

משפטיך ליעקב

פסקים ותשובות

בדיני ממונות

שבין אדם לחבירו ובין איש לאשתו

חלק תשיעי

מאת

צבי יהודה בן יעקב

דיין בביה"ד ת"א

ישראל, התשע"ו

ניתן לקבל תקליטור של חמשת החלקים הראשונים.

ניתן לקבל מפתחות מפורטים על תשעת 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"ו

תוכן הענינים

סימן א פתירת דין ז
 א. עיכוב ביצוע פסה"ד. ב. ערבות או משכון להארכת הזמן, וסתירת דין.

סימן ב מספר שאלות בענין פרוזבול טו
 א. המוסר שטרותיו לבי"ד. ב. דיינים קרובים למלוה או ללוה. ג. חזקת חיוב.
 ד. ספק איסור דרבנן ותקנת חכמים. ה. כשהדין נובע מהאיסור. ו. מלוה שעשה פרוזבול בחו"ל, בשעה שבמקום הלוה כבר ר"ה.

סימן ג בדו"ד בענין תשלום על פחורה מד
 א. פורע תוך זמנו בסתם הלואה. ב. סתם שכירות אם נאמן לטעון פרעתי תוך זמנו. ג. כשמרויח בפרעון המוקדם. ד. חיוב שבועה.

סימן ד חזרה מטענות בכתב ס
 א. חוזר וטוען. ב. תיקון הטענה בפירוש רחוק, ובנותן אמתלא לטעותו. ג. חזרה מטענות בכתב. ד. הודאת מורשה. ה. עדות המוכר – פסיקה באומדנא. ו. דמים מודיעים.

סימן ה פרעון חוב בתשלומים פו
 א. כשהגיע זמן הפרעון. ב. לתבוע מהערב.

סימן ו ערב קבלן לאחר מתן מעות צד
 א. קנין בערב קבלן. ב. בטעם הקנין. ג. חתם בשטר, אם צריך קנין. ד. חתימה כסיטומתא.

סימן ז ערב בתמורה לביטול עיכוב יציאה קט
 א. מחלוקת הראשונים בערב לגופו. ב. כשיש צורך בחייב עצמו. ג. תביעת הערב כנגד הבעל.

סימן ח מניעת נזק עשן קכב
 א. אין חזקה בקוטרא. ב. כשאינו עשן כבשן או לא תדיר. ג. ספק נזק. ד.
 כשיש לשכן רגישות לעשן.

סימן ט נזקי עשן בשריפת חמין קלז
 א. עשן רב, אך אינו תדיר. ב. חזקה בעשן לא תדיר. ג. עשן לדבר מצוה.

סימן י העמדת קראוון בחניה פרטית קנו
 א. טענה שגם התובע מזיק. ב. שימוש לא מקובל בחצר השותפים.

סימן יא ספר תורה שניתן לבית כנסת (3) קסב
 א. חזקה מה שתחת יד אדם, ובדברים העשויים להשאל ולהשכיר. ב. גדר
 דברים העשויים להשאל ולהשכיר. ג. שיטת הרמב"ם. ד. מתנה מוגבלת. ה.
 בבאור דעת הרא"ש.

סימן יב דין קדימה לשוכר בדירה מושכרת קפב
 א. טעם לדין מצרנות. ב. מצרן בשכירות. ג. בשכירות גוף הבית. ד. סרוב השוכר
 להעלאת השכ"ד, אם מהוה מחילה על זכות המצרנות. ה. מצרנות בבתיים.

סימן יג פרוק חברה עקב פטירת שותף רח
 א. זכות קדימה לשותף לרכישת חלק מהשותפות. ב. שותף בדבר שאינו מטלטלין,
 והדין במוכר שט"ח. ג. ביטול השותפות במיתת השותף. ד. אם השותפות
 מתבטלת ממילא. ה. שותפים בחברה בע"מ.

סימן יד מכירת חמין של חבירו, כשלא מינהו שליח רכג
 א. חבירו מתרצה. ב. קידש בדבר שאין בעה"ב מקפיד. ג. זכין לאדם ולא מאדם.

סימן טו שליח עשינה רמב
 א. ידע המוכר שהוא שליח. ב. אם יש לחוש שהתנה בין לתקן ובין לעוות. ג.
 יד פועל כיד בעה"ב.

סימן טז תשובות קצרות בעניני תיווך ושידוכים רנג
 א. פעולה שבצורתה ומהותה מהוה מעשה של תיווך/ שידוך. ב. מתווך או מגשר.
 ג. בטל מעשה הראשון. ד. שותפים שתיווכו/ שידכו. ה. מתווך שאינו מקבל
 שכר.

סימן יז קיום עיסקה באמירת "מזל וברכה" רסז
 א. מעשה קנין או דין בעלות. ב. נהגו להקנות בדיבור. ג. חתמו על חוזה מכר
 שאין לו תורת שטר.

סימן יח נתינת מתנה בדיבור רעח
 א. מתנה מרובה בעני. ב. מיהו עני. ג. אם היורשים חייבים לקיים הבטחתו.

סימן יט מסר מודעא על הסכם גרושין רצה
 א. מודעא על אונס. ב. פחות משוויו. ג. פשרה כמכר.

סימן כ דו"ד בענין קניה של מגילת אפתר ישנה שח
 א. שור לחבירו ונמצא נגחן. ב. אי בדיקת כשרות המגילה קודם הקניה. ג.
 כשהלוקח לא שילם עדיין. ד. אם חייב המוכר לצאת ידי שמים.

סימן כא טענת אונאה בעבודת שיפוצים שכה
 א. אונאה בזרעים וקרקע. ב. בקבלנות קרקע. ג. אונאה בקבלן. ד. ביותר משתות
 וא"א להחזיר המקח. ה. אומן קונה בשבח כלי בקרקע. ו. טענת הקבלן.

סימן כב מכר רכב ונמצא מום שמה
 א. ספק מתי נוצר המום. ב. כשאינן חזקת הגוף. ג. יכול להבחין ע"י בדיקה. ד.
 תנאי שלא יטען טענת מום.

סימן כג תפיסת מקום חניה שסט
 א. הבטה בהפקר. ב. עני המהפך בחררה. ג. ארבע אמות.

סימן כד שכ"מ שנדרר ומת..... שפ
 א. מקדיש חוב. ב. במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ, כשהגזלן מסכים להקדש. ג.
 כשהמצוה שכ"מ.

סימן כה צואה לא ברורה..... שצט
 א. בית בביתי מראהו נפול. ב. כשכתוב בשטר דלא כאסמכתא וכו'. ג. חלוקת
 המתנה באומדנא, נגד הלשון. ד. חלוקה לזמנים.

סימן כו חיוב שמירה במוצא אבירה..... תט
 א. קנין ד אמות במקח וממכר. ב. ד אמות בגניבה. ג. תקנת חכמים שיהיה
 הוא הבעלים. ד. ארבע אמות - כחצר או תקנת חכמים. ה. כשאינו רוצה בד'
 אמות. ו. אם קונה שלא מדעתו. ז. באיסורא אתי לידיה כשבא לחצירו קודם
 יאוש. ח. בשיטת הרמב"ן שבאיסורא אתי לידיה וחשיב שומר לבעלים. ט. חיוב
 ההשבה משעת ראייה. י. חיוב תשלומין.

סימן כז טלית שהוחלפה..... תנז
 א. התחלפו כליו בבית האומן. ב. אופנים שיכול להשתמש. ג. דרך להשתמש
 כשבאיסורא אתי לידיה.

סימן כח בחיובי משכיר כלפי שוכר..... תסח
 א. מעשה אומן ומעשה הדיוט. ב. בית זה ובית סתם. ג. מנהג מדינה.

סימן כט שוכר שהשביח..... תעח
 א. שדה העשויה ליטע. ב. גדר רוח רביעית. ג. מחה בשוכר שלא להשביח.

סימן ל נטל המוכר את מזוזות הבית..... תצג
 א. לשון בני המדינה. ב. האיסור ליטול מזוזה מהבית.

סימן לא משאיל רכב תמורת תשלום הוצאות..... תקא
 א. פרוטה דרב יוסף. ב. כל הנאה שלו. ג. הודיע על ויתור התשלום.

סימן לב שואל שנהנה פחות משה פרוטה..... תקיח
 א. ליראות או פחות מש"פ. ב. חיוב מכח השתמשות.

סימן לג נזק לקבצים דיגיטאליים..... תקכח
 א. אם בכה"ג חשיב נזק ניכר. ב. בדין שף מטבע. ג. חיוב מדין גרמי. ד. שומר שגרם בפשיעתו לנזק הקבצים. ה. תשלום הנזק. ו. לא העלה בדעתו שאין גבוי.

סימן לד חזקת כהונה..... תקסד
 א. שויה אנפשיה חד"א כשאינו שומר תו"מ. ב. לאסור בניו בגרושה. ג. כהנים בזמניו שאין להם כתב יחוס.

סימן לה בדין קטלנית..... תקעט
 א. באיסור תמר לשלה. ב. בדיעבד אם נשאת. ג. מעין או מזל גורם. ד. נתן עיניו לגרשה.

סימן לו עד בחופו"ק שטוען שלא ראה נתינת הטבעת..... תקצז
 א. עדות ידיעה. ב. עד אחד שלא ראה הנתינה. ג. כשלא ראו המתקדשת או אין מכירים אותה.

סימן לז כפית תשלום חוב מזונות באמצעות מאמר, ותביעת חוב ממושט רגל..... תרטז
 א. באיסור של לא תהיה לו כנושה. ב. בספק אם יש לו נכסים. ג. כפיה במאסר באינו משלם מזונות.

סימן לח חיוב בעל בקבורת אשתו..... תרכו
 א. קבורתה תחת ירושתה, כשאין לה נכסים. ב. כשמסתלק מהירושה. ג. חיוב קבורה לפי כבודה וכבודה.

סימן א

סתירת דין

ראשי פרקים

א. עיכוב ביצוע פסה"ד

ב. ערבות או משכון להארכת הזמן, וסתירת דין

בדו"ד בין ראובן לשמעון בדבר פרעון חוב, וטען שמעון טענת פרעתי, וביה"ד פסק כי על שמעון להביא ראיה על הפרעון תוך 30 יום. לאחר 30 יום בקש שמעון 30 יום נוספים, בטענה שלא התפנה לחפש את המסמך המדובר (הוכחת העברה מחשבון הבנק). ביה"ד הסכים למתן ארכה זו, ובלבד ששמעון יפקיד בביה"ד ערבות בנקאית/ מזומן ע"ס 3000 יורו, שאם יתברר שאין לו ראיה, הסכום יוחלט לתובע על נזק או נזקי גרמא. שמעון לא השיב דבר במשך 30 יום, וכמה ימים אח"כ הוציא ביה"ד פס"ד המחייב את שמעון בתשלום החוב. עם קבלת פסה"ד, שלח שמעון מסמך שלדבריו מהוה ראיה לפרעון החוב באמצעות העברה בנקאית, ובקש לסתור את פסה"ד ולקיים דיון בענין. (יצוין כי במהלך הדיון כבר הוזכרה העברה זו, והיתה הכחשה בין ראובן לשמעון בסיבת העברה). השאלה אם על ביה"ד לקיים דיון מחדש, או להתנות את קיום הדיון בהפקדת ערבות בנקאית/ מזומן, ואם לעכב את ביצוע פסה"ד.

א. עיכוב ביצוע פסה"ד

תנן במשנה סנהדרין לא, א: כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין (הבא לבית דין ולא היה שטר זכותו בידו, ויצא מבית דין חייב, ולאחר זמן מצא שטר זכותו והביאו. בית דינו סותרין לו דינו שפסקו, ומחייבין את שכנגדו – רש"י) אמר לו כל ראיות שיש לך הבא מיכן עד שלשים יום מצא בתוך שלשים יום סותר לאחר שלשים יום אינו סותר אמר רבן שמעון בן גמליאל מה יעשה זה שלא מצא בתוך שלשים ומצא לאחר שלשים. אמר לו הבא עדים ואמר אין לי עדים, אמר הבא ראיה ואמר אין לי ראיה, ולאחר זמן הביא ראיה ומצא עדים, הרי זה אינו כלום (שהרי אמר אין לי, וחיישינן שמא זייף או שכר עדים). אמר רבן שמעון בן גמליאל מה יעשה זה שלא היה יודע שיש לו עדים ומצא עדים, לא היה יודע שיש לו ראיה ומצא ראיה. ובגמ' שם; אמר רבה בר רב הונא, הלכה כרבן שמעון בן גמליאל. ואמר רבה בר רב הונא, אין הלכה כדברי חכמים. פשיטא, כיון דאמר הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, ממילא ידענא דאין הלכה כחכמים. מהו דתימא הני מילי לכתחילה אבל דיעבד שפיר

דמי, קא משמע לן דאי עביד מהדרינן ליה. אמר לו הבא עדים כו', אמר רבן שמעון בן גמליאל כו', אמר רבה בר רב הונא אמר רבי יוחנן הלכה כדברי חכמים, ואמר רבה בר רב הונא אמר רבי יוחנן אין הלכה כרבן שמעון בן גמליאל. פשיטא, כיון דאמר הלכה כדברי חכמים, ממילא ידענא דאין הלכה כרבן שמעון בן גמליאל. הא קא משמע לן דבההיא אין הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, הא בכלהו הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, לאפוקי מהא דאמר רבה בר רב חנה אמר רבי יוחנן, כל מקום ששנה רבן שמעון בן גמליאל במשנתנו הלכה כמותו, חוץ מערב וצידן וראיה אחרונה. וכך פסקו הראשונים ברישא כרשב"ג, וכפי שנפסק בגמ', שאף אם אמרו לו להביא תוך ל יום, אם מצא אח"כ ראיה, סותר הדין. וכן פסק הרמב"ם בהל' סנהדרין ז,ו: "מי שנתחייב בבית דין והביא עדים או ראיה לזכותו, סותר את הדין וחוזר הדין, אף על פי שכבר נגמר הדין, כל זמן שהוא מביא ראיה סותר. אמרו לו הדיינים כל ראיות שיש לך הבא מכאן ועד שלשים יום, אף על פי שהביא ראיה לאחר שלשים יום, סותר את הדין. מה יעשה אם לא מצא בתוך שלשים ומצא לאחר שלשים".

ומזה יש לנו ללמוד שאין בהלכה מושג של סופיות דיון, וגם לאחר מתן פסק הדין, אם טוען שיש לו ראיות לסתור, ולא אמר קודם פסק הדין שאין לו ראיות, יכול לסתור הדין. אף שבית הדין חייבים לפסוק הדין לאחר הזמן שקבעו להבאת הראיות, מ"מ קיי"ל כרשב"ג שיכול אח"כ לסתור הדין. וכן פסק בשו"ע חו"מ טז,א: "אמר אחד מבעלי הדין יש לי עדים להביא, נותנין לו זמן שלשים יום, ולאחר שלשים יום פוסקין הדין, (רמ"א: וצריך לשלם). ואם מביאן אחר כך, יסתור הדין".

וממהלך דברי הראשונים נראה, שביה"ד פוסק לפי החומר שבפניו, תוך שהוא מציב זמן, בהתאם לנסיבות הענין, שאם נראה שיש צורך בזמן ארוך יותר להמצאת הראיות, יתנו מלכתחילה זמן ארוך יותר, ובמידה ולא, יתחמו את הזמן כפי הנראה בעיניהם, ובלבד שאם ימציא ראיה לסתור הדין, יוכל לעשות זאת אח"כ, תוך בחינה של ביה"ד האם מדובר בראיה של ממש או בעלילות דברים לעיכוב ביצוע פסק הדין. ועיין ברמב"ם מלוה ולוה כב,ב: "טען ואמר שטר זה שנתקיים בפניכם מזויף הוא, אני אביא ראיה ואבטלנו, והעד במקום פלוני והם פלוני ופלוני, אם נראה לדיינין שיש ממש בדבריו, קובעין לו זמן להביא עדיו, ואם נראה להם שאינו בא אלא בעלילות דברים ובטענות של דופי, אומרים לו שלם ואח"כ אם יש לו ראיה יחזור. ואם היה מלוה אלם ושמא אינו יכול להוציאו מידו, מניחין על ידי שלישי". ועיי"ש במגיד, שציין דמקור דברי הרמב"ם מהא דב"ק קיב,ב. הרי שכל ענין עיכוב ביצוע פסק הדין נתון לשיקול דעת ביה"ד, וכן אופן הביצוע, בהתאם לנסיבות.

ומקור דברי הרמב"ם הם מתש' הרי"ף (סי' רה, עיין באור שמח מלוה כב,ב שציין לתש' רי"ף זו כמקור לדברי הרמב"ם), דמן הדין יש לבי"ד ליתן זמן עד שילך

לאותו מקום ויביא ראיה, ואם מתברר לבי"ד שאינו אומר כן אלא להשתמט מביצוע לדחות מעליו את בצוע הדין, אין נותנין לו זמן כל עיקר אלא חייב לפרוע, ואם יביא ראיה, ביה"ד יסתור הדין. ואם התובע עני ויש חשש שאם יפרע הנתבע לתובע לא תהיה אפשרות לגבות מהתובע כשיסתרו הדין, אין נותנין הממון לתובע אלא לשליש, ואומרים לנתבע אם לא תביא ראיה עד זמן פלוני, ינתן הממון למלוה. הרי שמהרי"ף מבואר גם שתוחמים את פרק הזמן שיהיה הממון ביד שלישי, שאל"כ לקתה מידת הדין ולעולם לא יקבל התובע העני את כספו, אלא שקובעים זמן בהתאם לנסיבות, כשלאחר הזמן אם לא יביא ראיה, יתן השליש את הכסף לתובע. ועיין בתש' הרי"ף (סי' רעא), דאף שנותנים בי"ד זמן של ל יום, אין זה בדוקא ל יום ואינו גזירת הכתוב, אלא הכל לפי הענין ולפי שקול דעת ביה"ד, וז"ל הרי"ף: "אם ראה בית דין שאינו צריך אלא לפחות, נותן לו פחות, וכן אם היה צריך ליותר, נותנים לו יותר, אלא אורחא דמילתא שלשים יום". ודברי הרי"ף והרמב"ם, הביאם בעה"ת ג,ז,ב, ועיין בגדו"ת שם.

וכן מבואר בדברי הריטב"א בתש' (סי' כו). הריטב"א נשאל ראובן שהוציא שט"ח שיש לו על שמעון ולוי, ותובע את שמעון לפרוע, וטוען שמעון; "שהיה במחשבתו כי אחיו לוי פרע שטר זה בעדים, כולו או מקצתו, או שמחלו", והניח לוי שטר השובר או שטר המחילה במקום שאינו ידוע לו, ומבקש שמעון שיתנו לו זמן לחפש השובר או שטר המחילה באותן המקומות. וראובן משיב שטענת שמעון אינה אלא אמצעי שלא לפרוע את השטר מידית, וכבר מתדיינים זמן רב בענין, והיה בידו לחפש השובר. והשיב הריטב"א, ע"פ דברי הרמב"ם בהל' מלוה ולוה כב,ב (הנ"ל), דעיכוב ביצוע פסק הדין תלוי בשיקול דעת ביה"ד, עד כמה נראית הטענה נכונה ואמיתית, ולא באה להתחמק מהחיוב המוטל עליו לכאורה. שכל שהטענה נראית כנה, כך יעכב ביה"ד את ביצוע תשלום החוב. המבחן יהיה אם מציין את שם העדים או המקום שבו יתכן והניח השטר, או מקום המחילה/ הפרעון. וז"ל הריטב"א בתשובתו:

"ולא אמרו הגאונים לקבוע לו זמן אלא כשטוען בבריא ומסיים המקום והעדים, כמו שכתוב בדברי מרן ז"ל הנזכרים, דכיון שהוא טוען בבריא ומסיים העדים ושם, חיישינן שמא יש ממש בדבריו, שלא היה מעיז פניו כל כך בפני ב"ד לומר כן אם לא היה בהם קצת ממש. ולפיכך יש לחוש לדבריו כשנראין שיש בהן ממש ולקבוע לו זמן. אבל כשטוען טענת ספק וכפי מחשבה, אין לחוש לדבריו כלל, אלא מוקמינן שטרא אחזקתיה ולא מרעינן ליה כלל משום טענת שמא של זה. ולפיכך אנו רואים שאין לכם לקבוע לו זמן אלא שתאמרו לו שישלם. ואח"כ אם יש לו שובר או ראיה אחרת או מחילה, מחזיר

לו ראובן, דהא קי"ל כי האי גוונא, אנן אחתינן ליה ואנן מסקינן ליה, ולזילותא דבי דינא לא חיישינן.

הריטב"א מציין את המבחן לעיכוב התשלום, עד כמה שהטענה נראית רצינית, דהיינו ע"י סיום מקום וסיום העדים, ואפשר אף סימנים אחרים המורים שיש טעם ואמת בדבריו. אולם מאידך גיסא, טענת ספק וכפי מחשבה, אין לחוש לטענתו, ועליו לשלם מיד, ואם יביא ראיה, ביה"ד יסתור הדין, ואין לחוש בכגון זה לזילותא דבי דינא, דאנן אחתינן ליה ואנן מסקינן ליה, ולזילותא דבי דינא לא חיישינן.

עוד מוצאים אנו בתש' הריטב"א (סי' מב), בענין נתבעים (יורשי ראובן) שמבקשים לקבוע זמן ארוך להבאת הראיה שבידם לפטור משטר המתנה שביד יורשי שמעון, והתובעים טוענים כי בכך יגרם להם נזק, מאחר שכבר קבעו מועד אצל מושל העיר להביא שטר זה, ואם יתנו לנתבעים זמן כבקשתם, יפסידו זכותם אצל מושל העיר. ועל כך השיב הריטב"א, שאף אם לא יתברר באופן מוחלט שהזמן שתובעים הנתבעים הוא להשטט מהדין, מ"מ כיון שיורשי שמעון קבעו להם זמן אצל מושל העיר להראות שטר המתנה ליום נועד, אין לקבוע זמן ליורשי ראובן להביא ראיתם אלא תוך הזמן שנקבע לבני שמעון, כדי שלא יפסידו זכותם אצל מושל העיר. והביא ראיה מב"מ קיח,א, לענין כותל ואילן שנפלו לרשות הרבים, דלא אמרו זמן בי"ד ל יום אלא בדבר שניתן להמתין עד שלשים יום, ולא היה יכול לעשותו בהרוחה קודם לכן. אולם בדבר שאין אפשרות להמתין, כיון שעלול לבא נזק לאחרים בנתיים, כגון כותל ואילן שעומדים ליפול, או כההיא דכדו וגמלו שנפלו לרשות הרבים (ב"ק כח, ב – כט,א), אין קובעין לו זמן שלשים יום אלא כופין אותו לסלק מיד בענין שלא יזיקו. וכן הסיק הריטב"א לנדון שאלתו, שהרי תביעת בני שמעון ברורה, שיש בידם שטר הודאה משטר המתנה שביד ראובן, וכיון שבני ראובן באים לפטור עצמם מלהשיב עליה בטענה שיש להם ראיה של פטור מן התביעה ההיא, עליהם להביא הראיה תוך הזמן שלא יאבדו בני שמעון זכותם: "וכל שכן כי לפי הנראה מאחר שהדיין שבידו שטר הראיה שלהם הוא בעיר, קרוב הדבר שיוכלו להפיק ראיתם בזמן מועט, וכל שאפשר להביא ראיה בזמן מועט, אין מעכבין את הדין לבטלה לתת לו זמן מרובה, אפי' בדבר שאין בו פסידא". ומבואר מהריטב"א כי עיכוב בביצוע פסה"ד כדי להביא ראיה, צריך להמדד אם אין הפסד לתובע, וכן יש לבחון את הזמן הנכון להבאת הראיה, ואין ליתן זמן מעבר לכך, גם אם אין נזק לתובע.

וכן נמצא בתש' הרשב"א (ח"ג סי' לא). הרשב"א נשאל האם זמן בי"ד ל יום, הוא זמן מוחלט, ואין נותנים יותר, אבל פחות נותנים. והשיב הרשב"א דהכל לפי שקול דעת ביה"ד, ופעמים נותנים יותר ופעמים פחות, והכל לפי הענין ושקול דעת

ביה"ד. דקביעות זמן לפרעון החוב ל יום, ופעמים נותנין שלשים ועוד שלשים, ושוב עוד שלשים, כדאיתא בב"ק קיב,ב: כתבינן פתיחא עלויה תשעין יומין, תלתין קמאי לא נחתינן לנכסיה, דאמר קא טרח בזווי וניזוף, מציעאי נמי לא נחתינן ליה לנכסיה, דאמר דלמא לא אשכח למיזף וקא טרח ומזבין, בתראי נמי לא נחתינן לנכסיה, דאמר לוקח גופיה קא טרח בזווי, לא אתא, כתבינן אדרכתא אניכסיה. ומבואר שם בגמ' דפעמים ממתנינים יב חודש, ופעמים שאין נותנים אלא שני ימים, ובשלישי שיעמוד לפני ב"ד; "והרבה זמנים יש לבי"ד, למי שהוא במקום קרוב או במקום רחוק, שצריכין בית דין להודיעו, והכל לפי מה שהוא ענין".

וע"ע בתש' הרשב"א (ח"ד סי' טז), דאם התובע גברא אלימא, ויש חשש שאם יביא הנתבע עדים לאחר ל יום, לא יוכל הנתבע להוציא מיד התובע מה שגבה בב"ד, מסתברא שמאריכים הזמן, ואפי' עד יב חדש. והביא ראה מב"ק קיב,ב. והוסיף הרשב"א, דזמן שנותנים לו עד ל יום, אין צריך לפרש שמות העדים, אולם אם נותנים לו יותר מל' יום, מהטעם הנ"ל שהתובע אלם, צריך לפרש שמות העדים: "ולפרש שמות העדים, אם הזמן מועט כשלשים יום, אפשר שאינו צריך לפרש. אבל ראוי להאריך הזמן מפני שהתובע גברא אלמא, כמו שאמרנו. נראה שצריך לפרש, כדי שלא ידחנו במתכוין עד יב חודש. ובכענין זה אמרו, פרעתין בפני פלוני ופלוני, והלכו להם למדינת הים. ומ"מ מסתברא שכל מה שתלוי היא אחר ראיית הב"ד, שלא יהא השמטה בדבר". דעדיין אם נראה לבי"ד להאריך הזמן מפני שאין כאן השתמטות מתשלום החיוב, יכולים להאריך לפי שקול דעתם, גם אם לא פירש שמות העדים, אם נראה שהטענה אינה שקרית. וכן הוא ברשב"א (ב"ק קיב,ב), על הא דאי לא אתא, נטרינן ליה שני וחמישי ושני, ז"ל: "מסתברא דדוקא בדאמר דאית ליה סהדי לאורועי שטרא הכא, אבל אי טעין ואמר אית לי סהדא באתר רחיק דלא אפשר לאתויינהו גו שני וחמישי ושני, הא מלתא תליא בהכרת ב"ד אם מכירין שהוא גברא מהימנא ולא מכוון לאערומי, נטרינן ליה טפי, ואי לא – לא".

וכן מבואר בדברי הרמב"ן (ב"ב קסט,ב), דזמן בי"ד שנותנים ל יום, הוא לאפשר להוציא הדין לאמיתו: "ובלבד להוציא הדין לאמתו ולא לבא בעקיפין, שכל זמן ב"ד אינו מן הדין, אלא מדת רחמים נהגו חכמים עם בעלי דינין שלא לדחוק יותר מדי". ומזה נלמד דבמקום שנראה שהזמן הוא לשבש את פסה"ד ולא לפרוע, אין לבי"ד ליתן זמן אלא כפי הנצרך לדעתם. ועיין עוד בתש' הרא"ש פ,ב, דהכל לפי שקול דעת ביה"ד, ליתן לו זמן אם רואים שהעדים הרחיקו ממקום ביה"ד: "ומי שלא הביא עדותו תוך זמן שנתנו לו בית דין, דהיינו ל יום, ודאי אם הדבר ידוע וגלוי שהיו עדים פלוני ופלוני באותו דבר והרחיקו נדוד, נותנין לו זמן בית דין עד

שיוכל להביא עדים, ואם אינו ידוע, אין נותנין לו זמן יותר, דאם לא כן אין לדבר סוף, אלא חכמים קבעו זמן הקצוב לכל ל יום".

ונחלקו האחרונים מתי נותנים ב"ד זמן של ל יום. על דברי המחבר שם ס"ד: "אם נראה לדיינים שיש ממש בדבריו, קובעים לו זמן להביא עדיו. ואם נראה להם שאינו בא אלא בעלילות דברים ובטענות של דופי, אומרים לו שלם, ואחר כך אם יש לו ראייה יחזיר", כתב הסמ"ע צח,ז, דהמחבר סתם ולא כתב כמה זמן נותנים לו להביא עדים, משום שהוא לפי ראות הב"ד כמה זמן צריך לו. ורק כשאין הב"ד יכולים לשער הזמן, נותנים לו ל יום, וזו כוונת הטור והרמ"א (סו"ס ד). ובאורים צח,ז כתב לבאר כדברי הגדו"ת (ג,ז,ב), דמן הסתם שאין בית דין יודעים אם יש ממש בדבריו, וכוונתו באמת להביא ראיה, או רק דעתו לערמה ולהרוויח הזמן, נותנים לו זמן ל יום, אולם יש להם לשער בכל מקרה לפי ענינו, וחלק על מש"כ הסמ"ע שכשאנם יכולים לשער נותנים ל יום, וכי לא יהיה כח ב"ד יפה לשער זמן הראוי. ולדבריו הסכים הנתיבות צח,ב, דהזמן הוא כפי ראות עיני בית דין, ויש להם לשער בכל מקרה ומקרה. ועיין עוד ביש"ש ב"ק י"ב.

ואיתא בב"ק מו,ב: מניין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה, שנאמר; מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש דבריו אליהם. ופירש רש"י שם, כגון ראובן תובע לשמעון מנה שהלוהו, ושמעון משיבו תפסת משלי, ותובע שיחזיר מה שתפס, או שטוען שיש ביד התובע משכון ונפחת דמיו, דנזקקין לטענת התובע ומוציאין לו המנה מהנתבע, ואח"כ נזקקין לנתבע לדון על התפיסה והמשכון. ובתוס' שם (ד"ה שאין) כתבו, דלרש"י מיירי במלוה בשטר, שאל"כ נאמן הנתבע בטענת פרעתי, דהמלוה את חבירו בעדים, אין צריך לפרעו בעדים. והקשו התוס', דאם יש לנתבע עדים מוכנים לבא לב"ד לאלתר, או טוען שיביא עדים תוך ל יום שתפס התובע משלו, מדוע יגבה התובע תחילה, והרי אם יבקש הנתבע ל יום לפרוע חובו, נותנים לו ל יום שהוא זמן ב"ד. ואם הנתבע אומר שיביא עדים שלו לאחר ל יום, אפי' בלא הפסוק מי בעל דברים, לא היינו שומעין לו ואפי' זילו נכסיה, דאטו אם אומר שלאחר שנה או שנתיים יביא עדים, נמתין לו בפרעון. ותירצו התוס', דהנתבע אומר שמות של עדים שהיו בשעת מעשה, ואנו יודעים שהוא אומר אמת בזה שהיו בשעת המעשה, ואי לאו קרא הוה אמינא שראוי להמתין להם אפי' סופן לבא לזמן מרובה. ומבואר לכאורה שאפי' אנו יודעים שהיו בשעת מעשה, אין נותנים יותר מל' יום. ועיין בחזו"א (ב"ק יב,ג) דיש לחלק אם הטענה כבר מבוררת, לבין אם עדיין צריך לברר דבריו, דהתוס' מיירי דיודעים שהיו העדים בשעת מעשה, אך לא ברור מה יעידו, דבזה גזירת הכתוב דנזקקין לתובע וישלם הנתבע. משא"כ אם טענת הנתבע מבוררת, אין זו מידת הדין שישלם הנתבע ואח"כ ידונו בטענת הנתבע. ועיי"ש מש"כ באות יד.

ב. ערבות או משכון להארכת הזמן, וסתירת דין

וכשנראה לבי"ד שיש בכוונת הנתבע להאריך זמן ולמנוע את ביצוע הפס"ד, יכולים בי"ד לקבוע זמן, ולבקש ממנו ערבות על נזקים שיגרמו לתובע באי קיום פסה"ד. כך נמצאנו למדים מדברי מהרי"ק בתש' (סי' יד), וז"ל: "ועל אשר לא רצה ליתן לו זמן מבלתי ערבות, מה אוכל להשיב בזה, הלא אין לתפוס על הדיין אם לא בראיה ברורה, כי ידעת שביד הדיין לפעמים לעשות דבר יראה כנגד היושר, אם יראה לו שהבעל דין דוחה או מרמה, דבר זה תלוי בראות עיני הדיין רק שיעשה לשם שמים". הרי שלדעת מהרי"ק יכול הדיין לדרוש ערבות להארכת זמן, אם נראה לו שהחייב דוחה או נוקט בדרכי מרמה. ואף שאין לדיין הוכחה בזה, נראה דכיון דכל ענין הזמן תלוי בשקול דעת ביה"ד, הרי שיכול ביה"ד לפי שקול דעתו לא לאפשר הארכת זמן הביצוע, ויכול להתנות בהפקדת ערבות. ועיין בתש' מהר"מ מרוטבורג (דפוס לבוב סי' רסז), דלענין זמן בי"ד של ל יום, אין ביה"ד יכול לדרוש מהנתבע להפקיד משכון. ונראה דזמן ל יום הוא זכות מינימאלית של הנתבע, וכמו שיש לו זכות להתדיין, כמו כן יש לו זכות לדרוש להמתין ל יום לתשלום או להביא ראיה.

ומ"מ כאשר מביא הנתבע ראיה לסתור הדין, קיי"ל כרשב"ג דיכול לסתור הדין. ועיין תש' הריטב"א סי' כג, בראובן ולא שהיה להם ד"ת, וקבעו זמן לראובן להביא ראיותיו תוך טו יום קודם שישמעו טענותיו, וכשלא הביא ראיותיו תוך הזמן שקבעו, פסקו הדין שראיותיו בטלות ושאבד זכותו. והשיב הריטב"א: "שכל מי שדן כן, נדון כטועה בדבר משנה, כי דבר מבואר הוא פ' זה בורר, שאפי' בזמן שקבעו ב"ד אחר שמיעת הטענות כדת וכהלכה, מקבלין ראיותיו. ואפי' לאחר זמן, כל זמן שלא אמר בב"ד שאין לו עדים ואין לו ראיה, וכל שכן אלו שקבעו זמן שלא כדין, שהרי קבעוהו קודם הטענות ושקבעו אותו פחות משלשים יום". הריטב"א מיירי שמתחילה לא יכולים לתבוע הבאת ראיות לזמן מסוים, ואף לאחר פסה"ד יכול לסתור הדין. ונראה דאף אם מביא ראיה לאחר פסה"ד לסתור הדין, ביה"ד צריך לבחון אם הראיה אכן סותרת, ואם ביה"ד מסופק או שנראה לו שכוונתו לדחות ביצוע הדין, יכול לדרוש ערבות, וכנ"ל. וע"ע בתש' הרשב"א (ח"ב סי' קצב, וסי' קצח, וח"ה סי' רז), מה שהביא מהגמ' נדרים כז, א-ב, ההוא גברא דאתפיס זכוותא בבי דינא ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלון הני זכוותאי, דאסמכתא קניא והוא דלא אניס, והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב. ובלא"ה יכול להביא ראיותיו לסתור.

וכך גם בתקנות הדיון של בתי הדין (תקנה קכט – קל), קיימת אפשרות לסתירת הדין בכל עת שיביא בעה"ד ראיות חדשות, וכך לשון התקנה: "בעל-דין זכאי

בכל זמן לבקש דיון מחדש מבית-הדין שדן בעיינו על סמך טענות עובדתיות או ראיות חדשות שלא היו ידועות לו בדיון הקודם. המבקש יגיש בקשה בכתב, ויפרט בה את הטענות או הראיות החדשות, ואת הסיבה למה לא הביא אותן בדיון הקודם. ביה"ד ידון בבקשה מבלי לשמוע שום צד, ויחליט אם יש לדחות את הבקשה, או שיש להזמין את הצדדים לדיון בבקשה. החליט ביה"ד שיש להזמין את הצדדים לדיון בבקשה, רשאי ביה"ד לעכב את ביצוע פסה"ד עד לביורור". והדברים עולים בקנה אחד עם דברי הראשונים הנ"ל, שביה"ד יבחון את הראיות, וישקול אם אכן יש בהן ממש, והדבר נתון לשיקול דעתו אם לדחות את הבקשה, אם נראית לו שכל מגמתה לשבש את ביצוע פסה"ד, או לראות אם יש ראיות שהן לכאורה נכונות לסתור הדיון, ויש לבעל הדיון זכות לסתור הדיון, אם אכן הביא ראיות חדשות. ביה"ד יכול גם שלא לקבל את הראיות מהטעם שהיה עליו להביאם קודם לכן, אם הנימוק שנתן מעלה חשש שכל מגמת הבע"ד לשיבוש ביצוע פסה"ד.

יחד עם זאת, יכולים הקהל לתקן זמן לסופיות הדיון, שלאחר מכן לא יוכלו להביא ראיה. כך מוצאים אנו בתש' הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן סי' נט), בענין צבור שתקנו שכל מי שלא יביא זכויותיו תוך ימי ההכרזה, שיאבד זכותו. ובא אחד ואמר שלא היה בעיר, או שלא מצא זכותו תוך ימי ההכרזה. והשיב הרמב"ן, דאף ששורת הדיון שיכול לסתור הדיון כל אימת שיביא ראיה, דקיי"ל כרשב"ג, מ"מ; "במה שהסכימו הקהל, איני יודע במה היתה ההסכמה. שאם הסכימו בפירוש שכל מי שלא יבא תוך זמן, בין שמע בין לא שמע, בין יורש בין אחר, ותקנו זה לפי שראו שיש בזה תיקון המדינה להרחיק הערמות מבעלי ערמה, כל מה שתקנו והסכימו והנהיגו בהנהגת כולם, מה שעשו עשו ותקנו, בין בדין בין שלא בדין, רשאים הן והפקרן הפקר. וכהיה דפרק השותפין (ב"ב ח,ב): ורשאיין בני העיר לעשות קופה תמחוי, ולהסיע על קיצתן". ומבואר דרשאיין בני העיר להתקין תקנה על סופיות הדיון, ושמכאן ואילך לא יוכל להביא ראיות.

לאור האמור, הדבר נתון לשיקול דעת ביה"ד, שאם נראה להם שיש ראיה לכאורה במה שהמציא שמעון, יש לקיים דיון מחדש ולעכב את ביצוע פסה"ד, ואם חוששים ביה"ד שיש כאן ערמה ונסיון לשבש את ביצוע פסה"ד, יכולים לדרוש ערבות. ואם נראה שאין ממש בראיה, יכולים שלא לקיים דיון בענין כלל ולא לעכב ביצוע הפס"ד. ומ"מ כפי שמצאנו במהר"ק יכולים לבקש ערבות על סתירת הדיון וקימו מחדש, והכל לפי הענין ושיקול דעת ביה"ד, בהתאם לחומר שבפניהם.

סימן ב

מספר שאלות בענין פרוזבול

ראשי פרקים

א. המוסר שמרותיו לבי"ד

ב. דיינים קרובים למלוה או ללוה

ג. חוקת חיוב

ד. ספק איסור דרבנן ותקנת חכמים

ה. כשהדין נובע מהאיסור

ו. מלוה שעשה פרוזבול בחו"ל, בשעה שבמקום הלוה כבר ר"ה

בערב שמינית נשאלתי בענין עשיית פרוזבול: א. כשאחד הדיינים חייב כסף למי שעושה פרוזבול בפני בית הדין, האם מועיל מסירת השטרות כשאחד הדיינים הוא הלוה. ב. מי שעשה פרוזבול בפני בי"ד שאינו חשוב אלא בי"ד של ג הדיוטות, ונחלקו בזה המחבר והרמ"א בשו"ע חו"מ סז, יח, אם יכול לטעון טענת קים לי דלא מהני פרוזבול אלא בבי"ד חשוב, ולא לפרוע החוב למלוה. ג. תושב ארה"ב שעשה פרוזבול סמוך לכניסת החג, ויש לו בע"ח בארץ ישראל, שבזמן עשית הפרוזבול כבר התקדש החג.

א. המוסר שמרותיו לבי"ד

השאלה אם יכול לעשות פרוזבול בפני בי"ד, כשאחד הדיינים הוא אחד מהלויים, תלויה לכאורה במהות מסירת שטרות לבי"ד. אם נאמר שמקנה שטרותיו לבי"ד, לכאורה אם אחד מהלויים הוא הדיין, לא שייך שיקנה לו השטר שהוא חייב, ורק איתא במחילה, אולם אם במסירת השטרות לבי"ד אין מעשה הקנאה אלא מסירה בעלמא, לכאורה אין נפק"מ אם הדיין הוא בע"ח של עושה הפרוזבול.

תנן בשביעית י, ד: זהו גופו של פרוזבול, מוסר אני לכם איש פלוני ופלוני הדיינים שבמקום פלוני, שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה, והדיינים חותמין למטה או העדים. והובאה המשנה בגמ' מכות ג, ב. ורש"י שם במכות (ד"ה מוסר), פירש: "הוא פרוזבול שהתקין הלל, שכתוב בו מוסרני לכם פלוני ופלוני הדיינים שבמקום פלוני שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה". הרי שמסירת השטרות לבי"ד הוא תקנת הלל. והראשונים שם הקשו עליו, דהרי מסירת שטרות לבי"ד מהני

מדאורייתא ולא מהתקנה. כן הקשו בתוס' שם (ד"ה המוסר), דבשביעית יב, תנן; המוסר שטרותיו לבי"ד ואח"ז כתבה המשנה דפרוזבול אינו משמט, אלמא תרי מילי נינהו, ומוסר שטרותיו לבי"ד מדאורייתא אינו משמט. וכן מבואר מדברי הרמב"ן שם, דדין מוסר שטרותיו ותקנת הלל, הם שני דברים, וקושית הגמ' שבעדים זוממין הפסידו כל החוב ויצטרכו לשלם כל החוב ולא לפי אומד המשנה, מיירי לעיקר הדין של מוסר שטרותיו ולא לתקנת הלל.

ובריטב"א שם הביא מהספרי (פר' ראה קיג); ואשר יהיה לך את אחיך, ולא של אחיך בידך, מכאן אתה אומר המלוה על המשכון אין משמט. את אחיך תשמט ידך, ולא המוסר שטרותיו לבית דין: "אלא ודאי כל שמוסר שטרותיו ממש לבי"ד מדאורייתא אינו משמט, דהא נגוש ועומד הוא, והלל תקן פרוזבול שלא יהא צריך למסור שטרותיו, וכן משום מלוה על פה שיאמר להם מוסרני וכו' וכדפרישנא בדוכתא. ואפשר כי רש"י ז"ל כך רוצה לומר דהיינו תקנת פרוזבול, כלומר אהא אסמכה". (ומה שפירש דכן יש לפרש בדברי רש"י, עיין בפני יהושע שכתב דכן יש לפרש ברש"י, דחדא מלתא היא, דאי לאו דמוסר שטרותיו לבי"ד אינו משמט מדאורייתא, לא היה הלל מתקן פרוזבול, רק כיון דמוסר שטרותיו לבי"ד אינו משמט מדאורייתא, לכן תיקן פרוזבול כעין דאורייתא. ועיין עוד בערוך לנר על התוס' ד"ה המוסר, מה שכתב לישיב בשיטת רש"י. ובתומים סז, יג כתב דרש"י מיירי במלוה ע"פ, שאינו יכול למסור שטרותיו לעיקר הדין תורה ורק מתקנת הלל).

ומה שפירש בריטב"א דמוסר שטרותיו לבי"ד הוא כנגוש ועומד, אין לפרש לכאורה שהוא כגבוי, דהא קי"ל כבית הלל דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי (בכ"מ בש"ס, סוטה כה, א, כתובות פא, א, ב"מ סב, א ועוד). אלא נראה דהאיסור הוא הנגישה, ובשעה שהתחיל ליגוש, והיינו שמסר השטר לבי"ד שיש לו כח נגישה, היא גופה הנגישה, ולכן מה שיתבע אח"כ המלוה לא קרינן ביה לא יגוש, דעצם המסירה של השטרות לבי"ד שיש לו כח אכיפה וגביה הוי נגישה, ולכן אינו משמט דכבר נגשו. וכשמסר השטרות כבר לא חשיב של אחיך בידך, דכיון שהוא ביד בי"ד לנגשו חשיב כבר כנגוש מבחינת המלוה. ודוקא בתביעה שמסר שטרותיו לבי"ד חשיב שכבר נגשו, משא"כ אם תבעו בינו לבין עצמו או אפי' בפני עדים ובפני בי"ד, כל עוד לא שילם השביעית משמטת, כיון שלא התביעה עצמה היא הנגישה אלא מסירה לכח כפיה כמו בי"ד היא הנגישה, וכיון שכבר נגשו, אין עליו יותר איסור של לא יגוש.

[וגם הראשונים שכתבו דצריך שיהיה ללוה קרקע כלשהו, שבכ"ה ג' חשיב החוב כגבוי, עיין תוס' גיטין לז, א ד"ה אלא, שנחלקו שם בתוס' בטעם הדין, אם צריך שיהיה ללוה קרקע כדי שיהיה שכית, או שיכול לגבות קרקע כלשהו, שהיא שוה כל החוב,

והביאו שם מרש"י, דבקרקע כלשהו ראוי לגבות בו כל החוב, כמעשה דקטינא דאביי. ורבינו שמואל פ"י משום דקרקע כלשהו שוה כל החוב, דאין אונאה לקרקעות. והתוס' הקשו לשיטתם, דיש לקרקעות ביטול מקח. ואף שבפשטות י"ל שהוא כגבוי לחלוטין, אפשר לפרש שאינו גבוי אלא שהוא כנגוש, שזה גדר אחר לענין גביה בשמיטת כספים, דלא בעינן גבוי כשטר העומד לגבות, אלא כיון שכבר יכול להחשב כגבוי, כבר לא מיקרי נגישה. ואת חילוק זה למדו מהא דמהני מהתורה מוסר שטרותיו לבי"ד, את אחיך וכו', ולכן כל שאין נגישה, לא קאי בלא יגוש, ומסירת שטרות לבי"ד כבר לא קאי בלא יגוש.]

ומה דאיתא בשו"ע חו"מ סז, ח (ומקורו מתש' הרא"ש, וראיתו מהמשנה שביעית יב, דכל מעשה בי"ד אינו משמט): "תבעו ממון וכפר, והביא עדים וחייבוהו בית דין וכתבו לו פסק דין, הוי כגבוי ואינו משמט". היינו מטעם שכפר בתביעה, ולכן דוקא פסק דין אינו משמט. אבל אם אינו כופר בחוב, עצם המסירה לבי"ד הוי כתחילת נגישה, וכיון שכבר התחיל לנגוש, לא קרינן ביה לא יגוש. דדוקא פסק דין חשיב כגבוי, משא"כ במסירת השטרות הוי כנוגשו כבר ללוה. ואף דשם בס"ז מבואר שאם הודה קודם שמיטה דמשמט, עיין בסמ"ע שם ס"ק יז ובאורים טז, דשם החיוב כעת מכח הודאתו, וחוב זה עוד לא נגשו, משא"כ במוסר שטרותיו והתחיל לנגשו, שלא היה זה תביעה שתלויה בפסק בי"ד או בהודאת הנתבע, הרי בשעה זו כבר התחיל לנגשו. כך נראה לכאורה לפרש בדברי הריטב"א. וכן נראה לפרש דכל מי שכתב דבמוסר שטרותיו הוי כגבוי, הכונה שכבר נגשו, ואף שאינו גבוי, מ"מ כבר הוי נגישה ולא קאי בלא יגוש.

ובעה"ת מה"א, כתב וז"ל: "גם יש דרך אחרת שאינו משמט, והוא אם מסר שטר חובו לג' הנקראים ב"ד ואמר להן רבותי אתם תגבו לי חוב זה אינו משמט. וכדתנן המלוה על המשכון והמוסר שטרותיו לב"ד אינו משמט. וכן בי"ד שגמרו את הדין וכתבו איש פלוני חייב לאיש פלוני ליתן לו כך וכך אינו משמט, שזה כגבוי הוא וכאלו בא לידו ואינו כמלוה. וכדגרסינן בשביעית כל מעשה ב"ד אינן משמיטין". מבעה"ת עולה דיש שני דינים, מסירה שטר לבי"ד ואומר להם שיגבו עבורו את החוב. ודין בי"ד שגמרו את הדין ופסקו דינם, דחשיב כגבוי. ומבואר דדין גבוי אינו על מסירת שטר לבי"ד אלא על מעשה בי"ד.

וכן נראה מדברי הרמב"ם (הל' שמיטה ויובל ט, טו): "המוסר שטרותיו לבית דין ואמר להם אתם גבו לי חובי זה, אינו נשמט, שנאמר; ואשר יהיה לך את אחיך, וזה בית דין תובעין אותו. וכן ב"ד שחתכו את הדין וכתבו איש פלוני אתה חייב ליתן לזה כך וכך אינו נשמט, שזה כגבוי הוא, וכאילו בא לידו ואינו כמלוה". הרי שדין

גבוי נאמר לענין מעשה בית דין ולא למוסר שטרותיו לבי"ד, שדין מוסר שטרותיו ודין בית דין שחתכו הדין, הם שני דינים חלוקים, ולכן דין גבוי שייך רק לענין פסק דין. ומש"כ הרמב"ם שבי"ד תובעין אותו, אף שלכאורה הרי גם המלוה יכול לתבוע. אלא כיון שכבר מסר לבי"ד שיתבעו, הרי כבר התחיל בנגישה, וכבר לא קרינן ביה לא יגוש, שכבר נגשו. וכנ"ל דוקא כשמוסר שטרותיו לבי"ד, שבי"ד יכולים לאכוף ולהוציא לפועל, חשיב כבר נגישה, משא"כ תביעה ללא מסירת שטרות לבי"ד.

ובזה אתי שפיר לתרץ מה שהקשה בגדו"ת שם (מה,יא). הגדו"ת הקשה מדוע מהני דוקא במוסר לבי"ד של שלשה, דנהי דסגי אף בהדיוטות, מ"מ לא נצטרך שלשה אלא אפי' ציוה לאחד, שהרשה לו באופן מועיל שיוכל לגבות מהלוה סגי בהכי, שהרי אין המלוה התובע. וכתב לתרץ דבאחד שהוא מורשה, אינו בא אלא מכח המלוה ושליחותיה קא עבד, והו"ל כאלו הוא עצמו התובע, משא"כ הבי"ד של ג, דאע"ג דהם הדיוטות, מ"מ בהך מלתא אלים כחייהו להיות תובעים מצד עצמם ולא מכח המלוה ושליחותו. ולמש"כ אתי שפיר, דכדי שלא יהיה לא יגוש, דוקא מוסר שטרותיו לבי"ד שיש להם כח נגישה ויכולים לנגוש ולגבות, ומסירת השטר היא הנגישה אף שאינה גביה, משא"כ בשליח וכד' לא שייך לומר שמסירת השטר למורשה הוי נגישה.

ומהר"י קורקוס (שם שמיטה ויובל ט,טו) כתב בבאור דעת הרמב"ם כראשונים הנ"ל, דס"ל לרמב"ם דמסירת שטרות לחוד ופרוזבול לחוד, דמסירת שטרות כיון שמוסר אותם בפועל, מועיל מן התורה מקרא דואשר יהיה לך את אחיך, דדרשה גמורה היא, ואתא הלל ותיקן דאע"ג שלא מסר שטרותיו, יהיה כמי שמסר, ואפילו אין השטרות בידו. והוא כדעת הראשונים הנ"ל, וכן נמצא בדברי הרמב"ן (גיטין לו,א), דמסירת שטרות דמהני מהתורה הוא באופן שמוסר השטרות ממש, ובא הלל ותיקן אפי' אינו מוסר בפועל ממש: "וי"ל התם במוסר שטרותיו לבי"ד ממש, אבל הכא אינו מוסר להם אלא שכותב מוסרני לכם, כלומר בכל מקום שהם יהיו כמסורות לידכם". וכן הוא בריטב"א בגיטין שם.

ולמש"כ לעיל י"ל, דהתקנה של הלל, שאף אם בפועל לא מוסר את שטרותיו לבי"ד, מ"מ עצם האמירה חשיב כבר כנגישה. ועיי"ש מה שפירש בדברי הירושלמי. ולכן גם אם לא נמסרו לבי"ד לצורך גביה רק לשם פקדון בעלמא, שביעית משמטתו (עיי' בדרך אמונה לגר"ח קניבסקי שליט"א שהביא מהראשונים), דעצם מסירת השטר היא כדי שיהיה כבר בבחינת נגישה, ולכן דוקא כשמוסר שיגבו לו הבי"ד, כבר חשיב נגישה, דלא חשיב של אחיך בידך, דמסירת השטר לבי"ד כבר חשיב כנגוש והוא בידם לנגשו. ועיי' עוד בבאור הלכה בדרך אמונה מש"כ בזה.

ומהרא"ש בתש' עז,ה, נראה בדרך אחרת ממש"כ בריטב"א, דמש"כ בהסבר הריטב"א הוכרח כן ממש"כ שם: "דהא נגוש ועומד הוא", שכבר חשיב נגישה, אבל ברא"ש בתש' נראה שלא משמטת, לא מפני שנגוש ועומד אלא שהאיסור לנגוש הוא על היחיד ולא על בי"ד. הרא"ש נשאל במלוה שהראה לבית דין שיש לו שטר על חברו, ונתנו לו הבי"ד הזמנה לדין, והלך והזמינו ולא הגיעו לדין, אם יהיה זה כמוסר שטרותיו לבית דין. והשיב הרא"ש: "מוסר שטרותיו לבי"ד משום דתפסי ליה ביה דינא ... ובמאן דתפסי בי דינא לא קרינן ביה לא יגוש, דהוא אינו מנגש אלא בית דין בשטר שבידם נוגשין אותו ... אבל בנדון זה נוגש ונוגש הוא, ואף אמוראי דמקילי בפרוזבול ומסרי מילייהו להדדי, דדמי למסירת שטר, אבל מה שתבעו לדין לא מהני". מבואר מדברי הרא"ש דמוסר שטרותיו לבי"ד אינו מטעם שהוא כבר נגוש, אלא שלא אסרה תורה אלא על היחיד לנגוש, אולם בי"ד רשאים לנגוש שאינם בכלל אחיך, ובי"ד הם הנוגשים. וצ"ע לרא"ש אם יכול המלוה עצמו לנגוש אחרי שמסר השטרות לבי"ד. דלמש"כ בהסבר הריטב"א יכול אפי' המלוה לנגשו, כיון שכבר נגוש הוא, משא"כ לרא"ש עדיין אינו נגוש, רק בי"ד עצמם יכולים לנגשו.

ולהסבר שכת' לעיל בדעת הריטב"א, לכאורה אם במסירה עצמה לבי"ד הוי נגישה, ובא הלל ותיקן שאפי' אינו מוסר בפועל ממש את השטרות כבר לא מיקרי לא יגוש, כיון שכבר נגשו ע"י המסירה לבי"ד, הרי שאין הבי"ד באים וגובים השטרות שמסר המלוה אלא רק פעולת המסירה גרידא הוי נגוש ועומד, א"כ אין הדיינים באים מכח הגביה, רק כיון שלבי"ד יש כח גביה ומסר להם, החוב נגוש כבר ולא קאי בלא יגוש, אבל לא שבי"ד נוגשין אותו. וא"כ מה לי אם הדיין עצמו הוא הלוח, כיון דשם בי"ד עליהם, והוא מסר לבי"ד, אין שביעית משמטתו. משא"כ לשיטת הרא"ש דמוסר שטרותיו לבי"ד מהני מפני שבי"ד נוגשין ולא המלוה, ובא הלל ותיקן רק שלא צריך למסור השטרות, אולם במהות הבי"ד נוגשין גם לתקנת הלל, רק שאינו צריך למסור בפועל, א"כ לא מהני אם הלוח יהיה אחד הדיינים, כיון שהוא לא יכול לנגוש את עצמו, והוי פסול בעצם.

רק צ"ע להסבר הנ"ל דבי"ד הם הנוגשין, אם צריך להקנות את השטרות לבי"ד באופן המועיל, דאם הבי"ד הם הנוגשין וכמש"כ הרא"ש, לכאורה צריך להקנות השטרות באופן המועיל שיוכלו לגבות עבורו החוב. בעה"ת מה"ז, כתב מהר"י אלברצלוני נוסח שטר פרוזבול, וז"ל: "וזהו נוסח שטר פרוזבול, אנו ב"ד החתומים כך היה שבא לפנינו פלוני בן פלוני ואמר לפנינו רבותי, הרי שיש לי חובות על פלוני ופלוני והריני מוסר לכם פרוזבול, ויהיית לכון במתנה בקנין ד גרמידי מן ארעא דאית לי על גביהון, ארשיתי יתכון למגבא כל שט"ח דאית לי על איניש, ומעתה תהוו לי דייני ותגבוהו ותקבלוהו לי. ואם לא תגבוהו אתם מעתה, כיון

שמסרתי לפניכם פרוזבול זה הרי אני גובה כל חוב שיש לי עד היום אצל כל אדם כל זמן שארצה, ואנו ב"ד כיון שראינו דבריו נכונים, והואיל ומסר קדמנא מילי דפרוזבולא כדאמור רבנן, כתבנא וחתמנא ביום פלוני בירח פלוני לשנת פלוני האי שטרא דפרוזבולא כדנהגא מימי הלל הזקן וכדתקון רבנן מיומא דגן ולעלם, ומדאתעביד הדין עובדא קדמנא ייפינו כחו דלא תשמט ליה להדין פלוני כל חוב ורשות שיש לו אצל כל אדם עד יומא דגן, וכן החזקנו כחו בתקנתא דרבנן והכל שריר וקיים". ומדברי בעה"ת עולה שצריך להקנות לדיינים קרקע, כדי להקנות החוב אגב קרקע. ולכאורה מדברי הר"י אלברצלוני משמע דאין כאן הקנאה אלא הרשאה, ומדוע צריך להקנות השטרות אגב קרקע.

ולפני שהביא את דברי הר"י אלברצלוני, כתב בעה"ת בהסבר הדין שצריך להקנות קרקע לדיינים, וז"ל: "גרסינן בירושלמי; רב אמר הוא שיש לו קרקע ללוה ולמלוה. ומפני זה הירושלמי שפסק שקרקע צריך לפרוזבול, על כן הצריכו הראשונים לכתוב טופס פרוזבול בהקנאת קרקע, דבודאי כל ש"ח בכתיבה ומסירה נקנה בלבד, והם כתבו והמסירה אגב קרקע". ומבואר שהקרקע היא במקום המסירה של קנין כתיבה ומסירה ששטרות נקנים. ומצאנו נוסח זה שמקנה המלוה לבית הדין את השטרות אגב קרקע, ושזה תקנת הפרוזבול, בדברי רבינו גרשם ב"ב כז, א: "ולכתוב עליה פרוזבול. היינו תקנת עשירים שהיו מלוים על משכון קרקע, דלאו שמיטה משמט לא מלוה בשטר ולא מלוה על המשכון. וכתוב הכי, מוסרני לכם אגב קרקע ב"ד פלוני ופלוני חוב שיש לי על פלוני שאגבנו בכל שעה שארצה, וחותמין עליו ב"ד". וזה כנוסח שהביא בעה"ת.

ולפ"ז קשה לכאורה, דמהני ההקנאה דוקא למלוה בשטר ולא למלוה ע"פ. ועוד, דאם כן אין זה תקנת פרוזבול, שהרי היא מסירה והקנאה ממש לבית הדין, ולא בעינן לתקנת הלל. ועוד, מה יעשה במלוה ע"פ. וכבר הקשה עליו הב"י (ח"מ סז, כד), דמהירושלמי שמדבר על היות קרקע למלוה וללוה, לא משמע שצריך להקנות לדיינים אגב קרקע, דמה ענין זה לזה. וכתב לישב דמשמע להו דלא צריך הירושלמי שיהא קרקע למלוה אלא כדי שיוכל להקנות שטרותיו אגב קרקע. והקשה, מדוע הביא בעה"ת את הירושלמי שבמחלוקת שנוי, דרב הוא דאמר הכי ורבי יוחנן פליג עליה, ואמר למלוה אע"פ שאין ללוה, ללוה אע"פ שאין למלוה, ורב ורבי יוחנן הלכה כרבי יוחנן. וכתב דאפשר שאע"פ כן לרווחא דמילתא רצה לתקן מילתא דלכולי עלמא יהא כשר.

אולם בשו"ע ח"מ סז, כב פסק שצריך שיהיה קרקע ללוה או לערב, ואם אין, מזכהו ע"י אחר, אבל לא הצריך להקנות לדיינים קרקע, וז"ל: "אפילו אין ללוה כלל, ויש לחייב לו או לערב, או למי שחייב לו, כותבין. ואפילו אין לזה ולא לזה, ויש

למלוה או למי שחייב לו, מזכהו אפילו על ידי אחר, ואפילו שלא בפניו". ולא נצרך כלל להקנות לדיינים. הרי שלא פסק כדברי בעה"ת. ולפ"ז י"ל שלהלכה קיי"ל שאין כאן הקנאת שטרות אלא מסירה גרידא, ולא שצריכים לגבות עבורו, אלא בעצם המסירה כבר נגוש ועומד אף שאינו גבוי, ולא קאי בלא יגוש. גם בספר מלאכת שלמה על המשניות (שביעית י, ד בסופו) הביא נוסח הר"י אלברצלוני, וכתב דלא ראה מי שהקפיד בזמן הזה על נוסח ארוך כזה ולא על הזכרת הקנאת ד אמות קרקע אפילו לכתחילה.

והגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה (חח"מ ח"א סי' יט) הקשה על נוסח הר"י אלברצלוני, דנוסח הר"י הוא נוסח של הרשאה, ואם נותן הרשאה לדיינים לגבות החוב, אינם דיינים אלא בעלי דין, ואף אם יתן הרשאה לשלשה אנשים לא יועיל, וישמט אם לא מסר פרוזבול הוא או הם, וא"כ בהקנה להם החובות כדין הרשאה, אבדו כח דיינים ואין זה פרוזבול כדין. עוד הקשה, שאם הוי הרשאה, איך מועילה הרשאה למלוה ע"פ, ואיך יועיל הפרוזבול למלוה ע"פ, דמדינא דגמ' לא מהני הרשאה למלוה ע"פ אלא מתקנת הגאונים, עיין שו"ע חו"מ קכג,א. ולכן השיב: "ואני למעשה כתבתי רק נוסח הקצר שמפורש במשנה ושו"ע". וע"ע באגרות משה שם סי' כא בסופו, ובמשנה הלכות לגר"מ קליין, ח"ה סי' ערב.

ובד"ץ העדה החרדית נהגו מקדמת דנא לעשות נוסח פרוזבול לפי נוסחת ר"י אלברצלוני. ובמנחת יצחק (ח"ו סי' קס) הצדיק כתיבת פרוזבול בנוסח זה וסתר טענות המשיגים. למה שהקשה באגרות משה שא"כ הוא בע"ד ממש ולא יכול להועיל הפרוזבול, כתב המנחת יצחק דאין בנוסח הר"י אלברצלוני לשון הרשאה של דון וזכי ואפיק לנפשך, וכל ההקנאה היא למטרה של הקנאת השטרות, ומה שכתוב וארשית, אין הכונה להרשאה. ולעצם הסיבה שמקנה באגב, סובר המנחת יצחק דמוסר שטרותיו לבי"ד מדינא גמ', היא מסירה ממש, והתקין הלל שלא צריך מסירה ממש אלא ימסור השטרות אגב קרקע. ומה שהקשו ממלוה ע"פ, דאיך יועיל במלוה ע"פ, והרי לדידן קיי"ל להלכה דפרוזבול מועיל גם למלוה ע"פ, כתב דאף שמתקנת הגאונים מהני הרשאה במלוה ע"פ, מ"מ בנחלת שבעה מד,א כתב דיש לחוש לקנין דברים, וכדי להציל מקנין דברים, יקנה לו ד אמות בחצירו, וע"ז יחול הקנין סודר ולא יהיה קנין דברים, במקום שאינו מקנה לו גוף החוב. ע"כ גם בפרוזבול למלוה ע"פ, תועיל הקנאת ד אמות שלא יהיה קנין דברים. ולכאורה הדברים סותרים, דלענין טענת הרשאה כתב דאין כאן הרשאה, ולענין הקנין במלוה ע"פ, כתב דבעינן לקנין ד אמות בחצירו כדי שלא תהיה ההרשאה קנין דברים. אמנם המעין שם יראה דכתב דקנין קרקע לא נועדה לעצם ההרשאה אלא כדי לקרב את תקנת הפרוזבול למסירת השטרות; "דאפשר

לקרב התקנה להלכה שיהא נמסרים לבי"ד ע"י קנין אגב, דמהני גם במלוה ע"פ, אם עושין כן לעדיפא דמילתא, תבוא עליהם ברכה".

ועיין במש"כ הגר"ע יוסף זצ"ל ביביע אומר (ח"ג חח"מ ו,א) דהמנהג בעיה"ק ירושלים לסדר הפרוזבול בפני ב עדים ושלא בפני בית דין, וכמבואר בס' ארץ חיים חו"מ (סי' סז) שנוסח הפרוזבול שנכתב בירושלים בזמן הגאון מהר"י חזן בעל חקרי לב, היה בזה"ל: בפנינו עדים הח"מ בא פלוני ואמר לנו וכו' הווי עלי סהדי שאני מוסר כל חוב שיש לי לבית דין הצדק אשר פעה"ק ירושת"ו, הרה"ג ר' רפאל יוסף חזן, והרבנים מהר"ר יום טוב דאנון ומהר"ר שלמה חאטים, שאגבנו כל זמן שארצה. וחתומים עליו שני עדים. ומבואר דנוסח ירושלים מקדמת דנא היה דלא כנוסח שנהגו בכד"ץ העדה החרדית. ועיי"ש באריכות דברי הגר"ע יוסף זצ"ל דאין כאן דין, וממילא לא צריך למסור דבריו בפני בי"ד. וע"ע להלן מה שהבאתי מדבריו.

והגרש"ז אויערבך זצ"ל (מנחת שלמה ח"א מז,ג) הביא את המשנה ראשונה (שביעית י,ה) שיכול הלוח לכתוב פרוזבול עבור המלוה, כשהמלוה הוא עברין ויבוא לנגוש בכח את הלוח. אולם הגרש"ז לא הסכים לדעה זו, וכתב דדוקא אם המלוה מוסר חובותיו לבי"ד ודורש מהם לגבותם עבורו, הוא דחשיבי כגבוי, משא"כ אם רק הלוח מוסר חובותיו לא חשיבי בכך כגבוי. וגם מסתבר שהלוח יכול ודאי לחזור מזה, וכיון שכן מהיכי תיתי יחשב כגבוי. ולכאורה לפי מה שהקשה שהלוח יחזור בו ולכן לא יחשב כגבוי, סברא זו י"ל גם לענין אם אחד הדיינים הוא החייב, דלא מסתבר שירצה לגבות מעצמו עבור המלוה, ולפחות יש לחוש לכך, ומהיכי תיתי יחשב כגבוי. ולפ"ז לא מהני פרוזבול אם אחד הדיינים הוא החייב.

לאור האמור נראה דאם יעשה כנוסח הר"י אלברצלוני וכנהוג בכד"ץ העדה החרדית, אף שלכאורה אין מקום שיהיה אחד החייבים דיין בביה"ד שבו מוסר שטרותיו, וגם לסברא שהוא כגבוי י"ל שלא ירצה גבות ולפרוע. מ"מ למש"כ המנחת יצחק שאין כאן הקנאה אלא רק סילוק של קנין דברים, י"ל שגם לנוהגים כר"י אלברצלוני אין כאן הקנאת שטרות אלא מסירה בעלמא. בפרט לסברא שכת' לעיל שבעצם מסירת השטרות נגוש ועומד, שכן נראה לבאר דברי הריטב"א, י"ל שיכול להיות החייב דיין, שאין כאן אלא מסירה. וע"כ אף שלכתחילה נכון שלא יהיה דיין מי שחייב לעושה הפרוזבול, אבל בדיעבד נראה שיש להם על מי לסמוך, שאין כאן אלא מסירה בעלמא, שבכך החוב כבר נגוש ולא עובר על לא יגוש. וגם שאין כאן אלא מסירה בעלמא ולא הקנאה.

ג. דיינים קרובים למלוה או ללוה

ולכאורה היה מקום לדון בזה, מה הדין אם הדיינים קרובים למלוה או ללוה, אם יכול לעשות בפניהם פרוזבול. דהנה לענין הקנאת קרקע ללוה מצאנו שתי דעות בראשונים איך מהני מה שמזכה המלוה ללוה קרקע, הרי זכות זו, חובה היא ללוה, שבעטיה יכול המלוה לגבות חובו ולא נשמט בשביעית. הר"ן (גיטין כ, א מעמוה"ר) כתב, דאם היה הלוה שם ועומד וצווח, לא מהני מה שזיכה לו המלוה, שאין אדם זוכה בעל כרחו. ולכאורה, גם אם אינו שם, איך מהני, הרי יוצא מזה חובה ללוה; "ומכאן נ"ל, דמאי דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו, כל שהדבר בעצמו זכות אע"פ שנמשך ממנו חוב שהוא יתר על הזכות, זכה וקנה. דהא הכא כשמזכהו קרקע כל שהוא, מתחייב הוא בכך שאין שביעית משמטת חובו, ואפ"ה אמרינן דמהני. אלא שאפשר לדחות ולומר, שאף זה מקולי פרוזבול". לתרוץ הראשון י"ל דאין חילוק בין זכות בפרוזבול לכל זכיה בעלמא, ומפרוזבול נלמד לכל זכיה, שאם הדבר במהותו זכות, אף שיצא ממנו חובה גדולה יותר, בכל אופן מהני, כיון שבמהותו הוא זכות. ולתרוץ השני, דמקולי פרוזבול שנו כאן, דאף אם בעלמא לא מהני, בפרוזבול הקלו ומהני. ולכאורה י"ל דמקולי פרוזבול יועיל גם אם עומד וצווח, שאין לדמות זכיות דעלמא למזכה קרקע ללוה לענין פרוזבול. והרא"ש גיטין ד, טו כתב כתרין השני בר"ן; "והקילו בפרוזבול אע"ג דחוב הוא לו".

ולכאורה נראה ששני התרוצים של הר"ן תלויים בהבנת ענין הפרוזבול, אם הוא מעשה של הקנאת שטרות או מסירה גרידא, שאם מדובר בהקנאת שטרות, וכמש"כ בנוסח הר"י אלברצלוני שמקנה לו קרקע כדי שיהיה במקום מסירה, א"כ עצם מהלך הפרוזבול הוא בדרך דרכי הקנין הרגילות, והקל הלל שאין צריך מסירה בפועל אלא מקנה באגב קרקע. אולם אם נאמר דהוי מסירה בעלמא ותו לא, א"כ פרוזבול אינו בדרכי מקח וממכר אלא הקילו בו בעינים אלו, וזו תקנת הלל דסגי במסירה גרידא.

ומצאתי סמך לדברים בתומים סז, כג, על דברי המחבר בשו"ע חו"מ סז, כב דאפי' אין ללוה או לערב קרקע, מזכה לו ע"י אחר ואפי' שלא בפניו, כתב התומים: "משום דהקילו בשביעית דרבנן, אף דחוב הוא ללוה ואין חבין לאדם שלא בפניו. ואני מסופק אם יכולים הדיינים להיות קרובים ללוה, דהא על ידם יבוא חוב ללוה, ואיך יכולים לחוב לקרובם, או דבמילתא דרבנן הקילו דהא מוסר סתם כל חובותיו". דהשאלה אם מהני בקרובים תלויה אם פרוזבול מהותו בגדרים האחרים של קנינים וזכיה וכו', או גדר נפרד, דמוסר סתם כל חובותיו.

ונראה שמהנ"ל עולה גם השאלה איזה בי"ד בעינן לפרוזבול. אם צריך בית דין ככל דיני בית דין, או דבעינן שלשה, או שימסור בפני שנים שמוסר לבי"ד שלא

בפניהם. בעה"ת מה, טז כתב דיש מי שאומר דהאידינא דלית לן בי"ד הגדול, לית לן למיכתב הפרוזבול ואי עבד לא מהני. אך כתב דמסתברא שכל ג הבקיאין בדין ובענין פרוזבול ויודעים מצות שמטה והמחוס רבים עליהם באותה העיר, הרי הם באותה העיר ובאותו זמן כבי דינא דרב אסי, וראויין להפקיע ממון בני עירם בתקנתם הנראה להם, כמו הם בדורם, כדאיתא בר"ה כהא על הפסוק: ויעל משה ואהרן ושבעים מזקני ישראל, למה לא נתפרשו שמותם של זקנים ללמדך, שכל ג' וג' שנתמנו בי"ד על ישראל הרי הן כבי"ד של משה. וכן היא דעת ר"ת בתוס' גיטין לו, ב (ד"ה דאלימי): "ר"ת כתב פרוזבול, כי היה אומר דלא בעינן אלא ב"ד חשוב שבדור, ואשכחן נמי (גיטין לו, א) שהיו מקילין רבנן דבי רב אשי דמסרי מיליהו אהדדי". וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ סז, יח: "... ואינו נכתב אלא בבית דין חשוב, דהיינו שלשה בקיאים בדין ובענין פרוזבול, ויודעים ענין שמיטה, והמחוס רבים עליהם באותה העיר". ומזה י"ל דדעת הראשונים הנ"ל והמחבר בשו"ע דגדר בי"ד שנאמר בהלכות דיינים, נאמר אף לענין פרוזבול, שיהיה בי"ד שיכולים להפקיר ממון, וכמש"כ הרמב"ם בהל' שמיטה ויובל ט, יז, דאין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של רבי אמי ורבי אסי שהן ראויין להפקיע ממון בני אדם. דלענין פרוזבול גדר הבי"ד שבקיאים בדין, וחלק מהדין הוא הפקעת ממון, וכיון שבקיאים בדין פרוזבול ושמיטת כספים, ראויים להפקיע ממון. (וכמו שמצאנו גדר זה גם לענין בית דין חשוב באסמכתא, עיין רמ"א חו"מ רז, טו).

ומש"כ הרמב"ם דבעינן בי"ד שיכולים להפקיע ממון, י"ל שאינו מכח דיני פרוזבול, שפרוזבול אינו הפקעת ממון, שהרי הרמב"ם עצמו בהל' שמיטה ויובל ט, כז כתב דשמיטה בזה"ז דרבנן ומועיל שהת"ח ימסרו דבריהם זה לזה, אלא הוא גדר הבי"ד, דהרמב"ם בא לומר שצריך בי"ד שיהיה ראוי לדון בענין הפרוזבול, ובמקום שצריך בי"ד, צריך בי"ד שיוכלו להפקיע ממון, לא שזה דין הפרוזבול אלא שבא להגדיר מהו בית דין חשוב, ומכח בי"ד חשוב, צריכים בי"ד שראוי להפקיע ממון. ומה שמועיל שת"ח ימסרו דבריהם זל"ז, י"ל דלמי שאינו ת"ח, אם ימסור דבריו לחבירו, יקל ויסבור שאין כלל דין שמיטת כספים, משא"כ ת"ח הקל בעצם התקנה שאין צריך בי"ד, כיון שיוודעים שיש איסור לכל הפחות מדרבנן, ולא יבואו להקל ולזלזל (לא כרש"י גיטין לו, ב ד"ה רבא, דאף אם שביעית דרבנן, בענין להפקיר בית דין למהות התקנה, וכ"ד הרשב"א שם). ועיין בדרך אמונה לגר"ח קניבסקי, שמיטה ויובל ט, יז בבאור הלכה, דמה שמצריכים בי"ד הראויים להפקיר ממון, אינו לעיקר תקנת הפרוזבול, דשביעית בזה"ז דרבנן ולכן מהני לתלמידים מסירת מילי, אבל לע"ה בעי דוקא כתיבת פרוזבול כבי"ד חשוב, מפני שטועים וסוברים דשביעית דאורייתא.

והרא"ש גיטין ד, יג כתב דלא בעינן בי"ד חשוב, וחלק על דעת ר"ת: "ומשמע מתוך דבריו דחשיב כולהו רבנן בי רב אשי בית דין מומחזין, משום דרב אשי היה גדול הדור. ולא מסתברא הכי אלא משמע דהני אמוראי בתראי לית להו הא דשמואל דאמר לא כתבינן פרוזבול אלא בבי דינא דסורא או בבי דינא דנהרדעא, והכי אית ליה לרב אלפס ז"ל דלא הביא דברי שמואל אלא הא דרבנן דבי רב אשי מסרי מילייהו להרדי". ומבואר דדעת הר"ף והרא"ש שאין צריך דוקא בי"ד חשוב אלא צריך בפני ג. וכן פסק הרמ"א סז, יח דיש להקל בזמן הזה. ויש להביא עוד את שיטת הריטב"א (גיטין לז, ב ד"ה דין), וז"ל: "ולענין פסק הלכה דפרוזבול קי"ל כרב נחמן דאמר דבשנים סגי ואפי' בהדיוטות, ודלא כשמואל דאמר דלא כתבינן פרוזבול אלא או בבי דינא דסורא או בבי דינא דנהרדעא, ובמסירת מילי סגי לן כרבנן דבי רב אשי, ולא כמותם ממש אלא גדולים בדורם, אבל בפרוזבול כל ב"ד סגי". ודברי רב נחמן בריש פרק השולח (לב, ב – לג, א), ונפסקה הלכה כמותו בגמ' שם לד, א. וכן כתב המאירי (גיטין לג, א): "ולענין פסק מיהא כל שנמסר בתורת דיינין, אף בשנים דיו, וכמו שאמר מוסרני לכם לפני ופלני הדיינין כו', ואף על פי שאיפשר דלאו פלני ופלני דוקא, דלאו כי רוכלא חשיב ואזיל ומתלתא קאמר, מכל מקום הלכה כרב נחמן, ואף בית דין חצוף אין כאן, שאין זה אלא כעין הודעה". מבואר דסגי בשנים, שאין זה אלא כעין הודעה שמוסר השטרות.

[ובדעת הריטב"א, יש לכאורה סתירה רבתי בין מש"כ בחידושיו למש"כ בתש'. דבתש' הריטב"א סי' קצו, כתב הריטב"א: "ולענין טענת פרוזבול, מחלוקת גדולה היא בין רבותינו ז"ל אם יש בדורות האלו ב"ד חשוב שיוכל לעשות פרוזבול, ולא ראינו מעולם בארץ הזאת שעשו כך, וכל טענה כיוצא בזה אין לקבל ממנו. ואע"פ שבגמ' אמרו נאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד, זהו בדורות ההם שהיו נוהגים בו והיו כמה חכמים ראויין לעשותו, אבל לא בדור הזה". ושם בתש' רצה לסתור בזה טענת המלוה שעשה פרוזבול ואבד. ולפ"ז לא מיבעיא דבעינן בי"ד חשוב לדעת הריטב"א בתש', אלא שאין לנו בדורינו בי"ד חשוב לפרוזבול.

גם בדעת הרא"ש מצאנו לכאורה סתירה בין מש"כ בפסקיו למש"כ בתש'. הרא"ש בתש' קח, ט כתב דלענין פרוזבול יש גם היכי תימצי שהלוה מכחיש למלוה וטוען שהמלוה לא עשה פרוזבול, דכיון דקיי"ל דאין כותבים פרוזבול אלא או גדולי הדור, לדברי ר"ת, או בי דינא דרב אמי ודרב אסי, א"כ איך יכול לטעון פרוזבול היה לי ואבד. אלא על כרחך שאומר המלוה ללוה שקיבל עליו לצורך זה שלשה רועי בקר במקום בי דינא דרב אמי ורב אסי, והלוה מכחישו, ואפילו הכי נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד. ומוכח לכאורה דקיי"ל כר"ת, רק מהני קבלה. אך אפשר דהרא"ש כתב כן לטענת השואל דיש היכי תימצי לר"ת, וצ"ע.

וגם בדעת הרי"ף נחלקו הראשונים. דלעיל הובאה דעת הרא"ש דדעת הרי"ף דאין צריך ב"ד חשוב. אולם המרדכי (גיטין סי' שפא) כתב בדעת הרי"ף דבעינן דוקא ב"ד חשוב, מדהשמיט הרי"ף הדין של פרוזבול היה לי ואבד: "ולי הדיוט נראה מאחר שלא הזכיר האלפס בספרו נאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד, שמע מינה דנ"ל דאפילו בשבועה אין נאמן, הנראה לו דלא כתבינן פרוזבול אלא בבי דינא דר' אמי ור' אסי או בבי דינא דנהרדעא, או כרבנן דבי רב אשי ור' חייא בר אבא, וכן דרך האלפס לחסר ולדלג כל מה שנראה לו שאין לפסוק כן הלכה". ועיין במבי"ט (ח"ב סי' פא) שהביא דברי המרדכי, וכתב דכן כתב בעל כפתור ופרח בשם בעל העיטור; "ובשנת השמטה שעברה שנת הש"ך ליצירה, בטלנו כמה פרוזבולין שלא נעשו בב"ד החשוב שבעיר, וכתבו אחרים תחתיהם בב"ד החשוב".

ובמחלוקת הראשונים הנ"ל י"ל דפליגי במהות בית הדין לענין פרוזבול, אם הוא בית דין ככל הלכות דיינים, או גדר מיוחד של ב"ד לענין פרוזבול, והוא תלוי גם במהות ענין הפרוזבול וכמש"כ לעיל, אם הוא דין של מסירה ככל הלכות מקח וממכר או מסירה גרידא שבאה לעשות מהלך של נגישה, שלא יעבור על לא יגוש, דבעצם המסירה לבי"ד שתיקן הלל, כבר נגש ללוה, ושוב לא קאי בלא יגוש, דזו היתה תקנת הלל, שגם אם לא היתה מסירה ממש, מ"מ גם מסירה לבי"ד הדיוטות (או בי"ד של של שנים, כמש"כ במאירי שאינו בי"ד חצוף), כבר לא קאי בלא יגוש. ולפ"ז אין גדרי בי"ד האמורים בהל' דיינים חלים על בי"ד של פרוזבול, ויכול הבי"ד להיות גם מורכב מקרובים, וכמש"כ התומים. וכמו שמצאנו לענין התרת נדרים דכשר בקרובים (נדרים עז,א-ב, ובשו"ע יור"ד רכח,ג, ועיין בתשובת רבי עקיבא איגר בהשמטות לסימן עג, הובא שם בפת"ש ס"ק ב, דדוקא בקרובים דאין הפסול בגוף, דהא כשרים לדון לאחרים, משא"כ בנשים וקטנים), דמה שתיקן הלל בית דין הוא בשביל עמי ארצות שאינם יודעים ששמיטה בזמן הזה מדברי סופרים ויבואו לזלזל בשביעית, וע"כ בי"ד כלדהו סגי. והסברא בזה שיועילו קרובים, דמניעת קרובים היא דוקא בדבר שצריך משפט, אבל כאן אין לדין פרוזבול תורת משפט ומהני בקרובים. (ואין לומר דיועילו קרובים מדין קיבל עליו קרוב או פסול, וכמש"כ הרא"ש בתש' הנ"ל, דזה דוקא אם גם הלוח יקבל עליו את הפסול, וכמש"כ הרא"ש, ולא באופן שרק המלוה קיבל עליו הפסול).

ובטעם זה דכל שאין בו תורת משפט, יכולים להיות קרובים דיינים, וממילא כן הדין בב"ד של פרוזבול, מצאתי לאחר מכן בדברי גאב"ד ערלוי הגר"ש סופר זצ"ל (התעוררות תשובה ח"ג כג,ב), דאם חותמים בתורת דיינים, יכולים להיות קרובים למלוה; "כי אין להם דין ודברים ומשפט שנאמר שקרובים פסולים לזה, הגם שבגבית חוב יש הרבה ענינים שצריכים דין ודברים", מ"מ בפרוזבול הוא אומר לשון שהוא

יגבה חובותיו, ואם יהיה לו דין ודברים, ידון בבי"ד אחר, משא"כ אם חותמים בתורת עדים, דקרובים פסולים לכל עדות ממון, דאין לך דבר שבממון יותר מזה שיוכל באמצעותם לגבות חובותיו.

ובדברי מלכיאל (ח"א סי' צד) כתב בכאור הסוגיא, בטעם שלא צריך האידנא בית דין חשוב ואין צריך להקנות קרקע, דמעיקרא הסוגיא דברה למ"ד שביעית בזה"ז מהתורה, ופרוזבול מטעם הפקר ב"ד, ולכן צריך בית דין חשוב לאפקועי ממונא. אבל רב נחמן ורבנן דבי רב אשי ס"ל שביעית דרבנן, ואין צריך לטעם של הפקר בי"ד, דהם אמרו והם אמרו, ולזה סגי באיזה ב"ד שיהיה, וגם סגי בדברים בעלמא. ומה שהצריכו קרקע הוא רק בפרוזבול שתיקן הלל בבית שני, שנהגה שמיטה מהתורה, והוצרך לטעם דהפקר בי"ד לעשותו כגבוי, לזה בעי קרקע דהוי כגבוי טפי. אבל בזמן הזה דשביעית דרבנן וא"צ להפקר בי"ד ולעשות פרוזבול, ובדברים בעלמא נדחית וכמו שכתב הרמב"ם, והיינו משום הם אמרו והם אמרו, גם קרקע אין צריך כלל, כי מסירת דברים אלה אינו מטעם שיהא כגבוי רק זכר לשביעית. ומזה הטעם מסרו רבנן דבי רב אשי לרב אשי רבם, דמעיקרא רב אשי מקני ליה גידמא דדיקלא וכתב פרוזבול, דס"ל דשביעית בזה"ז מהתורה ובעי פרוזבול, וגם קרקע לעשותו כגבוי משום הפקר ב"ד, או דס"ל דגם בשביעית בזה"ז בעי הפקר בי"ד. אבל רבנן דבי רב אשי הקילו דסגי במסירת מילי, וסגי להדדי דאין צריך בית דין חשוב, וגם דלא צריך קרקע משום דהוי רק כזכר לשביעית. וסברת הדברי מלכיאל כאמור, שאין כאן אלא מסירה בעלמא, ובעינן בי"ד רק לעמי הארצות, וע"כ סגי בבי"ד שיש בו גם קרובים.

וכן נראה מדברי התשובה מאהבה (ח"א סי' עב), דמהני אם עשה פרוזבול בפני דיין שהוא קרוב. אך נראה דזה הוא למקומות בחו"ל שלא נהגו כלל בשמיטת כספים. ועיין במנחת יצחק (ח"י סי' קמ), דכל זה לענין בתי דין בחו"ל, דאפשר לצרף דעת הפוסקים שמקילים בלא כתיבת פרוזבול כלל. אולם בארץ ישראל דהמנהג הפשוט בארץ ישראל וסביבותיה לכתוב פרוזבול בערב ראש השנה של מוצאי שביעית, וכמש"כ הב"י בחו"מ סי' סז, וכן כתב מהר"י בי רב, ובפרט בירושלים כמש"כ הרדב"ז (הל' שמיטה ויובל י, ד), אין בטעם הנ"ל כדי להקל. אך כתב להקל ע"פ מה שכתב בספר פנים במשפט (סז, כד) מהרב בית אברהם (ד' קמ"ג ע"ב) דפשיט להיתרא דגם זו מקולי פרוזבול. ובמנחת יצחק כתב להקל לפי מש"כ מהריק"ש (הובא בחשק שלמה חו"מ סי' סז הגה"ט אות כה) דפרוזבול נכתב בלילה דאינו דין, ומאחר שאינו דין, מסתברא דכשר אפילו בקרובים. והביא המנחת יצחק את לש' ספר בית אברהם (מהגר' חיים אברהם ישראל זצוק"ל אבד"ק אנקונה), וז"ל הבית אברהם: "וראיתי להגאון בס' או"ת וכו', ולא ידעתי במה נסתפק, דהא כתבו הרא"ש והר"ן ז"ל דמקולי פרוזבול ההוא ומזכין לו אפילו שהוא לחובתו, והוא הדין בדיינים קרובים.

ותו דקרא כתיב, אשר יהיה לך את אחיך תשמט ידך ולא של אחיך בידך כמ"ש בספרי, ומה לי מוסר שטרותיו לבי"ד מה לי מוסר דבריו לבי"ד אפילו קרובים, כיון דהבי"ד הם הנוגשים". ומבואר דהסברא דכיון דהוי מסירה כדי שבי"ד הם הנוגשים, יכול לעשות אפי' בקרובים.

עוד הביא המנחת יצחק שם את לשון מהריק"ש, שכתב בספרו ערך לחם (חור"מ סז,לא), וז"ל: "פרוזבול נכתב בלילה ואינו כמו דין, וכ"כ ז"ל דמדין קניית שטר נגעו בו, וכן מצינו בדבריים לבד נדחת שמיטת כספים, ועיין דין כ כנ"ל. ומינה שאפילו קרובים לדיינים כשרים, כדין קניית שטר זה לזה". והיינו כמו שיכול להקנות השטר לקרובו, הוא הדין דיכול למסור לו השטרות, שאין כאן גדר של דין אלא מסירת שטרות או הקנתם. ולכן הסיק במנחת יצחק להקל במוסר דבריו לפני בי"ד שאחד מהדיינים קרוב אליו, אך כל זה לענין דיין ולא בתורת עד, וכמש"כ גאב"ד ערלוי בהתעוררות תשובה הנ"ל.

והגר"ע יוסף זצ"ל בתש' יביע אומר (ח"ג חור"מ ו,ו) האריך לבאר שפרוזבול אינו צריך בפני בי"ד, מהא דכשר בלילה ובקרובים, שאינו דין, והביא שם מי שהסתפק בזה, וכתב דדבריים אלו מפורשים לגדולי האחרונים, מהריק"ש, התומים, הבית אברהם, התשובה מאהבה. עוד כתב הגר"ע יוסף, דלשיטת רש"י שפרוזבול ומסירת שטרות לבי"ד הוא ענין אחד (כנ"ל), א"כ מיירי רק במסירת שטרות ולא בענין שהוא דין: "דהסברא לפ"ז מרווחת טפי להכשיר דיינים קרובים בשניהם, דחד טעמא הוא. עכ"פ לפי כל האחרונים שכתבו להכשיר פרוזבול שנעשה בלילה ובקרובים, נראה דלאו דינא הוא, ואין צריך ג"כ שיהיה בפני בי"ד. ומ"ש הרה"ג הנ"ל דהרמ"א לא היקל אלא בחו"ל, מפני שסמך על האומרים שאין שמיטת כספים בחו"ל, משא"כ בא"י. מי כהחכם יודע פשר דבר, והלא ישנם הרבה פוסקים שאומרים ג"כ שאין שמיטת כספים נוהגת בזה"ז גם בא"י, וכמ"ש בשו"ת תמים דעים (סי' קלג) בשם רב נטרונאי גאון, וכן דעת הרז"ה בעל המאור, וכן הובא בהר"ן (גיטין לז,ב) בשם יש מן החכמים. עיי"ש, וכ"כ המאירי במגן אבות (סי' טו), ובגיטין (לו), עיי"ש. וכן מוכח מלשון הרמ"א בהגה (ר"ס סז). עיי"ש. והעיקר לע"ד כמש"כ לעיל דשפיר מהני פרוזבול שלא בפני בי"ד". ושם באות ז הביא את דברי גאב"ד ערלוי זצ"ל דבעדים לא מהני בקרובים, וכתב דמכיון שאף להרמב"ם ומרן מותר למסור דבריהם בע"פ לכתחלה כשהם ת"ח, בדיעבד גם לשאר בני אדם שמסרו דבריהם בע"פ, מוקמינן להו אדינא שלא להפקיע חובו ויהא רשאי לגבותו. וכל כתיבת הפרוזבול וחתימת העדים אינם אלא לכתחלה. ולכן הכשיר אף בעדים שהם קרובים, עיי"ש מה שהביא ראייה מתש' מהר"י אסאד (יהודה יעלה סי' קעט). עוד הביא מהחכמת אדם (שערי צדק כא,ו), דבדיעבד יכול למסור כל חובותיו בינו לבית עצמו בלא עדים ושלא בפני בי"ד.

וּכְתַב הַגֵּרֵעַ זצ"ל דַּמְש"כ הַר"ן בַּתש' (ס' עז) דֵּהֶפְרוּזְבוּל עֲצָמוּ מִשְׁמַט וּמִשֵּׁה הַמֵּאוּחָר פֶּסוּל, י"ל דַּמִּירֵי שֶׁלֹּא אָמַר בְּפִיו כְּלוּם, וּס"ל דַּכְּתִיבָה לֹאֻ כַּדִּיבּוֹר מִמֶּשׁ דַּמִּי לַעֲנִין זֶה.

וְהַסְבְּרָא בִּנ"ל שׁוֹנָה מִמֶּשׁ"כ לַעֲלִיל בַּדַּעַת הַרִיטְב"א בְּמַהוּת מִסִּירַת הַשְּׁטֵר לְבִי"ד. דַּלְמֶשׁ"כ לַעֲלִיל בַּדַּעַת הַרִיטְב"א הַמִּסִּירָה לְבִי"ד עוֹשֶׂה אֶת הַחֹב לִנְגוּשׁ וְעוֹמֵד, וּמִמִּילָא לֹא קָאִי בְּלֹא יִגּוּשׁ. אוּלָם לְסַבְּרָא הַנ"ל י"ל דַּמִּסִּירַת הַשְּׁטֵרוֹת לְבִי"ד אֵין בַּה דִּין מִסִּירָה אֲלֵא לְסִימָנָא בַּעֲלָמָא לַעֲמִי אַרְצוֹת, דַּמַּעֲיָקַר הַדִּין אֵין צוֹרֵךְ בַּמִּסִּירָה כְּלָל, וְרַק תִּיקְנֻ מִסִּירָה וּבִי"ד לַע"ה שְׁאִינָם יוֹדְעִים שְׁשִׁמִּיטָה דְּרַבְּנָן, וַיְבוֹאוּ לֹמַר שְׁאִין כְּלָל תּוֹרַת שְׁמִיטָה.

אִמְנָם נִרְאָה דַּאָּף לְצַד דַּמַּהֲנִי בַּקְּרוּבִים, אִם הַלוּהַ עֲצָמוּ יִשָּׁב בְּבִי"ד, לֹא יִהְיֶה לְבִית הַדִּין תּוֹרַת בִּי"ד גַּם לַעֲנִין פְּרוּזְבוּל. דִּידוּעָה דַּעַת הַרַאב"ד בַּתש', הוּבַא בְּרַא"שׁ מַכּוֹת א,יג, דַּבְּעַל דִּין אֵין לוֹ דִּין שֶׁל עַד לַעֲנִין עֲדוֹת שְׁבַטְלָה מִקְצַתָּה בְּטַלָּה כּוֹלָה, דַּכְּשִׁמְעִיד עַל עֲצָמוּ אֵין כַּאֵן עֲדוֹת כְּלָל אֲלֵא כְּמִי שְׁאִינוּ דַּמִּי, שְׁאִין אָדָם נִקְרָא לַעֲצָמוּ עַד פֶּסוּל כַּדִּי שְׁנֹאמַר עֲדוֹת שְׁבַטְלָה מִקְצַתָּה בְּטַלָּה כּוֹלָה, וְכִמוּ שְׁאִין הַהוֹרֵג פּוֹסֵל אֶת שְׁאֵר הָעֵדִים מִפְּנֵי שְׁאִין אֲנִי קוֹרָא בּוֹ עֲדוֹת שְׁבַטְלָה מִקְצַתָּה בְּטַלָּה כּוֹלָה, הוּא הַדִּין כְּשֶׁהוּא מַעֲיֵד עַל עֲצָמוּ וְעַל אַחַר בְּכָלֵל, אֵין אֲנִי קוֹרָא בּוֹ עֲדוֹת שְׁבַטְלָה מִקְצַתָּה בְּטַלָּה כּוֹלָה לְפִי שְׁאִין עֲלִיו שֶׁם עַד כְּלָל. וּכְתַב הַרַא"שׁ דַּמוּכַח כְּרַאב"ד בְּסַנְהֶדְרִין י,א, דַּאֲמַר פְּלוּנִי בַּא עַל אֲשֵׁתִי, הוּא וְאַחַר מִצְטַרְפִּין לְהוֹרֵגוּ אֲבָל לֹא לְהוֹרֵגָה. פְּשִׁיטָא, סַד"א אָדָם קְרוּב אֲצֵל עֲצָמוּ אֲמַרִּינָן, אֲצֵל אֲשֵׁתוֹ לֹא אֲמַרִּינָן קַמ"ל. דַּס"ד דַּאֵין אָדָם קְרוּב כָּל כַּךְ אֲצֵל אֲשֵׁתוֹ שֶׁלֹּא תִּהְיֶה עֲדוֹתוֹ שֶׁהוּא מַעֲיֵד עֲלֶיהָ עֲדוֹת פֶּסוּלָה וּלְבַטֵּל כָּל הָעֲדוֹת מִפְּנֵי שְׁבַטְלָה מִקְצַתָּה בְּטַלָּה כּוֹלָה, קַמ"ל דַּאֲשֵׁתוֹ כְּגוֹפּוֹ וְאֵין זֶה עֲדוֹת כְּלָל הַלַּכְךָ פְּלַגִּינָן דְּבוֹרָא כַּדְּפִלְגִּינָן בְּגוֹפּוֹ. וְעִינָן בְּתוּמִים לז,א. וּלְפ"ז אֵינוּ דוֹמֵה קְרוּב לְבַעַל דִּין עֲצָמוּ, וְלֹא יוֹעִיל אִם הַבַּע"ד עֲצָמוּ יִהְיֶה חֶלֶק מִהַבִּי"ד שֶׁל הַפְּרוּזְבוּל, אָף אִם מַהֲנִי בַּקְּרוּבִים. וְעִינָן בַּקּוּבִץ מִבֵּית לוי (ח"ו שְׁנַת תְּשַׁנ"ה) שֶׁהִבִּיא מִהַגֵּר"שׁ וּוְאֲזַנֵּר דַּמַּהֲנִי קְרוּבִים לְמַלוּהַ אוֹ לְלוּהַ, אֵךְ בַּקְּרוּבִים זַל"ז אֵין לְהֵם תּוֹרַת בִּי"ד, עֵינָם בַּהַעֲרָה כַּת. וְלַכְּאוּרָה י"ל שֶׁהוּא הַדִּין אִם הַלוּהַ הוּא אֶחָד מִהַדֵּינִים אֵין כַּאֵן בִּי"ד, דַּבְּעַל דִּין כַּמֵּאֵן דַּלִּיתָא וְהוּי כַּב' דֵּינִים.

וְעִדִּינָן י"ל לְמֶשׁ"כ, דְּכָל דִּין קְרוּב וּבַע"ד שִׁיךְ בַּמְקוֹם שִׁישׁ עַל הַבִּי"ד תּוֹרַת מִשְׁפֵּט, שְׁצַרִּיכִים לַעֲשׂוֹת דִּין וּמִשְׁפֵּט, אֲבָל כְּשֶׁכָּל תַּקְנַת הַבִּי"ד לְשִׁיטוֹת הַרִי"ף וְהַרַא"שׁ וְעוֹד רַאשׁוֹנִים כְּנ"ל, דַּלְתַּקְנַת עַמִּי אַרְצוֹת תַּקְנוּהַ, שֶׁלֹּא יֵאמְרוּ עַמִּי הַאֲרָצוֹת שְׁאִין שְׁבִיעִית נוֹהֲגַת כְּלָל בְּזִמְנָן הַזֶּה, וְלַכֵּן סָגִי בַּמִּסִּירָה גְּרִידָא וְאָף בִּי"ד שְׁאִינוּ חֲשׁוּב, יְכוּל גַּם מִי שִׁיחֲשַׁב פֶּסוּל כְּבַעַל דִּין, לְהִיּוֹת דִּינָן בְּבִי"ד זֶה. וְאָף שֶׁהַמְלוּהַ עֲצָמוּ אֵינוּ יְכוּל

להיות דיין, מפני שאינו יכול למסור דבריו לפני ביד, אם הוא יהיה חלק מהבי"ד, משא"כ אם הלוח הוא הדיין. ומ"מ כל זה דוקא אם חותם בתורת דיין, אבל בתורת עד לא מהני וכנ"ל.

עוד ראיתי לצרף להקל, ע"פ מש"כ הגר"מ קליין זצ"ל (משנה הלכות ח"י סי' רעז) לישב מדוע לא נהגו בדורות הקודמים רוב ההמון לא עשו פרוזבול (עיין מהרי"ט ח"ב סי' קיד), דמה שהסתפקה הגמ' אם הלל תיקן רק לדורו, דלמ"ד דלדרי עלמא תיקן, היינו שתיקן עד סוף כל הדורות שמועיל דין פרוזבול שלו מדין הפקר ב"ד שלו עד ביאת המשיח, וכל מי שסומך עליו סגי ליה בהכי, ומהאי טעמא הקילו בו רבנן דבי רב אשי ומסרי מילייהו אהדדי, דמה שמועיל בזה בלא בי"ד כלל ובלא שטר וכיוצא בזה שהקילו, מפני שסמכו על הפרוזבול של הלל מאז, ומה שצריך בכל דור הוא רק לזכרון דבריו שסומכין עליו, א"כ כה"ג כיון דמעיקר דינא תיקן עד סוף הדורות, לכן הקילו בו ע"ה ולא מיחו בהם חכמים. אך כל זה לישב מנהג העבר, והאידינא אין לומר כן. ואולי בחו"ל במקום שלא נהגו, יש לצרף סברא זו.

מהאמור לעיל עולה, דאף שלכתחילה ראוי שלא יעשה פרוזבול כשאחד הדיינים הוא אחד החייבים לו, אולם אם בדיעבד עשה בפניו, יכול אף לכתחילה לגבות חובו.

ג. חזקת חיוב

נשאלתי אם הנוהגים כדעת המחבר בשו"ע דבעינן בי"ד חשוב, וכך נוהג הלוח, ואף אם אינו נוהג כן, והמלוה עשה פרוזבול בפני עדים או בפני בי"ד של הדיוטות, וטוען הלוח המוחזק קים לי כדעת המחבר שצריך לעשות פרוזבול בבי"ד חשוב, וממילא הופקע החוב. והדבר מצוי כשהלוה מבני אשכנז הנוהגים כרמ"א שאין צריך בי"ד חשוב, והלוה מבני ספרד הנוהגים כפסקי המחבר בשו"ע, שצריך בי"ד חשוב.

לכאורה נראה שלאחר תקנת פרוזבול, כל שטר חוב הוא בחזקת חיוב, ואף אחר השמיטה נמצא בחזקתו המחייבת, אא"כ לא עשה המלוה פרוזבול, וטענת הלוח שלא עשה המלוה פרוזבול היא כטענת איני יודע אם פרעתין, דהחיוב קיים והספק בפטור, אם השביעית השמיטה כיון שלא עשה פרוזבול. ולכאורה יש להוכיח כנ"ל מדברי רב נחמן (גיטין לז, ב): אמר רב יהודה אמר רב נחמן, נאמן אדם לומר פרוזבול היה בידי ואבד ממני. מאי טעמא, כיון דתקיננו רבנן פרוזבול, לא שביק היתירא ואכיל איסורא. ולכאורה טענה של פרוזבול היה לי ואבד שנאמן מטעם דלא שביק היתירא ואכיל איסורא, הוא גדר של חזקה, ואיך מוציאים ממון בחזקה זו. אלא

בהכרח דהחוב בחזקתו, וטענת הלוה שהחוב נשמט הוי טענת פרעון, והחזקה מסייעת לחזקת חיוב שהחוב בחזקתו, ורק אם לא עשה פרוזבול הרי הוא מופקע, ואם יטעון הלוה שמא לא עשה פרוזבול, הוי איני יודע אם פרעתיך. וע"כ גם לא יכול לטעון טענת קים לי, כגון הנדון בשאלה הנ"ל, כיון דלא גרע מכל טענת ספק דאינו נאמן לטעון קים לי שהחוב פרוע מחמת הספק, דמידי ספק פרעון לא נפקא.

ואחר העיון ראיתי סברא כנ"ל בדברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל (חדושי ר' נחום אות קטו), שכתב להקשות דמדברי הגמ' דנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד, מוכח דהך חזקה דלא שביק איניש היתרא ואכיל איסורא, מהני אף להוציא ממון. וי"ל דהך חזקה אלימא טפי משאר החזקות והו"ל כבירור גמור שפרוזבול היה לו ואבד. אך לא ניהא לגר"נ לפרש כן, וכתב לבאר בדרך אחרת, מכח הקושיא איך טענינן ליתומים שהיה לאב פרוזבול, הרי זה טענינן להוציא, וז"ל:

"ונראה דלפמ"ש"נ לעיל דבכל שמיטת כספים לא פקע עצם החוב יש לדון דאין זה כטענינן להוציא, דכיון דליכא ספק על עצם החוב וכל הספק הוא רק אם חלו עליו דיני שמיטה לענין שאי אפשר לתובעו, הרי זה כטענינן להחזיק ושפיר שייך בזה דין טענינן, דאנן ידעינן בודאות דאית ליה למלוה ממון ברשות הלוה ("ממוני גבך") והרי זה כטענינן להחזיק, ודו"ק ... ולפי"ז יש מקום ליישב את מה שהקשינו האיך מהניא הך חזקה להוציא ממון, דלמתבאר דבשמיטה לא פקע עצם החוב יש לדון דלא שייך בזה דין המוציא מחבירו עליו הראיה, דאנן ידעינן בודאות דאית ליה למלוה ממון ברשות הלוה, ואין זה ככל ספק בהוצאת ממון."

ומבואר מדברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל דיש חזקת חיוב על החוב. ונראה לבאר, או דדין זה דהוי בחזקת חיוב הוא אפי' למ"ד ששביעית בזה"ז מהתורה, דכיון דשביעית יכולה להפקיע ויכולה שלא להפקיע, כגון אם ימסור שטרותיו לבי"ד חשוב כתקנת הלל, ממילא הוי טענת הלוה כטענת ספק פרעון, דספק אם נפקע החוב, והו"ל איני יודע אם פרעתיך. או נאמר שזה דין מיוחד לשיטת רב נחמן (כמבואר לעיל), דשביעית בזה"ז דרבנן, וכיון דיש חזקה דלא שביק אינש היתרא ואכיל איסורא, מסייעת לחזקת חיוב של החוב (דאם בעינן בבי"ד חשוב דוקא, צ"ע אם יש חזקה זו, דמי יימר אם ימצא בי"ד חשוב, עיין בראשונים בסוגיא. אולם כיון שיכול למצוא ב או ג אחרים שימסור בפניהם לבי"ד חשוב, לא שייך טענה זו, ואף אם הוי דאורייתא יש חזקה זו המסייעת).

והגר"נ זצ"ל כתב ע"פ דרכו לישב דברי הראשונים, דהמלוה נאמן לומר שהתנה ע"מ שלא תשמטני בשביעית במיגו דאי בעי אמר פרוזבול היה לי ואבד, וכ"כ

הרמב"ם בהל' שמיטה ט, כה. ובעה"ת מה, כב הקשה, איך מהני הך מיגו, הא הו"ל מיגו להוציא, ובשלמא במלוה בשטר לק"מ דההוא אוקמי ממונא מיקרי, אבל במלוה ע"פ האיך מועיל בזה מיגו. ותי' בעה"ת, דשאני הכא דמסייע לתובע חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא. וכתב הגר"נ זצ"ל דיש לישב ע"פ הנ"ל, דכיון דעצם החוב לא פקע, אין זה מיגו להוציא אלא להחזיק; "דאנן ידעינן בודאות דאית ליה למלוה ממון ברשות הלוה, אלא דמספקא לן אי אית ליה זכות לתבעו, וממה נפשך את שלו הוא נוטל".

עוד ביאר הגר"נ זצ"ל לפי הנ"ל, דתוס' בסוגיית כתבו בשם ר"ת דהך חזקה דפרוזבול היה לי ואבד מהני לפטור את המלוה משבועה, (ועיין בראשונים, הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א, דגם כתבו כן). ובטור חו"מ סי' סז הביא דהרמ"ה פליג ע"ז וס"ל דצריך המלוה להשבע על טענתו זו. ולכאורה סברת הרמ"ה דהמלוה חשיב כנוטל. וי"ל דהטור ס"ל דלא חשיב המלוה כנוטל ולא נאמרה בזה התקנת חכמים דכל הנוטלין בעי שבועה, דכיון דליכא ספק על עצם החוב וידעינן בודאות דאית ליה למלוה חוב ממון ברשות הלוה, אין המלוה נחשב כנוטל אלא כנפטר, ולא שייך לחייב את המלוה להשבע שבועת הנוטלין.

ובתומים סז, כט כתב בדרך שונה, דאפשר להוציא בחזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא אפי' ממון, כיון שאין הלוה מכחישו בברי, ובלא"ה י"ל ברי ושמא ברי עדיף, רק חזקת ממון אלים, משא"כ כשחזקה לא שביק היתרא מסייע ליה, מוציאין אפילו ממון. ובדרך זו כתב לישב, דבפרוזבול היה לי ואבד, נאמן המלוה להוציא בלא שבועה, ובריבית כשטוען המלוה שנעשה על דרך היתר, אם בא המלוה להוציא מהלוה, צריך להשבע, כמש"פ הרמ"א בשו"ע יור"ד קסח-ט, כה: "וכן בשאר טענות שבין לזה למלוה, שזה טוען שהלוה לו באיסור וזה טוען שהלוה לו בהיתר, המלוה פטור אפילו בלא שבועה. ודוקא שהלוה בא להוציא מן המלוה, כגון שהיה לו משכון או שכבר פרע לו, אבל אם המלוה בא להוציא מן הלוה, הלוה נשבע ופטור. ואם יש שטר ביד המלוה, נשבע ונוטל". דבריבית הלוה מכחיש למלוה, משא"כ בטענת פרוזבול היה לי ואבד. ועיין לגר"א וואלקין בחושן אהרן סז, לג (בסופו) שכתב לישב, דכיון דאפי' בספק מצאנו בראשונים שהולכים לקולא ויכול לגבות חובו (עיין להלן), כל שכן בזה שהחזקה מסייעתו, עיי"ש. ועיין עוד בשער המשפט סז, יא מש"כ בזה.

ואין להקשות על הנ"ל מהא דשביעית אפקעתא דמלכא, וממילא אין כאן חזקת חיוב ואינו ספק בפרעון, דאין כאן חיוב. י"ל דהאמור לעיל הוא לאחר תקנת פרוזבול, ואף קודם תקנת הפרוזבול י"ל דיכול למסור שטרותיו לבי"ד וכד', והאפקעתא דמלכא

הוי כפרעון ולא כביטול עצם החיוב, וכשיש ספק בפרעון הו"ל איני יודע אם נתחייבתי. גם י"ל דאף לרוב הראשונים החולקים על היראים (סי' קסד, ובדפוס ישן סי' רעח) הסובר שאין החוב נשמט מאליו אלא החיוב הוא על המלוה לומר משמט אני, ואם לא אמר המלוה, חייב הלוה לפרוע את החוב, אלא שבי"ד יכפו על המלוה לומר משמט אני, וז"ל היראים: "וחוב שעבר עליו שביעית, אינו רשאי לזה לעכבו אלא על פי מלוה, שכל זמן שלא השמיטו מלוה חייב לפרוע, אלא לזה יזמין מלוה לדין שישמיט לו חובו כאשר צוה היוצר, ובי"ד יחייבו למלוה לומר משמט אני...". ועיין במרדכי (גיטין סי' שפ) מה שהביא מרבינו אביגדור הכהן, שהשביעית משמטת מאיליה אע"פ שלא אמר משמט אני, אלא מצוה הוא דרמיא עליה באמירה, דכתיב; וזה דבר השמטה, ואם בא להחזיר במוצאי שביעית יאמר לו משמט אני, ואם לא בא להחזיר, אין צריך לומר, דשמוט ועומד. ועיין במנחת חנוך (מצוה תעז) דהחוב נפקע מאליו. וכן משמעות הראשונים והפוסקים. דאף אם הוי אפקעתא דמלכא, ויש ויכוח בין המלוה ללוה אם היתה כאן אפקעתא דמלכא, והלוה אינו יודע אם היתה אפקעתא דמלכא אלא מכח טענת קים לי, הוי כטענת איני יודע אם פרעתך, כיון שיש מציאויות שבהן שביעית לא תשמט החוב, כמו במוסר שטרותיו לבי"ד וכיוצא ב"ז.

ד. ספק איסור דרבנן ותקנת חכמים

עוד נראה לומר, דכיון דשביעית בזה"ז דרבנן, אין ספק תקנה מוציא מידי ודאי חיוב, דמעיקר הדין יכול המלוה לגבות חובו, ובאו חכמים ותקנו שלא יגבה, ומטענת ספק של הלוה, לא תיקנו חכמים. דהנה הרמב"ם פ"ט משמיטה הל' ב-ג, כתב וז"ל: "אין שמיטת כספים נוהגת מן התורה בשביעית אלא בזמן שהיובל נוהג שיש שם שמיטת קרקע... אמרו חכמים בזמן שאתה משמיט קרקע אתה משמיט כספים בכל מקום בין בארץ בין בחו"ל, ובזמן שאין שם שמיטת קרקע אין אתה משמיט כספים בשביעית אפי' בארץ. ומדברי סופרים שתהא שמיטת כספים נוהגת בזה"ז בכל מקום ואע"פ שאין היובל נוהג, כדי שלא תשתכח תורת השמטת כספים מישראל". דעת הרמב"ם שבזמן הזה שמיטת כספים מדרבנן, וכ"ד המחבר בחו"מ סז,א. לפ"ז הו"ל למיזל בספיקא דאיסורא דרבנן לקולא, ואף דהוי חומרא להאי וקולא להאי, מ"מ כיון דכל מה דאמרינן למלוה לשמט חובו הוא מפני חומרת איסור, באיסורא דרבנן לא נחמיר עליו. ועיין ברבב"ד בהשגותיו על הרי"ף בגיטין (יט,א מעמוה"ר) שכתב דכל הנהו דנהגי בזה"ז שמיטת כספים, מידת חסידות היא. ועיין בספר הזכות שם (יח,א-ב) ובבעל התרומות שער מה אות ד מש"כ בזה.

והרא"ש פ"ק דמכות ה"ג כתב במחלוקת האמוראים במלוה את חבירו לי' שנים אי שביעית משמטתו, דהלכה כמ"ד שאין השביעית משמטתו: "ומיהו נראה

דהלכה כלישנא בתרא, דפשטא דמתניתין מסייעא ללישנא בתרא ותיובתא דלישנא קמא, אלא דרבא דחי ליה. ועוד, דשביעית בזמן הזה דרבנן ואזלינן לקולא". וכן תירצו הרמב"ן והריטב"א שם במכות, דאף דאיכא בגמ' תרי לישני, כיון דשביעית בזמן הזה דרבנן, נקטינן להקל. חזינן מדברי הרא"ש הרמב"ן והריטב"א, דהא דשביעית בזמן הזה דרבנן היא סיבה וטעם שלא תשמטנו השביעית ויוכל לנגוש את בעל חובו, שאף שיש כאן מחלוקת אמוראים אם שביעית משמטת חוב שזמן פרעונו לאחר השביעית, כיון דשביעית בזמן הזה מדרבנן אזלינן בספיקו להקל מעל המלוה שיוכל לגבות חובו. ועיין בב"י סי' סז (הובא גם בקרבן נתנאל שם אות ס) שכתב לבאר דאף דהוי ספיקא דממונא והו"ל להקל על הנתבע (הלוה) ולשמט חובו, מ"מ ביסודה השאלה לפנינו היא שאלה איסורית ולא ממונית, ואף שיש לשאלה זו נפק"מ ממונית, מ"מ בעיקרה היא שאלה איסורית, וע"כ אזלינן לקולא שאין איסור לנגוש חובו. (ועיין להלן בענין זה אם יכול לומר קים לי שהחוב נשמט). וע"ע במש"כ החידושי הרי"מ בסי' סז ס"ק ז בבאור דעת הרא"ש. ועיין בר"ש דוראן (חוט המשולש שבספר התשב"ץ, טור הראשון סי' כב), דכיון דיש מחלוקת במנין שנות השמיטה היו צריכים לקבוע הדין שיעברו על החוב כל המנינים לפי כל השיטות, דספיקא דרבנן לקולא, ששמיטת כספים בזה הזמן אינה אלא מדרבנן, עיי"ש.

הסבר נוסף בדברי הרא"ש נמצא במהרי"ט (ח"ב יור"ד סי' מ בד"ה איברא), דכיון שהחוב לשלם הלואה הוא מדאורייתא ושביעית המפקיעה אותו היא מדרבנן, נהי דשביעית דרבנן מפקיעה חיוב דאורייתא, מ"מ זה דוקא בודאי דרבנן אבל בספק לא. והביא ראיה מדינא דבר מצרא דיכול המצרן לסלק את הלוקח דוקא בודאי ולא בספק, דאין ספק תקנה דרבנן מפקיע קנינים דאורייתא. עכ"פ יוצא מהדברים דבספק הקפת החנות וכד', יוכל המלוה אפי' לכתחילה לגבות חובו, דבספק איסורא דרבנן אזלינן להקל, ויוכל כל מוכר ומקיף בחנות שאינו דרך הלואה לנגושו אחר השביעית ולסמוך באיסור דרבנן על דעת התוס' הר"ן הרשב"א ועוד ראשונים, דכל שאינו דרך הלואה אין השביעית משמטתו. ומ"מ לכ"ע אם תפס לא מפקינן מיניה. (וע"ע להלן מש"כ בדברי מהרי"ט).

ובשער המשפט סז, דהביא לישב את דעת הרא"ש, דכאן לגבי הלואה אם שביעית אינה משמטת הו"ל אצלו בגזילה, וא"כ בספק הוי ספק גזילה ואזלינן לחומרא, משא"כ לגבי המלוה איכא גביה ספק איסור דרבנן אי משמטת השביעית שבזוה"ז ואזלינן לקולא. וכמש"כ המהר"י באסן (עיין כנה"ג חו"מ סי' כה, כללי הקים לי אות ז) דלא אמרינן קים לי אלא היכא שהחומרא לא תצילינו מהאיסור, משא"כ במקום שאם נחמיר ננצל מהאיסור, וכאן אם יגבה חובו ינצל הלואה מאיסור גזילה והמלוה לא יעבור על איסור גזילה. ושעהמ"ש, אף שסובר לחלוק על המהר"י באסן, כתב

דדברי הרא"ש נכונים בטעמן, דכיון דחייב החזר חוב הוא ודאי מדאורייתא, וספק אם חוב זה נשמט מדרבנן, לא אתי ספק איסור שביעית ומפקיע חיוב דאורייתא, עיי"ש. (ועיין להלן שדברי מהר"י באסן היו בסיס להיתר לאחרונים, שלא יוכל לטעון טענת קים לי שהשביעית שימטה החוב, כמש"כ השם אריה, שאילת יעקב ומנחת יצחק, דאם יטען קים לי, הרי אצל הלוח בספק גדל, ואם לא יטען וישלם, אצל המלוה הוי ספק איסור דרבנן, עיין להלן).

וכ"כ בתש' עדות ביהוסף סי' טו (מובא בדברי גאונים סוף כלל קט) דאף דשמיטה בזמן הזה הוא פלוגתא דרבנותא אם היא נוהגת מדרבנן, מ"מ אין הלוח יכול לומר קים לי, משום דאין ספק תקנה דרבנן דוחה ודאי דינא דאורייתא דפריעת בע"ח מצוה, כדקיי"ל באהע"ז סי' קיח דכל ספק בתקנה אוקמוה אדאורייתא. והוסיף הדברי גאונים; "והארכתי בדין זה, לפי שזה ימים לא כביר נתעצמו לפני בדין שני בע"ד, ואחד טען טענת שמיטה ונתלה באילן גדול אחד בדורינו שפסק דיכול לומר קים לי. ולא האמנתי שיצאו דברים אלו מפיו, ופסקתי לחיוב כאמור באחרונים".

ה. כשהדין נובע מהאיסור

עוד נראה דלא יוכל הלוח לטעון טענת קים לי, דבשביעית אין הלוח זוכה בממון ההלואה, אלא שלמלוה אסור לתבוע (ויש גם מצות עשה כמבואר ברמב"ם), דלא כבגזילה דיש לנגזל דין בעלים על החפץ, בשביעית הזכות של הלוח היא מחמת האיסור שעל המלוה לנגוש את החוב, וכמש"כ הרמב"ם בהל' שמיטה ויובל ט,א: "מצות עשה להשמיט המלוה בשביעית, שנאמר; שמוט כל בעל משה ידו, והתובע חוב שעברה עליו שביעית עבר על לא תעשה, שנאמר; לא יגוש את רעהו ואת אחיו". הרי שכל דין זה הוא על המלוה, ואין ללוח זכות בחוב אלא כשלמלוה יש איסור להשמיט. ואם טוען המלוה שאין עליו איסור, כיון שנוהג לעשות פרוזבול כדעת הרמ"א, שוב אין ללוח זכות בחוב, וממילא אין לו כח לטעון טענת קים לי.

מהרשד"ם (חיר"ד סי' סב) דן אם נחלקו אם יש לפנינו איסור ריבית, שנתן הלוח למלוה ריבית, ודעת הפוסקים להלכה דהוי ריבית קצוצה היוצאה בדיינים, ומיעוט פוסקים ס"ל דהוי אבק ריבית שאינה יוצאה בדיינים, וטוען המלוה המוחזק קים לי כפוסקים שאינה יוצאה בדיינים, וכתב מהרשד"ם:

"הרי משמע שיש מן הפוסקים דסברי דלא הוי אלא אבק, ואבק ריבית קי"ל דאינה יוצאה בדיינים, והיה אפשר לעלות על הדעת שהיה יכול לומר שמעון, כיון דאיכא פלוגתא דרבנותא, אע"ג דרובא ס"ל דיוצאה בדיינים, כיון דאיכא מקצת מן הגדולים דסברי דאינה יוצאה בדיינים, לא מפקינן מיניה,

דיאמר המוחזק קים לי כהני דסברי דהוי אבק רבית ואינה יוצאה בדיינים. אמנם נראה בעיני, דאע"ג דהאי דינא אמרינן בדינא דמונא, היינו בעינא אחרינא דאינו נוגע לאיסור, אבל בענין נדון דידן דפלוגתא הוי באיסורא, דאי הוי איסורא דאורייתא או לא, כ"ע מודו דמפקינן מיניה, נמצא שהמחלוקת עושה שהוא ספק איסור דאורייתא, וספקא דאיסורא דאורייתא לחומרא, ולא כל כמיניה דשמעון שיאמר קים לי כפלוגי, דדוקא בענין ממונא לחוד אמרינן הכי לא בענין איסורא."

מבואר ממהרשד"ם דכאשר השאלה במהותה היא שאלה איסורית, כיון שנפסק הדין באיסור כדעת מסוימת, אין המוחזק יכול לטעון טענת קים לי כמיעוט פוסקים ולהחזיק הממון, דכל טענת קים לי היא בדבר שבמהותו ויסודו היא שאלה ממונית, אולם כשהשאלה ביסודה היא שאלה איסורית, כיון שנפסקה ההלכה לענין האיסור, כך היא גם לענין השאלה הממונית היוצאת ממנה, וממילא לא שייך בזה טענת קים לי.

ודברי מהרשד"ם הביאם מהר"א ששון (תורת אמת סי' קסב), דבתחילה הסתפק בזה, ולא רמז מכן הביא את המהרשד"ם, וכתב: "עדין אני הדיוט בספקי עומד, שלא ביאר דבריו שם מהרי"ק ז"ל רק באיסורא לבד, לא במקום שיש איסור וממון". ולא פסק כמהרשד"ם ונשאר בספק. ועיין במוהר"י הלוי (כלל ו סי' נב), שהביא דברי מהרשד"ם. ועיין במהר"י אדרבי בתש' דברי ריבות (סי' רלה) שממנו עולה שיכול המוחזק לטעון קים לי שהשביעית שימטה את החוב. מהר"י אדרבי דן בטענת מוחזק, כנגד טענת יתומים שפרוזבול היה להם: "דכלל גדול יש לנו דאוקמינן ממונא בחזקת מריה, ופשיטא דמצי למימר המוחזק קים לי כפלוגי לאוקמי ממונא באופן דלא מהימנו יתמי מלוה למימר פרוזבול היה לנו, כיון דאיכא כמה אשלי רברבי דסברי דלא מהמני".

ומדברי מהרש"ך בתש' (ח"א סי' פה) נראה דלא ס"ל כמהרשד"ם. מהרש"ך שם כתב: "מכל מקום יראה לומר דאכתי מידי ספיקא דרבוותא לא נפקינן, ויכול הנתבע לומר קים לי כהנהו רבוותא דס"ל דנוהגת שמיטת כספים, כיון דהוי מידי דמונא, וקי"ל בספיקא דמונא דאמרינן חומרא לתובע וקולא לנתבע". והביא דברי הב"י חו"מ סזי (הנ"ל) בדין הלוהו לי' שנים דמשמע מדבריו דכיון דהוי מילתא דאיסורא, לא אזלינן בתר המוחזק. וכתב ע"ז מהרש"ך דאפשר לחלק בין נידון הב"י לנדון דידיה; "דיראה דקושטא דמלתא, כיון דהוי מידי לאפוקי ממונא, יוכל המוחזק לומר קים לי כהנהו רבוותא שפסקו שנוהגת, זולת אם נתפשט המנהג באותו מקום שלא לשמט, דהוה ליה כמתנה על מנת שלא תשמטני בשביעית, דקי"ל דתנאו קיים". ומבואר דלא ס"ל כסברת מהרשד"ם הנ"ל.

גם מדברי מהרי"ט (חיו"ד סי' מ) נראה דלא ס"ל כסברת מהרשד"ם. מדברי מהרי"ט מפורש יוצא שיוכל לטעון טענת קים לי אף באיסור הנוגע לממוץ, אך כתב טעם אחר דבשמיטת כספים לא יוכל הלוה לטעון טענת קים לי, דכיון שהחיוב לשלם הלוואה הוא מדאורייתא ושביעית המפקיעה אותו היא מדרבנן, נהי דשביעית דרבנן מפקיעה חיוב דאורייתא, מ"מ זה דוקא בודאי דרבנן אבל בספק לא. והביא ראייה מדינא דבר מצרא דיכול המצרן לסלק את הלוקח דוקא בודאי ולא בספק, דאין ספק תקנה דרבנן מפקיע קנינים דאורייתא. עכ"פ יוצא מהדברים דבספק הקפת החנות וכד', יוכל המלוה אפי' לכתחילה לגבות חובו, דבספק איסורא דרבנן אזלינן להקל, ויוכל כל מוכר ומקיף בחנות שאינו דרך הלוואה לנגושו אחר השביעית ולסמוך באיסור דרבנן על דעת התוס' הר"ן הרשב"א ועוד ראשונים, דכל שאינו דרך הלוואה אין השביעית משמטתו.

ומהר"א ששון (תורת אמת סי' קלט) דן בשכן שיש לו חביות של צבע, והשכנים טוענים שאינם יכולים לסבול הריח, וכתב מהר"א ששון לדון להרחיק את החביות, ושישים בעל החביות אותן תחת ביתו. ואפי' אם ימצא מי שיחלוק להתיר, אין ראוי לומר בזה קים לי כפלוגי כיון שהוא מילתא דאיסורא, שבהיזק הגוף אין לומר קים לי כפלוגי שהרי אין כאן ממוץ רק איסור שאסור להזיק לחבירו. והביא ראייה מדין גרמא בנזיקין שהוא אסור (ב"ב כב,ב), ופרש"י שם, דאפי' למאן דלא דאין דינא דגרמי והוא פטור מלשלם, אסור לגרום נזק לחבירו, וכשבא להעמיד ההזיק לחברו, יכול לעכב. וכן שם בגמ' כו,א, גבי רב יוסף דאמ' אפיקו לי קור קור מהכא, דגרמא בנזיקין אסור: "וא"כ כיון דהך היזקא דנדון דידן לא הוי מילתא דממוץ, רק מילתא דאיסורא שמזיק את חברו בגופו, אין ראוי לומר בזה קים לי כפלוגי".

ואין בזה סתירה למש"כ מהר"א ששון (תורת אמת סי' קסב הנ"ל), דכאן השאלה מעיקרא היא רק שאלה איסורית, אם מותר להזיק או לא. ואם יעבור ויזיק, אם אח"כ יהיה נידון על הנזק, כבר לפנינו שאלה ממונית, ויוכל המוחזק לטעון טענת קים לי, דמהר"א ששון מיירי לענין עצם השאלה אם מותרת להזיק, שהיא שאלה איסורית גרידא. ואח"כ מצאתי בחתם סופר (חיו"ד סי' רמא) שכתב דניזקין מילתא אחריתי היא, דעיקר ענין נזיקין הוא גדר למצות עשה של ונשמרתם מאוד לנפשותיכם, ואל תעמוד על דם רעך, וכתוב; והיה עליך דמים (עין מו"ק ה,א) ושיער הקב"ה בחכמתו, שאם יתחייב התם כך והמועד כך ובור כך ורגל כך וכדומה בזה, נגדר הדבר וכל אחד ישמר נזקיו. ואם אנו מסופקים אם קרן מחובר די לו בשמירת תם או בשמירת מועד, ספיקו להחמיר. וכן כל מה שאנו מסופקים בכוונת הקרא, צריכים להחמיר מספק איסורא. אמנם כל ספק שיוולד אחר כך אם היה המעשה כך או כך

או אם הלכה כפלוני או כפלוני, בזה אזלינן לקולא לנתבע ככל ספק ממונא, אע"ג דאית ביה איסורא.

והש"ך בתקפו כהן (סי' קכז) כתב לחלוק על מהר"א ששון: "דמה בכך שהוא איסור, מ"מ אנו נחייבו לסלקנו הו"ל הפסד ממון, ושייך ביה שפיר המוציא מחבירו עליו הראיה. והא בספק בכור נמי איכא מילתא דאיסורא, ואפי' הכי אמרינן ביה המוציא עליו הראיה. וכן היכא דאיכא מחלוקת בין הפוסקים אי הוי ריבית קצוצה או אבק ריבית, שכתב מהר"א ששון גופא בסי' קסב דאמרינן המוציא עליו הראיה, אע"ג דהוי מילתא דאיסורא. ועוד הארכתי בזה בספרי ש"ך יור"ד רנט"ד, דאפי' היכא דהוי מילתא דאיסורא, אמרינן ספק ממונא לקולא, עיי"ש. אע"ג שאפשר לחלק בין איסור שאינו מזיקו בגופו לאיסור שמזיקו בגופו, מי הנביא שיגיד לנו לחלק בכך. ויותר נראה שהדין עם המוחזק ומצי למימר קים ליה". מבואר מהש"ך דבכל ענין ממון, אף אם ביסודו היא שאלה איסורית, יכול המוחזק לטעון טענת קים ליה, כבכל עניני ממון.

והתומים בתקפו כהן (סי' קכז) כתב להקשות על הש"ך, דנדון הש"ך ביור"ד רנט"ד הוא לענין ספק מעות צדקה, ומצאנו בזה מחלוקת ראשונים, דבגמ' נדרים ז,א, איבעיא אם יש יד לצדקה ולא איפשטא. הר"ן שם כתב, דדעת הרמב"ן והרשב"א דתיקו דאיסורא לחומרא, וחלק עליהם מדין ספק לקט (חולין קלד,א), דלולי דקיימא בחזקת חיוב, היה ספק לקט לבעה"ב. וכן במתנת כהן ספק תרומה וכדומה, אמרינן הכל לישראל אף דיש בו איסור. וכ"כ הר"ן בתש' סי' א, וכן דעת הריב"ש (סי' קס). אולם הרא"ש בפסקיו שם בנדרים (סי' ג) כתב ג"כ כרמב"ן ורשב"א. והש"ך עצמו שהאריך בזה ביור"ד רנט"ד נשאר בצ"ע לדינא. עוד הקשה בתומים סתירה בין פסקי הרמ"א, דבש"ע יור"ד רנח,ב פסק; "המפריש סלע ואמר הרי זה צדקה, ואמר על אחר וזה, גם השני צדקה". כדעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש המחמירים באיבעיא דלא איפשטא וס"ל דיש יד לצדקה, והרמ"א לא הגיה עליו, ודעתו א"כ כדעת המחבר ולא כר"ן והריב"ש. ואיך פסק הרמ"א בחור"מ רנ,ג, בהקדיש כל נכסיו לעניים ועמד, שהוא איבעיא דלא איפשטא בגמ' ב"ב קמח,א, דחוזר, שכך פסק; "וכן דין הקדש כדין מתנה, שיוכל לחזור בו כמו במתנה". גם הביא התומים מדברי הרשב"א בתש' (סי' תרנו) שפסק, דספק הקדש, אפילו הקדש בדק הבית להקל, והמוציא מחבירו עליו הראיה, וזה סותר למה שהחמיר הרשב"א באיבעיא אם יש יד לצדקה.

וכתב התומים לחלק בין אם הנידון הוא על החפץ או אם השאלה היא איסורית עם נפקות לממון, דכל שהספק על החפץ אם חל עליו הקדש או לא, אמרינן אוקי בחזקת מריה, והיינו דאנו דנים על החפץ אם הוא הקדש או חולין אמרינן אוקי

הדבר בחזקתו, דהא מתחילה חולין היה והרי הוא עוד חולין, כי מספק אין להוציא מחזקתו. ודבר זה נלמד מספק בכור, דמבואר בסוגיא ב"מ ו,ב, דסלקא דעתך בגמ' דספק בכור דאסור בגיזה ועבודה, משום הואיל ותקפו כהן אין מוציאין, אבל אילו תקפו מוציאין, לא היה אסור בגיזה ועבודה ולא חל קדושה כלל. ודחתה הגמ', לעולם תקפו כהן מוציאין, וקדושה הבאה מאליה שאני. ופירש הר"ן, דאין לבכור חזקת חולין כלל, דתיכף בעת לידה היה חל עליו ספק קדושה. ולפ"ז דוקא בכור שהוא קדוש משמים, אבל קדושה הבאה ע"י הקדש האדם, לפי דקי"ל דלא מהני תפיסה ואי תקף מוציאין, מותר בגיזה ועבודה, דהעמד הדבר על חזקתו ומתחילה חולין היה. לכן בספק לקט, דאנו דנין על התבואה אם נעשת לקט או לא, אמרינן הדבר בחזקתו ואין זה לקט, כי מתחילה היה של בעל הבית, ולכך הוצרכו לומר דמתחילת קמה חייבת, ואין לומר דהעמד על חזקתו דהיה של בעה"ב, כי חיובו מתחילה רמיא עליו. אבל בשאר ספיקות דהיה מתחילה חזקת בעה"ב, מוקמינן אחזקת בעה"ב ולא הוי הקדש: "וזהו אם אנו באים לדון על גוף החפץ מה טיבו, אם של הקדש או של חולין, אנו אומרים העמד הדבר על חזקתו דהיה חולין. אבל אם באנו לדון על הנודר, דיש ספק אם נדר לצדקה ומחוייב לקיים נדרו, ואם לא - עובר על נדרו ובבל יחל, או לא נדר. ואנו דנין על קרקפתא דגברי אם הוא חייב או לא, פשיטא דהרי כאן ספק איסורא לחומרא, ומה חזקה יש כאן, ומה נשתנה זה מכל הכלל ספק נדרים להחמיר".

ובזה כתב התומים לישב שאין סתירה בדברי הרשב"א, כי באומר הרי זו כזו, או והדין, דיש ספק אי הפרישו לצדקה דיש יד לצדקה, או לא - דאין יד לצדקה, א"כ אנו דנים על הגברא אי יש חיוב עליו לקיים נדרו או לא, בזה אמרינן ספק איסור להחמיר, כדתנן בנדרים יח,ב ספק נדרים להחמיר, ומה נשתנה נדר זה לשאר נדרים דספקם להחמיר. אבל בלקט שאין כאן חיוב על בעה"ב, שבעה"ב לא עשה דבר, רק אנו דנים על הלקט, מעמידים את התבואה בחזקתה, והיינו בחזקת בעה"ב. וכן במקדיש ומת דאין על יורשים לקיים נדר של אביהם, דהספק על החפצים ומטלטלין אם הם של הקדש ועניים או לא, בזה אמרינן דהעמד הדבר על חזקתו ואינו הקדש. וממילא אין סתירה ברשב"א וברמ"א, דבחומ"מ רנ, גבי שכ"מ שהקדיש, הקשה הנימוק"י, דהוי ספק מעילה, ותירץ, דהא הוא עומד ואומר לא לכך נתכוונתי, ע"ש, ולפ"ז אין כאן ספק נדרים, דהרי הוא עומד ואומר לא נדרתי, ואין כאן ספק איסור, רק העניים וההקדש תובעים לומר שהוא שלהם, ובזו אמרינן שפיר העמד הדבר על חזקתו ולא היה של הקדש ושל עניים מעולם, ולכן מביא הרשב"א בתשובה ראיה מזו לענין יורשים דאין עליהם נדר רק מכח טענה בגוף הנכסים. ועיי"ש מש"כ לענין ריבית וספק נזק של קוטרא.

ומ"מ מדברי התומים נמצאנו למדים לנדוד, שאם יש ספק ע"פ ההלכה אם מותר לו לנגוש או לא, אין כאן שאלה שיוכל המלוה לומר קים לי, אלא אם נפסקה ההלכה כדעה מסוימת, כך יש לנהוג, וכיון שכל הדין הוא על המלוה, אם מותר לו לנגוש או לא, כיון שלהלכה יכול לנגוש, גם הלוח לא יכול לומר קים לי, דכיון שהשאלה ביסודה ובמהותה היא שאלה איסורית, אם מותר לו לנגוש או לא, ובזה אזלינן בתר הכרעת ההלכה, ואינו שייך לכלל הממוני של המוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה, דהנידון הוא המלוה, והשאלה היא לגביו אם עובר איסור או לא, וכמו שהמלוה לא יוכל לטעון קים לי נגד הכרעת ההלכה, גם הלוח לא שייך שיטען קים לי שהמלוה עובר איסור בנגישה ולהחזיק את החוב בידו.

גם החת"ס (יור"ד סי' רמא) כתב להצדיק דברי מהרשד"ם, דלא כש"ך. החת"ס מחלק את השאלה הקודמת היא שאלה איסורית, ואח"כ יש גם שאלה ממונית, או ששני הכתובים באים כאחת, שתי השאלות, האיסורית והממונית. מהרשד"ם מיירי לענין איסור ריבית. כשיש מחלוקת אם הוי ריבית קצוצה או אבק ריבית, הרי מיד עוד קודם שבא המלוה לגבות הריבית, מיד בשעת ההלואה יש נידון על המלוה הלוח והערב והעדים מיד משעת הלואה, דאי הוה ריבית קצוצה, נפסלו כל אלו לעדות ולשבועה ונקברים בין רשעים גמורים, וכשנחלקו הפוסקים והוכרעה ההלכה כרוב הפוסקים דהוי ריבית קצוצה, ופסלינן להו לעדות ושבועה וקוברים אותם בין רשעים גמורים, לא שייך שיאמר אח"כ המלוה דהוי אבק ריבית ואינה יוצאה בדיינים דקים ליה כמיעוט פוסקים, דכיון שכבר הוכרעה ההלכה, אף שעתה הסתעף מזה אפוקי ממונא, אינו יכול לומר קים לי כמיעוט, כיון דעיקר המחלוקת היא לענין איסור. ולכאורה אף שהצדיק דברי מהרשד"ם, לכאורה לענין שמיטת כספים הרי שתי השאלות באות כאחת, האיסורית והממונית. ואין לומר שהשאלה האיסורית אם יכול לתבוע, נולדה בשעת ההשמטה עם כניסת ראש השנה של שמינית, והשאלה הממונית כשיבוא לתבוע, דהשאלה האיסורית אין בה נפק"מ אלא לממון, וממילא הוי לכאורה כממון ולא איסור.

ובמנחת יצחק (ח"ו סי' קנט) כתב דבשמיטת כספים לא יוכל הלוח לטעון טענת קים לי, כיון דהוי מילתא דאיסורא. דידועים דברי מהר"י באסן (הובא בכנסת הגדולה חו"מ סי' כה בכללי קים לי אות ז) שהקשה מדוע אומרים קים לי בממון ולא במילתא דאיסורא, והרי בממון אם אין הלכה כן, הוי ליה גזל ביד המוחזק, וגזל נמי איסורא הוא. וכתב מהר"י באסן לישב, דגבי איסור אי אזלינן לחומרא, יצאנו מידי איסור, אבל כששנים חלוקים על הממון, אם ניתן הממון לתובע, גם בידו יהיה ספק גזל, ולכן מעמידים ביד המוחזק. ולפ"ז כתב המנחת יצחק לישב, דבספק שמיטת כספים ללוח הוי ספק גזל, משא"כ למלוה הוי רק ספק איסור דרבנן אם

מחויב להשמיט, ע"כ אין להלוה לומר קים לי וחייב להחזיר להוציא עצמו מספק גזל, דדלמא אינו משמט, משא"כ אם יחזיר למלוה, לא יעבור המלוה, דספק איסור דרבנן לקולא. (ואין לומר דבא להכריע דלא כמהרשד"ם, דמהרשד"ם ס"ל דגם אם שמיטת כספים דאורייתא לא יוכל לטעון קים לי. די"ל דהמנחת יצחק כתב סברתו אליבא דכ"ע, אף לחולקים על מהרשד"ם). ואח"כ מצאתי כסברתו גם בתש' שם אריה (לאב"ד זסלאוו הגאון ר' אריה ליבוש באלחובר, תלמיד לבעל שער המשפט, חחו"מ סי' לו), דכיון דהאיסור יתקון אם יתן למלוה, שאצל המלוה הוי רק ספיקא דרבנן, משא"כ אם הלוה יחזיק בידו הוי ספק גזל מהתורה. וגם כתב כמהרי"ט, דכיון דלפנינו ספק תקנה שתשמט שביעית, לא מוקמינן ביד המוחזק, דבספק לא תיקנו. והביא ראייה מהרמ"א חו"מ עגז, ומקורו מדברי הרמב"ן בתש' (סי' רנו), ומהרי"ק שורש פא בשם תש' הרשב"א, במי שנשבע לחבירו לפרוע לו לזמן, והגיעה השמיטה בנתיים או שמחל לו, פטור משבועתו, דכל שפטור מדין הפרעון אינו חייב לשלם מכח השבועה, דכל שהאיסור תלוי בדעת האדם, אמרינן דפטור מספק, דבספק לא אסרו ולא גזרו, ואין בזה ספק איסור כלל, בין אם הוי מחמת שבועתו או התקנה, הכל מדעת האדם. וכן כתב הסברא הנ"ל בתש' שאילת יעקב (לגר"י סגל פראגער, אב"ד באדא, סו"ס קה).

ובנדו"ד לצדדים האמורים נראה שלא יוכל הלוה לטעון טענת קים לי, מחמת כל הטעמים דלעיל ובהצטרף הטעמים הנ"ל. אולם לעצם השאלה אם בשאלה איסורית שיש לה השלכות ממוניות יכול לטעון טענת קים לי, הדבר נתון במחלוקת האחרונים. וכשנחלקו אם יכול המוחזק לטעון קים לי, נחלקו הפוסקים אם במחלוקת כזו יכול לטעון קים לי, שיכול לטעון כך. המל"מ (הל' מלוה ולוה דו, ד"ה וכתב מהרשד"ם), כתב בענין לזה שנתן למלוה אבק ריבית, אם יכול הלוה לתפוס מה שנתן, וז"ל:

"ולענין הלכתא בהאי דינא דהראב"ד, הנה כל הפוסקים חלקו עליו, והגאונים ג"כ ס"ל דתפיסה לא מהני כמ"ש בעל התרומות בשמם. אך ראיתי להרא"ה בס' החינוך מצוה שמד שכתב כדעת הראב"ד בלא שום חולק, ולא חילק בין משכנתא לשאר אבק רבית אלא כתב סתם דכל אבק רבית אי תפס לא מפקינן מיניה. ומסתמיות הרא"ש והריב"ה נראה כן דלהראב"ד בכל אבק רבית מהני תפיסה. ומשום הכי נראה דאי תפס לא מצי למימר קים לי כהראב"ד והרא"ה דס"ל דמהני תפיסה, מאחר שהתפיסה עצמה במחלוקת היא שנויה אי מהני אי לא, אין לומר קים לי וכמו שהשרישונו הרבנים האחרונים ז"ל."

ומקור לדברי המל"מ נמצא כמהרי"ט בתש' (ח"א סי' קנא) שהביא ראייה דכשהמחלוקת היא בתפיסה עצמה, לא מהני תפיסה, מכתובות פד, ב, בקריביה דרבי יוחנן תפס

פרה דיתמי בסימטא, אתו לקמיה דרבי יוחנן, ואמר להם דשפיר תפסו, ורשב"ל אמר להם להחזיר. אתו לקמיה דרבי יוחנן, אמר ליה מה אעשה שכנגדי חלוק עלי. וברש"י שם – שהוא שקול כמותי. והקשה מהרי"ט, דלא יהיה אלא ספק השקול, כיון שיש מחלוקת, יעמוד בתפיסתו. אלא כיון שעיקר המחלוקת אם מהני תפיסה, לא יכול לתפוס. ואין לומר דרבי יוחנן פסל עצמו לדין כיון שהיה קרוב כמובא בגמ', ורשב"ל היה בתורת ביי"ד, דלא משמע הכי, דנראה דבדרך שאלה באו לשניהם.

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

אמנם בקצוה"ח פז,יד הביא ממהריב"ל דכל היכא דאיכא ספק בתפיסה עצמה, לא יכול לתפוס (ולא מצאתי במקום שציין קצוה"ח), וז"ל: "ועיין בתשובת מוהר"י בן לב ספר א סי' עד דכתב דכל היכא דאיכא ספק בתפיסה עצמה אי מהני או לא, אינו יכול לומר קים לי, ובפרט שהסברא מכרעת דלא מהני תפיסה וכמ"ש בס"ק יב דאין לו כח יותר מב"ד, וכיון דהב"ד אין לו לירד לנכסיו אם אינו רוצה לישבע, גם הוא אין לו כח בנכסיו, וא"כ הכא דספיקא הוא אין הב"ד מנדין אותו ותפיסת התובע לא מהני". וחזר הדין בקצוה"ח פח,ט. ועיין עוד בפת"ש עה,כ מש"כ בזה. ומ"מ לנדו"ד מהטעמים האחרים האמורים לעיל, וגם מטעם זה, וכמ"ש השם אריה, השאלת יעקב והמנחת יצחק, לא יוכל הלוח לטעון טענת קים לי.

ו. מלוה שעשה פרוזבול בחו"ל, בשעה שבמקום הלוח כבר ר"ה

ולענין מלוה הנמצא בארה"ב והלוה באר"י, ועשה המלוה את הפרוזבול סמוך לכניסת ראש השנה, בשעה שבאר"י כבר ראש השנה. ולכאורה למש"כ לעיל שדין שמיטת כספים, אף שהוא אפקעתא דמלכא, הדין הוא אקרקפתא דמלוה שאסור לו ליגוש, וככל שמתר למלוה ליגוש את הלוח, בדידיה דמלוה תליא, ומותר לו לנגוש, שאין כאן הפקעה מצד עצמה אלא בדרך איסור שעל המלוה ליגוש החוב. וא"כ הכל תלוי אם כבר חל איסור על המלוה ליגוש את הלוח, וכיון שהוא שוהה בארה"ב, לא חל עליו איסור, ויכול עדיין לעשות פרוזבול.

אלא שראיתי לשנים מגדולי הפוסקים שנחלקו בזה. הגרש"ז אויערבך זצ"ל (מנחת שלמה ח"א סי' מז) כתב דכידוע הסתפקו כעיי"ז לענין בל יראה וביטול חמץ לאחר זמן איסורו, וכן בענין שביתת בהמתו בשבת; "ולענ"ד אין זה כ"כ פשוט שצריכים לילך בזה דוקא אחר המלוה, כי יש גם מקום לומר שאסור לנגוש לזה שבא"י ושביעית משמטת אף אם המלוה הוא בחו"ל. גם צ"ע אם הולכים אחר שעת ההלואה או תלוי רק בסוף שנה שביעית אם הם בארץ או בחו"ל, ואף על גב דעכו"ם שהלוח לישאל ואח"כ נתגייר או קטן והגדיל אין שביעית משמטת, משום דכל דליתא בכלל שמיטה בתחלתו תו לא משמט גם בסופו, אפשר דשאני הכא כיון ששניהם ישראלים וחייבים במצוות אמרינן שגם בתחלת ההלואה נקבע הדין ששביעית תשמט אם יהיו בסוף שביעית בא"י. גם מהרה יבנה המקדש, ויש להסתפק אם שביעית תשמט מהתורה גם בהלואות שקדמו לכך".

והגר"מ קליין זצ"ל (משנה הלכות חי"ד סי' רד) כתב לחלק בין זמן הבית לזה"ז; "ולפמ"ש"כ לעיל גם בהא י"ל דלא אפקעיה רחמנא להחוב, אלא שהמלוה צריך שיאמר משמט ותלוי במלוה. ולפענ"ד בזה, בזמן הבית דהבי"ד היו תוקעין ומשחררין, א"כ תלוי בבי"ד שבירושלים והם שחררו בכל העולם. ונראה דלענין עבדים וכיוצא בו נמי בזמן הבית היו הולכין אחר שחרור הבי"ד שבא"י, אבל בזה"ז שהשמטה תלויה במלוה שפיר עושה פרוזבול עד זמן המלוה שהוא בו, כנלפענ"ד". ולפ"ז באנו למחלוקת אחרונים אם יכול לעשות פרוזבול כשאצל הלוח כבר עבר זמן ההשמטה. ואף שלכתחילה ודאי ראוי ונכון לעשות הפרוזבול בשעה שבעלי החוב אצלם עוד לא התקדש החג, מ"מ בדיעבד כיון שמחלוקת הפוסקים היא במילתא דרבנן, יש למיקל על מי לסמוך.

לאור האמור לעיל:

א. לענין אם יוכל המלוה לעשות פרוזבול כשאחד הדיינים חייב לו חוב, אף שלכתחילה לא ראוי לעשות כן, מ"מ בדיעבד אם עשה כן יכול לגבות חובו מהלוח הדיין וכן שאר החובות. ב. לא יוכל לטעון הלוח קים לי כדעת הפוסקים ששטר הפרוזבול שעשה המלוה אינו תקף, אם ע"פ ההלכה עשה המלוה כדין. ג. ואף שלכאורה יכול המלוה בחו"ל לעשות פרוזבול בשעה שאצל הלוח כבר חל ראש השנה של שמינית, מ"מ כיון שנחלקו הפוסקים בענין, לכתחילה יעשה בשעה שאצל הלוח עוד לא נכנס החג, ובדיעבד יש למיקל על מי לסמוך, כיון שהוי מחלוקת באיסור דרבנן, ונקטינן להקל.

סימן ג

בדו"ד בענין תשלום על סחורה

ראשי פרקים

- א. פורע תוך זמנו בסתם הלואה
- ב. סתם שכירות אם נאמן למעון פרעתי תוך זמנו
- ג. כשמרויח בפרעון המוקדם
- ד. חיוב שבועה

בדו"ד בין ראובן היבואן, לשמעון בעל חנות, עלתה בין השאר השאלה הבאה: ראובן שלח סחורה לשמעון. כשהמוביל ביקש משמעון לפרוע עבור הסחורה, טען שמעון שכבר פרע לראובן בשעת ההזמנה במזומן, ואף קיבל הנחת מזומן. הוא השאיר את הסחורה, ולאחר מכן התפתח דו"ד בין ראובן לשמעון. ראובן טוען שלא נפרע, אולם מודה שמדי פעם היה שמעון פורע במזומן בשעת ההזמנה, ואף נותן הנחה מסוימת על פרעון במזומן, והוא היה רושם לעצמו שהסחורה נפרעה, ואף היה מוציא קבלה, שהיתה מגיעה לשמעון עם הסחורה. כל צד טוען טענת ברי. הדיין ששאל טען ששני הצדדים ידועים כסוחרים ישרים, וניכר שכל צד טוען בכנות את טענתו.

א. פורע תוך זמנו בסתם הלואה

השאלה אם בכה"ג חשיב כטענת פרעון תוך זמנו או אפי' קודם זמנו, ואם יש בכה"ג חזקה של אינו פורע תוך זמנו. לענין כותל שבין שני שותפים, שאחד השותפים בנה והשני צריך לשלם לו ההוצאות, דתנן במשנה, דעד ד אמות בחזקת שנתן, משא"כ מעל ד אמות וסמך השותף, בחזקת שלא נתן, עד שיביא ראיה שנתן. ובגמ' שם: אמר ריש לקיש, הקובע זמן לחבירו ואמר לו פרעתוך בתוך זמני, אינו נאמן ולואי שיפרע בזמנו. אביי ורבא דאמרי תרוייהו, עביד איניש דפרע בגו זימניה, זימנין דמתרמו ליה זוזי אמר איזיל איפרעיה, כי היכי דלא ליטרדן. תנן, בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן, היכי דמי, אילימא דאמר ליה פרעתוך בזמני פשיטא בחזקת שנתן (דנאמן), שהרי זו טענת מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום – רש"י, אלא לאו דאמר ליה פרעתוך בתוך זמני, אלמא עביד איניש דפרעיה בתוך זמניה. שאני הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא. ת"ש, בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן, היכי דמי אילימא דאמר ליה פרעתוך בזמני, אמאי לא, אלא לאו דאמר ליה פרעתוך בתוך זמני, אלמא לא עביד איניש דפרע בגו זימניה, שאני הכא דאמר מי יימר

דמחייבו לי רבנן (הילכך אפילו אמר פרעתין בזמני לא מהימן). רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע עבדי כאביי ורבא, מר בר רב אשי עבד כר"ל, והלכתא כר"ל.

ובין הסוחרים מקובל לעיתים שמשלמים בשעת ההזמנה חלק מהתמורה לתשלום, ועיתים מקובל לשלם רק אחרי קבלת הסחורה או בשעת קבלת הסחורה, לעיתים שיקים דחויים, והדבר תלוי באופי המסחר וביחסי האמון בין המוכר לקונה, ואין נוהג ברור. ולכאורה כשלא קיבל עדיין את הסחורה, אם לא קבעו זמן לפרעון, לכאורה הוא כקודם זמנה, אך כיון שאין זמן קבוע לפרעון, יש לדון אם לדמות לסתם הלואה, שאף אם זמנה ל יום, אין חזקה שאינו פורע תוך זמנו. דהתוס' שם בסוגיא (הא ד"ה הקובע), כתבו: "אורי", דוקא קובע זמן, אבל בסתם הלואה לא חשיב ליה תוך שלשים תוך זמנו". וכן כתב הרמב"ן שם בסוגיא: "כגון הקובע זמן בפירוש או בשעת הלואה או לאחר הלואה, אבל המלוה את חברו סתם ואמר לו פרעתין בתוך שלשים נאמן. ואף על גב דקיימא לן (מכות ג,ב) סתם הלואה ל יום, הני מילי לומר שלא ניתנה ליתבע בתוך שלשים, אבל מכל מקום עביד אינש דפרע בתוך שלשים. וכך ראיתי לדברי הגאון ולרבנו ז"ל בתשובה". וביאור דבריו, שאין המלוה יכול לתבוע תוך ל יום, אבל זמן פרעונה הוא לאלתר, ויש חיוב על הלואה לפרוע את החוב אפי' תוך ל יום, רק המלוה לא יכול לתבוע ואין בי"ד נזקקין לגבות סתם הלואה תוך ל יום. וכן נמצא בדברי הריטב"א שם בסוגיא, דבתוך שלשים נאמן הלואה, דבסתם הלואה ודאי עביד דפרע, ולא נאמרו שלשים יום אלא שלא לכופו. וכן הוא בר"ן בחידושים שם, ובנימוק"י (ג,א מעמוה"ר), וכן כתב במאירי בסוגיא (ה,א), דכל שלוה בסתם, זמנו בכל יום, והוא כעין מה שאמרו בבנין הכותל דכל שפא ושפא זמניה הוא. והיינו דזמן הפרעון הקבוע הוא מיד, אלא שהמלוה אינו רשאי לתבוע תוך שלשים, אבל בפרעתי ודאי נאמן. וכן כתב המאירי במכות ג,ב, והר"י קרקושא (ב"ב ה,א), וכן היא דעת בעה"ת (טז,ב,ו).

ובהסבר הסברא דאף שסתם הלואה ל יום הינה רק שלא יכול המלוה לכוף הלואה לפרוע, אבל זמנו הוא גם תוך הל' יום, מצאנו בתש' הרא"ש ע,ג, וז"ל: "לא עביד איניש דפרע בגו זימניה אלא בקובע זמן, שידע שלא היה יכול לפרעו קודם הזמן, אבל בסתם הלואה, זימנין דמיתרמי ליה זוזי ופרע אפילו בו ביום". דכשאדם קובע זמן לפרעון, הרי הוא מחשב שבדאי יצטרך לכסף כל אותו הזמן ולא יהיה בידו לפרוע. אולם בסתם הלואה, מה שלא קבע בפירוש עם המלוה את מועד הפרעון לשלשים יום, מפני שסבר שיתכן ויהיה לו לפרוע מיד או בסמוך, ולכן לא קבע את הזמן, וממילא זמן הפרעון הוא כשיהיה בידו מעות, אפי' תוך ל יום, אלא שאין המלוה יכול לתבוע תוך הזמן של שלשים יום. וכן כתב הרא"ש בתש' אחרת (צ,א): "דשאני התם, דאיכא למימר דלהכי קבע לו זמן, משום דידע שלא

יזדמנו לו מעות בזמנו, או רצה לקנות סחורה ולהשתכר במעות וידע שעד אותו זמן לא יוכל להחזיר לו המעות. תדע דהיינו טעמא, שהרי המלוה לחברו בלא קביעת זמן, אע"ג דסתם הלואה שלשים יום, נאמן לומר פרעתי, דכיון דלא קבע זמן, אימור זווי איתרמו ליה". דבאי קביעת הזמן, הזמן הוא דבר יום ביומו כשיהיו לו מעות. וזו כוונת הסמ"ע עה"א: "דוקא בקבע לו זמן, דגילה הלוח דעתו דצריך להמעות עד שיכלה הזמן, משא"כ בסתם הלואה". דהוי כקביעות זמן לפרעון מיד כשיהיה לו מעות, רק המלוה אינו יכול לתבוע קודם שלשים יום. וכן הוא בסמ"ע שם עה"ט.

וכך נמצא בתומים (עה"ב), ע"פ מש"כ התומים סז, טז, לענין סתם הלואה בערב שמינית, אף שהל' יום חלים בשמינית, שביעית משמטתו, והטעם דבסתם הלואה ל יום, אם תפס המלוה משל הלוח בתוך הזמן לא מפקינן מיניה, וז"ל: "דאין הזמן, רק דאין ב"ד נזקקין לו עד זמן ההוא, דאולי לית זווי, דמאן דיזיף לאו לאטמוני גו ביתיה יזיף, אבל יש לו חיוב גברא עליו לפרוע, ולכך אי תפס לא מפקינן מיניה, ולכך שביעית משמטתו". שסתם הלואה יש חיוב תשלומין על הלוח, ויכול המלוה לתפוס ממנו בעבור חובו, רק שיש דין שהב"ד אינם נזקקין לכפות את הלוח לפרוע חובו תוך ל יום, וכיון שיש חיוב גברא, אינו כהלוהו עד לאחר השביעית, ושביעית משמטתו. די"ל דהטעם שיש חיוב גברא על הלוח לפרוע, מפני שזמנו הוא מיד כשיש לו מעות, ולכן מהני תפיסת המלוה. וכן כתב בחידושי הרי"מ (חו"מ עג"ב), דכשלוה סתם, אף שזמנו ל יום הוא דין רק על המלוה שאינו יכול לנוגשו ולתובעו, אבל הלוח אם יש לו, צריך לשלם. ועיין בדבר אברהם (ח"א לב"א), ועיין מה שכתבתי בח"א סי' לא/ב-ד.

אולם בקצוה"ח עה"ח כתב דאין זה הטעם דאי קביעת זמן חשיב כקביעת זמן לשלם מיד כשיש לו מעות, דמצאנו חזקה זו גם במקום שלא קבע זמן, כמו בפדיון הבן (בכורות מט"א וב"מ קב"ב), גבי מת האב תוך שלשים, בחזקת שלא נפדה (ולכאורה יש לחלק, דהתם כבר קבעה התורה זמנו), וכן כותל חצר, לא גילה דעתו לזמן מסוים, ויש בזה את החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. וס"ל לקצוה"ח דחזקה זו היא מכח המנהג, דאין נוהגים לפרוע תוך זמנו, ובסתם הלואה המנהג לפרוע תוך שלשים, ולכן לא שייך בזה חזקה דלא עביד אינש דפרע תוך זמנו. ולפי קצוה"ח יש לבחון כל דבר אם מנהגו לפרוע תוך זמנו, כבר אין החזקה של אין אדם פורע תוך זמנו. וכן נראה בסברת הגר"ש רוזובסקי זצ"ל (שעורי רבי שמואל ב"ב סי' קיח) שהוא ענין של אומדנא, דאף אם הוא תוך הזמן, אומדן דעת שבסתם הלואה פורע תוך הזמן: "ולאו בהלכות הגעת זמן אתינן עלה כי אם בסברא דלא פרע בגו זימניה". והן הן הדברים.

וברבינו יונה בעליותיו (ה,ב) כתב הטעם שעשוי לפרוע סתם הלואה תוך ל יום, דכיון שלא פירש לו המלוה זמן, לא התיאש המלוה מהפרעון תוך ל יום; "והלואה בוש ממנו שמה צריך הוא למעות". דכל החזקה שאינו פורע תוך זמנו והלואי ויפרע בזמנו, דוקא בקבע זמן והתיאש המלוה מהכסף עד הזמן שקבעו, אולם כל עוד לא התיאש שיפרע תוך הזמן, עשוי הלוה לפרוע בהקדם, כיון שבוש מהמלוה המצפה למעות. דהסברא של בוש מהמלוה לא שייכת בקובע זמן, דכיון שהתיאש המלוה עד הזמן, אין את הסברא של בוש מהמלוה. וכשיש את הסברא של בוש מהמלוה, אין חזקה שאינו פורע תוך זמנו, דאף אם הזמן הוא ל יום, יש סברא שיפרע תוך זמנו. ועיין בחת"ס ב"ב ה,א (ד"ה הקובע). ועיין באמרי בינה (טוען ונטען סי' טו ד"ה ובסתם) שדחה טעם קצוה"ח וכתב כטעם הרבינו יונה, ודחה קושית קצוה"ח, דדוקא בהלואה שעשה לו טובה שייך הטעם של מיכסף, אבל בשכירות ופדיון הבן לא שייך לומר דמיכסף, ולכן יש את החזקה שאינו פורע תוך זמנו.

ובסברות דלעיל לכאורה י"ל בנדו"ד, שהטענה ששילם בעבור הסחורה בטרם שקיבלה לידיו, דלסברת רבינו יונה ודאי שאין כאן קביעות זמן שנאמר שהמוכר התיאש עד זמן הספקת הסחורה, ולא גרע מסתם הלואה שהיא עד ל יום, שהלוה עשוי לשלם למלוה, דכיון שלא התיאש, מיכסף מיניה. אך לכאורה סברת מיכסף אינה שייכת אלא בהלואה ולא בשכירות וכיצ"ב, וכמש"כ באמרי בינה טו"נ סי' טו. ואף לסברת הראשונים הנ"ל, דסתם הלואה יש חיוב תשלומים אלא בי"ד לא נזקקין ואין המלוה יכול לתבוע, משא"כ בתוך זמנו אין כלל חיוב תשלומין, לכאורה יש מקום לומר שהמוכר לא מוכן לספק את הסחורה בטרם יקבל את הכסף, ואף שאינו יכול לתבוע לפני שסיפק את הסחורה ואין חיוב כלל, מ"מ יכול לעיתים לומר שאינו מספק את הסחורה בטרם קבלת התשלום. וגם לסברת קצוה"ח, שהדבר תלוי באומדן דעת ובמנהג, יש לדעת המנהג שבין סוחרים, ונראה שנהוג כך, והוי לפחות מיעוט המצוי, שאינו מוכן לספק סחורה בטרם קבלת תשלום.

ויש בראשונים שחלקו על היסוד הנ"ל שבסתם הלואה לא אמרינן חזקה שאינו פורע תוך הל' יום. הרשב"א בסוגיא (ב"ב ה,א) כתב: "ולולי שאמרה גאון ז"ל והסכימו בכך כל האחרונים, הייתי אומר דהוא הדין בסתם מלוה" והביא הרשב"א ראייה ממה שהקשתה הגמ' על ר"ל, דעד ד אמות מחייבין אותה בחזקת שנתן, עד שיביא ראייה שלא נתן. ומה הקשתה הגמ', דהרי ר"ל מודה בזה כיון שלא קבע לו חברו זמן עד שיגמור כל הארבע אמות, והרי השותף שבונה רוצה שיבנה עימו מיד ומיד יפרע, ובזה אין תוך זמנו כלל שיהיה בו החזקה. אלא בהכרח גם בסתם הלואה שאינו קובע זמן, יש חזקה זו, שאל"כ אין מקום לקושית הגמ'. ומה שנקט ר"ל בקובע זמן

ולא בסתם מלוה, משום שאין זמן קבוע לסתם הלואה, דיש מקומות שזה ל יום ויש מקומות שזמנה פחות או יותר. אולם נראה שאף הרשב"א לא פסק להלכה כסברתו. וכסברא זו נמצא גם בדברי הר"ן בכתובות (ז,ב מעמוה"ר) בשם מקצת מהגאונים לענין עדים שראו סתם הלואה, דס"ל למקצת הגאונים דאפי' תוך ל יום כותבים ונותנים השטר למלוה, דס"ל למקצת מהגאונים דלא עביד איניש דפרע בגו זמניה, וכל השלשים יום של סתם הלואה הרי הם תוך הזמן. וצ"י הר"ן דאין כן דעת רבינו האי גאון, הסובר דלא אמרינן כן אלא בקובע זמן, אבל בסתם הלואה אף שלא ניתן להתבע תוך שלשים יום, לאו תוך זמנו מיקרי לענין שלא יהא נאמן לומר פרעתי. ודעת המחבר בשו"ע חו"מ עח,ח, כדעת הגאונים והראשונים דבסתם הלואה נאמן לומר פרעתי גם תוך ל יום.

ג. סתם שכירות אם נאמן לטעון פרעתי תוך זמנו

בשו"ע חו"מ שיז,א, פסק המחבר וז"ל: "השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו, והמשכיר אומר עדיין לא נטלתי, בין שהיתה בשטר (או בעדים) בין שהיתה בלא עדים, אם תבעו בתוך (זמן השכירות כגון ששכרו – רמ"א) לל' יום (ותבעו תוך ל – רמ"א) (טור), על השוכר להביא ראיה". ובפשטות דברי המחבר ללא הגהת הרמ"א, דאף בסתם שכירות שלא קבע זמן, אם תבעו תוך ל יום, על השוכר להביא ראיה דחזקה אינו פורע תוך זמנו. והגיה הרמ"א בדברי המחבר דמיירי בקבע זמן לשכירות ל יום, ובכגון זה אם תבעו תוך ל יום, הוי כתובעו תוך זמנו. ועל דברי המחבר והרמ"א העירו הנו"כ, דדברי המחבר כהויתם הם כדברי הרמב"ם בהל' שכירות ז,ג: "השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו, והמשכיר אומר עדיין לא נטלתי, בין שהיתה בשטר בין שהיתה בעדים, אם תבעו בתוך שלשים יום, על השוכר להביא ראיה...". ובש"ך שיז,ב העיר שדברי המחבר לא משמע כהסבר הרמ"א ששכרו בדוקא לל' יום, אלא הפשטות דשכרו סתם, דאל"כ גם למה נקט המחבר בדוקא ל יום. וכתב דכוונת המחבר כמש"כ הרב המגיד בדברי הרמב"ם בהל' שכירות ז,ג, דהכונה היא לל' יום של ההודעה בטרם יפנה את המושכר, עיין רמב"ם שכירות ו,ז, ושו"ע חו"מ שיב,ה: "המשכיר בית לחבירו סתם, אינו יכול להוציאו עד שיודיענו ל יום מקודם כדי לבקש מקום ולא יהא מושלך בדרך, ולסוף השלשים יצא. בד"א בימות החמה, אבל בימות הגשמים אינו יכול להוציאו מהחג ועד הפסח". ועל אלו השלשים יום שאינו יכול להוציאו, כתב הרמב"ם והמחבר שאין השוכר נאמן לומר פרעתי תוך זמנו.

והש"ך הקשה סתירה לכאורה בדברי המחבר. דבשו"ע חו"מ עח,ח פסק דסתם הלואה נאמן הלוה לומר פרעתי תוך ל יום, וכאן בסתם שכירות כתב המחבר דאינו

נאמן; "ואפשר לחלק בין סתם הלואה לסתם שכירות דלעיל סי' שי"ב, ע"ש, וצ"ע". ובפשטות היה נראה לחלק, דסתם שכירות של הודעה ל יום, וכמו שהובא לעיל מהמחבר בשו"ע חו"מ שיב"ה, כיון שכל הל' יום האלה הם בעל כרחו של המשכיר, ולא מרצונו השאיר את השוכר שלשים יום רק שאינו יכול להוציאו בימות החמה בלא הודעה, ממילא אין את הסברא שיש כאן חיוב רק אינו יכול לתובעו, כיון שכל הל' יום אינם מדעתו ומרצונו והכל לפי דעת בני אדם. דבהלואה כיון שהלוה לו סתם, הרי מלכתחילה קבע שיש כאן חיוב מידי אם יש ללוה כסף, ושאינה ניתנת להתבע אלא לאחר ל יום, אבל כאן דבעל כרחו נשאר השוכר שלשים יום, אין כאן סיכום והבנה מהמשכיר שיש חיוב מידי ורק אינה ניתנת להתבע, כיון שאין כאן סיכום כלל והוי כסתם שכירות שקבעו לשלשים יום, וחזקה שאינו פורע תוך זמנו. אלא שבג"א חו"מ שיז"ב תמה על דברי המגיד, וכתב דתלוי במחלוקת בסתם הלואה אם נאמן לומר פרעתי, עיי"ש.

ובקצוה"ח שיז"ב, כתב דלא קשה הסתירה בדברי המחבר, ע"פ מש"כ בקצוה"ח עח, ח דאין כאן סברא של חיוב וכד' אלא הכל תלוי במנהג אם נהגו לשלם תוך הזמן, וכמו שחילק דסתם הלואה נהוג לשלם תוך ל יום, ולפ"ז כתב די"ל דבשכירות אין הדרך לשלם תוך ל יום, וע"כ אין השוכר נאמן לומר פרעתי: "ולפי מש"כ בסי' עח, ח דהא דנאמן לומר פרעתי תוך סתם הלואה ל יום, היינו משום דסדרי פרעון במנהגא תליא ועבידי אינשי דפרעי גו סתם הלואה. וכן מבואר במרדכי, דחזקה דתוך זמנו במנהגא תליא, ע"ש שכתב פ"ק דב"ב (סי' תסח) וז"ל; ועוד הכא ליכא חזקה אלימתא דאנן סהדי שנוהגין העולם לתת לסופרים ולמלמדים קצת מן השכירות קודם גמר המלאכה, וגרסינן בריש פרק הפועלים (ב"מ פג, ב) וליחזי היכי נהוג עכ"ל. ובשכירות סתם שלשים לא עבידי אינשי דפרעי גו זימניה, וכן תוך שלשים של הודעה. וכיון דבמנהגא תליא אין להקשות סתמא אסתמא, דהכל לפי המנהג והיכי דנהוג נהוג וכמ"ש". וכיון דיש לבחון כל ענין לגופו, ס"ל למחבר בשו"ע דאין דרך לפרוע תוך זמן של סתם שכירות או זמן שמאריך לו עקב אי הודעה על סיום השכירות בימות החמה וכו', והכל תלוי במנהג, ויש לבחון לכאורה לפי המקום והזמן, והיכא דנהגו בענין מסוים לפרוע תוך הזמן, נאמן לומר פרעתי. ונראה לכאורה גם בענין של הלואה, כשיש מנהג ברור שזמן הפרעון הקבוע אינו הזמן לפרעון אלא משמעותו שעד לזמן זה יש לפרוע את החוב, אך אינו כקביעת זמן אלא אפשרות סופית, ונהגו לפרוע תוך הזמן, לכאורה לא אמרינן חזקה אינו פורע תוך זמנו ונאמן הלוה לומר פרעתי. ומינה גם לנדו"ד, דנמצא דכך נהגו הסוחרים במקרים מסוימים, שדורשים לשלם מיידית בשעת ההזמנה, וכל ענין לגופו.

ובתומים עח, יב כתב לישוב, דבסתם הלואה שהחויב ברור, עשוי לפרוע בתוך זמנו, אבל בענינים שהחויב בהם לא ברור עדיין, לא עשוי לפרוע תוך זמנו. והביא מעין זה בכתובה, שהחויב לא ברור, דשמא תמות היא בחייו, או בשכירות, שאינו פורע קודם שדר בבית, שמא יפול הבית ויתברר שאינו חייב, וכן בכותל בין שני שותפים, שמא לא יבנה הכותל ולא יתחייב, באלו אפילו בסתם בלי גילוי דעת, לא פרע תוך זמנו. ולפ"ז בנדו"ד שכל עוד לא קיבל את הסחורה החויב לא ברור, לא עביד דפרע תוך זמנו ואינו נאמן לומר פרעתי, ואם ארע וחייב היה לפרוע טרם קבלת הסחורה, היה עליו לבקש קבלה, כיון שלא היה נאמן בטענת פרעתי. ועיין באמרי בינה (טו"נ סי' טו הנ"ל) שלמד כסברת רבינו יונה שבסתם הלואה מיכסיף לא לפרוע כשיש לו מעות, משא"כ בקביעות זמן שכבר התיאש, וזה לא שייך בסתם שכירות לומר דמיכסיף שלא לשלם שכירות תוך זמנו בסתם שכירות, ודוקא בהלואה שייך טעם זה.

ובסתם שכירות לכאורה הסברא שונה מסתם הלואה, דבסתם הלואה כבר יש חיוב שצריך לפרוע מיד אם יש לו, וכמו שהתבאר לעיל, אולם בסתם שכירות י"ל שכל עוד לא הגיע לסופה, ושכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, אין כאן כלל חיוב ולא שייך שיפרע בתוך זמנו של סתם שכירות. וכן ראיתי לגרא"ז באבן האזל (שכירות ז,ג): "אבל שלשים יום בדין שכירות הוא בעיקר דין תשלומים, דשכירות אינה משתלמת אלא בסופה, וכיון דסתם שכירות הוא על ל יום והוא בין לגבי השוכר בין לגבי המשכיר, א"כ עיקר חיוב התשלומין הוא אחר ל יום, ובזה שפיר אמרינן דבתוך ל הוי תוך זמנו". ולפ"ז י"ל דהוא הדין לפנין פרעון סחורה בטרם קבלתה. אולם ראיתי בשואל ומשיב (קמא, ח"ג סי' קפא) שכתב להקשות, איך אזלינן בתר חזקה של אין אדם פורע תוך זמנו, הרי אין הולכים בממון אחר הרוב, ומכ"ש אחר חזקה דגרע מרוב. וכתב השו"מ לישוב, דכיון דעכ"פ יש לפנינו חזקת חיוב והספק בפרעון, הרי זה כמו באיני יודע אם פרעתיך, דכתב הט"ז הטעם בחו"מ סי' עה דאזלינן בתר חזקת חיוב, וכן כתבו האחרונים. ולפ"ז כתב השו"מ לחדש, דהיכא דכל ענין הוא בפני עצמו, כמו בשפא ושפא, לענין השפא שכבר בנה כבר נתחזק עליו החיוב מתחלת הבנין, אבל לענין השורה השניה שעדיין לא התחיל לבנות, לא שייך בזה חזקת חיוב כ"ז שלא התחיל לבנותו, ועל השורה השניה שייך שפיר לומר בחזקת שנתן, דכיון דעד ד אמות מחייבים לבנותו, א"כ הוא יודע שבוודאי יצטרך לסייע בבנין, וא"כ שפיר י"ל דפרע, ולא שייך חזקת חיוב, דלענין חזקת החיוב עדין לא נתחייב, דעל השורה השניה עדיין לא נתחייב כל זמן שלא התחיל בבנינו ויכול לומר שפרע. לפ"ז אדרבא, כל עוד לא נתנו את הסחורה, אין חזקת חיוב, ולכן יכול לטעון

טענת פרעתי, דאף אם יש חזקה שאינו פורע קודם זמנו, כיון דאין חזקת חיוב, לא אזלינן בתר החזקה.

ג. כשמרויח בפרעון המוקדם

ומצאנו נידון בפוסקים אם התחייב לספק סחורה עד זמן מסוים, אם אמרינן בזה דמספק את הסחורה תוך זמנו. הש"ך עח, הביא מתש' מהר"א ששון (סי' עד) דבפרעון סחורה לא אמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו. וכתב הש"ך דצ"ע לדינא, דמדברי הגהת אשר"י סוף פרק השואל ותשובת מהרי"ו (סי' פט) משמע דוקא פקדון שאסור ליגע בו, וכן בעוסק במעות פקדון לצורך המפקיד ואין לו הנאה ממנו, עשוי לפרוע תוך זמנו, אבל היכא דאית ליה הנאה מהדבר, אמרינן אין אדם פורע תוך זמנו, וא"כ הוא הדין פרעון סחורה. ולכאורה מש"כ הש"ך דבפרעון סחורה אית ליה הנאה, נראה דהאידינא לא נראה שיש לו הנאה, אם יש לו במחסן סחורה שכבר מכר.

ודברי מהר"א ששון שם הוא מטעם ששייך בסחורה שמקדים לספקה כדי דלא ליטרדן. דבסחורה יש סברא דאדם עשוי ליפרע תוך זמנו, דשמא אותה סחורה לא ימצא בזמנו כולה. ואפי' לר"ל י"ל בסחורה שמקדים לספקה דלא לטרדן, דדוקא במעות לא ס"ל לר"ל סברא זו, אבל בסחורה איכא ודאי למימר דמודה להו; "וכל שכן בנדו"ד בסחורה עופרת שהיא נקבצת מעט מעט זעיר שם זעיר שם, דפשיטא דשייך למימר כי היכי דלא לטרדן". ומה שהביא הש"ך מהג"א (ב"מ ח, לא), דברי הג"א הובאו ברמ"א חו"מ עח,א, וז"ל הג"א: "ופסק ר"ת דוקא הלואה דלא עביד איניש דפרע בגו זימניה משום דלהוצאה נתנה, אבל פקדון שאסור ליגע בו, אע"פ שקבל עליו להיות נפקד עד אותו זמן, יכול לומר לו החזרתי לך בתוך זמנו". ולכאורה אין מזה סתירה דבענין אחר, אם יש סברא שיפרע, אף אם יכול לגעת בסחורה, שלא נאמר עביד דפרע בתוך זמנו. ועיין מחנה אפרים גביית חוב ו.

וכן ראיתי בכסף הקדשים ר"ס עח, בענין שטר שכתוב בו זמן להספקת הסחורה, דלא שייך בזה החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, דבסחורה אין בהמתנת הזמן ריוח, ואדרבא, יש באחסנתה פחת. וכתב דאפשר דיש חזקה מצד הקונה שלא ירצה לקבל את הסחורה קודם זמנה. ונראה דזה לא שייך ברוב סחורות, ורק בסחורה שמתקלקלת. ובסחורה שאין בה פחת, מ"מ עלויות האיחסון וכו', ושיקולים של שינוע והובלה, הם אלה הקובעים בדרכי את זמן ההספקה, ולכן בדרכי לא שייך כלל ענין החזקה של תוך זמנו, דודאי אין לו כל ריוח בהמתנת ההספקה, גם אם אין לו הפסד, ולכן אין את החזקה דתוך זמנו.

ויש לדון כשיש לו ריוח בפרעון המוקדם, כמו שנותנים לו הנחה על פרעון מוקדם (עיין שו"ע יור"ד קעג, לענין ריבית), או סחורה דקפצי זביני ואין מוכרים אלא בפרעון מוקדם, ויודע הקונה שמיד ריוח כראוי וכהוגן, דלכאורה בזה לא יאמרו חזקה זו, דכמו דבפרעון סחורה אמרינן דמודה ר"ל דלא ליטרדן, והיינו שיש טעם הגון להקדים ולפרוע ולספק הסחורה, הוא הדין כשברור שיש ענין לפרוע החוב בטרם הזמן הקצוב או המקובל. החת"ס בתש' (חחו"מ סי' קמד, הובא גם בפת"ש חו"מ עח, ג) נשאל במי שטען על הלואה על הנעשית בהיתר עיסקא, אם יכול לטעון פרעתי בתוך זמנו. והביא דעת רב אחד דמהימן, משום דעביד דפרע בגו זמניה כדי לפטור מפריעת הרווחים. ודעת החת"ס דבעיסקא לכ"ע אינו נאמן, שהרי דינם כשותפים, שאינו יכול לכופו לחלוק תוך זמנו. והואיל ובעיסקא משלם לו שכר עמלו, הרי הוא שכור ממנו על זמן, דאף שפועל יכול לחזור בתוך זמנו, היינו אם חוזר בפנינו, אבל לומר שכבר חזר בו לא נאמן. וכיון שאינו נאמן על פלגא פקדון, ודאי דאינו נאמן על מחצה מלוה, דמי פתי יסור הנה לחזור לו פלגא מלוה שלא לקחו מתחלה אלא משום פלגא ריווח שנותן לו על פקדונו: "כל זה לעיקר הדין, ומ"מ אם לפי ראות עיני הדיין שהנותן עסקא קבע הזמן לטובת המקבל ואלו החזירו לו בתוך זמנו היה שמח בפרעון, אפשר לדין לאומד הדעת דמהימן הלוה, אך צריך לזה דיין הגון ירא שמים ואומדנא דמוכח וידוע". הרי שלחת"ס שייך לקבוע שיפרע בתוך זמנו, אם בנתונים הקיימים יש אומדן דעת דמוכח, ובכל אופן באומדן דעת מסלק החזקה שאינו פורע תוך זמנו.

ובנדו"ד אף טוען שמעון שקיבל הנחה על תשלום מזומן, וראובן מודה שנוהג לתת הנחה על תשלום מזומן, ומצאנו בתש' פני משה (ח"א סי' ג), דהיכא שטוען שפרעו תוך זמנו מחמת שהמלוה מחל לו איזה זהובים מהחוב עבור הקדמת הפרעון, דהלוה נאמן ולא אמרינן חזקה אינו פורע תוך זמנו, כיון שיש לו ריוח בפרעון תוך זמנו. אך עיין בדברי גאונים לט, שהקשה על הפני משה, דא"כ תמיד יהיה נאמן הלוה במיגו שהיה טוען שהסכים למחול על סכום פועט עבור פרעון תוך זמנו, עיי"ש. ומ"מ לפני משה י"ל גם בנדו"ד, כיון שכך נהוג לתת הנחה על פרעון במזומן בשעת ההלואה, נאמן לטעון שפרע בזמן ההלואה כדי לקבל הנחת מזומן.

ועל הא דאיתא שם בגמ' דכל שפא ושפא זימניה הוא, ולכן בכותל אף בפורע תוך זמנו נאמן, דכל שפא ושפא זמניה הוא. והש"ך עח, יב כתב, דאף שריש לקיש פליג על אביי ורבא, היינו בהלואה כיון דאין צריך לשלם לו אלא בסוף הזמן, משום טרדא דיום אחד לא עביד איניש דפרע קודם זמנו. אבל בבניית כותל, דכל שפא ושפא זימניה הוא ויש לו טרדא בכל שפא ושפא, א"כ עביד איניש דפרע מעיקרא, בעד כל הכותל, כדי שלא יהיה מוטרד בכל שפא ושפא. ושכן הדין בקונטרסים,

הואיל וכל קונטרס זמנו הוא, עביד איניש דפרע מעיקרא בעד כל הקונטרסים, כי היכי דלא ליטרדיה בכל קונטרס. ועיין בתומים עה,ה מש"כ בדברי הש"ך.

ובשער המשפט עה,ד הקשה על סברת הש"ך דעשוי לשלם מעיקרא כי היכי דלא ליטרדן, מדברי הר"ן כתובות (נה,ב מעמוה"ר) ביתומים שאמרו שנתנו לאלמנה מזונות, ואלמנה אומרת לא נטלתי, דרש"י (כתובות צו,א ד"ה נתננו) פירש דאיבעיא היא על מזונות להבא. והקשה הר"ן, דבמזונות דלהבא פשיטא דהיתומים אינם נאמנים, דהא תוך זמנו הוא וחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו. והקשה שער המשפט, הרי מזונות האלמנה החיוב הוא בכל יום ויום דומיא דקונטרסים, ובכהאי גוונא עביד דפרע בגו זמניה כי היכא דלא ליטרוד בכל יומא, אלא בהכרח דהר"ן לא סובר כסברת הש"ך.

ובפשטות נראה לחלק בין חוב מזונות לחוב בניה או קונטרס, דחוב מזונות אינו קצוב, וכי יפרע מראש לכל ימי חייה כדי שלא יטרד. מה עוד שבאלמנה אינו יודע כמה שנים עוד ישלם מזונות, וגם החיוב הוא סכום גבוה, ובודאי בכה"ג יעדיף שיתפרס חוב המזונות למשך כמה שנים, וגם אינו קבוע, וגם יטרידוהו עם רפואה שאין לה קצבה, עיין שו"ע אהע"ז עט,א, ולכן במזונות אין סברא שישלם מראש, וגם אין אפשרות שישלם הכל מראש, דאינו יכול לדעת הסכום, הן לכל ימי חייה והן מחמת חיובים נוספים. ולכן אפשר דהר"ן מסכים עם הש"ך, ורק במזונות כתב דלא עשוי לשלם. ולכן גם אין ראייה ממה שהביא שער המשפט מהב"ש צג,כה דאינו נאמן על מזונות דלהבא, דגם הב"ש מיירי ממזונות אלמנה.

עוד כתב בשער המשפט, דהמגיד (אישות כג,יח) כתב לענין מי שהתחייב לזון בת אשתו חמש שנים, דאם מת הבעל קודם הזמן, חזקה לא פרע תוך זמנו. ונראה לישב ע"פ מה שהביא הש"ך חו"מ ס"י מחלוקת ראשונים אם מזונות שקצובים לזמן, אם נחשבים כקצובים. דרש"י כיון שהשנים קצובות חשיב קייצי, ולרמב"ן והרשב"א, כיון שהמזונות מעצם מהותם לא קצובים, לא חשיב קייצי. וא"כ אפשר דהמגיד ס"ל כסברת הרמב"ן והרשב"א, ודוקא מזונות, ואפי' קצובות בשנים, לא חשיב קייצי, ולכן לא משלם מראש, ואינו דומה לחוב של קונטרס או בנית כותל. ועיין מש"כ הגרי"א בנחל יצחק עה,ג-ד, ועיין עוד בחת"ס (ב"ב ה,ב ד"ה כל שפא).

ד. חיוב שבועה

ולאמור לעיל אין להוציא מיד שמעון. ויש לדון אם יכול ראובן להשביע את שמעון בטענת ברי ולחייבו בשבועות היסת, ע"פ מש"כ הרא"ש בתש' פו,א, הובא להלכה בשו"ע חו"מ צא,ד-ה, דמה שאדם טוען ע"פ מה שכתוב בפנקסו הוי כטענת

ברי, והביא ראיה מדין חנוני על פנקסו. וברא"ש שם מבואר דאם יבוא ויאמר מצאתי בפנקסי שאתה חייב לי, לא סומכים על פנקסו. והש"ך צא, כד כתב דמשמע דלא סמכינן כלל על פנקסו, וא"כ אינו יכול להשביע את הנתבע אפילו היסת כיון דליכא רגלים לדבר. אלא שהקשה מדברי הרא"ש בתש' שהובאו ברמ"א שם צא, ד: "והוא הדין דיוכל לישבע בכל דבר על פנקסו שסומך עליו שהוא אמת". וכתב לישב דמיירי שידוע לו בבירור שפנקסו הוא מדוקדק היטב דזה הוי כרגלים לדבר. ושכן משמע מלשון תש' הרא"ש סי' קג,ב, שאדם שכותב כל דבריו בפנקסו בדקדוק כדי שיהא זכור מהם כו', יכול לישבע על זה כו'. שידוע לו שפנקסו מדוקדק ואינו מוטעה בשום פעם, או שידוע לו רגלים לדבר כה"ג. אולם בפנקס אביו, יכול להשביע ע"פ פנקס אביו אפי' אינו יודע שפנקס אביו מדוקדק, כמבואר בשו"ע חו"מ עה,כב, ורק להוציא מהיתומים צריך רגלים ואומדנות מוכיחות. ורגלים לדבר היינו שכותב בפנקסו לאלתר ולא ששוהה בינתיים, כמבואר ברא"ש ובש"ך צא, כה בסופו. ובתש' הרא"ש שם נראה שהיו שם טעמים נוספים ואומדנות מוכיחות, עיי"ש.

ובב"ח חו"מ צא,ז כתב לחייב שבועת היסת אפי' אין רגלים לדבר ואומדנות מוכיחות, אם התובע אינו טוען ברי אלא מכח מה שמוצא בפנקסו, וכמש"כ הטור והמחבר בשו"ע חו"מ עה,כב מרב האי גאון: "אמר מצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה וברור לי שהוא כתב ידו, יש מי שאומר שמשביעין אותו היסת". ואף שהרמב"ם חולק בטוען אבא אמר לי שאתה חייב לו מנה דהוה טענת ספק, י"ל דבטוען מכח פנקס מודה הרמב"ם דחשיב טענת ברי יותר מטוען ע"פ אביו, ואפילו היכא דליכא רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת. והביא דברי הרא"ש בתש' קג,ב דיוכל אדם לישבע על פנקסו בכל דבר כיון שלבו אומר לו שהוא אמת, אע"פ שאינו זוכר הענין אפילו על ידי פנקסו. ואם יכול להשבע, הוה עכ"פ טענת ברי לחייב שבועה את שכנגדו.

ובתומים צא,ח כתב על דברי הש"ך: "ובאמת לא ראיתי נוהגין כן, ומעשים בכל יום כל הנושאים ונותנים בסחורות ומוכרי בשר ויין מקיפים וכותבים על לוח לזכרון, ובשנה שנתיים תובעים על פי פנקסים ורשימה שלהם, כי אי אפשר להם לזכור בעל פה, ומכל מקום הבית דין פוסקים שבועה לכופר בטענתם. ואולי מפני תקון עולם, ומנהג כזו עוקר הלכה". עוד כתב בתומים לפרש דברי הרא"ש, דמודה הרא"ש דיכול להטיל שבועת היסת, רק אי תפס לא מהני דהוי ליה תפיסה מספק. ושכן כתב הש"ך עה,סד גבי תיבה פרוצה, דיותר מסתבר להשביע היסת משיהיה יכול לתפוס משל חבירו, דהוי ליה תפיסה מספק, וזהו כוונתו דלא סמכינן על פנקסו, עיי"ש. ולפ"ז בנדו"ד גם מחמת פנקסו יכול להשביע את שמעון שבועת היסת, בפרט שנראה שטוען כן מעצמו שזוכר שלא פרע, ורק מביא הוכחה לכך מפנקסו, שאם

היה פורע מראש, היה מוציא מיד קבלה, אבל טענתו לכאורה היא טענת ברי בפני עצמה, ויכול להשביעו היסת.

ובמקום שבועה נהגו בתי הדין לפשר. התוס' בסנהדרין ו,ב (סד"ה נגמר) כתבו; "ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה, שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה". וכן הוא בתוס' הרא"ש שם, וכ"פ המחבר בחור"מ יב,ב. השאלה היא כיצד מפשרים בחיוב שבועה. השבות יעקב בתש' (ח"ב סי' קמה) כתב דפשר הקרוב לדין, הכוונה שלא לחלוק את הדין לחלקים שונים: "אך אכתי אין שעור לדבר, אפילו זהוב אחד שעושיין יותר ממה שמתחייב בדין, ג"כ מקרי קרוב לדין ... אך ורק ליבי אומר לי דעכ"פ לא יפטור זה שמתחייב בדין בכל השלוש מאות, לא יפטור אותו יותר משליש ... ויתחייב עכ"פ בשני שלישים שזה מקרי קרוב לדין". מבואר מדברי השבות יעקב, דקרוב לדין היינו, שאם הדין נותן שפלוני יתחייב סכום מסוים, הפשרה הינה שישלם שני שלישי.

ובדברי מלכיאל בתש' (ח"ב סי' קלג) כתב שמנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שלישי מכפי הטענה. אך הדברי מלכיאל סובר שאין לדמות מש"כ השבות יעקב לנדון השבועה, דהא השבות יעקב מיירי בפשרה שאינה מכח שבועה: "והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה, אני נוהג באופן כזה, דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים, הדרך האחד - לשום כמה שוה השבועה לאיש זה, היינו כמה היה נותן להפטר ממנה, וזה תלוי בערך האיש המחויב השבועה ובערך השבועה, אם לפי אומדנא טענתו חזקה ויכול לישבע או לא. והדרך השני - לפי הענין, כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש, או להיפוך, שהנתבע כופר בשקר". ובהמשך דבריו משלב הדברי מלכיאל בין הדרך הראשונה לדרך השניה, דכאשר מרגיש הדיין שהאמת עם התובע, א"כ הנתבע אינו יכול להשבע את השבועה המוטלת עליו, ובודאי מניעת שבועת שקר שוה הרבה. לפ"ז על הדיין לשקול ולאמוד בדעתו את מהות התביעה והטענות של הצדדים. נטיית דעתו תקבע את הנקודה שבה תעצר הפשרה לאורך התביעה. ואם נראה לו שהצד שצריך להשבע אינו צודק, ואם היה מחייב שבועה היה נשבע לשקר, עליו לשקול את מהות האדם, כמה שוה לו להנצל משבועה שכו"כ סיכוייה שתהא שיקרית. ובהמשך הביא דרך שלישית לפשר ע"פ מה שנראה לדיין כישר והגון.

ומש"כ הדברי מלכיאל לדחות את מנהג הדיינים הזקנים לתת ניכוי שלישי בעד השבועה, נראה דמנהג הדיינים הזקנים התיחס לשבועת הנוטלין, אולם בשבועת הנפטריין ישלם שלישי מהתביעה, שהרי אם היה נשבע היה נפטר לחלוטין, וא"כ ישלם שלישי, משא"כ כשהיה נוטל בשבועה הכל, כשנוטל בלא שבועה, ינכו שלישי. וראיתי גם

לגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה, חחור"מ, ח"א סי' לב) שכתב דהמנהג הוא לנכות שלישי בעד השבועה, אך בסוף דבריו כתב דאין בידו ספרי האחרונים לדעת בברור מנהג דיינים, אם יש חילוק בין שבועת הנפטריין לשבועת הנוטליין: "אבל כמדומני שנוהגין לפשר בניכוי שלישי בעד שבועה בין נפטר בין נוטל, אבל כיון שאין לזה מקור גדול מגמ' ופוסקים הראשונים, אין זה ענין מוחלט והכל לפי עיני הדיין, כי לפעמים ניכר שאינו רוצה לישבע משום שהוא שקר, ובזה צריך לפשר ליתן יותר, ולפעמים ניכר שהתובע מאמין לנתבע רק רוצה להטיל עליו שבועה משום שידוע שלא ישבע ויתרצה להתפשר, בזה יש לפשר ליתן פחות, לכן תלוי בעיני הדיין, אבל אם לא ניכר כלום, כמדומני שנוהגין בניכוי שלישי בעד שבועה, בין נפטר בין נוטל".

מדברי הגר"מ פיינשטיין מפורש יוצא שיש מודד כללי לפשרה במקרה של שבועה, והיא ניכוי של שלישי, אך לדבריו ניכוי השלישי יהיה בין בשבועת הנוטליין ובין בשבועת הנפטריין. לפ"ז כשיתבעו אותו סכום מסוים, בין אם התובע היה נוטל בשבועה ובין אם הנתבע היה נפטר בשבועה, ישלם הנתבע שני שלישי. והדבר צ"ע, דהרי אין זה מן הדין שישלם הנתבע אותו סכום במקרה שהיה נפטר בשבועה במקרה שהיה התובע נוטל בשבועה. ונראה דכוונת הגר"מ פיינשטיין, דבין בשבועת הנוטליין ובין בשבועת הנפטריין, הניכוי הוא שלישי, ואין חילוק לענין שעור שלישי בין שבועת הנוטליין לשבועת הנפטריין. והדבר אמור רק לענין גובה הניכוי, אך לענין המקום שממנו נמדד, נראה דאף לשיטת הגר"מ פיינשטיין יש חילוק, דבשבועת הנוטליין השלישי נמדד מהמקום שהיה נוטל עם שבועה, ובשבועת הנפטריין השלישי נמדד מהמקום שממנו היה הנתבע נפטר בשבועתו.

אלא שאף לדברי הגר"מ פיינשטיין יש מקום לשיקול דעתו של הדיין ולאופן שבו הוא רואה את המקרה הנדון לפניו, האם מדובר בטענה שיקרית של החייב שבועה, או שניכרים דברי אמת ויש לחץ לחייב שבועה על מנת להשיג פשרה. ולמעשה מש"כ הגר"מ פיינשטיין הינו אחד מהשיקולים עליהם דיבר הדברי מלכיאל, ובודאי גם לדבריו יש לשקול כל מקרה ומקרה לגופו, ע"פ מכלול הנתונים שבאו לפני הדיין, ואין בכך הלכה קבועה, אלא שלדברי הגר"מ פיינשטיין יש נקודת מוצא אחידה לפשרה, והיא ניכוי שלישי, ואילו לדברי מלכיאל אין נקודת מוצא אחידה.

ומנהג בתי דין לפשר במקום שבועה, אך נראה שנקטו לפי הדרך של שיקול דעת כל מקרה על מכלול נתוניו ונסיבותיו, ולא קבעו הלכה פסוקה שאם יש כאן שבועה, שיש לפשר כו"כ, אלא עשו פשרה לפי ראות עיני הדיין. ובפרט בנדו"ד, ששני הצדדים ידועים כאנשים ישרים, וודאי נפלה טעות ביד אחד מהם, ודוקא טענת שמעון רחוקה יותר מהטעות, ואם נחייבו בהיסת ונפשר לחייבו בשלישי, לקתה אולי

מידת הצדק לפי מה שנראה בעיני הדיינים. דהנה הרמב"ם בהל' מלוה ולוה ב,ד, כתב לענין שבועת הגאונים, וז"ל:

"מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום, והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם, ובא בעל חובו להשביעו בתקנה זו, והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זה אלא רוצה לצערו בשבועה זו להצר לו ולביישו ברכים כדי להנקם ממנו או כדי שילך וילוה מן העכו"ם או יקח נכסי אשתו ויתן לזה עד שינצל משבועה זו. יראה לי שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו ואם השביעו ביטל לא תעשה של תורה; לא תהיה לו כנושה, ולא עוד אלא ראוי לדיין לגעור בתובע ולטרדו מפני שהוא נוטר והולך בשרירות לבו, שלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאין, והרי נאמר עד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ומאחר שהוחזק זה שהוא עני ושאינו רמאי אסור להשביעו. וכן אני אומר, שמי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממוץ וטען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע בתקנה זו, שאין ראוי להשביעו, אלא אם יש כח בדיין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדותו עד שיתן – יעשה, מאחר שהוא אמוד, שפריעת בעל חוב מצוה. כללו של דבר, כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין, ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים."

הרמב"ם מיירי משבועות הגאונים, כמבואר ברמב"ם גופיה וכן מענין הפרק. אולם מדברי הרמב"ם רואים כמה דברים שאינם נוגעים דוקא לשבועת הגאונים אלא לכל שבועה. הרמב"ם כותב שאם ידוע לרוב העם שהנתבע אדם כשר, וכל מה שרוצה התובע להשביעו כדי לצערו או אינטרס ממוני אחר שיעשה כדי להנצל מהשבועה, שאין לדיין להשביעו; "שלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאין, והרי נאמר עד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ומאחר שהוחזק זה שהוא עני ושאינו רמאי אסור להשביעו". והדברים נאמרו ביחס לשבועת הגאונים, אך ראיתם כחה יפה לכל השבועות, דעד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ודאי אינו ענין לשבועת הגאונים, שהרי לענין השבת אבידה נאמרה, וכך דרשה בגמ' ב"מ כז,ב – כח,א, ומינה יש ללמוד לכאורה לכל השבועות.

בפרט מה שהמשיך הרמב"ם וסיים: "כללו של דבר כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין, ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים". והוא דין אומדנא, הוא לכאורה דין לכל הענינים הנוגעים לחיוב שבועה, שאם בכל השבועות

יראה לדיין שהנתבע כשר וכו', לא ישביעהו, שכלל זה הוא בכל הענינים, ובודאי לא התיחד לשבועת הגאונים. ובזה אתי שפיר מה שהביא הדברי מלכיאל הנ"ל בדרך השלישית, לפשר לפי מה שנראה לדיין כישר והגון.

אמנם על סיפא דברי הרמב"ם, העירו הנו"כ. המגיד שם כתב דמש"כ הרמב"ם זהו לדין הגמ', שהדיין יש לו לחתוך הדין לפי האמת אפילו חוץ מן הדין, אולם אין בכל ב"ד כח בזה אלא א"כ הוא ב"ד חשוב ומוחזק בחכמה וחסידות, ומשרבו הדיינים שאינם הגונים, יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו. גם בלח"מ כתב כן, ותמה על המגיד של הביא דהרמב"ם עצמו כתב כן להדיא בפכ"ד מהל' סנהדרין, דמשרבו בתי דינים שאינם הגונים וכו' ולא ידון בסמיכת דעתו וכו', דמוכח משם דאין לדיין לרדוף באומד הדעת בזמן הזה. (ובענין פסיקת דין ע"פ אומדנא דמוכח טובא, ולענין פסיקת דין ע"פ אומדנא והנהג המעשי, עיין מה שכתבתי בח"ג סי' לד.).

והגרא"ז (אבן האזל מלוה ולוה ב"ד) כתב לישיב קושית הנו"כ, דיש לחלק בין האמור כאן למה שכתב בהל' סנהדרין, דבהל' סנהדרין מיירי באופן שע"פ אומד דעת הדיין יעשה הדיין שינוי בדין, כגון מי שחייב שבועה לפטור ואמר לדיין אחד שהוא נאמן אצלו שהוא חשוד על השבועה, יש לדיין להפוך השבועה על התובע ויטול. וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם אחד שסמך עליו, אפי' אשה או קרוב, פרוע הוא, יש לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה. וכן להוציא פקדון מיתומים ע"פ סימנים. שכל אלו הדינים אנו משנים עיקר הדין ע"פ אומד דעת הדיין. אבל כאן אין אנו משנים את הדין. והדין הוא בדין כפיה, שכופים הלואה בכל מה דאפשר. ולכן יש נפק"מ לגבי אומד דעתו של הדיין, דכשצריך לשנות את הדין ע"פ אומד דעתו, בזה סובר גם הרמב"ם שעכשיו אין לדיין לרדוף לפי אומד דעתו, אבל בדין שמחוייבים לכופף למי שעובר על הדין, וכיון שגם עכשיו הם עכ"פ ב"ד ולהם ברור ע"פ אומד דעתם שהלואה יש לו לשלם, זה מסור להדיין בעצמו ולא בטלו ממנו חובתו לכופף למי שעובר על התורה. ולכן כיון שלב"ד ברור באומד דעתם שיש לו לשלם, יש להם רשות לכופו ולגדותו אף שיוכל לצאת מזה שיקח נכסי אשתו וישלם, כיון שלב"ד ברור באומד דעתם שאינו כן ויש לו בעצמו לשלם, ומכל שכן ברישא של דברי הרמב"ם, כשגלוי וידוע לדיין שאין ללוה, שאין להשביע מתקנת הגאונים גם עכשיו, דזהו פשוט.

ומש"כ הגרא"ז זה לכאורה לענין שבועת הגאונים, אך בסיפא כתב דלענין לפטור משבועה ודאי פשוט שיכולים ע"פ אומדנא. ועיין גם בדברי מלכיאל (ח"ג סי' קנג ד"ה והנה המ"מ), שכתב דלענין שבועת הגאונים ס"ל לרמב"ם דאף האידנא

יכול לדון לפי אומד דעתו. ויותר נראה, דאף אם הרמב"ם ס"ל דבשאר שבועות אינו יכול לפטור מאומדנא, מ"מ למש"כ התוס' והרא"ש והשו"ע, דנהגו לפשר במקום שבועה, הרי שמידת הפשרה כבר נתונה לשיקול דעת הדיין, ואף שאסור לו לנטות בפשרה, מ"מ בזה כבר אינו עושה נגד הדין שקובע גובה הפשרה או פוטר בכלל. ולכן בנדון כנדו"ד יש לדיין כח לפטור מחיוב במקום השבועה, ולא לחייבו בממון מכח מה שהתחייב שבועה, שזה כבר כח שניתן לדיין בפשרה לעשות לפי אומדן דעתו. וכן נראה מהדברי מלכיאל (ח"ב סי' קלג הנ"ל), דבדרך של פשרה יכול הדיין לפעול ולפסוק לפי אומדן דעתו.

וכן נראה לפי מה שישב הגדו"ת (שער ב א, ד) את קושית המגיד והלח"מ, מדוע לא כתב הרמב"ם דהאידינא אינו יכול לפסוק ע"פ אומדן דעת, וכמש"כ בפכ"ד מסנהדרין: "ואמנם הטעם שהחליט הענין כן בזה ולא פירש דמשרבו בתי דינין שאינם הגונים אין עושים כן, כדכתב בסנהדרין, נראה שהוא מפני שאין כאן שום חשש עוות הדין כי התם, דאי בחלוקה הראשונה שאין משביעין כשהמלוה מבקש לביישו, אין בכך כלום, דלפטרו משבועה לעולם הוא דרך בטוח כי הוא שב ואל תעשה, וכמעט הוא הסתלקות מן הדין, כדמסיק הרמב"ם בסנהדרין. ואי בחלוקה השנית לעשות מי שהוא אמיד שיש לו עד שיפרע, גם בזה אין חששא, דהא השתא אין מוציאין מידו כלום אלא מעשים כדי שיתן, ואם מחמת הכפיה יתן נמצא שיש לו, ושפיר עבדי להוציא בלעז מפיו". הרי דלפטור משבועה שהוא בשב ואל תעשה, אין מניעה שיפסוק גם האידינא לפי אומדן דעתו. ומשמעות הדברים שאין בזה חילוק בין סוגי השבועות, ואף שבועת היסת יכול לנהוג כן.

לאמור לעיל, אין לחייב ולהוציא ממון משמעון.

סימן ד

חזרה מטענות בכתב

ראשי פרקים

א. חוזר ומוען

ב. תיקון המענה בפירוש רחוק, ובנותן אמתלא למעותו

ג. חזרה מטענות בכתב

ד. הודאת מורשה

ה. עדות המוכר - פסיקה באומדנא

ו. דמים מודיעים

בהסכם גרושין הסכימו הצדדים לחלק את הדירה, באופן שכ"א יקבל מסכום הדירה את מה שהשקיע, ואת היתרה יחלקו שווה בשווה. הצדדים קבלו ע"ע שלשה דיינים כבוררים, כאשר לפי שטר הבוררות, יוכלו הבוררים לפסוק לפי שקול דעת רחב, ואינם צמודים לדיני הראיות. עוד הסכימו שבתחילה כ"א יכתוב את טענותיו, ויקבע דיון. ב"כ צד א כתב את טענותיו על הסכום שהשקיע, כשעל חלק המציא מסמכים. ב"כ צד ב העלה ג"כ טענותיו בכתב, ולמעשה המחלוקת היתה על סכום של כ - 100,000 ש"ח. לאחר מכן ב"כ צד א חזר והעלה טענה, וביקש לתקן את כתב הטענות, שעל אף הרשום בחוזה סכום במחיר הדירה, היה סכום נוסף של 200,000 ש"ח, שניתנו על ידו ללא רישום מסודר ומעבר לסכום שנקב בחוזה המכר, וצד ב יודע מכך. הדבר נשמט מכתב הטענות, כיון שהוכן ע"י ב"כ ולא ע"י צד א עצמו, והענין נשמט בטעות, כיון שהכין את הטענות מתוך חוזה המכר. לדברי צד א, לא קראו את מה שכתב ב"כ, ונוכחו בטעות רק לאחר שקראו את תשובת צד ב.

צד ב מכחיש וטוען שלא היו כספים מעבר לסכום הכתוב בחוזה המכר, ועוד טוען שצד א אינו יכול לחזור בו ולהעלות טענות חדשות ממה שהעלה וכבר הודה בכתב הטענות. המוכר כמובן סרב לתת עדות בבי"ד, אולם שלא לפרוטוקול אמר לאחד הדיינים שאכן כך היה כטענת צד א, שקיבל סכום שלא נכתב בחוזה, כפי שטענו צד א. צד ב טוען שאף שע"פ שטר הבוררות הבורר אינו חייב בדיני הראיות, מ"מ כבר הודה צד א שהמחיר של הדירה היה כנקוב בחוזה המכר.

הדיינים גם בררו, שבאותה תקופה של רכישת הדירה, המחיר הנקוב בחוזה, נמוך בהרבה ממחיר השוק, כפי שהיה בזמנו, לדירה שנקנתה, וע"כ רגליים לדבר כטענת צד א. צד ב השיב שאינו סבור שמדובר במחיר נמוך בהרבה ממחיר השוק, וגם אם כן, אין זו ראייה על הסכום שטוען צד א שנתן למוכר.

א. חוזר וטוען

איתא בב"ב לא,א: זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, האי אייתי סהדי דאבהתיה היא, והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה ... הדר א"ל אין דאבהתך היא וזבנתה מינך, והאי דאמרי לך דאבהתי, דסמיך לי עלה כדאבהתי (הייתי סומך ומובטח על קרקע זו כאילו היא של אבותי, לפי שהחזקתי בה בשופי ובעדים וקניתייה מאבותיך, ובעי גמרא טוען וחוזר וטוען, יכול אדם לטוען בבית דין שטוען בב"ד מה שהוא רוצה, וחוזר וטוען וטוען לתקן דבריו הראשונים – רשב"ם). טוען וחוזר וטוען או אין טוען וחוזר וטוען. עולא אמר טוען וחוזר וטוען (טוען בבית דין מה שהוא רוצה, וחוזר אחרי כן לטוען דברים אחרים לתרץ דברים הראשונים, אע"פ שמכחישם קצת בזה שחזר וטוען האי דאמר דאבהתי דסמיך עלה כדאבהתי). נהרדעי אמרי אינו טוען וחוזר וטוען, ומודי עולא היכא דא"ל של אבותי ולא של אבותיך, דאינו טוען וחוזר וטוען (שאם טען מתחילה ופירש של אבותי ולא של אבותיך, דאינו חוזר וטוען טענה זו דסמיך עלה כדאבהתי, שהרי עוקר לגמרי דברים הראשונים, וכן הלכה דפסקינן לקמן כעולא). והיכא דהוה קאי בי דינא ולא טען ואתא מאבראי וטען, אינו חוזר וטוען (כל היכא דהוה קאי בי דינא ולא טען תיקון דברים הראשונים, אלא אחר שיצא מבית דין חזר לב"ד ותיקן דבריו הראשונים שאינו חוזר וטוען, היכא דמכחישן קצת), מאי טעמא, טענתיה אגמריה (אוהביו וקרוביו). ומודו נהרדעי היכא דאמר ליה של אבותי שלקחיה מאבותיך, דחוזר וטוען (דאינו עוקר דבריו הראשונים כלל אלא מוסיף עליהן, וכיון דהחזיק בה שלש שנים מוקמינן לה בידיה, דחזקה שיש עמה טענה היא, דמה לו לשקר דאי בעי אמר מינך זבנתה ואכלתיה שני חזקה, כי אמר נמי של אבותי שלקחיה מאבותיך מהימן). והיכא דאישתעי מילי אבראי ולא טען, ואתא לבי דינא וטען, דחוזר וטוען (כל היכא דאישתעי מילי מאבראי לבי דינא קודם שטען כלום בב"ד ולא טען מה שהוא טוען עכשיו בב"ד, ואתא לבי דינא לטוען טענות שעוקרות לגמרי את הראשונות, דחוזר וטוען), מאי טעמא, עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא (שלא ילמד מהן מי שכנגדו, ויתן לכו מתחלה קודם שיבאו לבית דין להשיב עליהם, וכן הלכה. והני מילי טענות בעלמא, אבל טען בפירוש בפני עדים חוץ לב"ד חייב אני מנה לפלוני, הרי הודה לו ושוב אינו יכול לכפור בב"ד). אמר אמרימר, אנא נהרדעא אנא וסבירא לי דטוען וחוזר וטוען. והלכתא

טוען וחוזר וטוען (תיקון לשון הראשון, אע"פ שמכחישם קצת הואיל ואינו עוקרן לגמרי כדלעיל).

ומבואר דדוקא כשלא עוקר לגמרי דבריו הראשונים אלא מתקנם, בזה קיי"ל שחוזר וטוען. וברמב"ם בהל' טו"ג ז,ח, כתב וז"ל: "יש לטוען בבית דין לחזור ולטוען טענה אחרת להכחיש הטענה הראשונה וסומכין על טענתו האחרונה, ואף על פי שלא נתן אמתלא לטענה הראשונה, ואף על פי שיצא מבית דין וחזר יש לחזור ולטוען ולהפך כל הטענות שירצה עד שיבאו עדים, אבל מאחר שיבאו עדים ויכחישו טענתו האחרונה שסמך עליה, אינו יכול להשיאו לטענה אחרת אלא אם כן נתן אמתלא לטענה שסמך עליה, ויש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה האחרת, והוא שלא יצא מבית דין, אבל אם יצא מבית דין אינו יכול לחזור ולטוען אחר שבאו עדים, שמא אנשים רעים למדרוהו טענות של שקר וכן כל כיוצא בזה". הרי שמפרש הרמב"ם הסוגיא בבאו עדים, דעד שלא באו עדים יכול לחזור ולטוען ככל אשר יחפוץ, ורק בבאן עדים, יכול לחזור ולטוען ע"י אמתלא ולתקן טענתו הראשונה ולא לעקרה לגמרי, ואם יצא מבי"ד אחר שבאו עדים, גם אמתלא ותיקון לא מהני. וכן כתב המגיד, דדעת הרמב"ם דכל התנאים המוזכרים בגמ' אינן אלא כשבאו עדים קודם שחזר בו, אולם בלא באו עדים, הפה שאסר הוא הפה שהתיר, וטוען וחוזר וטוען.

אולם בב"י חו"מ סי' פ כתב, דכל דברי הרמב"ם שיכול לחזור קודם שבאו עדים, היינו דוקא מטענת פטור אחת לשניה, אבל מטענה מחייבת לטענה פוטרת, אינו יכול לחזור אלא בשלשת התנאים: נתן אמתלא מדוע סמך על הטענה הראשונה, ויש במשמעה של השניה כמו הראשונה, שמתקן את הטענה הראשונה, וכן שלא יצא מבית דין. והביא הב"י את תש' הרשב"א (ח"ב סי' שלה), שם באמירת אגב, טען המורשה, שאפי' שהודה יכול לחזור בו כל זמן שלא באו עדים. ואף שדברי המורשה לא היה בהם נפק"מ למעשה, מ"מ השיב הרשב"א על דבריו, שלא יאמרו שמסכים הרשב"א לדברי המורשה. דודאי סמך המורשה על דברי הרמב"ם (טו"ג ז,ח הנ"ל): "וזה שיבוש, וכמדומה שנשתבש במה שראה בהלכות טוען ונטען, לרב ר' משה ז"ל. ודעו שלא נאמרו דברים הללו, במה שמודה הנטען לטוען ושמחייב עצמו בב"ד, מחיוב לפטור. אבל מפטור לפטור ומפטור לפטור, ג"כ דווקא כשלא באו עדים והכחישוהו בטענתן הראשונה. כיצד מחיוב לפטור, כגון שטענו ואמר לו מנה לי בידך ואמר לו הן, ואח"כ חזר ואמר לא היו דברים מעולם אינו חוזר וטוען, שכבר הודה במה שטענו הלה ... וזו היא שאמר הר"ב ז"ל, לא זולת זה". דגם הרמב"ם ס"ל דיכול לחזור קודם שבאו עדים, אך רק מטענת פטור אחת לשניה, אבל מחיוב לפטור אינו יכול לחזור אלא בשלשת התנאים הנ"ל. והב"י הוסיף, דכן נראה מדברי הטור,

ממש"כ דברי הר"י מיגאש וטעמו שחזור וטוען, מיגו דאי בעי קאי אטענתיה קמא ואיפטר וכו', ואח"כ כתב הטור דכן כתב הרמב"ם, משמע דלהרמב"ם אינו חוזר וטוען אלא כשיש מיגו דאי בעי קאי אטענתיה קמא ואיפטר. וכן פסק בשו"ע חו"מ פ"א: "... במה דברים אמורים שאינו טוען וחוזר וטוען לסתור טענתו הראשונה, כשנתחייב בדין בטענה ראשונה, אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה, יכול לחזור ולטוען ולזכות בטענה האחרת, ואע"פ שלא נתן אמתלא לטענה הראשונה, ואע"פ שיצא מבית דין וחזר, יש לו לחזור ולטוען ולהפך כל הטענות שירצה, מפיטור לפיטור, עד שיבואו עדים. אבל מאחר שיבואו עדים ויכחישו טענתו (הראשונה) שסמך עליה, אינו יכול להשיאו לטענה אחרת אלא אם כן נתן אמתלא לטענה שסמך עליה, ויש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה האחרת, והוא שלא יצא מבית דין". והיינו כמו שפירש בב"י את דברי הרמב"ם כפירוש הרשב"א, דדוקא מפטור לפטור יכול לחזור בו קודם שבאו עדים.

וע"ע בש"ך עט,כג, בענין דברי הרמ"א שם עט,ט, דאומר לא ליתני וחוזר וטוען פרעתי, או בכל ענין שהחזיק כפרן, לא אמרינן שהחזיק כפרן אלא בבאו עדים והכחישהו, אולם כל זמן שלא באו עדים, יכול לחזור ולטוען פרעתי, אפי' י"ל שחוזר בו מפני שראה עדים שבאים, הואיל והודה קודם שבאו העדים, לא החזיק כפרן, ואפי' יצא קול בעיר שלוה, אם לא שהקול מפורסם, דהוי כאלו כבר באו עדים. והש"ך תמה על דברי הרמ"א, מדוע אינו יכול לחזור בו בקול מפורסם, ומה חילוק בין מפורסם אם לאו לענין חזרתו. וכתב לישב, דעצם החזרה אפי' מפטור לפטור הינה טענה גרועה, כיון שסו"ס חוזר בו מטענה קמייתא, אינו נאמן אלא במיגו דאי בעי קאי בטענה קמייתא ומיפטר, וכמש"כ הטור והב"י חו"מ סי' פ, אם כן בקול מפורסם לא רצה לעמוד בטענתו הראשונה, ודמי למש"כ בשו"ע חו"מ עב,יח. אולם נשאר בצ"ע לדינא, דאילו היה עומד בטענתו הראשונה היה פטור, דמשום קול מפורסם לא מפקין ממונא, וא"כ מ"מ הוי מיגו דאי בעי קאי בטענה קמייתא ואיפטר, שהרי כבר טען כן ולא חשש לקול, ונשאר בצ"ע.

ובקצוה"ח פ"ג כתב דיכול לחזור בו מפטור לפטור, אינו משום מיגו, אלא הרי היא טענה מחמת עצמה, דכיון דעדיין לא נתחייב, אין כאן הודאת בעל דין וכמי שלא נחקרה עדותו ויכול לחזור: "והא דנקטו הפוסקים לישנא דאי בעי עמד בטענתו הראשונה, לאו בתורת מגו קאמרי דליהוי מה לי לשקר, אלא כיון דאי בעי עמד בטענתו הראשונה ועדיין לא נתחייב בה, לא שייך בה הודאת בעל דין כמאה עדים". והביא ראה מדברי היש"ש ב"ק י"ג, דאם נתחייב התובע שבועה ועדיין לא נשבע, יכול הנתבע לחזור ולא הוי מחויב לפטור, דכיון דעדיין לא נשבע לא הוי חיוב גמור ע"ש, ומגו ודאי לא שייך בזה, דאם יעמוד בטענתו הראשונה, יצטרך

לשלם לאחר שישבע התובע, ומוכח שאינו מחמת מיגו. ומה שאמרו אי בעי עמד בטענתו הראשונה, היינו דכל זמן שהברירה בידו לעמוד בטענתו הראשונה, לא הוי הודאת בעל דין ויכול לחזור. ולפ"ז כתב בקצוה"ח עט,ט, על דברי הרמ"א שאינו יכול לחזור בו בקול מפורסם, ומה שרצה הש"ך (הנ"ל) לישב, דכיון דאין הטעם משום מיגו, אלא דכל זמן שלא נתחייב יכול לחזור, לא מהני קול מפורסם לענין חיוב כשעדיין לא נתחייב. ולכן הסיק דאין להוציא מיד המוחזק, וגם הש"ך הניח דין זה בצ"ע. ועיין מש"כ הגרא"ו בקוב"ש ב"ב קיא – קיד.

ב. תיקון הטענה בפירוש רחוק, ובנותן אמתלא לטענתו

משני התנאים האמורים לעיל, מהני מחיוב לפטור אם נותן אמתלא, ומתקן את טענתו באופן שיכול להתקבל על הדעת התיקון. דמדברי הריב"ש (סי' שצב) מבואר שיכול לפרש דבריו אפי' בפירוש רחוק: "דהא קיימא לן דטוען וחוזר וטוען כל שהוא במשמעות דבריו הראשונים, ואפילו בפירוש רחוק". והביא ראייה מהסוגיא (ב"ב לא,א), דזה אומר של אבותי, שחזר וטען של אבותיך ולקחתיה ממך. והאי דאמר דאבהתי, דסמיכנא עלה כדאבהתי. ואף שהוא סותר ממש פשט דבריו הראשונים, שהרי כשאמר של אבותי, הודה שלא לקחה ממנו, ואעפ"כ חוזר וטוען לקחתיה ממך; ומפרש דבריו הראשונים, דסמיך עלה כדאבהתי. אא"כ טען מתחלה בפירוש של אבותי ולא של אבותיך. הרי מוכח מהסוגיא דאפי' בפירוש זר ורחוק יכול לתת אמתלא לטענתו. ודבריו הובאו גם בשער המשפט קז,ו, ובתומים פ,ב.

ולפ"ז נראה דבנדוד"ד אינו פירוש זר ורחוק כ"כ, דטוען דכל מה שכתב בכתבי הטענות של ב"כ צד א, היה רק על הסכום שניתן במסגרת חוזה המכר, ומפרש ומוסיף על דבריו, וטוען שלא אמר שאלו כל הטענות על הכספים ששולמו, ומה ששולם ונטען ששולם היה במסגרת החוזה, אולם אח"כ העירו לו צד א שניתנו כספים נוספים. ונראה שאין זה פירוש זר ורחוק יותר מסמיך עלה כדאבהתי, אא"כ היה טוען שאלו כל הכספים ולא היו אחרים, דבר שלא נטען במסגרת כתבי הטענות, לכן מבחינת הפירוש של הטענות הראשונות, י"ל שמפרש דבריו ומוסיף על טענתו, ואינו בבחינת סותר טענתו הראשונה.

ובנדוד"ד נותן אמתלא, שהדבר נשמט מזכרונו, כיון שלא כתב את כתבי הטענות אלא לפי חוזה המכר שהיה לפניו, וכב"כ של צד א, הדבר נשמט שהיה סכום נוסף. ומה שצריך ליתן אמתלא לטענתו, אף שבסוגיא לא הוזכר ענין נתינת האמתלא, הדבר מבואר ברמב"ם טו"נ ז,ח (הנ"ל), והוא מדברי הרי"ף בסוגיא (טז,א מעמוה"ר): "והילכתא טוען וחוזר וטוען, והוא דיהיב אמתלא לטענתיה קמא". וכן הוא בריטב"א

בסוגיא: "ומסקנא דמילתא, דכל היכא שנותן אמתלא לדבריו לטענה האחרונה שאינה סותרת לראשונה, חוזר וטוען". וכן הוא ביד רמ"ה שם בסוגיא (אות לט): "וש"מ דאפילו למאן דאמר טוען וחוזר וטוען, הני מילי היכא דיהיב אמתלא לטענתיה קמיתא, אבל היכא דלא יהיב אמתלא לטענתיה קמיתא לא". וכן הוא ברבינו יונה, במאירי, ובר"י קרקושא.

ומכאן דנו האחרונים אם מהני אמתלא בממון. מהרשד"ם (חחו"מ סי' קפ) הביא מה שנאמנת לתת אמתלא לדבריה שאמרה שהיא נידה, ואם לענין אסור כרת נאמנת בנותנת אמתלא, קל וחומר לענין ממון; "ומה בדבר אסור כרת, כשנותן אמתלא נאמן, בענין ממון הקל כגון זה שנותן טעם מספיק למה אמר כן, פשיטא ופשיטא שהוא נאמן". והביא מהרשד"ם ראייה ממעמד שלשתן, שאם נתרצה הלוח או הנפקד ליתן למקבל, ואח"כ אמר עיינתי בחשבוני ולא היה לי ליתן כלום וטעיתי במה שהודתי, נאמן בטענתו זו. ואף דאיכא פלוגתא דרבוותא מתי נאמן ואימתי לא, היינו דוקא במעמד שלשתן שהוא כמו קנין, והיה לו לדקדק בחשבונו קודם שיודה. עוד הביא מדברי הרשב"א בתש', בתובע מחברו והשיב הלה איני יודע וחייבוהו בי"ד שבועה, ואחר שיצא מב"ד אמר לויתי ופרעתי, דאף שאמר שאינו זוכר, לא אמר שלא לזה ושלא פרע ושר של שכחה שכית, ולא אמרו שאינו יכול לחזור ולטעון נזכרתי אלא לגבי עדות, אבל לא בבעל דבר. וכתב מהרשד"ם דהדברים ק"ו, שהטוען בב"ד שעליו לדקדק היטב בדבריו, מ"מ כיון ששר השכחה מצוי, יכול לחזור ולטעון אחר שיצא מב"ד לומר לויתי ופרעתי, כל שכן מי שנותן חשבון לחברו בינו לבינו, שיכול לחזור ולטעון שכחתי כך וכך ולתת אמתלא לדבריו. וכדברי מהרשד"ם כתב גם מוהר"ש הלוי חחו"מ סי' כ.

אמנם בתש' מוהר"ש הלוי (חחו"מ סי' כא) הביא תש' מהר"א חסון, דלא מהני אמתלא בממון, דדוקא לענין איסור נאמן אדם על עצמו, משא"כ בממון: "הגע עצמך, שאדם הודה מעצמו הודאה גמורה באופן שאינו יכול לומר, לא טענת משטה ולא טענת שלא להשביע את עצמו, הנאמר שיכול לחזור ולתת אמתלא או טענת אונס, אי לא מסר מודעא או כדומה לו, ודאי דאינו מועיל כלל אמתלא". הרי שסובר מוהר"א חסון דלא מהני אמתלא בממון אלא בטענת השטאה או השבעה, או כשמסר מודעה על האונס, אבל בלא"ה אינו יכול לבטל הודאתו. ומהור"ש הלוי הקשה על מהר"א חסון מדברי הרמב"ם טו"נ זח, (הנ"ל), דבממון מועילה אמתלא. ובתש' מוהר"ש סי' כב הביא ממוהר"א הלוי שהקשה על מהר"א חסון, דהא קי"ל דנותן אמתלא לדבריו בכל מקום נאמן, דהא המודה לחבירו שהוא חייב לו, יכול לטעון טענת השטאה או השבעה, והן טענות של אמתלא, ומהני אמתלא בממון.

וכדברי מוהר"א חסון, מבואר בח"מ קט"ו, כב. בשו"ע אהע"ז קט"ו, בענין אשת איש שאומרת שזינתה, דאף שאינה אסורה באיין רגלים לדבר, מ"מ איכרה כתובתה ותוספת ומה שאינו בעינין. וכתב ע"ז הרמ"א, דאם חזרה בה ונתנה אמתלא לדבריה, נאמנת ואינה מפסדת כתובתה, והוא מדברי הגמ"ר. ובח"מ שם ס"ק כב כתב דלא יועיל מתן אמתלא לאחר זמן, דחיישינן שמא למדוה לטעון כן. והביא ראייה מסוגיא דנן (ב"ב לא, א, ובשו"ע חו"מ פ, א), שאיין יכול לחזור ולטעון לענין ממון מחיוב לפטור כשיצא חוץ לב"ד, אף אם נותן אמתלא לדבריו. ואף שאשה שאמרה אשת איש אני, ולאחר זמן אמרה פנויה אני, נאמנת בנותנת אמתלא; "שאיני איסורא מממון, והודאת בעל דין לענין ממון כעדים דמי, ומה תועיל האמתלא להוציא ממון מבעלה, ואיין לך אמתלא גדולה מזה שאמרו במשנה אחרונה בנדרים ז, ב, שמא עיניה נתנה באחר, ואעפ"כ לענין ממון קיי"ל כמשנה ראשונה שם". הרי שלא מועילה אמתלא לענין ממון, דכל מקום שיכול לחזור בו בלא אמתלא, מהני לחזור בו, ואם אינו יכול לחזור בו, לא מהני אמתלא. ולא מהני מחיוב לפטור אא"כ לא יצא מבי"ד, ורק במפרש דבריו ונותן אמתלא, אבל במקום דלא מהני חזרתו, כגון יצא מבי"ד או עוקר טענתו הראשונה, לא מהני אמתלא. (ובעיקר דברי הח"מ בדברי הרמ"א, חלק עליו בהפלאה קט"ו, טז, וכן בספרו המקנה מז"ד, דאף אם אמתלא לא מהני לענין ממון, בנדון שם שנותנת אמתלא למה שאמרה שזינתה, מהני בכל ענין, כיון דעיקר הדבר הוא לענין איסורא וממונא ממילא קאתי, וכיון דנאמנת לענין איסור ממילא גובה כתובתה, עיי"ש. וע"ע במש"כ הנו"ב קמא חאהע"ז סי' ס.)

גם בקצוה"ח פ, א כתב להצדיק דעת מהר"א חסון דלא מהני אמתלא בממון, ומדברי הרמב"ם (ט"ו, ז, ח, הנ"ל) אין ראייה, ששם רוצה לתקן דבריו הראשונים, וטענת סמיכנא עליו כדאבהתי, אבל אם חוזר מטענתו הראשונה וטוען טענה אחרת לחלוטין שאינה במשמעות הטענה הראשונה, ואומר אמתלאה במה שהוצרך לומר כך בראשונה, לא התבאר ברמב"ם דמהני. ודוקא בטענת השטאה והשבעה נאמן; "לפי שדרך כל העולם בו לומר על דרך השטאה או השבעה, ומשום הכי נאמן בכך". וראיה דהשבעה עדיפא משאר אמתלא, דיש פוסקים (חו"מ פ, א, כא) דאפי' לא טען טענינן ליה, ואמתלא אפילו באיסור לא מהני אלא כשהוא עצמו נותן אמתלא לדבריו, ולא מצאנו דטענינן ליה אמתלא באיסורים. ואף לפוסקים דלא טענינן אמתלא בהשבעה, דאמרינן מסתמא אם היה השבעה היה טוען כן, ומדלא טען כן שמע מינה שלא טען להשביע, משא"כ בטען טענת השבעה נאמן, כיון דהוא אמתלא שנוהגין בו רוב העולם, וכשמת טוענים ליתומים. עוד הוכיח קצוה"ח דלא מהני אמתלא בממון אלא השטאה והשבעה, ממה שפסק בשו"ע חו"מ סי' פא (סע' ה וסע' טז), שכתב חילוקי דינים בהשטאה והשבעה, כגון ע"י תביעה ולא במודה מעצמו בהשטאה, ובהשבעה דוקא במודה מעצמו ולא

בתביעה, ולא הזכיר בשו"ע שיכול לפטור עצמו בתובעו ובמודה מעצמו כשנותן אמתלא. ומזה הוכיח דבממון אין טענה הפוטרת אלא השטאה או השבעה דבזה רגילי אינשי, ובאופן אחר רק כשמישב טענתו הראשונה באיזה פירוש. הרי דס"ל לקצוה"ח דלא מהני אמתלא בממון אלא באמתלא שהיא רגילות לכל העולם, והיא כבר מונחת וקיימת בעצם הודאתו, ולכן אפי' טענינן ליה לכמה פוסקים, אבל כל אמתלא אחרת שאינה ברגילות כל העולם, אינו נאמן כשנותן אמתלא להודאת ממון שלו.

ודברי הרא"ה הנזכרים במהר"א חסון דלא מהני אמתלא בממון, הם מדברי הרא"ה שהביאם הר"ן בכתובות (ט, ב מעמוה"ר, מדברי הרא"ה בכתובות כב, א), דאשה שאמרה מקודשת אני לפלוני, לא נאמנת במיגו אא"כ הוא מודה בדבר, דכיון שהודית שנתקדשה לו, לאו כל כמינה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו. והיינו דכיון דיש לו זכויות ממוניות בה, אינה נאמנת לחוב לו ולחזור מהודאתה ע"י אמתלא. ומהריב"ל בתש' (ח"א סי' מג) כתב דדעת הרא"ה היא דעת יחיד וכל הפוסקים חולקים עליו, ולא שנא דאמר מקודשת סתם ולא שנא אמר מקודשת לפלוני, אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת, ולא כתבו חילוק הרא"ה, דודאי חדוש כי האי היו צריכים הפוסקים לכתוב, ואדרבא איפכא מסתברא; "דכיון דאלימא אמתלא לאפקועי איסורא דאשת איש, איך נאמר דבשביל שאמרה לפלוני, ויש לו זכות לאותו פלוני בזאת האשה, דלא אלימא האמתלא לאפקועי אותו זכות, והלא אמר על חפץ שהוא של פלוני יכול לחזור בו, אף אנו נאמר בנדון דידן, דאם אמרה אני מקודשת לפלוני, אע"פ שיש בדברים האלו איסורא וממונא, אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת ואין אנו חוששין משום ממונא, דלא גרע אמתלא מטענה שלא להשביע את עצמי". מבואר דס"ל למהריב"ל דמהני אמתלא בממון, ולא שנא השטאה והשבעה מכל אמתלא. ובשב שמעתתא ויב-יג הביא דברי מהריב"ל, והזכיר מש"כ הוא בקצוה"ח פ, א, דלא מהני אמתלא בממון.

ובתרומת הכרי (סי' א הגהה אות א) כתב בבאור דברי מהר"א חסון, וכתב לבאר, דידועה מחלוקת מהריב"ל וקצוה"ח (עיין קצוה"ח לד, ד) אם הודאת בע"ד הינה מדין חיוב והתחייבות או ילפינן ממודה במקצת, והיא גזירת הכתוב שיהא אדם נאמן על עצמו, וכמש"כ רש"י בקידושין סה, ב, וכמו שהאמינה התורה שני עדים על אחרים, כך האמינה התורה לכל אדם על עצמו, אף שהוא קרוב לעצמו. ולפ"ז כתב, דאם הודאת בע"ד היא גזירת הכתוב וילפינן ממודה במקצת, הרי שההודאה היא על העבר ושייך לדון לבטלה ע"י אמתלא. אולם אם היא מדין התחייבות, איך מהני לתת אמתלא על דבר שהוא עתידי (ולכאורה צ"ע, מדוע לא תועיל אמתלא על התחייבות עתידית, וכמו שיכול לטעון טענת אסמכתא בטענה שלא גמר בדעתו, כך יתן אמתלא מדוע בזמן ההתחייבות היה אנוס או מוטעה וכד', שלא גמר בדעתו). ולפ"ז כתב

דבכל הודאת בע"ד יש גם את ענין ההתחייבות שהוא מחדש, וציין לקצוה"ח סו,כ, ולכן לא מהני אמתלא בממוץ, ורק השטאה והשבעה, שהם ידועים לכל; "לא נכנס דבריו בגדר הודאה כלל רק שיחה בעלמא". ולכן ס"ל כאחרונים הנ"ל, דלא מועילה אמתלא בממוץ.

והגרי"א בנחל יצחק פ,א, הוכיח מהא דר' חייא (ב"מ ג,א), שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, ויליף מק"ו, שפיו לא מחייבו קנס. והנה בעדים לא מהני אמתלא, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד (ומה דמהני אנוסים היינו מחמת נפשות, היינו תוך כדי דיבור לקיום חתימתם, עיין שו"ע חו"מ מו,לז, ושו"ע חו"מ כט,א), ואם תאמר שבהודאת פיו מהני אמתלא, א"כ יכלו ללמוד הק"ו, ומה הודאת פיו שאינו אלים כ"כ, שיכול לחזור בו ע"י אמתלא, מחייבו שבועת מודה במקצת, העדאת עדים שאינם יכולים לחזור בהם ע"י אמתלא, לא כ"ש. אלא בהכרח גם בהודאת פיו לא מהני אמתלא, עיי"ש מה שהאריך בבאור הנ"ל. ומבואר דס"ל דלא מהני אמתלא.

אמנם כאמור כל זה כשלא מישב טענתו הראשונה אלא סותר אותה. בנדו"ד י"ל שלא אמר שזה הסכום ששולם ותו לא, אלא זה הסכום ששולם ע"פ החוזה, והיה עוד סכום ששולם מעבר לחוזה, והוי פירוש טפי מדמסיכנא עליה כדאבהתנא, ועל כן הוי פירוש ולא חזרה, ומהני אמתלא לענין זה שיכול לחזור בו.

ג. חזרה מטענות בכתב

ויש לדון אם יכול לחזור בו מטענות בכתב. דמצאנו דאף לענין הודאה, אם הודה בכתב ידו, אינו יכול לטעון טענת השטאה או השבעה, וכמש"כ הרא"ש בתש' סה,א, שנשאל בשכיב מרע שהודה בכתב ידו שכל הנכסים שהיו לו של אביו, אם הוי הודאה, או טענינן טענת השבעה. ובתו"ד השיב הרא"ש: "נראה כיון דאיכא כתב ידו, לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את בניו, דלא אשכחן אלא בדיבור בעלמא, כגון מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני, ושכיב מרע שאמר מנה לפלוני בירי, אבל היכא שכתב ידו, או אחר כתב והוא חתם בחתימה ניכרת ומקיימת, כולי האי לא הוה עביד כדי שלא להשביע את בניו". וכן פסק בשו"ע חו"מ פא,יז: "אם הודה בכתב ידו שחייב לפלוני מנה, או שהודה בקנין או במעמד שלשתן, אינו יכול ליפטר בטענת השטאה ולא בטענת שלא להשביע. (ברמ"א שם) ודוקא כתב ידו שביד חבריו, אבל אם נמצא כתוב אצלו ששטר זה של פלוני, או שכתב שם פלוני על חפץ פלוני, אפשר לומר שלא להשביע עצמו עשה כן, וכמו שנתבאר לעיל סה,כב". ומזה מוכח דמה שכותב בכתב ידו, עדיף מטענה שטוען בע"פ, ולכן י"ל

דלא יוכל לטעון טענת אמתלא. ועדיין י"ל, דדוקא אמתלא לסתור לגמרי טענתו, אולם לפרש דבריו, תועיל אמתלא.

ומצאנו בראשונים לענין כתבי טענות, שיש בו דין שאינו חוזר וטוען. כן כתב הרשב"ם ב"ב קסח, א (ד"ה שטרי טענתא): "שני סופרי הדיינין היו כותבין טענות אנשי הריב, כדי שלא יהו טוענין וחוזרין וטוענין, ועל פי אותן טענות פוסקין הדיינין את דינם". ומהרשב"ם יש ללמוד לכאורה רק לענין מה שכתבו סופרי הדיינים טענות הריב, דבזה אין יכולים לחזור בהם, אולם לא מוכח אם הבע"ד עצמם כתבו הטענות. ולכאורה מה עדיפות יש למה שסופרי הדיינים כתבו, הרי גם הבע"ד עצמם לא יכולים לחזור אלא מפטור לפטור, או לפרש ולתת אמתלא בלא יצא מבי"ד. ודוחק לומר דבכגון זה אף לפרש דבריו הראשונים לא יוכל.

והרמב"ן ב"ב קסז, ב, על המשנה: אין כותבין שטרי בירוין וכל מעשה ב"ד אלא מדעת שניהם, כתב וז"ל: "למאן דאמר שטרי טענתא, אין כותבין אע"פ ששמעו מהם טענות בבית דין, שמא הוא רוצה לחזור ולטעון, ומשכתבו על פיהן אינן יכולין לחזור ולטעון, ואע"ג דקא יהיב אמתלא, ואע"ג דלא אתו עדים, דמשעת כתיבה הוה ליה לברורי טענתיה. ולמאן דאמר שטרי בירוין [זה בורר לו אחד], נמי חד טעמא הוא, משום שאע"פ שבירר לו אחד, יכול לחזור בו עד שעת ישיבתן בדין שטענו בפניהם או עד לאחר גמר דין". מבואר במשנה שהם שטר שכותבים סופרי הדיינים מדעת שני בעלי הדין, וכתיבה זו נועדה שלא יוכלו לחזור בהם מהטענות, אפי' לא באו עדים ואפי' יתנו אמתלא לדבריהם. וגם נראה שהוא דין מיוחד בשטר שכותבים סופרי הדיינים, ששניהם מסכימים שיכתבו טענותיהם, אולם אין בכתב טענות שכתב אחד, עדיפות על מה שטען, דדין זה שאינו יכול לחזור בו, הוא דין מיוחד בשטר שכתבו סופרי הדיינים.

וכדברי הרמב"ן נמצא ברשב"א על המשנה שם (ב"ב קסז, ב): "ושטרי בירוין, למאן דמפרש בגמ' שטרי טענתא, משום דכל שלא כתבו יכולין לחזור ולטעון, אבל משכתבו אינן יכולין לחזור ולטעון, אפי' בנותן אמתלא ואפי' לא באו עדים". וכן כתב בתש' הרשב"א (ח"א סי' אלף ס), דכל שלא כתבו יכולים לחזור בהם, ומשעה שכתבו אין יכולים לחזור בהם, ולפיכך אין כותבין אלא מדעת שניהם. וכן הוא בתש' הרשב"א (ח"ב סי' קלו). וכן הוא בריטב"א (ב"ב קסח, א), ובר"ן בחידושיו לב"ב קסז, ב, ובנימוק"י (ב"ב עז, ב מעמוה"ר), וכן הוא בנימוק"י (ב"ב יא, ב מעמוה"ר), על הא דאיתא בגמ' ב"מ כ, א: מאי שטרי בירוין שטרי טענתא; "שהיו כותבין הטענות כדי שלא יוכלו לחזור בהם, דקודם שנכתב יכולין לחזור מפטור לפטור, כגון שאם אמר תחלה לא ליתי חוזר ואומר ליתי ופרעתי, אבל משנכתבו טענותיהן אינם רשאים

לחזור, דכיון שלא חזרו בהן עד שנכתבו, ודאי בדוקא הם טוענים". והסברא של בדוקא הם טוענים יכולה להיות שייכת לכאורה גם בכתבי טענות שכותבים בע"ד עצמם, אולם לא נאמרו הדברים אלא בכתבו סופרי הדיינים.

וברמ"ה (קסז,ב) כתב דגם העדים חותמים על אותו שטר שכתב שמש בית הדין: "והיינו שימוש בית דין דכתבי ביה טענתא דבעלי דינין, וחתימי עליה סהדי, דאי טעין חד מינייהו טענתא דמיחייב בה ממונא, לא מצי למכפר ולמימר בתר הכי לא טענת". עוד הוסיף הרמ"ה, דדעת שניהן הכוונה לא משום רשות אלא ידיעה, דאין כותבין לאחד מהן עד שיודיעו את השני. דכיון ששטר זה הוא לזכות ולחובת שניהם, אם האחד לא ידע שכתבו, לא ידע על הזכות שיש לו בשטר. וכשמודיעים לו, אפשר לכתוב אפי' בעל כרחו, שאל"כ הטוען טענה שמתחייב בה, יכול לעכב על חברו שלא לכתוב טענותיו כדי לחזור ולטעון טענות שקר, וזה ודאי שאינו.

ובתש' הרשב"א מבואר להדיא שאין חילוק אם כתבו סופרי הדיינים או בעלי דין, שכך נשאל והשיב בח"ו סי' קפ: "בעלי דינין שכתבו טענותיהן, הוו להו כשטרי טענתא ואינן יכולין לחזור ולטעון או לא. תשובה. מסתברא דהוא הדין דכיון דכתבי טענתא, בדוקא טעני ומידק דייקי והדר כתבי". מבואר ברשב"א שאף בעלי דין שכותבים טענותיהם, מדייקים בכתיבה ואינם יכולים לחזור בהם, כדן סופרי הדיינים שכתבו שטרי טענתא.

ודין הנ"ל נפסק בשו"ע חו"מ פ,ב: "יש אומרים שלאחר שכתב טענתו בשטר, אינו יכול לחזור ולטעון, ואפילו בנותן אמתלא, ואפילו לא הוכחש. (רמ"א): וי"א דהבית דין יכתבו הטענות, כדי שלא יוכלו לחזור ולטעון". ובפשטות היה נראה דנחלקו המחבר והרמ"א בדין כתיבת הטענות ע"י הבעלי דין עצמם, דמהמחבר עולה דכתיבת הטענות ע"י הבעלי דין, אינם יכולים לחזור ולטעון. והרמ"א ס"ל דדוקא סופרי הדיינים הוי כתיבה שלא יוכלו לחזור ולטעון. אולם זה אינו, דלהדיא פסק הרמ"א חו"מ יג,ג: "מיהו אם ב בעלי דינים רוצים לטעון בכתב, הרשות בידן, וכל מה שכותבין אינן יכולים לחזור בהן". הרי שאף לענין טענות שכותבים הבע"ד עצמם, אינם יכולים לחזור בהם. ועיין בסמ"ע יג,טו, דכיון דנתרצו ואין חוששין לנפשם שהאחד יסדר טענתו מפי הסופר ויבדה מלבו, אין לב"ד לחשוש כיון שמחלו זה לזה. וכוונת הסמ"ע, דבכתב יכול יותר לסדר דבריו ולבדות ענינים מליבו (עיין באורים שם ס"ק טו), וכיון שהם אינם חוששים שאחד יכלכל דבריו בכתב יותר מבעל פה, אין לבי"ד לחוש לכך. ומ"מ אינם יכולים לחזור בהם אפי' ע"י אמתלא, וכמש"כ הראשונים הנ"ל, וכן כתב בסמ"ע יג,טז. ומקור הדין מדברי הריב"ש בתש' (סי' רצח), דכאשר כותב טענתו בכתב בטענות סדורות מפי אחרים, יכול לבדות מלבו ליפות טענות של שקר בתיקון הלשון.

ובתומים (אורים פט) כתב לחדש, דאף שהרמ"א חו"מ פ"א הביא מחלוקת אם יכול לטעון לאחר ששחק, מ"מ אם האחד כתב טענות והשני שתק, בכגון זה הו' שתיקה כהודאה לכ"ע; "דכל שנכתב בשטר ודאי מידק דייק בטענתו, ולא שייך ביה חזרה. ונראה דאם שותק לטענת שכנגדו, הו"ל ג"כ שתיקה כהודאה לכו"ע, דלא שייך דמיישב עצמו להשיבו, כיון דכל תשובתו נכתבים בספר, והא אפילו אמתלא לא מהני". הובא גם בנתיבות בחידושים פ"ז. ומוכח מזה דכתבי טענות מידק דייק טפי, הן לענין הכותב והן לענין הקורא.

והנה בנדו"ד אינו עוקר טענתו הראשונה אלא מוסיף עליה, ובכגון זה יש מקום לומר דלא חשיב חוזר וטוען, עיין במהרש"ם (ח"ה סי' עג), שהביא ראיה מתוס' יבמות ז, א (ד"ה לפי), שאין קרוי דבר חדש אלא כשותר כללו. אך מהרש"ם כתב דליתא, והביא ראיה ממחלוקת ר"י ורשב"א (שו"ע חו"מ קמו"כ), במי שאמר בתחלה שהחזיק ג' שנים לאחר שקנה מראובן, והביא המערער שטר על ד' שנים, שלפני אותן ג' שני חזקה, שקנה מראובן לפני שהחזיק קנה מראובן, וחזר וטען המחזיק שהחזיק בה ז' שנים והביא עדים על כך. ופסק ר"י דאינו חוזר וטוען, דכיון שאמר בתחלה ג' שנים, הו' כהודה דדוקא ג' ולא יותר, ולכן אפי' הביא עדים לא מהני כלל דהו' הודאת בע"ד. ודעת הרשב"א דיכול לחזור ולטעון דג' שנים הו' סתם שני חזקה ואפי' ביותר, ומה שאמר ג' שנים, אין כוונתו אלא לשני חזקה ולא למספר שנקב, ולכן לא מיקרי חוזר וטוען. וס"ל למהרש"ם דדוקא התם דג' שנים סתם הו' שני חזקה, בזה נחלק הרשב"א, אבל באופן אחר הו' חוזר וטוען. אמנם עדיין בנדו"ד נראה דיש לו טענה מוכחת שמה שהתכוין בסכום שנתן, הוא ע"פ החוזה, ויש עוד סכום שנשכח מב"כ צד א, כיון שלא היה ברישומים לפניו.

ד. הודאת מורשה

ובנדו"ד שמה שמי שטען בכתב היה מורשה צד א ולא הבע"ד עצמו, יש לדון בתוקף הודאת המורשה. דהנה הריב"ש בתש" סי' שצב, בתוך דבריו דן אם הודאת המורשה מהוה הודאה, והביא ראיה מהירושלמי סנהדרין ב, א, לענין כהן גדול שאין דנין אותו, והקשו בירושלמי, שימנה הכהן גדול אנטלר. ותרצו, הגע עצמך, אם נתחייב בשבועה, וכי אנטלר נשבע. ויש מהראשונים שהוכיחו מהירושלמי שהנתבע יכול למנות אנטלר ומורשה לטעון בשבילו, מזה שבכהן גדול החסרון מצד השבועה. אולם יש חולקין שאין לנתבע למנות מורשה, שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן טענות של שקר. ומ"מ, מהירושלמי מוכח שהודאת האנטלר והשליח הינה הודאה, שאל"כ פשיטא שכהן גדול נתבע לא יכול למנות מורשה, שהרי צריך הוא לכפור או להודות על תביעת התובע. וכן ממה שאמרו בירושלמי, הגע עצמך שנתחייב שבועה, היה

לומר שאינו ממנה מפני שאין הודאת השליח כלום. אלא ודאי, הודאת האנטלר הודאה היא. ודחה הריב"ש, דהירושלמי מיירי בממנה אנטלר בפני עדים שתהא הודאתו כהודאתי, ומקבל עליו בפני אותן עדים, כל מה שיודה או שיטעון האנטלר בשבילו, והרי זה כהודה בפני אותן עדים, מה שיודה אנטלר בעבורו בפני הב"ד. ודחה הריב"ש דחיתו, דמ"מ נראה שיש כאן הודאה בפני עד אחד, דמה שאמר לשלוחו שיאמר לעדים הודאתו, והוא אינו מכחישו, אלא מודה שהודה. ואע"פ שלא אמר לו אתה עדי, כיון שאמר לו כמוסר דבריו, ובדרך הודאה ולא בדרך שיחה, הרי זו הודאה ואינו צריך לאתם עדי. ומ"מ מבואר בריב"ש דמהני הודאת המורשה רק אם הבע"ד הודה בפניו ואמר לו להודות, הא לאו הכי אלא המורשה אמר מעצמו, אין כאן הודאה המחייבת ע"פ דין, הן לענין שבועה והן לענין חיוב ממונ. וזה עולה עם מש"כ קצוה"ח קכד,א, עיין להלן.

ומהרשד"ם (תחומ"מ סי' תלט) הביא דברי הריב"ש הנ"ל והקשה עליו, דדעת הרא"ש שאינו יכול לבטל השליחות כשכתב זיל דון ואפיק לנפשך, דכיון שהרשה לשלוחו וכתב ליה זיל דון ואפיק לנפשך, הוי כאלו נתנם לו במתנה ואינו יכול לבטל השליחות, דאף דקי"ל דשליח שוויה, מועיל מה שכתב זיל דון ואפיק לנפשך לענין שלא יוכל לבטל השליחות. אולם דעת הרמב"ם שמי שהרשה לאחד ורצה לבטל השליחות ולהרשות אחר, שיכול לעשות כן, וכ"כ הרי"ף בשם רב יהודאי גאון. ואפילו לדבריהם כתב הרא"ש, שאם בטל ההרשאה בלי ידיעת המורשה, והלך ותבע עם המחזיק הנכסים ונתחייב בדין, לא יכול הבע"ד לומר כבר בטלתי שליחותי, דכיון דנזקקין בי"ד לדון על ההרשאה, והיה כתוב בה זיל דון ואפיק לנפשך, דיניהם דין. וכן אם נתן לו הנתבע הממונ ונאנס, פטור הנתבע. מבואר שלדעת רב יהודאי ורב אלפס והרמב"ם, גם בהרשאה של התובע שכתוב זיל דון כו', וקנין גמור שמועיל קנין, אפי' הכי יכול המורשה לבטל השליח. ואפי' לדעת הרא"ש דוקא לטעם שבי"ד נזקקין לדון בהרשאה, לא יכול לבטלה, וא"כ דוקא מורשה של התובע דנזקקין ב"ד, וגם שכתב זיל דון ואפיק, לא יכול לטעון שביטל את המורשה, אולם מורשה של נתבע, דלדבריהם אין בית דין נזקקין, שלא תהא סנהדרין שומעת מפי מתורגמן שקר, וכן מטעם דלא מהני קנין בנתבע, יכול הנתבע לומר שביטל הרשאתו. עוד הוסיף מהרשד"ם, שאף לדעת האומרים שיכול הנתבע למנות אנטלר, מ"מ יכול לומר שבטלו, כיון שכחו גרוע, שלא מועיל בו קנין ואינו אלא דברים בעלמא; וכשם שיכול לומר בטלתי, יכול לומר איני רוצה לעמוד בהודאתו, כנ"ל. ומה שהביא הריב"ש ראייה מהירושלמי, ס"ל למהרשד"ם דאינו מוכרח, די"ל דלדבריו של מקשה קאמר, לדידי ודאי אין למנות כיון דאין הודאתו הודאה, ואם יאמר המרשה שבטלו - בטל, ומה ששלחו לא היה אלא דברים בעלמא, אלא לדידך דמהני הודאת האנטלר, כיון שאתה אומר וימנה

אנטלר, איך אפשר למנות אם יתחייב שבועה על הנתבע: "ואם כן האמת שאין הודאת האנטלר כלום". ונראה דס"ל למהרשד"ם דאף אם יודה המורשה מפיו של הבע"ד, לא הוי הודאה, ובוה נחלק מהרשד"ם על הריב"ש.

והש"ך חו"מ קכד, הביא מחלוקת ריב"ש ומהרשד"ם, וכתב דאין נראים לו דברי מהרשד"ם ואינם נכונים, והעיקר כמ"ש הריב"ש שהודאת מורשת הנתבע הוי הודאה, והראיה מדברי הירושלמי (הנ"ל). גם מה שהביא מהרשד"ם ראיה מדברי הרא"ש והטור דאם בטל התובע ההרשאה בלי ידיעת המורשה, והלך ותבע ונתחייב בדין, לא יכול התובע לומר כבר בטלתי שליחותי, דכיון דנוקקין ב"ד לדון על ההרשאה, וגם כתב ביה זיל ואפיק לנפשך דיניהם דין, וס"ל למהרשד"ם דדוקא מורשה מתובע נזקקין ב"ד, משא"כ נתבע יכול לומר בטלתי שליחותי, כתב הש"ך דלאו מילתא היא, דאפי' יהיה כדבריו, מ"מ ביטול לחוד וחזרה לחוד, דאף שיכול לבטל, כל שלא ביטל אינו יכול לחזור. וגם לא הוצרכו הרא"ש והטור אלא כשבאמת ביטל ההרשאה, כגון שיש עדים שביטל, ואפ"ה לא מהני כשלא ידעו הבית דין מהביטול והיו נזקקין לו, אבל ודאי דלאו כל כמיניה לומר בטלתי ביני לבין עצמי, אפי' לא היה כתוב בהרשאה זיל ואפיק לנפשך, וא"כ פשיטא שא"י לחזור מהודאת המורשה.

ובקצוה"ח קכד, כתב, דכשהעמיד הנתבע מורשה ושם דבריו בפיו כך וכך תטעון וכך וכך תודה, אמרינן שלוחו של אדם כמותו והוי הודאה גמורה, כיון שהודה ע"י שלוחו שהוא כמותו, אולם אם העמיד מורשה לטעון עבורו ולא שם הודאתו בפיו אלא שהוא הודה מעצמו, בזה לא מהני הודאת מורשה. ומה דאמרינן בירושלמי גבי כהן גדול; וימנה אנטלר, היינו שיסדר הודאתו וטענתו בפיו. וכאמור לעיל כן נראה מדברי הריב"ש עצמו, דדוקא כששם הודאתו בפיו של המורשה, מהני הודאת המורשה, משא"כ בהודה מעצמו.

ובתומים קכד, הביא מחלוקת הריב"ש ומהרשד"ם, והסכים עם דברי הש"ך דהלכה כריב"ש, ודן מה יהיה הדין אם הודה השליח בחמישים, ונודע שלא צוה לו המשלח להודות, רק הוא עשה כן מעצמו כי חשב שבזה האמת עם התובע, והמשלח מערער ואומר מי צוון להודות, למה לא יוכל לטעון לתקוני שלחתך ולא לעוותי, ומה לך להודות דברים שלא שמתו בפיך. ואם נאמר דסביר וקיבל כל מה שיודה שיתחייב, כי כך מינהו בעדים וסברת וקבלת, דבר זה צריך קנין להתחייב במה שיאמר חבירו אף שאינו חייב, שהרי לדבריו לא האמת שאינו חייב. ואף בקנין מסתפק התומים דלכאורה הוי אסמכתא, שלא עלה בדעתו שהמורשה יודה מה שלא שם בפיו. עוד חקר התומים, כשיש הכחשה, שהשליח אמר כך צוית לי להודות והוא מכחישו, דהשליח אינו רק אחד, רק קיבל עליו להיותו נאמן עליו, והוי כמקבל עד

אחד להיות נאמן כשנים דנאמן, כמש"כ בשו"ע חו"מ כב,א. אך לפי"ז צריך להיות המורשה כשר לעדות, משא"כ אם הוא קרוב או פסול, בתרתי לריעותא, גם קבלו לשנים וגם פסול. ומכהן גדול אין ראייה, דהירושלמי הקשה שימנה אנטליר ויעשה קנין להאמינו בכל דבר. והסיק התומים: "והנה פה בקהלתנו נוהגים להיות מורשה לתובע ונתבע, ולפעמים אין התובע ונתבע עומד לפני בית דין כלל, אבל בהגיע הדבר לידי הכחשה, נוהגים מבלי לסמוך אמורשה, וצריך בע"ד להיות עומד בבית דין, ויקום בפניו כחשו, ומנהג יפה הוא". והוא מכח המנהג שאין שומעים להודאת המורשה, וכל היכא שיש הכחשה, יבואו הבע"ד עצמם ויטענו דבריהם.

והנה בנדו"ד שצד א טוענים שלא אמרו למורשה שהסכום הוא מה שכתוב בחוזה, ורק המורשה מעצמו טעה בכך, וגם המורשה טוען שטעה, הרי שגם מזה י"ל שאף אם הוי הודאת בע"ד, כשהמורשה כתב כן וטוען שטעה ולא שם לו המרשה הדברים בפיו, פשוט דלא הוי הודאה, וגם מטעם זה יכולים לחזור ולטעון.

ה. עדות המוכר – פסיקה באומדנא

ובנדו"ד קבל אחד הדיינים עדות המוכר, וטען הדיין דכיון שקבלו על עצמם את הבוררים וכתבו שאינם כפופים לכל דיני הראיות, ממילא יכולים לבדוק בדרכם שלא בכפוף לדיני הראיות, וכל שיתאמת אצלם שכך הדין, כך יכולים לפסוק. הרמב"ם בהל' סנהדרין כד,א-ב, פסק וז"ל: "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן, שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אע"פ שאין שם ראייה ברורה. ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שידוע. כיצד, הרי שנתחייב אדם שבועה בבי"ד, ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו, שזה האיש חשוד על השבועה, יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו, וישבע ויטול. הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו, הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו, סומך עליו ודן. ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד ... וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים, שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן, אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר. כל אלו הדברים הן עיקר הדין, אבל משרבו בתי דינים שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם, אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול, וכן בשאר כל הדינים. ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן

המת או הטוען. ואעפ"כ אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין בדין ואינו דוחה עדותו, ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיוודו לדברי העד, או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין. וכן פסק בשו"ע חו"מ טו,ה, כשאת האמור ברמב"ם כד,א, הביא בקצירת האומר: "יש לדיין לדון דיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כך אף על פי שאין שם ראיה ברורה", כיון שבה"ב פסק שאינו למעשה, והביא דברי הרמב"ם בה"ב לפסק הלכה.

ודברי הרמב"ם דהאידינא לא דנים אלא בראיה ברורה וכו', כמש"כ בה"ב, מקורו מדברי הגאון שהביא הרי"ף בכתובות (מגב מעמוה"ר): "וחזינן לגאון דקאמר, דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר קים ליה בגויה, דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הוי, הלכך לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה, ואעפ"כ בעדות אדם נאמן מחמיצין את הדין, ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמתו". ועיין בכס"מ סנהדרין כד,ב מה שדייק בדברי הגאון אם מוציאין ממון מיתומים האידינא. עוד הקשה בכס"מ מדברי הרמב"ם בהל' שאלה ו,ד, במי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימנים מובהקים, ונמצא הפקדון כמו שאמר, והיה יודע הדיין שהמת לא היה אמור שזה הפקדון שלו, יש לו לדיין לתת הפקדון לזה שנתן סימניו, והוא שלא יהא המפקיד רגיל ליכנס אצל זה שמת. וכתב הכס"מ, דבהל' שאלה כתב הרמב"ם דינא דגמ', וסמך על מש"כ בהל' סנהדרין דהאידינא אין דנים לפי אומדן דעת הדיין.

ולאידך גיסא יש להקשות על מה שפסק הרמב"ם בהל' נזקי ממון חיד, ומקורו מב"ב צג,א: "שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישך, אין אומרין בידוע שזה נשכו וזה נגחו. אפילו גמל האוחז בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו, אין אומרין בידוע שזה הרגו, עד שיראוהו עדים כשרים". וסותר לכאורה מה שפסק בהל' סנהדרין כד,א, דלדינא דגמ' דנים ע"פ אומדנא. וקושיא זו הקשה הגרא"ז באבן האזל בהל' נזק"מ חיד.

עוד הקשה הגרא"ז מתוס' שבועות לד,א (ד"ה דאי), דמוכח דבאומדנא כגון עלתה נשיכה על גבו, ודאי אמרינן אומדנא גם לרבנן. וכתב דדעת הרמב"ם דדין התורה רק ע"פ שנים עדים יקום דבר, ואין לב"ד לחייב ע"פ אומדנא, ואפי"א אם היה כך המעשה שחבל בו, אין לדיין לחייבו, ורק משום שקנסו לחובל לחייבו ע"פ אומדן ובשבועת הנחבל יש לחייבו, וכמו שפסק הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ה,ד. ומשם מוכח שסובר הרמב"ם דדין התורה הוא ע"פ שנים עדים יקום דבר, ואין לב"ד

לחייב ע"פ אומד, ואפי' אם יודע הדיין באומד דעתו ובידיעתו שכך היה המעשה שחבל בו, אין הדיין יכול לחייבו מדין תורה, ויכול לחייבו רק מדין קנס שקנסו לחובל. אך הקשה מהל' סנהדרין כד, א (הנ"ל). וכתב לישב בדעת הרמב"ם: "ונראה דדעת הרמב"ם דאומד הדיין אינו עושה דין ודאי להוציא ממון אלא מהני לעשות לספק, ובאמת לא עדיף אומד הדיין מאומדנא דר' אחא אלא דאומדנא דר' אחא הוא להוציא ממון ובוה קיי"ל כרבנן דאין מוציאין ממון באומדנא ... ולפי מה שבארנו להוציא לגמרי ממון לא מהני אומדנא. אכן יש להוסיף דאפי' אומדנא ברורה שאין בה ספק כלל, נמי לא מהני להוציא ממון באופן שצריך לחייב הנתבע ולהוציא ממנו ממון שהוא מוחזק ממש, דאף דמוציאין ממון מיתומים ע"י אומד הדיין שאביהם לא היה אמיד וע"י סימנים, משום דאומד הדיין מרע לחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, מ"מ באופן זה לחייב הנתבע שישלם משלו לא מהני ... ועל כרחק דלא דמי ליתמי אף שמוחזקין ממש ולא רק בחזקת תפיסה, ומ"מ מוציאין ע"י סימנים היכי דלא אמיד משום דיתומים כיון שאינם יודעים כלל בשל אביהם, לא הוי חזקתם חזקה גמורה היכי דלא אמיד שיהיה לו חפץ כזה, אבל לחדש חוב ולגבות ממנו ממון שלו ממש שהוא מוחזק חזקה גמורה, לא מהני אפי' אומדנא וסימנים ביחד ואין מוציאין בלא עדים. ועכשיו מבואר שפיר דאפי' עלתה לו נשיכה בגבו שהוא אומדנא ברורה ועדיף מאומדנא דר' אחא שהיא אומדנא שאינה ברורה, מ"מ אין מוציאין ממון דאף דליכא חזקת ברור שלא הרג הגמל, מ"מ כיון שאנו באין לחדש חיוב ולהוציא מהנתבע ממון שלו, ודאי אין להוציא בלא עדים, וכן בנחבל בלא קנס שקנסו חכמים לחובל לא היו מוציאין בלא עדים". ומבואר מהגרא"ז, דאף מש"כ הרמב"ם בהל' סנהדרין כד, א, היינו דוקא להוציא ממון שאינו מוחזק בו ממש, כמו ביתומים, ואף בזה האידנא לא, כמש"כ שם בה"ב, אולם דבר שהוא מוחזק בו ממש, גם מעיקר הדין לא יכול להוציא באומדנא. ועיין עוד במש"כ הגרא"ז בהל' שאלה ופקדון ו, ד, דאינו אמוד מגרע את החזקה שכל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו, ולכן מהני סימנים להוציא. אולם מוכח דהסברא דלא אמוד לא מהני אלא לגבי יתומים שאין טוענין ברי, אבל אם הנתבע חי וטוען בטענת ברי שהחפץ שלו, לא מהני מה שאינו אמוד לעשות ספק דליהוי סימנים להוציא, וזה מוכח גם ממש"כ הרמב"ם בהל' שאלה ו, ד, דוקא לענין יתומים.

ועיין באמרי בינה (דיינים כד) שדעת הרמב"ם שאינו יכול לדון באומדן דעתו אלא במקרים שמנה הרמב"ם שם, דאף דביתומים מבואר ברמב"ם שהיכא דלא אמיד וכו', יכול להוציא מהיתומים, היינו שמוחזקות היתומים היא מכח מה שטענינן ליתומים שהיה של אביהם ולא פקדון, ובתנאים המבוארים שם בגמ' הוי מילתא דלא שכיחא כלל, ולא טענינן להם, אף למ"ד שטענינן ליתומים דבר לא שכיח

(עיין שו"ע חו"מ קח,ד לענין טענת נאנסו), בלא שכיח כלל, לא טענינן להם. וכיון שלא טענינן להם חשיב כטענת שמא, ויש לטוען שהפקיד חזקת מרא קמא וטענת ברי, ומוציאים מהם. עוד הוסיף, דאף דעד לא נעשה דיין, והרי אין לך אומדנא גדולה מזו, מ"מ אפי' במקום דיכול להוציא, כגון מיתומים שאינם טוענים ברי, אין קיום לפסק דינו של הדיין שפסק ע"פ ראייתו או אומדן דעתו, דאם הדיין לא הספיק להוציא מיד היתומים, ובאו אח"כ לתבוע בפני ב"ד אחר, אין מוציאין ואין סומכין על מה שפסק הראשון, ולכן אין עד נעשה דיין שיהיה קיום לפסק דינו שגם ב"ד אחר ידונו ע"פ פסקם לחייבו לזה, דגזה"כ ע"פ שנים עדים יקום דבר, ואין עד נעשה דיין ג"כ לקיים פסק דינו.

והנתיבות טו,ב, הקשה על הרמב"ם (סנהדרין כד,א הנ"ל), דהא אפילו ראה הדיין, ואין לך אומדנא גדולה מזו, אינו יכול לפסוק לפי מה שראה, דעד לא נעשה דיין, ואין לך אומדנא דמוכח גדולה מזו שהוא בעצמו ראה המעשה, ואפילו הכי אסור לו לדון. וכתב הנתיבות, דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא או לענין היפוך שבועה, משא"כ להוציא ממון אין שום הוה אמינא שיוכל להוציא ע"פ אומדן דעתו. ומה שמועילה אומדנא להוציא מיתומים (כנ"ל), היינו דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד, דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם, אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוס' ביבמות (פח,א ד"ה אתא גברא), אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין, פסלו רחמנא בגזירת הכתוב.

וצ"ל, שהאיסור לדון ע"פ אומדנא הוא מגזה"כ של ע"פ שנים עדים יקום דבר, ובכל דבר דבעי עדות, לא יכול לפסוק שלא ע"פ דיני הראיות של התורה, ולכן מה שראה בעצמו אינו עד לפסוק על פיו. משא"כ בידועה האומדנא לכל העולם, זהו דבר שאין צריך עדות כלל, וכמו שאינו צריך עדות מה התאריך היום, ואם כעת יום או לילה, כך אינו צריך עדות בדבר הידוע לכל העולם, ולכן יכול לפסוק ע"פ ידיעתו זו.

והגרי"א (נחל יצחק סי' טו) כתב לבאר בדרך שונה, דיש לחלק אם הדיין עצמו יודע את הענין, יכול לפסוק ע"פ אומדן דעתו, משא"כ כשהאומדנא מבוססת על ידיעה שקיבל מאחר, בזה אינו יכול לפסוק. ולכן בקים ליה בגווייה שאינו משקר, שסומך על עדות של אחר, אינו יכול לפסוק להוציא ממון רק לאורועי שטרא או היפוך שבועה, אבל בידענא ביה בחסא דלא אמיד, יודע הדבר ע"פ ידיעתו, בזה סמכין להוציא ממון. ומה שדיין שראה לא יכול להיות עד, זהו גזירת הכתוב, ודוקא ראה בלילה, אולם בראה ביום יכול להיות דיין אף להוציא ממון ע"פ אומדן דעתו, עיי"ש.

[ובענין אחר, עיין באבני נזר (חאהע"ז קיט,קד), שכתב לחלק בין אומדנא על המעשה או אומדנא על כונת המעשה. דמה שלא יכול לפסוק ע"פ אומדנא הוא במקום שלא ראו גוף המעשה, כמו גמל האוחר, שלא ראו גוף ההריגה, אולם במקום שראו גוף המעשה וצריכים לדון על הכוונה, מצינו כמה פעמים בש"ס דאזלינן בתר אומדנא, והביא מכתובות נה,א, דתנן בריש פ"ה דכתובות: נתארמלה או נתגרשה בין מן הארוסין בין מן הנשואין גובה את הכל. רבי אלעזר בן עזריה אומר, מן הנשואין גובה את הכל, מן האירוסיין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה. ושם בגמ' נה,א: איתמר, רב ורבי נתן, חד אמר הלכה כרבי אלעזר בן עזריה, וחד אמר אין הלכה כר' אלעזר בן עזריה. תסתיים דר' נתן הוא דאמר הלכה כר' אלעזר בן עזריה, דשמעינן ליה לרבי נתן דאזיל בתר אומדנא, דאמר רבי נתן הלכה כרבי שמעון שזורי במסוכן. וברש"י שם: אומדן הדעת בדבר שאינו מפורש, אומדן בית דין ואומרים סתם אינש להכי איכוון, דלא כותב לה ממנו חנם אלא לחיבת ביאה. הרי דאזלינן בתר כוונת המעשה. וכן בב"ב קמ"ב, לענין אומדנא במתנה, בשמע שמת בנו ונתן ממנו לאחר, ובנו קיים, ועוד. הרי דאזלינן באומדן דעת הדיין בכוונת הנותן.]

וסברא זו נמצאת במהרי"ק (שורש קכט): "דודאי דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים, אלא שאנו מסופקין באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרשה, אזלינן בתר אומדנא. אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים, כי ההיא דגמל אוחר כו', דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו, אלא מתוך אומדן, בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא, וקיימא לן כוותייהו". ועיין בדרכי נועם (סי' נא) מה שהקשה בדברי מהרי"ק, וכתב לחלק בין אומדנא שיש מעשה קודם מוכיח, דלא כבגמל שהוא רק אומדנא ללא מעשה מקדים.

וע"ע באגרות משה (חיו"ד ח"א סי' נד) שכתב שני דינים בנאמנות אדם הנאמן לדיין, ועל פיו רוצה לפסוק הדין. יש נאמנות שאין הדיין יודע בידיעה עצמית שאינו משקר, רק מחמת שהוא צדיק וחסיד יודעים שאינו משקר ויש להאמינו, ונאמנות זו לא מהני, דכיון שנתנה התורה גדר, שאף משה ואהרן אין נאמנים ביחודי לדיני ממונות, ולא נתנה תורה לשיעורים שכל אחד יאמין מי שרוצה, ולכן כל כח הנאמנות שנתנה התורה לכל איש שבחזקת כשרות, כמו לצדיק וחסיד הגדול בעולם כמשה ואהרן, והצריכה דוקא שנים. אולם אם הדיין יודע ומכיר את האיש מצד טבעו ונוהגיו, שניסהו פעמים רבות וראה שאינו משקר, אין זה מצד נאמנות אלא הרי זה כראיה ממש, דכיון שהיא ידיעה עצמית שיודע ומכירו שלא מצד חזקתו. ולכן אף שידע רבא שרב פפא איש נאמן כיון שהוא צדיק וחסיד עוד יותר מבת ר' חסדא (כתובות פה,א), היינו רק מצד חזקתו, ולא מהני כיון שגזרה התורה שער אחד לא נאמן, אף

אם הוא כמשה ואהרן. והוא שאמר רבא (שם), דאע"ג דאיכא מר, עד אחד לאו כלום הוא, ושאני בת רב חסדא דקים לי בגוה, דהיינו שיש ידיעה עצמית שלא נכנסת בגדר נאמנות אלא כראיה שלו ממש.]

והרמב"ם בהל' מלוה ולוה ב"ד, הביא את דין תקנת הגאונים, ואופנים בהם לא חייב הדיין להשביעו שבועת אין לי: "מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום, והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם, ובא בעל חובו להשביעו בתקנה זו, והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זה אלא רוצה לצערו בשבועה זו ... יראה לי שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו, ואם השביעו ביטל לא תעשה של תורה לא תהיה לו כנושה ... וכן אני אומר שמי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון, וטען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע בתקנה זו, שאין ראוי להשביעו אלא אם יש כח בדיין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדותו עד שיתן – יעשה, מאחר שהוא אמוד, שפריעת בעל חוב מצוה. כללו של דבר, כל שיעשה הדיין מדברים אלו, וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין, ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים". ומבואר שהדיין לא משביע את החייב מכח אומדנא, או שהוא צדיק והולך בתום, או מחמת שהוא רמאי ודרכיו מקולקלין.

וברב המגיד שם כתב, שאין בכל ב"ד כח בזה אלא א"כ הוא ב"ד חשוב ומוחזק בחכמה וחסידות, ומשרבו הדיינין שאינן מומחין, יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו, והביא כן מהאחרונים. ובלח"מ שם הקשה עליו, דהרי גם הרמב"ם כתב בהל' סנהדרין כ"ב, דאין לדון בזמן הזה ע"פ אומדנא, והקשה על הרב המגיד שכתב כן בשם האחרונים. והגרא"ז (אבן האזל מלוה ולוה ב"ד) כתב לישב ולחלק בין הדין האמור בהל' סנהדרין, לאי השבעת הנתבע בשבועת הגאונים מחמת אומדן דעתו, דבהל' סנהדרין מיירי באופן שע"פ אומד דעת הדיין יעשה הדיין שינוי בדין, כמו מי שחייב שבועת הנפטריין, ואמר לדיין אחד שהוא נאמן אצלו, שהחייב חשוד על השבועה, הדיין יכול באומדנא זו להפוך השבועה על התובע ויטול. וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם אחד שסמך עליו, אפי' אשה או קרוב, שהשטר פרוע, יכול להשביע את המחזיק שטר. שכל אלו הדינים אנו משנים עיקר הדין ע"פ אומד דעת הדיין. משא"כ במש"כ הרמב"ם בהל' מלוה ולוה, אין אנו משנים את הדין, והדין הוא בדין כפיה שכופים הלואה בכל מה דאפשר. ולכן כשצריך הדיין לשנות את הדין ע"פ אומד דעתו, בזה סובר גם הרמב"ם שעכשיו אין לדיין לדון לפי אומד דעתו, דזה שייך לעיקר הדין, וכיון שעכשיו אין מוחזקים הדיינים שאומד דעתם הוא כ"כ ברור, אין לו רשות לשנות את הדין. משא"כ בדין כפיה שבי"ד מחוייבים לכוף למי שעובר על הדין, כיון שגם עכשיו הם עכ"פ ב"ד, ולהם

ברור ע"פ אומד דעתם שהלוה יש לו לשלם, הדבר מסור לדיין עצמו, ולא בטלו ממנו חובתו לכופף למי שעובר על התורה. וכמו שבי"ד צריכים לכופף למי שמגדל חיות ובהמות טמאות שלא יגדלם, ואם ב"ד ידעו באומד דעתם שפלוגי מגדלן אלא שהוא מחזיקם ברשות נכרי, ודאי צריכים לכופף ולמנוע אותו, אף שאין להם עדות ברורה. וכן כאן כיון שלב"ד ברור באומד דעתם שיש לו לשלם, יש להם רשות לכופו ולגדותו, כיון שלבי"ד ברור באומד דעתן שאינו כן, ויש לו בעצמו לשלם.

ובמהר"מ אלשיך סי' מ כתב, דכשיש אומדנא טובא, גם בזמן הזה יכול לדון ולקרוע שטר באומדנא זו: "דאפי" בזמן הזה קרעינן לשטרא, דמחמת בדיקות איכא אומדנא טובא דמוכחי בירורא דמילתא וזיופא דשטרא, דמתוכן מתברר לדיין דמזוייף הוא, אפי" האינדא מבטלינן ליה וקרעינן ליה, והיינו דהרשב"א בשם הרמב"ן ז"ל, דקרעינן בידיה, וסברא נכונה היא. דע"כ ל"ק גאון אלא במאי דלא מתברר לדיינא אלא מפומא דחד דמהימן ליה, ואפשר דלא נחית עד סוף דעתא דההוא אי בר סמכא הוא ומהימן טפי, אבל היכא דאיכא הוכחות טובא דמוכחי שפיר דזיופא הוא, ודאי דאפילו למקרעיה אית ליה רשותא ... אבל אי הוה מוכח מכה בדיקות טובא דמוכחי, אפי" מקרע קרעינן ליה, והיינו מאי דכתיבנא. והן הן דברי מהרי"ק שורש יד, וז"ל: כי ידעתם שביד הדיין לפעמים לעשות דבר כנגד היושר, אם יראה לו שהבעל דין דוחה או מרמה, דבר זה תלוי בראיית עיני הדיין רק שיעשה לשם שמים". והוכיח דבריו גם מדברי הרא"ש בתש' עח,ג, לענין מתנה בשטר, דאומדן דעת שלא נתכוין להקנות מתנה זו בלב שלם, והביא הרא"ש ראיות דבמתנה אזלינן בתר אומדנא. אמנם למש"כ לעיל ממהרי"ק, יש לחלק בין אומדנא לדעת המציאות או לכיון הכונה, דאף שמצאנו אומדנא לכיון כוונת הנותן, לא מהני אומדנא לקבוע עובדה ומציאות, וא"כ מדברי הרא"ש אין ראיה למקרים בהם האומדנא קובעת מציאות. אמנם ממש"כ הרא"ש בתש' קז,ו, שיכול הדיין לדון כשהנתבע מסרב להשיב לבית הדין, מוכח שיכול לפסוק הדין ואף בקביעת מציאות: "וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו, ויחייבנו מאומד הדעת, אעפ"י שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפירוש. מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו, שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא, ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה, ואין זה נקרא דברים שבלב, מאחר שהיא סברא מוכחת". וע"ע בתש' הרא"ש סח,כג, ובתש' התשב"ץ (ח"א סי' פ). ומבואר דיכולים בי"ד לפסוק ע"פ אומדנא דמוכח טובא, ומזה הוכיח מהר"מ אלשיך דפוסקים גם האינדא באומדנא דמוכח טובא. ומדברי הרא"ש הנ"ל הוכיח מהרשד"ם (תחו"מ סי' לז) דאזלינן בתר אומדנא דמוכח טובא, וכן הוכיח מדברי מהר"י אדרבי בדברי ריבות (סי' רסב). וע"ע בתש' מהרי"ט

(החדשות, סי' ה) דיכולים לפסוק ע"פ אומדנא דמוכח טובא, ובתש' ראנ"ח (סי' נב), הביאו החכם צבי (סי' קלה).

וכן מצאנו בפוסקים, בתש' עבודת הגרשוני (סי' צא), דאם יש לדיין אומדנא מוכחות שהנתבע משקר ומכחיש, ודאי יש בידו להפך השבועה על שכנגדו, אף שכתב הרא"ש בכתובות טו, דהאידינא לא יכול הדיין לומר קים לי בגוה, ולכן לית לן לארועי שטרא או לאפוקי שבועה אלא בעדות ברורה, אלא דמחמיצין את הדין, דאין אנו בקיין באומדנא; "מכל מקום נראה היינו דוקא לענין זה לומר קים לי בגוה, להפך שבועה או לארועי שטרא, אבל ע"י אומדנות דמוכחות ודאי יש לנו רשות לדון גם בזמן הזה. וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש ושאר אחרונים, שיש לנו רשות לדון ע"פ אומדנות דמוכחות, והרוצה לעמוד על עיקרן של דינים אלו, יעיין בתש' ר"מ אלשיך סימן מ וימצא נחת, ומשה אמת ותורתו אמת, אע"פ שיש לי קצת הרהורים דברים על דבריו". ודבריו הביאם להלכה גם בשבות יעקב (ח"ג סי' קמב, הובאו דבריו גם בפת"ש חו"מ טו, ט), דגם רמ"א שסתם בשו"ע חו"מ טו,ה, כדעת הרמב"ם, בחו"מ צט, ח, פסק, דמי שיבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ותחבולה, וכל שכן לגזול את של חבירו חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו, אף שאין ראייה רק אומדנות מוכיחות היטב. וכתב השבו"י, דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומד, דהסכמת האחרונים דהאידינא לית דידע למידן דין תורה, ואף בימי אמוראים מצאנו כן בירושלמי, מכל שכן האידנא, אם הראשונים כפתחו של אולם וכו', רק צריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כחו לדון דין אמת, ואם רואה שהדין מרומה, יכול לדון ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על המשלח, רק שיהא כוונתו לשם שמים להוציא הדין לאמתו ולהציל עושה מיד עושקו.

כל זה לעיקר הדין, ולפ"ז לא נראה שיוכל דיין לפסוק דין לפי מה שבירר באופן פרטי וחשאי, ללא יכולת חקירה של בעלי הדין, ולהוציא ממון בעדות זו. אולם בנדו"ד שקיבלו הבוררים באופן שאינם צמודים לדיני הראיות, ויכולים לברר את הענין לפי שקול דעתם, אם הדיין סבור והשתכנע שאכן המוכר קיבל סכום כסף שלא נכתב בחוזה המכר, יכול לפסוק ע"פ הבנתו, ככל שתהיה כוונתו לשם שמים להוציא הדין לאמתו, ולהציל עושה מיד עושקו.

ו. דמים מודיעים

ובנדו"ד העלו לצרף לדברי המוכר וצד א, מה שבררו שאכן מחיר הדירות היה גבוה ודאי מהסכום שנכתב בחוזה המכר, נכון לאותה תקופה. ואין נדו"ד שייך לדין דמים מודיעים. דתנן במשנה ב"ב עז,ב: מכר את הצמד, לא מכר את הבקר,

מכר את הבקר, לא מכר את הצמד, ר' יהודה אומר הדמים מודיעין. כיצד, אמר לו מכור לי צימדך במאתים זוז, הדבר ידוע שאין הצמד במאתים זוז. וחכמים אומרים אין הדמים ראייה (אלא במתנה ביקש ליתן לו המותר, אי נמי ליהוי מקח טעות כדאמרינן בגמרא, ויחזיר לו מעותיו ויטול צמדו – רשב"ם). וקיי"ל כחכמים שאין דמים מודיעים, עיין ברמב"ם מכירה כז, ג, ושו"ע חו"מ רכ, ח.

ומדברי הראשונים מבואר דמה שאין דמים מודיעים, הוא בתורת ודאי ולא בתורת ספק, ונפק"מ שאפי' הלוקח מוחזק בדמים, לא יתנו לו את הצמד, אף שהדמים מודיעים. כן מבואר מדברי הרמב"ן בסוגיא שם: "ומיהו מדתנן לא מכר, מילתא פסיקא תנן, שאפילו דמים ביד לוקח ומכר לו בקנין או באגב, נותן לו צמד וכופין אותו ליתן מאתים, ולא מהניא הכא חזקה דממונא, דכל היכא דתנן לא מכר, דינא פסיקא קתני בהו בכולה מתניתין". וכן היא דעת הרשב"א בסוגיא: "והילכך אפי' משך הלוקח צמד ובקר ועדיין המעות בידו, מוציאין ממנו המעות והבקר, דכל ששנינו מכר ולא מכר, דינא קתני ולא משום ספק שנו כן". וכן יש ללמוד בדברי הרשב"א ב"ב צב, א, וכן כתב הר"ן בחידושו שם (עז, ב).

אולם מדברי הרשב"ם והתוס' מבואר שהוא מחמת ספק ולא בתורת ודאי, ואם המוכר מוחזק, אין הלוקח יכול להוציא ממנו דמים. על הא דאיתא בב"ב צב, א: המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, רב אמר הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך. וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא – לנכסתא, אי לרדיא – לרדיא. בגברא דזבין להכי ולהכי. וליחזי דמי היכי ניהו. לא צריכא דאייקר בישרא וקם בדמי רדיא. והרשב"ם שם פירש בקושית הגמ' ולחזי דמי היכי ניהו, שיודיעו הדמים למה קנה, אם לרדיא או לנכסתא, ואף שלכאורה קיי"ל כחכמים שאין הדמים מודיעים, חילק הרשב"ם בין צמד ובקר לשור לחרישה: "דהא אפילו לרבנן דאמרי אין הדמים ראייה (ב"ב עז, ב), הני מילי גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר, וכדאוקימנא בדוכתא דקרי לצמד צמד ולבקר בקר, ואיכא נמי דקרי ליה לבקר צמד, דכיון דלאו כולי עלמא קרו ליה לבקר צמד, איכא למימר דהאי לוקח הוי מהנהו דקרי לבקר בקר, והלכך קא"ל מוכר צמדי מכרתי לך ולא בקר, שהמוציא מחבירו עליו הראייה, והלכך על הלוקח להביא ראייה שהוא מאותן הרגילין לקרוא לבקר צמד, ומדלא מייתי ראייה מפסיד. אבל הכא דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה, מודו רבנן דהדמים מודיעים, דכיון דידיעין בודאי בהאי לוקח דרגיל לקנות לרדיא וגם הדמים מודיעין, הלכך הדמים ראייה". מבואר מהרשב"ם דמה שלא מודיעים הדמים, מפני שהמוכר מוחזק ואמרינן ליה המוציא מחבירו עליו הראייה, ועליו להביא ראייה שהוא מאותן הרגילים לקרוא לבקר צמד. ומבואר שזה מדין ספק ולא ודאי, וס"ל לחכמים שאין הדמים מודיעים מול חזקת ממון. וכן מבואר בתוס' שם (ד"ה וליחזי) בדעת ר"ת: "משום

דיכול לומר המוכר ללוקח קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט דקרו לכדא חביתא, וכשהתנה עמו חבית, לא יתן אלא כד. אבל הכא במוכר שור ונמצא נגחן, אזיל בתר רובא דזבני לרדיא והוי מקח טעות, דלא מצי אמר ליה מוכר ללוקח אתה מן המיעוט דזבני לשחיטה". דבצמד יכול לומר על עצמו קים לי שאני מהמיעוט, משא"כ בשור תלוי בלוקח, ואין יכול המוכר לומר קים לי בנפשאי. וטענה זו של קים לי בנפשאי, הינה רק באופן ובענין שהוא מוחזק, וא"כ הוי בתורת ספק ולא בתורת ודאי. וכן מבואר בתוס' ב"ק מו, א (ד"ה ונחזי).

וכן מבואר מדברי הרמ"ה (ב"ב צב, א), בחילוק בין צמד ובקר, לשור לחרישה או לבשר, דאם יש רוב וחזקה המסייעת למוכר, כגון צמד ובקר, דרובא לא קרו ליה לבקר צמד, ויש גם חזקת ממון המסייעת למוכר; "דאוקימנא בחזקת מאריה והמוציא מחבירו עליו הראיה, לא אזלינן בתר דמים לאורועי רובא וחזקה". וכל שיש רוב המסייע ללוקח ואין לו חזקה המסייעת, כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, כשיש רוב לחרישה, די"ל לילך אחר הרוב והוה ליה מקח טעות, או להעמיד ממון בחזקתו ולא מקח טעות הוא, אזלינן בתר דמים המודיעים, דאי דמי דרידיא לרידיא והוה ליה מקח טעות, דלא אלימא חזקה למידחא רובא ודמים. ומבואר מהרמ"ה שדין דמים מודיעים הוא מחמת חזקת הממון, ולא אמרינן שאין דמים מודיעים בתורת ודאי אלא ספק, והמוציא מחבירו עליו הראיה. וכן מבואר בדברי רבינו יונה בעליותו (ב"ב עז, ב ד"ה לא צריכא), דאין לדון מהודעת דמים שזה האיש מאותם שקוראים לבקר גם צמד: "כיון שהוא טוען בברי שאינו מהם, והמוציא מחבירו עליו הראיה". ועיין ברא"ש ב"ב ו, ב שפירש באופן שונה, וכן ברשב"א צב, א, ומבואר דס"ל דהוא בתורת ודאי ולא ספק. וע"ע בנימוק"י ב"ב (לד, א מעמוה"ר).

והגר"ח בחידושו (ב"ב עז, ב) כתב לבאר, דיש חילוק אם הספק הוא מה מכר, או אם הספק למה התכוין כשמכר. כאשר הספק הוא על מה נכלל במכירה זו, לדמים אין כל משמעות אלא רק ללשון של המכירה, ובזה יש כללים, או שהולכים לפי מנהג המקום, כאשר לשון בני אדם באותו מקום ברורה וידועה, או אחר לשון חכמים בענינים אלו, ורבי יהודה ס"ל דדמים מודיעים, שהדמים מלמדים מה הלשון אמרה, וחכמים חולקים עליו וס"ל דיש לילך בזה אחר לשון חכמים. משא"כ בב"ב צב, א, אם מכר לחרישה או לשחיטה, בזה השאלה היא מה התכוין במכירה, ובזה הדמים מודיעים אף לחכמים, וז"ל הגר"ח:

"והנה הרמב"ם (מכירה כו, ח) כתב (אחרי כל הדינים דמכור ולא מכור); וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בנ"א באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדים, אלא יש

קורין כך ויש שקורין כך, עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו, עכ"ל. והיינו דהרמב"ם מפרש דכל המשניות שם דזה מכור וזה לא מכור, היינו לשון חכמים בענינים אלו, ובמקום שאין מנהג קבוע ולשון מיוחד, הדין דהולכין אחר לשון חכמים וכמו שמפורש בהמשניות. ור"י סבר דהיכא דהדמים מודיעים הולכין אחר הדמים, והיינו דהדמים משוים לשון, דכן היה בלשונם צמד עם הבקר. ורבנן סברי דאין הדמים משוים לשון, דכיון דאין מנהג ולשון קבוע, הלשון הוא כלשון חכמים. והיינו דכל השקלא וטריא הוא על הלשון שאמר בשעת המכירה, וכפי הלשון אנו דנין, ואין אנו דנין כלל על כוונתו בעת המכירה אלא על לשון המכירה. אבל היכא דהספק הוא על כוונת המכירה כמו התם, דשור מכר לו, והספק הוא רק למה כיון במכירתו אם לרדיא או לשחיטה (ובכוונה תלוי הדין), בזה פשיטא דראית הדמים ראייה הוא על כוונתו, וגם רבנן מודו דהדמים מודיעים, ורק דפליגי על ר"י דאין הדמים מודיעים מועיל לאשוויי לשון, ושם הדין דהולכין אחר לשון חכמים, אבל איה"נ דראית הדמים ראייה גמורה היא על כוונתו.

הרי שהחילוק הוא, אם הספק מה מכר, יש לילך אחר הלשון ואין הדמים מודיעים ויוצרים פרשנות ללשון, משא"כ כשהנידון הוא בכוונת הלוקח או המוכר, הרי שהדמים יכולים לגלות לנו את כוונתו. וכדברים האלה נמצא גם בדברי הגר"ב (ברכת שמואל, ב"ב סי' יב):

"מיהו עכ"פ מכיון דהספק הוא אם הבקר נכלל במכירה בכלל לשון של צמד או לא, וע"כ אם אמרינן במכירה הזאת דניזיל בתר הדמים, הרי זה לענין להכחיש הלשון דנאמר דע"י הוכחת הדמים יוכיחו על המשמעות של הלשון שהיתה להיפוך מה שמשמע ע"י הלשון לחוד, בזה פליגי ר' יהודה וחכמים, וקיי"ל כחכמים דלא יכולין על ידו להוכיח על משמעות של הלשון. משא"כ לענין הדו"ד של מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, ונולד ספק בדעתו של הלוקח, אם היתה כוונתו לרדיא או לנכסתא, הלא לא שייך שהספק יש בזה על משמעותו של הלשון, אלא דהספק הוא על דעתו של הלוקח, ובזה כו"ע מודו אפי' החכמים, דמהני הוכחת הדמים לגלות על דעתו של הלוקח איך היתה, אם לרדיא או לנכסתא."

ומכל האמור אנו למדים שדין דמים מודיעים היינו שהדמים מודיעים מה מכר או למה היתה כוונתו למכור, אך לא מצאנו שדמים מודיעים בכמה דמים מכר וכנדו"ד, שאם יש ויכוח בין שותפים כמה שילמו למוכר, שנאמר דמסתבר דשילמו כדמים שנהגו לשלם עבור הנכס וכמחירו באותו מקום, אף שמילתא דמסתברא היא,

אינו שייך לדין דמים מודיעים, ורק הוי כאומדנא נוספת לידון על פיה, ובמקום שאפשר לידון באומדנא, וכאמור לעיל, לפי מה שכתבו בשטר הבוררין, ויכול לצרף סברא לאומדנא, אבל אינו דין מוכיח, שאין נידון דמים מודיעים שייך לנדו"ד, שמחיר יגלה כמה דמים שילמו, שאין זה אלא כאומדנא הנ"ל (כתובות פה,ב), דידענא ביה בר' מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי דלא אמיד.

נות"ח רצה להביא ראיה מדברי הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה י,י, שכתב וז"ל: "כל מי ששמין לו, בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה, אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא. ואם אמר יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה, והרי היא גלויה לעיניהם, וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנין בפחות שבשערים, שומעין לו ונוטל בלא שבועה. וכן זה שנוטל השבח בלבד והיתה ידו על העליונה אינו צריך שבועה". מש"כ הרמב"ם ברישא דצריך שבועה, מקורו מהמשנה כתובות עט,ב: המוציא הוצאות על נכסי אשתו ... הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. וכמש"כ הרב המגיד שם. ומש"כ הרמב"ם בהמשך דבריו, שיכול לומר שיעשו הדיינים שומא, כתב במגיד שהיא סברת הרמב"ם עצמו. ורצה לומר, דגם כאן טוען שהוציא הוצאה מסוימת, והיה צריך להשבע, ואומר צד א שישומו הדיינים כמה היתה ההוצאה לפי המחיר בשוק שהוציא. דכאן יש שני שותפים, וצד א טוען שהשקיע יותר, ומבקש שישומו ההוצאה בהתאם למחיר השוק. ויש לחלק, דשם אין בעל הקרקע טוען ברי, ולכן חייב שבועה, ויכול להסכים לשומא בפחות ממחיר השוק, משא"כ בנדו"ד שצד ב טוען ברי שהמחיר היה כפי הרשום בחוזה. זאת ועוד, בנדו"ד אינם יכולים לשום מחיר הדירה, רק יכולים לשער שהמחיר הנקוב בחוזה אינו מחיר שהיה מחיר השוק בזמנו, ואינם יכולים לדעת כמה הוסיף על הנקוב בחוזה, רק אומדן דעת של הדיינים שכנראה היתה תוספת למחיר שננקב בחוזה, וכמה הוסיף על הנקוב בחוזה, זאת אינם יכולים לשער. לכן אינו דומה לרמב"ם הנ"ל. ולכן מעיקר הדין חובת הראיה הינה על צד א, ורק מכח צרוף האומדנא, דברי המוכר, ורגליים לדבר שהמחיר הנקוב בחוזה לא היה ריאלי, יכול לפסוק מכח הסכמת הצדדים בשטר הבוררים, אך לא מעיקר דין תורה.]

לאור האמור, צד א יכול לחזור ולטעון שיש תוספת סכום שניתן למוכר שלא במסגרת החוזה, ויכול הדיין לפסוק לפי אומדן דעתו, לפי מה ששמע מהמוכר.

סימן ה

פרעון חוב בתשלומים

ראשי פרקים

א. כשהגיע זמן הפרעון

ב. לתבוע מהערב

נשאלתי במי שהגיע זמן פרעון החוב, ורוצה הלוח לפרוע את החוב בששה תשלומים חדשיים, שיתן למלוה ששה שיקים, והמלוה מתנגד, וטוען כי אם לא יפרע מיד, יפנה לערב שיפרע מיד החוב, ושהלוה יפרע לערב בתשלומים.

א. כשהגיע זמן הפרעון

איתא בב"מ עזב: ואמר רבא, האי מאן דאוזפיה מאה זוזי לחבריה ופרעיה זוזא זוזא, פרעון הוי אלא דאית ליה תרעומת גביה, דאמר ליה אפסדתינהו מינאי. והרי"ף והרמב"ם לא הביאו מימרא זו להלכה. וברא"ש (ה"ח) כתב, דהך מילתא שמעינן ליה, מדקאמר לעיל ונתן לו מהן חמש מאות זוז, קנה ומחזיר לו את השאר לאחר כמה שנים. ומבואר דהוי פרעון אף שלא פרעו בבת אחת. ובב"י (ח"מ סי' עד) הביא מדברי העיטור (הל' עיסקא טו, ג) דאם איתא דיכול מלוה לומר איני רוצה ליקח מעותי אלא בבת אחת, לא קבולי ליקביל, ולא תרעומת ליהוי ליה עלויה. עוד הביא העיטור ראייה מקדושין כב, מוכר בית בבתי ערי חומה, אם נגאלת לחצאין או אינה נגאלת, משום דגמר משדה אחוזה. מבואר שלולי הלימוד משדה אחוזה, היתה נגאלת לחצאין. וכן כתב הרמב"ן בתש' (סי' עב): "ומ"מ בין בממשכן בין בלוה, יכול הוא לפרוע זוזא זוזא, ואע"ג דאיכא עליה תרעומת, דאי לא דינא הוא, לא קבולי ליקבלה ולא תרעומת ליהוי ליה עליה". וכן מדייק הריטב"א ב"מ נבב, מדברי הגמ' שם, על הא דתנן במשנה נבא, לענין החזר מטבע בטענת אונאה: עד מתי מותר להחזיר, בכרכים עד כדי שיראה לשולחני, בכפרים עד ערבי שבתות, אם היה מכירה, אפילו לאחר שנים עשר חדש מקבלה הימנו, ואין לו עליו אלא תרעומת. והקשתה הגמ': למאן, אי לחסיד, לא קבולי ליקבלה מיניה ולא תרעומת תיהוי ליה, ומזה למד הריטב"א (הובא בשטמ"ק), דלא שייך תרעומת במה שאדם עושה מעצמו. והביא דברי העיטור שלמד מכאן, שכופה הלוח את המלוה שיקבלם זוזא זוזא, דאי בשרוצה לקבלם מעצמו קאמר, אם כן מאי תרעומת יש כאן, לא נקבליה ולא תרעומת ליהוי. וכן כתב הר"ן בחידושיו לב"מ עזב.

ובעה"ת סט,א הקשה מהגמ' ב"ב קעב,א: אמר רבא, האי מאן דנקיט שטרא בר מאה זוזי, ואמר שויה ניהלי תרי בני חמשין חמשין, לא משוינן להו, מאי טעמא, עבדו רבנן מילתא דניחא ליה למלוה וניחא ליה ללוה, ניחא ליה למלוה כדי שיכוף לפורעו, וניחא ללוה כי היכי דניפגם שטריה. וברשב"ם שם ביאר מה שיכול המלוה לכופו לפרעו בשטר של מאה: כשיפרענו לזה למלוה חצי חובו, יכופנו מלוה לפרוע לו השאר, כי ידאג הלוה פן יפסיד שווכרו ויתבעהו מלוה כל חובו. ומוכח מזה שאם יש שטר במאה, יכול לכופו לפרעו בבת אחת, שאל"כ, מה עדיפות לשטר אחד בן מאה לשתי שטרות בני חמישים. וכתב בעה"ת לדחות שאין משם ראיה לסתור, די"ל שמפני שהוא שטר אחד של מאה, יפחד הלוה לפרוע לחצאין, שמא המלוה יכפור ויתבע שוב את כל המאה, וכיון שמחמת יראתו של הלוה יפרע הכל, חשיב ככפייה דממילא.

ובגדו"ת הקשה מדברי הרמב"ם (מלוה ולוה כג,ז), שמדבריו משמע שיכול המלוה לכופו לפרעו בפעם אחת: "וכן אם הוציא שני שטרות בחמישים חמישים, ואמר עשו לי אותן במאה, אין עושין לו אלא עושין לו קיום לכל אחד ואחד, שזכות הוא ללוה להיות שנים, שלא יכוף אותו בדין בפעם אחת לגבות הכל". ובזה היה נראה לכאורה לבאר מה שהשמיט הרמב"ם דברי רבא מב"מ עז,ב, דהרמב"ם ס"ל שיכול לכופו לפרעו בבת אחת. אמנם נראה שהרמב"ם מפרש דברי רבא דמיירי בין לאחר זמנו ובין תוך זמנו, וע"כ ס"ל דלאחר זמנו יכול לכופו. אולם אם נפרש דברי רבא דמיירי רק בתוך זמנו, וכפי שיובא להלן בדברי הטור והשו"ע, אפשר לקיים שניהם, דתוך זמנו יכול הלוה לכופו, ואחר זמנו יכול המלוה לכופו לפרוע הכל יחד. וכך פירש בעה"ת את דברי הרמב"ם, שלא יחלקו עם הראשונים דס"ל להלכה דברי רבא.

אולם מדברי הב"י (חו"מ סי' עד) מבואר שלשיטת הרמב"ם יכול לכופו בכל ענין, ופליג על הראשונים הנ"ל שהביאו דברי רבא, דהרמב"ם מפרש דברי רבא, שארע שפרעו זוזא וזוזא והמלוה קבלו, אולם אם לא רצה לקבל אלא כל חובו כאחד, הרשות בידו. וכן ביאר הב"ח (חו"מ סי' עד) את דברי הר"י, דרבא איירי כשכבר קבל המלוה מידו מעט מעט בפרוטרוט מקצת חובו, שלא יכול המלוה להחזיר ללוה מה שקיבל ולומר לו איני רוצה ליקח מעותי אלא בבת אחת, אלא מה שכבר פרעו הוי פרעון, אבל לכתחלה פשיטא דאינו יכול לכופו לקבל ממנו בפרוטרוט אפילו תוך הזמן. והש"ך עדיז כתב דהרמב"ם ס"ל דאפי' תוך זמנו, אין הלוה יכול לכופו המלוה לקבל פרעון של תשלומין, דלאחר זמנו, גם אם יש שתי שטרות, יכול לכופו לפרעו בבת אחת, ממילא הרמב"ם בהל' מלוה ולוה הנ"ל, מיירי בתוך זמנו, וזה לא כגדו"ת. עוד הוסיף הש"ך, דאף הרא"ש סובר דלכתחילה אין המלוה חייב לקבל פרעון זוזא

זווא, וזה מוכח מראית הרא"ש, דלשם מה היה צריך להביא ראיה, הרי מדברי רבא מבואר דיכול לכוּפו, אלא הרא"ש ס"ל דגם רבא לא מיירי אלא בדיעבד, ושהמעות הוא באחריות המלוה. ולזה הביא ראיה שהמעות באחריות הלוקח, ומזה הוכיח דבדיעבד הוי פרעון. ולפ"ז יצא שהטור פסק כעיטור, ולמש"כ הש"ך הרא"ש לא ס"ל כעיטור אלא כרי"ף, וא"כ הטור פסק דלא כאביו, להסבר הש"ך, ונשאר בצ"ע.

ולכאורה יש להקשות על פירוש הש"ך דאף הרא"ש מיירי לרבא בדיעבד, דהרי להדיא כתב הרא"ש שם בה"ח: "וקמ"ל שאין המלוה יכול לומר אני רוצה ליקח מעותי אלא בבת אחת", ומשמע דמיירי לכתחילה. וראיתי קושיא זו בתומים עד, ט. והרא"ש הביא ראיה מהגמ' לעיל (עז,א): אבל מכר לו שדה באלף וזו ונתן לו מהם חמש מאות זו, קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים, ומיירי בלא עייל ונפיק אזווי. ומזה מוכח שאף פרעון בתשלומין הוי פרעון. והקשה הש"ך (וכן הוא בפ"ח על הרא"ש אות ז), מה הראיה משם יותר מדברי רבא. ובתומים כתב לבאר, דבדברי רבא ניתן לפרש בב' אופנים: או כפירוש בעל העיטור והטור, דיכול הלוה להכריח למלוה לקבל בעל כרחו פרעון זווי זווי. או כפירוש בדק הבית והש"ך, דמיירי בדיעבד, ואם קיבלם ברצון, לא יכול לומר שהם כפקדון. ע"כ בא הרא"ש והבהיר שדעתו כפירוש העיטור, שיכול הלוה להכריח המלוה לקבל פרעון זווי זווי, דאם כפירוש בדה"ב שבדיעבד הוי פרעון, זה כבר שמענו מדברי הגמ' לעיל לענין קונה שדה באלף וכו', ומה הוסיף רבא לבאר. וע"כ צ"ל דרבא בא לחדש, דאפי' יכול הלוה להכריח למלוה שיקבלו, ולא יכול המלוה לומר אני מקבלו רק בבת אחת. ועיי"ש בתומים שכתב, דרבא לשיטתו דפרעון בעל כרחו הוי פרעון, וכיון שהוא מחלוקת, ס"ל לרי"ף והרמב"ם שאי אפשר לכוּף המלוה לקבל בעל כרחו, עיי"ש.

ומדברי הרמ"ה מבואר שלכתחילה יכול הלוה לכוּף את המלוה לקבל מקצת פרעון. ביד רמ"ה ב"ב קעב, לענין מי שפרע מקצת חובו, דרבי יהודה אומר יחליף, ורבי יוסי אומר יכתוב שובר, וא"ר יהודה דנמצא זה צריך להיות שומר שוברו מן העכברים וכו', וז"ל הרמ"ה: "הא דקתני מי שפרע מקצת חובו, לא תימא דוקא היכא דקביל מלוה מיניה ההוא מקצת בתורת פרעון, אלא אפילו היכא דלוה קא בעי למפרעיה מקצת, ומלוה קאמר ליה או הב לי כוליה חוב ושקול שטרך, ואי לא - לא מקבילנא מינך מידי, הדין עם הלוה, ומיחייב לקבולי מינה ההוא מקצת. ולמר כדאית ליה ולמר כדאית ליה, לרבי יהודה יחליף, ולרבי יוסי יכתוב שובר, דהא בהדיא אמרינן התם האי מאן דמסיק ביה מאה זווי בחבריה ופרעיה זווא זווא, פירעון הוי, תרעומת אית ליה עלויה. ואי דלא מחייב לקבולינהו מיניה, לא קבולי ליקבלינהו מיניה ולא תרעומת תהוי ליה עלויה, אלא לאו ש"מ דמיחייב לקבלינהו מיניה, ואפילו במלוה בשטר נמי כדבעינן לברורי קמן. ובהא פליגי, רבי יהודה סבר יחליף, כלומר

עידי השטר מקרעין לו את השטר הראשון וכותבין לו שטר אחר בשאר הממוץ מזמן ראשון, אבל למכתב שובר לא, כדאמרינן טעמא שלא יהא הלוח צריך לשמור שוברו מן העכברים. ורבי יוסי סבר יכתוב שובר, כדי שיחוש הלוח לעצמו שמא יאבד שוברו וימהר לפרעו כדי ליטול את שטרו, וקימא לן כרבי יוסי. מבואר מהרמ"ה דלכתחילה יכול הלוח להכריח המלוה לקבל פרעון זוזא זוזא. וכן הוכיח הרמ"ה בהמשך מהסוגיא ב"ב קעב,א (הובא לעיל), ולמד מהסוגיא שם (יד רמ"ה קעב,א): "ושמעין מינה, דמאן דמסיק ביה בחבריה מאה זוזי בחד שטרא, ויהיב ליה מניה חמשין, והוא הדין לבציר מהכין, מיחייב לקבולינהו מיניה ולמכתב ליה תברא עלויהו. דאי ס"ד לא מחייב לקבולינהו מיניה, א"כ מאי האי טעמא דקאמר רבא דניחא ליה ללוח למהוי חד שטרא כי היכי דלפגום שטריה, והא אמרת דאי לא בעי מלוח לקבולי מיניה מקצת הדין עמו, ואם כן מאי נפקא ליה ללוח מיניה דלא לעבדיה תרי בני חמשין חמשין. אלא לאו ש"מ דבלוח תליא מילתא, דאי יהיב ליה מקצת, מיחייב מלוח לקבוליה לההוא מקצת מיניה בתורת פירעון ולמכתב ליה תברא עלויהו". מבואר מהרמ"ה, הן בקעב, והן בקעב,א, דהכל תלוי ביד הלוח, ויכול הלוח לכופף המלוה לקבל פרעון זוזא זוזא.

ובפוסקים מבואר דכל הסוגיא דחייב לקבל פרעון בתשלומין, הוא דוקא קודם זמנו, וקמ"ל שלא יכול לטעון שרוצה כל הפרעון בבת אחת, אלא כיון שבהגיע זמנו יפרע לו הכל, לא יכול המלוה לעכב מלקבל פרעון בתשלומין, או למר כדאית ליה, שאם בדיעבד קיבל, אינו יכול לחזור בו, והכסף בידו בתורת פרעון ולא בתורת פקדון. כן מבואר בדברי הטור חו"מ סי' עד: "ואם בא לפרוע תוך הזמן בפרוטרוט דינר דינר, אין המלוה יכול לעכב ולומר תן לי כל חובי בפעם אחת, דאף פרעון של דינר דינר נקרא פרעון, אלא שיש למלוה תרעומת עליו". והיינו לשיטתו דיכול הלוח לכופו אף לכתחילה, כדעת אביו הרא"ש (ועיין לעיל), ומ"מ הוא דוקא בתוך זמנו וקודם שהגיע זמן הפרעון. וכן נפסק להדיא במחבר חו"מ עד,ד, וברמ"א שם הוסיף: "והוא הדין אם הגיע הזמן, אין צריך לקבל פרעון בפרוטרוט".

ומקור דברי הרמ"א מדברי המרדכי (ב"מ סי' שנב, עיין גם בדרכ"מ חו"מ עד,ג), וז"ל המרדכי: "מכאן מביאין ראייה, דאדם יכול לפרוע לחבירו חד חד זוזא, ואין לו עליו אלא תרעומת. אבל בע"ז פ"ק אמרינן, משל לאדם שנושה בשני בני אדם, אחד אוהבו ואחד שונאו, מאוהבו נפרע מעט מעט משונאו נפרע בבת אחת, משמע שאינו יכול לפרוע לו בחד חד זוזא, ולא ראייה היא, דמצינו למימר כגון שהלוהו לזמן, מאוהבו יפרע קודם הזמן מעט מעט, אבל משונאו ימתין עד הזמן ואז יפרע ממנו בבת אחת". מבואר שכל הדין הוא תוך זמנו, דאף מאוהבו קמ"ל שיפרע קודם זמנו מעט מעט, ומבואר דאחר זמנו אף אוהבו אינו יכול לכופו להפרע מעט

מעט. ועיי"ש בסמ"ע ע"ד, יא בבאור דברי הרמ"א, דכשם שיד המלוה על העליונה בתוך הזמן שלא להחזיר לו מהמשכון כלום, כך ידו על העליונה בכלות הזמן, דאין מקבל ממנו אפילו הפרעון לאחדים. ועייין עוד בשער המשפט ע"ד, ג. וכן ביאר בגדו"ת ס"ט, א (הובא לעיל), דאף הרמב"ם מודה דתוך זמנו יכול לכופו למלוה לקבל בתשלומין, משא"כ לאחר זמנו דאינו יכול לכופו לכך.

מהאמור לעיל עולה שבנדו"ד, כיון שכבר הגיע זמן הפרעון, יכול המלוה לכופו את הלוה לפרעו מיד, ויכול להתנגד לפרעון בתשלומין.

ב. לתבוע מהערב

ולענין לתבוע מהערב, אף שבפשטות יכול לתבוע מהערב, אם הלוה מסרב לפרוע מיד, עדיין נראה לחלק בין ערב רגיל לערב קבלן, דבערב קבלן תמיד יכול לתבוע מהערב תחילה, אולם בערב רגיל יש לדון. דלענין ערב רגיל, כתב הטור חו"מ קכט, יז, כתב וז"ל: "ואם אמר המלוה ממי שארצה אפרע, כתב ה"ר יוסף הלוי שיכול ליפרע מן הערב תחילה, אפילו אם יש לו נכסים ללוה. אבל ר"ת פירש, אף על פי שאמר ממי שארצה אפרע, לא יפרע מן הערב תחילה כל זמן שיש קרקע ללוה אפילו היא זיבורית, אלא כותבין אדרכתא על נכסי הלוה, ומורדין אותו לנכסיו, אפילו אם היו משועבדין גובה מהלקוחות קודם שיגבה מן הערב. אבל אם אין ללוה קרקע ידוע, אז יתבע את הערב ואין צריך לחזור אחר הלוה אולי יתן מטלטלין, דלהכי מהני מה שהתנה ממי שארצה אפרע, דמספיקא לא מטרחינן ליה לילך אחר הלוה, וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל, ואם אמר בפירוש ממי שארצה אפרע תחילה ודאי יכול לתבוע לערב תחילה, אפילו יש נכסים ללוה. והראב"ד כתב שאפילו אמר בפירוש ממי שארצה אפרע תחילה, לא יתבע לערב תחילה אם יש נכסים ללוה, וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה". מבואר דדוקא במי שארצה אפרע תחילה ס"ל לר"י הלוי והרא"ש דאינו גובה מהלוה אלא מהערב, אולם בערב סתם, גם הם מודים שגובה מהלוה אפי' ממשעבדי. ור"ת ס"ל דאף ממי שארצה אפרע תחילה, כל זמן שיש ללוה ואפי' משעבדי, גובים מהלוה, וכן דעת הראב"ד.

ומי שארצה אפרע תחילה, הוא לכאורה ערב קבלן, דכן מבואר בנימוקי" (ב"ב טז, ב מעמוה"ר): "ערב קבלן, כגון שאמר לו תן ואני קבלן, א"נ, שהתנה המלוה ואמר בשעת הלואה ממי שארצה אפרע תחלה, ומש"ה נפרע ממנו". הרי שבכה"ג שהתנה ממי שארצה אפרע תחילה, דינו כקבלן. ומהב"ח קכט, יז מבואר דכל זה לדעת ר"י הלוי ודעימיה, אולם לדעת ר"ת יש חילוק בין קבלן לבין מתנה ממי שארצה אפרע תחילה, דהר"י הלוי ס"ל דהיכא דלא אמר ממי שארצה אפרע, שאין לו לתבוע הערב

תחלה, רק לאחר שתבע את הלוה ולא נתן לו כלום, יחזור ויתבע את הערב, ואין לו רשות ליפרע מן הערב כל זמן שהוא מוצא נכסים ללוה ואפילו זיבורית. וכל זה דוקא בדלא אתני ממי שארצה אפרע, אבל התנה ואמר ממי שארצה אפרע, יפרע מן הערב תחלה, אף אם יש נכסים ללוה, דכיון דאתני אתני, וזה הפירוש דקבלן אף על פי שיש נכסים ללוה, יפרע מהקבלן, דהיכא דאתני ואמר ממי שארצה אפרע, דינו כקבלן גמור, דבשניהם אפילו יש נכסים ללוה יפרע ממנו. אולם ר"ת מחלק בין קבלן למתנה ממי שארצה אפרע, דלא יפרע מהערב תחלה אלא כשאין נכסים ללוה, דהיינו קרקע, ואין צריך לחזר אחר הלוה אולי יש לו מטלטלין, דלהכי מהני מה שהתנה ממי שארצה אפרע, אבל אם יש לו נכסים ללוה, לא יפרע מן הערב אפילו אמר להם ממי שארצה אפרע, משא"כ קבלן גמור, אפי' יש לו נכסים, יפרע מהקבלן.

ודברי ר"ת, הובאו בתוס' ב"ב קעג, (ד"ה חסורי), ושם מבואר בדעת ר"ת החילוק בין אם התנה ממי שארצה אפרע תחילה לבין לא התנה, דבלא התנה, גם אם הוא רחוק, ימתין לו או ילך לשם לתבעו ולכופו, דלא מחתינן לנכסי דערב דלמא אי איתיה הכא ללוה הוה יהיב ליה מטלטלי למלוה, והיינו אפי' על הספק, משא"כ בהתנה, דוקא בודאי יש נכסים משועבדים ללוה, ימתין המלוה ללוה, אבל כשאין נכסים ידועים והתנה ממי שארצה אפרע, מספיקא לא מטרחינן לחזור ולהמתין ללוה, אלא יפרע מן הערב. והרא"ש (שם הל' מ) חולק על ר"ת וסובר דבערב שאינו קבלן, אפילו אין קרקעות ללוה, לא יפרע מהערב אלא יתבע הלוה לדין אולי יתן לו מטלטלין, ואם אינו כאן מודיעין אותו וממתינין לו. ואם הוא במדינת הים או שהוא גברא אלמא דלא ציית דינא, יפרע מן הערב. ואם אמר ממי שארצה אפרע, אם יש לו קרקע ללוה ואפילו זיבורית, לא יפרע מן הערב אלא כותבין אדרכתא על נכסי הלוה ומורדין אותו לנכסיו, ואם אין לו קרקע ללוה יפרע מן הערב ואין צריך לחזר אחר הלוה אולי יתן לו מטלטלין, דכיון דאתני ממי שארצה אפרע, לא מטרחינן ליה לילך אחר הלוה. ומבואר דדעת הרא"ש, דבמי שארצה אפרע, כל עוד יש כאן קרקע זמינה לפרעון, יגבה מהלוה, ואם אין לו קרקע זמינה כאן לפרעון, יפרע מהערב. וע"ע בנימוק"י (ב"ב פ,ב מעמודה"ר).

ודברי הראב"ד, הובא גם בהשגות לרמב"ם (מלוה ולוה כה,ד, יובא להלן), וכדעת הראב"ד כתב גם הרשב"א (ב"ב קעג,ב), דאפי' התנה עמו בפירוש, בין שיש נכסים ידועים ללוה בין שאין לו, לא יתבע את הערב תחלה, דפטומי מילי בעלמא ניהו, ולעולם סמכא דעתיה שיפרע מן הלוה תחלה כל זמן שיש לו נכסים ואפשר לו לגבותם, דעד כאן לא גמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה דקא מהימן ליה ומותר על דיניה, אלא כל שאי אפשר לו להפרע ממנו. ועיין במגיד מלוה ולוה כה,ד, דאף שהרשב"א הביא ראיה לדבריו, אינה מוכרחת.

ומדברי הרמב"ם מבואר החילוק בין אמר ממי שארצה אפרע, לבין אמר ממי שארצה אפרע תחילה, בהל' מלוה ולוה כה,ד, וז"ל: "התנה המלוה על הערב ואמר לו על מנת שאפרע ממי שארצה, אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב. אמר על מנת שאפרע ממי שארצה תחלה, או שהיה קבלן, הרי זה יתבע את הערב הזה או את הקבלן תחלה ויפרע מהן, אף על פי שיש נכסים ללוה". והראב"ד השיגו: "שבוש הוא, שאע"פ שאמר על מנת שאפרע ממי שארצה תחלה, אם יש נכסים ללוה, לא יפרע מן הערב". ולכאורה יש להבין בדברי הרמב"ם, מה החילוק בין אומר ממי שארצה אפרע, או מוסיף ואומר, ממי שארצה אפרע תחילה, דהא המשמעות של ממי שארצה אפרע, הינה שיכול לפרוע תחילה ממי שרוצה, ומה החילוק בין הוסיף את המילה תחילה או לא. וראיתי קושיא זו במרכבת המשנה שם. וכתב מרכבת המשנה, והאמת יורה דרכו, שעיקר הנוסח כפי גירסת דפוס ויניציה ישן; התנה המלוה על הערב וא"ל על מנת שאפרע ממי שארצה או שהיה קבלן, הרי זה יתבע את הערב הזה או את הקבלן תחלה, אע"ג שיש נכסים ללוה. ונוסחא דווקנית היא, והיא גירסת בעל התרומות שער לה בדברי הרמב"ם, ונמצא הרמב"ם הולך בשיטת הר"י מיגאש. והביא מרכבת המשנה ראייה לשיטה זו מהירושלמי ב"ב פ"י: ר' אבהו בשם ר' יוחנן, כשיש נכסים ללוה, אבל אין נכסים ללוה, נפרע מן הערב. ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה, יפרע מן הערב ואפי' יש נכסים ללוה. ולשיטת התוס' קשיא דר' יוחנן בבבלי אדר' יוחנן בירושלמי. ולשיטת הרמב"ם (לגירסת דפוס ויניציה) והר"י בן מיגש הם שיטה אחת, דכל שאומר ע"מ שאפרע ממי ארצה, ליכא מאן דפליג דנפרעין מן הערב אע"ג שיש נכסים ללוה, דכל תנאי שבממון קיים.

ובעה"ת (שער לה, א,יט-כ) כתב, דאם אמר לו על מנת שאפרע ממי שארצה, יתבע ערב תחלה בשאין נכסים ידועין ללוה, אבל יש נכסים ללוה, לא יפרע מן הערב. והביא את דברי הר"י מיגאש, דהא דאמרינן דהיכא דלא אמר לו על מנת שאפרע ממי שארצה שאין לו לתבוע ערב תחלה, ורק לאחר שתובע את הלוה, אם אינו נותן כלום יחזור ויתבע הערב, היינו בשאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה, לא יתבע הערב כלל, ואין לו רשות ליפרע מן הערב כל זמן שהוא מוצא נכסים ללוה ואפילו זבורית. והני מילי דלא אמר ליה על מנת שאפרע ממי שארצה, אבל אמר לו על מנת שאפרע ממי שארצה, יתבע לערב תחלה, ואע"פ שיש נכסים ללוה, דכיון דאתני אתני. ולפ"ז כשאמר על מנת שאפרע יפרע מערב תחלה, בין יש לו נכסים ללוה בין אין לו, דכיון דאתני אתני.

ובנדר"ד נראה דאם הערב אינו קבלן, הרי מצא ללוה נכסים משועבדים, דלא גרע שיקים דחויים לכמה חדשים, מנכסים משועבדים, דגם הליך גביה של נכסים משועבדים לוקח כמה חדשים, ועיין שו"ע חו"מ קיד,ד, ועיין עוד שו"ע חו"מ סי'

ק. אולם בקבלן ודאי יכול לתבוע את הערב קבלן תחילה שיפרע כל החוב. אולם נראה דהאידינא נהגו להמתין בגביית החוב ואין תובעים לערב, אם יתן לו מיד שיקים לפריסה סבירה של זמן, הכל לפי הענין ושיקול דעת ביה"ד, ונוהגים בזה לפני משורת הדין, ולא תובעים הערב.

לאור האמור, אם הגיע זמן הפרעון, אין הלוה יכול לפרוע בתשלומין, ואם פורע בתשלומין, יכולים לתבוע את הערב קבלן שיפרע לאלתר. אולם נהוג האידינא שאם מדובר בפריסה סבירה של תשלומין, לפי ראות ושיקול דעת ביה"ד, לקבל את הפרעון בתשלומין, ולא לתבוע הערב קבלן.

סימן ו

ערב קבלן לאחר מתן מעות

ראשי פרקים

א. קנין בערב קבלן

ב. בטעם הקנין

ג. חתם בשטר, אם צריך קנין

ד. חתימה כפיטומתא

נשאלתי בענין ערב קבלן שלאחר מתן מעות, שחתם בשטר שהוא ערב על ההלואה בנוסח: אני ערב קבלן וכו', ולא קבל בקנין, אם מועילה ערבותו. (מבלי להכנס לשאלה אם לשון ההתחייבות שחתם עליה מהני, עיין מה שכתבתי בח"ב סי' ב, ועיי"ש מה שכתבתי לענין קנין בערב קבלן).

א. קנין בערב קבלן

כבר הארכתי בכ"מ בדין ערב בשעת מתן מעות, דלא צריך קנין, וערב שלאחר מתן מעות, שצריך קנין, (עיין מה שכתבתי בח"ה ד/א). 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 הלוח". והיינו כביכול הערב קיבל מעות ההלואה. (ועיין קצוה"ח קכט,א מש"כ בבאור דברי הרשב"ם). וברישב"א שם, שהערב משעבד נפשיה כאילו קיבל המעות ממש לטובתו. ובשלהי ב"ב 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 הערבות צריכה קנין, כיון שקיבל תמורתה את ההנאה.

ולכאורה יש להבין בפירוש הרשב"ם, דנחשב הערב כביכול קיבל המעות מהמלוה והוא הלוח, א"כ הנאה זו מתפרשת באופן שונה מההנאה של ערב דבית דין, ומה דחק את הרשב"ם לפרש שהערב הוא הלוח, היה מקום לפרש שבהנאה שמהימן לו ללוח, 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. והיא 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 לידיה, 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.

כל זה לענין ערב. לענין קבלן דעת ר"ת שאין צריך קנין בקבלן, וז"ל תוס' (ב"ב קעג,ב ד"ה חסור): "וכולהו ערבינ בעי קנין, בר מקבלן וערב בשעת מתן מעות". וכן הביאו המרדכי (ב"ב סי' תרנא), וז"ל: "וכתב ר"ת, דכולם ערבים בעו קנין, לבד מקבלן וערב דבית דין או ערב בשעת מתן מעות. ורבינו אבי העזרי כתב, דלפי הספרים דגרסינן במכילתין בסופו והנך כולהו בעו קנין, הוה משמע שגם הקבלן בעי קנין, שזה בא לרבות כולהו. ורשב"ם לא גריס כולהו. ומיהו לא הזכיר דין קבלן אי בעי קנין או לא". מבואר במרדכי מחלוקת ראשונים אם קבלן צריך קנין, אף במקום

שערב שאינו קבלן בעי קנין, כגון שלא בשעת מתן מעות. דדעת ר"ת דקבלן לא בעי קנין בשום ענין, ואילו הראב"ה גורס בסוף ב"ב (קעו,ב), דכולהו בעי קנין, והיינו גם ערב, וגירסתו הינה דלא כגירסת הרשב"ם, שהיא גירסת גמרא דידן. וכדעת ר"ת כתב גם ההג"א (ב"ב י,מא), דכולהו ערבים בעו קנין בר מקבלן וערב בשעת מתן מעות, וכן הוא בסמ"ג (עשין, צד, ד"ה מסקינן), וכן הביא בתשובת מימוניות (משפטים, טז). ועיין במל"מ (מלוה ולוה כה,ב) שלמד בדברי הראשונים, דאף ערב קבלן לאחר מתן מעות, אינו צריך קנין, ויכול לומר קים לי כדעתם: "יש מי שאומר דקבלן אפילו שלא בשעת מתן מעות משתעבד. ועיין במהר"ש יונה בביאורו שכתב שאם תפס המלוה יכול לומר קים לי דמשתעבד אפילו בלא קנין".

אולם גירסת הרי"ף והרא"ש והתוס', אינה כגירסת ר"ת, דבסוף ב"ב (קעו,ב) איתא לגירסא דידן: והלכתא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין, אחר מתן מעות בעי קנין, ערב דבית דין לא בעי קנין, דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד ליה. הרי שלא הוציאו קבלן מהכלל, כמו שהוציאו ר"ת ודעמייה. וכן היא גירסת הרי"ף (ב"ב פג,א מעמוה"ר), שהוסיף: "והנך כולהו בעו קנין". הרי שגם קבלן צריך קנין. וכן כתב הרא"ש (ב"ב יג), "והלכתא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין, לאחר מתן מעות בעי קנין, ערב דב"ד לא בעיא קנין, בההיא הנאה דקא מהימנין ליה, גמר ושעבד נפשיה. ואידך כולהו בעו קנין". הרי שערב קבלן צריך קנין. והיינו דלאחר מתן מעות צריך קנין, דבשעת מתן מעות, לא גרע מערב רגיל שאינו צריך קנין. וכן יש ללמוד מדברי התוס' (ב"ב קעו,א ד"ה והלכה), שהביא הגירסא דלא גרסינן הנך כולהו בעו קנין, וכתבו התוס' דכן נראה נכון, כי כבר פירש דין כולם. ולפ"ז גם התוס' מסכימים דקבלן שלא בשעת מתן מעות, צריך קנין. וכן יש ללמוד מפירוש ר"ח שם. וכן נראה מתש' מהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' תשיא): "וקבלן דהיינו תן לו ואני אתן לך, וכ"ש תן לו ואני קבלן, כפי' רבינו שמואל. אבל הריב"ן חולק בשם רבינו שלמה חמיו. והוא הדין דבכל לשונות שבעולם נוהג דין זה דקבלן, היינו תן לו ואני אתן לך ואינו מזכיר לא לשון הלואה ולא לשון פרעון. וכולהו ערבים בעו קנין, בר ערב ב"ד וערב בשעת מתן מעות". ומשמע אף קבלן לאחר מתן מעות בעי קנין, ולא הוציא מהכלל אלא ערב בשעת מתן מעות וערב דב"ד.

ובתש' הרמ"א (סי' עב) כתב, דמאחר דכל הני רבוותא ס"ל דקבלן בעי קנין, פשיטא דפסקינן כוותייהו, ודלא כר"ת שכתב המורדכי בשמו דקבלן לא בעי קנין. והוסיף שם הרמ"א, דאין לחלק בין קבלן שהשתעבד בשטר לשעבוד בע"פ, דאף שעבוד בשטר לא יועיל: "גם אין לחלק בין נתן לו שטר על הערבות בין ערב לו בעל פה, דבכל ענין לא משתעבד בלא קנין". ויתבאר עוד להלן.

ובעה"ת (לה,א,לד-לה) כתב: "דע כי לעולם הקבלן אינו צריך קנין אם הוא בשעת מתן מעות, שאין דינו פחות מערב דמשתעבד בלא קנין בשעת מתן מעות, וכדלעיל. לאחר מתן מעות, וכגון שאמר לו מה שנתת לפלני אני אתן לך, משתעבד, והוא דקנו מיניה. וכן אם ב"ד עשו אותו קבלן, הואיל ויש לו הנאה בדבר כשהאמינוהו, הרי זה נעשה קבלן ונשתעבד". ובגדו"ת הקשה, איך יכול קבלן להשתעבד בקנין, הרי זה נוגד את מהות הקבלנות. דאיתא בגיטין מט,ב: ותיפוק ליה דערב דכתובה לא משתעבד, ותיירצה הגמ' דמיירי בקבלן. ופרש"י שם: "שנעשה עליה קבלן, שהתפיסה בנו מטלטלין לכתובתה, והיא מסרתן לידו בתורת קבלנות, והחזירתן לבנו". ולכאורה למה לא פירש רש"י כפשוטו, שקיבל על עצמו להיות ערב קבלן. וובתוס' שם (גיטין מט,ב ד"ה קבלן) וברשב"א שם הקשו על רש"י, דקבלן אינו צריך לישא וליתן ביד. ועוד, שאם הקבלן נשא ונתן ביד, אין לה על הבעל כלום אלא על הקבלן. וע"כ פירשו (עיין ברשב"א), דקבלן של כתובה הוא כמו כל קבלן שאמר לשון קבלנות, דכיון שאמר שיפרע ממנו תחלה, גמר ומשעבד נפשיה, משא"כ ערב דאינו נפרע ממנו תחלה, לא גמר ומשעבד נפשיה. וכתב הרשב"א לבאר בדעת רש"י: "ולי נראה שלא בא רש"י ז"ל לפרש שתשא היא ותתן ביד ממש, אלא לומר לך דתן לו ואני קבלן צריך לומר לו, וכמו שפסק גם הרב אלפי ז"ל, ואלו בכתובה שהיא אינה נותנת כלום, לא שייך קבלנות אלא א"כ יתן לה הבעל כסף כתובתה, ויחזור הקבלן ויאמר לה תן לו ואני קבלן. ומדברי רבינו ז"ל נלמוד למחייב עצמו ליתן מנה לחבירו ונתן לו קבלן עליהן, שאין לו דין קבלן עד שיתן לו המתחייב ממון החיוב, וחזר ואמר לו הקבלן תן לו ואני קבלן. ולפ"ז לא מהני דין קבלנות לאחר מתן מעות אלא בכה"ג שכתב הרשב"א, שיתן המלוה ללוה שוב את ממון ההלוואה, ויאמר לו תן לו ואני קבלן. וכן למד הרב המגיד (מלוה ולוה כה,ו) בדעת הרשב"א, דלפי דבריו כל אחר מתן מעות לא שייך דין קבלנות אלא על האופן שכתב רש"י והרשב"א בדעתו. והרב המגיד נשאר בצ"ע, דמדברי הרמב"ם (אישות יז,ט) מבואר דלא כרש"י והרשב"א, דז"ל הרמב"ם: "וקבלן של כתובה חייב לשלם אע"פ שלא קנו מידו, ואיזה הוא קבלן, זה שאמר לאשה הנשאי לזה ואני נותן כתובה זו". ולא הצריך שיתן לה הבעל כסף כתובתה, ותחזיר לבעל, ויאמר הקבלן תני לו ואני אתן. אולם בלח"מ (מלוה ולוה כה,ו) כתב דדעת הרמב"ם כרש"י והרשב"א, דמש"כ הרמב"ם בהל' אישות יז,ט, הוא מפני שדעת הרמב"ם דערב דכתובה הוי כשעת מתן מעות, ולכן לא בעינן להתפסת מטלטלין, משא"כ בערב קבלן לאחר מתן מעות, לא מהני אלא באופן שיתן לה הבעל כסף כתובתה, ותחזיר לבעל, ויאמר הקבלן תני לו ואני אתן.

ובגדו"ת הנ"ל דחה דעת הלח"מ, דכיון דהרמב"ם מיירי בשעבוד הקבלן ללא קנין, לכן פירש דמיירי בשעת הנישואין, כיון שקבלן דכתובה משתעבד בלא קנין,

והיינו באופן שאמר הנשאי לזה ואני אתן, דהוי כשעת מתן מעות, אולם אחר נשואין דהוי כאחר מתן מעות, לא משתעבד אלא בקנין, אך אין צריך שיתן לה הבעל כסף כתובתה, ותחזיר לבעל, ויאמר הקבלן תני לו ואני אתן. אולם בגדו"ת הקשה על עצם הדין שיכול קבלן לאחר מתן מעות להשתעבד בקנין, דכיון דבקבלנות צריך לומר תן לו ואני אתן, שהנתינה ללוה תהיה על פי הקבלן כאלו המלוה עושה שליחותו, דבאמירת תן ואני אתן לך, באותה לשון עצמה ה"ז כאלו הקבלן עצמו הוא הלוה, ולאחר מתן מעות אין הדבר שייך אלא באופן שכתב הרשב"א, דכיון שהלוה המלוה ללוה בהלוואה גמורה שלא בשליחות הקבלן, גם אם אמר אח"כ מה שנתת לזה אני אתן לך לא מהני, ולא עדיף מהלוהו ואני אתן לך שאינו אלא ערבות. וכתב הגדו"ת לבאר דמהני קבלן לאחר מתן מעות, מדין שעבוד ששעבד נפשיה: "דכיון דאמר בהאי לישנא מה שנתת אני אתן, ולא קאמר שהלוית אני נותן, כונתו כאלו הוא אומר אני מחשיב ומעלה עלי כאלו מה שקבל הלוה היתה נתינה שנתתו לו בשליחותי, ואני אתן לך כאלו אני הוא הלוה, דיכול אדם לשעבד עצמו במה שאינו חייב ובלבד בקנין". הרי דמהני שעבוד הקבלן לאחר מתן מעות ע"י קנין, שמשעבד עצמו בתורת קבלנות.

ולאמור לעיל באנו לג' שיטות בראשונים, לענין אופן שעבוד של ערב קבלן לאחר מתן מעות. או שכלל אינו צריך קנין (ר"ת ודעימיה), או שיכול להשתעבד בקנין לעשות עצמו כקבלן (גדו"ת), או שאינו יכול להשתעבד אלא באופן שיהיה שעת מתן מעות, שיתן לו המעות ואח"כ יחזיר לו הלוה. ומדברי המחבר בשו"ע חו"מ קכט, נראה דמועיל שעבוד הקבלן לאחר מתן מעות בקנין, וז"ל: "כשם שאין הערב משתעבד אלא בקנין, או בשעת מתן מעות או בבית דין, כך הקבלן אינו משתעבד אלא באחד מדרכים הללו, שאין חילוק ביניהם אלא לענין שעבוד כתובה". מבואר דדין הקבלן כדין הערב לכל דבר וענין, ולאחר מתן מעות מהני השעבוד בקנין. ודברי המחבר הם כלשון הטור חו"מ קכט, ד. ועיין עוד בתש' רדב"ז (ח"א סי' קל) שכתב דאף לר"ת צריך קבלן קנין שלא בשעת מתן מעות, דמש"כ ר"ת דקבלן אינו צריך קנין, היינו לענין עצם השעבוד כשאמר תן לו ואני נותן, דאף בשעת מתן מעות הו"א שצריך קנין, קמ"ל ר"ת שאין צריך קנין: "ומה שאמר בשם ר"ת דקבלן אין צריך קנין, לאו לעיקר השעבוד קאמר, דאין ערב ולא קבלן משתעבד אלא באחד מג' דרכים אשר כתבתי. אלא ה"ק, דאם אמר תן לו ואני נותן, אע"פ שלא קנו מידו, נעשה קבלן ותובע את מי שירצה תחלה". ומבואר לכאורה דלר"ת בקבלן דלאחר מתן מעות צריך קנין.

ג. בטעם הקניין

ויש להבין דעת ר"ת ודעימיה, ערב קבלן גם לאחר מתן מעות לא צריך קניין. דמצאנו ב טעמים מדוע ערב בשעת מתן מעות לא צריך קניין. הרשב"ם (ב"ב קעג,ב ד"ה גמר, עיין לעיל) מבואר, שבשעת מתן מעות נחשב הדבר כביכול המלוה נתן ללוה את הכסף בשליחות הערב: "ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוח". וסברא זו שייכת רק בשעת מתן מעות, ואילו שלא בשעת מתן מעות, גם אם הוא ערב קבלן, לא שייך שיהיה הוא כאילו קבל המעות, וכנתן המלוה ללוה המעות בשליחות הערב, דמה שייכת שליחות זו לאחר שכבר נתן מעות. וכן יש להבין להסבר הרשב"א והריטב"א קדושין (ו,ב, ז,א): "תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב. כלומר, וחזור הוא ואומר לה התקדשי לי בהנאה זו שאני נותן מתנה זו לזה בדבורך, דערב נמי בההיא הנאה דקא מהימן ליה משתעבד, ולא מחמת גוף הממון ממש שאינו מקבלו, וכ"כ הרמב"ם, האשה שאמרה תן דינר לפלוני מתנה ואתקדש אני לך, ונתן ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך, הרי זו מקודשת". ומבואר כמש"כ לעיל, שמקבל הערב הנאה מעצם היותו נאמן. ואפשר דר"ת ס"ל לחלק בין ערב לאחר מתן מעות לערב קבלן לאחר מתן מעות, דערב לאחר מתן מעות, אין כל הנאה, דאין בזה כל נאמנות בערבותו, שלא הוציא מעות על פיו. משא"כ ערב קבלן, שהוא עצמו נהיה הלוח, אף שכבר הוציא המלוה מעות, העובדה שמוכן שהוא יהיה כלוח, הרי יש בזה נאמנות שיש בה הנאה, שבתמורתה משתעבד הקבלן, ועדיין צ"ע.

ולכאורה יש להבין לשיטות הראשונים שצריך קניין לאחר מתן מעות, דהרי אפשר דקבלן אף לאחר מתן מעות יש איזה הנאה, ומדוע לא יוכל להתחייב ללא קניין. ובזה י"ל דבההיא הנאה שייך רק באופן שהנאה שוות ערך לחוב, אבל כשהנאה פחותה, לא מהני אלא בקניין וכדין התחייבות, דבשעת מתן מעות יש כאן הנאה של החוב עצמו, ועליו הוא ערב, משא"כ שלא בשעת מתן מעות, גם אם יש איזה הנאה, אינה שוות ערך לחוב עליו הוא ערב, ולכן צריך קניין. ולפ"ז לסברא לעיל, לר"ת אין צריך הנאה של כל החוב, אלא כל שהיא בתמורה, אף אם אינה בתמורה מלאה, מהני להתחייב ואין צריך קניין. (ועיין בנחל יצחק, לגרי"א, סי' מ ענף ט ד"ה אמנם, דההיא הנאה הוי כחליפין, וא"כ אינו צריך להיות שוה למה שמקבל בתמורה, עיי"ש. ועיין חזו"א חו"מ ליקוטים יז,א, דשעבוד דההיא הנאה דמהימן ליה, הינה : "הנאה של שמחת הנפש שוה פרוטה", עיי"ש.)

עוד נראה בבאור דעת ר"ת, דהנה הרמב"ן (ב"ב קסח,א) הקשה, דלכאורה אם בערבות יש שאלה של אסמכתא, מדוע אין צריך לקבל קניין כבי"ד חשוב לאפוקי מאסמכתא,

וסגי בקנין גרידא. ותירץ, דערבות אינה אסמכתא גמורה, וז"ל הרמב"ן: "ואי קשיא לך, אי הכי היכי אמרינן לקמן (קעג,ב) לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד אלא משום ההיא הנאה דמהימן ליה, י"ל שאני התם משום דעביד איניש דפרע חוביה, ואנן סהדי דאהכי סמך מעיקרא וכטועה בדעת עצמו דמי. ועוד, דמימר אמר אנא כפינא ליה ופרענא לך מדידיה, ואי לא, פרענא לך מדידי, ואי לאו דאמר קים לי בנפשאי לא הוה מתני הכי. תדע דהא ערב דלאחר מתן מעות, דליכא הנאה דמהימן ליה ואעפ"כ קנו מידו משתעבד, ואלו אסמכתא גמורה שהתנה על עצמו לא קניא עד דקנו מיניה בבית דין חשוב ובכטול זכוותיהו כדפריש רבינו הגדול ז"ל, שמע מינה ערב לאו אסמכתא גמורה היא, לפי שאין הכל תלוי בדעת עצמו". הרי כיון שסבור הערב דודאי ישלם הלוה, וכיון שאין הכל תלוי בדעת עצמו, אין זה אסמכתא גמורה, לפי מה שביאר הרמב"ן, דדוקא תולה בדעת עצמו, דאמר קים לי בנפשאי דידענא טפי, בזה הוי אסמכתא, אבל תולה תנאו בדעת מי שמתנה עליו, אינה אסמכתא.

וכן מבואר בחידושי הר"ן בב"ב קסח,א: "והייני טעמא נמי דאמרינן לקמן דערב דלאחר מתן מעות קנו מידו משתעבד, לפי שכיון שאף בדעת אחרים הוא נתלה, אינה אסמכתא גמורה, ומשום הכי מהני ביה קנין, דאלו באסמכתא גמורה שהתנה על דעת עצמו לא מהני ביה קנין אלא בכיטול זכוותיה, ובקנו מיניה כבי"ד חשוב". וכן ביאר בקצוה"ח יב,ג לענין הא דפסק בשו"ע חו"מ יב,יט: "פשרה בלא קנין ונתנו משכון ביד הפורנים, אינו כלום, אא"כ אמרו דלא כאסמכתא או מעכשיו". והקשה קצוה"ח, הרי לא מהני אמירת דלא כאסמכתא, לאפוקי מאסמכתא. ותירץ, דפשרה אינה אסמכתא גמורה, וכמש"כ הרמב"ן בדין ערב.

ואפשר דר"ת ס"ל, דכיון דכל הקנין הוא לאפוקי מאסמכתא, וכל האסמכתא בזה הינה אסמכתא לא גמורה, שהרי אינה בידו וסבור שישלם הלוה, ולכן צריך קנין לאפוקי מאסמכתא, דלאחר מתן מעות אין את ההיא הנאה. אולם בקבלן, שיכול מיד לפנות אליו, וא"כ סובר ר"ת שאין כאן חיוב מותנה, ולכן אין כאן אסמכתא כלל. שאף שאמנם יתכן ויפנה לגבות מהלוה תחילה, וכן ראוי ונכון, מ"מ בקבלן יכול לגבות ממי שירצה תחילה, ואם היתה בערבות אסמכתא גמורה, היינו אומרים שבכה"ג הוי אסמכתא שאינה גמורה ובעי קנין. אולם בכל ערב דלאחר מתן מעות אינה אסמכתא גמורה, ובערב קבלן שיכול לגבות ישירות מהקבלן, אף שיש צד לומר שסבור היה שיגבה המלוה מהלוה תחילה, מ"מ כיון שיכול לגבות מהקבלן תחילה, אין כאן חיוב מותנה ואינה אסמכתא כלל, ולכן ס"ל לר"ת שאינו צריך קנין. והראשונים הסוברים דצריך קנין, ס"ל דעדיין יש בזה אסמכתא וכנ"ל, דסבור שהלוה ירצה לפרעו, וכפי שנהוג ומקובל שבדר"כ פונה ללוה תחילה, עיין בב"ב קעג,ב ושו"ע חו"מ קכט,טו.

ועיין מחנ"א (ערב א) שהקשה, מדוע ערב קבלן לאחר מתן מעות צריך קנין, הרי אין אסמכתא בערבות. והיינו כמש"כ, דכיון שיכול מיד לפנות לקבלן, אין כאן חיוב מותנה. ותירץ, דמיירי שלא אמר בלשון חיוב, ולכן לא מהני בלא קנין, אבל אם היה אומר בלשון חיוב, חייב גם ללא קנין, וז"ל המחנ"א: "וכי תימא, א"כ בקבלנות דליכא משום אסמכתא, אמאי צריך קנין כשהוא לאחר מתן מעות, י"ל דלשון קבלנות לא הוי לשון חיוב, אבל אי אמר בלשון חיוב הניחהו לו ואני חייב לך בפני עדים, אפי' לאחר מתן מעות הרי זה משתעבד". רק עדיין צ"ע, מדוע לא יהיה צריך קנין ככל התחייבות שמחייב עצמו, ובשלמא אם היה אומר בלשון הודאה, ובאופן שלא שייך השטאה והשבעה, י"ל דמהני הודאתו להתחייב, אבל בלשון חיוב גרידא, לכאורה בעי קנין. וצ"ל דמיירי המחנ"א בחיוב כשיטת הרמב"ם ובאמירת אתם עדי, וכמבואר בשו"ע מ"א. (ועיין בגרנ"ט סי' קג, דאם מתחייב לחבירו בלא מעשה קנין, ויש לנו הוכחה שרוצה להתחייב, מהני התחייבותו אפי' בלא מעשה קנין, דמעשה הקנין בהתחייבות היא לגמירות דעת ולהוכחה שרוצה להתחייב, אולם אם יש לנו ראייה אחרת לכך, מהני אף בלא קנין.)

ומדברי הרמב"ם נראה דענין ערבות היא התחייבות, ולכאורה י"ל דמה שצריך קנין לאחר מתן מעות, הוא ככל התחייבות שצריכה קנין, משא"כ בשעת מתן מעות, הוי התחייבות בתמורה שאינה צריכה קנין. דהרמב"ם בהל' מכירה י"א, טו, כתב וז"ל: "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא. כיצד, האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה ... אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים". ובלח"מ שם הקשה סתירה בדברי הרמב"ם, דאם מהני מה שהוא כותב חייב אני לסך מנה בשטר, א"כ כל שכן שערב היוצא לאחר חיתום שטרות מהני בלא קנין, וזו דעת הראב"ד, ואין כן דעת הרמב"ם, דהרמב"ם סובר דאף ערב לאחר חיתום שטרות צריך קנין. וכתב הלח"מ לישב, דכיון דערב דמי לאסמכתא, דתלוי אם לא יפרע הלוה, ואינו דומה לחיוב שחייב עצמו בשטר, מ"מ מעלינן ליה דרגא אחרינא בערב לומר דבקנין מהני, דערב אינו אסמכתא גמורה אלא דמי לאסמכתא, ולכן בקנין סגי. אך דחה, דמדברי הרמב"ם מבואר דבערב אין צריך כלל קנין, דדמי להתחייבות, דאם צריך קנין, אינו דומה לחייב אני לך מנה בשטר. ובעיקר דברי הרמב"ם, הראשונים בר"פ יב דכתובות (עייין ר"ן ס"א, מעמוה"ר) הקשו, דהא בערב נמי בעינן או קנין או מתן מעות ובההיא הנאה דקא מהימן ליה, אבל אינה התחייבות ללא קנין או הנאה.

ואפשר דהרמב"ם ס"ל דכל ענין ערבות הינה התחייבות ובגדרי התחייבות, וכל היכא דהתחייבות צריכה קנין, גם בערבות צריך קנין, והכל נמדד בדיני התחייבות, ולכן במתחייב בשטר, לרמב"ם הוי התחייבות שאינה צריכה קנין, ובערב לאחר חיתום שטרות ס"ל לרמב"ם דבגדרי ההתחייבות ובדיניה, אין כאן התחייבות מועילה בפני עצמה, כיון שלא כתב באופן של התחייבות המועילה, אף שהיא בשטר, ולכן ס"ל לרמב"ם דצריך קנין. ואף בכל התחייבות בע"פ ללא אתם עדי צריך קנין, אלא דבשעת מתן מעות, הוי התחייבות בתמורה, ולאחר מתן מעות, צריך קנין כמו כל התחייבות, או תחליף לקנין, כמו הודאה באתם עדי וכד'.

ודברים אלה יש ללמוד מדברי קצוה"ח מ,א. קצוה"ח הקשה דהמחבר בשו"ע חו"מ מא, פסק כדעת הרמב"ם דאין התחייבות צריכה קנין, ובשו"ע חו"מ סו, פסק, דהמתחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם חייב, אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בלשון חיוב שאמר הווי עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך, חייב והווי שקנו מידו. ולכאורה הוא סותר לדעת הרמב"ם הנ"ל דבחיוב אין צריך קנין אלא מתחייב בדיבור בעלמא, והש"ך ס,כו נשאר בזה בצ"ע. ולכן ביאר בקצוה"ח, דודאי חיוב בעי קנין כמו כל המשאות והמתנות דבעי קנין כל חד כפי קנינו, אלא משום דאודיתא הוא עצמו הקנין בכל הדברים הנקנין בין בקרקעות בין במטלטלין, והווי קנין גם לענין התחייבות. ודוקא כשאומר הווי עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, הוי אודיתא והודאה שהוא חייב, אף ששניהם יודעים שאינו חייב. משא"כ בחו"מ סו, דאמר הווי עלי עדים שאני מתחייב, בזה אין לשון הודאה, ואינו מתחייב בלא קנין. וכן הדין באומר הווי עלי עדים שזה החפץ של פלוני, נקנה הוא לו באודיתא, ואם אמר הווי עלי עדים שאני נותן חפץ זה לפלוני, ודאי לא קנה בלא קנין כיון דאין בזה קנין אודיתא.

ובזה כתב קצוה"ח לישב מדוע ערב צריך קנין, דכיון שבערב אין לשון הודאה אלא לשון התחייבות להבא. ואפי' הערב רוצה לחייב עצמו לאחר מתן מעות בלשון אודיתא, וכגון שיאמר הריני מודה בפניכם שאני ערב, אפשר דלא מהני, כיון דדעת הרמב"ם (מלוה ולוה כו,א) דערב קודם חיתום שטרות בעי קנין, ואף דבשטר ודאי מתחייב אפילו אינו חייב, דס"ל להרמב"ם דערב דהווי אסמכתא בעי קנין דוקא, וא"כ כי היכי דשטר לא מהני ליה, הוא הדין אודיתא לא מהני, אבל במקום דשטר מהני, אודיתא לא גרע. וכל זה לאפוקי מדברי הש"ך (מ,ד) וכל האחרונים, דטעם הרמב"ם דחיוב הוא קל להתחייב בדיבור בעלמא. והווי נגד הסברא ונגד כמה סוגיות בש"ס, וכן משמע בהא דאמר רב גידל (כתובות קב,א) הן הן הדברים הנקנין באמירה, ומשמע דשאר דברים אין נקנין אפילו בחיוב. ולכן י"ל דהרמב"ם לא מיירי אלא מלשון

הודאה, והוא קנין מעליא כמו שטר דאודיתא דהוי קנין, רק בערב אין בזה לשון של הודאה ליתן לזה דין של אודיתא.

עוד הוסיף דקנין אודיתא אינו נגמר בלא עדים, ואם הודה לו בינו לבינו או אפילו בפני עדים ולא אמר אתם עדי, לא מהני. ואף דבכל הקנינים לא איברי סהדי אלא לשקרי, היינו משום דהקנין נגמר בפני עצמו בלא עדים, ולכן לא איברי סהדי אלא לשקרי, אבל קנין אודיתא העדים הינם חלק ממעשה הקנין, ואם לא אמר אתם עדי ובינו לבינו לאו כלום הוא אף דלא טען משטה, דלא בעינן טענת השטאה והשבעה אלא בהודה בחוב שחייב, אבל אם שניהם יודעים שאינו חייב ואינו זוכה אלא בקנין אודיתא, כל זמן שאין האודיתא באופן ובצורת הקנין, דהיינו בפני עדים ובאתם עדי, אין כאן אודיתא ואינו זוכה באודיתא כזו.

ומבואר מקצוה"ח דבערב בעינן דוקא קנין ולא מהני הודאת אתם עדי, כיון דענין ערב הוא התחייבות, וכל התחייבות צריכה קנין, ואין כאן לשון של קנין אודיתא שתהיה הקנין של ההתחייבות. ועיין בר"ן (כתובות סא, א מעמוה"ר) שכתב דלא מהני אתם עדי בערבות, משום דדמי לאסמכתא, ועיין ש"ך מה דכיון דחיובו על תנאי, לא מהני בלא קנין. ולקצוה"ח יש לפרש, דלא מהני הודאה בערב, כיון שלא שייך להודות על תנאי, ולכן אין בזה קנין אודיתא, ובזה אין דברי הר"ן סותרים לדברי קצוה"ח, וקצוה"ח מסביר רק באופן האמור. והנתיבות מ"ב, מבואר דלא כקצוה"ח. הנתיבות כתב דלא מהני ערב באתם עדי רק לשיטת הרמב"ם (מלוה ולוה כו, א) דבערב אפי' שטר לא מהני רק קנין, אולם למה שהביא שם במגיד דיש חולקים וסוברים דערב דינו כשאר מתחייב עצמו, וכמו שיכול לחייב עצמו בשטר בלא תנאי, כמו כן כשנתחייב עצמו בתנאי, כמו שמתחייב הערב, מהני ע"י אתם עדי. ולמש"כ קצוה"ח, אף דדין הערב כדין ההתחייבות, מ"מ גם בהתחייבות בעינן קנין, ולא שייך קנין אודיתא בערב, כיון שאינו יכול להודות אלא באופן מוחלט ולא בהתנאה.

ג. חתם בשטר, אם צריך קנין

ויש לדון אם חתימה בשטר, מהני כמו קנין, לסוברים דקבלן לאחר מתן מעות צריך קנין, אם כתב בשטר באופן המועיל, אם מהני במקום קנין. הרמ"ה בשלהי ב"ב, כתב וז"ל: "וקי"ל כרב נחמן, דהא אסיקנא והלכתא ערב דשעת מתן מעות לא בעי קנין, דלאחר מתן מעות בעי קנין. ערב דב"ד הוא דלא בעי קנין, ואפילו לאחר מתן מעות. דבההיא הנאה דקא מהימן ליה קמי בי דינא, גמר ומשעביד נפשיה. ואינך כולהו בעו קנין. כלומר ואינך כולהו דלאחר מתן מעות, לא שנא חנוק ולא שנא דלאו חנוק, לא שנא קודם חיתום שטרות, היכא דלא אמר להו כתובו, ולא שנא

לאחר חיתום שטרות, לא שנא ערב ולא שנא קבלן, לא שנא קבלן דכתובה ולא שנא דב"ח, לאחר מתן מעות בעו קנין". מבואר שקבלן לאחר מתן מעות צריך קנין, ולא מהני גם בכתיבה לאחר חיתום שטרות, ורק קודם חיתום שטרות שאמר לעדים כתובו, הוי כשעת מתן מעות, אבל לאחר חיתום שטרות, דהוי לאחר מתן מעות, לא מהני התחייבות הערב או הקבלן בכתיבה. וכן מבואר מדברי הרשב"ם בסוף ב"ב, לענין ערב שלא בשעת מתן מעות שצריך קנין: "ואפי' חתום בתוך השטר, ואי חתום לאחר חיתום בעי קנין וגובה מבני חורין". הרי דבכל ענין צריך קנין, אף שחתם בשטר.

אולם מדברי הרמב"ן בשלהי ב"ב, מבואר דבכתב הוי קנין, ואף ערב דלאחר חיתום שטרות, שכבר אינו שעת מתן מעות, מהני השטר להתחייב כערב, וז"ל: "ואנן קיימא לן כר' יוחנן, וממילא שמעינן דערב היוצא אחר חיתום שטרות מחמת חיתומו חייב, דהיינו חייב אני לך מנה בשטר, וקיימא לן דחייב כר' יוחנן. ואע"ג דגריס רבינו הגדול ז"ל ואינך כולהו בעו קנין, פירושו כל ערב דלאחר מתן מעות וערב דכתובה, אבל לא ערב דאחר חיתום שטרות כדמוכח התם, ודברים פשוטים הם למבין". מבואר מדברי הרמב"ן דכתיבה בשטר של הערב אפי' לאחר מתן מעות, מהני לחייב הערב. וכן כתב הרשב"א שם, דכולהו מודו דמשתעבד אף דלא קנו מידו, דהוי ככותב בשטר חייב אני לך מנה, וכל שכן לר' יוחנן דאמר בכותב על השטר חייב אני מנה, שחייב ואע"ג דלא שייך נפשיה בשטרא, ואנן קיי"ל כר' יוחנן. וכן כתב רבינו יונה בעליותיו בסוף המסכת: "עוד אני אומר, דהא דאמר רב נחמן ערב דלאחר מתן מעות בעי קנין, ובלאו קנין לא משתעבד כלל, דוקא בערב שלא חתם עצמו בשטר החוב, אבל חתם בשטר החוב, משתעבד לבני חרי, כפשטיה דמתני', ערב היוצא לאחר חיתום שטרות גובה מנכסים בני חורין. ועוד, דלא גרע ממי שכתב לחבירו חייב אני לך מנה בשטר, דקיי"ל כרבי יוחנן דאמר חייב, ואפי' ר"ל הכא מודה משום דשעבד נפשיה בשעבודא דאורייתא". הובאו דבריו גם בשטמ"ק שם. וכן נראה מדעת המאירי סוף ב"ב. וכן מבואר בריטב"א (ב"ב קעה,ב), דערב דלאחר מתן מעות בעי קנין, אינו אלא לאפוקי דלא משתעבד באמירה, אבל בכתיבה משתעבד, בכתב ידו לבני חורין, ובעדים לנכסים משועבדים. והנימוק"י (ב"ב פג,א מעמוה"ר) הסתפק בזה, ומסקנת דבריו, דלאחר חיתום שטרות, שכבר נשלם השטר בעדיו, ומה שכתוב אחר כן כאילו נאמר על פה, וכיון שהוא לאחר מתן מעות, אין הערב חייב כלום אלא דוקא בקנין. ומבואר דס"ל לנימוק"י דלא מהני התחייבות בכתב כשאין קנין, אלא דוקא בקנין מהני לאחר מתן מעות.

והרמב"ם (מלוה ולוה כו,א), כתב וז"ל: "המלוה את חבירו בשטר, ואחר שהעידו העדים בשטר בא ערב וערב את הלוה, אע"פ שקנו מידו ונשתעבד לשלם כמו שביארנו, כשיבא המלוה להפרע מנכסי הערב הזה, אינו טורף מנכסים משועבדים.

היה הערב בגופו של שטר קודם חתימת העדים, אם כתבו פלוני ערב, שהרי אינו מעורב עם הלוח במלוה, אינו גובה ממנו מן המשועבדים. אבל אם כתוב בשטר פלוני לוח מפלוני כך וכך ופלוני ערב, שהרי ערבו לוח עם ערב בשטר וקנו מידו של ערב ואח"כ חתמו עדים בשטר, ה"ז נפרע מנכסי ערב המשועבדים". וממש"כ הרמב"ם; אע"פ שקנו מידו, למד המגיד דהרמב"ם ס"ל דאין הערב יכול להשתעבד לאחר מתן מעות ללא קנין, ואפי' ערב קודם חיתום שטרות, וזאת מהמשך דברי הרמב"ם שמצריך קנין אף קודם חיתום שטרות. והביא המגיד את דברי הרמב"ן והרשב"א החולקים וס"ל דאם כתב בשטר, אין צריך קנין. ובלח"מ ביאר דברי המגיד, דלא דייק מלשון הרמב"ם: אע"פ שקנו מידו, די"ל דלעולם לא בעי קנין, ונקט לרבותא דאע"פ כן לא גובה ממשעבדי, רק דייק ממש"כ הרמב"ם; ונשתעבד לשלם, דמשמע דיש בקנין שעבוד לשלם. רק הקשה לשיטת הרמב"ם, דכיון דערב לאחר חיתום שטרות איירי בקנין, איך איתא בגמ' ר"פ יב דכתובות, דמאן דמחייב ערב היוצא לאחר חיתום, מחייב גם באומר חייב אני לך מנה בשטר, דיש לחלק, דערב קבל בקנין. ותירץ הלח"מ דהרמב"ם מפרש דהאומר חייב אני לך מנה בשטר, היינו שהזכיר מלת שטר בפיו, וכיון שהזכיר מלת שטר בפיו הרי כאומר אתם עדי והוי כקנין.

ומחלוקת הראשונים, הובאה בטור חו"מ סי' קכט, ובשו"ע חו"מ קכט, ד: "ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, דהיינו לאחר שחתמו העדים בשטר כתב ואני ערב, וניכר שכתב ידו הוא זה, או שהעדים מעידים עליו, י"א שמשמעבד בלא קנין לגבות ממנו מבני חורין, וי"א שאינו משמעבד אלא בקנין. ולהרמב"ם אפילו ערב היוצא קודם חיתום שטרות צריך קנין, כל שלא נכנס ערב אלא לאחר מתן מעות". הרי מחלוקת הראשונים אם קודם חיתום שטרות צריך קנין (הרמב"ם), וי"א דאף לאחר חיתום שטרות אין צריך קנין. ועיין בבעה"ת לה, ב, ה, שהביא מחלוקת הראשונים, ובגדו"ת שם מה שהקשה על דברי הטור. ובהסבר מחלקתם, כתב בסמ"ע קכט, יב, דהראב"ד ודעימיה סוברים, דאין ערבות זו גרעה מכל מתחייב לחבירו וכתב לו בשטר אני חייב לך מנה, דחייב אפילו בלא קנין. והרמ"ה ודעימיה ס"ל, דכיון ששיעבד עצמו בתורת ערבות ואסמכתא היא, גרע מכל התחייבות שהיא מוחלטת ולא מותנית. וכן דעת הרמב"ם דמצריך קנין אפילו בערבות היוצא קודם חיתום שטרות, ואפילו כתוב בו ופלוני ערב בוי"ו, ואם לא קנו מידו, אפי' מבני חרי אינו גובה. ועיין בש"ך קכט, יא שפסק דלא מהני בלא קנין, דלדידן דקי"ל אסמכתא לא קניא אא"כ קנו מיניה, וערב דמי לאסמכתא, לא מהני רק בקנין. וע"ע בתומים קכט, ה, ובנתיבות קכט, ג, מש"כ בבאור הסוגיא.

וכבר הובאו לעיל דברי הרמ"א בתש' (סי' עב), שממנו עולה להדיא שפוסק דבכל ענין בעי קנין, אפי' כתב הערב התחייבותו בשטר: "ומאחר דכל הני רבוותא

ס"ל דקבלן בעי קנין, פשיטא דפסקינן כוותייהו, ודלא כר"ת שכתב המרדכי בשמו דקבלן לא בעי קנין. גם אין לחלק בין נתן לו שטר על הערבות בין ערב לו בעל פה, דבכל ענין לא משתעבד בלא קנין, כמו שכתב הטור בהדיא סי' הנ"ל, וכן כתבו התוס' שם בהדיא בשם ר"ח". ומבואר להדיא שפסק הרמ"א, דאף בקבלן לא מהני שטר שהתחייב הערב, אם לא קבל בקנין.

ד. חתימה כסיטומתא

ויש לדון אם חתימתו בשטר תחשב כקנין סיטומתא, כיון שנהגו שחתימה מחייבת, ועיין מה שכתבתי בזה בח"ו סי' כ, ובפרט כשהחתימה תקפה גם ע"פ החוק, עיין מש"כ שם באות ג. רבינו ירוחם במישרים (סוף נתיב ג), כתב וז"ל: "ואם נכנס ערב בתקיעת כף, בענין שבעלמא בלא תקיעת כף ערבות כזה היה צריך קנין, אינו מועיל בו תקיעת כף בלא קנין, שלא על אמונתו הלוהו, כך כתב רבינו מאיר בתשובה בשם רבי יצחק בר' מנחם". ודברי רבינו ירוחם הביאם להלכה הרמ"א בחו"מ קכט,ה, דאפי' נתן לו תקיעת כף, אם הוא במקום שלא נהגו לקנות בכך, לא מהני ערבותו, ורק כופין אותו לקיים שבועתו. ומשמע שאם דרך לקנות בתקיעת כף, מהני מדין סיטומתא. ומבואר לכאורה דאם נהגו התגרים לקנות בכך, מהני מדין קנין סיטומתא, וכן נראה מדברי הסמ"ע קכט,טו, דציין לחו"מ סי' רא, דיש מקומות שנהגו לקנות בכך. ועיין בש"ך שם ס"ק יג, דס"ל לסמ"ע דלא גרע תקיעת כף מסיטומתא, וצריכים בניו לקיים אף כשמת, במקום שנהגו בכך להתחייב. ומשמע שגם הש"ך ס"ל דמהני סיטומתא בהתחייבות של ערב.

ומדברי הסמ"ע למד בהגהות אמרי ברוך, (לבעל הברוך טעם, חו"מ סי' רא), דמהני קנין סיטומתא בהתחייבות. בתחילה כתב שם שסבר שאין קנין סיטומתא מועיל בהתחייבות, דאינו אלא מנהג לקנינים שקונים זה מזה, ולא בקנין לחיזוק כקנין בהתחייבות. אך למד מהרמ"א חו"מ קכט,ה והסמ"ע ס"ק טו, דמהני בערב, אף ששם הוא קנין לחיזוק, וא"כ מוכח דמהני אף בהתחייבות. והגר"מ אריק במנחת פיתים (סי' רא) הביא ראייה דמהני תקיעת כף בערבות, מרש"י בכורות נב. על הא דתנן בגמ' שם; התוקע לחבירו נותן לו סלע, פירש רש"י, דהפשטות מיירי במכה את חבירו באזנו. אולם הביא פירוש אחר: "וכאן שמעתי, אל תהי בתוקעי כף שמכין בכפם על כף חביריהם, להיות ערבים בשביל אחרים". מבואר דמהני תקיעת כף לענין ערבות, אך צ"ע אם מהני מדין קנין או שבועה. ובמנחת פיתים למד מזה דמהני סיטומתא בהתחייבות, והיינו דמיירי לענין קנין, דכן יש לפרש לכאורה דברי הגמ', דמהמשך דברי רש"י נראה לכאורה לפרש כן, דקמ"ל רב אשי דלא תימא סלע צורי ליתבי ליה, דהוא ארבע זוז, אלא סלע מדינה, דהוא פלגא דזוזא שמינית שבסלע צורי.

וכן נראה להביא ראיה מדברי התוס' (ב"מ סו,א ד"ה ומניומי), וז"ל: "ומיהו קנס שעושין בשעת שידוכין, מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם, מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (עד,א) דקניא". ובקנס בשידוכין, הקנין הוא לחיזוק, שהוא קנין בהתחייבות, ומהני קנין שנהגו להתחייב באופן זה מדין סיטומתא. ומשם הוכיח החת"ס בתש' (חח"מ סי' סו), דמהני קנין סיטומתא לאפוקי מאסמכתא, אם נהגו העולם לקנות באופן זה ולא חששו לאסמכתא. (וגם הביא ראיה מדברי המרדכי במתחייב לחבירו להיות סנדק, עיין להלן). וראיה הנ"ל מדברי התוס', הביא גם מהרש"ג (ח"א חור"ד סי' פז, עיין גם בח"ג סי' קיג), וכן במהרי"ל דיסקין (פסקים סי' קכו). ואח"כ מצאתי שביה"ד הגדול, (בהרכב הגר"ע הדאיה, הגרי"ש אלישיב, והגר"ב זולטי, פד"ר ח"ג עמ' 369), כתבו לקיים חתימת המתחייב בחוזה מדין סיטומתא: "והואיל ולפי הנהגה בין הסוחרים, הרי חוזה התחייבות בחתימת יד מחייב אותו למלאות אחרי התנאים האמורים בחוזה, ולכן במקרה שלפנינו שהמערער חתם על התחייבות לשלם למשיבה מאתיים ל"י לחודש תמורת טיפולה בילדות, מחייב אותו לקיים את כל הכתוב בהסכם, מדין סיטומתא".

גם נראה להוכיח דמהני סיטומתא בהתחייבות, מדברי המרדכי (שבת תעב – תעג), שהביא מחלוקת ראשונים לענין מי שנדר לחבירו להיות בעל ברית או למול בנו, אם צריך לקיים. דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודדים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים: "ובאתרא דקנו ממש, קני הסיטומתא בשביל שכך נהגו, ה"נ כך נהגו, וצריך לעיין. ומיהו ר' יחיאל היה אומר דאם הוא מתנה בעודה מעוברת, אין כלום דהוי דבר שלא בא לעולם, דלא דמיא לסיטומתא דהתם בא לעולם ומועיל בה קנין, הילכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור, אבל דבר שלא יועיל קנין כמו בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור". ולענין באור מחלוקת הראשונים, עיין מה שכתבתי בח"ו כ"ב. ומ"מ מחלוקתם הינה רק לענין דבר שלא בא לעולם, אולם לענין עצם ההתחייבות, לא נחלקו, ומשמע דמהני קנין סיטומתא, רק שם נחלקו כיון שלא בא לעולם.

עוד נראה להביא ראיה דמהני מנהג להתחייבות, דבמחבר חו"מ מה,ה פסק: "מקום שנהגו שהסופר חותם על פי העד, שכותב פלוני בר פלוני חתם במסירת קולמוס, או שכתוב בו פלוני בר פלוני צוה לחתום, אם קבלו בני העיר עליהם לעשות ערותו כעדות העד כשר". ובסמ"ע שם מה,ח, הביא מתש' הרשב"א (ח"ד סי' קצט), דהוא הדין לזה המחייב עצמו בכתב ידו או בממר"ם, שכתב פלוני בן פלוני חתם במסירת קולמוס, או שכתב בו פלוני בן פלוני צוה לחתום, דמהני התחייבותו מכח המנהג.

ועיי"ש בש"ך ס"ק ח, ובקצוה"ח ס"ק ב. ונדון הסמ"ע הוא בהתחייבות שמחייב עצמו, ומהני אף בלא קנין, אם נהגו שכך מתחייבים.

וכן מבואר בתש' מהרש"ם (ח"ה סי' טו), לענין מי שקבלוהו הקהל וקצבו לו שכר, דמה שנעשה בטובי העיר, אין צריך קנין, והבא להשיג גבולו הוי כנוטל את שלו ממש, ואינו כעושה בתוך שלו וזוכה מהפקר. ואף שהשכר אינו קצוב וגם דבר שלא בא לעולם, מ"מ לא הוי כקנין אלא כהתחייבות, ומהני אף בדבר שלא בא לעולם. ואף שדעת הנתיבות ס"ט דבהתחייבות לא חל החיוב עד שבא לעולם ויכולים לחזור בהם, מ"מ בדברי הקהל כיון דאין צריך קנין, בודאי אינו יכול לחזור; גם י"ל דמהני בתורת קנין סטימותא, כיון דהמנהג הוא כן". ומבואר דמהני סטימותא בהתחייבות.

אמנם יש מהאחרונים שכתבו דלא מהני קנין סטימותא בהתחייבות, עיין בכסף הקדשים סי' רא: גם שמועיל סטימותא לגבי קנין, לגבי שחייב עצמו במה שאינו חייב, נראה שאינו מועיל. ואם אחר שנתברר שאין אונאה במקח, נתרצה ונתן תקיעת כף סטימותא להוסיף, הו"ל לחייב עצמו במה שאינו חייב, ואין חל על זה סטימותא, כי בקנין סודר חל חיוב ע"י חלופי קנין הסודר, משא"כ בשאר סטימותא. גם אין מנהג סטימותא רק לקנות ... ע"י סטימותא לא מצינו שיחול התחייבות". ולכאורה יקשה מהראשונים ומהרמ"א הנ"ל. ואפשר דמיירי כסף הקדשים במקום שלא נהגו כן, ואף שכתב כן רק לתוספת טעם, אפשר שכך הוא העיקר. אולם מפשטות דבריו נראה דלא מהני סטימותא בהתחייבות, ורק בקנין מהני. וע"ע במהרש"ם במשפט שלום (סי' רא סע' ב הגהה ג ד"ה וע"ע בהגהות), שהביא מתש' תועפות רא"ם חו"מ סי' יז דלא מהני. אולם דעת מהרש"ם דמהני, עיי"ש. וכאמור, רבו הפוסקים שכתבו דמהני סטימותא בהתחייבות, וכן מבואר בראשונים, ובפרט לענין ערבות, כמו שלמד הסמ"ע בדברי הרמ"א.

לאור האמור לעיל, אף שערב קבלן לאחר מתן מעות צריך קנין, ולכל הפחות יכול לומר קים לי כפוסקים דלא מהני עצם ערבותו בשטר ללא קנין, אולם האידנא שנהגו להתחייב בשטר, י"ל דמהני ערבותו שחתם בשטר לאחר מתן מעות, כדין ערבות בקנין.

סימן ז

ערב בתמורה לביטול עיכוב יציאה

ראשי פרקים

א. מחלוקת הראשונים בערב לגופו

ב. כשיש צורך בחייב עצמו

ג. תביעת הערב כנגד הבעל

כשהוצא עיכוב יציאה נגד אחד הצדדים, מאפשר ביה"ד למעוכב יציאה לצאת מהארץ, בתמורה לערביות מתאימות. בין השאר, לעיתים, מינוי סופר, עדים ושליח (הרשאת נחפז לדרך), ערביות כספיות ועוד. לעיתים דורש ביה"ד שימציא המעוכב ערב צד ג, שיקבל על עצמו כל חיובים שיש למעוכב, שבמידה ולא יחזור ארצה ולא ישלם, מקבל עליו הערב לשלם החיובים במקומו (כגון: חיובי מזונות).

ארע ובמקרה מסוים, דרש ביה"ד שהערב צד ג יתחייב שהמעוכב ישוב ארצה תוך זמן קצוב, ובמידה ולא, ביה"ד יוכל לחייבו לפי שקול דעתו, עד לסכום מסוים (סכום גבוה), ואף הפקיד יפוי כח בלתי חוזר על נכס, וקבל סמכות ביה"ד לדון. והערתו שלכאורה התחייבות זו אינה בגדר ערבות אלא התחייבות חדשה, ובהיותה מותנית, יש לפנינו שאלה של אסמכתא, יש לקבל בקנין בבי"ד חשוב, לאפוקי מאסמכתא.

ונו"נ אם מהני ערבות לגוף, שהוא מחלוקת הראשונים, ולכן עושים בדרך של התחייבות. ומה הדין אם המעוכב לא שב ארצה, וביה"ד חייב את הצד ג מדין התחייבותו, ורוצה הצד ג לתבוע את המעוכב על שלא חזר ארצה. וטוען המעוכב שאין כאן ערבות אלא התחייבות, ולכן לא חייב לשלם הנזק של צד ג.

א. מחלוקת הראשונים בערב לגופו

הרמב"ם בהל' מלוה ולוה כהיד, כתב וז"ל: "מי שאמר לחבירו, הלוהו ואני ערב לגופו של לוה זה, לא ערב לעצמו של ממון, אלא כל זמן שתרצה אביאנו לך, וכן אם אמר לו אחר שהלוהו ותבעו, הניחהו, כל זמן שתתבענו אביאנו לך, וקנו מידו על זה. אם לא יביא זה הלוה, יש מן הגאונים שהורה שהוא חייב לשלם, ויש מי שהורה שאפילו התנה ואמר אם לא אביאנו או שמת או שברח, אהיה חייב לשלם, הרי זו אסמכתא ולא נשתעבד, ולזה דעתי נוטה". והראב"ד השיגו: "דל אסמכתא

מהכא, שהרי סלקו אותה בגמרא. אלא אם אמר בשעת מתן מעות הלווה ואני ערב לך להביא בידך את גופו, ואם לא אוכל להשיבו לשלם, לית דין ולית דיין שהוא חייב לשלם. ואם לא אמר לו כך, למה יתחייב ממון, אלא י"ל שיבא גוף תחת גוף עד שיתפשר עמו". ופשטות דברי הרמב"ם, דהיש מן הגאונים ס"ל דאף שלא אמר להדיא שאם לא אביאנו הריני חייב לשלם, מ"מ יש לפרש דבריו באופן זה. ודעת הרמב"ם, דאפי' אמר להדיא שישלם, הרי זו אסמכתא. והראב"ד ס"ל דבעצם הערבות אין אסמכתא, לכן אם הוא ערב לגופו ובפירוש התחייב לשלם, אין כאן אסמכתא וחייב לשלם, ואם לא התחייב לשלם, הרי הוא ערב לגופו של חייב, ומעמיד עצמו תחתיו, עד שיתפשרו עימו. ומדברי הראב"ד יש ללמוד, שהתחייבות בצורה כזו של ערב לגופו ואם לא אביאנו, אשלם לך, הרי זה בגדר ערבות ולא בגדר התחייבות, ונפק"מ, שאם בגדר ערבות, יצא ערבות מגדרי אסמכתא, וכמש"כ הראב"ד בתחילת דבריו, ולכן חייב לשלם גם אם לא קנו בביה"ד חשוב. משא"כ אם היה כאן גדר של התחייבות, הרי שצריך החייב לקבל קנין על עצם ההתחייבות, כמבואר בחו"מ סו, וכן צריך לקבל קנין בבי"ד חשוב, לאפוקי מאסמכתא.

וברב המגיד שם, הראה מקור לדברי היש מן הגאונים, מתשובה לרב נחשון גאון (מובא בעיטור ריש ערב), וכן דעת רב צמח גאון. ודעת הרמב"ם, שכל שהערבות או הקבלנות הן על תנאי, דינן כדין אסמכתא, וכמש"כ הרמב"ם במלוה ולוה כד, ח. ודעת הגאונים דאפי' לא אמר אם לא אביאנו אהיה חייב לשלם, סתמו כפירוש, לפי שאין אדם מוציא דבריו לבטלה, ובודאי זו כוונתו. והרב המגיד הקשה על מש"כ הראב"ד, שיבוא גוף תחת גוף. דמה יעשה גוף הערב בבי"ד, ולכשיהיה בבי"ד ויאמר איני יכול להביא הלוה, איזו כפייה יכפוהו בי"ד אם לא בתשלומין, היחבשו אותו עד שיתפשר עם המלוה, או יעמוד שם לעולם, והיכן מצאנו כפיה כזו. עוד הקשה, דא"כ יותר משועבד ערב זה מערב אחר, דודאי גופו חביב עליו מממונו, ויתן ממון רב, אף מעבר לחוב עצמו. ומ"מ לעצם מחלוקתם כתב המגיד דאין בידו להכריע. (ועיין תומים קלא, ט).

והלח"מ והמל"מ (שם) הקשו על מקור הרב המגיד מתש' רב נחשון גאון, דמתש' רב נחשון נראה דמיירי בערב שהתחייב להביא את החייב לביה"ד עד זמן מסוים, ואם יביא, יפטר מערבותו, והיינו ערבות ממון, ושכן משמע מדברי הטור. וכן נראה מדברי בעה"ת (לה, א, ז), לאחר שהביא את מחלוקת הראשונים בדין ערב לגופו, ואת דברי הרמב"ם דהוי אסמכתא, כתב וז"ל: "ומסתברא דכל הני דאמין דערב לא משתעבד בהו משום דהוי אסמכתא, טעמא דליכא מעכשיו, הא איכא מעכשיו מהני. וכן סברת רב נחשון גאון ז"ל, דאתשיל על ראובן דהוה ליה ממון על שמעון, ואוקי לה ערבא דמיתי ליה עד שלשים יום, ואי לא - מעכשיו אתנם לך משלם, ולא הביאו

בזמנו, ואחר זמנו הביאו, ואמר ליה ראובן לא מקבלנא. ואמר להו גאון, כיון דאמר מעכשיו הכל לפי תנאו, דתנאה במעכשיו מהני, ע"כ. והיינו טעמא דערב מיחייב, אע"ג דאיתיה אסמכתא...". מבואר דתש' רב נחשון גאון מיירי לענין חיוב ממוני של ערב, שהיה מותנה בהבאת החייב תוך זמן, דאם אמר מעכשיו, אין בזה אסמכתא. וא"כ עצם הערבות אינה על גופו אלא על ממון, אך מותנית בהבאת החייב. ועיי"ש בגדו"ת, דמוכח מבעה"ת דלא כמגיד, ואין מתש' רב נחשון גאון ראה לדברי הרמב"ם דלא מהני ערב לגופו. ועיין סמ"ע קכט, לג, ובש"ך שם ס"ק כז. ומה דמשמע מדברי הב"י, דפירוש הרב המגיד דמיירי תש' רב נחשון בערב לגופו, אין הכונה דכן דעת הטור, אלא שכך פירש המגיד, אך אין כוונת הב"י דכן דעת הטור. כן מבואר בש"ך הנ"ל, וכן כתב בתש' שער אפרים סי' קנד, דכוונת הב"י דהרב המגיד פירשו כן, אבל לא הטור.

ומדברי הרמב"ם יש ללמוד דדין ערב לגופו, חסרונו הוא רק משום אסמכתא, אולם אם יעשה את הערבות באופן שאין בו אסמכתא, וכמו שנוהגים לעשות קנין בבי"ד חשוב, או לכתוב בערבות שעשו קנין בבי"ד חשוב, עיין ברמ"א חו"מ רז, טו, ובסמ"ע שם, כל שלא הביאו, חייב לשלם. כן מוכח מדברי הב"ח חו"מ קלא, טו, דקנין מעכשיו ודאי מבטל כל אסמכתא לדעת הרמב"ם, ומשמע להדיא מדברי הרמב"ם, דכל היכא דחייב להעמיד את גופו ולא העמידו, דחייב לשלם. ועיין עוד במרכבת המשנה (על הרמב"ם שם), שדן אם לדעת הרמב"ם, במקום דהוי אסמכתא, אם יש לחייב הערב מדין מזיק (עיין ברמ"א חו"מ קכט, ג, ממהרי"ו), דבתחילה כתב דודאי מודה הרמב"ם דכל שבידו לקיים הבאת גופו, כופין אותו לשלם או להביא, כיון שערב בשעת מתן מעות, ומדין מזיק, ולכן כתב הרמב"ם או שמת או שברח, דאין בידו לקיים. אולם כתב דיש לדחות, דכיון דהו"ל למלוה לאסוקי דעתיה שמא ימות, נמצא לא הלווה על סמך זה ולא חשיב מזיק.

ב. כשיש צורך בחייב עצמו

והנה על הפסוק (שמות כא, יט): אם יקום והתהלך בחוץ על משענתו, ונקה המכה, רק שבתו יתן ורפא ירפא, תנן במכילתא (משפטים, פרשה ו): ונקה המכה. שומע אני, יתן ערבים ויטייל בשוק, ת"ל אם יקום והתהלך בחוץ, מגיד שחובשין אותו עד שמרפא. והיינו שחובשין את האיש המכה. ודברי המכילתא הביאם הריב"ש (סי' רלו, עיין גם בב"י חו"מ סי' שפח). הריב"ש נשאל בענין שמעון, שהועלו נגדו חשדות שמסר את חברו, וחבשו את שמעון בבית האסורים, אם יש רשות לבי"ד להוציא את המוסר מבית האסורין בערבים בטוחים, בערבות גבוהה ובקנסות, שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המוסר חייב, אם יתברר הדבר. והשיב הריב"ש, שכל

שיש בעובר העברה חשש חיוב עונש, ב"ד חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין בדבר חיוב עונש, רק חיוב ממון לבד;

"ואין נותנין אותו בערבים. שהרי העובר, אם יראה שיתחייב בדין מידו, ברוח יברח, ומה יעשו ב"ד לערבים, ומה יועילו כי יפגעו בהם, והם לא עשו עברה. טוביה חטא, וזיגוד מינגיד (פסחים ק"ג, ב). ואם מפני שנתחייבו ונשתעבדו לכך, אין אדם יכול לשעבד עצמו במה שאינו מחוייב אלא בדבר שבממון, אבל לא בחיוב נפש. ועוד, שהעובר ילך לו בלי שום עונש, ולא מצינין לקיומי ביה ובערת הרע מקרבך. ועוד, שמי שעבר עברה שיש בה חשש חיוב עונש, אין ראוי שילך ויטייל בשוק, בעוד שבית דין מעיינין ונושאיין ונותנין בדינו. וזהו ששנינו במכילתא (משפטים פ"ו): ונקה המכה ... ולכן אם ראו בית דין שיש ממש בדברי התובע, ושאם יתברר הדבר שיהיה העובר חייב עונש בגופו, אין נותנין אותו בערבים."

ומדברי הריב"ש נמצאנו למדים פשט במכילתא, דמה שאין המכה יכול ליתן ערבים כדי לצאת מבית האסורים, הוא דין כללי בכל דבר שאין הערב יכול למלא את מקום החייב, ורק בממון שייך ערבות, שיכול לעמוד במקום החייב, דבעניי העונשין וכד', מדוע יש להלקות ולהעניש מי שלא חטא, ואיך יתקיים העונש בערב. ומזה נראה דס"ל לריב"ש דיש להביא ראיה מהמכילתא לכל ערב לגופו, שאין שייך דין ערב לגופו, ורק בממון שייך דין זה. ולכן למד הריב"ש דינו במוסר, מדין המכילתא, שאינו יכול לתת ערבים במקומו.

ולדעת הראב"ד הסובר דמהני ערבות לגופו, י"ל בתרתי. או דס"ל לראב"ד דדין המכילתא הוא גזה"כ ודין ענישה למכה, שיהיה במאסר עד אשר יתהלך המוכה בחוץ, ואינו מחשש שמא יברח. ולכן אין ללמוד ממנו למקרים בהם החשש שיברח, שבהם יכול להעמיד ערב אחר במקומו. או י"ל, וכן נראה עיקר, דדוקא לענין חיובי ממון, יכול להעמיד ערב לגופו, וכמש"כ הראב"ד; שיבא גוף תחת גוף עד שיתפטר עמו. דלענין חיוב ממון, אף אם הערב לא התחייב בממון ורק התחייב להמציא את החייב, מ"מ מהות חיוב החייב הוא חיוב ממוני, כך שתפיסת הערב תועיל לעצם מהות חיוב החייב. משא"כ כשהחייב הוא עונש גופני כמלקות וכד', בזה קמה טענת הריב"ש, כפשט פרוש המכילתא, שאין תועלת בתפיסת הערב, שמהיכי תיתי יענש הערב במקום החוטא, משא"כ אם חיוב החייב הוא חיוב ממוני, הגם שהערבות הינה גופנית, מ"מ באמצעות הערבות הגופנית ניתן להוציא את החייב הממוני מהערב מהכח אל הפועל. ונפק"מ בין שני הסברים במכילתא לדעת הראב"ד, אם מהני ערבות לחייב בדבר שאינו ממוני, דלפרוש קמא מהני, ודין ונקה המכה הוא גזה"כ כחיוב עונש

למכה, ואין ללמוד ממנו למוסר וכיוצב"ז, משא"כ לפרוש השני, בחיוב ממוני יכול להיות ערב לגופו.

על הא דאיתא בכתובות קי"ב: ת"ר, הוא אומר לעלות והיא אומרת שלא לעלות, כופין אותה לעלות, ואם לאו תצא בלא כתובה. כתב המרדכי (סי' שיג): "כתב רבינו חיים כהן בתשובה, דהני מילי בימיהם שהיה שלום בדרכים, אבל עכשיו שהדרכים משובשים, אינו יכול לכופה, דהוה ליה כמו חפץ ההולכה למקום גדודי חיות ולסטים. ואפילו אם יעמיד לה ערבים מגוף וממון, ערבך ערבא בעי". ונראה דהפשט במרדכי ערבך ערבא בעי, היינו שערב יכול להבטיח דברים שבידו, או שיכול לתת ערבות עליהם, אולם שלא יתפשו ע"י גדודי חיות וליסטים, מי הוא הערב שיכול לערוב לכך, וכי בידם הוא זה, ולכן לא מהני ערבות לדבר שאינו בידו. ואף שלממון יכול לשלם הערב מכיסו, אולם האשה אינה חפצה בפיצוי, היא חפצה לעבור את הדרך בשלום, וזה אין יכול אף ערב לערוב. ואין לפרש דערבך ערבא בעי, דגם הם ילכדו ע"י גדודי ליסטים וחיות, ולכן גם הם צריכים ערבים. דא"כ יכול להעמיד לה ערב שאינו הולך עמם בצידי הדרכים. אלא הבאור במרדכי, שהאשה אינה מעוניינת בפיצוי אלא שלא תלכד ע"י גדודי חיות וליסטים, וזאת אף ערב אינו יכול לערוב.

ומדברי המרדכי נמצאנו למדים דדבר שאין בידו של הערב, אינו יכול לערוב, דערבך ערבא בעי. ומזה נלמד למחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דככל שאין הערבות יכולה לתקן את מטרת הערבות, גם הראב"ד מודה דאינו יכול להיות ערב לכך. ורק במקום שבסיס החיוב הוא ממוני, וכל ענין הערבות היא להשלים את החסר הממוני, אף אם הערבות הינה להביא גופו של חייב, מ"מ יביא הערב גופו ויתפשר בממון, אולם כשעצם החיוב אינו ממוני, ונדרשת ערבות לדבר שאין ביד הערב לערוב, לא מהני ערבותו, דערבך ערבא בעי.

ואין להביא ראייה מתש' מהר"ח אור זרוע (סי' קעט) לנדון ערב לגופו. מהר"ח או"ז דן ביהודי היושב תחת השר, ותפשו השר ורוצה ממנו ערבות שלא יברח, או רוצה לתופסו, וכל מה שיש ליהודי, השר מוחזק בו. ובא לחבירו ובקש ממנו שיערב לו נגד השר, ונתן התחייבות וערבות של קרוביו, שאם יגרם נזק כספי לערב, ישלמו קרוביו כל נזק שיגרם לו, וכתבו שטר ערבות, ולא היה קנין בשטר הערבות, ולכן הערבים לערב אינם רוצים לקיים ערבותם, לאחר שנגרם לערב נזק. ודן שם מהר"ח או"ז לחייבם לכל הפחות מדין גורם נזק לחבירו, עיי"ש. והנה עצם הערבות שהיא לגופו, אין להוכיח מכאן דמהני. דהרמב"ם ישיב שהיא ערבות לפי דיניהם, והנידון היה על הערבות לנזק שיגרם לערב, אבל עצם הערבות היא כדיניהם. וכן י"ל, דסו"ס אף שהיא ערבות לגופו, מ"מ הערבות הינה ממונית, שאם לא יבוא, יוכל השר לתפוס

נכסים לערב ולגרום לו נזק, ובכחאי גוונא ס"ל לראב"ד דמהני ערבות כזו אף בדינינו. והשאלה היתה תוקף הערבות ללא קנין, וע"ז השיב מהר"ח או"ז דלכלל הפחות חייבים מדינא דגרמי, שלולי ערבותם, לא היה נכנס ערב. (וע"ע להלן אות ג, מש"כ בדברי מהר"ח או"ז).

ולכאורה יש להביא ראיה לדברי הראב"ד, מהגמ' ב"ב קעגב: א"ר הונא, מנין לערב דמשתעבד (באמירה בעלמא בלא קנין – רשב"ם), דכתיב; אנכי אערבנו מידי תבקשנו. מתקיף לה רב חסדא, הא קבלנות היא (ובאמירה בעלמא הוי קבלן), דכתיב; תנה אותו על ידי ואני אשיבנו. והרי ראובן היה ערב לגופו, ומשמע שהוא מקור דין ערבות. גם ממה שהקשה רב חסדא, דשם מיירי בקבלנות, מוכח דלולי היה מדובר בקבלנות, מהני הראיה מאנכי אערבנו, כמקור לערבות. ואפשר לבאר לשיטת הרמב"ם, דגם לרמב"ם מהני הערבות לגופו, והחסרון הוא מצד האסמכתא, ואם יעשה קנין כבי"ד חשוב וכד', באופן שיסלק את האסמכתא, מהני הערבות אף לגופו, ואפשר שבנידון יעקב אבינו וראובן, היה באופן המסלק אסמכתא. או כלפי יעקב אבינו, לא גרע מבי"ד חשוב, והוי אמירה בפניו כמו אמירה בפני בי"ד. אך זה לא נראה ממש"כ הרמב"ם שם: "אם אמר לו אחר שהלוהו ותבעו, הניחהו, כל זמן שתתבענו אביאנו לך, וקנו מידו על זה ...", הרי אף בקנו מידו לא מהני. ויש לישב, דלרמב"ם בכה"ג לא סגי בקנין, אלא בעינן קנין שיוציא מידי אסמכתא, ולא סגי בקנין בעלמא, אלא להוציא מחשש אסמכתא הכללית, ולא לפי דיני ערב.

ומדברי הגמ' קשה גם למש"כ בשיטת הראב"ד, דאם נאמר דהראב"ד מיירי רק בערב לגופו שמהות החיוב הוא ממוני, שיכול אם לא יביאנו לשלם ממון, מפני שזו מטרת הערבות, א"כ ודאי ערבות של ראובן על בנימין, היתה ערבות על גופו ממש ולא ערבות שיכולה להשתלם בממון, ואיך מהני ערבות זו. ונראה לישב, דהנה במדרש רבה (מקץ פר' צא) מבואר שליעקב אבינו היתה טענה על ערבות ראובן: רבי אומר הרי זה בכור שוטה, בניך לא בני הם, אתמהא. הרי שגוף טענת יעקב כנגד הערבות, שאין זו ערבות, דמה יעשה בבני ראובן. ומשמע דלולי טענה זו היתה הערבות מועילה, וכל מה שאינה מועילה, מפני שבמהות הערבות אין בה כדי להוציאה מהכח אל הפועל שתביא תועלת. והיא גופה טענת הראב"ד והרמב"ם, דמה דלא מהני ערבות כזו הוא מהאי טעמא, שאין בה תועלת ותכלית, דמה יעשה בגוף הערב, אך לא שאינה מועלת מהלכות ערבות, אלא שמעשית ערבות זו אין לה תועלת ותכלית.

ועיין בשואל ומשיב (מהדור"ד ח"א סי' מה) שהקשה מהגמ' הנ"ל, דמוכח דמהני ערב לגופו: "והתימה בזה שלא העירו בזה שום קדמון ואחרון". ובסוף דבריו (עיי"ש לפני ד"ה ודרך) כתב לישב, ע"פ מש"כ הרמב"ם בהל' מלוה ולוה כה, ז,

בראובן שמכר שדה לשמעון באחריות, ובא לוי וקיבל אחריות עליו, לא נשתעבד לוי, שזו אסמכתא היא. והראב"ד חולק, שאין בערבות משום אסמכתא. והסביר הכס"מ שם בדעת הרמב"ם, דכשאדם מלוה לחבירו והלה נכנס לו ערב בשבילו, כיון דמלוה להוצאה ניתנה, מעת שנכנס ערב נכנס אדעתא שיוציא זה הלואתו ויפרע הוא בעדו, ולכן לא היא אסמכתא. משא"כ בערב דשדה, כיון שזה רואהו מוכר שדה זו ואין עליה ערעור, כשנכנס ערב, ודאי אדעתא דקים ליה שלא יוציאווהו מתחת יד הקונה, ואילו היה יודע שיוציאוהו מתחת ידו, לא היה נכנס ערב, רק לא היה סלקא דעתך שיוציאוהו מידו, ולכן הוי אסמכתא. כלומר, השאלה עד כמה יש חשש בזמן הערבות לאי לנזק למלוה/ הקונה. בהלואה שלהוצאה ניתנה, הנזק הוא ממשי, ממילא ודאי נכנס על דעת לשלם. משא"כ בקונה שדה, אין כאן חשש ממשי לנזק, ואינו חושש, ממילא הערבות היא על דעת שלא יצטרך לפרוע, והוי אסמכתא. ולפ"ז כתב השו"מ, כיון שיעקב אבינו חשש שיארע אסון בדרך או שאדון הארץ יעכבנו, א"כ הוי חשש בזמן הערבות, ולכן אין בזה אסמכתא ומהני ערבות לגופו. אלא שלפי דברי השו"מ יצא חידוש לרמב"ם, שאם מביע המלוה או כל מוטב אחר חשש שהחייב יברח, והערב קבלו לערב, הרי זה כהלואה ואין בזה אסמכתא, ומהני הערבות, וזה לא משמע לכאורה מדברי הרמב"ם, הן ממה שלא חילק בין כשחושש המלוה שיברח הלוה, והן ממש"כ הרמב"ם: "... אם אמר לו אחר שהלוהו ותבעו, הניחהו, כל זמן שתתבענו אביאנו לך, וקנו מידו על זה זה...", הרי שם מיירי לכאורה בתפסו המלוה ללוה וחושש שיברח, א"כ מדוע הוי אסמכתא, ומדוע לא דמי למלוה. ומזה נראה שהרמב"ם בכל ענין לא חילק.

ולמש"כ לעיל, אתי שפיר שיטת הרמב"ם, דהיא גופה היתה טענת יעקב אבינו, שאין כאן ערבות, כיון שאין כל תועלת ותכלית בערבות זו, ומשמע דבלאו הכי היתה מועילה ערבות לגופו, דגם לשיטת הרמב"ם מה שלא מועילה ערבות לגופו, היא מחשש אסמכתא, והחשש אסמכתא אפשר שהיא מהאי טעמא, כיון שאינו מתחייב לפצות את חסרונו של המלוה, דמה יועיל לו גופו של ערב. וזו היתה טענת יעקב אבינו. ולכן מצד דיני ערבות, מהני ערבות גם לגופו, אלא כיון שאין בה תועלת ותכלית, אין בינה לבין החוב כל קשר, ממילא הוי אסמכתא, אבל בלאו הכי היתה מועילה, ולכן שפיר ילפינן דין ערבות מערבות ראובן ליעקב. דמה שלא מועילה ערבות לגופו, לשיטת הרמב"ם אינה מדיני ערבות אלא מדיני אסמכתא, דבערבות לגופו, שלא כבערבות ממון, חלים דיני אסמכתא הכלליים, אבל מעצם דיני הערבות, מהני האסמכתא. וכן לראב"ד י"ל, דמה שלא מועיל, מפני שאין בערבות זו ערבות של ממש, שלא יוכל לממש החוב והחייב של החייב בכך שימציא לו גופו, ורק בערבות שימציא לו גופו ואם לא יתחייב ממון, שבזה באה לתיקונה חיוב החייב,

מהני הערבות, וכיון שהחסרון בתכלית הערבות, לכן לא מהני, אך אינו מעיקר דיני ערבות, דערבות צריכה לחול גם על גופו ממש, רק כיון שאין בה תכלית, י"ל דגם הראב"ד מודה.

מאידך יש להביא ראיה לשיטת הרמב"ם מדברי הגמ' שם (קעג,ב). דבמשנה קעג,א-ב תנן: המלוה את חבירו על ידי ערב, לא יפרע מן הערב. והבינה הגמ' דלא יפרע מן הערב א"כ ברח הלוה או שמת, אבל אם הוא כאן ואינו פורע לו, אין הערב חייב, דהערבות היא רק להמציא את הלוה למלוה, ולכן ככל שהוא כאן, אין הערב חייב. והקשתה הגמ', מאי טעמא. רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו, גברא אשלימת לי, גברא אשלימי לך. ופירש ברשב"ם: הפקדתני הלוה על מנת שאם ימות או יברח שאפרע ממוני, והרי אני מחזירו לך ותתבענו בדין ואני פטור. דהיינו שכל הערבות היתה ערבות לגופו של הלוה. והקשתה הגמ', מתקיף לה רב נחמן, האי דינא דפרסאי (שמנהג פרסיים לדון כן דאמר ליה גברא אשלימת לך), אדרבה, בתר ערבא אזלי, דפרסאי גובים מהערב אף כשיש נכסים ללוה, דכל ערבות כקבלנות. אלא בי דינא דפרסאי דלא יהבי טעמא למילתייהו. אלא אמר רב נחמן, מאי לא יפרע מן הערב, לא יתבע ערב תחלה, אולם אם לא יהיה ללוה לשלם, גם אם הוא כאן, חייב הערב. ומשמע בגמ' שזה דינא דפרסאי, ללא טעם והגיון, שתהיה הערבות על גופו. ולכאורה קשה מכאן על הראב"ד.

ונראה לי שב, דמה שאמרה הגמ' היינו לפרש את הערבות באופן זה, דודאי עיקר הערבות היא אפי' אם הוא כאן, שיהיה הערב חייב לשלם, מכל טעם וסיבה שלא שילם הלוה, ולכן לבא ולפרש דהערבות הינה רק על גופו, אין לזה טעם בתכלית הערבות והוי כדינא דפרסאי. אולם אם להדיא יהיה הערב רק על אופן שאם אינו כאן יהיה חייב לשלם, ואם הוא כאן, פטור הערב, וכך התנו להדיא, ודאי מהני הערבות, דיכולים המלוה והערב להסכים כרצונם והרי זו ערבות, אולם לפרש סתם ערבות באופן שיהיה ערב לגופו, זה דינא דפרסאי שאינו הגון. ולכן הראב"ד דמיירי שהתנו להדיא שיהיה ערב לגופו, מהני הערבות.

וזה נראה מדברי הריטב"א בסוגיא שם (ב"ב קעג,ב), בבאור קושית ותרוץ הגמ', וז"ל: "ופריך דהא דינא דפרסאי הוא בלא טעמא, דודאי סתמו על הממון נעשה ערב. ומ"מ נראה לכאורה שאם ערב לחבירו שיעמידנו בדין, חייב בכך ונשתעבד. אבל לא כתב כך הרמב"ם והגאונים, כי היאך יכול לשעבד עצמו בדבר זה שאינו חיוב ממון. ולדבריהם י"ל, דהכא מילתא בעלמא הוא דקאמר ליה ערב, ולא דמיחייב ביה, וכן דעת מורי ז"ל. ומיהו אם נתחייב בסך ממון בלא אסמכתא אם לא יעמידנו לו בדין, הרי הוא חייב לפרוע לו הסך ההוא אם לא העמידו בדין". מהריטב"א מבואר דקושית

הגמ' דדינא דפרסאי, היינו דאין טעם לומר שהתחייב לגופו, דמן הסתם התחייב על הממון, ומהיכי תיתי לפרש דבריו ללא טעם והגיון, כאשר ברור שמן הסתם לא כך, והיינו דינא דפרסאי, שהיו פוסקים ללא טעם ויושר.

ולפ"ז הקשה הריטב"א על הרמב"ם, דמשמע דהקושיא היתה מדוע יש לפרש באופן כזה את הערבות ללא טעם, והשאלה מצד פרשנות הערבות, אבל מדיני הערבות מהני ערבות לגופו, וזה דלא כרמב"ם. ותירץ, דלרמב"ם אה"נ, אם מתחייב באופן כזה לערב רק לגופו, הרי אלו דבורים בעלמא, ולא מהני הערבות כלל וכלל, ולא אמרה הגמ' דמהני הערבות לענין גופו. והמשיך הריטב"א; ומיהו אם נתחייב בסך ממון בלא אסמכתא אם לא יעמידנו לו בדין, הרי הוא חייב לפרוע לו הסך ההוא אם לא העמידו בדין. והיינו ערבות לגופו שאם לא יעמידנו בדין, יהיה חיוב ממון. ולכאורה כתב כן גם לרמב"ם דמהני ערבות לגופו הכבולה בחיוב ממון, וכמש"כ לעיל.

והנה בנדו"ד צריכים אנו את הבעל לשני ענינים, הן לענין הגט עצמו, ובזה לא תועיל ערבותו להביא גופו, דמה יתן ומה יוסיף הערב, וכי הערב יכול לגרש אשת הבעל. ולזה י"ל דהן הרמב"ם והן הראב"ד ס"ל דלא מהני. ומצד חסרון האסמכתא, י"ל דיכול לתקן החסרון ע"י קנין בבי"ד חשוב. אולם מש"כ הראב"ד דיש לפרש דבריו שיתחייב ממון אם לא יביאנו, כתבתי לעיל דהיינו דוקא כשבסיס החיוב הוא חיוב ממוני, אבל כשבסיס החיוב דבעינן לגוף האדם עצמו וכנידון הגט, אין לפרש דאם לא יביאנו ישלם לו, ורק אם התחייב להדיא שאם לא יביא ישלם לו, יועיל או מדין הערבות או מדין ההתחייבות, ונפק"מ אם קבל על כך בקנין, דאם מדין ההתחייבות, בעינן לאפוקי מאסמכתא, וצריך קנין בבי"ד, ולמשמעות הראב"ד סגי בקנין, או דחשיב כשעת מתן מעות, ולא בעינן קנין (עיי' ב"ב קע"ב, ובשו"ע חו"מ קכ"ט, ב).

וכן יש את עניני הממון שבין בני הזוג, כגון חיוב הבעל/ האב במזונות אשתו או ילדיו, או עניני ממון אחרים. לענינים אלו, אם התחייב הערב שהבעל יופיע בביה"ד, לרמב"ם - אם קבלו קנין בבי"ד חשוב, הסתלק חשש אסמכתא ומהני התחייבותו. ואפשר דבזה יודה לראב"ד דסתמו כפירושו, שאם לא יביאו לביה"ד, יתחייב את חיובי הממון שחייב הבעל, וכמש"כ הראב"ד, דלענין זה שמהות החיוב הוא ממוני, י"ל שחייב לשלם מה שחייב הבעל שבעבורו נכנס ערב להביאו לביה"ד. אמנם לשופרא דמילתא נהגו בכתי הדין שהערב מתחייב שאם לא יופיע הבעל בביה"ד, הוא מקבל על עצמו את כל חיובי הממון של הבעל, וכן ביה"ד יוכל לחייב אותו, חיובים אחרים על אי הופעת הבעל, ומקבל על עצמו סמכות ביה"ד לדון על כך,

ומקבל בקנין סודר בבי"ד. וכשהבעל לא יופיע לדיונים, יוכלו לחייב את הערב בכל חיובי הממון של הבעל, וכן יוכלו לחייב אותו ולקנוס אותו על עצם אי ההופעה לדיונים, כי כך התחייב.

ג. תביעת הערב כנגד הבעל

וכאשר ביה"ד חייב את הבעל בחיובי הממון שחייב הערב, נראה פשוט שיש לזה דיני ערבות, שחייב הבעל החייב לשלם לערב מה שחייבוהו ביה"ד. עיין שו"ע חו"מ סי' קל. ונשאלתי, מה יהיה הדין אם הבעל טוען אח"כ טענת פרעתי, אף דקיי"ל דכשטוען פרעתי אינו חייב לערב, אם פרעו קודם שהביא המלוה ראייה שלא פרעו, עיין שו"ע חו"מ קל"א, נראה דבנדוד"ד חייב בכל ענין. דכל טענת פרעתי של הלוח שייכת כנגד טענת המלוה, אולם אחר שפסקו ביה"ד שהבעל חייב, הרי שמיד חייב הערב, ועל הבעל חובת הראייה שפרע אחר פסק בית הדין בהיותו בחו"ל, אם ע"י שליח או העברה בנקאית. ועיין עוד בתש"ו חכם צבי (ליקוטים שבסוף הספר סי' לו), שנשאל בראובן שבא ששאל את שמעון אם לתת ללוי כסף בהקפה, ונעשה שמעון ערב קבלן בכל מה שיקיף ראובן ללוי, וטוען לוי שאינהו ראובן בכסף סיגים ומסרב לשלם לראובן, וראובן תובע משמעון הערב, ואומר דין ודברים אין לי עם לוי. ופסק הח"צ שצריך ראובן להתדיין עם לוי תחילה, וכל מה שיגזרו בי"ד שלוי חייב, מחויב שמעון לשלם לראובן, אבל קודם שנודע כמה החיוב של לוי, אין שמעון הקבלן צריך לשלם כלום לראובן. ובודאי אין אחר פסיקת בי"ד טענה של פטור, אא"כ טוען ששילם את פסק הבי"ד, אך חובת הראייה על הלוח.

אולם עיקר הטענה של הבעל, דמה שחייבו ביה"ד את הערב על כך שלא התיצב הבעל לדיונים, יש לחייב את הבעל שגרם נזק לערב, ועל דעת כן נכנס לערבות. כן יש ללמוד ממהר"ח אור זרוע בתש"ו (סי' קעט). מהר"ח או"ז נשאל ביהודי שתפסו השר, ורוצה ממנו ערבות שלא יברח או רוצה לתופסו, וכל מה שיש ליהודי הנתפס, השר מוחזק בו. ובא אצל יהודי חברו, ואומר לו תערבני בכך וכך נגד השר שלא אברח מארצו, ואם אברח אני פורע לך כל ההפסד שיבא לך על ידי. וכן קרוביו של הנתפס אמרו לערב, שיהיו ערבים לערב מכל מה שיפסיד על ידו, אם יברח מהשר. וכתבו שטר ערבות בזה"ל; אנן חותמי מטה, ערבים קבלנים אם יברח פלוני מקרקע השר שלו, שנשלם לו כל ההפסד שיבא לו לערב שערבו על ידו. ולא היה שם בשטר קנין, וטוענים קרובי הנערב, דכיון שאין שם קנין, הרי זה כערב שלא בשעת מתן מעות, ואין שם חיוב. ובתחילה כתב האו"ז דיש לחייב אף ללא קנין, כיון דהוי כשעת מתן מעות, כיון שהשר מוחזק בו ובכל מה שיש לו, ומחמת ערבות הערב מניחו ליכנס לנכסיו, א"כ הרי זה כשעת מתן מעות. ואפי' אם לא תדמה לערב

דבשעת מתן מעות, מ"מ דינא דמלכותא כך הוא, דאפי' בלא קנין גובה מן הערב. וכמו שהשר מוציא מן הערב בלא קנין, שכך דיניהם, כמו כן זה הערב יוציא הפסדו מן הקרובים שערכו כנגדו. ולא יוכלו לומר לא היה שם קנין, כיון שעיקר ערבות בא מכח ערבות שאין בה קנין. עוד כתוב מהר"ח או"ז לחייב מדינא דגרמי, וחייב בכל ההפסד שבא לו מחמת חבירו, ואילולי ערבות הקרובים, לא היה נכנס להיות ערב, ולכן חייבים לשלם כל היזקו, וז"ל מהר"ח או"ז:

"ולא עוד, לא יהא אלא דינא דגרמי, שזה בורח וגורם לזה להפסיד, ויודע היטב שהשר יכריחנו ויגבה ממנו הערבות הכל, והרי הוא כמו ערב דבי"ד שאין צריך קנין. ואין נראה לחלק בין הבורח, שודאי חייב לשלם הפסד של ערב, ובין קרוביו של בורח שנכנסו בערבות לערב זה. שהרי גם הם חייבין מדינא דגרמי, שעל ידו נכנס הערב בערבות נגד השר. וכשבורח הנערב גורם הפסד לערב, כי אלמלא ערבות של קרובי הבורח, לא היה נכנס לערבות נגד השר. וכל שכן אם אותם הקרובים הערבים סייעוהו לבורח, ועל ידיהם ועל עצתם ברח. וכל זה הענין דין מסור לחייבו בהפסדו של נמסר. וכ"ש כאן שזה עשה טובה שלא יתפסנו ולא יגזול כל מה שיש לו, ושם נפשו וממונו תחתיו ועל ידו נצול, אין לך שעבוד גדול מזה, ובוודאי שעבד נפשיה. ועוד, לא גרע ממוכר קרקע לגוי במצר חבירו, דמשמתינן ליה עד דמקבל עליה כל אונסיה דאתיא ליה מחמתיה. ועוד, דמזקנים אתבונן. דרבינו יעקב עשה תקנה אחת באגרת המתחלת מי משלנו אל מלך ישראל. וכתב על כל בן ברית איש ואשה, גזרנו באלה אשר יתערב נגד השרים היושבים תחת שלטון משיקוע שום אדם. ואם ח"ו יעבור על גזירתנו, גזרנו על המתערב שלא יפצו, ועל כל בני ברית גזרנו שלא להושיב בי"ד על ככה. אך על היהודים היושבים תחת השלטון, לא גזרנו שלא לערבו. ומשם אני למד שצריך לפצות כל המתערב עבור חבירו, ובא לו הפסד על ידי הערבות כדיניהם שמקבל בדבורו נגד השר, והם אינם יודעים ואינם חוששין לשום קנין."

מדברי האו"ז עולה שיש חיוב על הנערב עצמו לשלם לערב כל נזק שיגרם לערב, מדינא דגרמי. ואף קרוביו שערכו לו, חייבים לשלם מדינא דגרמי, כיון שכל הערבות היתה על דעת שישלם ויפצו אותו בגין כל הפסדים שיבואו לו. כמו כן ודאי החייב שעבד עצמו לשלם כל נזק שיגרם לערב, שהרי הערב עשה טובה לחייב, שלא יתפסנו השר ולא יגזול כל מה שיש לו, ושם נפשו וממונו תחתיו ועל ידו נצול, ובוודאי השתעבד החייב לשלם כל נזק שיגרם לחייב. והוא הדין בנדו"ד, ודאי אם בקש הבעל מהערב לערוב לו כלפי ביה"ד, ודאי שעבד עצמו לשלם כל נזק שיגרם לערב, ויש לחייבו אף מדינא דגרמי.

ונראה דיש ללמוד חיוב החייב לערב לסלק כל נזק שבא מחמתו, מדברי הרא"ש בתש' יח,ו. הרא"ש הביא תש' ממהר"מ מרוטנבורג, דנהגו לדון בכל ארץ אשכנז, אם ישראל שם את חברו ערב לאנס, שחייב לפצותו ולסלקו מכל הפסד שיבא לו מן הכותי, בין שיוציא ממנו בדיני אומות, בין באלמות ואנסות, ומכל מיני הפסד שיבא לו מאותה ערבות. ותולין הדבר בתקנות הקהלות. וכתב הרא"ש שאין צריך לתקנת הקהילות, דדינא דגמ' הוא, כדאיתא בב"מ קח,ב: זבין לאנס, לאו בר ועשית הישר והטוב הוא, אלא שמותי משמתינן ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דאתא ליה מחמתיה, משום דאמר ליה: אריא ארבעת אמצראי. וכן הדין בישראל ששם את חברו ערב לאנס, הרביע עליו ארי, וצריך לסלקו מכל אונסא דאתי ליה מחמתיה. והובא דין זה להלכה ברמ"א חו"מ קלא,ז, ועיי"ש בשער המשפט ס"ק ה. ונראה דהרא"ש מיירי באנס, אבל הוא הדין בכל דבר שיודע שבי"ד יכולים לחייב את הערב, הרי הוא מתחייב ומקבל על עצמו לשלם כל נזק שיבוא מחמת ערבותו, כשבי"ד יפסקו לערב.

ובסי' שאח"ז (יח,ז), הרא"ש נשאל בראובן שחכר חכירות מנכרי אחד, והיה שמעון ערב בעבורו לפרוע חכירותו בזמן שקצב, ופרע ראובן מקצתו ואח"כ הלך למדינה אחרת. ותובע שמעון מראובן שיפרע לו תשלום החכירות שהוצרך לפרוע בשבילו לנכרי, וראובן מודה שהכניסו ערב, אבל טוען שהנכרי אנס, כיון שכבר פרע כל חכירותו. והשיב הרא"ש: "כיון שמודה ראובן שהכניסו ערב לאנס, חייב לפרוע לשמעון כל מה שיברר שמעון שהוצרך ליתן לאנס, ואפילו אם האנס תבע ממנו הממון שלא כדיון, ואנסו ליתן לו, כי הדבר ידוע שידם תקפה עלינו. וצריך ליתן לו כל מה שיתבע ממנו, וזה ידע ראובן כששם אותו ערב לאנס, וקבל עליו שעבוד זה לפצותו ולסלקו מכל מיני היזק שיבא לשמעון מחמת ערבות זה, אע"פ שלא פירש זה בפירושו. דודאי אמרינן דעת שמעון שלא היה מכניס עצמו לידי סכנה, להתערב נגד האנס, אם לא לדעת כן. וגם ראובן ידע זה, והוי כאלו פירשו והתנו בו. ודמי האי מילתא להא דאמרינן בפרק המקבל (קח,ב): זבין ארעא לאנס אמצרא דחבריה, משמתינן ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דמתיליד ליה מחמתיה, דאמר ליה: אריא ארבעת אמצראי. וכן נמי בנדון זה, צריך לסלקו מכל אונס שיבא לו מערבות זה". ומדברי הרא"ש יש ללמוד גם לנדו"ד, דידע הבעל שבי"ד יחייבו הערב אם לא יבוא הבעל לביה"ד, וודאי לא היה מכניס הערב עצמו לערבות אלא על דעת שישלם לו הבעל כל נזק שיבוא מחמת הערבות, אם לא ימלא הבעל התחייבותו, וגם הבעל ידע כן, והרי זה כפירשו והתנו שהבעל ישלם לערב, אם לא ימלא הבעל את התחייבותו לבוא בפני ביה"ד כפי שהתחייב.

ועיין בשער המשפט קלא,ד, שהקשה מדברי הרא"ש בתש' (א,י), בראובן שערב לחוב הקהל לעכו"ם, על ידי שעשה שטר חוב על עצמו לעכו"ם, ובא העכו"ם ומשכן משכנות ושטרי חוב שהיו לו על עכו"ם, וראובן תובע מהקהל שיפדו מהעכו"ם את המשכנות ושטרי חוב. ובא עם הקהל לדין, ונפסק הדין שהקהל מחויבים לפדות המשכנות. ולא בצעו הקהל את אשר חויבו בדין, והוצרך ראובן לפדות בעצמו את המשכנות ושטרי החוב, ולא יכל לגבות את שטרי החוב מחמת הזמן שעבר, ותובע את הקהל לפרוע לו כל סך השטרות. ופסק הרא"ש שהדין עם הקהל. דלא דמי לשורף שטרותיו של חבריו, דהתם עושה מעשה בגופו, משא"כ בזה לא עשו הקהל מעשה בגופו אלא גרמא בעלמא, שהיה להם לפדות שטרותיו ולא עשו, ועקב כך נגרם לראובן נזק, והוי גרמא בניזקין ופטורין. והקשה שער המשפט, דמה מועיל דהוי גרמא בניזקין, הרי ראובן נתערב בעד הקהל ומחויבים לפצותו אף מגרמא בעלמא, דאף מעלילה חייב לפצותו, אף דודאי אינו אלא גרמא. וכן בזבין ארעא לעכו"ם אמצרא דישאל חבריה, כתבו כל הראשונים דאינו אלא גרמא, ובכל זאת חייב בכל אונס שיבוא לו מחמת שכנות העכו"ם. וכתב שעהמ"ש לישב, דהיזק זה שימשכן אותו שטר חוב ויתקלקלו החובות, הוה ליה אונסא דלא שכיח, דגם הערב פטור, דלא אסיק אדעתיה אונס כי האי ולא קיבל עליו אונס זה, אלא שאנו רוצים לחייב הקהל מפני שהתרה בהם אחר כך לפדות השטרי חוב שלא יתקלקלו, לזה כתב הרא"ש דאינו אלא גרמא בניזקין ופטורין. וא"כ דוקא באונס דלא שכיח שיחייבו בכהאי גוונא, אולם כשאינו מופיע לבי"ד כהתחייבותו, ודאי הו"ל לאסוקי אדעתיה שיחייבו לערב, וחייב לשלם כל נזק שיארע מחמת זה.

לאמור לעיל, יש תוקף מחייב לערבות הערב, שקבל בקנין בבי"ד, לחזרת הבעל ארצה, כשקבל עליו כל חיובים של הערב, ונותן סמכות לביה"ד לחייבו על נזקים ישירים ועקיפים, או לקנסו על כך שלא חזר הבעל לארץ. ויכול הערב לתבוע את הבעל בגין כל החיובים שחייבוהו בי"ד מחמת הערבות.

סימן ח

מניעת נזק עשן

ראשי פרקים

א. אין חזקה בקוטרא

ב. כשאינו עשן כבשן או לא תדיר

ג. ספק נזק

ד. כשיש לשבן רגישות לעשן

קבוצה ששכרה צימרים, בקשה להדליק מדורה למשך שעתיים בלילה, לצורך פעילות חברתית. נופשים בצימרים סמוכים טענו שהעשן מפריע להם, ובקשו שלא להדליק מדורה. וכך אכן עשו. לאחר מעשה שאלו, אם ע"פ ההלכה יכלו לעשות מדורה על אף ההתנגדות, מאחר ומדובר בעשן למשך זמן מועט, וכי מקובל במתחמי צימרים לעשות מדורות קטנות.

א. אין חזקה בקוטרא

איתא בב"ב כב,ב – כג,א: רב יוסף הוה ליה הנהו תאלי דהוו אתו אומני (מקיזי דם – רש"י) ויתבי תותייהו, ואתו עורבי אכלי דמא וסלקי אבי תאלי ומפסדי תמרי. אמר להו רב יוסף, אפיקו לי קורקור מהכא. א"ל אביי, והא גרמא הוא. א"ל הכי אמר רב טובי בר מתנה, זאת אומרת גרמא בניזקין אסור. והא אחזיק להו, הא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה אין חזקה לנזקין. ולא איתמר עלה, רב מרי אמר בקוטרא (עשן), ורב זביד אמר בבית הכסא (שעל גבי קרקע ונראה לעינים, שכך היו בתי כסאות שלהן). אמר ליה הני לדידי דאנינא דעתאי, כי קוטרא ובית הכסא דמו לי.

ובבאור הטעם שאין חזקה לקוטרא ובית הכסא, כתב הרמ"ה (ב"ב כב,ב אות פ, ובהמשך אות פד), וז"ל: "ושמענין נמי דאין חזקה לנזקין. ודוקא בקוטרא או בריחא דבית הכסא, והוא הדין לשאר נזקין דמזקי ליה לגופיה דאיניש, היכא דלא יכיל לקבולינהו מחמת דאנינא דעתיה, לא קיימא עליה חזקה, דקוטרא ובית הכסא דמו ... ואפי" היכא דמטי קוטרא ברוח מצויה נמי, דוקא היכא דמטי לדוכתא דמיתזקי ביה איניש ביתיה, אבל היכא דלא מטי אלא לדוכתא דלא מיתזקי ביה איניש, אע"ג דמטי לרשותא דחבריה ומשחר להו לאשיאתיה, נהי דהיזק ממון הוי, היזק הגוף לא

הוי, וקיימא עליה חזקה". מבואר ברמ"ה הטעם דהוי נזקי גוף, דכל שהוא מזיק לגוף האדם, אין לו חזקה, ונזקי ממון, יש להם חזקה, והוסיף, דכל מה שאדם לא יכול לסבול מחמת אנינות דעתו, הרי זה כקוטרא ובית הכסא. ולכאורה מבואר בסוגיא שהמודד לאנינות דעתיה, הוא בכאו"א, שהרי כך איתא בגמ', לדידי דאנינא דעתאי וכו', אולם דוקא בנזק גדול כזה הדומה לקוטרא, יש להתחשב באנינות דעתו, וכן נראה מדברי הרמב"ם, עיין להלן. וכן מבואר בדברי הרשב"א בסוגיא, דכל מי שנודע ומוחזק שאינו יכול לסבול נזק אחד ידוע מן הנזקים שהנפש קצה בהם, אין לו חזקה. והראיה מרב יוסף, דאף ששאר בני אדם אין נמאסים בו כל כך, כיון שהוא מוחזק ונודע שאין דעתו סובלתו, אין לנזק זה חזקה ביחס אליו, ולא אמרו קוטרא ובית הכסא אלא מפני שהוא נזק ידוע אצל הכל. ובשטמ"ק בסוגיא, הביא משיטה לא נודעת למי, דמסתבר דלא כל אדם נאמן לומר דאנינא דעתו, ונאמן רק גברא רבה דלא משני בדבוריה, או שידוע וברור שאין איש הסובל נזק זה. ועיין בר"י קרקושא בסוגיא, דאם ידוע שנזק זה אין המערער יכול לסבול, אף שסובלים אותו שאר בני אדם, דינו כדין נזיקין שאין להם חזקה לגבי אותו מערער. (ועיין עוד להלן אות ד בדברי הריב"ש לענין חולי הראש).

וכן כתב ברבינו גרשם (ב"ב כג,א); "שאם היה חלוץ פתוחה לביתו של חבירו והיה עולה עשן ומזיק לו, ודאי אין חזקה לניזקין, דהאי נזקא גופא מחמת העשן הוא. וכן הכי נמי אם היה בית הכסא סמוך לביתו של חבירו והסרחון הולך, אין חזקה משום אנינות גופא, אבל שאר היזיקות אם החזיק, יש חזקה". וכן הוא ברמב"ן (ב"ב נט,א): "שאני אומר קוטרא ובית הכסא לפי שהן נזקין בגוף, אין להם חזקה. לא אמרו חזקה בנזקין אלא בנזקי ממון דאמת המים וסיד וסלעים והשנויין עמהם, שאין נזקן אלא בכותלו של חבורו, אדם מוחל על כותלו אפילו יפיל אותו ממש, אבל קוטרא ובית הכסא שהוא עצמו ניזוק ומצטער בהם, אין להם חזקה". וכן הוא בריטב"א בסוגיא, דכל דבר שהוא נזק גדול לגוף שאין דרך העולם לסבול כיוצא בו, אין לו חזקה. וכן הוא בתש" הרשב"א (ח"ב סי' מה), דנזק גדול כקוטרא ובית הכסא שהנפש קצה בהן, חזקה לא מחלם ולא מכרם ולא נתנם, דנזק גופן לא מחלי ולא יהבי אינשי. וכן במרדכי (ב"ב תקכא).

והרמב"ם בהל' שכנים יא, ד-ה, כתב וז"ל: "במה דברים אמורים בשחזיק בשאר נזקין חוץ מארבעה מיני נזקין אלו האמורים בפרק זה, שהן העשן וריח בית הכסא והאבק וכיוצא בו ונדנוד הקרקע, שכל אחד מאלו אין לו חזקה, ואפילו שתק הניזוק כמה שנים, הרי זה חוזר וכופהו להרחיק. וכן היזק ראייה במקום שצריך מחיצה, כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה כמו שביארנו. ולמה שינו נזקים אלו משאר נזקין, לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזק מאלו, וחזקתו שאינו מוחל שהיזקו היזק

קבוע, ואם קנו מידו שמחל בנזקים אלו, אינו יכול לחזור בו. מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן במקומן, ויבואו העורבים וכיוצא בהן בגלל הדם ויאכלו, והרי הן מצרין לחבירו בקולם וצפופם או בדם שברגליהם, שהן יושבין על האילנות ומלכלכין פירותיהם, אם היה חבירו קפדן או חולה שצפוף הזה מזיקו, או שפירות שלו נפסדין לו בדם, חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא לו היזק מחמתו, שהיזק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו שאין לו חזקה". ומבואר ברמב"ם שאלו הנזקין חזקה שאינו מוחל, מפני שאין דעתו של אדם סובלת נזקין אלו.

ב. כשאינו עשן כבשן או לא תדיר

ובתוס' (ב"ב כג,א ד"ה בקוטרא) כתבו: "נראה לר"י דדוקא בקוטרא דכבשן שהוא גדול ומזיק ביותר אין חזקה, כדאמר במרובה (ב"ק פב,ב) אין עושין כבשונות בירושלים, מ"ט משום קוטרא. ודוקא נמי בית הכסא שלהן שהיה למעלה מן הקרקע והיה מסריח ביותר, אבל בשלנו שהוא מכוסה יש חזקה". וכן הביא הרא"ש שם הי"ח מר"ת, דדוקא קוטרא דכבשן שהוא רב ומזיק ביותר, והביא ראיה מהא דאין עושין כבשונות בירושלים משום קוטרא. וכבשונות היינו משרפות סיד לקדירות, כמו שפירש רש"י ב"ק פב,ב. ועיין עוד רש"י עה"ת (בראשית יט,כח), דכבשן היינו חפירה ששורפין בה אבנים לסיד. וכל אלו יוצרים עשן רב, משא"כ עשן שאינו של כבשן, לכאורה אינו בכלל, ויש לו חזקה. והוא הדין בבית הכסא שיוצר סרחון רב, כדוגמא שהביא התוס', שהיה למעלה מהקרקע. וכוונת כבשונות, שיש בהם ריבוי עשן. (ומש"כ הרא"ש דדוקא קוטרא וכבשן שהוא רב ומזיק ביותר, עיין מהריב"ל ח"ג סי' לג מה שהקשה בדברי הרא"ש. ועי"ש בס' מו שהסתפק, אם תרתי בעינן, גם שיהיה העשן מרובה וגם יהיה תדיר רוב היום, או בחד סגי, או שהכל תלוי דוקא בעשן תדיר, או שהעיקר שלא יהיה עשן מרובה. וע"ע במהרש"ך ח"ב סי' קפג מש"כ בזה).

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

ודברי הרמ"ה הם בחידושים לב"ב פ"ב אות פד, וז"ל: "ומסתברא דלא מיירי אלא בכבשונות של נחתומין ושל יוצרים וכיוצא בהן, אבל תנור שהיחיד אופה בו

פתו וכירה ששופת עליה קדירתו פעם או שתיים ביום, כיון דלא שהי קוטריהו רובא דיומא, לאו תדיר הוא ואית ליה חזקה. ודוק מינה, חזקה הוא דאית ליה, הא לכתחילה מצי מעכב, ואפילו בעשן שאינו תדיר, דכיון דעל כרחך נזקא הוא, דאי לאו נזקא הוא, כי הוי תדיר נמי אמאי לית ליה חזקה, אלא משום דתקיף נזקיה טפי משאר נזקים, הילכך כי לא הוי תדיר נמי, נהי דאית ליה חזקה, מיהו היכא דלא אחזיק מיהת מצי לעכובי עילויה". ודברי הרמ"ה ביאם גם הטור חו"מ קנה, נג. ומדברי הרמ"ה מבואר דעשן לא תדיר הוא עשן "דלא שהי קוטריהו רובא דיומא", וצ"ל דעשן תדיר הוא עשן השוהה במקום רוב היום. והשאלה אם מדובר בעשן ששוהה שעה אחת בלבד, שהוא מיעוט דמיעוט. ולכאורה נלמד מקדירה, ששופת על הכירה קדירתו פעם או פעמיים ביום, והוא מיעוט ממש, וקרי ליה לא תדיר. רק השאלה אם הוא עשן חד פעמי, למשך זמן מועט, אם חשיב כמזיק שיכול למחות לכתחילה או לא, דלא דמי לקדירה, שהוא דבר יום ביומו.

וכדברי הרמ"ה נראה לכאורה גם ממה שהביא בתש' התשב"ץ (ח"ד טור א סי' נז), דלאחר שהביא דעת התוס', דבית הכסא האמור הוא בבית הכסא שעל פני הקרקע, וריחם היה רע ביותר והזיקם מרובה ולכן אין לו חזקה, משא"כ בתי כסאות שלנו שהם מכוסים יש לו חזקה, דחזקה הוא דהויא לבתי כסאות שלנו אם כבר עשה והחזיק, אבל הבא לסמוך מחדש יכול לעכב. ומוכח מזה דס"ל דבתי כסאות שלנו, יכול לעכב לכתחילה.

ולכאורה צ"ב בדברי הרמ"ה, דלדברי הרמ"ה, יכול למחות בשכן שלא יאפה פיתו ולא יבשל קדירתו, והוא מן התימה, שהרי הוא מעיקרי ענין הבית. ומדברי הרשב"א (ח"ו סי' רכה), מבואר שאינו יכול למחות. הרשב"א נשאל במי שיש לו בית ועליה, והשכיר הבית לאחד והעליה לאחר, ושוכר הבית מזיק לשוכר העליה בקוטר. והשיב הרשב"א: "אם מזיקו בעשן תדיר, כגון שעושה שם חנות של נחתומין או של צבעין וכיוצא בזה, יכול הוא למחות. אבל אם מדליק זה אש בביתו, כשאר בני אדם בבתיהם לתבשילו ולפעמים להתחמם כנגד המדורה, אינו יכול למחות, שכל הדרים בבתים כן דרכם, ובתים לכך עשויים, וגם הוא על דעת כן שכר העליה". ומבואר דאינו יכול למנוע משכנו לעשות עשן שיש רגילות לעשותו בבית. וכן מבואר במאירי בסוגיא (ב"ב כג,א), דעשן שאין לו חזקה, דוקא בעשן התדיר כגון של נחתום וצבע; "אבל בכדי צרכו לאפות את פתו ולבשל את תבשילו, אין ספק שאין יכול לעכב".

ולכאורה מהירושלמי ב"ב (ב,ב) מבואר כרשב"א, שאף לכתחילה אינו יכול למחות, ומהירושלמי משמע שאף בעשן לא תדיר שאינו מעיקר שימושי הבית, אינו

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

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

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

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

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

אינו יכול למחות, וכן אמרו בירושלמי "... הרי שבעשן שאינו תדיר, אינו יכול למחות אף לכתחילה.

ובתש' כסא דהרסנא (סי' ס, המיוחס לרא"ש, עיין שואל ומשיב תנינא ח"ב סי' נה, ותורת חסד לגאון מלובלין (חאו"ח סי' יז, ומש"כ הגאון ממונקאטש בשו"ת מנחת אליעזר ח"ב סו"ס ה, ואכמ"ל) הביא מחלוקת הראשונים הנ"ל, שדעת הרמ"ה שלכתחילה יכול לעכב, ויש חולקין על דבריו. וכתב הבשמים ראש דהדעת נותנת שע"מ כן נעשו שכנים זה עם זה, שאי אפשר באופן אחר. וזה כדברי הראשונים הנ"ל, הרשב"א ודעימיה, וצ"ל דוקא עשן שהוא לשימושי הבית. ועיי"ש בכסא דהרסנא מש"כ בזה.

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

ובדר"מ שם (חור"מ קנה, יג) כתב לפסוק כתי"ד; "ונראה דהכי נקטינן דמהרא"י בתרא הוי וחכם ראוי לסמוך עליו, ודלא כמה שכתב בית יוסף דיש לדחות דבריהם מקמי דברי הרמ"ה שהיה רב מפורסם". ומחלוקתם גם בשו"ע חור"מ קנה, לז, דהמחבר פסק דלכתחלה מצי מעכב אפילו בעשן שאינו תדיר. והרמ"א הביא דעת תה"ד דבעשן

שאינו תדיר, אפילו לכתחלה לא יוכל למחות; "וכן נראה לי להורות". ובש"ך ס"ק יט האריך לחלוק על פסק הרמ"א, וכתב להקשות על ראיות תה"ד, עיי"ש, וגם מש"כ תה"ד דבמחלוקת הפוסקים על הניזק להביא ראיה, כתב הש"ך דהיינו דוקא כשהחזיק כבר, משא"כ כשרוצה להחזיק, על המזיק להביא ראיה, וכל שאינו מביא ראיה, הרי הוא בחזקתו דמעיקרא. עוד כתב הש"ך דמסתבר כרמ"ה, דאיך יעשה לו נזק לכתחלה אפי" כל שהוא בעל כרחו. וכיון דהרמ"ה והטור והנמוק"י ס"ל דאף בעשן שאינו תדיר יכול למחות לכתחלה, הכי נקטינן.

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

ובפרט אם מדובר בעשן שהוא מעיקר תשמישי הבית ככירה וכיוצ"ז, שבזה אף בחולי הראש ס"ל לחזו"א שאינו יכול למחות, וכמו שאינו יכול למחות ברעש שעושים התינוקות בני ביתו, עיין בחזו"א (ב"ב יג,יא), דאין דברי ריב"ש אלא בעושה דבר שאינו עיקר דירה, כמו בעושה אריגה וכיוצא בזה, שאין זה מצוי בכל אדם ולא ברוב בני אדם, משא"כ אם עושה דברים שרוב בני אדם עושין, אינו יכול למחות אף אם החולה קדם; "ורשאי אדם לבנות בית אצל חבירו ולהכניס את העוללים והיונקים שצועקים בלילה ואין חבירו יכול לעכב עליו, דהרי אינו חייב לצאת מדירתו". מבואר מהחזו"א שאפי' בשכן חולה, יכול להשתמש בתשמישי הדירה המקובלים.

ג. ספק נזק

והנה לדינא הדבר תלוי אם נאמר דבספק נזק יכול למחות או לא, וכמש"כ האחרונים הנ"ל. והשאלה איך לנהוג בספק נזק למעשה. בגמ' ב"ב כ,ב לענין אוצר ספק קדם לחנות ורפת, שלא איפשטא הבעיא, דעת הרא"ש שכיון שלא נפשטה הבעיה, לא מזיקנא ליה להרחיק. וכן דעת הנימוק"י (ב"ב יב, בעמוה"ר). ודעת הרמב"ם שכנים ט,יג, בעל האוצר מעכב על בעל החנות. וכן פסק בשו"ע חו"מ

קנה,ג, וברב המגיד שם כתב לבאר בשיטת הרמב"ם דכיון דלא איפשיטא; "מספק אין לו להזיק חברו, ואם עבר ועשה המוציא מחברו עליו הראיה". ולכאורה יש מקום לפרש דלא פליגי הרמב"ם והרא"ש, אם נאמר דהרא"ש מיירי לענין דיעבד, דלא מחייבים אותו להרחיק, וכמש"כ לעיל דלשון הרא"ש "לא מזקיקנא ליה להרחיק" סובל שני פירושים. והרמב"ם כתב דלכתחילה אסור לו להזיק, ובדיעבד לא מחייבים אותו להרחיק. וכן נראה מהב"י חו"מ קנו,ג שהביא את דברי אביו הרא"ש, וכתב דכן פסק הרמב"ם, עיי"ש. ולפ"ז לא פליגי הרמב"ם והרא"ש להלכה, דהרא"ש מיירי בעשה כבר רפת או תנור, והרמב"ם הוסיף דלכתחילה לא יעשה, ואם עשה אין מחייבין אותו לסלק היזקו.

אולם מדברי הגר"א בביאורו לשו"ע חו"מ קנה,ח מבואר דפליגי הרמב"ם והרא"ש, ודעת הרא"ש דאין צריך להרחיק מספק, ויכול אף לכתחילה לעשות אוצר, דלא כרמב"ם שרק אם עבר ועשה אין מחייבים אותו לסלק היזקו. ועיין בברכת שמואל (ב"ב סי' טז ד"ה ולבאר) שכתב בביאור דברי הגר"א, דמצאנו דברים שיש להם נגיעה הן לממון והן לאיסור, ולעיתים הממון גורר את האיסור, ולעיתים האיסור גורר את הממון. דהנה לענין ספק גזל אזלינן לקולא בכל גווני, שהתורה התירה ספק גזל בתורת ודאי, דבספק גזילה;

"ליכא כאן דין גזילה, דגבי איסור גזילה עיקר האיסור הוא רק דין תביעת חברו, ומכיון דהתורה התירה איסור גזל מספק ועשאתו ברשותו ואפילו לקדש לו אשה, ואפילו אם קמי שמיא גליא דלאו דידיה, מ"מ הוי שלו בדין, דלקולא אזלינן, ממילא ליכא גזל."

הרי שכל איסור גזל נמדד ונקבע ע"פ מה שיקבע בדיני ממונות. לא המציאות האמיתית קובעת האם נעבר כאן איסור גזל, אלא הדין הממוני. הממון גורר את האיסור. משא"כ לענין נזיקין ואבידה ומתנות עניים ובכור, במשנה ובגמ' חולין קלד,א לענין פרת גר שנשחטה ספק קודם שהתגייר קודם אח"כ, דלענין מתנות כהונה על הכהן להביא ראיה, דפרה בחזקת פטור, וקמה בחזקת חיוב, לכן ספק לקט ס"ל לר"מ דהוי לקט. דאם יש חזקת פטור, הוי ספק מתנות כהונה כספק ממון והמע"ה, ובקמה דהוי חזקת חיוב, הוי כאסורים שספקם להחמיר. דמה שנתנה התורה פרשת נזיקין אינה רק דין תביעה ותשלומין אלא גם עונש בידי שמים, וכן באבידה ומתנות כהונה ובכור, שמבטל מצות עשה, והתורה לא התירה לכתחילה נזיקין ואבידה ספיקם כודאי, ע"כ יש לספק זה דין איסור ואזלינן לחומרא, וכיון דסו"ס הוי גם מילי דממונא, רק אם הוי בחזקת פטור אזלינן לקולא. והוא הדין בנזיקין, שאם כבר עשה וצריך להוציא מחזקתו, הוי ספק ממון ולקולא. וזה נראה הסבר הגר"ב בדברי הגר"א ובשיטת הרמב"ם דבנזיקין לכתחילה לא יעשה, ואם עשה לא מוציאים מחזקתו.

ובשיטת הרא"ש כתב הגר"ב דא"א לומר דהוי ספק ממונא, דפשיטא שמחויב לשמור ממונו שלא יזיק, ופשיטא שלא נתיר לו לכתחילה להזיק: "אבל דיני הרחקה הוא דיני תביעה שיש לחבירו עליו. ונחזי אנן, דלגבי דין דלא יעמיד אדם כלב רע בתוך ביתו שנאמר; לא תשים דמים בביתך, שם עדיין ליכא שום תביעה מחבירו עליו, אלא דאיהו גופיה אקרקפתא דידיה רמי זה ובית דין כופין אותו על זה, אולם דיני הרחקה כבר יש לחבירו עליו דיני תביעה כמו דיני תשלומין, וע"כ אזלינן בזה לקולא דזה הוי ספק ממונא". והביא שהגר"ח הקשה עליו דאף דאין כאן תביעת מזיק, מ"מ יש כאן דין מזיק שהוא איסורא. ותקן את דבריו דהכא אין דין המזיק אלא דין תביעת מזיק, דבגלל זכות התביעה שיש לניזק על ההרחקה, חשיב כגירי דיליה כל זמן שלא הרחיק, וע"כ חזקתו בממון - בחצר, היא הנותנת לקולא. נמצא דבשאר מזיק לא אזלינן לקולא דהוי ספק איסור, משא"כ בהרחקות שהוא דין תביעת מזיק, בזה מהני חזקת המזיק בממון אף אם לא החזיק בנוק.

ועיין במהריב"ל ח"א סי' פו בענין ראובן שהיה מקבל בחצירו מי גגו של שמעון, ובא שמעון להגביה גגו יותר ממה שהיה, אם יוכל לעכב בעדו אם לאו. ובתחילת דבריו הביא את דברי הרמב"ן בחידושיו (ב"ב ו,א) לענין לשנות את גובה או אופן הצינור וקבלת מימיו בחצר חבירו, ויש לבעל החצר נזק מחמת השינוי. וכתב מהריב"ל שיכול לשנות רק אם על פי הבקיאין אין בשינוי תוספת נזק. והביא מהריב"ל את דברי הריטב"א והרשב"א, והסביר דבריהם דמן הסתם יש נזק, אבל מ"מ הכל לפי ראות עיני הדיינים. והביא אח"כ את דעת הרמ"ה, הר"י מיגאש והטור דמי שסובר שמחזיק למי גשמים החזיק גם למי כביסה, כל שכן שיסבור שיכול להגביה. וכיון שזה פלוגתא דרבוותא, יכול לומר קים לי כסוברים שיוכל להגביה, דבעל הצינור הוא המוחזק. והקשה מהריב"ל מדברי הרשב"א בתש' (ח"ג סי' קסב) לענין אם מועיל שטר מכר להיזק ראייה בחלונות או לקוטרא ובית הכסא, וז"ל: "... ולפיכך, למעשה אני אומר: שאם כבר פתח חלונותיו, או סמך קוטרא ובית הכסא, אין מחייבין אותו לסתום, ולא לסלק; ואם בא לפתוח, אין מניחין אותו לפתוח ולסמוך לכתחלה; דומיא דמה שאמרו: ארעא, היכא דקיימא, תיקום, זווי, היכא דקיימא, לוקמו". הרי שבספק אם מהני שטר מכר לנזק של קוטרא או פתיחת חלונות במקום שיש היזק ראייה, בעל החצר הוא המוחזק ולא בעל העליה. ועל כך השיב מהריב"ל לחלק: "ולא היא, דשאני התם דהנזק הוא מבורר, והאדם הוא מוזהר שלא להזיק לחברו וזה בא להזיק מכח השטר, וכיון שהוא מחלוקת אם מספיק השטר, אין ספק מוציא מידי ודאי".

הרי שבכל מקום שעושה נזק מבורר, אינו יכול להתלות במחלוקת או בספק ולעשות הנזק בטענה שהניזק מחל לו, משא"כ אם המחלוקת היא אי מקרי נזק אם לאו, כנדון הגבהת הגג, המזיק הוא המוחזק ויכול לעשות נזק לא מבורר (עיין גם בתש'

שאח"ז אמצע ד"ה ואל הטענה). ומהרש"ך בתש' (ח"ב סי' קעא) הקשה על מהריב"ל מהאיבעיא בגמ' כיבד וריבץ מהו, ולא איפשיטא ופסקינן לקולא. והרי ברפת לאוצר הוי נזק ברור, ובכל זאת יכול המזיק לעשות הנזק (לרא"ש) או שאם עשה לא מחייבים אותו להרחיק (לרמב"ם). ע"כ חילק מהרש"ך בין נזק לנזק, כאשר עושה נזק גדול כהיזק ראייה וכקוטרא, הוי הניזק מוחזק, משא"כ בנזק שאינו גדול, המזיק הוא המוחזק. והביא ראייה מדברי הרמב"ם לענין חובת הראייה בטענת חזקת נזיקין, שאם הוא מהנזקים שאין להם חזקה, וטוען המזיק מחלת לי וכו', על המזיק להביא ראייה, ואם הוא מהנזקים שיש להם חזקה, המזיק חשיב מוחזק ועל הניזק הראייה. גם מהרי"ט בתש' (ח"ב סי' עה) הקשה על מהריב"ל איך יוכל להגביה הצינור; "וכי רשאי אדם להזיק את חברו לכתחלה מספק והלא אפי' גרמא דנזקין אסור".

ובכנסת הגדולה (ח"מ קנה, הגה"ט ס"ק יא) כתב, דאין ענין כיבד וריבץ וכו' לנידון מהריב"ל, דבנידון מהריב"ל אין חילוק בין קדם ללא קדם, אלא כיון שיש מחלוקת הפוסקים אם יכול להגביה או לא, בזה החילוק בין נזק מבורר לאינו מבורר, אבל בנידון של כיבד וריבץ וכו', אפילו הרפת מהוה נזק לאוצר, קבעו חכמים דאם קדם והחזיק שרי, והגמרא הסתפקה אם חשיב בכהאי גוונא של כיבד וריבץ קדימה, וכיון דלא איפשיטא אין ביד הניזק לסלקו, שאומר לו בעל הרפת קים לי דכבד וריבץ הוי כקדם, ואינך יכול לסלקי. וע"ע בתש' הגרע"א ח"א סי' קנא, קונטרס במילי דנזיקין, ודברים אלה נדונו באריכות, ועיין מה שכתבתי בח"ה סי' יג, ובח"ו סי' יג.

ובחידושי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל (ב"ב ידז) כתב בבאור מחלוקת הרמב"ם והרא"ש בענין הבעיא דלא איפשיטא, דמחלוקתם אם דיני הרחקות נזיקין הם מדיני השותפים, שיכול שותף לתבוע משותפו שלא יתקרב עם דברים שמזיקים, שעל דעת כן השתתפו. וכך ס"ל לרא"ש, וע"כ במקום ספק, שתובע השותף הניזק שירחיק, יכול הנתבע לטעון טענת הממע"ה, ככלל טענות בעניני ממון ובטענות השותפים. אבל דעת הרמב"ם שדיני ההרחקות הם מדיני איסור והיתר של מזיק וניזק, ולכן אסור למזיק בספק לגרום נזק לאחר, דספק איסור לחומרא. ורק בדיעבד שכבר סמך, אף דלכאורה הוי ספק מזיק, מ"מ ס"ל לרמב"ם דחשיב מוחזק כיון דכבר נמצא שם, ומספק אינו יכול לסלקו. וצ"ל להסבר הגר"ש, דאיסור להזיק הוא בעצם המעשה שעשה. אם עשה מעשה ואח"כ מכח אותו מעשה נעשה נזק, השאלה כבר לא איסורית אלא ממונית. תביעת הניזק לסלק הנזק. וע"כ אם השאלה בלכתחילה, אם חייב להרחיק, התשובה שחייב מפני שאסור להזיק. אבל אחרי שנעשה מעשה ההזיק, אף שהנזק עדיין לא נעשה, השאלה היא בדיני סילוק הנזק, שהיא שאלה ממונית לא איסורית, ובזה אין הניזק יכול לסלק מספק. ועיין לעיל מה שהאנו מדברי הגר"ב בבאור דברי הגר"א.

ועיין עוד בקונטרס שעורים לגר"י גוסטמן זצ"ל (ב"ב סי' ט), דבאות א שם חקר אם דיני ההרחקות הם משעבוד שכנים. ושם באות יא הביא מהרמ"ה בתחילת לא יחפור דחייבא דדושא וכן חיובא דהרחקות, הינם מדין שעבודי שכנים זה לזה. וכן למד מדברי הרשב"א ב"ב יז,ב ד"ה דכל מרא, דחיובי ההרחקות הם מדין שעבודי השכנים. ועיין גם בחידושי הגאון רבי אריה ליב מאלין (סי' צו) מה שחקר אם הרחקות נזיקין דלא יחפור הם רק איסור להזיק או גם זכות ממון שיש לניזק על חבירו שירחיק ממנו דבר המזיק, ותלה במחלוקת הרמב"ם והרא"ש הנ"ל. והוסיף דכל מחלוקתם היא לכתחילה, אבל בדיעבד הוי ספק ממון ולקולא, עיי"ש.

ובנדו"ד אם עושים מדורה קטנה, לכאורה הוי עשן מועט ואינו מזיק, ותלוי במחלוקת הפוסקים הנ"ל. ות"ח טען דהואיל והמקום נועד להשכרה לתקופות קצרות, הרי גם זמן מועט יחשב כתדיר. אך זה אינו נראה, דהכל תלוי באופי וסוג העשן, כמבואר לעיל תחילת אות ב, דכל שאינו מזיק והוא לזמן מועט כעשן הכירה, הוי עשן שאינו תדיר. ומאידך טען ת"ח אחר, דמה גרע עשן זה ממדורות לג בעומר, או שריפת חמץ במכולות גדולות, שעושים במקומות ישוב, ואין פוצה פה. ובזה י"ל דחשיב כדבר מצוה שאינו יכול למחות, כדאיתא בב"ב כא,א, דבתינוקות של בית רבן, אינו יכול לומר שאינו יכול לישון מקול התינוקות, והוא הדין לכל מילי דמצוה, וכמו שפסק המחבר בשו"ע חו"מ קנו,ג, דיש לו ללמד תינוקות ישראל תורה בתוך ביתו, ואין השכנים יכולים למחות בידו ולומר שאינם יכולים לישון מקול התינוקות של בית רבן; "והוא הדין לכל מילי דמצוה, שאינם יכולים למחות בידו". וצ"ל דעל דעת כן השתתפו, משא"כ בנדו"ד דאינו מילי דמצוה. עוד טען, כי ככל שמדובר במקומות כפריים שבהם יש יחידות להשכרה, מקובל לצלות בשר על גחלים, וכן מדורה קטנה. ובזה יש לחלק, דצליית בשר וכד', הוי חלק מתשמישי הבית, וי"ל דאינו יכול למחות, משא"כ מדורה לצורך פעילות חברתית. ועיין עוד להלן סי' ט.

ד. כשיש לשכן רגישות לעשן

הטענה שהעלו השכנים, שיש להם רגישות לעשן והדבר מפריע ויגרום להם כאב ראש. הובאו לעיל דברי רב יוסף (ב"ב כג,א); הני לדידי דאנינא דעתאי, כי קוטרא ובית הכסא דמו לי. ולפ"ז גם באנינות דעת של הניזק, צריך להרחיק. דברשב"א (ב"ב כג,א) מבואר דבעינן שיהיה נודע ומוחזק שאינו יכול לסבול נזק זה, ולא באמירה וטענה בעלמא. וכן הוא ברא"ש ב"ב פ"ב סה"ח ובראשונים הנ"ל, וכן פסק בשו"ע חו"מ קנה,מא, ועיי"ש בגר"א ס"ק קיט; "דוקא שהוא ידוע כמו ברב יוסף", והיינו שהדבר ידוע או שיש חו"ד של בקיאים.

והריב"ש בתש' (סי' קצו) דן בטענה של שכן נגד שכן אחר העוסק באריגה, שקול הרעש מהאריגה מזיק לאשת השכן מחמת היותה חולה. וקיבל הריב"ש את טענת הניזק ואסר על המזיק לעשות רעש באופן שגורם לאשת הניזק חולי הראש. אף שטענת רעש מבואר במשנה שאינה טענה, שאינו יכול לטעון שאינו יכול לישון מפני קול הפטיש והרחיים, כל זה בבריאים, אך בחולה יכול לטעות כנגד טענת הרעש, וז"ל הריב"ש:

"וכן הטענה השלישית שטען ראובן, מפני חולי אשתו, שמזיק לה בראשה, גם זו טענה גדולה. ואע"פ ששנינו במשנה (שם): אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הפטיש ומקול הריחים, ואפילו בחנות שבחצר, כל שכן בזה שהוא בחצר אחרת, זהו בשאר בני אדם הבריאים. אבל כיון שהאשה זו מוחזקת בחולה, אין לך גירי גדול מזה, והוה ליה כקוטרא ובית הכסא, וכדאמר רב יוסף (כג,א): הני לדידי כקוטרא ובית הכסא דמו לי. ואם במה שאדם קץ מחמת שהוא מאניני הדעת, הוה לדידיה כקוטרא ובית הכסא, כל שכן במה שמזיקו בגופו מחמת שהוא חולה או חלוש המזג."

מדברי הריב"ש נמצאנו למדים שבקוטרא ובית הכסא, מחמת היותם נזקי גוף, לא רק שאין בהם חזקה ואינו מוחל, אלא גם בהגדרתם נחשבים כמזיק בגיריה. קול הפטיש וקול הרחיים זו הפרעה ולא נזק, לכן אינו יכול למחות. אבל בחולה, שזה נזק הגוף, עד כמה שזה נזק, הרי זה גיריה, ואסור להזיק וחייב להרחיק. הניזק, בהיותו חולה, הופך סוג של הפרעה לנזק. אותו מעשה יכול להחשב לאחד כהפרעה ולא כנזק, וביחס לניזק אחר, יחשב כנזק. הניזק מגדיר את המעשה כנזק, בהיותו חולה. וזה נלמד מדברי רב יוסף, שהאנינות של הניזק, קובעת את הגדרת המעשה, כהפרעה או כנזק. ודברי הריב"ש הובאו להלכה ברמ"א קנה, טו וקנו, ב. ושני המקומות בהם הביא הרמ"א את דינו של הריב"ש, הם בבחינת לא זו אף זו. דבסי' קנה, טו הביא לענין כותשי ריפות המנידים את הקרקע וגורמים נזק לחצר, דחייב הכותש להרחיק, וע"ז כתב הרמ"א דהוא הדין אם אין מזיק לחצר, אלא שיש חולי הראש לבעל החצר וקול ההכאה מזיק לו, צריך להרחיק עצמו. והיינו שהשוה נזקי חולי לנזקי ממון. ובסי' קנו, על דברי המחבר דאין השכנים יכולים למנוע את קול הפטיש והרחיים בטענת רעש כשכבר החזיק, כתב הרמ"א; "וי"א דכל מה שעושה בחנותו ובביתו, אפילו לכתחלה אינן יכולין למחות. ודוקא בני אדם בריאים, אבל אם הם חולים והקול מזיק להם, יכולים למחות". והיינו שנזקי הגוף הם יותר מנזקי ממון, וכמשמעות דברי הריב"ש, ואף במקום שאינו יכול למחות בנזקי ממון, יכול למחות כשמזיק לגופו.

והחזו"א ב"ב יג,יא הקשה על ראיית הריב"ש, מהא דב"ב כג,א לדידי כקוטרא ובית הכסא דמי, ששם הנזק שעושים העורבים לתמרים, לכולי עלמא הוי נזק ולא רק לרב יוסף, והמחלוקת היתה רק אם מהני חזקה, וע"ז ענה רב יוסף שכיון דאנינא דעתאי, כקוטרא ובית הכסא דמי, וע"כ לא מהני חזקה, אבל עכ"פ עצם הנזק הוא לכולי עלמא, השאלה היא רק דרגת הנזק. אבל קול הפטיש וקול הרחיים, שאינם נזק בעצמם, רק לאדם מסוים שהוא חולה הוי נזק, י"ל דעל הניזק להרחיק עצמו, "וילך החולה לדירה אחרת". והדבר מוכח לרבא בריש פרקין שהבא לסמוך אינו סומך, כיון שיכול הסמוך ג"כ לעשות בור אח"כ, א"כ תמיד יעכבו השכנים את בעל הפטיש והרחיים, שמא יהיה להם חולה במקום, וחולי מצוי, ולא דמי לשדה שאינה עשויה לבורות. ע"כ כתב החזו"א, וז"ל:

"ונראה דמודה ריב"ש שאם אומנותו בפטיש או רחיים ואח"כ ארע חולי בשכנו, שאינו כופהו להפסיק אומנותו ורחיים שלו, אלא אם בא לעשות החולה מעכב עליו, הדין עם החולה, כמו באוצר וחנות של נחתומין. ואפשר דהא דאינו מעכב בשעה שאין לו חולה בתוך ביתו, משום דדירה שאני, וכדאמר יח,א."

מבואר מהחזו"א שאם קדם הפטיש או הרחיים לחולה, אין מחייבים את בעל הפטיש והרחיים להפסיק בעבור החולה שבא לגבולם, דדירה שאני. ומה שחולה יכול לעכב תשמישי דירה, דכן הוא שרש נזקי שכנים, עיי"ש. והנה בגמ' יח,א מבואר לענין חנות ורפת דמהני קדימה דדירה שאני, עיי"ש ברש"י; "חנות ורפת בקר דירתן של אדם הן, ואין לנו לאסור דירתו עליו אא"כ ההיזק מוכן". ועיין מה שהובאו לעיל דברי החזו"א (ב"ב יג,יא), דאין דברי ריב"ש אלא בעושה דבר שאינו עיקר דירה, כמו בעושה אריגה וכיוצא בזה, שאין זה מצוי בכל אדם ולא ברוב בני אדם, משא"כ אם עושה דברים שרוב בני אדם עושין, אינו יכול למחות אף אם החולה קדם; "ורשאי אדם לבנות בית אצל חבירו ולהכניס את העוללים והיונקים שצועקים בלילה ואין חבירו יכול לעכב עליו, דהרי אינו חייב לצאת מדירתו".

ונראה דבנדו"ד אף שמעיקר הדין אי אפשר למנוע מהקבוצה להדליק מדורה למשך שעתיים, ובפרט אם מדובר במדורה קטנה שעשנה מועט, מ"מ ראוי ונכון להתחשב בזולת, ובפרט מי שהם בני תורה, ולא להכנס לספיקות הנ"ל, וגם היא דרך טובה וישרה. דאיתא ב"ב ס,א-ב; ר' ינאי הוה ליה אילן הנוטה לרשות הרבים. הוה ההוא גברא דהוה ליה נמי אילן הנוטה לרשות הרבים. אתו בני רשות הרבים, הוו קא מעכבי עלויה (שנופיו מזיקין לגמל ורוכבו – רשב"ם). אתא לקמיה דר' ינאי, א"ל זיל האינא ותא למחר. בליליא שדר קצייה להווא דידיה. למחר אתא לקמיה.

א"ל זיל קוץ. א"ל הא מר נמי אית ליה. א"ל זיל חזי, אי קוץ דידי, קוץ דידך, אי לא קוץ דידי, לא תקוץ את. מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר. מעיקרא סבר ניחא להו לבני רה"ר דיתבי בטוליה, כיון דחזא דקא מעכבי (הבין שבשביל כבודו שותקין על שלו), שדר קצייה. ולימא ליה זיל קוץ דידך והדר אקוץ דידי, משום דריש לקיש דאמר (צפניה ב) התקושו וקושו, קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים. ורואים דרבי ינאי נהג עצמו לפניו משורת הדין, דאף שלא תבעו ממנו, ואף שסבר שניחא להם להיות בצילו, מ"מ קצץ ענפי האילן.

ועיין במאירי שם בסוגיא, שכתב: "תלמיד חכם אף לכתחלה אסור להעמיד ענפיו על דרך שיכשלו בו בני רשות הרבים. ואם היה סבור שיהא נוח לבני רשות הרבים בכך כדי שינחחו תחתיו בצל, מעמיד עד שימחו בידו..." מבואר שיש דין מיוחד בתלמיד חכם שצריך לנהוג לפניו משורת הדין, בפרט בהיותו דיין. ועיין גם ברבינו יונה בעליותיו כו,א, דאיכא למ"ד דאמר רבי יוסי למידת חסידות היה אומר לקוץ, דכיון דלרבנן צריך להרחיק יותר מד' אמות, לדידן נמי אע"ג דקיי"ל כרבי יוסי, צריך להרחיק למידת חסידות.

והרמב"ן בסוגיא ב"ב כו,א, אף שלא הסכים לפרוש הסוגיא דחיוב ההרחקה הוא ממידת חסידות אלא מחמת גירי, מ"מ נראה דמסכים שאין לחסיד לגרום נזק, אף במקום שמותר לו לגרום נזק, וז"ל: "וקושיא זו שבשה מקצת המפרשים לומר דלאו גיריה הוא ואין צריך להרחיק אליבא דהלכתא, אלא הכי קאמר ליה, כיון שיש לחברו היזק ממנו, ולרבנן צריך להרחיק, אף אתה הרחק לפניו משורת הדין שאין ראוי לחסיד להזיק שום היזק, ואמר ליה כיון שאיני חייב להרחיק איני קוצץ אבל אתה אי ניחא לך קוץ. ואין פירוש זה כלום אלא גיריה נינהו וצריך להרחיק מן הדין, דומיא דההיא דאמרינן לעיל אפיקו לי קורקור מהכא, וכן דעת הגאונים ז"ל." וא"כ הגם שחלק על הפירוש בסוגיא, לא אישתמיטי הא דרבי ינאי, ובכל אופן ת"ח וחסיד צריך להזהר לא להזיק, אף במקום שיש לו היתרים, אם יש מהחכמים האוסרים.

תבנא לדינא, אף אם אי אפשר לאסור ולמנוע הדלקת המדורה כשעשנה מועט, ראוי ונכון להמנע ולא לגרום צער לאחרים. וכפי שנהגו השואלים למעשה, כן ראוי לעשות.

סימן ז

נזקי עשן בשריפת חמץ

ראשי פרקים

א. עשן רב, אך אינו תדיר

ב. חזקה בעשן לא תדיר

ג. עשן לדבר מצוה

העירייה העמידה מכולות ברחבי העיר לשריפת חמץ, והשכנים טוענים כי העשן הרב מזיק להם, וגורם ללכלוך ועכירות האויר כידוע, ומאידך טוענים אחרים, כי חייבים לשרוף חמץ במקומות מסודרים, כשכ"א ישרוף בחצירו באופן לא מסודר, הדבר נוגד את כללי הבטיחות, וכי סמכות העירייה להעמיד מכולות לשריפת חמץ, וכך נהגו שנים בכל הערים שרוב תושביהן שומרי תו"מ, וכי הבניה כיום צפופה וכמעט אין מגרשים פנויים שבהם ניתן להעמיד את המכולות. עוד טענו, שכבר מספר שנים המכולה לשריפת חמץ עומדת שם במקום. ואם מצד החזקה, האם יש חילוק אם השכנים או/ו השורפים היו שם גם בשנים עברו.

א. עשן רב, אך אינו תדיר

בנדו"ד יש לדון מכמה צדדים, הן מחמת היותו עשן שאינו תדיר, והן מחמת היות השריפה דבר מצוה, והן מחמת החזקה, שהחזיקו כמה שנים לשרוף במקום. לענין עשן שאינו תדיר, עיין מה שכתבתי לעיל בסי' ח, ואביא עיקרי הדברים, בהתיחס לנדו"ד. בתוס' (ב"ב כג, א ד"ה בקוטרא) כתבו: "נראה לר"י דדוקא בקוטרא דכבשן שהוא גדול ומזיק ביותר אין חזקה, כדאמר במרובה (ב"ק פב, ב) אין עושין כבשונות בירושלים, מ"ט משום קוטרא. ודוקא נמי בית הכסא שלהן שהיה למעלה מן הקרקע והיה מסריח ביותר, אבל בשלנו שהוא מכוסה יש חזקה". וכן הביא הרא"ש שם הי"ח מר"ת, דדוקא קוטרא דכבשן שהוא רב ומזיק ביותר, והביא ראיה מהא דאין עושין כבשונות בירושלים משום קוטרא. וכבשונות היינו משרפות סיד לקדירות, כמו שפירש רש"י ב"ק פב, ב. ועיין עוד רש"י עה"ת (בראשית יט, כח), דכבשן היינו חפירה ששורפין בה אבנים לסיד. וכל אלו יוצרים עשן רב, משא"כ עשן שאינו של כבשן, לכאורה אינו בכלל, ויש לו חזקה. והוא הדין בבית הכסא שיוצר סרחון רב, כדוגמא שהביא התוס', שהיה למעלה מהקרקע. וכוונת כבשונות, שיש בהם ריבוי עשן. ולכאורה לפ"ז,

בעשן של מכולה לשריפת חמץ, שהוא רב, ומעלה עשן ככבשן, מזה שאין לו חזקה, ש"מ שדין מזיק יש לו, וש"מ שיכולים למחות.

אולם יש מהראשונים שכתבו לחלק בין אם העשן תדיר או לא, וסוברים דאין חילוק בין עשן רב למעט, אלא כל שהוא מזיק, אפי' במיעוט עשן, אין לו חזקה, ורק עשן שאינו תדיר, יש לו חזקה, וכן כתב בנימוקי" (ב"ב יב,א מעמוה"ר), דבא מעשה לפני מורו הר"ר חסדאי, בעשן הרגיל לעשות בביתו לתיקון מאכליו, ואמר דכל עשן המזיק לאדם הוא קוטרא האמור בגמ', ועשן כבשונות בא למעט עשן שאינו תדיר. וכן הדין בריח בית הכסא, דכשאינו מגולה אינו תדיר ואינו רע ביותר, דדוקא ריח רע תדיר חשיב רע ביותר. והביא שכן כתב הרמ"ה. ולכאורה צ"ע בעשן דידן, דעשן שאינו תדיר הוא כעשן של כירה, שעושה לתיקון מאכליו, ואינו מזיק, אבל עשן של מכולה לכאורה אינו דומה לעשן של כירה או בית הכסא מכוסה, דבשעת השריפה, העשן רב ומזיק. או דלמא כיון שאינו אלא יום בשנה, וגם זה כמה שעות בלבד, חשיב כעשן לא תדיר. אמנם נראה שאם יקפידו שהאש תהיה באופן הנצרך בלבד, ולא כאלו העושים מדורה של ממש ללא כל צורך וללא טעם, הרי זה כעשן הכירה, ודינה כעשן לא תדיר לכ"ע.

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

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

שיש רגילות לעשותו בבית. וכן מבואר במאירי בסוגיא (ב"ב כג,א), דעשן שאין לו חזקה, דוקא בעשן התדיר כגון של נחתום וצבע; "אבל בכדי צרכו לאפות את פתו ולבשל את תבשילו, אין ספק שאין יכול לעכב". ולכאורה אם מצד צרכי הבית וכד', גם שריפת חמץ בכלל. ועדיין י"ל, דאם כ"א היה שורף בביתו או בחצירו, י"ל דחשיב כצרכי הבית, אולם כשעושים מכולה לכל דיירי השכונה, אין זה שריפת חמץ שהיא מצרכי הבית.

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

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

בעלי בתים לא. שאלו כן, אין לך בונה בית, ולא מדליק אש תחת תבשיליך, כדי שלא יצא עשנו בחוץ. והכי איתא בירושלמי ... אתא עובדא קומי רבי נסה ואמר, לא אמרו אלא בעשן תדיר". ומבואר שלמד מהירושלמי שאינו יכול למחות בעשן שאינו תדיר, שאל"כ אין לך בונה בית וכו'.

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

ומדברי מהר"מ מרוטנבורג נמצאנו למדים גדר נוסף. דאם עד עתה למדנו דיש עשן כבשונות ועשן בעלי בתים (תוס') עשן תדיר ושאינו תדיר, מחדש מהר"מ דיש גם עשן אקראי, שאם נעשה לזמן מועט של פעם בשבוע, אינו יכול למחות. מהר"מ בתש' (ד"פ סי' רלג) נשאל באחד שבנה מרחץ סמוך לבית כנסת, וטוענים הקהל שהעשן קשה להם וריח המרחץ. והשיב מהר"מ, דכבר פירש ר"י בתוס' דקוטרא היינו כבשונות גדולות; "דנפיש קיטרא טובא ומלתא דקביעותיא הוא, שאופים בהן תדיר ומזיק טובא, אבל כה"ג יש חזקה, וכ"כ רבינו מתתיה גאון ... וכן אמר רב עמרם גאון, וכ"פ ר"ח דוקא קיטרא תדירה, והביא ראי' מדגרסי' בירושלמי ... כל שכן הכא דבאקראי בעלמא קא עביד פעם אחת בשבוע ודבר מועט". מבואר דכל דבאקראי בעלמא, אינם יכולים למחות, וכגון המרחץ שעושה אחת בשבוע ודבר מועט. ולפי דברי מהר"מ נראה דאין לחלק בין עשן המכולה לעשן המרחץ שהיה נהוג בזמנם, דכיון שמדובר בזמן אקראי בלבד, אין יכולים למחות.

ובתה"ד (ח"ב סי' קלז) כתב להדיא שבעשן שאינו תדיר, אין חזקה ואינו יכול למחות, דלא כרמ"ה. תה"ד סמך דבריו על תש' רב מתתיה גאון (מובא בהגהות מיימוניות שכנים יא,ד, וכן הביאו ר' ברוך בשיטת הקדמונים, בסוגיא ב"ב כג,א); "שאלו מקמי מר מתתיה גאון ז"ל, ראובן שביקש לבנות פורני (תנור), ועמדו שכניו לעכבו מהו. והשיב כי יכולין לעכבו. שפורני הזיקו מרובה ומצוי מחמת עשן, ועל המזיק להרחיק עצמו הזיקו. ואפילו לרבי יוסי דאמר זה חופר בתוך שלו, בקוטרא וריחא דבית הכסא מודה". ומוכיח מכאן תה"ד, דעשן שאינו תדיר ומצוי לא יכול לעכב אפי' לכתחילה, שהרי כתב שבקש לעשות פורני חביריו מעכבים עליו משום דהזיקא רב ומצוי, משמע הא לאו הכי, לא יכולים לעכב ואפי' לכתחילה.

וגם רבי יוסי מיירי לענין לכתחילה ולא לחזקה. עוד הביא רביה"א מהג"א ב"ב ב,ו, דמוכח דבאינו תדיר אינו יכול לעכב. וכתב תה"ד לשואלים שפסקו כרמ"ה שיכולים לעכב לכתחילה: "ואף כי בפלוגתא דרבנותא על הניזק להביא רביה, וכ"ש הכא דהירושלמי משמע הכי בפשיטות, מ"מ אינני קורא עליכם טועים בפסק שלכם, הואיל ומצאתם כדבריהם בהדיא בפסקי הגאונים". ומבואר דדעת תה"ד שאף לכתחילה אינו יכול לעכב בעשן שאינו תדיר. וכן מבואר בדברי המגיד שכנים יא,ד: "פירשו המפרשים עשן, דוקא בעשן תדיר כעשן הכבשן וכיוצא בו, אבל בעשן שאינו תדיר, אינו יכול למחות, וכן אמרו בירושלמי ...". הרי שבעשן שאינו תדיר, אינו יכול למחות אף לכתחילה.

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

ובדר"מ שם (ח"מ קנה, יג) כתב לפסוק כתה"ד; "ונראה דהכי נקטינן דמהרא"י בתרא הוי וחכם ראוי לסמוך עליו, ודלא כמה שכתב בית יוסף דיש לדחות דבריהם מקמי דברי הרמ"ה שהיה רב מפורסם". ומחלוקתם גם בשו"ע ח"מ קנה, לז, דהמחבר פסק דלכתחילה מצי מעכב אפילו בעשן שאינו תדיר. והרמ"א הביא דעת תה"ד דבעשן שאינו תדיר, אפילו לכתחילה לא יוכל למחות; "וכן נראה לי להורות". ובש"ך ס"ק

יט האריך לחלוק על פסק הרמ"א, וכתב להקשות על ראיות תה"ד, עיי"ש, וגם מש"כ תה"ד דבמחלוקת הפוסקים על הניזק להביא ראיה, כתב הש"ך דהיינו דוקא כשהחזיק כבר, משא"כ כשרוצה להחזיק, על המזיק להביא ראיה, וכל שאינו מביא ראיה, הרי הוא בחזקתו דמעיקרא. עוד כתב הש"ך דמסתבר כרמ"ה, דאיך יעשה לו נזק לכתחלה אפי' כל שהוא בעל כרחו. וכיון דהרמ"ה והטור והנמוק"י ס"ל דאף בעשן שאינו תדיר יכול למחות לכתחלה, הכי נקטינן.

והגרע"א (קמא, סו"ס קנא, הובא גם בפת"ש חו"מ קנה"ז) פסק כדעת הרמ"א דאינו יכול למחות, והביא ממהריב"ל בתש' (ח"ב סי' פד - פה) במי שהחזיק בצינור על חבירו ובא להגביה, דהוי ספיקא דרבוואתא, דכל זמן שאינו מברר דהוא מזיק לו, אין שומעין לו. ולא דמי לנזק מבורר והוא בא לזכות, דכיון שהספק בעיקר הנזק אם מזיק אותו, אינו יכול למחות. דדעת המהריב"ל בעושה הכל בשלו והספק אם מזיק אותו, אינו יכול למחות. וכן כתב תה"ד בעשן שאינו תדיר דהוא ספיקא דרבוואתא אי מקרי היזק, דמותר לעשות כן בשלו לכתחילה, ושכן פסק הרמ"א. וכן דעת מהרש"ם (ח"א סי' קעח), שהביא מהעטרת צבי שהעיד דהמנהג פשוט כהרמ"א, ופוק חזי מה עמא דבר: "ויש לומר דאין ראיה מחכמי הספרדים, דגירין תמיד בתר פסק הב"י, אבל אנו נוהגים כהרמ"א". ולכאורה נדו"ד י"ל, דכיון שהוא ודאי נזק רק אינו תדיר, אינו בכלל ספק בעיקר הנזק. או י"ל לאידך גיסא, דכיון שאינו תדיר, הוא בכלל ספק אם נקרא מזיק.

יש לציין כי אין חילוק אם עושה העשן בחצר המשותפת, או אם עושה בחצירו ומזיק ברשות חבירו, או אם עושה ברה"ר, והעשן מזיק בחצר חבירו. אף שהדבר פשוט ואין צריך כמעט לראיה, שהרי כל נזקי דפרק לא יחפור מיירי בעושה בשלו ומזיק בשל חבירו, מ"מ כיון שמצאנו לרא"ש בתש' ק,ה שכתב דאין חילוק, יש להביא דבריו, וז"ל הרא"ש: "וששאלת, ארבעה דברים שהגמרא אסר שלא יעשה אדם היזק לחברו, נדנוד קרקע, וריח בית הכסא, ועשן, והיזק ראיה, אם הוא דוקא כשהן שכנים בחצר ובמבוי שאינו מפולש, או אפי' בתי הניזק והמזיק פתוחות לרשות הרבים. דע, שאין חילוק, שאלו ההזיקות חשבינן כגירי דיליה, כאלו עושה לו ההיזק בידים, ורבי יוסי דאית ליה על הניזק להרחיק את עצמו, מודה בהני דעל המזיק להרחיק את עצמו, הילכך בין שהוא שכנו בחצר ובמבוי, בין שבתי שניהם פתוחים לרשות הרבים, בכל ענין צריך להרחיק ממנו ההיזק". ולכן פשוט שגם בנדו"ד, אף שהמכולה עומדת ברשות הרבים, אין חילוק והוי נזק קוטרא, ככל שמדובר בעשן תדיר.

ולפ"ז באנו בנדו"ד לכמה מחלוקות ראשונים, אם עשן המכולה יכול למחות או לא. אם דינו כעשן לא תדיר, הואיל ויש מהראשונים הסוברים דעשן לא תדיר היינו

דבר שאין עשנו רב, וכן לשיטות אחרות, דוקא בעשן שהוא לשימוש ביתי ולא מכולה שנועדה לשימוש לכל הסביבה. ועוד נחלקו הראשונים, אם בעשן שאינו תדיר, יכול לעשות לכתחילה ואין השכן יכול למחות. ומחמת ספיקות אלו, מצד עשן שאינו תדיר, אין להתיר לשים מכולה, כשיש מתנגדים, רק כ"א יכול לשרוף לעצמו, וזה אינו יכול למחות, דכה"ג הוי כעשן כירה. וכאמור, אם יקפידו על שלהבת נמוכה, רק הנצרך לצורך קיום המצוה של שריפת חמץ, ולא יעשו מדורה ואש ללא צורך, דינה כעשן הכירה וכעשן לא תדיר.

ב. חזקה בעשן לא תדיר

מהמבואר לעיל עולה שנחלקו הראשונים אם בעשן לא תדיר, יכול למחות לכתחילה, אולם לענין עצם החזקה, אם מדובר בעשן תדיר, לא מהני חזקה, ואם מדובר בעשן לא תדיר, מועילה החזקה לכ"ע, וכפי שנפסק בשו"ע חו"מ קנה, לו-לד. ועל הצד שהעשן דידן הוא עשן תדיר, וכשיטת התוס' ודעימיה, כיון שעשנו רב כעשן הכבשן, לא מהני חזקה. אולם לשיטות הראשונים דאם לא שוהה רוב היום, הרי הוא כעשן כירה ועשן לא תדיר, א"כ מועילה בו חזקה. ולכאורה נדו"ד תלוי במחלוקת הראשונים אם חזקה בנזיקין הוי לאלתר, או צריך ג שנים וטענה. ויש לדון אם נחלקו גם בנדון כנדו"ד, שמעמיד המכולה ברה"ר סמוך לבית חבירו, ואם בכה"ג הוי חזקה לאלתר. ולענין חזקה בעשן תדיר, עיין מש"כ לעיל בסי' ח, ואוסיף מעט לענין עשן שאינו תדיר דמהני חזקה, מה שיעור החזקה.

איתא בב"ב ו,א: אמר רב נחמן, אחזיק להורדי לא אחזיק לכשורי, לכשורי אחזיק להורדי. רב יוסף אמר, אחזיק להורדי אחזיק לכשורי. איכא דאמרי, אמר רב נחמן אחזיק להורדי אחזיק לכשורי, לכשורי אחזיק להורדי וכו'. וברש"י שם (ד"ה אחזיק), כתב: "כל חזקות הללו דשמעתין, אינן חזקות שלש שנים, דלא שייך שלש שנים אלא גבי חזקת קרקע שמחזיק בשדה חבירו ואומר לקחתיו ממך, אבל הכא בחזקת תשמישין בעלמא מיירי, שמשמש בשל חבירו, ובשעה אחת משתמש בפניו ושותק הויא חזקה, כדמוכח לקמן דאמרינן, ואי חבריה בטינא לאלתר הויא חזקה. וטעמא, משום דאמרינן לא שביק איניש לאישתמושי בתוך שלו תשמיש של קביעות בלא רשותו, וכיון דמשתמש זה לפניו ושותק, י"ל דנטל רשות ממנו או נתן לו ממון ומכר לו תשמיש זה. והני מילי דהויא חזקה, כגון שטוען הוא מכר לי או נתן לי במתנה, אבל אם טען נשתמשתי בפניו ושתק אינה חזקה, כדתנן לקמן בחזקת הבתים (דף מא), כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ... ובכל חזקות מיירי, לא שנא חזקת שלש שנים, ל"ש חזקת יום אחד כי הני". מבואר מרש"י דהוי חזקה לאלתר דוקא בטענה, שטוען מכרת לי או נתן במתנה, אבל אם טוען שכיון שראה מחל, לא

הוי כלל חזקה. ונידון רש"י מיירי בשימוש ברכוש חבירו, שנועץ קורות על כותל חבירו, ולא בנזק בעלמא, ומבואר דשיטת רש"י דבכה"ג הוי חזקה לאלתר, דחזקת תשמישין הינה לאלתר, ולא דמי לחזקת קרקעות, אך בעינן עמה טענה, ואין בשתיקה עצמה משום חזקה להמשך השימוש בכותל חבירו.

ובתוס' שם ו,ב (ד"ה ואי), לענין דאם חבר הקורה בטיט, לאלתר הוי חזקה, הביאו מהרשב"ם, דחזקות דלעיל לאו דשלש שנים אלא לאלתר. והיינו דעת הרשב"ם וכפי שיתבאר להלן. ובחילוק בין חזקת תשמישין לחזקה בקרקע, או עושה כותל בחצר חבירו ומרחיב גבולו, כעובדא דרב ענן (ב"ב מא,א), דבנה כותל חדש בינו לבין שכנו, והרחיב קרקע שלו ועשה הכותל בשדה חבירו, י"ל דכשעושה פעולה שהיא קנינית, שהקרקע נהיית שלו, בעינן לחזקת ג שנים, אולם כשכל מה שיש לו זה שכות שימוש מסוים בקרקע, בכגון זה לאלתר הוי חזקה. דלעינין בעלות, הרי נהגו לעשות שטר, ועד ג שנים נזהר הקונה בשטרו, ואמרינן ליה אחוי שטרך, משא"כ חזקת תשמישין ונזיקין, אין עושים שטר, ולכן לאלתר הוי חזקה, דאין טענת אחוי שטרך. כן כתב הרמ"ה בחידושיו לפ"ק דב"ב (אות נט), וז"ל:

"אלא מסתברא דלא דמי כשורא דמטללתא לאהדורי גודא בארעא דחבריה, דאלו בכשורא דמטללתא תשמיש גופיה לא הוי חזקה אלא לההיא תשמיש בלחוד, ואי בעי לאוספי עליה תשמישא אחרינא, לאו כל כמיניה ואמטול הכי לא בעינן שלש שנים, דכי בעינן שלש שנים במידי דמיקני ליה גופה דארעא, דכיון דבעי טענת מכרת לי או שנתת לי במתנה, אמרינן ליה אחוי שטרך ... אבל לתשמישא בעלמא, והוא הדין לניזקין, כיון דבשתיקה בעלמא קיימא חזקה, כדבעינן לברורי בפרק חזקת הבתים. ממעשה דאפיקו ליה קור קור מהכא (פרק לא יחפור אות פג) ומכמה ראיות לא שייך ביה שטרא כי היכי דלימא ליה אחוי שטרך, הלכך לא בעי שלש שנים, אלא בתורת קבע ובתורת ארעי תליא מילתא, וכל היכא דלא מלו להו תלתין יומין דאינן יומי עראי דידה, לא הויא חזקה. ומכי מלו להו תלתין יומין ואתברר דחזייה ניזק ושתיק הויא חזקה, דודאי לקביעותא קא מכיין, וידע ניזק וקא מחיל, מידי דהוה אכשורא דמטללתא. והוא הדין לחלונות וזיזין היוצאין לרשות היחיד או לחצר השותפין, דכולהו בגו תלתין יומין איכא למימר דלתורת ארעי קא נחית."

מבואר מדברי הרמ"ה, דג' שנים שייך רק במקום שיש טענה כלפי הקונה שיוציא שטרו, משא"כ בחזקת תשמישין וחזקת נזיקין. עוד מבואר ברמ"ה, דחזקות אלו הינן דוקא לאחר ל יום, ולאחר לאו דוקא, דעד ל יום יכול הבעלים לסבור שעושה בתורת עראי, ולכן לא מחה, משא"כ לאחר ל יום.

ודברי הרשב"ם שהביאו התוס', הם על המשנה ב"ב מא,א; כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. ופירש הרשב"ם, דמיירי בין בחזקת ג שנים דקרקעות ובתים ואילנות, ובין בחזקת יום אחד, כגון אחזיק להורדי וכו', שגם בזה וגם בזה צריך שתהיה עם החזקה טענה מאיזה כח החזיק בה. ועל המשנה נז,א; אלו דברים שיש להם חזקה, עשה מחיצה לבהמתו וכו', פירש רשב"ם: "אלו מיני תשמישין דאמרינן לקמן שאדם משתמש בשל חבירו, שאם משתמש שלש שנים ולא מיחה בו חבירו, יש לו חזקה לזה המחזיק, ויכול לטעון אתה נתתו לי לתשמיש זה במתנה או מכרתו לי, כגון תשמישין קבועין כדמפרש לקמן, שאדם מקפיד עליהן אם נעשין שלא ברשותו, והלכך בשלש שנים הוא חזקה דומיא דבורות שיחין ומערות ובית השלחין וכל הנך דלעיל, דכיון דקביעות תשמיש הוא, כדמחזיק בגופה של קרקע חבירו דמי והוא חזקה בשלש שנים". דיש סוגי תשמישין שהם כבעלות על הקרקע ומפקיעים את שימוש הבעלים מהקרקע, ולכן חזקתם ג שנים, ולכן לענין מעמיד כותל בחצר השותפים להעמיד שם בהמתו וכו', הוי חזקה רק לאחר ג שנים. וצ"ל דגם לרשב"ם מה דבעינן ג שנים בכח"ג, מפני שבזה הרגילות לעשות שטר, ואמרינן ללוקח אחוי שטרך, וכמש"כ הרמ"ה. דאל"כ הסברא לכאורה לאידך גיסא, דככל שהפקעת הבעלות גדולה יותר, כך זמן המחאה צריך להיות קצר יותר, דכשרואה שמשתמש שימוש של נעיצת קורה, שאינו שימוש שמפריע, אפשר שלא ימחה לאלתר, משא"כ בשימוש המפקיע בעלות. ולכן צ"ל כמש"כ הרמ"ה, דשימוש של הפקעת הבעלות, נהגו בשטר, ובוה יש טענה כלפי הלוקח אחוי שטרך.

ומדברי הרשב"ם עולה גם לחלק בין חזקת תשמישין לחזקת נזיקין, דדוקא חזקת תשמישין שמשתמש בשל חבירו, נראה דבעינן ג שנים וטענה, אולם בחזקת נזיקין, לא בעינן לרשב"ם ג שנים וטענה, דלא שייך בהם הטעם שכתב הרשב"ם. ועיין בר"י קרקושא בסוגיא (ב"ב נז,א), דכל אלו תשמישין, אם השתמש ג שנים ולא מיחה בו חבירו, יש לו חזקה לזה המחזיק, ויכול לטעון אתה נתתו לי לתשמיש זה במתנה או אתה מכרתו לי, ומיירי בתשמישים קבועים, שאדם מקפיד עליהם אם נעשים שלא ברשותו, דכיון דקביעות תשמיש הוא, כמחזיק בגופה של קרקע דמי, ואין לשתיקה חזקה אלא לנזיקין, כגון שעושה בתוך שלו, משא"כ במשתמש בשל חבירו צריך גם טענה.

ומדברי ר"י מיגאש בסוגיא מבואר, דבחזקת תשמישין, לאלתר הוי חזקה, רק הוי חזקה לענין אותו תשמיש, שאין השותף יכול לעכב עליו, אולם אין בזה חזקה על גופה של קרקע, דחזקה לגופה של קרקע, בעינן ג שנים וטענה, וז"ל: "ובחצר השותפין, בין החזיק שלש שנים בין לא החזיק, בין טעין בין לא טעין, אם עשה מחיצה, כיון דקפדי אינשי הויא חזקה, דאי לאו דאחיל לא הוה שתיק. ודוקא

דהוי חזקה הוא דכל זמן שאין חולקין החצר אין יכול לעכב עליו שלא יעמיד שם בהמות, ואע"ג דמרבה עליו את הדרך, אבל מיהו בקרקע גופיה לא הוי חזקה". וכן התבאר בתש"ר"י מיגאש (סי' סב). דפעמים הוי לאלתר חזקה, אם התברר הנזק, ולעיתים ל יום, כגון במקום דאמרינן דעד ל יום הוי תשמיש עראי, אולם במקום שזוכה בגוף הקרקע, בעינן ג שנים וטענה, וז"ל הר"י מיגאש בתש"ר:

"הדברים שמספיק בהם חזקה לאלתר, הוא כל דבר שאין המחזיק טוען להוציא עיקר הדבר ההוא מבעליו, אבל הדבר ההוא הוא לבעלים, ועיקר מה שהחזיק זה באיזה תשמיש או באיזו הנאה בו כמי שנשתמש בכותל חבירו וכל כיוצא בזה. או מי שחדש בממונו דבר שיגיע ממנו היזק לממון חבירו, כמי שפתח חלון אצל חבירו וראה אותו ונתברר לו שיעור ההיזק המגיע ממנו ושתק, וע"פ אותם התנאים שהתנה התלמוד בזה, או מי שבנה בתוך שלו כותל כנגד חלון חבירו שמנע בו ממנו האורה וראה אותו חבירו ושתק, שאין למחזיק טענה בעיקר ממון חבירו, ואיננו אומר שקנאו ולא שניתן לו במתנה, אבל אותו הדבר נשאר לבעליו, ועיקר שחדש זה המחזיק הוא אם תשמיש או היזק חדש עליו, שבזה יספיק בכדי שידע בעל הקרקע באותו התשמיש או באותו ההיזק ובשיעורו וישתוק. ומה שצריך בו לשלשים, הוא מי שנשתמש בכותל חבירו ותלה ממנו סכך, שכל זמן שלא עברו עליו שלשים יום אינה חזקה, להיות הסכך דבר ידוע שהוא בדרך שאלה ואינו קבוע, ואם עברו עליו ל' יום, הוי כקבוע והויא חזקה. ומה שצריך ג' שנים הוא מי שטוען להוציא גוף הקרקע מחבירו ולקחת אותו לעצמו, כגון שטוען שקנאו ממנו או שנתן לו במתנה וכל כיוצא בזה, לא הויא חזקה אלא עד שיאכל פירותיו ג שנים רצופות בשופי".

והרמב"ן בסוגיא (ב"ב נזא), בתחילה כתב דבחזקת תשמישין מיירי בג' שנים וטענה, ואין לשתיקה חזקה אלא בנזקין, כגון שעושה בתוך שלו, אבל משתמש בשל חבירו טענה בעי. והביא הרמב"ן את הר"י מיגאש דגם בחזקת תשמישין לא בעינן ג שנים וטענה, דומיא דמרזב וזיז וחלון, דכיון דבחצר השותפין עסקינן שהם יכולין למחות זה על זה שלא להשתמש בחצר בתשמישין קבועין הללו, וכששתק מחל, אף שאין לו קנין וחזקה בגוף הקרקע, מ"מ אינו יכול לעכב את שותפו מלהשתמש במה שהחזיק. וכתב דכעת הר"י מיגאש נראה גם דעת הגאונים.

ויש עוד להאריך בענין זה, וכאמור כל זה בעשן תדיר שיש לו חזקה. ובשו"ע חו"מ קנגב, הביא המחבר דעת הרמב"ם דלא לתר הוי חזקה, והרמ"א הביא דעת הי"א (הרא"ש ועוד ראשונים), דבעינן ג שנים וטענה: "הוציא את הזיז ולא מיחה בו בעל

החצר, לאלתר הרי החזיק בעל הזיו ... (וברמ"א שם) וי"א דכל חזקות אלו בעינן ג שנים, וכל שלא החזיק ג שנים יכול למחות. וכן בעינן שיבא בטענה, כמו בחזקת קרקע". וכן הוא בשו"ע חו"מ קנג,טז, לענין חזקת סולם ונעיצת קורות. ובשו"ע חו"מ קנה,לה, לענין הרחקות הנזיקין דפרק לא יחפור, פסקו המחבר והרמ"א דלאלתר הוי חזקה, והרמ"א הגיה דכן ראוי להורות, דלא כ"א דבעינן ג שנים וטענה, וז"ל: "כל הרחקות שאמרנו, אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק, הרי זה מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיק, והוא שראו ממנו שמחל, כגון שסייע עמו מיד, או שאמר לו לעשות, או שראוהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד על זה, זכה. (רמ"א) ועיין לעיל סימן קנד סעיף יב. וכן ראוי להורות, אע"ג ד"א דבעינן חזקה שלש שנים וטענה". והיינו דהרמ"א אף הוא פסק דלענין חזקה שיש בה ענין של זכות בעלות בקרקע וכיוצא, ואפי' זכות תשמישין, שהיא מעין זכות בקרקע, דבזה י"א דבעינן ג שנים וטענה, אולם לענין חזקת נזיקין, לאלתר הוי חזקה. הרי שלענין חזקת נזיקין, ככל שיש חזקה, הן למחבר והן לרמ"א הוי חזקה לאלתר. וגדר לאלתר, עיין בסמ"ע קנג,ג, ובקצוה"ח קנג,א, ועיין מה שכתבתי בח"ב מ/ג.

ולענין חזקה של לוקח, אם היה כאן חזקה לאלתר, ובא דייר חדש לשכונה, מבואר דככל שהחזיק בהיתר, מהני אף ללוקח, וטענינן ללוקח, וכדאיתא בגמ' ב"ב כג,א לענין הרחקת השוכך מהעיר, וכן פסק בשו"ע חו"מ קנה,כד, וז"ל: "מרחיקין השוכך מהעיר חמשים אמה, ולא יעשנו בתוך שלו אלא אם כן יש לו חמשים אמה לכל רוח. ואם לקחו כמו שהוא, אפילו הוא בתוך בית רובע, הרי הוא בחזקתו. ואף אם יפול, יכול לחזור לבנותו, שטוענים ללוקח לומר ראשון עשאו ברשות, לא שנא נגד יחיד לא שנא נגד רבים". הרי שאפי' לא ידעינן אם מוחזק, טענינן ללוקח שהוא בחזקתו. אמנם בנדר"ד לא נראה דהוי בחזקתו לענין דטענינן ללוקח, אך ככל שהיתה חזקה ויודעים שהיתה חזקה, הרי הלוקח יכול לשרוף במכולה.

כל זה אם מדובר בעשן שאינו תדיר, די ש לו חזקה, אולם בעשן תדיר, שהוא בבחינת נזקי גוף, נראה דבנזקי גוף יכול דייר חדש לטעון שאף אם לקודמו אינו מזיק, לו הדבר מזיק, כיון שבנזקי הגוף נראה דיש לדון בכל ניזק בפני עצמו, דכיון דאין חזקה לנזיקין, אף אם מחל לו דייר אחד, או המוכר מחל לו והקנה לו, כמבואר בשו"ע קנה,לו, בסופו, י"ל שאינו יכול למחול או למכור נזק שיבוא לאחר, ובודאי ככל שהעשן מזיק בנזקי גוף, אינו יכול למחול אלא לעצמו, וכשיקנה לוקח אחר, יכול למחות. ועיין מה שכתבתי בענין זה בח"ו יג/ח ועיין מה שכתבתי לעיל בס"ח. וכן מדברי הריב"ש לענין חולי הראש.

וכל זה אם הטענה הינה על נזק לגוף, כגון סבל בדרכי הנשימה או כאבי ראש וכד', אולם טענו מנגד, שניתן להתגבר על הדבר, אם הדיירים הסמוכים למכולה, יגיפו

את התריסים והחלונות, וממילא לא יסבלו מהעשן. טענו השכנים מנגד, כי לאחר שניקו את התריסים לחג הפסח, הדבר ישחיר את התריסים. ובהוה הוי נזקי רכוש, ומהני חזקה לאלתר, וכמש"כ המחבר בשו"ע חו"מ קנה, לז (בסופו), וז"ל: "ועשן תדיר נמי, דוקא היכא דמטי לרשותא דחבריה ברוח מצויה, אבל אי לא מטי ליה אלא ברוח שאינה מצויה, לא מחייב לסלוקי. ואפילו ברוח מצויה נמי, דוקא דמזיק לאינשי, אבל אי לא מזיק לאינשי, אף ע"ג דמטי לביתיה ומשחיר לאישיתיה (פירוש כותלו), אם ראה ושתק מחל, ושוב אינו יכול למחות. אבל לכתחלה, מצי מעכב". הרי דטענת השחרת הכתלים הינה טענת נזקי ממון, ומהני למחבר ולרמ"א חזקה לאלתר.

אולם למעשה ככל שמדובר בעשן תדיר, הרי זה בבחינת נזקי גוף, ואין לו חזקה כלל, וכדאיתא בגמ' ב"ב כג,א, וכן פסק בשו"ע חו"מ קנה, לו: "במה דברים אמורים, בשאר נזקים, חוץ מארבע שהם העשן וריח בית הכסא ואבק וכיוצא בו ונדנדוד הקרקע, שכל אחד מאלו אין לו חזקה, ואפילו שתק כמה שנים הרי זה חוזר וכופהו להרחיק. [רמ"א - ואפילו סמך קודם שבא לשם דבר הניזק. מיהו אם זכו שניהן בשל הפקר, כל הקודם זכה, ואין השני אחריו יכול למחות בו.] ... ולמה שינו נזיקין אלו משאר נזיקין, לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזיקין אלו, וחזקתו שאינו מוחל, שהזיקו היזק קבוע". ועיין מה שכתבתי לעיל בסי' ה לענין חזקה בנזקי גוף, ומ"מ הוי ספק בעצם הנזק אם הוי נזק או לא, אם הוא עשן תדיר או שאינו קבוע, וכמש"כ לעיל, ועיין שם לענין ספק, אם מותר לו לעשות הנזק.

ג. עשן לדבר מצוה

ובעיקר החידוש כאן שיש לדון אם מותר לעשות מכולה זו, ואף אם יש נזק בעשן, מאחר והיא נועדה לשריפת חמץ, שהיא מילי דמצוה וחובת היום להשבית חמץ מרשותו, ואין ביעור חמץ אלא שריפה. וקיי"ל לכאורה דאין הניזק יכול למחות בנזק של גירי דיליה, כשהמזיק עושהו לדבר מצוה. דהנה תנן במשנה ב"ב כ,א: חנות שבחצר, יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין. אבל עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק, ואינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש, ולא מקול הריחים, ולא מקול התינוקות. ובגמ' שם הקשתה, מאי שנא רישא דקתני יכול לומר איני יכול לישן מקול הנכנסין והיוצאין, וסיפא קתני אינו יכול לומר לו איני יכול לישן מקול התינוקות. ותירץ רבא (שם כ,א): סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן, ומתקנת יהושע בן גמלא ואילך. מיתבי, אחד מבני חצר שביקש לעשות רופא אומן וגרדי ומלמד תינוקות, בני חצר מעכבין עליו. הכא במאי עסקינן בתינוקות דעכו"ם. ת"ש, שנים שיושבין בחצר וביקש אחד מהן לעשות רופא ואומן וגרדי ומלמד תינוקות, חבירו מעכב עליו. ה"נ בתינוקות

דעכו"ם. ת"ש מי שיש לו בית בחצר השותפין, הרי זה לא ישכירנו לא לרופא ולא לאומן ולא לגרדי ולא לסופר יהודי (מלמד תינוקות – רש"י) ולא לסופר ארמאי. הכא במאי עסקינן בסופר מתא (מלמד תינוקות העיר, ומושיב מלמדים תחתיו, והוא מורה את כולם איך יעשו, ויש שם קול גדול).

ובתחילה יש להביא את דברי הנימוק"י (ב"ב יב,א מעמוה"ר) בשם הירושלמי, דטענת ריבוי נכנסים ויוצאים היא טענה על נזק בדרגה של קוטרא, דלמדנו מהירושלמי (ב"ב ב,ג) שהיזק רבוי הדרך של אומן בחצר נזק, גדול הוא כקוטרא ובית הכסא דלא מהני חזקה, דתני תמן גבי נכנסין ויוצאין, לשכנו יכול הוא לחזור בו. רשב"ג אומר, אף משקבל עליו יכול לחזור בו, כרבי מאיר דאמר יכולה אשה שתאמר סבורה הייתי לקבל ועכשיו איני יכולה לקבל. ואע"ג דלא קי"ל כוותיה, כדלא קי"ל כר"מ דמומין, שיכולה לומר כסבורה הייתי לקבל ועכשיו איני יכולה לקבל, היינו לענין מחילה בפירוש, אבל מ"מ למדנו הדין לענין חזקה, דמשמע דכולהו חשבי ליה נזק גדול כקוטרא וכבית הכסא, מדשקלו וטרו אי מהני ביה מחילה ואפילו בקבלה. ומזה יש ללמוד, דהיכא דאינו יכול לעכב מחמת הנכנסים והיוצאים, הוא הדין שלא יוכל למחות במילי דמצוה, כשיטען טענת קוטרא. והיינו לנזקים שעושה בגירי דיליה ולא למזיק בידים.

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

ולכאורה נראה דגם רש"י פירש כדעת הרמב"ם, ממה שפירש רש"י בקושיה הגמ': ת"ש מי שיש לו בית בחצר השותפין, הרי זה לא ישכירנו לא לרופא ולא לאומן ולא לגרדי ולא לסופר יהודי ולא לסופר ארמאי, דמיירי בסופר – מלמד

תינוקות, ומדוע לא פירש רש"י דמיירי בסופר סת"ם, ותירצה הגמ' דאה"נ, דסופר סת"ם אינו יכול לעכב, אבל סופר העיר, שהוא דבר הרשות, יכול לעכב. ומזה מוכח שרש"י ס"ל דדוקא מלמד תינוקות אינו יכול לעכב, משא"כ שאר מילי דמצוה. וכן מוכח להדיא ממה שפירש רש"י בברייתא שם על רופא, שיכולים לעכב, דהיינו מוהל, ומוהל הוי מילי דמצוה.

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

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

וברמב"ן בסוגיא פירש סופר דמתא: "פירושו כותב שטרות העיר או ספרי תורה,, והקשה על פירוש רש"י שפירש מלמד כל תנוקות שבעיר שיש שם קול גדול; "דכיון דמשום מצוה הוא דשרית ומשום תקנה, כ"ש דאיכא מצוה רבתי ותקנתא תירתא. ואפשר כיון שהוא שונה ליותר מחמשים מעכב עליו, שהקול גדול ביותר

ואין מצוה זו מן המובחר, דהוה להו לאותובי תרי". ומבואר מהרמב"ן דסופר סת"ם אינו בכלל דין התינוקות, ודוקא בתינוקות שיש גם מצוה וגם תקנה, אינו יכול לעכב, משא"כ בסופר סת"ם. וזה לכאורה כדעת הרמב"ם.

וברמ"ה בסוגיא (אות נה) מבואר דהוא הדין לשאר מילי דמצוה, שאינו יכול לעכב, וז"ל: "... ומסתברא דהוא הדין לשאר מילי, כגון מגרס אורייתא משנה ותלמוד וצלויי בצבורא, לא מצי למימר ליה איני יכול לישן לא מקול הנכנסין ולא מקול היוצאין". ועיין שם אות נו. ומבואר ברמ"ה, שאף מילי דמצוה שאין בה תקנה כתקנת יהושע בן גמלא, אינו יכול לעכב עליו, ואף להתפלל במנין או תלמוד תורה ברבים. וכן פסק הטור חו"מ קנו, ח: "וכן אין יכולין למחות בידו מלמד תינוקות של בית רבן ואפילו הן רבים. והוא הדין נמי לכל מילי דמצוה, כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה". הרי שאפי' חלוקת צדקה חשיב מילי דמצוה, ולא יכול לעכב בטענת ריבוי נכנסים ויוצאים וכיוצא"ב. וכן כתב בב"י דהוא הדין לכל מילי דמצוה, והראה מקורו לדברי הריטב"א בתש' הנ"ל. והב"ח שם (קנו, א) כתב על דברי הטור דרופא היינו רופא אומן, ולא פירש כרש"י דהיינו מוהל, דהטור ס"ל דלאו דוקא מלמד תינוקות דהוא הדין לכל מילי דמצוה, כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה, ולכן מוהל לא יוכלו לעכב עליו, ומה שיכולים לעכב רופא, על כרחך רופא שהוא אומן קאמר. אולם לרש"י דדוקא מלמד תינוקות, ומשום תקנת יהושע בן גמלא שלא יחזור הדבר לקלוקלו, אבל לכל מילי דמצוה יכול למחות, גם במוהל יוכל למחות. ועיין עוד בסמ"ע קנו, ג, שכתב דהביאור הוא רופא לעניני הגוף, ולא כרש"י והלבוש שכתבו דרופא הוא מוהל. ושם בסמ"ע ס"ק ד כתב, דסופר סת"ם אינם יכולים למחות, דלא כרמב"ן שגם בזה יכול למחות.

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

והאבני נזר (חחו"מ סי' כו) נשאל במקום שבנו בית מטבחים לשחיטת עופות, ונפל הבית מטבחים, ורוצים לבנותו, והשותפים טוענים שאין לזה חזקה כמו קוטרא,

ולכן מוחים בעדם. ובתו"ד כתב להקשות על דברי הט"ז, דמה שתירץ הט"ז דיכול לילך לבית החולים, מי לא עסקינן בכרך גדול שהרבה חולים ואין הזמן מספיק לילך לכל אחד לביתו. לכן כתב לישב, לפמש"כ הב"י בטעם האומרים מלמד תינוקות דוקא, דדוקא במלמדי תינוקות שיש תקנת יהושע בן גמלא, וחיישינן שמא יחזור הדבר לקלוקלו, משא"כ שאר מצוות יכולות להתקיים בבתים אחרים. ולחולקים שסוברים דאפילו שאר מצוות, י"ל דגם בשאר מצוות חיישינן אם נאריך עליהם את הדרך תתבטל המצוה. וזהו במצוה שאין בה צורך הגוף, כגון כתיבת ספר תורה ומוהל אבל רפואה ולימוד נערים אומנות שאפילו אינם יהודים עושים כן, לא חיישינן שתתבטל. ולפי זה הוא הדין שחטיטה שמתיר בשר לאכילה לא חיישינן כלל שיתבטל.

ולפי דברי האבני נזר יוצא, שאין לחשוש שאם לא נתיר להם שריפה במכולה, יבואו לעבור על איסור חמץ ותשביתו. אך דברי האבני נזר הם חידוש לדינא, דמשמעות הראשונים והפוסקים, דאין חילוק בין מילי דמצוה. או יש לחלק בין שחטיטה לשריפת חמץ, דשחטיטה יש אפשרות שלא לאכול בשר, משא"כ שריפת חמץ, ממ"נ צריך לשרוף. ועיי"ש בהמשך דברי האבני"ז, שהשואל כתב שבפלאצק נמצאים פושעים שיאכלו בלי שחטיטה, והיא מצוה גדולה להציל מאכילת נבילות. והשיב האבני"ז, דכיון דהכשרים שאינם אוכלים נבילה ח"ו, ימצאו מקום לשחטיטה, יוכלו גם הפושעים לשחוט. שוב כתב ששמע, כי מצאו להם מקום מחוץ לעיר לשחוט, וקלי הדעת המשרתים כאשר יצטרכו ללכת מהלך רב ינחרו בעצמם, ושוב הוי מצוה רבה, ולכן התיר לבנות מחדש את בית המטבחים לשחוט העופות. ועיין להלן בדברי החת"ס במה שהקשה על הט"ז.

ועיין בתש' חמדת שלמה (חחו"מ ה,א), שדן במי שרוצה לישא אשה במקום שאין לו חזקת ישוב, אם בני העיר יכולים לעכב על ידו. ובתוך דבריו כתב להביא ראייה מדין מלמדי תינוקות, שאיננו יכול לעכב מפני הנכנסים והיוצאים, ולמש"כ הר"י מיגאש דמקרי דרדקי לאו דוקא, הוא הדין שאר מילי דמצוה, י"ל דלשאת אשה הוי ג"כ מילי דמצוה, בפרט דמצוה זו דמי ממש לתלמוד תורה, שאין מוכרין ס"ת רק ללמוד תורה ולישא אשה, ואולי נזדמן לו בר מזלו בעיר זו, וא"כ י"ל דבזה לא תקנו. ואף שהב"י הביא שהרמב"ן חולק על הר"י מיגאש; "מ"מ נראה דהסכמת רוב הפוסקים כהר"י הלוי, וכן סתם המחבר". הרי שהכי קי"ל שאין חילוק בין מקרי דרדקי ודבר מצוה אחר, ובכל ענין אינם יכולים לעכב.

ועיין בחת"ס בחידושויו לב"ב כא,א, שכתב לחלק בין מצוה המוטלת על הציבור, למצוה המוטלת על היחיד, וכן חילק בין סוגי המצוות השונים, דודאי מאז ומעולם היו מלמדי תינוקות בישראל בכל עיר ועיר, ומי שיש לו אב שחייב ללמד

בנו, שכרו האבות מלמדים לבניהם, ולא היה החיוב מוטל על הציבור אלא על האב או על עצמו. ולכן לא יכל האב להזיק לשכן ע"י ריבוי נכנסים למלמד, ושום יחיד לא התחייב לסבול ריבוי דרך וקול תינוקות, והאב ימציא לבניו מקום שיפוייסו השכנים לסבול. אולם משתיקן יהושע בן גמלא, והטיל החיוב על הציבור, גם מי שאין לו בן, הוטל חיובו של בן זה לסייע לאביו או לציבור להניחו לגור בשכונתו. עוד כתב החת"ס, דגוף הדין לאו מיהושע בן גמלא ואילך נתחדש, אלא כן הוא מעיקר הדין, וכל מצווה המוטלת על הציבור, כגון מוהל, דמילת הבנים מוטלת על כל ישראל למי שאין לו אב, הוא הדין כשיש לו אב, עכ"פ מוטל על כל ישראל להניח למוהל לדור בשכונתם או רופא נפשות וכן תפלה בציבור. משא"כ תשב"ר, כיון שקודם התקנה לא היה מוטל אלא על האב, לא היה מקום לחייב את השכנים לסבול היזקם. ובא יהושע בן גמלא והטיל גם את זה על הציבור. והקשה החת"ס על הט"ז שכתב רופא נפשות ואומן ומוהל, ילכו הם אצל הבנים והחולים ולא יבואו אצלם, ואף שרוב החולים אינם יכולים לילך אצל הרופא, מ"מ מהיכן ידע הרופא שיש חולה, או המוהל שיש בן למול, אם לא יבואו ויקראו להם לבוא, והיינו ריבוי נכנסים ויוצאים. וע"כ פי' הב"י, דרופא אומן שיכולים למחות, כאמור בברייתא, היינו מקיז דם שאין בו סכנת נפשות והצלה כל כך, משא"כ רופא העוסק בפיקוח נפש ואומן מוהל, אין יכול למחות. עוד כתב החת"ס "על דרך הלצי", על פסוק: והיה כי יראו המילדות את אלקים, ויעש להם בתים. שעשה פרעה להם בתים קבועים וידועים לדור שם, ויהיו מוכנות המילדות ולא יאחר דבר. ולפי הנ"ל י"ל, טענת המילדות היתה כי אין השכנים מניחים ריבוי דרך הקוראים למילדות, וצריכות המילדות לחשוב עת לידת כל אשה, ולהשכים לפתחה עת לידתה, והיות כי חיות הנה, בטרם תבא אליהם וילדו. ע"כ עשה להם המלך בתים ידועים כבי כנישתא שבעיר הנ"ל, ויקראו אותם בזמנו, עיי"ש.

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

נבשולי הדברים, ואף שאינו נוגע לנדו"ד, כיון שענין זה עלה ג"כ לפתחי בזמן האחרון, יש להעיר, שאם בבית משותף החליט אחד הדיירים לפתוח כתה של תלמוד תורה או כיתת גן של ת"ת, והדיירים מתנגדים, וטען מנהל הת"ת כי אינם יכולים להתנגד, מן הטעם האמור במשנה והגמ' הנ"ל. לענין זה יש להביא דברי הלבוש בעיר שושן, קנו"ג, דיכולים השכנים להתנגד, כיון שזה בבית אחד, ועל דעת כן לא השתתפו, וז"ל הלבוש: "אבל אותם הדירים בבית חורף אחד, כנהוג בהרבה מקומות במדינות אלו מחמת שיש להם דוחק דירה, נראה לי ודאי שכל אחד יכול למחות חבירו אפילו להיות מלמד תינוקות של ישראל תורה באותו בית החורף שהוא דר שם עמו, שזה ודאי אין דעת רוב העולם סובלתו, ועל דעת זה לא נשתתף עמו בדירה זו, אם לא שהתנו מתחלה, נ"ל". ואכן אין הדעת סובלת להכניס ת"ת לבנין, שימלאו את החצר המשותפת וחדר המדרגות בילדים במשך שעות הבוקר, ועל דעת כן ודאי לא השתתפו. עיין פת"ש חו"מ קנו"ב, ודבריו הביא בערוך השולחן קנו"ה. ולאחר מכן מצאתי לגר"ש וואזנר זצ"ל, בתש"ו שבט ה'לו, ח"ז סי' רכד, שנקט כדעת הלבוש. ומה שנשאר בצ"ע, נראה דהכוונה לכל מקרה לגופו, אם יש בזה הפרעה שאין הדעת סובלתו. וכן שמעתי שמורה הגרמ"מ הכהן שפרן שליט"א, והובאו דבריו בספר חוקי חיים, שאין לפתוח כיתת תשב"ר בבית משותף.

עוד יש לציין, שאם מדובר בבנין, שאם יפתחו בו תשב"ר וכד', יהיה ירידת ערך לדירות שבבנין, הרי יש בזה טענה שיכול למנוע, אף לדבר מצוה. דכל מה דאיתא שאינו יכול למנוע, הוא בטענת ריבוי נכנסים וכד', אבל בנוק של ממש כירידת ערך וכד', יכול למנוע. וכן ראיתי שהביא הגרש"מ סגל שליט"א (משכן שלום סי' י הערה עח). ועי"ש בהערה פד, דכן יכול למנוע מרפאה של כמה רופאים, שיש בזה ריבוי נכנסים ויוצאים למשך שעות כל היום, וכן מרפאה של קופת חולים, אם יש בזה רעש והמולה גדולה. ולענ"ד נראה דיש לבחון כל מקרה לגופו, דיש בניני יוקרה וכד', שיש בזה טענה שהדבר בניגוד לאופי המשותף, ועל דעת כן לא השתתפו, ויש בנינים שאין למנוע. וע"ע בציץ אליעזר ח"י כה"ל מש"כ לענין פתיחת מרפאה בבית משותף. וע"ע בפתחי חושן, לגר"י בלוי זצ"ל, נזיקין פרק טו הערה עד לענין פתיחת בית כנסת בבית מגורים, ואכמ"ל.

עוד יש לדון אם הפרעה של ריבוי נכנסים ויוצאים בחדר מדרגות, מהוה טענה. דהנה ידועה מחלוקת הראשונים, המחבר והרמ"א, אם דין טענת ריבוי נכנסים הינה גם במבוי או רק בחצר. דדעת המחבר בשו"ע חו"מ קנו"א דגם במבוי יכול למחות, ודעת הרמ"א, דבמבוי אינם יכולים למחות ואין דינין אלו אמורים רק בחצר. ולכאורה חדר מדרגות דינו כמבוי. ולפ"ז באנו למחלוקת הפוסקים אם יכול למחות, והדר הדין

לכל ספק ומחלוקת הפוסקים, אם יכול להזיק, עיין מה שכתבתי לעיל, וכן בח"ו יג,ז, ואכמ"ל.]

ומ"מ מבואר דגם דעת החת"ס להלכה דאין חילוק בין תשב"ר לשאר מצוות. וע"כ דעת הפוסקים, כדעת רוב הראשונים, וכמו שפסק המחבר. וכן דעת האחרונים הנ"ל. ובנדו"ד יש טעם נוסף לשבח, שענין המכולות הוא תקנת הציבור, מפני שאם כל בית אב בעיר יעשה לעצמו מדורה, יש בכך סכנה בטיחותית, וגם בדרך זו ירבה העשן בכל מקום ובכל אתר, ללא כל שליטה, ולכן אין למנוע משימוש במכולות. בפרט אם כך פועלים בעיריה, שהיא כשבעה טובי העיר, שיכולים לתקן לטובת אנשי העיר. יחד עם זאת, כל אחד ינסה להתחשב בשכנים, ואם אפשר לשרוף במקום שמרוחק קצת ולא יזיק, בודאי שמן הראוי לעשות כן, וכן העיריה תמצא מקומות שיש בהם נזק פחות. כמו כן יוכלו השכנים לסגור החלונות והתריסים, בפרט בזמן הזה שיש בכל בית מזגנים, ולא יהיה בזה נזק לסובלים מהעשן. יחד עם זאת יש להציע, שיהיה ליד כל מכולה אחראי, שידאג שהאש לא תעבור את הנצרך למצות ביעור חמץ, ולמנוע מנערים לעשות מדורה רבתי, שאינה נצרכת כלל וכלל למצות ביעור חמץ. וכל האמור הוא לענין מצוה כשריפת חמץ, משא"כ לענין מדורת לג בעומר, שהוא מנהג ואינו מצוה, יש להמנע עד כמה שניתן להדליק במקומות שיכולים לגרום נזק בריאותי, או להדליק באופן שלא יהיה עשן כ"כ, שיהיה כעשן הכירה שאינו תדיר.

לאור האמור, אין למנוע משריפת חמץ במכולה שהציבה העיריה במקום. אולם יש להקפיד שהאש תהיה אך ורק בהיקף הנצרך למצות ביעור חמץ.

סימן י

העמדת קראוון בחניה פרטית

ראשי פרקים

א. טענה שגם התובע מזיק

ב. שימוש לא מקובל בחצר השותפים

בבנין מגורים יש שטחי חניה הרשומים אצל רשם המקרקעין כצמודי דירה, חלקן מקורות וחלקן לא מקורות. הדיירים להם חניה מקורה, סגרו את החניה בהעמדת דלת, והפכו את החניה למחסן, ומשכירים את המחסן. אחד מבעלי החניות שאינן מקורות, העמיד בשטח חניתו קראוון, שאותו הוא משכיר כמחסן. הדייר בקומה הראשונה, שחלונותיו פונים למיקום החניה/ הקראוון, טוען כי הדבר מכער את המראה החיצוני, נעשה שלא כדין, בהיות המקום נועד לחניה בלבד, גורם ללכלוך, ואף גנבים יוכלו בקלות לפרוץ לדירתו, וכן ירידת ערך הדירה, כשקראוון עומד מתחת לחלון החדרים. מאידך טוען בעל הקראוון, שכשם שבעלי החניות המקורות הפכו את החניה למחסן, כך גם זכותו לעשות כן.

א. טענה שגם התובע מזיק

הטענה שטוען הנתבע שגם התובע סגר את החניה המקורה ומשכירה כמחסן לצד ג, ולכן גם לו מותר להניח קראוון בחניה שלו שאינה מקורה, אינה טענה ויש לבחון את שתי התביעות כ"א בפני עצמה. הטענה שיוכל לטעון הנתבע על סגירת החניות והפיכתם למחסנים המושכרים לצד ג, היא טענה של ריבוי נכנסים, ואם היה התובע מבקש שלא להשכיר את הקראוון לאחרים מטעם ריבוי נכנסים, היה מקום לטענת הנתבע שגם התובע הרבה נכנסים בסגירת החניה המקורה, ולכן יש לדחות תביעתו לאי השכרת הקראוון. אולם התובע אינו טוען על השכרת המקום אלא על עצם העמדת הקראוון. אין לתובע טענה אם ישכיר הנתבע את החניה לאחר או אפי' אחרים, ובלבד שלא יעמיד קראוון במקום, הואיל והקראוון גורם ללכלוך, מוריד את ערך הדירה, הופך את דירתו לנוחה לפריצה וכד'. ואם יבוא התובע ויטען לאי השכרת המחסנים שנסגרו בדלת בחניה המקורה, יש לדון באופן נפרד בתביעתו, אך אין בטענה זו כדי לסתור את תביעת התובע, שבאה מטענות אחרות.

בחזו"א ב"ב יג,א, כתב וז"ל: "יש לעיין בנוזקי שכנים במקום שיש לו זכות לחברו לעכב, אם הניזק בעצמו יש לו גפת וזבל אצל כותלו ואינו חושש, אם יכול

לעכב על המזיק, מי אמרינן בזה אע"פ שאדם רשאי לחבל בעצמו, אחרים שחבלו בו חייבין, ואת"ל דמ"מ מעכב את חבירו, יש לו רחיים בתוך ביתו, והחולה בתוך ביתו ואינו חושש, מהו שיעכב את חבירו לדעת הריב"ש [אם החולה הוא אחד מבני ביתו, החולה יכול לעכב, שהרי החולה אינו מחזיק רחיים, אלא אם בעה"ב חולה יש להסתפק, או שהחולה מתרצה ברחיים של האב ושל הבעל, אפשר דהוי כהחולה עצמו מחזיק את הרחיים]". ודברי החזו"א הם באותו נזק עצמו שבו רוצה לעכב את חבירו, ובזה מסתפק החזו"א אם יכול לעכב את חבירו, כאשר מוכח שהוא עצמו אינו חושש לאותו נזק. כל זה באותו נזק שהוא נידון הדו"ד, אך כשמדובר בטענות נפרדות, אין בטענת הנתבע כדי להתיר להזיק נזקים מסוג אחר.

ב. שימוש לא מקובל בחצר השותפים

איתא בב"ב נט"א: אמר רבי זירא, למטה מד' אמות יש לו חזקה ויכול למחות, למעלה מארבע אמות אין לו חזקה ואינו יכול למחות. ורבי אילעא אמר, אפילו למעלה מארבע אמות אין לו חזקה ויכול למחות (אע"ג דלית ליה חזקה, יכול למחות לבלתי עשות שכנו שם חלון, כדמפרש טעמא לקמיה זימנין דמותבת שרשיפא וקא חזית בביתי. ור' זירא לא חייש להכי, דלא חציפי אינשי כולי האי למיעבד הכי – רשב"ם). לימא בכופין על מדת סדום קא מיפלגי, דמר סבר כופין ומר סבר אין כופין. לא, דכולי עלמא כופין, ושאני הכא דאמר ליה זימנין דמותבת שרשיפא תותך וקיימת וקא חזית. ובראשונים פסקו הלכה כרבי אילעא, דחוששין לשרשיפא ואינו יכול לפתוח חלון על חצר חבירו למעלה מד' אמות, עיין ברמב"ם שכנים ז, ה, ברא"ש ב"ב ג, עג, וכן פסק בשו"ע חו"מ קנ"ו: "מי שבא לפתוח חלון לחצר חבירו, בין חלון גדולה בין חלון קטנה, בין למעלה בין למטה, בעל החצר מעכב עליו, שהרי אומר תזיק לי בראיה, ואע"פ שהוא גבוהה, תעלה בסולם ותראה".

והרמב"ן שם בסוגיא (ב"ב נט"א ד"ה זימנין) הביא מקשים, מדוע כאן חוששים שיעלה על ספסל למעלה מד' אמות ויראה לחצר חבירו, ובב"ב ה, א לענין כותל, אין מחייבין אותו לבנותו, ומדוע אין חוששין שיעלה על שרפיפא. ותירץ הרמב"ן: "וטעמא דמלתא דלא עביד איניש לאותובי שרשיפא בחצר, ועוד דבחצר חברו רואהו ומתירא ממנו, אבל בביתו אין חברו רואהו ואינו מתירא ממנו". ובקצוה"ח קנ"א, כתב בקושית הרמב"ן, וז"ל: "דהא אי לאו דכופין על מדת סדום, ודאי היה יכול למחות שלא לפתוח חלון על אויר חצר חבירו לפי שנהנה מאויר חצרו, אלא משום דכופין על מדת סדום דבבר שזה נהנה וזה לא חסר, ולזה קאמר דכו"ע כופין, ושאני הכא דאמר ליה זימנין דמותבת שרשיפא, וכיון דזמנין דאית ליה היזק תו לא שייך ביה מדת סדום, אע"ג דאינו היזק ממש, כל שחסר קצת ומיעוטא דמיעוטא נמי תו

לא הוי ממדת סדום". יסוד דברי קצוה"ח, דכל שינוי שרוצה אחד השותפים לעשות כמו פתיחת חלון, יכול השותף השני להתנגד אם יש לו נזק, ואפי' נזק מועט, דכיון דחסר קצת, כבר אין לכופו להסכים לשינוי שרוצה חבירו לעשות.

בנדו"ד חניה לא מקורה, כאשר לבעל הדירה הסמוכה יש טענה, גם אם היא רחוקה, כבר אין כאן מידת סדום שיכול בעל החניה לכופו להעמיד שם מבנה כזה או אחר, חוץ מחנית הרכב במקום. ובנדו"ד יש טענות שונות שיפורטו להלן, גם אם חלקן רחוקות, כבר אינו מידת סדום, ויכול להתנגד, ואין בעל החניה יכול לכופו. דיש סוגי נזקים שיכול למנוע מחבירו שיעשה בשלו, והם הנזקים שקבעו חכמים בדיני הרחקות, כדתנן וכדאיתא בפ"ב דב"ב, והן טענות על מה שיש רגילות לעשות בשלו, וטוען שכנו על נזק. אולם כאשר בא לפתוח חלון או לבנות, או לעשות כל שינוי באופן ובצורת שימוש הרגילים ממה שקנו, יכול למנוע אף בנזקים שונים ופחותים.

יש לציין שבנדו"ד לא חשיב כעושה בתוך שלו, עליו דיבר הנתיבות קנה"יח (עיין מה שכת' בח"ו סי' יג). הנתיבות מיירי בעושה בתוך שלו ממש, ורק מזיקו בגירי דיליה או כח הנזק הולך לשל חבירו, וע"י המניעה, יתבטל השימוש במה שרשאי להשתמש בשלו. כאן גוף הנזקים נעשה בשל חבירו – ברכוש המשותף. העמדת קראון ברכוש המשותף, הגם שהינה על חלק החניה הצמודה לדירתו, הכיעור החיצוני הוא הנזק במשותף עצמו ואינו בגירי או גרמא, ואדם סביר לא יהיה מוכן שהחצר המשותפת תראה כאזור תעשייה, ועל דעת כן השתתפו, שהחלק המשותף יראה בצורה מקובלת, והעמדת קראון ודאי אינה בכלל, ולא השתתפו שיוכל אחד השכנים לעשות במשותף, או לפעול באופן שהמשותף יראה כאתר שאינו מיועד למגורים. וטענה זו של כיעור המשותף, יש לו שתי סיבות לאסור, הן מצד שהשתתפו על דעת שלא יעשה נזק כנ"ל. והן אפי' אם יבוא מי ויגדיר כנזק מועט, יכול התובע להתנגד ואין בכך מידת סדום וכנ"ל.

וכאמור לעיל העמדת קראון בחניה לא מקורה, הגם שעצם הקרקע צמודה לדירה לשימוש בחניה, הרי שאויר החניה משועבד לכל השותפים בחצר, ובחצר השותפים אינו יכול לעשות שימוש שאינו מקובל, כדאיתא בב"ב נז"א, דשם מבואר שיכול לעכב על חבירו מלהעמיד בהמה בחצר וכל דבר שאין רגילות לעשות בחצר השותפים. ושם נז"ב: א"ר יוחנן משום ר' בנאה, בכל שותפין מעכבין זה את זה חוץ מן הכביסה, שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על הכביסה. ועיין ברא"ש בסוגיא (ג,ע), וברמב"ם שכנים ה,ה, ושו"ע חו"מ קס"ה: "אחד מהשותפין בחצר שבקש להעמיד בה בהמה או ריחים או לגדל בו תרנגולים, חבירו מעכב עליו. וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם בחצרותיהם, בכלם השותפין מעכבין זה על

זה, חוץ מהכביסה, לפי שאין דרך בנות ישראל להתבזות על גב הנהר". הרי שכל דבר שאינו מקובל לעשות במשותף, יכול השותף לעכב. וכאמור, להעמיד קראון בחניה לא מקורה, הרי זו טענה על שימוש לא מקובל במשותף, דאור החניה משועבד לכל השותפים, ורק לבעל הדירה שהחניה צמודה לה, יש זכות חניה במקום, אך לא מעבר לכך, ואין מסתכלים רק על הבסיס של הקרקע, אלא גם מעבר לכך ומה שעליו, ואין דומה חנית מכונית להעמדת קראון באופן קבוע. וכן גם אם יעמיד שם משאית חונה, יכולים לעכב, כיון שהחניה נועדה אך ורק לחניה של רכב פרטי, ולכל השותפים יש זכות באויר החניה. ונפק"מ גם שלא יוכל לבנות בנין של קבע ללא הסכמת השכנים.

והא דהאויר משועבד לשותפים, בפרט לבעל החלון הפונה לחניה, מצאנו בדברי הרא"ש ב"ב ב,ג: "וכן בגנין שלנו שהן מכוסים ברעפים ואין עליהן תשיש, יכול לפתוח עליו חלון, ואם אחר זמן יסתור זה גגו ויכול לראות מאותו חלון לחצר, כופהו לסותמו ואין לו חזקה. הלכך חלון הפתוח לחצר חבירו והוא במקום גבוה, ובא חבירו לבנות תחתיו ולעשות על הבנין גג של רעפים, ואותו הבנין מונעו מלהסתכל בחצר, יכול למחות בידו מלעשות הבנין והגג. כי יאמר לו היום או למחר תסתור הבנין שלך ותכפיני לסתום חלוני, כי תאמר אין לך חזקה כי היה פתוח על גג, ואני לא אוכל למצוא עדים שהחזקתי בו שלש שנים בעוד שהייתי יכול להסתכל בחצריך". הרי שיש לבעל החלון חזקה להסתכל לחצר חבירו. וכן הדין בנדו"ד יש לתובע חזקה להסתכל בחניה, ואף אם ימצא פתרון לענין הטענה שלא יסתום חלונו, כגון שטר ועדים וכד', יכול התובע לטעון לא ניחא לי בדינא ודיינא, וכבר לא הוי לא חסר, ואין מידת סדום שיכול לכופו. ומ"מ מוכח שהאויר משועבד לבעל החלון. וכן עצם המעבר משועבד לכל השכנים, ואף בשעה שמכונית חונה במקום, יכולים להשתמש ולעבור בצידי החניה, כך שכל המקום משועבד לכולם למעבר.

וראיתי לגרש"מ סגל שליט"א בספרו משכן שלום (מילואים ו,גב), שדן על הוצאת מרפסת באויר המשותף, דאף דלא חשיב נהנה משל חבירו, מ"מ כיון שיש חשש שיפסידו השותפים מחמת שימוש זה, שלא יוכלו להשתמש באויר זה בעתיד, כיון שמקפח שכניו, אין לו זכות שימוש בזה, ואל לו לבנות המרפסת. והוא הדין בנדו"ד שמעמיד קראון בחניה הצמודה לדירתו, מקפח את שימוש התובע בחלון שהוחזק לו כמשתמש באויר. ועיי"ש במשכן שלום פרק א הערה נא, שבבניה כמו הוצאת מרפסת וכד', יש לדאוג ששאר השכנים לא יקופחו כתוצאה מהרחבה זו, וכגון שיגרם ע"י זה היזק ראייה, אף באופן שאילו היה בונה בתוך שלו, לא היה השכן יכול לעכב, כמו הסתרת נוף וכד', או האפלה חלקית, שמקובל להאפיל בתכנון חלונות ומרפסות, מ"מ בבונה מרפסת ושימוש חדש ושינוי ממה שהיה קיים עד כה, יכול השכן לעכב גם בכה"ג. וכן יש להתיחס לכל טענות התובע לנזקי אבק או יכולת

גנבים לפרוץ לדירה (עיין חו"מ סו"ס קנה, ברמ"א ובנו"כ שם), שאף אם בעושה בתוך שלו לא יכול להתנגד לכמות כזו של אבק, מ"מ בכה"ג שמעמיד קראון באויר החצר המשותפת, אף בחניה הצמודה, ומשתמש באופן חריג, אף לכמות אבק שאינה נזק בעצם בעושה בתוך שלו, יכול לעכב עליו. וכן הדין לענין מה שהגנבים יוכלו כעת בקלות לפרוץ דרך חלון התובע, שאף אם אינו גירי דיליה ובעושה בתוך שלו יש מקרים שלא יכולים לאסור (עיין שם ברמ"א חו"מ סו"ס קנה), מ"מ בנדו"ד יכול גם בטענה פחותה למנעו.

עוד טען התובע, על ירידת ערך הדירה כתוצאה מכך שבחצר עומד קראון, והיא טענה המסתברת, שודאי יהיו שימנעו מלקנות דירה זו שמתחתיה קראון, וע"י זה יצטרך להוריד את מחיר הדירה כשירצה למכרה. וכבר כתבתי בח"ז יח/ב דירידת ערך הינה נזק, ואסור לגרום לירידת ערך של דירה. והבאתי שם מביה"ד לעניני ממונות שע"י הרבנות בירושלים בראשות הגרא"ד לויין שליט"א, שדנו מספר פעמים בסוגיא זו של ירידת ערך הדירות. בח"א עמ' רא-רו דנו בתוספת בניה, כאשר השכן טוען לירידת ערך כתוצאה מתוספת בניה בבנין סמוך, וכתבו בענין זה שם בפסה"ד: "אם תוספת הבניה נעשית באופן שאין בה היזק ראייה והיזק ריח והיזק רעש לשכנים, אף אם יבוא שמאי ויאמר שבגלל אותה תוספת לא ישלמו עבור דירות השכנים את ערכם כפי שהיו משלמים להם לולי התוספת, אין זו אלא סיבה חיצונית, ואין לשכנים שום תביעה כספית בגלל כך, מה שאין כמובן אם נגרם נזק ממשי של היזק ראייה וריח ורעש, שאז ירידת ערך הדירות יש לה סיבה אמיתית, ולא רק סיבה חיצונית, אזי שייך שתהיה להם על כך תביעה של נזיקין". ונראה שוב שמלכתחילה לא קנו את הדירה במחיר מסוים בגלל המירווח בין הדירות (כפי הנידון שם), ולכן בעינין נזק ממשי כאמור. וכן מבואר בח"ג עמ' ג. (וע"ע בח"ט עמ' קנו לענין מחיר דירה שמלכתחילה היה בזול עקב אופציות ההרחבה, וע"ע בח"א עמ' תמו ולהלן).

וכן שם בח"ב עמ' קסז ולהלן, בענין מי שיש לו דירה על גג של מכולת, ובעל המכולת בנה מחסן בחזית הבנין, והועלתה טענה מצד בעל הבית על ירידת ערך, ובנקודה זו פסק ביה"ד: "בנידון דידן שטוען התובע שהמחסן בכניסה למכולת של הנתבע גורם לו נזק של לכלוך בחזית ביתו, נזק שנתרבה עם הזמן, דבר שגורם גם להפחתת ערך הבית שלו, אילו היה ממש בטענתו היה מקום לשקול את תביעתו לסילוק המחסן, אבל עפ"י התרשמות ביה"ד אין הדבר כן באופן חד משמעי..." ומשמע שאם היתה ירידת ערך בעצם המחסן, היה מקום לחייב את בעל המכולת בסילוק המחסן. והיינו דשם נראה שהיה המחסן ברכוש המשותף. או שיש שם נזק של ממש, ודמי לקוטרא, ואפשר דבזה היו צריכים לדון, אם יש כאן נזק של ממש, והגורם לירידת ערך. ועיין בח"ד עמ' קטו בענין ירידת ערך כתוצאה מנזקי רעש. וע"ע

בח"ז עמ' רלא בחילוק בין ירידת ערך שבאה מנזק ממשי של רעש, ריח או נזק ראייה, לירידת ערך שבאה מנזק אחר.

לאור האמור, יכול למנוע את העמדת הקראון בחניה, ואם יש לבעל החניה טענות באשר למחסנים שסגרו השכנים בחניות המקורות, רשאי לטעון ולתבוע בד"ת בנפרד וללא קשר לנידון הנ"ל.

סימן יא

ספר תורה שניתן לבית כנסת (3)

ראשי פרקים

- א. חזקה מה שתחת יד אדם, ובדברים העשויים להשאל ולהשכיר
 ב. גדר דברים העשויים להשאל ולהשכיר
 ג. שיטת הרמב"ם
 ד. מתנה מוגבלת
 ה. בבאור דעת הרא"ש

בדו"ד בין יורשי ראובן ז"ל לגבאי ביכנ"ס על ס"ת שהוכנס לביהכנ"ס ע"י ראובן לפני כ-30 שנה. לטענת היורשים, כיום בביכנ"ס יש לפחות שני ס"ת מהודרים לא פחות, ויש מקומות, ובהם ביכנ"ס שבו מתפלל אחד מנכדי ראובן, שאין להם אפי" ס"ת מהודר אחד. לדבריהם, הם מניחים שאביהם לא נתן את הס"ת במתנה גמורה. מאידך - לטענת הגבאים, ראובן היה ממקימי הביכנ"ס, ובמהלך שנים רבות, מהקמתו ועד פטירת ראובן היה ראש וראשון, והביכנ"ס שימש לו ממש כבית וכתמצית חייו, ולכן הסברא נותנת שכוונתו היתה שהס"ת ישאר בביהכנ"ס ולא יועבר לביכנ"ס אחר.

בענין ס"ת שניתן לבית כנסת, שאין בזה מתנה גמורה אלא להשאלה, עיין מה שכתבתי בח"א סי' ג' וח"ב סי' כב, עיי"ש. מכח הדברים שהובאו בח"א סי' ג', יש להעביר את הס"ת לרשות היורשים. שתי נקודות שהתחדשו ונצרכו ליבון נוסף: מדוע נחשב הנותן או יורשיו כמוחזקים, ואם ס"ת הוא דבר העשוי להשאל ולהשכיר (עיין מש"כ שם). וכן, מדוע לא נאמר מלכתחילה, שאף שלא נתן סתם אלא במתנה, הרי ודאי דעתו היתה שלא ימכרו גבאי הביכנ"ס את הס"ת אלא רק יקראו בו, וממילא לא הוי מתנה, לפי מש"כ המחבר בשו"ע חו"מ רמא,ה.

א. חזקה מה שתחת יד אדם, ובדברים העשויים להשאל ולהשכיר

הרמב"ם בהל' טוען ונטען ח,א, פסק דכל המטלטלין הם בחזקת זה שהן תחת ידו, ואף אם יבוא מערער ויוכיח שהיו שלו בעבר, והמחזיק יטען שהמערער מכר לו וכיוצב"ז, נשבע המחזיק ונפטר. והרב המגיד שם הראה מקורו: "זה מפורש בהרבה מקומות בגמרא, מהם פ' חזקת (מה,ב) ופ' כל הנשבעין (מו,א)". ונחלקו האחרונים

בחזקה זו, אם הוא בתורת ודאי, שהוברר הספק שהבעלים הם המחזקים, או שזה גדר של חזקת ממון, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וכל עוד לא הביא המוציא ראיה, הרי שהספק לא הוברר אך יש להשאיר החפץ ביד המחזיק.

הגרא"ז (אבן האזל טוען ונטען ח,ז) כתב דדין חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו הוא חזקת ברור, משום דסתמא דמילתא כך הוא, ואלים כ"כ דלא אמרינן מיגו במקום חזקה זו, אפי' כשלא הוי להוציא, ולכן גם אינו נאמן להפקיע זכות בע"ח מדברים המצויים תחת ידו. וחזקה זו אינה מוחזקות כחזקת ממון, שבה המוציא מחבירו אינו מברר אלא מטיל את חובת ההוכחה על שכנגדו. ובאור שמח (מלוה ולוה ב,ו) כתב דאין כאן חזקה מכח ודאי, דחזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו רק מוכיחה שהמחזיק מחזיק בחפץ בתורת בעלות, ולכן מבחינת טענת המחזיק ששטר זה אמנה וכד', אינו נאמן, כיון שכלפי הטענה עצמה שלו, מוחזקתו מוכיחה שטוען אני הבעלים. אך יתכן שמה שהוא מחזיק בתורה בעלות, בגזילה באה לידו, ובזה נשאר ספק שעל שכנגדו הראיה, כדין כל חזקת ממון, וז"ל האור שמח:

"והנראה לי ברור, דחזקה דמה שתחת יד אדם הוא שלו, היא חזקה אשר לא מצאנוה בש"ס, רק מקורה מהך דאומר אמנה היא (כתובות יט,א), אע"ג דאיכא מיגו דאי בעי קלתיה, ואי בעי הוי מחיל ליה וכיו"ב. ולכן ברירא דמילתא דאין ה"נ דוו לא עדיפא מחזקת ממון דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולכך בסימנים לא מפקינן ממונא, עיין מש"כ תוס' (חולין צו,א ד"ה פלניא). ולא כך נאמרה חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו, דאימור רוצה לגזול ממון אחרים, וגזול הוא בידו. רק כך צריך לומר, חזקה דתפיסת האדם בחפץ או בשטר כל מה שתחת ידו, תפיסתו מוכחת שלצורך עצמו הוא מחזיק בה ובחזקת ממון. רק דא מצי להיות שמחזיקה לעצמו בתורת גזילה, ואין זה ברור וחזקה על המעשה בממון זה, דע"ז אין ברור, דאימור אינו שלו, ורק כמו כל חזקת ממון שבכל מקום, דאיננה חזקה מכרעת ומבררת אופן הענין, רק דלא מצינן לאפוקי מחזקתו [עיין בקונטרס הספיקות כלל א']. רק דא ברור שהתפיסה של אדם בחפץ או בשטר מוכיח שלצורך עצמו הוא אוחז בה, ותפיסתו בה מברר ברור גמור שבחזקת שהוא שלו מחזיקה".

שאין כאן ברור שהחפץ אכן שלו. בזה יש למחזיק חזקת ממון שמטילה את ההוכחה על הטוען כנגדו לבעלות. החזקה שהיא שלו היא ביחס להתיחסות של המחזיק בחפץ, שלא יכול לטעון טענה הסותרת את התיחסות לחפץ בעצם מוחזקותו. ולכן בעל חוב שמחזיק חפץ תחת ידו וטוען שהחפץ הוא פקדון הן בידו, או שכור או שאול, ורוצה המחזיק להוציאה מתחת ידו ולהחזירה לבעלים, ע"ז אמרינן דשקר בפיו,

דודאי בחזקת שהן שלו מונחים תחת ידו, שמה שהוא מוחזק בו הרי הוא כמכריז על בעלותו על המוחזק תחת ידו, דתפיסתו מבררת שהוא רוצה להחזיקו לעצמו, וכמו כל חפציו וממונו אשר תחת ידו.

וכדעת האור שמח נמצא בחתם סופר (חאהע"ז ח"א סי' פ). החת"ס סובר שאין כזו חזקה בתורת חזקה, דלא מצאנו חזקה אלא באחד משני האופנים: או שהוא בתורת מנהג, כחזקת מנהג של אשה שבנה מורכב על כתפה ונהגה בו מנהג אם לבן, שנסקלין ונשרפין על חזקה זו, או חזקה שהדבר כמו שראינו כעת, עד שיתברר שיצא מחזקתו, כמו חזקת מרא קמא בממון, דכיון שידעינן בודאי שמטלטל זה היה של פלוני שעה אחת, שוב אינו יוצא מחזקתו עד שיתברר אחרת. אולם חזקת מה שביד אדם הוא שלו; "לא ידעתי לה מקום ושום סברא, אדרכא בב"ק מו,ב קאמר הש"ס דהמוציא מחברו עליו הראיה סברא הוא, מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא. מבואר שאיננו חזקה שהוא שלו, אלא אין שום אדם יכול להוציאו מידו אלא בראיה ברורה". ולכן אינה בתורת חזקה אלא שאי אפשר להוציא מיד המחזיק אלא בראיה. ומה שאינו נאמן לטעון שהוא של פלוני להפסיד בעל חובו, מפני שכל מה שהוא בידו הוא משועבד לבע"ח שלו, וכל היכי דאיתנהו להני נכסים, ברשות שיעבוד בעלי חובות קיימא, והבא להוציא משעבודם עליו הראיה, והמחזיק אינו נאמן בטענתו להפסידם. וכן דעת הגרי"א (נחל יצחק סב,א), דמה שלא מועיל מיגו נגד החזקה דמה שתחת יד אדם, הוא דהוי כעין מיגו להוציא, וכל נכסי המחזיק משועבדים לבע"ח שלו, עיי"ש. וע"ע בשער המשפט (סי' נ) דחזקה זו מטעם כאן נמצא כאן היה.

ונפק"מ אם הוי בתורת ודאי או רק בגדר ספק, יהיה לענין דברים שאינם של ממון. דלענין הכרת מי שמצאוהו הרוג, להתיר את אשתו להנשא, תנן במשנה יבמות קכ,א: אין מעדיין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו. והגמ' שם ביבמות קכ,ב דנה מדוע לא מהני סימנין בכליו, אי מיירי בסימן אמצעי או בסימן גרוע, למ"ד סימנים דאורייתא או דרבנן, ואי חיישינן לשאלה, עיי"ש בראשונים, ובשו"ע אהע"ז יז,כד, ואכמ"ל. ולכאורה מדוע לא נקבע שהמת הוא בעל הבגדים, דכיון שידעינן שהבגדים הם של פלוני, וחזקה מה שתחת יד אדם הרי אלו שלו, כלומר של המת, וכיון שידעינן שהם של פלוני, הרי פלוני הוא המת. עיין בנודע ביהודה (קמא, חאהע"ז סי' לז) דחשיב כדברים העשויים להשאל ולהשכיר, ולכן אין חזקה זו. ועיין עוד מה שכתב הנתיבות בקהלת יעקב יז,כד בענין זה.

ובחתם סופר (חאהע"ז ח"א סי' נא) דן בענין זה מדוע לא נילך בתר החזקה שמה שתחת ידו הרי זה שלו, ונתיר האשה בקביעה שבעלה בעל הבגדים הוא

ההרוג, וכתב החת"ס: "אמנם לא אשכחן חזקת ממון אלא נגד טוען אחד, אבל הכא בנמצא הרוג מסופקים ברובא דעלמא, נהי דחזקת ממון עדיף מרוב היינו שלא להוציא מידו, אבל מאן לימא לן דלא הוה ספיקא עכ"פ ולענין איסורא חיישינן". החת"ס לשיתטו (כנ"ל) דחזקה מה שתחת יד אדם אינה אלא כחזקת ממון, ומטילה את חובת ההוכחה על הטוען כנגדה, אך אין כאן ברור שהמחזיק הוא הבעלים. ולכן כל הדין האמור הוא לענין דין ממון, אבל באיסור או בהיתר אשת איש, אין לחזקה כח מול חזקת אשת איש, דחזקה זו אינה מבררת את הבעלות אלא רק מטילה את ההוכחה על הטוען נגד המחזיק. ולפ"ז י"ל לסוברים שהיא חזקה מבררת, כתרין שכתב נר"ב.

וכסברא הנ"ל מצאנו בדברי הגרי"א (עין יצחק חאהע"ז ח"א כ,ט-י), דעיקר מעלת החזקה שמה שתחת ידו הרי זה שלו, הוא משום מעלת מוחזקת וחזקת ממון, ואין מוציאין ע"י המיגו מהמוחזק בחזקת הממון. והביא הגרי"א את דברי הנתיבות לד,ט דחזקת ממון לא הוי חזקה המבררת, רק אין לנו כח להוציא החפץ מן המוחזק. ולכן החזקה הינה רק במה דאנו דנים על החפץ, שאין להוציאו מחזקת המחזיק; "אבל מ"מ לא הוי זה חזקה המבררת לברר לנו הספק שנולד לנו על האשה אם היא אסורה באיסור אשת איש או לא. דהא זה לא הוי המבררת על ענין אחר, רק על החפץ עצמו אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה". ומוכח דס"ל דחזקה מה שתחת יד אדם אינה מבררת את הבעלות אלא רק מטילה את חובת ההוכחה על הטוען נגד המחזיק. וכן נמצא לחדושי הרי"מ (תש' הרי"מ, חאהע"ז תק"ע סי' ב ד"ה אמנם לענ"ד קשה), דחזקה זו היא רק כשדנים על הממון אם הוא שלו או לא, דאין להוציא מחזקתו, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואף רוב לא מהני, אולם אין זו חזקה המבררת, שנוכל לדון ממנה על דבר שאינו של ממון, כמו בהכרת בגדיו, שנאמר שהוא ודאי שלו וממילא זהו המת, דאין כאן חזקה רק לענין הממון, אולם לא ברור שהוא אכן הבעלים של הבגדים, עיי"ש.

ובדברים העשויים להשאל ולהשכיר, אין למחזיק בהם חזקה. דין זה בדברים העשויים להשאל ולהשכיר שאין למחזיק בחפץ חזקה, מבואר בכ"מ בש"ס, עיין ב"מ קטז,א, ב"ב נב,א-ב, ושבועות מו,א-ב. ואיתא בשבועות מו,א-ב: אמר רב יהודה, ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא, ואמר לקוחין הן בידי, אינו נאמן. ולא אמרן אלא בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו, אבל בעל הבית העשוי למכור את כליו נאמן. ושאיין עשוי למכור את כליו, נמי לא אמרן אלא דברים שאין דרכן להטמין, אבל דברים שדרכן להטמין נאמן. ושאיין דרכן להטמין, נמי לא אמרן אלא איניש דלא צניע אבל איניש דצניע, היינו אורחיה. ולא אמרן אלא זה אומר שאולין וזה אומר לקוחין, אבל בגנובין, לאו כל כמיניה לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן. ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאל ולהשכיר, אבל דברים שאין עשויין להשאל ולהשכיר

נאמן. דשלח רב הונא בר אבין דברים העשויין להשאל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי, אינו נאמן, כי הא דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי, בדברים העשויין להשאל ולהשכיר. ורש"י שם פירש דבדברים העשויים להשאל ולהשכיר, שאינו נאמן לטעון לקוחין, הוא דוקא אם יש את כל הריעותות האחרות, כמו בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו, ודברים שאין דרכן להטמין, ויצא עם הכלים טמונים, אבל בעצם היות הדברים עשויים להשאל ולהשכיר, לא הוי ריעותא למנוע חזקתו, שכך פירש רש"י שם בד"ה ה"ג: "בהנהו הוא דאמרינן דכי אמר לקוחין אינו נאמן, אבל דברים שאין עשויין להשאל שהבעלים חסים עליהם לפי שמתקלקלין, נאמן לשבע שלקחם. ואין נראין דברי האומר השאלתים לו". ולכן גירסת רש"י בגמ'; ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאל ולהשכיר (בניגוד לגירסת התוס' ושאר הראשונים הגורסים: ובכולהו לא אמרן וכו', עיין להלן). שהוא חלק מהתנאים הנ"ל.

וכשיטת רש"י מבואר בר"י מיגאש (שבועות מו,ב), וכן הביא הטור (חור"מ סי' צ) דעה זו בשם הר"י מיגאש, רש"י והרמ"ה, וז"ל: "ראו אחד שנכנס לבית חברו ויקן ויצא טעון כלים תחת כנפיו ואומר שלקחם מבע"ה, ובע"ה אומר שהשאלם לו, אם הם דברים העשויין להשאל ולהשכיר, בע"ה נאמן, והוא שאינו עשוי למכור את כליו, וזה היוצא הוציאם טמונים, והם כלים שאין דרכן להטמין, והוא אינש דלא צניע ולא בוש להוציא כליו מגולין. אבל אם חסר אחד מכל אלו, שדרך בע"ה למכור כליו, או שהוציאו מגולה, או שדרך להטמין כלים כאלו או שהוא צניע, אז היוצא נאמן. ובדברים שאינם עשויין להשאל ולהשכיר נאמן היוצא לעולם אפילו איכא כל הני צדידין לריעותא. וזהו לדעת ר' יוסף הלוי ולדעת רש"י והרמ"ה". ומבואר שחזקה מה שתחת יד אדם הרי אלו שלו, קיימת גם בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, אם אין את כל הריעותות המובאות שם בגמ'. וזה לדעת רש"י, ר"י מיגאש והרמ"ה.

ובתוס' שם (מו,א-ב ד"ה בטוענו) הביא את דעת רש"י, והקשה על רש"י, דמה ראייה הביאה הגמ' מדברי רבא דאפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאל ולהשכיר, דמשמע דמטעם זה לחוד הוציא מהיתומים. וכן בב"מ קטז,א לא הזכיר אלא הטעם של דברים העשויים להשאל ולהשכיר. ולכן תירץ ר"ת, כגירסת ר"ח ושערים דרב האי, דגרסי; ובכולהו לא אמרן אלא בדברים שאין עשויין להשאל ולהשכיר, אבל דברים העשויין להשאל ולהשכיר אינו נאמן. דבכולהו לא אמרן דנאמן לומר לקוחין הן בידי אלא בדברים שאין עשויין להשאל ולהשכיר, וכגון דהוי איניש דצניע או דברים שדרכן להטמין או בעה"ב העשוי למכור את כליו, אבל דברים העשויין להשאל ולהשכיר, אינו נאמן אפי' איכא כולהו לטיבותא. גם גירסת הר"י (שבועות כז,ב מעמוה"ר) ובכולהו וכו', כמש"כ בתוס', ובדברים העשויים להשאל ולהשכיר בכל ענין לא נאמן המחזיק. וכן והראשונים הקשו גם הם על גירסת רש"י

והסברו, עיין ברמב"ן שבועות מו,ב שדחה דברי רש"י, וברשב"א ובריטב"א שם, וברא"ש שבועות ז,ה, ועיין ברא"ש מה שהביא מגירסת הר"ח.

ולכאורה מהגמ' ב"מ קטז,א מבואר דלא כרש"י, דדברים עשויים להשאל ולהשכיר מצד עצמם מהוים סיבה שאין למחזיק בהם חזקה של מה שתחת יד אדם הרי אלו שלו. במי שלקח משכון סכין של שחיטה, דאביי ס"ל דצריך להחזירם, כיון שהוא כלי שעושים בו אוכל נפש. ורבא ס"ל דכיון דיכול לטעון לקוחה היא בידו, אינו צריך לעמוד בדין עם הלוח, ויכול לטעון עד כדי דמי הסכין. ואביי ס"ל דכיון שסכין עשוי להשאל ולהשכיר, אינו יכול לטעון כן. והקשתה הגמ', ורבא לית ליה האי סברא, והא רבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאל ולהשכיר. אמר לך רבא, האי נמי כיון דמיפגמא, קפדי אינשי ולא מושלי. ומבואר דאין חזקה שתחת יד אדם בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, גם ללא כל הני תנאים דשבועות. וכן הקשו התוס' ב"מ קטז,א ד"ה והא, על רש"י בשבועות. וכן מבואר בגמ' ב"ב נב,א-ב. ולפ"ז יש להבין בשיטת רש"י, דאפשר דס"ל להלכה דלא קיי"ל כהיא דשבועות אלא כסתמא דגמ'.

ובתומים צ,ח כתב בבאור דעת רש"י, דרש"י סובר כדעת ר"ת שצריך שיהיה החפץ עומד להשאל ולא יתקלקל בהשאלה, וגם יהיה רגיל להשאל לאתו בעל דין ודברים. וגדר רגיל להשאל הוא קשה, דמהיכי תיתי לדעת בפעם הראשונה שהשאל לו שהוא יהיה רגיל או שהוא רגיל, שהרי כל רגילות מתחילה בפעם הראשונה. וסובר רש"י דלא מהימן המרא קמא לטעון שהם עשויים להשאל, כל זמן שלא התברר לנו דרגיל. וא"כ י"ל דהני מילי בדליכא הנך ריעותות, אבל כשיש את אותן ריעותות, כמו נכנס ריקם ויצא מלא ואין דרכו למכור ולהטמין, ריעותות אלה מלמדות אותנו שהדבר עשוי להשאל לפלוני זה, דרגלים לדבר מהנך ריעותא דהשאלו, ואם אין רגיל עד עתה, זה תחילת הרגילות. ועיין עוד בתומים צ,ז ד"ה ובזה, מש"כ לישב עוד בשיטת רש"י.

וכל זה לישב שיטת רש"י מקושיות האחרונים, ומסתירה לכאורה מדברי הגמ', אולם להלכה כבר פסקו הרמב"ם (טוען ונטען ח,ג), והשו"ע חו"מ צ,יא, דבכל ענין, אף בליכא כל הני ריעותות, אם מדובר בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, אין למחזיק בהם חזקה של מה שתחת ידו הרי זה שלו. דהרמב"ם שם בפ"ח דטו"נ, לאחר שהביא בה"א את הדין שכל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו, ואע"פ שהביא התובע עדים שהמטלטלין הללו ידועין לו, כתב שם בהל' ג: "במה דברים אמורים בדברים שאינן עשויין להשאל ולהשכיר, כגון בגדים ופירות וכלי תשמיש הבית ודברים של סחורה וכיוצא בהן, אבל דברים העשויין להשאל ולהשכיר, אע"פ

שהן תחת ידו של זה, ואע"פ שלא השאילו כלי זה ולא השכירו לו בעדים, הרי הן בחזקת בעליהן".

ג. גדר דברים העשויים להשאיל ולהשכיר

מדברי רש"י שבועות מו,ב (ד"ה ה"ג) מבואר דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר הם דברים שבמהותם הבעלים לא חסים עליהם להשאילם לאחרים, וז"ל: "... אבל דברים שאין עשויין להשאיל, שהבעלים חסים עליהם לפי שמתקלקלין, נאמן להשבע שלקחם, ואין נראין דברי האומר השאלתים לו". דיש לבחון אם מדובר בדבר שהבעלים חסים עליהם מפני שמתקלקלין, שבהם יש חזקה למחזיק שמה שתחת ידו הרי אלו שלו, אבל כל דבר שאין חסים עליהם להשאילם ולהשכירם, אין חזקת המחזיק בהם ראייה. וכן מבואר ברש"י ב"מ קטז,א לענין עזים, שאין דרך להשאילם: "שאיין אדם משכיר ומשאיל עזים שלו, הלכך יכול לטעון לקוחין הן בידי, היכא דאין עדים שאספם מרשותם של בעליהן". דכל דבר יש לבחון בלאו, ומכלל לאו אתה שומע הן, שאם אינו בכלל דברים שחסים עליהם, או מכל סיבה אחרת אין דרך להשאילם, ממילא נכלל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר.

ובתוס' שם (ב"מ קטז,א ד"ה והא) הקשו סתירה, דבסוגיא בב"מ שם משמע שספרים דרכן להשכיר ולהשאיל, אפי' ספרא דאגדתא, כל שכן שאר ספרים, כדאיתא בכתובות ג,א, וצדקתו עומדת לעד, זה הכותב ספרים ומשאילין לאחרים, ואילו בב"ק קיד,ב משמע שאינם בכלל העשויים להשאיל ולהשכיר. ותירץ ר"ת: "דהתם איירי במכירים שאין בעל הספרים רגיל להשאיל אותן שהם בידו". מבואר מר"ת שיש לבחון לא רק את הכלי למהותו, אלא גם אם המערער דרכו להשאיל למחזיק. וכן הביאו בתוס' שבועות מו,ב (ד"ה וספרא) בתוספת ביאור: "אר"ת, דהתם איירי באדם שאינו רגיל עמו, דאנן סהדי שלא השאיל לו, ורבא דאפיק הכא היה יודע שבעל הספר היה דרכו להשאיל לאביהם בחייו". (וכן הוא בתוס' ב"ב נב,ב ד"ה דברים). ומבואר דבעינן שידע שהוא רגיל עמו, בדרך החיוב, דבזה אמרינן דעשוי להשאיל ולהשכיר לו, אבל כל היכא דלא ידעינן שרגיל עמו ועשוי להשאיל ולהשכיר לו, לא הוי דברים עשויים להשאיל ולהשכיר. ולפ"ז מדוע הצריך ר"ת בסוגיא בב"ק שאינו רגיל עמו ואנן סהדי שלא השאיל לו, דלכאורה אם אין ידיעה חיובית שרגיל להשאיל לו, תו לא הוי דבר העשוי להשאיל. ובדרך התומים הנ"ל (צ,ח) י"ל, דיטען המחזיק שזו הפעם הראשונה שהשאיל לו, ומדוע לא יהיה נאמן, וע"ז בא ר"ת לאפוקי, דכיון שאין רגיל עמו, אנן סהדי שלא השאילו, ולכן אינו יכול לטעון כן.

וכן מבואר מדברי הראשונים, שצריכים שני תנאים שיהיו בגדר דברים העשויים להשאיל, גם שהכלי במהותו מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, וגם שיהיה רגילות המרא

קמא להשאל למחזיק. כן מבואר ברי"ף בתש' (סי' עד). הרי"ף נשאל בראובן שטען ששמעון משכן לו ספר (מקרא) בחמש מאות דינרים, ורוצה ליטול אותה בדמים אלו, ושמעון טוען שלא משכן אלא השאל. והשיב הרי"ף: "רואין זו המקרא אם בני אדם רגילין להשאל אותה או לשאול כמותה, והיה מנהג שמעון זה להשאל אותה, אין ראובן נאמן כי היא ממושכנת אצלו".

ותש' רי"ף זו הביאה הרמב"ן בחידושיו (שבועות מו,ב), ולמד ממנה שפירוש דברים העשויים להשאל ולהשכיר, שדרך העולם להשאל אותם הדברים, וזה האיש עשוי להשאל לזה וזה עשוי לשאול ממנו, ואם זה הכלי אין דרך בני אדם להשאלו, אף שזה האיש עשוי להשאל לזה משאר כליו, כיון דלא מושלי אינשי להאי משום דפגים כסכינא דאשכבתא, נאמן המחזיק במה שתחת ידו. אולם מהרי"ף משמע שהמודד הוא המשאל ולא השואל, ולא צריך שיהיה רגיל להשאל דוקא למחזיק, אלא כל שדרך המערער להשאל. אבל מהרמב"ן מבואר שלמד ברי"ף, כמש"כ ר"ת בתוס' בשבועות הנ"ל, דהמודד הוא גם אם דרכו להשאל למחזיק. דלמדו הדין מתש' רי"ף אחרת (שם סי' קכה), שכתב דצריך שיהיה הטוען לקוח הוא עשוי לשאול ולשכור, כגון שיהיה תלמיד חכם ויצא ספר מתחת ידו וכיוצא בו, ובזה אינו נאמן לטוען לקוח, מפני שהספר עשוי להשאל ולהשכיר והתלמיד עשוי לשאול. אבל אם יצא מתחת יד עם הארץ שאין לו בנים שילמדו בו, ואמר לקוחים הם בידי נאמן, משום שאין דרכו לשאול ספר. ומבואר מדברי הרי"ף דהדבר תלוי במחזיק אם הוא בר הכי לשאול או לשכור את החפץ הנידון.

וברשב"א (שבועות מו,ב) מבואר דהמודד הוא במהות הכלי, ובדרך המערער המרא קמא להשאל, וז"ל: "ופירוש דברים העשויין להשאל ולהשכיר, הכל לפי מה שהוא כלי ומה שהוא אדם, אם דרכו של זה להשאל או להשכיר כלים או ספרים אלו אם לאו". הרי שהמודד הוא בכלי והמרא קמא אם דרכו להשאל, ולא נצרך למודד אם רגיל להשאל דוקא למחזיק. אולם בתש' הרשב"א (ח"ו סי' קיט) כתב דהמודד הוא גם לפי השואל והמשאל: "כך מסורת בידינו שבדברים אלו הולכין אחר מנהג כל מקום ומקום. כל שנהגו להשאל כיוצא בהן או להשכירן באותו מקום, כספרי הגמרא ופירושיהם בארצנו שנהגו להשאלין תמיד, דרך זה לשאול ודרך זה להשאל. וכן דברים אחרים לפי מה שיראה הדיין שעשוי זה לשאול וזה להשאל".

ובריטב"א שם בסוגיא מבואר כרמב"ן. וכן כתב הריטב"א בחידושיו לב"ב נב,א: "וספרא דאגדתא עשוי להשאל ולהשכיר לעולם, אבל שאר ספרים, הכל כפי מה שהוא השואל והמשאל אם דרכן להשאל זה לזה ספרים". הרי שתלוי בדרך המשאל והשואל, אם דרכם להשאל זל"ז. ועיין בנימוקי" (ב"ק מא,ב מעמוה"ר):

"דיש חילוק בין האנשים במה שאנו מכירין מנהג האדם, אם רגיל להשאל לחבירו".
ואפשר להסביר לב' האופנים מי הוא חבירו הנזכר, אם הוא כללי, והדבר תלוי רק
במשאל, או הכונה לחבירו המחזיק וטוען לקוח הוא ביד.

ועיין ברא"ש שבועות ז, כה שהביא מר"ת: "שהדבר תלוי בראות הדיינין באהבת איש
את רעהו, ולפי מנהג המקום ולפי הספרים, כי יש ספרים נחמדים שאין דרכן
להשאלין, וכ"כ רב אלפס ז"ל בתשובה". ונראה שהוא ענין כללי יותר, ונתון לשיקול
דעת הדיינים בכל ענין לעצמו, אהבת איש את רעהו ומנהג המקום, ולפי כל חפץ
בפני עצמו. וכן הוא בתוס' הרא"ש שם. ולכאורה אהבת איש את רעהו מתפרש באופן
כללי, ולא באופן פרטי לשואל ולמשאל זה. ועיין גם בפירושו רבי אברהם אב"ד
(בשיטת הקדמונים, ב"ב נב, א): "ונהיגי בני אדם להשאל ולהשכיר כי הני גוני". ולא
תלה שם בשואל ומשאל הנידונים. וכן נראה מרבינו חננאל שם (ב"ב נב, א). וע"ע
בתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג, ס' תז, וסי' תפא).

ומזה לנדו"ד, שודאי מנהג המקום והמדינות להשאל ס"ת ולהפקידם לקריאה בבתי
כנסת שונים, ובפרט בנדו"ד שיש גם רגילות מצד בעל הספר וביהכ"ס, שאף
שמפקידים בדר"כ בבתי כנסת שאפי' אינם מוכרים ויש להם זיקה מעטה למפקיד,
הרי בנדו"ד שבעל הס"ת היה הגבאי והמנהל בביכ"ס, ועל פיו ישק כל דבר וענין,
ודאי היה רגילות מצדו להשאל ולהפקיד דברים בביכ"ס. ואם הטענה היתה מצד
הביכ"ס שמכר להם הס"ת, הרי שבזה אין חזקה דהוי עשוי להשאל ולהשכיר, כל
שכן שהטענה שנתן להם במתנה, שאם דרגת הקרבה היתה כה גבוהה שיתן להם
במתנה, כל שכן שישאל וישכיר דברים אלו העשויים להשאל ולהשכיר, ואין במוחזקותם
משום ראייה על טענת מתנה, בפרט שהגבאים לא טוענים טענת ודאי.

ג. שיטת הרמב"ם

והנה דעת הרמב"ם דיש לחלק בין דברים העשויים להשאל ולהשכיר לדברים הראויים
להשאל ולהשכיר. דביטול מוחזקות מה שתחת ידו הוא באופן שהכלים עשויים
להשאל, ולא סגי בראויים להשאל. דדברים העשויים להשאל ולהשכיר, פירוש
שתחילת עשייתם הוא להשאל ולהשכיר, או שאינו מתחילת עשייתו להשאל ולהשכיר,
אבל יש עדים למערער שכלים אלו אצלו נועדו להשאלה ולהשכרה, והוחזק שאצלו
הם להשאל ולהשכיר. ולא מספיק שהבעלים עשו ע"מ להשאל ולהשכיר אלא צריך
שבני המדינה נוהגים סוג זה של כלים, לעשות מלכתחילה כדי להשאל ולהשכיר.
ולאידך גיסא, כלים שבמהותם מקפידים עליהם שלא להשאלם, אף אם יביא עדים
שהשאל והשכיר כלים אלו, הרי הם בחזקתם שאינם להשאל ולהשכיר. והראב"ד שם
חלק עליו וכתב כראשונים הנ"ל. וז"ל הרמב"ם בהל' טוען ונטען ח, ט-י:

“אל תטעה בין דברים העשויין להשאל ולהשכיר לדברים שדרך להשאל ולהשכיר, כמו שטעו רבים וגדולים, שכל הדברים ראויין להשאל ודרך להשאל אפילו חלוקו של אדם ומצעו ומטתו ראויין להשאל, אבל דברים העשויין להשאל ולהשכיר הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאלין ולהשכירן וליטול שכרן והרי הן לבעליהן, כמו קרקע שאוכל פירותיה והגוף קיים, כך אלו הכלים עיקר עשייתן כדי ליהנות בשכרן, כגון היורות הגדולות של נחשת שמבשלין בהן בבית המשתאות, וכגון כלי נחשת הטוח בזהב ששוכרין אותו לכלה להתקשט בו, שעשיית אלו הכלים אינן למכירת עצמן ולא להשתמש בהן בעל הבית בביתו אלא להשאלין לאחרים כדי ליהנות כנגדן או להשכירן וליטול שכרן. וכן אם היה לאדם משאר הכלים ויש לו עדים שהוא משכירו תמיד ומשאלו והוחזק לו שהוא להשאל ולהשכיר הרי הן ככלים העשויין להשאל ולהשכיר. וכלי שהפסדו מרובה משכרו ובני אדם מקפידין עליו שלא ישאלוהו הרי הוא בחזקת שאינו עשוי להשאל ולהשכיר כגון סכין של שחיטה, לפיכך אפילו באו בני אדם והעידו שהשאלו או השכירו זה, אין מבטלין בהן חזקתן אלא הרי הן ככל הכלים, ראייה לדברינו שהרי רבא הוציא זוג שעושין בו הסרבל וספר הגדה בדברים העשויין להשאל ולהשכיר, ולולי שנתברר לו בעדים שהן מדברים העשויים להשאל לא הוציא מתחת ידי יתומים, הא שאר הזוגות ושאר הספרים אינן בכלל דין זה, אף על פי שהן ראויין להשאל ולהשכיר. ודבר זה עיקר גדול בדין והוא דבר של טעם שראוי לסמוך עליו ולדון בו וברור הוא למוצאי דעת וראוי לדיין לשום אותו לנגד עיניו ולא ילוד.”

וכבר העיר הרב המגיד שם שאין כן דעת רוב המפרשים, והם סוברים שאין צריך שיהיה הדבר עשוי מתחילתו להשאל ולהשכיר כשיטת הרמב"ם, אלא כל שדרך להשאל ולהשכיר כלי זה, אף שאינו עשוי מעיקרו לכך, הרי הוא בכלל דברים העשויים להשאל ולהשכיר, והכל לפי מה שהוא השואל ולפי מה שהוא המשאל. ועיי"ש בה"י מה שהקשה המגיד על הרמב"ם. ובגדו"ת (שער מט, דג) כתב בבאור דעת הרמב"ם, דלרמב"ם הוקשה קושית התוס' (הובא לעיל) בסתירה אם ספרים עשויים להשאל ולהשכיר, ולא ניחא ליה תרוץ ר"ת המחלק בין אם מכירים שדרכו להשכיר, ולכן חילק בין ספרים דסתמן אינם עשויים להשאל, לספר שמתחילת עשייתו נכתב או נקנה ע"מ להשאלו, עיי"ש.

והגר"א קוטלר זצ"ל (משנת רבי אהרן, שכנים ב, דיח ד"ה והנראה, ובאות ג בהערה שם) כתב בבאור מחלוקת הראשונים עם הרמב"ם, דדעת הראשונים היא שלהוציא מחזקת הבעלים, לא מספיק בעצם המוחזקות של המחזיק שטוען לקוח הוא

בידי, אלא צריך הוכחה שבא לידו בתורת מקח, וכל שיש לנו ספק ואפשרות שלא בא לידו בתורת מקח, אין במוחזקותו ראייה. ולכן אם דרך הכלי להיות מושאל ומושכר ודרך הבעלים והמחזיק לשאול כנ"ל, אין במוחזקותו ראייה שבא לידו בתורת מקח. משא"כ אם אין דרכם להשאיל, הרי במוחזקות של המחזיק יש ראייה שבא לידו בתורת בעלות. אולם דעת הרמב"ם שאף אם ספק לנו אם בא לידו בתורת מקח, עצם המוחזקות מהוה ראייה על הבעלות של המחזיק. ומה שדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא מהני בהם מוחזקות, היינו דוקא באופן שודאי לנו שלא בא בתורת מקח, דאם היה רק ספק, היה מספיק בזה שתועיל מוחזקותו. ואימתי יש תורת ודאי שלא בא לידו בתורת מקח, בזה ס"ל לרמב"ם דהיינו באופן שהדברים תחילת עשייתם להשאיל ולהשכיר, דבזה ידעינן בודאי שלא בא לידו בתורת מקח, כיון שכלים אלו זו מטרותן, והוי ודאי לא מקח. ולכן מחלוקתם היא אם מוחזקות במטלטלין מהוה ראייה בעצם אא"כ יוכח אחרת, כדעת הרמב"ם, או שאין המוחזקות ראייה אא"כ יש עמה הוכחה שבא בתורת מקח כדעת הראשונים, דלרמב"ם אין צריך תוספת ראייה למוחזקות, ולראשונים צריך תוספת ראייה על דרך שלילת ספק שהושאל והושכר.

ולאמור נראה לומר, דלרמב"ם המוחזקות מהוה ראייה על הבעלות, ואין לערער על המוחזקות אא"כ יש תורת ודאות שאין במוחזקות ראייה, דאם הדברים תחילת עשייתם להשאיל ולהשכיר, הרי שהמוחזקות עצמה אינה ראייה בהם, משא"כ אם רק עשויים להשאיל ולהשכיר, אין זה אלא יצירת ספק, ואין ספק מוציא מודאי מוחזקות. ולפ"ז אפשר דהרמב"ם ושאר הראשונים פליגי במחלוקת אם חזקה מה שתחת יד אדם הרי זה שלו, הוא תורת ודאי או כגדר חזקת ממון. דדעת הרמב"ם דמוחזקות במטלטלין מה שתחת ידו, הרי לפנינו בעלות בתורת ודאי, וכדי לסתור בעלות זו, צריך החפץ להיות תחילת עשייתו להשאיל ולהשכיר כדי שהבעלות הודאית לא תהיה בחפץ זה (ועיין בגרא"ז אבה"ז הנ"ל גניבה ה', דכתב סברתו לדעת הרמב"ם). משא"כ לשאר הראשונים, כל המוחזקות היא כחזקת ממון שתהיה חובת ההוכחה על שכנגדו, וכיון שכל המוחזקות אינה מהוה ראייה על הבעלות ורק בתורת ספק, כאשר הדברים עשויים להשאיל ולהשכיר, כבר אינו כחזקת ממון, ונשאר בספק, ואין למוחזקת יתרון בחובת הראייה, כיון שהספק שעשוי להשאיל ולהשכיר, גרעה לחזקת ממון.

ומה שמגרע כח מוחזקתו מה שמחזיק בדבר העשוי להשאיל ולהשכיר, עיין במש"כ הגרש"ש (שערי יושר ה,טו): "לכן נראה לי כיון שדין מוחזק אינו מטעם אלמות ותקיפות, אלא משום שהדבר בחזקתו נקרא חבירו מוציא ועליו הראייה, ועד כאן לא מיקרי מוחזק לומר שהדבר בחזקתו, אלא היכא דשייך הכלל של החזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו, אבל אם החפץ שעומד בחצירו אינו מוכיח כלום שלבעל הרשות הוא, בכה"ג לא מיקרי מוחזק, דמוחזק הוא שהדבר עומד בחזקתו על פי מה

שנראה ומוחזק לנו, ומהאי טעמא נקטו הראשונים לשון "מוחזק" ולא "מחזיק". ולכן נראה דבאופן שהדברים עשויים להשאל ולהשכיר, הרי אין במוחזקותו משום הוכחה שנטיל את הראיה על שכנגדו. וע"ע בחזו"א (ח"מ ליקוטים ד, ח) שכתב בדבריהם העשויים להשאל ולהשכיר: "דשכיחי סיבות וענינים זולת המכירה, לא חשיב מוחזק ואין תפיסתו מוכחת עליו שהוא שלו, ואדרבה חשיב הראשון מוחזק, שידענו שהיה בעלים ודאי, ואף שהשני מוחזק וטוען ברי, הו"ל רק כתפיסה וליכא דררא דממונא ולא מהני".

ולענין שיטת הרמב"ם, אם ס"ת נחשב כתחילת עשייתו להשאל ולהשכיר, בתש' גינת ורדים (חחו"מ ג, יז) דן ביורשות שרוצות להוציא ס"ת מרשות ביכנ"ס, בטענה שאביהן הפקיד את הס"ת. הגינת ורדים דן מצד בעיקר להעמיד את הס"ת ביד הביכנ"ס, כיון שאין עדות על כך שהס"ת אכן היה שייך לאביהם, שכדי להוציא הס"ת מחזקת הביכנ"ס, צריך ג תנאים: שיש עדים שיעידו שהס"ת היה של אבי היורשות, וזה אינו בנדרן ידידה, שאין כאן לא עדים ולא חזקה ברורה ומפורסמת על שס"ת זה הוא של ראובן, ורק הצבור מודים שס"ת זה היה שלו. התנאי השני שיהיה חפץ זה מדברים שעשויים להשאל ולהשכיר. והתנאי השלישי שיהיה החפץ נראה ועומד ביד המחזיק. ומה שרצה הגינת ורדים שלא להוציא מחזקת הביכנ"ס, היה מטעם שלא היו עדים וחזקה שהיה של מורישה. ובתוך דבריו התייחס לשאלה אם ס"ת הוא מדברים העשויים להשאל ולהשכיר, וז"ל:

"שהרי הדבר ידוע דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחלתו ע"מ כן שיקראו בו הרבים כו', וכונתו לומר דהספר יש לו דין דברים העשויים להשאל, וכאשר כתבנו לעיל, דאע"ג דיש מפרשין מטילין תנאי בספרים וכתבו לאמר דיעות הבעלים כל אחד לפי קפדנותו ולפי רוחב לבו, מ"מ בס"ת דעת הכל שזה ועושיין אותו מתחלתו ע"מ כן שיקראו בו הרבים ושיהיה מונח עד יום פקוד אותו הבעלים ... וכונתו לומר שהס"ת הוא נעשה מתחלתו ע"מ כן להשאלו שיקראו בו הרבים, שכשרוצה האדם לזכות במצות ס"ת אינו כותבו ומניחו בבית גזיו, אלא עוד רוצה לזכות שיקראו בו הרבים, ומניחו בב"ה עד יום פקוד אותו ... אמנם אם היה מנהג פשוט ומפורסם בעיר שהמביא ספר תורה לבית הכנסת מביאו לשם הקדש, וכל אחד מכיר ספר שלו להתגדר בו ולהתייחס בו, אם זה טוען שלא הביאו לשם הקדש לא משגחינן בטענתו כיון שטוען כנגד המנהג, ועליו מוטל להביא ראיה שכשהביא הס"ת התנה שאינו מביאו לשם הקדש."

בזמן הזה ודאי מי שכותב ס"ת אינו כותבו על מנת שיהיה מונח בבית גזיו אלא כדי שיקראו בו הרבים, וא"כ נהגו בני המדינה שמלכתחילה כותבים הס"ת כדי

להשאיל ולהשכיר. וגם אין מנהג ברור שמקדישו לביכנ"ס, אדרבא, רובם מפקידים ואינם מקדישים לביכנ"ס מהטעמים שכבר כת' שם (ח"א סי' ג). וא"כ בנדו"ד אין להחשיב את ביכנ"ס כמוחזק בס"ת, כיון שאף לשיטת הרמב"ם ס"ת זה הוא בבחינת דבר שתחילת עשייתו להשאיל ולהשכיר. וכיון שידוע שהס"ת נכתב ע"י המוריש והוא כעת בחזקת ביכנ"ס, אין לרונן את הביכנ"ס כמוחזק, אף לא לשיטת הרמב"ם. ולפ"ז הן לרמב"ם והן לשאר הראשונים (כאמור לעיל), אין לביכנ"ס חזקה בס"ת.

ד. מתנה מוגבלת

תנן בנדירים מח,א: המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל, נותנו לאחר לשום מתנה והלה מותר בה. מעשה באחד בבית חורון שהיה אביו נודר הימנו הנאה, והיה משיא את בנו, ואמר לחברו, חצר וסעודה נתונים הינן לפניך אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה. אמר, אם שלי הם, הרי הם מוקדשין לשמים. א"ל, נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים. אמר לו, נתת לי את שלך אלא שתהא אתה ואביך אוכלין ושותין ומתריצין זה לזה ויהא עון תלוי בראשו. אמרו חכמים, כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת, אינה מתנה. והר"ן שם בנדירים פירש, דלא כל מתנה בעינן שיהיה יכול להקדישה, ודוקא מתנה שהיא בהערמה, לא מהני אם אינו יכול להקדישה, אבל גם מתנה שאינו יכול להקדישה מהני, כגון אם נתנה לו לזמן, בתנאי שיחזיר לו: "דנהי דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, אע"ג דאם הקדישה אינה מקודשת, וכדאמרינן בפרק יש נוחלין (ב"ב קלז,ב) דעל מנת שתחזירהו לי, הקדישו אינו קדוש, דמידי דחזי ליה קאמר ליה, שאני התם דמ"מ לשעתה מתנה היא, אבל מתנה זו של בית חורון, אפי' לשעתה אינה, שלא נתכוון להקנותה לו כלל אלא שתקרא על שמו, כדי שיהא אביו מותר בה. והיינו לישנא דמתני' דקתני, כל מתנה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת וכו', ולא קתני כל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת וכו', משום דתנא הכי קאמר כל מתנה שאינה כלום כזו שהיא בהערמה, שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה". ומבואר דדוקא מתנה בהערמה לא מהני אם אינו יכול להקדישה, משא"כ במתנה ע"מ להחזיר. וכן מבואר שם ברשב"א (נדירים מח,א ד"ה מתני'), דדוקא במתנה בהערמה אמרינן כן.

אולם מרש"י שם לכאורה משמע שאין חילוק, וז"ל שם בד"ה אמרו: "אמרו חכמים כל מתנה שאינה כל כך ברשות המקבל שאם הקדישה אינה מקודשת, אינה מתנה". וכן משמע לכאורה בתוס' שם (ד"ה כל): "כלומר, שאם הקדישה בעודה בידו אינה מקודשת, אינה מתנה גם לשאר מינים, ואסור אביו ליכנס בחצר". והקשו תוס' מאי שנא ממתנה ע"מ להחזיר דהוי מתנה. ותירצו, דבמתנה ע"מ להחזיר כל זמן שלא החזיר הוי מתנה גמורה לכל מה שירצה אבל במתנת בית חורון אין בידו

להקנותה לשום אדם, דלא ניתנה המתנה אלא כדי שיאכל אביו. ובתוס' ב"ב קלד, א (ד"ה כל) תירצו, דכשנותן לו ע"מ להחזיר, בעודה בידו יכול להקדישה לזמן שהיא בידו, דאם הקדישו בעודה בידו הוי הקדש. וצ"ל דהוי כמו שור זה יהא עולה, לאחר שלשים חולין.

ומשנה זו הובאה בגמ' ב"ב קלד, א, וברשב"ם שם נראה שפירש דהוא דין בכל מתנה, ולא דוקא במתנה בהערמה כירושלמי, שפירש שם: "כל מתנה שאין דין זה נוהג בה שתהא מוקדשת אם הקדישה, אינה מתנה, הואיל וגילה דעתו שע"מ כן נתנה לו שלא יקדישה".

ועיין בשטמ"ק שם בנדרים מה שהביא מהרנב"י: "כלומר שכבר פירש לו שאינן נתונין לפניו אלא לדבר זה בלבד, שיבא אבא ויאכל עמהם בסעודה, לא שתהא לו המתנה נתונה לו לחפץ אחר ... דמכיון דגלית אדעתך שאין מתנתך מתנה גמורה, עדיין נכסיך הם, ונמצא אביך אוכל על ידי דבר האסור לו". ואפשר לפרש כשני הפירושים, דכיון שגילה שהוא לדבר מסוים, מוכח דהוי הערמה, או בכל ענין שנתן לדבר מסוים.

ובתוס' (ב"ב קלד, א ד"ה כל), לאחר שהביאו את התרוץ הנ"ל, כתבו לישב בשם ר"י, דבמתנת בית חורון נתן את המתנה לדבר מסוים בלבד, על מנת שיאכל אביו, וכך פירוש המשנה, כל מתנה גרועה כזאת שלא נתנה אלא ע"מ שיאכל אביו, ולא דוקא נקט שאם הקדישה אינה מקודשת שהרי לא היה יכול לעשות ממנה כלום, ולא נתנה אלא ע"מ שיאכל אביו, והביא דברי הירושלמי (שהביאו הראשונים הנ"ל, הר"ן והרשב"א, דכל מתנה שהיא כמעשה בית חורון שהיתה בה ערמה, אינה מתנה, אולם מתנה עם בעלות מוגבלת, לא הוי כמתנת בית חורון, והוי מתנה.

ה. בבאור דעת הרא"ש

והרא"ש ב"ב ח, לה הביא ראיה שאם המתנה מוגבלת בכך שלא יוכל למכור את המתנה, אינה מתנה. שהרי בגמ' ב"ב קלג, ב – קלד, א, הובאו מעשה דבית חורון על דברי יונתן בן עוזיאל, באחד שלא היו בניו נוהגים כשורה. עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל. מה עשה יונתן בן עוזיאל. מכר שלישי והקדיש שלישי והחזיר לבניו שלישי. בא עליו שמאי במקלו ותרמילו, א"ל יונתן בן עוזיאל לשמאי, אם אתה יכול להוציא את מה שמכרתי ומה שהקדשתי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי, אם לאו, אי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי. ועיי"ש ברשב"ם, דאם יכול להוציא ממנה שנתן לבניו, בטענה שזו היתה כוונתו שלא יתן לבניו של נותן, א"כ אין זו מתנה גמורה, וממילא יכול להוציא גם מה שנתן והקדיש. וע"ז בא מעשה דבית חורון.

ומזה מוכיח הרא"ש דלאו דוקא להקדיש, אלא הוא הדין אם אין יכול ליתנה במתנה ולמוכרה דאינה מתנה אם לא שיוכל לעשות בה כל חפצו, דאין חלוק בין הקדש לשאר דברים ואינה מתנה עד שתהא ברשותו לעשות בה כל צרכי חפצו. והיינו דוקא כשנותן לו בסתם, אבל אם פירש דבריו, אפילו נתן שלא ליתן ולא למכור ושלא להקדיש ושלא יעשה בו דבר כי אם דבר אחד, הוי מתנה לאותו דבר. וכן הוא בתש' הרא"ש ע"ד. ודעת הרא"ש הביאה המחבר בשו"ע חו"מ רמ"א, בשם יש מי שאומר.

ולכאורה יש להבין בדעת הרא"ש, מה החילוק אם נותן במתנה גמורה ואומדן דעת שלא נתן ע"מ למוכרו, דלא הוי מתנה בכח"ג, לבין אם היה נותן מתנה ע"מ שלא ימכור, דהוי מתנה. ונראה, דכשנותן מתנה ע"מ שלא ימכור וכד', הרי הוא כמשייר לעצמו, והרי הם כשותפים בבעלות, וכמו שיכול ליתן גוף לאחד ופירות לאחר, יכול בעצם הגוף לתת זכות מכירה או לשייר לעצמו, וכמש"כ הסמ"ע רמ"א, טו. משא"כ כשנותן סתם ואומדן דעת שלא נתן באופן מוחלט, יש כאן אומדן דעת שלא נתן לו באמת בנפש חפצה, ולא הוי מתנה.

וכמו שמצאנו במתנה מוסתרת דלא מהני, דאיתא בב"ב מ"ב: אמר רב יהודה, האי מתנתא טמירתא, לא מגבינן בה (דשמא נתנה לאחר כבר או לעשותה מודעא לחברתה נתכין כדלקמן – רשב"ם). היכי דמי מתנתא טמירתא, אמר רב יוסף, דאמר להו לסהדי זילו אטמורו וכתבו ליה. ואיכא דאמרי, אמר רב יוסף, דלא אמר להו תיתבו בשוקא ובבריתא ותכתבו ליה. מאי בינייהו, איכא בינייהו סתמא. ונחלקו הראשונים בטעם מתנה מוסתרת דלא מהני. הרא"ש בהל' לג כתב דאפילו אם תפס מפקינן מיניה, שאנו אומדין דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה אלא שהוצרך לפנים לתת לו, ולא קנה בתורת ודאי ולא בתורת ספק, ואפילו היה ספק לא מהני תפיסה, דקיי"ל תקפו כהן מוציאין מידו. ורבינו יונה בעליותיו (ב"ב מ"א, ד"ה ועלה) לא כתב דאמדינן לדעתיה אלא דחוששין שמא לא נתנה בלב שלם, ולא מהני תפיסה כיון דאוקי ממונא בחזקת מריה. ומ"מ הצד השוה הוא מחמת חסרון (גמור או ספיקי) בגמירות דעת של הנותן. ועיין בסמ"ע רמב"ה, שכתב דבענין מתנה גלויה; "כדי שיהיה נראה שבעין יפה נתנה". והיינו שהחסרון בגמירות דעת ורצון הנותן. וכן בס"ק יב דלא חיישינן במצוה מחמת מיתה למתנה מוסתרת, דאין חשש בשעת מיתה שעושה כדי להחניף. וכ"ז כשיטת הנ"ל שהחסרון מחמת גמירות דעת.

והרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ה"א, כתב וז"ל: "הנותן מתנה בין בריא בין חולה צריך שתהיה גלויה ומפורסמת, אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו אינה כלום, שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן. (והראב"ד השיג) א"א פירוש הטובה שקבל מזה". ומבואר מדברי הרמב"ם דהחשש הוא הערמה, שיאבד

ממון אחרים, שאחרי שנותן בסתר, ימכור לאחר, ויפסיד הקונה כספו. וכן לכאורה יש חשש שילוה מאחרים אחר המתנה המוסתרת, והמלוה יסמוך על הקרקע, ולבסוף יתברר שכבר נתן לאחר, ע"כ אמרו חכמים שתבטל מתנתו. ודברי הראב"ד סתומים לכאורה. ובמגיד כתב דהראב"ד לא ראה סיום דברי הרמב"ם שהטעם הוא מחשש קנוניא; "ופירוש דברי הר"א ז"ל, שהטעם שאינו נותנה בלב שלם אלא מפני שקבל טובה ממנו ואינו רוצה שתועיל, וטעם רבינו עיקר". דהראב"ד ס"ל שהחסרון בגמירות דעת הנותן, שאינו רוצה שתתקיים המתנה. וטעם הרמב"ם דחיישינן לקנוניא, וס"ל לרמב"ם דטעם הרמב"ם עיקר. והרשב"ם בסוגיא כתב דהחשש שמא כבר נתנה לאחר. ולכאורה איזה חשש הערמה יש בזה.

ובלחם משנה רצה לבאר בדרך זו את דברי הראב"ד: "גם אפשר לפרש דברי הראב"ד ז"ל, והוא יותר נכון, וטעמו כמ"ש רשב"ם ז"ל שאפשר שכבר מכרה לאחר או נתנה ועכשיו אומר לזה שנותנה, וזהו שאמר לאבד הטובה שקבל ממנו, זה שקבל ממנו טובה, להטעותו נתן לו מתנה זו שכבר היא נתונה לאחר". ולכאורה מה הערמה יש בזה אם כבר נתנה לאחר, שתבטל המתנה כלפי זה שהערימו עליו, דאם נתנה לאחר, הרי היא של אחר, ואם לא נתנה לאחר כבר, תהיה של שני. אלא הכוונה שמחמת חשש זה שנתנה כבר לאחר, חיישינן או אמדינן שלא למתנה גמורה התכוין.

ועיין בתורת חיים בסוגיא שכתב דשיטת הרשב"ם והרמב"ם היא אותה שיטה, דחיישינן להערמה. והקשה התורת חיים, דא"כ גם מכירה מוסתרת תבטל, כיון שגם במכירה שייך שימכור אח"כ ויפסיד הקונה השני כספו, ולמה דוקא מתנה מוסתרת בטלה. לכך פירש דכיון דלא יהיב ליה מתנה גלויה ומפורסמת ואומר לעדים כתבו בסתר מסתמא לא יהיב ליה מרצונו הטוב, וכל מתנה שאינה ברצון לאו מתנה היא, אבל מכירה שלא ברצון הוי מכירה, דאפילו תליוהו וזבין, זביניה זביני. אמנם בקושייתו על הרמב"ם י"ל, דחכמים חששו יותר לקנוניא במתנה, דבשלמא במכר אפשר שלמוכר יש ענין להסתיר את המכירה, שלא יזולזלו נכסיו או שלא ידעו שיש בידו מעות מהמכירה, אבל במתנה מה ענין למוכר להסתיר את המתנה, ע"כ בזה יש יותר חשש קנוניא.

וביד רמ"ה ב"ב פ"ג סי' קי הביא בתחילה את טעם הקנוניא, דקא בעי לזבוני לנכסי לאחרני, וקדים וכתיב לאחר במתנה, כי היכי דליזיל מקבל מתנה וליפק מלוקח. ובהמשך כתב דאיכא לפרושי דלא מגבינן מפני שלא גמר להקנותו ודעתו למיהדר ביה, ועיי"ש בבאור הסוגיא.

והגרא"ז (אבן האזל זכיה ומתנה ה,א) הקשה על שיטת הרמב"ם, שהרי רוב הראשונים כתבו הטעם שהמתנה בטילה משום שאינו נותנה בלב שלם. וכן מבואר מפ"י

רשב"ם שכתב דלמא כבר נתנה לאחר או לעשותה מודעה לחברתה נתכוין, וכן מבואר בדברי שאר ראשונים בשטמ"ק, ומדוע לא פירש הרמב"ם כפשוטו שהוא מעיקר דינא משום דלא גמר להקנות, וכתב טעמא דהוא משום פסול שפסלו חכמים. וכתב הגרא"ז לישב, דהרמב"ם ס"ל דמתנה מוסתרת הוא לא פסול מחמת הספק אלא ודאי, וכן היא שיטת ר"ח שהובאה בנמוק"י, לכן כתב הרמב"ם דטעמא שפסלו חכמים משום תקנה שלא יעשה קנוניא על לקוחות, ולכן אפי' בשטר סתמא חששו חכמים ופסלו השטר, עיי"ש.

אמנם דעת האור שמח זכיה ומתנה ה,א דאף לשיטת הרמב"ם דלא מהני מטעם קנוניא, מ"מ אף במקום דלא שייך קנוניא, כיון שחכמים תקנו דמתנה מוסתרת לא מהני, שוב כשנותן מתנה מוסתרת, ודאי לא גומר בדעתו לתת לו, דכיון דחכמים תקנו שמתנה טמירתא אינה מועלת, תו כי יהיב מתנה מוסתרת אמרינן דלאו למתנה איתכוין, רק להחניפו במידי דלא הוי מתנה ולהערימו, ורק על תחלת טעמא דמתנתא טמירתא לא הוי מתנה, ע"ז אמר הרמב"ם שלא יעשה קנוניא. ממילא בכל ענין לא מהני מתנה מוסתרת, אף במקום דליכא למיחש לקנוניא.

ולפ"ז י"ל כן בדעת הרא"ש במתנת בית חורון, שאם היה מתנה בתנאי שלא יוכל למכור, אין כאן מניעה ואין בזה חשש שלא גמר בדעתו למכרה אלא למטרה שאין אנו יודעים מדוע התכוין לתת, משא"כ כשנותן סתם וניכר שלא מתכוין לתת לו בעלות מוחלטת, אמרינן בודאי לא גמר בדעתו לתת לו מתנה זו, וכל המתנה היא מחמת סיבה צדדית ומעין מתנה, או שיש בזה חשש הערמה. וזה לא שייך אלא בסתם שאינו מגלה דעתו בפירוש.

ומספר נפק"מ מב' הטעמים האמורים. נפק"מ האם המתנה בטלה מהתורה או רק מדרבנן. אם נאמר דיש כאן חסרון בגמירות דעת, שייך לומר שהמתנה בטלה מהתורה, למש"כ הראשונים שלא התכוין לתת אלא באונס, ולא דמי לאופנים שיש גמירות דעת מהתורה, רק חכמים קבעו שצריך יותר גמירות דעת, כמו באסמכתא, למ"ד שהיא מדרבנן. ואם נאמר שהחשש הוא הערמה, המתנה בטלה מדרבנן, ומהתורה הוי מתנה. ועיין במש"כ המבי"ט בקרית ספר זכיה ומתנה פ"ה, וז"ל: "מתנה מוסתרת בפירוש, נראה דלא היא מתנה מדאוריתא, דכיון שאמר שיסתירוה נראה שאינו נותנה בלב שלם, ומשום הכי חיישינן נמי לסתמא אטו מוסתרת בודאי".

נפק"מ נוספת, בנותן מתנה קרקע בסתם, ואמדינן שלא התכוין שיוכל למכרה, ומחזיקו עתה מיד בקרקע, דכל הנידון לכאורה הוא בדוקא אם נותן לו בקנין סודר, דבזה שייך לומר שלא גומר דעתו, אבל אם המקבל מחזיק מיד בהוראת הנותן בקרקע,

אפשר דאין לחוש או לאמוד שלא גומר בדעתו. משא"כ בחשש קנוניא וכמש"כ הרמב"ם, יש לחוש אף בכה"ג.

ונחלקו בזה הראשונים. הרמב"ן בסוגיא, כתב וז"ל: "מדאמרינן לא מגבינן בה, נראה לי לדקדק מה שדן רבינו הגדול ז"ל שאם נתן לו מתנה מעכשיו ומחזיקו בה מעתה, לא חיישינן בה למתנתא טמירתא, שהרי על כרחו גלויה היא שברשותו של זה היא והוא מגלה, לפיכך אמרו לא מגבינן בה, כלומר שהנכסים ברשות נותן ואין מוציאינן מידו, ולא משום ספק פסול המתנה אמרו כן". והריטב"א חולק וכתב ד"א שאין מתנה מוסתרת שהחזיקו או בכתב בשטר שעשו קנין; "וליתא, דהכא סתמא נקטינן כל מתנה טמירתא". ועיין נימוק"י ב"ב (כא, א בעמוה"ר למטה) מה שהביא מהרי"ף והקשה עליו.

ונראה דמחלוקתם היא בטעמים הנ"ל, דשיטת הרמב"ן דהחסרון מחמת גמירות דעת, ע"כ בהחזיקו מעתה, ליכא למיחש לגמירות דעת, משא"כ לריטב"א דהחשש הוא מחמת קנוניא. והמחבר בשו"ע חו"מ רמב"ז הביא ד"א דמתנה טמירתא, אם החזיקו הנותן בנכסים או שהחזיק הוא בהם בפני הנותן ולא מיחה בו, קנה. והרמ"א בס"ג פסק כן בשם רבינו ירוחם, וז"ל: "מיהו אם החזיקו אותו במתנה מעכשיו, לא שייך בה סתר. ולכן אם כתב ליה בשטר מתנה לך וחזק ביה מעכשיו, הוה ליה כאילו כתב כתובה בשוקא וכו'".

ולמש"כ הן המחבר והן הרמ"א ס"ל בהחזיקו מיד, אין בזה חשש מתנה מוסתרת, דס"ל שהחשש הוא מחמת גמירות דעת הנותן. וכן י"ל לדברי הרשב"א בתש' ח"א סי' תתקצד, דאם כתוב בשטר ילך ויחזיק מעכשיו, אע"ג דלא כתב חתמו בו בפרהסיא וכתבוהו בשוקא, כשר, שהרי זה פרסום. ולכאורה גם אם כתבו בשטר ילך ויחזיק מעכשיו, יש חשש קנוניא. אמנם י"ל דגם לחשש קנוניא בכותב ילך ויחזיק מעכשיו, לא חששו חכמים לקנוניא, ודוקא כשמבקש להסתיר או לא לגלות, יש לחוש לזה, משא"כ כשכתב ילך ויחזיק. אבל במחזיק בפועל מעכשיו, לטעם קנוניא לכאורה עדיין יש לחוש כשמסתיר. או י"ל דאין לחוש, דכיון שמחזיקו, הרי זה כפרסום.

נפק"מ נוספת האם מתנתא טמירתא היא גם במטלטלין או רק בקרקעות. דאם החשש הוא מחמת גמירות דעת, אין חילוק בין קרקע למטלטלין. אולם אם החשש הוא קנוניא, כיון שלא יוכל מקבל המתנה להוציא מיד הקונה המוחזק מבלי שיתן דמים משום תקנת השוק, עיין ב"ק קטו,א ושו"ע חו"מ שנו,ב, יש לחוש בקרקעות ולא במטלטלין למתנה מוסתרת. והנה אף ששיטת הרמב"ם דהכל מחשש קנוניא, וא"כ במטלטלין דלא שייך קנוניא, אין לומר דמתנה מוסתרת לא תועיל, מצאנו בנו"כ לרמב"ם שכתבו דאין חילוק בין קרקע למטלטלין. הרב המגיד זכיה ומתנה ה,ב, כתב

על דברי הרמב"ם: " לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו ...", דלאו דוקא מתנת קרקע, וז"ל: "מש"כ המחבר קרקע לאו למימרא דמתנת מטלטלין שהיא מסותרת שתועיל, דהא סתמא אמרינן האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה, וכן מוכיחין דברי המפרשים. וגם המחבר הקדים הנותן מתנה סתם ולא אמר הנותן מתנת קרקע, אלא ודאי מש"כ כאן קרקע אינו אלא מפני שאין שטר מועיל במטלטלין בלא קנין, והוא הדין לקניין מטלטלין, ודאי בשצוה להסתירו". ונראה, דאף שלרמב"ם החשש הוא קנוניא, מ"מ בכל הערמה שייך הטעם, וא"כ אף שקנוניא לא שייך במטלטלין, הערמה שייך גם בהם.

גם בלחם משנה שם ה"א כתב דמש"כ הרמב"ם שטר מתנת קרקע, לאו דוקא, והוא הדין מטלטלין, והא דנקט קרקע, דדוקא בקרקע הוי מילתא פסיקתא דלא זכה המקבל אבל במטלטלין איכא צד דזכה היכא דתפס, ולכאורה כיון דטעם קנוניא לא שייך במטלטלין, למה לא מהני מתנתא טמירתא במטלטלין. ואכן בקצוה"ח רמב"ג כתב דלטעם הרמב"ם לא שייך קנוניא במטלטלין, וע"כ כתב הרמב"ם דוקא מתנת קרקע, וז"ל:

"ולולי דברי הרב המגיד נראה דהרמב"ם ס"ל דוקא בקרקע, לפי טעמא שכתב שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן, והיינו משום דלא ידעו במתנה ויקחזה ממנו, וא"כ גבי מטלטלין דמחויב להחזיר דמים שנתן משום תקנת השוק וליכא איבוד ממון רק שיוציאו ממנו החפץ, אפשר לומר דבזה לא תיקנו לבטל מתנה טמירתא, ומשום הכי דקדק וכתב לפיכך כל שטר מתנת קרקע, דבזה ליכא תקנת השוק."

נפק"מ נוספת במש"כ הרא"ש הנ"ל בסוף הל' לג, דהאידנא דלא חיישינן לסתמא, משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנתא וכך אמר לנו כתובו בשוקא וחתמו בברא, הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה בסתם, דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, הלכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וחתמוה בברא, וכן כתב רב האי גאון ז"ל דהאידנא לא חיישינן לסתמא. הרא"ש לשיטתו דהחסרון במתנתא טמירתא הוא בגמירות דעת, שודאי לא ברצון מתכוין, ע"כ האידנא דנהגי למיכתב בכל השטרות וכך אמר לנו וכו', הרי שבסתמא גומר בדעתו, כיון שכך המנהג לומר. אבל בחשש קנוניא, עדיין המנהג לא מוציא מחשש קנוניא, וע"כ לשיטת הרמב"ם לכאורה לא מהני מה שנהגו לאפוקי סתמא מחשש מתנתא טמירתא.

וכאמור מזה הטעם י"ל דהרא"ש לשיטתו, דהטעם שכתב במתנה מוסותרת (שם ב"ב פ"ג הל' לג): "שאנו אומדין דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה, אלא שהוצרך לפנים לתת לו הלכך לא קנה. ולא שיהיה הדבר מסופק אם קנה אם לא

קנה". הוא טעם כשנותן לו מתנה סתם ואמדינן שלא נתן לו באופן גמור, דבזה שייכת סברת הרא"ש, דכמו שאמרינן שנתן לו בעלות מוגבלת, אמרינן שודאי לא נתן לו בנפש חפצה וכו'. משא"כ כשמתנה תנאי שתהיה בעלותו מוגבלת, הרי פירש להדיא, ואין מקום לאומדן דעת לבטל המתנה. והרמב"ם שלא הזכיר חילוק זה, י"ל דס"ל דאין סברא לחלק, והדין במתנה מוסתרת נובע מתקנת חכמים, וכנ"ל.

ואם הסברא במתנת בית חורון היא כאמור לעיל, ולכאורה בנדו"ד שנותן מתנה ס"ת ואמדינן שלא נתן ע"מ למכרו, לא שייך לכאורה הטעם שלא נתן בלב שלם ובנפש חפצה, דזה לא שייך לכאורה בכגון זה, דמה שאמדינן לדעתיה שנתן שלא על מנת למכרו, אינו בגלל הנותן או המקבל, אלא דמהות המתנה ואופיה הוא כזה שרוצה שהס"ת יהיה בביכנ"ס מסוים. ואף חשש הערמה אין בזה, ובין לשיטת הראשונים דרק בחשש הערמה כמו במתנת בית חורון, ובין לשיטת הרא"ש, י"ל דסברא זו לא שייכת בענין נדו"ד.

ומ"מ אף אם אין חסרון של מתנת בית חורון, שריר וקיים מש"כ בח"א סי' ג, דבנותן ס"ת סתם אין כאן מתנה גמורה אלא השאלה או הפקדה, מהנימוקים שכתבתי שם, וזכות היורשים לבקש להעביר את הס"ת לביכנ"ס אחר.

סימן יב

דין קדימה לשוכר בדירה מושכרת

ראשי פרקים

- א. טעם לדין מצרנות
- ב. מצרן בשכירות
- ג. בשכירות גוף הבית
- ד. סרוב השוכר להעלאת השכ"ר, אם מהוה מחילה על זכות המצרנות
- ה. מצרנות בבתיים

ראובן שכר דירה משמעון בסכום של 4000 ש"ח לחודש. לאחר 3 שנים ביקש שמעון להעלות את השכ"ד ל 4500 ש"ח, וראובן הודיע שאינו מוכן להעלאה, וכי יעזוב את הדירה ולא יחדש את החוזה. בין לבין מצא שמעון את לוי, ששכר ממנו את הדירה בסכום של 4,200 ש"ח לחודש. מיד ששמע כך ראובן, הודיע לשמעון שמוכן לשכור גם בסכום זה. שמעון אמר שאם לוי יסכים לותר על החוזה שחתמו, אין לו התנגדות שראובן ישאר בדירה. לוי סרב, בטענה שאם יתבטל חוזה השכירות, לא ימצא מקום שכירות בפרק הזמן הקצר שבו צריך לעזוב את דירתו הנוכחית, וכי שמעון אמר לו שראובן אינו חפץ להמשיך את השכירות. מאידך טוען ראובן שהזכות שלו בהמשך השכירות היא מדינא דבר מצרא, ולכן על אף החוזה החתום בין לוי לשמעון, זכותו להשאר בדירה.

א. טעם לדין מצרנות

מקור הדין בב"מ קח,א-ב, ופרטי הדינים נפסקו בשו"ע חו"מ סי' קעה. וכבר הבאתי בכ"מ את דברי הרב המגיד בסוף הל' שכנים, וז"ל: "וענין דין בן המצר הוא שתורתנו התמימה נתנה בתקון מדות האדם ובהנהגתו בעולם כללים באמירת קדושים תהיו, והכוונה כמו שאמרו ז"ל קדש עצמך במותר לך, שלא יהא שטוף אחר התאוות. וכן אמרה ועשית הישר והטוב. והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם, ולא היה מן הראוי בכלל זה לצוות פרטים, לפי שמצות התורה הם בכלל עת ובכל זמן ובכל ענין ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפת לפי הזמן והאישים, והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו, ומהם שעשו אותם בדין גמור, ומהם לכתחילה ודרך חסידות והכל מדבריהם ז"ל. ולזה אמרו

חביבין דברי דודים יותר מיינה של תורה, שנאמר כי טובים דודיך מייין". הרי שדין בן המצר נובע מדין הנהגת האדם שקבעה התורה בקדושים תהיו, ולתוך אותה קביעה של התורה, יצקו חכמים פרטי דינים לפי הענין ולפי הדור. וכח זה נתנה התורה לחכמים, לקבוע את פרטי הדינים. ואף שהמגיד נקט מקור מקדשים תהיו, הוא הדין והוא הטעם בכל דבר שכתבה התורה וענינו הנהגת מידות האדם, כמו ועשית הישר והטוב וכד'.

והרמב"ן (עה"ת, דברים ו,יח), על הפסוק ועשית הישר והטוב, כתב וז"ל: "ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה, כי מתחלה אמר שתשמור חקותיו ועדותיו אשר צוך, ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר. וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני הישוב והמדינות כולם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל (ויקרא יט,טז), לא תקום ולא תטור (שם פסוק יח), ולא תעמוד על דם רעך (שם פסוק טז), לא תקלל חרש (שם פסוק יד), מפני שיבה תקום (שם פסוק לב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין, וכגון מה שהזכירו בדינא דבר מצרא (ב"מ קח,א), ואפילו מה שאמרו (יומא פו,א) פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות, עד שיקרא בכל ענין תם וישר". הרי שכל עניני מידות האדם והנהגותיו בין אדם לחבירו, מצוה התורה לנהוג בדרך הפשרה ולפנים משורת הדין, וזה גם ענין הבר מצרא, שהוא בכלל ועשית הישר והטוב, וכדאיתא להדיא בגמ' ב"מ קח,א, שצריך לנהוג במידות טובות והנהגות טובות, ובר מצרא הוא מהמידות הטובות, להניח קניית השדה למצרן, וילך הקונה לקנות לו שדה במקום אחר.

וידועה מחלוקת הראשונים בדין עני המהפך בחררה, אם הוא דוקא במקח וממכר ולא במציאה, או גם במציאה, עיין קדושין נט,א ברש"י ובתוס'. שיטת רש"י דגם במציאה יש דין של עני המהפך, ובתוס' שם הביאו דעת ר"ת, דאיסור דמהפך שייך כשרוצה העני להרויח בשכירות, או כשרוצה לקנות דבר אחד וחבירו מקדים וקונה, ולכן נקרא רשע, שילך וישתכר במקום אחר, אולם אם היתה החררה של הפקר אין איסור, שאם לא זכה בזאת לא ימצא אחרת. ובמרדכי קדושין (סי' תקכד) נקט כדעת ר"ת, דדוקא כשקנה דבר בשוויו, דדמי קצת לדינא דבר מצרא משום ועשית הישר והטוב, שיוכל למצוא במקום אחר לקנות, אבל דבר הפקר או מהפך שיתננה לו בחנם, ובא אחר וזכה בו, אינו נקרא רשע, כדאמרי מתנה לית בה משום דינא דבר מצרא. ולפ"ז יש מקום לומר דכל היכא שיש לקונה הפסד מכך שהמצרן יהיה בקרקע ולא הוא, לפי שקול דעת חכמים, אין בזה משום דינא דבר מצרא. ואף שהמרדכי למד

ממתנה, ובמתנה הוא הפסד של כל הענין, אולם אפשר שהוא הדין והוא הטעם כשיש לו הפסד הניכר לעיני חכמים, לא יחשב רשע, ואין בזה הישר והטוב. ואף דלמה שכתב המגיד, דהתורה רצתה בזה שיכוף מידות האדם, ויש מקום לומר דאפי"ש לו הפסד, יכוף מידותיו שחבירו ירויח, מהמרדכי משמע דכל היכא שיש לו הפסד, אינו נקרא רשע, ואין בזה דינא דבר מצרא.

ומבואר מהמרדכי דדין בר מצרא הוא מהישר והטוב, אך נלמד גם מדינים האמורים בדין עני המהפך בחררה. ועיין במרדכי (ב"מ רלח, הובא גם בהג"א ב"מ ב,ט) הביא מהראב"ן, בראובן שהתאכסנו סוחרים בביתו, והיה שמעון מחזור אחריהם לקנות הסחורה, ואמר לו ראובן אני רוצה לזכות בהן, כי ביתי זכה לי, והלך שמעון וקנאה כשלא היה ראובן בביתו. ובתוך דבריו כתב דזכה ראובן; "דדיינינן ליה כדינא דבר מצרא משום ועשית הישר והטוב. ואין נראה לרבינו אבי העזרי, דשאני מציאה דאין בה חסרון קנייה ומעות, אבל הכא דלמא לא הוי מתרמי ליה זוזי למיקני ... ומשום עני המהפך בחררה, יש חילוק בדבר אם יכול לקנות במקום אחר, אבל אם יש ריוח גדול שאינו מוצא במקום אחר כל כך להשתכר או מציאה או דבר הפקר, אין בהם משום עני המהפך בחררה". וטענו בבר מצרא, וענה לו בעני המהפך, ודיני עני המהפך, דבמציאה אין בזה דין של עני המהפך, הרי שתלה הא בהא.

ונפק"מ ממה שתולים דינא דבר מצרא בדין עני המהפך, הוא גם לאידך גיסא, דגם במקום דאין בו דינא דבר מצרא, מ"מ כשישר וטוב לעשות כן, אף שאין בו דינא דבר מצרא, עבדינן טוב וישר, כן כתב בבנימין זאב (סי' רצב), והביא ראה מהמרדכי הנ"ל בדין ראובן הרוצה לקנות הסחורה בביתו, וז"ל: "... הכא דאע"ג דלית ליה לראובן דינא דבר מצרא, מ"מ דיינינן ליה כדינא דבר מצרא משום ועשית הישר והטוב, והכא נמי לא שנא, והכי פסק מהר"ם בקדושין פרק האומר גבי עני המהפך בחררה, דדמי לדינא דבר מצרא משום ועשית הישר והטוב, שיוכל למצוא במקום אחר. ופשיטא דהאי עני המהפך לא הוזכר בשום מקום כדינא דבר מצרא, ואפ"ה אמרינן דשייך ביה האי טעמא, הואיל ויכול לקנות במקום אחר אותו הדבר. והוא הדין דיכול לוי זה להשכיר בית במקום אחר משום האי טעמא".

עוד יש להביא מש"כ הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתקטו), שדין בר מצרא אינו אלא מצד ועשית הישר והטוב; "ודין רופף הוא ותלוי בשערה עד שאמרו הני ציירי והני שרו לית ביה משום דינא דבר בר מצרא. ובשם רבינו האי ורבינו אלפסי ז"ל אמרו שכתבו בתשובה, שאם שהה בה מצרן משידע כדי תביעת בי"ד ושיביא מעותיו, בטיל דין המצרנות". ולפ"ז י"ל גם בכל מקום שיש טענה מצד הקונה על קניה דוקא של המקום הזה, הגם שטענה זו היא כעת בדיעבד לאחר שקנה, כגון שהשקיע במקום

או בדברים אחרים, לכאורה יש צד לומר שבטל דין המצרנות, דאין בתקנת חכמים כדי לגרום נזק לקונה כשפעל בתום לב. ועיין עוד במהרשד"ם (חחו"מ סי' רצז), שכתב בענין דעת ר"ת שאין בבתים דין מצרנות (עייין להלן), דאף שרבו הפוסקים החולקים עליו, מ"מ מאחר דינא דבר מצרא אינו אלא מדת חסידות משום ועשית הישר והטוב, כדאי היה רבנו תם לסמוך עליו. הרי שסמך אפי' על דעת יחיד כר"ת במצרנות בתים, כיון דכל דינא דבר מצרא אינו אלא מידת חסידות.

בגמ' קחב מבואר דאם קנה מעכו"ם, אין בזה דינא דבר מצרא, שאומר לו הברחתי לך ארי ממצרך. ובשטמ"ק הביא מה שהקשה הרא"ש, וכי בשביל שעשה עמו טובה אחת אינו מחויב לעשות לו אחרת, דגם בזה עדיין יש בו דין ישר וטוב לעשות כעת לתת למצרך, אף שעשה עימו טובה אחת: "אטו עני שהוא ערום ורעב וכסהו, אינו חייב גם להאכילו, אתמהא". והגר"א וולקין (בית אהרן, ב"מ קחב), כתב לישב דברי הרא"ש, ומתוך דבריו יש ללמוד יסוד לדין זה. דדין חיוב המצרנות אינו על השבת השדה למצרך אלא על שעת הקניה, דהיה אסור ללוקח לקנות השדה כשיש לה מצרך. והוכיח כן מהא דהוא שליח של הלוקח, ואם תאמר שיש כאן חיוב להשיב, מדוע נצרך לדין שהוא שליח, נאמר שקנה לעצמו וחייב למכור למצרך. אלא שהחיוב הוא על הקניה ועל שעת הקניה. ולכן כשקונה מעכו"ם, אם בשעת הקניה קנה כדין ועשה טובה למצרך, ואין כלפיו טענה מדוע לא הניח את השדה למצרך, אין עליו חיוב של דינא דבר מצרא, דכל הנידון הוא הפעולה של הקונה בשעת הקניה, וכיון שבשעת הקניה יש ללוקח טענה, שמא היה העכו"ם מוכר לעכו"ם, ולכן עשיתי לך טובה שמנעתי את המכירה לעכו"ם אחר, וכיון שהקניה היתה בהיתר, אין עליו חיוב של בר מצרא לעשות כעת הישר והטוב להשיבה.

ובדרך זו יש לומר גם ביחס לטובת המוכר, שהכל נמדד בשעת המכירה. לענין מש"כ הטור, הביאו הרמ"א חו"מ קעהכג, דכל דבר שהוא פסידא למוכר, לא תקנו בזה זכות למצרך, והוכיחו מדברי הגמ' ב"מ קחב, הני זוזי טבי והני זוזי תקוללי, לית ביה משום דינא דבר מצרא, הני ציירי והני שרי, לית ביה משום דינא דבר מצרא. דגם בזה י"ל דהמודד הוא שעת המכירה, ואפי' כעת לא יהיה פסידא למוכר, כיון דבשעת המכירה היתה פסידא למוכר אם היה מוכר ללוקח, אף שכעת אין לו, וגם הלוקח מוכן לתנאי המכירה, אין בזה דינא דבר מצרא. והוא הדין לנדו"ד, שהרי אם לא היה מוצא שוכר ב 4200 ש"ח, לא היה מוכן השוכר לשכור אלא בסכום הראשוני, ולא היה מוכן להעלות את הסכום, ורק כעת שמצא בסכום זה, מוכן לשלם כמוהו, וא"כ בשעת ההשכרה היה פסידא למוכר, וכבר אין בזה דינא דבר מצרא.

ב. מצרן בשכירות

ולענין גוף השאלה אם יש דינא דבר מצרא בשכירות, מצאנו בזה מחלוקת ראשונים. הרמב"ם בהל' שכנים יב,ח, פסק: "השכירות אין בה משום דין בן המצר". וכן פסק בסמ"ג (עשין פב): "השכירות אין בה משום דין בן המצר". והמגיד שם כתב דלא מצא כן להדיא, אך הוא נלמד מק"ו ממשכנתא, שדינה מבואר בגמ' ב"מ קח,ב, וברמב"ם שם ה"ט; "הממשכן מקום, ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו, אין בו משום דין בן המצר". ולפ"ז הפרשנות ברמב"ם ששכירות אין בה משום בר מצרא, דומיא דהאמור בה"ט, דאם מכר את הקרקע למי ששכר את הקרקע, אין המצרן יכול לסלקו. דמה משכונא שאינו דר בה וגם אינה קנויה לו, אם קדם וקנה זכה, שכירות שהוא דר בה וגם היא קנויה לו, דשכירות ליומיה ממכר הוא, לא כל שכן שאם קדם וקנה זכה. אולם לענין השכירות עצמה, כאשר רוצה להשכיר לאחר, ויש אחר שכבר נמצא במקום, לא מבואר ברמב"ם אם יש עדיפות לשוכר הראשון, ומ"מ לא מבואר שאין לו עדיפות, ויכול להלמד מענינים אחרים. וכן הרוצה להשכיר שדהו לעלמא, ויש מצרן שיש לו במצר המושכר שדה קנויה או מושכרת, אף שהנידון הוא שכירות, אפשר דאף לרמב"ם המצרן קודם ללוקח מעלמא, ומ"מ לא מוכח ברמב"ם להסבר המגיד, שאין המצרן יכול לסלקו.

ובטור חו"מ סו"ס קעה, הביא הטור את דעת הרמב"ם ששכירות אין בה דינא דבר מצרא, והביא דעת הרא"ש (ראה להלן) שיש בו דינא דבר מצרא, דשכירות ליומיה ממכר הוא, ומטעם זה יש בו אונאה, והוא הדין לענין מצרנות שייך ביה הטוב והישר כמו גבי מכר. ומבואר שפירש באופן אחר, בדעת הרמב"ם, שעצם השכירות אין בה דין בר מצרא, וכמו שביאר בכס"מ שכנים יב,ח, דלהבנת הטור ברמב"ם, אם ראובן השכיר חצר לאחר, לא יאמר המצרן אני רוצה לשכרו ממך ואני קודם בו, וכל שכן מי שיש לו חצר בשכירות וחצר שלידי נמכרת, אינו יכול להוציא מדין בן המצר. וציין שלמגיד הפרוש שונה, וכנ"ל. וכן נראה מדברי המאירי בסוגיא, דבשכירות אין כלל דין מצרנות, וז"ל: "יש דברים שהתבארו בדין זה במקומות אחרים ובדברי הגאונים, ואלו הן, השכירות אין בה דינא דבר מצרא כלל בשום צד, וכן כתבו גדולי המחברים". (ועיין גם בתלמיד הרשב"א בסוגיא ב"מ קח,ב). ומבואר שלמאירי אין בשכירות כלל דין מצרנות בשום אופן. וצ"ל שחכמים לא תיקנו מעיקרא בכל דבר שהוא ישר וטוב, אלא באופנים שקבעו והיה נראה להם לתקן, וכמש"כ הרב המגיד והרמב"ן הנ"ל.

ומה דמבואר בכס"מ שלא פירש כמגיד, כן מבואר להדיא בתש' אבקת רוכל (סי' קיח, ושם אינה התש' מהב"י אלא מהשואל). הובאו שם את דברי הרמב"ם

שאינן דין מצרנות בשכירות, וכתב דללשון הרמב"ם יש ארבע משמעויות: או שאין השוכר יכול לעכב על בעל השדה שבצדו, אם רצה למכור שדהו לאחר. או שאין בעל המצר יכול לעכב על בעל השדה שבצדו, אם רצה להשכירה לאחר. או שאין השוכר יכול לעכב על בעל השדה, אם רצה למכור השדה שהיא שכורה לו לאחר. או שאין בעל המצר יכול לעכב על בעל השדה, אם רצה למוכרה למי ששכורה לו. ומכך שהרמב"ם סתם ולא פירש אלא כתב באופן כללי, דלא כמו שפירש וביאר במשכונא, משמע דס"ל דבכל גוונא אין בו דין מצרנות. וזה דלא כמגיד שהראה מקורו לדין משכונא. ומבואר שלמד המגיד ברמב"ם, שאין בעל המצר יכול לעכב על בעל השדה, אם רצה למוכרה לשוכר, והוא האופן הדומה לדין המשכונא שהזכיר הרמב"ם בה"ט. והקשה הב"י, דאם זאת כוונת הרמב"ם, מדוע לא ערב דין השכירות עם דין המשכונא, וגם קשה, מדוע סתם הרמב"ם דבריו ולא פירש. ולכן הסיק הב"י דדעת הרמב"ם, דכל גוונא ס"ל להרמב"ם דאין בו דין בן המצר. (ועיין במבי"ט ח"ב סי' קצה האופנים בהם יש נפק"מ אם בשכירות יש דין מצרנות).

ועיין במל"מ שהביא תש' מהרש"ך, ומשמע שפירש כמגיד. ומה שהכריח לטור לפרש דהרמב"ם חולק על הרא"ש, ובכל ענין אין בשכירות בר מצרא, עיין בכס"מ מש"כ. ונראה גם, דכיון דהרמב"ם כתב באופן כללי ולא פירט, נראה שסובר שבכל ענין שכירות אין בה דינא דבר מצרא. וגם נראה, שאם כפירוש המגיד שהוא נובע מדין משכונא, היה לרמב"ם להביא דין זה אחר שהביא דין משכונא ולא לפניו, ומשמע שאינו נלמד ממנו. והמגיד פירש כנ"ל, דלכאורה למה לא יהיה בשכירות הישר והטוב, ובשלמא בנידון שכירות כמשכנתא, אין זה ישר וטוב שיסלק המצרן, משא"כ בכל שכירות שרוצה להשכיר, מדוע אין המצרן קודם לאינש מעלמא, ומדוע אין זה ישר וטוב, ולכן פירש כנ"ל. ולפי פירוש המגיד יוצא שאין מחלוקת בין הרמב"ם והרא"ש, ומר אמר חדא ומר חדא, ולא פליגי.

ודברי הרא"ש בתש' (א,ב), לשאלת בנו הטור, לענין שותפים בחצר, ובתחילת דבריו כתב דיש טענה לשותף הטוען לאי השכרת החצר המשותפת לאחר, גם מצד דיני מצרנות: "חדא, שטוען שרוצה ליתן לו כפי שכר המגיע לחצר לפי ראות הדיינים, כי הוא מצרן, ושכירות שייך ביה הישר והטוב כמו גבי מכר, כיון שאין ראובן נפסד בדבר, דשכירות ליומיה ממכר הוא, ואין (ס"א ויש) אונאה מטעם זה; כדאי' בפ' הזהב (נו,ב). הוא הדין לענין מצרנות, שייך ביה ועשית הישר והטוב כמו גבי מכר". ומבואר דאף בדין שכירות שייך הישר והטוב, ולכן אם לשוכר יש טענה שלא ישכירו לאחר אלא לו למצרן, יש בזה ישר וטוב להשכירו לשוכר המצרן. וכן הביא רבינו ירוחם במישרים (ד,יא) מדברי הרשב"א, דשכירות דינה כמכר לענין מצרנות. וכדעת הרא"ש פסק מהרי"ל בתש' (סי' עז), דשכירות יש בה דינא דבר מצרא, דשכירות

ליומא נמי ממכר הוא; "כך פסק הרא"ש בתשובה הלכה למעשה ובתראה הוא, אע"ג דהרמב"ם פליג, אזלינן בתר בתרא".

ומש"כ הרא"ש בתש' צז,ג, דאין בשכירות דין מצרנות, הוא לענין אחר, שביחס למכירת הקרקע, כשבא המצרן בעל הקרקע הסמוכה, ובעל העליה שהוא כשוכר, אם אין לו חלק בקרקע, והקרקע של הבית נמכרת, אין לשוכר עדיפות או שווה למצרן. עיין שם ברא"ש שנשאל בראובן ושמעון שחלקו בית ועליה, ונפל לראובן הבית ולשמעון העליה, והוצרך ראובן למכור ביתו, וקנאו שמעון, ובא לוי, המצרן לביתו של ראובן, לסלק לשמעון בעל העלייה בכח המצרנות, שאומר שהוא מצרן ולא שמעון בעל העלייה, ושמעון טוען שגם הוא מצרן וקודם. וע"ז השיב הרא"ש לחלק אם יש לשמעון חלק בקרקע או לא, דאם יש לשמעון חלק בקרקע, הדין עמו, אף דאיתא בב"מ קח,ב, ארעא דחד ובתי דחד, ומשמע שאין בעל הבית נקרא מצרן לבעל הקרקע, והרי"ף מפרש דדוקא כשאין לבעל הבית חלק בגוף הקרקע, כגון שקנה ממנו לבנות בקרקע שלו עד זמן ידוע, או כל זמן שיעמוד הבית ולא יפול, וכיון שאין לו חלק בקרקע אלא עד זמן שקצב, או כל זמן עמדו, אין לו בקרקע כלום, דהוי כמו שכירות ואין בו דינא דבר מצרא. ומבואר דביחס למכירת הקרקע, יש למצרן בעל הקרקע הסמוכה, עדיפות על השוכר הנמצא במקום. ודברים אלה מבוארים בדברי הב"י (בבדה"ב, חו"מ קעה,סג), דמה שכתב בכלל א,ב שיש בשכירות מצרנות, כיון שזה שוכר וזה שוכר, ושכירות ליומיה ממכר הוא, ולכן יש בזה דין מצרנות. משא"כ בצז,ג, זה שוכר וזה בעל הקרקע, ואף דשכירות ליומיה ממכר הוא, אין כחו גדול ביחס למי שהוא בעל הקרקע, לכן אין השוכר יכול לעכב על בעל הקרקע מלמכור למי שירצה. ומה שסיים ואין בו דינא דבר מצרא, קאי על האופן של ארעא דחד ובתי דחד. ועיין בתש' אבקת רוכל (סי' קיח, ואינה מהב"י, ועיי"ש בסי' קיט מהב"י), דבכלל א,ב, שהחצר אינה של אחד מהם אלא שכורה היא לזמן, והשותף לשכירות שואל ממנו שלא ישכירנה לאחר כל ימי שכירותו, ומאחר דלענין שישתמש בה כל אותם הימים הוי מכירה גביה, יש בה דינא דבר מצרא לשותף. ומש"כ הרא"ש בכלל צז,ג, דבשכירות אין דינא דבר מצרא, כשאין לו חלק בקרקע אלא עד זמן ידוע ורוצה להיות בן המצר ולקנות קרקע הסמוכה לה, דכיון שאין לו בגוף הקרקע כלום, אינו נעשה בן המצר.

ובתש' בשמים ראש סי' נו (המיוחס לרא"ש), וידוע שכמה גדולי ישראל קראו שלא לסמוך על תשובות אלו, עיין שואל ומשיב תנינא ח"ב סי' נה, ותורת חסד לגאון מלובלין חאו"ח סי' יז, ומש"כ הגאון ממונקאטש בשו"ת מנחת אליעזר ח"ב סו"ס ה), נשאל במי שהשכיר ביתו, ובא המצרן ואומר שרוצה לשכרו. והשיב בבשמים ראש דאין בשכירות זו דין מצרנות: "מסברא שאין נח לכל אדם להשכיר ביתו לכל

איש, ומתירא שמא תכסוף שדהו וביתו ע"י ידיים עסקניות של בני אדם שאינן בני שימור כראוי ... וא"כ אין מקום לדינא דבר מצרא בשכירות, אלא בשכרו ע"מ שיכול להשכירו לאחר וגם פורו מכל קלקול שיבוא בו, עד שלא יאמר לא בעינא למיזל עמך בדינא ...". הבשמים ראש מיירי לענין שכירות גופא, שיש למשכיר טענה שאינו רוצה להשכיר למצרן, דיש לחלק בין מכירה לשכירות, דבשכירות שהגוף נשאר בידו, חש לקלקולו ורוצה שוכר מובחר ביותר שישמור על המושכר. וצ"ל לבשמים ראש, דלכן מעיקרא לא תקנו חכמים דינא דבר מצרא אלא במכירה ולא בשכירות אף במקום שאין הפסד למוכר, ורק במקום שאין הפסד למוכר, נאמר שאינו בכלל הדין הפרטי של מכירת קרקע אלא מהדין הכללי, שצריך לעשות ישר וטוב היכא דאין לו הפסד. אולם מדברי הרא"ש שכתב הטעם דשכירות ליומיה ממכר, י"ל בדרך אחרת, דאף שכירות דינה כמכר ויש בה דין מצרנות, ורק כשיש הפסד למוכר, הוא מהדין הכללי שלא תיקנו טובת המצרן ורעת המוכר, וכדין הני זוזי טבי והני זוזי תקולי (ב"מ קח,ב), דלית ביה משום דינא דבר מצרא.

ובכסא דהרסנא שם כתב בדרך זו לבאר ולישב את הסתירה דלעיל בתש' הרא"ש, דבכלל א,ב שכבר השתתף עימו ולא קפיד, אינו יכול לטעון שהאחר נח לו והוא קשה הימנו, דהרי גם כעת יש לו רשות להשתמש בגוף הקרקע, ולכן יש בשכירות משום מצרנות, דשכירות ליומיה ממכר הוא, אולם בכל שכירות אחרת שמקפיד המשכיר, אין בו דין מצרנות גם לרא"ש. וצ"ל לבשמים ראש, דבכלל צ,ג, אף שהיה שכנו ללא זכות בקרקע, שהוא בבית והוא בעליה, אם היה בא להשכיר ביתו, יכול להתנגד להשכירו למצרן או לאחר. אולם פשטות דברי הרא"ש בכלל צ,ג, משמע כהסבר הב"י, דמיירי במכירה.

ובתש' התשב"ץ (ח"ד, טור ג סי' יד, מתש' רבי אברהם אבן טאוה) נראה שהבין בדעת הרמב"ם כמש"כ הכס"מ, דלדעת הרמב"ם בכל ענין אין בשכירות דין מצרנות. והקשה על דעת הרמב"ם, שלא חילק בשום צד אלא סתם דבריו דבכל גונא אין בשכירות דין מצרנות. וכתב לבאר בדעתו, דדינא דבר מצרא במכר אינו אלא לפני משורת הדין משום ועשית הטוב, לכך אין לך בו אלא מה שבא מפורש בדבריהם שהוא מכר גמור, דבזה יש למצרן פסידא דלא הדר עולמית, משא"כ שכירות שהוא מום עובר לפי שעה באיזה צד שיהיה, אין להשוותו למכר לענין דינא דבר מצרא כיון דאין עיקרו אלא לפני משורת הדין, לכן דוקא במכר הפקיעו כח בעל הקרקע שלא יוכל למוכרו למי שירצה, ובשכירות שהיא לפי שעה, לא הפקיעו. וכתב, דבמקומות שהסכימו לרון ע"פ ספרי הרמב"ם, אינם יכולים לנטות מדבריו ימין ושמאל, ויוכל ראובן להשכיר ביתו למי שירצה ואין מי שיעכב על ידו, ואם לא הסכימו לרון על פי דעת הרמב"ם, יוכל הדיין לפסוק כדעת הרא"ש והטור.

ובתש' בנימין זאב (סי' רצב), נראה מדעתו, דאף לדעת הרמב"ם שאין בשכירות דין מצרנות, מ"מ מצאנו בכמה מקומות בדברי הגאונים שפסקו להעדיף את המצרן, אף במקום דלא שייך דין מצרנות, כיון שכל טעם מצרנות הוא מדין הישר והטוב, וענין הישר והטוב הוא כמו שפירש רש"י בסוגיא, ועשית הישר והטוב דבר שאי אתה נחסר כ"כ, שתמצא קרקע במקום אחר ולא תטריח בן המיצר להיות נכסיו חלוקים, והיינו שכל זמן שהלוקח אינו מפסיד כ"כ, שהרי ימצא במקום אחר, יש לו לעשות הישר והטוב לבעל המיצר ולהניח לו את הקרקע, ושכן משמע מדברי הסמ"ג (עשין פב), דאמרו חכמים, הואיל והמכר אחד הוא, טוב וישר הוא שיקנה מקום זה בן המצר יתר על הרחוק. ולכן הסיק בנדון שאלתו: "כיון דאיפשר לו ללוי למצוא בית במקום אחר, אפילו שלא יהיה טוב מזה, אין לו לשכור בית זה מראובן אשר שמעון בעל המיצר מחזור אחריו לשוכרו קודם ממנו, ואם ישכרנו רשע מיקרי, ואף על גב דלא דיינינן ליה משום דינא דמצרא, מכל מקום כיון דהוא שכן בעירו, שכן העיר קודם". וראיותיו שם הם מדין עני המהפך. ומבואר בבנימין זאב, דכל זה לענין לכתחילה, דבדיעבד לדעת הרמב"ם אין דין מצרנות שנאמר שהלוקח הינו שליח של המצרן, ורק לכתחילה וכדין עני המהפך, אין לו לשכור כשיש מצרן.

ומהריב"ל (ח"ב סי' מא) כתב, דדעת רוב הראשונים לפסוק שלא כדעת הרא"ש, אלא כרמב"ם שאין בשכירות דין מצרנות. (וכן נראה ממהרשד"ם חח"מ סי' רצז, שפסק כדעת הרמב"ם, ועיין במש"כ שם סי' רעז). עוד כתב דלשיטת הרמב"ם בכל אופני השכירות אין דין מצרנות, דהרמב"ם לא פירט אלא סתם דבריו דהשכירות אין בו דין המצר, ולא חילק הרמב"ם בין אם השכירות הוא לזמן ידוע, לשכירות שהיא לעולם שלא יהיה לה הפסק ושלא יהיה למשכיר רשות להוציא את השוכר מהבית לעולם, דאף בשכירות שאין לו רשות להוציא, דכיון דאין לו אחיזה בגוף הקרקע, דלא אלימא יד השוכר כיד הקונה לכמה מילי, וכך גם בשכירות שאין לה הפסק, לא אלימא יד השוכר כיד הקונה, ולית בה דינא דבר מצרא. ואפשר דלסברת הרמב"ם גם במוכר גוף הקרקע לזמן קצוב אית ביה דינא דבר מצרא, שדעת הרמב"ם דמוכר גוף הקרקע לזמן קצוב, הרי זו מכירה ומשתמש הלוקח בגוף הקרקע כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה.

עוד כתב מהריב"ל, דכל מקום שיש מחלוקת בדיני מצרנות, יד הלוקח על העליונה והלוקח הוא המוחזק, ויוכל לומר קים לי כפוסקים הסוברים שאין דינא דבר מצרא, וכן יאמר בשכירות, קים לי כרמב"ם ודעימיה שאין דין מצרנות בשכירות אלא במכר. והביא ראיה מהרמב"ם הל' שכנים יב,יא: הרי שטען ואמר מפני המס וכיוצא בו מכר לו המוכר, ובעל המצר אומר שקר אתה טוען לבטל זכותי, על בעל המצר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה ישבע הלוקח היסת, ואפילו היה שם בדבר ספק,

אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה שיביא בעל המצר וכו'. ומוכח מזה דהלוקח נקרא מוחזק והמצרן הוא המוציא ועליו הראיה, ושכן נראה מהעיטור. ועיין עוד במהריב"ל ח"ד סי' כז, ובמהרש"ך ח"א סי' מג, מה שכתב על דברי מהריב"ל. וע"ע במהר"א ששון בתורת אמת (סי' קכו), על הטוען לדין מצרנות כדעת הרא"ש, עליו הראיה. ועיין שם בסי' קכז וסי' קכט, וסו"ס רלא, מה שכתב בזה.

והב"ח בתש' (סי' יח) פירש בדברי הרמב"ם שסתם שאין בשכירות דין מצרנות, דאם הבית הסמוך למושכר נמכר, ואפי' לאחר שאינו בן המצר, אין השוכר יכול לזכות בו מדין בעל המצר. והוא הדין אם קדם השוכר וקנאו, יכול בן המצר לסלקו, דאין כאן ועשית הישר והטוב, שלא זכה השוכר בגוף השדה או הבית, כיון שלא נכנס במקום אלא בתורת שכירות וככלות זמנו עומד להסתלק ממנה. ותמה הב"ח על הטור שהבין מדברי הרמב"ם, שאף כשיאמר המצרן אני קודם בשכירות וישכיר לי הבית דאין בו משום דינא דבר מצרא. וכתב הב"ח דבזה הרמב"ם מודה לרא"ש שהמצרן מסלקו, דלא אמר הרמב"ם דאין בשכירות משום דין בן המצר אלא במוכר ביתו לשוכר אותו בית שהוא דר בו בתורת שכירות, או במוכר בית לאחר אצל בית הנשכר, או קנאו השוכר לזה הבית שאצל הבית הנשכר, דבכל אלה אין בהם משום דין בן המצר בין לזכות בין לחובה. אולם במי שרוצה להשכיר ביתו והמצרן בא גם כן לשכרו, בזה מודה הרמב"ם דהמצרן קודם. וע"ע במש"כ הב"ח שם בתש' סי' סט.

ובשו"ע חו"מ קעה,נט, פסק כדעת הרמב"ם, וז"ל: "השוכר בית מחבירו, והמצרן רוצה להוציאו מידו לשכרו לעצמו, אין שומעין לו". ועיי"ש ברמ"א סע' ס שפסק כדעת הרא"ש החולק וסובר דיש בשכירות דינא דבר מצרא, דשכירות ליומיה ממכר הוא. ובגור"א שם ס"ק קמח כתב בטעם דברי המחבר: "דשכירות אינה משתלמת כו', והוי כמוכר בהמתנה, וגם פעמים שמנין בני בית של מצרן מרובים כמ"ש סי' שטז". והיינו שטעם הרמב"ם שיש כאן טובת המשכיר, דבמכר אין למוכר נפק"מ למי ימכור, משא"כ בשכירות שאינו מקבל שכר הבית מיד, ורוצה להשכיר למי שסומך בדעתו שיפרע לו בזמנו. וכן יש שוכרים עדיפים, ששומרים על המושכר, בהיות הדיירים מועטים וכיוצא"ו. ולכן בכל ענין אין בשכירות משום דינא דבר מצרא, כיון דטובת המשכיר להשכיר למי שלבו סומך יותר בפרעון השכירות ושמירת המושכר.

והיש"ש (ב"ק י, כד) כתב דלא כדעת הרא"ש שפסק דיש דין מצרנות בשכירות מהטעם דשכירות ליומא ממכר הוא, דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר אלא לענין אונאה, אבל לא לשאר דברים, ושכן כתבו התוס' (ב"מ נו,ב ד"ה והאי), וכן פסק תה"ד (סי' שיח). דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר אלא לענין הנאת תמיש, אבל

לא שהגוף קנוי לו. עוד הקשה ביש"ש סתירה בדברי הרא"ש, ממש"כ בכלל א,ב, למש"כ בכלל צ,ג, (עיין לעיל): "ולכן ראוי לדחות דברי הרא"ש נגד רוב המחברים, שהרי הוא סותר בעצמו". עוד הוסיף, דדינא דבר מצרא שתיקנו משום ועשית הטוב והישר, לא תיקנו אלא בדבר השייך בו טובה מרובה והפסד מרובה, משא"כ בשכירות שהיא לשעה. וכן נראה שהיא דעת הש"ך קעה,סא.

ובסע' ס פסק המחבר: "מי שיש לו בית בשכירות, ובית שאצלו נמכר, אינו יכול לזכות בו מדין בן המצר, ואם קדם וקנאו, בן המצר יכול לסלקו". וברמ"א שם כתב: "ויש מי שחולק וסבירא ליה דיש בשכירות דין מצרנות". ודעת הרמ"א היא דעת הרא"ש הנ"ל. ופשטות הדברים, דהרמ"א חולק בשני הדינים שהזכיר המחבר, הן לענין שיש עדיפות לשוכר המצרן על אינוש דעלמא, דלדעת המחבר אין לשוכר המצרן דין מצרנות, והרמ"א ס"ל דלרא"ש יש לו עדיפות. עוד חולק הרמ"א לענין הסיפא, דדעת המחבר דלמצרן שאינו שוכר, יש עדיפות למצרן השוכר, והרמ"א ס"ל דשניהם שוים, המצרן בעל הקרקע או המצרן השוכר. ומשמע לכאורה שדין אחד למי שבעל גוף הקרקע או שוכר, דשניהם יש להם דין מצרנות.

אלא שהנו"כ (הסמ"ע קעה,קיג, וט"ז קעה,נט), הקשו מדברי המחבר חו"מ קעה,מה, דאם טוען הלוקח למצרן, שדה שמכחה אתה בא לסלקני בטענת מצרנות, שכורה או ממושכנת היא בידך, על המצרן להוכיח שהוא בעל השדה. והרמ"א לא הגיה על דברי המחבר, ואף הטור כתב הלכה זו. ומוכח דס"ל דאם המצרן הוא שוכר, אינו יכול לסלק את הלוקח, שכן דעת המחבר והרמ"א והטור. וע"ז כתב הסמ"ע, דאכן הרמ"א חולק רק על סיפא דברי המחבר, שאין המצרן יכול לסלק לשוכר המצרן, אם קדם השוכר וקנה. והמחבר ס"ל דכשם שאין לו דין בן המצר לענין שאין יכול לסלק לאחר, כך אין לו דין מצרן לענין שהמצרן יכול לסלק לשוכר, אף אם קדם וקנאו.

ולכאורה אם הטעם שיש בשכירות דין מצרנות הוא דשכירות ליומא ממכר הוא, מדוע יוכל הלוקח לטעון שכור הוא בידך, הרי דינו כבעלים, דשכירות כממכר. ולזה י"ל דאף הרא"ש (לדעת הטור והרמ"א) לא ס"ל דשכירות כממכר ממש, אלא כיון שמצאנו דלכמה ענינים דינה כממכר, ממילא יש לו עדיפות לענין דיעבד כשכור קנה את הסמוכה למושכר. אולם כדי שיוכל לסלק את הלוקח, לא סגי בזה שהיא מושכרת, דאינה כממכר ממש שיתקנו בה חכמים דין מצרנות, אלא שאם הוא כבר מוחזק בדבר לאחר שקנה, אין לסלקו. דלא תיקנו חכמים שיכול המצרן לסלק ללוקח אלא בטענה שהיה לך הלוקח ליקח במקום אחר, אולם זה השוכר שכבר נמצא כאן ויש לו בסמיכות שדה שכורה, אין למצרן טענה זו, ולכן לא תיקנו שיכול המצרן לסלק לשוכר מצרן. אולם גם הוא אינו יכול לסלק לוקח, דלא תיקנו חכמים אלא

בבעלים ממש על הגוף. דעצם תקנת המצרנות שיוכל המצרן לסלק הלוקח, הינה חידוש, ולא תיקנו אלא במקום שאין ללוקח טענה, וזכות המצרן הינה חזקה. ולכן מעיקרא לא תיקנו אלא בבעלים על הגוף, ולא מהני מה ששכירות ליומא ממכר הוא, אולם למצרן נגד שוכר, כיון שיש לו איזה זכות לענינים מסוימים, אין יכול המצרן בעל הגוף לסלקו.

ויש להבין לשיטת המחבר שפסק כרמב"ם, ובשו"ע חו"מ קעה, סא, פסק: "שנים ששכרו שדה בשותפות, ואחד מהם רוצה להשכיר חלקו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין בן המצר, הדין עמו כיון שהוא שותף בו". ומבואר דשותף עדיף מאחר, ולא דמי למצרן שירצה לשכור, דלרמב"ם אין בשכירות דין מצרנות, ואף דקיי"ל דשותף עדיף ממצרן, מ"מ אם אין בשכירות דין מצרנות, מדוע יכול השותף לכופו להשכירו לו. ונראה דסברת הרמב"ם שלא תיקנו מצרנות בשכירות, אף שלכאורה הוא טוב וישר, כמש"כ לעיל, דבשכירות יש טובת המשכיר, שרוצה שישמרו לו המושכר כראוי, ויש מי שבני ביתו מרובים וכו', וגם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ואין דעתו נוחה מתשלומי השוכר המצרן. ולכן כיון שאין בזה טובת בעה"ב, לא תיקנו בשכירות. אולם בשותף, שהוא כבר שותפו באותו מקום, אין לו טענה, בפרט ששניהם שוכרים, וכעת שמשכיר, מסלק עצמו מהמקום, ומה לו זה או אחר, ולכן בודאי שיש עדיפות לשותף מדין הישר והטוב.

והמחבר בשו"ע חו"מ קעה, סב, פסק: "השכיר ביתו לאחר ואחר כך מכרה לו, אין בן המצר יכול להוציא מידו". ולכאורה אם אין בשכירות דין מצרנות, והשוכר בית אין דינו כמצרן לשדה הסמוכה, מהיכי תיתי שיהיה מצרן לבית עצמו שהוא דר בו. והגר"א קעה, גב הראה מקורו לדברי הרמב"ם שכנים יב"ח, ולפירוש המגיד שם. דהרמב"ם בהל' שכנים יב"ח, פסק: "השכירות אין בה משום דין בן המצר". והמגיד שם כתב דלא מצא כן להדיא, אך הוא נלמד מק"ו ממשכנתא, שדינה מבואר בגמ' ב"מ קח, ב, וברמב"ם שם ה"ט; "הממשכן מקום, ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו, אין בו משום דין בן המצר". ולפ"ז הפרשנות ברמב"ם ששכירות אין בה משום בר מצרא, דומיא דהאמור בה"ט, דאם מכר את הקרקע למי ששכר את הקרקע, אין המצרן יכול לסלקו. דמה משכונא שאינו דר בה וגם אינה קנויה לו, אם קדם וקנה זכה, שכירות שהוא דר בה וגם היא קנויה לו, דשכירות ליומיה ממכר הוא, לא כל שכן שאם קדם וקנה זכה. ולכאורה קשה, איך פסק כמגיד, בעוד הוא עצמו בכס"מ ובב"י פירש באופן שונה, עיין לעיל, וא"כ אין לשוכר כל זכות, והו"ל למימר דלרמב"ם המצרן קודם. ונראה לתרץ בדרך הנ"ל, דהרמב"ם ס"ל דאין בשכירות משום מצרנות, מפני שרעה היא למוכר וכנ"ל, וכל היכא שאין רעה למוכר, יש בשכירות דין מצרנות. ולכן כשבא למוכר את הקרקע, ועומד שוכר הנמצא בקרקע למצרן שבצידו, אין למצרן

עדיפות על השוכר, ואין זה טוב וישר שיוציאו, דכל הטענה של המצרן נגד הלוקח, טוען המצרן היה לך לשכור במקום אחר, אולם כאן יש גם לשוכר טענה, ולכן אין המצרן מסלק את השוכר שקנה.

אלא שלפי הנ"ל, יקשה מש"כ המחבר שם בסע' שאח"ז (קעה,סג): "השכיר ביתו לאחד ואחר כך מכרה לאחר, אפילו אינו בן המצר, אין השוכר יכול להוציאה מידו". דלכאורה יש לשוכר עדיפות על אינש דעלמא, אם אין פסידא בזה למוכר, ומדוע לא מוציא השוכר מלוקח מעלמא שקנה. ולפ"ז נראה לבאר בדרך שונה, דכל האמור לעיל דבאין למשכיר פסידא, גם לרמב"ם יש בשכירות דין מצרנות, היינו דוקא לענין שכירות, דלשוכר יש דין מצרנות לרמב"ם בשכירות לענין שכירות, אם המושכר מושכר לאחר וכד', באופן שאין למשכיר פסידא, וכנידון סע' סא בשותפים ששכרו, אולם לענין מכירה, הגם שלמצרן אין טענה כנגדו, שאינו יכול לומר היה לך לקנות במקום אחר, ולכן אין למצרן עדיפות מדין ישר וטוב, דסו"ס גם לשוכר יש עדיפות לקנות קרקע שהוא כבר נמצא בה, מ"מ לשוכר אין דין מצרן לענין המכירה לאחר, דס"ל לרמב"ם דאין בשכירות משום מצרנות לענין מכירה, כיון שאינה טענה מספקת לסלק האחר. משא"כ לגבי שכירות גופה, כל עוד אין פסידא למשכיר, יש לשוכר עדיפות.

ובדעת הרא"ש אם יכול השוכר להוציא אחר שקנה את אשר מושכר לו, וכנידון סע' סג. הסמ"ע (ס"ק קטז) והגר"א (ס"ק קנד), תלו את דעת המחבר בדין משכונא, המבוארת בסע' נז. דשם מבואר דאם משכן קרקע לאחד ומכרה לאחר, דהמחבר ס"ל דאין הממשכן יכול להוציאה מידו, והרמ"א פסק כדעת הרא"ש, דיכול הממשכן להוציאה מידו. וכתב הסמ"ע (וכן נראה דעת הגר"א), דהא בהא תליא, דלדעת הרמ"א הוא הדין בשוכר, אם מכר המושכר לעלמא, יכול השוכר להוציא מידו, והמחבר בסע' סג, לשיטתו בסע' נז, דאין המלוה מוציא מיד הלוקח.

ובתש' מהרש"ל (סי' מג) כתב לחלק בין משכנתא לשכירות, דדוקא במשכנתא יש פוסקים שאין המצרן יכול להוציא אם מכרה למלוה, משא"כ בשכירות יכול המצרן לסלקו, וכן אין השוכר יכול לסלק לוקח שקנה, אפי' אינו מצרן, דלשוכר אין זכויות בגוף הקרקע, משא"כ למלוה שקיבלה במשכונא, יש זכויות בגוף הקרקע, ולכן אין המצרן מסלקו, וז"ל: "יראה נהי דגבי משכנתא לית בה דינא דמצרונה, אלא הוא עיקר שכן וקודם לכל ומוציא אפילו מיד המצרן, וכמו שכתב הרא"ש להדיא, מ"מ שכירות אין הדין כן. ולא עוד אפילו מכר לזה שהשכיר לו, בעל המיצר מוציא מידו. דדוקא משכונא שיש לו שיעבוד בגוף הקרקע מכח טובה שעשה עם הלוח שהלוה לו, ומנכה לו באכילות פירות עד שתיפוק ארעא בלא כספא, הוא דעבוד רבנן דליתא

לגביה דינא דמצרנות, מה שאין כן בשכירות שאינו משלם לו אלא כפי מה שעומד וראוי הקרקע על שנה אחת להשכיר, ואינה משתלם אלא בסוף. ואפילו אם שמעון זה הקדים השכירות מקודם, מ"מ לא יצא מידי דין שכירות ולא חילקו חכמים בדבר. אטו אם עשה אחד כמה טובות לחבירו בדורונות ובהלוואה, וכי בעבור זה לא ינהוג לגביה דין מצרן. אלא שום משכונא לחוד ושם שכירות לחוד". ומזה חלק על המגיד (שכנים יב, ח, הנ"ל), דכתב דשכירות הוא ק"ו ממשכונא. דלרש"ל משכונא עדיפא משכירות, כיון שיש לו שעבוד בגוף הקרקע מכח טובה שעשה עמו. וביאר דעת הרמב"ם דשכירות אין בה דין מצרנות, לענין שכירות ממש, שאם יאמר המצרן אני קודם בשכירות וישכיר לי הבית, אין שומעין לו, דלא תיקנו דינא דבר מצרא אלא במכירה שהוא מכור לעולם ולא בדבר שהוא לזמן, דכל דבר שאינו מכר גמור לא תקנו בו דין מצרנות. וכן היא דעת הב"ח בתש' (סי' סט), דלפי הטעם דעומד להסתלק ממנה לכשיתמו שני השכירות, אין בזה משום ועשית הישר והטוב, דומיא דמרי בתי לא מעכב אמרי ארעא. ולכן אף לפוסקים דבמשכנתא אם מכרה הלוח לאחר, יכול המלוה להוציא מידו ואפי' לקחה מצרן, מ"מ בשכירות אין הדין כן. וכן הביאם בשער המשפט קעה, ו, והסיק להלכה דמספיקא אין מוציאין מיד הלוקח.

ובשבות יעקב (ח"ג סי' קסה) כתב להלכה במחלוקת ראשונים הנ"ל, דאם קנה המצרן, והשוכר בא בטענה קדימה, אין השוכר יכול לסלקו כי אין ספק מוציא מידי ודאי מצרן, דהשוכר ספק והמצרן ודאי. ואף אם לקח מי שאינו מצרן כלל, אין השוכר יכול לסלקו, שיכול הלוקח לטעון טענת קים לי דאין בשכירות דין מצרנות. אמנם אם מתחילה כשרוצה למכור, באים הלוקח והשוכר לקנות, השוכר קודם כיון שאין ללוקח שום דין מצרנות. וכשהשוכר והמצרן באים יחד לקנות, המצרן קודם, שהוא ודאי והשוכר ספק. ואם קדם השוכר וקנאו, אין המצרן יכול לסלקו, שיטען השוכר טענת קים לי דיש בשכירות דין מצרנות, ומ"מ יוכל להשביע שלא עשה כן בדרך רמאות, שהשכיר לזה כדי להוציא מיד בן המצר.

ג. בשכירות גוף הבית

והט"ז חו"מ קעה, נט כתב, דכל מחלוקת הראשונים הינה ביחס לשדה שהיא מצרנית למושכר, אולם ככל שנוגע למושכר עצמו, כאשר יש שני שוכרים, האחד כבר מושכר לו מקדמת דנא, ורוצה בעה"ב להשכירו לאחר, דיש לשוכר הראשון עדיפות, ויכול לסלק לשני, וז"ל הט"ז: "ולענין שכירות אותו הבית עצמו, ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן שכירות הראשון, ונראה שבזה גם הרמב"ם מודה". הביאו גם הנתיבות בחידושים ס"ק סה. ונראה דלט"ז דין זה אינו מהא דשכירות ליומא כמכר, אלא סברא שיש בזה ישר וטוב, דהסברא

שהבאנו לעיל שאין בשכירות ישר וטוב, מפני שבעל הבית בודאי רוצה שישמרו לו המושכר, ולכן יש ליתן בידו הבחירה לא להשכיר למצרן, וכן בענין התשלומים, שאינה משתלמת אלא לבסוף, וכדלעיל. ולכן ס"ל לט"ז דכיון שהוא כבר השכיר לראשון, אם אין לבעה"ב טענות נגד הראשון, ולא איכפת לו שהראשון ישאר, רק כבר השכיר לשני, יכול הראשון לסלקו, כיון שכבר היה כאן ובעה"ב מכירו. אולם אם יש לבעה"ב טענות נגד הראשון, על שמירת המושכר או תשלומים וכד', אין להכריח את בעה"ב להמשיך ולהשכיר לראשון.

ודבר זה מוכח ממש"כ קצוה"ח קעה, ג, וז"ל: "ומיהו נראה דהיינו דוקא אם אין בני בית של ראשון מרובין מן השני, אבל אם בני ביתו מרובין משל השני, לא שייך בזה דין מצרן, כיון דאפילו השוכר אינו רשאי להשכיר למי שבני ביתו מרובין, כמבואר בסימן שטז, א, ולא הוי בזה שלוחו, וגם לא שייך בזה ועשית הישר והטוב, כיון דהבעלים אומרים אין אנו נוחין להשכיר לזה שבני ביתו מרובין, וקפידא גדולה בדבר זה". ומבואר מזה דכל סברת הט"ז היא למש"כ, דאין בשכירות דין מצרנות מצד קפידת הבעלים, ובזה שכבר השכיר לו, נראה שאין לו קפידא להשכיר לראשון, ולכן יכול להוציא. (ועיין בחמדת שלמה חחו"מ ח, ז, שכתב, דאף אם לבעה"ב לא איכפת להשכירו למצרן, מ"מ אם היו לשוכר השני הוצאות, הרי שעל המצרן לשלם לו הוצאותיו, דכיון שכל הדין הוא מהישר והטוב, א"כ אין זה ישר וטוב שיסלק לשני ויגרום לו נזק, עיי"ש. וכן י"ל לשיטת הט"ז, שאם השוכר הנמצא במקום קודם, היינו דוקא כשאין לשני נזק, משא"כ אם יש לשני נזק מביטול השכירות, על הראשון לשלם הנזק לשני, וצ"ע.)

וכן מבואר בשבות יעקב (ח"ג סי' קסה), דאם המשכיר רוצה להשכיר אחר זמנו של ראשון לאחר, אין השוכר הראשון יכול להכריחו להשכיר לו דוקא, דכיון שגוף הקרקע נשאר למוכר, יכול המוכר לומר שניחא ליה להשכיר לאחר ולא לזה, שהשני ישגיח יותר על קרקע זו, ואדם יוכל לעשות בשלו מה שירצה, אם כלה זמן שכירות הראשון. אם לא שהתנה בפירוש בשטר השכירות או בפני עדים, שתהיה לשוכר הראשון דין קדימה לזמן מסוים. ועיין למהרש"ם במשפט שלום (קעה, גט סוף ד"ה סע' נט) שלמד מדברי השבו"י שחולק על הט"ז. ומהרש"ם כתב, דאם לא נוהגים לשלם מראש דמי השכירות לכל הזמן, יש לשכירות דין של מוכר בהמתנת מעות, שאין בו דינא דבר מצרא, כמבואר בסוגיא ובשו"ע חו"מ קעה, ח.

ועיין עוד בתש' מהרש"ם (ח"ב סי' כה) בענין שיטת הט"ז: "ואף שדעת השבו"י דגם באותו בית שדר בו ליכא דינא דבר מצרא בשכירות, וכן מצאתי בתש' לחם רב סי' קלב, אבל היינו בבית וכדומה אבל בחנות דאיכא משום פסקיה לחיותא,

כבר כתב החת"ס חיו"ד סו"ס רמב ובחיבורי שם סעי' סב, דלכ"ע שייך דינא דבר מצרא בשכירות". ומבואר דאם מדובר בשכירות של דבר שהוא מקור חיותו, בזה קיי"ל כט"ז דהשוכר הנמצא במקום קודם. גם בבית יצחק (תחומ"מ סי' מו) הסכים לדעת השבו"י, דאדם יכול לעשות בשלו מה שירצה, דכיון שהבית נשאר בבעלותו, יכול לומר דניחא ליה בשוכר אחר שישמור הבית יותר, או שדמי השכירות מובטחים יותר, ושכן מבואר בזכור לאברהם (ח"ג, מצרנות, לה). ורק אם המשכיר אומר דלדידיה שוים הם, הראשון יכול לדחות לשני, עיי"ש דלענין גוף המושכר (לא לענין הסמוך), נחשב השוכר באותו מקום כדין משכנתא. וכן כתב שם בסי' לד, דהכל תלוי בדעת המשכיר, ורק כשאין למשכיר קפידא, יש עדיפות לשוכר הראשון, ודוקא כשחפצו נמצאים עדיין בבית והוא מוחזק במקום, עיי"ש. וכן בתש' חבצלת השרון (ח"ב תחומ"מ סי' כ) כתב, דכל דינא דבר מצרא רק נגד השוכר השני ולא כנגד המשכיר, דאם אינו רוצה להשכיר לראשון, אין עליו חיוב להשכירו, עיי"ש.

ובשואל ומשיב (תנינא ח"א סי' פב) כתב לחלוק על סברת קצוה"ח, שבעה"ב אין רצונו להשכיר לפלוני, דיש קפידא לבעה"ב באופן של בני בית מרובים, ע"ז חלק השו"מ, דכל שהבעה"ב לא אמר שמשכיר לאחר מחמת שאין ביתו מרובים, א"כ לא הקפיד ע"ז כלל, ויכול אח"כ בן המצר לעכב; "דכיון דחזינן דלא הקפיד ע"ז, ולא שמענו מעולם שבעה"ב יקפיד במה שבני ביתו של השוכר מרובים או מועטים, ודוקא אם הוא בהפלגה שייך קפידא, ועכ"פ כל שלא הקפיד וכבר דר שם, שוב שייך בן המיצר". ונראה דכוונת קצוה"ח לדוגמא בעלמא נקט, והיינו כיון שהגוף נשאר של בעה"ב, ובעה"ב רוצה שישמור על המושכר, ולפעמים מעדיפים לקבל פחות שכ"ד ממי שישמור יותר על המושכר, משוכר שישלם יותר ויגרום ספק נזק למושכר, ממילא גם אם לא מביע דעתו להדיא, ודאי שוקל בדעתו שיקולים אלה, ולכן ס"ל לקצוה"ח דכל היכא דשייך האי טעמא, אף בלא הביע דעתו להדיא, לא יכול השוכר הראשון להוציא השני, ואין בזה דין מצרנות.

והאחרונים ציינו לדברי הב"י סו"ס קעה, דמשמע מדבריו דאם כבר כלתה זמן שכירות הראשון והשכירו לשני, אין הראשון יכול להוציאו, וז"ל הנתבות קעה, סה (בחידושים): "ועיין ב"י [מחודש ל'] שאם השוכר השני שכרו אחר שכבר כלו ימי שכירתו של אחד ועדיין לא השכירו לו המשכיר, שאין בו דין מצרנות". ודברי הב"י שם הם מתש' מהרר"י אבן שושאן, שהשיב לב"י: "... כי דעת רמב"ם שהמשכיר בית לראובן ובא שמעון מצרן הבית ההוא ורוצה להוציאו מראובן, שלא יוכל להוציאו מראובן ששוכרו לפי שאין כאן מכר, ודעת רבינו אשר שהשוכר הוא כקונה ויכול להוציאו. ובין שיהיה המצרן בעל הבית הסמוך לבית הנשכר, ובין שיהיה שוכר דר בשכירות, הדין שוה שדעת רמב"ם שלא יוכל לדחות לראובן השוכר. ודעת רבינו

אשר שיכול לדחותו. ואם השלים ראובן זמן שכירתו והוא חפץ בו, והמצרן חפץ בו, אם כבר הסכים בעל הבית לתת לו והמצרן בא להוציא, היינו דין ראשון. אמנם כל זמן שעדיין לא הסכים בעל הבית להשכירו לו ובאין שניהם כאחד, נראה שהכל תלוי בדעת בעל הבית, ולא נאמר כאן כמו במשכנתא דשכונה גביה, אלא יכול להוציא כיון שהשלים זמנו ולהשכירו למי שירצה, ואם ישכירו לשוכר הראשון, חזרה מחלוקת למקומה". מש"כ מהר"י אבן שושאן: ובין שיהיה המצרן בעל הבית הסמוך לבית הנשכר, ובין שיהיה שוכר דר בשכירות, הדין שוה, הכונה שהשכירו לראובן, ויש מצרן שהוא בעל הבית או שוכר, גם בשוכר לדעת הרא"ש יש לו עדיפות לאינש מעלמא. ומש"כ בהמשך דבריו בכלתה זמן שכירתו של ראובן, מיירי בשוכר הראשון מול המצרן, אם יש בזה דין מצרנות, וכתב דבאנו למחלוקת הרמב"ם והרא"ש. ולפ"ז לכאורה לא מיירי הב"י בשוכר ראשון מול שוכר שני. ועיין במהרש"ם (משפט שלום קעה,נט סד"ה ובעיקר), דדעת הב"י דלא כמו שכתב בט"ז.

ועיין בתש' הגרע"א (קמא סי' קמ) שהביא דברי הט"ז הנ"ל, דבאותו מקום עצמו אם לא מכר לאחר רק השכיר, השוכר קודם להמצרן, ובודאי קודם לאחר. אך כתב דלדעת הרש"ל בשכירות אין כלל דין מצרנות, וא"כ גם אם המצרן רוצה רק לשכור ולא לקנות, יכול להשכירו לאיש אחר, דלענין שכירות אין כלל דין מצרנות, וא"כ לדעת הרש"ל אין למצרן זכות לשכור אף נגד אחר, ולט"ז השוכר עדיף ממצרן. ומ"מ לכתחילה בבאו הבעלים לשאול, בודאי השוכר עדיף, עיי"ש.

ועיין בדברי חיים (ח"ב סי' יח), שנשאל באחד שכר בית דירה, וסמוך למושכר יש בית חיצון קטן, והמשכיר שייר לעצמו לדור בבית הקטן הסמוך לבית דירה ששכר, אולם הרשה לשוכר להשתמש גם כן בבית הקטן, וכעת השכיר המשכיר הבית קטן לאיש אחר שהוא מלמד תינוקת, וטען השוכר של הדירה שהוא שכר גם את הבית הקטן, רק הסכים שהמשכיר יהיה שם בהיותו איש יחיד ופנוי, והמשכיר טוען שלא השכיר לו הבית הקטן. וטען השוכר הראשון, שאף אם כדברי המשכיר, מוכן הוא לשלם כעת שכירות למשכיר, וזכותו קודמת מזכות המלמד מדין מצרנות. והמשכיר משיב, שכבר כלתה למעשה שכירות הראשון גם מהדירה הגדולה, אך כיון שלא מצא שוכר אחר, הניחו לדור בדירה. והשיב הדברי חיים, דאם השכיר לשוכר הראשון לתקופה של שנה, וגם לא הניח לו לשכון בתורת שכירות, ורק אמר לו שיוציאנו מהבית אימת שירצה, והשוכר השני שכר לפני שנחלט השכירות של השנה השניה, אין שייך בזה דין בר מצרא כיון שכבר עבר זמן שכירות הראשון. אולם אם השכיר לראשון לחלוטין להראשון ואחר כך השכירו להשני, שייך דין בר מצרא. ונראה לכאורה, דבזה לא בא הדברי חיים להכריע מדין בר מצרא כשיטת הרא"ש ודעמייה,

אלא כדעת הט"ז, דכיון דכבר השתמש בבית הקטן, יש לו דינא דבר מצרא, וכדעת הט"ז. ועיין עוד במשיב דבר ח"ג סי' ט.

ועיין בדברי מלכיאל (ח"א צח"י) שפסק כדעת הט"ז: "כי כן נהגו כל ב"ד שבישראל לדון דין מצרנות בשכירות, וכמו"ש הט"ז סו"ס קעה, דגם הרמב"ם מודה בכה"ג", ונידון הדברי מלכיאל בשוכר ששכר והשביח, וכעת בא אחר לשכרם. ובתש' בית שלמה (חחו"מ סי' צח) כתב דדברי הט"ז מוכחים מסתירת דברי הרא"ש בתש' (הנ"ל). וכתב דמתש' מהר"י אבן שושן שהביא הב"י, מבואר דס"ל דלא כט"ז. ועיי"ש שכתב דכל האמור הוא לענין לקנות המושכר, אולם לענין שכירות הבית; "דברי הט"ז מפוקפקים בעיני למעשה, בפרט להוציא מהשוכר השני שהוא מוחזק". ואם אין בעה"ב רוצה את השוכר הראשון, וכל שכן אי חזינן שיש לו פסידא, פשיטא דאף הט"ז מודה דאין לכוף לבעה"ב להשכיר לראשון.

והנה לאמור לעיל היה מקום לומר, דכיון דלמשכיר אין כיום נפק"מ אם ישכור הראשון או השני, אם אין פסידא לשני ויוכל למצוא במקום אחר, ואם נגרמו לשני הוצאות, ישלם לו הראשון, יכול הראשון להשאר במקום. אלא דיש טעמים לומר שאין לראשון עדיפות בזה, וכמש"כ לעיל מהבית אהרן, דהכל הולך אחר שעת השכירות, וכיון דבשעת השכירות ששכר השני, נראה היה שהראשון לא יהיה מוכן לשכור מעבר לסכום ששילם עד עתה, ורק כיון שכבר השכיר בסכום זה, מוכן גם הוא לשכור בסכום ששכר השני, א"כ השכירות של השני היתה בהיתר, ואין הראשון יכול לדחותו. מה עוד דיש פוסקים הסוברים דלא כט"ז, וכן למדו מהב"י מתש' הר"י אבן דוראן, הרי שיוכל השוכר השני לטעון טענת קים לי, והוא נחשב כמוחזק בדבר, וכמש"כ מהריב"ל (ח"ב סי' מא), והשבות יעקב (ח"ג סי' קסה), הובאו דבריהם לעיל. ואם השני יאות לעשות טובה עם הראשון שלא יצטרך לטלטל עצמו, וגם המשכיר יסכים לכך, מה טוב, אולם אין בידינו לכוף לשני, בפרט למש"כ הרשב"א בתש' (ח"א סי' תקטו) ומהרשד"ם (חחו"מ סי' רצז), הובאו דבריהם לעיל, דאינו אלא מידת חסידות.

ד. סרוב השוכר להעלאת השכ"ד, אם מהוה מחילה על זכות המצרנות

אך אין לומר בנדו"ד, שעצם אי ההסכמה לסכום הראשוני שביקש המשכיר, והשוכר הראשון לא אמר לו שמוכן על סכום זה של 4200 ש"ח, הרי יש בזה משום מחילה וויתור על זכותו, דלא התנה ואמר שעל סכום נמוך ממה שביקש יסכים לשכור. דהנה בשו"ע חו"מ קעה, לא, כתב וז"ל: "נמלך המוכר בבן המצר למכור לו באותם דמים, ואמר ליה זיל זבין לעלמא דלא בעינא ליה, לא צריך למקנה

מיניה". ומדויק במחבר דדוקא באמר לו המוכר למכור לו באותם דמים שקנאה הלוקח, אבל כשאמר לו למכור לו סתם בלא הזכרת הדמים שקנה הלוקח, צריך קנין, וכדלעיל סע' כט – ל. ומקור הדין מדברי הראשונים, דאיתא בב"מ קח,א: אתא אימליך ביה, אמר ליה איזיל איזבון, ואמר ליה זיל זבון (שדה היוצאה לימכר, ובא אחר ונטל רשות מבן המצרן, ואמר ליה זיל זבון – רש"י), צריך למיקנא מיניה או לא. רבינא אמר לא צריך למיקנא מיניה, נהרדעי אמרי צריך למיקנא מיניה (דאי לא קנה מיניה, מצי אמר ליה משטה הייתי בך, כדי להעמידה על דמים הראויין לה, שאם באתי אני אצל הבעלים, היה מעלה לי בדמים בשביל שחביבה עלי), והלכתא צריך למיקנא מיניה.

ובהג"א (ב"מ ט,כב) הביא ממהרי"ח: "ונראה דדוקא כשהלוקח בא לשאול דמצי, א"ל משטה אני בך כיון שלא הקנה ממנו, כך פירש רש"י, ושליח בעלמא. אבל אם המוכר בא למכור ולא רצה לקנות ומכר לאחר, פשיטא דלא מפקינן מניה, דלא גרע מהני צירי והני שרו ואיזל ואטרח ואייתי זוזי, דלא נטרינן ליה". והג"א לא הזכיר הדמים, אלא אפי' הציע לו סתם, אם אמר לא בעינא, כיון שיש בזה הטרחת המוכר, לא צריך למיקנא מיניה, דאין זה מצד מחילה וויתור של המצרן אלא מדין אחר, שאם זה רעת המוכר אין דין מצרנות, ובזה הוי רעת המוכר אם יצטרך על כל קונה לבוא ולשאול את רשות המצרן. ולכאורה נראה דאפי' לא הזכיר הדמים, כיון שאמר לא בעינא, שוב לא מטריחים למוכר, והוי רעת מוכר, ואין בזה דין מצרנות.

אולם בטור חו"מ קעה,מז הביא מהרמ"ה, דדוקא הציע לו הדמים שקנה הלוקח, דבזה אין צריך לקנות ממנו; "דוקא דלא אימליך ביה מוכר, אבל אימליך ביה מוכר לזבוני ליה בהני דמי, וא"ל זיל זבין לעלמא דלא בעינא ליה, לא צריך למיקנא מיניה". ונראה לבאר דדעת הג"א והרמ"ה נחלקו בטעם שאין צריך קנין בנמלך המוכר, דהרמ"ה ס"ל דכל מה דבעינן קנין הוא מחשש של משטה אני בך, וכל זה שייך בלוקח הבא להמלך במצרן, אולם במוכר הבא להמלך במצרן, לא שייך טענת משטה, דדמי למלוה שמורה שאינו חייב, שאינו יכול לטעון משטה אני בך, כדאיתא בשו"ע חו"מ פא,כט, והוא הדין בזה, כיון שהמוכר יכול כעת למכור ובידו הדבר, וכבר מציין את המחיר שהולך למכור ללוקח, דמי למחילה שאין צריך קנין, ואינו יכול לטעון טענת השטאה. ולכן כיון דהוי כמחילה, צריך למחול על הזכות המסוימת, והיינו שאינו רוצה לקנות בדמים של הקונה האחר. אולם להג"א י"ל דהוא מחמת טובת המוכר, שלא יצטרך לטרוח ולהמתין, ועל כל קונה לבוא למצרן ולבקש רשותו, לכן לא צריך להזכיר דמים דוקא, אלא כל דלא בעינא ליה, הוי טובת המוכר למכור לעלמא, ואין בזה דין מצרנות. ואח"כ מצאתי סברא זו בחמדת שלמה (חחו"מ ח,ד),

דבנמלך בו מוכר לא אמרינן שנתכוין להשטות, כיון שהוא הבע"ד גופא. ברם, בב"י שם מבואר שלמד דמש"כ הג"א הוא אותו דין שכתב הטור בשם הרמ"ה.

וצ"ל דהב"י ס"ל דגם טעם הרמ"ה הוא מדין טובת המוכר, דאם מטעם השטאה, יש לומר לאידך גיסא, דבמוכר יש יותר טעם להשטאה מאשר בלוקח, דדוקא כשהלוקח הקדים לבוא ולימלך עם המצרן שהוא חפץ בקנין, ניכרין דברי אמת שאין כאן צד קנוניא, וכשאומר המוכר ליתנה למצרן בסך הדמים שהיה רוצה בהם הלוקח, נכון הדבר שכך האמת ושכך סכום הדמים שנתן לוקח למוכר, ולכן אם אמר המצרן לא בעינא למיזבן, נפקע זכותו בכך. אולם אם המוכר בא ודבר את דבריו עם המצרן, סובר המצרן שקנוניא הוא עושה, להעמיד איזה לוקח עראי שיעשה עצמו כחפץ בקניית הקרקע, ומוסיף על שיויו בשקר ותרמית להפסיד את המצרן. וכיון שכן אין טעם הרמ"ה מדין סילוק טענת השטאה, והוא הדין והוא הטעם כהג"א, ודוקא בהזכיר דמים חשיב דיבורים של הסכמה ומחילה, שלא נטריח את המוכר לבוא במו"מ עם המצרן.

ובגינת ורדים (חחור"מ ו,ז), הסכים דנחלקו הג"א ורמ"ה אם צריך להזכיר דמים, ולמד מדברי הרמב"ם הל' שכנים יד,א שצריך להזכיר דמים, וגם להוליך הלוקח למצרן, וז"ל הרמב"ם: "הרוצה למכור שדהו, והביא בן המצר שלו וזה שרוצה ליקח ממנו לב"ד, ואמר לבן המצר אם תרצה לקנות בכך וכך עשה, ואם לאו סלק את עצמך והרי זה לוקח, הרי זה לא נשארה לו טענה, אלא או מביא מעות מיד ויקנה או בטלה את זכותו". ומדברי הרמב"ם למד הגינת ורדים בדעת הרמ"ה, דהמלכת מוכר עם המצרן לא מהני אלא כשיזכיר למצרן סכום דמי המקח, ושיהיו ניכרין דברי אמת שיוליך עמו גם את הלוקח שרוצה ליקח באותו סכום שאומר המוכר: "כללא דמלתא דאין בטענה זו דהג"א כדאי להפקיע כחו של מצרן, ולא סגי בהמלכה דמוכר, אלא גם בזו צריכה היא לקנין". אולם בהמשך דבריו כתב לפרש את דברי הג"א באופן זהה, שכבר סיכמו המוכר והקונה את כל הענינים כולל סכום המקח, ורק מחוסר קנין וקבלת מעות ויגמר הענין, ובא המוכר והרצה הדברים למצרן ולא רצה לקנות, דבזה הוי מכר ולא מטריחים למוכר שישתדל ויפציר בלוקח עד שיקח ממנו קנין, דכיון דאין חשש שיעלה לו הדמים, לא גרע מהני צירי והני שרו, ראוי לנו ליפות כחו של מוכר שלא להטריחו אפי' טירחא כל דהו שיקח קנין מהמצרן. ועיין במשפט שלום למהרש"ם (קעה,לא), דאף שלכאורה לסמ"ע משמע שלא צריך שיגמור המקח, וא"כ נחלקו הגינת ורדים והסמ"ע, אם נמלך המוכר על סכום מסוים, כשלא נגמר המקח, ובמשפט שלום נשאר בצ"ע. ובקונטרס אחרון כתב מהרש"ם, דהגינת ורדים מסכים לסמ"ע אף שלא פסק הדמים עם הלוקח, מהני מה שנמלך בו, והגור"ר אורחא דמילתא נקט. ועיין עוד בתש' מהר"י בסאן סי' קכא.

ועיין בחמדת שלמה (תחו"מ סי' ח) שכתב לדון, מה יהיה הדין אם נמלך המוכר במצרן, ואמר לא בעינא ליה, ומכר ללוקח, ואומר אח"כ שלא איכפת לו היה להמתין למצרן, וגם כעת לא איכפת לו להמתין למצרן, אם זכה הלוקח. ובתחילה כתב דמסלק המצרן ללוקח, וכתב לדחות, דכיון ששאל המוכר את המצרן בטרם המכירה ואמר המצרן לא בעינא ליה, כיון שמטובת המוכר הסתלק דין המצרנות, כבר זכה הלוקח ואין למצרן כח לסלקו, אף אם כעת ירצה המוכר את המצרן. אך כתב להוכיח דעדיין אם רוצה המוכר במצרן או לא איכפת ליה, יש בזה ישר וטוב, מדין מכר כל נכסיו, שאין בזה דין מצרנות (שו"ע חו"מ קעה, לו). ובסמ"ע קעה, סד הביא מהג"א ב"מ ט, כז, דלפירש"י אם יצאו מצרנים כולם וערערו, מסלקים ללוקח, ואם המוכר מתרצה, אף שלא יבואו כל המצרנים כי אם מצרן אחד, גם מסלקינן ליה, הואיל שהוא בעבור המוכר, והרי הוא נתרצה. ומוכח דאפי' לאחר המכר מסלק המצרן ללוקח, כשארין קפידא למוכר. ועיין במשפט שלום מש"כ בדברי החמדת שלמה.

ומכל הלין מבואר לכאורה שאין לצרף את הסברא, שמה שפנה המשכיר בתחילה ורצה העלאה גדולה יותר והשוכר הראשון סרב, דאין בזה משום מחילה וויתור על זכותו כמצרן, בפרט אם המשכיר אומר כעת שלא איכפת לו מי מביניהם ישאר. אבל הטעמים הקודמים במקומם עומדים, ויכול השוכר השני לטעון טענת קים לי שאין כאן מצרנות, וכמש"כ לעיל.

ה. מצרנות בבתיים

בדין ארעא דחד ובתי דחד (ב"מ קח, ב), כתבו התוס' (ד"ה ארעא), וז"ל: "שהבית בנוי על גבי קרקע, מרי דארעא מעכב שלא ימכור הלה עציו ואבניו כי אם לו, אבל בבית אצל בית או קרקע שאינו עומד לזריעה, לא שייך דינא דבר מצרא, דלא שייך התם טעמא דקאמר בסמוך להכניס תלם אחד. ודוקא בשדה של זריעה שייך הישר והטוב, שיכול לחורשה בבת אחת. וכן פר"ת בתשובה אחת המתחלת חזרנו על כל צידי צדדים, ולא מצאנו דין מצרנות בבתיים". מבואר דדעת ר"ת דלא שייך דין מצרנות בבתיים, דכל דין מצרנות שיוכל לחרוש שדותיו כאחת, וזה לא שייך בבתיים. וכן דעת הרמ"ה, עיין בראשונים, בנימוק"י ב"מ סה, ב מעמוה"ר, שהביא דעת הרמ"ה. ותש' ר"ת היא בספר הישר (סי' לב), דנראין הדברים דאין דינא דבר מצרא אלא בשדה בלבד; "דעביד איניש למיזבן, ואיכא ועשית הטוב והישר, משום דלהוי שדה גדולה וחורש וזורע בה וקוצר בבת אחת. אבל בית, כמו ריכבא דדיקלא ומשוניתא דמי, ולא שכיח למיזבן, דביתא לא מזבין איניש, ומאן ציית למיעקר סכתו ומשכנו, וליכא טעמא דמחרישה כדפרישית, ועל השדות אנו בושין ואין לגלגל עליהן

בתים, כיון דאיכא לאיפלוגי". הרי שהטעם הוא דבית לא שכיחא, ואין בו טעם שדה, ואין לנו אלא מה שתיקנו חכמים, ולא להרחיב התקנה.

והרא"ש בסוגיא (ב"מ ט, לד) הביא דברי ר"ת, דלא שייך דינא דבר מצרא בבתיים אלא בשדות, דטעמא משום דיכול ליקח במקום אחר ובתים אינם מצויים לקנות בכל פעם. ועוד, עשיר צריך לשדות הרבה, אבל עשיר שיש לו בית דירה יפה, לא יתכן שיסלק הלוקח מבית דירתו והוא יקנה בית להשכירה לאחרים, אין זה הישר והטוב. גם הראיה מהפסק משוניתא וריכבא דדיקלא, דנסתלק מצרנות, וא"כ בתים מובדלים בחומות. וכתב הרא"ש: "ודברים נכונים הם, אלא שלא נהגו כן". הרי שאף שהדין אמת כדעת ר"ת, נהגו דין מצרנות אף בבתיים. וכן פסק הטור חו"מ קעה, פא. גם המרדכי (ב"מ שצג) הביא דעת ר"ת, וכתב בסוף דבריו: "וריב"ם פי' דבמלכותו עושים דין פשוט בבתיים וחצר דינא דבר מיצרא". ולא התבררה דעתו לדינא, אם הסכים לדעת ר"ת או למנהג הריב"ם.

ובהג"א שם הביא מהאור זרוע, דה"ר יצחק הלבן דן כרבינו תם, וכן פסק מהרי"ת, וכן השיב רבינו יהונתן. והראב"י"ה כתב דבבתיים שייך דינא דבר מצרא. עוד הוסיף, דאפי' לנהגים דינא דבר מצרא בבתיים, ראובן שרוצה למכור ביתו לשמעון, ולוי מצרן של ראובן, וללוי יש בית דירה ושמעון אין לו, אין יכול לעכב על ידו של שמעון מלקנות, דלא תיקנו רבנן דין דבר מצרא כשיש למצרן דירה וללוקח אין דירה, וכן אם הלוקח עני וצריך לשדה לפרנסתו, נראה שאין מצרן יכול לעכב עליו מלקנותו.

ולכאורה בפסקי או"ז (ב"מ קצז) מבואר שיש בבתיים דינא דבר מצרא, דלא כר"ת: "דבבתיים שייך דינא דבר מיצרא אילו היו ישראלים לכולי עלמא, לפי מה שפירש לעיל. וכן פי' לה בתוספות רבי' יעבץ הלוי. וגם רבינו יצחק בר מרדכי כתב בתוספ' שנראה לו דדיינינן בבתיים כמו בשדות דינא דבר מיצרא. דמשמע פרק המקבל דיישוב בתים עדיף מזריעת שדה לדינא דבר מיצרא. ושני בתים זה אצל זה ניחא תשמישייהו כמו מחרישה אחת לשתי שדות ותשמישן שוה. אבל אפסיק משוניתא או ריכבא דדילקא שהביא רבי' תם זצ"ל, אין תשמישם שוה, הילכך לית בה משום דינא דבר מיצרא, וכן שמעתי. ותו הרי הקדמונים נהוג אפי' בבתיים ואין לשנות דהכל כמנהג המדינה". ומבואר שגם בבתיים שייך דינא דבר מצרא, הן מצד הטעם והן מצד המנהג. ומה שהביא בהג"א, הוא מפסקי האו"ז ב"מ סי' שנט, שם הביא תשובת ר"ת, והביא גם דעתו לחלק בין יש לו בית ללוקח או לא, ובין לוקח עני, וכנ"ל. אבל בעצם השאלה אם יש דינא דבר מצרא בבתיים, מבואר כבר בסי' קצז דיש דינא דבר מצרא בבתיים, במקום ששייך הטעם, או מצד המנהג.

והרשב"א בסוגיא (ב"מ קח,ב) הביא דעת ר"ת, ושכן אמר גם הרב ר"מ אבולעפיאה. אולם הרשב"א עצמו חולק על ר"ת, וסובר שיש בבתיים דין מצרנות: "ונראה שאין הנדון דומה לראיה, דשן סלע אין עשויה להסתלק, וכן רבב דקלים דבר חשוב ואין הבעלים עשויין לעקרן ולאבדן ושדות חלוקין הן לעולם, אבל בתיים דרוכן לחברן בפתחים, ולכך הן עשויין, ואף בעל החצר עשוי לחלק חצירו לבתיים ומחברן בפתחים". ודברי הרשב"א, הביאם המגיד שכנים יב, יז. ומחלוקת ר"ת והרשב"א, הביא גם הנימוק"י (ב"מ סה,ב מעמוה"ר), והשטמ"ק בשם הרמ"ך. וכן הוא בתש' הרשב"א (ח"א סי' תתקטו), דמעשים בכל יום בארצות הללו שדנים כן בבתיים כבשדות. וכן הוא בתש' הרשב"א (ח"ב סי' קמה), דמעשים בכל יום שדנים דין מצרנות בבתיים. ולא דמי למפסיק משוניתא ורכבא דדיקלא, דהתם עשויין הן להיות מוחלקים כן לעולם, ואף שהיו לאדם אחד, אי אפשר לחברם ולעולם יראו כב' מקומות. וכיון שהם עשויים להיות לעולם כשני מקומות, אין כאן בן מצר. משא"כ כותל החוצץ בין הבתיים, אינו אלא כמצר שבין שתי שדות, שלא נעשה המצר אלא למחיצה בין שתי שדות, והלוקח סותר ובונה ומחבר, ועשוי הוא לכך, ולכן יש בבתיים דין מצרנות, דטעם הישר והטוב שייך גם בהם. וסתר שם בתש' דעת ר"ת. וכדברים אלה כתב תלמיד הרשב"א בסוגיא.

גם בפסקי רי"ד (ב"מ קח,א) כתב לחלוק על דעת ר"ת, דאם בשכנות שדה יש קפידיא, ויש דין מצרנות משום ועשית הישר והטוב, כ"ש בשכנות בתיים דאמרינן טוב שכן קרוב מאח רחוק. ואם מחמת הטענה דלא שכיח ליה ללוקח לקנות בית, אין זו טענה, דהא בארעא דחד ובתי דחד דאמרינן דמארי ארעא מצי לעכב אמארי ביתא, ומדוע לא יטען הלוקח שלא שכיח לו לו לקנות בית, ומוכח דלא חוששים לטענה זו. וכן בתש' מיימוניות (קנין סי' טז), דדנים בבתיים כמו בשדות דינא דבר מצרא, דמשמע בסוגיא דישוב בתיים עדיף מזריעת שדה לדינא דבר מצרא, ושני בתיים זה אצל זה ניחא תשמישתייהו כמו מחרישה אחת לשני שדות ותשמישן שוה. והקדמונים נהוג אפילו בבתיים ואין לשנות, דהכל כמנהג המדינה. וכן בתש' שאח"ז (סי' יז): "ולא נהוג עלמא כדבריו, וכל רבותינו חלוקין עליו כדלעיל בתשובה (סי' טז). וכן כתב מורי רבנו מאיר דאנן נוהגין דין מצרנות בבתיים, ודלא כפי' ר"ת, ונהרא נהרא ופשטיה". ומבואר שחלק על ר"ת וסובר שיש מצרנות בבתיים.

והרמב"ם בהל' שכנים יג, ד, פסק: "החליף חצר בחצר, אין בה דין בעל המצר", ומזה למד המגיד שם דדעת הרמב"ם שיש מצרנות בבתיים: "מכאן שדעתו ז"ל כדעת מי שאמר שאפילו בבתיים יש דין בן המצר, וכ"כ בעיטור, ונקטינן בכל מילי אית בהו דינא דבר מצרא, לבר ממטלטלי. ומקומות בית הכנסת כקרקע דמו, דהא אית להו חזקה, וכל דאית להו חזקה, אית להו משום דינא דבר מצרא". וברבינו ירוחם (נתיב יא ח"ד) כתב דלפי טעם שכתב ר"ת, אם היה רוצה המצרן לדירתו או

להרחיב ביתו, יש בו דין מצרן. ועוד נראה מדברי רבינו תם, דאם היה צריך אותו לבית הכסא וכיוצא בו, או שיש לאותו בית חלון מהזיק ראייה על ביתו וכיוצא בו, יש בו דין מצרא אפילו אינו לדירה. ובתה"ד (סי' שלח) כתב, דהמנהג פשוט דלא כר"ת, ואין לצרף דעת ר"ת: "אבל אין נראה לצרף בהדיה הא דכתב רבינו תם דבכל הבתים לא נהוג דינא דבר מצרא, דכולהו רבוותא דחו ההיא דר"ת לגמרי, דלא נהגינן כוותיה בהא". וכן כתב הריב"ש בתש' (סי' תקא). וכן פסק הב"י (חו"מ קעה,ג): "ולענין הלכה, כיון דהרמב"ם וה"ר יהודה אברצלוני והעיטור והרשב"א, סבירא להו דיש מצרנות בבתים, והרא"ש כתב דלא נהגו כרבינו תם, וגם המרדכי (סי' שצג) כתב שריב"ם פירש שבמלכותו עושין דין פשוט בבתים, וחצר דינא דבר מצרא, וגם הריב"ש כתב בסימן תק"א שהמנהג פשוט דבבתים איכא דינא דבר מצרא, הכי נקטינן וכן המנהג פשוט". וכן פסקו המחבר והרמ"א (חו"מ קעה,ג): "בכל הקרקעות שבעולם יש דין מצרנות, אבל במטלטלין ועבדים אין דין מצרנות. ומחובר לקרקע כקרקע, ויש בו דין מצרנות. (רמ"א) ולכן יש דין מצרנות בבתים".

ומש"כ בתה"ד דאין לצרף דעת ר"ת, מהרשד"ם בתש' (חו"מ סי' רכח) כתב, דאף דהרבה פוסקים חולקים על ר"ת; "בענין החזקות דהוי דבר קליש טובא סמכו על ר"ת נגד שאר הפוסקים". ומינה דאף לענין שכירות בתים, אפשר לכאורה לצרף דבריו, דאף אם לענין מכירה לא קיי"ל כוותיה ואין לצרף דבריו, מ"מ בשכירות שהוא מחלוקת ראשונים ואחרונים, יש לצרף דבריו לצד שלא יהיה בו דין מצרנות. ובתש' אחרת (סי' רצז) כתב לסמוך על דעת ר"ת, דגם שרבו הפוסקים החולקים עליו; "מ"מ מאחר דדינא דבר מצרא אינו אלא מדת חסידות משום ועשית הישר והטוב, כדאי היה רבנו תם לסמוך עליו". הרי שסמך עליו גם בקרקעות, ומ"מ בשכירות יש צד נוסף לצרף דבריו לספק, שיאמר השוכר השני קים לי שאין בזה דין מצרנות. ועיין בסמ"ע קעה,צט, שהביא דעת ר"ת, וכתב שהעתיקו כדי ללמד ממנו במקום אחר, שאם עין הדיין רואה שיש צד ישר וטוב שלא לסלק הלוקח, שיכול לצרף סברות הנ"ל למה שענינו רואות, ולפסוק שהדין עם הלוקח. אולם הש"ך קעה,ג דחה דברי הסמ"ע וכתב דאין לצרף דעת ר"ת להלכה, כמש"כ תה"ד (סי' שלח) שהוא בתראה, שאין לצרף דעת ר"ת, דכיון דכולהו רבוותא דחו דברי ר"ת לגמרי דלא נהגינן כותיה. וכן משמע מדברי רשב"א שלא צירף דעת ר"ת להלכה למעשה, רק לפלפול בעלמא. ועיין בחת"ס (חו"מ יא,ו) מש"כ בזה. ומזה נראה דלענין שכירות יכול לצרף דעת ר"ת. ועיין במשפט שלום (קעה,ג ד"ה ע"י בשו"ת), שהביא משו"ת שם אריה (סי' כח) בשם מנחה חדשה ושבעה עינים, שפסקו כסמ"ע לצרף דעת ר"ת שאין בבתים דין מצרנות, וסיימו; מי יתן שלא יהיה נוהגים בבתים דינא דבר מצרא, להרים מכשול המחלוקת.

[ועיין במש"כ הט"ז חו"מ קעה,נג, דאם יש הילוך בין הבתים, אין בזה דינא דבר מצרא. ועיין במשפט שלום מה שכתב בזה. ונראה שהכל לפי הענין, אם יכולים באיזה דרך לעשות בית אחד, הרי יש בזה דינא דבר מצרא, ובאם אינם יכולים לעשות בית אחד, אין בזה דינא דבר מצרא, רק יש לדון מצד הטוב והישר, אם יש טעמים אחרים. ואכמ"ל דאינו ענין לנדו"ד.]

וע"כ לענין עצם השאלה אם יכול לוי לטעון טענת קים לי, ולצרף דעת ר"ת שאין בבתים דין מצרנות, באנו למחלוקת אחרונים אם יכול לטעון טענת קים לי, ובאנו למחלוקת אחרונים, אם יכול לטעון טענת קים לי, כשהמחלוקת היא בעצם השאלה אם יכול לטעון טענת קים לי. דהנה המל"מ בהל' מלוה ולוה ד,ו בסופו, לענין לזה שנתן למלוה אבק ריבית, אם יכול הלוח לתפוס מה שנתן, כתב וז"ל: "ולענין הלכתא בהאי דינא דהראב"ד, הנה כל הפוסקים חלקו עליו, והגאונים ג"כ ס"ל דתפיסה לא מהני כמ"ש בעל התרומות בשמם. אך ראיתי להרא"ה בס' החינוך מצוה שמד שכתב כדעת הראב"ד בלא שום חולק, ולא חילק בין משכנתא לשאר אבק רבית אלא כתב סתם דכל אבק רבית אי תפס לא מפקינן מיניה. ומסתמיות הרא"ש והריב"ה נראה כן דלהראב"ד בכל אבק רבית מהני תפיסה. ומשום הכי נראה דאי תפס לא מצי למימר קים לי כהראב"ד והרא"ה דס"ל דמהני תפיסה, מאחר שהתפיסה עצמה במחלוקת היא שנויה אי מהני אי לא, אין לומר קים לי וכמו שהשרישונו הרבנים האחרונים ז"ל".

וא"כ בנדו"ד שהמחלוקת בעצם היכולת לטעון טענת קים לי, די שפוסקים הסוברים שיכול לטעון קים לי כר"ת, ויש הסוברים שאין יכול לטעון קים לי כוותיה, למש"כ המל"מ, אינו יכול לטעון טענת קים לי, כשהמחלוקת עצמה אם יכול לטעון קים לי.

ומקור לדברי המל"מ נמצא במהרי"ט בתש' (ח"א סי' קנא), שהביא ראה דכשהמחלוקת היא בתפיסה עצמה, לא מהני תפיסה, מכתובות פד,ב, בקריביה דרבי יוחנן תפס פרה דיתמי בסימטא, אתו לקמיה דרבי יוחנן, ואמר להם דשפיר תפסו, ורשב"ל אמר להם להחזיר. אתו לקמיה דרבי יוחנן, אמר ליה מה אעשה שכנגדי חלוק עלי. וברש"י שם – שהוא שקול כמותי. והקשה מהרי"ט, דלא יהיה אלא ספק השקול, כיון שיש מחלוקת, יעמוד בתפיסתו. אלא כיון שעיקר המחלוקת אם מהני תפיסה, לא יכול לתפוס. ואין לומר דרבי יוחנן פסל עצמו לדין כיון שהיה קרוב כמובא בגמ', ורשב"ל היה בתורת בי"ד, דלא משמע הכי, דנראה דבדרך שאלה באו לשניהם.

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

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

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

ובנדו"ד אף אם לא נצרף דעת ר"ת, מ"מ קם הדין לענין טענת קים לי בשכירות, וכנ"ל. וכן מהטעם שבשעת השכירות עצמה, היה זה רעה למוכר, וממילא כבר נסתלק דין מצרנות, וכמש"כ לעיל אות א, לכן אין לכוף ללוי לותר לראובן, אף שטוב וישר אם יעשה כן.

לאור האמור לעיל, טוב וישר אם יסכים לוי לאפשר לראובן להמשיך בשכירות, אך אין בידינו לכופו לכך, ואם לא יסכים, על ראובן לפנות המושכר ללוי.

סימן יג

פרוק חברה עקב פטירת שותף

ראשי פרקים

- א. זכות קדימה לשותף לרכישת חלק מהשותפות
- ב. שותף בדבר שאינו מטלטלין, והדין במוכר ש"מ"ח
- ג. ביטול השותפות במיתת השותף
- ד. אם השותפות מתבטלת ממילא
- ה. שותפים בחברה בע"מ

ראובן ושמעון שותפים בחברה ליבוא. ראובן נפטר, ובניו לא נכנסו במקומו לעסק. לאחר כשנה תובע שמעון לפרק את השותפות, ולקנות את חלקו של ראובן בחברה, ותובע ששומת החברה תהיה לפי מועד פטירת ראובן, ולא לפי מועד הרכישה של חלק ראובן, בטענה שמאז שנפטר ראובן, השביח הוא את נכסי החברה, וכיום החברה שוה הרבה יותר, וסמך דבריו על הנפקס בשו"ע חו"מ קעו"ט, ששותף שמת, בטלה השותפות. וכן שחלוקת הריוחים בסוף השנה, תנתן ליורשי ראובן רק לפי הזמן היחסי שבו אביהם היה בחיים. יצוין כי בנוסף לחלוקת ריוחים אחת לשנה, כל אחד מהשותפים שעבד בעסק, קיבל משכורת ראויה. מאידך תובעים יורשי ראובן להוציא את החברה למכירה בשוק החפשי, בטענה כי מכירת חלק אביהם, מגרעת את זכותם וממעטת שווי ערך חלקו.

א. זכות קדימה לשותף לרכישת חלק מהשותפות

יש לבקש שמאות לשווי החברה (ולהלן יתבאר מועד שאליו תתיחס השמאות), רצוי שומא של שני שמאים, להציע את החברה למכירה בשוק החופשי, כאשר יאמר לקונים הפוטנציאליים, כי לשמעון השותף זכות ראשונים לרכוש את חלק ראובן, ובתנאי שהצעת המחיר של שמעון לא תהיה פחותה מההצעה הגבוהה ביותר, ובמידה ויחליט שלא לקנות חלק ראובן, יוכל ביה"ד (או כונס נכסים) לבחור את ההצעה הראויה מבין כל ההצעות. (כל הצעה תהיה בכפוף למתן ערבות בנקאית, כנהוג).

וזכות השותף לקנות את חלק השותפות, במידה ואין בכך נזק לשותף המוכר, מעוגנת בדינא דבר מצרא. דאיתא בב"מ קח"א: אמר רב יהודה אמר רב, האי מאן דאחזיק ביני אחי וביני שותפי (שדה העומדת ליקח בטסקא, ושדות שני אחים סמוכין

לה מכאן מכאן – רש"י), חציפא הוי, סלוקי לא מסלקינן ליה. ורב נחמן אמר נמי מסלקינן, ואי משום דינא דבר מצרא, לא מסלקינן ליה (אם אינן לא אחים ולא שותפים, אלא מכח מצרנות באין על המחזיק ואומרים אנו היינו מצפים לקחתה, שאנו צריכין לקרקע, וטוב לכל אחד לקנות בסמוך לו ולא ליקח במקום אחר. לא מסלקינן ליה - דלא איכפת לן לדינא דבר מצרא כלל). נהרדעי אמרי אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקינן ליה, משום שנאמר ועשית הישר והטוב בעיני ה' (דבר שאי אתה נחסר כל כך, שתמצא קרקעות במקום אחר, ולא תטריח על בן המצר להיות נכסיו חלוקין). ובתלמיד הרשב"א פירש דברי הגמ', וז"ל: "שלשה אחין או שלשה שותפין שהיה להן קרקע, ובא אחד מן השוק וקנה חלקו של אחד מהן, לא עשה ולא כלום, והשנים הנשארים מסלקין אותו משום דין בן מצר". וכן נמצא בפירוש הר"י אבן גיאת, בשם ר' שמואל הכהן בן חפני, וז"ל: "אמר רב יהודה אחד מן השוק שבא והחזיק בשדה השותפין, ולקח חלק אחד מהן, ראוי לקרותו חצוף ... ורב נחמן חלק את הדבר, דאי איניש מעליא הוא, קנסינן ליה, ולא מסתייה דקרינן ליה חצוף, אלא מסלקינן ליה ומעמידין אותה ביד השותפין. והוא דתבעי שותפי, אבל בזמן שנוח להן אין כאן בית מיוחד". וכן הוא בפירוש המאירי בסוגיא, דאין לך עשיית טוב וישר יותר מהעמדת שדה בחזקת שותפיה. ונמצאת אומר, דשותף עדיף מכל מקום. וכן למד מהר"ח אר"ז (סי' רט) מדברי רש"י הנ"ל, דשותף עדיף ממצרן. וכן מצאנו בדברי הרמב"ם (שכנים יב,ד), שפירש כן בסוגיא, וז"ל: "אחד מן האחין או מן השותפין שמכר חלקו לאחר, מסלקין את הלוקח, ונותנין לו שאר האחין או שאר השותפין דמים שנתן והולך, כדי שלא יכנס זר ביניהן". וברב המגיד ציין מקורו לדברי הגמ' הנ"ל, ואף שיש בה פירושים אחרים, לדברי הכל דין המחבר אמת. ולכאורה הטעם שלא יכנס זר ביניהם, הוא הסבר מדוע הישר והטוב שיכולים לסלק ללוקח. ועיין באבני נזר (חח"מ סי' קמ ד"ה ואמנם), שפירש שהוא טעם אפי' בלא דינא דבר מצרא. אולם לכאורה הוא הסבר לישר והטוב, וצ"ע.

והרא"ש (ב"מ ט,כא) הביא מרב האי גאון שפירש הסוגיא כנ"ל, כמה שותפין, ובא אחד שאינו שותף וקנה חלקו של אחד השותפים, חציפא הוי, סלוקי לא מסלקינן ליה מדין מצרנות, דמצי א"ל שמא לא יפול חלקך במיצר שדה שקניתי, וכן יאמר לכולן. ור"נ אמר מסלקינן ליה, שכל אחד שותף בכל השדה. אבל משום דינא דבר מצרא, אם קנה אצל שדה השותפות, לא מסלקינן ליה. נהרדעי אמרי מסלקינן ליה, כי הוא טוב לי, כי אפייס את השותפים שיתנו לי סמוך לשדה שנמכרה. ומבואר בסברת רב נחמן דמסלקינן ליה למי שקנה חלק מהשותפות, ואפי' הוא מצרן, כיון שהשותף אינו רק מצרן אלא בעלים על כל חלק וחלק, גם בחלק הנמכר, ועל כן הוא עדיף ממצרן. וכן פירש רש"י על הא דאיתא שם בסוגיא קח,ב: לאשה וליתמי

ולשותפי, לית בה משום דינא דבר מצרא, פירש רש"י, וכן הוא ברא"ש ה"ל: "שותף שבא למכור חלקו לחבירו, אין המצרן יכול למימר אני אקנה ממך כדין ב מצרנין שבאו לקנות כאחד, כי השותף יש לו חלק בגוף השדה ועדיף טפי מן המצרן. ומסתבר מהאי טעמא דאף אם קדם המצרן, מסלק ליה שותף, דכל זמן שלא חלקו, יש לו חלק בכל השדה, ועדיף טפי ממצרן שאינו בא אלא מכח סמיכות המיצר, וכן נראה". הרי ששותף שיש לו חלק בכל השדה, עדיף ממצרן, דמצרן הוי רק סמיכות לנמכר, משא"כ בשותף יש לו חלק בנמכר. וכן הביא בשטמ"ק מרבינו האי גאון: "ואי הוי שותפיה בהאי ארעא דזבין, וזבנה לאידך דהוא נמי בר מצרא, כתב רבינו האי דהאי שותפא מצי מפיק לה מיניה, דאיהו חזי למזכי בה טפי". וכן הוא בפסקי הרי"ד בסוגיא, דשותפי הרי היא כשלו, והוא קודם לכל אדם.

ויש מהראשונים שפירשו באופן שונה. עיין ברמב"ן שהביא מהגאונים שפירשו, דמיירי בשותפי דעסקא, ולא בני חד מצרא, ובכל אופן לית בה משום דינא דבר מצרא, ואין המצרן יכול לסלק את השותף. וכן הוא בר"ן שם. וכן בשטמ"ק מרבינו האי, אף שפירש הסוגיא דאם מכר למצרן חלק בשותפות, שיכול השותף לסלקו, פירש גם, שאם מכר את שדהו לשותף, שאינו שותף בקרקע הנמכרת אלא בעסק אחר, אין בעל המצרן יכול לסלקו, כיון דמקרבא דעתייהו טפי. או שנח לו שלא תיפול איבה עם שותפו בעסק. הרי שלכאורה אין סתירה בין שני הפירושים, ושניהם אמת, וכמו שביאר הרא"ש גם בדעת רש"י, דלשותף בנמכר עצמו, יש עדיפות על מצרן, וגם אם אינו שותף אלא בדבר אחר, המצרן אינו יכול לסלקו, וכמו שהביא הרא"ש בהל' לא' מרבינו תם, דאף אם הוא שותף עמו בשדות אחרות, אין המצרן יכול לסלקו בשדה זו. וכן הביא בתוס' הרא"ש בסוגיא (ד"ה ולשותפי), ושכן כתב הריב"ן. וכן כתב רב האי אם הוא שותף עמו בסחורה ומכר לו שדה אין המצרן יכול לסלקו, ועיי"ש בשטמ"ק שהביא מהרמ"ך ורבינו חננאל, שאין המצרן יכול לסלק שותף, אף שאינו שותף בגוף הנמכר, עיין באו"ז שער שנה ובר"י אבן גיאת (בשיטת הקדמונים), וכן הוא במאירי בסוגיא בשם גדולי המחברים, וכן הוא בריא"ז (קונטרס הראיות ראה ז), ובתלמיד הרשב"א בסוגיא.

וכן מוכח להדיא ברמב"ם, שאין סתירה בין שני הדינים. דלעיל הובאו דברי הרמב"ם בהל' שכנים יב, דמסלקין ללוקח שקנה חלק השותף. ובה"ה פסק כהסבר הראשונים הנ"ל, דאם מכר לשותפו במו"מ, אף שאינו שותפו בקרקע זו, אין בו דינא דבר מצרא: "וכן המוכר לאחד מבני המצר או לאחד מן השותפין שלו במשא ומתן, אע"פ שאינו שותפו בקרקע, זכה בה, ואין שאר השותפין או שאר בני המצר נוטלין עמו". ועיי"ש ברב המגיד. ובהגמ"י שם אות ו, הביא מדברי העיטור, דמיירי בשותף שאין לו חלק בקרקע אלא שותפין בעיסקא, וכיון שהוא שותף שלו ניחא ליה טפי

מבר מצרא, וכן פירשו הגאונים וכולהו קמאי. וכן פסק בטור חו"מ (סי' קעה) ובשו"ע חו"מ קעה, מט. ועיין מהר"ח או"ז (סי' רט), דלרש"י עדיף שותף ממצרן, וכל שכן לפירוש הגאונים, שאם שותף בעסק אחר עדיף ממצרן, כל שכן שותף בוו הקרקע עדיף ממצרן. ועיי"ש במהר"ח או"ז שלמד מפירוש הגאונים והראשונים הנ"ל, שאף אם המצרן קנה, יכול שותפו של המוכר בעסק אחר, לסלקו ממה שקנה, דאם הוא קודם מצד הישר והטוב, הוא הדין שיכול לסלקו. אמנם בסמ"ע קעה, פה כתב דאינו יכול לסלקו, אא"כ הוא שותף באותה קרקע: "דוקא אם קדם להמצרן וקנהו, אבל אם המצרן קדם וקנהו, אין השותף יכול לסלקו, אלא אם כן הוא שותף עמו באותה שדה". ומ"מ מבואר דבשותף באותה השדה, הוא קודם למצרן ומסלק למצרן.

ומבואר לעיל דשותף עדיף ממצרן, והשותף קודם לכל אחד, ואפי' למצרן. וכן מבואר בעיטור (אות מ מכירת קרקעות דף סה,ב): "ושותפין עדיפין מבר מצרן", וכן הביא מדבריו בב"י חו"מ סי' קעה, נב מתש' הרשב"א (תש' הרשב"א החדשות מכת"י, סי' שי), דשני שותפים בקרקע אחת, ומכר אחד מהשותפים חלקו לבן המצר, שהשותף מסלקו. שכן כתב העיטור (הנ"ל), וכן השיב הרא"ש, וכ"כ בשם הר"י ברצלוני: "ואין בזה ספק וכן הדין נותן, שמאחר שיש לו חלק בקרקע בכל חלק וחלק שמוכר, הוי המחצית שלו אחרי שלא הוברר, והוא קודם לכל אדם". וכן כתב בתש' מיימוניות, קנין סו"ס לב, וסו"ס לה), דשותף עדיף ממצרן. וכן מבואר בתש' מהרש"ך (ח"א סי' קטו), דלרב נחמן דלית ליה דינא דבר מצרא, מ"מ אם החזיק בין שותפי מסלקינן ליה, כדמוכח בסוגיא. ושכן כתב הטור חו"מ קעה, דאחד מהאחים או מהשותפין שמכר חלקו לאחר, שאר השותפים מסלקים ללוקח. ולכן אף במקום שלא שייך דינא דבר מצרא, אם החזיק בחלק השותף, יכול השותף לסלק הלוקח. וכן הוא בתש' מהרלב"ח (סי' סא), דשותף מסלק אף ללא דינא דבר מצרא, מן הטעם שיש לו חלק בשדה. גם מהר"א ששון (תורת אמת סי' קכו) הביא חבילות של ראיות ששותף מסלק אף במקום שאין דינא דבר מצרא, כגון בחזקות, שבתקנות חז"ל אין לנו להוסיף, וכיון שלא מצאנו וידענו רק שאין דינא דב"מ נוהג בחזקות, אין לנו להוסיף, אבל שותף מסלק אף בחזקות. וכן לסוברים שאין בשכירות דינא דבר מצרא, יש הסוברים דמ"מ בשותף עמו בשכירות, מסלק מדין שותף, אף אם אין דינא דבר מצרא בשכירות. וכן פסק הריקאנטי (סי' שכד): "שני אחין שנפל להן חלק בבית אחד מאביהן, ולאיש אחר כמו כן ה"י לו חלק בבית, והאחין לא חלקו, והלך האח האחד ומכר חלקו לאותו המיצר, אתי האח ומפיק מבר מצרא, כדאמר האי מאן דאחזיק ביני אחי ושותפי...". ועיין גם מהריב"ל (ח"ב סי' מא). וכן פסק הרמ"א חו"מ קעה, מז, דאף דמצרן אינו יכול לסלק אשה, מ"מ שותף יכול לסלקה, ועיי"ש בנו"כ.

ג. שותף בדבר שאינו מטלטלין, והדין במוכר שט"ח

מהאמור לעיל מבואר דשותף בקרקע עדיף ממצרן ומסלק המצרן. ולאמור לעיל י"ל לכאורה, דאף אם אין דינא דבר מצרא במטלטלין או חזקות, הוא מטעם שאין לנו להרחיב תקנת חכמים, אולם שותף שמסלק מחמת שיש לו חלק בכל בעסק, א"כ יכול לסלק הלוקח אף במטלטלין וכיוצא"ב, דשותף אינו נצרך לתקנת בר מצרא,, וכיון שיש לו חלק בנקנה, זכותו להיות הלוקח של הדבר שיש לו בו חלק, ואין חילוק בין מטלטלין לקרקע. והנה מהרי"ק (שורש כ) שבשותף אין חילוק בין קרקע למטלטלין, ושותף מסלק לוקח בכל ענין, ורק בר מצרא דינו מוגבל לקרקע, ודייק כן בדברי הרמב"ם, שלענין שותף לא הזכיר קרקע, ולענין מצרן הזכיר דוקא קרקע, וז"ל מהרי"ק: "דלכאורה משמע דשותף יכול לסלק הלוקח אפילו במטלטלים, כדמשמע מתוך מה שכתב רבינו משה בפ' י"ב בהלכות שכנים ... ומדהזכיר קרקע גבי בן המצר ולא הזכיר גבי אחים ושותפים, אלא כתב סתם שמכר חלקו לאחר וכו', דמשמע איזה חלק שיהיה בין יהיה קרקע בין יהיה מטלטלים, משמע דלגבי שותפים אין לחלק בין קרקע למטלטלים". ומבואר דשותף מסלק בכל ענין של שותפות, אף בדברים שאין בהם דינא דבר מצרא.

ובכס"מ (שכנים יבד) כתב דדברי מהרי"ק הם דברי תימה, שדברי הרמב"ם בהלכות אלו עוסק בהלכות שכנים, ושותפין דמטלטלין לענין מטלטלין שמכרו לאחר, לאו שכנים מיקרו. ועוד, דבפרק זה בין לפניו בין לאחריו בדיני קרקע איירי, וא"כ מדוע לומר שבזה עוסק גם במטלטלין. וכן נראה ממש"כ הרמב"ם דמסלקין ללוקח כדי שלא יכנס זר ביניהם, ולשון זו שייכת דוקא בקרקע, כדכתיב: להם לבדם ניתנה הארץ ולא עבר זר בתוכם (איוב טו, ט). ואפילו אם ת"ל דנקט לשון מושאלת, מ"מ לא נזכר דין מטלטלין בגמרא, ומהיכן לקחה הרמב"ם. עוד הביא הכס"מ ראייה מהרב המגיד, דמקור דברי הרמב"ם הוא מהגמ': האי דאחזיק ביני אחי ביני שותפי וכו', וזה מיירי בקרקע; "אלא ודאי לא עלה על דעת רבינו לומר דין זה אלא בקרקע לבדו, ומש"כ שמכר חלקו, ולא כתב שמכר חלקו בקרקע, משום דבשותפין שיש להם חלק בקרקע עסיק, משו"ה לא איצטריך לפרושה, הילכך לית דחש לדקדוק זה דמהרי"ק". וחזר הדין בדבריו בב"י חו"מ קעה, פב, דלעולם אין במטלטלין דין בן המצר אפילו לגבי שותף, ולא חילקו הפוסקים חילוק זה, וכיון דלא אשכחן חד מן הפוסקים שכתב כן בהדיא, לית דחש ליה. ובר מן דין הא קיי"ל דמצרן הוא המוציא מהלוקח ועליו הראייה, כמש"כ גבי קנאה הלוקח במנה. וכדבריו כתב גם הרדב"ז בתש' (ח"א סי' שצא), וכן כתב הב"ח קעה, ה, והש"ך קעה, נה.

ולכאורה צ"ע, דמהמהר"א ששון הנ"ל מוכח דיש חילוק, וכמש"כ לענין החזקות, וא"כ י"ל דהוא הדין לענין מטלטלין. וכן מוכח מהמבי"ט (ח"ב סי' קמד, מובא

להלן), שנקט להלכה כדעת מהרי"ק. גם בדרכ"מ חו"מ קעה, יא מבואר כמהרי"ק, וז"ל: "ואין בדבריו הכרח לדחות דברי מהרי"ק, ועל כן נראה לי שהוא לפי ראות עיני הדיין, שאם יש בזה היזק לשותף השני מצד חלוקת המטלטלין או מצד שיצטרך להיות שותף עם אחד שאין דעתו נוחה בו, השותף יכול לסלק הלוקח, דאין לך טוב וישר מזה, ועדיף משאר דינא דבר מצרא, כן נראה לי". וכן פסק הרמ"א בהגהה לשו"ע חו"מ קעה, נג: "המלוים ביחד בחנות, אין לו דין קרקעות ואין המצרן או השותף מסלק הלוקח כמו בקרקעות, ודינו כמו מטלטלין. מיהו אם נראה לב"ד היזק לשותף השני, מצי מסלק ליה. וכן בכל מטלטלין, אע"פ שאין בהם דין מצרנות, מ"מ שותפין במטלטלין ואחד מכר חלקו, יכול השותף השני לסלק הלוקח, אם נראה לבית דין שאין השותף השני נוח לו כראשון". ובשבות יעקב (ח"ג סי' קסד) נראה שנקט כדעת הרמ"א, הביאו גם בפת"ש חו"מ קעה, כד, וכן נקט בערוך השולחן חו"מ קעה, נט.

ומצאנו נידון כזה גם לענין מלוה שרוצה למכור שט"ח, אם הלוח קודם בקנייתו. הרשב"א בתש' (ח"ג סי' קנא, מובא גם בב"י חו"מ סי' קעה) נשאל בראובן שיש לו קרקע, ומעלה ממנה מס לשמעון מנה בכל שנה ושנה, ורוצה שמעון למכור מס שנה ליהודה, וראובן טוען שהוא קודם משום דינא דבר מצרא, הואיל והוא הבעלים המעלה מס מהקרקע. והשיב הרשב"א, שאם הדין הוא על מכירת המס של שנה או שנתיים, אין זה שייך לדינא דבר מצרא; "שאין כאן מכירת קרקע, אלא מכירת חוב בעלמא. והגע עצמך, המכירה עצמה במס היאך תתקיים, והלא חוב בעלמא היא, ואין לזה מכר אלא במעמד שלשתן, כמכירת חוב בעל פה דעלמא, והילכך לא שייך בכי הא כלל דין בן המצר". וכן אם מכר לו גוף הקרקע למס, כמוכר דקל לפירותיו, אין בזה דינא דבר מצרא, שאין בזה מכר גמור בגוף הקרקע אלא כעין מכר: "אבל אם בא שמעון למכור לגמרי גוף הקרקע, כלומר, זכות האדנות שיש לו בגוף הקרקע שהוא שלו, ומעלין לו ממנו המס, בזה נראה שיש לראובן זכות משום דינא דבר מצרא, שאין לך עשיית הישר והטוב גדולה מזו. ואינה דומה למשכנתא, שאע"פ שהיא שכונה אצלו והוא דר בה, ואפילו הכי אין בו משום דינא דבר מצרא, דשאני התם, דכיון שהממשכן עתיד לפדותה, דילמא אמר בעל הקרקע: זה נח לי וזה קשה ממנו. שאע"פ שאין לבעל המצר דין עם המוכר אלא עם הלוקח, מ"מ כל שיש עכוב במכר אצל המוכר, אף על הלוקח אין בו משום דינא דבר מצרא. ועוד, שכל שאינו מכר גמור, לא תקנו בו דין בן המצר. אבל כאן, שמוכר אדנות שיש לו בקרקע לחלוטין, יש בו משום דין בן המצר". מבואר מהרשב"א שדינא דבר מצרא שייך רק במכירת קרקע ולא בשטר חוב.

אולם בתש' המבי"ט (ח"ב סי' קמד) מבואר שיכול הלוח לטעון טענת זכות קדימה, אם בא המלוה ומוכר את השט"ח לצד ג, וז"ל: "עוד אני אומר, כי גם

שבמטלטלים אין דינא דבר מצרא כמו שהביא בטור חו"מ סי' קעה, בשם הרב אל ברצאלוני שאין דין מצרנות אלא בקרקעות ולא במטלטלין, נדון דיין עדיף ממצרנות, שהוא מוחזק כמלוה, וכשמסתלק המלוה מן המלוה, מיד הוא מוחזק כמלוה קודם הקונה, אם רוצה הוא לפרוע. ונראה לי לדמות ענין זה למה שכתב הרמב"ם ... היו הפירות ברשות הלוקח, כיון שקבל עליו המוכר למכור קנה לוקח, אע"פ שעדיין לא מכר, ע"כ. והרי שכיון שקבל עליו מוכר למכור, אע"פ שלא מכר לזה, זכה זה שהפירות ברשותו ובביתו בפירות, והכא נמי כיון שהוא היה מחזר למכור, הרי הוא כקבל עליו למכור וזכה זה שהם בידו, ואע"פ שכבר מכר זה המלוה קודם שידע זה הלוח שמכר, אפ"ה יוכל לומר בדעתי היה לקנות ממנו שטר חוב אם היה רוצה המלוה, וא"כ מעת שהמלוה נתרצה למכור, קנה זה אע"פ שמכר לאחר. ומצאתי למהרי"ק (שורש כ) שכתב, שאע"פ שאין דין מצרנות במטלטלים, כמו שהביא בחו"מ, שמ"מ שותף שמכר חלק שיש לו עם שותפו במטלטלין, שיכול השותף האחר לסלק הלוקח, והביא ראייה ממה שכתב הרמב"ם בהלכות שכנים ... וכ"ש בנדו"ד שכל מה שיש לזה מוכר שטר חוב שהוא המלוה, היא ביד ורשות הלוח, שיכול לסלק את הקונה ממה שהוא חייב לראובן ... ואלימא קנינו מקנין האחר אפי' שקדם האחר וקנהו כמו במצרנות, שאפי' שקנה הלוקח, מסלקו המצרן מהבעל חוב שיש לו. הכי נמי הלוח מסלק את הקונה מכח שיש לו, שהכל הוא ברשותו ואינו צריך שום קנין, ואם היה בזה שום ספק המע"ה". מבואר מהמבי"ט שכח הלוח בשט"ח עדיף אפי' מכח שותף, ומ"מ אף בשותף נקט המבי"ט כדעת מהרי"ק, דשותף עדיף ממצרן, ואף בדבר שאינו קרקע, מסלק השותף לקונה, וכ"ש הלוח ללוקח השט"ח.

וכן הוא בתש' מבי"ט (ח"א סי' שכה), שהביא ראייה מדברי הרמב"ם, הובא להלכה בשו"ע חו"מ שטז,א, דאם רצה השוכר לצאת הבית תוך זמן השכירות ולהשכיר לאחר, ואמר משכיר לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים, אם לא תרצה לעמוד בו, צא והניחו ואתה פטור משכירותו, דאינו יכול להשכירו לאחר, ומדבריו למד שמי שחייב לחבירו מנה בשטר, ומכר השטר בפחות לאחר, שיכול הלוח לומר למלוה, למה תטרח ותמכור חובי לאחרים, אני אתן לך כמו שנתן לך אחר, שהדין עם הלוח ואין המלוה יכול למכור לאחרים, ואפילו מכרו כבר יכול לעכב, דמכירת שטרות מדרבנן, ואין להם מכירה קיימת כי אם במעמד שלשתן, והרי הלוח אומר שהוא יפרע למלוה מיד מה שפורע לו האחר, והוא מוחזק בחוב. ועוד, שיכול לומר אתה נוח לי מאחר. ודברי המבי"ט הביאם הש"ך סו,עג. וחלק עליו הש"ך, לשיטתו חו"מ סו,א דמכירת שטרות דאורייתא. וגם על הראיה משכירות בית, דאינה ראייה, דיש לחלק דבשכירות בית, הבית הוא של המשכיר, וגם י"ל דלזה השכירו ולא לאחר, ויש קפידא למי להשכיר. והש"ך חו"מ קעה,ג כתב ג"כ לדחות דברי המבי"ט. ועיין

בתומים סו, נא שדחה לדברי המבי"ט והסכים לש"ך, שאין במכירת שט"ח משום מצרנות, ואין הלזה יכול לעכב המכירה. וע"ע בפת"ש סו, טו, שהביא שכן פסק בתש' נאות דשא סי' כ. ועיין מש"כ הגר"ש קלוגר, חכמה שלמה סו, כג, שהסכים לדברי המבי"ט, ודחה דברי הש"ך, די"ל גם בזה הראשון נח לי, השני קשה הימנו, ואין לחלק בין זה לשכירות בית. ועיין גם למהרש"ם במשפט שלום קעה, נג, שנראה שלא הסכים לדברי המבי"ט, וס"ל להלכה כדעת הש"ך.

ונראה דבנדו"ד כל דבר שיש בו טעם להעדיף את השותף, לכל הפחות לכתחילה חובה על ביי"ד למכור את חלק ראובן לשמעון, דאף שבדיעבד אין להוציא מהקונה, מ"מ לכתחילה ודאי זה ישר וטוב אף בדבר שאינו קרקע, כל עוד יש טעם בדבר. בפרט כשמצאנו שיש הפוסקים דאף בדיעבד מסלק השותף ללוקח אף באינו קרקע, א"כ לכל הפחות יש לפסוק שלכתחילה יש להעדיף את השותף, ולמכור לשמעון השותף את חלק ראובן.

ג. ביטול השותפות במיתת השותף

איתא בב"מ קט, א: רב יוסף הוה ליה ההוא שתלא. שכיב, ושבק חמשה חתנוותא. אמר, עד האידנא חד, השתא חמשה, עד האידנא לא הוו סמכו אהדדי ולא מפסדו לי, השתא חמשה סמכו אהדדי ומפסדו לי. אמר להו, אי שקליתו שבחייכו ומסתלקיתו - מוטב, ואי לא, מסליקנא לכו בלא שבחא, דאמר רב יהודה ואיתימא רב הונא ואיתימא רב נחמן, האי שתלא דשכיב, יורשים דיליה מסתלקין להו בלא שבחא. ולאו מילתא היא. והרא"ש שם (ב"מ ט, לז) כתב בבאור דברי הגמ': "פירוש, הא דקאמר מסלקינן להו בלא שבחא, אבל אי בעי יהיב להו שבחא ומסלק להו, דאין ממון להורישו לבניו. והכי איתא בתוספתא דפירקין; המקבל שדה מחבירו ומת, לא יאמרו לו תן לנו מה שעשה אבינו, אלא שמין ונותנין להן. וכן כתב הרמב"ם ז"ל (שלוחין ושותפין ה, יא); אחד מן השותפין או מן המתעסקין שמת, בטל השותפות או העיסקא, אפי' התנו לזמן קבוע, וכזה הורו הגאונים. והא דאמר להו רב יוסף עד האידנא חד והשתא חמש, לפייסן בדברים אמר כן שלא יתרעמו על מה שסילקם. והוא הדין נמי אם לא שבק אלא חד זריו ומהימן מצי מסלק, וכן כתב הרמב"ם וה"ר מאיר ז"ל". וכן מבואר מדברי הרמב"ן בסוגיא (ב"מ קט, א): "נראה לי דחסידותא קאמר לגרמיה, למימרא דאי לאו הכי לא הוה איהו מסלק להו, אבל מדינא אפי' שבק חד ברא זריו ומהימן, מצי מסלק ליה, דאמר רב נחמן, האי שתלא דשכיב מסלקינן ליה, ועד כאן לא פסקינן עלה ולאו מילתא היא אלא אבלא שבחא, הא בשבחא ודאי מסלקינן ליה, שיכול לומר לו אין לי חשבון עם כל אדם אלא עמך". והביא מהתוספתא הנ"ל. וכן ביאר הר"ן בסוגיא, דאינו דומה להא דאיתא בב"ק קיב, א,

הניח להם אביהם פרה שאולה שמשמשין בה כל ימי שאלתה, דשואל שאני שכל הנאה שלו, וזכו הבנים בזכות של זמן השאלה, משא"כ בקבלנות שהוא מתעסק במלאכתו של בעל הבית, יכול לומר לו אי אפשרי בך שתעשה מלאכתי. וציין הר"ן שהרי"ף השמיטה מן ההלכות, ואפשר שסובר הר"ף דכי אמרינן ולא מלתא היא, אכולה מלתא קאי, דאף בשבחא אינו יכול לסלק היוורשים. ועיין ברשב"א דמשמע שהרי"ף מסכים שמסלקין את היוורשין, ממש"כ הר"ף למעלה בפירקין, דלהכי קרו ליה עסקא, שלא יעשה מטלטלים אצל בניו.

אמנם מדברי המאירי בסוגיא עולה כי אם הניח יורש אחד, אינו יכול לסלקו, שלא כדעת הראשונים הנ"ל: "אבל אם לא הניח אלא יורש אחד והוא ראוי לכך, אין יכול לסלקו, אלא השתל מורישה לבנו ולבן בנו עד כמה דורות. ויש חולקין בזו לומר שכל שמת השתל, אף בלא טענת הפסד, מסלק את היוורש לומר לא התניתי אלא לאביכם, ואין הדברים נראין". ועיין עוד ברשב"א בסוגיא, שנראה דוקא בחמשה, אך למסקנה הסכים לדברי הראשונים שבכל ענין מסלק ליוורשים. ועיין גם בנימוק"י (ב"מ סו,א מעמוה"ר) מש"כ בדברי הראשונים הנ"ל. וכדברי הרמב"ם הנ"ל, פסק המחבר בשו"ע חו"מ קעז,יט, וכן פסק הרמ"א יור"ד קעז,לא, על דברי המחבר במתעסק שמת ויש עדים שמעות או מטלטלין אלו הם מזה העסק, נוטלן בעל הממון בלא שבועה, ואין הבעל חוב ולא האשה נוטלים כלום מהקרן ולא מחלק ריוח הנותן. וכתב הרמ"א: "ויוכל הנותן ליקח כל העיסקא מידם, אע"פ שעדיין לא כלה הזמן שקצב עם המקבל".

והמרדכי (ב"ק סי' קמו, וכן הוא בב"מ סי' שצ) הביא תש' מהר"מ, במלוה את חבירו למחצית שכר, ומת הלוה, ואין המלוה רוצה להניח הממון ביד האלמנה. והשיב מהר"מ, דאם הלוה לו בסתם, סתם הלוואה ל יום, והאי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון. ואם הלוה לו לזמן קצוב ועדיין לא הגיע הזמן שקצבו, אינו יכול להוציא מיד האלמנה, דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, וישאו ויתנו בהן למחצית שכר כל ימי משך זמן העסקא, וכדין הניח להם אביהן פרה שאולה שמשמשים בה כל ימי שאלתה. והמרדכי כתב שמצא שהר"ם מנורנבורק מספקא ליה, דדלמא דוקא גבי שמירת בהמות, יכולים להניח ליתומים להשתמש או לשמור, אבל בעסקא יכול לטעון שהיוורשים אינם יודעים להשתדל כמו אביהם. והביא ראייה מב"מ קט,א הנ"ל; רב יוסף הוה ליה ההוא שתלא, שכיב ושבק חמשה חתנותא וכו'. וריב"א מסופק אם ה"ה אי שבק חתן אחד. והיעב"ץ כתב דחד לא מצי מסלק ליה. ומבואר במרדכי ב דעות אם בעיסקא יכול לסלק האלמנה, וכן הביא ב דעות מה הדין אם היה לו לשתלא חתן אחד, ולכאורה הא בהא תליא, דליעב"ץ שאינו יכול לסלק באחד, א"כ גם את האלמנה לא יכול לסלק.

והיש"ש ב"ק י,ה כתב לחלק בין בהמה לעיסקא, דבשאלת בהמה יש כאן ממון וזכות ממונית שתחול עליו תורת ירושה, משא"כ בעיסקא אין על מה לחלול דין ירושה: "בשלמא גבי בהמה, דשכירות ושאלה ליומי קנין הוא לענין זה, כאילו קנה עד זמנו, שלא יכול לחזור, וא"כ ממונא יש לשואל על הבהמה, ואותה ממון יש בעין, והוא יורש מאביו. אבל גבי עיסקא והדומה לו, איזה ממון יש כאן שתחול עליו הירושה. הלא אין כאן אלא הריוח שיגיע, ועדיין אינו ממון, או שמא לא יהיה כלל". וכיון שאין כאן ממון שיכול לחול עליו דין ירושה, אין ליורשים זכות בממון עתידי זה של העיסקא, דעיקר מה שהיה לאב זכות זה הריוח שיבוא מהתעסקותו, וזה אינו בר ירושה. עוד הוסיף היש"ש, דמה שהסתפקו אם ביורש אחד יכול לסלקו, דעתו כדעת הראשונים הנ"ל, דאין חילוק בין אחד לחמשה, ובכל ענין יכול לסלק היורשים. ועיין גם בב"ח חו"מ שמא,ה, שחילק בין שאלה לעיסקא ושותפות, דשותף יכול לומר אין לי חשבון עם כל אדם אלא עם אביכם, משא"כ שאלה דכל הנאה שלו, וכאילו היא מכורה לו כל ימי השאלה, ולכן משתמשים בה כל ימי שאלתה. וכן הוא בסמ"ע שמא,ו, דשאני שאלה, דכל ימי השאלה היא קנויה לו, שכל הנאה שלו וחייב אף באונסין, ולכן יורשיו יורשים השאלה עד כלות הזמן. והנתיבות שמא,ד הקשה על הנ"ל מדברי המרדכי, דיכול לסלק הבנים אפילו מפלגא מלוה, והפלגא מלוה ודאי כקנוי לו וכל הנאה שלו וחייב באונסין. ותירץ הנתיבות בחילוק בין עיסקא לשאלה, דבשאלה היה רשות בחייו לבניו לעשות מלאכתו, ולכן גם אחר מותו אין יכול לסלק הבנים, משא"כ בעיסקא כיון דקי"ל דכל מקבל עיסקא מחייב להעמיד המעות בעין תמיד, ואפילו למשתי ביה שכרא אסור, ואסור לאחר לעסוק בהן, כיון דאפי' בחייו אסור לבניו לעשות כן, לכן גם אחר מותו יכול לסלק הבנים מלישא וליתן. ועיין באולם המשפט שמא,ג, שתירץ קושית הנתיבות, דכיון דכל מה שנתן למתעסק את המחצה מלוה הוא רק עם ההתעסקות במחצה פקדון, וכשנוטל מהם את המחצה פקדון, איבדו זכותם במחצה מלוה.

ד. אם השותפות מתבטלת ממיילא

ויש לרדן אם השותפות מתבטלת מאליה, או שצריך השותף להודיע ליורשים שמבטל השותפות, ונפק"מ לנדו"ד שלא הודיע לשותפים שרוצה לבטל השותפות, ורק בסוף השנה עשה כן. מדברי הרמב"ם בהל' שלוחין ושותפין ה"א, משמע לכאורה שהשותפות מתבטלת מאליה, שכן כתב: "אחד מן השותפין או מן המתעסקין שמת, בטלה השותפות או העסק, אע"פ שהתנו לזמן קבוע, שכבר יצא הממון לרשות היורשים, וכזה הורו הגאונים". ומשמע לכאורה שבטלה השותפות. וכן דייק השואל בתש' אבקת רוכל (סי' קלו). אולם הב"י דחה דבריו, שאין השותפות בטלה מעצמה,

אלא אם רצה השותף או המתעסק החי לחלוק, הרשות בידו ואינם יכולים לעכב על ידו בטענה שעדיין לא הגיע הזמן שקבעו, שכיון שמת, יצא הממון לרשות היורשים, והם לא קבעו זמן, ולכן אין בקביעות הזמן של אביהם כדי למנוע חלוקת השותפות. וכדברי הב"י כתב מהרשד"ם (ח"ור"ד סי' עא), שאפי' בעיסקא או בשותפות שכתב הרמב"ם שכיון שמת אחד מן השותפין או מן המתעסקין בטלה השותפות או העסק, היינו דוקא אם יבא אחד מהם ויאמר אי אפשר עוד בשותפות, שאין חבירו יכול לעכב עליו ולומר נשלים עד הזמן שנקבע, אולם כל עוד שלא מחה אחד מהם בפירוש, השותפות קיימת, ויש ליורשים זכות בכל מה שירויחו. ועיי"ש הראיה שהביא מהרשד"ם מהנימוק"י.

וכן מבואר בתש' הרדב"ז (ח"א סי' תקסד), דלא אמרינן שאם מת המתעסק בטל העסק מאליו, אולם אם בעל העיסקא שתק או שלא היה יכול ליטול עסקתו, הדבר ברור שהעיסקא בחזקתה בין לריוח בין להפסד. דאי לא תימא הכי, תהיה יד בעל העסקא על העליונה, שאם יהיה בה הפסד, יאמר אני לא חלקתי וברשות המתעסק נפסד ויטול מן היתומים מחצית ההפסד או כפי תנאי השטר, ואם יהיה בה ריוח, יאמר אני חלקתי העיסקא ויטול לעצמו. אלא ודאי העיסקא ברשות שניהם הרויחה או הפסידה, כל עוד לא חלק להדיא. וכן כתב המבי"ט (ח"א סי' קפה) למקרה שהשותף שנשאר המשיך להתעסק, ונפסדה הסחורה, אם על היורשים לשאת בהפסדה לפי חלקם, דאע"פ שהורו הגאונים שאם מת אחד מהשותפין בטלה השותפות, מ"מ אם השותף עסק בשותפות ולא מיחו בו היורשים, או ב"ד אם היו יתומים קטנים, נראה דלא הוי פושע בזה, ומה שעשה עשוי כל שלא מיחו בו. וכן הוא שם בתש' המבי"ט (ח"ב סי' רי'): "וכן מי שנתן לחבירו מעות בתורת עסקא לזמן הקצוב, ועבר הזמן ולא תבע ממנו בעל המעות מעות העסקא, הרי הוא בתורת מתעסק על הסתם, ואם כן עכשיו שמת השותף האחד או בעל מעות העסקא, אפילו תוך זמן דהוי כלאחר זמן מפני שנתבטלה השותפות או העסק, כל שלא בטלנה בפירוש עדיין היא קיימת, וכל מה שישא ויתן אחרי כן הוא כפי התנאי שהיה ביניהם בשותפות או בעיסקא".

וכן כתב מהר"מ גלאנטי בתש' (סי' ה), לענין מת אחד השותפים והרויחה העיסקא, שיש ליתן ליתומים חלקם כל עוד לא חלקו בפירוש, שאין העיסקא מתבטלת מאליה, לא לענין ריוח ולא לענין הפסד: "ובנדון דידן יודו כלם שיש גם כן להם ריוח ליתומים, מאחר כששמעו שמת, היה להם ללכת לבית דין שבעירם ולהפריד עצמם ולמסור חלק הקרן שיש בידם מהיתומים ששם אביהם, ומאז והלאה לא היו רוצים לעמוד בשותפות היה להם להודיע לב"ד או לפני שלשה הדיוטות ולחלק מעות חלק הקרן שנתן אביהם שמת, ובהכי היו נפטרים מהשותפות. אבל כל עוד שלא

הפרישו ממונם של יתומים וחלקם אלא היה הכל מעורב עמהם כבראשונה, לית דין ולית דיין שיאמר ח"ו שלא יתנו חלק הריוח, חלילה ועתידין ליתן את הדין אם לא יתנו חלקם המגיע. הגע עצמך, שח"ו היה אירע מאורע רע ליגנב או לטובעם כל הסחורות בים או שללם אויבים בדרכים, כן היה ממון היתומים עמהם שהיו אומרים עדיין לא חלקנו והנכסים בשותפות, וגם לי גם לכם ההפסד, וכמו שבדין זה היו נפטרים מהאחריות חלק היתומים, כך חייבים לתת חלקם של הריוח בשלם מה שמגיע." ועיי"ש מה שהביא ראייה מדברי הרמב"ם הל' מכירה ז,יב.

וכן מבואר בדברי מהרש"ך (ח"ב סי' קח), דאם יורשי השותף שמת הם גדולים, ולא מיחו בהמשך השותפות, וגם השותף הנשאר בחיים לא מיחה, השותפות במקומה עומדת. וכל זה הוא כשירשי השותף שמת הם גדולים, אולם אם היתומים קטנים שאינם ברי מחאה, על השותף הנשאר להודיע לבית דין, וישאל מהם אם למנות אפטרופוס לעשות חשבון עמו ולברר חלק היתומים, או להמשיך את השותפות עם היתומים כפי שהיה בחיי אביהם. וכל שלא עשה כן ולא שאל את פי ב"ד כדת מה לעשות, ודאי שבכל מה שנתעסק השותף אחר מיתת שותפו, דין הוא שיהיה היתום הקטן הנשאר קרוב לשכר ורחוק להפסד, שכל העושה דבר בנכסי יתומים קטנים שלא מדעת בית דין והפסיד, אפילו באונס חייב לשלם. וכן כתב בתש' זקן אהרן (הקדמון, סי' מג) והוכיח מדין יתומים גדולים שהשביחו (ב"ב קמג,ב), שאם לא הודיע השותף שהוא מבטל השותפות, מוכח דניחא ליה בעיסקא המשותפת, ואומדנא דמוכח, ואחזוקי אינש ברשיעי לא מחזקינן, שכיון לאכול שוד עניים, ובודאי על תנאי העיסקא מתעסק, וכן יש לבאר בדברי הרמב"ם (שלוחין ושותפין ה,יא הנ"ל), עיי"ש.

וכן כתב בשו"מ (קמא, ח"ב סי' קנז). וכן נראה מדיוק דברי הסמ"ע קעו,ג: "בשותפות דשניהן שוו בהנאתן, כשמת האחד יכול הב' לומר נשתתפתי עם אביכם מפני שידעתי שהוא בקי בטיב משא ומתן או טעם אחר, ואין כן אני עמכם. ונראה דהוא הדין היורשים יכולים לחזור בהן ולומר אבינו נשתתף עמך ואנו אין דעתנו נוחה הימנך". הרי שהשותפות מבטלת כשבא מחמת טענה, ולא אמר שמתבטלת מאליה. ואין לומר שאינו מוכרח, ד"ל דמתבטלת מאליה מפני הטעם שכתב הסמ"ע, דא"כ מדוע כתב דהיורשים ג"כ יכולים לטעון כן, הרי גם בלא טענים מתבטל מאליו. אלא בהכרח ס"ל לסמ"ע שאינו מתבטל מאליו.

אמנם מדברי התשב"ץ (ח"ב סי' רכט) מבואר שהשותפות בטלה מעצמה. התשב"ץ נשאל בשני שותפים שהלכו בסחורה ממקום למקום, ובחצי הדרך נפטר אחד מהם, ועמד השותף ההוא וחלק השותפות והפקידו בעיר מושב ביד אנשים נאמנים והלך לדרכו, ועתה הוא מפחד שמא יאמרו לו היתומים מאן פלג לך, כי הוא לא

חלק בפני ב"ד. והשיב התשב"ץ, דאלו היה השותף קיים, יכל לטעון מאן פלג לך, שאין לו לשותף לחלוק אלא בפני ב"ד. אולם כשמת השותף כבר בטלה השותפות, שכבר נפלו הנכסים ביד היתומים, והביא ראיה מהרמב"ם הל' שלוחין ושותפין ה,יא (הנ"ל). וכיון שמן הדין בטלה השותפות, אין לו להתעסק בממון היתומים, ואם הניחם במקום נאמן נפטר, שלא נשתעבד זה לשותפו להבטל מעסקיו בשביל נכסיו. וכן הוא בתש' הרשב"ש (סי' רב), בבן שהיה שותף עם אביו, ומת האב, והבן המשיך לשאת ולתת והרויח, דהרויח הוא רק של הבן, ולא של כל היורשים: "כל מה שהרויח הבן השותף אחר מיתת אביו, יהיה לו לבדו ואין לאחיו עמו כלום, לפי שכשמת בטלה השותפות, כמו שהוכיח הרמב"ן ז"ל בחדושיו בפרק המקבל מהגמרא ומהתוספתא. וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות שלוחין ושותפין ... ולפי זה הנכסים או המעות של אביו אחר מיתתו, אינם אצל הבן אלא בתורת חוב לא בתורת שותפות, ואלו נגנבו או אבדו היה חייב לשלם, אם כן אין אחיו היורשים חולקים עמו בריוח כלום". הרי ששותף שמת, בטלה השותפות מאליה, גם אם לא חזר בו השותף. וכן מבואר גם במהר"א ששון (תורת אמת סי' קמ). ולפ"ז באנו למחלוקת הפוסקים אם שותף שמת, השותפות מתבטלת מאליה או צריך לבטלה.

ומעיקרא היה נראה שמחלוקתם אם מתבטל ממילא, תלוי בפירוש דברי הראשונים בסוגיא ב"מ קט,א, דבגמ' שם טען רב יוסף: עד האינדא לא הוו סמכו אהדדי ולא מפסדו לי, השתא חמשה סמכו אהדדי ומפסדו לי, ונחלקו הראשונים אם דוקא בחמשה או גם באחד ונאמן, עיין לעיל. ובזה י"ל, דהתשב"ץ ודעימיה ס"ל דאין זה הטעם אם נאמן או לא, כיון שנתפרדה החבילה מאליה, ולכן אין נפק"מ אם נאמן או לא, אם אחד או חמשה. והב"י ודעימיה ס"ל דלא התבטל מאליו, ודוקא שיש לו טעם לטעון כן, משא"כ באחד נאמן שאין לו טענה. אך זה אינו, די"ל אף אם יסברו שיכול לבטל בהניח חתן אחד, מ"מ צריך לבטל בפועל, וכמו שמצאנו דמהרשד"ם ס"ל דלא בטל מאליו, ומ"מ יכול לבטל אף בהניח יורש אחד נאמן, וכמש"כ מהרשד"ם בתש' הנז' (חור"מ סי' קנו), דלא נמצא מי שיחלק בין אם נמשך נזק בהכרח מחלוקת השותפות ליתומים ובין לא נמשך, אלא סתמא אמרו נתפרדה חבילה בכל ענין ומזליהו גרם, דכשם שאם היו גדולים היתומים היה ברשותם לומר אין לנו עסק עמך ואין אנו רוצים בשותפות עמך, כך השותף יכול לומר איני רוצה להיות עוד שותף עמכם, דלאביכם הייתי רוצה ולכם איני רוצה, ולא לשום אדם אחר. הרי שיכול לטעון כן אף ביורש אחד נאמן, ודעת מהרשד"ם שאינו מתבטל מאליו.

עוד נראה דדעת הב"ח והש"ך, שלא התבטלה השותפות מעצמה. הב"ח חו"מ קעו,לה כתב (והסכים עמו הש"ך חו"מ קעו,לה), דהבו לא לסיף עלה, ודוקא בשותפות, כגון שנים שהטילו לכיס או השתתפו במלאכה, וכן במקבל עיסקא, אבל שנים שחכרו

חכירות מהשר או מהמלך, כגון אורנדא וריחים וכיוצא בזה, שכל אחד זכה בחלקו בכתב שנתן השר לשותפים, אם מת אחד מן השותפין, אין השני יכול לדחות את האלמנה והיורשין מאותה החכירות, דמאי חזית שהם ידחו מפניו ידחה הוא מפניהם. אלא השותפות קיימת, ודמי ממש להניח פרה שאולה, דמשתמשין בה כל ימי שאלתה, ואם טוען שהאשה והבנים אינן יודעין להשתדל בחכירות ונתמעט הריוח, הרי הדין ביניהם, וכך הורה הלכה למעשה. ולפ"ז אם נאמר שמתבטלת מאליה, מה שייך בזה הבו דלא לוסף עליה. אם זה תלוי בטעמים ונימוקים, י"ל הבו דלא לוסף עליה, שאינו אלא חידוש, אולם אם עצם השותפת מתבטלת מאליה, י"ל שהטעם דכל קיום השותפות הוא בין הני גברי שעשו השותפות, וכשמת, אין כאן שותפות, וא"כ אין חילוק בין חכירות לעיסקא. ואם תאמר שאין כאן שותפות בחכירה, אלא שהמלך נתן לכל אחד חצי, ואינו בדין שותפות ואינם מוגדרים כשותפים, א"כ לא היה צריך הב"ח לכל האריכות ולטעם שכתב, כיון שאין כאן שותפות כלל. לכן נראה דס"ל לב"ח ולש"ך שאין השותפות מתבטלת מאליה, אלא לשותף זכות לבטל את השותפות.

ועיין בנתיבות קעו, לו, וז"ל: "ועיין ש"ך (ס"ק לה) שכתב, דבאורנדי ורחיים אינו יכול לדחות ליתומים. והטעם פשוט, דבשלמא בסחורה שיכולין לחלוק, מצי למימר אני ארויח בשלי ואתם בשלכם, אבל אורנדי ורחיים שאי אפשר לחלוק, הרי רוצה להרויח לעצמו בשל חבירו, ואינו מן הדין, אבל יכול לטעון גוד או איגוד, כיון דבטלה השותפות, וכן משמע קצת בב"ח". דלכאורה אם השותפות בטלה מעצמה, מדוע בריחים שאינו יכול לחלוק לא בטלה לחלוטין, ומדוע צריך לטעון גוד או אגוד. ומש"כ הנתיבות "בטלה השותפות", י"ל דיכול לבטלה, אבל לא בטלה מעצמה, שאל"כ לא היה נצרך לטענת גוד או אגוד.

ה. שותפים בחברה בע"מ

אמנם נראה לחלק בין שותפים לשותפות של חברה בע"מ כנדודי, דכל דין בטול השותפות הוא בשותפות בעיסקא וכד', שאין כאן אלא שותפות, אבל בשותפות בחברה בע"מ יש כאן בעלות על חלק מחברה שיצרו, והנידון הוא לא על השותפות אלא על הבעלות בחברה, ובעלות לא נפקעת במיתת אחד השותפים, כיון שהבעלות קיימת, וכן היא כפופה לחוקי החברות, ואת זכויות השותף שמת יורשים יורשיו, בכפוף לכך שכל שותף, בכל עת ובכל זמן יכול לדרוש פרוק השותפות, אולם כל עוד החברה לא פורקה, הרי תקנות החברה חלים עליה, וליורשים זכויות כבעלים, ויכול השותף שעובד בעסק לדרוש גם שכר ראוי עבור עבודתו, אך ריווחי החברה שייכים לכל הבעלים, כולל יורשי השותף שמת.

ודבר זה מתברר מדברי מהרשד"ם (חחו"מ סי' קנו), שיש לילך בעניני השותפות לפי מנהג הסוחרים ודינא דמלכותא, וככל שע"פ מנהג הסוחרים ודינא דמלכותא, גם במת אחד מהשותפים לא התבטלה השותפות, יש לנו לפסוק כך גם בדינינו, וז"ל מהרשד"ם: "... שאם אמת היה אפשר להתברר המנהג, מהו המנהג בין אלו התופסין מכס המלך, היינו מתנהגים או דנים כפי המנהג הפשוט ביניהם, ואם היה המנהג שאפי' כשמת אחד מהם השותפות נשאר במקומו, רוצה לומר השותף החי עם יורשי השותף המת, בנד"ד היינו אומרים שאפי' שהיורשין קטנים, יתקיים השותפות ויקח השותף החי יותר מיורשי המת באומד הדעת כפי טרחו ועמלו". ולפ"ז גם בנדו"ד, כיון שהם שותפים בחברה בע"מ, ומנהג החברות ודין החברות, שאינן מתפרקות מאליהן במיתת השותף, וזכות השותף הנפטר עוברת ליורשים, הוא הדין בזה, אלא שיכול השותף הנשאר ליקח משכורת בהתאם לעמלו, וכפי שמקובל בכגון זה. וכן מבואר בתש' זקן אהרן (סי' מג, הנ"ל), דאם יש מנהג מדינה בענין העיסקא, י"ל שאפי' מת אחד השותפין, מי שהמשיך לעסוק בעיסקא, על דעת המנהג הוא עוסק.

ולפ"ז י"ל גם בנדו"ד, שלא אבדו היורשים כל זכות בחברה ובריוחיה, לא מיבעיא לכל הנהו פוסקים דס"ל שלא מתבטלת השותפות מאליה, וכן נראה שהיא דעת רוב הפוסקים, אלא אפי' לסוברים שמתבטלת מאליה, בנדו"ד שהשותפות הינה במסגרת חברה בע"מ, לא איבדו כל זכות שיש להם בריוחי החברה.

לאמור לעיל, לשמעון זכות ראשונים ברכישת החברה, לפי המחיר המקסמיאלי שיוצע בעבורה. ריוחי החברה וערכה עד למכירתה, יתנו ליורשי ראובן, לפי אותם אחוזים שהיו נוהגים בחיי ראובן.

סימן יד

מכירת חמץ של חברו, כשלא מינהו שליח

ראשי פרקים

א. חברו מתרצה

ב. קידש בדבר שאין בעה"כ מקפיד

ג. זבין לאדם ולא מאדם

בראובן בעל חנות, שיש לו חמץ בחנותו, והחנות היתה סגורה כל חג הפסח, ונסע ראובן לחו"ל לכל ימי הפסח, ושמעון שכנו חשש שראובן שכח למכור את החמץ לנכרי, ולכן בליל בדיקת חמץ מכר את חמצו של ראובן (בדרך שליחות לרב המקום), מבלי שראובן מינהו לשליח. ואכן עם חזרתו של ראובן ארצה, התברר ששכח למכור חמצו, ונשאלתי אם מהני מה ששמעון מכר את חמצו של ראובן, אף שלא מינהו שליח. (ולא התברר אם גם שכח לבטל, ובתחילה טען שביטל, ואח"כ אמר שאינו זוכר במדויק).

א. חברו מתרצה

איתא בב"מ כ"א: אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו. אמימר ורב אשי אכלי, מר זוטרא לא אכיל (דגזל ניהו, שהבעלים לא ידעו – רש"י). אדהכי אתא מרי בר איסק, אשכחיניהו ואמר ליה לאריסיה, אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא. אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא, השתא אמאי לא אכיל מר, והתניא אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה (אלמא גלי דעתיה דניחא ליה, הכא נמי גלי דעתיה דניחא ליה במה שנתן לנו). אמר להו הכי אמר רבא, לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא ליה, אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר הכי. ובתוס' שם (ד"ה מר זוטרא) כתבו, דמה שאכלו אמימר ורב אשי, הטעם מפני שסברו דאריס מביא מדנפשיה, דהיינו מחלקו המגיע לו, וכדאיתא בב"ק קי"ט,א, דאריסא מדנפשיה קא זבן. ואין לומר שסמכו על מה שיבוא אח"כ מרי בר איסק ויסכים למה שעשה אריסו, דכיון שהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, לא מהני יאוש למפרע, דאע"ג דהשתא ניחא ליה, מעיקרא לא הוה ניחא ליה. ומזה יש ללמוד שהסכמה בדיעבד לא מועילה למפרע. ומה שתירצה הגמ' לחלק בין תרומה לאורחים, דדוקא במצוה מהני ניחותא, היינו אליבא דרבא, אבל לאביי דקיי"ל כוותיה, לא מהני ניחותא

אף במצוה, כן צ"ל בדברי התוס'. ומבואר בתוס' להדיא שלא מועילה הסכמה למפרע, ומה שאכלו קודם ההסכמה, הוי גזל, ומה שסמכו אמימר ורב אשי, מפני שסברו שמביא מדנפשיה, אבל מטעם שמועילה הסכמה למפרע. וע"ע בתוס' קדושין נב, ב, (ד"ה אם).

וכן מבואר בראשונים אחרים, עיין בריטב"א (מיוחס לריטב"א, בסוגיא ד"ה שם אייתי), שמה שאכלו אמימר ורב אשי, לא מטעם הסכמה למפרע, אלא יש כבר הסכמה בהווה, שהאריס ידע שמרי בר איסק רוצה שת"ח יהנו מנכסיו, ולא אתא לידיה באיסורא, דרחמנא שרית מעיקרא. ולכן כבר כעת יש הסכמה של מרי בר איסק, מחמת ידיעת האריס בדעתו, אך לא הסכמה למפרע. ודברי הריטב"א הובאו בשטמ"ק (ב"מ כב,א): "נראה לי דהיינו טעמא, דידע במרי בר איסק שהיה אוהב הלומדים וניחא ליה, והוה ליה כאלו הרשה את האריס מתחלה לכך, ולא מתורת יאוש שלא מדעת או מתנה או מחילה שלא מדעת נגעו בה. וכי אמרו ליה נמי למר זוטרא השתא נמי אמאי לא אכיל מר, לא תפסו עליו על העבר אלא על ההוה, כיון שגילה דעתו. ואהדר שאין זה גילוי דעת אפילו על ההוה, כיון דאיכא טעמא דכיסופא, אע"ג דהשתא אמר דניחא ליה בהכי". ומר זוטרא סבר שלא מיבעיא שאין בזה גלוי דעת על העבר, גם על ההוה, כשאומר מפורש כלך אצל יפות, לא מהני לענין אורחים, דדילמא מחמת כיסופא הוא דאמר הכי. ובריטב"א בסוגיא כתב דמעיקרא אמימר ורב אשי סברו דשרי, כיון שיש לו חלק בפירות, ומר זוטרא לא אכל, כיון דהוי חולק שלא מדעת, וכשאמר לאריסו למה לא הבאת להם מהטובים יותר, שאלו את מר זוטרא, הרי כאן יש גלוי דעת על להבא, ומהני גילוי דעת על להבא, וע"ז השיב להם מר זוטרא, דאפשר דמשום כיסופא אמר כן, ולכן לא מהני הגילוי דעת גם מכאן ולהבא.

וכן במאירי בסוגיא מבואר דלא מהני הסכמה למפרע, ורק כיון שכנראה נח לו כבר כעת, מהני מה שלקחו מהאריס, אבל אם לא יודעים את דעתו כעת, לא מועיל מה שיגלה אח"כ דעתו, דאין להם זכות במה שמגלה דעתו אח"כ, כיון דקיי"ל דיאוש שלא מדעת, לא הוי יאוש, דגלוי הדעת לא נאמר אלא בתרומה, שמן הסתם הואיל ומצוה היא, ראוי לתפוש גלוי הדעת שלו בבירור הגמור, אולם לענין נכנס בכרם חברו או גינתו, ושלוחו של בעל הבית או אריסו נותן לו מפירות, אסור לאכול מהם, ואפי' בא בעל הבית ואמר כלך אצל יפות. ויש מתירין באריס. ומ"מ אם היו תלמידי חכמים, ובטוחים בבעלים שנוח להם להנות תלמיד חכם מנכסיו, אף בלא גלוי הדעת מותר; "ואין זה דומה ליאוש שלא מדעת, שיאוש שלא מדעת כשתיאשו, לא יתיאשו אלא מתוך שאין להם בה סימן, אבל זו בידוע שרוצה בכך, ואין כאן לומר באיסורא אתא לידיהו". מבואר במאירי, שניחותא בת"ח הרי זה כגילוי דעת תמידי, ואין כאן

גילוי דעת למפרע, אלא בשעת הנתינה לת"ח, ידוע שזה רצון הבעלים. משא"כ ביאוש שלא מדעת, בשעת המציאה לא ידועה דעתו, ורק אח"כ מתיאש, והיאוש לאביי מכאן ולהבא ולא למפרע. הרי דכל היכא דבעינן דעתו כעת, אם יש אומדן דעת לדעתו כעת, מהני. אולם אם אין ידוע דעתו אלא מחמת גילוי דעת דאח"כ, לא מהני למפרע. וכן מבואר בהגמ"א (ב"מ ב,ג): "... אך על זה לא היה סומך שהיה יודע שמרי יתרצה בדבר כשידע, דהא קי"ל כאביי דאמר מה שעתיד להיות, אינו חשיב כתחלה". וכן הוא בהגמ"ר (סי' תכה). והיינו כל דבר שצריך עכשיו הסכמה או שליחות, אין ההסכמה של אח"כ חלה למפרע, משא"כ אם ההסכמה מגלה מה היתה דעתו באותה שעה. ודעת ר"י המובאת בהג"א, דרב אשי סמך על זה שודאי האריס הביא מחלקו.

והנה הש"ך שנח,א כתב, דאף שמדברי התוס' והג"א והגמ"ר (הנ"ל) מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו, אפי' אם יודע שחברו יתרצה, אסור לאכול, דהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ואע"ג דהשתא ניחא ליה, מעיקרא לא הוי ניחא ליה; "ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני, שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובעל כרחו הוא מתייאש, א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה". דבשעה שבאה האבידה ליד המוצא, עדיין לא התיאש, ואם היה יודע שהאבידה אצל המוצא, לא היה מתיאש. משא"כ באריס, כיון שידוע שיתרצה, כבר כעת בהיתרא אתי לידיה, דכיון דמן הסתם אינו מקפיד, כבר כעת חשיב כמסכים מרצונו הטוב לתת לאורחים. ואף דהגמ' שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת, יש לחלק, דלענין תרומה וטומאה לא מספיק במה שאנו אומדים דעתו אלא צריך ידיעה ממש, עיי"ש. ועיין בנחל"ד בסוגיא, דדברי הש"ך עולים כדברי הריטב"א הנ"ל, ותלוי במחלוקת הראשונים בסוגיא, וכמו שהתבאר לעיל.

ובבאור דברי הש"ך, עיין בברכת שמואל (ב"מ סי' כב, וכן סי' כג,ג), דכאשר ברורה דעתו שרוצה לתת לחבירו, הרי זה בבחינת יאוש מדעת, דכבר כעת אנו יודעים את דעתו, ולא צריכים לגילוי דעתו של לאחר מכן. ואינו דומה לאבידה, דשם מתיאש בהכרח, וע"כ אין זה אומדן בדעתו כעת אלא ע"י דעתו בריצויו שלאחר מכן, ובזה ס"ל לאביי שאין זה דין דעת. ומדעת הש"ך יש ללמוד לכאורה לענין מכירת חמץ, דודאי ניחא ליה מהשתא, ואינו ענין ליאוש שלא מדעת, וכיון דמהשתא ניחא ליה שימכרו חמצו, סגי בדיעבד כשאחר מכר בלא שליחותו, שלא יעבור על בל יראה, ולא יאסר החמץ לאחר הפסח.

ובקצוה"ח שנח,א, הקשה על הראשונים הנ"ל מהגמ' בכתובות מח,א: מי שנשתטה בי"ד יורדין לנכסיו, וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר. אמר

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

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

ובקצוה"ח רסב,א, הביא ב ראיות לחלק בין ניחותא דמצוה לשאר דברים. מעירובין ע"א, במה שנחלקו בית שמאי ובית הלל בביטול רשות משחשיכה, וסברי בית הלל דמהני, דהו"ל כאומר כלך אצל יפות. ופירש רש"י שם (ד"ה כלך), דכי

היכי דאמרינן בכלך אצל יפות, מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה, בביטול רשות נמי דמעיקרא ניחא ליה, אלא דשכח ולא ידע. ומבואר דכלך אצל יפות מהני אפילו בדלא שויה שליח, משום ניחותא דמצוה שאני. עוד הוכיח בקצוה"ח, ממה שפסקו הרמ"א או"ח תרמט,ה, ובט"ז או"ח תרלז,ד, דמותר ליטול אתרוג של חבירו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו, משום דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה, ואע"ג דהשתא לא ידעו הבעלים. והרי לשיטת התוס' ב"מ כב,א (הנ"ל), אם נותן אדם לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו, אף שיודע בחבירו שיתרצה אילו יודע, אפ"ה אסור לאוכלו, כיון דהשתא מיהא לא ידע, כיון דקי"ל כאביי, וא"כ איך יכול להשתמש בסוכת חבירו ובאתרוג חבירו. וי"ל משום ניחותא דמצוה לא בעינן ידיעה.

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

ובנתיבות רסב,ד, כתב לחלוק על קצוה"ח, וז"ל: "וישתקע הדבר ולא יאמר, וח"ו לומר כן, דבלא"ה ידעינן דלא ניחא ליה בחמץ, דהא איסורא לא ניחא ליה דליקניה, ובלא"ה אינו ברשותו כלל, דאיסור הנאה הוא, רק דרחמנא אוקמיה בע"כ ברשותיה כדאמרינן (פסחים ו,ב), שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו, א"כ מה בכך ידיעינן דמעיקרא לא ניחא ליה, כיון דרחמנא אוקמיה בע"כ ברשותו, כל זמן שלא ביטל בפה או בלב".

והעונג יו"ט (סי' קיא) כתב לבאר במש"כ הש"ך, דכל דלבסוף ניחא ליה, מהני למפרע, ואבידה שאני, שגם אח"כ אינו מתיאש אלא לפי שאינו יודע, היינו דוקא כשלא בעינן לעשות ע"י הניחותא של הבעלים כל פעולה חדשה אלא רק הסרת עיכוב של הבעלים, אבל לא פעולה חיובית, בזה מהני לש"ך הניחותא למפרע. ולכן

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

[ומש"כ העונג יו"ט דיכול ליקח מקטן, אף שאינו יכול להקנות, מ"מ מהני ניחותא דקטן, ראיתי אח"כ לגרש"ש (בחידושים לב"מ סי' כג) שכתב לבאר דענין היאוש הוא התרצות, דכיון שהחפץ אבוד ממנו ורחוק הדבר ששיגנו, הוא מתרצה שיזכה בו אדם אחר, כיון שחושב שבין כך וכך לא ישיג החפץ, ואין לו שום הפסד במה שיהנה בו אדם אחר, וממילא ענין יאוש אינו פעולה חיובית אלא חוסר הקפדה, דבדבר שאין לו תועלת אינו מקפיד עליו, ואינו נחשב בעיניו להקפיד על מציאותו וקיומו. ולכן בקטנים לא מהני יאוש, דכמו דלא מהני מתנת קטן ומחילתו, כמו כן לא שייך בקטן ענין של אינו מקפיד, דרק באדם בר דעה שאינו מקפיד ע"פ חשבון ושכלו הבריא, מועיל גילוי דעתו שאינו מקפיד. ועיינ עוד בברכת שמואל (ב"מ סי' כב,ג) איך יהיה הדין באומדנא גמורה, אם מהני גם בקטן, לאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. וכתב דקטן חשיב לעולם יאוש שלא מדעת, כיון דאינו בר הקנאה, ומה דמהני בזוטו של ים בקטן, דאף דלגבי קטן תמיד יחשב יאוש שלא מדעת, מ"מ יאוש שלא מדעת כזוטו של ים, גם אביי יודה דמהני.]

ב. קידש בדבר שאין בעה"ב מקפיד

איתא בקדושין נב,ב: ההוא סרסיא (עושה שכר מתמרים של בעל הבית למחצית שכר) דקדיש בפרומא דשיכרא (לאחר שהוציא ממנו המשקה), אתא מריה דשיכרא, אשכחיה, אמר ליה אמאי לא תיתיב מהאי חריפא (יש שהוא טוב מחבירו, שלא נתנו בו מים פעמים הרבה, ויש לו לחלוחית לתת עוד טעם במים אחרים). אתא לקמיה דרבא, אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד (שיועיל למי שנטל את של בעל הבית שלא ברשות, דנימא גלי דעתיה דניחא ליה, אלא לענין תרומה בלבד, דהא לתרום הן עומדות, אבל לענין מי שנטל לעצמו, משום כיסופא הוא דקאמר ליה דלא נכסוף, אבל למפרע לא ניחא ליה) ... אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד ואינה מקודשת. ומבואר ברש"י דהסוגיא מיירי לענין קדושין למפרע, דכיון דבעינן שיהיה שלו בשעת הקדושין, אף אם כעת סגי באמירה זו, מ"מ לא מהני שיהיה שלו למפרע בשעת הקדושין, כיון שבשעת הקדושין קדשה בגזל. ומשמע דמכאן ולהבא מהני. דמרש"י מבואר דטעם כיסופא הוא מדוע לא יחולו הקדושין למפרע, אבל בלאו האי טעמא, מהני אף למפרע. ולפ"ז י"ל דלרש"י הסוגיא הינה אליבא דרבא, דאליבא דאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, גם בלא טעם דכיסופא לא מהני למפרע. וכן כתב הרמב"ן בדברי רש"י, דמי שנטל לעצמו משום כיסופא הוא דקאמר דלא ליכסוף, אבל למפרע לא ניחא ליה, ומשמע דמכאן ואילך ניחא ליה. וצ"ל דלרש"י הסוגיא אליבא דרבא, אבל אליבא דאביי אין צריך לטעם כיסופא. ועיין תוס' קדושין שם (ד"ה אם), ובמקנה שם, ובריטב"א בסוגיא.

ובמאירי בסוגיא שם בקדושין, כתב וז"ל: "ויש מפרשים כדי שלא יתבייש ממה שעשה, לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה, הא כל שאמר לו בהדיא שנוח לו בכך אינו גזל. ומכל מקום דוקא כשאמר לו קודם שיקדש, הא אם קדש תחלה ואחר כך אמר לו הלה שנוח לו בכך, אינה מקודשת, שמכל מקום בגזל קדשה, ואין אומרים מדהשתא ניחא ליה, מעיקרא נמי ניחא ליה, שאין אומרים כן אלא לדעת האומר יאוש שלא מדעת הוי יאוש, אבל מאחר שפסקנו שאינו יאוש, אין אומרים כן. ולא הביאו גדולי הפוסקים מעשה זה אלא ללמוד הימנו אם קדש בו אחר שאמר לו בעל הבית כן. וכן כתבוהו חכמי הדורות. ומכל מקום אם קדשה בדבר שמן הסתם אין בעל הבית מקפיד עליו, כתבו גדולי המחברים שמקדשת מספק". מבואר מהמאירי דלענין קדושין לא הוי מקודשת, שאין גילוי הדעת מועיל למפרע, ורק מכאן ולהבא יכול להועיל, אא"כ אמרינן דמשום כיסופא הוא דעבד. ומבואר במאירי שפירש הסוגיא אליבא דאביי, ולכן למדו שלא מועיל כלך אצל יפות בקדושין מכאן ולהבא, מטעם דכיסופא. עוד הביא המאירי את דברי הרמב"ם, שאם קדשה בדבר שמן הסתם בעה"ב לא מקפיד, הוי ספק מקודשת.

ודברי הרמב"ם הינם בהל' אישות ה,ח, וז"ל: "הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה, ובא בעל הבית, אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה, אינה מקודשת, שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו, והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו, הרי זה גזל ואינה מקודשת. ואם קידשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו, כגון תמרה או אגוז, הרי זה מקודשת מספק". ולכאורה אם ידוע שאין בעה"ב מקפיד, מדוע מקודשת רק מספק. ודבר זה למדנו מדברי המל"מ, שכתב לבאר בדברי הרמב"ם דמיירי בתמרה שאינה שוה פרוטה, ומקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי, אך אין הספק מצד הלכות גזל וקדושין בדעת בעה"ב, שאם אינו מקפיד, היתה צריכה להיות מקודשת. אלא שבעה"ב אינו מקפיד רק בדבר שאינו שוה פרוטה, ומצד הלכות בעלות, כיון שאינו מקפיד, הוי קדושין, אלא כיון שהם קדושין בפחות משוה פרוטה, מחמת הספק שמא שוה פרוטה במדי, הרי היא ספק מקודשת. אלא שמצא המל"מ לקצת מגדולי האחרונים, הב"ח, הט"ז והב"ש כח,מב, ושכן נראה דעת הטור והשו"ע שהביאו דין זה באהע"ז סי' כח, ואם כפירוש המל"מ, היה להם להביא דין זה בספק שוה פרוטה במדי, בסי' לא, וכן הרמב"ם היה לו להביא דין זה בפ"ד מאישות העוסק בדין ספק שוה פרוטה. ולכן נראה שתפסו דברי הרמב"ם ככתבם, ומשום חשש גזל נגעו בה; "ובטלה דעתי לדעתם ודו"ק. אחר שכתבתי זה הראה לי חד מן חבריאי תשובת הר"ש בר צמח מכ"י סי' ב' שפירש דברי רבינו כמו שפירשתי". ודברי הרשב"ץ (ח"א כג), הביאם גם באבנמ"ל כח,מה, שהרמב"ם לא אמר דבריו אלא דתמרה ואגוז שאין בו שוה פרוטה ואין בו דין גזלן, כיוצא בזה אין החברים מקפידים זה על זה, ואע"פ שאין בו שוה פרוטה, מקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי, אולם בדבר שיש בו שוה פרוטה, יש בו דין גזל ואינה מקודשת כלל, עיי"ש באבנמ"ל, שהשיג על מש"כ הפרישה דאם יש בו שוה פרוטה, ודאי מקודשת, דבתשב"ץ מבואר להיפך, דאם יש בו שוה פרוטה, ודאי גזל הוא ואינה מקודשת. ועיין עוד בחת"ס (חאהע"ז ח"א סי' פה) מש"כ בדברי התשב"ץ.

גם בלח"מ הסתפק בלש' הרמב"ם, אם התמרה שוה פרוטה או לא, דאם התמרה או אגוז פחות משוה פרוטה, א"כ הוי ספק ספיקא בקדושין, שמא שוה פרוטה במדי או לא, ואת"ל דשוה, ספק אם מקפיד או לא. ודעת הלח"מ נוטה דמיירי בשוה פרוטה, והוי רק ספק בדעת בעה"ב. ועיין בט"ז אהע"ז כח,לג מש"כ לחלוק על דברי המל"מ, וכן כתב הב"ח והב"ש כח,מה, דהספק הוא שמא בכל אופן מקפיד, ולכן הוי ספק מקודשת, ושלא כדעת המל"מ ודעימיה, שהספק שמא שוה פרוטה במקום אחר. ועיין במש"כ המקנה כח,ז (ד"ה הנכנס).

ועל פירוש המל"מ, דלרמב"ם אין איסור גזילה בפחות משה פרוטה ונהיה בעלים על החפץ, ורק מחמת ספק שוה פרוטה במדי ספק מקודשת, יש להקשות ממש"כ הרמב"ם בהל' גניבה א,ב: "אסור לגנוב כל שהוא דין תורה, ואסור לגנוב דרך שחוק, או לגנוב על מנת להחזיר, או לגנוב על מנת לשלם, הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך". וקושיא זו ראיתי אח"כ במחנה אפרים גזילה ב בסופו. וצ"ל למל"מ, דאף שאסור פחות מפרוטה מדין חצי שעור (עיי' בנו"כ על הרמב"ם שם), מ"מ כיון שאין בעה"ב מקפיד, נהיה בעלים על הפחות משה פרוטה, אף שלענין איסור תורה, מצער את חברו ועובר על האיסור, אך כיון שאינו בדין השבה, הוי כבעלים על הדבר.

ובנו"ב (קמא, חאהע"ז סי' נט) הקשה על דברי הרמב"ם, דגוף הדין שחידש הרמב"ם שאם אין בעה"ב מקפיד הוי ספק קדושין; "חידוש הוא ולא זכיתי לבוא על מקורו, מאין המציא חידוש זה, וכל נושאי כליו לא הראו לנו את מוצאו, ואלמלי לא נאמר בדברי הרמב"ם, שאחריו אין להרהר, הנה הדבר תמוה מאוד, ומה בכך שאין בעה"ב מקפיד, מ"מ כל זמן שלא הפקירו בפירוש, במה יצא החפץ או האוכל מחזקת מרא קמא". וכתב הנו"ב לפרש, דהרמב"ם מיירי בלוקח הדבר בפני בעה"ב, ובעה"ב רואה בשעה שלוקחו, וכיון שהוא אגוז או תמרה דבר שאין מקפיד עליו, מסתמא מוחל לו בשעת לקיחה וזכה בו מדעת חברו. והיינו דאם לוקחו בשעה שרואה ואינו מקפיד, אין כאן הקנאה למפרע אלא הסכמה להקנות לו מכאן ולהבא את התמרה והאגוז, רק כיון דהוי ספק אם כך הם הדברים, לכן הוי ספק קדושין.

ואפשר דסברת הרמב"ם, ע"פ מש"כ בהל' עדות י,ה, וז"ל: "אריס שלקח דבר מועט מן הפירות שבכרו בימי ניסן וימי תשרי קודם שתגמר מלאכתו, אע"פ שלקח שלא מדעת בעל השדה, אינו גנב וכשר לעדות, שאין בעל השדה מקפיד עליו, וכן כל כיוצא בזה". ומקור דברי הרמב"ם מהגמ' סנהדרין כו,ב: ואמר רב נחמן, גנב ניסן וגנב תשרי (ניסן זמן קציר, תשרי זמן בציר ואסיף) לא שמיה גנב, הני מילי באריסא (דטרח בה, ומורה היתירא ליטול דבר מועט יותר על חלקו מפני טרחו), ודבר מועט, ובדבר שנגמרה מלאכתו (דמשויה נפשיה כפועל, ומורי בה היתירא וסבר לא קפיד). איכריה דרב זביד (לאו היינו אריס, ואינו חולק בפירות) חד גנב קבא דשערי ופסליה, וחד גנב קיבורא דאהיני (כמין אשכול, יש תמרים הרבה בענף אחד) ופסליה. ומזה למד הרמב"ם, דאף שבגמ' מבואר דדוקא באריסיה ודבר מועט ונגמרה מלאכתו, מ"מ יש דברים שבעה"ב גם אינו מקפיד באינש דעלמא, כגון בתמרה ואגוז, ולכן גם בהם אין בו גזל.

ולפ"ז היה נראה לבאר מש"כ הרמב"ם דהוי ספק קידושין, דהרמב"ם מספקא ליה אם דין זה של אריס וכל היכא שבעה"ב אינו מקפיד, אם רק לא נפסל לעדות,

שאינן לו שם גזלן, ומ"מ דין בעלות על החפץ אין לו, וממילא אינו יכול לקדש אשה, או שגם יש לו דין בעלות על החפץ ולגמרי לא עבר על איסור גזילה. דממש"כ רש"י הנ"ל: דטרה בה, ומורה היתרא ליטול דבר מועט יותר על חלקו מפני טרחו, משמע דכיון דמורי היתרא, אין דינו כגנב לפסלו לעדות, וכדין קוברי המת ביו"ט, דסובר שאין בזה עבירה, אבל הרמב"ם שכתב שאין בעה"ב מקפיד, לכאורה גם איסור גזילה אין בזה. (ועיין בגר"א חו"מ לד, כז). ואפשר דהרמב"ם מספקא ליה בטעם, אם משום מורי היתרא או אינו מקפיד, ולכן לענין עדות ס"ל שאין בזה עבירה כלל, כיון שאינו מקפיד, אך כיון דאפשר שהטעם משום מורי היתרא, לכן האשה ספק מקודשת, אם יש לו תורת בעלות על מה שנטל. ועיין אגרות משה חח"מ ח"א סי' מז (ד"ה אך יש).

ועיין עוד בנודע ביהודה (תנינא, חאהע"ז סי' עז), לאחר שהביא מה שהקשה במהדור"ק על הרמב"ם, הוסיף להקשות (וכן הוא בגליון שו"ע של הנו"ב, חו"מ סי' שנח), דאף אם מותר ליטלו ואין בו משום גזל, מ"מ איך זכה הנוטלו להיות חשוב שלו, דכל זמן שלא הפקירו בעליו בפירוש, אי אפשר לזכות בו, וכמש"כ המג"א תרלז, ג בשם היראים, דאפי' למ"ד גזל כותי שרי, מ"מ לא מיקרי לכס. וכתב הנו"ב לישב דברי הרמב"ם, דגם הרמב"ם מודה דאפילו דבר שאינו מקפיד עליו, אף דאין בו משום גזל, מ"מ לא יכול לזכות בו שיהיה שלו, ומ"מ אם קידש בו אשה, האשה זוכה בו, דכיון שאין בעה"ב מקפיד, לא גרע מיאוש, והאשה קונה ביאוש ושינוי רשות אף שאין בעה"ב יודע כלל אם נטלו זה והוי יאוש שלא מדעת, והביא ראייה מדברי הש"ך שנחא הנ"ל, דדוקא ביאוש דאבידה, דגם עתה אחר שנודע לו אינו מתייאש מרצונו רק בעל כרחו, שאינו יודע היכן הוא ובאיסור אתי לידיה, ולכך לא מהני יאוש שלא מדעת, משא"כ בדבר שמוותר מרצונו ומתייאש ברצונו הטוב, מהני אף שלא מדעת ובהיתרא אתי לידיה. ולפ"ז גם במכירת חמץ י"ל שיזכה הנכרי, דכיון שאינו מקפיד ומוותר מרצונו, מהני מכירת האחר, אף שלא מינהו שליח.

ומה שיש ללמוד מתש' הנו"ב, שהזכיה באינו מקפיד הוא מטעם הפקר, באבנמ"ל כח, מט כתב לחלוק על הנו"ב, דדבר שאינו מקפיד עליו לאו מתורת הפקר, דהפקר אינו בחזרה, וכמש"כ הרמב"ם בהל' נדרים ב"ד, דאסור לחזור מהפקר והחזור בו עובר משום כל יחל דברו, ואם נאמר דדבר שאינו מקפיד הוי הפקר, א"כ יצטרכו הבעלים כל פעם לחזור ולזכות בו בדבר שאין מקפידים. ולכן כתב האבנמ"ל לבאר, דדבר שאינו מקפיד נקנה לזוכה בתורת מתנה, דהבעלים שאינו מקפיד וחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו, וכיון דהוי מתנת מתנה, לא בעינן שאינו מקפיד לכל אדם. והביא ראייה מסוכה מב"ב, דמלמדים אותם שיאמרו כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה כו', למחרת משכימין כו', והתם ודאי נגד אינו יהודי מקפיד

על לולבו ואינו נותן לו במתנה, אלא כיון שהוא בתורת מתנה אינו צריך לכל אדם. ודוקא בהפקר דמיד יוצא מרשותו, אינו אלא כשמיטה שהוא הפקר לכל, אבל מתנה שאינה יוצאת מרשות נותן עד דמטי לרשות מקבל, וכשם שיוכל ליתן לאדם אחד, כן יכול ליתן לכמה בני אדם, ומי שיזכה בו הוא שלו, עיי"ש.

אולם מדברי הגרי"א (נחל יצחק חו"מ סי' ו) מבואר שזוכה מדין הפקר. לאחר שהביא דברי האבנמ"ל והנו"ב, כתב דמקור דברי הרמב"ם מהגמ' פסחים ו,ב: אמר רב יהודה אמר רב, הבודק צריך שיבטל, מאי טעמא, אי נימא משום פירורין, הא לא חשיבי, וכי תימא כיון דמינטר להו אגב ביתיה חשיבי, והתניא, סופי תאנים ומשמר שדהו מפני ענבים, סופי ענבים ומשמר שדהו מפני מקשאות ומפני מדלעות, בזמן שבעל הבית מקפיד עליהן, אסורין משום גזל וחייבין במעשר, בזמן שאין בעל הבית מקפיד עליהן, מותרין משום גזל ופטורין משום מעשר. אמר רבא, גזירה שמא ימצא גלוסקא יפה ודעתיה עליוה. וברש"י שם דפטורין מן המעשר: "דהפקר פטור מן המעשר", ולכן סובר הרמב"ם שאם קדשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו, כיון שזכה מן ההפקר, הוי ספק קדושין. ומזה מוכח שמה שזוכה הוא מתורת הפקר ולא מתנה. אלא שמהגמ' בפסחים מבואר דודאי אינו מקפיד, אין חשש שמא מקפיד, דאם יש חשש שמא מקפיד, יהיה חייב במעשר. אלא בהכרח י"ל דהוי דבר שאינו שוה פרוטה, ובזה אינו מקפיד, והספק שמא שוה פרוטה במדי, וכדעת התשב"ץ והמל"מ הנ"ל. אך כתב דאפשר דהוי ספק אם מקפיד, וכדעת החולקים על התשב"ץ והמל"מ, ומה שאינו חייב במעשר, דשיטת כמה ראשונים דמעשר פירות הוי מדרבנן, ואף לשיטת הרמב"ם דחייב מהתורה, מ"מ סופי תאנים וענבים, שאינן מתבטלות כל צרכן, לא חשיבי ומעשרותם מדרבנן, ולכן מספק שמא אינו מקפיד, פטור ממעשר, ואף לענין גזל, ספק גזל לא אסרה התורה, והוי אסורו מדרבנן. ומ"מ כתב דברור שמתורת הפקר אתינן עלה, ולא כאבנמ"ל. (ועיי' לנצי"ב במשיב דבר (ח"ד סי' לג) שהביא את הגמ' בפסחים ו,ב, כמקור לדברי הרמב"ם. ועיי' עוד בבית אהרן לגר"א וולקין, ב"מ כב,א בסופו). וכן נמצא לגרב"ב, ברכת שמואל ב"מ כג,ג, דכיון שיודעים שודאי מתיאש, יש לו דין דעת מעתה, וכבר מעכשיו חל עליו דין הפקר ונפקע ע"י זה ממונו.

ובאמרי בינה (חאו"ח בסופו, השמטות לדיני אתרוג, ס"ק יד) הביא ראייה לדעת הנו"ב שהוא מטעם הפקר ולא מתנה, מב"ב נו,א דבהעמדה כדי לא קפדי אינשי, ושם הוי כהפקר לבני החצר, דאי משום מתנה, היה אסור למודר הנאה. האמרי בינה הביא המג"א תרנח,ג, כשלא היה הבעל בביתו, ונתנה אשתו את הלולב לאחד מאוהביו או קרוביו במתנה. דאם נתנה במתנה י"ל דלא יצא, דשמא ניחא ליה לבעל למכרו לאותו יום. אולם אם מכרה, נראה דמותר לה למכור, ד דזכין לאדם שלא בפניו. ואם הבעל אדם חשוב הוא וזילא בי' מילתא למכור האתרוג, שרי גם לתת מתנה,

דאמדינן דעתו דניחא ליה. והא"ר כ' דאין הבעל מקפיד בזה, מכל שכן כשהיא האשה נו"נ בתוך הבית. והביא האמ"ב מאחיו, הרב הגדול מו"ה יהושע פאלק אויערבאך נ"י הרב בק"ק קלעטשאווי, דדין זה תלוי במחלוקת תוס' וריטב"א ב"מ (כב, א) ביאוש שלא מדעת, דתוס' סוברים דלאב"י דלא הוי יאוש, אין ליקח שלא מדעת חבירו דבר שידענו אם היה יודע הי' ניחא ליה. והריטב"א מחלק בין אבידה לנוטל חפץ שאינו מקפיד, דדוקא באבידה דלא ידע כלל היכן היא, ואם היה יודע היכן אבידתו לא היה מתיאש, בזה לא הוי יאוש, משא"כ בדבר דניחא ליה, ואם היה יודע היה מתרצה, בזה לכ"ע בהיתר אתי לידו דמסתמא אינו מקפיד. והביא דברי הש"ך, הנו"ב והאבנמ"ל, והביא הראיה הנ"ל לדברי הנו"ב, כנ"ל. וכתב דהעיקר לחלק, דאף אם נאמר דשלא מדעת אינו רשאי ליקח בדבר שאינו מקפיד לגבי אחד ומקפיד על אחרים, מ"מ אשתו ששולטת בביתו בודאי הרשה לה לתת מן ממונו כפי הנאות ורשאי לקבל ממנה, משא"כ שלא מדעת בעלים. ולפ"ז באתרוג, אף דשלא מדעת חבירו אינו רשאי ליקח, כמבואר ברא"ש ורמ"א (סי' תרמט) דלא הוי לכס, מ"מ אשתו או בן ביתו שאינו מקפיד אם עושה דבר בממונו, אנן סהדי דניחא ליה.

ובעצם דברי הרמב"ם דהוי ספק קדושין בדבר שאין בעה"ב מקפיד, נמצא למחנה אפרים (גזילה סי' ב) לבאר שאין דין זה של לוקח בדבר שאין בעה"ב מקפיד, שייך ליאוש שלא מדעת, דע"כ לא אמרו יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אלא גבי אבידה שאינו מתיאש אלא משום שאינו יודע היכן היא, ואלו היה יודע שהאבידה אצל מוצאה, לא היה מתיאש, משא"כ בנוטל דבר שאין בעה"ב מקפיד, דכיון שידוע שיתרצה בעה"ב כשידע, דמן הסתם אינו מקפיד, כבר כעת בהתירה אתא לידה. וכתב להוכיח מהרישא של דברי הרמב"ם בהל' הנ"ל; הנכנס לבית חברו ולקח לו כלי או אוכל וקדש בו את האשה ובא בע"ה, אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה, אינה מקודשת, שלא אמר דבר זה אלא כדי שלא יתבייש עמו. דמשמעות דברי הרמב"ם שאם היינו יודעים דלאו משום כסופא קאמר אלא גמר בכל לבו, היתה מקודשת, דכיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה; "אלא ודאי יראה דס"ל להרמב"ם והטור, דכל היכא דגילה דעתו השתא, מהני כל דליכא למיחש לכסופא, ויאוש שאני משום דמה שמתיאש אח"כ אינו מרצונו, דאלו הוה ידע לא הוה מתיאש, אבל מידי שאין בעה"ב מקפיד עליו, כיון דלכי ידע ניחא ליה, השתא נמי בהיתרא בא לידה".

עוד הביא המחנ"א ראה מדברי התוס' קדושין מ"ב, (ד"ה וי"א), לענין האוכל בשוק פסול לעדות, שפי' משם ר"ח דאיירי בחוטף משל אחרים ואוכל, והקשו התוס', אם כן תיפוק ליה משום גזלן, ותירצו דאיירי במידי שאין בעה"ב מקפיד עליו. מבואר שכל דבר שאין דרכו להקפיד עליו, לא מיקרי גזל. ואף למש"כ התוס' ב"מ כב, א

(הנ"ל), לא אמרו אלא במידי דדרכו של בעה"ב להקפיד אצל אחרים, שבזה אמרו דאע"ג דלגבי אלו יתרצה, מ"מ אמרינן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, משא"כ בדבר שאין דרכם להקפיד אצל כל אדם, בכי הא לא מיקרי גזל. ומ"מ מדברי המחנ"א מבואר דס"ל כש"ך שנחא, הנ"ל, שחילק בין יאוש שלא מדעת באבידה, ללוקח דבר שאין בעה"ב מקפיד עליו, וביאר בדרך זו דברי הרמב"ם. ועיין בשער המלך (גרושין א,א, בסופו) שכתב לבאר בדברי הרמב"ם דאם לא היה חשש כיסופא, היתה מקודשת מכאן ולהבא ולא למפרע, כדעת הריטב"א, עיי"ש.

והב"ח (אהע"ז סי' כח) דן באריכות בדברי הרמב"ם, וכתב דדעת הפוסקים שכשיש גילוי דעת דניחא ליה, אמרינן דניחא ליה למפרע, וחוששין לקדושין כשאין לחוש שמשום כיסופא קאמר, כגון כשמחל בפירוש. ומ"מ ס"ל לב"ח דלמעשה אין שם קדושין ודאי אלא ספק קדושין, בין נתאכלו המעות ובין לא נתאכלו, והיינו בין לענין להבא ובין לענין למפרע. והח"מ כתב דכל הדיון בשיטת הרמב"ם הוא לענין מכאן ולהבא, נפק"מ שאם אין הקדושין בעין ביד האשה והוא מגלה דעתו דניחא ליה למפרע, לא מהני גילוי דעת כשנתאכלו הקדושין, משא"כ אם הקדושין בעין ביד האשה והוא מוחל בפירוש, דליכא למימר משום כיסופא עושה, אפשר לומר דמקודשת להבא; "ולמעשה צ"ע". ועיין בב"ש כח,מד מה שהביא בזה מחלוקת ראשונים אם חל מהשתא. וצ"ל דגם הב"ש אינו חולק דאם גילה דעתו בפירוש דניחא ליה, באופן שאין לחוש לכיסופא, דמהני מכאן ולהבא, אם לא נתאכלו המעות, וכדעת הריטב"א, ומה שחלק הוא בהסבר דעת הראשונים דחשש כיסופא הוא לענין למפרע. דס"ל לב"ש דחשש כיסופא הוא גם לענין מכאן ולהבא, כעולה מהסוגיא ב"מ כב,א.

ג. זכין לאדם ולא מאדם

ולעיל הובאה מחלוקת האחרונים אם בדבר שאינו מקפיד זוכה מדין הפקר או בתורת מתנה. עוד התבאר דהיכא שיש ניחותא דמצוה, מהני אף בלא מינה שליח, וכמש"כ קצוה"ח רסב,א. והנה בתה"ד (סי' קפח) דן באשה בעלת הבית, שלשה לה המשרתת עיסה, והלכה בעלת הבית מחוץ לביתה קודם שהפרישה חלה, ובטרם חזרה נתחמצה העיסה כל צרכה, ויש צורך לאפותה לאלתר, ורוצה המשרתת להפריש החלה בלא רשות בעלת הבית. והשיב תה"ד: "יראה דשפיר דמי למיעבד הכי, דכיון דמתקלקלת העיסה, זכות הוא לה לבעלת הבית וזכין לאדם שלא בפניו, וקי"ל זכיה מטעם שליחות איתרבי, ולענין תרומה רבינן שליחות מאתם גם אתם, והכי נמי המשרתת נעשה שלוחה אפי' שלא מדעתה מטעם דזכות הוא לה. ואפי' אם אין כאן אלא חשש קילקול העיסה אמרינן דזכות הוא לה, כיון דרגילות הוא לפעמים שבעלת הבית נותנת רשות למשרתת להפריש חלה אפילו בפניה". והקשה (בהגהה שם) מחולין יב,א,

האומר לשלוחו צא ותרום לי, ושמע איניש אחרינא ואזל ותרם, אין תרומתו תרומה, דהוי ליה תורם שלא מדעת, ואף שבזמן שתרם יודעין שרוצה בעה"ב לתרום. וי"ל, דדוקא התם לא מהני, משום דאיכא למימר דדעת דבעל הבית דשלוחו דוקא יתרום, משום דיודע ומכיר באיזה מידה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה או רעה או בינונית, וכן אם דרכו לומר כלך אצל יפות או איפכא, אבל בהפרשת חלה בזמן הזה דהכל שוין בו ליטול בכזית ולשורפה, אין לומר כלל שיש קפידא מי יפריש ויתרום. וכן מהטעם שיש לחוש לקלקול העיסה, אין קפידא מי יפריש ויתרום.

וכתב תה"ד, דאין להקשות מב"מ כב,א, דלא מהני אם הפריש תרומה בלא שוויה שליח, ולא מועיל גילוי דעת של אח"כ. יש לחלק, דשם בשעה שנעשה שליח לא ידעין כלל דניחא ליה, אלא דאח"כ שמענו או ראינו דניחא ליה, ולזה לא מועיל הגילוי דעת למפרע, שהרי אלולי גילוי הדעת של אח"כ, לא היינו יודעים דעתו, ולכן בשעת התרומה לא היה לתורם דין שליח, משא"כ בחלה, כבר בשעת ההפרשה, ללא גילוי דעת של בעלת הבית, אגן סהדי שהיא מעונינת בהפרשת החלה, ולכן כבר כעת המשרתת הינה שליחה של בעה"ב. ולכאורה יש להבין, מה הטעם בחשש קלקול שנאמר שהמשרתת הינה שלוחה של בעה"ב, הרי יכולה המשרתת לאפות העיסה, ויוכלו להפריש מהחלה האפויה. וקושיא זו הקשה בקצוה"ח רמג,ח, עיי"ש. ועיין חזו"א יור"ד קצט,א, דמ"מ זכות הוא להפריש מהעיסה דוקא.

והמחבר בשו"ע יור"ד שכח,ג פסק, דאין מפרישין חלה בלא רשות בעל העיסה. והרמ"א שם פסק כתה"ד הנ"ל: "מיהו אם ידעין דזכות הוא לבעל העיסה, כגון שהיתה העיסה מתקלקלת, מותר ליטול חלה בלא רשותו, דזכין לאדם שלא בפניו. וכן משרתת שבבית יכולה ליטול חלה בלא רשותו, כיון שרגילה היא לפעמים שבעלת הבית נותנת לה רשות". ומדברי הרמ"א נראה שפירש בתה"ד, שאפי' בלא חשש קלקול העיסה, כיון שרגילה שבעה"ב נותנת לה רשות, יכולה להפריש. ובט"ז שם יור"ד רכח,ב כתב, דכן פירש הרמ"א בדברי תה"ד, אך כתב דתה"ד עצמו לא סמך על זה להתיר בלא חשש קלקול עיסה, כדמוכח בסוף דבריו שהזכיר ההיתר בשביל קלקול דוקא. וכן בשאלה שסידר שם בתה"ד לא הזכיר אלא בשביל קלקול העיסה, וידועה דרכו של תה"ד שהוא עצמו סידר השאלות. והביא הט"ז ראייה מדברי הסמ"ק שהביא הטור יור"ד סו"ס רכח, שממנו עולה שכל שמתחלה גילה דעתו בעה"ב דניחא ליה שיפריש הגבל חלה, אפי' אם הפריש פעם אחת שלא מדעתו שפיר דמי, וכן יש לפרש לשון הטור שם, שרגיל להפקיד לגבל שיפריש, ע"כ מועיל אף אם הפריש פעם אחת שלא מדעתו. והסיק הט"ז לענין הלכה: "ולעד"נ להלכה, דבערב שבת שמנהג הנשים להקפיד על זה שכל אחת תטול חלה, ונחשבים בעיניהם לחיוב לעשות לחמים לכבוד שבת בשביל החלה, אז לא תפריש שום משרתת בלא צווי בעלת הבית,

אם לא שיש חשש קלקול עיסה, אבל בשאר ימי השבוע מותרת המשרתת או אחד מבני ביתה, כיון שרגילה לתת להם להפריש, דאינה מקפדת על זה". ומבואר דכל היכא שאינה מקפדת שהמשרתת תפריש מן העיסה, יכולה המשרתת להפריש מהעיסה בלא ציווי בעלת הבית. והטעם דאין צריך ציווי שליחות מפורש, אלא כל היכא דידעינן דניחא לה, הרי היא כשלוחה.

והב"ח (יור"ד סי' שכח) והב"ח השיג על הרמ"א במש"כ דמהני אם היא רגילה להפריש, בדבריו תה"ד מפורש דלא התיר לכתחלה במשרתת שרגילה לתת לה רשות, אא"כ דאיכא חשש קלקול בעיסה, וכשיש ודאי קלקול בעיסה אפי' אשה שאינה משרתת נעשית שלוחה שלא מדעתה. ומשמע דכל שאינה משרתת ואין כאן חשש קלקול, אסור להפריש שלא מדעתה, אפי' שהיא מגבלת העיסה והרי היא פועלת בעיסה זו, וכדעת ב"י שהשיג על הסמ"ק, וכן פסק הב"ח. והוסיף הב"ח, דמ"מ בדיעבד אם הפריש הגבל בלא רשות וניחא ליה לבעל הבית שהפריש, הוי חלה ואין צריך לחזור ולהפריש, אבל אחר שאינו גבל, אפילו דיעבד לא הוי חלה וצריך לחזור ולהפריש. הובאו דברי הב"ח בש"ך יור"ד רכח,ה, עיי"ש.

וקצוה"ח רמג"ח כתב להקשות על תה"ד, מדברי הרשב"א נדרים לו,ב, וז"ל: "הא דאיבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעת או לא, מי אמרינן כיון דזכות הוא לו כו', קשיא לי, דהא שליחות לאו מדין דניחא ליה או לא ניחא ליה, אלא גזירת הכתוב דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם. ותדע לך שהרי האומר לחבירו צא ותרום לי והלך ומצאו תרום, למ"ד אין חזקה שלוח עושה שליחותו, אמרינן בפ"ק דחולין (יב,א) דלמא שמע אינש אחריני ותרם, ורחמנא אמר (במדבר יח,כח) אתם גם אתם, מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם. ואע"ג דהתם ניחא ליה שתיקן כריו, וי"ל דתורם משלו על של חבירו שאני, דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי, אבל בתורם משלו על של חבירו, כיון שאינו של בעל הכרי, לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו, או לאו זכות דמצוה דנפשיה עדיף". וכן כתבו תוס' שם בנדרים לו,ב (ד"ה אלא). ומבואר שאם מפריש משל עצמו על של חבירו, הוי זכות ומהני, משא"כ אם מפריש משל בעה"ב, בעינן שיהיה שלוחו של בעה"ב, ובזה לא חשיב זכות, כיון שתורם משל בעה"ב. וכתב קצוה"ח, דלפ"ז בנדון תה"ד, במשרתת שמפרישה חלה משל בעה"ב, אין בזה משום זכות, דלא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא דזוכה המקבל באיזו דבר כמו במזכה חפץ לפלוני, או במזכה גט לאשתו דזוכה האשה בגט, או במפריש משלו; "אבל מפריש משל בעה"ב אין זה זכות אלא ניחואת איכא, ושליחות לאו מתורת ניחואת הוא, ובעינן לדעתכם דוקא". ולכן הסיק קצוה"ח להלכה דלא כתה"ד והרמ"א: "והנה אחר דאנהירנהו לעיינן

הרשב"א וגם התוס' שם כתבו בכיבוד היטב מה בין זכות לשליחות, וא"כ נראה דלא תפריש המשרתת, ואם תתקלקל העיסה, תפריש בעה"ב אחר אפיה וכמ"ש, דבעינן כה"ג דעת בעה"ב, כיון דמפריש משל בעה"ב".

וחילוק זה בין זכין לאדם לזכין מאדם, נמצא גם באבמ"ל לו, ב. דהב"ש שם לו, א כתב, דלכאורה נראה שאם גלתה האשה דעתה דניחא לה להתקדש לזה, יכול לזכות לה שום אדם ולקבל בשבילה קידושין, דע"כ לא מבעיא בש"ס בגט אם יכול לזכותו, משום דבגט י"ל אפי' בקטנה או במקום יבום לא ניחא לה הגט, משום אתתא בכל דהו ניחא לה, אבל בקידושין לא שייך סברא זו ויכול לזכות לה. והביא האבנמ"ל דברי השו"ע אהע"ז לה, ד, ומקורם מהרא"ש קדושין ב, ו, שאפי' לא מנהו הבעל שליח בהדיא, אלא רק גילה דעתו שחפץ באשה פלונית ואמר לו לשדכו לו, והלך השדכן וקידשה לו בלא מינוי שליחות, הרי זו מקודשת. וכתב האבנמ"ל לחלק, ע"פ דברי הרשב"א בנדרים לו, ב, הנ"ל, דגבי קידושיו גילה דעתו שרוצה לקדשה, הרי זה זכות במה שמזכין לו אשה חדשה, וזכין לאדם שלא בפניו, ואפי' בקטן. אולם אינו זכות אלא במה שמזכין לו משל אחרים, משא"כ באשה שגילתה דעתה להתקדש לזה, כיון דאשה היא הנקנית למקדש ואנו צריכין דעתה לקידושין, וא"כ לא הוי אלא משום שליחות, דזכות לא שייך אלא במקדש שהוא הקונה את האשה, משא"כ באשה הנקנית לית בה אלא משום שליחות, וכיון דגבי שליחות אינו דבר התלוי בניחותיה אלא בעינן דעתו ושליחות ממש, באשה לא מהני גילוי דעתה.

והגרנ"ט (סי' קנא) כתב דדברי האבנמ"ל צ"ע, דמאי שנא זכין לאדם דמהני, לזכין מאדם דלא מהני, הרי שניהם ענין של זכות. וכתב הגרנ"ט, דהגדר בזה דזכיה מהני רק כשלא בעינן דעת הזוכה, וכגון כשמדובר שהזוכה יקנה, דקנין מצד המקנה לחוד ג"כ מועיל. וראיה לזה, דקטן קונה מדאורייתא כשדעת אחרת מקנה, ולכן יכול אדם לקנות בשבילו כשזכות היא לו. אולם להקנות לאחרים, כיון דבעינן דעת מקנה לחלות ההקנאה, לא מהני אם אחר עושה ללא שליחות מדעתו, אף אם זכות היא לו. ועיי"ש מש"כ בדברי האבנמ"ל בחילוק בין איש לאשה.

וע"ע בחזו"א יור"ד קצט, א, מש"כ להקשות על קצוה"ח. ובשו"מ (קמא, ח"ב סי' קי), כתב בישוב ראית קצוה"ח מדברי הרשב"א על תה"ד, דכל דניחא ליה, אמרינן דניחא ליה שיזכה זה המפריש בהעיסה ויפריש תחלה, ואח"כ יחזור ויזכה בעה"ב בזה. אולם הרשב"א מיירי באמר לשלוחו לתרום ושמע חברו והלך ומצא תרום, דכיון שעשה לשליח שלוחו לתרום, א"כ לא רצה לזכות לחברו התבואה ושוב בעינן שליחות ממש, ולא מועיל מה שתרום זה השומע. ומה שמחלק הרשב"א בין אם תרום משל בעה"ב, דצריך שיזכה לו התבואה, לבין אם תרום משל עצמו, י"ל, דטעם ההקפדה

שזה השליח יודע שיעורו של בעה"ב ולא אחר, וא"כ אין זה שייך בתורם משלו, משא"כ בתורם משל בעה"ב דאינו יודע השיעור.

ולכאורה דברי קצוה"ח סתרי אהדדי. דמש"כ בסי' רסב,א, דיכול לבטל חמץ של חבירו, ואף שלא עשאו שליח, נחותא דמצוה שאני. ואילו לענין לתרום עיסה, ס"ל לקצוה"ח דכיון דזכין לאדם ולא מאדם, לא מהני מה שהמשרתת תפריש מעיסת בעה"ב כשלא צייתה לה. וא"כ איך יכול לבטל חמץ. ואין לחלק דבביטול חמץ אינו זוכה מאדם, דאינו זוכה מבעה"ב ולא מוכר החמץ לאחרים, רק מבטלו בפיו ובליבו. זה אינו, דעיי"ש מראיות קצוה"ח לענין נחותא דמצוה. ואפשר לישב, דבחמץ אינו זוכה מאדם, שהרי אם לא ימכור או יבטל החמץ, לא יהיה החמץ אח"כ ברשות הבעלים, שיהיה אסורי הנאה, דאינו ברשותו ועשאו הכתוב ברשותו לעבור עליו על כל יראה ובל ימצא. ולכן אם מכר החמץ או ביטלו קודם זמן איסורו, לא חשיב זכיה מאדם, כיון שאם לא ימכור או יבטל, לא יהיה של הבעלים. ורק השאלה היתה איך יכול לעשות כן בלא שליחות של בעל החמץ, וע"ז כתב קצוה"ח דמשום נחותא דמצוה שאני. אולם בעיסה, מלבד מה שיכולה להפריש בעה"ב אחר האפיה, וכמש"כ בקצוה"ח, ואף מפסידה המשרתת לבעה"ב את מצוה הפרשת חלה, וצריכה לזכות בכזית או משהו שמפרישה מהעיסה, ולזה לא מהני, כיון דזכין לאדם ולא מאדם.

ובעונג יו"ט (סי' קט) דן בדברי תה"ד והרשב"א, והעלה עיקר כדברי הרשב"א, דמה אתם לדעתכם, ולא מהני הפרשת תרומה במקום דלא היה דעת בעה"ב, ומ"מ כתב להצדיק דין תה"ד והרמ"א, דמשרתת יכולה להפריש אף בלא דעת בעה"ב. דאם בעה"ב צייתה למשרתת לעשות עיסה, הרי בכלל הציווי לעשות עיסה, מונח גם הציווי להפריש חלה. ואפי' לא צייתה לה לעשות עיסה, אלא המשרתת מדעתה עשתה עיסה, מהני מה שמפרישה, דכיון דהמשרתת הינה פועל של בעה"ב, יד כיד בעה"ב, ולא בעינן שליחות מפורשת, וז"ל:

"ומ"מ נראה לי שיש לדון דמשרתת יכולה להפריש, ולא מיבעיא אם בעה"ב צוותה לעשות עיסה דיכולה להפריש, כדתנן בתרומות (ג,ד), הפועלים אין להם רשות לתרום, חוץ מן הדרוכות שהן מטמאין את הגת מיד, כמ"ש הרמז"ל בפירושו דכיון דאח"כ מטמאין את הגת, וכיון ששכר אותם לדרוך ומסר להם גתו הנה הניחם במקומו וקיבל עליו מעשיהם. וה"נ כיון שדרך להפריש חלה קודם אפיה, והיא צוותה למשרתת לאפות עיסה, דמי לעשאה שליח לתרום ג"כ. אלא אפי' אם המשרתת בעצמה עשתה עיסה בלי דעת בעה"ב, נ"ל נמי דיכולה להפריש. דאף דביררנו דאמרינן מה אתם לדעתכם,

מ"מ היינו בשליח דעלמא, אבל בפועל שאני, דעדיף משליח דעלמא, כדאמרינן בב"מ, דאף דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, אבל פועל ששכרו ללקט מציאות, מציאתו לבעה"ב, דידו כיד בעה"ב, ועדיף משליח. ה"נ כיון שהיא פועלת אצלה לתקן צרכי הבית באפיה ובישול, ודרך המשרתת להפריש, הו"ל כפועל לענין זה דידה כיד בעה"ב, ואין בזה משום לדעתכם."

והסתפקתי מה דינו של עובד בחנות, אם יכול למכור את החמץ בלא דעת בעה"ב. דלמש"כ העונג יו"ט נראה דוקא אם העובד מכה סמכותו הוא גם למכור ולקנות, לכאורה יוכל גם למכור את החמץ, דלענין זה הוא גם עובד של בעה"ב ובעל סמכות, משא"כ אם מדובר בעובד שרק מסדר חפצים או מוביל סחורה, נראה דלמש"כ העונג יו"ט, כיון שלענין המכירה אינו פועל של בעה"ב, לא יכול למכור ללא שליחתו.

ומעין זה כתב גם הגה"ק מקלוזנבורג זצ"ל (דברי יציב חיו"ד סי' רה), לחלק בין פועל למי שתורם מדעת עצמו, דגם בפועל וגבל דיש להם שייכות בעיסה מדין פועל, לא הוי בכלל הך גזה"כ של מה אתם לדעתכם, דהפסוק מיירי בתבואה שהיא שלו בלבד ללא שייכות של אחרים בו, אבל פועל שיש לו שייכות בעיסה וכגדר שותפין כנ"ל, אינו בכלל הגזה"כ. ותה"ד מיירי דוקא במשרתת שהיא כגבל, ובזה דינו כתורם משלו על של חברו, כיון דגם בהא לא איירי קרא דבעי דוקא דעת כבעלים עצמם. ומ"מ לתה"ד צריך גם איזה זכות לבעה"ב - שמתקלקלת העיסה, דרק בכה"ג שייך דין גבל ויד פועל כיד בעה"ב. והרמ"א הבין בתה"ד דלגבי משרתת אפילו באין חשש קלקול. ומש"כ תה"ד דאפילו אם אין כאן חשש אלא קלקול העיסה וכו', י"ל בכונתו, דבלשון השאלה אשה בעה"ב לשה לה משרתת שלה עיסה והלכה לחוץ וכו', ועל זה השיב דכיון שיצאה בעה"ב לחוץ והניחה כל אומנות הלישה עבור המשרתת וסמכה עליה, הויא כהך דדרוכות שכתב הרמב"ם הנ"ל שהעמידם במקומו, וס"ל לתה"ד שבצירוף הזכות דמתקלקל, יכולה להפריש בלא רשות. והוסיף וכתב, ואפילו אם אין כאן אלא חשש קלקול וכו', ר"ל, דאף אם לא יצאה לחוץ ולא מסרה לה העיסה לגמרי להעמידה במקומה, מ"מ מצד הזכות דמתקלקל גרידא בצירוף שהיא משרתת שלה ושייכא בגוה, יכולה להפריש בלא רשות.

וסברתי דאפשר דבפועל שמגבל את העיסה, כיון דאומן קונה בשבח כלי, הרי יש לו חלק בעיסה, והוי כעיסת השותפים. וכל זה לשיטות הראשונים דקיי"ל שאומן קונה בשבח כלי, אולם לרמב"ם ודעימיה, שאין אומן קונה בשבח כלי, וכן לפוסקים שכתבו דהוי ספיקא דדינא (עיין מה שכתבתי בח"ד סי' לא), אין בטעם זה האפשרות להפריש עיסה, ובענין לטעם של יד פועל כיד בעה"ב.

והנה בנדו"ד יש להפריד בין הלכתחילה לדיעבד. לענין לכתחילה, ולענין איסור דאורייתא של בל יראה, ודאי שאין לסמוך על הדעות דיכול למכור בלא מינוי שליחות. ואם שכח למכור או לבטל, וחבירו מכר בלא שליחותו, והשאלה אם צריך כעת לבער בחג עצמו, אפשר דבמקום הפסד מרובה יכול לסמוך על המקילין, וצ"ע. אמנם בנדו"ד שהשאלה הינה רק לענין קנס שקנסו חכמים על העובר בבל יראה, ואסרו בהנאה חמצו לאחר הפסח, עיין במשנה פסחים כח,א ובסוגיא שם, בזה נראה להקל במילי דרבנן, שאם מכר בלא שליחותו, יכול לסמוך על הפוסקים הסוברים דמהני מכירתו, וכנ"ל.

לאור האמור לעיל, לכתחילה אין לסמוך על מה שחבירו מכר בשבילו ללא שליחותו, אולם בדיעבד לענין חמץ שעבר עליו הפסח, יכול לסמוך על המקילין. ובמקום הפסד מרובה, אם צריך לשרוף החמץ בחג, לאחר שחבירו מכר החמץ בלא שליחותו לפני פסח, וכעת נודע לו במהלך החג, אף שיש למיקל על מי לסמוך, צ"ע למעשה לסמוך על המקילין באיסור דאורייתא. והסומך על המקילין בהפסד מרובה, יבטל גם חמצו תוך החג, וכמש"כ קצוה"ח לצרף ביטול לאחר זמן איסורו לסניף, כיון דשכח ולא ידע. וכל האמור הוא בלא ביטול הבעלים חמצם קודם זמן איסורו, אולם אם ביטלו חמצם קודם זמן איסורו, אין לאסור, וזאת מחמת הביטול, שאינו עובר על בל יראה.

סימן טו

שליח ששינה

ראשי פרקים

א. ידע המוכר שהוא שליח

ב. אם יש לחוש שהתנה בין לתקן ובין לעוות

ג. יד פועל כיד בעה"ב

סוחר בשר שלח את אחד מעובדיו לבית מטבחיים, שישחטו עבורו עגלים, באמצעות שוחט מסוים (השוחט לשחיטה מהודרת מסוימת), ולקנות חלקים מסוימים מהבהמה. בדיעבד התברר שהשוחט לא היה כפי שביקש המשלח, וכן הביאו עבורו חלקים אחרים. בעל בית המטבחיים טוען כי אמר לשליח שהיום שוחט פלוני לא נמצא אלא שוחט אחר (ששוחט במסגרת כשרות מהודרת אחרת), וכן שלא יוכל לתת לו את החלקים כפי שביקש (החלקים המדוברים הוזמנו ע"י סוחר אחר). השליח מודה שכך אמר לו המוכר, אך אינו זוכר אם אמר לו זאת לפני השחיטה או אחריה. בפועל השליח הגיע למשלח עם החלקים שלא הזמין, בפרט שהעגלים נשחטו ע"י שוחט אחר מזה שביקש.

א. ידע המוכר שהוא שליח

איתא בב"ב קסט"ב: ההיא איתתא דיהבה ליה זוזי לההוא גברא למיזבן לה ארעא. אזל זבן לה שלא באחריות. אתיא לקמיה דרב נחמן אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, זיל זבנה מיניה שלא באחריות, והדר זבנה ניהלה באחריות (מן המוכר שלא באחריות וכתוב השטר בשמך, ואח"כ מכור את הקרקע לאשה באחריות – רשב"ם). והראשונים התקשו, דכאן מבואר דשליח ששינה המקח קיים, רק צריך לתקן העיוות כלפי המשלח, ואילו בכתובות ק, א מבואר ששליח שטעה בכלשהו, בטל המקח, דתנן בכתובות צח, א, שאלמנה שהיתה כתובתה מנה ומכרה שוה מנה ודינר במנה, מכרה בטל, אפילו היא אומרת אחזיר דינר ליורשין מכרה בטל. ושם בצט"ב, דשום הדיינים עד שתות הוי מחילה, ונחלקן אם שליח כבי"ד או כאלמנה, ונפסק בגמ' ק, א דשליח כאלמנה, וא"כ אפי' בפחות משתות מקחו בטל, ואילו בגמ' ב"ב קסט"ב מבואר שהמקח קיים. הנימוק"י (עח, ב מעמוה"ר) כתב לחלק: "דהתם מיירי שיודע המוכר שאינו קונה אותו לצורך עצמו אלא לצורך אחר, הלכך אם נתאנה אינו יכול למחול אונאת אחרים ובטל המקח. אבל הכא מיירי שלא הודיע זה השליח למוכר דלצורך

אותה אשה קנה אלא קנאו סתם, והיה סבור המוכר שלצורך עצמו קנאו, וכיון שפירש לו בפירוש שלא יהיה עליו אחריות, אינו בטל המכר כלל". מבואר דיש חילוק אם הודיעו או ידע המוכר שלצורך המשלח הוא קונה, דאם ידע או הודיעו שלצורך המשלח קונה, המקח בטל, ואם לא הודיעו וסבר שלצורך עצמו קונה, המקח קיים.

וכן מבואר בדברי הר"ן (קדושין יז,א), דמה שמחייבים השליח לקחת הקרקע ולתת אחריות מדיליה, כיון שהשליח לקח סתם ולא אמר שבא בשליחות האשה, ואין למוכר דין ודברים אלא עם השליח, ומה שאומר כעת שלצורך האשה לקח, אין בכך טענה כלפי המוכר, כיון שבזמן המקח לא אמר כן אלא לקח בסתם, ולכן צריך לפרוע הדמים למוכר, והאשה יכולה לומר לשליח תן לי מעותי, דלתקוני שדרתיך. ורב נחמן ס"ל שאם חפצה האשה בקרקע, על השליח לקבל אחריות, אבל לא שיוכל לכפותה בכך, שיכולה לומר שהיא רוצה יותר באחריות המוכר משלו, כיון שמן דין כיון שלא עשה שליחותו, המקח ביחס לאשה בטל.

וכן כתב הר"י קרקושא בסוגיא ב"ב קסט,ב: "ואע"ג דאמרין התם במסכת כתובות טעה שליח לא קאמינא, דאפילו טעה מכדי אונאה המקח בטל לגמרי, לא דמי, דהתם מיירי דאמר בפירוש כי הוא שליח פלוני, ומידע ידע מאן דזבין מיניה דאדעתיה דבעל הבית עבד, אבל הכא מיירי דלא פירש כלל השליח למי הוא, ושמא לקחה לעצמו, ולכך המכר קיים ואחריות המכר עליו". וכן פסק הרמב"ם בהל' שלוחין ב,ד: "השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני, אע"פ שמשך או שהמשיך ונמצא שעבר על דעת המשלח, בטל המקח ומחזיר, ואם לא הודיע שהוא שליח, נקנה המקח והיה הדין בינו ובין זה ששלחו". וכן פסק בשו"ע חו"מ קפב,ב.

והרא"ש בסוגיא שם (ב"ב י,כו) כתב לבאר הסוגיא בדרך שונה, דהשליח של האשה פירש להדיא שהוא קונה עבור האשה, ולכן המקח בטל וצריך לקנות שוב מהמוכר, דלכן ס"ל לרא"ש שהמקח בטל: "לכאורה משמע שאמר למוכר שהיה קונה השדה לאשה פלונית דקאמר אזל זבן לה, ועוד מדקאמר זיל זבנה מיניה שלא באחריות, ואם איתא שלא פירש שקנאו לאשה, מה היה צריך לקנות שנית מן המוכר, כיון שקנאו בסתם לעצמו קנאו. אלא ודאי מיירי שפירש שקנאו לאשה, וכיון ששינה בשליחותו, שסתם קונה שדה אין קונה אלא באחריות, דלא שדי איניש זוזי בכדי בטלה שליחות ואין כאן מקח, לכך הוצרך לקנותו שנית מן המוכר. ומיהו אם ירצה השליח יחזיר לה המעות, אלא אם אין בידו מעות להחזיר לה, קאמר שצריך לקבל עליו אחריות". ומ"מ גם מדברי הרא"ש מבואר לדינא, דהיכא שפירש שהוא שליח של פלוני ועבר על דעת משלחו, שהמקח בטל, ונחלקו בפרוש הפשט בסוגיא, אם מיירי בפירוש או לא, אבל בכ"ע בפירוש שהוא שליח, המקח בטל. כן מפורש בש"ך קפב,ו, דלא פליגי אלא לענין פירוש הסוגיא ולא לדינא.

ושם בהג"א הביא מא"ז, שריב"ם הסתפק לחלק בין שליח לקנות או למכור, דבשליח לקנות אף שעבר על דעת משלחו והודיעו שהוא שליח, לא בטל המקח, משא"כ בשליח למכור; "לריב"ם מספקא ליה אי מיירי שהודיע למוכר שהוא שלוחה, ואע"פ שלא עשה כמו שאמרה ליה, לא בטל המקח, מה שאין כן בשליח של מכירה שאם שינה מדעת המשלח לא עשה כלום, או אין לחלק בין מכירה לקנין, והכא מיירי שלא אמר למוכר שהוא שלוחו". וספק ריב"ם, לא כדעת הרא"ש, דלדעת ריב"ם המקח קיים, והשאלה בטעם קיום המקח, אם מטעם שלא הודיעו שהוא שליח האשה, או אפי' הודיעו, רק כיון שהוא שליח לקנות, לא מתבטל המקח כשעבר ע"ד משלחו.

מבואר דכל מקח שעשה עם שליח, וידע המוכר או הודיעו שהוא שליח, אין המקח קיים כל ששינה השליח מדעת המשלח, משא"כ בלא ידע המוכר בשעת המכר שהוא שליח. ובנתיבות קפבר, כתב, דאם עשאו שליח למכור והתברר אח"כ שהוא של המשלח ועבר על דבריו, המקח קיים, ואף שאין אדם מוכר דבר שאינו שלו; "הכא שאני, דודאי דעת שליח היתה שיהיה המקח קיים ושהוא יתקן את אשר עינת". והביא הנתיבות ראייה שהמקח קיים מחמת דעת השליח לקיים המקח ולתקן העיוות, מזה שאם השליח היה שליח לקנות ועבר על דבריו, ורוצה השליח להחזיק המקח לעצמו ולהחזיר להמשלח מעותיו, חייב למוסרו למשלח ולתקן העיוות, כמבואר בשו"ע חו"מ קפב, ובש"ך ס"ק ו. דאמדו חז"ל דעת השליח שבודאי היתה דעת השליח שיהיה המקח קיים להמשלח ולתקן אשר עינת, א"כ הרי נעשתה שליחות המשלח, דהשליח בודאי קיבל עליו להשלים מה שחיסר שלא יהיה כגולן, משו"ה המקח קיים. ולכן כשלא ידע המוכר ולא הודיעו השליח, המקח קיים בכל ענין. והוסיף הנתיבות, שאם אין לשליח לתקן העיוות, נראה לכאורה דיכול המשלח לבטל המקח כשמברר שעבר על דבריו, כיון שהמשלח לא נתרצה רק על אופן שאמר לשליח, או שמלכתחילה יקנה עבורו מה ששלחו או שיתקן העיוות, וכשהשליח אינו יכול לתקן העיוות, הרי זה כמוכר דבר שאינו שלו.

ודברי הנתיבות הם לכאורה בין בלוקח ובין במוכר, דלפי הנתיבות הפשט בגמ' ב"ב קסט,ב דהמקח קיים והשליח יתן אחריותו, הוא דוקא במקום ששייך שהשליח יתקן את עיוות האחריות, אבל בלא"ה, קיי"ל כגמ' בכתובות ק,ב דשליח כאלמנה, וטעות כלדהו חזור. אלא שהנתיבות כתב דהוא הדין בלוקח, כשהשליח של הלוקח שינה ואינו יכול לתקן העיוות, וקנה הלוקח במעות משלח, ומשמע דבקנה בלא מעות, כגון במשיכה וכיוצב"ו, המקח קיים בין המוכר לשליח. דדוקא בשלח המשלח מעות י"ל שאם אין השליח יכול לתקן העיוות, והמשלח מברר שהמעות שלו והוא עבר על דבריו, הוי כמו קידשה בגזל דקיי"ל דאינה מקודשת, והוא הדין בקניני ממון, ויכול להוציא המעות מיד המוכר, והמקח בטל. ואף אם שלח עם השליח מעות, וקנה

השליח בקנין אחר כמו משיכה, אף שנתן למוכר המעות, המקח קיים בין המוכר והשליח, ויכול המוכר לכופו ליתן לו מעות אחרים, רק שהשליח חייב להחזיר למשלח מעותיו. משא"כ כשיש לו לשלם ולתקן העיוות, אפילו אם לא היה הקנין רק בכסף, המקח קיים אף שעבר על דבריו והכסף אינו שלו, דכונת השליח היתה לעשות שליחותו ולתקן העיוות בכדי שלא יהיה גזלן. אולם הביא הנתיבות ראייה, דאף בקנה בכסף, אם לא הודיעו, המקח קיים בכל ענין, וכמבואר בשו"ע חו"מ קפה,ה.

ולדברי הנתיבות בנדו"ד שאי אפשר לתקן העיוות, שהרי אינו יכול להביא כעת בשר אחר מחלקים שביקש המשלח, ושחיטת השוחט שביקש המשלח, אף שיוכל בעוד ימים ספורים לעשות כן, סוחר הבשר זקוק לחלקים אלו כעת, וגם לא קנה במעות המשלח, א"כ המקח קיים בין המוכר לשליח, והמשלח פטור ואינו חייב לשלם, והתביעה של המוכר היא כנגד השליח שישלם לו את מחיר הבשר (ובנדו"ד לא שייך שיקבל את הנתחים חזרה, כיון שמדובר בבשר טרי, שנמכר כבשר טרי, ולא שייך כעת לקבל הנתחים כבשר קפוא, שאין בעל בית המטבחים עוסק בבשר קפוא). ולפ"ז המקח קיים בין המוכר לשליח. אך כל זה בלא ידע המוכר שהוא שליח, אולם בנדו"ד ידע המוכר שהוא שליח ובקש שיברר ויאשר לו, ואכן השליח מודה שהסכים אלא שאינו זוכר אם עשה כן קודם השחיטה או אח"כ. והוי טענת שמא גרועה. ואם ודאי עשה כן קודם השחיטה, וכן טוען המוכר, י"ל שעל דעת כן מכר לו הבשר, שהמשלח מסכים לחלקים אלה ולכן בקש ממנו את האישור, שיברר אצל המשלח, ועל דעת כן הסכים, שאם המשלח לא ירצה חלקים אלו, הרי המקח קיים בין המוכר לשליח, שהרי שניהם ידעו שזה רצון המשלח, והמוכר רצה שיתן אישור, דהיינו יברר אצל המשלח או שיקבל על עצמו כל עיוות שיצא ממכירה זו, שיהיה המקח קיים בין המוכר לשליח, דכך יש לפרש לכאורה את בקשת המוכר לקבל אישור מהשליח לשחוט.

ובתש' מהריב"ל (ח"א סי' פא, הביאו גם ברע"א חו"מ קפב,ב) דן במי שעשה שליח להשכיר חצירו לשנה, והלך השליח והשכיר לג' שנים, ואחרי שנה רוצה המשכיר להוציא את השוכר. ורצה מהריב"ל להביא ראייה מהסוגיא הנ"ל, דכיון שלא הודיע השליח שהוא משכיר בשליחות, הדין עם השוכר שישאר ג' שנים, וידון המשכיר עם השליח. וכתב מהריב"ל לחלק בין נדון הסוגיא הנ"ל לנדון דידיה, דדוקא בקניה נוכל לומר שאם קנה השליח קרקע במאתים והמשלח לא נתן רשות אלא במנה, שהמקח קיים והשליח יפרע מממונו המותר; "וכן בכל דבר שיוכל השליח לתקן את אשר עוותו, וכההיא דההיא אתתא דאמרה לההוא גברא למזבן לה ארעא באחריות ואזיל הוא וזבין שלא באחריות. וכן הדין נמי אם היה האדם אומר לשליח שימכור לו קרקע שלא באחריות, והיה הולך השליח ולא היה מודיע שהיה שליח, והיה מוכר

אותו קרקע באחריות, שהמכר היה קיים והשליח יקבל עליו האחריות. וכן נמי אם אמר ראובן לשליח תקנה לי סאה אחת מקרקע פלוני והלך השליח וקנה סאתים ולא הודיע שהוא שליח, הקניה היא קיימת ויקח השליח סאה אחת מהקרקע לעצמו. אבל בנדון דידן דלזה האיש שמעון לא נתנו לו רשות להשכיר החצר כי אם לשנה אחת, לאו כל כמיניה לעבור על דעת משלחו והשכירות הוא בטל". ומבואר ממהריב"ל, דכל מקום שאינו יכול לתקן העיוות, שהמקח בטל. והוא הדין בנדו"ד. אמנם למש"כ בעצם מה שביקש בתחילה כדעת משלחו, והמוכר אמר שיברר אם רוצה, והוא לא בירר ואמר על דעת עצמו, הרי המקח קיים, ועל השליח לשאת בנזק ולהחזיר למשלח את כספו.

ב. אם יש לחוש שהתנה בין לתקן ובין לעוות

המחבר בשו"ע שם קפב,ג, פסק: "טעה וקנה ביוקר אפילו בכל שהוא, המקח בטל בין בקרקע בין במטלטלין, שיאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. לפיכך אם התנה עמו שעשהו שליח בין לתקון בין לעוות, אפילו מכר לו שוה מנה בדינר, או לקח לו שוה דינר במנה, אינו יכול לחזור בו וחייב המשלח ליתן כפי התנאי". והנו"כ שם כתבו לחלק, דדוקא בטעה וקנה ביוקר אמרינן דמנהי התנאי של בין לתקן ובין לעוות, אבל אם קנה דבר אחר ממה שרצה, ששינה ולא טעה, אין לחוש שהתנה כן, דהתנאי מהני רק לטעות. כך כתב הסמ"ע קפב,ז, דמש"כ המחבר בס"ב בעבר על דעת משלחו, ולא כתב שאם התנה עמו בין לתיקון בין לעיוות דלא מצי הדר ביה, כיון שהמשלח אמר מפורש מה הוא רוצה והשליח עבר על דבריו; "לא שייך לומר שהתנה עמו בין לתיקון כו', כיון ששם בפיו לעשות כך וכך". ונראה דאפי' התנה בין לתיקון ובין לעיוות, י"ל שכוונתו לעיוות במחיר וכיוצא בזה, אבל לקנות דבר מסוים וקנה דבר אחר, אין כאן מקח, ולא על דבר זה יש לפרש תנאו, דבתנאים הולכים אחר הכוונה, כמבואר בשו"ע חו"מ סו"ס סא.

דאף שבדברי בסמ"ע י"ל שאם התנה להדיא, מהני אף בעבר על דעת משלחו, מדברי הט"ז (קפב,ב) מבואר להדיא דלא מהני התנאי, וז"ל: "ולא מהני כאן אם התנה בין לתיקון כו', דאנו רואין דלאו שלוחו הוא כלל, משא"כ בסעיף ג דאין שם רק טעות". הרי שלא מועיל התנאי. וכן י"ל גם בדעת הסמ"ע, דכך יש לפרש כוונתו בתנאי זה, דדוקא בטעות שלחו בין לתקן ובין לעיוות, משא"כ בעובר על דעתו. וכן נראה מהנתיבות (חדושים קפב,ו), שהביא מהסמ"ע והט"ז דהתנאי מועיל דוקא בטעות, אבל בעבר על דבריו לא מהני התנאי, כיון דשם בפיו לעשות כך. הרי דס"ל דאין חילוק בין הסמ"ע לט"ז, ולא מהני התנאי בעבר ע"ד משלחו.

ובשער המשפט קפב,ג הקשה על הט"ז משו"ע חו"מ כג,ה, דהבא בהרשאה שמחל לנתבע או שעשה עמו פשרה, לא עשה כלום, שיאמר המשלח לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ואם התנה עמו בין לתיקון בין לעיוות, מהני אפי' מחל, וכ"ש אם פירש מחילתך כמחילתי. ומבואר במחבר שאף ששלח לגבות מעותיו בהרשאה והשליח מחל הכל, אם התנה בין לתיקון בין לעיוות מועילה מחילתו ולא אמרינן דאינו שלוחו כלל, ומה לי מחילה ומה לי מקח, אידי ואידי שלוחו של אדם כמותו. ולמש"כ לעיל נראה לחלק, דכיון דכל ענין זה דלא מהני התנאי, הוא מחמת הפרשנות שאנו נותנים לתנאי לפי כוונתו, וכמו שמבואר בשו"ע חו"מ סא,טז; "שתנאי שאדם מתנה עם חברו, אין הולכים אחר הלשון הכתוב אלא אחר הכוונה". ממילא י"ל דבמקח שכוונתו הינה רק ביחס לטעות במחיר וכיוצב"ז, משא"כ בגביית מלוה אין לפרש אלא לענין זה שיכול למחול או לפשר, ממילא זו הכונה בגביית מלוה, דאין בזה טעות (חוץ מענין לקיחת השטר קודם מתן מעות, וכנודן סטראי, וזה שייך דוקא במלוה בשטר, משא"כ במלוה ע"פ, ואף במלוה ע"פ צ"ע לפרש כך כוונתו, ומ"מ השו"ע מיירי אף במלוה ע"פ), משא"כ במקח וממכר יש בזה גם ענין של טעות ועוד פרטים, שבהם שייך לומר עובר על דעת משלחו, ואמרינן שהתנאי היה רק ביחס לטעות ולא כשעובר ע"ד המשלח. ועייין עוד פת"ש חו"מ קג,ב. ולפ"ז בנדוד"ד אף אם התנה המשלח בין לתקן ובין לעוות, לא מהני התנאי למה שעבר על דעתו.

ונפק"מ שאין צריך לחוש שהתנה כן, כיון דלא מהני התנאי. דהנה הטור חו"מ קפב כתב בשם הרמ"ה, וז"ל: "כל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם, יכול המוכר לומר שהתנה עמו בין לעוות בין לתקן והמוציא מחבירו עליו הראיה". ודברי הרמ"ה הביאם גם המחבר בשו"ע חו"מ קפב,ד. ובסמ"ע שם ס"ק ח כתב ב סברות בדעת הרמ"ה, האחת, דאף שהמוכר טוען שמא והשליח ברי שלא התנה, מ"מ כיון שהשליח/ המשלח באים להוציא מהמוכר, מהני להחזיק הממון שבידו אף בטענת שמא. ולפ"ז במקום שעדיין לא פרע תמורת המכר, והמוכר הוא המוציא, לא חיישינן שהתנה המשלח עם השליח, דדוקא בבא להוציא מיד המוכר, מהני טענת שמא של המוכר. וסברא שניה כתב; "וגם יש סברא לזה, דמסתמא התנה השליח עמו שיהא שליח אפילו אם יעות, כדי שלא יתחייב בתיקון שליחותו אם יעות מאחר שאינו מקבל שכר על שליחותו", וסברא זו עדיין היא במסגרת הסברא הראשונה, דהמוכר טוען שמא ובאים להוציא מידו, דמהני שמא דמוכר להחזיק, דגם הסברא מחזקת את דבריו, דמסתמא התנה כיון שלא מקבל כסף עבור שליחותו. ולכאורה בשליח בשכר, שאין את הסברא הנ"ל, עדיין יהיה הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה אפי' בטענת שמא של המוחזק.

כאמור בנדו"ד לא שייך לחשוש לתנאי, דאפי' התנה לא מהני בעובר על דעת המשלח. אך מדברי הסמ"ע יש ללמוד מענין זה גם לנדו"ד, שטוען המוכר דודאי שאלו קודם שחיטת העגלים, והשליח טוען שאינו זוכר אם קודם השחיטה או אחריה, לכאורה אם מהני טענת ספק להחזיק ממון, אם עדיין לא שילם, יוכל להחזיק בטענתו ולא יוכל המוכר להוציא ממנו. אמנם יש לחלק, דבנדון המוכר הטוען שמא התנה בין לתקן ובין לעוות, הוי שמא טוב, דלא הו"ל למוכר למידע, משא"כ כאן הו"ל לשליח לדעת והוי שמא גרוע, וכבר הארכתי בזה במקום אחר (ועיין מש"כ בח"ז סי' כב/א, ועיין בנתיבות רכג,ד). עוד נראה דבנדו"ד אף אם כצד הטענה בדברי השליח, שיתכן והסכים אחרי השחיטה, מ"מ הסכים למכר, וע"ז אין מחלוקת, וא"כ בכל ענין חייב לקיים המקח. ורק מה שיכול לבטל את המקח היא הטענה שעבר על דעת משלחו, וידע המוכר שהוא שליח, ובזה כבר כתבתי, שאם אמר לו לבדוק וממתין לתשובה ממנו, בהסכמתו הרי זה כתנאי בין המוכר לשליח שהמקח קיים, ואם לא ירצה המשלח, הרי דינו של השליח עם המשלח, והמקח קיים.

ג. יד פועל כיד בעה"ב

והעלו טענה דאפשר דכיון דהשליח הוא פועל של הקונה, בפועל י"ל דכיון דידו כיד בעה"ב, לא אמרינן לתקוני שדרתיך וכו', וממילא קנה בעה"ב בכל ענין. וזה אינו, דאף בפועל י"ל שעדיין הוא שליח, וכמו שיכול בעה"ב לתבוע נזקים מפועל עצמו (עיין ב"מ פג,א בהני שקולאי, ועוד), ואם אמרינן דידו ממש כיד בעה"ב גם לעיוות, מדוע יכול לתבוע נזקים, הרי זה ממש כבעה"ב המזיק בעצמו. אלא שהפועל לענין מה שנשלח, ידו כיד בעה"ב, אבל לעיוות, לא עשאו פועל, וככל שעיוות אין כאן שליחות, דגם פועל הוא שליח רק עם כח יותר חזק לענינים מסוימים, אך לא לכל דבר, כמו נזק שעשה הפועל.

בב"מ י,א ס"ל לרב נחמן דהמגביה מציאה לחבירו, לא קנה חבירו: איתיביה רבא לרב נחמן, מציאת פועל לעצמו, במה דברים אמורים בזמן שאמר לו בעל הבית נכש עמי היום עדור עמי היום, אבל אמר לו עשה עמי מלאכה היום, מציאתו של בעל הבית הוא. אמר ליה שאני פועל דידו כיד בעל הבית הוא. ובריטב"א שם פירש: "ואי ידו כיד בעה"ב חשיב, הא קנייה קניה אלימתא ליומיה, כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו, והיאך יכול לחזור בו. ופרקינן דמאי דמצי הדר ביה טעמא אחרינא הוא, ולא משום דאין קנינו קנין גמור, אלא גזרת הכתוב משום; כי לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים, הא כל כמה דלא הדר ביה, ידו כיד בעל הבית". והיינו שקנינו הוא כקנין בעה"ב, שיכול לתפוס לבעה"ב אף במקום שחב לאחריני, כיון דקנינו קנין גמור לבעה"ב.

ומכח גמ' זו רצה ללמוד המחנ"א (שלוחין סי' יא) דפועל נכרי יכול לעשות מעקה עבור הישראל, והקשה המחנ"א על השוני בין פועל לשליח, דהרי גם שליח הוא כמותו דבעה"ב. וכתב לישב: "אבל פי' דמלתא הכי הוא, דשליח שאני משום דאין אדם יכול לעשות שליח שיזכה לו במקום שחב לאחרים, מה שאין כן בפועל, דכיון דפועל גופו קנוי לבעה"ב לגמרי, חשיב ידו כיד בעה"ב ממש, ונמצא שאין דין הפועל והשליח שוים, דשליח שרוצה לזכות לחברו, היינו היכא דקא מכוין לזכות לחברו, אבל אי לא כיון לזכות לחברו לא קנה חברו, אפי' למ"ד המגביה מציאה לחברו קנה חברו. אבל פועל שנשכר לכל מלאכת בעה"ב ואפילו למציאה, אפילו אי בשעה שהגביה המציאה לא היה בדעתו להגביה אלא לעצמו, הרי היא של בעה"ב, כל כמה דלא הדר ביה בהדיא". וכתב דהטעם הוא דשכירות ליומיה ממכר הוא. והביא ראיה דגם לענין שאלה בבעלים, יד פועל כיד בעה"ב. ושכן כתב מהרש"ך לענין אפטרופוס של יתומים שתפס בשביל היתומים, דזכה להם משום דידו כידם. ולכן י"ל, דאם שכר פועל לעשות מעקה, מברך עליו דחשיב כאלו הוא עצמו עשה. ומבואר מהמחנ"א דיד הפועל ממש כיד בעה"ב וכעברו דמי, דבשליחות י"ל שהשליח עצמו עושה והמעשה מתיחס לבעה"ב, ובפועל חשיב ממש כביכול בעה"ב עשה בעצמו בידו, שידו כידו. (וע"ע במחנ"א שכירות פועלים א, ומה שכתבתי בח"ז ל/א). ועיין באבני נזר (חחו"מ סי' נב, מחודש ב,יא) דדין פועל כעבד ממש.

ובמהרי"ט אלגאזי (בכורות פ"ד אות נ) הביא דברי המחנ"א וחלק עליו, דמה שיד פועל כיד בעה"ב, והוא עדיף משליח ונחשב כבעה"ב עצמו שהגביה, היינו דוקא בדבר ששייך בפועל עצמו, שיכול להגביה מציאות ולזכות לעצמו, אולם בדבר שהוא עצמו לא בר שליחות, כמו בעשית מעקה, לא מועילה ידו לבעה"ב. ומבואר דאין זה ידו ועדיפות מכל שליח אלא כשיש לו תחילה דין של שליח, ואחרי שיש לו דין של שליח, כוחו כפעולת בעה"ב ממש וכידו, אבל ללא כח השליחות שבו, לא מהני ידו שתהיה כיד בעה"ב, ועד כמה שהוא לא יכול להיות שליח, הוא גם לא יכול להיות פועל, משא"כ למחנ"א ענין פועל הוא ענין בפני עצמו ואינו שייך לדין שליחות כלל, ולכן יכול לעשות מעקה עבור הישראל, והישראל חשיב כעושה המצוה. גם בנתיבות קפחא, כתב להקשות על המחנ"א, דבקנין משיכה והגבהה צריך שיהיה העושה שליח של הקונה, דאם עשאו שלא מדעת בעלים אין מעשיו כלום, ואם כן מהיכי תיתי יהיה מועיל פועל עכו"ם. ורק בהגבהה כתב דמהני אם הגבהה מכוחו, וכן במשיכה מהני בקורא לה והיא באה, והיינו שנמשך בגרמתו, רק לא מהני אם משכו הנכרי לרשות עצמו או בסימטא, רק אם בגרמת הנכרי נמשך לרשות הקונה, ולא מהני יד הפועל אלא כשהוא שלוחו והוא בר שליחות: "אמנם כשהפועל קונה מטעם יד, לא קנה הבעל הבית, וגם לא מהני משיכת פועלים רק כשמושכין לרשות

בעל הבית, אבל כשמושך לרשות השליח, וכן כשמושך בסימטא, לא מהני ע"י פועלים כשאינו בר שליחות, וע"י בר שליחות זכה בכהאי גוונא". ומבואר דפועל בעינן תחילה לדין שליח.

ומעיקרא סברתי דבהסבר מחלוקת המחנ"א ומהרי"ט אלגאזי, יהיה תלוי נדו"ד, אם אמרינן בפועל לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי, דלדעת המחנ"א ידו של פועל כיד בעה"ב ואינו שליח ואינו בגדר שליחות, ולכן לא שייך בזה טענת לתקוני שדרתיך, משא"כ למהרי"ט אלגאזי דינו כשליח, רק עדיף מיניה למספר ענינים, ולכן יכול בעה"ב לטעון לתקוני שדרתיך. אולם אין זה מן הסברא שלא יוכל בעה"ב לטעון טענת לתקוני שדרתיך, גם למחנ"א, שהרי לא יתכן שאם הפועל יזיק, שלא יוכל בעה"ב לתבעו מה שהזיק, ולא יוכל הפועל לומר לבעה"ב אתה הזקת בידך. וכמו שחייב לשלם אם הזיק, יכול לטעון לתקוני שדרתיך, שאינו כבעה"ב ממש.

ובש"ך קה,א, כתב בענין שיטת רש"י (ב"מ י,א), שמבואר ברש"י שאם מינה שליח לתפוס לו כשחב לאחריני, יכול השליח לתפוס, והקשו על רש"י (עיין תוס' שם ד"ה התופס), דהוכיחו דלא מהני שליח לתפוס כשחב לאחריני. והש"ך כתב לבאר, דרש"י מיירי בפועל, ששכרו לתפוס לו כשחב לאחריני, ופועל מהני: "... פשיטא דאין פועל משועבד לבעל הבית כעבד כנעני דנימא דהוי כיד בעל הבית עצמו, דהא מציאת עבד עברי לעצמו. אלא ונראה, שאני פועל ששכרו ללקט מציאות, כדאיתא בש"ס (ב"מ יב,ב), נמצא דהוי שלוחו, וכיון ששכרו להיות שלוחו הוי ידו כידו ... ועפ"ז מוכח דמי ששכר לאחר שיתפוס בעדו מבע"ח ותפס, קנה אפי' במקום שחב לאחריים". ומבואר בש"ך דפועל ששכרו לפעולה מסוימת, לענין הפעולה עצמה ידו כיד בעה"ב, אולם אין בזה יד גמורה, שהרי אינו משועבד לבעה"ב, רק כיון ששכרו לפעולה המסוימת, לענין אותה פעולה אין האחר שחבים לו יכול לטעון כנגד התופס, כיון שידו כיד בעה"ב לענין התפיסה לטענת חבות לאחריים, דלענין זה עדיף משליח.

ובתומים קה,א ובנתיבות קה,ב חלקו על הש"ך וס"ל דאין פועל יכול לתפוס במקום שחב לאחריים, דאין הפועל יכול לתפוס במקום דחב לאחריני. דפועל יכול לתפוס אינו מטעם שליחות, דשליחות לא מהני במקום דחב לאחריני, ופועל מהני מטעם דידו כיד בעל הבית, ואם אין צריך כלל לדין שליחות, א"כ אפי' בחשו"ק דלאו בני שליחות ניהו תועיל תפיסה וזכיה, ולא מצאנו כן בפוסקים; "לכן נראה דהעיקר כהתומים, דלא אמרו יד הפועל כיד בעה"ב, אלא במקום דיכול לזכות לנפשיה, וכמ"ש המהרש"א בכתובות פרק הכותב (פד,ב). והטעם נראה, כיון דהפועל יכול לזכות לנפשיה, א"כ הבעה"ב מידו דפועל קא זכי, משו"ה בחרש שוטה וקטן שאינם זוכים לנפשם, גם בעה"ב לא קנה מידם ... ולפי סברא זו, לענין תופס לבעל חוב דאין

להפועל יד לזכות בו, לא שייך לומר ידו כיד בעה"ב, וכן הסכים התומים". ולפ"ז ודאי שיכול לטעון לפועל לתקוני שדרתיך, דהעדיפות ממה שיכול לזכות לעצמו, וזה שייך לעניני זכיה וכד', אך לא לענין טענה שעיוות בשליחותו, דאין לו בזה עדיפות על כל שליח. דענין עדיפות הפועל, כמש"כ באור שמח (שכירות ט,יא): "דמשכיר את ידו בכל הזכותים שיזכה, והוי כאילו הקנה ידו למעשה ידיו ולמציאותיו". והיינו לענין הזכות לבעה"ב, אך לענין העיוות, דלזה לא נעשה פועל.

והגרש"ש בחידושיו גיטין סי' ו', ועיין גם ב"מ סי' יב) דן באריכות בהסבר דברי האחרונים, המחנ"א והנתיבות, בדין יד פועל כיד בעה"ב, וכתב לבאר בב' אופנים העדיפות של הפועל לזכות במקום שחב לאחרים. הדרך האחת – דמה שלא מועיל זכיה במקום שחב לאחרים, דכך קבלו חז"ל דלא הרשתה תורה לזכות לזה ולחוב לאחרים, דענין זכיה דנתנה תורה לאדם כח לעשות טובה ולזכות לאחרים, וכשזכה חב לאחרים, לא נתנה לו תורה כח לזכות. דעיקר זכיה הוא חידוש של התורה, כמו שכתב בשטמ"ק (ב"מ פרק איזהו נשך) לענין זכיה לעכו"ם דלא מהני מהאי טעמא, וכשחב לאחרים לא חדשה תורה דין זכיה. ולכן בפועל המושכר למלאכת בעה"ב, כיון שידו כיד בעה"ב לענין מלאכה, הרי הוא הפועל לענין שכר ושבח מלאכה כחפצי בעה"ב שמן הראוי להיות השבח לבעה"ב. ולכן אין לומר בפועל שלא הרשתה התורה לזכות לזה ולחוב לזה, דהרי זה כזוכה לעצמו, מכח היותו משועבד לזכות לבעה"ב. ולפי באורו זה של הגרש"ש, אין לפועל יתרון מהותי משליח דעלמא, ורק לענין זכיה לבע"ח כשחב לאחרים, התורה לא מנעה מפועל לזכות לבעה"ב כשחב לאחרים, דמניעה כנ"ל, שלא חדשה התורה זכות זו בחב לאחרים, אך בפועל שמושכר לבעה"ב, הרי זו כזכיה לעצמו, דכיון שפועל נחשב למלאכה כיד בעה"ב, נתנה לו התורה רשות לזכות כביכול לבעה"ב עצמו זוכה. בין לענין מציאה ובין לענין גבית חוב.

ובדרך השניה כתב הגרש"ש, דיש שינוי מהותי בין פועל לשליח, דבדין יד פועל התחדש שמועיל קנינו אף במקום שלא מועיל מדין שליחות וזכיה, כגון אם נשכר פועל לקטן ע"י אחרים, דמדין זכיה לא היה מהני מן התורה לשיטת תוספות וסיעתם דזכיה מטעם שליחות, ובפועל מהני שאינו מטעם זכיה ושליחות אלא כיד בעה"ב ממש; "והענין דכמו שריבתה תורה ענין שליחות שעל ידי שאדם מצוה לחבירו לעשות איזה דבר והשליח מתרצה ומתעורר לעשות, החשיבה התורה את השליח כיד בעה"ב שיועילו מעשיו למשלחו, כמו כן חשוב יד פועל כיד בעה"ב אף היכא דלא מהני מדין שליחות ... ומשום הכי כשהפועל מגביה מציאה לבעה"ב, מהני מעשיו כאילו עשה בעה"ב בעצמו, דכיד בעה"ב הוא. ובכה"ג היה נ"ל דמהני מה"ת אף אם בעה"ב שלו חשו"ק, דאף דלית להו יד לקנות, אבל ע"י הפועל נתוסף להם יד מועלת

לקנין. אמנם כ"ז רק בדבר שאין צריך לבעה"ב כח קנין וזכות פרטי, כגון מציאה וכדומה דכל אדם באשר הוא אדם זוכה מן ההפקר, אבל בדבר שכח הזכיה הוא ביד בעה"ב ע"י זכות פרטי, כגון בתפיסת חוב וכה"ג, דאף אם נתוסף לו יד אחריתא אבל יד זו אין בה כח תפיסת חוב, דרק לבעה"ב עצמו יש לו כח זה מחמת זכותו אצל הלוה, ונמצא דלא נוכל לומר דיהני משום יד פועל כיד בעה"ב, דיד זו אי אפשר לה להיות כבעה"ב לענין תפיסת חוב דאין ליד זו כח בע"ח, וצריך לזכות מדין זכיה ושליחות ובכה"ג לא מהני היכא שחב לאחרינא". מבואר מהגרש"ש בדרך השניה, שאף שענין יד פועל הוא ענין בפני עצמו, הוא דוקא במקום שהזכות שזוכה לבעה"ב הוא בדבר כללי כמו מציאה, שכ"א יכול לזכות, דידו כיד בעה"ב, ומה שזכה מתיחס לבעה"ב מדין ידו כיד בעה"ב, וכמו שיכול לזכות לעצמו, יכול לזכות לאחרים, אך אין ידו כיד בעה"ב ממש במקום שהזכות שייכת ליד בעה"ב, כמו בתפיסת חוב, דבזה צריך יד בעה"ב ממש. והיינו שצריך ראשית שיהיה לפועל זכות לתפוס, ואם יש לו זכות, מכה ידו כיד בעה"ב, מתיחס לבעה"ב, ונפק"מ בבע"ב חשור"ק, ששליחות לא מהני ויד מהני, אך זה אחרי שכבר תפס, אולם בתפיסת חוב שהיא זכות למלוה עצמו, מלכתחילה אין כאן זכיה, ממילא לא נתפס לבעה"ב.

ומ"מ זה ברור שיד הפועל כשהזיק, מתיחס לפועל, ולתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי נאמר גם בו. דכן מצאנו גם לענין עבד שהזיק, וכדתנן בב"ק פז,א דפגיעתו רעה, דהחובל בו חייב, והוא שחבל באחרים פטור, אבל משלם לאחר זמן, וכמו שפסק הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ד,כא; "... שהרי בני דעה הן, והרי הן כבעל חוב שאין לו מה יגבה, שאם העשיר חייב לשלם". ואי נימא שאין יכול לומר בפועל לתקוני שדרתיך, א"כ גם בזה יתחייב האדון דכידו ממש. אלא שאין נחשב כידו אלא לענינים שאליהם נשכר לעשות מלאכתו או שבעה"ב מעונין שיעשה מלאכה, ולא מיבעיא במקום שהיא עבירה, אלא אף בעבד שקנה עבור האדון דבר שאינו רוצה לקנות. וכמו שמצאנו לענין חצר שקונה לו שלא מדעתו, אולם במכירה שמתחייבים הבעלים לשלם דמי המכר, אינה קונה לו אלא מדעתו, עיין בנתיבות רסח,ד, וכן באבני נזר חירור"ד סי' תב. ולכן ברור שגם בפועל אינו קונה לבעה"ב נגד רצונו, וכיון ששלחו לדבר מסוים, לא קנה בעה"ב, דלתקוני שדרתיך ולא לעיוותי. ובנדר"ד שביקש ממנו לברר אם בעה"ב חפץ בחלקים הנ"ל ומהשחיטה האחרת, והשליח מדעת עצמו הסכים לכך, הרי שקנה השליח ועליו לשלם למוכר, ולהחזיר לבעה"ב את כספו.

לאמור לעיל, המקח קיים בין השליח למוכר, והחוב על השליח לשלם למוכר, ואין על הקונה המשלח כל חיוב כלפי השליח או המוכר.

סימן מז

תשובות קצרות בעניני תיווך ושידוכים

ראשי פרקים

א. פעולה שבצורתה ומהותה מהוה מעשה של תיווך/ שידוך

ב. מתווך או מגשר

ג. כמל מעשה הראשון

ד. שותפים שתיווכו/ שידכו

ה. מתווך שאינו מקבל שכר

נשאלתי בראובן שחיפש דירה באזור מסוים. צדה עינו על מרפסת אחת הדירות, שלט גדול: למכירה, שמצורף אליו מספר טלפון של מתווך, ומצוין כי הדירה נמצאת בתיווכו בבלעדיות (דהיינו, שאף אם יפנה למוכר שלא באמצעות המתווך, יצטרך לשלם למתווך דמי תיווך, והמוכר אחראי לכך). ברר אצל השכנים, והגיע לבעל הדירה. השנים שוחחו, אך לא הגיעו לעמק השוה. לאחר מספר חדשים, כשהשלט עדיין על המרפסת, פנה שוב למוכר, והגיעו לעמק השוה. התברר שבין לבין תמה תקופת הבלעדיות והקשר בין המוכר למתווך, אף שהשלט נשאר במקומו. ונשאלתי ע"י ראובן אם צריך לשלם למתווך.

א. פעולה שבצורתה ומהותה מהוה מעשה של תיווך/ שידוך

והשבתי שאינו צריך לשלם למתווך. דאף שלולי המתווך לא היה יודע ממכירת הדירה, כל זה אם היתה נעשית כאן פעולה של תיווך. במקום שנעשית פעולה של תיווך, וכתוצאה מאותה פעולה התגלה לקונה דבר המכירה, יש לממציא הדבר דין של מתחיל. כדי שנתחיל לדון אם דינו כמתחיל או לא, דבר ראשון יש לדון אם היתה כאן פעולה של תיווך, שהיא המחייבת. לשאלה אם יש כאן מעשה של תיווך, צריך לבחון אם הפעולה יש לה צורה ואופן של תיווך, שהוא במהותו קישור בין שני צדדים לביצוע עסקה מסוימת. פרסום שלט עם מספר טלפון, אין לזה את האופן והצורה של תיווך, רק היכי תימצי לתיווך. דהיינו הפניה למספר הטלפון שבשלט, שבכך יוכל לפעול המפרסם כמתווך. אם עשה רואה השלט עבודת מחקר, והגיע בעצמו למוכר הדירה, הגם שפירסום השלט הוא הגורם, כיון שהוא מהוה רק היכי

תימצעי לתיווך ואין בו צורה ואופן של מעשה תיווך, אין הוא מחייב שורת הדין בתשלום דמי תיווך.

ובפרט שכל דין תיווך נובע ממנהג המדינה, ולענ"ד פשוט שהנוהג בכה"ג לא מחייב בדמי תיווך. וקשה לתת הגדרה כללית, ויש לבחון כל מקרה לגופו, האם יש כאן פעולה של תיווך או לא, האם יש למעשה שעשה הטוען לתיווך, אופן וצורה של פעולת תיווך, שהיא השאלה המקדימה, ולולי קביעה כי יש כאן פעולה של תיווך, אין מקום לדון אם דינו כמתחיל או כאמצעי וכו', וכמה מגיע לו, כיון שאין כאן פעולה של תיווך, שהיא הגורמת את החיוב.

וכך גם השבתי לאחד שראה מודעה בעיתון ממשד תיווך, ובו נכתב בשכונה פלונית דירה למכירה מקבלן אמין. הלך לאותה שכונה, וראה שני מגרשים שבהם יש התחלת בניה (הריסה, גידור וכו'). התענין מי הקבלנים, והגיע ישירות לאחד מהם ורכש דירה. והשבתי שאין בפרסום מודעה בכגון זה פעולה של תיווך אלא היכי תימצעי לתיווך. שרואה המודעה יפנה למתווך, ואז יעשה המתווך את עבודתו. אך בעצם פרסום המודעה אין כל צורה ואופן של תיווך, ובה לכשעצמה אין בה מעשה של תיווך.

(ואגב הנ"ל, בענין מי שחתם אצל מתווך על הסכם שכ"ט לדירה מסוימת, וכשהגיע לביתו אשתו אמרה לו שראתה את הדירה הזו במודעה בעיתון לפני שבוע. לכאורה בחתימתו חייב עצמו במה שאינו חייב, ויכול להפטר מדין התחייבות בטעות, אך חובת ההוכחה עליו, כגון שיוכיח שדיברו לפני מועד החתימה אצל המתווך, עם מוכר הדירה וכו'.

גם טענה שהמתווך לוקח את הידע והמידע ממודעות בעיתון או ממאגרים של גמ"ח לתיווך, אינה טענה להפטר משכר תיווך, שהרי גם הקונה יכול לעשות כן, ומה שפנה למתווך, מפני שבדר"כ מתווך לוקח את הידע הראשוני מהעתון, ומברר על הדירה פרטים נוספים, וכך יכול לברור ולקטלג מכמות גדולה של דירות, דירות המתאימות לדרישות הקונה המסוים. וגם אם לא עשה כן, אין במקור המידע, עתון וכיוצא"ו, כדי למנוע ממנו את שכר התיווך. והטענה שלא סינן את הדירות כדבעי, אינה טענה להפטר מתשלום התיווך, דכך הוא אצל בעלי המקצוע, יש העושים מלאכתם בצורה טובה יותר, וממילא בעתיד יזכו ביותר לקוחות, ויש העושים בצורה גרועה).

וכך גם השבתי לאבי הבת, ששדכן התקשר אליו והתחיל להציע מספר בחורים מישיבה מסוימת, כשהוא מקריא מתוך רשימה של הישיבה (חלק מהבחורים לא

התאימו מבחינת העדה, וחלק כבר היו מאורסים או נשואים). אח"כ החל בדרך זו להקריא מרשימה של ישיבה אחרת. הציע אבי הבת לשדכן, עם נימה של זלזול, לשלוח אליו בפקס את הרשימות של הישיבות שבידו, וכך עשה. עבר האב על הרשימות, סינן דרך האגרון את המשפחות המתאימות, פנה לגורמים בישיבות המדוברות, ברר והתעניין, עד שלבסוף עלה שם מסוים כמתאים. וכשהשדוך יצא אל הפועל, טען שולח הפקסים שדינו כמתחיל. והשבתי שאין בפעולות הנ"ל אופן וצורה של פעולת שידוך, ואינו חייב לשלם לשולח הפקסים דבר. וכן נשאלתי ע"י מזכיר בישיבה, ששולח לשדכנים רשימות, וגם מוסר להם פרטים, אם יש לו חלק בדמי השדכנות, והשבתי כנ"ל שאין זה מעשה שידוך, אבל יכול להתנות עם השדכנים על סכום מסוים מכל שידוך שיצא לפועל.

בפת"ש חו"מ קפה,ג, הביא מספר עטרת צבי (לגאון רבי צבי הירש ב"ר עזריאל מוילנא, קפה,ז), דהמתחיל אינו נקרא אלא מי שאמר כמה אתה נותן, שכך מצא בפנקס הארצות. וכן הביא בפת"ש (אהע"ז נ,טז), מספר תפארת ישראל שהביא מספר חוקי דרך: "אינו כשדכן רק בדיבר מסך הנדון". ומהרש"ם במשפט שלום קפה,ז, הביא מתש' פאת נגב, דאם לא עסק הסרסור בערך דמי הסחורה, אינו צריך לשלם שכר הסרסור, אלא שהקדים ולקח ללא הסרסור, נהג בו מנהג רמאות. ובמשפט שלום כתב דסגי אם דיבר מאותו הערך, אף שנגמר בפחות או יותר, מ"מ היה קרוב להצעת הסרסור.

ושם בפת"ש (חו"מ קפה,ג) הביא מתש' שב יעקב (תחו"מ סי' יג) דאם המתחיל, אף שלא היה יכול לגמור, הוא היה הממציא לשידוך, שעל ידו נתגלה הדבר, ובאו שדכנים אחרים, או אותו צד שהיה מרוצה לשידוך מעמיד אחרים אשר דבריהם נשמעין יותר לצד השני, הן על ידו הן על ידי שום גרמא, בודאי דיש לו דין מתחיל: "וזה הכלל באופן שאפשר לומר, אילולי שהיה זה המתחיל אשר התעורר לזה, לא היה עולה על דעת אחרים לדבר שידוך הלזה, אם כן ודאי מחויב ליתן למתחיל כפי המנהג, מה שאין כן אם הגומרים נתעוררו מעצמם לאותו שידוך, וסוברים לפי דעתם שהם הראשונים, אם כן המתחיל לא עשה שום פעולה טובה בזה, הואיל שבעל דבר אינו מרוצה על ידו, ואילולי שבאו האחרים היה נשתקע הדבר, והשדכנים האחרים באו מעצמם ולא יודעים שום דבר מהמתחיל, אם כן אין שום טעם ליתן לו דבר". ועיין מה שכתבתי בענין בח"ה סי' כ.

ואף שלכאורה נראה שיש מחלוקת בין מה שכתב בעטרת צבי לשב יעקב, בהגדרת מתחיל, האם צריך לדבר גם בעניני הממון אם לאו, דדעת העטרת צבי, לפי הנהוג ומה שמצא בפנקס הארצות, שצריך גם לדבר בעניני הממון, ובלא"ה אינו נקרא

מתחיל, והשב יעקב מגדיר את המתחיל כמי שבעטיו הומצא הדבר, ואילולי הוא לא היה הדבר בא לעולם, שלא היתה לצדדים ידיעה האחד מהשני לולי התחלתו. ונראה דשניהם סוברים שאין למתחיל, גם אם היה ממציא הדבר, דין של מתווך, אא"כ היה במעשיו אופן וצורה של פעולת תיווך. אלא שהעטרת צבי סובר שלולי דיבור בענין הכסף, אין זה פעולה של תיווך, ולשב יעקב, כל שהוא היה ממציא הדבר, ולולי פעולתו לא היה מתגלה הדבר, אף שלא דיברו בעניני הממון, דינו כמתחיל. דלשב יעקב יכול לעשות המתחיל מעשה של תיווך גם ללא דיבור בעניני הממון, אך בכל אופן אין חולק שלפעולה צריך להיות אופי וצורה של מעשה תיווך. דגם לעטרת צבי ודעימיה, הדיבור על עניני הממון אינו הסיבה אלא הסימן, להיות הדבר צורה של מעשה תיווך.

וכן יש לפרש גם מש"כ מהרש"ג (ח"ג סי' קג): "כל שהוא היה המתחיל הראשון אפי' בענין קטן, היינו להמציא שנכון הדבר שבת פלוני תנשא לפלוני, שוב הוי הוא המתחיל, שהרי מ"מ הוא היה הממציא הראשון. ומסתבר כן לפי מה שנראה מדברי השב יעקב ... דעיקר שכרו של המתחיל הוא בשביל שהוא המציא הדבר, שראוי והגון הוא ששני האנשים הללו יתחננו זה עם זה. וכיון שעיקר שכרו הוא בשביל המצאה שנפל בשכלו שדוך זה, א"כ נראה שאין צריך לעשות פעולה רבה בזה שיהיה נקרא מתחיל, רק לגלות לצדדים המצאתו, וכל שהיה ממנו ההמצאה חשוב מתחיל". ובהמשך דבריו חלק על מש"כ העטרת צבי בענין דבור בעניני ממון, דלדעתו יש דברים שהם חשובים ועיקריים יותר מממון. ונראה דכל דבריו הם באופן שהיתה המצאת הדבר באופן שניכר שיש כאן פעולה של שידוך. ברור שאם גילה המצאתו בקרב משפחתו או בפני שני עדים, אין הוא מתחיל, אף שהוא הראשון שהרעיון עלה ברוחו. וכוונת הדברים, שהסימן לדיבור בעניני ממון הוא לאו דוקא, וכל סימן שמראה שמדובר כאן במעשה בעל אופי של שידוך סגי בהכי.

מאידיך י"ל, שכאשר אדם פונה לצד מסוים ומציע שידוך עם פרטים מינימאליים, כפי שמקובל להציע שידוך, אף שלא ידע פרטים בעניני הממון, הרי שלהצעה זו יש אופי וצורה של מעשה שידוך, וכיסוד שכתב מהרש"ג, ולכן אם הענין הומצא ע"י המציע, ואח"כ הלכו ההורים ושלחו שליח אחר, יש ליתן לו שליש, כנהוג לתת למתחיל שהמציא הדבר ובלעדיו לא ידע קודם מהדבר. (מבלי להכנס למש"כ הנודע ביהודה תנינא חחור"מ סי' לו, דהאינדא נהוג לתת לממציא הדבר אף אם סברו שאחר יהיה שדכן טוב יותר. כמו כן לא נכנסתי לשאלה של מי שאינו מרוצה מהשדכן, עיין בשב יעקב חחור"מ סי' יג, שהם שאלות בהגדת מתחיל, שזה נושא אחר).

ועיין בקובץ הר המור (חוברת ג, עמ' 12, אות ו) שהביא הגרצ"פ פראנק: "מתחיל נקרא מי שדבר בסכום הנדוניא, או שבלאו המצאתו לא היה הדבר בא לידי

גמר". ולכאורה ארכביה אתרי רכשי, שהרי מחלוקת היא כאמור לעיל. אלא למש"כ אין כאן מחלוקת, ודיבור הנדן אינו אלא סימן, וכל מקום שיש כאן מעשה של שידוך, באופן ובצורה שבה מציעים שידוך, גם אם לא דיבר בענין הנדן אלא שבלי המצאתו לא היה מתגלה הדבר, יש לו דין של מתחיל. משא"כ במקום שאין בו האופן והצורה של שידוך, גם אם בלי המצאתו לא היה מתגלה הדבר, אין זה מחייב מדין מתחיל, שאין התשלום עבור ההמצאה אלא על פעולה של תיווך, ולכן צריך להיות באופן של פעולת התיווך.

עוד דוגמא למי שהמציא, אך אינה פעולה של שידוך שמזכה בשכר שדכנות, בעובדא דאתא קמן בראובן שהציע שידוך – את לוי, לבת שמעון. ותוך כדי מסירת אינפורמציה על לוי, סיפר שיש ללוי חברותא – יהודה, שאצלו ניתן לברר על לוי, ואגב כך ציין שליהודה אין לו את כל המעלות שיש ללוי, למרות שהוא גם בחור חשוב. הלך שמעון וברר גם על יהודה, והשתדכה בתו. והשבתי שאין לראובן דין מתחיל ביחס לשדוך עם יהודה, שאין זה האופן של שידוך ופעולה של שידוך, דממציא הדבר צריך להיות שהמציא בדרך ובאופן של מעשה שידוך, אולם דיבורים של אגב, מעין הנ"ל, אין הם מעשה של שידוך המזכה את הממציא מדין מתחיל. בפרט שכהדברים נאמרו בדרך השלילה, שזה כמגלה דעתו שאינו שדכן לענין יהודה.

וכן השבתי, להורה שהתקשר למנהלת ב"ס בענין רישום בתו, והתברר שהם באים מעיר אחרת ובכוונתם לשכור דירה ברחוב פלוני, וענתה לו המנהלת שרחוב פלוני אינו באיזור הרישום של הבי"ס, ושהיא יודעת ברחוב אחר, שהוא באיזור הרישום, שיש שם דירה מתאימה להשכרה, ומסרה פרטים כללים. שאין זה מעשה של תיווך, משא"כ אם היתה מוסרת פרטים מלאים, יש לדון, אך נראה שנהוג עלמא בכגון זה שאינה מקבלת תיווך. דבלא מסירת פרטים על הדירה אלא כללית יש ברחוב פלוני מספר פלוני דירה, אין זה מעשה של תיווך. וכמו באחד שבא לבקש מראש ישיבה מסוימת בחור עבור בתו, והוא ענה לו שבישיבתו אין בחורים מתאימים, ושיפנה לישיבה מסוימת אחרת בראשות וכו', ודאי שאין בזה מעשה של שידוך.

ונשאלתי בראובן המתווך שהציע דירה לשמעון, והלכו למקום וראו שצריך שיפוך. אמר ראובן לשמעון: אין בעיה, אני מכיר קבלן שיפוצים בשם לוי, שיעשה לך את העבודה במחיר נמוך. לוי הגיע למקום, נתן הצעת מחיר, ולפי חשבוננו של שמעון קנית הדירה לא היתה כדאית, וירד מהענין. לאחר שבועיים רכש לוי את הדירה. והשבתי שאין לחייב את לוי לשלם לראובן, כיון שראובן לא פנה ללוי להציע לו את הדירה אלא נודע לו ככאגב, שהזמינו אותו לתת הצעת מחיר. דכלפי לוי אין כאן מעשה של תיווך.

וכן נשאלתי בראובן שרצה למכור דירה, ובאו קונים והתענינו, ולבסוף כיון שקנית דירה במקום אחר לא הסתייעה, חזר בו מרצונו למכור את הדירה. לשמעון - שכן בבנין, דירה דומה, והוא פנה לראובן ושאל אותו אם הוא זוכר איזה קונים רציניים, ואמר לו שהיה קונה אחד רציני, ומסר לו איזה פרט מעורפל, דרכו הגיע שמעון לקונה. ונראה דבכה"ג אינו מעשה של תיווך, כיון שבמהות הפעולה מדובר במסירת מידע על קונים שבאו לדירתו. ספק אם רוצים עדיין לקנות דירה, ואת כל הברורים צריך לעשות המוכר. משא"כ אם ראובן היה פונה לשמעון ומקשר אותו לקונים שבאו לראות את הדירה. וכך גם השבתי לאבי הבת, ששאל את חברו, גם אב לבת שהתארסה, מי הם הבחורים הרציניים שהציעו להם, ומתוך מכלול השמות, יצא לפועל אחד מהם, שאין צריך לשלם לראשון דמי שדכנות.

ובתש' הליכות ישראל (לגר"י גרוסמן זצ"ל, סי' לג), נשאל במי שידע שבבנין מסוים יש דירה למכירה. הוא נקש בדלת אחת הדירות ושאל היכן יש דירה למכירה, וענה לו הדייר כי בקומה ג בדלת מס' כו"כ, הדירה עומדת למכירה (ולענ"ד הוא הדין אפי' מסר לו שבעל הדירה מתגורר במקום פלוני, ואף נתן לו מספר הטלפון שלו), ונגמר המקח, שאין לדייר זכות בדמי תיווך: "כי רק מראה מקום הוא לו, הכתובת של הבית, וגם בלעדיו היה יכול לשאול את פי כל אלו שיש להם דירות בבנין זה, ובעצמו היה מגיע אליו, והוא חסך ממנו הטרחא הזאת, מעצם המחיר לא דבר עמו, גם שיש בבית להמכר בבנין הזה ידע מעצמו". והסבר הדברים, דיש הבדל בין אם המעשה במהותו הוא בעל אופי של תיווך, או בעל אופי וצורה של מסירת מידע. והמעשה הנ"ל הוא מסירת מידע גרידא, ואין מגיעה עבור זה דמי תיווך.

וכן השבתי לאבי הבן, שהציעו לו הצעה מסוימת, וכבר בשמיעת ההצעה, לא היה לו ענין רב בשידוך, אע"פ כן החליט לברר. ואכן בשני מקומות שברר, העלה כי מדובר בשידוך שאינו מתאים. אולם הגיע לראובן, וראובן הכיר היטב את משפחת המדוברת וכן הכירו היטב את המדוברת, וסיפרו פרטים מיוחדים, שעקב מסירת המידע של ראובן, נגשו לשידוך והשתדכו. שאין צריך לשלם לראובן מעיקר הדין, כיון שהפעולה של ראובן היא מסירת מידע ולא שידוך.

עוד כתב שם בהליכות ישראל, שאם אחד קרא בעתון שדירה פלונית שבמקום פלוני עומדת להמכר, ואח"כ בא אחד ומציע לו את הדירה, ומסר לו פרטים שלא ידע, כגון מחירה הנמוך ביחס לשווייה, ובעקבות פרטים אלו התענין על הדירה ונגמר המקח ללא השתדלות המתווך וללא כל פעולה מצידו: "מגיע לראשון שכר תיווך, ואם לא דיבר מענין המחיר, לא מגיע לו כלום". ולכאורה בזה צ"ע אם המעשה של המתווך הוא פעולה של תיווך או בעלת אופי של אינפורמציה בלבד. דזה ברור שאם

היה פונה לאדם לקבל אינפורמציה על בחור פלוני, והוא משבח את הבחור ומוסר אינפורמציה מאד חיובית, וכתוצאה מזה נגשו לשידוך, שהפעולה במהותה היא מסירת מידע ולא תיווך ושידוך. לכן צ"ע בנדון שדן הליכות ישראל. ונראה שאם ידע ממש מהדירה, והתיחס לנושא כשראה בעיתון, ושקל ולבסוף מה שניגש זה מחמת האינפורמציה של המתווך, אין לראות בעינין אלא מתן מידע בלבד. משא"כ אם ראה את המודעה בעיתון בהעברה בעלמא, ולא התיחס אליה כלל, ורק כתוצאה מההצעה המפורטת של המתווך התחיל להתעניין, יש בזה איזה גדר של מתחיל, וראוי לפשר. דיש לחלק בין מסירת מידע בשידוך לנדון כזה, דכאן מדובר בפעולה של תיווך, רק השאלה שלא היה הראשון, כיון שכבר ראה בעתון, משא"כ בנדון מסירת המידע בשידוך. רק הספק דכיון שידע, מה שעשה המתווך הוא רק פעולה של מסירת מידע והטעמת הדבר, וחסר כאן את ההגדרה של מעשה תיווך, כיון שידע מקודם מהדירה.

גם נראה שמעשה התיווך צריך להתיחס לדירה מסוימת, ואם כתוצאה מהתיווך לדירה המסוימת שכשלה, נוצר קשר לדירה אחרת, אין זה מעשה תיווך. כגון שהציע לראובן דירה בבנין ששמעון בונה, והדירה לא נשאה חן בעיני ראובן. ואמר לו שמעון, שהוא בונה כעת בנין במקום אחר, וראובן קנה את הדירה שבמקום האחר, דאין למתווך שכרו, כיון שלא תיווך לדירה המסוימת שנקנתה. (גם צ"ע אם תיווך לו דירה של 4 חדרים בבנין מסוים, והדירה לא נשאה חן בעיניו בהיותה קטנה, וקנה דירה של 5 חדרים. דלכאורה אם התיווך היה לבנין באופן כללי, יש לו שכרו, אך בנדו"ד החתים אותו המתווך על הדירה המסוימת, ובכך לכאורה ויתר על שכר על דירה אחרת, אך לפנים משורת הדין יש לתת לו איזה שכר מסוים). וכן אם לכתחילה בקש לקנות דירה אחת, ולכך תיווך, ואח"כ שראה הבנין קנה שתי דירות, אין לו למתווך אלא על מה שתיווך ולא מה שיצא אח"כ כתוצאה מהתיווך.

וכן צריך להתיחס לפעולה המסוימת שלשמה נעשית פעולת התיווך. בראובן שעבר לעיר אחרת עם משפחתו, וחיפש דירה להשכרה, ותיווכו לו דירה מסוימת, והמשכיר אמר שברצונו גם למכור את הדירה, והחליט ראובן לקנות את הדירה. דאין למתווך לא בדמי השכירות, שלא נעשתה, ולא בקנית הדירה, שלא תיווך, אך הגון וישר לתת לו חלק מסוים מהתיווך, לפחות של השכירות. אולם אם אכן שכר, ושילם תיווך על ההשכרה, ואח"כ קנה את הדירה, בזה פשוט שאף ממידת היושר אין צריך לתת לו חלק בתיווך קנית הדירה.

ב. מתווך או מגשר

וכן נראה לענ"ד גם לענין גומר הדבר. מקובל להגדיר את המתחיל, כממציא הדבר, אמצעי הוא המפגיש ומטפל בענינים שונים בין שני הצדדים, אך לא הביא לגמר.

וגומר – מי שסיים גם את עניני הממון. נשאלתי בשני מחותנים שנגשו לרדן בעניני הממון, ולא הגיעו להסכמה על מקום המגורים ועל חלקו של כאו"א, וסיכמו לפנות לת"ח אחד, שמה שהוא יכריע, שני הצדדים מקבלים על עצמם (אמנם לא חתמו על בוררות, ויכלו לחזור בהם). והת"ח הכריע בדרך של פשרה, ונשאלתי אם יש לו דין של גומר שמגיע לו שלישי. והשבתי בדרך הנ"ל, שעצם מעשה הנ"ל הוא הליך של פשרה ולא של תיווך. כשנעשה מעשה של תיווך, וכמתווך נכנס בין הצדדים לסיים את הענין, הרי זה גומר התיווך. וההבדל בינו לבין מפשר, שמפשר אומר הכרעתו לאחר שמיעת דברי הצדדים, ומתווך מנהל מו"מ בין הצדדים, והם המכריעים ומסכמים לפי רצונם, כשהמתווך מגשר. גם מגשר אם הוא באופן שאומר הכרעתו והצעתו ותו לא, אין זה אופי של מעשה תיווך, משא"כ מגשר שנו"נ בין הצדדים ואינו מכריע, יש לדונו כמתווך שגמר העסקה.

גם נראה לחלק בין אם החליטו זה מכבר לקיים העסקה, רק בפועל לא יכולים להוציאה מהכח אל הפועל עקב חילוקי דעות בעניני הממון, וכשפונים למגשר שיתווך ביניהם, אין זה פעולה של תיווך. משא"כ אם כ"א כבר הלך לדרכו עקב חילוקי הדעות בעניני כספים, ונכנס אחד ותיווך ביניהם, הרי זו פעולה גם של תיווך ולא רק גישור.

והוא הדין בזוג שהתגרשו, ובא אחד ופישר וגישר והביא אותם למצב של מחזיר גרושתו, שאין בזה פעולה של שידוך אלא של גישור ומעין השכנת שלום בית, ויש לו שכר כמגשר ומפשר וכיוצא נישואין, כל מקרה לפי ענינו, אך אין לו שכר של שדכן שגמר הדבר (שמתחיל ודאי לא שייך בכה"ג). וגם אם לא פישר וגישר, אלא זרק לכל צד מדוע שלא יחזרו וכו', וחזרו ונשאו, שאין זה פעולה של שידוך אלא מעין השכנת שלום.

ג. בטל מעשה הראשון

ומעשה בשדכן שהציע לבחור בחורה מסוימת, ובררו ושמעו פרטים מצוינים ורצו לגשת לשידוך, ואמרו שהבחורה כעת נפגשת עם אחר, ונפגשה והתארסה, ואח"כ התבטל השידוך. והבחור כבר לא רצה לשמוע אודות המדוברת, כיון שהבחורה עזבה שידוך. ובא שדכן (אחר, לא הראשון) וטיפל ושכנע, דברור דרק לשני מגיע דמי שדכנות, בפרט בכגון זה שבחורה שעזבה שידוך זה גדר וחפצא אחר של שידוך, ולכן רק השני זכאי לדמי שידוך. דהראשון הציע דבר מסוים, ואח"כ גמרו בדבר אחר. וגם כמתחיל אין לדונו, דכבר הסתלק מעשה הראשון.

אח"כ אח"כ ראיתי שבערך שי (חו"מ סי' קפה ד"ה ונשאלתי) בעובדא כנ"ל, רק לא התבטל השידוך אלא נשאת והתגרשה, וכעת רוצה הבחור לשאתה, דאין לשדכן

הראשון כלום: "שכבר אסח דעתיה והתיאש השדכן מפעולתו, ועתה פנים חדשות הוא". וזה טעם נוסף למה שכתבתי לעיל, דמתווך או שדכן שכבר התיאש מפעולתו, אין לו דמי שדכנות. ולענ"ד נראה דאפי' לא התיאש, אינו דומה מציע בחורה, למציג גרושה או ביטלה שידוך, וממילא זו הצעה אחרת שמזכה רק את השני בדמי השידוך.

רק לפ"ז נשאלתי במתווך שהציע דירה של 3 חדרים לראובן, וראה ראובן שהדירה קטנה, ואחרי שנה שבעל הבית הרחיב את הדירה, קנה את הדירה. וזה אינו דומה לשידוך שהתגרשה דלעיל, דכאן אינו מציאות אחרת לחלוטין, דגרושה ומבוטלת שידוך זה הצעות מסוג אחר, משא"כ דירה כזו רק שהורחבה, היא אותה דירה רק מורחבת, ולכל הפחות מגיע למתווך מדין מתחיל, אך לפי דירה של 3 חד'.

עוד ראיתי בספר יהושע (לגרי"ה באב"ד, סי' סו) שהביא מנדע ביהודה דיש חילוק בין סרסור לשדכן, דבשידוך הענינים מורכבים יותר, ולעיתים קרוב הדבר לגמר, ובדבר קל יתרחק, משא"כ במו"מ. ולכן כתב דאם אחד התחיל בדבר השידוך, ולא רצה אחד מהצדדים, ועשה שידוך אחר, ואח"ז התבטל השידוך, וחזר השידוך הראשון, שאין לראשון כלום. והיינו הטעם הנוסף, שאם כבר התרחק הדבר והתבטל לגמרי, אין השפעת הראשון קיימת. והוסיף שם:

"ואע"פ כן נלענ"ד ליתן דבר מה למתחיל, כי לדעתי שידוך לא דמי למו"מ כלל, דבדבר שבממוץ, סחורה או בתים, אין צריך חכם להבין השתוות העסק, דרך משל, ... מי שיש לו בית למכור, ישאל לסרסור ומביא לו מי שרוצה לקנות בית. משא"כ בנידון שידוך לזווג זיווגים, צריך לשער מי הוא דומה לזה, ואם הוא דבר שוה לשני הצדדים, ולא יוכל אדם לדעת כי אם אחד מאלף אשר יעלה ברעיונו כי הוא דבר נאה ומתקבל לפניו. ולזה הרבה הועיל המתחיל. ואף כי לא נתקיים עצמו בראשונה, עם כל זאת יוכל להיות אם לא התחיל המתחיל בדבר, לא היה איש יודע לקרב הנכבדות גם עתה, כי יכול להיות שלא יעלה ברעיון איש אחר לקרב דבר הנ"ל, ושיבוא על רעיונו שישקול בפלס מאזני השכל אם הוא דבר נאה ומתקבל ...".

ולכן מעיקר הדין אין לראשון כלום, אך מן הראוי ליתן דבר מה לשדכן הראשון. ומשמע שדין זה הוא דוקא בשידוך ולא בתיווך דירה, דבתיווך דירה אין צריך לדעת אלא אם פלוני רוצה למכור דירה כזו במקום כזה, ואם הקונה רוצה לקנות דירה כזו, ולכן בתיווך גם ממידת היושר אין מקום בכה"ג לתת למתחיל. אולם לענ"ד נראה, שגם בתיווך, אם הציע לו דירה, והתברר שכבר נמכרה, ושהתבטל המקח הראשון חזר לקונה שתיווכו לו, אף שכבר התיאש הראשון, ראוי לתת למתווך כדין מתחיל, שלולי המתווך הראשון, לא היה המוכר חוזר לקונה שהציע המתווך.

גם ראיתי להעיר על מעשה לא הוגן וישר, בראובן שחיפש דירה זמן רב, והבין שבסופו של דבר דרך מתווכים יוכל לקבל אינפורמציה מלאה ומסוננת, וכיון שרצה שלא לשלם דמי תיווך, שלח את שמעון חבירו למתווך שיקבל מידע, והמתווך לא הכיר כלל את ראובן, וכך רכש ראובן את הדירה. ובזה ברור שכשהוא שלוחו, שחייב ראובן מדינא לשלם למתווך. אך היה נידון כשמעון אכן חיפש דירה ומצא, ואת המידע שקיבל מהמתווך, (כתובות של דירות שלא יצאו אל הפועל מסיבות שונות) מסר לראובן. לכאורה בזה אינו מנהג רמאות ויכול למסור מידע, ואין למתווך על ראובן דבר, ואדרבא, שמעון הוא המתווך. אא"כ אסף מידע מהמתווך כדי להעבירו הלאה, יש לראות בזה שליחות או שותפות עם המתווך.

ונשאלתי בשדכן שהציע לבת ראובן את בן שמעון, וראובן ענה תשובה חיובית, וכשפנה אחרי שבוע לשדכן, ענה לו השדכן ששמעון אינו מעונין בשידוך. הדבר היה בעיניו מוזר, ולכן שלח שדכן אחר, והצדדים נקשרו בקשר השידוכין. התברר שהשדכן הראשון כלל לא הציע את השידוך של בת ראובן לבן שמעון, מפני שרצה להציע להם בחורה אחרת, שסבר שיותר יחפצו בה, ולכן הטעה כפי שהטעה. והשבתי שאף שלכאורה הראשון הוא מתחיל, כיון שאמר ששמעון לא חפץ בשידוך, והיה הדבר שקר, ואף אם היה אמת, הרי כבר אסח אדעתיה מהשידוך, ולכן אין מגיע לו שכר אף לא כמתחיל. ואם הטענה היתה אמת שאינם חפצים בשידוך, היה מקום לנהוג עמו לפנים משורת הדין, משא"כ כשנקט בדרכי רמיה ושקר, אין לו שכרו כלל.

ד. שותפים שתיווכו/ שידכו

ובעבר נשאלתי בענין שנים שעשו תיווך עיסקי, אם החיוב הוא של שני הצדדים לשלם לשני השותפים מחיר מלא, והם מחלקים ביניהם, או שכ"א גובה מהצד שלו, כגון אחד הביא את הקונה ואחד את המוכר, עיין מה שכתבתי בח"ב סי' כו.ב. ושם כתבתי שהתשובה לכך מונחת בהבנת התשלום עבור פעולת תיווך או שידוך. אם השכר הינו על הפעולה - הבאת הצדדים לשידוך, או על התוצאה - ששני הצדדים השתדכו ביניהם. וברור שעל הצד שמקבלים שכר על הפעולה, אין מקבלים על פעולה גרידא שלא נוצר ממנה קשר של שידוך או עסקה. ומן הסברא נראה פשוט דכיון ששכר השדכנות הינו על התוצאה ולא על הפעולה, שהרי אין שכר השדכן מותנה ותלוי בכמות ובאיכות הפעולות שהביאו לידי השידוך או העסקה. כמות העבודה אינה קובעת את השכר. יכול מתווך לבצע עסקה תוך פעולה קצרה ולא משמעותית, ולהיות זכאי לשכר תואם למי שביצע עסקה זהה ונאלץ לעמול עליה שעות וימים. שכר השדכן והמתווך הוא פועל יוצא מהעסקה ולא של הפעולה או הפעולות שהביאו

לעיסקה. אף שתחשיב עמלת המתווך נקבע לפי עבודה ממוצעת וסטטיסטיקה של תוצאה חיובית, מ"מ לאחר שנקבעו בשוק אחוזי העמלות, השכר אינו על העבודה כלל אלא על התוצאה, ומזלו הטוב גרם שלא יצטרך לעמול.

לפ"ז כאשר שני מתווכים הביאו שני צדדים לביצוע עיסקה, שני המתווכים שותפים ביצירת העיסקה באופן שוה. אין כאן חצי ועוד חצי, אלא שלם שמתחלק לשנים באופן שוה, ואינני מתיחס בשלב זה למצב בו נצרך לעיסקה מתווך גומר (או אמצעי) נוסף. והוספתי שאף אם יש מנהג מדינה, ועל פיו השדכנים נוטלים כ"א מהצד שהובא על ידו, מ"מ אין בכך כדי לשנות את אופן חלוקת שכר השדכנות שבין שני השותפים לשידוך. מנהג המדינה קיים אמנם כאשר שני השדכנים (השותפים) מסכימים ביניהם מתוך רצון להמנע מטירדה כפולה, שכל אחד יגבה מהצד שלו. זה פותר לשני הצדדים בעיה של אי נעימות וכפל גביה, כאשר ההנחה הבסיסית שכל צד משלם תשלום זהה, ואם יוסיף מעבר למה שחייב - בודאי יוסיף זאת רק לקרוב אליו (עייין רא"ש ב"ק פ"י הכ"ה). המנהג הקיים כוחו בהסכמה הקיימת בין השותפים. לא קיים מנהג לחלוקה כזו במצב של אי הסכמה והתנגדות של אחד הצדדים התובע חלוקה שוה מהסכום הכולל.

ומ"מ נראה מצד המנהג לחלק בין תיווך של דירה וכד', לשידוך בין בני זוג. בתיווך יש פעמים רבות חילוק בסכום התשלום בין הקונה למוכר, לכן י"ל ששני השותפים מתחלקים בסכום הכולל, ובזה אתי שפיר המנהג. מה עוד שבדר"כ מרבית התיווכים העסקיים של מקרקעין, עסקים וכו', מבוצעים ע"י גורמים מקצועיים, וכשיש יותר מגורם אחד המעורב בעיסקה, שכר התיווך מחולק בחלקים שווים, או לפי הסכמה מראש. משא"כ בשידוך, כששדכן אחד עומד מצד החתן והאחר מצד הכלה, מקובל שכ"א מקבל מהצד שהוא הביא ויצג בשידוך. הגם שמעיקר הדין היו צריכים השדכנים להתחלק בכל הסכום, כך מקובל בשידוך להתחלק באופן שכ"א מקבל מהצד שלו. מפני שבדרך כלל, וכמעט בכל המקרים, התשלום זהה, וכשאינו זהה, זה נובע מחמת תוספת שצד אחד מבקש לתת לשדכן שעמד לצידו בדוקא.

ולפ"ז השבתי בעובדא כנ"ל, ששנים עשו שידוך, כ"א מצד אחר, וכשהגיע לתשלום, אחד השדכנים שהכיר בבעיתם הכלכלית של הצד ששידך, אמר שהוא מוחל על דמי השידוך, והצד השני שאל, אם המחילה היא על דמי השידוך, הרי שהמחילה היא לאמצע, והם אינם צריכים לתת אלא מחצית מדמי השידוך, וכן יתנו הצד השני. והזכירו את דברי המחבר והרמ"א בשו"ע חו"מ ע"ז, עיי"ש. ואינו ענין לנדוד, דודאי מחל רק לצד שלו, ועל דעת שיכול לגבות מהצד שהוא הביא לשידוך, ואינו ענין לכל מה שדנו הנו"כ שם במחלוקת המחבר והרמ"א במחילת חוב לשותפים. ולכן לאמור לעיל, שכל החוב הוא רק כלפי הצד שהוא הביא, ודאי רק חלקם מחול.

ה. מתווך שאינו מקבל שכר

כמו כן יש פעולות שמקובל לא לקבל עליהם שכר, אא"כ מדובר בגורם מקצועי שזה עיסוקו. נשאלתי במי שתיווך לחבירו עבודה, שהיה החבר מובטל, ושמע שבמקום פלוני מחפשים עובד בעל כישורים מתאימים, וסיפר לחבר, ואף התקשר למוסד לברר ולהמליץ עליו. והשבתי שזה מסוג הפעולות שעושים בעבור חסד ולא על מנת ליטול שכר. דמש"כ הרמ"א חו"מ רסד, ד (בסופו), ומקורו מדברי הר"ן כתובות (סג, א מעמוה"ר), וז"ל: "וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך, אלא צריך ליתן לו שכרו". כל זה הוא בפעולות שיש רגילות ליטול בעבורם שכר, כמו בשידוכים או תיווך דירות, משא"כ כשדואג ומתווך לחבירו עבודה, לא נהוג ליטול שכר תיווך, אא"כ בחברות כח אדם וכד'.

וכן מבואר ברמ"א חו"מ קטכ, כב, ומקורו מתש" הרא"ש סד, ג: "מי שנדר שכר לחבירו שיערב בעדו, אם קבל קנין ליתן לו שכר, חייב כפי מה שקצב. ואם לא קבל קנין, אין צריך ליתן לו שכר באמירה בעלמא". ועיין בקצוה"ח שם ס"ק ט בבאור דעת הרא"ש, דבלא קנין אינו חייב כלום, משום דערבות אינו דבר שלוקחים עליו שכר, ומדמה הרא"ש שטול דינר והעבירני דאין לו אלא שכרו משום דאמר משטה אני בך, וא"כ בערבות שאין נותנים שכר כלל על ערבות, הוי כולו כיתר משכרו ואינו חייב לו כלום.

וכן כשמתווך מטלטלין, כולל מכונית, אין נהוג לקבל שכר תיווך (אא"כ מדובר בעסק למכירת מכוניות, כמו מגרש מכוניות יד שניה). ואפי' בשכירות דירה, כשמתווך בין שוכר ומשכיר, אם אין מדובר בגורם מקצועי, הרי שהרגילות היא שעושים פעולה כזו לשם חסד ולא למטרת שכר, ולכן נראה שאינו צריך לשלם מעיקר הדין. רק העירו לי שיש לחלק בין אם אחד מהצדדים הוא קרובו ומיודעו, שבזה אין רגילות לקחת כסף, משא"כ אם שני הצדדים רחוקים ממנו, עצם פעולת התיווך בין שני צדדים רחוקים מוכיחה שירד על דעת שכר ולא לחסד. אולם בדר"כ פעולות מעין הנ"ל נעשות כשאחד הצדדים הוא קרוב למתווך, ולכן י"ל שהפעולה שנעשתה הינה לשם חסד (אא"כ מדובר במשרד תיווך, או במתווך שזה עיסוקו).

עוד נשאלתי בשידוך, שהיה לשדכן עבודה רבה (יחסית), ולבסוף לא יצא השידוך מהכח אל הפועל, אם יש ליתן לו שכר הוצאות וכד'. והשבתי, שאף מעיקר הדין פעולת שידוך היא פעולת קבלנות, שבה מקבלים שכר על התוצאה ולא על הפעולה, שאין הוא כשכיר יום שמקבל לפי שעות, ולכן מעיקר הדין אין צריך ליתן לו שכרו. ולכן גם שכר שדכן ומתווך מחושב לפי המציאות, שאף אם לעיתים מסיים שידוך ללא טרחה, שידוכים רבים לא יוצאים אל הפועל, ולכן בשכר השידוך מגולם

גם שכר השידוכים שלא יצאו לפועל. יחד עם זאת דעתי שראוי והגון לתת לשדכן שפעל ועשה ולא יצא השידוך אל הפועל איזה סכום מסוים, גם מצד הכרת הטוב, וגם כדי לעודד שדכנים לפעול בתחום, בפרט אם נהג ביושר הגינות ומסירות, אף שמעיקר הדין אין לו לשדכן כלום.

כל הנ"ל מדובר כששדכן היו הוצאות קטנות בלבד, בעיקר ביטול זמן. אולם כשהיו לו הוצאות יותר מהמקובל, כגון נסיעות במונית למקום רחוק, אם הוצאות אלו היו ידועות למשודך והיו מתבקשות מכח השידוך, עיין מהרי"ק שורש י, וכן פסק הרמ"א קפב, ג: "מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר והוא הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה, אין צריך להחזיר, דלא אסיק אדעתיה שיוציא כל כך. אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות, חייב לשלם לו". והנה שם אינו מתווך שמגיע לו רק שכר התוצאה, והשאלה היתה אם יכול לדרוש הוצאות שהוציא, שאם הרגילות להוציא הוצאות כאלה, באופן שמן הסתם לא נכללו בשכר השכיר, חייב לשלם לו הוצאותיו. וא"כ אינו דומה לנדו"ד. ורק אם בקש ממנו שיסע למקום רחוק לדבר, וידע שיצטרך לכך הוצאות, חייב לשלם לו הוצאותיו, אבל בלא"ה אינו חייב, בפרט אם השדכן הוציא מעצמו ומדעתו. אולם ראוי לנהוג בזה לפנים משורת הדין, תוך בדיקה של כל מקרה ומקרה לגופו. ועיין בזה בכסף הקדשים חו"מ קפה, ובמשמרת שלום קפה, יב.

ונשאלתי באברך בכולל שפנה לאברכים אם יש להם שידוך עבור גיסתו, ואחד האברכים הציע שידוך, וגם טיפל בענין (חלקית דרך הגיס), ולבסוף באו בקשר השידוכים. ונשאל אם הגיס הוא בבחינת שותף בשידוך. והשבתי, שאף דלכאורה כשמדובר במי שאינה יתומה, הרי רק ההורים הם בעלי דבר, מ"מ לענ"ד שבנוסף להורים, שהם ודאי בעלי דבר, אם מדובר בקרבה שאם הוא היה עושה שידוך, ברור שהיה עושה זאת ללא תמורה מחמת הקורבה, הרי הוא לענין זה בעל דבר.

דמקור הדין הוא מתש' חוט השני (לבעל החוות יאיר, סי' ג), בשדכן שכתב לראובן שידוך עבור גיסתו האלמנה, וטען ראובן שהוא ג"כ שדכן, שהרי מעולם לא כתב השדכן אל האלמנה שום דבר: "נראה לי שהדין עם ראובן הנ"ל דהו"ל לשדכן לאתנויי בפירוש שהוא שדכן לבדו, ודברים שבלב אין דברים, והלא השדכן אינו יכול לתבוע את האלמנה כלל לפי שלא דבר עמה ולא כתב לה כלל, וראובן יכול לתובעה. והני מילי כשהיא אלמנה, דעבדא אדעתא דנפשה והיה יכול לדבר עמה בעצמה, ולכן כשכתב לגיסה הו"ל לאתנויי, אבל אם היתה בתולה ואין לה מי שישתדל בעדה רק גיסה, נ"ל שהוא נחשב לה בעל דבר ולא סרסור, וכ"ש האב על בתו. ואף על פי שהיה אפשר לומר דגם באלמנה לא היה יכול לדבר עמה

בעצמה או לכתוב לה, לפי שהיתה מתביישת בפניו, מ"מ המוציא עליו הראיה ועליה דידיה רמיא לאתנויי, וראובן הוא מוחזק שהרי הוא יכול לתובעה ולא השדכן. ועוד יש לדקדק מאוד בלשון הכתב, שאם כתב לראובן שהוא מודיע לו שידוך פלוני ולכן אל יעכב בדבר כי הוא שידוך הגון, נמצא שעשאו לראובן בעל דבר, אפשר כי בזה יד השדכן על העליונה, וצ"ע". מבואר מחוט השני שהדבר תלוי בכל מקרה לגופו, וגם לעיתים השדכן יכול לעשות את הקרוב לבעל דבר, וניכר שאינם שותפים במעשה השידוך. לכן גם בנדון השאלה הנ"ל נראה שהוא בעל דבר, וכפי שנהוג האידנא לדאוג לאחות אשתו, עקב הקורבה, ולא נראה שנעשה שותף עם חברו בזה. ובכל אופן יש לבחון כל מקרה לגופו.

ומענין זה, בראובן שרצה למכור דירתו. ופנה אליו שמעון המתווך והציע לו מחיר מסוים, ואמר לו שהוא נותן לו כעת במזומן, ויעשו חוזה מכר, אך לא יגיש את החוזה לטאבו (רק להערת אזהרה, ואח"כ יבטלה), וכשימכור את הדירה לאחר, מסכים ראובן לעשות חוזה עם הקונה השני (כל העלויות של החוזה השני על שמעון). וכן הוי, וחצי שנה אח"כ מצא שמעון קונה במחיר גבוה יותר, ועשו חוזה עם ראובן. ותבע שמעון מהקונה השני שכר תיווך. והשבתי, כיון שבפועל הוא המוכר, ומה שנעשה חוזה עם הראשון הוא לצרכי מס (מס רכישה ועוד ענינים שרצה שמעון להסתיר המכירה), אין בהם כדי לשנות את העובדה ששמעון הוא המוכר, וא"כ הוא בעל דבר, ופטור הקונה השני מתשלום דמי תיווך.

סימן יז

קיום עיסקה באמירת "מזל וברכה"

ראשי פרקים

א. מעשה קנין או דין בעלות

ב. נהגו להקנות בדיבור

ג. חתמו על חוזה מכר שאין לו תורת שטר

בח"ו סי' כ כתבתי בענין חתימה על חוזה כקנין סיטומתא. ובעקבות זאת נשאלתי על מקומות בהם נוהגים לסגור עיסקה באמירה של "מזל וברכה" (או מעין זה), ואף ללא לחיצת כף (דתקיעת כף עצמה היא מעשה של סיטומתא, עיין בר"ח, הובא ברא"ש ב"מ ה,עב, ושו"ע חו"מ רא,א), אם מהני מדין סיטומתא. עוד נשאלתי בענין חתימה על הסכם, אם לא מוזכר בהסכם לשון קנין, כפי שנהוג בחווי מכר שהלשון היא התחייבות, איך יועיל מדין קנין סיטומתא, דהגם שהחתימה היא מעשה של קנין, אולם היא מעשה של קנין למה שכתוב בהסכם, ובהסכם לא נכתב קנין, ואיך תועיל החתימה לקנין.

א. מעשה קנין או דין בעלות

בח"ו סי' כ כתבתי לדון בקנין סיטומתא, האם חכמים (או מהתורה, למש"כ החתם סופר חו"מ סי' יב) נתנו למנהג הסוחרים תוקף של מעשה קנין, דכיון שראו שכך נוהגים הסוחרים, הרי שיש גמירות דעת במעשה המקובל, וממילא קבעו שהמעשה הוא מעשה של קנין. דכל קנין ענינו גמירות דעת להעברת בעלות של הדבר, וכיון שכך נהגו הסוחרים, הרי שיש במעשה הסיטומתא גמירות דעת, וקבעו שיהיה הוא מעשה קנין המועיל, ומועיל מדרבנן או מהתורה. או שלא תקנו שיהיה סיטומתא מעשה קנין, אלא שמי שעושה כמנהג הסוחרים הוא הבעלים על החפץ, שכך נהגו, ואף שאין כאן מעשה קנין. מפני שאין מעשה קנין אלא כשחכמים מתקנים שיהיה לפעולה מסוימת תוקף של קנין כביטוי לגמירות דעת, אבל כאן גם ללא מעשה קנין אנו מתיחסים לבעלות כפי המנהג, דכך הדין בידינו ממונות לקבוע מי הבעלים לפי המנהג. לא שהיתה כאן תקנת חכמים, אלא כך הוא הדין שהבעלות נקבעת לפי המנהג. א"כ אין כאן מעשה קנין אלא אנו מתיחסים לבעלות לפי המנהג. ועיין שם הראיות שהבאתי מדברים שאין צריך קנין.

וענין זה אם סיטומתא הוא מעשה קנין או דין בעלות, יהיה בו נפק"מ לכאורה אם מועיל סיטומתא כשאינו מעשה או פעולה, כגון בדיבור בלבד. שאם נאמר שחכמים נתנו תוקף למעשה קנין המבטא גמירות דעת, א"כ דוקא אם יש מעשה קנין שייך לומר שיש בו ביטוי לגמירות דעת או הוראת בעלות, אולם ללא מעשה קנין, כיון שאין כאן "מעשה קנין", אינו יכול להכלל בדיני הקנינים, משא"כ אם קבעו חכמים שע"י מעשה מסוים הוא יהיה הבעלים על החפץ אף ללא קנין, אין צורך במעשה קנין, כיון שאינו בתורת קנין אלא בדין בעלות.

ובפשטות נראה דע"י המנהג יש גמירות דעת של הקונה והמקנה, שמעשה כזה הוא ביטוי לגמירות דעתם לקנות ולהקנות, וכמו שהסביר הגר"ש (קונטרס הקנינים סי' יא ד"ה ולפי): "דענין קנין הוא גמירות דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהיה ההוכחה הזאת ע"י מעשה, וע"כ אם הסוחרים קבעו מעשה, מועיל המעשה הזה גם מהתורה, ולא גרע מה שקבעו חז"ל מקביעת הסוחרים". הרי שעצם הקנין הוא ביטוי לגמירות דעת, וקבעו חכמים מעשים מסוימים שהם ביטוי לגמירות דעת, ומה שקבעו הסוחרים כביטוי לגמירות דעת, דינו כקבעו חכמים, ולא גרע מכך. וכן נראה מדברי הגר"ט (סי' צו ד"ה והנראה בזה), דכל הקנינים שתקנו חכמים הם קנין מצד הסמיכות דעת; "וכמו בסיטומתא דנהגו דהוי קנין, וכן בזמן הזה דמהני תקיעת כף, כל זה הוא משום הגמירות דעת". ומבואר דענין סיטומתא, ככל הקנינים, הוא מחמת שאם כך נהגו, ודאי גמר בדעתו לקנות ולהקנות.

וכן נמצא לגר"ש קלוגר באלף לך שלמה (חור"ד סי' רפז): "דעיקר הטעם דמהני בזה מנהג התגרים להפקיע איסור, היינו מטעם שכתבנו דעיקר הקנין הוי רק הגמירה בלב, היכא דגמר בלבו להקנות, וכדאמרינן בעלמא בההוא הנאה וכו' גמרי ומקני אהודי, מבואר דהיכא דאיכא הוכחה דגמרי ומקני מהני אף בלי מעשה. רק בעלמא אין לנו ראייה שגמר בלבו להקנות רק ע"י מעשה שעושה ניכר שגמר כן בלבו, וא"כ הוא הדין במנהג הסוחרים, כיון דעכ"פ לדין ממון הוי מכירה, גמר בלבו כן והוי קנין בעצמותו". דמעשה המוכיח שגמר בליבו, מה לי אם תיקנו חכמים, ומה לי אם נהגו הסוחרים, כיון שהמעשה מוכיח על גמירות הלב למקח. וכן כתב הגר"ש קלוגר בתש' טוב טעם ודעת בכמה מקומות. וכן מבואר בקובץ שעורים (ב"ב רעו): "והא דמהני סיטומתא במקום קנין, הוא משום דסמכא דעתיה וגמר ומקני, ומ"מ לא מהני בדבר שלא בא לעולם, אפילו אי ידענין דגמר ומקני, משום דאין לו כח הקנאה במה שלא בא לעולם". מבואר דבסיטומתא יודעים אנו שגמר והקנה, ולכן מועיל כקנין.

וכן נראה ממש"כ הגר"ש קלוגר בחכמת שלמה (חור"מ קכג,יד). החכמש"ל דן שם בקנין סודר בנכרי, ובתוך דבריו (עיי"ש בד"ה והנה) דייק מהפסוק "וזאת לפנים

בישראל", מדוע הוסיף על שלף איש נעלו ונתן לרעהו, ומה ענין לומר שכך נהגו לפנים בישראל לקנות בסודר. וכתב דמה שמועיל קנין סודר, לא מחמת היותו קנין בעצמו אלא מחמת מנהג הסוחרים, שזאת לפנים בישראל, ואם מחמת מנהג הסוחרים, אין לחלק בין ישראל לנכרי, עיי"ש. ומוכח דסיטומתא הוא מעשה קנין, דומיא דסודר שכך נהגו ולכן מהני. וכן כתב בדבר אברהם (ח"א א, ג) בביאור הכתוב: וזאת לפנים בישראל ... וזאת התעודה בישראל, ומה ענין התעודה לכאן. ופירש הדבר אברהם, שהיתה הלכה למשה מסיני דכל שינהגו בו התגרין, יהיה קנין זה שיעורו של כתוב זה, דבימי בועז היה המנהג לקנות במנעל, וזאת התעודה בישראל, שזאת הלכה למשה מסיני כללית, דמה שינהגו בו יהיה קנין. ולפ"ז סיטומתא שהוא מכח מנהג הסוחרים, הוא מעשה קנין כסודר.

וכל זה אם נגדיר את הסיטומתא כקנין – קנין סיטומתא. משא"כ אם אינו קנין אלא דין – דין סיטומתא. לעיל בסי' כו הבאתי דמצאנו תורת בעלות ללא מעשה של קנין, בקנין ד אמות או במעמד שלשתן או בקנין של קטן, שכל אלו תקנת חכמים, די"ל דד' אמות לא מהני מדין חצר אלא שבד' אמות תיקנו חכמים שיהיה הנמצא בד' אמות בעלים על החפץ גם ללא קנין, שאף שאין כאן מעשה קנין, הקנו לו חכמים את החפץ שיהיה הוא הבעלים על הדבר. ועיי"ש מה שהובאו דברי האבנמ"ל ל,ה בבאור דעת הרמב"ן.

כמו שמצאנו לענין מעמד שלשתן, דמעמד שלשתן אין בו מעשה קנין אלא דבור, חוב שיש לי אצלך, תנהו לפלוני, ומהני מתקנת חכמים כהלכתא בלא טעמא, דאיתא בגיטין יד,א: אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא (כאילו קבלה משה הלכה מסיני, שאין צריך לתת בה טעם – רש"י), חדא הא, ואידך דאמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפיטרופיא (להכניס ולהוציא, ואף על פי שכתבו לה בלשון מתנה לא קנאתן, ואין טעם בדבר, אלא כך תקנו והפקר ב"ד היה הפקר), ואידך דאמר רב חנניא המשיא אשה לבנו גדול בבית קנאו. הרי שהן במעמד שלשתן והן המשיא אשה לבנו בבית גדול, אף שלא היה כאן קנין, חכמים מכח הפקר ב"ד הפקר, נתנו לבן או למקבל המלוה את הבעלות על הבית או החוב, וכן הפקיעו את בעלות האשה על הנכסים, ולא עשאוה אלא אפטרופוס. והיינו, שבעצם במעמד שלשתן אין כל מעשה קנין שמראה על גמירות דעת, וכולו דיבור בלבד, ומהיכי תיתי שיועיל הדיבור. שבמעמד שלשתן קבעו חכמים שהשלישי יהיה במקום המלוה בעלים על החוב (בכפוף ובתנאים מסוימים שאכמ"ל), וקבעו את בעלותו. וכח חכמים בזה הוא הפקר ב"ד הפקר.

וכן מצאנו לענין קטן דמהני קנינו, דתנן בגיטין נט,א: הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין. ובגמ' שם; הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, ועד

כמה, מחוי רב יהודה לרב יצחק בריה כבר שית כבר שב. רב כהנא אמר כבר שב כבר תמני. במתניתא תנא כבר תשע כבר עשר, ולא פליגי כל חד וחד לפי חורפיה. וטעמא מאי, א"ר אבא בר יעקב א"ר יוחנן משום כדי חייו. ומבואר בראשונים שכך תקנו חכמים, מפני תקון העולם. ולעיל הובאו דעות הראשונים דלא מהני באיסור, כגון במוכר בנכסים מועטים ומפקיע מזונות הבנות. ומזה מוכח שלא הקנין הוא הגומר ומקנה אלא חכמים תקנו שיהיה הקטן בעלים על החפץ, אם עשה קנינים מסוימים, אבל אין בזה משום תקנה של קנין וקביעה שיש גמירות דעת במעשהו, אלא תקנת חכמים שיהיה הוא הבעלים כאשר עשה פעולה של הוראת בעלות, כמו משיכה.

ובזה היה נראה לכאורה לבאר את דברי הרשב"א שם בסוגיא ב"מ ע"ד, א. הרשב"א שם מבאר את דין סיטומתא ומהותה במקום שנהגו לקנות לחלוטין, ולא רק למי שפרע, בזוה"ל: "ושמענין מינה שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין, הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין". ויש להבין מה ענין מנהג מבטל הלכה לכאן, הרי לפי הסבר האחרונים הנ"ל ענין סיטומתא הוא מתן תוקף לגמירות הדעת של הסוחרים, א"כ זוהי ההלכה שגמירות דעת קונה, אין זה מנהג מבטל הלכה אלא מקיים ההלכה. ועוד, להסבר האחרונים הנ"ל אין כח סיטומתא מכח המנהג. המנהג שכך נוהגים מלמד שבכך גומרים דעתם, וממילא דינו כקנין לכל דבר. אבל מהרשב"א מבואר שזה גדר של "מנהג מבטל הלכה", דיש הלכה של קנינים שבאמצעותם קונים ומקנים, ובא המנהג של סיטומתא ועוקר את ההלכה.

ואיתא בב"ב קמ"א: המארס את האשה, בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, מקום שנהגו להחזיר קדושין – מחזירין, מקום שנהגו שלא להחזיר קדושין, אין מחזירין, דברי רבי נתן. רבי יהודה הנשיא אומר, באמת אמרו מקום שנהגו להחזיר מחזירין, מקום שנהגו שלא להחזיר אין מחזירין. רבי יהודה הנשיא היינו תנא קמא. אלא לאו תנו לי בעלי ואשמח עמו איכא בינייהו, וחסורי מחסרא והכי קתני, המארס את האשה, בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, בד"א דהדר ביה איהו, אבל מתה, מקום שנהגו להחזיר מחזירין, מקום שנהגו שלא להחזיר, אין מחזירין. ודוקא שמתה היא, אבל מת הוא אין מחזירין. מאי טעמא, יכולה היא שתאמר תנו לי בעלי ואשמח עמו, ואתא רבי יהודה הנשיא למימר, באמת אמרו בין מת הוא ובין מתה היא, מקום שנהגו להחזיר מחזירין, מקום שנהגו שלא להחזיר, אין מחזירין, ולא מציא אמרה תנו לי בעלי ואשמח עמו. והנה מעיקר הדין לא היה צריך כלל להחזיר הקדושין, ומה שמחזירה הקידושין הוא מחמת המנהג. ומסביר הריטב"א שם (הובא גם בנימוק"י ס"ב, מעמוה"ר), וז"ל:

”קשיא לי למה, מודה ר' נתן דמהני מנהגא במתה היא לבטל הלכה, ולא מודה כשמת הוא, והא קיי"ל מנהגא מבטל הלכה, והנכון, דכל מנהג שהוא בתנאי בני העיר מבטל הלכה גמורה ככל תנאי שבממון שהוא קיים, אבל מנהג סתם אינו מבטל דין גמור, אלא בדבר שהוא רופף ואין דינו מחזור יפה, והכא מנהג סתם עסקינן, ולפיכך גבי מתה היא שאין שם דין ברור מהני מנהגא, אבל במת הוא סובר ר"נ שזה כנגד הדין הוא, דשורת הדין יכולה היא שתאמר תנו לי בעלי ואשמח עמו, וכן פי' הרי"ף בתשובה.”

ובזה מנהג מבטל הלכה, דע"פ הדין לא צריכה להחזיר הקדושין, שהם שלה; ”דשורת הדין יכולה היא שתאמר תנו לי בעלי ואשמח עמו”. ובנימוק"י שם ציין למנהג מבטל הלכה, לדין סיטומתא. ולכאורה יש להקשות כנ"ל, מה הדמיון מסיטומתא להחזר הקידושין, בהחזר קידושין שורת הדין לא להחזיר הקידושין, משא"כ בסיטומתא כך היא שורת הדין לקנות בכל דבר שגומר דעתו.

ולפי דברי הסמ"ע רא"ב, היה נראה לבאר דכונת הרשב"א והריטב"א, דאם נהגו רק לקנות למי שפרע, קנה למי שפרע, אולם אם נהגו לקנות קנין גמור, מנהג מבטל הלכה: "... והכא נמי האי רושם התחלת הקנין הוא ולא נגמר עדיין קנינו לגמרי, משו"ה אין עליו אלא קללת מי שפרע, אם לא במקום שנוהגים לקנות ע"י רושם או שאר עניני קנין גמור, דאז הולכין אחר המנהג, דמנהג עוקר הלכה בדברים שבממון". והכונה להלכה שלא קונה בכסף אלא במשיכה, שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה, דהמנהג עוקר הלכה זו וקונה לגמרי. ולכאורה צ"ע, דכל דין זה הוא בקנין כסף, שכבר נתן לו את המעות, וההלכה לא נאמרה לענין שאר הקנינים, כמו שלא נאמרה במשיכה, ומדוע נצרכים למנהג עוקר הלכה, הרי הלכה זו שקונה במשיכה ולא בכסף, לא שייכת לכאורה בסיטומתא. ובפרט שהסמ"ע כתב להדיא שבסיטומתא לא שייך גזירה של נשרפו חיטיך בעליה, עיין מש"כ בסי' רא"ד: "ולא חשו בהני גווני שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה, דכבר כתבתי (קצח,ז) דלא חשו לזה אלא במקום שכבר קיבל המוכר כל דמי שוויו של המכר". ולכן כשלא קיבל כל המעות, לא שייך בזה מנהג מבטל הלכה. ואף בקיבל כל המעות, י"א דסיטומתא מהני, עיין פ"ת חו"מ קצח,ג. וא"כ לא נראה שכוונת הסמ"ע בס"ק ב' לומר דמנהג מבטל את ההלכה של עקירת קנין כסף.

לכן נראה דכוונת הרשב"א והריטב"א לפרש באופן שונה, וכן"ל. דהרשב"א והריטב"א ס"ל לבאר דסיטומתא הוא כמעמד שלשתן, והיא הסכמת חכמים שיהיה הקונה בעלים אף ללא מעשה של קנין, שכך נהגו הסוחרים להיות בעלים ע"י פעולה כזו או אחרת, ואף ללא פעולה או מעשה, כיון שכך נהגו, אף שאין כאן מעשה קנין

בגדרי הקנינים, מ"מ כיון שכך נהגו הסוחרים, הרי הוא הבעלים. וכמו שמצאנו לענין מעמד שלשתן, וכן לענין קנין קטן, וכן לשיטת הרמב"ן להסבר האבני מילואים, בקנין ד אמות, שיש בעלות ללא קנין. ואף שבמעמד שלשתן, קטן וד' אמות זה נכנס בגדר תקנת חכמים, י"ל בסיטומתא שהיתה הסכמה של חכמים לנהוג לפי דרכי הסוחרים בזה, ואם כך נהגו, הסכימו חכמים שיהיה הוא הבעלים, דמנהג עוקר הלכה, דאף שע"פ ההלכה אין בעלות ללא קנין, מנהג עוקר הלכה זו.

ויסוד הדברים מצאתי בשואל ומשיב (תליתאה, ח"ג סי' קסב), וז"ל: "וזה נ"ל דקנין סיטומתא הוא רק מטעם הפקר, שע"י שנהגו להקנות, בזה נעשה ממונו של זה הפקר מזה לזה, ואל"ה במה קנה, ודו"ק היטב כי היא הערה חדשה. ובזה נראה לפענ"ד דחלוק מעמד שלשתן מכל קנין דרבנן, דכל קנין דרבנן כל ששייך עכ"פ תורת קנין, יש לומר דאינו רק קנין דרבנן, על דרך משל, מכירת שטרות דשייך עכ"פ קנין, אבל מעמד שלשתן דלא שייך כלל קנין, ובמה קנה ולא עשה שום דבר רק באמירה בעלמא, וע"כ אתה בא מתורת הפקר ב"ד הפקר, וא"כ שוב בודאי נעשה קנין תורה". מהשו"מ מבואר היסוד, דסיטומתא אינו מעשה קנין אלא מכח הפקר ב"ד, שכיון שכך נהגו להעביר בעלות, קבעו חכמים ונתנו תוקף למנהג להעביר בעלות בדרך המנהג של הסוחרים, אף שאין בו מעשה, וכמו שעשו במעמ"ש, שאינו קנין אלא חכמים תקנו שבכך יהיה האחר קונה החוב. וכל תקנת חכמים בזה היא הפקר ב"ד. וכיון שכן, אינו בכלל קנין דרבנן אלא כח חכמים להעביר ולהפקיע בעלות, ולכן ס"ל לשואל ומשיב דמהני מהתורה, דלא דמי לקנין דרבנן. ומ"מ מוכח מהשו"מ שאין לסיטומתא תורת קנין אלא העברת בעלות ללא קנין, וכמו שמצאנו במעמד שלשתן.

אמנם כאמור רבים מהאחרונים נקטו שענין סיטומתא הוא בטיי לגמירות דעת, וכיון שכך מבטאים הסוחרים את גמירות דעתם, מהני הקנין. וגם יהיה נפק"מ בין הטעמים הנ"ל, אם עשה קנין סיטומתא באיסור, דאם נאמר שהוא כתקנת חכמים, לא מהני באיסור, כיון שחכמים תקנו והסכימו למנהג הסוחרים שכך מעבירים בעלות, ובמקום איסור לא תיקנו. אולם אם הוא נובע מחמת הגמירות דעת, הרי גם כשעשה באיסור, כיון דמוכח שכך גמר בדעתו, מה שעשה באיסור לא מגרע את גמירות הדעת. וכן נמצא בדברי מלכיאל (ח"א קג,י): "דהנה נראה פשוט דקנין דרבנן, כיון שחז"ל תקנוהו ונהוג בכל ישראל, לא יגרע מסיטומתא וכל קנין שנהגו בו הסוחרים. והסברא בזה, דגמר ומקני ... שאם הקנה בקנין דרבנן נכסים מועטים וכדומה, אף שהוא באיסור שפיר קנה, דלא גרע מסיטומתא דודאי קנה אף במקום איסור כיון דגמר ומקני". והוא מטעם שסיטומתא הוא ביטוי לגמירות דעת כנהוג בין הסוחרים, ואינו כתקנת חכמים כבקטן ובמעמד שלשתן.

ב. נהגו להקנות בדיבור

ונראה דנפק"מ מההסברים הנ"ל, אם נהגו הסוחרים להקנות בדיבור גרידא, אם יועיל מדין קנין סיטומתא. הרא"ש בתש' יב,ג דן במי שהקנה לחבירו שיהיה בעל ברית עוד בטרם לידת התינוק, וס"ל לרא"ש שאפי' נולד כבר התינוק, יכול לחזור בו, דאינו אלא קנין דברים:

"והנה הראה לי מורי החזן, כתב דרבינו מאיר ז"ל, וזה לשונו: ומי שנדר לחבירו לעשותו בעל ברית, אף על גב דהוי דבר שלא בא לעולם, יש לנו לילך אחר המנהג. וכיוצא בזה אמרו בב"מ (עד,א): סיטומתא, באתרא דקנו ממש קני, אף על גב דמדינא לא קני, אזיל בתר מנהגא למקני קנין גמור, עכ"ל. ויש להשיב על דבריו, חדא, דסיטומתא הינו דוקא שנעשה מעשה, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ור"ח ז"ל פי', פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח, וקורין לו בלש' אשכנו יא אופ. ואותו מעשה שעושין הוי במקום סודר, אבל דיבור בעלמא לא, אפי' אי נהג, מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה."

מבואר ברא"ש שסיטומתא הוא רק ע"י מעשה ולא בדיבור בעלמא, דבעינן למעשה דומיא דסודר שיבטא את גמירות הדעת, אבל בלא מעשה, אין כאן מעשה קנין ולא מהני. ומהר"מ ס"ל דגם בדיבור בעלמא חל סיטומתא. והובאו דברי מהר"מ בהגהות מרדכי שבת תעב – תעג, וז"ל: "מי שנדר לחבירו להיות בעל בריתו או למול בנו, צריך לקיים לו. ואף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים, וראיה מדאמרינן בב"מ (עד,א) האי סיטומתא קניא ... הכי נמי כך נהגו". ולפ"ז מחלוקתם אם מועיל בדבר שלא בא לעולם סיטומתא (עיי"ש במרדכי, ועיין מה שכתבתי בח"א סי' יח, ובח"ו סי' כ), הוא גם אם מועיל סיטומתא שלא ע"י מעשה אלא בדיבור בעלמא.

והרדב"ז בתש' (ח"א סי' רעח) דן בשאלה דומה, אם מועילה האמירה לעשות פלוני כסנדק. והשיב הרדב"ז, דקודם שנולד הילד, יכול אביו לחזור בו, דלא עדיף מקנין דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אבל אחר שנולד הילד, אין יכול ליתנו לאחר: "לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצוה ע"י דבור בעלמא, וכבר ידעת כי המנהג עיקר גדול בכל כיוצא בדברים אלו, ראייה מהא דאמרינן במציעא האי סיטומתא ... הא קמן דאע"ג דלא קנה בא' מדרכי הקנין, קנה מפני המנהג, הכא נמי הואיל וכן הוא המנהג צריך לקיים דשארית ישראל לא יעשו עולה וגו', ומינה נמי דהמנהג הוא מה שאינו קנין לעשותו קנין מפני המנהג, אבל בדבר שאין מועיל

הקנין כגון דבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל המנהג. מהרדב"ז עולה דמועיל המנהג גם אם הוא בדיבור ולא ע"י מעשה. אך מהרדב"ז מבואר דכח המנהג הוא לעשות מה שאינו קנין כקנין, ולכאורה משמע שהוא מועיל בתורת קנין, ולכן לא מועיל בדבר שלא בא לעולם. אולם למש"כ מהר"מ דמהני אף בדבר שלא בא לעולם, י"ל דמה שמועיל מכח המנהג הוא גם ללא מעשה קנין. ואין לחלק בין התחייבות לקנין, שהרי ברא"ש, במהר"מ וברדב"ז מבואר שלא חילקו ודימו לדין סיטומתא. ומ"מ לרדב"ז מבואר דהדיבור הוא מעשה קנין, דכח המנהג לעשותו כקנין. וכן נראה לבאר גם מש"כ הרדב"ז (ח"א סי' תקג). ואף לרדב"ז אפשר לבאר, דמה שעשו שאינו קנין לקנין, לא בתורת מעשה קנין אלא שיועיל כקנין.

והרא"ש עצמו ס"ל דמועיל המנהג בקנין זה אף בדבר שלא בא לעולם, וכמש"כ בתש' (יג, כ ד"ה ואלה תשובות), לענין חכירת הקהל: "... וכל שכן חכירות אלמעונה דשנה הוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו. אלא שאני רואה מנהג הארץ כל היום שחוכרין זה מזה ואין בו חזרה. וכן הודו המורשין, דבחתומת ההורדה ובמסירתה למוכר מתקיימת החכירות, וכיון שנהגו כן, הוי קנין דאין בו חזרה. כדאמרינן בפרק איזהו נשך (עד, א): אמר רב פפי: האי סיטומתא, קניא ...". ובדעת הרא"ש י"ל כמו שביארו האחרונים, דחסרון דבר שלא בא לעולם הוא מחמת גמירות דעת הקונה והמקנה, וכיון שנהגו כן, גמרו בדעתם ומהני.

וביש"ש ב"ק ה, לו דן בענין המוכר בור לחבירו, ומסר לו הכסוי, דאף שלא מועיל לענין הקנין, מהני שאין צריך לומר לך חזק וקני. וכן הדין במסירת מפתח של בית, אא"כ במקום שנהגו הסוחרים לקנות במסירת מפתח. וכן דן שם במסירת המשכוכית של העדר ולא משך העדר, במקום שנהגו לקנות במסירת המשכוכית לבד. ושם בסוף דבריו, כתב וז"ל: "ואם תמצא בזמן הזה מנהג אחר שנהגו עמו לעשות הקנין, שימשוך אח"כ או יחזיק אח"כ. פשיטא דבטלו כל הדינים הנ"ל. אלא אזלינן בתר המנהג, כי המנהג מבטל אפילו קנין ממש. כגון באתרא דלא קני בכספא. ועיקר מדיני המנהג לגמור המקח". מנהג מבטל קנין הביא היש"ש ממקום שנהגו לקנות קרקע בכסף ובשטר, שאינו קונה רק בכסף, כמבואר בגמ' קדושין כו, א, ושם מבטל הלכה של קרקע הנקנית בכסף. ומה שהוסיף דעיקר מדיני המנהג לגמור המקח, י"ל דאף אם אין כאן מעשה קנין, כיון שכך נהגו לגמור המקח, מהני אף ללא קנין. והיינו שעיקר סיטומתא אינו מתן כח של קנין למעשה הקנין של הסוחרים, אלא מתן תוקף לאופן העברת בעלות, וכיון שכך מעבירים בעלות, הרי הוא בעלים אף ללא קנין.

וכן נראה לבאר בדברי החתם סופר (חיו"ד סי' שיד). החת"ס מחדש שהכח של סיטומתא הוא תנאי שבממון, דכיון שכך נהגו הסוחרים, הרי זה כהתנו, וכל תנאי

מועיל בענין ממון מהתורה, וז"ל: "סיטומתא הוא קנין דאורייתא ממש, והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו שתקנו שמנהג סוחרים קונה. אלא רבא הודיענו בב"מ עד, א שהדין כן מהתורה, כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאלו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מהתורה. ולא דמי לקניני דרבנן, התם לא מחלו בכך הסוחרים מרצונם אלא אנוסים בתקנות חכמים. ומטעם הפקר ב"ד, בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות. אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב, כל תנאי שבממון קיים מהתורה בלי ספק". ואם הכח הוא התנאי, אין זה ענין למעשה הקנין וגמירות דעת, אלא אפי' יתנו לגמור המקח באופן שאין כלל מעשה קנין המבטא גמירות דעת, כיון שכך נהגו, הוי כתנאי בממון שתועיל ההקנאה גם ללא מעשה קנין, דאין לסיטומתא תורת מעשה קנין אלא גמר המקח אף ללא קנין.

ומהרש"ם (ח"ה סי' ג) הקשה, מדוע מעמד שלשתן הוי הלכתא בלא טעמא ומטעם הפקר בי"ד הפקר, תיפוק ליה שיועיל מדין סיטומתא, דכיון שנהגו הסוחרים כך, יועיל מדין סיטומתא; "והוא תמיה גדולה לענ"ד". ובפשטות היה נראה, דמה שתקנו חכמים שיועיל מעמד שלשתן, תיקנו אף במקום או בזמן שלא נהגו הסוחרים להקנות במעמ"ש. דגם בראשונים לא נזכר שנהגו כך הסוחרים להקנות החוב במעמד שלשתן. ועיין ברא"ש גיטין א, יז: "דתקנת חכמים היתה לפי דעת העולם דניחא להו בהכי, הלכך עשו תקנה קבועה שיקנה כל אדם, ואפי' אם יש אדם דלא ניחא ליה, בטלה דעתו וקנה בעל כרחו של זה". ולא הוזכר שהיה זה מנהג ברור, אלא היו שנהגו כך, וניחא לסוחרים, ולכן תיקנו. ועיין עוד שם בתוס' (ד"ה כהלכתא), דההלכתא בלא טעם הוא מה שמועיל לקנות, אבל עצם התקנה היתה לה טעם, שלא יצטרך לטרוח ולעשות קניינים. גם י"ל למהלך המהרש"ם דגם מעמ"ש נהגו הסוחרים, דיש לחלק בין סיטומתא למעמד שלשתן, דמעמד שלשתן אין זה גדר מעשה קנין אלא תורת בעלות, שכך נהיה בעלים על החוב, משא"כ בסיטומתא לא מהני אא"כ עושה מעשה קנין, ומעמ"ש מעצם מהותו אינו מעשה קנין, וזה כרוב הראשונים דס"ל דסיטומתא הוא מעשה קנין. ועיין בתש' מהר"ש ענגיל (ח"ח סי' קה) מש"כ בזה.

[ועיין בערך שי רלה, א, בענין מה שלא מועילה מכירת קטן בנכסים מועטים, שעשו שלא כהוגן (עיין לעיל), הביא מהמל"מ זכיה ומתנה ט, י, שהביא להקשות על דברי הר"ן (דלא מהני מכירה בנכסים מועטים, שעשו שלא כהוגן), מב"ב קלז, א, האומר נכסי לך ואחריו לפלוני, לכתחלה אסור לראשון למכור הנכסים לאחר, ואם מכר מה שעשה עשוי, דקי"ל כרשב"ג, ואמרינן התם ומודה רשב"ג דאם נתנם במתנת שכ"מ לא קנה, מאי טעמא מתנת שכ"מ אינה אלא לאחר מיתה. ולפי דברי הר"ן תיפוק ליה משום דמתנת שכ"מ אינה אלא מדרבנן, ובכה"ג דעביד איסורא לא תקון. ועיי"ש במל"מ מה שישב. ובערך שי כתב, דמתנת שכיב מרע אחרי דכך נהגו להקנות,

יש למתנת שכיב מרע גם תוקף של קנין סיטומתא, ולכן מועיל גם באיסור. משא"כ בקטן, גם אם יהיה לו תוקף של סיטומתא, מ"מ אין קנין סיטומתא מועיל בקטן לולי תקנת חכמים. והנה לערך שי י"ל דקנין סיטומתא הוא מעשה קנין, ולכן מהני אף באיסור ככל קנין שנעשה באיסור, דאף שנעשה שלא כהוגן, מהני מדין קנין סיטומתא. ומתנת שכיב מרע היא באמירה ללא מעשה. ומוכח שאף באמירה הוי מעשה קנין, שאם באמירה מהני רק מכת תקנת חכמים שקבעו שהוא יהיה הבעלים, וכמו שמצאנו במעמד שלשתן וכו', לא יועיל אם עשה באיסור. אלא בהכרח ס"ל לערך שי שמתנת שכיב מרע, אף אם שהיא באמירה וללא קנין, מ"מ דינה כמעשה קנין שיועיל באיסור.]

ג. התמו על חוזה מכר שאין לו תורת שטר

לכאורה אם נאמר שחתימה על חוזה מכר דינה כסיטומתא, השאלה גם אם יש כאן מעשה קנין, אולם אם החוזה לא מנוסח בלשון של קנין, לכאורה מה תועיל החתימה על השטר, הרי יש כאן חתימה מחייבת, אך לא על קנין, שלשון החוזה אין בו לשונות של קנין. ונראה שהדבר יהיה תלוי במש"כ לעיל, אם נאמר שסיטומתא הוא מעשה קנין, א"כ החתימה כמעשה קנין חלה על האמור בחוזה, וכיון שבחוזה לא נאמר לשון קנין, אין בחתימה משום מעשה קנין. אולם אם נאמר כהסבר לעיל ברשב"א ובריטב"א, שזה דין בעלות, שבכה"ג נהיה בעלים גם ללא מעשה קנין, כיון שנהגו להקנות בחתימה זו ושיהיה הקונה הבעלים, הגם שאין כאן מעשה קנין, מהני מתורת בעלות, שענין סיטומתא הוא קביעת הבעלות, שכך נהגו הסוחרים לקבוע בעלויות באמצעות חתימה על חוזה. (עיין מה שכתבתי לעיל סי' ו).

הרד"ך בתש' (בית כו) דן בשכיב מרע שלא אמר בלשון מתנה אלא בלשון אני מניח, אם מהני מתנתו. וכתב הרד"ך לקיים מתנתו, כיון ששכיב מרע זה המצוה גדל בין הלועזים, וצוה וכתב בלעז, ובלשון לעז ומנהג הלועזים שבכל צוה, כותב אותו בלשון הנחה, ולשון הנחה היא הלשון היותר מעולה בשכיב מרע, ופשיטא שיש לנו לומר דאני מניח לפלוני - ליתן קאמר, שיש לנו ללכת אחרי לשון בני אדם. ולכן כשהשכיב מרע המצוה מנהגו ולשונו כלשון הלועזים, פשיטא שקנה מי שצוה להניח לו, אפילו למאן דסבר דלשון הנחה לאו לשון מתנה היא. והוסיף הרד"ך להביא ראיה דמהני מדין סיטומתא; ונראה שיש להביא ראיה עוד מההיא דאיזהו נשך, דאמרינן התם האי סטומתא קניא ... וא"כ בנידון דידן נמי אפילו נאמר שמן הדין לא קנה המקבל המתנה בלשון זה, הואיל והעולם רגילין בכך, ר"ל שמנהג הלועזים הוא ששכיב מרע הרוצה לתת אומר בלשון הנחה, קני מי שהניח לו וכדכתיבנא". ובזה נראה להסביר דברי הרד"ך כנ"ל, דסיטומתא אינה תורת קנין אלא בעלות, ולכן גם

אם נהגו בלשון שלא מועילה לקנין, כיון שכך נהגו שיהיה בעלים ע"י אמירה שאין לה משמעות של קנין אלא של בעלות, מהני מדין בעלות, שזה ענין הסיטומתא, שכך מנהג הסוחרים שברוך מסוימת הוא הבעלים על הדבר, כך גם בלשון שאינה מועילה לקנין, מועילה מדין בעלות וכנ"ל.

והריב"ש (סי' שמה) דן במקומות שפוסקים כשיטת הרמב"ם שצריך לסיים המקח, וגם כשמקנה לו אגב ד אמות, צריך לסיים המקום, ולא מועיל מה שכותב סתם שמקנה לו ד אמות, שכך היא גם סברת הר"י מיגאש, הובאה ברמב"ן גיטין ח,ב: מאן דמקני מידי לחבריה אגב ד אמות קרקע, צריך לסיימו ליה הנהו ארבע אמות, דכיון דלא סיים לו ד אמות בפירוש, לא קני, ולהכי אמרינן אקנינהו ניהליה אגב אסיפא דביתיה, דהוא מקום מסויים. ולפ"ז לפי שיטת הרמב"ם, במקום שנהגו כדבריו מכח הסכמת הקהל, אין שום מתנה באגב מועלת, דכיון שלא קנה הקרקע, גם הדברים שמקנה אגבן לא קנה. ולכן היה צריך לשנות את מה שנהגו הסופרים לכתוב בשטר בסתם שמקנה אגב ד אמות, מבלי לסיים את המקום, שייסימו את המקום בו מקנה לו הד' אמות. וכתב הריב"ש: "ואח"כ נמלכתי שלא להוציא לעז על השטרות הראשונות, ואני סומך להכשירם מכח המנהג; דכיון דרגילי למקני בהכי, קני. דומיא דסיטומתא ... אף אנו נאמר, דכיון שנהגו להקנות באגב ד אמות קרקע סתם, שמועיל". דאף שקנין אגב אין כאן, מהיכי תיתי שיקנה בדרך זו, והרי אין כאן לשון קנין. אלא נראה שמיטומתא למדנו שיכול להיות בעלים גם ללא מעשה קנין, אם כך נהגו הסוחרים, ולכן גם אם הקרקע אינה מסוימת, אם כך נהגו שהוא הבעלים לענין שיקנה אגבן, מהני מכח המנהג, אף שאין כאן מעשה קנין.

לאור האמור לעיל, יש מקום לקיים המנהג שנהגו לבצע מקח ע"י אמירה של מזל וברכה ללא תקיעת כף. וכן חתימה על חוזה שאין בו לשון קנין והקנאה, יש מקום לקיימה מהטעמים האמורים, ומדין סיטומתא.

סימן יח

נתינת מתנה בדיבור

ראשי פרקים

א. מתנה מרובה בעני

ב. מיהו עני

ג. אם היורשים חייבים לקיים הבטחתו

העירני ת"ח אחד, בענין מה שכתבתי בח"ח סי' ד בענין התחייבות ללא קנין בשידוכים, דלכאורה יש לחייב גם מדין מחוסרי אמנה במתנה, דלכאורה כשמדובר בבן תורה הוא מוגדר כעני, ובעני חייב לקיים דבורו מדין נדר (ועיי"ש בסוף התש' מה שכתבתי בענין מחוסר אמנה). ולכאורה יש לדון בענין זה של מתנה מרובה בעני. ומענין זה נשאלתי, במי שהבטיח בדיבור, ומת אחרי הנישואין קודם שקיים את הבטחתו, בחיוב היורשים לקיים דברו.

א. מתנה מרובה בעני

איתא בב"מ מט"א: דאיתמר, דברים, רב אמר אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה ... ומי אמר רבי יוחנן הכי, והאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן, האומר לחבירו מתנה אני נותן לך, יכול לחזור בו. יכול, פשיטא. אלא מותר לחזור בו. אמר רב פפא ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת דסמכא דעתייהו (שאין מותר לחזור, משום דסמכא דעתייהו דמקבל אדיבוריה, וכי אמר מותר לחזור בו, במתנה מרובה קאמר, דלא סמכא דעתייהו דמקבל דלקיימיה לדיבוריה – רש"י). ורבי יוחנן לא חילק בין עני לעשיר במתנה מרובה. וצ"ל דרבי יוחנן דיבר מצד מחוסרי אמנה, משא"כ במתנה מרובה לעני אינו מצד מחוסרי אמנה אלא נדר, ובוה לא מיירי הגמ' כאן.

ובחילוק בין מתנה מועטת למרובה, נראה כיון דמבואר בגמ' דמתנה מועטת סמכא דעתייהו, א"כ הכל לפי הנותן והמקבל, שאם ביחס לנותן מדובר במתנה מועטת שודאי יתן ולא ינסה להתחמק בתרוצים שונים, ובקלות יוכלו לגבות ממנו, ובאופן יחסי לנסיבות הענין אינו הרבה כסף עבורו, הרי שסמכא דעת המקבל. ובדברים אלה יהיה חילוק גם בנסיבות המתנה. שאם יבטיח לתת לאדם שאינו ממכריו סכום יחסית גדול, יתכן ולא סמכא דעתייהו, כמו אם יבטיח ליתן למי שהוא קרוב. ולכן

הדבר נמדד עד כמה סמכא דעת המקבל שכשאומר לו הנותן, ודאי יקיים דבריו. ולכאורה גם צריך להיות תלוי במידת אמינותו של הנותן. דאם מדובר באדם שמפורסם שמקיים מילתו, או לאידך גיסא – מפורסם שאינו מקיים דבריו, והמקבל אינו הלך זר אלא מתוך אנשי הקהל שיודעים על הנותן, לכאורה ישתנה הדין, וצ"ע.

וכן נמצא במהרי"ו (סי' פב) לענין גבית סכום נדוניא שהבטיח זקנם מטבריה, וטען הנתבע שהזקן יכול לחזור בו, ואין בו משום מחוסר אמנה דהוי מתנה מרובה. ובתוך דבריו השיב מהרי"ו, דכיון דהזקן הוא גברא דאמיד, אפשר דלדידיה הוי כמו מתנה מועטת. והביא ראיה מב"ק קיט,א ברבינא, שהיה גבאי צדקה, ואיקלע למחזוא, והביאו הנשים בתורת צדקה שרשראות זהב וצמידין (כבלי ושירי), וקבל רבינא מהן. ואמר רבינא, שאף שלכאורה הוי דבר מרובה, ואין מקבלין מן הנשים אלא דבר מועט, הנח לבני מחזוא כדבר מועט דמי. וכן נראה להביא ראיה מדברי המרדכי (ב"מ תנו – תנח), הובא להלכה בשו"ע חו"מ רד"ט (ועיין מה שכתבתי בח"ג יט/ב), דרבים שנתנו מתנה לאדם, אף אם היא מתנה מרובה, לגבי רבים חשיב מתנה מועטת: "ועוד ראיה דאין יכולין לחזור, דלא גרע ממתנה, דאם היו אומרים לאדם אחד אנו רוצים ליתן, אינם יכולים לחזור, דהו"ל לגבי רבים מתנה מועטת, דאמרינן בפרק הזהב מתנה מועטת אין יכול לחזור אפילו יחיד...". ולפ"ז יש לדון בכל מקרה לגופו. אך לענ"ד לא רק לגופו של נותן אלא גם לגופו של הענין, דאינה דומה התחייבות מרובה לצדקה, להתחייבות מרובה לשידוך בתו או בנו, דהכל נמדד לפי הסמכא דעתיה בזה.

ובזה נראה לבאר מש"כ הריטב"א בסוגיא (ב"מ מט,א): "ולא אתפרש כמה היא מתנה מועטת, והכל לפי מה שהוא". ולכאורה מה הפירוש "הכל לפי מה שהוא", אם הכונה לנותן, הו"ל לפרש; לפי מה שהוא הנותן. אלא הכונה דאינו רק לפי הנותן אלא לפי מכלול הענין, וכנ"ל. ובנודע ביהודה (תנינא, חיוור"ד סי' קנח) דן, איך קבלו נערי דוד ודוד מאביגיל אשת נבל את כל אשר נתנה להם, בעוד בעלה נבל סרב לתת בהיותו קמצן (עיין שמואל א פרק כה). וכתב הנו"ב בתוך שאר דבריו, דאין ללמוד מאביגיל למקרים אחרים, דאף שהיתה זו מתנה מרובה: "אולי כל המנחה הזו היה נחשב דבר מועט לגבי נבל ואביגיל, ואף שנבל היה כילי, אולי נגד אשתו היה וותרן והיה לה רשות ממנו לתת מתנות כרצונה". הרי שהכל נמדד לפי כל ענין וענין, לא רק ביחס לנותן, אלא גם ביחס לנסיבות הענין, דלגבי אשתו היה וותרן.

ובירושלמי ב"מ ד,ב: ר' יעקב בר זבדי ר' אבהו בשם ר' יוחנן, אמר ליתן מתנה לחבירו וביקש לחזור בו חוזר (ואין בו משום מחוסר אמנה – פני משה). אמר בשעה שאמר צריך לומר בדעת גמורה (בשעה שאמר לו ליתן צריך שיהא בדעת גמורה, שלא יאמר לו דרך כיוזב והיתול) מבתר כן אין חזר ביה, לא חזר ביה (לא

איכפת בדבר אם חזר ביה או לא חזר). הדא דתימר בעני, אבל בעשיר נעשה נדר (שאמר ליתן מתנה, דלא סמכה דעתו של המקבל, אבל בעשיר שאמר ליתן מתנה לעני, נעשה נדר וצריך לקיים נדרו). רב מפקד לשמשיה אימת דנימר לך תתן מתנה לבר נש אין הוה מסכן, הב ליה מיד, ואין עתיר, אימליך בי תניינות (רב היה מצוה למשרתו כשאומר לך תן מתנה לעני תתן לו מיד ולא תשאל אותי עוד לפי שאיני יכול לחזור בו, ואם הוא עשיר המלך בי שנית אם לא החזרתי בו).

ומבואר להסבר הפני משה, שאם עשיר אמר לעני לתת מתנה, הרי זה נדר. ולא התבאר בפני משה אם מדובר במתנה מרובה או מועטת. ולכאורה, כדי שלא יחלוק הבבלי על הירושלמי, י"ל דמש"כ ברישא דיכול לחזור בו מיירי במתנה מרובה, דבמועטת, אף שחזור בו, הרי זה מחוסר אמנה. ואם אינו מחוסר אמנה, וכמש"כ בפני משה, דחזור ואין בו מחוסר אמנה, י"ל דמיירי הירושלמי במתנה מרובה. ובראבי"ה (סי' תקצב, הובא גם במרדכי כתובות קעו), כתב וז"ל:

"ושמעתי מעשה באחד שנדר מעות להשיא יתומה אחת, והרויח בהם הרבה, ונפטרה היתומה, ותבעוהו יורשיה ואמרו אילו היתה קיימת לא היית יכול לשנותם, השתא נמי דידה הוי ולא מצית לשנויינהו, דירתינו לה. ופטרו הרב רבי חיים כהן צדק, והביא ראיה שהרי אפילו בסתמא איכא למאן דאמר בכתובות בפרק אע"פ שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה, ומסקינן בגמרא הלכה כרבי אלעזר בן עזריה, וקיימא לן כותיה, ואע"ג דאתי לידה אמרינן שלא נתן לה אלא על מנת לקיימה, כל שכן הכא דלכולי עלמא לא יתן, שלא נדר אלא על מנת להשיאה, ומה להם עליו כיון שהיא מתה. ולי נראה, דכיון דאמרינן בירושלמי אבל לעני נעשה נדר זכו בהם יורשים, מדתניא בשלהי נגמר הדין מותר המתים למתים מותר המת ליורשים, ומפרישין טעמא לאביי דמאי דלא חזי ליה לא תפיס לאוסרו, ועד כאן לא פליגי רבי מאיר ורבי נתן אלא משום תפיסה דאסורי הנאה, הא לאו הכי לכולי עלמא ליורשין. ולרבא סבירא ליה דכי בזו ליה יורשיו מחיל להו, ורבי מאיר מספקא ליה, ורבי נתן פשיטא ליה דלא מחיל בזיוניה, ואי לאו הכי לכולי עלמא ליורשין, כיון שנקבר בכבוד כדרך כל האדם, אלמא אף על פי שלא נתנו הנותנין והגובין נמי לא גבו לצורך היורשין אפילו [הכין] זכו בהם מכת המת. ולהיא דאף על פי לא דמי, דאין כל האומדנות שוין, כמו שהוכחתי בקידושין. ותו לא מידי."

ובמרדכי כתובות (קעו) כתב ביתר ביאור דברי הראבי"ה בראיה שהביא מהירושלמי: "כיון דאמר בירושלמי עלה דההיא בפרק הזהב האומר לחבירו מתנה אני נותן לך וכו' יכול לחזור בו, ואמרינן מותר לחזור בו שאין בו משום מחוסרי אמנה,

ואמר רבי יוחנן במתנה מועטת לא יכול לחזור בו דסמכא דעתיה עלויה. וגרסינן בירושלמי, אמר לחבירו מתנה מרובה אני נותן לך, מותר לחזור בו, הדא דתימא בעשיר, אבל בעני נעשה נדר וזכו בה היורשין". הרי שהירושלמי מיירי במתנה מרובה, ובעני נעשה נדר. וכן מבואר במרדכי ב"מ (סי' שיא) שהביא דברי הירושלמי; "בעני נעשה נדר, משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ושייך אף בצדקה, כדנפקא לן בפ"ק דר"ה בפ"ך זו צדקה, ואיתקש לנדר או לנדבה דתליא באמירה גרידא כדכתיב כאשר נדרת". הרי שצדקה דינה כאמירתו לגבוה, אך אין כאן חיוב כקנין אלא כנדר. וכן הוא בהל' שאח"ז, דאם המקבל איש עני הוא שאין לו מאתים זוז, כופין את הנותן בדברים לקיים את דברו, והביא דברי הירושלמי, הדא דתימא בעשיר אבל בעני נעשה נדר, וכיון דנעשה נדר, כופין את הנותן לקיים דבריו, דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה, כמו שכופין באיסורי לאוין ועשה, וכמה לאוין וכמה עשין במצות נדרים, וכל מצות עשה, כגון אומרים לו עשה סוכה ואינו עושה, כופין אותו. (אולם אם עני אמר ליתן מתנה לעני, בזה מבואר לכאורה בפני משה שאינו נדר, ודוקא בעשיר שנודר לעני. ועשיר נראה דלאו דוקא, אלא כל שאינו עני.)

וכן כתב הריטב"א (ב"מ מט,א) בבאור דברי הירושלמי: "ואמרינן בירושלמי דאפילו במתנה מרובה שיכול לחזור בו, דוקא שהמקבל עשיר, אבל בעני נעשה נדר". הרי שהירושלמי מיירי במתנה מרובה לעני, דאף במתנה מרובה הוי נדר. וכן הביא בשטמ"ק (ב"מ מט,א) לפרש בשם רבינו יהונתן דהירושלמי מיירי במתנה מרובה, ובאינו עני (המקבל) אמרינן דמעולם לא נתכוון בדעת גמורה לקיים מה שאמר, ולכן אין בו משום מחוסרי אמנה. אבל במתנה מועטת אינו יכול לחזור בו, ובלבד שבשעה שאמרה נתכוון לגמור הדבר כמו שאמר ולא שנתכוון לדחותו מעליו לפי שעה. וכשאיננו יודעים כוונתו, אומדים אנו לדעתו שבמתנה מרובה לעולם לא התכוון אלא לדחותו, ובמתנה מועטת התכוון למתנה, אלא אם כן ניכר לכל שלא אמר אלא לדחות; "ובהאי פירושא לא קשה ירושלמי עם תלמוד בבלי". ולפ"ז במקבל עני במתנה מרובה, יש בו חיוב משום נדר.

וכן הביא שם בשטמ"ק מהרמ"ך, דלגבי מקבל מתנה שהוא עני, אפילו במתנה מרובה יש בה משום מחוסרי אמנה, כדאמרינן בפ"ך זו צדקה, ולהכי אמר רב לשמעיה, אי עתיר הוא האי גברא דאמינא לך למיתן ליה מתנה, אימלך בי תניינות. ואי במתנה מועטת לא הוי בעי רב דלימליך ביה שליח, דלא ניחא דלהוי עלה מחוסר אמנה, אלא במתנה מרובה מיירי. אולם ברמ"ך נשאר בצ"ע על שיטת הירושלמי, מדוע צריך ליתן לו מיד: "וצריך עיון על שיטת הירושלמי ודלמא לא אמר אם מסכן הוא הב ליה מיד, אלא במתנה מועטת, וכי היכי דלא ליקום עליה בכל תאחר. אמר ליה אם מסכן הוא הב ליה לאלתר, דהא קיימא לן דצדקה מחייב עלה לאלתר. וצריך עיון".

אולם בפירוש דברי הירושלמי שבעניי חייב משום נדר, מיירי אפי' במתנה מרובה. ומה שהקשה על הירושלמי, לכאורה גם במתנה מרובה י"ל שעובר בכל תאחר משום נדר, ולכן אמר ליתן מיד.

גם באור זרוע (פסקי ב"מ סי' קמט) כתב דהירושלמי מיירי במתנה מרובה, דאם אמר ליתן מתנה לחבירו, מותר לחזור בו, ואם אמר לו בדעת גמורה אני אומר לך, אין לו לחזור בו. ובמתנה מרובה עסקינן, דאפי' מתנה מרובה אם אמר לו בדעת גמורה אני אומר לך, אסור לחזור בו. ואם בא לימלך בב"ד, אומרים לו אסור לך, אבל אם הוא רוצה לחזור בו, אין כח ביד ב"ד למחות בידו אלא שהוא משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב. ולפ"ז גם המשך דברי הגמ' דבעני אסור לחזור בו משום נדר, מיירי במתנה מרובה.

גם מדברי רבינו יונה בשערי תשובה (שער ג אות קפג) מבואר שלמד מהירושלמי שבעני אם אמר לתת אפי' מתנה מרובה, יש בזה משום נדר, וז"ל הרבינו יונה: "המבטיח את חברו להיטיב עמו וישקר דבריו וישים לאל מלתו, כי אחרי אשר אמר להיטיב עמו בלשון הבטחה ובטח בו לב חברו, אין לו לחלל הבטחתו, כי זה דרך שקר, והוא כאדם עבר ברית, שנאמר (צפניה ג, יג): שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפיהם לשון תרמית. וכן האומר לתת לחברו מתנה מועטת, אף על פי שלא הזכיר לשון הבטחה. ואמרו רבותינו (ב"מ מט, א) כי יש בו משום מחוסרי אמנה, כי לב חברו סומך עליו ובוטח בו, אחרי שהמתנה מועטת, כי נתון יתן לו. (ירושלמי ב"מ פ"ד ה"ב) ואם איש עני הוא, אף על פי שהמתנה מרובה, אם יחזור בו רעתו רבה, כי נדר נדר, ונאמר (במדבר ל, ג): "לא יחל דברו". וכן מי שמתפאר בפני רבים לתת מתנה לאדם, והנה הוא כמתהלל על נדיבתו בזה, הנה זאת כמו הבטחה, ולא נכון שישוב מדבריו אחרי שהתכבד והתהלל בדבר, כענין שכתוב (משלי כה, יד): נשיאים ורוח וגשם אין, איש מתהלל במתת שקר, פירוש, כמו שיצטערו בני אדם אחרי בוא סימני הגשם ולא בא הגשם. כן ענין איש מתהלל במתת שקר, כי מה שהתהלל בדבר סימן קיום הדבר, על כן יצטער האיש שהבטיחו על המתנה, כי הכזיב תוחלתו". מדברי רבינו יונה מבואר להדיא שבעני אפי' במתנה מרובה הוא נדר. ולמדנו מדבריו גם למי שמתפאר על סכום מסוים שיתן עבור אחד מילדיו, שאין לו לשוב מדבריו, אם התכבד ואמר כן ברבים, אפי' באינו עני ואפי' במתנה מרובה, דבמתנה מועטת אפי' אינו ברבים, הרי זה מחוסר אמנה. אלא החידוש בזה במתנה מרובה ואינו עני. ומ"מ בעני יש בזה משום נדר, אף במתנה מרובה.

וכן היא דעת מהר"מ מרוטנבורג בתש' (דפוס קרימונה סי' עג), באחת שבשעת פטירתה צייתה לבעלה שלאחר מיתתה יתן מקטורנה לבת אחותה, ונתרצה לה, ולאחר

מיתה חזר בו ואמר לא היו דברים מעולם אלא דברים בעלמא בלא קנין. וחייבו מהר"מ ליתן לה המקטורן, מהא דירושלמי הנ"ל: אמר ליתן לחבירו מתנה מותר לחזור בו, הדתמר בעשיר אבל בעני נעשה נדר וכו'. ובב"מ מט"א אמרינן דמודה רבי יוחנן במתנה מועטת וכו'. ודוקא לעשיר אבל לעני אפילו מתנה מרובה דהוי כנודר בצדקה וחייב ליתן. והכי נמי אמרינן בב"ב קל"ג, דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ושם אף במתנה מרובה. עוד כתב דאין לחלק בין הקדש לצדקה, דבפיך זו צדקה (ר"ה ו,א). ומבואר דאף במתנה מרובה לעני חייב ליתן מדין נדר, שכך פירש גם דברי הירושלמי. וכן מבואר בתש' הרשב"ש (סי' שלו), במי שנדר להשיא בת אחותו, שאם היא עניה אפילו נדר לתת לה דבר מרובה, אינו יכול לחזור בו שהרי הוא נדר, והביא ראייה מהירושלמי הנ"ל.

ומדברי המאירי (ב"מ מט"א) נראה שאין במתנה מרובה משום נדר ממש אלא ממידת המוסר שלא לחזור בו, וז"ל: "וכן יראה מתלמוד המערב, שאף במה שאין בו חסרון אמנה, אם הותנה לעני, יש בחזרתו כיעור, שהעניים מתוך שעניהם נשואות לבעלי צדקה, סומכים הם על כל מה שנאמר להם ונמצא מחליש את דעתם ומדכא את רוחם, והוא שאמרו בתלמוד המערב, רב מפקיד לשמשיה אימת אימר לך תתן מתנה לבר נש, אי הוה מסכן הב ליה מיד, ואי הוה עתיר אימלך תנינות". ומבואר שאינו מעיקר דיני נדר אלא מצד הלכות דעות, כיעור שמחליש דעת העניים ומדכא את רוחם.

ודברי הירושלמי הובאו בחלקם ברי"ף (ב"מ כט"ב מעמוה"ר): "ירושלמי ר' יעקב בר זבדא ר' אבהו בשם ר' יוחנן אמר ליתן מתנה לחבירו וביקש לחזור בו, מותר לחזור בו, אלא שבשעה שאומר צ"ל בדעת גמורה". ולא הביא את המשך דברי הירושלמי. ולכאורה היה נראה לבאר בדעת הרי"ף דס"ל דירושלמי מיירי במתנה מרובה, והמשך דברי הירושלמי שבעני הוי נדר, סותר לבבלי שלא חילק, ולכן לא פסק כירושלמי לענין עני אלא כבבלי, שאין חילוק בין עני לעשיר, כך לכאורה היה נראה לבאר בדעת הרי"ף. וכן הוא בבעה"מ שם (לא מעמוה"ר): "וכן אותו ירושלמי שהביא סמוך לזה נראה דפליג על גמ' דילן, דקשיא דר' יוחנן אדרבי יוחנן. ולא משמע ההוא ירושלמי במתנה מרובה, דדומיא דמתנת עני קא מייתי לה". ומבואר לכאורה דגם בעני מיירי דוקא במתנה מועטת ולא מרובה. ומה שיכול לחזור בו במתנה מועטת, פליג אבבלי, דבירושלמי מביא מרבי יוחנן דבמתנה מועטת אין בו משום מחוסרי אמנה, ובתלמוד בבלי אמר דמודה רבי יוחנן דבמועטת יש בו מחוסרי אמנה. אמנם למה שביאר רבינו יהונתן (עיין לעיל), אין סתירה בין הדברים. ועיין במלחמות שם, דנחלקו בעה"מ והרמב"ן אם הירושלמי מיירי במתנה מרובה או מועטת,

דדעת בעה"מ דירושלמי מיירי במתנה מועטת, ופליג אגמ' דידן, ודעת הרמב"ן דמיירי הירושלמי במתנה מרובה.

גם הב"י חו"מ סו"ס רד, הביא דברי הירושלמי, אך השמיט מש"כ בירושלמי בחילוק בין עני לעשיר, והיינו שלא הביא דברי הירושלמי; הדא דתימר בעני, אבל בעשיר נעשה נדר. אך הביא מה שאמר רב לשמשו כשאומר ליתן מתנה; אי הוא מסכן הב ליה מיד, ואי עתיר אימליך בי תניינות. אך לא נראה לחלק בין מתנה מועטת למרובה בין עני לעשיר, אלא שדין מיוחד שבעני אינו צריך לימלך בו. וראיה ממש"כ הב"י דירושלמי זה הביאו הרמב"ם להלכה בהל' מכירה ז,ט, וז"ל הרמב"ם: "וכן מי שאמר לחבירו ליתן לו מתנה ולא נתן, הרי זה ממחוסרי אמנה, במה דברים אמורים במתנה מועטת שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו, אבל במתנה מרובה אין בה חסרון אמנה, שהרי לא האמין זה שיתן לו דברים אלו עד שיקנה אותו בדברים שקונין בהן". ולא חילק הרמב"ם במתנה מרובה בין עשיר לעני. ובהגהות מיומנות שם (אות ז) העיר דבירושלמי חילק בין עשיר לעני. וכן הוא ברא"ש (ב"מ ד,יב), שהביא דברי הירושלמי, אך לא הזכיר את חילוק הירושלמי בין עני ועשיר.

ובמעשה רקח (מכירה ז,ט) הביא דברי הב"י והקשה עליו, דהיכן מצא הב"י בדברי הרמב"ם דין זה של הירושלמי, הרי הרמב"ם לא חילק בין עני לעשיר כלל. ועוד הקשה, שאם הב"י סובר שהלכה כירושלמי, מדוע בשו"ע חו"מ סי' רד לא חילק בין עני לעשיר כדברי הירושלמי, אלא העתיק דברי הרמב"ם כדמותן כצלמן, וגם הרמ"א לא הגיה כלום; "והוא תמוה". והביא מתש' מהר"מ אלשיך לדייק בדברי הרמב"ם במש"כ הנותן מתנה לחבירו, דדוקא חבירו ולא עני, וכתב שהם דברי תימה להעמיס כן ברמב"ם ובב"י. ובתש' מהריט"ץ (ח"א סי' רפד) כתב לתרץ, דהרמב"ם בהל' מכירה מיירי מדיני מו"מ, ומדיני מו"מ אין חילוק בין עני לעשיר, לכן לא הביא את חילוק הירושלמי, דהירושלמי ענינו בהלכות נדרים וצדקה, ובזה לא עוסק הרמב"ם בהל' מכירה. ובשלמא יאמר כן בדברי הרמב"ם, אך מה יענה לדברי הרי"ף והרא"ש שלא הזכירו החילוק של הירושלמי בין עני לעשיר.

והנה הטור חו"מ קכהו, כתב בדין הולך ותן מתנה וכו': "לפיכך אם אמר הולך מנה לפלוני שאני נותן לו יכול לחזור בו עד שיגיע ליד המקבל. ואם המקבל עני, אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואינו יכול לחזור בו". ושם אין חילוק בין מתנה מועטת למרובה. ולכאורה מוכח דס"ל לטור שאף במתנה מרובה לעני, אינו יכול לחזור בו. ובב"י שם הראה מקורו לדברי הירושלמי הנ"ל, וכתב דמש"כ הטור אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, שיגרת לשון היא, דלא מיקרי גבוה אלא ענייני ההקדש, אלא הטעם שנעשה נדר כדאיתא בירושלמי. ובחו"מ רמג, כתב הטור: "המזכה לחבירו

מתנה על ידי אחר ... בד"א שאמר זכה במתנה זו לפלוני, אבל אם א"ל הולך לפלוני מנה זו שאני נותן לו, לא הוי כזכי ויכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל. ואם המקבל עני אינו יכול לחזור בו, דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט". וגם שם לא נראה חילוק בין מתנה מועטת למתנה מרובה. וב"י שם הראה מקורו לגמ' ב"מ מט,א, מדברי רבי יוחנן דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה, ואף רבי יוחנן לא אמר אלא במתנה מועטת משום דסמכה דעתיה, אבל במתנה מרובה לא. וקאמר עלה בירושלמי דהני מילי בעשירי אבל בעני נעשה נדר. ומשמע דס"ל לב"י דבעני נעשה נדר אף במתנה מרובה.

ובטור חו"מ רמט,א, כתב הטור לענין מתנה: "הנותן מתנה לחבירו וחזר בו, הרי זה ממחוסרי אמנה. במה דברים אמורים במתנה מועטת, אבל במתנה מרובה לא שהרי לא סמכה דעת המקבל שיתננה לו, עד שיקננה לו בקנין או באחד מן ההקנאות שהמתנה נקנית בהן". ובמחבר שם בשו"ע כתב רמט,א פסק רק לענין מתנה מועטת, ולא הזכיר מתנה מרובה, לא בעני ולא בעשיר. ועיין שם בסמ"ע רנט,א שהעיר בזה, וכתב דבעני מהני אף במתנה מרובה זכה מדין נדר.

אלא שבשו"ע חו"מ רמג,ב פסק המחבר דדוקא במתנה מועטת לעני אינו יכול לחזור בו, וז"ל: "אבל אם אמר לו הולך לפלוני מנה זה, יכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל. ואם המקבל עני, אינו יכול לחזור בו (רמ"א) - ואפילו בעשיר יש בו משום מחוסר אמנה) אם היא מתנה מועטת, כמו שנתבאר". ומבואר דבעשיר יש בו מחוסרי אמנה, ובעני אין יכול לחזור, אך הכל במתנה מועטת. ולכאורה דברים אלו סותרים לדבריו בב"י שם. וכבר העיר בזה הסמ"ע שם ס"ק ה, דמה שהגיה הרמ"א באמצע דברי המחבר דאפי' בעשיר יש בו משום מחוסר אמנה, כוונתו דהמשך דברי המחבר "אם היא מתנה מועטת", מתיחס דוקא לעשיר, דבנותן מתנה לעני הוי כנדר, ובנדר אין חילוק בין מתנה מועטת למרובה, ויש בזה משום חיוב גמור ולא משום מחוסרי אמנה, וע"כ י"ל שטעות סופר בדברי המחבר. ומה שמסיק המחבר וכתב אם היא מתנה מועטת, לא קאי אלא אעשיר דאין בו משום נדר אלא משום הבטחה בעלמא, ולכן דוקא במתנה מועטת דסמכה דעתו דהמקבל שיתנו לו, חייב משום מחוסרי אמנה, משא"כ בעני שהחיוב מדין נדר, החיוב הוא גם במתנה מרובה. וכן הוא בש"ך שם ס"ק ב, שהסכים לדברי הסמ"ע. אמנם בלבוש בע"ש רמג,ב כתב כפשוטו דברי המחבר, דדוקא בעני במתנה מועטת: "ואם המקבל עני, אם המתנה היא מועטת אינו יכול לחזור בו, דהוי כמו נדר שנדר לשמים שאינו יכול לחזור בו". והסמ"ע הנ"ל הקשה עליו, עיי"ש. גם בשו"ע חו"מ רמט,א לא הזכיר מדין מתנה מרובה בעני, עיין לעיל ובמש"כ הסמ"ע שם ס"ק א.

וצ"ל כמש"כ לעיל, דהמחבר בשו"ע לא כתב ענין נדר, ששייך לעניני צדקה שהוא ביור"ד. ושם בשו"ע יור"ד רנח, יב, פסק וז"ל: "אמר ליתן לחבירו מתנה, אם הוא עני, הוא כנודר לצדקה ואסור לחזור בו". ומקורו מדברי הירושלמי, עיין בגר"א שם ס"ק לא. ומ"מ לא חילק המחבר בין מתנה מועטת למרובה, ומשמע דבכל ענין הוא נדר. ולפ"ז י"ל שלא יוכל המוחזק לטעון טענת קים לי דלא כירושלמי, מאחר ובשו"ע יור"ד מפורש כדעת הירושלמי. ועדיין צ"ע אם הירושלמי מיירי דוקא במתנה מועטת או גם במרובה, עיין לעיל. אך מזה שלא פירט המחבר בשו"ע, נראה דס"ל דאין לחלק, ובכל ענין הוא נדר.

ומה שהעיר בב"י חו"מ רמג על דברי הטור, דחיובו מדין נדר ולא אמירתו לגבוה, ברי"ף ב"ק (יחב מעמוה"ר) כתב במי שנותן לעני: "אבל מידי דאיתיה ברשותיה ואמר הרי הוא לעניים, כבר זכו ביה עניי ולא מצי למהדר ביה, כדאמר בפ"ך זו צדקה, ואמר רבא צדקה מיחייב עלה לאלתר דהא קיימי עניים. אבל ודאי אי בעי לשנויי ההוא מידי דיהב לעניים עד דלא אמטייה ליד גבאי במידי אחרנא דכוותיה, מצי לשנויה, כדגרסי' בערכין (ו,א), אר"נ אמר רבה בר אבוה אמר רב, סלע זו לצדקה מותר לשנותו בין לעצמו בין לאחר, לא שנא אמר זו ולא שנא אמר עלי, ות"ר האומר סלע זו לצדקה עד שלא באת ליד גבאי מותר לשנותה משבאת ליד גבאי אסור לשנותה". וברא"ש שם (ב"ק ד,ג) כתב לחלק, דאם רוצה לתת חוב שיש לו אצל פלוני לעני, דהחייב הוא מטעם נדר, דבאמירתו לא מחייב משום בפ"ך זו צדקה, שאין אדם יכול להקדיש או ליתן צדקה דבר שלא בא לעולם. וכן הוא החילוק ברי"ף שם. ולפ"ז י"ל דאם החפץ אותו רוצה לתת לעני ברשות הנותן, החייב הוא מדין בפ"ך זו צדקה, וכבר זכה העני, אולם אם מדובר בהתחייבות כספית וכד', או בחפץ שאינו ברשותו של נותן, החייב מדין נדר, וע"כ כתבו שני הדינים, גם בפ"ך זו צדקה, וגם מדין נדר. ועיין בש"ך פז, נא, בתומים פז, כא, בקצוה"ח פז, כא, ופת"ש חו"מ פז, כט.

אך להלכה צ"ע אם יוכל לומר קים לי כדעת הפוסקים דהירושלמי מיירי במתנה מועטת, ואין זה קים לי נגד דעת המחבר, כיון דבמחבר בשו"ע חו"מ רמג, ב, משמע דבמתנה מרובה אין דין נדר, וגם בשו"ע יור"ד רנח, יב לא כתב להדיא דאפי' מתנה מרובה, אף שלא חילק, מ"מ בחו"מ רמג, ב, חילק. וכן דעת בעה"מ דהירושלמי מיירי במתנה מועטת. וכן ביארנו לעיל ברי"ף שהשמיט המשך דברי הירושלמי, וכן י"ל בדעת הרמב"ם. ולכאורה מה הטעם לחלק בנדר בין מתנה מרובה למתנה מועטת. וראיתי לצמח צדק (לובביץ, חחו"מ סי' לט) שכתב לבאר, דמתנה מרובה אינה ענין של צדקה אלא דורון, דדרך דורון אינה דרך צדקה, והביא ראיה מהג"א ברכות א, ג, דאף מי שיש לו מאתים זוז, יכול לקחת מתנת בשר ודם, דדורון דרך כבוד דילמא

שרי, אע"פ שיש לו מאתים זוז. ובהגהות מרדכי (ב"ק סי' רב) כתב, דהא דאמרו (ברכות יב) על אלישע הנביא שהיה נהנה אע"פ שהיה לו הרבה יותר ממאתים זוז, דשמא אסור ליהנות דרך צדקה, אבל דרך דורון שרי אפי עשיר גדול. ועיי"ש בצמח צדק שצדק לצד דעת הפוסקים דבמתנה מרובה לא הוי נדר, עיי"ש. וכן ביאר בצמח צדק (חיוור"ד סי' שמה):

"ולכן י"ל דהיינו טעמא דהפוסקים דס"ל דאמר ליתן מתנה מרובה לעני, אין בזה דין נדר ויכול לחזור בו. דכיון דמתנה מרובה הוא, א"כ זהו דרך דורון ומתנה ולא ענין צדקה, שהרי גבי צדקה כתיב די מחסורו, ומתנה מרובה י"ל שהוא יותר מדי מחסורו. וע' בשו"ע יור"ד רנ"א בהג"ה, דהיחיד אינו מחוייב גם די מחסורו כו'. א"כ אין זה כלל דרך צדקה כ"א דורון ומתנה, ע"כ ס"ל דיכול לחזור בו. והפוסקים דס"ל דגם במתנה מרובה אינו יכול לחזור בו, י"ל דס"ל דמ"מ כיון דאמר סתם תן לו, י"ל דהוי צדקה ... או י"ל דלא ברירא להו כ"כ דדרך דורון שאני, דהג"א והגמ"ר כתבו רק ודלמא ושמא כו'. ומ"מ מאחר שמקור הדין דבעני נעשה נדר הוא מהירושלמי דפרק הזהב, ופשט הירושלמי מורה יותר דמיירי במתנה מועטת כמש"כ הר"ז"ה, א"כ אין לנו הכרח ברור דבמתנה מרובה ג"כ הוי נדר, וגם בשו"ע לא פסק כן בפירוש, א"כ היה מקום לומר דדין זה הוי ספק."

ולפ"ז י"ל דכיון דהוי ספק אם הוי בכלל נדר, יכול המבטיח לטעון טענת קים לי דלא הוי נדר, כפוסקים דהירושלמי מיירי במתנה מועטת. ועדיין צ"ע, דיש גם צד לומר שאין זה בכלל מתנה מרובה, דלמש"כ לעיל הכל לפי הענין, עד כמה סמכא דעת המקבל לפי יכולותיו של הנותן ולפי מידת אמינותו וכו', כנ"ל. אולם לענין הבטחה בשידוכים ודאי י"ל שאינו מתכוין לתת בתורת צדקה, וממילא אינו נדר אלא דורון, וע"כ הדעת נוטה שיוכל לומר קים לי כדעות הפוסקים שאין בזה משום נדר.

ב. מיהו עני

ולאמור לעיל נראה, דאף אם היה מקום לחייב את מי שאמר ליתן סכום כו"כ בזמן השידוך, ואפי' היא מתנה מרובה, מ"מ אין להוציא מהמוחזק. ולכן עדיפא מיניה היה נראה לחייב ע"פ מה שכתבתי שם (בח"ח סי' ד) דהתחייבות בשידוך היא התחייבות בתמורה, וכמו התחייבות במקח וממכר. וגם יש לדון בנדו"ד אם יש לדון את החתן, שהוא בן תורה ויושב אהלים, כדין עני.

תנן בפאה ח,ח: מי שיש לו מאתים זוז, לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני. היו לו מאתים חסר דינר, אפילו אלף נותנין לו כאחת, הרי זה יטול. היו ממושכנים לבעל חובו או לכתובת אשתו, הרי זה יטול. אין מחייבין אותו למכור את ביתו ואת כלי תשמישו. והובאה המשנה בגמ' סוטה כא,ב. ובר"ש בפאה כתב על שעור מאתים זוז; "שיערו חכמים שזהו שיעור הוצאתו במזונות ובמלבושיו לשנה". וכן כתבו הרע"ב והרא"ש שם בפירוש המשנה. ושם הסתפק הר"ש אם שעור מאתים זוז כולל גם אשתו, וכתב דגבי קופה לא כלל בשעור זה אשתו. ולכן נראה דאם אינו נשוי הרי השעור הוא מאתים זוז, שהוא השעור של מזונות וכסות שלו לשנה, ואם הוא נשוי, יש לשער גם מזונות אשתו וכסותה לשנה, והוי בערך ארבע מאות זוז. וכן כתב במשנה ראשונה שם. ועיין בדרך אמונה לגר"ח קניבסקי שליט"א, מתנות עניים ט,יג,פא, דאם יש לו אשה ובנים, אם אין לו לכל אחת מהנפשות מאתים זוז, מותר להם ליטול לקט שכחה ופאה למי שאין לו מספיק עבורו, אבל הוא לא יטול עבורם, משא"כ צדקה גם הוא יכול ליטול עבורם.

ומ"מ כיון שהשעור הוא פרנסת שנה, יש לשער בכל דור ודור מה עלות המחיה של אדם בודד, ואם אין לו עלות מחיה בסיסית, הרי הוא בבחינת עני. ואם הוא נשוי, ואם יש ילדים שחייב במזונותיהם, יש לחשב גם מזונותיהם לשנה. ונראה שאף שבזמנם היו מקבלים משכורת יומית ולא חודשית, מ"מ צריך שיהיה באמתחתו משכורת לשנה. ולכן צ"ע האידנא, מי שמקבל משכורת כל חודש, והמשכורת מספיקה לצרכיו וצרכי משפחתו, אך כעת אין לו כדי צרכם לשנה שלימה, דלכאורה דינו כעני, או שבכה"ג אם המשכורת בטוחה לשנה, לא יחשב כעני. ועיין להלן.

ובתפארת ישראל שם כתב, דהוא הדין סחורה, מטלטלין וקרקעות, כל שאינן לתשמישו ושויין ר' זוז. ומזה נלמד שדירת מגורים שהיא לתשמישו, אינה בכלל, וכן כל כלי תשמישו שהוא משתמש בהם, אינם נישומים, ויש לחשב אם יש לו כדי מזונות וצרכיו לשנה, מלבד אלו. ונראה שלמד כן מדברי המשנה שאין מחייבים אותו למכור ביתו וכלי תשמישו, ומדלא מחייבים אותו למכור, קמ"ל שאינם בכלל. [ועיי"ש בתפא"י יכין, שלכן תקנו מאתים זוז לבתולה, שלא תצטרך למזונות וכסות שנה שלמה. וסברתי שלכן ב"ד פוסקים ומוציאים למזונות אלמנה כל מחצית שנה, עיין כתובות צז,א, וש"ע אהע"ז צג,ל, כיון דכתובתה מאה, א"כ דאגו שיהיה לה כל שש חדשים שלא תצטרך לבריות, שהוא מחצית ממאתים, וע"כ מוכרים כל ו חדשים].

ומקור לחילוק בין נכסים שהם לשימושו לנכסים שאיתם עוסק, מצאנו בדברי הרמב"ם (הל' מתנות עניים ט,יג-יד), וז"ל: "מי שיש לו מזון שתי סעודות, אסור לו ליטול מן התמחוי, היו לו מזון ארבע עשרה סעודות, לא יטול מן הקופה, היו לו

מאתים זוו אף על פי שאינו נושא ונותן בהם, [או שיש לו חמשים זוו ונושא ונותן בהם], הרי זה לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני ... עני שצריך ויש לו חצר וכלי בית, אפילו היו לו כלי כסף וכלי זהב, אין מחייבין אותו למכור את ביתו ואת כלי תשמישו אלא מותר ליקח, ומצוה ליתן לו. במה דברים אמורים בכלי אכילה ושתייה ומלבוש ומצעות וכיוצא בהן, אבל אם היו כלי כסף וכלי זהב, כגון מגרדת או עלי וכיוצא בהן, מוכרין ולוקח פחות מהן". ולמדנו מדברי הרמב"ם שאם גר בדירה גדולה ומרווחת, מוכרה ולוקח דירה ראויה, וכמו בכלי כסף וזהב. (ועיין מה שכתבתי בח"ו י"ד לענין סדור לבע"ח בדירת מגורים, וכן נראה דאף אם אינה בכלל הסידור, מ"מ דואגים שיהיה לו דירה מינימאלית). עוד למדנו דשעור מאתים זוו הוא דוקא בכסף שאינו עוסק בו, אולם כסף שעוסק בו ומניב פירות, שעורו חמשים זוו. וצ"ל דשעור חכמים דבחמשים זוו שעוסק בהם, יש ברווחים כדי פרנסתו לכל השנה. ומזה מוכח לכאורה שאם יש לו משכורת חדשית מובטחת בתחילת השנה לכל השנה, אף שאין לו מראש, סגי בהכי, ולא גרע מחמשים זוו שעוסק בהם.

ומקור דין זה של חמשים זוו שמתפרנס מהם, שיש לו כדי מחסורו לשנה, הוא מהמשנה בפאה ח, ט: מי שיש לו חמשים זוו והוא נושא ונותן בהם, הרי זה לא יטול. ובירושלמי שם (הובא גם בפירוש הראשונים על המשנה): הדא אמרה, חמשין דעבדן, טבין מן מאתים דלא עבדין. אך גם זה צריך לבחון בכל דור ודור, כמה יכול להרויח מכסף בו מתעסק. שכן מצאנו בדברי הטור יור"ד סי' רנג: "ואפשר כי בימיהם היתה ההוצאה מעוטה, ואפשר להתפרנס בריוח של נ זוו, אבל האידנא אי אפשר, והכל לפי המקום והשעה".

ומה שנראה לכאורה מדין זה שאם יש לו משכורת קבועה, אף שאין לו בתחילת השנה כדי פרנסתו לכל השנה, לא יחשב כעני, כן יוצא מדברי הגר"ח בדרך אמונה (בביה"ל מתנ"ע ט, יג). הגר"ח כתב שם, שהלומדים בכולל או בישיבה, ויש להם שם מילגה קבועה כל חדש כדי צרכם לחדש זה, כיון שההנהלה לא התחייבה לתת להם אלא אם יהיה להנהלה, ואם לא יהיה להם, אי אפשר לתובעם לדין. או באופן שההנהלה יכולה לסלק אברך בכל עת שתרצה. דינם כעניים ממש המתפרנסים מן הצדקה, ומותר להם ליטול צדקה ולקט שכחה ופאה ומתנות עניים, אם אין להם מאתים זוו. אבל אם ההנהלה התחייבה ליתן גם משלהם אם לא יהיה להם כסף בקופה, וגם אי אפשר לסלקו תוך השנה, הרי זה כיש להם פרנסה לשנה, וכן כל כה"ג. וא"כ כשיש משכורת קבועה שחייב לשלם המעביד, ואינו יכול לסלקו תוך שנה, הרי שאין דינו כעני היכול לקחת כסף מקופת צדקה. ומזה יש ללמוד שכל מי שאינו מסודר לפרנסתו, נקרא עני שיכול ליטול מהצדקה, כשאיין לו כדי צרכיו וצרכי

משפחתו לשנה, וגם אין לו להתלות במשכורת מסודרת. ועיין בדרך אמונה מתנו"ע ט,יג,פא, בשער הציון ס"ק קכט.

ובטור יור"ד סי' רנג הביא מהסמ"ק (סו"ס רמח), וז"ל הטור: "וי"א שכל אלו השיעורים לא נאמרו אלא בימיהם, שהיה להם קופה ותמחוי והיו מחלקין מעשר עני בכל שנה, והיו נוטלין לקט שכחה ופאה, לפיכך שיערו שמי שיש לו ר' זוז לא יטול, לפי שיכול לעבור בהן שנה, ולשנה הבאה יהיה לו במה שיהיה. אבל האידנא שאין כל זה, יכול ליטול עד שיהיה לו קרן כדי להתפרנס מן הריוח. תדע לך, שהרי יש חילוק בין אם נושא ונותן שאז אפי' אם יש לו נ' זוז לא יטול, שאפשר לו להתפרנס מן הריוח, אלמא הכל לפי הענין". ועיין בב"י מה שהביא מהמרדכי ב"ב (תק) ומהאור זרוע, דהכל לפי פרנסתו ופרנסת בני ביתו. הרי שהאידנא יש לבחון כל מקרה לגופו, והמודד הוא אם יש לו אמצעי פרנסה קבוע, ופחות או יותר יש לו באמצעותו שקט כלכלי למשך שנה, דבכגון זה לא יהיה דינו כעני.

גם בתש' הרשב"א (ח"א סי' תתעב) הביא מתש' רבינו אפרים דהכל לפי פרנסתו ופרנסת אנשי ביתו. וכן פסק בשו"ע יור"ד רנג,ב: "יש אומרים שלא נאמרו השיעורים הללו אלא בימיהם, אבל בזמן הזה יכול ליטול עד שיהיה לו קרן כדי שיתפרנס הוא ובני ביתו מהריוח. ודברים של טעם הם". ונראה שדברים אלה צריכים להבחן לגופן, דנראה דמש"כ השו"ע עד שיהיה לו קרן וכו', היינו לפרנסת שנה, שתהיה פרנסת השנה מצויה בבטחה, אך אין הכונה לקרן לעד. דכוונת חכמים היתה שתהיה לו פרנסה למשך שנה, שזה שעור מאתים זוז וכנ"ל, רק שהשתנו הזמנים לענין השעור של מאתים זוז, אך הכל מיירי לענין פרנסת שנה. אולם מדברי מהר"מ מינץ (סי' מה) מבואר שאין זה תלוי בזמן של שנה, אלא הכל לפי המקום והזמן, וז"ל:

"אף על גב דתנן בסוף מסכת פיאה, מי שיש לו מאתים זוז לא יטול לקט שכחה ופיאה ומעשר עני, היינו דווקא בימיהם שהיו אילו עניינים מצויים בכל שנה, אז היה לי די בשנה אחת בזה, ואחר השנה מצא ג"כ אילו הדברים להתפרנס בו. אבל עתה צריך יותר, וראייה דאיתא אח"כ, מי שיש לו נ זוז ונושא ונותן בהם, הרי זה לא יטול, ואיתא בירושלמי על זה; טבין חמישין דעבדי, ממאתין דלא עבדי. ש"מ דתלי הכל בכדי חיותא ורווחא. וכן איתא בטור יור"ד ..."

ונראה דיש כח ביד חכמי הדור והרבנים הממונים על הצדקה, לקבוע צרכים של אדם שיתפרנס מהם, כל דבר לפי ענינו ושעתו, שלא יהיה כן אביון מאחיק, וגם לקבוע מהם הצרכים שצריך לספק בכל מקרה ומקרה. וממילא לפי דרכם יוגדר מיהו

עני ומי לא. וכמו שהביא הגר"ח בדרך אמונה בבה"ל ס"ק קכט בשם החזו"א, שכל מי שאינו מסודר בפרנסתו שיש בה כדי מחייתו, נקרא עני ויכול ליטול מעשר עני. ומה יקרא אינו מסודר בפרנסתו, נראה שזה נתנו כח לחכמי הדור ורבנים הממונים על הצדקה, לדון בכל מקרה ומקרה.

ומדברי המבי"ט בתש' (ח"א סי' קצה), הביאו כנה"ג חו"מ הגה"ט קכה, כג, ובפת"ש חו"מ קכה, ג), דאם הזוכה הוא בעל תורה, ומשום מצוה דעץ חיים למחזיקים בה, אם שלחו לו אינו יכול לחזור בו והולך נמי הוי כזכי לכ"ע אם הוא עני, וכמו שכתב בטור שם (חו"מ סי' קכה) דאפילו בהולך מנה לפלוני ואם המקבל הוא עני, אמירתו לגבוה כמסירתו להדיט ואינו יכול לחזור בו. ולכאורה אם הוא עני, מה נצרך לכך שהוא בעל תורה. אלא כונתה מבי"ט, דאם הוא בעל תורה דינו כעני לענין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיט. אולם בתש' שבות יעקב (ח"ב סי' קנט) השיג על הכנה"ג בבאור דעת המבי"ט, דבגוף התשובה של המבי"ט לא פסק כן אלא דוקא בת"ח עני, ולרווחא דמילתא כתב שהוא מחזיק בעץ חיים. אולם אם אינו עני, ויש לו פרנסתו בריוח ביתו, אפילו הוא ת"ח יכול לחזור בו.

ומ"מ לאמור לעיל האידנא כל אברך כולל, אם אין לו פרנסה מובטחת לפחות לשנה, דינו כעני. ובפרט י"ל בבחור ישיבה שאין לו כדי פרנסתו, וכל מה שניזון הוא מהוריו או מהישיבה, דדינו כעני. ולכן אם התחייב לתת בשידוך סכום מסוים לבן ישיבה, הרי זה כמתנה מרובה בעני שדינו כנדר, ולאמור לעיל, חייב לקיים נדרו.

ג. אם היורשים חייבים לקיים הבטחתו

וכאשר נפטר האב שהתחייב, אם היורשים חייבים לקיים מה שהבטיח לתת לחתן מדין נדר במתנה זו. החכם צבי בתש' (סי' ע) כתב בדין מכירי כהונה שמת האב, שאין היורשים צריכים לתת לכהן שהיה מכירי כהונה של האב, דכיון שמת האב שהיה רגיל ליתן לו, שוב אין כאן תורת מכירי כהונה, שהרי כל עיקר דין מכירי כהונה אינו אלא מטעם שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב, וכיון דמת, אין כאן מי שיקיים דבורו. דכיון שמת, מאיזה טעם יזכה הכהן, הא אינו מכירו אלא האב שמת, אבל היורש דנכסי דידיה נינהו, לאו מכירו הוא. וגם על היורשים אין מצוה לקיים דברי המת אלא בתנאים המפורשים בדין מצוה לקיים דברי המת. וגדולה מזו יש לנו, באומר שדה זו לכשאקחנה אקדישנה, שאם לקחה, עליו להקדישה, ואם לקחה ומת קודם שהקדישה, אין על היורש להקדישה, שהרי אביו שהיה רוצה להקדישה כבר מת, כמבואר בחו"מ סי' ריב. ואין זה דומה לאומר הרי עלי עולה שהיורשין מחוייבין להביאה לאחר מיתה ואפי' לא הפרישה, כדאיתא בקדושין יג, ב,

דקי"ל כר' יוחנן דאמר יורשין מביאין עולתה ואפי' לא הפרישתה, דשאני התם שכבר נתחייב בעולה ונשתעבדו נכסיו, וכיון דקי"ל שיעבודא דאורייתא, גובין אף מן היורשין, אבל באומר שדה זו אקדישנה, כל זמן שלא הקדישה, לא נשתעבדו נכסיו, אלא שכל זמן שהוא חי מחייבין אותו להקדישה כדי לקיים נדרו, אבל כשמת אין על היורשין שום חיוב. ולפ"ז הוא הדין במחוסר אמנה או כשהחיוב הוא מחמת נדר באופן שלא השתעבדו נכסיו, אין על היורשים לקיים התחייבות האב. ולדברי החכם צבי, ציין הגרע"א בהגהות לשו"ע חו"מ רד,ח.

וסברתי דלמה שכתבתי שם בח"ח סי' ד, בתוקף ההתחייבות שמועילה ללא קנין והוי התחייבות, ובשיטת הראשונים בזה עיי"ש, א"כ כל הנידון אם היורשים אינם חייבים הוא אם נדון את ההתחייבות מדין נדר או מחוסר אמנה, אולם אם הוי כקנין או כהתחייבות בתמורה, וכמש"כ שם לענין דברים הנקנים באמירה (עיי"ש סי' ד/א-ד), וא"כ יהיו חייבים היורשים לקיים מה שהשתעבדו נכסי אביהם בדברים הנקנים באמירה או כשהתחייב באופן המועיל. והראו לי שהגרי"ב זולטי זצ"ל במשנת יעבץ (חחו"מ סי' לג,ג) הקשה כן על הגרע"א שהביא דברי החכם צבי בסתם, ומדוע לא חש שבדברים בעלמא אף במתנה מועטת, אינם אלא כדברים הנקנים באמירה, וכמש"כ התוס' כתובות קב,א (ד"ה אליבא). אמנם כתב שם דדעת הרמב"ם והרמב"ן דלא דדעת התוס', ולשיטתם אין המקח נקנה בדברים, ואין בדברים אלא מחוסר אמנה, והוי ספיקא דדינא. וכתב דדעת הרמב"ם והרמב"ן, כן י"ל בדעת הרמ"א יור"ד רסד,א, לענין הבטחה לתת למוהל או לבעל ברית, דאף שלא נתפס בזה קנין הוי מחוסר אמנה, הרי שסובר דלא כתוס', ובדברים אין בו משום קנין, שאם הוא מדין קנין, איך הוי מחוסר אמנה בדבר שלא נתפס קנין. ומסקנת דבריו דהוי ספיקא דדינא, וממילא אין להוציא מירשי הנותן המוחזקים.

וומה שהביא במשנת יעבץ ראייה מרש"י כתובות פו,א, צ"ב. דבגמ' שם בכתובות על פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מצוה נינהו, פירש רש"י: "מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו, דכתיב; הין צדק, שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק". ודוקא יתומים קטנים, אבל יתומים גדולים בני מצוה חייבים לאמת דברי אביהם וחייבים. ומזה נלמד על חיוב היורשים לאמת דבריו. ועל כך יש להשיב, דהראשונים הקשו על שיטת רש"י, עיין בריטב"א ובשטמ"ק שם מהרא"ה ותלמידי רבינו יונה, דמהן צדק נלמד שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב, ואילו הכא פיו ולבו היו שוין, כשלוה לפרוע, והם שוין עכשיו שלא לפרוע. לכך פרי"י דנפקא ליה מדכתיב; האיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט, ומצוה בעלמא הוא לדידיה דשעבודא לאו דאורייתא. וע"ע ברע"א שם בסוגיא, ובתש' מהדורת סו"ס י מש"כ בזה.

ואף לשיטת רש"י, כבר כתב הרמב"ן דחייב היתומים לפרוע חוב אביהם הוא מצוה מדרבנן ואין כופין על מצוה זו, וז"ל הרמב"ן בכתובות פו,א: "ופרש"י ז"ל, והא נמי מצות עשה היא, דכתיב; והין צדק שיהא הן שלך צדק. והא דאמרינן מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם, מצוה דרבנן קאמרינן ומשום כבוד אביהם. ולא תציית למ"ש ר"ח ז"ל וכן דין היתומים שירשו מטלטלין דקיי"ל מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם, ומשמע שמכין אותן, דאי הכי מאי איכא בין אבוהון הלזה ובין יתמי, כיון דאמרת לתרוויהו כופין". מבואר לפ"ז דאף לשיטת רש"י דהוא מכח מצות הן צדק, מ"מ אין בזה דין כפיה על היתומים. וא"כ גם במחוסרי אמנה, אין לכוף היורשים.]

ובאחרונים מצאנו נידון אם במי שמכר מטלטלין בקנין כסף בלי משיכה, ומת קודם שנתן ללוקח, וגם לא חזר בו מהמקח ולא קיבל מי שפרע, אם מחויבים היורשים לקיים המקח, כיון שאביהם אם היה חוזר בו היה מקבל מי שפרע, א"כ אין כאן מקח המחייב את היורשים. או י"ל לאידך גיסא, שמה שהפקיעו חכמים את קנין כסף, הוא רק אם יקבל עליו מי שפרע, וכל עוד לא קיבל מי שפרע, חל קנין כסף. או שהקנין לא חל כלל מחמת גזירת חכמים, וקבלת מי שפרע אינו שייך לעצם הקנין, שבאי קבלתו יש קנין כסף, אלא קנין כסף הופקע בכל ענין. ומהרש"ם במשפט שלום רד, הביא דהדבר נתון במחלוקת ראשונים בהסבר דין מי שפרע. ומש"כ בתשובה (תש' מהרש"ם ח"א סו"ס קטו).

ובתש' מהר"מ אלשיך (סי' י), נשאל במי שקנה מטלטלין בקנין כסף ללא משיכה, והקונה מכר לאדם שלישי, וכתב מהר"מ אלשיך, דכיון דכל הזכות שיש לקונה הראשון הוא למי שפרע, אין לו קנין למכור: "ועוד, דבשלמא ראובן אם היה שמעון מקנה לו נכסים, היה אפשר שיהיו נקנים לו בסודר. אבל ראובן שאין לו בגוף הסחורה כלל רק עונש מי שפרע על חזרתו, איך יקנה אותה אף בקנין סודר כיון שאין ממש בדבר הנקנה, כל שכן שאפי' קנין של לוי זה לא היה כי אם מעות בעלמא, שאפי' למי שפרע לא קנה, שהרי הסודר במקום מעות דמן התורה קאי, וכי היכי דסודר לא קני אלא דבר שיש בו ממש, הכי נמי מעות לא קני אלא מטלטלי או מקרקעי, אבל מי שאין לו בסחורה קניה אלא מי שפרע בעלמא, איך יקנהו לחברו אפי' דבר תורה במעות". ומבואר במהר"מ אלשיך, דאף שעדיין לא חזר בו המוכר ולא קיבל מי שפרע, אין כאן קנין כלל אלא רק זכות למי שפרע.

ומדברי הרדב"ז בתש' (ח"א סי' שלז) מבואר דאף אם לא קיבל מי שפרע, מ"מ המקח בטל, ואין היתומים חייבים לקיים המקח, אף שאינם במי שפרע, וז"ל: "מה שכתבת דדברי תורה מעות קונות, אבל אמרו חז"ל שלא יקנה אלא במשיכה, ואם היה הוא קיים וחוזר בו היה מקבל מי שפרע, אבל יתמי לאו בני מי שפרע

נינהו, ואנן טענינן ליתמי מאי דמצי אבוהון למיטען". אולם בתש' הר הכרמל (חור"מ סי' לו ד"ה ואמינא), בתחילת דבריו כתב דאין על היורשים מי שפרע, אף שכל זמן שלא קיבל מי שפרע המקח קיים. אך בהמשך דבריו כתב, דחז"ל הניחו קנין כסף אדיניה; "רק זו היתה עיקר התקנה, שאם בא לקבל מי שפרע, אז נפקע בזה הקנין, א"כ כל שלא קיים קבלת הקללה, המקח נקנה מהתורה, ושפיר אין חילוק בינו לבין יורשיו", וכתב דכן משמע בסוגית הש"ס גבי עובדא דשומשמי, דלא נפקע קנין כסף אלא לאחר קבלת מי שפרע. ומזה כתב גם באשה הנז"נ בבית וחזרת בה ממקח שמכר מטלטלין בקנין כסף, וטוען בעלה שלאו כל כמיניה של הקונה להפקיע שעבודה כלפיו ע"י קללת מי שפרע, דזה אינו, דכל עוד אינה מקבלת מי שפרע, חייב לקיים המקח. ועיין ב הדעות בתש' נודע ביהודה (קמא סי' ט). ועיין עוד במשנת יעבץ לגרי"ב זולטי זצ"ל חחור"מ סי' לג, דזה ספיקא דדינא.

לאור האמור לעיל, יש לדון בכל התחייבות מעין זו אם היא בבחינת מתנה מרובה או לא, לפי המודד של סמכא דעת המקבל, ואם מדובר במתנה מרובה, צ"ע להוציא מהמוחזק שיטעון קים לי שמתנה מרובה אינה בבחינת נדר, ולכופו לקיים נדרו. ואם מת, אין לכוף היורשים לקיים הבטחתו, אף אם הבטחתו בכלל מחוסרי אמנה או נדר.

סימן יט

מסר מודעא על הסכם גרושין

ראשי פרקים

א. מודעא על אונם

ב. פחות משוויו

ג. פשרה כמכר

בני זוג התגרשו ע"פ הסכם גרושין שאושר בביה"ד בתוקף של פס"ד. ע"פ ההסכם התחייב הבעל להעביר דירה שהיתה בבעלות משותפת, וכן כספים נוספים, לבעלות האשה. לאחר כשלוש שנים בא הבעל וטוען כי הסכם הגרושין נכפה עליו באיומים. לטענתו, האשה איימה כי תלשין/ תעליל עליו לרשויות המס, ולכן מסר מודעא בפני שני עדים, שאף חתמו באותו זמן על שטר המודעא. כיום לאחר שסגר את עסקיו, טוען הבעל כי כל איומי האשה היו עלילה, אך כבעל עסק חשש מחקירת רשויות המס, ולכן העדיף להסכים ולהתפשר עם האשה, וכעת הוא מתכוין לפתוח את ענין ההסכם, ומבקש לחלק ע"פ החוק בהתאם למצב החוקי. האשה מכחישה שאיימה על הבעל, וטוענת שהסכימה להתגרש רק בתנאי שישאיר בידה את הדירה וכן עוד כסף למחיה, שאל"כ לא היתה מסכימה להתגרש. האשה מציינת גם כי וויתרה לבעל על מזונות ראויים, וכי המזונות בהסכם נמוכים מאד, וזאת עקב כך שהדירה הועברה לבעלותה.

א. מודעא על אונם

בענין אגב אונסיה גמר ומקני, עיין מה שכתבתי בח"ח סי' כה/א, שם הבאתי דברי הגמ' ב"ב מזב – מח,א, ופסק הראשונים, 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. והבואו דברי המאירי (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.

ובגרנ"ט (ב"ב, סי' קפ) כתב 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 דאגב 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].

ובמהרי"ט (ח"ב חאה"ע"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 קיי"ל המוציא מחבירו עליו הראיה, וארעא בחזקת מרא קמא קיימא, וז"ל: "אלא דהך מלתא דסברא היא, דכיון שהוא רואה שאונס 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 דין 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 ומכר". ולכאורה מדבריו נראה דבכה"ג שקיבל המעות ויודע שאין לו סיכוי בכי"ד לערער על המכר, גמר בליבו ובלב שלם הסכים למכור, א"כ מסר מודעא.

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 מתא, למ"ד דתליוהו וזבין לאו זביניה זביני, אבל למ"ד זביני זביני, אמרינן דאגב אונסיה גמר ומקנה. וכתב המקנה לישב קושיית 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 שמה, 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' (חור"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' (חאהע"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.

ולא נצרכתי להאריך כאן בענין זה, כיון דבנדר"ד מסר מודעא על האונס, והנידון הוא בדין מסירת מודעא. איתא בב"ב מ,א: מודעא בפני שנים ואין צריך לומר כתובו (שטר מודעא, כללא דמילתא כל מידי דזכות הוא לו, אין העדים צריכין ליטול הימנו רשות – רשב"ם). ובהמשך הגמ' נחלקו על מי כותבים מודעא: רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו, לא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא (סרבן בדין, דאי ציית דינא, לימא ליה לא אניסת, דאי קאניס לך אמאי לא תבעת ליה בדינא). אביי ורבא דאמרי תרוייהו, אפי' עלי ועליך (דצייתנין דינא ראוי לכתוב עלינו מודעא, דזימנין דאין ב"ד מזומן מיד). אמרי נהרדעי, כל מודעא דלא כתיב בה אנן ידעינן ביה באונסא דפלניא (שאוונס גמור יש לו ומכירין אנו איזה אונס, אי לא כתב בה הכי אלא סתמא כתבו פלוני אמר לנו שנאנס), לאו מודעא היא. מודעא דמאי, אי דגיטא ודמתנתא, גלויי מילתא בעלמא היא, ואי דזביני, והאמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני. לעולם דזביני, מודי רבא היכא דאניס (כה"ג דמעשה דפרדס דלקמן, דמתוך פחד שמפחידין אותו להפסיד הפרדס לגמרי בלא דמים קמזבין ליה, אין בלבו למכור לגמרי אלא עד שינצל מן הפחד, הכא ודאי כתבינן מודעא, דהא אונס גמור הוא, דאי לא מזבין ליה מערער למחזיק, יפסיד אותו המחזיק למערער בטענותיו (...), וכמעשה

דפרדיסא, דההוא גברא דמשכין פרדיסא לחבריה לתלת שנין, בתר דאכלה תלת שני חזקה אמר, אי מזבנת לי מוטב, ואי לא, כבישנא לשטר משכנתא ואמינא לקוחה היא בידי, כה"ג כתבינן מודעא. והרשב"ם שם הביא קושית ר"ח, איך ידעו העדים באונס של בעל הפרדס, דאם בפני עדים אמר לו המחזיק טענותיו ובפניהם אנסו, אין צריך מודעא. ופירש ר"ח, שבא בעל הפרדס לפני עדים וסיפר דברים כהוותם, ואמר לעדים שיתבע את המחזיק בפניהם, וישמעו איך שהוא טוען לקוחה היא בידי, ואח"כ בחשאי אמכור לו, ואכתוב שטר מכירה, וקודם כתיבה ומסירה של שטר המכירה, אמר לעדים אתם שמעתם שטען לקוחה היא בידי ג שנים, ואכתוב שטר מכירה ואקבל הדמים, ואני מוסר מודעא בפניכם שלא ברצוני מכרתי לו, ואח"כ אתבע אותו לדין, ואוציא ממנו ע"י שיראה שטר מכירה, ואביא שטר המודעא, והוא לא יתן לבו לטעון שג' שנים היתה לקוחה בידו.

הרי שדיעת העדים באופן שתובע בפניהם, ואומר המחזיק לקוחה היא בידי, ואח"כ מוכרה לו, ובזה יודעים העדים שכל מה שמוכרה לו מפני שטען בתחילה לקוחה היא בידי. ועל קושית הגמ'; והא אמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני, פירשו הראשונים שהוא מהטעם דקיי"ל תליוהו וזבין זביניה זביני. והקשו, דמה שאמר רבא תלוה וזבין זביניה זביני הוא בלא מסר מודעא, משא"כ כשמסר מודעא מודה רבא דבטל המקח. וברשב"ם חילק בין שדה זו לשדה סתם. והרמב"ן (ב"ב מ"ב) הקשה עליו. וכתב הרמב"ן לבאר, דהא דאמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתב בה אנן ידעינן באונסיה דפלגיא לאו מודעא היא, כוונתם שצריכים לידע שמוכר מחמת האונס. לא מספיק שיודעים שהוא אנוס, שהרי יכול להיות שיכל להנצל מהאונס או שנתרצה, ולכן פשוט שלא נאמן לומר שהוא אנוס, אבל יותר מזה, לא מספיק לדעת שהוא אנוס, אלא צריכים לדעת שמחמת האונס מכר לו; "אלא ודאי פשיטא דלאו כל כמיניה למימר אנוס אני, אלא הכי קאמרי, כל מודעא דלא כתיב בה אנו יודעינן שמחמת האונס מכר ולא נתרצה לו אינה מודעא, אע"פ שכתוב בה ראינו שאנסו למכור לו קרקעו, שמא היה יכול לינצל מידו כשמכרו לו".

וביאר הרמב"ן תרוץ הגמ'; מודה רבא היכא דאניס כי ההוא מעשה דפרדיסא. דבמעשה דפרדיסא אפי' בלא מסירת מודעא כותבים שהוא אנוס, דמה שצריך מסירת מודעא הני מילי כגון שאונס אותו באונס גוף או ממון למכור לו, דאגב אונסיה גמר ומקני, אבל כשאונסו באופן של מעשה דפרדיסא, שטוען לקוחה היא בידי, ודאי לא גמר ומקני, שהרי אם לא היה מוכר לו, היה כובש שטר המשכנתא, ולכן אם יש עדים כמעשה דפרדיסא, אף בלא מודעא כתבינן. אולם כשנאנס באונס ממון אחר ומכרו לו, מחמת האונס האחר החמור יותר, גמר ומקני ליה, משא"כ באונס כמעשה דפרדיסא, שלא יכל להוציא מהמחזיק מחמת טענת לקוחה הוא בידי: "נקטינן השתא

להאי פירושא, דלעולם זביניה זביני כל אימת דלא מסר מודעא, בר ממעשה דפרדיסא, אבל אי מסר מודעא, בכולהו לאו זביניה זביני, וכן דעת הגאונים ורבינו הגדול ז"ל.

ומ"מ בעצם המודעא צריכים העדים לידע שאכן נאנס, ולא מפיו הם חיים, ומה שטוען שהאשה איימה עליו, אם אין העדים יודעים באונס ולא יודעים שמחמת האונס הסכים לוותר בעניני הממוץ, אינה מודעא, דבעינן שידעו העדים בעצם האונס ושמחמת האונס הוא מוכר ולא נתרצה.

ובמחבר בשו"ע חו"מ רה,א (בסופו), פסק וז"ל: "וצריכים העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיסמכו על פיו. וכל מודעא שאין כתוב בה, אנו העדים ידענו שפלוגי זה אנוס היה, אינה מודעא". ובסמ"ע שם (ס"ק ז) כתב דאף שלכאורה מלשון המחבר משמע דבעינן שיהא ידוע שגם המכירה לא היתה כי אם מחמת אונס, שלא גמר והקנה לו ולא התרצה, דעת הסמ"ע דלא בעינן כולי האי, אלא סגי כשידוע שבא עליו באונס למכרו לו, ושאותו אונס לא סר מהמוכר בשעת המכירה. וכתב דאפשר שדעת המחבר ג"כ כן, דבתחילה כתב שצריכין לידע שהוא מוכר מפני האונס, וחזר ופירש, שיהא ידוע שהוא אנוס, והיינו עדיין אנוס כבתחילה, וצ"ל, אף שלא ידעו שלא גמר והקנה. הרי שס"ל דלא כרמב"ן, אלא צריכים לדעת שהוא אנוס, ושאותו אונס לא סר בזמן המכר, אבל אין צריכים לדעת שלא נתרצה מחמת האונס.

אמנם לכאורה כל זה בלא מסירת מודעא, דבמסירת מודעא לכ"ע אין צריכים לידע שלא נתרצה. כן כתב בנתיבות רה,ו, והנתיבות הקשה על דברי הסמ"ע במש"כ דצריכים לדעת שלא סר האונס עד המכירה, דאף למש"כ הרמב"ן דבעינן שידעו העדים שהיה אנוס בשעת מכירה ובלא"ה חיישינן לשמא נתרצה אח"כ, מ"מ כשמסר מודעא כתב דלא חוששים לזה, וכן מוכח מדברי הרשב"ם (ב"ב מ,ב, ד"ה ומשני), ואף שהמהרח"ש (תורת חיים, בקונטרס מודעא ואונס, דף ט,א) כתב שמדברי הרמב"ם (מכירה י,ב) שהם דברי המחבר, משמע קצת דבעינן שידעו שהיה אנוס בשעת מכירה, מ"מ כתב שם שיש לפרש פירוש אחר ברמב"ם, וגם כתב שכל המפרשים לא סוברים כן. והביא הנתיבות ממהרי"ק (סג,א-ב), דכל שיי"ל שעדין מפחד מאותו אונס, מיקרי אונס, אם לא שנשתנה האונס, כגון שתש כח האנס וכד'. ומעשים בכל יום שמכשירין שטרי מודעות שנכתבו מוקדם לשטר מכירה, ולפי דברי הסמ"ע הן פסולין, דאימר בשעת מכירה נתרצו. וגם לפי דברי הסמ"ע היו צריכין לכתוב בשטר מודעא שידעין שהיה אונס בשעת מכירה דוקא, כמו שהצריך הרמב"ן בשטר מודעא שנכתב לראיה על האונס כשלא היה שם מסירת מודעא. לכן הסיק הנתיבות, שגם כונת הסמ"ע במש"כ שאותו אונס לא סר מהמוכר, כונתו שלא נעשה תש כוחו בתוך הזמן, עיי"ש.

וכן הקשה הנתיבות בפתיחה לסי' רה, דמשמע מהרמב"ן שצריכים העדים שידעו דוקא שהאונס היה בשעת מכירה, וכשמסר מודעא סגי כשראו האונס אף שהיה קודם המכר, אף שאין יודעין אם היה האונס ג"כ בשעת המכר. ובנתיבות הקשה דממה נפשך, אם מחזקינן כיון שנאנס מתחילה מן הסתם האונס בתוקפו בשעת המכירה, א"כ אף בלא מודעא מדוע לא מהני כשראו האונס בתחילה. ואי לא מחזקינן מחמת האונס שהיה בתחילה שהיה ג"כ אח"כ בשעת המכר, א"כ אף במודעא מנין דבשעת המכר לא נסתלק האונס, אולי בשעת המכר נסתלק האונס ומכר מרצונו, ומה בכך שמסר מודעא מקודם. ועיי"ש בנתיבות מש"כ בבאור הסוגיא, דהרמב"ן כתב באחד מהפירושים, דמודעא היא ידיעה בלא ראייה, ומעשה דפרדיסא ג"כ הוא בכעין זה, ומודעא כזו הוי ידיעה בלא ראייה, ומשו"ה כותבין בלשון אנן ידעינן ואין כותבין בלשון בפנינו אנסו למכור. אלא שמודעא כזו לא מהני רק למאן דס"ל בשדה סתם ג"כ מהני אונס ומהני מודעא, משא"כ לרבא דלא מהני בשדה סתם לא אונס ולא מודעא, א"כ בכה"ג שראו אונס סתם ואחר המכירה פטרו מהאונס, והעדים לא ראו על מה אנסו, גרע אפילו משדה סתם, דהא אפשר שאנסו על דבר אחר לגמרי והוא פייסו בזה, דלא מהני מודעא לרבא, ושפיר אמר רבא דלא כתבינן מודעא, דהיינו אונס שהוא בידיעה שלא בראייה.

ומהריק"ש בתש' (אהלי יעקב סי' קטז) נשאל בשטר מודעא שכתוב בו שהעדים הכירו באונסו שהוא אנסו, והעדים אומרים כיום דמה שהכירו הוא ע"פ המוכר, אך הם לא ראו כלום. ודן מהריק"ש אם יכולים לחזור ולהגיד, אחר שבשטר המודעא נכתב במפורש שהכירו באונסו, והוכיח שם שחששו חז"ל לסברת בני אדם עמי ארצות בהבנת דבריהם, וממילא כותבים שהכירו, הכוונה ע"פ דברי המוכר, שאינם יודעים שצריכים להכיר בעצמם:

"וגדולה מזו אני אומר, דאפי' מן הסתם שלא היו העדים לפנינו, יש לחוש לכך, כיון שהדבר מצוי לטעות עמי הארץ בענין זה ... הרי שאם אין העדים מוחזקים בידועים, חיישינן מן הסתם אע"פ שלא אמרו הם כלום. וכעת בדורינו זה מצוי הוא טעות כזה אצל עמי הארץ, וכמה פעמים בא לדינו, ולפיכך העדים דלא בקיאי טובא בדברי חז"ל, צריך שיבררו הכרתם מה היא, אם בידיעה או שלא בידיעה, כדי שתועיל המודעא לבטל המכר, ובזולת זה היא כחרס הנשבר, כיון שאין החתומין בה ת"ח ויודעי דת ודין, ולפחות צריך שתהיה להם הבנה בדברי ת"ח."

ומ"מ בנדו"ד שלא שמעו העדים שהאשה מאיימת וכו', אלא רק שמעו מהבעל שטען כן, והם כתבו שטר מודעא שהבעל אמר להם שהאשה מאיימת עליו

שתלשין/ תעליל ברשויות המס, אין זו מודעא, כיון שלא יודעים העדים שהוא אנוס אלא מפיו. וכל זה התברר מפי העדים, ואף הבעל עצמו הודה בכך, אלא שאף אם הבעל היה מכחיש ולא היה ניתן לברר, יש לחוש שלא שמעו את האשה מאימתה, וכמש"כ מהריק"ש, אבל בנדו"ד שהתברר שלא שמעו רק מפי הבעל, אין לשטר המודעא כל תוקף.

ב. פחות משוויו

וכאן טענת הבעל שע"פ החוק היה מגיע לאשה הרבה פחות, וממילא הוי מתנה באונס שהיא בטלה. ויש לדון על עצם הטענה לענין מכירה בפחות משוויו, וכן כאן שמדובר בהסכם גרושין, ואף הבעל רצה בגרושין, אם דינו כפשרה ולא כמחילה, כיון שבמסגרת הסכמי גרושין יש התחשבנויות רבות, ובכללן רצון אחד הצדדים להתגרש.

דהנה במחבר בשו"ע חו"מ רה"ב, פסק וז"ל: "במה דברים אמורים, במכר, אבל במתנה או מחילה, אין צריכין להכיר אונסו". ושם בס"ג, פסק: "פשרה, דינה כמכר, ומחילה דינה כמתנה". ושם בסע' ד, פסק וז"ל: "... והני מילי כשאינו כופהו אלא על המכירה, אבל בסכום המעות אינו כופהו. אבל אם כופהו ליתן לו פחות משוויו, אף בקרקע אין כאן תורת מקח, והוי כמו שאנסוהו ליתן, שאינה מתנה. (רמ"א) מיהו לענין זה הוי כמכר, דאם מסר מודעא בעינן שידעו העדים באונסו כמו במכר".

ומקור הדין מהריב"ש בסי' קכז. הריב"ש דן במי שמסר מודעא על היותו אנוס לגרש, וקיבל מעות על הגרושין, דאף שאינו דומה לתליוהו וזבין, כיון שאין המעות שווי האשה, והוי כמוכר פחות משוויו, ובוזה לא אמרינן אגב וזוי גמר ומקני, רק כיון שקבל מעות, צריכים העדים להכיר באונסו, וכדין מכר, וז"ל הריב"ש:

"ולא שאני אומר שיהיה זה כזביני ממש, מפני המעות שמקבל על נתינתו, שנאמר אף אם יהיה אנוס, דאגב אונסיה וזווי גמר ומגרש, כמו שאנו אומרים כן בזביני תלוהו וזבין זביניה זביני, דאגב אונסיה וזווי גמר ומקנה ... דאפי' בזביני הסכימו המפרשים ז"ל, דלא אמרינן תלוהו וזבין זביניה זביני, אלא כשנתנו לו כל שווי הקרקע, אבל בפחות משוויו - לא. שאין לומר בשום פנים, שאם אונסין אותו למכור קרקע שוה אלף זוז בדינר, דאגב אונסיה וזווי גמר ומקנה. ואף על גב דתלוהו ואקדישה קדושיה קדושיה, אי לאו משום טעמא דהוא עשה שלא כהוגן, כדאסיק רב אשי (ב"ב מח"ב), אע"פ שהיא מתקדשת בפרוטה. דשאני אשה, שכך דרך כל הנשים להתקדש בפרוטה, וגם שהבעל מתחייב לה בשאר כסות ועונה, וגם דאתתא בכל דהו ניחא לה. אבל לכוף

האיש לגרש אשתו בקבלת מעות, לא נאמר אגב אונסא וזווי גמר ומגרש, ואפי' בכל ממון שבעולם, דאין דמים לאשה. אמנם אני אומר, דכל שמקבל מעות בגרושין דמי לזביני, לענין שאם ימסור מודעא צריך שידעו העדים באונסו, ואי לא, מודעיה לאו מודעא. דכיון שמקבל מעות, מעתה לאו גלווי מילתא הוא, וא"כ אין כאן מודעא כלל."

אולם דעת מהרי"ק (סי' קפה) דאפי' הנאה פחותה, חשיב כתליוהו וזבין. מהרי"ק דן במי שנתן לגיסתו אשת אחיו, יתר על כתובתה, וטוען שעשה כן מחמת אונס. ובסוף דבריו כותב מהרי"ק, דכיון שבאה לו הנאה ממה שהוסיף לגיסתו; "שמתוך כך עשתה לו אשי"און ורמי"שאון החובות אשר מזה לא היתה חייבת מתוך הצואה כלל". וגם נשבעו היא ואחיה שלא להזיקו ולא לגרום שום היזק, ואף כי מושבעים הם מהר סיני, מ"מ השבועה מזרזת יותר. וגם פטרו אותו מכל תביעות וערעורים אשר היו להם עליו, ממילא אין זה תליוהו ויהיב אלא כתליוהו וזבין, דנעשה הוא כקונה הנאות אלו תמורת מה שהוסיף לה; "דאין הולכין בזה אחר צמצום ההנאה דמטי ליה מיניה, הישנה שווה מה שנתן לו חבירו תמורתו אם לאו, לפי הנראה לע"ד". והביא מהרי"ק ראייה מתוס' ב"ב מחב, (ד"ה קדיש), דמקדש בכסף, אף שמקדשה בפרוטה, הוי כתליוהו וזבין, דקושית התוס' היתה לענין קדושי ביאה, דחשיב כתליוהו ויהיב. ומה שתירצו התוס' דמתחייב בשאר כסות ועונה, הוא לענין קדושי ביאה, אולם בקדושי כסף, בלאו האי טעמא הוי תליוהו וזבין, ואף שאינו מקבל שוויה. ועיין לעיל מה שדחה ריב"ש ראייה זו, דשאני אשה, שדרך כל הנשים להתקדש בפרוטה, וגם הבעל מתחייב לה בשאר כסות ועונה, וגם דאתא בכל דהו ניחא לה. עוד הביא מהרי"ק ראייה מתש' הרשב"א (מיוחסות לרמב"ן, סי' רמו), שנשאל במלוה שאנסוהו להאריך מועד הפרעון, ומסר המלוה מודעא שהוא מאריך באונס. והשיב הרשב"א, דכל שהאריך הזמן באונס, הרי זה כתליוהו ויהיב ואינו כלום: "ולא עוד, אלא אפילו נתנו לו קצת מעות, דבמכר דכוותה הא אמרינן אגב אונסיה דזווי, גמר ומקני, אם מסר מודעה, המודעה מבטלת המכר". ודייק מהרי"ק בדברי הרשב"א דאפי' קצת מעות הוי תליוהו וזבין, משמע דבקצת מעות, ואפילו שאין המעות מגיעות להנאת ההארכה, דינו כמכר ונפטר אי לאו המודעא. ולכאורה י"ל דמש"כ הרשב"א מקצת מעות, כוונתו שאין שווי המתנת מעות שוה לדמי כל ההלואה (עיין קצוה"ח עג,ב), ולכן כוונתו שיתן קצת מעות לפי ערך המתנת הזמן המדובר לכל המעות, ובזה הוי מקצת מעות מערך הלואה, דמי שוויו, אך אין כוונת הרשב"א דבמכר שאונסו למכור בפחות משוויו, דינו כזביני.

אמנם מתש' הרשב"א (ח"ב סי' רעח) מבואר דבקרקעות שאין להם אונאה או בקדושי אשה, מהני אפי' כלדהו שיחשב זביני ולא מתנה. הרשב"א נשאל בראובן

שהפקיד מעות אצל שמעון, ללא שטר וללא עדים, וכשבקש שיחזיר, השיב שמעון שיכפור בפקדון אא"כ יסכים לקבל מנה. ובתוך תשובתו כותב הרשב"א דכיון דהוי אונס, אף שקיבל מנה, כיון שאינו בשוויו, הרי זה כמתנה ולא כמכר; "דאף לכשתמצא לומר גבי תלויה וזבין, שאמרו אגב אונסיה וזווי גמר ומקני, דאפילו בנותן זווי כל דהו קאמר, כדעת מקצת הגדולים נ"נ. בודאי בכל כי הא מודו דלא גמר ומקנה, דלא אמרו אלא בקרקע שאין לו אונאה, ונקנה אפילו בפרוטה, דומיה דאשה, הא במטלטלין, שיש מהם אונאה לא". ומבואר דדוקא בקרקעות שאין להם אונאה, דחשיב כשוויו, אבל במטלטלין וחובות, לא מהני אם נותן פחות משוויו. וזה מפורש לכאורה דלא כמהרי"ק, דמהרי"ק מפרש דברי הרשב"א דמיירי לענין חובות והארכת זמן החוב, ובה ס"ל לרשב"א דלא דמי לקרקעות. ועיין מהרי"ט (ח"א סי' לא) שכתב דלא כמהרי"ק. וע"ע בנתיבות רה"י, דמוכח מדברי הפוסקים שהביא הב"י (ס"א), דמי שמכר באונס בפחות משוויו, וידע המוכר בשעת המכירה מהאונאה, ואפילו שהה זמן רב, אין מכירתו מכירה, דלא אמרינן אגב זווי גמר וקנה רק אם היה שיעור הראוי להתרצות, אבל בשיעור שאין ראוי להתרצות לא אמרינן, ושכן כתב מפורש המהרח"ש (תורת חיים, קונטרס המודעא והאונס דף ב, ד).

אלא שבנדו"ד אף אם מבחינת החוק או ההלכה היה אמור לתת לאשה פחות, מ"מ בהסכמי גרושין פעמים רבות נותן הצד החפץ בגרושין סכום גבוה לצד שאינו חפץ כ"כ, מטעמים כאלה או אחרים, ולעיתים מתוך התחשבות, שאינו דומה הסכם גרושין לפס"ד, והסכם גרושין דינו כפשרה שתתבאר להלן. מה עוד שאף אם הוי פחות משוויו, במסירת המודעא בעינן שידעו העדים מאונסו, דבר שאינו בנדו"ד. לכן אין נראה לבטל את ההסכם.

ג. פשרה כמכר

הסכם גרושין בעיקרו ניתן להגדירו כפשרה, אף אם יש בו נטיה לצד כזה או אחר, מאחר ולעיתים עביד אינש דזבין דיניה, ומי שרוצה להתגרש בהקדם, מוכן לוותר, או להגיע להישגים בתחום אחר, מאחר והסכם גרושין יש בו ענינים שונים, ואף עניני הרכוש מורכבים. הרמב"ם בהל' מכירה י, ג, פסק: "במה דברים אמורים במוכר או בעושה פשרה, אבל במתנה או במחילה אם מסר מודעה קודם מתנה, אע"פ שאינו אנוס, הרי המתנה בטלה, שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה, והמחילה מתנה היא". ודימה פשרה למכר ומחילה למתנה, עיין ברב המגיד שם שהוא סברת הרמב"ם. ומקור לדברי הרמב"ם שפשרה דינה כמכר, נמצא בר"י מיגאש (ב"ב מ, א), בהא דלא כתיבין מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא, וז"ל: "כגון דתבע ליה ראובן לשמעון בדין, ואמר

ליה הב לי כך וכך דאית לי בידך, ואמר ליה האיך לא היו דברים מעולם, דלית ליה עליה אלא שבועה דרב נחמן, ואצטריך למעבד עמיה פשרה, ומקמי דלעבדה עמיה מסר עליה מודעא, ועלה קאמרי רבה ורב יוסף דההיא מודעא לאו כלום היא, משום דהא ציית דינא, ואבבי ורבא פליגי עלייהו וקאמרי, אף על גב דציית לדינא כיון דכפר ביה, אין לך אונס גדול מזה, והלכתא כוותייהו". הרי שפשרה דינה כמכר, ואף דצאית דינא, כיון דכפר, אין לך אונס גדול מזה לענין כתיבת מודעא, ומ"מ מבואר דדינה כמכר לענין אונס ומודעא. ועיין ביד רמ"ה (ב"ב מ,א אות קח).

וכדברי הרמב"ם מבואר להדיא במאירי (ב"ב מ,ב): "שהמודעא צריך שיהו העדים מכירין את האונס, ומתוך כך צריכים לכתוב במודעא ואנו עדים ידענו על פלוני זה שאנוס היה, וכל שלא כתבו כן אינה מודעא. במה דברים אמורים בדבר שהוא מקבל דמים עליו, כגון מכר או פשרה, שאלמלא שנתברר האונס, אע"פ שהוא מגלה בדעתו שאינו רוצה בה, אין מודעתו כלום, אבל דבר שאינו מקבל מעות עליו אלא שהוא נעשה ברצונו, כגון מחילה ומתנה וגט, אינו צריך להודיע לעדים שאינו רוצה באותה מחילה או מתנה או באותו גט, ואפילו לא היה אנוס, נעשה הגט בטל והמחילה והמתנה בטלות, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנו, שהרי הוא מבטלם מעכשיו במודעא זו, אבל במכר אע"פ שאינו רוצה בכל לבו, כל שלא נתברר האונס, נאמר אגב זוזי גמר ומקנה". מבואר במאירי דפשרה דינה כמכר, שצריכים העדים לדעת שהמתפשר היה אנוס לפשרה, ואל"כ אף שאינו מתפשר בלב שלם, הוי כמכירה, דאגב מה שמקבל בפשרה, גמר ומקני.

ולכאורה יש להקשות ממש"כ לעיל, דכל דין תליוהו וזבין הוי זביני רק במכר בשוויו, ופשרה הוי לכאורה פחות משוויו, ואיך הוי כמכירה. והזכיר שאלה זו הרמ"א בתש' (סי' כב); "ואע"ג דהרמב"ם כתב דפשרה הוי כמחילה וכל פשרה הויא בפחות משוויו, אפשר לומר דההוא מיירי בפשרה בפחות משתות דלא מיירי אונאה". ולפ"ז דוקא בפחות משתות הוי מכירה, וביותר משתות הוי פשרה כמתנה. אמנם בנדו"ד שהפשרה היתה על דירה שהיא כמקרקעין, ובוה ס"ל לרמב"ם שאפי' ביותר מכפל אין בקרקע אונאה. וכן י"ל דכאן הוי הגרושין חלק מהפשרה, וע"כ אין לדון בו דיני אונאה. וכן מבואר גם בתש' ושב הכהן (סי' כו), שדן באריכות בענין זה, דדוקא בקרקע הוי פשרה כמכר כשהוא פחות משוויו, משא"כ במטלטלין, ועיי"ש שגם בקדושי אשה דלא שייך אונאה, הוי פשרה כמכר בכל ענין, ונראה דהוא הדין לענין גרושין.

גם מדברי התשב"ץ (ח"ב סי' רכז) מבואר שיש לבחון ולברוק כל פשרה לגופה, שאין בה משום מתנה וכיוצ"ב. התשב"ץ מיירי באופן שבפשרה יש מחילה ממון, דמה שכתב הרמב"ם שהפשרה הרי היא כמכירה, היינו בפשרה שאין בה מחילת ממון

כלל, כגון בחלוקת נכסים, שזה יטול חלק זה, וזה יטול חלק זה, או בפשרה של הרווחת זמן, שאין בה מחילת ממון. אולם כשיש בפשרה מחילת ממון, הרי היא כמתנה, דהרמב"ם מיירי בפשרה שהיא כמכר, שאין בפשרה הפסד ממון, אלא שמוציא מרשותו ממון שהוא חפץ בו באונס. וכן הוא בתשב"ץ (ח"ב סי' סב), דפשרה שכתב הרמב"ם דאינה בטלה, איירי בפשרה שאין בה מחילת זכות, כגון חלוקת אחים וקנו מידם ברוחות, זה ברוח פלוני וזה ברוח פלוני וכיוצא בזה. אך ציין שמפשט לשון הרמב"ם אינו נראה כן, ועיי"ש מה שכתב לקיים הפשרה. וכן הוא בתשב"ץ (ח"ד, טור ג סי' כז). ועיין מהרשד"ם חחו"מ סי' סד מש"כ בזה. ועיין מהריט"ץ (סי' קפט) שמבואר להדיא דלא כתשב"ץ, אלא אף אם יש מחילת ממון בפשרה, דינה כמכר: "... שהרי פשרו ביניהם שיתן לו כך מעזבון אביו וימחול לו השאר, דכל פשרה הכי הוי שמפרשים תתן לו כך וימחול השאר, וכן הענין בנדון דידן, הילכך אין זו מחילה אלא פשרה ודינה כמכר". מבואר להדיא דאף פשרה שמוחל ממון במסגרתה, הוי כמכר, דלא כתשב"ץ.

ועיין מהרי"ט (חחו"מ סי' צח) שכתב לחלק בענין פשרה, דכאשר אינו יודע בברור איך הדין, ואינו יודע איך יפסוק הדיין, עביד אינש דזבין דיניה, אולם כשברור שהצד המתפשר אינו חייב, פשרה זו דינה כמתנה ובטלה. וכך הסביר את דברי הרמב"ם מכירה י, ג: "אין זו פשרה אלא במה שיש צד חיוב וקודם שידעו היכן הדין נוטה, איכא למימר עביד אינש דזבין דיניה שמא יתחייב יותר, אבל הכא הדבר היה ידוע שאין באשה שום חיוב לקונסה, שכבר עמדו לפני החכם גר"ו ופטרה, ואדרבא האיש הוא שעוות וקלקל, הוא חייב לתת לה הקנס, ואע"פ כן הכריח אותה ע"י עכ"ם שתקבל אנשים שיגזרו עליהם כל מה שיגזרו לתת לו, זו מתנה גמורה היא". ולפ"ז אין נפק"מ אם מחל או לא, אלא כל שהוא מסופק בדינו, דינו כמכר. וכן כתב מהריט"ץ (בחדשות סי' קג), דפשרה דמי למכר, משום דכל אחד ירא מהפשרנים, התובע ירא פן יפסיד כל תביעתו, והנתבע ירא פן יחייבוהו לשלם הכל, הילכך מתפייס ליטול מקצת בפשרה, והוי כמו מכר. וכן פירש בב"י (חו"מ סי' רה): "ופשרה דמיא למכר, לפי שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו בדין, ולכן הוא מתפייס ליטול קצת בפשרה, וכן הנתבע ירא שמא יחייבונו לשלם כל מה שתובע ממנו, ולכן מתפייס לשלם מקצתו בפשרה, והיינו מכר ממש שהוא מוכר לחבירו כל זכות שיש לו בתביעה זו בסך שמתפשרים ביניהם". ולכן המודד הוא אם הדין עדיין מסופק ואין פס"ד, וכ"א חושש מהפס"ד, פשרה דינה כמכר, משא"כ כשהפס"ד ברור. (ונראה, דאף אם הפס"ד חלוט, אלא שלכל צד יש זכות ערעור לערכאה גבוהה יותר, אף שהסיכויים של הצד שהפסיד בערכאה הראשונה פחותים, מ"מ סיכויים אלה קיימים, וגם בזה עביד אינש דזבין דיניה, ופשרה דינה כמכר). ועיין סמ"ע רה, ט,

שפשרה דינה כמכר, מפני שהפשרה שנעשית ביניהם שכל אחד מוותר מטענותיו, זה מוחל קצת וזה נותן קצת.

וכדעה המחלקת בין היכא שיודע להיכן הדין נוטה לבין מסופק, מצאנו גם בקצוה"ח רה"ב: "משום דהכא מיירי בדין מסופק, שאינו ידוע להיכן נוטה, או בדבר שיש בו הכחשה ועסק שבועה ביניהם, והו"ל תורת פשרה, אבל התם מיירי שהיה הדין ברור בלי שום ספק ואינו בתורת פשרה כלל, ומש"ה הו"ל אונס גמור". וכן היא דעת הנתיבות רה"ט, דאף שבתחילה כתב לולי דמסתפינא הייתי אומר דאפילו בפשרה בדין מסופק אינו כמכר רק לענין מודעא בלא אונס, דלא מבעיא לדעת הרשב"ם (ב"ב מ"ב, ד"ה גילוי) שבמתנה מוכח שהוא אונס, ממילא בפשרה ליכא הוכחה, די"ל דעושה כן דאם יתוודע לו דהדין עמו תבטל הפשרה, ואם הדין עם שכנגדו תתקיים הפשרה. אולם גם לדעת שאר פוסקים, אינו מן הדין שיפטר עצמו וימסור מודעה שתהיה הברירה בידו לחזור בו אם ירצה, ושכנגדו לא יהיה יכול לחזור בו. אבל לענין אונס בלא מודעא, דהטעם דזבני קיים משום דגמר ומקנה אגב אונסא וזווי, משא"כ בפשרה יכול הלה לומר לדידי היה הדין ברור שהדין עמי. רק כיון שמהרי"ט ושאר פוסקים כתבו דבדין שאינו ברור פשרה כמכר, אפילו לענין אונס בלא מודעא, מבטל הנתיבות דעתו מפני דעתם, אולם באופן שידע הדין ולא התפשר רק מחמת האונס, יש לבטל הפשר.

ובזה כתבו האחרונים הנ"ל לישיב הסתירה בין פסקי השו"ע, דבסי' רה"ג כתב כרמב"ם שדין הפשרה כמכר, ובשו"ע חו"מ יב,יא פסק כרשב"א בתש': "אם ראובן הפחיד את שמעון למסרו לאנס אם לא יתן לו ממון שהיו דנין עליו, ואין לו בו זכות כפי הדין, ועשו פשרה בקנין וביטול מודעא, יכול לחזור בו". דבסי' יב מיירי שהדין היה ברור לטובת שמעון, ולכן אין בפשרה כלום, משא"כ בסי' רה"ג מיירי שאין יודעים הדין, ולכן הוי כמכר. (ועיין בבה"ט רה"י בשם הגאון מוהר"ר עוזר ז"ל, שמחלק באופן אחר, דהא דאמרינן פשרה דינה כמכר, דוקא לענין שצריכים לידע שהוא אונס, עיי"ש. ועיין בפת"ש רה"ז מש"כ בדבריו). ולפ"ז גם בנדון הסכם גרושין, אין הבעל או האשה יודעים איך יפסק הדין בענינים, מה עוד שיש בכך גם את ענין הגרושין שצד אחד חפץ להקדים ולקדם, דין הפשרה כמכר. ולפ"ז י"ל בקושית הרמ"א בתש', הרי לא הוי בשוויו, די"ל כיון שלא יודע מה יפסקו לו, עביד אינש דזבין דיניה, וממילא הוי כשוויו.

אלא שהסתפקתי לענין הסכם גרושין, אם דמי למכר, כיון שיש בו גם התחייבויות עתידיות. ובתש' חמדת שלמה (חחו"מ סי' יג) הסתפק, דאפשר דעד כאן לא אמרינן תליוהו וזבין זביני זביני, רק כשמוציא הדבר תיכף מרשותו, כגון מכר, קדושי

אשה או גרושין, דהמעשה נגמר תיכף, אבל כשכופים אותו להתחייבות עתידית, כיון שלא הוציא מרשותו לרשות המקבל, לא מהני באונס. ובזה כתב לישב הסתירה בין פסקי השו"ע חו"מ יב,יא ורה"ג (כנ"ל), דבסי' יב,יא מיירי בלא נתן עדיין רק התחייב, לכן לא מהני, ובסי' רה"ג מיירי שכבר נתן. ורצה להביא ראיה דחייב לא מהני, מהא דאיתא בשבת פח"א: ויתצבו בתחתית ההר, אמר רב אבדימי בר חמא בר חסא, מלמד שכפה הקדוש ברוך הוא עליהם את ההר כגיגית, ואמר להם אם אתם מקבלים התורה מוטב, ואם לאו שם תהא קבורתכם. אמר רב אחא בר יעקב, מכאן מודעא רבה לאורייתא, אמר רבא אף על פי כן הדור קבלוה בימי אחשוורוש, דכתיב קימו וקבלו היהודים קיימו מה שקיבלו כבר. והקשה החמדת שלמה, שהרי מה שכפה הקב"ה לקבל התורה, קבלו בני" בתמורה שיהיו סגולה מכל העמים, ואין חקר לשכר מצוה, למה לא נאמר דהוי כתליוהו וזבין. אלא כיון שבקבלת התורה יש חיוב ולא הוצאת דבר מרשות, ובחיוב לא אמרינן תליוהו וזבין. ועיי"ש מה שהמשיך לדון בענין. ומ"מ בכל האחרונים לא משמע לחלק בהכי, ואין ספק מוציא מידי ודאי. ועכ"פ לחמדת שלמה אם הסכם גרושין הוי באונס, לא הוי כאונס במכירה, דכיון שיש בהסכם התחייבויות עתידיות, אין בזה משום מכירה, ורק במכירה שמוציא מרשותו הוי זביני זביני באונס.

(ועיין ברא"ש בתש' עב"ה, דלכאורה מדבריו משמע דפשרה אינה כמכר, וז"ל הרא"ש בסוף התש': "אלמא, כל היכא שהאונס ידוע, מעשה בטל כאלו מסר מודעא. הילכך, אי מהניא מודעא היכא שאומר לעדים פלוני חייב לי כך וכך ממון והוא כופר לי, ואני צריך לפשר עמו ולמחול לו, אני מוסר מודעא בפניכם על המחילה, כי אנוס אני פן אפסיד ממוני, אם כן בלא מודעא נמי היתה מחילה בטלה, כי אונס זה ידוע לכל, שמחמת שלא רצה ליתן כל תביעתו הוצרך לפשר עמו". ונראה דהרא"ש מיירי באופן שהדין ברור שפלוגי חייב לו והוא כופר, דבזה מה שהתפשר עמו דמי למחילה, ודמי למש"כ הרשב"א בתש', הובא בשו"ע חו"מ יב,יא. משא"כ אם יש דו"ד בין ראובן לשמעון ואינו יודע להיכן הדין נוטה, דבזה עביד אינש דזבין דיניה, וכחילוק האחרונים הנ"ל. ועיין במש"כ מהריב"ל ח"ג סי' כח, מהרשד"ם חו"מ סי' תיט, ובתש' לחם רב סי' מז.)

לאמור לעיל, כיון שלא ידעו העדים מהאונס, וכיון שדין ההסכם גרושין כדין מכר, צצריכים העדים לידע שהוא אנוס ולא רק מפיו של מוסר המודעא, אין מקום לדון בבטלות הסכם הגרושין.

סימן ב

דו"ד בענין קניה של מגילת אסתר ישנה

ראשי פרקים

א. שור לחכירו ונמצא נגחן

ב. אי בדיקת כשרות המגילה קודם הקניה

ג. כשהלוקח לא שילם עדיין

ד. אם חייב המוכר לצאת ידי שמים

ראובן קנה אצל שמעון סוחר סת"ם מגילת אסתר ישנה מאד. הוא לא שאל את שמעון על כשרותה וכד', אך התפעל מאד מהכתב היפה והמיוחד. מחיר המגילה נקבע לאחר מו"מ לסכום של חמשת אלפים ש"ח. ראובן שילם את כל הסכום במזומן. לאחר כשבועיים, כשהראה את המגילה לסופר סת"ם, העיר לו הסופר כי המגילה אינה כשרה, וכי אם רוצים שתהיה כשרה, מדובר בתיקון בעלות של כאלפיים ש"ח לפחות.

ראובן מבקש לבטל את המקח, או לחלופין, שסכום התיקון ירד מהסכום שנקבע לתשלום עבור המגילה. שמעון טוען כי מגילה זו נקנית כפריט לאספנות או יודאיקה, לחובבי מגילות ישנות, וכי לא נמכרה כמגילה לקריאת אסתר בפורים. ראובן טוען שפשוט שכשקונים מגילה אצל סוחר סת"ם, אין הכוונה לקנות מגילה לצרכי אספנות או יודאיקה אלא לקריאה בפורים, וכי לא העלה בדעתו ששמעון מחזיק בחנותו מגילות שאינן כשרות לקריאה. שמעון טוען כי בחנותו מצויים דברי סת"ם עתיקים, שאנשים רוכשים למטרת אספנות וכד', וכי אמר לראובן שמדובר במגילה שנכתבה לפני קרוב למאה שנה, והיה עליו להבין שבמשך זמן כה רב ודאי יש בה פסולים, וכי מגילות כה עתיקות בדר"כ אינן כשרות לקריאה. ואחת מהשתים: או שישלח לתיקון, או שקונה לאספנות או יודאיקה וכד', ולכן אין בזה טענה של מקח טעות ומום במקח. בפרט שהקניה היתה בחודש סיון ולא בסמוך לפורים, ולכן היה לו סבירות שאינו קונה למטרת קריאת מגילה. טוען הקונה שהיה ברור לו ששמעון בדק את המגילה, ואם היו פגמים, ודאי תיקן כראוי, ולא היה מציע למכירה מגילה לא כשרה.

א. שור לחבירו ונמצא נגחן

תנן במשנה ב"ב צב"א: המוכר פירות לחברו וזרען ולא צמחו, ואפילו זרע פשתן, אינו חייב באחריותן. ר"ש בן גמליאל אומר, זרעוני גינה שאינן נאכלין, חייב באחריותן. וברשב"ם שם כתב לבאר ע"פ הסבר הגמ' בהמשך, דלא מבעיא פירות, דאיכא דזבין לזריעה ואיכא דזבין לאכילה, ומצי למימר לאכילה מכרתיו לך ואין כאן מקח טעות כלל, אלא אפילו זרע פשתן, דרוב הפשתן הנקח בעולם, לזריעה קונין אותו, דכיון דאיכא דזבין נמי לאכילה, אינו חייב באחריותן, דמצי למימר לאכילה מכרתיו לך, דבממונא לא אזלינן בתר רובא, כדשמואל. ודוקא זרע פשתן משום דחזי לאכילה, אבל זרעוני גינה כגון זרע כרוב וקפלוט שאינו נאכל כלל, חייב באחריותן.

ובגמ' שם: איתמר המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן (קודם מכירה, ואין ראוי אלא לשחיטה – רשב"ם) רב אמר הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך. וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא – לנכסתא, אי לרדיא – לרדיא. בגברא דזבין להכי ולהכי. וליחזי דמי היכי גינהו. לא צריכא, דאייקר בישרא וקם בדמי רדיא. אי הכי למאי נפקא מינה נפקא מינה. לטרחא. היכי דמי אי דליכא לאישתלומי מיניה, ליעכב תורא בזוזיה, דאמרי אינשי מן מרי רשותיך פארי אפרע. לא צריכא דאיכא לאישתלומי מיניה. רב אמר הרי זה מקח טעות, בתר רובא אזלינן ורובא לרדיא זבני. ושמואל אמר לך כי אזלינן בתר רובא באיסורא, בממונא לא. וברשב"ם שם הסביר דדעת רב דהרי זה כיון ונמצא חומץ, ולכן הוי מקח טעות, דאזלינן בתר רובא שקונים לחרישה. ודעת שמואל דלא אזלינן בממון אחר הרוב, וכיון שיש מיעוט שקונים לשחיטה, יכול המוכר לומר לשחיטה מכרתי לך: "דהא איכא דזבין לשחיטה, ורובא לאו כלום הוא, והוה ליה כי פלגא ופלגא והמוציא מחבירו עליו הראיה. ואפילו לסומכוס דאמר בפרק שור שנגח, ממון המוטל בספק חולקין, וקיימא לן כוותיה, דסתם לן תנא התם כוותיה, ה"מ כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה, ואין ידוע לבית דין היאך היה המעשה, אם ילדה קודם נגיחה או אחר כן, ואפילו טעין חד מינייהו טענת ברי ואידך טענת שמא, כדאמרינן התם. וכמו סבא ויבם בנכסי ספק, בפרק החולץ (יבמות לח,א), דקיימא לן חולקין, משום דאין ידוע אם בן ט לראשון ויירשנו זקנו, או בן ז לאחרון ובנו של יבם הוא. אבל הכא שאנו יודעין היאך היה המעשה, הרי זה מכרן לזה סתם ונתגלה הדבר שהיה נגחן קודם לכן, הכא מודה סומכוס דלא הוי ממון המוטל בספק אלא אזלינן בתר ההוא שטוען יפה, דכיון דרובא לא כלום הוא, לא היה לו למוכר לפרש אלא הלוקח הוה ליה למימר לרדיא קבעינא ליה, ומדלא פירש הפסיד. ולא דמי ליינ ונמצא חומץ, דהתם יין קתבע מיניה דמוכר בהדיא". ובהמשך כתב הרשב"ם בדעת שמואל דקיי"ל דאזלינן בתר רוב באיסורים ולא בממון, דבאיסורא, כגון תשע חנויות

מוכרות בשר שחוטה והאחת מוכרת בשר נבילה, בנמצא הלך אחר הרוב. משא"כ בממון, לא אזלינן בתר רובא אלא אחר המוחזק, אם יש לו שום טענה.

והנה מה דקיי"ל כשמואל דלא אזלינן בממון אחר הרוב (ב"ק מו, ב), הוא לכאורה מהטעם שחזקת ממון עדיפא, דדוקא כשיש חזקת ממון לא אזלינן בתר רובא, וכמש"כ תוס' (ב"ב כג, ב ד"ה חוץ), דאין הולכין בממון אחר הרוב במקום שהוא מוחזק, משא"כ כשאין חזקת ממון, הולכים אחר הרוב. ובתה"ד (סי' שמט) מבואר דמה שלא הולכים בממון אחר הרוב כשיש חזקת ממון, כיון שכדי להוציא מהמוחזק, על המוציא מוטלת הראיה, ורוב אינו ראיה: "ונראה דהא דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב היכא דאיכא חזקת ממון נגד הרוב, אע"ג דבשאר דוכתא אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף, דשאני חזקת ממון דאית בה טעמא המוציא מחבירו עליו הראיה, ורובא לא מיקרי ראיה". ומבארים בדברי תה"ד, דרוב אינו ראיה וביורו אלא דרך להכריע את הספק, וצריך ראיה כדי להוציא ממוחזק, ורוב אינו ראיה, עיין בכו"פ (יו"ד קי"ג) ותש' רע"א (קמא, סי' קלז) דרוב אינו ביורו, רק כך אמרה התורה דבכל ספק תלך אחר רוב. ואפשר שזו מחלוקת רב ושמואל, דרב סובר דרוב הוא ביורו, ולכן אף בממון יברר הרוב. ושמואל ס"ל דרוב הוא מחמת גזוה"כ של התורה לילך בספיקות אחר הרוב, אך כיון שאינו מברר את הספק, אין לילך אחריו אלא באיסורין, משא"כ בממון אינו ראיה להוציא.

ובשב שמעתתא ד, כד (הובא גם בקצוה"ח רפ, ב) כתב לבאר מדוע לא מהני רוב נגד חזקת ממון, דנגד חזקות אחרות שהן חזקות דמעיקרא ואינן כעת לפנינו, מועיל הרוב שהוא לפנינו לילך אחריו, משא"כ בחזקת ממון, שהוא מוחזק כעת לפנינו, והיא חזקה עכשוית, לא עדיף הרוב, שהוא דבר שבהווה, יותר מהחזקה העכשוית, ואין מוציאם ממון ברוב, וז"ל הש"ש: "אלא דטעמא דמלתא, משום דחזקת ממון אלים טובא ועדיפא מכל החזקות, וכדמוכח סוף פרק המדיר בסוגיא דהיו בה מומין, (כתובות עה, ב), ומשום דהא דרובא עדיף מחזקה היינו משום דרוב הוא השתא לפנינו הרוב, אבל חזקה אינו אלא חזקה דמעיקרא שהיה מעיקרא כך, לכן אוקמוה אחזקה קמא, אבל רוב הוא עתה לפנינו, ועדיפא מחזקה דמעיקרא. וחזקת ממון שהוא נמי עכשו מוחזק בממון הוי כמו רוב, ואין מוציאין ממון מחזקת בעלים שהוא מוחזק עכשו ע"י רובא". ובקצוה"ח רפ, ב הוסיף, דבחזקת ממון הממון תחת יד הנתבע והוא כעת מוחזק בו בודאי, ולכן רובא לא מהני להוציא ממוציאות ודאית.

אמנם בראשונים מצאנו דרוב לרדיא דלא אזלינן בתריה, הוא מחמת חסרון הרוב ולא עקב החזקת ממון. כך נראה לכאורה מדברי התוס' סנהדרין ג, ב (ד"ה דיני). תוס' הקשו, מדוע שמואל סובר שאין הולכין בממון אחר הרוב, נלמד בק"ו מדיני

נפשות. ואין לומר דיני נפשות גופייהו לא אזלינן בתר רובא ברובא דליתיה קמן אלא ברובא דאיתיה קמן כמו סנהדרין, דהא בסנהדרין סט,א משמע דבכל דוכתא אזלינן בתר רובא דיני נפשות, גם ברובא דליתא קמן, כמו רוב נשים יולדות לט', ורובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא. ותירצו התוס': "וצ"ל, דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא, הלכך לא סמכינן אהך רובא דיני ממונות". ומבואר שרובא לרדיא הוא רוב מיוחד לריעותא, שאינו נחשב כרוב לילך בתריה, ומשמע שאינו מחמת חזקת הממון החזקה אלא מחמת חולשת הרובא לרדיא.

ובבאור דברי התוס', כתב באבנמ"ל מהב, ע"פ דברי הריטב"א קדושין גב, לחלק בין רוב שתלוי בטבע העולם, ואינו נתון לשליטת בני אדם, שכך הוא טבע העולם, שרוב נשים יולדות לט', או שרוב העולם אינם סריסים או איילונית, בזה אזלינן בתר רוב ולא חוששים למיעוט, משא"כ ברוב התלוי בהנהגת האדם, כמו רובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוטא מקדשי והדר מסבלי, שהוא רוב התלוי בהנהגת בני אדם, בזה כיון שיכולים בני אדם לשנות הנהגתם, ובידם לנהוג לפי המיעוט, חיישינן למיעוט, וז"ל הריטב"א: "דהתם הוא ברובא דבחויב וטבע שאינו תלוי ברצון, כגון ההיא דקטן וקטנה שחולצין ומייבמין, ולא חיישינן לסריס ואיילונית דהוו מיעוטא, וכהיא דאמרינן דרוב נשים מעוברות יולדות ומיעוט מפילות. אבל ברוב התלוי במנהג שאינו חיוב, וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המיעוט, ודאי חוששין למיעוט לחומרא, שהרי כיון שהדבר תלוי בדעת, פעמים שאדם נוהג כמנהג המיעוט". ובאבנמ"ל כתב דההסבר בתוס' סנהדרין גב, הנ"ל, הוא ע"פ דברי הריטב"א, דמה שרוב לרדיא אינו רוב חשוב, מפני שהוא רוב הבא מחמת נוהג העולם, וכיון שביד כל אדם לנהוג שלא לפי הרוב, לכן יש לחוש למיעוט, ולכן ס"ל לשמואל דלא אזלינן ברובא לרדיא בתר רוב אלא בתר חזקת ממון.

ומעין זה פירש הגרש"ש (שערי יושר גג), ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות לענין רובא דמסבלי והדר מקדשי, שאין רוב זה דומה לפלוגתא דרבי מאיר וחכמים, דהתם רוב חיוב וטבע הוא ואי אפשר אלא כן, אבל כאן אינו אלא מנהג, ופעמים הרבה שאדם נוהג כמנהג המיעוט, הילכך במקום איסור אשת איש החמירו. וכתב הגרש"ש דמוכח מהרמב"ן שמדין תורה מהני רוב כזה גם לענין איסור אשת איש, אלא שהחמירו חכמים, שרוב כזה הוא רוב של תורה ולא רוב שכלי ומהני מהתורה אלא שהחמירו חכמים, ולכן גם רובא לרדיא זבני אינו רוב שכלי, דאם אדם זה היה צריך לשחיטה, ודאי יקנה לשחיטה, ולא תהיה קנייתו לשחיטה נגד חוקי הטבע. ואף שרוב זה של הנהגת בני אדם מהתורה הוא רוב, לא מהני דיני ממונות, דלממון צריך רוב שכלי, משום דסברא הוא, ולענין נפשות, משום דכתיב ושפטו העדה.

וכן נראה מדברי השטמ"ק (נדרים נג,א), על הא דתניא, הנודר מן השמן, בארץ ישראל מותר בשמן שומשמיין ואסור בשמן זית, ובבבל אסור בשמן שומשמיין ומותר בשמן זית. מקום שמסתפקין מזה ומזה, אסור בזה ובוה. פשיטא. לא צריכא דרובא מן חד מסתפקין, מהו דתימא איזיל בתר רובא, קמ"ל שאין הולכים בזה אחר הרוב אלא אסור בכל השמנים, אם מסתפקים מזה ומזה, אף דרוב מסתפקים מסוג אחד. ובשטמ"ק שם הסביר שאין רוב מה שמסתפקים מסוג מסוים, נחשב לרוב חשוב: "דבכל מילתא דתליא בשמא, לא אזלינן בתר רובא, דאיכא למימר האי גברא לישינה בתר מיעוטא. והכי אמרינן בב"ק (כז,א-ב), לא צריכא דרובא קרו לכדא כדא כו', מהו דתימא זיל בתר רובא, קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב, כי האי דתליא בשמא ובלישנא. והכי נמי אמרינן בהמוכר את הבית בב"ב (סא,ב), דרובא קרו לבירא בירא ולבית בית". כאשר אדם מתבטא בלשון מסוימת, אין לפרש את הלשון לפי הרוב, דכיון שהפרוש תלוי בכל אדם ואדם, י"ל שאותו אדם הוא מהמיעוט.

ובב"ח (תו"מ רלב) כתב דלאו דוקא רובא לרדיא, אלא הוא הדין ברוב של זרעוני פשתן שקונים לזריעה לא אזלינן בתר רובא, דאינו חשוב רוב ממש, דאע"ג דרוב זרע פשתן שבעולם נזרע, יש הרבה בני אדם שלוקחין לדברים אחרים, כגון למאכל ולרפואה, וכנגד אדם אחד שקונה עשרה סאין לזריעה, יש מאה בני אדם שקונין מיהת סאה אחת למאכל ולרפואה, ואיכא נמי רוב לוקחים לאכילה. ועל דרך זה גבי שור כנגד אדם אחד שקונה מאה שוורים לרדיא, איכא מאה בני אדם שקונין עשרה שוורים לאכילה. ולפ"ז יוצא שהבין הב"ח דרובא לרדיא, הכונה שרוב מכירות השוורים הם לחרישה, ורוב השוורים נועדו לחרישה, אולם מאידך רוב האנשים לוקחים לשחיטה. והיינו אם הרוב נמדד בחפץ הנידון או באדם הלוקח. בחפץ הנידון, הרי רוב השוורים מיועדים לחרישה, והאנשים הקונים שורים – רוב האנשים קונים לשחיטה, ולכן לא הוי רוב מעליא לדעת התוס', ואזיל שמואל בתר רובא דאינשי ולא אחרי רוב השורים. [ובאגב, מה שיש להקשות, הרי כל שור עשוי בסופו של דבר לשחיטה, א"כ כל שור הוא מתצה על מחצה, נקנה לחרישה וגם לשחיטה. אלא י"ל דבהיותו זקן וקרוב למיתה, נקנה לשחיטה. אולם בהיותו בר חרישה, רוב שורים לחרישה]. ובקונטרס הספיקות ו,א הקשה על הב"ח, שהרי הגמ' בב"ב צב,ב הקשתה על רב שהולך אחר רובא לרדיא, מאשה שנתארמלה דנימא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים בתולות נישאות, ומשור שנגח את הפרה, דנימא הלך אחר רוב פרות ורוב פרות מתעברות ויולדות, וברוב נשים ורוב פרות אין לפרש על הדרך שפירש הב"ח. על כן כתב קונטרס הספיקות שאין לפרש כדברי הב"ח, אלא דעת התוס' שאין זה מחמת חסרון הרוב, אלא אפי' רוב דמהני באיסור, לא מועיל בממון. ועיי' שם באות ד מש"כ בזה.

והתומים (תקפו כהן סי' כג) כתב דתירוץ התוס' בסנהדרין המחלק בין רוב חשוב לאינו חשוב, כמו רדיא, הוא הנראה נכון לדינא, וממילא לא קשה דהא רוב עדיף מחזקה, ואיך מוציאים ממון ע"י חזקה ולא ע"י הרוב, די"ל דרוב גמור הוא דעדיף מחזקה, ובזה באמת אף בממון מוציאים, משא"כ רובא לרדיא אינו רוב גמור. ובטעם שאינו רוב גמור, נראה לפי מש"כ התומים לחלק בין רוב של סנהדרין לרוב לשחיטה, דאין ענין דיינים דומה לרוב הקונים לחרישה, דהן הרוב הקונים לחרישה והן המיעוט הקונים לשחיטה, שניהם אמת, דרוב קונין לחרישה ומיעוט לשחיטה, ולכן אין הולכין בממון אחר רוב, דאפשר שקונה דידן הוא מהמיעוט, שהרי יש מיעוט בעולם הקונים לשחיטה, ואם נקבע מכח הרוב שכולם קונים לחרישה, עשינו עול בדין, שהרי במציאות יש אנשים הקונים לשחיטה. משא"כ דיינים המחולקים בדין, שנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי, אחד מהן טועה, ויש כאן שקר ואמת, שהרי אי אפשר לומר ששניהם אמת, ויותר מסתבר דיחיד טועה משנאמר שהרבים טועים, ואם המזכה טועה בדין, איך נימא בדיני ממונות לילך בתר מיעוט, וכי נלך בתר שקרא ח"ו. ולפ"ז י"ל גם בבאור דברי התוס' בסנהדרין, דכיון שגם המיעוט לשחיטה הם אמת, ולשני החלקים, הרוב והמיעוט, יש קיום במציאות, הרוב אינו רוב חשוב לקבוע שהקונה שלפנינו קנה בהתאם לרוב הקונים.

ועיי"ש בתומים מש"כ לבאר בדברי התוס' בב"ק (כז, ב ד"ה קמ"ל), בחילוק בין רוב דיינים לרוב לחרישה, דשאני דיינים דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם אוקמי ממון בחזקת מרא, דהא בית דין מפקי מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה, לא אזלינן בתר רובא. דכוונת התוס', דודאי כך היא הקבלה בדיני ממונות לא להוציא ממון מיד מוחזק בספק, וזהו כלל גדול בדין, המוציא מחבירו עליו הראיה אפילו במקום רוב. רק בדיינים כששנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי, הזכאי בטל במיעוטו לגבי שנים המחייבים, וממילא כל בי"ד, כל שלשת הדיינים, הם המחייבים והם הכופים את הנתבע לשלם, ולכן מה שמוציאים ממון, אינם מוציאים מספק אלא בודאי, כיון שהרוב של הדיינים הכריע את הדין, דלהם הדבר ברור שהוא חייב, כי כך אמרו דעתם בבירור, והם מוציאים לדעתם בבירור. משא"כ בלוקה שור לרדיא, הבי"ד אינם יודעים אם הוא מהרוב או מהמיעוט, והבי"ד בעצמם אין להם ברור בזה, אם כן מספיקא לא מפקינן ממון מיד מוחזק אף שהרוב נגדו, דחזקת ממון מסייע למיעוט, ואין להוציא ממון מספק. והיינו דרוב דיינים הוא רוב המכריע את הדין, ומשפסקו הדין, כבר אין כאן ספק, משא"כ רוב לשחיטה הוא רוב של הנהגה, שכך נהג, שאין אנו יודעים אם לשחיטה או לחרישה, אם נהג לפי הרוב, אין כאן הכרעה ודאית שקנה לחרישה, אלא שכך מסתבר לנו להכריע, אבל הספק במקומו עומד גם אחרי שנחליט כמציאות הרוב.

ובגמ' העמידו את מחלוקת רב ושמואל אם אזלינן בתר רוב העולם דקונים לרדיא, בגברא דזבין להא ולהא. ומשמע בגמ' שאם היינו יודעים שהקונה קונה לחרישה, ודאי יכל גם להוציא ממון בשור נגחן. והיינו דוקא שגם המוכר מכיר בלוקח שהוא עובד אדמה וקונה שורים לחרישה, וכמו שפירש הרשב"ם שם צב,א: "... אי האי גברא עובד אדמה הוא ולא טבח ורגיל לקנות שורים לחרישה, וכגון שהיו מכירין זה את זה, ודאי לרדיא זבין, ואפי' לשמואל ליהוי מקח טעות, דכיון שמכירין זה את זה הרי כאילו פירש לו מכור לי שור לחרישה". וכאשר קונה לכך ולכך, לכאורה כיון שיש לנו ספק באותו אדם, איך נלך לפי רוב העולם, כאשר אנו רואים שהוא קונה לרדיא ולשחיטה, א"כ הוא יצא מגדר כל העולם. וראיתי בחלקת יואב (חחו"מ סי' טו בסופו) שהביא מהירושלמי שביעית ה,ג, דמיירי בסרסור שמוכר לאחרים, ולכן צריך לבחון לפי רוב העולם, למה רוב העולם קונים. ולדבריו יצא שבאדם פרטי שקונה לכך ולכך, לא אזלינן בתר רובא. אך אין ללמוד משם לנדו"ד, שהרי בנדו"ד בכל אופן לא מכיר המוכר דעת הקונה.

ולכאורה בנדו"ד, אף שהרוב קונים מגילות ע"מ שיהיו כשרות לקריאת מגילה, מ"מ יש מיעוט שקונים מגילות לצרכי אספנות וכד', ולפ"ז אזלינן בתר חזקת ממון של המוכר, ולא יוכל הקונה לטעון שקנה על דעת שתהיה כשרה, דכיון שיש מיעוט הקונים לאספנות ויודאיקה, לא אזלינן בממון אחר הרוב להוציא ממון מהמוחזק. (ונפק"מ בין הטעמים שכת' למעלה, מה יהיה הדין אם ראובן מוחזק, ואין לו נפק"מ בנדו"ד, ויתבאר בהמשך).

ג. אי בדיקת כשרות המגילה קודם הקניה

יש לדון אם מה שלא בדק את כשרות המגילה קודם הקניה, אם יש בזה ראייה שקנה את המגילה ליודאיקה, או שלא אכפת לו להשקיע אח"כ כדי להכשירה. דלענין עצם הדבר שלא בדק, אם מהוה ראייה שקנה ליודאיקה, תוס' בכתובות ע,א (ד"ה על) כתבו, דאין לומר דקונה שור על הלוקח ראייה שלא קנה לשחיטה, דמדלא דק אם הוא נגחן, אית לן למימר דלשחיטה זבניה. דא"כ מדוע נצרך שמואל לטעם דכי אזלינן בתר רובא באיסורא, בממונא לא, הרי הטעם אינו משום רובא הוא אלא משום דלא דק. ומכאן מוכיחים התוס' שאין בראיה הנסיבתית הזו – שלא דק, כדי להוות ראייה שלא איכפת לו אם לשחיטה או חרישה, או שמוכח שקנאו לשחיטה. ובפנ"י שם (על התוס') כתב: "נראה לי דלולי דבריהם לא קשה מידי, דודאי אי הוי אזלינן בתר רובא בממון, לא הוי שייך לומר מדלא דק דלא היה צריך להתנות, דסתמו כפירוש, כיון דרובא דעלמא לרדיא זבני. אלא משום דלא אזלינן בתר רובא בממון צריך להתנות, ואמרינן שפיר מדלא דק להתנות, ודאי לשחיטה זבניה, כן נראה לי

לולי שהתוספות לא כתבו כן". הפנ"י ס"ל דהא בהא תליא, דאם היו הולכים אחר הרוב, לא היה צריך להתנות ולא היה צריך לומר שקונה לרדיא, דסתמו כפירושו. רק כיון דאין הולכים בממון אחר הרוב, י"ל דצריך להתנות, ומדלא דק מוכח שודאי קנה לשחיטה. אולם הפנ"י כתב דמהתוס' שלא פירשו כן, מוכח שמה שלא דק, אינו מהוה ראייה.

ואפשר היה לומר בדברי התוס', דאף שאם היה מתנה ואומר שקונה לחרישה היה מסלק הטענות ומברר מקחו, מ"מ בכך לא נמנע ממנו לטעון טענת מקח טעות. ואפשר דדעת התוס', דאף במום שניתן להבחין בו לאלתר, אין בכך שלא בדק הקונה, כדי למנוע ממנו לטעון טענת מקח טעות, דהרי גם בירור המקח שקונה לחרישה, הוי דבר שיכל לעשות בנקל ולאלתר, ואין באי ההתנאה, כדי למנוע ממנו לטעון טענת מקח טעות. וכל הטעם שאין הקונה יכול להוציא, הוא מפני שאין הולכים בממון אחר הרוב.

וכבר הבאתי כמה פעמים את הנידון, אם יכול לטעון טענת מקח טעות במום שיכול להבחין לאלתר. הרב המגיד בהל' מכירה טו,ג, כתב וז"ל: "ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכל להבחינו לאלתר, כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר". והמל"מ שם כתב דכיון שסברת היש מי שכתב היא מטעם מחילה, א"כ כשמוחזק הקונה במעות, אמרינן שלא מחל, ומה שלא חשש להבחינו, כיון שהוא מוחזק במעות. והביא ראייה לדבר מדין טענו בחיטים והודה לו בשעורים ותפס דמי שעורים, עיי"ש. וס"ל למל"מ דמדברי הרמב"ם מוכח שדוקא אם השתמש לא יכול להחזיר, אבל בלא השתמש והבחין במום, וק"ו בלא הבחין אבל יכל להבחין, חוזר אפי' אחרי כמה שנים, וסברת הדין, דיכל להבחינו לאלתר הרי הוא כזמן שיראנו לתגר, וס"ל לרמב"ם דזמן זה לא שייך במום. ועיין עוד בנתיבות רלב,א מה שכתב בדברי המל"מ, ובמשפט שלום רלב,ג ד"ה והנה בנתיבות, מש"כ בישוב הדברים. ומ"מ י"ל דהתוס' והרמב"ם קאי בחד שיטה (לפי המל"מ), ואין בטענה שיכל להבחין במום, כדי למנוע מהלוקח לטעון טענת מומין.

והאור שמח מכירה טו,ג כתב לחלוק על המל"מ. [בתחילת דבריו כתב דאין ראייה מסוגיא דבכורות יג,ב בדין הלוקח גרוטאות מן העכו"ם ומצא בהם ע"ז, דאם משך ולא נתן מעות – יחזיר, ואם משך אחרי שנתן מעות, יוליך הנאה לים המלח, ועיין באור שמח דאין מזה ראייה ליש מי שכתב ואין ראייה לסתור, עיי"ש. וע"ע בשער המשפט רלב,א מש"כ בבאור ראייה זן]. אולם בעצם דברי היש מי שכתב, כתב באו"ש לבאר, דדוקא אם בשעה שמשך יכל לבדוק ולא בדק, בזה אמרינן דמחל. אבל אם היה החפץ ברשותו ויכל לבדוק, בזה לא אמרינן דמחל, דאין אדם מתפייס במומין. וז"ל:

"ודע דעד כאן לא אמר הרב המגיד דוקא כשעושה מעשה הקנין אז היה יכול לבדוק, ומדלא בדק אמרינן דניתא ליה בהא, או שהוסיף מעשה הקנין, כגון שקנה מידי דנקנה בכסף וכשמשכו אח"כ, ובשעת משיכה היה יכול לבדוק, אז אמרינן דגלי אדעתיה דניחא ליה, אבל אם החפץ ברשותו וראה המום ושתק לא אמרינן דמסתמא ניחא ליה, דאין אדם מתפייס במומין (כתובות עה,ב), ולכן כתב רבינו אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום, ולא כתב דאם ראה ושתק תו אינו יכול לחזור, ואינו מוכרח מדברי רבינו דחולק על יש מי שכתב, וכן מדברי הרי"ף (ב"מ ל' ע"ב בדפי הרי"ף) שכתב דדין כדי שיראה לתגר או לקרובו לא נאמר רק באונאה, אבל לא במום, דשם ג"כ אם לא עשה מעשה קניה לאחר שראה המום. ודלא כהמשל"מ."

וזו סברא שצריך לבארה, דדוקא אם בשעת משיכה יכל לבדוק, אמרינן דמדלא בדק מחל, אבל בעושה קנין סודר והחפץ ברשות המוכר ואינו יכול לבדוק, אין אדם מתפייס במומין. ולכאורה בנדו"ד ודאי יכל לבדוק, או להביא עמו סופר סת"ם שלפחות יבדוק באופן שטחי, ואם לא בדק בשעת הקנין, לאור שמח הוי מחילה.

ובמהרשד"ם חח"מ סי' שפה דן באחד שקנה ניר, ורצה שהמוכר יראה לו דוגמא, ושלחו לראות דוגמא אצל אחר, ואחר שגמרו המקח והולך הניר למקום רחוק, התברר שנתן לו סוג אחר של ניר. וכתב מהרשד"ם דדמי ליפות ונמצאו רעות, שחוזר במקח לעולם: "מה תאמר למה לא חוזר הנייר בכ"כ זמן שעבר, וכיון שלא חש לראותו ולהחזירו י"ל שמחל, וכסברת יש שכתבו שהביא המ"מ מכירה טו,ג ... ויאמר האומר דה"ג בנ"ד כיון שעבר כ"כ זמן שהיה יכול לראותו ולא חש מסתמא מחל, אי משום הא לא ארייא, חדא שזו סברת יחיד, כיון שלא מצינו חלוק זה בפוסקים המובהקים, וא"כ לא שייך לומר כאן קי"ל כו', כי ודאי סברא זו סברא בטלה לגבי האי דינא. ועוד, דאפ"ת דבכה"ג נמי מצינו למימר קי"ל כו', מ"מ כבר כתבו המוכר מוכר לו סתם, ונראה דדוקא כשמכר לו סתם אמרינן דכיון שהיה יכול להבחין ולנסותו ולא עשה כן ודאי מחל, אבל בנ"ד שלא מכר לו סתם, אדרבא אנו רואים שהלוקח הקפיד ובקש דוגמא ...". מבואר דס"ל למהרשד"ם דסברת יש מי שכתב היא סברת יחיד והיא בטלה. ואם הקפיד הקונה לסוג מסוים, אף שעבר זמן רב, אין המוכר יכול לומר קים לי, דגם ליש מי שכתב דוקא בלא הקפיד הקונה ומכרו לו סתם ונמצא מום, אבל כשהקפיד, אפילו קודם גמר המקח בזמן המקח לא הזכיר דבר, חשיב הקפדה, וגם ליש מי שכתב חוזר לעולם.

והרדב"ז (ח"ד סי' קלט) כתב על דברי היש מי שכתב שהביא המגיד, שהיא סברא ברורה ללא חולק, שהם דברים של טעם, ואף אם ימצא חולק, לא מפקינן

ממון על פיו, וז"ל: "ואפי' יש בצמר מום כיון שהוא מום שאפשר לעמוד עליו והוא לא הקפיד, אמרינן ודאי מחל. וכן כתב בעל מגיד משנה וז"ל ויש מי שכתב ואומר אני כי אין בזה חולק, שהם דברים של טעם, ואפילו אם ימצא חולק, לא מפקינן ממונא אפומיה". וכן מבואר בדברי הרדב"ז כמה תשובות קודם לכן (סי' קלו). וגם מדברי הסמ"ע רלב"י שהביא את דברי המגיד בלא חולק, משמע שסובר כמגיד. גם מהרש"ם במשפט שלום (רלב"ג ד"ה שלא ידע) נראה דפוסק כמגיד, דאם ידע מהמום בשעת הקנין, או יכל להבחין, שהוא כידע מהמום, לא בעינן שימוש כלל, וזה דלא כמל"מ, וכן הביא בסוף דבריו את דברי הרדב"ז הנ"ל, ונראה דכך סובר להלכה. ובמשפט שלום נקט שאם יש טרחה בבדיקה, גם למגיד לא מחל. ובנדו"ד לא הוי כל טרחה להתנות ולומר שרוצה את המגילה כשרה לקריאת מגילה בפורים. ולכן דחה את ראית מהרשד"ם מגבינות רקובות שיכול לחזור, שהרי יכל לבדוק, וכתב ע"ז במשפט שלום דכיון שהיו סגורות והוי טרחה לבדוק, גם ליש מי שכתב לא חשיב מחילה.

ובענין הראיה השניה שהביא מהרשד"ם, מב"מ מב, במוכר שור ולא היו לו טוחנות, דמהגמ' מבואר דהוי מקח טעות, דלקחו הדמים חזרה מהמוכר. וע"ז כתב במשפט שלום, דכל טעם היש מי שכתב, דכיון דלא בדק, מוכח דלא הקפיד ומחל. וא"כ זה דוקא בדבר שעלה על דעתו, משא"כ בשור שאין לו טוחנות, לא העלה זאת בדעתו, וממילא לא עלה בדעתו לבדוק, וע"כ אין באי הבדיקה משום מחילה. משא"כ בדבר שמעלה בדעתו. ולכאורה בנדו"ד היה צריך להעלות בדעתו, וכמו שטוען המוכר, שהרי מגילה כה ישנה, חזקה שיש בה פגמי כשרות שנוצרו עם השנים. ועיין בכנסת הגדולה (חו"מ רלב, הגב"י יא) דמה שכתב דאם יכול לבדוק ולא בדק אינו חוזר במום, היינו דוקא בדבר התלוי בנסייון או טעימה, אבל לא בבחינה התלויה בראיה, דמאן לימא לן שלא הקפיד לראותו ולא בדק יפה, עיי"ש. ולפ"ז בנדו"ד דתלוי בבדיקה ובחינה, י"ל שלא מחל.

ועיין בשבות יעקב ח"ג סי' קסט שכתב דאין מחלוקת בדבר, ודברי היש מי שכתב מוסכמים הם על הכל, דדברי היש מי שכתב הם באופן שיכל להבחין קודם גמר המקח, ומדלא בדק ובחן, מחל על המום. אבל אם לא יכל להבחין קודם גמר המקח אלא לאחוריו, בזה לא אמרינן דמחל אא"כ השתמש. ועיין מש"כ האור שמת, הובאו דבריו לעיל. וכן מבואר בדברי תרומת הכרי רלב"ג, וז"ל: "ולי נראה דהיש מי שכתב שהביאו המגיד לא כתב כן אלא בדבר שיכול להבחינו לאלתר, דלא עביד איניש דזבין זיבוניה ולמחר ליקום עלה בדיני ודיינא, הלכך מדלא בחנו לאלתר סבר וקיבל. אבל אם אח"כ ראה המום, כל שלא משתמש בו, שפיר יכול לחזור, והוא חילוק נכון לדעת, שאילו ראה המום בשעת המקח, ודאי אינו חוזר, שהרי נתרצה

כל שלא בחנו בשעת המקח במה שיכל לבחון, הוה כאילו ראה אז". רק השאלה גם בנדו"ד אם חשיב דבר שיכל להבחין לאלתר, כיון שיכל להבחין רק מי שהוא מבין בעניני סת"ם, רק היה צריך לעלות בדעתו שעלולה להיות כאן בעיה, ומדלא חש לבדוק, י"ל שמחל.

ולמש"כ דסברת התוס' (כתובות עו,א הנ"ל) דמה שלא דק ולא אמר שרוצה לחרישה, אינו ראייה לקיום המקח, מזה ששמואל נצרך לטעם שבממון לא הולכים אחר הרוב, לכאורה משמע שאף דבר שיכול בנקל לברר מקחו ולסתור טענות עתידיות ע"י התנאה או אמירה, אין בזה כדי למנוע ממנו טענה של מקח טעות. אין לחלק ולומר שברור המקח הוא קל יותר מבדיקה או הבחנה, ובוה כ"ע יודו שאין למנוע ממנו טענת מקח טעות, אא"כ נאמר כסברת הפוסקים המחלקים בין טעימה וכד', לבדיקה שצריך לבדוק יותר לעומק. גם י"ל דס"ל לתוס', שלוקח לא בהכרח מעלה בדעתו לברר סיבת הקניה, ולכן אין בזה טענת מחילה. ולכן צריכים שמואל לטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב.

עוד י"ל דמש"כ התוס', תלוי במחלוקת הראשונים אם במום שכיח צריך הלוקח להתנות, ומוכח דס"ל לתוס' דאף במום שכיח, אין צריך הלוקח להתנות. הר"ן בחולין (יד,א בעמודי הרי"ף), כתב וז"ל: "וכתב רבינו אפרים ז"ל, כי אמרינן בידוע שהוא שלשה ימים קודם שחיטה והוי מקח טעות, הני מילי במחט שנמצאת בעובי בית הכוסות לפי שאין טריפות זה מצוי, אבל בסירכא, כיון שהיא מצויה, לא הוי מקח טעות דהו"ל לאתנויי, ומדלא אתני סבר וקבל. אבל הרמב"ן ז"ל כתב, דאפי' מידי דשכיח הוי מקח טעות, וראיה לדבר, דהא קיי"ל בפרק המוכר פירות (צב,א) דהמוכר שור לחברו ונמצא נגחן, כל היכא דזבניה לרידיה הוי מקח טעות, ואע"ג דסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, כל' שאינם מוחזקין שלא יהיו נגחנין. ועוד, דבמוכר עבד לחברו ונמצא גנב או קוביוסטוס דקיי"ל הגיעו, אצטרכינן למימר דהיינו טעמא משום דכולהו הכי איתנהו, הא רובא לא הגיעו, דאע"ג דשכיחי לא הו"ל לאתנויי". מבואר שרבינו אפרים והרמב"ן חולקים בדין מום לא שכיח, והקונה לא התנה שקונה את המוצר אך ורק בתנאי שמום זה לא נמצא בו, ונמצא בו אותו מום, אם יוכל הקונה לבטל את המקח בטענת מקח טעות. לדעת רבינו אפרים, היות והמום שכיח, היה לו לקונה להתנות, ומדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה ואינו מבטל את המקח. ואילו הרמב"ן הביא ראיות דאף כשהוי המום שכיח, הוי מום ומבטל את המקח.

ובמחנה אפרים (אונאה סי' ג) הקשה על הרמב"ן, דיש לחלק בין הגדון לראיה שהביא הרמב"ן מהמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן. דבב"ק טו,א נחלקו רב פפא ורב

הונא בריה דרב יהושע אי פלגא נזקא קנסא או ממונא, ר"פ אמר ממונא, קסבר סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימן, ובדין הוא דבעי לשלומי כוליה ורחמנא הוא דחס עליה דאכתי לא אייעד תוריה. רב הונא בדר"י אמר קנסא, קסבר סתם שוורים בחזקת שימור קיימי, ובדין הוא דלא לשלם כלל, ורחמנא הוא דקנסיה כי היכי דלנטריה לתוריה. ושם מה, ב נחלקו ר"מ ור"י בשור מועד שקשרו בעליו במוסרה ויצא והזיק, ופירשו בגמ' דר"מ סבר סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, ור"י ס"ל דבחזקת שימור. ופירשו התוס' שם (בד"ה בחזקת), וז"ל: "אין הפירוש כההיא דפ"ק טו, א גבי פלוגתא דפלגא נזקא קנסא, דבחזקת שימור דהתם היינו דאין צריכים שימור, שאין דרכו להזיק כמו שן ורגל, אבל חזקת שימור דהכא היינו שדרך בני אדם לשומר...". הרי שהסבר מחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דר"י בפלגא נזקא, אם סתם שוורים בחזקת שימור, היינו אם דרכם לנגוח אם לאו. וכיון דקיי"ל פלגא נזקא קנסא, סתם שוורים בחזקת שימור קיימי, וא"כ מדוע כתב הרמב"ן דהוי מום שכיח כיון "דסתם שוורים לאו בחזקת שימור, כל' שאינם מוחזקין שלא יהיו נגחנין", הרי מ"ד ממונא ס"ל כן, ואנן קיי"ל כמ"ד קנסא.

עוד נראה להקשות, דאף למ"ד לאו בחזקת שימור, דוקא לענין שור תם אמרינן דישי רגילות שיזיק בעתיד, היינו שאף שבהווה אינו נגחן, יש רגילות שיזיק בעתיד. ובכה"ג אפשר דאף למ"ד לאו בחזקת שימור, אם ימכור לחבירו שור תם שיגח בסופו של דבר ולא התנה הקונה, לא יוכל לבטל את המקח בטענת מקח טעות, כיון שיש רגילות שהדבר יקרה בעתיד. אולם בההיא דבב"ב במוכר שור לחבירו לחרישה ונמצא נגחן, שהוא כבר בהווה נגחן, וכמש"כ הרשב"ם שם דנמצא נגחן "קודם מכירה ואין ראוי אלא לשחיטה", בכה"ג אינו רגילות, ולא הוי מידי דשכיח שהשור כעת בשעת מכירה הינו נגחן ואינו ראוי אלא לשחיטה, ובכה"ג גם לרבינו אפרים הוי מום המבטל את המקח.

והרא"ש בפרק אלו טריפות (הל' לד), לאחר שהביא את מחלוקת רבינו אפרים והרמב"ן, פסק כדעת רבינו אפרים והעיטור דלא הוי מקח טעות. ועל ראיות הרמב"ן, כתב דמה שהביא הרמב"ן ראייה משור ועבד, אינה ראייה, דשאני התם שהמוכר מכיר במומי השור והעבד, ועל זה סמך הלוקח ולא התנה, דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא יאנהו במקחו, משא"כ בדבר שאין המוכר יודע כמו שהלוקח אין יודע, בעי ליה ללוקח לאתנויי במידי דשכיח, ומדלא אתני אחולי אחיל וקנה כדרך כל לוקחי בהמות, שאינם נמנעין מלקנות בשביל ספק טריפות". אמנם צ"ע אם סברת הרא"ש שייכת בנדו"ד, דאם לוקחים מגילות, בדר"כ נמנעים מלקנות בספק פסולות, דלא דמי לבהמה, דבהמה לא יכולים לבדוק, לכן לא נמנעים מלקנות, משא"כ בנדו"ד שיכול לבדוק, ודאי נמנעים מלקנות מגילות לא כשרות.

אולם הסברה האחרת שייכת גם בנדו"ד. הרא"ש מחלק בין נמצא נגחן ועבד לטריפות דסירכא, דבנמצא נגחן ידע המוכר את היות שורו נגחן והקונה לא יכול לדעת, וכן בעבד ידע שעבדו קוביוסטוס. אולם בסירכא, תרוייהו אינם יודעים, וע"כ כשאחד ידע מהמום והשני לא ידע, יש מקום לומר דהיודע היה לו להתנות, ומדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה. (ודבר זה מצאנו כבר במקום אחר, לענין אונס בשכירות פועלים, בב"מ עזא, וברא"ש שם ה"ג דהיכא דהו"ל לאסוקי אדעתיה, הו"ל לאתנויי). ולכאורה הוא הדין בכל ענין דהו"ל לאתנויי, אמרינן דמי שידע מהמום היה צריך להתנות, וע"כ בנמצא נגחן או בקוביוסטוס היה למוכר להתנות, שאם ימצא נגחן לא יתבטל המקח, ומדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה, משא"כ בטריפות דסירכא דתרוייהו לא ידעי, קיי"ל התם דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וא"כ הקונה שרוצה להחזיר את המקח היה לו להתנות, ומדלא התנה אינו יכול לבטל המקח, דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

והנה באור שמח (מכירה טז,ה) כתב לענין דהוי מקח טעות, אם ידע המוכר שקונה לחרישה, דהיינו דוקא שלא ידע בו הלוקח שהוא נגחן, אבל ידע בו שהוא נגחן, רק שהיה סבור שהוא תם, ולסוף נודע לו שהוא מועד, אינו יכול לטעון תם זבנית מועד לא זבנית. והביא ראיה מב"ק מ"א: שאלו בחזקת תם ונמצא מועד כו', ונימא תם שאילי מועד לא שאילי, משום דא"ל סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית לשלומי, השתא נמי זיל שלים פלגא. ואם נאמר דמועד עלול יותר להזיק משור תם, עד שאומדין אנחנו שזה מקח טעות, א"כ יאמר השומר שעל שור תם שאינו עלול להזיק נתחייבתי בשמירתו, ולא על שור מועד שהוא עלול ורגיל לנגוח, לא התחייבתי לשמור. ומבואר דמה שהכיר בו שהוא נגחן, רק לא ידע בו שהוא מועד, אין זה אומדנא לבטל מעליו השמירה. והוא הדין לענין מקח טעות, אם ידע שהוא תם והתברר שמועד, אין הלוקח יכול לבוא ולטעון טענת מקח טעות. והסברה שנאמרה בשומר לבטל קבלת השמירה, דאי תם הוי פלגא נזקא בעית שלומי, סברא זו לא שייכת בלוקח אלא רק בשומר, דדוקא בשומר יכול לומר לבעלים שלא קבל שמירה רק מתם, והיינו על פלגא נזקא, ויותר מזה לא נתחייבתי, ואם יגח פעמים הרבה, יטען שחשב שאחר הנגיחה הראשונה יחזיר לבעלים, משא"כ בלוקח, שכיון שצריך לרדיא והכיר בו שהוא נגחן, אפי' רק תם, יכול להיות שיגח פעמים רבות. ונראה דנדו"ד שהכיר שהיא מגילה ישנה, אף אם היה אומר שקונה לקריאת מגילה, אינו דומה לתם ומועד, ואף אם הכיר שיש בו קצת פסולים שעלות תיקונם מועט, אינו דומה לתם ומועד, דמהיכי תיתי יעלה על דעתו שיש עוד פסולים במגילה. דתם ומועד הוא מחמת רגילות השור, ואינו דומה לפסולים דמגילה, דמהיכי תיתי יהיו פסולים בכלל או פסולים נוספים.

ג. כשהלוקח לא שילם עדיין

וכאמור בנדו"ד לא אזלינן בתר רובא, ולא יכול לטעון טענה ביטול מקח, דכיון שישי הקונים מגילות אלה למטרת אספנות ויודאיקה, לא אזלינן בתר רובא. ואף שבנדו"ד המוכר מוחזק, מ"מ יש לדון מה הדין אם הלוקח מוחזק, אם יכול להחזיק כשרוב מסייע לו. ולכאורה תלוי במחלוקת הראשונים שהובאה לעיל אות א, אם לא אזלינן בתר רוב לרדיא מחמת חזקת ממון, או מפני שרוב לרדיא אינו רוב גמור, כיון שהוא רוב התלוי בהנהגת בני אדם. ובפסקי הרי"ד (כ"ב צב, ב), מבואר להדיא דדוקא אם המוכר מוחזק, אולם אם הלוקח מוחזק, לא מוציאים ממנו, בודאי כשהרוב מסייע לו, וז"ל: "אבל ממון שהוא ידוע לנתבע, אין התובע מוציאו מידו ומחזקתו בטענת הרוב. והאי דאמר שמואל יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך, דוקא אי יהיב ליה זוזי לוקח, ולוקח הוא דקא תבע ליה למוכר, דאוקי ממונא בחזקת מריה, אבל אי לא יהיב ליה זוזי, דמוכר הוא דתבע ליה ללוקח – לא, דהמוציא מחברו עליו הראיה, וכל שכן דאית ליה תרתי, רובא וחזקה דממונא. וכן במתני' נמי גבי זרע פשתן, דוקא אי יהיב ליה דמי, אבל אי לא יהיב ליה דמי, לא מצי למיתבעיה, כיון דרובא לזריעה זבני, דעד כאן לא אזלינן בתר רובא אלא היכא דקאי באפיה חזקה דממונא, אבל היכא דלוקח מוחזק, אזלינן בתר רובא דממונא".

והמחבר בשו"ע חו"מ רלב, כג, פסק וז"ל: "המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, אם אין להוכיח אם קנאו לחרישה או לשחיטה, כגון שהוא אדם שהוא קונה לזה ולזה, וגם אין הוכחה בדמים, כגון שנתייקר הבשר כדמי שור לחרישה, אינו מקח טעות, שיכול לומר לשחיטה מכרתיו, אע"פ שהרוב קונים לחרישה, ולא אזלינן בתר רובא להוציא מיד המוכר. אבל אם עדיין המעות ביד הלוקח, לא מבעיא אם רובם קונים לחרישה, אלא אפילו כי הדדי נינהו, המוציא מחבירו עליו הראיה". והפרישה רלב, כא והנתיבות רלב, יב הקשו על לשון המחבר, דהיה למחבר לכתוב דאפי' רוב לשחיטה, כיון שהמעות ביד הלוקח, על המוכר המוציא הראיה, ואין הרוב מסייע למוכר המוציא מהלוקח, ויכול להחזיר הבהמה למוכר. והפרישה תירץ, דברוב לשחיטה מוציאים ממון מהלוקח, דמאחר שכבר קנה הבהמה בקנין, כשיש רוב נגד טענתו, מוציאים מידו ומעמידים הבהמה בידו, משא"כ כשהמעות ביד המוכר.

ובנתיבות הקשה על הפרישה, דמלבד שהסברא דחוקה, מוכח בסוגיא להיפך, דהגמ' מקשה מהמוכר עבד לחבירו ונמצא גנב או קוביוסטוס הגיעו, לאו משום דרובא הכי איתנייהו, ומוכח מזה דאזלינן בתר רובא. וברמב"ן שם (צג, א ד"ה הא) דהוכחתו שם היא, דמשמע דאפי' הממון ביד הלוקח הגיעו. והרי כשהלוקח מוחזק, אפילו לשמואל הולכין בממון אחר רוב. אלא ודאי דלשמואל דקיי"ל כוותיה אין הולכין בממון אחר רוב, אפילו להוציא מיד הלוקח, דאין יכול המוכר להוציא מהלוקח

דמי הבהמה, אפי' רוב לשחיטה; "וזוהו ראייה שאין עליה תשובה". ולכן כתב הנתיבות, דודאי לעולם לא הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממון, בין מיד המוכר בין מיד הלוקח, ומש"כ המחבר; אפילו כי הדדי נינהו הוא, לאו דוקא, או שכל רוב לענין ממון נחשב כי הדדי, כיון דרובא בממון לאו מידי הוא. עוד כתב הנתיבות, שאם תפס המוכר דמי הבהמה אחר שנולד הספק, ודאי לא מהני כיון שטוען שמא, אולם אם תפס הלוקח וטוען ברי לרדיא זבני, שהרוב מסייע לו דרובא לרדיא זבני, יש לעיין, דקיי"ל דתפוס וטוען ברי מהני, ומכל שכן שהרוב מסייעו. ומה שסתמו הפוסקים ולא הזכירו דמהני תפיסה של הלוקח, י"ל דכיון דיש הרבה מומין דלשחיטה לא הוי מום ולרדיא הוי מום, ורק טריפה הוי מום לשחיטה, וכיון דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר רוב, והוא נתן המעות סתם ולא חשש להתנות, אמרינן לשחיטה זבניה, ולכן סתמו הפוסקים ולא הזכירו דמהני תפיסה של הלוקח. ומ"מ יוצא דלכ"ע, אם אין רוב נגד הלוקח המוחזק, על המוכר להביא ראייה, ואם יש רוב לשחיטה, שהוא רוב נגד הלוקח המוחזק, לפרישה מוציאים מהלוקח, ונתיבות גם בכה"ג על המוכר המוציא הראיה.

ובדברי חיים (אונאה ד) הקשה על הפרישה מתוס' מפורש (ב"ק כז,א ד"ה ואיכא): "שאם התנה לתת לו כד והקנה לו בסודר ונתחייב הלוקח לתת דמים, יכול הלוקח לומר לא אתן לך דמים אם לא תתן לי חבית, דקרי ליה לחביאתא כדא, לפי שהוא מוחזק ולא אזלינן בתר רובא. ואם התנה לתת לו חבית ונתן הלוקח דמים, יכול לומר לו המוכר לא אתן לך אלא כד, דקרי לכדא חביאתא ולא אזלינן בתר רובא". הרי שאם הלוקח מוחזק ובא המוכר להוציא ממנו דמים, לא מועיל הרוב להוציא דמים מהלוקח. וכתב הדברי חיים לבאר בדעת המחבר ובדעת הרמ"ה שהביא הטור, שהוא מקור דברי המחבר, לבאר לפי מחלוקת הראשונים הנ"ל אם חייב הקונה להתנות במום שכיח, עיין לעיל. ולכן דוקא אם הרוב לחרישה, לולי דברי שמואל שאין הולכים בממון אחר הרוב, אמרינן שהיה למוכר להודיע ללוקח שהשור נגחן, כיון שהרוב לחרישה והמוכר יודע במום, היה לו להודיע ללוקח, משא"כ אם הרוב לשחיטה, אפי' לא נתן הלוקח דמים מיד, כיון שהרוב קונים לשחיטה וסתם שורים בחזקת נגחנים, היה ללוקח להתנות, עיי"ש. ועיין גם לגר"ב בברכת שמואל (ב"ב ס"י נט) שנקט דאין להוציא מיד הלוקח אפי' רוב לשחיטה, ונשאר בצ"ע על דברי הרמ"ה שבטור. ולפ"ז כיון דאפשר לבאר את דברי הרמ"ה והמחבר וכמש"כ הנתיבות, דלאו דוקא כי הדדי נינהו, אם הלוקח מוחזק, אין להוציא מידו, אף שהרוב נגדו.

ד. אם חייב המוכר לצאת ידי שמים

ולכאורה לאמור לעיל, אין בידינו להוציא ממון מיד המוכר. אולם השאלה, דכיון שהרוב קונים מגילות לקרוא בהם בפורים וצריכים מגילות כשרות, ואף אלה

הקונים שלא בסמוך לפורים, הרוב קונים לקרוא מגילה וצריכים מגילה כשרה. אך יש לדון אם חייב המוכר להחזיר הדמים לקונה כדי לצאת ידי שמים, דלכאורה י"ל דאף שאין הולכים בממון אחר הרוב להוציא מהמוכר המוחזק, אפשר דזה בדיני אדם ולא בדיני שמים.

וראיתי דבר זה בדברי זקני בעל הזית רענן, הגרמ"ל זילברברג זצ"ל (תפארת ירושלים, ב"ק ג,א ד"ה ואכתי), דגם לדין שאין הולכים בממון אחר הרוב, אף שהקונה טוען ברי שלא קנה אלא שור לחרישה, א"כ הקונה טוען שילמתי לך דמי שור לחרישה ולא קבלתי אותו, והרי זה דומה למה שנחלקו האחרונים במי שפרע לחבירו במטבעות, ומצא המלוה מטבע מזויפת, וטוען המלוה שהמוכר נתן לו, והלוה אומר איני יודע, דנחלקו האחרונים אם הוי כטענה של איני יודע אם פרעתיך או איני יודע אם נתחייבתי (עיין קצוה"ח עה,ו ועוד), ולמ"ד שהוי כאיני יודע אם פרעתיך, חייב המוכר לתת לו שור לחרישה, וגם למ"ד איני יודע אם נתחייבתי, חייב עכ"פ לצאת ידי שמים. וכתב שם בתפא"י, די"ל, דהקונה אפסיד אנפשיה שלא התנה בפירוש בשעה שהוציא מעותיו ליד המוכר שרוצה לקנות לחרישה, ומדלא התנה ואמר במפורש, הרי זה כנותן על דעת שחיטה, ולכן גם אינו צריך לצאת ידי שמים, ובודאי שאינו צריך לתת לו שור אחר. הרי שמה שלא התנה הלוקח, חשיב כמחילה שאין צריך לצאת ידי שמים.

וכדברים האלה כתב הגרש"ש (שערי יושר ה,טז), דכיון דקיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב הוא רק משום חזקת ממון, וכשאין חזקת ממון הולכים אחר הרוב, א"כ צריך להיות הדין שאם בא לצאת ידי שמים, שיתן לו שור לחרישה, דכיון דלמפק ידי שמים לא מהני חזקת ממון כמו בברי ושמא, וכיון דרוצה לצאת ידי שמים חייב בתשלומים מעליא. ולפי"ז במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, דאף שהרוב קונים לחרישה ולא אזלינן בתר רובא להוציא מיד המוכר, למה לא נזכר דין זה שיהיה חייב בבא לצאת ידי שמים. ואף דבלא"ה חייב לצאת ידי שמים מחמת ברי ושמא, דהרי המוכר אינו יודע כונת הלוקח. י"ל דלענין ברי ושמא כיון דלא הוי ליה למידע, לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, דהוי ברי גרוע ושמא טוב, אולם לענין הדין שאין הולכים בממון אחר הרוב, למה לא יהיה חיוב על המוכר לצאת ידי שמים מחמת הוכחת הרוב. וכתב הגרש"ש לישב, וז"ל: "ונראה שהטעם בזה, דכיון דאין הולכים בממון אחר הרוב, הו"ל ללוקח לפרש בשעת המקח שרוצה לרדיא ולא לשחיטה, ומדלא פירש חל המקח על כל פנים, ומה שחושב בשעת קנין שקונה לרדיא, הוי דברים שבלב, וכן כתב הרשב"ם ריש המוכר פירות בד"ה לשחיטה מכרתיה לך, וז"ל; דכיון דרובא לאו כלום הוא, לא היו לו למוכר לפרש, אלא הלוקח הו"ל למימר לרדיא קא בעינא ליה, ומדלא פירש הפסיד, עכ"ל. ומשו"ה אין בזה ענין

לחייבו בידי שמים". הרי שהטעם שאין חייב המוכר לצאת ידי שמים, מפני שהיה למוכר להתנות, וכל שלא התנה, הרי הוא כמוחל טענה שקנה לחרישה, ומוכן גם שיהיה השור נגחן, כדין שור לשחיטה. אמנם בבית יצחק (חור"ד ח"ב קכט,ד) נראה מדבריו דכל היכא דהולכים בממון אחר הרוב, חייב המוחזק לצאת ידי שמים. אולם לא התיחס לענין כשור לחרישה או שחיטה, ובזה אפשר שאינו חולק דהו"ל להתנות, מדלא התנה הפסיד.

ובכנסת הגדולה (סי' כה, כללי קים לי, אות יב) דן אם מי שטוען טענת קים לי, שלא יוכל שכנגדו להוציא ממנו, אם חייב לצאת ידי שמים. וכתב להביא ראיה מדין איני יודע אם נתחייבתי, שאף שפטור בדיני אדם, מ"מ חייב לצאת ידי שמים, כדאיתא בגמ' ב"ק קיח,א ושו"ע חו"מ עה"י, ומזה למד כנה"ג, שאף שזכה המוחזק מטעם אוקי ממונא בחזקת מריה, חייב לצאת ידי שמים. והוא הדין בטענת קים לי. ואף שיש לחלק בין ספק במציאות לפלוגתא דרבוותא, לענין לצאת ידי שמים י"ל, דאדרבא, ספק במציאות אם חייב אם לא, הוי ספק שקול, ואם בזה חייב לצאת ידי שמים, כל שכן בטענת קים לי, שההלכה כפוסקים האחרים, אלא המוחזק טוען כמיעוט פוסקים, ובזה ודאי חייב לצאת ידי שמים. ומזה נראה לכאורה יש ללמוד גם לענין רוב, דאף שאין מוציאים ממון מהמוחזק, מ"מ הרוב מסייע למוציא, וודאי חייב לצאת ידי שמים, ק"ו מאיני יודע אם נתחייבתי. וממשיך כנה"ג ומביא ראיה, דדוקא באיני יודע אם נתחייבתי, שטוען המוציא טענת ברי, רק בזה חייב לצאת ידי שמים, אולם אם המוציא טוען טענת שמא, אינו חייב לצאת ידי שמים, ונו"נ בדבר. ומסקנת דבריו: "ולמעשה פוק חזי מאי עמא דבר, שלא ראינו לפוסקים המזכים בטענת קים לי, שאמרו דבבא לצאת ידי שמים חייב לשלם, אין גם אחד שיבאר בזה". ולפ"ז הוא הדין לענין שור לחרישה ושחיטה, דלא מצאנו לדין דקיי"ל כשמואל דאין מוציאים ממון ברוב, שיכתוב מי מהפוסקים שחייב לשלם בבא לצאת ידי שמים. וע"כ י"ל דגם בנדו"ד אין בידינו לומר לשמעון שאם רוצה לצאת ידי שמים חייב לשלם. וזה עולה עם דעת התפארת ירושלים והשערי יושר הנ"ל, דמדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה, ואין לחייב בבא לצאת ידי שמים.

לאור האמור לעיל, אין בידינו לחייב את שמעון להחזיר המקח או לחייבו שלם בגין התיקון של המגילה להכשירה, ואף לא לומר לו שחייב לצאת ידי שמים.

סימן כא

טענת אונאה בעבודת שיפוצים

ראשי פרקים

א. אונאה בזרעים וקרקע

ב. בקבלנות קרקע

ג. אונאה בקבלן

ד. ביותר משתות וא"א להחזיר המקח

ה. אומן קונה בשבח כלי בקרקע

ו. טענת הקבלן

בבעל בית שסיכם עם קבלן שיפוצים על מחיר מסוים לעבודת שיפוץ כללית. בין הקבלן לבעה"ב נחתם הסכם ובו מפורטות העבודות שעל הקבלן לבצע, וכן המחיר. לאחר סיום העבודה טוען הקבלן שלא חישב נכון, ותובע סכום נוסף. בעה"ב טוען שכך סיכמו ביניהם, ומדובר בסכום סביר לקבלן שיפוצים ברמת התובע. הקבלן טוען שהמחירים הזולים שביקש בתחילה היו עקב חוסר נסיונו.

א. אונאה בזרעים וקרקע

איתא בב"מ נו,ב: בעי רבא, חטין וזרען בקרקע מהו, יש להם אונאה או אין להם אונאה (אם מוכרן). כמאן דשדיין בכדא דמיין ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו על גב ארעא (ואין אונאה לקרקעות, ובשלא השרישו קאי). היכי דמי, אילימא דאמר איהו שדאי בה שיתא, ואתו סהדי ואמרי דלא שדא בה אלא חמשה, והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין, אפילו פחות מכדי אונאה חוזר. אלא דאמר איהו שדאי בה כדאבעי לה (כמה שצריך לקרקע, דמידי דאומדנא דשכיח דטעו הוי כדין אונאה), ואיגלאי מילתא דלא שדא בה כדאבעי לה, יש להם אונאה או אין להם אונאה, כמאן דשדי בכדא דמיין ויש להם אונאה, או דלמא בטלינהו אגב ארעא. נשבעין עליהן או אין נשבעין עליהן (אם הודה במקצת, כגון טענו פסקת עמי לזרוע שש שמסרתי לך וזרעת חמש, והוא אומר זרעתי חמש ומחצה). כמאן דשדיין בכדא דמיין ונשבעין עליהן, או דלמא בטלינהו אגב ארעא ואין נשבעין עליהן. עומר מתירן או אין עומר מתירן. היכי דמי, אי דאשרוש תנינא, אי דלא אשרוש תנינא. דתנן, אם השרישו קודם לעומר, עומר מתירן, ואם לאו, אסורין עד שיבא עומר הבא. לא צריכא,

דחצדינהו וזרעינהו קודם לעומר, ואתא ליה עומר וחליף עלייהו, ולא אשרוש קודם לעומר (דחצדינהו מן החדש, והיו צריכין שיתירם עומר לאכילה, וזרעינהו קודם לעומר, וחליף ליה עומר עלייהו בדלא אשרוש). מהו למינקט ומיכל מינייהו, כמאן דשדיין בכדא דמי ושרינהו עומר, או דלמא בטלינהו אגב ארעא (... לנקוטי מן הזרעים שבקרקע ומיכל לאחר העומר. ושרינהו עומר, שהעומר מתיר את התלושין חדשים של שנה זו, ואת גידולין המחוברין שהשרישו. או דלמא בטלינהו אגב ארעא, וכקרקע בעלמא דמו, ולא שייך עומר גבייהו למשרינהו), תיקו. והנה מדברי רש"י דלעיל מבואר דכל הנידון הוא באופן שלא השרישו הזרעים, דבזה יש צד לומר שדינם כמטלטלין, ואף בזה עלתה בתיקו. אולם אם השרישו, בכל ענין דינם כקרקעות ואין להם אונאה. ולפ"ז בנדו"ד שכבר בצע את השיפוץ, בכל ענין הוי כאשרוש וכבטלינהו אגב קרקע, ואין להם אונאה.

והראשונים דנו בפירוש דברי הגמ' שדא בה כדאיבעיא לה. דרש"י פירש הסוגיא דמייירי במכירה, וטוען שלא זרעה כראוי, והראשונים הקשו עליו, דאם מכרה ואמר לו שהיא זרועה כראוי ולא נזרעה כראוי, אין זו אונאה אלא מקח טעות, שהרי לא על מנת כן לקחה, ואין זו האונאה של יוקרא וזולא. והביאו את גירסת ר"ח ופירושו, שהויכוח בין בעל הקרקע לזורע החיטים הוא לענין מחירם של החיטים, אם נחשבים כמונחים בכד ויש להם אונאה, או שבטלים לגבי הקרקע ודינם כקרקע, ואין להם אונאה כקרקעות, אם מכרם ביוקר או בזול. ומדברי הרמב"ם (הל' מכירה יג, טז) נראה שמפרש הסוגיא בשוכר פועל שיזרע שדהו כדבעי לה, והתברר שלא זרעה כל צרכה. ממש"כ שם: "שכרו לזרוע לו קרקע ואמר זרעתי בה זריעה הראוי בה, ובאו עדים שזרע בה פחות מן הראוי לה, הרי זה ספק אם יש לו הונייה מפני הזרע או אין לו הונייה מפני הקרקע ...". וכן פירש הראב"ד, הובא בראשונים שם, שכל הנידון הוא בטענות נגד פעולת הפועל, שלא ביצע מלאכתו, עיין ברשב"א שם שהביא מהראב"ד: "כגון שקבל עליו לזרוע את שדהו של זה בכך וכך בענין שהוא ראוי לאותה שדה, ואמר כן זרעתי כמו שראוי לה וסאה היה ראוי לה וסאה זרעתי, ואמרו בקיין שאין די לאותה שדה בסאה ועדיין צריך חצי סאה לזרעה, מי אמרינן אותו הזרוע אע"פ שלא השריש כקרקע הוא ואין לו אונאה, או לא". והראשונים (עיין ברשב"א) הקשו, דאף אם דנים כקרקע, שיחזור הפועל ויזרע עד שיהיה כראוי לה. ותירץ מפני שאי אפשר לזרעה בלא פיתוח ושידוד, והוא לא קבל עליו אלא לפתח פעם אחת ולזרוע, וכבר פתח זרוע ונגמרה מלאכת הזריעה. עוד תירץ, שאין תקנה להוסיף זריעה מהבחינה המעשית.

ועיין במאירי בסוגיא שפירש בכמה אופנים. שהתנה עמו שיזרענה כראוי לה ולא הזכיר מנין, והתברר שלא זרעה כראוי לה אלא פחות, כגון שהיתה ראויה

לזריעת שש סאין ופיזור זריעותיו כל כך שזרע בחמש, הרי זה ספק אם יש בזה אונאה או אם נדון כדין קרקע, ואף שלא השריש. ואם התנה לזרוע את כל השדה ולא זרע אלא מקצת או רובו ועבר זמן הזריעות, בזה ודאי חייב להחזיר, דזה בכלל דבר שבמדה ואין ספק בהחזרתו. זרעה כראוי אלא שנתאוננו בסכום שסיכמו, כגון שנתן לו בזריעתו מאה דינרין, והזריעה שוה קכ או שאין שוה אלא שמנים; "יראה שאין כאן אונאה, הואיל ונמכר עם הקרקע ביחד הרי הוא בכלל קרקע, ויש שנסתפקו בכך". ויש להבין דבריו במש"כ דנמכר עם הקרקע, אם מיירי שמכר לו קרקע זרועה, דלכאורה לא כן הפירוש בגמ'. ואם מיירי בעבודת הפועל הזורע, מה שייך בזה שנמכר עם הקרקע.

ונראה בבאור דבריו ובבאור דברי הגמ', דלכאורה יש להבין באיבעיא של הגמ', שאם מכר לו חיטין וזרען בקרקע, לכאורה הם שני דברים, החיטין והזריעה בקרקע, והחיטים נמכרו בהיותן מטלטלין, ומהיכי תיתי שנדון עליהם כקרקע בגלל שזרען, הרי הנידון היה על מכירת החיטין. אלא בהכרח דהאיבעיא של הגמ' הינה כשמוכר לו חיטין זרועות בקרקע, והשאלה כשמוכר לו חיטין זרועות בקרקע עם דינם כחיטים או כקרקע, וזה כוונת המאירי שנמכר עם הקרקע, שמכר לו חיטים זרועות בקרקע.

והרמב"ם בהל' מכירה יג, טז פירש שהספק בגמ' לענין טענת כמות הזריעה, וז"ל: "שכרו לזרוע לו קרקע ואמר זרעתי בה זריעה הראוי בה, ובאו עדים שזרע בה פחות מן הראוי לה, הרי זה ספק אם יש לו הונייה מפני הזרע או אין לו הונייה מפני הקרקע, לפיכך אין מוציאין מיד נתבע, וכן אין משיבין אותו אלא שבועת היסת, מפני צד הקרקע שיש כאן". והרמב"ן בסוגיא הקשה על פירוש הרמב"ם, וכי מפני שהוא קרקע לא ישלים תנאו, ואם גרם בזריעתו הפסד, אם קבל עליו לשלם ישלם, כדתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ואם אין עליו תשלומים הפסיד שכרו, ומה מקום לאונאה. ועיין בכס"מ שכתב לישב, דכיון שהשביחה בזריעה אלא שלא השביחה כראוי לה, ולא דמי לאם אוביר ולא אעביד שלא השביחה כלל, וכיון שכן יש לו שכרו, ושאלת הגמ' היתה אם נותן לו כל מה שפסק עמו דהוי כקבלן קרקע, או ינכה לו מה שהיתה ראויה הקרקע להשביח אילו זרעה כראוי, כדין קבלן מטלטלין. ובגוף סברת הרמב"ם כתב בכס"מ דמיירי בשכרו לקבלנות, והשאלה אם דינו כקבלן קרקע או כקבלן מטלטלין.

ולכאורה יש להבין בדברי הרמב"ם, דסדר ההלכה ברמב"ם, דשם בהט"ו פסק הרמב"ם, דהשוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו אונאה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם אונאה. והיינו דשכר הפועל בין בקרקע ובין במטלטלין אין בו אונאה. ואח"כ הביא בהט"ז כנ"ל לענין שכרו לזרוע

וכו'. ואם הנידון לענין שכר הפועל, הרי בין בקרקע ובין במטלטלין אין בו אונאה. ואם תאמר שדעת הרמב"ם לענין קבלן, שלקבלן יש אונאה דוקא במטלטלין ולא בקרקעות, ממש"כ הרמב"ם בהי"ח: "נראה לי שהקבלן יש לו הונאה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים, או לתפור חלוק זה בשני זוזים הרי זה יש לו הונאה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר". ונאמר שדוקא בבגד וכיוצא"ב, אבל בקרקע אין לו אונאה. דא"כ היה לרמב"ם להקדים דין זה למש"כ בהט"ז. וע"כ נראה דכוונת הרמב"ם דמיירי ששכרו לזריעת חיטים, והנידון הוא לא בשכר הפועל או הקבלן אלא בזרעים, שמכר לו זרעים זרועים בקרקע, והשאלה היא אם מה שהפועל מכר לו חיטים זרועים יש לזון אותם כמטלטלין או כקרקע.

ובנתיבות רכז, כתב על קושית הרמב"ן על הרמב"ם, מדוע אינו צריך לשלם מה שהפסיד וכו', ע"פ מש"כ התוס' בסוגיא (נוב ד"ה אלא), די"ל שהמשכיר השכיר אותו לעבוד שדה בת עשר אמות בששה זהובים, וכן נשכרים כל הפועלים, רק שטעה וחשב שקרקע של עשר אמות אין צריך לזרוע בתוכה רק חמש מדות, ואמר לו לזרוע חמש, דהפועל עשה כמו שצויה לו בעה"ב. ומ"מ היתה טעות ואונאה בגוף השכירות, כי מה שהפועלים נוטלים ששה משדה כזו, מפני שזרועין בה ששה, וכיון שהוא לא זרע בתוכו רק חמשה, אין לו בשכרו אלא חמשה. וכיון שהאונאה לא היתה בגוף שכירות של הקרקע רק מחמת טעות כמה חיטין שצריך לזרוע, מיבעיא ליה אם חיטין אלו הן כקרקע והוי טעות ואונאה בקרקע, או שמא כמטלטלין דמי. והגרא"ז (אבן האזל מכירה יג, טז) הקשה על דברי הנתיבות, דאם יש חילוק בכמות העבודה בין שש מדות לחמש, א"כ אין עיקר הטעות במה שלא זרע זריעה הראויה, אלא שבעד שש המדות משלמים ששה דינרים והוא זרע חמש ונטל שש, וא"כ זו טעות בשכר העבודה ומה ענינו לטעות בזרעים. ואם אין נפק"מ בכמות העבודה רק באופן הזריעה, כמה זרעים לזרוע, אין כאן אונאה מצד הפועל, שהרי הבעלים אמרו לו כמה לזרוע. וכתב הגרא"ז, דהפועל הוא שהטעה ואמר זרעתי זריעה הראויה, אלא שהכונה שאמר בעת מעשה הזריעה שזו היא זריעה הראויה והבעלים נתרצו בכך, וזו האונאה. אך הקשה, דאף שהטעהו וסמך עליו, מ"מ אין זה מגדרי אונאה אלא מגדר טעות, וכמו יין ונמצא חומץ, שחשב שזו זריעה הראויה לה ונמצאת שאינה ראויה לה, עיי"ש מה שישב.

ג. בקבלנות קרקע

ובתש' עמודי אור סי' קז (לגאון הרב יחיאל העליר אב"ד סובאלק, מוזכר גם בפת"ש חו"מ רכז, כו) כתב לכאור בפרוש הסוגיא, דשם בסוגיא בעי גם לענין עומר,

ומסקנת הגמ' דבאשרוש ודאי דינו כקרקע, ונידון הגמ' הוא קודם השרשה, דכל זמן שלא השירשו חשיב כמונח בכדא. והרי השרשה צריכה זמן (עיין שביעית ב,ה) ואינו יכול לקלוט לאלתר, אך קושית רבא אם כבר בשעת זריעה בטלינהו אגב קרקע או לא, דאם בטלינהו אגב קרקע, אע"פ שלא אשרוש הוי כקרקע. ובהמשך דבריו כתב בבאור דין זה של תלוש ולבסוף חברו לענין אונאה, וז"ל: "ושורש הדבר לענ"ד, דכל תלוש ולבסוף חיבורו לא אבד ע"י חברו דינו שהיה בו בתלוש, אבל בדבר המתחדש אחר חיבורו ולא היה בו כלל בעודו בתלוש, בזה דינו כמחובר". ולענין זריעת חיטים, הרי שאין כאן שני מצבים, מה שהיה בעודו תלוש ומה שהתחדש במחובר, דבקבלנות שניהם באו כאחת, דקודם שזרע לא נגמרה פעולתו, ואין מקום לדון בזה דין אונאה כשלא גמר פעולתו, וכשגמר פעולתו, ביטלם אגב קרקע: "ובכח"ג דקאתו תרוייהו כחדא, אין לנו הכרח משום מקום אם דינו כתלוש או כמחובר, ושפיר פסקו לבעיא דרבא". ומזה הסיק העמודי אור, שבקבלנות בית היינו ממש דינו של רבא והוי ספיקא ואין להוציא מהמוחזק. עוד כתב העמודי אור, דיש לחשב את שפיית העצים ותיקונם בפני עצמו, דבזה יש בו אונאה, ומלאכת הבנין בחבורו לקרקע בפני עצמו.

ונלענ"ד דכל האמור הוא באופן שהעבודה מחושבת באופן הנ"ל, שמשלם לפי חומרים בנפרד ועבודה בנפרד, כאשר על כל פירוט ופירוט משלם באופן נפרד. אולם כאשר מסכם עם קבלן שיפוצים על עבודה, הרי שתשלום המזמין הוא על התוצאה (ואף אם חוזר בו באמצע העבודה, דינו כבע"ב או קבלן שחזרו בהם, עיין שו"ע חו"מ סי' שלג), אולם שכרו לתוצאה מסוימת, ואף אם הקבלן עורך תחשיב נפרד לחומרים ועלויות, הרי שאין בעה"ב משלם אלא על התוצאה הסופית והמושלמת, אא"כ סיכמו שישלם תחילה על החומרים ואח"כ על העבודה וכו'. ואף שמפרטים ענינים שונים, כמו בנית קיר, החלפת אמבטיה ועוד, כל דבר הוא ענין בפני עצמו, אך אין בזה כנדון העמודי אור שמחשב חומרים בנפרד ועבודה בנפרד. ואם מחשב באופן שכתב העמודי אור וכך סיכמו שישלם, הרי שיש לדון בכל דבר בפני עצמו, אולם אם התשלום הוא על התוצאה, אין לדון על החומרים בנפרד ועל העבודה בנפרד. ובאופן הנ"ל שסיכמו מחיר כללי על התוצאה (אפי' אם מורכב מכמה חישובי עלויות), הרי שדינו כקרקע, שהתוצאה הינה קרקע ומחובר לקרקע, והתשלום הוא על ההתחדשות שהיתה בקרקע, ובזה ודאי דינו כקרקע.

ויסוד חילוק ופירוט החשבון של מרכיבי התשלום, מצאנו בתרומת הדשן סי' שיח (הובא להלכה ברמ"א חו"מ רכז,לג), בענין ראובן ששכר את שמעון שיוליך לו קורות גדולות מהמים לעיר באמצעות סוסו (של שמעון), וזאת למשך ארבעה או חמשה ימים, וקבע שכר של דינר ליום, והתברר שקצב לו שכר פחות שלישי ממה

שרגילים לתת כה"ג לשכר האדם ולשכר בהמה. ודן תה"ד בדין אונאה בפועל, שאין בו אונאה, ומאידך שכר הסוס שיש בו אונאה. ואי נדון לפי שכירות שמעון עצמו, אין כאן דין אונאה דפועל הוא, ואם נדון לפי שכירות הסוס, בשכירות בהמה יש דין אונאה. ואין לומר שהואיל ושכירות שמעון עצמו ושכירות הסוס שלו נכללים בסך אחד, מיגו דליכא אונאה גבי דהאיך ליכא נמי גבי דהאיך, או איפכא, מגו דאיכא לגבי דהאיך איכא נמי לגבי דהאיך, וניזול בתר רובא דאיזה צד הוא רוב מן הסך ניזול בתריה. או ניזול בתר חזקת ממון דיד המוציא על התחתונה, עיי"ש מה שהביא ראיה לזה. גם אין סברא לומר דהואיל ולא נפרט השכר כמה יגיע מן הדינר ליום לשמעון עצמו וכמה יגיע שכר הסוס לסוסו, א"כ יכול ראובן לומר טול לשכר הסוס חמשה חלקים מן הדינר ולשכר עצמך טול שישית הדינר, ונמצא בשכר הסוס אין כאן אונאה, ובשכר עצמך אם התאנה ביותר כפלי כפליים לא מתחייב בכך, כדעת הפוסקים דאפילו יותר מפלגא אין אונאה בקרקעות, ואפילו שוה מנה בפרוטה. דודאי לא אמרינן הכי, דבשכירות פועלים חזינא היכא מתגרי פועלים בההוא מתא, ואזלינן בתרה לפי מנהג דאתרא. ע"כ מסיק תה"ד דאמדינן כמה שכר היה ראוי ליתן לשמעון עצמו, וכמה שכר היה לתת בשביל הסוס, ולפי חשבון זה חולקים הדינר ליום הסך שייגיע לשכר הסוס, אם ימצא שיש בו אונאה פחות משתות זו מחילה, ואם שתות צריך לתת לו עדיין לתשלום שכרו, וכ"ש ביותר משתות. ואע"ג דבביטול מקח שניהם חוזרים, מ"מ הכא אי אפשר בחזרה, דלא יוכל ראובן לומר לשמעון קח פעולתיך והחזר לי מעותי, דאם יחזרו הקורות אל המים צריך לטרוח עוד בחנם. ולא דמי למקח וממכר שזה מחזיר לזה החפץ, וזה מחזיר לו מעותיו.

ונראה דדברי תה"ד הוא בזמן ובמקום שאין מושג לשכור כאחת פועל עם סוס, והם במקומם שתי שכריות נפרדות אלא שנזדמנו בנדון תה"ד לפונדק אחד, ולפועל היה סוס ושכרם במחיר אחד. אולם במקומות שבהם השכירות של נהג עם רכב אינה מתחלקת לשתיים, ותמיד המחיר הוא אחד, וכך יש לחשב את המחיר ביחס למחיר השוק, שהרי לדוגמא בזמננו, אם ישכור נהג מונית ליום, אין מושג של שני תחשיבים אלא אחד, בזה נראה שאינו שוכר רכב אלא פועל שיש לו כלי מלאכה הנקרא רכב, שאם שכרו לשעות דינו כפועל שלכ"ע אין בו אונאה, ואם שכרו למטרה מסוימת, כגון להגיע ליעד פלוני, דינו כקבלן שנחלקו בזה הראשונים אם בקבלן יש אונאה אם לאו, אך אין כאן מהות של שתי שכריות שחושבו בסכום אחד, דכיום נהוג שהתחשיב של שכירות רכב עם נהג הוא ענין בפני עצמו, ששוכר את הנהג, ודינו כפועל, והרכב הוא חלק מכלי מלאכתו, וכלל אינו בגדר התחשיב. ולכן גם אין להביא ראיה מנידון תה"ד לנידון קבלן, שסיכם עימו על מחיר תוצאתי, ולא היה בתחשיב

התשלום פרטים כמו חומרים, הגם שהקבלן מחשב הכל במחיר, מ"מ החיוב שלו הוא על התוצאה ועל כך הוא משלם.

ונשאלתי פעמים רבות בענין מי שהזמין נהג הסעות או מונית, כשמטרת הנסיעה הינה יעד מסוים, והתברר שהמחיר שקבע נהג המונית גבוה ממחיר המחירון (מבלי להכנס לשאלה אם מותר לנהג מונית לחרוג מהמחירים שנקבעו, ואם מותר להתלונן על כך), או נמוך מהמחירון, והשאלה אם הוא בכלל אונאה. ונראה שאינו דונה לנידון תה"ד. תה"ד מיירי כששוכר שני דברים, פועל וסוס, רק במקרה שזכר מאדם אחד וקבע מחיר אחד לשניהם. בנדון הנ"ל אינו שוכר כלל מכונית, שהרי אין דינו כשומר שזכר על המכונית אם נגנב או נאבד וכד', אלא שוכר נהג (קבלן – כיון שהוא ליעד מסוים ולא לפי שעות), ובאנו למחלוקת הראשונים (ראה להלן) אם בקבלן יש אונאה, אך אין מחשבים את מחיר המכונית ומחיר הנהג. דהרי הוא כשוכר קבלן שיש לו כלי מלאכתו למלאכה שלשמה נשכר, דבמהות אין כאן אלא שכירות פועל קבלן. וכן הדין בכל דבר ודבר שכך הנוהג לשכור פועלים, עם כלי מלאכתם, והמחיר נקבע באופן אחיד, אף שהפועל מחשב את העלויות, מ"מ אין כאן שתי שכירויות אלא שכירות אחת.

ג. אונאה בקבלן

נחלקו הראשונים אם יש אונאה בקבלן. דאיתא 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. והרמב"ן שם פירש, דהאיבעיא של רבי זירא היא בשכירות בהמה וכלים וכיוצא בהן היא, אבל בשכירות קרקע אין לה אונאה ולא בעבדים, דהא שכירות מכירה ליומיה היא, וכמו בממכר אין בה אונאה, הוא הדין בשכירות: "ובשכירות ישראל, כגון ששכר פועלים, יש אומרים שאין בהם אונאה, דלאו ממכר הוא, וכן בקבלנות". ונראה דעתו דשכירות פועל וקבלן אין בהם אונאה, דאין בהם גדר של מכירה ואינם ממכר. וכן הוא ברשב"א שם: "ובשכירות ישראל כגון פועלים, י"א שאין להם אונאה דלאו ממכר הם, וכן בקבלנות". וכן הוא בתלמיד הרשב"א שם. וכן כתב הריטב"א שם, דבקבלת מלאכה ושכירות פועל פשיטא דאין בו אונאה, דממכר אמר רחמנא, ובשכירות פועל אין בזה מכירה כלל. והביא הריטב"א ראייה מב"ק קטזא, טול דינר והעבירני – פטור, דיכול לומר משטה אני בך. ומבואר דלולי טענת משטה היה חייב ואין בזה אונאה. ועיין עוד בנימוקי"י (ב"מ לב, א מעמוה"ר), ובמאירי בסוגיא.

והרמב"ם בהל' מכירה יג,טו, כתב וז"ל: "השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה, מפני שהוא קקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה". ושם בהי"ח, פסק וז"ל: "נראה לי שהקבלן יש לו הונאה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים, או לתפור חלוק זה בשני זוזים, הרי זה יש לו הונייה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר". ומדברי הרמב"ם מבואר שבפועל אין אונאה, לא מטעם שאינו ממכר אלא מפני שדומה לעבד. ושכן מביא במאירי בסוגיא, וכן ברמ"ה ב"ב פז,א: "... אבל שכירות דאדם לא יהא אלא עבד כנעני, כי היכי דמכירה דידיה לית ביה אונאה, דהא אמעיטו להו עבדים מדין אונאה משום דאיתקוש לקרקעות, שכירות דידיהו נמי לית ביה אונאה, וכל שכן פועל בר ישראל דלא קני ליה לגופיה".

ואף שלכאורה נחלקו הרמב"ם והראשונים, הן בטעם פועל שאין בו אונאה, דלראשונים אינו ממכר ולרמב"ם דדמי לעבד, וכן פליגי לדינא לענין קבלן, דהרמב"ם כתב דנראה לו שיש בקבלן אונאה, והראשונים הנ"ל ס"ל דאין בו אונאה, דלאו ממכר הוא, נראה לכאורה דביסוד סברת הדין לא פליגי. דהנה יש להבין בדברי הרמב"ם. דאם ס"ל לרמב"ם שאף בשכירות פועל, מעיקר הדין דמי לכל שכירות וכבעיא דרבא, ושכירות ליומיה ממכר הוא, ורק בפועל עצמו אין בו אונאה מפני שדומה לעבד (עיין במגיד מכירה יג,טו), א"כ היה לו לרמב"ם לומר מיד בהלכה זו שאין הדין כן בקבלן. ומדוע דחאה להי"ח, כאשר דין הקבלן הוא פועל יוצא מהדין ששכירות כמכירה, ורק בפועל הוא דין מיוחד. גם מה כתב הרמב"ם בדין הקבלן בלשון: "נראה לי ..." (ועיין בשו"ע חו"מ רכז,לו שלא נקט לשון זו), שהרי הוא יוצא מהדין הקודם. ואף שאינו מוזכר להדיא בגמ', גם דין פועל לא נזכר להדיא בגמ', ומדוע היה צריך הרמב"ם לומר בלשון זו שהיא סברא דיליה, דאם כל שכירות כממכר, פשוט שקבלן בכלל, ורק פועל דמי לעבד, ואדרבא, דין הקבלן הוא המפורש ופועל סתום. גם יש להבין, מדוע בהי"ח הביא הרמב"ם דוגמא לקבלן: "... שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים, או לתפור חלוק זה בשני זוזים ...", וכי לא ידעינן מיהו קבלן והחילוק בינו לבין פועל, ובפועל לא כתב כגון ששכרו לימים או לשעות וכד'.

והנראה בזה דהרמב"ם ס"ל ביסוד סברת הדין כראשונים הנ"ל, דכל דבר שהוא כממכר יש בו אונאה, וכל דבר שאינו כממכר, אין בו אונאה, ולמדו כן מפשיטות בעית רבי זירא, דממכר סתם כתיב ולא דוקא לעולם, וכל שביומיה הוי ממכר, יש בו אונאה והוא בכלל וכי תמכרו ממכר לעמיתך וכו'. אלא שסובר הרמב"ם שאין צריך שיהיה ממכר ממש, גם אם דומה לממכר, הוא בכלל וכי תמכרו ממכר לעמיתך, לענין אונאה. ולכן בענין פועל ס"ל לרמב"ם, שאף אם אין גופו קנוי לבעה"ב (עיין להלן, דענין גופו קנוי הוא כדי שיהיה דומה לעבד, אך נראה דאינו נצרך לדמיון

לממכר), מ"מ הוא "כקונה אותו לזמן", דמי לממכר, וכל שדמי לממכר הוא בכלל ממכר לענין אונאה, רק כיון שהדמיון לממכר הוא של ממכר עבד, בממכר של עבד התמעט ממכרו מאונאה. ולכן ס"ל לרמב"ם דאף בקבלן, כל דדמי לממכר, יש בו אונאה. וכתב מסברא דיליה, דנראה לו דדוקא בקבלן הדומה לממכר, כמו בשוכר קבלן לארוג לו בגד, שהרי זה כמוכר לו, ואף דס"ל לרמב"ם שאין אומן קונה בשבח כלי וכמו שיתבאר, מ"מ בכה"ג דמי למוכר לו הבגד. משא"כ בשוכר קבלן לפעולה שאינה דומה לממכר, כמו לשמור וכד', לא דמי לממכר. וכן אם שכרו לעשות בקרקע, כמו לבנות בית, אף דדמי לממכר, מ"מ ממכר קרקעות התמעטו מאונאה, ולכן נקט הרמב"ם דוגמא לקבלן בשוכר לארוג בגד. ועיין בתה"ד סי' שיח שכתב דפועל דינו כעבד, מהא דיכול לחזור בו בחצי היום (עיין מה שכתבתי בח"ז סי' ל/א), נראה דאף לתה"ד אינו כעבד ממש אלא דמי לעבד, וכיון שדומה לעבד וכביכול מוכר עצמו כעבד, הרי דומה לממכר, וכיון שדומה לממכר עבד, אין לו אונאה.

ובמחנה אפרים (שכירות פועלים א) הביא מחלוקת ראשונים אם פועל גופו קנוי לבעה"ב. המחנ"א דן בפועל שנשכר וקיבל כבר דמי שכירותו, אם יכול לחזור בו באמצע המלאכה, כדין פועל החוזר בחצי היום, כשאינו מחזיר מה שקיבל בשכירותו. והביא בזה מחלוקת ראשונים. וכתב דשורש מחלוקתם תלוי אם פועל גופו קנוי לבעל הבית או לא. דעל הא דאיתא בגמ' ב"מ י"א, דאם אמר בעה"ב לפועל עשה עמי מלאכה היום, מציאתו של בעל הבית. ומזה הוכיחו שיכול לתפוס אף שחב לאחרים. ותירצה הגמ', שאני פועל דידו כיד בעל הבית. והקשתה הגמ', והרי פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, ותירצה, דכל כמה דלא הדר ביה כיד בעל הבית הוא. והריטב"א שם כתב בבאור קושית הגמ', והא אמר רב פועל יכול לחזור בו; "פירוש, ואי ידו כיד בעה"ב חשיב, הא קנייה קניה אלימתא ליומיה כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו, והיאך יכול לחזור בו. ופרקינן דמאי דמצי הדר ביה טעמא אחריןא הוא, ולא משום דאין קנינו קנין גמור, אלא גזרת הכתוב משום כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים, הא כל כמה דלא הדר ביה, ידו כיד בעל הבית". ומבואר שאף למסקנת הגמ' הוי קנין אלימתא לבעה"ב, שגופו קנוי לבעה"ב, ורק מגזה"כ יכול לחזור. והביא המחנ"א שכן דעת מהר"מ בתש', ושכן דעת הרמב"ם, משא"כ לענין אונאה דדמי לעבד. ולפי סברא זו דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמו עבד עברי, אין הפועל יכול לחזור בו אלא היכא דלא לקח שכרו, או לקח שכרו ויש בידו להחזירו, דמחזיר את שכרו וחוזר כמו עבד עברי, אבל אם אין בידו להחזירו אינו יכול לחזור בו, שהרי גופו קנוי לבעה"ב. אולם דעת התוספות (קדושין יז, א ד"ה חלה) כתבו דמלמד שחלה, אין לו אלא שכרו שעבד, דאינו דומה לעבד: "וא"כ מלמדי תינוקות נמי אם חלו לא יקחו אלא מה שהרויחו, דאין לדמותם כלל לעבד

עברי, דעבד עברי גופו קנוי לאדונו, הילכך חלה שלש אינו חייב להשלים, דאין יכול לעשות מלאכה יותר מיכולתו, אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמוד עד הזמן, וכשאינו יכול להשלים, לא יטול אלא מה שהרויח". ולשיטת התוס' אפי' הקדים שכרו לפועל, יכול לחזור בו והמעות הוו אצלו הלואה. וכתב המחנ"א דכן היא דעת הרשב"א כדעת התוס' שאין גופו קנוי: "ולשיטתיה קא אזיל, שכתב הנמוק"י בשמו בפרק הזהב (לב,א מעמוה"ר) דהטעם דבשכירות פועלים אין בהם אונאה משום דלאו מכר הוא, ולהכי כתב דאם חזר בו הפועל הוו המעות אצלו הלואה". ועיין בקצוה"ח שלג,ו. וסיפא דברי המחנ"א קשה, דהרי כן היא גם דעת הריטב"א שאינו ממכר וע"כ אין בו אונאה (עיין לעיל, מב"מ נו,א), ומאידיך כתב בב"מ י,א (הנ"ל) דגופו קנוי (ועיין להלן מה שישב במחנ"א).

ונראה דאפשר דהריטב"א ס"ל דאף שיש כאן קנין אלימתא לבעה"ב בפועל, מ"מ אינו דרך ממכר, דאף אם גופו קנוי היינו שיש לבעה"ב קנין בגוויה, אבל עדיין אינו ממכר שמוכר גופו, ובודאי אינו בכלל הנמכרים מיד ליד, ולכן אין סתירה בין גופו קנוי למה שאין בו אונאה מחמת שאינו ממכר. ולאידך גיסא י"ל גם לרמב"ם, דאפשר דהרמב"ם יסבור שאין גופו קנוי לבעה"ב, רק כיון שהוא כממכר עבד, שמוכר לו שעבוד גופו, אין בו אונאה, דדמי לעבד שמוכר שעבוד גופו, אף שעבד עברי גופו קנוי בזה שכיר דומה לעבד שסו"ס מוכר לו שעבוד גופו, ממילא אינו כממכר עליו דברה התורה באונאה.

אולם המחנ"א תירץ באופן אחר את הסתירה בדברי הריטב"א, דנראה שהריטב"א מחלק בין היכא דנשכר לבעה"ב לכל מלאכה, דבזה גופו קנוי, דיכול לשנותו לכל מלאכה שייצה. משא"כ בשוכר פועל למלאכה ידועה, דאינו קנוי אצלו, שהרי אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת. משא"כ דעת הרמב"ם נראה דכל פועל גופו קנוי, בין אם נשכר למלאכה מסוימת או לכל מלאכה, עיי"ש.

ונמצא לגר"י אברמסקי (חזון יחזקאל ב"מ ג,ט) שכתב בבאור דעת הרמב"ם, דלכאורה מהגמ' קדושין כח,א (עיין תה"ד סי' שיח מה שהביא ראיה משם) מבואר דאי לאו דגופו של עבד קנוי לבעה"ב, לא הוקש לקרקע, ומדוע שכיר הוקש כאן לקרקע. וכתב לחלק, שדיני אונאה הם על עיקר המקח, ועיקר המקח בשכיר הוא קנין השעבוד אשר על גופו: "וזה הוא ענין של עבדות, ועבדים אין בהם אונאה", משא"כ בטענת השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי, התביעה אינה על הגוף רק על פרעון השעבוד, שתובע פעולתו ומעשה ידיו, וזה דינו כמטלטלין, עיי"ש. ומ"מ לענין אונאה שדנים על עיקר המקח, ועיקר המקח הוא שעבוד גופו, ולכן הוא בכלל עבד לענין אונאה. עוד כתב שם הגר"י זצ"ל (עיי"ש בד"ה וכנראה), דקבלן אף שאינו דומה לעבד ואין

כאן שעבוד גופו, מ"מ נקט הרמב"ם דין קבלנות רק באופן שיש שם שבח כלי, ולא נקט על אופן של שליחות איגרת או נקוי וריכוך בגד, דדוקא כשקנה בשבח כלי יש אונאה, שיש אצל בעה"ב בבגדו מעשה אריגה ומעשה תפירה שהם ממון אחרים וגזל הם בידו, שלא פרע בשלמות על מה שהשביח הקבלן. ואף דקיי"ל לרמב"ם שאין אומן קונה בשבח כלי (עיין רמב"ם שכירות י,ד): "היינו משום שאדעתיה דבעה"ב השביח (הרשב"א בחדושו שם בב"ק), אך כל זה במשלם לו דמי קבלנותו, אבל במאנה אותו, השבח דידיה". ומבואר מהגר"י אברמסקי, דדוקא בקבלן באופן שמשביח החפץ וקונה בשבח כלי, בזה ס"ל לרמב"ם שיש לו אונאה, משא"כ בקבלן להביא אגרת או לשמור וכיוצ"ב, לא דמי למכר. דכשקונה בשבח כלי ונותן אח"כ לבעה"ב, הרי יש כאן מעין מכירה, והוא בכלל ממכר שאמרה התורה באונאה.

ולעצם השאלה מדוע בקבלן חשיב מכר, אף שלשיטת הרמב"ם אין אומן קונה בשבח כלי (והיא קושית המגיד מכירה יג,יח, ועיי"ש במל"מ), מצאנו במהרי"ט (חחו"מ סי' יט ד"ה ויש לדקדק) שממנו עולה דדוקא בבגד וכיוצ"ז שיש שבח כלי, הוי כממכר שיש בו אונאה, אולם באופן אחר כשליחות וכיוצב"ז, אין בו אונאה. רק הקשה דהא לשיטת הרמב"ם אין אומן קונה בשבח כלי, וכתב לישב, דכל מידי דמטי ליה קנין גבי לוקח, ממכר קרינן ליה, ואף שלא היה לראשון קנין כלל, כמו מי שקבל עליו לארוג בגד זה או לתפור חלוק, באריגה זו או בתפירה זו מעמיד כלי אצלו שנתן לו בד ומחזיר לו בגד, והבעלים קונים בשבח הכלי וגופו ממון לגבייהו, וגבי אונאה ממכר כל דהו שמיה ממכר, כמו שבשכירות יש אונאה משום דמכר ליומיה הוא, אף דבעלמא לא חשיב שכירות כמכר לשיטת התוס', עיי"ש. ועיין מש"כ הגר"א וולקין בחושן אהרן רכז,לו.

אמנם מדברי הגר"א וחילוקו, נראה דס"ל דאף בקבלנות כמו שמירה ושליחות, גם סובר הרמב"ם שיש בזה אונאה. דלמש"כ הגר"א"ז כל דבר שיש בו שכירות ואין בו עבדות, יש בו אונאה והוא בכלל ממכר. דגם בקבלן איכא טעמא דכי לי בני ישראל עבדים, לענין שלא יהיה הקבלן משועבד לגמור קבלנותו ויכול לחזור בו, והנפק"מ בין פועל לקבלן, דפועל השכיר עצמו לעבודה, ולכן אף דיכול לחזור בו, כל זמן שהוא עובד זהו גדר עבדות ואין אונאה, משא"כ קבלן השכיר עצמו לפעולה מסוימת, לארוג הבגד וכיוצב"ז, וכיון ששעבוד אין לו, ועיקר התשלומין אינו בעד עבודתו אלא בעד תכלית פעולתו, אין זה גדר עבדות ויש לו אונאה. ומה שאינו קונה בשבח כלי היינו שיש כאן שכירות ומכח שכירות יש בו אונאה, רק היא שכירות שאינה עבדות. ולפ"ז לכאורה אין לחלק בין קבלנות של אריגת בגד לשליחות ושמירה, וא"כ צ"ב מדוע נקט הרמב"ם האופן של אריגת בגד. גם ממה שחילק השו"מ (תנינא ח"ב סי' ל) נראה שאין חילוק בין סוגי הקבלנות. השו"מ כתב לחלק בין פועל

לקבלן, דפועל שקנוי לכל מלאכת הבעה"ב בין בקרקע בין במטלטלין, עד אותו זמן הוא קנוי לבעה"ב, אבל בקבלן שקבל עליו לארוג בגד זה או לתפור חלוק זה, דאין לו זמן מוגבל למלאכתו, אינו נקנה לו לרבו דיכול לעשות היום מלאכה אחרת ולמחר יעשה זאת, ובכה"ג אינו נקנה לבעה"ב.

ועיין בקונטרסי שעורים לגר"י גוסטמן זצ"ל (ב"מ כב,ז) שכתב לבאר בדעת הרמב"ם, דכל דין עבדים שהוקשו לקרקעות הוא דוקא בעבד כנעני, אולם בעבד עברי אין בו אונאה מטעם אחר, דפרשת אונאה נאמרה במוכר ולוקח שמכרו מקח זה לזה, ולא כשהמוכר עצמו הוא המקח, ולכן אין צריך למעט עבד עברי מאונאה מהוקש לקרקעות, דאין כאן מקח ואין אונאה במקום שאין מקח, וזו כוונת הרמב"ם שהוא כקונה השכיר, לא שקונה הפעולה אלא את המוכר עצמו, ולכן אין בו אונאה, משא"כ בקבלנות שקונה הפעולה ולא המוכר, דמי לממכר, ויש בו אונאה. (ולפ"ז יש לכאורה ג"כ אין חילוק בין סוגי הקבלנות).

ד. ביותר משתות וא"א להחזיר המקח

וכבר כת' לעיל דבקבלנות קרקע גם לרמב"ם אין אונאה, וכדוגמאות שנקט בענין בגד וכד', דאם חשיב כמכר, מ"מ הוי כמכר בקרקעות, ובמכר בקרקעות אין אונאה. והתעוררתי לשתי שאלות בדין הנ"ל, אף אם אין בהם לכאורה נפק"מ לדינא. דלכאורה כאן היתה האונאה ביתר משתות, וא"כ צ"ל שבטל המקח, והרי בכעין נדו"ד לא שייך שיבטל המקח, וכיצד יעשו.

ומצאתי בזה מש"כ בתה"ד (סי' שיח, הנ"ל), בדין פועל עם סוס, דאמדינן כמה שכר היה ראוי ליתן לשמעון בתורת פועל, וכמה שכר בעבור הסוס, ולפי חשבון זה חולקים הדינר ליום, ואם הסך שיגיע לשכר הסוס ימצא שיש בו אונאה פחות משתות, הרי זו מחילה, ושתות צריך לתת לו תוספת שתות לתשלום שכר הסוס; "וכל שכן ביותר משתות. ואע"ג דבביטול מקח שניהם חוזרין ... מ"מ הכא אי אפשר בחזרה, דאין יוכל ראובן לומר לשמעון קח פעולתיך והחזר לי מעותי, דאם יחזור הקורות אל המים צריך לטרוח עוד בחנם, וק"ל. ולא דמי למקח וממכר שזה מחזיר לזה החפץ וזה מחזיר לו מעותיו". מבואר מתה"ד דמחזיר לו האונאה ביותר משתות.

וכן נראה לבאר בדברי הרמב"ם בהל' מכירה יג,ז: "השוכר את הכלים או את הבהמה יש להם אונאה, שהשכירות מכירה בת יומה היא, ואם יש בה הונאה שתות או יותר, בין שנתאנה שוכר בין שנתאנה משכיר, הרי זה מחזיר הונאה ואפילו לאחר זמן מרובה". ודברי הרמב"ם הובאו בשו"ע חו"מ רכז,לה. וכבר העיר בלח"מ והקשה, מדוע כתב הרמב"ם דביותר משתות מחזיר האונאה, הרי ביותר משתות בטל המקח.

והסמ"ע רכז, סד כתב לישיב ע"פ דברי תה"ד הנ"ל, דכיון דלא שייך לבטל המקח, שכבר נעשה השכירות, צריך להחזיר האונאה.

אלא שלכאורה צריך להבין בדברי תה"ד, מכח איזה דין מחזיר האונאה ביותר משתות, הרי לכאורה מדין תורה מחזיר האונאה רק בשתות, ואם אי אפשר לבטל המקח ביותר משתות, המקח קיים, ומכח איזה דין בתורה יחזיר מה שלקח יותר משתות, או יוסיף יותר משתות על מה שנתן, דבהלכות אונאה של התורה לא מצאנו דין זה, ומהיכי תיתי לחייבו. דהנה 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 חזור. והביא את הרשב"ם ב"ב קג, ב דבטעה במדה ובמשקל עצם המקח בטל, מהא דאיתא בב"ב ז, א; אמר שמואל אין מוסיפין על המדות יותר משתות וכו' אלא משום אונאה דלא ליהוי ביטול מקח. והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר, הרי להדיא דפירושא דחוזר היינו ביטול מקח, ולפי זה קשה על הרמב"ם שפסק דהמקח קיים אלא שצריך להחזיר הטעות. וכתב לישיב:

"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 דאירינין 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.

ולפ"ז י"ל בנדו"ד, דבכל מקום שדין תורה שיחזיר המקח ויבטל המקח, אם מחזיק המקח הרי יש כאן תורת גזילה ביחס למתאנה, ורק באונאת שתות שיכול להחזיר המקח, בעינן לגזיה"כ שיחזיק המקח ויוסיף שתות, אולם במקום שאינו יכול להחזיר המקח, הוא בכלל גזירת התורה להחזיר האונאה, וכמש"כ הגר"ח: "ורק דדין תורה הוא שיחזיר, מדין החזרת אונאה שהוא זה דין וגזירת הכתוב בפני עצמו כמו החזרת גזילה", וכל מה שהיה צריך לגזירת הכתוב הוא באופן שיכול להחזיר המקח, אולם במקום שאי אפשר להחזיר המקח, הוא דין בפני עצמו להחזיר הגזילה שבידו, ולא בעינן לגזירת הכתוב, ואף שבזה משלם יותר ממה שחשב, כיון שאינו יכול להחזיר המקח, זהו מעיקר דיני אונאה. ולפ"ז הוי מדין תורה. או י"ל, שאה"נ דין החזרת אונאה הוא דוקא בשתות, אבל ביותר משתות שאינו יכול להחזיר האונאה, הוא דין מדרבנן ותקנת חכמים, דמה יעשו שלא ישארו באונאתם, על כן תיקנו שיחזיר האונאה.

ה. אומן קונה בשבח כלי בקרקע

עוד התעוררתי בענין הנ"ל, אם שייך לומר בקרקע דאומן קונה בשבח כלי, וממילא דמי למכירה, רק כיון שהיא מכירת קרקעות, אין בה אונאה, או מה שקונה בשבח כלי אין לו דין קרקע כלל. דלכאורה סברתי דלמש"כ הרשב"א דדין אומן קונה בשבח כלי הוא משום דתפיס ליה אאגריה, א"כ לכאורה לא מהני תפיסה בקרקע (ועיין מה שכתבתי בח"ה סי' לה בענין תפיסה בקרקע, ומה שהארכתי בח"ד סי' לא בדין אומן קונה בשבח כלי).

הרשב"א (ב"ק צח,ב, ד"ה מאי טעמא), כתב וז"ל: "כלומר, אומן קונה בשבח כלי ואף כל שבחו ובשקלקלו לאחר שהשביחו, לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב את עצמו בתשלומי נזקו. וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו כנגד שכרו אע"פ שלא קלקלו. אבל לכולי עלמא בשלא קלקל אינו קונה כל שבחו, שעל דעת שיהיה שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנו ומשביחו". ומבואר מדבריו דאם קלקל, לא אמרינן שזכה לבעה"ב במה שהשביח האומן, וכל השבח של האומן, שלא היה דעתו של האומן לחייב עצמו בתשלומי נזקו. ולכאורה י"ל לפ"ז שהאומן בשעת פעולתו בכלי זוכה בשבח, ובדרך כלל כוונתו להקנות את השבח לבעה"ב, וכשהזיק לכלי אמרינן שלא היתה כוונתו להקנות לבעה"ב כדי להתחייב בנזק השבח.

וכשלא קלקל ובתופס לשבח כנגד שכרו, י"ל דשבח האומן מעצם טבעו הוא לעושהו דהיינו לאומן, רק על דרך הכלל אמרינן שדעת האומן להקנות את השבח לבעל הכלי, מכח היות השבח חלק בלתי נפרד מן הכלי ולא ניתן להפרידו מן הכלי, וע"כ ודאי דעת האומן להקנותו לבעה"ב שבעבורו הוא עושה את שבח הכלי. כלומר, שבח האומן שייך לעושהו, וזהו גם דין אומן קונה בשבח כלי, כשהוא ודאי מקנהו לבעה"ב: "שעל דעת שיהא שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנו ומשביחו". שאע"פ ששייך לעושהו, דעתו להקנותו לבעה"ב. כל זה באופן הרגיל. אולם כשם שאם קלקל האומן אמדינן לדעתיה שודאי לא התכוין להקנות על מנת לחייב, ונשאר השבח בקנינו הראשון לאומן, כך גם אמדינן לדעתו שמקנה לבעה"ב רק היותר משכרו, אבל כנגד שכרו דעתו להשאיר בידו. וזה שאמר הרשב"א: "וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו כנגד שכרו", היינו שאין דעתו להקנותו לבעה"ב מה שכנגד שכרו. ולכאורה י"ל לשיטת הרשב"א לפי ההסבר דלעיל, שהקנין שקונה האומן הוא קנין גמור, דכיון דמעצם טיבו הוא של עושהו דהיינו האומן, ורק אפשר שדעתו להקנותו לבעה"ב, ובליכא כוונה להקנותו לבעה"ב הוא של האומן, א"כ כל השבח הוא של האומן ובקנין גמור. אולם אפשר לדרך זו שאף שהשבח מעצם טיבעו שייך לאומן, ועל

דעת להקנותו לבעה"ב משביחו, א"כ אמרינן בעצם שכוונתו להקנות לבעה"ב ורק לתפוס ליה אאגריה, וע"כ אין לו בו קנין גמור אלא קנין למשכון, ואת הקנין הבעלות הוא נתן והעביר לבעה"ב. ולפ"ז לכאורה לא שייך לומר שקונה האומן בשבח כלי בקרקעות, וצ"ע.

ומצאתי מחלוקת באחרונים אם אומן קונה בשבח כלי בקרקע. הנתיבות (שוד, בסופו) כתב, דבקרקע ששכרו לבנות בית וקלקלו אחר שהשביח, ג"כ יש לומר בזה אומן קונה בשבח הקרקע, דגם בקרקע בעינן שהאומן יקנה לו השבח. והביא ראייה מהסמ"ע שעה"ד, דהטעם דאין יכול לומר בניני אני נוטל, משום דאדעתא דהכי בנאו וכו'. ולפ"ז שייך ג"כ הטעם שכתב הרשב"א בהא דאומן קונה בשבח כלי, שאין דעתו להקנות לבעלים שיתחייב בנוזקין. אולם הקשה מב"ק כב, מדין שחרוריתא דאשייתא, שצריך ליתן שכרו כשהזיקו בשחרוריתא דאשייתא, ואם נאמר דאומן קונה, הלא בדידיה קמזיק. וכתב לישב, דבלא"ה קשה, דהא ודאי שם אם נתקלקל הבנין, אין צריך להחזיר לו, דהא מיחה בו מלבנות. וע"כ צ"ל, כיון דשחרוריתא דאשייתא לא ינוכה מהשומא כלל, דאגב ביתא לא חשיב לאינשי להזיק, ומ"מ חשיב ליה חסר מעט, וכיון דצריך לשלם לו ויהיה שלו ולא ינוכה לו החסרון דשחרוריתא דאשייתא, נחשב לזה חסר מעט משלו; "ולכן מסתבר דגם בקרקע שייך אומן קונה בשבח קרקע".

וסברתי דאפשר דהנתיבות לשיטתו דס"ל דאין כאן תפיסה אאגריה אלא קנין לשעבוד, ולכן מהני אף בקרקע, דבנתיבות שם (ועיין גם שו"ג) כתב לבאר את דברי הרשב"א שיהיה האומן קונה נגד דמי השכירות "קנין שעבוד", כדוגמת קנין בע"ח במשכון שלא בשעת הלואתו, דאם קונה קנין גמור בכלי, א"כ אם יאנס הכלי ביד האומן, יפטר בעה"ב מליתן לאומן שכרו, והוכיח מהראשונים דדין האומן רק כשומר שכר, ובאונס חייב בעה"ב ליתן לו שכרו. וע"כ ס"ל לנתיבות בדעת הרשב"א שאין לאומן קנין גמור אלא רק קנין לשעבוד, ואף בשבח אינו זוכה בגוף השבח. ולכאורה כיון שאינו אלא קנין לשעבוד, הדבר שייך אף בקרקע, משא"כ אם נפרש שהוא כתפיסה.

ומצאתי בדבר מחלוקת באחרונים אם בקרקע אומן קונה בשבח כלי. מהרש"ם בתש' (ח"ב סי' קעב) הביא מתש' תועפות ראם (לגאון הרב אהרן משה טויבש, אב"ד יאס, חאו"ח וד), דס"ל דאין אומן קונה בשבח קרקע, דלא כנתיבות, ולפ"ז כתב בסברא דבקרקע לא קונה בשבח: "דכל ענין אומן קונה בשבח כלי הוא מפני תפיסתו בכלי עד שיתן לו שכרו, וכמ"ש בקצה"ח שוד, דמה"ט בעושה בחנם לא קנה כלום, ע"ש. א"כ הרי מבואר במחנה אפרים (הל' שומרים סי' מא) דבעושה

מלאכה בבית בעלים לא נעשה שומר שכר, שהרי אינו תופסו בשכרו כלל, ע"ש, א"כ אינו קונה בשבח כלי". וצ"ל דלנתיבות קונה בשבח כלי קנין לשעבוד ואין זה בגדר תפיסה, ולכן גם בקרקע קונה בשבח קרקע. וע"ע בתש' מהרש"ם חג סי' עב דהוא ספיקא דדינא.

אולם מדברי הגרי"א (עין יצחק חאהע"ז ח"א עו,יא) נראה דנקט כדעת הנתיבות דאף בקרקע קונה בשבח כלי. ועיי"ש באות יח שכתב, דיש לדון דקרקע לא שייך לומר אומן קונה בשבח, דבקרקע לא שייך שנוי מעשה בגזילה, וא"כ י"ל דלא קנה השבח. אך יש לחלק דשונה דין גזילה, דקרקע אינה נגזלת, משא"כ בשבח דקנאו, אינו מצד גזילה, אלא משום דאיהו עביד ליה כולי שבחו. ע"כ הוא הדין אף בשבח דקרקע קונה האומן, וכדעת הנתיבות דגם בקרקע שייך אומן קונה שבח. וכן נראה מהדברי מלכיאל (ח"ג סי' קסו). וכן כתב הגרש"ש (ב"ב וז), דיש לדון לכאורה בהא דשקיל וטרי בגמ' ב"ק כב, במקיף את חבירו מדין זה נהנה וזה לא חסר; "למה לא נימא בכה"ג ג"כ אומן קונה בשבח כלי, מה שהושבח ע"י שדה של חבירו, ומה לי כלי מה לי קרקע. ואף שראיתי בספר בית שלמה, של גיסי הרב הגאון הצדיק רש"ז זצ"ל, שמוכיח דבקרקע ליכא דין אומן קונה בשבח כלי, מהא דבונה פלטרין בנכסי הגר (ב"ב נג,א). אבל זה רחוק, דמאי שנא קרקע ממטלטלין, ועיי"ש בשער ב' פ"א ובהגהות מש"כ שם בעיקר קושיתו". מבואר שסובר הגרש"ש דאין חילוק בין קרקע למטלטלין, דלא כמש"כ בבית שלמה.

וסברתי שאם בקרקע קונה בשבח כלי, ולמש"כ דהסברא דקונה את השבח בקרקע לשעבוד, א"כ אפשר דאף אם במכירת קרקע אין אונאה, מ"מ אומן קונה בשבח קרקע אינו כמכירת קרקע אלא כמכירת שעבוד. אולם גם זה אינו, דמכירת שעבוד אינו דבר הנקנה מיד ליד ואין גופו ממון והוי כשטרות. וגם דעת הראשונים דסוברים דקונה בשבח כלי, ס"ל דפועל וקבלן אינם בגדר מכירה וכנ"ל, והרמב"ם שסובר דהוי בכלל ממכר, ורק פועל דומה לעבד משא"כ קבלן, ס"ל דאין אומן קונה בשבח כלי.

ו. טענת הקבלן

הדרנא לנדו"ד, מה שטען הקבלן על חוסר נסיון, אינה טענה בעצם, דבין אם הוא בעל נסיון ובין אם לא, טענת אונאה יכולה להטען עד לזמן של יראנו לתגר או לקרובו (ועיי"ן מה שכתבתי בח"ז סי' כב, לענין מקום שהוא ספק אם עבר הזמן של יראנו לתגר או לקרובו). תנן במשנה ב"מ נא,א: כשם שאונאה להדיוט כך אונאה לתגר ורבי יהודה אומר אין אונאה לתגר. ופסקו הראשונים, וכן הרמב"ם מכירה יב,ח,

ובשו"ע חו"מ רכז, יד כת"ק, דיש אונאה לתגר, אף שהוא בקי. ובנתיבות שם רכז, ט, דאף שכתב בנתיבות רכז, ג דבהראה לתגר והתגר טעה דיכול לחזור בו דאונס הוא, מ"מ בתגר שלקח לעצמו, אינו יכול לחזור רק בכדי שיראה לתגר, די"ל דסמך עצמו שיראה לתגר אחר, וגם לא פלוג חכמים. ולפ"ז עיקר דין האונאה הוא באינו מומחה ובמומחה כאחת, ואין נפק"מ ביניהם רק לרבי יהודה דלא קיי"ל כוותיה.

אולם אם יוכיח הקבלן שאכן היתה כאן אונאה, אף שמעיקר הדין אין לחייב את בעה"ב, מ"מ יש לדון מצד איסור אונאה עצמה, דאף בדברים שאין דיני אונאה, יש איסור להונות, מ"מ נראה דאין לחייב להחזיר, דחייב חזרת האונאה הוא מדיני האונאה ולא מהאיסור, ויתכן דלצאת ידי שמים חייב להחזיר, אך אי אפשר לחייבו להחזיר. וכבר כתבתי באריכות בענין האיסור להונות אף בקרקעות, עיין ח"ח כז/א. ולא אאריך כאן להביא כל השיטות, רק מה שכתבו החינוך והרמב"ן והפנ"י.

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 ג,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 זכרונם 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 תוננו איש את אחיו, כתבה התורה; במספר שנים אחר היובל תקנה מאת עמיתך, במספר שני תבואת ימכר לך. והיינו בקרקעות. ולפ"ז אף שיש איסור באונאת קרקע, מ"מ אינו בדין חזרה.

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, דברקקות אף ביותר משתות הוי מחילה, אף שאסור להונות כן לדעת, אבל אין דרך בני אדם לבטל ממכרם מפני אונאה מועטת כזו. ודייק כן מהפסוקים, דבתחילה 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 ע"ב, ע"א סד"ה ופרקינן), דכל הני דאין בהם אונאה, ודאי עובר בהם בלאו דלא תנונו, ולא נתמעטו אלא מחזרת אונאה.

אולם בפני 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 תנונו; "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 ראייה 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"ת, אם אינו בתורת קנס שעשו ערמה, אין חיוב להחזיר. ולפני יהושע חייב להחזיר בכל ענין. ולפ"ז באנו למחלוקת אחרונים אם יש לחייב את המאנה להחזיר באונאת קרקע, ונראה שאי אפשר להוציא מהמוחזק.

עוד יש להעיר בנדו"ד, שאם מדובר בקבלן שיפוצים חסר נסיון, הרי שיש לשום את עבודתו בהתאם, שהרי שיש לחלק בין מי שעושה עבירתא שפירתא (ב"מ ע"א) למי שאינו יכול עקב חוסר הנסיון, ולפי דרגת הנסיון, כן יש לשום את מחירי העבודה, בפרט כשהמחיר נקבע לפי התוצאה, ואינה דומה תוצאה של מומחה בעל נסיון, למי שאינו בעל נסיון, וכן עמיה דבר.

וכאמור בנדו"ד יש לומר כמה טעמים שלא יהיה טענת אונאה לקבלן השיפוצים. א. כיון דשכרו לעבודת קרקע, ולא חישוב תשלום חומרים לחוד וכו', אלא צריך

להמציא לבעה"ב את העבודה בצורה מושלמת בתמורה למה שסיכמו, הרי שבזה אין אונאה בכל ענין. ב. דעת רוב הראשונים שבקבלנות אין אונאה, ולכל הפחות יוכל המוחזק לטעון קים לי כדעת הראשונים הנ"ל. ג. גם לדעת הרמב"ם דהוי כמכר בקבלנות, מ"מ בקבלנות קרקע גם לרמב"ם אין אונאה בקבלן, ודוקא במטלטלין ששייך בהם אונאה, משא"כ בקבלנות קרקע לא גרע ממכר קרקע, ואין בזה אונאה.

לאור האמור, אף אם יוכיח הקבלן שהתאנה, אין לחייב את בעה"ב בתשלום התוספת.

סימן כב

מכר רכב ונמצא מום

ראשי פרקים

א. ספק מתי נוצר המום

ב. כשאין חוקת הגוף

ג. יכול להבחין ע"י בדיקה

ד. הנאי שלא ימען מענת מום

ראובן התענין ברכבו המשומש של שמעון שעמד למכירה, ואף הביא את לוי שיסתכל חיצונית ויעשה נסיעת מבחן. שמעון מסר לראובן את כל הפרטים הידועים לו (לדבריו), ואף הוסיף ואמר שאלה הפרטים הידועים לו, אולם הואיל ומדובר ברכב שנמצא בשמוש חמש שנים, יתכן וקיימות בעיות ותקלות שאינן ידועות לו, והוא מציע לראובן לקחת את הרכב לבדיקה במכון. ראובן אמר שסומך על לוי, ועל כך השיב שמעון, שאם אינו פונה לבדיקה במכון, שלא יבוא אליו אח"כ בטענות. חדשיים לאחר מכירת הרכב, נאלץ ראובן להחליף את תיבת ההלוכים. ראובן טוען כי תיבת ההלוכים היתה פגומה כבר בזמן המכירה, וכי תקלה מסוג זה אינה קורה ביום אחד. שמעון משיב, שיתכן והתקלה ארעה אצל שמעון, והמום לא היה ידוע או נודע בזמן המכר. הגם שמדובר בפגם שנוצר בתהליך, נסיעה לא נכונה של ראובן או אחרים שהשתמשו ברכב, יכולה לגרום להאצת התקלה. ודל מהכא, הרי הציע לראובן לבדוק את הרכב במכון, ואף התרה בו שאם לא יעשה כן, שלא יבוא אח"כ בטענות.

א. ספק מתי נוצר המום

איתא בכתובות עו,א-ב: א"ר יהודה אמר שמואל, המחליף פרה בחמור, ומשך בעל החמור את הפרה (והחמור היה בבית בעליו, ותנן בקדושין (דף כח), כל הנעשה דמים באחר, כיון שזכה זה שמשך אחד מהם, נתחייב חברו באונסי חליפין בכל מקום שהן – רש"י) ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור (זה אומר עד שלא משכת את פרתי מת חמורך, ולך מת, וזה אומר משמשכתי מת וכבר קנוי הוא לך), על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת פרה ... מיתיבי, מחט שנמצאת בעובי בית הכוסות, מצד אחד כשרה משני צדין טריפה, נמצא עליה קורט דם, בידוע שהוא לפני שחיטה, לא נמצא עליה קורט דם, בידוע שהוא לאחר שחיטה. הוגלד פי המכה, בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה (ואם לקחה

טבח זה בתוך שלשה ימים, מקח טעות הוא ויחזיר לו בעליה הדמים שמכר לו (טריפה), לא הוגלד פי המכה (זה אומר עד שלא לקחתי ניקב, וזה אומר משמכרתי), המוציא מחבירו עליו הראיה (ואי יהיב הטבח דמי, נמצא הוא המוציא ועליו הראיה, ואי לא אשכח ראייה, יחזיק זה במעותיו מספק, והרי בבהמתו נמצא ריעותא דומיא דחמור דשמואל). ואי יהיב טבח דמי, בעי לאיתויי ראייה ומפיק, ואמאי, בעל בהמה לייטי ראייה ונוקים (אי כשמואל, לייטי בעל בהמה ראייה להעמיד המעות בידו, דומיא דבעל החמור). בדלא יהיב טבחא דמי (הא דקתני המוציא מחבירו, בבעל בהמה קאמר, וכגון דאיהו קא תבע). מאי פסקא (בתמיה, מאי קאמרת, אי סבירא ליה לתנא דלעולם ראייה על בעל בהמה היא, בין הוא המוציא ובין הוא המעמיד, היאך הוא שונה המוציא מחבירו בבעל בהמה וקורהו לבעל בהמה לעולם המוציא מחבירו, וכי פסק התנא דבר קצוב שלעולם מוכרים בהמות באמנה והוא המוציא). אלא כי אתא רמי בר יחזקאל אמר, לא תצייתינהו להני כללי דכייל יהודה אחי משמיה דשמואל, הכי אמר שמואל, כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה (על בעל הפרה להביא ראייה שמת החמור קודם משיכה, הואיל וספק ברשותו נולד, שלא נמצא החמור מת עד לאחר משיכת פרה), ותנא תונא כלה. מיתיבי מחט שנמצאת בעובי בית הכוסות כו', ואי דלא יהיב טבח דמי, בעל בהמה בעי לאיתויי ראייה ומפיק, ואמאי, ספיקא ברשות טבח איתיליד (שלא נמצא הטרפות עד שבאת לידו). דיהיב טבח דמי. ומאי פסקא, סתמא דמילתא כמה דלא יהיב איניש זוזי, לא יהיב איניש חיותא (ואפי' לא יהיב, נמי הראיה עליו היא, אלא מסתמא תנא לטבח המוציא מחבירו קרי ליה).

ולפ"ז מצאנו לכאורה שני הסברים למושג רשות בדברי שמואל, שעליו להביא ראייה כיון שנולד הספק ברשותו. להסבר רמי בר יחזקאל, שהוא תרוץ אחרון בגמ', הרשות הכונה לבעלות הממונית, ככל שכעת מבחינת הלכות הקנינים החמור שמת הוא בבעלות בעל הפרה, עקב משיכת בעל החמור את הפרה, הרי שבזמן הזה שנודע דבר מיתת החמור והוא מת לפנינו, ע"פ דיני הקנינים החמור בבעלות בעל הפרה, ממילא חובת הראיה עליו, כיון שנולד הספק ברשותו. ולאמר רב יהודה אמר שמואל, החובה על בעל החמור להביא ראייה, כיון שהחמור נמצא מת ברשות שלו, דהיינו בחצירו וכד', שהוא רשות בעל החמור, וחובת הראיה הינה על מי שנמצא החמור מת ברשות שלו. לא הבעלות היא הקובעת אלא המקום והרשות בפועל שבה נמצא החמור מת. ומדברי רש"י מבואר דלרמי בר יחזקאל, שמשמע דהלכה כמותו, על בעל הפרה להביא ראייה, כיון שהספק נולד בהיותו בעלים על הפרה מכח משיכת בעל החמור, והרי זה ברשותו הקנינית.

אלא שיש להבין בדברי רב יהודה אמר שמואל, מדוע על בעל החמור להביא ראייה, מה יש ברשותו שנמצא בו מת, שחובת הראיה היא עליו. ובתוס' שם (כתובות

עו,א ד"ה על) מצאנו שני הסברים, דאין הרשות גורמת אלא החזקה. בהסבר ראשון כתבו התוס', דאף שבעל החמור מוחזק בפרה, וחזקת הגוף של החמור מסייע ליה לבעל החמור שרק כעת מת, והיה להעמיד החמור בחזקת שהיה קיים, אלא טעמא דשמואל דמעמידין לפרה בחזקת מרא קמא, דכיון שיש ספק למי הפרה שייכת, יש להעמידה בחזקת מרא קמא, ולכן על בעל החמור להביא ראיה. ובתוס' הקשו על פירוש זה, וכתבו דע"כ נראה לפרש דטעמא דשמואל לאו משום חזקת מרא קמא, אלא כיון שנמצא החמור מת ואיננו יודעים מתי, כי היכי דעכשיו הוא מת, כן יש לנו להחזיקו שהיה מת גם קודם, ודמיא להא דאמר בנדה ד,א, דכל הטומאות כשעת מציאתן. ובתוס' הקשו על פירוש זה, וכתבו לתרץ בשם ריב"א, דהעיקר כתרין קמא שיש לבעל הפרה חזקת מרא קמא, ולכן מעמידים הפרה בחזקתו. ומה שהקשו התוס' על תרוץ זה, י"ל, דדוקא כאן שכל חזקתו של בעל החמור בפרה היא מוחזקות ספקית ואין לו טענת ברי, חזקתו כמאן דליתא הוא, ואזלינן דאזלינן בתר חזקה דמרא קמא ודמי לתקפו כהן דמוציאין מידו, משא"כ במכר שור לחברו ונמצא נגחן, כיון דגברא זבין להכי ולהכי, יכול לטעון לשחיטה מכרתיו לך, ואם איתא דלרידיא קבעית ליה, הוה לך לפרושי, וכיון דיש לו טענה ודאית, אהני ליה חזקתו ולא אזלינן בתר חזקת מרא קמא. וכל זה לדברי רב יהודה.

והרא"ש (כתובות ז,טז) הביא מדברי הרי"ף, שאף לדברי רמי בר יחזקאל על בעל החמור להביא ראיה, דנולד ספק ברשותו של בעל החמור, שהחמור עומד ברשותו וכאן נמצא וכאן היה, ואית לן למימר שמא מת החמור קודם משיכת הפרה. משא"כ אם היה החמור עומד בסימטא, על בעל הפרה להביא ראיה, ולרב יהודה על בעל החמור להביא ראיה אפילו עומד בסימטא. והקשה הרא"ש על פירוש הרי"ף, דהרי מיד שמשך בעל החמור את הפרה, נקנה החמור לבעל הפרה בכל מקום שהוא עומד, וחזקת ממון וחזקת הגוף מסייע ליה לבעל החמור, ולמה נזקיק אותו להביא ראיה. ולא שייך כאן נמצאו כאן היו אלא נערה המאורסה והיא בבית אביה, לפי שעדיין היא ברשות אביה לכל מילי, משא"כ בהמה נחלטת מיד במשיכת בעל החמור לבעלים האחרונים, אפי' עומדת בבית מרא קמא. והיינו, שכאן נמצא כאן היה, לא סגי בנמצא ברשות המקום, אלא בעינן ברשות הקנינית והבעלית, שנאמר בבעלות זו נמצאת, בבעלות זו היה המום: "דאין רשות המקום גורם אלא רשות בעל הממון, והיינו בעל הפרה שהחמור נכנס לרשותו בשעת משיכת הפרה". ועוד, מה חלק רמי בר יחזקאל, כיון דלתרוייהו על בעל החמור להביא ראיה, דלמא הא דקאמר רב יהודה על בעל החמור להביא ראיה היינו משום דמסתמא דמילתא כל זמן שלא משך בעל הפרה את החמור, עדיין הוא עומד בבית בעל החמור, אבל אם היה עומד בסימטא היה מודה דעל בעל הפרה להביא ראיה. אלא ודאי מלתא דרב יהודה ורמי בר

יחזקאל הם דבר והפכו, וטעות סופר במה שכתוב בהלכות רב אלפס על בעל החמור, וטעה בין פרה לחמור.

ונחלקן הראשונים אם קיי"ל כדברי רב יהודה אמר שמואל, או כדברי רמי בר יחזקאל. הרי"ף כתובות (להב מעמוה"ר) פסק כדברי א"ר יהודה אמר שמואל, דעל בעל החמור להביא ראיה, או כמש"כ הרא"ש בדעתו, שגם לרמי בר יחזקאל על בעל החמור להביא ראיה. וכן פסק הרמב"ם בהל' מכירה כ"ד: "כל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, כיצד המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך זה החמור עד שמת החמור, על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה, וכן כל כיוצא בזה". ועיי"ש במגיד שהראה מקורו לדברי רב יהודה אמר שמואל. ועיין במחבר בשו"ע חו"מ רכד, א, שפסק כדעת הרמב"ם, וברמ"א שם פסק כדעת הרא"ש ודעימיה, וז"ל הרמ"א: "ויש אומרים דעל בעל הפרה להביא ראיה, דמאחר שקנה החמור בכל מקום שהוא, הרי היה ברשות בעל הפרה ועליו להביא ראיה, כמו שיתבאר בסמוך לענין טבח. ואם אינו מביא ראיה, ישבע המוכר שלא ידע המומין אלו ופטור".

וברמב"ן פירש בסוגיא בדברי רב יהודה, דעל בעל החמור להביא ראיה, כיון שבביתו נולד הספק, ורמי בר יחזקאל פירש דעל בעל הפרה להביא ראיה, הואיל ונולד הספק ברשותו, שאין הולכין אלא אחר מי שהממון שלו וברשותו, כגון בעל הפרה, שכיון שמשך בעל החמור, הרי החמור ברשותו לגמרי לכל מילי, ובממונו נולד הספק. והביא פירוש ר"ת, דר"י אמר שמואל ס"ל כמ"ד כאן נמצאו כאן היו, ורב יהודה מפרש דהיינו בביתו נמצאו ושם היו, ואף שאינה בזכותו. ורמי בר יחזקאל סבר, דכאן נמצאו וכאן היו ברשותו וזכותו קאמר, ולא בביתו תליא מילתא, ולכן על בעל הפרה להביא ראיה. ובפירוש השו"ט בגמ' נחלק הרמב"ן על ר"ת, עיי"ש. וסיים הרמב"ן: "ובעל הלכות גדולות כתב בהלכות כסוי דם דהלכתא כלישנא קמא דשמואל, וצ"ע". ומשמע דס"ל לרמב"ן כרמי בר יחזקאל, דהכל תלוי ברשות איזה בעלים נודע הספק.

ובעל המאור (כתובות להב מעמוה"ר, הובא גם בר"ן שם), כתב לבאר בדברי הרי"ף, דרב יהודה ס"ל דכל שנולד הספק בממונו, עליו הראיה, והממון של החמור הוא של בעל החמור, כיון שיש לו חזקת מרא קמא, ובודאי הוא בעליו תחלה, ובעל הפרה רק ספק בעליו, כיון שיש ספק מתי עשה המשיכה, ולכן מוקמינן לחמור בחזקת בעליו הראשונים, ומת ברשותו; "ואתא רמי אחוה ושבשיה", דכל שנולד לו ספק ברשותו עליו להביא ראיה, והיינו בעל החמור, לא מפני שנולד ספק בממונו אלא נולד הספק בביתו, שנמצא מת בביתו, ומטעם כאן נמצא וכאן היה, ועל בעל החמור

להביא ראיה מטעם כאן נמצא מת וכאן היה מת מעיקרא קודם המשיכה, וכשמביא ראיה שלא מת מקודם, מוקים חזקה דגוף החמור בחזקת חי כדמעיקרא, ומוקים חזקה דממונא בדידה דהיינו הפרה המשוכה אצלו. וכן לענין מחט על הטבח להביא ראיה, לא שנא יהיב זוזי לא שנא לא יהיב, מפני שהספק נמצא ברשותו ובביתו, וכן הלכתא. ועיין בכס"מ מכירה כ,יד שהסכים להסבר בעה"מ, וכתב דלכך הרי"ף והרמב"ם כתבו לישנא דרב יהודה, דכיון שמת בבית בעל החמור, גם לרמי בר יחזקאל על בעל החמור הראיה, ולא נחלקו אלא בטעם הדין, ונפק"מ כשמת בביתו של בעל הפרה. והקשה הכס"מ, וא"ת, מי הכניסו ברשות בעל הפרה. ותירץ, כגון שהכניסו שם בעליו לשמרו, ואח"כ הסכימו להחליפו. [ועיין גם בב"י (חו"מ סי' רכד): "ומעתה זכינו לדינו של הרא"ש דבעומד חמור בסימטא על בעל הפרה להביא ראיה, דאיפשר דגם הרי"ף והרמב"ם ז"ל יודו בזה". ועיין בדברי חיים מכירה מא מש"כ בזה. וכן הוא בסמ"ע רכד, בדעת הרמב"ם והמחבר, דאם נמצא מת באגם, הראיה היא על בעל הפרה, דבכה"ג ליכא למימר כאן נמצא כאן היה.]

וכן הביא הר"ן שם את פירוש בעה"מ, דרב יהודה ס"ל שאותו שנולד הספק בממונו עליו הראיה, וחמור ממונו של בעל החמור, שהדבר ידוע שהיה ממונו בתחלה, ואף שאפשר שקנהו בעל הפרה, אין ספק מוציא מידי ודאי. והקשתה הגמ' ממחט שנמצאת בעובי בית הכוסות, דאם לא הוגלד פי המכה, וזה אומר שמא עד שלא לקחתי ניקב וזה אומר משמכרתי, המוציא מחבירו עליו הראיה, ומשמע שהכל תלוי מי מוחזק במעות, ואם בעל הבהמה מוחזק במעות, על הטבח להביא ראיה, ומדוע יחזיק במעותיו, הרי הספק נולד בבהמתו, דומיא דחמור, והיה צריך להיות הדין שעל בעל הבהמה הראיה להעמיד המעות בידו. ולכן דחתה הגמ', והביא דברי רמי בר יחזקאל, דכל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה, דלאו בממונו תליא מילתא כדאמר רב יהודה משמיה דשמואל אלא ברשותו תליא, דכל שנמצא ספק בביתו עליו להביא ראיה, דכאן נמצא כאן היה. ונפק"מ בין רב יהודה לרמי בר יחזקאל, דלרב יהודה אפילו נמצא החמור מת ברשות בעל הפרה, על בעל החמור להביא ראיה כיון שהיה בעלים תחלה, ולרמי כיון שנולד הספק ברשותו של בעל הפרה, על בעל הפרה להביא ראיה, משום דאמרינן כאן נמצא וכאן מת, ולכן על הטבח להביא ראיה, כיון שהריעותא נמצאה ברשותו הקנינית ובביתו, ואפי' לא נתן הטבח דמים, צריך הטבח להביא ראיה להפטר מדמי פרעון סך הבהמה, דכאן נמצא וכאן היה. ועל זה הפירוש סמך הרי"ף, שהביא לשון ראשון בגמ', והיינו דברי רב יהודה אמר שמואל, ואף שנדחה פירוש זה בגמ', דכיון שאם מת החמור בבית בעל החמור, גם לרמי בר יחזקאל הראיה על בעל החמור, ולא נחלקו אלא בטעמא, אם מטעם חזקת מרא קמא או כאן נמצא כאן היה, ונפק"מ כשמת בביתו של בעל הפרה. והר"ן

הקשה על פירוש בעה"מ, דאיך אפ"ל דמי שנולד ספק ברשותו צריך להביא ראיה אפי' להעמיד הממון בידו, ולכן על הטבח להביא ראיה אפי' כשלא פרע עדיין, דהא אמרינן בכתובות טז, דבשמא ושמא לא מהני חזקת הגוף להוציא ממון, וא"כ מדוע צריך הטבח להביא ראיה להעמיד דמי הבהמה בידו, הרי כאן שניהם טוענים שמא, עיי"ש מש"כ לישב.

והרשב"א בסוגיא שם כתב בבאור מחלוקת רב יהודה ורמי בר יחזקאל, דרב יהודה ס"ל דכל שהיה הממון שלו מתחלתו ונולד בו ספק, עליו הראיה שהיה בשעת קנייתו ראוי לקנות. והיינו דיש כאן ספק אם מה שמשך את הפרה, היה ראוי לתת תמורתה את החמור, ולכן עליו הראיה להביא ראיה. והיה נלענ"ד דהוי כספק בפרעון, ואיני יודע אם פרעתיק, דהחמור הוא מעין פרעון לפרה, והוי ספק בפרעון, ועליו להביא ראיה שאכן פרע בחמור חי. אולם ברשב"א מבואר שהטעם שונה, דאנו צריכים לדעת מי הבעלים שאצלם נולד הספק, ויש בעלים ודאי ובעלים ספק: "הילכך על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו ראוי לקנות בשעת משיכת הפרה, לפי שהוא ודאי היה בעל החמור ובעל הפרה ספק אם זכה בו מעולם אם לאו, והלכך אין ספק מוציא מידי ודאי". ורמי בר יחזקאל ס"ל דעל בעל הפרה להביא ראיה הואיל וברשותו נולד הספק, דמשעת משיכת הפרה קם חמור ברשותו בכל מקום שהוא לאונסין, ולית ליה לרמי בר יחזקאל דהולכין אחר מי שהיה הממון שלו, מתחלתו אלא אמר מי שהוא שלו בשעת הספק, וכיון שמשעת משיכה הוא ממונו, נולד הספק ברשותו של בעל הפרה.

ולפ"ז למד הרשב"א, דבין לפירושו ובין לפירוש רש"י, קיי"ל דעל בעל הפרה להביא ראיה. וזה שלא כדברי הרי"ף שפסק דעל בעל החמור להביא ראיה. וכתב הרשב"א לבאר דברי הרי"ף בדרך שונה, שסובר הרי"ף דרמי בר יחזקאל לא פליג עליה דרב יהודה בעיקר הדין אלא בטעמו, דרב יהודה סבר דלעולם על בעל החמור להביא ראיה, אע"ג שמת החמור באגם, ורמי בר יחזקאל מפרש דדוקא כשמת בביתו ממש, משא"כ במת באגם על בעל הפרה להביא ראיה, כיון שהוא זוכה בו משעת משיכה, עליו הראיה. והיינו שודאי הרשות המקום הוא הקובע, ואם מת ברשותו של בעל החמור, עליו הראיה, אולם אם מת באגם, רב יהודה ס"ל דעדיין חשיב ברשות בעל החמור, ורמי בר יחזקאל ס"ל דאם אינו ברשותו ממש, הרשות הקנינית היא הקובעת, ועל בעל הפרה להביא ראיה. ואף לפירוש זה, אין בעל החמור צריך להביא ראיה אלא כשמת ברשותו ממש וכשאינו טוען ברי, הא בטוען ברי או מת באגם, על בעל הפרה להביא ראיה. ונשאר בצ"ע על הרי"ף שלא ביאר ולא חלק בין טענת ברי ומתה באגם וכנ"ל. ובמחט שנמצאת בעובי בית הכסות, כתב שעל הטבח להביא ראיה ואפילו לא נתן דמים. והקשה הרשב"א, דהרי בשמא ושמא לא מוציאים ממון

בחזקת הגוף, כדאיתא בכתובות טז,א; "וא"כ מאי דקא מקשה הכא היה נראה לכאורה שאינו אליבא דהלכתא, דאין הלכה כן אלא כפשטה דברייתא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, בין טבח בין בעל הפרה, וצל"ע". ומבואר שס"ל להלכה שבכל ענין אזלינן בתר חזקת ממון בשמא ושמא, ומי שרוצה להוציא הממון, הן בפרה והן במחט, עליו הראיה.

והריטב"א בסוגיא כתב בבאור מחלוקת רב יהודה ורמי בר יחזקאל, דרב יהודה ס"ל דעל בעל החמור להביא ראיה, ואף שמסייעת לבעל החמור חזקת הגוף, שעכשיו מת, וחזקת הממון, שהפרה ברשותו, ומסייע ליה קצת טענת כאן נמצא כאן היה, כיון שאחר משיכת הפרה זכה בעל הפרה בחמור שהוא חליפיו, מ"מ ס"ל לרב יהודה שעל בעל החמור להביא ראיה. ובסברת רב יהודה הביא הריטב"א מהתוס', דכל ספק מקח בעיקר קנינה דנין אותו למפרע כשעת מציאתו, וכפי שנמצא כעת, ודאי היה בשעת החליפין. והריטב"א הקשה על פירוש זה, דאם כן מה דימתה הגמ' לכלה בבית חמיה, דאם כשעת מציאתו דנין אותו למפרע, על האב להביא ראיה. והביא פירוש אחרים, דכל ספק בעיקר קנין מקח, מעמידים הממון בחזקת מרא קמא, והבא לזכות עליו להביא ראיה, שקנין המרא קמא ברור, וקנין הקונה ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי (עיין לעיל בדברי הרשב"א). והריטב"א הקשה על פירוש זה. והביא פירוש התוס', דמיירי ששניהם באים בטענת שמא, כגון שהיה חמור באגם בשעת קנין, או שהיה החמור בשוק או בביתו של בעל הפרה, דאין מוציאין מקח מרשות המוכר בטענת שמא דלוקח, ואף שגם המוכר טוען טענת שמא. וגם על פירוש זה הקשה הריטב"א. ולכן פירש הריטב"א, דטעמא דר"י אמר שמואל, דכל ספק שיש לנו על עיקר המקח, על בעל הממון שלגביו נולד הספק אם היה לגביו המקח, עליו הראיה. ולכן כיון שיש ספק אם החמור נקנה לבעל הפרה, אם היה חי או מת בזמן הקנין, על בעל החמור חובת הראיה שחל לגביו הקנין. והיינו דנקט בלישניה על בעל החמור להביא ראיה שהיתה חמורו קיימת, דכיון שהוא בעל החמור, עליו הראיה שהיה קיים בזמן המקח. ורמי בר יחזקאל סובר דכל שנולד ספק ברשותו, עליו להביא ראיה, וכדעת רש"י ותוס' דרמי בר יחזקאל חולק בעיקר הדין, דעל בעל הפרה להביא ראיה, כי הספק בזכותו נולד, לאחר משיכה, שזכו בחליפי הפרה, ולכן הוי רשותו, והיינו רשותו הקנינית. אך הריטב"א ס"ל דיותר נראה כדברי המפרשים דרמי בר יחזקאל לא חולק בעיקר הדין אלא בעיקר הטעם, דלרב יהודה טעמא דשמואל לפי שבעל החמור הוא בעל הממון, ועל בעל הממון להביא ראיה לברר ממונו, ורמי בר יחזקאל ס"ל דעל בעל החמור הראיה, לפי שנולד הספק ברשותו – בביתו, ומטעמא דכאן נמצא כאן היה. ואם נולד הספק ברשות בעל הפרה, כגון שהיה החמור מקודם

לכן ברשותו, שהפקיד בעל החמור חמורו בבית בעל הפרה (עיין בכס"מ הנ"ל), על בעל הפרה להביא ראיה, והלכתא כרמי בר יחזקאל.

ולאמור לעיל באנו למחלוקת ראשונים בבאור דעת רמי בר יחזקאל, דהלכתא כוותיה, דלרש"י ותוס' והרא"ש על בעל הפרה להביא ראיה אפי' הוא מוחזק, ולר"ף, הרמב"ם, בעה"מ, והרשב"א, לא נחלקו בעיקר הדין שעל בעל החמור להביא ראיה, רק ס"ל לרמי בר יחזקאל, דדוקא כשהחמור עומד ברשות בעל החמור עליו להביא ראיה, משא"כ אם עומדת באגם, על בעל הפרה להביא ראיה.

ועיין בפנ"י (כתובות ע"ב, ד"ה שם אלא) שכתב לבאר, דלפ"י רש"י ותוס' לרמי בר יחזקאל לא מהני חזקת מרא קמא לבעל הפרה ואפילו מוחזק בפרתו, דלחמור יש חזקת הגוף שרק כעת איתרע וכעת מת, ובזמן הקנין היה החמור חי, וחזקת הגוף של החמור עדיפה כיון דלא איתרע, דהא ברשות בעל הפרה נולד הספק, ומסתמא כאן נמצא כאן היה ולא ברשות בעל החמור. והרי"ף וסייעתו לא פירשו כנ"ל, דזה גופה אנו דנין אם נולד ברשות בעל הפרה אחר שמשך בעל החמור את הפרה, או שנולד הספק ברשות בעל החמור קודם שמשך. ומה שהקשה הרא"ש, דמיד בשעת משיכת הפרה, נקנה החמור לבעל הפרה בכל מקום שהוא, י"ל לשיטת הרי"ף, דודאי נקנה לבעל הפרה אם יתברר שהיה החמור חי באותה שעת החליפין, דמסתמא לא יתכוון בעל הפרה להקנות אלא בעד חליפי חמור חי. לכן פירשו הרי"ף וסייעתו, דלרמי בר יחזקאל על בעל החמור להביא ראיה, ולא נחלק על רב יהודה אלא כשנמצא מת ברשות בעל החמור דוקא, מה שאין כן בעומד באגם על בעל הפרה להביא ראיה, כיון שאינו ברשות בעל החמור. דעיקר טעמיה דרב יהודה דעל בעל החמור להביא ראיה, משום דאמרינן כשעת מציאתן כך היה בשעה קודמת בזמן החליפין, דחזקת מרא קמא מסייעת לשעת מציאתן, וכדין כל הטומאות כשעת מציאתן ובמקום מציאתן, דלא מחזקינן ריעותא ממקום למקום. אולם הפנ"י דחה הסבר זה, דדוקא כשהמקום גופא גורם, ואפי' עומדת באגם י"ל, דכמו שנמצא מת עכשיו באותו מקום, כך היה קודם משיכה באותו מקום האגם גופא. לכן פירש בטעם הרי"ף, דדוקא כשעומד החמור ברשות בעל החמור, אמרינן דודאי בעל הפרה לא התכוון להקנות לו הפרה מיד אלא אם יתקיים המקח, שיוציא החמור מרשות בעל החמור, דחושש בעל הפרה שמא לא יתן לו חמורו או יראהו חמור מת, דהרי החמור בבית בעל החמור, משא"כ כשהחמור באגם או בבית שומר, מסתמא בשעת המשיכה מיד מתכוון בעל הפרה שיהא החמור ברשותו בכל מקום שהוא, כיון שאינו מחוסר מעשה בענין החמור. ולפי פירוש הפנ"י, אין זה בדין החזקות אלא בהלכות קנינים, האם כוונת בעל הפרה להקנות פרתו מיד או רק לאחר שיראה החמור, והדבר תלוי היכן נמצא החמור. ואליבא דהרי"ף הדין הוא סברת בהלכות קנינים.

ופני יהושע שם (כתובות ע"ב, בתוד"ה כל שנולד) הקשה, איך מוציאים ממון בחזקת הגוף של החמור, שאומרים שהחמור בחזקת חי והשתא הוא דמת, והרי אין מוציאים ממון ברוב. וכתב הפנ"י דחזקה עדיפה מרוב, ובקו"א בכתובות (י"ב, ב"מ) הוכיח דחזקה עדיפה מרוב, דלר"ג אזלינן בתר חזקת הגוף בהצטרפות ברי ושמא, וברובא אפי' ברי ושמא לא מהני. אלא ע"כ מוכח דהחזקה בפני עצמה עדיפה על רוב, ואפשר אף בחזקה לחוד בלא טענת ברי מוציאינן ממון. [ובעיקר קושיית הפנ"י, עיין בשו"מ ד"ג, פד, דמה שאין הולכין בממון אחר הרוב הוא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ורוב אינה ראיה, משא"כ בנידון בעל החמור, השאלה מי צריך להביא ראיה, ועל מי חל החיוב להביא ראיה, וזה חידוש רמי בר יחזקאל, דמי שנולד הספק ברשותו, עליו להביא ראיה, וזו כוונת התורה; מי בעל דברים יגש אלי, דהיינו מי שנולד הספק ברשותו, עיי"ש].

והשב שמעתתא ב"ד כתב דבחזקה לחוד בלא טענת ברי אין מוציאינן ממון, דכיון דאפילו על פי רוב אין הולכין בממון אחר הרוב. וכתב לבאר הדין דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ומוציא אידך ממון אפילו בטענת שמא, וכמו גבי מחט, שמוציא בעל הבהמה ממון מהטבח אפי' לא שילם עדיין. דודאי כשאין ריעותא ואין מקום להסתפק, כגון טבח שלקח בהמה ונאבדה הבהמה, ותובע המוכר הדמים, וטוען הלוקח שמא היתה הבהמה טריפה ואיני חייב לך, ואף שהרוב אינן טריפות, אין הולכים בממון אחר הרוב, ודאי אינה טענה, דכיון שאין ריעותא לפנינו, אין כאן ספק שנאמר שאין הולכים בממון אחר הרוב. ורק כשיש ספק לפנינו ויש במה להסתפק, כמו שכבר נמצאת טריפה ואיננו יודעים מתי ארעה הטריפות, אמרינן דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות, וכיון דריעותא דרשות זה לא מרע לרשות אחרת, הוי ליה רשות הקודם כאלו אין בה ריעותא ואין בה ספק כלל, וכל שלא נולד ריעותא הוי ליה כנאבדה הבהמה, והספק נולד ברשות הטבח או ברשות בעל הפרה, ואין כאן ספק שמא ברשות אחרת (בעל הבהמה או בעל החמור) היה הריעותא, ולכן חייב הלוקח לשלם למוכר. עיי"ש שהביא ראיה מהרשב"א בחולין י"א.

ובבאור מחלוקת הרי"ף ודעימיה והרא"ש ודעימיה, כתב השמעתתא דהמחלוקת אם רשותו היא מקום הרשות או הבעלות, אם כיון דהריעותא נמצאה ברשות/ במקום מסוים, אמרינן שבעל המקום הרשות צריך להביא ראיה, או כיון שנמצאה תחת בעלות מסוימת, הבעלים צריכים להביא ראיה. וגם לשיטת הרי"ף והרמב"ם, בעומדת באגם, כיון שאינה ברשות מוכר, וכעת יש רק רשות שענינה בעלות, על הבעלים הנוכחי להביא ראיה, וז"ל:

"ובהאי דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ... ובוזה דעת הרי"ף (לה,ב מעמוה"ר) והרמב"ם (מכירה כ"ד) דתליא ברשויות ממש, דאם עומדת הפרה ברשות מוכר, אע"ג דכבר יצאה מרשותו במה שמכרה ללוקח בקנין חליפין, מ"מ כיון דאיתרע רשותו ממש צריך המוכר להביא ראיה, ולא אמרו בטבח דצריך להביא ראיה אלא משום דעומד ברשות לוקח והוא הטבח, אבל עומד ברשות מוכר, אע"ג דכבר נקנית היא ללוקח, כיון דרשותו איתרע, צריך להביא ראיה. ובעומדת באגם נמי צריך הטבח ראיה, כיון דקנה אותה ע"י קנין ואינה עומדת ברשות המוכר ממש, וכמבואר בשו"ע חושן משפט סי' רכד,א ועיי"ש בסמ"ע ובט"ז. ודעת הרא"ש (כתובות ז,טז) הוא, דאע"ג דהבהמה עומדת ברשות המוכר ממש, מכל מקום כיון שכבר קנה אותה הטבח באחד מדרכי הקניה, יצאתה מרשות מוכר ונכנסה לרשות לוקח כל היכא דאיתא. וכתב דהא דאמרין בנולדו מומין ברשות האב צריך להביא ראיה, ומפרש רבא משום כאן נמצאו וכאן היו, אין הטעם משום דעומדת ברשותו ממש, דמן הדין מיד כשנתארסה היא ברשות הבעל לענין מומין, אלא דבנולדו מומין ברשות האב לא הוי יציאה מרשותו לגמרי כיון דעדיין היא ברשותו לכמה דברים, אבל משכנסה או בגרה, אע"ג דעומדת ברשותו, כיון דכבר יצאתה מרשות האב על ידי קידושין ונשואין, הבעל צריך להביא ראיה. וא"כ לשיטת הרי"ף והרמב"ם טעמא דרבא בנולדו ברשות האב דצריך האב להביא ראיה, משום דנולד הספק ברשותו ממש, ולשיטת הרא"ש, משום דכל זמן שלא נכנסה לחופה עדיין היא ברשות האב לכמה דברים שזוכה בבתו, ומשום הכי צריך האב להביא ראיה."

והגרא"ז (אבן האזל מכירה כ"ד) הקשה על המבארים בשיטת הרמב"ם דרשותו הוי רשות / ביתו, דדרכו של הרמב"ם לבאר יותר, והיה צריך לבאר כיון דזהו עיקר חידוש ההלכה, דהכל תלוי ברשות ממש, דכיון שהיה החמור ברשות בעל החמור, לכן עליו להביא ראיה, משא"כ אם אינו ברשותו ממש. וכתב הגרא"ז לבאר בדרך שונה ממה שביארו הראשונים בדעת הרמב"ם; "דאף שקשה לחלוק על דברי הראשונים, אבל האמת יורה דרכו דהרמב"ם אינו סובר כפירושו של בעה"מ בדעת הרי"ף", דהרי"ף והרמב"ם סוברים כשיטת רש"י והרא"ש, דברשותו אינו בביתו, אלא דכיון שקנה הלוקח את המקח בקנין, נעשה ברשותו אפי' עומדת באגם, ורשות היינו הבעלות, שנמצא תחת רשותו כבעלים. ולכן דוקא במוכר בהמה ונמצאת טרפה, כיון שקנה הלוקח בקנין והעמדנו אותה בחזקת שלמה והספק נולד רק אחר שהחזקנו אותו כבעלים, אחר ששחטה, הספק נולד ברשות הטבח שהחזק כבר כבעלים. משא"כ בפרה וחמור, שמשך בעל החמור את הפרה, וכשנתברר אח"כ שהחמור מת, ולא ידעין אם היה חי בשעת משיכת הפרה או מת, אין לומר שהחמור ברשות הבעלות של בעל

הפרה, דמעולם לא החזקנו אותו כבעלים על החמור, דמיד בשעת הקנין נולד הספק ולא היה רגע אחד שלא היה ספק לפנינו, לכן אין לומר שהחמור ברשות בעל הפרה בהיותו הבעלים עליה, דאם החמור מת קודם החליפין, נבלה אינה חמור ולא קנה בעל הפרה, ואם היו הולכין ב"ד או עדים באותה שעה לראות, ספק שמא היו מוצאין שכבר מת, ולכן אין לומר שנולד הספק ברשות בעל הפרה. ודוקא גבי בהמה שנמצאת טרפה, אף אם ודאי היה מקח טעות, אבל עכ"פ אנחנו העמדנו אותה בשעת הקנין בחזקת שלימה ונעשית ברשות הלוקח. וכן באשה שנולדו בה מומין, דכיון שמקודם העמדנו אותה בחזקת שאין בה מומין, דהא מיירי במומין שבסתר כדתנן במתני', לכן משנכנסה לחופה כבר נעשית ברשות הבעל, משא"כ בחמור שהוא ספק משעת הקנין ועד עתה, ולא היה רגע אחד שיכלנו לומר שהוא בחזקת בעל הפרה, ולכן על בעל החמור הראיה, כיון שהחמור מת ברשות הבעלות של בעל החמור.

וע"ע בסמ"ע רכד, ג, בבאור דעת הרא"ש ודעימיה, דכיון שנולד הספק ונודע ממיתת החמור אחר המשיכה בזמן שהיה בחזקת בעל הפרה, שהוא מוגדר אחר קנין החליפין כבעל החמור, לכן עליו הראיה, ואם לא מביא ראיה; "מוקמינן אחזקת שהיה חי כמו שהיה בראשונה". והסמ"ע הקשה מדוע לא אמרינן כן גם במחליף פרה וחמור וילדה, כשאינו ידוע אם קודם המשיכה ילדה או אחר המשיכה, דהו"ל למימר ג"כ כיון דבשעת משיכת החמור הפרה היתה בחזקת בעל החמור ובחזקה שהיתה מעוברת, ונולד הספק שנודע שאינה מעוברת אח"כ, נוקמה אחזקת מעוברת כמו שהיתה קודם לכן. וחילק הסמ"ע, דדוקא במחליף פרה בחמור מסוים, ובמשיכת הפרה זכה בעל הפרה בחמור, לכן נחשב עומד ברשותו, דהחמור החי/ המת הוא עצם הקנין. משא"כ במחליף פרה בחמור ומשך החמור וילדה הפרה ומחולקים בולד, דלעולם לא התברר אם הולד בכלל הקנין, דיכול להיות שלא תלד ולד קיימא או שלא נתעברה, והקנין חל גם אם אין ולד, לכן אין להעמיד את הולד ברשות הקונה, כיון שהקנין חליפין לא מתיחס בהכרח לולד. ובנתיבות (רכד, ב בחידושים) כתב לחלק, דדוקא כשנולד הספק לגריעותא ברשות בעל הפרה, אבל נולד הספק לטיבותא, ככדין המחליף פרה בחמור וילדה, לא אמרינן סברא דכל הנולד ספק ברשותו. עוד כתב הנתיבות, דלאו דוקא כשמת, אלא הוא הדין אם נגנב או נאבד על בעל הפרה להביא ראיה.

ב. כשאין חזקת הגוף

ולפ"ז בנדו"ד לכאורה שהמום נמצא ברשות ראובן הקונה, עליו הראיה שהיה המום בשעת המכר, דהמום נמצא ברשותו ממש, ואפי' לא נתן עדיין הדמים, חייב לשלם, וכמו שפסק הרמב"ם מכירה כ"טו: "מחט הנמצא בעובי בית הכוסות ונקבה אותו נקב מפולש ... לא הגלדי פי המכה הרי הדבר ספק, ועל הטבח להביא ראיה

שקודם לקיחתו נטרפה, שהרי ברשותו נולד הספק, ואם לא הביא ראיה, ישלם הדמים למוכר כמו שביארנו. וכן פסק בשו"ע חו"מ רכד, ב. ועיי"ש במגיד ובכס"מ, דמקור דברי הרמב"ם מבאור הברייתא אליבא דשמואל, דדין הברייתא לא הוגלד פי המכה המוציא מחבירו עליו הראיה, דוקא כשנתן הטבח המעות, שאם בא להוציא מהמוכר, על הטבח להביא ראיה. אולם לאידך גיסא, אם לא נתן הטבח מעות, אין המוכר צריך להביא להביא ראיה להוציא מהטבח מעות, אלא מוציאין מהטבח בלא ראיה. דאורחא דמילתא נקטה הברייתא לשון המוציא מחבירו, שקודם נותנים המעות ואח"כ לוקחים הבהמה, וכיון דקיימא לן כרמי בר יחזקאל, ממילא קיי"ל דאפי' לא נתן הטבח דמים, כיון שברשותו נולד הספק חייב לשלם.

ודין זה הוא לכל שיטות הראשונים הנ"ל, דבנידון המחט נולד הספק הן בביתו של הטבח והן ברשותו כבעלים, ולכן אף לשיטת הר"ף והרמב"ם, כיון שנולד הספק בבית הטבח, הרי הספק נולד ברשותו ועליו הראיה. ועיי"ן בסמ"ע רכד, ט; "לסברא הראשונה הנ"ל הטעם הוא משום דכאן נמצא כאן נתהווה הנקב, ולסברא האחרונה הטעם, כיון דלא נולד הספק עד שמשכו הטבח, עליו הראיה". והיינו שלטבח יש גם את רשותו – ביתו, וגם רשות כבעלים. ולפ"ז לכאורה בנדו"ד אף אם לא היה נותן הדמים, היה על ראובן לשלם לשמעון עבור הרכב, כיון שהספק נולד ברשות ראובן.

ואם עדיין צ"ע באופן שלא נתן הדמים, אם חייב לשלם, די"ל דוקא במקום שיש חזקת הגוף אמרינן כן, משא"כ בנדו"ד שאין חזקת הגוף, לא שייך לומר דחייב להביא ראיה אף שלא שילם. במחבר חו"מ רלב, טז, פסק וז"ל: "ראובן שמכר לשמעון גבינות, ולאחר שלשה ימים פתחם ומצאם מרוקבות ריקבון (גדול), ישאלו לעושי גבינות בכמה זמן ראוי לבא ריקבון ועיפוש כזה, אם יאמרו שנעשה הריקבון בבית המוכר, נמצא שהיה מקח טעות, ואם הדבר ספק, המוציא מחבירו עליו הראיה". והיינו דאם המעות עדיין ביד לוקח והמוכר בא להוציא מידו המעות, עליו הראיה. ובסמ"ע רלב, לה הקשה מדין מחט שנמצאת, דעל הטבח להביא ראיה, ואף מוציאים מעות מידו, וכמו שפסק המחבר רכד, ב, ורלב, יא, ומאי שנא. וכתב הסמ"ע לחלק: "דשאני התם דמעמידין הבהמה על חזקתה, וסתם בהמה אינה נטרפת, וברשות הלוקח נעשה הספק ואמרינן כאן נמצא כאן נתהווה המום, משא"כ גבינות דאין להם חזקה, דרוב גבינות כשנתיישנו דרכן להתליע. ודומה לזה כתבתי לעיל סוף סימן רל (סמ"ע ס"ק יד) בשכר שהחמיץ, דאין אומרים שנעמידנו על החזקה מהאי טעמא. ודלא כמשמעות הבית יוסף, שמוכח ממ"ש בבית יוסף (סעיף יג) דס"ל דדין זה דגבינות ודבהמה הנ"ל שוין הן". ועיי"ן בסמ"ע רל, יד, לענין החמצת היין: "דשאני הכא דכל שכר עומד להחמיץ כשמשהין אותו, ואין לן בו להעמידו על חזקתו, משא"כ בהמה דאית לה חזקת בריאות". מבואר דדוקא בהמה יש לה חזקת הגוף, ולכן אמרינן שהשתא נתהווה

המום, משא"כ עצמים דוממים כמו גבינות ויין, אין להם חזקת הגוף, ואדרבא, דרכם להתישן ולהתליע. ולכאורה י"ל שהוא הדין במכונת, רק נפק"מ רק לענין להוציא הדמים מהקונה, דלהחזיק הדמים, בלא"ה אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה. [ומה שהביא הסמ"ע מדברי הב"י חו"מ רלב, יג, וז"ל הב"י: "שאלה לא"ה הרא"ש ז"ל ששאלת ראובן שמכר לשמעון גבינות ... ודין זה נלמד מדין המוכר פרה לחבירו ושחטה ונמצאת טריפה שנתבאר בסמוך". אפשר דלא לכל ענין נלמד משם. וברא"ש בתש' לא הזכיר מדין הבהמה ולא למדה משם.]

וכסברא זו של הסמ"ע, נמצא גם בקצוה"ח רכד.ב. קצוה"ח כתב בתחילה אם נגנב או נאבד המקח, ולא ידוע אם נגנב קודם הקנין או אחריו, דחובת הראיה היא על הקונה, ועל הלוקח לשלם דמים למוכר, דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה. אך כתב לדחות, דדוקא בנמצאת טריפה, שיש לבהמה חזקת הגוף, וחזקת הגוף דאליה טובא הוא דאין מחזיקין מרשות לרשות, ואמרינן ברשותא דהשתא אישתני גופא (עיי' לעיל מש"כ קצוה"ח בשב שמעתתא), משא"כ בגניבה ואבידה דלא הוי חזקת הגוף, שבגניבה ואבידה לא השתנה גופה; "אע"ג דחזקה הוי, אבל לא אליה כמו חזקת הגוף, וכיון דלוקח מוחזק, אין מוציאין מידו". והביא קצוה"ח ראה מדברי הרמב"ם (מלוה ולוה טז, ג), בראובן שהיה חייב לשמעון מנה, ואמר שמעון לראובן מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, וקבל לוי ונמצא ראובן עני, וטען לוי שהיה ראובן עני והטעהו, ושמעון אומר עשיר היה, שעל שמעון להביא ראיה, וכן פסק בשו"ע חו"מ קכו, יא. ואם נאמר דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, כיון שנמצא ברשות לוי, על לוי להביא ראיה שהיה עני והטעהו. אלא ודאי כיון שספק אם היה עני אינו תלוי בחזקת הגוף, אין הכלל שכל מי שנולד ספק ברשותו. עוד הביא ראה מהמרדכי (כתובות ר), עיי"ש, וע"כ אין לנו אלא כהאי דטבח, שיש לבהמה חזקת הגוף, משא"כ שאר חזקות לא אליה להוציא ממון. ולפ"ז בנדו"ד אם היה ראובן מוחזק בדמים, לא היה יכול שמעון להוציא מידו, דאין למכונת חזקת הגוף שנאמר כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה. אמנם בנדו"ד אינו נפק"מ, כיון שכבר פרע ראובן לשמעון, והדרינן לכלל של המוציא מחבירו עליו הראיה, וחובת הראיה על ראובן שהיה המום קיים בשעת המקח.

וכן מבואר בדברי הבית יעקב (כתובות עו, א) שהסביר את החילוק בין גבינות לבהמה, דבבהמה יש חזקת הגוף ובגבינות לא, דכשיש חזקת הגוף, אמרינן דרק כעת נולד הספק ברשות הלוקח, משא"כ בגבינות שאין חזקת הגוף, הספק נולד כבר ברשות המוכר, והיא כסברת השב שמעתתא: "והטעם ברור, דכשיש חזקה מעליא, א"כ בשעת מקח לא היה בה שום ספק כלל, כיון דאיכא חזקה שאינה טריפה, וכיון שלא נמצא הטרפות רק אחר הקנין, הרי נולד הספק ברשות הלוקח, משא"כ בגבינות דליכא חזקה,

דתיכף בשעת מקח היה ספק אם יש בה רקבון, חשוב כנולד הספק ברשות מוכר, כיון דקודם הקנין היה ג"כ בו ספק כיון דלא היה חזקה, וא"כ רמי בר יחזקאל אמר דינו דכל מי שנולד ספק ברשותו, על דבר שיש לו חזקה מעליא".

וכן נמצא בתש' עבודת הגרשוני (סי' פז), שדן לענין תבואה שנמצאה כמות קטנה יותר, אם נחסרה ברשות מוכר או לוקח עיי"ש, ודן אם אמרינן דמי שנמצא הספק ברשותו, עליו הראיה, ויכול המוכר אפי' להוציא ממון מהלוקח, כיון שנולד הספק ברשותו, ואם דמי לבהמה ונמצאת טריפה. ובסוף דבריו כתב לחלק בין בהמה לתבואה: "מ"מ לא אמרינן בנ"ד שהספק נולד ברשות הלוקח, כיון שאין אנו יודעים שהיו מאה כורים כשקבלם השליח, גם קודם לכן לא נמדדו, אע"פ שהמוכר אומר שהיו מאה כור, לאו מפיו אנו חיים כיון שלא היה לתבואה זו חזקה. ואינו דומה לבהמה שנמצא נקב בבית הכוסות ואין ידוע אם היה כך בשעה שקנאה אם לאו, דהתם אמרינן כיון שהספק נולד ברשות הלוקח, עליו להביא ראיה לפי שאמרינן כאן נמצא וכאן היה, כי מעמידים הבהמה אחזקתה המבוררת, משא"כ בנ"ד". ועיין בדברי משפט רכד, א שכתב דדעת עבודת הגרשוני כסמ"ע. ולכאורה יש לחלק, דמש"כ עבוה"ג היינו שלתבואה מעיקרא לא היתה חזקת כמות, ולא מפני שכאן זה תבואה שאין לה חזקת הגוף. וע"ע בדברי משפט שם מה שהביא מתש' שב יעקב סי' ו. וע"ע באמרי בינה (טריפות סי' י ד"ה גם בלא"ה) מש"כ בזה.

והובאו לעיל דברי הפנ"י (כתובות עו,ב ד"ה שם אלא) שכתב בהסבר שיטת רש"י ותוס', דלרמי בר יחזקאל לא מהני חזקת מרא קמא לבעל הפרה ואפילו מוחזק בפרתו, דלחמור יש חזקת הגוף שרק כעת איתרע וכעת מת, ובזמן הקנין היה החמור חי, וחזקת הגוף של החמור עדיפה כיון דלא איתרע, דהא ברשות בעל הפרה נולד הספק, ומסתמא כאן נמצא כאן היה ולא ברשות בעל החמור. ועיין לעיל מה שביאר הפנ"י איך מוציאים ממון בחזקת הגוף. ומבואר דס"ל דדוקא בחזקת הגוף מוציאים ממון לרמי בר יחזקאל. וכן יש לבאר בדברי התוס' שם (כתובות עו,ב ד"ה ותנא), וז"ל: "היינו כלה בבית חמיה, דכי היכי דמוקמינן לה בחזקת שלימה והשתא הוא דאתא מום אע"פ שמוחזק, הכא נמי אוקי החמור בחזקת שהיא קיימת והשתא היא מתה". ועיין בשטמ"ק (כתובות עו,ב סד"ה אלא כי אתא), בדברי משפט רכד, א, ובדברי חיים מכירה (סי' מא ד"ה ולפענ"ד).

ועיין בבית יעקב שם, מש"כ לחלק בין חמור שמת לבהמה שנמצאת טריפה, דבבהמה שנמצאת טריפה יש חזקת הגוף מעליא, משא"כ בחמור שמת (ולפ"ז רצה לבאר דאין מחלוקת בין רב יהודה לרמי בר יחזקאל בדין חמור, עיי"ש). ויסוד דבריו, ע"פ מש"כ הט"ז יור"ד שצז,ב. יסוד הט"ז שם, דלא אמרינן חזקת חי אלא בלא יודעים

אנו אם חי או מת, אולם כשמת לפנינו, אין לו חזקת חי, דע"כ לא אמרינן בגיטין כח,א, המביא גט והניחו זקן או חולה, נותן לה בחזקת שהוא קיים, דמוקמינן ליה בחזקת חי, דוקא כשלא ידענו שעדיין שמת, משא"כ כשודאי מת, אמרינן דכבר היה מת: "דשאני במיתה דכל חי עומד למות והוא מועד לכך בלי ספק, ע"כ שפיר אמרינן דודאי כל זמן שאינו מבורר שמת, אמרינן עדיין חי הוא, אבל כשמבורר שמת, אזלא החזקה לענין שנאמר דהשתא הוא שמת, דאדרבה אמרינן שמעיקרא היה מת כיון שעמד לכך". והביא הט"ז ראייה ממש"כ הטור חו"מ סי' סה, דלשטר אין חזקה שאינו פרוע, כיון שכל שטר עומד לפרעון, הרי שסברא זו מגרעת כח החזקה, וכן י"ל לענין חזקת חיים, דעומד למיתה, ואם כבר מת, אין לו חזקה זו. ולפ"ז רצה הבי"ע לומר דגם רבי בר יחזקאל מודה דבחמור מת אין לו חזקת הגוף, דאין לו חזקת חיים כשמת לפניך, ודוקא בבהמה וכלה יש להם חזקה זו, ובזה חלק רמי בר יחזקאל, דבכלה שחזקה הגוף מעליא, אפשר אף להוציא ממון בחזקה זו.

[וגם אין לומר דנעמיד המום בחזקת המוכר, דומיא דמקוה דנמצא חסר, שכל שהרות שנעשו על גביו למפרע בין בר"ה בין ברה"י טמאות, ובגמ' נידה ב,ב דבמקוה י"ל חסר ואתא חסר ואתא, עיי"ש ברש"י: ואיתרע לה לחזקה מקמי הכי טובא, ולא ידעינן מאימת. דברכב אף שחסר כל הזמן, מ"מ אם החסרון מחמת בלאי, אין מקום לבטל המקח, כיון שהבלאי נלקח בחשבון ברכב ישן, והטענה כאן שנעשה במהלך הנסיעה שימוש, שגרם ככל הנראה לתקלה בתיבת ההילוכים, ולכן אין לדמות נדו"ד למקוה, דלענין זה לא הוי חסר ואתא.]

ולפי האמור בנדו"ד אף דלרכב אין חזקת הגוף לשיטות הפוסקים הנ"ל, מ"מ כיון ששמעון המוכר מוחזק במעות, ודאי דבכל ענין חובת ההוכחה הינה על ראובן הקונה. ומה שהביא חו"ד מבעל המוסך, אינה ראייה מוכחת דיה, דודאי יש פחת תמידי בתיבת הילוכים, ובהחלט יתכן שבמהלך החדשים שהיה הרכב ביד ראובן, נעשה ברכב שימוש חריג וגרמו להאצת הבלאי בתיבת ההילוכים.

ג. יכול להבחין ע"י בדיקה

עוד טען שמעון שהציע לראובן לקחת את הרכב לבדיקה במכון כנהוג וכמקובל, וכיון שלא עשה כן, הרי מחל על כל טענת מומים, ובפרט שאמר לו שאם אינו לוקח לבדיקה במכון, שלא יבוא אח"כ בטענות כלפיו. ולכן אף יביא ראייה על היות המום בשעת המכירה, כבר מחל על הטענה. ויש לדון הן מצד מום שניתן להבחין לאלתר, והן אם הוי כתנאי במכירה.

הרב המגיד בהל' מכירה טו,ג, כתב וז"ל: "ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכל להבחינו לאלתר, כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר". והמל"מ שם כתב דכיון שסברת היש מי שכתב היא מטעם מחילה, א"כ כשמוחזק הקונה במעות, אמרינן שלא מחל, ומה שלא חשש להבחינו, כיון שהוא מוחזק במעות. והביא ראיה לדבר מדין טענו בחיטים והודה לו בשעורים ותפס דמי שעורים, עיי"ש. וס"ל למל"מ דמדברי הרמב"ם מוכח שדוקא אם השתמש לא יכול להחזיר, אבל בלא השתמש והבחין במום, וק"ו בלא הבחין אבל יכל להבחין, חוזר אפי' אחרי כמה שנים, וסברת הדין, דיכל להבחינו לאלתר הרי הוא כזמן שיראנו לתגר, וס"ל לרמב"ם דזמן זה לא שייך במום. ועיין עוד בנתיבות רלב,א מה שכתב בדברי המל"מ, ובמשפט שלום רלב,ג ד"ה והנה בנתיבות, מש"כ בישוב הדברים.

והאור שמח מכירה טו,ג, כתב לחלוק על המל"מ. [בתחילת דבריו כתב דאין ראיה מסוגיא דבכורות יג,ב בדין הלוקח גרוטאות מן העכו"ם ומצא בהם ע"ז, דאם משך ולא נתן מעות – יחזיר, ואם משך אחרי שנתן מעות, יוליך הנאה לים המלח, ועיין באור שמח דאין מזה ראיה ליש מי שכתב ואין ראיה לסתור, עיי"ש. וע"ע בשער המשפט רלב,א מש"כ בבאור ראיה זן]. אולם בעצם דברי היש מי שכתב, כתב באו"ש לבאר, דדוקא אם בשעה שמשך יכל לבדוק ולא בדק, בזה אמרינן דמחל. אבל אם היה החפץ ברשותו ויכל לבדוק, בזה לא אמרינן דמחל, דאין אדם מתפייס במומין. וז"ל:

"ודע דעד כאן לא אמר הרב המגיד דוקא כשעושה מעשה הקנין אז היה יכול לבדוק, ומדלא בדק אמרינן דניתא ליה בהא, או שהוסיף מעשה הקנין, כגון שקנה מידי דנקנה בכסף וכשמשכו אח"כ, ובשעת משיכה היה יכול לבדוק, אז אמרינן דגלי אדעתיה דניחא ליה, אבל אם החפץ ברשותו וראה המום ושתק לא אמרינן דמסתמא ניחא ליה, דאין אדם מתפייס במומין (כתובות עה,ב), ולכן כתב רבינו אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום, ולא כתב דאם ראה ושתק תו אינו יכול לחזור, ואינו מוכרח מדברי רבינו דחולק על יש מי שכתב, וכן מדברי הרי"ף (ב"מ ל' ע"ב בדפי הרי"ף) שכתב דדין כדי שיראה לתגר או לקרובו לא נאמר רק באונאה, אבל לא במום, דשם ג"כ אם לא עשה מעשה קניה לאחר שראה המום. ודלא כהמשל"מ."

וזו סברא שצריך לבארה, דדוקא אם בשעת משיכה יכל לבדוק, אמרינן דמדלא בדק מחל, אבל בעושה קנין סודר והחפץ ברשות המוכר ואינו יכול לבדוק, אין אדם מתפייס במומין. ולכאורה בנדו"ד ודאי יכל לבדוק, ואף בדק ע"י מכונאי, אולם לא בדק כנהוג במכון, שיכול להבחין גם במומים נסתרים.

ובמהרשד"ם חח"מ סי' שפה דן באחד שקנה ניר, ורצה שהמוכר יראה לו דוגמא, ושלחו לראות דוגמא אצל אחר, ואחר שגמרו המקח והוליך הניר למקום רחוק, התברר שנתן לו סוג אחר של ניר. וכתב מהרשד"ם דדמי ליפות ונמצאו רעות, שחוזר במקח לעולם:

"מה תאמר למה לא חוזר הנייר בכ"כ זמן שעבר, וכיון שלא חש לראותו ולהחזירו י"ל שמחל, וכסברת יש שכתבו שהביא המ"מ מכירה ט"ג ... ויאמר האומר דה"נ בנ"ד כיון שעבר כ"כ זמן שהיה יכול לראותו ולא חש מסתמא מחל, אי משום הא לא ארייא, חדא שזו סברת יחיד, כיון שלא מצינו חלוק זה בפוסקים המובהקים, וא"כ לא שייך לומר כאן קי"ל כו', כי ודאי סברא זו סברא בטלה לגבי האי דינא. ועוד, דאפ"ת דבכה"ג נמי מצינו למימר קי"ל כו', מ"מ כבר כתבו המוכר מוכר לו סתם, ונראה דדוקא כשמכר לו סתם אמרינן דכיון שהיה יכול להבחינו ולנסותו ולא עשה כן ודאי מחל, אבל בנ"ד שלא מכר לו סתם, אדרבא אנו רואים שהלוקח הקפיד ובקש דוגמא ..."

מבואר דס"ל למהרשד"ם דסברת יש מי שכתב היא סברת יחיד והיא בטלה. ואם הקפיד הקונה לסוג מסוים, אף שעבר זמן רב, אין המוכר יכול לומר קים לי, דגם ליש מי שכתב דוקא בלא הקפיד הקונה ומכרו לו סתם ונמצא מום, אבל כשהקפיד, אפילו קודם גמר המקח בזמן המקח לא הזכיר דבר, חשיב הקפדה, וגם ליש מי שכתב חוזר לעולם. ולפ"ז בנדו"ד לא שייכת סברת מהרשד"ם, ואף למהרשד"ם כיון שלא מדובר בסוג אחר אלא בתקלות מצויות ולא הקפיד לבדוק, חשיב כמחילה אף למהרשד"ם.

ומאיך גיסא, מצאנו בדברי הרדב"ז (ח"ד סי' קלט) שכתב על דברי היש מי שכתב שהביא המגיד, שהיא סברא ברורה ללא חולק, שהם דברים של טעם, ואף אם ימצא חולק, לא מפקינן ממון על פיו, וז"ל: "ואפי' יש בצמר מום כיון שהוא מום שאפשר לעמוד עליו והוא לא הקפיד, אמרינן ודאי מחל. וכן כתב בעל מגיד משנה וז"ל ויש מי שכתב ואומר אני כי אין בזה חולק, שהם דברים של טעם, ואפילו אם ימצא חולק, לא מפקינן ממון אפומיה". וכן מבואר בדברי הרדב"ז כמה תשובות קודם לכן (סי' קלו). וגם מדברי הסמ"ע רלב"י שהביא את דברי המגיד בלא חולק, משמע שסובר כמגיד.

גם מהרש"ם במשפט שלום (רלב"ג ד"ה שלא ידע) נראה דפוסק כמגיד, דאם ידע מהמום בשעת הקנין, או יכל להבחין, שהוא כידע מהמום, לא בעינן שימוש כלל, וזה דלא כמל"מ, וכן הביא בסוף דבריו את דברי הרדב"ז הנ"ל, ונראה דכך סובר להלכה. ובמשפט שלום נקט שאם יש טרחא בבדיקה, גם למגיד לא מחל. וזה נפק"מ

לנדרו"ד דודאי יש טרחא בבדיקה של מכון וכד'. ולכן דחה את ראית מהרשד"ם מגבינות רקובות שיכול לחזור, שהרי יכל לבדוק, וכתב ע"ז במשפט שלום דכיון שהיו סגורות והיו טרחא לבדוק, גם ליש מי שכתב לא חשיב מחילה. וכאמור בנדרו"ד דהוי טרחא בבדיקה, לא אמרינן שמחל.

ובענין הראיה השניה שהביא מהרשד"ם, מב"מ מב, במוכר שור ולא היו לו טוחנות, דמהגמ' מבואר דהוי מקח טעות, דלקחו הדמים חזרה מהמוכר. וע"ז כתב במשפט שלום, דכל טעם היש מי שכתב, דכיון דלא בדק, מוכח דלא הקפיד ומחל. וא"כ זה דוקא בדבר שעלה על דעתו, משא"כ בשור שאין לו טוחנות, לא העלה זאת בדעתו, וממילא לא עלה בדעתו לבדוק, וע"כ אין באי הבדיקה משום מחילה. משא"כ בדבר שמעלה בדעתו. ועיין בכנסת הגדולה (חור"מ רלב, הגב"י יא) דמה שכתב דאם יכול לבדוק ולא בדק אינו חוזר במום, היינו דוקא בדבר התלוי בנסיון או טעימה, אבל לא בבחינה התלויה בראיה, דמאן לימא לן שלא הקפיד לראותו ולא בדק יפה, עי"ש. ולפ"ז בנדרו"ד שהקפיד לבדוק, אלא שלא הביא למכון בדיקה, י"ל שלא מחל. מה עוד שאפשר שאף במכון בדיקה, לא היו מגלים מום זה (ובכה"ג יש לדון לפי הכלל של המוציא עליו הראיה, וכמש"כ לעיל בלא ידוע מתי נולד המום).

ועיין בשבות יעקב ח"ג סי' קסט שכתב דאין מחלוקת בדבר, ודברי היש מי שכתב מוסכמים הם על הכל, דדברי היש מי שכתב הם באופן שיכל להבחין קודם גמר המקח, ומדלא בדק ובחן, מחל על המום. אבל אם לא יכל להבחין קודם גמר המקח אלא לאחריו, בזה לא אמרינן דמחל אא"כ השתמש. ועיין מש"כ האור שמח, הובאו דבריו לעיל. וכן מבואר בדברי תרומת הכרי רלב, ג, וז"ל:

"ולי נראה דהיש מי שכתב שהביאו המגיד לא כתב כן אלא בדבר שיכול להבחינו לאלתר, דלא עביד איניש דזבין זיבוניה ולמחר ליקום עלה בדיני ודיינא, הלכך מדלא בחנו לאלתר סבר וקיבל. אבל אם אח"כ ראה המום, כל שלא משתמש בו, שפיר יכול לחזור, והוא חילוק נכון לדעתי, שאילו ראה המום בשעת המקח, ודאי אינו חוזר, שהרי נתרצה כל שלא בחנו בשעת המקח במה שיכל לבחון, הוה כאילו ראה אז."

ולפי סברת השבו"י י"ל דבנדרו"ד יכל להבחין קודם גמר המקח. אולם להלכה אם עדיין לא שילם ראובן הקונה לשמעון, מצד זה לבדו לא יוכל להוציא ממנו מעות מטענת מחילה, ש"ל קים לי כפוסקים שאם מחזיק המעות אין כאן מחילה, וכן סברת הפוסקים דהיכא שבדק והראה שאינו מוחל, רק לא רצה לטרוח ולהביאו למכון בדיקה, גם למגיד אין כאן מחילה. ולכן סברא זו אין בה כדי להוציא ממון מיד ראובן הקונה, אילו היה מוחזק במעותיו.

ד. תנאי שלא יטען טענת מום

טענה נוספת שהעלה שמעון המוכר, דאמר לו במפורש שאם לא לוקח למכון בדיקה, שלא יבוא אליו בטענת מום. הרמב"ם בהל' מכירה טו,ו, פסק וז"ל: "כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום, ואם פירש המוכר ואמר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו ומחול הלוקח, או עד שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמחול צריך לידע הדבר שימחול לו בו ויפרש אותו, כמו המפרש בהונייה". וכן פסק בשו"ע חו"מ רלב,ז. וברב המגיד כתב שהרמב"ם למד דין זה מדין האונאה. ודין האונאה מבואר ברמב"ם הל' מכירה יג,ג: "האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי הונייה, יש לו עליו הונייה, במה דברים אמורים בסתם שאין יודע כמה הונייה יש בו כדי שימחול, ואין צריך לומר אם אמר לו על מנת שאין בו הונייה שהרי יש בו, אבל במפרש, אין לו הונייה, שכל תנאי שבממון קיים". ומקור דברי הרמב"ם מהגמ' ב"מ נא,א-ב: איתמר, האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה, רב אמר יש לו עליו אונאה, ושמואל אמר אין לו עליו אונאה. לימא רב דאמר כרבי מאיר ושמואל דאמר כרבי יהודה, דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו בטל דברי רבי מאיר, רבי יהודה אומר בדבר שבממון תנאו קיים. אמר לך רב, אנא דאמרי אפילו לרבי יהודה עד כאן לא קאמר רבי יהודה התם אלא דידעה וקא מחלה, אבל הכא מי ידע דמחיל (דאיכא אונאה, הוא סבור דאין בו אונאה – רש"י). ושמואל אמר, אנא דאמרי אפילו לרבי מאיר, עד כאן לא קאמר רבי מאיר התם אלא דודאי קא עקר, אבל הכא מי יימר דקא עקר מידי (בשעת התנאי עוקר דברי תורה, שהטילה עליו שאר כסות ועונה, וזה עוקר החובה מעליו, ואפילו הוא נותן לאחר זמן, מתנה בעלמא הוא. אבל הכא מי יימר דעקר - שמא לא יהא בו אונאה) ... מיתבי, הנושא והנותן באמנה והאומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה, אין לו עליו אונאה. לרב דאמר אנא דאמרי אפילו לרבי יהודה, הא מני. אמר אביי, מחוורתא רב אמר כרבי מאיר, ושמואל דאמר כרבי יהודה. רבא אמר לא קשיא, כאן בסתם (על מנת שאין לך עלי אונאה, דלא ידע דניחול) כאן במפרש (שפירש לו יודע אני שיש אונאה, ואני מוכרו לך על מנת שאין לך עלי אונאה, דבהא אמר רבי יהודה דמתנה ותנאו קיים, דדמי לשאר וכסות), דתניא, במה דברים אמורים בסתם, אבל במפרש מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים, יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה, על מנת שאין לך עלי אונאה, אין לו עליו אונאה. וכן לוקח שאמר למוכר חפץ זה שאני לוקח ממך במנה, יודע אני בו ששוה מאתים, על מנת שאין לך עלי אונאה, אין לו עליו אונאה. ומבואר בגמ' ובראשונים דדוקא במפרש, אין לו עליו אונאה, אבל בסתם יש לו אונאה.

ומדברי רש"י נראה שאין צריך לפרש שעור האונאה, ממש"כ רש"י: "שפירש לו יודע אני שיש אונאה, ואני מוכרו לך על מנת שאין לך עלי אונאה...", והיינו שיודע שיש אונאה, אך אין צריך לפרש שעור האונאה, וזה דלא כדברי הרמב"ם בהל' מכירה יג,ג (הנ"ל), שצריך לפרש שעור האונאה. דלכאורה מלש' הבריייתא שהביא הגמ': חפץ זה שאני מוכר לך במאתים, יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה, משמע כרמב"ם שצריך לפרש סכום האונאה. וכן הביא המגיד (מכירה יג,ג): "ותפש המחבר לשון הבריייתא האמורה שם, ואע"פ שאומרין קצת המפרשים שאינה בדוקא, וזה עיקר". הרי שנקט כדעת הרמב"ם שלא מספיק לפרש שיש אונאה אלא צריך לומר סכום האונאה. ולא התבאר במגיד טעם הרמב"ם, אלא שכך פירש ולמד מהסוגיא.

ובטור חו"מ רלב,ז, הביא דברי הרמב"ם (מכירה טו,ו) לענין מום, דאף אם פירש המוכר ואמר ע"מ שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר, עד שיפרש המום בממכרו וימחול הלוקח. וכתב ע"ז הטור, דדברי רמב"ם אלו מקושרים למה שפסק שאין אדם מקנה לחבירו דבר שאין לו קצבה; "ואני כתבתי למעלה שלדעת א"א הרא"ש ז"ל יכול להקנותו, והוא הדין שיכול למחול". וכן פירש דברי הרמב"ם בתש' מקור ברוך (לרבי ברוך קלעי, סי' מג). הרי שטעם הרמב"ם אינו רק בפירוש הסוגיא אלא מההלכה האחרת שאדם לא יכול להקנות ולמחול דבר שאין לו קצבה. וממילא לחולקים על הרמב"ם, וכמו שפסק גם במחבר בשו"ע חו"מ ס,ב, יכול להתנות אף בלא לפרש. אלא שא"כ יסתרו דברי המחבר בשו"ע אהדדי, דבשו"ע חו"מ ס,ב, פסק דלא כרמב"ם, ובשו"ע חו"מ רכז,כא ורלב,ז, שפסק כרמב"ם דדוקא במפרש. ועיין בב"י חו"מ סי' רלב, שאין טעם הרמב"ם כמו שכתב הטור מטעם דבר שאינו קצוב, אלא דימה לאונאה. ועיין בב"י חו"מ סי' רכז. ונראה שהב"י פירש כמגיד, שכן עלה מהסוגיא, וכך פירש את פשטות דברי הגמ' כאן במפרש.

ובטעם דברי הרמב"ם אליבא דהמגיד והב"י, נראה ע"פ מש"כ הרמב"ן בתש' (סו"ס סד), וז"ל: "ולענין אונאה שחלקו בין בסתם בין במפרש, ההיא טעמא דרבא הוא, משום דבסתם ליכא מחילה, דהא כשאר מקח וממכר הוא. דכל מקח וממכר נמי כל אחד יודע שחברו מעלה בדילו ממכרו כמו שיכול לעלות, ורחמנא אמר לא תהוי מחילה בכדי שיראה לתגר או לקרובו. הא לענין מתנה ולענין שעבוד, כיון דמחית נפשיה להאי ספיקא, גמר ומשעבד הוא". מבואר מהרמב"ן שהוא גזירת הכתוב באונאה, שאף שאדם יודע שכ"א מעלה מחיר וכו', אמרה התורה שלא תהיה מחילה עד שיראה לתגר. הרי שכל דין אונאה יש בו ידיעה על האונאה, ובכל זאת גזרה התורה, ולכן צריך דוקא באונאה לפרש האונאה או המום, כי ידיעה לבד אינה מחילה באונאה, שכן גזרה התורה. ועיין בשער המלך (מכירה יא,טז) דמוכח שהרמב"ן פירש כאן בסתם כאן במפרש, כדעת הרמב"ם, רק כתב שאין להביא ראייה מדבריו באונאה,

לענין מקח וממכר ומתנה, דבאונאה הוי גזירת הכתוב שצריך ידיעה מפורשת ולא ידיעה כללית.

גם בסמ"ע רכז,לט (ובפרישה רכז,כו, ובדרישה רלב,ז), דאף לפוסקים דאדם יכול להקנות ולמחול דבר שאינו קצוב, מ"מ מודה במחילה כזו באונאה שצריך שיפרש סכום האונאה, שאל"כ יכול לומר לא ידעתי שיש בו אונאה כל כך שאמחל. ולכאורה מה הסברא דוקא באונאה שיכול לומר כן, ובמכירה אינו יכול לטעון לא ידעתי עד כמה אני חייב. ולמש"כ הרמב"ן אתי שפיר, דהוא גזירת הכתוב של התורה באונאה. אבל בסמ"ע משמע שהוא מהסברא, ולכאורה סברא זו שייכת גם בכל ענין של הקנאת והתחייבות דבר שאינו קצוב. ונראה דבזה יכול לטעון הלוקח, שכל מה שהסכים לדברי המוכר, מפני שסבר שדבריו אינם אלא להשבחת המקח. וכן כתב הסמ"ע רלב,טו - טז, לענין מה שצריך לפרש המום, דיכול לומר שסבר שאין בו מום, ולהשביח דעתי אמרת לי כן. ודבר זה שייך באונאה ובמום, שיכול לטעון שאמר כן כדי להשביח המקח. וכן תירץ שם בס"ק טז את דברי הרמב"ם, ואת הסתירה לכאורה בדברי המחבר (להסבר הטור שכתב בסברת הרמב"ם מפני שאינו דבר קצוב, עיין לעיל): "לכן נ"ל, דמאי דפסק המחבר כאן כהרמב"ם, לא מטעם שהוא דבר שאינו קצוב לחוד, אלא משום דנילף מקל וחומר דאונאה וכמ"ש המגיד משנה הנ"ל, ובאונאה הטעם דיכול לומר סברתי שאין בו אונאה ולהשביח דעתי אומר כן. ואף אם תאמר שמחולקין הרמב"ם והטור גם באונאה ... שי"ל דהטור ס"ל דלאו דוקא קאמר שם דצריך שיפרש המום בהדיא, אלא במקבל עליו ואומר ידעתי שיש בו מום ואעפ"כ איני חוזר עליך סגי. מ"מ מסתבר להמחבר כיון דמקילינן במום שיחזור בו לעולם, מקילינן נמי בהא שחוזר בו עד שיפרש לו המום". הרי דבאונאה הטעם שאומר כן כדי להשביח המקח, ולומדים מום מאונאה, ואף באונאה יכול לטעון כן.

ומדברי הרמ"ה שהביא הנימוק"י (ב"מ מט,ב מעמוה"ר) מבואר כדעת הרמב"ם, וכפירוש המגיד ודעימיה. הנימוק"י שם הביא דעת הרמ"ה דבמקח וממכר, אף שקיבל עליו הלוקח כל מומים שיש בה, מ"מ כל עוד לא פירש המום המסוים, הוי מקח טעות, וז"ל הנמוק"י: "כתב הרמ"ה ז"ל, מסתברא דה"מ לענין קדושין, אבל גבי מקח וממכר, אע"ג דקביל עליויה כל מומים שבמקח, מסתמא אי אשכח ביה מומא, מקח טעות הוי, מידי דהוה אאונאה, דאע"ג דא"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה, לא גמיר וקביל. ועוד, דיכול למימר מומא כי האי גוונא לא אסיקי אדעתאי. והכי דיקא נמי סוגיא דשמעתין דבפ' השוכר את האומנים (פ,א) דמיירי בהו גבי מומין, משמע דלא נפיק מידי מקח טעות עד דמפרש ליה מומי דאית ביה כדברירנא התם. וכי תימא ומאי שנא מקדושין, שאני קדושין דלא עביד איניש דמקדש עד דבדיק, דכל היכא דקפיד טפי, בדיק טפי, והאי כיון דבחזקה הוא דבדיק וקביל עליה כל מומי, סבר

וקביל, אבל מקח וממכר עביד איניש דמיקרי וזבין לאלתר מקמי דבדיק". מבואר בסברת הרמ"ה, דעד שלא מפרש המום, י"ל שהתכוין למום אחר (עיין להלן בדעת הב"ח), ומום זה לא העלה בדעתו. ובמחנ"א (אונאה יד) למד מדברי הרמ"ה דס"ל כרמב"ם שצריך לפרש שעור האונאה או המום עצמו.

ובאור דעת הטור הסובר דכל האמור הוא לשיטת הרמב"ם שאין יכול למחול דבר שאינו קצוב, ולא דמי לאונאה, הסביר בב"ח (חו"מ רלב, ז) דאין מחילת מום דומה למחילת אונאה, דבאונאה מן הסתם אין אדם מוחל במחיר החפץ, למכור שוה שש בחמש או לקנות שוה שש בשבע, ואם לא ידע שיש שם אונאה וידע כמה אונאה, לא אמרינן דמחל, דבסתם אינו מוחל. משא"כ באונאה, יש בני אדם שמקפידים במומים יותר, ויש שמקפידים פחות, יש המקפידים בכל מום, יש שאין מקפידים כלל, ויש המקפידים על מקצת, ולכן י"ל שאף אם אינו מפרש המום להדיא, מן הסתם מחל, והוא בכלל אלו שאין מקפידים כלל. ולכן אין ללמוד דין מחילת מום מדין מחילת אונאה. והטעם במום שצריך לפרש, מפני שס"ל לרמב"ם דכמו שאין יכול להקנות דבר שאין לו קצבה, דאין הקנין חל עליו, כך אינו יכול למחול דבר שאין לו קצבה, ואף אם רצונו שלא להקפיד על המום שיש לו בממכרו, מדינא לא יכול למחול. וסובר הטור דלהרא"ש שיכול להקנות דבר שאינו קצוב, הוא הדין שיכול למחול, ולכן לדעת הטור, לחולקים על הרמב"ם, במום אינו צריך לפרש, משא"כ באונאה.

ועיין בתש' גליא מסכתא (סי' ב אות ד) שכתב לפרש בדעת הרמב"ם (מכירה יג, ג), דהאומר ע"מ שאין לך אונאה סתם, לא מחל לו רק שעור האונאה של שתות, אבל שעור בטול מקח לא מחל עד שיפרש. ועיי"ש באות ה ובאות ו, הדין באומר ע"מ שאין לך עלי בטול מקח, אם מהני, או אמרינן דכוונתו רק עד על בטול מקח של מעט יותר משתות. ולכאורה יש לפרש לפ"ז את דברי הטור, במה שפירש דברי הרמב"ם (מכירה טו, ו) דבמום בעינן לפרש המום, דאל"כ הו"ל מוחל דבר שאינו קצוב, דדין הפירוש באונאה לא שייך במום, דבאונאה צריך לפרש, שאל"כ י"ל דמחל רק על אונאת שתות, וזה לא שייך בתנאי ע"מ שאין לך עלי מום. ולכן י"ל כפירוש הטור, דמה שפסק הרמב"ם שצריך לפרש, הוא מפני שמחילה לא מהני בדבר שאינו קצוב, ולכן לחולקים על הרמב"ם בדבר שאינו קצוב, יסברו דמהני תנאי ע"מ שאין לך עלי טענת מום. (ועיין בתש' ושב הכהן סי' מה, דלרמב"ם הן באונאה והן במום הטעם הוא דלא יכול למחול דבר שאינו קצוב, אולם דעת הרא"ש והטור אינו כן, אלא באונאה בסתם לא מחיל, והוא הטעם במום, אולם אינו מטעם דבר שאינו קצוב, דלטעם הרמב"ם, לחולקים עליו בדבר שאינו קצוב, מהני אף בסתם, אלא הטעם לרא"ש והטור, דבמום כמו באונאה בסתם לא מחיל, ולא שייך לדין דבר שאינו קצוב

ולמחלוקת הראשונים אם מהני מחילה באינו קצוב. ועיין עוד במש"כ הגרב"ב, ברכת שמואל ב"מ מב – מה).

ובמחנה אפרים (אונאה יד) הקשה מדוע צריך לפרש שעור אונאה, מאי שנא מלוקח מבעל הבית דקיי"ל דאין בו אונאה, אף שלא ידע כמה שיעור האונאה, מ"מ כיון דסתמא הוי כאלו אמר לו שיש בו אונאה, הוי מחילה. (ועיין מהרי"ט חחו"מ סי' יט, ד"ה ואיכא למידק). וכתב לישב, דכל היכא דלא פירש לו שיעור האונאה, לא גמר בדעתו למחול ובדעתו הוא לתבוע אונאתו, משא"כ בלוקח מבעל הבית דליכא למימר דלא מחל ודעתו הוא לתבוע אונאתו, שהרי אמרו הלוקח מבעל הבית אין לו אונאה, וכיון שלא יכול לתבוע האונאה, גמר ומחל, וכן הדין בנושא ונותן באמונה. ובנתיבות רכז, יט כתב לישב, דבעל מנת שאין לך עלי אונאה, דנחת אדעת שיווי המקח רק שהתנה בעל מנת, כיון דלא ידע ומחיל הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה, עיין מה שהביא מהנימוק"י. ופירש דכיון דהתנאי בטל, ממילא המאנה עבר על לאו דלא תונו וחייב בהשבה, דהא הלאו ניתק לעשה דהשבה. ולכן בבעה"ב שאין בו שום איסור אונאה, כיון דלא נחית אדעתא דשיווי כלל, וכן בנושא ונותן באמונה, דהמוכר אינו יודע שווי כלל, אין בו איסור ואין בו דין השבה, עיי"ש. ועיין עוד בחידושי האור שמח (ב"מ נא, א) שכתב לישב קושית המחנ"א, שבבעה"ב המוכר כלי תשמישו, כיון דכו"ע ידעי דדרך הבעה"ב דמאני תשמישתיה יקריין עליו, ואלולי שירבו בדמיהן לא יהיב להו, והוה כמו סודרא לרב כהנא (קידושין ח, א), דלדידיה שווה ליה, דהחפץ שלו שוה לו כמחיר היקר, ואין זה לגביה אונאה כלל. אך מי שהוא מוכרח לשלם בעדו כרצונו, ע"ז אמרינן דהקונה אותו מוכן לשלם בעדו כפי מה שהוא שוה לבעה"ב. ואף אם ידע ששוה פחות, יכול בעה"ב למכור ביותר ואין עליו איסור דלא תונו, משא"כ בע"מ שאין לך אונאה.

ובלח"מ מכירה יג, הקשה סתירה בדברי הרמב"ם, דהנה במכות ג, ב, אמר שמואל, דהאומר לחבירו ע"מ שלא תשמטני שביעית, שביעית משמטת. והקשתה הגמ' מהאומר ע"מ שאין לך אונאה, דס"ל לשמואל דאין עליו אונאה ותנאו קיים. ותירצה הגמ' אליבא דשמואל: הא איתמר עלה, אמר רב ענן, לדידי מפרשא ליה מיניה דשמואל, על מנת שאין לך עלי אונאה, אין לו עליו אונאה, על מנת שאין בו אונאה, הרי יש בו אונאה, ה"נ על מנת שלא תשמטני בשביעית, אין שביעית משמטתו, ע"מ שלא תשמטני שביעית, שביעית משמטתו. והרמב"ם בהל' מכירה פסק כרב דתנאו בטל ויש לו עליו אונאה, ובשביעית באומר ע"מ שלא תשמטני שביעית, פסק כשמואל דתנאו קיים, ונשאר בצ"ע. ובסמ"ע רכז, לז כתב לחלק בין שביעית לאונאה, דבשביעית יודע שנפטר בשביעית מחוב זה, ומוחל החוב ומחייב עצמו, משא"כ באונאה שאינו

יודע שיש בו אונאה למחול. וע"ע בתומים סז,י, קצוה"ח רכז,ח סז,ג, ובנתיבות רכז,יג, מש"כ בזה.

ומ"מ בנדו"ד אם מהני תנאי באופן שאינו מפרש המום, באנו למחלוקת הראשונים, וצ"ע אם יוכל המוחזק לטעון טענת קים לי נגד דעת המחבר בשו"ע, שפסק דלא מהני תנאי אא"כ יפרש המום. [וגם אין לדון בזה מדין בעה"ב המוכר כליו, דדבר זה לא שייך לענין טענת מום, דלענין 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 ומחירו ביחס לחדש, שבדרגות אלו נהגו בני המדינה ליחס מום בהתאם. [ומ"מ בנדו"ד שלא הוכח שהיה המום קיים בשעת המקח, והמוכר מוחזק במעות, אין לבטל את המקח.

לאור האמור, אין לבטל מכירת הרכב.

סימן כג

תפיסת מקום חניה

ראשי פרקים

א. הבטחה בהפקר

ב. עניי המהפך בחררה

ג. ארבע אמות

נשאלתי, בראובן שנסע עם רכבו וחיפש מקום חניה מסודר, וראה מקום חניה פנוי, ומיד החנה. רכב שני שנסע לפניו טען כי הוא התכוין לחנות במקום, רק התקדם מעט כדי להכנס בהילוך אחורי. ראובן פינה את מקום החניה לטובת הרכב השני, אך רצה לברר, אם ע"פ דין יש לשני זכות לפניו.

א. הבטחה בהפקר

מקום חניה מסודר ברשות הרבים, בהיותו פנוי, זכות החניה דינה כהפקר, שכל הקודם זכה. והשאלה אם העובדה שהשני עדיין לא החנה את רכבו במקום, ורק התכוין לחנות, אם יש לו בזה זכות קודמת ע"פ דין, הגם שע"פ המוסר והמידות הטובות, ראוי ונכון בכל ענין לוותר ולא לעורר מדנים וויכוחים, ולפחות לנהוג לפני משורת הדין.

הגמ' בב"מ קיח,א, מעמידה מחלוקת תנאים בשאלה אם הבטחה קונה בהפקר: אמר רבה, הבטחה בהפקר תנאי היא, דתנן, שומרי ספיחי שביעית (של שעורין לצורך מנחת העומר, או של חטין לצורך שתי הלחם – רש"י), נוטלין שכון מתרומת הלשכה. רבי יוסי אומר, הרוצה מתנדב הוא ושומר חנם. אמרו לו, אתה אומר כן, אין באין משל צבור (אם נשמע לך, לא יביאו עומר ושתי הלחם משל צבור אלא משל יחיד, זה שקנה מן ההפקר בשמירתו, דסבירא להו הבטחה קניא בהפקר, הואיל ודבר טורח הוא, ודעתו לכך על ידו נשמר). מאי לאו בהא קמיפלגי, דתנא קמא סבר הבטחה בהפקר קני, ואי יהיבי ליה אגרא – אין, ואי לא – לא, ורבי יוסי סבר, הבטחה בהפקר לא קני, וכי אזלי צבור ומייתי, השתא הוא דקא זכי ביה. ומה אתה אומר, הכי קאמרי ליה, מדבריך לדברינו (מדבריך שאתה אומר לשמרו בחנם. לדברינו – שאנו אומרים הבטחה בהפקר קני) אין עומר ושתי לחם באין משל צבור. אמר רבא, לא – דכולי עלמא הבטחה בהפקר קני, והכא חיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה

קמיפלגי ... איכא דאמרי, רבא אמר, דכולי עלמא הבטה בהפקר לא קני, והכא בחיישינן לבעלי זרועות קמיפלגי ... והרמב"ם בהל' נדרים ב,יט פסק דהבטה בהפקר לא קני: "דבר המופקר שבא אחד ושמרו, והיה מביט בו שלא יטלנו אדם, לא קנהו בהבטה אלא עד שיגביהו אם היה מטלטלין, או יחזיק בקרקע כדרך שקונין הלקוחות". וברב המגיד הראה מקורו לגמ' הנ"ל, ופסק הרמב"ם כלישנא בתרא דרבא. וכן כתב בכס"מ שם. וכן מבואר ברמב"ם (שקלים ד,ו), שפסקו כת"ק וכאיכא דאמרי דרבא, שהחשש לבעלי זרועות: "מי שהתנדב לשמור בחנם, אין שומעין לו משום בעלי זרוע שמא יבואו ויטלו מהן, לפיכך תיקנו להם חכמים שיטלו שכר מן הלשכה כדי שיפרשו הכל מאותו המקום שאלו שומרים שם". ומבואר שפסק כת"ק וכאיכא דאמרי דרבא, והיינו דלכ"ע הבטה לא קני.

והפירוש הפשוט הוא דמיירי בהבטה, שמביט על הדבר. והב"ח רעג,ט, דייק מדברי רש"י בסוגיא בב"מ קיח,א: איתיביה רבא לרב נחמן, מציאת פועל לעצמו, אימתי בזמן שאמר לו בעל הבית נכש עמי היום או עדור עמי היום, אבל אם אמר לו עשה עמי מלאכה היום, מציאתו לבעל הבית. אלא אמר רב נחמן, לא קשיא, כאן בהגבהה כאן בהבטה. ופרש"י דהמשנה כששכרו ללקט תבן וקש בהגבהה דפועל, ועל כרחו שכרו עליו; "וברייתא כששכרו למלאכת הבטה, כגון לשמור או להשליך מעליה לארץ, דליכא הגבהה, דאמר ליה אכתי לא זכאי ביה אנא, זיל את זכי בה". וממש"כ רש"י להשליך מעליה לארץ, י"ל דרש"י גורס חבטה ולא הבטה. ומש"כ הב"ח דכן היא גירסת הרא"ש, ברא"ש שלפנינו ב"מ י,ו מבואר שגורס הבטה ולא חבטה: "הא דתניא שומעין לו, מוקי לה בגמ' בדהפקר ובהבטה, ששכרו לשמור הפקר, דהבטה בהפקר לא קני.

והביא הב"ח מתוס' ביצה כה,א, על הא דאיתא שם בגמ': כמה דברים אמורים ביוני שובך ויוני עליה וצפרים שקננו בטפיחין ובבירה, אבל אווזים ותרנגולים ויוני הרדסיות וחיה שקננה בפרדס, מותרין ואין צריכין זמון, וצפור דרור צריכה לקשר בכנפיה כדי שלא תתחלף באמה, והמקושרים והמנוענעין בבורות ובבתים ובשיחין ובמערות מותרין, ובאילנות אסורין שמא יעלה ויתלוש, והמקושרין והמנוענעין בכל מקום אסורין משום גזל. וברש"י שם פירש: הנמצאים בכל מקום, אף בחול אסורין למוצאן משום גזל, שהראשון שקשרן או נענען, קנאן בהגבהתם, שהפקר נקנה בהגבהה. ובתוס' שם (ד"ה המקושרין) כתבו לחלוק על רש"י, דלא שייך כאן הגבהה, אלא כדאמרינן דהבטה קונה בהפקר, הואיל ומתעסק הוא בהן קצת. וממש"כ תוס'; הואיל ומתעסק הוא בהן קצת, למד בב"ח דגרסו חבטה.

עוד הביא הב"ח ראייה מתוס' ב"מ ב,א (ד"ה דבראיה), דהבטה בהפקר דקני היינו שעשה מעשה כל דהו, כגון שגדר גדר קטן, ומבואר דצריך מעשה קצת, ולכן

הסיק דגרסינן חבטה בחי"ת. ולהדיא מצאנו כדברי הב"ח, ברש"י ב"ק כטב, ד"ה כשהפכה): "ומיהו היכא דנתכוין לזכות, מחייב משום ממונו, דאיכא למ"ד חבטה בהפקר קני בלא הגבהה, בפרק הבית והעלייה (ב"מ דף קיח). מבואר שגרס דחבטה בהפקר קני. וכן הוא בתוס' שם (ד"ה אלא): "מכאן אין לדקדק דלא בעי הגבהה ג טפחים, דכי מתכוין קני בהגבהה פחות מג', דשאני הכא משום דאפילו חבטה בהפקר קני". וע"כ נראה דיש לחלק בין עושה מעשה קצת בדבר המופקר, לבין הבטה גרידא שאינה קונה.

ובדברי הרא"ש אם הבטה מהני בהפקר, יש לכאורה סתירה בדברי הרא"ש, וכבר הקשה סתירה זו במרומוז, התוס' יו"ט (שקלים ד,א), דבב"מ יו, פסק דהבטה לא מהני (עיין לעיל), ובב"ק ג, ד כתב הרא"ש: "כשהפכה בפחות משלשה. אין להביא ראיה מכאן דהגבהה קני פחות משלשה. דהפקר שאני דאפילו הבטה קני בהפקר". וצ"ל לפמש"כ התוס' בביצה כה,א וב"ק כטב, הנ"ל ולאמור לעיל גם בדברי רש"י, דיש לחלק בין הבטה גרידא, לבין הבטה שמתעסק בהן קצת, דהבטה גרידא לא קונה בהפקר, וכשמתעסק עמהם קצת, קונה בהפקר, וכמש"כ התוס', וזו כוונת הרא"ש ב"ק ג, ד, דכיון שקצת הפכה, בכה"ג קונה בהפקר, אבל בלא התעסקות כלל אלא הבטה בעלמא, אינו קונה בהפקר. והתעסקות היינו בגוף הדבר המופקר, כגון קשירה לאילן או הגבהה פחות מג' טפחים, או חבטה, אבל בלא"ה לא חשיב התעסקות. וסברא זו ראיתי גם בשער המלך (נדרים ב,יט).

ומש"כ התוס' ב"מ ב,א (ד"ה דבראיה): "והא דאמרי' בפרק הבית והעלייה הבטה בהפקר קני, היינו שעשה מעשה כל דהו, כגון שגדר גדר קטן". ולפ"ז צ"ע אם פסקו התוס' כמ"ד דהבטה בהפקר קני, והיינו שעושה מעשה כל דהו, או שפסקים כדעת הרמב"ם וכאיכא דאמרי דרבא, דהבטה בהפקר לא קני לכ"ע, ולפ"ז אפי' עושה מעשה כל דהו לא מהני אלא דוקא קנין, דאם מ"ד דקני מיירי בעושה מעשה כל דהו ולא קיי"ל כוותיה, א"כ לא מהני אף חבטה בהפקר.

וברש"י ב"מ קיח,א (ד"ה אתה אומר), לענין מה שאמרו לו (ת"ק לר"י), אתה אומר כן, אין באין משל צבור, פירש רש"י: "דסבירא להו הבטה קניא בהפקר, הואיל ודבר טורח הוא, ודעתו לכך על ידו נשמר". וזה לדעת ת"ק, ולהו"א דס"ל דהבטה קונה בהפקר, והיינו מהטעם דעשה איזה פעולה, שלא היתה זו הבטה גרידא אלא הבטה של שמירה. ולפ"ז למסקנת הדין, או דקיי"ל כרבי יוסי, או כת"ק וכאיכא דאמרי דרבא, אף בכה"ג לא קונה. אמנם יש לבאר לפ"ז דיש ג דרגות: הבטה גרידא, דלכ"ע אינה קונה בהפקר. הבטה לשם שמירה, שהיא הבטה עם מעשה טורח כל דהו, אמנם לא מעשה בגוף הדבר אלא מעשה בהבטה, אבל הבטה בדרגה גבוהה

יותר, שהיא הבטה לשם שמירה, ויש בה טורח, דבזה איכא מ"ד דקונה בהפקר. דכן מוכח בפסוקים דהבטה היא יותר מראיה; הבט נא השמימה וספר הכוכבים (בראשית טו,ה), הבט משמים וראה מזבל קדשך ותפארתך (ישעיהו סג,טו), דהבטה היא ראה יותר בהתבוננות. ויש הבטה עם מעשה כל דהו בגוף החפץ כמו חבטה, דבזה יש הסוברים להלכה דקיי"ל דהבטה כזו קונה בהפקר, כדמוכח מדברי הרא"ש והתוס' הנ"ל. והטעם דמהני בהפקר, נראה לכאורה, דבקנין שצריך להוציא מרשות בעלים, בעינן לקנין גמור, אולם בהפקר, שכבר יצא מרשות הבעלים, ורק צריך להביאו לרשותו, בזה סגי בקנין פחות, ולכן הבטה עם מעשה כל דהו מהני.

אמנם עדיין י"ל, דכל זה לענין הפקר, משא"כ ביאוש, דבהפקר דעת הנתיבות דמהני אף דלא בא עדיין לרשות זוכה, עיין נתיבות רסב,ג, ומקו"ח תמח,ט, משא"כ יאוש לא מהני עד דאתי לרשות זוכה. וכן הוא בקצוה"ח תו,ב, דיאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה ואינו כהפקר. וא"כ דוקא בהפקר מהני הבטה ומעשה כל דהו, משא"כ במציאה, עדיין לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, ולכן בעינן קנין גמור, כדרך הקנינים במקח וממכר. וסברא זו ראיתי בשו"מ (תנינא ח"ב סי' נד), וז"ל: "לכאורה לפי מש"כ בטעם דהבטה בהפקר קני, לפי שיצא מרשות הבעלים בשביל שהוא הפקר, לפ"ז במציאה יש חילוק, דאם הוא במקום שחייב להחזיר, אם כן לא פקע שם בעלים מינה, אבל אם הוא במקום שרוב נכרים, אז אין צריך להחזיר שוב פקע ההפקר שם בעלים מינה. ולפ"ז שם בשנים או חזין דכתב הרא"ש דמיירי במקום שרובה נכרים, שפיר הו"א מאי מצאתיה ראיתיה וקני, דכיון דפקע שם בעלים מינה. ול"ק קושית התוס' דבכל מציאה שיש שם בעלים לא קני בהגבהה, וע"ז פריך מרבנאי, דשם מיירי מאבדת עכו"ם דמותר בגזל, ואח"כ בעינן אתאי לידיה, וע"ז מוכיח דע"כ בראיה לא קני במציאה, כיון דמשכחת לה שיהיה לה בעלים, אבל בהפקר קני בהבטה לבד". מבואר דבמקום שהקנין מוציא מרשות הבעלים, לא מהני בהבטה, גם לא בהבטה עם מעשה כל דהו, משא"כ אם הקנין רק מכניס לרשות הזוכה כמו בהפקר, שייך לקנות בהבטה עם מעשה כל דהו.

וכן נמצא בדברי הבית הלוי (ח"ב מה,ו), דהבטה קונה רק בהפקר גמור, אולם בדבר שיש לו בעלים, אף שהתיאש ממנה, כל זמן שלא זכה בה אחר, יש לה בעלים ורק דהתורה נתנה רשות לאחרים שיזכו בה, ובעת הזכיה היא יוצאת מרשות הבעלים, אולם קודם הזכיה אינה הפקר, ולכן לא מהני בה הבטה, דרק בהפקר הבטה קונה. ובזה אתי שפיר מש"כ התוס' ריש ב"מ ב"א, דהא ידעינן מהמשנה דראה את המציאה ונפל עליה דראיה לא קונה, דבראה את המציאה ונפל עליה, כיון שיש לה בעלים ורק התיאשו, לא מהני בהבטה, משא"כ המשנה דריש ב"מ, מיירי ברוב מצרים, וכמש"כ הרא"ש שם דסתם טלית הרי יש בו סימן, ולכן הוא הפקר גמור, וס"ד דבזה

קונה בראיה וכמו הבטה, ולכך איצטריך לאשמעינן דגם הפקר גמור אינו קונה בראיה גרידא, עיי"ש. וכן נמצא לרב מטשיבין זצ"ל, דובב מישרים (ח"ב לו, ב). ועיין בשעורי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל (ב"מ סי' כז) שהקשה על סברת הביה"ל, דמ"מ ביאוש שבעלותו אינה מעכבת, לא עדיף מהפקר ויועיל בהבטה. וכתב דמ"מ כיון שהזכיה מפקיעה מבעלות, צריך קנין אלים יותר ולא קני בהבטה. דבתחילה סבר דהבטה מועיל כל מקום שהדבר תלוי רק בדעת הקונה בלבד, והוא בפעולתו הבלעדית, יכול להוציא מבעלות הבעלים ללא רצונם. אולם הסביר דמוכח שכיון שמפקיע מבעלות, הגם שאין צריך את רצון הבעלים, צריך קנין אלים יותר, ולכן לא מהני בהבטה.

וזקני בעל הזית רענן זצ"ל (תפארת ירושלים ב"מ א, א, הערה ד) כתב כדברים האלה בתוספת הסבר: "דהכא דאיירי גבי מציאה, דלא קנה להו רק מטעם יאוש, וביאוש לא יצא מרשות הבעלים עד דמטא ליד הזוכה, משום הכי בראיה בעלמא אין לו כח להוציא מרשות הבעלים ולהכניסו לרשותו. אבל הפקר כבר יצא מרשות הבעלים, וכל הקנין הוא רק לברר שלא יזכה בו אחר, על כן גם הבטה קני. וכן מצינו במגיד משנה (שכנים ב, ב) גבי הילוך בחצר השותפין, אע"ג דלא אמר ליה לך חזק וקני וכו', שאין זה אלא ברור חלקים, עיי"ש". דמהות הקנין הנצרך בגדרי הקנינים של מקח וממכר הוא לענין שמוציא את הדבר מבעלות לבעלות, מרשות לרשות. בהפקר אין כאן הוצאת בעלות, הקנין רק בא למנוע מאחר לזכות, דכיון שכ"א יכול לזכות בו, הקנין בהבטה רק בא למנוע מאחר שיוכל לזכות ולהורות שרק המביט יזכה. ואפשר לזית רענן לא יוכל לקדש אשה בחפץ שזכה בו רק ע"י הבטה, דההבטה רק מונעת מהאחר לזכות, אבל לא הופכת את המביט לבעלים גמורים, וצ"ע.

ב. עני המהפך בחררה

ובשו"ע חו"מ רעג, יא, פסק וז"ל: "דבר המופקר שבא אחד ושמרו והיה מביט בו שלא יטלנו אדם, לא זכה עד שיגביהנו אם הוא מטלטל, או יחזיק בקרקע כדרך שקונים הלקוחות". ועיי"ש בגר"א ס"ק ט, דהמחבר פסק כאיכא דאמרי דרבא, וכן ס"ל לרבי יוחנן. ומדברי המחבר מבואר להדיא, דבמדרגה של הבטה של שמירה, שהיא יותר מהבטה גרידא, לא קנה, וממש"כ המחבר דצריך שיגביהנו או יעשה קנין כדרך שקונים הלקוחות, ממה שהוסיף המחבר, נמצאנו למדים דגם אם עשה מעשה כל דהו בחפץ המופקר, לא מהני עד שיעשה קנין כדרך הקנינים במקח וממכר. והרמ"א לא הגיהו, אף דלמש"כ לעיל דעת התוס' והרא"ש דבמעשה כל דהו בגוף החפץ המופקר מהני, י"ל דס"ל למחבר והרמ"א דמש"כ התוס' והרא"ש, היינו למ"ד הבטה בהפקר קני, אך לדידן לא קיי"ל אלא כאיכא דאמרי דרבא, ולא מהני קנין בהפקר אלא כמו במקח וממכר.

ולפ"ז ע"פ דיני הקנינים לכאורה אין מקום לזכות בהבטה, אלא בקנינים ע"פ דרכי הקנינים. אולם עדיין י"ל שיש בזה זכות כדין עני המהפך בחררה ומפני דרכי שלום, וכעני המנקף בראש הזית, דאף אם מדאורייתא אין כאן זכות, אפשר שיש כאן קנין מדבריהם, או לכל הפחות זכות לדחות את השני כדין עני המהפך. והגרא"ז מרגליות בתש' בית אפרים (חו"מ סי' נט) כתב: "והנה מבואר בשטמ"ק דהא דהבטה בהפקר קני, היינו כמו גזל מדבריהם מפני דרכי שלום". ומזה רצה ללמוד הבי"א, דכיון שהוא מתקנת חכמים, לא מהני אם קונה באיסור. ולא הראה הבי"א מקומו. דלענין הא דאיתא בב"מ י"א, עני שנפל על הפיאה או פירס טליתו עליה, מעבירין אותה הימנו, ולא זה בה זה הנופל, הקשה בשטמ"ק שם (מגליון התוס'), מאי שנא נפל ופירס טליתו, מהבטה בהפקר דקני לגמרי. ותיירץ, דבמהפך בתבן וקש ושומרי ספיחין טרחי טפי מבמנקף, ולכך קני לגמרי. ולסוברים דלא קנה, יש לומר דגרע טפי מבמנקף. ולכאורה מזה מוכח דלמ"ד לא קנה, גם מדרבנן לא קנה. וזה לכאורה לא כבי"א. אך אפשר דכן נמצא במקום אחר ולא ידעתי מקומו. ועיין בתוס' טוך (קדושין נט,א) שכתב דלמ"ד הבטה בהפקר קני, היינו מדאורייתא ולא רק מפני דרכי שלום, דכיון שטורח ומהפך בתבואה ומתעסק בשמירה, הוי טפי מעני המהפך בחררה.

אולם נמצא בשו"מ (תנינא, ח"א סי' מד) שכתב דבהבטה יש לפחות דין של עני המהפך בחררה. תוס' בב"ב ב,א (ד"ה בראיה) הקשו, איך בראיה קונה, בראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי, דלא קנה בראיה (ב"מ ט,ב) וכן ראה את המציאה ונפל עליה דלא קנה (ב"מ י"א). י"ל דכיון דאמר תנה לי או שנפל עליה, גלי דעתיה דלא ניחא ליה למקני עד שיגיע לידו. והשו"מ כתב לישב: "דניהו דלא קנה בראיה בעלמא, אבל עכ"פ קנהו לענין זה שיהיה מקרי מהפך בחררה, וכל שלקחו אח"כ קנהו למפרע וזה נקרא רשע". ומבואר מהשו"מ, דאף אם אינו קונה לגמרי, מ"מ יש לו זכות לדחותו מהמציאה ולקרותו רשע, כדין עני המהפך בחררה. ולפ"ז י"ל, דאף אם הבטה בהפקר אינו קונה, מ"מ מקרי עני המהפך בחררה, לענין אם זה עומד בגדרים של עני המהפך, ובפרט בהפקר ומציאה, שרק מחוסר קנין, ולכ"ע יש בזה דין עני המהפך, וכל ששם עינו עליו לשמרו, מיקרי רשע.

ועיין מה שהסתפקתי בח"ו סי' ל', שאפשר להסביר את דין עני המהפך בחררה בב' אופנים: האם למהפך יש זכות ממונית בחפץ שבו הוא מהפך. וכמו שיש לאדם זכות ממונית בחפצים השייכים לו, עד שהנוטל ממנו ללא הסכמה ורשות דינו כגזולן מהתורה. ויש חפצים שכל הזכויות שלהם מדרבנן, כמו מציאת קטן, הנוטל ממצודת חבירו שאין לה תוך וכו', כמבואר במשנה גיטין נט,ב, שאם הנוטל ממנו את החפץ, דאסור ליטול מפני דרכי שלום, והרי זה גזל מפני דרכי שלום, עיין בשו"ע חו"מ ש,ד, וזו זכות ממונית מדרבנן מפני דרכי שלום שחכמים נתנו לו, אף שמהתורה

אין לו במציאת קטן ובמצודה קנין גמור. וכן מצאנו לענין בר מצרא, שיש למצרן זכות להוציא את השדה מהקונה. וכן לענין מי שפרע, דשיטת הרמב"ם מכירה ז,ב דאוררין אותו בבי"ד, דזו זכות ממונית מדיני מקח וממכר, והקונה הוא בעל דין לתבוע שיאוררו אותו בבי"ד, ולשיטתו דוקא כשהיה קנין מעות שהפקיעו חכמים. ושיטת הר"י מיגאש המובאת בשטמ"ק ב"מ מז,ב דהוא מדרך האמונה וצידוק הדיבור להשלים דיבורו. ובתוס' בכורות יג,ב ד"ה הכי, שאינו דין, ונפק"מ לכאורה ליורשים, ואכמ"ל. כך גם כשעני מהפך בחררה, עצם ההיפוך נותן לו זכות ממונית. אמנם לרוב הראשונים אין מוציאין מידו, ואף שהנוטל ממנו אינו גולן, מ"מ הרי הוא רשע. זו זכות ממונית בדיני חו"מ הפחותה מהזכויות שיש לו בחפצים שהנוטל הוא גולן, אבל זו זכות ממונית שהוא קנה, אמנם לא בקנין כדרכי הקנינים אלא בהיפוך, וחכמים קבעו שגם היפוך נותן זכויות ממוניות מסוימות. או שכל דין עני המהפך אינו בכלל שייך לחושן משפט אלא להלכות דעות, למידות האדם, לאופן המוסרי שבו הוא צריך להתנהג במו"מ. ובאו חכמים ואמרו שאם אתה נוטל מעני המהפך, הרי יש לך מידות של רשע, אבל לא הפקעת זכות ממונית מהמהפך.

בדרך זו אפשר לבאר את מחלוקת רש"י ותוס' והראשונים, האם יש דין עני המהפך בהפקר ומציאה. דעת רש"י דמיירי בחררה של הפקר, ולכאורה הוא הדין במקח וממכר, שאם בא לקנות מה שחבירו מחזר לקנות, ג"כ נקרא רשע, ורש"י רבותא אשמועינן דאפילו בהפקר יש דין מהפך. ותוס' הקשו על רש"י מהא דב"מ י,א דראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר ונטלה, שהרי היא של השני, אף שהראשון היפך. וכן בפאה, כשבא עני ללקט ופירס טליתו עליה, מעבירים אותה ממנו. וע"כ פירש ר"ת, וז"ל: "דאיסור דמהפך דנקט הכא לא שייך אלא דוקא כשרוצה העני להרויח בשכירות או כשרוצה לקנות דבר אחד וחבירו מקדים וקונה, והוי דומיא דרב גידל, ומשו"ה קאמר דנקרא רשע כי למה מחזר על זאת שטרח בה חבירו, ילך וישתכר במקום אחר, אבל אם היתה החררה דהפקר ליכא איסור, שאם לא זכה בזאת לא ימצא אחרת". שיטת התוס' ועוד ראשונים, הרשב"א, הריטב"א, תוס' רי"ד, דכל דין זה הוא דוקא במקח וממכר, שרוצה לקנות קרקע או חפץ שחבירו היפך לקנותה, שילך ויקנה במקום אחר, והוא הדין להשתכר במקום אחר, אבל הפקר לא ימצא במקום אחר.

והיה נראה לבאר במחלוקת רש"י ותוס', דשיטת רש"י דבעצם ההיפוך מקנה זכות ממונית למהפך, אמנם לא יחשב השני גולן מדאורייתא או מדרבנן, אבל רשע מיקרי, דיש לראשון זכות ממונית. דאם באים אנו מכח זכות ממונית, פשוט שאין חלוק בין מקח וממכר להפקר, דאיזה טענה היא זו שהשני לא ימצא הפקר במקום אחר, סו"ס הראשון בהיפוכו בחררה זכה בזכות ממונית, מה טענה שהשני לא יכול

לזכות במקום אחר. וכי טענה היא זו במציאת קטן, או במצודות וכד'. אלא כיון שיש לראשון זכות ממונית מסוימת, נקרא השני רשע גם בהפקר. ודעת התוס' ושאר ראשונים דדין זה הוא מהלכות מידות, שלקחת חררה שהיפך בה אחר, זו מידה רעה, והעושה כן מותר לקרותו רשע. לא שיש כאן זכות ממונית, זו מידה רעה. ולכן מידה רעה הינה דוקא כשיש טענה על השני מדוע הוא רוצה לקחת כאן, יקח במקום אחר, דזה חסר וזה יכול להנות במקום אחר. אבל בהפקר שלא ימצא במקום אחר, כיון שחיינו קודמים, זו איננה מידה רעה ברמה כזו שהעושה אותה הוא רשע, אפשר שאין זו מידה נכונה אף בהפקר, אבל אינה מידת רשעות, כיון שלא במצב שזה נהנה וזה לא חסר כבמקח וממכר שיכול לקנות במקום אחר, אלא הוא חסר, ובכגון זה אינו רשע.

ואף שבעני המהפך עושה איזה מעשה, לזה י"ל דגם בנדו"ד, אם היתה הבטה שאינה ראייה גרידא אלא הבטה לשם שמירה, תוך התבוננות וכו', כדרך המבוארת לעיל בדרגה השניה, הוי מעשה כדרגת היפוך בחררה, שיקרא רשע אם ימנע האחר ממנו, אף שאין כאן קנין דבר תורה. ולכן נכון עשה ראובן שנתן לרכב השני לחנות, שאף אם אין כאן קנין דאורייתא או דרבנן, מ"מ נראה שיש לחוש שמא לשני יש זכות מדין עני המהפך בחררה, שאף אם יבוא בע"ד לחלוק ולומר שהבטה, אף בהתבוננות לשם שמירה, אינה במדרגה של היפוך בחררה, מ"מ יש לחוש דהוי כעני המהפך, ולוותר לזולת ולא להכנס לספק מיקרי רשע, דודאי יש צד לומר שגם הבטה בהתבוננות, לא גרע מהיפוך בחררה דעני.

ג. ארבע אמות

בעיה נוספת שהתעוררתי, אם זוכה הרכב האחר שהיה בסמוך, מדין קנין ד אמות. (ובאופן שהנהג עצמו היה תוך ד אמות, דרכבו הוי ככליו, ולא שייך בזה תקנת ד אמות, ועדיין י"ל שאם זה כלי שהוא מנהיגו והוא בתוכו, אפשר שהד' אמות נמדרות מהכלי, וצ"ע). ובענין זה הדבר תלוי אם קנין ד אמות הוא בתורת חצר, שתיקנו שיהיה למקום דין של חצר, או שתיקנו שיהיה החפץ שלו, עיין מה שכתבתי בענין זה להלן סי' כו, ובפרט באות ד, ואכמ"ל ולחזור, עיי"ש. דאם נאמר שתקנו חכמים שיהיה למקום דין של חצר, לא שייך שיקנה בתורת ד אמות את שימושי הד' אמות, דשימוש קרקע לא נקנית בחצר, משא"כ אם הוי תקנת חכמים דלא אתי לאינצויי, הדבר שייך גם בשימושי הד' אמות, דגם בזה י"ל שחכמים הקנו לו את שימושי הד' אמות שלא יבוא לאינצויי, אך אם נתנו לד' אמות תורת חצר, נתנו לו תורת חצר רק לענין שיקנה שם מציאה, וקרקע אינו בכלל.

אולם נראה דאף אם חכמים קבעו שיהיה לד' אמות דין חצר, באנו למחלוקת אחרונים אם קונה בזה דברים שדינם כקרקע. הנתיבות רמא, ג, לענין הטעם דלא מועיל האדון למחול שעבוד העבד עברי, דמהרי"ק כתב דהוא מפני שהוא ברשות האדון, ובנתיבות כתב דהטעם דלא מהני הוא מפני שגופו קנוי, וכל היכא דגופו קנוי, בעי קנין להקנותו, דבחפץ שתחת יד הנפקד, מהני דיבור כשהוא בלשון המועיל להקנות לו, וקונה בקנין חצר, אולם כשאינו מונח בחצירו, לא יכול להקנותו לנפקד: "ומשום הכי בעבד, אפילו אמר לו לשון המועיל לא מהני, משום דעבד בעי קנין או שטר או כסף כיון דגופו קנוי ... אבל למסקנא שגופו קנוי לרבו, הרי גופו כחצירו של אדון דמי וממילא בעי קנין, דלא שייך לומר בדיבור בעלמא, דקנין בדיבור וחצירו באין בבת אחת. ואפי' אי שייך, הא העבד דמי לקרקע כמבואר בסי' רכז, כט עיי"ש, וקרקע אינו נקנה ע"י חצר רק בכסף או בשטר". מבואר מהנתיבות דקרקע אינה נקנית בקנין חצר, ולכן עבדים לא נקנים בקנין חצר.

וכן מבואר בתש' אבני נזר (חחו"מ סי' ח), שכתב דקרקע אינה נקנית בקנין חצר, וראיה מגיטין כב, א; עציץ נקוב של אחד זורעים של אחד, מכר בעל עציץ לבעל זרעים, כיון שמשך קנה. מכר בעל זרעים לבעל עציץ, לא קנה עד שיחזיק בזרעים, דמשיכה לא מהני בקרקע; "וכן כתב הר"ן שם, בהא דכתבו על עלה של עציץ נקוב, אביי אמר כשר, דשקיל ויהיב לה ניהלה. וכתב הר"ן, דהיינו דווקא שנתנו לה בפסיקת היניקה, דאי לאו הכי לא קנתה. והביא ראייה מהא דמכר בעל הזרעים וכו' כנ"ל. הרי דאפי' הגיע לידה לא יקנה הקרקע ביד, כל שכן בחצר". ושם בסי' ט הביא האבני נזר מה שהקשה לו השואל, מתוס' ב"ב פז, א (ד"ה לך), לענין הלוקח פשתן מחבירו, לא קנה עד שיטלטלנו, אם היה מחובר לקרקע ותלש כל שהוא קנה. ובגמ', משום דתלש כל שהוא קנה, אמר ר"ש, הכא במאי עסקינן דא"ל לך יפה לך קרקע כל שהוא וקני מה שעליה. ופירש רשב"ם, דחזקת קרקע מהני לפשתן. והתוס' פירשו, דקונה הקרקע להיות שאולה לו והפשתן נקנה מתורת חצר. הרי דמחובר לקרקע נקנה בחצר. והשיב לו האבנ"ז דאין זו ראייה, דמה שלא פירשו התוס' כרשב"ם, משום דמשמע אפי' הפשתן עומד ליתלש. ופסקו הר"י מיגאש והרמב"ם וש"ע חו"מ צה, ב, דכיון דמכרו לתלוש, דינו כמטלטלין ולא נקנה בחזקה. ואפי' להש"ך שם שחולק שגם בזה קי"ל כרבנן דלאו כבצורות דמיין, מ"מ הא סתם מתני' ר"מ דס"ל כבצורות דמיין, ועל זה תירצו התוס' מטעם חצר. ולכן קנה ממה נפשך, אם קרקע, קונה בחזקה, ואם מטלטלין מטעם חצר. ומה שהקשה השואל מתוס' ב"ק יב, א (ד"ה למה) דעבדים נקנים בחצר, השיב האבנ"ז, דכיון דנקנים במשיכה, נקנים גם בחצר. משא"כ קרקע דמפורש בגיטין שאינה נקנית במשיכה, לא נקנית בחצר. ולפ"ז קרקע ושכירות

קרקע לא נקנים בקנין חצר, וממילא למש"כ דחכמים תקנו דלד' אמות יהיה דין של חצירו, לא מהני לענין שימוש קרקע.

אולם מצאנו לאחרונים שכתבו דקרקע נקנית בחצר. האור שמח (גרושין א,ו) כתב דקרקע נקנית בחצר, והביא ראייה מהתוס' ב"ב פז,א, וב"ק יב,א (כנ"ל בדברי האבנ"ז), דמתורת חצר מועיל לקנות בעבדים אף אם דינם כקרקע: "והנתיבות (רמא,ג) לא דק בזה, יעו"ש. וכן מוכח מהא שמבואר ברב המגיד (סוף הל' זכיה ומתנה), בכותב מתנה לבנו לאחר מיתה, והניח פירות מחוברין לקרקע, דלשיטת רבינו הרי מחולין לבן בשעת המיתה, לכן אם מכר האב לאחר הפירות, שמין פירות שמחוברין בעת מיתת אב ללוקח, והבן נותן דמים, ובמה קנה הבן בעת מיתה לפירות המחוברין, על כרחן דקנה אותם מתורת חצר, ויש חצר בקרקע, דפירות המחוברין לקרקע כקרקע דמי". ומבואר מדבריו דקרקע נקנית בחצר, וא"כ גם ד' אמות יש בקרקעות, וכיון שתיקנו חכמים שיהיו הד' אמות שלו, זכה בקנין החצר בתשמישי החצר. וכן מבואר מדברי קצוה"ח צה,ג (בסופו). קצוה"ח הביא את דברי המג"א תרלז,ז, דבית נקנה בכסף ובשטר ובחזקה משום אגב, ואע"ג דלא אמר לו אגב, כיון דמונחין על הקרקע, אין צריך לומר אגב לדעת הרמב"ם (מכירה ג,ח-ט) ושו"ע חו"מ רב,א-ב: "עוד י"ל, דהוי מתורת חצר, דכיון דקונה הקרקע, קונה הבית שעליו בתורת חצר". מבואר דקרקע נקנית בתורת חצר. וכן מבואר בקצוה"ח רעה,א, עיי"ש.

ולפ"ז בנדו"ד אם היה הרכב האחר והנהג בד' אמות של מקום החניה, אם ד' אמות מפני שתקנו חכמים שיהיה לו דין חצר, באנו למחלוקת האחרונים אם חצר נקנית בחצר, ונפק"מ גם לענין ד' אמות. ואם תיקנו דלא אתי לאינצויי, וכל הקנין הוא מתקנת חכמים, שחכמים מקנים לו החפץ, עיין מה שכתבתי להלן בסי' כו, י"ל דאף בכה"ג שייכת תקנת חכמים שלא יבואו לאינצויי, דגם בזה שייכת הסברא, והקנו לו את השימוש במקום.

גם יש לדון אם הקנו לו ד' אמות בהיותו מהלך (ואינו שייך לדין חצר מהלכת, עיין מה שכתבתי בח"ב סי' ל"ג, דשם הנידון על עצם החצר בהיותה מהלכה, ובנדו"ד הנדון אם לאדם המהלך הקנו ד' אמות. ועיי"ש מה שכתבתי דאין למכונת דין של חצר מהלכת). שיטת הראב"ד, הובא בתוס' הרא"ש ב"מ ט,ב, על הא דאיתא בגמ' שם; 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. אמר ליה רבינא לרב אשי, אלא מעתה היתה מהלכת ברשות הרבים וזרק לה גט לתוך חיקה או לתוך קלתה, הכא נמי דלא מגרשה. אמר ליה קלתה מינח נייחא ואיהי דקא מסגיא מתותה. והקשה הראב"ד, דאין ראייה מגט שזרק לקלתה שלא מתגרשת, דשם

קונה מדין ד אמות. ולכן הכריח שאין ד אמות קונות במהלך אלא בעומד. והרא"ש בתוספותיו חלק עליו, וכתב דארבע אמות קונות לו לאדם אפילו מהלך, אם היה מונח על גבי קרקע, אולם מה שנתון בתוך קלתה אינה קונה, דקלתה מבטלת כח הקרקע, דקנין חצר דאורייתא וקנין ארבע אמות תקנת חכמים, והחצר לא קונה, והד' אמות ג"כ אינו קונה, מפני שהקלתה היא מהלכת, והיינו שהחפץ עצמו מהלך, אבל אדם מהלך יש לו ד אמות. ומחלוקת זו הביא גם הטור בחו"מ סי' רסח. ועיין ח"מ ל,ו וב"ש ל,ח, דלענין קדושין יש לחוש לחומרא.

עוד יש לדון אם רכוב תקנו בו ד אמות. ונמצא לנתיבות קצו,א דכתב בפשיטות דאף ברכוב תקנו ד אמות. הנתיבות הביא מה שהקשו האחרונים על הרמב"ם (מכירה ב,ו) שפסק דרכוב לחודיה קונה, הרי רב יהודה אליבא דשמואל מסיק דרכוב לחודיה לא קנה (ב"מ ח,ב). ותירץ הנתיבות, דהרמב"ם סובר כשיטת הריצב"ש שהביא השטמ"ק (ב"מ ח,ב ד"ה וז"ל הריצב"ש), דלא אמרו דרכוב לא קונה רק ברכוב עליה והבהמה עומדת במקומה, אבל כשהבהמה הולכת, ודאי קנה דהוי משיכה. ואפי' לסוברים (שו"ע חו"מ ר,א) דד' אמות קונין אף במקח וממכר, מ"מ כיון דרכב עליה, גלי דעתיה דברכיבה ניחא ליה דנקנה ולא בד' אמות; "אבל למאן דס"ל דרכוב לא קנה כלל, לא אמרינן גלי דעתיה כמו בנפילה, וממילא קונה רכוב מכח הד' אמות, למאן דסבירא ליה דאף במקח וממכר קונה ד' אמות". ועיין מהרא"ל צינץ, מעייני החכמה (ב"מ ט,ב אות רצד) שמשמע מדבריו דאף אם במהלך תקנו ד אמות, ברכוב לא תיקנו. אולם עיי"ש (אות רפא) דסובר דיש ד אמות ברכוב, וע"ע בחושן אהרן רסח,ב. וכאמור לעיל, בנדו"ד יש לבחון אם מהאדם עצמו יש ד אמות למקום החניה, כיון שמהרכב עצמו לא מהני, דבכליו לא תיקנו ד אמות.

ולאמור לעיל לאור הספקות, אין לומר שקנה המקום בד' אמות, ולפחות אינו יכול לסלק מי שנמצא במקום. כמו כן בהבטה לא קנה בקנין גמור, אולם נראה שלכל הפחות דינו כעני המהפך בחררה, ויש לחוש לכך ולפנות את המקום למי שקדם.

לאור האמור לעיל, נכון עשה ראובן שפינה את רכבו ממקום החניה, לחוש דיש בכה"ג דין עני המהפך, ובודאי נכון עשה ממידת המוסר.

סימן כד

שכ"מ שנדר ומת

ראשי פרקים

א. מקדיש חוב

ב. במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ, כשהגזולן מסכים להקדיש

ג. כשהמצוה שכ"מ

במי שעשה צואה, ובצואתו הקנה את כל נכסיו כספיו, ובצואה כתב שיוכל לחזור בו מצוואתו, ובתנאי שתהיה זו צואה בכתב ובפני עדים כשרים. שבוע לפני שנפטר, כשהיה חולה, אמר לילדיו בווה"ל: "תקחו את הכסף שבגמ"ח (פלוגי) ותתנו לצדקה". למעשה ילדיו לא הוציאו את הכסף מהגמ"ח, ולאחר פטירתו בקשו לדעת כדת מה לעשות. והעלו שתי טענות: א. האב יכול לחזור בו מהצואה, ע"י זה שיכול להשתמש בכסף, אולם כל עוד לא השתמש בכסף, אין לדבריו דין של צואה, כיון שאינו במסגרת החזרה האמורה בצוואתו הכתובה. ב. גם אם יש בדבריו לשון נדר, הרי שאינם מחויבים לקיים נדרו לאחר שמת.

א. מקדיש חוב

כסף הנמצא בגמ"ח, דינו כמלוה, אף שהעולם קורא לכסף הפקדה, מ"מ הרי גבאי הגמ"ח חייבים באונסין, ואין להם טענת אונס כדי להפטר מהחוב, ולכן דינו כמלוה, ואף אינו מלוה בשטר, כיון שאין שם עדים, אלא רק מלוה בכת"י, והשאלה אם יכול להקדיש לצדקה מלוה בכת"י, דמבואר בשו"ע יור"ד רנח, ח: "אם יש לו חוב על אחד ואומר יהיה להקדיש או לצדקה, אינו כלום. אבל אם אמר חוב שיש לי על פלוני, כשיבא לידי אקדישנו או אתננו לצדקה, חייב להשלים דבריו להקדישו וליתנו כשיבא לידו. ואפילו האומר חוב שיש לי ביד פלוני יהיה לצדקה, אם אמר כן בפני בע"ח ובפני הגבאי, או בפני טובי העיר (או אדם חשוב שבעיר) (ב"י בשם ר"י), זכה בו הגבאי מדין מעמד שלשתם, והרי הוא צדקה ואינו יכול לחזור בו, ואסור לשנותו". ויתבאר להלן.

דאיתא בב"מ ז, א, על הא דאיבעיא בכ"מ ו, ב, במסותא (מרחץ) דהוו מנצו עלה בי תרי, האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא, קם חד מינייהו אקדשה, ושם בגמ' ז, א, רצו לפשוט הבעיא: תא שמע, דאמר רבי חייא בר אבין הוה עובדא בי

רב חסדא, ורב חסדא בי רב הונא, ופשטה מהא דאמר רב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש (והאי נמי דחזינן ליה דאין יכול להוציאו בדיינין, שאין לו ראייה בדבר, אין הקדישו קדוש – רש"י), הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש, אף על גב דלא אפקיה (בתמיה), והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו, זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו (והא סתם גזילה יכולין להוציאו בדיינין הוא). מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן (כגון גיגית), במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא (דכל היכא דאיתיה ברשות מריה קיימא, דקרקע אינה נגזלת, ושפיר פשיטנא מהא, דאי הוה ליה ראייה עלה הקדישו הקדש).

ובנימוק"י שם (ב"מ ג,ב מעמוה"ר) הביא מהר"ן, וז"ל: "מכאן נראה לי ברור שאין אדם יכול להקדיש מלוה בשטר שיש לו אצל חברו, דהא ליתיה ברשותיה ומחוסר גוביאנא. ומיהו מטלטלי דפקדון יכול להקדישן, דבכל דוכתא ברשותא ידיה ניהו, וכמו שכתב הר"ף משמיה דגאון ז"ל, והכי מוכח עובדא דההוא גברא דאייתי קרי דבפרק הספינה (ב"ב פח,א)". ודברי הר"ן הם בחידושו בסוגיא (ב"מ ז,א). ובשטמ"ק (ב"מ ז,א), הביא מהרמ"ך, דבמלוה כיון דלהוצאה ניתנה, איכא מאן דאמר שאם הקדיש המלוה אינו קדוש, דכיון דליתא בעין, כדבר שלא בא לעולם דמי. אולם אם הקדיש בפני הלוה ובפני גבאי הצדקה, דהוה מעמד שלשתן, אפשר לומר דקדוש אף שאין המלוה בעין, וראיה מב"ק לו,ב (ועיי"ש בתוס' ד"ה יד). ומבואר שם שאינו יכול להקדיש מלוה אפי' בשטר, דכיון שאינה ברשותו, לא יכול להקדישה. ובב"י יור"ד סי' רנח כתב דהוא מקור דברי הטור, ומקור למה שפסק בשו"ע רמח"מ, ה"ל. וע"ע ביש"ש ב"ק ד,ב.

ובריטב"א קדושין כז,א מבואר לחלק בין אם מקדיש ומתחייב בחיוב על עצמו בתורת נדר, דמהני בדבר שאינו ברשותו, לבין אם מקדיש דבר מסוים, וז"ל הריטב"א:

"ואיכא למימר דהני מילי לאחיובי מדין נדר, שאם מקבל עליו לעשות או לתת להקדש או לעניים ולכל דבר מצוה אפילו דבר שאינו ברשותו, כופין אותו לקיימו וממשכנין עליו, כמו שכתוב מוצא שפתיך וגו', ואמרינן (ר"ה ו,א) אזהרה לבית דין שיעשוך, ועל כל הכתובים בפרשה הדבר אמור, בין שהיו בעין כשהקדישן לשם או לעניים בין שלא היו בעין, ומיעקב אבינו למדנו שכתוב בו וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך, לפיכך המקבל עליו לתת לעניים דבר ידוע כופין אותו לקיימו אף על פי שאינו ברשותו בשעת הנדר. אבל דבר שלא קיבל עליו, אלא חיובא הוא עליה ממילא, כגון מעשר ותרומה ומתנות

כהונה, כולן היכא דאיתנהו ברשותו בעין מוציאין ממנו בעל כרחו, כדאמרינן בפרק הזרוע (חולין קלא,א), אפילו עני שבישראל מוציאין אותו מידו ... וכל שאינו חייב בדבר ואינו מקבל עליו גם כן לעשות, אלא שמקדיש דבר לעניים או שאמר יהא ממון פלוני לעניים, כל היכא דלאו ידידיה לא חייל עליה הקדש, ולפיכך אפילו כי אתי לרשותיה לא כייפינן ליה בהכי, שאם אמר שדה פלוני לכשאקחנה תהא הקדש לא קדשה, ואפילו כי אתיא לרשותיה לא מיחייב במידי, והיינו דאמרינן בפרק שור שנגח ארבעה וחמשה שוורים (ב"ק לו,ב) גבי ההוא דתקע לחבריה וכו', אמר להו כיון דפלגא דזוזא הוא לא בעינא ליה, נותביה לעניי, הדר אמר להו הבו ניהלי, איזיל ואיברי ביה נפשאי, אמר רב יוסף זכו ביה עניים, ואף על גב דליכא עניי דליזכו ביה, הכא אנן יד עניי אנן, דרבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים, טעמא דזכינן ביה לעניי, הא לאו הכי לא מחייב מדין אמירתו, דכיון דלא קביל עליה מידי אלא שהקדיש אותו לעניים ואין לו בהקדישו כלום, שעדיין לא בא לרשותו וממונו של מזיק הוא, וקיימא לן מכאן ולהבא הוא גובה, לא חל הקדשו, דבעינן דומיא דביתו, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו כדאמרינן (ב"ק ס"ח ב') בגזל ולא נתיימשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, וקיימא לן דבמלוה בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה ואי מקדיש מלוה לא עשה ולא כלום, ומדין נדר אין לכופו, ולהכי איצטריכו למימר דאנן יד עניי אנן וזכינן ביה לעניי מדין מעמד שלשתן ...".

מבואר החילוק בריטב"א בין אם חייב עצמו וגופו בתורת נדר, אף אם הדבר אינו ברשותו, כופין אותו לקיים, לבין אם הקדיש חפץ מסוים ולא חייב עצמו בזה, דלא מהני אם אינו ברשותו. ומ"מ בנדו"ד שאמר תנו את הכסף שבגמ"ח פלוני לצדקה, לא מהני כיון שאינו ברשותו, משא"כ אם היה נודר את הכסף הנז' בתורת נדר, היה חיוב עליו לקיימו, משא"כ בנדו"ד הרי זה כמקדיש, דלא מהני. ועיין בש"ך יור"ד רנח,טו, על דברי המחבר דלא יכול להקדיש מלוה: "כיון שאינו ברשותו, ומשום נדר לא מחייב, דהא לא אמר שאקדישנו לכשיבא לידי, אלא אומר יהיה הקדש, ר"ל עתה יהיה הקדש, ועכשיו אינו ברשותו להקדישו". ולפ"ז י"ל דהריטב"א מיירי בנודר ואומר שיהיה הקדש המלוה כשיבוא לידו. וע"ע להלן במחלוקת הרמב"ם והראב"ד (מכירה כב,טו), ומחלוקת המחבר והרמ"א. ודין נדר שכתב הש"ך, עיין להלן בדברי התוס' ב"ק לו,ב ד"ה יד, שכתבו כן.

ובמאירי (ב"מ ו,א) הביא מחלוקת אם מהני הקדש במלוה, כשהלוה אינו כופר, וכן מחלוקת בפקדון כשהנפקד אינו כופר בפקדון ואינו מסרב להחזיר: "אף במטלטלין לא נאמר כן אלא בגזל וכיוצא בו שמסרב בו בחזקה שלא ליתן, והוא

הדין במלוה ופקדון שהוא כופרם, אבל מלוה ופקדון שהוא מודה בהם ואינו מסרב לעכבם משום סיבה, רשאי להקדישה. וגדולי הפוסקים חולקים בה במלוה, אחר שלהוצאה נתנה, הא בפקדון מיהא כל שאין בה כפירה ולא סרוב, ברשות בעלים היא. ויש חולקין אף בזו, ולא נראו לי דבריהם וכבר כתבנוה בפרק מרבה". ומש"כ המאירי שלא נראו דבריהם, הוא לענין פקדון דלא כפריה, אבל לענין מלוה, נראה שמסכים עם החולקים דאינו יכול להקדישו. ועיין במאירי ב"ק ע"א, וברשב"א שם (ד"ה לא כתבינן).

ומחלוקת הראשונים אם יכול להקדיש מלוה שאינה ברשותו ואין הלוה כופר ואינו מסרב לשלם, בעה"מ (ב"ק יח"א מעמוה"ר) כתב, דלא אמרינן אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב הלה ליתנו לו, שאם אתה אומר כן אפי' מעמד שלשתן לא היה מועיל לו בהקדש וק"ו להדיוט, וההיא דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר, מיירי במסרב הלה ליתנו לו, והדברים מוכיחין כן שהרי טבחו ומכרו. והרמב"ן במלחמות שם חלק עליו והקשה, איך יכול להקדיש מלוה שלו שאינה לא ברשותו ולא ברשות גבאי בעין, ואפי' אם בגזל ולא נתיאשו הבעלים שהוא יכול להקדיש כשהלה רוצה ליתן לו, במלוה אינו יכול להקדיש, שממון זה אינו שלו ולא קנאו ויכול להחליפו בממון אחר, ואף במעמד שלשתן לא יכל להקנותה, וכל מעמ"ש הוא הלכתא בלא טעמא. וכן הביא ראייה ממקדש במלוה דאינה מקודשת, וכן במקח וממכר, אלמא כדבר שלא בא לעולם דמי.

ובשו"ע יור"ד רנח"ח פסק דאינו יכול להקדיש, כדעת הראשונים הנ"ל, וכן בשו"ע חו"מ ריא"ז, דאין יכול להקנות מלוה אלא במעמ"ש. ובקצוה"ח ריא"ה הביא מחלוקת בעה"מ והרמב"ן, והקשה על ראית הרמב"ן ממקדש במלוה, דשם הטעם דלא יהיב לה מידי ואין לה הנאה מחודשת, ולכן במקדש אותה במלוה דאחרים, אי לאו משום דלא סמכה דעתה דמוחל, היתה מקודשת. וכתב לישב לפי מש"כ הר"ן (קדושין כ"א מעמוה"ר), בחילוק בין מקדש במלוה דידה דאינה מקודשת, ואילו במלוה דאחרים מקודשת, משום דמלוה לאו כסף מיקרי ולא שוה כסף הוא אלא מילי בעלמא, ומיהו במלוה דאחרים דעתה אהנאה דאית לה בגוה והנאה מיהא הוי, אבל במלוה דידה סתמא לאו דעתה אהנאה. ולפ"ז י"ל, דכיון דמקדש במלוה דידה אינה מקודשת משום דלא הוי כסף ולא שוה כסף אלא מילי בעלמא, ודאי דאינו יכול להקדישו, כיון דאינו אלא מילי בעלמא כל זמן שלא נגבה. משא"כ לשיטת תוס' (קדושין מז"ב ד"ה לעולם) דמלוה דאחרים הו"ל הנאה מחודשת, ובמלוה דידה אין לה הנאה מחודשת, אין ראייה דמלוה הו"ל דבר שאינו ברשותו, כיון דמה שאינה מקודשת הוא מטעם אחר, שאין לה הנאה מחודשת, עיי"ש בקצוה"ח.

והנה הרמב"ם בהל' מכירה כב,טו, פסק וז"ל: "דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה, אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם, הרי זה חייב לקיים דברו, שנאמר; ככל היוצא מפיו יעשה". ושם בהט"ז – יז, הוסיף הרמב"ם וז"ל: "והואיל והדבר כן, אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים, זכו בהן העניים. יש גאונים שחולקין על דבר זה ואומרים שאין העניים זוכין אלא בדברים שהדיוט קונה בהן, ולפיכך לא יזכו בדבר שלא בא לעולם, ואין דעתי נוטה לדברים אלו, שאין אדם מצווה להקנות, והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר, כמו שביארנו בערכיך". וכדברי הרמב"ם פסק המחבר בשו"ע חו"מ ריב,ז.

והראב"ד שם השיג על הרמב"ם: "רואה אני כי הוא מוסיף אפילו על דברי הרב ז"ל, כי הרב כתב במעשה דההוא גברא דתקע ליה חבריה משום דלא היה סלע ברשותו לא מצי מקני ליה אלא במעמד שלשתן, וזה החכם אומר שאפילו לא בא לעולם קנו עניים. ואני אומר, שאם חייב עצמו בכך שאמר אתן לעניים כך וכך, כלומר מן הפירות שיצאו בכרם שלי וכן כל כיוצא בזה, הרי זה חייב עצמו ויתן, אבל אם אמר ינתן לעניים כך וכך מפירות שלא באו לעולם, לא קנו עניים לדברי הרב". וכוונת הראב"ד לדברי הרי"ף ב"ק (יח,א מעמוה"ר), דזכו בנזק מדין מעמ"ש. וכן הוא להדיא בתוס' שם (ב"ק ל"ב, ו) ועוד ראשונים שם, עיין רא"ש שם ה"ג) שהקשו, מדוע היה צריך להגיע ליד עניים אנן, דחייב בצדקה באמירה, כדאיתא בר"ה ו,א, בפ"ך זו צדקה. ותירצו התוס', דכמו שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, ה"נ אין אדם נותן צדקה דבר שלא בא לעולם, וכשאמר ניתביה לעניים הוי זה החוב כמו שלא בא לעולם. ואף שאם היה אומר חוב זה לכשיבא לידי אתנהו להקדש או לצדקה, מתחייב מטעם נדר, מ"מ כשלא אמר כן, לא מהני אי לאו דיד עניים אנן.

אמנם מדברי הר"ח שהובאו בתוס' נראה, דאף בדמי נזק שלא באו לעולם, כיון שהוציא מפיו, אינו יכול לחזור בו. דמתרוץ הראשון בתוס' שם (ב"ק ל"ב, ו) ד"ה יד) מבואר שיכול לחזור בו, ור"ח כתב לתרץ את קושית התוס', למה צריך להגיע ליד עניים אנן, תיפוק ליה מדין בפ"ך זו צדקה, וכתב לתרץ: "שזה לא היה רוצה לחזור בו מן הצדקה, אלא היה רוצה ללוותו לפי שעה, ולהחזיר אחר לעניים תחתיו, וא"ל רב יוסף דיד עניים אנן וזכינן בו במעמד שלשתן, ואמרינן בפ"ק דערכין (ו,א) האומר סלע זו לצדקה, עד שלא בא ליד גבאי מותר לשנותו, משבא ליד גבאי אסור לשנותו". הרי שלשיטת ר"ח משעה שאמר בפיו, אף אם לא בא לעולם, חייב לקיים דבריו. ולפ"ז נחלקו תרוצי התוס' במקדיש לצדקה חוב וכיוצ"ב, שאינו ברשותו,

אם חייב לקיים נדרו. ולכאורה י"ל דדעת הרמב"ם כדעת ר"ח, דאף אם אמר לש' של אתננו, חייב לקיים דברו.

ובכס"מ כתב בבאור דברי הרמב"ם, דדעת הרמב"ם שאין העניים זוכים באינו בעולם כדין ההדיוט, ולכן האומר פירות דקל זה לעניים והן פירות שלא באו לעולם, לא זכו בהם העניים, אולם אם אמר פירות דקל זה אתן לעניים, הרי זה נדר שנדר וחייב לקיימו מטעם נדר, אף שלא זכו בהם העניים. וכך הם דברי הרמב"ם בהל' ערכין ו,לא, שכתב: "יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אם אמר הרי עלי להקדישו, הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו, ואם לא הקדיש הרי זה עובר משום בל תאחר, ולא יחל דברו, ומשום ככל היוצא מפיו יעשה, כשאר הנדרים". והם הם דברי הרא"ש (ב"ק ד,ג), ולא כמש"כ הטור שהרמב"ם והרא"ש חולקים בזה. עוד הוסיף בכס"מ, על מש"כ הרמב"ם בהט"ז, שאם צוה שכ"מ ואמר כל שיוציא אילן זה לעניים, זכו בהם העניים ואף אם נאמר שכוונתו לומר שאמר כל מה שיוציא אילן זה ינתן לעניים, מ"מ מי שמחוייב לתתו לעניים, דהינו השכ"מ, ליתיה בעולם והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישם. וזו ההשגה שהשיג הראב"ד על הרמב"ם. וכתב בישוב דברי הרמב"ם, דכיון שאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו, סבורו וקבלו, והוה ליה כאילו הם עצמם נדרו, וחייבים לקיים נדרם. וכך הם בדבריו בב"י חו"מ סי' ריב. ולכן החילוק הוא בין אם אמר בלש' נדר, אתננו לעניים וכד', משא"כ באומר יהיה לצדקה או להקדש, דבזה לא מיבעיא שלא זכו העניים, גם לא מחוייב לקיים, שאין כאן נדר. ולזה הקשה הכס"מ (גם בב"י הנ"ל) על דברי הרמב"ם בהט"ז: "אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים, זכו בהן העניים", דהרי לא אמר בלש' נדר, ואף אם תאמר שאמר בלשון "אתננו", הרי הוא לא קיים, ויורשיו אינם חייבים, שלא נדרו, ותירץ כנ"ל.

והרמ"א חו"מ ריב,ט, הקשה סתירה בדברי המחבר. דבסע' ז פסק כרמב"ם הנ"ל, שאם אמר מה שתלד פרתי וכו', דהוי הקדש, ובריב,ט פסק: "וכן אם אמר קרקע זה לכשאקננו יהיה הקדש, אינו כלום, שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אבל אם אמר לכשאקננו אקדישנו או אתננו להקדש, הוי עליו נדר וצריך לקיים נדרו". והרמ"א שם הקשה, דבס"ט כתב כסברת הרא"ש, ובס"ז פסק כרמב"ם. והדרישה ריב,י (וכן בסמ"ע ריב,כב), דדוקא במה שתלד פרתי ויוציא אילני, שהם דברים הבאין ממילא, ס"ל להרמב"ם דחל עליו הנדר וצריך לקיימו, משא"כ בקנין בית הוא דבר שאינו בידו ולא יבוא ממילא. ובזה תירץ הסמ"ע דברי הכס"מ, שגם הרא"ש ס"ל כרמב"ם בדין מה שתלד פרתי, דאליבא דהרא"ש דוקא בגביית חוב שהוא ג"כ דבר שאינו בא ממילא, סובר הרא"ש דלא חל עליו הנדר, אם לא שאמר

לכשיבוא לידי אתננו, משא"כ במה שתלד פרתי וכיוצב"ז. ועיין בש"ך ריב,יב, ובהגהה שם. ולפ"ז בחוב או בקנית בית, אם לא נדר אלא אמר יהיה הקדש, לא חל הקדש וחל עליו חיוב.

ולזה הסכים החת"ס בתש' (חחו"מ סי' קז, וכן שם בס"י קי), וכתב בבאור דברי הסמ"ע, דילפינן ממה שאמר יעקב אבינו ע"ה, כל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך, דנדר זה של יעקב אבינו הוא כמו דבר שבידו, שאין אדם בעולם שלא יתן לו ה' להחיות נפשו ולהשתכר בשום דבר, ואפי' ע"י מתנת בשר ודם, מ"מ מה שיתן לו ה' אעשרנו. אבל האומר לכשאקנה שדה זו או אשתכר בסחורה זו, הוא דבר שאינו בידו כלל, בזה יש הפרש וחילוק אם אמר אתננו, הרי זה נדר וחל על גופו ליתנו לכשיבוא לידו, אבל אם אמר יהיה לצדקה, לאו כל כמיניה. וע"ע במש"כ באולם המשפט ריב,ט.

אולם במחנ"א (צדקה סי' ב) כתב דדעת הרמב"ם כדעת ר"ח, דאם אמר חוב שיש לי על פלוני יהא לעניים, מחויב לקיים דיבורו, ואף שלא חייב עצמו ליתנו בלש' נדר. וכתב מחנ"א, דהראב"ד חולק וסובר דכל היכא דלא חייב עצמו לומר אתננו, שהוא לש' נדר, אינו חייב ליתנו לעניים. והאומר סלע זו לצדקה, חייב כל היכא דאיתיה ברשותיה, ואע"פ שלא אמר בלשון נדר, שהרי לא חייב עצמו, חייב לקיימו משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וזכו עניים בסלע זו. ודעת הרמב"ם, דאף שלא אמר אתננו אלא יהא לצדקה, חייב לקיים דיבורו משום נדר, הגם שעדיין לא בא לרשותו. ולזה נוטה דעת ר"ח (תוס' ב"ק לו,ב הנ"ל), דאע"פ דההוא גברא לא אמר חוב שיש לי על פלוני אתננו לצדקה אלא שאמר נתביה לעניים, מיחייב לקיים דיבוריה ולא יכול לחזור בו.

[ובחילוק אם אומר אתננו או שמתפיס חפץ מסוים או מחייב גופו, כן נמצא בדברי הנתיבות רנ"ד, לענין מש"כ קצוה"ח שם בס"ק ו, דנודר ומת אין יורשים חייבים לקיים הנדר, כתב הנתיבות, דדוקא כשאמר אתן מנה לצדקה או תנו מנה לצדקה, אין היורשים חייבים לקיים נדרו, דעדיין לא קיים הנדר, משא"כ אם אמר הרי זו צדקה, שהתפיס דבר מיוחד לצדקה, שהדבר עצמו נתפס בצדקה, וכבר נתקיים הנדר שנדר, כדמוכח בנדרים ז"א, דאפי' ע"י יד נתפס הצדקה, ועיין בשו"ע יו"ד רנט"א, דאפילו לשנותה אסור, רק קודם שבא ליד גבאי מותר ללוותה על מנת לפרוע, והיורשים חייבים לקיים נדרו, ומוציאים מידם הצדקה שהתפיס. ועיין בקצוה"ח רצ"ג, לענין שעבוד נכסים בנודר לצדקה ובחיוב לצדקה, יובא להלן, ובחדושי הגר"ח מכירה כב,ז].

ב. במוחלוקת הרמב"ן ובעה"מ, כשהגזלן מסכים להקדש

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

ובעונג יו"ט שם רצה לחקור, אם מה שהבעלים אינם יכולים להקדיש הוא עקב כך שלגזלן יש כח קנין בחפץ, וכיון שיש כאן בעלים נוספים, אינו יכול להקדיש, או מטעם שכח הבעלים נקלש כשהחפץ ברשות הגזלן, ולכן לא יכולים להקדיש. והנפק"מ בזה, אם נאמר שאינו יכול להקדיש מחמת בעלות הגזלן בחפץ, א"כ כאשר הגזלן מסכים להקדש הבעלים, יכול להקדיש, וכמש"כ בב"ש, אולם אם מחמת קלישות כח הבעלים, כשהחפץ ברשות הגזלן, לא מהני ריצוי הגזלן, וכדעת הרמב"ן. ועייין בהגהה שם, אם חשו"ק גזלו את החפץ, דאם נאמר מחמת קנין הגזלן, הרי לחשו"ק אין קנין בחפץ, וממילא הסכמתו לא תעלה או תוריד. אך אם נאמר מחמת קלישות כח הבעלים בחפץ, כיון שהחשו"ק לא קנו בחפץ, לא נקלש כח הבעלים, ויכולים להקדישו.

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

ועיין באבני מילואים כח, יג וקצוה"ח ריא, ג, שכתב על דברי הב"ש הנ"ל, דמדברי הרמב"ן במלחמות מבואר דאינו יכול להקדיש, אף אם הגזלן מסכים להקדש הבעלים. והביא דלשיטת התוס' ב"מ ו, א, ו, א (ד"ה הקדישה), דכיון ששתק אודוויי אודי ליה, ולא דמי לגזל ולא נתייאשו בעלים דשניהם אין יכולין להקדיש, דכיון דאודי ליה, הוי ליה כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדישו. ומבואר דכל שהקדישו הבעלים בריצוי הגנב, הו"ל כמו פקדון, ואע"ג דלא נתרצה הגנב אלא בשעת ההקדש, ה"ל פקדון והקדש באין כאחת.

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

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

הבעלים, הגם שהגזלן רוצה להחזיר, כיון שהוא עדיין חייב באונסין, עדיין חשיב שאין לבעלים כח להקדיש, עיי"ש.

ועיין מש"כ הגרא"ו (קוב"ש ב"ק ט), דלדעת בעה"מ מה דלא הוי ברשותו הוא מפני שבפועל אין לו שליטה על הנכסים, ע"י סירובו של הגזלן לתת לו, ולדעת הרמב"ן, לא הוי ברשותו הוא מפני קניני הגזילה. והקשה הגרא"ו מב"ק קיז, א, בראה אנס בא כנגדו ואינו יכול להציל דאינו יכול לחלל מעשר שני, הטעם משום דמיקרי אינו ברשותו, אף דהאנס עדיין לא קנה את הגזילה קודם שבא לידו, וכן במסותא (ב"מ ז, א) דאינו יכול להקדיש, אף דהשני לא עשה מעשה קנין במסותא. וי"ל דגם הרמב"ן ס"ל דמיקרי אינו ברשותו גם בלא קניני גזילה, משום שאינו שולט בנכסיו בפועל, אלא שהוסף, דאפי' אם הגזלן אינו מסרב להשיב, מ"מ כיון דיש לו עדיין קנין בגזלה, מיקרי ג"כ אינו ברשותו. והם כדברי הגרש"ש הנ"ל. ועיי"ש מש"כ באות י, וכן בקוב"ש קדושין צג.

וע"ע באמרי משה לד, ח, דלשיטת הרמב"ן, כל היכא שיש לגזלן קניני גזילה, מקרי אינו ברשותו מחמת הקנין שיש לגזלן, ועיי"ש מה שישב קושית קצוה"ח (ואבנמ"ל, כנ"ל) מב"מ ו, א. ובדברי יחזקאל (סי' נד) כתב דדברי הב"ש הנ"ל, תלויים בטעם שלא מהני להקדיש באינו ברשותו, דאם מחמת קניני הגזלן, א"כ אף שרוצה להחזיר, כל עוד לא קיים מצות השבת אבידה ועדיין היא באחריותו, לא פקעו קניני גזילה ולכן אינה ברשותו, משא"כ אם מטעם שאינה ברשות הבעלים לעשות כל רצונם, כשמסכים הגזלן להחזיר, כבר נחשבת הגזילה כפקדון, ויכול להקדישה, ולא חשיב אינה ברשותו. עיי"ש מה שהאריך בראיות, ויישב דברי הראשונים. וע"ע בחזו"א ב"ק כ, יא, ה (ד"ה והרוז"ה), מש"כ בזה.

ג. כשהמצוה שב"מ

ונחזור לנדו"ד ולמש"כ, דלכאורה באמירתו שיקחו הכסף מגמ"ח פלוני ויתנו לצדקה, אין כאן נדר אלא נתינה של חוב שאינו ברשותו, ולא מהני. והשאלה אם בנדו"ד, אם נגדיר את המצוה כשכ"מ, דבר שאינו ברור מציאותית, הגם שלא קם מחוליו זה, אם מהני הקדשו. וכבר הובאו לעיל דברי הרמב"ם בהל' מכירה כב, טז: "והואיל והדבר כן, אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים, זכו בהן העניים". והובאו לעיל דברי הכס"מ, דלדעת הרמב"ם יש לחלק בין יהיה הקדש או אתן לעניים, והאומר פירות דקל זה לעניים והן פירות שלא באו לעולם, לא זכו בהם העניים, משא"כ באומר פירות דקל זה אתן לעניים, הרי זה נדר וחייב לקיים נדרו. ולפ"ז הקשה, די"ל דדברי הרמב"ם

בענין שכ"מ, דמיירי שאמר השכ"מ בלשון אתן לעניים, ורק בכה"ג שייך בכלל חיוב; "ואף אם נאמר שכוונתו לומר, שאמר כל מה שיוציא אילן זה ינתן לעניים, מ"מ מי שמחוייב לתת לעניים דהיינו השכ"מ, ליתיה בעולם והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מוריש". שאף אם הוא בלשון חיוב, הרי החיוב הוא על השכ"מ ולא על היורשים, והשכ"מ אינו בעולם. ולזה תירץ הכס"מ (וכן הוא בב"י יור"ד סי' רנח, וחו"מ סי' ריב) שסובר הרמב"ם דכיון שאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו, סברו וקבלו והוה ליה כאילו נדרו הם בעצמם, וחייבים לקיים נדרם. אולם ברב מגיד שם כתב לחדש, דיש חיוב על היורשים לקיים נדר של מורישם, מדין מצוה לקיים דברי המת: "שאף במתנת שכיב מרע, אע"פ שאין הנודר קיים, מצוה לקיים דברי המת כמו שהוא מחוייב אם היה קיים, ועיקר". ולפ"ז הנפק"מ בין הכס"מ לרב המגיד, במקום שלא שמעו היורשים, ולא שייך לומר שסברו וקבלו, דלכס"מ פטורים, ולמגיד חייבים מדין מצוה לקיים דברי המת את נדר מורישם.

ובסמ"ע ריב"ט הביא את טעם הכס"מ, וכתב לחלק דאף אם לא היו באותו מעמד, חייבים היורשים לקיים נדרם, דהרי זה כהקנה הבית לצדקה עד שיקבלו העניים את פירות הבית: "ובפרישה (ס"ט) כתבתי דנ"ל דטעם הרמב"ם הוא, דכל שאומר כן הו"ל כאילו הקנה הבית לעניים עד שקיבלו השכירות, וכן האילן לפירות, ואין בניו יורשים אותו הדבר עד שיקיימו תחילה לנדר". ולפ"ז ס"ל לסמ"ע כדעת המגיד, דאף אם לא היו באותו מעמד, חייבים היורשים לקיים נדר מורישם מהטעם הנ"ל. אמנם כוותיה ולא מטעמיה, דטעם המגיד הוא מדין מצוה לקיים דברי המת.

ומדברי הריטב"א בתש' (סי' נד, הובא גם בב"י חו"מ סו"ס רנב), נשאל בשכיב מרע שצוה לפרוע נדונית אשתו במעות מנכסיו מיד בפטירתו, והאלמנה תובעת שימכרו מנכסיו כפי מה שימצאו ואפילו בזול ויפרעו לה כתובתה במעות בעין, כפי שצוה הבעל, ודן הריטב"א אם חייבים לקיים צוואתו מדין מצוה לקיים דברי המת, הואיל ולא צוה בבית דין ולא את היורשים. ובתו"ד כתב הריטב"א, וז"ל: "אבל הנכון בעיני כדברי הרא"ה, שאפילו לא הוציא מתחת ידו, כל שצוה ליורשים או למי שסיפק בידו לעשות וקבל עליו או שתק, יש בו משום מצוה לקיים דברי המת וכופין עליה לקיימו, אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם, אין בו משום מצוה לקיים דברי המת. ומעתה בנדון זה אין בו משום מצוה לקיים דברי המת". ומבואר דשיטת הריטב"א, דמצוה לקיים דברי המת הוא דוקא בציוה בפניהם, כשלא הושלש, דחשיב כסברו וקבלו, ואף בלא נדר אלא באמירה סתמית, אולם אין מזה הכרח שהריטב"א חולק על מש"כ המגיד, דנדר חשיב כהושלש, דבזה לא מיירי הריטב"א. ומ"מ יצא מזה נפק"מ לנדר"ד, דכיון שצוה בפניהם, אף שלא נדר, כיון שבידם לקיימו, יש

בזה מצוה לקיים דברי המת, ורק כיון שציוה במעות שלא נמצאים ברשותו, כיון שהוא עצמו לא יכול לקיים דבריו, גם היורשים אינם חייבים.

ועיין תש' נודע ביהודה (תנינא חאה"ע סי' מה) במי שציוה קודם מותו לאשתו שלא תתן את בתו הבוגרת לשמעון אחיו לאשה, ועתה רוצים לישא זה את זו, וכתב דלא שייך בזה מצוה לקיים דברי המת, ואף לריטב"א (הנ"ל) שאם מצוה למי שבידו לעשות שייך מצוה לקיים דברי המת אפילו בלא הושלש, גם הריטב"א לא מיירי אלא בציוה למי שבידו לקיים דבריו, משא"כ באינו מסור ביד אשתו, שהרי יכולה הבת להנשא לדודה גם בלי רצון אמה. וגם הריטב"א לא אמר אלא במצוה על שלו, אבל אם מצוה לאחר על של אחר, אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת. ולפ"ז י"ל דהוא הדין בדבר שאינו ברשותו, דכיון דלאו בידו, גם הריטב"א יסבור שאין בזה משום מצוה לקיים דברי המת.

ושיטת המגיד בבאור דעת הרמב"ם, הובא גם בקצוה"ח ריב, ג ורנב, ג, וכתב בהסבר דעת המגיד, דאף שמצוה לקיים דברי המת אינו אלא בהושלש, כאן בנדר לצדקה, שהיה האב מחויב בדבר אם היה קיים, עדיפא ולא גרע מהושלש מתחלה לכך. ומדבריו יש ללמוד, דדוקא כשאמר בלשון נדר, דאף שאם אמר שלא בלשון נדר שייך הדין של מצוה לקיים דברי המת, מ"מ בעינן ללשון נדר כדי שיהיה תחליף להושלש, דבלא נדר אין על הנודר חיוב לקיים, ולכן חסר בלא גרע מהושלש שכתב קצוה"ח. אולם בסי' רנב, ג, כתב קצוה"ח דאפי' שלא בלשון נדר, חייבים היורשים לקיים ולא גרע מהושלש, למש"כ קצוה"ח רמה, א, לדעת הפוסקים דקנין אתן מהני, הא דתני בשדה בכותב בשטר אתננה דחכמים אומרים לא זכה, היינו דלא זכה עכשיו, אבל מחויב הנותן לקיים כאשר כתב בשטר, וכמו בקנין אתן, דאפילו לדעת הפוסקים דמהני קנין אתן, היינו שכופין אותו לקיים כאשר קנו מידו, אבל עדיין לא זכה. וכיון דכופין אותו בחייו ליתן השדה כאשר כתב בשטר אתננה, א"כ לא גרע מהושלש וכופין היורשין משום מצוה לקיים דברי המת, כמו בדין נדר שכתב הרב המגיד. אולם כ"ז הוא למ"ד דקנין אתן מהני, אולם לחולקים שם, והכי קיי"ל דקנין אתן לא מהני (רמ"א רמה, ב), דוקא בנודר אמרינן דלא גרע מהושלש, כיון שרק בנודר יש על הנודר חיוב לקיימו, ולא גרע מהושלש.

והעיר הגרא"ו (קוב"ש ב"ב ערה), דמדברי הרמ"א בתש' (סי' מח, עיין להלן) מבואר דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת, בלא הושלש מתחלה לכך אפי' לענין צדקה, דלא כקצוה"ח רנב, ג, (הנ"ל) שפירש דברי הרמ"א לשיטת המגיד, דבנדר לא בעינן הושלש, דלא גרע מהושלש. והרמ"א בתש' הביא דברי המגיד, ופירש טעמו כהסבר הכס"מ, דמיירי בשמעו היורשים ושתקו, אולם בלא"ה לא חייבים היורשים לקיים נדרו, ואין בזה משום מצוה לקיים דברי המת, עיי"ש.

אמנם מדברי החת"ס בתש' (תחו"מ סי' קטו, הובא גם בפת"ש ריב,ט) מבואר דבשכ"מ חייב לקיים דבריו מדין מתנת שכ"מ, אף באומר תנו ולא נדר, וז"ל: "ובאומר תנו מנכסי ומת, ס"ל לכל הפוסקים דלא הוה נדר על גופו כלל וממילא לא נתחייבו יורשים, אלא שהטור שם הבין בדעת הרמב"ם ספכ"ב ממכירה דפליג על זה, וכן פסק להדיא בתשו' מהר"מ אלשיך סי' קכא, כהרמב"ם לפי הבנת הטור הנ"ל. אמנם כבר הסכימו כל האחרונים דלא פליג הרמב"ם אהך דינא כלל, דבאומר תנו אין כאן נדר אם לא מטעם דברי שכ"מ, אם היה חולה, או אם השליש מעות לכך ביד שלישי צריך לקיים מטעם מצוה לקיים דברי המת, אבל בריא שציוה תנו ולא השליש מעות לכך, ולא עשה קנין או הודאה והתחייבות, מטעם נדר ליכא, וגם בזה לא פליגי". ומבואר לכאורה דבשכ"מ שאומר תנו, מהני מצד עצמו ולא מדין מצוה לקיים דברי המת, ולא בעינן הושלש. והוסיף החת"ס הרמב"ם והמרדכי חולקים בבריא שאומר אתן פירות דקל או דירת בית לפלוני, דלכ"ע לכשיבואו לעולם ויבואו לידו חל עליו הנדר ליתנם לעניים, אך כשמת קודם שבאו לעולם, סובר המרדכי, וכן פסק רמ"א (כנ"ל) דאין כאן נדר, שכשיבואו לעולם כבר מת, ולרמב"ם מחוייבים היורשים לקיים נדרו. והביא דברי הסמ"ע (הנ"ל) ביישוב דעת הרמב"ם, דאמרינן דנתן מקום באילן לצמיחת הפירות והקנה לו אילן לפירותיו; "ומ"מ לא קיי"ל כהרמב"ם בהא, דלית הלכתא כר"מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה, עיין גיטין לט,א תוס' ד"ה הא מני, ועיין רמב"ם ערכין ו,כ". והנה כל זה דוקא בבריא, אבל בשכ"מ ס"ל דלא פליגי ולכ"ע חייבים היורשים לקיים דבריו. וזה לכאורה לא כמגיד והכס"מ שכתבו בבאור דברי הרמב"ם באופן שונה.

והרמ"א בשני מקומות, חו"מ ריא,ז ורנב,ב, פסק דאם אמר כשתלד בהמתי או יוציא אילן זה פירות וכיוצא בזה, אתננו להקדש או לעניים, חייב לקיים דבריו מטעם נדר: "ודוקא אם הנודר קיים, אבל אם כבר מת אינו כלום, שהרי אינו כאן שיקיים נדרו". ומקור דברי הרמ"א מדברי המרדכי (ב"ב תרכד – תרכה), שהביא מתש' מהר"מ, באלמנה שלא היו לה בנים, והיתה מוטלת על ערש דוי, ואמרה לקהל, אחרי מותי בואו בחדרי וקחו כך וכך לצדקה לנרות ולכוס של קידוש. ולמחרת קראה לאחיה בשני עדים, ואמרה לו, כל אשר בחדרי קח לך ולאחותך, ולא היה לה כי אם חדר אחד. ואחר מותה הלכו הקהל ולקחו כל אשר בחדרה. והשיב מהר"מ, דכיון שלא נתנה להקדש אלא לאחר מיתה, וכיון שחזרה בה ונתנה לאחיה ולאחיותיה, הכל דינו כמצוה מחמת מיתה וקניא בלא קנין ואפילו במקצת. והקשה מהר"מ, דלכאורה יש להקדש זכות מכח דין שכ"מ שהקדיש (ב"ב קמח,ב), בשכ"מ שהקדיש נכסיו ועמד מהו, ונשאר בתיקו, וקי"ל כל תיקו דאיסורא לחומרא, וא"כ ה"ג בנדון זה מספיקא לא יתן ליורשים אלא להקדש. ותירץ, דהתם מיירי בהקדיש כל נכסיו בלא שיעור

בסתם ולא פירש בהדיא אחר מיתה, משא"כ בנדון האלמנה אמרה במפורש לאחר מיתה. והוסיף מהר"מ, דאין לומר דנתחייבה לתת מממונה כך וכך לנרות ולכוס של קידוש מטעם נדר, דאין בלשון זה לשון נדר, שהרי אמרה רק תתנו לאחר מותי ולא נתנה כלום: "ועוד נראה לרבינו מאיר, דאפי' אמרה אתן כך וכך לצדקה לאחר מותי, לא נעשה נדר ומצי למיהדר, ולא דמי לאומר סלע לכשיבא לידי אתננו לצדקה, וכפר"י בפרק ארבעה וחמשה דנעשה נדר ויש לו לקיים דבריו, דהתם לכשבאת לידו חי הוא, ובר קיומי לנדריה הוא, הלכך בההיא שעתא אמרינן ליה קיים נדרך, אבל גבי שכ"מ, בעידנא דהויא לנדריה למיחל ולקיים, אותה שעה כבר מת ונעשה חפשי מן המצות". ומבואר שאין היורשים מחויבים לקיים אם נדר ומת, וזה לכאורה דלא כרמב"ם, דכוותיה פסק במחבר בשו"ע חו"מ ריב"ז, והרמ"א כדעת המרדכי. (ועיין בתש' חת"ס חחו"מ סי' קיא, הובאו דבריו בפת"ש ריב"ח). וכבר הסביר הגר"א חו"מ ריב"כ, דנחלקו המחבר והרמ"א בשני דברים, דהרמב"ם ס"ל דאין חילוק בין אומר אתננו או יהיה הקדש, ולרמ"א דוקא באתננו, דהוי נדר, חייב לקיים נדרו. ועוד נחלקו, אם היורשים חייבים לקיים נדרו, דלדעת המחבר חייבים לקיים נדרו, ולרמ"א אין היורשים חייבים לקיים נדרו. ולכאורה לדעת המחבר בשו"ע יור"ד רנח"ח הנ"ל, לא חל צדקה בדבר שלא בא לעולם או במלוה, וכנ"ל, ויש לחלק כמש"כ הסמ"ע שם ס"ק יט, דהוה כהקנה הדקל לפירות, עיין לעיל, משא"כ במלוה לא שייך להקנות המלוה עצמה שאינה ברשותו, ואף לפירות צ"ע, עיין קצוה"ח רט"ד.

ומחלוקת המחבר והרמ"א, נמצאת גם בתש' הרמ"א (מח"ג, עיי"ש בסי' מז דברי הב"י), לענין אם אמר תנו לעניים ולא נדר, ובאו הדברים לעולם קודם שמת, אם חייבים היורשים לקיים, והיא תשובה שהשיב הרמ"א לב"י, דדעת הב"י דאפי' תהיה מתנת בריא ממש אף שאין בה קנין, הרי היא קיימת מטעם דצדקה היא, וצדקה נקנית בגמר בלבד לתת. ואף דיש חולקין, מ"מ בנדון דידן שהוציא בשפתיו, אפי' היה בריא דבריו קיימין אף שלא קנו מידו, ואין ליורשין שום טענה בדבר. והרמ"א שם חלק עליו, והביא ראיה מתש' מהר"מ, המובאת במרדכי ב"ב (סי' תרסד הנ"ל), וכיון שנדון השאלה הוא במתנת בריא, לא מיבעיא אם אמר תנו דלא הוי נדר, אלא אפילו אמר אתן והוי נדר ומחויב לקיים נדרו, העניים לא זכו בנכסים אלא דכופין לדידיה לקיומי נדריה, והנודר כבר מת ואי אפשר לכופו. ולא מיבעיא דאם אמר ליתן אחר מותו, דפשיטא דלא חל עליו הנדר מעולם ואין היורשים צריכים ליתן כדברי תשובה זו, אלא אפילו אמר ליתן מיד, אין היורשין צריכים לקיים כל זמן שלא זכו העניים מכח קנין. וא"כ הוא הדין בשאלה שם, מאחר שהוא אינו חייב לקיים אלא מכח נדר, אין לכופף ליורשים לקיים נדרו. ומש"כ הרמב"ם דאם צוה השכיב מרע לתת כל מה שיוציא אילן זה צריכין לקיים דברו, היינו מטעם דמצוה

לקיים דברי המת ולא מטעם דזכו בו עניים, ובנדון שם אין לומר שזכו מטעם דמצוה לקיים דברי המת, דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא בהושלש מתחלה לכך. ולכן תמה הרמ"א על הב"י, בראיה שהביא מצדקה הנקנית באמירה בבריא, דכל זה הוא מטעם נדר, ולא שייך כלל לדברי שכיב מרע לקיים צואתו לאחר מותו, דאין חולק דבשכ"מ לא צריך לקיים מטעם נדר.

ומהרי"ט (חחור"מ סי' נ) הקשה על דברי הרמב"ם הנ"ל דבמתנת שכ"מ חייבים היורשים לקיים, דנהי דמחויב לקיים דבריו מטעם נדר, מ"מ כשמת אין היורשים מחויבים לקיים נדרו, דהא אפי' בפרעון חובו אין כופין את היורשים לפרוע חוב אביהן מטלטלין שהניח, כדמוכח בכתובות צא,ב, בעובדא דההוא קטינא דארעא. וכן ב"מ סב,א, דאף שחייב להחזיר ריבית שלקח, מוחי אחיך עמך, אם מת הוא אין היורשים חייבים להחזיר. וכן בגזל הגר דמחויב לקיים מצוות השבה לכהנים, דאין היורשים חייבים להחזיר, דתנן ב"ק קי,א: הגזל את הגר ונשבע לו ומת, הרי זה משלם קרן וחומש לכהנים, ואשם למזבח ... היה מעלה את הכסף ואת האשם ומת, הכסף ינתן לבניו, והאשם ירעה עד שיסתאב וימכר ויפלו דמיו לנדבה. וא"כ כל שהעניים לא זכו בגוף הדבר, אף שהוא מחויב לקיים דבריו, משמת נעשה חפשי ממצותו ואין על היורשים כל חיוב. עוד הקשה על הרמב"ם, דאפי' נאמר מדין מצוה מחמת מיתה, מ"מ מצוה מחמת מיתה אין זה נדר, שלא אמר אתן אלא תנו. וכתב לישב דברי הרמב"ם, דמטעם מתנת שכ"מ קני, אעפ"י דלהדיוט לא קני משום דליתיה בבריא, קנו העניים כיון דאיתיה בבריא בתורת נדר. או בדרך אחרת, דמה שזכו בהם עניים הוא משום מצוה לקיים דברי המת, ואף שלא השליש, כיון שמחיים מוקצה ועומד הוא, שאף אם עמד לא מצי למהדר ביה ומחויב לקיים נדרו, כשצוה לתת, מצוה על היורשים לקיים דבריו: "אלא שבין כך ובין כך דברי הרב ז"ל אינם מוסכמים, ורבים חולקים עליו, ומדברי הרי"ף והר"י ז"ל מוכח דלא ס"ל הכי, וכבר חלק עליו שם הראב"ד, וכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא, לא מפקי ממונא". ומבואר במהרי"ט בישוב דברי הרמב"ם, דמהני או מדין מתנת שכ"כ או מדין מצוה לקיים דברי המת, אבל באמירת בריא לצדקה כשאינו נדר, אין כאן חיוב לחייבו לקיים, ואף בנדר אין לחייב את היורשים לקיים נדרו.

והוזכרו לעיל דברי הרמ"א חו"מ רנב,ב: "מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך ומת ולא נתן, יורשיו פטורין ואין בזה משום מצוה לקיים דברי המת". ובקצוה"ח שם ס"ק ה כתב בטעם הדבר, דשבועה אינו עושה קנין, וכן בנודר לעניים אינו עושה קנין, דלא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט אלא בקדושת הגוף או בקדושת בדק הבית ולא בנודר לעניים, אלא שמחויב לקיים נדרו, וכיון שמת אין היורשין צריכין לקיים שבועת אביהם או נדר אביהם, ואפילו אומר הרי זו לעניים.

והביא שם קצוה"ח מעשה שבא לידו, במי שנדר בחייו ליתן מעשר כספים מנכסיו, וכבר חילק בחייו מקצת, וקודם מותו ציוה שיותן מעשר מנכסיו כפי הנדר שנדר בחייו, ופסק קצוה"ח שאין ממש בצוואה זו, דנודר ומת, אין היורשין מחויבין לקיים נדרו, ומצד מתנת שכיב מרע, כיון שאמר ליתן משום הנדר שנדר בחייו, אין לעניינים אלא מכח נדר כבתחלה, והנודר ומת אין היורשין מחויבין לשלם. והוכיח כן מב"ב קעה,א ובתוס' שם (ד"ה ורב), דרק כשנותן מטעם מתנה, תקנו שיהיו ככתובין ומסורין, משא"כ במצוה להם ליתן מכח מלוה ולא מטעם אחר, אין לו אלא מכח מלוה כאשר בתחלה. והביא קצוה"ח מתש' הר"ן (סי' א), במי שציוה ליורשיו ליתן את הנדר שהיה לו לתלמוד תורה, פסק הר"ן דמחויבים ליתן לתלמוד תורה, כפי שנדר בחייו ואילו לרמ"א ודאי פטורין היורשים ממה שנדר. וכתב בדרך אחרת, דכיון שנדר בחייו ואומר שיתן לעניינים כפי הנדר שנדר בחייו, הרי רוצה לזכות להם מהיום, וליתא בתקנת שכיב מרע כמבואר ברמ"א רנ,ט.

ועיין בנתיבות שם רנב,ג, שכתב לחלוק על קצוה"ח, דאין הנידון שבתוס' במצוה מכח מלוה, דומה לנידון הנדר, דבמלוה יש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, רק שאין כופין אותן כמבואר בב"ב (קנז,א תוד"ה מצוה), וכיון שיש עליהם מצוה, מה שציוה אותם הוא לתת משום מצוה שעליהם ולכן אין כופין, משא"כ בנודר שמת, אין על היורשים מצוה, וכיון שהוא ציוה תנו, ע"כ במתנת שכיב מרע ציוה ליתן, וממילא חייבים לקיים מה שנתן במתנת שכ"מ. וע"ע בתש' חת"ס (חחו"מ סו"ס קטו) שתמה ג"כ על קצוה"ח בזה, וכתב דהכא י"ל אדם יודע שאין נדר אחר מיתה ובא עכשיו לתקן דבריו הראשונים ויהיב בתורת מתנת שכ"מ, ודימה למש"כ (כתובות עד,א) דאדם יודע שאין קידושי קטנה כלום וגמר ובעל לשם קדושיין.

ובסי' רצ,ג, כתב קצוה"ח לישב שיטת הב"י דחייבים היורשים לקיים הצדקה מכח נדר, ומה שהקשה עליו הרמ"א בתש', דכיון דמצות צדקה יש בה משום שעבוד נכסים, הוא הדין בנודר, ולכן יש בזה שעבוד נכסים ולא גרע משאר חוב, דאפילו מלוה על פה דעת הרמב"ם (מלוה יא,ד) וכמה פוסקים דשעבודא דאורייתא, וכיון דשעבודא רמי אנכסי כמו בפדיון הבן ובעולת יולדת, דהתורה צותה ליתנו, נשתעבדו נכסיו, הוא הדין בנדר, דכתיב בפ"ך, ודריש מינה בר"ה ו,א זו צדקה, והשתעבדו נכסי הנודר וחייבים היורשים לשלם. ורמ"א שם האריך בראיות דנודר ומת אין היורשין צריכין לקיים נדרו. ועיי"ש בקצוה"ח שנו"נ בראיות הרמ"א, ומסקנת דבריו: "דאפילו נימא בנודר לעניינים לית ביה משום שעבוד נכסים, וכדברי הרמ"א בתש' סי' מח, וכמו שנראה מדברי הפוסקים, מכל מקום נראה דהיינו דוקא בנודר דאינו עושה קנין ואינו אלא משום נדר, להכי אין בו אלא משום כל יחל, וכמו שנשבע דאין על היורשין לקיים שבועתו. אבל בצדקה נראה לענ"ד כדברי כסף משנה, כיון דכתיבה

בתורה מצות צדקה, הרי הוא כמו מצות הענקה דיש בו משום שעבוד נכסי, וממונו משועבד ליתן לעניים, והא דאין יורדין לנכסיו כשהלך למדינת הים היינו כמ"ש שם בכסף משנה משום דעושה צדקה בכל עת במקום שהוא. ובוה נראה לענ"ד ליישב קושית תוס', בהא דאמרינן פ"ק דב"ב (ח,ב) אכפיה ר' אמי לצדקה, דהא אמרו (חולין קי,ב) כל מצות עשה שמתן שכרה בצדו, אין בי"ד כופין עליה ועיי"ש, וכבר נתקשו בו כל הראשונים. ולפי מש"כ דבצדקה אית ביה שעבוד נכסי ליתן ממנו לצדקה, וא"כ ממון עניים גביה הוא כאילו חייב להם חוב ממש, א"כ זה שאנו כופין אותו היינו להחזיר לעניי עולם מה שחייב להם, ובוה ודאי אפילו מתן שכרה בצדו נמי מוטל על הב"ד להחזיר מה שחייב כיון דנכסוהי נשתעבדו, ודוקא מצות עשה שאין בו משום שעבוד נכסי הוא דאמרי כיון דמתן שכרה בצדו אין ב"ד כופין". וכל זה בצדקה שהוא מחויב בה, עיין שו"ע יור"ד ריש הל' צדקה, רמז,א ורמז,א, אבל מה שחייב לצדקה מחמת שנדר, ולולי נדרו לא היה חייב בה, אין בו שעבוד נכסים, ואין היורשים חייבים לקיים נדרו, וכל זה אף לשיטת הרמ"א.

וכאמור, נחלקו הכס"מ והמגיד בנדר ומת ולא שמעו היורשים, דלכס"מ כיון שאין כאן סברו וקבלו, אין היורשים חייבים לקיים נדרו, ולמגיד, כיון דנדר, לא גרע מהושלש וחייבים לקיים נדרו. והובא לעיל דקצוה"ח נקט כסברת המגיד, בסי' רנב,ג וריב,ג, וכתב להסביר דעת הרמב"ם כדעת המגיד, ועיין לעיל דעות האחרונים. וכן נמצא למהרי"ט בתש' (ח"א סי' לט) שכתב בבאור דברי הרמב"ם, דהחויב הוא מדין מצוה לקיים דברי המת, וז"ל: "אי נמי יש לפרש דבריו ז"ל מטעם דמצוה לקיים דברי המת, ... ואע"ג דלר"ת ז"ל לא אמרינן הכי אלא כשהשלישו מחיים ביד אחר כההיא דהמשליש מעות לבתו דס"פ מציאת האשה וההיא דהולך מנה לפלוני דספ"ק דגיטין, הכא עדיף טפי שהקנהו מחיים בלשון נדר וצוה היורשים עליה, מצוה עליהם לקיים דבריו". והוא כהסבר דברי המגיד ברמב"ם. ועיין בתש' חת"ס (תחו"מ סי' קי ד"ה אלא שהר"מ), מש"כ בבאור דברי מהרי"ט.

ומדברי הגר"ע בתש' אחיעזר (ח"ג סי' לד) עולה דאף בדבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו, אם נדר חייבים היורשים לקיים דבריו מדין מצוה לקיים דברי המת. האחיעזר רצה לחייב כנ"ל את האלמנה (שהיא אפטרופסית על נכסיו), לתת מעשר כספים כפי צואת בעלה המנוח, ואף מהכספים שהתקבלו מחברת הביטוח בגין ביטוח חיים שעשה המנוח, והשואל פקפק בסברתו של האחיעזר במה שחייב לקיים דברי המת גם בדבר כזה שאינו משתלם אלא לאחר מיתה, דסברת המגיד שייכת באופן של מה שיוציא אילן זה תנו לעניים, דאם היה קיים היה מחויב, אבל בדבר שאינו משתלם אלא לאחר מיתה, כיון שהנודר עצמו לא היה יכול לקיימו, כיון שכל מהות התשלומים הם לאחר מיתה, כיצד נחייב את היורשים לקיים, והביא ראיה מדין כופר,

שלעולם הוא ראוי (עיינן מה שכתבתי בח"א סי' יח). וכתב הגר"ח"ע דסברת השואל ישרה, אולם מדברי הרמב"ם והמגיד בהל' מכירה כב,טז, דמיירי בשכיב מרע דמצוה לאחר מיתה, א"כ כל עיקר הקנאתו הוא לאחר מיתה, ואלו היה בחיים לא היה עליו שום נדר, ומ"מ אמרינן בזה מצוה לקיים דברי המת. [והוסיף שם במאמר מוסגר, דכיון שיכל המבוטח לשנות את שם המוטבים כל עוד הוא חי, הרי הוא הבעלים, וממילא שייך בזה מצוה לקיים דברי המת]. ואין לחלק דשאני נדון הרמב"ם, שיכל המצוה להקדיש לעניים מחיים, והיה חייב לקיים נדרו, משא"כ בזה שאין באפשרותו להקדיש מחיים. ס"ל לגר"ח"ע דאין לחלק, דסוף סוף השכ"מ נדר על אחר מיתה, ואלו היה בחיים לא הי' עליו שום נדר, ומ"מ אמרינן בזה מצוה לקיים דברי המת. ולפ"ז גם בחוב והלוואה נאמר מצוה לקיים דברי המת. וצ"ל, דמש"כ המחבר בשו"ע יור"ד רנח,ח: "אם יש לו חוב על אחד ואומר יהיה להקדש או לצדקה, אינו כלום", י"ל דדוקא בבריא, אבל בשכ"מ אמרינן מצוה לקיים דברי המת.

גם מדברי הגרא"ז (אבן האזל מכירה כב,טו) נראה דלשיטת המגיד מהני בשכ"מ גם בהלוואה. הגרא"ז הקשה, איך מועיל מתנת שכ"מ של מה שיוציא אילן זה לעניים, הרי לא מהני מדין נדר, כיון שבעצם אינו אלא לאחר מיתה. וכתב לישיב, מהא דאיתא בב"ב קמח,א, שכ"מ שאמר הלוואתי לפלוני - הלוואתו לפלוני, אף דכל מילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ, הואיל ואיתא בבריא במעמד שלשתן, וכן הביא הרא"ש, ולא מטעם שכתב רב פפא הואיל ויורש יורשה. ולכאורה הרי מעמ"ש הוא הלכתא בלא טעמא ואינו מדיני קנין. אלא שגם מתנת שכ"מ אינה מגדרי קנין, דאינה אלא לאחר מיתה, דכבר פקעה רשותו, וכן דמתנת שכ"מ כירושה שוויה רבנן. וע"כ דהא דתליא מתנת שכ"מ בדיני מתנת בריא אינו אלא לענין זה, דכיון דכל מה שתיקנו שיהיה דברי שכ"מ קיימין הוא שלא תטרוף דעתו עליו, וזה אינו אלא במה שאם היה בריא היה יכול להקנות באיזה אופן שיהיה, בזה תיקנו חכמים שיהיו דברי שכ"מ קיימין, אבל בזה שגם בריא אינו יכול להקנות, לא תטרוף דעתו של השכ"מ, כיון שידוע שאין אפשרות להקנות דבר זה. ובזה י"ל לרמב"ם, דכל דאיתא בבריא איתא בשכ"מ, אינו תלוי בגדר הקנין, אלא דכיון דאפשר שיתקיים בבריא תיקנו חכמים שיתקיים בשכ"מ, ולכן כשאומר השכ"מ ינתן לעניים, אף דבבריא לא נעשה קנין בדבר שלא בא לעולם, אבל כיון דנעשה עכ"פ התחייבות מטעם נדר שיהיה מחויב לקיים, ודבריו קיימין עכ"פ לענין חיוב, לכן דבריו קיימין גם בשכ"מ. ולפ"ז גם חוב שיכול להקנותו במעמ"ש, ובודאי שיכול בתורת נדר, איתא במתנת שכ"מ. אך כל זה י"ל לשיטת המגיד, משא"כ לכס"מ.

לאור האמור י"ל בנדר"ד, דלשיטת הב"י בנדר"ד שאינו נדר, אין לחייב את היורשים לקיים דברי המת, וכן לשיטת הרמ"א, אף בנדר אינם חייבים. ולשיטת המגיד

יש להסביר בב' אופנים אם יש מצוה לקיים דברי המת במלוה שיש לו ביד אחרים, וכמבואר לעיל, בנדר או באינו נדר. ולפ"ז אין לחייב את היורשים לקיים מה שאמר להם שיקחו הכסף מהגמ"ח ויתנו לצדקה.

והנה אם נפרש ברמב"ם דמיירי במתנת שכ"מ, עיין באחרונים הנ"ל, בפרט למה שביאר הגרא"ז, בזה קמה וגם ניצבה טענת היורשים, שאביהם חתם על צואה, ובה כתב שלא יוכל חזור בו אלא בצואה כתובה בחתימת ידו ובעדים כשרים, א"כ מתנת שכיב מרע שהיא לאחר מיתה, היא בגדר צואה חדשה וחזרה מצואה קודמת, ואם ניתן לבקשתו תוקף של מתנת שכ"מ, א"כ הוי חזרה מצואתו הראשונה, ולא מילא את תנאי החזרה, ולכן אין תוקף לצואתו זו שאמר בהיותו שכ"מ.

לאור האמור, אין לחייב את היורשים ליתן הכסף לצדקה.

סימן כה

צואה לא ברורה

ראשי פרקים

- א. בית בביתי מראהו נפול
- ב. כשכתוב בשטר דלא כאסמכתא וכו'
- ג. חלוקת המתנה באומדנא, נגד הלשון
- ד. חלוקה לזמנים

יעקב נפטר, ולו ארבעה בנים. בצואתו כתב שהוא נותן ס"ת אחד לבנו ראובן, וס"ת השני לשמעון. וכך נאמר בצואה: "שני ספרי התורה שלי, ינתנו אחד לבני ראובן, ואחד לבני שמעון. ספרי התורה יופקדו אחר כבוד בבתי הכנסת בהם הם מתפללים". ילדי יעקב אינם יודעים אלא על ס"ת אחד שהיה של אביהם, ולא ידוע להם כלל על ס"ת שני, והפעם הראשונה קראו על הס"ת השני בצואה. ניסו לברר אצל בני משפחה מבוגרים יותר, ידידים מהעבר הרחוק, ואף שחלקם טענו לכל מיני אפשרויות, בפועל לא נודע דבר אודות הס"ת השני. כעת שואלים ילדי ראובן כדת מה יעשו בס"ת, למי ינתן.

יצוין כי בנוסח הצואה נכתב: "... וכל ספק בלשון השטר יהיה נידון לטובת המקבל וידו תהיה על העליונה", וכן שהכל נעשה באופן המועיל ביותר, דלא כאסמכתא ולא כטופסי דשטרי".

א. בית בביתי מראהו נפול

איתא במנחות קח, ב – קטא (וכן בנדרים נו, א): מיתבי, בית בביתי אני מוכר לך ונפל, מראהו נפול. עבד בעבדי אני מוכר לך ומת, מראהו מת. ואמאי, ליחזי היידן נפל היידן מת. לוקח קא אמרת, שאני לוקח דיד בעל השטר על התחונה. השתא דאתית להכי, אפי' תימא עלייה דגריעה, יד בעל השטר על התחונה (כגון האי לוקח שבא בשטר מכירה, ידו על התחונה, דהוי מוציא מחבירו עליו הראיה שהמוכר מוחזק בבתיים, הלכך ראייה על הלוקח, אבל גבי הקדש גדול משמע – רש"י). וכוונת הגמ' לדין עליה, למה שהקשתה הגמ' לעיל מינה, באומר לחבירו בית בביתי אני מוכר לך, מראהו עלייה לאו משום דגריע. ודחתה – לא, מעולה שבבתיים.

וכן הוא בגמ' ב"ב סא,ב: ההוא דא"ל לחבריה ארעא דבי חייא מזבננא לך, הואי ליה תרתי ארעתא דהוה מתקרין דבי חייא (שקנה מרבי חייא, ארעא לשון יחיד אמר ליה, ויטול הלוקח הפחותה שבשתייהן, דיד בעל השטר על התחונה – רשב"ם). אמר רב אשי, חדא אמר ליה, תרתי לא אמר ליה. ואי א"ל ארעתא סתמא, מיעוט ארעתא שתיים.

וכן בב"ב קעג,א: אמר רבא, שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע. חוב לך בידי פרוע, שטרות כולן פרועין. אמר ליה רבינא לרבא, אלא מעתה שדי מכורה לך, שדה גדולה מכורה לו, שדה שיש לי מכורה לך, כל שדותי מכורין לו. התם יד בעל השטר על התחונה (דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דהיינו לוקח, ומילתיה דרבא דלעיל נמי משום האי טעמא דיד בעל השטר על התחונה, דהיינו מלוה. הלכך חוב לך בידי פרוע, כל השטרות שיש לו עליו פרועין – רשב"ם). וכן פסק הרמב"ם בהל' מכירה כא,יט: "האומר לחבירו בית מביתי ושור משורי אני מוכר לך, נותן לו הקטן שבהן, מת אחד מן השורים או שנפל אחד מן הבתים, מראה לו זה שמת או שנפל, שיד בעל השטר על התחונה".

ואף שלשון הגמ' והרמב"ם מיירי במכירה, אולם בנתינה היה מקום לומר שנותן בעין יפה, בשו"ע חו"מ ריד,יב שהביא דין זה, אף שהביא בהל' מקח וממכר, כתב הדין לענין מתנה: "האומר לחבירו בית מביתי אני נותן לך, נותן לו הקטן שבהם. נפל אחד מהם, מראה לו זה שנפל, שיד בעל השטר על התחונה. והוא הדין לאומר שור בשורי אני מוכר לך". הרי שלא חילק בין מכר למתנה, ואף במתנה מראהו נפול. וכן מבואר בדברי הרשב"א בתש' (חו"ס סי' ה), בבאור החילוק בין האומר ששטר אחד פרוע, לאומר ששטר אחד מחול: "ואינו דומה למה שאמרו בפ' גט פשוט, אמר רבא שטר לי בידך פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע. שאני התם שהלוה פרע, וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר אחד, אם טען שלא פרע אלא הקטן, עליו להביא ראיה. אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן, י"ל דראובן מקבל מתנה הוא, ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו". הרי שחובת הראיה הינה על מקבל המתנה, ואין חילוק בזה בין מוכר לנותן, וכמש"פ בשו"ע חו"מ ריד,יב הנ"ל.

ודין זה שנותן בעין יפה, מצאנו בב"ב סה,א: איתמר, שני בתים זה לפניו מזה, שניהם במכר שניהם במתנה, אין להן דרך זה על זה, כל שכן חיצון במתנה ופנימי במכר, חיצון במכר ופנימי במתנה. סבור מינה אין להן דרך זה על זה, ולא היא, מי לא תנן כמה דברים אמורים במוכר, אבל בנותן מתנה נותן את כולן, אלמא מאן דיהיב מתנה, בעין יפה יהיב, הכא נמי מאן דיהיב מתנה, בעין יפה יהיב (דפליגי

רבנן ואמר דצריך לוקח ליקח דרך אבל מוכר לא צריך, משום דבעין רעה מוכר, הני מילי מוכר, אבל בנותן מתנה מודו דבעין יפה יהיב, ויהיב גם את הדרך, אלמא רבנן דסבירא להו מוכר בעין רעה מוכר, גבי נותן מודו דבעין יפה נותן – רשב"ם). ועיין במשנה ב"ב ע"א, וצ"ל, דכאשר השאלה היא איך ישתמש במתנה שנתן, עם דרך או ללא דרך ויצטרך לקנות דרך, אמרינן שנתן לו בעין יפה להשתמש באופן יפה, דאין כאן שאלה על עצם המתנה אם נתן אם לאו אלא על אופן השימוש, משא"כ בנדון שור משורי ובית מביתי, השאלה היא אם יש כאן מתנה ומה היא המתנה, בית זה או הנפול, ובזה חובת הראיה על המקבל, דאפשר שאין כאן כלל מתנה ביחס לדבר המסוים, ורק אחרי שיקבע שנתן לו את הבית הקטן, ויהיה ספק על אופן השימוש, אמרינן דבעין יפה נותן. (ועיין בתש"ו מהר"י אסאד – יהודה יעלה, חאו"ח סי' לא).

ובדין זה של בית בביתי מראהו נפול, ומראהו על העבד שמת, אין להקשות מכאן על מש"כ הרא"ש בתש"ס, יד, בענין שטר שכתוב בו שפלוני הקנה לפלוני ליתן לו חמשה עשר זהובים אחר הפסח, ולא כתוב בו אחר הפסח הבא ראשון, ונסתפק אי מגבינן ליה מיד אחר הפסח הראשון, או נאמר יד בעל השטר על התחונה, ושמא אחר הפסח האחרון האלף השישי לבריאת עולם. והשיב הרא"ש, דלא אמרינן יד בעל השטר על התחונה, אלא כשאין השטר נפסד לגמרי, כמו הנהו תרי שטרי דאתו לקמיה דרב יוסף, חד הוה כתיב ביה חמשה בניסן, וחד הוה כתיב ביה בניסן סתמא (כתובות צד, ב); "שאנו אומרינן יד בעל השטר על התחונה, היינו במה שאנו מגרעין כח יד בעל השטר במה שלא נתבאר יפה ענין השטר, ויש לפרשו על שני דרכים, אנו מפרשים אותו לחובת בעל השטר, לפי שהוא המוציא, ובלבד שלא יפסיד השטר לגמרי, כמו בנדון זה, שאם תפרשנו סוף ששת אלפים, אם כן למה נכתב השטר כלל. אלא ודאי אומדנא דמוכח הוא שפסח של זמן קצוב היה, ובשגגת הסופר לא נכתב הזמן, ועתה אין לנו לדון הזמן אלא או פסח של סוף ששת אלפים, או פסח הבא ראשון, דפסח אחר לא תוכל לברר אחריו, איזה מהם תתפוס, ופסח אחרון אינך יכול לומר, דאם כן למה נכתב השטר. הלכך אתה צריך לומר פסח הבא ראשון".

ודברי הרא"ש פסק המחבר בשו"ע חו"מ מב, ט.

ולכאורה יש להקשות על דברי הרא"ש מהא דיכול להראותו בית נפול ועבד מת, שבהם נפסד השטר לגמרי, ואמרינן דיכול לומר כן, דיד בעל השטר על התחונה. וצ"ל, דדוקא אם בשעה שכתב את השטר היה לו שני עבדים חיים ואח"כ אחד מת, דבשעה שכתב השטר לא התבטל לגמרי, וברור מדוע נכתב השטר, אלא שאח"כ מת או נפל, וכדמדויק הלשון: בית בביתי אני מוכר לך ונפל, מראהו נפול. עבד בעבדי אני מוכר לך ומת, מראהו מת, הרי שקודם כתב ואח"כ נפל או מת.

ובזה לא התבטל ענין השטר אם לא היה מת או נופל. משא"כ בשטר שלכתחילה כתב באופן שיש לפרש מכה יד בעל השטר על התחתונה שלא יוכל להתקיים, ובשעת כתיבתו כבר לא יכל להתקיים, בזה אמרינן לשם מה נכתב, ולכן לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה.

וכן מוכח ממש"כ הרב המגיד (הל' מלוה ולוה כג,ד), שלמד מדברי הרמב"ם שם, שאע"פ שאמרו יד בעל השטר על התחתונה לא אמרו אלא בדבר שיש לו שני פנים, ואינו סותר עיקר השטר לומר שלא נכתב בכשרות, אבל בדבר שיבא לפסול ולהורע השטר מעיקרו, מעמידין השטר על חזקתו, והבא לפסלו עליו הראיה. ומבואר דוקא במקום שפוסל השטר מעיקרו, אבל במקום שמעיקרו אינו פסול אף שאח"כ כתוצאה ממה שארע אי אפשר לקיימו, כמו מת העבד או נפל הבית אחרי כתיבת השטר, יד בעל השטר על התחתונה. ומהנ"ל יצא חידוש לדינא, שאם בשעת המתנה היה לו בית נפול, אינו יכול להראות לו בית נפול, ולא אמרינן בזה יד בעל השטר על התחתונה. ולפ"ז בנדו"ד שבשעה שכתבו האב ודאי ידע על ס"ת אחר, רק אנו לא יודעים, לא אומרים שמה שמדחים היורשים את מקבלי הס"ת לס"ת שאינו ידוע, חשיב ביטולו של השטר, כיון שבשעת המתנה היה ידוע לנותן בודאי, רק אנו לא יודעים, ולא חשיב ביטולו, ודמי למראהו נפול.

ולפ"ז בנדו"ד ס"ת היחיד שידוע לנותן, הוא בחזקת היורשים, והיורשים אומרים לראובן ושמעון, לכ"א בפני עצמו, "מראהו נפול", קבלת את הס"ת שאנו לא יודעים היכן מקומו, ויהיה הס"ת היחיד הידוע בחזקת כל היורשים, ויהיה בו דינא דגוד או איגוד. אלא שבנדו"ד יש כמה טעמים שלא לומר כן.

ג. כשכתוב בשטר דלא כאסמכתא וכו'

המחבר בשו"ע חו"מ מב,י, פסק וז"ל: "הרבה מהמפרשים כתבו שעכשיו שנהגו לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, אמרינן בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונה". ומקור דברי המחבר הוא מהרמב"ן ב"ב מד,ב, לענין שעבוד מטלטלי אגב קרקע, דאיתא בגמ' שצריך לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי. וכתב הרמב"ן על מה שנוהגים לכתוב דלא כטופסי דשטרי: "ולא שמעתי בו טעם ברור, אבל אחד מרבותי שמעתי שאומר משום הגאון רב סעדיה ז"ל, שטופס השטרות ונוסחן לכתוב לשון שיד בעל השטר בו על התחתונה, לפיכך כותבין ליפות כחו שלא יהא טופסו של זה כטופסן של שטרות, אלא בכל לשון מסופק שבו יהא ידו על העליונה. ולפירוש הזה אין ללשון הזה צורך במקנה מטלטלי אגב מקרקעי, אלא לפי שהורגלו לכתוב כן דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, אמר הכי כמתחיל הדבר ומסיימו".

וכפירושו זה הביא גם הנימוק"י (כד,א מעמוה"ר). והרשב"א שם בסוגיא הביא דברי הרמב"ן, והביא פירוש רבינו יונה בדרך שונה, שהורגלו כותבי שטרות לכתוב כן אף שלא אמר להם הלזה שיש לו קרקע לשעבד עליו מטלטלין, וא"כ אין הם יודעים אם יש לו קרקע אם לאו, לכן צריך לכתוב שאין זה כטופסי השטרות, אלא שהוא העיד על עצמו שיש לו קרקע, או שהם מכירים בו שיש לו קרקע, ושלא כתבו כן עד שהכירו בו. וכן הביא בריטב"א מהרשב"א. וכן בר"ן בסוגיא, הביא דברי הרמב"ן ודברי הרשב"א בשם רבינו יונה. ולפי פירוש רבינו יונה אין יד בעל השטר על העליונה כשכתבו כן. ונחלקו בזה הרמב"ן בשם רב סעדיה גאון, ורבינו יונה, אם ידו על העליונה בכותב בשטר דלא כטופסי דשטרי. ומדברי הרשב"ם בסוגיא (ב"ב מד,ב ד"ה טופסי), מבואר דלא כרב סעדיה, שכתב בטעם הכתיבה של דלא כטופסי דשטרי: "הוא שטר העשוי להעתיק ממנו שטרות, ולא נכתב לגבות בו ואין בו ממש". הרי שהטעם כרי שלא נטעה שנכתב שלא לגבות בו ואין בו ממש, וא"כ אינו לשופרי דשטרי, שתהיה יד בעל השטר על העליונה.

ובכנסת הגדולה (חחו"מ סי' מב, הגב"י סע' כה) הביא שכדעת המחבר שפסק כרב סעדיה גאון, פסקו גם מהרשד"ם, מהרש"ך, מהר"ש הלוי, מהריב"ל, ושכן הסכמת הרמ"א, הלבוש והסמ"ע, שסתמו דבריהם כדברי המחבר. וכן פסק במשפט צדק. אולם הביא דעת מהרי"ט דלא כרב סעדיה, דאפי' בשטרות שלנו שכתוב דלא כאסמכתא, יד בעל השטר על התחתונה, וכן דעת הראנ"ח והגדו"ת. וכנ"ל הדבר נתון למחלוקת הראשונים. וכן כתב בכנסת יחזקאל (סי' קא, הובאו דבריו בפת"ש חו"מ מב,י). ועיי"ש בכנסת יחזקאל דמלשון המחבר שכתב הרבה מהמפרשים וכו', משמע שלא החליט בדבר. אולם המעיין בב"י חו"מ סי' מז, יראה שלא הביא דעות חולקות, ורק דעת רב סעדיה, דבשטרות שלנו שנהגו לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונה, שכך כתב רבינו ירוחם בנתיב ד ח"ד, וכן הרמב"ן והנימוק"י והריב"ש סי' שמה.

ולכאורה כיון שהמחבר פסק כרב סעדיה גאון, והרמ"א לא חלק עליו, והנו"כ לא העירו לחלוק, לכאורה לא יוכלו היורשים המוחזקים לטעון קים לי נגד דעת המחבר, דקיי"ל דכל היכא שפסק המחבר ולא חלק עליו הרמ"א, שאין המוחזק יכול לטעון קים לי, וכמש"כ החוות יאיר בתש' (סי' קסה): "וכן מה דסתם לן הב"י בשו"ע הזכה שנקבע הלכה כמותו, ולא חלקו עליו הבאים אחריו, אין לומר קים-לי כלל נגד הכרעתו ... לכן אם פסק להוציא ממון הו"ל כטועה בדבר משנה ואפילו כבר יצא הממון חוזר". וכן מבואר להדיא בדברי הנתיבות (כללי תפיסה כלל ב) דכל מקום שנשאר בתיקו בש"ס ומבואר בשו"ע שאם תפס אין מוציאים מידו והרמ"א לא הגיה עליו, יש להורות דמהני תפיסה. ועיין עוד שם בכלל כ שהביא את דעת החוות יאיר

הנ"ל. וע"ע בש"ך בתוקפו כהן (סי' עד), וז"ל: "וכבר נהגינן שלא להיות נגד מהרמ"א במקום שאין ראייה ברורה לסתור דבריו", עיי"ש, וכן היא דעת התומים בקיצור תוקפו כהן (עיין דף מחב, בדפוסים שלנו).

ובתומים מב, יג, נשאר בצ"ע על המחבר שסתם כדעת רב סעדיה גאון; "במקום שרבים חולקים, והמוחזק יכול לומר קים לי כרבוותא בהאי". ואף הקשה סתירה למש"כ המחבר בסי' ס, א, דלענין קנין מטלטלין אגב קרקע צריך לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא. וכתב, דס"ל למחבר דהנאמר בשם רב סעדיה גאון ליכא למדחי, דכל דברי גאון דברי קבלה הם, מ"מ אינו יוצא גם מדי פשוטו, וע"כ באגב בעינן לכתוב דלא כטופסי דשטרי, עיי"ש מש"כ באופן שלא יסתרו דברי המחבר אהדדי. ובאורים שם ס"ק לא כתב, דאף שטרח הרבה בתומים לישב דעת המחבר, לדינא יכול המוחזק לומר קים לי כדעת רוב מחברים החולקים על דין זה. ולכאורה צ"ע איך יאמר קים לי נגד דעת המחבר, הרמ"א והנו"כ, וכנ"ל.

אמנם נראה דבנדו"ד שכותבים בשטר הצואה, דכל ספק בלשון השטר יהיה נידון לטובת המקבל וידו תהיה על העליונה, בזה כ"ע יודו דעדיף לשון זה מדלא טופסי דשטרי שכתב רב סעדיה, דלהדיא כתב הנותן שמצוה שתהיה יד המקבל על העליונה, ולכל הפחות לא תהיה ידו על התחתונה, ואינו יכול להראות לו בית נפול, והוא הדין לא יכולים לטעון שכ"א קבל הס"ת שאין ידוע מקומו.

ג. חלוקת המתנה באומדנא, נגד הלשון

ולעיל צוין כי לשון הגמ' והרמב"ם מיירי דוקא במכר ולא במתנה, ובשו"ע הוסיף אף במתנה שמראהו נפול. ועיין לעיל מש"כ בענין נותן בעין יפה נותן. גם י"ל דבמקום שיש אומדנא במתנה שהתכוין לבית שאינו נפול, אף דבמכר תהיה ידו על התחתונה, במתנה י"ל דאזלינן בתר אומדנא, ואם האומדנא מורה לטובת מקבל המתנה, לא יוכל להראות לו נפול או מת.

דהנה מצד אחד שונה דין המכר מדין המתנה. בעוד שבמכר בעינן לגילוי דעת, הרי שבמתנה ניתן לבטלה על סמך דברים שבלב ואומדן דעת שעל דעת כן לא נתן מתנה, אף אם אינו אומדנא דמוכח כמברחת וככותב נכסיו לאחר ששמע שמת בנו. עיין בתוס' רי"ד (קדושין מט, ב) ובשלטי גבורים (כתובות נו, א בעמוה"ר, אות ח), וז"ל: "ולא אמרו דברים שבלב אינם דברים אלא במכר, הואיל ומכר לו לזה במעותיו, אין לנו לילך אחר דברים שבלב. אבל במתנה אנו הולכים אחר דברים שבלב, שאם אנו מכירין דעתו שאינו גומר ומקנה בליבו, אין מתנתו מתנה, שהרי

שכיב מרע אע"פ שנתן נכסיו במתנה סתם, הואיל ואנו מכירין שאינו נותן אלא על דעת שימות, אם עמד מחוליו חוזר ממתנתו".

וכדברי השלטי גבורים פסק הרמ"א בחו"מ רז,ד. הסבר דברי השלטי גבורים מצאנו בסמ"ע רז,י: "הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות, מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא"כ במתנה שהוא בחינם, דאומדן דעת כלדהו מבטל המעשה, ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחינם". מבואר דמתנה שהיא בחינם, אומדן דעת כל דהו מבטל את המעשה, משא"כ מכר. והדברים ארוכים בענין כותב נכסיו לאחר כששמע שמת בנו (ב"ב קמו,ב), ובדין מברחת, ועיין מה שכתבתי בח"ב סי' ג.

וכל זה לענין ביטול המתנה, וכל שכן לענין קיומה ואופן קיומה. דאיתא בב"ב קמג,ב: ההוא דשדר פיסקי דשיראי לביתיה (חתיכות מעיל, וסתם שלח לחלק לבני ביתו – רשב"ם). אמר רבי אמי, הראויין לבנים – לבנים, ראויין לבנות – לבנות, ולא אמרן אלא דלית ליה כלתא, אבל אית ליה כלתא, לכלתיה שדר, ואי בנתיה לא נסיבן, לא שבק בנתיה ומשדר לכלתיה. ובמאירי שם בסוגיא, כתב וז"ל:

"מי ששלח לבני ביתו חפצים וכלי מילת וכיוצא באלו בדורון שיחלקוהו כראוי להם, והיו שם בנים ובנות, רואין ענין הדורון, ונותנין את שראוי לבנים לבנים, כגון ספרים וכלי מלחמה וכיוצא באלו, ומה שראוי לכולם, ר"ל לבנים ולבנות, הרי הם לבנים, אבל מה שראוי לבנות לבד כגון תכשיטין וצניפין וכיוצא באלו, אם היו שם בנות נשואות ונשי בנים, נותנין אותם לנשי הבנים, ואם יש שם בנות שאינן נשואות נותנין אותן לבנות. וכל כיוצא בדין זה מדין אומדנא הוא יוצא, שכך אנו אומדין דעת השולח, ואם יש שם צדדין לעשות אומד על דרך אחרת, דנין אותה לפי אומד הדעת. ומפני זה כתבו גדולי הצרפתים בזו שלא היתה לו אשה, שאם היתה לו אשה, לאשה נותנין כל שראוי לנשים."

מבואר מדברי המאירי שכל ענין חלוקת המתנות, אנו אומדין בדעתו, וכל מקרה לפי ענינו, וכמש"כ המאירי, שאם יש שם צדדים לעשות אומד על דרך אחרת, דנים לפי אומד הדעת. הרי שגם אופן חלוקת המתנות יעשה לפי אומדן דעת. וכן מבואר בדעת הרמב"ם זכיה ומתנה ויד, הובא גם בשו"ע חו"מ רמז,ב, שכל דין זה מחמת אומדן דעת הנותן: "... וכן המשלח כלים לביתו סתם, והיו בהן כלים הראויין לבנות, יטלו אותן בנותיו, אומדן דעת הוא שלהן שלח, ואם אין לו בנות או שהיו בנותיו נשואות, יטלו אותן נשי בניו, שהדעת נוטה שלהן שלח".

ובמלאכת שלמה (לרבי שלמה חכים, על הרמב"ם זו"מ ויד) הביא מספר זקן שמואל שהסתפק במי שיש לו בני בנים, ושולח ממדינת הים דבר הראוי להם, כגון

לבוש קטן בצבע אדום או ירוק, שהדעת נוטה שלהם שלח, אי אמרינן שיתנו אותם לנכדים או לא, ולא הכריע. והמלאכת שלמה כתב, דכיון דמכח אומדנא הוא דאמרינן הראוין לבנים לבנים וכו', הרי שיש הפרש בבנים עצמם, ולכן יש לילך בזה אחר האומדנא. הרי שבכל ענין יש לבדוק אחר אומדן דעת הנותן, ולחלק לפי אומדנא זו. ובנדוד אומדן דעת שספרי התורה יתנו לשני הבנים ראובן ושמעון, כן יש לעשות, דהצואה מלמדת שרצה שהס"ת יהיו בבעלות שני הבנים ולא אחרים, ואף שאפשר שאם היה לו ס"ת אחד היה נותן רק לאחד, אך לזה אין לנו אומדן דעת שאכן כך, ולמי מהם.

ובמחנ"א (זכיה ומתנה סי' מג) הביא דברי הרמב"ם הנ"ל, דאם יש בו דבר הראוי לבנים ולבנות, יתנו אותו לזכרים. ולכאורה נר' שהרמ"ה שהביא הטור חו"מ סי' רמז, חולק ע"ז, שכתב דאם יש בו דברים הראוים לבנים ולבנות, יתנו לשניהם. ותמה המחנ"א על הטור שהביא דברי שניהם, כביכול אין מחלוקת ביניהם. וכתב לישב, דמש"כ הרמב"ם דיתנו אותו לזכרים, היינו דוקא באומר לבני, דאין הבנות בכלל הלשון, אולם דברים שאינם ראויים לבנים, אף שהלשון מורה רק לבנים, מ"מ מחמת אומדנא נותנים לבנות דברים שאינם ראויים לבנים. והרמ"ה איירי בשלח ואמר אלו לבני ביתי, דאז בנותיו בכלל הלשון ולא רק מחמת האומדנא, ולכן דברים הראויים לשניהם, יתנו לשניהם. ומבואר מהמחנ"א שלמד מדעת הרמב"ם, דהאומדנא עוקרת גם את הלשון, שאף שהלשון ברור שיתן רק לבנים, מקבלות הבנות מחמת האומדנא דברים שאינם ראויים לבנים.

ובתש' חת"ס (תחו"מ סי' קכז) נשאל בעשיר שמת, וציוה לפני מותו לחלק חמש מאות זהובים לענים קרוביו הדורים בקהילה פלונית, והסתפק השואל מה גדר קרובים, אם דוקא פסולי עדות דאורייתא, שא"כ לא נמצא באותה הקהילה כ"א שנים או שלשה, ואומדן דעת שלא נתן סך רב כזה לשנים או שלשה. והשיב החת"ס, דיותר נראה בעיניו דעד רביעי ברביעי נקראו קרובים בלשון בני אדם, והכי נמי בצדקה אולינן בתר אומדן דעת ולשון בני אדם, וכמש"כ הרמ"א בשו"ע יור"ד רנא, ה. ועל מש"כ השואל דאומדן דעת שלא נתכוון לתת לשנים לבד, הסכים החת"ס, והביא מדברי הגמ"ר (ב"ק רג), דבזה"ז אין נותנין לעניי עיר לבד כיון דמועטין הם, אמדינן דעת הנותן שלא נתכוון על המועטים אלא על המרובים דעלמא, ושם מדינא דגמרא עניי עירך קודמין, ואפ"ה אמרינן מסתמא דעתו על המרובים. והוסיף החת"ס: "לולי סברת ואומדנת פר"מ, דהכא ליכא אלא תרי ומסתמא אין דעתו לחלק למועטים ולמישבק המרובים כנ"ל, ע"כ דעתי מסכמת עם דעתו הרמה דאולינן בתר לשון בני אדם, שהוא עיקר גדול בנדירים וצדקה וכמו שהאריך בתכלית האריכות בתשו' מהר"א מזרחי סי' נג". ומבואר דאף שהולכים אחר הלשון, מ"מ האומדנא עוקרת אף לשון

ברורה, כשיש אומדנא ברורה נגד הלשון. (וע"ע בדובב מישרים לגאון מטשיבין, ח"ג סי' כז, דדוקא באומדנא גדולה מוציאים מהיורשים).

ועיין עוד בתש' פוסקי זמנינו, לגר"ש וואזנר זצ"ל (שבט הלוי ח"ב סי' קכז), שנשאל בענין מי שציוה לתת לנכדי הצדיק ראש משפחתם המפורסמת סכום ידוע, וצדיק זה נפטר לפני למעלה ממאה שנה, ונשארו לו צאצאים דור רביעי וחמישי. ונפשם בשאלתם, אם רק אדמורי"ם ורבנים יושבי אהל ת"ח, רשאים להנות מצואה זו, או גם סוחרים ובעלי בתים, אם רק בן אחר בן, או גם בני או נכדי בנות. אם רק בארה"ב מקום שדר המוריש או גם בשאר הארצות, ואם רק דור שלישי או גם רביעי ויותר. והשיב הגר"ש זצ"ל בין השאר בענין השאלה הראשונה, דדעתו של המצוה דוקא על ת"ח, דאומדנא דמוכח הוא דדעתו רק על רבנים ת"ח ויושבי אהל שנתמכים ממילא, דמן הסתם היה תומך בכאלה בחייו, ורצה להמשיך בזה לאחר מותו, ולא היה תומך סוחרים ובעלי מלאכה.

ולשואל השיב גם הגר"מ קליין זצ"ל (משנה הלכות ח"ו סי' רעט), וכתב דאומדן דעת דכוונתו לתת גם לנכדים האדמו"רים שיש להם פרנסה טובה, ודאי דרך החסידים שנותנים לאדמורי"ם ובניהם, ואין מדקדקים עמהם אם יש להם, ואדרבה ס"ל דהכהן הגדול מאחיו, גדלהו משל אחיו, ונותנים זה לכבוד ראש המשפחה שלהם או לכבוד בניו ונכדיו שהם בעצמם ראויים לכבוד ותפארת, אבל אין מדרך ליתן לבעלי מסחר, כי אין מנהג ליתן אלא לבעלי תורה שתורתם אומנתם, עכ"פ בפי העולם וכפי אומד דעת. וע"ע מש"כ בח"ז סי' רסו. וכן השיב הגר"מ שטרן זצ"ל (בצל החכמה ח"ג סי' כג-כו), שהביא משו"ע חו"מ רנג, כט, וראה שם מה שהכריע מכח אומדנא ושודא דדייני.

וכאמור בנדו"ד נראה אומדנא ברורה שכוונתו שספרי התורה יהיו בבעלות שני בניו ראובן ושמעון, וכיון שלא מצאנו אלא ס"ת אחד, יהיו הם הבעלים על ס"ת זה, שהרי גם לא כתב שס"ת שבמקום פלוני יהיה לראובן, וס"ת שבמקום פלוני לשמעון, אלא כללם כאחד, וא"כ דעתו לעשותם בעלים על הס"ת, והשאלה איך יחלקו ביניהם את השימוש בס"ת.

ד. חלוקה לזמנים

וכיון שככל הנראה אין הם חפצים בגוד או איגוד, ושניהם רוצים להיות בעלים על הס"ת שהוריש אביהם, יש לחלוק לזמנים, כעולה מהסוגיא דגוד או איגוד (ב"ב יג, א-ב), וכמש"פ הרמב"ם בריש הל' שכנים א, ב: "... אמר כל אחד מהם, איני מוכר אלא כל אחד מהן רוצה שיקנה חלק חבירו, או שאין אחד מהן רוצה לא לקנות חלק חבירו ולא למכור חלקו אלא ישארו שותפין בגוף, היאך הן עושין. אם היה

המקום עשוי לשכר, משכירין אותו וחולקין שכרו, ואם אינו עשוי לשכר, אם חצר הוא שוכנין בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחת מפני היזק ראייה שהרי אין בה דין חלוקה, ואין אדם עשוי לטרוח כל שלשים יום לפנות מחצר לחצר אלא משנה לשנה. ואם מרחץ הוא, נכנסין לה שניהם תמיד בכל יום. וכן כל דבר שראוי להשתמש בו תמיד ואינו עשוי לשכר, כגון מרחץ או מצע או ספר תורה, אינו יכול לומר לו השתמש אתה יום ואני יום, שהרי אומר לו בכל יום אני רוצה להשתמש בו". והראב"ד שם השיגו: "למה יכריח את חבריו לפנות שנה בשנה, ויאמר לו מאחר שאין אתה רוצה למכור וגם אני איני רוצה למכור, או תסבול היזק ראייה או תחלוק, כי לעולם לא אטרח להיות גולה שנה בשנה. ועוד, אם אין לו להיכן יפנה, מה תהא עליו". והרב במגיד שם כתב, דהכל לפי הענין, שאם היה בית וכיוצא בו, אין חולקין אלא משנה לשנה, שאין לטרוח בפחות מכאן, ושכן דעת הרשב"א, שאין חלוקת הדירה בפחות משנה לשנה, ועיי"ש מה שהצדיק דעת הרמב"ם, דלא כראב"ד.

והגרא"ז (אבהא"ז שם) כתב לבאר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בדין היזק ראייה, דשיטת הרמב"ם דהוא מדין מזיק ממש, ושיטת הראב"ד דאינו מדין מזיק בפועל, דיכול לומר לא אזיק אותך בראייתי אלא דהוא מגדר מניעת השתמשות, דכיון דעכ"פ כל אחד אינו יכול לעשות שום דבר שירא שחברו יסתכל בו, לכן גם זהו גדר מזיק, אבל אינו משום דהוא ודאי מזיק בפועל. הרמב"ם סובר דהוא מזיק ממש, א"כ גם אם אין לו דירה, אסור לו להזיק לחברו. אולם דעת הראב"ד דאינו אלא משום מניעת השתמשות, וחייב להמנע מהיזק ראייה כשיש עצה שאפשר לשניהם לדור, משא"כ כשיצטרך לצאת מביתו, דיאמר לו מאי חזית שאני אצא. ובמחבר בשו"ע חו"מ קעא, ח, פסק כדעת הרמב"ם, ועיי"ש ברמ"א. ובחזו"א ב"ב ח, כא כתב, דהראב"ד מיירי בחצר הקשורה לבית, וכדעת הרמב"ן שהביא גם הרמ"א שם קעא, ח, והרמב"ם מיירי בחצר שאינה קשורה לבית.

ואף שמדברי הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתקנו) מבואר שגוד או איגוד עדיף מחלוקת זמנים, בנדו"ד אין אנו צריכים להכנס למחלוקת הראשונים איזה מהם עדיף, גוד או איגוד או חלוקה לזמנים, דכאן שניהם רוצים להשאר שותפים, והשאלה היא על אופן חלוקת השימוש. ונראה דהאחים יגיעו להסכם ביניהם על אופן החלוקה, ובמידה ולא, כ"א יכול להפקיד את הס"ת בביכנ"ס שיחפוץ, ויחלקו ביניהם את השימוש באופן שכ"א יהיה הס"ת בחזקתו שנה.

לאור האמור לעיל, ס"ת היחיד שנמצא למוריש, יהיה בבעלות משותפת של ראובן ושמעון, ויחלקו את השימוש בס"ת לזמנים באופן מוסכם, ובמידה ולא יגיעו להסכמה, החלוקה בשימוש תהיה לפי שנה בשנה. כאשר כל שנה יופקדו בביכנ"ס של אחד מהם, ובתום השנה יועברו לביכנ"ס של אחריו.

סימן בו

חיוב שמירה במוצא אבידה

ראשי פרקים

- א. קנין ד אמות במקח וממכר
- ב. ד אמות בגניבה
- ג. תקנת חכמים שיהיה הוא הבעלים
- ד. ארבע אמות - בחצר או תקנת חכמים
- ה. כשאינו רוצה בד' אמות
- ו. אם קונה שלא מדעתו
- ז. באיסורא אתי לידיה כשבא לחצירו קודם יאוש
- ח. כשיטת הרמב"ן שכאיסורא אתי לידיה וחשיב שומר לבעלים
- ט. חיוב ההשבה משעת ראייה
- י. חיוב תשלומין

ראובן הלך עם משפחתו במוצאי שבת לקראת תחנת ההסעה, ובסמוך בצד הדרך, ראה שטריימל, שניכר היה שנפל מבעליו. בעודו עומד בסמוך ממש, קראו לו ממשפחתו שהאוטובוס הגיע, והוא רץ ועלה עם משפחתו לאוטובוס. שם בתחילת הנסיעה, הוא שומע את שמעון שואל את בנו: היכן השטריימל, ומיד כשהובן שהשטריימל אבד והוא אותו השטריימל, אמר ראובן לשמעון שראה את השטריימל במקום פלוני, והציע ששמעון ירד, והוא ידריך אותו דרך הטלפון הניד. שמעון ירד, הגיע למקום המדויק, שם או בסביבת המקום, לא נמצא השטריימל. עוברים ושבים טענו שלא ראו, אך יתכן ורכב האשפה של העירייה שעבר במקום, הוא כנראה הגורם לאי מציאתו. ברור במקומות שונים, לא העלה דבר.

ושואל ראובן, אם מכיון שהיה בסמוך ד אמות לשטריימל, האם קנה אותו והתחייב כדין שומר, וממילא חייב לשלם לשמעון כדין שומר אבידה. הוא מציין שחשב אם להרימו או לא, אך מיד שקראו לו, עזב את המקום, ולא היתה לו עדיין מחשבה לזכות או לא, רק התבונן. עוד שאל, אם מחויב לשלם לשמעון על הנזק שנגרם לו.

א. קנין ד אמות במקח וממכר

איתא בב"מ י,א: אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא, ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום, מאי טעמא, תקינו רבנן דלא אתי לאנצויי. ורש"י שם פירש: "אם יש סביבותיו דבר הפקר, אין אחר רשאי לתופסו". ולכאורה מדברי רש"י נראה שמהני רק במציאה ובהפקר, ולא במקח וממכר. וכן למד הרשב"א בדברי רש"י. והטעם, דכל התקנה של ד אמות כדי שלא יבואו לידי ריב, והיינו שלא יריבו מי זכה במציאה או בהפקר, וטעם זה אינו שייך במקח וממכר. וכך היא דעת התוס' שם (ד"ה ארבע) שהקשו מהא דגניבה לא קונה הגנב בד' אמות. ותיצו: "וי"ל דבגניבה לא תקינו רבנן דקני אלא במציאה דלא לייתי לאנצויי, ובגט משום עיגונא. ולרב ששת דאמר בסמוך דברה"ר לא תקינו ארבע אמות, אתי שפיר". מבואר דדוקא במציאה ובגט תקינו ארבע אמות שיקנו. אולם הריטב"א בסוגיא למד מדברי התוס', דדוקא בגניבה שעשה איסור לא תקינו ד אמות. וצ"ל, או שגירסא אחרת היתה לריטב"א, או שהריטב"א סובר, שלא באו התוס' לומר דוקא במציאה וגט, אלא הוא הדין מקח וממכר, אבל גניבה, שהוא ענין שאלתם, בזה שעושה איסור לא תקינו חכמים. וכן נראה מהרא"ש שם הל' כח, שהביא את קושית התוס' מכתובות לא,ב, גבי הגונב כיס בשבת והיה מגרר ויוצא, ותיריך: "אפי' למ"ד דד' אמות קונות ברה"ר, לגנב לא תקינו רבנן שיקנו לו ד אמות, ובגט תקנו משום עיגונא". הרי דדוקא בגנב לא תקינו, משא"כ במקח וממכר תקינו חכמים כמו במציאה.

והש"ך רמג"ט למד בדעת התוס' דדוקא במציאה קונה ולא בשאר ענינים כמו גניבה או מכירה. ונראה שהדבר תלוי בגירסא שהיתה להם בתוס'. דלפי גירסא דידן נראה דדוקא במציאה ובגט תקנו ד אמות, וכמש"כ התוס' בתרוצם: "וי"ל דבגניבה לא תקינו רבנן דקני אלא במציאה דלא לייתי לאנצויי, ובגט משום עיגונא". ולגירסת הרא"ש והריטב"א רק מיעטו גניבה. אולם מהמשך דברי הש"ך, שהקשה על ראית התוס', כתב דאף שהראיה נדחית, תרוצם אמת מסברא: "אפילו למ"ד דתקנו ד' אמות במתנה, מ"מ בגנבה לא יצא מדעת בעלים לא שייך כלל לומר דיתקנו ד אמות של אחרים להוציא מרשות בעלים, דהא כל היכא דאיתא, ברשותא דמרא איתא, ובעלים לא מסלקי נפשיהו מניה, ובמה יצאו מרשות בעלים כן נ"ל ברור", עיי"ש. ועיין ברע"א שם מה שהביא ראיה דבמתנה גם תקנו ד אמות.

גם במאירי שם בסוגיא כתב דלא מהני ארבע אמות אלא במציאה והפקר, שאל"כ מדוע נצרכו לקנין משיכה או מסירה בסימטא במכר או במתנה, יזכהו לו בקרוב ארבע אמות; "אלא שלא נאמר דין זה אלא במציאה ונכסי הגר ודומיהם". אמנם על הקושיא הנ"ל כבר השיבו הראשונים הסוברים דמהני אף במקח וממכר, עיין ברשב"א

שם, דלא אמרו ד אמות אלא כשעומד ונתנו לו בתוך ד אמותיו, דבמכירה אם קדם הכלי לאדם, לא זכו לו ד אמות, דכבר קנויות הן לבעל הכלי, משא"כ במציאה והפקר דאין להם בעלים לזכות בד' אמות. וכן תירץ בריטב"א ובר"ן שם.

וכן כתב בתוס' רי"ד (ב"מ יב), לאחר שהקשה מדוע תיקנו משיכה, שיקנה בד' אמות; "דוקא לענין גט אמרו דד' אמות קונות, אבל לא לדבר אחר כגון לענין מקח וממכר וכיוצא בו ... ומשום הכי אמרינן הכא במציאה תקינו ליה רבנן כי היכי דלא ניתו לאינצויי, הא לא"ה לא היו קונות. ודוקא בסימטא תקון רבנן ... ובסימטא נמי דוקא במציאה תקון רבנן דלא ליתי לאינצויי, אבל במקח וממכר לא, הילכך אי משך קנה בסימטא, אבל ארבע אמות אינן קונות במקח וממכר". מבואר מתוס' רי"ד דלא מהני ד אמות אלא לענין גט ומציאה, כפשטות דברי התוס', וכדעת המאירי. וע"ע ברע"א ב"מ יב, ד"ה לכאורה.

אמנם יש מהראשונים שם בסוגיא שכתבו דמציאה קונה בכל מקום, ואף במקח וממכר, דכל שכן הוא ממציא, דמקח וממכר דעת אחרת מקנה אותו. הרמב"ן הביא דעת הראשונים דלא מהני רק במציאה, וכתב דלשון הגמרא משמע דקונות בכל דבר, דשוניהו רבנן כחצרו, וממילא אין לחלק בין מציאה למקח וממכר. והביא מהירושלמי פ"ח דגיטין, ופ"ד דפאה, שמינה נלמד דדעת הירושלמי דקונה במקח וממכר מכל שכן דמציאה. גם הרשב"א כתב דאין לחלק בין מציאה למקח וממכר; "דכיון שתקנו לא לחצאין תקנו, ואדרבה כל שקנה בדליכא דעת אחרת מקנה, כל שכן דיש לו לקנות בדאיכא דעת אחרת מקנה". וכן דעת הריטב"א שם, וכן בר"ן הביא דעת הירושלמי דאין לחלק בין מציאה למכירה ומתנה. וכאמור, כן מוכח מהרא"ש בפסקיו (ב"מ א, כח), וכן כתב בתוס' הרא"ש בסוגיא, דארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום. במציאה ובמתנה ובמקח וממכר בקדושין ובגיטין, והביא ראיה מהירושלמי הנ"ל. וכן כתב בתלמיד הרשב"א, שהביא הדעה המחלקת בין מכר למציאה, וכתב דאחד מגדולי המורים (והוא הרמב"ם זכיה ומתנה ד, ט, יובא להלן) כתב שבכל ענין תקנו אותו, ואפילו במתנה ובמקח וממכר; "וכן הסכמת האחרונים, וכן נראה עיקר, שאם בדבר שאין שם דעת אחרת מקנה קונות לו ארבע אמותיו, כל שכן בדבר שיש שם דעת אחרת מקנה".

ובנימוק"י (ב"מ ה, א-ב מעמוה"ר) כתב דלקטן יש זכיה מדרבנן למה שבא לידו, אך אין לו זכיה במקח וממכר בחצר: "ומיהו במקח וממכר דאיכא דעת אחרת מקנה, אית ליה זכייה גמורה מדרבנן למה שתופס בידו דוקא, אבל חצר וארבע אמות לא אשכחן דתקון ליה רבנן כלל, כדאמר בפרק המקבל (סדב), אגוז ונוטלו צרור וזרקו, זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים. ובמציאה דליכא דעת אחרת מקנה, תנן (יב, א)

מציאת חרש שוטה וקטן יש בהם גזל משום דרכי שלום, אלמא אפילו מדרבנן ליכא אלא מפני דרכי שלום". ואף שלכאורה צ"ב אם הכוונה שרק לקטן לא תיקנו ד אמות במקח וממכר, או שכלל לא תיקנו ד אמות אלא במציאה. מ"מ מדיוק לשונו ומהראיה שהביא משמע דוקא שכל תקנת קטן היתה לענין זכיה ביד, וממילא י"ל, דבגדול זוכה אף במקח וממכר, שאל"כ למה לנימוק"י למימר שלא תיקנו לקטן, תיפוק שכלל לא תיקנו ד אמות במקח וממכר, ודוחק לומר דאמר כן מדכלל חצר עם ד אמות. וכן נראה דעתו ממה שהביא קודם לכן דעת הירושלמי ושיטת הרמב"ן הנ"ל.

והרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ד,ט, פסק להדיא דבמתנה תיקנו ד אמות: "... וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן קונין לו בסימטא או בצדי רשות הרבים או בחצר שאין לה בעלים, אבל ברשות הרבים או בשדה חבירו אינו זוכה עד שיגיע ד מתנה לידו ...". וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ רמג,כב, וברמ"א שו"ע חו"מ ר,א: "וי"א דארבע אמות של אדם קונין לו כמו במציאה". אולם בהל' גזילה ואבידה יז,י, כתב הרמב"ם, וז"ל: "קטנה יש לה חצר ויש לה ארבע אמות ... וכשם שיש לה חצר לענין הגט, כך יש לה לענין מציאה, וארבע אמות של אדם כחצירו לענין מציאה". ודייק הרב המגיד בדבריו, דדוקא במציאה יש לה ד אמות, ולפ"ז מצאנו סתירה בפסקיו. וכבר הקשה כן בכס"מ שם על דיוק המגיד. ובפשטות אפשר, דכיון דהרמב"ם מיירי בענין מציאה, לכן נקט כאן בהל' גזילה ואבידה מדין מציאה, ודין מכירה ענינו במקום אחר, וכמו שפסק בהל' זכיה ומתנה. ועיין במעשה רוקח על הרמב"ם מש"כ בזה.

ב. ד אמות בגניבה

ולשיטות הראשונים בבאור דעת התוס' דדוקא בגניבה לא מהני ד אמות, משא"כ במקח וממכר, י"ל דכיון דענין ד אמות הוא תקנת חכמים שתיקנו שיהיו הד' אמות כחצירו, או שתיקנו שהחפץ יהיה שלו (עיין להלן), ואין זה בגדר תקנת מעשה קנין, דאם היו מתקנים מעשה קנין, הרי קנין שנעשה באיסור מהני, משא"כ כשהתקנה היתה שיהיו הד' אמות כחצירו או שהחפץ יהיה שלו, במקום שנעשה איסור לא מהני. דבקנין שתקנו ועשה באיסור, כיון שלפי דעת חכמים יש כאן גמירות דעת, זה שעשה באיסור אינו מגרע את גמירות הדעת, ומהני קנינו, אף שעשה באיסור. משא"כ כשהתקנה לא היתה תקנה של מעשה קנין אלא שיהיה הוא הבעלים על החפץ או שהד' אמות כחצירו וקונה בחצר, במקום איסור לא תיקנו. דכאשר חכמים מתקנים תקנה, לא תקנו במקום שעושה שלא כהוגן.

דהנה במשנה גיטין נט,א: הפעותות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין. ובגמ' שם: וטעמא מאי. אמר רבי אבא בר יעקב א"ר יוחנן, משום כדי חייו. ועיי"ש ברש"י

(ד"ה קמ"ל) דיכולת הקטן להקנות הוא מתקנת חכמים משום כדי חייו. וכן כתב הרמב"ם בהל' מכירה כט,א: "שלשה אין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר דין תורה - החרש השוטה והקטן. אבל חכמים תיקנו שיהא החרש והקטן נושא ונותן במטלטלין ומעשיו קיימין משום כדי חייו". וכן מבואר שם בה"ו, וכן פסק בשו"ע חו"מ רלה,א. דחכמים לא חידשו קנין מיוחד בקטן, אלא תיקנו שאף שקנין בקטן לא מהני דבר תורה, משום כדי חייו מעשיו קיימים. ואין זה דומה לקנינים שתיקנו חכמים שקבעו דבאופן מסוים יש גמירות דעת. כאן לא חידשו קנין, אלא תיקנו דהיכא דלא מהני מדאורייתא יועיל מדרבנן, ולא הצריכו דעת כפי שהצריכה התורה, אלא אפילו בדעת פחותה מהני.

ובר"ן בתש' (מד,ז) כתב דלא מהני מכירת הקטן, כשע"י מכירתו מופקעת זכות הבנות בנכסים המועטים שהשאיר האב: "מיהו קרוב אני לומר שהפעוטות שקדמו ומכרו בנכסין מועטין במקום בנות, לא הפסידו הבנות מזונותיהן, דכיון שהפעוטות מן הדין אין מעשיהם כלום אלא דתקון להו רבנן משום כדי חייהן, בכגון הא שיעשו שלא כהוגן לא תקון להו רבנן, דהא דאמרינן במסכת סוטה (דף כא) איזהו רשע ערום, זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטים וכו'. וזו סברא קרובה אל הדעת, וכל שכן שהוא דבר ברור לדעת רב האי גאון ז"ל שאמר ... דוקא בכדי חייו בלחוד ... ואפילו לדברי האחרונים דעתי נוטה כן". ומבואר דחכמים לא תיקנו במקום שעשה שלא כהוגן. וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ רלה,א. ובנתיבות שם בס"ק ב, כתב וז"ל: "נראה דדין זה אינו רק בקטן, שהקנין דרבנן לא הוי רק משום כדי חייו, ולא תיקנו שיחיה עצמו בדבר האיסור, אבל בגדול מהני קנין דרבנן או קידושין דרבנן, כגון בקטנה, אפילו במקום איסור". ונראה לפרש בסברת הנתיבות, דבקנין דרבנן בגדול קבעו חכמים דבכהאי גוונא הוי גמירות דעת, וממילא גם אם עשה איסור, כיון שהיה כאן גמירות דעת בין המוכר והקונה, המקח קיים. משא"כ בקנין של קטן, התורה קבעה שצריך רמה מסוימת של דעת כדי שהקנין יחול, ובאו חכמים וקבעו שגם בדעת פחותה מהני כדי חייו, וזו תקנה של חכמים, ולא מפני שבדעת כזו סגי, שהרי התורה אמרה שבדעת כזו לא מהני, אלא שחשו חכמים לכדי חייו ותיקנו גם בדעת כזו, וע"כ כשעשה שלא כהוגן לא תיקנו ולא מהני מעשיו. (ולענין אם קטן מכר בשבת, אם מהני מכירתו, כיון שהקטן אינו עושה איסור במכירתו בשבת, וכן מחמת שאפילו לא תועיל המכירה, מ"מ הלוקח עשה איסור, עיין בבית יצחק, חאהע"ז ח"א קמג,ה).

וסברא לחלק בין קנין באיסור לנדון הר"ן בקטן שהגיע לעונת הפעוטות ומכר בנכסים מועטים, נמצא בדברי מלכיאל (ח"א קג,י) דקנין דרבנן לא גרע מסיטומתא, וכל קנין שנהגו הסוחרים, דכיון שנהגו לקנות בקנין זה מכח תקנת חכמים, א"כ לא

גרע ממנהג הסוחרים והרי הוא כקונה בסיטומתא (עיין קצוה"ח קכו, ג ונתיבות רא, א), וממילא כל קנין דרבנן הוי מדאורייתא לדעת החתם סופר הסובר דקנין סיטומתא הוא דאורייתא. וע"כ גם כשקונה בקנין דרבנן באיסור, מ"מ קונה בסיטומתא מחמת המנהג. משא"כ בפעוטות דלא שייכי בקנין כלל אלא רק במה שאמרו חכמים, א"כ אם לא קנו מכח מה שתיקנו חכמים, לא שייך שיקנו בסיטומתא. ונראה בתוספת ביאור, כפי שיובא במק"א, דתקנת חכמים בפעוטות, לא היתה שמעשה קנין של קטן יועיל, אלא על אף שאין כאן מעשה קנין, מ"מ מהני והוא הבעלים על מה שלקח.

עוד נמצא ראיה דלא תיקנו במקום איסור, בדברי התוס' ב"מ צו, ב (ד"ה אמרו), על הא דאיתא שם בגמ'; בעי רמי בר חמא, בעל בנכסי אשתו, מי מעל (כגון שנפלו לה נכסים מאביה משנשאת ועמהן מעות של הקדש ואין ידועין שהן של הקדש, ואמור רבנן בעל זוכה בהן בכל הנכסים להשתמש ולאכול פירות. ובתקנה זו נעשה שליח בנכסי הקדש לקנותם. וקא סלקא דעתך שזו היא יציאתם לחולין - רש"י). אמר רבא, מאן לימעול, לימעול בעל, דהיתרא ניחא ליה דליקני, איסורא לא ניחא ליה דליקני (דאין היא מוסרתן לו אלא מאליהם נקנים לו ממיתת אביה). ובתוס' שם כתבו, וז"ל: "לא היה צריך לטעם זה, דאפילו ניחא ליה דליקני הכל מה שבידה אפילו של אחרים ושל הקדש, לא היה קונה, כי לא תיקנו לו חכמים, וא"כ היאך היה לו למעול בנישואין לברו בלא לקיחת מעות ...". מבואר מדברי התוס' דתקנת חכמים שתיקנו לבעל פירות נכסי מלוג הינה דוקא באופן של היתר ולא בשל איסור, וע"כ במקום שקבלה מעות של הקדש, אפילו רוצה היה לזכות בהם, אינו יכול לזכות מכח תקנת חכמים, דבמקום איסור לא תיקנו חכמים, וכל זכית הבעל הינה ממילא ולא ע"י קנין, דהיינו מכח תקנת חכמים שתיקנו פירותיה תחת פורקנה, משא"כ בקנין דמהני אף במקום איסור.

ובמחנה אפרים (משיכה סי' ב) הקשה על הרמב"ם הסובר כר"א דאין השומרים קונים במשיכה אלא מדרבנן, א"כ אמאי פסק בהל' מעילה (ו, ד) במשאל קרדום של הקדש, המשאל מעל לפי טובת הנאה, והשואל מותר לבקע בו לכתחילה. והרי השואל צריך למשוך את הקרדום, ובמקום איסור לא תיקנו חכמים, והביא ראיה מהגמ' (הנ"ל) בעל בנכסי אשתו מי מעל, דבאיסורא לא תיקנו רבנן, ועיי"ש מה שישב. ולכאורה יש לחלק בין קנין דרבנן ותקנתא דרבנן וכו", דדוקא בקנין דרבנן מהני לקנות אפילו באיסור, וע"כ מהני משיכה גם במקום שיעשה איסור. משא"כ בתקנת חכמים שזיכו לבעל פירות נכסי מלוג, לא תיקנו חכמים באיסור, וכו"ל.

עוד מצאנו דלא מהני דבר הנעשה באיסור כשכוחו מכח תקנת חכמים, איתא בכתובות פה, ב: המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול, ואפילו יורש מוחל. והשאלה

מה הדין אם יורש קטן של המלוה הראשון מחל את החוב ללוה, אם החוב מחול. הסמ"ע סו,נח הביא מהמהרי"ק (שורש פט) שאם היו קטנים כשמחלו, הוי מחילה בטעות. והש"ך סו,פ הקשה על הסמ"ע שלא היה לו להביא בסתם את דברי המהרי"ק, כביכול פסק שכל מחילה של קטן הוי מחילה בטעות, דהא המהרי"ק מיירי דוקא באופן שהקטנים לא ידעו בחוב שחייב לאביהם וע"כ הוי מחילה בטעות, הא אם ידעו מהחוב ובכל זאת מחלו, מהני מחילתם, עיי"ש מה שהביא הש"ך ראה דמהני מחילת פעוטות. ובקצוה"ח סו,כט כתב דלא מהני מחילת קטן במי שאביו מכר שטר חוב לאחרים, דכיון שעושה הקטן איסור, לא מהני מחילתו, ואף במקום שעשה שלא כהוגן, כגון במוכר נכסים מועטים, לא תיקנו חכמים, א"כ כל שכן כאן במוחל היורש שהוא כמזיק, שלא תיקנו בכהאי גוונא. ודוקא בעובדא דרב נחמן שמחלה לעצמה, לא חשיב שלא כהוגן כיון שיש למוחל הנאה לעצמו. ולדבריו הסכים הנתיבות ס"ק לב. והיינו דכל היכא שעשה שלא כהוגן, לא תיקנו חכמים.

ובשטמ"ק כתובות לא,ב, לענין הא דאיתא בגמ' שם דאיסור גניבה ליכא, דהיה צ"ל חיוב גניבה ולא איסור גניבה. וכתבו בשטמ"ק דאפשר דבא לרמוז, שלא תאמר שיקנה הגנב בד' אמות: "דבמקום איסור לא תקינו רבנן להביא את האדם לידי איסור. שאם תאמר קנה לו ד' אמותיו, הרי עבד איסורא עד דלא עביד שום דרך מדרכי הקניה, ובהכי לא תקינו רבנן מידי, שאין זו תקנה אלא תקלה". ונראה דמה שהוסיף בשטמ"ק; "הרי עבד איסורא עד דלא עביד שום דרך מדרכי הקניה", שאם היו חכמים מתקנים שהד' אמות יהיה אחד מדרכי הקניה, והיינו שהוא מעשה קנין, בזה לא שנא עושה איסור או לא, כיון שיש גמירות דעת לקנין, קונה אף באיסור. משא"כ כשמתקנים חכמים תקנה, ומכח התקנה יכשל באיסור, שלולי התקנה לא היה עובר איסור, בזה לא תיקנו חכמים.

וביתר ביאור נמצא בדבר אברהם (ח"א כא,לב), דגנב אינו קונה קנין גמור אלא לאונסין, דאוקמיה רחמנא ברשותיה, ועיקר הלכות קנינים שבגנב הוא לענין ההוצאה מרשות הבעלים, שאם עשה קנין בהלכות הקנינים, שאם היה במקח וממכר היה קונה, בגנב מהני להוציא מרשות הבעלים, אולם כל זמן דלא עשה מעשה קנין כזה, לא חשיב הוצאה מרשות הבעלים. ולכן כשעושה משיכה, שאינה תקנה מיוחדת בגניבה אלא קנין ככל הקנינים, ואין צריך תקנה מיוחדת בגניבה, לכן מהני במשיכה להוציא מרשות הבעלים, בהיותו קנין ככל הקנינים; "אבל בקנין ד' אמות לא היתה תקנת חכמים כלל בעיקר הקנין לחדש קנין חדש ד' אמות יקנו לו, אלא שתקנתם היתה רק להקנות לו לאדם את הד' אמות שהוא עומד בהם ועשאוהו כחצירו, וממילא הוא קונה מדינא ככל חצר דעלמא. ולכן בזה שפיר נאמר שלענין לקנות בהם דבר היתר, הקנו לו אותן ד' אמות. אבל לענין לקנות בהם גניבה באיסור, לא הקנו לו

לזה גוף החצר מעיקרא, וממילא אין כאן קנין ... ונמצא שאין הגנב חלוק כלל בעיקר הקנין של ד אמות ממכר, אלא דבגנב נמי אלו היו הד' אמות קנויות לו, היה קונה על ידן ... דהתם במכר היה לו חצר, ומשום הכי הוי הוצאה, משא"כ בגנב שאין זה חצירו, לא הוי הוצאה כלל". הדבר אברהם לא נכנס לעצם השאלה של קנין בהיתר או באיסור, אלא אם תקנו ד אמות בגניבה או לא. והיינו שבקנין אין צריך לתקן באופן מיוחד בגניבה, שאם הקנין מועיל במקח וממכר, מועיל גם בגניבה להוציא מרשות הבעלים, משא"כ בד' אמות, שתקנו שיהיה זה כחצירו, וכל שלא תקנו בגניבה, אין לגנב חצר בכה"ג. ועיין עוד באמרי בינה הלואה סג, לה.

ג. תקנת חכמים שיהיה הוא הבעלים

ומה שנקטנו בפשיטות דבארבע אמות הקנו לו חכמים את הד' אמות שיהיו כחצירו, וא"כ לכאורה מה שקונה בד' אמות הוא מכח קנין חצר, רק בניגוד לחצירו שהוא בעלים עליה, כאן דין הד' אמות כחצירו לצורך קנין בלבד, מכח תקנת חכמים שעשו הד' אמות כחצירו. אמנם עוד י"ל, שבד' אמות תיקנו חכמים שיהיה הנמצא בד' אמות בעלים על החפץ גם ללא קנין, שאף שאין כאן מעשה קנין, הקנו לו חכמים את החפץ שיהיה הוא הבעלים על הדבר.

כמו שמצאנו לענין מעמד שלשתן, דמעמד שלשתן אין בו מעשה קנין אלא דבור, חוב שיש לי אצלך, תנהו לפלוני, ומהני מתקנת חכמים כהלכתא בלא טעמא, דאיתא בגיטין יד, א: אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא (כאילו קבלה משה הלכה מסיני, שאין צריך לתת בה טעם – רש"י), חדא הא, ואידך דאמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפיטרופיא (להכניס ולהוציא, ואף על פי שכתבו לה בלשון מתנה לא קנאתן, ואין טעם בדבר, אלא כך תקנו והפקר ב"ד היה הפקר), ואידך דאמר רב חנניא המשיא אשה לבנו גדול בבית קנאו. הרי שהן במעמד שלשתן והן המשיא אשה לבנו בבית גדול, אף שלא היה כאן קנין, חכמים מכח הפקר ב"ד הפקר, נתנו לבן או למקבל המלוה את הבעלות על הבית או החוב, וכן הפקיעו את בעלות האשה על הנכסים, ולא עשאוה אלא אפוטרופוס. (ולענין כותב כל נכסיו לאשתו, עיין מה שכתבתי בח"ח סי' ח). והיינו, שבעצם במעמד שלשתן אין כל מעשה קנין שמראה על גמירות דעת, וכולו דיבור בלבד, ומהיכי תיתי שיועיל הדיבור. ואם היה בזה גמירות דעת מצד מנהג הסוחרים, היה מקום להועיל מצד סיטומתא (וזה ענין שיש בו להאריך, ואכתוב במק"א, עיין לעיל סי' יז), אלא שבמעמד שלשתן קבעו חכמים שהשלישי יהיה במקום המלוה בעלים על החוב (בכפוף ובתנאים מסוימים שאכמ"ל), וקבעו את בעלותו. וכח חכמים בזה הוא הפקר ב"ד הפקר.

וכן מצאנו לענין קטן דמהני קנינו, דתנן בגיטין נט,א: הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין. ובגמ' שם; הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, ועד כמה, מחוי רב יהודה לרב יצחק בריה כבר שית כבר שב. רב כהנא אמר כבר שב כבר תמני. במתניתא תנא כבר תשע כבר עשר, ולא פליגי כל חד וחד לפי חורפיה. וטעמא מאי, א"ר אבא בר יעקב א"ר יוחנן משום כדי חייו. ומבואר בראשונים שכך תקנו חכמים, מפני תקון העולם. ולעיל הובאו דעות הראשונים דלא מהני באיסור, כגון במוכר בנכסים מועטים ומפיקע מזונות הבנות. ומזה מוכח שלא הקנין הוא הגומר ומקנה אלא חכמים תקנו שיהיה הקטן בעלים על החפץ, אם עשה קנינים מסוימים, אבל אין בזה משום תקנה של קנין וקביעה שיש גמירות דעת במעשהו, אלא תקנת חכמים שיהיה הוא הבעלים כאשר עשה פעולה של הוראת בעלות, כמו משיכה.

דהנה הרמב"ם בהל' מכירה כט,ח, כתב וז"ל: "... ואני אומר שאין מקח הקטן וממכרו במטלטלין קיימין אלא בשמשך או המשיך, אבל אם נתן מעות על המקח וחזר בו אינו מקבל מי שפרע, ואחרים שחזרו בו מקבלין מי שפרע". והראב"ד שם השיגו: "וכן אני אומר שאם הקנו בקנין קנו, שהקנין לא גרע מכסף והוא כסף עצמו, מההוא מעשה דגיטין דההוא דשדא לה מרה כומתא ואמר קני הא וקני נפשך וכו', ונמצא כסף גומר דעדיף משאר כסף וקונה לגמרי. וכן אם קנה הוא בקנין קנה, שהמקנה מקנה לו כל קנינו ואינו חוזר בו". וראית הראב"ד דמהני כסף כסודר, מגיטין לט,ב: דההיא אמתא דהוה מרה שכיב מרע, אתיא בכיא קמיה, אמרה ליה עד אימת תשתעביד ותיזיל ההיא איתתא. שקל כומתיה שדא בה, אמר לה זיל קני הא וקני נפשך. ומוכח משם שהסודר קונה כדין כסף, שרק בזה יוצאת לשחרור. ושם בה"ט ובה"י, כתב הרמב"ם: "וכן אם קנו מיד הקטן או השכיר מקום המטלטלין וחזר בו, לא קנה הלוקח, שאין מוציאין מידי הקטן בדין, ואין קנין מיד הקטן כלום, שהקנין בשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של אדם גדול. וכן קטן שקנה מטלטלין וקנו מידו ושכר מהם המקום, לא קנה עד שימשוך, לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכין בהן הגדולים. ראה לדבר, שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונין לו..."

ושם בה"ח ביאר הגרא"ז באבן האזל, דלא מהני קנין במטלטלין שקונים מקטן אלא באופן שכבר באו המטלטלין לרשות הקונה, אולם בקנין כמו סודר וכד', שלא באו לרשות קונה, לא מהני. אולם בקנין כסף, אם היה מועיל במטלטלין, היה מועיל גם בקטן: "דכסף אינו מעשה קנין אלא נתינת הדמים וכמש"כ בפ"א, וכיון דנתן הקונה להקטן דמי המקח ויש להקטן כל התמורה של מקחו זה, היה צריך להיות מועיל גם בקטן". רק שקנין כסף אינו מועיל אלא למי שפרע, וקטן אינו שייך שיקבל מי שפרע. אולם מעשה קנין אחר שעשה הקטן, אין לחייבו ליתן דבר משלו בשביל מעשה קנין שעשה ללוקח, ובזה כתב הרמב"ם שאין מוציאין מידי הקטן בדין, שאין

הקטן יכול להפסיד שנוכל לתבעו בשביל מעשה שלו, ולכן לא מהני אלא משך או המשיך. ומבואר ברמב"ם, דאף דקנין סודר ואגב לא מהני שאין מוציאין מידי הקטן בדין, היינו דוקא בקנינים אחרים, אבל כסף כיון שנתן הלוקח דמי המכר, מהני גם בקטן; "דזהו עיקר דרך הקנין ובודאי הוי מהני מטעם כדי חייו שיהיה מהני מכירתו, ורק דכיון דכסף אינו קונה אלא למי שפרע, ודאי לא שייך בקטן מי שפרע". והראב"ד השיגו, דקנין הוא ככסף, מההיא מעשה דכומתא דמוכח שעבד יוצא בק"ס משום כסף (עיין גיטין לט,ב, הובא לעיל), וממילא כאן מהני יותר מכסף, דבממונות קנין סודר מהני לקנין גמור.

ובר"ן (גיטין ל,ב מעמוה"ר) כתב דקטן אינו קונה באגב וחליפין, ורק תקנו שמה שברשותו יהיה הוא הבעלים משום כדי חייו: "דמהכא משמע דכי אמרינן זוכה לעצמו דוקא במטלטלין ודוקא בשהגיע לידו, אבל בהקנאה אחרת כגון אגב וחליפין לא, לפי שהקטן אינו יודע בדרכי הקנאה כלל, וכשאמרו הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, דוקא בשמחזיק בהם הזוכה, דכיון דברשותו של קטן מחזיק בהן, תקנו בהן שיזכה משום כדי חייו, אבל בהקנאה אחרת ליתיה כלל". מבואר בר"ן שאין בקנין קטן משום גמירות דעת, שהרי אין לו דעת, ולכן אין לו במעשה הקנין כל ביטוי לגמירות דעת, וכל בעלותו על החפץ, שלו או של הקונה ממנו, הוא מכח תקנת חכמים שמה שמחזיק הוא שלו. אולם לא מעשה הקנין יוצר את הבעלות אלא תקנת חכמים, דחכמים לא נתנו תוקף למעשה קנין של קטן אלא קבעו את הבעלות בדבר שמחזיק בו, הוא או הקונה ממנו.

ומצאנו לגר"ב, ברכת שמואל ב"מ י, שהביא מהגר"ח, דבכל קנין צריך דעת לחלות עצם הקנין, דהיינו שיהיה קנוי או מכור, ובקנינים שהם פועלים כמעשה קנין המבטא גמירות דעת, כמו קנין סודר, בזה צריך גם דעת למעשה הקנין. ובקטן אין בו דעת לזכיה, וגם נתמעט מדעת לגוף מעשה הקנין. ולפי דברי הגר"ח והגר"ב נראה לבאר, דמה שתקנו חכמים שיועיל מקחו משום כדי חייו, לא תקנו שיועיל מעשה קנין גם ללא דעת הקטן ויועיל מכח מעשה הקנין של הקטן, אלא תקנו שאף שאין לו דעת לחלות הקנין, מ"מ יהיה החפץ קנוי לו אם הוא ברשותו, וכבאופן שהמשיך את החפץ.

ומכל האמור מבואר שמצאנו במקח וממכר ענינים המועילים לא מכח הקנין שתקנו חכמים, דקנין שתקנו חכמים י"ל שקבעו שבכך יש גמירות דעת, אולם במעמד שלשתן ובקטן קבעו חכמים את הבעלות אף ללא מעשה קנין, אלא תקנת חכמים שההלואה תהיה בין הלוח למקבל, וכן בקטן. (ולענין מה שמועיל בענינים מסוימים באמירה בלבד ללא מעשה קנין, עיין מה שכתבתי בח"ח סי' ד).

ד. ארבע אמות - כחצר או תקנת חכמים

הובאו לעיל דברי הרמב"ן בסוגיא (ב"מ י,א), דיש ראשונים הסוברים שאין ד אמות אלא במציאה והפקר אבל לא במכר ובמתנה, שאין קנין ארבע אמות אלא תקנה משום אינצויי בהפקר. וכתב ע"ז הרמב"ן: "ולשון הגמרא משמע דקנות בכל דבר, דשוינהו רבנן כחצרו". הרי שתקנת חכמים בד' אמות, שיהיו אלה כחצירו, וממילא קנות לו כדין חצר. (ומזה קשה לכאורה על מה שלמד האבנמ"ל מדברי הרמב"ן בגיטין, שקונה החפץ ולא כחצר, עיין להלן). וביתר ביאור נמצא בדברי הר"ן בגיטין (מ,ב מעמוה"ר), לענין הא דמהני ד אמות לענין גט: "ואף על גב דד' אמות לכ"ע אינן קנות דבר תורה, כיון דרבנן תקנינהו ואמרי שיהו קנות, הרי הקנום לו ועשאו כחצרו, והפקר ב"ד היה הפקר". הרי דקנין ארבע אמות מועיל מדין חצר.

וכן מבואר בריטב"א שם (גיטין עח,ב), שהקשה איך מתגרשת בד' אמות: "וי"ל, דרבנן תקנו כן שתהיה זוכה בגט בכל מקום כחצרה, ומשום תקנת העגונות, ונראה דבשעת השמד היה". ושם כתב לענין שניהם יכולים לשמרו: "והיינו דמספקא לן בהא מילתא, אף על פי דתקנתא דרבנן היא משום דאיהו ודאי היכא שהוא אינו יכול לשמרו כלל והיא יכולה לשומרו שמירה פחותה, הויה מגורשת, וזה נמי נקרא קרוב לה, אבל כאן כיון שהן שוין בדבר, שמא רבנן לא תקינו בכה"ג, דהא לא מינכר דתיהוי האי חצרה טפי מחצרו, ואתי למימר דאפילו בחצר של שניהם ג"כ מתגרשת". ומבואר דמהני מדין חצר. וכן נראה מדברי התוס' בגיטין שם עח,ב (ד"ה ותתגרש), לענין איור ד אמות, דרבי אלעזר מספקא ליה אם מה שתיקנו חכמים ארבע אמות, תיקנו גם באויר, ואע"ג דלא מינטר עשאוהו כמינטר; "כמו שעשו ארבע אמות רשותו, ואף על פי שאינה רשותו". הרי שעשו ד אמות כרשות, ומהני מדין חצר. וכן הביא הרמב"ן שם: "דהכי קא מיבעיא ליה לר"א, כשתקנו ד אמות אפי' אוירן תקנו כאלו היא חצר המשתמרת, דכי היכי דעשאוהו כרשותו אף על פי שאינן רשותו, כמו כן אף על פי שאינו משתמר עשאוהו כמשתמר".

וכן נמצא בתש' ר"י מיגאש (סי' קו), לענין ראה את המציאה ונפל עליה, שאין קנות לו ד אמותיו, שכיון שגילה דעתו שאין רצונו לקנות בד' אמות; "איגלאי מילתא דהני ד אמות לאו חצרו הן כלל כדי שתקנה לו, לפי שלא תקנו שד אמות של אדם קנות לו בכל מקום אלא א"כ היתה כונת אותו אדם שיהיו לו אותם ד אמות כחצרו, אבל אם אינו מתכוון לזה ואינו מתרצה בו, הנה חזרו להיות ד אמות הללו שאין לו בהם זכות כלל, והם לגביה כמו שהם לגבי שאר בני אדם שאינם עומדים בהם, וע"כ היה מן הדין שלא יקנו לו". מבואר בר"י מיגאש שד' אמות קנות לו מדין חצר, שחכמים עשאוהו כחצירו כאשר מתכוין שיהיו אותן ד אמות כחצירו.

והגרע"א (קמא רכא) למד מדברי הר"ן הנ"ל דהקנין שקונין לו הד' אמות את החפץ אינו מתיקון חכמים אלא מהתורה. דחכמים תיקנו שיהיו ד אמות עצמם קנויים לו בתורת רשות, וממילא מה שבהם קנוי לו מהתורה, דמכח הפקר ב"ד הפקר הד' אמות כחצירו, וממילא מה שבד' אמות קנוי לו מהתורה. ולכן מועיל אם זורק לה הגט בד' אמותיה, ואין כאן עקירה לדאורייתא להתיר אשת איש לעלמא. ולפ"ז פירש מש"כ הנמוקי" (ב"מ ה,א מעמוה"ר) דיכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים לקנות בד' אמות, כשנפל על המציאה, אין הכוונה דאמרינן דאין רצונו שיקנו לו הד' אמות את החפץ, אלא אין רצונו לקנות הד' אמות שזיכו לו החכמים. וכן נקט הגרע"א במהדו"ת סי' צו. וכן כתב החתם סופר בחידושו לגיטין עח,א בבאור הדין דמהני ד אמות בגט, תרוץ א כתב דקנין דרבנן מהני לדאורייתא. ובתרוץ הב', דאפי' להפוסקים דבמעמד שלשתן דרבנן אין אשה ניקנית, מ"מ אם כבר קנה הממון במעמ"ש, ניקנית האשה ע"י אותו ממון מדאורייתא; "והכי נמי כיון שכבר קנה ד אמות, שוב הוה חצרו וקונה בו מן התורה". ומבואר דמהני מדין חצר.

והרמב"ן בגיטין עח,א כתב דתקנת ד אמות בגיטין, לא מכח הפקר ב"ד הפקר, ששייך רק בממונות, אלא מדין כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקדושתין. דעיקר תקנת ד אמות נאמרה בגיטין ולא בממונות, ולכן כח חכמים בזה הוא מדין אפקעינהו, וז"ל הרמב"ן: "וטעמא דמתניתין בין לרב בין לר' יוחנן משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, דהא ארבע אמות גופייהו בכל מקום דבר תורה אינן קונות, ואין צריך לומר כל שיכולה לשמור שאינו קונה לה אלא מדבריהם, ותקנת עגונות היתה להם וכדאמרינן, לגיטין אמרו ולא לדבר אחר, אלמא תקנתא דרבנן הוא בגיטין, ומשום לתא דידהו תקינו בקידושין משום ויצאה והיתה. ומשום הכי אמר ליה שמואל לרב יהודה דלא ליעבד עובדא, משום דלא תקון לאפקועי קידושין אלא במקום שיש לחוש לקלקול, ושמא משנתנו הוראת שעה היתה או משום שעת השמד נשנית". ולכאורה, מדוע היה צריך הרמב"ן להגיע לדין אפקעינהו, מדוע לא תירץ כראשונים הנ"ל שעשאוהו כחצר, וכמו שכתב הרמב"ן עצמו בב"מ, ודין חצר מכח הפקר ב"ד, ומחצרה יכולה לזכות הגט מהתורה.

ובאבנמ"ל ל,ה הביא דברי הרמב"ן, והקשה בשלמא בגיטין יכול להפקיע איסור אשת איש, דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש, מועיל בגיטין להתיר אשת איש ומשום דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה, אולם כשמקדש ומקנה לה הכסף בד' אמות, אין תהיה האשה מקודשת, דאע"ג דמקדש אדעתא דרבנן, לא מהני מזה לקידושי תורה, דלענין גט מועיל מה שקידש אדעתא דרבנן בכדי שיהיו יכולין להפקיע מתי שירצו, אולם אינו יכול לעשות מקדושי דרבנן קידושי תורה. לכן כתב האבנמ"ל בבאור דעת הרמב"ן, וז"ל:

"ונראה דגם הרמב"ן ס"ל דכיון דתיקון רבנן דליהוי קנין, מהני מדאורייתא ומשום דהפקר ב"ד הפקר, אלא דגוף ד' אמות או מקום השמירה לא הפקירו ב"ד מעולם את הד' אמות שיהי' שלה, כיון דבתר הכי כי אתי אחר הרי הם שלו ... והוא הדין לית לן למימר דמקום שמירה וד' אמות אפקעוהו חכמים מרשות העולם ואוקמוה ברשות האשה, כיון דלבתר הכי נמי דכ"ע הוא, ולשעה נמי לא אוקמוהו חכמים את מקום שמירה וד' אמות ברשות האשה. והגע עצמך, אם זרק גט לאשתו ושטר קידושין לאחורת ושטר מכירה לאחד כרוכין, זה קנה השטר מכירה וזו שטר קידושין וזו הגט, והוא מן הנמנע שיהיה ברגע אחד לשלשתן. אלא דלא הקנוהו חכמים בד' אמות או במקום השמירה כלום, אלא שהקנוהו חכמים למי שמונח בד' אמותיו את החפץ, וכמו כן בקידושין הקנו לה חכמים כאילו היה מונח תוך חצירה והפקר ב"ד הפקר על החפץ ועל כסף הקידושין המונח שם, וכיון שנקנה לה מדרבנן את כסף הקידושין, הוי קידושי תורה כמו במעמד שלשתן דהוי דרבנן והוי קידושי תורה. אבל בגט נהי שקנתה הגט מדרבנן, אם קנין חצר ליכא, דד' אמות לא הפקירו לאשה לדעת הרמב"ן אלא החפץ המונח, תו ליכא למימר דאפקעוהו לגיטא מרשות הבעל לרשות האשה ומשום הפקר בית דין, דהא אפילו הקנה הבעל את הגט לאשה אגב קרקע, דנקנה לה הגט, ודעת רש"י ר"פ הזורק (עזב) דמהני, לדעת הרמב"ן לא מהני, דבגט בעינן ונתן בידה או בחצרה דה"ל כידה, וכיון דתורת חצר ליכא בארבע אמות וכמו כן במקום שמירה, דלדעת הרמב"ן לא הפקירו מקום ארבע אמות, והפקר בית דין אינו אלא על החפץ המונח או על כסף קידושין המונח תוך ארבע אמות או במקום שמירה, ובגט לא מהני שום קנין אלא ידה או חצירה דהוי כידה. ומשו"ה בגט אינו אלא מדרבנן ואפקעינהו רבנן לקידושין מינה, ובכסף קידושין כיון דנקנה לה הכסף, ממילא הוי מזה קידושי תורה וכמו במעמ"ש ודו"ק. ולפי זה בקידושי שטר שזרק לה תוך ד' אמות או במקום שמירה, לדעת הר"ן שכתב דהוי חצירה ומשום דחז"ל עשאום לחצר, וכיון דהוי חצירה מדרבנן הוי נמי קידושי תורה וכמו במעמד שלשתן. אבל לפי מ"ש לדעת הרמב"ן דאינו הפקר אלא החפץ המונח אפקרינהו בזה הוא דהפקר ב"ד הפקר, וקידושי שטר דאיתקש ליציאה דבעי ידה או חצרה, לא מהני מן התורה ואינו אלא מדרבנן ..."

מבואר מהאבנמ"ל שלדעת הרמב"ן לא הקנו את הד' אמות שיהיו כחצרה וכרשותה, אלא הקנו את החפץ שיהיה הוא הבעלים, כל שהוא נמצא תוך ד אמות. ומוכח דלרמב"ן אין ד אמות תורת מעשה קנין, כדעת הראשונים הנ"ל הסוברים דקונה בקנין חצר, אלא חכמים תקנו שיהיה הוא הבעלים על החפץ ללא מעשה קנין. ולכן

לענין ממון וקדושין, כיון שתקנו חכמים שהנוכח בד' אמות הוא הבעלים, ממילא קונה החפץ, ולענין קדושין האשה מקודשת, אף שכל זה היה מתקנת חכמים. אולם בגט דבעינן ונתן בידה, איך מהני כל שאינו בידה או בחצירה. וע"ז כתב דתקנת חכמים בגט, לא שיהיה הגט שלה אלא כל שזרק לה גיטה בד' אמות, משום תקנת עגונות אפקעינהו חכמים לקדושין. ומ"מ נלמד מדבריו דענין הד' אמות אינו חצר אלא הקנאת החפץ עצמו, שאם נמצא בד' אמותיו, תקנו חכמים שיהיה הוא הבעלים על החפץ הנמצא בד' אמותיו.

ולכאורה דבריו בהסבר הרמב"ן, סותרים למש"כ הרמב"ן בב"מ י, א (הובא לעיל): "ולשון הגמרא משמע דקונות בכל דבר, דשוניהו רבנן כחצרו". ואף שיש מקום לישב בדוחק, לכאורה צ"ע. אמנם למש"כ האמרי בינה (קנינים יד) בבאור דעת הרמב"ן, אתי שפיר. האמ"ב כתב דלכאורה צ"ע איך מהני בגט בעל כרחא על ידי ד אמות, הרי באופן שאינה רוצה להתגרש, אינה רוצה לקנות בד' אמות, ואיך מצינו קנין בעל כרחו לגבי ממון; "ואולי באמת מהאי טעמא כתב הרמב"ן דמטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן מהני בגט. ובאמת לענין קידושין י"ל מודה הרמב"ן דמהני מטעם חצר, כיון דמדעתה מתקדשת רצתה לזכות בד' אמות, ושוב קונה לה הד' אמות בתורת חצר. מה שאין כן בגט דבעל כרחא מתגרשת, על כן צריך לבא מטעם כל דמקדש". ולפ"ז י"ל, דבממון שרוצה לקנות המציאה או המקח, לשיטות הראשונים דמהני במכירה, מועיל שהד' אמות יהיו כחצירה, וזה מש"כ הרמב"ן בב"מ, משא"כ בגט דמתגרשת בעל כרחא, אינה חפצה שיקנו לה הד' אמות.

ה. כשאינו רוצה בד' אמות

ולכאורה בהסבר האבנמ"ל והאמ"ב בדעת הרמב"ן, יהיה לכאורה נפק"מ לנדו"ד, שהרי לכאורה לא רוצה לקנות את האבידה, דמהיכי תיתי שירצה לקנות את האבידה ולהתחייב בשמירתה ובחיובי השומרים, כל עוד לא הגביה. דלדעת האמ"ב כיון שאין רצונו, דמי לגט שאינו קונה ד אמות בעל כרחו, ובגט כתב הרמב"ן דמהני מדין אפקעינהו, וזה לא שייך באבידה, ולכן לא קונה בד' אמות את האבידה. משא"כ לאבנמ"ל דחכמים הקנו לו את החפץ, וכדי שיועיל מהתורה בגט, מהני מדין אפקעינהו, ובאבידה מהני מדרבנן שיהיה החפץ שלו ויתחייב באחריות שמירה. ולרוב הראשונים והמפרשים שהקנו לו חכמים הד' אמות בתורת חצר, גם בזה לכאורה הקנו לו הד' אמות, שתהא האבידה קנויה לו ויתחייב בשמירתה. אמנם עיין בישועות יעקב (חחו"מ סי' רסח) כתב דלכאורה מהני קנין ד אמות בשומרים, אם הניח את החפץ תוך ד אמותיו וקיבל עליו השמירה. ולפ"ז היכא שלא קיבל עליו השמירה, מהיכי תיתי ויתחייב כשומר אבידה.

וכבר הובאו לעיל דברי הר"י מיגאש בתש' (סי' קו), שמהם מוכח שאין ד אמות של אדם קונות לו בעל כרחו, לענין ראה את המציאה ונפל עליה, שאין קונות לו ד אמותיו, שכיון שגילה דעתו שאין רצונו לקנות בד' אמות; "איגלאי מילתא דהני ד אמות לאו חצרו הן כלל כדי שתקנה לו, לפי שלא תקנו שד אמות של אדם קונות לו בכל מקום אלא א"כ היתה כונת אותו אדם שיהיו לו אותם ד אמות כחצרו, אבל אם אינו מתכוון לזה ואינו מתרצה בו, הנה חזרו להיות ד אמות הללו שאין לו בהם זכות כלל, והם לגביה כמו שהם לגבי שאר בני אדם שאינם עומדים בהם, וע"כ היה מן הדין שלא יקנו לו". וא"כ כאשר ברור שאינו מתכוין ואינו מתרצה בכך, כנדוד שאינו רוצה להתחייב בשמירה, לא תיקנו חכמים ד אמות.

וכן מבואר בנימוקי" (ב"מ ה,א) בדין ראה את המציאה ונפל עליה, שלא קנו לו הד' אמות, דמה שנפל על המציאה אינו קנין להחזיק בה, והד' אמות אינן קונות לו, או מפני שברה"ר דדחיקי רבים לא תקון חכמים, או מדנפל גלי אדעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני; "וזה כיון דתקנת חכמים היא שומעין לו, באומר אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו". ושם לא אמר להדיא שאינו רוצה בד' אמות אלא רק היה גילוי דעת בזה, וכיון שיש גילוי דעת או אומדן דעת ברור שאינו רוצה בד' אמות, אינו זוכה בד' אמות בכל כרחו.

גם הגרע"א בתש' (תנינא צו, מובא גם בחידושי הש"ס ב"מ י,ב) נקט דמה שתקנו חכמים ארבע אמות, תקנוהו לטובת הקונה אבל לא בעל כרחו, והראיה מב"מ י,א, ראה את המציאה ונפל עליה, בנפילה ניחא לי דליקני, בד' אמות לא ניחא ליה דליקני, והיינו דאינו רוצה לזכות בד' אמות שיהיו חצירו. רק הקשה, דכיון דקנין ד אמות אינו בעל כרחו של האדם, מדוע בקדם הבעל לד' אמות, אינו יכול לגרש את האשה בנתינת הגט לד' אמותיה שתבוא לשם אחריו, מה בכך דקדם הבעל לד' אמות, כיון שרצונו לגרשה ולהקנות לה הגט בד' אמות, והרי הוא כאומר לא ניחא לי לקנות הד' אמות, ואי אפשרי בתקנת חכמים לקנות את הד' אמות, ועכ"פ אם יאמר כן במפורש תהיה מגורשת. אלא י"ל, דאף אם הד' אמות אינם קנויים לו בעל כרחו, מ"מ בתוך ד אמותיו, אף אם אין רוצה לזכות בהם, אין קנין לאחר שבא לשם לקנות בד' אמות; "דהד' אמות הם שייכים לאדם, ולא תקנו חז"ל שיצא החפץ מרשות המוכר מתוך ד אמות שלו שיהיו הד' אמות קונים לאחר, וא"כ גם ברה"ר הכי הוא". הרי שאין לו ד אמות בעל כרחו, רק כשהוא נמצא שם, גם אחר שיבוא לשם בשעה שהוא שם, לא יוכל לקנות.

ועיין בתורת גיטין (עח,א) שכתב דכל מה שתקנו ד אמות, זה רק לדבר ששייך לגביו, שחכמים לא אמרו שיהיו הד' אמות כחצירו לכל הענינים, רק לענין שיש לו

שייכות, ולכן יכול לבוא אחר ולקנות מתנה בתוך ד אמות שהוא כבר נמצא, ורק לענין מציאה או דבר שיש לו שייכות רק לראשון, בזה הד' אמות כחצר שלו לבדו: "דלא תקנו חכמים ד אמות רק שיהיה שלו לענין שיזכה בו מציאה ומתנה, אבל בדבר שאין שייך לו כלל ואי אפשר לזכות בו, כגון שראובן בא תחלה ואח"כ בא שמעון לתוך ד אמות, ובא לוי ונתן מתנה לשמעון, זכה שמעון בד' אמות. דלענין מה שאין לראובן שייכות בגוה, זוכה שמעון ג"כ בד' אמות, דלא נתנו חז"ל לראובן שיהיו שלו לחלוטין רק לענין הדברים ששייך בגווייהו". וצ"ל דמ"מ אם המקנה נכנס קודם לד' אמות, אין הקונה יכול להוציא מרשותו, דחשיב כיש לו שייכות בזה, דאל"כ מדוע לא יועיל מה שקדם הבעל לד' אמות. אלא כמש"כ הגרע"א, דלהוציא מרשות הבעל הנמצא כבר בד' אמות, אינה יכולה כיון שקדם. ועיין מש"כ התו"ג בד"ה שאח"ז. וע"ע בתפארת ישראל (גיטין, בועז פ"ח אות א).

ועיין בבית הלוי (ח"ג סי' מה) מה שהקשה על התו"ג, ומה שישב. עוד כתב שם, דלכאורה בראה את המציאה ונפל עליה, ובא השני והחזיק בה, זה שהחזיק בה זכה. והקשה הביה"ל, כיון שהראשון גילה דעתו שאינו רוצה בד' אמות, א"כ הד' אמות קנויות לשני, ומדוע צריך השני להחזיק במציאה, יקנה השני בד' אמות, שהרי הראשון גילה דעתו שאינו רוצה בד' אמות. ומוכח מזה דאף שאין לו זכות של ד אמות במציאה זו, מ"מ כיון דעדיין עיקרם הם של הנופל לענין מציאה אחרת אם תפול שם, שוב אין השני יכול לזכות בהם גם במציאה זו, וא"כ לכאורה הדבר קשה למש"כ התו"ג שיכול השני לזכות אם אחר יקנה לו.

והביא ביה"ל מדברי הרמב"ם (גזילה ואבידה טז,ד): "המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה לחנוני הרי הן של בעל החנות, ואם מצאן על התיבה ואין צריך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן. ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות, לפי שאינה חצר המשתמרת, ואף על פי שבעל החנות בתוכה, צריך לומר תקנה לי חנותי". הרי גם בין תיבה לחנות צ"ל תקנה לי חנותי. והטעם, דכיון שאינה חצר משתמרת מצד הקונים, באמירה זו תהיה החצר משתמרת לבעל החנות. וכן י"ל לענין ד אמות, דאם ראשון נפל על המציאה, כבר אינה משתמרת לשני, ואם יאמר יזכו לי ד אמות, אה"נ שיזכה, רק במשנה מיירי בלא אמר, ולכן בעינן שיחזיק במציאה; "דבד' אמות אינו קונה, דאיירי בלא אמר, אבל אם היה אומר, הא י"ל דהשני הי' קונה בד' אמות, כיון דהראשון סילק זכותו של ד אמות מציאה זו". עוד כתב הביה"ל לישב, דעיקר קניית השני באמת ע"י הד' אמות, והא דנקט והחזיק בה, כדי שיהיה משתמר להשני נגד הראשון, שלא יוכל הראשון לתפוס ממנו. ומיושב הלשון והחזיק בה, דהכוונה שתקף במקצתה בחוזק שלא יוכל הראשון לקחתה, וקונה השני ע"י ד אמות בלא אמירה דידיה.

עוד כתב הבית הלוי לחלק, דבגט ומתנה, האשה ומקבל המתנה אינם צריכים לזכות בהם רק מהבעל או מהנותן, וכיון שאין לראשון שום שייכות בד' אמות, האשה והמקבל קונים בד' אמות, אף שהם באו אח"כ, דלגבי הבעל והנותן הדין הוא שהד' אמות הוא שלהם. משא"כ במציאה, כיון שהזכות במציאה היא לכל העולם שרשאים ויכולים לזכות בה, וכשבא האחד וזוכה בה, הרי בזכיותו הוא מפקיע לכל העולם את הזכות שהיה להם במציאה, לכן השני צריך בזכיותו להפקיע מהמציאה גם את הזכות שיש לראשון במציאה, והראשון בנפילתו לא סילק זכותו אלא מהד' אמות ולא מהמציאה, ואיך יפקיע השני מן הראשון זכות זו ע"י הד' אמות, דעיקר הד' אמות הם של הראשון, ולא עדיף מחצר השותפין דאין קונין בה זה מזה. וכיון דאינו יכול להפקיע זכותו של הראשון ממנה, לא זכה בה והרי היא הפקר לכל אדם, ולכן צריך להחזיק במציאה. ורק אם הראשון היה אומר מפורש שאינו רוצה כלל לזכות במציאה והיה מסלק זכותו ממנה, היה זוכה השני בד' אמות. ולפ"ז חידש ביה"ל, דבחצר השותפין שאינה משתמרת, דלגבי מציאה בעינן שיהיה עומד בצד חצירו, ואחד מהשותפין עומד בצידה והשני לא עומד, ונפלה שם מציאה, דאף שלכאורה השותף שעומד בצידה זכה, מ"מ למה שביאר ביה"ל דבמציאה צריך הזוכה לעשות זכיה ולהפקיע זכות המציאה מכל העולם, במה יפקיע השותף העומד זכות מן חבירו ע"י החצר, כיון שהחצר היא של שניהם, ואף דהשני אינו יכול לזכות בה ע"י החצר כיון שאינו עומד שם, מ"מ גם העומד אינו זוכה בה ע"י חצר, והרי המציאה הפקר, וכל הקודם להגביה זוכה בה.

ולמש"כ הביה"ל, נראה חידוש נוסף, אם רוצה לקנות חפץ ברשות המוכר ע"י ד אמות, והמוכר נותן לו רשות לקנות החפץ, ולמעשה מסלק עצמו, א"כ החפץ משתמר לדעת הקונה. וכן אם עומד בחצר חבירו שאינה משתמרת, ואיש אינו שם, ורוצה לקנות בד' אמות, דלכאורה יועיל. אמנם י"ל, דכיון שכל הדין מתקנת חכמים, חכמים לא תיקנו שיזכה בד' אמות בחצר חבירו, ולכן אף אם לטעם ביה"ל היה צריך להועיל קנינו, כיון שאין אחר יכול לזכות, מ"מ לא תיקנו ד אמות. ולראשונים והפוסקים שזוכה בד' אמות כחצר, פשיטא שלא נתנו לו זכות זו בחצר חבירו, אלא אף לאבני מילואים הנ"ל שהקנו לו את החפץ, בחצר חבירו לא הקנו לו. [עוד נראה בענין אחר, דאם עומד בסימטא תוך ד אמות של מציאה, ויש היכי תימצי שאינו יכול להתקרב למציאה, כגון גדר עם דוקרנים או שדה מוקשים וכד', כיון שאינה משתמרת ואינה משומרת לו, בכה"ג לא תיקנו חכמים ד אמות, דהפרדה עצמה יוצרת שאין המציאה בד' אמות, דכל מהות ד אמות הוא שזה תחת שליטתו, משא"כ בזה אין כאן כלל דין של ד אמות, דאף אם במציאות מבחינת המרחק הוא בתוך ד אמות, המציאות המשפטית הלכתית שאינו תוך ד אמות].

ו. אם קונה שלא מדעתו

הראשונים בסוגיא (ב"מ י"א) דנו בקדם כלי לקונה, שאין הקונה יכול לקנות הכלי במקח וממכר, כיון שזכה הכלי למוכר בד' אמות, משא"כ במציאה שאין בעלים. הר"ן שם בסוגיא כתב דאם קדם הכלי, אין הקונה יכול לקנותו: "לפי שמקומו של כלי קנויה היא לבעל הכלי. והא דפאה ומציאה, שכבר קדמו לו הפאה ומציאה, התם משום דאין להם בעלים שיהיה מקומו של כלים קנוי' להם". וכן הוא בנימוק"י (ב"מ ה,א מעמוה"ר). והט"ז חו"מ רסח,ג הוכיח מראשונים אלו דד' אמות של אדם קונים לו שלא מדעתו, דאיך קנה המוכר הד' אמות, הרי לא היתה דעתו לקנות הד' אמות, אדרבא, רוצה הוא להקנותם למוכר. ומוכח שדין ד אמות כדין חצר, וקונה לו שלא מדעתו. עוד כתב הט"ז, דלפי טעם תקנת ד אמות שלא יבואו לאנצויי, י"ל שקונה גם שלא מדעתו, דאל"כ אכתי אתי לאינצויי ולומר לא היתה כונתך שתקנה.

גם מדברי תוס' ב"מ י"א, (ד"ה זכתה) מבואר דד' אמות קונות לו שלא מדעתו. דתנן במשנה שם: ראה אותן רצין אחר מציאה, אחר צבי שבור אחר גוזלות שלא פרחו ואמר זכתה לי שדי, זכתה לו. ובתוס' כתבו, דזכתה לו חצירו אע"ג דלא אמר זכתה לי, והביא ראייה מדין ד אמות (ב"מ י"א); אי תקון רבנן דלקני, כי לא אמר מאי הוי. ואין לומר דהתם היינו משום דנפל לו עליה, דגלי בדעתיה שרוצה לקנות, ולכן שאלה הגמ' שאין צריך אמירה, אבל בצבי שבור, מי יימר דרוצה לקנות; "דאדרבה משמע לעיל דאי לא נפל קנה טפי, ואף על גב דלא אמר אקני". ומבואר דדעת התוס' דד' אמות קונות שלא מדעתו, ואם לא היה נופל על המציאה, היה קונה אף בלי אמירה. ולכאורה משמע מזה שאמירה בעינן לגילוי דעת, ואם מהני בלא אמירה, לכאורה מועיל אף שלא מדעתו. כן הוכיח במחנה אפרים קנין חצר טז (בסופו).

ומש"כ המחנה אפרים דהריטב"א חולק על התוס', לכאורה נראה מדברי הריטב"א דלענין ד אמות, ובודאי לענין חצר, קונה לו שלא מדעתו. רק הריטב"א ס"ל דכשעומד שם ולא אומר תזכה לי חצרי, יש באי אמירתו משום גילוי דעת שאינו רוצה לזכות, ואינו זוכה בעל כרחו. הריטב"א מביא בתחילה את דברי התוס', שאף אם לא אמר תזכה לי שדי, זכתה לו, דכיון דעומד בצד שדהו הא הויא ליה כחצר המשתמרת שהוא קונה לו שלא מדעתו; "ותדע, דהא גבי ד אמות שתקנו חז"ל, אמרינן בגמ', שאני התם דלא אמר אקני, ופרכינן דכיון דתקינן רבנן, כי לא אמר אקני מאי הוה, וכל שכן בחצר דהויא זכייה דאורייתא. וחלק הריטב"א וכתב דהמשנה בדוקא נקטה באומר זכתה לי, דכיון דרואה אחרים שרצין אחר המציאה, אם הוא עומד במקומו ואינו מטפל בה וגם אינו אומר שתזכה שדהו, הרי הוא מגלה דעתו

שאינו רוצה לזכות, ואין חצירו של אדם קונה לו מה שאינו רוצה לקנות. ומ"מ מהריטב"א מבואר, דאם לא גילה דעתו שאינו רוצה לזכות, קונה לו חצירו וד' אמותיו שלא מדעתו.

עוד הביא המחנ"א ראייה דד' אמות קונות לו שלא מדעתו, מנדרים לד, ב: אמר רבא, היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש, נטלה לאוכלה, מעל לפי כולה, להורשה לבניו, מעל לפי טובת הנאה שבה. ופירש הר"ן שם: "בככר של הפקר שהיתה עומדת תוך ד' אמותיו שקונות לו בכל מקום, ומשו"ה כי אמר ככר זו הקדש חייל, ומקדיש זה לא זכה בו מעולם. דאע"ג דאמר בפ"ק דב"מ (יא, א) דד' אמות של אדם קונות לו אפי' כי לא אמר אקנה, הכא שאני משום דכיון דאמר ככר זו הקדש, גלי אדעתיה דלהקדש ניהא ליה דליקני, לדידיה לא ניהא, וגילויי דעתא כי האי מהני". ועיין גם ברא"ש בפירושו שם בנדרים. ומ"מ מוכח מזה שד' אמות של אדם קונות לו שלא מדעתו, ורק כשגילה להדיא דלא ניהא ליה, אינן קונות לו בעל כרחו. והנה הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה יז, ח, כתב וז"ל: "חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. במה דברים אמורים בחצר המשתמרת אבל בשדה וגנה וכיוצא בהן, אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בה. ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי, כל הקודם זכה. וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן הרי אלו קונים לו, ואם הגיעה המציאה לתוך ארבע אמות שלו זכה בה". ומבואר ברמב"ם שבד' אמות, שהרי עומד בצידן, אין צריך לומר תזכה לי חצרי. ולכאורה יש מקום לדייק מזה שלא צריך לומר, שזוכה לו שלא מדעתו, וכמו שנראה מדעת הט"ז הנ"ל שכתב דבריו על דברי המחבר, שהם לשון הרמב"ם. אך דיוק זה אינו מוכרח, שהרי אף באינו אומר, י"ל שצריך לדעת שהמציאה בד' אמותיו. וכן כתב הגר"י מקוטנא בישועות מלכו, בהגהות הקצרות על הרמב"ם, וחלק על דברי הט"ז.

די"ל כמש"כ המגיד שם, דבד' אמות אין צריך אמירה, דאלימא קניה בד' אמות יותר מחצרו שאינה משתמרת, מפני שהוא יכול לנטות עצמו וליטלה יותר מבחצר שאינה משתמרת. אמנם למש"כ בכס"מ שם לחלק בין חצר שאינה משתמרת לד' אמות, דארבע אמות שאני, דכיון דמשום דלא אתי לאינצויי תקינו רבנן דליקני, לא ראו לחלק בין אמר ללא אמר, דא"כ אכתי הוו אתו לאינצויי. ובזה י"ל יותר כדעת הט"ז, דכך יש גם לא לחלק בין דעתו ללא דעתו, שלא יבואו לאנצויי. (ועיין בנפש חיה לגר"א וקס, חיו"ר ד"סי' פז ד"ה אך, מש"כ בחילוק בין חצר לד' אמות לענין מה שקונה לו שלא מדעתו, דד' אמות כיון דלא משתמרת, בעינן לדעתו, עיי"ש).

גם האור שמח בחידושויו לש"ס (ב"מ יא, א) כתב לדחות דברי הט"ז, ולדעתו פשוט שאין ד' אמות קונות לו שלא מדעתו, והוכיח כן מסוגית הש"ס דשת"ק ותוס' שם

(ב"מ כו,א ד"ה דשתיך), דכשאפשר שלא ימצא, אין חצירו קונה לו. והוא הדין בארבע אמות, כל שלא מדעת אפשר שלא ימצא, דאינו מקום מיוחד ומשתנה כל שעה. ועל הראיה שהביא מקדם כלי של מוכר לקונה, כתב הגרמ"ש שאינה ראייה; "דהתם לענין ד אמות גופיה בודאי קני דהוה חצירו". ולכאורה כוונת דבריו, דיש לחלק בין דין הד' אמות עצמם לבין אם הן קונות לו, דכל אחד שהוא בד' אמות, הוא או כליו, הרי הד' אמות הן כחצירו, וזה לא שייך לדעתו או לא, כל מקום שהוא נמצא, הרי בד' אמות שלו הם כחצירו. אך מ"מ אינו יכול בחצר זו לקנות שלא מדעתו, דלא דמי לחצר, כיון שבניגוד לחצר, אם אינו יודע בדבר המציאה, הרי היא אינה עשויה להמצא, ולכן לעצם הד' אמות הם כחצירו, דאדם יודע שהוא נמצא כאן בד' אמות, אך לקנות דבר שאינו יודע שהוא כאן, אינו קונה. וכחילוק זה של האור שמח, ראיתי גם לגר"מ אריק באמרי יושר (ח"ב סו"ס עג).

ונראה דלאור שמח יש לחלק בין שלא מדעתו, שאינו יודע שיש כאן מציאה בכלל, לבין אם יודע שיש כאן מציאה, אך אין לו דעה וכונה חיובית לזכות. דהרי ראית האור שמח היא מסוגית שתיך, במצא בגל ובכותל ישן, שאינו עשוי להמצא. וא"כ האור שמח מיירי דוקא שלא מדעתו, היינו שאינו יודע שיש כאן מציאה, אבל בידע שיש כאן מציאה ולא היתה כוונתו לקנין, בזה מודה האור שמח שהד' אמות קונות גם ללא כונה לקנין.

ובזה אתי שפיר שאין מחלוקת בין האחרונים הנ"ל. דהמחנה אפרים וראיתו מככר זה של הקדש, מיירי בראה את הככר וידע ממנו, רק לא רצה לזכות, ובזה מיירי המחנ"א, והביא ראייה מהר"ן, שהד' אמות קונות לו שלא מדעתו, אא"כ היתה כונה חיובית שלא לזכות. וכן ההוכחה מהראשונים הנ"ל לענין ראה את המציאה ונפל עליה, שהרי ראה וידע מהמציאה, רק לא היתה לו כוונה לזכות בד' אמות, וכיון שגילה דעתו שאינו רוצה לזכות בד' אמות, אינו זוכה בעל כרחו. אולם אם לא היתה כונה חיובית לא לזכות, הגם שלא היתה כונה חיובית לזכות, בזה מהני בד' אמות לזכות שלא מדעתו כמו בחצר, שאף ללא כונה חיובית זוכה. גם הראיה שהביא הט"ז מקדם הכלי של המוכר לקונה: "הרי לפנינו דהד' אמות נקנו להבעלים, אע"פ שאין כונת הבעלים לקנות, דאדרבה דעתם להקנות להלוקח". הן אמת שמהראיה משמע כמש"כ האור שמח, דמיירי לענין הד' אמות עצמן, ואין מזה ראייה לכלי. אך עדיין י"ל, דשם המוכר ידע שהניח הכלי בד' אמותיו, רק היה חסרון בעצם הכוונה לזכות בד' אמות אלו, ולכן עד כמה שיוודע מהכלי, אף שאין לו כונה חיובית לענין עצם הכלי, מ"מ כבר אין אחר יכול לזכות בכלי, כיון שהמוכר יודע מהכלי והוא שלו, וד' אמות של הכלי שלו. ואינו דומה למציאה שאינו יודע שנמצאת בתוך ד אמותיו, דבזה אפשר שגם הט"ז מודה שאין ד אמות קונות לו.

ובזה יש לישב מה שהקשה בדברי משפט רסח,א, מתש' הרדב"ז (ח"א סי' תלא, ומה שציין בדברי משפט הוא ט"ס). הרדב"ז שם כתב: "וכן אם הוא ישן, לא קנו לו ד אמותיו, כיון שאינו יכול לשמור אותו דבר אשר הוא אצלו". והקשה הדברי משפט, שא"כ הט"ז דלא כרדב"ז. ולמש"כ אתי שפיר, דהט"ז מיירי לא בחוסר ידיעה המהציאה אלא מחוסר כונה לקנות בד' אמות, דכשלא ידע מהמציאה עצמה, גם בט"ז אפשר לומר שאינו קונה. אולם הט"ז מיירי באופן שאין לו כוונה חיובית לקנות, ובכל הקנינים בעינן לכוונת הקונה, ובד' אמות קונות לו אף שלא מדעתו, שאין לו רצון וכוונה חיובית לקנות. אולם אם אין הוא יודע מעצם המציאה, וכגון בישן, אפשר דאף הט"ז יודה שלא קונה. ולפ"ז בנדו"ד כיון שידע ראובן מהאבידה, אף שלא כיון להדיא לקנות, קנה בד' אמות לכ"ע.

אלא שראיתי לגר"מ אריק באמרי יושר (ח"ב סו"ס עב), שכתב על דברי הט"ז, וז"ל: "ולענ"ד גם בחצר כה"ג שידע ולא כיון לזכות, לא מהני, כמש"כ תוס' ב"ב דף נד. ובפרט בד' אמות. וכן מוכח ברש"י ב"מ י ד"ה בנפילה, דכל שלא כיון לקנות, לא קנו לו ד אמות. ואפי' לפוסקים דבנפל ג"כ קנו לו ד אמות, היינו משום דעכ"פ רצה לקנות בקנין אחר, אבל כל שלא כיון כלל לקנות, לא קנה, כמש"כ בתש' רעק"א סי' לז, הובא בפ"ת חו"מ רסח,א". ומוכח מדבריו דכל שלא היתה לקונה כונה חיובית לקנות, כשידע מהמציאה ולא התכוין לקנות, אינו קונה לא בחצר ולא בד' אמות.

והראיה שהביא האמרי יושר שאם ידע ולא כיון לזכות, גם בחצר לא קונה, מתוס' ב"ב נד,א (ד"ה אדעתא). התוס' שם הביאו את האיבעיא בגמ' בב"ק מט,ב, במחזיק בשטרותיו של גר, מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא מחזיק, ובארעא הא לא אחזיק, ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה אשטרא, או דלמא דעתיה נמי אשטרא. והקשו התוס', דאפי' אין דעתו על השטר, מדוע לא תקנה לו ידו את השטר שלא מדעתו, שהרי ידו כחצירו וקונה שלא מדעתו, ואפי' לא התכוין לקנות, ותירצו; "דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם הוא בחצרו, ואם היה יודע היה רוצה לקנות, אבל אם יודע ואין מתכוין לקנות לא קני". הרי כשיודע שבא לחצירו ולא התכוין לקנות, לא קנתה לו חצירו, וכן הדין בידו. ומזה הוכיח האמרי יושר שאם יודע שיש חפץ בד' אמותיו ואינו מתכוין לקנות, שלא קנה בד' אמות, כיון שידע ולא התכוין, וכמו שהוכיחו התוס'.

ולכאורה י"ל, דבשטר בכל אופן לא זוכה, שהרי אין לו ענין לזכות בשטר עצמו כדי לצור ע"פ צלוחיתו, כיון שכל דעתו על הקרקע, הרי זה ככוונה חיובית לא לזכות בשטר, שאין לו ענין בעצם השטר. ואח"ז מצאתי שלכאורה כך נראה מדברי החתם סופר בתש' (חיו"ד סי' שיח ד"ה ומינה), עיי"ש. ולהדיא נמצא כן בדברי הבית יצחק (חיו"ד ח"ב פא,ו), דאף דחצירו וידו קונים לו שלא מדעתו, היינו

כשאין כונה כלל, משא"כ במתכוין לקנות ע"י החזקת השטר בידו את השדה, כיון שאינו מתכוין לקנות גוף הניר, יש כאן כונה לא לקנות הניר, דבמה שמתכוין בזה לקנות הקרקע, יש כונה לא לקנות הניר עצמו, והביא ראיה דאף אם מצוות אין צריכות כונה, מ"מ כשמתכוין לא לצאת או למצוה אחרת, לא יצא, עיי"ש.

והאחרונים פירשו בדברי התוס', שאם יודע ואינו מתכוין, הרי יש כאן כביכול כונה חיובית שלא לזכות, ומה שחצירו קונה לו שלא מדעתו, היינו שאינו יודע ולכן קונה, דכל שאין כוונה כלל, חצירו קונה לו, ורק כשיש כונה חיובית לא לזכות, אין חצירו קונה לו, וכשיודע ואינו מתכוין, הרי זה ככונה חיובית לא לזכות. כן נראה מדברי האבני נזר (חאה"ע"ז קסא,ב). וביתר ביאור נמצא לגר"ב בברכת שמואל (ב"ב מו – מז), דחצר קונה אף בכה"ג, ואין חסרון בעצם קנין החצר, אולם כשיש כונה חיובית לא לזכות, יש חסרון בזוכה, שאינו זוכה בעל כרחו, ואין בזה חסרון בחצר, וז"ל:

"נראה דהסברא של התוס' הוא דאז הוי החסרון בדין זוכה, כי היכי דאינו זוכה בעל כרחו, דנהי דחצירו הוא קנין ואפי' שלא מדעתו, אבל בבעל כרחו הוי החסרון בדין זוכה. וע"כ גם הכי דוקא היכא שאינו יודע אם הוא בחצירו, דאז אמרינן בודאי דאם היה יודע היה רוצה לקנות, ע"כ יש כאן דין זוכה, דהמעשה קנין של יד לא בעי כונה. אבל אם הוא יודע ואינו מתכוין לקנות, כמו מחזיק בשטרותיו של גר אדעתא דארעא, דזכיה זו זכיה אחרת היא ולא אדעתא דשטרא נחת, אמרינן שפיר דאין כאן זוכה כלל."

ושם בסי' מז הוסיף לבאר, דמה דידו וחצירו של אדם קונות לו שלא מדעתו, הוא מדין זכיה (עיי"ש בהערה א, שגם ציין לדברי קצוה"ח רסח,ג), וכמו שמהני זכיה ע"י אחרים שלא מדעתו, כך מהני זכיה ע"י חצירו שלא מדעתו, אבל כשיודע ואינו מתכוין, הרי זה כבעל כרחו, שאינו רוצה לזכות, וכשאינו רוצה לזכות, לא שייך דין זכיה. ועיי"ש מה שהאריך לבאר בדין זה.

ולכאורה מה שהביא המחנה אפרים (משיכה ד) ראיה מדברי הרמ"ה שהביא הטור חו"מ סי' ערה, דלא מהני לקנות בידו, צ"ע, דז"ל הטור: "הרמ"ה כתב, אם הלבנים היו של גר, אע"פ שהגביהם ראשון, לא קנאם כיון שלא כיון לקנותם אלא ע"י בנין, ובזה לא קנאם, הילכך בתרא קנה הכל". יש להשיב בתרתי, דלבנים לא היתה כל הלבנה כולה בידו, ורק מיירי בהגביה בקנין הגבהה, ובקנין הגבהה ודאי דבעינן לכונה. עוד נראה, דכיון שהיתה כונתו לקנותם ע"י בנין, הרי זו כונה חיובית שלא לקנות בהגבהה, ובזה לכ"ע אינו קונה בעל כרחו. ומדברי המחנ"א נראה שחש לזה, ולפי הסברו אתי שפיר (עיי"ן להלן).

ולכאורה דברי תוס' אלו סותרים לדברי התוס' בגיטין סא,א (ד"ה ליקט). על הא דתנן במשנה נט,ב: עני המנקף בראש הזית, מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום. ר' יוסי אומר גזל גמור. איתא בגמ' סא,א: תנא, אם ליקט ונתן ביד, הרי זה גזל גמור. ורש"י שם פירש אם ליקט ונתן: "על גבי קרקע ביד, הואיל ומטו לידיה, גזל גמור הוא". לאמור שליקט מהקרקע ואספן בידו, וכיון שאספם בידו, הרי זכה במה שבידו לחלוטין, והוי גזל גמור אם בא אחר ולקח ממנו. ובתוס' שם פירשו: "נראה דאצטריך לאשמוענין בתלשן בידו ומפילן, אף על פי שלא נתעכבו בידו ולא אחז בהן אלא להפילם". לתוס' היה קשה, שאם כפירוש רש"י, מה החידוש, פשיטא מה שאדם מגביה הרי זה שלו. ע"כ פירשו שלקט מהעץ, ומה שהיו בידו, לא התכוין לזכות אלא להפילם, כדי לקטוף מהעץ, ואפ"ה הוי גזל גמור. ומוכח מהתוס' שזכתה לו ידו, אף שלא התכוין לזכות אלא להפיל. והדבר מפורש בהסבר הרשב"א שם: "ולאו נטל ביד במתכוין לזכות בהן קאמר, דא"כ מאי למימרא, אלא במלקט ביד כדרכה קאמר, ואעפ"כ זכה ויש בה משום גזל גמור". ועיי"ש שהביא ראייה מהירושלמי. והסתירה בדברי התוס', הקשה גם הגר"ש קלוגר בחכמת שלמה חו"מ ערה,יא, עיי"ש. (ואין לומר שעשה רק הגבהה ולא היה הכל בידו, וממילא לא קנה ביד אלא בהגבהה, דא"כ מדוע קנה הזיתים, הרי אין קונה בהגבהה לא כונה. גם דוחק לומר שהזית לא יהיה כולו בידו. ולכן אין ללמוד מזה שהגבהה קונה אף בלא כונה. ועיין במש"כ הגר"י אברמסקי בחזון יחזקאל גיטין ג,יז בחידושים ד"ה עני, שקנה מדין הגבהה. ואפשר היינו דוקא לתוס', דאפשר לפרש שהיתה לו כונה לזכות בהם, אולם ברשב"א שכתב להדיא שלא היתה לו כונה לזכות בהם).

וקושיא זו הקשה מהרי"ט (ח"א סי' קמא), הביאו המל"מ (גזילה ואבידה יז,ח). וכתב המל"מ לישב, דהוה אמינא דכיון דלא נתעכבו בידו, לא כיון לזכות אלא להפילם ולא קנה, קמ"ל דאין זו אומדנא שלא כיוון לזכות, אלא אמרינן דאף שלא נתעכבו בידו כיון לזכות בהם, וכיון שכשירד מהאילן יטלם. אבל אה"נ, אם לא היה מתכוין כלל לזכות, לא היתה זוכה לו ידו, וכמש"כ התוס' בב"ב נד,א.

גם המחנה אפרים (משיכה ד) הביא מדברי התוס' בב"ב נד,א, והקשה סתירה מתוס' גיטין סא,א. וכתב המחנ"א, דאם הוא מתעסק בזכיה, אע"פ שלא היתה לו כונה לזכות בפעולה מסוימת שעשה תוך כדי רצונו לזכות, מ"מ זכה אף ללא כונה מיוחדת. ובראה את המציאה ונפל עליה, לא היתה כונתו לזכות, אלא היתה כונתו למנוע מאחרים את הזכיה, אבל במתעסק בזכיה, זוכה אף ללא כונה, והביא שכן דעת הרא"ה שהביא הר"ן בחידושויו לב"מ י,א; "ועלה בידינו, דכל שזה מתעסק בזכיה, אע"פ שלא כיון לקנותם, הרי זה קנה. וזהו נראה שהוא דעת התוס' בפרק הנזקין שהבאתי, והרא"ש שהביא הטור בסי' רעה". ושם בסי' ה השיב המחנ"א, במי שהיו בחצירו

חפצים של גר, ולא ידע שמת הגר, אם קנתה לו חצירו. והביא דברי התוס' בב"ב נד,א, וכתב דהדבר נתון במחלוקת הראשונים איך לפסוק במחלוקת האמוראים, אם חצר משום יד או משום שליחות, דהתוס' לשיטתם דחצרו של אדם משום יד, אבל לדעת הרי"ף והרמב"ם דחצר מדין שליחות, יש לחלק ולומר דמחזיק בנכסי הגר דהוי מעשה קנין לא קנה אלא מדעת ובכונה, אבל רשותו של אדם קונה לו אפילו בלא כונת קונה, דזכין לאדם שלא מדעתו, ושכן דעת מהרי"ט (ח"א סי' קמא).

והרמב"ם בהל' זכיה ומתנה א,ט (וכן פסק בשו"ע חו"מ ערה,יא), כתב וז"ל: "המחזיק בשטר מנכסי הגר כדי לקנות את הקרקע הכתובה באותו שטר, לא קנה אלא השטר בלבד לצור על פי צלוחיתו, וכיוצא בזה". ומדברי הרמב"ם מבואר שאף שלא התכוין אלא לקנות את הקרקע, קונה השטר אף בלא מתכוין. ומבואר לכאורה ברמב"ם שידו זוכה לו שלא מדעתו. ובלח"מ הקשה על הרמב"ם, דמהסוגיא דב"ק מט,ב, משמע שאם אין דעתו אלא אקרקע לחוד, ודאי דלא קנה השטר, ואיך פסק הרמב"ם שאם דעתו היתה לקנות הקרקע הכתובה בשטר, דקנה השטר לצור ע"פ צלוחיתו, ומשמע דאפילו אין דעתו על השטר. וכתב לישב, די"ל בכונת הרמב"ם, דעיקרו כדי לקנות הקרקע אבל מ"מ דעתו על שטר. אך הקשה, מדוע פסק הרמב"ם דקנה, הא הוי בעיא דלא איפשיטא. ומ"מ מוכח מזה דהרמב"ם ס"ל דאף דאינו מכוין לקנות, מ"מ אם לא היתה כונתו להיפך שלא לקנות, קונה לו חצירו וידו. וכן למד מדבריו הגרי"א בבאר יצחק חיו"ד סי' טו, וכתב דהרמב"ם למד כן מדין עני המנקף בראש הזית (גיטין סא,א הנ"ל), דכל זמן שלא היתה כונה הפכית שאינו רוצה לקנות, קונה חצירו שלא מדעתו.

אמנם בש"ג (ב"ב כט,א מעמוה"ר אות א) כתב לבאר בדברי הרמב"ם, דכל עוד די"ל דלצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך, ודאי דעתו היתה גם על הניר, וגם אם לא קנה הקרקע, קנה הניר. ולפ"ז כשלא היתה דעתו על הניר, אין ידו קונה לו שלא מדעתו, וכשיטת התוס' בב"ב נד,א. וכן נראה מדברי הגדו"ת (מט,יח,ד בסופו), דכיון שמצאנו בכמה מקומות בש"ס דצריך הניר לצור ע"פ צלוחיתו, כמו ב"מ יג,א ועוד, אף שבב"ק מט,ב לא איפשיטא, י"ל דגם בזה דעתו על השטר.

גם במהרי"ט (ח"א סי' קנ) הקשה על הרמב"ם, וכתב דהיה לרמב"ם לכתוב דהמחזיק בנכסי הגר, אע"פ שלא קנה את הקרקע קנה את השטר, לפי שדעתו של אדם לקנות גם את השטר לצור על פי צלוחיתו. וכתב דשיטת הרמב"ם היא דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו. דלא מסתבר לומר דדעתו לקנות את השטר לצור על פי צלוחיתו, והלא היה סבור לקנות את הקרקע, והיה צריך לשטר לראיה שקנה את הקרקע, והיינו דקאמר בגמרא וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך שנאמר דחשיב ליה

דתזכי ליה ידו שלא מדעתו, דאם לא היה בשביל הקרקע, אם היה מוצאו בשוק לא היה נוטלו, ואמר ליה לצור ולצור, כלומר מידי דחשיב הוא וחזי לזכיה, ואע"פ שלא היה בדעתו אלא על הקרקע, זכתה לו ידו שלא מדעתו כיון דחשיב, עיי"ש.

והש"ך חו"מ ערה, ג הביא את קושית הלח"מ, מדוע פסק הרמב"ם שקנה את הניר, הרי זו בעיא דלא איפשיטא. גם הקשה, דבדעתו לקנות את הקרקע, ודאי לא קנה את הניר, ואיך כתב הרמב"ם המחזיק בשטר כדי לקנות הקרקע וכו', ומה שתירץ הלח"מ שכוונת הרמב"ם דעיקר כונתו לקנות הקרקע אבל מ"מ דעתיה אשטרא, ס"ל לש"ך דהוא דחוק. ובתחילה כתב הש"ך לישב, דלגירסת הרמב"ם נפשטה הבעיא ואכן לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך. אך כתב דדעת הרמב"ם דאין הלכה כאיבעיא זו, דרב יבא ורב נחמן חולקים על רבי יוסי ב"ר חנינא הסובר דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, והם ס"ל דלא קונה, וכיון דס"ל לרמב"ם דקונה שלא מדעתו, לכן פסק דקונה את השטר. ולכן גם הרי"ף השמיט איבעיא זו. ולכן שינה הרמב"ם לשון הש"ס וכתב כדי לקנות הקרקע וכו', דאע"פ דלא הוי דעתיה אשטרא קנה, ואפשר דגם דעת הרא"ש כן שהשמיט בעיא זו. אך כתב דדעת האו"ז ורבינו ירוחם דהוי בעיא דלא איפשיטא, ולא כרמב"ם. ועיין בנתיבות רעה, ב שהקשה על הש"ך (וכן הקשה בשער המשפט רעה, ב), דאישטמיטיה דברי התוס' ב"ב נד, א (הנ"ל) שבכה"ג אין ידו קונה שלא מדעתו. וי"ל דהרמב"ם פליג וס"ל דבכה"ג קונה ידו של מדעתו. ובכנסת יחזקאל סי' צח פירש דברי הרמב"ם דמיירי בשטר חוב של גר, ששיעבד לו ישראל אחר קרקעותיו, וכמו שפירש רש"י בסוגיא ב"ק מט, א, עיי"ש. ועיין מה שכתב בזה בדברי משפט רעה, ב, בבאור מחלוקת הרמב"ם והתוס'.

והש"ך הזכיר שדעת היש"ש (ב"ק ה, יח) דהוי בעיא דלא איפשיטא, דלא כהסבר הש"ך, וגם תמה על היש"ש מדוע כתב דהרמב"ם לא הביאה להלכה, הרי להדיא הביאה בהל' זכיה ומתנה א, ט, וז"ל היש"ש: "והבעיית הזאת לא נפשטה, ובספיקא עומדת, הילכך הבא וחטף השטר מיד המחזיק, אין מוציאין מידו. ודוקא שהשני פירש שחטפה מידו כדי לזכות בניר, לצור על פי צלוחית, או שהוא ת"ח, דידע בודאי דין זה, שלא יכול לזכות ביה מידי, א"כ בודאי אניר קמכוין. דאי לאו הכי, מאי אולמיה דבתראה מקמאה, אי אמרינן דהשני דעתו אניר, א"כ הראשון נמי נימא דלהכי אכוין, ונוקמה בחזקת הראשון. אלא כדפי'. וא"כ שמעינן, היכא דהראשון היה ת"ח, או פירש להדיא דדעתו אניר, דפשיטא זכה. ואם בא אחר ותקפה ממנו מוציאין מידו. ומה שלא הביא הרי"ף והרא"ש דין זה, וכן הרמב"ם לא הזכירו, אפשר משום דאינו מצוי שיזכה אדם בשטר ודעתו אניר, וגם רוב פעמים אינה שוה פרוטה". ויוצא לכאורה מדברי היש"ש דאין ידו זוכה לו שלא מדעתו, אא"כ נאמר דבשטר שבדר"כ אינו שוה פרוטה, הרי יש כאן כונה הפכית שאינו רוצה לזכות וכו"ל. דכיון

שאינו שוה פרוטה ואינו מצוי שתהיה דעתו אניר, י"ל שאין ידו זוכה לו שלא מדעתו, כיון שודאי אין דעתו על הניר.

ובזה י"ל דאם היה בתוך ד אמות של אבידה ולא הגביה את האבידה, יש לנו בזה כונה הפכית שאינו רוצה לזכות במציאה ולהיות שומר עליה או לזכות זה. ואף לשיטת הש"ך י"ל, דוקא בשטר די"ל דדעתו על הניר בזה זוכה בידו שלא מדעתו, משא"כ באבידה שודאי אין דעתו להיות שומר ולהתחייב בחיובי שומר כלפי הבעלים, ומזה הטעם גם לא רצה להרימה, י"ל שאין ד אמות קונות לו שלא מדעתו. אך עדיין צ"ע, כיון דחיוב שמירה באבידה מפני שהתורה חייבה. אך בזה י"ל, שלא חייבה התורה אלא בבא לידו או לרשותו המשתמרת, משא"כ בד' אמות שאינן אלא מתקנת חכמים דלא ליתי לאנצויי.

ז. באיסורא אתי לידיה כשבא להצירו קודם יאוש

ולכאורה אם דין זה של חצירו שקונה לו שלא מדעתו, תלוי במחלוקת אם כשבא להצירו קודם יאוש, כבר חשיב כבאיסורא אתי לידיה. דהנה בהא דתנן מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו, ואוקמא הגמ' (ב"מ כו,א) בשתיך טפי, עמוק עמוק כדרך המטמונות הישנים. ובתוס' שם (ד"ה בשתיך) הקשו, שיקנה חצירו לבעל הכותל. ותירצו: דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם, שהוא מוצנע בעובי הכותל. והביאו התוס' ראיה מהמשנה (ב"מ כו,ב), מצא בחנות ובשולחנות הרי אלו שלו, ואין חצירו קונה לחנוני או לשולחני, לפי שהמעות הם דבר קטן ואין סופו הוה לימצא. ומהרש"ל בחכמת שלמה כתב דמוכח מכאן דלא שייך בחצר באיסורא אתי לידיה, דא"כ איך יכול לזכות בחנות או בגל, כיון שבאיסורא אתי לידיה; "אבל בחצר, כל זמן שמתיישים הבעלים קונה בעל החצר, אף שבשעת נפילה לא היה יאוש. ומשו"ה מביאין ראיה מחנות, וק"ל ולאפוקי מדעת נמוקי יוסף והרא"ש ומשו"ה לא הזכיר הרא"ש חנות". ויש להבין ראיתו, דהרי בחנות ובשתיך, לא עשוי להמצא ולכן לא קנתה לו חצירו קודם יאוש, ומה הראיה משתיך וחנות, דקודם שבא לידו לא היה עשוי להמצא, ולכן לא קנתה חצירו, וכשבא לידו הוי לאחר יאוש.

ונראה דמהרש"ל כתב כן, מדלא תירצו התוס' כתירוץ הרא"ש שם (ה"ט), שכתב בישוב הקושיא מדוע לא זכה בעל החצר במטמון, וז"ל: "וכי תימא תקנה ליה חצירו אחר שנתיאשו ישראל, לא עדיפא חצירו מידו, דאילו בא לידו קודם יאוש תו לא קני הואיל ובאיסורא אתא לידיה, הלכך חצירו נמי בכי האי גוונא לא קניא ליה, וכיון דהראשון לא קנאה, הוא הדין בנו ובן בנו לא קנאה". מבואר להדיא ברא"ש, דמה שלא קנתה חצירו את המטמון והרי היא של מוצאה, מפני שביחס

לבעל החצר, באיסורא אתי לידיה. וכן תירץ בנימוק"י שם (יד, א מעמוה"ר), דבתחילה הביא את תרוץ התוס', דלא קונה חצירו דבר שאינו עשוי להמצא, ואח"כ הביא להקשות דהגמ' מיירי בדבר שיש בו סימן, א"כ מדוע לא יכריז, ותירץ דכל הסוגיא מיירי בשתיך, ואמרינן בני רה"ר הניחוהו שם והתיאש; "וליכא למימר תקנה ליה חצרו לבעל הבית, דקודם יאוש הוה התם, ולא עדיפא חצרו מידו, דאילו בא לידו קודם יאוש בעלים תו לא קני ליה הואיל ובאיסורא אתא לידיה, הלכך חצרו נמי לא קני ליה". ומזה מוכח דס"ל דחצירו כידו, ואם בא לחצירו קודם יאוש, אף שהיה שלא מדעתו, כבר אינו יכול לזכות, הואיל ובאיסורא אתי לידיה. וכן כתב הר"ן (ב"מ כג, ב), על הא דאיתא שם בההוא גברא דאשכח כופרא בי מעצרתא, וכתב הר"ן דהוא של המוצא, כשידוע שאינו של בעל הגת, שא"כ לא מהני יאוש ברשותו. והקשה הר"ן, שתקנה חצירו לבעל הגת את הכופרא. ותירץ: "דקודם יאוש היתה שם, ולא עדיפא חצרו מידו דכל היכא דבאיסורא אתי לידיה לא זכי בה לעולם". ומבואר דעת הר"ן דגם בחצירו דאתי לשם קודם יאוש, באיסורא אתי לידיה, דזכתה לו חצירו.

והרמב"ם בגזילה ואבידה טז, ד, כתב וז"ל: "המוצא מעות בחנות, אם היו בין תיבה לחנוני הרי הן של בעל החנות, ואם מצאן על התיבה ואין צריך לומר מתיבה ולחונן, הרי הן של מוצאן. ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות, לפי שאינה חצר המשתמרת, ואף על פי שבעל החנות בתוכה, צריך לומר תקנה לי חנותי כמו שיתבאר". והראב"ד שם השיג על מש"כ הרמב"ם שאם אומר תקנה לי חנותי מהני: "יש מי שאומר, שאפילו אמר תקנה לי רשותי לא קנה לו, לפי שבאה שם המציאה קודם יאוש, וחצירו כידו". ובמגיד שם כתב, דכן היא דעת הרשב"א. והש"ך רסח, ב, כתב דאין מחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד, ושניהם סוברים דאם בא לחצירו קודם יאוש, אינו יכול לזכות, דבאיסורא אתי לידיה. והטעם שלא פירש הרמב"ם כן, כיון דהמשנה של חנות איתא נמי כרבא. וכן מהטעם שהרמב"ם מיירי ברוב עכו"ם, כפירוש התוס', וברוב עכו"ם לא שייך באיסורא אתי לידיה כיון שאינו חייב בהשבה. וגם הראב"ד בא רק לומר דאליבא דהאמת לדידן דקי"ל כאב"י אין חצר קונה לו ברוב ישראל, כיון שבא לשם קודם יאוש. ומזה מסיפק הש"ך דהן לרמב"ם והן לראב"ד חצירו כידו ובאיסורא אתי לידיה. וכל זה דלא כמהרש"ל.

ולכאורה צ"ע לראשונים הנ"ל, האם דין באיסורא אתי לידיה מתיחס רק לדין חצר, שחצירו כבר אינה יכולה לזכות לו, אבל אם הוא עצמו יזכה בהגבהה, כבר אינה באיסורא, ולא גרע דינו מכל אדם, או שכיון שבאיסורא אתי לחצירו, בעל החצר כבר אינו יכול לזכות, לא בחצירו ולא בידו. דלכאורה שם במשנה ובגמ' לא הגבילו בהרי הוא של מוצאו, דוקא אחר ולא בעל החצר. ומה שכתב הרא"ש שאפי' היורשים לא זכו כיון דבאיסורא אתי לידיה, הכונה שלא זכתה להם החצר, אבל אם הם עצמם

מצאו והגביהו, לא מיירי הרא"ש. אלא שא"כ, מה הסברא לחלק, כיון שכבר זכתה לו חצירו, איך יזכה בידו כשבאיסורא אתי לדיה. דבפשטות הסברא היא, דכיון דנתחייב בחיוב שמירה לבעלים מכה זכייתו (עיין קצוה"ח רנט,א, לדברי הרמב"ן במלחמות, ב"מ יד,ב מעמוה"ר), הן בידו והן בחצירו, כבר לא מועיל יאוש, שהוא שומר על החפץ ונתחייב בהשבתה. וא"כ קשה, איך יכול אחר לזכות בחפץ, הרי לא מהני יאוש בעלים כשבעל החצר שומר לבעל האבידה.

ודבר זה התישב לי ממשנתו של המחנה אפרים (קנין חצר סי' ה, וע"ע להלן שהובאו דבריו על הרמב"ם גו"א טז,ד). המחנה אפרים כתב לבאר בדעת הרמב"ם (דלא הסבר הש"ך רסח,ב, דלא פליגי הרמב"ם והראב"ד ושניהם סוברים דבחצר באיסורא אתי לדיה), דהרמב"ם ס"ל דבחצר לא שייך לומר דבאיסורא אתא לדיה, דדוקא כשבאו לידו, שמשעה שבאו לידו נתחייב בהשבה והוי שומר שכר דבעלים, וכיון שידו כיד הבעלים, אינה נקנית ביאוש הואיל ונחשבת כברשות הבעלים. משא"כ כשנפלה בחצר דעדיין לא התחייב בהשבה, ואפילו בלאו דלא תוכל להתעלם לא עבר מכיון דלא ידע בה, כל שהתייאשו הבעלים אח"כ, קונה לו חצירו היכא דהוי חצר המשתמרת. וכתב דכן דעת הרמב"ן במלחמות (ב"מ יד,ב מעמוה"ר, עיין קצוה"ח רנט,א). והוסיף המחנ"א לבאר בדעת הראב"ד ודעימיה, וז"ל:

"ונראה לע"ד, דאפילו לסברת הראב"ד והרשב"א ז"ל שכתבו דבחצר נמי אמרינן דיאוש דבתר הכי לא מהני מכיון דחצירו כידו, ואילו באו לידו תו לא קנה הלכך חצירו נמי לא קנה ליה, לא אמרו אלא במעות לענין דחצירו לא קנה ליה דלא עדיף מידו, אבל אם מצאם הוא והגביהם ובאו לידו, זכה בהם, ולא אמרינן באיסורא אתא לדיה מעיקרא ואפילו הגביהם עכשיו לא קנאה מכיון שבאו לחצירו קודם יאוש. ותדע, מדין הלוקח פירות ומצא בהם מעות, שכתב הרב המגיד משם הרמב"ן והרשב"א ז"ל והנ"י בסוגיין, שאם היה הלוקח תגר, אף על פי שלקחם מבע"ה הרי אלו שלו, כיון שמצאם אחר ששהו בידו שיעור שנתייאשו הבעלים, ולא אמרינן באיסורא אתא לדיה דכשבאו לידו קודם יאוש הוה. וה"ט משום דמעות כיון דאין עתידים לימצא, חצירו לא קנה ליה ולא הוי חצירו כידו כמ"ש התוס', נמצא דלא באו עדיין לידו של זה שמצאם עד דנימא באיסורא אתא לדיה. ומשום הכי בלוקח פירות מחבירו ומצא בהם מעות אחר שנתייאשו הבעלים קנאם ולא אמרינן באיסורא אתא לדיה, דכיון דאין עתיד להמצא לא חשיב כאילו בא לידו. והשתא דאתינא להכי נראה, דכל שמצאם בע"ה אחר יאוש, ה"ז קנה ליה חצירו, מכיון דמעות אין עתידים להמצא לא שייך לומר באיסורא אתא לדיה."

מבואר מהמחנ"א, דגם לראב"ד והרא"ש וכל הראשונים דיש בחצר דין איסורא אתי לידיה, היינו שהחצר אחרי שבא לידה קודם יאוש שלא מדעתו, אינה יכולה לזכות לו אחר יאוש שלא מדעתו, אולם אם הוא עצמו הגביהם או גילה את המעות בחצר והגביהם או בכל קנין אחר, זכה במעות. דכל דין איסורא אתי לידיה לדעת הראב"ד ודעימיה הוא דוקא במעות, שבא לחצר באיסור, ואחר שנתיאש לא יכולה החצר לזכות, כיון דלא עשוי להמצא, לא חשיב כבא לידו, וממילא רק בזכיה מכח מה שהיה בחצר בשעה הראשונה, בזה אינו יכול לזכות, דבאיסורא אתי לידיה. אבל בחפץ שעשוי להמצא, הרי זוכה לו חצירו מדעתו אחרי היאוש כדין ידו, כבאה לידו, כיון שעשוי להמצא ונמצאת הוי כבידו, ולא מכח מה שזכתה לו חצירו שלא מדעתו, וקונה לו החצר כידו. משא"כ מעות שלא עשויים להמצא, לא קונה לו חצירו שלא מדעתו, ואף מדעתו אינה קונה, כיון שלא היתה עשויה להמצא, ממילא באיסורא אתי לחצר. אולם גם מעות אם הגביהם, קונה בהגבהתו, ואין בזה חסרון מה שבא ליד החצר באיסור, שביאתם לחצר באיסור רק מונע מהחצר לזכות בדבר שאין עשוי להמצא. (ועיין במחנ"א שם סי' ח מה שדייק בדברי הרמב"ן דדוקא אם הוא שומר שכר, ושומר אבידה כשומר שכר, ידו כיד הבעלים, משא"כ אם שומר אבידה דינו כשומר חנם. ועיין בגידולי שמואל ב"מ כו,א מש"כ לחלוק עליו).

ובדרך אחרת נמצא גם בנתיבות רסב,א, שכתב דדוקא בחצר לא יוכל לזכות כשבא לחצר קודם יאוש, אבל בידו יוכל לזכות, והוכיח כן מדין תגר שלקח מעות מחבירו ומצאם, אם שהו בידו כדי שיוכל לערבם עם פירותיו הרי אלו שלו, עיין שו"ע חו"מ רסב,יז, וא"כ מוכח שיכול לזכות אף שבאיסורא אתי לחצירו. ולכן כתב הנתיבות לחלק, וז"ל:

"לכן נראה, דדוקא כשבא לזכות מחמת חצר, כגון שמצאו אחר וטען בעל החצר שהוא זכה בו מקודם ע"י חצירו, וכיון דבא לקנות מחמת חצירו ולומר שחצירו הוא כידו, וא"כ הרי בא לחצירו שהוא כידו קודם יאוש, דלא קנה. אבל כשאומר לא ניהא לי בקנין ובשליחות החצר ורצוני לקנות בהגבהה דוקא, ודאי דאין חצירו קונה לו, דלא עדיף מזיכה ע"י אחר וצוה כששמע דאינו זוכה כמבואר בב"ב (קלז,ב – קלח,א), והכי נמי בחצר לא נעשה חצירו כשלוחו וידו כשאינו רוצה לזכות על ידו, והוי כאילו לא קני לו חצירו כלל, וממילא זוכה בהגבהה כשמגביה אחר יאוש."

הרי דכל שאומר שאינו רוצה לזכות בחצר בעל כרחו, אין חצירו זוכה לו בעל כרחו, ויכול כעת לזכות באבידה גם ע"י חצירו. ומה שחצירו אינה זוכה לו כשבאיסורא אתי לידיה, הוא דוקא כשרוצה מצד אחד לזכות באבידה מכח זכית החצר, אך אינו

רוצה לזכות קודם יאוש, דאם כל זכיתו היא מכח החצר, כיון שבאיסורא אתי לחצר, אינו יכול לזכות מכח החצר כעת אפי' לאחר היאוש. אמנם עיין להלן בדברי הגרע"א שמדבריו מבואר שאינו יכול לומר באבידה שאינו רוצה לזכות בעל כרחו, דכיון שהתורה חייבה אותו להשיב את האבידה, אינו יכול לומר שאינו רוצה לזכות בעל כרחו, ולא דמי לגט שיכולה לברוח ואינה חייבת לקבל הגט. (ועיין להלן מש"כ הגרש"ש בחידושו ל"ב"מ כד,א בדברי הנתיבות).

ולכאורה יש להבין לנתיבות, מדוע צריכים לאמירתו שרוצה לזכות ביד, שע"י זה יש גילוי דעת שאינו רוצה לזכות בחצר, הרי אומדן דעת ברור שאינו רוצה לזכות בחצר קודם יאוש ורק לאחר יאוש, וא"כ בכלל לא יהיה שייך בחצר באיסורא אתי לידיה, כיון שאין דעתו ורצונו לזכות קודם יאוש. וקושיא זו מצאתי אח"כ באמרי משה סי' לז,א. ונראה לומר לנתיבות, שאין כאן אומדן דעת ברור שאינו רוצה לזכות באבידה, שהרי בכך שזוכה לו חצירו קודם יאוש, אם יש בה סימן התחייב בהשבתה, ורצונו לקיים מצוה שהטילה עליו התורה ולהשיב האבידה. ועיין מה שכתבתי בח"ו סי' כז. (דאף שדבר שאין בו סימן אינו מחויב להגביה, כיון שלא ידע למי להשיב, מ"מ כשלא יודע אם יש בו סימן או לא, רוצה לקיים מצות התורה ולהגביה ולבחון למי להשיב, אולי יהיה בה סימן, דקודם שהגביה לא בהכרח יודע שאין בה סימן), וכיון שכן אין כאן אומדנא גמורה שאינו רוצה לקנות. אמנם לענין עצם קושית האחרונים מה שייך בחצר באיסורא אתי לידיה, כתב האמרי משה שם (לז,ב) דזהו דין מיוחד בחצר, שאינה עדיפה מידו, וכל מקום שאם היה בידו לא יכול לזכות, גם חצירו אינה יכולה לזכות, וכמו שאם היתה באה המציאה לידו קודם יאוש, לא היה יכול לזכות בה, הוא הדין בחצר שאינו זוכה בה. (ומה שידו וחצירו דין אחד להם, עיין שם באמרי משה לז,ח, דבראה מציאה בחצירו, בעצם הראיה התחייב בהשבתה וחל עליו חיוב שמירה, דכיון שהחצר ראוי לקנין, הרי זה כמגביה בידו, דמה לי חצר ומה לי ידו, עיי"ש).

וראיתי לגרא"ז באבן האזל (אבידה טז,ד) שהקשה על דעת הראב"ד דבחצר לא מהני יאוש, אחר שבא לחצר קודם יאוש, דהא עיקר הטעם דבאיסורא אתא לידיה הוא משום שנתחייב בהשבה, וכשבא לחצירו ואינו יודע שבחצירו, מה שייך לומר שהתחייבו בהשבה. וביד המלך (גו"א טז,ד) כתב להקשות, דאף לשיטת הרמב"ן לא שייך באיסורא אתי לידיה בחצר, דאף לסברת הרמב"ן שנעשה עליו שומר והוי ידו כיד בעלים, אינו שייך אלא במוצא אבידה ולקחו מדעת לרשותו, או אף אם נשכח חפץ ברשותו ונודע לו הדבר, דאין היאוש קונה לו אחר כן. משא"כ כשהתיאש קודם שנודע לבעל החצר על האבידה, שלא נעשה עליו שומר, וכיון שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה, בודאי התיאש מיד כששכח הדינר שם, ואז לא נודע עדיין לבעל

החנות שהדינר מונח ברשותו, ועדיין לא נעשה שומר אבדה עליו. וכקושייתם ראיתי אח"כ במחנה אפרים (על הרמב"ם, גו"א טז, ד): "דכשבאה לידו קודם יאוש, כבר נתחייב בהשבתה ומשום הכי יאוש דאח"כ לא מהני, משא"כ כשבאה לחצרו והוא לא ראה עד שנתיאשו הבעלים, מעולם לא נתחייב בהשבה".

וכתב הגרא"ז לבאר טעם אחר, כיון שאבידה כזו הנמצאת בחצר, אף שאין הבעלים יודעים ממנה, כבר מעצם טבעה עומדת להשבה, אבידה העומדת להשבה לא מועיל בה יאוש, דכבר אינה בגדר אבידה. שלא מצאנו שהתירה תורה ביאוש אלא כשהיא אבודה ואינה עומדת בודאי שתגיע לבעלים: "ולפי"ז נוכל לומר, דגם בנמצא בחצר אף שאינו יודע, כיון דבודאי עומד שידע וישיב, כבר אינה אבודה, ולא התירה התורה זה ע"י יאוש". עוד כתב הגרא"ז להקשות על דעת הש"ך בבאורו בדעת הרמב"ם, דהרי הרמב"ם כתב דברו בהלכות ולא בפירוש המשנה. וע"כ י"ל דהרמב"ם ס"ל דבא לחצרו קודם יאוש, לא אמרינן דבאיסורא אתי לידיה, דס"ל כטעם הרמב"ן דדין באיסורא אתי לידיה הוא מחמת חיוב השבה, וזה לא שייך בחצר שאינו יודע שבא לחצר.

וכן נמצא לגר"י בלאזער בפרי יצחק (ח"ב סה, ה) לבאר ע"פ מש"כ קצוה"ח רנט, א, דאבידה מקרי אינו ברשותו דוקא אם מונח שלא ברשותו, אולם כשמונח ברשותו במקום המשתמר, לא מקרי אבידה כלל. וזה מש"כ הרמב"ן דכיון דנעשה שומר של הבעלים, לא מקרי אבידה ולא מהני יאוש, משא"כ במקום שאינו משתמר, מועיל יאוש אפי' ברשותו. וכן הדין בחצר אם בא לחצר קודם יאוש, כיון דחצר משתמרת ואם ימצא בעה"ב יחזיר לבעלים, נמצא דהאבידה משתמרת לבעלים היא, לכך אין מועיל יאוש, דהאבידה הוי כמו שמונח ברשותו דלא מהני יאוש.

והגרע"א בחידושים לב"מ כו, א, כתב לבאר בשיטת הראשונים דלא יכול לזכות לאחר שבא לחצרו באיסור, דיש להבין, מדוע לא נאמר דעד היאוש לא רצה שתקנה לו חצירו, דאין לו זכות במה שתקנה לו חצירו, ואחר יאוש יתחיל קנין חצירו, כמו דאמרינן בעלמא דהתירא ניחא ליה דיקנה, דאיסורא לא ניחא ליה דיקנה. וע"כ כתב הגרע"א לבאר, כיון שיש עליו חיוב להגביה האבידה וליטול מדין השבה, וא"כ בעל כרחו צריך להתרצות שתזכה לו חצירו, שיהיה בידו חיוב השבה. ואף דבגט דמקני לה בעל כרחו, בידה לומר שלא יזכה לה חצירה. דשאני התם דאין החיוב עליה ליטול הגט, והרשות בידה לברוח ולא לקבל הגט, ורק הבעל יכול לתת לה הגט בעל כרחו, ולכן הרשות בידה לומר אין רצוני שיהא חצירי שלוחי. משא"כ באבידה דאסור להתעלם והתורה הטילה עליו חיוב ליטלו, חצירו נעשית בעל כרחו כידו.

והגרש"ש בחידושיו לב"מ כדא יצא לדון, אם האבידה נפלה קודם יאוש לחצר של ראובן, והלך ומכרה לשמעון אחר יאוש הבעלים, אם קנה שמעון האבידה, כיון שלשמעון כבר בא בהיתרא, או שאזלינן בתר החצר, ובאיסורא אתי לידיה. וכתב הגרש"ש דהדבר יהיה תלוי אם חצר מדין יד או שליחות, דכשאנו דנים כשבאה המציאה לחצר דהוה כאילו באה ליד הבעלים, כשנתחדשו על החצר בעלים אחרים, י"ל דלבעלים אלה באה המציאה לאחר יאוש. דקודם היתה החצר יד של ראובן, ובאיסורא אתי לידיה, וכעת החצר היא יד של שמעון, ובהיתרא אתי לידיה, דכח החצר הוא מכח הבעלים, וע"כ דנים על כל יד בפני עצמה, על יד של ראובן ועל יד של שמעון. אבל אם חצר הוא כשליח של הבעלים, הנידון הוא על השליח, אם ליד השליח בא בהיתר או באיסור, וכיון שלשליח בא באיסור, כבר לא יכול לזכות בהיתר, דהנידון הוא השליח ולא היד של המשלח, והשליח אחד הוא רק שנתחלפו המשלחים. וכן הנידון של הנתיבות אם יכול לזכות בידו אחרי שבא לחצירו באיסור (עיין לעיל שהובאו דברי הנתיבות רסב,א), יהיה תלוי במחלוקת אם מדין יד או שליחות, אך ההיפך מהתחלפו הבעלים. דכאן אם מדין יד, הרי כבר זכתה ידו באיסורא, ואיך יזכה בהיתרא. משא"כ אם שליחו זכה באיסור, והוא מקבל מידו בהיתר מהני, כיון שהוא ענין חדש מה שקונה כעת משלוחו, משא"כ אם כבר בא לידו באיסור, איך יזכה לאחר יאוש בידו.

והאחרונים הקשו איך יהיה שומר בקונה לו החצר שלא מדעתו, ונראה דיש לחלק בין החיוב לשמור לבין קבלת אחריות (עיין בענין אחר בזה, בקצוה"ח עד,א ורצג,ב), דלענין החיוב לשמור, כיון שנמצא בחצר משתמרת, הרי יש עליו מציאות של שומר, ואף שאינו יודע בעל החצר, מ"מ בהיות החצר משתמרת, אין כאן גדר של אבידה, ואף אם יתיאשו הבעלים לא מהני, דכיון שהאבידה שמורה בחצר משתמרת, הוי כיאוש ברשותו. אולם לענין חיובים של שומר, בזה לא מהני קבלת אחריות שלא מדעתו. ולכן גם אם חצירו קונה לו שלא מדעתו שלא יוכל לזכות אח"כ לאחר יאוש, (מבלי להכנס לחילוק אם מהני הגבהה אח"כ לזכות), ואף אם נאמר דהוא הדין לענין ד אמות, י"ל דכל זה לענין שלא יוכל לזכות לאחר יאוש, אבל להתחייב בחיובי שמירה, בזה לא מצאנו שיהיה חייב שלא מדעתו, ושחצירו תחייב אותו שלא מדעתו בחיובי שמירה. ולכן ככל שנוגע לנדו"ד אינו חייב בחיובי שמירה, אם לא התכוין לזכות באבידה, בפרט שלאחרונים הנ"ל י"ל, דיש כאן אומדן דעת ברור שאינו רוצה להתחייב בחיובי שמירה, דכל ההתלבטות אם להרים או לא, ידיים מוכיחות שלא התכוין לזכות, ואדרבה לאידך גיסא, לא רוצה להתחייב בשמירה, ולכן לא הגביה.

ה. בשיטת הרמב"ן שבאיסורא אתי לידיה וחשיב שומר לבעלים

וכאמור לעיל נראה לכאורה, דאף לרמב"ן דחשיב שומר של הבעלים, לא נראה שיתחייב בזה בחיובי שמירה, רק כיון שבמציאות האבידה שמורה בחצר משתמרת, כבר הוי כשמורה ואינה אבידה, ולא מהני בה יאוש. כן נראה לענ"ד. אלא מדברי קצוה"ח בהסבר דברי הרמב"ן, יש לעיין אם אתי שפיר להסבר זה, ולזה יש להביא דברי הרמב"ן שהם יסוד הדברים. הרמב"ן במלחמות (ב"מ יד, ב מעמוה"ר) כתב בטעם שבנטל ע"מ להשיב קודם יאוש, דאינה נקנית לאחר יאוש, דבאיסורא אתי לידיה, לנטלה ע"מ לגזולה, שנקנית ביאוש: "... וזו כיון שנטלה לגזולה ולא להשיבה, הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה, דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבדה ולא ע"מ לגזולה קודם יאוש, דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, אבל בזו שע"מ לגזולה נטלה, הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש". ומבואר שבאה לידו קודם יאוש, אם נטלה ע"מ להשיבה, הרי הוא שומר של הבעלים, ואין כאן אבידה, דכיון שהיא משתמרת לבעלים, היא כאבידה ברשותו. ודברי הרמב"ן הובאו גם בחידושי הר"ן ב"מ כו, ב.

[ואגב כאן אביא מה שחידש יד המלך בדברי הרמב"ן שכתב דיד המוצא כיד הבעלים, וכתב ע"ז יד המלך, דבכך שהגביה את האבידה, כבר קיים את המצוה של השבת אבידה, דכיון דידו כיד הבעלים, הרי הוא כביכול הבעלים כבר קבלו, והמוצא הוא רק שומר על האבידה. ולכן לענין כהן בבית הקברות, דאינו דוחה השבת אבידה טומאת כהן, דהוי עשה ולא תעשה, שאינו נדחה מפני עשה דהשבת אבידה. והרב המגיד (גו"א יא, יח) הקשה, דתיפק ליה דלא הוי בעידנא, דבשעה שנטמא, אינו מקיים מצות השבת אבידה. ותירץ יד המלך, דאם המוצא לקח האבדה אדעתא להחזירה לבעליו, קנתה רשות המוצא אותה לבעליו, ואף דהמוצא אינו יודע עדיין מי המה הבעלים ואינו יכול להחזיר להם עד דרוש אותם, מ"מ כיון דגם כשהאבידה ביד המוצא ברשות בעלים קאי, והמוצא אינו רק שומר עליה, הרי ממילא תיכף כשבאה האבדה לרשות המוצא הוי כמו אם היה בא לרשות בעלים והבעלים נתנוהו למוצא לשמרה. וכך פירש בדברי הרמב"ן דלא מהני יאוש, דידו כיד הבעלים, והרי אבידה זו ברשות בעליה ממש, ולכן לא מהני יאוש.]

ומדברי הרמב"ן יצא קצוה"ח רנטא, ללמוד לדין יאוש שלא מדעת, דבאיסורא אתי לידיה, אין הפירוש שבא לידו באיסור ממש, דבאיסורא לא הוי אלא בגזילה שגזל בידים, אבל אבידה בהתירא אתי לידיה. אלא כיון שבא לידו קודם יאוש ונתחייב בהשבה, כיון שנהיה לשומר שכר של הבעלים וידו כיד הבעלים, לא מועיל יאוש,

דכבר אינה אבידה, וכמו דלא מהני יאוש לדבר שברשותו. והביא קצוה"ח דכן מפורש בדברי הריטב"א ב"מ כא,ב, בבאור דברי אביי שיאוש שלא מדעת לא מהני: "דשאני הכא שלא נטלה בתורת גזל, וכיון דבשעת נטילה לא זכה, הרי ידו כיד הבעלים וכנפקד שלהם שאין יאוש מועיל בו. והא דאמרינן לעיל דכי אתי לידיה באיסורא אתא לידיה, לאו באיסורא ממש קאמר שהרי לא נתכוין לגזול וחיוב הוא ליטלה כיון שיש בה סימן, אלא בשעת איסורא קאמרינן, כלומר דכי אתא לידיה ברשות בעלים קיימא וכנוטל מידם דמי".

וכתב בקצוה"ח דאין לפרש דהרמב"ן סובר דלא מהני יאוש כשבא ליד המוצא קודם יאוש, מפני דלא מהני יאוש ברשותו, דמצאנו דמועיל יאוש אף ברשותו. דבב"מ כא,ב, לענין תאנה הנוטה לדרך ומצא תאנה תחתיה, דהיא של מוצאה מטעם יאוש, אף שהתאנה ברשותו. וכן בכד,א, במוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות דהרי אלו שלו, דסלקא דעתך בגמ' דמשום יאוש הוא ואע"ג דחצר השותפין הוא, וא"כ לא נפיק מרשותו ואפ"ה מהני ביה יאוש. וכן בגיטין לט,ב, גבי נתייאשתי מפלוני עבדי, משמע בתורת יאוש, ואף דעבד חשוב לעולם ברשותו דיד עבד כיד רבו. ולכן מסיק קצוה"ח, דהרמב"ן סובר דברשותו מועיל יאוש, אולם מכיון שבא לרשותו וידו כיד הבעלים, א"כ צריך שהשומר יתיאש, שהוא כבעלים, וכיון שהוא לא התיאש שהרי הוא תחת ידו וידו כיד הבעלים, א"כ יאוש דבעלים לא מהני. ולמש"כ י"ל לקצוה"ח, דכשחצרו קונה לו שלא מדעתו, לכאורה מהיכי תיתי יהיה כשומר שכר וידו כיד בעלים. ולמש"כ שכבר אינה אבידה כיון שהיא במקום משתמר, צ"ע מדוע לא יועיל יאוש הבעלים, כיון דיאוש מהני לקצוה"ח ברשותו, ומה שלא מועיל יאוש לקצוה"ח, מפני שצריך גם את יאוש השומר, וזה צ"ע באופן שבא לחצירו שלא מדעתו שיהיה בעלים באופן כזה שלא יועיל אלא יאוש בעל החצר, כיון שבא לחצירו שלא מדעתו. וכל זה לקצוה"ח הסובר דמהני יאוש ברשותו.

ובנתיבות שם רנט,א, הביא את ראיות קצוה"ח דמהני יאוש ברשותו, וכתב דברשותו המשתמרת, לא מהני יאוש, ורק כשנמצא החפץ ברשותו שאינה משתמרת, בזה מהני יאוש: "דכמו דגזילה מיקרי אינו ברשותו כמו כן אבידה, אמנם דוקא כשהיא מונחת במקום שאינו משתמר דהוי כהפקר לכל עובר ושכ, מיקרי האבידה שכבר יצאה מרשותו ומהני בה יאוש, אבל כשהיא במקום המשתמר, מיקרי ברשותו ולא מהני בה היאוש, דלא ריבתה רחמנא יאוש רק גבי אבידה, וזו לאו שמה אבידה, כמבואר בס"י רס"י ברמ"א, דכשמונחת במקום המשתמר לאו שמה אבידה. משו"ה כתב הרמב"ן באבידה כשנטלה ע"מ להחזירה, כיון דהוא שומר של הבעלים לא מהני יאוש, והוא מהאי טעמא, דכיון דמונחת במקום המשתמר של הבעלים הרי לא יצאה מרשותו. ולפ"ז כשמונחת האבידה במקום המשתמר הוי כחצירו ולא גרע משלוהו,

והוי כאילו שלוחו משמרה ולא שמה אבידה ולא מהני יאוש". ובזה תירץ מה שהקשה בקצוה"ח מנתיאשתי מפלוני עבדי, דכיון דהעבד גזל את עצמו וברח, הרי הוא כביד גזלן אחר ומיקרי אינו ברשותו. וכן י"ל לענין תאנה הנוטה לצד הדרך, ומוצא מעות בבתי כנסיות, דכיון דאינה משתמרת, מהני יאוש בעלים, דאף דתחת האילן הוי רשותו, מ"מ כיון שהעוברים ושבים יכולים לקחת, כבר אינה חצר משתמרת.

[ועיין בדברי חיים ריש הל' אבידה, דמתאנה לא קשה, דאף שהיא תחת האילן, מ"מ הבעלים יודעים דעבידי דנתרה, ויטלוה העוברים ושבים, אף שהיאוש לא מועיל בהיותה תחת האילן, כשיגביהו העוברים ושבים את התאנה מיד חל היאוש, והוי הגבהת העוברים ושבים והיאוש, באים כאחד. וכן ישב את הקושיא ממועות בביהכנ"ס, דהיאוש והזכיה באים כאחד.

ועיין באור שמח בחידושיו לב"מ כו,ב, דבשור היוצא ליסקל וכן בעבד לא שייך בכלל לדון מדין יאוש ברשות, כיון דהיאוש לא נובע מחמת שאינו ברשותו ואינו יודע היכן הוא, אלא מחמת שבית הדין יקחו לו את השור, וכן מה שהתיאש מהעבד אינו מחמת שאינו ברשותו ולא ידע מקומו, אלא מסיבות אחרות. אולם כתב דהקושיא מהתוס' כו,א, דמוכח שאף ברשותו, שהכל ברשותו, מהני יאוש. ולא כתב הגרמ"ש לחלק דהוי אבודה ממנו ומכל אדם וממילא לא ברשותו, אלא כתב לחלק בדרך אחרת, דדוקא כשהוא ביד אדם שמצוה להשיבה לבעלים ומחויב בשמירתה, כל יאושו היה מחמת שסבור שנאבדה מרשותו והשגחתו, ואילו היה יודע שהיא תחת השגחת המוצא שמצווה להשיבה, לא היה מתיאש, א"כ הוה יאוש בטעות, משא"כ בכותל ישן, אין זה יאוש בטעות. ועיין שם מה שתירץ בזה דברים אחרים. אולם לכאורה קשה לפרש כן בדברי הרמב"ן. וכבר כתבתי דאפשר לישיב דבכותל לא חשיב ברשותו, דכיון דשתיך טפי, הוי אבודה ממנו ומכל אדם. אולם היסוד בכאור דהוי יאוש בטעות, נמצא גם בחזו"א ב"ק יח,א), דלרמב"ן אף שבפועל התיאשו, כיון דהוא ברשות, חשיב כיאוש בטעות, עיי"ש.]

ולדברי הנתיבות יובן ההסבר והחילוק שכתבתי לעיל, בין היותה משתמרת דלא מהני יאוש, ובאיסורא אתי לידיה לענין שלא יוכל לזכות כשתיאשו אח"כ, לבין קבלת אחריות של שומר, דלא מהני אם בא לחצירו שלא מדעתו, משא"כ לענין היות הדבר משתמר, כיון שהוא בחצר משתמרת, כבר לא יועיל יאוש בעלים. ולכאורה יש להקשות ממצא בגל ובכותל ישן, איך יכול המוצא לזכות, הרי היה בחצר משתמרת ולא מהני יאוש. וי"ל, דשם כיון שלא עשוי להמצא, הוי אבודה ממנו ומכל אדם, וכמש"כ הרמב"ם בגו"א טז,ח, ובאבודה ממנו ומכל אדם אף דהוי בחצירו, מהני יאוש, דכיון שאבודה ממנו, כבר אינה ברשותו, ולכן יכול אחר לזכות בה. (ועיין מה

שכתבתי בזה בח"ח לח/ב, דאף לרמב"ם שצריך יאוש באבודה מכל אדם, מהני יאוש אף בבא לידו קודם יאוש, עיי"ש בהסבר הדברים).

ובזה נראה לישיב מה שהקשה בתרומת הכרי (סי' רסב ד"ה אבל) על הסבר הנתיבות, מדברי הראשונים שכתבו במצאו בכותל חדש מחציו ולפנים של בעה"ב, ואף דשתיך, שהוא בעומק הכותל, אין בעה"ב שוכח חפציו ימים רבים ואינו מתיאש, עיין בתוס' ב"מ נו,א ד"ה בכותל: "דאיירי בשתיך דומיא דכותל ישן, ומסתמא כבר בקשו בעלים ולא מצאו ונתיאשו, אבל מחציו ולפנים של בעל הבית, דאינו שוכח חפציו ימים רבים". וכן הוא ברא"ש שם ה"ט. והקשה תרומת הכרי, דלשיטת הרמב"ן והסבר הנתיבות, מה כתבו תוס' והרא"ש שאינם מתיאשים, הרי לא מהני יאוש, דהוי ברשותו. ולמש"כ אתי שפיר, דכיון דשתיך דומיא דכותל ישן, הרי זה כאבודה ממנו ומכל אדם, ומהני יאוש, דלא חשיב ברשותו כלל.

ועל חילוק הרמב"ן אם נטלה ע"מ להשיבה או לגזלה, דאם נטלה ע"מ להשיבה, נעשה שומר ולא מהני יאוש, ובנטלה ע"מ לגזלה אינו שומר ומהני יאוש, הקשה בתש' בית אפרים (חחו"מ סי' נב), דהרי גם גזלן שומר של הבעלים. וכתב הבית אפרים לחלק, דיש שני סוגים של גזילה, יש גזילה שגוזל מבית הבעלים, ובזה יש על הגזלן חיוב השבה של הגזילה, משא"כ באבידה שלא השיבה אלא נטלה ע"מ לגזלה, דהחיוב שלו להשיב את האבידה אחרי שנטלה ע"מ לגזלה, הוא חיוב שהטילה עליו התורה, אך לבעלים אין להם עליו כלום. וחיוב השבה בגזלה אינו אלא על הנטילה שלא ברשות שעשה מעשה גזל וניתק לעשה שחל עליו מצות השבה במעשה, משא"כ בנוטל אבידה ע"מ לגזלה, שלא עשה בו מעשה גזל, לא חלה עליו מצות השבת גזלה, שהרי ברשות הביאה לתוך ביתו רק שחלה עליו מצות השבה מחמת השבת אבידה, וכיון שלא נפקע שם אבידה מינה, ומה שהאבידה בתוך ביתו, אינו כשומר אצלו, כיון שלא נטלה על דעת כך לשמרה לשם בעליו, וגם דהבעלים לא ניחא להו בשמירתו של זה, ועל כן אין ידו כיד הבעלים אלא כמונחת ע"ג קרקע וכלא הכניסה לתוך ביתו כלל, ודין אבידה עליה ומועיל בה יאוש כדין אבידה. משא"כ כשנטלה ע"מ להחזירה, שנעשה שומר עליו וידו כיד הבעלים. וכוונת הבית אפרים לבאר, דלא חיוב השמירה הוא הגורם שלא יועיל יאוש, אלא כשהוא בפועל שומר של הבעלים, דזה שהטילה עליו התורה חיובי שמירה, כלפי הבעלים אינו שומר ואין ידו כידם, וע"כ שם אבידה עליה, שאינה ברשות הבעלים, ומהני בה יאוש:

"דכיון שנטלה ע"מ להחזירה קיבל עליו שמירת החפץ לשם בעליו, כאילו הפקידו בעליו חפץ אצלו וידו כיד הבעלים הוא, וכאלו הבעלים עצמם שומרים החפץ ומנח בקופסא דידהו וכמדומה להם שנאבד מידם, דודאי לא

חשיב יאוש בכה"ג שהוא יאוש בטעות. ולפיכך כשנתכוין לגזולה, שמעולם לא עלה על לבו שתהיה שמירתו לשם בעליו רק לנוטלו לעצמו, ופשיטא שאין ידו כיד הבעלים וכאלו החפץ ברשותם, הלכך הו"ל כאלו מונח בקרקע עדיין ומועיל היאוש כמו בכל אבידה."

והנה לעצם השאלה דגזלן ג"כ שומר של הבעלים, על דברי הגמ' בב"ק נו"ב, דפשיטא דאם הוציאה ליסטים מהרפת והזיקה, שהם חייבים, הקשו התוס' שם (ד"ה פשיטא), דמנליה לגמ' שיהיו הליסטים חייבים, שאין הגזלן דומה לשומר שנכנס תחת הבעלים, דמצאנו דברים שהשומר חייב והגזלן פטור, שהרי בכחשה בהמה הכחשה דהדרא ובפירות שהרקיבו מקצת, גזלן אומר לו הרי שלך לפניך משום דלא חשיב שינוי ולא קנינהו ופטור אפילו בפשיעה, דלא קבל עליו שמירה, אבל שומר כיון שמתחייב בכחשה דלא הדרא ובהרקיבו כולם, אם נעשו בפשיעה, כמו כן יתחייב בכחשה דהדרא ובהרקיבו מקצתם כיון דקבל עליו שמירה. וא"כ מדוע יש לחייב את הגזלן בנזקי הבהמה. ותירצו התוס': "דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים, דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירתה ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם, יש על הגזלן לשומרה, דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבידו לשומרה". ומבואר מתוס' דגזלן אינו שומר של הבעלים, רק מתחייב בחיובים של הבעלים, כמו בנזיקין, שאינם יכולים לשמור. ולפ"ז חלוק נטלה ע"מ להשיבה לגזל, דבנטלה ע"מ להשיבה הוא שומר כלפי הבעלים, משא"כ בגזלן, גם אם גזל מבית הבעלים, אין בו דין שומר, הגם שיש עליו חיובים שונים. רק כיון דבאיסורא אתי לידיה, בזה לא מועיל יאוש, דדוקא באופן של גזילה מבית הבעלים יש עליו חיוב השבה כלפי הבעלים, משא"כ בנטלה ע"מ לגזלה חייב להשיב האבידה, מכח חיוב שהטילה עליו התורה, ואינו חיוב כלפי הבעלים, וכמו שהסביר הבי"א.

והגרש"ש בחידושים לב"מ כד, ג-ד, למד מדברי הרמב"ן, דהא דאמרינן בגזילה דלא קני ביאוש משום דבאיסורא אתא לידיה הוא רק בגזילה שאינה אבידה, אולם בגזילה ואבידה כאחד, כיון שהיא גם אבידה, זוכה ביאוש ואין מגרע בזה כלום במה שיש בה גם דין גזילה. והקשה הגרש"ש, דהרי כל גזילה שבאה ליד אחר היא כאבידה, וכדמוכח בשו"ע חו"מ שמט"ב, באשת ראובן שהשאלה לאשת שמעון חפצים, ויצא קול בעיר שנגנבו, דאם שמעון מודה שהחפצים באו לרשותו ואינו יודע מה נעשה בהם, צריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד. הרי דכל גזילה שבאה לרשות אחר, דינה כאבידה, וא"כ מדוע לא יועיל שינוי רשות ואח"כ יאוש, דכלפי הלוקח דינו כאבידה שהיא גם גזילה, ולשיטת הרמב"ן מועיל יאוש. וכתב הגרש"ש לחלק בין גזילה לאבידה:

"דבאבידה לעולם מהני יאוש, והא דאתא לידיה באיסורא אינו מגרע כלום, אם אך אין אנו צריכים לצרף קבלתו הראשונה לזכותו השתא, ומסתבר בהאי גונא לומר דל קבלה ראשונה והוה כמונחת בקרקע. אבל בגזילה למ"ד יאוש כדי לא קנה, לעולם על החפץ דין גזילה ולא אבידה. והענין הוא משום דחפץ אינו נאבד מבעלים שני פעמים, וכיון דנאבד מבעלים ע"י גזילה, לא יאבד עוד ע"י סיבה אחרת, דכבר אבוד הוא. ומשו"ה מה דחלקה תורה בין גזילה לאבידה, דבאבידה זוכה אדם ע"י יאוש, ובגזילה א"א לזכות כ"א בהצטרפות יאוש עם ש"ר, ענין זה לא ישונה לעולם."

הגרש"ש מיירי בנטל האבידה ע"מ לגזלה, דבנטל ע"מ להשיבה, הרי הוא שומר של הבעלים, אבל בנטלה לגזלה, אף דבאיסורא אתי לידיה, מ"מ על החפץ יש שם של אבידה, ולכן מועיל יאוש. משא"כ כששם גזילה על החפץ, יש עליו שם גזילה, ואינו יכול לקבל שם אבידה, דהמודד הוא השעה שבה יצא החפץ מרשות הבעלים, אם יצא כאבידה או כגזילה, דאינו יוצא מרשות הבעלים אלא פעם אחת, ומשקיבל שם של גזילה, אינו חוזר לדין אבידה, והוא הדין אם הינה אבידה, מועיל בה יאוש, דמה שנטלה ע"מ לגזלה לא קובע את מציאות החפץ לגזול, ולכן מועיל יאוש.

עוד כתב הגרש"ש לחלק, דגזילה חלוקה מאבידה לענין מהות הזכיה ביאוש, דבאבידה התירה תורה לזכות לגמרי, ובגזילה אינו זוכה לגמרי רק צריך ליתן דמים. ואין הטעם משום דכבר נתחייב בדמים מעיקרא, רק משום שזה שיוור בקנין החפץ, שזוכה רק לענין זה דיכול ליקח החפץ ולשלם דמים, וכ"ז שאינו נותן דמים, יכולים הבעלים לתבוע החפץ. דלענין שווית החפץ נשארה זכות זו לבעלים שלא יזכה שום אדם בחפץ הנאבד מהם ע"י גזילה בלא דמים. ולפ"ז אף בלוקח גזילה ואח"כ יאוש, אינו יכול לזכות בחפץ לחלוטין כדין אבידה, משא"כ באבידה דיכול לזכות לחלוטין.

ובחילוק בין גזילה דלא מהני יאוש דבאיסורא אתי לידיה, לנטלה ע"מ לגזלה, דקונה אח"כ ביאוש, מבאר האור שמח בחידושיו לב"מ כו,ב, דבאבידה היאוש בא מסיבת האבידה, שנאבד החפץ מהבעלים, שהיא סיבה שאינה מחמת הגזול, משא"כ בגזילה סיבת היאוש שנגזלה ממנו, והגזולן גרם ליאוש, לכן לא מהני היאוש. ולכן אע"ג דנטל קודם יאוש לגזולה ובאיסורא בא לידו, מה שפועל כאן זה היאוש של האבידה, דהיאוש בא מחמת האבידה שנאבד החפץ מהבעלים. לא גזילת המוצא אלא עצם האבידה, ולכן מועיל בזה יאוש, אף שנטלה על מנת לגזלה, דלא גזילתו גרמה ליאוש אלא האבידה. ובהוה הסביר האור שמח את שיטת הרמב"ם (גו"א ב,ג) דמהני שינוי רשות ואח"כ יאוש, דכיון דאין הזוכה הסיבה ליאוש, לכן יכול לזכות בחפץ

שבא לידו קודם יאוש, דלא אתי לידיה באיסורא, דבאיסורא אתי לידיה הכונה שהוא היה הגורם ליאוש, רק חיוב דמים חייב הלוקח, דחיוב זה קנה הלוקח עם החפץ מהגזלן, דכמו שהגזלן היה חייב בדמים, כך גם מכר ללוקח.

ובדרך זו נראה גם מהגידולי שמואל (ב"מ כו,א) בבאור דעת הרמב"ן, דסובר הרמב"ן דמה שלא מהני לקנות ביאוש הבא אח"כ ונקרא באיסורא אתי לידיה שייך רק בגזלן, דעצם היאוש בא מחמתו, ואין סברא דיאוש הבא מכח איסור גזילה יקנה הגזלן חפצא דבא לידו באיסור. וכעין זה כתב בנתיבות שסא,ב, דבגזילה אף שהתיאשו הבעלים מיד כשראה האנס בא כנגדו קודם שתקפו בידו, לא אמרינן דגזלן יקנה ביאוש זה ויהא דינו כבהתירא אתי לידיה, כיון דעצם היאוש בא מחמת הגזלן. משא"כ באבידה דיאוש לא בא בגרמת המוצא, ומעיקר דין יאוש היה ראוי שהמוצא יקנה אף ביאוש הבא אחרי שבא ליד המוצא. ומה שלא מועיל יאוש כשבא לידו קודם יאוש, בזה ביאר הרמב"ן הטעם דידו כיד בעלים וברשות מריה הוא, ויאוש לא מהני ברשותו, משא"כ בנטלה לגזולה דאין ידו כיד הבעלים ואינו ברשותם. ואף לסוברים דאבידה כאינה ברשותו דבעלים, אבל אכתי הוסיף ע"י הגזילה דנכנס יותר ברשות גזלן המוצא לכל קניני גזילה והופקע יותר מרשות הבעלים, ולכן אין כאן דין באיסורא אתי לידיה, כיון דאין היאוש בא מחמת המוצא, דמחמת האבידה התייאש, משא"כ בנטלה להחזירה, אדרבה הביאה המוצא לרשות בעלים.

דרך שונה בהסבר דברי הרמב"ן, נמצא במרחשת בקונטרס היאוש (אות טו), דכיון דיאוש לא יוצא מרשות הבעלים עד שבא לרשות זוכה, מכיון שהגביה קודם יאוש ונעשה שומר עליה וידו כיד בעלים, לא יכול לזכות כשהתיאשו הבעלים, כיון דעומד במקום הבעלים, וכמש"כ הר"ן בכתובות (נז,א מעמוה"ר), דשליח ששלחו הבעלים למכור, אינו יכול למכור לעצמו, דמכירה היא הוצאה מרשות הבעלים, וכיון שעומד במקום הבעלים, אין קנינו מוציאו מרשותם, והוא הדין ביאוש. והביא שאם התיאשו הבעלים מהחפץ, וראו אח"כ את החפץ קודם שזכה בו אדם, כבר כלה היאוש ואין אחר יכול לזכות בהם, וכמש"כ הנתיבות רסב,ג, בחילוק בין יאוש להפקר, דבהפקר פליגי ר' יוסי ורבנן בנדרים מג,א, דר' יוסי סבר דהפקר כמתנה, מה מתנה עד דאתי לרשות זוכה אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה. וקיי"ל בהפקר דהוי הפקר אע"ג דלא אתי לרשות זוכה, ואפילו הוא בעצמו צריך לחזור ולזכות בו. ויאוש לא מהני עד דאתי לרשות זוכה, ואם נתיאש מהאבידה וכלה היאוש קודם דאתי ליד הזוכה, אין צריך לחזור ולזכות בו, רק כיון שראהו תיכף זכה בו, ואין שום אדם יכול לזכות בו שוב. ולפ"ז בשומר אבידה דידו כיד הבעלים, פקע היאוש, והרי זה כראו הבעלים עצמם את החפץ. משא"כ בזוטו של ים ס"ל למרחשת דדינו כהפקר,

דרחמנא אפקריה, ומיד יצא מרשות הבעלים, וממילא המוצא אינו שליח של הבעלים ושומר שלהם.

ומהסברים לעיל מבואר דאם מצא קודם היאוש, הרי הוא שומר של הבעלים, ולא שייך כלל יאוש, דידו כיד הבעלים. אולם הסבר אחר מצאנו בדברי הגר"ב בשם הגרי"ז (ברכת שמואל ב"מ כ), על הא דאיתא בב"מ כו,ב, בנטלה לפני יאוש ע"מ להשיבה, ולאחר יאוש נתכוין לגזלה, עובר משום השב תשיבם. והקשה הגר"ב, דלפי הרמב"ן שידו כיד בעלים, לא מהני היאוש, וא"כ הרי הוא כגזלה ועובר גם על לא תגזול. והביא מהגרי"ז שכתב לישב, דמה שלא מועיל יאוש ברשות, אינו משום דלא הוי כלל יאוש באבידה, אלא דלא מהני יאוש כל זמן שהוא ברשות. והיינו שהיאוש קיים, רק אינו יכול לחול על האבידה. אולם כשהתכוין לגזלה אחר יאוש; "על ידי הגזילה נעשית אבידה, ושוב חל היאוש ומתיר לגמרי, וע"כ אינו עובר אלא בהשב תשיבם שחל מכבר מקודם". ומה שזכה במציאה, ביטל מצות השב תשיבם, אך מועיל היאוש שחל מקודם, אבל חיוב השב תשיבם לא נפקע ממנו, כשחל שנטלה קודם היאוש.

ט. חיוב ההשבה משעת ראייה

בדין השבת אבידה נאמרה ראייה, דחיוב ההשבה מתחיל משעת ראייה, דכך ציותה התורה (דברים כב,א-ג): לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם, השב תשיבם לאחריך ... וכן תעשה לחמרו וכן תעשה לשמלתו, וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה, לא תוכל להתעלם. ובגמ' ב"מ כו,א: ואמר רבא, ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש על מנת לגזולה, עובר בכולן, משום לא תגזול, ומשום השב תשיבם, ומשום לא תוכל להתעלם. וכן פסק הרמב"ם בהל' גו"א יא,א: "... והרואה אבידת ישראל ונתעלם ממנה והניחה, עובר בלא תעשה, שנאמר; לא תראה את שור אחיך והתעלמת מהם. ובטל מצות עשה, ואם השיבה קיים מצות עשה". וכן בשו"ע חו"מ ריש הל' אבידה ומציאה (רנט,א) תלה החיוב בראייה. ומבואר ברמב"ם שגם אם ראה ולא נטלה, גם עבר על הלאו של לא תוכל להתעלם, וגם ביטל עשה של השב תשיבם. ולכאורה קשה מהמשך דברי רבא שם בב"מ כו,ב: המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה, אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד. מבואר שאע"פ שראה את האבידה והמתין עד שיתיאשו, כיון שלא נטלה, עובר רק בלא תוכל להתעלם, ולא ביטל עשה של השב תשיבם. וקושיא זו היתה קשה לסמ"ע רנט,א.

הסמ"ע שם כתב לישב, דהרמב"ם הטור והמחבר שכתבו לשון רואה בלבד, אין הכוונה לראיה בלבד אלא גם הגביה ובאה לידו, דדוקא אם הגביה, עובר

גם משום השב תשיבם. והרמב"ם והמחבר נקטו בלישנא דקרא, והפסוק מתחיל בלא תראה, ומשום דסמיך ליה והתעלמת, דדרשינן לא תראה להתעלם, ולאן של לא תוכל להתעלם עובר משום שרואה ומעלים עינו ממנו מליטלה ולהשיב, אבל אינו עובר על השב תשיבם עד שבא לידו. עוד תירץ, דהטור והמחבר במה שכתבו שנאמר השב תשיבם, רישא דקרא נקטו, וכונתם לסופו דכתוב בו לא תוכל להתעלם, דהוא אזהרה משעת ראייה. ותרוץ זה יכול להאמר בדברי הטור והמחבר שכתבו: "הרואה אבידת ישראל, חייב ליטפל בה להשיבה לבעליה, שנאמר: השב תשיבם", ובזה אפשר להסביר דלסיפא דקרא התכוונו. אבל הרמב"ם כתב להדיא שעובר בלאו ועשה, עיין לעיל. ומ"מ מבואר בסמ"ע דאם ראה ולא הגביה, עובר רק בלא תוכל להתעלם, ולא ביטל עשה של השב תשיבם. וראיתי בשער המשפט כח,ב שהביא דברי הסמ"ע, ונראה שהסכים לדבריו.

ויד המלך (גו"א יא,א) כתב לבאר בכונת הרמב"ם, דאין כוונתו דעבר על השב תשיבם, רק כיון שהיה בידו ליטול האבדה ולהחזירה קודם יאוש ולקיים העשה והוא לא קיימו, בטל מלקיימו, אבל מ"מ לא עבר על העשה, דכל זמן שלא בא לידו אינו חל עליו חיוב עשה כלל. אך הקשה מלשון ודברי הרמב"ם שם בה"ב, שכתב בדיוק אותה לשון על מי שלקח ולא השיבה דבטל מצות עשה, ושם ודאי הכוונה שעבר על העשה ממש, דכבר לקח האבדה לידו וביטל בידיים העשה. וגם אין לומר דדעת הרמב"ם דגם קודם הנטילה, כיון דהיה בידו ליטלה ולהשיבה ולא נטלה, עובר על העשה דהשב תשיבם. דהרמב"ם בגו"א יד, כתב: "המתין לה ולא הודיע לבעלים ולא נטל הדינר עד שידעו הבעלים שנפל שהרי נתיאשו כמו שביארנו, ואח"כ נטל הדינר מעל הארץ, אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם, וכן כל כיוצא בזה". ואיך נוכל לומר דכוונתו כאן דאם הניחה ולא נטלה דעבר על העשה דהשב תשיבם, והלא לא עדיף מהמתין לה ולא נטלה ולאחר יאוש נטלה ולא החזירה, מאלו הניחה ולא נטלה כלל, ואיך נאמר דבהמתין לה ולא נטלה עד אחר יאוש ואז נטלה לו לעצמו אינו עובר אלא בלאו דלא תוכל להתעלם לבד אבל לא בעשה, ובהניחה ולא נטלה כלל יהיה עובר בלאו ועשה, ונשאר בצ"ע.

ועל הא דאיתא בכ"מ ל,א לענין החזר אבידה בבית הקברות והמוצא כהן, שנלמד מוהתעלמת, שפעמים ואתה מתעלם, למאי אתא, אילימא לכהן והוא בבית הקברות, פשיטא, עשה ולא תעשה הוא, ואין עשה דוחה את לא תעשה ועשה. והביא הרמב"ן שאינו עובר גם על לא תוכל להתעלם וגם על השב תשיבם: "אם בשהגביהה, משום השב תשיבם בלחוד עובר, אם בשהעלים עיניו ולא נטלה כלל, משום לא תוכל להתעלם עובר". ומבואר ברמב"ן שאינו עובר בהתעלמות אלא על לא תוכל להתעלם,

ולא על השב תשיבם. ודברי הרמב"ן הובאו גם ברשב"א שם (ב"מ ל,א), וכן היא דעת הריטב"א שם, ועיין גם בריטב"א ב"מ כו,ב. וכן נראה מהמאירי (ב"מ כו,ב).

אולם הר"ן שם (ב"מ ל,א) הקשה על פירוש הרמב"ן, וכתב דכל הרוואה אבידה והולך לו עובר הוא בעשה ול"ת. ומה דאיתא בגמ' כו,ב דאם המתין עד אחר שהתיאשו הבעלים ונטלה דאינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד; "התם היינו טעמא לפי שהמתין לה ולא הניחה באבידתה ועדין היה יכול להשיבה ולקיים עשה שבה, בודאי הרוואה אבדה ולא נטלה מיד, דכיון ששמר אותה לא עבר אלא כשלא נטלה והלך לו, וכשנתיאשו הבעלים ממנה, מחמת הבעלים הוא שנתבטל עשה זו ולא מחמתו של מוצא זה, והרי הוא לענין זה כאלו נטלה להחזירה ואמרו בעליה אי אפשרי בה, שאע"פ שלא נתקיים עשה שבה, מ"מ לא נתבטל, אבל הרוואה אבדה והניחה באבידתה והלך לו, מיד בטלו". והוכיח כן מהדין של נטלה לפני יאוש ע"מ לגזולה דעובר בכולן, ומדוע יש לחייבו על השב תשיבם, כיון שנטלה לגזלה, השב תשיבם ליתא בגזלה אלא באבידה, וא"כ הרי הוא כלא נטלה, ומה שייך לחייבו בהשב תשיבם. ולכן מסקנת הר"ן, שכל מי שרוואה אבדה ומניח אותה באבידתה הרי הוא עובר בלאו ועשה, ולפיכך נטלה ע"מ לגזלה, אף משום השב תשיבם הוא עובר, שהרי הניחה באבידתה. ודברי הר"ן הובאו גם בנימוקי" (ב"מ טז,א מעמוה"ר). ומבואר דבעצם ההתעלמות עובר גם בעשה של השב תשיבם, וגם על הלאו של לא תוכל להתעלם.

והגרא"ז (אבן האזל גו"א יא,א) כתב בביאור דברי הר"ן, דיש חילוק בין השב תשיבם ללא תוכל להתעלם, דלאו דלא תוכל להתעלם, ברגע שהתעלם, באותה שעה העלים את עצמו מהשביתה ועובר אפי' אם אח"כ חזר בו והשיב. משא"כ עשה דהשב תשיבם, כל זמן שיכול עדיין להשיב ואפשר לקיימו, לא ביטל העשה. והוסיף, דלא דמי למילה דעובר בכל יום, ומשמע דהוא הדין בכל רגע, הטעם מפני שהוא צריך להיות מהול, וכל זמן שמשאה את עצמו והוא ערל עובר על המצוה. אבל הכא המצוה היא להשיב את האבדה, ובהמשכת הזמן אין בזה עבירה על המצוה, אלא דאם מתעלם בכונה עובר על לא תוכל להתעלם (בענין החיוב להחזיר אבידה בהקדם, עיין מה שכתבתי בח"ז סי' כה). אמנם בראשונים החולקים על הר"ן מבואר דיש איסור בכל רגע שאינו משיב את האבידה, עיין ריטב"א ב"מ כו,ב; "כיון שבאת לידו עובר כל שעה ושעה בהשב תשיבם".

ועיין בשעורי הגר"ש רוזובסקי (ב"מ סי' מג) שכתב דדברי הגרא"ז הם חידוש גדול, דאם לא רצה רגע אחד להשיב ולבסוף השיב, דעובר על לא תוכל להתעלם על הרגע האחד שלא רצה להשיב. וכתב הגר"ש לבאר, דאכן עובר גם ברגע אחד של מחשבה לא להשיב, רק גדר הלאו הוא: אל תתעלם אלא תקיים השב תשיבם,

ולכן אם התעלם רגע אחד ולבסוף לא קיים את השב תשיבם, עובר על לא תוכל להתעלם מחמת הרגע הראשון שהתעלם, אולם אם לבסוף התקיימה ההשבה, הרי לא עבר על הלאו, כיון שכל הלאו ענינו הוא אל תתעלם אלא השב, וכיון שהשיב לא עבר על הלאו, דהעלמה במחשבה אינה כלום, אא"כ אח"כ לא השיב, משא"כ אם השיב, אינו עובר גם על לא תוכל להתעלם מחמת המחשבה הראשונה.

ואפשר דכן יש לפרש את דברי הנצי"ב בחומש העמק דבר, על הפסוק (דברים כב,ג): וכן תעשה לכל אבידת אחיך, אשר תאבד ממנו ומצאתה, לא תוכל להתעלם. ופירש הנצי"ב: "הוא מצוה שתמצאנה. פירוש, דמצאתה משמעו דאתא לידך ... והזהיר הכתוב שאם תראה אזי ומצאתה – תקח לידך ...". ונראה שאזהרת התורה נכללה בלאו של לא תוכל להתעלם, שהוא סיפא דקרא, דאף שלכאורה אם ומצאתה פירושו שיבוא לידך, וא"כ גם על הלאו של לא תוכל להתעלם אינו עובר אלא בבא לידך. וע"ז חידש הנצי"ב בפשט הפסוק, שהזהירה התורה שכשאתה רואה – תקח לידך, דלכאורה גם בפשט הפסוק אין האזהרה מתיחסת לעשה המובא בפסוק א של השב תשיבם. ואפשר דאם ראה והתעלם ואח"כ נטל לידו להשיבה, כבר אינו עובר מחמת שהתעלם רגע אחד.

ובמש"כ הגר"ש רוזובסקי בבאור דברי הגר"א ז שהאיסור להתעלם הוא אם לא ישיב לבסוף, דאף אם הוא איסור בפני עצמו, מ"מ אם ישיב אח"כ הוא מנתק את הלאו. כן נראה מדברי הגר"ח (בסטנסיל, סי' קנ). הגר"ח חקר, אם עצם ההתעלמות הוא האיסור, או שהאיסור הוא במה שמתעלם ואינו משיב. והביא ראיה מדברי הר"ן (הנ"ל) בבאור דעת הרמב"ם שעובר גם על השב תשיבם בשעת הראיה, ואינו עובר בהשב תשיבם בהמתין עד שיתיאשו הבעלים, דבהמתין הבעלים הפקיעו את העשה של השב תשיבם. והקשה הגר"ח, דא"כ מדוע עובר על לא תוכל להתעלם בהמתין עד שיתיאשו, הרי הבעלים הפקיעו את חיוב ההשבה וכמש"כ הר"ן. ומוכח מזה דהלאו דלא תוכל להתעלם הוי איסור בפני עצמו על החפצא דהעלמה. ולפי"ז הוא עובר בכל רגע ורגע. אלא דהיכא דמשיב את האבידה הרי הוא מנתק את הלאו, אבל הכא דאינו מקיים העשה, דהבעלים הפקיעו, משו"ה עובר על הלאו. ומוכח מזה כגר"ש, דעובר על האיסור בהתעלמות, רק אם אינו משיב, אף שהוא איסור בפני עצמו.

ולכאורה מדברי הראב"ד נראה שאין שייכות בין איסור התעלמות לדין השבה. על הא דאיתא בגמ' ב"מ כו,ב: נטלה לפני יאוש על מנת להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגזולה, עובר משום השב תשיבם. ובשטמ"ק שם הביא מבעל המאור דאף עובר על לא תוכל להתעלם. והביא שם דהראב"ד חולק:

"אין הדעת מורה כך, שהרי לא העלים עיניו ממנה ונטלה על מנת לקיים מצות השבה, אבל כיון דסוף סוף החזיק בה לא קיים. וקרוב אני לומר, שאפילו לפני יאוש נתכוון לגזלה, כיון שהכניסה לתוך ביתו על מנת להחזירה, כבר נפטר מלא תוכל להתעלם, ולא אמר לאחר יאוש אלא לפטרו מלא תגזול ולחייבו בהשב תשיבם אפילו לאחר יאוש. והאי דלא אמר אינו עובר אלא משום השב תשיבם, כדאמר בסיפא בלא תוכל להתעלם, לפי שהשב תשיבם כל שעה עומד במצות השב, ומשום הכי אמר השב תשיבם, אבל לא תוכל להתעלם דאיתיה בבירייתא, כבר העלים ואין לו תקנה, וזהו האמת."

מבואר מהראב"ד שאין שייכות בין איסור ההתעלמות למצוה להשיב, שאם בפועל יתעלם ברגע הראשון, מיד עבר אפי' אם ישיב אח"כ, ואם לא יתעלם ויקח לביתו, אפי' אח"כ יתכוין לגזלה או יזרוק את האבידה ולא ישיב, בכל אופן עבר רק על השב תשיבם ולא על לא תוכל להתעלם. דלאו דלא תוכל להתעלם עובר רק במה שארע ברגע הראשון של הראיה, אם התעלם או לאו, ואם לא התעלם, כבר אינו עובר, אף אם לא משיב, דנראה מהראב"ד שאין שייכות בין שני הדינים. ולכאורה הוא תמוה, שאם לא יתעלם ואח"כ יתכוין לגזלה או יזרוק האבידה, לא עבר על לא תוכל להתעלם. ונראה לומר, דכיון שלא התעלם והגביה, וכבר התחייב בחיובי שומר, הרי בכך כבר קיים ציווי התורה, דאף שהשב תשיבם עובר, מ"מ כיון שכבר חייב בחיוב דמים מחמת היותו שומר, זו היתה כוונת התורה שלא יתעלם.

ובביאור מחלוקת הראשונים אם עובר על השב תשיבם כשלא נטלה, נמצא לגדולי שמואל (ב"מ כו, א) שכתב לבאר, דדעת הסבורים שעובר על השב תשיבם בהתעלמות בראיה אף ללא הגבהה, דאל"כ מדוע בנטלה ע"מ לגזלה עובר גם בהשב תשיבם, דהראשונים הנ"ל סבורים דכשנטלה לגזלה, חייב מדין גזלן, וממילא לא שייך להחיל עליו חיובים של השבת אבידה. ואם החילו עליו את החיובים, הדבר בא מחמת החיוב המוקדם לפני שנטלה ע"מ לגזלה, בשעת ראיה, שהתחייב בלא תוכל להתעלם ובהשב תשיבם, וחיוב זה נשאר עליו. אבל אם השב תשיבם לא חל בשעת ראיה, איך חל עליו בשעת נטילה, הרי כיון שנטלה ע"מ לגזלה לא חלו עליו חיובי אבידה אלא גזילה, ומהיכן חיובי השבת אבידה. אלא בהכרח שחיוב זה חל בשעת הראיה, והשב תשיבם בכלל. ומ"מ בשעה שנעשה גזלן, חלו עליו חיובי גזילה, כמו אם נאנסה, דחייב לשלם כדין גזלן ולא כשומר אבידה, וכן משלם כשעת הגזילה בהוקר, אף שפשע ואיתבר מאליו. והוא הדין בנטלה להחזירה ואח"כ נתכוין לגזולה קודם יאוש, דפקע ממנו דינים של שומר אבידה (אף שהלאו והעשה נשארו עליו, דהחיוב המצוותי נשאר בעינו ולא פקע) וחל דין גזלן כשומר ששלח יד, דפקע דין שמירה וחל רק דין גזלן. והרמב"ן ודעימיה חולקים וס"ל דעשה דהשבה מתחיל

כשנטלה, וסוברים דחל עליו כשנטל ע"מ לגזלה שני חיובים, גם חיוב של גזילה וגם של אבידה בשעה שנטל ע"מ לגזלה, דחל עליו חיוב אונסין וגם חיוב השבה דאבידה בשעת הנטילה ע"מ לגזלה. ועיין במש"כ הגרב"ב בברכת שמואל ב"מ כה,ו-ז.

י. חיוב תשלומין

ולפי האמור ראובן עבר בהתעלמות לכ"ע על איסור של לא תוכל להתעלם, ולחלק מהראשונים אף על השב תשיבם. ומ"מ בהתעלמות זו אינו מחויב לשלם ממון לבעלים על מה שהתעלם מהשבת האבידה. ומה שהתעלם מחשש שיפסיד את האוטובוס, ודאי אינו מתיר את ההתעלמות ואינו נחשב להפסד ממון (עיין שו"ע ורמ"א חו"מ סי' רסה), דהתעכבות מחמת השבת אבידה זו מציאות כמעט תמידית בהשבת אבידה, ואם מחמת הפסד זמן הותרה התעלמות, א"כ בטלת כל מצות השבת אבידה. ורק אם היה הפסד ממון, יש נידון כשהתבטל ממלאכתו אם יש לו שכר כפועל בטל או שכר מלא, עיין בשו"ע וברמ"א שם, משא"כ בנדר"ד שהשאלה היא רק הפסד של זמן.

וכל זה לענין האיסור שעבר, השאלה אם חייב לשלם לשמעון על הנזק נגרם לו במה שהתעלם ולא השיב אבידתו. ולכאורה זה רק גרמא, ולא מצאנו שהתורה הטילה עליו חיוב ממון מעבר לחיוב של שומר כשמצא את האבידה ובאה לידו. הרמב"ן בקונטרס הגרמי, כתב בדין כובש עדות, דאינו בדין ממון לחייבו ממון אם כבד עדותו: "והיודע בעדות חברו ואינו מעיד לו ... 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". מבואר להדיא ברמב"ן שאם התעלם ולא השיב אבידה, אינו חייב לשלם ממון לבעלים. ודברי הרמב"ן הובאו גם בקצוה"ח סו, כא, דמה שהעדים מחויבים להעיד אינו אלא מחמת השבת אבידה, ודינא דגרמי לא שייך אלא היכא שעשה היזק במעשה או בדיבור, אבל מי שאינו רוצה להשיב אבידת חברו לית ביה משום מזיק, וממילא גם בכרי היזקא אינו חייב. וכן כתב בחכס צבי (סי' קלב): "דאפי' ברואה אבידה ומעלים עין מקחתה ומלהשיבה לבעליה, אינו מתחייב כלום אף שעבר על ל"ת להתעלם". וכן כתב במ"ב תמגיב, דלא מצינו שמחוייב לשלם מי שאינו משיב אבידה.

וכן ראיתי לגר"י מקוטנא בישועות מלכו (נזקי ממון ב,ב) שכתב על זורק כלי מגובה רב, דמה שהנמצא למטה יכל להצילו, אין זה מחייב אותו בתשלומין, דאף אם

היה יכול המשבר להציל הכלי, כגון בזרק כלי מראש הגג ועמד אחר תחת הכלי והיה יכול לקולטו מן האויר ולהצילו מן השבירה, מ"מ אם לא הציל ונפל לארץ ונשבר, ודאי דלא התחייב על מניעת הצלה, כמו שאין מחייבים בהשבת אבידה; "דאם נמנע מלהשיב אבידה כל כמה דלא אתי לידיה, אף על גב דראה אותה ולא השיבה לבעלים, אינו מחייב".

אלא שלפ"ז היה מקום לחייב את ראובן בדיני שמים, דכן למדנו ביודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו, ב"ק נה"ב: אמר ר' יהושע, ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואלו הן, הפורץ גדר בפני בהמת חבירו, והכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה, והשוכר עדי שקר להעיד, והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו. ולפ"ז היה מקום לחייב בדיני שמים גם מי שמתעלם מאבידה.

ובגמ' שם ב"ק נו"א, לענין החידוש שבארבעת הדברים שהזכיר ר' יהושע, ביחס לדברים הנוספים שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, איתא בגמ': הכופף קמתו של חבירו נמי, מהו דתימא לימא מי הוה ידענא דאתיא רוח שאינה מצויה ובדיני שמים נמי לא ליחייב, קמ"ל. והחזו"א (ב"ק ה"ד) למד מדברי הגמ' דבשוגג אינו חייב בדיני שמים, דדוקא בכופף קמתו שהתכוין להזיק רק שאין ההיזק ברור, וכן בעשוהו טמון, יודע שאפשר שיגיע היזק לבעלים, אולם בקרוב לפשיעה כעין אבידה, אינו חייב בדיני שמים, כמו בעושה מלאכה במי חטאת ולא ידע שהם נפסלים, אינו חייב בדיני שמים, דאם חייב בזה בדיני שמים, לא נצרך לחדש בכופף קמתו כשטוען לא ידעתי דאתיא רוח שאינה מצויה. ע"כ דברי החזו"א. וכן נראה לומר בכובש עדותו, שהתכוין להזיק לחבירו, רק שאין הנזק ברור, או ביודע שאפשר שבזה יגרם נזק לחבירו. אולם בהשבת אבידה, שיתכן ולבסוף כלל לא ימצא את הבעלים ולא תוחזר האבידה, שכלל לא ברור אם באי הגביתה יש נזק לבעלים, אין לחייב בדיני שמים. וכן נראה להביא ראיה מדברי המאירי (ב"ק נו"א) לענין כותל רעוע שעומד לסתירה, שאם היה מתכוין למצוה, כדי למנוע את הנזק שיהיה בנפילתו, יש לפטרו אף מדיני שמים, אלא דשם מתכוין הוא להזיק ולא למצוה, ולכן חייב בדיני שמים. ומשמע דכל היכא שאינו מתכוין להזיק, פטור אף מדיני שמים. וכן מבואר במהרי"ט (ח"א סי' צה), דחייב בידי שמים הוא מפני שהיתה כונתם להזיק. ועיין עוד בתשב"ץ ח"ב סי' קיד. ולפ"ז אין לחייב את ראובן אף לצאת ידי שמים.

ויש לדון אם חייב לשלם לפני משורת הדין מה שגרם נזק לשמעון באי השבת האבידה. דאיתא בב"מ ל"ב: רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא, פגע ביה ההוא גברא הוה דרי פתכא דאופי, אותבינהו וקא מיתפח. אמר ליה דלי לי. אמר ליה כמה שוין. אמר ליה פלגא דזוזא. יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה. הדר זכה

בהו. הדר יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה ... והא רבי ישמעאל ברבי יוסי זקן ואינו לפי כבודו הוה. רבי ישמעאל ברבי יוסי לפנים משורת הדין הוא דעבד. ושם בגמ' איבעיא להו, דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר מאי, ונשאר הגמ' בתיקו. והרא"ש שם (ב"מ ב, כא) כתב: "וראיתי גדולים שפסקו, כיון דלא איפשיטא אזלינן לחומרא ומיחייב להחזיר בשדה, וכיון דאיחייב, איחייב אף בעיר. ויראה לי, כיון שפטרה תורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו, איסור הוא לגבי דידיה שמוזלזל לכבוד תורה במקום שאין חייב, ומשום ספק ממון חבירו אם הוא מחויב בו, לא יזלזל בספק איסור. והחכם שבא לעשות לפנים משורת הדין, יוותר מממונו ויעשה כמו שעשה רבי ישמעאל ב"ר יוסי". מבואר דבמקום שהוא פטור מהדין ובא להחמיר על עצמו, יעשה לפנים משורת הדין וישלם לבעל האבידה, כמו שעשה רבי ישמעאל ברבי יוסי. וכן פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ רסג,ג, על מה שפסק המחבר שם, כדברי הרמב"ם, שההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין, מחזיר את האבידה בכל מקום ואע"פ שאינה לפי כבודו. וע"ז הגיה הרמ"א: "ויש חולקין ואוסרין להחזיר, הואיל ואינו לפי כבודו, אלא אם רוצה ליכנס לפנים מן השורה, ישלם מכיסו".

ולכאורה יש להקשות, דרבי ישמעאל ברבי יוסי לא שילם לבעלים על הטעינה אלא קנה את העצים, ובדרך זו נפטר, והראיה שיכל להפקירם אח"כ, ומזה מוכח שקנה את העצים שלא יצטרך לקיים מצות פריקה, ומנלן שחייב לשלם לבעלים כשהוא פטור והאבידה אינה אצלו. ומה שמצאנו חיוב להחזיר אבידה לפנים משורת הדין הוא רק במוצא אבידה לאחר יאוש או במקום שרובם נכרים, כדאיתא בשו"ע חו"מ רנט,ה, אך מהיכי תיתי ישלם לפנים משורת הדין כשלא רוצה להשיב או כשהתעלם. והדבר מוכח גם ממה שדנו האחרונים, איך רבי ישמעאל ברבי יוסי קנה בכסף את הפתכא דאופי (משאוי העצים), הרי מעות לא קונות. ובפשטות היה מקום לישב, דחכמים לא הפקיעו קנין מעות במקום מצוה, עיין שו"ע חו"מ קצט,ג, והוא הדין בזה שרצה בדרך זו להמנע מחיוב פריקה ומפטור שאינה לפי כבודו. ובעונג יו"ט (סי' קיא) כתב דכמו שיכל לעשות קנין מעצמו ולהגביה, אחר שנתן המעות, יכול להקדיש וחל ההקדש, והוא הדין בהפקר, דדין אחד להם. ובתש' זכר יצחק (לגר"י מפוניבז', ח"ב מזג) כתב להוכיח כשיטת בעל המאור דבמעות לבד הוא ג"כ קנין גמור כל זמן שלא חזר המוכר, ולכן יכל להפקיר דשלו הוא.

ולענין עצם השאלה איך קונות מעות, וכבר כתבתי לעיל דנראה לדבר מצוה מעות קונות. וראיתי בבית אהרן שכתב לישב, דכל מה שאין מעות קונות, שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה, וזה לא שייך אלא בדבר שהוא רוצה לקנות וליקח החפץ לעצמו, אבל רבי ישמעאל ברבי יוסי לא היה אכפת לו כלל שהחפץ ישרף, רק רצה

שלא להכנס לחיוב מצות פריקה. עוד כתב לישב, דבדבר שאינו מצוי לא תקנו דמעות אינן קונות, כמבואר בשו"ע חו"מ סי' קצט, עיי"ש.]

ואף אם נאמר דילפינן מרבי ישמעאל בר"י לחיוב לשלם לפנים משורת הדין אף במקום שיכול להתעלם, מ"מ במקום שעשה איסור והתעלם, לא שייך לחייב לפנים משורת הדין, שאינו דומה לנידון רבי ישמעאל בר"י. גם צ"ע אם בדרך זו יתקן את הלאו שהתעלם, כיון שהלאו נתקן ע"י השב תשיבם, וכשאינו מחזיר גוף החפץ, אינו מקיים את מצות השב תשיבם, דבחזרת דמים נראה שאינו מתקן הלאו, ורק מפייסו בזה בדין בין אדם לחבירו. אמנם למה שלמדו הרא"ש והרמ"א מעובדא דרבי ישמעאל בר"י למצות השבת אבידה, דלמדו מזה דבתשלום דמי האבידה לפנים משורת הדין יוצא ידי מצות השבה, ואף שאינו מחזיר החפץ עצמו, לכאורה משמע שמקיים המצוה אף בדמי החפץ, ולכל הפחות כשאינו משיב את החפץ, ישיב לפנים משורת הדין את דמיו. ואף שאינו מתקן מה שעבר על השב תשיבם, אין ללמוד לפנים משורת הדין מהדין עצמו. ועדיין י"ל דבכך אינו מתקן את מה שהתעלם, ורק את השב תשיבם מתקן, ובנדו"ד נחלקו הראשונים אם בכלל עבר על עשה דהשב תשיבם. או י"ל, דאף שאינו מתקן הלאו והעשה, מ"מ בדינים שבין אדם לחבירו, ראוי לפייסו, אף שבזה לא יתקן הלאו והעשה. דבעובדא דרבי ישמעאל בר"י היה זה בבחינת אינה לפי כבודו, ולא עבר על האיסור. (ולכאורה ממש"כ לעיל בבאור דברי הראב"ד, דהיכא שלא התעלם ואח"כ נתכוין לגזלה, דכבר חייב בחיוב דמים מכח היותו שומר, מ"מ עבר על השב תשיבם, ואין חיובו בדמים כשומר מתקן הלאו של השב תשיבם, ועדיין צ"ע).

לאור האמור לעיל, לראובן היה אסור להתעלם, והיה עליו לקחת את האבידה ולפעול להשבתה לבעליה. משהתעלם, עבר על איסור של לא תוכל להתעלם (וי"א, אף על עשה של השב תשיבם). אולם אין עליו חיובי ממוך לשלם לבעלים את אשר נפסדו באבידתם.

סימן כו

טלית שהוחלפה

ראשי פרקים

א. התחלפו כליו בבית האומן

ב. אופנים שיכול להשתמש

ג. דרך להשתמש כשבאיסורא אתי לידיה

בענין מי שהתפלל בימים הנוראים בבית מדרש שבו מתפללים מאות רבות של מתפללים, וכשהלך לשרותים הניח טליתו במקום שהיו מונחות טליתות נוספות, וכשחזר נטל ממקום שהניח את הטלית, וכשהגיע לביתו הבחין שנטל טלית של אחר, הגם שדומה מאד לשלו, ותלה מודעה בביהמ"ד במקום בולט, וכבר עברו החגים ואיש לא פנה בבקשה לקבל את הטלית.

א. התחלפו כליו בבית האומן

איתא בב"ב מו,א: ת"ר, נתחלפו לו כלים בכלים, בבית האומן הרי זה ישתמש בהן עד שיבא הלה ויטול את שלו, בבית האבל או בבית המשתה הרי זה לא ישתמש בהן עד שיבא הלה ויטול את שלו. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא. אמר רב, הוה יתיבנא קמיה דחביבי ואמר לי, וכי אין אדם עשוי לומר לאומן מכור לי טליתי. אמר רב חייא בריה דר"נ, לא שנו אלא הוא (והלכך איכא למימר שהאומן מכר טלית אחת שהוא מתקן במצות בעל הבית שצוה לו למוכרו, וטעה האומן ומכר טליתו של זה ונתן לו טלית זו מדעת עד שיחזיר לו את שלו, וכיון דמדעתו נתן לו, מותר להשתמש בה, מה שאין כן בבית האבל ובבית המשתה – רשב"ם), אבל אשתו ובניו לא, והוא נמי לא אמרן אלא דא"ל טלית סתם, אבל טליתך לא, האי לאו טלית דידיה הוא. ולכאורה האידנא שבעלי מכבסות לא מבקשים מהם למכור בגדים, יהיה בית האומן כבית האבל, אולם מתקני בגדים, חייטים סנדלרים וכד', בהם שייך טעם הגמ', ולעיתים מניחים בידם בגדים למכירה כיד שניה, ובשנים האחרונות, עם פתיחת שוק הביגוד למרחבי העולם, והבגדים נהיו זולים ביותר, הדבר לא שכח, וי"ל שבית האומן כבית האבל. והרי"ף (ב"ב כה,א מעמוה"ר) לא הביא ברייתא זו להלכה. והרמב"ם הביא ברייתא זו להלכה בהל' גזילה ואבידה וו, והוסיף בטעם שיכול להשתמש, דיתכן שהכלי הוא של האומן עצמו, וז"ל: "אמר לו האומן טול כלי זה, הרי זה ישתמש בו עד שיבא הלה ויחזיר ויטול את שלו, שמא כליו של

אומן הוא או בעל הכלי צוה את האומן למכרו לו, וכן כל כיוצא בזה". וכן הובאה ברייתא זו להלכה בשו"ע חו"מ סי' קלו, א-ב.

והחת"ס (ב"ב מו, א) כתב בטעם שלא הביא הרי"ף ברייתא זו להלכה, דלכאורה אין אדם עשוי למכור כליו באמצעות האומן, דכשקונים מאומן קיים תמיד החשש שיבוא אח"כ אחר ויביא עדים שהטלית שלו ונתן לאומן לתקנו, והלוקח עצמו עד שהיה אצל האומן, ולאומן אין חזקה וחייב להשבע נגד עצמו, ומתוך שאינו יכול להשבע משלם, ולכן אין מי שיקנה כלי מהאומן. והברייתא הינה כתנא דס"ל דלא אמרינן משאיל"מ, ולתנא דברייתא דלא אמרינן משאיל"מ, יכול הטוען להוציא מהלוקח, אא"כ יביא עדים שראו הטלית ביד האומן, עיי"ש. וא"כ למאי דקיי"ל משאיל"מ, בודאי אין עשוי למכור כליו, וא"כ אסור להשתמש בכלי, ולכן לא הביאו הרי"ף. והרמב"ם סובר דאע"פ כן אנשים קונים מאומן, דסבורים ששלו הוא ולא יבוא אחר מן השוק ויכירנו. ומ"מ כל זה אם הטעם שאמר לו אחד מכור לי טלית, ורב ס"ל דלא אמרי' משאיל"מ, אבל לטעם שלא נזכר בגמ', שיכול להיות שמוכר של עצמו, וכמש"כ הרמב"ם, אין לחוש בכל ענין, רק רב דס"ל דלא אמרינן משאיל"מ, נקט לרוחא דמילתא מכור לי טליתי.

ומדברי הריטב"א מבואר לכאורה שאינו בתורת ספק, אלא ודאי אחר נתן לו למכור, וז"ל: "וכיון שנתחלפו, מסתמא שוים היו לגמרי, וזו ראייה כי אדם אחד נתן לאומן כלי זה למוכרו בשכר שקצץ לו זה ממש והאומן לא דקדק במכירה, וכשמכר ראשון סבור שהוא אותו טלית שנתן חבירו של זה, ונתן לו המעות וחבירו נתרצה במעות. ואפילו הטלית ביד האומן מוכרו לו ונמצא שהוא קנוי לאומן וכיון שנתנו לזה להשתמש בו הרשות בידו". והיינו שבקש ראובן מהאומן למכור טליתו, והאומן מכר בטעות את הטלית של שמעון, ונתן לראובן את דמי המכירה, ממילא הטלית של האומן אפי' היא ביד האומן ולא ביד קונה, דראובן נתרצה למכור במעות שקיבל, וכיון שנתן האומן את הטלית לשמעון, הרי שנתן לו רשות להשתמש בטלית של ראובן שהיא שלו.

והדברים מבוארים בתוס' בסוגיא (ד"ה וכי): "וטעה אומן ומכר את של זה שהיה סבור למכור את של חבירו, ונתן לו את של חבירו תחתיו. אבל אם לא היה עשוי לומר לאומן למכור, לא היה מותר מחמת שטעה אומן ונתן את שלו לחבירו, דהוי כנתחלפו לו בבית האבל או בבית המשתה וסופו שיחזיר חבירו את שלו לאומן, ויחזור ויתבע ממנו טליתו". ומהתוס' מבואר דכל שיש לו רשות למכור את הטלית שניתנה, יש למקבל רשות להשתמש בה. ובתוספת דברים בדברי הרא"ש (ב"ב ג, מז), דתלינן שראובן אמר לאומן למכור טליתו, וטעה האומן ונתן ללוקח

טליתו של שמעון, וכשתבע שמעון טליתו, ידע האומן שטעה ונתן לו מדעתו טליתו של ראובן. והקשה הרא"ש, איך משתמש בו שמעון על ידי מסירת האומן, והלא אם לא יאות הלוקח בטליתו של ראובן, יכול להחזיר הטלית לראובן, ונמצא שמשתמש שמעון בטלית של ראובן שלא מדעתו. ותיקן, דכיון שראובן היה דחוק למעות ומכר טליתו, אינו מקפיד אם ישתמשו בו אחרים, שגם הוא משתמש במעות.

עוד מבואר בדברי הסמ"ע קלו,א דמזה שהאומן אמר לו הילך טלית סתם ולא אמר לו הילך טליתך, א"כ גם האומן ידע דטליתו של אחר מסר לו במקום טליתו במתכון, דבודאי ראובן בעל הטלית ביקש ממנו למכור טליתו ורצה למכור הטלית, ובטעות נתחלפה אותה הטלית בטלית זו, ומכר את טליתו של שמעון, וכבר קיבל האומן מעות מהלוקח ונתן המעות לראובן, ואותו המוכר כבר השתמש במעות שקיבל מהאומן, ולכן התיירו לשמעון להשתמש בטלית ראובן, ולא חששו שמא יחזור הלוקח ויאמר שלא על בגד זה נתן מעות, או ימצא בו מום ויתבטל המקח, דכיון דגם ראובן משתמש במעות, אינו מקפיד אם שמעון ישתמש בטלית שלו. ועיין לגר"י אברמסקי זצ"ל (חזון יחזקאל ב"ק י"א) דמדברי הסמ"ע (ולכאורה הוא הדין לרא"ש) טעם היתר תשמיש בטלית חבירו הוא מתקנת חכמים

ומדברי רבינו יונה בעליותיו בסוגיא עולה, דמה שתולים שאחר אמר לאומן למכור, הוא מספק ולא בתורת ודאי. ונפק"מ שאם יבוא בעל הטלית ויטען טענת ברי שלא אמר לאומן למכור, יחזיר לו טליתו, דמיירי שאמר ראובן לאומן למכור טליתו, ומכר בטעות טלית שמעון, וקבל ראובן דמי טליתו, וז"ל רבינו יונה (מובא גם בשטמ"ק בסוגיא): "וכי אין אדם עשוי לומר לאומן כו'. הלכך יש לתלות האומן שטעה ומכר טליתו, והאומן נתן לזה טליתו של חליפי טלית שלו שמכר, ונתן דמיו לחברו. ואם הוא שוה יותר משלו, כשיבא חברו יתן לו את העודף או יחזיר לו חברו דמי טליתו ויקח טליתו. והא דתלינן בהכי, משום דאמר ליה אומן הילך טלית סתם כדמסיק ואזיל. ואם יבא חברו, כיון שיש לו עדים שזה טליתו או שיתן לו סימניה, נאמן לומר לא צויתי לאומן למכור טליתי ולא לקחתי דמי שום טלית של אחרים מן האומן, דנהי דתלינן שאומר לאומן למכור טליתו, כל זמן שהדבר בספק, אבל היכא דאתי בעל הטלית וטוען ברי נאמן, והיינו דקתני עד שיבא הלה ויטול את שלו, כלומר כיון שיש לו עדים שהיא שלו". וכן הוא בר"י קרקושא. וצ"ע אם לדעת הריטב"א מהני טענת ברי של בעל הטלית, ומש"כ הריטב"א; "וזו ראייה כי אדם אחד נתן לאומן כלי זה למוכרו...", היינו ראייה בדרך שי"ל כן, אך אינו בתורת ודאי. ועיין בתורת חיים בסוגיא, דמה דאיתא בגמ' היינו בתורת ספק ולא בתורת ודאי.

ומדברי הרמ"ה בסוגיא שם (אות קסז) מבואר הסבר הדין, דודאי הטלית של זה שקיבל טלית אחרת – אבדה, והאומן משלם לבעלים דמי האבידה בטלית אחרת, שודאי יש לו רשות למכרה, דיש אפשרות כזו אצל האומן שיוכל למכור טלית הנמצאת בידו, וכיון שיש אפשרות כזו, תלינן שכך הוה, משא"כ בבית האבל ובית המשתה, שאין היכי תימצי שיבקש משהו מבעל השמחה למכור טליתו, ודאי אסור לו להשתמש בטלית, וז"ל הרמ"ה: "וכשאבדה טליתו של זה, יהב ליה האומן טלית אחרת תחתיה על מנת לשלם דמיה לבעלים, דהא אית ליה רשותא לזבונה. וכיון דאיכא למימר דכי יהיב ליה אומן האי טלית אחריתי להאי, מדעת קא יהיב ליה וברשות הבעלים קא עביד - ישתמש בהן. אבל סיפא דמיירי בבית האבל או בבית המשתה, דודאי כי יהיב ליה טלית דלאו דיליה בטעות קא יהיב ליה, לא ישתמש בהן". ומבואר דכל שיש היכי תימצי שאינו בטעות ואינו גזילה, לא תולים בטעות, ויכול להשתמש, אף שאם יבואו בעלים ויטענו שלא נתנו רשות, עליו להחזיר, וכמש"כ בריטב"א.

עוד נמצא בראשונים לענין נתחלפו לו כליו בבית המשתה, אם יכול להחזיק את מה שלקח בטעות, עד אשר יחזירו לו את שלו. תה"ד (סי' שיט) דן בראובן ושמעון שנתנו סדינים לכובסת, וכשהחזירה להם הסדינים, החזירה לראובן סדין אחד פחות ממה שנתן, אך נתנה לו סדין אחר, ובא שמעון ונתן סימנים שהסדין הוא שלו. וראובן טוען שהכובסת נתנה הסדין במקום סדינו, ומי שיחזיר לו את שלו, יקבל את הסדין. וכתב תה"ד דהדין עם שמעון, דדבר פשוט הוא שלא יכול ראובן לעכב הסדין במקום הסדין שלו, דכיון דידוע ומכיר שאינו שלו ושמעון נתן בו סימנים, הוברר הדבר שהכובסת גנבה לראובן סדין שלו, ונתנה לו של שמעון במקומו בכוונה או על ידי טעות. והרי זה כהא דב"ק קיד,א: נטלו ליסטים כסותו ונתנו לו כסות אחר, הרי הוא שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהן, וא"כ כל שאין יאוש בעלים, אינו יכול לעכב את של חבירו. והביא ראייה מסוגיא דידן, דכל היכא שבא לו ע"י החלפה ואין לומר שנתן לו למכור, לא ישתמש בהם, וכל שכן שלא יחזיק בשל חבירו. וכיון שאפשר שכל מה שנתנה הכובסת הוא בגזילה, דהכובסת הפסידה לראובן הסדין שלו וגזלה לשמעון את שלו, ונתנה לראובן משום דקרבה נפשיה לגביה טפי או יראה מפניו. והוסיף תה"ד, דלא רק שלא ישתמש, גם אסור לו לעכב ולהחזיק הסדין עד שיביאו את שלו: "דאם איתא דמצי לעכובי בחלופו עד שיחזיר לו את שלו, הו"ל למיתני ברישא הרי זה ישתמש בהן עד שיבא הלה ויחזיר לו את שלו. מדתני עד שיבא הלה ויטול את שלו, משמע דלעולם נוטלו בין יחזיר בין לא יחזיר. ובסיפא נמי הו"ל למיתני ה"ז לא ישתמש בהן עד שיבא הלה ולא יחזור לו את שלו. ואף כי דין זה אין צריך ראייה כל כך. ולא מיבעיא היכא דראובן ידע בודאי שאין הסדין

שלו, אלא אפי' אי הוה מספקא ליה, ושמעון נותן סימנים מובהקים שהסדין שלו, נתברר הדבר שנתחלף ע"י טעות או גזילה ולא מצי מעכב, ולפי שראיתי המון עם טועין בפשיטות בדין זה, כתבתי הנראה לע"ד". ולפ"ז מבואר שלא רק שלא ישתמש, גם לעכב בידו אינו רשאי.

ומהתוס' בסוגיא (ד"ה וכי) מבואר לכאורה שיכול להחזיק בטלית, עד שיביאו לו את שלו, וז"ל התוס': "... אבל אם לא היה עשוי לומר לאומן למכור, לא היה מותר מחמת שטעה אומן ונתן את שלו לחבירו, דהוי כנתחלפו לו בבית האבל או בבית המשתה וסופו שיחזיר חבירו את שלו לאומן, ויחזור ויתבע ממנו טליתו". ומזה שלא כתבו התוס' שחייב להחזיר מיד הטלית לאומן אלא שסופו שיחזיר חבירו את שלו ויתבע טליתו, מוכח דקודם התביעה אין צריך להחזיר לאומן, דלכאורה היה צריך להחזיר הטלית לאומן כדין השבת אבידה, על הצד שאין אדם עשוי לומר לאומן למכור טליתו. וראיה זו הביא הב"ח חו"מ קלו"א, דשמעינן מלשון התוס' דיכול להחזיק בטלית שנתן לו האומן עד שיביאו לו את שלו. ולדברי הב"ח הסכים הש"ך קלו"א, דדבריו פשוטים, דכשנודע שנאבד שלו, צריך להחזיר הטלית לאומן מיד, ודמי לנתחלפו לו כליו בבית המשתה. והגר"י אברמסקי זצ"ל (חזון יחזקאל ב"ק י"א) הביא דמהירושלמי מבואר, דאף באומן שהחליף טליתו, שמותר לו להשתמש בטלית, על מקבל הטלית מוטל ללכת ולחפש כליו, כדי שלא יצטרך להשתמש יותר מדי באינו שלו. ועיי"ש שהגירסא בתוספתא שם דבבית האבל ובית המשתה, ילך הוא מיד ויבקש את כליו, דכיון שאינו רשאי להשתמש בהם, חייב לחפש כליו ולא ישתמש בכלי האחר, ומשמע לכאורה שאינו רשאי לעכבם. ועיי"ש במנחת בכורים דילך לחפש כליו, אם רוצה להשתמש בכליו, אבל אינו בדין חזרה להחזיר מה שנתנו לו.

ודברי תה"ד הנ"ל הביאם היש"ש ב"ק י"כו, וכתב דמצא במרדכי ארוך (סי' קמ) שכתב בענין כובסת נכריה, שהיתה מכבסת בגדים לכמה יהודים, ואיבדה סדין. והכובסת נטלה סדין משאר היהודים, ונתנה תמורת סדין הנאבד. והורה המרדכי להחזיר הסדין, שהרי אותם בעלי הסדין לא התיאשו, ועדיין מרדפים אחר הכובסת, וצריך להחזיר לבעלים בחינם, דקיי"ל בב"ק קטו"א, גנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהקיפו, לא עשו בו תקנת השוק, וצריך להחזיר לבעלים בחנם. אולם אם הכובסת משכנה את הסדין, עשו תקנת השוק במשכנתא, וצריך להחזיר הדמים לבעלים. וכדברים אלה נמצא בתש' בנימין זאב (סי' שפ"א): "בדידי הוה עובדא, בהיותי בוונזי"א בפונדק שהיו שם ישראלים, ונתנו בגדיהם לכובסת גויה לכובסת, ואני הצעיר בנימן עמהם, וכשהביאה הגויה הבגדים מגוהצין, הולכיה לכל אחד ואחד הבגדים בחדר שלו, וכשהביאם אצלי נחסר לי מנכסי נכס אחד, והלכתי בחדר החברים ומצאתיו בנכסי רבי מתתיה. אמנם היה חסר לו מנכסיו נכס א, והביאה לו הגויה השלי תמורת השלו,

ורבי מתתיה מחזיק השלי בעד השלו, הדין עם מי". והביא הבנימין זאב ראה דהדין עמו מדין גנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהיקפו, לא עשו בו תקנת השוק, וכיון שבנימין נותן סימנים מובהקים דהחפץ שלו הוא, והתברר שהתחלף בחפץ רבי מתתיה, וגם רבי מתתיה מודה שהוא של בנימין אלא שמחזיקו בעבור החפץ שלו, לא מצי מעכב של חבירו בעד שלו.

ב. אופנים שיכול להשתמש

על דברי תה"ד הנ"ל, כתב הט"ז (חור"מ סי' קלו), דאם נתנה לו הכובסת סדין אחר במקום הסדין שלו, ואינו יודע של מי הסדין, ומונח אצלו זמן רב שאי אפשר לבני אדם שלא יחקור אחר שלו, ודאי הבעלים התיאשו ממנו, והכובסת סילקה את הבעלים בדמים. דמש"כ בתה"ד דחייב להחזיר, מיירי בשנים הבאים לפנינו וטוענים שיחזיר לו, משא"כ באם לא בא אדם ודרש וחקר אחר הסדין שלו, אמרינן ודאי סילקה הכובסת אותו כל שנשתהה. ונראה דמה שנצרך הט"ז לומר דמיירי בסילקה הכובסת אותו בדמים, דאל"כ לא מהני יאוש, דהוי יאוש שלא מדעת, וע"כ הצריך הסברא שהכובסת פייסה אותו בדמים. ולפ"ז מציאות של בגד המונח זמן רב, לאחר שהתחלף בבית האבל או בבית המשתה, לא מהני מה ששהה זמן רב, כיון שאין מי שיפייסנו בדמים.

ובקצוה"ח קלוב, הקשה על הט"ז, דכיון דקי"ל שינוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה דבאיסורא אתי לידיה, א"כ אפי' זמן רב וממושך שהסדין בביתו לא מהני. ומש"כ הט"ז דהכובסת סילקה את הבעלים, נראה שהוא טעם נוסף על הטעם של יאוש. וגם על טעם זה חלק קצוה"ח, דאפי' סילקה אותו בדמים, כל שהסדין ישנו בעין, חוזר לבעלים (ב"מ לה, א). ועוד, דמנין לנו שסילקה אותו בדמים, שמא פטרה עצמה בטענת אונס. ואפילו לדעת הפוסקים בחור"מ סי' רצה דשילם קנה הבהמה, היינו דוקא בשילם מדעתיה ולא אטרחיה לבי דינא, ושמא לא סילקה בדמים עד דאטרחיה לדינא. ולכן הסיק דלא כט"ז, וחוזר הסדין לבעלים אא"כ ידוע שנתייאש מריה מיניה קודם שננתה לזה. גם בנתיבות קלוב, כתב דסברת הט"ז דחוקה, דהיכן מצאנו שאם אין הבעלים מרדפין ודאי התיאשו. וכתב דאפשר דסברת הט"ז, דכיון שאינה מכבסת רק לבני העיר, ודאי אילו לא סילקה את האחרים, היה נשמע הרדיפה. וגם אם לא היה תחת יד הכובסת קודם שבא לידו זמן רב, היה נשמע הרדיפה, ובודאי הוא זמן רב תחת יד הכובסת עד שאינו נשמע שוב הרדיפה, ומקודם שבא לידו הוי היאוש. ונפק"מ מדברי הנתיבות, אם היה קודם זמן רב הטלית באולם השמחות, שבוע או שבועיים, שלא יתכן ולא ינסו לבדוק מה קורה עם הטלית

שהשאיירו, ואח"כ בא אחר ולקח, מסתמא היה כאן יאוש. אבל בנדו"ד שלקח עוד קודם זמן שיכולים לרדוף, הוי יאוש שלא מדעת, ובאיסורא אתי לידיה.

ועיין פסקי ריא"ז (ב"ב ג,ו,יא) שפסק וז"ל: "נתחלפו לו בבית האבל ובבית המשתה אסור להשתמש בהן, אע"פ שאין הבעלים שואלין אותן". ונראה שכוונתו על אופן שכתב' לעיל, שאף אם היו ביד המחזיק ימים רבים, הוי יאוש שלא מדעת, וגם אין בזה סברא שאולי משהו נתן לבעלים כסף תמורת הכלים, דסברא זו לא שייכת בבית האבל ובית המשתה, ולכן אפי' הבעלים אינם מרדפים, אסור לו להשתמש בהם, דכיון דבאיסורא אתי לידיה, אין סברא להתיר מחמת יאוש. או י"ל כסברת הנתיבות הנ"ל, דמה שלא מרדפים, לא מצאנו שיחשב כיאוש.

ועיין בערוה"ש (חו"מ קלו,ב), דהמנהג במקום שרבים מתאספים שם ומניחים המנעלים העליונים בפרוזדור, ובצאתם יחליפו זה בזה, שאין מקפידין בדבר ומשתמש כל אחד בשל חבירו עד שיפגוש בעל המנעלים ויחליפו חזרה, ואין בזה חשש גזילה שכך נהגו. ועיין בכסף הקדשים, ולכאורה הן הדברים. אולם נראה שאין נדון המנעלים שייך לנדו"ד, דטלית אינה דומה לנעלי מרחץ, שבהם אין קפידא כ"כ, משא"כ בטלית, אדם בדר"כ מקפיד להשתמש רק בטלית שלו. ואף שכל הטליתות דומות, ויכול ליתן הטלית לניקוי יבש, וממילא לא יהיה נפק"מ בטלית שלו או של אחר, אא"כ מדובר בשינוי בגודל הטלית, מ"מ דרך בני אדם להקפיד בטלית, רק אפשר שאחר זמן מתאישים, אך בנדו"ד באיסורא אתי לידיה ולא מהני היאוש. (ולענין שואל שלא מדעת אי הוי גולן מדאורייתא או מדרבנן, עיין בדבר יהושע, לגרי"מ ארנברג זצ"ל, ח"ג חחו"מ סי' ט, מש"כ בזה).

ג. דרך להשתמש כשבאיסורא אתי לידיה

וכיון שבאיסורא אתי לידיה, יש לדון אם יכול להשתמש בחפץ, כפי שלכאורה יכול להשתמש בחפץ לא יחודי שבא לידו קודם יאוש, ע"י שישום דמי הטלית, וירשום בפנקסו שאם יבוא בעל הטלית, יתן לו דמיה. איתא בב"מ כט,ב: אמר שמואל, המוצא תפילין בשוק, שם דמיהן ומניחן לאלתר. מתיב רבינא, מצא ספרים, קורא בהן אחד לשלשים יום, ואם אינו יודע לקרות, גוללן. גוללן אין, שם דמיהן ומניחן לא. אמר אב"י, תפילין בי בר חבו משכח שכיחי, ספרים לא שכיחי (בבית פלוני העושה תפילין מצויין לימכר, ויחזור ויקנה מן הדמים – רש"י). ומבואר בגמ' שאם מוצא תפילין, אף שיש בהם סימן וחייב להחזיר, כיון שהבעלים לא מקפידים דוקא על תפילין אלו, ומצוי בשוק לקנות תפילין אפי' מהודרות, שם המוצא את דמיהן (היכן שם ומה יעשה בשומא, יתבאר להלן), ומשתמש בתפילין לאלתר. והכי איתא נמי

בכ"מ כח, לענין טפול באבידה, על הא דתנן דבר שעושה ואוכל, יעשה ויאכל, והקשתה הגמ' וכי לעולם יטפל באבידה, אמר רב נחמן ב"ר שמואל, עד יב חודש. תניא נמי הכי, כל דבר שעושה ואוכל, כגון פרה וחמור, מטפל בהן עד שנים עשר חדש, מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן [מוכרן, ומניח הדמים אצלו – רש"י]. עגלים וסייחין מטפל בהן שלשה חדשים, מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן, אווזין ותרגולין מטפל בהם שלשים יום, מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן. (ומבואר ברש"י דמניח הדמים אצלו, ועיין להלן). ואף שלכאורה היה מקום לומר ששם הדמים ומניח הדמים, הנה בכח,ב איתא ומניחן. ובכט,ב איתא ומניחן לאלתר, והיינו התפילין, וכמש"כ הרמב"ם והשו"ע (להלן).

ויש ללמוד מזה לכל דבר שניתן לקנות בדמים בשוק ומצוי הוא לקנותו, שיכול לשום דמיהם ולהשתמש, משא"כ כשמוצא תכשיט בעל עיצוב מיוחד וכיוצא"ז, שאין למצוא בשוק כמותו, או דבר שאפשר שהוא בעל ערך נוסטאלגי, שממילא יש בהם סימן, ויהא מונח עד שיבוא אליהו. ובתפילין ובדבר המצוי, אף שיש סימן, אמרינן דהבעלים לא מקפידים על החפץ כיון שמצוי לקנותו, וסגי להו בדמים, וע"כ שם דמיהם ומשתמש בהם. וכך פסק הרי"ף (ב"מ טז,ב בעמוה"ר), וכן הרא"ש ב"מ ב,יח; "ואין צריך לטפל בהן ולשומרן שלא ירקיבו כמו בספרים ובשאר אבדות, דתפילין שכיחי בכל עידן בבית האומן, אבל שאר אבדות אדם חפץ בשלו יותר". וברמב"ם הל' גזילה ואבידה יג,יד גם פסק כן; "... שדבר מצוי הוא ביד הכל ואין עשויין אלא למצותן בלבד". והכוונה שכיון שעשויים רק למצוותם, לכן אין מקפיד בזה, והוא הדין בכל דבר שאין דרך בני אדם להקפיד וכו"ל. ובשו"ע חו"מ רסז,כא לא הזכיר מדברי הרמב"ם שאינם עשויים אלא למצוותם, ובסמ"ע רסז,ל תמה עליו ועל הטור שהשמיטו. ואפשר שהכל חד טעמא, דכיון שאינם עשויים אלא למצוותם ומצוי בשוק לקנות, ע"כ לא מקפיד דוקא בזה, והוא הדין בכל דבר שערכו הוא רק ממוני ומצוי לקנות כמותו, דהיה אפ"ל דתפילין מעונין דוקא במה שכבר הניח וכו', ע"ז השיב בתפילין כיון שאינם עשויים אלא למצוה אין כאן קפידא דוקא בתפילין אלה. (ועיין בחכמת שלמה לגר"ש קלוגר חו"מ רסז,כא שהקשה על הסמ"ע, דהא כל דבר המצוי בשוק אין השומר צריך להשבע שאינו ברשותו, ואם כסמ"ע שיש קפידא, אמאי אינו צריך להשבע).

וכן נראה מדברי הפלפולא חריפתא ב"מ ב,יח אות ד; "דכיון שאין עשויין להתנאות ולא לשום דבר אחר אלא למצותן, מה לו באלו מה לו באחרים, משא"כ בשאר אבדות שיש בהם צד ההנאות, אדם חפץ שלו ביותר, לפי שמה שהוא שלו כבר מצא חן בעיניו ומתנאה בו, וכ"ש דבר שיש בו צד שימוש". הרי שכל דבר, גם אם מצוי לקנות בשוק, מצריך שיקול דעת אם יכול להיות שהמוצא ירצה דוקא בקב

שלו, דהיינו שהחפץ בעל ערך עצמי ולא ערך ממוני. אמנם מדברי הש"ך עב, ח מבואר דדוקא תפילין שאינם עשויים אלא למצותן, ובודאי ניחא להם לבעלים שישתמשו בהם, אבל שאר מילי לא, וכך פירש את לשון הרמב"ם הנ"ל. וז"ל הש"ך: "... ואדרבה נלפע"ד משם ראייה לדעת רבותיו, מדקאמר תפילין שם דמיהן ומניחן, ומסיק טעמא משום דמשכח שכחי לקנות, ולא קאמר כל מילי דשכחי שם דמיהן ומניחן, ומאי שנא תפילין דנקט. אלא ודאי דוקא תפילין, שהרי עשויין למצותן ולמה יהיו מונחים בקופסה בחנם, וניחא ליה לאינש דליתעבד מצוה בממוניה, והלכך כיון דשכחי לחזור ולקנות ואין לו הפסד, יכול לשום דמיהן ולהניחן. וכן מדוקדק לשון הרמב"ם פי"ג מהל' גזילה (הי"ד) והסמ"ג (עשין עד דף קנג ע"ד) שכתב, מצא תפילין שם דמיהן ומניחן שדבר מצוי הוא לקנות ואינן עשויין אלא למצותן בלבד, עכ"ל. ומה"ט יכול להשתמש נמי דרך עראי בתפילין וטלית של חבירו בלא ידיעתו...". הרי דדוקא דבר שהוא למצותו, דאמדינן לדעת בעלים דניחא להו בהכי, אבל בשאר דברים, לא אמרינן שיכול להשתמש בהם אחר השומא. אמנם מהטור והמחבר שהשמיטו טעם הרמב"ם י"ל דהוא הדין לכל דבר דשכחי לקנותו.

אמנם מצאנו ראשונים שפירשו שמוכר החפץ, ומניחן פירושו – מניח הדמים ברשותו, כך הביא הרמב"ן בחידושו לב"מ כתב, וז"ל: "הא דאמרינן שם דמיהן ומניחן, ולא חייבו אותו למכרו לאחר משום חשדא כדאמרי' (לח, א) גבאי צדקה שאין להם עניים לחלק פורטין לאחרים ואין פורטין לעצמם, משום דגבי מוצא מציאה ליכא למיחש לחשדא, שאם רצה לא היה מכריז ומחזיר כלום, ועוד שלא הטריחו באבידה יותר מדאי מפני תקון העולם. אבל בהלכות רבינו ז"ל ראיתי שהוא גורס בהך ברייתא בתרייתא גבי עגלין וסייחין ואווזים ותרגולים, מכאן ואילך מוכרן בב"ד, ובשאר שם דמיהן ומניחן, ולא איתברר לן אי דוקא הוא, ופי' שם דמיהן ומניחן לאלתר דאמרי' גבי תפילין כך הוא, שם דמיהן לאלתר ומניחן, כלומר מניח הדמים ברשותו עד שיבואו בעלים, כיוצא בו מלקין אותו וישן לאלתר (נדרים טו, א) שפירושו מלקין אותו לאלתר וישן כשירצה, ולא ידעתי למה פירש"י ז"ל מניחן בראשו, ושינה זה מכל אותן דאמרינן למעלה שפירושו מניח הדמים ברשותו". (וענין אם מוכרן לאחרים או לעצמו, עיין להלן). וכן הוא בר"ן, עיין בשטמ"ק כאן בסוגיא, וכן ברשב"א הביא ב דעות אם מניח הדמים אצלו ולא ישתמש, או שיכול גם להשתמש בדמים או להשתמש בפרה ובחמור, ולהבדיל להניח התפילין, וז"ל: "והא דקתני בברייתא שם דמיהן לומר שהוא שם דמיהן ומוכרן שלא בב"ד, אבל בהלכות הרי"ף ז"ל גריס מכאן ואילך מוכרן בב"ד, והא דקתני שם דמיהן ומניחן איכא למימר דמניחן אצלו שלא ישתמש בהן קאמר וברייתא כר' עקיבא, וא"נ מניחן אצלו ומשתמש בהן קאמר. ובתוספות פי' דאפשר לומר דהאי מניחן אפרה וחמור קאי, כלומר שמניחן אצלו והן שלו, והא

נמי דקאמר שמואל לקמן המוצא תפילין שם דמיהן ומניחן לאלתר, ה"נ קאמר שם דמיהן ומניחן בראשו לאלתר, ומיהו התם נמי אפשר לפרש שם דמיהם לאלתר ומניח הדמים אצלו...". ובשטמ"ק ב"מ כח,ב הביא מגליון תוס' דאפשר לפרש גם דברי שמואל ששם הדמים ומוכרם, ומניח הדמים אצלו ולא ישתמש בהם, ודוקא בעלי חיים דטרח בהן, יכול להשתמש בדמים, משא"כ תפילין שלא טרח בהם, הרי זה כדמים שמצא, שאסור לו להשתמש.

והרא"ש בהט"ז הביא מחלוקת רש"י ותוס' לענין מוכר הבהמה ושם דמיהם, דשיטת רש"י דשם דמיהם ומניח הדמים אצלו, ושיטת התוס' דשם דמיהם ומניח הפרה והטלית, ואף לעצמו יכול לשום. ולא דמי לגבאי צדקה דאמרינן לקמן בפ' המפקיד (לח,א) דאין פורטין לעצמן, דכיון דמשיב אבידה הוא לא חשדינן ליה; "תדע דלא בעינן שישומם בב"ד כדלקמן גבי פקדון שצריך למכרו בב"ד. וכן לקמן (ט,ב) גבי תפילין דאמר שמואל שם דמיהן ומניחן לאלתר. היינו מניחן בראשו דאין לפרש מניח הדמים אצלו, דהא שמואל פוסק כר"ט בדמי אבידה. ומיהו איכא למימר דדמי תפילין כמעות דמי הואיל ולא טרח בהו. ומסתברא כפירוש התוספות דלא תיהוי הך ברייתא דלא כהלכתא". ולפ"ז ס"ל לרא"ש כתוס' (עיין בתוס' פסחים יג,א סד"ה מאי לאו, דבמשיב אבידה אין חשד, ע"כ אין צריך בית דין), דאף לעצמו יכול לשום ואין צריך למכור לאחרים ולהניח המעות אצלו, ואינו צריך לשום בב"ד אלא שם לעצמו (ועיין פ"ח שם אות ע). וברמב"ם לענין תפילין (גו"א יד,יד) לא כתב ששם בב"ד, אבל שם בהל' טז לענין מצא עגלים וסיחין, שמטפל בהם שלשה חדשים וכו'; "מכאן ואילך מוכרן בבית דין, וכן פירות שהתחילו להרקיב וכיוצא בהן מוכרן בבית דין". והמחבר בשו"ע חו"מ רסז,כא ורסז,כד נקט כלשון הרמב"ם, והרמ"א בסע' כד הגיה מדברי הרא"ש דא"צ בב"ד אלא יכול לשומן ולקחתם לעצמו, עיי"ש. ובסמ"ע רסז,לז כתב דגם בתפילין צריך למכרן בב"ד, ותמה על הרמב"ם שלא הזכיר כן בתפילין.

ועיין בשטמ"ק ב"מ כח,ב שהביא ראשונים רבים (רבינו יונתן, תוס' שאנץ ועוד), וברמב"ן וברשב"א שהביאו את מחלוקת הראשונים אם שם לעצמו או בב"ד, ואם מניח הדמים. וכנ"ל דדעת המחבר בתפילין שלא הזכיר בב"ד, ובדבר שטפולו מרובה כתב שמוכרן בב"ד, והרמ"א פליג. ועיין באגרות משה (תחו"מ ח"ב סי' מה), שכתב: "וכשמצא דבר שאין בו סימן ונסתפק אם הוא קודם יאוש, מחוייב לקחתו ואחר זמן שמחוייב לטפל בו יכול לרשום בפנקסו מה שמצא. והוא הדין בדבר שיש בו סימן ירשום כל סימנים וירשום גם שוויות האבידה אם הוא ידוע, ואם לאו צריך לשומו בג' אנשים יודעים שומת איזה דברים כאלה, ואז יכול להשתמש בו לעצמו.

וזה מה שיש לעשות בכל מקום שאמרינן יהא מונח עד שיבוא אליהו, שממה שכתב יוכל לברר הדבר לכשיתבקש".

ע"כ נראה דהדרך הראויה, שיפנה המוצא לגבאים של בית המדרש ויודיע להם שאם יפנה אדם ויחפש טלית שאבדה, שיפנו אליו, בנוסף למה שתלה מודעה במקום בולט בבימ"ד (ואם מדובר בבימ"ד גדול, ראוי לתלות יותר ממודעה אחת, בהתאם לגודל המקום), ואם לאחר החגים לא פנה איש (דודאי בתקופת החגים שם לב שאין הטלית שלו, ואם שם לב אח"כ, לא יזכור היכן יכול להיות שהחליף הטלית), יכול לנהוג לפי הדין של שם דמיהם ומניחם, דהיינו שיכתוב בפנקסו סימני האבידה ושוויה, ויכול להשתמש בטלית.

לאמור לעיל יכול להשתמש בטלית, בכפוף לכך שיכתוב בפנקסו סימני האבידה ושוויה.

סימן כה

בחיובי משכיר כלפי שוכר

ראשי פרקים

א. מעשה אומן ומעשה הדיוט

ב. בית זה ובית סתם

ג. מנהג מדינה

בדו"ד בין משכיר לשוכר, עלתה בין השאר טענת שוכר כי על המשכיר לנקות את המזגנים בקיטור. השוכר גר בדירה כשלוש שנים, ולדבריו המזגנים לא נותנים תפוקת קור ראויה, והפתרון לכך הוא לנקות את המזגנים באמצעות קיטור. ונחלקו הדיינים אם מנהג המדינה שעל המשכיר לבצע את הנ"ל. אחד טען דכיון שצריך להשכיר לו דירה שבה מזגן תקין שפועל כראוי כפי שסוכם ביניהם, וכיון שהניקוי בקיטור הוא מעשה אומן, שאין יכול לעשות אלא איש מקצוע, ומקובל לעשות כן אחת לכמה שנים, הרי שהחובה מוטלת על המשכיר. ואחר טען, דכיון שמדובר בכלאי טבעי, הרי כל עוד המזגן פועל ומקרר, אינו חייב לתת לו אחר או לתקן, והגברת התפוקה היא ענינו של השוכר, ואם רצונו בכך, ישלם מכיסו (ובתום השכירות יהיה מקום לדון לזכותו מדין יורד, אם יהיה בסמוך ונראה לפעולת הניקוי). ולא ניתן היה לברר מה מנהג המדינה, דאינו שכיח אלא בתקופת שכירות ארוכות.

והסתפקתי מה יהיה הדין כשיש ספק מהו מנהג המדינה, אם נהוג שהשוכר חייב או המשכיר, האם בספק כשאינן מנהג המדינה ידוע אזלינן בתר הכלל המחלק בין מעשה אומן להדיוט (וכפי שיובא להלן), או דינו ככל ספק, שעל המוציא עליו הראיה.

א. מעשה אומן ומעשה הדיוט

תנן במשנה ב"מ קא,ב: המשכיר בית לחבירו, המשכיר חייב בדלת בנגר ובמנעול ובכל דבר שמעשה אומן, אבל דבר שאינו מעשה אומן, השוכר עושהו. ובגמ' שם: תנו רבנן, המשכיר בית לחבירו, משכיר חייב להעמיד לו דלתות, לפתוח לו חלונות, לחזק לו תקרה (אם התליעו הנסרין – רש"י), לסמוך לו קורה (אם נשברה אחת מהן). ושוכר חייב לעשות לו סולם, לעשות לו מעקה, לעשות לו מרזב (כל גגותיהן טחין בטיט, ומשופעין מן ארבע צדיהן, וסומכין נסרים לכותל אצל הגג

להרחיק המים מן הכותל, וכשנפלה אחת מהן, הדיוט מחזירה), ולהטיח את גגו. בעו מיניה מרב ששת, מזוזה על מי. מזוזה, האמר רב משרשיא מזוזה חובת הדר היא. אלא מקום מזוזה על מי. אמר להו רב ששת, תניתוה, דבר שאין מעשה אומן, השוכר עושהו, והאי נמי לאו מעשה אומן הוא, אפשר הוא בגובתא דקניא. ומבואר במשנה ובגמ' דיש לבחון כל תיקון אם הוא מעשה הדיוט או אומן, דמעשה אומן על המשכיר לתקן או לעשות, ומעשה הדיוט, על השוכר לעשות. ודברי המשנה והגמ' הובאו להלכה ברי"ף בסוגיא (נטא, מעמוה"ר), ברא"ש הכ"ז, וכן פסק הרמב"ם בהל' שכירות ו,ג: "המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות, ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו, ולחזק את התקרה, ולסמוך את הקורה שנשברה, ולעשות נגר ומנעול, וכל כיוצא באלו מדברים שהן מעשה אומן, והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות. השוכר חייב לעשות מעקה ומזוזה ולתקן מקום המזוזה משלו, וכן אם רצה לעשות סולם או מרזב או להטיח גגו, הרי זה עושה משל עצמו". וכן פסק בשו"ע חו"מ שיד,א.

והמעין בדברי הרמב"ם יראה שהוסיף על החילוק ביו מעשה אומן למעשה הדיוט, דחויב המשכיר הוא רק בדבר שהוא עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות, ולכאורה חילוק זה לא נזכר בגמ'. וחילוק זה נזכר גם בדברי המאירי. ונראה שם מדבריו דהסוגיא מיירי בלא ראה השוכר את הדירה קודם השכירות אלא שכר סתם, ובזה נראה דהכל תלוי גם בעיקר ישיבת הבתים, שבית סתם פירושו וענינו הוא בית הראוי לדירה באופן שהוא עיקר ישיבת הבתים, חייב להעמיד לו את עיקרי הדברים, וכן לתקן מה שהתקלקל. והחויב של המשכיר לעשות או לתקן עיקר ישיבת הבתים הוא דוקא אם הוא מעשה אומן, וז"ל: "שאם לא ראה השוכר את הבית קודם ששכרו ולא התנה עמו היאך יתקנהו לו אלא ששכר סתם, משכיר חייב להעמיד לו דלתות הראויות לבית, ולעשות לו מנעול ונגר, הוא מין ממיני סגירת השער שתוחבין בנקב האסקופה, וכן יתבאר בגמרא שחייב לו לפתוח לו חלונות, אם הבית צריך לאורה ... וכן הדין בכל אלו אם שכרן והיה הכל ראוי ודר שם הרבה ונתקלקל, שהמשכיר חייב לו לתקנם, ואם תקן שוכר מעצמו, מנכה לו מן השכירות. וכן הדין בכל דבר שהוא מעשה אומן ושהם עיקר גדול בישיבת הבתים, אבל כל שאינו בדרך זה, שוכר עושהו משלו". ולפי דברי המאירי היה נראה לבאר, דאם ראה קודם את הבית וכך שכרו, אף אם אין זה עיקר ישיבת הבתים, מ"מ יש על המשכיר חויב לתקן אם הוא מעשה אומן, דאם ראה את הבית ושכרו כמות שהוא, על דעת כן שכרו. משא"כ אם לא ראה ולא שייך לומר שעל דעת כן שכרו, בזה דוקא בדבר שהוא עיקר ישיבת הבתים. וצ"ל, דהמשנה מיירי בראה, ולכן תלתה המשנה והברייתא במעשה אומן, והרמב"ם והמאירי הוסיפו דבלא ראה, יש לתלות בעיקר ישיבת הבתים ובמעשה אומן.

אלא שאם נפרש כך בדברי הרמב"ם, צ"ב מש"כ הרמב"ם; "... ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו", דבמשנה לא מבואר דוקא בנתקלקלו. והרי חלונות שצריך לאורה, פשיטא שחייב לפתוח בכל ענין, אם אין מספיק אורה בבית, דבית בלא אורה אינו כלום (עיין רא"ש ב"ב א, כ), אלא מיירי בחלונות מעבר לאורה הנצרכת, וא"כ אין כאן עיקר דירה, מה שצריך לפתוח, מפני שעל דעת כן שכו, ולפ"ז צ"ל דמיירי שראה הבית קודם שכירותו. וזה אינו כפירוש המאירי דמיירי בלא ראה המושכר. ועיין בנימוק"י (ב"מ נט, א, מעמוה"ר) מש"כ בזה. ודברי הריטב"א בסוגיא שחילק בין בית סתם לבית זה, אינו ענין לסברא הנ"ל, דהריטב"א מיירי שלא אמר לו בית זה, דבבית זה אם נפל אזלא ליה, אלא מיירי שלא הזכיר בית זה. ושם בריטב"א הביא מהראב"ד, וז"ל: "דמיירי בבית אפל שצריך לאורה, ע"כ, ואע"ג דבשעת שכירות נכנס שם שוכר וראה שלא היו שם דברים אלו, לא אמרין ראה וניפייס, דכיון דלדירה אמר ליה ולא חזיא לדירה אלא בדברים אלו, הרי הוא כאילו התנה בפירוש". ולראב"ד מיירי שחייב לפתוח לכתחילה, ואף בראה שאין שם אורה, דבית בלא אורה לא ראוי לדירה. אולם הרמב"ם שכתב דמיירי בנתקלקלו, צ"ל אפי' ראוי לדירה בלא חלונות אלו, מ"מ החלונות הם מעיקרי הדירה, גם אם הם רק תוספת אורה, רק כשרואה לכתחילה את הבית שיש בו מספיק חלונות לדירה, אינו יכול לתבוע שיפתח, ומה שכבר היה במקום והוא תוספת, אף ששכר סתם ולא ראה אותם בתחילה, מ"מ השכירות היא על דעת כן, והם חלק מעיקרי הדירה. לכן חייב לתקן אם התקלקלו, אך אינו חייב לפתוח חלונות לתוספת אורה, כשבבית יש כבר אורה המספיקה לדירה והבית ראוי לדירה.

ועיין בסמ"ע שיד, א, שהביא מהטור שהביא מהראב"ד, דאפי' יש בבית אור רב, אם יש בבית חלונות שנסתמו ולא נפרצו פצימיהן, צריך לפותחן לו. וכתב הסמ"ע דאפשר שכן דעת הרמב"ם והמחבר במה שכתבו לפתוח החלונות שנתקלקלו. ונראה שהסמ"ע מפרש שהחלונות התקלקלו עוד לפני השכירות, ואפי' ראה את החלונות בזמן השכירות שהם סתומים, ואפי' אין צריך החלונות לאור הבית המינימאלי, מ"מ כיון שלא פרץ פצימי החלונות, חייב לתקנם ולפתחם. ונראה דוקא חלונות שלא פרץ פצימיהם, משא"כ אם יש במקום אזור מקולקל אחר. דבחלונות שלא פרץ פצימיהם, הרי זה כחלון העומד להפתח, ועל דעת כן שכו. משא"כ בחפצים לא שמישים מחמת קלקולם, ויש לבחון בזה בכל דבר לפי ענינו. אולם בחלונות ס"ל לראב"ד כפשוט שהם עומדים לפתיחה.

והובאו לעיל דברי הריטב"א המחלק בין בית זה לבית סתם, דבבית זה אם התקלקל, אינו צריך לתקנו, משא"כ בבית סתם. וכן הובא בנימוק"י (ב"מ נט, א, מעמוה"ר):

"שאם במשכיר בית זה או בית פלוני איירי, חייב להעמיד לו בשעת שמכניסו לתוכו, מכאן ואילך נפל אזל ליה, ואם במשכיר בית סתם, חייב להעמיד לו כן כל זמן השכירות". והביאו להלכה הרמ"א חו"מ שיד,א. ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ז בטעם דברי הריטב"א, דכיון דאמר בית זה, לא שיעבד נפשיה אלא להעמיד בידו בשעה שיבוא לדור שם, ומשם והלאה אזדא לה במזלא דהשוכר. ובקצוה"ח שם ס"ק א הקשה בסתירת פסקי ההלכה, דבשו"ע שיב,יז פסק דדוקא כשנפל כולו, משא"כ אם הוא קיים אלא מסוכן לדור בו, חייב המשכיר לתקנו, ומקורו מתש' הרא"ש לה,ו, דאם הבית מסוכן, כיון שהוא קיים ומסתמא עומד לתקן שעדיין נקרא בית, מחוייב המשכיר לתקנו. ולפ"ז בנדון הריטב"א, גם במשכיר בית זה, כיון שהבית קיים אלא שנתקלקל המנעול והגג, ודאי שמו עליו ועומד לתקן, צריך לכאורה המשכיר לתקנו. והריטב"א אפשר דלא ס"ל כתש' הרא"ש, אולם בשו"ע פסק כרא"ש, והרמ"א אינו חולק שם, א"כ איך פסק כאן כריטב"א, אשר לכאורה נראה שהוא תרתי דסתרי עם תש' הרא"ש. ונשאר קצוה"ח בצ"ע, עיי"ש. ובדברי הרמ"א ציין שם המגיה והוסף לעיין בשו"ע שיב,יז. ועיין בגר"א שיד,ו, דהרא"ש חולק על הריטב"א. אך זהו ציון מהמגיה ולא מהרמ"א. ועיין עוד להלן אות ב.

ובעיקר מה שהקשינו במה שהוסף הרמב"ם שהם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצירות, דבר שלא נזכר בגמ'. ראיתי בדבר אברהם (ח"א לז,כ) שכתב לבאר בדברי הרמב"ם, שהיה קשה לרמב"ם שנגר ומנעול יהיו יותר מעשה אומן ממעקה סולם או מרזב, ומדוע לא יחייבו בזה את המשכיר. וע"ז כתב הרמב"ם, דאף שהם מעשה אומן, מ"מ הם הכרחיים לצרכי הגג, אולם הגג עצמו אינו הכרחי לצורך ישיבת הבתים, אף שהסולם והמרזב הם הכרחיים לישיבת הגג, ישיבת הגג גופה אינה עיקר ישיבת הבתים. ונפק"מ מדבריו, אם שכר להדיא גג, ובדוקא שכר דירה עם גג, וגילה דעתו שכל רצונו בדירה הוא בדירת הגג, הרי גם דברים שהם הכרחיים לישיבת הגג והם מעשה אומן, יהיו לשיטת הרמב"ם בכלל חיובי המשכיר, כיון שבכה"ג ישיבת הגג היא ענין בפני עצמו, ואינה טפלה לדירה ללא חשיבות.

וסברא זו המחלקת דסולם לגג הוי מעשה אומן, ואין חיוב לעשותו מחמת שאין ישיבת הבתים תלויה בזה, כן מבואר מדברי הריטב"א בסוגיא לענין הסולם: "לעלות לגג דוקא, דאילו לעלות לעליה המשכיר חייב, דבלאו הכי לא מיתדר ליה, לא אמרו אלא בגג שתשמישו עראי ואין עיקר השכירות בו". הרי שעל השוכר לעשות סולם לא מחמת היות הסולם מעשה הדיוט אלא שהמקום אליו אמור להביא הסולם הוא מקום שאינו מעיקר תשמישי הדירה, ולכן ס"ל לריטב"א דעל השוכר לעשותו (וע"ע בנימוק"י ב"מ נט,א מעמוה"ר שהביא את הריטב"א, והסמ"ע שיד,ט). וכן מבואר ברבינו יהונתן, הובאו דבריו בשטמ"ק בסוגיא: "ואע"פ שיש מקצת מאלו שצריך מעשה

אומן, אפילו הכי השוכר עושהו, שאם ירצה להשתמש בגג כדי שלא יפול ממנו, יעשה לו מעקה, שאם לא היה אדם דר בו לא היה צריך למעקה". הרי דעצם הסולם יכול להיות מעשה אומן, אולם כיון שלא נועד הגג לדירה, רק השוכר רוצה לעלות לגג, על כן החיוב לסולם הוא על השוכר, אף אם הוא מעשה אומן. ולפ"ז מקור דברי הראשונים, הרמב"ם והריטב"א, לחלק בין דבר שהוא מעיקרי הדירה או לא, הוא מדברי המשנה בסולם, שמזה יש לחלק, שאף מעשה אומן, אם אינו מעיקרי הדירה, על השוכר לעשותו.

ונשאלתי בענין חיוב עשית סורגים בחלונות הדירה, כשטען השוכר שחייב לעשות סורגים לבטחון ילדיו הקטנים, והמשכיר סרב לעשות בטענה שכך היא הדירה וכך שכר מלכתחילה. דאף שסורגים הוא מעשה אומן, אין זה מעיקרי ישיבת הבתים, שהרי יכולים לדור גם בלא סורגים, ופוק חזי. רק לשוכר עצמו יש בעיה לבטחון ילדיו, ומראש ידע שבדירה זו אין סורגים. ורק אם היה סורגים והתקלקלו, על המשכיר לתקן, דעל דעת כן שכר הדירה, וכנ"ל שבכה"ג על המשכיר לתקן כל דבר שהוא מעשה אומן. משא"כ בשכר ולא היו סורגים, וכעת רוצה להתקין סורגים, שאין חיוב על המשכיר לעשות זאת. (ואם עשה השוכר הסורגים מכספו, יכול בתום השכירות לדון עם המשכיר מדין יורד, ויש לדון אם הוי שדה העשויה ליטע, ואם י"ל המשכיר טול עציץ ואבניך, ואכמ"ל, ועיין מה שכתבתי בח"ז לו/א).

ב. בית זה ובית סתם

והוזכרו לעיל דברי הראשונים והרמ"א בחלוקה בין בית סתם לבית זה, דבבית זה אין צריך לתקן, ובבית סתם צריך לתקן. וצריך ביאור מה החילוק המציאותי בין בית זה לבית סתם. אם מדובר שלשוכר ולמשכיר אין נפק"מ איזה בית ישכיר/ישכור, כמו למשל מי שבא לבית מלון שבו עשרות או מאות חדרים, שגם לתנאים המסוימים (קומה, פונה לנוף וכד'), יש עשרות חדרים העונים להגדרה, וזו הדוגמא לבית סתם, א"כ ודאי כיום כשבא לשכור דירה, הגדרתה היא כבית זה, ולא יצטרך המשכיר לתקן מה שהתקלקל במושכר. או נאמר שבית זה הכונה שאומר לו במפורש, אני משכיר לי הבית כמות שהוא, וכל דלא אמר כן, הרי זה כבית סתם. לפ"ז שכירות האידנא דינה כבית סתם. ואף שכתוב בחוזה שמשכיר לו הבית כמות שהוא, אין הכונה לעניני תיקונים וכד', אלא שלא יתבע תוספות שאין כיום בבית, כמו סורגים, וכדלעיל.

תנן במשנה ב"מ קג,א: המשכיר בית לחבירו ונפל, חייב להעמיד לו בית. היה קטן, לא יעשנו גדול, גדול לא יעשנו קטן, אחד לא יעשנו שנים, שנים לא יעשנו

אחד. לא יפחות מן החלונות ולא יוסיף עליהם אלא מדעת שניהם. ובגמ' שם: היכי דמי, אי דאמר ליה בית זה (אני משכיר לך – רש"י), נפל אזל ליה (הלך לו, מזלו גרם, ואמאי חייב להעמיד לו בית), אי דאמר ליה בית סתם, אחד אמאי לא יעשנו שנים, קטן אמאי לא יעשנו גדול. ואוקימתא בגמ', דאמר ליה בית כזה אני משכיר לך. ובפשטות י"ל ממהלך הגמ', דכל שרוצה דוקא הבית המסוים, ועושים חוזה על בית זה, הרי זה כדין בית זה המבואר במשנה ובגמ', דגם אם לא אמר לו זה ולא אחר, הרי שכל שהשכיר לו הבית המסוים ופרט מקום הבית וכו', ממילא הוי כבית זה ששייך לומר דבנפל אזל ליה, כיון ששכר הבית המסוים. דאם נאמר שבית זה הכונה שאומר במפורש בית זה, שיהיה משמעותו בית זה ולא אחר, גם ללא טעם של מזלו גרם אין צריך להעמיד לו אחר, דכך משמעות התנאי. אלא מיירי כנהוג בשכירות ימינו שהשכיר לו בית מסוים, אף שלא אמר להדיא בית זה, כך היא משמעות הדברים. ובית סתם הוא כאמור בשוכר חדר במלון וכד'.

ולפ"ז קשה מדלעיל, מדוע בשוכר ומשכיר צריך המשכיר לתקן במעשה אומן והשוכר בהדיוט, הרי בנפל אזל ליה ומזלו גרם. הרא"ש בתש' לה, דן במשכיר בית לחברו ואמר לו בית זה, ונמצאו בו קורות נוטות עד שהוא מסוכן לדור בו. ופסק הרא"ש דחייב להעמידם. דאע"ג דאמרינן בגמ' (ב"מ קג,א): אי דא"ל בית זה, אזדא ליה, מ"מ כל כמה דלא נפל, מספקא לן אי מדמינן ליה לההוא דלחזק לו תקרה ולסמוך לו קורה, שמשכיר חייב. והביא הרא"ש ראייה שחייב לתקן, מב"מ עט,א, מההיא דאמר רבא בר רב הונא, השוכר את החמור ומתה בחצי הדרך, דאי אמר ליה חמור זה, אם יש בדמיה ליקח – יקח. והעמידו כשאין בדמיה ליקח. ובתוס' שם (ד"ה ואם), כתבו לחלק בין בית לחמור, דחמור שמת, עומד לימכר ומצוי וראוי להיות חמור כבתחלה, לכן אם יש בדמיו ליקח – יקח, לשכור – ישכור. אבל בית שנפל, העצים והאבנים אינם עומדים לימכר, אלא מוסיף דמים ובונה בית אחר, וכיון דאמר ליה בית זה, לא קיבל עליו להוסיף דמים ויוציא בכנין זה כלום, ובית זה השכיר לו כל הזמן שיוכל לדור בו, וכי נפל, אזל ליה; "ומזה יש ללמוד, דאם נתקלקלו הקורות והתקרה, מסתמא עומד הוא ליתקן, ולא שייך למימר אזדא ליה, דעדיין נקרא בית אלא שמסוכן לדור בו, ודמי לההיא דחמור, הילכך חייב המשכיר ליתן". מבואר דבבית סתם שאינו חייב לבנותו, דכן יש לפרש בית זה, כל עוד הוא קיים, אבל בנתקלקל, הרי הוא קיים וחייב להעמיד לו ולתקן ולהחזירו לקדמותו, דהתנאי של בית זה יש לפרש כמות שהוא כעת, וממילא חייב לתקן, ורק בנפל כיון שאין כאן בית, הסתיימה השכירות.

וכדברי הרא"ש פסק המחבר בשו"ע חו"מ שיב"ז: "... ואם מעצמו נפל, אם אמר לו: בית זה אני משכיר לך, אינו חייב לבנותו ... ויש מי שאומר דדוקא

בשנפל כולו, אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו, חייב המשכיר לתקנו אם יש בידו שכירות מוקדם". ובסמ"ע שם ס"ק לב, העיר וחלק על מש"כ המחבר; "אם יש בידו שכירות מוקדם", דדברים אלה אינם בטור וברא"ש, וגם ברמב"ם בסוף פ"ה דשכירות לא נמצא. דלדברי המחבר יוצא, שאם כבר קיבל שכירות יותר מלפי ערך הזמן שדר בו, חייב המשכיר לתקנו מדמי אותה שכירות, משא"כ אם לא קיבל יותר דהיה יכול המשכיר לחזור בו ולומר צא ושכור לך דירה אחרת. אך כתב הסמ"ע דאין לו טעם כ"כ, דלכאורה כיון דשיעבד נפשו להשכיר לו בית זה ועדיין שמו עליו, עליו לתקנו. ובנתיבות שם ס"ק יא כתב לישב, דאינו מחוייב המשכיר להוסיף מביתו, כיון דרק בית זה שיעבד לו, רק מ"מ דמי השכירות מבית זה משועבד למושכר, דמבית זה אתי. ולזה כתב דאם כבר הקדים השכר, על המשכיר לתקן מדמי שכירותו שקיבל, וממילא מוכח דמכל שכן אם דמי השכירות ביד השוכר שיכול השוכר לתקן מדמי שכירותו, אבל להוסיף מביתו אינו חייב לתקן אם לא בבית סתם.

ומ"מ מדברי הרא"ש שפסק המחבר בחו"מ שיב"ז, הקשה קצוה"ח שיד,א, סתירה לדברי הרמ"א שיד,א. הרמ"א שם הביא מהריטב"א: "תקן המשכיר דברים אלו, ונשברו תוך ימי השכירות, אם אמר ליה בית זה, אין צריך להעמיד לו אחר. אמר לו: בית סתם, צריך לתקנו כל ימי השכירות". דסותרים דברי הרמ"א כאן לפסק השו"ע שיב"ז, והרמ"א לא חלק עליו שם, דכל החילוק בין בית סתם לבית זה הוא בנפל הבית ולא בנתקלקל. וכתב קצוה"ח דהריטב"א אפשר דלא ס"ל כרא"ש, אבל בשו"ע דפסק כרא"ש, והרמ"א אינו חולק שם, א"כ היכי פסק כאן כריטב"א אשר לכאורה נראה דהוא תרתי דסתרי עם הך דתשובת הרא"ש. ואף שכתב בשו"ע שיב"ז דדוקא אם יש לו שכירות מוקדם, מ"מ הסמ"ע כתב דאין לחלק, ונשאר בצ"ע. גם נראה דדוחק לחלק דהרמ"א בסי' שיד מיירי באין השכירות בידו.

וסברתי בדוחק, דהרמ"א מיירי לענין פחת תקרה וכד', באופן שהוא כנפל, דז"ל הריטב"א בסוגיא ב"מ קא,ב: "אם במשכיר בית זה או בית פלוני, חייב להעמיד לו בשעה שמכניסו לתוכו, מכאן ואילך נפל אזדא ליה". והיינו דהריטב"א מיירי באופן של נפל ולא התקלקל, דיש קלקולים שהם כנפל, כמו תקרה שנפחתה וכד', באופן שלא שייך לדור במקום.

ומ"מ נמצא שהמנהג כדעת המחבר שאף בבית זה על המשכיר לתקן במעשה אומן. הדברי מלכיאל (ח"ה סי' קלא) דן בפורעים ששברו דלתות וחלונות, אם החיוב לתקן על השוכר או המשכיר, ובאותה העיר המנהג שעל השוכר לתקן. והשיב הדברי מלכיאל: "מנהג זה מפורש בשו"ע סי' שיד ברמ"א במשכיר בית זה, ורק דשם מבואר דאף קורות ותריסי חלונות מוטל על השוכר. ונראה שנהגו שזה על המשכיר, ע"פ

מה דקיי"ל בסי' שיב, יז שאם מסוכן לדור בו, שייך התיקון על המשכיר. וכבר נתקשו המפרשים שדין דסי' שיב ודסי' שיד סתרו אהדדי. ולזה בזוכית דהוי כעין מטלטלים, שחבורם לבית הוי רק בדבק בעלמא, נהגו שהוא על השוכר, דלא הוי כ"כ נכלל בשם בית. ובגוף התריסים דהוי בכלל בית, נהגו כדעת הרא"ש והרמ"ה בסי' שיב דהוי על המשכיר". ונראה מה שכתב לענין זוכית, הוא לישב המנהג שהיו נהוג במקום השואל, אבל האידנא פשוט שזוכית החלונות הוא בכלל הבית.

ג. מנהג מדינה

מקור הדין שבדברים אלו הולכים אחרי מנהג המדינה, הוא בטור חו"מ שיד: "וכתב הרמב"ם, בכל אלו הדברים הולכין אחר מנהג המדינה ובשמות הידועים להם, כדרך שאמרו במקח ובמכר". והביאו הרמ"א חו"מ שיד, ב להלכה. אלא שהמעין בדברי הרמב"ם יראה שבהלכה זו לא כתב ולא הזכיר דבר מענין מנהג המדינה. גם יש להבין, דאם אזלינן בדברים אלו בטר מנהג המדינה, מדוע לא הוזכר הדבר במשנה ובגמ', דשם חילקו בין מעשה אומן למעשה הדיוט, ומה צורך בחילוק זה. והראשונים עוד הוסיפו כאמור לעיל לחלק בין דבר שהוא עיקר ישיבת הבתים וכו', ואם כדברי הטור בשם הרמב"ם, למה למשנה והגמ' והראשונים להכנס לחילוקים אלו, אם הכל תלוי במנהג המדינה. וגם הרמב"ם לא הזכיר בהלכה זו דבר ממנהג המדינה. וראיתי בדבר אברהם (ח"א לז/כא) שכתב, דחילוק המשנה בין מעשה אומן וכו', הוא במקום שאין מנהג מדינה. והדבר לכאורה צ"ב, דסו"ס אם עיקר החיוב תלוי במנהג המדינה, והיוצא מן הכלל, כשאין מנהג, תלוי במעשה אומן וכו', למה השמיעונו המשנה והגמ' והראשונים את החילוק הטפל היוצא מן הכלל, ולא הזכירו כלל את העיקר, שהכל תלוי במנהג המדינה. ומעיקרא סברתי שדין מנהג מדינה בזה הוא לענין הגדרת מעשה אומן ומעשה הדיוט, דיש מקומות שפעולה מסוימת הינה מעשה אומן, ויש מקומות אחרים שהם יחשבו כמעשה הדיוט. אולם מהאמור להלן יראה שאין זה הפירוש.

והנה הגר"א חו"מ שיד, ח, הראה מקור לדברי הטור מדברי השו"ע חו"מ שיג, א, שהם דברי הרמב"ם בהל' שכירות ו, א, וז"ל: "המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה משתמש בזיזיה ובכותליה עד ד אמות, ובתרביץ של חצר וברחבה שאחורי הבתים. ומקום שנהגו להשתמש בעובי הכותלים, משתמש בעובי הכותלים. ובכל אלו הדברים הולכין אחר מנהג המדינה והשמות הידועין להם, כדרך שאמרנו בענין מקח וממכר". והראה הרב המגיד מקורו לדברי הגמ' ב"ב ו, ב, דמשתמש בעובי הכותל במקום שנהגו. והביא ממש"כ הר"י מיגאש, על הא דאיתא בגמ' שם (ו, א-ב): אמר רב נחמן אמר רבה בר אבון המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה, משתמש בזיזיה ובכותליה עד ד אמות, ובעובי הכותל במקום שנהגו, אבל בתרביץ אפדני לא. ורב נחמן ידיה אמר

אפילו בתרביץ אפדני, אבל רחבה שאחורי הבתים לא. ורבא אמר אפילו רחבה שאחורי הבתים. וכתב הר"י מיגאש: "במקום שאין מנהג ידוע, אבל במקום שיש מנהג ידוע, עושין כמנהג המקום, שעל דעת כן שכר השוכר והשכיר המשכיר". מבואר שכל דיני הגמ' הינם במקום שאין מנהג ידוע, אבל אם המנהג ידוע, פועלים לפי המנהג, דעל דעת כן שכר והשכיר. ולפ"ז צריך להיות המנהג ידוע וברור, כדי שנאמר שעל דעת כן עשו השכירות, אבל בלא"ה, אם נתיחס לחיובים שביניהם, הרי שיש לחלק בין מעשה אומן להדיוט, וכדינא דמשנה וברייתא דלעיל.

וכדברי הר"י מיגאש נמצא בראשונים נוספים שם בסוגיא. כן כתב הרמ"ה שם בסוגיא (אות נח): "ודוקא היכא דליכא מנהגא, אבל היכא דאיכא מנהגא, בהא מילתא כמנהגא עבדינן, דקי"ל בכל כי האי גונא הכל כמנהג המדינה". וברבינו יונה שם כתב דסתמא כגון שאין שם מנהג ידוע, אין משתמשים בעובי הכותל, שהיה ידוע לגמ' שיש מקומות שמשתמשים בעובי הכותל, ויש שאינם משתמשים בעובי הכותל. אמנם הביא שם מהר"ם שלמה ש"ץ, דמיירי במקום שנהגו בעלי הבתים עצמם להשתמש בעובי הכותל, גם אם במקרה המסוים אינם משתמשים, השוכרים יכולים להשתמש. ועיין בר"ן (הובא גם בשטמ"ק), דפירש כן, שאם נהגו השוכרים, פשיטא שיכולים להשתמש. ועיין שכן הוא בר"י קרקושא שם.

ובשטמ"ק שם בסוגיא הביא מדברי הראב"ד, דעובי הכותל במקום שנהגו, היינו חלונות להצניע שם חפציו. והבירה היא חצר גדולה בנויה סביב סביב לשכות והיא מסובבת כולה, אלא שמניחים באמצעיתה כעין ארובה ועושים למטה מחיצות קטנות סביב, ובתוך אותם המחיצות זורעים ירקות, והוא הנקרא תרביץ אפדני. ובאותם המחיצות אינו משתמש אם אין שם מנהג ידוע, לפי שאין מחיצות לבית ששכר במחיצות הבירה, שהרי בחצר שלפני הבירה הם. ואע"פ שנהגו להשתמש בעובי כותלי הבירה בין מבפנים בין מבחוץ, בין במה ששכר בין במה שלא שכר, אותו המנהג לא יועיל במחיצת התרביץ לפי שאינו מן הבירה אלא מן הגינה שלה הן, עד שיהא שם מנהג ידוע לעצמם. וכן בזיזים ובכתלים שהוא משתמש בהם עד ארבע אמות כשיעור קומתו, בלי מנהג אינו משתמש באותו תרביץ אפדני אלא אם כן יש מנהג ידוע לכל. ורב נחמן דידיה אומר אפילו בתרביץ יועיל מנהג עובי כותלי הבירה מפני שהיא כחצר שלפני הבית, ובזיזיה ובכותליה משתמש עד ד אמות אף על פי שאין שם מנהג ידוע. ומבואר מהראב"ד דבכל ענין שיש בו מנהג ידוע, אזלינן בשימושי הבית המושכר לפי המנהג.

ולפ"ז בכל מקום שיש מנהג ברור וידוע, הרי שאף לדעת הרמב"ם והמחבר יש לומר שהשוכר והמשכיר פעלו וסיכמו ביניהם על דעת המנהג, ולפי הכלל שאמר

הרמב"ם בהל' שכירות ו,א, והוא כלל לכל עניני השכירות. וכאשר אין מנהג ברור וידוע, יש לבחון אם התיקון הוא מעשה אומן או מעשה הדיוט. ולפ"ז אתי שפיר מה שהביאה המשנה והגמ' רק החילוק ביו מעשה אומן למעשה הדיוט ולא הביאה דין מנהג מדינה. דדין מנהג מדינה הוא דין כללי בדיני שכירות, ואין כאן מקומו, וכאן הביאו את הדין הפרטי של חיובי משכיר ושוכר, ולא נצרכו להביא הדין הכללי שאזלינן בתר המנהג, שכבר הובא במקום אחר. וזו כוונת הדבר אברהם שהמשנה הביאה הדין במקום שאין מנהג ידוע וברור.

ונראה שבנדו"ד, אם כתוצאה מהלכלוך, המזגן לא מקרר כראוי או באופן בלתי סביר, הרי שאם שכרו דירה עם מזגן, שכיום הוא מעיקרי הדירה כידוע, מנהג ברור וידוע שעל המשכיר לתקן המזגן, כיון שהתיקון הוא מעשה אומן והוצאה כספית. אם מדובר במגרעת לא משמעותית, כשם שבשלו לא היה מתקן, כן לא צריך לתקן במושכר. אך נראה כיון שהשוכר הביא טכנאי לברר את סיבת אי תפוקת הקור, הרי שהמזגן לא מקרר כראוי, ויש על המשכיר חיוב לתקן, הן מחמת המנהג, ואף אם תאמר שאין כאן מנהג ברור וידוע, כיון שהתיקון הוא מעשה אומן, ובלתי אפשרי כיום לדור בדירות ללא מזגנים, הרי שעל המשכיר לתקן בכל ענין.

לאור האמור, החיוב לנקות את המזגנים בקיטור, חל על המשכיר, כאשר לפי דעת מומחה המזגן לא נותן תפוקת קור ראויה.

סימן כט

שוכר שהשביח

ראשי פרקים

א. שדה העשויה ליטע

ב. גדר רוח רביעית

ג. מחה בשוכר שלא להשביח

ראובן שכר דירה משמעון. בדירה לא היו סורגים. בחוזה השכירות (הסטנדרטי) נכתב שהשוכר לא יבצע כל פעולה בנכס, ללא הסכמה בכתב מהמשכיר. ראובן התקין סורגים, והודיע על כך לשמעון, ובקש את השתתפותו. שמעון השיב שאין לו צורך בסורגים. מדובר בדירה להשכרה, והוא מצליח להשכירה גם ללא סורגים. לאחר 5 שנים, כשתמה תקופת השכירות, תובע ראובן שישלם לו לשמעון את העלות החלקית, בטענה שכך השביח את הדירה ויקל עליו להשכירה. ושמעון טוען א. בחוזה כתוב שלא יעשה השוכר כל שינוי בדירה בלא הסכמתו. ב. אין לו תועלת בסורגים, ומבחינתו יכול לעקרם ממקומם.

א. שדה העשויה ליטע

הסתפקתי בגדר שדה העשויה ליטע, אם בודקים דעת בני אדם באופן כללי, ואם דעתם ליטע שדה זו, הרי זו בגדר שדה העשויה ליטע, או שיש לבחון כל אדם ואדם, כל בעל שדה, אם רצונו ליטע שדה זו. דאיתא בב"מ קא,א: איתמר היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו וידו על התחתונה (אם השבח יתר על הוצאה, יש לו הוצאה, ואם הוצאה יתירה על השבח, אין לו אלא שבח), ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה. אמר רב פפא ולא פליגי, כאן בשדה העשויה ליטע (אילנות, שיפה לאילן יותר מזרעים, איתא דשמואל), כאן בשדה שאינה עשויה ליטע. והא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, דההוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה זיל שום ליה, אמר ליה לא בעינא, אמר ליה זיל שום ליה וידו על התחתונה, אמר ליה לא בעינא (איני חפץ בנטיעתה, שדה לבן היתה לי). לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה. אמר ליה גלית אדעתך דניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה (ועשיתה שדה העשויה ליטע, וידו על העליונה הוא, כשאר שתלי העיר, כמנהג המדינה).

ולכאורה נראה מהמעשה שהביאה הגמ', דהכל תלוי בדעת האדם עצמו. דבתחילה טען שאינו רוצה לנטעה וסגי ליה בשדה לבן, ולכן לא חייבוהו לשלם כשדה העשויה ליטע, ורק כשגילה דעתו דניחא ליה, הו"ל שדה העשויה ליטע. הרי שהכל תלוי בדעת בעל השדה, ורק כשמגלה דעתו שניחא ליה, הו"ל שדה העשויה ליטע. ומעיקרא הו"א דאפשר ששדה זו לא היה ברור אם עשויה ליטע, ולכן בעינן לגילוי דעת הבעלים. אך זה אינו, דהרי הגמ' הביאה מעשה זה לראיה דלאו בפירוש איתמר אלא מכללא, א"כ מעשה זה הוא המחלק בין שדה העשויה ליטע לאינה עשויה ליטע, לדברי רב האמורים שם. ולפ"ז יוצא שאין כאן שני דינים, שדה העשויה ליטע ושאינה עשויה, ודין שני במגלה דעתו, אלא הכל דין אחד, דגילוי דעתו עושה שדה לעשויה ליטע.

אלא שלפ"ז יש להבין בדברי הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה י,ח. דשם בה"ד כתב הרמב"ם: "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על התחטונה". מבואר ברמב"ם דבשדה העשויה ליטע, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה. ושם בה"ה כתב בענין טענת היורד או הבעלים, שטוענים עקור אילנך. בה"ו כתב דסתם חצר ראויה לבנין וכו'. בה"ז כתב לענין יורד ברשות. ובה"ח, כתב וז"ל: "היורד לשדה חבירו שלא ברשות ונטע או בנה, ואחר כך בא בעל השדה והשלים הבנין או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו הדברים שמראין שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר, שמין לו וידו על העליונה". מבואר ברמב"ם שדין גילוי דעת בעל החצר, אינו גדר בשדה העשויה ליטע, גם ממה שלא הביא הרמב"ם הלכה זו בסמוך למש"כ בה"ד, וגם בחילוקי הדינים, דבשדה העשויה ליטע, אומדין כמה רוצה וכו', וכאן כתב דשמין לו וידו על העליונה. ומשמע שהם שני דינים שונים, ואין הלכה אחת מפרשת חברתה. ומה שפירש הרמב"ם בה"ח שידו על העליונה, הוא לישנא דגמ', ששונה ממש"כ לעיל מינה דאומדין. אך היה לרמב"ם לפרש ולא לנקוט לישנא דגמ', כיון שדברי רב אלו הם פירוש לדלעיל מינה, למש"כ אומדין וכו'.

ונראה דלרמב"ם היתה גירסה אחרת בגמ', כגריסת הרי"ף. וז"ל הרי"ף ב"מ (נח,א מעמוה"ר): "איתמר היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו וידו על התחטונה, ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטע. א"ר פפא ולא פליגי כאן בשדה העשויה ליטע וכאן בשדה שאינה עשויה ליטע. ההוא דאתא לקמיה דרב, א"ל זיל שום ליה א"ל לא בעינא ...". הנה ברי"ף לא נזכר גירסא דידן; והא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, אלא הובא דכבר נפרד שאינו פירוש אדלעיל. ומזה למד הרמב"ם שיש כאן שני דינים שונים.

הדין הראשון מדבר על שדה העשויה ליטע, שהוא נידון ולימוד ממנהג העולם האם שדה זו עשויה ליטע, ובזה אומדין כמה אדם רוצה ליטע וכו', דהיינו אומדין בכל אדם מהעולם כמה ירצה לשלם בעבור נטיעה זו. ואילו הדין השני, הוא שדה העשויה ליטע מחמת רצון הבעלים, ובזה י"ל כמו שפירש רש"י (הנ"ל): "ועשיתה שדה העשויה ליטע, וידו על העליונה הוא, כשאר שתלי העיר, כמנהג המדינה", והיינו שידו על העליונה להיות דינו כשדה העשויה ליטע, מחמת גילוי דעת הבעלים. ולפ"ז יצא לרמב"ם, דשדה העשויה ליטע יכולה להיות בשני האופנים, או שכך מנהג העולם, או מחמת גילוי דעת הבעלים, דבזה שדה העשויה ליטע היא מחמת אומדן דעת בדעת הבעלים ולא במנהג העולם.

אמנם בחילוק הגירסאות, י"ל כמש"כ הריטב"א, דמה שלומדים מהמעשה שהביאה הגמ', לא לענין שדה העשויה ליטע, אלא לענין שדה שאינה עשויה ליטע, וז"ל הריטב"א: "פירוש מכללא איתמר, דאמר ליה זיל שום ליה וידו על התחתונה, ומשום דהוה ליה שדה שאינה עשויה ליטע, והוא הדין נמי דמצי למישמע מכללא דבשדה העשויה ליטע כשמואל סבירא ליה, דהא בסופו אמר ליה גלית אדעתך דניחא לך זיל שום ליה וידו על העליונה, אלא דאנן לא אתינן השתא אלא לומר דמימרא גופא דרב מכללא איתמר". הרי דגם לענין שדה העשויה ליטע לומדים מכללא, וא"כ בגלי דעתיה ילפינן שהיא שדה עשויה ליטע, ודין אחד להם, לדין זה ולדברי רב פפא.

ובנימוק"י (ב"מ נח,א מעמוה"ר), כתב בפירוש דברי הגמ' והרי"ף הנ"ל, דבשדה העשויה ליטע מקבל היורד כל ההוצאות, אע"פ שהם יותר מהשבח, שכן דעת הרי"ף ועוד ראשונים, דכיון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו, ודאי ניחא להו במעשה הנטיעה, והרי הוא כירד מדעתם והסכמתם. ואת עובדא דרב פירש הנימוק"י, דרב לא ידע אם השדה הנידונת היתה עשויה ליטע או לא, לפיכך אמר סתמא שום ליה, וכשומר לא בעינא, סבר רב; "שמא ה"ק, לא בעינא, דשדה שאינה עשויה ליטע הוא, ולפיכך א"ל שום ליה וידו על התחתונה, וכשא"ל לא בעינא [שנית] - שתיק, שמא ה"ק, יטול נטיעותו וילך לו, וש"מ דבשדה שאינה עשויה ליטע מצי למימר הכי, שאל"כ לא הוה שתיק רב...". ומבואר מהנימוק"י דבתחילה לא ידע רב אם מיירי בשדה העשויה ליטע, וסבר ממה שאמר לא בעינא: "שמא ה"ק, לא בעינא, דשדה שאינה עשויה ליטע הוא". ולכאורה מה כוונת הנימוק"י ב"שמא ה"ק", ומה באמירת לא בעינא, שמא שדה שאינה עשויה ליטע. דאם הכל תלוי בדעת הבעלים, א"כ באמירת לא בעינא, ודאי עשאה כשדה שאינה עשויה ליטע, ולא שמא מה שאמרו הבעלים לא בעינא, מפני שאינה עשויה ליטע, ודאי אינה עשויה ליטע. אלא שגם לנימוק"י הכל תלוי בדעת העולם, ולא ידע מה דינה של שדה זו, וסבר דמה

שאמר לא בעינא, מפני שזו שדה שאינה עשויה ליטע. אבל אם בדעת העולם עשויה ליטע, לא מהני אמירתו. והוסיף הנימוק"י לענין גלי דעתך דניחא לך: "והוי כעשויה ליטע, וידו על העליונה ליתן לו כל מה שהוציא, אפילו הוציא הוא יתר על השבת, דהשתא כיון דגלי אדעתיה דניחא ליה, הו"ל כאילו ירד מדעתו דלא מצי למימר טול נטיעותיך ולך". דגילוי דעת כיוור מדעתו, וכדין שדה העשויה ליטע ולא מיחה בו. (עוד יש ללמוד מדברי הנימוק"י, דאם ידעו הבעלים ומיחו, אף דהוא שדה העשויה ליטע, אין בו דין של ידו על העליונה וכיוצא ב"ז. ולכן גם בענין סורגים וכד', אם הבעלים הביעו להדיא את התנגדותם, לא חשיב כיוור ברשות. אולם כל זה שהתנגדו לעצם ההשבחה, אולם אם לעצם ההשבחה לא התנגדו, רק להשתתפות בכסף, בזה י"ל דהוי כשדה העשויה ליטע, וכפי שיהואר להלן.)

והרמב"ן בסוגיא, כתב וז"ל: "הא דא"ל רב לההוא גברא זיל שום ליה, סתמא קאמר ליה, לא ידו על העליונה ולא ידו על התחתונה, כדי לידע אם היתה לו שדה העשויה ליטע אם לאו, ואמר ליה ההוא גברא לא בעינא, כלומר, אני לא הייתי נוטעה, ואמר ליה שום ליה וידו על התחתונה". מבואר מהרמב"ן שרב לא ידע אם שדה עשויה ליטע או לא, ורצה בתשובתו הסתמית זיל שום ליה, לידע אם השדה עשויה ליטע, והיינו ע"י תשובת הבעלים, וכשענו לו שלא היה נוטעה, פסק שדינה כאינה עשויה ליטע. וחזינן מדברי הרמב"ן דהמודד להגדרת השדה כעשויה ליטע או כאינה עשויה ליטע הוא בדעת הבעלים עצמם ולא בדעת העולם. וכן הוא בדברי הריטב"א שם: "ומעיקרא דאמר ליה סתמא זיל שום ליה, משום דלא הוה ידע אם עשויה ליטע אם לאו, וכיון דאמר ליה לא בעינא, אמר ליה א"כ דשדה שאינה עשויה ליטע, זיל שום ליה וידו על התחתונה". דאמירת לא בעינא, קבעה את דינה של השדה כאינה עשויה ליטע. (ועיין להלן בדברי החזו"א.)

ובשיטת הקדמונים (ב"מ קא,א) הביא את רבי ברוך הספרדי, שפירש להדיא שאמדינן בדעת הבעלים, וז"ל: "כי אמר שמואל בשדה העשויה ליטע. פירוש בדקים לן דבעל השדה היה רוצה ליטע שדהו". הרי שאמדינן בדעת בעל השדה, אם רצונו ליטע שדהו או לא. וכן נראה מדברי הרמ"ך שהביא בשטמ"ק בסוגיא: "היורד לתוך ביתו שאינו צריך עכשיו לבנות בה ונטע או בנה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה". הרי שאינה עשויה ליטע, שאין הבעלים רוצים לבנות כעת. ומבואר שהכל תלוי בדעת הבעלים.

ומה שכת' לעיל בדברי הרמב"ם שהמודד הוא כלל העולם, כן נראה להדיא מדברי הרא"ש בסוגיא (ב"מ ח,כב), וז"ל: "לא בפירוש איתמר אלא מכללא. דההוא עובדא דההוא גברא דאתא לקמיה דרב א"ל זיל שום ליה. פירוש וידו על העליונה,

דשדה העשויה ליטע היתה. א"ל לא בעינא, יקח נטיעותיו. והא דאמר בשדה העשויה ליטע אומדים כמה אדם וכו', ובשאין עשויה ליטע ידו על התחתונה, היינו כשבעל השדה רוצה לקיים הנטיעות בשדהו. אבל אם אינו רוצה לקיימם אומר לו קח נטיעותיך ולך, אפי' בשדה העשויה ליטע, לפי שיכול לומר לדידי ניחא לי טפי בשדה לבן. א"ל זיל שום ליה וידו על התחתונה, פי' אם יתרצה בכך אומרים לו ליתן לו כך. א"ל לא בעינא, גם זה איני רוצה. כיון דחזייה דקגדר וקמנטר, א"ל גלית אדעתך הניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה כיון דשדה העשויה ליטע היא". מדברי הרא"ש מבואר שהיתה זו שדה העשויה ליטע, ואינה תלויה בדעת הבעלים, רק גם בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו קח נטיעותך ולך, וכשגלי דעתיה, לא יכול לומר כן, וממילא דנים את התשלום ליורד כדין הכללי של שדה העשויה ליטע, דגילוי דעת היתה רק למנוע טענת קח נטיעותך, אבל בעצם הגדרת השדה, לענין התשלום, אם ידו על העליונה או התחתונה, הרי שדינה כעשויה ליטע, והטעם דאמדינן בדעת העולם ולא בדעתו הפרטית.

והרא"ש שם הוסיף, דרוב המפרשים כתבו דשדה שאין עשויה ליטע הוי. והקשה הרא"ש, דמדקאמר ליה רב מתחלה זיל שום ליה, על כרחך שום ליה וידו על התחתונה, כיון דאינה עשויה ליטע, להסבר הראשונים הנ"ל, וא"כ מאי חזר ואמר לו זיל שום ליה וידו על התחתונה, הא כבר א"ל כן. ועוד, אם מיירי בשדה שאינה עשויה ליטע, הגם שגדר ומנטר לה, אין ידו על העליונה, שיכולים הבעלים לטעון יש לי נטיעות הרבה, ואני צריך לשדה לבן דוקא, דאפי' בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו קח נטיעותיך כי אני רוצה לעוקרם ולזרוע תבואה. ולא מסתבר כלל שיתן בעל השדה לנוטע כשתלו והוא אינו חפץ בנטיעות. אלא על כרחך מיירי כשאומר בעל השדה הואיל וכבר נטעת אני רוצה לקיימם, ואפ"ה בשדה שאין עשויה ליטע ידו על התחתונה, ומדוע פסק שידו על העליונה.

ומש"כ בבאור דברי הרמב"ם, כן נראה ממש"כ בגזילה ואבידה יו, וז"ל: "החצרות הרי הן ראויות לבנין ולהוסיף בהן בתים ועליות. לפיכך הורו הגאונים שהבונה בחצר חבירו שלא מדעתו, הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום". וכן נפסק בשו"ע חו"מ שעה זו. ולכאורה אם נאמר שהכל נמדד לפי הבעלים, מה השתנה דין החצר מדין השדה, ומה לי חצר שעשויה לבנות בנין הראוי כמנהג אותו מקום, הרי הכל תלוי בדעת האדם עצמו. אלא שדעת הרמב"ם שהמודד בעשויה ליטע או לא, אינה תלויה בדעת הבעלים אלא במנהג המקום. דמהרמב"ם מבואר דסתם שדה לא ידעינן אם עשויה ליטע או לא, ויש לבחון כל שדה לגופה, אבל חצירות ודאי עשויות ליטע. ודוחק לומר דסתם שדה אמדינן בדעת הבעלים,

כיון דלא ידעינן אם עשויה ליטע או לא, שא"כ סתם חצירות, כיון דסתמן לבניה, לא אמדינן בדעת הבעלים.

ועיין במאירי בסוגיא (ב"מ קא,א): "היורד לתוך חצר חברו ובנאה שלא ברשות, כתבו גדולי הפוסקים והמחברים שכל החצרות ראויות לבנות, והרי הדין בה על הדרך שביארנוהו בשדה העשויה ליטע ואומדין כמה אדם רוצה ליתן בה לבנותה, ומ"מ יראה שהכל לפי מה שהוא אדם, ושמא לפי המקום ולפי הענין, יש חצרות שאין עשויות ליבנות ודינן בהם לשום לו וידו על התחתונה". ונראה מדבריו דהכל נמדד לפי החצר עצמה בדעת העולם ולא בדעת הבעלים. אולם המאירי עצמו הסתפק אם יש לבחון לפי האדם או לפי המקום והענין, והוא הספק הנז'.

ובחזו"א (ב"ב ב,ג) בתחילה כתב לבחון לפי הבעלים עצמם, אך למד דדעת הרמב"ן והרשב"א דיש לבחון לפי הענין עצמו, וז"ל: "לכאורה נראה דאע"ג דשדה זו הוקרה ע"י האילנות ויש רווחא בכל שנה יותר ממה שהרויחה מקדם, עדיין אין זה קובע שם עשויה ליטע, דלפעמים הבעלים ניחא ליה טפי בשדה לבן, מפני שצריך התבואה לפרנסת ביתו ואדם רוצה בקב שלו, או שהוא בקי בזריעת שדה לבן ולא בטיפול שדה אילן, או שאין לו דמים לשלם לו וכיוצ"ב מן הסיבות. וכל שאצל בעה"ב אינה עשויה ליטע, דינה כשדה שאינה עשויה ליטע". והביא החזו"א ראייה מדין ידו על התחתונה, שאף אם השבח יתר על ההוצאה, נותן לו ההוצאה. הרי שאפי' יש בה שבח יותר על ההוצאה, וא"כ ודאי לכאורה עשויה ליטע, מ"מ מקרי אינה עשויה ליטע. אך כתב החזו"א, דמדברי הרמב"ן והרשב"א דבעשויה ליטע אינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך, הרי אם לא ניחא לבעלים, הרי היא ממילא אינה עשויה ליטע; "אלא ודאי עשויה ליטע דבגמ' היינו דשדה אילן שוה יותר במקום זה משדה לבן, ויהיה שבחא יותר על הוצאות הנטיעה". ומה שפירשו דידו על התחתונה, הרי הוי עשויה ליטע כשהשבח יותר על ההוצאה, י"ל דשבח יותר על ההוצאה כששמין לו כשכיר יום, אולם אם ישומו לו כשתלא, לא יהיה השבח יותר על ההוצאה, לכן הוי אינה עשויה ליטע, עיי"ש.

אולם בהמשך דבריו דחה החזו"א וכתב די"ל גם ברמב"ן והרשב"א דעשויה ליטע נידון לפי דעת הבעלים, דאין דברי הרמב"ן והרשב"א אלא כשאין לבעל השדה אמתלא וטעם מפני מה לא היה רוצה לנוטעה, "ואנו רואים את תשובתו טול נטיעותיך רק כדי להכעיס את היורד, כעין גם לי גם לך לא יהיה, או כדחיה שלא לשלם. אבל אם הדבר אמת שאינו חפץ בנטיעותיו אלא רוצה בעקירתן, דינו כשדה שאינה עשויה ליטע". הרי שדעת החזו"א דהכל תלוי לפי אומדן בדעת הבעלים. ועיין לעיל מש"כ דכן מוכח לכאורה מדברי הרמב"ן בסוגיא. והמעין בחזו"א יראה דדין עשויה

ליטע שאומדין בדעת הבעלים, היינו באומר שלא ניחא ליה לכתחילה אלא שאין רצונו לעקור בדיעבד, ובוזה משערים אם עשויה ליטע או לא, לענין אם ידו על העליונה או על התחתונה: "ולפ"ז בין בעשויה ליטע ובין באינה עשויה ליטע, אם אתברר לן הניחא ליה, מקרי עשויה ליטע, ואינו יכול לומר ליה טול נטיעותיך, וחייב לשלם לו וידו על העליונה. ואם אתברר לן דלא ניחא ליה, בין בעשויה ליטע ובין באינה עשויה ליטע, ואם אומר לקיים הנטיעה דיעבד, אע"ג דלא ניחא ליה, בזה אם עשויה ליטע ידו על העליונה, ואם אין עשויה ליטע, ידו על התחתונה יכול לומר ליה טול נטיעותיך. ואפשר דכל דלא ניחא ליה אע"ג דמקבלם דיעבד, ידו על התחתונה".

ב. גדר רוח רביעית

ותנן ב"ב דב; המקיף את חבריו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השנייה ואת השלישית, אין מחייבין אותו. רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית, מגלגלין עליו את הכל. ובגמ' שם; אמר רב יהודה אמר שמואל, הלכה כר' יוסי דאמר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, לא שנא עמד ניקף לא שנא עמד מקיף. איתמר, רב הונא אמר, הכל לפי מה שגדר (בכל יציאות שהוציא בהן הראשון, יחזיר לו מחצה – רש"י). חייא בר רב אמר, הכל לפי דמי קנים בזול (דאמר ליה לדידי סגי לי בגדר קנים, ואי אפשר בהוצאה של גדר אבנים). ולכאורה נראה שמחלוקתם בזה, דלמעשה דין המשנה הוא בשדה שאינה עשויה ליטע, שכנראה דעת העולם שאין לגדור בשדה, ואף בארבע רוחות.

וברשב"א נראה, שלדעת רב הונא כשגדר מקיף, הרי בגדר בארבע רוחות הוי שדה העשויה ליטע, ולכן חייב בכל ההוצאה, וחייא בר רב ס"ל דאינה עשויה ליטע, והנידון הוא כשהניקף גדר, אבל כשהניקף גדר, החיוב הוא מדין נהנה, ולכן אינו משלם אלא לפי מה שגדר. וז"ל הרשב"א: "רב הונא אמר הכל לפי מה שגדר, כלומר ואפי' ביוקר משלם ולא לפי גדר אבנים בזול. וחייא בר רב אמר דמי קנים בזול. וטעמא דמלתא משום דרב הונא עביד לה כיורד לשדה העשויה ליטע ונטעה שלא ברשות, דשמין לו וידו על העליונה וכמו שכתבנו בפ"י המשנה, וחייא בר רב עביד לה כאינה עשויה לכך, ולפיכך אין אדם גודר שדהו בגדר אבנים, דכנטורא בר זווא סגי ליה, אלא כשמצא קנים בזול עומד וגדרה. ומיהו בשעמד ניקף וגדרה, משמע לכאורה שאין מחייבין אותו אפי' לרב הונא אלא לפי מה שגדר הוא, שאם גדר המקיף בגזית ועמד הניקף וגדר את הרביעית בלבנים, אין מגלגלין עליו אלא דמי לבנים, שהרי [אין אנו מגלגלין עליו] אלא על גלוי דעתו, והרי גלה דעתו שדי לו בגדר לבנים בעלמא". וצ"ל דלרב הונא בין עמד מקיף ובין עמד ניקף הוי שדה העשויה ליטע, דהכל לא תלוי בדעת הבעלים אלא בדעת העולם, וכל שדה ראויה

להיות מוקפת מארבע רוחות, רק הנידון כמה צריכים לשלם, דגם בשדה העשויה ליטע, איך היא עשויה ליטע, אם כמו שבנה המקיף או כפי מה שגילה דעתו הניקף. ולפ"ז לרב הונא הגילוי דעת לא משנה את מציאות השדה, דגם קודם היתה השדה עשויה ליטע, רק השאלה אם עשויה לבנות כותל כזה או כותל אחר, ולכן החילוק בין ניקף למקיף. ולחייא בר רב י"ל, דהשדה אינה עשויה ליטע, והו"א שאם עמד ניקף וגדר הוי עשויה ליטע, קמ"ל דחיובו מדין נהנה, ולכן בכל ענין משערים מה שנהנה ולא לפי מה שירד. אמנם אם יבנה הניקף כותל כדוגמת הכותל שבנה המקיף, י"ל שגילה דעתו שנהנה בכותל דוגמת כותל המקיף.

ובריטב"א שם (ב"ב ד, ב), בבאור מחלוקת רב הונא וחייא בר רב, מבואר שהולכים בדין עשויה ליטע, לא לפי דעת הבעלים אלא לפי מה שנהגו העולם, וז"ל: "ופירשו רבנן דבהא פליגי, דרב הונא עביד למקיף כיורד שלא ברשות לשדה העשויה ליטע, שידו על העליונה, ור' חייא עביד ליה כיורד לשדה שאינה עשויה ליטע, כיון שלא נהגו לגדור, ואפי' עמד ניקף וגדר את הרביעית גם באבנים, יכול לומר לו לפי שהתחלת באבנים גדרתי כן אבל היה די לי בקנים. ומיהו אפי' לרב הונא דוקא שכל הגדרים באבנים, שאם יש גדר אחד גרוע נעשו כולם גרועים, כדאמרינן כשהאחד פרוץ נעשו כאילו כולם פרוצים, ואינו נותן אלא כדמי הגרוע". וצ"ל, דלרב הונא כל שדה עשויה לבנות בה גדר ולהקיפה, ולחייא בר רב לא נהגו לגדור. ולפ"ז הכל תלוי בדעת העולם ולא בדעת הבעלים, דלא גילוי דעת הבעלים משנה את המציאות אם עשויה ליטע או לא, רק כשגדר את הרביעית הוי מלאכה שלמה ויש לדון מדין יורד, דקודם לכן לא הועיל כלום, וכגדר את הרביעית, נחלקו אם הוי עשויה ליטע או לא, והכל לפי מנהג העולם, וכמש"כ הריטב"א בדברי חייא בר רב: "כיון שלא נהגו לגדור".

וברמב"ן במלחמות (ב"ב ב, ב, מעמוה"ר) מבואר, דשניהם סוברים דשדה עשויה לגדר, ודינה כעשויה ליטע, רק השאלה היא כמה היא עשויה ליטע, האם לפי מה שגדר או דמי קנים בזול, וז"ל: "והיינו פלוגתא דאמוראי בגמ', מר אמר הכל לפי מה שגדר, שסתם שדה עשויה לגדר יפה ושמיין לו וידו על העליונה, ואינו יכול לומר טול עציך ואבניך, דודאי ניחא ליה. ומר אמר דמי קנים בזול, ולת"ק דמי נטורא, קסבר סתם שדה אינו עשוי לגדר בנין אלא לשומר או לגדר קנים שגדרו בהן כשמוציא אותם בזול, והוה ליה יורד לשדה שאינה עשויה ליטע, שאם רצה אומר לו טול עציך ואבניך". ומ"מ נראה שגדר עשויה ליטע תלוי בדעת העולם, ובזה נחלקו.

ובנתיבות קנח, ח כתב דבזה י"ל לכ"ע שאינו יכול לומר טול עציך ואבניך, אף לסוברים דבשדה העשויה ליטע, י"ל טול עציך ואבניך, דכשניהם צריכים לגדר, דינו

כשותף, דדוקא כשמיחה יכול לומר טול עציך ואבניך, אבל כשלא מיחה אינו יכול לומר טול עציך ואבניך (רמ"א חו"מ קעח,ג), ולכן בנידון הגדר שהיא טובת שניהם, אינו יכול לומר טול עציך, אא"כ מיחה בו. והקשה הנתיבות, דממה שכתב הרמב"ן דהוי כשדה העשויה ליטע, מדוע מחזיר רק ההוצאה היה לו ליתן ג"כ שבח. ותירץ, דדוקא בירד להשביח אדעתא דחבריה, משא"כ בהשביח גם על דעת עצמו. ולפ"ז בשוכר ומשכיר שהשביח לתועלתו, לא יתן יותר מההוצאה. וע"ע במש"כ הגרא"ז (שכנים ג,ד), וע"ע להלן.

ג. מוחה בשוכר שלא להשביח

יש לדון אם מה שכתב בחוזה השכירות שצריך לבקש רשות, אם הוי מחאה בעצם ההשבחה, או שרק רוצה לבטח את עצמו שלא לשלם על ההשבחה. ויותר נראה שצריך לדון בכל מקרה לגופו, שבדר"כ הדבר בא רק להגן מפני תביעה על ההשבחה, אך אין בזה משום מחאה. והשאלה בנדו"ד, דלכאורה דירה לענין סורגים היא כשדה העשויה ליטע, ויש בזה גם השבחה, שאם ישכיר הדירה לזוגות עם ילדים, ודאי שיש בזה משום השבחה, ויעדיפו דירה עם סורגים, וכעת בא וטוען המשכיר טול עציך ואבניך, דהיינו איני צריך הסורגים. ושאלה זו באה לפתחינו גם כשהשוכר התקין בדירה מזגנים, והמשכיר טוען שאינו מעונין בהם.

הרי"ף בב"מ (נח,ב בעמוה"ר), כתב לאחר דברי הגמ' שיכול היורד לומר עצי ואבני אני נוטל, דיש להסתפק אם יכול בעל הקרקע לומר ליורד טול עציך ואבניך, וז"ל: "ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינא בנין, הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא ושדרו ממתיבתא, דכי היכי כד א"ל בעל בנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו, הכא נמי אי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך שומעין לו. אבל אי שביק ליה בעל בנין ואזל ליה, וחזינן לבעל קרקע בתר הכי דקא גדר ומנטר ליה, מחייבינן ליה בדמי בנין עד גמירא וידו על העליונה, כי ההוא דאתא לקמיה דרב וכו' ...".

דברי הרי"ף מתיחסים לדברי הגמ', איתמר היורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשותו, ואמר לו עצי ואבני אני נוטל, ומסקנת הגמ' דבשדה אין היורד יכול לומר כן, ובקרקע יכול לומר. ועל זה כתב הרי"ף דבבית אף בעל הקרקע יכול לומר טול עציך ואבניך. ולכאורה כל דין זה הוא בקרקע שאינה עשויה לבנות, כדברי הגמ' שעליהם מתיחסים דברי הרי"ף, אבל בשדה העשויה ליטע, או בשדה שאינה עשויה ליטע ונטע נטיעות, בארץ ישראל או בחו"ל, לכל אחד מתרוצי הגמ', כשם שהיורד אינו יכול לומר כן, ויש על בעל הקרקע חיוב תשלומים, כך גם בעל הקרקע

אינו יכול לומר טול עציך ואבניך. מדדברי הרי"ף נראה שתלויים הם האחד בשני, אם יכול היורד לומר, יכול בעל הקרקע לומר. ובשדה העשויה ליטע, לכאורה לא שמענו שיוכל לומר, ויש על בעל הקרקע חיוב דמים.

אולם בנימוקי (שם ע"א) מבואר להדיא דאף בשדה העשויה ליטע, יכול בעל הקרקע לומר ליורד טול עציך ואבניך, וז"ל: "וכבר כתבנו לעיל דבשדה נמי שאינה עשויה ליטע יכול לומר כן, וכיון דאסיקנא דבשדה אין שומעין לו אבל בבית שומעין לו, משמע דאפילו בבית העשויה לבנות שומעין לו, דאילו אינה עשויה ליבנות [לא עדיף] משדה שאינה עשויה ליטע כדאמרן, אלא ודאי אפי' עשויה ליבנות יכול אחד מהם לטעון אטול עצי ואבני או טול עציך ואבניך. ומיהו בעל הבנין גרע כחו טפי במקצת, דאם בעל הקרקע היה מקדים לו דמיו, לא מצי תו למימר עצי ואבני אני נוטל, דכיון שעל דעת ליטול מבעל הבית בנה, הו"ל כאומר לחבירו זכה לפלוני במנה זה אם ירצה, דכיון שרצה הלה זכה זה בשבילו, הכא נמי כיון שנתרצה, זכתה לו חצרו ושוב אין הלה יכול לחזור בו".

מבואר דבכל דבר, חוץ מכחשא דארעא או ישוב ארץ ישראל, יכול לומר טול עציך ואבניך. והנימוקי מתיחס לפירוש בעובדא דרב הנ"ל בגמ', שפירש את הדו"ד בין רב לבעל הקרקע, דרב לא ידע אם אין עשויה ליטע או עשויה ליטע, לכן אמר לבעל הקרקע בסתם שישלם, ולא פירט אם ידו על התחתונה או על העליונה. וכשאמר בעל הקרקע לא בעינא, סבר רב שכוונתו לא בעינא, כיון שהיא שדה שאינה עשויה ליטע. וענה לו רב, שא"כ ישום לו וידו על התחתונה. וכשאמר לו בעל הקרקע בשנית לא בעינא, שתק רב, דפירש כוונת בעל הקרקע שיטול נטיעותיו וילך לו; "וש"מ דבשדה שאינה עשויה ליטע מצי למימר הכי, שאל"כ לא הוה שתיק רב, דהא אמר רב בשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה, אלא משום דהיינו בשלא אמר כן יטול וכו', אבל כשאמר ודאי אין שמין לו". ומזה מסיק הנימוקי דדברי הרי"ף הם אפי' בבית העשוי לבנות, דאי באינו עשוי לבנות, כבר שמעינן מדברי רב לעיל.

וכן למד במלחמות שם (שחלק על בעה"מ דלהלן) מדברי רב, דאיך אמר לו רב גלית אדעתך דמינח ניחא לך, שמא לא ניחא ליה, אלא כיון שעל כרחו יתחייב בדין לשום לו וידו על התחתונה, גדרא וקא מינטר לה, וכי גם ישלם לו ליורד, וגם יבוא היורד ויעקור מה שנטע. אלא על כרחך ה"ק ליה רב, לא בעינא יטול עציו ואבניו. ורב לא חייבו, דדינא קאמר ליה בעל הקרקע. רק כיון דחזא דקא מנטר לה, ידע דניחא ליה וחייבו לשלם.

ובבעל המאור שם כתב דאין בעל הקרקע יכול לומר טול עציך ואבניך, אא"כ לא הנהו כלום. בעה"מ חלק על פירוש הרי"ף וכתב דנראה לו כדברי רב האי

גאון דאמר דאין שומעין לבעל הקרקע. וראיתו ממה שחילקה הגמ' בין בית לשדה היכא דאמר היורד עצי ואבני אני נוטל, אלמא דבזה בלבד יש לחלק בין בית לשדה, אבל כשהיורד לא רוצה ליטול עציו ואבניו, דין בית ושדה אחד הוא; "דלעולם שמיין לו כרב דא"ל לההוא גברא זיל שום ליה וידו על התחתונה. ואע"ג דא"ל לא בעינא. ואין לחלוק בדין זה בין בית לשדה, שאין לנו לחלוק אלא במה שחלקו בו הגמרא ... אבל ודאי היכא דהוי ההוא בנין שלא כראוי לבעל הקרקע ולית ליה ביה שום הנאה, דלדידיה מתבעי ליה למבנייה דלאו כההוא בנינא, כגון זו מסתברא דמצי א"ל טול עציך ואבניך דהא לא מהני ליה ולא מידי". יוצא מבעה"מ דאין בעל הקרקע יכול לומר טול עציך ואבניך, אא"כ בנה בנין שאינו ראוי לבעל הקרקע, אבל בלא"ה אם בעל הקרקע צריך לבנין כזה, אינו יכול לומר טול עציך ואבניך.

והרמב"ן במלחמות חלק על בעל המאור וכתב דיכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך, והביא ראיה מעובדא דרב הנ"ל, וכן הביא ראיה מהירושלמי, דלחד מ"ד אומרים ליורד שימתין שבעל הקרקע יגלה דעתו דניחא ליה, ואז יוכל לגבות ממנו. ומשמע שבלא גילוי דעת, יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך. עוד כתב הרמב"ן; "ושמעתי כי רבינו האי גאון ז"ל חזר בו והסכים באותה תשובה ששדרו ממתיבתא".

אמנם גם לרמב"ן כל זה בשדה שאינה עשויה ליטע, דבשדה העשויה ליטע ס"ל לרמב"ן דאינו יכול לומר כן. דעל עובדא דרב שאמר בעל הקרקע לא בעינא, כתב הרמב"ן בחידושו לב"מ קא,א, וז"ל:

"ומכאן למדנו שאם אמר בעל השדה או בעל הבית יטול עציו ואבניו שומעין לו. שאם אתה אומר אין שומעין לו, למה אישתיק רב עד דחזייה דגדרה, וכי גדרה נמי מנא ליה דניחא ליה, דילמא לא ניחא ליה אלא כיון שעל כרחו אתה מחייבו לשום לו וידו על התחתונה, גדר ומנטר לה, וכי ישום לזה ויחזור ויעקור. אלא ודאי כי אמר לא בעינא, יטול עציו. ורב שתיק ולא חייביה משום דדינא קאמר ליה ולא הו"ל לנטורה, וכיון דמנטר לה, גלי אדעתיה דמינח ניחא ליה. וכן דעת רבינו הגדול דלמריה ארעא שומעין לו אם אמר טול עציך ונטיעותיך ואבניך בין בבית בין בשדה, דליכא למיחש לכחשא דארעא ולא לישוב א"י שאם בא לקוץ אין ממחין בידו, לפיכך שומעין לו בכלן. ומיהו בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי ועדיף מינה."

מבואר מדברי הרמב"ן דדוקא בעובדא דרב שלא היתה השדה עשויה ליטע, לכן שתק רב כשאמר בעל הקרקע לא בעינא, והיינו טול עציך ואבניך. אבל בשדה

העשויה ליטע, לא יכול בעל הקרקע לומר לנוטע טול עציך ואבניך. דבעשויה ליטע עדיפא ממאן דגדרה. ונראה דסברתו דכיון שעשויה ליטע אנן סהדי דניחא ליה, עדיף אנן סהדי דניחא ליה ממה שגילה דעתו דניחא ליה. וכן כתב הרשב"א (ב"מ קא,א) שם: "ובשדה העשויה ליטע אם אמר בעל השדה טול נטיעותיך, אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי, ועדיף מינה". וכן כתב הריטב"א שם (ב"מ קא,א), ושכן דעת הרמב"ן. וכן כתב הר"ן בחידושיו שם.

והרמב"ם בהל' גזילה ואבידה יד-ה, פסק: "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה. אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו, אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע". והראב"ד בהשגות כתב שאין אומדין כך בארץ ישראל מפני ישוב ארץ ישראל. ונחלקו הכס"מ והרב המגיד בבאור דברי הרמב"ם. הרב המגיד כתב דדברי הרמב"ם דיכול בעל הקרקע לומר עקור אילנך אינם אלא בשדה שאינה עושה ליטע, אבל בעשויה ליטע לא כל הימנו, וכן עיקר, ושכן דעת הרמב"ן והרשב"א, ושכן נראה מההלכות (היינו דברי הרי"ף).

והרב המגיד לשיטתו, כתב שם בה"ט, על דברי הרמב"ם: "היורד לתוך חרבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה, ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל, בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע, אמר לו בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו". וכתב הרב המגיד דהרמב"ם מיירי בשדה שאינה עשויה ליטע, דחורבה היא שדה שאינה עשויה ליטע. ולכן יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך. הא אם היתה החורבה עשויה לבנות, לא יכול בעל הקרקע לומר כן.

[והגאון רבי מאיר שמחה בחידושיו לב"מ ח"ב ב"מ קא,א, הביא ראיה לכס"מ ממש"כ המחבר בשו"ע חו"מ קסח,א בדין שטף הנהר זיתיו ושתלן בתוך שדה חבירו, ואמר הלה זיתי אני נוטל וכו', דאם אומר לו בעל הקרקע טול אילנותיך, שומעין לו. ולמד הגרמ"ש דאף בשדה העשויה ליטע שומעין לו. ולכאורה צ"ב, דשם בשו"ע לא משמע דמיירי בעשויה ליטע. וגם מדברי הרמב"ם בהל' שכנים ד,י שלא הזכיר טענת בעל הקרקע עקור אילנך, אפשר דלא ס"ל כלל שיכול לטעון כן.]

אולם דעת הכס"מ דדברי הרמב"ם בה"ה, מתיחסים למש"כ בה"ד, ושם כתב בין בשדה העשויה ליטע ובין באינה עשויה ליטע, וכך הם פשט דבריו בה"ה. וכן כתב בתש" בעי חיי (חחו"מ ח"א סי' רכג) בטעם הכס"מ, דמדלא חילקו הרי"ף והרמב"ם בין שדה העשויה ליטע לאינה עשויה ליטע, משמע שבכל ענין יכול בעל

הקרקע לומר טול עציך ואבניך. (ועיי"ש, דכיון דפלוגתא דרבוותא, קיי"ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה). וגם נראה מדברי הכס"מ דאף בשדה העשויה ליטע, אף שבעל העצים אינו יכול לומר שיטול עציו ואבניו מפני שמכחיש הקרקע, בעל הקרקע יכול לומר כן בכל ענין.

ובמעניי החכמה למהרא"ל צונץ (ב"מ קא, ד"ה איתמר) הביא ראייה דהרמב"ם מיירי בכל גווני, בין עשויה ליטע ובין באינה עשויה ליטע, וכדעת המגיד, ממה שלא חילק הרמב"ם בה"ח, בדין גילה בעל הקרקע דעתו, בין עשויה ליטע לאינה עשויה ליטע, עיי"ש דכן גם דעת הרי"ף והשו"ע, והכי נקטינן, דבעשויה ליטע אינו יכול לומר בעל הקרקע לבעל העצים טול עציך ואבניך, דלא כב"י והסמ"ע (ס"ק ד).

גם הגרא"ז באבן האזול (גו"א י, ד-ה) כתב כדעת המגיד, הן מצד סדר הדברים ברמב"ם (עיי"ש), וכן מהסברא, דכיון דבשדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה ונוטל מבעל השדה, ע"כ אפי' אין השבח עולה סך האומד, חייב לשלם כמה שאומדים, דאם השבח שוה כך, אפי' באינה עשויה ליטע כן. אלא בהכרח אמרינן דודאי הוי ניחא לבעלים ונתחייבו בכך, א"כ מה מהני כשאומר עכשיו לא ניחא לי. ומבואר דכל היכא שיש אומדנא דניחא לבעלים בכך, לא יכול לומר כעת טול עציך ואבניך דלא ניחא לי. ובהל' שכנים ג, הוכיח הגרא"ז מבוונה המקיף ארבעה כתלים מסביב לחצירו, באופן שגם הניקף נהנה, אם בנה את הכותל על מקום שניהם, חייב לשלם הניקף למקיף מחצית מההוצאות עד לד' אמות, וכמש"כ הרמב"ם שם בה"ב. והקשה הגרא"ז, דאף שהחורבה עשויה לגדור, ואף שבנה על מקום שניהם, יכול הניקף לומר למקיף טול עציך, לשיטת הכס"מ. ומזה הוכיח דאינו יכול לומר כן בעשויה ליטע, וכדעת המגיד, עיי"ש.

והרא"ש (ב"מ ח, כג) הביא דברי הרי"ף הנ"ל, והביא עליהם את דעת הראב"ד דאין שומעין לבעל הקרקע האומר טול עציך ואבניך, דקי"ל חורבה עומדת לבנות וזה מזיק הוא ואין שומעין לו, אלא ישב בה זה שבנה בחצר חבירו עד שיתן יציאותיו. וכתב הרא"ש: "ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה, ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלא קפוח פרנסתו, דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו". מבואר מהרא"ש דיש לבחון את כנות כוונת בעל הקרקע, האם באמת אינו חפץ בעציו ואבניו של היורד, אין לו צורך כלל בבנין או בנטיעה, ולא מהנהו כלל, דבזה יכול לטעון. אולם כאשר כל הטענה של טול עציך ואבניך נועדה רק לגרום הפסד ליורד, בזה אין שומעין לו.

ובמהר"א ששון (סי' רכד) הקשה סתירה בדברי הרא"ש, דשם בהכ"ב כתב דעובדא דרב מיירי בשדה העשויה ליטע, ויכל בעל הקרקע לומר לרב לא בעינא,

וא"כ סובר שאף בעשויה ליטע יכול לומר טול עציך ואבניך. וכתב לחלק, דבעובדא דרב אכן לא מעונין בנטיעה, כיון שרוצה לזרוע תבואה, משא"כ בנדון הראב"ד מדובר בטענה שכל מטרתה לגרום הפסד לבעל הבנין.

לאמור לעיל מצאנו ד דעות בדין בעל קרקע שאומר טול עציך ואבניך. דעת הרמב"ם שיכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך, כיון דסתם חרבות אינן עשויות ליבנות. והוא מש"כ הרי"ף ז"ל דשדרו ממתכתא. אא"כ נכנס בעל הקרקע ודר בה. ומבואר דדוקא באינה עשויה ליטע, אבל בעשויה ליטע, דעת הרי"ף והרמב"ם דאינו יכול לומר כן. והדעה השניה היא דעת הנמוק"י, דאפילו בעשוי לבנות יכול לומר טול עציך ואבניך. וכן דעת הב"י (כמש"כ גם בכס"מ). הדעה השלישית היא דעת רב האי גאון (כמש"כ בבעל המאור הנ"ל) דלא יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך לעולם, אא"כ בנה בנין שלא כראוי לבעל הקרקע ולית ליה ביה שום הנאה. והרמב"ן במלחמות כתב שרב האי חזר בו. ודעת הרא"ש דמסתבר טעמא דהראב"ד כשלא היה משתמש בחורבה ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קפוח פרנסתו, דודאי תואנה מבקש להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו.

ובטור חו"מ סי' שעה הביא הא דשדרו ממתכתא, דאם אמר בעל החורבה טול עציך ואבניך דשומעין לו, אא"כ בעל החורבה גדר ליה ומנטר ליה, דודאי ניחא ליה ומיחייב בדמי בנין עד גמירא וידו על העליונה. והביא הטור את דעת הראב"ד שאין שומעין לו דכל חורבה עומדת ליבנות, וזה מזיק הוא, והיורד ישב בתוכה עד שישלם לו יציאותיו ומשמע מהרצאת הדברים דמחלוקת רק אם חורבה עשויה לבנות, אבל אם היתה עשויה בנות, לכ"ע אין בעל הקרקע יכול לומר טול עציך ואבניך. והביא הטור את דעת אביו הרא"ש, דמסתבר טעמיה דהראב"ד היכא שלא היה משתמש בחורבתו ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלי קיפוח פרנסתו, דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו, הא לאו הכי שומעין לו.

והב"י שם הביא בתחילה את תלמידי הרשב"א, דאפילו בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך ונטיעותיך, שאם לא כן נמצא אדם כופה לעשות שדה וגנה וחצר ובתים. ושכן נראה מדברי הרי"ף שלא חילק בין עשויה ליבנות לאינה עשויה ומסתמא בית עשויה ליבנות היא. ובהמשך כתב על דברי הרא"ש הנ"ל: "ואפשר שאף למאי דשדרו ממתכתא איתנהו לדברי הרא"ש". ועיי"ש בדעת הנמוק"י. ועיי"ש עוד בב"ח ס"ק ה, דנראה שהסכים לדעת המגיד. ובשו"ע חו"מ שעה א-ב נקט כלשון הרמב"ם, וכתב דשומעין לבעל השדה האומר עקור אילנך, ולא חילק בין עשויה ליטע ואינה עשויה ליטע. ומדברי הסמ"ע ס"ק ד נראה שנוקט כמש"כ בכס"מ, דאין חילוק בין עשויה ליטע או לא, ובכל גוונא יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך, דלא כמגיד.

וראיתי בחזון איש (ב"ב ב,ג) שכתב דאין מחלוקת בין הראשונים, דאין דברי הרמב"ן והרשב"א אלא כשאין לבעל השדה אמתלא וטעם מפני מה לא היה רוצה לנוטעה, "ואנו רואים את תשובתו טול נטיעותך רק כדי להכעיס את היורד, כעין גם לי גם לך לא יהיה, או כדחיה שלא לשלם. אבל אם הדבר אמת שאינו חפץ בנטיעותיו אלא רוצה בעקירתן, דינו כשדה שאינה עשויה ליטע". וכתב דהטור כתב שיש מחלוקת בדין זה, וס"ל לחזו"א שאין כאן מחלוקת, אם לא שנאמר דפליגי בסתמא אם חשבינן ליה למשקר. דלרמב"ן והרשב"א דבסתם חשבינן ליה למשקר, ולרא"ש מן הסתם מהימן.

ונראה לנקוט להלכה בדרכו של החזו"א, שאם מדובר במוצר שודאי לא היה רוצה בבית, וכעין סורגים במקומות מסוימים וסוג אנשים, שאינם רוצים בסורגים כדי שלא יפריע להם לראות הנוף וכיוצב"ז, ומוכיח שגם הוא דר בבית בלא סורגים, או שמדובר בסורגים שהותקנו באופן שמכער את מראה הבית, או באיכות לא מתאימה, ועוד כהנה טענות שנראות נכונות מצד עצמן, בזה נראה שאין לחייב את הבעלים בתשלום דמי הסורגים היחסי (כדלהלן), אא"כ יוכיח השוכר שבמקום זה דירות נשכרות במחיר גבוה יותר או קפצי זביני. אולם אם נראה שכל המחאה, בין אם היתה במסגרת החוזה או בסמוך לבצוע העבודה, כדי להמנע מתשלום ההשבחה/ ההוצאה, על ביה"ד לחייב במסגרת של פשרה ובאופן יחסי.

אם למשל מדובר במזגן, ואורך חיי מזגן בדירה שכורה הוא ממוצע של שש שנים, כאשר בשנים הראשונות המזגן יעיל יותר ואח"כ זקוק לתיקון, אם השוכר סיים את השכירות אחרי שנתיים של התקנת המזגן, יש לחייב את המשכיר בסכום שנע בין ארבעים אחוז למחצית, עלות המזגן וההתקנה. ובענין הסורגים, יש לבחון את עלות הסורגים שהותקנו, אצל מסגר סביר, ולפשר בדרך הנ"ל בין המשכיר לשוכר, בהתחשב בזמן שבו היה לשוכר תועלת מהסורגים, וזו הפשרה במקום שיש לחייב את המשכיר.

בנדו"ד יש לפשר מחמת מחלוקת הראשונים הנ"ל בגדר עשויה ליטע, ומחלוקת הראשונים בדין טול עציך ואבניך. וכאמור, יש לנקוט כדעת החזו"א ולבחון אם אכן הבעלים חפצים בסורגים, וכל טענתם הינה לפטור מתשלום, יש לחייבם ולפשר כנ"ל. אך אם כנים הדברים, יש לבחון הטענה עצמה, ולפשר קרוב לדין (לפטור), והכל לפי הענין ועיני המורה.

סימן ל

נטל המוכר את מזוזות הבית

ראשי פרקים

א. לשון בני המדינה

ב. האיסור ליטול מזוזה מהבית

באחד שקנה בית מחבירו, ולא סיכמו אם המזוזות הינן חלק מהמכירה. כמה ימים לפני העברת החזקה, נטל המוכר את המזוזות, והודיע על כך לקונה. הקונה מוחזק עדיין בסכום של כאלפיים ש"ח. הקונה טוען שמדובר במזוזות מהודרות, ולמוכר היה אסור ליטול את המזוזות, ממילא המזוזות בכלל המכר ומחיר הדירה. המוכר טוען כי אלו מזוזות מהודרות ויקרות, ומעולם לא התכוין למכרם, והקונה ישים לאלתר מזוזות אחרות, או ישלם לו את עלות המזוזות המהודרות.

א. לשון בני המדינה

בשאלה הנ"ל יש את הנידון הממוני ואת הנידון האיסורי, כאשר לנידון האיסורי, יש נידון ממוני משלו. הצד הממוני הוא ככל דבר וחפץ שנמכר אגב דבר אחר, כגון דברים הנמכרים עם הבית, עליהם נשנו משניות וגמ' בפ"ד – פ"ו דב"ב. והרמב"ם בהל' מכירה כו,ז, פסק על דברים אלו, וז"ל: "אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים וכיוצא בהן מענינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך, הרי זה מכור וסומכין על המנהג, וכן מקום שאין קורין אלא בית לבית לבדו, או שקורין בית לבית וכל סביבותיו ולכל שעל גביו, הולכין אחר לשון אנשי המקום. וכן הדין במוכר חצר או שדה או עיר או מטלטלין, בכל הולכין אחר השמות הערוכות בפי הכל". ובמגיד שם הראה מקורו לדברי הגמ' ב"ב סא,ב: ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח, המוכר שדה לחבירו בבקעה גדולה, אף על פי שמצר לו מצרים החיצונים, מצרים הרחוב לו. היכי דמי, אילימא דקרו ליה לשדה שדה ולבקעה בקעה – פשיטא, שדה זבין ליה בקעה לא זבין ליה. ואלא דלבקעה נמי קרו לה שדה, כולה זבין ליה (דכיון דליכא דקרו לבית בית ולבירה בירה, אלא כולה ביחד מיקריא בית, איהו בית זבין ליה וקנה הכל – רשב"ם). לא צריכא דאיכא דלשדה קרו ליה שדה ולבקעה בקעה, ואיכא נמי דלבקעה קרו לה שדה, מהו דתימא כוליה זבין ליה, קמ"ל. ומבואר בגמ' שאם היה ברור שלשון המקום כוללת או לא כוללת, הרי שיש לילך ולפסוק שהמכר

כולל או לא כולל, כפי מנהג בני המדינה. וכן הביא ראייה מב"ב עז"ב: מכר את הצמד לא מכר את הבקר וכו', היכי דמי, אילימא דקרו לצימדא ולבקר בקר, פשיטא צימדא זבין ליה בקר לא זבין ליה. ואלא דקרו ליה נמי לבקר צימדא, כוליה זבין ליה. לא צריכא באתרא דקרו ליה לצימדא ולבקר בקר, ואיכא נמי דקרו לבקר צימדא וכו'. ומבואר דהכל הולך אחר לשון בני אדם שבמקום המכירה. וכן פסק בשו"ע חו"מ ריח"ט: "כל אלו הדברים במקום שאין שם מנהג, אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום".

והנה בנדו"ד, מבלי להתיחס לשאלה האיסורית, הרי שרוב אנ"ש כשקונים בתים, אינם משתמשים במזוזות שהניח שם המוכר ורוצים להחליפם, בפרט המדקדקים במצוות, ורוצים להדר ולקנות מזוזות בעצמם, תוך בחירה של הסופר וההידורים לפי מנהגם, כך שמבחינת הדין הממוני נראה, דככל שמדובר במכירה ליהודי המהדר במצוות, הרי שאין המזוזה בכלל המכר. ואף אלה המשאירים את המזוזות לקונה, אם מדובר במזוזות מהודרות, לוקחים את המזוזות איתם, ומשאירים לקונה מזוזות כשרות, אך לא מהודרות, וככל שיש כאן מזוזות מהודרות, אינן בכלל המכר, רק כדי להמנע מהשאלה האיסורית וכדלהלן, מחליפים מזוזות למהודרות פחות. כך שאפשר לומר שמהבחינה הממונית אין המזוזות בכלל, ולכן יכול להחליף למזוזות פחות מהודרות, ככל שלא התנו במפורש שישאיר את המזוזות לקונה. שהרי אם היינו אומרים שע"פ דיני חו"מ המזוזות בכלל המכירה, היה אסור למוכר להחליף למזוזות פחות מהודרות. כשם שאם ארונות המטבח בכלל המכירה, אינו רשאי להחליף לארונות אחרים פשוטים יותר, כך היה אסור לו להחליף למזוזות פחות מהודרות, כיון שהן בכלל המכירה. ועיין להלן מה שהבאתי מהדעת קדשים והלבושי מרדכי. לכן נראה דבלשון המכירה אין המזוזות בכלל, מבחינת דיני חו"מ, ורק יש לדון בשאלה האיסורית, וכדלהלן.

הנפק"מ אם מדובר בזכות ממונית או באיסור על המוכר ליטול מזוזות, תהיה אם הקונה יכול לתפוס ממון כנגד המזוזות שנלקחו ע"י המוכר. דלענין עצם התביעה שלא יטול, נראה שיש לו זכות גם אם זה איסור על המוכר, כיון שהטעם משום מזיקין, יכול לכתחילה לתבעו שלא יטול. אולם אין כאן זכות ממונית במזוזות, שיוכל הקונה לתפוס ממון ולהיות מוחזק כנגד מה שנטל המוכר, כיון שהוא איסור על המוכר/ השוכר ליטול המזוזות, משא"כ אם ע"פ דיני ממונות של חו"מ, אסור למוכר ליטול את המזוזות, אם נטל, יכול הקונה לתפוס כנגדם. וכאמור בנדו"ד נראה שע"פ הדיני ממונות אין בנדו"ד לקונה זכות ממונית במזוזות. ועיין להלן מה שהבאתי מתש' שיבת ציון.

ב. האיסור ליטול מזוזה מהבית

איתא בב"מ קב"א: תנו רבנן, המשכיר בית לחבירו, על השוכר לעשות לו מזוזה, וכשהוא יוצא, לא יטלנה בידו ויוצא, ומנכרי נוטלה בידו ויוצא. ומעשה באחד שנטלה בידו ויצא, וקבר אשתו ושני בניו. מעשה לסתור. אמר רב ששת ארישא (שוכר מישראל הוה, דתניא רישא לא יטלנה בידו ויצא – רש"י). ובריטב"א שם בסוגיא כתב, דלא יטלנה אף בשצריך אותה לבית אחר. ואף שלענין ציצית מתירין מבגד לבגד, כדאיתא בשבת כב,א; "שאני הכא דכיון דחלה קדושת שכינה בבית זה, אין לו לסלקה משם. ומיהו אפשר שחייב בעה"ב לפרוע דמיה". ומבואר בריטב"א דכשלוקח המזוזה ומשאיר הבית ללא מזוזה, מסלק השכינה מהבית. עוד מבואר בריטב"א, דכל הדין הוא איסורי, שיש עליו איסור לסלק השכינה בידיים מהבית, אך אין לזה השלכה ממונית, ויכול לתבוע מהמשכיר דמי המזוזה שמשאיר בבית. ודברי הריטב"א הביאם גם הנימוק"י (ב"מ נט,א מעמוה"ר).

והרא"ש מלוניל (ב"מ קב,א) הביא מהשאלתות דרב אחאי גאון, דאם רוצה לקחת את המזוזה כדי לקבעה בבית אחר, יכול ליטלה, וראיה מדין ציצית הנ"ל, וז"ל: "פירש רב אחא בפרשת שלח לך, דהיכא דבעי למשקלה מהאי פיתחא אדעתא למקבעא בפתחא אחרינא בשעתיה, שפיר דמי, והכי נמי אמרינן בתכלת, דהא קיימא לן כשמואל דאמר מתירין מבגד לבגד". וכן מבואר בחידושים המיוחסים לריטב"א בסוגיא בשם רב האי גאון, דאם צריך לאותה מזוזה לקבעה בבית אחר, נוטלה ויוצא, וכן פירש רב אחאי גאון: "ואית דבעי מימר דמצי נמי ליטול דמים אע"פ שאינה צריכה לו, וכל כמה דלא יהיב ליה דמים, נוטלה ויוצא".

ודין ציצית מבואר בגמ' שבת כב,א: רב אמר אין מתירין ציצית מבגד לבגד, ושמואל אמר מתירין מבגד לבגד. וקיי"ל כשמואל שמתירין מבגד לבגד, עיין ברמב"ם בהל' ציצית א,יג, ובשו"ע או"ח טו,א. ובתוס' שם (ד"ה רב) כתבו שני תרוצים האם אליבא דשמואל מותר ליטול מזוזה לקבעה בבית אחר, וז"ל: "לא מבעיא אי חובת טלית הוא דאסור, אלא אפילו חובת גברא הוא נמי אסור, כדאשכחן במזוזה דנענש אותו שנטלה בכבא מציעא בסוף פרק השואל (קב,א), אע"ג דחובת הדר היא. ושמואל אמר מתירין. אע"ג דשמואל גופיה סבר דחובת טלית היא, אפ"ה מתירין, כיון שעושהו לצורך בגד אחר. וגבי מזוזה שנענש, שמא לא היה בדעתו להניח בבית אחר. אי נמי, מזוזה שאני שעשויה להציל מן המזיקין". (ועיין מנחות מא,ב תוס' ד"ה רב, דכתבו רק כתרופן השני). ומבואר דלתרופן קמא, אם בדעתו לקבעה בבית אחר, יכול לנטלה, וכדעת רב אחאי גאון, ולתרופן השני, גם בדעתו לקבעה בבית אחר, אינו רשאי לעשות כן, ושונה דינה של מזוזה מדין הציצית, כיון שגורם נזק ומביא מזיקין

בהיות הבית ללא מזוזה. ותרוצי התוס' הביא גם האגודה שם בשבת (ב,לד). ובתוס' הרא"ש שם הביא את שני תרוצי התוס', והביא תרוץ נוסף: "אי נמי, שאני התם שלא היה הבית שלו, וכיון שהניחה לא היה לו להסירה מבית של אדם אחר לבית שלו". ולפי תרוץ זה דוקא במשכיר שהניח בבית של אחר אסור לנטלה, משא"כ אם הניחה בבית שלו, וכעת מוכר הבית, יהיה רשאי לנטלה, ונפק"מ בזה לנדו"ד, דלתרוץ זה של הרא"ש יכול לנטלה, ודוקא בהניחה מלכתחילה בבית של משכיר שאינו שלו, אינו רשאי לנטלה.

ודעת רב אחאי גאון, בשאלתות (פר' שלח שא' קכו), וז"ל: "ברם צריך למימר, הני מילי כי אסיר למישקל היכא דלא קבע לה למזוזה בשעתיה, תכילת' נמי דלא רמי ליה לגלימא אחרינא בשעתיה, היכא דקא בעי למישקל מן האי פתחא ומקבעיה בפיתחא אחרינא, ומן הדין גלימא לגלימא אחרינא בשעתיה מי שרי אי לא, מי אמרינן כיון דהאי דקא שקל להו אדעתא דלמעבדיה מצוה הוא ליכא בזיון ושפיר דמי, או דילמא כיון דאתעביד בהון קא מיבטלין ממצותיהו אית בזיון ואסיר. ת"ש, דאיתמר רב אמר אין מתירין מבגד לבגד, ושמואל אמר מתירין ... דהלכתא כשמואל דשרי". ומבואר דלדעת שמואל יכול ליטול המזוזה לקבעה בבית אחר, וכדין הציצית. ועיין בנצי"ב בהעמק שאלה (שם אות ו) שכתב טעם הדעות, אם הוא משום בטול מצוה מהבית ומהבגד, א"כ י"ל דבבטול מצות מזוזה יש בה סכנה, משא"כ בציצית. או שהטעם הוא משום בזוי מצוה, ואם מטיל הציצית בבגד אחר או המזוזה בבית אחר, אין בזה בזוי מצוה, עיי"ש. ועיין בברכי יוסף יור"ד רצא,ג, דאם הוא במקום שאינו מוצא מזוזה לבית שהוא רוצה עתה לדור בו, והיא רחוקה ממנו שתבא לידו, כדאי הם הגאונים רבינו האי ורב אחאי, לסמוך עליהם בשעת הדחק.

לאמור לעיל באנו למחלוקת ראשונים, אם יכול בעל המזוזה ליטלה ע"מ לקבעה בבית אחר. ודין זה נובע מחמת האיסור ליטול המזוזה, ולא מחמת זכות ממונית שיש לשני במזוזה. ובטור חו"מ סי' שיד, כתב וז"ל: "וכל דבר שהוא מעשה הדיוט כגון מעקה ומרזב וסולם ולהטיח הגג ומקום המזוזה [והמזוזה] על השוכר לעשותו, ומ"מ לא יטול המזוזה כשיוצא אם הבית של ישראל". ובכ"י שם העיר, דלא היה צריך הטור לכתבו שם, אלא שנמשך אחר לש' הגמ'. וכתב דאינו מדוקדק, דהגמ' הביאה על המשנה דעל השוכר לעשות לו מזוזה, וע"ז שייך לומר שלא יטלנה בידו ויצא, דכיון דמזוזה שלו, הוה אמינא דיטלנה ויצא, קמ"ל. אבל הטור שלא כתב אלא שמקום המזוזה של שוכר, ולא הזכיר חובת השוכר במזוזה, אינו ענין לכתוב סמוך לו הא דלא יטול המזוזה כשיוצא. ומבואר בכ"י דהמזוזה הינה של השוכר הראשון, ואינו יכול ליטלה מחמת האיסור.

וכן מצאנו דעת הראשונים, דאף לסוברים שאסור ליטול המזוזה, מ"מ יכול לבקש דמיה. ולפ"ז ודאי שאם אין לקונה זכות במזוזה בדיני ממונות, שאינו יכול לתפוס מה שכנגד דמי המזוזה, דאין לקונה זכות ממניית במזוזה, ורק למוכר יש איסור ליטול את המזוזה, אבל יכול לדרוש דמי המזוזה. ולשון הריטב"א אינו מוחלט שצריך לשלם דמים, אלא נקט בלש' מיהו אפשר. וכן הביא בב"י יור"ד סי' רצא בשם ה"ר מנוח, על הא דלא יטלנה בידו ויצא, שאם הראשון מקפיד על דמיה טוב לשלמה לו, אבל אין מוציאין. והיינו שאם השאיר מחמת האיסור, אין למוכר/ השוכר תביעה כנגד הקונה/ המשכיר, כיון שהשאיר מחמת הדין שאסור ליטול, אבל הקונה/ המשכיר ישלמו למוכר/ השוכר, וטוב שישלמו, כיון שבדיני ממונות אין לו בזה זכות, וכל זכותו הוא מחמת האיסור ליטול את המזוזה. ועיין בב"ח שם שכתב: "ולפ"ז חייב הבא לדור בביתו אחריו, לשלם לראשון דמי המזוזה שהניח בביתו. וכן כתב הר"ר מנוח מביאו בית יוסף". ותימא שכתב דחייב לשלם, דברבינו מנוח שהביא בב"י מבואר שטוב שישלם, וכנראה זו כוונת הב"ח, ולא בא לחלוק על ההבנה הפשוטה בב"י, כדמוכח לשון הב"ח. ועיין ברמ"א יור"ד רצא, ב, שהביא את הב"י בדעת הר"ר מנוח, דאם הקפיד על מעותיה, השני צריך לשלם לו. ועיין בברכי יוסף יור"ד רצא, ד מה שהעיר בדברי הפוסקים ששינו מלשון הר"ר מנוח. וציין הברכ"י, דמדברי רב אחאי גאון ורבינו יהונתן (בשטמ"ק בסוגיא בב"מ), מוכח קצת דסוברים שצריך לשלם. (ועיין במעיני החכמה למהרא"ל צונץ, ב"מ קב, א, אות קמג). ונראה בבאור דעת הר"ר מנוח, דכיון שהמזוזה בעצם מדין הממון של הראשון, ואין דין שחייב להקנות את המזוזה לשני, אף דהראשון לא יכול להנות מממון זה, וי"ל דאפקוריה מפקר לה וזכה השני, מ"מ אין זה ראוי, אלא ישלם לו דמיה, ויזכה במזוזה שתהיה שלו.

אלא שמצאתי בתש' שיבת ציון (לבן הנו"ב, סי' קי), שנשאל במי שמכר ביתו ורוצה ליקח עמו המזוזות הקבועות בפתחי החדרים, והלוקח טוען דכיון שמכר לו הבית, גם המזוזות נמכרות עם הבית כמו הדלתות. והשיב השיבת ציון, דבשו"ע חו"מ ריד, יא פסק דהמוכר את הבית סתם ולא כתב עם כל מה שבתוכו, לא מכר לו אלא כל מה שמחובר בטיט, אבל מה שמחובר ביתידות לא מקרי חיבור. ומקורו מב"ב סט, א, דאיבעיא כשנקט בסיכי אם הוי כחיבור בטיט, וכיון דסלקא בתיקו, פסקינן חומרא לתובע וקולא לנתבע, והמוכר הוא הנתבע והמוציא מחבירו עליו הראיה. ולפ"ז יש לכאורה לומר שגם המזוזות אשר הם ג"כ מחוברות ביתידות, הן בכלל הספק האמור, והמוכר הוא המוחזק ועל הלוקח להביא ראיה. ודחה השיבת ציון וכתב, דלענין מזוזות אין לפסוק כן, והם של הלוקח ועל המוכר להביא ראיה, מכח הדין שאסור לו ליטול המזוזות (כנ"ל). והביא דברי הרמ"א יור"ד רצא, ב (הנ"ל) שאם הראשון מקפיד על הדמים טוב לשלם לו, אבל אין מוציאין ממנו. ולפ"ז י"ל, דמה

דקיי"ל דהמוכר הוא המוחזק ודבר שהוא ספיקא דדינא אמרינן שהלוקח הוא המוציא ועליו להביא ראיה, כל זה הוא בדבר שהמוכר יכול להחזיק בו גם אחר המכירה, בזה אמרינן דכל דבר שהוא ספק אם נמכר עם הבית, מוקמינן בחזקת המוכר. משא"כ במזוזות שאין המוכר רשאי להחזיק בהן, דמוכרח הוא לעזוב את הבית שמכר ללוקח וליתן הבית ללוקח, ובשעה שהוא מוכרח לצאת מהבית שמכר, הוא מוכרח להניח המזוזות שם ואינו רשאי לתלוש המזוזות וליטול אותם עמו, וכדין שוכר ומשכיר, וא"כ שוב אין המוכר נקרא מוחזק בגוף המזוזות, דצריך הוא להניח המזוזות עם הבית שמכר, וא"כ בגוף המזוזות הנגררים אחר הבית נקרא הלוקח המוחזק ואין להמוכר על הלוקח כי אם תביעת דמים שיתן לו דמי שויין של המזוזות, ובתביעת ממון הלוקח הוא המוחזק והמוכר הוא המוציא. ולכן הספיקא דדינא אם מה שמחובר ביתדות נקרא חיבור או לא, הספק הוא רק לענין אם הלוקח חייב לשלם למוכר דמי שויין של המזוזות או לא, אבל על המזוזות עצמן אין ספק, מכח האיסור ליטול המזוזות. ואפי' לצאת ידי שמים אין הלוקח חייב לשלם לו דמי המזוזות, דכיון שמכר לו הבית סתם, א"כ תביעת המוכר היא בספק, דהא ספיקא דדינא אם מה שמחובר ביתדות נגרר אחר גוף הבית, ותביעת המוכר הינה כטענת איני יודע אם נתחייבתי לך, שפטור לשלם אפילו לצאת ידי שמים. עוד הוסיף השיבת ציון, דכל זה במקומות ובמדינות אחרות, אבל במדינתנו חק ומנהג מדינה הוא שכל מי שמוכר בית, מוכר גם כל שמחובר בטיט וביתדות לבית, אף שלא מפורש בשטר המכר, א"כ בלא"ה אין להמוכר על הלוקח שום טענה ומענה אודות המזוזות, ודינא דמלכותא דינא.

מדברי השיבת ציון נמצאנו למדים, דהאיסור גורר לממון להיות המזוזה דבר הנמכר עם הבית, דכיון שאסור לו ליטול המזוזה, ממילא הוי בכלל הבית, והנידון הוא רק על זכות תביעת הממון שיש למוכר. וצ"ל לשיבת ציון, דאף שאם מעיקרא יטול המוכר את המזוזה, אין לו דין גולן אלא עובר על איסור, מ"מ בספק מה נכלל בבית, כיון שאסור לו ליטול את המזוזה, אמרינן כודאי היתה דעתו למכור עם הבית, והוסיף דכן הוא מדינא דמלכותא. אך עדיין נראה לומר, דהאידינא אצל אנ"ש נהוג שכל הקונה בית, מביא מזוזות משלו, א"כ למסקנת הרמב"ם הוי מנהג שנוטלים את המזוזה, ואינה בכלל המכירה. בפרט בנדו"ד שכבר נטל, הדיון הוא רק בזכות ממון שיש לקונה. ואם הנידון היה לענין נקט בסיכי בלבד, שפיר דמי שזכה מכח הדין, אך למנהג האמור נראה שאין לו זכות בדיני ממונות. וגם האידינא מה שמחובר במסמרים, כמו תמונות וכד', ע"פ החוק אינו בכלל המכירה, ונראה שהוא הדין מזוזות וכל דבר המחובר במסמרים, דכל דבר הניתן ליטול בקל, אינו בכלל המכירה של הבית.

ולענין עצם האיסור, עיין בדעת קדשים רצא.א. ובתש' לבושי מרדכי (חיוור"ד, תליתאה סי' מב) כתב בבאור דברי הדע"ק והברכי יוסף, דאף אם היוצא מהבית, בשעה

שנוטל המזוזות מוכן השוכר השני עם המזוזות בידו למלאות מקומם, לא מהני משום לא פלוג רבנן. אך כל זה בשוים, אולם לענין הידור מצוה ומשום זה אלי ואנוהו, דאמרינן במנחות סד,א, דאפי' בשבת שחט חטאת של צבור, באם נמצא כחוש ושחט שמינה פטור, ולא עוד אלא לכתחילה אמרינן ליה הבא שמינה, ואם דחי שבת, כל שכן דלא שייך בזה לא פלוג, ומצוה זו עצמה מגינה עליו שישמר מן המזיקין. ולכן יכול להחליף מזוזות שבידו המהודרות, ולהסיר המזוזות הפחות מהודרות. ולכאורה משמע שלהחליף המזוזות לפחות מהודרות, אינו רשאי משום לא פלוג. אולם בדעת קדשים הנ"ל מבואר להדיא דשרי.

ושם בלבושי מרדכי (מהדורא ד סי' קמ) הביא מהדע"ק, דלהחליף מזוזה כשיוצא, ואפי' לשים מזוזה שאינה חשובה כ"כ במקום חשובה, אין חשש לכו"ע. וכן בנוטלה לבדקה ומשהה עד שיבא חכם לעיר לשואלו על הספק. דהגם שאין להוציא מזוזה, מ"מ אין חשש להחליפה ולהניח שם מזוזה שאינה מסופר מובהק כל כך, ובפרט שיכול לומר שמוציאה לבדקה ואח"כ שם מזוזה אחרת שאינה פסולה. ואף שלפי הברכי יוסף, אפי' הנכנס לבית מזומן ועומד לקבוע מזוזתו תיכף, לא פלוג רבנן, לא שייך לא פלוג אלא דומיא מה דאמרינן בגמ' שהיוצא נוטלה וסומך על מי שיכנס ויקבע מזוזתו, ובין כך ובין כך אינו נשמר, הוא הדין במיד ותיכף לא פלוג, וגם אינו בידו של היוצא, שהנכנס יעשה מעשהו במהירות תיכף ומיד. אבל אם היוצא בעצמו מחליף בשלו, דהוה בידו, בזה לא שייך לא פלוג. ולכן החילוק, אם המחליף סומך על אחר, לא פלוג אפי' אם מחליף מיד, משא"כ אם הוא עצמו מחליף.

וכאן אכתוב מה שהוספתי לשואל, שאם היה המוכר משאיר המזוזות במקום ואח"כ היה תובע שיתן לו המזוזות או דמיהן, היה מן הראוי ליתן למוכר לאחר שיחליף מיד למזוזות אחרות, או לשלם למוכר, אף שיש דעות הסוברות שאין להוציא מהלוקח דמי המזוזות וכנ"ל, ובודאי לא להסתמך על תפיסה ומוחזקות וטענת קים לי, ואפי' יש ספק קל בדיני ממונות, אין זה מן הראוי להשתמש במזוזה שיש עליה ספק בדיני ממונות. דענינים של הידור מצוה במזוזה, אינם חלים רק על דיני סת"ם וצורת האותיות וכו', אלא על המזוזה להיות גם נקיה מכל חשש וספק ממון, ואם יש ספק בעצם הזכות הממונית של המזוזה, אין זה מן הראוי להשתמש בה, אף אם יכול לתפוס ולטעון קים לי, ואף אם נחלקו הפוסקים וקיי"ל שהוא בבעלות הקונה, יהיה זה מן הראוי להדר ולקחת מזוזה נקיה מכל חשש בדין הממוני. וכן אם נחלקו הפוסקים בעצם החיוב לשלם דמי המזוזות למוכר, אף שיכול הקונה לטעון טענת קים לי ולא לשלם, לכל הפחות מן הראוי לשלם כדי שתהיה המזוזה נקיה מכל חשש ממוני, וזה הידורה.

לאור האמור, אף שהיה אסור למוכר לקחת עימו את המזוזות ללא שם מזוזות אחרות, מ"מ אין לקונה תביעת ממון כנגד המוכר, ואינו יכול לתפוס מה שבידו כנגד דמי המזוזה. בפרט שלדעת הרבה פוסקים יכול היה המוכר לתבוע מהלוקח דמי המזוזה, אם היה משאיר בדירה.

סימן לא

משאל רכב תמורת תשלום הוצאות

ראשי פרקים

א. פרוטה דרב יוסף

ב. כל הנאה שלו

ג. הודיע על ויתור התשלום

ראובן יצא לחו"ל עם משפחתו למשך חדשיים. שכנו שמעון ביקש לשאול ממנו את הרכב או לשכור. ראובן הסכים להשאיל, בתנאי שישלם יחסית את ביטוח הרכב, אגרת רישוי (כשישית מהעלות השנתית). ונשאלתי אם יש בזה גדר של שאלה או שכירות. ומה הדין אם בקש גם שישלם את ההורדה שמורידים לו במשכורת על השימוש ברכב. ומה הדין אם אחרי שסיכמו והתחיל להשתמש ברכב, הודיע לו המשאל שמוכן לותר על הסכום שסיכמו.

א. פרוטה דרב יוסף

ולכאורה אם דין שואל כל ההנאה שלו בכהאי גוונא, שמשכר במה שנמנע ממנו נזק, תלוי לכאורה במחלוקת רבה ורב יוסף בדין שומר אבידה, אם דינו כשומר חנם או שומר שכר, דלדעת רב יוסף דינו כשומר שכר מחמת זה שנמנע מהשומר לתת פרוטה לעני, כיון שהוא שומר אבידה, ולכן דינו כשומר שכר, ורבה ס"ל דלא חשיב שכר. ולכאורה מחלוקתם, האם שכר נחשב מה שמקבל ומשכר, או גם במה שנמנע ממנו נזק, דלדעת רב יוסף מה שנמנע ממנו נזק ע"י השמירה, אף שלא קבל בפועל, חשיב כשכר, וממילא י"ל גם בשואל דאין כל ההנאה שלו, ולרבה לא חשיב שכר, ולכן גם בשואל עדיין כל הנאה שלו.

איתא בב"מ כט,א: דאתמר, שומר אבידה, רבה אמר כשומר חנם, רב יוסף אמר כשומר שכר. ומחלוקת זו הובאה בכ"מ בש"ס, ב"מ פב,א, שבועות מד,ב, נדרים לג,ב. ובב"ק נו,ב הובאה מחלוקת זו וטעם רב יוסף: רבה אמר כשומר חנם דמי, מאי הנאה קא מטי ליה. רב יוסף אמר כשומר שכר דמי, בההיא הנאה דלא בעיא למיתבי ליה ריפתא לעניא, הוי כשומר שכר (דהעוסק במצוה פטור מן המצוה, מובלכתך בדרך נפקא לן במס' סוכה כה,א – רש"י). והתוס' במקומות הנ"ל (עייין בב"ק נו,א ד"ה בההיא) כתבו, דטעמא דרב יוסף משום עוסק במצוה, ודוקא בשעה

שמתעסק באבידה, בשיטוח וניעור, אבל בעצם היות האבידה בביתו, לא יפטר מליתן ריפתא לעני, כיון שיכול לקיים שתיהם כדמוכח בסוכה כה,א, דהאם אדם שיש לו תפילין בראשו וציצית בבגדו ומזוזה בפתחו, יפטר מן המצות. והביאו התוס' את פסק ר"ח ובה"ג, דהלכה כרב יוסף משום דאמרינן בנדרים לגב, דכ"ע אית להו פרוטה דרב יוסף, ואפילו מאן דשרי למודר להחזיר אבידה, לא שרי אלא משום דפרוטה דרב יוסף לא שכית. ור"י דחה ראייה זו: "ואורי" דאינה ראייה כלל, דגם רבה מודה לרב יוסף דעוסק במצוה פטור מן המצוה, אלא דס"ל דלא נעשה שומר שכר בכך, ומ"מ הוא נהנה, לכך אסור למודר, אבל לא הוה שומר שכר". מבואר מהתוס' דלרבה יש שני גדרים, יש שכר ויש נהנה, הנאה יש כאן במה שאינו צריך ליתן ריפתא לעני, אך שכר אין כאן. ולרב יוסף יש כאן גם הנאה, ויש להחשיב זה גם כשכר (ועיין להלן בדברי קצוה"ח עב,לד). ולפ"ז הן לרבה והן לרב יוסף, כיון דחשיב הנאה מה שמצילו מן ההפסד, ורק נחלקו אם נחשב כשכר, דלרב יוסף גם דינו כשכר לענין שומר שכר. וכן הוא בשיטת הקדמונים שם לתלמיד ר"ת. ולפ"ז מבלי להכנס לכל מחלוקת הראשונים אם קיי"ל כרבה או כרב יוסף, עיין בתוס' בסוגיות הנ"ל, ברי"ף (ב"ק כד,א מעמוה"ר), רמב"ם גזילה ואבידה יג, שו"ע ורמ"א חו"מ רסז,טז, הרי שלנדר"ד לכ"ע חשיב הנאה במה שניצל מהפסד, וממילא בשואל כבר אין כל ההנאה שלו.

והנה הרמב"ן בספר המצות, מנה לאוין נוספים, ושם (ל"ת יז) מנה הלאו של לא ירע לבבך, בצדקה לעני, וז"ל: "שנמנענו גם כן שלא יחר בעינינו בתתנו צדקה לעניים, ולא נתן אותה אליהם בעין רעה ונחשוב אותה מיעוט לנו, אבל יהיה זה בעינינו שכר ותועלת ותוספת בממוננו, לפי שהוא ית' ישלם לנו הכל בכמה כפלים, והוא אמרו ית' (שם) נתן תתן לו ולא ירע לבבך בתתך לו, כי בגלל הדבר הזה ה' אלקיך בכל מעשיך ובכל משלח ידיך. וזה גם כן זכרו בעל ההלכות (אות קצב)". ולפ"ז איך אפשר לחשב אי מתן צדקה לעני כהנאה, שהרי אדרבא, בזה שלא נתן לעני יחשב כהפסד, וכמש"כ הרמב"ן. וראיתי שכן הקשה הגרי"פ פערלא בביאורו לרס"ג (עשין כה ד"ה ועדיין צריך), ולא ישב. ובפשטות י"ל, דאף שכן חייב להאמין בנתינת הצדקה, מ"מ בשכר של שומר שכר נקבע לפי המציאות כעת ולא לפי שכר שיגיע לו בעתיד ומה שחייב להאמין בזה, דאם השומר אבידה מאמין ונוהג באמונת התורה, ודאי יתן ריפתא לעני גם בזמן שיטוח וניעור, ואם אינו נוהג כלפיו הוא ריוח במה שפטור, אף שאלבא דאמת הוה הפסד, כלפי השומר הוה שכר במה שניצל מההפסד. ומה שהקשה הגרי"פ, דאיך חשיב לשכר מה שהוא לאו מהתורה, י"ל דכיון שהוא פטור מהמצוה, אינו לאו, ורק השאלה איך יחשב כריוח, וע"ז י"ל דהוא מחשיבו כריוח, ובשכר יש לדון לפי מה שמחשיבו השומר עצמו, אף שאינו אליבא דאמת.

ודוקא מה שמונעו מליתן פרוטה לעני חשיב שכר, אולם עצם המצוה, אף שאם יחטפו ממנו יהיו חייב ב' זהובים, אין זה שכר לגבי שומר שכר, דמצוות לאו להנות ניתנו, וכמש"כ בקצוה"ח שו"ז, דאע"ג דברכה שוה ערך לעשרה זהובים, לא חשיב שכר לגבי שומר שכר, וראיה מרב יוסף, דחשיב שומר שכר ממה שאינו צריך ליתן פרוטה לעני, ומדוע לא חשיב שכר במה שמקיים מצוה והוי עשרה זהובים ריוח; "אלא ודאי דאין זה שכר לשומר שכר ומשום דמצות לאו ליהנות ניתנו, ומהאי טעמא מכסין בעפר איסור הנאה". ועיין בדברי חיים (שומרים יט) שכתב, דשכר המצוה אינו שכר לענין היותו שומר שכר, כיון שהתורה חייבה אותו ליטול האבידה, איך מה שהי"ת נותן לו שכר, יחשב כשומר שכר. אולם מה שאח"כ נפטר מפרוטה דר"י, הוי שכר, כיון שאינו ממילא ובאופן ישיר לחיוב שחייבה התורה להשיב אבידה, אלא כתוצאה מכך נפטר ומרויח. וע"ע באמרי בינה הלואה סח.

ובגמ' נדרים לגב, נחלקו רב אמי ורב אסי אם מחזיר אבידה למי שמודר הנאה ממנו, חד אמר לא שנו אלא בשנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה, דכי מהדר ליה מידעם דנפשיה קא מהדר ליה (ולא מהני ליה אלא שמבריה נזק אבידתו מעליו – ר"ן), אבל נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר לא קא מהדר ליה, דקא מהני ליה פרוטה דרב יוסף. וחד אמר אפי' נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר מהדר ליה, ומשום פרוטה דרב יוסף לא שכיח. הרי שנחלקו בנכסי בעל האבידה אסורין על המחזיר, אם מהנה למחזיר האבידה פרוטה דרב יוסף. ובתוס' שם (ד"ה דמתהני) הקשו, מדוע נחשב המחזיר נהנה מנכסי בעל האבידה, והרי בעל האבידה הוא כמבריה ארי מהמוצא, דאפי' גבי פורע חוב חשבינן ליה מבריה ארי משום דמצי למימר מפייסינא ליה, ולכן לא הוי ברי היזיקא, וכל שאינו ברי היזקא, חשיב מבריה ארי, וכל שכן בפרוטה לעני, שאינו מצוי כ"כ ולא חשיב הנאה. ותירצו התוס': "וי"ל דפורע חובו היינו אותו שפורע חובו עבורו, מבריה ארי מעליו, הלכך לאו ברי היזיקא ולכך הוי כמבריה ארי, אבל הכא המחזיר עצמו כמבריה הארי מעל עצמו ע"י שמתעסק באבידת חבירו, והרי הוא כאילו נוטל מכיסו של בעל אבידה ונותנה לעני, ה"נ גבי פורע חובו אם הבעל חוב נוטל מעות מזה לפטור חובו כמו כן היה אסור". והיינו שמבריה ארי מנכסיו באמצעות נכסי מי שמודר ממנו, וזה אסור, דאף שכלפי המוצא הוי רק מבריה ארי, אבל להבריה ארי ע"י נכסי חבירו, אסור לעשות כן.

ומהגמ' שם מוכח דמבריה ארי לא חשיב הנאה מה שמסלק היזקו, ורק בפרוטה דרב יוסף דחשיב כמבריה מגוף נכסים שהוא מודר מהם, משא"כ בכל מבריה ארי לא חשיב הנאה, ורק דין מיוחד במודר הנאה ובפרוטה דרב יוסף דאסור. ולכאורה, אם לא חשיב הנאה, איך יחשב כשכר לענין שומר אבידה. והובאו לעיל דברי התוס' בב"ק נוב, דאסור למודר דחשיב הנאה, וצ"ל כמש"כ תוס' בנדרים, דחשיב כמבריה

ארי באמצעות נכסים האסורים לו, אבל בלא"ה לא חשיב הנאה, דכל הצלה מנזק חשיב כמבריה ארי, רק באבידה אליבא דרב יוסף חשיב שכר, מפני שהוא כמבריה ע"י נכסי בעל האבידה, אבל בלא"ה לא חשיב הנאה כלל, ולכן שרי, וכמש"כ הר"ן הנ"ל בנכסי המוצא אסורים על בעל האבידה, שאינו אלא מצילו מן הנזק. ולפ"ז כל הצלה מן הנזק לא חשיב הנאה. וכל זה לא שייך לנדו"ד, דנידון מבריה ארי שייך רק בעשה כן מעצמו, שמעצמו עמד ופירנס את אשתו וכד', אבל כשמבקש ממנו להבריה ארי, ודאי חשיב כהנאה, ובשואל אין כל ההנאה שלו.

ועיין באור שמח (שאלה ופקדון א,א), שכתב לחלק בין משאיל ספר (עיין להלן) לנוטל משכון, לענין מבריה ארי, דמשאיל ספר חייב באונסין, דנעשה כמו שהשואל הבריה ארי מנכסי המשאיל, ומה שהמשאיל נותן רשות להשאלה, בזה לא נעשה כעביד המשאיל אותה הברחה, רק מתיחס אל השואל, ואין בזה הנאה למשאיל רק מבריה ארי. משא"כ במקבל משכון, דבזה קא עביד מצוה, שנוטל משכון כדי להלוותו או כדי להשאילו, נמצא דהמשאיל עצמו מבריה ארי מעצמו באמצעות נכסי חברו, דנטילת המשכון איהו קא עביד, עיי"ש.

[ונחלקו האחרונים אם משום פרוטה דר"י דינו כשומר שכר גמור או לא, ונפק"מ אם חייב לקדם ברועים ומקלות (ב"מ צג,ב), דהיינו אם צריך לעשות גם שמירה מעולה. המל"מ שכירות י,א הביא מהמהרש"ך (ח"ב סימן קסט), דאפי' למ"ד דהוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, לא צריך לשמור שמירה מעולה ולקדם ברועים ובמקלות. והמל"מ הקשה עליו, מהיכן מצא לחלק בין שכר של פרוטה דר"י לשכר אחר, דאם נעשה שומר שכר, נעשה לכל דיניו ועניניו. והביא ראיה מתש' מהרי"ק (סי' קנה), בענין עלילת המוכסין של אלכסנדריה, דחשיב ליה שומר שכר משום פרוטה דר"י, ודן דחייב אפי' בגניבה ואבידה קרוב לאונס, והביא ראיה מהלכה זו של חיוב לקדם ברועים ומקלות, עד היכן שומר שכר חייב, עד כדי הייתי ביום אכלני חורב, ולכן נתנו לו שכרו כדי לשמור שמירה מעולה, והנידון שם הוא שכר מפרוטה דר"י. וצ"ל בדעת מהרש"ך, דכיון דסברת המחייבים שומר שכר לקדם ברועים ומקלות, כדאיתא שם בגמ' ב"מ צג,ב, דרב חסדא ורבה בר רב הונא לא סבירא להו הא דרבה (דמאי הוה ליה למיעבד), אלא אמרי, להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא, א"כ דוקא כשנותן לו שכר ממש יש טענה זו בדבריו, משא"כ בפרוטה דר"י.]

ולכאורה אם מניעת הפסד חשיב כהנאה, א"כ מדוע משיב אבידה שמותר לו ליטול שכר כפועל בטל, אינו נחשב כשומר שכר. דתוס' בב"מ סח,א (ד"ה ונותן) הקשו כן, דאם הוא נוטל שכרו על השבת אבידה, ובב"ק נו,ב אמרינן דטעם דשומר

אבידה כשומר חנם, משום דמאי הנאה קא מטי ליה. והקושיא לכאורה גם אליבא דר"י, מדוע נצרך לפרוטה דר"י, תיפוק ליה ממה שמקבל כפועל בטל. ותירצו התוס'; "וי"ל דאין לחוש אם נוטל שכר, כיון שעוסק במלאכה אחרת ומפסיד, דהא אם היה שם בית דין היה מתנה ליטול כל מה שמפסיד, ועכשיו דליכא ב"ד, למה לא יטול כל טרחו". וצריך לומר ולחלק בין הפסד שמגיע לו ישירות מעצם השבת האבידה, כמו כאן שצריך לטרוח ולהשיבה, ובוה מתבטל ממלאכתו, דאין מה שמשלמים לו על הפסדו, חשיב הנאה. אולם בפרוטה דרב יוסף מרויח במה שעוסק בהשבתה, שאין לו כאן הפסד מחמת השבתה אלא שמונעים ממנו הפסד, ובכך נהנה. אולם אם היה לו הפסד מחמת עצם פעולת ההשבה, ומונעים ממנו ההפסד, לא חשיב הנאה לענין שכר בשומר שכר או בשואל שאין כל ההנאה שלו. ובנדו"ד ההפסד אינו מחמת השאלה אלא קיים בלא ההשאלה, וההשאלה מונעת מההפסד, לכן חשיב הנאה.

ב. כל הנאה שלו

ולכאורה מבואר להדיא בגמ', שאם נותן למשאל הוצאות שהיה צריך להוציא עבור הבהמה, ובשאלה מונע ממנו, כבר לא הוי בשואל כל ההנאה שלו. דאיתא בב"מ צד,ב, דמה שמתחייב שואל בתשלום קרן ולא יכול להפטר ע"י שבועה, חמור יותר מחיוב שומר שכר, שיכול להפטר ע"י שבועה בטוען טענת גנב, ואם נשבע לשקר משלם כפל: תדע, דהא שואל כל הנאה שלו (שבחנם הוא עושה מלאכתו, ובו היה לו להחמיר יותר, וחייבו על טענת גנב קרן בלא שבועה, ולא פטרו בשבועה כדי להביאו לידי כפל - רש"י) ואינו משלם אלא קרן. והשואל כל הנאה שלו, והא בעיא מזוני. דקיימא באגם (יש שואל שכל הנאה שלו, כגון שהיה אגם סמוך לו). והא בעיא נטירה. בנטר מתא. ואיבעית אימא, לא תימא כל הנאה שלו אלא אימא רוב הנאה שלו (שאינו נותן שכר). ואיבעית אימא, בשאילת כלים (כל הנאה שלו, דלא בעי מזוני, ונשמרין בכיתו חנם). ומבואר בגמ' שמה שמונע מהבעלים הוצאות של מזונות ושמירה, חשיב הנאה, וכבר אין כל הנאה של שואל, דגם משאל נהנה במה שנמנעות ממנו הוצאות שוטפות של שמירה ומזוני. וצ"ע להלן במש"כ המחנ"א, דמוכח דלא חשיב הנאה.

אלא שמדברי התוס' שם (ד"ה דקיימא) מפורש דאין במתן מזונות של השואל, משום הנאה למשאל שיהיה לא כל הנאה של השואל, וז"ל התוס': "לא בעי למימר היכא דזן אותה שאין כל הנאה שלו שיהא פטור, דלעולם חייב באונסין, אלא ה"ק, אפי' שואל שכל הנאה שלו, כגון דקיימא באגם, אינו משלם אלא קרן". מבואר דמה שנותן לה מזונות, אינו מגרע ממה שכל הנאה של שואל. וע"ע שם בתוס' הרא"ש: "אפילו בכה"ג דכל הנאה שלו, אינו משלם אלא קרן, ולעולם כל שואל חייב באונסין".

והן הדברים, דאף בזן אותה חייב באונסין. הרי שאין בתשלום מזונות ושמירה, כדי לגרע כל הנאה של שואל. והטעם נראה דהתוס' ס"ל דלא בעינן כל הנאה שלו אלא סגי ברוב הנאה שלו.

ולכאורה יש להביא ראייה דקיי"ל דבעינן רוב הנאה שלו, ממה שהקשתה הגמ' שם (ב"מ צו, א-ב): בעי רמי בר חמא, בעל בנכסי אשתו, שואל הוי או שוכר הוי, דאם נאמר דבעינן כל הנאה שלו, הרי גם האשה נהנית משום ריוח ביתא, ואיך אפשר שיהיה שואל. אלא בהכרח י"ל דלא בעינן כל הנאה שלו וסגי ברוב הנאה, ולכן פירשו תוס' דחייב באונסין גם במזונות, דאין צריך כל ההנאה שלו.

והר"ן בתש' (סי' יח-כ) נשאל, בראובן השאיל לשמעון ספר אחד, ושמעון הניח ביד ראובן ספר אחר בתורת משכון או זכרון, ובאו אנשים הן בבית ראובן והן בבית שמעון, ולקחו את הספרים מבית שניהם. לאחר זמן החזירו לראובן את הספר של שמעון שהיה משכון בידו. שמעון תובע מראובן שיחזיר את ספרו, וכשיחזירו לו את ספר ראובן, יחזיר לו ג"כ, שהרי ספר ראובן נלקח משמעון באונס. וראובן טוען שעד שלא יחזיר לו את ספרו, לא יחזיר לשמעון את ספרו הממושכן בידו. ובסוף דבריו השיב הר"ן: "אלא שאני רואה בכאן טעם אחר לפטור שמעון, לפי שראובן כשהשאיל לו ספרו, מצוה עבד וכדאמרינן בפרק אלו מציאות (ב"מ כט, ב), מאי איריא ספר תורה אפילו כל מילי נמי, ואסיקנא ספר תורה איצטריכא ליה, מהו דתימא ניחא ליה לאינש דליתעביד מצוה בממוניה קמ"ל. וכיון דמצוה קא עביד, נמצא שאין כל הנאה של שואל, שאף המשאיל נהנה משום פרוטה דר' יוסף. הילכך כי היכי דהמלוה על המשכון קרינן ליה שומר שכר משום דמצוה קא עביד, כדאיתא פרק האומנין (ב"מ פב, א), ושומר אבדה נמי הוי שומר שכר מהאי טעמא גופיה, כדאיתא בפרק הכונס (ב"ק נו, ב), הכא נמי המשאיל נהנה בדבר משום פרוטה דרב יוסף, והוה ליה כהשאלני ואשאלך, דהכא נמי אין כל הנאה של שואל, הילכך חזר שואל זה להיות שומר שכר, ולפיכך נראה לי ששמעון פטור כיון שנאנס הספר מידו, וראובן חייב להחזיר לו אותו ספר שהניח שמעון בידו למשכון". מבואר דאם מקיים המשאיל מצוה במה שנותן לו, כבר אין כל הנאה של שואל, ואין לחייבו כשואל באונסין.

ושלא כדברי הר"ן מבואר לכאורה בשו"ע חו"מ שמב, א: "אין השואל רשאי להשאיל, אפילו שאל ספר תורה, שעושה מצוה בשאלתו, אינו רשאי להשאיל לאחרים, ואם השאיל לאחרים, אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה חייב". ומבואר שאף בשואל ספר תורה, פטור השואל דוקא במתה מחמת מלאכה, אבל באונס בגוונא אחרינא חייב. ובקצוה"ח שמב, א הביא ממהר"מ מרוטנבורג (קרימונה סי' שיט): "וששאלתני אם חייבים אתם לפרוע הספרים שנשרפו, דבר פשוט הוא שאתם חייבין,

דשואל חייב באונסין". וכתב קצוה"ח שם, דאפשר דפוסק מהר"מ כרבה ולא כרב יוסף, וא"כ הו"ל כל הנאה שלו. ובשו"ע דפסק כרב יוסף ונקט שאל ספר תורה, אפשר דנקט מחמת מלאכה לאשמועין שאם עשה מלאכה אחרת דחייב, אבל הוא הדין דפטור באונסין, ונשאר קצוה"ח בצ"ע.

גם באמרי בינה (הלואה עד), הביא מהרשב"א בתש' דלא כר"ן. הרשב"א בתש' (ח"ה סי' קפט) כתב שאם אחר נותן שכר למשאל, עדיין כל ההנאה של השואל, דמה שאחר נותן שכר למשאל, אינו מגרע מדין שואל. ואינו דומה להשאלני ואשאלך, שנעשים שומרי שכר זה לזה, כיון שהמשאל מקבל בעין שכר מן השואל עצמו, שמשאל גם הוא בשכר מה ששאל ממנו, ואין כל ההנאה של שואל. משא"כ כשאחר נותן שכר, שכל ההנאה של שואל, אלא שאדם אחר מהנה את המשאל, עדיין כל ההנאה של השואל. ואין להקשות מקדושין ו,ב, בתן מנה לפלוני ואתקדש אני לך, דמקודשת מדין ערב, דשם מקודשת בנתינת המנה לזה, דסו"ס קבלה המנה, וכן במקח וממכר, ומ"מ לענין שואל לא יצא מדין שואל. ולפי"ז גם בפרוטה דר"י מה שנהנה מפרוטה דר"י, לא השואל מהנהו אלא הוא נהנה מהמצוה, ולכן כל ההנאה של השואל. וזה דלא כר"ן.

ודברי הר"ן הביאם הדרכי משה חו"מ עב, והסמ"ע עב, כא. והש"ך ס"ק כט הקשה, דהר"ן לשיטתו שפסק כרב יוסף (שבועות כה,א מעמוה"ר), אולם לשיטת התוס' שפסקו כרבה, הוי שואל גמור וחייב באונסים. ולמש"כ הש"ך עב, כא דהוי ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראיה, אין ראובן חייב להחזיר לשמעון אחרי שהוא מוחזק, והקשה על הסמ"ע, מדוע כתב דברי הר"ן בפשיטות ללא חולק. והתומים עב, יח כתב להקשות על דברי הר"ן, דגם בכל שואל חפץ לחבירו והוא נותן עליו משכון, המשאל חייב בשיטוח וניעור של המשכון, וממילא יהיה פטור מפרוטה דר' יוסף, ואין כל הנאה של השואל. גם קשה קושית הר"ן באותו תשובה עצמה, למה קתני השאלני ואני אשאל לך הוי רק שומר שכר, לתני רבותא טפי, השאלני ואני אתן לך משכון לא הוי רק כשומר שכר. וכתב התומים לישב, דס"ל להר"ן כרשב"א בתש' (ח"ג סי' נב), דעיקר פרוטה דר' יוסף היא בשעת הלואה, דפטור מליתן ריפתא לעניים, ולכן בשואל חפץ שאינו ספר תורה וספרים, אין בשעת הלואה מצוה וחייב בפרוטה לעני. וס"ל לרשב"א דבפרוטה בשעת הלואה דמפטר מעני הוי שומר שכר כל משך זמן ההלואה. ולכן ס"ל לר"ן דהמשאל ספר לחבירו, אין השואל חייב באונסין, כיון שבשעת שאלה פטור מפרוטה דר"י ואין כל הנאה שלו. ולא משמע כן בשו"ע חו"מ שמב"א, דמשמע להדיא דהשואל ספר חייב באונסין אם לא דנתקלקל מחמת מלאכה, ומזה ראייה דלא כרשב"א, דעיקר פרוטה דר' יוסף לא בשעת הלואה רק אח"כ בשעת שטוח וניעור, ונשאר בצ"ע. עוד הוסיף התומים די ש הכרח לומר

דהר"ן מיירי דתחילה השאילו ספר ואח"כ נתן לו שמעון משכון, דאם מיירי בבת אחת דזה השאילו וזה נתן לו משכון בפעם אחת, הא הו"ל שאילה בבעלים, ואפילו מדין שומר חנם פטור, ואין צריך כל פלפולו של הר"ן, ועכצ"ל דלא קיבלו שמירה כאחד, וא"כ אין לומר דס"ל כסברת הרשב"א.

ובנתיבות עב, יז הביא קושית התומים, וכן את קושית קצוה"ח עב, לד (עיין להלן), מקדושין מז, ב, דאפי' למאן דס"ל מלוה ברשות בעלים לחזרה, מ"מ לענין אונסין מודה דחייב דלא גרע משאלה, אף דמלוה מצוה קעביד בהלואה. וכתב הנתיבות, דודאי שואל ספר חייב באונסין, דכשנעשה שואל במשיכת החפץ לידו, כבר נעשתה המצוה ומיד חייב המשאיל בפרוטה דרב יוסף. עוד הקשה, מה שיך לומר שהמשאיל נהנה ואין כל ההנאה של השואל, הרי אין השואל נותן למשאיל שכר, רק המשאיל נותן שכר לעצמו, שעושה מצוה בשלו. רק כונת הר"ן דדוקא בנתן לו משכון, דכיון דע"י השאלה נתן לו משכון ומחמת השיטוח וניעור של המשכון פטור מפרוטה דרב יוסף, והוי כנותן לו שכר במה שנותן משכון שלו לידו, והוי כמקבל שכר מהשואל, שמכח מה שנתן השואל למשאיל, פטור המשאיל מפרוטה דר"י. משא"כ בשאר שואל חפץ על משכון לא שיך פרוטה דרב יוסף בשעת שיטוח וניעור, כיון דשאלת חפץ לאו מצוה, ורק שאלת ספר הינה מצוה, ודעת הנתיבות עב, דפרוטה דרב יוסף לא שייכא רק כשהתחלת החיוב שנתחייב בשיטוח וניעור היתה ע"י מצות רחמנא. ולכן מש"כ הר"ן הוא דוקא במשאיל ספר ובנותן משכון עליו. ולא דוקא ספר, אלא הוא הדין בשואל חפץ לצורך הצלת דליקה או לצורך דומה של הצלת נפשות.

ובקצוה"ח עב, לד כתב לישב קושית הש"ך, דמה שנחלקו רבה ורב יוסף הוא אם הנאה של פרוטה דר"י חשיב שכר, אבל ודאי גם לרבה הוי הנאה, אף שאינה שוה פרוטה: "אע"ג דלרבה לא הוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, מודה דהוי הנאה עכ"פ אלא דאינו שוה פרוטה, וכמ"ש תוס' (ב"מ כט, א ד"ה והוי), דגם רבה מודה דבשעה שמתעסק באבידה, דפטור מלמיתב ריפתא לעניא, אלא דלא ס"ל שיהא שומר שכר בעבור זה, כיון דלא שכיח שבשעה שמתעסק בה יבא העני, עיי"ש. והיינו משום דשומר שכר לא הוי כי אם שכרו פרוטה, וכמ"ש ש"ך חו"מ שג, א, אבל במודר הנאה, כיון דהנאה מיהא הוי, אפילו פחות משהו פרוטה, ומשו"ה אסור מודר להחזיר למדיר, ומשום דמתהני פרוטה דרב יוסף, כדאיתא בנדרים לג, ב, עיי"ש בתוס', ואם כן כיון דגבי שואל אפילו אית ליה למשאיל הנאה בפחות משהו פרוטה, נמי תו לא הוי כל הנאה של שואל, וא"כ בשואל ספר לכולי עלמא לא הוי שואל". ונראה גם בחילוק בין שומר שכר לשואל, דאף אם מניעת נזק אינה שכר, מ"מ הנאה יש כאן, ולכן גם כשמונע ממנו נזק, כבר אין כל ההנאה שלו.

וכדברי קצוה"ח כתב גם במנחת חינוך (מצוה נט) על דברי הש"ך הנ"ל, דאף הסוברים כרבה דפרוטה דר"י לא הוי שכר, דאפשר דלא מתרמי עני, וממילא הנאה זו אינה שוה פרוטה, ובשומר שכר לא נעשה שומר שכר אא"כ שכרו פרוטה; "מ"מ אף רבה מודה דעכ"פ הנאה אית ליה, א"כ כיון דהמשאיל יש לו הנאה קצת, אף דלא הוי הנאה שוה פרוטה, א"כ אין כל הנאה של שואל ופטור מאונסים כמש"כ לעיל בשם הקצוה"ח. ונראה לכאורה דהש"ך חולק בזה, וס"ל דוקא אם שכר המשאיל פרוטה השואל פטור, אבל בפחות משוה פרוטה חייב השואל, דהנאת המשאיל פחות משוה פרוטה, לא חשיב הנאה.

עוד הוסיף קצוה"ח שם, דכיון דקי"ל (ר"ה כח,א) דמצות לאו ליהנות ניתנו, ומטעם זה במודר הנאה מותר ללמדו מקרא (עיינן נדרים לה,ב) ומותר לתקוע תקיעה של מצוה (ר"ה שם), וא"כ שואל ספר לא הוי הנאה בהגדרתה לענין שואל. ובב"מ צו,א בעי, שאלה ליראות בה מהו, ממונא בעינן והא איכא, או דלמא ממונא דאית ליה הנאה מיניה בעינן וליכא. וכיון דמצות לאו ליהנות ניתנו, הרי זה כשאל ליראות בה. וגבי שאלה ליראות בה עלתה בתיקו, ופסקו דפטור וכמבואר בשו"ע חו"מ שמו"ח, ולכן גם בשואל ספר פטור, כיון שאין לו הנאה מעצם החפץ המושאל, רק הנאה צדדית שלא צריך לתת למשאיל שכר. ובנתיבות עב"ז הקשה על סברא זו של קצוה"ח, מדברי הט"ז יור"ד רכא, מג דתלמוד תורה ליהנות ניתן. ועוד, דהא יכול ללמד מתוכו לאחר בשכר, דהא ודאי מודה הוא בשואל ספר שאינו של תורה דמיקרי ממונא דאית ליה הנאה מיניה דהוי כמשתמש בגוף החפץ, רק בלימוד תורה סובר דלאו ליהנות ניתנה, ולימוד בשכר ודאי ליהנות הוא. ועוד, דיכול להשכירו לאחר בתוך ימי שאלה, במקום דלא שייך הדין שאין השואל רשאי להשאיל, כגון שילמד בביתו של שואל. (ועיינן מה שכתבתי בח"ה סי' כד).

ובמחנה אפרים (שאלה ופקדון סי' ג) הקשה על דברי הר"ן, דפרוטה דר"י לא שייכא בשעת ההשאלה עצמה, שאין המשאיל עושה מצוה רק בשעה שהשואל לומד בספר, ובאותה שעה חייב לתת פרוטה לעני, כיון שבשעה ההיא לא עוסק המשאיל במצוה. עוד הקשה המחנ"א על הר"ן, דבהשאל פרה, דהמשאיל נהנה במזונות ובנטירותא, ואפ"ה יש עליו דין שואל: "דלא בעינן כל הנאה שלו אלא רוב הנאה של שואל שעושה מלאכתו בחינם, ואע"ג דמטייא ליה הנאה לבעלים, מ"מ כיון שהשואל עושה מלאכתו בחינם, דין שואל יש לו. ואע"ג דאיכא אוקימתות אחרות שם, מתוך דברי הפוסקים נראה דהכי עיקר". מבואר דס"ל למחנ"א דקייל דבעינן רק רוב הנאה שלו, ואין צריך כל הנאה שלו, דעיקר הטעם בחיוב השואל מפני ששואל ללא תמורה, ולכן גם בנותן לה מזונות ושמירה, מ"מ רוב הנאה של שואל. ומזה לנדו"ד, דבכה"ג רוב הנאה של השואל, במה שאינו משלם אלא הוצאות בלבד כמזונות.

ואין לחלק בין מזונות ושמירה לנדו"ד, דבנדו"ד משלם לבעלים הוצאות שהם משלמים לאחרים, משא"כ במזונות ושמירת הפרה, משלם השואל ישירות לצד ג, מאכיל את הפרה ושומרה, אבל בפורע למשאל הוצאות של אוכל וכד', אפשר דיש לראות בזה תשלום שכירות, דאין נראה לחלק כן.

ובאור שמח (שאלה ופקדון א,א) כתב לחלק בין שואל ספר למזונות ושמירת פרה. דהרמב"ם שם פסק: "השואל כלים או בהמה וכיוצא בהן משאר מטלטלין מחבירו, ואבד או נגנב, אפילו נאנס אונס גדול, כגון שנשברה הבהמה או נשבת או מתה, חייב לשלם הכל". ודייק באור שמח בדברי הרמב"ם כלים או בהמה, דלא מבעיא כלים דכל הנאה שלו, אלא אפי' בהמה דבעי מזוני ונטירותא, מ"מ רוב הנאה שלו. ואף דשואל בהמה אין כל הנאה שלו, דבשואל בהמה הוי לשעת השאלה כמו הבעלים, ומה שנותן לה מזונות ושומרה, לא עושה כן לפרת המשאל אלא לפרה שברשותו, שהרי גם אם הפרה היתה שלו, היה צריך לתת לה מזונות ולשומרה, וכל מה שנותן לה זה כדי שתוכל לעבוד אצלו, א"כ אין כאן איזה נתינה מחודשת למשאל; "ולא נשאר לבעלים שום הנאה לשעה זו בה, דהוי כאילו היתה פרה של השואל עצמו, וכי מתה איהו מפסיד", משא"כ בשואל ספר, הלא הנאת פרוטה דרב יוסף היא הנאה מחודשת שאינה שייכת לפעולה שעושה השואל לעצמו ככפרה; "הוי כאילו השואל פרע פרוטה להמשאל, והוי רק שומר שכר", ולכן הקשה על המחנ"א שלא חילק כנ"ל. וכן הקשה בחידושו לב"מ צו,א, דהשואל הוא כבעלים לשעה זו וחייב בכל מילי, כיון דעכשיו פרה דידיה להשתמש בה כבעלים. דגם בפרתו הוא היה צריך לתת לה מזונות למלאכתו שלו, ולא נשאר לבעלים כל הנאה לשעה זו, דהוי כאילו היתה פרה של שואל לשעה זו. ולכאורה לנדו"ד שמדובר בפרעון הוצאות, שהיה צריך לפרוע עבור רכב שלו באותה מידה, או אם היה מקבל רכב ממקום העבודה, לא מגרע פרעון ההוצאות לרוב הנאה שלו או לכל הנאה שלו, כיון שאין כאן פרעון מחודש עבור המשאל.

ונראה דבזה יש לחלק בין הוצאות של ביטוח ואגרת רישוי, לתשלום הסכום שמורידים לו במשכורת. דדמי ביטוח ואגרת רכב, בזה שייך סברת האור שמח שגם בשלו היה צריך לשלם. אולם מה שמורידים לו במשכורת בגין השימוש ברכב, זה נראה כתשלום שכירות (אמנם לא מלא) על השימוש ברכב שלוקחת החברה מהליסינג (במסגרת ההסדר על העובד לשלם את הביטוח ואגרת הרכב, כיון שהביטוח משתנה מעובד לעובד), לכאורה הוא כתשלום שכירות, ובזה לא שייכת הסברא הנ"ל שגם בשלו היה צריך לשלם. לכן לשיטת האור שמח י"ל שעל תשלום אגרת הרישוי והביטוח הוי כמזונות ונטירותא, משא"כ מה שמורידים מהעבודה עבור דמי השכירות, הרי זה כשכירות שנגבית מראובן, והוא מטילה על שמעון.

ג. הודיע על ויתור התשלום

וכאמור לעיל, ככל שמדובר בתשלום הביטוח ואגרת הרישוי, הרי שי"ל כסברת המחנ"א והאו"ש, דדינו כשואל, משא"כ לענין התשלום בעבור מה שמנכים לו במשכורת. (ואף שהביטוח ישלם אונסין וכד', ולכאורה אין נפק"מ למעשה, מ"מ יש לדעת מה דינו במקרים אחרים בהם משלם הוצאות של בטוח צד ג, ואין בטוח מקיף וכד'). ולפ"ז מה הדין אם סיכמו שישלם גם מה שמנכים במשכורת, שדינו כשוכר, אם אחרי כמה ימים הודיע לו שמוותר לו על התשלום הנ"ל, יש לדון אם נשאר דינו כשוכר, ורק מחל לו על דמי השכירות, או שכעת משתנה דינו משוכר לשואל, דעד כאן היתה שכירות, ומכאן ואילך הוי שאלה.

ונראה דכל הצד לומר שעד כאן מסתיימת השכירות ומכאן ואילך הוי שאלה, שייך רק באופן שהשכירות יכולה להסתיים בכל רגע נתון, יכול המשכיר לסיים את השכירות ולהתחיל בשאלה, אולם ככל שאינו יכול לסיים את השכירות, הרי שיש באמירתו משום מחילה על דמי השכירות, וכשם ששומר שכר אם ימחל על דמי השכירות, לא ישתנה דינו לשומר חנם, כך בזה אין דינו כשואל.

והא דאומן שויתר על שכרו דינו כשומר שכר, נלמד מדברי הטור (חו"מ סי' שו), הובא להלכה ברמ"א שו"ד, וז"ל: "והטבחים שלוקחים הכרכשתות מן הכשרות, נקרא שפיר בשכר, אע"פ שאין לוקחים כלום מן הטרופות, כיון שאם לא נטרפה היה נוטל נמצא זה שכרו, ועוד, הכרכשתות שנותנים לו מן הכשרות, הן הן שכרו גם על הטרפות". דהטור מיירי באופן שהיו השוחטים לוקחים חלק פנימי מהבהמה כשכר על פעולת השחיטה. חלק זה היה נלקח על ידם אך ורק אם נמצאה הבהמה כשרה, אך אם השוחט ניבל את הבהמה, אין לו שכרו, והשאלה אם בתנאי שכר אלה ניתן להגדיר את השוחט ונמצאת טריפה כעושה בשכר, או כיון שלא יקבל את הכרכשתא מהבהמה שניבל, הרי הוא כעושה בחנם, ונפק"מ אם יש לחייבו בתשלום דמי הבהמה. הטור פוסק שדינו כעושה בשכר, ומחייבו בדמי הבהמה משני טעמים. או כיון שאם לא היתה הבהמה נפסלת בשחיטה היה נוטל שכר, הרי זה כעושה בשכר. או מהטעם ששכרו מן הכשרות הוא על כל פעולות השחיטה, כולל הטרפות, וע"כ יש להחשיב את פעולת השחיטה שניבלה את הבהמה כפעולה בשכר.

ולכאורה נפק"מ בין שני התרוצים, דאם נאמר כטעם הראשון שבכל מקרה שהיתה הפעולה נשלמת והיה אפשר לאכול הבהמה היה נוטל שכר, אף שהפסיד את שכרו עקב הנזק שגרם, מ"מ הרי הוא כעושה בשכר, כיון שירד אדעתא דשכר, א"כ גם שכר התלוי ועומד בהשלמת הפעולה יחשב כשכר לענין אחריות האומן. אך אם נפרש כטעם השני, א"כ דוקא כשמקבל שכר בסופה של הפעולה, וכנידון השחיטה

ששכר הכשרות כולל גם את שכר הטריפות, יש להחשיבו כאומן בשכר, אך לא במקרה שלא קבל שכר על פעולתו, אף שירד אדעתא דשכר.

ובקצוה"ח (רכז ס"ק יא) נקט בפשיטות כטעמא קמא, וז"ל: "והיינו משום דכן הוא כל שומרי שכר, אם שמרו כראוי נוטל שכרו, ואם נגנב או נאבד ולא שמרו כראוי, משלמין דמי החפץ ומפסידין שכרן, ואפי' בעבדים ושטרות דאינן בדין שמירה מפסידין שכרן, כדאיתא בפרק הזהב נשבעין ליטול שכרן, ומשום דלא הבטיח שכר אלא כשישמור אותו כראוי, ואפ"ה הוי שומר שכר, כיון שאם ישמור אותו כראוי יטול שכרו משלם. והיינו נמי בטבחים כיון שנוטלין שכר מן הכשירות וכשישחוט כראוי יטול שכרו, משום הכי חייב הוא כדין שמירת שומר שכר, ואם נתנבלה בשחיתתו, חייב לשלם, דהיה לו לשומרו שלא לנבל, כיון שיטול שכרו אם ישחוט אותו בהכשר". הרי דס"ל לקצוה"ח דכל היכא שירד אדעתא דשכר, אף ששכרו תלוי ועומד באי גרימת נזק, מ"מ דינו כעושה בשכר. הרי שהכל תלוי בסופו של דבר בתחילת השכירות, שאם ירדו על דעת שכר, אף אם ויתר על שכרו, לא השתנה דינו. ואף שאם יוותר קודם האונס ישתנה דינו, היינו טעמא דפועל יכול לחזור בו בחצי היום, אולם באופן שלא היה יכול לחזור, וכן משכיר בית שאינו יכול המשכיר לחזור בו, עיין שו"ע חו"מ שיב, ז-י, הרי הכל אחר תחילת השכירות, ודינו כשוכר ולא כשואל, רק מחל לו על שכרו.

[ועוד, דהא קייל דאומן הפסיד שכרו כשלא שמר כראוי, ומדוע לא יהיה דינו כשומר חנם. אלא שיש חיוב שכר, רק הפסיד מטעם אחר, ולכן לא השתנה דינו. ומה שאומן בשכר מפסיד שכרו, כן מצאנו בתש' הרשב"א (ח"ד סי' קל), כתב וז"ל: "שאלת, הא דקיי"ל בפרק הגוזל עצים (צט, ב) בטבח אומן שקלקל שאם עושה בשכר חייב לשלם, אם שחט כראוי ונמצאת סכינו פגומה מהו שישלם. ואמרת דמסתברא לך שהוא פטור מלשלם דאימור בעור נפגמה. תשובה. כדין אמרת לפוטרו מן התשלומין ... אבל שכרו הפסיד, דאף הטבח אינו נוטל שכרו מספק, דדלמא בסכין פגומה שחט". ומבואר מדבריו דאומן שקלקל במלאכתו אינו נוטל את שכרו, ואף אם ספק קלקל, אינו יכול להוציא שכרו מספק. ואפשר דיש לחלק בין כשודאי שחט בסכין פגומה, דחשיב פשיעה במה שלא בדקה, לבין טבח שקלקל בשעת מעשה, דיש צד לומר שיש לו שכרו.

וקצוה"ח (שה ס"ק ב), כתב וז"ל: "ונראה דאע"ג דשמירה בבעלים פטור אפי' מפשיעה, אבל שכרו מיהא מפסיד, דלא גרע מעבדים ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן, כמבואר בפרק הזהב והוא בטור ושו"ע שא, א. וכל שלא שמר כראוי מפסיד שכרו, ואפי' בשמירה בבעלים. אלא דנראה דהיינו דוקא היכא דנתן לו שכר לשמור,

א"כ כל שלא שמר כראוי, אפי' שאין בו דין שמירה, אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשמרו כתורת שומר שכר". ומבואר שאפי' במקום שאין לחייבו על הנזק שנעשה, מ"מ מפסיד את שכרו. וראיה משומר עבדים שטרות וקרקעות, שאף שאין בהם דין שמירה, מ"מ אם לא שמר עליהם כראוי הפסיד שכרו, כדאיתא בב"מ נח,א ובחור"מ שא,א. וע"ע בש"ך חו"מ שג,ה ובנתיבות שם ס"ק ג, ומ"מ כל שלא עשה את המלאכה שנשכר לבצעה,, אין לו שכרו. וכן מוכח מהגמ' בגיטין נד,ב בסופר שלא כתב אזכרות לשמן דמפסיד שכרו, ואכמ"ל.]

ולפ"ז בנדר"ד שאינו יכול להפסיק את השכירות, שהרי סיכמו ביניהם לכל התקופה שיהיה ראובן בחו"ל, ואם סיכמו שישלם לו השכירות שנגבית ממשכורתו, הרי שדינו כשוכר, ואין במה שהסכים אח"כ למחול על סכום זה כדי לשנות דינו לשואל, אלא רק כמחילה של שכרו שחייב לו, וכענין אחר שאינו ממהות השכירות שמשנה את דינו לשואל.

דבדין מתנה שומר חינום להיות כשואל (ב"מ צד,א), היינו דוקא בשעה שקיבל עליו השמירה, כדמוכח בגמ' שם שהקשתה איך מהני תנאי, הרי מתנה על מה שכתוב בתורה. והעמידה הגמ' כר"מ, ומהני התנאי; דמעיקרא לא שעבד נפשיה. ועיי"ש ברש"י שפירש, דהאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, אלא שאמר לו אי אפשר להיות שומר שלך אלא בכך, ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה, והאי כי משיך, כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה, ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת, ולמה שירד ירד. ועיי"ש ברמב"ן ובריטב"א. הרי דדוקא כשמעיקרא בשעת קבלת השמירה פירש כן מהני. ואף לרבי יהודה, אף דמהני תנאי, מ"מ בענין זה לא פליג דמיירי דוקא בשעת קבלת השמירה.

המרדכי (ב"ק סי' ק) נשאל בראובן שהלוה י ליטרין לשמעון לזמן קצוב, ואחר הזמן אומר ראובן לשמעון שאותם י ליטרין שחייב לו, יהיו בידו בתורת עיסקא, ועסק שמעון בהם ונאנסו. ופסק במרדכי דשמעון חייב באונסין כדין הלוואה, כפי שקיבל בתחילה בתורת הלוואה: "כי אין המעשה נשתנה בחליפות דברים", והביא ראייה מס"פ החובל (ב"ק צג,א), דהאומר קרע כסותי ושבר כדי חייב, דאם בא לידו בתורת שמירה צריך לומר והפטר. וכאן בא לידו בתורת מלוה, ואינו יכול לשנות מחיובי מלוה לעיסקא בדיבור בעלמא. עוד הביא ראייה מב"מ צד,א, במתנה שומר חינום להפטר משבועה, ושואל להפטר מלשלם, ותירצה הגמ' דאינו מתנה על מש"כ בתורה, ולעולם ר"מ היא, ושאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה. משמע שאם שיעבד נפשיה, לא יכול להתנות. והיינו בהתנאה תוך זמן השמירה כשאינו יכול לחזור בו מעצם ההתחייבות שבאה מכח השמירה (עיי' קצוה"ח עד,א, ורצג,ב), אבל באופן שיכול לסיים ההלוואה

בכל עת, גם המרדכי מודה. ומה שהביא ראייה מס"פ החובל, כוונתו שאין כאן מחילה על החיובים הקיימים, מפני שמחילה על חיובים קיימים, צריך לומר לשון של והפטר.

ודברי המרדכי הובאו להלכה ברמ"א חו"מ קכ"ב: "ראובן שהיה חייב לשמעון, וכשהגיע זמן הפרעון א"ל שמעון שיתעסק בהן למחצית שכר, ונאנסו אחר כך ביד הלוח, חייב בכל האונסין כמו בתחלה, מאחר שהיו תחלה באחריותו ולא נשתנה מכח דיבור בעלמא". וכן הובאו דברי המרדכי ברמ"א חו"מ קע"א. ובקצוה"ח קכ"ג כתב, דאם אמר לו בפירוש לך והתעסק בהם והרי אתה פטור מחיוב שהיה לך בשמירתך, ודאי פטור. עוד הוסיף, דאפי' אמר לו בסתם יהיו לך בתורת עיסקא, לא גרע מאומר בתורת גיטין, דפטור אפילו לא אמר והפטר, וכדאיאתא בשו"ע חו"מ קכ"א, דכיון דתורת עיסקא יש מחצה פקדון, פוטר אותו מחיוב אונסין במחצית זו. הקצוה"ח מבחין בין אם אומר ללוח בצורה של פעולה, להתעסק במעות, לבין מתיחס לעצם הגדרת מציאות המעות, שיהיו בידו בתורת עיסקא. דהמרדכי מיירי באומר לו סתם שיתעסק בהם למחצית שכר, דבזה אף שנראה ממנו שאינו חושש באונסין, לא נפטר כשבא לידו בתורת שמירה, כיון שאין שינוי בהגדרת המציאות המחייבת של המעות, אלא אמירה ללוח מה לעשות במעות. אולם כשאומר לו שיהיו בידך בתורת עיסקא, הרי הוא כאומר ומגדיר את החיוב שיש ללוח במעות אלו, והרי הוא כאומר בתורת גיטין, ויש בזה מעין אמירה של והפטר. וע"ע קצוה"ח שדמ"ג, וע"ע בערוה"ש חו"מ קכ"ה מש"כ בזה.

ובנתיבות שדמ"א הקשה סתירה לכאורה מדברי הרמ"א. דבשו"ע חו"מ שדמ"א, על מה שיכול שואל להתנות להפטר, פסק הרמ"א, וז"ל: "ודוקא דאתני קודם שבאה השמירה לידו, אבל לאחר ששעבד נפשיה, לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא". ואילו לענין מתנה שומר חינם (שו"ע חו"מ רצ"א, כז), ולענין תנאי של שומר שכר (שו"ע חו"מ שה"ד), לא הגיה הרמ"א דלאחר שבאה השמירה לידו אינו יכול להתנות. וכתב הנתיבות לחלק בין תנאי של שואל, לתנאי של שומר שכר ושומר חינם: "נראה דדעת הרב לחלק, דדוקא בשואל שיש לו קנין בגוף החפץ, דשאלה ושכירות ליומא ממכר הוא, וכיון שהוא בתוך הזמן, צריך לעשות קנין חדש, דהאונסין דחייביה רחמנא להשואל אינו מטעם חיוב שמירה, דהא מהאונסין אינו יכול לשמור, רק הטעם דעשאו רחמנא כשלו בתוך ימי השאלה לענין דכשנאנס אמרינן דדידיה נאנס, ומשו"ה כשמחזיר בעינן קנין גמור". ומשמע לכאורה דשונה דין שכירות משאלה, דאף שכתב הנתיבות דשכירות ליומיה ממכר, מ"מ החיוב שחייבו שואל באונסין הוא דוקא שהוא כשלו, וזה שייך דוקא בשואל, דהטעם דדידיה נאנס שייך רק בשואל ולא בשוכר. וא"כ שוכר עצמו יכול להתנות גם תוך זמן השכירות ולהפטר. וכל דין מתנה שומר שכר

וכו', לא נאמר בדיני שוכר, וקאי כל דינו על מה דקאי בשומר שוכר, עיין בשו"ע חו"מ שו,א. ולפ"ז בשכירות יכול להתנות תוך כדי זמן השכירות.

עוד למד התיבות, דיש לחלק בענין אמירת והפטר בין סוגי השומרים, דדוקא שומר חנם ושומר שוכר, שחיוב חל מיד בשעת קבלת השמירה, דמיד חייבים לשמור באופן שלא יפגע ולא יגנב, ולכן מיד כשפטר את השומר מחיוב, מיד חל הפטור, שאינו חייב לשמור כשומר שוכר. אולם לענין שואל, שאין חיובו חל לבצוע פעולת השמירה, שאין אפשרות לשמור שלא יארע אונס, ולכן הפטור הוא עתידי, ולכן צ"ל והפטר. והוא דין דוקא בשואל ולא בשאר השומרים, וז"ל התיבות: "די"ל דשם הטעם הוא כמ"ש המרדכי לעיל מיניה שם, דטעם הפטור משום דהוי פטומי מילי, ע"ש, וס"ל דבשאר שומרים החיוב אחריות מחיוב שמירה הוא חל מיד, והמחילה היא חלה מיד כשפטר מחיוב שמירה, ולא חשיב כמחילה על תנאי, משא"כ שואל ליכא חיוב שמירה דאי אפשר לשמור מאונסין, רק החיוב הוא אחר שיאנס, ודמי למחילה על תנאי".

ואיתא בב"מ צח,ב: בעי רבי אבא בר ממל, שאלה בבעלים, שכרה שלא בבעלים מהו, מי אמרינן שאילה לחודה קיימא ושכירות לחודה קיימא, או דלמא שכירות בשאלה מישך שייכי, דהא מיחייב בגניבה ואבידה. ורש"י שם פירש: שאלה בבעלים, וקודם שהחזירה חזר ושכרה מיניה, ובשעת שכירתו לא היה עמו במלאכתו, ונגנבה או אבדה בימי שכירות, מהו, מי אמרינן שכירות לחודה קיימא ומילתא אחריתא היא, ואע"ג דכי משך לה מעיקרא בבעלים היא, ותו לא הדר משך לה, מיחייב ליה, דבשעת שכירות ברשותו היתה, ולא מיחסרא משיכה, וקני חצירו באמירה, ולעולם קנין אחריתי היא, ושלא בבעלים היא. או דלמא שכירות בשאלה מישך שייכא, כל חיובי שוכר דגניבה ואבידה ישנן בשואל, ולא הוסיף כלום, ומחמת משיכה ראשונה באו לו, והיא בבעלים הואי ופטור. ולכאורה מדברי רש"י מבואר דיכול תוך כדי תקופת השאלה להפוך את השאלה לשכירות. וכך למד מדברי רש"י המחנ"א (שומרים כג), דמוכח שיכול לשנות מהות חיובי השמירה בדברים בעלמא. ומי שהיה בידו חפץ בתורת שאלה, וא"ל המשאיל שמכאן ואילך יהיה בידו בתורת שכירות, יצא מדין שואל ונעשה שוכר. וכמו כן אם השאיל באופן שבידו של משאיל ללוקחה ממנו כל עת שירצה, אם א"ל המשאיל מכאן ואילך אין אתה שואל עליה אלא היא בידך פקדון, יצא מתורת שואל ואינו יכול להשתמש בחפץ, והרי הוא בידו בתורת פקדון. והקשה המחנ"א מדין קרע את כסותי, דלא נפטר אלא באמירת והפטר, דאמירה סתמית של קרע כסותי כשבאה לידו בתורת שמירה, אינה אלא פטומי מילי. ודין מתנה שומר חנם להיות פטור, דאחר שבא לידו בתורת שמירה לא מהני ועדין הוי שומר עליה כדמעיקרא, ומוכח שאין המעשה משתנה בדברים, התם שאני שאין השומר יוצא

משמירתו עד שיחזירנו ליד בעלים, אבל גבי שואל שאינו חייב אלא מפני שיכול להשתמש בה, כל היכא דא"ל המשאל איני רוצה שתשתמש בה יותר, יצא מתורת שואל. ומבואר שזה דין מיוחד בשואל שיכול לומר לו שאינו חפץ שישתמש עוד בחפץ. אך י"ל דמיירי באופן שיכול המשאל לומר כן, ולא בהשאלו לזמן.

ובדברי חיים (שומרים סי' כג) כתב בהסבר דברי המרדכי, דהא דאמרינן בקיבל בידו בתורת שמירה ולא אמר והפטר, דהוי פטומי מילי בעלמא, הטעם דכל עוד שלא פטר את המקבל בתורת שמירה, מחובת השמירה, הרי בדעתו אף שאומר לו שפוטרו מחיוב אומסין, אין זה אלא פיטומי מילי, דכיון שעדיין חייב בשמירה ולא פטרו מעצם חובת השמירה, הרי סובר הבעלים שודאי ישמור כראוי. ורק כשפטרו מעצם חובת השמירה, לא הוי פיטומי מילי, דכיון שלא ישמור, ודאי מבין שהשמירה לא תהיה כראוי, וממילא אם יארע אונס או גניבה ואבידה, יהיה פטור, ולכן לא הוי פיטומי מילי. ולכן ס"ל לדברי חיים דאין חילוק בין שואל לשומר חנם, דלא כנתיבות. וע"ע שם בדברי חיים, מה שהקשה על המחנ"א הנ"ל.

גם מהגדולי שמואל (ב"מ צד,א), נראה דאף בשומר חנם ושומר שכר, אינם יכולים להתנות לאחר שקבלו עליהם השמירה, ואין חילוק בינם לבין שואל. הגדולי שמואל הביא קושית המחנ"א (שומרים יח), למה לי טעמא דמעיקרא לא שעבד נפשיה, תיפוק ליה ששומר דינו כפועל שיכול לחזור בו אפי' בחצי היום. ותיריך הגדולי שמואל; "ואולי כיון דחייב שמירה נשאר עליו, שוב אינו יכול לעקור חיוב ממון, ולכן בעי טעמא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה". ועיין קצוה"ח עד,א ורצג,ב, דמה שיכול לחזור בו הוא מפעולת השמירה, אך חיובים שקיבל עליו, אינו יכול לחזור בו. ודין זה הוא אף בשאר השומרים. אלא שלפ"ז יש לעיין למש"כ לעיל מהדברי חיים, דהוי פיטומי מילי כיון שלא פטרו מחיוב פעולת השמירה, דלכאורה לענין חיוב פעולת השמירה, יכול השומר עצמו לחזור בו, ולענין החיובים, פטרו הבעלים. וי"ל, דכיון שהבעלים לא פטרו מחובת השמירה, הרי אמירת הבעלים היא פטומי מילי, דמה שאנו בוחנים את אמירת הבעלים ולא את תוצאות שיכולות להיות בעתיד ממה שיעשה השומר, וכיון שכעת יש עליו חיוב לפעולת השמירה, ממילא אמירת הבעלים כעת, באשר היא שם, אינה אלא פטומי מילי.

ונראה גם שאין לחלק בין אם פטרו מחיוב כזה או אחר, לבין אם פוטרו מעצם תשלום השכירות. דאף שי"ל דלא שייך בזה פיטומי מילי, מ"מ הסברא נותנת דתוך זמן השכירות, כדי לשנות שכירות לשאלה, הוי כהתנאה שמתנה ובעי לקנין, וכמש"כ הרמ"א שדמ"א, וכמבואר לעיל. ולכן נראה דבכל ענין שכבר התחילה השכירות, אין במה שפוטרו מהשכירות, כדי לשנות את מהות השכירות לשאלה.

לאור האמור לעיל:

א. תשלום הוצאות כמו ביטוח ואגרת רישוי, שמשלם השואל למשאיל, לא משנים את מהות השאלה לשכירות. ב. מה שישלם השואל בגין תשלום שנגבה מהמשאיל במשכורותו, יחשב כשכר שכירות. ג. אם סיכמו ביניהם על תשלום כאמור בסעי' ב, ולאחר התחלת השכירות פטרו המשאיל/ המשכיר מסכום זה, אין בכך לשנות את מהות ההשכרה לשאלה.

סימן לב

שואל שנהנה פחות משה פרוטה

ראשי פרקים

א. ליראות או פחות מש"פ

ב. חיוב מבח השתמשות

נשאלתי במי ששואל חפץ מחבירו, אך ההנאה אינה שוה פרוטה, והביאו דוגמא, במי ששאל מכשיר טלפון ניד מחבירו לשוחח שיחה, וידוע שכיום מחירי החבילה הם ללא הגבלה, כך שאין כאן גם עלות של פרוטה למשאל, ונפל המכשיר באונס (כגון שעבר במקום אחד ודחף את השואל) ונשבר המכשיר, אם חייב באונסין.

א. ליראות או פחות מש"פ

איתא בגמ' ב"מ צו, א: בעי רמי בר חמא, שאלה לרבעה מהו (מחייב באונסיה או לא – רש"י), כדשיילי אינשי בעינן ולהכי לא שיילי אינשי, או דלמא טעמא מאי משום הנאה, והאי נמי הא אית ליה הנאה. שאלה ליראות בה מהו (שיהא נראה עשיר חשוב, ולא ימשכו בעלי בתים ידיהן ממנו להקיפו באמנה ובאשראי), ממונא בעינן והאיכא, או דלמא ממונא דאית ליה הנאה מיניה בעינן (שנהנה בבהמה עצמה), וליכא. שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו, ממונא בעינן ואיכא, או דלמא כל פחות מפרוטה לא כלום היא. שאל שתי פרות לעשות בהן פרוטה מהו (אם תמצא לומר פחות מפרוטה לאו כלום, הכא מאי), מי אמרינן זיל בתר שואל ומשאל ואיכא, או דלמא זיל בתר פרות וכל חדא וחדא ליכא ממונא. ולא נפשטו הבעיות בגמ'. ונחלקו הראשונים בבאור הבעיות הנ"ל בגמ', אם מתיחס לענין חיובי אונסין או לענין שאלה בבעלים, וכמו שיתבאר להלן, ומדברי רש"י (ד"ה מהו) מוכח דס"ל דהאיבעיא בגמ' הינה לענין חיוב אונסין.

וצדדי הספק של הגמ' בבעיא, להסבר הראשונים שהבעיא הינה לענין חיוב באונסין; שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו, ממונא בעינן ואיכא, או דלמא כל פחות מפרוטה לא כלום היא, נראה לבאר לפמש"כ התוס' שם (ד"ה ממונא): "פי' דממונא בעינן שישאל לו והאיכא, ואית ליה נמי הנאה מיניה". (ועיין בחידושי הרי"מ כאן ד"ה שם שאלה לעשות בה פחות מש"פ). והיינו שצדדי הבעיה, האם בשאלה לחייב באונסין, בוחנים אנו את גוף החפץ המושאל, ואם הוא שוה פרוטה, הרי יש חיובי שמירה, או שלענין חיובי שואל, אף אם חיובי שמירה יש על החפץ, כיון שחיוב

השואל הוא מחמת זה שכל ההנאה שלו, הרי שצריכים אנו שההנאה תהיה שוה פרוטה כדי לחייב באונסין, אף שלכאורה י"ל שחיוב שמירה של שומר שכר יהיה כאן בכל ענין, דבשומר עצמו כבר כתב בקצוה"ח (עדא ורצג,ב) דיש שני ענינים, עצם חיוב פעולת השמירה כפועל, וגם השתעבדות של השומר לשלם אם יפשע או יגנב ויאבד, ואף שפועל חוזר בו בחצי היום, מ"מ שמירה דהיא חיוב ושעבוד שמתחייב לשלם אם יגנב או יאבד תוך הזמן, גם כשמחזירו למפקיד ונגנב או נאבד בבית הבעלים חייב השומר לשלם, וכמש"כ בשו"ע חו"מ עב,ג במשכון שהחזיר ללוה. ומבואר שיש בשומר נוסף על החיובים לשמור גם השתעבדות לתשלום, וזה לא גרע בשואל, אלא בשואל התווסף חיוב באונסין מחמת מה שכל ההנאה שלו (עיי' מש"כ לעיל בסי' לא), ועל זה איבעיא בגמ' אם מה שצריך ממון שוה פרוטה זה לגוף החפץ או להנאה שלשמה שואל, כדי שיתחייב באונסין. אולם כשאין לו הנאה של שוה פרוטה, גם לא יתחייב כשומר שכר, אלא רק בפשיעה כשומר חנם, וכמש"כ הרא"ש ב"מ ח,א: "כל הני בעיין לא איפשטו, ולא מחייב בדין שואל. אבל אי איכא הנאת שוה פרוטה לשואל, מיחייב בגניבה ואבידה כדין שומר שכר, דהואיל ונהנה ממנה". ולכן החיוב שלו כשומר חנם בפשיעה, ואינו חייב באונסין או בגניבה ואבידה, על הצד שאין לו דין שואל בהנאה פחות משוה פרוטה. (ומש"כ הריטב"א, עיין להלן, שחייב כשומר שכר, היינו באופן שיש הנאה של פרוטה).

וכאמור לעיל, נחלקו הראשונים אם האיבעיות בגמ' הינן לענין חיוב אונסין, או לענין חיוב בעליו עמו. מרש"י הנ"ל (ד"ה מהו) מבואר דהאיבעיות הינן לענין חיוב אונסין. וכן מבואר ברא"ש ב"מ ח,א הנ"ל: "כל הני בעיין לא איפשטו ולא מחייב בדין שואל". הרי שהנידון הוא לענין חיוב אונסין. וכן מבואר בדברי הריטב"א שם בסוגיא: "פירוש, כל הני בעיין קמיינתא עד שאל מן השותפין, לענין חיוב אונסין הן וכדפירש"י, דדילמא בכל הני לא חייב רחמנא לשואל באונסין, ואין דינו אלא כשומר שכר בעלמא. דאילו הוה פשיטא ליה דשאלה שלא בבעלים חייב באונסיה, פשיטא ליה דבבעלים פטור. וכיון דלא איפשטא, הוי חומרא לתובע וקולא לנתבע והשואל פטור בכלום, וזה שלא כדברי הרמב"ם ז"ל". ובטור חו"מ שמו"ב הביא דעת הרא"ש, ושכן כתב הרמ"ה; "שחייב בגניבה ואבידה כל היכא דאיכא שוה פרוטה לשואל, אע"ג דלגבי פרה ליכא שוה פרוטה ואף לענין אונסין, אי תפס לא מפקינן מיניה". (והסברא לחיובו כשומר שכר או שומר חנם הוא כנ"ל, דלא גרע מהשתעבדות כל שומר).

ובהסבר דעת רש"י, עיין במגיד שאלה ופקדון ב,ט, שספק הגמ' אם שאלה שחייבה התורה באונסין הוא דוקא כדשיילי אינשי, שאין דרך אנשים לשאול בפחות משוה פרוטה או ליראות בה או לרבעה. ולפ"ז אין כאן חסרון שאין כאן תורת

ממון בשומרים, דגם על שומר פחות משהו פרוטה חשיב מדיני ממונות כשומר, ולא אמרינן שאין כאן תורת ממון לחול עליה דיני שמירה. אלא החסרון שאין רגילות להשאל פחות משהו פרוטה או ליראות וכו', ולכן מה שחייבה התורה באונסין הוא רק בדשיילי אינשי. עוד הוסיף, דבכל הני בעיות אם שאל בבעלים, פטור ממ"נ, או שאינו בתורת שאלה ופטור מאונסין, ואם הוי בתורת שאלה, פטור מדין בעליו עמו, לשיטת רש"י ודעימיה.

ויש מהראשונים שפירשו בעית הגמ', לא לענין חיוב אונסין אלא לענין שאלה בבעלים, שאם שאל בבעלים ליראות בה וכו', הסתפקה הגמ' אם חשיב שאלה בבעלים להפטר מחיובי השמירה. ובראשם הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון ב,ט: "השואל את הבהמה בבעלים לרבעה, או להראות בה, או לעשות בה פחות משהו פרוטה, או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, הרי כל אלו ספק שאלה בבעלים". ועיי"ש ברב המגיד שפירש דהרמב"ם ס"ל דאיבעיות אלו בגמ' הינן חלק מהאיבעיא של שאל מן השותפין, שהיא בדין שאלה בבעלים, והוכיח סופו על תחילתו. וכן מבואר במאירי (ב"מ צו,א), שהאיבעיות הינן לענין שאלה בבעלים: "כגון ששאלה לרבעה או להתראות בה כעשיר, או ששאלה לעשות בה פחות משהו פרוטה, שאין זה קרוי מלאכה, או ששאל שתי פרות לעשות בין שתיהן שוה פרוטה, שאע"פ שיש כאן פרוטה אצל השואל ואצל המשאל, מ"מ אין כאן פרוטה אצל הפרה, כל אלו ספק אם נקראו שאלה בבעלים אם לאו ודנין בה קולא לנתבע, ואם תפש הלה אין מוציאין מידו". גם בתלמיד הרשב"א (ב"מ צו,א), הביא ב הדעות, והסכים לדעת הרמב"ם: "... כל אלו עלו בגמרא בספק אם הוא חייב באונסין בשואל אם לאו. כך כתב אחד מגדולי המפרשים, אבל אחד מגדולי המורים וכן מגדולי הראשונים ראיתי שכתב שאין ספק זה שנסתפקו בגמרא אלא בשאל בבעלים לדברים אלו, אם יש לדונו כשואל לדברים אלו דין שאלה בבעלים אם לאו, וכן הדברים מראין".

ובשו"ע חו"מ שמו"י, אף שדרכו לפסוק כדעת הרמב"ם, בזה היה לכאורה נראה דפסק כדעת הראשונים הנ"ל, דהסוגיא לעצם חיוב אונסין, וז"ל: "שאל פרה לרבעה או ליראות או לעשות בה פחות משהו פרוטה, או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, הרי זה ספק, ואין מוציאין מידו". ודייק בתורת חיים (ב"מ צו,א), מדלא כתב שאל פרה בבעלים ליראות בה וכו', מוכח דלא פירש דהסוגיא מיירי בבעלים. ולכאורה אינו מוכרח, דכיון דכל ס"י שמו בשו"ע חו"מ מיירי בדין שאלה בבעלים, לא הוצרך לכתוב שוב דמיירי בבעלים. ובסמ"ע שמו"ע שמו"טז כתב, דהמחבר סתם דבריו, כדי לפרש בו איזה פירוש שנרצה.

ובלח"מ התקשה בדברי הרמב"ם, מה הסברא לומר שפחות מפרוטה ושאלה ליראות וכו', יהיה חייב באונסין מחד, ולא יהיה לו פטור של בעליו עמו – מאידך,

דאם פחות משה פרוטה וכו' הוא בכלל פרשת שואל, א"כ פטור גם בבעליו עמו, ואם אינו בכלל הפרשה, לא יתחייב באונסין. וכתב הלח"מ לישב: "ואולי י"ל, דמיבעיא ליה היכא דשאלה להראות ונראה בה, או לרבעה ורבעה, דעשה המלאכה אשר שאל בה, ולהכי בעי, אי הוי שאלה בההיא שעתא דשאלה, הוא פטור משום דהוי שאלה בבעלים, ואי לא הוי שאלה לא הוי שאלה בבעלים, דאותה שעה לאו שעת שאלה היא, ומ"מ חייב משום שנשתמש בה, וכי היכי דאמרינן במפקיד מעות אצל חברו דהיכא דנשתמש חייב באונסין אף על גב דלא שאלן לכך, ה"נ חייב". מדברי הלח"מ עולה דיש שני דיני חיובים בשואל, או חיוב מעצם השאלה, ובזה צ"ל שיהיה דינה כשאלה, הן לענין חיוב אונסין והם לענין פטור בעליו עמו. אולם הסתפקה הגמ' דשמא השאלה למטרה של ליראות או פחות משה פרוטה וכו', אינה נכללת בגדר שאלה, וממילא אין החיוב כשואל באונסין בכה"ג, ורק בשעה שהשתמש בה, ליראות, לרבעה, פחות משה פרוטה, השימוש עצמו הוא המחייב באונסין, וכמו שמצאנו במפקיד מעות אצל שולחני (ב"מ מג,א, ועיין ב"מ כט,א), וממילא החיוב באונסין כאן אינו מדין חיובי שואל אלא מדין משתמש שחייב באונסין.

והגר"י גוסטמן (קונטרסי שעורים ב"מ ל,א) הקשה על הלח"מ, דלפירוש הלח"מ גם הרמב"ם מודה לרש"י דפטור מאונסין, דסיבת החיוב היא צדדית ואינה מכח השאלה אלא מדין ההשתמשות, וזה לא משמע ברמב"ם שכתב דהספק הוא בשאלה בבעלים. עוד הקשה, שאם החיוב הוא בהשתמשות, א"כ בשאלה לרבעה, החיוב הוא בשעה שרבעה, א"כ פטור מדין קים ליה בדרכה מיניה. ועיין להלן מש"כ בבאור שיטת הרמב"ם.

ובתורת חיים (לגרא"ח שור, ב"מ צו,א) הצדיק הסבר הרמב"ם בסוגיא, דמשמע בסוגיא שהאיבעיות של ליראות וכו', הן חלק בלתי נפרד מהאיבעיא של שאל משותפין ונשאל לו אחד מהן כו', שהוא ודאי מתיחס לענין שאלה בבעלים, ודוחק לפרש קמייתא אחיובא ובתרייתא אפטורא. עוד כתב, דאין סברא לומר דהשואל מחבירו כלי כסף וכלי זהב להראות בהן או להשתמש בהן תשמיש כל דהו פחות משה פרוטה ונאנסו בידו, שיהא פטור, דכיון דכל הנאה שלו יש לחייבו באונסין. אלא שהתקשה בדברי הרמב"ם, מאי שנא שלא בבעלים שחייב באונסין, ובבעלים הסתפקו אם פטור. וכוונת שאלתו דממ"נ, אם שלא בבעלים חייב באונסין, הרי זה בגדר שאלה, וא"כ גם בבעלים יפטור, וכמו שהקשה בלח"מ. ותירץ התו"ח: "וי"ל, דשלא בבעלים, אע"ג דהנך לאו שאלה מעליא ניהו, מ"מ פשיטא ליה דמחייב כיון דכל הנאה שלו הוה, אבל למיפטר בבעלים דחידוש הוא, איכא למימר דאין לך בו אלא חדושו, ולא פטר רחמנא אלא בשאלה מעליא, דמסתמא קרא בשאלה מעליא איירי". ומסיק התו"ח דפירוש הרמב"ם נראה עיקר, והשואל דבר להראות בו או

לעשות בו פחות משה פרוטה, חייב באונסין אם אין בעליו עמו. ועיין בחידושי הרי"מ (ב"מ צו,א ד"ה הרמב"ם).

ומדברי התו"ח למדנו שיש כאן שני דינים של שאלה, יש שאלה מעליא ויש שאלה רגילה, ומה שנתנה התורה פטור של בעליו עמו, כיון שכל דין בעליו עמו הוא חידוש, א"כ כל הפטור הוא דוקא בשאלה מעליא, אבל יש שאלה אחרת שאינה מעליא, ויש בה את כל החיובים של שואל, דעצם העובדה שכל ההנאה שלו היא המחייבת, אף שאינה מעליא, ולכן החיוב של השואל ליראות ופחות מש"פ, הוא מדין שואל, משא"כ ללח"מ החיוב הוא מדין מה שהשתמש. ונפק"מ, אם שאל לפחות משה פרוטה או ליראות וכו', ולבסוף לא השתמש, דלתו"ח חייב, וללח"מ יהיה פטור.

ובשואל ומשיב (תנינא, ח"א סי' יא), כתב לבאר דעת הרמב"ם בדרך שונה. השו"מ מבאר בטעם פטור בעליו עמו, דכל שבעליו עמו, לא ניתק שם בעלים מהחפץ ואינו בדין שאלה, כיון שלא יצא לחלוטין לרשות השואל ועדיין קשור הוא לבעלים. ולפ"ז הוא הדין במי ששאל חפץ, אך השאלה לא היתה שאלה גמורה אלא חלקית, כגון האיבעיות בגמ', לראות בה או לרבעה וכו', דכיון דלא היתה כאן שאלה גמורה, החפץ לא ניתק מהבעלים והרי הוא ברשות בעלים, וממילא הוא בכלל דין בעליו עמו, למרות שאין כאן מעשה של פעולה מצד הבעלים, דעצם אי ניתוק החפץ מרשות הבעלים, הוא הדין והטעם בבעליו עמו, ולכן בכל שאלה שאינה גמורה, כמו ליראות וכו', יש כאן מאיליו דין של בעליו עמו. וע"ז הסתפקה הגמ', האם בכה"ג נחשב כשאלה לא גמורה, ליראות, פחות משה פרוטה וכו', והוה כבעליו עמו. אולם לענין חיוב אונסין, אין זה שייך לאיבעיא של הגמ', דלענין חיוב אונסין כיון דכל הנאה שלו, ומה ששאל ליראות וכו', לענין זה כל הנאה שלו וחייב באונסין, אולם לענין שאלה בבעלים, שהוא גזירת הכתוב, י"ל דחשיב בכה"ג בעליו עמו או לא חשיב בעליו עמו, דאף שיש בו טעם בעליו עמו, מ"מ אינו כדוגמת בעליו עמו דקרא, אלא רק לפי טעם גזירת הכתוב.

ובמחנ"א (שאלה סי' ג) הביא תש' הר"ן (סי' יח – יט) בשואל ספר, דפטור מהאונסין, כיון דאין כל הנאה של שואל, דגם המשאל מצוה קעביד, ופטור מפרוטה דר"י. והמחנ"א הקשה בדברי הר"ן, דפרוטה דר"י לא שייכא במשאל ספר, שאין המשאל עושה מצוה בשעה שמשאל את הספר אלא בשעה שלומד חבירו בספרו יש לו מצוה לבעלים, ובאותה שעה ודאי אם הזדמן לו עני, חייב לתת לו פרוטה, דלא אמרו אלא העוסק במצוה פטור מן המצוה. עוד הקשה המחנ"א, דבהשאל את הפרה, דהמשאל נהנה במזונות ובנטירותא, ואפ"ה יש לו דין שואל, דלא בעינן כל

הנאה שלו אלא רוב הנאה של שואל, שעושה מלאכתו בחינם, ואף שבאה הנאה לבעלים, מ"מ כיון שהשואל עושה מלאכתו בחינם, יש לו דין שואל. ואף שיש בגמ' אוקימתות אחרות, מתוך דברי הפוסקים נראה דהכי עיקר, דלא בעינן כל הנאה. וכתב המחנ"א להביא ראיה לדעת הר"ן, מאיבעיות דלעיל (ב"מ צו,א), שאלה לראות בה מהו, ממונא בעינן והאיכא, או דילמא ממונא דאית ליה הנאה מיניה בעינן וליכא, ולא אפשרטא. וא"כ בשואל ספר ללמוד בו, אין לשואל הנאת ממון, דמצות לאו ליהנות ניתנו. אך כתב דלדעת הרמב"ם גם מכח זה יש לחייב שואל ספר, כיון דכל האיבעיות הינן לענין שאלה בבעלים, משא"כ לענין אונסין חייב, ודעת המחנ"א כדעת הרמב"ם דכן עיקר, והביא ראיה מהתוספתא דליראות חשיב הנאת ממון. (ועיין בחידושי הגרמ"ש ב"מ פא,א ד"ה לפי, ובגידולי שמואל ב"מ צו,א, בראיה המחנ"א מהתוספתא). ומ"מ מבואר דדעת המחנ"א כדעת הרמב"ם, דאף בליראות ובפחות משהו פרוטה וכו', יהיה חייב באונסין.

והגר"א וולקין (בית אהרן ב"מ צו,א) הקשה על פירוש רש"י, מדוע יפטר שואל כשלא יהנה מהבהמה שיעור פרוטה, דחייב שואל אינו משום ההנאה, רק כיון שהחפץ שואל לו לעשות בה מלאכה, וכל הנאת המלאכה של השואל, נחשבת הבהמה כשלו במשך זמן השאלה, אחרי שכל ההנאה של השואל ולא של הבעלים, דאם ההנאה היא המחייבת, הרי לא היה צריך להיות דינו עדיף על שומר שכר. ואם נאמר שההנאה מחייבת, מאי קמיבעיא לגמ' בפחות משהו פרוטה, פשיטא שפטור, כדין שומר שכר שנתנו לו פחות מש"פ (עיין ש"ך חו"מ שג,א). אלא שהחילוק בין שומר שכר לשואל, דשומר שכר חיובו מחמת הנאת השכר שיש לו על השמירה, ופחות משהו פרוטה לא חשיב הנאה, ובשואל החיוב הוא מחמת הרשות להשתמש בה כחפצו, באופן שכל הנאת השימוש יהיה שלו, וחיובו באונסין מפני שהחפץ נחשב כשלו, והרי זה כחפץ שלו שנאנס שההפסד שלו. וכתב לישב, דאפשר דהכל מתיחס לבעיא של שאלה לרבעה, כדשיילי אינשי, דכיון שאין רגילות לשואל לכך, ממילא אין לזה דין של שאלה להתחייב באונסין, כך בלרבעה, וכך בליראות ובפחות משהו פרוטה, והרמב"ם לא הסכים לפירוש זה, דחייב אונסין לא תלוי בדשיילי אינשי, ורק לענין שאלה בבעלים שחידוש הוא, אין דינו לפטור אלא בדשיילי אינשי.

בדרך זו רצה הבית אהרן לישב, דאם בעינן דוקא פרוטה לשאלה, מדוע לא נמנה דין שאלה בדין פרוטות, במשנה ב"מ נה,א: חמש פרוטות הן, ההודאה שוה פרוטה, והאשה מתקדשת בשוה פרוטה וכו'. וכתב לישב, דבמשנה לא נימנו פרוטות אלא כשצריך שיעור של פרוטה, מצד שיעור הממון, משא"כ בבעית הגמ' בשאלה פחות משהו פרוטה, אין זה מצד שיעור הממון, דאין צריך בשאלה דוקא הנאה של

פרוטה, אלא שבאופן זה לא שיילי אינשי ואין זו דרך שאלה רגילה. וע"ע בבית אהרן ב"ק נו, א מש"כ בזה.

והגר"י גוסטמן (קונטרסי שעורים ב"מ סי' ל) כתב בבאור דעת הרמב"ם, דכל האופנים של האיבעיות של הגמ', הפרה לא עומדת לשימושים של לרבעה, ליראות או פחות משהו פרוטה; "ולא שייך לזה קנין בעלות, אלא שהוא תולדה מקנין הבעלות, שמי שהפרה שלו לכל דבר, יוכל גם לרבעה או ליראות בה שהוא עשיר, אבל בשואל פרתו של חבירו לרמות את הבריות, הרי אין ההשתמשות מקנין הפרה, אלא הוא דבר צדדי ע"י שהבריות טועין בזה ואין יודעין האמת ... וא"כ המשאל אינו בעל הממון על הדבר הנשאל רק על שאר ההשתמשות שלא נשאל, ואין זה בעליו עמו, כיון דאין בזה שם בעלות, אין זה בעליו. ולכן אע"פ שהשואל חייב בכל דיני השואל ונכנס בכלל הפרשה דוכי ישאל, מ"מ לפטורא דבעליו עמו לא סגי בשם שואל, אלא בעי גם שם משאל ובעלות של שאלה, וזהו דמספקא ליה בגמ'". מבואר מדברי הגר"י גוסטמן, דהחסרון באיבעיות בגמ' לשיטת הרמב"ם הינן בבעלות הבעלים, דכדי לפטור בעליו עמו, צריך שיהיה למטרת השאלה שם בעלות מכח הקנין של הבעלים, דאם אינם בתורת בעלים על מטרת השאלה והיא רק דבר צדדי, לא שייך בזה פטור של בעליו עמו.

ב. חיוב מכה השתמשות

ולכאורה לאמור לעיל יש לחייב באונסין גם מי ששואל חפץ להנות בו פחות משהו פרוטה, דלא מיבעיא לשיטת הרמב"ם ודעימיה, וכשיטתו נקטו האחרונים דלעיל, דהאיבעיא בגמ' הינה לענין פטור של בעליו עימו ולא לענין אונסין, אלא אפי' לשיטת רש"י ודעימיה, אף שהאיבעיא הינה לענין פטור מאונסין, י"ל דכל זה מדין מעשה השאלה, אך מההשתמשות גופה גם לרש"י יש לחייב, ונפק"מ אם שאל לפחות משהו פרוטה ועדיין לא השתמש, דלשיטת הרמב"ם ודעימיה חייב באונסין, ולשיטת רש"י לא יתחייב אלא רק משעת ההשתמשות, די"ל דאף רש"י לא פליג שאם השתמש, חייב באונסין, וכמו שיתבאר להלן.

בקונטרסי שעורים (ב"מ סי' ל) הביא ראייה דדעת הראשונים לחייב באונסין מכח מה שהשתמש בחפץ. הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון ב,יא, כתב וז"ל: "אשה ששאלה ואח"כ נשאת, הרי הבעל כלוקח ממנה ואינו לא שומר שכר ולא שואל. לפיכך אם היתה דבר השאלה בהמה – ומתה, הבעל פטור, אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה, אפילו פשע, מפני שהוא כלוקח, והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון. ואם הודיעה את בעלה שהיא שאלה, הרי זה נכנס תחתיה". והראב"ד שם

השיגו: "והוא שקיבל אותה על עצמו בשאלה". ומה שחייב הבעל באונסין אם הודיעה את בעלה שהיא שאולה, כתב המגיד דלא מצא מבואר בגמ' בפירוש, ומ"מ סברת הרמב"ם נכונה, דכיון שהודיעתו ונשתמש בה חייב, ואינו דומה ליורשין שאפי' השתמשו בה אין חייבים באונסין, לדעת הרשב"א, דבירושה שהיא ממילא, יכולים לומר זכות אב אנו יורשים להשתמש בה שלא בקבלת חיוב האונסין, ואפשר גם שהרמב"ם חולק על דין היתומים; "ולדברי רבינו, כל שנשתמש בה אחר ידיעתו הרי הוא כשואל, אבל ודאי אם לא נשתמש בה, אי אפשר לכופו להיות כשואל". ומבואר דדעת הרמב"ם דיש חיוב באונסין מכח ההשתמשות, אף שאין חיוב מדיני השאלה.

וכתב הגר"י גוסטמן זצ"ל, דאף לראב"ד יש חיוב מכח מה שהשתמש, ומה שחייב בבעל לקבל עליו בתורת שאלה, דכל החיוב לראב"ד מההשתמשות הינה רק כשהנאה מהמשאיל, משא"כ בבעל שהנאה היא מקנין אשתו ולא מהמשאיל, אין לחייבו אלא כשקבל בתורת שאלה. והביא ראיה מזה שהראב"ד חולק על הרשב"א אף בדין יתומים שהשתמשו, דלדעת הראב"ד חייבים היורשים באונסין כשהשתמשו, דכן מבואר בנימוק"י ב"ק (לט, א מעמוה"ר): "מתה אין חייבין באונסיה, דהא לא קבילו עליהו נטירותא, דהם לא שאלו ולא מידו. ומיהו דוקא מתה שהיא אונסין הוא דקאמר אין חייבין, אבל בגניבה ואבדה הואיל ונהנו בה מיחייבי כשומרי שכר, ואפילו נמי כי לא נשתמשו בה חייבין, כיון דהם יכולין להשתמש בה ... הרשב"א ז"ל ... אבל הראב"ד ז"ל כתב, דהיכא דרצו להשתמש בה, בתורת שאלה אחזיקו בה, ומתה חייבין באונסיה, והכא במתה באגם דוקא מיירי". ומזה מוכח דיש חיוב באונסין בהשתמשות עצמה לדעת הראב"ד. ועיי"ש מה שיישב בסתירת דבריו למש"כ בהל' שאלה ופקדון ב,יא (הנ"ל).

עוד הביא שם מדברי המחנה אפרים (שאלה ופקדון סי' ה), שדן במי שהשאל לחברו כלי שלו שלא מדעת השואל, כגון שהניח בגדו ע"ג חבירו לכסותו. והביא תש' המבי"ט דכל שנהנה בו נעשה שואל, והביא המבי"ט ראיה מדברי הרמב"ם (שאלה ופקדון ב,יא הנ"ל), דאי הודיעה את בעלה שהיא שאולה ונשתמש בה, הרי זה נכנס תחתיה, וא"כ השימוש חשיב כשאלה. והמחנ"א חלק עליו, דשם השתמש בה בפועל ואדעתא דשאלה אחזיק בה, וכמ"ש הנימוק"י (ב"ק לט, א מעמוה"ר הנ"ל) בשם הראב"ד. והיינו דיש לחלק בין שימוש מדעת, שודאי משתמש על דעת שאלה, לבין שימוש שלא מדעת או שלא משתמש על דעת שאלה. ולפ"ז בנדו"ד, אף שאין לחייב מדין השאלה, ודאי מה שהשתמש אח"כ הוא על דעת מה שהשאל, וחייב באונסין גם לראב"ד וגם למחנ"א.

וראיה מדברי רש"י דיש לחייב על ההשתמשות, הביא הגר"י מרש"י סנהדרין עב,א (ד"ה אבל), בענין חיוב גולן באונסין, דלא גרע משואל, וז"ל: "... דלא גרע

גזלן משואל, דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס, דכל כמה דקיימא הדרא בעינא, הא נמי כל הנאה שלו ומיחייב לשלומי. והרי גזלן לא קיבל עליו חיובי שמירה כשואל, אלא ראייה דגם לרש"י עצם ההשתמשות וכל ההנאה שלו, היא המחייבת. ולפ"ז י"ל דגם לרש"י ודעימיה, דהאיבעיות בסוגיא שאלה ליראות בה וכו', קאי לענין חיוב באונסין, מ"מ כשהשתמש בה, חייב באונסין כדין שואל. וכנ"ל, דאף לראב"ד והמחנ"א חייב, כיון שהשתמש על דעת השאלה הראשונה, אף שהשאלה עצמה לא חייבה אותו אלא ההשתמשות.

וכאמור לעיל י"ל בנדו"ד אם לבסוף השתמש במכשיר הטלפון, אפי' רק חייג וכד' הוי השתמשות, אף שלא נהנה, יש לחייבו לכ"ע באונסין, והנידון רק כשעדיין לא השתמש, דלשיטת הרמב"ם ודעימיה, חייב באונסין, ולשיטת רש"י פטור. ויש לדון אם מהני תפיסה לשיטת רש"י ודעימיה.

בשו"ע חו"מ שמו, פסק באיבעיות: "... הרי כל אלו ספק שאלה בבעלים". ובסמ"ע שם ס"ק טז דכל האיבעיות בגמ' הן איבעיא דלא איפשטא, ובהמשך הביא דברי הגמ', וציטט מלש' הגמ' דהאיבעיות סלקא בתיקו. ובש"ך ס"ק ה הקשה עליו, דבש"ס ובפוסקים הוא בעיא דלא איפשטא אבל לא סלקא בתיקו ונפק"מ דאם תפס המשאל מהשואל דמי החפץ לאחר שנאנס (לרש"י) או בבעליו עמו (לרמב"ם), אין מוציאין מידו, משא"כ אם היה דינם בתיקו, מוציאין מידו לדעת הרא"ש וטור ורש"ל. והטור חו"מ סי' שמו כתב להדיא, דאף לענין אונסין אי תפס לא מפקינן מיניה. הרי שלא סלקא בתיקו אלא הוי בעיא דלא איפשטא. ועיין עוד בש"ך בתקפו כהן יט, שהביא כן מדברי הטור, ובמנחת חינוך מצוה ס ד"ה ושם בש"ס. ולפ"ז אף לשיטת רש"י ודעימיה, אם שאל להנות פחות משה פרוטה ועדיין לא השתמש, ונאנס ביד השואל, אם תפס המשאל, לא מפקינן מיניה.

והסתפקתי תוך כדי לימוד, מה יהיה הדין אם השואל אדם חשוב. ויש לדון משני צדדים, הן מצד חיובו של שואל באונסין מחמת שכל ההנאה שלו, וא"כ בשואל אדם חשוב לא חשיב כל הנאה שלו, כיון דלענין קדושין חשיב כנתינה של המקבל, וא"כ קשה, מדוע לא כתבו הפוסקים דאם השואל אדם חשוב, אין כל הנאה של שואל, ופטור מאונסין. ואף אם י"ל דחייב מכח ההשתמשות, מ"מ לא מצאנו לפוסקים שכתבו שאין לחייב משעת שאלה בשואל אדם חשוב ורק משעה שהשתמש בה. ולכאורה תלוי במש"כ לעיל בסי' לא לענין שואל ספר, ולכאורה ראייה דקיי"ל דלא בעינן כל הנאה שלו אלא סגי ברוב הנאה. ולשיטת קצוה"ח עב, לד, וכן למש"כ קצוה"ח שמה, דאפילו נתן השואל לבעלים פחות משה פרוטה, אין עליו דין שואל, כיון דגם הבעלים נהנים. ואע"ג דשומר שכר לא הוי בשכרו בפחות משה פרוטה,

משפטיך

סימן לב

ליעקב

תקכז

לגבי משאיל סגי בפחות משה פרוטה, כיון דלא הוי כל הנאה שלו. ולשיטתו דבשואל ספר לא הוי כל ההנאה של שואל. ואפשר דלקצוה"ח אה"נ גם בשואל אדם חשוב יהיה הדין כן, וצ"ע.]

לאמור לעיל, בנדו"ד אם השתמש בטלפון, חייב באונסין, ואם לא השתמש, לרמב"ם ולפוסקים כוותיה חייב גם בלא השתמש עדיין, ולרש"י ודעימיה פטור, ואם תפס המשאיל, לא מפקינן מיניה.

סימן לג

נזק לקבצים דיגיטאליים

ראשי פרקים

א. אם בכה"ג חשיב נזק ניכר

ב. כדון שף מטבע

ג. חיוב מדין גרמי

ד. שומר שגרים בפשיעתו לנזק הקבצים

ה. תשלום הנזק

ו. לא העלה בדעתו שאין גבוי

במי שהשתמש במחשב של חברו ברשות, וכתוצאה מכך בשוגג, נגמו קבצים דיגיטאליים בעלי חשיבות לבעל המחשב, ולא ניתן לשחזר את הקבצים, וטען המזיק שאין לחייבו מחמת היות הנזק בבחינת היזק שאינו ניכר בשוגג, שלא קנסו חכמים. וכן בקש לפטור מדין דבר שאין גופו ממון, ששומרים פטורים מחיוב דמים בהם.

עוד נשאלתי, בראובן שקיבל קובץ במחשב, וכיון שלא יכל לפתוח את הקובץ, עקב העדר תוכנה מתאימה, העבירו לשמעון, ושמעון פתח את הקובץ, והתברר שמדובר בוירוס שגרים לנזק לקבצים מסוימים. והשאלה אם יש לחייב את שולח הקובץ, מי שהתכוין להזיק, ואם יש לחייב את ראובן שהעביר את הקובץ לשמעון.

א. אם בכה"ג חשיב נזק ניכר

בענין היזק שאינו ניכר, כתבתי בח"ה סי' כ, ואביא את הדברים שנכתבו שם, בהקשר לנדו"ד. איתא בגיטין נג,א: אמר חזקיה, דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב, מאי טעמא, היזק שאינו ניכר שמיה היזק, ומה טעם אמרו בשוגג פטור, כדי שיודיעו. אי הכי אפילו במזיד נמי. השתא לאווקי קא מכוין, אודועי לא מודע ליה. ורבי יוחנן אמר, דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד פטור, מאי טעמא, היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, ומה טעם אמרו במזיד חייב, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו ואומר פטור אני. ורש"י בסוגיא פירש גדרו של היזק שאינו ניכר: "כגון הני דמתניתין (המטמא, המדמע והמנסך), שלא נשתנו מכמות שהיו". ובב"ק ה,א פירש קצת באופן שונה: "כגון הכא דאין הנזק ניכר בתוך הפירות, דלא חסר

להו". ולמעשה שני הדיבורים ברש"י ענינם אחד - שלא חל כל שינוי הנראה לעין בחפץ הניזוק, לא בכמות ולא באיכות.

וכך גם נראים דברי הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ז,א: "המזיק ממון חבירו היזק שאינו ניכר, הואיל ולא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו, הרי זה פטור מן התשלומין דין תורה, אבל מדברי סופרים אמרו, הואיל והפחית דמיהן, הרי זה חייב ומשלם מה שהפחית מדמיהן". ברמב"ם מבואר גדר היזק שאינו ניכר; "לא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו". והכוונה לכאורה בכפילות הדברים - שלא נשתנה הדבר בכמותו, ואין כאן שינוי חיצוני ניכר באיכותו. ולפ"ז כשהזיק קבצים דיגיטאליים, יש כאן שינוי הנראה לעין, דקודם היו קבצים וכעת אין כאן דבר. ואין נראה נפק"מ אם מה שרואה את הדבר הניזוק בעין, או שרואה את הדבר הניזוק באמצעים דיגיטאליים, כל דבר נראה לפי ענינו, וקבצים נראים באמצעות המחשב וכד', וככל שכעת אינו רואה אותם או רואה אותם פגומים, הרי נזק ניכר. ואינו דומה לחמץ ועבר עליו הפסח, שי"ל לומר הרי שלך לפניך, דחמץ ועבר עליו הפסח אינו ניכר, ואינו אלא נזק רוחני.

והגר"א וסרמן (קובץ שעורים ב"ק סי' קכח), כתב בגדר דין היזק שאינו ניכר, וז"ל: "ומה הוא אינו ניכר, דיש לפרשו בשני אופנים. א. שיהא ניכר על החפץ שיש בו הפסד. ב. שההיזק בעצמו יהא דבר מוחשי, לאפוקי אם ההיזק הוא ברוחניותו של החפץ, כגון איסור או פסול. ופליגי בזה אמוראי גבי פסלתו מלכות, דהפסול בעצמו אינו מוחש, אבל הכל מכירין שנפסדה המטבע. וגבי צרם אוזן, פירשו בתוס' לחד לישנא דמטעמא דלאו לגבי מזבח קיימא, מיקרי אינו ניכר, אף דהצרימה ניכרת, מ"מ ההפסד מהצרימה אינו ניכר". מבואר מהקוב"ש שצריך שני תנאים, גם שמהבחינה החיצונית יהיה ניכר הנזק, והן שהנזק עצמו יהיה מוחשי ולא רוחני, דצורם און פרתו של חבירו, י"ל שאף שניכר שינוי בצורה, אך שינוי הצורה בעצמו אינו נזק, דרק למזבח נפסלה, וא"כ הנזק הוא רוחני ולא מוחשי. ולפ"ז בקבצים דיגיטאליים, ניכר הנזק, והנזק אינו רוחני אלא מוחשי, הגם אם ניכר רק באמצעים טכנולוגיים, באמצעות המחשב. ופסלה מלכות למטבע, חשיב כנזק מוחשי, שניכר לכל והכל יודעים שאין לפנינו מטבע אלא חתיכת מתכת, והרי זה נזק מוחשי שהכל רואים ויודעים, שמי שרואה את המטבע, יודע שאין לפניו מטבע, כיון שפסלתו מלכות.

ובמשנה גיטין מ,ב תנן: עבד שעשאו רבו אפותיקי לאחרים ושיחררו, שורת הדין אין העבד חייב כלום, אלא מפני תיקון העולם כופין את רבו ועושה אותו בן חורין וכותב שטר על דמיו. רשב"ג אומר, אינו כותב אלא משחרר. ובבאור משנה זו נחלקו האמוראים שם בסוגיא מא,א. רב מסביר את המשנה דרבו הראשון שחרר את העבד ובכך הזיק שעבודו של חבירו, דמשעה ששחררו נפקע השעבוד מהעבד,

ובכל אופן יש חשש שהמלוה יראה את העבד ויאמר לו עבדי אתה ויוציא לעז על בניו, על כן כופין את הבעל חוב (רבו שני בלשון הגמרא) לכתוב לו גט שחרור. וס"ל לת"ק דעבד כותב לבעל חוב שטר על דמיו, מה שנהנה בשחרורו, אך האדון אינו חייב לבע"ח, דס"ל מזיק שעבודו של חבירו פטור, ורשב"ג ס"ל דאדון ראשון כותב שט"ח לשני בגין מה שהזיק שעבודו בשחרור העבד, דס"ל מזיק שעבודו של חבירו חייב. ועולא מסביר את המשנה דרבו שני - היינו הבע"ח לו היה משועבד - שחרר את העבד, ומעיקר הדין אין בשחרורו של השני כלום, שהרי אינו קנוי לו, אלא מחמת שיצא עליו קול שהוא משוחרר, כופין את הראשון לשחררו. ת"ק ס"ל דעבד כותב שטר חוב לאדון הראשון על דמיו העודפים מהחוב, שהרי נפסד בדמיו העודפים על החוב שחייב האדון הראשון לרבו השני. ורשב"ג ס"ל דהעבד אינו כותב, דהא לא עביד ולא מידי, אלא רבו השני ששחררו, כותב שט"ח לאדון הראשון על דמי העבד היתרים מהחוב. ופליגי ת"ק ורשב"ג בהיזק שאינו ניכר, דת"ק ס"ל דשחרור אדון שני הוא היזק שאינו ניכר ולא שמיא היזק, וע"כ אין השני חייב לראשון כלום, והעבד הוא החייב לראשון. ורשב"ג ס"ל דהיזק שאינו ניכר שמיא היזק, וע"כ חייב שני לשלם לראשון את דמיו היתרים של העבד.

והתוס' שם (בד"ה בהיזק) כתבו דלרב דמוקי למתניתין ששחררו רבו הראשון, חשיב היזק ניכר, וע"כ פליגי במזיק שעבודו של חבירו. אולם כשרבו שני שחררו, "דלא הוי אלא מדרבנן", דהיינו שמעיקר הדין אין כאן שחרור, ורק מחמת הקול שיצא כופין לראשון לשחררו, הוי היזק שאינו ניכר. ומ"מ בשחרר השני וכפו לראשון לשחררו (וכדאוקימתא דעולא) "חשיב ניכר טפי מההיא דפרק הניזקין, דהתם קיי"ל דלאו שמיא היזק, והכא קיי"ל כרשב"ג דמשנתנו דשמיא היזק". ושתי נקודות יש להבין בדברי התוס', ולמעשה בדברי הגמרא שם. העולה מהגמרא דמי שמשחרר עבדו שעשאו אפותיקי הוי היזק ניכר לכל הדעות. דלכאורה לא היה כאן בעצם השחרור כל שינוי בכמות או באיכות הניכרת לעין אלא רק בתוצאה, שחייב במצוות, ובמה שונה זה ממטמא מדמע ומנסך. דהרי גם בשחררו רבו ראשון "לא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו". וכן כששחררו הבע"ח - רבו שני. דאם גרע משחררו רבו ראשון, דרבו ראשון שחררו והפקיע שעבודו, ורבו שני אין כאן שחרור כלל ורק מחמת הקול שיצא, כפינן לראשון לשחררו, וא"כ גרם לשחררו וע"כ הוי היזק שאינו ניכר, א"כ מדוע הוי טפי ניכר ממטמא מדמע ומנסך, דכאן קיי"ל דשמיא היזק, אדרבא, לכאורה במטמא מדמע ומנסך מזיק ממש רק אינו ניכר, ואילו בשחררו רבו שני רק גורם להיזק, שיכופו לראשון לשחררו.

וכן יש להבין מה שכתב בחידושי הריטב"א (גיטין מא,א) בטעם הדין דשחררו רבו שני הוי היזק שאינו ניכר; "דהא לא עבד בגופיה היזקא דמינכר". ולפי הריטב"א

יש להבין מדוע בשחררו רבו ראשון הוי היזקא דמינכר, דהרי גם ראשון לא עבד בגופיה היזקא דמינכר. ואף דביחס לרבו ראשון י"ל דרבו שני הואיל ואין כאן אלא גזירה דרבנן, לא עביד כל שחרור, וע"כ לא חשיב מעשה שחרור. משא"כ רבו ראשון דעביד מעשה שחרור, הוי היזק בגופו. אך עדיין לא מובן, דשחרור רבו ראשון לא עדיף ממטמא מדמע ומנסך, דסוף סוף לא נפסדה צורתו ולא השתנה הדבר מכמות שהיה. הסבר מבואר מצאנו בדברי הרמב"ן בחידושו לגיטין שם, וז"ל: "זה השני ששחרר העבד, כיון שאין שחרורו כלום, מן הדין אינו אלא אסור שאסרו על רבו ראשון וגרם לו שישחררנו, ודומה למטמא טהרות שאינו ניכר היזקו אלא אומר לו הרי שלך לפניך. אבל בשחררו ראשון, כיון שנפקע שעבודו לגמרי, היזק ניכר הוי כמוחל שטר חוב ומראה דינר ודן את הדין, שכולן חייבים בגרמא ואפילו בשוגג, דהוי כנוטל כיסו ממנו ונותנו לאחר". מבואר מהרמב"ן היזק שאינו ניכר היינו דוקא שהזיק את עצם החפץ באופן שלא השתנתה צורתו אך לא הזיק את עצם הבעלות על החפץ, דבמטמא מדמע ומנסך הבעלות על החפץ נשארה כשהייתה, אלא שכעת אינו יכול להשתמש בחפץ כפי שיכל קודם לכן. אולם במוחל שטר חוב של חבירו או במזיק שעבודו או במשחרר עבדו, הנזק אינו בחפץ אלא בבעלות על החפץ, וכגזולן שמעביר בעלות מהתם להכא הוי גם היזק הניכר. יסוד הדברים, דאם מזיק דבר שבעצמותו אינו ניכר, שהרי אם פלוני הבעלים או אחר, זהו דבר שאינו ניכר בגוף החפץ, לכן היזק של בעלות תמיד יחשב היזק ניכר, וכמו גזולן שמזיק לבעלות החפץ, הוא הדין בזה שמזיק לבעלות החפץ, אף שלבעלות אין היכר חצוני. ע"כ בשחררו הראשון, ששינה את בעלותו על העבד ועבר העבד לבעלות עצמו, כיון שבהעברת הבעלות הזיק לבעל חוב, הוי היזק המחייב. משא"כ בשחררו השני, לא היה כאן נזק בבעלות, דהבעלים הוא האדון ולא העבד, אלא רק גורם שרבו הראשון יחויב לשחררו, וכיון שלא היה נזק לא בעבד עצמו ולא בבעלותו, חשיב היזק שאינו ניכר. והשוני בין שחררו הראשון למטמא ומנסך, דבמנסך הבעלות לא נפגעה אלא שאינם יכולים להנות מהיין, והנזק שנעשה ביין לא ניכר, שהוא נזק רוחני.

תניא בתוספתא פ"ג דכלאים, הובא גם בגמרא ב"ב ב,א-ב: מחיצת הכרם שנפרצה, אומר לו גדור. חזרה ונפרצה, אומר לו גדור. נתיאש הימנה ולא גדרה, הרי זה קידש וחייב באחריותו. דהיינו שאם הוסיפה התבואה מאתים, חייב בעל הכרם בנזק. ודוקא נתיאש הימנה ולא גדרה, אבל לא התיאש ועסוק לגדור, התבואה מותרת. ובתוס' שם (ב,ב ד"ה וחייב, וכן הוא בתוס' ב"ק ק,ב ד"ה חייב), כתב וז"ל: "אע"ג דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, נראה לר"י דהאי חשיב היזק ניכר, שהרי ניכר הוא שהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדה. ומטמא, אע"פ שרואין השרץ על הטהרות, לא חשיב היזק ניכר, דמי יודע אם הוכשרו". מדברי התוס' נלמד דהיזק ניכר אינו צריך להיות

ניכר בגוף החפץ הניזוק, אלא גם אם מעשה הנזק ניכר בשעת הנזק, הרי זה היזק ניכר, אף שבחפץ אינו ניכר. על כן כאשר רואים כרם הסמוך לשדה הלבן ואין גדר ביניהם, הרי ניכר לכל שיש כאן מעשה נזק של כלאים, וע"כ הוי מעשה נזק הניכר בשעת עשיית הנזק, אף שאינו ניכר בתבואה. ואף שבמטמא ג"כ רואים את השרץ מונח על הטהרות, והוי מעשה הנזק ניכר לשעתו, מ"מ כיון שתנאי לטומאה הוא היות הטהרות מוכשרים במשקים, וזה לא ידעינן בשעה שרואים את השרץ על הטהרות, לא הוי מעשה הניזוק ניכר לשעתו. והא דמנסך ומדמע לא הוי ניכר מעשה הנזק לשעתו. דהנה נחלקו רב ושמואל (גיטין נב, ב) אי מנסך היינו מנסך ממש, ושמואל ס"ל דמנסך היינו מערב. ומנסך ממש פירש רש"י, ששכשך בידו לתוכו לשם עבודה זרה. ולפ"ז לא ניכר לרואים פעולת הנזק, דפעולת שכשוך ידיו אינה פעולת נזק ניכרת, דאפשר ששיכשך ידיו למטרה אחרת. וכן למ"ד מערב לא ניכר הנזק, דמי אמר לרואה שערב יין נסך, והוי כמי שלא יודע שהטהרות הוכשרו לקבל טומאה. הניכר לשעתו הינו שניכר מעשה הנזק לרואה, ללא ידיעה נוספת. כן נראה בבאור דברי התוס'.

והגר"א וסרמן (קובץ שעורים ב"ב סי' י) כתב, דלשיטת התוס' אם מטמא משקין שאין צריך הכשר, כיון שרואים השרץ על הטהרות הוי היזק ניכר. אולם בצורם אוזן פרתו של חבירו, אף דהצרימה הוי דבר ניכר, ההפסד אינו ניכר, דסתם שוורים לאו לגבי מזבח קיימי (ועיין לעיל בדברי הקוב"ש ב"ק קכח). אמנם בדברי התוס' אפ"ל, דיש שתי אפשרויות לניכר, או דניכר בחפץ או דניכר לשעתו במעשה ההיזק, אבל לא בעינן שתיהן כאחד. וע"כ הא דבעינן שיהיה ניכר לפסול, ובמטמא לא ניכר כיון שלא ידוע אם הוכשרו, הוא דוקא באופן של ניכר ההיזק לשעתו בשעת ההיזק, דבוז בעינן שיהיה ניכר שע"פ ההלכה השרץ טימא והטהרות הוכשרו במשקים, אבל כשניכר ממש, גם אם לא ידעינן שהבהמה למזבח, הוי מום הניכר אם הבהמה למזבח. וע"ע ברמב"ן (בקונטרס דינא דגרמי, בדפוסים שלנו עמודה חמישית).

ובחלקת יואב (קמא, תחומ"מ סי' כ) כתב בבאור דברי התוס' הנ"ל בחילוק בין כלאיים לטומאה, דלכאורה סברת התוס' דבטומאה אינו יודע אם הוכשרו צ"ב, דמה יענו התוס' במטמא משקין, שאין צריך הכשר. וע"כ כתב לבאר, דהיזק שאינו ניכר אינו אלא באופן שאיסור התורה אינו בא מה שהנזק ניכר, כגון בטומאה וטהרה, הטומאה היא לא מחמת שניכר בטהור שנטמא נגע בו ויש כאן איזה ניכרות, ולכן הוי נזק של טומאה במהותו נזק שאינו ניכר. משא"כ בכלאיים כל הקפידא של התורה הוא הניכרות, שהעירוב ניכר, ולכן כשאין העירוב ניכר, כמו בחלקן בגדר, אף שקיימת יניקה בפועל, מ"מ כיון שאינו ניכר, אין איסור כלאיים, וכיון שכל האיסור הוא בניכרות, ממילא אם נאסר דינו כהיזק ניכר, דאם לא היה ניכר איסורו, לא היה נאסר.

ולפ"ז כתב לבאר במי שמזיק בכיחו וניעו אוכלין של חברו (ב"ק ג,ב וכתובות ל,ב). ולכאורה הוי היזק שאינו ניכר. אלא כיון שהמיאוס בא ע"י ראייתו של הניזק, כדאיתא בחולין ע"א, וכל שההיזק בא ע"י ראייה או ידיעה, הוי היזק ניכר, משא"כ בפיוגול שסגי במחשבה לפסול הקדשים, ואף לסוברים דבעי דיבור רק לענין כרת, אבל לפסול הקדשים סגי במחשבה, וכיון דמהות האיסור באינו ניכר, שייך בזה היזק שאינו ניכר. וכאמור נדו"ד נראה ברור דהוי היזק ניכר, דאף שקבצים דיגיטאליים אינם ניכרים ונראים לעין כל אלא רק באמצעות מחשב וכד', אין חילוק והוי ניכר, דקודם היו קבצים, וכעת אינם או שהם פגומים. ומה שטען אחד הת"ח שאין כאן גוף ואינו ניכר, לענ"ד יש כאן גוף, דגוף אינו בהכרח דבר שניתן למשש בידיים, וכל דבר שהוא קיים ונראה, גם דברים שנראים רק למומחים, הוי ניכר. ולכן גם מי ששם חידק באוכלים, הגם שאין אפשרות לראות הנזק רק בתנאי מעבדה, הוי ניכר, דלא בעינן שיהיה ניכר לכל.

ב. בדיון שף מטבע

ויש לדון אם דומה לשף מטבע של חברו, דאיתא בב"ק צח"א: ואמר רבה, השף מטבע של חברו פטור, מאי טעמא, דהא לא עבד ולא מידי, והני מילי דמחיייה בקורנסא וטרשיה, אבל שייפא בשופינא חסורי חסריה. מתיב רבא, הכהו על עינו וסמאה, על אזנו וחרשו, עבד יוצא בה לחירות. כנגד עינו ואינו רואה, כנגד אזנו ואינו שומע, אין עבד יוצא בהן לחירות. רבה לטעמיה, דאמר רבה חרשו לאביו נהרג, שאי אפשר לחרישה בלא חבורה, דטפתא דדמא נפלת ליה באוניה. ועיי"ש ברש"י דטעמא דכל המימרות בגמ' בשם רבה, דרבה ס"ל דהוי גרמא בניזיקין ופטור, עיי"ש ברש"י ד"ה חסורי. וממהלך דברי התוס' שם (ד"ה השף וד"ה מתיב) נראה שהוא מדין היזק ניכר, שכן כתב בד"ה השף מטבע, דרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק; "דאי הוי כנסדק אם כן כל שכן דשף מטבע הוי כנסדק, והרי חסריה טובא ואמאי פטור". דלענין נסדק ופסלתו מלכות, מבואר במשנה ובגמ' ב"ק צו"א-ב, דהנידון הוא לאמירת גזלן הרי שלך לפניך, והוא ענין של ניכר הנזק. ובשטמ"ק שם הביא מהראב"ד להקשות על באור דברי רבה, בהזורק כיסו של חברו לים הגדול, והשף מטבע של חברו, שהם פטורים, מאי שנא ממטמא ומדמע דאמרינן במזיד חייב. ואפילו לרבי יוחנן דאמר היזק שאינו ניכר לא שמייה היזק, במזיד חייב, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו ואומר פטור אני, וכל שכן הנך דהיזק ניכר הוא. בשלמא צורם אוזן פרתו, י"ל כל שוורים לאו לגבי מזבח קיימי, ולא דמי למטמא ומדמע, שפסולים הם גם להדיוט: "אלא הנך תרתי דאסרינהו להדיוט, כי אינן ניכר מאי הוי, במזיד מיהא ליחייב, וכל שכן הנך שהוא ניכר". מבואר מדברי

הראב"ד שלמד ברבה שהפטור הוא מחמת היות הנזק לא ניכר, והקשה, מדוע אינו ניכר. וצ"ל דס"ל לראב"ד שפטור רבה הוא מטעם גרמא, אך היא גופה היה קשה לו, מדוע לפטור גרמא בנוזיקין בכה"ג, שהרי אפי' בהיזק שאינו ניכר חייב במזיד, וא"כ מהיכן לקח רבה את הסברא לפטור שף מטבע וזורק כיסו של חברו לים הגדול. וברשב"א שם כתב, דהראשונים חולקים על הראב"ד, דכולם פטרו משום דינא דגרמי. והיינו שהבין בראב"ד דפטור מדין היזק שאינו ניכר, וע"כ כתב דפטור מדינא דגרמי. ולמש"כ י"ל דלא פליגי, דהראב"ד מודה שפטור מדין גרמא או גרמי, ומ"מ הקשה מה הסברא לפטור בגרמי בכה"ג. גם ביש"ש (ב"ק ט, יז) כתב דאין לפרש דהחסרון כאן דומה להיזק שאינו ניכר, דבשף מטבע ודאי ניכר. אלא הטעם שפוטור רבה הוא מדין גרמא בנוזיקין. ומ"מ מבואר מהנ"ל, דשף מטבע הוי היזק ניכר, וכל הפטור הוא מדין גרמא. וא"כ אף אם יבוא לדמות מזיק קבצים דיגטאליים לשף מטבע, י"ל דהוי ניכר, ורק צריך לדון אם דומה לשף מטבע לענין גרמא, לדעת הראשונים דהוי גרמא. דלכאורה נזק לקבצים דיגטאליים, דומה לשף מטבע, שהקובץ קיים רק לא ניתן לפתוח אותו וכד', וצריך אומן להחזירו לקדמותו.

דההסבר בשף מטבע לפטור המזיק, דבנזקי ממונו חייב על הנזק שגרם לחפץ, אבל נזק עקיף להחזיר הדבר לקדמותו, אינו נזק בנזקי ממון. כן מבואר בדברי המרדכי (ב"ק סי' קיד, יובא להלן). וכן כתב בקצוה"ח שו"א, לענין דברי המרדכי (ב"ק סי' קטז), דמראה דינר לשולחני, אינו חייב אלא כשהוא נחסר מחמת רעתו והוא אומר שהוא טוב, אבל אם נמחקה צורתו והוא אומר שהוא טוב פטור, כדין שף מטבע של חברו שפטור. וקצוה"ח נשאר בצ"ע לדמיון המרדכי בין שולחני לשף מטבע, דבשף מטבע, כיון שאינו עושה ההיזק בגוף המטבע אלא במחיקת הצורה ויכול עדיין להוסיף עליו צורה, אף שצריך הוצאה לכך, הו"ל כמו ריפוי דפטור בנזקי ממונו, ואינו חייב בריפוי אלא בנזקי אדם. אולם אם נתחייב לו עבור איזה חוב או נזק ורוצה לסלקו במטבע שנמחקה צורתו, ודאי אינו יכול לסלקו אלא במטבע היוצא, וא"כ לא היה כאן הנזק במטבע אלא בחוב, שפטור המלוה ללוה את החוב במטבע פחותה. ומבואר דבשף מטבע, כיון שמדובר רק בהוצאה, אין חיוב מזיק בממון על ההוצאה שצריך כדי להחזיר הדבר לקדמותו.

ומצאתי בחזו"א (ב"ק יב, ב) שביאר דבזרק מטבע לים, יש כאן רק גרם טורח, שאין שום שינוי במטבע, אבל מחייה למטבע בקורנס, מדוע אין כאן נזק להשיב המטבע לקדמותה, דהרי אם היה לוקח כלי ומעושהו חתיכת מתכת, ודאי מקרי נזק (ועיין להלן מהיש"ש והש"ך). וכתב החזו"א לישיב: "ואפשר דבמטבע קל להחזיר צורתה, וגם אין צורתה רק סימנא, לא חשבינן ליה רק לגרם טורח. ומ"מ נראה דאין למדין מכאן למקום אחר, וכל פגם בכלי שפוחת כספה מקרי נזק, אף שאפשר לאומן

לתקנה, וכ"ש בחיסרו, שזה חשיב גם במטבע נזק". מבואר מהחזו"א דדוקא במטבע יש דין זה לפטור, ואין ללמוד מזה לנזק אחר, ודוגמת כלי שהכהו בקורנס ועשאו חתיכת מתכת. והוא הדין לענין קבצים דיגיטאליים, שאין ללמוד משף מטבע, בפרט שאינו דומה למטבע, שצריך אומן מיוחד, שאף הוא לא תמיד יכול לתקן הקבצים ולהחזירם לקדמותם.

ולענין כלי שהכהו בקורנס, היש"ש הנ"ל, הביא בשם ספר צפנת פענח, דאפי' הכה על כלי כסף וזהב או טבעת, ופחתם ועשאו חתיכת מתכת, דינו כדין מכה בקורנס על מטבע. ובש"ך שפ"ז כתב דכן מבואר בדברי ראב"ן. וכתב הש"ך לחלק, דדוקא במטבע שאין בו אלא רושם וצורה פטור, אולם בהכה על כלי, מעיקרא כלי הוא והשתא לאו כלי הוא, והיינו שלא הוזכר דין זה בש"ס ופוסקים רק גבי מטבע, ונשאר בצ"ע. ולמש"כ לעיל מהחזו"א, י"ל דדין זה הוא דוקא במטבע שקל להחזיר צורתה, ואין ללמוד לדבר וענין אחר.

והרשב"א (ב"ק צח,א) הקשה, מדוע בשף מטבע של חבירו פטור, דכמו דאמרינן לענין גזלן שאם עשה מזווי נכסא, יש בזה שינוי וקונה, א"כ גם לענין מזיק יש לחייב כיון ששינה מהות הדבר ממטבע לנכסא; "דהא אמרינן לעיל זווי ועבדינהו נסכא קני, וכששף אותו ומחייה בקורנסא הרי בטל צורתו ונעשה נסכא, וזווי הוא דבעי לשלומי ליה", וכיון שהוא שינוי שאינו חוזר, גם במזיק צריך לשלם. ותירץ הרשב"א (ויש בזה ב גירסאות, עיין ברשב"א ועיין בשטמ"ק בשמו), דהתם כיון שבא על דעת גזילה קונה ביאוש, ולענין נזיקין אומר לו מאי אפסדתיך. ובשטמ"ק כתב בישוב הקושיא (מדברי הרשב"א): "דהתם דמתכוון לגזול, בדעבדינהו נסכא קונהו בשנוי, אבל הכא נראה שאינו מכוון לגזול אלא לחסר ממנו, וכל שאינו מחסר בגופו ממש כמו שפירשתי, לא מיקרי חסרון". וכוונת הרשב"א, דגזולן קונה בשינוי, ולכן גם חייב בשינוי, מזיק חייב על החסרון ולא על השינוי, וכל שלא חסרו, לא הוי מזיק. דכמו שמזיק דבר שאין גופו ממון יש לפטרו, דלא הזיק ממון, כך גם אם לא הזיק גוף החפץ, רק גרם שלא יוכל להשתמש ולהפיק תועלת מהחפץ, אינו חייב מדין מזיק, ורק במקום שגרמא חייב. ולכן אפשר להבין מש"כ היש"ש מהצפנת פענח, דגם בכלי, כיון שלא חסרו, הוי כמזיק דבר שאין גופו ממון, דכיון שלא הזיק גוף הכלי, רק גרם שלא יוכל להנות ממנו ולהפיק ממנו התועלת שיש מכלי, הוי גרמא. אך לפ"ז יצא גם דבר שצריך הבנה, אם יבוא מאן דהו ויזיק לרכב עד שיאבד צורתו, אבל לא יחסרו דבר, וכי יפטר בכה"ג מדין מזיק ויתחייב רק מגרמא או גרמי.

והנה המחנ"א (נזקי ממון ד) דן במי ששף כלי כסף של חברו ונפחת מדמיו ולא נפחת ממשקלו. ובתחילה כתב דהדבר תלוי במחלוקת הראשונים, דלמאן דס"ל

כרבה דהשף מטבע פטור, הוא הדין בשף כלי כסף, אולם לדעת הרי"ף והרמב"ם המחייבים משום דינא דגרמי, הוא הדין בזה. אולם בהמשך כתב דאף לשיטת הראשונים שפסקו דהשף מטבע פטור (תוס' ורא"ש), בשף כלי יסברו שחייב. בדמטבע לא ניכר הנזק, דמה שהזיק צורת המטבע, אינו ניכר כ"כ, כיון שיכול לעשות לו צורה וראוי הוא לכך. גם מי שרואה את המטבע במצבה הנוכחי לאחר ששפו אותה, לא יראה שיש כאן דבר הניזוק, ולכן חשיב היזק שאינו ניכר לפטרו. והביא ראה דרבה עצמו פוטר מטמא ומנסך רק משום שאינו היזק ניכר, הא אם היה היזק ניכר, היה חייב אף דלא חסרו; "אלא נראה דס"ל לרבה דשף מטבע נמי לא הוי היזק ניכר מפני הפסד צורתו, דצורה הוי דבר שאין בו ממש, דלא חשיב כ"כ, אבל בשבר כלי כסף שהיו ראויים למלאכה ועכשיו אינם ראויים, אפשר דכ"ע יודו דחשיב נזק גמור, ואע"פ שלא נפחת ממשקלו, דכלים שבורים דבר הנזוק הוא, שהרי אינם ראויים למלאכה". בדמטבע הוי היזק שאינו ניכר, דאם שף צורתו אין ניכר כ"כ (ולכאורה גם אם ניכר קצת, הוי היזק ניכר, ורואים מכאן דס"ל לרבה דבעינן ניכר להדיא). אולם בכלי שכעת לא יכול להשתמש בו, הרי זה נזק שניכר להדיא. והיינו, שבמטבע הנזק הוא קטן ולא ניכר, משא"כ בכלי הוא נזק גדול, שאינו יכול להשתמש בכלי. והביא המחנ"א מדברי המרדכי שמחלק בין דבר שיכול לתקנו לכמות שהיה על ידי שכר שיתן לצורף, דאם יכול לתקנו בכה"ג לא מיקרי נזק אלא גרמא בנזקין, שעל ידי זה מפסיד ממון שצריך לתת לצורף, אבל מידי דאי אפשר לתקנו, כגון מטבע שנפסל אין לך חסרון גדול מזה. ולפ"ז הוא הדין בכלי כסף שעשאו חתיכת מתכת, אם לא נפחת ממשקלו ואפשר לתקנו כמו שהיה ע"י שיתן שכר לצורף, פטור מלשלם. ולפ"ז יצא דכל מזיק אם אפשר לתקנו, פטור מלשלם. וכתב דמדברי התוס' והרא"ש אין נראה כמרדכי, עיי"ש.

והמרדכי (ב"ק סי' קיד) הביא מרבינו יקיר, דזורק מטבע של חבירו לים הגדול, אם רואה את המטבע, פטור לרבנן ולרבי מאיר חייב. והקשה (נראה שקושיא זו והתירוץ הם מדברי המרדכי ולא מרבינו יקיר), מדוע לר"מ יהיה חייב, מאי שנא מהמכה בהמת חבירו דמשלם נזק, אבל אם היה צריך לרפאותה, פטור מלשלם, אף שגרם לו לשלם שכר רופא, וא"כ הוא הדין זורק מטבע חבירו לים הגדול, דגרם לו להשכיר שכירים להעלותו. וכן בשבת וריפוי, דאדם חייב דצריך להשכיר רופאים, משא"כ בבהמה דפטור. לכן כתב דאף ר"מ מודה דפטור בזורק מטבע לים הגדול, ויש לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממונו, דדוקא בנזק גופו דאפחתיה מכספיה, משלם נזק מה שהפחיתו, והנזק לרופא הוא נזק בממונו, וע"כ חייב: "שכשמוזיק לגופו שיש לו ליתן לרופא, הוי היזק ממונא, שעל כרחו יש לו ליתן לרופא, מש"ה חייב לשלם ריפוי לבד מן הנזק דאפחתיה מכספיה. אבל כשמוזיק לממונו, ומחמת אותו ממון

מפסיד ממון אחר, כגון חובל בהמה, ומחמת הבהמה הפסיד ממון אחר שיש לו ליתן לרופא, זהו גרמא, דלאו בגופו הוא אלא בממונו, משום הכי פטור. והיינו טעמא דמודה ר"מ בזרק מטבע כו', דמחמת הממון מפסיד ממון אחר, בכה"ג מודה רבי מאיר. ודוקא פטרו רבנן במראה ממון ישראל משום גרמא, אבל אם היה מוסר גוף חבירו בידי כותים עד שיפדה עצמו מן הכותים, אפילו רבנן מודו שהוא חייב, ודמי לחובל בחבירו שמשלם ריפוי, דחשיב לו כאלו הפסיד ממנו ממש כשגרם לו ריפוי, ה"נ הואיל ומסר גופו בידי כותים, כאלו מסר ממנו בידים. ותדע שיש חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממנו בכה"ג ומשום האי טעמא דפרישית, שהרי שבת דאדם, אם סגרו בחדר וביטלו ממלאכתו חייב, שהרי ד דברים שייכי באדם, ושבת אחד מהם. ואם סגר בהמתו בבית ובטלה ממלאכתה, פטור לדברי הכל, כי ההיא דגזל אפדנא דתורא וחרש בהן, קנסיה רב נחמן משום דגזלן עתיקא הוה, אבל מן הדין אינו חייב כלום, וכ"ש היכא דסגרה בבית דפטור. והיינו טעמא משום דעל ידי ממון זה נפסד ממון אחר, ומש"ה פטור אפילו לר"מ. וכ"ש המטיל כיס חבירו דפטור".

המרדכי אמנם מחלק בין נזקי גוף לנזקי ממון, דבנזקי גוף, אם גרם לניזק הוצאה עקיפה, כגון ריפוי, חייב לשלם, משא"כ בנזקי ממון, דוקא הנזק הישיר לממון, משא"כ נזק עקיף להצלת הממון. ובתוך דברי המרדכי נראה שהביא בזה סברא בחיוב חמשת הדברים בנזקי אדם: "שעל כרחו יש לו ליתן לרופא, מש"ה חייב לשלם ריפוי לבד מן הנזק דאפחתיה מכספיה". אדם אינו רק ערך כספי ותועלת כספית. יש מצוה לרפאותו, ושלמות הגוף של האדם, הוא חלק ממהותו. לכן בעצם הנזק לאדם, הרי הזיקו לא רק בהפחתת כספו, שאין אדם רק שוה ערך ממוני כחפץ, אלא יש בו גם את קדושת החיים והמצוה לרפאותו. משא"כ חפץ, כולו רק לערך ממנו, והחייב הוא רק לנזק הממוני שגרם לחפץ. הנזק העקיף שנגרם לבעל הממון, הוא בבחינת גרמא בניזיקין, ועל זה לא חייבה התורה לדעת המרדכי. דעיקר הממון הוא בשוויותו, ולכן החייב על הנזק שנגרם לשווי החפץ הניזק, ומה שנגרם נזק לבעל הממון הוי גרמא. ולפ"ז י"ל דגם בשבת צער ובושת, כיון שהאדם מזונותיו עליו, וצריך הוא לפרנס עצמו, זה חלק ממהות נזק האדם. וכן בצער ובושת, כיון שרגשותיו הם חלק מהאדם, כל נזק צריך להביא בחשבון, שחייבים לרפאותו, שלא יכל לעבוד, ושנגרם לו נזק ברגשותיו. משא"כ בחפץ, אין בחפץ אלא שוויו הממוני, ולכן החייב הוא רק השווי הממוני.

ובקצוה"ח שפוי הקשה על הא דאיתא ב"ק יא,א, דעל המזיק לטרוח נבילה להעלותה מהבור, וילפינן לה מהפסוק: כסף ישיב לבעליו והמת. וא"ל אביי לרבא, האי טורח נבילה היכי דמי, אילימא דבכירא שויא זוזא ואגודא שויא ארבע, כי טרח בדנפשיה טרח. ופירש רש"י (ד"ה בדנפשיה) דאי לאו קרא דוהמת, היו שמין לניזק

בארבע כדשויה אגודא, דכיון דיכול להוציא מהבור אע"ג דיצטרך להוציא ממון, אין המזיק חייב על הנזק שיש לניזק בהוצאת הנבילה מהבור, ולזה בא הפסוק והמת, לאשמועינן דהמזיק חייב להעלותו מן הבור. ולפי סברת המרדכי, מה הטעם לחייב הניזק, ומדוע גזרה התורה לחייבו בהוצאה זו של העלאה מהבור. וכתב קצוה"ח לבאר, שכל מקום שיש נזק, חייב גם בהוצאות הנלוות לתיקונו וכד', וכל הדין שאינו חייב הוא באופן שלא היה כלל נזק, אבל כשהיה נזק, חייב בכל ההוצאה. והביא ראה מדברי תוס' ב"ק צח, א (ד"ה מתיב), לענין היה דאיתא בגמ' שא"א לחרשו בלא שיצא ממנו טיפת דם, והיינו חובל: "כיון דאיכא חסרון באותו קלקול, חייב על כל הקלקול, כמו בשפייה דחייב על כל הקלקול, דלחייביה על מה שחסריה לא היה צריך רבה להשמיענו דחייב". דגם בשף מטבע, אם יש בו נזק וחסרון, כיון דיש לו תקנה ע"י צורף להחזירו כבראשונה, כל שיש בו חסרון חייב בכל הקלקול. ולכן יש לחייב את המזיק להעלות הנבילה מהבור, דכיון שהיה שם היזק על ידי הבור, חייב בכל הקלקול ומחויב לשלם כל מה שיצטרך להוציאו מהבור. אולם כתב דאי אפשר לפרש דברי המרדכי לפי הסבר התוס' הנ"ל, דאליבא דהתוס' יש לחייב לכאורה אדם שהזיק בהמה וצריכה ריפוי, דכיון שהיה שם קצת נזק מחויב להשלים כל הקלקול, ובכללם דמי ריפוי. אלא ע"כ ס"ל להמרדכי דאפי' היה קצת נזק, אינו חייב אלא על הנזק עצמו ולא על התיקון. והנתיבות שוי הסכים לקצוה"ח, וכתב דלכן השמיטו דברי המרדכי.

ומדברי הנתיבות שמג עולה דחייב המזיק להשיב הדבר לקדמותו, כשנעשה הנזק בגוף הדבר, וכל דין זורק מטבע לים שפטור, מפני שלא נעשה מעשה בגוף הדבר, ורק להשיבו ליד הבעלים אין לחייבו, אבל להחזיר גוף החפץ לקדמותו, יש לחייב את המזיק או השומר. ומש"כ המרדכי שפטור, היינו בדבר שיכול לחזור לקדמותו מעצמו, רק רוצה למהר תיקונו. וז"ל הנתיבות:

"והנה אם עלה בה מכה שצריך ריפוי, שע"י ריפוי יחזור לקדמותו ובלא ריפוי אי אפשר לחזור לקדמותו כלל, נראה דכו"ע מודים שצריך השומר או המזיק לשלם ריפוי, כיון דכל זמן שלא יתרפא לא יחזור לקדמותו, כחשא דלא הדר הוא. אמנם במרדכי פרק הגוזל קמא (ב"ק סי' קטז) כתב בהדיא דאינו חייב בריפוי, דכל שמחמת נזק מזיקו בממון אחר פטור. ומביא ראה מזורק מטבע של חבירו לים, דפטור מלשלם זוזא דבר אמוראי (ב"ק צח, א), עיי"ש. ונראה לפענ"ד דהמרדכי לא כתב זה רק במקום שאף בלא ריפוי יכול לחזור לקדמותו, רק שיתעכב וע"י ריפוי ימהר לחזור, דבאדם כה"ג חייב בריפוי ובבהמה פטור, אבל כשלא הדרא מעצמה רק ע"י רופא יכולה היא שתחזור, המזיק חייב בשכר הרופא. וראה ברורה לזה מגדה (נח, א) דאמר לענין דינא

תנן שהיא חייבת לכבס הכתם, ושם ג"כ הנזק הוא בממון אחר. ועוד, אטו אם אחד יסתור כלי או בנין של חברו שאומן יכול להחזירו, יפטר מלשלם שכר האומן. אלא ודאי דכל מזיק מחוייב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה, כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי. ודוקא גזלן כשנעשה נזק בהגזילה שלא ע"י מעשה הגזלן, אינו חייב כשלא נשתנה ויכול לומר לו הרי שלך לפניך. אבל מזיק בידים חייב להחזיר דמי הנזק אפילו כשלא נשתנה, וממילא חייב בריפוי ובכיבוס הכתם, כיון שאינו יכול להחזיר הדבר לכמות שהיה ודמי להזיק בממון זה. ודוקא כשיכול להחזיר לכמות שהיה בלא ריפוי, רק שהבעלים מרפאים כדי למהר הדבר אז חשיב ליה המרדכי כניזק בממון אחר דפטור. והא דפטור בזורק מטבע של חברו לים, היינו משום דאפילו גזלן שחייב בהשבה, אינו חייב להשיב עד דמטי לידיה כשלא נשבע, ואף שניזק בממון הרבה כמבואר בב"ק קג,א-ב, ומשו"ה פטור ג"כ בזורק מטבע לים בצלולין, כיון שלא נעשה שום נזק בגוף הדבר, רק שניזק בהוצאות השבה לידים, כניזק בממון אחר דמיא ופטור."

מבואר מדברי הנתיבות שיש על השומר חיוב להחזיר את החפץ לקדמותו, ורק אם יחזור מאליו לקדמותו, אין לחייבו, אולם אם לא יחזור לקדמותו ללא פעולת אומן, על השומר או המזיק חל חיוב להחזיר הדבר לקדמותו, כל שניכר הנזק, אף אם לא נשתנה לגמרי, ורק בגזלן כשלא נשתנה, יכול לומר לו הרי שלך לפניך. ומבואר בנתיבות גם גדר בניכר הנזק, דניכר לא חייב להיות ניכר חיצוני. אם לדוגמא הבהמה תחלה במחלה, וצריכה תרופות מיוחדות לרפואתה, יתכן דבגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך, כיון שחיצונית לא ניכר בגוף הבהמה, אולם במזיק או שומר, הרי שינוי קצת, וסגי בזה לחייבו להחזיר הדבר לקדמותו. וזה ההסבר בדברי הנתיבות: "דכל מזיק מחוייב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה, כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי. ודוקא גזלן כשנעשה נזק בהגזילה שלא ע"י מעשה הגזלן, אינו חייב כשלא נשתנה ויכול לומר לו הרי שלך לפניך. אבל מזיק בידים חייב להחזיר דמי הנזק אפילו כשלא נשתנה..." , ובתחילה כתב שלא נשתנה לגמרי, ואח"כ חייב אפי' כשלא נשתנה. והיינו, דביחס לגזלן אין זה שינוי וחשיב כלא נשתנה, אף שיש כאן שינוי, דקודם היתה הבהמה בריאה ויכולה ללכת ולעבוד יותר, וכעת לא, אף שחיצונית לא ניכר בגוף הבהמה, מ"מ חשיב שינוי קצת המחייב את המזיק או השומר להחזיר הבהמה לקדמותה. ומדברי הנתיבות מבואר דבשף מטבע, אם לא יחזור לקדמותו מאליו או בלא טורח, וכמש"כ לעיל מהחזו"א, דקל להחזירה לקדמותה, ולכן פטור.

ואיתא בב"ק כב, דהדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר, היכא דאיכא שחרוריתא דאשייתא. ובתוס' (שם כא,א ד"ה ויהיב) כתבו, דכיון דזה חסר

מעט, מגלגלין עליו את הכל. ובקצוה"ח שסגד כתב לבאר בדין שחרוריתא דאשייתא, דאינו חייב מדין מזיק, כיון שאם ישכור פועל לנקות השחרוריתא, תחזור לקדמותה, והו"ל כמו זורק מטבע לים כשאפשר לאהדורי ע"י בר אמוראי, דאף שצריך הוצאה, אינו אלא גרמא ופטור, ורק כשנהנה יש לחייבו על הנאתו כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר את גרמת לי הקיפא יתירא, דודאי אין בזה דין מזיק וחייב רק מפני שנהנה, חייב לשלם מה שנהנה, אולם כשלא נהנה, אינו חייב על השחרוריתא, דאין בזה משום מזיק. ונראה לבאר דברי קצוה"ח, על דרך דברי הנתיבות והחזו"א הנ"ל, דכל נזק שניתן לתקנו בקל, לא יחשב כנזק כלל, ולכן חייב רק מדין נהנה, אבל מדין מזיק אין לחייבו.

והריב"ש (סי' תנו) דן במי שמדליק אש בביתו ומשחיר כתלי חבירו, אם חייב: "השחרת כותלים, בבית חדש, היזק הוא, אע"פ שבשאר בתים שאינן חדשים אינו חשוב היזק, כדמשמע בב"ק פרק כיצד הרגל (כ"ב) ... אבל כולי עלמא מודו דשחרירותא בבית חדש היזקא הוא. וכיון דהיזקא הוא, אם הזיק חברו בשהשחיר כותל ביתו החדש, בעשן אשו, חייב לשלם". ולכאורה מבואר דלא כקצוה"ח. אך אפשר דשאני שחרוריתא דאשיתא מנזק עשן אש עליו מדבר הריב"ש, דיש שני סוגים של משחיר כותלים, יש השחרת כותלים מעצם המגורים במקום, וזה אפשר דיכול לתקן בקל, ובזה מיירי קצוה"ח, והריב"ש מיירי במשחיר כתליו מעשן ואש, שזה אינו יכול לתקן בקל, דאם אפשר ע"י ניקוי, לא חשיב נזק, משא"כ אם צריך לצבוע כל הכתלים מחדש, כבר אינו נזק שיכול לתקנו בקל, וחייב לשלם מה שהזיק. (ועיין עוד ברשב"א שם בסוגיא, ובנחלת דוד ב"ק כ"ב, לענין בית ישן שאין בזה נזק של שחרוריתא דאשייתא, ומ"מ הכתלים מתקלקלים קצת.)

ולפ"ז אף לדעת התוס' והרא"ש יש לחייב במזיק קבצים של חבירו בידיים, ע"י שעשה פעולות במחשב וע"י זה נגרם נזק לקבצים (ומדובר שהשתמש שלא בדרך הרגילה, שאל"כ הו"ל לכאורה מתה מחמת מלאכה, רק מדובר בנכנס להגדרות וכד', או שהדיסק הקשיח נפל לו מהידים וכד'), ולכל הפחות להחזיר הדבר לקדמותו יש לחייבו, וכמש"כ מדברי הנתיבות, ולאחרונים הנ"ל דוקא בנזק קל כמטבע יש לפטור. וכן יש לפרש דברי הרמ"א חו"מ שפוג, שפסק כתוס' והרא"ש.

והנה הרי"ף והרמב"ם והשו"ע פסקו דלא כרבה, וחייבו מדינא דגרמי. הרי"ף ב"ק (להא מעמוה"ר), פסק וז"ל: "הא דאמר רבה הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור, והצורם באוזן פרתו של חבירו פטור, והשורף שטרותיו של חבירו פטור, לית הלכתא כוותיה בכלהו, דהא אסיקנא (ב"ק צח, ב), אמר אמימר למאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא, ולמאן דלא דאין דינא דגרמי, מגבי ביה דמי

ניירא בעלמא. הוה עובדא וכפייה רפרם לרב אשי ואגבייה כי כשורא לצלמי, וכן הלכתא". ומבואר שחייב בכה"ג מדינא דגרמי. וכן פסק בנימוק"י שם, דכל הני דינא דגרמי ניהו, ולית הלכתא כוותיה אלא כדכפייה רפרם. וכן פסק הרמב"ם (חובל ומזיק ז,יא): "... וכן הדוחף מטבע חבירו ונתגלגל וירד לים חייב לשלם, וכן הצורם און הפרה חייב לשלם, שהרי גרם לפחות דמיה, וכן המרקע דינרי חבירו והעביר צורתן, חייב לשלם משום גורם, וכן כל כיוצא באלו הדברים". ועיי"ש ברב המגיד, דכן דעת ר"ח והלכות ויתר הפוסקים. וכן פסק בשו"ע חו"מ שפ"ב. ולפ"ז לענין לחייב בדמי תיקון הנזק, יש לחייב הן לשיטת הרי"ף והרמב"ם ודעימיה, והן לשיטת התוס' והרא"ש, וכמש"כ לעיל בדברי הנתביות, ואף לענין חיוב בדמי הנזק עצמם במקום שלא שייך לתקן הקבצים, י"ל כמש"כ החזו"א דדין רבה הוא דוקא במטבע, וכנ"ל.

ג. חיוב מדין גרמי

ולענין מי ששלח וירוס למחשב חבירו, וטוען המזיק שאינו ברי היזקא, כיון שנשלח באמצעות דואר אלקטרוני, ואם הניזק לא היה פותח את הקובץ אלא מוחקו, לא היו נהרסים הקבצים (שאם שלח וירוס שמיד גרם קלקול לקבצים, ודאי הוי ברי היזקא, ושייך בזה הדין כדלעיל). ונראה דיש לחייב את השולח מדין קנס, וכמש"כ הריצב"א, הובא בתוס' ב"ב כ"ב, (ד"ה זאת), וז"ל: "ונראה לריצב"א, דדינא דגרמי הוי מטעם קנס כדמוכח בירושלמי, ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים. וטעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין, והיינו טעמא דמאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר. ואפשר דבשו"ג נמי קניס רבי מאיר, כי היכי דקניס במטמא ומדמע אחד שוגג ואחד מזיד". ולפני כן הביאו התוס' את חילוק רבינו יצחק, שחילק בין גרמא לגרמי בשני אופנים: דדינא דגרמי חייב כשעושה הוא עצמו היזק לממון חבירו. או בדרך אחרת, דדינא דגרמי שחייב הוא באופן שמשעת מעשה שבא ההיזק. והקשה על שני הפירושים מדין טיהר את הטמא, ובעה"ב עצמו עירבן עם פירותיו, ומדוע יש לחייב הדיין, הרי לא הדיין עצמו עשה הנזק אלא בעה"ב, וגם הנזק לא בא באותה שעה שטיהר את הטמא אלא כשעירב בעה"ב עם פירותיו.

והגדרת החילוק שגרמי הוא מזיק בידיים וגרמא אינו מזיק בידיים, נמצא גם בדברי הרשב"ם (ב"ב צדא, ד"ה נותן), לענין מי שהיה עפר מעורב עם פירותיו, ובא אחד וסילק העפר, ומקובל למכור עם העפר, וכעת ימכור רק הפירות בלי העפר, שלבעה"ב שוה העפר כפירות, ואע"פ שהן גופן אינם שוים ולא ניכר הנזק, מ"מ כיון שעושה בידיים, חייב מדינא דגרמי: "וכשבורר הצרור ומשליך חוץ, היזק בידיים הוא, שאותן צרורות היו לו שוין כמו חטין. וא"נ לא חשיבי ליה היזק גמור, דמ"מ הן גופן אינן שוין כלום ליחייב מיהא משום דינא דגרמי, כגון השורף שטרותיו של

חבירו והמקדש בכרם והזורע כלאים בשדה חבירו, דבההיא שעתא קגזיל ליה מיד ממונו אע"פ שאינו ניכר ... וגרמא בנזקין דקיי"ל דפטור, היינו כגון שולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן, שההיזק ניכר אבל אינו עושה אותו בידים אלא גורם עכשיו שיבא היזק ממילא לאחר זמן, אבל דינא דגרמי בידים הוא מזיק אלא שאין ההיזק ניכר". ואינו עושה בידים, היינו שבא לאחר זמן, ולכן בהגדרת דינא דגרמי מבואר ברשב"ם, שהוא עושה אותו בידים בכך שמיד בא הנזק, וזה חשיב עושה אותו בידים. אבל אפשר דכל זה בגרמא, שאינו בא אלא לאחר זמן, אבל גרמי, כיון שעושה בידים, חייב לשלם.

וברמב"ן (קונטרס דינא דגרמי) כתב לחלק; "דכל הגורם ומחמת גרמתו בא היזק שאי אפשר אלא באותו היזק ואינו תלוי בדעת אחרים, אלא בשעה שגרם בא ההיזק או שהוא עתיד לבוא, כגון זה חייב ר"מ ונקרא בגמ' ברי היזיקא. לפיכך דן את הדין לדברי האומר אין מחזירין, חייב, דמעידנא דאמר איש פלוני אתה חייב ונתחייב לשלם ממון ועל פיו שלם, מההיא שעתא הוא דגרם נזק, ואע"פ שאח"כ הוא משלם, כיון שהדין חייבו לשלם ממון ועל כרחו משלם, הדיין הוא הגורם משעה שחייבו. וכן במחיצת הכרם שנפרצה שבשעה שנתיאש ממנה גרם לזה נזק, שהרי הגפנים גדלין והולכין ומתערבין, וכל דבר שאינו תלוי בדעת אחרים אלא על כרחו יבא הנזק מחמת גרמתו של זה, ברי היזיקא חשבינן ליה". הגדרת גרמי כנזק עתידי אבל ודאי שיבוא הנזק, שאין הנזק תלוי בדעת אחרים אם יבוא אם לאו, דודאי לפי הנתונים הקיימים יבוא הנזק. ולכאורה בדין את הדין וחייב את הפטור, מדוע יחשב ברי היזיקא, הרי יכול להיות שלא ישלם לו. אלא כיון שעל כרחו ישלם לו, למרות שיש היכי תימצי שאין לו לשלם כעת ולא ישלם ולא יהיה ממה לגבות ממנו, הפעולה בדרך הטבע של חיוב בדין, מחייבת את הצד החייב בממון, ואינה תלויה בדעת אחרים. ולפ"ז נראה לענ"ד דגם מי ששלח קובץ עם וירוס, הגם שיש היכי תימצי שמקבל הקובץ לא יפתח אותו, מ"מ הדרך היא לפתוח את הקובץ, וממילא חשיב ברי היזיקא, דאין כאן מניעה שיצטרך לדעת אחרים, דפשוט שכל מי שמקבל קובץ פותח אותו. ואינו דומה לשוכר עידי שקר להעידו, שלא השוכר מזיק אלא העדים שנשכרו, דלאו בידו הוא, שהרי יכולים לא להעיד. דעדות שקר ודאי בהם תלוי, ואין הכרח שיעידו, ואינו דומה למי שחייב בדין, שודאי ישלם, ואף אם לא ירצה, יש לו נכסים שירדו בי"ד לנכסיו לגבותם.

ובנותן סם המות לפני בהמת חברו דפטור, דהיה לה שלא תאכל, ומחמת דעת אחרת נעשה הנזק, דאפשר היה לה שלא אכלה והיא הביאה עליה הנזק שאכלתן, והוא רק הזמין לה הנזק. דבהמה לא בהכרח אוכלת כל מה שנותנים לפניה, והיה לה שלא תאכל הוא גם היכי תמצי רחוק. אולם לכאורה בדין נותן

סם המות בפני בהמת חבירו, מוכח שיש גדר של מזמין הנזק, ועושה הנזק היא הבהמה האוכלת, ולא מחמת ברי היזקא אלא שאין כאן גדר של עושה נזק. ולפ"ז גם בשולח קובץ עם וירוס, שהוירוס פועל עם פתיחת הקובץ, אין כאן מעשה נזק אלא מזמין נזק, ואין לחייבו, ודינו כנותן סם המות בפני בהמת חבירו. ועדיין י"ל דגם במזמין הנזק, באופן שברי היזקא, יש לחייב, דלא גרע מחייב את הפטור או ממראה דינר לשולחני ואמר טוב ונמצא רע דחייב, דגם הם לא עשו הנזק, רק כיון דברי היזקא יש לחייב, דברי היזקא חייב אף במזמין. וכל שברור שיהיה הנזק, אף שהפעולה נעשית ע"י אחר, כגון במקבל את המטבע הרעה שהשולחני אמר עליה שהיא טובה, הוי ברי היזקא.

והרא"ש ב"ב ביז כתב בחילוק גרמא וגרמי בשני אופנים, או עושה בידיים וברי היזקא חשיב גרמי, או כשהנזק נעשה מיד. כאשר הוא בעצמו עושה ההיזק לממון חבירו וברי היזקא, מיקרי דינא דגרמי וחייב. ועושה הוא הנזק הכוונה שעושה בגוף הממון, כדמוכח להלן. וכן שורף שטר או מוחל, הוא בעצמו מזיק לממון חבירו. וכן מראה דינר לשולחני, כי במה שיאמר לו שהוא טוב הוא פוטר את הנותנו לו. וכן במראה ממון ישראל לעובד כוכבים אנס, הוי ברי היזקא, דברור הוא שיטלנו העובד כוכבים, ואין לך מעשה גדול מזה. וכן נתייאש ממנה ולא גדרה, כיון דמעורב ממונו בממון חבירו ואוסרו ונתייאש מלגדור, ברי היזקא וחשיב מעשה. וכן דן את הדין ומחייב את הזכאי ליתן לו, או פטר את החייב, או האכיל את הטריפה לכלבים על ידו, הרי הוא כעושה מעשה. משא"כ שיסה בו את הכלב, לא הוי ברי היזקא כמו מסור, דשמא לא ישוך הכלב והנחש. ומדברי רא"ש אלו נמצאנו למדים דברי היזקא נמדד עד כמה ודאי יהיה הנזק. לא שיש ודאות מוחלטת, אך עד כמה הדבר קרוב לודאי, ויש לבחון כל מקרה לגופו. דעובד כוכבים אנס, הוי ודאי טפי משיסה את הכלב, והוי טפי ברי היזקא.

וממשיך הרא"ש, דגם במקום דהוי ברי היזקא, אך לא הוא עשה את המעשה המזיק בגוף הממון, לא חשיב גרמי אלא גרמא, דבעינן שיעשה מעשה הראוי להזיק ובגוף הממון. ולכן הזורק את הכלי מראש הגג, כשזורק לא עשה מעשה הראוי להזיק, שהרי היו תחתיו כרים וכסתות, וכשסלקו לא עשה מעשה בגוף הממון אע"ג דברי היזקא. ולא דמי למסור שמראה על גוף הממון, וכמאן דקלייה דמי. ושולח את הבעירה אינו עושה מעשה בגוף הממון, אלא החרש הוא שעשה את המעשה. וכן פורץ גדר, ממילא היא יוצאה. ונותן סם המות לפני בהמת חבירו, אין הוא מאכילה, וכן מבעית את חבירו, איהו הוא דמבעית אנפשיה. ולפי דברי רא"ש אלו יש לדון אם שולח קובץ עם וירוס, יחשב כעושה מעשה בגוף הממון, ואפשר כיון שזה חיציו וכגירי דיליה, הרי הוא עושה את מעשה הנזק שיארע אח"כ במחשב, ואינו דומה

לזורק כלי והיו תחתיו כרים וכסתות, דשם הוי מעשה בגוף הממון ואינו ראוי לנזק, משא"כ בזה לא היתה כאן הגנה, ומיד שנפתח הקובץ, נפגמים הקבצים. ודמי בזה למראה הממון לאנס, דכמאן דקלייה דמי, דמה ששלח הוירוס, הוא מיועד לקבצי ההפעלה של המחשב ולשם נועד.

עוד חילק הרא"ש, דכל שההיזק נעשה מיד בשעת מעשה, נקרא דיני דגרמי כמו שורף שטר ומוחל, וכן מראה דינר לשולחני כי מיד הוא פוטר אותו שנותנו לו. ומסור בעידנא דאחוי, כמאן דקלייה דמי. וכן נתייאש בכלאי הכרם, מיד בשעת יאוש נעשה כלאים, אלא שאין אוסר עד שיוסיף מאתים. וכן חייב את הפטור, ההיזק בא מיד. משא"כ המסלק את הכרים, בשעת סילוקו עדיין לא נשבר הכלי עד שיגיע לארץ. וכן שיסה את הכלב, עד אחר שיסוי לא ישוך. וכן השולח את הבעירה, בשעה שנותנה לחרש אין מזיק. ולפי חילוק זה של הרא"ש יש לעיין אם יש לראות נדו"ד כנעשה הנזק מיד, דלכאורה אפשר לדמות לכלאי הכרם, דכבר מתחיל הנזק, אף שתלוי אם יפתח, וכיון שודאי יפתח, כבר מעתה התחיל הנזק. או דמי לשולח את הבערה ביד חשו"ק, וצ"ע, והדעת נוטה דלא חשיב כנזק הנעשה מיד. וחילוקי הרא"ש חזרו ונשנו בפסקיו ב"ק ט"ג. ובסנהדרין ט"ב. הביא הרא"ש רק את תרוץ הראשון, דהוא עצמו עושה ההיזק וברי היזקא, אך לכאורה רמו שם גם לתרוץ השני: "וחילקו בין דינא דגרמי לגרמא בניזקין, כי הוא עצמו עושה ההיזק לממון חברו, שהוא מצמצם בהמתו, וברי היזקא, כי ודאי תמות. וההיזק מתחיל מיד והולך וחזק". ומש"כ בסופא דההיזק מתחיל מיד והולך וחזק, הוא כתרוץ השני ברא"ש הנ"ל.

ומצאנו כדברים האלה ברבינו ירוחם (מישרים, נתיב לא, ב), ומדבריו נראה דבכל אחד מהאופנים, או הוא עצמו עושה ההיזק, או ברי היזקא, או שהנזק נעשה מיד, הרי זה גרמי, וחייב אליבא דר"מ דקיי"ל כוותיה: "... אבל כל דבר שהוא בעצמו עושה ההזק לממון חברו, כגון שורף שטרותיו או מוחל וכיוצא בזה, או אפילו אינו עושה ההזק בממון חברו הוא בעצמו אלא דבריא היזקא, כגון דן את הדין וזיכה חייב, או שעשה הוראה והאכיל לכלבים, או מוסר שהראה, כל אלו וכיוצא בהן דינא דגרמי הן וחייב לשלם נזק שלם כשאר כל המזיקין ממש. וגם יש לחלק כי כל אותן הדברים שלא בא מיד ההזק, כגון שיסה - עד אחר השסוי, וכן זרק כלי - עד אחר הסילוק, וכן שולח בעירה - עד אחר נתינתו להן בא הזק, וכל כיוצא בזה נקרא גרמא בניזקין, ופטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים". וכן נמצא בתה"ד (סי' שז), חילוקי הראשונים הנ"ל שהביא הרא"ש.

אמנם בתש' הרא"ש קא"י, נקט הרא"ש דגרמי היינו כשעושה מעשה בגוף הדבר הניזוק, ולא נקט כחילוקים האחרים. הרא"ש נשאל במי שעשה שט"ח על

עצמו, לעכו"ם עבור הקהל, ובא העכו"ם ומשכן ממנו חפצים, ובא ובקש מהקהל שיפדו החפצים לאלתר מהעכו"ם, ולא שמעו, ולבסוף לא יכול להחזיר החפצים שלקחו ממנו, ותובע הקהל, וטוענים הקהל שכל זה הוא גרמא ואין לחייבם. והשיב הרא"ש שהדין עם הקהל, דאינו דומה לשורף שטרות של חברו, דעושה מעשה בגוף השטר, משא"כ בנדון השאלה לא עשו הקהל מעשה בגופם של החפצים, ולכן אינו אלא גרמא, דמה שהיה להם לפדות שטרותיו ולא עשו, ומזה נגרם לו נזק, הוי גרמא בנזקין. וכן בזורק כלים מראש הגג, והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם וסלקם ונשבר הכלי, דפטור אף שסילק הכרים והכסתות, דכיון שלא עשה מעשה בכלי עצמו פטור. וכל שכן בזה שלא עשו הקהל מעשה כלל, והכל נעשה מחוסר עשייה, דהוי גרמא בנזקין ופטור. וכן השולח הבערה ביד חרש שוטה וקטן פטור, דאף שעשה מעשה שמסר להם האש, כיון שלא עשה מעשה בגופו של דבר הניזוק, הוי גרמא בנזקין. ומבואר שנקט להלכה כדעה דהכל תלוי אם עשה מעשה בגוף הדבר הניזוק, וכדעת הרשב"א דלהלן.

ומדברי המרדכי נראה שנקט רק לטעם של ברי היזקא. המרדכי ב"ק (סי' כג) כתב דבשורף שטרותיו של חבירו ומראה ממון חבירו לעכו"ם למוסרו, ברי ההיזק, שסתם עכו"ם אנסים וגזלנים. וכן בהגמ"ר ב"ק (סי' ריג), דאפי' לר"מ שחייב בדינא דגרמי, היינו דוקא כשהזיק ברי ובא מחמת הגרמא. אך שם הוסיף דבר נוסף לחיוב בגרמי, שהגורם לא יוכל להשמט ולומר לא נתכוונתי לכך, כמו שורף שטרותיו ומסור, משא"כ בכופף קמתו של חבירו, למ"ד טמון איתמר, יכול לומר לטובה נתכוונתי שלא ישרף מהר. אך בהגמ"ר חזר וכתב שאינו כלל לכל הענינים, דהרי בנתייבאש לגדרה ולא גדרה, יכול לומר לא היה לי פנאי, וכן מראה דינר יכול לומר טעיתי, וכן דן הדין י"ל טעיתי. ומ"מ מבואר מהמרדכי דדינא דגרמי הוא באופן שברי היזקא. וכן מוכח מדברי המרדכי ב"ק (קטז) שכתב, דמראה דינר לשולחני וטעה דחייב, דוקא דאי אפשר לו לשולחני לאישתמוטי, ומיד שאמר השולחני שהוא טוב, יש לו ליקח ע"פ השולחני, והוי כדיין שדן את הדין וטעה. משא"כ במראה מקח לתגר או לקרובו, אע"פ שקרקע גזולה והכשילו בעצתו, כיון שיכל לאישתמוטי ולא לסמוך על דבריו, הרי הוא פטור. הרי שהכל תלוי אם ברי היזקא אם לאו. ועיין שם במרדכי (סי' קיט), שהביא פירוש ר"י המחלק בין הוא עצמו עושה הנזק, דבשעת מעשה הוא עושה ההיזק לממון חבירו. וע"ז כתב המרדכי: "ולי לא נתיישב לי, ולא יכולתי לעמוד על החילוקים, וגם ר"י גמגם ברוב החילוקים". ונראה שרק גמגם בחילוק מש"כ עושה מעשה בשעת הנזק, אולם לענין ברי היזקא, מבואר במרדכי שכן הוא החילוק בין גרמא לגרמי.

ומדברי הרשב"א (ב"ק כו,ב) נראה שנקט דגרמי הוא כשעושה מעשה בגוף החפץ. הרשב"א מיירי לענין פטור מי שנטל כרים וכסתות, לאחר שחבירו זרק החפץ מראש הגג, דאין לומר דהוי גרמי ופטור, דזה הוי גרמא ולכן פטור: "שכל שאינו עושה דבר בגופו, כשורף שטרותיו של חברו וכיוצא בזה, או מראה דינר לשולחני שאומר לו שהוא יפה, אין זה אלא גרמא בנזקין ופטור. ולכן בנטל הכרים והכסתות, לא עשה מעשה בגוף הכלי הניזוק, והוי גרמא. וכן מבואר בתש' הרשב"א (ח"ג סי' קז), אך שם הוסיף דלא בעינן דדוקא הוא יעשה הנזק בגוף הניזוק, אלא הוא הדין אם ממונו עושה הנזק בגוף הדבר הניזוק, וכגון במחיצת הכרם: "דינא דגרמי הוא שעושה מעשה בגוף הדבר, כגון מראה דינר לשלחני ואמר ליה מעליא הוא ... דהו"ל כעושה מעשה בו. וא"נ שורף שטר, דמחמת שרף את השטר שיש בו שעבוד נכסים, מחמת שרפתו נאבד השעבוד שבו, הרי הוא עושה מעשה בדבר שבגרמתו נאבד. וכן מחיצת הכרם שנפרצה, שבגרמתו שלא סילק ההיזק, שהיה לו לגדור ולא גדר, ממונו אוסר ממון חברו ממש, וחייב משום דינא דגרמי. אבל בשאינו עושה מעשה, לא הוא ולא ממונו בגוף הדבר, כגון זוקף את הסלם סמוך לשובכו של חבירו, וא"נ באומני דיתבי תותי אילני, כקורקור דרב יוסף והיוצא בזה, לא הוי אלא גרמא בנזקין, ואסור ופטור". ומבואר ברשב"א שענין גרמי הוא כשעושה מעשה בגוף הדבר הניזוק. ונראה דגם שולח קובץ עם וירוס, חשיב כעושה מעשה בגוף הקבצים הניזוקים, ע"י גירי דיליה באמצעות הקובץ ששלח. אולם מה ששלח ראובן את הקובץ לשמעון, הוי גרמי בשוגג, וכיון שלא התכוין להזיק, יש לפטרו.

דמדברי המאירי (ב"ק נו,א) מבואר שגרמי הוא כשעושה הנזק הוא עצמו ונתכוין להזיק, שכל שכונתו להזיק ושעל ידו לבד נעשה ההיזק, הרי זה דינא דגרמי, כמו שורף שטרותיו של חברו, ומוחל שטר חוב אחר שמכרו. וכל שאין כונתו להזיק, או שכונתו להזיק ויש מסייע אחר לאותו הנזק, הרי זה גרמא בנזקין ופטור, כמו מי שלא הרחיק סולם מהשובך ד אמות, וכן משסה כלבו של חברו בחברו, שאע"פ שכונתו להזיק, כח אחר מעורב בו: "וכן אתה מפרש את כלם על פי כלל זה". ובהמשך שם הביא דכן הדין בשף מטבע של חברו, והמראה את של חברו ומפסידו, והמראה דינר לשלחני ואינו בקי בו, וכל שעושה עצמו בקי ואינו בקי, הרי הוא מכויץ להזיק ולבדו הוא עושה. ובב"ב כג,א ביאר דגרמא היינו שלא הוא עצמו עושה הנזק, שאין גוף המעשה מזיק אלא דבר אחר הבא בסבת מעשה זה. ונראה דגם בשולח קובץ עם וירוס, י"ל דהוא עצמו עושה הנזק ונתכוין להזיק, דאינו דומה למססה כלב חבירו, דכח אחר מעורב בו, דשם הכלב עצמו הוא המזיק מחמת השיסוי, בזה הקובץ ששלח הוא המזיק, רק יש לפתחו, ויש רגילות לפתחו, ולא חשיב לכאורה כח אחר מעורב בו, וצ"ע. אולם מי שקבל קובץ ושולח לאחר, ודאי

לא התכוין להזיק ופטור. (ועיין בקצוה"ח שפ"ה, וכל זה למד דהוי מדין קנס, וכדעת ריצב"א, עיין להלן).

והחילוק בין גרמא לגרמי, דנו בו הרבה הראשונים והאחרונים, והוא מים שאין להם סוף, והבאתי את עיקר דברי הראשונים המחלקים בין גרמא לגרמי. ולעיל הובאו דברי הריצב"א בתוס', דאין חילוק למעשה בין גרמא לגרמי, דדינא דגרמי הוא מטעם קנס, ולכן כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים. וקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין, וזה טעם המחייב בהיזק שאינו ניכר. ולשיטתו אם הוי מדין קנסא, אם יש כח ביד בי"ד שבכל דור ודור להחליט אם נזק מסוים שכיח ולחייבו, או רק לדמות למה שאמרו חז"ל, אבל בגרמא שפטרו חכמים, אף אם הוא שכיח ורגיל, אין כח ביד בי"ד לקנסו.

ונראה דהוא מחלוקת הפוסקים. הרמ"א חו"מ שפ"ג, הביא את דברי הריצב"א הנ"ל, וז"ל: "י"א דבכל גרמא בנזקין, אם הוא דבר שכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס. ולכן יש מי שכתב, דראובן שמכר מקח לעו"ג, ובא שמעון ואמר ליה לעו"ג שאינו שוה כל כך, חייב לשלם לו (מהר"ם מריזבורג). ואפשר דכי האי גוונא הוי כמסור, דחייב כדלקמן סי' שפח". דבתחילה כתב הרמ"א דמי שאמר לעכו"ם על מקח שקנה מישראל שאינו שוה כ"כ, הוא בכלל דבר השכיח, ויכול לחייב מדינא דגרמי אליבא דריצב"א. והרמ"א כתב דאין צריך בזה לדברי הריצב"א, כיון דדמי למסור. ומשמע דבכל נזק שכיח, יכול לחייב משום קנס את המזיק, אף אם הוא רק גרמא. ואף דברים שאינם דומים לשורף שטרותיו, ולאופנים של גרמי שהובאו בגמרא, יכול לחייבו מכח דברי ריצב"א. וכן נראה מדעת הסמ"ע שפ"ח, לענין שליש שהחזיר שטר שלא כדין, ולא נודע לבי"ד עד שהוציאו מהלוח חוב השטר, דאליבא דהריצב"א השליש חייב. ואף שדין שליש שהחזיר השטר לא נזכר בגמ', ולכאורה יש לפטרו מדין גרמא, כמש"כ בסמ"ע שם, מ"מ חייבו הסמ"ע מכח דברי הריצב"א.

אולם הש"ך שפ"כ, כתב לחלוק על דברי הרמ"א, שלא מצא מי שאומר בכל גרמא בניזקין דאם הוא שכיח, שחייב לשלם משום קנס, ואיך נכריע מה שכיח ומה לא שכיח. דמש"כ הריצב"א מתיחס לדברי הגמ' ולמה שנראה לחכמים לקנוס, בזה חייבו מדינא דגרמי, דאותן שהיו נראה להם לחכמי הש"ס שהוא שכיח ורגיל לבוא, קנסו וחייבו מדינא דגרמי. וחלק על הסמ"ע שפ"ח הנ"ל. דדוקא מילתא דמצינו בש"ס דקנסו, אמרינן משום שהיה נראה להם דשכיח קנסו, אבל בשליש שהחזיר שטר, מאן לימא לן דשכיח הוא, וכיון דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן, הבו דלא לוסף עלה, ואין לך אלא מה שאמרו הם. וע"ע מש"כ הש"ך בס"ק שאח"ז. ולפ"ז נדו"ד אם יכולים לקנוס, הוא מחלוקת הרמ"א והסמ"ע והש"ך, אם דבר שכיח שלא נזכר בגמ', יכול לקנוס ולחייב מדינא דגרמי את המזיק.

אך בעצם חידוש הריצב"א דדינא דגרמי הוא קנסא ולא דינא, נחלקו בזה הראשונים. דהראיה לריצב"א היא מהירושלמי שבועות ו,ו: המקרע שטרות חבירו חוץ מדעתו, רבי חנניה ורבי מנא, חד אמר חייב וחד אמר פטור. מאן דאמר חייב משום קנס, ומאן דאמר פטור כסותם פי עידי חבירו. ומבואר דמ"ד חייב משום קנס, ומוכח דדינא דגרמי חייב משום קנס. ובעה"ת נא,ו,ח כתב לחלוק על דעת ריצב"א, דאם נאמר שדינא דגרמי הוא קנס, א"כ המוכר שט"ח לחבירו ומחל ומת, בנו יהיה פטור מלשלם, וזה אינו, אלא יש לחייב היורש. ושכן כתב הראב"י, שהמוחל ומת, קנסו בנו אחריו ומשלם, דלאו קנסא אלא ממונא ומחייב יורש עבור מורישו, וכ"ש אם היורש מחל שהוא מזיק ומשלם. וכן פסק הרמב"ם, שאם מחלו יורשי המוכר שמשלם מן היפה שבנכסיו כשאר מזיק. גם הרמב"ן (בקונטרס דינא דגרמי) כתב לחלוק על הסוברים דדינא דגרמי קנסא, דאי סלקא דעתך קנסא הוא, מסר ומת או שרף שטרות ומת, לא נקנסו בנו אחריו, כדאמרינן (גיטין מד,ב) במטמא ומדמע, אלא ודאי דינא הוא. ועוד הקשה, הא דאמרינן בדריש לקיש דאחוי דינרא לר' אלעא ואמר דאי משתכחא בישא משלם, והא ודאי לא היה מתכוין להזיק, ואעפ"כ חייב, ומדוע חייב, הרי לא קנסינן שוגג אטו מזיד. וע"ע בש"ך ר"ס שפו.

ד. שומר שגרם בפשיעתו לנזק הקבצים

בזה הועלתה טענה לפטור מדין דבר שאין גופו ממון, וכדין שומר שפטור בשטרות, עיין שו"ע חו"מ סו,מ. ועיין לגר"ש רוזובסקי זצ"ל (שעורי רבי שמואל, ב"מ שלב) שהקשה מדוע אין גופו ממון, הרי השטר הוא שוה כסף, ויכול להמכר בשוק כשוה כסף: "משום דהחפצא דשטרא אינו הניר והאותיות אלא הראיה שבו, והחפצא דראיה חשיבא אין גופה ממון". ונראה דכיון שעיקר השטר הוא הרוחניות שבו ולא עצם השטר, וכיון שגוף השמירה היא על גוף השטר, ועיקר השוויות היא על הראיה, ועליה לא שייך דין שמירה, שאינה גוף כלל. עוד נראה דגדר גופו ממון, שיש מה לעשות עם הדבר עצמו, ואין צריך לפעולות נוספות, משא"כ בשטרות, אין לעצם השטר כל תועלת אלא לצור ע"פ צלוחיתו, ורק אם יעשה עם השטר פעולה של גבייה, והיינו כל פעולה שאינה בידו, יתכן ותעלה בידו ויתכן ולא, וכך יהיה לשטר תועלת ויבוא לתכליתו, משא"כ בדבר שגופו ממון, בעצם החפץ עצמו יש תועלת, ללא כל פעולה נוספת, או כל פעולה נוספת שהיא בידו ואינו תלוי בדברים אחרים. עוד י"ל, דתכלית השטר היא הממון שיגבה כתוצאה מהשטר, ואין קשר בין השטר לתכליתו, ולכן אין גופו ממון התכלית, וזה אינו בגוף השטר אלא בגביה שתהיה באמצעותו. דשוויות הכסף של השטר אינה מחמת גופו אלא מחמת מה שיגבה אח"כ באמצעותו, לכן השוויות של השטר אינה בגופו, ואין גופו ממון של שוויות השטר.

ולענין קבצים דיגיטאליים, צ"ע אם יכול להחשב גופו ממון, דלכאורה מה החילוק בין ספר שכתוב בקובץ או ספר שכתוב דיגיטאלי. אם יגרום למחיקת הספר, הרי הזיק גוף הספר שגופו ממון, ומה לי אם הספר כתוב על דף או כתוב באופן דיגיטאלי. דתכליתו מתקיימת בעצם גופו, אלא שגופו דיגיטאלי ואינו כמו ספר שניתן למשש אותו, אבל לכאורה מה חילוק יש ביניהם לענין גופו ממון. ואם היה מקום למעט קבצים דיגיטאליים משמירה, אפשר מחמת שאינם נקחים מיד ליד, דאיתא בב"מ נו"ב: דת"ר, וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך, דבר הנקנה מיד ליד, יצאו קרקעות שאינן מטלטלים, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות. ולכאורה כל דבר שאינו ניטל וניקח מיד ליד, דומה לקרקעות, והתמעט מדין שמירה, עיין שו"ע חו"מ שא"א. וקבצים דיגיטאליים, אינן ניקחים מיד ליד.

רק יש להבין אם המיעוט הוא דוקא בקרקעות והדומה לו, או מה שהוקש לו בדין כמו עבדים, אבל דבר שיוגדר כמטלטלין, הגם שאינו ניקח מיד ליד, לא התמעט מדיני שומרים, אונאה ושבועה. או שכל דבר שלמעשה לא שייך שילקח מיד ליד, הגם שאינו קרקע ולא הוקש לקרקע, התמעט מדין זה. ונראה שדבר זה נתון במחלוקת האחרונים. קצוה"ח כ"ט כתב דאף ששטרות אין גופן ממון והתמעטו מדיני שומרים אונאה ושבועה, מ"מ חובות עצמם לא התמעטו: "דאע"ג דאין אונאה לשטרות, היינו דוקא במוכר שטר חוב בכתיבה ומסירה, דכיון דהשטרות אין גופן ממון, אימעטי מדין אונאה מכלל ופרט, מה הפרט מפורש דבר שגופו ממון, אבל מוכר חובות בעל פה ע"י מעמד שלשתן יש להם אונאה, דחובות גופייהו הוי גופו ממון, ואע"ג דאין יכול להקדישו, היינו מטעם אחר משום דהוי דבר שאינו ברשותו והרי הוא כמו גזל ולא נתייאשו בעלים, דנמי אין יכול להקדישו משום דהוי דבר שאינו ברשותו, אבל גופו ממון הוי. ומזה נראה דהוא הדין ביש לו עד אחד שנתן לו חוב אחד בעל פה ע"י מעמד שלשתן והוא כופר, דצריך לישבע שבועת התורה להכחיש העד, דכיון דתובע אותו גוף החוב הוי גופו ממון...". והרי לכאורה אף אם גוף החוב ממון, מ"מ אינו ניקח מיד ליד. וצ"ל דס"ל לתוס' דמה שהתמעט מדבר הניקח מיד ליד הוא דבר שמבחינת ההגדרת המשפטית שלו הוא קרקע, ולכן אף אם ניקח מיד ליד, כמו עציץ נקוב, התמעט מפרשת שומרים וכו'. אבל דבר שבעצם הגדרתו המשפטית אינו קרקע, אינו בכלל מיעוט התורה של דבר הניקח מיד ליד.

אולם מדברי האמרי בינה (הלואה סג, כב) מבואר דחובות אינן בגדר דבר הניקח מיד ליד אלא דינם כקרקעות שהתמעטו מדין שומרים וכו'. האמ"ב הביא דברי קצוה"ח הנ"ל, והקשה עליו: "וצ"ע עליו, דהא דבעו הש"ס ב"מ (נו"ב) הטעם למעט שטרות משום דאין גופן ממון, הוא משום דהוי דבר המטלטל ונקנה מיד ליד, והיה ס"ד דיש בהן דין אונאה, איצטריך לומר כיון דאין גופן ממון איתמעטו נמי מדין

אונאה, אבל מלוה על פה אף אם היה מהני המכירה מן התורה לא אצטרך למעט, דהא בלא"ה לית בהו דין אונאה, דנתמעט מדכתיב מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד, ולא עדיף מקרקע דיצאו קרקעות שאינן מטלטלין". מבואר באמ"ב דחובות אף שגופן ממון, מ"מ התמעטו מדבר הנקנה מיד ליד, ורק שטרות שנקנות מיד ליד, נצרכו למיעוט שאין גופן ממון. וכן נמצא בדברי חיים (הלואה לו). וכן מוכח לכאורה מדברי הנתיבות בחו"ד יור"ד קעג,א, על דברי המחבר שם, דדבר שאין לו שומא ידועה ואיו לו שער ידוג, כגון בגד וטלית, יכול למכור ביוקר ע"מ שיפרע לזמן פלוני, ובלבד שלא יאמר לו, אם תפרע מיד, מחירו י', ואם לאחר זמן, מחירו יב'. וכתב ע"ז החו"ד שם ס"ק א, דאין בזה אונאה, דאף אם בחפץ יש אונאה, מ"מ חלק ממרכיבי המחיר בזה הוא החוב של המתנת הזמן, וחוב אין בו אונאה, דבשטרות אין אונאה. ומזה מוכח שדימה דין שטרות לדין חוב. אולם לאמ"ב לכאורה אינם דומים, דאף אם בשניהם אין אונאה, מ"מ כ"א בא מטעם אחר, שטרות מדין גופו ממון, וחובות מפני שאינו ניקח מיד ליד. ועיין פ"ת חו"מ רכז,כב.

ונראה דקבצים דיגיטאליים אם דינם כדבר הניקח מיד ליד, יהיה תלוי במחלוקת האחרונים בדין חוב. האם המיעוט של דבר הניקח מיד ליד הוא רק בקרקעות ודברים שמהדין המשפטי דינם כקרקעות, אבל כל דבר שאינו בכלל קרקעות, לא התמעט מיד ליד, אף אם אינו ניקח מיד ליד, וכדעת קצוה"ח. והוא הדין קבצים דיגיטאליים לא יתמעטו מדבר הניקח מיד ליד. או כדעת האמרי בינה שחובות מועטו מדבר הניקח מיד ליד, דלא בעינן דוקא קרקעות, והוא הדין קבצים דיגיטאליים, כיון שאינם נקחים מיד ליד.

אמנם אם פשע, כבר הביא בשו"ע חו"מ סו,מ, גם את דעת רש"י והרמב"ם שחייב בפשיעה בעבדים ושטרות, והרמ"א פסק דלא כדעתם, אלא פטור בשטרות וקרקעות אף מפשיעה. דנחלקו הראשונים אם חייב שומר שטרות וקרקעות וכו' בפשיעה. רש"י על המשנה ב"מ נו,א, דשומר שכר אינו משלם בשטרות וקרקעות וכו': "אם נגנבו ממנו". מדויק דדוקא בגניבה ואבידה פטור אבל בפשיעה חייב. וכן מדייקים מדברי רש"י בד"ה הקודם, דשומר חנם אינו נשבע על הקרקעות שלא פשע, ועיי"ש בנימוק"י (לב,ב בעמוה"ר) דדוקא משבועה פטריה רחמנא, אבל אי ידעינן דפשע, חייב לשלם. ועיין מש"כ בח"ה כז,ג וח"ו יא/ג.

הרמב"ם בהל' שכירות ב,ג, כתב וז"ל: "יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן, חייב לשלם, שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין הגניבה והאבידה והמיתה וכיוצא בהן ... אבל אם פשע חייב לשלם, שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין, ודין אמת הוא זה למבינים

ובו ראוי לדון. וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירת חינוך, 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. ועיין ברב המגיד ציין דגם מדברי רש"י (כנ"ל).

ובנימוק"י הנ"ל הביא את דעת הר"ף בתש', הר"י מיגאש, הרשב"א, תוס', רא"ש ור"ן דשומר חינוך גם אינו משלם אם פשע. והא דתנן במתניתין דאינו נשבע ולא אינו משלם, הטעם דבכל פרשת שומר חינוך 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' הר"ף הנזכרת היא בסי' צז, שלמד ממשנתנו שדין שמירה אינו בדברים הנזכרים במשנה, וכן דיני כפירה אין בהם, ואפילו הודה השומר שפשע אינו חייב לשלם, עיי"ש. גם הרא"ש בב"מ שם הכ"א הסכים עם דעת הר"ף דאף מפשיעה פטור, דכיון שהוציאה התורה קרקעות ואינן מפרשת השומרים, הרי שמכל חיובי שומרים נפטר אם שמר על קרקעות וכו'; "ופושע בדבר ונאבד לא חשיב אדם המזיק, שהרי פשיעה בבעלים פטור, ואילו חשוב כאדם המזיק, אמאי פטור בבעלים. אלא ודאי לא מיקרי אדם המזיק כיון דלא אפסדיה בידים אלא שבפשעתו שלא שמרו כראוי נפסד, אלא על שמירת שומר חייבתו תורה, הלכך בבעלים פטור. וכיון שהוציאה תורה את אלו מדין שומרים, פטורים אף בפשיעה."

גם הרמב"ן בחידושו לב"מ (נו, ב ד"ה הא) הביא את תש' הר"ף, דמינה מוכח ששומר חינוך בשטרות אף אם פשע אינו משלם, וכן דעת הר"י מיגאש; "וזהו הראוי לסמוך עליו". וכן כתבו התוס' (ב"מ נו, ב ד"ה שומר) מקושת הגמ' על התוספתא דלעיל - השוכר את הפועל לשמור את הזרעים וכו', דהקשתה הגמרא אמאי חייב באחריותו הא הו"ל קרקע או הקדש (תלוי בהסבר הראשונים), ומדוע לא תירצה הגמרא דמיירי בפשיעה. אלא דמכל דיני פרשת השומרים מיעטה התורה קרקעות וכו'. והתוס' בשבועות (מב, ב ד"ה שומר) הביא ראייה 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.

וכן מבואר בר"ן בחידושו לב"מ (קד, א ד"ה ר"מ) דשומר חינוך 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 בידיים, ובסוף הדיבור כתב דפשיעה אינה כמזיק בידיים, עיי"ש. ועיין עוד בשטמ"ק ב"מ נח,א ד"ה לפיכך שהביא מהריטב"א דחיה לראית התוס' מהתוספתא לשמור את הזרעים וכו', דהתוספתא מיירי בשכר שבת והיינו שומר שכר ולא בחיוב פשיעה, וע"כ לא יכלה הגמרא לתרץ דמיירי בפשיעה, עיי"ש. ועדיין אפשר דהריטב"א כתב רק לדחות הראיה, אך אין במשמעות דס"ל כרמב"ם, דבתשובה כתב להדיא דלא כרמב"ם).

והשגת הריטב"א על ראית התוס' מהגמ' ב"מ נח,א, דמשמע דאחריות שבת עליו היינו לענין גניבה ואבידה ולא לענין פשיעה, וע"כ לא מצי לאוקמי בפשע, מעין זה נראה לכאורה גם מדברי הלחם משנה שכירות ב,ג שכתב דאף שאין נותנים לו שכר שבת, אחריות שבת עליו לענין פשיעה, וע"כ לא יכלו להעמיד שפשע. וכן דחה הש"ך בחו"מ סו,קכו, דאחריות שבת עליו היינו כשאר שומר שכר, וע"כ ליכא לאוקמי בפשיעה. ועוד, דאין להעמיד שפשע, דהרי גם באופן שלא קיבל שכר, יש עליו אחריות של שומר חנם לענין פשיעה, דכיון שקיבלו בסתם והוא ברשותו בשבת, הו"ל שומר חנם גם בשבת. (ועיין בתומים ס"ק סז מה שדחה על אופן פשיעה שיש לשומר שכר ואין לשומר חנם. ועיין בקצוה"ח סו,מו מה שדחה את דחיית התומים). ולענין הסברא כתב הש"ך 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 דילף חיובו מסברא ממזיק. והוסיף הטור להוכיח כדעת הרמב"ם, ושכן עוד ראשונים ס"ל כרמב"ם, ויש שלהדיא לא כתבו נגד דעתו, וספוקי מספקא להו. ע"כ כתב דלדעתו דעת הרמב"ם עיקר. ועכ"פ לפי סברת הש"ך דין זה שפושע כמזיק הוא רק במי שיש עליו שם שומר, וכגון בקרקעות ושטרות שיש עליו שם שומר אלא התמעט מחיובי שומר.

וכבר כתבתי בבאור דעת הרמב"ם, דלכאורה מי עדיף פושע על מזיק בגרמא שפטור. אלא הפרוש ברמב"ם דפושע אינו מזיק אלא כמזיק, והיינו שמהלכות נזיקין אכן אי אפשר לחייבו וכמש"כ הש"ך, אך מהלכות שומרים יש לחייבו, ולא מפני שחייבה התורה שומר בפשיעה, אלא עצם התחייבותו לשמור היא התחייבות לשלם על כל הענינים שהוא בהם "כמזיק". לא חיוב התורה מחייב אלא עצם השמירה והתחייבות

השומר לשמור היא התחייבות שלא לפשוע כמזיק, ואם יפשע כמזיק מתחייב לשלם. הנפק"מ מהסבר זה - דכדי להפטר מחיוב פשיעה לא סגי במה שלא חייבה אותו התורה אלא צריך פטור מפורש של התורה. לכן גם שמירת קרקעות לא נכללה בפרשת שומרים, היינו שאין בשמירת קרקעות וכו' חיובים של שומר שחייבה התורה, אולם חיובים שחייב מכח קבלת השמירה שהיא מעין התחייבות גם ללא חיוב של התורה, בזה לא נפטר אא"כ היתה התורה פוטרת אותו להדיא. ע"כ אם אדם שאינו שומר פושע ונגרם נזק בדרך של גרמא וכד', אין לחייבו מדין מזיק, ורק אם קיבל על עצמו להיות שומר מכח התחייבותו חייב לשלם אם פשע.

וכן יש לבאר את מש"כ המגיד על דברי הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון ב"ח דבשאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהם וכד', שהסתפקה בגמרא אם הוי כשאלה בבעלים והרי זה ספק, לפיכך אם נאנס מיד השואל אין משלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאים מידם. ומוסיף הרמב"ם; "פשע בה השומר, הרי זה משלם". והקשה הרב המגיד דהרי פשיעה בבעלים פטור, וכאן הוי ספק פשיעה בבעלים, ובמה השתנה דינו משאר דיני שומרים דאינו משלם ומהני תפיסה של הבעלים. ועל כך הסביר המגיד דדעת הרמב"ם דפושע דינו כמזיק; "וכיון שהוא כמזיק ואין ראייה ברורה לפטורו, חייב לשלם". ולכאורה מה הוסיף המגיד דבעינן ראייה לפטורו, אם פושע דינו כמזיק, הרי שמזיק חייב לשלם ככל מזיק, ומה ענין ראייה לפטורו לכאן. אלא שפושע אינו מזיק אלא כמזיק, דמכח שמירתו קיבל על עצמו גם ללא חיובי התורה לשלם אם יזיק בפשיעתו, וכאשר התורה פטרה בשמירה בבעלים ופטרה גם בפשיעה, הרי להדיא יש ראייה ברורה שאף על חיוב זה שהתחייב מכח שמירתו ולא מכח חיוב התורה, פטור מלשלם. אולם כל זה דוקא בדבר ברור שיש בו פטור. 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' ה, ד-ה, ובחלק ה כז, בדברי שעהמ"ש סו, לד, עיי"ש).

ומעין סברא זו נמצא בקהילות יעקב ב"מ סי' לד, דסברת הרמב"ם לחייב בפשיעה מדין מזיק הוא מדין גרמי: "דאחרי שקיבל עליו לשמור ורמיא עליה חיוב שמירה, א"כ כשאינו שומר אותו הוי כמסלק שמירה ממון חבירו ולא גרע מדינא דגרמי עיין מרכבת המשנה כאן. ובמשוכב נתיבות סי' צה מבאר הרב המגיה ז"ל שם דאפילו בלא עשה שום קנין מתחייב אפשיעה, עיי"ש שהביא ראייה 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 וחיוב. 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.

וכבר הזכרתי לעיל דעת המחבר בשו"ע חו"מ סו,מ, שהביא ב הדעות, והרמ"א הכריע דלא כרמב"ם וכתב דפטור אף מפשיעה. וכן נראה מהכרעת המחבר בשו"ע חו"מ צה,א, שלא הביא שם דעת הרמב"ם אלא פסק סתם דאף שומר שפשע בקרקעות, פטור משבועה ומתשלומין, וז"ל המחבר שם: "אלו דברים שאין נשבעין עליהם. מן התורה, קרקעות אפילו של חו"ל, ועבדים, ושטרות, והקדשות, וכן נכסי עובדי כוכבים ... לא שנא שבועת השומרים. ואפילו אם פשעו בהם ונאבדו, פטורים מלשלם, לא שנא שומר חנם או שומר שכר ושואל". ובש"ך סו,קכו, האריך להוכיח כדעת הרמב"ם, דחה ראיות הראשונים המשיגים על הרמב"ם, והביא ראיות לדעת הרמב"ם, ושכן דעת בעל העיטור כרמב"ם. ושער המשפט סו,לד (בסופו) כתב דאין הכרעת הש"ך מכרעת לדחות דברי הראשונים, מ"מ אם תפס מן השומר יכול לומר קים לי כשיטת הרמב"ם וסייעתו דמחייבי בפשיעה בשטרות וכל הני שאין בהם דין שומרים. וכן פסק הרדב"ז בתש' (ח"א סי' תעה): "לענין השטרות והקרקעות, מסתברא לי שאם תפס דאין מוצאין מידו, שהרי אומר לו תביא ראיה שאין הלכה כדברי המחייבים אותך וטול". ולאידך גיסא, עיין בפת"ש סו,כה שהביא מתש' בית שמואל אחרון (סי' ו) שכתב דודאי המוחזק יכול לומר קים לי כרמ"א ורוב גדולי הראשונים דאף בפשיעה פטור. ושכן נראה דעת תשובת שב יעקב (תחו"מ סי' יב), שהובא בפת"ש חו"מ קעט,א, ושכן משמע בתשובת פני יהושע (ח"ב סי' קו). וא"כ אין בידינו לחייב את הפושע, אם הדבר דומה לקרקעות. אולם כבר כת' לעיל, דלכאורה אין לדמות לאין גופו ממון, ואם דומה לקרקעות, נתון במחלוקת האחרונים בדין חובות, וכיון דצ"ע לדינא, ראוי לפשר, כאשר יש צדדים רבים לחייב, אך קשה להוציא מהמוחזק הטוען שדין הקבצים כדין הקרקעות, ואין פושע חייב כמזיק. וכל זה אם הנזק נעשה בפשיעה, שבפשיעתו נגרם הנזק, אולם אם הנזק נעשה בידיים ולא בפשיעה, חייב בכל ענין כדין אדם המזיק.

ה. תשלום הנזק

לאחר שהשבתי את האמור לעיל, נשאלתי, אם מדובר על עלות התיקון של הטכנאי, מבואר לעיל שחל על המזיק. אולם אם אין אפשרות לתקן, כיצד ישומו את הנזק, בפרט בקבצים שכל ערכם הוא לניזק עצמו, כגון אם כתב ספר והקליד הספר בעצמו, ואין אפשרות להקליד מחדש. ובשלמא אם יכולים להקליד מחדש, התשלום יהיה לפי עלות ההקלדה מחדש, אולם באופן שלא ניתן להקליד מחדש, ומדובר על שעות רבות של כתיבה וחשיבה, איך יחשבו את הנזק. וכן אם יש נאמנות לניזק לומר מה היו בקבצים, ואיזה ערך יש לקבצים.

עוד נשאלתי, דידוע כיום שכ"א חושש לאיבוד הקבצים ועושה גיבוי אחד לפחות לכל הקבצים החשובים, ומדלא עשה כן, הרי יש כאן גם פשיעה של הניזק. ואם מדובר במי שנטל את מחשב חברו ללא רשות, יכול הניזק לטעון מאי הוה לך גבי דאזקתיה (ב"ק סב,א). אולם לענין שומר, גם אם ניזק בפשיעתו, לכאורה יכול לטעון שלא העלה בדעתו לקבל שמירה על מחשב שאין בו קבצים מגובים.

ועיין מה שכתבתי בח"ה סי' יז, בהזיק חפץ שיש לו ערך רק לבעלים, שחייב לשלם לפי מה ששווה לבעלים, והובאו שם דברי הגרש"ז אויערבך זצ"ל (מנחת שלמה תנינא ב-ג, סי' קלה) שהקשה דאם יקרע אדם גט של חברו, וכי יפטר מלשלם, דאדרבה, מסתבר שיצטרך לשלם לו גם שכר הסופר. וע"כ פירש הגרש"ז, וז"ל: "ולכן נראה לברר דבדבר שהוא ממש ממון, נראה דצריכים לשלם לו כפי שהוא צריך להוציא כדי לקנות חפץ כזה שהפסידוהו, ולא נמדד כלל במה יוכל למכור זה לאחרים ולפעמים משלמים לו פחות, דהתורה אמרה מכה נפש בהמה ישלמנה, ולשון ישלמנה היינו להשלים שיהיה לו בהמה אחרת, ולא מספיק מה שישלם לו כשיעור שהיה מקבל אילו היה מוכר לאחרים". אך כל זה בחפץ ששייך לאמוד כמה שוה לבעלים, ובנדון שם בזוג משקפיים, יכולים לדעת כמה עולה זוג משקפיים כזה, כמה שנים השתמש וכו', אך בקבצים, וכגון השאלה בכותב ספר וניזוק הקובץ מחמת המזיק, אין לדבר שומא ברורה. (ולענין מזיק חפץ שערכו שוה רק לבעלים, ראיתי לאח"ז לגרבי"צ אבא שאול זצ"ל, אור לציון חח"מ סי' ד, שכתב לחייב המזיק, עיי"ש).

ועיי"ש בסוף הסי', מה שכתבתי בענין מי שהזיק חפץ שהוא בעל ערך סנטמנטאלי, שקיבל בירושה וכד', שערכו במחיר שוק הוא קטן אבל לבעליו יש לו ערך רב והוא שומרו מכל משמר. דלכאורה לא מצאנו שהערך נקבע לפי מה ש"לדידי שוה לי" אלא לפי השווי האמיתי. עיין קצוה"ח סד, ד ומש"כ בנתיבות סד, ג דאינו יכול לומר לדידי שוה לי אלא בדבר השוה לכל העולם בסך זה ורק לתופס אינו שוה כן. ורק בעל חוב שרוצים להוציא ממנו קרקע, יכול לטעון לדידי שוה כל חובי, עיין בשו"ע וקצוה"ח קטו, ו. אבל בתשלומי נזק משלם את מה ששוה לכל העולם ולא מה ששווה לו. ואף למש"כ הגאוני בתראי, הובאו דבריו בקצוה"ח רצא, ד דאם הזיק כלי מכסף והעכו"ם מעלילים ששוה זהב מדינא דגרמי, ועיין פת"ש חו"מ שעת, ח בשם הדגול מרבבה, מ"מ כל זה בעלילת עכו"ם שמעליל, משא"כ בטענת לדידי שוה לי, ויש עוד להאריך בזה, ומ"מ נראה דאינו חייב אלא כפי שוויו. גם בזה יש את ערך השוק הברור, כמה שוה החפץ בשוק, וכמה שוה לבעלים, משא"כ בזה שאין לו ערך בשוק הכללי, ורק לבעלים יש לו ערך, וגם קשה להעריך כמה יכול להיות שוה בשוק כזה ספר.

לכן נראה שכמעט בלתי אפשרי לתת שומא לנזק זה, ולכן נראה דהדבר נתון לשיקול דעת בי"ד, לחייב את המזיק לפצות את הניזק, עד לגובה הסכום שנראה סביר לביה"ד, וכמש"כ הרי"ף ב"ק (ל,ב מעמוה"ר) לענין קנסות: "מנהג שתי ישיבות שאע"פ שאין גובין קנס בבבל, מנדין אותו עד דמפייס ליה לבעל דיניה, וכד יהיב ליה שיעור מאי דחזי למיתב ליה, שרו ליה לאלתר בין איפייס מארי דיניה בין לא איפייס". וכן כתב הרא"ש ב"ק ח,ג לענין קנסות, וז"ל: "וסמכו חכמים אחרונים וראשי ישיבות, כי ראו הפסד גדול משום דאין דנין דיני קנסות, ועשו תקנה לנדות החובל עד שיפייס הנחבל בקרוב. כי אין דרך לדקדק ולומר לזה כן קצבנו לתת כך וכך, גם לזה קצבנו עליך למחול כך וכך, כי זה היה דיני קנסות. אלא משערים בלבם שיעור קרוב עד כמה מגיע לתת לו, ואין מגלין אותו. ומנדין החובל עד שיפייס הנחבל, ורואין כמה מגיע לתת לו, אם קרוב לאשר יש בלבם והנחבל אינו רוצה לקבל, אומרים לו אין בנו כח לנדותו יותר מכן, ומתירין לו. ואם רחוק ממה שבלבם, אין מתירין לו עד שיקרב לאותו שיעור". ומקור הדין מדברי רב האי גאון, הביאו השאלות (עיין רבי ברוך הספרדי, ב"ק פד,א): "היכא דפייס חובל לנחבל ולא רצה נחבל, מנדין חובל עד שמתפייס נחבל. והיכא דפייס ליה חובל לנחבל עד גבול שגבלו חכמים בבשת ובנזק ובקנס ולא רצה נחבל, אין מנדין לחובל, דכי תקינו גאונים ליתן חובל לנחבל, עד גבול חכמים, אבל יתר לא". וכן הוא ברשב"א ובמאירי ב"ק פד,א, בתש' הרא"ש קא,ח, ברשב"א בתש' (ח"א תתקמח), בתש' הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי' רמ), תשב"ץ (ח"ג רלט). וכן נראה בנדו"ד, שיעריכו בי"ד עד כמה נראה להם הנזק, ויפייס מזיק לניזק באופן האמור בגאונים והראשונים, דכן נראה לנהוג בכל דבר שבי"ד אינם יכולים לשום בדרך של שומת בקיאיין אלא בהערכה שלהם.

וכשלא יודע המזיק איזה קבצים היו במחשב, אם יש לתת נאמנות לניזק, לכאורה נשבע הניזק ונוטל כתקנת נגזל, ושלא משביעים, יש לפשר (עיין מה שכתבתי בח"ד לב"ה. וכן אם טוען שלא היה לו גיבוי, ואין דרך שלא לגבות, אם נאמן. דאיתא בב"ק סב,א: אמר רבא, הנותן דינר זהב לאשה, ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, הזיקתו משלמת דינר זהב, משום דאמר לה מאי הוה ליך גביה דאזקתיה, פשעה בו משלמת של כסף, דאמרה ליה נטירותא דכספא קבילי עלי, נטירותא דדהבא לא קבילי עלי ... לר' יהודה דמחייב על נזקי טמון באש, עשו תקנת נגזל באשו. בעי אמיר עשו תקנת נגזל במסור או לא. אליבא דמ"ד לא דיינינן דינא דגרמי לא תבעי לך, דמסירות נמי לא דיינינן, אלא כי תבעי לך אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי, עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל או לא, תיקו. ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה, שדייה בנהרא, אתא מריה ואמר הכי והכי הוה לי בגוה, יתיב רב אשי וקא מעיין ביה, כי האי גוונא מאי. א"ל רבינא לרב אחא בריה דרבא ואמרי לה רב אחא

בריה דרבא לרב אשי, לאו היינו מתניתין דתנן ומודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו, שכן דרך בני אדם להניח בבתיים. אמר ליה אי דקא טעין זווי הכא נמי, הכא (במאי עסקינן) דקא טעין מרגניתא, מאי, מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא, תיקו. ולהלכה נפסק דעשו תקנת נגזל במזיק, שנשבע הניזק ונוטל, וכמו שפסק הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ז,יז: "כל המזיק ממון חברו ואינו יודע מה הזיק, הרי הניזק נשבע בתקנת חכמים ונוטל כמו הנגזל, והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהן, כמו שביארנו בנגזל". וכ"פ בשו"ע חו"מ שפח,א.

ו. לא העלה בדעתו שאין גבוי

וכל זה במזיק בידיים, וכמו מי ששלח וירוס וכד', או ששיחק בקבצים של חברו ללא רשות. אולם בפשיעה שרוצים לחייבו מדין שומר, יש לדון אם דומה להא דאיתא בגמ' בנותן דינר ואומר להדיא הזהרי בו, של כסף הוא. דמצד אחד אפשר שצריך אמירה מפורשת, כיון שנראה של זהב, או שבכל ענין אינו נפטר מפשיעה אלא באמירה מפורשת, או שכל דבר שנהוג לעשות גיבוי, ממילא חשיב כלא אמוד שיהיה לו מרגליות בשק וכד', כיון שהרגילות לעשות גיבוי, או גם מצד פשיעת הניזק. ועיין תוס' שם (ב"ק סב,א ד"ה מי מנחי) שכתבו, דאפי' יש עדים שהיה בו מרגניתא, מבעיא ליה לגמ', שמא לא היה לו לאסוקי אדעתיה, ולא אמרינן מאי הוה ליה גביה דאזקיה, דכיון דלא רגילי אינשי לאנוחי כלל, לא היה לו להעלות בדעתו. ולא דמי לדינר זהב דאבעי לה לאסוקי אדעתא טפי, דפעמים שאומר כן דירא שאם היתה יודעת שהוא של זהב לא היתה שומרתו. והגאון ר' מאיר שמחה (חדושי הרמ"ש ב"ק סא,ב) הביא את דברי הרמב"ן במלחמות (ב"ק כו,ב מעמוה"ר), וכתב דשיטת התוס' לפטור מזיק בידיים בכה"ג הוא תמוה. וכתב להעמיד דבריהם, דהתוס' מיירי בגרמי שאינו מתכוין להזיק, ולכן יש צד לפטרו, כגון בבטש ושדיה לנהרא מים צלולים, דא"ל הא מנחא קמך, רק למ"ד דחייב אדינא דגרמי מחוייב לשלם כל המעות, וכגון שנעכרו גלי הים, והסיבות קרובות לעכור ממי הנהר או הים עד שלא יכירנו, או לא השיג תיכף פועל שירד להציל, ומילי דגרמי באינו מתכוון פטור.

והרמב"ן במלחמות במלחמות (ב"ק כו,ב מעמוה"ר) כתב לחלק בין מזיק לפשיעה: "כד דייקת ומעיינת תמצא טעמא דפטור בפשיעה, משום דמצי אמר נטירותא דדהבא לא קבילת עלי ואיני שומר וכו', וכן במשאל כיון שרשאי להדליק בתוך שלו ואינו חייב אלא מכח שמירה, אבל בממון שהזיק, אע"ג דאינו אלא פשיעה, כיון דרחמנא רמיא עליה נטירותא, לא שייך האי טעמא". ובהסבר דברי הרמב"ן, כתב קצוה"ח רצא,ד, דהחילוק בין פשיעה למזיק אינו מחמת חומרת המזיק שחייב יותר כיון שהזיק בידיים משא"כ פשיעה. אלא הטעם דכל השומרין לא נתחייבו בעל כרחם,

אלא שהתורה ירדה לסוף דעתן שברצונם מקבלים עליהם, שומר חנם בדין פשיעה, ושומר שכר בגניבה ואבידה, וכן שואל, ולכן כל שלא קיבל עליו השומר דין שמירה, אינו מתחייב שלא מדעת. ובחיפן שעורין או בהזהרי בו של כסף, דלא קיבל עליו יותר משמירת כסף או משמירת שעורין, לכן אפי' שואל כה"ג פטור, דכיון דלא קיבל עליו שמירה זו הו"ל כאינש דעלמא. אולם בארנקי בגדיש, דהתורה חייבתו בעל כרחו לשמור אשו שלא יזיק, מחייב ר' יהודה בנזקי טמון באש אפילו בארנקי בגדיש, ולא יכול לומר שלא ידע שהיה שם יותר, כיון שאין כאן חיוב מחמת הסכמתו אלא שהתורה הטילה עליו את החיוב, משא"כ בשומר כל החיוב הוא מחמת קבלת השמירה והסכמת השומר להתחייב, ולכן צריך דעת השומר, ואם אמר הזהרי בשל כסף, פטורה מלשלם. ולכן הולך אחר שעת קבלת השמירה, ובאומר בשעת קבלת השמירה הזהרי של כסף, ואח"כ נודע לשומר שהוא זהב, הרי הוא לגבי זהב כאינש דעלמא ואינו שומר כלל בשמירת הזהב, כיון דבשעת קבלת השמירה לא קיבל על עצמו שמירת זהב. אולם בשואל, ס"ל לקצוה"ח דבכה"ג נראה דחייב, כיון דאפילו נתן לו רשות להשתמש בו והוא משתמש בו חייב, א"כ ה"ה בזה נמי כיון שנשתמש בו אחר שנתברר לו שהוא זהב, חייב באונסין, דבשואל החיוב הוא לא רק מחמת קבלת השמירה אלא גם מחמת השימוש.

ובנקודה זו חלק עליו הנתיבות שם (רצא,י), וכתב דגם בשואל פטור, דכיון שהמשאל נתן לו רשות להשתמש בו, כיון שלא קיבל על עצמו רק חיוב תשלומין של כסף, אינו חייב אלא מה שקיבל על עצמו, ומה שנודע לו אח"כ שהוא של זהב, השתמשות השואל הינה מכח הקבלה הראשונית שקיבל על עצמו, ודיעתו שהמטבע של זהב, אינה מוסיפה חיובים, כיון שהשימוש הוא מכח הקבלה שהתחייב בה. [ובעצם סברת קצוה"ח דחיוב שומר הוא מחמת קבלתו, עיין תוס' כתובות (נו,א-ב ד"ה הרי): "א"נ, שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר, ושואל לפי שכל הנאה שלו, ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה, הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים". ולכאורה משמע שהוא חיוב של התורה. אך י"ל שכל זה לענין היקף החיוב והאחריות, אך זאת אחרי שקיבל על עצמו השומר להתחייב באחריות החפץ לפי מה שרואה שווי החפץ, ואחרי שהתחייב באחריות הכללית, הטילה עליו התורה חיוב, כל שומר לפי ענינו.]

בהגהת מרדכי (ב"ק רז) כתב בענין ראובן ששאל סייף משמעון שהיה לו במשכון מעכו"ם, ואבד הסייף, ותובע העכו"ם דמי סייף יקר, והשואל לא ידע שהיה סייף יקר, שיכול השואל לומר נטירותא דסייף יקר לא קבלתי עלי, וראיה מנתן דינר לאשה ואמר לה הזהרי כשל כסף, ונשאר בצ"ע. וביש"ש ב"ק ו, לד הקשה על הגמ"ר, דבדינר המפקיד פשע שאמר לה של כסף הוא, אבל אם אמר לה סתם הזהרי בו,

פשיטא דחייבת. ובש"ך עב"מ כתב לישב דברי הגמ"ר, שאף אם הפקיד אצלו אבן טובה, חייב כל שוויה, דסתם אבן טובה רגילות שהיא יקרה, ולכך קיבל עליו בין יקר ובין זול. משא"כ סייף דאין רגילות שיהיה יקר, יכול לומר נטירותא דסייף יקר לא קבלתי עלי, ומ"מ כיון דהמרדכי גופיה מסיק על זה וצ"ע, ודאי הוי ספיקא דדינא. ובקצוה"ח רצא"ד הסיק כדעת הרש"ל, דכל שלא פשע המפקיד, הרי בסתמא סבור וקיבל כמה שוה שישלם דמי שויו, ואפילו ביקרא דשעת הפשיעה.

ולפ"ז יצא נפק"מ ממחלוקת היש"ש והש"ך לנדו"ד, דלשיטת היש"ש, כל שלא פשע המפקיד בשעת קבלת השמירה, שלא אמר משמעות לקבלת שמירה פחותה, הרי חייב בכל הנזק שנעשה, דודאי קיבל על עצמו בין רב ובין מעט. ולכן גם בנדו"ד, אף שפשע הניזק במה שלא גיבה את הקבצים, אין זו פשיעה בשעת קבלת השמירה שיכול השומר לומר שלא קיבל על עצמו שמירת קבצים אלו (אם שייך בהם שמירה וכנ"ל), דודאי קיבל על עצמו הכל. משא"כ לש"ך, כיון שהרגילות לגבות קבצים, לא קיבל על עצמו שמירת הקבצים, שאם יארע בהם נזק בפשיעתו, שיהיה חייב לשלם כל עלות הקבצים או תיקונם בידי טכנאי מומחה.

[וע"ע בקצוה"ח שם שהסתפק, מה יהיה הדין בשומר אבידה, שסבור שהוא כסף, שהיה מחופה כסף ובתוכו זהב, האם כיון דהתורה הטילה עליו את חיוב השמירה, חייב בכל ענין, אף שאינו אלא פשיעה ולא מזיק, או כיון שאינו מזיק ודינו כשומר, אף שאינו תלוי בקבלתו, בכל אופן פטור. ואם נאמר דשומר אבידה פטור, מה יהיה הדין בנגב וגזלן, תפוחי זהב במשכיות כסף, ולא ידע שהוא זהב, אם דומה לשומרים ופטורין כה"ג, או לא גרע ממזיק דחייב, משום מאי הו"ל גביה דאזקתיה, הכי נמי מאי אית לך גבי דגזלתיה. וכתב, דכיון דשומר אבידה לא מתחייב אא"כ משך החפץ, דהתורה הטילה עליו ליקח את האבידה לתוך ביתו, אבל כל זמן שלא משך, אע"ג דראה אותו, לא נתחייב בשמירה, וכה"ג דלא ידע שהוא של זהב, לא הוי משיכה, ונשאר בצ"ע.]

והשאלה עד כמה דבר שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, פוטר את המזיק בתשלומין, דלענין שומר מבואר בגמ' דפטור, אך לענין מזיק, לאמור לעיל נראה דהוא מחלוקת ראשונים (עיין נתיבות רצא"י). דבמשנה ב"ק סב"א נחלקו ר"י וחכמים במדליק את הגדיש והיו בו כלים ונשרפו, דר"י ס"ל דמשלם מה שבתוכו, וחכ"א דאינו משלם אלא גדיש של חטין או של שעורין. ובגמ' סב"א, בעי רב אשי, אם עשו תקנת נגזל באש. דתוס' (סב"א ד"ה מי), לענין הספק בגמ' אם מניחים מרגניתא בכספתא, כתבו וז"ל: "אפי' יש עדים שהיה בו מרגניתא, מבעיא ליה דשמא לא אבעי ליה לאסוקי אדעתיה להאי, ולא אמרינן מאי הוה ליה גביה דאזקיה, כיון דלא רגילי אינשי לאנוחי

כלל, ולא דמי לדינר זהב דלעיל דאבעי לה לאסוקי אדעתא טפי, דפעמים שאומר כן דירא שאם היתה יודעת שהוא של זהב לא היתה שומרתו. ולא דמי נמי לארנקי בגדיש, דרגילין טפי דמנחי מרגניתא בכספתא". הרי שכל מה שלא העלה בדעתו אף מזיק פטור (ומזה הסיק הנתיבות רצא,י, דאף בשומר אבידה יש לפטור, כל היכא דלא אסיק אדעתיה שהוא של זהב).

והרמב"ן במלחמות (ב"ק כו,א-ב מעמוה"ר) כתב דרק במזיק בפשיעה יש חילוק אם הו"ל לאסוקי אדעתיה או לא, אבל במזיק בידיים, חייב גם על מה שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, וז"ל: "אלא טעמייהו דרבנן, משום דבמדליק בתוך שלו פטר רחמנא טמון, דכתיב כי תצא אש מעצמה, ולא פליג בין דברים שדרכן להטמין לשאינן דרכן, וגבי מדליק בתוך של חבירו, פטרי דברים שאין דרכן להטמין, ואפי' יש לו עדים מסברא דנפשייהו, דכיון דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה פטור, דא"ל אילו הוה ידענא הכי הוינא מינטר טפי. והאי טעמא ליתא אלא במדליק אש בתוך שדה של חבירו ועברה הדליקה והלכה לצד האחר והדליק את הגדיש, דפשיעה בעלמא היא, אבל לא במדליק גדישו של חבירו ממש בידיים, ולא בההוא גברא דבטש בכספתא, דאיהו חייב כל דמאי דה"ל גביה דאזקיה". ולפ"ז כל מזיק בידיים, חייב גם בלא אסיק אדעתיה שווי החפץ הניזוק, משא"כ בנוק בפשיעה, הן בשומר והן במדליק ברשותו במקום אחד ושרף ברשותו גדיש של חבירו שהגדיש ברשות, חייב רק על מה דאסיק אדעתיה שווי החפץ. ועיין בנתיבות רצא,י. ומ"מ לנדו"ד, אם הזיק בידיים, יהיה נפק"מ אם לא אסיק אדעתיה על שווי הקבצים, כיון שסבר שודאי יש גיבוי לכל קובץ, שכמעט אין רגילות שישמור קבצים חשובים על המחשב ללא גיבוי, ולשיטת התוס' יפטר, ולרמב"ן יהיה חייב אם הזיק בידיים, ושומר יהיה פטור בכל ענין. ועיין לעיל מה שהובאו דברי האור שמח שהקשה בדברי התוס', ומה שישב בדבריהם. (וכל הדברים אמורים לתשלומי נזק, אבל החיוב לתקן, כבר התבאר לעיל דהן שומר והן מזיק יש עליהם חיוב לתקן הניזוק).

[ובבאור דברי הרמב"ן, עיין בחידושי הגר"ש שקאפ (ב"ב א,ג), שלא חייבה תורה שמירה ותשלומין רק אם המזיק יוצא לרשות שאינו שלו, אולם אם המזיק אינו יוצא מרשותו לרשות אחרת, לא חייבה אותו התורה, לא שמירה ולא תשלומין. דברשות המיוחדת למזיק פטור (ב"ק ט,ב), דאם רואה אדם שנכנס שור של חבירו לרשותו, ואף אם יתברר אח"כ שהשור היה אנוס בכניסתו לרשותו, והזיק את השור, פטור מלשלם, דברשותו לא חייבה תורה, דכיון שהרשות שלו ואין לאחרים קנין ברשותו, אין עליו שם מזיק. ולכן בנותן רשות להגדיש ברשותו, לא נתן לו רק רשות כניסה, אבל לא נתן לו כל זכות בעלות על רשותו, והרשות עדיין של הבעלים, גם לדיני נזיקין. וכשהאש שורפת את החיטים של חבירו, הדלקת האש היתה ברשות

המזיק, וכיון שלא יחד לו מקום לומר שהוא מבטל מרשותו במקום שהוא לטובת המגדיש, ורק נתן לו רשות להגדיש, כיון שכל מקום שהוא הולכת ודולקת הוא קנינו ורשותו של המזיק, לכן פטור אף ששורף חפצים של אחרים.]

ומהרי"ק (שורש קנה), הן בשמעון שקיבל עליו להוליך ספר של ראובן, ואמר לו ראובן שאין צורך לפרוע מכס עבור הספר (ראה במהרי"ק אריכות הדו"ד), שאלמלא שאמר לו ראובן שאין פורעים מכס על הספר, לא היה מטפל בספר להוליכו עמו, כיון שסחורה המחוייבת במכס יש בה טורח מרובה וסכנת עלילות, יותר מסחורה שאינה מחוייבת מכס. וקיבל מהרי"ק טענת שמעון זו, כיון שאם יש חיוב מכס על הספר, מוטעה היה שמעון כשקבל עליו שמירת הספר והשתדלותו בו. והביא מהרי"ק ראייה מב"ק מ"א; שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק. ושאלה הגמ'; ולימא ליה תורא שאילי, אריא לא שאילי. ותי', שהכיר בו שהוא נגחן. מבואר שאם לא הכיר בו שהוא נגחן, היה פטור השואל אף מחצי נזק, הגם דכל השומרים נכנסו תחת הבעלים להתחייב בנזק השור, מ"מ כיון שלא הכיר בו שהוא נגחן, פטור השומר מהטעם דתורא קבילת עלי אריא לא קבילת עלי. ובנדון מהרי"ק שמעון לא הודיע במכס שיש עמו ספרים, והיה חייב להודיע גם על דברים הפטורים ממכס, וכשלא הודיע, קונסים אותו המכס, אף שמה שהביא אינו חייב במכס. אולם על הספר החייב במכס, יש בו חיוב מכס וקנס גבוה יותר, לכן פסק מהרי"ק, דהוצאות שהיה לו לשמעון עבור חיוב המכס על הספר, ודאי לא חייב בו, כיון שלא קבל על עצמו חיוב למכס על ספר, אולם גם החיוב שנתחייב בו מחמת שלא הודיע מהסחורה, גם לא התחייב, דכל קבלת השמירה היתה בטעות, כדין שאלו בחזקת תם ונמצא מועד ולא הכיר בו, דפטור אף מחצי נזק מהטעם דאריא לא שאילי. ועיין מחנ"א (שומרים יג) מש"כ בדבריו.

ובשער המשפט רצא, כתב לחלוק על דברי מהרי"ק, דבשור תם ונמצא מועד, יכול לומר אריא לא שאילי, שאם היה תם יתכן ולא היה מזיק כלל, ומחמת שהטעה אותי בא ההיזק, ולכן פטור השואל אף מחצי נזק. משא"כ בנדון מהרי"ק, דהיזק שבא לו שלא מחמת חיוב המכס, כיון שלא הודיע במכס שהוא מוליך ספרים, והנזק אינו מחמת הטעיית ראובן אלא פשיעה שלו, רק הנזק הגדול יותר בא מחמת הטעיית ראובן, ולכן עכ"פ על הנזק המועט יותר, חייב שמעון לשלם, כיון שנזק זה בא מחמת טעותו ולא מחמת הטעייתו: "ותדע דהא חזינן דבנותן לו דינר זהב ואמר לו של כסף, משלם של כסף ולא זהב, משום דיכול לומר נטירתא דדהבא לא קבילת עלי, וא"כ נימא כיון דקבלת השמירה היתה בטעות, אף של כסף לא יתחייב, דהא משמע דאף דהשומר לא ידע שהוא של זהב, מ"מ חייב בשל כסף, דהא הש"ס בס"פ הכונס (שם) מדמי ליה לחיטין וחיפן בשעורין, יע"ש, וכן משמע בתוס' שם (ד"ה

מי מנחי). אלא ודאי כל היכא שאין לתלות שההיזק בא מחמת טעות קבלת השמירה עליו, חייב על כל פנים בשמירה שקיבל עליו דהיינו בשל כסף, והכא נמי חייב עכ"פ במה שפשע בשמירת חפץ שאין בו חיוב מכס, כיון שאין לתלות שההיזק בא מחמת חיוב המכס, וזה נכון. ודברי מוהרי"ק צ"ע". ומדברי שער המשפט יש לנו ללמוד, דלפטור לגמרי, יש לפטור דוקא אם הנזק עצמו בא מחמת הטעות המזיק, אבל נזק שלא בא מחמת הטעות המזיק, אין כאן קבלת שמירה בטעות, ורק על מה שרוצים לחייבו מעבר למה שקיבל, יכול להפטר. ומ"מ לענין מה דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, המבואר בתוס' שם (עיי' לעיל), נראה שגם אם לא בא מחמת הטעיית המזיק, מ"מ לא קיבל עליו לשלם. ולכן בנדו"ד שלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שאין גבוי לקבצים, יכול לפטור מתורת שמירה, אך במזיק בידיים יש לחייב, כיון אין לו טענה שלא העליתי בדעתי, דטענה זו יכולה להיות באופן שהנזק בא מחמת ההטעיה, משא"כ בזה. ובפרט לשיטת הרמב"ן, שאין בזה פטור אלא במזיק בפשיעה.

ולפ"ז, לענין חיוב לתקן החפץ, כבר התבאר שיש עליו חיוב לתקן החפץ. ולענין שומת הנזק, הכל תלוי בהערכה של ביה"ד, ולפי הדרך המבוארת לעיל, דמנדין עד דמפייס. ולענין הטענה שסברתי שיש לקבצים גיבוי, טענה זו לכאורה הינה רק ביחס לשומר, אולם ביחס למזיק, אינו יכול להפטר בטענה זו.

לאור האמור לעיל, הזיק קבצים דינו כהיזק ניכר, וכן יש לחייב מדינא דגרמי מי ששולח וירוס למחשב חברו באמצעות קובץ, שעם פתיחתו יגרם נזק לקבצים. משא"כ מי שהעביר בשוגג את הקובץ לאחר, ופתיחת הקובץ גרמה לו נזק. ואין להוציא משומר שפשע בשמירת מחשב, ומחמת פשיעתו נגרם נזק לקבצים. אא"כ נעשה הנזק בידיים, דחייב כדין אדם המזיק.

סימן לד

חזקת כהונה

ראשי פרקים

א. שויא אנפשיה חד"א כשאינו שומר תו"מ,

ב. לאסור בניו בגרושה

ג. כהנים בזמנינו שאין להם כתב יחוס

הסבא עלה ארצה ממזרח ארופה אחרי השואה בהיותו ילד קטן, ולא שמר תו"מ, וגם משפחתו בפולין לא שמרה תו"מ. במהלך השנים שינה את שם משפחתו ל"כהן", וטען לבנו היחיד שהוא כהן. לדברי הבן, ששאל אותו מה המשמעות להיותו כהן, ענה שהכהונה ליהודי חשוב. מעולם לא עשו ברכת כהנים, גם כשהלכו לביכני"ס ביום כיפור, ולא נמנעו להכנס לבתי קברות. הסבא קבור בקיבוץ בו התגוררה המשפחה, ושם אין חלקת כהנים או סימון על היותו כהן, להוציא כיתוב שם משפחתו – כהן, ובסוגריים – שם משפחתו הקודם (קורן).

הבן ניסה להתחקות אחרי שרשי משפחת האב, כולל חיפוש בפנקסי הקהילות בחו"ל, בתי קברות, ברור אצל אנשים מאותה העירה, ולא מצא כל ראייה שהם כהנים, ורק אביו סיפר לו שמקור המשפחה לפני ארבע דורות הוא קאן (ק בחולם), מלשון סוס, והסבא שינה לקורן (הוסיף ר לשם המשפחה), והבן (סב המבקש) שינה את השם לכהן, למרות שאין כל קשר למשפחת כהונה. כעת הנכד מבקש לשאת גרושה, וטוען שאינו כהן, וכל ההסתמכות על דברי הסבא שלא היה שומר תו"מ כלל, אין בהם ממש, וגם שם משפחתו אינו מעיד כלום, מאחר ויש להם מסמכים ממשרד הפנים, שהסבא שינה את שם משפחתו בשנות החמישים.

א. שויא אנפשיה חד"א כשאינו שומר תו"מ

לכאורה אין מקום לומר שלמשפחה זו יש חזקת כהונה, כיון שלא התחזק לנו היות המשפחה כהנים, ויש לדון בענין זה, דלכאורה הצד לאסור הוא רק מצד אמירת האב, ממה שאמר לבנו שהוא כהן. האם כשהסבא טען שהוא כהן, והסבא לא היה מקפיד באיסור כהן וגרושה, האם יש בזה דין שויא אנפשיה, וספק אם ידע בכלל שכהן אסור בגרושה, ואם ידע, ודאי לא היה נמנע מלשאתה אזרחית ולחיות עמה גם ללא חופו"ק, האם בכה"ג שייך לומר שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, ודינו ככהן, עם כל ההשלכות ההלכתיות לו ולזרעו.

קצוה"ח פ,ב הביא מתש' שב יעקב (ח"ב אה"ע סי' ג) דאם לא ידע שהדבר אסור, לא משווי אנפשיה חתיכא דאיסורא כדיבורו. (עיין בשב יעקב ד"ה והנה קשה). אולם קצוה"ח כתב, דכיון דבקצוה"ח לד, כתב דשויה אנפשיה הוא מדין נאמנות, אין לחלק. ולכאורה במחלוקת זו אם שויה אנפשיה הוא מדין נדר או מדין נאמנות, י"ל גם לנדרו, דאם הוא מדין נדר, כיון שהאומר שהוא כהן לא חש לאיסורי כהונה כלל, ואף מחלל שבת בפרהסיא, ומתגורר במקום שבו אין הם מקיימים מצות, לתאבון ולהכעיס, ואין לו כל מניעה אישית להתחתן עם גרושה, ממילא בדבריו לא התכוין לאסור על עצמו נשואין עם גרושה. משא"כ אם נאמר שזה גדר של נאמנות, מאמינים לו יותר מק' עדים שהוא כהן, על כל ההשלכות האיסוריות שבדבריו.

וידועה מחלוקת מהריב"ל וקצוה"ח (לד,ד) בטעם הודאת בע"ד. דמהריב"ל ס"ל דהוא מתורת חיוב והתחייבות, דמה שנאמן לחוב על עצמו, אף שאינו בתורת עדות על עצמו, דאתינן עלה מתורת חיוב ומתורת מתנה, כיון דיכול אדם לחייב עצמו כשאינו חייב, וזה שמודה שחייב הוי כאילו אמר חייב אני לך מנה ויכול לחייב עצמו, וכמש"כ בעה"ת (מב,א,ט). וקצוה"ח כתב, דנאמנות אדם על עצמו אף שהוא קרוב לעצמו, היינו משום גזירת הכתוב שיהא אדם נאמן על עצמו בכל הפסולין שיש בו. והביא מרש"י קדושין סה,ב, בענין הודאת בע"ד כמאה עדים, דהוא גזירת הכתוב, ונלמד מדכתיב (שמות כב,ח); אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו. וא"כ כמו שהאמינה התורה שני עדים על אחרים, כך האמינה התורה לכל אדם על עצמו אע"ג דהוא קרוב לעצמו, דקרוב לא פסלה התורה אלא על אחרים אבל על עצמו נאמן, משא"כ לזכות לעצמו, דבזה בא להעיד על אחרים, לכן אינו נאמן. והמשיך קצוה"ח לדין שויה אנפשיה: "ומקצת שכתבו גם בדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא (כתובות כב,א) הוא ג"כ מתורת נדר. אבל ראיתי במוהרי"ט ח"ג סימן א (ד"ה ולא תימא) שדחה דבר זה וכתב, דאם היה מתורת נדר הוי מהני ביה שאלה, עיי"ש. ולפי דרכינו גם בדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא הוא מדין נאמנות, דכיון דהאמינה התורה לכל אדם על עצמו, א"כ בין בממון בין באיסור לעולם נאמן על עצמו". וחזר הדין בכ"מ בקצוה"ח, עיין קצוה"ח רמא,א: "... אלא עיקר הטעם משום דהתורה האמינה לכל אדם על עצמו כמאה עדים על אחרים, והיינו נמי טעמא דאומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה משום דשויה אנפשיה חתיכה דאיסורא (כתובות ט,א), דאינו משום נדר וכמו שעלה על דעת מוהרי"ט (חלק אה"ע סי' א), אלא משום דהתורה האמינתו לכל אדם על עצמו, ואפילו עבד ושפחה דפסילי לעדות, היינו לאחרים, אבל על עצמן התורה האמינה לכל פסולי עדות". ולפ"ז אם מתורת נאמנות אתינן עלה, א"כ מה לי אם מקיים תו"מ אם לאו, כיון שנאמן לומר על עצמו שהוא כהן ואסור בגרושה.

וכדעת קצוה"ח, מצאנו בנודע ביהודה (תנינא, אהע"ז סי' כג, בסופו), דהשואל שם ר"ל דשויא אנפשיה הוא מטעם נדר, והנו"ב דחה את דבריו: "הנה במחילה מכבודו, ראיתו מתוך פלפולו שהוא גבר בגוברין בחריפות ובקיאות, גם בשכל צח וישר, מה ראה לשטות זה. ואם כי ראה הדבר בתשובת מהרי"ט, וכי מהרי"ט אמרו, הלא מביאו רק בלשון ואין לומר ודחאו. ובאמת בלי שום דחיה, אין הדבר מתקבל, ואיזה נדר ואיזה לשון שבועה או קונם יש כאן, או במה מתפיס. ולדבריו אם יאמר אחד ביום שני בשבת שהיום שבת, יהא אסור במלאכה מטעם נדר. ואם כדבריו, איך אמר ר"ע לר' יהושע שילך אצל ר"ג ביוה"כ שחל להיות בחשבוננו, ולמה לא נימא דר"י שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא מטעם נדר. אלא ודאי כל זה שטות. ומה דאמרינן שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא הוא מטעם דאדם נאמן על עצמו". אמנם מה ששאל במי שיאמר היום שבת או יום הכיפורים, וכדתנן בראש השנה בעובדא דרבי יהושע ורבנן גמליאל, העיר שם בהגהה בנו"ב, דהתם הוה נדר בטעות, דלא אסיק רבי יהושע אדעתיה דרשה דאתם אפילו מוטעין אפילו מזדיין. ומ"מ לעצם כח הדין מבואר מהנו"ב דהוא נאמנות שנאמן אדם על עצמו, ולא מטעם נדר. ונפק"מ בזה גם לקולא, במי שאמר בסתר ובצנעא שהוא כהן, והוא עצמו יודע ששקר דיבר, שאינו אסור מדין נדר. כן כתב בדברי חיים (חאהע"ז ח"א סי' יד). אולם בנדו"ד אין לומר דחשיב בצנעא, כיון שגם שינה שם משפחתו, ובזה כבר לא חשיב בצנעא. אולם אפשר לומר, דמה שאמר לבנו, שגם הוא אינו שומר תו"מ, חשיב בצנעא, ושינוי שם המשפחה אינו כאמירת פרהסיא, כיון שיש רבים ששם משפחתם כהן, ואינם כהנים.

ומצאנו למהר"י באסן בתש' (סי' פ בסופו), שהסתפק אם דין שויה אנפשיה הוא מדין נדר או הודאת בע"ד: "דבכל מקום שאמרו שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, אפשר דמדין נדרי איסור נגעו בה, ואע"פ שאינו ממש כנדר, דהא לא מצינו בהם התרת חכם, אולי החמירו בענינים אלו כמו בניזירות שמשון, דליתיה בשאלה. ואפשר נמי לומר דאינו אלא מדין הודאת בע"ד דהוי כמאה עדים, ואפי' לענין איסורא במה שנוגע לעצמו". וכתב לנדון דידיה בחרש, שאינו בדין נדר ולא בדין הודאה. ועיין בשער המלך (אישות ט, טו) מה שהביא שם להקשות על הסוברים שהוא מדין נדר, מתש' הרשב"א (הביאה הב"י באה"ע סי' מח), במי שטוען שקידש את האשה, דמבואר דאף כשלא שייך טעמא דנדרי איסור, אפילו הכי אמרינן שויה אנפשיה חד"א אפי' כנגד עדים.

ובמל"מ (אישות ט, טו) הסתפק בדין שויה אנפשיה כשיש עדים המכחישים אותו, אם נאמנותו היא אפי' נגד עדים וכדין הודאת בע"ד. והביא ממנהיבי"ל (ח"ג סי' פה) שהסתפק באשה שאמרה נתקדשתי בפני פלוני ופלוני, ובאו אותם פלוני ופלוני ואמרו שלא התקדשה בפניהם, אם שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא. ודחה המל"מ ראיות

מהריב"ל, והביא מתש' הרשב"א (הובאה בטור יור"ד סימן א) בטבח שאמר על בהמה אחת שהוא לא שחטה ובאו עדים ואמרו שהוא שחטה, והוא עומד בדיבורו ואומר שלא שחטה. והשיב הרב דלכ"ע מותרת בהמה זו, דהא איכא עדים דשחטה, אבל לדידה אסורה דהא שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא. ומוכח דנאמן על עצמו יותר מעדים, ושויה אנפשיה מהני אפי' נגד עדים. והמגיה במל"מ הביא מתש' מהרשד"ם (חאע"ז סו"ס ט) שלמד מתשובת הרשב"א, דהוא הדין באב שקיבל קידושין בעד בתו ואמר שהמקדש היה גדול, דאע"פ שעדים מעידים שהיה קטן צריכה גט, דלדידה שויה אנפשה חתיכה דאיסורא. והביא שכן מהר"ם די בוטון (בן הלח"מ) בתש' (סי' נז) שהביא דברי מהריב"ל, ותמה עליהם איך לא הביא דברי הרשב"א הללו. וכן הביא מהריא"ז, הובא בש"ג כתובות (י,א מעמוה"ר אות ג), שכתב בענין שבויה שאומרת שהיא טמאה, דנאמנת לאסור עצמה על בעלה ואין עד אחד נאמן להתירה לו. ואם היו שני עדים שמעידים עליה שהיא טהורה, לאו כל כמינה לאסור עצמה לבעלה כהן, ואם היתה פנויה נאמנת לאסור עצמה לבעלה לכהונה, ואפילו במקום שני עדים, שאדם הבא לאסור על עצמו נאמן על עצמו יותר ממאה איש; "הרי לך מבואר דסברתו היא כסברת הרשב"א, וכעת לא ראיתי מי שחולק בסברא זו". ועיי"ש שהביא מתה"ד סי' רכו, דמשמע מדבריו דכל כנגד עדים לא מהימנא אפילו לשויה נפשה חתיכה דאיסורא, ומה שישב במל"מ, ומש"כ המל"מ בהל' יבום וחליצה ג,יג.

אמנם בתוס' ר"י הזקן (קדושין טו,א) כתב להדיא דלא מהני שויה אנפשיה, כשעדים מעידים דלא כדבריו: "ומסתברא דהא דאמרינן דשויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, הני מילי היכא דליכא סהדי, אבל איכא סהדי דליכא איסורא – מותר". מבואר דלא שייך בזה נאמנות, דמדין נאמנות היה צריך להיות נאמן גם נגד עדים, ומדלא נאמן, מוכח שאינו מדין נאמנות. גם בחת"ס בתש' (חאהע"ז ח"ב סי' קא), למד מדברי הריטב"א (כתובות ט,א) דלא שויה אנפשה חתיכה דאיסורא נגד עדים, וכתב בסברת הריטב"א: "וצ"ל, כיון דידעינן ע"פ עדים דשקורי משקר, לא שייך בזה קבלה שקיבל על עצמו במאסר התורה ושבועת הר סיני, שהרי שקר ענה, וקבלה של תוספות ופרישות נמי לא שייך הכא". ומבואר שאינו בדין נאמנות כהודאת בע"ד. ועיין בתש' חת"ס (חאהע"ז ח"א סי' עח ד"ה ולהבין כוונת, ושם בסי' קנ), דמבואר דשויה אנפשיה מטעם נדר. ועיין עוד בפת"ש אהע"ז מח,ב. (ויש בענין זה אריכות דברים באחרונים, ואכמ"ל).

ומדברי החת"ס הנ"ל מבואר דשויה אנפשיה הוא דין של קבלת איסור, ואינו אלא כעין נדר, שמקבל על עצמו איסורי תורה. ולכן לא צריך לבטא בשפתים, כיון שהוא דין של קבלת איסור. ומדבריו ראיתי בפד"ר (ח"ב עמ' 142) שכתבו לבאר דברי השב יעקב, שאם לא ידע שהוא איסור לא שייך לומר דשויה אנפשיה חד"א,

כיון שיסוד הדין של שויה אנפשיה חד"א הוא קבלת איסורי תורה, ואם לא ידע שזה אסור הרי אין כאן קבלת איסור. [ועיי"ש שצרפו דעת השב יעקב שלא לכופו לגרש כשאמר שאשתו זינתה, כשלא ידע מהאיסור: "מכל האמור התבאר שיש יסוד ובית אב בהלכה לדברי השב יעקב, שאם לא ידע שהוא אסור, לא שייך לומר דשויה אחד"א, א"כ במקרה דנן שהבעל לא ידע שתהא אסורה עליו, יש לצרף דעה זו, ולא לכופו לגרש". וע"ע בפד"ר חי"א עמ' 86 שהסתמכו על דעת השב יעקב להלכה]. ולפ"ז נלענ"ד דהוא הדין במי שאינו מקפיד באיסורים כלל ואינו שומר תו"מ, לא שייך לומר שקיבל על עצמו איסור זה, שהרי אינו משומרי האיסורים וכו'.

גם נראה דאם שויה אנפשיה חד"א הוא מדין הודאת בע"ד, וכמש"כ הנו"ב וקצוה"ת, י"ל דדוקא כשאומר כן דרך הודאה, אבל כשנראה שאומר כן ואינו מתכוין לכך, הוי כמשטה ואינו נאסר. עיין בתש' דברי חיים (ח"א סי' ט) נשאל במי שהחזיק עצמו לכהן באמירתו, כשבשעת רחיצת ידיים לכהנים, כשפנה אליו אחד ואמר לו שיטול ידיו, ענה לו שהוא אכן כהן, רק אינו רוצה לשלם דמי נטילת ידיים, וכעת רוצה לישא גרושה. וכתב הדברי חיים דלא חשיב הודאה לשויה אנפיה חד"א: "הנה באמת לא מקרי הודאת פיו בכל מקום הן בממון והן באיסור רק מה שאמר דרך הודאה ולא דרך פטומי מילי, וכן כתב הרמב"ם ז"ל [בפירושו המשניות סנהדרין כט,א] וזה לשונו: עד שיאמר בפנינו הודה שאמר לנו הווי עלי עדים, או אמר לנו דרך הודאה ומסירת עדות, אבל אם אמר בפניהם בדרך ספור דברים [וכו'], וזהו שאמר הוא אמר לי שאני חייב לו שאין זו עדות מועלת, עכ"ד. וכן כתב מהרי"ט ז"ל ח"ב [חו"מ] סי' י"ח, וזה לשונו: ודרך שיחה היינו שאין עיקר הדברים על עסק ההלואה אלא דרך ספור דברים אחרים, אדם עשוי לשוח שיחה בטלה כו' עד והוא מדוקדק מלשון המשנה, דהכא נקט לשון אמירה והכא לשון הודאה, אלמא אמירה לא הודאה הוא אלא דרך שיחה עכ"ל". וכיון שאמר כן לבנו, ושניהם אינם שומרים תו"מ כלל, וגם הסביר שכהן הוא "יהודי חשוב", יש מקום לומר דחשיב כדרך שיחה ולא הודאה, ואף שיש לחלק, לענ"ד נראה כנ"ל. ומ"מ למש"כ השב יעקב, ופסקו כוותיה, נראה שאינו נאסר בגרושה בדבריו, כשודאי אינו מתכוין לאסור על עצמו, הואיל ואינו שומר תו"מ. כמו כן ספק אם ידע כלל מה המשמעות של כהן, בכך שאמר לבנו שכהן זה יהודי חשוב, לכן יש בזה גם ספק אם בכה"ג הוי בכלל שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, דכל מה שמצאנו בפוסקים דשויה אנפשיה ככהן, הוא באופן שהחזיק עצמו ככהן, בעליה לתורה וכיוצב"ז, אבל בכה"ג נראה דכלל אינו שויה אנפשיה חד"א, ומהטעמים הנ"ל.

ב. לאסור בניו בגרושה

הרמב"ם בהל' אסו"ב כ"ג, כתב וז"ל: "מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני, אינו נאמן ואין מעלין אותו לכהונה על פי עצמו. ולא יקרא בתורה ראשון ולא ישא את כפיו ולא יאכל בקדשי הגבול עד שיהיה לו עד אחד, אבל אוסר עצמו בגרושה וזונה וחללה ואינו מטמא למתים, ואם נשא או נטמא לוקה, והנבעלת (לו) ספק חללה". והובא להלכה בשו"ע אהע"ז ג,א (ועיי"ש בגר"א ג,יא שכתב; "דכל להחמיר על עצמו נאמן יותר ממאה עדים", ומבואר שהוא גדר נאמנות, ועיין עוד בב"ש שם ג,ג). והרב המגיד כתב דבניו ספק חללים ולא ודאי, דשמא ישראל הוא. וגם גרושה הנבעלת לו אינה לוקה.

ובאור שמח שם הקשה, מדוע לא נאמן על בניו לומר שהם חללים, הא קיי"ל כר' יהודה (יבמות מז,א) דנאמן אדם להעיד שבנו זה בן גרושה וחלוצה הוא. ואין לומר דאינו נאמן רק במעיד על בנו, דלזה הימניה רחמנא, משא"כ כשמעיד על עצמו, שנאמן רק מתורת שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא. דבאמירתו שהוא כהן הלא ממילא בניו מהפסולה או מהגרושה חללים, וכמו שהוא לוקה כן יהיו בניו ודאי חללים. וכתב האו"ש בטעם הדין; "דהאומר כהן אני אין אנו מאמינין אותו, שמא רוצה להחזיק עצמו בשקר שהוא כהן, וכיון שכן הלא אמתלא לפנינו מוכחת שאומר שקר להחזיק נפשו בכהני. ונגיעתו שמטעם זה אתה חושדו למשקר, ואין אתה מאמינו, אף כעד אחד שנאמן להחזיקו לכהונה של חזקה, הלא זה יהיה אמתלא גדולה לפניך שיכול בכל זמן לחזור ולומר שקר הייתי אומר. והא דלוקה אם נשא גרושה, נראה שהוא מטעם כיון שהתיר עצמו למלקות, דגם למלקות בעי שיתיר את עצמו כמפורש בסנהדרין (פא,ב) ... אבל בניו לא מצינין לעשותם חללים וודאים על ידו, דאימור שקר בפיו ואין בעדותו ממש, דלאחזוקי נפשיה בכהני בעי, וכמו דהיה עובר על המכס ואמר עבדי הוא, דמשום זה אין אנו מחזיקין אותו לעבד, דהאמתלא לפנינו". ומבואר מהאו"ש דעל בניו אין לו נאמנות לומר שהוא כהן, ואם ישא גרושה לעשותם חללים, דמעצם אמירת כהן אני, אין לו נאמנות, כיון שמחזיקים אותו כמשקר, ורק לעצמו נאמן כמבואר באו"ש, אבל על בניו אינו נאמן. ולכאורה צ"ב מדוע נאמן לעשותם ספק חללים, אם אינו נאמן כלל. וצ"ל דסברת האו"ש דחיישינן שמשקר ואמתלא לפנינו היינו להאמינו בתורת ודאי, אבל לעשותו ספק יש לחוש לדבריו, ע"פ מש"כ הרא"ש בגיטין ה"ב, דאינו נאמן לומר כהן אני להאכילו בתרומה; "ואע"ג דעביד לאגלווי, והיינו טעמא משום דהוי שבח כהונה וריוח מתנות כהונה לו ולזרעו לדורותיו". והיינו שאין זה אלא ספק שמשקר, וע"כ הוי ספק.

ובשב שמעתתא ו,יא הקשה מדוע גרושה הנבעלת למי שהחזיק עצמו כהן ע"פ עצמו, אינה לוקה, דהרמב"ם בהל' איסו"ב א,כא פסק, באיש ואשה אם הוחזקו שלושים

יום, הורגין עליה משום אשת איש לאיש השוכב. וכתב הש"ש לחלק, דכשאמרו זה בעלי וזאת אשתי והוחזקו אצל העולם באיש ואשתו, הרי היא כאשת איש ודאי, וסוקלין והורגין על החזקות, וכבר הוחזקה אצל כל העולם בחזקת אשת איש. משא"כ כהן המחזיק עצמו בכהונה, כיון שאין מעלין לכהונה על פיו ואין קורא בתורה ראשון, ואינו אוכל בקדשי גבול, ואדרבה אצל העולם הוא בחזקת ישראל והוא מובדל מקהל כהונה, אין בו משום חזקה, אלא לגבי נפשיה שויה חתיכה דאיסורא, וכשהחזיק עצמו שלושים יום, שכבר אינו בחזרה אפילו ע"י אמתלא, לכן לוקה. משא"כ גרושה הנבעלת לו, כיון שאין מעלין אותו לכהונה על פי עצמו לא הוי חזקה.

והקשה הש"ש על מה שבנו אינו חלל ודאי, דהא קיי"ל נאמן אדם לומר בני זה בן גרושה, וכמו שפסק הרמב"ם בהל' אסו"ב טו, טז, ובשו"ע אבה"ע ד, כט, דקיי"ל כר' יהודה דביכיר האמינה התורה לאב, וכשאומר על עצמו שהוא כהן ונשא אחת מפסולי כהונה, לדבריו זרעו חלל. והביא הש"ש ראייה מיבמות מז, א, שאם לא היה נכרי, היה נאמן לפסול בניו, מהא דאמרו שם; לדברין נכרי אתה ואין עדות לנכרי, ומבואר דאי לאו דנכרי הוא, היה נאמן לפסול הבנים מחמת עצמו. וכתב הש"ש לישב, דאב אינו נאמן אלא לפסול הבנים שנמצאים כעת בעולם ולומר זה בן גרושה, כיון שלומדים מיכיר, והכרה אינה אלא כשבא לעולם בחיי אביו, וכדאיתא בב"ב קמב, ב; בכור שנולד לאחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים משום דכתיב יכיר, והוא הדין לפסול בניו, אפשר דאינו נאמן אלא כשנולדו בחיי אביו, וזה שהוחזק בכהן עפ"י עצמו ואח"כ נשא גרושה והוליד בנים לא נפסלו ע"י מאמרו שאמר על עצמו שהוא כהן, קודם שנולדו הבנים. והקשה, דבקדושין עח, ב, תנן, ר' יהודה אומר נאמן אפילו על עובר שבמעיה, ואף דעובר אינו בתורת הכרה, ונשאר בצ"ע. ועיין באמרי בינה (עדות סו"ס ג) מש"כ בזה. וע"ע בבית אפרים (חאה"ע"ז סי' קכב ד"ה אבל לענ"ד), דמה שכתבו התוס' יבמות מז, א, (ד"ה נאמן) שאם בא על בת כהן לא פסלה, היינו דוקא באומר על עצמו שהוא נכרי, שהוא מדין שויה אנפשיה, דבשעת דבורו לא נקבע איסורו רק לגבי עצמו ולא לגבי האשה, משא"כ בשעה שאמר כהן אני, כבר נקבע שהוא כהן, ואם כן אחר כך כשבא על אשה הוי ספק חללה. ולכאורה נראה שהבי"א מחלק, דבנתגיירתי ביני לבין עצמי, הוי מדין שויה אנפשיה שאינו מדין נאמנות, כדמוכח שם, שאינו נאמן להשיע עצמו רשע, משא"כ כהן שאינו פסול וכד', הוי בגדר נאמנות, עיי"ש, ולכן נאמן גם על אחרים. ומ"מ מבואר דכל הנידון הוא לענין מלקות, אך הבן צריך לחוש עצמו ולא לישא גרושה. אולם כשאומר הבן שברר בענין ואינו כהן, יכול לומר שקים ליה בנפשו שאינו כהן, במקום שלא היה כהן מחמת חזקת כהונה אלא מחמת שויה אנפשיה של אביו.

ובענין נאמנות עד אחד שהוא כהן, שהוא שונה מנאמנות אב וכנ"ל, עיין בתש' המבי"ט (ח"א סי' ריט) שנשאל בראובן שנאמר לו שמשפחה אחת שהיה שמה כשם משפחתו, הינם כהנים, ובא לפני רב אחד וסיפר לו הדבר, ואמר לו הרב שינהג חומרי כהנים, ועל דברי הרב סמך בנו של ראובן, שהיה בעל תורה והיה נוהג להפריש עצמו מטומאת מת דרך חומרא, ובנו של ראובן היה מיקל בחומרת אביו, כי לפעמים היה נזהר מטומאת מת ולפעמים לא היה נזהר. לימים ארס אשה גרושה והתרו בו שלא ישאנה, וקפץ וכנס אותה. והשיב המבי"ט, דהא דתנן בפ"ב דכתובות דעד אחד נאמן להעלות לכהונה אפי' היו גומלין, היינו כשהוא עצמו אומר שהוא כהן, דשווי אנפשיה איסור חומרי כהנים, אולם אם הוא עצמו אינו יודע שהוא כהן, לא יהא חייב לנהוג שום חומרא על פיו, לא מבעיא כשהוא מכחיש, אלא אפילו אומר איני יודע. דהשתיקה היא כאומר איני יודע אם אני כהן אם לאו. ומה שהיה נוהג חומרא, אין בזה הודאה אלא חומרא משום ספק בעלמא לא הודאה, דהא דאמרינן השתיקה כהודאה. ואם כן בן ראובן היה יכול לחזור בו ממה שהיה מחמיר על עצמו, אם היה לו אי זה טעם להכחיש למי שאמר לו שהיה אביו ממשפחת שכניו שלהם היה ככיניו והיו כהנים, דחומרא כזו שהוא על ספק בעלמא דהוי דבר שאינו יודע בו שמותר וטועה בו באיסור, דנשאל ומתירין לו. ומסיק המבי"ט: "ולכן נראה לי שאין בן האיש הזה חייב לגרש את האשה הגרושה שנשא, ואפילו לכתחלה היה יכול לישא אותה אם לא היה לבו נוקפו בשום ספק כהונה". ונראה דאף ששונה נאמנות האב מנאמנות עד אחד וכנ"ל. ומ"מ מי שהחזיק עצמו מחמת אמירת אביו ככהן והחמיר על עצמו, וכעת ברר והתברר שהכל היה בטעות, אם אין ליבו נוקפו, יכול להפסיק לנהוג חומרת כהנים, וצ"ע.]

ובנדו"ד סברתי להתיר, דהבן הוכיח ששם משפחת אביו היה קודם לכן קורן, ורק אח"כ שינה לכהן (וזה הוכח ממסמכי משרד הפנים), וא"כ אין בשם המשפחה עצמה כל ריעותא לומר שהוא כהן, בפרט שלא היה שומר תו"מ. ומה שסיפר הבן שאביו אמר לו שהוא כהן, ואמר שבדק וחקר ולא מצא, הרי יש לבן נאמנות של מיגו דאי בעי שתיק, או יכל לטעון טענה אחרת מדוע שינה את שמו, ולכן נאמן במה שטוען אודות מקור שם המשפחה. וכיון שלא נשאו כפיים ולא עלה לתורה כלל ולא הוחזקו ככהנים, ושם המשפחה עצמו ששונה, בפרט אצל מי שמוצאו ממזרח אירופה, אין השם כהן מהוה ראיה או חזקה, וגם שויה אנפשיה לא שייך, וכמש"כ לעיל, לכן נראה דאין לאסרו בגרושה. דאפי' אם נאמר דשויה אנפשיה הוא מדין נאמנות, מ"מ כשאינו יודע מהי כהונה וכל מה שאמר הוא שכהן הוא יהודי חשוב, ומה ששינה שם משפחתו, בכה"ג לא חשיב כהודאה שהוא כהן.

ג. כהנים בזמנינו שאין להם כתב יחוס

אמנם נראה דאין לצרף מה שדנו הראשונים והאחרונים לענין כהנים בזמן הזה, דהנידון בזה הוא רק להתיר באיסור דרבנן, גם כל הנידון הוא במקום שיש חזקה לאדם על היותו כהן, אולם כשאין דנים מכת חזקה, וכנדר"ד שאינו אלא מדין שויה אנפשיה, אין צריך לזה, מה עוד כאמור, אין בזה כדי להתיר גרושה לכהן שאינו מיוחס.

דאיתא בכתובות כדב, – כה, א: א"ל רב נחמן בר יצחק לרבא, מהו להעלות מנשיאות כפים ליוחסין. א"ל פלוגתא דרב חסדא ורבי אבינא. הלכתא מאי, א"ל אנא מתניתא ידענא, דתניא ר' יוסי אומר גדולה חזקה (שאין ב"ד יכולין להוציא דבר מחזקתו – רש"י), שנאמר; ומבני הכהנים בני חביה בני הקוץ בני ברזילי אשר לקח מבנות ברזילי הגלעדי אשה ויקרא על שמם, אלה בקשו כתבם המתיחשים ולא נמצאו ויגאלו מן הכהונה (שיהו כהנים כשרים, לפי שהתחתנו כהנים בגולה בגויי הארץ וילדו להם בנים, כדכתיב בספר עזרא, והם חללים, הוצרכו הנולדים בגולה להתייחס כשעלו מן הגולה לשרת בבנין שני), ויאמר התרשתא (הוא נחמיה בן חכליה) להם, אשר לא יאכלו מקדש הקדשים (דוקא מקדשי המקדש פסלינהו, אבל תרומה שהיו רגילין בה בגולה לא אסר עלייהו, משום דהוחזקו בה) עד עמוד כהן לאורים ותומים (כאדם שאומר לחבירו עד שיבא המשיח, דאורים ותומים לא הוו במקדש שני, שנחסרו חמשה דברים). אמר להם הרי אתם בחזקתכם, במה הייתם אוכלים בגולה בקדשי הגבול (תרומה שהיא נוהגת בגבולין חוץ למקדש ולירושלים), אף כאן בקדשי הגבול (ומדאמר רבי יוסי גדולה חזקה, ש"מ נשיאות כפים נמי לא אסר עלייהו, שהרי הוחזקו בה בגבולין). ואי סלקא דעתך מעלין מנשיאות כפים ליוחסין, הני כיון דפרסי ידייהו, אתי לאסוקינהו (ומה הועילו בתקנתם). שאני הכא דריע חזקיהו (דליכא למיחש דליסוקינהו, דהא ריע חזקיהו, שהרי הכל רואין שאר כהנים אוכלין קדשי המקדש והם אינן אוכלין, יש כאן היכר גדול שיש בהן צד פסול, אבל שאר בני אדם, כגון בזמן הזה, לעולם מעלין מנשיאות כפים ליוחסין), דאי לא תימא הכי, למאן דאמר מעלין מתרומה ליוחסין, כיון דאכלי בתרומה, אתי לאסוקינהו, אלא לאו משום דריע חזקיהו. ומבואר בגמ' דכהנים שאין להם כתב יחוס, ריע חזקתיהו ולא הוי כהנים אלא לענין מה שהוחזקו. ועיי"ש בתוס' (ד"ה שאני) מש"כ בזה.

והמעין בראשונים בסוגיא, משמע לכאורה שדוקא בבני חביה היה ריעותא במה שלא היה להם כתב יחוס, וכמש"כ רש"י, שהתחתנו בגויי הארץ וילדו להם בנים, אבל בלא"ה מהני חזקתם אף ללא כתב יחוס. וכן למש"כ התוס' שם (ד"ה שאני) שהקשה למ"ד שמעלין מנשיאות כפים ליוחסין, מדוע לא העלום. ותירצו: "ונראה לר"ת דריע חזקיהו, היינו שהיו מיחסים אותם אחר בני ברזילי, שהיה ישראל. ועוד,

שלא מצאו כתבם, והיכא דאיתרע חזקה אין מעלין לכ"ע". מבואר דדוקא בני חביה שהיו מיחסים אותם אחרי בני ברזילי. וגם שהיה לאחרים כתב יחוסם, והם לא מצאו כתב יחוסם, רק בהם אמרינן דריע חזקתייהו.

והמאירי (קדושין ט,ב) כתב לענין כהנים שאין יחוסם ידוע, שבזמן שבית המקדש קיים לא היה כהן אוכל בתרומה של תורה ובקדשים, וכל שכן שלא היה עובד ומקריב אלא אם כן היה כהן מיוחס ודאי, וכהן מיוחס הוא כהן שהעידו עליו שאביו היה עובד במקדש, או אבי אביו עד כמה דורות ששימש על גבי המזבח, מחזיקין אותו ככהן מיוחס לאכול קדשים ולעבוד. משא"כ כהן שאין לו יחוס לכהן שעבד בביהמ"ק רק מכח חזקה נושא כפיו וכו', אינו אוכל אלא בתרומה דרבנן, אבל אינו אוכל תרומה של תורה, וכל שכן קדשים, וכל שכן שאינו עובד, עד שיודע בשלשלת יחוסו אחד שאינו צריך בדיקה אחריו. ומי שהעידו עליו עדים שאכל תרומה דאורייתא, מעלין ממנה ליוחסין ומחזיקין אותו בכהן מיוחס. וגדולי המפרשים דעתם נוטה לומר דסגי בחזקת כהונה אף שאין לו יחוס למי שעבד בביהמ"ק: "שכל שהוא בחזקת כהן אין מהרהרין אחריו, ואף על פי שלא נמצא כתב יחוסו ושלא נתבררה שלשלתו. ולא נאמר באלו אלא שלא יאכלו עד שיתברר יחוסם ... אינו אלא מפני שיצא עליהם קול בחללות ... ואף הענין מוכיח שלזו רמז אשר לקח לו מבני ברזילי הגלעדי, וברזילי היה גר וכהן אסור בגיורת עד שיתערב בה זרע ישראל ... ומכל מקום אף לדבריהם דוקא בגלות בבל שהיה גלות מועט ועדין חזקת אבות קיימת, הא לעתיד לבא אין מחזיקין אותם עד שיתברר יחוסם על פי נביא". גם מדברי המאירי נראה דלכ"ע לענין מה שהוחזקו לא מורידים מחזקתם, והשאלה אם אוכלים בתרומה דאורייתא, דבזה נחלקו. ומ"מ ודאי דלכ"ע אסור כהן שאינו מיוחס, באיסורי כהונה.

דכן מבואר בסוגיא בכתובות שם, דכל הנידון הוא לענין מה שלא הוחזקו, אבל לענין מה שהוחזקו, גדולה חזקה, ובודאי לא בא להתיר להם גרושה או להטמא למתים, וצריכים כתב יחס רק לענין קדשי מקדש, שלא הוחזקו לאכלם, אבל לכל שאר הענינים, הרי הם בחזקתם, ולא עלה על הדעת להתיר להם אסורי כהונה. והריב"ש בתש' (סי' צד) נשאל במי שקלל כהן ואבותיו קללות נמרצות בפני העם. הריב"ש מחלק בין כהן הנוהג בקדושת כהונתו, לבין אם אינו נוהג כשורה, ובסוף תשובתו מביא ראייה מהגמ' ביומא ע"ב, שממנה מוכח ששמעיה ואבטליון לא נהגו כבוד בכהן גדול ודברו עימו לשון של גנאי: תנו רבנן, מעשה בכהן גדול אחד שיצא מבית המקדש, והווי אזלי כולי עלמא בתריה. כיון דחזינוהו לשמעיה ואבטליון, שבקוהו לדידיה ואזלי בתר שמעיה ואבטליון. לסוף אתו שמעיה ואבטליון לאיפטורי מיניה דכהן גדול (ליטול רשות ממנו, ולפרוש לצד ביתן – רש"י). אמר להן, ייתון

בני עממין לשלם (לשון גנאי הוא, לפי שבאו מבני בניו של סנחריב). אמרו ליה, ייתון בני עממין לשלם, דעבדין עובדא דאהרן (רודפי שלום), ולא ייתי בר אהרן לשלם, דלא עביד עובדא דאהרן (שהוניתנו אונאת דברים, ואמר מר (ב"מ נח,ב) לא תונו איש את עמיתו (ויקרא כה), באונאת דברים הכתוב מדבר, אם היה בן גרים, לא יאמר לו זכור מעשה אבותיך). הרי שלא חשו שמעיה ואבטליון לומר לכהן גדול "ולא ייתי בר אהרן לשלום". ומזה מוכיח הריב"ש: "הנה, שלא היו אלו החכמים נזהרין מלקלל הכהנים, אף אם היו נודעים ביחוסם, כל שלא היו נוהגין כשורה, או שלא היו בני תורה. כל שכן כהנים שבדורנו, שאין להם כתב היחס, אלא מפני חזקתן נהגו היום לקרוא ראשון בתורת כהן, ואפי' הוא עם הארץ לפני חכם גדול שבישראל. כמש"כ זה לר"ם ז"ל (בפי"ב מהל' תפלה). אע"פ שמן הדין היה זה אסור, ואותו חכם חייב מיתה, שקורא לפניו אפי' כהן גדול עם הארץ, כמו שכתבתי למעלה, אלא שנהגו כן מפני המחלוקת". והנה כל זה לחייב את המבייש את הכהן, שראוי לגעור בנזיפה במחרפו ובמגדפו, כל שהכהן מתנהג בקדושתו של אהרן הכהן, שאינו נושא נשים בעברה, ואינו מטמא למתים. ואם אינו מתנהג כשורה, כעובדא דשמעיה ואבטליון, שלא נהג כזרעו של אהרן, שאינו רודף שלום, מוכח שהחכמים יכלו לגעור בו, ועל זה כתב וכל שכן בכהני זמנינו. אך לכאורה אין מזה כל ראייה שיכול ליטמא למתים או לשאת פסולי כהונה. וכל דברי הריב"ש הם רק לענין לא להעניש מי שמבזה כהן בזה"ז.

וכן כתב מהרי"ט (ח"א סי' קמט): "ואותם זחוחי הלב התוקעים עצמם בדבר הלכה, וינאמו נאם שהכהנים שבזמנינו אין להם חזקה, והביאו ממה שכתב הריב"ש ז"ל סימן צד, וחלילה לרב ז"ל שבא להפקיע חזקת כהונתם במה שהחזיקום עד עתה בכהנים, דהא אפילו במשפחות שבישראל מהני בהו חזקה, דהא איפסקא הלכתא בעשרה יוחסין, דכל המשפחות בחזקת כשרות עומדות, וסתמן כפירושן, וכל שכן כהנים שנוהגים מנהג כהונה, דמדמחזקינן להו בסתמן בכהנים". הרי שכל דברי הריב"ש הם לענין להעניש מי שמבזה כהן, אולם אין בזה כדי להתיר איסורי כהונה או להפקיעו מקדושתו, דנדון מהרי"ט במי שהחזק ככהן ונשא גרושה, עיי"ש. הרי שלענין איסורי כהונה לא מיירי הריב"ש.

ומזה יש להבין מש"כ מהרשד"ם בתש' (חאהע"ז סי' רלה). מהרשד"ם דן בשבויה קטנה, שאשה מעידה מפי מי שנשבת עמה, שהיא טהורה, אם מותרת להנשא לכהן. ובתוך דבריו הביא מהרשד"ם את דברי הריב"ש הנ"ל, כסניף להקל, וז"ל: "אלא שאני אומר שאני סומך בזה על מש"כ הריב"ש בסמין צד ... שמעת מינה שאינם כהנים ודאי אלא ספק, וא"כ אחר שאיסור זה דשבויה אינו אלא איסור דרבנן וכמ"ש הרמב"ם, א"כ די לנו להחמיר במה שהוא אסור ודאי, אבל בענין ספק כזה

ראוי לנו לומר ספק דרבנן לקולא. עוד, דהוי ספק ספיקא מתהפך, ספק כהן ספק ישראל, ואת"ל כהן, ספק מותר ספק אסור, ויש לנו לומר ג"כ שבויה זו ספק אסורה לכהן ספק מותרת לכהן, ואת"ל אסורה לכהן, שמא זה אינו כהן אלא ישראל". ולכאורה הריב"ש מיירי לענין מי שביזה כהן אם יש לענשו, ולא כתב לצרף כהן לא מיוחס לספק אם הוא כהן, לענין איסורי כהונה. (ומה שהביא מהרשד"ם ח"ור"ד סי' רנה, לענין נידוי כהן, הוא כעין דברי הריב"ש). ועיין בשער המלך אסו"ב יט, כג מה שהקשה על מהרשד"ם, שהרי הו"ל ספק ספיקא בתרי גופים, וכל ס"ס בתרי גופים לא אמרינן. גם בתש' מהרי"ט הנ"ל, כמבואר לעיל, חולק על מהרשד"ם. (וע"ע במהור"י הלוי קובץ קטן ה, הובאו דברי חמד כלל כ, צב ד"ה ומצא שמוהר"י, דהריב"ש מיירי לענין כיבוד יותר מישראל ולא לענין איסורי כהונה, ועיי"ש בשד"ח מה שהביא עוד פוסקים שהקשו על מהרשד"ם).

אמנם בתש' שבות יעקב (ח"א סי' צג) כתב להצדיק דברי מהרשד"ם, בנדון ידידה באחד שהחזיק עצמו ככהן ונשא חלוצה, דמה שהשיגו מהרי"ט (הנ"ל) והחיות יאיר (סי' קסו, ובחוט השני סי' יז) מצד גדולה חזקה, כיון שאין לו כתב יחוס, ריע חזקתייהו, כחסרון בכני חביה, עיי"ש באריכות דבריו. וגם מה דשויא אנפשיה איסור פסולות כהונה, מ"מ בנדון שם נראה ברור דלא משוי נפשיה חתיכה דאסורא; "כיון שהוא עצמו לא קים ליה שהיה כהן ע"פ כתב יחוס, רק מכח חזקתו וחזקת אביו הרעוע ג"כ בלי כתב יחוס, רק מספיקא ככהני זמן הזה, על כן לא משוי אנפשיה חתיכה דאסורא במידי דרבנן". ולכן מסיק השבות יעקב דאין לכופו להוציא את החלוצה נגד דעת מהרשד"ם, דלענין כפיה בשוטים, אין להוציא נגד דעת מהרשד"ם, דגם מהרי"ט החו"י החמירו דוקא בגרושה דאורייתא, משא"כ בגרושה דרבנן מסתמא לא היו עושין מעשה בפשיטות נגד דברי מהרשד"ם וסייעתו. ומבואר גם בשבו"י דכל היתרו הוא דוקא בחלוצה וכיוצב"ז, אף בשום אופן לא כתב להקל בגרושה דאורייתא. מה דעוד דאף השבו"י סמך על מהרשד"ם רק כשכבר נשא את החלוצה, והשאלה אם לכוף לגרשה, אך בשום פנים ואופן לא כתב להתיר לשאת לכתחילה. ואף את פסקו שלא לכוף לגרש, סייג בסוף דבריו: "אך כיון הוא מילתא חדתי ומיראי הוראה אני, לא אסמוך עלי למעשה עד שיסכימו איזה גדולי חקרי לב". לכן כל מה שראיתי שיש סומכים להתיר גרושה שהתגרשה בגט, ורוצים לעשותה ספק אם היתה צריכה גט ולהתירה לכתחילה להנשא לכהן, בזה לא מצאנו לפוסקים שהתירו לכתחילה.

וכבר הוזכרו לעיל דברי החו"י בתש' (סי' קסו) שתמה על הלומדים בדברי הריב"ש דכהנים בזמן הזה דין ספק להם, דהרי אף שאין להם שלשלת יחוס, סוקלין ושורפין על החזקות. וחזר הדין בתשובותיו חוט השני (סי' יז), על אודות המעשה הנעשה בויניציאה, במי שהיה מוחזק לכהן כחמש עשרה שנים לכל דבר שבקדושה,

לענין נשיאת כפים ולפתוח ראשון ולקרוא ראשון ולפרוש מטומאת מת וכל עניני כהונה, וכעת נשא גרושה, וכבר קדשה אחר ההתראת החכמים, והכחיש את כהונתו לומר כי מעולם לא היה כהן, ומה שאמר שהיה כהן לא היה אלא בשביל ליטול גדולה לעצמו, לפתוח ראשון ולקרוא ראשון. וחכמי ויניציה כתבו שחובה עליו לגרש, וכן הסכים עמהם החו"י, ודחה דברי המשיגים, ובתו"ד כתב בענין חזקת כהונה: "כיון שכל הכהנים הן בכהונתן בזמן הזה מחמת חזקה, א"כ הכהן הזה הוא כמו שאר כהנים, מש"כ בדורות הראשונים שכל הכהנים היו מייחסין בכתב יחוס, ואין קדושת המוחזק בכהונה בלתי כתב יחוס דומה לו", וע"כ כתב לכופו לגרש. ומבואר דאין חילוק בין כהני זמן הזה המוחזקים לכהנים, דלענין איסורי כהונה, אין להתיר אף בלא כתב יחוס.

גם מהרש"ש בתורת חיים (ח"ג סי' נד) כתב דאף מהרשד"ם לא מיירי אלא בשבויה שהיא מדרבנן, וגם שבנדון ידיה העידה אשה מפני שבויה שנשבת עמה שהיא טהורה, וספק אם אותה עדות מספקת להתירה, ולכן כתב דכיון דאיסור שבויה דרבנן, ספיקא דרבנן לקולא וגם דהוי ספק ספיקא, אבל באיסור גרושה לכהן דאיסורו מהתורה, אף אם נאמר דהוי ספק כהן, הו"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא וכופין אותו להוציא. וגם הקשה על ראית מהרשד"ם מדברי הריב"ש, דהריב"ש לא כתב אלא לענין להקדים כהן עם הארץ בפני חכם גדול שבישראל, משא"כ לענין נשים הפסולות לכהונה אין בזה מנהג, ואף בזמן הזה יש לדין התלמוד דכל כהן אסור בגרושה, וראיה מדברי הריב"ש (סימן שמח) שכתב שאפילו ריח גט שפוסל בכהונה, שאם נשאה כופין להוציא, כדתניא (יבמות פה, א) דאלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט כופין וכו', שניות מדברי סופרים כופין להוציא, ואין צריך לומר באיסורי כהונה שכופין להוציא אפילו לא הוה האיסור אלא מדרבנן, הרי שכתב סתם שכופין אפילו באיסור מדבריהם, ואם איתא הו"ל לפרש דבזמן הזה ליתא, כיון דספק כהן הוא וספיקא דרבנן לקולא כמו ספק חלוצה. הרי שאפי' בספק חלוצה כתב להחמיר, וודאי שאין לסמוך ולצרף לסניף להתיר לכתחילה לשאת חלוצה, וודאי לא ספק דאורייתא.

גם בתש' כנסת יחזקאל (סי' נו), דן בענין פנויה שהתעברה והפילה, אם יש לחוש לבעול אחר ולפסלה לכהונה, ובסוף דבריו הביא הרוצים לצרף כהני זמן הזה כספק, ודחה דבריהם, וז"ל: "עוד ראיתי בקצת תשובות, וגם אני שמעתי מכמה רבנים, רוצים להקל מחמת כהנים בזה"ז ספק כהונה, וחס לי לומר כן, כי כבר מחו להו במאה עוכלי דבי רב גוברין יהודאין לתש' שהזכירו דבר זה, ונשתקע הדבר ולא נאמר להוציא לעז על יחוס כהונה, ושיהיו ח"ו כל בכורי ישראל מבלי פדויים כדין תורה, ושאר דברים אל יהיה חלקי עמהם להיות ח"ו אף לסניף לדעתם. וגם אחר

שבבית שני עזרא בדקם, ובחורבן בית שני לא נתבלבלו המשפחות". הרי שדחה סברא זו מכל וכל.

וכן מצאנו לגדולי האחרונים שדחו סברא זו. הדברי חיים (חאהע"ז ח"א סי' י) נשאל ככהן שנשא גרושה, וכעת טוען שאינו כהן, שאמו נתעברה בזנות, ונגבה עדות במקום הולדתו, ולא ידעו מי אביו, והכשירוהו לבא בקהל כנראה משום שלא היה לו שום חשש ממזר במקום שם, ועכשיו התברר לו שהוא שתוקי ואינו בגדר כהונה כלל. עוד טען, שתינוקות בבית רבו אמרו לו שהוא כהן, לכן החזיק עצמו ככהן בסברו שאביו היה כהן, אולם כעת שהתברר לו שהוא שתוקי, אינו כהן כלל ומותר בגרושה. וכתב שם הד"ח להחמיר, כיון שמה שידע שהוא כהן הוא מפי אמו, והאריך שם לבאר דנאמנת להחמיר עליו ולאסור עליו גרושה, ויש לכופו לגרשה. ובסוף דבריו כתב דאין לצרף הדעה דכהני זמן הזה הם בבחינת ספק, וז"ל: "ומטעם דאין כהני זמנינו רק מטעם חזקה, אין להרחיב הדיבור, כי ח"ו לומר כן, ומבואר בשו"ע (יור"ד שעב,ג) שחייב להקיץ כהן באהל, אם הוא אהל מן התורה, ואמאי, הא הכהן אינו רק חזקה, ובדרבנן אינו חייב להודיעו. אלא ודאי דבבב"ב זה ליתא כלל, וכן כמדומה לי ששמעתי ממו"ח ז"ל שראוי להזניח טעם זה, ולכן ברור שכופין אותו להוציא". ומבואר דאף לענין איסורי דרבנן אין לצרף טעם זה, וחייב להחמיר על עצמו, וודאי דלכתחילה אין להתיר מטעם זה, וכמש"כ חותנו בעל הברוך טעם, שראוי להזניח טעם זה.

וכן כתב הגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה חירור"ד ח"א סי' רל, סוף ענף ג), דמצד שיטת הריב"ש; "הא בארתי שמצד גדולה חזקה הוא כדין ודאי לטומאה". וכנ"ל דדעת הריב"ש היא לענין הקדמת ת"ח לכהן. ומש"כ הט"ז שכב"ה, דדעת הרש"ל דאין אנו נותנין עכשיו חלה אפי' לכהן קטן וכ"ש לגדול שטבל לקריו, שאין לו היחוס ואין אנו יודעין איזה כהן אמיתי, וכמו שכתב מהרי"ו, דאותן האופין בליל יו"ט דפסח, שאופין עוגה קטנה וקודם אפייתה אין קוראין לה שם חלה עד שעת הפרשתה, ואחר הפרשתה לא יטלטלו אותה כלל אפי' איכא כהן קטן, דאין אנו נוהגין לתת חלה לכהן קטן משום דלא מחזקינן בזמן הזה בכהן ודאי. וכן כתב בש"ך שכב"ט, היינו לענין לת לו חלה ותרומה וכיוצ"ב, אבל לענין איסורי כהונה ודאי אסור גם בזמן הזה, דגדולה חזקה. וכן כתב במנחת יצחק (ח"ב סי' נח): "אולם להלכה המהרי"ט שם, וכן בתש" כנסת יחזקאל (סי' נו), הביאם הבאה"ט (אבהע"ז ו,ב), וכן עוד הרבה גדולי הפוסקים (עי' פת"ש שם סק"ג) חולקים על המהרשד"ם והשב"י הנ"ל, וממילא א"א לצרף זאת לספק ספיקא". מבואר שדחה סניף זה מהלכה, וכדברי האחרונים הנ"ל. (ובענין זה האריך השדי חמד (מערכת כ אות צב), ואסף כעמיר גרנה דעות הפוסקים ונו"נ בדבריהם, עיי"ש).

וכאמור לעיל, אין לצרף סברא זו, ובפרט לא בנדו"ד. אולם יש להתיר לכאורה למש"כ לעיל, דכל דברי האב היו בפני הבן, ולא חשיב גם כחזקה מה שאמר, כיון שלא החזיק עצמו לכהן, ומה ששינה שם משפחתו לכהן, לא נחשב שהחזיק עצמו לכהן, כיון שיש מיעוט ששם משפחתם כהן ואינם כהנים, וכמש"כ, וגם לא שמר האב תו"מ ולא סבר לאסור נפשו באיסורי כהונה. ויש להאמין לבן במה שדרש וחקר בענין, וכמש"כ לעיל, דיכל לטעון שאביו אהב את השם ולכן שינה לכהן וכד'.

לאור האמור נראה דאין לאסור על המבקש לשאת גרושה.

סימן לה

בדין קטלנית

ראשי פרקים

א. באיסור תמר לשלה

ב. כדיעבד אם נשאת

ג. מעין או מזל גורם

ד. נתן עיניו לגרשה

אשה צעירה שמת בעלה הראשון ממחלה, ואח"כ נישאה לשני, ואחרי כשנה הגישה נגדו תביעת גרושין, ובתביעתה טענה כי מדובר באדם עם בעיות נפשיות קשות, ובכללם מחשבות אובדניות, ולא ידעה על כך קודם, וטוענת טענת מקח טעות. לאחר זמן (כשמנה חדשים מאז שנפרדו), ובטרם התגרשו, נמצא הבעל מת, ולדבריה כנראה שלח יד בנפשו, ושאלתה אם מותר לה להנשא לשלישי, או דינה כקטלנית, שלא תנשא.

א. באיסור תמר לשלה

תנן במשנה יבמות סד, א: נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה, אינו רשאי לבטל. גירשה - מותרת לינשא לאחר. ובגמ' שם בע"ב דייקו דדוקא לשני יכולה להנשא, אבל לשלישי כבר אינה רשאית להנשא. כרבי, דתניא, מלה הראשון ומת, שני ומת, שלישי לא תמול, דברי רבי. רבן שמעון בן גמליאל אומר, שלישי תמול, רביעי לא תמול. ושם בגמ', דעובדא הוה קמיה דר' יוחנן בכנישתא דמעון ביוה"כ שחל להיות בשבת, ומלה ראשונה ומת, שניה ומת, שלישית באה לפניו. אמר לה לכי ומולי. א"ל אביי חזי דקשרית איסורא וסכנתא, סמך עלה אביי, ואזל נסבה לחומה ברתא דאיסי בריה דרב יצחק בריה דרב יהודה, דנסבה רחבא דפומבדיתא ושכיב, רב יצחק בריה דרבה בר בר חנה ושכיב, ונסבה הוא ושכיב. והובאה שם ברייתא בגמ', דמחלוקת רבי ורשב"ג היא גם לענין מי שנשאת ומתו בעליה: והתניא, ניסת לראשון ומת, לשני ומת, לשלישי לא תנשא, דברי רבי. רבן שמעון בן גמליאל אומר, לשלישי תנשא, לרביעי לא תנשא. בשלמא גבי מילה איכא משפחה דרפי דמא, ואיכא משפחה דקמיט דמא, אלא נישואין מאי טעמא. א"ל רב מרדכי לרב אשי, הכי אמר אבימי מהגרוניא משמיה דרב הונא, מעין גורם. ורב אשי אמר מזל גורם. מאי בינייהו, איכא בינייהו דאירסה ומית (השלישי ומת - רש"י). אי נמי, דנפל מדיקלא ומית (דנסבה

וסלק לדיקלא ונפל ומת, למ"ד מעין גורם, לא הוחזקה זו שהרי מעיינה לא גרם לו שימות, שהרי לא מת מחולי). א"ל רב יוסף בריה דרבא לרבא, בעי מיניה מרב יוסף, הלכה כרבי, ואמר לי אין הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, ואמר לי אין, אחוכי אחיך בי (שאלתי מרב יוסף אם הלכה כרבי, ואמר לי הלכה, ופעם אחרת שאלתיו אם הלכה כרשב"ג, ואמר לי הלכה, וכמדומה אני ששחק בי). א"ל לא סתמי היא (לא שיחק בך, שתומות של משנה הן, יש שסתמה כרבן שמעון בן גמליאל ויש שסתמה כרבי, דאיכא מילתא דמחזקינן לה בתרי זימני, ואיכא מילתא דבעינן תלתא זימני, ומשום הכי פשט לך כמר וכמר כסתומים), ופשיט לך נישואין ומלקיות כרבי, וסתות ושור המועד כרבן שמעון בן גמליאל. ומבואר בגמ' דלענין נישואין הלכה כרבי, דבתרי זימני הוי חזקה, ולא תנשא לשלישי. וכן פסקו הראשונים, הרי"ף (כא מעמוה"ר), הרמב"ם אסו"ב כא, לא, רא"ש יבמות ו, יג, ובשו"ע אבהע"ז ט, א.

ולכאורה יש להביא ראיה דבתרי זמני הוי חזקה, ממה שלא רצה יהודה לתת את תמר כלתו לשלה, אחרי שמתו ער ואונן (בראשית לח, יא): ויאמר יהודה לתמר כלתו, שבי אלמנה בית אביך, עד יגדל שלה בני, כי אמר פן ימות גם הוא כאחיו. ותלך תמר ותשב בית אביה. ורש"י שם פירש שמוחזקת היא זו שימותו אנשיה. והרמב"ן שם הקשה, למה הטעה אותה יהודה, הרי אסורה היא להנשא אחרי שמתו שני בניה. ועיי"ש מה שתירץ. גם בחזקוני הקשה ממעשה דתמר, לרשב"ג הסובר דאחרי שני בעלים יכולה להנשא. ותירץ, דמ"מ ירא היה פן ישחית זרעו כאחיו וימות. והיינו דמעיקר הדין אסורה בשלש בעלים, אך יהודה חשש כבר בשנים. ולכאורה גם קשה כמו שהקשה הרמב"ן, דלרבי דאסור בשנים, איך דחה אותה עד יגדל שלה, הרי אסור לה להנשא לשלה לשיטת רבי. והרא"ש בפירושו על התורה ביאר דברי יהודה, דאמר יהודה, עד יגדל שלה וישא אחרת, ויוליד בנים ולא ימות בלא בנים, כי היא קטלנית ומעיינה גרם, ואחרי כן ישאנה. ולפ"ז יצא דלרבי יהיה מותר לשאת קטלנית אם יש לו בנים. ולחד מקמאי, רבי חיים פלתיאל (תלמיד מהר"מ מרוטנבורג) שביאר דתמר היתה קטלנית רק לקטנים, ולכן כשיגדל כבר אינו קטן, ואינה מוחזקת לקטלנית לגדולים. ולפ"ז אם היתה מוחזקת לקטלנית לסוג מסוים, אפשר דאחרים השונים יכולים לשאתה.

ומה שפירש רש"י על הפס' שם: כלומר דוחה היה אותה בקש, שלא היה בדעתו להשיאה לו. י"ל דס"ל לרש"י דכיון דקיי"ל דבתרי זמני הוי חזקה, לא היה בדעתו של יהודה להשיאה לו. ולרשב"ג צ"ל, שאכן היה בדעתו להשיאה לו, ולא דחאה. ובנודע ביהודה (קמא, חאהע"ז סי' י) הקשה על דברי רש"י, וכי פחד יהודה להורות שדינה כקטלנית ואסור להשיאה. וכתב הנו"ב לישב, דבאיסור אזלינן בתר רובא ובסכנה לא אזלינן בתר רובא, וכדאיתא בחולין י, א, דמצאה כמו שהניחה, לא

טומאה איכא ולא איסור, ואילו ספק מים מגולים אסורים, שחמירא סכנתא, ועיין רש"י שם, אף דהוה הנחשים מיעוטא. ובעובדא דתמר שהיה שלה קטן, הזדמנו שניהם, איסור וסכנה, וחדא תליא באידך, אם הוא סריס אין כאן מצות יבום ויש כאן איסור אשת אח וגם סכנתא דקטלנית, ואם אינו סריס יש כאן מצות יבום וממילא ליכא סכנתא. והורה יהודה כהלכה שצריכה להמתין עד יגדל שלה, לדעת שאינו סריס, ואף דלענין איסור אזלינן בתר רובא מ"מ פן ימות וכו' ולענין סכנה חיישינן למיעוט, ולכן בקטן יש לחוש למיעוט מחמת הסכנה, ושמא אינו מצוה שתציל אותו, ואם הוא גדול ואינו סריס דיש מצות יבום ודאי, אין לחוש לסכנתא, דשומר מצוה לא ידע דבר רע. וכן בבשמים ראש (סי' רעו) כתב, דכיון דקם תחת אחיו, הרי הוא אחד עם אחיו. ועיין בשו"מ (קמא, ח"א סי' קצ, ותנינא, ח"א סי' יד) מש"כ בזה. ועיין עוד בחת"ס (ח"ו ליקוטים סי' ע) שהסביר, דמה שלא גילה לתמר, לכן לא ידעה בזה איסור במה שהטעתה אותו, ורק יהודה הקפיד, ולכן אח"כ לא יסף עוד לדעתה.

והגר"ש קלוגר, בתש' האלף לך שלמה (חאהע"ז סי' מד, ועי"ש גם בסי' מב), הביא את דברי הנו"ב, וכתב דיש לבאר בפשטות דברי יהודה לתמר, דאף שביבום אין לחוש לקטלנית, מ"מ כיון דקטן אינו בר מצוה, ומכל שכן שאינו בר כונה לכיון לשם מצוה, לכן אף אם יבום מועיל בקטן, דקיי"ל יבמה יבא עליה מ"מ, ואפי' נתכוין לשם זנות, מ"מ מצוה לא הוי רק במתכוין לשם מצוה, ובפרט דקיי"ל כמ"ד מצוות צריכות כונה. לכן אמר יהודה שבי וכו' עד יגדל שלה בני, שיהיה בר מצוה ויתכוין לשם מצוה, וממילא לא תחול עליו הסכנה של קטלנית, משא"כ בהיותו קטן שאינו בר מצוה וגם לא בר כונה, לכן אמר פן ימות גם הוא כאחיו. (ועיין מש"כ בזה בשו"מ, קמא, ח"א סי' רנד, ובעונג יו"ט סי' קעט בהערות שם). עוד כתב שם לבאר, דמזה י"ל דבמתפרנסת לעצמה, אין חשש קטלנית, ויהודה לא חשש לקטלנית כיון שהיה רק ב פעמים, וידע דבעונם מתו ולא מחמתה, ונתן לה עצה לא להנשא מיד, שאם תנשא מיד ואולי גם שלה ימות בחטאו, ועלולים להחזיקה כקטלנית ולא תוכל להנשא לעולם, ואם תשב בביתו של יהודה, יגיע לה מזונות מהיבם, ולא יהיה לה דין של מתפרנסת משל עצמה, לכן נתן לה עצה טובה, שבי אלמנה בית אביך, שלא יגיע לה מזונות מהיבם רק כפי ברכת הבית, ותצטרך להשלים ולפרנס עצמה, ואם יראו שהיא מתפרנסת מעצמה, גם אם ימות אח"כ הבעל השלישי, לא יתנו לה דין קטלנית. ועכ"פ צריך זמן מסוים לראות שמתפרנסת מעצמה, וקבע לה זמן עד יגדל שלה.

ולכאורה יש להבין, מדוע לא הביאה הגמ' ראייה ממעשה דיהודה ותמר, לרבי או לרשב"ג, ולא נו"נ בראיה משם. וצ"ל דס"ל לגמ' דער ואונן אינם ראייה,

כיון שבחטאם מתו, וכדאיתא ביבמות לדב: והא הוּו ער ואונן, ער ואונן שמשו שלא כדרך. מיתבי, כל עשרים וארבעה חדש, דש מבפנים וזורה מבחוץ, דברי ר' אליעזר. א"ל, הללו אינו אלא כמעשה ער ואונן, כמעשה ער ואונן ולא כמעשה ער ואונן, כמעשה ער ואונן, דכתיב והיה אם בא אל אשת אחיו ושחת ארצה, ולא כמעשה ער ואונן, דאילו התם שלא כדרכה, והכא כדרכה. בשלמא אונן, דכתיב ביה ושחת ארצה, אלא ער מנלן. אמר רב נחמן בר יצחק, דכתיב וימת גם אותו, אף הוא באותו מיתה מת. בשלמא אונן משום לא לו יהיה הזרע, אלא ער מ"ט עבד הכי, כדי שלא תתעבר ויכחיש יפיה. ועיי"ש בתוס' ד"ה ולא. וכיון דבחטאם מתו, ס"ל לגמ' דאינה ראייה למי שאין ידוע שבחטאו מת. ולפ"ז כל היכא דידעינן דמת מחמת עבירה שבידו או כל דבר אחר שהיה מחמתו, אין באלמנתו דין קטלנית. או י"ל, דהראיה היא ממה שהסכים יהודה להמתין עד יגדל שלה, ומשמע שאם יגדל, ישאנה. ורשב"ג ס"ל דמכאן ראייה, ורבי ס"ל דדחויי קא מדחה לה. אבל לפ"ז היה לגמ' לשאת ולתת בראיה זו. וע"כ י"ל דידעינן דמחמת עבירה שבידם מתו, ולכן אינה ראייה.

עוד י"ל, דמזה יש להוכיח שאין באיסור קטלנית חשש דאורייתא, ממה שהגמ' לא נז"נ ולא הביאה ראייה מתמר, י"ל שיהודה לא חשש לקטלנית אלא דחויי הוא דקא מדחה לתמר, שלא רצה שישאנה שלה, אבל לא סבר שיש בזה איסור. דלמש"כ שאין בזה איסור קטלנית, כיון שבחטאם מתו, מבואר שאם לא היו מתים בחטאם, יש בזה איסור קטלנית ויש בזה איסור דאורייתא, שכבר מבואר בתורה איסור זה. משא"כ אם נאמר דדחויי קא מדחה לה, והראיה דקיי"ל כרבי דבתרי זימני הוי חזקה, ויהודה דחאה לעד יגדל שלה, מוכח דסבר יהודה שאין כאן איסור, שאל"כ לא היה דוחה אלא אומר מיד שאסור לשלה להנשא לתמר. ומצאתי שנחלקו בזה האחרונים. הבית יצחק (חאעה"ז ח"א מו, ג) כתב דלמ"ד וסתות לאו דאורייתא, הוא הדין דקטלנית לאו דאורייתא, ולכן ס"ל לרמב"ם שאם נשאת לא תצא, ואף לשיטת הרא"ש שאם נשאת תצא, אין להביא ראייה מיהודה, לפמש"כ בנו"ב (הנ"ל) דחייש שמא סריס הוא ולא הוי שומר מצוה, ולכן מיהודה הוי רק אסמכתא. אולם בתש' בית שלמה (חאעה"ז סי' יח) כתב, דחשש סכנת קטלנית נאמר בתורה, במעשה דתמר. וצ"ל לבית שלמה, דמה שלא הביאה הגמ' ראייה, מפני ששם בחטאם מתו, ולכן אינו ראייה למחלוקת רבי ורשב"ג, אבל לענין עצם האיסור, אם לא היו מתים בחטאם, משמע שהיה אסור שלה לשאתה. עוד י"ל, כמש"כ לעיל מהבשמים ראש, דכיון שיש בתמר מצות יבוס, הרי הוא כאחיו, ולא שייך בזה דין קטלנית, ולכן לא הביאו ראייה מתמר.

ב. בדיעבד אם נשאת

ונחלקו הראשונים בנשאת לשלישי, אם תצא. הרמב"ם בהל' איסורי ביאה כא, לא, כתב וז"ל: "אשה שנשאת לשני אנשים ומתו, לשלישי לא תנשא, ואם נשאת לא תצא, ואפילו נתקדשה יכנוס". וביתר ביאור מצאנו בתש' הרמב"ם (סי' ריח), שנשאל אם גם במקום מצות יבום, לא תתיבם לשלישי, והשיב הרמב"ם: "תמיהה גדולה על תלמידי חכמים יקרים עסוקים בתורה תמיד, שיסתפקו עליהם מדרגות האיסורים עד זאת המידה, ולא יבדילו בין האסור מן התורה למה שהוא אסור מדבריהם, ולמה שהוא מגונה בלבד ואין איסור בו. והיותר תימה בשאלה הוא השוואתכם ספק נפשות הבא בידים, שדוחה מילה, לספק נפשות, שחוששים לו על דרך הניחוש והכישוף והדמיונות והדימויים, אשר במקצת הזמנים יקבלו פעולתם הגופות חלושי הבנין. אך לא ביאור אלו העניינים הוא כוונת התשובה, אלא דעתנו, שזאת המוחזקת מגונה שתנשא לשאר האנשים, אבל אין איסור בזה כלל, ואין הבדל בין אדם שישא מוחזקת או יאכל ממישא דאסר גנאה וכיוצא בזה. והלכה למעשה אצלנו בכל ארצות אנדרלוס תמיד, שאם ימות לאשה בעל אחר בעל, מספר בעלים, היא לא תימנע מלהנשא, ביחוד כשהיא בשנות הבחורות, בגלל ההפסד שיש לחשוש בזה. וכבר מצינו, שחכמי התלמוד התירו לעבור על איסורי הנאה ושחררו אמתא, עד שלא נשאר מכשול לפריצים, ואיך נסכן אנו בבנות ישראל לצאת לתרבות רעה. ותכלית מה שיעשו המהדרים אצלנו היא, שלא לקדש מוחזקת, אלא לומר לה בפרוש אם תמצאי מי שיקדש אותך, הרי אנו לא נחייבו לגרשך, אלא הדבר תלוי בך, והיו האשה עם חתנה מערימים, שיקדשום שניים בעלמא, ואחר כך היא באה לבית דין וכותבין לה כתובה ונכנסת לחופה ומברכים אותה בית דין שבע ברכות שלה, הואיל ונתקדשה. כך עשה בית דינו של רבינו יצחק הרב ז"ל בעל ההלכות, וכך בית דינו של רבינו יוסף הלוי תלמידו ז"ל, וכך עשה כל מי שנמשך אחריהם, וכך הורינו אנחנו ועשינו בארץ מצרים, מאז באנו אליה. וכל זה שלא במקום מצוה, ר"ל בנשואין בעלמא. כל שכן ביבמה, שנפלה ליבום, אין טוענין בה זאת הטענה, ולא תידחה מצוה של תורה מפני חששא בעלמא. זה דבר שלא שמענו מעולם כמותו, ולא חשבתי שיעלה כלל על דעת השלם בשכלו. והלכה למעשה, שקדשו אותן לכתחלה ונתיבמו. ולא נראה מעולם מי שחשש לזה, וזה דבר שאין ראוי לפקפק בו בשום פנים". ומבואר ברמב"ם שאין בקטלנית משום איסור אלא הוא דרך הניחוש וכו', שחוששים לו, ולכן במקום שיש טעם שלא לחשוש, כגון בחשש שתצא לתרבות רעה וכד', התירוה להנשא. וכדעת הרמב"ם פסק המחבר בשו"ע חו"מ ט, א, והרמ"א לא הגיה עליו.

אולם מצאנו דעת הרא"ש (כתובות ד, ג) דחייב לגרשה. דתנן בכתובות מג, ב: המארס את בתו וגרשה, אירסה ונתארמלה, כתובתה שלו. השיאה וגרשה השיאה

ונתארמלה, כתובתה שלה. ובגמ' שם: טעמא דהשיאה וגרשה השיאה ונתארמלה, אבל נתארמלה תרי זמני תו לא חזיא לאינסובי, ואגב אורחיה קא סתים לן תנא כרבי, דאמר בתרי זמני הויא חזקה. והרא"ש שם בה"ג דן בדברי המפרשים הסוברים שאין לה כתובה מהשני, דאיגלאי מילתא למפרע דקטלנית היא, דכיון שאסורה להנשא, לא קרינא ביה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, ולכן אין לה כתובה. ודחה הרא"ש פירוש זה, דודאי מהשני יש לה כתובה, אף דאיגלאי מילתא למפרע דקטלנית היא, ודייק מהגמ' יבמות סה, א הנ"ל, דמשני יש לה כתובה. והוסיף הרא"ש שכופין להוציאה, אם נשאת לשלישי: "ויראה שכופין אותו להוציא, דחמירא סכנתא מאיסורא, וכמו שמחויבין בי"ד להפריש את האדם מן העבירה, כך מחויבין להפרישו שלא יפשע בנפשו, וסתם לן תנא כרבי דאמר בתרי זמני הוי חזקה, וכן הלכתא". וכדעת הרא"ש נמצא בריטב"א (יבמות סד, ב): "ובנשואין, אע"ג דבעי למינסב איתתא קטלנית וליזוק בנפשיה, לא שבקינן ליה, דהא איסור הוא ובכלל שופך דם האדם באדם, ומנדים אותו ב"ד עד שיגרש, וכן ראיתי לרבינו הר"ם ז"ל עושה מעשה". ודבריו הביא גם הנימוק"י ביבמות שם (כ, א מעמוה"ר). הרי שלכתחילה מונעים, ואם נשא, מנדים אותו בי"ד עד שיגרש, שהוא איסור לשאת קטלנית, ובכלל שופך דם האדם.

והרשב"א בתש' (ח"ג סי' שסד, הובא גם בכס"מ שם) נשאל למקור דברי הרמב"ם הנ"ל, שאם נשאת לא תצא, והשיב: "חזרתי על כל צדדי, ולא מצאתי מקום שיסמך הרב ז"ל בזה, זולתי שאני מדמה אולי סמך על מה ששנו סתם לא תנשא, ולא מסיים בה, ואם נשאת תצא". או שסמך הרמב"ם על מעשה דאביי, דאף ששמע דרב יוסף רביה וכן רבה רביה, פסקו הלכה כסתמיה בנשואין ומלקות, ואפ"ה לא גירש אחר שנשאה. והריב"ש בתש' (סי' רמא) כתב שהרשב"א בתש' הסכים לדעת הרמב"ם. ולכאורה כן משמע להדיא בתש' הרשב"א (ח"ז סי' שיא), שכתב: "יש מגדולי המורים שאמרו שלא אסרו אלא לכתחילה אבל אם כנס לא יוציא, ואפי' לא כנס רק שנתקדשה לא יוציא מפני שאין זה אלא ספק סכנה, ודי לנו לגזור עליו לכתחילה". ועיין עוד בתש' הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי' קכא), שהסביר דברי הרמב"ם. ועיין בכרכי יוסף (חאהע"ז ט, ד) מה שהקשה בזה.

ושם בתש' הריב"ש, כתב לחזק דעת הרמב"ם, דכיון שלא נאמר בגמ' רק שלא תנשא, משמע לכתחלה, ואין לנו להוסיף על גזרות של דבריהם, ולא מצינו בשום מקום שהזכירו הקטלנית עם אותן שכופין אותן להוציא. ואינו דומה למוכה שחין, דאע"ג דאמרה דדירונא בהדיה, לא שבקינן לה, אא"כ אמרה דירונא בהדיה בסהדי, דמוכה שחין כיון שהתשמיש קשה לו וממיקתו, סכנתו ברורה, משא"כ בקטלנית שאין הסכנה ברורה רק חוששין לה. וכן הוא לשון הכתוב: פן ימות גם הוא כאחיו. וגם אינו דומה למעוברת ומינקת חברו, דאם נשא יוציא בגט, דחכמים עשו במעוברת ומינקת

חזוק לדבריהם לתקנת הולד, משא"כ בקטלנית, די אם אסרוה עליו וכל אחד יחוש לעצמו. ובמעוברת ומינקת יש טעם נוסף, דיכול לחזור ולכנוס לכשיגיע זמנו, משא"כ בקטלנית שאיסורה שוה בכל, לא החמירו עליה כל כך משום ספק סכנה להוציאה אחר שנשאת. ועיי"ש מה שהביא ראייה מביבמות כו,א. ובתש' שאח"ז (סי' רמב), הוסיף הריב"ש, דאף אם התרו בו ב"ד והמרה את פיהם, אין כופין אותו להוציאה. אמנם מסוף דבריו נראה, שאם התרו גם בבעל, יש צד שיכולים לכופו.

ובתה"ד (סי' ריא) נתן טעם לדברי המקילים לשאת אשה שמתו שני בעליה, דאף שלא עושים כהוגן במה שנושאים קטלנית, והרא"ש כתב דאף כופין להוציא, ואף הרמב"ם פסק לאסור לכתחילה, מ"מ מצאנו תשובת אור זרוע, וז"ל האו"ז, כמובא בתה"ד: "הא דקבעינן הלכתא כרבי לשלישי לא תינשא, לא לאוסרה ולא לודאי חששא, אלא לספק חששא". והראיה ממה שאב"י עשה מעשה, וסמך ארבי יצחק ועבד עובדא בנפשיה. ואע"ג דאמר סומקא לאו בר סמכא הוא, ואי הוי איסורא או אפילו ודאי חששא לא סמך עליה כלל. אלא על כרחך אינו אלא ספק חששא. ועוד, הוסיף שם האו"ז בתש': "דמעשים בכל יום שאנו רואים שנשאת לשלישי, ומאריכין ימים ומולידים בנים ובנות". ולכן י"ל דאותם מקילים סומכים על האו"ז, ואינם חוששים לספק סכנה, כמו שאין אנו נזהרין מכמה ענינים שהזהירו חכמים משום חשש סכנה, דסומכים על שומר פתאים ה'. וגם נראה דמתוך שאנו מתי מעט וצריכין לישא, ודשו בה רבים ושומר פתאים ה'. וכתב תה"ד, דצ"ע אם שייך שומר פתאים לתלמיד חכם שהוא יודע ומכיר ונזכר למופלא בדורו, ואפילו באיניש דעלמא, קשה הדבר לצדד כל כך להתיר, הואיל ואיכא חשש סכנה; "אבל נראה דנוזקין אנן לדקדק משום עיגונא דנשים ילדות, דאיתרע בהו כי הך מילתא, אם יהיו אסורות להנשא, היה לחוש שמא חס ושלום תצאנה לתרבות רעה". הרי שסמכו על דברי האו"ז שאינו אלא חשש, וכן לא רצו להחמיר ולמנוע מקטלנית להנשא, שמא תצא לתרבות רעה.

גם בבנימין זאב (סי' מ), אף שכתב לצדד כדעת הרא"ש והריטב"א, דאף אם נשאת כופין להוציא, ואף שהסביר דדעת הרמב"ם, דאפשר דס"ל לרמב"ם דכיון דליכא סכנתא ודאי אלא חשש סכנה, די לאוסרה לכתחילה דלא תנשא לג', אבל אם קדם ונשאה או אפילו קידש, אין מחייבין אותו להוציא כיון דאיכא ספק סכנה, מ"מ הסיק להלכה כדעת הרא"ש. אך כתב דבאשה צעירה יש להקל לה להנשא לשלישי, כדעת רשב"ג, דכיון דרשב"ג מתיר להנשא לשלישי, יש לצדד להתיר לנשים ילדות שמתו שני בעליהן, להתיר להנשא לשלישי, דמשום עגונא דחשו חז"ל לעגונות, ושמא נמי ח"ו תצאנה לתרבות רעה, ומשום חשש סכנה לא נחמיר עליהן, ואנו רואים מעשים בכל יום שנישאות לשלישי ומאריכין ימים ומולידין בנים ובנות. וסמך דבריו על האו"ז בתש' הנ"ל.

ומהרלב"ח בתש' (סי' לו) כתב דקטלנית אינו איסור אלא ספק סכנה, ונפק"מ דאין כופין על החליצה ויכול ליבמה. אמנם לא הסכים להקל בענין שאינו יבום, ורוצה לסמוך על שומר פתאים ה', וז"ל: "ולא אקיים דברי בטענה חלושה, עם היות שכפי הפרסום והמנהג היה איפשר לסמוך עליה, והיא כי בזמנינו זה אין מי שיחוש לאיסור קטלנית, וסמכו על שומר פתאים ה', כאשר לא חששו על שאר דברים שאסרו חז"ל משום חשש סכנה, כמו מים מגולים וכו'. ואם שלא במקום מצוה, כמו במקדש אשה בעלמא, לא חששו העולם בכך, ובית דין שבדור אינם מוחים בידם, לא קודם קידושין ולא אחר קידוש מהטעם הנזכר, כל שכן במקום מצות יבום שאין כופין לחלוץ. זה היה אפשר לומר, אבל אין רצוני בכך, כדי שלא לחזק את עצמי בדבר שעיקרו הוא כנגד ההלכה, עם היות שהוא כפי המנהג, ומנהג שיש לו סמך, גם כדי שלא ליתן פתח לבעל הדין לחלוק ולומר, דדוקא כשהאיש רוצה לישא האשה הקטלנית, וגם היא מתרצית להנשא אליו, אז אין בית דין שבדור נזקקין למחות בהם, מהטעם שאין בדבר איסור אחר כי אם ספק סכנה. וכיון שהבעלים עצמם לא חסו על גופם, דסמכו אשומר פתאים ה', בית דין נמי לא יזהירום על כך". הרי שלא רצה לסמוך על מה שנהגו העולם להקל משום שומר פתאים ה', כיון שהוא נגד ההלכה, אף שהוא מנהג שיש לו סמך.

והיש"ש (יבמות ו, לד), לאחר שהביא מחלוקת הראשונים אם כופין להוציא, ואת דעת המקילין בספק סכנה, כתב להחמיר ולא להקל, אא"כ באופן שמת שלא כדרך הטבע, דאפשר שסמכו על דברי רב הונא דאמר מעין גורם, ולכן אם אחד לא מת מיתת חולי כדרך העולם, ואפי' שינה קצת ויצא חוץ לגדר הטבע, שלא מת כדרך החולים, יש לתלות ולומר שאין המעין גרם. ואף לרב אשי סמכו להיתר כשמת בשינוי אויר, או אם נהרג ונשרף בגזירה עם הצבור, דכיון שהיה זה מכת מדינה, לא שייך לומר מזל גורם. ואף באופנים הנ"ל מועיל רק לענין שאין מוחים בידם, אולם אם מתו שני אנשים מיתת עצמן, בלא שינוי טבע כלל, מוחזין בידו, ואפי' עבר ונשא, כופים אותו להוציא. ולכן ס"ל ליש"ש דכופין אותו להוציא משום סכנה אפי' בדיעבד, אלא אפי' לסוברים דאין כופים להוציא בדיעבד, מ"מ היכא שמחו בו הוי כלכתחילה, דכל מי שכנס במזיד אחר התראה מוציאין מידו, דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן, כל אחד יעשה ויעמוד באיסורו.

וכאמור לעיל, בשו"ע אהע"ז ט, א, פסק כרמב"ם דאם נשאת לא תצא, והרמ"א לא הגיה עליו. ובח"מ שם ט, א הביא דעת הרמב"ם בתש' (כנ"ל), שלישא קטלנית אין בו איסור, אבל הוא על צד הניחוש והפחד והתמהון, שיש ברוב השעות שינוקו בהם הגופות החלשים וכו', ואע"פ שיש חכמים שסוברים שלא תנשא, אומרים לה אם תמצאי מי שיקדש אותך, לא נתחייבנו לגרש, והיו מערימין ומקדשין בפני ב

עדים וכו'. והביא הח"מ דעת הרא"ש דכופין להוציא, ודעת הח"מ דקשה לכופו לגרשה בעל כרחיה, אפי' בלא הכיר בה, לדין דקיי"ל דאין יכול לכוף האשה בעל כרחיה לגרשה מטעם תקנת ר"ג, דלא חשיב מום גמור, לפי מה שפסק ברמ"א אהע"ז קיז,יא, דדוקא בנכפה ובמום גדול כופין אותה, אבל משום שאר מומין אינו יכול לגרשה בעל כרחיה. והב"ש ט,ב הביא מחלוקת הראשונים, ולא הכריע. והח"מ והב"ש הקשו על דברי המחבר שכתב דאם לא הכיר בה, אין לה כתובה משלישי, שהרי דעת הרמב"ם שבכל ענין יש לה כתובה. וכתב הב"ש ט,ג לבאר בדעת המחבר: "ואפשר דחסר כאן, וצ"ל; וי"א תצא, ואם הכיר בה וכו'. ובוזה ניחא שלא הביא רמ"א רוב דיעות החולקים על הרמב"ם דס"ל תצא, ולפי גירסא שלנו י"ל המחבר הכריע כן, לענין כתובה א"י להוציא הכתובה, כי י"ל קים לי כהרא"ש, ולענין כפיה על הגט י"ל קים לי כרמב"ם. מיהו אם הוא רוצה לגרשה, י"ל דיכול לגרשה בע"כ, ובכה"ג לא תיקן ר"ג במקום ספק סכנות נפשות". והיינו שהכריע המחבר כרמב"ם לענין לכופו לגרשה, דיי"ל קים לי כרמב"ם שלא תצא, ולענין כתובה אין לה כתובה, דיכול הבעל לומר קים לי כרא"ש שאין לה כתובה. אך לענין לכוף האשה להתגרש, חולק הב"ש על הח"מ וסובר דבכה"ג אין חרם דר"ג, כיון שהוא סכנה. ולכאורה מסיפא דברי הב"ש משמע דס"ל כדעת הרא"ש, דאילו לרמב"ם ברור שאינו יכול לכופה לגרשה, ורק לדעת הרא"ש י"ל כמש"כ הב"ש דכופין האשה להתגרש.

ובעצי ארזים ט,ג כתב דדעת רוב הפוסקים כדעת הרמב"ם שאם נשאת לא תצא, וכתב דדין זה תלוי במחלוקת אם מעין גורם או מזל גורם, דאם מעין גורם, הרי כל יום שהיא תחתיו, מתוסף סכנתא, ועל כן כופין להוציא, משא"כ למ"ד מזל גורם, הרי בעצם הנישואין נוצר המזל שהוא הגורם, ולא מתוסף סכנתא במה שהיא תחתיו. וכיון דקיי"ל כמ"ד מזל גורם, הרי האיסור הוא בעצם הנישואין ולא במה שהיא תחתיו, ולכן ס"ל לפוסקים כדעת הרמב"ם שאין כופין להוציא. ועיי"ש שציין לדברי הלבוש. ולכאורה מש"כ בלבוש ט,א: "וטעמא דתלינן מיתתן באשה, משום דאמרינן מזל רע שלה גורם שתשב היא עגונה". ולפ"ז אם יוציאה בגט, לא שייך טעם זה כולי האי. או י"ל, דמה לי יוציאה בגט ומה לי במיתת הבעל, בכל אופן תשב עגונה ללא בעל. וע"ע בצמח צדק (חאהע"ז סי' כו), ובתש' חת"ס (חאהע"ז ח"א סי' כג) מש"כ בזה.

ג. מעין או מזל גורם

ובסוגיא נחלקו אם מעין גורם או מזל גורם. והראשונים פסקו כמ"ד מזל גורם. כן מבואר ברמב"ן בסוגיא (יבמות סד,ב), שהקשה מדוע הרמב"ם לא הזכיר מחלוקת זו אם מעין גורם או מזל גורם והנפק"מ ביניהם: "ותמהני שלא כתב רבינו

הגדול ז"ל בהלכות פלוגתא דמעין גורם ומזל גורם, ומ"מ הלכתא כרב אשי דסוף הוראה הוא". הרי שהלכה כרב אשי דמזל גורם. וכן כתב הרשב"א שם: "וקי"ל כרב אשי דבתרא הוא, דאמר מזל גורם". וכן הוא בתש" הרשב"א המיוחסות (סי' קכא, הנ"ל) וכן כתב הריטב"א שם בסוגיא, דכן פסקו כל הפוסקים, וכן פסק בנימוקי" (יבמות כ,א מעמוה"ר), וכן פסק הרי"ז בסוגיא ביבמות, דאף בנתאלמנה מן הארוסין, לא תנשא, וכן פסק בפסקי הרי"ד שם, וכן פסק בהגהות מיימוניות אסו"ב כא,א, וכן פסק הרמ"א אהע"ז ט,א. ואף המחבר בשו"ע שלא הזכיר מענין זה, כיון שהביא לשון הרמב"ם, מ"מ בב"י כתב להדיא דהלכה כרב אשי דמזל גורם.

והסתפקתי למ"ד מעין גורם, אם חיו בפרוד כבנדו"ד, שמנה חדשים לפני מיתתו, אם שייך כלל טעם מעין גורם. דהרי פשוט שאם היו מתגרשים, לא היתה נאסרת כדין קטלנית, ולא היה בזה טעם של מעין גורם, ודוחק לומר דלא נחלקו חכמים בתקנתם, וכל היכא שהיא נשואה לו, אף שהם בפרוד זמן רב, שאסורה משום קטלנית, דאין לנו אלא מה שאמרו חכמים, ודוקא בימי הבחנה צב' יום, בהדיא לא חלקו חכמים בתקנתם, וכמבואר במשנה יבמות מא,א, ובגמ' שם מב,ב, ובשו"ע אהע"ז יג,א, אבל בקטלנית לא איתמר דלא פלוג חכמים בתקנתם, ואף היכא דלא שייך מעין גורם תהיה אסורה.

בפרט דבנדו"ד או שנעשה חולה עוד קודם נישואין (כטענת האשה) או שנעשה חולה לאחר הפירוד (שהרי קודם שמת לא נודע כל חולי שבגיננו יכל למות, ורק לדברי האשה סבל מדכאונות עוד קודם הנישואין, אבל לא ראינו כל חולי שממנו יכל למות), ובזה י"ל דלכ"ע לא שייך מעין גורם. וראיתי לדון בשאלה זו הן למ"ד מזל גורם והן למ"ד מעין גורם, הואיל ומצאנו באחרונים הסוברים, דאף דקיי"ל כמ"ד מזל גורם, היינו להחמיר, דמ"ד מזל גורם בא להוסיף על מ"ד מעין גורם, ויש להחמיר כדברי שניהם. כן כתב בצמח צדק (חאהע"ז כז,ג), דאף שרוב הפוסקים פסקו כמ"ד מזל גורם, דרב אשי הוא בתרא, מ"מ מכל הפוסקים משמע דמ"ד מעין גורם מיקל טפי, וכן משמעות הגמרא דאמרין איכא בינייהו כגון שאירסה ומת או נפל מדיקלא, ולא מצאו נפק"מ להפך. אולם הביא מהנו"ב (מהדור"ק, חאהע"ז סי' ט, מובא גם בפת"ש אהע"ז ט,ב) שכתב קולא למ"ד מזל גורם, באשת חיל המצלחת במו"מ, דאין מזלה בעניות, כיון שמפרנסת עצמה. ועיין עוד בדברי חיים (ח"א חאהע"ז סי' יג), ובעמודי אור (סי' פא), ובתורת חסד (סי' ה). ולכן יש לדון לכאורה לכתחילה גם למ"ד מעין גורם.

דהנה האחרונים דנו במי שהיה חולה, ובטרם מותו גירשה, אם הוי קטלנית. ובתש" גליא מסכתא (חאהע"ז סי' יא, ד"ה וראיתי למעכ"ת), שהשואל הביא ממחר"א

מפאסוויל להקל, כשקיבלה גט מהשני בעת חליו, ומותרת למ"ד מזל גורם ולא למ"ד מעין גורם, דלמ"ד מזל גורם כיון שגירשה, היה להפוך מזלו לחיים. והגליא מסכתא דחה דבריו, , דכיון דכבר נפל למשכב, כבר נגזרה מיתתו, כדאיא בשבת לב,א: אמר רבא, נפל תורא חדד לסכינא, ופרש"י שם, דכיון שהוא עומד לשחיטה, הכל אומרים חדרו לסכינא עד שלא יקום, ויהא טורח להשליכו, והואיל ואיתרע מזלה, מזומנת פורענותה לבא. וכן בגמ' שם: אמר רב יצחק בריה דרב יהודה, לעולם יבקש אדם רחמים שלא יחלה, שאם יחלה אומרים לו הבא זכות והפטור. וכן אם היה בזה נפק"מ בין מ"ד מזל גורם למעין גורם, היה לגמ' להביא נפק"מ זו. ומזה הוכיח שאף למ"ד מזל גורם, לא מהני הגט. ונראה דכל זה בנדון שם, שכבר חלה קודם הגט, אבל בנדוד"ד שלא ראינו כל מחלה קודם מיתתו, הרי שבעצם הפירוד למ"ד מעין גורם, כבר לא יכולים לתלות בה, ואין בה דין קטלנית. ועיין עוד מה שהתירו בנתגרשה אחר שחלה, בתש' עמק שאלה, (לגרמ"ד טברסקי, חתן בעל הדברי חיים, חאעה"ז סי' טז), ובתש' דברי נחמיה (לגר"נ גינזבורג, תלמיד לבעל שו"ע הרב, ח"א סי' א).

ובתש' רדב"ז (ח"ב סי' תרסח, הובא גם בפת"ש אהע"ז ט,ג), נשאל באשה שמת בעלה ראשון ונשאת לאחר, ונתן לה השני גט לזמן, ומת בתוך הזמן, אם אשה זו דינה כקטלנית. והשיב הרדב"ז, שאם נתן לה גט במעכשיו, כנהוג ברוב הגיטין הנמסרים לזמן, כיון שהגיע הזמן ולא בא, הרי היא מגורשת למפרע ואינה זקוקה ליבום, ואין דינה כקטלנית, אלא מגורשת ומותרת לינשא לשלישי לכ"ע. ואם מסר לה הגט ואמר לה הרי זה גטך ולא תתגרשי בו עד זמן פלוני, ומת בתוך הזמן, אינה מגורשת דאין גט לאחר מיתה וזקוקה ליבום, והרי היא כשאר האלמנות, ולא תנשא לשלישי. ומבואר דככל שהיא מגורשת, אין דינה כקטלנית. ועל דברי הרדב"ז, סמך גם השואל ומשיב (תליתאה, ח"א סי' כג), דאם אחד גרשה ואח"כ מת, דלא נקראת קטלנית ועכ"פ למ"ד מזל גורם, ודאי לא שייך בזה דין קטלנית, דכבר נתגרשה ממנו. ומ"מ מה דמבואר דאם אינה מגורשת דינה כקטלנית, נראה דכל זה למ"ד מזל גורם, דאף שנפרדו זמ"ז, דאל"כ היה גט ישן, מ"מ שמא בינתיים פירנסה כדין מגורשת ואינה מגורשת, וא"כ מזלה גרם שאין לה מי שיפנסנה, אולם למ"ד מעין גורם, נראה דכל היכא שנפרדו זמ"ז, לא שייך דין מעין גורם, ולמ"ד מעין גורם, מותרת להנשא לשלישי.

כ"ז למ"ד מעין גורם, אך גם למ"ד מזל גורם, נראה דבנדוד"ד שנפרדו והאשה תבעה להתגרש מהבעל, לא שייך דין מזל גורם. דטעם מזל גורם מבואר ברא"ש בתש' נג,ח. הרא"ש נשאל במי שנשא שתי נשים ומתו שתיהן מן ההריון, אם יש לחוש שהוא קטלן, כיון שמתו שתיהן מיתה אחת, ולא ישא עוד אשה, כמו שאמרו באשה

שמתו שני בעלה. וביאר הרא"ש דלא שייך בזה מעין גורם, וכן טעם מזל לא שייך באיש, וז"ל: "וכן נמי לטעם דמזל גרם, נראה לי דהאשה מזלה רע, שאנשיה מתים, ודבר זה תלוי במזל, כי חיי האדם ופרנסתו תלוי במזל, אם נולד בשעה שיש לו להיות עשיר או עני, והאשה כלואה בבית, ואינה יכולה להתפרנס ע"י עצמה, אם לא שהבעל מפרנסה, ונגזר על אשה זו שימותו בעליה, כדי שתחיה כל ימיה בעוני ואין מי שיפרנסנה. וטעם זה לא שייך באיש, כי הוא מפרנס את עצמו, ואין פרנסתו ע"י אשתו. אבל אין לפרש שנולדה האשה באותו מזל שימותו בעליה, וכן האיש שנולד באותו מזל שימותו נשיו, דלא מצינו זה בגמרא שיהא תלוי במזל, אלא או עשיר או עני או אורך ימים וכיוצא באלו, אבל להמית אחרים אינו תלוי במזל". ודברי הרא"ש היוו בסיס לדברי האחרונים להקל באיסור זה, במקום שלא שייך הטעם של רע מזלה שאין מי שיפרנסנה, וכמש"כ הנו"ב הנ"ל לענין אשה המצליחה במשא ומתן, ועוד אחרונים שהקלו במקום שלא שייך טעם זה.

ולפ"ז בנדו"ד שאין זה מזל רע דידה, שהרי רצתה היא להתגרש ממנו, ובודאי לא היה זה מגרע פרנסתה, וכבר בזמן הפירוד פרנסה עצמה, איך נבוא ונאמר שמזל רע דידה גרם שימות בעלה זה, שרצתה כל כך להתגרש ממנו ואף תבעה גרושין בבי"ד. ולכן נראה דהן למ"ד מעין גורם והן למ"ד מזל גורם, לא שייך בכגון זה לאסרה להנשא לשלישי.

ובנדו"ד אפשר לצרף טענת האשה, שאינה מופקעת, ויש שמועות כאלה, שהבעל שלח יד בנפשו, לאחר שסבל מדכאוונות קשים, והתברר לה שעוד בטרם נשאו סבל מדכאוונות וממחשבות אוכדניות, ואף גילתה שמזה הטעם התגרש מאשתו הראשונה, וא"כ היה חולה אף בטרם שנשאה לו, ובזה יש להקל שתנשא לשלישי, וכמש"כ הפוסקים, עיין בחת"ס בתש' (חאהע"ז ח"א סי' כד), בתשובה מאהבה (סי' צב), בצמח צדק (סי' כה וסי' כז), באמרי יושר (ח"א סי' קצ), בבית שלמה (חאהע"ז סי' יח), שכתבו להתיר באם היה חולה קודם שנשאת, דלא שייך בזה מזלה גרם.

ד. נתן עיניו לגרשה

עוד נראה לדון אם לצרף בנדו"ד, שהוא דין דרבנן, את דברי הרשב"ם בענין מי שנתן עיניו לגרש את אשתו, דס"ל לרשב"ם דאינו יורשה, ויש הסוברים דאף דלא קיי"ל כרשב"ם, מ"מ לענין אבילות דרבנן, אין להתאבל עליה. דאיתא בב"ב קמו, א-ב: אמר רב יהודה אמר רב, מעשה באדם אחד שאמרו לו אשתו תותרנית היא (חולי הוא שאינה יכולה להריח ומום שבסתת הוא, ותנן בהמדיר בכתובות עב,ב, המקדש את האשה ע"מ שאין בה מומין ונמצאו עליה מומין אינה מקודשת, כנסה

סתם ונמצאו בה מומין תצא שלא בכתובה כו' עד וחכ"א במה דברים אמורים במומין שבסתר כו', וזה האיש לא קבל עליו את המומין, ואם קדשה סתם וכנסה סתם ונמצאו בה מומין תצא בלא כתובה. ומיהו גט בעיא כדמפרש בגמרא בפרק המדיר - (רשב"ם), ונכנס אחריה לחורבה לבודקה (שם, ונשא עמו בתוך חיקו צנון לנסותה אם תריח. ויש מפרשים כותבת נטל בתוך חיקו ולא צנון וקרוב לגליל היה מעשה), אמר לה, ריח צנון אני מריח בגליל (לנסותה אם תריח, שמתוך דבריה ניכר אם תריח, ועל הצנון שבתוך חיקו אמר. וללישנא דמפרש שכותבת היה עמו, לכך אמר לה ריח צנון, לדעת אם תשיבנו דבר לאמר ריח כותבת אני מריחה ולא ריח צנון). אמרה ליה, מן יהיב לן מכותבות דיריחו ואכלנא ביה (שהן מתוקים ונאכל עם הצנון שהוא חד, שכן היה דרכן לאכול תמרים עם הצנון שזה חד וזה מתוק ומתקן זה את זה, ולפי שהבינה שלנסותה נתכוין השיבתו דרך שחוק כך. וללישנא דאמרי' שנטל עמו כותבת, אמרה כותבות דיריחו אני מריח ולא צנון. יריחו נקראת עיר התמרים והיינו כותבות). נפל עלה חורבה ומתה. אמרו חכמים, הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבודקה, מתה - אינו יורשה. (ובא הבעל לפני ב"ד והיה רוצה לירש את אשתו, ואמרו חכמים הואיל ולא נכנס עמה לבא עליה אלא לבודקה ולגרשה ומתה בתוך כך - אינו יורשה. אית דגרסי הכי ומוקי לה בארוסה. ולא נהירא לי, דאפילו בא עליה בימי אירוסין קודם הכנסתה לחופה לא ירית לה, כדתני חנן בר אמי אשתו ארוסה לא אונן כו' מתה אינו יורשה, דאין הבעל יורש את אשתו עד שתכנס לחופה, כדנפקא לן בב"ב קט"ב, ירושת הבעל משארו הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה, דהיינו לאחר שנכנסה לחופה, הלכך בנשואה מוקמינן לה. והכי גרסינן, ואמרו חכמים הואיל ונכנס אחריה לבודקה, מתה אינו יורשה, דכיון דהיה בדעתו לגרשה אם ימצאנה בעלת מום ובתוך כך מתה קודם שנתפייסו, אינו זוכה בירושה. ומהכא שמעינן שמי שמתה אשתו מתוך קטטה שיש בדעתו לגרשה שוב אינו יורשה, כדאמרינן בגיטין יח"א משנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות). ועיין גם ברבינו גרשם בסוגיא שהביא דעת הרשב"ם ("ואיכא דאמרי").

מבואר מפירוש הרשב"ם דהנכנס לבודקה מיירי בנשואים זל"ז, ונכנס אחריה לבודקה במומין שבסתר לבדוק אם לגרשה, וכיון שנתן עיניו לגרשה, אינו יורשה, וכדפירש רבא טעמא דרבי שמעון דגט שנכתב ביום ונחתם בלילה כשר, דמיד שנתן עיניו לגרשה לית ליה פירות. וס"ל לרשב"ם דהוא הדין לענין ירושה, וע"כ כיון שנכנס לבודקה אם ימצא בה מום, אף שעדיין לא מצא, כיון שדעתו היתה שאם ימצא יגרשנה, ומתה קודם שהחליט שלא לגרשה, אינו יורשה. דס"ל לרשב"ם דהגמ' מיירי בנשואה, דאי בארוסה, ממילא אינו יורשה, דאינו יורשה אלא מנשואין.

ויש להבין בדברי הרשב"ם, דהרי סו"ס התברר שאינה בעלת מום, ובודאי לאחר שהתברר לו כן אינו חפץ לגרשה, וא"כ מדוע אינו יורשה (ועיין בזה מהרש"א

ב"ב קמ"ב, על תוס' ד"ה נכנס דכתב דלרשב"ם ע"כ דנמצאת תותרנית, עיי"ש. עוד יש להבין, דמה ענין פירות לירושה, ובשלמא אי הוי ירושה דרבנן ומתקנת חכמים, י"ל דבכהאי גוונא שנתן עיניו לגרשה לא תיקנו חכמים, אבל אי ירושת הבעל מדאורייתא, מה ענין נתן עיניו לגרשה לזכות הירושה, וכי יורש שיש לו קטטה עם מורישו לא ירשנו? וקושיא זו הקשה הרא"ש בב"ב פ"ט הט"ז, וז"ל הרא"ש: "ועוד תמיה לי מה ענין אכילת פירות שהוא תקנת חכמים, ואפשר שלא תקנו לו כשנתן עיניו לגרשה, אבל ירושה דאורייתא מי הפקיע ירושתו אם הוא שונאה, אטו אב שבנו שונאו לא ירשנו. ועוד, אי הא עובדא בנשואה איירי, מה הוצרך ליכנס אחריה לחורבה כדי לבודקה, למה לא בדקה בתוך ביתו".

הרי שהקשה דאי ירושה דאורייתא, לא שייך להפקיע ירושה בשנאה או בנתן עיניו לגרשה. ולזה י"ל דהרשב"ם ס"ל כשיטת הרמב"ם דירושת הבעל מדרבנן, וכמש"כ הרמב"ם בהל' נחלות א.ח. ומש"כ הרשב"ם בכמה מקומות דירושת הבעל דאורייתא, עיין ב"ב קט"ב, ד"ה הואיל וב"ב קיא, ב בכמה מקומות שם, היינו דבגמ' ודאי איכא מ"ד דאורייתא כמבואר בב"ב קט"ב, אולם להלכה אפשר דס"ל דקיי"ל כרב בריש האשה שנפלו (כתובות פג, ב - פד, א) דירושת הבעל דרבנן, ועיין עוד להלן. וראיתי לנתיבות משפט (על הרבינו ירוחם למהרי"ח אלגאזי, נתיב כג ח"ח) שכתב לישיב ג"כ דלרשב"ם י"ל דס"ל דירושת הבעל דרבנן. וכתב לבאר בדברי הרא"ש שהקשה על הרשב"ם, דאף אי הוי דרבנן, עכ"פ עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, דירושה שכיחא ופירות לא שכיח, וכמש"כ התוס' גיטין יח, א. והרשב"ם ס"ל דמ"מ כיון דירושת הבעל דרבנן, דמי לפירות, וכיון שנתן עיניו לגרשה, לית ליה פירות, עיי"ש. וכן נמצא בתש' מימוניות סוף הל' אישות סי' לה שכתב כדעת הרשב"ם על הדרך שירושת הבעל מדרבנן, עיי"ש, ויובא להלן.

עוד יש להקשות על ראית הרשב"ם מפירות נכסי מלוג (גיטין יח, א), דהא לא קיי"ל כרבא בזה, דהא הן לרבי יוחנן והן לר"ל יש לו פירות עד שעת כתיבה או נתינה. וקושיא זו הקשו התוס' בב"ב קמ"ב, ד"ה נכנס, עיי"ש. וכן מה שהקשה הרא"ש דאי בנשואה, מדוע לא בדקה בביתו. עוד הקשו הראשונים (עיין בתוס', ברמב"ן, ברא"ש ועוד בסוגיא) על לשון הגמ': "הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבודקה", דלשיטת הרשב"ם הו"ל לגמ' לגרוס הואיל ונכנס אחריה לבודקה, דהכניסה לבודקה היא הנותנת, דגירסה דידן משמע דהואיל ורק נכנס לבודקה ולא לכנסה, ע"כ לא הוי נישואין, וזה דלא כרשב"ם. ואפשר דהרשב"ם גורס הואיל ונכנס אחריה לבדקה, עיין ברא"ש הט"ז.

ולענין הקושיא דלכאורה הרי גילה כבר שאינה בעלת מום של תותרנית, וא"כ ודאי כבר לא היה דעתו לגרשה, ואמאי אינו יורשה, עיין מהריט"ן בתש' (סי' רכ)

שהביא את קושית הראשונים, שכתב לישב: "דכיון שנתן עיניו לגרשה מפני המום, אע"פ ששוב נודע שלא היה בו מום ונתפייס הוא - אינו יורשה, משום דאם הוא נתפייס היא לא נתפייסה, כי תתרעם ותאמר וכי היית מביישני במום שאין בי או אפי' היה בי לא מפני כך היה לך לגרשני. נמצא שהיא היתה בכעס עמו, וכיון שמתה קודם שפייסה אינו יורשה". הרי דס"ל דלשיטת הרשב"ם משעה שנתן עיניו לגרשה, צריכה גם היא להתפייס, עיי"ש הביא לזה ראייה מפירוש התוס' גיטין יח,א לענין פיוס בגט ישן, עיי"ש. ומ"מ כתב מהריט"ץ דלא קיי"ל להלכה כרשב"ם כיון שחלקו עליו כל גדולי המורים.

גם בנתיבות משפט (למהרי"ח אלגאזי, על הרבינו ירוחם נתיב כג ח"ח) כתב דלכאורה זה תלוי בב' פירושי הרשב"ם, דלפירוש השני ברשב"ם הוא הכניס כותבת ואמר לה ריח צנון, והיא ענתה שמריחה כותבת, וא"כ לא נמצאה תותרנית. ולפירוש הראשון שצנון היה לו בחיקו, והיא השיבה דרך שחוק מאן יהיב לי מכותבת דיריחו שהם מתוקים, וא"כ לפירוש זה יכול לומר שעדיין תותרנית היא ולא הבין תשובתה (ומש"כ התוס' ב"ב קמ"ב, ד"ה נכנס דלרשב"ם נמצאה תותרנית, היינו לפירוש קמא). ומ"מ לפירוש ב לא נמצאה תותרנית, וא"כ מדוע לא ירשנה בעלה. ובתחילה כתב דהיינו טעמא דרשב"ם דמתה מתוך קטטה אינו יורשה, דכיון דלא נמצאה תותרנית א"כ מדוע אינו יורשה, אלא בהכרח מפני שמתה מתוך קטטה ואינו יורשה. אלא שהקשה, דהא לא היה להם שום קטטה חוץ מענין התותרנית, ואם לא נמצאה תותרנית, הרי התפיס ולמה לא ירשנה. וכתב לישב בדוחק דמה שאמר הבעל שהיא תותרנית, אמר כן בפני עדים, ובפניהם נכנס אחריה לבודקה, ומה שאמרה שמריחה כותבת וממילא אינה תותרנית, היה בינו לכינה, וכיון שמתה אינו נאמן ליטול ירושתה ע"פ דבריו, כיון שכבר הוחזקה בפני עדים לתותרנית. אמנם להלכה כתב מהרי"ח אלגאזי בנתיבות משפט דלא כרשב"ם.

הסבר נוסף בדברי הרשב"ם נמצא במהרי"ק שורש פא בתוך תשובתו, דממנה עולה דלרשב"ם כיון שדעתו היתה לגרשה, מיד הפקיעו חכמים ירושתו. וז"ל: "... הרי לך בהדיא שמחמת שראו שכוונתו היתה לגרש אם ימצאנה בעלת מום, הפקיעו ממנו ירושתו, ואעפ"י שהיה יכול להשמט ולומר שאפילו היתה בעלת מום שלא היה רוצה לגרשה, מ"מ כיון שהיו הדברים מוכיחים שדעתו היה לגרש, עשאוהו כוודאי עד שהפקיעו ממנו ירושתה ...". אמנם לא נתבאר בדבריו אם הפקעת חכמים היא גם אם ירושת הבעל דאורייתא, ומכח הפקר בית דין הפקר קנסו לבעל. ומ"מ למד ברשב"ם דעצם הרצון לגרש מהוה סיבה להפקעת חכמים של זכות ירושת הבעל. (אולם להלכה נראה שם דמהרי"ק לא ס"ל כרשב"ם אלא רק לענין אומדן דעת הבעל דמעשו מוכיחים דדעתו לגרשה, דבזה כ"ע מודים דזו המציאות, דרגלים מוכיחות

שדעתו לגרשה, ורק להלכה נחלקו אם במציאות כזו הפסיד הירושה, וע"כ הוכיח לנדון ידידה שדעת הבעל לגרשה, עיי"ש).

אמנם כדברי הרשב"ם נמצא בתש' מהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג סי' תתר - אמנם צוין כי תשובה זו לא העתיקה המרדכי, דתשובה זו הביאה המרדכי ב"ק סי' קיג, וחלק זה לא הביא), וז"ל המהר"מ: "וששאלת אם תמות תוך הזמן קודם שיגרשנה, אם זכה הבעל בערבונות כיון שלא אמרה אלא בלשון ירושה שאם תמות תוך הזמן שאביה ירש הב' זקוקי' מכחה (ע"כ הביא המרדכי). נראה שאין הבעל יורשה ואע"פ שלא גירשה, כיון שנתן דעתו לגרשה אינו יורשה, כדאמרינן פ' מי שמת קמו, א ... ופסק רבינו שמואל שמכאן יש ללמוד מי שמתה אשתו בתוך קטטה שבדעתו לגרשה שוב אין יורש אותה ... ואע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא בהאי אי הלכה כרבי יוחנן או כר"ל בהאי מי שנתן עיניו לגרשה אם יש לו פירות או לאו כמ"ש רב אלפס, מ"מ בהאי שוין שאינו יורשה". ומבואר מדברי מהר"מ כדעת הרשב"ם דכיון דנתן עיניו לגרשה, אינו יורשה, דאף אם יש לו פירות, אינו יורשה לכ"ע. והמרדכי שלא העתיק תשובה זו, אפשר דלא שמיעא ליה או דלא סבירא ליה. או דבתש' מהר"מ שם סי' תריא דפסק להדיא דלא כרשב"ם אלא כשאר הראשונים, דשאר מיקרי כל זמן שלא התגרשה, והבעל בירושתו, עיי"ש. וכדעת הרשב"ם נמצא גם בתוס' רי"ד (ב"ב קמ"ב אות י'), וז"ל: "נ"ל דה"ג ונשואה הות, ומפני שנכנס לבודקה והיה רוצה לגרשה אמרו חכמים שאינו דין שיירשנו. ומכאן מוכיח שהמורד על אשתו וביני ביני מתה אשתו אינו יורשה, כיון שאינו נוהג עמה כשורה". ומבואר כשיטת הרשב"ם דנשואה היתה, ואם נתן עיניו לגרשה, אינו יורשה.

וכן נמצא לבנימין זאב בתש' (סי' תטז) בנידון ידידה שהיה בעלה מצערה, וציותה קודם מותה שירשה בעלה (אף שסילק עצמו מנכסיה קודם הנישואין, עיי"ש באריכות), ובתוך דבריו כתב לדמות להא דאם דעתו לגרשה אינו יורשה, דכן הוא הדין אם היתה עימו במריבה, ומבואר שם דס"ל כדעת הרשב"ם, וז"ל הבנימין זאב: "דבנשואה מיירי כדפירשב"ם, וכיון דאם היה מוצא בה מום היה בדעתו לגרשה ובעוד שלא נתפייסו זה לזה מתה - אינו יורשה, וכתב ספר האגודה בב"ב פרק מי שמת; מכאן פוסקין איש ואשה המתקוטטים יחד ומתוך קטטה מתה אינו יורשה. אמנם יש לבעל דין לחלוק עלי ועל פי' רשב"ם דבנשואה מיירי, אם כן למה לא בדק אותה בתוך ביתו אלא הוצרך ליכנס אחריה לחורבה לבודקה. וכתב רשב"ם שם ומיהא שמעינן מי שמתה אשתו משום קטט אינו יורשה כדמיייתי לה נמי ספר האגודה בב"ב פרק מי שמת סימן קצו ...". והנראה מדבריו שם דס"ל כדעת הרשב"ם, אף שיש לבעל דין מקום לבוא ולהקשות כמ"ש"כ. והביא דכן דעת האגודה בב"ב כרשב"ם. ווראיתי בריקאנטי סימן תקיב, שכתב וז"ל: "האשה שמתה מתוך קטטה שיש לה עם

בעלה שהיה בדעתו לגרשה. פסק רשב"א דאין בעלה יורשה. אבל ר"ת ור"י פסקו ד"יורשה". ונראה שטעות סופר מה שכתב בדעת הרשב"א, וצ"ל רשב"ם, דהרשב"א בב"ב קמ"ב, כתב להדיא דלא כרשב"ם].

וכדברי רשב"ם מצאנו להדיא בתש' מימוניות (סוף הל' אישות סי' לה) שנשאל בבעל שנתן עיניו לרחק ולא לקרב ובתוך כך נפטרה האשה, והשיב שטוב אם הבעל מיוזמתו יחזיר ל"יורשי האשה (אחותה) מחצית מהנדוניא, ואם לאו - מגלגלין עליו את הכל: "כי אחרי שנתן עיניו לגרושין והוציא עליה שם של מקח טעות, הרי לענין ממון כתובתה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואין לו ל"יורשה. ואפילו לא טען טענת מקח טעות כ"א גירשה מביתו, נמאסה עליו ואין לו ל"יורשה, וכה"ג אמרינן גיטין יח, א כיון שנתן עיניו לגרשה שוב אין לו פירות, ובכמה דוכתינן מוכח ד"יורשת הבעל מדרבנן". מבואר להדיא דס"ל כרשב"ם דאפילו ללא טענת מקח טעות, כיון שנתן עיניו לגרשה, אינו יורשה (ועיין בדברי הרמ"א באהע"ז צ, ה מש"כ בזה). ויש עוד להאריך בזה, עיין מה שכתבתי בח"ה סי' לד.

ומצאנו באחרונים שכתבו להקל לענין אבילות. הי"ש"ש (גיטין ב, ד) כתב דליתא לדברי הרשב"ם, אולם לענין אבילות, כתב להקל שאינה צריכה להתאבל, וז"ל: "ואף שכתבתי שליתא לדברי רשב"ם, היינו משום דס"ל דהלכה כרבנן, דסברי אליבא דר"י שיש לבעל פירות עד שעת נתינה, והיינו טעמא, מאחר שתקנו לו חכמים לזכות בפירות לא נפקעת אותו זכות עד שעת גירושין, דמנא לן להפקיע ממונו שלא כדין, שיכול לומר כל זמן שלא גירשתי הרי היא אשתי, וכל זכות שיש לי בה לא אמחל, בפרט מאחר ש"יורשת הבעל דאורייתא. אבל מנין לנו לחייבו באבילות דרבנן. ועוד, מאחר דלר"ש דסבר כיון שנתן עיניו לגרשה שוב אין לו פירות, אם כן קל וחומר לענין אבילות, ונהי דחכמים חולקים, והלכה כוותייהו, מכל מקום הלכה כמיקל באבל (מו"ק יט, ב), אם כך הלכה כר"ש לענין אבילות. ועוד, איך יעלה על דעת האדם להאבילו מה שאין לבו אבל, ואין יום מר לפניו, ונהי דבאבל ממש לא חלקו רבותינו בין אוהב לשונא, הכא יש ויש לחלק. ועוד, התם אחר דאית ליה קורבא בגביה, אפילו הוא שונאו מכל מקום בשרו הוא ונכמרו רחמיו, ושייך ביה אבילות ומרירות הלב, אבל כהאי גוונא כולי עלמא מודו דחשיב ליה בלביה כאלו אולה מיניה, ואין כאן אבילות ומרירות הלב. והנה תמהו העם על ככה, ושלחתי דברי לזקני ירושלים, וכתב לי זקן אחד וחכם מופלא, שחכמי ירושלים הסכימו לקל וחומר שדנתי מדברי הרשב"ם".

ונראה שכל הטעמים שייכים אף בנדו"ד. דלטעם הראשון י"ל, דאף בנדו"ד שהוא דרבנן, יש לנו להקל כשיטת הרשב"ם, ובפרט שאינו דעת יחיד, כמו שנתבאר

לעיל. ואף למש"כ דהלכה כדברי המיקל באבל, י"ל דגם בקטלנית מצאנו שהפוסקים כתבו להקל במקום שאפשר הדבר, וחפשו צדדים להיתר קטלנית להנשא, וכמש"כ לעיל מדברי הרמב"ם ודעימיה, ועיין עוד בשלחן העוזר (א, לא, כג), ועיין גם בדברי חיים (ח"ב חאהע"ז סי' כו). וגם הטעמים שכתב איך תתאבל על מי שאין לבו אבל, גם בנדו"ד איך שייך מזלה גרם, כשהיא רוצה שיתירנה בגט, אך לא בגט התירה אלא במיתתו.

ועיין בישועות יעקב (אהע"ז צ, ח) שכתב להקל כדברי היש"ש, בבעל שקיבל כבר היתר ק רבנים וזיכה גט לאשתו, וכתב הישועות יעקב, דבזה כדאי הוא היש"ש לסמוך עליו לענין אבילות. ועיין בשו"מ (רביעיאה, ח"ג סי' פח) שהקשה על היש"ש, דמה בכך שנתן עיניו לגרשה, הרי מעשים בכל יום שרוצה לגרשה, ואע"פ כן מפשרים ביניהם, ועיי"ש מה שרצה לחלק בין אנינות לאבילות. ובמחנה חיים (ח"ג חורו"ד סי' לט) דן בדברי היש"ש המחלק בין אבילות דאורייתא של יום א, לאבילות שאר הימים שהיא דרבנן. ובהמשך כתב דכל דברי היש"ש הם לעיקר דיני הגרושין, שיכול הבעל לגרשה בעל כרחו, אולם האידנא לאחר חרם דר"ג שאינו יכול לגרשה בעל כרחו, א"כ אינו בידו לגרשה כלל, כל עוד לא גרשה חייב להתאבל, דמה שנתן עיניו לגרשה אינו כלום. ועיין פת"ש אהע"ז צ, ח שהביא כן מהכרם שלמה, שראה בגליון כ"י מהחת"ס, דאפי" הרשב"ם לא אמר אלא קודם תקנת רגמ"ה, אבל עכשיו שאין בידו לגרשה, לא עדיף הוא מאשה שאמרה לבעלה גרשני, דלא מקרי בזה קטטה. ומדבריהם יצא, דבכל ענין אם יוזמת הגרושין באה מצד האשה ולא מצד הבעל, לא שייך דין היש"ש, אף שהסברא איך יתאבל על מי שאין לבו דוה עליו, שייכת אף בכה"ג. גם בתשורת שי (תנינא, סי' קנח) כתב לחלוק על היש"ש, וכתב דחייב להתאבל עליה אף בנתן עיניו לגרשה. גם בבית מאיר (אהע"ז צ, ה) כתב לחלוק על היש"ש, וכתב דמה שכתב היש"ש; "וכתב לי זקן אחד וחכם מופלא, שחכמי ירושלים הסכימו לקל וחומר שדנתי מדברי הרשב"ם", היינו שהסכים לק"ו שדן, אך לא הסכים לפסק.

ולכאורה עדיין היה מקום לסמוך על דברי היש"ש במילתא דרבנן, אך כיון שרבים חלקו, וגם היש"ש לא כתב דבריו אלא בבעל הרוצה לגרש את אשתו ולא באשה שתובעת גרושין, אף שסברת היש"ש שייכת אף בזה, מ"מ אין לך בו אלא חדושו. ובפרט שלאמור לעיל, אין צורך לצרוף דעת היש"ש, ולא כתבתי דבריו אלא לדון להגדיל תורה, אבל לדינא אין צריך לזה, כיון דהן לטעם מעין גורם והן למה דקיי"ל להלכה דמזל גורם, לא שייך בנדו"ד, וכמש"כ לעיל. ולכן אין לאסור לאשה דנן להנשא לשלישי אם תרצה.

לאור האמור, אין לאסור לאשה בנדו"ד להנשא לשלישי.

סימן לו

עד בחופו"ק שטוען שלא ראה נתינת הטבעת

ראשי פרקים

א. עדות ידיעה

ב. עד אחד שלא ראה הנתינה

ג. כשלא ראו המתקדשת או אין מכירים אותה

יומיים לאחר סדור החופו"ק, טען אחד העדים שבשעה שנתן החתן את הטבעת ליד הכלה, הוא נדחף ע"י מי מהנוכחים בחופה, ולכן את המעשה של נתינת הטבעת לא ראה כנראה. למרות שראה את כל הקדושין, למעט הרגע של נתינת הטבעת.

א. עדות ידיעה

הרמ"א בשו"ע אהע"ז מב,ד, כתב וז"ל: "וצריכים העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה, אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה, אע"פ ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני, ואחר כך יצא מתחת ידה, אינן קידושין עד שיראו הנתינה ממש". ומקורו מדברי הרשב"א בתש' (ח"א סי' תשפ), וז"ל: "בשנים שהיו עומדים אחרי גדר בית אחד, ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג, אבל לא ראו נתינה ממש, ואפילו ראו האתרוג יוצא מתחת ידה, אין כאן חשש של כלום. ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין, דעדות ראה ידיעה בעיא ממש". ואם מקור דברי הרמ"א מתש' הרשב"א, לכאורה יש לומר דוקא בעומדים המקדש והמתקדשת מאחרי הגדר, דאין כאן ראייה כלל של מעשה הקדושין, אבל אם עומדים לפני העדים, רק לשניה אחת לא ראו מעשה הנתינה, אך כל מה שקדם לפניו וכל מה שאחריו, ראו העדים, הוי כראית מעשה הנתינה, ולכן נקט הרשב"א דוקא באופן של עומדים מאחרי הגדר, דבזה לא ראו כל חלק ממעשה הנתינה, דמעשה הנתינה מורכב מכך שמחזיק המקדש את הטבעת בידו, אומר הרי את מקודשת וכו', ונותן לידה, וגם אם לא הסתכלו ישר על אצבעה בזמן הנתינה, ומיד אח"כ ראו על אצבעה, חשיב כראיה ולא כידיעה.

וביתר ביאור הובא בתש' הרשב"א (ח"א אלף קצג), דמיירי שלא הזמין המקדש את העדים להיות עדי קדושין; "אלא שראו אותו נכנס לבית שאותה האשה שם ואתרוג בידו, ואחורי העדים אל פתח הבית, ושמעו שראובן זה אמר ראי אתרוג זה

אני נותן לך לקדושין. ולא ראו שום נתינה בעולם מידו לידה, וכשיצא אותו ראובן מהבית ראה אחד מאלו העדים האתרוג ביד נערה אחרת שהיתה אתה בבית, ושמע עד זה שאמרה האשה לאחותה בעלת הבית, ראי מה אמר זה". וע"ז השיב הרשב"א, דאפי' שמעו שהוא אמר אתרוג זה אני נותן לך לקידושין והיא שותקת, אין כאן בית מיחוש, דאפשר שלא קבלתו. ואפילו ראינו האתרוג יוצא עכשיו מתחת ידה והיא מודה שקבלתו מידו ולשם קידושין (דלא כנדון השאלה שראו האתרוג ביד נערה אחרת), אין בזה חשש קידושין, שאין כאן ראייה אלא כעין ידיעה; "ולגבי קידושין עדות ראייה וידיעה בעינן ... ולגבי קידושין עדות ממש בעיא, והודאת שניהם כמי שאינה, אם כן לעולם אינה מקודשת אלא במקום שיש עדים גמורים שאינן יכולין להכחישן, כל שכן כאן שהיא שותקת". ולכאורה נדון תש' הרשב"א שונה לחלוטין מקיצור דברי הרמ"א, דהידיעה עליה מדבר הרשב"א הוא באופן שנכנסו המקדש והמתקדשת לבית, ולא ראו דבר, ויתכן שנתן לאשה אחרת שהיתה בבית. והערה זו העירו האחרונים, עיין להלן.

והמרדכי קדושין (סי' תקלא), כתב וז"ל: "בספר החכמה בסי' שפד, כתב הרא"ם בתשובה, דהיכא דאחד מן העדים לא ראה נתינת הטבעת, אין לבטל בכך הקדושין, חדא, דחוששין לדברי רב פפא דאמר חוששין לקדושין. ואף על גב דבה"ג פוסק כמאן דאמר אין חוששין, מ"מ ראיתי מעשה ולא היה כח ביד המתירין להוציאה בלא גט. ועוד, אם עד רואה דבר מוכיח ונראה, יכול להעיד ונדון כאילו ראה גוף המעשה, כדאמרינן בגיטין ובקדושין; וב"ה אומר הן הן עדי יחוד הן עדי ביאה, ואמרינן בכ"מ במנאפין, עד שיראה כדרך המנאפין". הרי שידיעה שהיא באופן של הן הן עדי יחוד הן עדי ביאה, או כבאופן של כדרך המנאפים, אף שלא ראה הביאה ממש, הרי זה עדות ממש ולא רק עדות של ידיעה, דזו הראייה של מעשה הקדושין, שכיון שיש כאן מעשה מוכיח, הרי זו ראייה של מעשה קדושין.

וכן נמצא בתשובה מאהבה (ח"א סי' קעא) שכתב בבאור דברי המרדכי, דדוקא בענין הזה שראו הטבעת ביד המקדש לקדש אשה פלונית ושמעו לשון של קדושין, וכמעט הרף עין שהעלימו עיניהם רואים הטבעת ביד המתקדשת, הדבר מוכיח על המעשה כראו הקדושין ממש, והרי זה דומה לדין של עדי יחוד עדי ביאה, משא"כ אם העדים לא ידעו ולא ראו מאומה עד שהפכו את פניהם וראו הטבעת ביד הנערה, בזה לא עלה אפי' על דעת הרא"ם להחמיר.

וכן מבואר בדברי התשב"ץ (ת"ג סי' פד), דאף שעד אחד מודה שלענין קדושין נתכנסו, וגם האיש והאשה לזה הזמינום, אלא שהוא לא ראה מסירת הקדושין בידה, עדות זו אינה מבטלת הקדושין; "שכיון שנתקדשה באותו מעמד, ואיש ואשתו

מודים בדבר, והעד האחד אומר שראה המסירה, אע"פ שהעד הב' לא ראה המסירה, מקודשת היא, שכיון שאין צריך לומר בקדושין אתם עדי כדאיתא התם בפ' האיש מקדש (מג,א), כיון שהדבר אמת שקבלה קדושה באותו מעמד – מקודשת, ואע"פ שהרשב"א ז"ל כתב שאם הכמין לה עדים אינה מקודשת, דיכולה לומר אלו ידעתי שהכמין לי עדים לא קבלתיים. דוקא כשהיא אינה יודעת שיש שם עדים בהכמנה, אבל אם יודעת שיש שם עדים בהכמנה, מקודשת היא, כיון שהדברים ברורים שהיא קבלה הקדושין אע"פ שלא ראו המסירה, וכל שכן שהא' ראה והב' אפי' לפי דבריו מה שלא ראה הוא מפני שלא היו קדושין הגונים בעיניו, ומפני זה לא נתבטלו הקדושין". והתשב"ץ מיירי שהיו נוכחים בשעת מעשה הקדושין, אלא שמסיבה מסוימת לא ראה הקדושין אחד העדים, ולא ראה הנתינה ממש, וכנדון דידן. ולפ"ז בכה"ג הוי ידיעה ממש כעדי יחוד.

והב"ש מב,יב הביא מחלוקת ראשונים זו, דדעת הרשב"א דדוקא בביאה אמרינן הן עדי יחוד הן עדי ביאה, דאי אפשר לראות כמכחול בשפופרת, וגם י"ל אש בנעורת ואינו שרפה, משא"כ בקדושין צריכים לראות המעשה ממש. ומדברי הב"ש שם מבואר דדעת הרמב"ם והמחבר דסגי בידיעה ואין צריך ראייה ממש. והב"ש הביא ראייה מדברי הרמב"ם בהל' עדות יז,א, דעדות ממונות מתקיימת בידיעה בלא ראייה, ממש"כ הרמב"ם: "מי שהעידו לו אנשים רבים וגדולים בחכמה וביראה שהם אומרים שראו פלוני שעבר עבירה פלונית, או שלוח מפלוגי, אע"פ שהוא מאמין הדבר בלבו כאילו ראהו, לא יעיד עד שיראה הדבר בעיניו או יודה לו הלוח מפיו, ויאמר לו היה עלי עד שפלוני הלוח לי מנה, שנאמר והוא עד או ראה או ידע. ואין לך עדות שמתקיימת בראייה או בידיעה אלא עדות ממון. וכל המעיד מפי אחרים הרי זה עד שקר ועובר בלא תעשה, שנאמר לא תענה ברעך עד שקר". ואופן הידיעה הוא כמש"כ הרמב"ם, שיודה לו הלוח. והביא הב"ש דכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ צטז לענין נחבל, דאם יש הוכחה שזה חבל בו, כגון שהיתה החבלה במקום שאי אפשר לו לחבול בעצמו, כגון שהיתה בין כתיפיו וכיוצא בזה, ולא היה אחר עמהם, הרי זה נוטל בלא שבועה. ואפילו יש אחר עמהם, אי ברור לעדים שאותו אחר לא חבל בו, כאילו אין עמהם אחר דמי, ונוטלו בלא שבועה. ומוכח דמהני עדות ידיעה. ולפ"ז כתב הב"ש דדעת המחבר והרמב"ם כדעת המרדכי, דדין קדושין דמי לדיני ממונות, וכמו דקיי"ל דעדי קדושין אין צריכים דרישה וחקירה, וא"כ דמי לגמרי לדיני ממונות.

ומה שהביא הב"ש ראייה מדברי הרמב"ם בהל' עדות, לכאורה סותרים הדברים לדיוק דברי הרמב"ם בהל' גרושין י,יח. הרמב"ם שם כתב, וז"ל: "נתייחד עמה בפני עדים, והוא שיהיו שני העדים כאחד, אם היתה מגורשת מן הנשואין, חוששין לה שמא נבעלה, והן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, שכל המקדש בביאה אינו צריך

לבעול בפני עדים אלא יתייחד בפניהן ויבעול כמו שבארנו, לפיכך צריכה גט מספק והרי היא ספק מקודשת". ומבואר דדוקא בקדושי ביאה אמרינן כה"ג דהן הן עדי יחוד וסגי בהכי, אך לא בקדושי כסף. אך הדיוק עצמו אינו מוכרח כ"כ. ומ"מ י"ל, דאה"נ, דאם יהיו קדושי כסף באופן של ידיעה ברורה כמו עדי יחוד וכו', סגי בידיעה ואין צריכים לראות הנתינה ממש.

ובאבנמ"ל מב, ח כתב לחלוק על דברי הב"ש, אך מדבריו יש ללמוד מהי ידיעה שאפשר להעיד עליה. האבנמ"ל כתב דמש"כ הב"ש דמהני ידיעה, אינו מוכרח, דאף אם מועילה ידיעה בלא ראייה אף בקידושין, י"ל דכל שלא ראו הנתינה, אין הדבר נחשב ידיעה, דדוקא בביאה מהני ידיעה ע"י עדי יחוד משום דאש בנעורת. ומה שהביא הב"ש ראייה מחו"מ צ, טז, שם הרי זו ידיעה ממש, כיון שלא היה שם אחר. וגם לרשב"א מהני ידיעה בלא ראייה, מהא דמהני עדי יחוד, אלא דס"ל דכל שלא ראו הנתינה אפילו ידיעה ליכא, דיכול להיות שלא הגיע לידה. והנה מה שהביא האבנמ"ל דבנחבל חשיב ידיעה, כיון שאין שם אחר, נראה דגם בנדון כנדוד, לא יכול להיות שבשניה זו קבלה קדושין מאחר, וחשיב כידיעה ממש, ולא דמי לעומדים מאחרי הגדר.

והוסיף לחלוק על הב"ש גם בספרו קצוה"ח צ, ז, דכיון דבשעה שמסר לה את הטבעת לא ראו המקדש והמתקדשת את העדים, וא"כ הו"ל דין מקדש ועדים אחורי הגדר, דאפילו ראו עדים את המעשה, כיון שהמקדש והמתקדשת לא ראו את העדים, לא נתכוונו לקידושין גמורים, וכמבואר בשו"ע אהע"ז מב, ג. והכא נמי אע"ג שראו כמעט רגע, כיון שבשעת קידושין לא ידעו המקדש והמתקדשת שידעו עדים מזה, הו"ל מקדש בלי עדים. ומה שהביא שם בקצוה"ח מדברי הראב"ד בגיטין לשיטת הרי"ף, דלר' אלעזר עדי חתימה נמי כרתי, דמה שמודה ר' אלעזר דגט החתום בעידי חתימה כורת, לאו משום דסבירא ליה עידי חתימה כרתי, אלא שהמסירה כורתת כיון שיש עדים על עיקר הדבר, דהו"ל עידי חתימה כעדי מסירה, שהרי הגט יוצא מתחת ידה בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרה לה, ונמצא כאילו הן עצמן מעדין על המסירה. ומוכח דמהני ידיעה. וע"ז תירץ בקצוה"ח, דבהך דעידי חתימה, כיון שידע הבעל שידוע הדבר עפ"י השטר שתחת ידה, הו"ל כמו נתנו לה בפני עדים. ומ"מ מש"כ קצוה"ח: "אע"ג שראו כמעט רגע, כיון שבשעת קידושין לא ידעו המקדש והמתקדשת שידעו עדים מזה, הו"ל מקדש בלי עדים". מזה מוכח שאם ראו כמעט רגע, לולי החסרון של ידיעת המקדש והמתקדשת מהעדים, היתה האשה מקודשת, כיון שהידיעה בראיה של כמעט רגע, הו"ל כידיעה דמהני בקדושין. וכן נראה מדברי העצי ארוזים (מב, ג), דהרשב"א מיירי באופן שהאשה ידעה שהעדים אינם רואים את מעשה הקדושין, ולכן י"ל שלא חששה לקבלם בתורת קדושין, לכן אע"ג שראו העדים אח"כ הטבעת

בידה וע"י אומדנות והוכחות יודעים שקבלה ממנו, מ"מ כיון שמתחילה לא היו יכולים להעיד והיא ידעה על כך, הוי כמכמין לה עדים, ואינה מקודשת. אולם כשהיא אינה יודעת שהעד לא ראה את הקדושין, ועד אחד ראה הקדושין, א"כ אינה יכולה לטעון שלא קבלה לשם קדושין.

והתומים צ"ד כתב לחלוק על הדמיון של הב"ש מממונות לקדושין, דבדיני ממונות, ובכללם דין נחבל, לא איברי סהדי אלא לשקרא, ואם יודה דחבל אין צריך לעדים כלל, ולכן סגי בעדות של ידיעה ואנן סהדי דהוא אמת. משא"כ בקדושין בעינן לעדי חלות הקדושין, דאף אם יודו המקדש והמתקדשת לא מהני, דהמקדש בלא עדים גזירת מלך שאין קדושין חלים כלל, שהצריכה התורה שני עדים לחלות הקדושין. ואם כן מה בכך דהיתה ידיעה, מכל מקום אין כאן עדים והתורה הצריכה עדים. וקצוה"ח הנ"ל צ"ז, הקשה על התומים מדברי הראב"ד, לשיטת הרי"ף דמהני לר' אלעזר עדי חתימה בגט, ותיריך דבקדושין לא מהני מחמת שלא ראו העדים, משא"כ בעדי חתימה בגט וכנ"ל. והרי קצוה"ח לא חולק על הסברא הפשוטה דבעינן עדי חלות בקדושין (עיין קצוה"ח רמא, א), אלא ס"ל דידיעה של כמעט רגע הוי עדות ממש שיכולה להיות עדי חלות, וכמש"כ לעיל, ואפי' אם ראו מאחרי הגדר, שהוא יותר זמן מנדוד, אם היו רואים המקדש והמתקדשת את העדים, היתה מקודשת. ועיין גם בבית מאיר מבד (לפני ד"ה נאמנת), דמשמע מדבריו שאם היתה ידיעה ברורה דומיא דנחבל, היתה מקודשת.

ובמקנה (קו"א מבד) הצדיק מסקנת הב"ש, וכתב דאין מחלוקת בין הרשב"א והמרדכי, דהרשב"א מיירי בענין שיש להסתפק שנתן לה במתנה, אף ששמעו שאמר לה שתתקדש לו בזה, אולי חזר בו ונתן במתנה. והמרדכי מיירי באומדנא דמוכח טפי, כגון שעמדו אצל המקדש והמתקדשת וראו הטבעת בידו ושמעו שאמר הרי את מקודשת לי בזה, אלא שהעלימו עין בשעת נתינה ומיד ראו הטבעת בידה, בענין שאי אפשר לה לומר שלא רצתה לקבל בתורת קדושין ונתן לה במתנה, ידיעה כזו ודאי מהני. ובזה ישב המקנה את דברי הרמ"א שנוהגין לכסות פני הכלה בשעת קידושין, שאף שלא רואה מי הכלה, מ"מ הוי ידיעה ברורה. וכתב המקנה דסברא זו מוכחת מדברי הרשב"א שהביא הרמ"א מבד (בהמשך), במי שקידש דרך חור וכו', דדוקא שלא ידעו העדים אם היתה שם אשה אחרת, משא"כ אם היה ידוע לעדים שלא היתה בחדר אף אשה אלא היא לבדה, אף שבשעת קידושין לא ראו אותה, מהני ידיעה בלא ראייה.

גם בחוות יאיר (סי' יט, הובא גם בפת"ש אהע"ז מב"ב) כתב בענין תש' הרשב"א הנ"ל, דדוקא בנדון הרשב"א ששני עדים היו עומדים אחורי הגדר ושמעו לשון

הקדושין שקידש את פלונית באתרוג ולא ראו הנתינה, דאע"פ שאחר כך יוצא האתרוג מתחת ידה, אינה מקודשת, שהרי יתכן שלא נתן לה האתרוג מיד אחר האמירה יותר מכדי דבור, או לא נתן לה כלל בידה רק הניחו ולקחה: "משא"כ בחופה הנעשית לפני קהל ועדה, נ"ל דסגי בשמיעה להיות עד נאמן אם היא יוצאת וטבעת קידושין בידה. ומה גם למנהגינו שתכף אחר הקדושין כל הקהל אומרים לקרובי חתן וכלה מזל טוב, דמאי איכא למיחש. וזה ברור לע"ד הלכה למעשה להחמיר, ואף אם להקל שלא להצריכה קדושין שנית רופף בידך, לסמוך על זה". ונראה דהסברא בזה, דהוי ידיעה דומיא דנחבל, שאין אפשרות שיהיה אחרת, ואינה אומדנא בלבד אלא ידיעה ממש. וכן כתב החת"ס בתש' (חאהע"ז ח"א סי' קא), דהרשב"א לא חולק על המרדכי באופן שלא היו בחדר כי אם המקדש והמתקדשת, ואין שם אדם שיתן לה טבעת זו כי אם הוא, ולא היה הפסק ענין בנתיים, דמיד ראו אותו הטבעת שהיתה בידו, שכעת היא בידה, והרי זה דומה לעדי יחוד וביאה. ואין לחוש שמא אחר מתן מעות היתה האמירה של הרי את מקודשת וכו', דחזקה כל שנתן לה וגם שמעו האמירה, מסתמא כדין עשו, וכשם שביחוד אמרינן הן הן עדי יחוד משו' אש בנעורת, ולא חוששים שמא לא קדשה בביאה. ומש"כ בחו"י דכיון דנעשה קבל עם ועדה, סגי בעדי ידיעה, עיין מש"כ בחתם סופר (חאהע"ז סי' ק), דמקודשת ע"י האנן סהדי (ועיין מה שכתבתי בח"ח סי' ג). וסברת החו"י בדין חופה הנעשית קבל עם ועדה, הביא הבן איש חי (רב פעלים חאהע"ז סי' יא), והסכים לדבריו.

אולם מדברי הרמ"א בשו"ע אהע"ז מב,ד הנ"ל, נראה שסובר דהרשב"א והמרדכי פליגי, ופסק כדעת הרשב"א. וכן מוכח ממש"כ בתש' רמ"א סי' ל. הרמ"א הביא שם את דברי המרדכי בשם ספר החכמה (הנ"ל), א"כ י"ל דבנדון הרמ"א שראה העד את המקדש שנשא הארבעה זהובים אדומים, אפשר לומר דהוה דבר מוכח וכאילו ראה הנתינה. וכתב הרמ"א לחלק בין נדון המרדכי לנדון דידיה, דזה לא מיקרי דבר מוכיח כלל, דאפשר שנתנם לאיש אחר והוא נתן לכלה, שדרך לפעמים לעשות ככהאי גוונא. והרי העד טען שהכלה לא רצתה לקבלם עד שהחתן אמר לה שכן הסדר שהחתן נותן דורונו. א"כ מאחר שלא ראה הנתינה, י"ל שהכלה לא קיבלתן בעצמה, ולכן לא מיקרי דבר מוכיח כלל. דהנדון בספר החכמה, שנתרצית האשה לקידושין ושניהם לקידושין נתכוונו רק שלא ראה הנתינה. ואפשר שבמעשה ההוא שמע גם כן העד הלשון שאמר לה בשעת הנתינה, רק שלא ראה העד הנתינה, ודומה הראיה שמביא דהן הן עדי יחוד: "ותו, דהרי הרשב"א ומוהר"ם חולקים עליו וראויים לסמוך עליהם, ולכן פשוט שאין בעדותו של הר"ר פנחס כלום, מאחר שלא ראה הנתינה". ומוכח מזה שסובר דחולקים. ואמנם בנדון דידיה הוי הרשב"א לקולא, אולם מדפסק בשו"ע אהע"ז מב,ד ולא הביא אלא דעת הרשב"א, מוכח דס"ל כרשב"א ולא כמרדכי.

ובתש' הגרע"א (תנינא סי' נה) אף שכתב דהרמ"א הכריע כרשב"א, מ"מ בענין המרדכי שמיד ראה הטבעת בידה, בזה לא פליגי, וז"ל: "וכיון דהרמ"א כתב להכריע כהרשב"א ודברי המרדכי סתומים, די"ל דהמרדכי מיירי דראו הטבעת בידו וכמעט רגע דהעלימו עין מזה ראו הטבעת ביד האשה, ובענין דאי אפשר לומר דלא רצתה בקדושין ונתן לה למתנה, ידיעה כזו מהני, ובנ"ד דלא ראו הטבעת בידה, י"ל דמורה המרדכי, דכל ההוכחות לא הויין רק ההכנה למעשה הקדושין, אבל מ"מ דלמא לא נגמר הענין, כיון דלא ראו הטבעת בידה אולי רצה ליתן ולא נתן". ומבואר דאף שהכריע כרשב"א, מ"מ באופן דרק כמעט רגע העלימו עיניהם, מהני העדות, ובזה לא הכריע הרמ"א דלא כמרדכי.

גם בתש' עני בן פחמא (לגאון ישראל ניסן קופערשטאק, אב"ד מאקעווא, חאהע"ז סי' ד) נו"נ בדברי הרשב"א והמרדכי, ובנידון שם רצה להקל ולהתיר האשה בלא גט, כשלא ראו העדים את הנתינה לידה, וכדעת הרשב"א, ובתוך דבריו כתב: "ואף אם נחוש לדעת המרדכי שכתב הב"ש הנ"ל, הוא רק התם שראו העדים אח"כ הטבעת יוצא מתחת יד האשה, ומתחילה ראו אותה ביד המקדש ואח"כ ביד האשה, רק בשעת הנתינה ממש לא דקדקו לראות ... והרי זה כמו חרב בידו והרוג מפרפר, אלא שלא ראו העדים ההריגה ממש, שזאת נקרא עדי ידיעה בלא ראייה כמבואר בשבועות לד,א, אבל בנדו"ד הרי לא אמרו העדים כלל שראו המטבע שנתן לה פערציקער או גולדין ביד האשה ...". ומלשונו משמע דאף כשלא ראו הנתינה ממש לא קיי"ל כמרדכי אלא שיש לחוש לדבריו. אפשר שאין לדייק כן מדבריו, כיון דנדון שם הוא להתיר אשה לעלמא בלא גט. והגרי"נ שלח תשובתו לבעל החלקת יואב, שלא רצה להתיר מכמה טעמים (תשובת החלקת יואב מובאת בתשובה הנ"ל). ובתוך דבריו כתב דדעת המרדכי דאף שלא ראו אח"כ הטבעת ביד האשה, רק שראו דבר המוכיח על הנתינה, ס"ל למרדכי דמהני, ולא כדברי האחרונים הנ"ל. והביא ראייה מהירושלמי גיטין ז,ד, דאף בלא שהה כדי ביאה סובר ר"י בר"י דחוששין שמא קדשה בכסף, ות"ק לא נחלק אלא על ענין זה דלא חיישינן שמא קדשה בכסף, אבל אם היינו חוששים שמא קדשה בכסף, היתה ספק מקודשת אף שלא ראו הנתינה כלל, כל שנולד ספק לעדים. עוד הביא ראייה מקדושין נא,ב: ת"ש, מי שקידש אחת משתי אחיות ואינו יודע איזו קידש, נותן גט לזו וגט לזו. והרי יש לעדים ספק איזה מהן קידש, והספק הוא על עיקר מעשה הקדושין, ואין בזה חסרון של מקדש ללא עדים (הגם שאפשר לכאורה לדחות, די"ל דהעדים יודעים מי קידש, רק אינם כאן, או שאח"כ נולד להם ספק מה ראו).

גם הגרי"א (עין יצחק חאהע"ז סי' סב) כתב דאומדנא דמוכח ודאי מהני בקידושין, ולכן באופן שראו עדים החפץ ביד המקדש ומיד אחר הקידושין בשעה מועטת

כמעט רגע, רואין החפץ ביד האשה, ובאופן דמוכח דבעת שקידשה מסר אז החפץ לידה, הרי היא מקודשת, אף אם בזמן הקדושין לא ראו מסירת החפץ לידה, ידיעה בלא ראייה מהני בקידושין וכדעת הב"ש. והביא הגר"א ראייה מחולין לט,ב: הבריא שאמר כתבו גט לאשתי, רצה לשחק בה, ומעשה בבריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לגג ונפל ומת, אמר רשב"ג אם מעצמו נפל ה"ז גט, ואם הרוח דחתו אינו גט. והקשתה הגמ', מעשה לסתור. ותירצה, חסורי מיחסרא והכי קתני, אם הוכיח סופו על תחלתו הרי זה גט. ומעשה נמי בבריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לגג ונפל ומת, אמר רשב"ג אם מעצמו נפל ה"ז גט, ואם הרוח דחתו אינו גט. ודלמא שאני התם דקאמר כתבו. וברש"י שם פירש, דקאמר ברישא כתובו ואיכא קצת הוכחה בתחילה, ונפילתו גלויי מילתא בעלמא כו'. והא התם בעת שכתבו העדים ונתנו לה לא היתה כל הוכחה על הגט, דהרי אמרו רצה לשחק בה ואינו גט. רק לאחר מכן כשנפל מעצמו מוכחת כוונתו למפרע. וא"כ בשעה שנתנו לה העדים לא ידעו אם רצה לשחק או התכוין לגרשה, מ"מ מהני הוכחתו שנפל מהגג למפרע. דאף כשלא היתה ראייה בשעת מעשה הגרושין, מהני ההוכחה למפרע, והטעם דגם בערוה דילפינן דבר דבר מממון, דינו כמו בממון דמתקיים בידיעה בלא ראייה וכדעת הב"ש.

והביא הגר"א מה שהקשה האבנמ"ל לא,ד, על שיטת הרשב"א הנ"ל, מגיטין יט,ב, דמהני קריאת העדים את הגט לאחר הנתינה, ואף דלרמב"ם והרשב"א וסיעתם, אם לא קראוהו כלל הוי רק ספק גט, מהני מה שקראו אחר הנתינה, אף שבשעת מעשה נתינת הגט לא ידעו העדים מה כתוב בו, מ"מ מהני במה שידעו אחר הנתינה, והוכיח האבנמ"ל דהוא הדין בקדושין אף כשלא ידעי העדים בעת הקידושין רק נתברר זה להם אחר הקידושין, הרי היא מקודשת, ונשאר בצ"ע על הרשב"א. וכתב הגר"א דההוכחה מהגמ' חולין הנ"ל מוכחת יותר, דלענין קריאת הגט אם לא קראו הוי ספק מגורשת, ולזה מהני הקריאה להתיר הספק, אבל בנידון בעל שציוה, לולי הנפילה מהגג אין כאן גט כלל, ובכל אופן מהני הגילוי דעת למפרע לעשותו גט ולעשותה מגורשת. וכל האמור הוא דוקא באופן שיש לנו הוכחה ברורה מצד ידיעת העדים, אף דבעת הקידושין או נתינת הגט לא נודע או לא ראו, ולאחר מכן יש הוכחה שהגיע לידה החפץ בעת הקידושין, דיש לסמוך בזה על הידיעה. משא"כ כשאין הוכחה ברורה ויש להסתפק דלמא הגיע החפץ לידה מקודם שקידשה או לאחר מכן, בזה מבואר ברשב"א דלא מהני הקידושין, וזו דעת הרמ"א אליבא דכ"ע, וכמש"כ המקנה (הנ"ל).

והמהלך הנ"ל המבואר מכל דברי האחרונים, שאם ראו הטבעת ביד המקדש, ותיכף אחר אמירתו ראו בידה, רק הנתינה ממש לא ראו, דבכה"ג אליבא דכ"ע הרי היא מקודשת, כן מבואר גם בתש' עונג יו"ט (סי' קלח), דהרשב"א מיירי בידיעה

בלא ראייה, שאפשר לתלות על צד רחוק שנתן לה מעיקרא בתורת מתנה, רק שאח"כ אמר לה התקדשי לי באתרוג, והמרדכי מיירי באופן שאין אפשרות שנתן לה מעיקרא בתורת מתנה, כגון דאמרי עדים שקודם ששמעו ממנו לשון הקדושין ראו שלא נתן לה הטבעת, רק שהיתה הטבעת בידו, ובשעה שאמר לשון הקדושין לא ראו שום נתינה, רק שאח"כ ראו שהטבעת יוצאת מתחת ידה, דזה מוכיח דנתן לה בעת הקדושין. ואף שלא ראו הנתינה ממש בעיניהם, מיקרי ידיעה בלא ראייה, ובידיעה בלא ראייה כה"ג מודו רבנן דמהני, דדמי לעלתה נשיכה ע"ג ובין אצילי ידיו, דמודו רבנן דחייב, וכמו שהביא הב"ש ראייה מחו"מ צ"ז.

ב. עד אחד שלא ראה הנתינה

ומדברי האחרונים הנ"ל נראה ברור דבנדון כנדו"ד אין לחוש, והרי האשה מקודשת, והרשב"א לא מיירי באופן שהיו מוזמנים כעדי קדושין, ונעשה קבל עם, וראו הטבעת בידו, ומיד הטבעת בידה, ורק בשניה של הנתינה לא ראו, דבזה לכ"ע הרי היא מקודשת. ובנדו"ד יש צד נוסף להקל, כיון שרק עד אחד לא ראה הנתינה. כן נמצא באמרי בינה (חאהע"ז סי' כא), דהמרדכי מיירי שם דאחד ראה הקידושין והשני ראה רק דבר המוכיח, וכמו בסוטה דנאמן עד אחד כשיש רגלים לדבר הוי אחד כמו שנים, כן בזה הנאמנות של הראשון שראה מהני, בצרוף מה שראה השני, דראית השני לכל הפחות הוי כרגלים לדבר ומסייעת לראשון (ולכאורה צ"ע, דבקדושין בעינן לעדי חלות, ואיך מהני עד אחד עם רגלים לדבר). ועוד יש לומר, דכיון דעד אחד ראה מעשה המוכיח, איתרע עכ"פ חזקת פנויה של האשה, ושוב נאמן עד אחד כיון דלא אתחזיק. והביא האמ"ב מהתשב"ץ (ח"ג פד הנ"ל), דנראה מדבריו ג"כ לחוש בקידושין היכא דעד אחד רואה הקידושין ואחד דבר המוכיח. והא דהמרדכי הביא ראייה מעדי יחוד, כוונתו דאומדנא הוי כבירור, ולכך שוב עד אחד נאמן. וכאמור לסברת האמ"ב לכאורה צ"ב, איך יועיל עד אחד בקדושין, דבשלמא דמהני לענין הנאמנות, אך איך מהני לחלות הקדושין. ולכאורה היה מקום יותר לסברא, שאם רק עד אחד ראה הנתינה והשני לא ראה, אין מקום לחששות הנ"ל, שמא נתן לה למתנה. ואולי זה כוונת האמ"ב, דכיון שיש נאמנות לעד שראה שאין כאן החששות, שמא נתן לה למתנה וכיוצ"ב, ממילא גם ידיעת העד השני חשיב כראיה, ומהני הקידושין לכ"ע.

אמנם סברא זו מופיעה בכמה פוסקים. עיין בשואל ומשיב (מהדור"ד ח"ג סי' צז) שכתב דאם רק עד אחד לא ראה נתינת הטבעת, מהני האומדנא (ורק בנדון השו"מ לא מהני מהטעמים האחרים שכתב שם). וציין השו"מ לתשובה מאהבה (סי' קעא הנ"ל). אמנם המעין שם יראה דרק חשש להחמיר, אך לא כתב דבזה מקודשת

(אמנם גם התשובה מאהבה כתב דאם העלימו עין רק רגע אחד, בשעת הנתינה ממש, הרי היא מקודשת, עיין לעיל). וכן הביא בתש' רב פעלים (ח"ג חאהע"ז סי' ו) מרבי אליה מזרחי, לבאר דברי ספר החכמה, דמה שמועיל עדות ידיעה בדבר המוכיח, היינו כגון עד אחד שראה הנתינה ממש והשני לא ראה, דבזה אמרינן כיון דהאחד ראה, חשיב דבר המוכיח לגבי עד שלא ראה.

ובהסבר הנ"ל דמהני היכא דרק עד אחד ראה הקדושין והשני עד ידיעה, ובזה לבאר דברי האמרי בינה, נמצא לגר"ע (אחיעזר ח"א סי' כד). דמה שלא מועיל בקידושין עדי ידיעה לשיטת הרשב"א, אף דבדני ממונות מהני עדי ידיעה בלי ראייה, כסברת התומים צ"ד, דבקדושין צריכים גם עדים לחלות הקדושין, דקיום והיות הקדושין אינו בלא עדים, ולכן צריכים ראייה ממש ולא סגי בעדי ידיעה. ולפי זה לשיטת הריב"א (ב"ב לד, ד"ה הוי) דבעד אחד כל זמן שאין הבע"ד מכחישו הרי הוא כשנים, ובעד אחד בקדושין ושניהם מודים, דכל זמן שאין הבע"ד מכחישו הרי הוא כשנים, ומ"מ לא מקודשת בעד אחד, כיון דבעינן לחלות הקדושין שני עדים, דגזירת הכתוב דלהיות הקדושין בעינן עדים המועילים לחוב לאחריני ושאיין הבע"ד יכול להכחישם אח"כ. ולכן אם יש עדי ידיעה המעידים על אמתות מעשה הקדושין ואין ביד הבע"ד להכחישם אח"כ, מהני הקדושין בעד אחד; "דכל זמן שלא הוכחש הרי הוא כשנים, והוי כמו שהיו הקידושין לפני ב עדים, אלא דהא לא מהני משום בידם להכחישו אח"כ אמתת המעשה, והכא בלא אמתת הדבר איכא ב עדים ואין בידם להכחישו, שוב הדר דינא דבחלות הקידושין יהיה סגי בעד אחד. ולפי"ז יש מקום בסברא דעד ידיעה ועד ראייה יצטרפו לקדושין, כיון דעל אמתת המעשה מהני עדי ידיעה בלא ראייה, ועל חלות הקדושין הא כל זמן שלא הוכחש, הרי הוא כשנים ואח"כ יהיה אי אפשר להכחישו, דהא יצטרף עמו העד ידיעה". ובזה רצה האחיעזר לבאר דלא יחלקו הרשב"א והמרדכי, דהרשב"א מיירי דשני העדים היו עדי ידיעה בלא ראייה, והמרדכי מיירי דאיכא עד אחד שראה ועד אחד בידעה.

ובהמשך דבריו כתב הגר"ע לחלק בין נכנסו על דעת לקדש לבין כשלא נכנסו ע"ד לקדש אלא לשחוק, דאף למרדכי דמהני ידיעה בלא ראייה, דוקא כשהענין מוכיח שנכנסו על דעת לקדש קדושין ממש, וע"כ אף שלא ראו גוף הנתינה, מ"מ ידיעה הרי היא כראיה, דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ודמי לראיה ממש. משא"כ כשהמעשה בעצמו היה דרך שחוק, אף שבקדושין משום חומר אשת איש לא אזלינן בתר אומדנא לבטל הקדושין, מ"מ גם לא אמרינן לאידך גיסא, לקיים הקדושין מכח ידיעה, דהרי ע"פ הידיעה אמרינן שהתכוונו לשחוק.

ואף החת"ס בתש' (סי' קא) שכתב דאדרבא, דבעד אחד בידעה שיך בדדמי, משא"כ בשנים, מ"מ ברור דהמרדכי מיירי בעד אחד בידעה, רק שהחת"ס הקשה עליו:

"ועוד דברי המרדכי פ"ג דקידושי הנ"ל צל"ע, דלכאורה נ"ל אפי' דיינינן בקידושין בדיעה בלי ראייה, היינו בשני עדים דלא אמרו בדדמי, דדיינינן על הוכחה ואומדנות שלהם, אבל בע"א דאומר בדדמי לא". והביא החת"ס ראייה מתוספתא (גיטין ה,ד); ראוהו שנים שנתיחדה עמו, צריכה גט שני, אחד - אינה צריכה גט. א' שחרית ואחד בין הערבים, אינה צריכה. והקשה החת"ס, מדוע לא נפשט מתוספתא זו דהמקדש בעד אחד אין חוששין לקידושין. והוכיח מזה, דכיון שלא היו שם אלא עדי יחוד, לא חיישינן לעד אחד, אף שבשני עדים אמרינן הן הן עדי יחוד וכו', בעד אחד לא אמרינן כן, משא"כ בעד אחד המעיד על הנתינה ממש, דבזה יש הסוכרים דמקודשת. ומ"מ אף לחת"ס במקרה כנדר"ד מהני הידיעה, וכמש"כ החת"ס, עיין לעיל.

ומהדברי חיים (ח"ב חאהע"ז סי' סו) מבואר דאין לחלק בין עד אחד לשנים, וכל היכא שאפי' עד אחד לא ראה הנתינה, לא מקודשת, אא"כ יש הוכחה לקדושין, והצדיק דברי הב"ש: "העד אחד שאמר שלא ראה כלל אם נתן דבר להנערה, זה אינו עד קדושין כלל כיון שלא ראה המעשה, ובזה כולי עלמא מודים דאין כאן הוכחה כלל שבא לידה, דלמא נפל על איזה מקום שם ונתגלגל משם, או כדברי הנערה שנפל על ידה ומשם ממילא נתגלגל ונפל לארץ, ולא קבלתו כלל לתוך ידה כי תיכף נתגלגל לארץ, ולכן לכולי עלמא אין עדותו כלל לקדושין. אולם אחרי שראיתי שדחיתם דברי הב"ש מב,יב, משום דברי האחרונים שבטלו דבריו, ראיתי להעתיק מתשובה אחת שכתבתי להראות דדברי הב"ש אמתים ... ואם כן בנידון דידן כולי עלמא מודים דאין עדות, שלא ראה וליכא הוכחה כלל על נתינה לידה, לכולי עלמא לא הוי עד כלל, וא"כ לא הוי רק עד אחד ובקדושי עד אחד לרוב הפוסקים אין חוששין ...". ומבואר מהדברי חיים דאין חילוק בין עד אחד לשנים, אולם כשיש הוכחה שבאו לידה בתורת קדושין, לכ"ע מקודשת וכדעת הב"ש, ואף בשני עדים. וע"ע במהרש"ם ח"ד סי' ד, וע"ע במש"כ הגר"ע יוסף זצ"ל ביביע אומר (ח"ד חאהע"ז סי' ה אות ז).

ומ"מ בנדר"ד שהיו הקדושין קבל עם, ורק מעשה הנתינה ממש לא ראה, ורק ראה את כל מעשה הקידושין, הוי לדעת הפוסקים הנ"ל הוכחה וידיעה ברורה דסגי בהכי, והרי היא מקודשת ללא פקפוק. דמדברי האחרונים הנ"ל יש ללמוד דהגדר והיסוד בזה, דאם לא ראה העד את הנתינה, וקיים היכי תימצי ואפשרות שהאשה לא קבלה את הטבעת לשם קדושין, או בכל אופן שלא התקדשה, הרי שיש לפנינו ידיעה שאינה כראיה, ואפי' היכי תמצי רחוקה, אבל סבירה. אולם אם אין היכי תימצי שהאשה לא קבלה לשם קדושין, וברור לאור כל העובדות והנסיבות שהיה כאן מעשה קדושין, ואין היתכנות אחרת, הרי לפנינו ידיעה שהיא כראיה, ואליבא דכ"ע יש כאן מעשה קדושין בעדים. ידיעה ברורה ללא ספקות, הרי היא כראיה.

ג. כשלא ראו המתקדשת או אין מכירים אותה

ידועים דברי המבי"ט (ח"א סי' רכו, ועיין גם בח"ב סי' קיט), במי שקידש אשה שפניה מכוסות או שאין העדים מכירים מי היא, והלכה ולא הכירוה, שאין כאן קידושין כלל, דאפשר שלא היתה אשה, או היתה אשת איש, או אחת מהעריות שאין קידושין תופסים בה. ואפי' היה ידוע שהיתה ראויה לקידושין, אין יודעים מי היא, ולא יאסר על כל הנשים הפנויות בעולם בעבורה. ומבואר שם במבי"ט, שאם מודה האשה שקבלה קדושין, כיון שהעדים לא הכירו בשעת הקידושין, הרי הוא כמקדש בלא עדים. ודין מקדש אחת מה' נשים ואינו יודע איזה מהן קדש, י"ל שבשעת הקדושין ידעו, ורק אח"כ נשכח הדבר. ומהראיות שהביא המבי"ט, הוא מדברי הרשב"א בתש' (הנ"ל), דלא מהני העדות אלא בראית מעשה הקדושין.

ומהרי"ט בנו בחידושו על הרי"ף (קדושין פ"ב ד"ה והא דכתב הרשב"א), כתב וז"ל: "וזכורני שראיתי בילדותי בתשובות אבא מארי ז"ל, באחד שקידש אשה אחת, והיו פניה מכוסות ולא ראו העדים אותה אלא אח"כ כשהלכה לה. החזירוה ואמרו לה שתגלה פניה כדי שיוכלו להעיד, ואז ראו אותה. והאריך לצדד שלא לחוש שם לקדושין, הואיל ובאותה שעה שנתקדשה לא ראו אותה, הו"ל מקדש בלא עדים, ואע"פ שרואה לאחר מכן, אין חשש. ובתש' הרשב"א סי' תשפ השיב ... ומיהו שמא יש לחלק בין היכא דמעשה הקדושין לא ידעו העדים, להיכא דידעו, כעובדא דאתרוג, דידעו ממעשה הקדושין אלא שלא הכירו את האשה, דבהיכא אמרינן שיהיה אסור בכל הנשים, דומיא דמקדש את בתו סתם, דלא מוקי לה בשכירו, אלא למ"ד קדושין שאין מסורין לביאה לא הוה קדושין. וגם לא שייך רצתה לשחק בו, שיודעת שיכולים להחזיק בה ולראותה, וצ"ע". ומבואר מדברי מהרי"ט שכתב לחלק בין אם לא ראו הקדושין, דלא הוה קדושין, וכנדון הרשב"א בתש' (שהביא גם המבי"ט בתש' הנ"ל), לבין אם לא הכירוה, דכיון שראו מעשה הקדושין ויכולים לדעת אח"כ מי היא, יש כאן עדי קדושין.

ובטרם אביא דברי האחרונים מה שכתבו והאריכו להצדיק מנהג העולם שמקדשים הכלה ופניה מכוסות, אביא מה שעלה בליבי לישב מנהג העולם. דלכאורה צודקים דברי המבי"ט, דאיך יכולים להיות עדים על מעשה קדושין כשלא מכירים את האשה, בין אם פניה מכוסות או מגולות, דהרי כמעט ולא בנמצא במחוזותינו שמכירים העדים, שהם ת"ח ויר"ש, את הכלה, ואיך יוכלו לבוא לבי"ד להעיד שפלוגית התקדשה, וכיון שאינם יכולים להעיד שפלוגית התקדשה, איך יהיו עדי חלות על מעשה הקדושין.

איתא ביבמות לט,ב: מדאתקין רב יהודה בגיטא דחליצה, איך פלוגית בת פלוני אקרבת ית פלוני יבמה קדמנא לבי דינא, ואשתמודעניהו דאחזה דמינתא מאבא ניהו ...

אשתמודעניהו, פליגי בה רב אחא ורבינא, חד אמר בעדים, וחד אמר אפילו קרוב אפילו אשה, והלכתא גלויי מילתא בעלמא הוא, ואפילו קרוב ואפילו אשה. ולכאורה בגמ' נחלקו האם הכרת היבם והיבמה הוא בעדים או אפי' בפסולים, והיה לכאורה על הגמ' לכתוב, והלכתא אפי' קרוב ואפי' אשה, ומדוע הוסיפה בטעם שגילוי מילתא. אלא שלא תטעה לומר שהכרה זו בעינן עדות, אלא שהקלו בקרוב ובאשה, וכמו שהקלו לומר מת בעלה (ועיין להלן אם בעינן לתורת עדות), ועל זה באה הגמ' לומר שאין כאן תורת עדות כלל אלא גילוי מילתא, ולכן מהני קרוב או אשה, ונפק"מ שאם יהיה הגילוי מילתא באופן אחר, גם שפיר דמי, ולא בעינן דוקא לעדות של פסול, אלא בכל דרך שמתגלה הדבר, מהני ההכרה.

ודבר זה תלוי לכאורה בשני הפירושים שהביא המאירי בסוגיא, פירוש הגאונים ופירוש גדולי הדורות. וז"ל המאירי: "ומכל מקום כתבו מקצת גאונים, שאין הענין שאם אין הבית דין מכירין שיסמכו לחלוץ על פי עדות הקרוב או האשה המעידים שזהו אחיו של מת מצד אביו, שבודאי בזו יש כאן חשד ואין זה גלויי מילתא בעלמא, אדרבה, שמא הקרוב או האשה משקרים ויש כאן חשד באיסור ובממון. אלא פירושו על הכרת העדים, שכל ששמעו שנים שלא בשעת מעשה מפי קרוב או אשה מסיחין לפי תומם שזהו אחיו של מת מצד האב, יכולין עכשיו להעיד בבית דין על פי מה ששמעו מאותו קרוב או מאותה אשה, הואיל ובשעה ששמעו לא היה שם דבר שיהא בו חשש שקרות, וכן נראה דעת גדולי הפוסקים, ואף הם מביאים עליה ראייה אלא שאינה מכרעת. וגדולי הדורות נוטים לומר שאף בשעת החליצה נאמנים, ואף הם סבורים ליישב דבריהם של גדולי הפוסקים לדעת זו, ואף גדולי המחברים כתבו כן, ומשום דמילתא דעבידא לאיגלויי הוא, אלא שהדברים נראין כדעת הגאונים". שני הפירושים במאירי, דעת הגאונים שזה גדר של עדות, אלא עדות שיכול להעיד מפי אשה וקרוב שהסיחו לפי תומם, אבל אין אשה וקרוב או פסולים אחרים, יכולים לבוא ולעשות הכרה בבי"ד. ודעת גדולי הדורות שאין זה גדר עדות, ולכן מהני בכל ענין.

ומדברי הרי"ף בסוגיא (יבמות יג,א מעמוה"ר) מבואר שאין כאן אלא גילוי מילתא, ורק במקום חשד, אין לסמוך עליהם, וז"ל: "והלכתא גלויי מלתא בעלמא הוא ואפילו קרוב ואפילו אשה. וכיון דקיימא לן דאשתמודענוהי להדין פלניא גלויי מלתא בעלמא הוא, ואפילו קרוב ואפילו אשה מהימנו, דלאו אמילתא דאיסורא קמסהדי ולאו אממונא מסהדי, אלא מלתא בעלמא הוא דמגלו דהדין ניהו גברא פלן והא ניהי איתתא פלניתא, וכיון דמודעי ליה הכי, הרי איתחזק גביה דההוא סהדא מפומא דהאי קרוב או מפומא דהאי איתתא דהאי ניהו פלניא והא ניהי פלניתא. הלכך שרי ליה לסהדא למיסמך אפומייהו ולמיסהד עלויה דההוא גברא או עלויה דהך איתתא, בין

לענין איסורא בין לענין ממונא. ודוקא היכא דליכא חששא דחשדא, אבל היכא דאיכא חששא דחשדא, לא מיבעי ליה לסהדא למיסהד בין במילתא דאיסורא בין במילתא דממונא, אלא עד דבדיק בהדי אחריני "...". מדברי הרי"ף מבואר להדיא שאין כאן תורת עדות, דאינו מעיד לא על הממון ולא על איסור, אלא גילוי מילתא בעלמא היוצרת חזקה שזה פלוני וזאת פלונית. וכן נראה מדברי הרא"ש יבמות ד,יז. ורק במקום שיש חשד, לא מהני. וולכן כתב הגרע"א (עיין בחידושים שם ליבמות), דלא מהני בהכרה עד מפי עד, דכל ענין גילוי מילתא הוא דחושש לשקר, אולם באופן של עד מפי עד, אינו חושש לשקר: "דהטעם דמלתא דעבידא לאגלווי לא משקרי אנשי דמתירא, דיאחזו ויתבדה אם כן יש לומר דבעד מפי עד לא שייך כלל שיהא נתפס כשקרן, בפרט כשמעיד מפי עד שכבר מת". אך באופן שאין חשש שמשקר, בזה אין תורת עדות אלא הכרה בעלמא, ומהני אם יעידו בבי"ד או בכל דרך אחרת. דגם עד מפי עד וכד', בכל אופן שודאי אין חשש משקר ויתירא לשקר, מהני גם לגרע"א. ונראה דגם מש"כ הב"ש קנזב, מהב"ח, דעכו"ם מסל"ת לא נאמן בהכרת יבמה, אפשר דהוא ג"כ מחשש שמא יטעוהו, ולכן לא נאמן. וכן נראה מש"כ הרמ"א בשו"ע אהע"ז קמא, לו, והם דברי הטור, לענין שליח המביא גט, דבעינן ב עדים, עיי"ש בפת"ש ס"ק לט, מתש' דרכי נעם, דהחשש שמא יטעוהו, ועיין גם בחתם סופר בתש' (ח"ה בהשמטות סי' רג ד"ה ואשית): "ומשמע דכל דיני עדות לא בעינן, לא בפני בע"ד, דגילוי מלתא בעלמא". והיינו שאין כאן עדות כלל אלא הכרה, וכל אופן שיתחזק אצל הבי"ד או כל אחד אחר, שזה פלוני וזאת פלונית, בהכי סגי, ואין צריך לדברים אחרים.

אמנם הריב"ש (סי' קפב) למד בדעת הרי"ף באופן שונה, וכמו שלמד המאירי בדעת הגאונים, וז"ל הריב"ש: "ואני אומר, שלפי לשון הריא"ף ז"ל נראה, שאין אשה וקרוב נאמנין לומר זה אחיו של פלוני, כשמעידין כן בממון או באיסור בשעת מעשה. ומשנה שלמה שנינו בפ' יש נוחלין (קלד): האומר זה אחי אינו נאמן, ונוטל עמו בחלקו, אלא שאם אמרו כן קודם מעשה, שאין מעידין לא על ממון ולא על אסור, הוחזק על פיהם, ויכולין העדים או הדיינין, המעידים על החליצה, לומר בלשונם ואשתמודענהי וכו', כיון שכבר הוחזק ע"פ אילו קודם מעשה". ומבואר דבשעת מעשה אינם נאמנים, וכמש"כ המאירי בדעת הגאונים. אלא שלכאורה דברי הריב"ש הנ"ל, סותרים למש"כ הריב"ש בסי' קנה, וכבר העיר בזה האמרי בינה (עדות סי' מט), דלמש"כ הריב"ש בסי' קנה, בדבר שבידינו לברר מיד, מהני עדות הפסולים מהתורה, ולכן בסימני נערה, נבדקת ע"י נשים, לפי שאפשר לבדוק ע"י נשים אחרות. אולם בסי' קפב כתב דאם מעידין על שעת איסור, לא מהני רק אם אמרו כן קודם מעשה, שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור שכבר הוחזק על פיהם, ועדות נשים דמהני

על סימנים, אף שהוא בשעת מעשה, דסמיכין אחזקה דרבא, ולפ"ז בלא חזקה דרבא לא סמיכין על עדותן בשעת מעשה, אף בדבר העשוי להתגלות ונוכל לגלות מיד. ומ"מ הב"י אה"ע (סי' קנז) כתב דכל הפוסקים חולקים על הריב"ש בזה. ועיין מש"כ בפת"ש אהע"ז קסט"יא. ומ"מ דעת הפוסקים בזה דלא כריב"ש, וכמש"כ הב"י.

וכדעת הרי"ף (לא כריב"ש) נמצאנו למדים גם מדברי הרמב"ם (יבום וחליצה ד, לא), וז"ל: "... ואפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון, נאמנין לומר זה הוא פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו, וחולצין על פיהן, מה שאין כן בשאר עדיות של תורה, בין לעדות ממון בין לעדות איסור, שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן, כענין שבארנו בסוף הלכות גירושין". ובסוף הל' גרושין (יג, בט) כתב הרמב"ם לענין מה שהקלו חכמים בהכרת המת, וז"ל: "אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אשה או עבד או שפחה או גוי המשיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה כמו שבארנו, שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בריו אלא מפי העדים ובעדותן, כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוח את זה, אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת, כגון זה שהעיד שמת פלוני, לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר, לפיכך הקלו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד אחד מפי שפחה ומן הכתב ובלא דרישה וחקירה, כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות". ולכאורה יש להבין בדברי הרמב"ם בסוף הל' גרושין, דאם הוי הכרת המת רק גילוי מילתא, למה נצרכו לתקנת חכמים שלא ישארו בנות ישראל עגונות (ועיין בראב"ד שם). אלא נראה דכדי להתיר אשת איש בעינין לעדות ותורת עדות, אלא שחכמים הקלו כדי שלא תשארנה בנות ישראל עגונות, ואסמכוהו על הסברא של הכרת פלוני ופלונית, דשם אכן לא בעינין לעדות כלל, אך כיון דהוי מילתא דעבידא לאגלויי ולא משקרי, אסמכוהו גם לתקנה זו על הסברא של הכרת היבם והיבמה.

והגרא"ז (גרושין יג, בט) כתב בהסבר דברי הרמב"ם, לפי מה שהקשה המרדכי (גיטין סי' שכד) אהא דערכאות דמהימנו מטעמא דלא מרעו אנפשייהו ולא משקרי, דהרי משה ואהרן נמי לא משקרי ומ"מ אסורים. וכתב הגרא"ז לבאר, דאם נאמין למשה ואהרן, היינו שנאמר דהם אנשים נאמנים, ובזה אמרה תורה שלא נאמין לקרובים אפי' כמשה ואהרן, אבל מה שאנו מאמינים לערכאות, לא מחמת נאמנותם, אלא מחמת החזקה דלא מרעי נפשייהו, דחזקה דלא מרע אומנתו לשקר; "א"כ אין אנו סומכין על נאמנותו, אלא על חזקה שלו, וזהו העיקר דדין עדות הוא שאנו אומרים שמעיד אמת מצד עצמו שהוא איש אמת, ובזה אסור לך למיסמך על קרובים ועכו"ם, אבל כשסומכין אנחנו לא מצד עצמו, בזה אין סתירה לדיני התורה, וזהו הבנת דברי

הרמב"ם דלא נימא דחז"ל הלכו בזה נגד דיני התורה לסמוך על ע"א ושפחה, ולכן תי' דאין אנו סומכין בזה על נאמנות העד שהוא איש אמת, אלא על סברא דמילתא דעבידי לאיגלווי לא משקרי אינשי, וזהו ראייה שלא בגדר עדות, זהו שאמר לא הקפידה תורה, והיינו שאין זה נוגד דיני התורה שלא להאמין עד אחד". והיינו דיש ראיות שאינן בגדר עדות אלא בדרך אחרת, שמתאמת אצלנו מחמת דברים אחרים, וככל שהסברא נותנת שכך האמת, מחמת חזקת אומנות או דמילתא דעבידא לאגלווי, מתאמת אצלנו העובדות, ואין זה בגדר ראית עדות, ולכן כל היכא שמתאמת אצלנו הדבר, הרי זו ראייה לספק שלפנינו.

ולפ"ז היה נראה לישב המנהג שמכסים פני הכלות, ומש"כ לעיל בדברי המבי"ט, דכל ענין ההכרה הוא שיתאמת אצלנו שזה המקדש וזו המתקדשת, וכיון שכאן נעשה הדבר בפומבי, שמזמינים אורחים ומוזמנים רבים לחתונת פלוני ופלונית, והכל נמצאים ומכירים שזה פלוני וזו פלונית, אף שאין אומרים כן בפייהם, הרי מעצם התנהגותם והנהגתם עולה החזקה שזו האשה המתקדשת, ואין צריך שיראו ויכירו, דחזקה שכך הוא מחמת התנהגות הרבים הנמצאים במקום המכירים את החתן והכלה, ומכח הנהגתם עולה החזקה בהכרתם. והוא ע"פ מש"כ לעיל בבאור דעת הראשונים הנ"ל והאחרונים, דכאשר ע"פ המציאות אין היתכנות סבירה שפלונית אינה הכלה המתקדשת, הרי זו ידיעה שהיא כראיה.

והמחבר בחו"מ מט"ב, פסק וז"ל: "צריך שיכירו העדים ששם הלוח פלוני בר פלוני. ובשטר המכר, שם המוכר, ובשובר, שם הלוח והמלוה. ואם שטר המלוה הוא בלא קנין, צריכין להכיר אף שם המלוה. ואם אינם מכירים אותם, אפילו אשה או קרוב כשרים לומר שכך הוא שמם". ובקצוה"ח שם ס"ק ב הביא מדברי הטור, דהטעם הוא משום דהוי מלתא דעבידא לגלווי ולא משקרי אינשי. וצ"י לכנה"ג (הגה"ט אות ז) בשם בני שמואל, שדקדק מדברי הטור דסבירא ליה דעד אחד נאמן במלתא דעבידא לאגלווי אפילו בממון, וכדברי התשב"ץ (ח"א סי' פא - פד), ולא כריב"ש (סי' קנה), ושכן נראה מהראב"ד (הובא בשטמ"ק ב"ב קסז, ב ד"ה ההוא תברא) והרא"ש (ב"ב י"ז) והרשב"א (שם ד"ה מיהא) והנימוק"י (ב"ב עז, ב מעמוה"ר). והרמ"א חו"מ ליד פסק כריב"ש, דלא מהני בממונות מלתא דעבידא לאגלווי. ולפ"ז הקשה קצוה"ח, על מה סומכים בזה על הכרת אשה, וז"ל קצוה"ח: "לכן נראה הא דסומכין כאן על מלתא דעבידא לגלווי, דחשש זה דאין כותבין אא"כ מכירין אינו חשש אלא מדבריהם, דהא קי"ל גבי גט דבשעת הסכנה כותבין אעפ"י שאין מכירין כדאיתא פרק התקבל (גיטין סו, א), ואי הוי ספקא דאורייתא, בשעת הסכנה היאך עושין נגד חשש תורה, אלא על כרחך אינו אלא מדבריהם, ובשעת הסכנה הקילו, ומשום הכי ראו חז"ל להאמין במלתא דעבידי לגלווי אפילו עד אחד, והוא פשוט".

ומבואר שכל מה שמקילין בהכרה הוא מפני שכל ההכרה הוא מדרבנן, וכל היכא דהוי הכרת מדרבנן, הקילו באופן ההכרה שאין צריך לגדרים של עדות וכד', אלא באופן שהתאמת אצלו שזה הלוח וזה המלוה. וע"ע בתו"ג קכ"ב שכתב גם דהכרה זו היא מדרבנן, רק כתב דדוקא בבעל המכיר את אשתו, כיון דחזקה אין אדם חוטא ולא לו, הוי הכרה מדרבנן, משא"כ בשולח גט, כיון שהבעל לא לפנינו, אין חזקה זו, ובעינין להכרה מהתורה (ועיין לעיל מש"כ בזה).

גם י"ל דנדר"ד קל יותר לענין נאמנות בדרך הנ"ל. דבתש' (ח"א סי' פג) כתב לחלק בין מילתא דעבידא לאגלווי לבין גלוי מילתא. והחילוק, דעבידא לאגלווי הוא דבר שכעת אין אנו יודעים, ועשוי הדבר להתברר, ולכן חזקה שלא ישקר העד או הקרוב. אולם עדיפא מיניה גילוי מילתא, שהדבר ידוע כבר כעת, רק מכוסה הוא מאיתנו, דגילוי מילתא בעלמא הוא ענין שנגלה לנו גם מקודם, רק שנכסה ונעלם קצת מאתנו והם באים לגלותו שיהיה נגלה, דבגילוי מילתא יותר ראוי להאמינו ממילתא דעבידא לאגלווי. ונדר"ד הוא גילוי מילתא בעלמא, דהרי כל הנוכחים או רובם, יודעים מי היא הכלה, ובזה טפי יש להאמין בדרך של ידיעה הנ"ל. וכאמור לעיל יש לישב מנהג העולם, דבזה סגי בידיעה זו, דאף שאין כאן הגדת עדות של קרוב או פסול, מ"מ מעצם ההנהגה כך נראה, וסגי בידיעה זו שהיא כראיה.

ודבר זה למדנו גם ממשנתם של האחרונים. המקנה מבד, (הובא גם לעיל), כתב בבאור מחלוקת הרשב"א והמרדכי הנ"ל, דהרשב"א מיירי באופן שיש להסתפק שנתן לה במתנה, אף ששמעו שאמר לה שתתקדש לו בזה, יתכן וחזר בו ונתן במתנה. והמרדכי מיירי באומדנא דמוכח טפי, שעמדו אצל המקדש והמתקדשת וראו הטבעת בידו, ושמעו שאמר הרי את מקודשת לי בזה, אלא שהעלימו עין בשעת נתינה ומיד ראו הטבעת בידה, בעינין שאין לומר שלא רצתה לקבל בתורת קדושין ונתן לה במתנה. ידיעה כזו ודאי מהני. וממשיך המקנה לענין כיסוי פני הכלות: "ובזה מיושב מש"כ הרמ"א לעיל שנוהגין לכסות פני הכלה בשעת קידושין כמש"כ שם. וכן משמע מתשובת הרשב"א שהביא הרמ"א במי שקידש דרך חור וכו', דמשמע דוקא שלא ידעו העדים אם היתה שם אשה אחרת אבל אם היה ידוע לעדים שלא היתה בחדר שום אשה אלא היא לבדה, אף שבשעת קידושין לא ראו אותה, מהני ידיעה בלא ראייה". מבואר במקנה דמה דמהני לקדש כשפני הכלות מכוסות, כיון דהוי ידיעה ברורה שהיא כראיה. והידיעה היא אף ללא עדות וכיוצב"ז, אלא עצם נסיבות הענין יוצרות את הידיעה הברורה שהיא כראיה.

ובאבנמ"ל לא, ד, הן בדברי המבי"ט ומהרי"ט, וכתב שם לחלק, דהא דבעינין עדים על גיטין וקידושין אינו אלא בכדי שיתודע לעלמא, ולא יוכל א' מהם להכחיש,

וע"פ שנים עדים יקום דבר, וכיון דיכולים להחזיק בה ולראותה, הו"ל כמקדש אותה בפני עדים. ובהמשך דבריו כתב, דמה שנהגו עכשיו לכסות פני הכלות הצנועות, ליכא חשש אפילו לדעת המבי"ט, כיון דהוחזקה שהיא המתקדשת וסוקלין על החזקות, וכמו בהוחזקה גדה בשכנותיה, ובנדון המבי"ט שם לא הוחזקה מעולם. ולכאורה חזקה זו מכח מה שהנוכחים יודעים וניכר במקום החתונה שהיא המתקדשת. אלא שהאבנמ"ל נשאר בצ"ע, דכל זה הוא לדעת המרדכי ולא לדעת הרשב"א, דלרשב"א צריך דוקא ראייה ולא מהני עדות בידיעה, אך כתב דמדברי הרשב"א דס"ל גבי גט דאפילו קראוהו אחר הנתינה כשר הגט, משמע דמהני עדות בידיעה בלא ראייה. ומ"מ בסברא שכתב דהוי כחזקה, מוכח כמש"כ לעיל, דהוי הידיעה כראיה שזו היא המתקדשת.

וכן נמצא להדיא בחלקת יואב (תאהע"ז סי' ד). החלקת יואב כתב דכל שיש אומדנא דמוכח, מהני בקדושין, ואף דמעדי יחוד אין ראייה, מ"מ יש ראייה מירושלמי (הנ"ל) דחוששין ביחוד לקדושי כסף. וכן מגיטין סו,א, מבריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לגג (עיין לעיל), וכן מה שמועיל קריאת הגט אחרי נתינתו. ובהמשך כתב דלא כמבי"ט לענין מקדש כשפני הכלה מכוסות, וז"ל:

"אבל לפענ"ד י"ל, דלא מיקרי מקדש בלא עדים רק כשצריך עוד כת, היינו שני עדים, אז הוי כמו בלא עדים, אבל כל שסגי בעד אחד או ע"פ אשה וקרוב, בזה שפיר מקרי מקדש בעדים. וכיון דקיי"ל באישתמודעינהו דגלוי מילתא בעלמא הוא, ואף אשה וקרוב נאמנים, ואף בשעת מעשה שנפק"מ לענין דבר שבערוה, הרי דלא קיי"ל כשיטת הריב"ש, כמו שכתב הב"י אהע"ז סי' קנז, וכמו שהאריך בזה בתש' הרי"מ סי' מב, וכיון דאף קרוב נאמן לומר שהאשה הזו הוא שקידש, כיון שראו אותה הרבה והרבה אנשים בפרסום, על כן לא מיקרי מקדש בלא עדים, כיון שגם קרוב ואשה היו נאמנים בשעת מעשה, וגם דהוי מילתא דעבידא לגלויי טובא, דנאמן עד אחד, וע"כ אין שום חשש בזה".

מבואר מדברי החלקת יואב, דמה שאנשים רבים מכירים את הכלה בשעת החתונה, ובדרך הפרסום יודעים הכל מי היא, הרי זה כאשתודענא דמהני לגלות מי היא הכלה המתקדשת. והטעם כמש"כ לעיל, דבדרך זו יש לעדים ידיעה ברורה מי המתקדשת, וידיעה כזו היא כראיה, וכראו העדים שזו המתקדשת, ולכן מהני עדותם.

והאחרונים ישבו בדרכים אחרות את מנהג העולם. הוזכרו דברי האבנמ"ל לא,ד, דכיון דיכולים להחזיק בה ולראותה הו"ל כמקדש אותה בפני עדים. ובדרך זו הלך הנתיבות (קהלת יעקב לא,ב), דכיון שלא זזה ידם עד שבדקוה וראוה, הרי זה כידיעה וראיה, דהא ודאי אם קדש אשה בפני עדים ולא בדקוה מקודם אם היא

גדולה, ואח"כ בדקו בסימנים וראו שהיא גדולה, בודאי מקודשת, עיי"ש. ועיין מה שהקשה הגרי"א (עין יצחק חאהע"ז סב,ה) על דבריהם, דמדברי הרשב"א נראה דלא מהני הידיעה של אח"כ, עיי"ש. ובטעם מה שנהגו לכסות פני הכלות, כתב הגרי"א שם באות ו (עיינן גם בבאר יצחק, חאהע"ז ח,ב), דהא דבעינן בשטרות וגיטין שיהיה מוכח מתוכו, דאל"כ הוי חצי דבר, היינו דוקא שאם חסרון הידיעה מצריכה עוד כת עדים, אולם במקום שמועיל עד אחד, ואף קרוב נאמן, כמו בהכרת שמו וכד', כיון דאינו רק גילוי מילתא בעלמא, הרי זה מוכח מתוכו ולא מקרי חצי דבר. ולכן מה שצריך שיראו נתינת הקידושין, דאם לא ראו נתינת החפץ לידה רק שמעו אמירתו שאמר הרי את מקודשת וכו', כיון שצריך עוד כת עדים שיעידו על נתינת החפץ לידה, הוי חצי דבר, דעד אחד אינו נאמן בזה. אולם בכיסוי פני הכלות, כיון שעל הכרת האשה אפי' עד אחד נאמן ואפי' קרוב, ממילא אינו חצי דבר כיון שאין צריכים לכת עדים נוספת, ולכן הוי נתינה כדת לפני שני עדים, ושפיר נהגו לכסות הכלות לפי דהוי קידושין מעליא. (ולענין המנהג בראית פני הכלה, רבו בזה הדעות, עיין באוצר הפוסקים שאסף כעמיר גרנה, ואכמ"ל).

לאור האמור לעיל, אין חשש בדברי העד, והרי האשה מקודשת כדת משה וישראל.

סימן לו

כפית תשלום חוב מזונות באמצעות מאסר, ותביעת חוב ממושט רגל

ראשי פרקים

א. באיסור של לא תהיה לו בנושה

ב. כספק אם יש לו נכסים

ג. כפיה במאסר באינו משלם מזונות

נשאלתי בענין ראובן, שאינו פורע לבעלי חוב, והכריז על עצמו כמושט רגל, ועיקלו לו נכסים וכו'. טוען שמעון שראובן עדיין חי מעל לרמת חיים של עני ואביון, ובודאי יש לו כסף מוסתר, ואף הגיש נגדו תביעה בבית דין, ושכרו חוקר פרטי להוכיח את טענתם, וטען ראובן טענות שונות. ושאל שמעון עד כמה מותר לו להטריד את ראובן בתביעות ובלחץ שיפרע חובו, מאחר ולו נראה ודאי שיש לו ממון, אבל אחרים אומרים לו שאין לו ממון אלא כדי חייו, והבנקים כבר כילו כל רכשו הנראה. וצוין כי החוב נוצר עקב סחורה שסיפק התובע לראובן.

עוד נשאלתי, במי שאינו משלם מזונות ילדים, ולדעת האשה יש לו ומבריה נכסיו, אבל יש הטוענים שאין לו כסף או נכסים, ואכן ניסו באמצעות ההוצל"פ, והדרך היחידה היתה ע"י נסיון לכופו במאסר, שאם יעשו כן, אם יש לו, יוציא בודאי את כספו מאמתחתו ויפרע מזונות ילדיו.

א. באיסור של לא תהיה לו בנושה

איתא בב"מ עה,ב: כי אתא רב דימי אמר, מנין לנושה בחבירו מנה ויודע שאין לו, שאסור לעבור לפניו, תלמוד לומר לא תהיה לו כנושה (לא תראה בעיניו כנושה בו, שיראה ויבוש – רש"י). רבי אמי ורבי אסי דאמרי תרווייהו, כאילו דנו בשני דינין, שנאמר (תהילים סו,יב); הרכבת אנוש לראשנו באנו באש ובמים. והרי"ף (מה,ב מעמוה"ר) הביא דברי רב דימי. וכן פסק הרמב"ם (מלוה ולוה א,ב): "כל הנוגש העני והוא יודע שאין לו מה יחזיר לו, עובר בלא תעשה שנאמר לא תהיה לו כנושה". וצ"ל המגיד לדברי רב דימי הנ"ל. ושם בה"ג הוסיף הרמב"ם: "אסור לאדם להראות עצמו לבעל חובו בזמן שיודע שאין לו, אפילו לעבור לפניו שלא יפחידו או יכלימו אע"פ שאינו תובעו, ואין צריך לומר אם תבעו". וגם שם צ"ל המגיד

לדברי רב דימי. ובלח"מ בה"ב דייק מדברי הרמב"ם, דדוקא בנוגשו יש איסור מהתורה, אבל במראה לו ועובר לפניו, אין בזה איסור תורה, ממה שחילק הרמב"ם דבריו בשתי הלכות. ובה"ב כתב בדעת הרמב"ם, דמדלא אמרו בגמ' מנין שעובר בל"ת כשעובר לפניו אלא שאסור לעבור וכו', משמע שאין בזה אלא איסור ואין עובר בל"ת. עוד תירץ, דמשמע לרמב"ם מהמשך הגמ' מדברי ר' אמי ור' אסי דאמרי תרוייהו כאלו דנו וכו', שחולקים על רב דימי וסברי דאינו עובר בלא תעשה, ופסק הרמב"ם כוותייהו. ובה"ג כתב רק כתרוץ הראשון, דמשמע לרמב"ם שאין בזה לאו אלא איסור דרבנן, ואסמכוהו אקרא דלא תהיה לו כנושה, דאין זה נגישה ממש.

והגרא"ז (אבן האזל שם) הביא דבגליון הרמב"ם של הגאון ר"ח ברלין זצ"ל העיר, דבספר המצות כתב הרמב"ם דזהו לאו גמור, ומ"מ נראה דדברי הלח"מ נכונים, וכאן בהלכותיו חזר בו. וכוונת הגר"ח ברלין לענין מה שכתב הרמב"ם בה"ג: ואצ"ל אם תבעו, דתביעה לכאורה היא לאו, ובזה כתב דהרמב"ם חזר בו. והגרא"ז הקשה על מש"כ הרמב"ם דאצ"ל אם תבעו, דהרי עיקר הלאו הוא בתביעה, ואיך אפשר לומר דתביעה הוי רק איסורא. ובתחילה רצה לישב דבה"ג הרמב"ם מיירי בעשיר ג"כ, ולכן בעשיר הוי רק איסורא, ובעני הוי לאו. וכתב דזה אינו, דסו"ס הרמב"ם מיירי גם בעני, ובעני הוי לאו. וכתב הגרא"ז לישב, דאפשר לומר דהלאו הוא דוקא אם תבעו בחזקה ובנגישה, כמו שכתב הרמב"ם: כל הנוגש העני. אך הקשה, דהלאו דלא יגוש הוא בשמיטה, וכאן כתיב לא תהיה לו כנושה, ונושה הוא מי שחייבים לו, כדכתיב כל בעל משה ידו, ולא מיירי בחזקה ונגישה. וגם דבהל' שביעית דא כתב, התובע חוב מחבירו שעברה עליו שביעית, עובר בלא תעשה שנאמר לא יגוש. ומבואר דגם בלאו דלא יגוש עובר בתביעה לחוד ללא נגישה, וא"כ אין לומר דעל לא תהיה לו כנושה, אינו עובר בתביעה לחוד רק בנוגש בחזקה. וכתב דכונת הרמב"ם במש"כ; ואצ"ל אם תבעו, אינו דאסור לתבעו, דאינו מדוייק הלשון אם תבעו, והו"ל לכתוב לתבעו. לכן יש לומר דכונתו אם תבעו מקודם, אף שתבעו בלא איסור, שלא היה יודע שאין לו ועתה יודע שאין לו, בזה הוא כ"ש מסתם להראות לפניו, דבסתם שמראה פניו אינו מוכח דכונתו לתבעו, משא"כ אם תבעו כבר, א"כ עתה כשמתראה לו ודאי יחשוב הלוה שהולך לתבעו, ובזה הוא כ"ש דאסור. ומ"מ מבואר מהגרא"ז דבתביעה לחוד כשיודע שאין לו, יש בזה הלאו של לא תהיה לו כנושה.

ומדברי הרב המגיד (מלוה ולוה דב) מבואר דהאיסור הוא רק בעני ולא בעשיר: "ובפ"א כתב רבינו כל הנוגש את העני וכו', עובר בלא תעשה, שנאמר; לא תהיה לו כנושה. ונ"ל שלאו זה כולל כל דבר שדרך הנושים לעשות, והוא שאין מלוין ממונם בחנם, ולכשמגיע זמן פרעון רוצים מעותיהם ונוגשין בחזקה, ועל שניהם

הזהירה תורה. ובודאי שלא אסרה הנגישה בלוח עשיר אלא בעני, אבל הריבית נאסר בכל". ונראה כוונת דבריו דמיירי בלוח עשיר בשעת הנגישה, משא"כ אם היה עשיר בזמן ההלואה וכעת העני, הרי עני לפנינו, ואסור לנגשו, דסברא זו דאסור לנגשו הוא רק באין לו, והיינו עני. ובספר דובר משרים על הרמב"ם (לרבי רפאל מרדכי יהושע שאול, מאיזמיר, מלוח ולוח א,ב) הביא שאין זה סברא גרידא אלא מכילתא מפורשת, שהביא הילקוט (פרשת משפטים רמז שנ); לא תהיה לו כנושה, לעני שעמך לא תהיה לו כנושה. מפורש דלא תהיה לו כנושה לא נאמר אלא בעני דוקא, אבל לעשיר מותר לנגוש. וכן פירש הרב מג"א בס' זית רענן על הילקוט. ואף שבמכילתא שלפנינו ליכא האי דרשא, כבר מצינו כמה וכמה מכילתות שהביאן הילקוט, ואינן במכילתא שלפנינו. אמנם מצאתי שכן מובא במכילתא דרבי ישמעאל, (משפטים, מסכתא דכספא פר' יט) שהדברים הובאו שם: "לא תהיה לו כנושה. לעני שעמך לא תהיה לו כנושה, אבל היה לעשיר כנושה".

ב. בספק אם יש לו נכסים

וגדר הלכות בזה, מצאנו בכסף הקדשים צז,ב, ויש בדבריו הרבה פרטי הלכות ודו"ד. בתחילה כתב, דאף שהוא דררא דאורייתא, מ"מ יש בזה קולא, כי בחינת נושה הוא בע"ח דוחק הרבה, והזהירו חז"ל שלא לתבוע כשיודע שאין לו לשלם, אך עצם האיסור מהתורה הוא כשדוחקו הרבה, שזה מהות המילה "נושה". שכיון שהשמיענו הי"ת שלא להתאכזר על הלוח להכנס לביתו לעבוט עבוטו, נכון לעשות משמרת מדרבנן, שלא לתבעו ביותר בזמן שהוא יודע בודאות שאין ללוח לשלם. וכאשר הוא מסופק אם יש לו, לכאורה נכון לזרז הלוח ולתבעו, לקיים מצות פריעת בע"ח, ואף בבי"ד בחזקה, מ"מ אם לפי האומדנא יודע שאין לו, קבעו חז"ל שלא יתבענו, ואמרו גם שנכון שלא יתראה לפניו באופן שיצטער, דאם אין לו לשלם, אינו בבחינת לוח רשע ולא ישלם, ובודאי ישלם כשיהיה לו, וכשמעכב הפרעון מחמת שאין לו, אינו בבחינת רשע. וכתב הכסף קדשים דזה ליתא, דאם יודע ע"פ אומדנא שאין ללוח לשלם, אסור מהתורה לתבעו, ורק לעבור לפניו הוא איסור דרבנן. והאיסור לעבור לפניו הוא בידע ודאי שאין לו. אולם מהמשך דבריו נראה שגם לענין תביעה, אין איסור אלא בידע ודאי שאין לו או מוחזק שהוא עני ואין לו: "ולזה לא שייך בזה ספק דאורייתא לחומרא, שיחשוש אולי אין לו, כיון שכתוב בתוה"ק מפורש שכשהוא עמך בגדר עני ודאי, אז לבד הוא האיסור ... מבואר שלא תחשוש כי אם אחר שידוע לך ודאי היתו עני". עוד כתב בכסה"ק, דיש בזה חזקה שיש לו, כיון שאסור ללוח לאבד ממון ההלואה, יש להעמיד הלוח בחזקת כשרות שלא איבד הממון: "ואיסור זה לא שייך כי אם כשתובע גם שיודע שאין לו מאומה, לא שום מקרקעי

ולא שום מטלטלין בשום מקום, והיינו כפי ההלכות דסדר בעל חוב, שכל שלפי סדר זה אין בידו לפרוע כלל, אז אסור לתבעו, משא"כ לעשות סדר בע"ח, יש לו לתבעו. וכשתובעו והוא נשבע שאין לו, אז מגלגל עליו שבועה אעתיד לשלם כשיהיה לו, ואין זה בכלל נושה, כיון שאינו לוחצו בזמן שאין לו כדי לשלם או ע"י שעבוד עבודה קשה, או כשהתביעה היא רק קנטור בעלמא, משא"כ בזה שתובעו שכשיהיה לו ישלם לו, שאין זה גדר נושה כלל. וכן בחובות שאינם ע"י מלוה רק ע"י שכירות וכד', לא שייך איסור זה, ואולי מכל מקום נכון להזהר".

וכן יש לדייק מדברי הרמב"ם, ממש"כ הרמב"ם במלוה ולוה אב הנ"ל: "כל הנוגש העני והוא יודע שאין לו מה יחזיר לו", הרי דוקא ביודע שאין לו. ועיין שו"ע הרב (הלואה ס' ב), שהוסיף על דברי הרמב"ם וכתב: "והוא יודע שאין לו מה יחזיר לו, לא מעות ולא מטלטלין". ומ"מ מבואר דרק אם יודע בודאות, ואפשר גם בדרך אומדנא, שאין ללוה, עובר בלא תהיה לו כנושה, כשתובעו לשלם. אולם תביעה שישלם כדרך שמסדין לבע"ח, כיון שאינו תובעו לשלם בדרך שעבוד ואכזריות, אין בזה איסור. ומש"כ בכסף הקדשים לחלק בין הלואה לשאר חובות, נראה שלמד כן מדיני שמיטת כספים, אך נראה שאין לדמות מילתא למילתא, ואף כסה"ק לא ס"ל כן להלכה, וכתב דנכון להזהר.

ובמנחת חינוך (מצוה סז) כתב בתחילה שאף אם הוא מסופק אם יש לו, יש להחמיר ככל ספק איסור דאורייתא, ולא לתבעו. אולם בהמשך דבריו כתב שיש להקל בזה, דאפשר דהתורה לא אסרה כלל באינו יודע, כי אין אדם יודע מטמונותיו של חברו, וא"כ ברוב לא יתבענו, ע"כ אין איסור כלל רק ביודע שאין לו. ודייק כן מדברי השו"ע צ"ד, שהם דברי הרמב"ם, דדוקא ביודע שאין לו ותובעו, עובר בלאו. ומשמע דבאינו יודע, אינו עובר בלאו. ונראה דאם כך היא האומדנא של המלוה שאין ללוה, אסור לו לתבעו, וה' יראה ללבב.

ולכאורה יש להביא ראייה מדברי הרמב"ם הל' מלוה ולוה ב,א שיכול לתבוע חובו, בספק אם יש ללוה לשלם, וז"ל הרמב"ם: "דין תורה שבזמן שיתבע המלוה את חובו, אם נמצאו ללוה נכסים, מסדין לו ונותנין לבעל חובו את השאר כמו שביארנו, ואם לא נמצא ללוה כלום או נמצאו לו דברים שמסדין לו בלבד, ילך הלואה לדרכו...". מבואר מדברי הרמב"ם שאם לא נמצא ללוה כלום, ילך הלואה לדרכו, הרי שאין איסור בעצם התביעה גם בספק אם יש לו, דבזה יש להעמיד דברי הרמב"ם. וכן נמצא בפסד"ר (כרך י עמ' 164, מהגרש"ב ורנר, הגר"ש טנא, הגר"י אפשטיין), שזכותו של המלוה לתבוע מהלוה את חובו גם אם לא יודע בודאות שהלוה יש לו ממה לשלם, כי התורה לא שללה מהמלוה את הזכות לתבוע חובו, אמנם אם

הלוח טוען שאין לו, אין מחייבין אותו להביא ראיה על כך הואיל ונאמר לא תהיה לו כנושה. דדוקא אם יודע שאין לו אסור לתבוע, אבל כל עוד שאינו יודע את מצבו של הלוח, מותר למלוח לתבוע את חובו.

ויש לדון אם איסור זה שייך בזמה"ז, כאשר אין כמעט מציאות של לוח שאין לו מטלטלין או מקרקעין, ובדר"כ יודעים להעלים ולהראות כביכול אין לו דבר. וראיתי לגר"ש וואזנר זצ"ל (שבט הלוי ח"י רסז) שדן בשאלה זו, והביא שם את המנ"ח וכסף הקדשים שבספק יכול לתבוע, ועצם הלשון של החינוך (מצוה סז), דרק בתבועו כדי לצערו אסור מהתורה; "משמע דבספק מותר, דכדי לצערו כפשוטו לא משכחת לה רק בודאי אין לו, א"כ לאיזה תועלת תבועו כי אם לצערו, אבל אם תבועו בספק דילמא יש לו כדי להחזיר כספו, אין זה בדרך כלל ככוונת לצערו, וא"כ נפשטו ספיקותיו, דע"ד הרוב בזה"ז כמעט כולם רק ספיקות". ולפ"ז האידנא שכולם ספיקות, יכול לתבוע. אמנם נראה שאם אומדן דעת המלוח שאין ללוח, אסור לתבוע, וכמו שנתבאר לעיל.

והגר"מ שטרנבוך שליט"א (תשובות והנהגות ח"ב סי' תרצה) כתב ששמע מגדול אחד זצ"ל חידוש גדול, דכל התובע חוב, אין לו לחשוש שמא ללוה אין כסף ויעבור על לאו דלא תהיה לו כנושה, דכיון שיש לו דירה ששווה כסף, ומעיקר הדין היה עליו למכור דירה כזו כדי לשלם את חובו, יכול לתבוע. ולכאורה מה שמע מגדול אחד, הם הם הדברים הנ"ל, דאם יש לו מקרקעין, יכול לתבוע ואינו עובר על לא תהיה לו כנושה. אמנם הגר"מ שטרנבוך כתב שהוא מסופק מאוד בדין זה, דמי שאין לו כסף וצריך, אינו חייב למכור ביתו, וכמבואר במשנה סוף פאה, ויכול לקבל צדקה (עיין ש"ע יור"ד סי' רנג), וכן לענין האיסור לתבוע כשאין לו, אם תובע הבית יש להתיר, דבע"ח חמיר מעני ומחייבין אותו למכור ביתו, אבל כשתובע עכשיו כסף, ודוחק לשלם לו הכסף אף שאין לו, ראוי לחשוש שעובר על לאו כשאין ללוה כסף. ולכאורה כאמור, כל היכא שיש ללוה מעות או מטלטלין או קרקע, ודאי אין בזה איסור של לא תהיה לו כנושה, כנ"ל. ומה שהסתפק בתש' והנהגות, דאם יש לו מעות או קרקע שצריך כדי חייו, אינו בכלל יש לו, ואסור לנגשו. אמנם כבר כתב בכסף הקדשים, שאם תובע המלוח שיסדרו ללוה כדין מסדרין לבע"ח, אין בזה איסור של לא תהיה לו כנושא.

וע"ע בתש' והנהגות (ח"ה סי' שסח) שהקשה על נוהג העולם שמקילין בזה היום ולא חוששין ללאו דאורייתא של לא תהיה לו כנושה. וכתב לישב, דכיון שמסדרין ללוה ונותנים לבעל חוב את השאר, ובדרך כלל תמיד נשאר ללוה לשלם מלבד הסידור, ואם יש לו דירה בבעלותו או בדמי מפתח חייב למוכרה, לכן אינו

בבחינת אין לו. עוד כתב להקל, ומצאנו סברא זו גם בכסף הקדשים כנ"ל, שכל האיסור לתבוע כשאין לו הוא דוקא בהלוואה, אבל בפרעון עבור סחורה שקנה, לרוב הפוסקים מותר לדוחקו אף שאין לו, שלדבריהם הלאו ד"לא תהיה לו כנושה" מירי רק בהלוואה. ולכאורה צ"ב, היכן נמצא לרוב הפוסקים שפסקו להקל בשכירות ובהקפת החנות, ואף שלענין שמיטה יש חילוק בין הלוואה להקפת החנות, אינו דומה דין השמטת שביעית לאיסור דלא תהיה לו כנושה. ואף שהנתיבות צ"א, כתב ללמוד דין איסור מישכון מדין שביעית, דבהקפת החנות ובכל דבר המבואר בסי' סז לענין שמיטה דלא נקרא הלוואה ואינו משמט, הכי נמי אינו בכלל האיסור דלא תבוא אל ביתו. ואף דשם כתב הסמ"ע סז, וכו' טעם אחר בהקפת חנות, דלא שייך טעם זה באיסור מישכון, מ"מ התומים סז, וטו כתב דעיקר הטעם כמו שכתבו רוב הראשונים דאינה משמטת אלא הלוואת מעות, וטעם זה שייך גם באיסור מישכון. מ"מ גם הנתיבות כתב דמשום חומר האיסור אינו כותב זה למעשה. גם נראה דשאני איסור מישכון, שהתמעטו להדיא ענינים נוספים, כדאיתא בב"מ קטו, א: לביתו אי אתה נכנס, אבל אתה נכנס לביתו של ערב, לביתו אי אתה נכנס, אבל אתה נכנס לשכר כתף לשכר חמר לשכר פונדק לשכר דיוקנאות. ודברים אלה לא התמעטו בענין האיסור של לא תהיה לו כנושה, ולכן חלוק איסור זה מאיסור מישכון, ובודאי מהשמטת שביעית.

חידוש נוסף מצאתי בתש' והנהגות הנ"ל, לענין לתבוע פירעון של שיק שהחייב אינו מכבדו בטענה שאין לו. והביא דעת האגר"מ ששיק כגבוי ממש, שהרי משתמש בו מיד ומעבירו, ומדינא דמלכותא אי אפשר לבטלו, והוה כשטר ממרנ"י שלדעת הרבה מהפוסקים דינו כגבוי, וכשגובה המלוה, זוכה במה שהיה שלו עוד קודם הגביה. ולפ"ז אין איסור לתבוע את החייב, שאינו תובע פרעון הלוואה, רק הוי כעין מכר, שגובה מה שכבר מן הדין נחשב כשלו על ידי השיק שזכה בו. וגם לדעת הפוסקים ששיק הינו הוראה לבנק, יש בחתימתו על השיק גם משום התחייבות אישית חדשה לשלם, מלבד החוב גופא, והתחייבות אינה כמלוה. ויסוד דבריו מתיחס למש"כ לעיל, דדוקא בהלוואה שייך האיסור של לא תהיה לו כנושה, אמנם למש"כ לעיל, וכן נראה מדברי הכסף קדשים, ואף הנתיבות לענין מישכון, יש להחמיר בזה אף בשיק.

ג. כפיה במאסר באינו משלם מזונות

חיוב מזונות שסודר במסגרת הסכם גרושין, דינו כהתחייבות, ולפ"ז לדעת הגר"מ שטרנבוך שליט"א כנ"ל, יש להקל בלא תהיה לו כנושה, שחל רק על הלוואות. והבאתי לעיל שהאחרונים, כסף הקדשים והנתיבות, הסתפקו בזה, וגם נראה שיש לחלק בין שמיטת כספים ואיסור מישכון לבין האיסור של לא תהיה לו כנושה, וכמש"כ לעיל. ולכן נראה דמצד זה אין להקל. כמו כן אם המזונות נקבעו בפסק

דין, לכאורה בזה לדעת הגר"מ שטרנבוך הנ"ל בענין שיקים, כיון שדינו כגבוי לענין שמיטת כספים, הוא הדין לענין איסור זה, דלענין שמיטת כספים נפק בשו"ע חו"מ סז,ח: "תבעו ממון וכפר, והביא עדים וחייבוהו בית דין וכתבו לו פסק דין, הוי כגבוי ואינו משמט". ולכאורה אינו ענין לאיסור לא תהיה לו כנושה, וכמש"כ לעיל. אולם אם מסופקים אם יש לו ממון או לא, דעת הפוסקים להקל, ואם אכן אומדן דעתה שיש לו ממון ומסתיר הממון, יכולה לנגשו.

ולענין מאסר חייב, ענין זה של מאסר גופו נדון בראשונים בהתיחסות למאסר מי שחייב ממון ואין לו לשלם. הרא"ש בתש"ס, ח"י דן בספקם של חכמי ברגש; "אם יהיה רשאי שום יהודי מוציא שט"ח על יהודי אחר לתפוס גופו בכח אותו שט"ח". ודעת הרא"ש שאין המלוה רשאי לתפוס גופו של הלוה ולהשתעבד בו או למכרו בעבור חובו, דדוקא לענין גניבה התירה התורה מכירתו; "וא"כ למה יתפסוהו, להשתעבד בו אינו רשאי, ליסרו אינו רשאי". וכך פסק המחבר בשו"ע חו"מ צז,טו.

אמנם הריב"ש בתש' (סי' תפד) התיר לאוסרו, וז"ל: "ובאמת כי בעירנו זאת נוהגין הדיינין לתפוש הלוה בגופו כשנתחייב כן (כשהתחייב לשלם בתפיסת הגוף), והוא מצד תקנת הקהל. ועוד תקנו הקהל, שאף בלא חיוב יתפש כל אדם על כל תביעה שיתבעוהו, או יתן ערבים על התביעה הנקרא קיום ב"ד. ואני רציתי למחות בידם על התקנה ההיא, באשר היא שלא כדין תורתנו, ואמרו לי כי זו תקנת השוק מפני הרמאין ושלא לנעול דלת בפני לוויין, והנחתים על מנהגם. ומכל מקום אפשר לומר שאם הלוה מוחזק שיש לו מטלטלין ומבריחן, אפשר לב"ד לכופו ולאוסרו וגם להכותו בגופו...". מבואר דבזמן הריב"ש היתה תקנת הקהל לאסור חייבים, ורצה הריב"ש למחות בתקנה זו, אך הואיל והתקנה היתה מפני הרמאים, הניח אותם הריב"ש על מנהגם. ואפשר דהריב"ש לא השלים לגמרי עם התקנה ולא עם הפסיקה, דהיינו שלדיינים מותר לאסור אך לתקנה עצמה התנגד. או דס"ל דעונש מאסר אין דינו כמלקות, ושרי אפילו בתקנה שאינה הוראת שעה, אלא דס"ל דעדיין עונש זה חמור באופן יחסי למעשה של אי פרעון חוב. ומהמשך דבריו שכתב דכאשר מבריה נכסיו "אפשר לבית דין לכופו ולאוסרו וגם להכותו בגופו", נראה שדימה את עונש המאסר למלקות (כן נראה בפשטות, אף שאפשר להסביר גם לאידך גיסא - דלא זו אף זו, מ"מ טפי נראה שדימה העונשים להדדי), וא"כ צ"ל דלא ניחא ליה לריב"ש לא במה שענשו לצורך שעה אלא בתקנה שעשו. וממשיך הריב"ש בתשובתו: "אבל לכ"ע בפריעת בע"ח מצוה איכא, ואי אמר לא בעינא למיעבד מצוה וא"א לב"ד לירד לנכסיו, בודאי מכין אותו עד שתצא נפשו". דכאשר הלוה אינו רוצה לפרוע, מלקין אותו מדין כופין על המצוות, והיינו מעיקר הדין ולא מן התקנה, משא"כ באין לו לשלם, שאין בזה דין של כופין על המצוות, נראה דלא רק מדינא

אי אפשר לכופו אלא אף מן התקנה. ואין לומר דכל דברי הריב"ש לעיל מינה איירי באופן שהלוה לא רוצה לשלם אף שיש בידו, דא"כ מדוע רצה למחות בידם. אלא נראה דהתקנה היתה באופן שלא ידוע היה אם יש בידו לפרוע אם לאו, וע"כ אין כאן עיקר דין כפיה.

אולם אם ידוע ודאי שאין לו לשלם, אסור לאוסרו, כן כתב הריב"ש בהמשך התש' הנ"ל: "אבל אם הלוה עני ואין לו מה לשלם, הדבר ברור שאסור לתפשו בגופו ולענות נפשו, ואף אם נתחייב בזה בשטר, והיה התנאי מועיל מן הדין, שהרי אפילו לעבור לפניו כדי לביישו אסור, כדאמרינן בפרק איזהו נשך (ע"ב): מנין לנושה בחברו מנה וידוע בו שאין לו, שאסור לעבור לפניו, ת"ל: לא תהיה לו כנושה. ואיך יהיו ב"ד נזקקין לסייעו בדבר האסור. וכ"ש שאין התנאי מועיל בכיוצא בזה כמו שכתבתי למעלה. ואיני רואה שום צד אחר שיהיה מן הדין לתפסו בגופו, כיון שאין לו מה לשלם, אלא אם כן נשבע לשים עצמו בבית הסהר ושלא לצאת משם עד יפרע חובו". ולפ"ז יצא דכל זה בידוע שהוא עני ואין לו לשלם, אולם כשמסופקים אם יש לו לשלם, יכולים לכופו אף בדרך מאסר.

ומדברי רש"י (פסחים צ"א, ד"ה בית האסורין) מוכח שבזמן שבית המקדש היה קיים, היו אוסרים על אי תשלום חוב, וז"ל: "כגון לכופו להוציא אשה פסולה או לשלם ממון". משמע שהמאסר היה מדין כופין על המצוות. ומהרב המגיד (מלוה ולוה ב"א) ס"ל דאין לאסור מי שאין לו לפרוע חוב, וז"ל: "זה פשוט שלא מצינו בשום מקום חיוב גוף מתמת ממון ולא שבועה שאין לו". ודברי הרב המגיד מתיחסים למש"כ הרמב"ם שם דאין אוסרים את הלוה אם לא נמצא לו לשלם. ומבואר דס"ל לרב המגיד דעונש מאסר הוא עונש גוף, וע"כ אין נותנים על הלוה עונש גוף בעבור ממון, ולפ"ז לכאורה אין לתקן תקנה לדורות בעונש מאסר. אמנם בפלפולא חריפתא פ"ה דב"מ (על הרא"ש הל' לח אות ב) הביא דראוי לתקן תקנות לפריעת בע"ח אפי' שלא מן הדין, וכגון לתפוס גופו במאסר, ואף בחוב עיסקא שיש למלוה רוח שייך הטעם שלא תנעול דלת בפני לוויין. הרי דשרי לתקן תקנות של מאסר. וע"ע בחקקי לב חח"מ סי' ה' דישי לשים מסרב בבית האסורים, דעדיפא ממכין אותו עד שיאמר רוצה אני, ועיי"ש באיזה בית סוהר יש לאסרו, צר או מרווח. ומ"מ משמע דעדיפא ממלקות.

[ומצאנו בראשונים שהענישו בעונש מאסר, אך בנידון שם היה המאסר לצורך שעה. כך מוצאים אנו בתש' הריטב"א סי' קנט, וז"ל: "הסכימו הקהל יצ"ו והתקינו תקנה על יצחק ב"ר אברהם מדרו ועל אברהם בן יוסף בן פלאס, שנמצאו בבית הכנסת הגנה בדרוקה בלילה בעוד שישנים הקהל על מיטותיהם, והתחילו לשבר דלתות

ההיכל אשר בתוכו ס"ת כדי לגנוב הכסף שעליהן, ושמדו אותם במשמר וברחו שניהם מן המשמר". ומבואר שם בריטב"א שעשו הקהל תקנה שלא ידורו הגנבים חמש שנים בדרוקה, עיי"ש. וכך כתב הריטב"א בסי' קעט בענין אחד שרוצה לשאת אשה האסורה לו מדברי סופרים, ומאים שאם לא יתירו לו הקהל לשאתה, ישתמדו הוא והיא. והשיב הריטב"א לא להתיר להם להנשא. ומה שמאים שישתמדו, כתב הריטב"א: "ואף על הדיבור הרע שמוציא מפיו, ראוי ליסרו ולתתו בבית האסורים או בשאר מיני יסורין לפי ראות בית-דין". וע"ע בריב"ש סי' רנא מש"כ בענין עונש מאסר ועונשי גוף אחרים.]

והתומים צו"ג, הביא דברי הראשונים הנ"ל לענין כפיה בתשלום חוב במאסר, וכתב: "ובזמננו פשוט המנהג שחובשין ללוה כשאין לו לשלם ואין מוחה, ואולי הכל בחזקת שמבריחים נכסים, וצ"ע כי אין להם על מי שיסמכו". ולכאורה התומים מיירי בידוע שאין לו, ורק מחמת החזקה שכולם מבריחים נכסיהם, רוצים לאסרו, ועל זה כתב התומים שאין להם על מה שיסמכו, אבל במקום שיש ספק אם יש לו או אין לו, והספק הוא אמיתי ונכון, מחמת התנהגותו וכד', לכאורה כמו שאינו עובר על לא תהיה לו כנושה, יהיה מותר לאסרו.

ובפר"ד (כרך י עמ' 164 ולהלן, הנ"ל), אף שהביא דבספק אם יש לחייב נכסים יכול לתובעו, מ"מ לענין מאסר כתבו דאין להקל אא"כ ידוע שאין לו, דרק אם הוחזק רמאי ודרכיו מקולקלין והרי הוא אמיד שיש לו ממון וטוען שאין לו כלום, יש לכופו באמצעי כפיה, אך במקום שיש ספק אם יש לו, אין לכופו באמצעי מאסר וכדומה, ועל זה נאמר לא תהיה לו כנושה. ואף שהלאו לא תהיה לו כנושה מוסב בין על תביעת החוב כשאין ללוה לשלם ובין על צורת הכפיה לשלם החוב, קיימים הבדלים ביניהם, ולא הרי תביעת חוב ללא אמצעי כפיה, כהרי תביעה בנקיטת אמצעי כפיה, הגם שלא שללה התורה זכות מהמלוה לתבוע את החוב מהלוה, באשר זאת היא הדרך הרגילה והצורה המקובלת, ועל מנת כן ניתנה ההלואה שהמלוה יתבע את כספו, ועל הלוה להענות בתשובה משכנעת אם יש לו לשלם או אין לו. ואם המלוה יודע שאין ללוה לשלם, אם תובעו הרי הוא מתכוון להציקו, על זה נאמר לא תהיה לו כנושה. אך בנוגע לנקיטת אמצעי כפיה, מאחר שהלוה טוען שאין לו ממה לשלם ואנו רוצים לכופו על ידי מאסר או בדבר הדומה לכך, עלינו לברר מראש אם אמנם יש לו לשלם והוא משתמט, כי אין להטיל עונש על גופו כל עוד שאנו מסופקים שמא הנכון כדבריו שאין לו ממה לשלם. וזו היא כוונתו של התומים (צו"ג הנ"ל) שסיים את דבריו, ואולי הכל בחזקת מבריחין נכסים ואין להם על מה שיסמכו, שאין להטיל עונש ולעבור על לא תהיה לו כנושה, אם לא ברור הדבר שהברית הלוה את הנכסים. והביאו שם מדברי הטור חו"מ סי' צט, דאם נסתפקו

בי"ד בענין הלוה ועסקיו, יש להם לדרוש אם רמאי הוא. דיש לדרוש ולחקור היטב אם מתכוון הלוה להשתמש בהברחת הנכסים, ואם יבורר שיש לו, מותר להשתמש באמצעי כפיה של מאסר.

ובהמשך הדברים התיחסו לענין כפיה במאסר של החייב במזונות: "הנוהג המקובל בבתי הדין לפסוק מזונות לאשה ומזונות לילדים, ועם מתן פסק דין על ידי בית הדין הוא עובר לביצוע על ידי הוצאה לפועל, וזו האחרונה משתמשת באמצעי כפיה על ידי מאסר ופסק הדין. ביה"ד יודע מראש שפסק דינו עלול להיות גורם למאסרו של הנתבע, ואינו נרתע במתן פסק דין, למרות שלא חקר על יכלתו של הנתבע לעמוד בחיובו, וכמו שהעיר התומים, שאין לנו אסמכתא בהלכה להושיב במאסר על אי קיום פסק דין, כל עוד שלא הובררה אפשרותו של הנתבע לשלם את החוב. אמנם יש להצדיק נוהג זה שאינו סוטה מהלכה כלל וכלל, ובמיוחד כשהענין נוגע למזונות אשה והילדים, שבדרך כלל ביה"ד חוקר על מקום עבודתו והתעסקותו של הבעל, שזה משמש כקנה מידה לחייב את הבעל במזונות בני ביתו, וברוב מקרים ראש המשפחה מועסק בעבודה המאפשרת לו לפרנס את התלויים בו, ועל כן כשאינו משלם יש לראותו כמשתמש מתשלום החוב שעליו. ואמנם אין ביה"ד מתעלם ממקרים שהבעל סובל ממחלה או מחוסר עבודה שאין לו אפשרות למלא את חובותיו כלל וכלל, אבל כאמור עומד ראש המשפחה בתור שכזה שיכול לפרנס, ונטל ההוכחה מוטל עליו שהנו מחוסר אמצעים למלא את חובותיו כלפי בני ביתו. (וראה בהתורה והמדינה כרך ז' א' עמוד קל"ב שמובא בשם נתיבות המשפט, כל שאינו עני מקרי אמיד לגבי מזונות בניו)". ולפ"ז כל עוד לא הוכיח שאינו יכול לפרנס ואין לו לפרנס משפחתו, ניתן לכופו במאסר לשלם חיובו. ובפרט בנדו"ד שהאשה טוענת שיש לו לשלם, חזקה כיום שיש לכל החייבים לשלם, ורק מנסים להתחמק מתשלום מזונות שחויבו בהם. גם כל חיוב מזונות שהתחייב, מקבל בביה"ד תוקף של פסק דין, וע"כ יש עליו חיוב לשלם לא רק מכח התחייבותו אלא לקיים פסק דין שפסקו את חיוב המזונות שהתחייב וכנ"ל, לכן נראה שאין מניעה לכופו במאסר, אם אכן נראה שזה נועד כדי לגרום לו לשלם חובו, ולא כמטרה בפני עצמה להקניטו ולהטרידו באמצעים של כח.

לאור האמור לעיל, כל עוד מסתפק המלוה, ובודאי אם סובר שיש לו, אין מניעה לתובעו. ויש צד להקל כשחוב זה אינו מחמת הלואה, הגם שנראה שאינו טעם נכון בפני עצמו. כמו כן יכול לכופו במאסר על תשלום חוב מזונות, אם נראה שיש לו לשלם, דחזקה שיש לו לשלם חוב המזונות, אא"כ נראה לביה"ד שאין לו לשלם.

סימן לח

חיוב בעל בקבורת אשתו

ראשי פרקים

א. קבורתה תחת ירושתה, כשאין לה נכסים

ב. כשמסתלק מהירושה

ג. חיוב קבורה לפי כבודה וכבודה

זוג שנישא בזיווג שני בגיל מבוגר, ועובר לנישואין עשו הסכם ממון, ובו כל אחד נשאר בזכויות והרכוש שהביא מלפני הנישואין, וכן כ"א ויתר על זכות ירושת השני שיפטר מהעולם לפניו. בני הזוג נישאו והתגוררו בארה"ב. האשה נפטרה, וילדיה הביאוה לקבורה בארץ ישראל. עליות הטיסה, ומקום הקבורה, וליווי קרובים, שהייה במלון וכו', היו גבוהות ביותר. נשאלתי, האם יש לחייב את הבעל בהוצאות הנ"ל. לדברי ילדי האשה, הם פנו לילדי הבעל, שטענו הואיל והוא הסתלק מעזבונו, אין הוא חייב בהוצאות הנ"ל, מה עוד שאינו חייב בהוצאה לקבורה באר"י, בודאי לא בחלקה יקרה, וכן בהוצאות נלוות של שהייה במלון וכו'. מנגד טוענים ילדי האשה, כי מאחר ולבעל יש יכולת כלכלית, וגם האשה בני משפחתה נקברו באותה חלקה באר"י, וכך נהגו אלה שהיו בחו"ל להביאם לאר"י, ואף הבעל רכש חלקה באר"י בחלקת שומרי תו"מ, הרי שחייב לשלם את הוצאות הקבורה.

א. קבורתה תחת ירושתה, כשאין לה נכסים

איתא בכתובות מז"ב: תנו רבנן, תיקנו מזונותיה תחת מעשה ידיה וקבורתה תחת כתובתה, לפיכך בעל אוכל פירות. פירות מאן דכר שמייהו. חסורי מחסרא והכי קתני, תיקנו מזונותיה תחת מעשה ידיה, ופירקונה תחת פירות, וקבורתה תחת כתובתה, לפיכך בעל אוכל פירות. ובבאור כתובה שתחתיה תיקנו קבורתה, פירש רש"י וז"ל: "תחת הנדוניא שהכניסה לו, והיא כתובה בשטר הכתובה, והוא יורש". הרי שמירי לענין ירושת הנדוניא ולא למנה מאתיים, עיקר הכתובה, שנפטר מתשלום במיתתה. וכן פירשו התוס' שם (ד"ה וקבורתה), דהכונה לנדוניא, ואין לפרש תחת מנה ומאתים, והוכיחו מדין ארוסה, דארוסה אין לה קבורה (כתובות נג,א), אף שמנה מאתיים יש לה (עיי' גם ברא"ש כתובות ד,ד), כיון שאין לה נדוניא, אינו חייב בקבורתה. ומוכח שדין כתובה שתיקנו הוא קבורה תחת כתובה, הוא תחת נדוניא. וכן כתב הרשב"א שם בסוגיא, והביא ראיה מארוסה. וכן מבואר בתוס' ב"ב מט,ב ד"ה ה"ג.

וכן מבואר בשטמ"ק בסוגיא מתלמידי רבינו יונה, דקבורתה תחת כתובתה היינו נדונייתה, שהיתה הנדוניה ראויה להיות ליורשיה והוא זוכה בהם מיד כשמתה, ולכן תקנו שיהיה חייב בקבורתה במקומם. ואין לפרש תחת עיקר כתובתה, דכיון דעיקר כתובתה אינו ראוי להיות לקרוביה, שהרי בכתובה היה כתוב לכשתנשאי לאחר תטלי כתובתך, וזו כיון שמתה לא קרינן בה לכשתנשאי לאחר. וכוונת תלמידי רבינו יונה, דלא שייך שיתקנו תחת מנה מאתיים, דכיון שעיקר כתובה ותוספת לא תיקנו. ומש"כ בשטמ"ק שם בשם הר"ר יונתן הכהן: "וקבורתה תחת כתובתה, שמשתלק החוב מעליו", הכונה לחוב הנדוניה. [ומזה תימא על מש"כ הרדב"ז בת' ח"ד סי' רסה, וז"ל: "וא"ת, כיון שתקנו קבורתה תחת כתובתה והבעל יורש לבדו כתובתה, דהיינו עיקר ותוספת, עליו לקבורה, שמצינו ביבמה שמתה, יורשיה מאביה יורשין בנכסי מלוג שלה וחצי נכסי צאן ברזל, ויורשי הבעל יורשין כתובתה וחצי נכסי צאן ברזל, ויורשי הבעל חייבים בקבורתה, והיינו טעמא משום דיורשין כתובתה, והכא נמי לא שנא". וכן בח"ג סי' תרלג, דלדעת הרמב"ם ומקצת מפרשים, אין בכלל כתובה אלא מנה מאתים ותוספות לבד, אבל נדוניה אינה בכלל כתובה כלל, וא"כ מה שתקנו קבורתה תחת כתובתה הכוונה למנה מאתיים. ודברי הרדב"ז הם נגד הראשונים הנ"ל.]

ועיין בב"ש פט"א שפסק כדעת התוס', דקבורה תקנו חז"ל תחת נדוניה ולא תחת הכתובה, דהא ארוסה לית לה קבורה. ועיין בישועות יעקב פט"א שהקשה, דאפשר דהתוס' לשיטתם דארוסה יש לה כתובה, משא"כ לשיטת הרמב"ם (אישות י"א), שלא תיקנו לה עיקר כתובה עד שתנשא או עד שיכתוב, כיון שמעיקר הדין אינו חייב בכתובתה אא"כ יכתוב, לא תיקנו לה קבורה תחת הכתובה של מנה מאתיים.

ובשטמ"ק שם בסוגיא, כתבו נפק"מ בין שיטת רש"י, שכתב תחת נדוניה שהכניסה לו, לתוס' שהביאו ראייה מארוסה, באופן שלא הכניסה לו נדוניה, דלרש"י כיון דכבר תיקנו תחת נדוניה, ממילא גם בלא הכניסה לו דינה כן, משא"כ לתוס', אם לא הכניסה לו נדוניה, דינה כארוסה. עוד פירש, דההסבר ברש"י דוקא תחת נדוניה, דאי תחת מנה מאתיים, לא נהנה מכלום, כיון שלא קיבל כעת דבר ורק לא החסיר מעצמו ממון, ולא הוי תקנה של זה תחת זה, ולכן דוקא נדוניה שמקבל כעת הנאה חדשה, בזה תיקנו תחת קבורתה. משא"כ לתוס' הוי בלא טעמא, אלא ראייה מארוסה. וז"ל השטמ"ק: "ולא הכי לא מצינן לפרושי דהיינו כתובתה ממש מנה מאתיים, דמשמע בעי להוציא עליה צרכי קבורתה תחת מה שהכניסה לו, ואי מנה מאתיים מדידיה יהיב לה, ומה הנאה הגיע לו ממנה ומה ירש ממנה עד שנאמר קבורתה תחת כתובתה. אבל התוספות ז"ל פירשו, דלא הכי לא מצינן לפרושי תחת מנה מאתיים, דהא אמרינן לקמן דארוסה אין לה קבורה, ע"כ. ואילו הוה אמרינן תחת מנה מאתיים, הוה לן למימר דארוסה נמי יש לה קבורה, דהא ארוסה יש לה כתובה, ומדאמרינן דארוסה

אין לה קבורה, ש"מ דאינו אלא תחת הנדוניא. ואילו לא הכניסה לו נדוניא, אפשר דאינו חייב בקבורתה דומיא דארוסה. ולפרש"י ז"ל, כיון שכבר תקנו זה תחת זה, אפילו לא הכניסה נמי הדין כך". ולכאורה היה נראה לומר, דאף שהתוס' הביאו ראייה מארוסה, אין זה הטעם אלא הראיה, ובטעמא לא פליגי על רש"י, וממילא כיון דכבר תיקנו, אף בלא הביאה עמה נדוניא, חייב בקבורתה, ודומיא דמעשי ידיה תחת מזונות, דאף באינה עושה מחמת אונס וכד', חייב במזונותיה.

וכן נראה להוכיח מהא דחייב בפדיונה אף באשה שלא הכניסה לו נכסי מלוג, או נכסי מלוג שאינם עושים פירות, ממש"כ הר"ן (כתובות יז, א מעמוה"ר), לענין שאין האשה יכולה לומר איני נותנת פירות ואיני נפדית: "ועוד, שאם אתה אומר שומעין לה, מה הועילו חכמים בתקנתן שתקנו לו פירות שכל הנשים כשיהא להם פירות יהו אומרות כן, וכשלא יהא להם פירות נחייב את הבעל לפדותן, ולקתה מדת הדין בכך". ומבואר דכשלא יהיה להם פירות, חייב בפדיונה, ולכן לקתה מידת הדין, שאם אינו חייב בפדיונה, לא לקתה מידת הדין, ויכולה לומר כן לטעם זה. וכן מבואר בדברי הריטב"א ביבמות לח, ב: "ונראה דאע"ג דתקנו פירות תחת פירקונה, ואין היבם חייב לפדותה, מ"מ כיון שזכה הבעל בנכסים לגופא ולפירי מחיים, והיבם הזה מכחו הוא זוכה בהם, הרי דינו בהם כמו שזוכה בהם מכחו, כי תקנה תקנו חכמים, וכשם שהוא חייב לפדותה אע"פ שאין לה נכסים, כך אע"פ שכשמת נפטר מפירקונה, לא נפקע זכותו אפילו בפירות מנכסים להעמידו בחזקת יבם, כמה שמעמידו לענין גופא". ומבואר דעיקר התקנה אף בלא הכניסה האשה נכסים לבעל.

וכן מבואר בדברי הב"ח (אהע"ז סי' עח) לענין פירות נכסי מלוג. הב"ח הביא דברי הרא"ש כתובות ד, כב, דכבר נתחייב בפירקונה בשביל פירות שאכל עד היום הזה, ופירש הב"ח דדבר ההווה תפס בלשונו ושרגילות הוא שאכל פירות משעת נישואין, אבל ודאי הוא הדין אפילו לא אכל כלל, כיון שהיה אוכל אם היה שם פירות, כבר נתחייב בפדיונה משנשבית מתנאי ב"ד. ועיין גם בלבוש אהע"ז סט, ה.

וכן נמצא במאירי בסוגיא, דאף אם לא הכניסה לו דבר ואין לה כתובה, מ"מ חייב בקבורתה, וכן הדין בפירות נכסי מלוג, שאף אם אין לה פירות נכסי מלוג, חייב בפדיונה, וז"ל: "וזהו שאמרו תקנו מצוי למצוי, ר"ל מעשי ידיה תחת מזונות, וכן שאינו מצוי לשאינו מצוי, ר"ל פירקונה תחת פירות, כלומר שאינם מצויין ושאיפשר שאינם לעולם, וכתובתה תחת קבורה שאינן מצויות אלא שעל כל פנים עתידים לבא, ומאחר ששתי התקנות שוות הם זוכין זה בזה אף במקום שאין האחרת מצויה, כגון שאע"פ שאין לה כתובה חייב בקבורתה, וכן אע"פ שאין לה נכסי מלוג שיהא הוא אוכל פירות, חייב בפירקונה, ואע"פ שאומרת איני רוצה בפדיוןך, לעולם הוא זוכה

בפירות, וכן כל כיוצא בזה". ומבואר שאפי' לא הכניסה לו נכסי מלוג ואינו יורשה, מ"מ חייב בפדיונה ובקבורתה, שכך היתה תקנת חכמים.

וכן הביא בתשב"ץ (ח"ב סי' קיא) מהירושלמי, שהאשה שאין לה כתובה, הבעל חייב בקבורתה (עיין בירושלמי יבמות ד,ג). וכן כתב להדיא הרדב"ז (ח"ג סי' תרלג) לענין אשה שמתה ולא השאירה נכסי מלוג או צאן ברזל, אם הבעל חייב בקבורתה. והשיב הרדב"ז דכופין את הבעל לקבור אותה, לא מפני הירושה אלא מפני התקנה: "ומה שאומרים תקנו קבורתה תחת כתובתה, הוא הטעם לתקנה, אבל תקנה כללית היתה לכל הנשים שהוא ראוי לירש אותה אם היו לה נכסים, ולא תלו התקנה בירושה אלא טעם נתנו לעיקר התקנה, וכן הם כל תקנת חכמינו ז"ל, אע"ג דנסתלק הטעם שבשבילו תקנו, לא נעקרה התקנה, וזה ברור מאוד". הרי דחייב בקבורתה אפי' לא הכניסה לו דבר ואין לו מה לירש אותה.

ומינה נלמד דאף אם לא הכניסה לו נדוניא, שחייב בקבורתה, שזו היתה התקנה, דכיון שאילו הכניסה לו נדוניא היה זוכה בנדוניא וחייבוהו בקבורתה, תיקנו חיוב קבורה בכל ענין. וכן כתב להדיא מהרי"ל בתש' (סי' סא) לשיטת התוס', דאפי' לא היו לאשה נכסי מלוג, לא נפקעה תקנת קבורתה; "דאם כן מי שפסק להכניסה ערומה, מי לא חייב בקבורתה. אלא לא פלוג רבנן בתקנתא, אע"ג דעיקר תקנתם משום נדוניא וכתובה, כדמוכח בתוס' פרק נערה ...", ומבואר שאף לתוס' חייב בקבורתה אפי' לא הכניסה נכסים שאוכל מהם פירות. ודברי מהרי"ל הביאם הב"ש פט,א, עיי"ש. ובח"מ שם פט,ד, דייק ממש"כ המחבר בשו"ע: "אלמנה, אינה נקברת מנכסי בעלה, אלא יורשי כתובתה חייבין בקבורתה", דמלשון זה משמע שאם היא ענייה ואין לה כלום להוריש, אין חייבים בקבורתה רק נקברת מן הצדקה. אך כל זה לכאורה לענין אלמנה ולא לענין בעל, דבסע' א בשו"ע לא נקט כלשון זו. ובסוף דבריו הביא הח"מ את דברי מהרי"ל, דמי שפסק להכניסה ערומה, מי לא חייב בקבורתה, אלא לא פלוג רבנן בתקנתם. ומשמע דאף לענין יורשיה הדין כן.

ומצאנו לענין אחר, כשהבעל אינו יורש את אשתו, כשנפטרה שנה אחר הנישואין, דמתקנת שו"ם אינו יורש את נדונית אשתו, עיין תוס' כתובות מז,א-ב (ד"ה כתב), תרומת הדשן (סי' שכא), וברמ"א אהע"ז נג,ג. וברמ"א אהע"ז נה,ה, על דברי המחבר דארוסה שמתה, אינו יורשה, ואינו חייב בקבורתה, אלא אביה יורשה ואביה קבורה, כתב הרמ"א מסברת עצמו: "והוא הדין אם נשאה במקום שלא זכה בנדוניא". ובח"מ שם ס"ק יז כתב, דמיירי באופן שהנדן בבית אביה לדעת ר"ת, או כשצריך להחזיר הנדן תוך שנה ראשונה מצד תקנת שו"ם. ובשנה שניה נראה דהקבורה מוטלת על שניהם, מאחר שאביה ובעלה חולקין הנדן. ועיי"ש בב"ש ס"ק יא ובפת"ש ס"ק

ה שחלקו על הח"מ לענין שנה שניה שיורש מחצית, דאם הבעל יורש קצת, חייב בקבורתה. ומ"מ מבואר דכשאינו יורש כלום, אינו חייב בקבורתה.

ולכאורה יש לעיין, מדוע כשלא הכניסה לו כלל נדוניה, חייב בקבורתה, וכשחוזרת הנדוניה לאב, פטור מקבורתה, דהרי הטעם שחייב בקבורתה כשאין לה נדוניה, כמש"כ הרדב"ז, וכן מוכח בראשונים ובפוסקים לעיל, דלא תלו התקנה של קבורתה בירושה אלא נתנו טעם לעיקר התקנה, ואף כשאינו יורשה הדין כן. ובזה י"ל, דודאי כשיש ירושה ואינו זוכה, לא תיקנו חכמים. או י"ל, שכך היתה תקנת שו"ם, שלא ירש את אשתו בשנה הראשונה ולא יקבור אלא היורש. ועיין חזו"א אהע"ז סג, מש"כ דכנגד שעור הקבורה, אין אומדנא שהאב לא נתן על דעת שתמות בשנה הראשונה, וכיון שאין נותנים לבעל חלק זה נגד קבורתה, אף שחלק זה שכנגד קבורתה היה צריך לירש, לכן אינו קבורה, אלא אביה היורש חייב לקברה, לפי כבודה וכבוד בעלה, עיי"ש.

ג. כשמסתלק מהירושה

בדין סילוק הבעל מירושת אשתו, בכתובות ר"פ הכותב (פג,א) נחלקו ת"ק ורשב"ג במי שמסתלק מנכסי אשתו "בחייך ובמותך", דלת"ק אם מתה אינו יורשה, ולרשב"ג יורשה, מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה. ובגמ' שם העמידו את המשנה בכותב לה ועודה ארוסה, כדרב כהנא, דאמר רב כהנא, נחלה הבאה לאדם ממקום אחר, אדם מתנה עליה שלא ירשנה. ושם בע"ב, אמר רב, הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה וכו'. לכאורה אם קיי"ל כרשב"ג לא מהני כלל סילוק בירושה, אף אם הסתלק בעודה ארוסה. אמנם הרי"ף (מב,א בעמוה"ר) פסק: "אמר רב הלכה כרשב"ג, ולית הלכתא כוותיה, דקיי"ל דבר שבממון תנאו קיים". הרי דס"ל לרי"ף דכיון שטעמו של רב בגמ' שירושת הבעל דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, לא קיי"ל כוותיה. וק"ו למה דס"ל בטעמו של רשב"ג דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, לא קיי"ל כוותיה, דבממון תנאו קיים.

וכן היא דעת הרא"ש שם (בסוף ה"א): "ובירושלמי מוקי רב למתני' בכותב לה משנשאת ופליג אגמ' דידן. ועוד, מילתא דרב כהנא אזלא כת"ק אדם מתנה עליה שלא ירשנה, וכיון דליכא ראייה ברורה, אית לן למימר כל תנאי שבממון קיים". משתי סיבות סובר הרא"ש שיכול אדם להסתלק מירושת אשתו בעודה ארוסה, אף שבגמ' דידן קיי"ל כרשב"ג. דרב עצמו ס"ל בירושלמי דכולה מתני' מיירי משנשאת, ורק משנשאת קיי"ל כרשב"ג. וכן מילתא דרב כהנא בריש פירקין אזלא כת"ק ולא כרשב"ג. וכ"פ הרמב"ם (אישות כג,ה), וכן היא הכרעת הרמב"ן והרשב"א בסוגיין (עיין ברב המגיד שם).

אלא שבעל המאור (מב,א בעמוה"ר) חלק על דברי הרי"ף, וז"ל: "ולא כך נראה לנו, שאין לעקור תלמוד ערוך שבידינו מפני הירושלמי, ואע"ג דקיי"ל בעלמא תנאי ממון קיים, שאני הכא דירושה ממילא קא הויא ולא כל כמיניה דעקא לה. ור"ח כתב בפירושו והאריך בזה ויש לנו סיוע בדבריו". הרי שדעת בעל המאור דממון הבא לו ממילא, אין הוא יכול להתנות עליו, וס"ל דכן הוא דעת ר"ח. וכדבריהם הביא הטור (אהע"ז סי' צג) בשם ר"י. ודעת הב"ש (סי' צב סוס"ק יז) דיכול לומר קים לי כותייהו. לפ"ז אף אם יתנה בין ארוסין לנישואין לא יועיל להסתלק מירושת אשתו. אמנם אם עשו הסכם ממון התקף ע"פ ההלכה, דהיינו דרך של הודאת חוב/ התחייבות, יהיה תוקף לסילוקו מהירושה בכ"ע. והוא הדין אחר הנישואין לא מהני סילוק, וכמש"פ הרמב"ם בפכ"ג מאישות ה"ז והמחבר בשו"ע אהע"ז צב,ח. ועיין בר"ן ר"פ הכותב שכתב בטעם אי יכולת הסילוק אחר נישואין, דכיון שראוי לירושה בכל שעה, הרי זה כאילו כבר זכה בה, וע"כ אין מועיל סילוק אלא או מכר או מתנה. והראב"ד בהשגות (אישות, כגז), כתב דלא מהני סילוק מפני שהוא כקנין דברים, עיי"ש.

ובשו"ע אהע"ז טו,ו-ז, פסק, וז"ל: "התנה הבעל שלא יתחייב באחד מהדברים שהוא חייב בהם, או שהתנית האשה שלא יזכה הבעל באחד מהדברים שהוא זוכה בהם, התנאי קיים, חוץ מג' דברים שאין התנאי מועיל בהם, ואלו הם, עונתה, ועיקר כתובתה, וירושתה. זה שאמרנו שאין תנאי מועיל להסתלק מירושתה, היינו במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שאירסה, אבל במתנה עמה בעודה ארוסה, מהני". כל זה לענין הסילוק עצמו של הבעל, אך מבואר שם בשו"ע וברמ"א טו,ה, שכמו שאינו יכול לומר איני אוכל פירות ואיני פודיך, כך אינו יכול לומר שאינו נוטל ירושתה ואינו קבורה. ולפ"ז מה שיכול להסתלק מהירושה באופן המועיל, הוא רק באופן שנשאר עליו חיוב קבורה.

ומקור הדין והטעם שאינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות, מבואר בתוס' כתובות מז,ב (ד"ה זימנין, וכן הוא ברא"ש כתובות ד,י) בחילוק בין מה שיכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה, למה שאינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות, דבמזונות אינה מפקעת לגמרי את התקנה, שאם אמרה היום איני ניוזנת ואיני עושה, למחר תעשה ותהא ניוזנית, משא"כ אם אמרה איני נפדית ואיני נותנת פירות, מפקעת לגמרי תקנת פירות, דפירות של כל ימיה הם תחת פרקונה. עוד טעם כתבו, דאינה יכולה לומר איני נפדית, שלא תטמע בין העובדי כוכבים. טעם נוסף כתבו התוס' שאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע ואינה יכולה לסלקו ממה שכבר זכה, משא"כ מעשה ידיה אינם בעין, דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים, ולכן יכולה לסלקו ממה שאינו בעין ולא זכה בו. ועיי"ש ברשב"א (הובא לעיל), דמה הועילו

חכמים בתקנתם, שאם יש לה פירות, תאמר כן, ורק כשלא יהיה לה פירות, יהיה הבעל חייב בפורקנה. ועיי"ש במאירי בסוגיא בטעם הדין: "שבמזונות כל שאומרת כן, יודעת היא בעצמה שמספיקין לה, וזו היא תקנתה, אבל פדיון אין דעתה גומרת בכך אלא סבורה היא שלא תבא לידי כך, וכשתבא לידי כך תתחרט ואין זו תקנתה".

ומש"כ הרמ"א סט,ה: "וכן בירושה וקבורה, אין אחד מהם יכול לומר איני קובר ואיני יורש, אלא קובר ויורש". מקור הדין מדברי הראשונים בסוגיא כתובות מז,ב. כן כתב הרמב"ן שם: "וכן בקבורתה שתחת כתובתה, אין אחד מהם יכול לומר איני רוצה בתקנת חכמים כגון זו שהירושה עיקר ואינו יכול לבטל כדאיתא לקמן בהכותב, וכל שכן היא, אלא על כרחו קובר ויורש". ומה שהביא ראייה מריש פרק הכותב, אין לפרש דאם מסתלק מהירושה, מסתלק גם מהקבורה, דקודם נישואין אחר אירוסין יכול להסתלק, אלא ר"ל דשם בסוגיא מוכח שאינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו, והוא הדין וכל שכן בתקנה זו שנועדה לתת מענה לקבורת האשה. וכן מוכח מהרא"ה בסוגיא: "דומיא דקבורתה תחת כתובתה, דודאי מסתברא דלא תליא מילתא בחד מינייהו לא ברשותיה ולא ברשותה שהוא אינו יכול לומר איני יורש ואיני קובר, כדמוכח לקמן שאינו יכול להפקיע ירושתו שהוא יורשה אחר שנשאת אלא בעודה ארוסה. וכן היו נראין הדברים שאינה יכולה לומר שלא יירשנה, ולא אמרו אלא במזונות". וכן מבואר בדברי הר"ן בסוגיא (כתובות יז,א מעמוה"ר) שאינה יכולה לומר איני נותנת נדוניה ואיני נקברת, וכן הבעל אינו יכול לומר איני יורש ואיני קובר: "ובקבורה שתחת כתובתה, נמי אין אחד מהם יכול לומר איני רוצה בתקנת חכמים אלא קובר ויורש". וע"ע בח"מ סט,ט דלטובת שניהם נתקנה, ואין אחד יכול למנוע טובת השני.

ולפ"ז בסילוק הבעל מהירושה, אינו יכול לסלק עצמו מחיוב הקבורה, אלא רק להסתלק מהזכות המגיעה לו, משא"כ מחיוב הקבורה. ובפרט בנדו"ד שסילוקו מהירושה לא נעשה במתנת חנינם אלא בתמורה, שגם היא מסתלקת מזכויות המגיעות לה מנכסיו, הן מכח ההלכה והן מכח החוק.

והגרא"ו (קובץ שעורים כתובות רחצ – ש) כתב לחקור בדין סילוק בעל מירושת אשתו, אם הפרוש שהסילוק מסלק עצמו מדין בעל, וממילא אינו יורש, או שמסלק עצמו מהנכסים. וכתב נפק"מ, אם יכול לסלק עצמו ממקצת נכסים, דאם מסלק עצמו מדין בעל, לא יכול לסלק אלא מכל הירושה, משא"כ אם מסלק עצמו מנכסים, יכול לסלק עצמו גם ממקצת הנכסים. וכן נפק"מ, דבנשואה לא יכול להסתלק מדין בעל, משא"כ להסתלק מדין נכסים. והוכיח דעת הרמב"ם דהסילוק הוא מהנכסים, דיכול להסתלק גם ממקצת הנכסים, דז"ל הרמב"ם בהל' אישות כג,ה: "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". ובשו"ע אבהע"ז, הן בסי' סט והן בסי' צב, לא הזכיר דין מקצת נכסים, ואפשר שחולק על הרמב"ם וס"ל דהסילוק הוא מדין בעל.

ואף שמעיקרא היה מקום לומר דנדו"ד תלוי בחקירה הנ"ל, דאם נאמר שסילק עצמו מדין בעל, אינו חייב בקבורתה, משא"כ אם סילק עצמו מהנכסים, עדיין חיובו קיים מדין בעל. די"ל, דאף אם מסלק עצמו מדין בעל, מ"מ אין לו את הכח להפקיע לאשה את זכויותיה, וכיון שתקנו לה חכמים קבורה (או שהוא מדאורייתא, לשיטת ההפלאה בקו"א פט"א, ורק תקנו שיהיה לפי כבודו וכבודה), אינו יכול להפקיע זכותה, ורק יכול להסתלק מזכותו. ואף שהאשה יתכן ויכולה להסתלק מזכות זו, מ"מ לא הסתלקה מזכות זו, והדבר לא נאמר בהסכם הממון שעשו לפני הנישואין. ולאור האמור יש לחייב את הבעל בנדו"ד בקבורתה, דאף שירשיה יורשים עזבונה, הדבר נובע מסילוק הבעל, ואינו דומה לתקנת שום ומתה האשה בשנה הראשונה, דבזה י"ל שכך היתה התקנה, ומכח תקנת חכמים אינו יורש ואינו קובר, שאל"כ לקתה התקנה, משא"כ כאשר הוא עצמו הסתלק מהירושה, ולא הזכיר בהסכם שהחייבים שיחולו עליו מכח הירושה בטלים, הרי הסתלק מהירושה או מהנכסים, והחייב נשאר עליו לקבור את אשתו. ולכן בנדו"ד חייב בקבורת אשתו.

ג. חיוב קבורה לפי כבודה וכבודה

תנן בכתובות מו,ב: נשאת, יתר עליו הבעל שאוכל פירות בחייה, וחייב במזונותיה ובפרקונה וקבורתה. רבי יהודה אומר, אפי' עני שבישראל לא יפחות משני חלילין ומקוננת. ובגמ' שם מח,א: רבי יהודה אומר, אפילו עני שבישראל וכו', מכלל דת"ק סבר הני לא. היכי דמי, אי דאורחה מ"ט דת"ק דאמר לא, ואי דלאו אורחה, מ"ט דר"י. לא צריכא, כגון דאורחיה דידיה ולאו אורחה דידיה, ת"ק סבר כי אמרינן עולה עמו ואינה יורדת עמו (מבעולת בעל נפקא לן, בעלייתו של בעל ולא בירידתו של בעל – רש"י) הני מילי מחיים (כגון הוא אומר להניק את בנה והיא אומרת שלא להניק, ודרך בנות משפחתה להניק בניהם ולא דרך משפחתו), אבל לאחר מיתה לא, ורבי יהודה סבר אפילו לאחר מיתה. אמר רב חסדא אמר מר עוקבא, הלכה כרבי יהודה ... אמר רב חייא בר אבין אמר רב הונא, מי שהלך למדינת הים ומתה אשתו, בי"ד יורדין לנכסיו וקוברין אותה לפי כבודו. לפי כבודו ולא לפי כבודה. אימא אף לפי כבודו, הא קמ"ל עולה עמו ואינה יורדת עמו ואפילו לאחר מיתה. ובתוס' הקשו על הסד"א, מדוע היתה הו"א דלפי כבודו ולא לפי כבודה. ונפסקה הלכה כרבי יהודה, וקוברים אותה לפי כבודו וכבודה, וכך פסק הרי"ף בכתובות שם (יז,א מעמוה"ר), וכ"פ הרא"ש בכתובות ד,יב, דעולה עמו ואינה יורדת עמו אף לאחר מיתה. ועיי"ש

במאירי בסוגיא (כתובות מח,א), דמאחר שהבעל חייב בקבורת אשתו, אם הלך למדינת הים ומתה אשתו בית דין יורדין לנכסיו וקוברין את אשתו לפי כבודו ולפי כבודה, ר"ל על הצד החשוב שבשניהם, שהרי אמרו עולה עמו ואינה יורדת עמו אף לאחר מיתה. ובשטמ"ק כתב בבאור הסוגיא: "ואע"ג דאיהי נמי חשיבא וכבודה עמה, והוה לן למימר כיון דסוף סוף הרי יש לה כבוד תסגי לה בהכי, ולמה לן לעלוייה כולי האי, מ"מ נעלה אותה נמי במעלתו וכבודו כיון דמעלי טפי, ואין צריך לומר אי איהי גריעא טובא ואיהו חשוב טובא, דבתר דידיה אזלינן". עוד פירש שם, דאם יש דברים בקבורה שמעלתו גדולה, ויש דברים שמעלתה גדולה, היא זכאית לכל דבר לפי המעלה הגבוהה.

וכן פסק הרמב"ם (אישות יד,כג): "מתה אשתו חייב בקבורתה ולעשות לה הספד וקינים כדרך כל המדינה, ואפילו עני שבישראל לא יפחתו לו משני חלילין ומקוננת. ואם היה עשיר הכל לפי כבודו, ואם היה כבודה יתר מכבודו, קוברין אותה לפי כבודה, שהאשה עולה עם בעלה ואינה יורדת אפילו לאחר מותה". וכן פסק בשו"ע אהע"ז פט,א: "מתה האשה בחיי הבעל, חייב לקבורה וליטפל בכל צרכי קבורתה, ובכלל זה האבן שנותנים על הקבר. וכן חייב לעשות לה מספד וקינים, כדרך כל המדינה. ואם דרכם להספיד בחלילין, לא יפחות משני חלילין ומקוננות, אפילו עני שבישראל. ואם היה עשיר, הכל לפי כבודו. ואם היה כבודה יותר מכבודו, קוברים אותה לפי כבודה, שעולה עמו ואינה יורדת". הרי שהוסיף המחבר בשו"ע ביאור, דהרמב"ם כתב; "חייב בקבורתה" באופן כללי, ובשו"ע הרחיב לבאר שחייב לטפל בכל צרכי קבורתה, וזה מתבאר גם בכוננת הרמב"ם, אלא שהמחבר בשו"ע ביאר, דחייב בכל צרכי קבורתה, והזכיר גם את האבן ששמים על הקבר (המצבה של ימינו).

וההפלאה בסוגיא ובקו"א פט,א כתב לחדש, דעיקר קבורה הוא מן התורה, דכתיב לה יטמא, וכדמציינו גבי אברהם דכתיב ואקברה מתי מלפני, ובברכות יח,א אהאי קרא כל זמן שמתו מוטל עליו לקברו, כלפניו דמי. ומה שתיקנו חז"ל, היינו צרכי קבורה כפי כבודו וכבודה. ונראה דכוונת ההפלאה, דכמו שחייבה התורה בעל בשארה כסותה ועונתה, כך חייבוהו בקבורתה. ודין עולה עמו ולפי כבודו, נראה שהוא מחיובי האישות שחידש ר' יהודה, שאף שחיוב של בעל לנהוג כבוד באשתו הוא לכאורה רק מחיים, באו חכמים וקבעו כי גם לאחר מיתה חל חיוב אישות זה של בעל לנהוג כבוד באשה, וגם קבעו כי אין זה כבוד גרידא אלא גם חיוב ממון, ויורדים לנכסיו. ונראה דזה גם חידוש הגמ' במה שהחלה בחיוב הבעל לפי כבודו וכבודה לאחר מיתה, ואח"כ הביאו הדין של מי שהלך למדינת הים, ללמדנו שאין בזה רק חיוב אישות, שהרי הבעל לא כאן ואיך אפשר לחייבו לכבדה, אלא אף חיוב

ממוני יש כאן, שחייב הבעל לכבדה לפי כבודו וכבודו, וכל ממון שיש בכלל, יכולים לגבות ממנו.

ובענין לפי כבודה ולפי עשרו, ראה מה שכתבתי בח"א סי' כט. וראיתי להביא כאן מש"כ בעל הכנסת הגדולה, בספרו דינא דחיי (על הסמ"ג, לאוין פא, עד טור א), על דברי הטור אהע"ז סי' ע, דבעשירים הכל לפי כבודם, דהטור בא לפרש שאין הכונה בלפי כבודו וכבודה, לכבוד גרידא, שיש אנשים מכובדים ביותר ועניים ביותר, ואין להם אלא קב חרובים, לכן פירש הטור שהכל תלוי בעשירות, וכן פסק הרמב"ם בהל' אישות יב,יא: "במה דברים אמורים בעני שבישראל, אבל אם היה עשיר הכל לפי עשרו, אפילו היה ממונו ראוי לעשות לה כמה תבשילי בשר בכל יום, כופין אותו ופוסקין לה מזונות כפי ממונו". הרי שהכל תלוי בעשירות ולא בכבוד. ונראה שהוא הפירוש בכל דבר וענין, וכן יש לפרש בקבורה, שהכל תלוי בעשירות ולא בכבוד.

וכבר הוזכר לעיל מש"כ המחבר בדבר החיוב להקמת אבן על הקבר, והיא מצבה של ימינו, והדברים מבוארים גם בתש' הרא"ש יג,יט: "האבן מצרכי הקבורה היא, וכל מה שנוהגים בו בני משפחתו הוא צורך הקבורה". וכן הוא בתש' הרשב"א (ח"ז סי' נז): "דהבעל חייב לעשות מצבה לקבר אשתו, דקיימא לן עולה ואינה יורדת לאחר מיתה". ומה שלא הזכירו בגמ' או בראשונים אחרים, נראה דלא היה נהוג בימיהם או במקומם לעשות מצבה על הקבר. וכוונת דבריהם שהוא המינימום, וכמו שעני בישראל לא יפחות משני חלילין ומקוננת, כך הדין לענין מצבה, שהוא חיוב לכל אדם, ואפי' עני שבישראל, שהוא המינימום הנהוג בימינו.

ובתש' רמ"ע מפאנו (סו"ס פט, הובא גם בפת"ש אהע"ז פטב), באב שמתה בתו, ותבע את בעלה שיתן נר תמיד בבית כנסת, וכן ישכור מי שיאמר קדיש אחריה, שנפטרה בלי להשאיר זרע של קיימא, והשיב הרמ"ע שאין הבעל חייב בזה, שהדלקת הנר אפי' בן לאביו אינו אלא מנהג בעלמא, והרבה הם שאינם מדליקין אלא מעט בשעת התפלה. ומש"כ הרשב"א דחייב לעשות מצבה, אף שגם המצבה אינה אלא מנהג, לא קאמר התם אלא כגון דמנהג משפחתו לעשות ולא מנהג משפחתה, ומשום עולה עמו חייב, אבל כל שלא נהגו כן לא בני משפחתו ולא בני משפחתה, אינו חייב בזה, וכל המשנה עליו ראייה ללמד. ובענין הקדיש, לא הוטל חיוב זה אלא לבן על אביו ועל אמו, מאותו מעשה דר"ע שהזכירו במדרש, אבל בעל על אשתו אין לו חיוב על זה.

וכל זה הוא באופן שלא נהגו, אבל בזה"ז נהגו בני חו"ל, ורבים מהם, להעלותם לאחר פטירתם להקבר בארץ ישראל, בפרט שחזינן שכן דרך משפחתו ומשפחתה, ואף הוא רכש לעצמו חלקה במקום מכובד. ואף לענין החלקה במקום מכובד, כיון

שרואים שגם הוא רכש לעצמו כן, יש לחייבו לקברה במקום ובחלקה של שומרי תורה ומצוות, כפי שדרך משפחתו ומשפחתה. וכן י"ל לענין סדורי הלוייה והמצבה, כל דבר לפי מנהגו. אך לענין ישיבת השבעה, שהוא חיוב על כל אבל ואבל, פשוט שאין לחייבו. וכן לענין המלוים, כל אחד צריך לשלם לעצמו, ולא מצאנו שיתחייב להביא עם רב או משפחה ללוייה, בפרט מחו"ל, אא"כ מדובר בהסעה רגילה ומקובלת, שהיא חלק מהוצאות הלוייה הנהוגות כיום, אך ודאי שאין לחייבו בטיסה למלוים, בפרט שבארץ יש לאשתו ילדים וצאצאים שיכלו להשתתף בלוייה.

ודין קבורה בארץ ישראל, ראה מש"כ רבינו ירוחם (נתיב כט,א, הובא בטור יור"ד שסג), דמפנים מת מקברו, כדי לקברו בארץ ישראל, וכן פסק בשו"ע יור"ד שסג,א. וראיה לדבר מהא דאיתא בכתובות קיא,א: אמר רב ענן, כל הקבור בארץ ישראל כאילו קבור תחת המזבח, כתיב הכא מזבח אדמה תעשה לי, וכתיב התם וכפר אדמתו עמו. עולא הוה רגיל דהוה סליק לארץ ישראל, נח נפשיה בחוץ לארץ, אתו אמרו ליה לרבי אלעזר, אמר אנת עולא על אדמה טמאה תמות. אמרו לו ארונו בא. אמר להם אינו דומה קולטתו מחיים לקולטתו לאחר מיתה. וכן הביא הש"ך יור"ד שסג,ג, דמטעם זה, שאדמת ארץ ישראל מכפרת, יכולים לפנותו מקברו להעלותו לארץ ישראל. ועיי"ש עוד בפת"ש ס"ק ב. וכיון שיש מעלה גדולה בקבורה בארץ ישראל, וכך נהגו בני משפחתו ומשפחתה, חייב הבעל לפי עשרו לנהוג כן אף בקבורת אשתו.

וכן הדין לענין קבורה בחלקה של שומרי שבת ושומרי תו"מ, דתנן בסנהדרין מו,א, דהרוגי ביי"ד, לא היו קוברין אותו בקברות אבותיו. ושם בגמ' מז,א: לא היו קוברין כו', וכל כך למה לפי שאין קוברין רשע אצל צדיק, דאמר רבי אחא בר חנינא, מנין שאין קוברין רשע אצל צדיק שנאמר, ויהי הם קברים איש, והנה ראו את הגדוד, וישליכו את האיש בקבר אלישע, ויגע האיש בעצמות אלישע ויחי ויקם על רגליו (אותו הנקבר נביא השקר היה, הוא הנביא אשר השיב את עידו לאכול ולשתות בבית אל, ונענש עידו על ידו והמיתו הארי, וכשמת לאחר ימים קברוהו אצל אלישע, ולא הוכשר אצל המקום שיקבר אצלו, והחיהו – רש"י) ... וכשם שאין קוברין רשע אצל צדיק, כך אין קוברין רשע חמור אצל רשע קל (דלפיכך נתקנו שתי קברות, שאין קוברין נסקלין ונשרפין שהן רשעים חמורים, אצל נהרגין ונחנקין, שהן רשעים קלים). וכן פסק בשו"ע יור"ד שסב,ה. ומזה ברורה מעלת קבורת המת בבית החיים או בחלקה של שומרי תו"מ.

לאור האמור, על אף הסכס הממון בו הסתלק הבעל מירושת אשתו, חייב בקבורת אשתו. ומדין לפי כבודו וכבודה, חייב בקבורתה בארץ ישראל בחלקת שומרי תו"מ, וכל הוצאות הלוייה, וכן המצבה, אך פטור מהוצאות השבעה של ישיבת הילדים באר"י, והוצאות הטיסה של המלוים.