורות שם יח,ב ד״ה אקנויי. וע״ע בחזו״א ב״ק כא,ה מש״כ בזה.

ולכאורה אם הוא בדרך של קני ע״מ להקנות, מדוע לא יועיל אף בבנו שעדיין לא התעברה אשתו, דאם דעתו קרובה אצל בנו להקנות באופן המועיל, הרי מהני בדרך קני ע״מ להקנות אף בעדיין אפי׳ לא עובר. דאיתא בנדרים מח,ב: ההוא גברא דהוה ליה ברא דהוה שמיט כיפי דכיתנא, אסרינהו לנכסיה עליה. אמרו ליה, ואי הואי בר ברך צורבא מרבנן מאי, אמר להון ליקני הדין, ואי הואי בר ברי צורבא מרבנן לקנייה, מאי. אמרי פומבדיתאי קני על מנת להקנות הוא, וכל קני על מנת להקנות לא קני. ורב נחמן אמר קני, דהא סודרא קני על מנת להקנות הוא. ועיין שם ברא״ש דבקני ע״מ להקנות מעכשיו מהני. ולכאורה אף שנכדו בעולם בשעה שהקנה, מ״מ לכאורה מה הטעם לחלק. ואפשר שאם יקנה בקני ע״מ להקנות מעכשיו למי שאף עובר אינו מהני, אך כאן לא הקנה לעובר, רק אמרינן מן הסתם הקנה באופן המועיל של קני ע״מ להקנות, וזה אמרינן דוקא בעובר, אבל אם יקנה להדיא בקני ע״מ להקנות מעכשיו, אפשר דמהני אף באינו עובר.

ולאמור לעיל בנדו״ד שהנכדים לא באו לעולם ואף עוברים אינם, לא מהני לזכות ולהקנות להם, אף לא במתנת שכיב מרע. וכן כתב המאירי (ב״ב קמב,ב) להדיא: ״המזכה לעובר העתיד, ר״ל שלא נתעברה עדין, והוא מקנה נכסים לבנים שתלד לו, הואיל ולא נתעברה בשעה ההקנאה, אפילו בשלו לא קנה, ואין טענה ממזון בנות וכתובת בנין דכרין, שתנאי בית דין הם״. הרי דלא מהני להקנות כשלא התעברה עדיין. גם לעצם דינא דגמ׳, בשלמא אם הוי תקנת חכמים בשכיב מרע, מובן מדוע נאמר דוקא עובר, דלא אפשר באופן אחר, אולם אם כראשונים שאפי׳ בבריא מהני בבנו, מדוע נקטה הגמ׳ דוקא עובר.

וכן מפורש להדיא בדברי הרמב״ם (מכירה כב,יא): ״האומר לאשתו נכסי לבנים שתלדי ממני, הרי אלו לא יקנו כלום, שכיון שלא נתעברה בהן בשעת המתנה, עדיין לא באו כדי להיות דעתו קרובה להם״. הרי שאף דהמאירי לא כתב הטעם שלא מועיל קנין בבנו כשלא התעברה, מהרמב״ם מבואר שאין זה מחמת חסרון הקנין אלא שאין דעתו קרובה אצל בנו שעדיין לא התעברה, דאף שמבחינת דיני הקנינים יכל להקנות מחמת גמירות הדעת, דלא גרע מעוברת מאינה מעוברת, רק כשאינה מעוברת אין את הדעתו קרובה אצל בנו. (ועיין ח״מ מ,יד לענין הוכר עוברה, דחשיב בא לעולם קצת כשחת. וצ״ל דכאן מהני אפי׳ לא הוכר עוברה לשיטת הרמב״ם). אמנם מדברי הרמב״ן (ב״ב עט,ב) משמע דבעובר חשיב בא לעולם קצת, משא״כ כשאינו עובר: ״רב נחמן לא חשיב עובר כמי שלא בא לעולם, אלא דבר שבא לעולם הוא במקצת אלא

שמעכשיו אין לו יד לזכות, ואין זכין לו, ולכשתלד זכין לו ... תדע דהא לדידן נמי קיימא לן בבנו קני עובר הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו, ואלו לנולדים שלא נתעברה מהן לא קניה לעולם, אלמא אין דין עובר כדין מי שלא בא לעולם כלל״. מבואר שחסרון באינו עובר הוא שאינו בעולם כלל, ואילו בעובר חשיב קצת בעולם. אולם מהרמב״ם הנ״ל נראה שדינם שוים, אלא דדוקא בעובר דעתו קרובה אצלו, משא״כ כשאינו עובר.

גם לעצם השאלה אם יכול לזכות לבן בנו העובר, נחלקו בזה הראשונים. הרא״ש בתש׳ פב,ד פסק דהמזכה לבנו קנה, לעובר אחר, לא קנה, ובן בנו כאחר דמי. אולם בתה״ד (סי׳ שנ) כתב דאין חילוק בין בנו לבן בנו: ״דאמרינן בפ׳ י״נ דעתו של אדם קרובה אצל בנו, והוא הדין מסתמא אצל בת בנו״. ובקצוה״ח רי,ד הקשה סתירה בפסקי הרמ״א, דבסי׳ רי,א פסק כדעת הרא״ש, דדוקא בנו ולא בן בנו, ואילו בשו״ע חו״מ רנז,ב, בענין אב שכתב נכסיו לבנו לאחר מותו, שם מת והניח פירות המחוברים לקרקע, דהרי הן של בן, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. וברמ״א שם פסק דהוא הדין בכותב לבן בנו, ונשאר קצוה״ח בצ״ע. ובשבות יעקב (ח״א סי׳ קיא) כתב, דנראה דנעלם מהרמ״א דברי תרומת הדשן, שהוא גדול האחרונים, שפסק בפשיטות להיפך, ואלו ראה דבריו לא היה סותם לגמרי דלא כוותיה. אך בדרך אחרת כתב לישב, דכיון דנכסים בחזקת יורשים קיימי, על כן אפי׳ הוי ספיקא דדינא אין מוציאין מחזקת יורשים, לכן סתם כדעת הרא״ש. ומ״מ לנדו״ד אינו נפק״מ, כיון שזיכה לנכדים שאפי׳ עוברים אינם, ולא מהני מדיני קנין וזכיה.

## ג. מתנת שכיב מרע בדבר שלא בא לעולם

ומה דלא מהני במתנת בריא, לא מהני גם במתנת שכיב מרע. וכמו שלא מועיל לזכות למי שאינו כלל בעולם, ואפי׳ בנו אם אינו עובר, הוא הדין דלא מהני במתנת שכיב מרע. כן מבואר מהא דאיתא בב״ב קמז,ב: אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו. למימרא דסבר רב נחמן מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, והא אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר תנו הלואתי לפלוני, הלואתו לפלוני, ואע״ג דליתה בבריא. רב פפא אמר, הואיל ויורש יורשה. רב אחא בריה דרב איקא אמר, הלואה איתא בבריא, דקונה במעמד שלשתן. ומבואר בגמרא דס״ל בהו״א לרב נחמן שמתנת שכיב מרע ליתא בדבר שלא בא לעולם או בדבר שאין בו ממש כשם שאינה במתנת בריא ובקנינים. והקשתה הגמרא ממלוה ע״פ, ותירצו שני תרוצים שהם לכאורה שני הצדדים דידן, דלרב פפא מתנת שכיב מרע הינה בגדר של ירושה,

וע״כ כל דאיתא בירושה איתא במתנת שכיב מרע, והמודד אם מהני מתנת שכיב מרע הוא אם הדבר ניתן להוריש. ואילו להו״א בגמרא ולרב אחא בריה דרב איקא מתנת שכיב מרע היא בגדר של קנין ודמי למתנת בריא, וכל מה שניתן להקנות במתנת בריא, ניתן לתת במתנת שכיב מרע.

ודבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם ליתא בירושה, דלענין דבר שאין בו ממש מוכח בגמ׳ ב״ב סג,א לענין בן לוי שמכר שדה לישראל על-מנת שהמעשר ראשון שלו, דאם לא אמר שמשייר לבניו, שייר רק לעצמו ואין בניו יורשים זכותו, עיי״ש ברשב״ם ד״ה יתן, ועיין בנימוק״י (ב״ב לד,ב בעמוה״ר) שאף שלעצמו מהני שיור של אויר בית ופירי שלא באו לעולם, דאמרינן כל לגביה נפשיה בעין יפה שייר (ב״ב קמח,א), ״היינו לענין שיהא שיורו קיים לו משום דאין אדם משייר דבר שלא בא לעולם, אבל לענין שיהא משויר לבניו אחריו לא״. ועיין ברשב״א (ב״ב קמח,א) שכתב דדירה ופירות ליתא בירושה, ״דלא משכחת להו ביורש אלא ע״י גופן של בית ודקל״. ולכאורה היה יכול להביא דאף דמשכחת ליה בשייר לעצמו דירה, מ״מ אינו יורשה. (ועיין ביד רמ״ה שפירש ג״כ כדברי הרשב״א). אמנם יש המחלקים בין דירה לאויר בית וסוברים דאויר יכול להוריש מא״כ זכות דיורין, עיין בר״ן ובריטב״א ב״ב קמח,א.

וכן דבר שלא בא לעולם ליתיה בירושה, אם עדיין לא בא לעולם בשעת המיתה.

והוא הדין לענין קנין דלא מהני בדבר שאין בו ממש או שלא בא לעולם, עיין שו״ע חו״מ סי׳ רט וסי׳ ריב. [ועיין ברשב״א (ב״ב קמז,ב ד״ה שכיב מרע שהביא ב דעות בחסרון ״ידור פלוני בבית זה״, אם מטעם דבר שלא בא לעולם או מטעם דבר שאין בו ממש, עיי״ש]. והגרע״א בתש׳ (סו״ס קמו) הסתפק וז״ל:

> ״וביסוד הדין נסתפקתי דאמרינן שכיב מרע שאמר יטול פירות דקל דלא מהני, דכיון דהוי דבר שלא בא לעולם וליתא בבריא, אם בעידן אמירתו עדיין לא גדלו הפירות ובשעת מיתתו כבר גדלו הפירות, אם נימא דבעי בשעת אמירתו שיהיו בעולם, דאמירתו הוי כקנין בריא, או דדנין דכל שלא חזר נמשך אמירתו עד שעת מיתתו וכאילו צוה בשעת מיתתו. ובפשוטו נראה הצד הראשון דבעינן דבשעת אמירתו באו לעולם ... ועדיין צ״ע.״

מבואר ברע״א שצד אחד בחקירתו, אם מתנת שכיב מרע הרי היא כקנין בריא, א״כ צריך שיהיו הנכסים בעולם בשעת הקנין, דהיינו בשעת אמירתו. ולאידך גיסא, שהקנין מתמשך מאמירתו ועד מיתה, וע״כ צריכים הפירות להיות בעולם בגמר הקנין, דהיינו בשעת המיתה. ולכאורה למש״כ אפשר לומר לצד השני, דכיון דמתנת שכיב מרע כירושה, א״כ הכל תלוי בשעת הירושה והיא שעת המיתה, דזו מחלוקת רב פפא

ורב אחא בריה דרב איקא. אלא נראה דהגרע"א ס"ל דמהגמרא משמע עיקר טעם דלא מהני בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש, מאחר וליתא בבריא. (ועיי"ש ברע"א בהמשך הדברים מה שהביא ראיה מדברי התוס' בגיטין. ולכאורה בתוס' משמע דאפילו נולדו לאחר מיתתו מהני, וצ"ע).

וכן משמע מהשקלא וטריא בגמרא שעיקר הלימוד של שכיב מרע הוא ממתנת בריא, וכמו שכתבה הגמרא בהו"א "למימרא דסבר רב נחמן מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע וכו'". ורב פפא נדחק לאוקמה דהוי כירושה, אבל כיון דקיי"ל דהלואה נקנית במעמד שלשתן ואיתא בבריא, א"כ קמה וגם ניצבה דברי הגמרא בהו"א דהכל תלוי באם איתא בבריא אם לאו. וביד רמ"ה (ב"ב קמח,א, סי' פה), כתב וז"ל: "מיהא שמעינן דמילתא דמקניא בבריא בחד מאנפי הקנאה, מיקניא בשכיב מרע באמירה בעלמא ...". ומבואר שתקנת שכיב מרע היתה שהדיבור יפעל כקנין אצל בריא. ונראה דס"ל דלמסקנת הגמרא תרוצו של רב אחא בריה דרב איקא הוא עיקר, ומתנת שכיב מרע הינה כקנין, ודין ירושה שויוה רבנן הוא רק לענין שאין השכיב מרע יכול לתת לגר שאינו בירושה, כדאיתא בב"ב קמט,א, אבל במהות הפעולה היא מדין קנין. וכן מפורש להדיא בדברי הר"ן בחידושיו (ב"ב קמח,א ד"ה אמר ר"פ), וז"ל: "... ומיהו טעמא דרב פפא לא סליק, אלא היינו טעמא משום דבבריא איתא וכדרב הונא ...".

וכן כתב בריטב"א שם, וכן נראה מדברי הר"י מיגאש, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב קמח,א (ד"ה רב פפא), שזה שאמרנו מילתא דאיתא בבריא וכו' "הלכה היא". וקשה אמאי דחו לטעמא דרב פפא, דהא הגמרא להדיא בעובדא דאיסור גיורא כתבה דלא מהני מתנת שכיב מרע בגר לפי שאינו בירושה וכירושה שויוה רבנן. ועוד, דהא הר"ן עצמו בחידושיו (ב"ב קמז,ב ד"ה אי אמרת) כתב לענין שכיב מרע שנתן שטר חוב לחבירו, שאין היורש יכול למחול, וז"ל:

> "וכי תימא אי מכירת שטרות דאורייתא היאך מוכר יכול למחול, דהא אמרינן בסוגיין דאי מתנת שכיב מרע דאורייתא אין היורש יכול למחול. לאו קושיא היא, דבמתנת שכיב מרע היינו טעמא דאי מדאורייתא היא הויא לה כירושה וכדילפינן לעיל מוהעברתם, יש לך העברה אחרת שהיא כזו. וסוגיין נמי מוכחא דבין מדאורייתא בין מדרבנן כירושה היא, וכדאמרינן בסמוך דאמר רב פפא דשכיב מרע שאמר הלואתו לפלוני, מהני הואיל ויורש יורשה. ובעובדא דאיסור גיורא נמי אמרינן לקמן דמתנת שכיב מרע כירושה שויוה רבנן."

מפורש בדברי הר"ן שהביא את דברי רב פפא כראיה להא דהוי כירושה, וזה סותר למש"כ להלן (קמח,א) שדברי רב פפא לא סליק וקיי"ל כרב אחא בריה דרב

איקא דמהני הואיל ואיתא במתנת בריא. ועיין מה שכתבתי בענין זה בח"ד סי' ה/יב ולהלן. ומ"מ לדינא אי אפשר לקיים ציווי השכיב מרע מתורת זיכוי וקנינים.

## ד. מצוה לקיים דברי המת

בכתובות ע,א הובאו דברי רבי מאיר דמצוה לקיים דברי המת, ומבואר בגמרא דהכי הלכתא. וכן פסקו הרי"ף (כתובות לא,א בעמוה"ר) והרא"ש (כתובות ו,כב) להלכה דמצוה לקיים דברי המת. ועיין תוס' גיטין יג,א ד"ה והא דמבואר דאף בבריא שציוה אמרינן מצוה לקיים דברי המת, וכן פסקו הטור והמחבר בשו"ע חו"מ סי' רנב. ובתוס' שם (ד"ה הא קי"ל) כתבו דאפילו בבריא קי"ל הכי, והוכיחו כן מדברי הגמרא בגיטין טו,א. והקשו התוס', דכיון דקי"ל מצוה לקיים דברי המת, א"כ מאי אהני לן הא דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו. ותירצו התוס': "ואומר ר"ת דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא כשהושלש מתחילה לכך. אי נמי דוקא במת נותן בחיי מקבל, אבל דברי שכיב מרע בכל ענין כמסורין דמו."

ובתוס' ב"ב קמט,א-ב (ד"ה דקא) הביא עוד תירוצים. הריב"ם תירץ לחלק בין היכא דאמר "תנו" להיכא דלא אמר, דדין מצוה לקיים דברי המת קיים רק במקום שאומר המצוה "תנו (מנה לפלוני)" ולא מנה זה לפלוני. והתוס' הקשו על תירוץ הריב"ם עיי"ש. ובסוף דבריו הביא תירוץ ר"י דלא שייך מצוה לקיים דברי המת אלא כשציוה לו ע"פ, אבל בשטר ליכא מצוה. וכתבו התוס' דחזר בו ר"י מתירוץ זה, והוכיח דדין מצוה לקיים דברי המת הינה גם בשטר. ועיין עוד תוס' גיטין יג,א ד"ה והא. ועיין קצוה"ח רמה,א בסופו, דמוכרח דלא גרסו התוס' בברייתא וכופין את היורשין אלא בשחרור אבל לא בשדה, דתוס' סוברים דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת היכא דלא הושלש, אלא בעבד שמוחזק בעצמו, עיי"ש, ועיין להלן בדברי הרמב"ן.

ובקצוה"ח רנב,ג הביא את התוספתא (ב"ב ט,ה, עיין להלן בדברי הרמב"ן), וכתב דמוכח משם דבשדה אמרינן מצוה לקיים דברי המת, הרי דעת תוס' שם דלא אמרו מצוה לקיים דברי המת אלא היכא דהושלש מתחלה לכך, ומה שבעבד אמרינן כופין היורשין לשחררו היינו משום דעבד מוחזק בעצמו, וא"כ היכי כופין בשדה משום מצוה לקיים דברי המת, הרי לא הושלש. ותירץ קצוה"ח ע"פ דברי המגיד מכירה כב,טו, שאף במתנת שכיב מרע אע"פ שאין הנודר קיים, מצוה לקיים דברי המת, כמו שהוא מחויב אם היה קיים; "והיינו דאע"ג דדעת הרמב"ם דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת היכא דלא הושלש, אבל בנודר ומת כיון דאילו היה קיים היה מחויב ליתן, א"כ במת נמי אמרינן מצוה לקיים דברי המת, אע"ג דאין על היורשין משום נדר, מצוה לקיים דברי המת, ומשום דהחיוב שחייב מחיים לקיימו לא גרע מהושלש". וזה שייך במקום שיש חיוב על המצוה לקיימו, דלא בעינן שיושלש.

והרא״ש (כתובות ו,כב) כתב כתרוץ ר״ת הסובר דמצוה לקיים דברי המת הינה דוקא באופן שהושלש הממון, וכן היא בתש׳ הרא״ש (טו,א), וכן הביא הריטב״א בתש׳ (מובא בב״י חו״מ סו״ס רנב) בשם הר״י מיגאש, וכן דעת הראב״ד, הובאו דבריו בשטמ״ק ב״ב קעה,א: ״שאין אומרים מצוה לקיים דברי המת אלא במוסר ליד שליח או במוסר לבית דין״. וכן נראה מדברי הריב״ש סו״ס רז שכתב שם ״ולדברי ר״ת הכל מרווח ...״, עיי״ש, וכ״נ דעת המהר״מ מרוטנבורג (דפוס פראג סי׳ תכ, וסי׳ תתקסו), וכן פסק טור והמחבר בשו״ע חו״מ רנב,ב; ״... והוא שנותנו עכשיו לשליש לשם כך״.

וכדעת ר״ת נראה בתחילה גם מדברי הרמ״ה (ב״ב ט,צד) דמהני בבריא דוקא היכא דמסריה ממונא לשליש ואמר ליה תן חפץ זה או מנה זה לפלוני; ״דהוה ליה כזכה כדאיתא בספ״ק דגיטין. אי נמי במשליש מעותיו להוליכן לאחר ...״, ובמשליש מעותיו להוליכן אינו מטעם זכיה, דהא הולך לאו כזכי. וע״כ מסיק הרמ״ה דכשם שלגבי הקנאה לא הצריכו בשכיב מרע הקנאה כדי שלא תטרף דעתו עליו; ״גבי צואה נמי לא אצרכוה לחד מאנפי הקנאות לאתפושי לממונא לשליש שלא תטרף דעתו עליו״. ומבואר דס״ל כשיטות הני ראשונים דלהלן דלא בעינן השלשה. ומשמע נמי דלא בעינן שיצוה ליורשיו, דלא כראשונים דלהלן. אך נראה מדבריו שנאמרו רק בשכיב מרע ולא בבריא, עיי״ש.

וכן נראה מדברי הרמב״ם שהביא הלכה זו של מצוה לקיים דברי המת בכמה מקומות.

בהל׳ זכיה ומתנה ד,ה, בדין ראובן ששלח לשמעון מאה דינרים ביד לוי, ומת ראובן בחיי שמעון קודם שהספיק לוי לתת לידו; ״יתן המאה לשמעון או ליורשיו שמצוה לקיים דברי המת, ואע״פ שאמר הדברים והוא בריא, שהרי המאה בידו של שליח עדיין״. מבואר מדבריו דמצוה לקיים דברי המת היינו דוקא כששלח והשליש לשם מה שציוה, ובשעת המיתה הממון ביד השליח או השליש. וכן הביא הרמב״ם דין זה בהל׳ עבדים ו,ד לענין מי שציוה בשעת מיתתו ואמר פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה יורשים, ״הרי זו שפחה כשהיתה ואסור ליורשים להשתעבד בה, מפני שמצוה לקיים דברי המת״. (ועיין בתוס׳ בגיטין וב״ב הנ״ל מש״כ לישב לשיטת ר״ת הא בשפחה לא הושלשה, והוא הטעם לשיטת הרמב״ם).

וכן פסק הרמב״ם כרב נחמן דמצוה לקיים דברי המת בהל׳ אישות (כ,יד), לענין מי שציוה לתת לבתו כו״כ מעות לפרנסתה וכו׳, ״והרי המעות ביד השליש״, דכל שלא נשאת יעשה שליש מה שהושלש בידו מטעם מצוה לקיים דברי המת, עיי״ש ברב המגיד. ומבואר גם בהלכה זו דמצוה לקיים דברי המת הינה דוקא באופן שהושלש מתחילה לשם כך, ועדיין המעות ביד השליש, והיינו כשיטת ר״ת.

ועיין בתש׳ מהריב״ל (ח״ג סי׳ מג) שהביא מחלוקת ראשונים אם לדעות דבעינן הושלש, אם צריך שיושלש לשם מטרת הנתינה, או סגי שהושלש מקודם הציווי, אף שלא הושלש לשם כך וציוה נותן, יש בזה מצוה לקיים דברי המת. דלדעת ר״ת והרשב״א, אי הוו בתחילה ביד אחרים, אפילו לא הושלשו לכך, אמרינן בהו מצוה לקיים דברי המת. ואילו לדעת הרא״ש והטור, אם באו בידו אחר הצואה או שהיו בידו ולא לשם הצואה, אין בזה מצוה לקיים דברי המת.

ויש מהראשונים שנחלקו על חובת ההשלשה כתנאי למצוה לקיים דברי המת. הרמב״ן (הובאו דבריו בר״ן גיטין ה,ב), תירץ:

״דליכא פלוגתא בין מוציא מרשותו או לא אלא כי אמרינן מצוה לקיים דברי המת דוקא בממנה שליח או מצוה ליורשיו עשו אתם כו״כ מנכסי, דבכהאי גוונא כי מת מצוה לקיים דברי המת. וזהו שאמרו לקמן בהולך מנה לפלוני, שמצוה לקיים דברי המת, וזהו דין משליש מעות לבתו, וזהו דין האומר תנו שקל לבני בשבת שהוא מצווה לעשות כן. והיינו דאמרינן נמי דכי אמר יעשה לה קורת רוח, כופין את היורשין ועושים לה קורת רוח. אבל באומר הריני נותן מנה לפלוני במתנה, אין אומרים מצוה לקיים דבריו, שהוא לא ציוה ליתן אלא הוא נתן מתנה, אם קנה מן הדין - קנה, ואם לא קנה, אין מצוה לקיים מה שאמר ...״

מבואר מדברי הרמב״ן שאין דין מצוה לקיים דברי המת תלוי באם השליש מתחילה לשם כך אלא אם אכן ציוה, לשליח, לשליש או לבניו, לעשות כו״כ בנכסיו. אך כאשר נתן בלשון מתנה, כיון שלא ציוה ליורשים, אין מצוה לקיים דברי המת. ועיין ברמב״ן בחידושיו לגיטין (יג,א). וכדברי הרמב״ן נמצא בריטב״א בחידושיו לכתובות (ע,א) שהביא את תרוץ ר״ת ואת קושית התוס׳ משחרור שפחה, דהאומר פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח, דכופין לשחררה מדין מצוה לקיים דברי המת, והא בשפחה לא שייך שהושלשה מתחילה לשם כך, ותירצו התוס׳, דכיון שהיא ברשות עצמה וזוכה מעצמה מיד, הרי דינה כממון דעלמא שהושלש לכך. וכתב ע״ז הריטב״א דהוא דוחק גדול:

״אבל הנכון שאין אומרים מצוה לקיים דברי המת אלא במי שאומר בלשון צואה, שאומר עשו כו״כ ... ואפילו כשאומר בלשון צואה אין בו מצוה אלא כשאמר למי שספק בידו לעשות, כגון שציוה ליורשין או לאחרים שהממון ברשותן או שנתן להם כח בדבר, ושאמר כן בפניהם ושתקו או קבלו עליהם, הא לאו הכי אין כאן מצוה, ואלו דברים שהכל מסכימים עליהם.״

וכן מבואר בדברי הריטב״א בחידושיו לב״ב קמט,א ובגיטין יג,א, וכן בתש׳ הריטב״א (סי׳ נד) המובאת בב״י חו״מ סו״ס רנב בשם הרא״ה (וכן נמצא בתש׳ הריטב״א סו״ס קכג). ומבואר בריטב״א דדוקא כשציוה ליורשים או למי שסיפק בידו לעשות כציוויו, ודוקא ציוה בפניהם. ולפ״ז אף אם נאמר שיש מצוה לקיים דברי המת אף בלא הושלש, מ״מ בצואה שלא ציוה בפניהם, לכאורה אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת. אך מהרמב״ן משמע לכאורה שאין חילוק.

ונראה סברת הריטב״א דבעינן שאמר בפניהם והם שתקו, דדין מצוה לקיים דברי המת הינו מדין נדר, וע״כ בעינן שיהיה בפניהם וישתקו. ועיין בכסף משנה הל׳ מכירה סוף פכ״ב דהיכא דאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו; ״סבור וקיבל והוה ליה כאילו נדרו הם עצמם וחייבים לקיים נדרם״. וכדברי הרמב״ן נראה מדברי המאירי בחידושיו לגיטין יג,א. ועיין בראשונים הנ״ל, ועיין ברשב״א בחידושיו לגיטין (יג,א) דמתוקמא מתניתין דגיטין כמאן דלית ליה מצוה לקיים דברי המת. ועיין ברשב״א שהביא את דברי הרמב״ן והקשה עליו מההיא דב״ב קעד,ב; רב ושמואל דאמרי תרוייהו שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי, אמר תנו - נותנין, לא אמר תנו - אין נותנין. ואוקמא התם בדליכא שטרא. והקשתה הגמ׳, ואי ליכא שטרא, אמר תנו נותנין (בתמיה), מלוה ע״פ היא, ורב ושמואל דאמרי תרוייהו מלוה ע״פ אינה גובה לא מן היורשין ולא ולא מן הלקוחות. והקשתה הגמ׳, ותיפוק ליה משום מצוה לקיים דברי המת, ואע״ג דליכא שטרא ליגבי מן היורשים, אלא ודאי ש״מ דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת. ולשיטת הרמב״ן מדוע אין אומרים בזה מצוה לקיים דברי המת, הא ציוה לתת. ״אא״כ נדחוק דאמר תנו דאמרינן התם לאו דוקא באומר ליורשיו תנו, אלא באומר אמרו ליורשיו תנו, ולאפוקי אומר מנה לפלוני בידי גרידא, דאמרינן דילמא שלא להשביע את בניו קאמר, וצ״ע״. ועיין בריב״ש סו״ס רז שלמד מדברי הרשב״א שנוטה לדעת ר״ת. ועיין בכל זה באריכות במהרש״ם ח״ב רכד (ו-ח) מש״כ בבאור דין מצוה לקיים דברי המת.

והרמב״ן גיטין יג,א, הוזכר לעיל, הביא ראיה מדברי התוספתא ב״ב ט,ה האומר נתתי שדה פלוני לפלוני, נתתיה לו, נתונה לו, תהא שלו והרי היא שלו - לא אמר כלום. יטול פלוני בנכסי, ויקנה פלוני בנכסי, ויחלוק פלוני בנכסי, ויזכה פלוני בנכסי - הרי זו מתנה. תנתן לו, רבי אומר זכה, וחכמים אומרים לא זכה, וכופין את היורשים לקיים דברי המת. דלרבי הרי הוא כאומר הריני נותן שדה פלונית לפלוני, וחכמים סוברים שאין זה אלא כמצוה שתנתן לו אבל הוא אינו נותנה לו עכשיו, ואעפ״כ אם מת, מצוה לקיים דבריו. לומד מזה הרמב״ן שאע״פ שאינו מוציא שדהו מתחת ידו, כיון שאמר תנתן, מצוה לקיים דברי המת, וכופין במצוה זו את היורשים.

ואפילו בשאר דברים, חוץ משחרור העבדים, ואין לדמות מצוה זו למצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם, אלא מצוה זו נמסרה אף לבי״ד לכוף עליה.

ומדברי המרדכי ב״ב סי׳ תרלא נראה שאין צריך הושלש. המרדכי הביא מתש׳ ראב״ן (עיין גם במרדכי כתובות רמח) בענין בנו של ראובן שהיה לו זקוק וחצי ביד שמעון דודו (אחי אביו), וחלה הבן ושלח אחר עדים וצוה בפניהם שאותו זקוק וחצי שביד שמעון, ינתן לראובן אביו, ולא מיחתה אשתו של הבן. והקל עליו חליו ועמד והלך על משענתו בבית, ואח״כ הכביד עליו חליו, ושלח עוד אחר שמעון דודו ואמר לו שאותו זקוק וחצי ינתן לאביו, ואז מיחתה אשתו של הבן ונפטר לעולמו, וקיים שמעון דברי המת, ותבעה האלמנה את שמעון לדין. הנידון שם הוא מחמת המתנה הראשונה, שהרי במתנה השניה מחתה האשה, ואף שציוה לעדים ולא היה הזקוק וחצי ביד העדים, מ״מ השיב ראב״ן בתוך שאר דבריו: ״וכל שכן השתא דצוה לתת לו, מצוה לקיים דברי המת. ואי משום דעמד והלך על משענתו בבית הרי זה נתבטלה מתנתו, הא ליתא, שהרי לא עמד והלך בשוק אלא עמד והלך בביתו לבד. ואי משום שחזר וצוה ונתבטלה הראשונה ואז מיחתה, איברא לא נתבטלה ...״. מבואר שאף שלא הושלש ולא היה ביד שליש שציוה בפניו, שהרי מכח ראשונה אתינן עלה, מ״מ יש מצוה לקיים דברי המת. אמנם עיין בדרכי משה (חו״מ רנב,ה) שלמד מהראב״ן דאף שהיה בידו תחילה, יש מצוה לקיים דברי המת. ולכאורה הראב״ן בא מכח מתנה הראשונה, ולא חשיב ביד מי שציוה לו.

לאמור מצאנו ג דעות הראשונים. לדעת ר״ת ודעימיה כיון שלא הושלש לשם כך, וכן לדעת הריטב״א (הרא״ה) שלא ציוה בפניהם, אין מצוה לקיים דברי המת, ואילו לרמב״ן ודעימיה יש מצוה לקיים דברי המת כל היכא שאמר בלשון ציווי, והוא הדין בצואה אם כתב אני מצוה. ועדיין צ״ע גם לרמב״ן היכא דלא אמר שהוא מצוה ליורשיו אלא מצוה ״סתם״, ואפשר דהציווי מתפרש רק למי שבידו הדבר והיינו ליורשיו. ולרמ״ה נראה דבכל ענין לא בעינן השלשה ולא בעינן ציווי, אך צ״ע אם הרמ״ה מיירי רק בשכיב מרע וכנ״ל. ובריב״ש הנ״ל למד בדברי הרמב״ן דדוקא בשכיב מרע אמרינן מצוה לקיים במצוה ליורשים ולא בעינן שימסור ליד שליש, משא״כ בבריא בעינן שימסור ליד שליש, עיי״ש. וע״ע במש״כ עליו המהריב״ל (ח״ב סי׳ לט), ועיין בבנימין זאב (סי׳ תכג). ולפ״ז נדו״ד תלוי במחלוקת הראשונים הנ״ל.

ועיין במהריב״ל (ח״ג מג) שכתב דיש ג דעות בראשונים. דעת הרמב״ן דבשכיב מרע אינו צריך שימסור ביד שליש אלא כל זמן שאומר ליורשים תנו או עשו כך וכך, שהוא אינו נותן דבר אלא שמצוה לאחרים לתת, או שאמר להם תנתן כאמר תנו, בזה מצוה לקיים דברי המת. אולם שכיב מרע שנותן מעצמו ואומר הריני נותן

ואינו מצוה לאחרים, אין אומרים בזה מצוה לקיים דברי המת, אלא אם דבריו קיימים מצד מתנת שכיב מרע. דעת ר״ת דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא כשהושלשו מתחלה, או שהם מושלשים ביד מי שמצוה לו מעיקרא. ודעת הרא״ש ור״ת דדוקא בהושלשו מתחילה לכך. ועיי״ש עוד מה שלמד בדברי הרשב״א, דמצוה לקיים דברי המת הוא גם בדבר שלא בא לעולם או אין בו ממש. ועין עוד בשמחת יו״ט למהרי״ט אלגאזי, סי׳ כא. ועיין גם בדברי ריבות סי׳ רח., על הצד לקיים דברי המת אף בלא השולש, עיי״ש.

ובתש׳ בנין ציון (ח״ב סי׳ כד) דן בבריא שציוה נכסיו בשטר צואה, וכן מינה אפוטרופוס שיחלק את העזבון לאחר מותו, והיורשים לא ערערו נגד הצואה ונגד קיומה ע״פ חוק המדינה. והיו מן היורשים שהתעורר אצלם ספק אם הדבר כשר וראוי ע״פ דין תורה. ולאחר שברר את שיטות הראשונים בדין מצוה לקיים דברי המת, העלה הבנין ציון דלשיטת ר״ת לא מהני כיון שלא הושלש, אך לשיטות דלא בעינן הושלש, כיון שציוה בפירוש ליתן ומינה שלוחים לקיים צואתו, אמרינן מצוה לקיים דברי המת. ובפרט במקום שהמקבל מוחזק, יכול לומר קים לי כהנך שיטות. ומ״מ מוכח מדבריו דגם ציווי בכתב חשיב ציווי לענין זה. ומסקנתו - דאפילו לצאת ידי שמים אין כאן בית מיחוש ומותר לקבל המתנות שביד האפוטרופסים אפילו לא החזיקו בהם המקבלים, עיי״ש. ועיין בתש׳ הגרע״א (סי׳ קן) דמהני בכתב, אולם לא מהני אם מסר לו דבר חתום שיפתחנו רק לאחר מותו.

[ולענין אם מצוה לקיים דברי המת הינה מדאורייתא או מדרבנן - התוס׳ בכתובות (פו,א סד״ה פריעת) כתב דאשכחנן דכופין במצות דרבנן ״כגון מצוה לקיים דברי המת, דאמרינן בגיטין מ,א דכופין את היורשים״. מבואר שדין זה הוא מדרבנן. ובמהרש״ם ח״ב סי׳ רכד (יב) הביא מהר״י אבן שועב שהביא מהרמב״ן דעשרה דברים נלמדו מצואת יעקב לבניו, ואחד מהם הוא מצוה לקיים דברי המת, מבואר דהוי דאורייתא, והרמב״ן לשיטתו דע״כ לא בעינן הושלש, ועיין במהרש״ם מה שדן אם ילפינן מקודם מתן תורה.]

ובמהרשד״ם (חיור״ד סי׳ רג) כתב דהא דבעינן הושלש או ציווי בפני היורשים וכו׳, היינו דוקא לענין דכופין את היורשים לקיים דברי המת, אבל גם באופן שלא הושלש יש מצוה על היורשים לקיים דברי המת. וי״ל שאין זה מצוה ככל המצוות שבי״ד כופין על המצוות אלא מצוה על היורשים לקיים ואין בי״ד יכול לכוף עליה. ובמהרש״ם (ח״א סי׳ נב) הקשה על המהרשד״ם מעובדא דאיסור גיורא (ב״ב קמט,א), דאמאי הוצרכו לעשות באודיתא, הרי גם אם ציוה ולא הושלש בידו איכא מצוה, וכי רבא ח״ו לא היה מקיים מצוה; ״ובע״כ דגם מצוה ליכא״. והגאון מטשעבין (דובב מישרים ח״ג סי׳ ל) הביא כדעת המהרשד״ם.

אמנם מעין סברת המהרשד"ם נמצא בתש' הגרע"א (סי' סח). הגרע"א חוקר באם ציוו אביו או אימו שיעשו דבר מסוים לאחר מותם, אם צריך לקיים את הצואה מדין כיבוד. והביא הגרע"א סתירה בין הגמ'. דבגמ' קידושין לא,א מבואר דמכבדו בחייו ובמותו, ובגמ' כתובות קג מבואר דאינו חייב בכבוד אחיו הגדול אחר מיתת אביו. וחילק בין ענין שהוא כבוד וגדולה בעצמותו כמו לומר אבא מארי, שייך אף לאחר מיתה, אבל כיבוד לעשות נחת רוח לאביו כעין מאכילו ומשקהו, ובכלל זה לכבד אשת אביו ואחיו הגדול, שהוא ענין נחת רוח לאביו ומניעת צער ממנו, בזה י"ל דלא שייך לאחר מיתה, דלא איכפת להו בזה.

לפ"ז לכאורה קיום הצואה אינו בכלל כיבוד לאחר מותו. אלא דהגרע"א הביא משו"ע יור"ד רע,ט דיש חיוב על הבן לעשות צואת אביו לאחר מותו; "וע"כ דגם זה ענין כיבוד שנזהר בדבריהם. ואפשר דהוא בכלל מורא שצריך לירא שלא לעבור על צואתם, וזה שייך גם אחר מיתה ... ולדברינו ההיא דכתובות צא,ב מצוה על היתומים לפרוע חובות אביהן, דהוא מדין כיבוד אב ...". ומסיק הגרע"א לדינא דאם ציוה לבניו דרך צואה לתת ממון מהירושה לאחר, שצריכים היורשים לקיים מדין כיבוד אב. והא דמצוה לקיים דברי המת היינו דוקא בהושלש לכך, היינו בלשון תנו או המצוה למי שאינו מחויב בכבודו. וכן מדין כיבוד אב לא כפינן להו, ומדין מצוה לקיים דברי המת, כפינן ליורשים לקיים. אמנם בהמשך מסתפק הגרע"א בזה כיון שהממון כבר של יורשים, ואינם חייבים לכבד משלהם, עיי"ש הראיה שהביא לכאן ולכאן. ועיין עוד במהרש"ם (ח"ב סי' רכד אות יג ולהלן) שחקר גם בזה אי הוי ממון יורשים או ממון האב.

ולענין עצם השאלה אם מצוה לקיים דברי המת הרי זה כקנוי לזוכה או שזו רק כפיה על היורשים לקיים דברי המת, בתוס' שאנץ, הובא בפסקי התוס' כתובות סוף פ"ו (אות רמא) כתב דהמקבל לא זכה, ורק כופים את היורשים לתת, דלא כבמתנת שכ"מ שזכה המקבל. וכן כתב המרדכי ב"ב (סי' תרסו), דחילוק גדול בין דברי שכיב מרע ובין מצוה לקיים דברי המת, דמצוה לקיים דברי המת אין זוכה כלל אלא שכופין היורשין לקיים מצות אביהם, ונפק"מ שאם אמר תנו חפץ זה לפלוני ובאו היורשין ונתנוהו או מכרוהו לאחר, אין לו טענה על הלוקח או על המקבל מתנה אפילו יהא אותו חפץ בעין, וכל שכן אם אינו בעין, שהרי לא זכה באותו חפץ מעולם. משא"כ בדין דברי ש"מ ככתובין וכמסורין, זכה באותו חפץ לגמרי. וכדבריהם פסק הרמ"א חו"מ רנב,ב: "כל דבר שנקנה במתנת שכיב מרע, אם קדמו היורשין ומכרו, המקבל יכול להוציאו מן הלוקח. אבל דבר שלא ניתן במתנה, רק שמצוה לקיים דברי המת, אם קדמו היורשין ומכרו, מה שעשו עשו".

וכן נראה מדברי המאירי (כתובות ע,א) שכתב דאם השאיר יתומים קטנים, אין מצוה לקיים דברי המת: "שאם היו היתומים קטנים, אין כופין אותן מתורת מצוה זו, דיתמי לא בני מיעבד מצוה נינהו, ומתורת דברי שכיב מרע יורדין לנכסיהם". ומזה מוכח שאין המקבל זוכה, דאם היה זוכה כבמתנת שכ"מ, גם ביתומים קטנים היה זוכה במצוה לקיים דברי המת. וכן נראה מדברי הר"ן גיטין (ה,ב מעמוה"ר). ועיין מחנה אפרים זכיה ומתנה כט, דהיכא דמצוה ליורשים ותולה בהם שהם יעשו, עדין לא זכה בה המקבל, רק יש מצוה על היורשים להקנותה משום לקיים דברי המת. ונפק"מ כשהשאיר יתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו. אבל כשאינו תולה ביורשים אלא שהוא נתן לשליח להוליך, משעה שמת זכה זה השליח למקבל מכחו של מת, ואפילו אם מת המקבל ינתן ליורשים. (ובדברי חיים אויערבך, יור"ד סי' מח בסופו, דן בדברי המחנ"א, ועיי"ש דמ"מ מהני תפיסה של המקבל). ועיין ברע"א (כתובות ע,א), דאם היורשים חייבים לאחרים, יש יותר מצוה של פריעת בע"ח מאשר לקיים דברי המת (ולפ"ז נפק"מ גם בנדו"ד, אם היורשים מקבלי המתנה חייבים לאחרים ואין להם לפרוע רק מזו הירושה). וכן הוא בקצוה"ח רמח,ה; "דמצוה לקיים דברי המת אינו קנין, אלא שמוטל מצוה על היורשין לקיים דברי המת".

אולם הגרא"ו בקבץ שעורים (ב"ב תקמא) כתב על קושית התוס' ב"ב קמט,א (וכן בכתובות ע,א), שהקשו למה לי דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים, תיפוק ליה דמצוה לקיים דברי המת, ומוכח שמצוה לקיים דברי המת עושה קנין ולא רק כפיה לקיים, דאל"כ אין מקום כלל לקושית התוס', ולכהפ"ח היה להם לתרץ כן. וכן הוא בקובץ שעורים כתובות סי' שטו.

ולפ"ז בנדו"ד יש מהראשונים שיחייבו לקיים דברי המת מעיקר הדין, אך קשה לכוף נגד דעת הראשונים והשו"ע, בפרט את היורשים המוחזקים. אולם בכל אופן יש על היורשים חיוב מדין כיבוד לעשות רצון הנפטר, ולדאוג שכל נכד, הנולדים ואלו שעדיין לא באו לעולם, יקבלו את הסכום שביקש באמירתו בהיותו שכיב מרע.

גם י"ל ע"פ מש"כ בתש' מנחת שי (ח"א סי' עה ד"ה ועוד, לגאון הרב שמואל יצחק שור, אב"ד דקניהיניטש) דדוקא בנותן מתנה לאיש זר, י"ל דלא גמר ומקני ולא סמכא דעתיה מבלי שיתן לשליש, אולם בנותן לבנותיו, כיון שמוחזקות בחלקן בהתאם לחוק, לענין זה נקראות כמוחזקות וסמכא דעתיה וכנותן ביד שליש. והביא ראיה מתש' רדב"ז (ח"א סי' סז), במי שעשתה צואה ליתן להקדש ונעשה בערכאות. וכתב בין השאר, שההקדש מוחזק מכח שטרי ערכאותיהם, והיורש הוא המוציא ועליו הראיה. הרי שהחוק מקנה מוחזקות, וכן מצא בחת"ס חחו"מ סי' קמב, ובשו"מ תנינא סי' א, שמהנ"ל מוכח דמה שיש לו זכות ע"פ החוק חשיב כמוחזק, וא"כ לא עדיף הושלש ממוחזקות זו.

וכדבריו נמצא באחיעזר (ח״ג סי׳ לד). הגרח״ע דן בצואה שכתב הנפטר בהיותו בריא וכתב כל נכסיו לאשתו ועשאה אפוטרופא, והצואה כתובה וחתומה בידו, נמצאה מונחת בשולחנו, ובצואתו הניח מעשר מנכסיו לדברים שבצדקה, ושאלה האלמנה אם מחויבת בתור אפוטרופוס ליתומים קטנים, לקיים דברי המת שציוה בצואתו. ומצד עצם הצואה הואיל ונכתבה בעודו בריא, אין שטר לאחר מיתה. ודן האחיעזר להכשיר הצואה;

״... ואפילו אם נימא דהיכא דמהני מצד חוקי המדינה לא גרע מסיטומתא, לא עדיף סיטומתא משאר קנינים דלא מהני לאחר מיתה. ובשו״ע סי׳ רנח מבואר דבצואה לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. ומצד מצוה לקיים דברי המת, הא בעינן שהושלש מתחילה לכך או שציוה בפני היורשין ... אלא דבתש׳ בנין ציון סי׳ כד מצדד דבמקום דאין היורשין מוחזקים, יש לסמוך על הנך שיטות דסברי דאמרינן מצוה לקיים דברי המת גם בלא הושלש מתחילה לכך היכא שציוה לתת לאחר מיתה. גם מכבר הייתי מצדד לומר דהיכא שמי שציוה המת ליתן לו הוא מוחזק מטעם דינא דמלכותא בקיום הצואה ע״י ערכאות, לא בעי הושלש מתחילה לכך, אלא שלא מצאתי גילוי לדין זה, דלא דמי לנודר שאינו יכול לחזור בו.״

וסברת האחיעזר הינה כמש״כ המנחת שי הנ״ל. ובעצם הסברא של המנחת שי והאחיעזר דהיכא שמוחזקים מכח זכות שיש להם בקיום הצואה הוי כהושלש, י״ל לסברתם דכל דין הושלש הוא ביטוי לגמירות דעת לרצונו, דהיכא שמצוה ואינו משליש דמי להבטחה או אפילו לדברים בעלמא שאפשר וחזר בו מדבריו ומרצונו. משא״כ כאשר המצוה יודע כי ניתן לקיים את השטר צואה ולהוציאו מהכח אל הפועל, הרי הוא גומר בדעתו שיקיימו ציוויו לאחר מיתה, ואיכא ביה טעמא דבעינן הושלש ביד שליש, דטעם השלשה כדי שיגמור בדעתו ולא יהיו אלא מילים בעלמא, ואפילו התחייבות בעינן לקנין כמבואר בשו״ע חו״מ ס,ו ואל״כ הוי דברים בעלמא, והוא הדין במצוה בעינן למעשה המוכיח שאינם דברים בעלמא כי היכי דלהוי צווי בר קיימא שיחול עליו המצוה לקיים דברי המת. וע״כ גם בשטר צואה שהוא בר תוקף בדינא דמלכותא, לא הוי דברים בעלמא ומצוה לקיים דברי המת. ומש״כ האחיעזר; ״ולא מצאתי גילוי לדין זה״, אם כונתו שלא מצא בפוסקים, הרי שכבר נמצא במנחת שי כנ״ל. אך נראה שכונתו שלא מצא גילוי לסברת הדין דבעינן הושלש כדי לחזק דבריו שלא יהיו דברים בעלמא וכמו שנתבאר, ״דלא דמי לנודר שאינו יכול לחזור בו״. אך לכאורה גם בשליש יכול לחזור בו ולא דמי לנודר.

והגר״מ פיינשטיין זצ״ל (אגרות משה אהע״ז ח״א סי׳ קד) דן בענין אשה שהשאירה צואה שלא היתה ע״פ דין, וניתן היה לאשרה רק בדיני הערכאות. ודן הגר״מ זצ״ל בצדדי הבעיה, ובתחילה כתב דאין בעובדה שהצואה נמסרה לדינא דמלכותא, כדי שתועיל בדין תורה. אך מיד כתב וז״ל: ״אך בעצם מסתבר לענ״ד שצואה כזו שודאי יתקיים כדברי המצוה בדינא דמלכותא אין צריך קנין, שאין לך קנין גדול מזה.

וממילא כיון שאין צריך קנין, מועיל מדינא אף נגד יורשים אף שהוא מתנה לאחר מיתה ... וא״כ גם בצואה שנמסרה לדינא דמלכותא שיעשו ודאי כדבריה, שאין לך גמירות דעת גדול מזה ואין צריך קנין ... וזהו טעם גדול למה שבארץ הזאת נוהגים לסמוך על צואות כאלו ואין חוששין מליקח המעות לצדקה. ואם כי לא נחתו לזה, מ״מ כיוונו האמת, ואם אינם נביאים, בני נביאים הם״. ועיי״ש עוד בסי׳ קה. ונראה מדבריו דמהני לא מדין מצוה לקיים דברי המת אלא מחמת שאין צריך קנין דיש בזה גמירות דעת ומהני מדינא דמלכותא.

לפ״ז יש לומר גם בנדו״ד, כיון שע״פ החוק הצואה תקפה, הרי עכ״פ יש לראות בזה מוחזקות לענין מצוה לקיים דברי המת, ויש לחייב את היורשים לקיים הצואה, ולצרף לדעות הפוסקים דלא בעינן הושלש וכנ״ל.

ולעיל הוזכרו דברי מהריב״ל בתש׳ (ח״ג סי׳ מג) שהוכיח מדברי הרשב״א ששייך מצוה לקיים דברי המת גם בדבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, הכריח כן ממה שהקשה הרשב״א מההיא דפלונית שפחתי עשתה קורת רוח, יעשו לה קורת רוח, והא התם שלא הושלש ביד שליש ואפ״ה אמרינן מצוה לקיים דברי המת. ונפק״מ גם לנדו״ד שאינו במתנת בריא ובמתנת שכ״מ וכנ״ל. ולכאורה גם מזה מוכח, שכשאין אפשרות להשליש, מאיזה טעם שיהיה, מצוה לקיים דברי המת קיימת גם בלא הושלש, שאל״כ איך מהני מצוה לקיים דברי המת בדבר שלא בא לעולם. וכדברי מהריב״ל נמצא גם במהרשד״ם (חחו״מ סי׳ שכג) במי שציוה מחמת מיתה שאחותו וילדיה ידורו בדירה בלא שכר, ובסוף דבריו שם כתב שזכתה האחות מדין מצוה לקיים דברי המת. ושם הוי דבר שאין בו ממש, דידור פלוני ולא הקנה דקל לפירותיו, הוי אין בו ממש, ומהני מדין מצוה לקיים דברי המת, ואף שלא הושלש. וכן י״ל לרבינו אפרים, המובא במרדכי ב״ב (סי׳ תרכו), דמהני מצוה לקיים דברי המת דוקא בדבר שלא שייך בו קנין: ״דכל היכא דשייך קנין לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא דוקא היכא דלא שייך קנין, כגון המשליש מעות לבתו וכמו תנו שקל לבני בשבת דלא שייך כאן קנין, כיון דכל הממון שלהם, הלכך אמרינן מצוה לקיים דברי המת. וכן הולך מנה לפלוני אין שייך קנין שאינו רוצה להקנות לו עד שיבא אצלו, והולך לאו כזכי דמי. וכן פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח כו׳, לא שייך קנין, דאין ידוע מה קורת רוח הוא רוצה או שחרור או ממון או הנאה אחרת, לפיכך אמרינן מצוה לקיים דברי המת לעשות לו קורת רוח מה שהיא רוצה״. ולפ״ז דוקא מהני מצוה לקיים דברי המת היכא דלא מהני קנין, כמו בדבר שלא בא לעולם וכיוצב״ז, ובזה לא שייך הושלש. ועיין מחנה אפרים (זכיה סי׳ ל), ובמגיד מכירה כב,טו. ולכאורה אפשר לצרף לדעות דלא בעינן הושלש.

### ה. את וחמור קנה מחצה

וכיון שמעיקר הדין יש דברים בציווי שאינם ברי ציווי וקנין, מ״מ שאר הדברים שציוה אינם מתבטלים, ויש בהם חיוב מעיקר הדין ולא רק מדין כיבוד. איתא בב״ב קמג,א: את וחמור (את ובהמה זו תקנו נכסי – רשב״ם), רב נחמן אמר קנה מחצה (דהכי אמר ליה, אתה וחמור תקנו שניכם הוא מחצה ואתה מחצה, ולא אבד האיש חלקו בשביל החמור, שלא תלאן זה בזה), ורב המנונא אמר לא אמר כלום (דכיון דבקנין אחד שיתף שניהם, לא נגמרה בדעתו להקנות לזה בלא זה כלום, וכיון דחמור לא קנה, איהו נמי לא קנה), ורב ששת אמר קנה הכל (אדם יודע שאין חמור קונה, וגמר בדעתו שמי שיוכל לקנות משניהם יקנה) ... אמר ליה רב מרדכי לרב אשי, מתיב רב אויא תיובתא, מעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות וליקט אחד כלכלה של תאנים, ושלהן היתה ושל שביעית היתה, ואמר הרי כולכן מקודשות לי בכלכלה זאת, וקבלה אחת מהן ע״י כולן, אמרו חכמים אין אחיות מקודשות, אחיות הוא דאין מקודשות, הא נכריות מקודשות, ואמאי את וחמור היא (נכריות מקודשות, והא את וחמור הוא, הרי מקדש בכלכלה זו כולן חמש נכריות ואחיות, וכי היכי דאחיות לא קנו, נכריות נמי לא יקנו. אלא שמע מינה מה שיש בידו כח לקנות יקנה הכל כרב ששת). אמר ליה היינו דחזאי רב הונא בר אויא בחלמא דמותיב רב אויא תיובתא, לאו מי אוקימנא דאמר הראויה מכם לביאה תתקדש לי (ואין אחיות בכלל, ואביי הוא דמוקי לה הכי בקדושין. וקי״ל כרב נחמן דאמר דאת וחמור קנה מחצה).

ומדברי הרשב״ם נראה שלמ״ד דלא קנה כלום, הוא מפני חסרון גמירות דעת המקנה, ששיתף את שני הדברים, ודעתו היתה שלא יקנה הקונה האחד בלא השני, והיינו חסרון בגמירות דעת המקנה. ועיין באבני נזר (חאהע״ז תמו,יג) שפירש דהיינו דוקא בהקנה חפץ אחד בשותפות, דדעתו היתה שיהיו שותפים בחפץ, משא״כ אם הקנה שני חפצים נפרדים, לכ״ע קנה מחצה, וז״ל: ״לאו משום קנין שבטל מקצתו נגעו בה, רק משום שהקנה לשניהם נכסיו בשותפות, וע״כ יכול לומר לאחד מכם לא הקניתי לו כלום רק לשניכם הקניתי, וכה״ג כתב הר״ן (שבועות יז,א מעמוה״ר) בשם הירושלמי ... אבל אם ייחד מקצת נכסים לאדם ומקצת לחמור, ואפ׳ הקנה מטבע ומטלטלין בקנין סודר בבת אחת, נלפע״ד ג״כ דאפי׳ לרב המנונא קנה המטלטלין״. ועיין עוד בנודע ביהודה (תנינא, חחו״מ סי׳ מז ד״ה ומעתה).

ומבואר ברשב״ם שקיי״ל כרב נחמן שקנה מחצה. כן פסק הרי״ף (ב״ב סו,ב מעמוה״ר), וכן כתב הנימוק״י שם דהלכה כרב נחמן: ״דהלכתא כוותיה בדיני, שהרי לא תלה קנייתו בקניית החמור אלא שיקנה כל אחד מי שיכול לקנות יקנה, ומי שאינו יכול לקנות לא קנה, הלכך החמור דלא שייך ביה קניה לא יקנה. ומיהו כיון דאמר את וחמור, אין דעתו שיקנה זה אלא החצי, ולא כרב ששת דאמר קנה הכל אלא

דוקא כר״נ״. וכן פסק הרמב״ם מכירה כב,יב, וכן כתבו התוס׳ שם (ד״ה רב נחמן), הרא״ש (ב״ב ט,ו), הריטב״א שם, הר״ן שם בחידושיו, והרמ״ה שם (אות לד), והרי״ד בפסקיו שם, וכן פסק בשו״ע חו״מ רי,ב.

ובפסקי ריא״ז (ב״ב ט,א,יד, הובא גם בש״ג ב״ב סו,ב מעמוה״ר, אות א) כתב דלא קנה כלום, דלא כרב נחמן, וז״ל: ״ואם אמר לו קנה דבר זה אתה והחמור קנה מחצה, כדברי מז״ה, ולי נראה שלא קנה כלום, כמבואר בקונטרס הראיות בראיית ב״. גם במאירי (ב״ב קמב,ב) הביא שיש פוסקים באת וחמור שלא קנה כלום, והביאו ראיה ממקדש אחיות, אך מהמשך דבריו נראה דלא ס״ל כן להלכה. ודעה כזו מובאת במרדכי ב״ב (סי׳ תרה):

> ״מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבת אחת, ונחלקו חכמי הדור בדבר, יש אומרים דדמי לקני את וחמור דפרק מי שמת, וכי היכי דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקע לא קנה. וי״א קנה הכל, במגו שחל הקנין על הקרקעות והמטלטלין, חל נמי אמעות. וכתב רבינו שמחה, אף על גב דמעות לא קנה, קרקעות ומטלטלין קנה, דאי לא תימא הכי הא דאמר פ״ק דקדושין נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה, ואמר בגמרא דבעינן אגב למה לי אגב, ליקני מטלטלין במגו דחייל אקרקע. וליכא למימר דדמי לאת וחמור, דחמור לאו בר קנין הוא, אבל מטבע נקנה במשיכה והגבהה ובתורת חצר.״

וג׳ דעות אלו במרדכי הובאו ברמ״א חו״מ רג,י. ומבואר דיש דעה שלא קנה כלום.

וכן נראה מדברי תה״ד בפסקיו (ח״ב סי׳ קעג), בענין קנין סודר שנעשה בין איש לאשתו שיתגרשו, וגם העמידו קנסות על הסכמה זו, שמי שיעבור שיתחייב כך וכך. ובתוך דבריו כתב לפקפק על הקנין סודר שהקנה הבעל לאשתו שיגרשנה, שאין קנין חל על זה כלל: ״א״כ י״ל דאף על הקנס אינו חל, כיון דבקנין אחד נעשה, הוי כמו קנה את וחמור כדמספקא ליה פרק מי שמת״. מבואר שלא קנה גם על הקנס מדין את וחמור דמספקא ליה. ובסמ״ע רג,יט כתב על מה שהביאו דברי הסובר דלא קנה כלום, ושכן דעת תה״ד, אף שהוא דלא כרב נחמן, דקי״ל כוותיה בדיני. משום דסתם גמרא הקשתה בקדושין נא,א מדברי המ״ד בקני את וחמור דלא קנה כלום. ואפשר, משום דכיון דאיכא בזה פלוגתא בגמ׳, אוקמינן הממון בחזקת מרא קמא, ואמרינן דלא קנה כלום. ובחזו״א דמאי טז,יא (ד״ה קיי״ל) כתב, דאף שהסמ״ע הסתפק בזה וצדד שהוא ספיקא דדינא, העיקר כדעת כל הראשונים הסוברים דקנה מחצה; ״ולא מצינו מי שיחלוק״, וגם את המרדכי יש לפרש שאמר בלשון של כולכם (עיין להלן), שהוא ספיקא דדינא, כמבואר בשו״ע אהע״ז מא,ג, ולדעת רוב הפוסקים גם בכולכם קנה מחצה. וכן נמצא במהרי״ט (ח״ב חו״מ סי׳ נב בסופו), דסברת הסוברים

דלא קנה, דחויה היא מכל הפוסקים. ולכאורה צ״ע בדעת הט״ז יור״ד רנח,ו, שהביא את תשובת הרשב״א (סי׳ רפא), במי שאמר אם אשחק אתן למלך כך וכך ולהקדש כך וכך, הואיל והוי אסמכתא לגבי הדיוט, הוה אסמכתא גם להקדש. וכתב הט״ז: ״ונראה שזה דומה לקני את וחמור דלא קנה, כדאיתא פרק מי שמת ובחשן משפט סימן רי״. וצ״ע בדבריו, דהא בשו״ע חו״מ רי,ב פסק דקנה מחצה, וכן דעת הרשב״א כרב נחמן. וצ״ע. ומ״מ נראה דדעת הראשונים והפוסקים דבכל ענין קנה מחצה. ולכאורה נראה גם שלא יוכל לטעון קים לי כדעת הפוסקים שלא קנה, הואיל ודעת המחבר בשו״ע חו״מ רי,ב שקנה מחצה, וכן דעת כמעט כל הראשונים, והרמ״א והנו״כ לא הגיהו על דעת המחבר דקנה מחצה.

ובגר״א רג,מב כתב שהמרדכי והרמ״א (חו״מ רג,י) מיירי בכוללם יחד בלשון אחת, דבזה י״ל דלא קנה מחצה, אולם כשאינו כוללם יחד, קנה מחצה: ״אבל נראה ליישב דעת המרדכי ורמ״א, דס״ל למרדכי כמ״ש בה״ג ורמב״ם בקדושין, דההא סוגיא אף לרב נחמן, דר״נ מודה כל שכולל בדבור אחד ...״, ומדייק מדברי המרדכי שכתב; ״קרקעות ומטלטלין ומעות בבת אחת״, והיינו דוקא בבת אחת, ומעין זה לשון הרמ״א בשו״ע חו״מ רג,י. והחילוק בין לשון אחת לשתי לשונות, דאם אמר כולכם לא קנה, מבואר כבר בראשונים, עיין ברא״ש קדושין ב,כב: ״ויש מחלקין, דהתם דמפיק להו בתרי ואמר את וחמור, קאמר רב נחמן דקנה מחצה, אבל הכא דבחדא לישנא מפיק להו, דאמר כולכם, מודה רב נחמן דלא קנה״. וכן הוא בריטב״א קדושין נא,א, דכשאומר בלשון נפרדת – את וחמור, אינו עושה אותם שותפים ואין מתנתו של זה מעורבת בשל זה, משא״כ באומר כולכם, הרי עירבם ולא קנה. וכן הוא במגיד אישות ט,ב; ״שהוא במלה אחת מקדשן ואומר כולכם מקודשות ולא נחלק בדבורו״. ועיי״ש עוד בלח״מ ובשער המלך.

וחילוק זה מבואר גם בנו״כ לשו״ע אהע״ז מא,ג. דשם פסק המחבר: ״קדש נשים רבות כאחת, והיו בהן שתי אחיות או אשה ובתה, אם אמר הראויה מכן לביאה מקודשת לי, הרי כולן מקודשות לו חוץ משתי אחיות או אשה ובתה וכיוצא בהן. ואם אמר כולכן מקודשות לי, נכריות מקודשות ואחיות אינן מקודשות, וי״א שאף נכריות אינן מקודשות״. ובח״מ שם מא,ד הקשה, מדוע אף נכריות אינן מקודשות, הרי את וחמור קנה מחצה. ותירץ דיש לחלק בין האומר בתרי לישני - את וחמור, ובין האומר כולכם, דכולל כולם בחד לישנא. ולפ״ז אם אומר אחיות ונכריות מקודשת לי, נכריות מקודשת ודאי. והביא שם את חילוק הר״ן (קדושין כב,א מעמוה״ר) בין מקנה לאת וחמור, שאין סברא שאם אחד לא יזכה, שגם השני לא יזכה, לבין קונה את וחמור, כמו במקדש אחיות ונכריות, דדרך הלוקח לקנות רע ויפה ביחד וכונתו לזכות בכולן, ואם לא קנה אחיות, גם נכריות אינן מקודשות. וכן הביא הב״ש שם בס״ק ה. ועיין באבני מילואים שם מא,ג, ובקצוה״ח רי,ה.

אמנם מדברי הנודע ביהודה (קמא, חחו״מ סי׳ כה) כתב דכל שהקנין היה על כולם כאחד, קנין בדבר המועיל עם דבר שאין בו ממש, כיון שזה מחלוקת הפוסקים; ״דיש פוסקים כרב המנונא במסכת ב״ב קמג,א דלא קנה כלל, וכמבואר דברי המחלוקת בחו״מ סי׳ רג בהג״ה, וא״כ אין בעל השטר יכול להוציא מהיתומים בשטר שיש בו ספיקא דדינא, ונכסי בחזקת יתמי קיימי״. הרי שכשיש ספק בשטר מחמת קני את וחמור, כיון שיש פוסקים כרב המנונא שלא קנה כלום, וכמו שהביא מדברי המרדכי הנ״ל, אין להוציא מיד המוחזק.

אמנם למש״כ הנו״ב סי׳ שאח״ז, נראה דבנדו״ד לא שייך כלל דין קני את וחמור. הנו״ב כתב דכל דין של קני את וחמור, לשיטות שלא קנה כלל, שייך רק באופן שלפניו דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין מועיל בו קנין, או מקנה ישנו בעולם עם פירות דקל דעבידי דאתו, אולם כאשר מקנה דבר הישנו בעולם עם דבר שיתכן ויבוא לעולם ויתכן ולא יבוא לעולם, בזה אין לומר שהיתה כוונתו לכלול את שני הדברים יחדיו, דהרי יתכן ולא יהיה כלל בעולם:

״ואומר אני בקני את וחמור אנו רואים שרצה להקנות להחמור בודאי, ואנו אומרים דלא ניחא ליה דלקני זה לבדו אם לא יקנה גם החמור. וכן בהקנה מטבע ומטלטלים, אנו רואים בודאי שרצונו להקנות המטבע, לכך אנו אומרין שלא היה רצונו להקנות המטלטלים אם לא יקנה גם המטבע. וכן בהקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, שנסתפק בו המרדכי, והוא עצמו הדין שמביא רמ״א בסי׳ רט, נראה לפענ״ד דהיינו שהקנה לו דבר שלא בא לעולם, אבל עביד דאתי כגון פירות דקל, לכך אנו אומרים ג״כ אולי לא כיון להקנות גם מה שיש לו, אם לא שיקנה גם הפירות דקל. אבל במקנה רכוש שיש לו, והקנה לו כל מה שיהיה לו בשעת מותו, אפילו מזכיר בפירוש שמקנה לו גם כל הרכוש אשר ירכוש עוד עד יום מותו, בזה ודאי אף שלא קנה הנכסים אשר רכש אח״כ, אבל הנכסים שהיו בשעת הקנין קנה, דכאן ליכא למימר שלא רצה להקנות הנכסים שיש לו עתה אם לא יקנה גם הנכסים שיבואו אח״כ, דהרי אף אם היה מועיל הקנין לדבר שלב״ל, מ״מ אטו ידע בודאי שיתוספו לו נכסים אח״כ, אולי לא ירויח כלום, או אולי ימות לשעתו. א״כ אף לפי דעתו שיש לזה קנין, מ״מ אינו ודאי אצלו שיבואו, וא״כ בודאי לא קפיד לתלות זה בזה, ולכן בודאי קנה נכסים שהיו בעין לדברי הכל.״

ולפ״ז בנדו״ד שהקנה לנכדים הנמצאים עם נכדים שיולדו, מי יימר שיוולדו לו נכדים נוספים שנאמר שהכליל את כל הנכדים לקנין אחד והתלה האחד בשני. לכן

בנדו״ד גם לשיטת רב המנונא קנה מחצה, כיון שלא ידע ודאי שהנכדים יבואו לעולם, ואין לומר שהתנה והתלה את קנין הנמצאים עם אלה שאולי יוולדו. ועיין עוד בנו״ב שם סי׳ כח, ובמהדו״ת חחו״מ סי׳ מה וסי׳ מז. ולכן נראה דבנדו״ד ודאי לא יוכל לטעון טענת קים לי דלא קנה כלל, דאף לרב המנונא בנדו״ד קנה מחצה.

[והנה המרדכי ב״ב (סי׳ תרג), כתב וז״ל: ״מספקא ליה למורי אם שייך נמי למימר באדם מקנה לאדם דבר הבא לעולם ודשלב״ל, אם שייך אותו מחלוקת או לא. ואין להביא ראיה מההיא דלעיל שתי שדות ושני בני אדם לזה במתנה ולזה בירושה דשניהם קנו, ולא אמרינן אותו דבעל ירושה הוה ליה כמו חמור ולא יקנה גם את זה. די״ל דהתם ראוי לקנות מיהת אם היו נותנין לו, אבל הכא כיון דלא אתי לידיה, לפיכך הוא חמור גמור״. ודברי המרדכי הובאו להלכה ברמ״א חו״מ רט,ד: ״מי שמקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, יש אומרים דדמי לקני את וחמור, כמו שיתבאר לקמן סוף סימן רי״. והן מהמרדכי והן מהרמ״א מבואר, דכיון דקיי״ל דקנה מחצה, הוא הדין בזה. ועיין באור שמח (מכירה כב,י ד״ה וגוף) מה שהביא מהירושלמי לדין זה.]

גם לדברי הראשונים המחלקים בין מקנה לאת וחמור, שקנה מחצה לכ״ע, לקונה את וחמור, די״ל דלא קנה כלל, בנדו״ד שמקנה לאלה שעדיין לא נולדו, לכ״ע קנה מחצה. וסברא זו הובאה בר״ן קדושין (כב,א מעמוה״ר), וז״ל: ״אבל בעל הלכות והרמב״ם ז״ל בפ״ט מהל׳ אישות העמידו משנתינו דוקא באומר הראויה מכם לביאה מקודשת לי, הא לאו הכי אין אחת מהם מקודשת. ויש לתמוה למה. ונראה לי שהן סוברין דהכא אליבא דהלכתא מקשינן, דאפילו לדידן דקיי״ל קנה מחצה, הכא לא מקדשא חדא מינייהו, משום דבשלמא במקנה איכא למימר שדעתו הוא שיקנה מי שיוכל לקנות, שאין טעם לומר שמפני שזה אין לו יד לקנות שלא יקנה מי שיש לו יד, אבל מקדש, זה קונה הוא אותן נשים בכלכלה של תאנים ולא ניתנה להם אלא כדי שיזכה בכולן, שכן דרך הלוקח ליקח רע ויפה כאחת משום יפה ...״. וכן נראה מדברי המאירי (ב״ב קמג,א סד״ה האיש). ועיין קצוה״ח רי,ה מש״כ בזה.

ומכל זה מבואר, דלא מיבעיא דלהלכה באת וחמור קנה מחצה, וממילא אין לפסול חלק מהצואה של השכ״מ מחמת מה שהקנה למי שאינו בעולם, אלא אף לומר קים לי לא יוכל לטעון המוחזק, והמטעמים האמורים לעיל, דבנדו״ד כ״ע מודו דקנה מחצה.

**לאור האמור לעיל, על היורשים לקיים את דברי המצוה, מדין מצוה לקיים דברי המת.**

# סימן כז

## מתן זכות שימוש בצימרים תמורת חוב

### ראשי פרקים

**א. אונאה בקרקעות**

**ב. בתי עין המחוברים לקרקע**

**ג. אונאה יותר מכפל**

**ד. אונאה בשכירות קרקע**

**ה. שכירות קרקע אם נקנית במלוה**

**ו. איסור ריבית בכה"ג**

**ז. מקח שנעשה באיסור**

ראובן לוה משמעון אחיו לפני כשנתיים 30,000 ש"ח, ועד היום לא פרע את החוב,

למרות שכבר עברו 18 חדשים מזמן הפרעון הראשון, ולמעשה לא נראה באופק אפשרות של תשלום, וזאת מחמת מצבו הכלכלי הקשה של ראובן. לראובן מתחם של 5 צימרים באזור הצפון, והוא הציע לשמעון שבתמורה לחוב יבוא עם משפחתו (ילדיו שבבית וכמה זוגות נשואים וילדיהם) למתחם הצימרים למשך 20 יום. יצוין כי מדובר בצימרים הבנויים מעץ, ומחוברים למשטח בטון.

שמעון הסכים, אך התנה שיהיו אלה עשרים יום במהלך בין הזמנים של חודש אב,

וכן עוד עשרה ימים, מאחרי יום כפור ועד אחרי סוכות. ראובן הסכים, אולם לאחר כמה חדשים, בהתקרב המועד, חזר בו ראובן בטענה שמדובר במתחם שבחדשי הקיץ והחגים, גם אם מושכר כולו למשפחה אחת, הרי שהמחיר הוא לפחות 2500 ש"ח ליום לכל המתחם, בעוד ששמעון מקבל את הנ"ל בסכום של 1000 ש"ח ליום לכל המתחם. הוא מוכן להתחייב שאת הכסף שיקבל מההשכרה, יעביר וישלם את החוב לשמעון. עוד העלה ראובן שמדובר כאן בריבית על ההלואה.

שמעון טוען שכבר שבע מהבטחות להחזר החוב, ובודאי היה מעדיף את החזר החוב

ולא לנסוע לנופש לזמן כה ממושך, אך בלית ברירה זו הדרך היחידה להחזר החוב. וכאשר החופש והשהייה במקום אינם מבחירה חופשית, הרי שמקובל להוזיל, וכמו אם היה נותן לו חפצים מהבית, לא היה מקבלם במחיר השוק אלא במחיר זול יותר.

## א. אונאה בקרקעות

תנן במשנה ב״מ נו,א: אלו דברים שאין להם אונאה, העבדים, והשטרות, והקרקעות, וההקדשות. ובגמ׳ שם בע״ב יליף לה, מהא דתנו רבנן, וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך, דבר הנקנה מיד ליד (הזהיר עליו בבל תונו – רש״י), יצאו קרקעות שאינן מטלטלים, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות דכתיב וכי תמכרו ממכר, שגופו מכור וגופו קנוי, יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין גופן קנוי ואינן עומדין אלא לראיה שבהם. ובהמשך שם בגמ׳: בעי רבי זירא, שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה, ממכר אמר רחמנא אבל לא שכירות, או דלמא לא שנא. אמר ליה אביי, מי כתיב ממכר לעולם, ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא. ובתוס׳ שם (ד״ה האי) כתבו, דגבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות.

ושם בגמ׳ נז,א: אמר רבא אמר רב חסא, בעי רבי אמי, אונאה אין להם, ביטול מקח יש להם (יותר משתות), או אין להן (מי אמרינן מאל תונו (ויקרא כה) הוא דאימעוט, והא לאו בכלל אונאה הוא, אלא מקח טעות הוא, או דלמא כיון דלאו דבר שבמדה הוא, ולא אטעייה בדיבוריה, כשאר דין אונאה הוא). אמר רב נחמן הדר אמר רב חסא פשיט רבי אמי, אונאה אין להם ביטול מקח יש להם. רבי יונה אמר אהקדשות, רבי ירמיה אמר אקרקעות. ותרוייהו משמיה דרבי יוחנן אמרו אונאה אין להם ביטול מקח יש להן. מאן דאמר אהקדשות, כל שכן אקרקעות, מאן דאמר אקרקעות, אבל אהקדשות לא. ובתוס׳ שם (ד״ה אמר ר״נ) הקשה מב״מ קח,א, דרב נחמן ס״ל דאין לקרקעות ביטול מקח של יותר משתות. ותירצו התוס׳: ״ותירץ ר״ת דאין אונאה עד פלגא, אבל מפלגא ואילך מיקרי ביטול מקח ויש להם״.

ועיין במחבר חו״מ צה,א, דאין חילוק בין קרקעות של ארץ ישראל לקרקעות חו״ל, ובסמ״ע שם ס״ק ב כתב, דהמחבר כתב כן לאפוקי ממה שהביא הטור חו״מ צה,ד בשם גאונים, דבחוצה לארץ כיון דעומדים למיכר הו״ל כמטלטלים, וס״ל למחבר דדוקא לענין ערכין אמרו כן, אבל לענין שבועה ואונאה, דין מקרקעי יש להן שאינם ניקחים מיד ליד. וכן כתבו שם הלבוש בע״ש סע׳ א, האורים ס״ק ב והגר״א ס״ק ב. (ועיין במהרש״ם במשפט שלום רכז,כט, שהביא דעה שיכול לומר קים לי כדעת הפוסקים דקרקעות בחו״ל הוי מטלטלין, ומהרש״ם חלק, שהוא נגד דעת המחבר ואין לומר קים לי כדעה שלא הובאה בשו״ע, ובפרט שהטעם שקרקעות בחו״ל עומדים להמכר, וזה לא שייך בזמן הזה.

ובראשונים ובאחרונים התבאר דאף שאין אונאה בקרקעות, היינו שהתמעטו מדיני אונאה, אולם איסור להונות את חבירו יש גם בקרקעות, ואם הונה, עבר בלאו. החינוך (מצוה שלז) כתב וז״ל: ״... ואין כוונת המדרש שלא יזהיר הכתוב על

אונאת הקרקעות כמו כן, אלא הענין הוא לומר שדיני האונאה, כגון החילוקין שאמרו זכרונם לברכה (שם נ,ב) באונאה שהיא חוזרת ביתר משתות, ודיניה בפחות משתות ובשתות, אינן נוהגין בקרקעות אלא במטלטלין ... אבל עיקר האזהרה בין בקרקע בין במטלטל הוא באמת, שהוזהרנו שלא להונות הבריות לדעת. אבל החילוק שביניהן הוא שאם נמצאת אונאה במטלטל ביתר משתות שיבטל המכר, שדעת הבריות שלא לסבול אונאה יתירה מכן במטלטלין, אבל בקרקע לפי שהקרקע דבר קיים לעולם, דרך הבריות למחול בו כל אונאה אחר שלקחו אותו, וכעין מה שאמרו זכרונם לברכה (ב"ק יד,ב) על דרך ההפלגה, שהקרקע דבר השוה כל כסף הוא. והראיה לדברינו אלה, כלומר שאיסור אונאה אף בקרקע, שהרי עיקר אזהרה זו בקרקעות הוא דכתיבא, וכמו שמפורש בפרשה. זהו דעת הרמב"ן זכרונו לברכה בענין זה, וכמו שכתב בפירוש החומש". מבואר שיש איסור אונאה אף בקרקע, ורק דיני אונאה לא נאמרו בקרקע, וכמו שציין החינוך לענין שתות וביטול מקח, דעיקר האיסור נאמר בפרשת בהר בקרקעות, ששם (ויקרא כה,יד ולהלן), לאחר שהביאה התורה איסור של אונאה; וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו, כתבה התורה; במספר שנים אחר היובל תקנה מאת עמיתך, במספר שני תבואת ימכר לך. והיינו בקרקעות.

וציין החינוך לדברי הרמב"ן עה"ת (ויקרא כה,יד), דהמקרא הזה, כפי פשוטו ולפי מדרשו, דיבר בענין קרקעות. ועל כרחנו נצטרך להטות מקראות מפשוטן, שיהיה כל פסוק עומד בעצמו. וע"כ כתב הרמב"ן מסברא, דודאי המאנה את חבירו לדעת עובר בלאו, בין במטלטלים בין בקרקעות, וחכמים חדשו באונאה תשלומים בשתות המקח, וביטול מקח ביותר משתות, ומזה בלבד מעטו הקרקעות, דבקרקעות אף ביותר משתות הוי מחילה, אף שאסור להונות כן לדעת, אבל אין דרך בני אדם לבטל ממכרם מפני אונאה מועטת כזו. ודייק כן מהפסוקים, דבתיחלה כתבה התורה בלשון רבים: "וכי תמכרו ממכר", בין בקרקעות ובין במטלטלין, ואח"כ אמרה התורה "או קנה מיד עמיתך", בלשון יחיד; "וכל זה אסמכתא, כי הלאו אזהרה בין בקרקע בין במטלטלין, וחזרת הממון בידם קבלה במטלטלין ולא בקרקעות". וכן מבואר ברבינו יונה בעליותיו (ב"ב עח,א סד"ה ופרקינן), דכל הני דאין בהם אונאה, ודאי עובר בהם בלאו דלא תונו, ולא נתמעטו אלא מחזרת אונאה.

ובפני יהושע (ב"מ נו,א ד"ה במשנה) כתב לחדש, דמדאסרה התורה להונות בקרקעות, הרי מה שמחזיק בידו מאונאת הקרקעות הרי זה גזילה, וחייב להשיב מדין והשיב את הגזילה אשר גזל. דכיון דלענין איסור אפי' בקרקעות אסור להונות לכתחלה, והם מועטו רק לענין ההשבון, דקיי"ל (תמורה ד,ב) כל מאי דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד מהני. וא"כ אפי' במטלטלין היה ראוי לומר שלא להחזיר האונאה, אולם כיון דקאי בלאו דלא תונו; "הו"ל כגזל ומרבינן לה להשבון מוהשיב את הגזילה".

והקשה הפנ״י, שלא מצאנו בשום מפרש או פוסק איזה טעם מנא לן דאונאה ניתן להשבון, ובשלמא ביתר משתות דהוי ביטול מקח, מסברא אמרינן דהוי כעין מקח טעות, אולם בשתות מה הטעם דקנה ומחזיר האונאה; ״אלא על כרחך דכיון דעובר בלאו, קרינן ביה והשיב את הגזילה ומהאי טעמא כתב הרמב״ם ז״ל (מכירה יב,א) דאין לוקין על אונאה דהו״ל ניתק לעשה״. ומזה למד הפנ״י ראיה לספק הרא״ש אם מותר למכור או ליקח לכתחלה באונאה פחות משתות. דיש לאסור מק״ו דקרקעות, עיי״ש. ומש״כ הפנ״י שחייב להחזיר, עיין בקצוה״ח קכו,ט, דאף דאין אונאה לשטרות, מ״מ במתכוין להונות, שעשה ערמה, חייב לשלם מדין קנס, עיי״ש. ואף בזה חלק עליו הגר״מ אריק באמרי יושר (ח״ב סו״ס קנה). ומ״מ ודאי דלקצוה״ח, אם אינו בתורת קנס שעשו ערמה, אין חיוב להחזיר. ולפני יהושע חייב להחזיר בכל ענין, ועיין להלן מש״כ מהמנחת חינוך.

ועל הא דאיתא בב״ב סא,ב: המוכר בית לחבירו בבירה גדולה, אע״פ שמצר לו מצרים החיצונים, מצרים הרחיב לו. וכן הדין בבקעה, כמבואר שם בגמ׳. והרשב״ם שם (ד״ה בבקעה גדולה) כתב, דלמה לן למימר מצרים הרחיב לו, נאמר דמים מודיעים. אלא שאין לומר דמים מודיעים בבקעה או בבירה, שאין אונאה לקרקעות. ואם נאמר כראשונים הנ״ל שאסור להונות, מדוע לא נאמר שדמים מודיעים, כיון שאסור להונות. ואפשר דלענין דמים מודיעים, לא סגי במה שהוא איסור להונות, ורק אם יחזור המקח, אמרינן ודאי לא זו היתה כוונתו, אולם כשהמקח קיים, אין הוכחה כ״כ ממעשיו, וצ״ע.

וכדעה זו שאף אין איסור אונאה, נראה מדברי רש״י ב״מ נו,ב הנ״ל, דדבר הנקנה מיד ליד, הזהיר עליו בלא תונו. הרי שהאזהרה היא רק במטלטלין. אמנם הרש״ש שם כתב דאף לרש״י אסור לכתחילה להונות, והביא ראיה מאונאת דברים, שאין מפרכסין לא את האדם וכו׳, ואם אין איסור להונות, הרי עבדים יצאו מכלל אונאה, ומדוע אין מפרכסין. וכתב הרש״ש, דאף דיש לחלק, נראה דלא שנא. ומזה ראיה דאף בהם לכתחילה אסור. רק לא התבאר מדבריו אם זה איסור כאונאת דברים או איסור דרבנן לכתחילה. אך מ״מ גם לדבריו האיסור דלא תונו, לכאורה לא קאי אקרקעות, דלא כרמב״ן והחינוך. וכן הביא הסמ״ע רכז,נא מחידושי הרש״ל על הטור, דאף שהתמעטו קרקעות וכו׳ מדין אונאה, מ״מ לא גרעי מאונאת דברים וגניבת דעת, ובכלל לא תונו איש את אחיו (עיין פ״ת שם ס״ק כא שתיקו בדברי הסמ״ע, שהוא בכלל לא תונו איש את עמיתו). ומ״מ אם ילפינן מאונאת דברים, לכאורה אין חיוב להחזיר, וזה הנפק״מ אם נאמר כחינוך והרמב״ן או כרש״ש לשיטת רש״י, דלמש״כ הפני יהושע, לחינוך והרמב״ן יש חיוב להחזיר מדין והשיב את הגזילה, וכנ״ל, משא״כ אם נאמר שהאיסור מדין אונאת דברים.

ומתחילת דברי האור החיים (ויקרא כה,יז) היה נראה שהאיסור הוא מאונאת דברים, אולם מהמשך דבריו צ״ע אם הוא איסור אונאה או אונאת דברים, והנפק״מ כנ״ל. וז״ל האו״ח: ״ולא תונו וגו׳. רבותינו ז״ל דרשו (ב״מ נח,ב) שהכתוב מדבר באונאת דברים, ולפי פשט הכתוב ירצה, כי הגם שאמר למעלה אל תונו ודקדק לומר מיד להודיע כי באונאת מטלטלים הכתוב מדבר ולא באונאת קרקע, חש הכתוב שיטעה הטועה כי בקרקעות מותר לאונות, לזה אמר לא תונו וגו׳, ואמר ויראת מאלהיך. פירוש, הגם שאין דין אונאה בהם, הוא דוקא לענין משפט יושבי תבל, אבל לעולם איסור אונאה יש בדבר. וטעם שאמרתי שאין בו אונאה הוא מטעם שהנחתי משפט זה לדון אותו אני״. ועדיין הדברים נוטים בסיפא דגם מירי לענין אונאת דברים, שהי״ת ידונו, ויראת מאלוקיך.

והמנחת חינוך (רלז,ג) הביא דברי הרמב״ן וכתב דמי יסתור דעת הרמב״ן וגם מסתבר כדבריו, אולם בתחילה רצה להביא ראיה דהרמב״ם סובר שגם אין לאו, מזה שכתב הרמב״ם שאין לוקים על אונאה, דניתנת להשבון, ואם אונאת קרקע יש לאו ולא ניתנת לתשלומים, היה צריך ללקות, אלא מוכח דהרמב״ם סובר דזו גזירת הכתוב דאין איסור בעבדים קרקעות וכו׳. ולשיטת הרמב״ן י״ל דמה שאינו חייב להחזיר, אף דגזל בידו, הוא מטעם מחילה. אולם הביא ראיה דדעת הרמב״ם דיש לאו באונאת קרקע. דידועה דעת הרמב״ם דיש בקרקע איסור של לא תגזול (ראה רמב״ם גניבה ז,יא), דאיתא בגמ׳ ב״מ סא,א: אמר רבא, למה לי דכתב רחמנא לאו ברבית, לאו בגזל, לאו באונאה. צריכי. דאי כתב רחמנא לאו ברבית, משום דחידוש הוא דאפילו בלוה אסרה רחמנא, ואי כתב רחמנא לאו בגזל, משום דבעל כרחיה, אבל אונאה אימא לא. ואי כתב רחמנא לאו באונאה, משום דלא ידע דמחיל. ואם נאמר דדעת הרמב״ם שאין לאו באונאת קרקעות, הרי היה צריך לכתוב לאו בגזל ולאו באונאה, דבאונאה אין איסור בקרקעות, ובגזל יש איסור. ומוכרח דדעת הרמב״ם דעוברים אף באונאת קרקעות, ומה שאין צריך להחזיר הוא מטעם מחילה.

ומהמנ״ח דלעיל עולים שני טעמים מהא דאין אונאה לקרקעות, או שזה גזירת הכתוב, או מטעם מחילה, וכמו שיש מחילה עד שתות במטלטלין, הוא הדין דיש מחילה בקרקעות ביותר משתות. ומצאנו בזה מחלוקת ראשונים. מהרשב״ם דלעיל שאין דמים מודיעים מפני שאין אונאה לקרקעות, למדו התוס׳ שם (ב״ב סא,ב ד״ה ש״מ) דדעת הרשב״ם דהא דאין אונאה לקרקעות, מפני שאין להם דמים, ואדם מוכן לתת סכום רב יותר מדמיהן, ולכן לא שייך בהם דמים מודיעים. וע״ז הקשו התוס׳, דמה יענה בעבדים ובשטרות, שאינן כקרקעות ויש להם דמים. ולכן כתבו התוס׳ דאין אונאה לקרקעות מכח גזירת הכתוב, ומה שאין דמים מודיעים, לא מפני שאין אונאה לקרקעות, אלא זה דין מיוחד בקרקעות שאדם מוכן לשלם עליהם יותר, והביאו ראיה מכתובות

צא,ב, עיי״ש. ומ״מ מבואר דלתוס׳ אין אונאה מטעם גזירת הכתוב, ולמה שלמדו ברשב״ם הוא מטעם שמוכן לשלם עליהם יותר.

ובהגהות מיימוניות מכירה יג,ח כתב דקרקע היא דבר השוה כל כסף, ולכן אין לה ביטול מקח, והביא ראיה מהגמ׳ ב״ק יד,ב. ולכאורה מהגמ׳ שם מבואר איפכא, דבתחילה כתבה הגמ׳ על מש״כ במשנה: שוה כסף מלמד שאין בית דין נזקקין אלא לנכסים שיש להן אחריות. ושאלה הגמ׳ מאי משמע. ותי׳ הגמ׳, אמר רבה בר עולא דבר השוה כל כסף מאי ניהו דבר שאין לו אונאה. ומזה מוכח כהגהות מיימוניות, אולם הגמ׳ פרכה והקשתה, דעבדים ושטרות נמי אין להן אונאה, עיין בתוס׳ ב״ב סא,ב דלעיל. ומזה מוכח שאין זה הטעם באונאת קרקעות. וי״ל דמעצם הסברא דשוה כל כסף, לא חזרה בה הגמ׳, רק דאינו יכול להתפרש במשנה. ועיין ברשב״א שם (יובא להלן). (ועיין בשטמ״ק קח,א, שהביא מדברי הרא״ש לענין טענת המצרן ללקוח שקנה שוה מאה במאתים, לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ורב נחמן ס״ל דאין אונאה לקרקעות, דכיון דקנאה לעצמו, לא יכול לטעון לתקוני שדרתיך, שפעמים שאדם קונה קרקע הרבה יותר מדמיו. והיינו לענין טענת לתקוני שדרתיך, אך לא לענין אונאה. ולכאורה אינה ראיה לטעם הכתוב אלא רק לדין זה של שליחות).

ובברכת רצה (סי׳ קכד ד״ה ועדיין יש) כתב לבאר דיש בזה שני ענינים, גם מצד גזירת הכתוב, וגם סברא שכן דרך בני אדם לקנות ביותר משוויה. וביאר ע״פ זה מה דאיתא בגמ׳ ב״מ קח,א, בענין קונה שקנה בצד מצרן קרקע ששוה ק במאתיים, דמצי אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, והיינו דכיון דשליח שוויה מצרן ללוקח, המקח בטל ויקנו במאה. ואמר ליה מר קשישא בריה דרב חסדא לרב אשי, הכי אמרי נהרדעי משום דרב נחמן, אין אונאה לקרקעות. והיינו, או שיקנה המצרן מהקונה במאתיים, או שיניח לקונה. ועיי״ש בתוס׳ (ד״ה האי). ופירש בברכת רצה, דאם מטעם גזיה״כ לבד, לא היה נותן המצרן לקונה אלא את שוויה ולא מאתיים, דודאי יכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. אולם מכיון שיש בזה גם הטעם שמוכן לשלם יותר, אין זה עיוות, דלקונה שווה מאתיים. וצ״ל, דאף דלענין שליח ששלח לקנות קרקע, וקנה וטעה בכלשהו, דהמקח בטל, דיכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי, וכדמוכח בקדושין מב,ב ובכתובות ק,א, וכן פסק הרמב״ם מכירה יג,ט, היינו שליח בעלמא ושליח בי״ד, אבל בשליח שעשאוהו כשליח מדין הישר והטוב כמו בקונה בצד מצרן, לא עשאו כשליח לענין זה. ועיין עוד בדברי מלכיאל (ח״א לח,יב), דבאונאה יש גם סברא שאין שער ידוע לקרקע, ויש המוסיפים בדמיהם או פוחתים. וזה הטעם של הסוברים דבפלגא אית להו אונאה, דסו״ס יותר מפלגא אין דרכם לשלם, ויבואר עוד להלן.

## ב. בתי עץ המחוברים לקרקע

והשאלה אם בנדו״ד יש לדון את הבתים מעץ כקרקע או כמטלטלין, שאם היו אלה קראוונים או בתים מעץ ניידים, פשוט דהוי כמטלטלין, השאלה כאן שהם מחוברים לקרקע, למשטח הבטון שמתחתיהם, והבסיס מחובר לחלוטין לקרקע, לכאורה לא גרע מכל הבתים שהיו בזמנים קודמים, ודינו כקרקע, למה שיבואר להלן.

דאיתא בחולין טו,ב – טז,א: השוחט במוכני שחיטתו כשרה, במחובר לקרקע שחיטתו כשרה. נעץ סכין בכותל ושחט בה (והוליך והביא צואר בהמה עליה – רש״י) שחיטתו כשרה. היה צור יוצא מן הכותל או קנה עולה מאליו ושחט בו שחיטתו פסולה. קשיין אהדדי אלא לאו ש״מ, שאני בין מחובר מעיקרו לתלוש ולבסוף חברו, ש״מ. וברש״י שם (ד״ה צור) דצור היוצא מן הכותל היינו מחובר מעיקרו, דמוקמינן ליה לקמן בכותל מערה שלא נבנה הכותל ע״י אדם אלא חוקק בקרקע והכותל עומד מאליו. ומוכח מזה לענין שחיטה, דתלוש ולבסוף חברו דינו כמטלטלין. וכן למד הרשב״ם (ב״ב סו,ב ד״ה בעי), דכותל בנין חשוב כמטלטלין, משא״כ כותל מערה, שלא היה תלוש מעולם, חשיב כקרקע.

וכן הטור (חו״מ צה,ז) הביא מבעל העיטור, דדוקא גידולי קרקע דינם כקרקע (לתנאים הכתובים שם), אבל תלוש ולבסוף חיברו, כגון כותל בנין וצנור שקבעו, וכוורת דבורים, דקי״ל כחכמים דהמחובר לקרקע לאו כקרקע דמי. ודברי העיטור נמצאים בספר העיטור אות ע, עיסקא וחוב, הלכות מלוה על פה. והראה שהביא העיטור, מהמשנה כלים טו,ב, הובא בגמ׳ ב״ב סו,א: דף של נחתומין שקבעו בכותל, ר״א מטהר וחכמים מטמאין. הרי דלחכמים דינן כמטלטלין. והביא שם דר״ת סובר דלא קיי״ל כחכמים אלא כר״א, דסוגיא כוותיה סלקא: ״ולא איתברר לן שפיר״. ולכאורה אפשר לפרש בדברי העיטור בשני אופנים, או שנשאר בצ״ע להלכה אם כר״ת או כמש״כ קודם לכן, או שדעת ר״ת לא התבררה שפיר. וי״ל שהטור פירש שדעת ר״ת לא התבררה, ודעת העיטור כמש״כ קודם לכן, דדינו כמטלטלין. אולם הש״ך צה,ז, ציין למש״כ הטור שם בסע׳ ה: ״וכן ר״ח פסק כר״א דאית ליה כל המחובר לקרקע כקרקע דמי״. ולכאורה אין זה מקומו אלא בסע׳ ז, ולכן הסיק הש״ך דהטור עצמו לא פסק אלא הביא גם דעת הר״ח, והיינו שמש״כ העיטור שאינו מחוור, היינו שאינו מחוור להלכה, דדעת ר״ח לפסוק כר״א דדין המחובר לקרקע כקרקע. והוסיף הש״ך: ״ובית יוסף (סעיף ה וסע׳ ו) כתב, לא ידענא היכא אמר ר׳ אליעזר הכי, ונראה דאשתמיטתיה הש״ס דפרק המוכר את הבית (סה,ב) וכמה דוכתי״. ונראה דמש״כ הב״י, מפני שלא סבר שדברים אלו שייכים לסע׳ ז אלא לאותו סע׳ העוסק בגדולי קרקע הצריכים או אינם צריכים לקרקע, ובזהב לא מצא היכן אמר ר״א כן, אולם לענין

תלוש ולבסוף חיברו, ודאי דלא אישתמטיה מחלוקת ר״א וחכמים בכוורת. ועיין בש״ך ס״ק ט, דלא התבררו דברי ר״ח שפיר. ולכאורה יש לפרש בטור לשיטת הש״ך, שלא התברר להלכה שפיר, וכמש״כ לעיל.

וכמה ראשונים כתבו דשואל בית, דינו כקרקע, ולכן אם נשרף הבית פטור. כן כתבו התוס׳ שבועות מב,ב (ד״ה שומר חינם): ״ואם שאל בית ונשרף פטור״. וכן כתב המרדכי שבועות (סי׳ תשעג), וכן כתב האגודה שם (שבועות ו,לד), וכן הוא בסמ״ג (עשין פט), דאם שאל בית ונשרף באונס פטור. וכן נראה דעת הרמ״א חו״מ צה,א: ״י״א דתלוש ולבסוף חברו בקרקע לאו כקרקע דמי, ויש חולקין. ולכן אם שאל בית, ונשרף, פטור מלשלם״. והיינו כיון שנחלקו הראשונים, יש לפטרו. אך צ״ע אם מהני תפיסה. והרמ״א ציין לחו״מ סי׳ שא, והיינו למה שפסק שם שא,א, והביא רק דעת המרדכי והתוס׳ דפטור, והיינו דדינו כקרקע.

וכן נקט הש״ך להלכה (צה,ז-ח) כתב דדעת העיטור בתלוש ולבסוף חיברו מתיחסת רק לכותל בנין, אבל בית גם העיטור סובר שדינו כקרקע. ודייק כן גם מלשון הטור. ואף דבסוגיא בחולין טז,א משמע שאף בית דינו כמטלטלין, מחלק הש״ך בין איסורא, של שחיטה במחובר, לממונא שדינו כקרקע. והוכיח הש״ך דבית נידון כקרקע, דבכל מקום נפסק שבית נקנה בכסף ושטר וחזקה כמו קרקע, וגם מיקרי נכסים שיש לו אחריות לענין שעבוד וקדימה ועישור נכסי ושאר כל מילי דממונא, והוא הדין לענין שומרין ושבועה, וכן כתבו הרמב״ם (מכירה יג,ד) והטור חו״מ רכז,מג לענין אונאה, דאפילו מכר לו טרקלין בדינר אין בו אונאה. ולכן פסק עיקר דבית דינו כקרקע, וכשיטת הראשונים הנ״ל.

ובמג״א תרלז,ז, דן לענין מש״כ הרמ״א שם (או״ח תרלז,ג) מהג״א: ״אם ראובן בנה סוכה בקרקע שמעון, ושמעון תקף את ראובן וגזל סוכתו הבנויה בקרקע שלו, לא יצא בה ואין כאן תקנת השבים, הואיל ולא טרח בה ולא הוציא עליה הוצאות״. והקשה על עצם דין דברי המחבר שם (עיין במחצית השקל שם), שמקורם מהגמ׳ סוכה לא,א, דסוכה גזולה כשרה, שאם תקף את חבירו והוציאו מסוכתו וגזלה וישב בה, יצא, שאין הקרקע נגזלת. והקשה המג״א, דאף שהקרקע אינה נגזלת, עצי הסוכה שהם מטלטלין נגזלים. וכתב לישב:

״וצ״ל דמחובר לקרקע כקרקע, וקשה למ״ד בחו״מ סי׳ צה דבית לאו כמחובר לקרקע הוא, עיי״ש בהגה. ועיין בש״ך שם שהרבה להשיב עליו. וכל קושיותיו יש לדחות. די״ל כיון דהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה, נקנה הבית עמו דמטלטלים נקנה אגב קרקע, והוא הדין לאינך עיי״ש, כי אין כאן מקומו.

אך מכאן הוא קשה. וי״ל כיון שלא קנה הקרקע גם העצים לא קנה דהא לא משך בהם.״

המג״א מישב דמה שלא גזל העצים, מפני שגם הם כמחוברים לקרקע, דינם כקרקע.

ולפ״ז קשה על שיטת העיטור הנ״ל. ודחה את קושיות הש״ך, ובהם כיצד נקנה בית, די״ל דנקנה באגב. ותירץ הש״ך אליבא דבעל העיטור, דמה שלא קנה העצים, אף שלעיטור דינם כמטלים, כיון שלא עשה בהם קנין, וגם באגב אינו יכול לקנות, כיון שלא קנה באגב. ולכאורה לא מוכח מהמג״א דס״ל דבית דינו כמטלטלין, אלא שבא לישב דעת העיטור, שלא תסתר מגמ׳ מפורשת בסוכה. גם י״ל, דאף לש״ך למש״כ לשיטת העיטור, אפשר דצ״ל כמש״כ המג״א, דלכאורה סוכה אין דינה כבית אלא ככותל, שאינה קבועה כ״כ ועומדת לסתירה אחר ז ימי הסוכות. ולכן גם אין להוכיח ממה שתירץ את דברי הג״א ע״פ ישוב זה, די״ל דאף לש״ך בסוכה הוי כמטלטלין דדינה ככותל. גם מה שדחה דברי הש״ך דבית יקנה במטלטלין, בא רק לדחות קושיית הש״ך, ועיי״ש במחצית השקל מה שכתב להקשות על המג״א.

עוד היה נראה לענ״ד לישב הסוגיות, דיש לחלק בין אם מחבר דבר המטלטל, שעדיין שמו נשאר עליו, כמו סכין שחברו לקרקע, ששם סכין עליו גם בהיותו מחובר ולא נשתנה שמו ומהותו, רק שקודם היה תלוש, וכעת חיברו, או דף של נחתומין שחיברו לקרקע, שעדיין שמו עליו, רק שהוא מחובר, לכן אין דינו אלא כמו שהיה מעיקרא. משא״כ בית או אפי׳ כותל, שמעיקרא היו עצים וכד׳, וכעת הוא מהות אחרת, ובהיותו מחובר לקרקע קיבל מהות אחרת. ונפק״מ אם יביא בית מוכן ויחבר אותו לקרקע לחיזוק, דבזה לא נשתנה שמו ומהותו בחיבורו לקרקע, ולכן נשאר בגדר מטלטלין. אולם אם יבנה עם עצים בית על קרקע, הרי השתנה מהותו, דבתלוש היה עצים, ובחיבורו לקרקע נעשה בית. ואף מש״כ הש״ך דכותל לעיטור חשיב כתלוש ולבסוף חיברו שדינו כמטלטלין, הוא בכה״ג שהביא כותל מוכן וחיברו לקרקע, או בכל אופן אחר שהוא עומד להסתר, וכמו שיובא להלן, דאל״כ קשה, מאי שנא בית מכותל. וצ״ל לש״ך, דבבית השתנה מהותו מעצים לבית, ובכותל מיירי באופן שלא נשתנה מהותו. וכ״ז לשיטת העיטור ודעימיה, אבל למש״כ הראשונים הנ״ל, נראה דבכל ענין דינם כקרקע. דלאמור לעיל אפשר דלדעת העיטור, כדי שיחשב כקרקע צריך שיבטלו לקרקע, ולכן בתלוש ולבסוף חיברו כמו כותל מוכן או עומד לסתור או צינור, שאינו מבטלו לקרקע, אין דינו כקרקע. והראשונים האחרים ס״ל דהכל תלוי במציאות אם ניתן לטלטלו, דאם לא ניתן לטלטלו, דינו כקרקע.

אך לפ״ז עדיין תקשה קושית המג״א, דבעצים וסוכה, הרי מעיקרא עצים, וכעת בהיותם מחוברים לקרקע נשתנה מהותם לסוכה. ואף שבפשטות היה מקום לומר דמהיכי

תיתי לחבר סוכה לקרקע, וממילא תמיד הוי מטלטלין, וממילא צריך לתרוץ המג"א שלא עשה קנין בעצי סוכה. אולם גם אם נאמר שמדובר בסוכה מחוברת לקרקע, שבנאה וחיברה לקרקע, י"ל דכיון שעומדת להסתר אחר שבעה, דינה כמטלטלין. וראיה לדבר מצאתי בתש' מהריט"ץ (סי' רסח), במי שמכר קורות ביתו בעודם מחוברים, לאחר שיהרסו, והיתה טענת אונאה, והסתפק אם דינם כקרקע או כמטלטלין. וכתב מהריט"ץ: "לעולם דיינינן ליה כמטלטלין ואית בהו אונאה, משום דלא דמי להההיא דתנור ומלבנו' הפתחים המחוברים בטיט, דהתם ניחא ליה בקיומם מחוברות ואם כן הוה ליה קרקע. אבל הכא רוצה הקונה לסלקן ולעקרם ממקומם ולהוליכן לביתו, הלכך דיינינן להו כמטלטלי. והכי נמי לא דמי להההיא דחטין, דהתם כיון שהם זרועין תחת הקרקע, בטלי לגבי קרקע, כיון שצריכין להתעפש תחת הקרקע בטלי לגבי קרקע, אבל הכא הלוקח רוצה לעקרן תכף ולהוליכן". ולכאורה גם לענין הסוכה, כיון שדעת הבעלים לעקרם ואינם רוצים בקיומם אלא לז' ימים, אף שכעת רוצים בקיומם, מ"מ דעתם לעקרם, וע"כ הקשה המג"א דדינם כמטלטלין לשיטת העיטור, ומדוע אינם נגזלים. אבל לחולקים על העיטור י"ל דבכל ענין דינם כקרקע.

ובקצוה"ח צה,ג הקשה על הש"ך מדברי רשב"ם ב"ב סו,ב, וכתב לחלק בין שעבוד לשאר ענינים כמו אונאה שבועה וכו', דלמ"ד שעבודא דאורייתא, מטלטלין משתעבדים מהתורה, ורק מדרבנן מטלטלין לא משתעבדים, ולכן לענין דברים דרבנן, מודים חכמים דהוי כמו קרקע. אבל שומרין ושבועה שהתמעטו קרקעות מהתורה, לא הוי כקרקע אפילו בית. והביא גם ראיה מהמג"א הנ"ל דבית דינו כמטלטלין. ועיין מש"כ לעיל דלכאורה הוי רק דחיה לקושית הש"ך. וגם מה שתירץ, הוא לשיטת בעל העיטור שלא יסתרו דבריו מגמ' מפורשת. ואף לדעת הש"ך, סוכה דינה ככותל, ולעיטור הוי מטלטלין. ומ"מ להלכה הסכים קצוה"ח כדעת הש"ך: "אמנם לדינא כבר כתב בש"ך (שם) דמשמע מפוסקים דבית הוי כמו קרקע, וכן נראה מתוס' ריש פרק איזהו נשך (ב"מ סא,א ד"ה אם אינו), שכתבו דריבית בקרקע שרי. והקשו מהא דאמרינן בערכין (לא,א) דבית בבתי ערי חומה ריבית הוא והתורה התירה עיי"ש, ואי נימא דבית הוי מטלטלין לא מקשי מידי".

והתומים צה,ג הקשה מהגמ' ע"ז מז,ב: אמר רב, משתחוה לבית אסרו, אלמא קסבר תלוש ולבסוף חברו כתלוש דמי. והרא"ש ע"ז ג,ז הביא דברי רב להלכה, וכן פסק הטור (יור"ד סי' קמה) ובשו"ע יור"ד קמה,ג. וא"כ מוכח דבית דינו כמטלטלין. (ולמש"כ הש"ך לחלק בין איסור לממון, לא קשה). וכתב התומים לחלק בין דין עבודה זרה לדיני ממונות, דלענין ע"ז גזירת הכתוב דמטלטלין נאסרין בעבודה זרה ומחובר לא, מדכתיב אלהיהם על הרים וכו', ולכן כל שלא דומה להרים, נאסר בעבודה זרה, ותלוש ולבסוף חיברו וכן בית, אינו דומיא דהרים. משא"כ לענין ממונות, דהתמעטו

מכסף או כלים, כל שאינו דומה לכסף וכלים דינו כמחובר, ולכן השאלה מציאותית, האם מטלטל ככסף או כלים או לא, ולכן אם חיברו במציאות אינו מטלטלין ודינו בזה כקרקע.

## ג. אונאה יותר מכפל

ולאמור לעיל נראה דיש לצימרים דין של קרקע, ויש לדון באונאה ביותר מכפל, אם בקרקעות מתבטל המקח. והובאו לעיל דברי הגמ׳ ב״מ נז,א: אמר רבא אמר רב חסא, בעי רבי אמי, אונאה אין להם, ביטול מקח יש להם (יותר משתות), או אין להן (מי אמרינן מאל תונו (ויקרא כה) הוא דאימעוט, והא לאו בכלל אונאה הוא, אלא מקח טעות הוא, או דלמא כיון דלאו דבר שבמדה הוא, ולא אטעייה בדיבוריה, כשאר דין אונאה הוא). אמר רב נחמן הדר אמר רב חסא פשיט רבי אמי, אונאה אין להם ביטול מקח יש להם. ובתוס׳ שם (ד״ה אמר ר״נ) הקשה מב״מ קח,א, דרב נחמן ס״ל דאין לקרקעות ביטול מקח של יותר משתות. ותירצו התוס׳: ״ותירץ ר״ת דאין אונאה עד פלגא, אבל מפלגא ואילך מיקרי ביטול מקח ויש להם״. וכן נמצא בתוס׳ הרא״ש שם, דהא דאמר רב נחמן בשמעתין דאונאה אין להם ביטול מקח יש להם, היינו באופן של שוה מנה במאתים. והא דקאמר רב נחמן (ב״מ קח,א) זבן במאתים ושוי מאה אין אונאה לקרקעות, מיירי בזבן בפחות ממאתים או שוה מאה ומעט יותר, וכן הוכיח דעת ר׳ יוחנן בירושלמי. וכן פסק הרא״ש בפסקיו (ב״מ ד,כא). וכ״ה דעת האגודה שם (ב״מ ד,עא), וכן פסק הרמ״א בשו״ע חו״מ סו,לח, ורכז,כט (ולא נכנסתי לשאלה אם פלגא עצמו לשיטה זו הוי אונאה, עיין בראשונים לעיל ולהלן, בסמ״ע רכז,נ, ש״ך שם ס״ק יז, ב״ח רכז,מא, שער המלך מכירה יג,ח, ואכמ״ל, דבנדו״ד מיירי ביותר מפלגא).

והרי״ף (ב״מ לב,א-ב מעמוה״ר), לאחר שהביא הספק אם ביותר מפלגא יש להם אונאה, כתב: ״ואנן עיינינן במילתא שפיר ואיסתבר לן דהאי מימרא דרבי אמי ודר׳ יוחנן ליתיה, משום דחזינן לרב נחמן דהוא בתרא דס״ל אין אונאה לקרקעות כלל ואפילו שוה מאה במאתים, דאמרינן בענין דבר מצרא (ב״מ קח,א) זבין במאתן ושוה מאה, סבור מינה מצי א״ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. א״ל מר ינוקא בריה דרב חסדא לרב אשי, הכי אמרי נהרדעי משמיה דרב נחמן אין אונאה לקרקעות״. ועיי״ש שהביא ראיה מקדושין מב,ב, וקדושין יד,ב, עיי״ש. וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מכירה יג,ח: ״אלו דברים שאין להם הונייה, הקרקעות והעבדים והשטרות וההקדשות, אפילו מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף, אין בהן הונייה״. וכן פסק בשו״ע חו״מ סו,לח, ורכז,כט.

ושיטת התוס׳ מבוארת כמה פעמים בש״ס. בכתובות צח,א, על הא דתנן שם: אלמנה שהיתה כתובתה מאתים, ומכרה שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה, נתקבלה כתובתה. ובתוס׳ שם (ד״ה אלמנה) הביאו את הירושלמי שהביא דברי רבי יוחנן, אלו דברים שאין להם אונאה הקרקעות, פתר ליה בדבר שאינו מופלג. ופי׳ ר״ח, שלא הגיע אונאה עד כדי דמי החפץ, מכלל דבטול מקח לרבי יוחנן הוי בכדי דמיהן, ואם קנה בכפול מדמיהם, הוי ביטול מקח. והביא את ר״ת בתוס׳ ב״מ נז,א (הנ״ל), דהמקח קיים בפרוטה פחות משתות, דמפלגא ואילך הוי ביטול מקח. וכן הוא בתוס׳ קדושין מב,ב (ד״ה ה״ג), דהא דאיתא בב״מ נז,א שיש בקרקעות ביטול מקח, היינו מפלגא. וכן איתא בירושלמי, עד פלג יש להם אונאה אבל בציר מפלג לא הוי ביטול מקח. דפחות מכפל אין ביטול מקח, ומכפל ואילך, יש ביטול מקח. וכן הוא בתוס׳ ב״ק יד,ב (ד״ה דבר), לענין הא דקרקעות הם דברים השוים כל כסף, שפירשו דברי הגמ׳, דשוה כל כסף יותר ממטלטלי, דיותר מפלגא יש להם אונאה כדמשמע בב״מ נז,א.

וכבר הובאו לעיל דברי הגמ׳ ב״מ קח,א, לענין דינא דבר מצרא, אם הלוקח קנה קרקע השוה מאה – במאתים, כמה יצטרך ליתן לו המצרן. סבור מינה מצי אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. והיינו שיכול לסלקו במאה, כיון שהוא שלוחו של מצרן, ואומר לו לתקוני וכו׳. אמר ליה מר קשישא בריה דרב חסדא לרב אשי, הכי אמרי נהרדעי משום דרב נחמן, אין אונאה לקרקעות. ויכול לסלקו רק במאתיים. ולשיטת התוס׳, הרי בכפל יש אונאה גם לקרקעות. והתוס׳ עצמם בב״מ נז,א (הנ״ל) כתבו דעד פלגא אין אונאה, אבל בפרוטה יתר מפלגא יש אונאה. ובכתובות צח,א-ב, לשיטתם דבכפל עצמו כבר יש אונאה, כתבו לפרש הגמ׳ בב״מ קח,א, דרב נחמן מיירי במעט פחות מפלגא, אבל בפלגא יש אונאה. ועיין בתוס׳ קדושין מב,ב (הנ״ל) שגם הקשו כנ״ל. ועיין בפני יהושע (ב״מ נז,א ד״ה בתוס׳ ד״ה אמר) שכתב לבאר הסוגיא בב״מ קח,א אליבא דשיטת התוס׳ והרא״ש. וע״ע בפני יהושע קדושין מב,ב ד״ה ה״ג.

אולם ראשונים אחרים הוכיחו מגמ׳ זו, דלא כשיטת התוס׳. הנימוק״י שם בסוגיא (ב״מ סד,ב מעמוה״ר, וכן ב״מ לב,א מעמוה״ר), דמוכח מהגמ׳ ב״מ קח,א דאף ביותר מכפל אין אונאה, ושכן דעת הרי״ף, הרמ״ה, הרשב״א והראב״ד (ולכאורה צ״ע מהראב״ד ערכין ז,טז, עיין להלן). וכן הוכיח הר״ן בחידושיו (ב״מ קח,א), וכן בר״ן על הרי״ף (קדושין יז,א מעמוה״ר ד״ה והא): ״במקרקעי אין אונאה לקרקעות ולא בטול מקח, ואפילו בדבר מופלג״, ובשטמ״ק (ב״מ קח,א מהר״ר יהונתן) שהוכיח מכאן דלא כתוס׳. (אך עיין בשטמ״ק ב״ק קטו,א שהביא מהר״ר יהונתן: ״דקיימא לן דאין אונאה בקרקעות עד פלגא״, עיי״ש, וכן נראה ממש״כ הר״ר יהונתן על הרי״ף כתובות

נ,א מעמוה"ר, וצ"ע). וכן הוא בשטמ"ק (ב"מ נז,א) בשם התוס' משאנץ. גם הרשב"א (ב"ק יד,ב) כתב דאין נראה דבפלגא יש אונאה לקרקעות, מהא דאיתא בגמ' דשוה כל כסף, וא"כ אין לו שיעור. ועוד, שהרי בהקדשות אין להם שום אונאה, דאיש את עמיתו כתיב, ומהן אתה למד לכל השאר, קרקעות וכו'. וכן דעת הריטב"א (כתובות צח,א): "וכריש לקיש ודאי קיי"ל דאין אונאה לקרקעות, אפילו בפלגא או יותר". וכן נמצא בתש' הריטב"א (סי' צב). וכן דעת המאירי (ב"ק יד,ב). ועיין בסמ"ג (לאוין קע ד"ה שנינו שם) שהביא שתי הדעות (ולכאורה קשה מה שהביא הש"ך סו,קכב את הסמ"ג במנין הסוברים דאין אונאה לקרקעות כלל).

וכן היא דעת הרשב"ם, המובאת בתוס' גיטין לז,א (ד"ה אלא), בהא דכותבים פרוזבול על הקרקע: "והא דכתבינן אקרקע כל שהוא, פי' בקונטרס משום דראוי לגבות בו כל החוב, כמעשה דקטינא דאביי. ורבינו שמואל פי' משום דקרקע כל שהוא שוה כל החוב, דאין אונאה לקרקעות. וקשה דהא אמרינן (כתובות ק,ב) דביטול מקח יש להם עד פלגא". ולפרוש רש"י יכול לגבות דמי ארעא כמה פעמים, באופן המבואר בכתובות צא,ב, ולרשב"ם מלכתחילה אפי חוב באלפים וקרקע אינה שוה אלא מאה, מ"מ אין אונאה לקרקעות. ומזה מוכח שאין אונאה כלל לקרקעות. והתוס' הקשו עליו לשיטתם. והרשב"א שם (גיטין לז,א) כתב, דמה שהקשו התוס' על הרשב"ם אינו קשה, דקיי"ל כרב נחמן בסוגיא דב"מ קח,א. הרי דדעת הרשב"א כרי"ף והרמב"ם. ולכאורה, מדלא פירש רש"י כרשב"ם, מדויק דס"ל כדעת התוס' (ועיין בתומים סו,סה מש"כ בזה, ובסתירת דברי הרע"ב באה ושביעית).

והובאה לעיל דעת הרמב"ם בהל' מכירה יג,ח, דאפי' ביותר מפלגא אין אונאה. ובהל' מלוה ולוה יב,יא, כתב הרמב"ם, וז"ל: "ובית דין שהכריזו כראוי ובדקו יפה יפה ודקדקו בשומא, אע"פ שטעו ומכרו שוה מנה במאתים או מאתים במנה, הרי מכרן קיים". וברב המגיד שם הביא דעת הרמב"ן, דדוקא שוה מנה במאתיים, אבל פחות ממנה במאתיים, המקח בטל. ובכס"מ שם כתב, דדעת הרמב"ן כדעת הסוברים דבפלגא יש להם אונאה. ובח"מ קד,ט הקשה על הכס"מ, דלא מצאנו שהרמב"ן תהיה דעתו כדעת ר"ת והרא"ש. וגם הרב המגיד סתם דבריו בהל' מכירה יג,ח דבקרקע אין אונאה כלל אפילו שוה אלף בדינר, ואיך יביא בהל' מלוה ולוה דעת הרמב"ן, שהיא לא כשיטת הרמב"ם שפסק כוותיה. ולכן פירש הח"מ בדברי הרמב"ן, שהוא דין מיוחד בשום הדיינים ולא בהל' מכירה, דבמכירה אין אונאה כלל, אבל בשום הדיינים, שהם מוכרים של אחרים, במקום שאין מכריזין הוא שתות, ובמקום שמכריזין הוא עד הכפל. וכן כתב בב"ש קד,ג (ועיין בב"ש קג,יא). ולכאורה כדברי הח"מ והב"ש מוכח להדיא ברמב"ן במלחמות (ב"מ לב,א מעמוה"ר), דאין אונאה לקרקעות אף ביותר מפלגא.

ועיין בתוס׳ יו״ט (כתובות יא,ה) שנקט בדרכו של הכס״מ, דאין אונאה ביותר מפלגא לרמב״ן.

ומחלוקת המחבר והרמ״א, אם בפלגא או יותר מפלגא יש אונאה לקרקעות, הובאו בשו״ע חו״מ בסי׳ סו,לח, ורכז,כט. ומהרשד״ם בתש׳ (חחו״מ סי׳ שעו) כתב דאין להוציא ממון במחלוקת זו, והמוחזק יכול לומר קים לי: ״שבעונותינו אין בדורנו זה מי שלא יתיירא להכניס ראשו בין ההרים הרמים, שמא ירוצו את גולגלתו״. ולדבריו הסכים מהרחא״ש בתורת חיים ח״א סי׳ סז, דהיכא דקאי ארעא תיקום. וכן נראה דעת מהרי״ט (ח״ב חחו״מ ר״ס כ), כיון דהוי מחלוקת הפוסקים, יש להעמיד הקרקע בחזקת המוכר. ואין לומר דהוי ודאי מכר וספק בביטולו, ויש להעמיד בחזקת הקונה, דזה אמרינן היכא שהאומדנא אינה ברורה כ״כ, דאז הו״ל למוכר לאתנויי, משא״כ כשהאומדנא ברורה כמוכר ביותר מכפל שאינו רוצה למכור, לא הו״ל לאתנויי. (ואם מהני תפיסה בקרקע, עיין בנתיבות בכללי התפיסה שבסוף סי׳ כה, סכ״ב, ועיין מה שכתבתי בח״ה סי׳ לה).

ועיין בתש׳ מהר״מ מלובלין (סי׳ ה) שפסק כדעת התוס׳ והרא״ש, דאף שהרי״ף הרמב״ם והמחבר פסקו דלעולם אין אונאה לקרקעות, אין לנו אלא דברי האחרונים, שכתבו דביותר מכפל יש אונאה, עיי״ש בסוף התש׳. וכן נראה לכאורה דעת המחנה אפרים (קנין מעות סי׳ יד), וז״ל: ״מי שמכר לחברו שוה מנה קרקע או מטלטלין בדינר, לכאורה נראה דכה״ג אין מעות קונות, דזה הוי כעין חליפין״. ולכאורה אם ס״ל כדעת הרי״ף והרמב״ם, היה לו לחלק בין קרקע למטלטלין, דבקרקע יכול לקנות בתורת מעות, דאין אונאה לקרקעות.

והש״ך סו,קכב נקט כדעת המחבר והראשונים הנ״ל, דלקרקעות אין אונאה כלל, מכח הסוגיא בב״מ קח,א לענין דינא דבר מצרא (נ״ל), דדוחק לומר דמיירי בזבן במאתן פחות מעט. ועוד, דא״כ משכחת לה האי דינא דסבור מינה דמצי אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי בטפי מפלגא, באופן שמתבטל מקח מדיני אונאה, וא״כ מה השיבו דאין אונאה לקרקעות, סוף סוף כשיש אונאה לקרקעות שייך למימר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. אלא ודאי מר קשישא ורב אשי באו לומר שאין מציאות שיטען לתקוני שדרתיך וכו׳, משום דאין אונאה לקרקעות בכל ענין. עוד כתב דהראיה מב״ק יד,ב (נ״ל) היא ראיה נכונה, ומה שפירשו התוס׳ שם (ראה לעיל) הוא דחוק. ואף דעת רבינו חננאל, אינה מוכחת שיש אונאה בקרקעות יותר מפלגא, רק בא לפרש את דעת ר׳ יוחנן בירושלמי, אבל הוא עצמו אפשר דסובר כדעת הרי״ף ודעימיה, שאין אונאה בכל ענין. והביא ראשונים רבים כדעת הרי״ף והרמב״ם, ולכן הסיק דהדין מוכרע כדעת הרי״ף, הרמב״ם, הראשונים הנ״ל והמחבר, ולא כרמ״א, ולא הוי ספיקא

דדינא. ומה שחלק שם על מהרשד"ם, היינו דאין כאן ספיקא דדינא, אבל נראה דאף לש"ך יוכל המוחזק לומר קים לי כתוס', הרא"ש והראשונים דעימיה.

והתומים סו,סה דעתו להכריע כתוס' והרא"ש. והביא ראיה מערכין כג,ב. דתנן במשנה שם: המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב (שקדמו גירושין להקדש, דליכא קינוניא – רש"י), אין האשה יכולה לגבות כתובתה מן ההקדש ולא ב"ח את חובו, אלא הפודה פודה ע"מ ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חוב את חובו (בעלים פודין אותן מן ההקדש בזול בדינר או בדבר מועט על מנת לשלם, דודאי לא חייל עלייהו הקדש, שהרי אינו שלו, והאי דבר מועט משום גזירה הוא). ובגמ' שם: מתניתין דלא כרבן שמעון בן גמליאל, דתניא רשב"ג אומר, אם היה חובו כנגד הקדשו פודה, ואם לאו אינו פודה. ורבנן עד כמה. אמר רב הונא בר יהודה אמר רב ששת, עד פלגא. ורש"י מביא ב פירושים לרשב"ג, בחובו יותר מהקדש. פירוש ראשון, והוא העיקר (עיין רמב"ם ערכין ז,טז, ברמב"ם, בראב"ד ובנו"כ), דאם החוב יותר מהקדש, ממילא לאו על דעת קרקע זו הלוה לו, ולכן אינו גובה מהקדש (ולפרוש שני, גובה בחובו יותר מהקדשו בלא פדיון). וחכמים ס"ל דאף חובו יותר מהקדשו, אם החוב הוא כפל מההקדש גובה, אבל אם החוב פחות מכפל שווי הקרקע שהקדיש, מודים לרשב"ג שאינו גובה. והרמב"ם ערכין ז,טז פסק: "אם היה החוב שנים בדמי השדה, כגון שהיתה שוה מאה ויש עליו חוב וכתובת אשה מאתים, אין פודין אותה על מנת ליתן החוב או הכתובה, אלא פודין אותה סתם, שאם התנו ליתן אינה נפדית כלל". (וביד המלך מכירה יג,ח, כתב שסתירה זו בדברי הרמב"ם צ"ע, וכתב דאין דברי הרמב"ם סובלים פירוש הכס"מ שם בערכין). ועיי"ש בראב"ד מה שהשיג על הרמב"ם, ובתו"ד כתב: "וטעמייהו דרבנן, לפי שאין אונאה לקרקעות עד כפלים, הלכך אם הקדיש במנה, אע"פ שחובו מאתים חסר דינר, ההקדש חל עליו עד מאתים". ובכס"מ שם כתב, שלפעמים אדם קונה קרקע עד כדי שנים בדמיו, ולפיכך כשאין החוב בשיעור הזה, נראה שיש בקרקע כדי לפרוע החוב ושישאר להקדש. אבל כשהחוב שנים בדמיו, אי אפשר לומר שישאר בשדה יותר על החוב.

ומכח זה פירש בתומים בדעת הרמב"ן (כתובות ק,ב), דבכדי שדעת האדם ליקח, והיינו כפל, נתנו חכמים כח לבי"ד שאם טעו שיהיה מעשיהם קיים, משא"כ ביותר מכפל, שאין כן דעת האדם, לא נתנו חז"ל כח לבי"ד. ומזה למד התומים לסברת התוס' והרא"ש, דירדו חז"ל לדעת האדם דקונה לפעמים כפל בדמיו, וכשמיעטה התורה קרקעות מאונאה, דוקא בדבר שדרך בני אדם ליקח כן, כיון שדרך אדם ליקח מנה במאתים, משא"כ ביותר מכפל שאין דרך בני אדם ליקח, לא מיעטה התורה, ודינו כדין מטלטלין. וגם לדברי הש"ך שהביא ראיה מרב נחמן (ב"מ קח,א), כבר תרצו

התוס׳ והראשונים בהסבר דבריו שם. ומ״מ להלכה כתב דמידי ספיקא לא נפקא, וכמש״כ מהרשד״ם (חחו״מ סי׳ שעז הנ״ל).

ומענין זה ראיתי להביא מש״כ ההפלאה עה״ת (פנים יפות, בראשית כג,ח), לפרש דברי המדרש (ב״ר נח,ז) נבהל להון רע עין (משלי כח,כב), זה עפרון שלקח ממנו קנטורין, ולא ידע כי חסר יבואנו, שעפרון חסר כתיב. יש לפרש עפ״י פשוטו, שעפרון חסר בגימטריא רע עין. אולם ע״ד הדרוש, דבמדרש איתא שמערת המכפלה היתה שוה כפל מהמחיר שאמור היה אברהם לתת לעפרון (עיין ב״ר נח,ח), וא״כ יכול עפרון לטעון טענת מקח טעות; ״דאע״ג דקי״ל אין אונאה לקרקעות, היינו עד פלגא, וכיון שהיה שוה כפלים, ביטול מקח יש להן כדקיי״ל בפרק הזהב נז,א. אבל כיון שלקח ממנו קנטורין, הו״ל פחות מפלגא, והיינו דכתיב, ולא ידע כי חסר יבואנו״. ואם היינו לומדים הלכה מן המדרשות והדרושים (עיין פ״ת אהע״ז קיט,ה), י״ל דס״ל כדעת התוס׳ והרא״ש הנ״ל.

ולמש״כ הפוסקים דבמחלוקת זו יכול המוחזק לומר קים לי, בנדו״ד שבעל הצימרים מוחזק, יכול לומר קים לי דביותר מפלגא הוי אונאה, ובזה תתבטל השכירות מכח אונאה. דאף לש״ך שפסק כדעת הראשונים הנ״ל דאין אונאה אף ביותר מפלגא , מ״מ המוחזק ודאי יכול לומר קים לי כשיטת התוס׳ והרא״ש.

## ד. אונאה בשכירות קרקע

איתא בב״מ נו,ב: בעי רבי זירא, שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה, ממכר אמר רחמנא אבל לא שכירות, או דלמא לא שנא. אמר ליה אביי, מי כתיב ממכר לעולם, ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא. ובתוס׳ שם (ד״ה האי) כתבו, דגבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות. וברמב״ן שם כתב, דהא בעי רבי זירא הוא דוקא בשכירות מטלטלין, משא״כ בשכירות קרקע ועבדים; ״בשכירות קרקע אין לה אונאה ולא בעבדים, דהא שכירות מכירה ליומיה היא״. וכ״כ הרשב״א והריטב״א, ועיין ברא״ש ב״מ ד,כא. ובשטמ״ק שם, הביא פירוש מרבינו יהונתן (עיין ברבינו יהונתן על הרי״ף שם, לב,א מעמוה״ר), ששאלת הגמ׳ היא לענין שכירות קרקע, אם שייך אונאה כדין מטלטלין. אולם כתב שאין פירוש זה עיקר, אלא העיקר שהשאלה על שכירות מטלטלין. ועיין במרדכי (ב״מ סי׳ שה) בשם רבי משה הכהן, וז״ל: ״על שמעון השכרתי לך בית בקלוניא בחצי זקוק לשנה, ואיניתני כי שוה השכירות זקוק לשנה, ולא הייתי יודע. דין זה פסוק מדבעי רבי זירא, שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה ... אלמא יש אונאה בשכירות. וכתב רבינו ברוך ז״ל, ואני אומר דהתם מיירי בשכירות מטלטלי ולא בשכירות מקרקעי. ואין משיבין את

הארי לאחר מיתה. ושמא יש לומר, הא דתניא כשם שקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות, ומוקמינן לה דוקא בשכירות קרקע, זה לענין חזרה דוקא, אם השכיר לו בית ומשנתן לו כסף, או שכתב לו עליית ביתי מושכרת לך ומסר לו את השטר או שהחזיק בה השוכר, אין אחד מהם יכול לחזור בו". והיינו דס"ל למרדכי שדין שכירות שוה לקנין לענין מעשה הקנין ולא לענין אונאה. ועיין במהר"מ שיף (ב"מ נז,א) שכך ביאר דעת המרדכי. ועיין במש"כ בנחלת צבי (חו"מ סי' רכז) בדברי המרדכי, עיין גם להלן.

ועיין בקהילות יעקב (לגרי"י קניבסקי, ב"מ סי' מו), שכתב לבאר דברי המרדכי, דלכאורה מהיכי תיתי ישתנה באונאה דין שכירות קרקע לדין קניית קרקע. וכתב לישב ע"פ דברי הר"ן בכתובות (טז,ב מעמוה"ר) שהשתמשות בקרקע אינה נחשבת כקרקע אלא כמטלטלין, והנאה מקרקע אינה כקרקע. ולכן גם לענין אונאה בשכירות, כיון שהשכירות היא השתמשות בקרקע, י"ל שדינה כפירי וכמטלטלין ולא כקרקע.

ואם השאלה היתה על שכירות קרקע, וכמש"כ רבינו יהונתן בפירוש הראשון, או למש"כ במרדכי דבשכירות קרקע יש אונאה, י"ל דהסברא בטעם הכתוב שאין בקרקעות אונאה, שאין זה גזירת הכתוב גרידא אלא מטעם מחילה, או שאדם מוכן לשלם סכום רב עבור קרקע מעבר למחירה (עיין לעיל), וסברא זו שייכת לכאורה רק במכר ולא בשכירות. וע"ז השיבה הגמ' (לפרוש קמא של רבינו יהונתן), דשכירות ליומא ממכר הוא, ושוים שכירות למכירה בכל, וממילא שייכת בה גזירת הכתוב, ואף שאין בה הטעם, מ"מ לא עדיפא מעבדים שהוקשו לקרקעות, שאין בהם את הטעמים הנ"ל.

ומדברי הנימוק"י (ב"מ לב,א מעמוה"ר) נראה שהשאלה היתה בין על קרקע ובין על מטלטלין: "דמה לי אונאה שבאה מכח מכירת עולם או מכח שכירות דהויא מכירה ליומי. הלכך נקיטינן מהכא דשכירות לענין אונאה כמכירה היא, וכיון שכך, בדבר המטלטל וגופו ממון שיש במכירתו אונאה, אף בשכירותו יש בו אונאה, אבל בקרקע ועבדים ושטרות, כיון שאין במכירתן אונאה, אף בשכירתן אין בו אונאה". וכן פסק הרמב"ם (מכירה יג,יד), דאפילו שכר טרקלין גדול בדינר בשנה, או רפת קטנה בדינר בכל יום, אין לו אונאה. ובמגיד שם פירש דהוא פועל יוצא מפשיטות בעית רבי זירא במטלטלין. וכ"פ בשו"ע חו"מ רכז,כב. ובספר נחלת צבי (מבעל הפ"ת, על סי' רכז) הקשה, מדוע לא הגיה הרמ"א על דברי המחבר. וכתב דסמך גם על דברי המרדכי דבשכירות קרקע יש תמיד אונאה, דלא דמי למכירה, וכתב דצ"ע לדינא. ובפשטות י"ל שסמך עמש"כ בסי' סו,לח ובסי' רכז,כט, וכנ"ל.

ומכל זה מבואר דדעת הראשונים והפוסקים, שדין שכירות קרקע כדין מכירת קרקע לענין אונאה. (ודעת המרדכי הנ"ל לכאורה דעה יחידאה, וכיון שבשו"ע נפסק

שדינו כמכר קרקע, והרמ״א והנו״כ לא הגיהו, לא יוכל לומר קים לי ששכירות קרקע דינה כמטלטלין. אך לנדו״ד לא יהיה נפק״מ, וכדלהלן). וכיון שאין אונאה בשכירות קרקע, ולכל מר כדאית ליה, דלתוס׳ והרא״ש דוקא עד פלגא, וביותר מפלגא יהיה אונאה אף בשכירות, וכן כתב הרא״ש בתש׳ א,ז להדיא, דדין אונאה בשכירות כדין המכר לכל ענין, וביותר מפלגא הוי מקח טעות. ולנ״ל שיכול המוחזק לומר קים לי כדעתם.

אלא ששמעון העלה טענה שאין כאן שכירות בטפי מכפל, כיון שיש לחלק בין אם אדם רוצה מלכתחילה לשכור צימרים לזמן מסוים, לנדו״ד, שלא היה מעלה בדעתו לשכור צימרים, ורק מחוסר ברירה, שאין לו דרך אחרת לגבות החוב, לכן הסכים לדור בצימרים לפי הזמן שהציע ראובן. ולפ״ז יש מחיר שונה למי שדר במקום בעל כרחו, והיא טענה לכאורה נכונה. אולם לא מצאנו חילוקים כאלה בדיני אונאה, לבחון מחיר לכל קונה וקונה, וכמו במרגליות שאדם רוצה לזווגן, יש בהם אונאה, אף שיש מחיר למי שרוצה לזווגן ולמי שאינו רוצה, ועדיין צ״ע.

(ואף אם בנדו״ד היה עושה בגדרי משכנתא (דבר שאינו, עיין להלן, ואכמ״ל), ובמשכנתא יש צד לומר דגרע משכירות ולכ״ע אין בו אונאה אפי׳ במטלטלין, וממילא הוא הדין בקרקע, לסוברים שיש אונאה ביותר מפלגא, מ״מ בנדו״ד, אף אם יוגדר כמשכנתא, הרי זה משכנתא בנכייתא, ובמשכנתא בנכייתא יש בזה דין אונאה, עיין כ״ז בתש׳ אבני נזר חיור״ד רד,כב-כג). (ואם שכירות ליומיה ממכר הוא לכל הענינים או רק לענין אונאה, כמש״כ התוס׳ הנ״ל, אינו נפק״מ לנדו״ד, ועיין מה שכתבתי בח״ד טו,א).

## ה. שכירות קרקע אם נקנית במלוה

ידועה מחלוקת הרמב״ם והראב״ד, אם קונים במלוה קרקע, או מטלטלין לענין מי שפרע. הרמב״ם בהל׳ מכירה ז,ד, כתב וז״ל: ״מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה, וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו, אין אחד מהן יכול לחזור בו, ואע״פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר״. והראב״ד שם השיגו: ״לא ידעתי זה למה, שהרי הושוו הגאונים כלם מלוה להוצאה ניתנה ואינה כנתינת מעות כלל, והכי אמרינן בקדושין (מז,א); ושוים במכר שזה קונה, ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר במאי קנה. ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות, והוא שיש לו. וההיא לאו לענין קניה מיירי אלא לאיסור רבית״.

והרב המגיד הצדיק דעת הראב״ד, שכן מוכח בסוגיא קדושין מז,א, וכן הוא להדיא בירושלמי (קדושין ב,ה) דמלוה בקרקעות לא קנה, ובמטלטלין אין מוסרין אותו

למי שפרע, וכתבוהו בפסק הלכה הרמב״ן והרשב״א. וס״ל למגיד דהרמב״ם אינו סומך על הסוגיא בקדושין מז,א, אלא על הא דאיתא בב״מ מו,ב: יש דמים שהן כחליפין. כיצד, החליף דמי שור בפרה או דמי חמור בשור. ורבינו חננאל פירש שם: ״ראובן שמכר פרה לשמעון בעשרה דינרים, ומשך שמעון הפרה ונתחייב בדמיה לראובן, ובקש שמעון למכור חמורו, ואמר לו ראובן, אני נושה בך י׳ דינר דמי פרתי, מכור לי חמורך״. והיינו שקונה חמור בחוב. ומבואר שם בגמ׳, לפירוש ר״ח, דאף שמעות אינן קונות במטלטלין, כיון דלא שכיח, קונה לגמרי ולא רק למי שפרע. וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מכירה ה,ד: ״וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון בחמשים זוז, וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב בדמים, ואחר שנתחייב שמעון בחמשים זוז אלו היה לו יין או בהמה או עבד וכיוצא בהן משאר המטלטלין, והיה רוצה למכרן, ואמר לו ראובן מכור אותו לי בחמשים זוז שיש לי בידך דמי המכר, ואמר לו הן, קנה ראובן המטלטלין בכל מקום שהן, ואף על פי שלא משך ולא הגביה, שגם זה דבר שאינו מצוי הוא ולא הצריכו בו משיכה״. ולפי פירוש הרמב״ם בסוגיא שם ב״מ מו,ב, יצא לו דמהני קנין במלוה. והראב״ד השיגו, וכן הוא בראשונים, דהסוגיא מיירי בהנאת מחילת מלוה. (ולעצם השאלה אם הוי דבר לא שכיח, ולכן מהני קנין במעות, אף שגזרו שמא יאמר לו נשרפו בעליה, עיין בראשונים שם בסוגיא, בריטב״א ד״ה ה״ק יש, ואינו נפק״מ אלא למטלטלין, ונדו״ד בקרקעות).

ובתוס׳ ב״מ מו,ב (ד״ה יש) כתבו דאינו קונה כאן בעצם המלוה אלא במחילת המלוה, דמה דקיי״ל בקדושין ו,ב דהמקדש במלוה אינה מקודשת ובמכר לא קנה; ״היינו כי קדשה או קנה החפץ במעות שחייב לו, אבל קדשה או קנה בהנאת מחילת מלוה, מועיל כמו ארוח לה זמנא ואדבר עליך לשלטון״. וכן הוא בתוס׳ ב״מ טז,א (ד״ה האי). וכן כתב הרמב״ן שם (מו,ב), דמיירי באומר לו בהנאת אותה מלוה שיש לי עליך מדמי השור שאני מוחל לך, תהא חמורך קנויה לי מעכשיו. וכן הוא ברא״ש קדושין א,ה, דמיירי הסוגיא בהנאת מחילת מלוה, דמהני הן במכר והן בקדושין. וכן כתב הנימוק״י (ב״מ כח,א), לאחר שתמה על שיטת הרי״ף והרמב״ם, איך פירשו דלא כהלכה פסוקה בגמ׳ קדושין מז,א, פירש דהגמ׳ בב״מ מו,ב מיירי בהנאת מחילת מלוה, ושכן פירש הר״ן. ואם קונה בהנאת מחילת מלוה, מה החילוק בין חוב מחמת מכר לחוב מחמת הלואה, ובזה י״ל דדוקא מחמת מכר שאינו שכיח, קונה בהנאת מחילת מלוה במטלטלין, אבל בחוב הלואה שהוא שכיח, הוא בכלל גזירה של נשרפו חיטיך בעליה. כן ביאר בסמ״ע קצט,ג, ורד,טו.

ובשער המשפט קצט,א, כתב לבאר בשיטת הרמב״ם, דאף לרמב״ם מה שמהני במכר הוא מטעם הנאת מחילת מלוה, וכאשר קונה במלוה הרי דעתו על מחילת המלוה, ולכן מהני במכר, דהנאת מחילת מלוה בכלל מלוה הוא, ואף שאין דעתו על

מחילת מלוה, מ״מ לא מגרע כח הקנין מכח זה, כמו דגילוי דעת הלוקח אינו מגרע כחו, כך גם גילוי דעת המוכר לא מגרע. משא״כ במקדש במלוה דאינה מקודשת אף דמסתמא דעתה על הנאת המחילה, מ״מ כיון שאמר שמקדשה במלוה עצמה ולא בהנאת המחילה, מדלא אמר כן בפירוש א״כ האמירה מגרעת כח הקדושין, וגרע מנתן הוא ואמרה היא, דבעינן שכל הקיחה יהיה ממנו, הן המעות והן האמירה, עיי״ש. ולפ״ז גם לרמב״ם מה דמהני במכר הוא מטעם הנאת מחילת מלוה, רק לא צריך לומר להדיא שקונה בהנאת מחילה, אלא גם כשקונה במלוה, הרי הוא קונה בהנאת מחילת מלוה. (ועיין בחידושי הגר״ש שקאפ, קידושין א ד״ה ולפ״ז, מש״כ בדברי שער המשפט).

ודעות ראשונים אלו, הובאו בשו״ע חו״מ קצט,ב, שם הביא המחבר להלכה דברי הרמב״ם בהל׳ מכירה ה,ד, והרמ״א שם הגיה עליו, די״א דמיירי שמכר לו בהנאת מחילת הדמים שיש לי אצלך, אבל אם אמר לו מכור לי בדמים שיש לי בידך, לא קנה. וכן בשו״ע חו״מ רד,י, שם הביא המחבר דברי הרמב״ם בהל׳ מכירה ז,ד, והביא המחבר גם דעת החולקים, והרמ״א הוסיף דמיירי בהנאת מחילת מלוה או בארווח ליה זימניה. (ועל אופן הקניה בהנאת מחילת מלוה, עיין נתיבות רד,ב. ועיין עוד באור החיים על התורה, על מה שאמר יעקב ללבן: הבה את אשתי כי מלאו ימי ואבואה אליה, בראשית כט,כא, שפירש דברי יעקב אבינו אליבא דשיטת הרמב״ם בקונה קרקע ועבדים במלוה, עיי״ש).

ובתש׳ הר״י מיגאש (סי׳ קיג) כתב בבאור הסוגיא, דחוב מחמת מכר אינו דומה למלוה: ״שאותם דמי השור אינם מלוה אצל קונה השור כדי שנאמר להוצאה נתנה, אבל הם אצלו בחיוב גמור בדמי השור שקנה לפי שהם עתה לבעל השור, והואיל ואינם מלוה ולא נתנה להוצאה הנה הוא כמי שהביא לו המעות בעת שקנה ממנו הפרה ... אבל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ופסק עמו בהם בסחורה, אין אומרים בו דין זה לפי שאותו החוב מלוה, ומלוה להוצאה ניתנה, וכמו שלא נתן לו כלום דמי״. וכן בתוס׳ ר״י הזקן (קדושין כח,ב) כתב לישב דעת הסוברים דקונה בחוב מחמת מכר, דאף דקיי״ל בקדושין מז,א דשוין במכר, ומכר לכאורה אינו נקנה במלוה, היינו בהלואה רגילה שלהוצאה ניתנה, דמעות אינן בעין, משא״כ בחוב מחמת מכר, שאין בזה מעות דלהוצאה ניתנו, הרי הם כמעות בעין, ובזה לא מיירי הגמ׳ בקדושין מז,א. (ועיין תוס׳ ר״י הזקן קדושין מז,א ד״ה במכר). ועיין בתלמיד הרשב״א (ב״מ מו,א) שכתב גם הוא לחלק לשיטת הרמב״ם בין מעות שבאו מחמת הלואה או חוב מחמת מכר: ״דמים אלו אינן כשאר חובות, שהרי לא הלוה לו ולא זקפן עליו במלוה אלא דמי מטלטלין הוא שחייב לו. כך נראה עיקר טעם זה. וכן נראה מדברי אחד מגדולי המורים, אף על פי שיש מן האחרונים שנתן טעם אחר בדבר״.

וכן נמצא במאירי (קדושין כח,א), שיש לחלוק בין דמים שאדם חייב מתורת הלואה, לדמים שאדם חייב מתורת מכר, שהמלוה להוצאה נתנה, אבל הדמים שאדם חייב מתורת מה שחברו מכר לו, לא נתנה להוצאה. והוסיף המאירי: "והדברים זרים". וכן כתב גם במאירי ב"מ מו,ב. ועל ראית הרמב"ם מהסוגיא ב"מ מו,ב, לא כתב כראשונים הנ"ל דמיירי בהנאת מחילת מלוה, אלא מיירי שם שיחדו המעות בשעת הלואה והיו המעות בעין, ואין מזה ראיה למעות הלואה שאינן בעין, כחוב מחמת מכר או מחמת הלואה. ומש"כ דמיירי במעות בעין, כן נמצא גם בשטמ"ק (ב"מ מו,ב מדעת עצמו), דאין צריך לתרוץ הראשונים דמיירי בהנאת מחילת מלוה, אלא מיירי בכגון שיש לקונה ברשותו אותו כסף שהתחייב לו בדמי השור, ומעת שנתחייב בדמים אלו אסור לו להוציאם, והרי הם כפקדון בידו וכנתינת מעות בעין, משא"כ בחוב מחמת הלואה שלהוצאה ניתנה. ובקצוה"ח קצט,א הקשה על סברת השטמ"ק, וכי אם התחייב מעות בעד מקח, קנה המוכר את המעות שנמצאות ברשות הקונה. ויכול הלוקח להוציא הני זוזי שהתחייב. ואי משום דלא ליהוי רשע ולא ישלם, א"כ בכל מלוה שהגיע זמנו יוכל לקנות בו, כיון שאינו רשאי לדחותו בלך ושוב וצריך לפרוע, עיי"ש. ועיין בנתיבות שדמ,א דכתב דמיירי הרמב"ם במייחד לו מעות לפרעון החוב, ובכגון זה קנה במכר; "משום דתיכף כשמייחד דבר מיוחד לפרעון ונתרצה לו המלוה, נקנה לו, כמו במקדש במלוה דידה כשהמעות מזומן בידה לפרוע, ואמר הרי את מקודשת לי בדמים אלו ונתנתם לתוך כיסה מקודשת", עיי"ש. הרי דלנתיבות הרמב"ם מיירי במיחד מעות עבור החוב, ואפשר דכן יש לפרש כוונת השטמ"ק.

ובביאור החילוק לענין קנין במלוה, בין חוב מחמת מכר או מחמת הלואה, לעיל התבאר כיון שלא ניתן להוצאה, אין בו את הדין של קונה במלוה, ורק בדבר שלהוצאה ניתנה, אינו בעין לקנות בו. ועדיין צ"ע, דמ"מ גם בחוב מחמת מכר, אין כאן מעות ואינן בעין. ועיין במגיד מכירה ה,ח, שכתב לבאר בחילוק זה, דכיון דמחמת מכר נינהו, הו"ל כלא נתחייב לו מעולם במעות וכהחליפו פרה בשור, דכיון שמשך האחד נקנה השאר בכל מקום שהוא, וא"כ אף שהמעות לא בעולם, הפרה בעולם, משא"כ במעות הלואה אין לומר דהוי כהחליפו החפצים, וכיון שהמעות לא בעולם, לא קונה. וכן ביאר בלבוש בע"ש קצט,ב. ובב"ח קצט,א כתב, דדוקא כשהחפץ שמכר ראובן לשמעון במנה הוא בעין ביד שמעון בשעה שחוזר שמעון ומוכר חפץ אחר לראובן, דחשיב כלא נתחייב לו שמעון מעולם וכאלו החליפו חפץ בחפץ. ומה שלא חילקו בגמ' בין חפץ בעין לאינו בעין, דטפי ניחא ליה לחלק באופנים כשהחפץ בעין, עיי"ש. ועיין קצוה"ח רד,ד מש"כ בדברי הב"ח.

ובלח"מ שם הקשה על המגיד, דהא לשיטת הרמב"ם, גם חוב שאינו מחמת מכר, בקרקע קונה קנין גמור. ועוד הקשה על הרב המגיד, ותירץ דשיטת הרמב"ם

דקיי״ל רק לענין אשה דלא מתקדשת במלוה, דלא סמכא דעתא. ולכן פירש הלח״מ דברי הרב המגיד, דאף שהפרה שמכר לו אינה בעולם, שהרי לא הצריך הרמב״ם שתהיה הפרה ברשותו, אלא כיון שנתחייב הדמים בדמי המכר קנה. ומכאן למד הרמב״ם לכל הלואה, דאע״פ שאינה בעולם, חשבינן למעות כאילו היו עתה בעולם. (ומש״כ המגיד; ״אבל במעות הלואה ליכא למימר הכי״, כוונתו לענין קניה במטלטלין, דלא מהני כיון שהוא דבר שהוא מצוי).

ועיין במש״כ הגרא״ז (אבן האזל מכירה ה,ד) בבאור דעת המגיד, ע״פ דברי הנתיבות קצ,ז, שהמוכר לחברו ולא שילם הלוקח את הדמים כלל, בטל המקח אפי׳ כשלא עייל ונפיק אזוזי; ״א״כ שפיר מובן סברת המגיד משנה דכיון שאם לא ישלם הקונה, יתבטל המקח שייך לומר דהוי כאלו החפץ בעין. אלא דמ״מ חליפין ממש לא הוי, דכיון דעכ״פ עתה שמוכר לו חפץ בהחוב, א״כ הרי לא נתבטל המקח וליכא חליפין, רק דלא נוכל לומר דהוי מלוה שאינה בעין ולא נתן לו כסף, דהא אם לא יתקיים המכר יתבטל מכר הקודם ונהנה כמו מדמים בעין״. ושם בהל׳ מכירה ז,ד, כתב הגרא״ז לחלק בין קנין כסף בקדושין לקנין כסף במכר, דבקדושין בעינן לכסף עצמו, משא״כ במכירה הוא מדין שוויות, ולכן גם במלוה ס״ל לרמב״ם שאף שאין כאן כסף ממש, מ״מ שוויות יש כאן, ומהני במכירה אם קונה במלוה, עיי״ש באריכות הדברים.

ובמחנה אפרים (קנין מעות סי׳ ד), כתב לבאר החילוק בין הלואה מחמת מכר להלואה רגילה. המחנ״א מעמיד באופן שמלכתחילה כשמכר לו במכירה הראשונה, היה זה על דעת לשלם לו באופן מיידי, ואמר לו הלוקח שיתן לו כור חטים במקום דמי המכר, ונתרצה המוכר, הרי זה קנה. ולא דמי למלוה, דכיון שמכר לו ע״מ ליקח הדמים מיד, ואם יתבע המוכר המעות וידחהו הלוקח יחזור המקח, הרי זה כאלו המקח עומד ביד המוכר, וכשאמר לו הלוקח אתן לך כור חטים בדמי המכר, חשיב כאלו נתן לו מה שמכר בתמורה לכור החטים. והיינו שלא דמי להלואה, שיש כאן דבר בעין שנותן לו. והביא ראיה מתוס׳ יבמות צג,א (ד״ה קנויה), דמקודשת לאחר ל יום מהני אף שנתאכלו המעות, כיון שהמעות אינן מתנה וצריכה להחזיר לו אם אינה מקודשת, וחשיב בעין לאחר ל. ושכן מצא בעצמות יוסף (קדושין כח,א). ושם בסי׳ ז הוסיף המחנ״א, דהוא הדין אם נתן דמים לחבירו כדי שיתן לו חטים, ואח״כ אמר לו המוכר ליתן בעד הדמים יין, והסכימו הקונה והמוכר, קנה לענין מי שפרע, ואפי׳ המעות שנתן בתחילה אינן בעין, דכיון שאם לא נתן לו חיטים צריך להחזיר המעות כמות שהם, אף שיש לו רשות להשתמש בהם, ולכן אפילו הוציאם המוכר חשיב כאיתנהו בעינייהו לענין שיוכל לומר חטים אין לי, קח בעדם יין, ולא דמי למלוה.

ולפי דברי המחנ״א (בסי׳ ד) אפשר דאף אם לא היה המקח על דעת להפרע מיד, אלא כל היכא שמדחה אותו הקונה בלך ושוב, שלא כנהוג וכמקובל, יש צד לומר דהוי כמו מקח טעות ובטל המקח (עיין בנתיבות קצ,ז, ובמש״כ לעיל מהגרא״ז), וממילא אינו מקנה לו במלוה אלא בחפץ שאצלו. וסברתי גם להביא ראיה, ממה שדן קצוה״ח קא,ג, במוכר סחורה והלוקח לא פרע, שיכול הלוקח לסלקו מאותה סחורה, וכדין פועל שי״ל טול מה שעשית, עיי״ש. ונראה דלמש״כ לעיל י״ל, דיכול לסלקו מאותה סחורה, דכיון שנתבטל המקח, הרי הסחורה קאי בחזקת המוכר. ועיין גם בב״ח צו,כג, שכתב בלוה שאין לו לשלם לכל בעלי חובותיו, אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין או מאי דאתא מחמתייהו קיים, דאין לאחרים חלק בהם. ושכן כתב הרי״ף (ב״מ סב,א מעמוה״ר), ובכתובות (כז,א מעמוה״ר) והטור חו״מ קח,ז. וכדברי הב״ח נקט הב״ש צ,לח, ועיין פ״ת צו,ב. והיינו שהמקח חוזר להיות ברשות המוכר, לכן הוא קודם בגבייה. ויש לחלק בין גבית חוב לדין קנין בהלואה הבאה ממכר, וצ״ע.

אולם בדברי חיים (מכירה יא) השיג על המחנ״א, וכתב דמדברי רוב ראשונים כתובות עב,ב – עג,א), בהא דקאמר שם דאחולי אחלה לתנאה, דמה מועילה המחילה, כיון שנמצא בה מומין נתבטלו הקידושין, והכסף שמסר לה כבר הוי מלוה, עיי״ש בתוס׳, ר״ן ורשב״א, הרי אף דבא לידה לשם קידושין ונתבטלו מחמת התנאי שאין לה מומין וצריכה להחזיר הכסף, אפ״ה אמרינן דהוי כמלוה, ולא חשיב למעות בעין, עיי״ש. וע״ע במה שהשיג על המחנ״א באמרי בינה (קנינים י).

ובנתיבות קצט,ב כתב בבאור דעת הרמב״ם, דיש לחלק בין קניה במכר במלוה לקדושי אשה, ואף במלוה הקונה מכר, יש לחלק בין אם המלוה הוא גם תמורת המכר, או רק כפרוטה למעשה הקנין (וכן כתב הנתיבות בפירושו לאהע״ז בקהלת יעקב כח,ז). דהרמב״ם מיירי שבחוב הוא קונה ונותן לו את כל תמורת המכר, דכל מה שמלוה לא קונה הוא מהטעם דמלוה להוצאה ניתנה ואין לו דבר בעין לקנות. ולפי זה י״ל לאביי דס״ל בע״ח למפרע הוא גובה (פסחים לא,א); ״ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה מוקדש ומכור, אלמא דס״ל דהוי כאילו קנוי ליה הקרקע להמלוה 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 קיי״ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה, מ״מ בשו״ע חו״מ קג,ו פסק, דיש אומרים שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע, שיכול המלוה למוכרו. ועיין בבעה״ת מג,ב,ד דהנך רבוותא ס״ל דאפילו רבא מודה דאחר זמן פרעון למפרע הוא גובה. ולכן פסק הרמב״ם דלענין מכר כשמגבה אותו הקרקע או המטלטלין בעד כל חובו, דקנה המקח. והרמב״ם מיירי אחר זמן פרעון כמ״ש הסמ״ע רד,טז. ואפשר דהרמב״ם ס״ל דאפילו תוך זמן פרעון

דמהני, כיון שהלוה כאן ומחל לו הרחבת הזמן פרעון, הוי כאילו כבר הגיע הזמן פרעון. משא״כ בקידושי אשה דלא שייך בה גובייגא, אינה מקודשת. ומה דאיתא בגמ׳ קדושין מז,א דמלוה אינה קונה במכר, מיירי שאינו נותן המלוה שיש לו אצל חבירו גם בתמורה למכר אלא רק למעשה הקנין, כגון שקונה קרקע של מאה מנה ויש לו אצל חבירו חוב פרוטה, ונותן אותה פרוטה ללוה בתורת מעשה קנין שיקנה בו השדה, דבזה ודאי לא קנה, כיון דלאו גובייגא הוא, ולא שייך למפרע הוא גובה.

ובחילוק בין קדושין למכר, עיין באבני מילואים כח,טז, דבקדושין בעינן שתגיע לאשה הנאה מכסף הקדושין, משא״כ במכר, ולכן ס״ל לרמב״ם דבמתנה ע״מ להחזיר אינה מקודשת, וכמש״כ בהל׳ אישות ה,כד, דאם לא תחזיר, אינה שלה, ואם תחזיר, הרי לא נהנית. וכן בחליפין אינה מקודשת, מפני שלא נהנית, וכן במלוה כתב הרמב״ם אישות ה,יג, דהמקדש במלוה אינה מקודשת, דמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים ליהנות בו, שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו. משא״כ במכר דלא בעינן הנאה, דהא במתנה ע״מ להחזיר מהני בתורת כסף, לכן גם במלוה קונה בהלואה בתורת כסף אף שכבר עברה הנאתו.

ועיין באור שמח (אישות ה,כד), שהוכיח מדעת הרמב״ם דהעיקר בקדושין שתגיע ההנאה ליד האשה, משא״כ במכר שאינו תלוי בהנאה. ולכן במכר לא מועיל באומר תן דינר לפלוני ויהיו נכסי קנוין לפלוני, דדוקא גבי אשה דמתקדשת בשביל הנאה הבאה מכסף, מקנה עצמה לבעל. ולכן במקדש במלוה אינה מקודשת, אף דבמכר מהני, דבמלוה אין דבר קיים להנות בו, ועברה הנאתו, ולכן בקדושין צריך שיהיה כסף הקדושין ראוי להתקיים עד שיגיע לאותו מקום ששוה פרוטה, שתוכל להנות מפרוטה, אף דלענין מכר אפשר שסובר הרמב״ם שאם אינו שוה פרוטה במקום המקח, אין כאן קנין, דאין לו אלא מקומו ושעתו, משא״כ גבי קדושין, עיקרו תלוי בהנאה, עיי״ש.

והגרש״ש בשערי יושר (ז,יב אות רפ ולהלן) הקשה על דברי האבנמ״ל (ולמעשה גם על האור שמח), דמה יש מקום לחלק דגבי קדושין צריך שתקבל הנאה ובמכר לא, וא״כ דברי הרמב״ם כהלכתא בלא טעמא. וכתב הגרש״ש לבאר את החילוק לשיטת הרמב״ם בין מקדש במלוה לקונה במלוה, וז״ל:

״דהרמב״ם מפרש שהמקדש במלוה הוא שמקדש אותה בחוב שהיא מחויבת לו, כמו שכתב רש״י בקדושין ו,ב, וכן כתבו בתוס׳ כתובות עד,א, יעו״ש. ובמכר דמהני קנין מצד המקנה, כשמוכר חפץ בעד שעבוד הכסף שהוא מחויב, מהני ההקנאה שהוא מרגיש שיש לו בעד מה להקנות חפצו, מפני שעבוד הכסף שהוא משועבד, וכמו דקיי״ל דבקנין כסף הנעשה שיחול הקנין

לאחר ל יום דמהני, שלא דמי לשאר מעשי הקנינים דאמרינן בכה״ג כלתה קנינו, דכתבו הראשונים ז״ל משום דבקנין כסף איכא אח״כ שעבוד הכסף, דמזה מוכח דגם אח״כ איכא סיבת הקנין מחמת שעבוד הכסף. אבל בקדושין דלא מהני הקנאתה שתכניס את עצמה לרשות הבעל, משום דבעינן כי יקח ולא כי תלקח, ולא מהני במלוה, דאף שמצדה איכא סיבת ההקנאה, אבל מצדו ליכא בזה שום מעשה קנין דלא יהיב לה מידי.״

הגרש״ש מחלק בין מכר לקדושין, במכר ענין קנין כסף הוא מצד המקנה, וענין קנין כסף הוא שמקבל כסף או שעבוד כסף, כיון שיש לו ההנאה מן הכסף שיכול לעשות בו כחפצו, הרי יש לפנינו קנין כסף, דעיקר קנין כסף הוא מצד המוכר, שקיבל חפצו, ואין נפק״מ איך קיבל, ולכן הוא פועל הקנין. משא״כ בקדושין, אף שהאשה מקבלת את הכסף או שעבודו, ויש את מטרת ההנאה מן הכסף, מ״מ לא בדידה תליא מילתא, כיון שבקדושין מעשה הקנין הוא מצד הבעל הקונה, ומצד הבעל הקונה אין כאן קנין כסף, כיון שאין כאן כסף בעין. דענין תכלית הקנין שייך דוקא בדבר שהקנין מצד המוכר, כמו במכר, משא״כ בקנין כסף בקדושין, דבעינן כי יקח, הוא מצד הבעל הקונה, ומה אכפת לנו בהנאה שקבלה האשה בשעבוד הכסף. ועיי״ש באריכות הדברים מה שביאר ענינים שונים בהלכות קידושין. ועיין מש״כ עליו הגר״ש רוזובסקי (חדושי ר׳ שמואל, קדושין ז,ה).

ובשעורי הגרנ״ט (סי׳ צז) כתב לבאר, דבמכר לא בעינן אלא זכיה בכסף אבל לא נתינה בפועל, דמעשה הקנין זה הזכיה בכסף, משא״כ בקדושין, מעשה הקדושין הוא בעצם הנתינה ולא רק הזכיה, דבקדושין חוץ ממה שצריך כסף קדושין, צריך גם מעשה קדושין, ולכן לא מהני במלוה, משא״כ במכר דלא בעינן אלא קנין, וקנין כסף מהני אף במלוה. ולכאורה בסברא מדוע בקדושין צריך גם מעשה קנין ולא סגי בזכיה בכסף, אפשר שהוא כסברת הגרש״ש בשערי יושר, דבקדושין בעינן למעשה הקדושין מצד הבעל.

ובאבנמ״ל כתב עוד לחלק בין קדושין למכר, ממש״כ רש״י קידושין ו,ב דמקדש במלוה אינה מקודשת, דקיחה משדה עפרון גמרינן דיהיב מידי בשעת קידושין. ומשמע דאי לאו דיליף לה משדה עפרון, גם מלוה חשיב כסף, ורק שלומדים מאברהם אבינו שנתן לעפרון כסף, דכתיב; וישקול אברהם. ולענין זה גמרינן משדה עפרון דיהיב מידי בשעת קידושין. וא״כ כיון שהדין שקרקע נקנית בכסף, לא ילפינן משדה עפרון, אלא משדות בכסף יקנו (קדושין כו,א), וכתבו שם תוס׳, דהא דלא אייתי מקרא דכתיב בשדה עפרון, משום דהני מילי נכרי דכל קניינו בכסף, וכיון שלא נלמד קנית קרקע משדה עפרון, ס״ל לרמב״ם דהוא הדין דנקנה במלוה, ואין להביא ראיה מהאופן

בו קנה אברהם אבינו שדה עפרון. (ועיין בחת״ס חיור״ד סי׳ קלד ד״ה והנה הרמב״ם, והן הן הדברים, דכיון דלא ילפינן קנית קרקע משדה עפרון, מהני לקנות במלוה, עיי״ש. ועיין עוד בחת״ס ח״ז סי׳ לה ד״ה והנה הרי״ף, ובתש׳ חאהע״ז ח״א סי׳ קכז ד״ה והנה במה, וכן פירש בנצי״ב במשיב דבר, ח״א סי׳ לז,ב. ועיין עוד בגרנ״ט סי׳ ק, בד״ה ועיין.)

ועיין בשעורי הגר״ש שקאפ (קדושין יא ד״ה ובאמת) שכתב לבאר בשיטת הרמב״ם, וז״ל: ״דלשיטת הרמב״ם ז״ל דס״ל דמהני מלוה במכר, דס״ל דעיקר הקנין בכסף הוא החיוב והשעבוד שחל על מקבל הכסף בעד הכסף שקבל, כמו שביארנו ענין זה מסוגית הש״ס דב״ק ע,ב בהך דעקון תאנה מתאנתי, ומשו״ה כשמקנה קרקע בעד החיוב שחייב מהני קנינו, דבעד החיוב הוא גומר ומקנה, כמו בתחילת קבלת הכסף שנעשה הקנין בתמורת הכסף שקבל, כמו כן מהני בחיוב שעליו מכבר. ולשיטתו דוקא בקדושין לא מהני, משום דאשה לא מקניא נפשה בלא הנאה מחודשת, ולא דמי למכירה, וכן אזיל לשיטתו דמתנה על מנת להחזיר לא מהני בקדושין מהתורה, משום דלא נהנית״. דהגרש״ש לשיטתו דעיקר קנין כסף הוא בפעולת המקבל, שמשתעבד תמורת הכסף שקיבל, ובמכירה משתעבד גם במלוה, כמו בקבלת הכסף, דאין למוכר נפק״מ אם כסף בעין או לא, אם קבל הנאה מחודשת או לא, משא״כ באשה דבעינן להנאה מחודשת.

וכאמור ענין שכירות קרקע במלוה נתון במחלוקת הראשונים, ונראה דבכגון זה יכול ראובן לומר קים לי כשיטות הראשונים דלא מהני שכירות או כל קנין במלוה. ולכן יש לו תרתי לטיבותא שתתבטל השכירות, הן מצד אונאה בשכירות קרקע ביותר מפלגא, והן מצד דלא מהני קנין במלוה, וכשיטות הראשונים שחלקו על הרמב״ם ודעימיה. ולכן אף למש״כ לעיל, דיש בטענת שמעון טעם לשבח, שאין כאן שכירות ביותר מכפל, כיון שמלכתחילה לא חיפש לשכור את הצימרים, ורק שכר בלית ברירה, י״ל ראובן קים לי שבהלואה לא קנה את זכות השכירות.

## ו. איסור ריבית בכה״ג

תנן ב״מ סד,ב: המלוה את חבירו, לא ידור בחצרו חנם ולא ישכור ממנו בפחות, מפני שהוא רבית. ובגמ׳ שם מבואר, דאף חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, ג״כ אסור לשכור בפחות: אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן, אע״פ שאמרו הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אינו צריך להעלות לו שכר, הלוהו ודר בחצירו, צריך להעלות לו שכר. מאי קא משמע לן, תנינא; המלוה את חבירו, לא ידור בחצירו חנם ולא ישכור ממנו בפחות, מפני שהוא רבית. אי ממתניתין הוה אמינא הני מילי

בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, אבל חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אימא לא, קא משמע לן. וברש״י שם (ד״ה קמ״ל), כתב וז״ל: ״דמיחזיא כריבית. ויש ללמוד מכאן שאסור להלוות על בית ולדור בו אפילו בנכייתא, דתנן: לא ישכור ממנו בפחות, ולא דמי למשכונא של כרם (ב״מ עב,ב), דהתם זימנין דלא שקיל ביה מידי, ואפילו הכי מנכי ליה, והוה ליה קונה את הפירות בנכייתא זו על הספק, אבל כאן זה נהנה תמיד, ואין כאן ספק, נמצא שוכרה בפחות״. ברש״י מבואר דבחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, אין בזה ריבית קצוצה אלא אסור מדרבנן דמיחזי כריבית. ולכאורה הוא הדין בקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, כיון שרוצה היה בפרעון חובו ולא בשכירות הבית, דלא עביד הגברא למיגר, יש בזה מיחזי כריבית, דלא כמלוה ושוכר ממנו המלוה בפחות, וגם פורע הלוה מלא חובו מכיסו. ועיין בטור וברמ״א יור״ד קסו,א, דבחצר דקיימא לאגרא, לכ״ע הוי אבק ריבית, ועיי״ש בט״ז ס״ק ג. (ואין להקשות מה שייך בשכירות שדה ובית שכירות בפחות משוויה, הרי אין אונאה לקרקעות וכמש״כ לעיל. י״ל דכמו בחפץ בפחות משתות, שאין אונאה מטעם מחילה, לא מהני המחילה לענין איסור ריבית, הוא הדין בזה).

עוד מבואר מרש״י, דבשכירות בנכייתא בבית יש לאסור כששכרו בפחות משוויו, כיון שיש בזה מיחזי כריבית, שהוא קרוב לשכר ולא להפסד, דלא כבפרדיסא, ששם יתכן ולא יאכל פירות כלל מהשדה, משא״כ בבית, ולכן יש לאסור דמיחזי כריבית, משא״כ במשכנתא בנכייתא בשדה. ומכל זה יש לדייק, דאף אם יש להתיר בנכייתא, היינו שאם בסופו של דבר לא יאכל המלוה פירות, אין אחריות ההלואה על הלוה, ואינו יכול לחזור על הלוה, דרק בכה״ג יש להתיר. ולפי רש״י כתב הרמב״ן בסוגיא, דבלא נכייתא בבתים הוי ריבית קצוצה, ובנכייתא יש לאסור.

ובהסבר דברי רש״י, ראיתי לזקני הגרמי״ל זילברברג זצ״ל (תפארת ירושלים ב״מ ה,ב) שכתב לבאר בדברי רש״י, ע״פ הסוגיא בע״ז כא,ב, דאסור להשכיר מרחץ לעכו״ם, מפני שעושה בו מלאכה בשבת, ונקראת ע״ש הישראל, דאינה עומדת לאריסות, משא״כ בשדה דעומד לאריסות, אינה ע״ש הישראל כשעושה העכו״ם מלאכה, אלא יאמרו דעושה באריסותו. ולכן במשכנתא בנכייתא בשדה, הותר להשכיר לו בפחות, כיון שדרך לתת באריסות, י״ל דניחא ליה לבעל השדה להשכיר בפחות ויטפל בה השוכר, משא״כ בבית שעומד רק לשכירות, אין בזה ריוח למשכיר במה שמשכירו בפחות, ועיקרה ריוח למלוה, לכן אסור להשכירו בפחות. ועיין להלן במה שהבאתי מבעה״ת מו,ג,כ. רק שם מבואר דוקא שמקבל עליו השוכר דבר מה לעבוד, דומיא דאריסות.

ובתוס׳ שם (ד״ה ולא) הביא בתחילה פירוש ר״ת, החולק על רש״י: ״ור״ת אמר, דבית נמי זימנין דלא שקיל מידי, או נופל או נשרף או שלא יצטרך לו. אלא

בין בית בין שדה היכא שאינו מלוה מעותיו עליהם, אסור בפחות לאכול הפירות ולדור בבית, דבהכי מיירי מתני', מדקתני; המלוה את חבירו לא ידור בחצירו, ולא קתני המלוה על חצירו של חבירו. אבל היכא שהלוה על הבית או על השדה מותר בנכייתא, דאין מפסיד בעל שדה ובעל חצר דבלאו הכי לא יוכל להשכירו לאחרים שזה החזיק בו במשכון". ר"ת חולק על מש"כ רש"י דבית הוא קרוב לריוח ולא להפסד, וס"ל לר"ת דגם בית הוא קרוב לריוח ולהפסד, כיון שיכול ליפול או שלא יצטרך, וממילא אין לחלק בזה בין שכירות בית למשכנתא של שדה בנכייתא, ומדוע אסרה המשנה.

ורע"א בגליון הש"ס (מובא גם בחידושים לסוגיא) הקשה על קושית התוס', דהרי אם יפול הבית, לא יהיה הנכייתא רק לפי ערך שדר בו, כדין שוכר חמור ומת בחצי דרך (ב"מ עט,א), וא"כ שוב לעולם אין המלוה מפסיד מחובו. ואם נאמר שמפסיד כל חובו, אה"נ דרש"י יודה שמותר, אלא רש"י סובר דהמשנה האוסרת מיירי באופן שאינו מפסיד מחובו, כיון שינכו לו מה שלא דר בבית לאחר שנפל, ואינו מפסיד מחובו. ונשאר הגרע"א בצ"ע. וראיתי לזקני הגרמי"ל זילברברג זצ"ל (תפארת ירושלים, ב"מ ה,ב) שכתב לישב, דהתוס' אין כוונתם לנפל לחלוטין אלא לנפל קצת ונפחת, שכבר השכירות שוה פחות ויכול לדור שם, ויכול לומר לו המשכיר הרי שלך לפניך, ובכגון זה מפסיד המלוה משעור החוב, ובאופן זה דברו התוס' בקושייתם על רש"י, עיי"ש. ועיין בחוות דעת קעב,ד מש"כ בבאור דברי רש"י ותוס' בענין נפל הבית באונס.

ובתוס' הנ"ל חילק ר"ת בין שדה שמלכתחילה הלוהו על שדהו בתורת משכון, להלואה רגילה ואח"כ רוצה לפרעו משדהו בנכייתא, דבהלוהו מלכתחילה על המשכון, אם לא יאכל המלוה בנכייתא, יפסיד הלוה, משא"כ בהלוהו ורוצה לפרעו החוב ע"י שכירות בנכייתא. ומר"ת מבואר גם דמיירי באחריות על המלוה, שאם לא יהיו פירות, יפסיד חובו. ושרי בנכייתא רק כשמלכתחילה יש לו דין משכון, משא"כ בפרעון בפחות מדמי השכירות, מיחזי כריבית. ומש"כ ר"ת: "אסור בפחות". אין לפרש דלרש"י אפי' שכרו בשוויה של השכירות, כיון שהוא קרוב לשכר ולא להפסד, הרי זה שכירות בפחות, כמבואר ברש"י. דמה טעם יש לאסור כשמשכיר לו בשוויו בנכייתא, ומה החסרון שהוא קרוב לשכר ולא להפסד, דזה שייך דוקא כששוכר בפחות משוויו. וכן לר"ת מיירי שאינו שוכר בשוויה של השכירות אלא מפחית משכרה, רק בהלוהו מתחילה, שהלוה לא מפסיד, שאינו יכול להשכיר השדה והבית, שרי בנכייתא, משא"כ בשכירות בנכייתא בפחות משוויה, דיש לאסור, ועיין להלן בדברי הרמב"ן.

אולם התוס' הקשו על ר"ת, וכי אם השדה או הבית ממושכן, אינו יכול להשכירו, יכול הלוה למכור פירותיו ולפרוע חובו, או יקח המלוה פירות עצמם בחובו

בשווים. וכתבו התוס׳ טעם לר״ת, דכשמלוה על הבית או על השדה בתורת משכונא בשעת ההלואה, מותר בנכייתא, שהרי זה כמוכר לו השדה לאותן שנים בתמורה לכסף שנתן לו המלוה. וכתבו התוס׳, דמהמשנה בערכין לא,א, דבית בבתי ערי חומה, הרי זה גואל מיד וגואל כל שנים עשר חדש, הרי זה כמין רבית ואינו רבית. והיינו שיכול המוכר לפדות תוך יב חודש, ולא מנכה מה שדר. ובגמ׳ שם, והתניא הרי זו רבית גמורה אלא שהתורה התירתו. וא״כ מבואר דמשכנתא בבית בלא נכייתא, דומיא דדין המשנה בבית בבתי ערי חומה, הוי ריבית גמורה, משא״כ במשכנתא דשדה בלא נכייתא, הוי בתורת זביני ואינו ריבית, כמבואר בב״מ סב,ב. ותירץ דלר״ת י״ל דמה דאיתא בגמ׳ בערכין היינו ריבית גמורה מדרבנן, וכיון שהתירה התורה, לא רצו חכמים לאסור. והקשה שם על דיוק ר״ת הלוהו ודר בחצירו, דמשמע שאסור דוקא בשכירות בנכייתא ולא במשכונא, עיי״ש. ומ״מ יוצא שלר״ת אסור שכירות בנכייתא, דמחזי כריבית, משא״כ במשכנתא דמי למכר. ועיין רא״ש ב״מ ה,טז.

והרמב״ן בסוגיא הביא את הבה״ג (סי׳ מה עמ׳ תפו), וז״ל הרמב״ן: ״ובעל הלכות נמי כתב, ומאן דמוזיף זוזי לחבריה ושקיל מיניה ביתא במשכונה ויהיב ליה אגר ביתא בפחות – אסור, דתנן המלוה את חברו לא ידור בחצרו וכו׳, וזה נראה כדברי רש״י ז״ל. אע״פ שהוא אמר במקום אחר; ואי מנכי ליה שרי. ואפשר דשיעור אגריה כוליה קאמר, אע״פ שזה לא הוצרך ליכתב. ויש מפרשים, ולא ישכור ממנו בפחות שלא יאמר לו דור בחצרי במחצית שכר. ולאו מילתא היא, דהא פשיטא. ועוד, דא״כ הוה ליה למיתני ולא יאמר לו דור בה בפחות, ותניא בתוספתא היה חייב לו מעות והשכיר לו בית בדינר לחדש והיה יפה סלע בחדש אסור״. ולמדים מהרמב״ן דשכירות בנכייתא בשוויה פשיטא דשרי. ואם מלוה לו על דעת להשכירו בפחות, והיינו שגם משלם חובו וגם שוכרו בפחות, וכך אמר לו מלכתחילה הלויני ודור בחצירי בפחות, פשיטא דאסור, וכמבואר בתוספתא, והיינו דגם פורע חובו וגם משכיר לו הבית בפחות, כשכך אמר לו מלכתחילה. וע״כ פירש הרמב״ן דמיירי בשכירות בנכייתא בפחות משויה, ובשדה שרי לרש״י, ובבית יש לאסור, דהוי קרוב לשכר ולא להפסד.

וכל זה לפירוש רש״י, אולם הרמב״ן מביא שני פירושים לחלק בין דין משכנתא לדין המשנה של שכירות בפחות: ״והתירוץ הנכון, דמשכנתא כיון דמפיק דמי עלה, כזביני דמיא, שהרי מעותיו על אותה משכונא הם, ובין שהיא עושה פירות ובין שאינה עושה פירות מנכה לו, וכל חובו כלה באותה נכייתא, דמי למה ששדי עושה מכור לך דמותר. אבל בהלוהו ודר בחצרו, הקרן שלו קיים בחובו, והוא משכיר לו חצרו בפחות ופורע מכיסו, ואין מעותיו כלין כאן. ויש מפרשים הטעם, משום דמשכנתא שכונה גביה וגופה של קרקע קנוי לו כזביני, משא״כ בהלוהו ודר בחצרו שלא על

אותה חצר הלוהו אלא על אמונתו הלוהו, ואינו נכון". לפירוש הראשון, במשכנתא קונה הפירות לזמן, ואין כאן הלואה, דאין הקרן קיימת, ואינו צריך לפרוע לו הלואתו. משא"כ בדין המשנה הקרן קיימת וצריך הלוה לפרעה, רק בנוסף משכיר לו חצירו בפחות. ולכאורה הוא הדין אם בדמי השכירות הפחותים, אין המלוה משלם ללוה אלא מנכה בחובו. דכל הטעם מפני שאחריות הקרן היא על הלוה, ואינו כקונה ממנו שכירות הבתים, דאין כאן קנית זכות שכירות, דהחוב עדיין על הלוה והאחריות עליו, ולכן מה שמשכיר לו בפחות אסור, דמה שיחסר מהשכירות, ישלם הלוה, וכיון דלא דמי למכר - אסור. ולפ"ז אם בשכירות בנכייתא לא יהיה אחריות החוב על הלוה, אלא הכל יגבה מהבית בין רב ובין מעט, ואם יפול הבית, יפסיד המלוה חובו, דמי למשכנתא. וזה הנפק"מ עם הפירוש שדחה הרמב"ן. דלפירוש ההשני, אף אם אחריות ההלואה על המלוה, בין יאכל פירות ובין לא, כיון שאינה קנויה לו, יש לאסור. וברשב"א בסוגיא הביא הן את פירוש רש"י והן את תירוץ זה של הרמב"ן. והריטב"א בסוגיא הסכים לפירוש זה של הרמב"ן, ועיין בנימוק"י (ב"מ לה,ב בעמוה"ר).

ובפירוש השני הביא הרמב"ן לחלק כפירוש ר"ת והתוס', אם הלוהו על אותה שדה, הרי זה כזביני, משא"כ בהלוהו ואח"כ רוצה לנכות בשכירות, לא דמי למכר. וע"ז כתב הרמב"ן דאינו נכון. ואף שכן פירש הראב"ד, והביא שכן פירש הרי"ף בתש' (עיין תש' הרי"ף סי' קנב), שמחלקים בין חוב שקדם למשכונא לבין משכונא בשעת הלואה. והקשה הרמב"ן, וכי לא יכול להקנות לו אחר ההלואה בכסף בשטר ובחזקה, ותהיה קנויה לו, ואדרבא, בשעת הלואתו מיחזי טפי כריבית. ועיי"ש מה שפירש דברי הרי"ף בתש', שאם מלכתחילה אחריות היא על המלוה, וכשנשלם הזמן לא יאכל פירות, אין לאסור גם אם עשה כן לאחר זמן ההלואה. והרי"ף מיירי באכילת פירות מעבר לזמן שסיכמו, וכפירוש הראשון, עיי"ש. אולם כפירוש הראב"ד נראה גם מדברי התוס', בטעם שנתנו לר"ת. ועיין בט"ז יור"ד קסו,ב, דנראה דנקט כחילוק בין הלוהו על ביתו, להלוהו ומנכה אח"כ שכירות פחותה מהלואתו. (ועיין במאירי בסוגיא, דלפירוש זה אף אם הלוהו וממשכנו לאחר ההלואה, אם יורד בתורת משכנתא, אין לאסור, ובזה תירץ קושית הרמב"ן שיכול להקנות בכסף ושטר וכו').

והרמב"ם בהל' מלוה ולוה ו,א, פסק: "... וכן המלוה את חבירו והתנה עמו שידור בחצרו חנם עד שיחזיר לו הלואתו, או ששכר ממנו בפחות וקצב הדבר שפוחת לו מן השכר עד שיחזיר לו הלואתו ...". ומבואר ברמב"ם דאם שוכר הימנו בפחות משוויה, ומנכה לו שכר הבית מההלואה, אסור לעשות כן. ואף שבמשכנתא דנכייתא שרי, כתב הרב המגיד, וכן הוא בראי"ש ה,טז, דדעת הרמב"ם כרש"י, לחלק בין שדה לבית. וכן בשטמ"ק בסוגיא (ד"ה אמר לו), הביא החילוק בין שדה לבית, וכתב דכן דעת הרמב"ם, והוסיף: "ויש מקילין והמחמיר משובח. אבל משכונת ספרים

ושאר דברים שאין דרך להשכירן, וכשמשכירין אותם שכרם מועט, בהני ודאי איכא למימר דבנכייתא כל דהו שרי, ואע״ג דודאי עבדי. וצריך עיון״. מבואר מהשטמ״ק דאף יש מקילין אף בבית באופן של נכייתא בפחות, מ״מ המחמיר משובח. ואף לרש״י והרמב״ם, בדברים שאין דרך להשכיר, ואם משכירים שכרם מועט, אף שודאי יעשו פירות, אין לאסור. ולכאורה נראה הטעם, דכיון שאין דרך להשכיר, אין להם שכר קבוע, ממילא אין זה גדר של משכיר בפחות משווי השכירות, דלא שייך לומר פחות על דבר שאין לו שער כלל, ולא אסרו חכמים, אף שאפשר לאמוד דמי שכירות שלהם. ונשאר בצ״ע, דאפשר כיון שאפשר לאמוד דמי שכירותם, לפי המחיר למכירה ולפי הבלאי וכד׳, ממילא שייך גם בזה מחיר ומחיר מופחת.

ובעה״ת מו,ג,כ (ד״ה ויש לעיין), הביא את חילוק הראשונים בין משכנתא בנכייתא לשכירות בנכייתא, שבמשכנתא החצר משועבדת לו והוא בכלל מכר, ולכן יכול לפחות, משא״כ בשכירות בנכייתא הרי זה כעומד ונוטל שכר מעותיו. והקשה בעה״ת על מה שנוהגים האידנא להשכיר בפחות ולנכות מהחוב; ״איך פשט מנהגנו להתיר, דהא נהוג עלמא האידנא למיכל כל משכנתא בנכיתא ... גם מצאנו לבעל מתיבות שכתב משמיה דרב יעקב גאון, גברא דמשכן חצר או כרם, מנכה מהלואתו רביע ומותר, פחות מכאן אסור. גם מצינו בעל הלכות שכתב, והאידנא מעשים בכל יום דקאכיל בנכיתא, וראשונים הוו מנכו ארבע זוזי או תרין זוזי או כל דהוא״. וכתב בעה״ת דאפשר שאם מקבל עליו לעבוד בשדה, הוי כמו אריסות ושרי, מ״מ אין אנו יודעין ויורדין לסוף דעתם, שלא מצאנו הפרש לרבותינו בין בנכיתא מרובה לנכיתא מועטת. וגם אינו דומה למשכנתא דסורא, שנשלם הזמן יוצא המלוה בלא כסף, משא״כ בזה אחריות החוב עדיין על הלוה, דמשכנתא דסורא שכירות היא ואין בה עניני הלואה, ואין אחריות המלוה עליו, ואם שטפה נהר אינו נוטל כלום מן הלוה, ואינו יכול לכופו לפרוע לו חובו לא מזו ולא משאר נכסים. מה שאין במשכנתא סתם שהאחריות עליו, ואם רצה תובע חובו ממנו, ואם שטפה נהר גובה משאר נכסים.

והביא בעה״ת לישב, ע״פ דברי הראב״ד ר״פ איזהו נשך, דבאתרא דלא מסלקי, שאין הלוה יכול לסלק המלוה תוך הזמן, וכן בנכייתא, שמנכה לו מחובו, שרי אפי׳ לכתחילה. משא״כ במקום שיכול לסלקו תוך זמנו, בלא נכייתא הוי ריבית קצוצה, ובנכייתא הרי זה אבק ריבית. בפרט למנהג המקומות שאין יכול לפדות המשכון כי אם מתחלת שנה לתחלת שנה, שאם יכנס יום אחד בתוך שנה לא יוכל לפדותה עד סוף השנה, וזהו ודאי אתרא דלא מסלקי, והוא כמוכר בכל שנה ושנה משנכנס בה יום אחד. ורק צורבא מרבנן לא אכיל בנכייתא אפי׳ באתרא דלא מסלקי, כיון שהחמירו על עצמם:

״גם כתב בפירושיו, והשתא נהוג עלמא למיכל בנכיתא ואתרא דלא מסלקי הוא, דכלהו משכנתא פסקי להו לזמן דלא פריק ליה עד זמן ידוע. ופוק חזי מאי עמא דבר, ע״כ. ועל סברא זו מנהגנו יצא להתיר, שהרי אנו קובעין בכל משכנותינו זמן ידוע וקבוע, או שיש מנהג שלא לפדות משכונתו כי אם מתחלת שנה לתחלת שנה, ובזה הם כמו אתרא דלא מסלקי, דבנכיתא שרינן לכתחלה בין חצר בין שדה. וכן תבחן ממה שכתבנו בשמו. והנה כתבנו פירוש הרי״ף ז״ל, דבין באתרא דמסלקי בין באתרא דלא מסלקי אסרה, ואחר שרבינא דמקיים כל מאי דאמור רבנן, ומר בריה דרב יוסף, נוהגין היתר בנכיתא. וסוף דבר היא הלכה רופפת, שאין הכרעת הרב ז״ל לאסור אלא מדרב כהנא ורב פפי ורב אשי דלא אכלי בנכיתא, והם היו רבים, ואולי מפני שהיו חכמי ישראל ונהגו להחמיר על עצמן, כדאמרינן וצורבא מרבנן לא ניכול, הא לשאר אינשי מותר, ואין למחות בידם, ויש לנו להניח צבור לנהוג היתר בהלכה זו שהיא רופפת בידך ומרופפת ואין לה הכרע.״

ונראה דאף לבעה״ת שכתב טעם לסנגר על מנהג ישראל, ודאי שיכול הלוה לחזור בו אם רוצה לנהוג לפי שורת הדין המבוארת בגמ׳, בראשונים ובפוסקים, ויוכל להחזיר השכירות ולא לנהוג בהיתר זה, שיצא בעה״ת ללמד עליו זכות שלא למחות בידם.

(ודברי הראב״ד הובאו ברשב״א (ב״מ סח,א ד״ה ולענין), ובסוף דבריו כתב הרשב״א מדיליה: ״ומכלל דבריו למדנו, דבאתרא דלא מסלקי אפי׳ לבתר דשלים זימניה שרי ובנכייתא, אי כתב ליה מיהא אכול בנכייתא כך וכך, כל זמן שתמשך משכונא בידך״. וכן הוא בנימוק״י (ב״מ לח,ב מעמוה״ר). עיי״ש דהיינו לענין אכילת פירות לאחר הזמן שקבעו).

ולפ״ז בנדו״ד שמשכירו בפחות, אף דגברא לא עביד למיגר, יש לאסור לכ״א משיטות הראשונים הנ״ל. לרש״י יש לאסור מפני שהוא בית. לתוס׳ ודעימיה יש לאסור מפני שלא באה לו בתורת משכונא ולא הקנה לו בתורת משכונא, ואינה כמכר. ולרמב״ן ודעימיה, כיון שאין אחריות הקרן על שמעון, שהרי אם לא יוכל לגור במקום מחמת נפילה וכד׳, אחריות ההלואה היא על ראובן, ממילא יש לאסור, והוא בכלל דברי המשנה שלא ישכור בפחות.

## ז. מקח שנעשה באיסור

איתא בב״מ סה,א: אמר אביי, האי מאן דמסיק זוזי דריביתא בחבריה, וקא אזלי חטי ארבעה גריוי בזוזא בשוקא, ויהיב ליה איהו חמשה, כי מפקינן מיניה, ארבעה

מפקינן מיניה, אידך אוזולי הוא דקא מוזיל גביה. רבא אמר חמשה מפקינן מיניה, דמעיקרא בתורת ריביתא אתאי לידיה (שלדברי אביי אם רצו לקיים המקח ואפי׳ אחד מהן אינו מחזיר אלא זוז, או אם ירצו להחזיר לבעליו מחמת הרבית, יחזיר ד. ורבא אמר שצריך להחזיר כל החמשה או זוז ורבע, כדי שלא יהנה מן האסור – רשב״א). ואמר אביי, האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה, ויהיב ליה גלימא בגוייהו, כי מפקינן מיניה, ארבעה מפקינן מיניה, גלימא לא מפקינן מיניה (מקחו קיים, וקציצת הרבית יחזיר לבעליו – רש״י). רבא אמר גלימא מפקינן מיניה, מאי טעמא, כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי, גלימא דריביתא הוא.

הרא״ש ב״מ ה,יט, כתב וז״ל: ״וכן מאן דמסיק בחבריה זוזי ברביתא, ויהיב ליה בגוויהו גלימא, כי מפקינן מיניה, גלימא מפקי׳ מיניה, דלא לימא קמכסי בגלימא דרביתא. משמע דוקא משום דלא לימא מכסי בגלימא דרביתא 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 דאוסיף בדמיה משום אגר נטר, או פוסק על הפירות עד שלא יצא השער ונתקיים המקח בקנין ולא נתייקר השער, המקח קיים, ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור״. (ובבאור דעת הרא״ש בסוגיא, עיין בגדולי תרומה מו,ב,יב, ובמל״מ מלוה ולוה ח,א ד״ה מי). וכן כתב הרשב״א שם בסוגיא (סה,א), דאין אחד מהם יכול לומר שהמקח בטל אחר שנעשה באיסור, אלא אם קנו באחד מדרכי הקניות, המקח קיים ומה שיש בו רבית, הרי הוא כאבק רבית שאין מוציאין ממוכר ללוקח. ושכן כתב רב האי גאון בתש׳. אולם אם לא התקיים המקח לגמרי אלא רק לענין מי שפרע, כגון שקנה בכסף בלא משיכה, דיכול לחזור בו ואינו מקבל מי שפרע. ואף שהרשב״א כתב על אבק ריבית, בתש׳ רב האי מבואר דהוא הדין בריבית קצוצה, אלא שמוציא הריבית הקצוצה בדיינים מהמלוה הקונה. וכן מבואר בריטב״א בסוגיא. גם ברמב״ן בסוגיא הביא דברי רב האי גאון בתש׳; ״דהיכא דאית ביה איסורא דאוסיף בדמיה משום אגר נטר לי, לא בטלן זביני, אלא קיימין בין על לוקח בין על מוכר״. וכן הביאם הרב המגיד הל׳ מלוה ולוה ח,טו. והיינו ששניהם אינם יכולים לחזור בהם. אך לא נתבאר אם נותן לו כשער של היתר, או חייב ליתן גם בשער של איסור, דהראשונים מיירי שכבר נתקיים המקח וגם נעשה בפועל.

ועיין בתלמיד הרשב״א שם בסוגיא שכתב, דאין אומרין שיתבטל המקח מעיקרו, שהרי נעשה באיסור, אלא נותן לו כשער של עכשיו והמקח קיים. והיינו שיכול המוכר לתת לו בשער של היתר. וכן מבואר בנימוק״י (ב״מ לו,א מעמוה״ר), דלאו למימרא שיתבטל המקח ויחזרו הפירות לבעליו מפני שנעשה המקח באיסור, שכל היכא שנקנה

כראוי, אין האיסור מבטלו; "אם האחר רוצה ובלבד שיסלק את האיסור. וגם באבק רבית לא יתן לו המוכר אלא כפי ההיתר, ונמצא שהאיסור נמי מסולק הוא", ושכן דעת רב האי גאון בתש', דלא קנסינן היתירא אטו איסורא; "אלמא דאע"ג שפוסק על הפירות עד שלא יצא השער, או פסק אחר באיסור, אין אחד מהם יכול לומר הפסק שפסקנו אינו קיים אחר שנעשה באיסור, אלא יתן לו כפי שער שיהיה בו היתר". וכן פסק בשו"ע חו"מ רח,א.

ובב"י חו"מ רח כתב לבאר דברי הרא"ש כדברי תלמיד הרשב"א, שמה שכתב הרא"ש דאין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור, לא קאי אלא אמוכר שהוא רוצה לבטל המקח ושלא לתת יותר, ובא לבטלו לגמרי מטעם שנעשה באיסור, ועל זה כתב הרא"ש דעל כרחו יקיים המקח ויתן כשער של היתר. אבל הלוקח (המלוה) יכול לחזור בו אם ירצה, שכיון שאינו נותן לו כמו שהתנה, אין לכופו ליקח בשער של היתר ולהמעיט מקחו. רק כתב דאין כן דעת הטור, ובדרכ"מ שם (ס"ק א) הקשה עליו, די"ל דכן היא גם דעת הטור.

והמרדכי בשבועות (סי' תשפד), כתב וז"ל: "פסק הר"י בר פרץ, מי שנשבע או קבל בחרם שלא יתן דבר או לא ימכור או ימחול חובו או שאר דברים, ועבר שבועה או מכר או נתן, אין במעשיו כלום, כדאמרינן בכתובות (פא,ב); כיון דאמר רבנן לא לזבין, אי זבין לא הוי זביני. ומסתמא אין אמירה דרבנן גדולה משבועתו, וא"כ אין במעשיו כלום, דעל ידי עצמו איבד כחו וזכותו בנדר. ובפ"ק דתמורה אמר אביי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד מהני. ורבא אמר לא מהני ... ומ"מ הלכה כרבא". ולפ"ז גם במקח הנעשה באיסור, דין המקח להתבטל לשיטת המרדכי. ובב"י (חו"מ סו"ס רח) כתב, דמהראשונים הנ"ל נדחו דברי המרדכי. ועיין מהרשד"ם (חיור"ד סי' קטו), וקצוה"ח רח,א.

והרמ"א חו"מ רח,א פסק שלא כדעת המרדכי, אולם בשו"ע יור"ד רל,א, הביא הרמ"א דעת המרדכי; "י"א כל מי שנשבע שלא לעשות איזה דבר, כגון שנשבע שלא למכור חפץ פלוני, ועבר ומכרו, אין במכירתו כלום, הואיל ועבר על שבועתו". והב"ח חו"מ רח כתב דנראה דהרמ"א לא החליט לפסוק דלא כמרדכי, ובמחלוקת הראשונים זו אין להוציא מיד המוחזק, דלדעת הרמ"א אינה הלכה פסוקה אלא דיש לחוש לה שלא להוציא מיד המוחזק, והכי נקטינן. ובין שהמוכר מוחזק במקח, באופן שהמקח עדיין ברשותו, ובין שהלוקח משך לרשותו והוא המוחזק, אמרינן לעולם המוציא מחבירו עליו הראיה. וכדבריו פסק הש"ך יור"ד רל,ד וחו"מ רח,ב. (ועיין בתש' רע"א, קמא סי' קכט, דבכלל הוי ספיקא דדינא אם קיי"ל כרבא או כאביי, עיי"ש).

והסמ״ע רח,ג כתב לחלק בין נידון המרדכי בנשבע שלא למכור, לנדון מקח שנעשה באיסור ריבית, דבמקח שנעשה באיסור ריבית, יש אפשרות לקיים המקח בדרך של היתר, שלא יקח ממנו בשער האסור, ולכן המקח קיים, משא״כ בנדון המרדכי, אין דרך לקיים המקח אלא אם יעבור על שבועתו, ולכן המקח בטל. אלא שהקשה על המרדכי, דעד כאן לא קאמר רבא דאי עביד לא מהני אלא באיסור קדום, שכבר אסרה התורה או חכמים, אבל לא באיסור שבדה הוא בעצמו, וכמ״ש שם התוס׳ (תמורה ו,א ד״ה והשתא). וכתב הסמ״ע לישב, שדעת המרדכי דמש״כ תוס׳ בתמורה, שנויא בעלמא הוא ואשנויי לא סמכינן, כיון דבכתובות פא,ב נפסק סתם כרב יוסף, דכל דאמרו רבנן לא תעביד, אי עביד לא מהני, ואילו כדברי תוס׳, היה נזכר באיזה מקום בגמ׳ שיש חילוק בין איסור הקדום לאיסור שבדה הוא. ולפי מסקנת הגמ׳ בכתובות פא,ב, דאפילו במילי דרבנן אי עביד לא מהני, מסתבר למרדכי דלא גרע איסור שבדה הוא והוא איסור דאורייתא, מאיסור הקדום ואינו אלא מדרבנן.

[ובגדר מהו איסור שבדה מליבו, עיין בנודע ביהודה תנינא סו״ס ט, מבן הנו״ב, דאיסור שבועה אינו מתיחס אלא על הנשבע ולא על שאר בני אדם, ולכן ס״ל לתוס׳ דלא אמרינן אי עביד לא מהני, כיון שהוא בדה את האיסור לאסור איסור על נפשו מה שהיה מותר לו. משא״כ בהקדש, כיון דמעשיו מהני בהקדישו לאסור איסור על כל העולם, ונקרא שם איסור ההקדש על כולם, שייך ביה אי עביד לא מהני, דכל שהאיסור מתיחס גם על זולתו, לא שייך לומר שהוא בדה האיסור, וכיון שלגבי האחרים אינו בבחינת איסור שבדה, הוא הדין ביחס לעצמו, לענין דין אי עביד לא מהני. עוד כתב לחלק, דאיסור שבועה שהוא בלאו דלא יחל דברו, ולאו זה אינו במציאות שיבוא מאיליו אם לא ישבע אדם מעולם. משא״כ בקדשים יש במציאות איסור קדשים שיחול ללא הקדשו, כגון בכור שקדוש מרחם, ממילא הקדש אינו בבחינת איסור שבדה מליבו, רק אם אין היכי תימצי לאיסור בלי פעולת האדם, עיי״ש.]

ומהרי״ט בתש׳ (ח״א סי׳ סט), כתב לבאר דקיי״ל דאי עביד לא מהני, כאשר ע״י שנבטל את מעשיו, יתקיים ציווי התורה: ״אם עביד אותו המעשה הפך מה שאמרה תורה, לא מהני ליה ומעשיו בטלין ודברי תורה קיימין, כגון לא יחליפנו ולא ימיר אותו, אם המיר אי לאו קרא דוהיה הוא ותמורתו, הוה אמינא לא מהני ואינו מומר לקיים מה שאמרה תורה לא ימיר. וכן חרמי כהנים, דאמרה תורה לא ימכר ולא יגאל, ואע״פ שפדאו, לא עשה כלום, שהרי אמרה תורה לא יגאל, וכן כל הנך דמייתי התם (תמורה ו,א). וכל מי שעשה מעשה באיסור, שאותו האיסור כבר נעשה ואי אתה יכול לתקנו, כגון זה שהלך לערכאות של גויים ועבר על האיסור, כלום יש בידך לתקן מה שעוות״. דאי עביד לא מהני שייך רק כאשר ה״לא מהני״ יבטל את האיסור שעשה, משא״כ כאשר ה״לא מהני״ לא יבטל את האיסור, מפני שבעצם

המעשה כבר נעשה האיסור, בזה לא אמרינן דאי עביד לא מהני, ואף רבא מודה בזה.

ואחריו החזיק הנתיבות רח,ב (תוך ציון שכן מצא גם במהרי״ט, ושכן כתב הנתיבות גם בחוות דעת א,ג), דשוחט בשבת שחיטתו כשירה (חולין יד,א) ולא אמרינן דאי עביד לא מהני, כיון שלא מתקן האיסור שעשה במאי דלא מהני, כגון באונס שגירש (תמורה ה,א), דאם נאמר דלא מהני ואין גיטו גט, התקיים ציווי התורה דלא יוכל לשלחה, ונתקן האיסור. משא״כ בשוחט בשבת, דאף אי נימא דלא מהני ואין שחיטתו שחיטה, מ״מ עבירה דנטילת נשמה לא נתקנת בכך, משא״כ בשוחט פסח על החמץ, דשחיטה דוקא בעינן, ונוחר ומעקר על החמץ פטור, לכן ראוי לומר דלא מהני, דאם שחיטתו אינה שחיטה, אינו עובר על לאו דלא תשחט:

״דדוקא במקום שאם אנו מקיימין מעשיו מבטלין מה דאמר רחמנא, כגון בתמורה, שאם אנו מקיימין מעשיו, מבטלין מה דאמר רחמנא (ויקרא כז,י) לא ימיר, וכן במכירה דחרמים ובגירושין דאונס ובכל הני דחשיב התם. וכן בכתובות (פא,ב) בהא דאמרו רבנן לא ליזבין, אי זבין לא מהני, שם ג״כ הקפידו חכמים שלא יתבטל שעבוד כתובתה, ואם אנו מקיימין המכירה, מבטלין דברי חכמים, משו״ה מבטלין מעשיו בכדי שיהיו דברי חכמים קיימין. משא״כ במכר בשבת, שאסרו חכמים רק מעשה המכירה מחשש שלא יכתוב, ולא הקפידו על קיום המכירה רק על מעשה המכירה, ומעשה המכירה כבר עבר ולא מתקנין דברי חכמים, וקיום המכירה הוא בהיתר, דאיסורא דעבד עבד. וזהו כונת הש״ך במה שכתב, כיון דאפשר לעשות בהיתר, כונתו שקיום הדבר אפשר להתקיים בהיתר, ואין מבטלין דברי חכמים בכך במה שמקיימים מעשיו.״

וכן נמצא חילוק זה במל״מ (מלוה ולוה ח,א סד״ה מי), דכל מקום שעצם קיום הדבר הוא האיסור, ואי אפשר שיתקיים הדבר אלא כשיעבור על האיסור, כגון תמורה ודמה שמובא שם בסוגיא דתמורה, בזה ס״ל לרבא, וקיי״ל כוותיה, דאי עביד לא מהני. משא״כ במקח שנעשה באיסור רבית: ״כיון שזה מחזיר לו הרבית, ליכא איסורא בקיום המקח, שהמקח אינו אסור מצד עצמו״. והיינו שרק גמרו המקח ועדיין לא נתן לו, יתן לו כשער הזול (ועיין להלן בדברי בן הנו״ב). ותמה המל״מ על הב״י חו״מ רח, שדחה דברי המרדכי. דלמש״כ המל״מ בחילוקו י״ל, דנידון המרדכי אי אפשר בקיום הדבר אם לא שיעבור על איסור נדר ושבועה, ולא דמי למקח שנעשה באיסור. וציין המל״מ למהרש״ך (ח״א סי׳ קנז) שגם הקשה על הב״י, אולם מהר״ם אלשיך (סי׳ עה) נקט כדעת הב״י.

וכסברא הנ״ל נמצא בנודע ביהודה (תנינא חאו״ח סי׳ קלה – מבן הנו״ב), דקיי״ל אי עביד לא מהני בכל הדברים דאי אמרינן דלא מהני, מהדרינן עובדא ותו אין כאן עבירה, וכאילו מעיקרא לא נעשה דבר. אך במקח הנעשה באיסור, כמו ב״ק ע,ב מקח הנעשה בשבת והוציא מרשות, או קוץ לי תאנתך, כיון שהאיסור כבר נעשה בפועל, ובין אם המקח יתקיים או לא יתקיים הרי כבר חלל השבת, לכ״ע המקח קיים, כי מה יתן ומה יוסיף אם נבטל המקח. ולענין מקח שנעשה באיסור ריבית, בין אם נאמר שהמקח בטל או נאמר שיתקיים כשער הזול ויחזור הד׳ זוזי, בין כך ובין כך אין כאן איסור רבית לכן, גם בזה המקח ראוי להתקיים אי לא שיאמרו גלימא וכו׳, וכדברי רבא בגמ׳ שם (ב״מ סה,א). והא דכתובות פא,ב, דהיכא דאמרי רבנן לא ליזבן והלך וזבין, לרבא לא מהני, שהרי כשנתבטל המקח לא יעבור דברי חכמים, ואין כאן עבירה כלל. ובנשבע שלא למכור, לדעת תוס׳ בתמורה ו,א (ד״ה והשתא), אינו בדין זה, כיון שהוא איסור שבדה מלבו. ודעת המרדכי שהמקח בטל, שאם נבטל המקח, לא עבר על שבועתו. ומה שהקשה בן הנו״ב מדברי אביו בצל״ח פסחים עג,א (ד״ה שחטו), דגם בשחיטת פסח אמרינן כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד מהני לרבא, אף שהשור שחוט לפניך, עיין בנתיבות לעיל שתירץ קושיא אחרת, דבשוחט פסח על החמץ, דשחיטה דוקא בעינן, ונוחר ומעקר על החמץ פטור, לכן ראוי לומר דלא מהני, דאם שחיטתו אינה שחיטה, אינו עובר על לאו דלא תשחט. ואלו הם דברי הצל״ח שם בפסחים: ״דכל מידי דאמר רחמנא לא תזבחנו ועבר וזבחו, לרבא לא מהני זביחתו והרי היא כמתה ע״י נחירה שאין כאן זביחה, וזה פשוט אצלי מאד״, ולכן הלא מהני עוקר העבירה, כיון שלא זבחו.

וראיתי בדברי חיים (מכירה כט) שהקשה על סברת הנתיבות, וכתב לישב סתירת פסקי הרמ״א, דבחו״מ שהמקח קיים בנשבע, מיירי בנדר שיש לו התרה, וכיון שיכול להתקיים בהיתר, אי עביד מהני. משא״כ ביור״ד מיירי בנדר שאין לו התרה, כמו בנדר ע״ד רבים, דבזה אם נבטל המקח, לא יהיה כעובר על השבועה. דבחו״מ שיכול להתיר ע״י חכם, א״כ המקח חל במקצת, שהרי הלוקח אינו יכול לבטל המקח, שאם ילך המוכר אצל חכם ויתיר השבועה, יחול המקח למפרע. וכיון שחל המכר מצד הקונה, גם אם לא ילך המוכר אצל חכם להתיר השבועה, אם תבטל המקח, לא תציל המוכר מאיסור שבועה, כיון שהמכר חל במקצת כלפי הלוקח, ולכן אי עביד מהני. ולכן כשלא הלך אצל חכם להתיר, המקח קיים, דבביטול המקח לא תציל המוכר באיסור השבועה, עיי״ש.

[ועיין בנו״ב (תנינא סי׳ קכט), לענין מי שנשבע שלא לגרש את אשתו בלי ידיעת ורצון אביו, וכתב הנו״ב (שם אות ד) דלתוס׳ ודאי לא אמרינן בזה אי עביד לא מהני, כיון שזה איסור שבדה מליבו, אלא אף למרדכי אי עביד מהני, כיון

שהביטול היה יכול לעשות בהיתר דהיינו בפני השליח או האשה, אלא שהוא עשאו באיסור שלא בפניהם, דומה לשוחט בשבת ויה"כ ואי עביד מהני. ודקדק במש"כ המרדכי דבריו לענין מכירה, ולא הזכיר שנשבע שלא לגרש את אשתו. ועיי"ש עוד באות ז, והובא בקצירת האומר בפ"ת אהע"ז קלד,ו, ועיי"ש בהגהת רע"א על השו"ע, ועיין עוד בתש' ארבעה טורי אבן (לגר"א רוקח, סי' כה) שגם דעתו דמהני אם גירש לאחר שנשבע לא לגרש, וכתב דלא כמרדכי.

ובענין אי עביד לא מהני, עיין בחתם סופר ח"ב חיור"ד סי' ו. ובתש' רע"א (קמא סי' קכט) כתב; "אילו הייתי כדאי להרים ראש נגד רבותינו הקדושים הראשונים, הייתי אומר דאי עביד לא מהני שייך רק היכא דהלאו על ענין פרטי, כמו הני דריש תמורה בלאו דלא יחליפנו ולא תפדה, דמפרשינן לקרא דלא יהא כח להחליף ולפדות, וחילופו ופדויו כלא היה, משא"כ במקום שנאמר דרך כללי, כמו לא תעשה כל מלאכה, דאי אפשר לפרש שלא יהא לו כח לעשות מלאכה, דודאי אם יבנה בית או יטע כרם יהיה בנוי ונטוע, וא"כ פירושו דאינו רשאי לעשות, משום הכי כל שישנו בכלל זה הלאו, לא שייך ביה אי עביד לא מהני". ועיי"ש באריכות בענין זה. וע"ע למהרש"ם במשפט שלום, חחו"מ סי' רח.]

והנה לאמור לעיל, אף שמקח שנעשה באיסור ריבית אינו מתבטל, מ"מ יש פוסקים דהוי ספיקא דדינא, ויכול ראובן לומר קים לי כדעתם לבטל המקח, ובלאו הכי יכול המוכר לדרוש לתת לקונה בשער של היתר, וכפי שכתבו הראשונים הנ"ל, וכן נפסק בשו"ע חו"מ רח,א, דהמקח קיים; "ויתן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח. ומיהו הלוקח יכול לחזור בו שלא ליתן כשער היוקר". ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ו וס"ק ז, ובנתיבות ס"ק ד. ובנדו"ד אין שמעון מעונין לקבל כשער הגבוה של השכירות בשוק החופשי, וראובן מוכן לתת רק לפי השער של השכירות החופשית, לכן ההסכמה בטלה.

**לאור האמור לעיל, מתקבלת טענת ראובן ויוכל להשכיר את הצימרים בשוק החפשי. יחד עם זאת, יש להבטיח כי מהסכום שיתקבל מההשכרה לאחרים, ישלם ראובן לשמעון את חובו. (לפי הסכמת הצדדים, ראובן ידווח לשוכרים כי עליהם ליתן שיקים למוטב בלבד עבור שמעון, וכי שמעון יקבל עוד בטרם המועד את שמות השוכרים ומספרי הטלפון שלהם, כדי להבטיח כנ"ל).**

# סימן כח

## אם יש טענת אונאה ומום במוצרים "יד שניה"

### ראשי פרקים

**א. בעל בית המוכר כליו**

**ב. הטעם שאין בזה אונאה**

**ג. הקונה בעל בית**

נשאלתי בענין מוצרים שנקנים מאחר שכבר השתמש במוצר, ומיד בסמוך טוען הלקוח שמכר לו המוכר את המוצר במחיר גבוה מדי, או שהקונה מבקש מיד לחזור בו, מאחר וטוען שניתן לקבל מחיר גבוה יותר למוצר. או שמצא הלוקח מום במוצר. האם יש במוצרים אלה טענת אונאה במחיר, ואם יש בהם טענת מום?

## א. בעל בית המוכר כליו

איתא בב"מ נא,א: ההוא גברא דהוה נקט ורשכי לזבוני, קרי שיתא ושויא חמשא, ואי הוו יהבי ליה חמשא ופלגא, הוה שקיל. אתא ההוא גברא ואמר, אי יהיבנא ליה חמשא ופלגא, הויא מחילה, אתן ליה שיתא, ואתבעיה לדינא. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה לא שנו אלא בלוקח מן התגר, אבל בלוקח מבעל הבית (תכשיטין וכלי תשמיש שלו חביבין עליו, ואינו מוכרן אלא ביוקר, והוה ליה כמפרש יודע אני שיש בו אונאה, דאמרינן לקמן אין לו עליו אונאה, כך מצאתי בשאילתות דרב אחאי [פרשת בהר סימן קיג] – רש"י) אין לו עליו אונאה. ההוא גברא דהוה נקיט כיפי לזבוני, קרי שתין ושוי חמשין, ואי הוו יהבי ליה חמשין וחמשא, הוה שקיל. אתא ההוא גברא ואמר, אי יהיבנא ליה חמשין וחמשא, הויא מחילה, אתן ליה שיתין, ואתבעיה לדינא. אתא לקמיה דרב חסדא, אמר ליה לא שנו אלא בלוקח מן התגר, אבל בלוקח מן בעל הבית אין לו עליו אונאה. אמר ליה רב דימי – ישר. וכן אמר רבי אלעזר – ישר. והא אנן תנן כשם שאונאה להדיוט, כך אונאה לתגר. מאן הדיוט, לאו בעל הבית. אמר רב חסדא – בצדרייתא (בגדי קנבוס העומדים לימכר), אבל מאני תשמישתיה דיקירי עליה, לא מזבין להו אי לאו בדמי יתירי.

מדברי רש"י עולה לכאורה שדין בעל בית המוכר כליו הוא בכל דבר שאינו עומד מצד עצמו ומהותו להמכר. דדוקא בגדי קנבוס העומדים להמכר, יש בהם אונאה גם לבעה"ב, אבל דבר שאינו עומד להמכר אלא לשימוש, אין בהם אונאה.

וכדוגמא אפשר לנקוט מכונית, שבדר״כ עומדת בסופו של דבר להמכר ולהחליף למכונית אחרת. משא״כ מקרר ומכשירים חשמליים, שבדר״כ עומדים לשימוש עד לגמר פעולתם, ובסיום עומדים לזריקה, אא״כ יש לו כלים כפולים, או שקנה ומיד רוצה לרכוש דגם אחר, והמכשירים כמעט חדשים. ומ״מ לכאורה מדברי רש״י כל דבר שאינו עומד להמכר, הוא בכלל כלי בעל בית, ואין בהם אונאה. כך לכאורה נראה מרש״י.

והרשב״א בסוגיא כתב: ״והוא הדין לכל סחורה, דלא אמרינן אלא במאני תשמישתא דוקא דיקירי עליה״. המודד הוא לאידך גיסא. יש לבחון כל מוצר אם הוא בכלל מאני תשמישי דיקירי עליה, ואם אינו בכלל, אף אם אינו עומד למכירה במהותו (וכמש״כ במכונית), כיון שאינו כלי תשמיש שיקר לבעה״ב, יש בזה אונאה. ולכן במכשירים חשמליים כדוגמה דלעיל, אינם בכלל כלים דיקירי עליה, ורק דברים יחודיים בכלל, כמו כלי כסף וכד׳. וכדעת הרשב״א כתב בנימוק״י (ב״מ לא,א בעמוה״ר), וכתב דכן דעת הרי״ף והרמב״ם. ולכאורה ברי״ף שם לא משמע בהכרח דהוא הדין לכל סחורה בר ממאני תשמישתיה דיקירי ליה. דז״ל הרי״ף שם: ״בצררותא. פירוש צררותא האורגים שאורגין יריעות ומוכרין אותן, אבל מאני תשמישתו דיקירי עליה, אי לאו דמי יתירי לא מזבין להו״. ולא הזכיר שדין כל סחורה כדין בגדי הקנבוס, ורק מאני תשמישיה דיקירי עליה יצאו מהכלל. וגם בדברי הרמב״ם בהל׳ מכירה יג,ב, אין הכרח לפרש כן בדברי הרמב״ם, ואפשר לפרש כמש״כ בדברי רש״י, וז״ל הרמב״ם: ״בעל הבית שמכר כלי תשמישו אין לו הונייה, שאלולי לא הרבו לו הדמים לא היה מוכר לו כלי תשמישו״.

וכדברי הרשב״א והנימוק״י נמצא גם ברמ״ך, הובאו דבריו בשטמ״ק בסוגיא, דכל המודד הוא אם הכלי הוא בגדר כלי שבעל בית עשוי למכרו. דאם בעל בית עשוי למכרו, הוא בכלל צדרייתא ויש לו אונאה: ״ונראה לומר דהוא הדין בבעל הבית העשוי למכור את כליו בשאר כליו״. החילוק הוא אם מדובר בכלים שבדר״כ אין מוכרים אותם, אין בהם אונאה, אבל אם יתכן ובעה״ב ימכרם, הם אינם בכלל מאני תשמישיה דיקירי עליה. דברש״י הדיוק בבגדי קנבוס ש״עומדים לימכר״, דעומדים הם לכך. וברמ״ך לא צריך שיהיו עומדים לימכר, אלא יתכן למכרם ״עשוי לימכר״. אמנם לא מפני שאנו מדייקים נעשה מעשה, ואפשר שהדיוק בדברי רש״י אינם מוכרחים, ומאידך מפורש בראשונים כנ״ל, וע״כ כל דבר שעשוי להמכר, אינו בכלל מאני תשמישיה שאין בו אונאה. ורק דבר שאינו עשוי להמכר בכלל. ויש לבחון כל כלי לגופו. וכבר כתבתי דמכונית בכל ענין נחשבת כעומדת וכעשויה להמכר, ומכשירים חשמליים או ריהוט יקר, שבדר״כ עם גמר השימוש או השדרוג, נמכרים לאחר, הרי הם עשויים להמכר. ובגדים או רהוט, שעם גמר ההתשמשות בהם או שדרוג לבגדים

אחרים, נמסרים או נזרקים, או כלי כסף וחפצי נוי, שאינם עשויים להמכר כלל, הרי הם בכלל מאני תשמישיה.

ועדיין י״ל כמש״כ לעיל בסברת רש״י, למה שכתב הר״י מיגאש בתש׳ סי׳ קד, הובאו דבריו בשטמ״ק בסוגיא, וז״ל: ״מה שאמרו הלוקח מבעל הבית אין לו אונאה, הוא בכל כלי תשמישו, לפי שבעל הבית אינו מוכרם אלא להכרח או להחליף אותם במה שטוב מהן. ואם נתאנה בעל הבית, נאמר שנתרצה בזה כדי לדחות היזקו או כדי להחליף אותם במה שטוב מהם. ואם נתאנה לוקח, נאמר גם כן שהקונה כבר ידע שחפצים אלו אינם מצויין למכור, והוסיף בדמיהם כדי שבעליהן ימכרו אותן ״. ולכאורה נראה דכל כלי תשמישו של בע״ב שמוכר כדי להחליף או להכרח, ואין דרך למכרם אלא להחליף או להכרח, הם בכלל כלי בע״ב. ואפשר שאף הראשונים הנ״ל מסכימים דכל כלי שמוכר כדי להחליף או בהכרח.

וברבינו חננאל (ב״מ נא,א) כתב להדיא: ״והני מילי בבעל הבית המוכר מכלי תשמישו, אבל בעל הבית המוכר דברים העשויין לסחורה, יש להן אונאה״. מבואר ברבינו חננאל שההבחנה היא אם הכלי עשוי לסחורה או לא, וכל שאין עשוי לסחורה ומוכרו בע״ב, הוא בבחינת בע״ב המוכר כליו. ולכאורה זה נוטה לפירוש דלעיל בדברי רש״י. ועיין ברבינו ירוחם (מישרים ט,ג) דכל המודד הוא אם כלים אלו יש רגילות שבע״ב ימכור: ״וכשלקח ממנו סחורה שרגיל למכור, כגון אורגין יריעות כשמוכרן מהם האורגים וכן כיוצא בזה, יש אונאה לבעל הבית״. והשאלה אם חפצים מיד שניה, שיש רגילות למכור, ואינו מוכרו מחמת דוחקו, והגם שרוצה להחליפם, אינו בבחינת שאלולי הרבה לו בדמים לא היה מוכרם, אם הם בכלל, דאף שאינו עומד לסחורה ואינו דומה לאריגין, מ״מ גם אינו בכלל מרבה לו בדמים.

ובזה יש למדוד כל כלי לגופו, אך אין לבדוק את מצבו של המוכר במציאות הזמנית ובסיבת המכירה, שאם אין דרך למכור חפצים אלו, הרי זה בכלל בעל בית המוכר כליו, ואם כלים אלו עשויים להמכר ודרך בעל בית למכרם, גם אם מדובר בנסיבות מיוחדות למכירה, אין זה בכלל כלי בעל בית. דהנה הרא״ש בתש׳ (קב,ג) השיב לבנו בעל הטורים, בענין מי שמכר כלי תשמישו מחמת דחקו, לצורך מזונותיו וקיומו היומי, וודאי היה מוכן למכרם גם בערכם או אפי׳ פחות, כיון שהיה המוכר דחוק לכסף, וא״כ לכאורה אינו בכלל יקירי עליה. וע״ז השיב הרא״ש, וז״ל:

״ומה שנסתפקת, אם הוא בעל בית המוכר כליו מחמת דחקו ואין לו מה יאכל, אי שייך ביה למימר אי לאו דיתבינא ליה דמי יתירי, לא הוה מזבין. דע, כי אין חילוק; דנהי דמכרן מחמת דחקו ואין לו מה יאכל, יקירי עליה וחשיבי עליו, ולדידיה שוים כל הדמים, אם לא היו נותנין לו בהם אלו הדמים

[היה מצמצם או] היה לוה מעות ולא היה מוכרן בפחות. וגם פירש בשאלתות דרב אחאי, דמה שאין לבעל הבית אונאה, היינו משום דהלוקח יודע שהם חביבים על המוכר, והוי כאלו פירש, חפץ זה שאני מוכר לך במאתים, יודע אני שאינו שוה אלא מנה. פי׳, ומהני עד שתות, כדפרישית לעיל. הילכך, בכל תשמישיו, אין חילוק בין מכרן מחמת שאין לו מה יאכל, ובין מכרן לצורך דברים אחרים, כי סתם בעל הבית המוכר כלי תשמישו, אינו מוכרן אלא מחמת דוחק שהוא צריך לדמיהם, ולא פליג בין דוחק מרובה לדוחק מועט; וגם הלוקח אינו מכיר לצורך מה מוכרן, ובכל ענין מוחל האונאה.״

מהרא״ש עולה שגם אם בעל הבית מוכר מחמת סיבה, אין לבחון אלא הכלים עצמם ולא הסיבה למכירה, ואם הם כלים שאינם נמכרים, הרי הם בבחינת יקירי עליה. וגם הביא סברת השאילתות (המובאת גם ברש״י בסוגיא, עיין לעיל), דבע״ב המוכר כליו היינו טעמא, שיודע הקונה ומוחל.

## ב. הטעם שאין בזה אונאה

והרא״ש הביא את השאילתות, דדין בע״ב המוכר כליו הוא מעין תנאי והסכמת הקונה שלא יהיה בזה אונאה. והשאלתות נקט שוה מנה במאתיים, וזה אפי׳ ביותר משתות. אולם דעת הרא״ש דסברא זו היא עד שתות, דפחות משתות בכל ענין הוי מחילה, ובשתות עצמו מהני לבע״ב המוכר כליו, שלא יצטרך להחזיר השתות שאינה לקונה. ואף שכתב כן כפירוש לשאילתות, לכאורה בשאילתות נקט שוה מנה במאתיים, והוי ביטול מקח, ובכל זאת כתב דהוי כפירש. ובב״מ ד,טז הביא הרא״ש את השאלתות דרב אחאי, דהוה כמפרש בהדיא חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה. והביא מדברי התוס׳ דמסתברא דדוקא עד שתות דוקא, דומיא דהנך תרי עובדי אבל יתר משתות לא. ואף דבשאלתות דרב אחאי מדמה ליה למפרש, לא דימה אותו אלא לענין טעם החילוק בין בעה״ב להדיוט, אולם לא דמי לגמרי, דהתם פירש בהדיא אבל הכא די לו שנאמר דהוי כמפרש עד שתות ולא בדבר מופלג. וכן עשה ר״י מעשה.

ובשו״ע חו״מ רכז,כד הביא את שתי הדעות אם יותר משתות בטל מקח בבע״ב המוכר כליו. והגר״א שם בס״ק לה כתב: ״כמש״ל בשם השאילתות ובמפ׳ אמרו אפי׳ בכפל. וס׳ ראשונה ס״ל דלאו לגמרי כמפרש וערא״ש״. הרי ששתי הדעות הן דעת השאילתות ודעת הרא״ש. דלשאילתות דהוי כמפרש, גם ביותר משתות אין לבע״ב ביטול מקח, ולרא״ש דלאו לגמרי כמפרש, רק עד שתות ועד בכלל. וכדעה זו שאין אונאה בבעה״ב ביותר משתות, וכדעת השאילתות, נמצא גם ברמב״ן בסוגיא (ב״מ

נא,א): "ובלוקח מבעל הבית, אין לו אונאה ולא ביטול מקח, וכן כתב גאון ז"ל, וה"מ ללוקח אבל בעל הבית מוכר שנתאנה יש לו אונאה ובטול מקח". דלוקח מבעה"ב אין בו אונאה ולא ביטול מקח, אבל אם נתאנה בעה"ב עצמו ומכר בשתות פחות ממחירו או מתחת לשתות, יש בו אונאה וביטול מקח, אבל ללוקח עצמו אין בו אונאה או ביטול מקח. וזו דעת השאילתות, כמש"כ הרמב"ן שכן היא דעת הגאון. וכן כתב הנימוק"י (ב"מ לא,א מעמוה"ר). וכן כתב הרשב"א בסוגיא: "ולאו דוקא אונאה אלא אפי' בטול מקח, דאי לאו דיהבי ליה דמי יתירי, לא מזבין מאניה". הרי דסברא האמורה בגמ', היא הן לענין אונאה והן לענין ביטול מקח. וכן הביא בשטמ"ק בסוגיא מהר"ן, וכן כתב המאירי בסוגיא. וכן נראה דעת הרמ"ך שהובאה שם; "לוקח מבעל הבית כלי תשמישו, אע"ג דזבין ליה שוה חמשא בשתא או בז', אין לו אונאה ללוקח". הרי שנקט שוה חמש בשבע, שהוא יותר משתות.

והרמב"ם בהל' מכירה יג,ב כתב: "בעל הבית שמכר כלי תשמישו אין לו הונייה, שאלולי לא הרבו לו הדמים לא היה מוכר לו כלי תשמישו". והרמב"ם לא חילק בין עד שתות ליותר משתות. וכן כתב הרב המגיד שם דיש מפרשים דוקא כשנתאנה הלוקח בין שתות בין ביותר מכאן, אין הלוקח יכול לתבוע אונאה; "לזה נתכוון המחבר שכתב שאילולא הרבו לו הדמים וכו'". וכן כתב הב"י חו"מ רכז,כב בדעת הרמב"ם. ולפ"ז דעת הרא"ש בשם ר"י לכאורה אינה כרוב הראשונים שפסקו דאין לו לבעה"ב גם ביטול מקח ביותר משתות, וכמשמעות סברת הגמ', שאלולי הרבה לו בדמים, לא היה מוכר.

ומהאמור לעיל עולה דיש שתי סברות לאי ביטול מקח ביותר משתות, סברת השאילתות, דהוי כמו שפירש, והסברא שהובאה לעיל בראשונים, דאללוי הרבה לו בדמים, לא היה מוכר. ונראה נפק"מ בין הסברות, אם צריך שידע הלוקח שהמוכר הוא בע"ב המוכר כליו. דלשאילתות דהוי כפירש, י"ל שהרי זה כתנאי, וממילא צריך שידע הלוקח שהמוכר בע"ב. ולסברת הראשונים שאלולי הרבה לו בדמים, י"ל שדין בע"ב הופקע מדין התורה של אונאה, דאינו בפרשת "כי תמכרו ממכר לעמיתך", דאינה מכירה רגילה, דמה שאמרה תורה "ממכר לעמיתך", זה בכלים העומדים להמכר, שהם בכלל לא תונו, אבל בע"ב המוכר כליו, אין זה ממכר לעמיתך שהוא בכלל לא תונו, כיון שאינו עשוי להמכר.

והרא"ש הנ"ל בהט"ז כתב לסברת השאילתות: "ונ"ל כיון דהוי טעמא משום דהוי כמפרש, צריך שידע הקונה שהמוכר הוא בעה"ב, הלכך מחל על אונאתו". והיינו לסברת השאילתות דהוי כמפרש, דכיון שהרי הם כהתנו זה עם זה, צריך שידע הלוקח שהמוכר הוא בע"ב. אולם מדברי הריקאנטי בפסקי (שפד) משמע לכאורה שגם

לסברא שאלולי הרבה לו בדמים לא היה מוכר, י״ל דוקא בידע שהוא בע״ב, וז״ל: ״והלוקח מן בעה״ב אין לו עליו אונאה, דבעה״ב לא זבין מיני תשמישיה אלא בדמים יתירים ומחיל הלוקח. ואי לא ידע, פסק הר״א ממיץ דבעה״ב כתגר דמי״. ועדיין י״ל שהביא את סברת הר״א ממיץ, והר״א ממיץ ס״ל כסברת השאילתות דהוי כהתנו. אבל אה״נ לסברת אלולי הרבה לו בדמים, אין צריך שידעו שהוא בע״ב. אלא דא״כ, מדוע לא כתב הריקאנטי דלסברא הנ״ל, אין צריך שידע הלוקח שהמוכר בע״ב.

גם מהנימוק״י הנ״ל, לאחר שהביא את השאילתות, כתב דכי אמרינן דאין לו אונאה וביטול מקח, ״הני מילי כשנתאנה לוקח, דמידע ידע דבעל הבית לא זבין כלי תשמישו אלא ביתר מכדי דמיהן״. הרי שזה מכח ידיעת הלוקח שבעה״ב לא מוכר כלי תשמישו אלא ביותר מכדי דמיהן. הרי שאין כאן שתי סברות, אלא סברת השאילתות דהוי כמפרש, מפני שיודע הלוקח שאם לא ירבה לו בדמים, לא ימכור כלי תשמישו. ולא שהוצאה פרשת בע״ב מדיני אונאה, אלא שהוא בכלל, אלא ידיעת הלוקח היא הנותנת. וממילא בלא ידע שהוא בע״ב, אין כאן התנאה, וזו סברא אחת.

וכן נראה מדברי הר״י מיגאש בתש׳ סי׳ קד (הובא בשטמ״ק בסוגיא)): ״מה שאמרו הלוקח מבעל הבית אין לו אונאה, הוא בכל כלי תשמישו, לפי שבעל הבית אינו מוכרם אלא להכרח או להחליף אותם במה שטוב מהן ... ואם נתאנה לוקח, נאמר גם כן שהקונה כבר ידע שחפצים אלו אינם מצויין למכור, והוסיף בדמיהם כדי שבעליהן ימכרו אותן״. הרי שאף שהסברא היא שלא היה מוכרם, דוקא באופן שהלוקח ידע שהם חפצים של בע״ב. גם מהראשונים הנ״ל, הרמב״ן, הרשב״א, הריטב״א, הסוברים שאף ביותר משתות, אין בבע״ב המוכר כלי תשמישו, כתבו דדוקא נתאנה לוקח ולא נתאנה בע״ב. ואם נאמר שיצאה מפרשת אונאה, גם בנתאנה בע״ב לא היה צריך להיות בזה דין אונאה.

ועיין בשו״ע רכז,כג שהביא דיש מי שאומר דדוקא שהלוקח יודע שזה המוכר בעל הבית, אבל אם לא ידע, או שקנה ע״י סרסור, יש בו אונאה. ועיי״ש בסמ״ע ס״ק מב, דאף אם ידע שהכלים הם של בעה״ב, מ״מ כיון שמכרו ע״י סרסור, ודאי נתיאש המוכר, שהרי לא יידע הלוקח שהן של בע״ב, ועל דעת להחזיר ללוקח אונאה מסרם לו. והט״ז הקשה עליו, דאפשר שצוה בעה״ב לסרסור שלא יתנו רק בסך קצוב יותר משויו, וכיון שהלוקח ידע שהמעות מגיעות לבעה״ב המשלח, ודאי מפסיד הלוקח מכח עצמו. ובקצוה״ח שם ס״ק י, כתב להצדיק דברי הסמ״ע, וז״ל:

״עיקרא דמלתא היכא שהמוכר יודע בלוקח שמבין טיב המקח כמה שוה ורוצה יותר משויו, הו״ל כאילו התנה המוכר אדעתא דמחילה, וכן הלוקח קונה נמי אדעתא דהכי, אבל אם אין המוכר יודע בלוקח שיודע טיב המקח

ושויו דלא הו״ל מוכר כמתנה תנאי, כיון דמוכר סבור שלוקח אינו יודע כלל שויו של מקח, ובזה אפילו ידע הלוקח שיווי המקח לא מחל יותר ויכול לתבוע אונאתו. ובלוקח מבעה״ב שניהם יודעין, ואדעתא דמתנה ומחילה קנה. אבל ע״י סרסור, כיון שאין הדבר ידוע לסרסור שלוקח יודע שהוא של בעה״ב, אע״ג דלוקח ידע שהוא של בעה״ב, הו״ל כהך דינא דרמ״א סעיף ז׳ דלוקח ידע בשויו של מקח, ויכול לתבוע אונאתו.״

הרי שפירש קצוה״ח דהוי כהתנו, ששניהם יודעים זה מזה, הן הלוקח יודע שהוא של בע״ב, והן בע״ב יודע שהלוקח יודע שהוא של בע״ב, ובכה״ג הוי כהתנו והוי אדעתא דמחילה ומתנה. ועיין בנתיבות שם ס״ק טז שהסכים לדעת הט״ז. אך כל זה בפירוש כיצד היא ההתנאה. אך י״ל דכל זה לפירוש השאילתות, שהיא דעת הי״א שהביא המחבר, ומ״מ לא נמצא מי שסובר שדין בע״ב מוכר כלי תשמישו, יצאה מפרשת אונאה. גם אין לומר כמש״כ לעיל, דא״כ פרשה זו כוללת גם דיני קנינים, עיין בספרי המצוות, והרי פשוט שבע״ב מוכר כלי תשמישו, לא יצאה מפרשת קנינים.

והנה הנתיבות רכז,יט, על דין הנו״ן באמונה דאין לו אונאה, הביא את קושית מהרי״ט, דלא יהא אלא אמר על מנת שאין לך עלי אונאה דיש לו אונאה, וכן קשה בהך דבעה״ב המוכר כליו. וכתב הנתיבות לישב, דבשלמא בעל מנת שאין לך עלי אונאה, ירד הלוקח על דעת שיווי המקח רק שהתנה בעל מנת שאין אונאה, וכיון שהתנה על מש״כ בתורה התנאי בטל, וממילא המאנה עבר על לאו דלא תונו. אולם בע״ב המוכר כליו אין בו שום איסור אונאה כלל; ״כיון דלא נחית אדעתא דשיווי כלל, ומוכרין ולוקחין על האמת״. ומדבריו נראה דהא דבע״ב מוכר כליו אין אונאה, כיון שכלי בע״ב הם כדבר ללא מחיר, ואף שיש מחיר שוק לחפץ כזה, מ״מ כשבע״ב מוכר את כליו, אין לדבר מחיר, שאם לא היה מרבה לו בדמים, לא היה מוכר כליו.

ועיין מה שהבאתי בח״ב סי׳ יד/א לענין אונאה בזכיונות, מדברי הרא״ש בתש׳ יג,כ לענין חכירות הקהל, במי שקבל זכיון בלעדי מהקהל למכור ולספק בשר או יין, או שקיבל זכיון למכירת סחורות, או זכיון לגביית חובות הקהל. דמקבל הזכיון פורע מראש סכום מסוים עבור הזכיון, ומכאן ואילך כל ההכנסות שיהיו ממכירת הסחורה שייכים לו. לדעת הרא״ש אין מקבל הזכיון או מוכרו יכול לבוא ולבטל את קבלת הזכיון בטענה של אונאה במחיר הזכיון. להגדרת הרא״ש, טענת אונאה יכולה להישמע דוקא בחפץ שיש לו מחיר ידוע. ואפילו חפץ שמחירו משתנה לעיתים תכופות, יש לראותו לענין אונאה כדבר שיש לו מחיר קבוע לזמנו ושעתו. משא״כ זכיונות, מעצם טבען אין אפשרות לקבוע באופן מוחלט את אפשרויות המימוש של הזיכיון,

לעיתים יש דרישה מוגברת לסוג מסוים של סחורה, ולעיתים הדרישה פוחתת. ״לו ולמזלו״ - זו אינה רק התנאה שנתנו מוכרי זכיונות, אלא גם הגדרה למהות המכר. הגם שדברים אלו ניתנים לשומא והערכה, אין בשומא משום קביעת מחיר אלא אומדנא בלבד, שהינה הכרחית לקביעת המחיר. וכאשר ניתנה הערכה לאפשרות הפקת רוחים בסכום מסוים, יש להפחית מסכום זה סך עלויות וכו׳, ובדרך זו מחשבים את מחיר מכירת הזכיון. בניגוד לחפצים שמחירם נקבע לפי שווים בשוק, לזיכיון אין ״מחיר שוק״ והמחיר נקבע לפי אומדן שמאים המעריכים ריוח צפוי בעתיד. ובדרך זו אפ״ל גם בבע״ב המוכר כליו, דכיון שיש דרך למכור רק אם מרבה בדמים, הרי אין לדבר מחיר, וממילא יצא מדיני אונאה לענין מחיר שהתאנה לוקח, ואף שהוא בכלל ממכר לעמיתך, מ״מ כיון שאין לדבר מחיר למעלה, לא שייכים לגביו דיני אונאה.

והר״י מיגאש בתש׳ סי׳ קד, שהובא בשטמ״ק בסוגיא, ס״ל דאף למטה אין להם מחיר, הואיל ויש כאן נסיבות מיוחדות למכירה, ממילא אין כאן דבר שיש לו מחיר כלל, הן מחמת דיקירי עליה, והן מחמת שהוא דחוק להחליפם. דז״ל הר״י מיגאש בתש׳ (שהובאה בשטמ״ק בסוגיא): ״מה שאמרו הלוקח מבעל הבית אין לו אונאה, הוא בכל כלי תשמישו, לפי שבעל הבית אינו מוכרם אלא להכרח או להחליף אותם במה שטוב מהן. ואם נתאנה בעל הבית, נאמר שנתרצה בזה כדי לדחות היזקו או כדי להחליף אותם במה שטוב מהם. ואם נתאנה לוקח, נאמר גם כן שהקונה כבר ידע שחפצים אלו אינם מצויין למכור, והוסיף בדמיהם כדי שבעליהן ימכרו אותן״. והיינו שהנסיבות מוליכות לכך שאין לחפץ אונאה למעלה ולמטה, הן למוכר והן ללוקח, שאופי מכירת חפצים אלו הן מחמת דוחק המוכר, או בריבוי דמים, וע״כ אין דומה לאותו חפץ הנמכר בשוק.

ונראה דחפצים הנמכרים כיד שניה, אם לא מדובר בחפצי נוי מיוחדים, כלי כסף וזהב, שאדם מוכר מחמת דוחקו, ושייך הטעם שאלולי הרבה לו דמים וכו׳, יש לחפצי יד שניה מחיר למעלה. המחיר למעלה הוא פחות בהרבה ממחר עלות של חפץ חדש. אמנם מחיר למטה אין להם, כיון שהדבר תלוי במצבו של החפץ. ובפרט חפצים שיש להם מחירון שוק, כמו מכונית וכד׳, שלכאורה אינם בכלל כלי בע״ב שנאמר שאין להם מחיר. (ועיין בתש׳ אבני ישפה, לגרי״פ פיינהנדלר, ח״ב סי׳ קה).

ולענין טענת מום, גם בע״ב המוכר כליו ובנו,נ באמונה, יש טענת מום, דכל סברת הגמ׳ שאלולי הרבה בדמים וכו׳, לא שייכת אלא לענין טענת אונאה ולא לטענת מום. והדבר פשוט, ומצאתי גם שכן כתב בתש׳ ארצות יהודה לגרי״ל דבורץ, סי׳ יג ד״ה אמנם. הגדרת המום תלויה במה שנהגו בני המדינה להגדירו כמום, וכמו שפסק הרמב״ם בהל׳ מכירה טו,ה: ״כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר

בו מקח זה מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך". וכן פסק בשו"ע חו"מ רלב,ו. וברור שאין לדמות טענת מום שנהגו בני המדינה בחפץ חדש, לטענת מום בחפץ ישן, ויש לבחון כל טענת מום לפי החפץ, לפני זמן השימוש בו זמחירו ביחס לחדש, שבדרגות אלו נהגו בני המדינה ליחס מום בהתאם. לכן הדבר נתון לשיקול דעת ביה"ד למה שנהגו בני המדינה ביחס לכל מקרה לגופו.

[במאמר מוסגר אביא מה שנשאלתי במי שקנה מוצרים דרך האינטרנט, למכרם לאחרים,

והתברר שיש מום במוצר, וכן שהמחיר שלקח הסוחר (מי שקנה ומכר) גבוה ביחס למחירו באתר. לכאורה י"ל בזה שהמחיר שעליו יש אונאה הוא המחיר באתר בתוספת עמלה סבירה, ביחס למוצר, לסיכון וכו', כנהוג וכמקובל, בהתחשב שלקונה באתר לא היו הוצאות של החזקת חנות. בעמלה זו יש להתחשב אם המוכר נותן אחריות (שלעיתים מגובה ע"י האתר המוכר ולעיתים לא) או אינו אחראי לתקינות המוצר. כמו כן אם הקונה לא ידע שהמוכר קנה באתר, וסבר שהוא מוכר רגיל שקונה סחורה מהיבואן, גם אם לא נתן אחריות, הרי המוכר אחראי לתקינות המוצר. ובאם ידע הקונה שהמוכר קונה באמצעות אתר באינטרנט, יש לחלק בין נתן אחריות להדיא, לסתם כשלא נתן, אף אם לא אמר דבר. וע"ע במה שכתבתי כאן בענין אחר, בסי' לא].

## ג. הקונה בעל בית

עוד יש לדון אם הקונה הוא בעל בית, שחפץ דוקא בכלי זה והכלי חביב ויקר בעיניו, אם יש במכירה זו משום אונאה. הטור בחו"מ רכז,כט הביא בשם הרמ"ה: "לא שנא מכר בעל הבית ואינה או נתאנה או לקח ואינה או נתאנה, בכל ענין אין בו דין אונאה. ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל אלא דוקא במכר ואינה, אבל מכר ונתאנה או קנה יש בו דין אונאה". מבואר דדעת הרמ"ה דגם בלוקח בע"ב יש סברא של אלוי יקר בעיניו לא היה קונה. ולדעת הרא"ש דוקא במכר ואינה. וכדעת הרמ"ה נמצא במרדכי ב"מ שז בשם ר"ת: "ומצאתי בשם ר"ת דה"ה אם נתאנה בעל הבית בקנינו אין לו אונאה, מהאי טעמא דמאני תשמישי יקירי עליה". ועיין בריטב"א קדושין ח,א ברב כהנא שקיבל סודר בפדיון הבן, אף שאינו שוה ה אלא קבל בה' סלעים, דלרב כהנא שוי ליה, דגברא רבה הוא ומבעי ליה סודרא. וכתב ע"ז הריטב"א, וז"ל:

"פירוש, וקים לן ודאי דשוה חמש לדידיה, אבל כולי עלמא דלא שוי ליה – לא, ואע"ג דקבליה עליה, לאו כל כמיניה. ושמעינן מהכא, שהמוכר חפץ לחבירו בשית ובשוק לא שוו אלא חמשה, אי להאי לוקח שוי שיתא,

אין בו אונאה, דבתר דידיה אזלינן, כי היכי דחשבינן ליה הכא דשוי חמש סלעים. מיהו [דוקא] בדשוי לזבונא שיתא כי אורחיה, אבל אי לדידיה לא שוי אלא מפני שהוא דחוק בדבר, הא ודאי קציצה מתוך הדחק לא שמה קציצה, ואפילו נתן לו הדמים חוזר וגובה אותם ממנו.״

מבואר מדברי הריטב״א דגם בעל בית שהחפץ המסוים יקר בעיניו ורוצה לקנותו בדמים יקרים, אין לו אונאה, דלדידיה שוי ליה, ורק אם יקר בעיניו מחמת דוחקו ואונסו, כיון דקציצה מחמת אונס אינה קציצה, יש לזה אונאה. ועיין במחנה אפרים (אונאה כ) דסברת הריטב״א נוטה לר״ת הנ״ל בדברי המרדכי. והמחנ״א הביא מרש״י ב״מ סא,א לענין תאמר באונאה שהיא דרך מקח וממכר; ״ויש בני אדם שצריכין לחפץ, וקונין ביותר משוויו״. ודייק המחנ״א דאפילו במי שחפץ זה יקר בעיניו וצריך לחפץ, יש בו דין אונאה כל כמה דלא ידע, וההיא דקדושין אינה ראיה, דהתם שאני דסבר וקיבל, אבל כשלא ידע אפילו אם הוא רגיל לקנות כלים כאלו ביוקר, כשלא ידע וסבר שקונה בשוויו, יש בזה אונאה, שהרי לא כל פעם וכל דבר רוצה לקנות ביותר משוויו.

ובקצוה״ח רכז,א נשאר בצ״ע על דברי הריטב״א, דמש״כ הריטב״א שאם הכלי יקר בעיניו אין לזה אונאה, הא קיי״ל דאפילו במרגליות ושאר דברים שאדם רוצה לזווגן יש לו אונאה, ומבואר שאף שהלוקח צריך לזווגן יש אונאה. וכן הקשה במש״כ הריטב״א דקציצה מתוך הדחק לא חשיב קציצה, ואפי׳ נתן הלוקח דמים למוכר, עיי״ש מש״כ קצוה״ח לחלק בין שכירות דחליצה למכר. ונשאר בצ״ע. ועיין בנתיבות רסד,ח שכתב לישב דברי הריטב״א, דמירי באופן שאי אפשר להחזיר המקח אחר הקנין, כמו בקונה חפץ לאכילה מיידית, משא״כ במקח שהוא בעין, ואינו יכול לטעון משטה, על כרחך ידע ומחל, דלמה היה לו להשטותו ולהחזיר המקח אחר כך. ולכן פסק הריטב״א דאי שוה לדידיה, דאין בו אונאה, והיינו בידע, עיי״ש.

ועיין בשו״מ (תנינא ח״א סי׳ פא) שכתב לישב את קושית קצוה״ח על הריטב״א ממרגליות שיש להן אונאה, דיש שני דינים בלדידי שווה לי. יש ששוה לזה מפני שיוכל לעשות מהם כלי נאה, כמו מרגליות שרוצה לזווגן, שאין למרגלית שווי עצמי בעיניו, אלא הנסיבות, שצריך להתאים לדבר אחר, מכריח אותו לקנות מרגלית זו ביוקר. ויש חפצים שיש להם שווי עצמי בעיני הקונה, כמו בגד חשוב, שמי שרגיל ללבוש בגד חשוב זה, יודע שווי הדבר, כמו בגדים חשובים שלובשים בני מדינה אחת, ובני מדינה אחרת אין דרכם ללבשם רק לפרקים, וא״כ מי שבא מאותה מדינה שרגילים ללבשו, יש בעיניו לבגדים אלו שווי בעצם, וע״כ אין בו אונאה.

**לאור האמור לעיל, חפצים הנמכרים כיד שניה יש בהם אונאה ואינם בכלל בע"ב המוכר כליו, אא"כ מדובר בחפצים שאין מוכרים אותם אלא מחמת דוחק, ושאם לא הרבה בדמים לא היה מוכר, כחפצי אומנות ונוי ותכשיטי זהב, וכלי כסף, שהם בכלל בע"ב המוכר כליו. ומחיר חפצי יד שניה נקבע ביחס לכלי חדש דומה. וכן יש טענת מום על חפצים אלו, לפי מה שנהגו בני המדינה להגדיר כמום בחפץ הנמכר, בהתאם למצבו ומחירו.**

# סימן כט

## אריזה כחלק ממחיר המוצר

### ראשי פרקים

**א. איסור תערובת פסולת באוכל**

**ב. אונאה במשקל**

**ג. יכול לראותו ולטעמו**

**ד. כיצד יחזיר מה שכבר נטל**

בעל מאפיה אורז את מוצריו באריזת קרטון וכד', שמשקלה 80 גר'. כשמדובר במוצרי מאפה שעלותם בין 80-25 ש"ח. עלות מוצר האריזה לצרכן סיטונאי כמוהו הוא עשרות אג' בלבד, וכוונתו לגבות מחיר של שקל אחד עבור האריזה. אולם בפועל הוא גובה בין 2 ש"ח ל- 6.5 ש"ח עבור האריזה, כיון שהצרכן משלם לפי משקל ברוטו. כך קורה כשהוא עצמו אורז את המוצרים, וכן כשהצרכן מתפתה למלא את המוצרים בקרטון ולא בשקית. ונשאלתי אם מותר לו לעשות כן, כיון שהצרכן רואה שהוא קונה מוצר ארוז, ומבין שמשלם מחיר גם עבור האריזה, בפרט אם הצרכן עצמו ממלא ושוקל. ובמידה ולא, כיצד יחזיר ללקוחותיו מה שכבר לקח מהם.

## א. איסור תערובת פסולת באוכל

מה שאמרה התורה (ויקרא יט,לה-לו): לא תעשו עול במשפט במדה במשקל ובמשורה. מאזני צדק אבני צדק איפת צדק והין צדק יהיה לכם. וכן בדברים (כה,יג-טו): לא יהיה לך בכיסך אבן ואבן גדולה וקטנה. לא יהיה לך בביתך איפה ואיפה גדולה וקטנה. אבן שלמה וצדק יהיה לך איפה שלמה וצדק יהיה לך, אינם ענין לנדו"ד. דאיסור ועונש המשקולות הוא באופן שמרמה במידת המשקל, שהאבן בה הוא שוקל היא חסרה או יתירה, אולם כשכולל משקל ברוטו, והמשקל נכון אלא שהוא כולל גם את הפסולת, הוא בכלל אונאה. דמשמעות הפסוק, וכפרש"י עה"ת, דמדה היינו מידת הארץ, ומשורה, היא מדת הלח והיבש, אבני צדק, הם המשקולות ששוקלין כנגדן. איפה, היא מדת היבש, והין, זו היא מדת הלח. ומשקלות גדולה וקטנה, גדולה שמכחשת את הקטנה, שלא יהא נוטל בגדולה ומחזיר בקטנה. ומקור דברי רש"י מהגמ' ב"ב פט,א, עיי"ש. וכ"פ הרמב"ם בהל' גניבה ז,א: "השוקל לחבירו במשקלות חסרות מן המשקל שהסכימו עליו בני אותה המדינה, או המודד במדה חסרה מן המדה

שהסכימו עליה, הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר; לא תעשו עול במשפט במדה במשקל ובמשורה". וכן בשו"ע חו"מ סי' רלא. וע"כ נדו"ד אינו בכלל איסור זה, כיון שלא שקל במידה חסרה.

תנן במשנה ב"ב צג,ב: המוכר פירות לחבירו, הרי זה מקבל עליו רובע טנופת (הקב של טנופת לכל סאה, דסתם תבואה דרכה להיות בה רובע טנופת, אבל יותר מרובע לא – רשב"ם). לסאה תאנים, מקבל עליו עשר מתולעות למאה. מרתף של יין, מקבל עליו עשר קוססות (יין רע, כלומר עשר חביות של יין רע, דסתם מאה חביות אורחייהו בעשר קוססות ומחיל איניש) למאה קנקנים. בשרון מקבל עליו עשר פיטסות (כדים רעים) למאה. ומסקנת הגמ' שם (צד,א) דאף עפרורית מקבל הן בחיטים ושעורים, והם בקטנית ועדשים. ופרטי הדינים, איזה פסולת מקבל הלוקח ואיזה לא, התבארו שם בסוגיות הגמ' בהמשך, ובשו"ע חו"מ רכט - רל. והרמב"ם בהל' מכירה יח,יב-יג (וכן הוא בשו"ע חו"מ רכט,ב) פסק וז"ל:

"ואין כל אלו הדברים אמורים אלא במקום שאין להם מנהג, אבל במקום שיש להם מנהג, הכל כמנהג המדינה. יש מקומות שנהגו שיהיו כל פירות מנוקים וברורים מכל דבר, ושיהיו היינות והשמנים צלולין, ולא ימכרו השמרים כלל, ויש מקומות שנהגו אפילו היו בהן מחצה שמרים, או שהיו בפירות מחצה עפר או תבן או מין אחר ימכר כמות שהוא."

ומקורו מדברי הרי"ף (ב"ב מז,א מעמוה"ר), דשעורים אלו באתרא דליכא מנהגא, אבל באתרא דאיכא מנהגא, עבדינן כמנהגא, דקיימא לן בכל כהאי גוונא הכל כמנהג המדינה. וכן הוא ברא"ש ב"ב ו,ה, וברמ"ה (צד,א), ועוד ראשונים. ועיין מהר"מ שיק בתש' (חחו"מ סי' לט) במקום שמנהג למדוד במידה גדולה, ואח"כ מוסיפים על המשקל. ובנדו"ד קשה לומר שיש מנהג למכור בקופסאות ושהלוקח ישלם עבור האריזה כמחיר תוכנה, דבדברים מסחריים ותעשייתיים הדבר אסור בהחלט, ושם המשקל הוא נטו התכולה, וגם במוצרי מאפה פתוחים, הלוקחים בדר"כ לא מודעים אם מדובר במשקל נטו או כולל אריזה. ומה שנהגו לקחת את האריזה ולמלא סחורה, אין להם מודעות למשקל האריזה, והדבר נראה להם קל ובודאי אינו שוקל אלא מועט, ומפני הבושה אינם טורחים לשקול ולברר. גם לא נראה לדמות לחיטים לא מבוררים עם טינופת, ששם כך הם באים אא"כ בוררים את האוכל מהפסולת, כאן בידיים מוסיפים למשקל באמצעות האריזה, ומאידך ניכר לעיניים שיש כאן אריזה, אך לא מעלים בדעתם שזה חלק מהמשקל, או לא מעלים בדעתם עד כמה שוקלת הקופסא.

ויש מקום לדמות למערב יין קשה ברך או מים ביין, דאיתא בב"מ ס,א: באמת אמרו ביין התירו לערב קשה ברך מפני שהוא משביחו. אמר רבי אלעזר עדא אמרה,

כל באמת אמרו הלכה היא. אמר רב נחמן, ובין הגיתות שנו. והאידנא דקא מערבי שלא בין הגיתות. אמר רב פפא דידעי וקא מחלי (הכל יודעים שהוחזקו לערב – רש"י). רב אחא בריה דרב איקא אמר הא מני רבי אחא היא, דתניא רבי אחא מתיר בדבר הנטעם (שאדם טועם קודם שלקחו, ויכול להבחין שנתערב בו). ושם בגמ': מקום שנהגו להטיל מים ביין יטילו וכו'. תנא למחצה לשליש ולרביע. אמר רב ובין הגיתות שנו (הכל כמנהג המדינה יטיל מים, אם מחצה - מחצה, אם שליש - שליש). ובגמ' שם ס,ב מתיר רב אחא לערב גם בדבר הנראה: ולא יבור את הגריסין דברי אבא שאול, וחכמים מתירין וכו'. מאן חכמים, רבי אחא, דתניא רבי אחא מתיר בדבר הנראה (הלא יכול הלוקח לראות ולהבין מה דמי הפסולת הנברר מאלו, שישנו באחרים, וטוב לו להעלות בדמיהן של אלו יתר על כן מפני הטורח).

ומש"כ רש"י דהכל יודעים שהוחזק לערב, כן הביא גם בשטמ"ק מהראב"ד דמנהג ידוע הוא, אי נמי דמודעי להו. ובזה האופן יש לומר שהוא בבחינת ידעי. ולדברי רב אחא בריה דרב איקא, כל שאפשר לטועמו, חשיב כידעי. ולכאורה גם אם הוא דבר הניכר לעיניים, שרואים שיש קופסא ושוקלים בפניהם את המאפים והקופסא. משא"כ כשהמאפים ארוזים מעיקרא, יש לטעות ולומר שהמשקל נטו. ואף שיכולים בקל לשקול ולבחון, אין זה מקובל ולא חשיב "אפשר לטועמו", דכל דבר שאין דרך לטעמו, לכאורה אינו בכלל של ידעי ומחלי.

## ב. אונאה במשקל

ולכאורה הרי זה כאונאה במשקל, שהרי הלוקח מתכוין לקנות לדוגמא 500 גר' מאפים, ומקבל בפועל כ 400 גר', והרי זו אונאה במשקל המבוארת בשו"ע חו"מ רלב,א. ובזה לא הוי אונאה של מחיר אלא של משקל, דאפי' בכל שהו בטל.

איתא בב"מ נו,ב: בעי רבא, חטין וזרען בקרקע מהו, יש להם אונאה או אין להם אונאה, כמאן דשדיין בכדא דמיין ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו על גב ארעא. היכי דמי, אילימא דאמר איהו שדאי בה שיתא, ואתו סהדי ואמרי דלא שדא בה אלא חמשה, והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר ... מבואר בגמ' שכשאמר שזורע שש וזרע חמש, הוי דבר שבמידה וחוזר. ודין זה הובא גם בגמ' קדושין מב,ב: אמר רב נחמן, האחין שחלקו הרי הן כלקוחות, פחות משתות נקנה מקח, יתר על שתות בטל מקח, שתות קנה ומחזיר אונאה ... והא דאמרן שתות קנה ומחזיר אונאה לא אמרן אלא במטלטלי, אבל במקרקעי אין אונאה לקרקעות. ובמקרקעי לא אמרן אלא דפלוג בעילויא, אבל פלוג במשחתא לא, כדרבה דאמר רבה כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה נמי חוזר.

מבואר שאם מדדו מדויק וטעו, חוזר אפילו בכל שהוא. וברש״י ב״מ נו,ב פירש בטעם הדין של דבר שבמידה, וז״ל:

״דמקח טעות הוא, דהא בהדיא פירש בחזקת כן, ואינו כן, וכיון שהמקח טעות הוא, אפילו בטיל להו אגב ארעא חוזר, דנהי דאימעיט קרקעות מדין אונאה, מדין מקח טעות לא אימעיט, שהרי אין זה מכר, דאדעתא דהכי לא זבן.״

דכיון שקנה על דעת שיזרע שש, אם לא זרע כפי שסיכמו, יש כאן מקח טעות ולא אונאה, דקנה שש סאין של חיטין זרועים ולא פחות, על דעת זריעת חמש לא קנה, וזה מקח טעות. וכן ברש״י בקדושין שם, דהוי טעות, ולא דמי לאונאת דמים, שאין אדם יכול לצמצם, משא״כ בטעות במדידה, אדעתא דהכי לא עביד. ועיין ביד רמ״ה ב״ב צ,א (אות קמו) דלא הוי מחילה אפילו בפחות משתות, והוה ליה כמאן דאית גביה חבריה כור חיטים, שאם מחזיר לו פחות משהו, יכול לתובעו ולא שייך בזה מחילה. גם צ״ל דמה שנפסק ברמב״ם ובשו״ע רלב,ה דמום נחשב ע״פ מה שנהגו בני המדינה שהוא מום, לא שייך בדבר שבמידה ומשקל, שזה מום בעצם ולא שייך אף אם בני המדינה ינהגו שאינו מום. ונפק״מ לכאורה גם לנדו״ד, וצ״ע.

ומ״מ מבואר מדברי רש״י שהמקח בטל לגמרי כדין מקח טעות, ואפילו ירצה להחזיר לו הפרש דמים, יכול הקונה לומר שעל דעת כן לא קנה. וכן מבואר בדברי התוס׳ ב״מ נו,ב ד״ה כל, שהוכיחו מהסוגיא בב״מ ובקדושין שדין זה הוא אף בקרקעות, וביאר את דברי הרשב״ם ב״ב צ,א (ד״ה כל דבר) בדרך זו (ועין בפני יהושע על התוס׳), ובתוך דבריהם כתבו התוס׳ בדברי רבא: ״היינו שהמקח בטל לגמרי״.

אמנם יש שיטות שונות בראשונים בבאור דברי רבא. הרשב״א בקדושין מב,ב הביא בתחילה את דברי רש״י שבטעות בדבר שבמידה הוי ביטול מקח, וחלק עליו:

״ומסתברא דרבא לאו חוזר מקח קאמר אלא חוזר אותו פחת קאמר, דאלו מקח חוזר הו״ל למימר אפילו פחות מכדי אונאה בטל מקח, ועוד מכר לו בית מכר לו שדה במשחתא ונמצא מקצתו יוצא מתחת ידו מחמת חוב או מחמת גזלנות ליבטול מקח, וליתא, דבהדיא אמרי׳ בפרק בית כור שני אחין שחלקו ובא להם אח ממדינת הים רב אמר בטלה מחלוקת יורשין הוו ושמואל אמר מקמצין לקוחות הוו, אלמא בלקוחות דעלמא כ״ע מודו דקם דינא ומשלם ליה מאי דמפיק מיניה ומשום אחריות. וההיא דהמוכר את הספינה דמשמע לכאורה דרבא לבטול מקח קאמר, לא היא אלא רבא לעולם הוא חוזר קאמר

בין פחות משתות בין יתר משתות, והתם ה״ק אילימא כי היכי דלא ליהוו ביטול מקח, והאמר רבא כל דבר שבמדה חוזר, והכל דין אחד יש להן, פחות משתות ושתות ויתר משתות, א״כ אמאי אין מוסיפין כמה שירצו. והרב ר׳ יוסף הלוי מיגאש ז״ל כן פירש שם ויהיב טעמא שלא אמרו מחילה וביטול מקח אלא כשהאונאה בדמים דהוי כטעותא בעיקר זביני, והלכך כשהוא יתר משתות בטל מקח, כיון דאיכא טעותא רבתי בעיקר זביני, וכשהוא דבר מועט בפחות משתות, אינו נחשב וניתן למחילה, אבל היכא דליכא טעותא בדמים ומדה ידועה זבין ליה, אי בתר דגמרי וזבני אשתכח דטעו במדה או במנין או במשקל, שקיל ליה להוא טעותא ואזיל, דהו״ל כמאן דאית ליה כור חטים גבי חבריה ואהדר ליה כור פחות כל שהוא, דהדר עליה ושקיל מיניה ההוא כל דהוא דאשתייר ליה גביה ואזיל, וטעם נכון הוא.״

מבואר מדברי הר״י מיגאש והרשב״א, דאם באונאה יש גדרים של שתות או יותר משתות, אם ניתן למחילה או לא, בדבר שבמידה בכל ענין אינו מוחל, ומחזיר מה שחסר או יתר, כמי שהפקיד אצל חבירו כור חיטים והחזיר לו פחות, שחייב להחזיר לו מה שהחסיר ולא אמרינן שמחל. והוכיח מאחים שחלקו ובא אח ממדינת הים, דאי הוו לקוחות, קם דינא ומשלם מה דמפיק מיניה. והר״ן בקדושין (יז,ב בעמוה״ר) שהביא את דברי הרשב״א, כתב דאין חילוק בין דבר שאפשר להשלים לדבר שאי אפשר להשלים, דאפילו בדבר שאי אפשר להשלים כבית או שדה, קנה ומחזיר אונאה. וא״כ בנדו״ד לא בטל המקח אלא מחזיר העודף כמשקל האריזה.

ומדברי הרשב״ם ב״ב קג,ב (ד״ה פיחת) נראה שנקט כשיטת רש״י במטלטלין דהוי מקח טעות, אבל בקרקעות המקח קיים ומחזיר מה שחיסר, וז״ל:

״שלא היה באותו שדה בית כור שלם, ינכה המוכר כפי הפחת והמקח קיים, ואע״ג דאמר רבא בפ׳ המוכר את הספינה כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפי׳ פחות מכדי אונאה חוזר, ומוכח התם דמקח טעות הוי, הני מילי במטלטלין, אבל בקרקע לא שייך בהו חזרה, דקים להו לרבנן דניחא ליה ללוקח לקנות מה שימצא לפי המדה הן חסר והן יתר, ומוכר נמי הכי קא״ל בית כור עפר אני מוכר לך לפי מדת החבל ואם יחסר אנכה ואם יותר תחזיר לי. ואע״ג דאין אונאה לקרקעות, ה״מ כשימכור לו ביוקר יותר משתות, אבל היכא דמטעין זה את זה במדה, צריך לנכות מן הדמים.״

ומבואר שדברי רבא הם במטלטלין שבהם יש מקח טעות לגמרי (וכ״כ הרשב״ם ב״ב צ,א ד״ה כל דבר), אבל בקרקעות, אמדו חכמים שרצונו בקיום המקח, ויחזיר

לו מה שחיסר או ינכה מדמי המכירה, בין יותר משתות ובין פחות משתות. משא״כ במטלטלין, אמדו שאין רצונו בקיום המקח, וע״כ בטל אפילו בכלשהו.

ומדברי הרמב״ן ב״ב קג,ב מבואר דאם יכול להשלים מה שקנה ולא דמים, המקח קיים, משא״כ כשאינו יכול להשלים, כנדון חיטין זרועים, שאם זרע פחות, אינו יכול להשלים מה שקנה, אף שיכול להשיב דמים, המקח בטל, וכן פירש בדברי הר״י מיגאש, וז״ל הרמב״ן:

״והוי יודע דההיא גופה דאמר רבה אפי׳ פחות מכדי אונאה חוזר אין אנו מודים שפירושה בטל מקח דוקא, אלא פעמים בטל פעמים קנה ומשלים, אי אפשר להשלים, כגון שדאי בה שיתא ולא שדא, וכגון מכר לו בית ונמצא חסר מן המדה בטל מקח, וכן בכלים ומטלטלין וכיוצא בהן, אפשר להשלים כגון שמכר לו פירות הללו מסאה בסלע ומדד לו ונמצאת מדה חסרה משלים, נמצאת יתירה מחזיר, ושתות ויתר משתות ופחות משתות כולן שוין בדבר, וכן דעת הרב רבי יהוסף הלוי ז״ל בפרק הספינה. ואחרים הכריעו כן מההיא דאתמר בפ״ק דביצה (ז׳ א׳) גבי ביעי דפחיא למאן יהבו ליה דשחוטה אתא לקמיה דרבי אמי א״ל מקח טעות הוא והדר פשיטא מהו דתימא האי לאכילה קבעי להו והאי דקאמר דפחיא משום דצריבן למאי נפקא מינה למיתבא ליה דביני ביני. והא ודאי כיון דאמר דפחיא וחשיבו טפי משום דצריבן לא גרעי מדבר שבמשקל ואפילו הכי באהדורי דביני ביני סגי, משום דהוה ליה כפירות שיכול להחזיר לו ביצה אחת להשלים מה שביניהם, וגם זו ראיה.״

וכדברי הרמב״ן נמצא בר״ן קדושין (יז,ב בעמוה״ר), וז״ל:

״ומיהו נהי דאמרינן דכל דבר שבמידה ומשקל בטל מקח, דוקא כגון שאי אפשר להשלים, הא אפשר להשלים משלים ואינו בטל. כיצד, מכר לו סאה פירות ונמצאה חסרה משלים, אבל בשאי אפשר להשלים כגון בקרקעות, בטל מקח לגמרי. וכן כתב הרמב״ם פט״ו ממכירה ... ומ״מ אע״פ שאין הראיה ראיה, הדין דין אמת, שכל שאפשר להשלים כגון מידה חסירה של פירות משלים, ואם אי אפשר להשלים כגון בקרקעות, בטל מקח. ומתני׳ היינו טעמא מפני שכתב לו מידה בחבל. ולפ״ז המוכר שדה לחבירו ונמצא שגזל מוכר מקצתו והרי אותו מקצת יוצא מתחת ידו, מכיון שבטל מקצתו בטל כולו.״

הרי שאם אפשר להשלים מה שקנה, המקח קיים, ואם אי אפשר להשלים, אפילו אפשר להשלים דמים, המקח בטל. (ועיין בבית אהרן לגר,א וולקין, ב״מ נו,ב על תוס׳ ד״ה כל, מה שכתב בבאור שיטות הראשונים). וברמב״ם הל׳ מכירה טו,א-ב, כתב וז״ל:

"המוכר לחבירו במדה במשקל או במניין וטעה בכל שהוא חוזר לעולם, שאין הונייה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר. כיצד מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו מאה ואחד או תשעים ותשעה, נקנה המקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר כמה שנים, וכן אם נמצאו המעות חסר או יתר מן המנין שפסקו חוזר ואפילו לאחר שקנו מידו שלא נשאר לו אצל חבירו כלום חוזר, שקניין בטעות הוא וכן כל כיוצא בזה. (הראב"ד) אינו מחוור, פעמים שאין המקח נקנה, שאם רצה לחזור עד שלא השלים חוזר, כגון שהיה תופס לפניו שק של אגוזים ואמר לו הילך שק זה שיש בו סאה של אגוזים בדינר, ונטלו והלך לו ומדדו ולא מצא מדתו, הרי זה חוזר ואע"פ שרצה זה להשלים, אבל אם היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו אלא כדי שיעור מדה ואמר לו הנה שק של אגוזים לפניך, ונטל השק ומדד ולא מצא בו מדתו, ה"ז קנה וישלים, שהרי היה מכיר שלא היה בו סאה ועל דעת השלמה נטל ושורש דבר זה בקדושין."

מדברי הרמב"ם מבואר דחייב להחזיר מה שחסר מהמידה, ומלשונו אפשר שמחזיר אף דמים ולא דוקא מה שהחסיר. ושיטת הראב"ד דהוי מקח טעות, אא"כ היה יודע שהוא חסר, אבל בלאו הכי הוי מקח טעות וחוזר כל עוד לא השלים המוכר. וברב המגיד כתב דדעת הרמב"ם כדעת הר"י מיגאש, ושכן דעת הרשב"א. והראב"ד דימה מכירה למקדש אשה במנה ונמצא חסר דינר, והמגיד כתב דיש לחלק בין מקח וממכר לקדושין.

וראיתי לגרי"י פישר זצ"ל (אבן ישראל מכירה טו,א) שכתב במחלוקת הראשונים הנ"ל, דיש שני דרכים בבאור דין טעות במידה ובמשקל, האם יש כאן טעות בכל המקח, דכיון שנתן לו צט ולא ק, הרי הטעות עוברת בכל המקח, וממילא המקח בטל. או שהטעות מתיחסת רק למה שהחסיר, וממילא מה שנתן קיים, רק יש עליו חוב להחזיר את מה שהחסיר, שבו טעה. ובזה נחלקו הראשונים, דרשב"ם ס"ל דטעות במידה ומשקל הוה אונאה בכל המקח, ולכן חוזר כדין מקח טעות. משא"כ הר"י מיגאש והרמב"ם ס"ל דאין כאן אונאה אלא במה שהחסיר לו מהמקח, ולכן ס"ל דהא דבדבר שבמדה חוזר, היינו דצריך להחזיר. ולכן מה שבפחות משתות צריך להחזיר ולא הוה מחילה, דכיון נתאנה במה שלא נתן, אין מקום לחישובי שתות אלא הכל החסיר, והוה כלוקח ממנו שוה פרוטה אחר שלקח ממנו חפץ, דבכה"ג בודאי לא נקרא אונאה בפחות משתות. ולכן גם ביותר משתות אין ביטול מקח, דאין מה שהחסיר קשור לכל המקח שכבר נתן ונקנה.

ובסברת הדין נראה שהתורה לא הכלילה את הטעות שבמידה ומשקל בכלל אונאה, ואינה בכלל לא תונו איש את אחיו, והוי ככל מקח טעות וככל מום במקח

שחוזר, אך אינה בכלל אונאה, וכמו דבמום במקח אינו תלוי בפחות משתות או יותר, כך הדין גם בטעות במידה ומשקל. הגר"ח מכירה טו,א כתב בענין מחלוקת הרמב"ם והראב"ד במוכר לו מאה אגוזים בדינר, ונמצאו רק תשעים ותשע, דדעת הרמב"ם דנקנה המקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר כמה שנים, ודעת הראב"ד דפעמים שאין המקח נקנה שאם רצה לחזור עד שלא השלים חוזר. והביא את הרשב"ם ב"ב קג,ב דבטעה במדה ובמשקל עצם המקח בטל, מהא דאיתא בב"ב צ,א; אמר שמואל אין מוסיפין על המדות יותר משתות וכו' אלא משום אונאה דלא ליהוי ביטול מקח. והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר, הרי להדיא דפירושא דחוזר היינו ביטול מקח, ולפי זה קשה על הרמב"ם שפסק דהמקח קיים אלא שצריך להחזיר הטעות. וכתב לישב:

"והנראה לומר בזה, דעד כאן לא קאמר הרמב"ם דהמקח קיים, רק כשהיתה דעת שניהם שוה בפסיקת המדה, ורק דאח"כ חיסר לו מהמדה שפסק עמו, וכגון בגוונא שהזכיר הרמב"ם שמכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו תשעים ותשעה, ובזה הוא דס"ל להרמב"ם דעצם המקח אינו מתבטל ע"י טעותו במנין, אלא שיחזיר לו מה שפסק עמו, משא"כ התם בב"ב דאיירינן לענין הוספה על המדות, דהטעות התם הוא בגוונא שהלוקח יהיה סבור על המדה הגדולה והמוכר תהיה דעתו על המדה הקטנה, ונמצא דהם מחולקין בעצם פסיקת המכר, א"כ הרי לא שייך הכא לומר שיחזיר לו טעותו ויתקיים המקח, דהרי אם יחזיר הטעות הרי יהדר אז הדין טעות אצל חברו שנתכוין על המדה האחרת, וממילא דהמקח בטל, כיון דעצם הפסיקה נעשה בטעות."

היסוד של הגר"ח, דקיום המקח וביטולו תלוי אם היתה דעת הקונה והמוכר שוה, שניהם לדבר אחד התכוונו, רק למעשה ארעה טעות וקיבל פחות או יותר, בזה המקח קיים, ומשלים או מחסיר למה שהתכוונו. אבל בנידון המידה בחבל, הקונה והמוכר התכוונו לדבר אחר, כ"א הבין את המידה באופן שונה, בזה לא שייך להשלים, מפני שאם תשלים לאחד, הרי המקח יתקיים בניגוד להבנת וכוונת האחר. וא"כ שואל הגר"ח, למה בשתות קנה ומחזיר האונאה, הרי הקונה התכוין לקנות בפחות משתות, ואיך יתקיים המקח במחיר ששילם בתוספת שתות, הרי לא רצה במקח במחיר כזה. וע"ז השיב הגר"ח:

"ואשר יראה מוכרח בזה, משום דבכל אונאת שתות, אי משום דין טעות הלא שתות שוה לפחות משתות דהיה צריך להיות המקח קיים כמו שפסקו זה עם זה, והא דבשתות מחזיר אונאה, הוא רק מגזירת הכתוב בפני עצמו הנאמר באונאה דשתות קנה ומחזיר אונאה, וא"כ הא נמצא דמשום עצם מעשה

המקח לא היה צריך להחזיר כלל אונאה, ורק דדין תורה הוא שיחזיר, מדין החזרת אונאה שהוא זה דין וגזירת הכתוב בפני עצמו כמו החזרת גזילה. אשר ע״כ שפיר המקח מתקיים ולא דיינינן ביה דין טעות לגבי המאנה וביטול הפסיקה, כיון דמדין תורה הוא שמחזיר ולא משום עצם מעשה המקח, ע״כ לא דיינינן ביה דין טעות על ידי זה בהמקח. אכן כל זה הוא באונאה, דדין החזרתו הוא מגזירת הכתוב, משא״כ בטעות במדה ובמשקל ובמנין, דדין החזרתו לאו משום דין אונאה קאתינן עליה, כי אם דהוי טעות מעיקרא, א״כ ממילא דכשמחזיר את הטעות הא נמצא דבטלה הפסיקה לגבי המחזיר שנתכוין על המדה האחרת, וא״כ ממילא דבטל המקח, כיון דלא נתקיימה הפסיקה מעולם, וכמו שנתבאר.״

דהחזר האונאה הוא מגזירת הכתוב. לא שהמחיר הוא מה ששולם בתוספת השתות שמחזיר. המחיר הוא מה ששילם ומה שהיה דעתו לקנות, והתורה גזרה שיתן למוכר עוד שתות, וע״כ אינו חלק מהמחיר. משא״כ בדבר שבמידה, מה שמחזיר אינו מחמת גזה״כ אלא מחמת הקציצה הקודמת, ע״כ אם יחזיר יהיה זה בניגוד לכוונתו הראשונית של הקונה או המוכר, ע״כ המקח בטל.

ולאמור לעיל שדין הוא הוא הגדר לביטול מקח, לא שייך דין של יראנו לתגר האמור באונאה, שהוא מדין מחילה, אבל כאן או שלא היה מקח כלל, או שהיה מקח אך על מה שהחזיר לא היה מקח. ומזה הטעם כתבו הרמב״ם (מכירה טו,ב) והמחבר (שו״ע חו״מ רלב,א) דחוזר לעולם, דלשיטת הרמב״ם אין כאן טעות במקח אלא במה שלא נתן ולא בכל המקח, והרי זה כתביעה חדשה, וכמו שביאר הסמ״ע רלב,ג, דלא דמי לאונאה שנתנו שיעור להלוקח בכדי שיראה לתגר או לקרובו ולמוכר עד שיזדמן לו מכר כזה ולא יותר; ״דשאני הכא דטעותו ידועה, ודומה לחזרת הגזילה דאין לה זמן״. והיינו כמש״כ לעיל, דמפרידים את שני הענינים, המקח שנתן, ומה שהחסיר, שהוא דבר בפני עצמו, וכתשלום חוב וגזילה.

## ג. יכול לראותו ולטעמו

לאמור לעיל כיון דמדין אונאה אתינן עלה, ולמש״כ לעיל יש חיוב להחזיר האונאה לעולם, כיון שנדו״ד הוא כטעות במשקל, ואף שניתן לפרש את המשקל הרשום כמשקל ברוטו, מ״מ לא מקובל לפרש כך, וכיון שמכח מנהג אתינן לה וכאמור, הרי במנהג בני המדינה יש כאן שינוי במשקל. ואמנם כשהאנשים עצמם נוטלים את האריזה וממלאים ושוקלים, הם מטעים את עצמם בכך, בסוברם כי האריזה כמעט ואינה שוקלת, ובודאי אילו ידעו שהאריזה שוקלת 80 גר׳ לא היו נוטלים ושוקלים. ובודאי

מכאן ולהבא על בעל המאפיה למכור את המוצרים הסגורים לפי משקל נטו, או לציין על הקופסא שהמשקל כולל את האריזה ששוקלת כו״כ, וכן לפרסם שלט לידע את המשתמשים באריזה כי משקל הקרטון הוא 80 גר׳, וכדי למנוע דו״ד עם הלקוחות, עדיף שהמוכרים יורידו מהמשקל של המאפים עם האריזה את מידת משקל האריזה, ויגבילו את השימוש באריזה לכמות מסוימת, או יחייבו בעלות האריזה. אך עיקר הבעיה היא במוצרים הסגורים, ויש לפעול כנ״ל, ולהוריד מהמשקל את משקל האריזה, ושיהיה המשקל הנקוב והמחייב, משקל נטו של המאפים. ואף שבכל אלו יש צדדים להקל, שהרי הקונים רואים ושוקלים בעצמם עם הקופסא, וגם יכולים לשקול את הקופסאות הארוזות ולראות שהשקל כולל את האריזה, לענ״ד אין בזה היתר וכמש״כ, הגם שיהיו שיורו להיתר בכגון זה, ודאי אין זה מדרך הישר.

ומצאנו שינוי לשון בהלכה זו בין מש״כ הרמב״ם למש״כ הטור. הרמב״ם בהל׳ מכירה יח,ה כתב: ״ביין הוא שהתירו לערב קשה ברך בין הגתות בלבד מפני שמשביחו, ואם היה טעמו ניכר מותר לערב בכל מקום, שכל דבר הניכר טעמו מרגיש הלוקח, ולפיכך מותר לערב אותו״. מלשון הרמב״ם נראה שאפי׳ לא טעמו הלוקח בפועל, אלא כיון שטעמו ניכר ״מרגיש הלוקח״. ואפי׳ אין מנהג במקום לטעום. וגם צ״ל לרמב״ם שצריך טעמו ניכר באופן כזה שירגיש גם בלא טעמו, או שיהיה ניכר מאד בטעמו. והכס״מ הקשה על הרמב״ם על כפילות הלשון, מדוע חזר וכתב ״לפיכך מותר לערב אותו״, הרי כבר כתב לעיל מינה, ונשאר בצ״ע. ולכאורה י״ל, דכיון שטעמו נרגש, לכן מותר לערב אותו, והו״א דדוקא כשטועמו הלוקח בפועל, וע״ז בא הרמב״ם לומר שאפי׳ לא טעמנו ולא יטעם, כיון שהרוב לא טועמים, כבר מותר לערב. ועיין בלח״מ שכתב בהסבר דברי הרמב״ם: ״טעמא דמלתא, כשהטעם נרגש היה לו ללוקח לטועמו, ומדלא טעמו מחיל, ולכך אפילו שלא בין הגתות מותר״. הרי שהחידוש ברמב״ם שכיון שיכול לטעמו, ואפשר להוסיף גם שיש לו סיבה לטעמו כיון שמרגיש הלוקח, ולא טעמו, הרי מחל, והחידוש ברמב״ם שאפי׳ לא טעם בפועל, ואפי׳ יודע שלא יטעם בפועל, מותר לערב. ואח״כ מצאתי כן בקרית מלך רב (לבנו של בעל המחנ״א, מכירה יח,ה).

והטור חו״מ רכח,יב כתב: ״ובמקום שנהגו שכל מי שקונה דבר טועמו תחילה, מותר לערב בו לעולם, אבל אם אין הכל טועמין לא״. וכ״כ הטור בקצור פסקי הרא״ש (ב״מ ד,כג). הרי שהגביל הטור את ההיתר לערב מחמת הטעימה דוקא אם הכל טועמים. ובב״י שם ציין לשינוי הלשון, דלטור צריך שהכל טועמים, ולרמב״ם – שטעמו ניכר. ובב״ח שם ביאר דהכל ענין אחד, דאם טעמו ניכר וגם נוהגים הכל לטעמו, בזה שרי לערב. וממילא אין מחלוקת בין הרמב״ם לטור. ולכן בשו״ע רכח,יא נקט המחבר כלשון הרמב״ם, ובשו״ע רכח,יד נקט כלשון הטור, דבמקום שנהגו שכל

מי שקונה דבר טועמו תחלה, מותר לערב בו לעולם. אבל אם אין הכל טועמים, לא יערב. ועיין באולם המשפט שהעיר בזה. וצ״ל דצריך שני תנאים לשו״ע, גם טעמו ניכר וגם הכל טועמים.

וכדברי הטור, נמצא גם בלבוש חו״מ רכח,יד: ״במקום שנהגו שכל מי שקונה דבר טועמו תחלה, מותר לערב בו לעולם דודאי הלוקח טועמו תחלה, אבל אם אין הכל טועמין לא, דשמא יקחנו אחד ולא יטעמנו״. וכן מבואר בתוס׳ יו״ט (ב״מ ד,יא) דבעינן שהכל טועמים; ״דמקום שהכל טועמים קודם שיקנו שרי. שהרי יטעימנו תחלה״. ועיין בסמ״ע רל,כאד נראה מדבריו דבדו״ד בין הלוקח למוכר, כשהמוכר טוען שטעמו הלוקח קודם קניה והלוקח מכחיש, דהמוכר נאמן, דמן הסתם טעמו הלוקח, דזה ההיתר לערב בדבר הנטעם. ומוכח שכך היא הרגילות, וצריך להיות דבר הנטעם. וצ״ל דאזיל בשיטת הטור הנ״ל, דההיתר הוא מפני שהכל טועמים. וכדברי הרמב״ם שאין צריך שיהיו הכל טועמים, כן נראה מדברי תלמיד הרשב״א בב״מ ס,א, דכל שהערכת הטעמים ניכר, מותר לערב. וכן נראה מדברי המאירי: ״ואם היה הדבר מורגש בטעמו – מותר, שכל הנטעם ומורגש בטעמו אין כאן אונאה״. הרי שסגי בניכר טעמו, ואין צריך שיהיו כל או רוב הלוקחים טועמים.

ונראה לבאר בדעת השו״ע, וכמש״כ לעיל בדעת הרמב״ם, שכאשר מערב צריך שהדבר יהיה נרגש לא רק בחוש הטעם אלא גם במראה או בריח, שעקב כך יהיה טועם את היין. ולכן נקט הרמב״ם ״שכל דבר הניכר טעמו מרגיש הלוקח״, שהם ההרגשות שמחוץ לחוש הטעם, שיגרמו ללוקח לטעום. וכאשר מרגיש בשינוי, ע״י ראיה או ריח, אם הכל נוהגים בכגון זה לטעום, שרי לערב. ומצאתי אח״כ מעין זה בערוה״ש חו״מ רכח,ז-ח שכתב לדינא וגם בבאור לשון הרמב״ם, וז״ל:

> ״ודוקא שנרגש גם בראייתו, דאל״כ מאין ידע הלוקח שנתערב בו הקשה שיצטרך לטעום אותו, דהרי לא בכל מקום טועמין, כמו שיתבאר. והרמב״ם ז״ל שכתב שם לשון זה שכל הניכר טעמו מרגיש בו הלוקח, ר״ל מרגיש בראייתו ... וזה שאמרנו שאסור לערב מים ביין אפי׳ כשהוא ניכר בטעמו, כיון שאין המנהג לטעום ובמראיתו אינו ניכר – אסור. אבל במקום שנהגו שכל מי שקונה דבר טועמו תחלה, מותר לערב בו לעולם אפי׳ שלא בין הגיתות, כשיש בו מים כל כך שיהא ניכר בטעמו [ב״ח]. וכשאין הכל טועמים, אע״פ שהרבה טועמים, אסור למכור אלא בתנאי שכשיראה שהלוקח אינו טועם יאמר לו.״

ולכאורה מהנ״ל נראה דכל שניכר ע״י חוש הראיה שצריך לחוש לשינוי, מותר למוכר לשנות. ולפ״ז יש צד להקל, כיון שהמוכר רואה שינוי וניכר, והיה צריך לבדוק את השינוי ע״י שקילה במאזניים הנמצאות בחנות, ומדלא עשה כן, הרי מחל.

ועדיין יש לחלק, דביין ניכר בטעמו ובריחו ומראיתו, אבל בחבילות ארוזות, כיון שיודע שבדר״כ מקובל שהמשקל נטו, לא הו״ל לאסוקי אדעתיה. וגם אם הוא עצמו ממלא באריזה, אינו מעלה בדעתו שהאריזה שוקלת משמעותית, ומשנה את מחיר המוצר. ובעיקר, מפני שיש מקום לחלק בין נדו״ד לתערובת יין, דבתערובת יין מוכל לו יין מעורב, והשאלה אם מותר לו לערב מים ביין, כאן השאלה היא אונאה במשקל, דיין מעורב נותן לו מוצר רק שונה באיכותו, כאן לא נותן לו כלל מוצר אלא חומר אריזה, וממילא יש בזה אונאה במשקל.

ורצה אחד לטעון, דכמו שמפעל מיצר מוצר חדש, שבסכ״ה מדובר במוצר ישן בתוספת מסוימת, הוא גובה מחיר אחר, שהוא ללא כל קנה מידה לעלות חומר הגלם הנוסף, כך גם בזה יכול לקבוע שיש מחיר יותר גבוה למאפים בקופסא מאשר למאפים בשקית ניר. וכמובן אין הנידון דומה לראיה, בין מוצר חדש לאריזה שונה, ואין מקום לדמות ולהתיר לכתחילה, אף שבדיעבד אפשר לסמוך על סברא זו.

## ד. כיצד יחזיר מה שכבר נטל

לאמור לעיל שנדו״ד הוא בבחינת אונאה במשקל, וא״כ יש עליו חיוב כלפי כאו״א שקנה במשקל כולל האריזה, להחזיר לו את המאפים כמשקל האריזה. אולם אפשר דכיון דיש בזה ספק מחילה, שהרי כאמור ידעו הלקוחות, ויתכן והיתה כוונתם למחילה בזה שלא שקלו ובדקו מראש, ואף שלכתחילה אסור למוכר לנהוג כן וכמש״כ, מ״מ בדיעבד שכבר נעשה, הרי כלפי כאו״א יש בזה ספק מחילה. ואם יבוא לוקח ויטען שלא מחל, לכאורה על הלוקח הראיה, ואולי לפנים משורת הדין יתן לו המוכר, אבל בלא״ה הוי ספק מחילה וא״צ להחזיר.

ואף שמצאנו בנתיבות רכז,ד, דחייב המאנה להחזיר אונאה שספק אם מחל. דאיתא ברמ״א חו״מ רכז,ז בשם המרדכי: ״היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ושתק, ומיד אחר הלקיחה, קודם (זמן) שיראה לתגר או לקרובו, תובע אונאתו, לא אמרינן דמחל הואיל וידע״. וכתב הנתיבות שם בס״ק ד, דאף שזה ספק מחילה, אינו יכול הלה להחזיק המעות דמי אונאה, שחייב להחזיר מספק, דדמי לאיני יודע אם פרעתיך.

ונראה לחלק בין נדון אונאת מחיר לנדו״ד. דבאונאת מחיר יודעים הלוקח והמוכר את מחיר המוצר, ואסור למוכר למכור ביותר, והלוקח ידע שהוא מוכר ביותר משתות, אין בהנהגתו דבר שמוכיח על מחילה, שיכול לטעון שרצה לקנות ואח״כ לתבוע האונאה, והוי ספק מחילה, וכיון שהוא ספק בעצם הפרעון, דחוב המוכר ברור, שחייב למכור רק במחיר הידוע, ורק מחילת הלוקח גורמת להפטר, הוי כאיני יודע

אם פרעתיך. משא״כ בנדו״ד שאין חוב ברור, שהרי יכול המוכר בעקרון לקבוע מחיר למוצר עם אריזה כזו, ומחיר אחר למוצר עם אריזה אחרת, וכמו שקובעים מחירים שונים למוצר באריזה גדולה, יחסית למוצר באריזה קטנה. לכן על הצד שיכל לעשות זאת, אף שלכתחילה אסור לעשות בלי להודיע, הרי שעל צד זה לא היה כאן חוב מעיקרא, והיתה הסכמה לאופן המכירה הזו, והוי כאיני יודע אם נתחייבתי. ועיין מש״כ בח״ז כב/ב לענין ספק אם עבר זמן של יראנו לתגר. (וכעת ראיתי שגם בעל הישמח משה, בתש׳ השיב משה סי׳ קב, דן בזה, עיי״ש). ואינו דומה לנדו״ד, דשם כבר נוצר החיוב והוי ספק במחילה, משא״כ בנדו״ד הספק אם מלכתחילה כך הסכימו שיהיה המקח. דגם מה שכתבתי דהוי גדר של אונאה במשקל, אינו דבר מוחלט, ויש להסתפק בזה וכמש״כ, והדעת נוטה לכתחילה לאסור מהטעמים שכתבתי, אבל בדיעבד שכבר נעשה, אין לחייב. ואם לחייב בדיני שמים, אם נאמר שהאיסור הוא מחמת אונאה במשקל וספק אונאה וכמש״כ, והוי איני יודע אם נתחייבתי, חייב בדיני שמים כדאיתא בב״ק קיח,א ובשו״ע חו״מ עה,ט, אא״כ נאמר שכל האיסור הוא מחמת מידות והנהגת האדם, שאין זה בגדר מסחר ישר לנהוג כך, שאף שהלוקחים רואים ומסכימים, אין זו הנהגה ישרה, ובזה אין לחייבו גם בדיני שמים.

ולכאורה אם נדון בו דין אונאה, הרי זה כדין גזילת רבים (ולא דמי למש״כ הרמב״ם בהל׳ גניבה ז,יב, ובשו״ע חו״מ רלא,יט לענין עונש מידות ומשקלות, דכאן אינו עונש מידות ומשקלות), דאיתא בב״ק צד,ב: ת״ש הרועים והגבאין והמוכסין תשובתן קשה (שגזלו הרבים ואין יודעים למי להחזיר – רש״י), ומחזירין למכירין (למי שמכיר שלו שגזלוהו). אמרי מחזירין ואין מקבלין מהם. ואלא למה מחזירין. לצאת ידי שמים. אי הכי אמאי תשובתן קשה, ועוד, אימא סיפא, ושאין מכירין יעשה בהן צרכי ציבור, ואמר רב חסדא בורות שיחין ומערות (להכניס בהן מים לשתות, דהוי דבר הצריך לכל, ויהנו מהן הנגזלים, אלמא אהדורי בעי). אלא לא קשיא, כאן קודם תקנה כאן לאחר תקנה. וגמ׳ זו לא הביאוה הרי״ף והרמב״ם להלכה, ועיין בתש׳ שיבת ציון סי׳ קיב שתמה בזה. אולם בשו״ע חו״מ שסו,ב הביאה להלכה, דיעשו צרכי רבים. ובחכמת שלמה שם הקשה, דמשמעות הגמ׳ דזו תשובתם, והא קיי״ל שאין מקבלים מהם, דשם בגמ׳ ת״ר, הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהן, והמקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו. אמר רבי יוחנן בימי רבי נשנית משנה זו. ובגמ׳ מבואר דמה שחייב להחזיר, זה קודם התקנה, א״כ גם לצאת ידי שמים אינו חייב אחר התקנה ואין מקבלים הימנו. והחכמש״ל נשאר בצ״ע, וכתב דלדינא אין צריך להחזיר. וכתב דאין לחלק בין שהם מחזירים אבל אין מקבלים מהם, ולא דמי לריבית, עיי״ש. ולפ״ז אפשר דלכן הרי״ף והרמב״ם השמיטו הלכה זו, כיון שלאחר התקנה אינו חייב לצאת ידי שמים.

ומ״מ לשו״ע שצריך לעשות צרכי ציבור, מבואר בגמ׳ דהיינו בורות שיחין ומערות, ולא הזכיר צדקה, דצדקה היא לעניים דוקא ולא לכלל, וממילא יתכן ולא יגיע לנגזלים, משא״כ צרכי ציבור שהם דברים שכל הציבור נהנה מהם. ובפרטי הדינים עיין בתש׳ אור שמח (ח״ב סי׳ מז), על האופן שיעשה צרכי רבים, שיהנו מהם הנגזלים או יורשיהם. ועיין באגרות משה (חחו״מ ח״א סי׳ פח ד״ה ומה ששאלת באות יב) שאם אינו יכול לדעת הסכום שגזל, יתן לצרכי רבים בכמות כזו, עד אשר יצא הספק מליבו. ומ״מ בנדו״ד מספקות האמורים לעיל אין להורות לבעל המאפיה לעשות צרכי רבים, ודיינו בכך שמכאן ולהבא ינהג בדרך הישרה.

דרך המוצעת לתקן מכאן ולהבא, לכתוב שלט במקום בולט שיהיה לעיני כל, שמשקל האריזה מקרטון הוא כו״כ גרם, לענ״ד אינו מספיק, שהרי לא ברור לצרכן שהוא משלם על משקל האריזה כמשקל המוצר. ולהוסיף שהלקוח משלם על משקל האריזה כמשקל המוצר, אף שבתוספת זו יבינו כאמור, קשה להניח שבעל המאפיה יכתוב הודעה כזו, שתוציא לו שם רע. אולם למוצרים ארוזים, לכאורה אפשר לכתוב באותיות בולטות שהמשקל הוא ברוטו, כולל האריזה. אבל עדיין לא ברור מספיק ללקוח אם הוא משלם גם עבור האריזה כמחיר המוצר, אף שיכול לעשות חשבון, אין דרך לעשות כן, ועלולים להכשל, ולכן לא ראוי להסתפק בכיתוב זה. מה עוד שכאמור, אין זו הנהגה ישרה שישלם על משקל האריזה כמחיר המוצר, בפרט כשמדובר לעיתים בסכומים משמעותיים. ובכלל אם מועילה מודעה, עיין בכסף הקדשים חו״מ רלא שהסתפק בזה, ועיין במנחת יצחק ח״י סי׳ קמט מש״כ בזה. אך שם החסרון מצד מידות ומשקולות האסורים, שמחזיק מידה חסירה או יתירה, אבל כשעצם המשקל נכון, רק השאלה אם כולל נטו, בזה סגי במודעה.

**לאור האמור לעיל, לכתחילה על בעל המאפיה להוריד ממשקל המאפים את משקל האריזה, וכך יש לנהוג בדרך הישר. ובדיעבד אם תלה מודעה באופן בולט ביותר לעיני כל, שהלקוח משלם על משקל האריזה שהיא כו״כ גרם, כמשקל המוצר, סגי בהכי, אף שאין זה מדרך הישר. ולענין מה שנטל בעבר מהלקוחות, אין להורות לו להשיב או לעשות צרכי רבים.**

# סימן ל

## אונאה במכירת רכב

### ראשי פרקים

**א. צביעת ישן שיראה חדש**

**ב. שכירת פועל ישראל, על פני פועל נכרי**

נשאלתי במי שרוצה למכור רכב שיש בו נזילת שמן, ולצורך המכירה יעשה שטיפה חיצונית בקיטור למנוע, כך שגם אם יראו שיש נזילה (ובכל מקרה הוא יאמר שיש נזילה, ובודאי גם יראו), יסברו כי מדובר בנזילה פחות חמורה. שאם יראו את המנוע בהיותו מלוכלך בשמן, ספק רב אם יקנו, ובודאי במחיר נמוך יותר, משא״כ גם אם יגלו את הנזילה, היא לא תראה במצב שימנעו מלקנות את הרכב.

### א. צביעת ישן שיראה חדש

תנן בב״מ ס,א: אין מפרכסין לא את האדם (עבד כנעני העומד לימכר – רש״י) ולא את הבהמה ולא את הכלים. ובגמ׳ שם בע״ב: תנו רבנן, אין משרבטין את הבהמה (שזוקף שער הבהמה כשרביט, שתראה שמינה), ואין נופחין בקרביים (בני מעיים הנמכרים בבית הטבח, שיראו רחבים וגדולים), ואין שורין את הבשר במים (שמלבין, והכחוש נראה שמן). מאי אין משרבטין. הכא תרגמו מיא דחיזרא (משקין אותה מי סובין, והם נופחין מעיה ושערה נזקף). זעירי אמר רב כהנא – מזקפתא (לסרק, לקרצף עור בהמה). שמואל שרא למרמא תומי לסרבלא (גדילים שבקצה הבגד, לייפותו עושין לו תלאי מחוטי משי סביב). רבי יהודה שרא לכסכוסי קרמי (לרחוץ, לכבס במי סובין, בדים רקומים ומקושטים). רבא שרא למידק צרדי (להדק בגדי קנבוס במקבות עץ, שיראה חוטן דק). רבא שרא לצלומי גירי (לצייר חיצים). רב פפא בר שמואל שרא לצלומי דיקולי (סלים). והא אנן תנן אין מפרכסין לא את האדם ולא את הבהמה ולא את הכלים. לא קשיא, הא בחדתי הא בעתיקי (בחדתי מותר, שאינו אלא ליפות, והרוצה להוסיף על דמיהם בשביל יופיים, מוחל הוא. בעתיקי אסור, שגונב את העין שנראים כחדשים). פרכוס דאדם מאי היא, כי הא דההוא עבדא סבא, דאזל צבעיה לרישיה ולדיקניה (שהיה זקנו לבן וצבעו שחור, ונראה כבחור), אתא לקמיה דרבא, אמר ליה זיבנן (קנה אותי לעבד, ונכרי היה, דעבד עברי אסור לאחר חורבן, שאין היובל נוהג). אמר ליה יהיו עניים בני ביתך (טוב לי לפרנס עניי ישראל וישמשוני). אתא לקמיה דרב פפא בר שמואל, זבניה. יומא חד אמר ליה אשקיין מיא. אזל חווריה

לרישיה ולדיקניה. אמר ליה חזי דאנא קשיש מאבוך. קרי אנפשיה צדיק מצרה נחלץ (זה רבא) ויבא אחר תחתיו.

והרי״ף (ב״מ לג,ב מעמוה״ר) הביא להלכה את חילוק הגמ׳ בין עתיקי לחדתי. וכן פסק הרא״ש שם ב״מ ד,כד, וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מכירה יח,ב-ג: ״אין מפרכסין את האדם ולא את הבהמה ולא את הכלים הישנים כדי שיראו כחדשים, אבל מפרכסין החדשים כגון שישוף ויגהץ וייפה כל צרכיו. אין משרבטין את האדם במים של חזרין וכיוצא בהן, כדי שיתפח ויראו פניו שמנים, ולא צובעין את הפנים בשרק וכיוצא בו, ולא נופחין את הקרביים ולא שורין את הבשר במים, וכן כל כיוצא בדברים אלו אסורין״. וכן פסק בשו״ע חו״מ רכח,ט.

ובחילוק בין חדתי לעתיקי, פירש רש״י שאינו אלא ליפות, והיינו שלא בא להסתיר מומים אלא ליפות את היפה, וזה אינו אסור. ורבינו ברוך בסוגיא (הובא בשיטת הקדמונים) כתב לחלק: ״בעתיקי שעושין אותן כחדשים ומטעין בני אדם. כי קא שרו אינהו הני עובדי בחדתי, דדרכן הוא״. והיינו שגם יפוי חדשים יש בו לכאורה משום הטעיה, שאף שהם חדשים, עושה אותם יפים יותר, וכמו בישנים שמטעה שחושבים שהם חדשים, כך בישנים חושב אותם ליפים יותר. וע״כ הוסיף לבאר דבחדשים דרכם בכך, ולכן אין בזה איסור, משא״כ בישנים אין דרכם בכך, ולכן בחדשים אין בזה משום הטעיה. ואם לא היה דרכם בכך בחדשים, לכאורה גם בזה היה משום הטעיה. ואם יהיה דרכם בכך בישנים, לכאורה אין בזה משום הטעיה ושרי. וכן יש לפרש בדברי הרי״ד בפסקיו שם: ״חדתי דרכם בכך ואין זו אונאה, ולא נאסר הפירכוס כי אם בכלים ישנים״, דכל שדרכו בכך, אין בזה משום אונאה.

וברש״י הנז׳ הוסיף: ״והרוצה להוסיף על דמיהם בשביל יופיים, מוחל הוא״. וכן הוא במאירי שם, דבכלים חדשים מותר לעשות בו ציורים ומיני יפויים כדי שיקפצו עליהם לוקחים, דאין כאן העלמת מקח אלא השבחתו כדי שיקפצו קונים, וכיון שאין בזה הסתרת מומים ורק קפצי זביני, אין בזה איסור. ואף שבעבור יפוי הכלים, מוסיפים בדמיהם, אין בזה אונאה: ״וכן כל יפוי שבכלים חדשים, ואע״פ שמרבה בדמיהם על כך, אין אנו מקפידים, יודע הוא ומוחל, וכן הלכה״. וכן מבואר בשו״ע הרב הל׳ אונאה סע׳ יח. ועיין בטור חו״מ רכח,ח, וז״ל: ״אבל חדשים מותר לצבעם כדי ליפותם, שבלאו הכי הם חדשים וטובים״. ונראה בבאור החילוק לדבריהם בין יפוי חדש ליפוי כלי ישן, דיפוי כלי חדש אין בזה הסתרת מומים או אונאה, רק יפוי כדי שיקפצו הקונים ויהיו יותר קונים, ויש בזה רק חזות חיצונית ולא שינוי מהותי בעצם דרגת החפץ, רק יראה יותר מפתה לקניה, וכל שאין בו הסתרת מומים או נסיון לשנות את מדרגתו, מישן לחדש וכד׳, ואין ביפוי החדש הטעיה, דבלאו הכי הם חדשים וטובים,

בזה אין איסור. ומה שמרבים בדמים, יודע הקונה שהשינוי החיצוני אין בעל ערך כ״כ, ויודע ומוחל, אבל בישן ומיפה לחדש וכד׳, הרי יש בזה הטעיה, וע״כ אסור לעשותו. והסבר זה נמצא בדברי מלכיאל (ח״ג סי׳ נד), וז״ל:

״ונראה הכוונה, כי טבע כלים ישנים שמתהוה בהם בהמשך הזמן מגרעות ופחתים במקומות שונים, וע״י מה שצובעם ומפרכסם, מכסה את המגרעות ואין ניכר. ומ״ש שנראים כחדשים, הכוונה שמעלים עי״ז את המומים שבהם הניכרים מבחוץ ונראים כחדשים, אבל ודאי יודע הקונה שהם ישינים, וקמ״ל דמ״מ אסור לפרכס. ומוכח מזה דאסור אף בכה״ג שיודע שהם ישנים ופרכסם. וה״ה לענין שריית בשר ונפיחת קרביים.״

מבואר מהנ״ל דכל פעולה שנועדה להסתרת המומים, הרי היא אסורה, משא״כ פעולה שנועדה רק למשוך את עינו וליבו של הקונה. וכן יש לפרש מה שכתב תלמיד הרשב״א בסוגיא: ״אין מפרכסין לא את האדם ולא את הבהמה ולא את הכלים, מפני שהוא גונב את העין״. אין הכוונה שמטה ליבו ועינו לקנותו, דא״כ מדוע שרי בחדשים. אלא שמטעה את עינו לחשוב שאין כאן מום או שאין הוא ישן או זקן. ולפ״ז בנדו״ד יש לאסור את פעולת הרחיצה של המנוע, כשהכונה להסתיר את מום נזילת השמן, משא״כ במקום שאין נזילה ורק רוצה למשוך עינו של הקונה, אין לאסור.

אלא שיש לדון להתיר, ע״פ מש״כ הפרישה רכח,ח, הובא בסמ״ע רכח,טז, דדוקא במקום שאין המנהג כן להשרות הבשר וכד׳, אולם אם מנהג הקצבים לשרותו כדי שיראה לבן, מותר לעשות כן, דאין מאנה בו, דהכל יודעים דדרך הקצבים לשרותו. והביא ראיה מחולין קיג,א, שהיו בי טבחא רוחצים הבשר, וכיון שנהגו כן, אין בזה אונאה. וכן הביא בנתיבות שם בחידושים ס״ק ו. גם שו״ע הרב (אונאה סע׳ יט) הביא להתיר אם מנהג כל הקצבים לעשות כן והכל יודעים ממנהגם, אך לא כתב כן להלכה פסוקה אלא; ״יש מי שמתיר, לפי שאין כאן אונאה, כיון שהכל יודעים ממנהגם. (ושומר נפשו ירחק מזה, כי אף על פי כן יש לחוש שיסבור הקונה שהוא שמן באמת, שהרי יש הרבה שמנים בעולם, ובשביל כך עושים כן כל הקצבים)״. הרי שלמעשה כתב ששומר נפשו ירחק גם מזה. ומ״מ כיון שהכל יודעים שכך נוהגים לרחוץ את המנוע בקיטור, לכאורה אין לאסור בנדו״ד, ובתנאי שלא יעלים את המום של נזילת השמן, ויאמר למוכר שהיתה נזילת שמן, ורחץ המנוע בקיטור.

עוד נראה להתיר, ע״פ מש״כ הגר״מ פיינשטיין (אגרות משה חיור״ד ח״א סי׳ לא), דדוקא כשע״י מעשה היפוי הקונה לא יתעורר לשאלות ולספקות שמא יש כאן מום, ועקב מראהו החיצוני כלל לא יבוא לידי ספק ובירור אם יש כאן מום, כמו שרית בשר במים שנראה כשמן ולא יסתפק הקונה כלל. וכן במפרכסין האדם וכלים,

לצבוע שער לבן של עבד זקן לשחור, שהלוקח לא יבוא לכלל ספק, ויהיה אצלו בבחינת ודאי שהבשר שמן והכלים חדשים והעבד צעיר, שהרי רואה בברור שהוא כן. אולם כשבמעשיו עשה רק שלא יוכר בברור שהוא ישן, אך גם אחרי מעשיו עדין יש לכל אדם להסתפק שמא הוא ישן, מפני שמראה כזה נמצא גם בישנים, אין לאסור, דכיון דהיה יכול לדרוש ולחקור ולבדוק, כל שלא עשה כן אינו מקפיד ושרי. ואם לא שאל מחמת שטעה לחשוב שמסתמא הם חדשים, איהו הוא דקא מטעי נפשיה, דאין המוכר מחוייב לגלות כל זמן שהלוקח אינו שואל כשצריך לשאול, ולכן יכול גם לסלק מה שנתגלה, אף שיגרום ע״י זה שיטעו בעצמם. והביא ראיה מחולין צד,ב, לענין מה שמכריזים שהבשר טרף ואינו כשר: אמר רב יצחק בר יוסף, נפל בישרא לבני חילא. והיינו שמכריזין זהו בשר שראוי לעכו״ם. והקשתה הגמ׳, ולימא נפל טריפתא לבני חילא. ותירצה, לא זבני. דגנאי הוא לעכו״ם לקנות בשר שאינו ראוי לאכילה לישראל. והקשתה הגמ׳, והא קמטעי להו. ותירצה, דאינהו הוא דקמטעו נפשייהו. וברש״י שם, שלא שאלו אם כשרה אם טריפה. וא״כ כיון שהמקפיד היה יכול לאסוקי אדעתיה שמא הוא טרפה, מותר משום דהוא רק גרם בעלמא שיטעו בעצמם, ולכן אין בו איסור אונאה. ועיי״ש בתש׳ הקודמת (סי׳ ל), לענין קצבים המשקיעים את הכבד בדם כדי שיראו יפים, ודן שם להתיר מצד איסור והיתר, אך כתב לאסור מצד דיני אונאה; ״אם אין יודע הלוקח מזה ולא ידוע שעושין כן המוכרין״. הרי שאם כך הוא מנהג המוכרים ויודע מזה, אין לאסור. והיינו, דשם לא היה מתעורר אצל הקונה ספק, וכמש״כ בסי׳ לא, וע״כ בעינן לדרך המוכרים וידיעת הלוקח. אולם במקום שצריך להתעורר אצלו שאלות וכמש״כ בסי׳ לא, לא צריכים להגיע לדרך המוכרים וידיעת הלוקח. ועיין בתש׳ עמק הלכה (ח״ב סי׳ ד-ה) מה שחלק בזה על הגר״מ. ולפ״ז בנדו״ד כיון שיביא מומחה לבדוק אם היתה נזילת שמן, דבר שקורה בדר״כ במכוניות ישנות, אין לאסור, בפרט אם דרך המוכרים בכך, והכל יודעים, וכמש״כ לעיל.

לאור האמור לעיל, אין לאסור לרחוץ את המנוע בקיטור, כיון שזהו דרך המוכרים, ויכול הקונה וצריך להעלות בדעתו לדרוש ולחקור אם היתה כאן נזילת שמן.

## ב. שכירת פועל ישראל, על פני פועל נכרי

וכיון דאתי לידן סוגיא זו, אכתוב מה שהעליתי במה שנשאלתי, אם עדיף לשכור עובד יהודי לכח עזר סעודי ע״פ עובד זר, דלכאורה מהסוגיא דלעיל מבואר דרבא העדיף לשכור עובד יהודי, והביא מהמשנה באבות א,ה, ויהיו עניים בני ביתך. דהנה על המשנה שם אבות א,ה, פירש רש״י: ״אל תרבה עבדים ושפחות לשרתך,

אלא הבא עניים במקומם וישרתוך ותקבל עליהם שכר". ואין זה דוקא לענין יהודי ונכרי, אלא שישכור עניים לתת להם שכר. וכן פירש ברמב"ם שם בפירה"ש: "שראוי שיהיו משמשיך הדלים והעניים, והוא יותר טוב מקניית העבדים. וכך החכמים יגנו קניית העבדים, וישבחו ההשתמשות בדלים, והיותם ממשרתיו של אדם ומהחוסים בצילו". וכן הוא ברבינו יונה שם, וכן פירש הרשב"ץ שם במגן אבות, שיהיו שמשיו עניי ישראל ולא יקנה עבדים. והביא ראיה מדברי רבא הנ"ל, שטוב לתת לחמו לעניים והם ישרתוהו, ולא שיוציא ממונו לקנות עבדים אשר לא מבני ישראל המה. וכן פירש הרע"ב שם. וכן הוא במאירי בפירוש המשנה: "שתרגיל העניים בביתך, ולא סוף דבר להאכילם ולהשקותם, שזו לא הוצרכה, אלא אף כשתצטרך לעשות מלאכות שכור מהם, ונוח לך שתהנה אותם להיות להם שכר טוב בעמלם, משתקנה עבדים כנענים להיות מלאכתך על ידם". וכן פירש בט"ז יור"ד רנא,ד, על דברי המחבר שיהיו ענים בני ביתך, וכ"כ הש"ך שם בס"ק י. ועיין בערוך השולחן יור"ד רנא,יח, דאף שיש עוד פירושים שונים, פירוש זה עיקר, דכן מבואר בס"פ הזהב.

והלכה זו פסקה הרמב"ם בהל' מתנות עניים י,יז, וז"ל: "צוו חכמים שיהיו בני ביתו של אדם עניים ויתומים במקום העבדים, מוטב לו להשתמש באלו ויהנו בני אברהם יצחק ויעקב מנכסיו ולא יהנו בהם זרע חם, שכל המרבה עבדים בכל יום ויום מוסיף חטא ועון בעולם, ואם יהיו עניים בני ביתו,\ בכל שעה ושעה מוסיף זכיות ומצות". ועיין במש"כ הגר"ח קניבסקי שליט"א בדרך אמונה ס"ק סג, דאף שהיא מצוה גדולה, אין יכול לשלם השכירות ממעות צדקה. ומקורו מהשבו"י ח"ב סי' פה. וכתב דאפשר שאם שוכר פועל עני, בשכר גבוה יותר מהמחיר שלוקחים שאר בנ"א כדי להנותו, יכול לחשוב היתרון על חשבון צדקה. וציין לתש' מהרי"ל דיסקין (פסקים סי' כג) אם פועל עובד אצל עני בחנם, אם יכול הפועל לנכותו ממעות מעשר.

אולם נראה דכל זה אם הפועל ישראל נותן את אותה תוצאה כמו פועל נכרי, אולם אם הפועל ישראל יסרב לעשות עבודות שונות, כמו שלא ירצה להשאר את כל שעות היום והלילה בהן יש צורך בטיפול הסיעודי, או כשנראה בעליל עקב אופי העבודה, שהעובד הנכרי יהיה מסור יותר לעבודה, נראה דבזה לא דברו חכמים, וכמו שמצאנו בתקנות של ועשית הישר והטוב, דלא תיקנו היכא שהיא רעה למוכר, עיין ב"מ קח,א, ואין בזה ישר וטוב אם רעה למוכר. והוא הדין בזה, אם יהיה בזה אופנים שיגיע נזק למטופל, דאין להעדיף דוקא פועל ישראל. אולם כשמדובר בעבודה של שעות ספורות ביום, שודאי לא יהיה נפק"מ ונזק אם יקח פועל ישראל, עדיף לקחת פועל ישראל.

# סימן לא

## אופניים שנקנו באינטרנט, ונמכרו לאחר

### ראשי פרקים

**א. טענת מום במי שקונה ומוכר**

**ב. שיטת הרמב"ם לפטור הספסירא**

נשאלתי בראובן שרכש אופניים חשמליות דרך אתר באינטרנט, ולבסוף עוד בטרם השתמש בהם, מכרם לשמעון במחיר מוזל ב 10% מהמחיר שקנה. לאחר כמה חדשים טוען שמעון שהחלק החשמלי היה פגום וגרם לתקלות רבות, וכי מלכתחילה נמכרו לראובן אופניים פחות איכותיות ממה שקנה.

ראובן טוען שלאור הזמן הרב שעבר, אין בידו לפנות לחברה ולקבל כספו בחזרה. מה עוד שיתכן שהפגם שנוצר היה משימוש לא נכון של שמעון באופניים, ותיקון לא מקצועי, וכל הראיה של שמעון לפגם ולחוסר איכות, הוא מהמתקן של האופניים, שנוגע בדבר ויש לו ענין להטיל את הקלקולים החוזרים עליו, ולהסיר מעצמו אחריות לדבר. לדברי ראובן – כפי שקנה, כך מכר, ומדובר בחברה גדולה ואחראית, אך אין אפשרות לפנות לחברה כמעט שנה לאחר קבלת המוצר, בפרט לאחר שהאופניים עברו תיקון.

### א. טענת מום במי שקונה ומוכר

בגמ' ב"מ מב,ב באפוטרופוס של יתומים שמסר לרועה שור שקנה עבור היתומים, והתברר שלשור לא היו שיניים וע"כ מת. ודנה הגמ' דאין לחייב את האפוטרופוס כיון שמסרו לרועה. ואף הרועה טוען שלא ידע שאין לו שיניים. ודנה הגמרא לחייב את הרועה מאחר והוא שומר שכר של היתומים והיה לו לעיין ולבדוק את השור; אי איכא פסידא דיתמי הכי נמי, והכא במאי עסקינן דליכא פסידא דיתמי, דאשכחוהו למריה דתורא ושקול יתמי זוזי מיניה. אלא מאן קא טעין, מריה דתורא קא טעין. איבעי ליה לאודועי. מאי מודעינן ליה, מידע ידע דמקח טעות הוי. (וכיון דמקח טעות מה שייך להודיעו, הרי המקח חוזר). ותירצה הגמ', בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא (קונה ומוכר בהמות בשוק, ביום שקנה מוכר – רש"י), הלכך משתבע איהו (הספסירא) דלא הוה ידע, ומשלם בקרא (לספסירא) דמי בשר בזול. ופשטות דברי הגמ' דהספסירא משלם ליתומים, אלא שיש לו טענה נגד הרועה של היתומים שהיה צריך להודיעו, ולכן הרועה משלם לספסירא דמי בשר בזול. ועיי"ש ברש"י (ד"ה ומשלם) הקשה,

מה לו לספסירא עם הרועה, ומדוע הרועה צריך לשלם לספסירא, הרי אין הרועה שומר של הספסירא. ותירץ, דלמד מדברי רבי יוסי (ב"מ לה,ב) בשוכר פרה לחבירו והשאילה לאחר, דלר"י דהלכה כוותיה, יחזיר פרה לבעלים, דאף שאין הבעלים בעלי דברים של שואל, והשוכר שהוא לו בעל דברים אינו חסר כלום, שהרי פטור באונסין, אפילו הכי הואיל ויש לו דין על השואל לגבות, יעמדו הבעלים הראשונים במקומן, וגובין מן השואל. הכי נמי, הואיל ויש ליתומים לגבות מן הרועה, שהוא שומר שכר שלהם , יעמוד ספסירא במקום היתומים וגובה מהרועה, עיי"ש.

וכן מבואר בתוס' שם (ד"ה הכא), דמה שהסתפקה הגמ' בדין הבקרא עם הספסירא, שמשלם הבקרא לספסירא רק דמי בשר בזול ולא כל השור, אליבא דר' יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים, אלמא משכיר במקום שוכר קאי, ואית ליה דינא בהדי שואל, והוא הדין ספסירא במקום יתמי קאי, ויש לו תביעה כנגד הבקרא. או דלמא לא דמי, דהתם ודאי קאי משכיר במקום שוכר, דשוכר שייך בגוף הפרה שהרי שכרה, אבל גבי יתמי כיון דמקח טעות הוא אין להם בגוף השור מאומה, ואיך יעמוד הספסירא במקומם. ומ"מ מוכח מפשטות דברי רש"י ותוס', דהספסירא עצמו משלם ליתמי דמי השור, ואין לו טענה במה שקנה ומכר והיה ספסירא, ורק יש לו טענה כלפי הבקרא, שאם אינו משלם ליתמי, מה לו ולדו"ד עם הבקרא.

וכן מבואר ברמב"ן בסוגיא שם, שהקשה מדוע הספסירא נשבע שלא ידע שאין לשור שניים ונוטל מהבקרא, הרי טענת הבקרא היא טענת איני יודע אם נתחייבתי. והיינו, שעל הצד שהספסירא ידע שאין לו שניים, לא התחייבתי, ואיני יודע, ולמה נשבע הספסירא ונוטל. ותירץ הרמב"ן, וז"ל:

> "ונראה שרש"י ז"ל מפרש שאחר שמתה שקול יתמי זוזי מיניה, דאמרי ליה מקח טעות הוא, וכיון שכבר מתה, נתחייב השומר לשלם ליתומים, והם אינם עושין סחורה בממונו, ומשלם לספסירא כיון שכבר נתחייב לשלם. ומיהו ספסירא לא שקיל אלא בשבועה, שמא הו ידע ואינו ראוי ליטול כלום שהוא הפסיד על עצמו."

דהן הבקרא והן הספסירא חייבים לשלם ליתומים. הספסירא מדיני מקח טעות, והבקרא מדיני שומרים, אלא שאין היתומים עושים סחורה בפרת הספסירא, לכן התביעה של הספסירא ששילם היא כנגד הבקרא, שממילא חייב לשלם כנגד היתומים, וכנגדם אין טענה שאינם יודעים במה שידע הספסירא או לא, שחיוב התשלומים הוא ליתומים, רק הספסירא עומד במקומם. וכן מבואר ברשב"א בסוגיא; "והנכון מה שפרש"י ז"ל", דכיון שמת השור עוד בטרם נטענה טענת מום ובטרם שילם הספסירא ליתמי מכח טענת מום במקח, נתחייב הבקרא ליתומים, והם אינם עושים סחורה בפרתו של זה,

אלא בקרא חייב לדון עם הספסירא, כפי שהיה דן עם היתמי. וכן הביא בריטב״א, וכן ביאר בר״ן בסוגיא.

ויש להבין, מדוע חייב הספסירא לשלם ליתומים, כיון שהספסירא לא ידע מהמום,

לכאורה כפי שקנה כך מכר, ומדוע נטיל עליו את האחריות. ובפשטות היה מקום לומר שזה חלק מאחריות המוכר, שאף שהוא התאנה, אין לו להונות את הקונה, ולכן אף שלא הונה במזיד, מ״מ הטענה על ביטול המקח הינה עליו כמוכר. אלא שבראשונים נמצא לכאורה טעם נוסף, ויש בו נפק״מ לדינא. הרא״ש בסוגיא (ב״מ ג,כד) כתב בבאור הטעם שנשבע הספסירא שלא ידע ממומי השור: ״בספסירא דזבין מהכא ומזבין להכא. הלכך משתבע איהו דלא הוי ידע. דקרוב לודאי הוא דסתם ספסירא בקי במומי בהמה וגם מעיין בהו. ודמי לסלע שנפלה משנים דאמר בפ׳ אלו מציאות (כו,ב) דמצי לאשבועי, כיון דנראית בעיניו טענה ודאית״. הרי שהטעם שיכול להשבע הוא שמן הסתם ידע, ולכאורה זה גם הטעם לחייבו במקח טעות, כיון שמן הסתם ידע מהמום ובקי במומים ובודק אותם. ונפק״מ באחד שקנה ומיד מכר, שאינו בקי במומים ואינו יודע לבדוק. או שנאמר שמש״כ הרא״ש הוא טעם לחייבו שבועה שלא ידע, כיון שמן הסתם ידע, אך אין זה הטעם לחיוב הממון, וחיוב הממון הוא מפני שכך הוא הדין שחובת אחריות המקח להיות נקי ממום, הינה על המוכר, בין ידע ובין לא ידע, שאין בדיני מקח וממכר נפק״מ בין שוגג למזיד. ורק באפוטרופוס יש מקום לפטור כשלא עיין, כיון שחיובו מדיני שמירה, שכשלא עיין אין כאן פשיעה, אבל במוכר החיוב בטענת מום הוא גם בלא ידע ולא עיין.

ומהרשב״א בסוגיא מבואר דסתם אדם יש חזקה שידע במומי הבהמה, ולכן אין לחייב

את הבקרא לשלם לסתם אדם, דחזקה היתה כאן פשיעת בעלים, משא״כ בספסירא שאין חזקה שידע, יש לחייב את הבקרא בתשלומים, וז״ל הרשב״א: ״וקשיא לי, א״כ אפי׳ בגברא דלאו ספסירא ליחייב בקרא, דהא פשיעת הבעלים בספק. ושמא גברא דלאו ספסירא חזקה מיחזא חזא ופושע הוא עכשיו בשלו״. מבואר ברשב״א דבסתם מוכר אין חיוב על הבקרא לשלם, דמן הסתם היתה כאן פשיעת בעלים, וע״כ מחזירים המקח ואין להם תביעה על הבקרא, משא״כ בספסירא שאין חזקה שידע.

## ב. שיטת הרמב״ם לפטור הספסירא

ומ״מ מהראשונים הנ״ל מבואר שיש חיוב וטענת מקח טעות כנגד הספסירא, ואינו

יכול להפטר בטענה שהוא קונה ומוכר לאלתר. אולם דעת הרמב״ם בהל׳ מכירה טז,יא שהספסירא פטור מתשלומים, מפני שהיה על הלוקח לבדוק את המקח, וז״ל הרמב״ם:

"היה המוכר סרסור שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע במום זה, הרי הסרסור נשבע שבועת היסת שלא ידע במום זה ויפטר, מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו ולהחזירו לו קודם שימות ויהיה הסרסור מחזירו על המוכר הראשון, הואיל ולא עשה, הוא הלוקח הפסיד על עצמו, וכן כל כיוצא בזה."

והרב המגיד נשאר בצ"ע בבאור דברי הגמ' אליבא דהרמב"ם, דלכאורה פשטות דברי הגמ' שחייב הספסירא לשלם ליתמי. וכן הטור בחו"מ סי' רלב הקשה על הרמב"ם. ובכס"מ שם (ה,י) כתב לבאר את דברי הרמב"ם, דבהו"א רצתה הגמ' לפטור את הבקרא, והקשתה הגמ' שהרי הוא שומר שכר של היתמי, ומדוע פטור. ותירצה הגמ' דליכא פסידא ליתמי, שנמצא המוכר, והיתומים יכולים לגבות דמי המקח, כיון שהיה מקח טעות. אלא שהמוכר טוען שהיה צריך להודיעו, והקשתה הגמ', מה יודיעו, מידע ידע דמקח טעות הוא ופשיטא דחייב. ותירצה הגמ' שהוא ספסירא. ולפ"ז ברור שהספסירא פטור, והשאלה מי משלם, האפוטרופוס או בקרא, וזה הספק בגמ' היכי נדיינו דייני להאי דינא וכו'. וע"כ פשוט לגמ' שהספסירא פטור, ונפטר בשבועה שלא ידע, והבקרא משלם ליתומים דמי בשר בזול. וכן ביאר בספרו ב"י (חו"מ רלב,טו).

והב"ח שם (חו"מ רלב טו) כתב בבאור דעת הרמב"ם, דיש לחלק בין נדון סוגית הגמ' לדברי הרמב"ם, הסוגיא מיירי בספסירא שמכר ליתמי באמצעות אפוטרופוס, והרמב"ם מיירי בספסירא שמכר לקונה (רגיל שאינו יתמי וכד'). קונה מן הישוב שקנה שור, היה על הקונה לבדוק אם יש לו שיניים אם לאו, משא"כ במוכר ליתומים, אין על האפוטרופוס לבדוק, והיתמי לא שייך שיבדקו, ממילא האחריות הינה על הספסירא. דודאי מודה הרמב"ם דאף שלא הכיר המוכר במום הוי מקח טעות, דאף שנתאנה הספסירא, אין לו להונות אחרים, ומש"כ הרא"ש גבי ביצים מוזרות, וכדמשמע מדברי הרמב"ם עצמו (מכירה כ,טז) שפסק דאם הוגלד פי המכה תוך שלשה ימים הוי מקח טעות, ואע"ג דגם המוכר לא הכיר ולא ידע במום זה, מ"מ אין לו להונות אחרים, ומזה הטעם נוטלים היתומים דמי השור מהספסירא. אלא שהרמב"ם מחלק בין הך עובדא דיתמי לשאר ספסירא שמוכר לחבירו והניחו הלוקח עם הבקר שלו ומת, דבעובדא דיתמי ליכא למימר דאפוטרופוס פשע דהוה ליה לבדוק השור ולהחזירו לספסר, דכיון דמסריה לבקרא לאו פושע הוא, דלא הוה ליה לידע ולבדקו אם אוכל, כיון שהשור אצל הבקרא, ולכן הספסירא חייב להחזיר הדמים. אבל במוכר שור לחבירו והניחו עם הבקר שלו, דהוה ליה לידע ולבדוק השור ולהחזירו לספסר ולא הודיעו, כיון שהשור היה אצלו ויכול לבדקו אם הוא אוכל אם לאו ולא בדקו, איהו דאפסיד אנפשיה בפשיעתו. וכן הביא המרדכי מהמהר"ם (ב"מ רצא) במוכר חפץ לחבירו בתורת זהב ושברו והיה בו בדיל, דמה ששברו לאו פשיעה היא דלא הוה ליה למידע שיש

בו עופרת, וכדאמר בהך עובדא דתורא דלא הוה ליה ככי ושיני, כיון דאפוטרופוס לא הוה ליה לידע דאיהו לבקרא מסריה, פטור האפוטרופוס, והספסירא חייב אף שלא היה לו לדעת. ולפ״ז אין לחייב את הספסירא במקום שהיה על המוכר לדעת ולבדוק.

ולפ״ז י״ל דדוקא באופן של חסרון שיניים, שהוא מום שניתן להבחין בו לאלתר, בזה אין לחייב את המוכר (אא״כ הקונה אפוטרופוס), מפני שמום זה יכל הקונה להבחין לאלתר ולראות אם יש לו שיניים אם לאו, אולם מומים שבסתר שאינם ניתנים להבחנה, יש לחייב את המוכר בכל ענין, דאין טענה על הקונה שהיה לו לבדקו. דהרמב״ם בהל׳ הקודמת (ה״י), שהיא תחילת הדין בהי״א הנ״ל, כתב: ״המוכר שור לחבירו שאין לו טוחנות, והניחו הלוקח עם הבקר שלו, והיה מניח המאכל לפני כולן ואוכלין ולא היה יודע שזה אינו אוכל עד שמת ברעב, הרי זה מחזיר לו את הנבילה ויחזיר זה את הדמים, וכן כל כיוצא בזה״. דדוקא באופן שיכל להבחין שהשור אינו אוכל, יש לחייב את הקונה, אא״כ הקונה הינו אפוטרופוס שמסרו לבקרא. ולכאורה הוא הדין בכל קונה שברור שמוסרו לאחר שישמור ויטפל, יש לחייב את המוכר בביטול מקח.

וכיוצ״ב נמצא בתש׳ מהריט״ץ (ח״א סי׳ רכה) דהרמב״ם מיירי במוכר שור לחבירו שאין לו טוחנות והניחו הלוקח עם הבקר שלו, והלוקח מניח האוכל לפני כל העדר ואינו מוסרו לרועה, לכן החיוב להשגיח ולבדוק הוא על הלוקח, שהיה ללוקח לבדוק השור בפני עצמו, וכיון שלא בדק, איהו דאפסיד אנפשיה. משא״כ בעובדא דגמ׳ שמסרו לבקרא, ואין הסרסור יכול לומר ליתומים היה לכם לבודקו, שהרי מוסרים לבקרא, לכן התביעה של היתומים נגד הספסירא שזה מקח טעות, ועל הספסירא לתבוע את הבקרא.

וכדברי הב״ח נמצא גם בבאור הגר״א לשו״ע חו״מ רלב,כו. המחבר הביא דעת הרמב״ם הנ״ל, והרמ״א הביא דעת הרא״ש וכתב: ״ויש חולקין וסבירא להו דאפילו הסרסור צריך לשלם, דאף על גב דהוא נתאנה, אין לו להונות אחרים״. וכתב עליו הגר״א: ״ולי נראה דגם הרמב״ם מפרש כן, אלא דבגמ׳ המעשה בבקרא, אבל ברמב״ם ושו״ע שהלוקח עצמו העמיד עם בהמותיו. ודברי רמ״א צ״ע, וכ״כ ב״ח״. הרי דגם הרמב״ם מודה דבמוסרו לבקרא, שחייב הסרסור לשלם, דדוקא באינו מוסרו לבקרא, שפשע הלוקח, ס״ל לרמב״ם שפטור הסרסור. וכתב הגר״א לבאר דעת הרמ״א שלא הסביר כנ״ל: ״וצ״ל דס״ל לטור ורמ״א דוקא בקרא דהוי שומר שכר וצריך לנטור נטירותא יתירתא, וכמ״ש שם צג,ב ע״ש בסוגיא, משא״כ בלוקח עצמו, כיון דהמקח טעות, אינו שומר שכר עליו, ועסכ״א, וצ״ע״. והיינו דאין טענה על הלוקח שלא בדק, דכיון שיש כאן מקח טעות, הרי שיש חיוב תשלומים על המוכר, ולדעת הרמ״א למוכר

אין טענה על הלוקח מדוע לא בדק, דכיון שבידו מקח שהוא מקח טעות, אינו שומר שכר עליו שחלה עליו חיוב בדיקה, ושיכול המוכר לטעון כנגדו שגרם לו להפסד, דהשור הוא של המוכר במקרה של מקח טעות, ורק יכול המוכר לטעון כנגד הלוקח שלא שמרו כראוי במה שלא ראה שאינו אוכל, וזו אינה טענה כנגד לוקח שהוא אינו שומר שכר. והביא ראיה משו״ע רלב,כא דאין הלוקח חייב באחריות המקח טעות, ופטור מגניבה ואבידה. ומה שנשאר הגר״א בצ״ע, נלענ״ד דכוונתו דצ״ע לדמות מקרה של השור שאינו רואה שאוכל, לגניבה ואבידה, דיותר דמי לפשיעה. (ובעבר פירשתי את הצ״ע בדברי הגר״א באופן אחר, עיין מש״כ בח״ג ג,ח, עיי״ש, ולענ״ד נראה כמש״כ כאן).

ועיין במרכבת המשנה לגר״ש מחעלמא (מכירה טז,י) בהסבר דעת הרמב״ם, דכל שלקח מבעה״ב, אף שהיה ללוקח לעיוני, מ״מ הוי המוכר פושע טפי דהו״ל להודיעו, שהרי הבעה״ב שמכר ידע המום והאכילו קמח, משא״כ בסרסור שמכר ולא שהה השור אצלו, הו״ל הלוקח פושע טפי דהו״ל לעיוני. וע״ע שם בהסבר הסוגיא לדעת הרמב״ם. וע״ע בתורת חיים (ב״מ מב,ב), ובמהר״מ שיף (ב״מ מב,ב ד״ה לעיל) מש״כ בזה.

והנתיבות רלב,ו כתב בישוב הקושיא על הרמב״ם, דבשטמ״ק בסוגיא הביא קושית הראשונים, מדוע בשור ללא טוחנות יש מקח טעות, הרי יכול לטעון שמכר לשחיטה, וכדין שור נגחן (ב״ב צב,א ובשו״ע חו״מ רלב,כג). ותירצו, דסתם יתומים לרדיא זבני. ולפ״ז הרמב״ם דלא מיירי ביתומים, י״ל שפירש הקונה שצריך השור לחרישה, והגמ׳ דמיירי ביתמי, י״ל שלא פירש ובסתמא לרדיא, משא״כ המוכר הראשון שמכר לספסירא, יכול לומר לשחיטה מכרתיו, ואין לספסירא טענה על המוכר, ולא שייך לומר ג״כ שהיה מחזירו על הראשון, דהא אינו יכול להחזירו. משא״כ הרמב״ם מיירי באופן שהיה יכול להחזירו להראשון, ובכגון זה חייב הלוקח להחזיר המקח, ואם אינו מחזיר, פטור הספסירא.

ועיי״ש בנתיבות ס״ק ז שהקשה, מדוע יש לפטור את הספסירא כשאין הקונה מחזיר לו המקח, ובזה גורם לו הפסד שאינו יכול להחזירו למוכר, הרי ההפסד הזה שנגרם לספסירא שאינו יכול להחזירו למוכר, אינו אלא גרמא, כיון דמדינא חייב המוכר להחזיר דמי המקח. וכתב הנתיבות לישב:

> ״וצ״ל דחיובו הוא כיון דספסרא הוא שמוכר מיד ואי אפשר לו לבדקו, הוי כאילו אמר לו זיל עיין ביה אי אית ליה ככי ועלך קא סמיכנא, דהא מהאי טעמא כתב הרשב״א בסוגיא זו (ב״מ מב,ב ד״ה ותו) הובא בשיטה מקובצת (שם ד״ה מיכדי) לפטור אפוטרופוס, וז״ל, דהוי כאילו אמר [אפוטרופא]

להבקרא זיל עיין ביה אי אית ליה ככי, עיי״ש, וא״כ דמי למראה דינר לשולחני דחייב (שו״ע חו״מ שו,ו) ... וא״כ הכא נמי דכוותיה, כיון שלא הודיעו אחר זמן אכילה הוי כאילו אמר ליה דאית ליה ככי, ולכך חייב.״

מבואר שכל הקונה מספסירא ויודע שאין הספסירא בודקו, הרי זה כמותנה במכירה שעל הלוקח לבדוק, ואם לא בא והחזיר גוף המקח מיד אחר שהיה אמור לראות שאינו אוכל, הרי זה כאומר שאין בו מום, וכדין חזי דעלך קא סמכינא. ולכאורה נפק״מ בכל דבר שיודע הקונה שהמוכר שקנה ויכול להחזיר, לא יכל לבדוק. ולכאורה גם נפק״מ במי שקנה מוצרי מזון שהתבררו כפגומים, שיודע הקונה שהמוכר לא ייצר את המוצרים ובודאי אינו יודע על היותם פגומים, דאם אינו מחזיר לבעל החנות שיוכל להחזיר לבעל המפעל, אין המוכר חייב לשלם דמי המקח, אף ביש עדים שהמוצר היה פגום, אינו חייב להחזיר לו דמי המקח, מהטעם הנ״ל שכתב הנתיבות.

ובאור שמח (מכירה טז,יא) כתב לבאר הסוגיא אליבא דהרמב״ם, דלבקרא היתה טענה לפטור עצמו מלבדוק אם יש לשור שניים, שהרי במכירה רגילה (שאינה מספסירא) ודאי לא מוכר שור ללא טוחנות, שהרי המקח יחזור אליו, ואם ימצא שאין לו טוחנות, לא יפסידו היתומים, שהאפוטרופוס יחזור על המוכר, רק בסוגיא מיירי בספסירא שאין לו את הטענה הנ״ל, וע״ז יכול הבקרא לטעון שלא ידע שהאפוטרופוס קנה מספסירא ולכן לא בדק, וע״ז ס״ל לגמ׳ דמ״מ היה לו לבדוק; ״דכי היכי דלא לצטרך אפוטרופוס למיזל ולתבוע את המוכר בדינא ודיינא, וזה מעיקרי השמירה, דבעי למיזל ולעיוני אם השור אוכל או לא״.

רב האי גאון (בספר המקח שער מט) למד את סוגית הגמרא מעין שיטת הרמב״ם, אך טעמו שונה, וז״ל (כפי שהובא באבן האזל, מכירה טז,יא):

״כל היכי שנשלם המכר בין המוכר והלוקח ומשך את שלו ואירע בו שום הפסד או שום אונס, ודאי וברור דאותו הפסד אינו אלא על הלוקח, אא״כ יש טעות באותו מקח, או כגון שהיה מום מוסתר דלא היה נראה, והיה ראוי אותו חפץ שיפסיד מחמת אותו מום קודם שנראה ונתגלה, יש מן הדין על המוכר שיחזיר הדמים ללוקח, אא״כ הוא המוכר אדם ספסר והדומה לו ... דכהאי גוונא כיון דאינו ממתין על החפץ עד שיתראה בו מומו, איכא למימר דאימר לא נראה לו המום ולא ידע בו. הלכך ישבע ספסר, שהוא המוכר, שלא ידע באותו מום ולא הכיר בו, ויפטר מלשלם הדמים ללוקח.״

את החילוק בין שיטת רב האי גאון לשיטת הרמב״ם, מסביר הגרא״ז באבן האזל (שם). אליבא דשיטת הרמב״ם טענת המוכר היא שהלוקח פשע במה שלא בדק

את השור. פשיעת הלוקח היא הטענה והגורם לאי החזרת המקח. משא״כ לשיטת רב האי גאון זהו דין מדיני המקח, דמקח טעות חוזר כאשר מחזיר הלוקח את המקח הפגום, ואחר כן מחזיר לו המוכר את הדמים. אולם כאשר אין הלוקח מחזיר את המקח, חייב המוכר להחזיר את הדמים רק אם יש לומר שהמוכר ידע שיש מום במקח, אבל אם המוכר לא ידע מהמום ונאבד המקח אצל הלוקח, אפילו לא פשע הלוקח במקח, אין המוכר מחזיר לו דמיו. וסובר רב האי גאון ״דכיון דעכ״פ יצא היזק למוכר במה שנאבד המקח אצל הלוקח, גם בלא דין פשיעה מצד הלוקח, פטור המוכר מלהחזיר המעות, אם לא ידע שהוא מקח טעות״.

לפי רב האי גאון צריך לומר שחולק על מה שהביא הטור בשם הרא״ש בדין ביצים מוזרות, דכיון שלא היה על המוכר לדעת במום, אין הלוקח מקבל חזרה את דמיו כשאינו מחזיר את הביצים. אך עדיין צ״ע מהגמ׳ בכתובות עו,ב בדין מחט שנמצאה בעובי בית הכוסות, דלהסבר זה של רב האי גאון, הרי המוכר לא פשע במום זה ואמאי מחזיר דמיו. ועיין באבן האזל שם (בד״ה והנה) שהקשה כן למסבירים את הרמב״ם שאין בספסירא מקח טעות, והוא הדין לשיטת רב האי. ועיי״ש באבן האזל, דמה שמשלם הבקרא דמי בשר בזול ולא כל השור, דחיוב הבקרא לשמור על השור ולא על דמי המקח, והשור עצמו אינו ראוי אלא לשחיטה, וע״כ משלם דמי בשר בזול.

לכן לענין עצם טענת המוכר לפטור את עצמו באופן גורף בטענת מום, לאמור לעיל אינה טענה, וגם לא היה באפשרות הלוקח לראות את המום, וע״כ אין טענת פשיעה בזה לדעות הנ״ל, וככל שהמום היה באופניים בזמן המכירה, הרי יש בזה טענת מום, ככל שמדובר במום שנהגו בני המדינה לבטל מחמתו את המקח (עיין שו״ע חו״מ רלב,ו), וכפי שנראה בנדו״ד, תוך חיוב הקונה בתשלום שכר שימוש ראוי באופניים בתקופה שבה השתמש בפועל (עיין שו״ע חו״מ רלב,טו), כך שבנדו״ד יש לקזז דמי שימוש ממחיר האופנים (ולענ״ד יש לחשב דמי שימוש, לא לפי מחיר שכירות, אלא כמה עולות אופניים, לחלק זמן ממוצע בהן ניתן להשתמש בהן. אין מקום לחשב לפי מחיר שכירות, כיון שהקונה לא שכר אופניים אלא קנה, וכך יש לחשב). אולם בנדו״ד לא ברור אם התקלה היתה קיימת בזמן המכר, ועל הקונה מוטלת הראיה, הן מצד כאן נמצא כאן היה, והן מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, עיין שו״ע חו״מ רכה,א, ובס״ב ובסמ״ע ט. והראיה שהביא אינה ראיה מספקת, וכפי שטען המוכר, שמתקן האופניים נוגע בדבר.

**לאור האמור לעיל, אין לחייב את המוכר בהחזר דמי המכירה לקונה, אא״כ יוכיח שהמום היה אצל המוכר.**

# סימן לב

## ירושת נכד את סבו – ברבנות

### ראשי פרקים

**א. מקור הדין**

**ב. אם רבנות והרכצת תורה בירושה**

**ג. כשיש בן שאינו ראוי, האם פקע דין ירושה**

בקהילה בחו״ל נפטר רב הקהילה (למעשה בית כנסת שבו מתפללים יהודים שומרי תו״מ, וגם יהודים שומרי מסורת), ורב הקהילה השאיר בצוואתו שנכדו, בן בנו, יהיה רב במקומו. שני בניו של אותו רב עוסקים לפרנסתם, אולם נכדו נחשב לאברך ת״ח, ואף בחייו מסר במקום שעורי תורה ודרשות וכן בענינים שונים בקהילה, והיה רצוי לציבור. ויש בציבור שטוענים שאף שהנכד ראוי, יש עוד אברכים הראויים יותר, ומבקשים לקיים הליך של בחירות לתפקיד זה.

ובתחילת הדברים אומר שלא כתבתי תשובה הלכה למעשה לשואל, ורק לאחר זמן כתבתי את הדברים לעצמי לברור ההלכה, כיון שלא הכרתי השואל ומקומו, ולנגד עיני עמדה תשובת אב״ד שאוול, הגאון הרב יוסף זכריה שטרן, בתש׳ זכר יהוסף חאו״ח סי׳ יח (ד״ה ומ״מ), וז״ל: ״ובפרט בדורינו אשר ירבו ההשתדלות בממוצעים שונים, ולבסוף יקבלו מי שירבה בהשתדלות יתירה מבית ומבחוץ, אף כי לא תהיה תפארתם בזה. ולכן מי שנשאל בכאלה לא ימהר להשיב הכרעתו, טרם היותו מבפנים במצב תכונות אנשי העיר לכל מפלגותיהם. אם יוכל לתקן לתועלת העיר בכלל שיבחרו לפי ערכם, באשר נוכחתי כי בכאלה יקר מאד למצוא גם בין המוחזקים ליראי ה׳, שישוו לעיניהם להגיד דעתם בלב שלם וטהור, ולשקול הדברים בפלס ומאזני צדק לטובת העיר, לבל יתחלקו לאגודות״.

## א. מקור הדין

תנן בתוספתא שקלים ב,טו, לענין גזברים ואמרכלים: מי שיש לו בן, בן קודם, אח - אח קודם. כל הקודם בנחלה קודם בשררות, ובלבד שינהג כמנהג אבותיו. ואיתא בכריתות ה,ב: ואין מושחין מלך בן מלך. ואם תאמר מפני מה משחו את שלמה, מפני מחלוקת אדוניה, ואת יהואש מפני עתליה, ואת יהואחז מפני יהויקים אחיו שהיה גדול מאחיו שתי שנים ... אמר מר אין מושחין מלך בן מלך, מנלן, אמר רב אחא בר יעקב דכתיב למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו (כל הימים), ירושה היא,

ומפני מה משחו את שלמה, מפני מחלוקת אדוניה. מנלן דכי אתי מחלוקת בעי משיחה, ולא כל דבעי מלכא מורית ליה מלכותא. אמר רב פפא, אמר קרא, בקרב ישראל, בזמן ששלום בישראל (הוי המלכות ירושה ולא בעי משיחה, אבל כי איכא מחלוקת לאו ירושה היא ובעי משיחה בתחלה – רש״י). וכן הוא בהוריות יא,ב. ומבואר בגמ׳ דמלכי בית דוד מושחים ולא מלכי ישראל, דדוקא משניתנה המלכות לדוד ולזרעו עד עולם, משא״כ מלכות ישראל שאינה קיימת לדורות. ועיין יומא עב,ב: אמר רבי יוחנן, שלשה זרים הן, של מזבח ושל ארון ושל שלחן. של מזבח זכה אהרן ונטלו, של שלחן זכה דוד ונטלו, של ארון עדיין מונח הוא, כל הרוצה ליקח יבא ויקח. שמא תאמר פחות הוא, תלמוד לומר; בי מלכים ימלכו. ועיי״ש ברש״י, שהכהונה נתנה לאהרן ברית מלח, וכן המלכות לדוד ולזרעו.

ועיין בערול״נ שם (כריתות ה,ב) שכתב, דאף שאדוניהו היה גדול בשנים משלמה, מ״מ המלך עצמו יכול לתת המלוכה לאיזה מבניו שירצה, ולאו דוקא לגדול, ולכן אין טענה מצד היותו גדול יותר, כיון שדוד נתן המלוכה לשלמה, ולכן נצרך טעם אחר, שהוא מחלוקת אדוניהו, משא״כ ביהואחז, שלא נתן לו אביו יאשיהו את המלוכה, לכן נצרך לטעם שהיה אחיו יהויקים גדול ממנו. ובמהרש״א בהוריות יא,ב כתב, דכיון שהיה ע״פ נתן הנביא ולא היה להם לחוש לגדול, לא היו צריכים למשוח, אי לאו משום מחלוקת של אדוניהו.

והגרי״ז שם בכריתות הקשה, דמלכות שלמה היתה ע״פ הדיבור, וא״כ פקע זכות אדוניהו ושוב הוי שלמה מלך מדין ירושה. וכתב לישב, דכיון דעכ״פ מדין עיקר ירושה היתה המלוכה שייכת לאדוניהו, ורק דעל פי הדיבור ניתנה לשלמה, זה מחייב משיחה, וצ״ע. ומבואר לכאורה מהגרי״ז, דבשלמה הוי לא מדין ירושה כלל, דאף שהיה ע״פ ציווי דוד וגם ע״פ הדיבור, וזה לכאורה לא כערול״נ. והקשה מהרמב״ם (הל׳ כלי המקדש א,יא), דמשמע שמדין ירושה ירש, ולא בטל לגמרי הדין ירושה, וצריך משיחה מפני המחלוקת. וביאר בדעת הרמב״ם, דמה שהותרה משיחה מפני המחלוקת; ״משום דמהך קרא דבקרב ישראל ידעינן דבזמן שאין שלום בישראל חסר עוד בעצם המלוכה, וע״כ שייך משיחה, כיון דעדיין לא נשלמה עצם המלכות״. ולפ״ז דברי הרמב״ם כרש״י, דכשיש מחלוקת יש חסרון בעצם הירושה. ולכאורה צ״ע, מדברי הרמב״ם במשניות (כריתות א,א) מבואר דיש כאן דין ירושה, ומה שמושחים בזמן המחלוקת: ״כדי להפסיק הקטטה והמלחמה, ולסלק המחלוקת, וידעו ההמון שזה הוא משיח ה׳ שיראוהו״. הרי שזה רק עבור העם שלא ירבו המחלוקת ותהיה יראתו עליהם, אך לא לדין ירושה, דמדין ירושה אף במחלוקת יורש.

ובגמ׳ כתובות קג,ב, בצוואתו של רבי: שמעון בני חכם, גמליאל בני נשיא, חנינא בר חמא ישב בראש. ואיתא שם בגמ׳: שמעון בני חכם, מאי קאמר, הכי קאמר,

אף על פי ששמעון בני חכם, גמליאל בני נשיא. אמר לוי צריכא למימר (דר״ג דבכור הוי נשיאה). אמר רבי שמעון בר רבי צריכא לך ולמטלעתך (פיסח היה). מאי קשיא ליה, הא קרא קאמר, ואת הממלכה נתן ליהורם כי הוא הבכור. ההוא ממלא מקום אבותיו הוה, ורבן גמליאל אינו ממלא מקום אבותיו הוה (אין באחיו חשוב ממנו אבל כאן הרי אחיו חכם ממנו). ורבי מאי טעמא עבד הכי, נהי דאינו ממלא מקום אבותיו בחכמה, ביראת חטא ממלא מקום אבותיו הוה. ומה שהוריש לר״ג את הנשיאות, הוא מטעם מלכות, ודוקא נשיא, ולא את הרבנות והדיינות, וכמש״כ החתם סופר בתש׳ (חאו״ח סי׳ יב), דסלקא דעתך דמשום כתר תורה ירש כסא אביו, ובזה ודאי חכם עדיף ממי שאינו חכם כל כך, וא״כ היה ר״ש צריך להיות נשיא, קמ״ל רבי דמטעם רבנות התורה אין הנשיאות ירושה כלל, רק מטעם מלכות, וא״כ פשוט דלענין מלכות ירא שמים עדיף, כדכתיב בפרשת המלך; לבלתי סור ממצות ה׳ אלקיו ימין ושמאל.

והרמב״ם בהל׳ מלכים א,ז, כתב וז״ל: ״כשמעמידין המלך, מושחין אותו בשמן המשחה, שנאמר; ויקח שמואל את פך השמן ויצק על ראשו וישקהו. ומאחר שמושחין המלך, הרי זה זוכה לו ולבניו עד עולם, שהמלכות ירושה, שנאמר; למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל. הניח בן קטן, משמרין לו המלוכה עד שיגדיל, כמו שעשה יהוידע ליואש. וכל הקודם בנחלה קודם לירושת המלוכה. והבן הגדול קודם לקטן ממנו, ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המינויין שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם. והוא שיהיה הבן ממלא מקום אבותיו בחכמה וביראה. היה ממלא ביראה אע״פ שאינו ממלא בחכמה, מעמידין אותו במקום אביו ומלמדין אותו. וכל מי שאין בו יראת שמים, אע״פ שחכמתו מרובה, אין ממנין אותו למינוי מן המינויין שבישראל. כיון שנמשח דוד זכה בכתר מלכות, והרי המלכות לו ולבניו הזכרים עד עולם, שנאמר; כסאך יהיה נכון עד עולם. ולא זכה אלא לכשרים, שנאמר; אם ישמרו בניך בריתי. אע״פ שלא זכה אלא לכשרים, לא תכרת המלוכה מזרע דוד לעולם, הקב״ה הבטיחו בכך, שנאמר; אם יעזבו בניו תורתי ובמשפטי לא ילכון, ופקדתי בשבט פשעם ובנגעים עונם, וחסדי לא אפיר מעמו״.

ומקור דברי הרמב״ם דכל השררות וכל המינויין שבישראל, ירושה הם לבנו ולבן בנו עד עולם, מדברי הספרי פרשת שופטים (פיסקא קסב): ואין לי אלא זה בלבד, מנין לכל פרנסי ישראל שבניהם עומדים תחתיהם, תלמוד לומר הוא ובניו בקרב ישראל, כל שהוא בקרב ישראל בנו עומד תחתיו. ובהגמ״י (רמב״ם מלכים א,ז) הביא גם את הת״כ, דאלעזר ואיתמר ירשו את נדב ואביהוא (שמיני פרשה א): רבן שמעון בן גמליאל אומר משום ר׳ אלעזר בן עזריה, הרי הוא אומר וימת נדב ואביהוא לפני ה׳ בהקריבם אש זרה לפני ה׳ ובנים לא היו להם, שאילו היה להם בנים, היו קודמים לאלעזר ואיתמר, שכל הקודם בנחלה הוא קודם בכבוד. הרי שהבנים קודמים לאחים,

ובאין בנים, יורשים האחים. עוד הביא מהת״כ (פר׳ אחרי מות ה,ה): לכהן תחת אביו, מלמד שהבן קודם לכל אדם, יכול אע״פ שאין ממלא מקומו של אביו, תלמוד לומר; ואשר ימלא את ידו, בזמן שהוא ממלא מקומו של אביו הוא קודם לכל אדם, ואם אינו ממלא מקומו של אביו, יבוא אחר וישמש תחתיו. וכן הוא בספרי (פרשת קורח פיסקא קיט); אהרן זיכה לבנים צדיקים ורשעים ודוד זיכה לצדיקים ולא לרשעים. והיינו שהמלכות עוברת רק לכשרים ולא לשאינם כשרים, משא״כ כהונה. (ומה שיורשים האחים, והוא כסדר הנחלות, עיין אבני נזר חיור״ד שיב,נח, דברי מלכיאל ח״ד סי׳ פב, דברי חיים (צאנז) חיור״ד סי׳ נג, ויתבאר עוד להלן).

וכדברי הרמב״ם שכל השררות והמינויים, בנו ממלא מקומו ויורשו, ושהכל תלוי ביראת שמים, כן כתב גם הרא״ה בחינוך (מצוה תצז), וז״ל: ״ולא המלכות בלבד, אלא כל השררות שהם במעשה או בשם כבוד מן השמות הנכבדים, וכל המינויין שבישראל בירושה הם לו לאדם שזוכה בה בנו אחריו, ובן בנו, ובן בן בנו עד לעולם. והוא שיהא ממלא מקום אבותיו ביראת שמים, אבל כל שאין בו יראת שמים, אע״פ שחכמתו מרובה, אין צריך לומר שאין ממנין אותו במינוי מן המינויין שבישראל, אלא שראוי לשנאותם ולהרחיקם, ועליהם אמר דוד (תהלים ה,ו); שנאתי כל פועלי און״. הרי שכל השררות והמינויים, בנו יורש תחתיו, וכמש״כ הרמב״ם.

## ב. אם רבנות והרבצת תורה בירושה

הריב״ש בתש׳ (סי׳ רעא) האריך דאם בנו של הרב, אם ממלא מקום אבותיו ביראת חטא, הוא קודם לכל אדם, והביא ראיות מספרי, ת״כ, וגמ׳ כתובות קג,ב (הנ״ל): ״שאפילו לא החזיק בה מהר״ר יוחנן, אלא שעתה היה תחלת המנוי, היה ראוי למנות, להיות נוהג בשררה ההיא מהר״ר יוחנן. לפי שאביו, מהר״ר מתתיה נ״ע, נהג בה כבר ברצון הקהלות ובהורמנא דמלכא, וכי היה גדול בכל המלכות ההוא, בחכמה ובמנין. ומן הדין, בנו קם תחתיו ... ולזה, אם יאמר הר״ר ישעיה: אני גדול מהר״ר יוחנן בחכמה, אעפ״כ אין ממנין אותו, שכבר נודע ומפורסם לכל, שמהר״ר יוחנן ממלא מקום אבותיו ביראת חטא. וכן העידו עליו הקהלות ההם. אף כי חכמתו עמדה לו, ומצאה כביר ידו, וקבע ישיבות והרבה גבולו בתלמידים״.

עוד הוסיף הריב״ש, שאף אם לא היה הבן בא בטענת אביו, והיה אחר יותר ראוי ממנו, כיון שכבר היה נוהג ברבנות מעצמו והחזיק בה, זכה בה. והביא ראיה מירושלמי הוריות ג,ה מעצי המשכן, שקרש שזכה לינתן בצפון, ינתן בצפון, זכה לינתן בדרום, ינתן בדרום. ועוד איתא שם בירושלמי, שתי משפחות היו בציפורי בלווטיא ופגניא, והיו משפחת בלווטיא נכנסים ראשונה להקביל פני הנשיא ויוצאין בראשונה,

ומשפחת פגניא זכו להתגדל בתורה, והיו רוצים להקדים לפני הבלווטיא, ודרש רבי יוחנן, דאפי׳ ממזר תלמיד חכם וכהן גדול עם הארץ, ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם הארץ. ומוכח מזה, שדוקא ת״ח קודם לעם הארץ, אבל אם המחזיק במצוה אינו עם הארץ, אף שאינו ת״ח כשני, ואף שהחזיקו מעצמם במצוה, אין נוטלין אותה ממנו לתתה לאחר גדול ממנו, מכיון שכבר זכה בה, אלא א״כ הוא עם הארץ והאחר ת״ח. אבל כל שהמחזיק בה ת״ח, אין מסלקין אותו, אף שהבא לנוטלה גדול ממנו. וכדבריו פסק הרמ״א בשו״ע יור״ד רמה,כב: ״ומי שהוחזק לרב בעיר, אפילו החזיק בעצמו באיזה שררה, אין להורידו מגדולתו, אע״פ שבא לשם אחר גדול ממנו. אפילו בנו ובן בנו לעולם קודמים לאחרים, כל זמן שממלאים מקום אבותיהם ביראה והם חכמים קצת. ובמקום שיש מנהג לקבל רב על זמן קצוב, או שמנהג לבחור במי שירצו, הרשות בידם, (כל בו). אבל כל שקבלו הקהל עליהם, וכל שכן אם עשו ברצון השררה, אין לשום גדול בעולם להשתרר עליו ולהורידו״.

ולכאורה יש להקשות מדברי המדרש רבה (פרשת פינחס כא,יד): ״וידבר משה אל ה׳ לאמר יפקד ה׳ אלהי הרוחות, כל מי שמבקש צרכי צבור כאלו בא בזרוע, יפקד ה׳, מה ראה לבקש הדבר הזה אחר סדר נחלות. אלא כיון שירשו בנות צלפחד אביהן, אמר משה הרי השעה שאתבע בה צרכי, אם הבנות יורשות, בדין הוא שירשו בני את כבודי. אמר לו הקב״ה; נוצר תאנה יאכל פריה. בניך ישבו להם ולא עסקו בתורה, יהושע הרבה שרתך והרבה חלק לך כבוד, והוא היה משכים ומעריב בבית הועד שלך הוא היה מסדר את הספסלים והוא פורס את המחצלאות, הואיל והוא שרתך בכל כחו, כדאי הוא שישמש את ישראל שאינו מאבד שכרו, קח לך את יהושע בן נון, לקיים מה שנאמר נוצר תאנה יאכל פריה״. ולכאורה בודאי סבר משה רבינו שבניו ראוים להנהיג את עם ישראל, ולא היתה מעלתו של יהושע אלא מפני ששימש את משה רבינו, ולמה לא ירשו בניו את ההנהגה. ועיין בחת״ס (חאו״ח סו״ס יב) שהוכיח מכאן שאין כתר תורה ירושה.

ולשיטת הפוסקים הנ״ל ולהלן, י״ל דאין למדים מן המדרשות דבר הכתוב מפורש בהלכה, וכמש״כ בתוס׳ יו״ט (ברכות ה,ד), שאין למדין הלכה ממדרש, שהרי במדרש מבואר שיש מצוה פריה ורביה גם על האשה, ואנן לא קי״ל הכי. וכן בירושלמי (פאה ב,ו) רבי זעירא בשם שמואל אין למדין לא מן ההלכות ולא מן ההגדות ולא מן התוספתות אלא מן הגמ׳. וכן כתב בשבות יעקב (ח״ב סי׳ קמט). וע״ע פת״ש אהע״ז קיט,ה, דהפר״ח (בספר מים חיים) כתב דהך כללא דאין למידין ממדרשות, הוא רק לענין פסק הלכה כדברי מי, היכא דלא מפורשת ההלכה בש״ס, משא״כ דין שאינו מפורש בש״ס, מצאנו כמה פעמים דלמדין ממדרשות. ובנדו״ד לפוסקים הנ״ל הדין מפורש.

עוד י״ל, לפמש״כ ההפלאה בפנים יפות (במדבר כז,טז), דלפי פשוטו יש לפרש אלקי הרוחות לכל בשר, שבידך להשרות רוח הקודש על כל בשר, שידע משה רבינו שאין בניו הגונים למלוך על ישראל, אלא כיון שאתה בכחך להשרות רוח הקודש על כל בשר, כמו כן יכול להשרות על בני, וע״ז השיב לו השי״ת; קח את יהושע איש אשר רוח בו, שכבר יש בו רוח קצת, וכענין שאמרו (ברכות נה,א) יהב חכמה לחכימין, וינוח עליו רוח הקודש למעלה. הרי שתפילת משה רבינו היתה ביודעו שבניו אינם ראויים להנהיג את ישראל, ורק ביקש שהי״ת יערה עליהם רוח ממרום, וא״כ אין ראיה במקום שראויים. ואפשר שכן יש לדייק, ממש״כ במדרש; ״בניך ישבו להם ולא עסקו בתורה״. וכן מבואר לכאורה באבות דר״נ (פרק יז): התקן עצמך ללמוד תורה שאינה ירושה לך, כיצד, בשעה שראה משה רבינו [את בניו] שאין בהן תורה שיעמדו בנשיאות אחריו, נתעטף ועמד בתפלה. אמר לפניו, רבונו של עולם הודיעני את מי יכנס את מי יצא בראש כל העם הזה וכו׳, הרי שלא היו בני משה רבינו ראויים לירש אותו בהנהגה של ישראל. ועיין במש״כ בזה האבני נזר (חיור״ד שיב,מ-מב), ובדברי מלכיאל (ח״ד סי׳ פב ד״ה והח״ס), שדחו הראיה ממדרש זה שאין לכאורה ירושה ברבנות. גם בפשטות י״ל כמש״כ השדי חמד (ח״ח מערכת חזקה במצות, ז,כח), דיהושע שאני, שהיה נוצר תאנה ומשמש רבו, ואין ללמוד לרב שלא עמל ולא פעל. ונראה דבכגון יהושע הוי ג״כ כעין ירושה מרבו, עיי״ש.

וברמ״א שם (יור״ד רמה,כב) הביא את תה״ד (ח״ב סי׳ קכח), דרב היושב בעירו ולומד לרבים, יכול חכם אחר לבא וללמוד גם כן שם, אפילו מקפח קצת פרנסת הראשון, כגון שמקבל שכר על הרבצת תורה, יכול השני לבא לדור שם ולהחזיק רבנות בכל דבר, כמו הראשון, אם הוא גדול וראוי לכך. ועיין בתה״ד ובש״ך רמה,טו, דדוקא שכר שאין היתר ברור ליקח, כמו שכר גיטין וחליצות וחופות, משא״כ בשכר שהוא בהיתר ברור. ועיין פ״ת יא מה שהביא מהחת״ס. גם הבית יצחק (חיור״ד ח״א סי׳ לד) כתב דכל דברי תה״ד והרמ״א הם לפי הנהוג בזמנם, שכל ת״ח היה מנהיג בקהילתו, ומסדר חו״ק וגיטין, שיכול גם אחר לבוא שם וללמד תורה ומצוות. אבל בזמנינו שממנים רבנים והקהילה קוצבת שכרם, ולעיתים באים ממקומות מרוחקים, יש בזה משום השגת גבול, וכמש״כ בחת״ס בחו״מ סי׳ כא. וכל היכא דשייך השגת גבול, שייך גם דין ירושה.

ובנדון תה״ד אינו מורידו מגדולתו, אלא שגם הוא בא ללמד תורה, ומי שרוצה ילמד מהראשון, ומי שרוצה, ילמד מזה החדש שבא לכאן, אבל אינו מורידו מכסאו במקום שהוא שם אלא יוצר תחרות בפתיחת מקום תורה חדש, והנידון הוא רק מצד יורד לאומנותו של חבירו, ובזה כתב תה״ד שאין איסור. אבל כאשר בא במקומו ממש ומורידו ממקומו, כשירושה לו מאבותיו, ע״ז כבר כתב הרמ״א שהבן קודם. שאם לא

תאמר כן, יסתרו דברי רמ״א אהדדי, שפסק גם כתה״ד וגם כריב״ש. אלא י״ל שתה״ד מירי שאינו בא במקומו ואינו מורידו ממקומו, אלא אף הוא מרבין תורה. ועיין בתש׳ רע״א תנינא סו״ס יב, וכן בדברי מלכיאל ח״ד סי׳ פב ד״מ ומה שהביא, ורק כתב דאם קבלוהו בפירוש, אסור לאחר לבוא בגבולו, משא״כ אם הראשון התחיל להנהיג שם רבנות, ונתקבל עליהם ונתרצו בו ובאו אליו לשאול הוראות ודיני תורה ולסדר גיטין וקדושין, אין זה כקבלה בפירוש, ויכול לבוא בגבולו, דלא קבלוהו כרב יחיד, עיי״ש.

וברשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ ש) דן בש״ך שביקש שבנו יבוא ויעזור לצידו, והשיב הרשב״א שבנו קודם לכל אדם, דכלל גדול אמרו חז״ל בכל עניני המנויין, שאם היה הבן ראוי הוא קודם לכל אדם. ואפילו כהן גדול, אם היה בנו ראוי, אף שיש אחרים גדולים כמוהו או גדולים ממנו, הבן קודם. וכל שכן כשאב קיים ומשמש בשמושו אלא שצריך עזר לקצת ימים, שהדין נותן שיהא בנו קודם לכל אדם. ומזה מוכח שאף בתפקיד ש״ץ, שאינו שררה כרב, ג״כ יש דין ירושה, וכן י״ל בדין שוחט ומוהל, עיין גינת ורדים חיור״ד ג,ח.

[וראיתי להביא כאן מש״כ הגר״מ פיינשטיין, באגרות משה חחו״מ ח״א סו״ס עה, בענין פיטורי פועל, ובתו״ד כתב דמשגיח כשרות הוא גם תפקיד של שררה, שלא גרעה מהשגחה על המדות שנחשבת שררה, כדאיתא בקדושין עו,ב, שריש כורי הוא שררה. והוא הדין לענין שאין יכולין לסלקו; ״וא״כ כל שכן שהשגחה על כשרות הוא שררות. שפירוש שררה הוא שמלאכתו הוא לשמור שלא יעשה בעה״ב רמיה, שמוכרח לעשות גם נגד רצון בעה״ב, נמצא שאינו עושה מלאכת בעה״ב, אלא מלאכת עצמו כשררה על בעה״ב״. ועיין באגרות משה חאו״ח ח״ג סי׳ יא, לענין מינוי נשיא לביכנ״ס.

ונשאלתי בזמנו לענין חבר בעמותה של צדקה שנפטר, אם צריך למנות בנו במקומו, כאשר העמותה מונתה ע״י רבני העיר. ולכאורה דינה כשררה, וכל שהבן ראוי ביושרו ובמעשיו וביראתו, הוא קודם. אולם אם כל העמותה הוקמה רק לצורך הניהול החוקי של קופת הצדקה, ובפועל מנהלים אותה רבני העיר, ממילא למינוי כחבר עמותה אין משמעות אלא פורמאלית וחוקית, ובמיתתו פקעה זכותו. ועיין בתש׳ תשובה מאהבה (לג״ר אליעזר פלקלס, מגדולי תלמידי הנו״ב, ח״א סי׳ רח), דכל העוסקים עם הציבור נקראים בשם פרנסים. ואף מלך נקרא בשם פרנס, כדאיתא ביומא כב,ב, משאול כיון שנתמנה פרנס על הצבור מתעשר. ואין לומר דהיינו דוקא בפרנס ת״ח מופלג בתורה, שכבר אמרו חכמים (ר״ה כה,ב) שאפילו קלין שבקלין ונתמנה פרנס על הצבור, הרי הוא כאביר שבאבירים, ואפי׳ מצויים שם חכמים גדולים ממנו, צריכים לנהוג בו כבוד. ויש עוד להאריך בזה, ואכמ״ל.]

ומהרשד"ם בתש' (חיור"ד סי' פה) כתב דכל דברי הרשב"א הם באופן שיש איזה יחס בין הבן לאחר, אבל אם מדובר במי שנמצא בכלל במעמד אחד לגמרי, ואין כל יחס בין הבן לאחר, האחר קודם: "אמנם אם האחר גדול והבן אין לו יחס עמו, פשיטא דלכ"ע הגדול קודם, וכל שכן מי שאינו ראוי, כי המרבץ תורה ומנהיג קהל עם רב מישראל צריך שיהיה פקיע בד"ת, בין בדיני ממונות, שהדיין הנוטל פרוטה מזה ונותנה לזה חייב מיתה שנאמר וקבע וכו', ובין בגיטין וקדושין, שכל מי שאינו בקי בהם ומתעסק בהם, ראוי לו שלא בא לעולם, וכן בשאר איסורי תורה. עד שלבי אומר לי בלי ספק שלא דבר הרב בענין ת"ח, כי הרי כתיב; צדק צדק תרדוף, הלך אחר ב"ד יפה. ואמרו המעמיד דיין על הצבור וכו', ועל צדקו חז"ל במסכ' יומא שאמרו, ג' זרים הם, וכתר תורה אינה ירושה אלא כל הרוצה ליטול וכו', ואם אפי' שהיו נמנים ועומדים כלם במעמד לא היו יכולים הרוב לכוף את המיעוט ליקח לפ' זה ראובן לדרשן ופרשן, אחר שאלו הנפרשים יש להם אחר, והאחרים גדולים בלי יחס כלל עמו, וע"ז ודאי נאמר לא תהיה אחרי רבים לרעות". ומבואר דאם מדובר בגדלות ללא יחס כלל, אין הבן קודם.

וכדברי מהרשד"ם, נמצא גם בגינת ורדים (חיור"ד ג,ז-ח), דדוקא כשההפרש בין הבן לאחר הוא דבר מועט קל ונקל, אולם אם האחר הוא מופלג הרבה מהבן, שהבן אין לו יחס והשואה עמו, מעבירין את הבן וממנים את האחר, שזה טובת הציבור במינוי האחר. ודייק כן מדברי הרשב"א (סי' ר, הנ"ל): "אע"פ שיש אחרים גדולים כמוהו או גדולים ממנו, הבן קודם ...". וממש"כ; גדולים כמוהו או גדולים ממנו, משמע דההפרש הוא דבר מועט, שיש לומר שהיה האחר כמוהו או גדול ממנו, בקירוב וקרוב זה להיות כמוהו או יותר. אולם אם האחר מופלג וגדול הרבה מהבן, ידחה הבן ויפסיד זכותו וממנים את האחר. ושם בסי' ח, הביא תש' ר"י אריפול, דמהרשד"ם בא לחלוק על הפוסקים האחרים, דמסתימת דברי הפוסקים נראה דאפי' יהיה הבן פחות בהרבה מהאחר, מ"מ הבן קודם, דכן מוכח מדין מלך, דאם היה קטן, משמרים לו המלוכה, כדאשכחן ביהוידע דשמר המלוכה ליואש, ובן שבע שנים המליכו, ופשיטא ודאי דלא היה לו יחס עם יהוידע לפי שהיה קטן ורך בשנים, ובכל זאת הוא קדם. ושכן היה מעשה בצפת, שאחר שהסכימו כל בני הקהל למנות את מהר"מ אלשיך לרב, מנעם רבי שלמה אלקבץ, עד שיגדל בנו של הרב הקודם, והמתינו לבנו עד שהיה בר מצוה והמליכוהו במקום אביו, אף שברור שהבן היה פחות בהרבה ממהר"מ אלשיך, שהיה באותו הזמן כבן ששים.

ובשואל ומשיב (קמא ח"ב סי' יז) כתב דאם הבן ממלא קצת מקום אבותיו, גם מהרשד"ם מודה דהבן קודם, דסברת מהרשד"ם דבכתר תורה לא שייך שהבן ימלא מקום אביו, היא סברא נכונה, דבשאר מנויים של גדולה ושררה, שייך לומר

שהתורה זכתה לו ולבניו אחריו, משא״כ כתר תורה, שעיקר התורה להורות חוקים ומשפטים ישרים עפ״י דרכי התורה, ובחכמה תליא רחמנא, ואיך ימלא הבן מקום אביו. ולכן כל שאינו חכם, פשיטא שאינו יכול למלא מקום אביו; ״ורק כל שהוא ממלא מקומו קצת בחכמה, וממלא מקום אביו עכ״פ ביראת חטא, א״כ כיון שהוא ירא שמים בודאי מן השמים יעזרוהו שיהיה ממלא אח״כ מקום אביו גם בתורה״. וממילא גם מה שחידש מהרשד״ם שיש הבדל בין מנויים של שאר שררות וגדולה למנויי התורה, שבשאר מנויים זכו בניו אחריו בין שיהיו הגונים לזה או לא, אבל כתר תורה צריך שיהיה עכ״פ ממלא מקום אביו ביראת חטא ובתורה עכ״פ קצת, ואז משמיא יסייעוהו שיהיה ממלא אח״כ גם בתורה. והביא ראיה לזה מספר חסידים (סי׳ תשנז). עוד הביא השו״מ ראיה, ממה שהבטיחה התורה לפינחס ״והיתה לו ולזרעו אחריו ברית כהונת עולם״, והרי כהונה הינה ככל השררות, וכן בספרי למדו מהכהן המשיח תחתיו מבניו, וא״כ מה הוסיפה הבטחת התורה לפינחס. ותירץ, דכהונה בעינן שיהיה חכם ובקי בעסקי עבודה, וא״כ אין הבן ממלא מקומו, לכך הבטיחהו התורה שיהיו בניו אחריו ג״כ. ואף דבקידושין סו,א דרשו מלזרעו אחריו - אפילו פסול, פשטא דקרא לא משמע הכי. [ועיי״ש בשו״מ בסי׳ שאח״ז (יח – כ), וכן בשו״מ תליתא (ח״א סי׳ קנד) בדברים החריפים על שהורידו בן הרב. אולם כאשר בן הרב אינו ראוי, כתב שם (תליתאה ח״ב סי׳ קיז) שאין ממלא מקום אביו: ״אבל כאן שאינו ראוי, ומי יודע אם יהיה ראוי עוד, כי אחרי שכבר עסק במו״מ עשר שנים ולא למד ולא שנה, קשה מאד שאח״כ יהיה בקי בהוראה, פשיטא ופשיטא שאין להבן זכות״. ועיין תש׳ הרי בשמים ח״ב סי׳ טו, דאף אם ילמד אח״כ לא מהני, שאם בשעת מיתת אביו לא היה ראוי, אידחי מדין ירושה.]

ועיין במהר״י אדרבי בדברי ריבות (סי׳ סח) שכתב כרשב״א, כשלקח בנו לסייע לו בהרבצת תורה. ובסי׳ קטז כתב דיכול למנות אף אחר שאינו בנו, שענין מינוי ממלא מקום לסייעו, תלוי בשיקול דעת הרב, ודברים אלה העלה מדברי הרשב״א הנ״ל, דכיון שהקהל קבלוהו עליהם לרב להורות להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון, סתמא דמילתא דעת הקהל ודעת החכם היה מעיקרא, שאם פעמים יהיה צריך לסיוע, שיעמיד אחר תחתיו, ואותו האחר הוא מי שירצה החכם.

ובנדו״ד אין מדובר בת״ח שאין בינם יחס לנכד הרב, אדרבא, נראה שנכד הרב הוא ת״ח וירא שמים לא פחות מכל מועמד שהוצע, ובזה י״ל כמש״כ מהרש״ך בתש׳ (ח״ג סי׳ נה), שנידון דידיה עדיף ממש״כ הריב״ש בתש׳ (הנ״ל) בההיא עובדא ממוהר״ר יוחנן ומוהר״ר ישעיה ז״ל, שהרי זה שבא בירושת אבותיו (בנדון מהרש״ך) הוא ראוי להתמנות על הצבור, להיותו מרביץ תורה ומורה הוראות, אפילו אם היו עתה באים למנותו מחדש, כל שכן התחיל ברבנותו ללמדם תורה ומצוות; ״מה מקום

יש ח״ו לסבב הורדת או השפלת שררתו ח״ו, דהא קי״ל מעלין בקדש ואין מורידין ... כי כפי הנשמע בחיי הרב הגדול הנזכר, כבר נראו נצוצי החכמה והמדע בחכם נינו, עם היותו רך בשנים. וכיון שבקהל הנזכר החזיק בו הרב הגדול זקנו, והחכם החסיד אביו, אפילו למנותו מחדש היה מספיק טעם חזקת אבותיו בשררה במקום ההוא, אפילו שלא היה מוחזק כ״כ בחכמה כדי למנותו, כל שכן שהוחזק לחכם שלם. וגם יש ימים שכבר נתמנה והחזיק בשררתו מצד עצמו מלבד חזקת אבותיו, א״כ אין ראוי שיבא שום חכם, יהיה מי שיהיה, להסיג גבולו באותו ק״ק שנתמנה, וח״ו שיהיה סיבה להשפיל כבודו והודו״.

וכן הוא בתש׳ המבי״ט (ח״ג סי׳ ר), ברב שמינה את בנו במקומו לפני יט׳ שנה, והיה המנוי במעמד ראשי הקהל ובהסכמת הקהל, ורוב הקהל חתמו לו שיהיה ממלא מקום אביו, ומאז ועד עתה הבן דורש להם ביום ובלילה, ואין פוצה פה ומצפצף על דבריו. והשיב המבי״ט, דאין כח לאף אדם מהקהל, אפי׳ מאותם שלא חתמו, להעבירו מתפקידו ולא לשתף ת״ח אחר עמו, דכיון שהסכימו ראשי הקהל למנותו, אפילו שלא היו מעמידים אותו מצד אביו, אינם רשאי׳ להעבירו או למנות אחר עמו שלא מדעתו, שדין הוא שמי שעלה למעלה לא ירד, בפרט אחרי שנים רבות שעמד במנוי, מסתמא כלם נתרצו, שגדולה חזקה מן התורה בכל מקום, בפרט בדבר שררה של מצוה, ואפילו יש ראוי אחר יותר ממנו.

ודברי הרשב״א הביאו הרמ״א להלכה בשו״ע או״ח נג,כה, ועיי״ש במג״א ס״ק לג שהביא דברי מהרשד״ם הנ״ל, דבחכם הממונה להרביץ תורה או לדון דין תורה, לא אמרינן כן (עיין להלן). עוד הביא שם במג״א מספר עשרה מאמרות, דכל המינויין שהם כתר תורה אין בניהם קודמין, רק מהלל הנשיא ואילך נהגו שבניהם קודמין, דכיון שקלקלו עבדי חשמונאי בבית שני, ועמדו הורדס ובניו וחטפו להם על ישראל מלכות שאינה הוגנת, התקינו בית דין שיהיה כתר תורה משלים לכתר מלכות להושיב הבן על כסא אביו.

וכתבתי לעיל דמש״כ תה״ד (ח״ב סי׳ קכח) שאין כתר תורה ירושה וכו׳, ויכול אחר לבוא בגבולו, היינו מדין יורד לאומנותו של חבירו, כשכ״א עוסק בבית מדרשו, משא״כ כשמורידו ממקומו. ובמהרשד״ם בסוף התש׳ הנ״ל כתב, דאין טענת ירושה בהרבצת תורה, וסמך יתדותיו על תה״ד הנז׳. ולכאורה תה״ד מיירי באופן שאינו בא במקומו אלא כמרביץ תורה נוסף בעיר, ואינו שאלה לירושת אבותיו בכתר תורה; ״שלא עלה על דעת הרשב״א ז״ל רק במנויים אחרים, אבל מנוי התורה נשאר ליודעים אותה ואינה ירושה״. גם מה שהביא מהרשד״ם ראיה מהירושלמי בהוריות ה,ג (עיין לעיל, והזכיר שהביאו הר״ן בשבת, לז,א מעמוה״ר); ״ומשם ראיה ברורה שאין לך

שום חזקה בענין כבוד התורה כלל, ואפ׳ ממזר ת״ח קודם לכהן ע״ה״, ראיה זו כבר הביאה הריב״ש וכתב, דדוקא ת״ח וע״ה, אבל אם הבן גם ת״ח, אף ת״ח דזוטר מהאחר, מ״מ יש לו חזקה, ומוכח לכאורה דלא כמהרשד״ם.

[ולענין עצם הראיה דכתר תורה הפקר, עיין בדברי מלכיאל ח״ד סי׳ פב ד״ה והא דיומא, שכתב לבאר דאינו ענין כלל לדין ירושה בכתר תורה, אלא הכונה שהתורה נקנית בעמל, וע״כ יכול כאו״א לעמול בתורה ולזכות לכתר תורה, וללא עמל אין חלק בתורה; ״אבל חכמת התורה אין זה תלוי אם לא נתן לו הי״ת לב להבין, ורק קיי״ל יגעת ומצאת תאמין ... שהתורה מתקיימת במי שממית את עצמו עליה ומקיא חלב אמו, עיי״ש. ולזה כל הרוצה ליטול, יבוא ויטול, שיעסוק הרבה בתורה ויזכה לזה. ואין הכוונה שם על המינוי הבא מכח התורה״.]

אמנם לדברי מהרשד״ם הנ״ל (שהביאם המג״א, עיין לעיל), הסכים בחתם סופר (חאו״ח סי׳ יב), דהרשב״א מודה בכל מינוי התורה והוראה ורבנות, שאינם בירושה, ודוקא במלך נצרכו לפסוק מיוחד, ומיעטו משוח מלחמה, ש״מ דוקא מינוי של שלטון ושררה בא במקום אבותיו, אבל של קדושה והוראת התורה אינה בירושה לבניהם כלל. וכן פשיטא ליה להרמ״ע בעשרה מאמרות, שהביא המג״א שם (עיין לעיל), דמעולם לא הורישו כתר תורה לבניהם אלא מהלל ואילך, ולא משום כתר תורה אלא להיות המלכות שבישראל מלכות הורדוס עבדא בישא, ראו חז״ל להשלים כתר המלכות ע״י נשיאי התורה שהיו אז מזרע דוד המלך ע״ה, והורישו כתרם לבניהם מטעם שלטונות מלוכה, ולא מטעם התורה וההוראה. ולכן הסיק החת״ס, דאם אין רוב הציבור מסכימים עליו להיות להם לרב ותופס ישיבה, אין לו להשתרר עליהם מטעם נחלת אבותיו כלל, משא״כ אם הציבור הסכימו על הבן, אפילו יהיה טעמם שרוצים לעשות נחת רוח לרבם ומשום דאית ליה זכות אבות, זה הרוצה להיות רב במקומו שלא כדין עושה ומצער הציבור ועתיד ליתן את הדין, ואפילו יהיה גדול הרבה ממנו.

וכן פסק החת״ס בתש׳ שאח״ז (סי׳ יג), שאין קדימה לבן אם יש אחר טוב ממנו, וכל שכן כשהציבור חפצים באחר, ואף שהרמ״א (יור״ד סו״ס רמה) העתיק דברי הרמב״ם בהל׳ מלכים, ומשמע שאם אין מנהג או אין ציבור חפצים דוקא באחר, יש קדימה לבנו גם לרבנות, אך המג״א סו״ס נג הביא מתש׳ מהרשד״ם דברבנות אין קדימה. ובענין רבנות דמדינה, שצריך שיהיה הרב גדול מכל רבני המדינה, ושישאלו ממנו ועל פיו יצאו ויבואו, ואם איננו גדול מהם, בודאי לא תועיל ירושת אבותיו, ואם גדול מכל רבני המדינה, אף אם יש במדינה אחרת גדול ממנו, זכות אבותיו תעמוד לו להקדימו, אולם אם יש במדינה גדולים ממנו, אין לבן קדימה. ועיין בבית שלמה חאו״ח סי׳ יג, שדחה דברי החת״ס. אמנם מדברי גדולי תלמידי החת״ס, מבואר

דלא כחת״ס. האמרי אש (חיור״ד סי׳ צה), מבואר דקיי״ל כריב״ש ולא כמג״א, וכל הדברים בטלים נגד דברי הריב״ש שיש ירושה אף ברבנות. וכן כתב מהר״מ שיק (חיור״ד סי׳ רכח), דקשה לדחות הלכה רווחת שיש ירושה גם ברבנות. ואף לחת״ס, דוקא בעדיף מיניה האחר, אבל בשוים, הבן קודם. וכן היא דעת הדברי חיים בתש׳ (חיור״ד ח״א סי׳ נג), דאין להשיג גבול היורש ברבנות. וכ״פ בתש׳ שאילת שלום ח״ב סי׳ רעו, ובאבני צדק (לאב״ד סיגעט, חיור״ד סי׳ ק וסי׳ קא).

עוד הביא במהר״מ שיק שם מהאברבנאל (בהקדמתו לספר שופטים), דחלוק דין מלך משופט, דשופט אינו מוריש לבניו. והקשה מהספרי הנ״ל, ובפרט שדיין הוא לא רק כתר תורה אלא גם לוחם ומושל. וכתב דראיות האברבנאל מכריעות שכך נהגו, שלא היו השופטים מורישים לבניהם, ומהטעם שמעיקרא כך הנהיגו, ואדעתא דהכי נתמנה השופט שלא יהיה מוריש לבניו. ואפשר משום כבוד משה רבינו הנהיגו כן, שהוא לא הוריש לבניו, ושלא יהיה בזה גנאי למשה רבינו ע״ה.

ואברבנאל הנ״ל שהשופטים לא הורישו לבניהם, ראיתו ממה שהשיב גדעון לא אני אמשול בכם ולא בני ולא בן בני. ובאבני נזר (יור״ד שיב,נב בהגהה) הקשה, שהרי הוא כלל עצמו עמהם, והוא היה שופט ובאמת המליכו את אבימלך. אך לא מצאנו יותר בשופטים שהורישו לבניהם תחתיהם. וכתב שם בהגהה באבנ״ז, שלא היה המינוי שופטים חיוב אצלם שלא יהיו ללא שופט כעין מינוי המלך, רק כשהיו ישראל בעת צרה ואויביהם משלו בהם, העמיד להם הי״ת שופט, ואח״כ כשמת השופט, היו כמה שנים בלא שופט לפעמים יח שנה, ואח״כ כשחזרו לחטוא וחזרו ומשלו בהם שונאיהם, הזמין להם הקב״ה שופט שיושיעם מאויביהם. והיה מינוי כל שופט ענין בפני עצמו. וממילא בשופט כזה לא שייך דין ירושה. ובתחילת ספר שופטים (ב,טז) ויקם ד׳ שופטים ויושיעום מיד שוסיהם, פירש״י; תמיד מדור אל דור, עיי״ש פס׳ יד, ומפורש דהעמדת שופטים היה עיקר למלחמה. וכל עניני מינוי מלחמה אינם בירושה, כמו משוח מלחמה, עיי״ש.

וכדבריו בתש׳, פירש החת״ס (ב״ב יב,ב), על הא דאיתא שם בגמ׳, דמר בר רב אשי עיכב עשרה מחכמים לדרוש לפניהם, שלא ימנו את רב אחא מדיפתי, דמר בר רב אשי היה ממלא מקום אבותיו בחכמה ויראת חטא, והם רצו למנות רב אחא מדיפתי, שהיה גדול יותר, ומשמיא הסכימו להקים בן תחת אביו הממלא מקומו, אף שלדעת החת״ס אין ירושה בכתר תורה, רק כיון דעביד עובדא ועביד דינא לנפשיה ופתח בכלה, שוב לא היה כח בידם להורידו.

וכדברי החת״ס נמצא לעוד גדולי הפוסקים שפסקו שאין דין ירושה ברבנות. באבני נזר (חיור״ד סי׳ שיב,כ ולהלן), מביא בנו יחידו של האבני נזר – בעל השם

משמואל, עובדא שדעת אביו האבני נזר, ועוד גדו״ת, הישועות ישראל והנפש חיה, שאין ירושה ברבנות, אא״כ יתמכו בבן רוב מנין או רוב בנין מבני הקהל, אף שמדבריו בתש׳ (קודם לכן ולאחר מכן, ובתש׳ שאח״כ), מבואר שיש ירושה ברבנות, וז״ל: ״זהו המהדו״ק שכתב כ״ק אאמו״ר זצללה״ה. אבל אחר זמן אמר לי בע״פ, כשדיבר עמי אודות דין ירושת הרבנות, שמחוורתא עפ״י מה דאיתא בספר כנסת יחזקאל סי׳ י, דאף דקי״ל דלחדש דבר צריך רוב מנין ורוב בנין יחד, מ״מ אם צד אחד מהם שהוא רוב מנין או רוב בנין לבד רוצים בש״ץ הראשון, יקום על משמרתו ... כן נמי הדין בירושת הרבנות, דאם היורש יש לו רוב מנין לבד או רוב בנין לבד, אין מפקיעין ממנו ירושתו אלא אם כן אין לו לא רוב בנין ולא רוב מנין, אז פקע ירושתו, וע״ז אמרו בזמן ששלום בישראל ולא בזמן שיש מחלוקת. ויותר לא הגיד לי איך יפרנס ע״י פסק זה סוגיית הגמ׳ והפוסקים, וגם בין הכתבים לא מצאתי. ובודאי היתה דעתו לכתוב עוד בזה אלא שלא הספיק [או כתב ונאבד] ונשאר בלתי נגמר, ונעתק מה שנמצא. נהירנא עוד כשהיינו בעיר לויביטש, עת פטירת הרה״ג כו׳ מוה׳ דוב ז״ל, והיה שם עוד הגאון האדיר כו׳ מו״ה ישראל יהושע זצללה״ה האבד״ק קוטנא, והגאון מוה׳ חיים אלעזר זצללה״ה האבד״ק קאליש. ובן הרב הנפטר ז״ל הוא הרב מוה׳ אפרים שלמה ז״ל, שהיה אבד״ק ליפנא, ובעת ההוא היה אבד״ק פיעטריקאוו דקוא. תבע מהעיר את מקום אביו ז״ל מכח ירושת הבן. וישבו בי״ד לדון בזה, ושנים מהם היו הגאונים מקוטנא ומקאליש הנ״ל. וכ״ק אבי אדומו״ר זצללה״ה לא הי׳ מהבי״ד הלז, ופסקו הם ז״ל כדברים האלה, שאם יהיה לבן הרב הנ״ל רוב מנין או רוב בנין, אז זכה בהרבנות מכח ירושת אביו, ואם לא, אין לו שום טענה ע״ז. ובאתי וספרתי הדברים לפני כ״ק אבי אדומו״ר זצללה״ה, ואמר ב״ה ששם בפיהם דבר אמת שכוונו את ההלכה לאמיתה של תורה, ולא הגיד לי בפלפול הלכה זו מאומה״. הרי שדעתם שאין ירושה אא״כ יהיו רוב מנין או רוב בנין, וכנראה במי שאינו בן, צריך שניהם, גם רוב מנין וגם רוב בנין.

כל הנ״ל מדברי השם משמואל בדעת אביו, אולם באבני נזר עצמו שם האריך לחלוק

על כל דברי הח״ס הנז׳, ודעתו דיש לפסוק כריב״ש והמבי״ט, שהבן יורש את אביו ברבנות. ושם אות נד הסיק דיש להעמיד הירושה ברבנות. דכל ראיות החת״ס סתורים ותמוהים, ומהרשד״ם והרמ״ע (בעשרה מאמרות) מיעוטא, נגד הריב״ש והמבי״ט ומהר״ש אלקבץ, בפרט שהריב״ש הוא מתקיפי קמאי. וגם מהרשד״ם מודה דנגד מי ששוה לו, הבן קודם, כמ״ש בתש׳ גינת וורדים לדעת מהרשד״ם (עיין לעיל). רק אם אחר גדול יותר, יש להקדימו משום צדק צדק תרדוף. כמו כן הרבנים בזמנינו יש להם דין מלך לענין ירושה, הואיל ואין סמוכין, וממילא כל רבנותם היא להנהגת המדינה; ״וכן נתפשטה הוראה בכל העולם, שהבן שהוא ראוי לאותה איצטלא, זכה

בירושת אביו ברבנות. ותו לא מידי". ושם בסי' שיד כתב, דאף במקום מחלוקת, אם רוצה את המגיע לו ע"פ דין, לא מצאנו שיהיה חייב לאבד את שלו, כנגד אלה הרוצים לאבד זכותו בירושה.

גם הדברי מלכיאל (ח"ד סי' פב) האריך לחלוק על החת"ס, וכתב דיש ירושה ברבנות, ואין ראיה מתה"ד לשיטת מהרשד"ם, וקם דינא שיש דין ירושה אף במינוי הבא מכח התורה, אם נתמנה בפירוש. ושכן כתב הריב"ש סי' רעא, והובא להלכה ברמ"א יור"ד סי' רמה, דאף במינוי הבא מכח התורה שייך דין זה. ומה שנדחק החת"ס שאז נהגו שהרבנים היו נוהגים שררה גם בשאר צרכי העיר, זה אינו, שהרי מקור הרמ"א הוא מהריב"ש, ושם איירי רק לענין הרבצת תורה וסידור גיטין וקדושין וחליצות. עוד הוסיף, שחייב להיות הרב בקי בפוסקים, ולא סגי במה שיהיה ממלא מקום אבותיו ביראת חטא: "ובודאי צריך ג"כ שיחכם בחכמת התורה כפי הראוי למינוי זה. דודאי אין שייך שימנו לרב ומורה את איש שאינו בקי בפוסקים, ואף שהוא ירא חטא אחד בדור. וכן לא ימנו למלך את מי שאינו יודע טכסיסי מלוכה ואינו חכם להנהיג המלוכה, ואינו עלול להתלמד ולהרגיל את עצמו בזה. וכן לממונה על האוצר או על קופת צדקה וכדומה, לא ימנו איש שאינו יודע חכמת החשבון ואינו יודע לכתוב. וכדומה כל אחד לפי מינויו צריך להיות ראוי לכך. וכן במידותיו צריך להיות נוח לבריות, ולא יהי חרש או עור ועוד כאלה, שלא יוכל להנהיג הענין כראוי בשביל זה. והש"ס והרמב"ם נקטו רק יראת חטא, שזה צריך בכל המינויים שבישראל. אבל פשוט שצריך להיות ראוי לאותו המינוי שרוצה להתמנות. ודאיתא בסוף הוריות שכל ישראל ראוים למלוך, הכוונה אותם שהם בני דעת ויכולים להתלמד טכסיסי מלכות". אמנם אם יש מחלוקת אם הוא ראוי או לא, ואם יצטרך לדעת רוב הציבור בכה"ג, א"כ לעולם הרוב יוכל לבטל את דין הירושה (וכן ראיתי שכתב בתש' שאילת שלום ח"ב סי' רעו, דלא מצאנו שתהיה ירושה תלויה בדעת אחר). לכן מציע הדברי מלכיאל, שיביאו מספר רבנים יראי ד' שאינם נוגעים בדבר., ואם יסכימו שיכול להורות כראוי, והוא ירא שמים ובעל מדות טובות, ימלא מקום אבותיו ברבנות.

[ואגב כאן אביא מש"כ הדברי מלכיאל שם, אף שאינו נוגע לנדו"ד, בנדון מה שנשאל שם (והוא נידון התש' שם), בעיר שהיו בה שני רבנים, אשכנזי וספרדי, ונפטר הרב הספרדי, והסכימו הקהל לקבל את הרב האשכנזי כרב יחיד בעיר, ומשפחת הרב הספרדי מערערת, עיי"ש. ובסוף דבריו כתב הדברי מלכיאל, וז"ל: "וגם מצד טענת הרוב שרוצים שיהי רב אחד לכל העיר, הוא ג"כ תיקון גדול שלא יהי פירודי דיעות בעיר וכמ"ש בחיבורי ח"א סי' לה, דבכה"ג שאומרים כהוגן שומעים אף למיעוט".]

גם בשדי חמד (ח"ח, מערכת חזקה במצות, ז,יז) כתב שסברת מהרשד"ם "עזובה היא מבעלי אסופות", הריב"ש, והר"ן שהביא דברי הירושלמי מקרשי המשכן, ראנ"ח

סי׳ ע, מהרש״ך, הדברי ריבות (הובאו הנ״ל לעיל), וכמש״פ כנה״ג או״ח סו״ס נג, וכן פסק הזרע אברהם סי׳ נג, דחכם העומד על קהילה אחת, דמי למלך וכהן גדול, דדבר אחד בדור, ואין שני דברים בדור. ושם באות יח דחה את הראיה מתה״ד, דשם דן תה״ד מדין השגת גבול (וכנ״ל). ועיי״ש באות כו-כט שהאריך לחלוק על החת״ס. ומסקנתו שהבן קודם לכל אדם, אף אם יש גדולים ממנו. ואין הציבור יכולים לומר קים לי כמהרשד״ם, דהוי דעת יחיד, וגם מילתא דאיסורא, עיי״ש.

ודעת הגאון הרב יוסף זכריה שטרן, בתש׳ זכר יהוסף חאו״ח סי׳ יח, דמלכתחילה אין ירושה ברבנות וכדעת החת״ס, ודחה המשיגים עליו. ואף אם מינוי האב היה לזמן, המנהג לא להעבירו מכהונתו לכל ימי חייו משום חשדא, אין מנהג מבורר שבנו יהיה אחריו. אולם אם אין מצוי להם לפי ראות עיניהם רב אחר העדיף מהבן, ואף אם לא הגיע למעלת אביו וחכמתו, טוב שיעשו חסד עם הבן: ״בפרט להכרעת רוב האחרונים כמבי״ט, דאם ממלא מקומו קצת, קודם לזולתו״. ושם מביא מעשה נורא הוד מבעל השאגת אריה, כשהיה רב במיץ, והיה כבר בעת זקנותו, שלחו אליו ראשי הקהל ביום הפורים משלוח מנות, ובו היה גם כתב רבנות לבנו, שימלא מקומו לאחר אריכות ימים ושנים, וקרע השאגת אריה את כתב הרבנות לגזרים, כי אם יהיה ראוי, גם אם לא יוכשר בעיני ראשי קהל מיץ, יקראוהו להיות רב בעיירות אחרות, ואם לא יהיה ראוי מצד עצמו; ״איך תחשדו אותי שיהיה אלי לרצון להכיר פנים במשפט, להעמיד בראש מי שאינו ראוי לזה, רק לכבודי״. ועיין לעיל בתחילת הסי׳ בדברי הגרי״ז שטרן בדבר תשובה בענין.

לאמור לעיל דעת רוב הפוסקים כדעת הריב״ש והמבי״ט, שאם הבן ראוי, אף אם אינו ראוי כאבותיו, והאחרים אפי׳ גדולים ממנו בחכמה (אם לא מדובר בגדולים בהרבה, ללא יחס, וכנ״ל), הבן ימלא מקום אביו. ובדיקה זו אם הוא ראוי אם לאו, תעשה ע״י רבנים מובהקים שאינם נוגעים בדבר, וכמש״כ הדברי מלכיאל, אם מועלית טענה שאינו ראוי כלל, או שהאחרים גדולים בהרבה ללא כל יחס. (וכל זה ברבנויות וקהילות בחו״ל, שמלכתחילה היה המינוי מטעם הקהילה והכל נעשה לפי דין תורה. אבל באר״י, כאשר מינוי של רבני ערים ושכונות נעשה בהתאם לחוק, כבר האריכו הפוסקים ודנו אם שייך בזה דין ירושה, עיין פד״ר ח״י עמ׳ 35, ח״י עמ׳ 38, חי״א עמ׳ 97).

### ג. כשיש בן שאינו ראוי, האם פקע דין ירושה

ובנדו״ד יש שני בנים העוסקים למחיתם בעסקים, ואינם יכולים למלא מקום אבותם, והשאלה אם בכה״ג כבר פקע דין ירושה, או כשיש קרוב אחר הראוי ליורשו,

יש בזה דין ירושה. והנה דינים רבים בדין מינוי מלך, כתב במנחת חינוך (מצוה תצז, וחלקם אינם שייכים לנדו״ד, אולם לרוב חשיבותם שמהם נלמד לדברים אחרים, אביא בקצרה), וז״ל:

״ודוקא שהיורשים יראי שמים וממלאים מקום אבותם ביראה, אע״פ שאינו בחכמה, אבל אם אין בו יראת שמים, אין ממנין אותו וכו׳, והוא הדין שאינו יורש, וחוזרת הירושה כמו שאין לו בנים, דחוזרת לאחים ולמעלה עד יעקב אבינו, וכאן עד דוד המלך ע״ה דהוא זכה בכתר מלכות. ומבואר ברמב״ם ובהרב המחבר דאין מעמידין אשה במלכות, שנאמר; מלך ולא מלכה וכו׳. ואפשר לומר דוקא בתחלת המינוי, אבל בירושה, אם הניח בת אפשר דאף הבת יורשת המלוכה, כמ״ש הגאון בעל נו״ב במהדורא קמא חחו״מ סי׳ א לענין קהל גרים, דאף אם אמו גיורת, מ״מ כיון דנפקא לן משום תשים וגו׳ מקרב אחיך, והיינו תחלת השימה, אבל אם הוא בירושה שפיר דמי דלא הוי שימה. ובזה יישב על רחבעם שבא מנעמה העמוניות, ובס״ד יבואר לקמן, הכי נמי שום וגו׳, מלך ולא מלכה, אבל בירושה אפשר מלכה גם כן, וצ״ע. ואפשר כיון דילפינן הירושה דכתוב הוא ובניו וגו׳, בניו ולא בנותיו ואינם יורשים כלל המינוי שלו, רק זכרים. ונראה דבני בנים הזכרים הם ג״כ יורשים, אע״פ דבא מכח בת, ע׳ ביבמות, וצ״ע. והנה אם היה כן דבירושה אף מלכה ש״ד, א״כ כיון דקי״ל מי שיש לו בן מ״מ, אפי׳ ממזר הרי הוא כבנו לכל דבר, א״כ יורש המלוכה גם כן. אף שבתוספתא, והגהת מיימוני מביאו, מבואר דאין ממנין אלא מן הנשואין לכהונה, דכתיב שום וגו׳ מקרב וגו׳, ממובחר וגו׳, ג״כ לענין התחלה, אבל בירושה שפיר דמי, כיון דיורש מהתורה. ... יש לספק אם המלך יש לו רשות למנות מלך אחד מבניו קטן לפני הגדול. אפשר כמו בירושה, דקי״ל כרבי יוחנן בן ברוקה דיכול להנחיל יורש בין יורשיו, הכי נמי. או אפשר שם עכ״פ הוי יורש, אבל כאן בן הקטן אינו יורש כלל במקום גדול. או מ״מ כיון דהוא יורש בכל נכסיו והו״ל יורש, ויכול להנחיל כרצונו. ומדוד המלך ע״ה ששלמה ירש המלוכה, אע״פ שהיו בנים גדולים ממנו, וכלאב היה צדיק גדול כמבואר בברכות (ד,א), שם היה על פי דיבור כמבואר בקרא, וצ״ע.״

וכמה דינים למדנו מדברי המנ״ח, ולנדו״ד, בתחילה כתב שאם בנו אינו ראוי, חוזרת הירושה לאחים, והיינו כביכול אין לו בן. ולפ״ז אין הנכד יורש את סבו, דכשבן אינו ראוי חשיב כאין לו בן כלל, וממילא אחיו יורשים אותו. ובהמשך כתב להדיא דבני הבנים הזכרים יורשים. ומה שנשאר בצ״ע, נראה דמיירי בבני בנים הבאים מכח הבת, אבל בני בנים, נראה דיורשים כשאין האב ראוי, דחשיב כמת ובנו יורש אחריו. רק השאלה אם בכה״ג יש עדיפות לבן של הבן הגדול, והבן הגדול של הבן הגדול.

וזה תלוי במש״כ בהמשך דבריו, אם יכול האב להנחיל לבן הקטן, והביא ראיה מדוד המלך, ודחאה, ששם היה ע״פ הדיבור, ונשאר בצ״ע. (ולמסקנת דבריו גם בת אינה יורשת, ואין חילוק בין שימה לכתחילה לבין באה מכח ירושה, מה גם דלא שייך בענין זה ירושת הבת. ועיין מש״כ האבני נזר חיור״ד שיב,עד, שהעמדת מלכות הוא למשפטים ולמלחמות, ואשה פסולה לדון, וגם לאו בת מלחמה היא כבריש קידושין, וע״כ כתב החינוך (מצוה תרג – תרד) שאין נשים מצוות במחיית וזכירת עמלק, וא״כ אין אפשרות שתירש הבת המלכות רק אם ישראל יקבלו אותה, דקיבלו מהני בממון אפי׳ בפסולין, וכיון דתהיה מצד קבלתם, הרי זה שימה של מלכה, והוא בכלל תקים מלך ולא מלכה.)

ולכאורה בת״כ (פרשת צו, פ״ג פ״ה אות ב) מבואר שאם הבן אינו ראוי, יבוא אחר וישמש תחתיו: ״מבניו יעשה אותה, מלמד שיהא בן קודם לכל שבעולם, יכול אע״פ שאינו ממלא מקום אביו, תלמוד לומר אשר ימלא את ידו, בזמן שימלא את מקומו של אביו הוא קודם לכל אדם, ואם אינו ממלא מקום אביו, יבוא אחר וישמש תחתיו״. וראיה זו הביא בתש׳ עבודת הגרשוני (סי׳ מט): ״כי אין לבנות לירש גדולת ושררת אביהן, כי עיקר מוצא מקור דין זה שיוכל אדם להוריש גדולתו לבניו, הוא מהא דאיתא בת״כ פ׳ צו (והמעיין שם יראה באר היטב, שאין לבנות לירש גדולת אביהן)״.

ולכאורה יש להקשות, מהא דתנן בתוספתא שקלים ב,טו, לענין גזברים ואמרכלים: מי שיש לו בן, בן קודם, אח - אח קודם. כל הקודם בנחלה קודם בשררות, ובלבד שינהג כמנהג אבותיו. ולכאורה זה לא כת״כ. ובפירוש הר״ש משאנץ על הת״כ פירש, שכוונת הת״כ שיבוא אחר, היינו קרוב אחר, והביא התוספתא (עיין אבני נזר חיור״ד שיב,סט), ומבואר שדברי הת״כ כתוספתא. וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מלכים א,ז (הנ״ל); ״וכל הקודם בנחלה קודם לירושת המלוכה, והבן הגדול קודם לקטן ממנו״. וכן בהל׳ כלי המקדש ד,כ: ״כשימות המלך או כהן גדול או אחד משאר הממונים מעמידין תחתיו בנו או הראוי ליורשו, וכל הקודם לנחלה קודם לשררות המת״.

ובמרדכי (ב״ק סי׳ קח) מבואר שלמד בת״כ שאין קרובים אחרים יורשים, וז״ל: ״ועוד השיב ר״מ על ראובן ושמעון שהיה להם ירושה, שאין שום אדם רשאי לבנות דבר בבית הכנסת זולתם, ועתה בא ראובן למכור חלק ירושתו לאחד מעשירי העיר. דנראה לאו כל כמיניה, שהרי לא השליטו הקהל על אותה מצוה אלא לאותו האיש ולזרעו, אבל לא למכור לאחרים. ודמיא להיא דת״כ פרשת צו גבי ככהן גדול, תחתיו מבניו, שבנו קודם לכל אדם, יכול אע״פ שאינו ממלא מקום אבותיו, ת״ל ואשר ימלא ידו, בזמן שממלא מקום אבותיו – אין, ואם לאו, יבא אחר וישמש

תחתיו. כל שכן שאינו רשאי למוכרו לאחר בלא רשות הקהל. וכן כל מיני שררה כהונה ולויה וכיוצא בהן, אין לו רשות למכור". ודברי המרדכי הובאו להלכה ברמ"א חו"מ קמט,לא, ובשו"ע או"ח קנג,יב. ומזה מוכח שהמרדכי פירש בת"כ דקרובים לא יורשים. ועיין באבני נזר חיור"ד שיב,נט.

והאבני נזר (חיור"ד שיב,סא-סג) כתב לבאר את דעת הרמב"ם, דדוקא כשאין לו בנים, עוברת הנחלה לקרובים, אבל אם יש לו בן שאינו ראוי לירש, אין הקרובים האחרים יורשים את האב, והתבטל דין ירושה בשררת האב. דתנן בב"ק קח,ב: הגוזל את אביו ונשבע לו ומת, הרי זה משלם קרן וחומש ואשם לבניו או לאחיו, ואם אינו רוצה או שאין לו, לוה ובעלי חוב באין ונפרעים. והראשונים שם (עיין ברש"י ועוד) פירשו, שמשלם קרן וחומש לבנים של אביו, דהיינו אחי הגזלן, ואם אין לו לגזלן אחים והוא בן יחיד, משלם לאחים של אביו. ואף שנפלה ירושה קמיה דהאיך, בעי למעבד השבה ואין מעכב אפילו כנגד חלקו. אולם הרמב"ם בפירוש המשניות כתב, דמיירי באחים או בנים של גזלן, שאם לא היה לו לגזלן לא אחים ולא בנים, או שלא רצה הוא ליתן אותה הגזלה לבניו, יפרענה בחובו או בכתובת אשתו או לצדקה. וכ"פ הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה ח,ב-ג, וז"ל: "הגוזל את אביו ונשבע לו ומת האב, אם אין הגזלה קיימת או נשתנית עושה חשבון עם אחיו על הקרן ועל החומש, ואם הגזלה קיימת חייב להוציא הגזלה עצמה מתחת ידו, לפיכך נותן את הגזלה ואת החומש לאחיו ועושה עמהן חשבון. אם אין לו אחין, שנמצא זה הגזלן לבדו הוא היורש, מוציא הגזלה מתחת ידו לבניו, ואם אין בנים לזה הבן הגזלן, נותנה לבעל חובו או בהלואתו או לצדקה". ודעת הרמב"ם הובאה בשו"ע חו"מ שסז,ה, והרמ"א שם הביא דעת החולקין, והם הראשונים האחרים המפרשים דמיירי באחיו של האב הנגזל. ומבואר מהרמב"ם שאם הגזלן בן יחיד, אינו נותן לאחי אביו. ואף שהב"י כתב לדעת הרמב"ם, דמיירי אם אין לו בנים ואחים ואדם הראוי ליורשו, וכן נראה מפירוש המשניות, מ"מ לשון הרמב"ם מורה שלדעת הרמב"ם מיירי דאף ביש לו קרובים אחרים, אינם יורשים. ומזה למד האבני נזר, שדעת הרמב"ם דאם יש בן שאינו ראוי ליורשו, בטלה דין ירושה משררת האב. ולכן לשיטת הרמב"ם מתפרש דברי הת"כ, דיבא אחר וישמש תחתיו, דכיון שיש בן שאינו ממלא מקומו ואינו יורש בשררת האב, מ"מ מעכב על שאר קרובים מלירש. וכל זה לשיטת הרמב"ם.

לאמור לעיל מסיק האבני נזר חיור"ד שיב,עז, דיש ג שיטות בדבר, דעת הר"ש משאנץ דקרובים יורשים בין בכהונה בין במלכות בין ברבנות, ואפי' הניח בן שאינו ממלא מקומו, יורשים הקרובים האחרים. ולדעת הרמב"ם יורשים קרובים, אא"כ הניח בן שאינו ראוי למלא מקום אבותיו, דנתבטל דין ירושת שאר הקרובים. ולדעת המרדכי ועבודת הגרשוני, אין קרובים יורשים. וכל זה לתורת כהנים, אולם לתוספתא אפי'

קרובים יורשים, בין בכהונה בין במלכות בין ברבנות. ומסקנת דברי האבנ״ז, דקרובים יורשים, דכן מצא גם בדברי חיים (עיין להלן), דאף שהרמ״א לא כתב אלא בנו ובן בנו, אין לחלק ואף שאר קרובים יורשים. וכן נראה להלכה גם למרדכי ועבוה״ג דקרובים יורשים מספק, וכל שכן דלר״ש משאנץ יורשים בודאי, ואין ספיקו שלהם מוציא מידי ודאי של הר״ש. ולפ״ז אף דלדעת הרמב״ם בנדו״ד לא ירש הנכד, מ״מ הסיק האבני נזר דלהלכה אף בזה יש דין ירושה.

והדברי חיים שהזכיר האבנ״ז, הוא ביור״ד סי׳ נג, שכתב דגם קרובים יורשים: ״הנה דבר זה מבואר בספרי (פרשת שופטים פי׳ קסב) וספרא (פר׳ שמיני) דכל הראוי ליורשו קודם לכל אדם בכל המנויים לפרנס הצבור, הגם שברמב״ם ושו״ע אינו כתוב רק בן בנו קודם, מ״מ המעיין בבירור יראה שלאו דוקא בן בנו, הוא הדין כל הראוי ליורשו, כמבואר בהדיא בתוספתא דשקלים (ב,טז) ומביאו הריב״ש סי׳ רעא בלא חולק. וגם ברמב״ם גופיה משמע כן, כמבואר למעיין בהל׳ מלכים א,ז, והרמ״א ז״ל אגב שיטפא נקיט בן בנו כלשון הרמב״ם ז״ל, אבל באמת כל הקודם לירושה קודם״. וכן מבואר בדברי מלכיאל (ח״ד סי׳ פב ד״ה וירושה), דירושה זו אינה דוקא לבנים אלא לכל הראוי ליורשו, והביא ראיה מתוספתא פ״ב דשקלים. ואע״ג דבקרא לא כתיב רק בניו, מ״מ כיון דאתינן עלה משום ירושה, יש בזה כל דין ירושה. ואפשר דילפינן לה מקרא ובניו אחריו. ובתחילה רצה הדברי מלכיאל לומר, שאם יש לו בנים שאינם ראויים, דבטלה דין ירושה מהאח. ואף דמצאנו גבי בנים שאם הבכור אינו ראוי, ניתנה הנשיאות להשני וכדמוכח בכתובות קג,ב. י״ל היינו רק בבנים שירושתם שוה, אבל לא לאח וכדומה. וכן נראה להוכיח מתו״כ (פרשת שמיני), שאילו היה לנדב ואביהוא בנים, היו הם ממלאים מקומם ולא אלעזר ואיתמר, שאילו היה להם בנים, בטלה הירושה מאחיו. והקשה הדברי מלכיאל, דשם אם לא היו להם בנים, הלא האב הוא יורש, דהאב קודם לכל יוצאי יריכו. וא״כ אהרן יורש אותם. ועכצ״ל דכיון שאהרן היה כהן גדול ולא שייכא ביה ירושת סגן כהונה, לזה חזרה הירושה לאחיהם אלעזר ואיתמר; ״הרי שאם היורש אינו ראוי. יורש אותו הראוי לנחלה אחריו. אך זה אינו, דשאני התם שלא היו אחרים שיעשו אותם לסגני כהונה. ויש לדון בזה עוד מהא דב״ק (דף קט) שאם נדר הנאה מנכסי אביו יטלו בניו או אחיו. הרי שכיון שנסתלק מנכסים הללו. יורשם הראוים לירושה אחריו, וע״ש בשטמ״ק ובתוי״ט בזה. ויש לדון בזה מהא דקיי״ל בחו״מ סי׳ רפג שמומר אינו יורש, ואין יורשים אותו יורשיו רק יורשי המוריש דהוי כאלו מת, ואם הוא קטן שאין שייך לקנוס אותו, אזי שייכת הירושה ליורשיו ע״ש. ולפ״ז י״ל דבנ״ד אם אין הבנים ראוים לירש את מינויו, יורש אחיו תחתיו״.

ומצאנו באחרונים דאם הבן אינו ראוי, בני הבנים יורשים מקום הסבא, אף אם שאר קרובים אינם יורשים. כן נמצא ברש"ש ב"ב קנט,א, על הא דאיתא בגמ' שם; מכח אבוה דאבא קאתינא, דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך, תשיתמו לשרים בכל הארץ, כתב הרש"ש, וז"ל: "אולי יכוון הש"ס בהביאו סוף הפסוק תשיתמו כו'. מפני דמפרש ליה ג"כ לענין ירושה, דקיי"ל דבכל עניני שררה בנו קודם אם ממלא מקומו. ואם בנו אינו ממלא מקומו ובן בנו ממלא, יירש הוא את השררה, וזהו תחת אבותיך כו' תשיתמו לשרים, ומוכח יותר דהירושה באה אליו מזקינו בלי אמצעית בנו, שהרי הוא איננו בירושת השררה". מבואר מהרש"ש דבני הבנים יורשים ישירות מסבם, דאף שהאב אינו ראוי ואינו מוריש, בן הבן יורש את סבו.

והגר"מ אריק, בתש' אמרי יושר (ח"א סי' קכא), דאם הבן אינו ראוי, ויש לנפטר אחים או בני אחים, לא אמרינן מכח אבוה דאבא קאתינא רק בבני בנים ולא בשאר יורשים, דכן כתב בעה"ת, ואף שמתוס' משמע שגם בשאר יורשים י"ל מכח אבוה דאבא קאתינא (עיין ב"ב קיא,א ד"ה מקיש, ועיין מה שכתבתי כאן בסי' טו), מ"מ לענין חזקת שררה בשאר יורשים לא אמרינן כן, דאל"כ מי שמת והניח בנים שאינם ראויים, ואף האחים לא ראויים, תהיה הנחלה ממשמשת בכל השבט; "וזה דבר שלא ניתן להאמר כלל". והביא מהבית יצחק (חיור"ד סי' ע) דאם מת והניח בת, בן הבת יורש שררתו, והסכים לדבריו דמהני מכח אבוה דאבא קאתינא, עיי"ש. וע"ע בחקרי לב חאו"ח ר"ס יח, וסי' כד, ובשדי חמד ח"ח, מערכת חזקה במצוות ז,סה, ח,יז, מש"כ בזה.

**המורם מהאמור לעיל דיש לנכד הנ"ל דין ירושה ברבנות, ובפרט שכבר החזיק בכהונה בחיי סבו. וגם שכתב כן הרב בצוואתו, שהוא מעלה נוספת לעשות נחת רוח לנשמתו. ואף שבעצם השאלה אם יכול להנחיל למי שאינו ראוי ליורשו, נשאר המנ"ח בצ"ע, ודעת הערול"נ שיכול לתת למי שראוי ליורשו, לאחד מבניו, וכמו שדוד המלך ע"ה נתן המלוכה לשלמה, כמבואר לעיל בריש הדברים, כאן שהוא ראוי ליורשו מצד היותו בן בנו, די"ל מכח אבוה דאבא קאתינא, ודאי יש בזה טעם נוסף לשבח שלא למנות אחר, אלא לקיים את רצונו של הרב ולמנות נכדו תחתיו.**

# סימן לג

## סילוק מעזבון

### ראשי פרקים

**א. מחילה בדבר שלא בא לעולם**

**ב. מחילת קנס במפותה**

**ג. סילוק מדבר שלא בא לעולם**

**ד. סילוק מירושת אשתו בלשון טובה או קנין**

**ה. הטעם שמועיל סילוק בירושת הבעל**

**ו. סילוק מנחלת אבותיו**

**ז. סילוק מזכות ירושה המגיעה ע"פ חוק**

אב שנתן לבתו סכום כסף גדול מאד לצורך נישואי ילדיה, והתנה עימה שסכום זה הוא במקום מה שתקבל בירושה אחרי מאה ועשרים, וכן כתבה לו שטר בזוה"ל: "הואיל ואבא העביר לי סכום כסף גדול (לא מצוין הסכום), אני מצהירה בזאת שאני מסתלקת מעזבון ההורים לאחר מאה ועשרים שלהם". נשאלתי ע"י אחד האחים, אף שהבת/ האחות מסכימה ומבינה שבכל מקרה היא לא מוכנה לקבל חלק בעזבון, ואין זה ישר לטעון אפי' לחלק בעזבון, אם יש תוקף לשטר הנ"ל.

## א. מחילה בדבר שלא בא לעולם

בנדו"ד יש לדון אם מדובר בסילוק מדבר שלא בא לעולם, או במחילה של דבר שלב"ל, ושונה הדין בין מחילה לסילוק (עיין רמ"א חו"מ סי' רט סוף סע/ ד, וסע' ח), וכמו שיתבאר להלן, מ"מ להבנת הדין יש לדון תחילה בדין מחילה בדבר שלא בא לעולם. דהנה לכאורה מצד הסברא היה מקום לחלק בין קנין בדבר שלא בא לעולם, למחילה בדבר שלא בא לעולם, דבקנין בדשלב"ל י"ל דלא מהני הקנין, דכיון שאין לקנין על מה לחול, לא מהני, וא"כ מחילה שאינו מעשה קנין, אין דבר שצריך לחול עליו מעשה, ולכן יש מקום לומר דמהני. ואף לסברא שאינו גומר בדעתו בדשלב"ל, י"ל דכל זה בדבר כקנין שצריך גמירות דעת יותר, משא"כ מחילה סגי גם בגמירות דעת כזו.

הגמ' בב"ב קעא,ב מקשה, מדוע כשרים שטרי חוב מאוחרים, דמה ששטר מקח וממכר מאוחרים פסולים, מחשש שמא ימכור לו בניסן, ויכתבו השטר על תשרי שאחריו,

ובין לבין יזדמן למוכר כסף ויקנה בחזרה מהקונה, ויוציא הקונה שטר מאוחר ויאמר עכשיו קניתי, דא״כ חשש זה קיים גם בשט״ח מאוחרים, שמא יזדמן לו כסף בין לבין ויפרע, ויוציא המלוה שט״ח מאוחר ויאמר כעת הלויתי לך. והעמידה הגמ׳ כמ״ד אין כותבים שובר, ולכן אינו פורע החוב אא״כ קורע השטר, ואין לחוש שיוציא המלוה השטר המאוחר. והקשתה הגמ׳, והאידנא שכותבים שטרות מאוחרים וגם כותבים שובר, איך כשר שט״ח מאוחר. בתר דאמר להו ר׳ אבא לספריה, כי כתביתו שטר מאוחרי כתבו הכי, שטרא דנן לא בזמניה כתבניה, אלא אחרנוהו וכתבנוהו. והקשה רב אשי לרב כהנא, דהאידנא שלא כותבים כך בשטר מאוחר, איך מכשירים שט״ח מאוחר. בתר דאמר ליה רב ספרא לספריה, כי כתביתו הני תברי, אי ידעיתו זימנא דשטרא – כתבו, אי לא - כתבו סתמא, דכל אימת דנפיק לרעיה (בתוך השובר פלוני פרע לפלוני חוב פלוני כך וכך של אותו השטר שכתוב בו זמן פלוני, ואז לא יוכל לרמות, שאפי׳ כתב את השטר מאוחר, הרי השובר מוכיח עליו דהוא פרוע. ואי לא - אדכרתון זמן הכתוב בשטר, כתבו השובר סתמא, שלא יהא כתוב שום זמן בשובר אלא סכום המעות שהיו כתובין בשטר כותבין בשובר, דכי היכי דכל אימת דנפק השטר שכתוב בו סכום ממון כזה, לורעיה השובר, לא שנא אם השטר קודם לשובר לא שנא מאוחר הימנו, דהא תברא סתמא כתוב. ומעתה צריך המלוה ליזהר שלא ילוה עוד ללוה הזה כסכום ממון הכתוב בשובר, דהא תברא מרע ליה, ואם הלוהו כסכום ממון ההוא, הוא ניהו דאפסיד אנפשיה - רשב״ם). אמר ליה רבינא לרב אשי, ואמרי לה רב אשי לרב כהנא, והא האידנא דלא קעבדינן הכי. אמר ליה, רבנן תקוני תקיני, מאן דעביד עביד, מאן דלא עביד, איהו הוא דאפסיד אנפשיה.

מכח גמ׳ זו הוכיח הר״ן בתש׳ (סי׳ כג) דלא מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם, דאי מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם, מדוע נצרך רב ספרא לכתיבת שובר מסוג זה, יכתוב לו שטר מחילה שהוא מוחל שטר של סך פלוני שהוא חייב לו וכל שעבוד של שטר שיתחייב לו מיום זה ואילך מזה הסך, ואי ילוה המלוה ללוה שוב, יזהר שלא ילוה לו סך דומה. ותקנה זו עדיפה מתקנת רב ספרא, דלתקנת רב ספרא, אם יביא המלוה ראיה מתי נעשה השובר, יגבה עם השטר המאוחר, דכיון דלא מרע ליה אלא מספקא, דהשתא איברי ליה ההוא ספקא גביה, ונמצא לוה מפסיד; ״אלא שמע מינה דאינו יכול למחול, דאי לא, ליתקון הכי דמרע ליה ודאי, ולא ליתקון תברא דלא מרע ליה אלא מספק, ואפשר שיתברר הדבר ואכיל מלוה וחדי ... וכי תימא אי תקון הכי, הוה יכיל למהדר ביה, וכדאמרינן (יבמות צג,א) במוכר פירות דקל, דעד שלא באו לעולם יכול לחזור בו, ליתקון במעכשיו דאינו יכול לחזור בו. וכן כתב הרמב״ן ז״ל בפרק האומר בקידושין, וכן נראין הדברים. אע״פ שאין דברי רש״י ז״ל מכוונים בזה בבבא מציעא, אלא ש״מ אינו יכול למחול ״. ודברי הר״ן הובאו להלכה ברמ״א חו״מ רט סוף סע׳ ד.

ומה שהזכיר הר״ן מדברי הרמב״ן בקדושין ורש״י בב״מ, היינו לענין אם מהני מעכשיו שלא יוכל לחזור בו. דמדברי הרמב״ן קדושין (סג,א) משמע דאם הקנה לו דשלב״ל מעכשיו ולכשיבוא לעולם, אינו יכול לחזור בו. ובתחילה כתב כן לענין דבר שאינו ברשותו. בכותב לעבד, לכשאקחך, הרי עצמך קנוי לך מעכשיו. והקשה הרמב״ן רב הונא דסבר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וקאמר התם (יבמות צג,א) במוכר פירות דקל לחבירו עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו, משבאו לעולם אינו יכול לחזור בו. י״ל בדבר שלא בא לעולם לא מהני מעכשיו, דלא חל קנין כלל בדבר שאינו כלום, אבל בדבר שלא בא לרשותו אהני מעכשיו שאינו חוזר. ולתרוץ זה חלוק דבר שלב״ל מדבר שאינו ברשותו. אבל לתרוץ השני שכתב הרמב״ן, דהתם בשאמר סתם פירות דקל זה מכורין לך, וקמ״ל דלא אמרינן גוף דקל לפירותיו אקני ליה מהשתא, מבואר דגם בדשלב״ל אינו חוזר בו באומר מעכשיו. ורש״י ב״מ טז,ב (ד״ה קנויה), על הא דאמר רב הונא אמר רב, האומר לחברו שדה שאני לוקח, לכשאקחנה קנויה לך מעכשיו – קנה. פרש״י: ״שכשאקחנה לא אוכל לחזור בו״. ומשמע דקודם שאקחנה, יוכל לחזור. הרי דגם במעכשיו בדשלב״ל, וגם באינו ברשותו, יכול לחזור בו קודם שקנאה. ועיין קצוה״ח רט,ח מש״כ בזה.

והר״ן לשיטתו, כתב בחידושיו על הרי״ף (כתובות מא,א מעמוה״ר) דהא דתנן שם שכותב אדם לאשתו דו״ד אין לי בנכסייך, ואיתא שם בגמ׳ לענין סילוק מירושת אשתו; ״דוקא בכותב לה ועודה ארוסה, דשייך בה קצת, אבל קודם לכן, כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל, סלוקו לאו כלום הוא״. והיינו דלא מהני סילוק ומחילה בדבר שלא בא לעולם, ורק בעודה ארוסה דשייך קצת בנכסים, יכול להסתלק. ודברי הר״ן הובאו להלכה ברמ״א אהע״ז צב,א (ועיין בהפלאה בקו״א צב,ד שאין הכרח לפסוק כר״ן, לשיטת התוס׳ כתובות עח,ב ד״ה לא כר״י, ומה שפסק הרמ״א הוא מסברא, עיי״ש. וע״ע בישועות יעקב צב,ב מש״כ בזה). ולשיטתו אזיל הר״ן במש״כ בתש׳, דאין מחילה מהני לדבר שלב״ל, עיין בתש׳ חוות יאיר (סי׳ נ, תש׳ מעבוה״ג). וכן העמיד הש״ך חו״מ סו,קלד את דברי הרמ״א שם.

ומדברי המאירי בסוגיא ריש הכותב (כתובות פג,א) מבואר דמהני מחילה בדשלב״ל. המאירי שם כתב שדין המשנה, לאו דוקא בכותב אלא אף באומר, דכעין מחילה היא, ומחילה באמירה בעלמא סגיא. ובהמשך דבריו הביא גדולי המפרשים המחזקים את הטעם שלא יועיל תנאי בירושת הבעל, מצד שהוא דבר שלא בא לעולם, ואף שחיזקה בכל טענות שבעולם, לא הפסיד הבעל חלקו: ״ומ״מ לדעתנו אין הלכה כן, שהמחילה אף בדבר שלא בא לעולם היא ומשום הכי מהני בארוסה״ וכן בהמשך דבריו שם: ״יש מפרשים שכל שביארנו שמועיל בזכות שיש לו על נכסי אשתו, פירושו דוקא בלשון סלוק שהוא כעין מחילה, ומחילה אין בה לדעתם דין דבר שלא

בא לעולם, וכמו שאמרו (גיטין מג,ב) לכשתברח ממני אין לי עסק בך, אבל בלשון הקנאה אינו כלום, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". הרי שלא חילק בין סלוק למחילה, ודעת המאירי דמהני מחילה בדבר שלב"ל.

והב"ח בתש' (סי' קכד) כתב לדחות את ראית הר"ן משט"ח מאוחרים, די"ל דבתקנה שהביא רב ספרא סגי, ולא חוששים לחששות שכתב הר"ן, והגמ' נקטה אחת מהתקנות, כדרך הגמרא בכל מקום. אבל עיקר הדין מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם, דלשון הפקר להדיא מהני אפי' לא בא לרשותו, וממילא הוא הדין לדבר שלא בא לעולם, דטעם אחד לשניהם. דדוקא קנין לא מהני, כיון שאין הקנין נתפס על דבר שאינו ברשותו או בעולם, אבל ההפקר שהוא אינו אלא ע"פ דיבורו, ולא בא אלא להוציא מרשותו כנדר, מהני אף בלא בא לעולם או לרשותו. וע"כ מהני גם מחילה בדבר שעדיין לא נתחייב בו, שהמחילה אינה אלא סילוק, ובטוב יכול אדם להסתלק מדבר שלא בא לרשותו או בדבר שלא בא לעולם. והביא ראיה מכתובות פג,א, בכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך וכו', ובגמ' שם, ר' ינאי אומר בכותב לה ועודה ארוסה, וכדרב כהנא דאמר נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה; "ואדרבא, הסברא נותנת טפי דכל מאי דלא זכה ביה עדיין, מצי להסתלק ממנו, יותר ממה שזכה בו קצת, וכיון דאם נתחייב בו כבר יכול להסתלק, כל שכן בקודם".

ובאבני מילואים צב,ה כתב, דאף דס"ל לב"ח דמהני הסילוק בדבר שלב"ל מדין נדר, ולכן אפי' קודם ארוסין מהני, וציין לדבריו בקצוה"ח ריא,ד, דלא מהני בהפקר דבר שאינו ברשותו ודבר שלא בא לעולם. ועיי"ש באבנמ"ל דמהני הסילוק קודם האירוסין אך בשעת האירוסין, מדין דברים הנקנים באמירה, דאף שאין אדם מסתלק מדבר שלבל"ע ואין לו בו שייכות כלל, כיון שהתנו הסילוק קודם הקידושין ועמדו וקידשו על דעת תנאי הסילוק והרי בידו הוא להסתלק, אף שלא מועיל בו קנין, מהני מדין דברים הנקנים באמירה, דמועיל אף בדברים שאין נתפס בהם קנין.

ובתש' עבודת הגרשוני (מובא בתש' חוות יאיר סי' נ) דן בענין שטרי סילוק שנוהגים איש ואשה לכתוב קודם הנישואין, וכתב דלשיטת הר"ן (בתש' ובר"פ דכתובות) לא מהני שטר סילוק בקנין, דאם היה מהני שטר סילוק בקנין, מדוע לא תיקן רב ספרא שטר סילוק בקנין במקום השובר. וכתב דשיטת הר"ן היא רק אליבא דהרמב"ן דמהני מעכשיו בדשלב"ל שלא יוכל לחזור בו. ומייסדי השטרי סילוק סמכו על דעת רש"י (וכן דעת התוס' בפ"ק דב"מ טז,א ד"ה קנויה), דס"ל שאע"פ שאמר מעכשיו, יוכל לחזור בו: "והסברא נכונה לחלק בין מקנה ובין מוחל במקומה עומדת, ויוכל למחול דבר שלא בא לרשותו. וכיון שאין ראייתו של הר"ן מכרעת, תפסו המיסדים תיקוני שטרות דעת מהר"ם מרוטינבורק במרדכי בפ' הכותב כפשטן, שיוכל אדם

להסתלק מן דשלב"ל". ובהמשך דבריו כתב שאין צורך לנהוג ע"פ מש"כ הר"ן, והובא להלכה ברמ"א אהע"ז צב,א, להסתלק בין אירוסין לנישואין, שכבר נהגו מקודם לסמוך אשטר סילוק שנעשה קודם האירוסין, ע"פ המתקנים שהיה להם על מה לסמוך כנ"ל, ע"כ אנן נמי סמכינן עליהם מצד המנהג, אע"פ שהוא שלא כדין". הרי דעת עבוה"ג דלא כר"ן, ומהני סילוק ומחילה בדבר שלא בא לעולם.

ובשער המשפט נד,ג הביא את דברי הר"ן בתש' ואת הוכחתו ממה שהצריך רב ספרא שובר מיוחד, ולא עשה שטר מחילה. ומש"כ שם בהמשך דבריו, הוא לשיטת הר"ן, ונראה שהסכים לדבריו. שער המשפט כתב דדברי הר"ן נכונים ביחס לשטר הלואה, דלא מהני מחילה כשחוב לא בעולם, אולם אם מחל לו על התחייבות למתנה, כמו אב שנתן שט"ח לנדוניא של בנו, ובנו נתן לו לפני כן שובר מחילה על מה שיתחייב לו אח"כ, דמהני השובר בכה"ג, דנהי שאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם, השובר מורה שלא נתן לו השט"ח אח"כ ברצונו הטוב, והוי השובר כמו מודעא להמתנה שאח"כ, וכמבואר בחו"מ רמב,ט-י. ואף דבתשו' הר"ן מבואר בשאלה דעובדא דידיה הוה ג"כ בשטר מתנה, ואפ"ה פסק דלא מהני השובר שמקודם מטעם דבר שלא בא לעולם. שאני התם שהמעשה היה להיפך, שהבן נתן שטר חוב לאביו מנדונית חמיו, והאב נתן לו שובר מקודם על כל מה שיתחייב לו בנו, מפני בקשת כלתו אשת בנו, א"כ מה שנתן לו הבן שט"ח אח"כ ברצונו הטוב וגם נשבע לקיים כמבואר שם, מוכח שלא נתן לו באונס, ולכך לא מהני השובר הקודם, שאין הדבר מוכיח שהשט"ח שנתן לו הבן היה באונס. אולם מדברי הסמ"ע רט,כא שהביא דברי הר"ן בסתם לענין מתנה, משמע דאין חילוק. ומ"מ משער המשפט, ממה שנו"נ בדברי הר"ן, נראה דכן ס"ל להלכה, וכפי שהביאו הרמ"א רט,ד להלכה.

ומהרא"ל צינץ דן בדבר הר"ן, הן במעיני החכמה (ב"מ יז,א , אות תנח) והן בגט מקושר (סדר ג"ר אות מה), והאריך שם לדון ולסתור ראיות הר"ן, ובסוף דבריו כתב: "... אחר מחילת רוממות קדושת תורתו, אחר שסתרנו ראיתו, וגם דינו אינו נראה. וי"ל דשפיר מהני מחילה שלא יתחייב אח"כ, כדמשמע פשט הש"ס גבי נדרים, דאם מועיל הפרה לנדרים שחלו, כל שכן שיועיל שלא יחולו".

והנה הרשב"א בתש' (תש' חדשות מכת"י, סי' שכא, הובא בטור חו"מ סי' רמא, ונפסק להלכה בשו"ע חו"מ רמא,ג) דן במוחל לחברו מה שיטול מנכסיו, אם מחילתו מחילה אם לא. ופסק הרשב"א: "בודאי המוחל לחברו כל מה שיטול מנכסיו, יכול הוא לחזור בו קודם שיטול, אבל לאחר שיטול, מה שנטל נטל". ובסמ"ע רמא,י הקשה, דלא שייך לשון מחילה כי אם אדבר שביד חבירו ואינו בעין. וכתב לישב, דהכא נמי איירי דנתן לו במחילה ובמתנה בלשון המועיל, ולא בא כאן לדקדק בלשון

הנתינה אלא ללמדנו אימת יכול לחזור בו. ובש"ך שם ס"ק ה כתב לחלוק על הסמ"ע, שכשיטול מה שירצה בלא רשות, יהיה לו תביעה עליו, ומחל לו התביעה, משא"כ כשיש לו חפץ ביד חברו וחברו אינו רוצה ליטלו שלא מדעתו, לא שייך לשון מחילה, דאיזה תביעה יש לו עליו שימחול לו. ועוד י"ל, דכאן מיירי שיטול נכסים והנותן עצמו לא ידע מה שיטול, הן הממון הן כמה מטלטלים. ועיין בנתיבות שם רמא,ד מה שהקשה על הש"ך, וכיצד ביאר בדרך אחרת, דכשמניחו ליטול אח"כ הרי מקנה לו עכשיו באופן המועיל, עיי"ש.

ולכאורה להסבר הש"ך דהוי מחילה על תביעה עתידית, מוכח לכאורה מהרשב"א דלא כר"ן, דלר"ן איך מהני מחילת תביעה שלא באה עדיין לעולם. והשואל בתש' מהרי"ט (חאהע"ז סו"ס כ) כתב דהרשב"א והר"ן חולקים בדין מחילה בדבר שלב"ל, ויכול לומר קים לי כרשב"א. ומהרי"ט עצמו בתש' שאח"ז (סי' כא) כתב דהרשב"א לא מיירי כלל ממחילה בדבר שלא בא לעולם, אף שזו הלשון, אלא בנתינת רשות לקחת חפץ מרשותו, ובזה גם הר"ן מודה, דהר"ן מיירי בהתחייבות שמתחייב לו אחר המחילה, ובזה ס"ל לר"ן דלא מהני, וז"ל מהרי"ט: "דודאי מחילה מהניא לכל מה שיטול אחר כך, כמו שכתב הרשב"א ז"ל, שכל מה שהוא נוטל ברשות קעביד, ועל סמך מה שמחל לו, אבל דברי הר"ן ז"ל בחוזר ומתחייב אחר שנמחל, שחיוב אחרון מחייבתו מחדש", עיי"ש. וא"כ אין הכרח שהרשב"א חולק בזה על הר"ן. ובפרט נראה דלהסבר הסמ"ע והנתיבות, אין זה שייך לדין מוחל חוב שעדיין לא בא לעולם.

## ב. מחילת קנס במפותה

והגר"א בבאורו לחו"מ רט,יז, הראה מקור לדברי הר"ן שאינו מוחל דשלב"ל, מדברי הירושלמי כתובות ג,ז. ולהבין דברי הגר"א והירושלמי. דהנה במשנה כתובות מ,א תנן: יתומה שנתארסה ונתגרשה, ר' אלעזר אומר האונס חייב והמפתה פטור. ופירש רש"י שם: "דכיון דיתומה היא וקנס שלה היא ואחילתיה, דמדעתה נתפתתה לו – פטור. ובגמ' מפרש דנתארסה ונתגרשה מילתא אחריתי היא, ולא איתומה קאי". ומבואר ברש"י דאף את הקנס יכולה למחול, הגם שחיוב קנס הוא רק משעת העמדה בדין, ולא דמי לבושת ופגם שמיד חל חיובם, הרי שהקנס עדיין לא בא לעולם, ובכל זאת בפיתויה מחלה הקנס, הרי דלרש"י לכאורה יכולה למחול חוב שעדיין לא בא לעולם. (ושם בגמ' איתא, דהאי משנה, ר' אלעזר, בשיטת רבי עקיבא רבו אמרה. וכתב הגרע"א בדו"ח, ח"ב, כתובות פג,א על תוס' ד"ה כדרב, דרבי עקיבא ס"ל ביבמות צג,א דאדם מקנה דבר שלב"ל, דר' אליעזר בן יעקב כר' עקיבא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ולפ"ז אין ראיה ממשנה זו למ"ד אין אדם מקנה דבר שלב"ל, דאף דמהני המחילה, היינו למ"ד שגם מקנה דבר שלב"ל).

והתוס׳ בכתובות כט,א (ד״ה ועל אשת) הביא מדברי הירושלמי, דמפותה אינו פטור אלא מבושת ופגם, אבל קנס אינה יכולה למחול. והוסיפו התוס׳, דבכתובות לב,א משמע דאין ליתומה מפותה אפי׳ קנס, דמוקי הא דאלו הן הלוקין ביתומה ומפותה שאין לה קנס. והמחלוקת בירושלמי, עם הבאת דברי הירושלמי והסבר דבריו, ודעת הבבלי שגם קנס אין למפותה יתומה, מובאת בריטב״א (כתובות מ,א), וז״ל:

״ואיברא דבירושלמי (ה״ז) איפליגו אמוראי בהאי מילתא, דגרסינן התם, אמר רבי יוחנן אתיא דרבי אלעזר בשיטת רבי עקיבא רבו כמה דר״ע אמר קנסה לעצמה, כן רבי אלעזר אמר קנסה לעצמה. מעתה אפילו במפותה יש לה קנס, ופריק, שמחלה לו. כלומר, דמסתמא מוחלת לו כיון דמפותה היא. ופריך, וכי יש אדם מוחל דבר שאינו שלו. כלומר, והיאך יכולה למחול בושת ופגם שהוא של אביה. ומהדרינן, תיפתר ביתומה שהכל לעצמה. כלומר, דכי קתני המפתה פטור, ביתומה גמורה בלחוד קאי. ופרכינן, וכי יש אדם מוחל דבר שאינו ברשותו. כלומר, והיאך יכולה למחול הקנס. ואמרינן, נשמעיניה מן הדא דאמר ר׳ בון בר חייא בשם רב זעירא, קנס אין כאן משעה ראשונה, כלומר, והיכי קתני המפתה פטור דמשמע פטור לגמרי אפילו מן הקנס. ופרקינן רבי אבא בר חסדא בבושת ופגם היא מתניתין. כלומר, דכי קתני המפתה פטור, איתומה קאי, ומשום בושת ופגם בלחוד. ומקשינן דר׳ מנא אמר מהו האונס חייב והמפתה פטור, האונס חייב בכל והמפתה פטור מן הכל. ופרקינן ר׳ בון אמר רבי שמאי, האונס חייב בכל והמפתה פטור מן הבושת והפגם וחייב בקנס והיא ר״ע, ע״כ בירושלמי. למדנו שזה מחלוקת הוא בירושלמי, ופשטיה דגמרא דילן משמע כדפירש רש״י ז״ל, מדשבקו לה למתניתין כפשטה, מכלל דכר׳ מנא דירושלמי סבירא להו, ולא הסכימו בתוספות האחרונות, וזה דעת רבינו ז״ל בשם רבו רבינו הגדול הרמב״ן ז״ל.״

מבואר דאף שנחלקו בירושלמי בענין מחילת יתומה בקנס, ונפק״מ למחילה בחוב שלא בא לעולם, ודעת הבבלי כרב מנא, דמפתה פטור מן הכל, אף מן הקנס. ומן התימא שכן מבואר גם להדיא בחידושי הר״ן (כתובות מ,א), וגם בחידושים על הרי״ף (יד,א מעמוה״ר) כתב הר״ן דמפתה פטור מקנס ויכולה למחלו, אבל חייב ליתן בשת ופגם לאביה (בנערה שהתארסה והתגרשה, שהיא כיתומה, כאוקימתא שם בגמ׳). והביא הר״ן את דברי הירושלמי שנחלקו בענין קנס במפותה יתומה (וכנ״ל), והביא מהרמב״ן (כתובות לז,א) דמסתברא כמאן דאמר שיכולה למחול לו קנס, אף שלא זכתה בו עדיין, כדין כותב לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסיך בחייך ובמותך (כתובות פג,א), דקיימא לן דאם מתה אינו יורשה, דנחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר, כלומר שעכשיו אינו ראוי לה כגון ארוסתו זו, אדם מתנה עליה שלא ירשנה, ולאפוקי ירושת אביו

שהיא ראויה לו. עוד כתב הרמב"ן לפטור מפתה מקנס, מדין מזיק ברשות, דכיון שנתרצית, הרי היא כאומרת קרע כסותי והפטר. ועיי"ש ברמב"ן כתובות (לז,א). ולפ"ז אין ראיה מפטור מפתה בקנס או בחיובו בקנס (אליבא דרבי שמאי בירושלמי), לנדון השאלה אי מהני מחילה בדבר שלבל"ע, דהפטור הוא מדין מזיק ברשות ולא מדין מחילה.

והא דבקרע כסותי, אין זה מדין מחילה אלא שאין כאן דין נזק, כן כתב בקצוה"ח

רמו,א לענין קרע כסותי, ולמד מדברי הרמב"ן הנ"ל, וז"ל: "ולכן נראה דבאומר קרע כסותי, אין בלשון זה והפטר, אלא דאפ"ה ממילא פטור, כיון דברשות בעלים עביד ממילא פטור, ולא חייבו תורה בנזק אלא היכא דהמזיק עביד מדעתיה דנפשיה, אבל ברשות בעלים אין בו חיוב כלל". וראיה ממש"כ הרמב"ן ביתומה מפותה, דאפי' ביתומה ומפותה דלא שייך מחילה דהו"ל דבר שלא בא לעולם, אלא משום דליכא דין נזק כלל כשעשה ברשות בעלים ואיהו דאזקיה לנפשיה. וכן כתב בדברי יחזקאל כד,ד. וע"ע בקצוה"ח פח,יא מש"כ בדין זה.

ואם סיבת הפטור הוא מזיק ברשות, יש לדון מה הדין אם לא ידעה שהקנס שלה,

אם בכה"ג גם חשיב מזיק ברשות. וראיתי לגרא"ו בקובץ שעורים (כתובות פה) שהביא מהגרע"א בדו"ח (כתובות כט,א) שכתב דהיכא דהמפותה לא ידעה שהקנס שייך לה, לא מחלה. והגרא"ו חלק וכתב דלפי דברי הרמב"ן דמפותה אינו מטעם מחילה אלא משום דהוי מזיק ברשות, נראה דאין לחלק כן, ואף אם באומר קרע כסותי ולא ידע שהכסות שלו לא נפטר מחיובו, התם אפשר לומר דאילו ידע שהן שלו לא היה נותן רשות לקורען, אבל הכא לא שייך לומר כן.

ועיין במל"מ אישות כג,א (ד"ה וראיתי) שכתב בהסבר דברי הרמב"ן, דכל חיוב שיבא לאדם בסיבת איזה פעולה שיעשה, ואמר לו הניזק שיעשה אותה פעולה והוא פוטר אותו מהחיוב שיבוא מחמת אותה פעולה, כשעשה אותה פעולה נפטר מהחיוב, כיון שעל פי המוחל נעשתה הפעולה. ואף שאינו דומה לאומר קרע כסותי והפטר, דשאני התם דהחיוב חל בשעת קריעה אבל גבי קנס לא חל החיוב בשעת ביאה כי אם בשעת העמדה בדין. וי"ל דהכי נמי בשעת ביאה הוא מתחייב, דמאותה שעה מתחיל החיוב. או י"ל, דבשעה שעומד בדין חל החיוב למפרע בשעת ביאה, וכל דבר שחל למפרע משעה ראשונה, אף דבשעת המחילה לא חל, לא חשיב דבר שלא בא לעולם.

## ג. סילוק מדבר שלא בא לעולם

לאמור לעיל באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים אם מהני מחילה לחוב שעדיין לא התחייב. והנה יש לדון במה שכתבו הראשונים והפוסקים דמהני סילוק בדבר

שלב״ל, ובטעם החילוק. תנן ר״פ הכותב (כתובות פג,א): כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך, אינו אוכל פירות בחייה ואם מתה אינו יורשה. רשב״ג אומר, אם מתה יירשנה, מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל. ובגמ׳ שם: תני רבי חייא, האומר לאשתו, וכי כתב לה הכי מאי הוי, והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום. אמרי דבי רבי ינאי, בכותב לה ועודה ארוסה (ודאי מי שהקרקע שלו ובא ליתנו לחבירו, צריך לשון מתנה, ומתניתין בכותב לה עד שלא זכה בנכסים, ומתנה עמה שלא יזכה בהן לכשישאנה, ואין צריך לשון מתנה, שהרי אין לו עכשיו רשות בהן - רש״י), כדרב כהנא, דאמר רב כהנא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר (שאינה ירושת אבותיו אלא ע״י מעשיו תבא לו, כגון נחלת אשתו הבאה לו ע״י נשואין שלו, דהואיל ומשום תקנתא דידיה תקון רבנן והוא בא למחול עליה, מוחל וכדרב הונא), אדם מתנה עליה שלא יירשנה. ומבואר בראשונים שם בר״פ הכותב, שלשון דין ודברים הוא לשון סילוק, ומהני אף שלא בא עדיין לעולם, עיין תוס׳ שם (ד״ה כדרב), רמב״ן, רשב״א, ריטב״א, ועוד ראשונים.

והר״ן (מא,א מעמוה״ר) כתב: ״ודוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת, אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל, סלוקו לאו כלום הוא״. וכדברי הר״ן נמצא במאירי בסוגיא שם, דבלשון סלוק יכול הוא לסלק עצמו ממה שלא בא ברשותו, משא״כ בנשואה אינו יכול להתנות לה בלשון סלוק, הואיל וראוי לירש, אך כיון שלא בא לעולם, אינו יכול להסתלק ולא יכול להתנות. משא״כ ארוס יכול להתנות בלשון סלוק אבל לא בלשון הקנאה; ״ואף זו דוקא שהיא ארוסה, שיש לו בה קצת שיכות, אע״פ שאינו ראוי לירשה, אבל קודם אירוסין אפילו נשתדכה לו אינו כלום״. וכן מבואר ברשב״א בסוגיא: ״וכן נמי דוקא ארוסה. אי נמי בשעת אירוסין, אבל קודם אירוסין ממש לא עשה ולא כלום, לפי שבאותה שעה אין לו שייכות כלל בנכסים, אבל בעודה ארוסה יש לו קצת שייכות בנכסים, שאירוסין על דעת נישואין הן״. וכן הוא להדיא בתש׳ הרשב״א (ח״א סי׳ תתקס).

וכן נראה מדברי הריטב״א ב״ב מט,א, על הא דמהני סילוק בעודה ארוסה: ״שעדיין אין לו בהם קנין שאין בעל יורש ולא אוכל פירות מן האירוסין. וא״ת א״כ היכי מהני תנאיה, הא ליתא, כיון דאירסה ועומדת לנשואין הא שייך בה״. ומבואר דוקא מן הארוסין דשייך בה מהני סילוק. וכ״כ להדיא בחידושיו לגיטין (עז,א), דמה דמהני בכותב לה בעודה ארוסה: ״שיש לו שייכות בה קצת מהני, אבל קודם לכן לא מהני״. וכן כתב בריבינו ירוחם (מישרים כג,ד) דקודם אירוסין אינו מועיל, כיון דאין לו שייכות עדין כלל בנכסים. וכן כתב בנימוק״י (ב״ב כו,ב מעמוה״ר).

ובתש׳ מהר״מ מרוטנבורג (דפוס קרימונה סי׳ רסג, הובא גם במרדכי כתובות ריב) נשאל בראובן החפץ לקנות בית, ומתנה עם אשתו שבשעה שיצטרך למוכרו שלא תוכל לעכב בטענה שהבית משועבד לכתובתה, האם תוכל לחזור בה, כיון דבשעת התנאי עדיין לא קנאו, והו״ל דבר שלב״ל. והשיב מהר״מ: ״נראה לי דלא מצי למהדר, נהי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אדם מסתלק בטוב מדבר שבא לעולם. כדאמרינן פרק הכותב (כתובות פג,א) ובפרק חזקת הבתים (ב״ב מט,ב) נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה, וכדתנן הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיך וכו׳, ואוקמינא וכותב לה בעודה ארוסה, ומהני בין לנכסים שהן כבר לעולם, בין לפירות דאכתי לא אתו״. ומבואר דמהני סילוק בדבר שלא בא לעולם, והיינו סילוק משעבוד.

ובפני יהושע (כתובות פג,א ד״ה אמרי) כתב דהר״ן כתב כן מסברא, ולפי מה שכתב בתש׳ (סי׳ כג הנ״ל), דלא יכול למחול בדבר שלא בא לעולם, וכיון דקודם קדושין הוי זכויות הבעל דבר שלא בא עדיין לעולם, לא יכול למחול. וכתב דהר״ן מודה למהר״מ דמ״מ יכולה האשה להסתלק: ״ולענ״ד, דבההיא דמהר״מ, הר״ן ז״ל נמי מודה שהאשה יכולה לסלק שיעבוד כתובתה מאותו הבית שרוצה לקנות, ואינה רוצה לזכות כלל באותו שיעבוד״. והיינו שהחוב של הכתובה כבר קיים, ומסלקת עצמה משעבוד החוב על הבית. וכן מבואר בקצוה״ח רט,יב, דבעובדא דמהר״מ כיון דכבר נשתעבד, יש לו שייכות אפילו בקרקע שלא קנה עדיין, כמו שבארוסה מועיל סילוק אפילו לנכסים שיפלו אח״כ (אמנם עיין באבנמ״ל צב,ו בסופו, דהר״ן ומהר״מ פליגי, עיי״ש). ובסברת החילוק בין סילוק למחילה, נראה דמחילה היא מעין הקנאה, רק שאינה צריכה קנין כיון שהיא ביד הלוה, משא״כ סילוק, הזוכה מסלק עצמו מהזכות, ויבואר עוד בהמשך.

ובחת״ס בחידושיו לכתובות (פג,א) הביא את תש׳ חו״י (סי׳ נ וסי׳ נא, הנ״ל) דטעמו של הר״ן, שאין אדם יכול לסלק מדבר שלב״ל. והקשו על הר״ן, דלשיטת מהר״מ (הנ״ל) שיכול לסלק מדבר שלב״ל, מועיל הסילוק גם קודם אירוסין, ושעל זה אנו סומכים שכותבים שטרי סילוק קודם אירוסין. והקשה החת״ס על הר״ן (עיין בתוס׳ בסוגיא ד״ה כדרב כהנא, ועיין בהפלאה ובבית יעקב על התוס׳), דמרא דשמעתתא בכתובות הוא ר׳ ינאי, הסובר דאדם מקנה דבשלב״ל (יבמות צג,א), ״ומכל שכן שיכול להסתלק מדבר שלב״ל דקיל מקנין״, וא״כ מדוע לר׳ ינאי לא מועיל בכותב לה קודם ארוסין. וכתב לישב דס״ל לר״ן דקודם אירוסין דלא הוה עבידי דאתי, וכעין שכתבו תוס׳ (כתובות נח,ב ד״ה לאחר שאתגייר) לענין הקנאה בלא עבידי דאתו, למ״ד מקנה דבר שלב״ל, עיי״ש ובגליון תוס׳. ואף דאנן קיי״ל אין אדם מקנה דבר שלב״ל, בעודה ארוסה יכול לסלק, בצירוף דברי רב כהנא נחלה הבאה וכו׳, מ״מ קודם אירוסין דלא

עבידי דאתי, גרע טפי, ואפי׳ למ״ד אדם מקנה דבר שלב״ל, לא יועיל צירוף דרב כהנא. ולכן למה שנוהגים האידנא בשידוכין בחרם וקנסות, הוה אירוסין עבידי דאתי טפי משחרור.

ומבואר מהחת״ס דנקט דלר״ן אין חילוק בין מחילה והקנאה, אף שמעיקר הדין סילוק קל מקנין, ויש מקום לחלק ביניהם לענין דבר שלב״ל, מ״מ לר״ן אין חילוק. וכן נראה גם מהבני אהובה (אישות כג,א). ואף לסברת הר״ן דלא מהני סילוק קודם אירוסין כיון דלא עבידי דאתו, לדידן שמקבלים בשידוכים בחרם ובקנסות, הוי עבידי דאתו. ולכן מהני סילוק לאחר שידוכים, בפרט לשיטת מהר״מ דמהני סילוק בדבר שלב״ל. וכן נראה מהמל״מ (אישות כג,א ד״ה מעשה), דמהסוגיא משמע דמועיל סילוק באופן שיש לו שייכות קצת לדבר, כמו אחר שהתארסה, אבל במוחל חוב עתידי או זכות ירושה קודם שהתארסה, שאין לו שייכות לנכסיה, אינו יכול להסתלק מזכותו זו. וע״ע בתש׳ חת״ס חאבהע״ז ח״ב סי׳ קסו.

וכן נראה לפרש בדברי הסמ״ע רט,כא שכתב לבאר את החילוק בין סילוק למחילה: ״והא דפסק מור״ם בסמוך ס״ח דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם. שאני התם, דקאי אאדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו, וכיון דכבר נשתעבד לו, משו״ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה הנתחייב, כיון דמ״מ כבר נשתעבד לו הנתחייב״. ולכאורה מה מועיל מה שכבר השתעבד לו, סו״ס השעבוד עצמו לא נקנה. אלא י״ל דכשנתעבד לו, יש לו כבר שייכות עם השעבוד, וכל היכא שיש לו שייכות לדבר, יכול להסתלק אף בלא בא עדיין לעולם, משא״כ בחוב עתידי דאין לו שייכות שיוכל למחול.

והגר״י אייבשיץ בבני אהובה (אישות כג,א) התקשה בדברי הסמ״ע, דלכאורה מה החילוק בין אם כבר נשתעבד, שיכול לסלק עצמו מהשעבוד, לבין מחילה, הרי סו״ס במה שנסתלק, לא בא עדיין לעולם. ועל הסתירה לכאורה ברמ״א, דמחילה לא מהני וסילוק מהני, כתב לחלק בין לשון מחילה ללשון סילוק: ״דודאי לשון סילוק מועיל, כי יאמר הריני מסלק עצמי מבלי חפץ לזכות בדבר ההוא, אבל אין יכול לומר הריני מוחל לך במה שלא נתחייב לו אז, ועל מה יפול לשון מחילה, ומחילה קודם החיוב לא שייך, כי מה ימחול במה שלא נתחייב לו, וזה ברור״. והיינו, שלשון סילוק הוא שמסלק עצמו, והוא בעולם, משא״כ לשון מחילה, נופל על החוב ולא על האדם, ולכן אין המחילה יכול לתפוס על דבר שאינו בעולם. (ועיין בגרש״ש כתובות סז,ד דמהני מדין שיור, עיי״ש).

ובקצוה״ח רט,יג הסכים לדברי הסמ״ע, על מה שהקשה עליו הט״ז (יובא להלן) מסוגיא זו, וז״ל קצוה״ח: ״ודברי הסמ״ע נראין, דהא התם ריש פרק הכותב

נמי דוקא עודה ארוסה אבל קודם אירוסין לא, וכמ״ש הר״ן, משום דבעודה ארוסה יש לו קצת שייכות, וקודם אירוסין דלית ליה שייכות כלל אינו מועיל הסילוק״. מבואר שהסכים לסמ״ע, וגם פירש דהחילוק בין סילוק משעבוד למחילה, היינו אם יש לו שייכות קצת בדבר, וכמו שנתבאר. וכן הסכים בנתיבות רט,ו.

ועיין עוד בקצוה״ח רעח,יג מה שהקשה, איך הועילה מכירת הבכורה של עשו ליעקב, הרי הבכורה דבר שלא בא לעולם: ״דאבד עשו הבכורה במה שאמר למה זה לי בכורה, דהוא מדין סילוק״. והיינו שעצם היותו בכור, כבר נותן לו שייכות לזכויות שיבואו מחמת הבכורה, ומכירת הבכורה לא היתה בגדר מכירה. אלא קשה, שאם עשו סילק עצמו, איך זכה יעקב בבכורה, דבשלמא בלוה שזוכה בשעבוד, שהרי הוא שלו, אבל כאן לא היה של יעקב, ואיך זכה בסילוק עשו. וכשמסלק עצמו בכור מחלק בכורה בירושת האב, הדין שחולקים כל האחים בשוה, ואינו דומה למכירת הבכורה ליעקב, שזכה יעקב בזכויות הבכור בעבודה בביהמ״ק, עיין רש״י בראשית כה,לא. אמנם ברשב״ם שם ובאבן עזרא פירשו לענין ממון, וכן נראה מהדעת זקנים מבעלי התוס׳, עיי״ש. ואף אם נאמר דקצוה״ח ס״ל דמהני לענין הממון, מ״מ הסילוק עושה שיחלקו בשוה, ואיך יקבל יעקב חלק בכורה.

ובט״ז (חו״מ סי׳ רט ד״ה כך אין יכול) הקשה על הסמ״ע, עיי״ש, ועיין מה שכתבו בתרוץ קושיתו קצוה״ח והנתיבות הנ״ל. אבל יסוד החילוק לדברי הט״ז בין מחילה לסילוק: ״דשאני סילוק שהוא שאינו רוצה לזכות באותו דבר כלל, וזה יש לו כח בידו לסלק עצמו שלא לזכות אח״כ, משא״כ מחילה שאינה שייכת אלא אחר החיוב, והיאך תחול המחילה קודם החיוב״. בפשטות נראה שהחילוק לט״ז בין מחילה לסילוק, דסילוק האדם מסלק את עצמו. הוא לא ״מעין מקנה״ לנותן, אלא סילק את עצמו מהדבר, והוא בעולם. מחילה היא מעין הקנאה ללוה, רק אינה צריכה קנין כיון שהלוה מוחזק בזה, ולכן כל עוד לא קיים חיוב, לא שייך מחילה. והיינו שסילוק הוא באדם, ומחילה היא בחוב, וע״כ סילוק מהני בדבר שלב״ל, כיון דהמסתלק בעולם, משא״כ במחילה. והיינו שמחילה השייכת בחוב, בזה הרי החוב של הלוה ברור, לכן מה שמוחל, הוא מעין הקנאה שמקנה ללוה את הכסף שיש ללוה עבורו. בסילוק אין חיוב ברור, שמא לא ימות, או שמא ימות הוא לפניה, או לא תעשה פירות. אין לבעל הזכות דבר ברור להקנותו למוחזק, ולכן יכול רק לסלק את עצמו. וזה נראה הביאור בט״ז, שהחוב כבר יש חיוב, ולכן הוי מעין הקנאה, משא״כ סילוק שהחוב לא קיים, הרי הוא מסלק עצמו. וכשמוחל חוב שלא בא לעולם, הרי הוא כמקנה דבר שלא בא לעולם, משא״כ סילוק שמסלק עצמו.

ועדיין י״ל לט״ז, שאף לסלק מזכות, אינו יכול כשאין לו שייכות בזכות זו, ובעצם לא הוי סילוק כלל, לא מחמת שלא בא לעולם אלא שאין זה סילוק, ולכן

לא מהני מה שמסלק זכות ממשודכת, אף שמסלק עצמו. ומחילה החסרון הוא בזה שהחוב לא בא לעולם ואינו בר הקנאה, וממילא אינו בר מחילה, ובסילוק אין חסרון מחמת שלא בא לעולם, דמחסרון זה יכול להסתלק, רק כיון שאין לו שייכות לזכות, לא הוי סילוק. (ועיין עוד בגרנ"ט סי' קצ, דסילוק היינו שמסלק עצמו מהדין, דאף שהדין יחול, כמו דין השעבוד וכד', מ"מ סילק עצמו מהדין. משא"כ ביורש שאינו דין, אלא במקום המוריש קאי, לכן לא יכול לסלק עצמו, עיי"ש).

ולכאורה דומה למש"כ הב"ח בתש' (סי' קכד) דמהני להפקיר דבר שאינו ברשותו, כיון דהפקר מדין נדר, וכמש"כ הרמב"ם בהל' נדרים ב,יד, וע"כ אין דין ההפקר כדין מתנה לענין דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו, אלא כמו הנדר שהוא חל בכל ענין, אף ההפקר חל אכל דבר ואפילו לא בא לעולם או לא בא ברשותו, עיי"ש. אולם בקצוה"ח ריא,ד חלק עליו, דמהרמב"ם לא משמע שהוא מדין נדר. ולכאורה אם היה מדין נדר, י"ל דכיון שאינו חל על החפץ אלא על האדם, לכן מהני בלא בא לעולם, והוא הדין לסילוק.

## ד. סילוק מירושת אשתו בלשון טובה או קנין

על הא דאיתא בגמ' בכותב לה בעודה ארוסה, כתבו התוס' (ב"ב מט,א ד"ה בכתב):

"והוי מצי למימר שכתב לה בלשון טוב". וביתר ביאור בתוס' כתובות פג,א ד"ה בכותב. מבואר דבנשואה לשיטת התוס' מהני בלשון טוב. ובפרישה (חו"מ קמט,ה), דנראה דקודם אירוסין, אפי' בלשון טוב לא מהני, כיון דאין לו שייכות בנכסים. ומהרי"ט בתש' (ח"א סי' מה) כתב דמהני לשון טוב ותנאי גמור אף קודם ארוסין, ולכן לא פליגי מהר"מ והר"ן, דהר"ן מיירי בלשון גרוע, ומהר"מ הסובר דמהני אף קודם אירוסין, מיירי בלשון טוב ותנאי גמור: "ונראה שאף אם הוא לא אמר כן אלא במתנה תנאי גמור, דבהא נראה שהרשב"א והר"ן יודו, מידי דהוה אהרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה, שבאותה השעה עדיין לא היתה לה שום שייכות בהם. ולא אמרו דבעי שיהא לו קצת שייכות אלא במה שמסלק עצמו בלא תנאי אלא בדברים, בזו מועיל סילוק היכא דשייך בהו קצת, אבל היכא דלא שייך, לא מצי מסתלק". וכן מחלק הבית יעקב (אהע"ז צב,ז). אולם מדברי הט"ז בתש' (תש' גאוני בתראי סי' טז) נראה דלא מהני קנין קודם אירוסין, עיי"ש. וכן מבואר בח"מ צב,ד דלא מהני סילוק קודם ארוסין אפי' בקנין, מטעם דהוי דבר שלב"ל. וכ"כ בב"ש צב,ו. וכן באבמ"ל צב,ה כתב דלא מהני להסתלק ע"י שיודה בהודאה גמורה קודם ארוסין שמסלק עצמו, דלא מהני בזה אודיתא, דבדבר שאינו נתפס בקנין, לא מהני אודיתא, והוא הדין סילוק קודם אירוסין לא מהני. ועיין פני יהושע כתובות פג,א ד"ה אמרי (השני). ועיין בתש' חו"י (סי' נ, מבעל עבוה"ג) דלדעת הר"ן אף

ע״י קנין לא יוכל להסתלק מדבר שלב״ל, דאם מהני סילוק בקנין, מדוע לא תקנו שובר בשטרי חוב מאוחרים ויהיה בו קנין, אלא בהכרח דלא מהני סילוק בדבר שלב״ל אף בקנין. וע״ע שם בסי׳ נא, ובתש׳ חת״ס (חאבהע״ז ח״ב סי׳ קנח).

ולענין עצם השאלה אי מהני סילוק בקנין בנשואה, בשטמ״ק ב״ב מט,א הביא מהר״י מיגאש שפירש את דברי רב כהנא, נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר, מתנה עליה שלא ירשנה, דוקא נחלה שאינו ראוי עכשיו ליורשה אלא שהוא עתיד להיות ראוי ליורשה, יכול להסתלק, אבל אם ראוי עכשיו ליורשו, אינו יכול להסתלק אלא בקנין. ועיי״ש בהמשך דברי הר״י מיגאש לענין סילוק מפירות. ובריטב״א בסוגיא מבואר דלא מהני סילוק בקנין כשהיא נשואה, דלאחר שנכנסה לחופה וראוי לה, אינו יכול להתנות ולא להקנות אפילו בקנין, דהרי זה כאומר מה שאירש מאבא מכור לך, משא״כ בפירות וזכות נכסים שיכול למכור בקנין למי שירצה ואפילו בנשואה, כל היכא דליכא בפירי ריוח ביתא. ועיין בריטב״א כתובות פד,א (סד״ה ולענין) דמהני קנין בנשואה לענין הנכסים הנמצאים כעת ביד האשה. ומש״כ היד רמ״ה (ב״ב פ״ג אות קצ), דהיכא דכתב לה בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיך, אע״פ שלא קנו מידו אינו אוכל בחייה: ״דאי כשקנו מידו, מאי איריא ארוסה אפילו נשואה נמי, אלא לאו בשלא קנו מידו״. י״ל דמיירי לענין פירות ולא לענין ירושה.

אמנם מדברי הריא״ז בפסקיו ר״פ ט דכתובות (אות ה, וע״ע בש״ג כתובות מב,א מעמוה״ר), דבעודה נשואה מהני סילוק מירושתה, אלא שצריך לשון זכיה או מתנה או קנין. ובטור אהע״ז סי׳ צב למד בדברי הרמב״ם דקנין לא מהני בנשואה. והב״ח שם (בד״ה וכתב עוד) כתב דנחלקו המגיד והכס״מ בבאור דברי הרמב״ם, דלמגיד י״ל דקנין מועיל בנשואה אף לפירות וירושה, דהמגיד הראה מקורו לב״ב מג,א (עיין בר״י מיגאש הנ״ל בסוף דבריו בשטמ״ק) בשותפים בקרקע, דאם אמר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו וקנו מידו, דקנה חבירו, ולא יהא כח הבעל גדול בנכסי אשתו מכח השותף בחלקו. ולפ״ז כיון דבשותף מועיל הקנין שאין לו בשדה כלום, לא גוף ולא פירות, אף בבעל אין לאחר קנין כלום. ודעת הכס״מ לבאר ברמב״ם כמש״כ בטור, דלא מהני קנין, אבל הב״ח הסכים לדברי המגיד. ואכמ״ל.

## ה. הטעם שמועיל סילוק בירושת הבעל

איתא בכתובות פג,א (וכן בב״ב מט,ב, ובגיטין עז,א): דאמר רב כהנא, נחלה הבאה לאדם ממקום אחר, אדם מתנה עליה שלא יירשנה, וכדרבא, דאמר רבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו, שומעין לו. וברש״י שם (ד״ה ממקום) כתב: ״שאינה ירושת אבותיו אלא ע״י מעשיו תבא לו, כגון נחלת אשתו הבאה לו ע״י נשואין שלו,

דהואיל ומשום תקנתא דידיה תקון רבנן והוא בא למחול עליה, מוחל וכדרב הונא״. מבואר מרש״י חילוק בין נחלת אשתו לירושה דממילא כירושת אבותיו, דדוקא בנחלה הבאה ע״י מעשיו, והיא מכח תקנת חכמים, יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים. אבל בנחלה דאורייתא, או נחלה דרבנן ואינה ע״י מעשיו, אינו יכול להסתלק. דע״י מעשיו מתנה במעשה שעושה שאינו רוצה בתקנת חכמים, אבל כשאינו בא ממעשה שעושה, אינו יכול להתנות, דהתנאי הוא על המעשה שעושה, ויכול להתנות כשתקנו חכמים לטובתו. אמנם עיין באבנמ״ל צב,ד שפירש ברש״י דהסילוק מהני מפני שבא ע״י מעשיו. ולכאורה ברש״י משמע שתלה בשניהם, גם מעשיו וגם מדרבנן.

וכן מבואר בתוס׳ רי״ד (על הדף) דהתנאי הוא שלא יזכה בירושה בזמן הנישואין,

ויכול להתנות כיון שהיא מתקנת חכמים וכנ״ל, ואם היתה ירושה דאורייתא, לא היה יכול למחול, כדין מה שאירש מאבא מכור לך (ב״מ טז,א). ועיי״ש ובפסקי הרי״ד (כתובות פג,א), דאף שבתחילה כתב לחלק בין ירושה הבאה מאליה לירושה מכח מעשיו, בהמשך חילק וכתב דמשום דירושת הבעל מדרבנן, יכול להסתלק. ובהגהה שם כתב דבכת״י נכתב דכן היא דעת רש״י.

וכן נראה מדעת המאירי בסוגיא, ממש״כ: ״והזהר מלפרש ממקום אחר מדברי סופרים,

שאף לדעת האומר ירשת הבעל מדאורייתא כן, הואיל ועכשיו אינו ראוי לירשה כלל, משא״כ בנחלת מורישיו״. וכן מבואר מדברי ר״ת בספר הישר (ח״ה חידושים סי׳ לג), דלגבי ירושת הבעל כולי עלמא לא פליגי דתנאו בטל, אם נאמר ירושת הבעל דאוריתא. וכן נראה דעת הראנ״ח, הובא במל״מ אישות כג,א.

וכן מבואר מדברי הרשב״ם ב״ב מט,א-ב. בד״ה בעודה כתב: ״... דבירושות הבאות

לאדם בתקנת חכמים, יכול לעקרן אם מתנה עליה קודם הזמן בעוד שלא באו לידו, ואומר לא יהא לי חלק באותו ממון העתיד לבא לי בתקנת חכמים, דאין מזכין לו לאדם בעל כרחו״. וכן בהמשך בד״ה נחלה, ובד״ה כדרבא: ״... אבל בנחלה דאורייתא, כגון דין ודברים אין לי בירושת אבי כשימות, לא יועיל התנאי, דבעל כרחו שלו יהא, אא״כ יתננה לאחרים בלשון מתנה״. וכן נראה מדברי התוס׳ בגיטין עז,א (ד״ה וכדרב) שיכול להסתלק רק מנחלה הבאה לו מדרבנן: ״וכי תימא מאי שנא מנחלת אביו שאינו יכול להתנות, לא דמי, שהרי הכא תקנת חכמים היא, וכדרבא דאמר האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו, דכלום עשו אלא להנאתו, אי אפשי לו באותה הנאה״. וכן נראה מדברי התוס׳ ב״ב מט,א (ד״ה וכדרב): ״באיזו נחלה מועיל התנאי, באותה שבאה לו על ידי תקנת חכמים, כדרבא, אבל בנחלה דאורייתא כגון דין ודברים אין לי בירושת אבי, לא יועיל כלום״. ועיין במל״מ אישות כג,א (ד״ה עוד צידד) מש״כ בדברי הרשב״ם והתוס׳.

אמנם מדברי הרשב״א שם בסוגיא בכתובות מבואר דאף אם ירושת הבעל מדאורייתא, כיון שבאה לו ע״י מעשיו, יכול להתנות עליה שלא ירשנה, וז״ל: ״דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ע״י מעשיו וממקום אחר, שאינה ראויה לו עדיין כירושת הבעל קודם נשואין, אדם מתנה עליה שלא יירשנה ואפילו למ״ד ירושת הבעל דאורייתא, דלא דמי לירושת האב, דהתם כבר ראויה לו משעה שנולד וממה שראוי לו אין אדם מסתלק ממנו אלא במכר או במתנה, ובמכר נמי לא, דהא לא זכה בהן לגמרי והו״ל מה שאירש מאבא מכור לך דלא עשה ולא כלום״. הרי דיש חילוק בין ירושת הבעל לירושת אבותיו, אף אם ירושת הבעל דאורייתא, דכיון שלא ראויה לו הירושה אלא ע״י מעשיו, יכול להתנות. ומה שהביאה הגמ׳ ראיה מרבא, דנחלה הבאה לו ממקום אחר וכו׳, משום דמדרב כהנא לא מוכח אם ירושת הבעל דרבנן או דאורייתא, ואפשר דבתקנתא דרבנן כגון אכילת פירות ושאר תקנות דרבנן, אינו יכול להתנות בהן, דחכמים עשו חזוק לדבריהם יותר משל תורה. וכן מבואר בדברי הרשב״א (ב״ב מט,א), דאף אם ירושת הבעל מדאורייתא, כיון שע״י מעשיו באה לו ועדיין לא באה, יכול להסתלק מהירושה קודם נישואין, משא״כ בירושת האב. וכן הוא ברשב״א ב״ב קיב,א (סוד״ה ונמצא).

וכן נמצא בדברי הרמב״ן בסוגיא שם, דיכול הוא להתנות שלא יירשנה, הואיל ועדיין אינו ראוי ליורשה, ואינו דומה למסתלק מירושת אבותיו, דהתם כיון שראוי ליורשו, מעתה הוא זוכה וצריך ללשון מתנה ואין אדם מקנה דבר שלא בא לרשותו, ודחה הרמב״ן דברי המפרשים שהיא מתקנת חכמים, דדברי רב כהנא אפי׳ למ״ד ירושת הבעל דאורייתא. וכן נראה מדברי הר״ן בחידושיו לכתובות (פג,א ד״ה אמרי), ועל הרי״ף (כתובות מא,א ד״ה כרב). וכן נראה מדברי הרמ״ה (ב״ב קכו,ב סוף אות ק) שמחלק בין הסתלקות האשה משאר כסות ועונה לירושת אביו, וז״ל:

> ״גבי שאר וכסות הוא דקא משתעבד, מכח קידושין הוא דמשתעבד, וכיון דבעידן קידושין ידעא וקא מחלה, תנאו קיים. אבל הכא גבי ירושת הבן, מאימת חזי לירושה, משעת לידה, ההיא שעתא לא קא מחיל, [ו]לא אדעתא דהאי תנאה קא מתיליד, ואמטול הכי אע״ג דמתנה השתא נמי לא הוי תנאה.״

מבואר מהרמ״ה דכשנולד הבן, הרי הוא נולד על דעת היותו יורש, משא״כ תנאי שאדם מתנה בדבר הקשור בזכויות מכח נישואין, כיון שעדיין לא נשא/ נשאת, יכול/ה להתנות קודם הנישואין שעל דעת כן נישאים. ובאופן זה הסביר הגרש״ש בשערי יושר (ה,יא גם את דברי הר״ן ושאר ראשונים, דכח זכות ירושה אינו חל משעת מיתת המוריש, אלא כבר חל משעת לידת היורש. דשיטת הר״ן והרמ״ה דגם בדאורייתא מהני סילוק, אך בירושה כמו בן את אביו וכד׳, לא מהני משום דכבר

זכה היורש משעה שנולד, וכיון שכבר חל עליו דין יורש, אינו יכול להסתלק ממה שכבר חל.

ומבואר בפסקי ריא"ז (כתובות ט,א,ה, ועיין ש"ג כתובות מב,א מעמוה"ר, אות א), דמה שיכול להסתלק מירושת אשתו; "לפי שירושה זו אינה דומה לירושת המורישין שהיא באה מאיליה, אבל ירושה זו על ידי נישואין ומעשיו באה לו", ומזה הטעם יכול לומר אי אפשי לזכות בזכות הראויה לבא ע"י נישואין אלו. ומבואר שחילק בין ירושה דממילא לירושה הבאה מכח מעשיו, הרי דאפי' ירושת הבעל מהתורה מהני סילוק. וע"ע במל"מ אישות כג,א (ד"ה מעשה).

והרמב"ם בהל' אישות כג,ה-ו, כתב וז"ל: "התנה עמה שלא יירשנה, הרי זה לא יירשנה, אבל אוכל פירות בחייה. וכן אם התנה עמה שיירש מקצת נכסיה, וכן אם התנה עמה שאם מתה בלא בנים יחזרו נכסין לבית אביה, הכל קיים. במה דברים אמורים בשהתנה עמה קודם שתנשא, שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו, מתנה עליה שלא יירשנה קודם שתהא ראויה לו, אבל אם התנה עמה אחר שנישאת, תנאו בטל ויירשנה כמו שביארנו". ויש לדייק בדברי הרמב"ם שכתב; שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו וכו', הו"ל למימר נחלה הבאה לו מתקנת חכמים, או ממקום אחר, כלשון רב כהנא, ולמה שינה ופירש דממקום אחר הוא שלא ממשפחתו. ולכאורה נראה שכוונתו לבאר כמש"כ הרמב"ן והרשב"א וראשונים אחרים הנ"ל, דיכול להתנות על ירושת אשתו, כיון שבאה מחמת מעשיו, ולא ממילא כירושת משפחתו.

ולכאורה לפ"ז, אם פירש ברב כהנא שמקום אחר היינו ע"י מעשיו, אתי שפיר אף למ"ד ירושת הבעל מהתורה. אלא שהרמב"ם עצמו בהל' נחלות א,ח כתב דירושת הבעל מדברי סופרים. וכבר העיר במגיד שם בהל' נחלות, די"ל דהרמב"ם ס"ל דמרב כהנא אין ללמוד אם ירושת הבעל מהתורה או מדברי סופרים, ודברי רב כהנא הוא לכ"ע, אף למ"ד דירושת הבעל מהתורה, עיין כתובות פג,ב-פד,א.

והגרא"ו בקובץ שעורים (כתובות ש) הקשה, דלהסבר שכתב בשיטת הרמב"ם, דסילוק הוא מהנכסים ולא מדין יורש, ולכן יכול הבעל להסתלק מחצי ירושה, א"כ לא מהני טעמא דשלא ע"י מעשיו באו לו. ותירץ הגרא"ו, דבהל' אישות יב,ט כתב הרמב"ם טעם אחר, דלא מועיל סילוק בירושה, משום דכתיב לחוקת משפט, וא"כ אלולי פסוק זה היה מועיל סילוק בירושת אבותיו, אף שכבר חל עליו דין יורש, משום דדין סילוק הוא מהנכסים וסילוק מהני גם בדאורייתא. ומה שלא מועיל סילוק בירושת הבעל בנשואה, אף ששיטת הרמב"ם דירושת הבעל מדברי סופרים, כתב הרמב"ם דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. והקשה, דא"כ לטעם זה גם בארוסה

לא יועיל סילוק. ותירץ, דבארוסה לא עשו חיזוק כמו בנשואה; "ועדיין אינו מיושב כל הצורך".

ומש"כ הגרא"ו דהסילוק הוא מדין יורש ולא מהנכסים, עיין מש"כ בקובץ הערות מ,ב-ג, דנפק"מ אם הסילוק מהנכסים או מדין יורש, אם אפשר להסתלק מחצי ירושה, דאם הסילוק הוא מזכית הנכסים, יכול להסתלק מחלק מהנכסים, אבל מדין יורש אינו יכול להסתלק לחצאין. וכן אם יוכל הבעל לאחר נישואין להסתלק מנכסים שלא זכתה בהן האשה עדיין. דאם הסילוק הוא מדין בעל, לא מהני כה"ג, שכבר יש לו דין בעל משעת נישואין, אבל אם נאמר דהסילוק הוא שלא יזכה בנכסים, אפשר להסתלק כה"ג, כיון שעדיין לא זכה. ועיין עוד במש"כ הגרא"ו בקוב"ש (ב"ב רטו) דהא דלא מהני סילוק בנחלת אבותיו, מפני שכבר חל עליו דין יורש.

## ו. סילוק מנחלת אבותיו

מהאמור לעיל מוכל לכאורה דלא מהני סילוק בירושה שמקבל מקרובו, שאינו מחמת קשר נישואין. תנן בב"ב קכו,ב: האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. ובגמ' שם: לימא מתניתין דלא כר' יהודה, דאי ר' יהודה האמר בדבר של ממון תנאו קיים, דתניא, האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה, הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי ר' מאיר. ר' יהודה אומר, בדבר של ממון תנאו קיים. אפי' תימא ר' יהודה, התם ידעה וקא מחלה, הכא לא קא מחיל. וברשב"ם שם ד"ה התם, פירש: "שעל מנת כן קבלה קדושין, ובההיא הנאה דמקדש לה מחלה ליה, וכיון דקבלה לקדושין מיניה, נתרצית למחול. אבל הכא מי מחיל, מה הנאה יש לו לבן שימחול. ואע"פ ששתק הבן, אין זו מחילה, דאינו רוצה להכעיס את אביו, ולא גרסינן מי ידע דמחיל". מדויק לכאורה מדברי הרשב"ם שאם הבן היה מוחל, היתה מועילה המחילה. וכן מדויק לכאורה גם מהגמ', דהחסרון במה שבהתנה האב שבנו לא ירש, מצד שהבן לא ידע ולא מחל, ומשמע מהגמ' שאם היה יודע ומוחל, מהני המחילה. ועיין בחוות יאיר סי' נ.

ובתוס' כתובות נו,א-ב (ד"ה הרי) הקשה על דינא דגמ' דבב"ב הנ"ל, דכיון דמתנה על מה שכתוב בתורה, מה נפק"מ אם ידע ומחיל, הא לא מהני מחילה, וכתבו התוס' דמש"כ הגמ' הכא לא קמחיל, לרווחא דמלתא נקט. ומעין זה כתב הרשב"א בסוגיא (ב"ב קכו,ב): "מסתברא דהאי דקאמר לא מחיל, לאו דוקא, אלא לרבותא נקטיה, דודאי אפי' מחל הבן בפירוש לא עשה ולא כלום, דמחילה במה שאינו שלו עדיין והוא עתיד לבא לו ממילא כירושת האב, אינו יכול להסתלק ממנה ולא למכרה,

וכשם שאמרו מה שאירש מאבא מכור לכם לא אמר ולא כלום, כך אם אמר לאחין מה שאירש מאבא מחול לכם, לא אמר ולא כלום״. דהגמ׳ באה לחדש, דאפי׳ אם מחילתו מחילה, הרי לא מחל. וחלק הרשב״א על פרוש הרשב״ם, שממנו עולה לכאורה דמועילה מחילה. וכן פירש הריטב״א שם בסוגיא, דהגמ׳ באה לומר שתי סיבות דלא מהני המחילה, גם שאין דעתו למחול, וגם אף אם היה מוחל, אינו יכול למחול על ירושה, אלא בבעל ובאשתו ארוסה. ודברי הריטב״א הביא גם הנימוק״י (ב״ב נה,ב בעמוה״ר). וכדבריהם כתב המגיד בהל׳ אישות יב,ו (בסופו).

וביד רמ״ה (ב״ב פ״ט אות ק) פירש בדרך אחרת, דאה״נ דאם היה מוחל בשעה שיכול למחול, היתה מועילה המחילה, אולם בנדון יורש שעת המחילה היא שעת הלידה, דלאחר הלידה כבר חל עליו שם יורש ואינו יכול למחול, וזה מש״כ הגמ׳ דלא קמחיל, היינו בשעה שיכול למחול, ובשעה זו לא ידע למחול: ״הכא גבי ירושת הבן מאימת חזי לירושה משעת לידה, ההיא שעתא לא קא מחיל, [ו]לא אדעתא דהאי תנאה קא מתיליד, ואמטול הכי אע״ג דמתנה השתא נמי לא הוי תנאה״. וע״ע בתש׳ רע״א (החדשות, סי׳ יד, ועל ב״ב קכו,ב) מה שכתב לבאר לשואל, דמדוע הגמ׳ תירצה לא ידע ומחיל, ולא כתבה כשיטת הרמב״ם דלא מהני מחילה מטעם חוקת משפט, עיי״ש.

ובקצוה״ח רט,יא נשאר בצ״ע על הגמ׳ דמינה משמע דמהני מחילה. ובנתיבות רט,ו כתב דנעלם מקצוה״ח דברי התוס׳ בכתובות נו,ב (הנ״ל), דלרווחא דמילתא נקטה הגמ׳. וכן כתבו הראשונים הנ״ל. וכן הקשה בקובץ שעורים (ב״ב ריג). אולם בסי׳ רעח,יג כתב קצוה״ח דכוונת הגמ׳ לדברי המשנה; האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, ולענין חלק בכורה ס״ל לקצוה״ח שיכול הבכור למחול חלקו, בניגוד לפשוט שאינו יכול להסתלק מירושתו. ולכן ס״ל לקצוה״ח לפרש דברי הגמ׳ ביחס לבכור בלבד. וכן יש לפרש דברי הרשב״ם ולישב קושיות הראשונים עליו, דהגמ׳ התיחסה לענין הבכור ולא לענין ירושת פשוט, שהם המשך דברי המשנה (עיין באור זרוע ב״ב סי׳ צ, הובא גם בהג״א ב״ב ח,טו, דכן נראה שפירשו לדברי הגמ׳ והרשב״ם). והנתיבות רעח,ט חלק על קצוה״ח, וכתב דאין הבכור יכול למחול לאחיו, אף שיכול למחול נגד האב, דמה שיכול לסלק עצמו אחר מיתת אביו, אף שבדבר דאורייתא לא מהני סילוק: ״דחלק בכורה הוא בחיוב על היורשים, דרחמנא חייביה להיורשים ליתן מתנה זו להבכור״, ולכן לאחר מיתת האב, שכבר חל החיוב, יכול למחול, משא״כ בחיי אביו. אולם לאביו יכול הבכור למחול, דכיון דנתנה התורה רשות להאב להנחיל לכל מי שירצה, רק שחייביה רחמנא לאב נגד הבכור שלא יטול חלק בכורתו ממנו, כיון שהחיוב הוא של האב, יכול הבכור למחול לאב מה שחייבה התורה את האב, וכמו שיכול למחול לאחים אחר שחל החיוב. (ועיין בקובץ שעורים ב״ב תג, שנראה

שהסכים לנתיבות לענין דזכות הבכור מתחילה משעת מיתת האב, דאז יש חיוב ליורשים לתת לו חלק בכורה, וממילא לא מהני סילוק קודם לכן). ומ״מ נראה לענין פירוש הגמ׳ ודברי הרשב״ם, שגם הנתיבות הסכים לפירוש זה שלא ידע ומחיל מתיחס לענין חלק בכורה, וכמו שביאר הקצוה״ח, אולם לא פירש שהמחילה מתיחסת לאחים, כפי שפירש קצוה״ח, אלא הבכור לאב. וע״ע בשו״מ תליתאה ח״א סי׳ עח, וח״ג סי׳ כב, מש״כ שם.

## ז. סילוק מזכות ירושה המגיעה ע״פ חוק

ולאמור לעיל מהני שטר הסילוק, כאשר זכות הבת הינה מכח החוק (עיין מה שכתבתי בח״א סי׳ כו). דלמבואר לעיל מה שלא מועיל להסתלק מירושת האב דהוי דבר שלא בא לעולם. דלראשונים דלא מהני אלא בירושה דאורייתא, דבר זה אינו שייך כאן. ואף לפוסקים המחלקים בין אם בא מכח מעשיו או ירושה דממילא, וכמש״כ הראשונים שחל עליו שם יורש מלידתו, והוא דין מיוחד במי שיורש מדאורייתא, משא״כ בזכויות המגיעות לו ע״פ החוק, כל עוד לא מת המוריש, אין לו שם יורש, ויכול להסתלק. ואינו דומה למסתלק קודם אירוסין, דשם קודם אירוסין אין לו כל שייכות להיותו יורש של האשה, משא״כ זכויות של בת היורשת ע״פ החוק, גם בטרם נפטרו ההורים, יש לה שייכות לירושה, ויכולה להסתלק, דלא דומה לבן היורש מהתורה.

ועד כמה שהשאלה מופנית לדין תורה, הרי אין צורך בכלל בסילוק הבת מעזבון ההורים, וממילא כל הסילוק הוא בבחינת כל יתר כנטול דמי, ובכל אופן אין מניעה להסתלק מזכות המגיעה לעזבון ע״פ החוק, וכמש״כ לעיל. ואף שהבת יכולה לתבוע פיצוי בגין חתימתה, אינה בגדר יורשת כבר מרגע זה, אלא בעלת זכות לא לחתום, אך רק מרגע שיצטרכו לחתום, והיינו כשתוגש בקשה לצו ירושה, או לכל המוקדם ממיתת האב. דהנה בנחלת צבי (חו״מ סי׳ רעו) דן במי שמת והניח בנות ובן, וירש הבן את כל עזבונו, והיות שרצה הבן לעשות שינוי מבנה בבית שירש, דרשו ממנו בערכאות שיביא חתימה מאחיותיו שאין להן חלק ונחלה בבית זה, היות שע״פ חוקי המלכות גם בנות יורשות, והבנות מסרבות אא״כ יתן להם חלק מהירושה. ורב אחד רצה להביא ראיה מהמשנה בגיטין מ,ב, בעבד שעשאו רבו אפותיקי דכופין את רבו לכתוב לו גט שחרור. ובגמ׳ שם מבואר דהעבד כותב שטר על דמיו לאדון ואין הוא מחויב לשחררו בחינם. ודחה הנחלת צבי את ראיתו, דשאני התם דאיכא טעם לאדון מדוע אינו רוצה לכתוב לו שטר שחרור, שלא יאמרו שעבר בעשה ששחרר עבד, משא״כ הכא כופין על מדת סדום. ומביא ראיה מהגמ׳ בב״ק קב,ב בלוקח שדה בשם חבירו דאין כופין למוכר לכתוב שטר לקונה האמיתי, עיי״ש. ומסיק הנחלת צבי

דדוקא כשהבנות נותנות טעם לדבריהן מדוע הן דורשות כסף עבור החתימה, אבל בלאו הכי, כופין על מידת סדום.

אמנם תקופה קדומה יותר תיקנו חכמי קושטא, ובראשם המהר״י באסן, לתת לבנות חלק עשירי מהירושה כפיצוי על חתימתן, עיין בחוקות חיים להר׳ חיים פלאג׳י סי׳ עג, וז״ל: ״כי מה שנהגו בקושטא כפי מה שתקנו הרבנים, הרב מהר״י באסן והרב אליהו רבה ז״ל, רבני מתא, לתת לבנות עשרה למאה ויבואו על החתום, תקנה הגונה וישרה היא, וכן ראוי לנהוג מכח התקנה שכן תיקנו רבני העיר, ומינה לא תזוע, וכל המקיים דברי חכמים תבוא עליו ברכת טוב״. ועיין בשואל ומשיב (כרך ג מהדורא תליתאה ח״א סי׳ עח) שכתב ג״כ שטענת הבנות שאינן רוצות לחתום על ויתור ללא קבלת חלק בירושה, הינה טענה, ורשאיות לעשות כן. ומה שהביא השואל ששמע שהישועות יעקב היה כותב כתב סירוב על בנות שלא רצו לחתום, לא שמיעא ליה לשואל ומשיב. וכ״כ שם בח״ג סי׳ מה, שכיון שהוא בשב ואל תעשה בודאי יכולה לעכב. וסמך יתדותיו על התוס׳ בב״ק מ,ב (כנראה כונתו לדברי התוס׳ בד״ה הוה, דמתוך דהוה מעריקנא לאגמא היה הניזק מתפשר עימי בדבר מועט), וכן הביא דהפני משה (ח״ב סי׳ טו) התיר ליטול פיצוי עבור חתימה. וע״ע בשואל ומשיב כרך ב תנינא ח״א סי׳ א, ושם ח״ג סו״ס קי, ובכל התשובות הנז׳ התיר לבת לדרוש פיצוי עבור חתימתה. וע״ע בדברי חיים (צאנז) ח״ב סי׳ ג ״שכן נוהגים שמפשרים בזה״. ולא הזכיר השואל ומשיב מהו הסכום המכסימאלי אותו יכולות הבנות לדרוש עבור זה, אם הוא מעבר לחלק העשירי הנז׳ בתקנת המהר״י באסן או פחות.

ברם, בשו״ת מהרי״א הלוי (ח״א סי׳ ד) הסיק: ״שמחויב הבן לפשר עימה כפי ראות עיני הדיין, עד שתתן לו שטר סילוק״. הרי שסכום הויתור תלוי בראות עיני הדיין ובשקול דעתו, לפי נסיבות המקרה. וכן נמצא בשו״ת רב פעלים (ח״ב חו״מ סי׳ טו), שיכולות הבנות לסרב לחתום עד שיפייסם בדמים, וסך הפיוס הוא ״לפי ראות עיני הבית דין שבעירם״. ומהרש״ם במשפט שלום (סי׳ קפד) הביא באריכות ראיות לכאן ולכאן, ולא הכריע. ובציץ אליעזר (חט״ו סי׳ ס) כתב; ״שכך נוהגים למעשה בהרבה מקרים כי הבנים מעניקים לבנות פיצוי כספי הגון תמורת חתימתם על ויתור בירושה לטובתם״. וע״ע במש״כ הציץ אליעזר בחט״ז סי׳ נב שקבע מסמרות לפסקו מדברי הפוסקים.

וכאמור, גם אם יש זכות בחתימה, אין זה הופך את הבת ליורשת, דלא מהני בה סילוק. אלא שהאב חשש שהבת תבוא מכח החוק, ובכגון זה לא הועיל דבר, כיון שסע׳ 8 לחוק הירושה קבע: ״הסכם בדבר ירושתו של אדם וויתור על ירושתו שנעשו בחייו של אותו אדם – בטלים״. ולפ״ז אם תסרב הבת לסמכות ביה״ד ותפנה

לביהמ״ש, הוא יפסול את הויתור שעשתה ויקבע שהיא יורשת בהתאם לחוק. אולם לא בכך עסקינן. הפניה אלי היתה בדיקה עקרונית אם לכתב הויתור היה תוקף ע״פ ההלכה. יחד עם זאת יש להתריע בפני מורישים העושים הסכמים מעין אלה, למען דעת שע״פ החוק אין להסכמים אלה כל תוקף. והדרכים המומלצות הן, או כתיבת צוואה ע״י המוריש בהתאם לויתור, או בדרך של שטר חוב, שבו חייב היורש למוריש את סכום ההטבה שקיבל היורש מהמוריש. בכל דרך יש סיכון, ואכמ״ל.

**לאור האמור, מדין תורה הועיל הסילוק שכתבה הבת לאביה.**

# סימן לד

## שכר רכב והתקלקל באמצע הדרך

### ראשי פרקים

**א. שוכר בהמה והתקלקלה או מתה**

**ב. התקלקלה ואומר לו הרי שלך לפניך, אם חייב השוכר לשלם שכירות**

**ג. מתה בחצי הדרך, אם נותן לו שכר חצי הדרך**

**ד. שכר בית ומת השוכר**

**ה. כששכר חצי הדרך הנותרת גבוה מדמי השכירות**

**ו. חיוב השוכר לשמור לאחר תום השכירות**

**ז. חיוב השבה בשומר**

ראובן שכר רכב משמעון. השכירות בוצעה בירושלים, מקום מגורי שניהם, כשראובן הודיע לשמעון שהוא שוכר את הרכב ע"מ לנסוע בערב שבת לצפת, ולחזור במוצ"ש. בערש"ק בשעות אחה"צ בעליות לצפת, התקלקל הרכב. ראובן התקשר לשמעון שיזמין גורר, וכי הוא משאיר את הרכב בצידי הדרך, כשהוא ממהר לצפת (בעיקר עקב הזמן הקצר לכניסת שבת). שמעון בקש שישאר במקום וישמור על הרכב, אולם ראובן טען שהוא במקום עם ילדים ומזוודות, והוא צריך להגיע בהקדם עם המשפחה לצפת. הגורר הגיע, כשראובן לא במקום, וגרר את הרכב למוסך סמוך. בין לבין, שוטר שעבר במקום, קנס את הרכב שעמד בשוליים (ככל הנראה עקב כך שלא היה משולש אזהרה שהראה שהרכב התקלקל. לטענת ראובן הוא שם פתק על הרכב, ויתכן שעקב הרוחות או מסיבות אחרות, הפתק נעלם, או שהשוטר לא שם לב לפתק).

שמעון תובע מראובן תשלום שכירות הרכב (לפחות חלקי), ותשלום הקנס. (לענין הנזק והגרירה, מוסכם כי מראש שכרו רכב ישן, שעלול להיות בעיתי, וכי ודאי לא נעשה הנזק מחמת נהיגת ראובן, אולם בשעת השכירות הרכב היה תקין, אך כדרכן של מכוניות ישנות המושכרות לאחרים, התקלה מצויה). ראובן מסרב לשלם שכירות הרכב, וטוען שבנוסף נגרמו לו נזקים (שכירת שתי מוניות לצפת, שניצלו את מצוקתו על אם הדרך). ובענין הקנס, הרי שהדבר לא היה באשמתו, ולא יעלה על הדעת שיחכה לגורר בשעה לחוצה זו. ומאידך תובע ראובן את העלויות שהיו לו להגיע

לצפת במוניות (סכום שהוא מועט, בקיזוז דמי השכירות, או לא לשלם כלל דמי שכירות).

## א. שוכר בהמה והתקלקלה או מתה

תנן בב״מ עח,א: השוכר את החמור והבריקה (שנטלוה לעבודת המלך – רש״י) או שנעשית אנגריא, אומר לו (משכיר לשוכר) הרי שלך לפניך (טלנה כמו שהיא סמויה ותלך, שאף מזלך גרם כמו מזלי, וטרח ואשר אותה בדרכים, וגבי אנגריא נמי, המתן עד שתשוב, שאף מזלך גרם ונפסיד שנינו). מתה או נשברה (שמפסיד כל שכרו), חייב להעמיד [לו] חמור (המשכיר למכור העור והנבילה לכלבים, ולהוסיף מעות ולהעמיד לו חמור, או ישכור לו אחר בדמי נבילה, שהרי חמור זה שיעבד לו, או יחזור לו שכרו). ועיי״ש בגמ׳ בע״ב דהבריקה פירושו או שהיה לה כתם בעין או שהתליעו רגליה. ומ״מ בפשטות המשנה נראה שאם חל קלקול בבהמה, כיון שהיא יכולה ללכת עדיין ולעשות מלאכתה, אף שבאופן ירוד ממה ששכרה, הרי גם מזלו של השוכר גרם, וישתמש בה כמות שהיא. ואם נפסדה לגמרי, כגון מתה או נשברה, באופן שלא שייך כלל לעשות המלאכה שלשמה נשכרה, חייב המשכיר להעמיד לשוכר בהמה אחרת.

ובגמ׳ שם בע״ב נחלקו רב ושמואל בדין אנגריא, רב ס״ל דדין המשנה הוא בדוקא באנגריא חוזרת, שמחזירים הבהמה לבעלים, דאז יכול לומר לו להמתין, שהרי לא נפסדה (עיין בתוס׳ שם ד״ה באנגריא: ״דיכול לעשות מלאכתו כשתחזור, אע״פ שתתאחר במלאכתו, שבשביל איחור אין חייב להעמיד לו חמור אחר, כמו הבריקה או נשתטתה, שמתאחרת נמי במלאכתה ולא חיישינן״), אבל אנגריא שאינה חוזרת, הרי היא כמתה או נשברה. ושמואל ס״ל דהכל תלוי אם האנגריא לוקחים הבהמה בדרך בה הוא צריך להולין, אבל אם לוקחים לא בדרך הליכתה, הרי היא כמתה או נשברה. (ועיין ברי״ף מח,ב בעמוה״ר, דהלכתא כשמואל). והגמ׳ שם שקו״ט בדברי רב ושמואל, ושמואל העמיד דבריו כרבי שמעון בן אלעזר בברייתא. והקשתה הגמ׳, דהא רשב״א ס״ל דגם בהבריקה חייב להימד לו אחרת. ותירצה הגמ׳, אמר רבה בר רב הונא, לרכוב עליה שאני (שמא תפול תחתיו בגשר או תשליכנו באחת הפחתים). אמר רב פפא, וכלי זכוכית כלרכוב עליה דמי. ומבואר שיש מצבים שאף שהבהמה עדיין הולכת, אינה מתאימה למטרה שלשמה נשכרה, וכיון שבמצב זה יתכן ויגרם נזק, כגון ברכיבה או בכלי זכוכית, יש לראות את הבהמה כאינה ממלאת המטרה לשמה נשכרה, וממילא הוי כמתה מבחינת השוכר.

ולענין דין יכולה לעשות מלאכה ע״י הדחק שאומר לו הרי שלך לפניך, כאשר השכיר לו בהמה ובזמן השכירות היתה ראוי לחלוטין, שאל״כ הרי זה מקח טעות,

אלא שבמהלך השכירות התקלקלה באופן שיכולה לעשות ע״י הדחק, וכמש״כ המאירי בסוגיא (עח,ב): ״... ואחר ששכרה אירעה חולי שנסתמית או שהתליעו רגליה וכיוצא באלו, שאם אירעה כן קודם ששכרה הרי זה שכירות של טעות, והרי זה אומר לו בהמה ראויה למלאכתי שכרתי. אלא שלאחר ששכרה אירעה כן ... הואיל ובהמה זו עושה בה דבר שבשבילו שכרה על ידי הדחק, הרי המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך״. ונשאלתי במי ששכר הרכב לכמה ימים והמזגן ברכב עבד, ואחר יום יומיים ארעה תקלה, דלכאורה לפשטות דין המשנה, יכול המשכיר לומר לשוכר הרי שלך לפניך. אמנם יש לחלק אם הקלקול הוא פתאמי, מחמת ארוע שארע, או הדרגתי, וכבר בזמן השכירות היה המזגן מקוקל, אלא שבזמן השכירות התקלקל לחלוטין, דאם מדובר בקלקול שקורה בהדרגה, הרי יש כאן מקח טעות.

ויש לציין מש״כ בערוך השולחן (חו״מ שי,ו) דכל הדין שיכול המשכיר לומר לשוכר שיעשה מלאכתו ע״י הדחק, דוקא בלא קבע זמן להגיע למקום מסוים, אבל אם קבע לו זמן מתי לבא למקום מסוים, ואין אפשרות להגיע בחמור שחלה, חייב להעמיד לו חמור אחר.

כל זה לענין החיוב של המשכיר להעמיד בהמה לשוכר, אולם לענין חיוב השוכר לשלם למשכיר דמי שכירות עד למקום שבו הלכה הבהמה, באופן שצריך להעמיד לו אחרת, כגון במתה, דנה הגמ׳ שם בהמשך. אמר רבה בר רב הונא אמר רב, השוכר את החמור לרכוב עליה ומתה לו בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומות (שהשכיר לו חמור כחושה). היכי דמי, אי דשכיח לאגורי (מוצא חמור אחר כאן לשכור), תרעומות מאי עבידתיה. אי דלא שכיח לאגורי, אגרא בעי למיתב ליה. לעולם דלא שכיח לאגורי, ומשום דאמר ליה אילו בעית למיתי עד הכא, לאו אגרא בעית למיתב. היכי דמי, אי דאמר ליה חמור סתם, הא חייב להעמיד לו חמור אחר. אי דאמר ליה חמור זה, אם יש בדמיה ליקח יקח. לא צריכא, בשאין בדמיה ליקח. אם יש בדמיה לשכור – ישכור. רב לטעמיה דאמר רב לא מכלינן קרנא, דאתמר, השוכר את החמור ומתה לו בחצי הדרך, אמר רב אם יש בדמיה ליקח יקח לשכור אל ישכור. ושמואל אמר אף לשכור ישכור, במאי קמיפלגי, רב סבר לא מכלינן קרנא, ושמואל סבר מכלינן קרנא.

ושם דנה הגמ׳ לענין שוכר ספינה וטבעה, דבספינה שטבעה, גם הסחורה שעליה כבר אינה, וממילא אינו צריך עוד ספינה לסחורה זו, אם צריך לתת לבעל הספינה שכר של מחצית הדרך. תנו רבנן, השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך, רבי נתן אומר, אם נתן לא יטול, ואם לא נתן לא יתן. היכי דמי, אילימא בספינה זו ויין סתם, אם נתן אמאי לא יטול, נימא ליה הב לי ספינתא דאנא מייתינא חמרא. והיינו

שאומר השוכר לבעל הספינה, הבא לי ספינה, ואני אביא יין ממקום אחר להמשך ההפלגה, שהרי לא התנה דוקא ליין זה. אלא בספינה סתם ויין זה, דשכר דוקא ליין מסוים, וא״כ הקשתה הגמ׳ אם לא נתן אמאי לא יתן, יאמר בעל הספינה, הבא יין זה ואביא לך ספינה. והעמיד רב פפא את דברי הגמ׳ ביין זה וספינה זו, דכ״א יש לו טענה, למשכיר שיביא יין זה, ולשוכר שיביא ספינה זו, ולכן אזלינן בתר המוחזק, אבל בספינה סתם ויין סתם, חולקים בשכר. ועיי״ש ברש״י, אלא ביין זה וספינה זו; ״ולא ביד זה וזה להשלים, הלכך יד תובע על התחתונה, דאמר ליה היאך אנא לא מעכבנא מכי מייתית דידך״. ובספינה סתם ויין סתם; ״שהרי ביד שניהם להשלים״, ולכן חולקים.

בפשטות דברי הגמ׳ מבואר דלענין חיוב להעמיד לו בהמה אחרת, יש לדון אם השכירות נפסדה או הבהמה נפסדה, דאם הבהמה קיימת רק אינה ממלאה את יעודה לשכירות, כגון שהתקלקלה או נלקחה, באופן שהגוף קיים, יכול לומר המשכיר לשוכר שגם מזלו גרם, משא״כ במתה, שמפסיד המשכיר הגוף ואינה קיימת עוד, חייב המשכיר להעמיד לשוכר בהמה אחרת או להפסיד שכרו (למש״כ רש״י שם). ובאופן שהתקלקלה השכירות כך שמטרת השכירות לא יכולה להתקיים, כגון ששכרה לרכב והתקלקלה או למשא כלי זכוכית, שאם ימשיך בבהמה שאינה בריאה יהיה נזק לרוכב או למשא, דינה כמתה הבהמה, ואינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך. ולענין חיוב לשלם שכרו עד מחצית הדרך, דבחמור סתם צריך להעמיד לו אחרת, ובחמור זה, אם יש בדמיה לקנות חמור אחר, יקנה השוכר חמור אחר, ואם בדמיה רק לשכור, נחלקו רב ושמואל אם מכלינן קרנא, ופסק הרי״ף (מט,ב בעמוה״ר) דהלכתא כשמואל בדיני דמכלינן קרנא. ולענין ספינה שטבעה באמצע הדרך עם היין שבה, שכבר אין לו צורך בספינה, שאין היין לפנינו, יש אופנים בהם משלם דמי שכירות (יין זה וספינה סתם), יש אופנים בהם פטור (יין סתם וספינה זו), יש אופן בו הולכים אחרי המוחזק (יין זה וספינה זו), ויש אופנים בהם חולקים (יין סתם וספינה סתם).

## ב. התקלקלה ואומר לו הרי שלך לפניך, אם חייב השוכר לשלם שכירות

ובדין המשנה דבהבריקה או נתפשה לאנגריא, ואומר משכיר לשוכר גם מזלך גרם והרי שלך לפניך, לכאורה ממש״כ רש״י במתה שחייב להעמיד לו אחר או יפסיד שכרו, משמע שבאופן של הרישא שאומר הרי שלך לפניך, אינו מפסיד שכרו. וכן מבואר מדברי הרמב״ם שכירות ה,א: ״השוכר את הבהמה וחלתה או נשתטית או נלקחה לעבודת המלך, אע״פ שאין סופה לחזור, אם נלקחה דרך הליכה הרי המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך, וחייב ליתן לו שכרו משלם״. הרי שחייב לשלם שכרו כשיכול המשכיר לומר לשוכר הרי שלך לפניך. ובמגיד שם ציין לדברי הראב״ד

והרשב״א החולקים וסוברים שאינו צריך לשלם לו שכרו. הרשב״א על המשנה (ב״מ עח,א), וז״ל:

״פרשה הראב״ד ז״ל בחמור סתם, וכתב הוא ז״ל, נ״ל דלענין תביעת השוכר על המשכיר בלבד קאמר, שאע״פ שהשכיר לו חמור סתם אינו יכול לתבוע שיעמיד לו חמור אחר, שהוא אומר לו חמורי קיים וראוי למלאכתך ואם ע״י הדחק. אבל לענין השכר נ״ל שלא יטול אותו, מפני שאינו יכול להשתמש בו כראוי, ועוד, אנגריא שאינה חוזרת לשמואל והוא שיש למלך מלאכה ארוכה שאינה חוזרת לכמה שנים, איך יתבע ממנו שכר, והוא אינו יכול להשתמש בה ע״כ. ואע״פ שהיה באפשר לומר שיכול לומר לו בעל החמור ממך לקחוה ומזלך גרם, מה שכתב הרב נ״ל עיקר, דא״כ אפילו מתה אמאי חייב להעמיד לו חמור, לימא ליה מזלך גרם.״

מבואר בראב״ד דלענין עצם העמדת חמור אחר, כיון שראויה למלאכה ע״י הדחק, אינו חייב להעמיד לו חמור אחר, אף בהשכיר לו חמור סתם, מ״מ טענה זו של מזלך גרם הוא לענין זה, אבל לענין השכר, כל שאינו ממלא את השכירות, הרי התשלום הוא עבור מה ששכר, וכיון שאינו יכול להשתמש בחמור באופן ששכר, אינו חייב לתת לו שכרו, דטענת מזלך גרם הינה רק על טענת השוכר שיעמיד לו אחר, משא״כ לענין השכר, אין חיוב שכר כשאין המשכיר ממלא תנאי השכירות. וכן הביא בנימוק״י (מח,ב בעמוה״ר). ובמגיד כתב דדעת הרמב״ם, כיון שיכול לומר לו הרי שלך לפניך, כיון שיכול להשתמש ע״י הדחק, ממילא מבחינת השכירות יש חיוב תשלומים, דגם שימוש ע״י הדחק חשיב שימוש המחייב בדמי השכירות, לדעת הרמב״ם.

ובשטמ״ק (ב״מ עח,א) הביא מהרמ״ך לענין הרי שלך לפניך; ״ונותן לו השוכר שכרו עד אותו מקום״. ואף שברמב״ם י״ל שנותן לו שכר מלא, ברמ״ך מבואר שנותן לו שכרו רק עד אותו מקום. ונראה דס״ל לרמ״ך כראב״ד, דאף הראב״ד מודה דלענין חצי הדרך שעבר, אם שכיח לאגורי, נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת, או באופנים המבוארים בגמ׳ עט,א הנ״ל שנותן לו שכר חצי הדרך, וכדין מתה בהמה, כן יהיה כאן לענין שכרו, וזה נראה כדעת הראב״ד, דלענין חצי הדרך לא מיירי הראב״ד, ודינו כדין מתה בהמה, המבואר בגמ׳ שם עט,א. ושם פירש כך גם את דברי הרמב״ם, שנותן לו רק שכרו של חצי דרך שעשה, וממילא י״ל דלא פליגי הראשונים בזה, וז״ל הרמ״ך (בשטמ״ק שם):

״הר״מ ז״ל כתב שכרו משלם. ויש להעמיד דבריו, כיון דאמרינן בסמוך ובתוספתא השוכר את הפועל ונאחז באנגריא לא יאמר לו הפועל הריני לפניך, ומאחר שאני אנוס תן לי כל שכרי של יום זה, אלא נותן לו שכרו הראוי עד

אותה שעה שנאחז. אלמא דלישנא דהריני לפניך הוא למתבע מיניה כוליה אגריה. ולפום מאי דכתיבנא דשכרו עד אותו מקום הוא דליתן ליה לבעל הבהמה נראה לומר כן. ומלישנא דהרי שלך לפניך הכי משמע, הרי שלך שהבאתי לך עד כאן לפניך, הילכך תן לי שכרי שהיית נותן למי שיביאנו עד הנה. וכן היא סברתו של רב בשוכר חמור ומתה בחצי הדרך דנותן שכרו עד אותו מקום וכן נראה. וצריך עיון.״

ולפ״ז לא פליגי הרמב״ם והראב״ד, דלענין שכר חצי הדרך שהלך, נותן שוכר למשכיר שכרו, בכפוף לאמור בגמ׳ עט,א, וחצי דרך שמכאן ואילך, לכ״ע לא נותן לו שכרו. ובזה י״ל לסברת הראב״ד והרשב״א, דאף שיכול לומר לו מזלך גרם, מ״מ יכול לחזור בו מהשכירות, וכיון שכן צריך לשלם עד הזמן שלא חזר בו מהשכירות. כן י״ל בדבריהם. ולכאורה כך עולה מדברי החקרי לב (חו״מ ח״ב סי׳ סח).

ולכאורה ממש״כ שכרו משלם, י״ל שהכוונה לכל השכר, כן נראה גם מדברי הגר״א בשו״ע חו״מ שי,ד שכתב דצריך לשלם כל שכרו, ולדעת רש״י שכתב ״נפסיד שנינו״, אין צריך לשלם כל שכרו אלא חלקו. וכן נראה שדעת הרמב״ם שמשלם כל שכרו, מהתוספתא (ב״מ ז,ח): השוכר את הפועל ונאחז באנגריא, לא יאמר לו הרי שלך לפניך, אלא נותן לו שכרו כמה שעשה״. וכן למד הנתיבות שי,ג בדברי המחבר (שהוא כדעת הרמב״ם), דאין חילוק בין שכרו בקבלנות או שכרו לימים, דאף שהתעכב, צריך ליתן לו שכירות של כל יום ויום, דכיון דמזל השוכר גרם, נותן לו שכרו של כל יום ויום. גם במבי״ט (ח״א סי׳ מ) מבואר דלרש״י הפסד דמי השכירות לשניהם, ולדעת הרמב״ם משלם לו כל שכרו, והראב״ד דלא משלם כלל, ומ״מ אף לדעת הרמב״ם, אחר שהניחוה מעבודת המלך, ישלים השוכר שכירותו.

ומדברי המאירי (ב״מ עח,א) נראה דלפירוש הראשון שהביא שם, חייב לשלם לו כל שכרו, דכיון שעושה את המלאכה שלשמה נשכרה ע״י הדחק, יכול לומר לו הרי שלך לפניך ומזלך גרם. המאירי (הובא לעיל) כתב דכל שהקלקול ארע בזמן מהלך השכירות ויכול לעשות מלאכתו ע״י הדחק, אומר המשכיר לשוכר הרי שלך לפניך וחייב ליתן לו שכרו משלם. ולדין המשנה (דלחלוק הגמ׳ בעט,א יש לחלק, דלרכב וכלי זכוכית לא חשיב אפשרות ע״י הדחק) בין ששכרה לרכוב בין ששכרה למשוי ואפי׳ לכלי זכוכית, כיון שע״י עמל ודחק משיג בה למחוז חפצו. אך המאירי שם הביא יש אומרים, וכתב שדבריהם נראים, שלא נאמר כן אלא שאם השוכר תובעו להחליף לו בהמה אחרת, על כך עונה המשכיר שיעשה בה מדוחק וישלם שכרה. אבל אם אין השוכר תובעו רק אינו מוכן לעשות מלאכתו מתוך הדחק, אינו חייב לשלם לו שכרו. וכתב המאירי על הסבר זה; ״ונראין הדברים״. ומ״מ הן לפירוש

הראשון והן לשני, כל שאומר לו הרי שלך לפניך, חייב לשלם לו כל שכרו, שהרי עדיין השכירות קיימת, שיכול לעשותה ע״י הדחק. וכן נראה מדברי תלמיד הרשב״א (ב״מ עט,א). וכן י״ל בפסקי ריא״ז (ב״מ פ״ו ה״ב אות ד).

ועיין בדברי הגרא״ז באבן האזל שכירות ה,א, בטעם דברי הרמב״ם שמשלם לו כל שכרו, דמזלו של השוכר גרם שאינו יכול להשתמש בה, דמצד הבהמה אין כאן חסרון, וכל החסרון הוא במניעת ההשתמשות, ומניעת ההשתמשות הינה מזלו הרע של המשכיר, ולכן חייב לשלם כל שכר השכירות, דכיון שכבר קנה הבהמה לשכירות והחזיק שלו. משא״כ במתה הבהמה, הנזק הוא לבעלים, ולא גרע ממכת מדינה דמנכה לו מן חכורו, משום דמכת מדינה הוי חסרון בשדה, וכל שכן אם מתה הבהמה, דהנזק הוא לבעלים בגוף הבהמה, וכיון שמזל הבעלים גרם, מנכה לו מחכורו.

ולכאורה אם כל הסברא שאומר לו מזלך גרם, שהתקלקלה השכירות, נראה דוקא בשוכר חמור זה, ששניהם הסכימו ששוכר דוקא חמור מסוים, אבל אם השכירו חמור סתם, לכאורה אין זה מזלו הרע של השוכר. כך פסק הרמב״ם בהל׳ שכירות ה,ב: ״מתה הבהמה או נשברה, בין ששכרה לשאת בין ששכרה לרכוב, אם אמר לו חמור סתם אני משכיר לך, חייב להעמיד לו חמור אחר מכל מקום ...״. ועיין במגיד שם בה״ב, דכיון דאמר לו חמור סתם ומסר לו זה, נשתעבד בכך מחמת אחריות להעמיד חמור אחר באחריות כל נכסיו. והחילוק בין חמור סתם לחמור זה, מבואר גם בדברי הרמב״ם בפיהמ״ש (ב״מ ו,ג): ״אין המשכיר יכול לומר לשוכר הרי שלך לפניך אלא אם השכיר לו למשא ויחד לו את הבהמה. אבל אם השכיר לו לרכוב עליה הוא עצמו, או לשאת עליה משא אלא שאמר לו חמור סתם ולא ייחד לו בהמה, חייב להעמיד בהמה אחרת״. וכן מבואר בדברי הרע״ב שם. ועיין באור שמח שכירות ה,ב מש״כ בזה. ובמחבר בשו״ע חו״מ שי,א, לא חילק ברישא בין סתם לחמור זה.

לאמור לעיל באנו למחלוקת ראשונים אם באופן שהשכיר לו חמור מסוים דוקא, וחלתה הבהמה וכיוצ״ב שיכול לקיים השכירות ע״י הדחק, ויכול המשכיר לומר לשוכר מזלך גרם, אם משלם לו כל שכרו, כדעת הרמב״ם והשו״ע, או שיכול השוכר לחזור בו מהשכירות, וממילא לשלם רק את חלק השכירות עד שחזר בו.

## ג. מתה בחצי הדרך, אם נותן לו שכר חצי הדרך

באופן שאינו יכול להשתמש בבהמה, ובאופן שאין המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך, האם חייב השוכר לשלם למשכיר שכר חצי הדרך. והובאו לעיל דברי הגמ׳ ב״מ עט,א: אמר רבה בר רב הונא אמר רב, השוכר את החמור לרכוב עליה

ומתה לו בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומות וכו׳, לעולם דלא שכיח לאגורי, ומשום דאמר ליה אילו בעית למיתי עד הכא, לאו אגרא בעית למיתב, ובשאין דמיה ליקח אלא לשכור, עיי״ש בגמ׳. והנידון בגמ׳ הוא לענין תשלום שכר חצי הדרך, ומשמעות הגמ׳ דפשוט דחצי הדרך שלא הלכה, שאין צריך לשלם כל השכירות. ולכאורה כיון דשכירות ליומיה ממכר הוא, א״כ דמי לקנה בית ונפל, ומדוע לא משלם שוכר למשכיר כל דמי השכירות ששכר.

ותנן במשנה ב״מ קג,א: המשכיר בית לחבירו ונפל, חייב להעמיד לו בית. ובגמ׳ שם:

היכי דמי, אי דאמר ליה בית זה, נפל אזל ליה. ופרש״י שם: הלך לו, מזלו גרם, ואמאי חייב להעמיד לו בית. ומבואר לכאורה שמשלם לו כל שכירותו, דהרי הוא כקונה בית זה לזמן ומזלו של השוכר גרם. אמנם ברמב״ם בהל׳ שכירות ה,ו מבואר שאינו צריך לשלם לו אלא דמי השכירות שדר שם, רק אין המשכיר צריך להעמיד לו בית אחר, וז״ל:״ בית זה אני משכיר לך ואחר שהשכירו נפל, אינו חייב לבנותו, אלא מחשב על מה שנשתמש בו, ומחזיר לו שאר השכירות״. אולם בתש׳ מיימוניות (משפטים סי׳ כז) הביא מהרשב״א מבעלי התוס׳, שצריך לשלם שוכר למשכיר את כל שכר השכירות; ״דברשותו נפל, דכל ימי שכירות הבית ברשותו. וגם בקונטרס פירש מזלו גרם, ואפי׳ לא נתן, למה לא יתן אפילו שכר דלאחר נפילה״. וכדברי הרמב״ם נמצא ברא״ש (ב״מ ח,לה), דאי דאמר ליה בית זה ונפל, אין חייב להעמיד לו בית אחר אלא יחזיר לו שכרו המגיע עד סוף זמנו, ואם לא קבל השכר יתן לו שכר המגיע עד זמן נפילה. ובהג״א שם הביא ממהרי״ח שהסתפק אם צריך ליתן לו כל שכרו.

גם הרמב״ן בסוגיא (ב״מ קג,א) כתב דאינו נותן לו אלא שכירות של הזמן שדר בו,

וכן דעת הרשב״א בתש׳ (ח״ד סי׳ ג), וכן דעת הר״ן בחידושיו (ב״מ קג,א), וכן דעת המאירי בסוגיא, וכ״כ בנימוק״י (ב״מ ס,א בעמוה״ר), וכן פסק בשו״ע חו״מ שיב,יז, ועיי״ש בסמ״ע לא. ועיין בשטמ״ק בשם הרמ״ך, דמנכה לו שכר הזמן שלא דר בו, ונשאר בצ״ע. ובריטב״א שם הביא דחייב השוכר לפרוע השכירות, אף אם עדיין לא נתן, מפני שהוא כלוקח בית ונפל קודם שיפרע דמיו. והביא גם דעת הרמב״ן שאין צריך לפרוע אלא שכירות הזמן שדר בו, ואפילו נתן מעבר לכך, חייב המשכיר להחזיר לשוכר.

ובבאור מחלוקת הראשונים הנ״ל, נמצא לגרא״ו בקובץ הערות (נג,ג), דמחלוקתם היא אם השכר שנותן הוא דמי הקנין או דמי ההשתמשות, דלדעת הראשונים הסוברים שצריך לשלם כל דמי השכירות, אף במתה בחצי הדרך, ס״ל שהוא דמי הקנין, ודמי לנפל הבית. אבל לדעת הרמב״ם והרמב״ן הוא דמי ההשתמשות, ולכן

כל שלא השתמש, אין צריך לשלם שכר של מה שלא השתמש. ושם באות יא הקשה, לסוברים דחיוב תשלומי שכירות הוא בעבור הקנין ולא השימוש, מהא דאינה לשכירות אלא לבסוף או מתחלה ועד סוף. וכתב לישב ע"פ מש"כ בקונטרס הספיקות (ז,ה) דהתם איירי בשכירות פועל, אבל שכירות קרקעות ומטלטלין, מיד כשנגמר קנין השכירות חייב לשלם כמו במקח, דשכירות ליומא ממכר הוא. וע"ע בחזו"א ב"ק כג,י.

ובנתיבות שיב,יג כתב להקשות ממחלוקת הראשונים המובאת ברמ"א חו"מ שלד,א, בשכר בית ומת, אם צריך לשלם גם מה שלא דר בו, דשכירות ליומא ממכר הוא, או שאין צריך לשלם אלא מה שדר. וכתב הנתיבות דהדעה הסוברת לעיל שמשלם כל שכירות הבית בנפל, היא כדעה השניה שם (ולכאורה צ"ע, דהרשב"א עצמו פסק בתש' דבנפל אין צריך לשלם כל השכירות, וכנ"ל). כתב הנתיבות לחלק בין בית לחמור:

> "דבחמור לא שייך לומר כשאמר זה דשכירות ממכר הוא, דבחמור זה משועבדת הנבילה אם מת החמור לשכור חמור אחר, ועיין בשיטה מקובצת פרק האומנין (ב"מ עח,א ד"ה אומר לו) דחמור זה כאפותיקי מפורש דמי, וכיון דעל שעבוד ואפותיקי מפורש עמו לא שייך לומר ממכר הוא, רק כפועל שיש עליו חיוב הגוף דמי, ולכך פטור הבעה"ב באונסין, משא"כ בבית זה דאם נפל אזדא ואין על הבעה"ב שום שעבוד, אמרינן שפיר דממכר הוא וכל האונסין חל על הלוקח."

דבחמור יש עדיין שעבוד על המוכר לקיום השכירות, והחמור הוא כאפותיקי לקיום השכירות, ולכן לא שייך לומר שהוא כממכר, משא"כ בבית אין על המשכיר שעבוד לקיום השכירות והשעבוד הוא רק על הבית, ולכן דינו כממכר גמור, ומשלם לו כל שכירותו. ולפ"ז יוצא דבחמור פשיטא דלכ"ע אין משלם לו אלא שכר הדרך שעשה עד כה, אם שכיח לאגורי, וכדאיתא בגמ'. ועיין בבית אהרן לגר"א וולקין, ב"מ עט,א ד"ה בגמ' ר' נתן), דבכל דבר שנפסד לגמרי, הוי פסידא דשוכר, משא"כ בחמור שיכול לשכור בדמי הנבילה. ולכאורה היא כסברת הנתיבות. ומעין זה ראיתי גם בחקרי לב (חחו"מ ח"ב סי' סז ד"ה וכשאני).

## ד. שכר בית ומת השוכר

הוזכרה לעיל מחלוקת הראשונים במי ששכר בית ומת השוכר, אם משלם כל דמי שכירות הבית לכל השנה, או רק לזמן שדר בו. המרדכי (ב"מ שמה) הביא שאלה שנשאל המהר"מ בלאה ששכרה בית ומתה, ואין יורשיה רוצים לפרוע את מלוא השכירות אלא לפי מה שדרה בבית. והשיב המהר"מ, שאם לא נתנה כל השכירות,

היורשים פטורים מלשלם עבור הזמן שלא דרה, והטעם- דמיתה חשיבא לאונס ועל בעה"ב לאתנויי. ואילו הרשב"א בתש' (סי' אלף כח) פליג על המהר"מ, וז"ל:

"בראובן שהשכיר בית לשמעון, ומת שמעון אחר שנים ושלושה חודשים שדר בקרקע, אם בנו יכול לומר לו ביתך איני רוצה ושכירות איני משלם לך אלא לפי חשבון שדר בו אבי. והשיב, שהראב"ד פסק שהדין עם המשכיר, דכיון ששכר שמעון הבית הרי הוא כמכר גמור ונתחייב בדמים, בין ידור בין לא ידור, ואע"ג דקיי"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, מ"מ אין השוכר רשאי לצאת משם בכל יום ויום ולחשוב עמו לשעות, אלא מחויב הוא שלא להניח ביתו לפני זה עד זמנו, ואפי' באומר לו טרח והבא דיורין אחרים לאו כל כמיניה, דאדרבה- במשכיר סתם לשנה אין השוכר רשאי להניח לו ביתו, אא"כ הודיעו מתחילה לפי שהוא בית או חנות, או מאותם הנזכרים בפרק השואל (קא,ב)."

ועיין בב"י סו"ס שיב שפסק כרשב"א, והביא ראיה מדברי התוס' בב"ב נא,ב (ד"ה במתנה); "... ואומר ר"ת, דגדול קנינו של שוכר מזה, שאפי מת בתוך הזמן, המקום מושכר ליורשיו עד הזמן ...". והב"ח דחה את ראיתו, וכתב דכוונת התוס' דאין המשכיר יכול לדחותם, אבל הם עצמם יכולים לחזור בהם. ועיין בתש' פרח מטה אהרון ח"א סי' צד שהביא בשם מהר"ש הלוי שהקשה על הב"ח דאין סברא לחלק בין כח קנין השוכר לכח קנין המשכיר, וכמו שאין המשכיר יכול לדחות ליורשים ה"ה שאין היורשים יכולים לחזור. וע"ע בדברי משפט סי' שלד ס"ק א' מש"כ לישב, דדוקא ביורשים רוצים לדור חייבים לשלם כל מה שהתחייב, אבל אם אינם רוצים לדור, יכולים לומר אבינו היה חייב רק לדור ואם היה דר היה חייב לשלם, אבל קודם שדר אין עליו חוב שכירות, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, וע"כ פטורים מלשלם, אבל אה"נ, שני הצדדים אינם יכולים לחזור בהם. ומש"כ הוא דוקא ביתמי, אבל בשוכר ומשכיר וארע אונס, לא של מיתת השוכר, שניהם אינם יכולים לחזור. ודוקא בשכירות כלים וקרקע, אבל בשכירות פועלים, כשם שיכול הפועל לחזור כך בעה"ב יכול לחזור.

והרמ"א בחו"מ שלד,א פסק שרק אם קבל כבר השכירות אין צריך להחזיר, והיינו כדעת המרדכי, וכן דעת הש"ך בס"ק ב שדחה את דעת הרשב"א וס"ל דרק אם כבר שילם שכירותו אין המשכיר צריך להחזיר, וכ"ה דעת תרומת הדשן בסי' שכט (עי' בסמ"ע ס"ק ד). ועיין במהרשד"ם (סו"ס רצה) שמשמעות דעתו לדינא כדעת הרשב"א, וכ"כ בסי' תטו, וצ"ע לדינא.

ובמחנה אפרים (שכירות ה) הקשה על דעת המרדכי שאין צריך לשלם לו כל שכרו, מדברי המרדכי עצמו שכתב דמלמד שחלה, דצריך בעה"ב לשלם למלמד כל

שכרו, דפועל הוי קנינו של בעה״ב, ומזלו של בעה״ב גרם למחלת המלמד ונסתחפה שדהו (ולכאורה המרדכי מביא גם דעות שאינו משלם רק מה שלמד עימו, עיין ב״מ שמו – שמז, וכן שם אות שנו. אמנם הסתירה שהקשה המחנ״א הינה בדברי מהר״מ), א״כ גם בשוכר בית לזמן, כיון דשכירות ליומיה ממכר הוא, אם מת השוכר או חלה שאינו יכול לדור שם נימא גם כן דמזליה גרם. וכתב המחנ״א לחלק, דפועל לזמן הוא קנינו של בעה״ב, ולכן כשחלה המלמד מזלו של בעה״ב גרם, דאפשר שאם לא היה שכיר אצלו לא היה נופל למשכב, ולכן נותן כל שכרו. וטעם זה אינו שייך בשוכר בית ומת השוכר, דאין שום ריעותא בבית ולא נשתנה הבית מכפי שהיה, וטוען השוכר טענת אונס, דאדעתא דהכי לא שכרה, ולא יכול לומר לו המשכיר מזלך גרם, כיון שהריעותא לא בדבר הנשכר, משא״כ בשוכר מלמד וחלה המלמד, כיון דנולד ריעותא בקנינו, לא יכול בעה״ב טענת אונס דמזלו גרם, דאלו לא היה שכור אצלו, לא היה נאנס. ודעת הרשב״א והראב״ד בשכר בית שנותן לו כל שכרו, וטענת אונס אינה פוטרתו, שחיוב דמי השכירות אינם מפני שהשוכר דר במקום אלא מפני שמכר לו זכות דיורים לשנה, וממילא החיוב בין ידור ובין לא ידור. ובתחילה כתב המחנ״א דכיון דהוי מחלוקת, אזלינן בתר המוחזק. אולם בהמשך כתב להכריע כדעות הסוברות שצריך לתת לו כל שכרו, עיי״ש בראיות שהביא. ועיין בתש׳ פרח מטה אהרן (ח״א סי׳ צד) שהביא ממהר״ש הלוי שכתב לעשות פשרה. והפרח מ״א כתב דיכול המוחזק לומר קים לי כמהר״מ שאין צריך לשלם אלא מה שדר בו, עיי״ש במה שנו״נ בדבר אף אם הוא דעת יחיד.

ובתוס׳ ב״מ עט,א (ד״ה אלא) הקשה על דין הגמ׳ דבספינה סתם ויין זה נוטל כל שכרו, ואפי׳ לא נתן השוכר, דבגמ׳ ב״מ עז,א מבואר דאם השוכר אנוס, כגון באתא מיטרא דאין צריך להשקותה, הוי פסידא דפועלים, דכל אונס שאירע לבעה״ב שלא היה לו לידע יותר מהפועלים, הוי פסידא דפועלים, וא״כ מדוע כאן נותן לו כל שכרו. ותירץ ריב״ן; ״דלעיל שהפועלים לא אבדו כלום רק שנתבטלו, אין נותן להם כלום, אבל הכא שהמשכיר הפסיד ספינתו, כפועל בטל מיהא איתי ליה, כיון שמזומן לקיים תנאו״. ולפ״ז יוצא שאם הספינה קיימת, נותן לו שכר חצי דרך גם ביין זה וספינה סתם. וכתב החזו״א ב״ק כג,יב דמזה ראיה לדעת מהר״מ דאין היורשים צריכים ליתן כל שכר הבית. ולדעת הרשב״א י״ל דדוקא בספינה לא הוי שכירות ליומא ממכר הוא, כיון ששכר ספינה עם ספן, דהוי כפסיקת שכר פועלים, משא״כ בשכירות בית. ואף שבשוכר בית ונפל אינו נותן לו כל שכרו, מפני שהמשכיר אינו מעמיד לו הבית, משא״כ במת השוכר. ועיי״ש בחזו״א הסבר דעת הריב״ן, דלכאורה מה ענין השכר לכך שבעל הספינה הפסיד ספינתו.

### ה. כששכר חצי הדרך הנותרת גבוה מדמי השכירות

ומ״מ מהמורם לעיל עולה שאינו צריך לשלם לו שכר חצי הדרך שלא הלכה, וגם חצי הדרך שהלכה חייב לשלם לו רק אם שכיח לאגורי, ובלא שכיח נחלקו בגמ׳ אם יכול למכור ומכלינן קרנא. ויש לעיין בשכיח לאגורי ונותן לו שכרו של חצי הדרך, מה הדין אם לא שכיח לשכור רכב לשעה וכד׳ להגיע למקום, וצריך לקחת מונית לשלם כך, וברור שאין ברירה בידו בשעה כזו, וזה עולה על כל שכר שכירות הרכב ליומיים, מפני ששתי מוניות עלו סכום רב משכר השכירות, ובודאי שכירות לדרך חזור של רכב או מונית, תעלה כשכר שכירות המרכב ששכר, האם חייב לשלם לו שכר של חלק הדרך. שהרי אם נחשב לפי ק״מ, יש כאן קצת פחות ממחצית השכירות הלוך וחזור, כמעט כל הדרך לצפת הלוך, ללא דרך חזור. או לפי הזמן, שהתחשיב לפי יום ששי ומוצש״ק. או שיש לנכות משכר השכירות את העלות של השכירות שתהיה מרגע האונס עד לתום השכירות.

דהנה שם בגמ׳ איתא: היכי דמי, אי דשכיח לאגורי, תרעומות מאי עבידתיה, אי דלא שכיח לאגורי אגרא, בעי למיתב ליה. לעולם דלא שכיח לאגורי, ומשום דאמר ליה אילו בעית למיתי עד הכא, לאו אגרא בעית למיתב. ובתוס׳ שם ד״ה אילו, כתבו וז״ל:

> ״תימה, דהשתא מיהא דלאו עד הכא בעי למיתי, למה יתן לו שכר. וי״ל, דהא דקאמר לעולם דלא שכיח לאגורי, היינו לפי אותן דמים שהשכיר מזה, אבל בטפי פורתא ימצא להשכיר, והרי נהנה במה שבא עד כאן, לכך נותן לו חצי שכרו, ואין צריך לפחות המשכיר משכרו מה שזה נותן עתה יותר מעט מכאן ואילך כיון דהוא אנוס. א״נ, כגון שיוכל למכור סחורתו במקום שמת החמור וירויח בה, ויש סוחרים הרבה שאין מביאין סחורתן אלא עד כאן, לכך יתן חצי שכרו.״

קושית התוס׳ דלכאורה הרי לא רצה לבוא עד כאן אלא לתכלית נסיעתו והגעתו, ואין לו כל תועלת בחצי הדרך אם אי אפשר לשכור ולהגיע לסוף הדרך, וא״כ מדוע נותן לו שכר חצי הדרך. ותירצו, דאה״נ אם אי אפשר לשכור כלל ורצה להגיע רק למקום מסוים, שאין צריך לתת לו שכר, אלא שכיח לאגורי בשכר יחסי יותר גבוה, מעל מחצית על חצי הדרך הנותרת, ולא מנכה לו מה שמעט צריך להוסיף על מחצית הדרך הנותרת. ובתרוץ שני כתב, דיש תועלת בהגעתו לחצי הדרך, וכגון שיכול למכור סחורתו שם. ולכאורה מדברי התוס׳ עולה דדוקא בתוספת מועטה אין צריך לנכות משכר השכירות, והכי אוקימתא דגמ׳, אבל בתוספת מרובה, מנכה לו משכרו. (ועיין בתורת חיים (ב״מ עט,א) בבאור דברי התוס׳. דאם משלם על מחצית הדרך

כשכר כל הדרך, אין נותן למשכיר כלום. והיינו דכל דבר שאינו מעט, מנכה השוכר למשכיר מדמי השכירות. וע״ע בדברי משפט שי,ג בהתיקרה שכירות חצי הדרך, לאחר מיתת החמור. וע״ע במהרא״ל צינץ במעיני החכמה, מש״כ בתרוץ התוס׳).

אמנם לכאורה אם הטעם מפני שהמשכיר אנוס וכמש״כ התוס׳, מה לי שכר מרובה ומה לי שכר מועט. דטעם אונס מבואר בגמ׳ ב״מ עז,א בסוגיא דאתא מיטרא וברא״ש שם ה״ג, ולכאורה כיון ששניהם לא ידעו מהאונס, ושניהם שוים בידיעתו, קיי״ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואם לא נתן, אין צריך לתת, ורק אם כבר נתן, אין מנכה לו. ודוחק לומר דתוס׳ מיירי בהקדים לו שכרו שכרו, דבפשטות אין מקדימים שכר, דאינה משתלמת אלא לבסוף (אף בשכירות מטלטלין. ואף למש״כ הגרא״ו (הובא לעיל) דבקרקע ומטלטלין מיד בגמר הקנין משלם שכרו, היינו אם משלם על הקנין, ובודאי הו״ל לתוס׳ לחלק. אלא נראה דסברת התוס׳, דכיון שהמשכיר אנוס, לכן מוחל לו על שכר מועט שמוסיף, אבל לא על שכר מרובה.

והרשב״א בסוגיא הקשה כקושית התוס׳ וחידד את הקושיא, שאם מתה הבהמה בדרך במדבר, מקום גדודי ליסטים וחיות רעות, האם יש למשכיר טענה זו של אילו בעית למיתי עד הכא, ומדוע בספינה שטבעה בחצי הדרך לא יכול לומר כן. והרשב״א לא נקט כתרוץ הראשון של התוס׳ אלא כתרוץ השני, שיש תועלת לשוכר בהגעה למקום, ויש שלכתחילה נוהגים כך, וז״ל:

״ומסתברא לי דלאו דלא משתרש ליה כלל קאמר, אלא דלא משתרש ליה למה שהלה בדעתו קאמר, וכגון זה שהיה בדעתו להוליך משאו לפרוותא וליומא דשוקא, ומתה לו בחצי הדרך במלון במקום המשתמר, וה״ק, היכי דמי, אי דקא משתרש ליה, כלומר שמוצא במקום ההוא חמור אחר שיוליכנו ליום השוק ובאותו שכר, מאי תרעומת, דאי משום שינוי דעתא, זה אינו מרצונו ומה היה לו לעשות וכבר חמורו מת. ואי דלא משתרש ליה, שלא ימצא חמור אחר כאן ונמצא בטל משוקו, או שצריך לשכור חמור אחר בכדי כל שכרו של ראשון, אמאי נותן לו שכר חצי הדרך. ואסיקנא, לעולם דלא משתרש ליה ונותן לו שכר חצי הדרך, שאם לא ימצא היום חמור להוליכו, ימתין עד יום אחר וימצא וילך ליום השוק אחר, דהרבה מביאים כאן ומצניעין כדי להקל עליהם המהלך, וגם אתה אלו רצית לבא ולקרב מלאכתך כאן ללכת ליום השוק אחר, הלא היית צריך ליתן שכר. והכלל שאע״פ שאינו משתרש לו עכשיו, משתרש לו למחר, מה שאין כן בספינה שטבעה בחצי הדרך.״

ונידון כרשב״א שייך במי ששכר רכב להגיע למקום רחוק, והתקלקל הרכב במקום מסוים שהרבה הנוסעים דרך כה ארוכה, לכתחילה נשארים ללון במקום זה

כחניית ביניים, וע״כ משתרשי ליה. אבל כבנדו״ד, אף אם צריך להוסיף קצת, כיון דלא משתרשי ליה כלל, אין צריך לשלם לו אלא בניכוי עלות ההוצאה. ומעין תרוץ הרשב״א, מצאנו גם בריטב״א בסוגיא (הובא בשטמ״ק ב״מ עט,א), דדוקא דמשתרשי ליה אלא שגרם לו לעיכוב (והריטב״א לא הזכיר שיש שלכתחילה מתעכבים, כמש״כ הרשב״א). ומ״מ גם הרשב״א וגם הריטב״א לא נקטו כתרוץ הראשון של התוס׳, ולכן לכאורה גם בתוספת מועטה, מנכה לו השוכר למשכיר. ובנדו״ד אין נפק״מ, כיון שהיתה תוספת מרובה.

לאמור לעיל בנדו״ד אין ראובן חייב לשלם לשמעון כלל על דמי שכירות הרכב, כיון שהמחיר ששילם למוניות שיקחו אותו לצפת, היו יותר מכל שכירות הרכב. אך מאידך גם אין מקום לחייב את שמעון בתוספת הקטנה שהיתה מעבר לסכום השכירות (עלות הנסיעה במוניות לצפת, היו מעט יותר מסכום השכירות), כיון ששמעון לא השתעבד מעבר לסכום השכירות, ומהגמ׳ הנ״ל לא מצאנו חיוב מעבר לסכום השכירות, ואף בחייב להעמיד לו אחרת, כבר כתב רש״י, הובא לעיל, דאו יעמיד לו אחרת או יפסיד שכרו, שלא נשתעבד המשכיר מעבר לשכר השכירות, ואין שעבוד המשכיר אלא להעמיד לו חמור תמורת השכירות, ושלא מעמיד לו חמור, אין לו שכר, אבל לא השתעבד לנזקי גרמא שיגרמו מחמת החמור, וגם בנשברו כלי הזכוכית בנפלה הבהמה, אין חייב המשכיר לשלם לו כלי הזכוכית, וכמבואר בגמ׳ שם דרק טענה יש לשוכר שלכן לא יכול להשתמש בבהמה. ומ״מ בנדו״ד אין ראובן חייב לשלם לשמעון שכר השכירות.

## ו. חיוב השוכר לשמור לאחר תום השכירות

ובנדו״ד תובע שמעון את ראובן על הקנס שקיבל עקב חנית הרכב במקום אסור, ואם היה נשאר במקום או מציב סימני זהירות שהרכב התקלקל, לא היה מקבל קנס, וכעת שלא עשה כן ולא המתין לגורר, נגרם לשצעון נזק בקבלת הקנס. והשאלה אם היה על ראובן חיוב לשמור על הרכב, לאחר שהתקלקל ולא ניתן להשתמש בו, ומאידך, גם יודע שהבעלים אינם יכולים לשמרו. כמו כן יש לחלק בין אונס שיארע לרכב עצמו, לבין נזק חיצוני כמו קנס, וכמו שיתבאר להלן.

איתא בב״מ צו,ב-צז,א: תא שמע, דההוא גברא דשאיל נרגא מחבריה ואיתבר. אתא לקמיה דרב, אמר ליה זיל שלים ליה נרגא מעליא. אמרו ליה רב כהנא ורב אסי לרב, דינא הכי, ושתיק רב. והלכתא כרב כהנא ורב אסי, דמהדר ליה תבריה וממליא ליה דמי מנא. ואת קושית הגמ׳ דינא הכי, פירש רש״י דקושית הגמ׳ מדוע ישלם לו כלי עשוי ומתוקן, דהתנן (ב״ק י,ב) גבי נזיקין, תשלומי נזק, מלמד שהבעלים

מטפלין בנבילה, ששמין לו הנבילה של בהמתו, שמתה על ידי זה שהזיקה לו, ועליה מוסיף ומשלם דמיהן. וגם בזה אין צריך לשלם לו דמי כלי עשוי ומתוקן אלא ישומו לו שברי הראשון, ועליהן ישלם דמיו, והמשאיל ילך ויטרח ויקנה לו כלי אחר. והנימוק״י (ב״מ נה,ב מעמוה״ר) כתב בדין חיוב השואל בשמירת השברים, שאף אם פחתו השברים בין שעת שבירה לשעת העמדה בדין, פסידא דבעלים, דומיא דנזיקין, ולא דמי לגנב וגזלן שקנו בשינוי השברים וההפסד עליהם. והוסיף הנימוק״י בדין נאבדו או נאנסו השברים, וז״ל:

״והסכימו האחרונים ז״ל לדעת הרמב״ן ז״ל שאם אמר לו שואל למשאיל טול שברים שלך או הטפל בנבלה שלך ונאנסו לאחר מכן שנאבדו לגמרי, הוי כאילו נאנסו ברשות משאיל ואין השואל חייב כלום אלא מדמי מה שהזיקו מתחלה, דכל זה בכלל פחת נבלה, אף על פי שנאבדו למשאיל לגמרי דהיינו נאנסו.״

ודברי הרמב״ן הובאו בסוגיא ב״מ צו,ב, שאחריות השברים הם בכלל פחת נבילה, ואם אמר לו טול את שלך, הרי הפחת או האונס מוטל על המזיק (ומה שצריך להודיע לבעלים, עיין מה שכתבתי בח״ז לח/א, דעד ההודעה חשיב כשעת הנזק) וז״ל הרמב״ן:

״ועוד נפקא מינה דאי שמין לשואל, שברים דידיה הוו, ואי א״ל לאחר ימי שאלה טול את שלך ונאנסו פטור. ואי אין שמין, חייב עד שישלימם לו בב״ד בשומן. וכל זה בכלל פחת נבלה. ואע״פ שאמרו (ב״ק יא,א) בנזיקין, שעל בעל הבור להעלות שור מבורו, וכן בשואל ושומרים אמרו יביא ארורה לב״ד. אפ״ה אינו חייב באחריותן אלא כמו שהוא חייב בשאלה דמעיקרא. והיינו דבעי התם אילימא דבדברא שויא זוזא ובמתא שויא ארבעה, כי טרח בדידיה טרח. ודחינן לה בכגון כשורא דבמתא זוזא ובדברא זוזא. ולא מתרצינן דנפקא מינה דבאחריות מזיק היא עד שיחזירנה לרשותו, אלמא אחריות נבלה בכלל פחת נבלה, ועל הניזק היא וכן בשומרים לפי דינן.״

ומה שכתב הרמב״ן דאינו חייב באחריותו אלא כמו שהוא חייב בשאלה דמעיקרא, למש״כ הנימוק״י דאין השומר חייב באחריות אלא עד שעת הנזק, דמה שהוזקו ונהפכו לשברים, בזה חייב באחריות, אך אינו חייב באחריות השברים והנבילה. ולכאורה לפי הסברא שכלתה כבר השמירה, צריך להפטר לגמרי גם מפשיעה וגניבה ואבידה, ובראשונים הזכירו אונסין.

ובריטב״א (ב״מ צו,ב) כתב דחייב השואל כשומר שכר; ״דרב אמר זיל שלים ליה נרגא מעליא, דס״ל דשואל כגנב וגזלן ואין שמין לו הפחת, ומאי דפחת

לדידיה פחת ואין הבעלים מקבלין הפחת בשומתם, ורב כהנא ורב אסי פליגי עליה, דסבירא להו דשמין לשואל מטעמא דכתיבנא לעיל, ופסקינן הלכתא כוותייהו, ומהדר ליה תבריה במאי דהוי שוו בשעת שבירה, ופחת שפיחתו פסידא לבעלים. והוא הדין שאם נאנסו לאחר שבירה שנאנסו לבעלים, דכיון שנשברו כלתה שאלתם, ואין השואל עליהם אלא שומר שכר". ולכאורה דין זה בשואל ובשוכר בלבד ולא בשומר חינם ושומר שכר, דשומר חינם ושומר שכר חייבים בשמירה גם כשנשבר, דאין את הסברא הקיימת בשואל שעלתה בשאלה, דסברא זו שייכת במציאות ששאל או שכר, שרוצה להשתמש בחפץ, אולם כאשר צריך רק לשמור, מה לי בהמה ומה לי נבילה, מה לי חפץ ומה לי שבריו. והשאלה הינה בשוכר, כיון שכבר כלתה שכירותו, שאינו יכול להשתמש בחפץ, האם דינו כשומר שכר עדיין, או כיון שכעת כבר אינו יכול להנות מהחפץ, כלתה שכירותו ואינו עליהם אלא שומר חינם.

עוד יש לדון מש"כ הרמב"ן והנימוק"י דבטול את שלך פטור, ולכאורה אם לא אמר טול את שלך, יש לחייבו, והשאלה במה יש לחייבו ומה הטעם באמירת טול את שלך. דאם נאמר שכשנשבר החפץ כלתה השאלה או השכירות, מה צורך לאמירת טול את שלך, אם השואל אינו יכול להשתמש בחפץ וע"כ אין כאן שאלה, מדוע יש לחייבו בלא הודיע לבעלים. ואם נאמר שדין טול את שלך הוא דין אחר, דמה שהשואל נשאר שומר שכר על השברים, דאף שכלתה השאלה הוא מחויב לשמור כיון שהבעלים לא כאן, ובאומר טול את שלך הרי הודיע לבעלים, א"כ באמירת טול את שלך הוא נפטר לגמרי, ואף כשומר חינם אינו.

והנה הרמ"א בחו"מ שדמ,ב, כתב: "נגנבו השברים או נאבדו (ואפילו נאנסו) השואל חייב, אלא אם כן אמר למשאיל טול את שלך". והיא גופה תלויה בשתי הגירסאות ברמ"א. לפי הגירסא המשמיטה את המילים "ואפי' נאנסו", הרי שטול את שלך פוטר את השואל אף מגניבה ואבידה, ולגירסא הגורסת "ואפי' נאנסו", עצם השבירה אינה מסיימת את השאלה, הגם שאין אפשרות להשתמש בחפץ, אא"כ אמר לו טול את שלך, ששבירה בצרוף אמירת טול את שלך, מסיימת את עצם השאלה והחיוב שבעטיה. ולגירסא המשמיטה "ואפי' נאנסו", הרי שהשאלה הסתיימה בשבירה, אולם יש חיוב חדש של שמירה וכמו באומנים, ב"מ פ,ב - פא,א, וכמו שפסק בשו"ע וברמ"א שו,א.

דהנה רש"י בב"מ פא,א כתב דאינו שומר חינם באומר האומן לבעלים "גמרתיו", שהרי זה כאומר לו טול את שלך ואיני שומרו עוד: "דאינו שומרו לו עוד קאמר ליה". והב"י בחו"מ שו הביא מתלמידי הרשב"א (נפסק להלכה ברמ"א שו,א) שדייקו מרש"י דאי אמר בהדיא טול את שלך דאיני שומרו עוד, פטור האומן לחלוטין ואפי'

מפשיעה (דבלא״ה אינו אלא שומר חינם). דכל היכא שגילה בדעתו שאינו רוצה לשמרו ולתפוס על שכרו, אף שומר חינם אינו. ולפ״ז הרמ״א שפסק שם בשו,א שכלתה שמירתו גם לענין חיוב אחר שאינו חיוב של אומן, פסק גם בחו״מ שדמ,ב שבטול את שלך, לכאורה הוא פטור לגמרי, ובלא הודעת טול את שלך, יש עליו חיוב שמירה חדש וכדין משיב אבידה, לשמור את החפץ לבעלים שאינם יודעים, שלא יאבד. גם אפשר, וכן נראה עיקר, שזה דין מיוחד בשואל, דכיון שהיתה לו הנאה מהחפץ או יכלה להיות לו הנאה מהחפץ (נפק״מ בלא השתמש עדיין), אף שכעת אין לחייבו כשואל, מ״מ הרי שכרו של השאלה מחייבו כשומר שכר, דכן יש לדייק מהמחבר בשו״ע חו״מ שמג,א, עיי״ש.

והסמ״ע שדמ,ז דייק בדברי הנימוק״י שאם לא אמר טול את שלך, חייב אפילו באונסין,

דכל זמן שאין השואל מודיע למשאיל בא וטול את שלך, דין שואל עליו להתחייב באונסין. והקשה על הרמ״א דפטר באונסין בלא אמר טול את שלך (כגירסא המשמיטה ״ואפי׳ באונסין״). עוד הקשה הסמ״ע על הרמ״א, דמהנימוק״י משמע דטול את שלך מהני רק לאונסין, וברמ״א מדויק דאף לגניבה ואבידה מהני. וכתב הסמ״ע לחלק בין אם כשא״ל תחילה הילך שברי החפץ ולא רצה המשאיל לקבלם, ואמר לו השואל אקחם אם כן לביתי, בכה״ג מיירי הרמ״א שהוא פטור אף מגניבה ואבידה. אולם באמר לו בא וטול שברי החפץ, ואינם לפניו לתת לו, בכה״ג מיירי הנימוק״י שהוא חייב בגניבה ואבידה. אך כתב דזהו דוחק לפרש כן ברמ״א. לכן הגיה הסמ״ע והוסיף ״ואפי׳ נאנסו״, דאינו פטור אלא מאונסין אם אמר טול את שלך, וכמש״כ דבלא אמירת טול את שלך לא כלתה השאלה.

אולם הגר״א שם בבאוריו ס״ק ז כתב דלא כסמ״ע, ושדעת הרמ״א דלא כנימוק״י,

דאף שבנימוק״י כתב דאף נאנסו חייב, ובאמר לו טול את שלך פטור בנאנסו דוקא, הרמ״א חולק; ״ודבריו נכונים, כיון שנשברו כלתה זמן שאילתו״, והביא ראיה משמג,א. והוסיף הגר״א דמ״מ בטול את שלך הוי שומר חינם אף בשואל. ועיין קצוה״ח שדמ,ב, וז״ל:

> ״ולענ״ד נראה דודאי אפילו לא אמר טול את שלך, הוי דין שואל שכלתה שמירתו, ולא עדיף משואל לזמן דכלתה שמירתו לאחר זמן, וזה שנשבר ואינו ראוי עוד למלאכתו ואין כל הנאה שלו, לא הוי אלא שומר שכר ... דודאי כל השומרין אחר שיאמרו טול את שלך אין עליהם דין שמירה כלל ואפילו מפשיעה פטורין וכמו שיבואר, וא״כ ודאי מיירי תלמידי רשב״א קודם שאמר טול שלך ... ולכן נראה עיקר דבתר שבירה אינו אלא שומר שכר, הואיל ונהנה בתחלתו.״

וכתב קצוה״ח, דמש״כ הנימוק״י נאנסו הוא לאו דוקא, אלא כוונתו שנאבדו לגמרי,

דהו״ל כנאנסו ביד המשאיל, ועיקר מה שבא הנימוק״י לחדש, שלא תאמר דכיון דטורח נבילה על השומר, א״כ כל שלא העמידו לבעלים הו״ל דשואל, קמ״ל דבכלל פחת נבילה הוא, שאין אחריות השואל על הפחת נבילה, ולכן אפי׳ לא אמר טול את שלך, אינו באונסין אלא בתורת שומר שכר, הואיל ונהנה, ואם אמר טול את שלך, פטור לגמרי. ודוקא אומן שאמר טול את שלך, הוי שומר חנם, וכמש״כ תוס׳ (ב״מ מט,א ד״ה אלא), אבל לא שאר שומרים. ומסקנת קצוה״ח: ״העולה מדברינו, דקודם שאמר טול את שלך, אינו חייב אלא כשומר שכר, ואחר שאמר טול את שלך, אפילו שומר חנם לא הוי. ותדע, דהא אפילו בפחת נבילה דמחמת פשיעותא הוא, אפ״ה כל שהודיעו לבעלים דאין עליו אלא הוצאות וטורח על הבעלים כמבואר בסי׳ תג, וכל שהודיע, אין על השומר כלום, ומשום דהיה להם לבעלים לטרוח ולמוכרו, ומכל שכן אומר לו בפירוש טול את שלך, דהיה לו למשאיל לטרוח ולמכור. והארכתי בזה, יען ראיתי שהסמ״ע ירד לחלק בזה הרבה, ולעד״נ עיקר כדברי הרמ״א שלפנינו וכמש״כ״.

ודעת הנתיבות (שדמ,ב) לפטור בטול את שלך, לא מבעיא בגניבה ואבידה, אף מפשיעה יש לפטרו. ובלא אמר טול, לנימוק״י יש לחייבו אף באונסין. ומה שכתב הנימוק״י דבאמר טול פטור מאונסין, לאו דוקא אונסין אלא אפי׳ גניבה ואבידה, ובא להשמיענו דקודם שאמר לו טול, אפילו נאנסו חייב. וכיון שכתב הנימוק״י: ונאנסו שנאבדו לגמרי וכו׳, כולל שניהם נאנסו ונאבדו:

״ולא מסתבר כלל שאחר שאמר טול שלך יתחייב בגניבה, דהא אפילו בהלואה למאן דס״ל פרעון בעל כרחו שמיה פרעון, נפטר כשאמר לו טול מגניבה, ואיכא דפטר ליה אפילו מפשיעה כמבואר בסימן קכ,ב, ומאן דמחייב [עיין ש,ך קכ,ד], הטעם דקודם שנעשה קנין בהמעות להמלוה לא נעשה פרעון, משא״כ שאלה, ודאי דבאמר לו טול את שלך והוא אחר זמן שאלה, דכשנשברו הוי ככלה זמן שאלה, אפילו בהרי שלך לפניך הוי חזרה, והיאך יכולין לחייב את זה שיהיה יושב ומשמר של חבירו בעל כרחו.״

ומשמע דבטול את שלך לאחר שנשברו, הוי סיום זמן השאלה ופטור גם מפשיעה,

ואין לחייב את השואל להיות יושב ומשמר בעל כרחו, אבל בלא אמר טול את שלך, לא הסתיימה זמן השאלה אף שנשבר החפץ, דסיום זמן השאלה היא גם השבירה עם אמירת טול את שלך.

ואיתא בגמ׳ ב״מ מט,א: ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי, לסוף אייקר שומשמי, הדרו בהו, ואמרו ליה לית לן שומשמי, שקול זוזך. לא שקיל זוזיה. איגנוב.

אתו לקמיה דרבא, אמר ליה, כיון דאמרי לך שקול זוזך ולא שקלית, לא מבעיא שומר שכר דלא הוי, אלא אפילו שומר חנם נמי לא הוי. ועיי״ש ברש״י דאפי׳ מפשיעה פטור, כמשמעות הגמ׳. ובתוס׳ שם (ד״ה אלא) הקשו מהגמ׳ ב״מ פ,ב, דאומן שאמר טול את שלך, הרי הוא שומר חינם, ומדוע כאן אפי׳ שומר חינם אינו. ותירצו התוס׳, דבאומן מעיקרא היה שומר שכר, וכשא״ל טול שלך, לא לסלק עצמו לגמרי משמירה קאמר אלא שלא יהיה שומר שכר, משא״כ במקח שמעיקרא לא בתורת שמירה באו לידו המעות אלא בתורת מקח, לכן אפי׳ שומר חינם אינו. וכאמור, לרש״י ב״מ פא,א, גם באומנים, אם אמר ואיני שומרו עוד, הרי הוא פטור אפי׳ מפשיעה, דכן דויק מדברי רש״י ב״מ פא,א, עיין לעיל. ועיין מרדכי ב״מ סי׳ שסא.

ובמחנה אפרים (שומרים סי׳ כ) הקשה על חילוק התוס׳, דדבריהם אתי שפיר לשיטת התוס׳ ב״מ מג,א דאסור ללוקח להשתמש במעות ואינו אלא שומר חינם, אבל לפירוש אחר בתוס׳, דמותר ללוקח להשתמש במעות, א״כ לוקח השומשמי היה כבר שומר שכר, וא״כ צריך להיות דינו כאומנים לחייבו כשומר חינם. וכתב המחנ״א לתרץ באופן אחר את קושית התוס׳, דמה שאמר האומן טול את שלך, לא לסלק עצמו משמירה נתכוין אלא שאינו מעכבו על שכרו, משא״כ כל שומר שכר שאומר טול את שלך, כוונתו שאינו רוצה לשמרו, ולכן אפי׳ שומר חינם לא הוי.

ועיין בריטב״א, הובאו דבריו בשטמ״ק ב״מ מט,א בתרוץ קושית התוס׳: ״יש לומר דשאני התם שיש לאומן לקבל שכרו, וכיון דכן לא סגיא דלא להוי עליה שומר חנם כיון דתפיס ליה אאגריה, ואע״ג דאמר לו טול את שלך״. והיינו, דאף שאמר לו טול את שלך, ולכאורה הפירוש בדברי האומן שאיני תופסו עוד על שכרי, מ״מ במציאות הוא תופס על שכרו, לכן לכל הפחות צריך להיות שומר חינם, דאף שכבר אינו רוצה לתפסו על שכרו, מ״מ את המציאות שהחפץ ביד האומן והוא תפוס בו בשכרו, א״א לסלקו לגמרי מחיוב שמירה. ועיין בשטמ״ק ב״מ פ,ב (מפי רבי) שהקשה מדוע אומן דינו כשומר שכר, הא גבי שומשמי אינו אפי׳ שומר חינם. וכתב: ״ויש לחלק, דשאני הכא הואיל ונהנה מהנה״. ונראה לפרש דבפועל נהנה במה שתופסו עבור שכרו, אף שהודיע שאינו תופסו עוד ויטול בעה״ב את שלו, מ״מ כיון שבפועל נהנה, מהנה הוא לבעה״ב שיהיה שומר חינם. וכן נראה ממש״כ הש״ך חו״מ שו,ב: ״דהכא א״ל טול את שלך והבא מעות, א״כ כיון שעדיין חייב לו מעות הוי שומר חינם, משא״כ התם שאינו חייב לו כלום. שוב מצאתי בר׳ ירוחם נ״ל ח״א שכתב בשם הרמ״ה כדפי׳ עיי״ש״. דסו״ס חייב לו עדיין מעות ובפועל תפיס אאגריה, ואף שאמר לו טול את שלך, מהני שלא יהיה שומר שכר, אבל שומר חינם מיהא הוי, כיון דבפועל תפיס אאגריה.

וכן נראה מדברי הגרע״א בחידושיו לב״מ מט,א (על התוס׳), נפק״מ בשומר שכר שאינו אומן שאומר טול את שלך, דבזה מודיע שאין רצונו להיות שומר, ממילא נסתלק לגמרי ואף שומר חינם לא הוי. רק נראה דכוונתו דאומן שאומר טול את שלך, יש לפרש דבריו שאינו מתכוין לסלק עצמו משמירה אלא להודיע שאינו תופסו על שכרו, וממילא נשאר שומר חינם, משא״כ בכל שומר שכר דעלמא, אין לנו לפרש דבריו אלא שמסלק עצמו מהשמירה לגמרי. וע״ע מש״כ בחידושיו ב״מ פא,א. (וע״ע בהגהות רע״א על שו״ע חו״מ סי׳ קכ (ד״ה אא״כ). ועיין עוד בתש׳ הב״ח (הישנות סו״ס כא), ושעהמ״ש עב,לז).

וכדברי הגרע״א נמצא בתש׳ הב״ח (הישנות סי׳ קלח) דבעינן לשון המבורר שאינו שומרו עוד כלל, וכשקודם תפיס אאגריה ואומר טול את שלך, לא לסלק עצמו משמירה קאמר ליה אלא שאיני תופסו על שכרי, דכדי להפטר לגמרי משמירה בעינן לשון מבורר ויד השומר על התחתונה. וכן יש לפרש בדברי בעה״ת (נ,א,ד), וז״ל:

״... התם באומן לא מפיק נפשיה מתורת שומר, והאי דא״ל טול את שלך לאו לאפוקי נפשיה משומר אתא אלא להודיעו שאם יבא ויטלנו לא יעכבנו בשביל שכירותו, או בא להודיעו שנגמרה המלאכה, דהא קי״ל התם דבין א״ל גמרתיו בין שא״ל טול את שלך חזר שומר חינם, וכל זה הוא משום דאתא לאפוקי נפשיה משומר שכר, ולעולם רוצה שיעמוד כשומר חינם עד שיפרש.״

דכל שיש לנו לפרש דבריו באופן שלא מסתלק לגמרי מהשמירה, כן יש לנו לפרש באופן המצומצם, וע״כ דינו כשומר שכר, דכדי להסתלק לגמרי מהשמירה צריך להודיעו באופן מוחלט שהוא מסתלק מהשמירה, משא״כ באומן שיש לפרש דבריו באופן שונה וכנ״ל. וכן פירש המגיה במחנה אפרים (שומרים כ) את דברי הריטב״א, ע״פ דברי בעה״ת, והסיק מזה נפק״מ, שאם כבר נתן לו שכרו, אם א״ל אחר זמן טול את שלך, אפי׳ שומר חינם לא הוי. ושכן כתב רבינו ירוחם נתיב ל ח״א בשם הרמ״ה. ועיין מש״כ הגרא״ז באבן האזל (מכירה ז,ג ד״ה אכן).

## ז. חיוב השבה בשומר

וביסוד הדין הנ״ל, נמצא באחרונים שאין חיוב השבה בשומר אלא בגזלן. כך מצאנו בקצוה״ח קצח,ה, על דין השומשמי, שיכול הקונה למוכר לומר טול את המעות שלך, וז״ל קצוה״ח:

״נראה הטעם דגבי פקדון אין הנפקד חייב בהשבה לבעלים, דאינו חייב בהשבה ליד בעלים אלא גזלן כדכתיב (ויקרא ה,כג) והשיב, וכן לוה דמלוה

להוצאה ניתנה והפרעון מחויב ליתן ליד בעלים, אבל שומרין לא מחייבי בהשבה כלל, אלא פקדון כל היכא דאיתיה ביד בעלים הוא, והמפקיד הוא שהולך לבית שומר לקבל פקדונו, ומשו״ה יכול לומר לו בא וטול את שלך. וכן נראה [ממש״כ הנימוק״י ריש פ״ק דב״ק (ד, ב מעמוה״ר) בהא דתני (יא,א) יביא עדודה לב״ד ע״ש, דהיינו דוקא היכא שמתה בפשיעה צריך להביא עדודה לב״ד, אבל אם מתה באונס, אומר לו הרי שלך לפניך עיי״ש. ומכל שכן היכא דפקדון בעינא, דאומר לו הרי שלך לפניך ובא וטול את שלך.״

מבואר דאין דין השבה בפקדון, ולכן יכול להפטר מחיובי שמירה באמירת טול את שלך. וכן כתב קצוה״ח בעוד מקומות. עיין שמ,ד דבשומר אין חיוב השבה, וכל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא, והבעלים מחזרין על שלהן. וכדברי קצוה״ח נראה מדברי היש״ש ב״ק ט,יט לענין זורק מטבע חבירו לים, דאיירי דוקא דלא שקליה בידים דלא הוי גזלן, או שהיה בידו כבר בפקדון, אבל שקליה בידים ואגביה, הוי גזלן לכ״ע והשבה בעי למעבד וחייב. ומשמע דבפקדון אין חייב בהשבה.

ומהרש״ם במשפט שלום (קצח,טו ד״ה וטול) הקשה על סתירה מדברי קצוה״ח ד,א. קצוה״ח שם מביא את הזוהר הקד׳ (במדבר ח״ג קיט,א) שיש איסור גמור לעכב פקדון שבידו; ״ויש לזה פנים על פי נגלה, והוא שיטת הריטב״א פרק הכותב (כתובות פד,ב ד״ה ההוא בקרא) דהיכא שבא ליד הנפקד בתורת פקדון, צריך למיעבד השבה מעליא, ועיין ש״ך נח,ט, ולכן בעל נפש ירחיק מזה״. ומשמע דס״ל לקצוה״ח דאסור לעכב מפני שצריך לעשות השבה מעליא. ואפשר שהוא רק חומרה, אבל להלכה נפטר בטול את שלך ואין צריך השבה. גם הקשה מדברי המל״מ גזילה ג,ד, דשומר שטימא בידיים אף שוגג חייב, כיון דבעי למיעבד השבה מעליא.

ועיין בנתיבות בפתיחה לסי׳ עו, דנראה דדין שומר כגזלן, דצריך לעשות השבה, רק כשמניח לפניהם ואומר הרי שלך לפניך, נפטר מחיוב השבה, עיי״ש. וכן מבואר בנתיבות פו,א, דיש חיוב השבה בשומר, וכדעת הריטב״א בכתובות שהובא בש״ך נח,ט. ועיין מה שהשיבו קצוה״ח במשובב נתיבות שם.

והנה בנדו״ד אם היה הרכב נגנב או נגרם לו נזק, כשהודיעו שישלח גורר ושממהר לקראת שבת להגיע לצפת, יש לראות את דבריו כאיני שומרו עוד, וכל טענת המשכיר שהיה צריך להמשיך ולשומרו, בזה יש לפטרו מתשלומים. אולם אם השאיר את הרכב ללא נעילה, וכתוצאה מזה נגנבו דברים בתוך הרכב, י״ל דהוי פשיעה בשמירה שלא הסתלק ממנה, דלא הסתלק מנעילת הרכב אלא מאי שמירה מכאן ולהבא, אבל עד כאן צריך לעשות מה שיכול שלא יגרם נזק לרכב עצמו.

כל זה לענין הנזק של הרכב עצמו, אולם לחיוב קנס שהוא לא נזק לרכב אלא אתי מעלמא וגרם למשכיר נזק, לכאורה היה מקום לפטרו, שאינו אלא גרמא. אולם נראה שהוא בכלל החיובים שיש לשוכר במסגרת שכירות הרכב, שכל קנס שיהיה לרכב בזמן השכירות, מוטל הקנס על השוכר, כאן שכבר תמה השכירות והקנס בא לאחר מכן, וכל הטענה שלא נשאר לשמור, בזה כיון שאין על השוכר כבר חיוב שמירה, וכל הטענה הינה על הזמן שלאחר תום השכירות, אף אם היה בפשיעת השוכר, אין להוציא מידו, דר״פ ס״ל דבכה״ג פטור אף מפשיעה, ומ״מ אין להוציא מהמוחזק.

**לאור האמור לעיל, יש לפטור את ראובן השוכר מתשלום דמי השכירות, וכן מתשלום הקנס.**

# סימן לה

## תביעה לתשלום שכירות בגין חניה

### ראשי פרקים

**א. אכול עמי, ובדין קרע כסותי**

**ב. דור עמי**

נשאלתי בראובן שמשרדו ממוקם באזור שיש בו עומסי חניה, ועקר משרדו למקום אחר, והשכיר המשרד. ופנה אליו שמעון, שיש לו משרד ברחוב סמוך, בשאלה אם שוכר המשרד יש לו רכב ואם צריך את החניה, והשיב לו ראובן שהחניה פנויה. ושאל אותו אם יוכל לחנות במקום, וענה לו שכן, ואף נתן לו את השלט של מחסום החניה. לאחר שלשה חדשים בא ראובן ותבע משמעון שכר עבור החניה (300 ש״ח לחודש), ושמעון השיב שדעתו היתה לחנות ללא שכר, ואף לא סיכמו ולא נאמר דבר בענין. וסיכמו שמכאן ולהבא יפסיק לחנות ויחזיר השלט, וישאלו מה הדין על הזמן שכבר חנה.

### א. אכול עמי, ובדין קרע כסותי

בתה״ד סי׳ שיז דן בשמעון שאכל אצל חמיו ראובן הוא ואשתו במשך ב שנים, יותר מהזמן שהקצב לו לאחר הנישואין, ותובע ראובן מחתנו שיפרע לו עבור מזונותיו ומזונות אשתו, על השנים שמעבר לזמן שקצב. ושמעון משיב, שחותנו ראובן לא תבע ממנו כל אותו זמן, וגם לא גילה דעתו שהמזונות בתשלום, וכן שלחתנו הראשון גם נתן מזונות כמה שנים יותר ממה שקצב. וכתב תה״ד, דאף שבמושכל ראשון הדין נוטה לטובת שמעון החתן, מ״מ הדין עם ראובן. ואפי׳ אם ראובן עשיר ואין דרכו להאכיל בני אדם בשכר, מ״מ דמיא לחצר דלא קיימא לאגרא, דצריך הדר בו להעלות שכר, אי גברא דעביד למיגר הוא, דזה נהנה וזה חסר מעט, מטעם שחרוריתא דאישיתא שצריך לשלם לו כל הנאותיו (ב״ק כ,ב). וכל שכן בנדון זה דזה נהנה וזה חסר ממש הוא, שהרי ודאי ראובן היה צריך יותר יציאות לשולחנו בשביל שמעון ואשתו. ואף דבסוגיא ב״ק כ,ב משמע דדוקא בדר שלא מדעתו חייב לשלם לו שכר, הא דר מדעתו פטור. ודבר זה נחלקו רש״י ותוס׳ ב״ק כ,ב – כא,א, לענין הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת, דרש״י פירש דשלא מדעתו לאו דוקא, אלא אורחיה דמילתא נקט, והוא הדין מדעתו. ותוס׳ שם (ד״ה כהדיוט) כתבו חלקו על רש״י, דכהדיוט מדעת דמי, היינו דדעת שכינה איכא, שלא יהנה אדם בלא מעילה. וי״ל דרש״י גם ס״ל דכשזה נהנה וזה חסר, אפי׳ מדעת נמי אינו מוחל על חסרונו. ועיין תש׳ רמ״ע מפאנו סי׳ פט.

וכתב תה״ד, שכן פסק מהרי״ח בשם רבינו אפרים, דמי שאמר לחבירו אכול עמי ואכל עמו, חייב לשלם לו דמי מזונו, והביא ראיה מב״ק צב,א, צג,א, משבור את כדי וקרע כסותי, דחייב אף על פי שמותר לו לשבור. ואף דאית לן לאוקמי דמיירי בגברא דעביד להאכיל בשכר, וכן בחצר דלא קיימא לאגרא, שאין שוכרים מצויים כלל אבל לעולם מצד הבעלים היה נשכר, משא״כ בנדון תה״ד שאין דרכו של ראובן להאכיל בשכר מחמת עושרו, דאומדן דעתו דודאי בחנם האכילו לחתנו ולבתו, דאי הוי שקיל דמים הוי זילותא; ״נראה דאין לחלק הכי מדעת הכרס, ולא אומדנא דמוכח היא כלל, דלית ליה שום זילותא אם אינו נותן את שלו בחנם״. וכן בענין מי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופרנס את אשתו, דהניח מעותיו על קרן הצבי, ובמרדכי הביא ממהר״ם, דבירושלמי איכא מאן דאמר דקסבר דוקא אחר, אבל אב שפרנס את בתו חייב הבעל לשלם. דאחר לא היה צריך לפרנסה, דהיתה מצמצמת ממעשי ידיה, משא״כ האב ראוי היה לפרנס על סמך הבעל, כי לא היה יכול לראות בעוני ובדוחק בתו שתצמצם במעשה ידיה. וי״ל גם לאידך גיסא, דבאב מסתמא למחילה יהיב לה, דהוי זילותא ליטול דמים מפרנסת בתו. ולמסקנת הדברים כתב תה״ד:

״אמנם נראה אם ראובן איניש אמוד הוא בנכסים ורגילות הוא בעשירים שבאותה מדינה שנותנים לחתנם ולבתם שנה או שנתיים מותר על הקצבה שמקבלין עליהם, והדברים נראה שאם לא היה לו כעס ומריבה עם חתנו לא היה תובע ממנו כלום, וא״כ אומדנא דמוכח היא שמחל לו כל המזונות עד שנולדה מריבה ביניהם, כה״ג ודאי פטור שמעון החתן לשלם, דכיון דמחל פעם אחת שוב אינו יכול לחזור ולתבוע. אבל אי לאו בדרך זה, חייב שמעון לפרוע לחמיו תשלום מזונות שנתן לו לפי ברכת הבית, ולא מהני ליה למימר דהואיל ונתן כבר מזונות לחתנו הראשון בחנם יותר ממה שקבל עליו, מסתמא גם לו בחנם נתן, דמשנה שלימה פ׳ מציאת האשה (כתובות סו,א) הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו, אמרו חכמים יכול הוא שיאמר לאחיך הייתי רוצה ליתן לך אי אפשי ליתן, ותני עלה בגמ׳ אפי׳ הראשון עם הארץ והשני ת״ח, וה״ה נמי בנד״ד למפרע.״

מבואר מתה״ד שאם אומדנא דמוכח שנתן לו לשם מתנה, אין בתביעת אבי האשה כדי לחייב את החתן, משא״כ אם אין אומדנא דמוכח, דחייב לשלם ואין בטענות החתן כדי לפטור. ואומדנא דמוכח היינו שאבי האשה עשיר, וכן הרגילות לפרנס בתו וחתנו (ועיין חתם סופר חחו״מ סי׳ קיט אומדנות אחרות בנדון החת״ס). ומה שנתן לחתנו הראשון, אינה ראיה, ומדברי תה״ד נראה דאינה מצטרפת בנותן טעם לקבוע שתהיה אומדנא דמוכח. ומבואר בתה״ד, דמן הסתם חייב, אא״כ יש אומדנא

דמוכח לאידך גיסא שדעתו היתה על מנת שלא לגבות מהחתן, וחובת ההוכחה היא על החתן שדעת חמיו היתה ע״מ שלא לגבות ממנו מה שפירנס אותו ואת אשתו. ונראה דהטעם שמן הסתם חייב לשלם, הוא מדין זה נהנה וזה חסר, רק באומדנא דמוכח הרי זה כשוכר על דעת מתנת חינם.

ודברי תה״ד הובאו להלכה ברמ״א חו״מ רמו,יז, וברמ״א אהע״ז ע,ח. ובש״ך רמו,ט הקשה על ראית תה״ד (ממהרי״ח) מקרע כסותי וכו׳, שכל זמן שלא אמר לו קרע כסותי והפטר, חייב לשלם, הגם שקרע והזיק בציווי הבעלים, שהרי שם בגמ׳ (ב״ק צג,א) מוכח שצריך לומר והפטר רק כשבא לידו בתורת שמירה, אולם כשלא בא לידו בתורת שמירה, אין צריך לומר והפטר. וביש״ש ב״ק ח,סט הקשה, דבשלמא שבור כדי. אין אדם מפסיד ממונו בכדי, ומסתמא שבור ושלם קאמר. אבל באכול עמי, שכן דרך בנ״א שאוכלים על שולחנם, ורואים בזה מעשה של הטבה וחסד ולא מעשה של נזק והפסד, וכבוד הוא לו שיאכלו על שולחנו, מסתמא לאו אדעתא דתשלומים קאמר ליה. והיינו שדין קרע כסותי שחייב, הוא מן הסברא לפרש דבריו, והיה על המזיק להבין שאינו על דעת להפטר, משא״כ באכול עמי, שכן הדרך, הרי מן הסתם יש לפרש דבריו שהוא על דרך ההטבה והחסד עם הזולת.

ומתרץ היש״ש, שאם אכן היינו לומדים את החיוב מקרע כסותי, יש לפטרו מהסברא הנ״ל, אולם דין זה נלמד מחיוב האדם לשלם ממה שנהנה וכפי שנהנה, וכדין פרה שהיתה אוכלת ברה״ר, דאף שפטור שן ברה״ר, משלמת מה שנהנית, וכדתנן במשנה ב״ק יט,ב ובגמ׳ שם כ,א. ואף שבהמה משלמת דמי עמיר בזול או דמי שעורים בזול, כדאיתא שם בגמ׳, משא״כ אדם ישלם כל מה שנהנה באכילתו, דגבי בהמה אין הנאה לבעל הבהמה באכילתה אלא כפי מה שהיה צריך לזון אותה בכדי חיותה. וגם הבהמה אין לה דעת, ומה שעיניה רואות היא אוכלת. ועל כן מקילין לגבה ושיימינן דמי עמיר, או שעורים בזול. משא״כ באדם, דהנאה אית ליה באכילתו וגם בר דעת הוא, שהיה יכול לומר מתחילה להתנות שאוכל ע״מ לפטור. עוד כתב ביש״ש לחייב מדין יורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות, דמשלם לו בעל השדה כל הוצאותיו, אא״כ אומר לו טול עצך ואבניך, דלא שייך כאן; ״א״כ ק״ו הכא, שמשלם לו דמי אכילתו, דהיינו הוצאתו״. וכוונת היש״ש בק״ו, נראה דכאן הוי מדעתו, ולכן עכ״פ ישלם הוצאתו, ושבח לא שייך בכגון זה.

ובענין שאלת תה״ד, כתב היש״ש דעל מזונות האשה פטור, כדין הלך למדינת הים ופרנס את אשתו, דמבריח ארי מנכסיו, ואין חילוק בין אחר לאב, כמש״כ מהר״ם (מרדכי כתובות רעג), וכן כל הגאונים לא חילקו, וגם מסתמא אין לחלק בין הלך למדינת הים או לא הלך, וכמש״כ המרדכי (שם רעב), ומי שהלך למדינת הים

לרבותא נקט, דאף שלא היה לה על מי לסמוך הוי מבריח ארי, ק״ו כשהבעל בעיר שלא היה לאחר לפרנסה. ואף שהרשב״א (נדרים לג,ב ד״ה עמד) כתב דדוקא כשמפרש שמחמת מזונות שחייב לה בעלה הוא נותן, דבזה אמר חנן דפטור, אבל במפרנס סתם חייב, הלא כל הגאונים קדמאי ובתראי לא הסכימו עמו לחלק בזה. אולם לענין מזונותיו הוא, חייב לשלם לפי ברכת הבית, והיינו לפי ההוצאות שהיו לאבי אשתו, יתר ההוצאות בבית לזונו, אא״כ יש אומדנא דמוכח, וכמש״כ בתה״ד.

ובקצוה״ח רמו,א כתב בענין קושית הש״ך, דאין בלשון קרע כסותי משמעות של ״והפטר״, ומה שפטור כשהזיק כשלא בא לידו בתורת שמירה, לא מטעם שהיה בציווי הבעלים לשון פוטרת, אלא מפני שלא חייבה התורה מזיק כשהזיק ברשות הבעלים, וכשבא לידו בתורת שמירה, הגם שאינו חייב מדין מזיק, מ״מ מצד חיובי שומר חייב, אבל אין בקרע כסותי לשון של קרע והפטר, ולכן גם באכול עמי, אין משמעות של אכול והפטר, וז״ל קצוה״ח:

> ״ולכן נראה דבאומר קרע כסותי אין בלשון זה והפטר, אלא דאפ״ה ממילא פטור כיון דברשות בעלים עביד ממילא פטור, ולא חייבו תורה בנזק אלא היכא דהמזיק עביד מדעתיה דנפשיה, אבל ברשות בעלים אין בו חיוב כלל. ולמדנו דבר זה מדברי שיטה מקובצת ... וא״כ קרע כסותי לאו משום מחילה ופטור הוא, דאפילו ביתומה ומפותה דלא שייך מחילה דהו״ל דבר שלא בא לעולם, אלא משום דליכא דין נזק כלל היכא דעבד ברשות בעלים ואיהו דאזקיה לנפשיה, כמ״ש בשיטה והיא שגורמת ועושה הכל. והיכא דאתי לידיה בתורה שמירה, אף על גב דאמר קרע כסותי, כיון דכבר נתחייב אין המעשה משתנה בחילוף הדברים ... וא״כ אתי לידיה בתורת שמירה, דאע״ג שאומר לו קרע כסותי וברשות בעלים, לא מיפטר עד שיאמר והפטר. וא״כ בין אתי לידיה בתורת שמירה בין לא אתי לידיה בתורת שמירה אין בו בלשון קרע כסותי לשון והפטר, דאין הדיבור מתחלק לשני פירושים ...״

ולכן כל מה שהביא מהרי״ח מקרע כסותי, שאין בלשון זה משום פטור. (וכן הוא בגרנ״ט סי׳ קפז, דכשאמר לו קרע כסותי, לא פטרו מהחיובים שחייב כלפיו, ורק פטור מדין מזיק ברשות, משא״כ באומר ע״מ לפטור, פטרו גם מהחיובים שיש אצלו. ועיין עוד בעונג יו״ט סי׳ קיח, ד״ה ולישב). אמנם גם אם אין בזה לשון והפטר, עדיין אין בדין קרע כסותי ללמד שבאכול עמי חייב לשלם, דמדין קרע כסותי, הגם שלא ניתן ללמוד שבסתם הוא לשון פטור, מהיכי תיתי לחייבו. וע״ז כתב בקצוה״ח דהחיוב הוא מדין נהנה, וכמו יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, שחייב לשלם מה שנהנה, אף שהיורד עשה מדעת עצמו, חייב בעל השדה משום נהנה. וע״ע

במל״מ מלוה ז,א ד״ה ראובן, דדעת מהרי״ח דבאומר בוא ואכול עמי, כיון שיש לו הנאה באכילה, לא פטרו, משא״כ בקרע כסותי.

ומעין דברי קצוה״ח, נמצא גם בחדושי הרי״מ (כתובות קז,ב), דבאומר קרע כסותי ולא בא לידו בתורת שמירה, החיוב רק על המעשה שמזיק בידים, וכיון שעשה כן מחמת ציווי הבעלים; ״אינו מתחיל חיוב כלל שנצטרך לומר על מנת לפטור״. משא״כ כשבא לידו בתורת שמירה, שאם היה אחר קורע את הכסות שנמצא אצלו בשמירה בפשיעת השומר, היינו מחייבים את השומר מדין פשיעה, ולכך אף שאמר קרע כסותי, לא פטרו מחיוב השמירה ומחיוב תשלומים, ורק אם היינו דנים על דין מזיק, היה פטור לא מכח אמירת הבעלים אלא שאין לו שם מזיק, שעשה ברשות הבעלים. ולכן באכול עמי משלם מה שנהנה; ״א״כ מדמי הגאון שפיר אכול כמו קרע כסותי ולא אמר לפטור באתי ליה בתורת שמירה, דהטעם דחייב כנ״ל, כן באכול דאין החיוב על מעשה ההיזק שנטלו לפיו, דזה בציווי. רק דמ״מ גם אם היה אחר תוחב לו היה חייב, שנהנה חייב כנ״ל״.

ובקצוה״ח רמו,ב הביא דעת מהרי״ט בתש׳ (חאה״ע סי׳ כא) מחולין (קלא,א), במי שאנסו מבית המלך גורנו בחובו, אם חייב לעשר, ואמרו שם משום דקא משתרשי ליה והיינו משום דנהנה דאל״כ היו לוקחים פירות אחרים, וע״כ חייב לעשר. והקשו בתוס׳ שם (ד״ה שאני), א״כ מתנות כהונה שאכלן אמאי פטור, הא משתרשי ליה, ותירצו דלא דמי, דאע״ג דאכלן, אפשר שהיה מתענה. והקשה, דמאי שנא מאומר לחבירו אכול, דלא מצי למימר הייתי מתענה. ונ״ל דלא דמי, דהתם מזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דממון שאין לו תובעין הוא, ומשום מזיק לא מחייב אלא משום נהנה וזה לא נהנה, אבל באוכל משל חבירו, משום מזיק מיהא מחייב. כלומר, יש שתי סיבות אפשריות לחיוב, או מדין נהנה או מצד היותו מזיק. ואה״נ טענה שהיה מתענה היא טענה לפטרו מדין נהנה, וזו טענה גם למי שאוכל אצל חמיו, אבל אינה טענה על חיובו מדין מזיק, ודין מזיק לא שייך במתנות כהונה, כיון שהוא ממון שאין לו תובעים. והקשה בקצוה״ח והוכיח שלא שייך לחייבו מדין מזיק באכול עימי, דלא שנא מדור עימי, ורק משום נהנה הוא דחייב. וכתב לישב קושיית מהרי״ט, וז״ל:

> ״ולכן נראה דודאי אכילה חייב משום נהנה, ואף על גב דהיה מתענה טפי עדיף ליה אכילה. וראיה ברורה מפרק אלו נערות (כתובות ל,ב) גבי תרומה כיון שתחב לו חבירו בבית הבליעה, וע״ש ברש״י (ד״ה שתחב) דמפרש דמחייב משום הנאת מעיו, וע״ש בתוס׳ (ד״ה ואי וד״ה לא צריכא), והתם ליכא לחיובי כלל מתורת מזיק כיון דבעל כרחו תחב לו חבירו, ומוכח מזה דהנאה

בכלל אכילה ואינו יכול לומר הייתי מתענה. אלא דגבי מתנות כהונה כשם שאינו חייב על היזקו משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין, כך אינו חייב על הנאתו כיון דהוא ממון שאין לו תובעין, אלא היכא דמשתרשי ליה עכשיו כמו בלוקח בית המלך את גורנו, דמשתרשי ליה עכשיו, דאל"כ היו לוקחים פירות אחרים, ומשום הכי חייב לשלם עבור הריוח שהרויח הפירות שבביתו וברשותו. ולזה הקשו בתוס' דבאכילה נמי משתרשי ליה דהיה צריך לקנות פירות אחרים לאכילה, לזה כתבו דיכול לומר הייתי מתענה ולא חשיבי הנך שבביתו משתרשי ליה, ומשום הנאה אף על גב דאית ליה במה שלא היה צריך להתענות, במתנות כהונה פטור על הנאתן כשם שפטור על היזקן ובמשתרשי לבד הוא דמחייב, אבל הכא דמחייב על הנאה, א"כ הנאה בכלל אכילה כמו דמוכח בפרק אלו נערות דמחייב על הנאת מעיו."

מלמדנו קצוה"ח לחלק בין הנאה למשתרשי. הנאה היא הנאה עוברת, שבגינה ניתן לתבוע תשלום, על ההנאה שנהנה מי שנהנה, ובמתנות כהונה שהוא ממון שאין לו תובעים, אי אפשר לחייבו מדין נהנה, כמו שאין לחייב המזיק. משתרשי ליה הכוונה שיש לנהנה ריוח קיים, וההנאה קיימת, כגון באנסו המלך גרנו בחובו, דהפסיד לכהן מעשר מהפירות שלקחו בחובו והוי כמכר, הרי שיש בידו ריוח של פירות, שאם היה מעשר ונותן קודם לכהן, היו לוקחים ממנו פירות אחרים, וא"כ יש תחת ידו אוכלים שהרויח מהא דלקח המלך פירות לא מעושרים בחוב שחייב. וזה גם במתנות כהונה יכול להתבע, כיון שיש כאן הנאה קיימת, והרי הפירות כביכול של המתנות כהונה - בעין. משא"כ מזיק או נהנה, אין מתנות כהונה כעת בעין (עיין מה שהסביר הגרש"ש בשערי יושר ג,כה ד"ה ונלענ"ד). כלומר, הנאה מחייבת היא הנאה עוברת. משתרשי היא הנאה קיימת. ומ"מ מבואר דבאכול עמי או דור עמי, דעת מהרי"ט לחייב משום מזיק, ודעת קצוה"ח לחייב מדין נהנה.

## ב. דור עמי

בתה"ד כתב לחייב מדין זה נהנה וזה חסר, אף שדר שם מדעתו, וכשיטת התוס'.

התשב"ץ (ח"א סי' קעד, הביאו הב"י חו"מ סי' שסג) כתב בראובן הדר בחצר שמעון, שלא השכירו בפירוש אלא אמר לו דור בחצרי סתם, ס"ל לתשב"ץ שהוא פטור מלשלם דמי שכירות, שהרי אפילו נכנס מעצמו בחצר זו בלא רשות בעל החצר, היה פטור מדין זה נהנה וזה לא חסר, ששמעון לא חסר, כיון דלא קיימא לאגרא: "וכשפירש שמעון בים לצרכיו אמר לזה דור בחצרי, דודאי פטור. ויש לנו לומר בזה מ"ש בגמ' על זה, וכי מה חסרו ומה הזיקו ואיזה שכירות היה נוטל מחצר זו שנאמר שחסר אותו בשביל הנאתו של זה, וזה פשוט הוא למי שראה אור התלמוד. ולא עוד

אלא אפילו פירש בים ולא אמר לו דור בחצרי אלא מעצמו דר בו, שזהו פירוש דר בחצר חבירו שלא מדעתו, היה פטור, כל שכן כשהוא בעצמו א"ל דור בחצרי דודאי פטור, אפילו נאמר דזה נהנה וזה חסר הוא דחייב כדעת הרב בעל העטור ז"ל, לפי שזה מדעתו דר בו". ובט"ז חו"מ רמו,יז הקשה סתירה בפסקי הרמ"א, דכאן פסק דחייב לשלם, ובחו"מ שסג,י פסק כדעת התשב"ץ, דהאומר לחבירו דור בחצרי, אין צריך ליתן לו שכר. וכתב הט"ז דהעיקר כמש"כ בסי' רמו דחייב לשלם, וכדעת מהרי"ח ותה"ד. וכן נראה דעת הב"ש ע,כח, דאף שנחלקו הפוסקים, עיקר להלכה דצריך לשלם לו, דהמהנה לחבירו סתם, חוזר ומשתלם ממנו ולא אמרינן במתנה יהיב ליה.

ומחלוקת זו כבר הביאה הב"ח חו"מ שסג,ז, וכתב הב"ח דבמחלוקת הפוסקים המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם הדר בו מוחזק, יכול לומר קים לי כתשב"ץ דדור בחצרי חנם קאמר ופטור מלתת שכירות, ואם בעל הבית מוחזק, יכול לומר קים לי כמהרי"ח ותה"ד. ובש"ך שסג,יג כתב דמש"כ הב"ח דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואזלינן בתר המוחזק, דהיינו דוקא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, משא"כ בגברא דלא עביד למיגר פטור בכל ענין, כיון שחסרו מדעתו (ועיין שו"מ תנינא, ח"ב סי' מז מש"כ בזה). ובחת"ס בתש' (חחו"מ סי' קיט), נקט דעיקר כדעת התשב"ץ. ולפ"ז בנדו"ד אין להוציא משמעון, דאף שהשכירות באה מצד שמעון, מ"מ כיון שלא סיכמו ביניהם על מחיר, ויש צד לומר, וכך גם הבין שמעון, שנותן לו לחנות ללא תמורה, בהיותם ידידים, הרי זה דומה לדור עמי, ויכול המוחזק לומר קים לי כדעת התשב"ץ. דאף שבחצר העשויה לשכר אם דר בו שלא מדעתו חייב לשלם, שהרי חסרו ממון, וכמו שפסק בשו"ע חו"מ שסג,ו, היינו דוקא בדר שלא מדעתו, אבל כשדר מדעתו ולא קצב לו שכר, יש צד לומר שהתכוין למתנה ללא תמורה.

וחילוק בין נמצא כאן להתנות ולא התנה, דאמדינן שכוונתו לחינם, לבין אינו נמצא כאן, מצאנו בדין משיב אבידה, שהניח אבידתו והשיב את של חבירו, שיכול להתנות שיציל של חבירו, וחבירו יתן לו דמי שלו, ואם אין הבעלים שם, הרי זה כהתנה, עיין תוס' ב"מ לא,ב ד"ה ואם, ושו"ע חו"מ רסד,ג. ומבואר שאם הבעלים כאן והמציל לא התנה, אין לו אלא שכרו ולא דמי אבידתו, משא"כ כשאינם כאן. וכן מוכח לענין מי שמפרנס יתום בתוך ביתו. דבבעה"ת סה,ב,ב הביא שנשאל הרי"ף (סי' קטז) במי שפרנס יתום בתוך ביתו, וכשהגדיל היתום תבע מה שהוציא עליו כי אמר שבתורת הלואה הוציא, והיתום טוען לא כי אלא בתורת מתנה. והשיב שאין לו על היתום כלום לפי שלא אמר אוציא עליך משלי בתורת הלואה, וכיון שלא אמר לו כן, לא נתן לו אלא לגמילות חסדים. והב"י חו"מ סי' קכח כתב, שאין דברי הרי"ף אמורים אלא בשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתובעו, אבל אם היה

בידו משל היתום, לא אמרינן דלגמילות חסדים פרנסו. עוד הוסיף הב״י, שאם היתום היה קטן, אפילו אין לו בידו משלו כלום, חייב לשלם לו, דלא שייך למימר היה לו לומר אוציא עליך משלי בתורת הלואה, כיון דקטן היה. מבואר שבאופן שיכל להתנות ולא התנה, יש הוכחה שהתכוין לגמילות חסדים, משא״כ במקום שלא שייך שיתנה, אין הוכחה שהתכוין לגמילות חסדים, ולכן חייב היתום. ומינה לנדו״ד, דאם גר שלא מדעתו, לא יכלו הבעלים להתנות, ולכן חייב לשלם כיון שחסרו ממון, משא״כ בדר מדעתו ולא התנה, יש בזה הוכחה שהתכוין למתנה ולא לקבלת תמורה.

והב״ח בתש׳ (סי׳ לט) דן בענין לוי שאמר לראובן שישב על מקומו בביכנ״ס, והיה ביד לוי כסף של ראובן, וטוען לוי שתופס את הכסף בעבור דמי שכירות של מקום בית הכנסת. וראובן טוען שהוא הציע לו לשבת במקומו, ואין לו לתת שכירות בגין הישיבה במקום. והביא הב״ח מחלוקת הפוסקים הנ״ל, והסיק להלכה, וז״ל: ״נלפע״ד בנדו״ד, דאם לוי הוא מוחזק בממון, ראובן יכול לתפוס בידו עד כדי שיעור דמי שכירות המקום, דמצי למימר קים לי כמהרי״ח וכמהרא״י. אבל אם ראובן מוחזק ולוי בא להוציא מיד ראובן, דמצי למימר קים לי כתשובת הרשב״ץ, דבאומר דור בחצרי בסתם, דור בחצרי בחנם קאמר ופטור מלתת שכירות, הכי נמי שב על מקומי בחנם קאמר ופטור. כללא דמלתא דבפלוגתא דרבוואתא ואיכא ספיקא דדינא, אין להוציא מיד המוחזק״.

וע״ע שם בתש׳ הב״ח סי׳ קיז (מהמרא״ל מפראג) שבדור בחצירי לא החסירו, ומה שלא באו שוכרים אחרים, המשכיר הפסיד לעצמו, משא״כ אם היה דר שם בחצר שלא מדעתו, כיון דעבידא למיגר, זה נהנה וזה חסר. ולפ״ז לא מהני מוחזקות המשכיר. ושם דן המהרא״ל בשאלת הב״ח הנ״ל, באומר לו שב על מקומי, וס״ל למהרא״ל מפראג, דכיון שאמר לו שישב על מקומו כיון שהלשון משמע ג״כ לשון שאלה, שמשאיל לו המקום, כמו שהוא משמע לשון שכירות, יכול לומר היושב לבעל המקום המוציא מחבירו עליו הראיה, ואיך נאמר שהיה ודאי כונתו על שם שכירות, ומכל שכן דשאלה משמע טפי, כיון שלא פירש לו שכירות; ״וא״כ הדבר הוא כמשמעו שהוא דרך שאלה בלבד, כי בודאי עליו לפרש כיון שהוא המוציא מחבירו״. ונראה בדעת מהרא״ל, שאף אם בעל המקום מוחזק, אינו יכול לתפוס, דכיון שאנו דנים על השעה שאמר לו שישב על מקומו, ויש לפנינו שתי אפשרויות, שאלה או שכירות, כיון שהמוציא עליו הראיה, ממילא מפרשינן כבר כעת שכוונתו לשאלה, מדלא פירש, ביודעו שהיה המוציא. אמנם אם הוא מוחזק כבר בשעה שאמר לו שישב על מקומו, י״ל שאינו מוציא כבר כעת, והיושב על מקומו הוא כבר כעת המוציא, עיין מה שכתבתי בח״א יא/א. ולפ״ז פטור בכל ענין, אא״כ המשכיר מוחזק כבר בשעת השכירות. ועיין בשו״מ (תנינא ח״ד סי׳ קפו) שהקשה על מהרא״ל, ולדינא ס״ל דהוי ספיקא

דדינא, ודינו ככל ספיקא דדינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, והיינו על שעת התביעה והדיון ולא שעת השכירות, וכדעת הב״ח, וכנ״ל.

ובתש׳ מהר״ש ענגיל (ח״ג טו) דן בסתירת פסקי הרמ״א, וכתב דמ״מ אין לחייב מי שדר בחצר, דכיון שיכל להתנות על דעת שכר ולא התנה, יתכן שלא היה השוכר מוכן תמורת שכר כזה או אחר. ובתש׳ רד״ם (לגאון רבי דוד מאיר פדר, אב״ד סווירז, חחו״מ סי׳ ד) כתב לישב סתירת פסקי רמ״א מסי׳ רמו לסי׳ שסג, דהרמ״א מחלק ביו אכול עמי לדור עמי, דבאכול עמי הרי חסרו ממון, משא״כ בדור עמי, אין כאן חסרון ממון אלא מניעת ריוח, ובמקום שהוא רק מניעת ריוח אמרינן דודאי התכוין לחינם וללא קבלת תמורה, משא״כ באכול עמי, כיון שחסר ממון, ודאי לא התכוין לחינם אלא לקבלת תמורה ממה שחסר. וכן נראה לכאורה ממש״כ הח״מ ע,לא, דבמפרנס בתו וחתנו הו״ל זה נהנה וזה חסר, שהרי האב צריך הוצאות לשלחנו בשביל בתו וחתנו.

אלא שבסתירת פסקי הרמ״א, יש להקשות ממה שפסק הרמ״א חו״מ רסד,ד; ״וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו״. וציינו למקורו בדברי הר״ן כתובות (סג,א מעמוה״ר). ובנתיבות רסד,ז כתב, דהרמ״א מיירי באופן שאמר לו אכול עמי או דור עמי, דחייב לשלם, משא״כ כשמצילו מן ההיזק דינו כמבריח ארי וכהשבת אבידה. ודוחק לחלק בין אם מדובר בפעולה שחסרו ממון לפעולה שלא נחסר הפועל ממון. אך לאמור לעיל י״ל, דדוקא בעשה פעולה שלא בפניו שלא יכל להתנות, דבכה״ג אמרינן שלא התכוין לפעולה ללא קבלת תמורה, אבל אם עשה פעולה זו בפני הנהנה ולא התנה, י״ל דכוונתו ללא קבלת תמורה, וכמש״כ לעיל. ועיין בתש׳ הרד״ם (הנ״ל) שכתב לחלק, דבאדם העושה פעולה חשיב חסרו ממון, כיון דיש שבת באדם, עיי״ש. ומ״מ נראה דלמש״כ לעיל, הכל תלוי אם היה הנהנה במקום הפעולה שיכל להתנות.

והגאון מטשיבין (דובב מישרים ח״א סי׳ מב) הביא את סתירת דברי הרמ״א, וכתב דלהלכה הוי ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראיה. והביא מש״כ הנודע ביהודה (תנינא חחו״מ סי׳ לד) דדין זה דאכול עמי הוא מההלכות העמומות והדברים סותרים זה לזה. ולפ״ז גם בנדון של סי׳ רסד, בעשה עמו טובה, הוי ג״כ ספיקא דדינא, והיכא שהוא מוחזק יכול לומר בחנם עשית עמי. אולם במסקנת דבריו כתב; ״אך באמת נראה דדין המבואר בסי׳ רסד דאין יכול לומר עשית בחנם עמדי, היא הלכה קבועה ואין שום חולק על זה, ובפרט לפי המנהג אין שום סרסור מדבר מקודם שעושה זאת בשביל שכר סרסור, והוי כהותנה בפירוש״. ולמש״כ לעיל יש לחלק בין אם עשה את הפעולה בפני הנהנה, דיכל להתנות ולא התנה, י״ל דלמתנה התכוין,

לבין האופן בו מדבר הרמ״א, שעשה הפעולה שלא בפני הנהנה, וכנ״ל. (וע״ע שם בדובב מישרים, מה שכתב להוכיח שאכול עמי פטור, ממתני׳ מעשרות ב,א, היה עובר בשוק ואמר טלו לכם תאנים, אוכלים ופטורים. וברע״ב שם, דאע״ג דמכר קובע למעשר, האי מתנה יהיב להו ומתנה אינה קובעת, עיי״ש).

ומש״כ הב״ח דהוי ספיקא דדינא, הב״ש ע,כח הביא גם סתירת פסקי הרמ״א, והביא דעת הב״ח דאזלינן בתר המוחזק, אך לדינא פסק דחייב לשלם ואף מוציאים מהמוחזק: ״מיהו נראה עיקר דצריך לשלם לו, דהא כתבו הרשב״א והר״ן והמגיד פי״ב, הזן או המהנה לחבירו סתם חוזר ומשתלם ממנו, ולא אמרינן במתנה יהיב ליה. וכן פסק הרב רמ״א ביור״ד סי׳ רנג ובחו״מ סי׳ רסד, וכן הוא בב״י סי׳ קסו, וכ״פ בט״ז שם, וכן כאן בדין זה מוציאים ממנו״. וכאמור לעיל, נראה דדעת הב״ח והש״ך דהוי ספיקא דדינא, וכן נראה גם דעת קצוה״ח שסג,ט: ״והאחרונים לא הכריעו בזה והניחו הדבר בספק,וכמ״ש הב״ח וש״ך״. ומש״כ קצוה״ח רמו,א (עיין לעיל), הוא בהסבר דעת תה״ד, אבל להלכה נראה דס״ל דהוא ספיקא דדינא.

והנה בנדו״ד, אף שיש פוסקים שאין להוציא מהנהנה, ולפ״ז אין לחייב את שמעון לשלם לראובן, די״ל דכוונתו לחינם וכנ״ל, מ״מ אין זה פשוט אליבא דכ״ע, ואף אם אין בידינו להוציא ממון משמעון, מ״מ ראוי ונכון שישלם, ולפחות על דרך הפשרה, שני שליש מהסכום המקובל, שהוא 200 ש״ח לחודש, דסוף סוף גם שמעון עביד למיגר, וגם ראובן יכל להשכיר למשרדים אחרים.

**לאור האמור, אף שמעיקר הדין אין בידינו לחייב את שמעון ולהוציא ממון מידו, ראוי ונכון שישלם לראובן לכל הפחות שני שליש מהתביעה, דהיינו 600 ש״ח עבור שלשת החדשים שחנה בחניית ראובן.**

# סימן לו

## שוכר שמשכיר דירתו לאחרים

### ראשי פרקים

**א. להשכיר בית לאחר**

**ב. כשכבר שילם למשכיר**

שוכר דירה, שבחוזה השכירות אין מגבלה שלא יכול להשכיר את הדירה לאחרים. וכעת רוצה בתקופת "בין הזמנים", ובפרט בתקופת החגים, להשכיר את הדירה המושכרת לתקופת קצרות, כשכל נזק שיארע בדירה הוא יהיה אחראי לכך. כיון שמדובר בהשכרה לתקופה קצרה של שבוע או כמה ימים, לכל שוכר ושוכר, הרי ששכר הדירה בתקופה זו גבוה פי כמה, כך שבמשך שבוע, הוא מקבל שכ"ד של חודש (ברוטו, אולם בניכוי הוצאות חשמל, נקיון וארנונה, מדובר בריוח יותר קטן). שאלתו: האם עליו להודיע לבעה"ב המשכיר? האם בעה"ב המשכיר יכול להתנגד להשכרה זו? האם בעה"ב המשכיר יוכל לדרוש חלק מהשכ"ד?

## א. להשכיר בית לאחר

איתא בב"מ עט,ב: תנו רבנן, השוכר את הספינה ופרקה לה בחצי הדרך, נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת. היכי דמי, אילימא דקא משכח לאגורה (להשכירה לאחרים – רש"י), אמאי אית ליה תרעומת, ואי דלא קא משכח לאגורה, כוליה אגרה בעי שלומי. לעולם דקא משכח לאגורה, אלא אמאי אית ליה תרעומת, משום רפסתא דספינתא (ריעוע הספינה, שמתרועעת בהוצאת חבילות והכנסת חבילות). מכאן פסק הרמב"ם בהל' שכירות ה,ד, שהשוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך, נותן לו שכר כל הדרך, ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד המקום שפסק – שוכר, ויש לבעל הספינה עליו תרעומת. ובהלכה שאח"ז (ה"ה), פסק הרמב"ם, וז"ל: "מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו, משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו, אבל אם היו ארבעה לא ישכור לחמשה. שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין, שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אבל בקרקע או בספינה שהרי בעלה עמה, אין אומר כן ... ויש מי שהורה שאינו יכול להשכירו לאחר כלל, ויתן שכרו עד סוף זמנו, ולא יראה לי שדין זה אמת". והראב"ד השיגו, דיש בדורינו אומרים כן, שיש בני אדם שמחריבים הבית בדירתם.

וברב המגיד כתב בהסבר דעת הראב״ד, דהראב״ד מחלק בין ספינה לבית, שספינה שהבעלים נמצאים בספינה, ישמרו הבעלים מפני נזק, משא״כ בבית. אך כתב דטענת הראב״ד ודעימיה טענה חלושה מאד, שהרי השוכר השני אם הזיק ישלם. וגם אין מצוי היזק בקרקע שיאמר בו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. עוד נראה להוסיף ולומר, דלכאורה באופן שהשוכר הראשון התחייב להחזיר את הבית למצבו הקודם, הרי אין לבעה״ב המשכיר חשש שאם יוזק הבית שלא יהיה לו ממי לגבות, דלא גרע נזק השני מנזק הראשון.

וגירסת הריטב״א בגמ׳ ב״מ עט,ב: היכי דמי אי דמשכח בעל הספינה לאגורי ולית ליה פסידא, אמאי אית ליה תרעומת. הרי שגירסת הריטב״א, בניגוד לגירסא שלפנינו, ובודאי בניגוד לגירסת הרמב״ם, שהמשכיר בעל הספינה, מצא שוכרים אחרים, ולא כגירסת הרמב״ם שהשוכר השכירה לאחרים. ולכן כתב הריטב״א, הובאו דבריו בשטמ״ק שם, על ראית הרמב״ם מספינה: ״ואין מכאן ראיה של כלום, כי בכאן בעל הספינה חזר והשכירה לשני״. ומ״מ הסכים לדינו של הרמב״ם מסברא ולא מדין הספינה, אך בתנאי שמדובר באנשים השוים לשוכר הראשון; ״שאין כל דירות בני אדם בבתים שוים״. ולא התבאר אם מירי בשוים בכמות או באיכות, ובפשטות בעינן לשני הדברים לשמירת הבתים, שלא יהיה מקום לקפידא מצד בעה״ב. ועיין במאירי שם שהביא דברי הרמב״ם והראב״ד.

וכדעת הרמב״ם מבואר בתש׳ הרשב״א (ח״א סי׳ אלף קמה), דמחלק בין קרקע למטלטלין, דלא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל אלא במטלטלין, דכיון שאין דרך להשכירם עם הבעלים ויכול השוכר להבריחם, יש לבעלים קפידא בזה. אבל מטלטלין שאין עשויים להבריח, שדרכם של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם, יכול השוכר להשכיר לאחרים. והביא ראיה מדין הספינה (ב״מ עט,ב). וכמו שהדין בשכירות, כן הדין בשאלה, שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה, אלא ודאי כל שאין טעם לקפידא, יכול להשאיל לאחרים. והביא ראיה מגיטין לז,א: השאילו מקום לתנור וכירה כותבין עליו פרוזבול. ואם איתא דכל משאיל בין במטלטלין בין בקרקע לא השאיל אלא לזה, בלבד היאך כותבין עליו פרוזבול, והלא זה כמו שהתנה בפירוש שלא יהא רשאי להשאילו ולהשכירו וליתנו לאחר, וכל שאינו ראוי לגבותו בחובו אין כותבין עליו פרוזבול. אלא בהכרח שיכול להשאילו לאחר כשאין קפידא. ומוכח שדעת הרשב״א כרמב״ם שיכול שוכר קרקע וספינה להשכירו לאחר.

וכדבריו נמצא לתלמיד הרשב״א (ב״מ עט,א, שהקשה איך יכול להשכיר הספינה לאחר, הרי קיי״ל שאין השוכר רשאי להשכיר. ותירץ; ״שאין הדברים אמורים אלא

במטלטלין שאפשר להצניען מן העין, אבל ספינה או כיוצא בה שהם מטלטלין כבדים ביותר ויש להם קול, השואל רשאי להשאיל והשוכר רשאי להשכיר. וכל שכן שאתה אומר כן בקרקע. ובלבד שלא ישכירנו לסיעה גדולה יותר מסיעתו, כלומר שאם שכר מחבירו והוא וסיעתו עשרה בני אדם, אינו רשאי להשכירו לסיעה של אחד עשר בני אדם. אבל לסיעה שכמותו או למטה הימנה יכול להשכירו". הרי להדיא כדעת הרמב"ם שיכול להשכיר בקרקע או במטלטלין דומיא דספינה, שאין מקום לקפידא.

וכן הוא במרדכי (ב"מ שנז) בשם תש' מהר"מ, עיין בתש' מהר"מ מרוטנבורג ד"פ סי' תרפ. אך שם מבואר שיכול להרבות בדיורים אפי' יותר מבני ביתו של ראשון: "שאם רצה לוי למלאות כל הבית דיורין, הרשות בידו לרבות לגרי בית מלמד סופרים ושכירים ותושבים, כדרך כל שוכרי הבית, שאין לדבר קצבה כמה בני אדם יכניס". ועיין בדרכי משה חו"מ ריש סי' שטז. וכן כתב במהרי"ו סי' י. אולם במרדכי עצמו הביא מספר המצות בשם הרמב"ם דאסור למי שבני ביתו מרובים.

וכן נראה גם מדעת הרא"ש בתש' א,ב. הרא"ש דן שם במציאות שונה, של שנים ששכרו בית בשותפות, דבזה יש מקום לקפידא עם מי ידור עימו, דאין השותף יכול להושיב אחר במקומו, אפילו יש לו דיורין פחותים ממנו, שיכול השותף לומר, אותך אני יכול לקבל ולא אחר; "כי הדבר ידוע שאין הדירה מקובלת עם כל אדם בשוה. יש מפני חשיבותו, שאדם בוש ממנו, ויש מפני גריעותו, שאדם בוש לדור עמו, ויש שהוא בעל קטטה, ויש שאינו נאמן. הלכך, אדם הרוצה לדור בשותפות, מדקדק עם מי שהוא חפץ לדור, ולא יוכל אותו שקבל לדור עמו להושיב אחר במקומו". וכתב לחלק בין ספינה שיכול להשכיר לאחר לנדון בית בשותפות, דדוקא ספן שספינתו עשויה להשכירה לאחרים, דיש טוב ויש רע, ואינו נמנע בשביל זה להשכיר ספינתו, משא"כ לדור בבית בשותפות, אדם מדקדק בדבר ונמנע מלדור עם אדם שאינו מקובל עליו. ולפ"ז במשכיר דירה, יהיה דינו כדין הספינה, כל שאינו דר בעה"ב עם השוכר, כיון שהדירה עומדת לשכירות, יכול להשכירה לאחר.

ודין זה פסק המחבר בשו"ע חו"מ שטז,א, והרמ"א פסק כן בסי' שיב,ז, לענין שוכר שרוצה לצאת קודם זמנו, דיכול השוכר להעמיד אחר במקומו ובלבד שיהיה הגון, שאל"כ אין המשכיר חייב לקבלו. ובסמ"ע שטז,א כתב בטעם דברי הרמב"ם והמחבר, דמשכיר בית דיכול להראות לו כל פרטי עניני ביתו, ויתנה עמו שיחזירנו כן בשלימותו, ולכן אין מקום לקפידא להשכירו לאחר, וכמו שהובא לעיל מדברי הראשונים. וכן כתב בשו"ע הרב (שאלה ושכירות סע' ב): "לפי שהקרקע בחזקת ורשות בעליה עומדת, ואי אפשר להבריחה ולא שייך בה נאמנות כלל". ומבואר שלא שייך קפידא וחשש שמא יבריח וכד'. אולם ודאי אין מדובר באנשים שאינם הגונים או אלימים וכד', וכן

כתב בערוה״ש חו״מ שטז,ב, דעל מש״כ הראב״ד דיש בני אדם המחריבים הבית בדירתם, כתב ערוה״ש דבזה ודאי גם הרמב״ם מודה, שאם ידוע שזה האיש שרצונו להשכירו הוא מחריב דירות, או שהוא אלם או בעל מריבות או אינו מתנהג בנקיות וכיוצא בזה, ודאי שהמשכיר מוחה בו מלהשכיר לו.

ולענין שדה, הסמ״ע ריב,טז (וע״ע בסמ״ע שטו,ה), הביא את דברי הטור שם לחלק בין קונה שדה זו לפירותיה לשוכר שדה, דקונה לפירותיה יכול להשכיר לאחר, משא״כ בשוכר. וכתב הסמ״ע דהב״י השמיטו, דס״ל כרמב״ם דיכול השוכר להשכיר לאחר. ועיין בב״י. וכתב לחלק בין בית לשדה, דבבית צריך להחזירו ליד בעה״ב כמו שמסר לו וקלקולו ניכר, משא״כ בשדה דיכול להכחישה בזריעה תמידית, או שיזרע בה דברים המכחישים הקרקע ולא יהא נראה ונודע שהכחישה. ובדרכ״מ ריב,ג כתב לחלק בין מה שכתב הטור הנ״ל לאסור להשכיר לאחר, דהטור מיירי להשכירה למי שבני ביתו מרובים, ובזה גם הרמב״ם מודה, משא״כ אם קונה שדה זו לפירותיה, יכול להשכירה למי שבני ביתו מרובים. וכחילוק זה נמצא בב״ח שם (ריב,ז) דאף בשכירות קרקע הדין כן דלא ישכיר למי שבני ביתו מרובים, משא״כ בקונה שדה זו לפירותיה. וכן הוא בט״ז ריב,ו.

והרמב״ם בהל׳ שכנים ה,ט, כתב וז״ל: ״... וכן המשכיר ביתו לבעל בית אחד ואח״כ הביא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בבית זה, הרי המשכיר מעכב עליו״. והרב המגיד כתב שם, דהראב״ד מודה בזה לרמב״ם שאינו יכול השוכר להביא עימו לבית קרובים נוספים. וכתב באור שמח שם, דהרמב״ם לשיטתו שאינו יכול להרבות דיורים, שהרי אינו יכול להשכיר ביתו למי שבני ביתו מרובים משלו, וכמש״כ בהל׳ שכירות ה,ה. והקשה האור שמח על מש״כ המגיד: ״זה נראה שאפילו הר״א ז״ל יודה בו״, דהרי בראב״ד שכירות ה,ה מפורש שאינו יכול להשכיר למי שבני ביתו כמוהו, וא״כ כל שכן שלא יכול להוסיף בדיורים. וכתב לחלק, דכאן השוכר דר עם הדיורים המתוספים, ולכן ישגיח עליהם, והוה אמינא דבזה ס״ל לראב״ד להתיר, קמ״ל דמודה לרמב״ם, ולכן לא יכל להביא ראיה מהראב״ד שכירות ה,ה. [וכל זה כשהשוכר דר עימו, אבל כשהבעלים דרים שם, אדרבא, יש קפידא לבעה״ב לדור עם אחרים, משא״כ בספינה שהוא ענין להקל שהבעלים שם, עיין לעיל, ועיין עוד בב״ח שטז,א ובט״ז שם.]

מכל האמור עולה שיכול להשכירו לאחרים, אם השוכר הראשון אחראי לכל הפגמים והנזקים, יכול להשכיר. אולם להשכיר למי שמרובים ממנו או שונים ואינם הגונים כמוהו, יש לאסור אפי׳ אם השוכר הראשון אחראי לכל הנזקים, בפרט אם השכיר לו בעה״ב דירה מרוהטת, הרי שלענין הרהוט יש טענה אפי׳ אם השוכר אחראי, מפני

שהבלאי עלול להיות שלא בדרך הטבע, וע״כ יש להזהר, ורק בבני ביתו כמוהו יכול להשכיר מבלי לקבל את רשות בעה״ב להשכיר לאחר.

## ב. כשכבר שילם למשכיר

מהר״א ששון בתש׳ (תורת אמת סי׳ רח) כתב, דאפי׳ לדעת הרמב״ם שהשוכר יכול להשכיר, היינו כשהשוכר לא שילם עדיין למשכיר את שכר הדירה, אולם אם כבר שילם את השכר דירה, יכול המשכיר לומר לשוכר שהוא מתנגד להכניס בו אחרים, וכתב דאף הרמב״ם מודה לזה, אלא שהוא מיירי שעדיין לא שילם השכירות. ובמל״מ מכירה כג,ח כתב דבעיקר דברי מהר״א ששון יש לו גמגום.

ומדברי המרדכי ב״מ (סי׳ שמה) מבואר לכאורה דלא כמהר״א ששון. המרדכי הביא תש׳ מהר״מ שדן במי ששכרה ביתה לשנה ומתה תוך כדי זמן השכירות, ודן שם אם חייבים היורשים לשלם למשכיר מה שלא דרה עדיין, ואם פרעה שכירות עד סוף הזמן, אם חייב המשכיר להחזיר ליורשים, והשיב דאם לא פרעה, אין היורשים חייבים לשלם מה שלא דרה, אולם אם כבר שילמה שכר הדירה, יכולים היורשים להושיב דיורים אחרים: ״ואם נתנה כל השכירות, יש כח ביד היורשים להושיב בתוכה דיורים דכוותה אבל לא לדקשה הימנה, כדאמרינן התם, האי מאן דאגר איגורי ושלים עבידתא בפלגא דיומא, אי אית ליה עבידתא דניחא או דכוותיה, מפקיד להו גבייהו אבל לא דקשה מינה. ואם לא ימצאו יחזרו ליורשים כפי חשבון, כמה אדם רוצה ליקח פחות כשלא היתה דרה בו״. מבואר שאפי׳ פרעו השכירות, יכולים להשכיר לאחרים. (ומה שהזכיר מהר״א ששון דעת המרדכי, הוא ענין אחר, שאין דעת המרדכי כראב״ד אלא כרמב״ם). ובפת״ש חו״מ ריב,ו הוכיח מתרוץ האחרונים, הסמ״ע (ס״ק טז), הט״ז הנ״ל, שלא תירצו דברי הטור לענין שדה בין אם קבל שכר או לא, ובחרו בחילוקים אחרים, דלא ס״ל כמהר״א ששון.

והנה הרמ״א חו״מ שטז,א, הביא מדברי המרדכי ב״ב (סי׳ תקכט), דאם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין ורוצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים, דביתא מיתבא יתיב ושאייה יוכת שער. והמרדכי שם דן בראובן שהשכיר ביתו ללוי לעשר שנים, ונתן לו לוי מראש דמי השכירות של כל העשר שנים, ולוי נשאר בבית שנתיים, ואח״כ קנה דירה ועזב את המושכר והשכירו לשמעון, וראובן תובע ששמעון יפנה את הדירה. ולמד המרדכי שראובן יכול לפנות את שמעון, ולמד מהא דאיתא בב״ב ל,א: מההוא דא״ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, א״ל מפלניא זבנית דזבנה מינך, א״ל לאו את מודה דדידי היה ומינאי לא זבנית, וא״כ זיל את, לאו בעל דברים דידי את, ואמר רבא דינא קאמר ליה. הכי נמי דינא קאמר

ליה ראובן. ואם יטען ראובן שיחזיר לו לוי השכ״ד ששילם ולא דר, יכול להשיב ראובן; ״הא ביתא קמך קום ודר ביה, אבל איני רוצה שתכניס בו אחרים. ואפי׳ אם לא נתן כל השכירות מעיקרא, היה חייב ליתן עתה, שמשעה שהחזיק לוי בבית נתחייב בכל השכירות וקנה לראובן ... והוא שאינו מוצא להשכיר ביתו, אבל מוצא להשכיר ביתו באותו שכר עצמו, לא יתן לו לוי שכר אלא ב שנים שדר בו, מכאן ואילך ישכירנו לאחרים ויטול שכרו״, והביא ראיה מדין הספינה שיכול להשכירה לאחרים (ומוכח שהמרדכי גרס אי משכח לאגורי, היינו המשכיר, וכגירסת הריטב״א לעיל). משא״כ בלא יכול ראובן להשכירו לאחרים. אבל שלוי פרע כבר כל השכירות, אינו יכול לדרוש חזרה דמי השכירות של הזמן שלא דר בו ולדרוש שראובן ישכירו לאחר, שכבר זכה ראובן בשכירות הבית, ויכול להשכירו לאחר ושכר הדירה שיקבל מאחר הוא שלו; ״ואין לוי יכול לומר כיון שנתתי השכירות כל ימי השכירות, תהא בדודה [פירוש, בדודה, בלא דירה, מלשון בדד] שלא על מנת כן השכירה שתהא שאייה אלא ע״מ ביתא מיתב יתיב״.

מדברי המרדכי מבואר לכאורה דלא כמרדכי בשם תש׳ מהר״מ (ב״מ שמה הנ״ל),

דבמרדכי הנ״ל בב״ב מבואר שאינו יכול להשכיר לאחרים, ואף חייב לשלם השכירות, אא״כ מוצא המשכיר להשכירו לאחר, דאין השוכר צריך לשלם, משא״כ כשכבר שילם, יכול המשכיר להשכיר לאחר והשכר שלו – של המשכיר, וזה לכאורה סותר לכל המבואר במרדכי ב״מ סי׳ שמה הנ״ל בשם מהר״מ. ומשמע גם במרדכי שאם הקדים לו שכרו, אף אם המשכיר ישכירו לאחרים, אין צריך המשכיר להחזיר לשוכר הראשון שכרו. וכן למד הסמ״ע שטז,ג.

אולם בקצוה״ח שטז,ב הקשה על הבנת הסמ״ע במרדכי, דאיך יעשה המשכיר סחורה

בפרתו של חבירו, כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לשוכר, ואף דס״ל למרדכי שבהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחרים וצריך לשלם כל השכירות, וביד המשכיר הברירה שלא להשכירו לאחרים, אבל אם הלך המשכיר והשכירו לאחרים, מדוע ירויח בכפל השכירות, וראוי להחזיר השכירות לראשון. לכן פירש קצוה״ח במרדכי, דהמרדכי לא אמר אלא דבהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר, וגם אינו יכול לדרוש להניח הדירה ריקם (בדודה), משום דביתא מיתבא יתיב, ולזה הוא בחזקת המשכיר שלא יהא יכול לומר תהא בדודה. אולם הברירה ביד המשכיר אם רוצה שתהא בדודה, ואם רוצה להניח לאיש אחר לדור בחנם נמי יכול. אולם אם משכירו לאחר בשכר, מודה המרדכי דהשכר לראשון כיון דקניה ליה להשכירות.

וקצוה״ח העיר שדברי המרדכי שאין השוכר יכול להשכירו לאחרים, סותר למש״כ בב״מ סי׳ שמה בשם מהר״מ. וכתב קצוה״ח דלדינא כיון דדעת מהר״מ

דאפילו בהקדים שכרו יכול להשכירו לאחר, כוותיה נקטינן. וכן פסק הב״י חו״מ שיב,כב: ״כתב המרדכי פרק חזקת הבתים מצאתי ראובן השכיר ביתו ללוי וכו׳, ורוב אותם הדברים הם דחויים למתבונן בהם״. וגם בדרכ״מ שטז,א הסכים בזה לב״י, כדעת הרמב״ם שכירות ה,ה ומהר״מ. וכתב קצוה״ח, דכן נראה מהשמטת הרמ״א את דברי המרדכי במש״כ לחלק בין הקדים שכרו, זולת סוף דברי המרדכי דיוכל המשכיר להשכירו לאחרים ומשום שאיה, וסובר הרמ״א כדעת הב״י. ולכן על הסמ״ע שהביא דברי המרדכי לחלק בהקדים שכרו שאין מנכה ומחזיר לראשון, כיון דכבר הכריעו הב״י והד״מ דאין לחלק בזה וכדברי מוהר״מ. עוד הוסיף קצוה״ח, שאין לחלק כחילוק מהר״א ששון, שאם הקדים לו שכרו, שאינו יכול להשכירו לאחרים, דאנו אין לנו אלא דברי הב״י והרמ״א שכתבו דלא כמרדכי, ולא חילקו בין הקדים שכרו או לא.

גם בנתיבות שטז,ב הקשה על דברי הסמ״ע, דשם במרדכי ניחא מה שאינו מחזיר לו השכירות שמקבל מאחרים, כיון דהשוכר לא היה יכול להשכירו לאחרים, מה לו ולשכירות שמקבל המשכיר, ודמי למש״כ הרמ״א חו״מ שסג,י, דאם אין לו רשות להשכירו, שהמותר הוא של בעה״ב. אבל מזה שהסמ״ע לא הביא דין זה דבקיבל מעות שוב אינו יכול להשכיר, משמע דס״ל כתירוץ הראשון, וכ״כ בסמ״ע שסג,ח, דגם במשכון שכבר נתן המעות יכול להשכירו לאחרים, וכיון דיכול להשכירו לאחרים ויכול לומר אני אשכירנו לאחרים, ודאי דהשכירות דידיה הוא, וצריך המשכיר להחזיר לשוכר מה שמקבל מאחרים. והביא הנתיבות לישב סתירת דברי המרדכי, ע״פ מה שתירץ בספר אגודת אזוב, ובחידושי אנשי שם (שם במרדכי), דבב״ב מיירי במשכיר שדר עם השוכר עם המשכיר, ולכן לא יכול להשכירו לאחרים, משא״כ באין המשכיר דר עם השוכר. ולפ״ז מסיק הנתיבות, דבמקום שלא היה השוכר יכול להשכיר לאחרים כגון בדר עמו, השכירות שמקבל המשכיר מאחרים הוא של המשכיר, אפילו לא נתן המעות, כיון דאין לשוכר שייכות בגוויה. ובמקום שיכול להשכיר לאחרים, השכירות לשוכר ואפילו נתן לו המעות.

גם בתש׳ ברית אברהם (אב״ד פילץ ופיעטרקוב, חחו״מ סי׳ לד, הובא גם בפת״ש חו״מ שטז,ב), האריך לחלוק על דברי הסמ״ע, שגוף החילוק דבהקדים שכרו אינו יכול להשכיר לאחר אינו ברור, וגם לפי סברא זו דבכה״ג אין יכול השוכר להשכיר, מ״מ אינו ברור דאם המשכיר השכירו שיהיה השכירות שייך למשכיר. והעלה לדינא, דהגם דאין יכול השוכר להשכיר לאחר, מ״מ אם המשכיר השכירו ולא קפיד, אזי השכירות שייך לראשון, ומנכה המשכיר לשוכר מה שמקבל מהשני, אא״כ בהקדים לו שכרו מטעם דנתרצה. ובפת״ש שם כתב על דבריו, דהראיה מהרמ״א שסג,י שכתב דאם לא היה לו רשות להשכיר, מותר השכירות לבעלים, דמשמע דנגד דמי השכירות שייך להראשון. לכאורה יש לחלק, די״ל דזהו דוקא באם השכיר למי שבני ביתו

מרובים או למי שאינו הגון, דבאמת יש לו לשוכר תפיסת יד בהבית להשכירו למי שהוא הגון ואין בני ביתו מרובים, רק שהוא השכירו ביותר למי שבני ביתו מרובים ואינו הגון, ע"ז כתב הרמ"א דרק המותר לבעלים. משא"כ בדר עמו שאין לו רשות להשכיר לשום אדם בעולם, י"ל דהנכון עם הנתיבות דאם המשכיר השכירו, שייך כל השכירות למשכיר, רק שינכה לו דומיא דפועל בטל.

ובדברי משפט שטז,א, הקשה מדברי המחבר שטז,ג, במי שמשכן ביתו לזמן, והתנה שאחר הזמן יהיה רשות בידו להשכיר למי שירצה, דפסק המחבר, דיש מי שאומר שאפילו בלא תנאי רשאי להשכיר או למשכן למי שבני ביתו אינם מרובים, ומפני התנאי רשאי להשכיר ולמשכן אפילו למי שיש סיעה גדולה מסיעתו. והקשה, דהרי שם כבר הקדים השכר, דמיירי במשכנתא בנכייתא, וא"כ מדוע בלא התנאי יכול להשכיר למי שאין בני ביתו מרובים, הרי כבר הקדים שכרו. ומכאן הוכיח דברי משפט דלא כמהר"א ששון, דלמהר"א ששון אינו יכול להשכיר גם למי שבני ביתו, וא"כ מחמת התנאי לא יכול להשכיר אלא למי שבני ביתו כמוהו. ומדפסק המחבר שיכול להשכיר אפי' לבני ביתו מרובים, כיון שבלא התנאי יכול להשכיר לשווים, מוכח דלא כמהר"א ששון.

**לאור האמור נראה, שיכול השוכר להשכיר המושכר בלא ידיעת בעה"ב, אך במספר הגבלות: אם הותנה מפורש בחוזה שלא ישכיר, ודאי שאינו יכול להשכיר לאחר בלא רשות מפורשת של בעה"ב. כמו כן לענין להשכיר לבני בית מרובים, נראה דאין לעשות כן, אלא בהסכמה מפורשת של בעה"ב. במיוחד יש להחמיר לא להשכיר לבני בית מרובים, כאשר שכר דירה מרוהטת, שבזה הנסיון מוכיח שהבלאי גדול מהרגיל, כאשר שוכרים מרובים שוכרים לתקופות קצרות. לכן לא יועיל רק קבלת אחריות של השוכר הראשון, שדין הריהוט בענין זה כדין מטלטלין. ולכן ככל שמותר לו להשכיר, אין השוכר צריך להודיע לבעה"ב, ואין בעה"ב יכול להתנגד, וכן השכר שיקבל שייך כולו לשוכר.**

# סימן לז

## חזרה משכירות חנות

### ראשי פרקים

**א. מחילה בשכירות פועל**

**ב. מחילה בשכירות קרקע**

**ג. אם בכה"ג יש מחוסרי אמנה**

ראובן שכר משמעון חנות למשך שנתיים, עם אופציה לזמנים נוספים. לאחר למעלה משנה, הודיע ראובן לשמעון שהוא רוצה לעזוב, והוא מוכן לשלם חדשיים שכירות עד שימצא שמעון שוכר חדש. במהלך זמן זה מצא שמעון שוכר אחר - את לוי, וסיכם עמו בע"פ שישכיר לו את החנות, וסיכמו בע"פ את התנאים, אך לא עשו חוזה או קנין. בין הסיכום בע"פ עם לוי לחתימת החוזה, הודיע ראובן שמצא שוכר (יהודה) שמוכן לשכור ממנו את החנות על תכולתה ועל המוניטין שבה. ושאלת שמעון, אם מותר לו להסכים שיהודה ישכור את החנות כבקשת ראובן, למנוע נזק מראובן בהפסד המוניטין והתכולה, או כיון שסיכם עם לוי בע"פ, הוא מחויב לעמוד בדבורו.

## א. מחילה בשכירות פועל

בתש' מהר"מ מרוטנבורג (ח"ד, דפוס פראג, סי' עז) נשאל באב ששכר מלמד לבנו,

ואחר זמן תוך זמן השכירות, אמר לו דרך כעס "לך מעמדי", ואח"כ חזר בו אבי הבן ורוצה שהמלמד ימשיך ללמד את בנו, והמלמד מסרב בטענה שכבר מחל שעבודו, והשיב מהר"מ שעל המלמד להמשיך ללמד, ולא נפסקה השכירות במה שאמר לו לך מעמדי, וז"ל:

"נראה דלא נמחל שיעבודו באמירה בעלמא, וראיה מפ"ק דקדושין (טז,א) גבי עבד עברי [דפריך] ולימא ליה באפי תרי זיל, ומשני עבד עברי גופו קנוי לו, אלמא דלא [זכי] לנפשיה באמירה בעלמא. הוא הדין בנדון זה דמדמינן פועל לעבד עברי בפ"ק דב"מ (י,א). ועוד, כיון שהשכירו לבן, הרי כבר נשתעבד לבן ללמוד, ולאו כל כמיני' דאב למחול שעבודיה דבן, דזכין לקטן ואין חבין לו. וראיה מתוספתא דכתובות פ' מי שהי' נשוי, כתב [לזון] את בת אשתו [ושברה לו], לאו כל הימנו שזכין לקטן ואין חבין. כל שכן לדברי רבינו יואל ורבינו אבי"ה שפסקו שמלמד לא חשיב כפועל דבחצי היום חוזר, אלא כעבד חשוב ולאו כל הימנו לחזור בו."

מבואר במהר״מ שני טעמים שחייב המלמד להמשיך וללמד. כיון שגופו קנוי, לא מהני מחילה במקום שגופו קנוי וצריך לחזור ולקנות הגוף מבעה״ב, וכל עוד לא הסתיימה השכירות, לא מהני מחילה, אא״כ חוזר בו הפועל, דזה דין מיוחד דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, שבחזרתו הוא קונה עצמו מבעה״ב, אבל מחילת בעה״ב לא מהני. וטעם נוסף, שאין האב יכול למחול שעבוד הבן. ומש״כ מהר״מ דכל שכן לרבינו יואל וראבי״ה דמלמד אינו חוזר בו (עיין מה שכתבתי בח״ז סי׳ ל), היינו דלא מיבעיא אם דין המלמד ככל פועל ויכול לחזור בו, י״ל דמחילת האב לא מהני מהטעמים הנ״ל, דצריך לקנות את עצמו מבעה״ב, ואינו יכול למחול האב שעבוד הבן, אלא אפי׳ לסוברים דגם מלמד דינו כפועל החוזר בו בחצי היום, הוא דין מיוחד שע״י חזרתו הרי הוא כקונה עצמו, אבל ללא חזרת הפועל, אין מחילת בעה״ב מחילה. ומה שמלמד אינו ככל פועל, י״ל כמש״כ הראשונים דדינו כדבר האבד. גם י״ל כמש״כ האחרונים דדינו כעושה חפצי שמים ועבד לה׳ בעבדותו (עיין מש״כ בח״ז סי׳ ל, ושם נתבאר). ותש׳ מהר״מ הביאה גם הרשב״א בתש׳ ח״א סי׳ תתעג, והמרדכי ב״מ שמו, רבינו ירוחם במישרים כט,ג, והרמ״א בחו״מ שלג,ח.

ואם זה דין מיוחד במלמד או בכל פועל, לכאורה תלוי בב׳ הטעמים שהביא מהר״מ, דלטעם הראשון כיון שגופו קנוי, דין זה בכל פועל, דלא מהני מחילה בדבר הקנוי לאחר שימחול למוכר. ולטעם דלא יכול למחול שעבוד בנו, הוא דוקא במלמד או בכל דבר שזכה בו עבור קטן. ולכאורה אף לטעם זה אם שכר פועל עבור קטן, לא מהני מחילה שעבוד הקטן. וברמ״א שם בסוף סי׳ שלג הביא את הטעם השני, שאינו יכול למחול שעבוד הנער. והביא ב דעות אם בשאר פועל כשאמר לך מעמדי אם מהני: ״מיהו בשאר פועל, אם אמר לו בפני שנים לך מעמדי, פטור בלא מחילה. ויש אומרים אם אמר לו דרך כעס, שאינו פטור״. ומבואר שלא בדרך כעס, לכ״ע פטור בשאר פועל. ומקור הדין מרבינו ירוחם במישרים כט,ד: ״אם אמר לפועל או לשכיר בפני בית דין או בפני שנים לך - פטור בלא מחילה אחרת. ויש מי שאומר, כי אם אמר ליה כך בכעס, שאינו פטור״.

והקושיא הנ״ל, דלטעם קמא של מהר״מ אין חילוק בין פועל למלמד, הקשה בש״ך שלג,מז. וכתב הש״ך דהעיקר כטעם השני במהר״מ שאינו יכול למחול שעבוד הנער, דאף שפועל יש לו דין עבד עברי, היינו לקולא שיכול לחזור בו אבל לא שיהא גופו קנוי לו, ושכן משמע בתוס׳ קידושין יז,א (ד״ה חלה). וגם מהר״מ עשה טעם זה סניף לטעם שאין יכול למחול שעבוד הנער. ושכן דעת רבינו ירוחם, ושכן עיקר. וכן מבואר בדברי הגר״א שם שלג,מו על מש״כ הרמ״א דבשאר פועל מהני מחילה, דאין גופו של פועל קנוי לבעה״ב: ״ופועל אין גופו קנוי לו, וכמ״ש תוס׳

שם (קדושין) יז,א בד״ה חלה, ודלא כמ״ש במרדכי בשם מהר״מ שם״. וככל שאין מדובר במחילת שעבוד של קטן ואין חבין לקטן, מהני המחילה.

גם הרדב״ז בתש׳ (ח״א סי׳ שלג) הקשה על הטעם הראשון במהר״מ, דאם מדמה פועל לעבד עברי, ולא מהני מה שיאמר לו באפי תרי זיל, א״כ יצטרך הפועל גט שחרור, וזאת לא שמענו. ועוד, אם מדמים פועל לעבד עברי, איך יכול פועל לחזור בו בחצי היום: ״אלא ודאי לאו לכולה מלתא מדמינן להו״. עוד כתב הרדב״ז על הטעם השני שכתב מהר״מ שאינו יכול למחול שעבוד הקטן, דנחלקו בזה אם מלמד הוי דבר האבד. ועוד, אף אם הוי דבר האבד, יכול לחזור בו, רק יש תביעת ממון; ״ואפי׳ בדבר דלא מצי למיהדר פועל כגון דבר האבד, אי מחל שעבודו הוי מחול, שהרי אם הפסידו אינו חייב לו אלא ממון והרי מחלו ... ואפי׳ במלמד מסתבר דאם מחל שעבודו הוי מחול. וגם הרב הנזכר נראה דלא סמך אלא על הטעם השני, וגם בטעם הזה יש לגמגם אלא שכבר הורה זקן. וכל זה לדעת האומרים דמלמד לא דמי לפועל, אבל לדברי האומרים דדמי לפועל, מצי למיהדר אפילו בלא מחילה, וכיון שהוא מוחזק בעצמו מצי למימר קים לי כהנך רבוותא ולא כייפינן ליה״. ולפ״ז אף לטעם השני להלכה יכול המלמד המוחזק בעצמו לחזור בו ולומר קים לי שאינו דבר האבד, אבל ודאי דלא קיי״ל כטעם הראשון דגופו קנוי. וע״ע ש״ך שלג,מו ונתיבות שם ס״ק יח מש״כ בענין כתיבה אם מהני.

וכל הנ״ל תלוי אם לבעה״ב יש קנין בגוף הפועל שיעשה לו מלאכה, דאף שאין אדם יכול למכור עצמו אלא בתורת עבד עברי, היינו כשמוכר עצמו כעבד אינו יכול, אבל למכור עצמו שיהיה לבעה״ב קנין בו שיהיה חייב לעשות מלאכה אך לא בתורת עבד, יכול להקנות. כן מצאנו בדברי הראב״ד שלוחין ושותפין ד,ב, על דברי הרמב״ם דלא מהני קנין לשיתוף, וז״ל הראב״ד: ״ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים, וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן״. ועיי״ש בכס״מ ה״א דמה שחולק הרמב״ם על הראב״ד, דלא משתעבד גופו בהדיא, דאין שניהם משתעבדים זה לזה בפירוש והו״ל כמוכרים זה לזה דבר שלא בא לעולם, דלא קנו. ולפ״ז לכס״מ אם ישתעבדו להדיא, יועיל הקנין כבכל חפץ. ועיין בקצוה״ח שלג,ה שדן בדברי הראב״ד והכס״מ דיכול לשעבד עצמו בקנין. ועיין באגרות משה חחו״מ ח״א סי׳ פא שיש ג שיטות בשכירות פועלים. תשובת מהר״מ שבמרדכי, הראב״ד והקצה״ח, דיש קנין בגוף הפועל כמו עבד עברי, וממילא אינו יכול לחזור ככל קונה חפץ. ולתוס׳ קידושין יז,א, וכן דעת הש״ך, דאינו קנין בגוף אלא קנין להתחייבות; ״ואפשר לומר שעכ״פ הוא קנין התחייבות שיש לאחד על חברו, שבעה״ב יש לו זכות חיוב ותביעה על הפועלים שיעשו מלאכתו שהתנו, והפועלים יש להם זכות חיוב ותביעה על בעה״ב שיתן להם המלאכה שהתנו״. ולדעת הירושלמי אליבא

דרב, ושכן דעת הנתיבות, דזהו חיוב בעלמא שיש לכל אחד על עצמו, שהפועלים מחוייבין מצד עצמם לעשות המלאכה שהתנו, ובעה״ב מחוייב מצד עצמו ליתן להם המלאכה שהתנו. ועיין עוד מחנה אפרים עבדים א (ד״ה והשתא) דאף אם אינו משועבד אלא למעשה ידיו, לא מהני מחילה ולא נפקע שעבודו באמירה בעלמא.

## ב. מחילה בשכירות קרקע

כל הנ״ל הוא לענין שכירות פועל שגופו קנוי או שאין גופו קנוי לבעה״ב כהכרעת הפוסקים, אולם לענין שכירות קרקע שנקנתה לשוכר, בזה י״ל דלא מהני מחילה, דדינה כקנין קרקע. כן מצאנו בדברי הסמ״ע קפט,א, על הא דאיתא בשו״ע שם, שאם קנו זה מזה, אינם יכולים לחזור בהם מהקנין אלא בקנין שיחזיר למוכר, וברמ״א שם כתב דלא מהני מחילה וצריכים לחזור ולהקנות. וע״ז כתב הסמ״ע: ״אם ראובן קנה משמעון שדה או בית בקנין גמור, ומחלו זה לזה הקנין, אין הקנין נתבטל עד שיחזור שמעון ויקנה מראובן, וכ״כ הטור לקמן רמג,טז ע״ש, ועוד כתבו המחבר לעיל סו,יג עיין שם. וכן הדין בשכירות״. ומבואר דשכירות דינה כמכר לענין זה, ולא מהני מחילה בשכירות, ואם שכר לשנה ורוצה לחזור בו באמצע השנה, לא מהני מחילה, אלא צריך המשכיר לחזור ולקנות מהשוכר.

ומצאנו כן להדיא בתש׳ הריב״ש סי׳ תקי. הריב״ש נשאל באחד ששכר קרקע מחבירו, ואף הקדים השוכר ונתן מעות למשכיר, וכשבא לבקש ולהכנס למושכר, המשכיר דוחהו בלך ושב, עד שאמר השוכר בפני עדים, כיון שאינך חפץ בשכירות, החזר לי מעותי. והמשכיר רוצה להחזיר המעות לשוכר, והשוכר אומר שאינו חפץ במעות, כי אם בקיום השכירות. והשיב הריב״ש, וז״ל:

״שהדין עם השוכר, שכיון שקנה הקרקע לזמן המושכר לו בקנין גמור ובכסף, הרי הוא שלו לזמן ההוא, ואינו יכול להסתלק ממנו בדבור בלבד אפילו בפני עדים, כי אם בקנין גמור, דשכירות מכירה ליומיה היא, כמו שאמרו ז״ל (בב״מ נו,ב). ואפי׳ במי שמשכן קרקע לחברו לזמן ידוע סתם, ומנהג המקום הוא שאין מסלקין המלוה מן הקרקע תוך הזמן אף על פי שפורע לו מעותיו, אמרו בגמרא (ב״מ סז,ב), שאם אמר המלוה, ללוה תוך הזמן אם תפרעני, אני אסתלק מן הקרקע, אין בדבריו כלום, ויכול לחזור בו, אלא אם כן קנו מידו ... כל שכן בכאן שהוא שכירות גמור, ומכירה ליומיה. שכיון שקנה הקרקע לשכירותו הזמן ההוא, בקנין גמור, מעתה הקרקע קנוי לו, ואע״פ שלא החזיק בו, ואין מועיל הסלוק אם לא בקנין.״

מבואר להדיא בריב״ש דלא מהני מחילה של השוכר למשכיר אלא צריך המשכיר לעשות קנין בקרקע כדי להחזיר זכותו, אם רוצה השוכר לחזור בו במהלך זמן השכירות. ודברי הריב״ש הביא גם מהריב״ל ח״ב סי׳ פט, והוסיף מהריב״ל, דלא נצרך הריב״ש להאריך אלא משום דמיירי בשכירות, אבל במכירה, כיון דקנה בקנין והקרקע היא שלו, כדי להסתלק מאותה הקניה ולחזור הקרקע לבעליו הראשון, צריך לקנות מהקונה.

ובתש׳ רבי שלמה איגר (חו״מ סי׳ כד) דן להדיא בשאלה מעין זו, והביא ראיה מב״מ סז,ב מדין סילוק ממשכנתא (כמו שוהביא הריב״ש ראיה זו). ועיי״ש שכתב דלרש״י אינה ראיה, כיון דמיירי בשעת מתן מעות, ובעי לקנין לא להקנות אלא כדי שלא יהיה פטומי מילי בעלמא. אולם התוס׳ דחו פירוש רש״י (ועיין במש״כ הגרא״ז באבן האזל מלוה ולוה ז,ג בדין סילוק ממשכנתא). ומסקנת הגר״ש איגר, דכיון דלשוכר יש קנין, לא מהני מחילתו.

ועיין בתש׳ דרכי נעם (לבעל הגינת ורדים, חחו״מ סי׳ ג) שדן בשוכר בית, ולא שילם השכירות, והמשכיר אמר לו שיצא מהבית והוא מוחל לו דמי השכירות לזמן שלא ידור, ולא יצא, וכשהיה המשכיר בירושלים, יצא השוכר מהבית ולא רוצה כעת לפרוע השכירות של הזמן שלא דר בו, וטוען השוכר שכבר מחל לו המשכיר דמי השכירות לזמן ששכר ולא דר, ומחילה אינה צריכה קנין ושאינו חייב לתת לו רק שכירות הזמן שדר בבית, וטוען המשכיר שלא היתה כונתו מעולם למחול, ולא אמר אותם הדברים אלא לאיים עליו כדי שיפרע לו מה שהוא חייב לו. ובתוך תשובתו בדחיית דברי השוכר, כותב הדרכי נעם, וז״ל:

״עוד אני אומר דשניא מחילה זו ממחילה דעלמא, ואף ע״ג דהוה קאמר ליה משכיר לשוכר מחלתי לך זמן השכירות בלב שלם והוה בריר לן דמחיל ליה מדעתו ורצונו הטוב, אין באותה מחילה ממש, ואף על גב דלא הוה נקיט שטרא בידיה, דהכא הויא שכירות, ושכירות ממכר ליומיה, והרי שמעון היה מוחזק בקרקע זו מחמת השכירות, והרי היא כמכורה לו. והגע עצמך, אם היה קונה בית זה מראובן וקנה אותה בא׳ מדרכי הקניה, וחזר בו מאותה הקניה וראובן מחל ואמר לו בלב שלם מוחל אני לך, כלום בדברים הללו נתבטל המקח. אין הדבר כן ויכול ראובן לחזור ממחילתו שמחל, כל עוד שלא חזר ראובן והחזיק בקרקע, או עד שיקנו ממנו בקנין סודר, ר״ל מזה שקנה שחוזר ומקנה לו הקרקע, ואם לא עשה כן, בחזקת הקונה קיימא, וזה פשוט. ואפילו במקבל מתנה, אם חזר בו לאו כלום הוא עד שיחזור בעל המתנה ויחזיק בשלו באחד מדרכי הקניה ... והטור בסימן קפט כתב: אין המקח נגמר בדברים וכו׳,

עד שיקנה בא׳ מדרכי הקניות כל דבר ודבר כראוי לו, ולאחר שנגמר המקח כל דבר לפי קנינו, אין שום אחד מהן יכול לחזור בו. וכתב על זה מוהרמ״אי׳ ז״ל בהגהה, ואפילו מחלו זה לזה אח״כ לא מהני, אלא צריכין לחזור ולהקנות זה לזה. וכתב בעל מאירת עינים, פירוש, אם ראובן קנה משמעון שדה או בית בקנין גמור ומחלו זה לזה הקנין אין הקנין מתבטל עד שיחזור שמעון ויקנה מראובן ע״כ ... וכן מצאתי בהדיא בתשובה להריב״ש בסי׳ תקי שכתב שכיון שקנה קרקע לזמן המושכר לו בקנין גמור ובכספים, הרי היא שלו לזמן ההוא ואינו יכול להסתלק ממנו בדיבור בלבד אפי׳ בפני עדים, כי אם בקנין גמור, דשכירות מכירה ליומיה היא, כמו שאמרו רז״ל ע״כ. א״כ אין ספק בנדון שלפנינו שאין במחילה זו ממש, אפי׳ שהיתה בפני עדים, וחייב שמעון לפרוע לו כל זמן השכירות הכתוב בשטר.״

הרי להדיא דלא מהני מחילה בשכירות, וצריך המשכיר לקנות מהשוכר לזמן שכבר מושכר. ומסקנת הדרכי נעם הביאו המל״מ שכירות ה,ה, אך ציין לראנ״ח ח״א סי׳ לח (בטעות נזכר במל״מ - סי׳ א) דמהני בדיבור בעלמא לבטל השכירות. והמעיין בראנ״ח יראה דלא חלק על דברי הריב״ש, ורק כתב לחלק בין מחילה של שוכר למחילה של משכיר: ״דבשלמא השוכר דיש לו שעבוד על המקום המושכר לו, וגוף המקום קנוי לו לזמן השכירות, כל שהוא מסתלק ממנו אי אפשר להסתלק אלא בחוזר ומוכרו למשכיר, הילכך צריך קנין, אבל המשכיר על השוכר אין לו אלא שעבוד דמי השכירות בעלמא שהוא מחויב לפרוע לו, וכל שהמשכיר פוטרו מהם, הרי הם כמחל לו חוב בעלמא שהוא פטור אפי׳ בדברים בעלמא, דמחילה אינה צריכה קנין״. ומ״מ בנדון כנדו״ד גם לראנ״ח לא מהני מה שמחל השוכר, וצריך המשכיר לקנות בקנין, ורק על דמי השכירות חלק ראנ״ח, וממילא חולק גם על מש״כ בדרכי נעם לחייב השוכר בתשלום השכירות שלא דר בו.

ובדבר זה דן גם המהרי״ט חחו״מ סי׳ קיח, במשכיר שאמר דרך כעס לשוכר שיצא מהבית, והשוכר רוצה לצאת, והמשכיר תובע דמי השכירות בטענה כי היו דברים אלו פטומי מילי. וחייב מהרי״ט את השוכר; ״מסתמא הכי קאמר, כשתריק לי ואקבלנה ממך תפטר, אבל כל זמן שבידך להחזיקו כשלך ומצית למיהדר, גם אני מחזיק כשלי, וכל שעדיין לא הריק הבית, יכול לחזור בו ולומר איני חפץ שתריק״. הביאו קצוה״ח שטז,ג והסכים לדבריו. והוסיף קצוה״ח טעם נוסף לחייב השוכר, וז״ל:

״ועוד נראה לענ״ד שאין השוכר נפטר בדיבור בעלמא, לפי מש״כ הריב״ש סי׳ תקי, דאם השוכר מוחל למשכיר אחר שנקנה לו בקנין הראוי לשכירות לא מהני אלא א״כ היה קנין מחדש משוכר למשכיר, וא״כ אפילו נתרצו שניהם

השוכר והמשכיר שיריק הבית ויפטור מן השכירות, עדיין לא נקנה הדירה משוכר למשכיר, כיון דמלוה לא קנה, וכמבואר בסי׳ רד,י ... א״כ הוא הדין בזה, אע״ג דפטרו לשוכר, כיון שלא זכה המשכיר בבית השכורה, דהא חוב לא קנה, שניהן חוזרין, אא״כ אומר לו הריני פוטר אותך משכירות, ובהנאת מחילת מלוה תריק לי הבית, דכה״ג מהני קנין מלוה וקנה הבית השכורה, ושוב אין חוזרין לא זה ולא זה.״

ומבואר להדיא דלא מהני חזרה בשכירות ללא קנין. אמנם בשער המשפט שטו,א הקשה על הריב״ש מדברי הרא״ש ב״ב א,מג לענין ד אמות שלפני הפתח, דכיון דד׳ אמות שלפני הפתח אין לו בהם קנין גמור אלא לשימוש בלבד, מהני מחילה של פרץ פצימיו. וכתב שעהמ״ש דאף שיש לחלק בין שכירות לד׳ אמות שלפני הפתח, דד׳ אמות יש רשות לבני החצר להשתמש כשהוא אינו משתמש, משא״כ בשכירות דינו כממכר, דאף שדינה כממכר, אינה אלא להנאת השכירות ולא גוף הקרקע, ובפרט לסוברים שאין דינו כמכר אלא לאונאה. וגם כתב להקשות על הראיה שהביא הריב״ש ממשכנתא דלא מהני מחילה. והסכים שער המשפט למקרה שכבר נתן מעות, משא״כ כשלא צריך להחזיר למשכיר מעות, נשאר בשער המשפט בצ״ע לדינא. (לאחר מכן ראיתי גם בתש׳ נתיבות אור, לגינ״נ הנדלסמן מקלעצק, ח״א סי׳ כה, ובתש׳ חמדת משה, לגר״מ פרלמוטר מלודז, סי׳ קכ, שנשארו בצ״ע וכדעת שער המשפט). אמנם מכל האחרונים הנ״ל מבואר דלא כוותיה, ולא מהני מחילה, ואין פשיטות הריב״ש, מהרי״ט, דרכי נעם, הסמ״ע וקצוה״ח, מוציאים מספיקם.

לפ״ז בנדו״ד לא הוי חזרה מהשכירות, וע״כ השכירות עדיין בתוקפה על כל מרכיביה לא בוטלה, כולל האופציה. ומה שדן באבני נזר (חו״מ סי׳ יא) בשוכר ומשכיר שהסכימו להאריך את השכירות וחזרו בהם, דלא הוי קנין לזמן שהסכימו, וממילא אין שם קנין וכמש״כ האבני נזר, עיי״ש. אבל הזכויות שיש לשוכר מכח השכירות הראשונה, ודאי לא מתבטלת במחילה גרידא ללא קנין מצד המשכיר. וע״ע מהרש״ם ח״ה סי׳ ג.

## ג. אם בכה״ג יש מחוסרי אמנה

והעירני השואל, דכיון דכל הטעם ששמעון יהיה מחויב לדברים שהיו בינו ללוי, הוא מדין מחוסרי ובכה״ג שאינו חוזר בו אלא מפני טובת אחר, אין בזה מחוסרי אמנה. והשבתי, די״ל דאף מחוסרי אמנה שאין רוח חכמים נוחה הימנו, מ״מ כשהישר והטוב שיהודה יכנס לנעלי ראובן, שבכך לא יגרם הפסד לראובן, ושמעון ישכור במקום אחר, אין בזה מחוסרי אמנה.

דדין מחוסרי אמנה אינו איסור לכאורה אלא הנהגה טובה, דנחלקו רב ורבי יוחנן בגמ׳ ב״מ מט,א אם בדברים בלבד יש מחוסרי אמנה, וקיי״ל כרבי יוחנן שיש בדברים מחוסרי אמנה, וכמו שפסק הרמב״ם מכירה ז,ח, ובשו״ע חו״מ רד,ז, דאף שאין בו מי שפרע, מ״מ הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו. ועיין ברמב״ן קדושין יז,ב שמחזיקים לו רעה משום מחוסרי אמנה. ומשמע שאין בזה איסור אלא אין מחזיקים לו טובה. וכ״כ בר״ש בסוף שביעית, וכן נראה ממש״כ המגיד בהל׳ גזילה ואבידה א,יג, לענין גזלן שבא לעשות תשובה מאיליו, תקנו חכמים שאין מקבלין ממנו, וכל המקבל ממנו דמי הגזלה, אין רוח חכמים נוחה הימנו. וכתב המגיד, דאם רצה הנגזל לכוף את הגזלן שיחזיר לו בבי״ד, בי״ד נזקקים לו. ומוכח מזה שאין איסור בדבר, שאם היה אסור, לא היו נזקקים חכמים לדבר זה. ועיין בשדי חמד (ח״א מערכה א אות כב), שהביא בזה מחלוקת, אם יש איסור בדבר. ועיין עוד במה שכתבתי בח״ז סי׳ ל/ג.

ונראה שאין מחוסרי אמנה עדיף מדינא דבר מצרא ושומא הדרא, שהם מדין הישר והטוב, שבהם במקרים מסוימים לא מהני המכירה כשעובר על הישר והטוב בבר מצרא, ועיין ברב המגיד סוף הל׳ שכנים. ונראה בכל אלו שאם יש ישר וטוב שלא לעמוד בדבורו, וכמו שמצאנו בבר מצרא מקרים בהם אין דין ישר וטוב, כמו לאשה ויתומים (עיין בסוגיא ב״מ קח,ב, ובשו״ע חו״מ קעה,מז), גם בנדו״ד נראה שאין זה ישר וטוב שישכור לוי ולא יהודה, שהרי יהודה קונה את המוניטין והמלאי מראובן, ובכך לא נגרם לו הפסד, וכטעם שאומרים בעני המהפך בחררה, שילך לוי וישכור במקום אחר, שהרי בשכירות כאן יש טובה לראובן במה שישכור יהודה. ולכן גם מטעם זה נראה לצרף שאין שמעון צריך לעמוד בדיבורו ללוי, וישכור יהודה את החנות.

**לאור האמור לעיל, אין שמעון מחויב להשכיר החנות ללוי, וישכור יהודה את החנות במקומו של ראובן.**

# סימן לח

## בדין השבת גניבה

### ראשי פרקים

**א. אבודה ממנו ומכל אדם**

**ב. שיטת הרמב"ם דצריך יאוש**

**ג. פועל שנאסר עליו ללקט מציאות**

**ד. תקנת השבים**

**ה. אינו יודע ממי גזל**

נשאלתי ע"י יהודי חוזר בתשובה. לפני כעשרים שנה הוא עבד בשרותי כבאות (מכבי אש), ונקרא לכבות שריפה, ואכן השריפה כילתה כמעט את כל תכולת הדירה, עוד בטרם הגיעו למקום. והוא נכנס לדירה ועסק בכיבוי הלהבות והשריפה, יותר מתוך מטרה שלא תתפשט למקומות אחרים, מאשר למנוע את שריפת התכולה. במהלך כניסתו לבית הבחין בשטרות של מאה דולאר שלא נשרפו, והוא הכניס את השטרות לכיסו. מדובר בשמנה שטרות, סכ"ה 800 דולאר. לדבריו, בתחילה סבר להחזיר את הכסף לבעלי הדירה, ולמטרה זו נטל בתחילה את הכסף, כיון שבעלי הדירה הגיעו רק לאחר תם פעולת הכבאים, אולם לאחר שעזב את המקום, ומיד שנזכר, פחד להחזיר מחשש שיאשימו אותו שגנב עוד דברים, וכיון שאסור היה לו לקחת לכיסו אלא להשאיר ולהראות לבעה"ב במקום את הכסף, חשש גם שיפטרו אותו מעבודתו. כך שנטל את הכסף לעצמו והשתמש בו.

לבו נוקפו, והוא רוצה להחזיר את אשר נטל. קשה לו לזכור במדויק היכן היתה השריפה והתאריך שבה ארעה, למרות שעם עבודת בלשות, שעלולה לגרום לו לבזיונות רבים, כיון שיצטרך לשתף בתחקיר את הנהלת שרותי הכבאות, יש סיכוי קלוש שימצא את בעלי הדירה, ושאל מה עליו לעשות.

## א. אבודה ממנו ומכל אדם

בתחילה יש לדון מה דינם של דברים שנמצאו במהלך ארוע של שריפה, ואם מן הדין יש יאוש בכה"ג, ואם זוכה המוצא. איתא בב"מ כד,א: וכן היה רבי שמעון בן אלעזר אומר, המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומן זוטו של ים ומשלוליתו של נהר, המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין

שם (ואפילו דבר שיש בו סימן – רש"י), הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן. ואיתא בב"מ כא,ב, במחלוקת אביי ורבא בדין יאוש שלא מדעת, דבזוטו של ים ובשלוליתו של נהר, אע"ג דאית ביה סימן, רחמנא שרייה. ופרש"י שם, דלכן אפי' באו ליד המוצא לפני יאוש, הרי אלו שלו. וכן בהמשך הסוגיא, (כב,ב) בתיובתא לרבא: תא שמע, דאמר רבי יוחנן משום רבי ישמעאל בן יהוצדק, מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת, דכתיב; וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה, מי שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם, יצאתה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם. ואיסורא דומיא דהיתירא, מה היתירא בין דאית בה סימן ובין דלית בה סימן שרא, אף איסורא בין דאית בה סימן ובין דלית בה סימן אסורה (דכיון דמחד קרא ילפינן מצויה אצל כל אדם שיחזור, ושאינה מצויה יזכה בה, איתקושי אתקוש להדדי, זו לאיסורא וזו להיתירא, מה היתירא שאינה מצויה, לא חילק בין שיש בה סימן לשאין בה סימן, אף איסורא דמצויה אצל כל אדם, לא חילק בין אין סימן דכי ידע מיאש, ליש סימן דלכי ידע לא מיאש, וכי היכי דיש סימן אסירא, כי אין סימן נמי אסירא, היכא דאיכא למימר לא ידע דנפלה קודם שבאת ליד זה).

הגמ' בב"ק סו,א הסתפקה אם יש לדמות יאוש דאבידה ליאוש דגזילה, כמו שבאבידה קונה ביאוש, הוא הדין בגזילה, או יש לחלק, דבגזילה באיסורא אתי לידיה, משא"כ במציאה. ובאופן של יאוש הקונה במציאה, הביא רש"י את הדוגמא של אבודה ממנו ומכל אדם, וז"ל: "מוצא אבדה לאו כיון דמייאש ליה מרה מקמי דתיתי לידיה, קני לה אם נתייאשו בעלים קודם שמצאה זה – קנה, דתניא באלו מציאות (ב"מ כב,ב) מנין לאבידה ששטפה נהר, הואיל ונתייאשו הבעלים שהיא מותרת, ת"ל אשר תאבד ממנו שאבודה ממנו ומצויה לשאר בני אדם, יצתה זו, אלמא קני". מבואר ברש"י שבאבודה ממנו ומכל אדם זוכה המוצא, מפני שהתיאשו הבעלים קודם שבא ליד המוצא. וי"ל לרש"י, דאף דבכל אבידה בעינן שיתיאש ויאמר ווי לי לחסרון כיס, וכדאיתא בב"מ כג,א: כללא דאבידתא, כיון דאמר ווי לה לחסרון כיס מיאש ליה מינה, באבודה ממנו ומכל אדם, אף בלא אמר, אמדינן לדעתיה שמתיאש. דאל"כ, מה ההבדל לרש"י בין אבידה רגילה לשטפה נהר. ובתוס' ב"מ כז,א (ד"ה מה) כתב דכן למדו בירושלמי. אמנם תוס' עצמם כתבו דהילפותא היא משמלה; וכן תעשה לחמרו וכן תעשה לשמלתו, וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה (דברים כב,ג), דדבר שיש בו סימן, כמו שמלה, חייב להחזיר, דע"י הסימנים ימצא עדים שהשמלה היתה בחזקתו, וממילא לא מתיאש, משא"כ כשאינה דומה לשמלה ואין בה סימנים, מתיאשים הבעלים והרי היא של המוצא. והיא המשנה שם, מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים ויש לה תובעים, ומשמלה לומדים למקום שאין סימנים שמתיאש.

והרא״ש ב״מ ב,ו כתב לפרש בדברי ר״ש בן אלעזר (כד,א הנ״ל) שכתב מפני שהבעלים מתיאשים, דהיינו דוקא על סרטיא ופלטיא, מקום שהרבים מצויים שם, דבזה בעינן יאוש בעלים, אולם בשטפה נהר, גם ללא יאוש בעלים זכה המוצא, דאף אם הבעלים יצעקו, הרי זה כצועק על ביתו שנפל, וז״ל הרא״ש: ״האי מתייאשין, אסרטיא ופלטיא ורבים מצויין שם קאי, אבל אינך, אפי׳ עומד וצווח, נעשה כצווח על ביתו שנפל״. ולפ״ז אפשר לומר, דגם לרש״י והירושלמי דילפינן יאוש מאשר תאבד ממנו וכו׳, מיירי על סרטיא ופלטיא ומקום שהרבים מצויים שם, אבל באבודה ממנו ומכל אדם לא בעינן יאוש, ולא לומדים יאוש דאבידה מאבידה ששטפה נהר. ועיין שטמ״ק סו,א בסופו, מה שהביא מהרא״ש, שחלק על רש״י שלמד יאוש מאשר תאבד ממנו ומצאתה, דהתם אין הטעם משום יאוש, דאפי׳ עומד וצווח שאינו מתייאש מותרת, דגזרת הכתוב היא דנעשה כצווח על ביתו שנפל, עיי״ש.

ועיין בירושלמי (ב״מ ב,א) שציינו התוס׳ כמקור לדברי רש״י דילפינן יאוש מאשר תאבד ממנו ומצאתה: מנין לייאוש בעלין מן התורה. רבי יוחנן בשם ר״ש בן יהוצדק (דברים כב,ג) כן תעשה לחמורו וגו׳, את שאבוד לו ומצוי לך את חייב להכריז, ואת שאינו אבוד לו ומצוי לך, אין את חייב להכריז, יצא ייאוש בעלים שאבוד ממנו ומכל אדם. ובפני משה שם פירש: ״שאינו אבוד ממנו לבדו אלא שאבוד ממנו ולכל האדם, וכגון אבדה ששטפה נהר שאין אדם מצוי לחזר אחריה, ומסתמא נתיאשו הבעלים הימנה, ואם מצאה אחד אינו חייב להכריז והרי היא שלו״. ומבואר דיליף משטפה נהר. דבניגוד לר״ש בן אלעזר (ב״מ כז,א), הירושלמי לא פירט שטפה נהר וסרטיא ופלטיא ורבים מצויים וכו׳, הרי שהכל נכלל באבודה ממנו, ומהם למדו דין יאוש באבידה.

והרמב״ן בחידושיו לב״מ כז,א, על המשנה שם: מה שמלה שיש לה סימנין ויש לה תובעים, דמזה ילפינן דין יאוש (וכמש״כ לעיל מהתוס׳), וכתב על דברי רש״י בב״ק סו,א (הנ״ל) שלמד דין יאוש מאבודה ממנו ומכל אדם, דאינו נכון, דבאבודה ממנו ומכל אדם יש היכי תימצי שהבעלים עדיין לא יודעים ששטפה נהר, ואם צריכים ליאוש בעלים, הוי יאוש שלא מדעת: ״אלא דהתם רחמנא שרייה והוי הפקר, ועוד שלמה למה לי דהא עיקר משמעותיה לדבר שיש לו תובעין אתא כדאיתא בגמרא״. והיינו דכיון שהתורה התירה והפקירה באבודה ממנו ומכל אדם, וכדאיתא בגמ׳ ב״מ כא,ב דרחמנא שרייה, ממילא אין כאן תובע, וזה החידוש בשמלה, דכל שאין תובעים, אין חייב להשיב, ובאבודה ממנו ומכל אדם הפקירה התורה ואין תובעים. והביא הרמב״ן את הירושלמי (הנ״ל) דמוכח שלמדו דין יאוש מאבודה ממנו ומכל אדם. והביא תוספתא שנצרך הלימוד משמלה לאבידה שיש בה שוה פרוטה, דפחות משוה פרוטה, שמא זה הפירוש שאין לו תובעים, שאין תביעה בפחות משוה פרוטה. ולפ״ז

לבבלי ילפינן משמלה, ולירושלמי ילפינן מאבודה ממנו ומכל אדם. ואפשר דרש״י ס״ל דאף הבבלי לא חולק בזה אירושלמי, וכמו שביאר הרמב״ן דשמלה יש לה תובעים, היינו שיהיה באבידה שוה פרוטה. ועיין ברמב״ן (ב״מ כב,ב) בבאור הקושיא על רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, מאבודה ממנו ומכל אדם, וז״ל:

״וה״פ דקרא קא דייקי דאמר שהאבדה שאבודה ממנו ומכל אדם מותרת, מדכתיב ממנו, וע״כ האבדה שאבודה ממנו ומכל אדם יש בה יאוש בעלים, ודכותה אסר מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, ואמאי, הא איכא יאוש, אלא ש״מ יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ולפיכך אמרה תורה אבדה שאבודה ממנו ומכל אדם מותרת אפי׳ לא ידעו בה בעלים, ואם מצויה אצל כל אדם אסורה דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.״

לכאורה מבואר החילוק, דבאבודה ממנו ומכל אדם הוי יאוש שלא מדעת דמהני, ובסתם אבידה לא מהני, וזו הקושיא על רבא, וא״כ מבואר דבאבודה יש יאוש, אף דלא הוי מדעת. אולם מהמשך דברי הרמב״ן מבואר החילוק, מדוע באבודה ממנו מהני יאוש שלא מדעת, דבאבודה ממנו ומכל אדם; ״אין יאוש מתירה אלא אבדתה מכל אדם מתירה״. הרי דלא היאוש שלא מדעת מתיר אלא האבודה ממנו ומכל אדם, וכמש״כ הרמב״ן בכז,א (הנ״ל), דהתורה התירה והוי הפקר.

והרשב״א בחידושיו לב״מ כא,ב, על הא דזוטו של ים רחמנא שרייה, כתב: ״מסתברא דהפקר גמור הוא, ואפי׳ מרדף אחריהם ואפי׳ אמר בפירוש לא מיאשנא, אפ״ה שריא, דרחמנא אפקריה״. וכתב הרשב״א להקשות, מהא דמצא ד זוזי דציירי בסדינא בנהר בירן (ב״מ כד,ב), דכיון דישראל כרו ליה לא מיאש, הרי שאף באבודה מכל אדם, דכך הוא בנהר בירן, לא מתיאש ולא הוי של המוצא. וכתב דהפירוש הוא, דכיון דישראל כרו ליה, אינה אבודה ממנו ומכל אדם, ובכי הא לא אפקר רחמנא. וכן פירש במי שנפלו לו זוזים בחול והביא כברה לחפשם (ב״מ כו,ב), דמבואר בגמ׳ דמתיאש ולכן הוי של מוצאה, ואף שחול סתמו כזוטו של ים הוא, מ״מ אינו כזוטו של ים לגמרי, כיון שקיימת אפשרות לחפש עם כברה ולמצוא, ולכן אם שמענו שלא התיאש, לא הו״ל כזוטו של ים ומחויב המוצא להחזיר; ״אבל זוטו של ים אבודה היא לגמרי ומשעת נפילתו הויא הפקר גמור״. וכן מבואר בריטב״א (ב״מ כא,ב): ״ואפי׳ ידע לאלתר ולא נתייאש כלל, דרחמנא אפקריה כיון דאבודה ממנו ומכל אדם, ואע״ג דאמר לא מייאשנא ומרדף אחריה, הרי זה כמרדף אחר ספינתו שטבעה בים״. הרי שדין אבודה מכל אדם כדין הפקר, שהפקירה התורה. וע״ע בריטב״א (הישנים, ב״מ כב,א ד״ה אייתי, ועיין בחדושי הגרנ״ט סי׳ קנג).

ובדרכו של הרשב״א, הסביר תלמיד הרשב״א (הר״ש די וידש, מובא בשטמ״ק בסוגיא), דאם נפל דבר מספינה שדרך הספנים להכנס ולצאת ממנה באמצעות דוגיות

קטנות, אם הדבר שנפל בים הוא דבר הצף על פני המים שניתן להצילו באמצעות הספינות הקטנות, לא הוי אבודה ממנו ומכל אדם. ואף אם הוא דבר הנשקע בקרקע הים, אם הספינה בנמל ודרך בני אדם להשתדל ולהוציאה משם על ידי תחבולות, לא הוי אבודה ממנו ומכל אדם. והיינו כמו שפירש הרשב״א בנחל בירן, ובמחפש אחרי הזוזי שנפלו בחול באמצעות כברה. ונפק״מ לנדו״ד, דיש לעיין כשרואים ששלח מכבי אש, ויש סיכוי שיצילו דבר כזה או אחר, דכבר אינו כאבודה ממנו ומכל אדם, וצ״ע בכל מקרה ומקרה, לעיתים כל מה שקוראים למכבי אש, כדי למנוע את התפשטות השריפה לבתים ודירות סמוכות, וצ״ע בכל מקרה ומקרה, ועיין להלן סוף אות ב משׂ״כ בזה.

ועיין בשיטת הקדמונים (מתלמיד הרשב״א, ב״מ כד,א ד״ה ונראין), דבאבודה מכל אדם אין הפרש בין שמצאן המוצא קודם ידיעת הבעלים באבדה בין לאחר מכן. והביא מהרשב״א שאפילו הבעלים צווחים ואומרים שאינן מתיאשין, אין בדבריהם כלום, שהרי אנו רואין שאבודה ממנו ומכל העולם, ״ודבר נכון הוא. ומדברי אחד מגדולי המורים נראה שצריך שידעו הבעלים באבדה, שהוא כתב טעם הדבר לפי שהבעלים מתיאשין מהן״, מ״מ נקט לפירוש הרשב״א עיקר, שאבדות אלו אין טעם ההיתר לפי שהן בני יאוש מן הסתם, אלא הטעם לפי שהם אבודים מכל העולם ואין כאן חיוב החזרת אבדה. ואף דאמר ר״ש בן אלעזר מפני שהבעלים מתיאשין מהן, לא על אלו אמרו כן אלא על אבדה שנמצאת במקום שהרבים מצויין שם. וכן פירש שם בשטמ״ק, דיאוש בעלים לא נאמר ביחס לאבודה ממנו. או דמירי בזוטו של ים שיכול להציל ע״י הדחק, דבעינן נמי ליאוש בעלים, או באופן שחיפש ע״י כברה.

## ב. שיטת הרמב״ם דצריך יאוש

ומדברי הרמב״ם מבואר שצריך באבודה מכל אדם גם ליאוש בעלים, וכך כתב בהל׳ גזילה ואבידה ו,א-ב: ״קורות ואבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפם הנהר, אם נתיאשו הבעלים מהן, הרי אלו מותרין והן של מצילן, ואם אינו יודע אם נתיאשו או לא נתיאשו, חייב להחזיר, ואין צריך לומר אם היו הבעלים מרדפין אחריהן. לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן הגייס ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, אם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים, הרי אלו שלו, ואם לא ידע יחזיר״. ומבואר שצריך לדעת בודאות שיהיה יאוש בעלים, גם אם שטפן נהר, ומציל מהארי וכו׳. ולפ״ז אין הבדל בין זוטו של ים לסתם אבידה, ובכל ענין צריך שידע שיתיאשו בעלים. והראב״ד כתב על דברי רמב״ם אלו שהם דברי תימה. וגם יש להקשות על דברי הרמב״ם, מהגמ׳ ב״מ כד,ב, דבארנקי בשוקא דגלדאי, אף

אם עומד וצווח, נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים. ומוכח שאף אם עמד וצווח, הרי הם של מוצאו. ובודאי דלא בעינן ליאוש בפועל.

ודברי רמב"ם הנ"ל עומדים בסתירה לכאורה למש"כ בהל' גזילה ואבידה יא,י, וז"ל: "המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק, אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה, שנאמר: (דברים כב,ג) אשר תאבד ממנו ומצאתה, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם, שזה ודאי נתיאש ממנה". מבואר שודאי היה יאוש, ולא כמש"כ בפ"ו הל' א-ב שצריך לדעת בודאות שהתיאשו הבעלים, ומכאן (בפי"א ה"י) מבואר שמן הסתם היה יאוש. ועולה מדברי הרמב"ם (בשתי ההלכות הנ"ל), שאם צווח שאינו מתיאש, לא הוי יאוש. דבזה לא שייך שמן הסתם מתיאש, שהרי שמענו שלא התיאש. וכדברי הרמב"ם בפי"א ה"י, נמצא גם בגזו"א יד,ד: "וכן אם מצא דבר שיש בו סימן בים ובנהר וכיוצא בהן, או במקום שרובו גוים, הרי זה בחזקת שנתיאשו ממנו בעליו משעה שנפל, ולפיכך הרי הוא של מוצאו, אע"פ שלא שמע הבעלים שנתיאשו ממנו". ומבואר שמן הסתם התיאשו, וכמש"כ שם בהל' יא,י.

ובהל' גזו"א טז,ח, לא הזכיר הרמב"ם כלל ענין יאוש, ומשמע שזו גזה"כ של התורה דבאבודה מכל אדם, היא של מוצאה, וז"ל: "והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר, למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן, אע"פ שהוא של אמוריים ותהיה מציאה זו לבעל החצר, מפני שאינה ידועה לו ולא לאחרים, והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם, ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם, קל וחומר למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם, לפיכך הוא של מוצאו". ולא כתב הרמב"ם שמן הסתם התיאשו הבעלים. אמנם בזה י"ל שלא הזכיר הרמב"ם שמן הסתם התיאש, שאם הכל תלוי ביאוש בעלים, היה צריך בעל החצר לזכות. אלא שמן הסתם התיאשו הבעלים, וגזרה התורה שיהיה של מוצאו ולא של מי שלא מצא בפועל אלא שהיתה בחצירו, דבאבודה ממנו ומכל אדם לא סגי במה שהתיאשו הבעלים אלא בעינן גם שלא תהיה אבודה מהמוצא, וכגון שזכה באמצעות חצר. והיאוש שמן הסתם התיאש, אינו נפק"מ לאם יזכה המוצא או בעל החצר, ולכן לא הזכיר מענין היאוש. (ובראב"ד כתב הטעם, לפי שאינה חצר המשתמרת, עיי"ש).

ובישוב דברי הרמב"ם, כתב הרב המגיד בהל' גזו"א ו,א, דיש לחלק בין יכול להציל ע"י הדחק, דבזה בעינן שיתיאשו הבעלים, לבין מציאות שאין אפשרות להציל, ואפי' אפשרות מציאותית רחוקה, אלא בדרך של נס מעל לטבע, בזה אין אנו צריכים

ליאוש הבעלים, וודאי התיאשו; "וכי בעינן נתייאשו, דוקא ביכולים להציל ע"י הדחק, ואצ"ל ביכולים להציל בהדיא. אבל בשאין יכולין להציל רק על צד הזרות והפלא, ודאי אפילו לא נתייאשו לא. ואפשר שהרב סובר דבכל כי האי גוונא היינו נתייאשו, וכ"כ למטה פי"א בזו, דזוטו של ים שזה ודאי נתייאשו ממנה". וכן כתב בכס"מ שם, דעיקר הדין דאין יכולים להציל, אף שלא התייאשו, הרי הן של מוצאן, ושכן דעת הרמב"ם בפי"א ה"י.

וכן נראה מדברי הלח"מ (גזו"א יא,ט). הרמב"ם שם פסק: "עוף שחטף בשר והשליכו בחצר אחרת, אף על פי שרוב העיר ישראל, הרי זה מותר משום אבידה, שהרי נתיאשו הבעלים ממנו". ובלח"מ הקשה מדוע נצרך הרמב"ם ליאוש בעלים, הרי חטיפת עוף הינה כזוטו של ים שאבודה מכל אדם, ואף אם אינו מתיאש, נעשה כצווח על ביתו שנפל. וכתב הלח"מ לחלק בין זוטו של ים שאינו פוסק, דבזה אינו יכול להציל ומן הסתם מתיאשים, ואף שאינו מתיאש, נעשה כצווח על ביתו שנפל, לבין זוטו של ים הפוסק, שממנו ניתן להציל, ובו מירי הרמב"ם בריש פ"ו מגזו"א, דבעינן ידיעה שהתיאשו.

והגרא"ז באבן האזל (גזו"א ו,א) הקשה בסתירת דברי הרמב"ם, וכתב לחלק בין שעה ששטפה נהר, שבזמן הראשון רבים באים לנסות ולהציל, ולכן צריך יאוש בעלים, לבין אם מצא אחרי שכבר הלכו אלו שניסו להציל, דבפ"ו ה"א מירי בהצלה, שזה בשעה "ששטפם הנהר", דבשעת מעשה יתכן ע"י רוב עוזרים ומצילים שיצילו, אולם בפי"א ה"י מדובר במוצא אבידה בזוטו של ים וכו', שהבעלים ועוזריהם כבר רחוקים, ובזה ודאי נתייאשו. וכתב דכן כתב בנחלת דוד (ב"מ כב,א).

והנחלת דוד האריך בבאור הסוגיא, ובתו"ד כתב לבאר את דברי הרמב"ם וישוב דבריו, וחילק בין שעה שיכול להציל לזמן שכבר אין לו מצילין, דמה שיכול להציל בשעה ששטף נהר עציו וכו', אין הכוונה לרגע המסוים בו שטף הנהר רגע כמימרא, שאם לא התעסק בהצלתן שוב אינו יכול להציל כלל, אלא בערך יום או חצי יום אחר ששטף הנהר, עדיין יכול להציל. אולם אם התעכב מעבר לזמן זה, שוב אינו יכול להציל. ומש"כ הרמב"ם בפ"ו הל' א-ב מירי שבאו ליד חבירו במהלך פרק הזמן שיכולים הבעלים להציל עדיין, ולכן צריך ידיעה ודאית שהבעלים התיאשו, ששמענו מפיו בפירוש שהתיאש. ובפי"א ה"י מירי שמצאן המוצא ולא ידע של מי הם, דבוודאי נשתהה כ"כ עד שהתיאשו הבעלים להציל, כיון שנשתקע שם בעליו ממנו, דבשעת שטיפה ודאי יש קול לדבר של מי הדבר ששטפו נהר, ולכן אפי' אומרים הבעלים בפירוש שלא התיאשו, אמרינן דבלבו נתייאש, ואפי' לא ידעו כלל מהאבידה, כגון שהיו הבעלים במקום אחר, אפ"ה אמרינן ביה יאוש למפרע, משום

דהיינו זוטו של ים דשריא רחמנא. ולכן בפ״ו כתב הרמב״ם לישנא דמציל; הרי הן של מצילן ... לפיכך המציל מן הנהר כו׳, משום דמיירי בשעה שיש לו עדיין מצילין, ובפי״א כתב לישנא דהמוצא; המוצא בזוטו של ים וכו׳, והיינו שבאו לידו דרך מקרה אחרי שנשתקע שם בעליו ממנו, שכבר שהו זמן מרובה, ששוב אין להם מצילים. (ועיין בבית אהרן לגר״א וולקין, ב״מ כד,א ד״ה אכתי).

וכבר כתב הנחלת דוד, דסברא זו המחלקת בין יכול להציל ע״י הדחק לאינו יכול להציל כלל, עולה מדברי הגמ׳ ב״מ כב,א: תא שמע, שטף נהר קוריו עציו ואבניו ונתנו בתוך שדה חבירו, הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים (הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים, דכל שטיפת נהר כקורות עצים ואבנים, הבעלים ידעו בה מיד, דיש לה קול – רש״י), טעמא דנתיאשו הבעלים, הא סתמא לא. הכא במאי עסקינן כשיכול להציל. אי הכי אימא סיפא, אם היו הבעלים מרדפין אחריהם חייב להחזיר, אי ביכולין להציל מאי אריא מרדפין, אפילו אין מרדפין נמי. הכא במאי עסקינן ביכולין להציל על ידי הדחק. מרדפין לא אייאוש, אין מרדפין אייאושי מיאש. ומבואר בגמ׳ דבשטיפת נהר, אף דהוי כזוטו של ים, כיון שנהר אינו גדול כ״כ, יש אפשרות להציל. ועולה מפרש״י, דבשעה ששטפו נהר, יש קול והבעלים יודעים, ולכן תלוי אם מרדפין. אבל לאחר ששטף הנהר ועבר הזמן, אין זה תלוי אם מרדפין אם לאו, והרי זה כזוטו של ים ואבודה מכל אדם.

ובתוס׳ שם (ד״ה שטף) כתבו דמיירי ביכול להציל בקל, ולכן אם היו שם ולא רדפו, מסתמא התיאשו, ואפי׳ יאמרו שאינם מתיאשים אינו כלום, דודאי מתיאשים בלב, אולם אם אי אפשר להציל בקל, הו״ל כזוטו של ים ובכל ענין הרי אלו שלו: ״וצ״ל דמיירי ביכול להציל בקל אם רודף בשעת שטיפה, דאי לאו הכי הוה כזוטו של ים שאבוד ממנו ומכל אדם, ועל זה לא היה אומר הא סתם לא, אלא איירי ביכול להציל בקל בשעת שטיפה, ואפילו אין בהן סימן, ולפי שיעכבן עקולי ופשורי ויקחם שם, ואפי׳ יקדמו אחרים ויקחו יחזירום לו לפי שניכר שהוא בעליו לפי שרדף מיד ...״, ועיי״ש בתוס׳ בבאור השקו״ט בגמ׳, ובבאור החילוק בין גירסת רש״י ״מפני שנתיאשו הבעלים״ לגירסת התוס׳ ״אם נתיאשו הבעלים״. וע״ע בבעה״מ וברמב״ן במלחמות (ב״מ יב,א מעמוה״ר). ועיין בפני יהושע (ב״מ כב,א ד״ה בגמ׳ הב״ע) שכתב בבאור הסוגיא, וחילק כנ״ל, וז״ל:

> ״ועוד י״ל דלא דמי כלל, דההיא דזוטו של ים ושלולית של נהר איירי בנהר שאינו פוסק, ואי אפשר להציל לשום אדם אלא ע״י טורח גדול מחורפא דנהרא, ומש״ה שרי רחמנא כיון שהיא אבודה ממנו ומכל אדם. משא״כ הכא דאיירי בשטיפת הנהר שהוא לפי שעה ע״י ריבוי גשמים ואח״כ הולך וחסר,

דהכי משמע פשטא דלישנא, ובכה״ג ודאי לא הוי אבודה מכל אדם, שסוף המים לפלטן ליבשה והמוצאה יקחם בלא טורח, כמו שהוא האמת שנתנן הנהר עצמו לתוך שדה חבירו.״

והאור שמח בחידושיו לש״ס (חדושי ר׳ מאיר שמחה, ב״מ כו,א) כתב, דאף אם נאמר ברמב״ם דס״ל כירושלמי, ובאבודה ממנו ומכל אדם, וא״כ איך מהני מה שהתיאש אח״כ באבודה ממנו, וכגון שלא ידע בשעה שנשטף בזוטו של ים, הרי הוי יאוש שלא מדעת, וע״ז חידש הגרמ״ש, דמה שמועיל כשלא ידעו הבעלים; ״משום דהכא ברור כשמש דיתיאש לבסוף, ועדיפא טפי מהך שכתבו הפוסקים גבי תרומה דמשום ניחותא סגי להו, וכן מורה שיטת רבינו״. ודברי הר״ח שהביא הרמב״ן, אותם הזכיר הגרמ״ש שהם כפירוש הנ״ל, מובאים במלחמות (ב״מ יב,ב מעמוה״ר), דאף ביש בה סימן, הרי הם של מוצאו באבודה ממנו ומכל אדם, דודאי התיאשו. והיינו שאף אם כעת לא התיאש והוי יאוש שלא מדעת, כיון שודאי יתיאש כשידע, אין בזה חסרון של יאוש שלא מדעת, ולא אמרינן באיסורא אתי לידיה. ועיין במש״כ הגרא״ז באבן האזל (גו״א יא,י): ״דזוטו של ים דכו״ע כל כה״ג מייאשי, התירה התורה אפי׳ קודם יאוש, משום גדר יאוש״. ואפשר לפרש שכל ההיתר הוא גזה״כ של התורה, רק הטעם הוא מפני שמתיאשים. אולם הגרא״ז כתב דזהו ״גדר יאוש״, והיינו שיאוש דלבסוף סגי בהכי, ומהטעם דלעיל, דהוי טפי מניחותא דתרומה, דכל דבר שהוא ודאי, רואים כביכול הוא כבר כעת, וכיון שודאי יתיאש, כבר כעת אין חסרון במה שעדיין לא התיאש בפועל.

וע״ע במש״כ הגרב״ב (ברכת שמואל ב״מ כא,ה) לחלק בין הקנאה לאבידה לענין שלא מדעת. דלכאורה, מדוע לא נאמר אומדנא מוכחת גם באבידה שודאי יתיאש, ואף שעדיין לא התיאש, יהיה של זוכה (לאביי). וכתב לחלק, דבהקנאה מהני אומדנא ולא בעינן כוונה, וכדאיתא בריש המפקיד, נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, דאומדן דעת מהני בזה. והביא הגרב״ב מש״כ הש״ך שנח,א, לחלוק על התוס׳ ב״מ כב,א שכתבו, אם נותן לחבירו מדבר שאינו שלו, ויודע שהבעלים יתרצו, דדעת התוס׳ דהוי יאוש שלא מדעת, והלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ואע״ג דהשתא ניחא ליה, מעיקרא לא הוי ניחא ליה. והש״ך כתב, ״ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר״, ויש לחלק בין יאוש שלא מדעת באבידה לנדון שנותן לחבירו לאכול משל אחר, דיאוש שלא מדעת גם אח״כ אינו מתיאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובעל כרחו הוא מתייאש, לכן סובר אביי דמעיקרא באיסורא אתי לידיה; ״משא״כ הכא כיון שידוע שיתרצה, א״כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה, דמסתמא אינו מקפיד על זה״. וכתב הגרב״ב בבאור סברת הש״ך; ״דזה חשוב אומדנא והוי דעת ממש ולא רק דין עומד להתרצות אלא אומדנא ודעת״.

ושם בסוף הסי׳ ביאר כן גם לדעת הרמב״ם בדין זוטו של ים. והיינו, דכיון ודאי דיתיאש, כבר מהשתא חשיב כיאוש.

וראיתי באמרי משה הסבר מיוחד בדעת הרמב״ם. דהנה ידועה שיטת הרמב״ן במלחמות (ב״מ יד,ב מעמוה״ר, ועיין קצוה״ח רנט,א) דלא מהני יאוש בעלים אחר שמצאה המוצא, דכיון שהמוצא ידו כיד הבעלים, הרי האבידה היא ברשות הבעלים, ולא מהני יאוש ברשותו, עיי״ש ברמב״ן במלחמות, ובבאורו בקצוה״ח הנ״ל. וכתב האמרי משה, דבזוטו של ים שאבודה מכל אדם, יש שני דינים, יש דין של היתר אי חיוב השבה, שאין המוצא חייב להשיב את האבידה, וממילא גם אין המוצא נהיה שומר על האבידה. וזה ההיתר שהתירה התורה באבודה ממנו ומכל אדם. ויש גם דין של הפקעת הבעלות, ויכולת הזכיה של המוצא שתהיה שלו (ועיין בחידושי הגרנ״ט סי׳ קנג ד״ה ונראה להביא), ונפק״מ שאם אח״כ תבוא ליד הבעלים, יכול לכאורה לזכות, אם הטעם רק מכח גזה״כ, דעדיין לא נפקע זכות הבעלים. וע״ז נצרך הרמב״ם לטעם של יאוש בעלים, שהיאוש מפקיע מהם את הבעלות. ואם תאמר, איך מועיל יאוש הבעלים כשהתיאשו אחרי שבא ליד המוצא, הא הוי יאוש שלא מדעת. ע״כ י״ל, דיאוש שלא מדעת מהני בזה, דכיון שהתורה התירה שלא יחזיר ולא נעשה שומר על האבידה, ממילא אין זה יאוש ברשותו, ומהני יאוש אף לאחר שבא ליד המוצא. ובאותה דרך ובאופן שונה, נמצא גם במרחשת (קונטרס היאוש ה,יד-טו), אלא דהמרחשת כתב דכשאבודה ממנו ומכל אדם ביאוש הבעלים הופקעה זכות הבעלים אף דלא אתי לרשות זוכה, משא״כ ביאוש דאבידה רגילה, לא הופקע זכות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה. ולכן מוצא אבידה קודם יאוש, הרי הוא שומר של הבעלים, ולא יצא מרשותם, משא״כ באבודה מכל אדם, ביאוש הוי כהפקר, ולא מהני מה ששומר, כיון שאינו שומר לבעלים דהוי הפקר, משא״כ באבידה שלא הופקע הבעלות, הוא שומר לבעלים, עיי״ש. (ועיין בבית אהרן ב״מ כא,ב ד״ה בדבר).

ובשו״ע חו״מ קפא,א פסק, דשיירא שהיתה הולכת במדבר, ועמד עליה גייס וטרפה, אם אינם יכולים להציל מידם, ועמד אחד מהם והציל, הציל לעצמו. ובסמ״ע שם (ס״ק א) כתב, מפני שהתיאשו. ובנתיבות שם (ס״ק א) הקשה, דבגזלן לא מהני ביאוש ללא שינוי רשות, אפי׳ הגזלן נכרי, ואם נטל מהגזלן שלא ברצונו, אין זה שינוי רשות. ותירץ הנתיבות, דגייס הוי כאבידה ששטפה נהר דמהני ביה אפילו יאוש שלא מדעת, אולם ביכולים להציל ע״י הדחק שאינה אבודה מכל אדם, לא זכה בחלק של מי שאינו כאן. ומבואר בנתיבות דדין אבודה מכל אדם כהפקר, והיינו כדאיתא בגמ׳ דרחמנא אפקריה. ועיין בנתיבות רסב,ג, דבהפקר יצא מרשות הבעלים אף דלא אתי לרשות זוכה, משא״כ ביאוש, ומ״מ דוקא באבודה מכל אדם הוי הפקר, עיי״ש.

ולפ״ז אפשר להסביר לנתיבות, דמה שמועיל יאוש שלא מדעת באבודה ממנו ומכל אדם, כמש״כ לעיל מהמרחשת. ועיין במש״כ הדבר אברהם ח״ב טז,ג-ד.

ועיין בקונטרס שיעורים לגר״י גוסטמן זצ״ל (ב״מ סי׳ טז), שכתב לחדש, דיאוש אינו פועל דין ואינו אלא גילוי מילתא לאי הקפדה בכך שלא יהיה החפץ שלו, ולסימן למדרגת האבידה, דאבידה שהיא אבודה כ״כ עד שהבעלים מתיאשים ממנה, אבידה כזו התירה התורה לכל מוצאה לזכות בה. היאוש אינו מתיר ואינו הפועל, אלא רק מודיע את דרגת האבידה. ולכן באבודה מכל אדם, אין צריך להודעת הבעלים הנקראת יאוש, דאנו יודעים את דרגת האבידה. ולפ״ז הסביר, דלרבא דאבידה שאין בה סימן וידוע לכל שהוא עומד להתיאש, ואם הבעלים היו יודעים, ודאי היו מתיאשים, אבידה כזו נחשבת אבידה שהתירה תורה ללא הודעת היאוש, דאנו יודעים את דרגת האבידה גם ללא יאוש של הבעלים. ולכן כאשר האבידה ברשותו, אין לה שם אבידה, ממילא לא שייך בה גילוי דעת של יאוש, שאינו אלא לגלות מדרגת האבידה, וכאן אינה אבידה כלל, עיי״ש.

והגרי״ב ז׳ולטי זצ״ל (משנת יעבץ, חחו״מ סי׳ לח) למד מדברי הרמב״ם הנ״ל, דאינו דומה דין יאוש של אבידה ליאוש של אבידה בזוטו של ים. יאוש בכל אבידה הוא רק כשהיאוש היה קודם שבא ליד מוצא, ויאוש באבודה מכל אדם מועיל אף אחר שבא ליד מוצא. וכל יאוש נלמד מפסוק אחר. יאוש דאבידה הכללי נלמד מקרא דשמלה, ויאוש דאבודה מכל אדם, נלמד מהפסוק אשר תאבד. ודייק כן מדברי הרמב״ם בהל׳ גו״א יד,א, שלמד יאוש מקרא דשמלה, ובגו״א יא,י למד יאוש דאבודה מכל אדם, מאשר תאבד. וכתב דהיאוש פועל שני דברים, האחד – הוא נותן לאבידה שם אבידה, דכתיב; אשר תאבד ממנו, ולא נקרא אבידה אלא לאחר יאוש. וכן היאוש פועל היתר זכיה למוצא. ולכן בכל אבידה, אם בא ליד המוצא לפני שהתיאש, למרות שכעת התיאש ונתן לאבידה שם של אבידה, המוצא לא יכול לזכות, דיאוש כזה אין לו כח לתת לזכות למוצא. אולם באבודה מכל אדם, היתר הזכיה של המוצא אינו מכח היאוש אלא ממה שהתירה התורה והפקירה, רק קודם יאוש אין על האבידה שם אבידה, וכשהתיאש ונתן לה שם אבידה, זוכה ממה שנתנה לו התורה כח לזכות, ואף שבא לידו קודם שהתיאשו הבעלים, כיון שעומד ליאוש, הוי אבודה ממנו גם קודם שהתיאש, עיי״ש.

והנה בנדו״ד צ״ע אם נגדיר את המציאות הקיימת לאבודה ממנו ומכל אדם שמתיאש, וכמש״כ הרשב״א (הובא לעיל) לענין מחפש בכברה בחול, וכמש״כ הר״ש די וידש לענין דבר שנפל מספינה שדרך הספנים שהדרך להכנס ולצאת ממנה באמצעות דוגיות קטנות, שאם הדבר שנפל בים הוא דבר הצף על פני המים שניתן להצילו

באמצעות הספינות הקטנות, לא הוי אבודה ממנו ומכל אדם. ואף אם הוא דבר הנשקע בקרקע הים, אם הספינה בנמל ודרך בני אדם להשתדל ולהוציאה משם על ידי תחבולות, לא הוי אבודה ממנו ומכל אדם. ולכאורה הוא הדין בשריפה, כשיש דרך ותחבולה להציל באמצעות כיבוי השריפה, דעדיין לא מתיאש מכל דבר, ומצפה שיועילו פעולות הכיבוי ויוכל להציל ממונו. ואף למה שטוען השואל שהשריפה כילתה כמעט כל התכולה בדירה בטרם החלו בפעולות הכיבוי, אין בזה הכרח שיתיאש מהכל, דעדיין לא ידע מה גודל הנזק, ואפי׳ היה מחוץ לדירה, מצפה שיצילו מה שניתן, ובודאי לא התיאש מהכל.

ובפרט יש לעיין, למש״כ לעיל בשם האחרונים לחלק בין שעה ששטפה נהר, שבזמן הראשון רבים באים לנסות ולהציל, ולכן צריך יאוש בעלים, לבין אם מצא אחרי שכבר הלכו אלו שניסו להציל, וכמו שחילק הנחלת דוד, ואחריו כתבו הגרא״ז ועוד, לחלק בין שעה ראשונה שבה מנסים להציל, ובזה צריכים אנו ליאוש הבעלים, לבין אחרי ששטפה נהר, יום או חצי יום, והשתקע שם הבעלים, דאין צריכים ליאוש בעלים ומותרת למוצא. דמש״כ הרמב״ם בפ״ו הל׳ א-ב, מיירי שבאו ליד חבירו במהלך פרק הזמן שיכולים הבעלים להציל עדיין, ולכן צריך ידיעה ודאית שהבעלים התיאשו, ששמענו מפיו בפירוש שהתיאש. ובפי״א ה״י מיירי שמצאן המוצא ולא ידע של מי הם, דבוודאי נשתהה כ״כ עד שהתיאשו הבעלים להציל, כיון שנשתקע שם בעליו ממנו. ולפ״ז בנדו״ד לא הוי אבודה ממנו ומכל אדם, וכל זמן שלא שמענו שהתיאש, לא הוי של מוצאה. אמנם לשיטת הרא״ש ודעימיה, לכאורה הוא של מוצאה, אא״כ נאמר כדלעיל, דכיון שמרדף אחריה ויכול להציל באמצעות מכבי האש, לא הוי כאבודה מכל אדם. ובכלל קשה לומר שיהיה נחשב כאבודה מכל אדם על כל הרכוש, שהרי אינו יודע מה נשרף ומה לא, לכן בודאי שאם היה שואל אותנו מעיקרא, היינו מחייבים להחזיר לבעלים.

## ג. פועל שנאסר עליו ללקט מציאות

גם אם היינו אומרים דבנדו״ד הוי אבודה מכל אדם, מה שאינו נראה לכאורה וכנ״ל, יש טעמים נוספים לחייב את המוצא להחזיר את מה שמצא ונטל. בנדו״ד מדובר בעובד בשרותי הכבאות. מטרת עבודתו היא לכבות את האש, ולהציל נפש וממון. ובודאי חלק מתנאי העבודה הוא היושר לא לגעת בממון שנמצא במקום הדליקה, והוא תנאי ברור, והעובר עליו עונשו חמור ביותר. ואף שפועל יכול לחזור בו, כל עוד לא חזר בו והוא בתפקיד, אסור עליו באיסור חמור, מכח תנאי העבודה, לקחת חפץ כזה או אחר, קטן או גדול, מהמקום בו עסק בכיבוי השריפה.

איתא בגמ׳ ב״מ יב,ב, על הא דתנן שם יב,א; מציאת עבדו ושפחתו העברים הרי הוא של עצמן, הקשתה הגמ׳, דהא אף בפועל שהוא שכיר, מציאתו לבעה״ב, בזמן שלא פירש לו לאיזו מלאכה שכרו, ועבד זה כשקנאו רבו, לסתם מלאכה קנאו, ומדוע לא יהיה מציאתו לבעה״ב. ותירצה הגמ׳ ג תרוצים: אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הכא בעבד נוקב מרגליות עסקינן, שאין רבו רוצה לשנותו למלאכה אחרת (הלכך לא ניחא ליה שיגביה לו מציאה, דמציאה מעולה בדמיה משכר ביטול מלאכתו לא שכיחא, הלכך אי אתרמי ואשכח שלו הוא, וישלם לרבו שכר ביטולו – רש״י). והיינו שהוא כביכול מתנה עימו שאינו רוצה שיגביה לו מציאות בזמן מלאכתו עבורו, כיון שאין זה כדאי לבעה״ב. ואם הגביה, הרי חזר בו ממלאכתו, ומשלם לבעה״ב שכר ביטולו. ולכאורה נראה כאמור, שאם שכיר נוקב מרגליות הגביה מציאה, אף שהוא משועבד לבעה״ב, הרי זה כחוזר בו מהמלאכה לזמן ההוא, ולכן צריך להחזיר לבעה״ב מה שפרע לו עבור זמן זה, או שמנכה לו משכרו הזמן שלא עבד. ומ״מ כשמוכח מעצם המלאכה שבעה״ב אינו רוצה שיגביה עבורו מציאות, הרי אלו של פועל, דאם הגביה, לעצמו הגביה והוי כחזרה מהמלאכה. וכל זה לענין שכיר. אולם הגמ׳ מתיחסת למשנה דמיירי בעבד, ואף דעבד שחלה אינו צריך להחזיר אלא לעיתים (עיין קידושין יז,א), אולם כשביטל ממלאכתו שלא מחמת אונס, חייב לשלם שכר הבטלה, וכדאיתא שם טז,ב, ענק אמה העבריה ומציאתה לאביה ואין לרבה אלא שכר בטלה בלבד. עוד תירצה הגמ׳, רבא אמר במגביה מציאה עם מלאכתו עסקינן. והיינו, דכיון שאינו מתבטל ממלאכתו בזמן הגבהת המציאה, אין קפידה לרבו שיגביה מציאה לעצמו. ועיין בריטב״א בסוגיא שכתב, שעל הרוב כך הוא שאין בטול מלאכה בהגבהת מציאה, וכי איכא בטול מלאכה נמי אינו נותן לרבו אלא שכר בטלה בלבד; ״ואינו דומה לפועל, דכיון ששכרו סתם למלאכה אף מציאה בכלל, ואינו בדין שיאמר תהא מציאתי לעצמי ואתן לך שכר בטלתי, שלא אמרו אלא בעבד עברי שעל הרוב כשמוצא מציאה אין בו ביטול מלאכה לרבו״. הרי שלרבא בכל ענין שכיר אינו יכול להגביה מציאה לעצמו.

רב פפא אמר (הא דתניא פועל מציאתו לבעל הבית) כגון ששכרו ללקט מציאות, והיכי דמי דאקפי אגמא בכוורי. דדוקא בשכרו בפירוש ללקט מציאות, מציאתו לבעה״ב, הא סתמא מציאתו לעצמו. דמציאות אינן נכללות בסתם פעולות ומעשה ידים, ולכן בסתם הוי לעצמו, דכיון שאפשר להרויח במציאה יותר משכר מלאכתו, לא נכלל בשכירות הפועל, רק אפשר דשכר ביטול המלאכה הוי דבעה״ב. ועיין בתלמיד הרשב״א בסוגיא (בשיטת הקדמונים), דמיירי בשכרו לזכות לו מן ההפקר, כגון שהיו דגים צפים על פני המים, ושכרו ללקט לו מהן או כל כיוצא בזה, כל מה שימצא באותו היום ואפילו שלא מאותו המין הכל לבעל הבית, שהרי ללקט לו מציאות שכרו. והיינו

שאף שלא שכרו למציאה מסוימת, מהני שתהיה המציאה לבעה״ב ששכרו ללקט מציאות. ועיין במעיני החכמה למהרא״ל צונץ (ב״מ יב,ב אות שעג), דבאמר לו עשה עימי מלאכה בשדה זו, גם ליקוט המציאות בכלל, אא״כ אמר לו פעולה מסוימת, הוי ליקוט מציאות דברים שבלב.

ודברים אלה עולים עם מש״כ בתוס׳ הרא״ש (שם בסוגיא), דאם ששכרו למלאכה מסוימת, אינו צריך לחזור בו בפיו, משא״כ בשכרו סתם ולא למלאכה מסוימת, אם רוצה לחזור בו, צריך לומר בפה שחוזר בו. וכן הביא בטור (חו״מ סי׳ ער) כתב בשם הרמ״ה, דכשאמר לו נכש עמי היום והוליכו ללקט מציאות, מציאותיו לעצמו, דמעיקרא לא אשתעבד ליה אלא לנכש עמו, וכשמוליכו ללקט מציאות לא הוצרך הפועל לפרש שהוא חוזר בו, שלא נשכר ללקט ומה שלוקט הוא לעצמו. אבל שכרו סתם והוליכו ללקט מציאות, מציאותיו לבעל הבית, דמעיקרא אשתעבד למאי דבעי בעה״ב, וכן פסק הרמ״א חו״מ ער,ג, וכן כתב הסמ״ע שם ס״ק יב, דאין חולק על דברי הרמ״ה. (ועיין מש״כ הב״ח שם, מה הכריח לרמ״ה לפרש כן). ודברי הרמ״ה הובאו בשטמ״ק בסוגיא, ועיי״ש מה שהביא מהר״י אבוהב, דאם בתחלה לא גלי ליה המלאכה פרטית אלא סתם מלאכה, יכול אחר כך לומר לו שילך להביא מציאות, דגם מלאכת המציאה בכלל מלאכה סתם.

ועיין בריטב״א דהלכה כרב פפא, וכן פסק הרמב״ם (שכירות ט,יא), וכן פסק הרא״ש ב״מ א,לג, דכן דעת הרי״ף שהביא המשנה כצורתה, ולא הביא השקו״ט בגמ׳, דכל מקום מציאתו לעצמו כבמשנה, להוציא אם שכרו ללקט מציאות. וכ״פ הראב״ד, הובא בשטמ״ק בסוגיא, וכ״פ הרמב״ן בקידושין (טז,ב), ועיין במאירי ב״מ י,א (ד״ה השוכר). ויש שלא פסקו כרב פפא, עיין באור זרוע (ח״ג פסקי ב״מ לב), דמר״פ משמע שאם שכרו סתם, אם הגביה מציאה, אף שלא חזר בו משכירותו, מציאתו לעצמו, וע״ז כתב בשם הר״ר ברוך, דקיי״ל מציאתו לבעה״ב כל זמן שלא חזר, אין הלכה כרב פפא.

ונדו״ד נראה דהוי כפועל ששכרו ללקט מציאות עבור הבעלים של האבידה, שכל מה שמוצא במהלך השריפה, חייב להחזיר לבעלי המקום, וכל עוד לא חזר בו, הרי כל מה שנטל הוא עבור הבעלים והוא זוכה עבור הבעלים, אפי׳ אם כבר יצא מבעלותם מכח אבודה מכל אדם, דאף דהוי הפקר דרחמנא אפקריה, הוא זכה לבעלים מההפקר, שלכך שכרו אותו, אא״כ חזר בו משכירותו. וכמו כששכרו בעה״ב ללקט מציאות, מציאתו לבעה״ב, הוא הדין אם שכרו בעה״ב ללקט מציאות לטובת בעלי האבידה. ואף שיכול שלא לחזור בו משכירותו ולעבור על איסור גניבה, בזה ודאי יהיה חייב להשיב לבעלים, ולא בכך נידוננו. השאלה שלפנינו, שאף אם אבודה ממנו

ומכל אדם, האם יכול לזכות. ובזה כאמור דהוי כששכרו ללקט מציאות עבור בעלי המקום, והיינו לדאוג לשלימות החפצים והרכוש שנמצאים במקום עד כמה שניתן, ולהשיבו לבעלים בצורה הטובה ביותר, ולכן מצד מלאכתו ושכירותו, כשמוצא בדירה דבר השייך לבעלי הדירה, הרי הוא שומר שלהם ושומר עבורם, וכל מה שמגביה – מגביה עבור בעלי הדירה, שלכך שכרו אותו. ואין לומר ששכרו לכבות את האש, דמי לשכרו לנקש או לעדור, שמציאותיו לבעה"ב, דבתנאי השכירות גם שמירת חפצי הדירה והצלתם מאבדון, וממילא הוי כשכרו להציל חפצים מאבדנם. ובנדו"ד גם אינו כששכרו סתם אלא שכרו מעיקרא למלאכה הנ"ל, ולכן אפי' לא נאמר כרמ"ה (הנ"ל), בנדו"ד חשיב כשכרו להדיא לענין זה, ומה שמצא בדירה, הכל לבעלים (אא"כ חוזר בו או שמתכוין לגנבה, אך אין זה השאלה בנדו"ד, דאם מתכוין לגנבה, בכל ענין חייב בהשבה).

והנה הרמב"ם בהל' שכירות ו,ה פסק דחצר מושכרת קונה מציאות לבעה"ב, אא"כ שכר חצר ורפת, והיו הבהמות של שוכר, שקנתה החצר הזבל לשוכר. ובאור שמח שם כתב בבאור דברי הרמב"ם, דהרמב"ם פוסק בהל' שכירות ט,יא כרב פפא דכל עבד ופועל מציאתו לעצמו, רק בשכרו ללקט מציאות, זוכה לבעה"ב. לכן אמר דאפילו שכורה לשוכר, החצר קונה למשכיר. אולם כששכר רפת בקר, כיון דשכורה להעמיד שם בקר ויטילו שם גללים, נחית אדעתא דהכי, הוי כמו ששכרו ללקט מציאות, וכמו ששכר השוכר את החצר לקנות את הזבל, אף שלא שכר כן להדיא. ומזה י"ל גם בנדו"ד, דאף אם לא נשכר להדיא לזכות באבידה לבעל האבידה, הרי זה ברור מכח תנאי שכירותו בשרותי הכבאות, ולכן הוי המציאה למי שאבד מהם, והיינו בעלי הדירה.

עוד י"ל בנדו"ד שחייב להחזיר, ע"פ מש"כ המרדכי ב"מ (סי' רנז), במי שהיו בספינה שטבעה, ויהודי אחד מנוסעי הספינה, שכר נכרי לעזור לו להציל הממון, והציל הנכרי את תיבת ראובן, ולא יכול היה להוציאה אל היבשה לפי שהיתה מלאה במים, והוצרך הנכרי לשברה ולהוציא ממון שבתוכה. והעכו"ם שהיו בספינה חטפו מן הממון ושאר נכסים והוליכו לביתם, והמושל והשופטים גזרו להחזיר הממון לבעלים. והתברר לראובן שמכרו ממונו לשמעון, ושמעון אינו רוצה להחזיר לראובן, וטוען שכבר זכיתי בה, שאבידה ששטפה נהר מותרת. והשיב: "כך דעתי נוטה שאין בדברי שמעון ממש, כי מה שטוען אבידת נהר מותרת אינה טענה, שהרי לא הציל הוא מן הנהר אלא העובד כוכבים הצילה, ומושלי העיר כבר צוו להחזיר, ודינא דמלכותא דינא. ובדיני עובד כוכבים המציל מן הנהר נוטל שכר טורחו כשמודה בה, ומחזירה לבעליה בחנם, ועובד כוכבים שכופר בה דינו כגנב, ודינו של שמעון זה כלוקח מן הגנב". ומדברי המרדכי לא התברר אם דין זה, כשדינא דמלכותא להחזיר אבידה, חל גם על ישראל.

אולם הרמ״א (חו״מ ער,ז) למד שגם ישראל חייב להחזיר אבידה ששטפה נהר ואבודה מכל אדם, כשכך הוא דין המלכות, וז״ל:

> ״מ״מ טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה. ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך או ב״ד חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב״ד הפקר. ולכן פסקו ז״ל בספינה שטבעה בים, שגזר המושל גם הקהלות שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן.״

הרי שעליו להחזיר מדין לפנים משורת הדין המבואר בס״ה, וכדין אבידה לאחר יאוש.

וכן חייב להחזיר כשכך הוא דין המלך. ובש״ך חו״מ שנו,י כתב לענין החזר גניבה אפי׳ לאחר יאוש ושינוי רשות מדינא דמלכותא, דאף דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורה, מ״מ כך יש לדון, דגם בישראל נהיגי כן; ״דהאי מנהג הוא שנתקן כך, ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות, ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן״. ועיין קצוה״ח רנט,ג, דהתקנה בזה היא מטעם לפנים משורת הדין, שכפו בכה״ג לעשות לפנים משורת הדין, וז״ל:

> ״אמנם נראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב וישר הוא, דכיון דאמרו בגמרא (ב״מ כד,ב) דאבידה לאחר יאוש מחזירין לפנים משורת הדין, והוא משום ועשית הישר והטוב (דברים ו,יח), דמהכא נפקא לן לפנים משורת הדין, וכן ביאוש ושינוי רשות אמרו בפרק הגוזל בתרא (ב״ק קיד,א) בירא שמים מחזיר לבעלים הראשונים, ומשום הכי כשראו חכמי הדור לתקן שיחזיר לאחר יאוש, אין זה מנהג גרוע ח״ו. וכן כתב במרדכי פרק אלו מציאות (ב״מ סי׳ רנ״ז) ז״ל, אמר ליה לפנים משורת הדין, ואשכחנא נמי בפרק הגוזל בתרא חייב בבא לצאת ידי שמים, וכיון דחזינן דהוי כייפי להו הכי, כדאיתא פרק האומנין (ב״מ פג,א), גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות ... והיינו דאע״ג דבעלמא לא כייפי למיעבד לפנים משורת הדין, הכא ראו הב״ד לתקן תקנה זו, ואין זה מנהג גרוע, כיון דיאות למיעבד לפנים משורת הדין, ובפרט שהוא נמי דינא דמלכותא דינא.״

ועיי״ש מה שחילק קצוה״ח בין עני לעשיר, דכיון דכל התקנה היא מכח לפנים משורת הדין, אין לכוף אלא במי שבידו לעשות. ובנדו״ד שכן הם חוקי המדינה, וכן חק בל יעבור למי שעוסק בשרותי הכבאות וההצלה, לא לקחת דבר מכל אשר ימצא במקום, הרי שבכל ענין, בין עני ובין עשיר חייב להחזיר, גם באבודה ממנו ומכל אדם.

## ד. תקנת השבים

מכל האמור לעיל עולה שחייב להחזיר את אשר נטל. והשאלה מה מידת החיוב בנדו״ד שאינו יודע ממי נטל, וגם הדין בבא לעשות תשובה, מה יעשה. איתא בב״ק צד,ב: תנו רבנן, הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהן, והמקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו. אמר רבי יוחנן בימי רבי נשנית משנה זו, דתניא מעשה באדם אחד שבקש לעשות תשובה, א״ל אשתו, ריקה, אם אתה עושה תשובה, אפילו אבנט אינו שלך, ונמנע ולא עשה תשובה, באותה שעה אמרו הגזלנין ומלוי רביות שהחזירו אין מקבלין מהם, והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו. מיתיבי הניח להם אביהם מעות של רבית, אף על פי שהן יודעין שהן רבית אין חייבין להחזיר, אינהו הוא דלא, הא אביהם חייב להחזיר. בדין הוא דאביהם נמי אינו חייב להחזיר, והא דקתני בדידהו משום דקא בעי למתני סיפא, הניח להם אביהם פרה וטלית וכל דבר המסויים חייבין להחזיר מפני כבוד אביהם, תנא רישא נמי בדידהו, ומפני כבוד אביהם חייבין להחזיר. אקרי כאן ונשיא בעמך לא תאור, בעושה מעשה עמך (וזה לא עשה מעשה עמו ואינן חייבין בכבודו – רש״י). כדאמר רב פנחס בשעשה תשובה, הכא נמי בשעשה תשובה. אי עשה תשובה מאי בעי גביה, איבעי ליה לאהדורי. שלא הספיק להחזיר עד שמת. ועיין תוספתא שביעית ח,יא: הגזלן ושהלוה מעותיו ברבית ושעשו תשובה והחזירו גזילן, כל המקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו.

ובתוס׳ שם (ד״ה בימי) הביא מר״ת דדוקא לדורו תיקו רבי, ולא לדורות שלפניו או אחריו, דהא מעשים בכל יום שמקבלים מן הגזלנים ודנין דיני גזילות. ולכן לא הקשה ע״ז אלא מברייתות שהיה שונה ר׳ חייא שהיה תלמידו של רבי, ולא הקשה ממתני׳ דקתני משלם כשעת הגזילה, לפי שהמשניות היו קודם רבי אלא שרבי סדרם, אבל ברייתות היה שונה ר׳ חייא מה שהיה מוסיף רבי על המשניות. ור״ת הביא ראיות שדנו דיני גזילות בזמן הש״ס. ולכאורה יש להקשות, דהראיה שהביא מב״ק צו,ב, במי שגזל שוורים חבירו וחרש בהם, אף שהחזיר השוורים לבעלים, קנסו רבא לשלם מחצית השבח שהשביח; דהאי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה. ולכאורה שם אף שהחזיר, לא עשה זאת מתשובה אלא שגזלם רק לצורך החרישה, ומהיכי תיתי דקנסינן כשבא לעשות תשובה.

וכן מב״ק קטו,א, בנרשאה גנב ספרא, דלא מיירי התם בבא לעשות תשובה. וכן ברועה שאמר להד״ם (ב״מ ה,א), כל אלו לא באו לעשות תשובה. ושם בתוס׳ הביא פירוש ר״י, דלא תקן רבי דאין מקבלים אלא מאותן בני אדם שרוב עסקם ומחייתם בכך, והיו ניזונים בגזל ורבית ומתפרנסים בכך כל ימיהם, ולא עשו תקנה מלקבל מאדם שגוזל ומלוה ברבית באקראי בעלמא. וממשיך התוס׳: ״אבל אין לפרש דלהכי לא פריך ממתני׳, משום דרבי לא תיקן אלא באותם שעשו תשובה, ובריית

דמוכח מינה מיירי בעבד תשובה, מדקתני וחייבים להחזיר מפני כבוד אביהם. מ״מ ההיא דגזלנים ומלוי ברבית לא משמע דאיירי בעבדי תשובה. ועוד, שכל אדם יכול להערים שיעשה תשובה ויחזור מעצמו ולא יקבלו ממנו״. ומבואר בדעת התוס׳ דלא מיירי דוקא בעשה תשובה אלא בגנב מפורסם שרוב עסקיו בגניבה, הא לאו הכי מקבלים מהם. (וכדעת ר״ת, דלא תיקן רבי אלא לדורו, וממילא האידנא מקבלים מהם בכל ענין, פסק הרדב״ז (ח״א סי׳ תקכח): ״כללא דמלתא דהאידנא בין שעסקו בכך בין שאין עסקו בכך, בין בא לשוב בתשובה בין שלא בא לשוב בתשובה, מקבלין מהם ומוציאים מהם בעל כרחם״. ועיין בריב״ש סי׳ תיז שהביא את דעות הראשונים בזה)

והרשב״א שם בסוגיא, הביא לפרש, דלא אמר רבי אלא במי שנתעסק הרבה בדבר זה, דכיון שנתיישן בעבירה זו, אתה מחייבו למכור כל אשר לו ולשלם, ומתוך כך ימנע ולא יעשה תשובה, וכמעשה דאותו שבקש לעשות תשובה, המובא בסוגיא; ״אבל בגזל פעם או שתים, או במי שהלוה ברבית לעתים, מחייבים אותן לשלם, שאין תשובתן של אלו קשה״. והקשה הרשב״א, דאדרבה, גזלן שעסקו בכך יש יותר לקנסו, וכמו שקנס רבא בזה שגנב שוורים מחבירו (ב״ק צו,ב), גזלן עתיקא בעי למקנסיה. והביא הרשב״א יש מי שאומר; ״שלא אמרו אין מקבלין מהן אלא במי שנתעורר לעשות תשובה ובא להשיב מדעתו, אבל במי שלא עשה תשובה מדעתו, מחייבין אותן ומוציאין מהן בבי״ד״. והביא את קושיית התוס׳, דא״כ הכל יערימו שעושים כביכול תשובה, שלא יקבלו מהם. הרי שהקשה הרשב״א על החילוק בין גנב מפורסם, שמקבלים, לאין עסקו בכך, שאין מקבלים, דהסברא נותנת לאידך גיסא. וכן הביא קושית התוס׳, על החילוק בין בא מעצמו לעשות תשובה לחייבוהו בי״ד.

והרא״ש ב״ק ט,ב כתב דדינו של רבי הוא בשתי מגבלות. דוקא כשאין הגזילה קיימת, אבל בגזילה קיימת מקבלין מהן (והחילוק בין גזילה קיימת לאינה קיימת, מבואר בדברי רב נחמן, עיין להלן). כמו כן דוקא בבאין מעצמם לעשות תשובה, שלא תנעל דלת בפני בעלי תשובה. אבל עומדים במרדן, כופין אותן להחזיר. תרוץ נוסף תירץ, דתקנת רבי מיירי באדם שרוב עסקיו ומחיותו ברבית שתשובתו קשה, אולם אם באקראי גנב, מקבלים מהם. עוד כתב, דמה דאיתא להלן בבריתא, הגבאים והרועים והמוכסים תשובתם קשה ומחזירין למכירין, ושאין מכירין, יעשו בהן צרכי צבור בורות שיחין ומערות, מיירי בגזילה קיימת. ומבואר לתרוץ ראשון של הרא״ש, דאם אין הגזילה קיימת ובא מעצמו לעשות תשובה, אין מקבלים ממנו. ולתרוץ השני חילק בין גנב שעסוקו בכך, לגנב באקראי, שמקבלים ממנו. ובאגודה ב״ק ט,קיד כתב כתרוץ השני, לחלק בין עסקו בכך או באקראי.

ועיין ברשב״א (ב״ק צה,א) שהקשה, מה שייך ברועים גזילה קיימת. ותירץ בשם הראב״ד: ״דהא דקאמר בגזילה קיימת, או היא או חליפיה קאמר, והיינו הרועים שאין הגזילה קיימת בידן בעינה אלא שיש בידן חליפיה״. ולפ״ז אם יש בידו מה שקנה מחליפי הגזילה, לא קאי גביה תקנת רבי. אך עיין בהעמק שאלה לנצי״ב, (שאילתא ד,ג) שכתב דכל הפוסקים לא ס״ל כחילוק הראב״ד.

והטור (חו״מ שסו) נקט כשני התרוצים יחד, דהיינו דבעינן ג תנאים שלא יקבלו ממנו; שעסקיו בגניבות, אין הגזילה קיימת, ובא מעצמו לעשות תשובה. דבתחילה כתב דכל הבא לעשות תשובה מעצמו, אין מקבלין ממנו כדי לפתוח לו פתח לדרכי תשובה, והמקבל ממנו אין רוח חכמים נוחה הימנו. ואח״כ הביא דעת ר״י, שלא תקנו חכמים אלא בגנב או גזלן מפורסם שעסקו בכך, מפני שקשה לו לפרוש, עשו לו דרך לשוב בתשובה, אבל הגוזל באקראי, מקבלין ממנו. ומש״כ אח״כ הטור: ״ואפילו בגזלן מפורסם דוקא כשאין הגזילה קיימת והוא בא מעצמו לעשות תשובה״, נראה שאינו מדברי ר״י אלא מדעת עצמו. ומ״מ גם בשו״ע חו״מ שסו,א, לא פסק כדעת הרמב״ם (עיין להלן) אלא כטור, דבעינן ג תנאים הנ״ל, ובכללם שעיסוקו בכך, דלא כרמב״ם שלא הזכיר מענין עיסוקו בכך כתנאי לאין מקבלים מהם.

ועיין ביש״ש ט,ג דדעתו לחלק בין אקראי ועסקו בכך, וגם דבעינן שיעשה תשובה מרצונו, שני תנאים אלו, ולא הזכיר דוקא שאין הגזילה קיימת, וז״ל: ״אבל הרא״ם והרא״ש (ה״ב) כתבו, דאירי דווקא בעבד תשובה מעצמו. וכן נ״ל, מדאמר הגזלנים ומלוי בריבית שהחזירו, ולא כתב סתם גזלנים ומלוי בריבית אין מקבלים כו׳, אלא בהחזירו מעצמן דווקא אירי. וגם מה שחולק ר״י בין אקראי כו׳, זהו בוודאי אמת. וג״כ הרא״ש (שם) הביאו. ונראה דאירי דוקא בעניין זה שכל עסקיו ומחיותיו בכך, וגם כן בא לעשות תשובה להחזיר מעצמו, אבל בציר חד, באקראי או אפילו מי שאינו באקראי, ולא בא לעשות תשובה, מקבלים הימנו״. מבואר מהיש״ש דבעינן ב תנאים אלו, שבא מעצמו ורוב עסקיו בכך. וצ״ל דס״ל דרב נחמן המחלק בין גזילה קיימת לדמי גזילה, לא קיי״ל כן.

וכתרוץ הראשון שכתב הרא״ש, כתב הרמ״ה (הובאו דבריו בשטמ״ק בסוגיא), דדוקא כשהחזירו מעצמם וכמעשה שהיה, אולם כשלא החזירו עד אחרי תביעה בבי״ד, מקבלים מהם; ״דכי עביד רבנן תקנתא לבעלי תשובה, לגזלנין העומדין במרדן, לא עבידו רבנן תקנתא״. ודוקא כשאין הגזילה קיימת, אבל אם הגזילה קיימת מקבלים מהם. עוד כתב הרמ״ה, דאף שאין רוח חכמים נוחה מלקבל ממנו, אין כופים את הבעלים שלא לקבל; ״דאם כן למה לאהדוריה כלל, האי חוכא בעלמא הוא דקא מחייך ביה, דידע דלית ליה רשותא לנגזל לקבולי מיניה כלל וקא מהדר ליה, וכהאי

גוונא ודאי לא נפיק ידי שמים". ולכן לא כופים את הנגזל לא לקבל מהגזלן. והפירוש אין רוח חכמים נוחה הימנו, כמו שפירש רש"י בסוגיא: "אין רוח חכמה וחסידות בקרבו". ולכן לא כופים לנגזל לקבל, וכשמביא הגזלן מעצמו, אינו יודע אם יקבלו אם לאו.

וכתרוץ ראשון ברא"ש כתב גם המאירי בסוגיא: "אבדה הגזלה או נשרפה או כל שאין הגזלה קיימת, מ"מ דבר תורה חייב להחזיר את דמיה, וכן הדין אף מדברי סופרים, אלא שכל שאין לו גזלה קיימת ובא הגזלן להחזיר את דמיה שלא מחמת תביעת הנגזל, מדת חסידות שלא לקבל מהם, אלא יאמר לו שאחר שאינה בעולם אינו רוצה בתשלומיה והרי הוא מוחל, כדי להדריך את הרשעים לתשובה". וכן כתב בפסקי הרי"ד בסוגיא, וכן נמצא לרבינו יהונתן (על הרי"ף, ב"ק לג,ב מעמוה"ר), וכן בר' ברוך הספרדי (שיטת הקדמונים) ב"ק צד,ב.

וכך נראה גם מדברי הרמב"ם (הל' גזילה ואבידה א,יג), שכתב וז"ל: "... ואעפ"כ אם לא היתה הגזלה קיימת ורצה הגזלן לעשות תשובה ובא מאליו והחזיר דמי הגזלה, תקנת חכמים היא שאין מקבלין ממנו אלא עוזרין אותו ומוחלין לו כדי לקרב הדרך הישרה על השבים, וכל המקבל ממנו דמי הגזלה אין רוח חכמים נוחה הימנו". הרי שכל היכא שאין הגזילה קיימת ובא מעצמו לעשות תשובה, אין מקבלים ממנו. ולא חילק הרמב"ם אם עיסוקו בכך אם לאו. ועיין בחסדי דוד (על התוספתא ב"מ ה,ט) שכתב דכן היא דעת הרמב"ם, דכל שאין הגזילה בעין ובא מעצמו, אין מקבלים ממנו.

ומבעה"ת (מו,ד,ד) נראה דהכל תלוי בבא לעשות תשובה, ואפי' גזילה קיימת, ואפי' אין עיסוקו בכך. והביא תרוץ ר"י (בתוס' הנ"ל), שלא נתקנה תקנה זו אלא בגזלנים העוסקים בגזל תדיר, שכל עסקו ומה שהרויח בכל ימיו מן הגזל היה. והביא מקשים (שם בתוס'), שא"כ יהיה חוטא נשכר. וכתב דמתרצים: "שעיקר כל תקנת רבי לא היתה אלא במי שרוצה לחזור מעצמו בלא עשוי בי"ד, ואנו מכירים בהם שדעתם לחזור אחר תשובה יפה, אבל מי שאינו חוזר מעצמו, ודאי כופין אותו להחזיר, ועל כגון אלו נשנו כל הבריתות והמשניות שבתלמוד שדנין דיני הגזילה והרבית להחזירו מהן, אבל לא נתקנה תקנה זו אלא לשבים לרצונם". הרי שהכל תלוי רק באם שב מרצונו אם לאו, בין גזילה קיימת, ובין אם גזל באקראי. כן נראה דעתו, אף שהביא גם דעת ר"ת ור"י, ממהלך דבריו נראה שכך יש להורות, שעל כל הדעות הנ"ל הקשה, ובתרוץ זה אתי שפיר, עיי"ש. ומבואר גם בדבריו דצריכים להכיר שכוונתו לתשובה. לתרץ קושית התוס', שלא יהיה כל אחד מערים וכו'.

### ה. אינו יודע ממי גזל

וצ״ע אם מירי הסוגיא בבא הגזלן לפני בי״ד וגם הנגזל לפנינו, והוא לא מקבל ממנו אלא מוחל לו, או אפי׳ אין הנגזל לפנינו, סגי בהכי. דלכאורה אם צריך שיהיה הנגזל לפנינו, איך יהיה הדבר שייך במי שעסקו בגזלנות, וכי שייך שיזכור ממי גזל במשך זמן רב, ויבואו כל הנגזלים בפני בי״ד וימחלו לו. זה ודאי דבר רחוק. ודוחק לומר שבזה נחלקו תרוצי הראשונים, דהסוברים דוקא בגזלן שעסקו בכך, אין צריך הנגזל להיות בפנינו, ולסוברים בבא לעשות תשובה וגזילה לא קיימת, ואף באין עיסוקו בכך, צריך הנגזל להיות בפנינו ולמחול. דאם נאמר כך, יצא שנחלקו התרוצים הנ״ל במהות תקנת רבי, דלדעת ר״י התקנה היא שבי״ד מוחל לגזלן מכח הפקר בי״ד הפקר, ולדעה שהכל תלוי בבא לעשות תשובה, הנגזל הוא המוחל. כמו כן, גם לסוברים שבבא לעשות מעצמו, מ״מ בגזלן שעסקו בכך ודאי נקבלו, רק הסברא היתה לא לחלק בכך, שלא יהיה חוטא נשכר, אבל ודאי לכל התרוצים במי שעסקו בכך ובא מעצמו ואין הגזילה קיימת, אין מקבלים ממנו, וא״כ איך ימצא את כל הנגזלים שימחלו לו. וע״כ נראה דהוא גדר של בי״ד. רק כשהנגזל לפנינו ורוצה לקבל ולא למחול, בזה דנו שאין כופים אותו לא לקבל, אבל גם באין הנגזל לפנינו, בי״ד לא מקבלים ממנו. ונפק״מ במקום שגזל את הרבים, שאין מקבלים.

דכן מוכח מקושית הגמ׳ שם בהמשך הסוגיא, שהקשתה, שאין מכירין יעשה צרכי רבים, ורצתה לחלק בין קודם תקנה לאחר תקנה, דאיתא התם: ת״ש הרועים והגבאין והמוכסין תשובתן קשה ומחזירין למכירין, וקשה מדוע מחזירים. ותירצה הגמ׳: אמרי, מחזירין ואין מקבלין מהם, ואלא למה מחזירין, לצאת ידי שמים. והקשתה הגמ׳: אי הכי אמאי תשובתן קשה, ועוד, אימא סיפא ושאין מכירין יעשה בהן צרכי ציבור, ואמר רב חסדא, בורות שיחין ומערות. אלא לא קשיא כאן קודם תקנה כאן לאחר תקנה. והשתא דאמר רב נחמן בשאין גזילה קיימת אפילו תימא אידי ואידי לאחר תקנה, ולא קשיא, כאן בגזילה קיימת כאן בשאין גזילה קיימת. כל׳ דאין מקבלים באין הגזילה קיימת, אולם בגזילה קיימת מקבלים מהם. והקשתה הגמ׳: והא אבנט דגזילה קיימת היא. ותירצה: מאי אבנט - דמי אבנט. וכל היכא דגזילה קיימת לא עבוד רבנן תקנתא, והרי מריש דגזילה קיימת היא, ותנן על המריש הגזול שבנאו בבירה שיטול דמיו מפני תקנת השבים. שאני התם, דכיון דאיכא פסידא דבירה, שויוה רבנן כדליתא. ומבואר דגם באינו יודע ממי גזל, קאי תקנת רבי. או לר״נ, כל היכא שאין הגזילה קיימת, ואין חילוק בין גזל ואינו יודע ממי גזל, אין מקבלים מהם, שזהו דין על הבי״ד שלא מקבלים ממנו, וגם על הנגזל, אם הוא בפנינו.

ומש״כ בעה״ת (מו,ד,ד): ״ומכאן יש מוכיחין, דמדקתני המקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו אלא שיש ללוה למחלו לו ולהניחו אצלו, ובזה יצא המלוה ברבית

מידי איסורו, מכלל שהמחילה מועלת ברבית". ולכאורה מוכח שהלוה מוחל הריבית, וי"ל דהוא הדין הנגזל. י"ל דאם הוא בפנינו צריך מחילה, אך גם כשאינו בפנינו, כגון שאינו יודע ממי גזל, תקנת רבי קאי גם עליו, שאין בי"ד מקבלים ממנו, וכדמוכח מקושית הגמ', דאל"כ הו"ל לגמ' לתרץ, דכיון שאינו יודע ממי גזל ואינו בפנינו, לא יכול הנגזל למחול, ולא שייכת לגביו תקנת רבי.

ומצאתי כן בפירוש בדברי הסמ"ע שסו,א, שכתב בבאור תקנת רבי, דגזלן כי האי, כל אשר לו לא יספיק לו כשיחזיר לכל אחד מה שגזל. ואף אם הגזלן עשיר, כיון דיצטרך להוציא מידו ממון הרבה, לא יחזור בתשובה; "גם אינו יודע למי ישיב, כיון שעסקיו בכך וגזל הרבה". ומוכח דמירי תקנת רבי גם בגזל ואינו יודע ממי גזל. ולכאורה, גם באינו יודע ממי גזל, כיון שיכול לעשות צרכי רבים, יקבלו ממנו ויעשה צרכי רבים, ומזה שאינו יודע ממי גזל, לא הוי מניעה לשוב בתשובה. וי"ל ע"פ מש"כ התוס' ב"ב פח,ב (ד"ה התם): "והיכא דגזל לרבים, אינו יודע למי ישיב, דאע"ג דאמרי' (ב"ק צד,ב) יעשה בהן צרכי רבים, מ"מ לאו תשובה מעלייתא היא". וכן הוא ברש"י ביבמות כא,א (ד"ה עריות), ובתוס' ב"ב לה,ב ד"ה דתני, וכיון דלאו תשובה מעליתא, ימנע מלשוב בתשובה, וזהו הטעם הנוסף שכתב הסמ"ע בטעם תקנת רבי, אף למי שגזל להרבה.

ובתש' שיבת ציון (סי' קיב) הקשה על הסמ"ע, דמה שאינו יודע למי להשיב, אין תשובתו קשה, דהא יכול לעשות צרכי רבים; "וכך היה להסמ"ע לומר, דכיון שגזל הרבה ואינו יודע למי גזל, אינו יכול לשער כמה ישיב ועד כמה יעלה הערך שיעשה ממנו צרכי רבים, ולכך תשובתו קשה, ובזה ליכא תקנה שלא יקבלו ממנו". והיינו שכשאינו יודע הסכום ואינו קצוב, לא היתה תקנת רבי. דבגזל לרבים ויודע כמה גזל, ישנה לתקנת רבי, אך כשהסכום אינו קצוב, י"ל שבי"ד לא יכולים מכח תקנת רבי למחול את השבת סכום הגזילה. ובפ"ת שסו,א כתב, דאישתמיטיה לשיבת ציון דברי התוס' בב"ב פח,ב, וכן מש"כ הסמ"ע רלא,לד, דאף דבגזל לרבים ואינו יודע ממי גזל יכול לעשות תשובה בצרכי רבים; "מ"מ אין זה תשובה הגונה". והיינו כדברי התוס' הנ"ל. (ועין לעיל דכן מבואר ברש"י יבמות כא,א, ובתוס' ב"ב לה,ב). ולפ"ז גם נדו"ד נכלל בתקנת רבי.

וכל הנ"ל הוא דלא כמש"כ השיבת ציון בתש' שם, שכל תקנת רבי היא כשהנגזל בפנינו ושימחול לגזלן, אך אין זה בגדר הפקר בי"ד הפקר, דאם נאמר דהוי הפקר בי"ד, מדוע אין כופין על הנגזל למחול, וז"ל:

"וטעם לדבר הוא, על פי מה שפסקו הפוסקים וכן הביא הש"ך ביו"ד קסא,יג בשם הריב"ש, דגזלן חייב להחזיר הגזילה, רק על הנגזל גזרו שלא

יקבל ממנו וימחול לו. כל זה הוא כשבא להנגזל עצמו להחזיר לו, שייך לומר שגזרו עליו שימחול לו ולא יקבל ממנו, אבל בגזל ואינו יודע למי גזל, שמדינא צריך לעשות צרכי רבים ואין הנגזל לפנינו, על מי נאמר שגזרו עליו שלא יקבלו ממנו, כיון שהדבר שייך לרבים ומי ימחול לו כיון שאין הנגזל לפנינו, וכל זמן שאין הנגזל מוחל לו, עדיין מחוייב הוא להחזיר, ומה תועיל לו התשובה בלתי מחילת הנגזל, והוי כטובל ושרץ בידו. ולא שייך בזה לומר הפקר ב״ד הפקר, דע״י התקנה שלא יקבלו מהם עדיין לא נעשה הפקר, דאל״כ למה אמרו והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו, מזה מוכח שאם אין הנגזל רוצה למחול, אין כופין אותו למחול. ואי אמרת דנעשה הפקר ב״ד, הו״ל לכוף את הנגזל שלא יקבל.״

ומה שהביא מדברי הריב״ש והש״ך דבעינן למחילת הנגזל, צ״ע, דבריב״ש ובש״ך לא מבואר דבעינן למחילת הנגזל ובלא״ה ליתא לתקנת רבי, דהריב״ש (סי׳ תיז) כתב, דאף שאין מקבלים מהם, חייבים הגזלים להחזיר כדי לצאת ידי שמים, אלא שמדת חסידות שלא לקבל מהן, כדי שלא ימנע מהן התשובה. וכן בש״ך יור״ד קסא,יג לא כתב אלא דמ״מ הם חייבים להחזיר לצאת ידי שמים, עיי״ש, ומנין שבאין הנגזל לפנינו, מקבלים מהם.

והנה בנדו״ד שגם רוצה להוציא הגזילה מתח״י, ובפרט כשלחלק מהראשונים, וכן פסק בשו״ע שסו,א, כשאין עסקו בכך לא נאמרה תקנת רבי, א״כ יש להורות לו לעשות צרכי רבים. ומחמת כל הספיקות האמורות לעיל, וגם כנראה לא ימצא ממי גזל, ברבות הזמן והשכחה, לא נראה לומר לו לעשות את המאמץ למצוא את הנגזל, וסגי בתשובה זו של צרכי רבים, אף שאינה תשובה מעלייתא, ועיין בריב״ש (סי׳ תיז): ״ומ״מ אע״פ שאין מקבלין מהן, הם חייבים להחזיר כדי לצאת ידי שמים, אלא שמדת חסידות שלא לקבל מהן, כדי שלא ימנע מהן התשובה״. והיינו דלצאת ידי שמים צריך להחזיר, ובנדו״ד לעשות צרכי רבים. והביאו להלכה הש״ך יור״ד קסא,יג. ועיין בב״ח חו״מ סי׳ שסו, דאע״ג דאם באו להחזיר כדי לצאת בדינא דאדם אין מקבלין מהן, ובית דין מוחים לנגזל מלקבל, מ״מ מחזירין כדי לצאת ידי שמים אולי יקבל הנגזל מידו, ואין בית דין מוחים אם יקבל כשירצה לצאת ידי שמים. ולפ״ז אין בי״ד מוחים אם ירצה לעשות צרכי רבים לצאת ידי שמים.

והגאון ר׳ שלמה קלוגר (חכמת שלמה חו״מ שסו,א) הקשה ונשאר בצ״ע, דלומר שלצאת ידי שמים מקבלים מהם, הוא נגד משמעות הגמ׳, דבגמ׳ משמע שמחזירין לצאת ידי שמים, ובכל אופן אין מקבלים מהם. ועוד, דא״כ מדוע תשובתם קשה, כיון שמקבלים מהם (אמנם אפשר לומר, כמש״כ רש״י יבמות כא,א והתוס׳ ב״ב

פח,ב ולה,ב, דלאו תשובה מעליא). וכתב דמש״כ הריב״ש שהובא גם בש״ך להלכה, היינו שעליהם יש חיוב להחזיר, אבל מ״מ אין מקבלים מהם. וכתב דאולי אפשר לחלק בין ריבית לגזל, ונשאר בצ״ע.

ועיין באתוון דאורייתא (כלל יג) שכתב בבאור קושיית הגמ׳, שאם מחזירים לצאת ידי שמים, אמאי תשובתם קשה (ועיין מש״כ מרש״י יבמות כא,א והתוס׳ ב״ב פח,ב ולה,ב, הובא לעיל, דלאו תשובה מעלייתא). וכתב לבאר, דכשאינו יודע למי להחזיר, הוא בבחינת אנוס, אך אם הוא מחויב מן הדין, עדיין אין האונס פוטרו ביחס לממון חבירו, דפטור אונס הוא רק בדבר שבין אדם למקום, דהחיוב הוא מחמת רצון ה׳, וכשהוא אנוס, רחמנא פטריה. ולכן גם בגזל מה שאינו יודע, אין פטור אונס מחמת החיוב הממוני כלפי חבירו. אולם אם כל החיוב הוא לצאת ידי שמים, הרי זה מצוה בין אדם למקום, וכיון שהוא אנוס רחמנא פטריה, וע״ז הקשתה הגמ׳, מדוע תשובתם קשה. ועיין בכלי חמדה (פרשת כי תצא, עמ׳ רכו-רכז) שהביא את דברי האתוון דאורייתא, אך כתב לבאר בדרך אחרת, דכיון דחכמים הפקיעו את חיוב ההשבה מכח הפקר בי״ד הפקר, ממילא התיאשו הבעלים, ומהני אף בגזילה, ואין חיוב לצאת ידי שמים, כיון שחכמים הפקיעו את חיוב ההשבה, והחיוב לצאת ידי שמים הוא רק לאלה שלא התיאשו, עיי״ש מה שנו״נ בדברי האתוון דאורייתא.

והנה הברייתא של יעשה צרכי רבים, לא הביאו הרי״ף והרמב״ם. ואפשר, דכיון דהרמב״ם ס״ל דבבא לעשות תשובה ואין הגזילה קיימת אין מקבלים ממנו, ובגזל את הרבים ליכא מאן דתבע ליה, וממילא י״ל דמיירי בבא לעשות תשובה, ולכן אין נפק״מ מברייתא זו להלכה, דאין מקבלים מהם בכל ענין. אמנם לראשונים הסוברים דבעינן שעסקו בכך, י״ל דיש נפק״מ בברייתא זו במי שגזל את הרבים באקראי, ורבים אין הכוונה להרבה אנשים ופעמים רבות, אלא אפי׳ גזל דבר השייך לרבים בפעם אחת, ובזה מקבלים ממנו שיעשה צרכי רבים. ולכן אתי שפיר דהשו״ע בחו״מ סי׳ שסו הביאו, כיון שהשו״ע פוסק דבעינן גם שיהיה גנב שעסקו בכך, ולכן הביא במי שגזל את הרבים שיעשה צרכי רבים, והיינו שגזל באקראי דבר השייך לרבים. ועיין בחסדי דוד (על התוספתא ב״ק י,ח) שכתב, דכיון דלרמב״ם קאי בגזילה קיימת דוקא; ״הוא מילתא דלא שכיחא במי שהורגל בזה שיהיו גזלותיו קיימות״, ולכן השמיט הרמב״ם דין זה. ולכאורה לרמב״ם לא בעינן דוקא במי שהורגל בזה, וכמש״כ החסדי דוד עצמו, עיין לעיל.

אמנם למש״כ הריב״ש, וכן פסק הש״ך להלכה, גם לאחר תקנת רבי, יש על הנגזל חיוב לצאת ידי שמים, דתקנת רבי היא על הדיני אדם ולא על הדיני שמים, א״כ גם בנדו״ד שרוצה לצאת ידי שמים, אף שבדיני אדם לא מקבלים ממנו, חייב

לצאת ידי שמים. והשאלה אם מי שגזל ליחיד ואינו יודע למי גזל, שייך בזה לעשות צרכי רבים. דרש״י בסוגיא כתב דיעשה בהם צרכי רבים, בורות וכו׳: ״להכניס בהן מים לשתות, דהוי דבר הצריך לכל, ויהנו מהן הנגזלים״. וכן הביא הב״י חו״מ שסו, וכ״כ הסמ״ע שסו,ה. ולפ״ז דוקא יעשה צרכי רבים שיש היכי תימצי שהנגזל יהנה מהם.

וכן בביצה כט,א, במעשה דאבא שאול בן בטנית, שנשאר יין ושמן בחבית (עיי״ש ברש״י ד״ה הוא כנס), וחששו שגזלו את הרבים, והביאום לפני גזבר ההקדש; אמרו להם, אי אתם זקוקים לכך (הואיל ומתחלה לא נתכונתם לגזול, שהלקוחות מוחלין על ידי טרדן ומרוצתם, שאינם יכולין לשהות עוד, וידעי וקא מחלי – רש״י). אמרו להם, אף אנו אין רצוננו בכך. אמרו להם (חכמים אם כן אין לכם לעשות הקדש, אלא לעשות בהן צרכי רבים, שהרי משל רבים היה, ויהנו הבעלים מהן), הואיל והחמרתם על עצמכם, עשו מהם צרכי רבים, דתניא, גזל ואינו יודע למי גזל, יעשה בהם צרכי רבים. מאי נינהו, אמר רב חסדא, בורות שיחין ומערות (שמתכנסין בהן מים ושותין מהן). ובמאירי שם כתב: ״ואין לו מחילה אלא בצרכי צבור, כגון בורות שיחין ומערות, שהדבר מצוי ליהנות בהם הנגזלים או יורשיהם״. מבואר דצריך לעשות דבר שיהנו ממנו הנגזלים או יורשיהם, שאם מת הנגזל, משיב ליורשיו, וע״כ צריך שיהנו מכספי הגזילה הנגזל או יורשיו.

ואלה צרכי רבים בגשמיות, ומצאנו גם דבר שעושים הטבה רוחנית, דאיתא בב״ק פז,ב: החובל בבנו גדול, יתן לו מיד. בבנו קטן, יעשה לו סגולה ... ורמינהו, החובל בבניו ובבנותיו של אחרים, גדולים יתן להם מיד, קטנים יעשה להם סגולה, בבניו ובבנותיו שלו פטור. ושם בגמ׳ בהמשך, מאי סגולה. רב חסדא אמר ספר תורה. רבה בר רב הונא אמר דיקלא דאכיל מיניה תמרי. וכן הוא בב״ב נב,א: קבל מן הקטן, יעשה לו סגולה, ואם מת יחזיר ליורשיו. ובהמשך הגמ׳, מן הקטן יעשה לו סגולה, מאי סגולה, רב חסדא אמר ספר תורה (ללמוד בו, הרי פירות והקרן קיים – רשב״ם), רבה בר רב הונא אמר דיקלא דאכל מיניה תמרי. וכן הוא ברבינו גרשם שם על הדף, דס״ת לא מיכליא קרנא. וכן בר״י קרקושא (שיטת הקדמונים), דספר תורה ללמוד בו, יש פירות והקרן קיימת. משא״כ אם יתן הכסף בעיסקא, יש לחוש שמא יארע בה קלקול ותאבד. ובריטב״א שם פירש בסגולת ס״ת: ״ולאו דוקא ספר תורה אלא ספרים, ודיקלא נמי לאו דוקא אלא שהקרן קיים ויש לו קצת פירות״. הרי דכל דבר שהקרן קיים ויש לו פירות מזה, חשיב כצורך יחיד ברוחניות. ובזה נחלקו רב חסדא ורבה בר בר חנה, דרב חסדא ס״ל דגם סגולה רוחנית הוי סגולה, ורבה בר בר חנה ס״ל דוקא סגולה גשמית, שהיא שוה לכל. וביד רמ״ה (שם בסוגיא) כתב דמסתברא כרבה בר רב הונא, דמסתבר מימריה, וסלקא שמעתא כוותיה. ובסוגיא

דידן (ב״ק צד,ב, וכן בביצה כט,א) מבואר דדוקא הטבה גשמית ולא הטבה רוחנית. ויש להבין מדוע בברייתא נאמר דוקא הטבה גשמית כבורות מים וכו׳, ולא הטבה רוחנית. ומקופיא היה נראה שהטבה רוחנית אינה מתאימה לכל, משא״כ הטבה גשמית. ועיין להלן מש״כ האור שמח בזה.

גם אין להביא ראיה שיעשה בהם צדקה, מהגוזל את אביו, ואין לו יורש אלא הבן הגזלן, דאיתא בגמ׳ ב״ק קט,א: אמר רב יוסף, אפילו לארנקי של צדקה. אמר רב פפא וצריך שיאמר זה גזל אבי. דשם מעיקר הדין הוא היורש, ואינו חייב בהשבה מעיקר הדין, ורק להוציא הגזילה מתחת ידו, נותן לארנקי של צדקה, ויאמר זה גזל אבי. אבל במקום שגזל את הרבים וצריך לקיים מצות השבה, או כשיש יורשים אחרים, בזה לא מהני מה שיתן לצדקה, אלא יעשה בהם צרכי רבים, כמו בורות מים וכו׳.

והאור שמח בתש׳ (ח״ב סי׳ מז), דמה שנאמר בברייתא דיעשה בהם צרכי רבים, ולא נתנו אפשרות כדאמר רב חסדא לעשות לו סגולה רוחנית, דמצות השבה של גזילה לא מקיים בהנאה רוחנית, והראיה מביצה כט,א, שהביאו לפני הגזברים, וכנראה רצו להקדישם בקדושת בדק הבית, דבזה כתבו תוס׳ ב״ק עט,א (ד״ה גנב) דלא נקרא שם המקדיש עליהם, ובודאי הנגזלים לא היו מקפידים שיהיו לצרכי בדק הבית, דמ״מ לא מקיים מצות השבה אם לא שיהנה הנאה לגוף, ויכול להנות מזה הנגזל או יורשיו. ומבואר דכל ענין ההנאה צריכה באופן שיהיה בזה השבת הגזילה, וזה לא מתקיים במה שנותן לצדקה, אלא בעינן שתהיה הנאה לבעלים שתכלל בהשבת הגניבה.

עוד הביא האור שמח ראיה מהירושלמי במכות ב,ו: שכיון שמת יואב שר צבא ישראל נעשו ישראל כמדבר (שניטלו הטובות מהם שהיה יואב נוהג עמהן, כדמפרש ואזיל מה הן הטובות – פני משה). אין תימר שהיה בוזז ובונה להן דימוסיות ומרחצאות שבח, ואין תימר שהיה בוזז ומאכיל חכמים ותלמידיהם שבח שבחים (כלומר, יש אומרים כך ויש אומרים כך, ואם כמו אלו שאמרו שהיה בוזז משלל האויבים ובונה להם בית טבילות ומרחצאות, שבח הוא לו, ולהאומרים שהיה מתנהג לפרנס חכמים ותלמידיהם, שבח שבחים הוא לו). והוכיח מכאן האור שמח, דמזה שאמרו יעשה בורות שיחין ומערות, ולא אמרו שיעשה כמו שעשה יואב ואמרו שהוא שבח שבחים, שפרנס חכמים ותלמידיהם, דדוקא מה שבזז משל האויבים יכול לפרנס החכמים, ושבח שבחים הוא לו, משא״כ כשגוזל מישראל צריך לקיים השבה, שיהנו מזה הנגזל או יורשיו, ודוקא דבר שהקרן קיים ואוכל פירות. וכן לא מהני מה שיעשה בזה צרכי עניים, כיון שצריך דבר כבורות וכו׳, שיהנו מזה בין עניים ובין עשירים. ואף שלענין שומר אבידה, לרב יוסף הוי שומר שכר כיון שפטור מלתת ריפתא לעני (ב״ק נו,ב),

מ״מ כשנגזל לא נפטר מזה, שאינו יודע, אינו אלא כמבריח ארי, משא״כ בשומר אבידה. ומ״מ לא יעשה במקום רחוק אלא במקום שיכול להנות הנגזל או יורשיו, אא״כ אינו יודע כלל, שיעשה בורות שיהנו ממנו מה שיותר רבים, כמו הבורות לעולי בבל.

גם הגר״מ פיינשטיין זצ״ל (אגרות משה חחו״מ ח״א סי׳ פח) כתב; ״וזהו דוקא לצרכי רבים ולא לצדקה. ולבנין ותקון מקואות הוא כלצרכי רבים, ולכן טוב שיתן למקואות״. אמנם צ״ע אם הנגזל או יורשיו אינם שומרים תו״מ, ויתכן שגם אינם שומרים טהרת המשפחה, מהיכי תיתי תבוא להם הנאה מזה. אך עדיין צ״ע, דמש״כ האור שמח והגר״מ פיינשטיין הוא באופן שיש חיוב השבה, אבל בנדו״ד דיש מהראשונים דבנדו״ד איתא לתקנת רבי אף דהוא אקראי ולא עיסוק קבוע, א״כ כדי לצאת ידי שמים אפשר דסגי בצדקה לעניים ובהטבה רוחנית, דכל מה דלא עושים הטבה רוחנית הוא במקום שצריך לקיים השבת גזילה, משא״כ כשהחיוב הוא רק כלפי שמיא, אם מוציא הממון מתחת ידו ונותנו לעניים, לכאורה בזה מועיל לצאת ידי שמים. אולם לאמור לעיל, יש ראשונים ופוסקים דבאקראי בעלמא ליתא לתקנת רבי, יש להחמיר לעשות בהם צרכי רבים, ובפרט שכך דעת המחבר בשו״ע, ולכן יש להחמיר לעשות הטבה שיהנה ממנו הנגזל או יורשיו.

וסברתי שבנדו״ד לצאת ידי שמים וגם ידי אדם, בין אם איתא בנדו״ד לתקנת רבי אם לאו, יתרום את הכסף לארגון חסד המשאיל מכשור לחולים וקשישים, שכמעט אין משפחה שלא נעזרת בארגוני חסד אלו. שהרי האידנא לא שייך שיעשה צרכי רבים כבורות מים וכד׳, דכל עניני תשתית ממומנים ע״י המדינה, וצריך צרכי רבים שבלי כסף זה לא יהיה. לכן יתן הכסף לארגון כנ״ל, בשטרות של דולארים כפי שלקח, ויאמר לארגון החסד שנותן את הכסף דוקא לצורך קניית מכשיר רפואי או ציוד עזר לחולים או קשישים, למען יעמוד ימים רבים, ויהיה קרן ופירות, וישאילו לציבור. ויבקש שהמכשיר הנ״ל ימצא במקום הסמוך למקום שנראה לו כמקום השריפה, ובכך יעשה צרכי רבים, שיתכן ויהנו ממנו הנגזל או יורשיו, גם אם יש חיוב מן הדין להשיב מה שנטל שלא כדין במהלך כיבוי השריפה.

**לאור האמור, השואל יתרום את הסכום האמור לארגון חסד המשאיל מכשור רפואי או ציוד עזר לחולים וקשישים, שיהיה לשמוש בסניף הסמוך למקום שנראה לו שהיתה השריפה.**

# סימן לט

## אחריות מעביד על נזקי עובד

### ראשי פרקים

**א. חיוב אחריות שמירה בשותפים למלאכה**

**ב. עבד שהזיק**

**ג. מנהג באחריות הקבלן**

נשאלתי בענין פועל בשיפוץ בנין, שגרם ברשלנותו נזק לצד ג, האם יש לחייב את הקבלן המעביד בנזקי הפועל. ומה הדין אם הפועל הזיק במזיד תוך כדי עבודתו, באופן שאפשר גם לחייבו מדין אדם המזיק. ואם יש לתבוע בכה"ג את בעה"ב שאצלו מבוצעות עבודות השיפוץ.

### א. חיוב אחריות שמירה בשותפים למלאכה

איתא בב"מ קיח,ב: ת"ר, החצב שמסר לסתת, הסתת חייב. הסתת שמסר לחמר, החמר חייב. החמר שמסר לכתף, הכתף חייב. הכתף שמסר לבנאי, הבנאי חייב. הבנאי שמסר לאדריכל (הוא אבי האומנין, שהוא מדקדק בהנחת האבן לצדדה על מושבה בשוה שלא תמיש ולא תטה, ולא תהא בולטת חוץ לדימוס – רש"י), אדריכל חייב (זה שהיא בידו חייב בנזקה, אם תפול מידו ותזיק את אחרים או תשבר היא, הוא חייב לשלם, ואף על גב דמוקמינן להא לקמן בקבלנות, וכולן שותפין במלאכה, אין חייב אלא מי שהיתה מסורה לו, דכיון דכחו הוא, הנזק מוטל עליו כל היכא דמיתרמי, דתנן אדם מועד לעולם שוגג ומזיד אונס ורצון, דנפקא לן בבבא קמא (כו,ב) פצע תחת פצע, לחייב על השוגג כמזיד, ואונס כרצון). ואם הניח אבן על הדימוס והזיקה, כולן חייבין לשלם (אלו שהיו שותפין במלאכה אחת, ומשהניחו אבן על הדימוס, היא שורת הבנין, נפלה והזיקה, הואיל ולאו כחו דאדריכל הוא, שלאחר שהניחה נפלה וליכא לחיוביה משום גירי דיליה, כולן חייבין יחד, שכולן שותפין בדבר ועליהן המלאכה לעשות, וקיבלו אחריות הנזק יחד). והתניא, אחרון חייב וכולן פטורים. לא קשיא, כאן בשכירות כאן בקבלנות (כולן חייבין היכא דלא נפלה מיד אחד מהן, ועל כולן לשמור שתהא מיושבת יפה). מהברייתא ומפרש"י מבואר, שאם נפלה האבן מיד אחד מהם, מי שנפלה מידו חייב, שהוא אדם המזיק. אבל אם נפלה לאחר שהונחה, הרי שהחיוב הוא מדין אחריות הפעולה, והאחריות היא של כל אלו שהיו שותפים במלאכה, והוא כחיוב שמירה, והיה עליהם לבצע את המלאכה בצורה הטובה, וכשהאבן

נפלה אחר נפילה החיוב מדין שמירה, וחיוב אחריות השמירה יש על כולם, ולא חשוב מה היתה מלאכתו בפועל של כל אחד ואחד, כיון שלעצם המלאכה כולם שותפים, האחריות על כולם. ועיין במאירי שכתב בבאור הסוגיא, וז"ל:

"גדולי המפרשים כתבו שלא נאמר כלם חייבין על החצב והסתת והחמר, אלא שדרך לשכור בני אדם לעזור להעלותה בבנין, ומסתמא באו אלו כלן לצורך כך, ואם עזרוהו ונפלה מתוך ידי כלם, כלם חייבין. ר"ל, כל אותם שהעלוה, שעל כלם הוטלה השמירה, ומ"מ דוקא בקבלנות, ר"ל שכל אלו העוזרים ממקבלי המלאכה הם, וכלם קבלו יחד לעשות מלאכת בנין זה, אבל אם כל אחד שכיר למלאכה מיוחדת, אע"פ שעזרוהו, עוזרי חנם הם, ואין השמירה אלא על בעל אותה מלאכה ושהוא מיוחד לה."

הרי שכל האחריות מוטלת על כולם, שהם היו האחראים להשלמת המלאכה, וממילא האחריות לשלימות המלאכה. וכן הוא בראב"ד, הובאו דבריו בשטמ"ק בסוגיא: "שכולם קבלו יחד לעשות זה הבנין, והיה להם לעזרו להעלותה ולהושיבה, וכולם נוטלי שכר הם על הכל". וכמש"כ גם רבינו ברוך (שיטת הקדמונים), דהא דתני כולם חייבים, בשקיבלו כל העושים במלאכה לבנות הכותל בדמים ידועים, דלא נפטר אחד מהם עד תשלום הכותל. ודקתני כולן פטורין והאחרון חייב, בששכר כל אחד למלאכתו, דכיון שהשלימה, יצאה מרשותו. והאחריות היא כלפי בעה"ב, אבל אם הפשיעה היתה של אחד מהם, כאו"א מהשותפים יכול לתבוע את השותף שפשע (עיין בהלכה למשה, נזקי ממון יג,יח).

אמנם מכל הנ"ל נראה דהיינו דוקא ביחס לעצם המלאכה שהיו צריכים להשלים, וכלפיה מצאנו מחויבות ואחריות של כל השותפים למלאכה, שהיו צריכים להשלימה, והם אחראים לתקינותה, אולם לא ביחס לנזק שיגרם לצד ג. אא"כ נאמר שזה חלק מהאחריות, גם תקינות עצם המלאכה, ובכללה שלא יגרם בעטיה נזק, ועל כך כולם אחראים. ועיין במש"כ הגרא"ז באבן האזל נזקי ממון יג,יח, שרש"י אמנם פירש שנפלה האבן מידו, ומירי מדין אדם המזיק, אבל הרמב"ם הביא הלכה זו בדין נזקי בור, שהוזק אדם או בהמה מהאבן. ועל השוני שבחיובי הבור מרישא, שחייב רק האחרון, לסיפא, שכולם חייבים, כתב הגרא"ז, וז"ל:

"דברישא כיון דכל אחד מוסר לחבירו, אף שכולן בקבלנות, מ"מ כל אחד מהם מחוייב בשמירת הבור כל זמן שהוא תחת רשותו, וכיון שמסר לחבירו שהוא תחת רשותו, נפטר מחיובו כדין כל מזיק שמוסרו לשומר. אבל לאחר שהניחו על הדימוס, משמע שכבר אינם מוסרים אותו לעבודת אחר, ואף דקשה הדבר דאם זהו גמר עבודתם איך נפל, נראה דזהו כך דרך הבנין דכשמניחים

אבן על גבי הדימוס, כל זמן שאינו מתקשר עם עוד אבנים, אפשר שיפול, ואין בזה שום פשיעה מצד המניח, ומ״מ חייב לשלם, כיון דהוא בונה ברה״ר במקום שאפשר להזיק, ולכן אף דנתנו לו חכמים רשות לבנות, מ״מ אם הזיק חייב לשלם. ולכן כשהיו עושין בקבלנות החיוב תשלומין על כולן דאין על המניח חיוב יותר, שהוא לא פשע אלא כולם קבלו עליהם לבנות הבנין וכולם חייבין ...״

חיובו של המזיק או של כל השותפים מדין בור, דאף שנפלה האבן לאחר שהזיקו, דחכמים בנתינת הרשות לבנות, הטילו עליו את האחריות שלא יזיק בבנייתו. ולכאורה מבואר דעד כמה שנתנו לאחד רשות לבנות, הוא בעל האחריות על נזקים שיגרמו כתוצאה מהבניה. אך לכאורה כל זה דוקא במקום שאין לחייב את הפועל מדין אדם המזיק, כשלא הזיק בידיים, כך עולה מהסוגיא, וכן י״ל גם למש״כ הגרא״ז.

אלא דלכאורה יש להביא ראיה לפטור מהא דב״ק נו,ב, על הא דתנן במשנה ר״פ הכונס (נה,ב); מסרה לרועה, נכנס הרועה תחתיו, ביארה הגמ׳ דנכנס הרועה תחת השומר, שאם השומר מסרה לרועה, נפטר השומר וחייב הרועה. והקשתה הגמ׳, דתיהוי תיובתא על רבא הסובר ששומר שמסר לשומר חייב, והיינו שחייב הראשון. ותירצה הגמ׳, אמר לך רבא, מאי מסרו לרועה – לברזיליה, דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה. וברזיליה היינו תלמידו, וכמש״כ רש״י שם, וברשב״א שם, דדעת כל המוסר לרועה גדול, שימסור לרועים אחרים שתחתיו, והלכך ראשון פטור לגמרי. ועיי״ש בשטמ״ק מרבינו חננאל, והוא מדין כל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד. וכן הדין בשכיר או שותף, וכמש״כ המרדכי ב״מ רעד, דכל מי שאורחיה להניח בידו השמירה, חייב השני. וא״כ לכאורה יש לחייב את הפועל ולא את הקבלן. ובנדון הגמ׳ בר״פ הכונס, הנזק נגרם מחמת שלא עשו השמירה כראוי, וגם כאן החיוב שלא שמרו כראוי. וכל שכן אם הזיק השומר השני, שחייב השני מדין אדם המזיק.

## ב. עבד שהזיק

בב״ק ד,א איתא דעבד ואמה פטורים לשלם אם הזיקו; שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חבירו, ונמצא זה מחייב את רבו מאה מנה בכל יום. (ועיין ברש״י דיליף מב״ק פז,א, דעבד ואשה פגיעתן רעה. ובפני יהושע שם, דלא היה סלקא דעתך לחייב בעל בנזקי אשתו, שאינה ממונו, אלא מייתי משם שגם היא עצמה פטורה. ועיין ברמב״ם גניבה א,ט). ומשמעות הגמ׳ דמעיקר הדין היה לחייב האדון, ורק מטעם שמא יקניטנו רבו יש לפטור. או י״ל לאידך גיסא, שמעיקר הדין אין לחייב האדון על מה שמזיק אחר שהוא בעל דעת ובעל בחירה, וטעם הגמ׳ שמא יקניטנו, הוא

טעם התורה, למה פטרה התורה. ומקור הדין מהמשנה ידים ד,ז: אומרים צדוקין, קובלין אנו עליכם פרושים שאתם אומרים שורי וחמורי שהזיקו חייבין, ועבדי ואמתי שהזיקו פטורין, מה אם שורי וחמורי שאיני חייב בהם מצות, הרי אני חייב בנזקן, עבדי ואמתי שאני חייב בהן מצות, אינו דין שאהא חייב בנזקן. אמרו להם לא, אם אמרתם בשורי וחמורי שאין בהם דעת, תאמרו בעבדי ובאמתי שיש בהם דעת, שאם אקניטם ילך וידליק גדישו של אחר ואהא חייב לשלם.

ובבאור הק״ו דשור וחמור חייב מצות ועבד ואמה אינו חייב, עיין בתפארת ישראל, דבשור וחמור חייבים בהם הבעלים במצות לא תחרוש בשור וחמור יחדיו, ושלא ירביעום כלאים, ולמען ינוח בשבת, עכ״פ אם רואה שהבהמה עושה אחד מכל האיסורים מעצמה, אינו חייב למחות, ואדרבה מותר להעמידה ע״ג עשבים מחוברים בשבת אף שודאי תעקרם מהמחובר. משא״כ בעבדו ואמתו חייב למחות בהן כשירצו לעשות עבירה. ועוד בהמה אין מצות עשה שתעשה על יד בעליה, משא״כ עבדו ואמתו, חייב להשתדל שיקיימו כל מצות עשה שהאשה חייבת בהן. ולפ״ז אין מקום בכלל לדמות דין עבד שהזיק לענין חיוב בעלים, לענין שומר של עבד או שכירו. אולם המאירי כתב בסוגיא בבאור דין זה טעם אחר, וז״ל:

> ״עבד ואמה אע״פ שכונתם להזיק, אין הרב חייב בנזקיהם, ואע״פ שהם ממונו ושמירתן עליו. ודבר זה תקנה חכמים הוא, גזרה שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חברו, ונמצא מחייב את רבו בכל יום. ושמא תאמר בשוגג מיהא יתחייבו הבעלים, שהרי בשגגה אין בה טעם הקנטה. אף הוא מרמה ומזיד ועושה עצמו שוגג.״

מבואר במאירי דעבד ואמה מעיקר הדין היה לחייב עבד ואמה מטעם שהם ממונו ושמירתם עליו, ורק מטעם שמא יקניטנו רבו וילך ויזיק גדיש של אחר, תקנו חכמים שיפטר, ותיקנו שאף אם הזיק בשוגג, שאין חשש שמא יקניטנו, ויש לכאורה לחיבו מדין ממונו ושמירתו עליך, מ״מ פטור אטו מזיד, שמא יעשה עצמו כשוגג. (ועיין בפני יהושע בבאור דברי התוס׳ ד״ה לאו, בד״ה בא״ד וי״ל, דנראה שפירש בדברי התוס׳ שהוא מתקנת חכמים, וכמאירי). וצ״ע אם זה דוקא בממונו דומיא דעבד, או גם בכל דבר ששמירתו עליך, דבפשטות י״ל דחיוב האדון בנזקי העבד הוא מהפסוק דולא ישמרנו, דמחמת חיוב שמירה שיש עליו, חייב לשלם נזקיו מעיקר הדין. ונפק״מ בשומר ששומר על עבד, אם גם בזה יש דין שחייב השומר מעיקר הדין כיון ששמירתו עליו, גם ללא הדין שנכנס תחת הבעלים, ופטרוהו חכמים שמא יקניטנו השומר, או שלא חששו בשומר שיקניטנו וילך וידליק גדיש, דחשש זה הוא דוקא באדון ולא בשומר, דשומר אינו מעבידו כאדון, ולא חששו בו. וכן נפק״מ לענין שכירו, אם

אחריות השכיר הינה על זה ששכרו לעשות מלאכה, כפי שמקובל בקבלן ופועלים, כיון שאחריותו עליו, אף שאינו ממונו (אף למחנה אפרים ריש הלכות שכירות פועלים, בבאור דעת הרמב"ם דפועל ושכיר יום גופם קנוי לבעה"ב, היינו כעבד עברי,, אבל אינם ממונו, ונפק"מ לחזור בו בלא להחזיר מה שקבל בשכרו, ומ"מ אינו ממונו, ועיין מה שכתבתי בח"א סי' ח/ג), חייב לשלם מה שהזיקו כדין שמירתם עליך, ורק פטרו שמא יקניטנו המשכיר, או במשכיר לא תקנו חכמים ולא פטרו מי שאחריותו עליו, כמו קבלן ששוכר פועלים לעבודות שיפוץ וכד', שאין בעה"ב מכיר את הפועל אלא את המעביד של הפועל, ואחריות הפועל על המעביד, ואף אם יזיק במזיד יש לחייב את המעביד. דאי מטעם שמירתן עליך יש לחייב, ומטעם שיש ללמוד במשנה דוקא דומיא דעבד ואמה שאתה מצווה להפרישם מעבירות.

וכדברי המאירי נמצא בנודע ביהודה (תנינא חו"מ סי' ז): דחייב האדון לשלם מה שהזיק העבד מעיקר הדין, שהרי ממונו הזיק: "ואף שהעבד פגיעתו רעה והוא שחבל לאחרים אין הרב משלם, זה אינו מצד הדין רק מפני תיקון העולם שלא ילך וידליק גדיש ויחייב את רבו מאה מנה בכל יום, כמבואר במשנה שלהי מסכת ידים. ואפילו הזיק בלא מתכוין פטור הרב, משום שמא יזיק במתכוין ויאמר שלא כיון". הרי שמעיקר הדין יש לחייב העבד משום ממונו המזיק, ופטרו חכמים ותיקנו לפטור. ומ"מ דוקא משום ממונו המזיק, ולא מדין ולא ישמרנו ששמירתו עליך. ובמאירי נקט לשני הטעמים, ממונו המזיק ושמירתו עליך. ועיין בקובץ הערות לגרא"ו (סו,ז) דנקט ג"כ דהוי תקנת חכמים.

ובתלמיד ר"ת (שיטת הקדמונים) בסוגיא כתב לבאר בדרך שונה, שאין זה תקנת חכמים אלא הסבר טעם התורה שלא חייבה בעבד ואמה כמו שור וחמור, דהיה על התורה לחייב גם בעבד, ומה שלא חייבה, מטעם שמא יקניטנו, וז"ל:

> "ונראה דהא דקמסיק הכי שלא יקניטנו, לאו משום דבעי למימר מדאורייתא הוו מחייבי אלא רבנן פטרו להו גזירה שמא יקניטנו וכו'. דהא אי אפשר לומר כן, שהרי לא מצינו בשום מקום בתורה שיהא חייב בנזקי עבדו כמו שכתובין נזקי שור ובור ואש. אלא מפרש הוא הטעם למה לא חייבה תורה על נזקי עבדו, כשם שחייבתי על נזקי שורי, והלא בדין היה כ"ש לחייבי על נזקי עבדי שאני חייב בהן מצוות, אלא מפני מה לא חייבתי, שמא יקניטנו וכו'."

הרי שאין לחייב מעיקר הדין על מה שבן דעת אחר מזיק, גם אם הוא ממונו, ואף שהחיה ק"ו לחייבו, לא חייבה התורה שמא יקניטנו. ולפ"ז לא היה מקום לחייב באחריות בשכיר ובשומר של עבד, אף אם לא שייך טעם של שמא יקניטנו, דלא

צריכים בהם לטעם שמא יקניטנו, דמעיקר הדין אינם בק״ו האמור ואין צורך לטעם שמא יקניטנו אלא בק״ו שבמשנה דידים, ובלא״ה אין מקום לחייב אחד על נזקי אחר, רק דומיא דמה שציותה התורה. ובדרך זו ראה ביתר ביאור בחזון איש ב״ק ג,א (על הגמ׳ ד,א).

והרמ״א באבהע״ז צא,ד, הביא מתה״ד סי׳ רפב, דקהל שעשו ביניהם תקנות בקנסות, ועברה אשה על התקנה, בעלה חייב לשלם. ובח״מ שם ס״ק ז כתב דכל זה דוקא אם עברה בשוגג, אבל אם עברה במזיד, ומכל שכן אם כוונתה להכעיס את בעלה, דפטור הבעל מטעם אשה ועבד שחבלו באחרים הבעלים פטורים, כדי שלא יחייב את רבו מאה מנה בכל יום (עיי״ש, ולכאורה אין זה הטעם לפטור אשה אלא עבד). ומ״מ מבואר מהח״מ שטעם זה הוא לפטור גם במקום שחייב מן הדין, וכמש״כ תה״ד. וי״ל, דחכמים לא תיקנו בכה״ג לחייב הבעל, וע״כ אין להביא ראיה מדברי הח״מ לאחד מהצדדים הנ״ל. (ובעיקר הדין עיין מש״כ החכמת שלמה שם אהע״ז סי׳ צא,ד מש״כ בזה).

וכדברי תלמיד ר״ת שמעיקר הדין אין לחייב האדון, דייק הגרא״ז (אבן האזל, נזקי ממון א,א,טו) כן גם מדברי הרמב״ם (גניבה א,ט), וז״ל הרמב״ם: ״העבד שגנב פטור מן הכפל ובעליו פטורין, שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע״פ שהן ממונו מפני שיש בהן דעת ואינו יכול לשמרן, שאם יכעיסנו רבו וילך וידליק גדיש באלף דינר וכיוצא בזה משאר נזקין״. והוכיח מדבריו הגרא״ז דכל חיוב נזקי ממונו הוא משום חיוב שמירה, ולכן כשאינו יכול לשומרו אין בו חיוב נזקין מעיקר הדין. דליכא למימר דהחיוב הוא משום ממונו אלא שהוא פטור מטעם אונס דאינו יכול לשומרם, דא״כ יתחייבו הבעלים כשיכולים לשומר. דבשלמא אם כל החיוב על הבעלים הוא מצד חיוב שמירה, וכיון דעבד ואמה רוב פעמים אי אפשר לשומרם, לא חייבה התורה כלל בעליהם בשמירתם גם כשיכולים לשומרם. אבל אם חיוב הבעלים הוא משום ממונו המזיק ששמירתו עליך, רק דפטור משום אונס, א״כ אם יהיה היכי תימצי שיוכלו הבעלים לשמרו, יש לחייבו. ומש״כ שם הגרא״ז לדחות, היינו ליסוד שכתב שחיוב ממונו המזיק הוא מדין שמירה ולא מדין ממון, דכיון שאי אפשר לשמרו, אין ללמוד עבד משור. אבל לעצם הדין מבואר דמעיקר הדין כל מקום שיש עליך חיוב שמירה, חייב מי שחל עליו חיוב שמירה, ומ״מ בכל מקום שחייב שמירה ואין חשש של שמא יקניטנו, יש ללמוד משור. אולם לדחייתו של הגרא״ז, דוקא אם הוא ממונו יש ללמוד משור, ונפק״מ לפועל של בעה״ב ששמירתו עליו ויכול לשמרו, כיון שאינו ממונו, אין ללמוד כלל משור. משא״כ למש״כ בתחילת דבריו דהכל תלוי בחיוב שמירה, אפשר דגם בנדון כנדו״ד היה מקום ללמוד לחייב בעה״ב על נזקי פועל.

ונראה להביא ראיה לדרכו של הגרא״ז, מדברי רבינו יונה שהובא בתוס׳ הרא״ש (עיין בשטמ״ק ב״ק ד,א שהביאו), שאין לחייב עבד שהזיק כיון שאינו יכול לשמרו, דחיוב ממונו המזיק הוא מחובת השמירה, וע״כ מעיקר הדין אין לחייבו, וז״ל רבינו יונה (כפי שהובא בשטמ״ק מתוס׳ הרא״ש):

״ונראה בעיני דודאי עבד ואמה שהזיקו בשוגג, דין הוא שלא לחייב את רבם, דבחזקת שמור קיימי כיון דבני דעת נינהו והן שומרים עצמם ומדקדקים במעשיהם. אבל בודאי בשכוונתם להזיק ראוי לחייב את רבם, כדי שישמרם שלא יתכוונו להזיק, אלא לפיכך פטורין לפי שקשה לשומרם מלהזיק כיון שכוונתם להזיק. איכא דקשיא ליה, היכי ס״ד למימר מידי דהוה אעבד ואמה, מי לא הוה ידע דעבד ואמה פטורים שמא יקניטנו רבו, והלא משנה שלמה היא במסכת ידים. ונ״ל דהוה סבירא ליה השתא שאם היה ראוי לחייב הקרן מפני שכוונתו להזיק, כל שכן שיש לחייב בעבד ואמה שיש בהם דעת וכוונתם להזיק, ויותר שמירתם מוטלת על רבם שלא יתכוונו להזיק בין מחמת הקנטה בין שלא מחמת הקנטה, אלא לפיכך פטורים לפי שקשה לשמרם מלהזיק כיון שכוונתם להזיק. ואהדר רב אשי עבד ואמה לאו טעמא רבא וכו׳, כלומר עבד ואמה ודאי אי אפשר לו לשמרם כיון שמתכוונים לצאת מחמת שמירת רבם ולהקניטו. עוד י״ל, דהוה סבירא ליה שאין לפטור מן הטעם ההוא אם הזיקו שלא מחמת הקנטה, אלא עיקר הטעם הוא לפי שקשה לשמרם מלהזיק כיון שכוונתם להזיק. והטעם השנוי במשנה לדחות בו הצדוקים אמרוהו, שהיו אומרים קובל אני עליכם פרושים אם שורו וחמורו חייב בנזקו עבד ואמה לא כל שכן, וכדאמרינן בעלמא קשה בעיניכם שדחיתי אויבי בקש.״

ומבואר מרבינו יונה שעיקר חיוב ממונו המזיק מחמת חיוב השמירה המוטל עליהם, וכיון שקשה לשמרם, יש לפטור האדון מחיוב ממונו המזיק, כיון שאינו בכלל שמירתן עליך. ומה שדן רבינו יונה הוא בבאור דחית הגמ׳, אבל יסוד הדברים אחד, שחיוב המזיק הוא מדין שמירה, ורק בעבד ואמה שאינו יכול לשמרם שלא יזיקו בכונה, יש לפטור האדון.

ומ״מ גם אם נאמר שחיוב האדון בנזקי עבד ואמה הוא מדין שמירתם עליך, אין לדמות שכיר לעבד ואמה, דאף אם יכול לשמרו אין לחייבו מדין זה, כיון שתנאי יסודי בחיוב אלו ששמירתם עליך שיהיו ממונו, ולכן גם שומר חייב כיון שנכנס תחת הבעלים, כמבואר בב״ק נו,ב, ובלא״ה אין לחייב אף אם שמירתם עליך. ועיין בחזון יחזקאל לגר״י אברמסקי (ב״ק א,א ד״ה נכסין המיוחדין) דגם לרבינו יונה תנאי יסוד בחיוב האדון הוא בהיותו מחמת חיוב ממונו, רק ממון כזה שאינו יכול לשמרו, פטרוהו מלשלם. וכל עוד שאינו ממונו המזיק, אין נראה לחייבו מדין שמירה.

### ג. מנהג באחריות הקבלן

אלא דנראה דיש לחייב את הקבלן בנזק הפועל, דכמו שידוע לכ״ע, ואף בלא התנו בעה״ב והקבלן, שאם יגרם נזק או שהמלאכה לא תעשה כראוי ביחס למזמין העבודה, הרי האחריות היא על הקבלן, וכן נהוג והוא מנהג ברור, הרי שהקבלן בעצם הסכמתו לעבודה, נטל על עצמו כל אחריות או נזק שיגרם לבעה״ב או לכל גורם אחר ממהלך או כתוצאה מעבודת הפועל שעובד תחת הקבלן שקיבל על עצמו את העבודה, ואינו מפנה את בעה״ב וממילא גם לא את צד ג, לתבוע את הפועל, אף שהוא עצמו תובע את הפועל. שכן הוא המנהג גם במקום שנעשתה העבודה מכח רשיון או חוזה, וגם כשלא נעשתה מכח רשיון או חוזה, שלא מצאנו שיאמר הקבלן לפנות לפועל שיתקן את הנזקים שגרם בעבודתו. (ואין צריך לדמות להוכר הגנב, דכאן הוא מכח חיוב שקיבל על עצמו הקבלן, ובשומר יש פרטי דין שאינם שייכים לנדו״ד, עיין ב״ק קח,ב ושו״ע חו״מ רצד,ו). ובעה״ב כלל אינו מכיר את הפועלים שעובדים אצלו, וכל המו״מ וההסכמה הינה עם הקבלן ועל דעתו של הקבלן, הן לעצם העבודה והן לאחריות על תיקינותה וביצועה התקין. ועל בעה״ב הבונה מוטלת החובה שלא לגרום נזקים בעבודה, והוא מינה את הקבלן תחתיו שיהיה אחראי לכך.

בשו״ע חו״מ עב,ה פסק כרשב״א, דמי שנתמשכן על ידי נאמני הקהל על חלקו המגיע מהמס, ונגנב המשכון, אין לקהל ולא לנאמן דין שומר שכר. 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 לקהל, נעשו הקהל שומרי שכר. 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 שכר, אף שאינו שומר שכר, 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 שכר. 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 שכר לכל משכנות, ומתנה שומר חנם להיות כש״ש, וא״כ שורת הדין לחייבו.״

מבואר מדברי התומים, דאף שהנאמן שומר חינם, שאינו מקבל שכר, כיון שכך המנהג, הרי זה כהתנה. ונראה שזה מנהג גם מדין שכירות פועלים וגם מהלכות 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 שכר, הרי זה על דעת המנהג שומר שכר. ומדכתב התומים לדמות למתנה שומר חינם להיות כשומר שכר, 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 שדנין בדיני 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 זו לא היה שעת הירושה 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 להסברו, 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 דדבר 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 הקבלנים מבצעי העבודות שהם האחראיים על כל הנזקים, הן לעצם העבודה והן נזקים אחרים מחמת העבודה, אדעתא דהכי נכנסו לעבודתם, ביודעם שכך יש לנהוג, והרי זה כהתנה שוכר להתחייב. 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 בילגורייא) חחו"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 חינם 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 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 הלוה לטעון פרעתי, אין מנהג שנהגו בני העיר שאינו נאמן לומר פרעתי, אף שאם כך נהגו היה לו ללוה לחשוש ולפרוע בעדים או בשובר, מ"מ אין מנהג כזה מבטל הלכה מפורשת שיכול לטעון פרעתי, ורק אם יתנו בני העיר שעל הלוה 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.

אך כל זה י"ל במנהג השומרים, אולם במנהג אחריות פועלים, אין זה מנהג כחיובי השומרים, וכמש"כ לעיל דבשכירות פועלים שמעיקרא אזלינן כמנהג בני המדינה, וכאן זה בגדר חיובים של שכירות קבלן, כיון שכך המנהג שהקבלן אחראי על נזק הפועל, אזלינן בתריה. וידוע שעל דעת כן שוכרים את קבלני השיפוץ, ואינם מכירים את הפועלים שיביא עמו, וכל הדו"ד והמו"מ הוא עם הקבלן, וברור וידוע שהקבלן הוא האחראי על העובדים, ועליו לעמוד ולשמרם, ובכל אופן חייב באחריות לכל נזקיהם, ולולי אחריות זו, לא היו שוכרים את הקבלן. וע"כ מכח המנהג יש לחייבו.

ואציין מה שכתבתי בעבר (עיין מה שכתבתי בח"ה כז/ו), כי יש עיסוקים אשר ע"פ החוק מחייבים רשיון, וירידה לעבודה מחייבת אישורים שונים, ואישורים אלה מטילים את האחריות על מוציא הרשיון, ויש בהם התחייבות ואחריות של מוציא הרשיון לכל נזק שיגרם לצד ג, ובמקרים אלה יש לבחון ע"פ החוק מי הוא האחראי

כלפי רשויות החוק לנזקים של צד ג, וביצוע העבודה הוא בכפוף לנהוג מכח החוק. ואם במסגרת אותו רשיון ואישורי בניה חייב בעה"ב (הדייר במקום שאצלו בונים) באחריות לנזקים לצד ג כנהוג וכמקובל, הרי שיש לחייב את בעה"ב, והוא יתבע את הקבלן, מפני שהקבלן חייב כלפי בעה"ב וכנ"ל. לכן ככל שמדובר בשיפוצים בדירה קיימת, הרי התביעה היא על מי שאצלו מבוצעות עבודות השיפוץ, והוא יתבע את הקבלן, גם אם לא הוצא לעבודה רשיון ולא נערך חוזה בין הקבלן לבעה"ב. דלענ"ד הוא מנהג ברור שבעה"ב שאצלו מבוצעות עבודות השיפוץ, הוא האחראי לכל נזק, והקבלן הוא האחראי כלפי בעה"ב. ואם הקבלן הוציא אישורי בניה ואישורי הבניה על שמו, הרי שהתביעה הינה ישירות נגד הקבלן. וכל הנ"ל הוא מכח התחייבות מוציא הרשיון או מכח המנהג וכנ"ל.

**לאור האמור לעיל, ככל שמדובר בבניה שהוציאו בגינה אשורי בניה, הרי שמוציא האשור הוא האחראי לכל הנזקים שיגרמו לצד ג. ואם לא הוציאו בגינה רשיון בניה, חייב בעה"ב מזמין העבודה בכל נזק שיגרם לצד ג', והקבלן מבצע העבודה, הוא האחראי כלפי בעה"ב, והוא יתבע את הפועל.**