תוכן הענינים

בפתח הקובץ ---------- 7

משיעורי מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל

דמי קרקע כקרקע---------- 9
בעניני שבועת העדות ---------- 15

חושן משפט

חיוב מיתה ברוצח/ הרב מאיר ברקוביץ ---------- 20
גדרם ההלכתי של שוברי הנחה ומבצעים/ הרב יוסף שליט---------- 32
'טענינן' בטענה שזקוקה למיגו ובגדרי 'טענינן'/ הרב אלעד גרובמן----- 49
ברי ושמא – ברי עדיף/ הרב דודי בגנו ---------- 62
בגדרי שבועת היסת/ הרב חיים ישראל וולפסון---------- 69
מיגו והפה שאסר נגד חזקת ג' שנים/ הרב משה רוט ---------- 89
בענין עדות/ חזקת שוכרים/ הרב יצחק ביסמוט ---------- 105
ויתור בכור על זכות ירושה/ הרב יוחנן גבאי---------- 121
יש לבכור קודם חלוקה/ הרב יוסי איגרא---------- 129
היחס בין מוחזקות לבין "מוחזק" בחלק בכורה/ הרב יהודה צור ------- 141
מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון/ הרב ירון רוזיליו ---------- 154
מצר שהחזיקו בו רבים/ הרב נוריאל בן סימון ---------- 174
חרם צרכנים/ הרב אריאל בר-אלי ---------- 187

דרוש/ הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה
לחג השבועות ----------197
לפ' נצבים וילך ----------201
לחנוכה ----------205

בפתח הקובץ

באמת יש עוד ענין מיוחד בתורה, דהיא שייכת בעצם להכלל כולו במציאות ממש... וכל מה שיחיד מישראל עמל ומייגע עצמו בתורה, הרי זה כמי שעובד ומשביח ומוציא פירות בשדה של נחלה משותפת, שדינא הוא שהשביחו אחים לאמצע (ב"ב קמג,ב)... דתלמוד תורה של יחיד מציאותו היא כללית, לכל הכלל כולו... וכל זה אפילו אם הוא לומד לעצמו, דמציאות תלמודו שייכא לבריאה כולה בכלל ולכנסת ישראל בפרט, וכ"ש הוא אם מלמדה לאחרים... וזה יגדל החיוב לדיבוק חברים בתורה ושיהגו גם אחרים מתורתו... הרי שמציאות התורה כשלעצמה קרוי חסד, אך מ"מ יש דרגה מיוחדת של תורת חסד, והיינו תורה ומלמדה, וא"כ הלא גדול הוא החיוב ללמוד ולהשפיע.

משנת רבי אהרן ח״א עמ׳ לו

השיר והשבח לבורא עולם שחונן אותנו במתנת חינם.
בס״ד זוכים אנו לגיליון י״ג של ׳אבני משפט׳ בבחינת שלש עשרה חוברות הנכתבות בחנינה...

דברי רבי אהרן קוטלר משקפים נאמנה את תורת רבנו ראש הכולל שליט״א שתורתו תורת חסד היא – ללמדה, ודבריו – במסגרת זו – שבכתב, עומדים בפתח הקובץ.

זכינו להשתתף לאחרונה בסיום מסכת במסגרת שיעור יומי קבוע, המתקיים ברציפות מזה ארבעים ותשע שנים. ידידי הכולל - מוסר השיעור (מהיוסדו) הרב פרופסור אליעזר גולדשמידט ומייסד השיעור (וממייסדי הכולל) ר׳ יצחק כהן, זכו לייסד קומה של תורת חסד - תורה ללמדה. יזכו להמשיך פרי מעשיהם ולזכות הרבים.

כדברי רבי אהרן הנ״ל, למציאות התורה בכולל בדיבוק חברים יש דרגה מיוחדת של תורת חסד, מכך שהיא תורה ללמדה.

העורך

אדר ראשון, תשע״א

מו"ר הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א
ראש הכולל

דמי קרקע כקרקע

א

שנינו במשנה ר״פ שבועת הפקדון (שבועות לו,ב):

> המית שורך את עבדי והוא אומר לא המית, משביעך אני ואמר אמן, פטור. וברש״י: כיון דקנסא הוא דמשלם שלשים סלעים אפילו אינו שוה אלא דינר. (וכיון שכפר בקנס פטור מדין שבועת הפקדון כי אפילו הודה לתביעה לא היה משלם כדין מודה בקנס דפטור).

ובירושלמי שבועות שם איתא: רבי יצחק שאל מהו שישלם דמי עבד מפיו.

כלומר, דמיבעיא ליה, הא דתנן דאינו משלם על פי עצמו אם דוקא הקנס שהוא יותר מדמי שוויו אינו משלם, אבל דמי שויו של העבד משלם על פי עצמו דהא לאו קנסא מיקרי וכדמפרש התם ואזיל:

> אין תימר כל שלשים קנס אין משלם אין תימר יותר בדמיו קנס משלם תמן תנינן המית שורך עבדי והוא אמר לא המית משביעך אני ואמר אמן פטור אמ׳ רבי חגיי קומי רבי יוסי תיפתר שהמית עבד מוכה שחין.

ומבואר במסכת ב״ק דף מג דפליגי התם במודה על פי עצמו, דאע״פ שאינו משלם כופר ושלשים של עבד, משלם דמים וכן פסק הראב״ד (נזקי ממון י,יד), ונראה דבעבד גם הרמב״ם לא פליג, וא״כ אף שאינו משלם שלשים של עבד עפ״י עצמו מ״מ האיכא דמים, ואמאי פטור משבועת הפקדון, ובע״כ צ״ל כמש״כ הירושלמי הנ״ל, דמיירי שהמית עבד מוכה שחין שאינו שוה כלום.

והרמב״ם הל׳ שבועות (ח,ב) סתם דין משנתנו, דהמית שורך את עבדי דפטור ולא הזכיר דמיירי במוכה שחין, מבואר דבכל ענין פטור וא״כ קשה כנ״ל, הא איכא דמי עבד (כך נשאל האחיעזר אבה״ע לא,ה על הרמב״ם).

ב

כתב הרמב״ם (טוען ונטען ה,ב) וז״ל:

...וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה והרי הוא חייב לשלם בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום, הרי זה נשבע היסת על הכל.

ובהשגות כתב הראב״ד:

וכן החופר בשדה וכו׳ עד הרי זה נשבע היסת על הכל. א״א נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל אם תבעו לשלם פחתו ה״ה כשאר תביעת ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת.

נמצא דשיטת הרמב״ם דדמי קרקע דינם כקרקע, וליכא שבועת התורה בזה, (רק שבועת היסת) אף דהתביעה היא לדמים.

וכמקור דברי הרמב״ם, ציין ה״ה שם לגמ׳ ב״מ ה,א, דמקשינן התם למ״ד הילך פטור למאי איצטריך קרא למעוטי קרקעות משבועת מוב״מ, תיפוק ליה דכל קרקע הילך הוא, דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא. ותירצו כי איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות. ומיירי שהוא טענו שתי שדות, והלה מודה לו באחת ובאותה שמודה לו חפר בה בורות. נמצא דלאו הילך הוא, שהרי אינו מחזירה לו כמות שהיא ולכך בעינן למעט קרקעות מחיוב שבועה. נמצא דאי נימא דדמי קרקע דינם כמטלטלין, א״כ בכה״ג שכפר בשדה אחת והודה בשדה אחת ובחפירות, הרי זו הודאת קרקע ומטלטלין וחייב בשבועה ומיפטר בגלל הכפירה שהיא כפירת קרקעות, וזהו תירוץ ב׳ בגמ׳ שם. מכאן מקור לשיטת הרמב״ם דדמי קרקע כקרקע והוי כפירה והודאה בקרקע.

וסברת הרמב״ם היא, דכיון דהדמים מחמת קרקע באו, דין הדמים כקרקע. כן נראה בלשון ה״ה שם: ״כיון דהתביעה היא מחמת הקרקע אין עליה שבועת התורה״.

וכן נראה בדעת קצוה״ח, שכתב על דברי השו״ע (חו״מ פח,א):

אין מודה מקצת הטענה חייב לישבע, עד שיודה לפחות בפרוטה, ותהיה הכפירה לפחות שתי מעין כסף. לפיכך אינו חייב עד שיתבענו שתי מעין ופרוטה, והוא מודה בפרוטה וכופר בשתי מעין. אבל תבעו שתי מעין ופרוטה, והודה בשתי פרוטות, כיון שאין בכפירה שתי מעין, או אם הודה בחצי פרוטה, פטור, כיון שאין בהודאה פרוטה.

ובסעיף ג:

> בד״א, כשתבעו פירות או מיני סחורות. אבל תבעו שני כלים, והודה לו באחד מהם, אין צריך שיעור, אלא אפילו היו עשרה מחטין בפרוטה, תבעו שנים והודה לו באחת מהם, חייב. טענו כסף וכלים, הודה בכלים וכפר בכסף, אם יש בכפירה שתי מעין, חייב: ואם לאו, פטור. הודה בכסף וכפר בכלים, אם הודה בפרוטה, חייב.

והקשה קצוה״ח (ס״ק א), שאם הוא בעין הוה ליה הילך, דפקדון כל היכא דאיתא ברשותה דמרא איתיה, ואי ליתא בעינא כגון שאבד וחייב לשלומי א״כ תו לא הוי שוה פרוטה, דהא אין צריך להחזיר רק דמים ולא הכלי ואין נזקקים לפחות משו״פ. ופשטיה דקרא מיירי בפקדון ולא בהלואה, ותרץ קצוה״ח, דכיון דשרש התביעה בא מחמת כלי, דחשיב כפרוטה, אזלינן בתר העיקר וכמו שכתב הרמב״ם בדמי קרקע.

[ובספר קונטרסי שיעורים למסכת ב״ק כתב דענין הנזיקין אינו הפסד ממון חבירו ע״י הנזק וחיוב תשלומי נזיקין הוא לשלם לניזק את הפסד ממונו אלא דיני נזיקין הם בעד עצם החפץ שהפסיד הניזק וחיוב המזיק הוא להשלים ולהחזיר אותו חפץ שהזיקו ממש (כמו חיוב גנב וגזלן, שחיובם בעצם ״והשיב את הגזלה אשר גזל״, הכא נמי חיוב נזיקין הוא לשלם דמי החפץ תמורת החפץ כמו גנב וגזלן היכא דאבדה הגניבה והגזלה וא״א לו לקיים עיקר חיוב ההשבה מ״מ יש עליו חיוב דמים)].

ובהשגות הראב״ד הנ״ל כתב, שבאופן שתבעו למלאות החפירות, אה״נ בכה״ג שפיר חשיב דמי קרקע כקרקע אך אם תבעו לשלם פחתו, ה״ה כשאר תביעות ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת.

וכתב המ״מ שם, שאין החילוק שכתב הרב ז״ל נראה נכון, שהרי אין ביד התובע להכריח הנתבע למלאות החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו, הלכך מה לי תבעו למלאות ומה לי תובעו הדמים, כאן וכאן תביעתו דמים הבאים מחמת קרקע הן.

וז״ל המל״מ שם:

> וכן חופר בשדה חבירו וכו׳. מ״ש ה״ה ז״ל שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות כו׳, אם עפר קרקעו הוא בעינא ועדיין קיים אפשר שביד התובע להכריח לנתבע למלאות החפירות ולא אמרינן

שישלם דמי נזקו אלא לומר דאינו חייב לקנות עפר אחר למלאות החפירה.

הרי בהדיא בהשגת הראב״ד שחייב המזיק להשלים ולתקן את הנזק ומשו״ה יכול לתבעו למלאות החפירות. וסובר הראב״ד שמילוי החפירות הוא תיקון הנזק ממש, דבקרקע שייך לומר דאחר התיקון נחשב כאילו לא היה נזק מעולם ולא שייכא סברא זו במטלטלין. אבל אי נימא דחיוב המזיק משום הפסד הממון, מהיכי תיתי שיוכל לתבוע למלאות החפירות, וזו סברת המל״מ.

לאור כל האמור, נמצא הסבר נוסף לשיטת הרמב״ם. דמי קרקע חשיב כקרקע משום דהתביעה היא הקרקע והיינו תיקון והשלמת הנזק שנעשה לקרקע (והדמים הוי תמורת חיוב התיקון והשלמה כנ״ל).

ג

ובנוגע להשגת הראב״ד הנ״ל מהא דתנן חבלת בי שתים והלה אומר לא חבלתי אלא אחת חייב. כתב ה״ה בכונת הראב״ד, דאע״ג דאדם הוקש לקרקע, כשהוא תובעו דמי חבלה הרי זה כתביעת מטלטלין (וחזינן דדמי קרקע אינם כקרקע). וה״ה דחה ראיה זו וז״ל: ״כי אמרינן דאדם הוקש לקרקע הני מילי עבדים דכתיב בהו בהדיא והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם, אבל שאר אינשי ודאי לא״.

ועי׳ מסכת קידושין ז,א מחלוקת רש״י ותוס׳ אי בן חורין הוקש לקרקע או לא. (הראב״ד ס״ל דכל אדם הוקש לקרקע וכשיטת רש״י בקידושין שם, והרמב״ם ס״ל דבן חורין לא הוקש לקרקע וכשיטת התוס׳ שם).

וקצוה״ח (צה,ח) הקשה מהא דתנן בשבועות (לח,ב) אנסת ופתית את בתי וע״ש בגמ׳ דסברי רבנן כי תבע איניש בשת ופגם קא תבע, והא פגם הוי נזק באדם, וא״כ הוי דמי קרקע וצ״ל דס״ל לרמב״ם כשיטת תוס׳, דבן חורין לא איתקש לקרקע כלל וכתוס׳ בקידושין וכנ״ל.

עוד אפשר לומר, שתשלומי חבלה אינם מדין נזיקין, דל״ש בהם השלמת הנזק. דמי חבלה הוי כופר לראשי אברים כמבואר בר״פ החובל ואי״ז תשלומי ממון, הלכך דמי חבלה אינם כקרקע כיון דדמים אלו אינם תשלומי דמי קרקע.

ולבאר יסוד זה יש להקדים דברי הרמב״ם (חובל ומזיק ה,ו-ח) וז״ל:

הודה החובל שהוא חבל משלם חמשה דברים, שהרי העדים היו שם שנכנס לתוך ידו שלם בשעת המריבה ויצא חבול, אבל אם לא היו שם עדים כלל והוא אומר חבלת בי והודה מעצמו פטור מן הנזק ומן הצער וחייב בשבת ובושת וריפוי על פי עצמו וכו׳.

ולמה משלם אדם שלשה דברים אלו על פי עצמו, שהשבת והריפוי ממון הוא ואינו קנס, שאם לא יתן לו הרי חסרו ממון שהוא מתרפא בו ובטל ממלאכתו...

והמ״מ מפרש בסברת הרמב״ם דנזק של חבלה הוי קנס וכן צער ובושת. וז״ל המ״מ:

ואני תמה בדבריו שהרי בפ״ק דב״ק (ד,ב) גרסינן תני ר׳ אושעיא י״ג אבות נזיקין ד׳ שומרים וחמשה דברים אלו וארבעה אבות השנויים שם במשנה ור׳ חייא תני כ״ד וקא חשיב תשלומי כפל וכו׳ ואקשינן רבי אושעיא אמאי לא תני הני ואמר בממונא קא מיירי בקנסא לא קא מיירי נראה בכאן שכל אלו הדברים ממון בפירוש ועוד שם מזו הסוגיא האונס והמפתה דממונא נינהו ליתני וכו׳ וע״ק שהרי שנינו באלו נערות (דף מא) האומר פתיתי בתו של פלוני משלם בושת ופגם ע״פ עצמו ופגם היינו נזק דהכי אמר התם (דף מ,ב) פגם רואים כמה אדם רוצה ליתן ליקח שפחה לעבדו (שיש לו קורת רוח ממנו) בין בעולה לבתולה וזהו נזק ומפורש בסוגיא דלעיל שהבאתי פגם היינו נזק וכיוצא בזה שנינו בשבועת הפקדון (דף לו,ב) אף על פי שאינו משלם קנס ע״פ עצמו משלם בשת ופגם ע״פ עצמו קשה מזה שרבינו ז״ל עצמו כתב פ״ב מה׳ נערה בתולה לפיכך האומר אנסתי או פתיתי בתו של פלוני אינו משלם קנס אלא בושת ופגם וצער משלם ע״פ עצמו...

ובפשוטו הקשה המ״מ כל הקושיות הנ״ל ואף הוקשה לו מסברה: ״ובודאי לאו קנס הוא נזק שהרי אינו משלם יותר ממה שהזיק אלא כמו שהזיק״.

וצ״ל (וכבר נתבאר בארוכה במש״כ בקובץ אבני משפט ה עמ׳ 17), דאין כונת הרמב״ם דנזק וצער של חבלה הוי קנס גמור דאין זה קנס גמור אלא ענינו דתשלומי חבלה הוי כדין עונש כמיתה ומלקות, ר״ל דכיון דתשלומי חובל ראשי אברים הוי כופר לראשי אברים, וכיון דע״פ עצמו ליכא עונש לעשות יד תחת יד וכיוצא בו, דא״א להעניש עונש הגוף עפ״י עצמו ממילא לא שייך כופר בזה. ובממון כזה ליכא ההלכה של הודאת בע״ד כמאה עדים דמי ופשוט דאם יבואו עדים אחר הודאתו יתחייב, דליכא הכא הפטור של מודה

בקנס ואח״כ באו עדים דמיפטר וכנ״ל. וזהו בנזק דחבלה, אבל באונס ומפתה הפגם הוא הפסד ממון, דאביה היה יכול לקדשה ולהרויח ממון וכיון דפגם לא הוי כחבלה דעלמא אלא הפסד ממון שפיר משלם על פי עצמו כמבואר בכתובות וברמב״ם וכדלעיל. ועי׳ או״ש פ״ה מחובל ומזיק כנ״ל.

ד

ולאור כל האמור, בטוענו המית שורך את עבדי והלה אומר לא המית משביעך אני ואמר אמן פטור מקרבן שבועה, שאינו משלם קנס (שלשים של עבד) עפ״י עצמו. ולכאורה הו״ל לתנא לומר כיון דעבד הוי כקרקע ותביעת שלשים של עבד הוי כדמי קרקע. ולשיטת הרמב״ם הו״ל למיפטר מקרבן שבועה מצד דמי קרקע. מיהו זה אינו, דתשלומי הקנס אינם תשלומי דמי העבד והראיה דאפילו אם שוה העבד אלף הקנס אינו אלא שלשים, נמצא דלא הוי שלשים כסף תשלומי העבד ולא שייך לקרוא כאן דמי קרקע כקרקע. ולכן שפיר נזקק התנא לטעמא דאין משלם קנס עפ״י עצמו.

ומה דאיתא בירושלמי, דכיון דמיפטר מקנס משלם דמים כמבואר במסכת ב״ק ומעתה יתחייב קרבן שבועה מחמת כפירת דמי העבד ואמאי פטור מקרבן שבועה, לשיטת הרמב״ם לק״מ, דדמים אלו הם – לשיטת הרמב״ם – דמי קרקע וכקרקע חשיבי ואין בכה״ג חיוב קרבן שבועה. ולרמב״ם אי״צ להעמיד המשנה בעבד מוכה שחין דלית ליה דמים, ואכן הבבלי לא העמיד כך המשנה. והירושלמי שנזקק להעמדה זו ע״כ ס״ל דדמי קרקע כמטלטלי חשיבי ומוקי לה בעבד מוכה שחין וכנ״ל. (עפ״י אחיעזר אבה״ע הנ״ל).

מו"ר הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א
ראש הכולל

בעניני שבועת העדות

א

מבואר במסכת שבועות (לב,ב) מחלוקת חכמים ור״א ברבי שמעון, במשביע עד אחד וכפר אי פטור העד מקרבן שבועת העדות. ת״ק סבר דפטור מקרבן שבועה דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי. וראב״ש סבור דחייב בקרבן שבועת העדות דס״ל דבר הגורם לממון כממון דמי.

ופרש״י דטעמא דרבי אליעזר דקסבר דבר הגורם לממון כממון דמי, ועד אחד גורם לממון הוא, שאילו היה מעיד היה מחייבו שבועה ורוב בי אדם אין נשבעים לשקר והיה משלם.

גופא אמר אביי הכל מודים בעד סוטה שחייב ומוקמינן לה בעד טומאה, דרחמנא הימניה דכתיב ועד אין בה, כל שיש בה (ר״ל אם הביא הבעל שני עדעי קינוי שהתרה בה אל תסתרי עם פלוני ושני עדי סתירה שנסתרה עמו אחרי כן ויש ע״א שנטמת בסתירה זו ותבע הבעל עד זה שיבוא להעיד ויפטר בעדותו מכתובתה, וכפר הלה בעדותו חייב דהא הפסידו ממון ממש, רש״י).

עוד שם, דהכל מודים בעד סוטה שפטור בעדי קינוי דהוה גורם דגורם ואפילו השביע שניהם וכפרו פטורים.

ומחלוקת בעדעי סוטה – בעדי סתירה. ופליגי בדבר הגורם לממון אי כממון דמי או לאו כממון דמי.

והכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה, ונתבאר בגמ׳ דחשוד מאן, אילימא דחשיד לוה, דאמר ליה מלוה אי אתית אסהדית לי הוה משתבענא ושקילנא ולימא ליה מי יימר דמשתבעת, ופרש״י ואכתי גורם לממון הוא דהוי ולרבנן פטור. ומוקי לה בגמ׳ כגון ששניהם חשודין דאמר מר חזרה שבועה למחוייב בה ומתוך שאינו יכול לישבע, משלם.

ולהלן בגמ׳ אמר רב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב, בע״א היודע באשה שמת בעלה והשביעתו שיעיד לה כדי שתיטול כתובתה מן היורשים.

הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור, דאמר לה לדידה ולא אמר להו לבי״ד, דתנן האשה שאמרה מת בעלי תנשא, מת בעלי תתייבם, כיון דאמר לה לדידה – חוץ לבי״ד, שמת בעלה, ולא אמר עדותו בבי״ד כשהשביעתו, לפי שהיא יכולה לילך לבי״ד ולומר מת בעלי ולא תהא צריכה לשום עד, דתנן האשה שאמרה וכו׳ והיא עצמה נאמנת הלכך פטור.

והכל מודים בעד מיתה שחייב, דאמר לה לדידה ולא אמר להו לבי״ד, הילכך חייב.

שמע מינה משביע עדי קרקע חייב, דילמא דתפישא מטלטלי. (לשון שאלה היא, מהכא נשמע דס״ל לר״פ, שהמשביע עדים על עדות קרקע וכפרו שחייבים. ולקמן פליגי תנאי ואמוראי. ועד מיתה הוא עד על קרקע, שהכתובה אינה נגבית אלא מן הקרקע לדינא דגמרא, ומשני דילמא הא דר״פ דהוי תפשה מטלטלי דבעל מחיים, ואם העיד זה עדותו היתה תופסתן בכתובתה. רש״י).

והקשה חת״ס, בהא דאמרינן לעיל גבי שכנגדו חשוד על השבועה, דהדין הוא שכנגדו נשבע התובע ונוטל ובכה״ג אם השביע התובע ע״א שיעיד פטור מקרבן שבועה משום דלימא לתובע מי יימר דמשתבעת. ואמרינן דהכל מודים בעד מיתה שהוא חייב, היכא דלא אמר לדידה ולא אמר להו לבי״ד ולכן חייב ק״ש.

וקשה, הרי קי״ל דאלמנה אינה נפרעת מן היתומים אלא בשבועה, נמצא דהיא אינה גובה כתובתה ללא שבועה, ולימא העד (לאשה שהשביעתו) מי יימר דמשתבעת. וזו קושיא עצומה.

ב

וצ״ל דבמסכת שבועות איכא תרי גווני שבועת הנוטלים:

א. היכא דמדינא יש לו ליטול בלא שבועה, כגון באלמנה הנפרעת מן היורשים שמדינא ליטול בלא שבועה, שכן יש לה שטר כתובה ואפילו בלי שטר, יש לה כתובה מתנאי בי״ד. והא דנפרעת בשבועה תק״ח היא. או כגון שכיר, שמדינא נוטל בלא שבועה כדין האומר איני יודע אם פרעתיך (ע״ש ר״פ כל הנשבעין) ובעה״ב חייב לשלם ורבנן תיקנו שבועה לפועל.

ב. היכא דמדינא אין לו ליטול כלל וחכמים תיקנו שע״י השבועה יטול, כגון חנוני על פנקסו.

ונפ״מ בין שני סוגי השבועות, היכא דתפיס בלא שבועה. בנידון א׳ הנ״ל, מהני תפיסה כיון דמהתורה נוטל בלא שבועה, ומדרבנן הטילו שבועת הנוטלין ומהני תפיסה כי זה גזל מדבריהם ומהני תפיסה בכה״ג. ועי׳ חידושי הרשב״א שבועות לא,א דבפסולי עדות מדרבנן מהני תפיסה דהוי גזל מדבריהם (וראה או״ש שבועות יא,טו הו״ד לקמן).

מיהו בנידון ב׳ הנ״ל, אם יתפוס התובע בלי שבועה הוי גזל דאורייתא כיון דמן הדין לא היה לו ליטול כלל.

זאת ועוד, דמוקמינן בגמ׳ שם דמיירי בדתפסי מטלטלי, דבלא״ה הוי משביע עדי קרקע.

ולפי האמור באלמנה התובעת מע״א שיעיד שמת בעלה ורוצה כתובתה, וכפר העד, חייב קרבן שבועה. ומיירי, כאמור, דתפסה מטלטלי, ותפיסתה בלי שבועה מהני, נמצא דע״א הפסיד לה הכתובה וחייב קרבן שבועה ואין העד יכול לומר לאלמנה מי יימר דמשתבעת, כיון דמיירי דתפסה מטלטלי ומהני תפיסתה בלא שבועה.

ג

והא דאמרינן גביה חשוד, דע״א יאמר למלוה שכנגדו, מי יימר דמשתבעת. דבר זה תליא בשני תירוצי התוס׳ ב״מ ה,א ד״ה שכנגדו, גבי ההוא רעיא. והתם הקשו תוס׳ אמאי בחשוד על השבועה אמרינן לשכנגדו שישבע ויטול, אמאי לא נימא דמתוך שאינו יכול לשבע שישלם. וישלם החשוד לתובע בלא שבועה כלל. ותרצו תוס׳ בתרי אנפי:

א. נהי דמדינא היה צריך הנתבע החשוד לשלם מדין משוא״ל, מיהו אי אמרת דמשלם לא שבקת חיי לכל חשוד, דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו, והיינו דרבנן תיקנו - מטעם לא שבקת חיי - דהתובע יטול רק בשבועה (ותקנה זו לטובת החשוד נתקנה).

ב. ועוד אמרינן התם בתוס׳, דיש לחלק בין כל משוא״ל דמשלם לבין חשוד על השבועה. ובטעמא דמילתא בארו שם, דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עלך או השבע או שלם אבל הכא (בחשוד) ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם. והיינו תרוץ ב׳ בתוס׳ וס״ל דלא אמרינן משואיל״מ גבי חשוד על השבועה כי החשוד ברצון ישבע אם נניחנו להשבע.

ואולי אפשר להסביר את דברי תוס׳ לפי מש״כ בתוס׳ ר״פ שור שנגח, דאמרינן משאיל״מ דוקא היכא דהוי שמא גרוע דהוי ליה למידע, כגון האומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, בכה״ג אמרינן משואיל״מ. אבל היכא דהוי שמא טוב, דלא הוי ליה למידע לא אמרינן משואיל״מ כמו גבי יתמי דלא אמרינן משואיל״מ, כי לא הוי להו למידע וסברא דמילתא דהיכא דהוי שמא גרוע נראה כמשקר והוי טענת שמא טענה גרועה, אבל בשמא טוב, דלא הוי ליה למידע, אין חסרון בטענתו ואין לומר דהוי משואיל״מ. חשוד הטוען ברי ורוצה להשבע אלא דאין אנו מניחין לו להשבע, לא גרע טענתו (בברי!) משמא טוב, דל״א משואיל״מ.[1]

נמצא דבחשוד, אם מדינא אמרינן משאיל״מ ומטעם דלא שבקת חיי תיקנו חכמים דיטול שכנגדו בשבועה, אם יתפוס התובע בלי שבועה ישאר ביד התובע וכנ״ל. וכל זה לתירוץ קמא בתוס׳ שם. מיהו לתירוץ בתרא בתוס׳ שם, דל״א דינא דמשואיל״מ לגבי חשוד, ומדינא פטור החשוד הנתבע, ותקנת חכמים היא שהתובע יטול בשבועה, לא מהני תפיסת התובע ובכל ענין יצטרך להשבע. לפי״ז מובן, דע״א אומר למלוה התובע מי יימר דמשתבעת, כי התפיסה לא מהני בחשוד לפי תירוץ ב׳ הנ״ל, ומיושבת קושיית חת״ס הנ״ל.

ד

בעל האבי עזרי (שבועות י,יא) יישב באופן אחר. הנה, הא דאמרינן בגמ׳ בשבועות מי יימר דמשתבעת, אין פירושו משום דלא ברור ההפסד, דלענין ההפסד די בהפסד אף על צד הספק, שמא לא ישבע וישלם (גבי ע״א), אלא עיקר הטעם דאין זו עדות על ממון, הואיל ואפשר שישבע ויפטר, לכן לא חשיב העדות עדות של ממון. וכן בהא דאמרינן גבי שכנגדו חשוד על השבועה מי יימר דמשתבעת (ליטול), הוא ג״כ מהאי טעמא, דעדות העד לבד אינה עדות של ממון דתליא נמי בשבועה של כנגדו.

משא״כ בע״א במיתת הבעל. נאמנות העד שמת בעלה באופן שמתירה להינשא וליטול כתובתה, הרי זו עדות על ממון. ומה שצריכה להשבע – לא על כך שמת בעלה, אלא נשבעת שלא נפרעה כתובתה, נמצא דעדותו

[1] ובדין שמא טוב אם אמרינן משואיל״מ נחלקו הרמב״ם והראב״ד. עי׳ רמב״ם שאלה ה,ו-ז ומלוה ולוה יג,ד).

היא עדות ודאית על ממון אלא שההפסד הוא לא ברור כי ייתכן ולא תשבע ולא תיטול ובזה סגי בספק, אולי תשבע.

ועי׳ חידושי הרשב״א (שבועות שם) גבי משחק בקוביא, דעדותו מהני לענין תפיסה, דפסולי עדות מדבריהם מהני עדותם לענין תפיסה, וכיון דמהני עדותו של משחק בקוביא לענין תפיסה יש בו משום קרבן שבועת העדות וכנ״ל.

ה

ומצאנו יישוב אחר לקושיית החתם סופר. האור שמח (שבועות יא,טו) מיישב לפי דברי הרמב״ם, דדוקא כי משביעו בטענת ודאי דאיכא מאן דידע דנשבע לשקר וחילל השם אזי איכא איום, אבל אם השביע בטענת ספק כגון סוטה דהוי טענת ספק, דהבעל אינו יודע מה אירע בסתירה, ליכא איום (רמב״ם שבועות יא,טו).

ולפי האמור כתב האו״ש שם, דדוקא גבי חשוד, דאיכא טענת ברי ומאיימין עליו בכל האיומים עביד איניש דפריש משבועה. אבל הנפרעת מיתומים דליכא איום לטענתם בספק בלבד תשבע ותיטול כתובתה.

הרב מאיר ברקוביץ

חיוב מיתה ברוצח

ראשי פרקים

א. עדות קרובי נרצח

ב. גדר חיוב מיתה ברוצח

ג. בעל דבר שאינו נוגע

ד. מחלוקת נתיבות המשפט והבית אפרים

ה. ממון לזה ונפשות לזה

ו. בית אהרן – שתי סיבות לחיוב רוצח

ז. הסבר ר' שמואל

ח. פסיקת ההלכה במחלוקת רשב"א ור"י

א. עדות קרובי נרצח

כטעם ראשון לכך, שהרוג פסול לעדות כתבו תוס' (מכות ו,א ד"ה הרוג יציל), שהוא בעל דבר. בהסבר שני כתבו, שפסול לעדות מצד שונא. בהמשך כתבו בנרבע טעם אחד בלבד מצד שהוא שונא ולא כתבו שהוא בעל דבר. בסוף דבריהם העלו אפשרות, שהרוג ונרבע אינם פסולים וכונת הגמ' "אלא מעתה הרוג יציל ...נרבע יציל" הוא במקרה שההרוג או הנרבע הם קרובים של ההורג או הרובע ע"ש.

והנה הרמ"א (חו"מ לג,טז) פסק:

> קרובי נרצח יכולין להעיד על הרוצח (הגהות אשרי ומרדכי פ' זה בורר תשצה). וכן קרובי המוכה יכולין להעיד על המכה לגרשו מבה"כ או שאר עונש דומה לזה, שאין תועלת למוכה בעדותו (הגהות מרדכי שם).

הגר"א (לב) ציין, שתוס' בתרוצם ה(אחרון)שני יסכימו לדין זה הואיל ואין פסול בהרוג או בנרבע אא"כ הם קרובים להורג. אך לתרוצם הראשון שהרוג הוא בעל דבר אף קרוביו אינם מעידים לרוצח.

הרא״ש בשו״ת (נז,ב) חולק וסובר שקרובי נרצח אינם כשרים לעדות.[1] וצ״ב במאי פליגי.

עוד צ״ב, כונת תוס׳ שהרוג הוא בעל דבר – מה נוגע לו ענין חיוב המיתה של הרוצח.

ב. יש לחקור בגדר חיוב מיתה ברוצח -

האם הוא מחמת חומר העבירה וכחילול שבת וכד׳ או שהוא מדין ׳נפש תחת נפש׳ וחיוב כלפי הנרצח. וחקר כן הלבוש מרדכי (עמ״ס כתובות סי׳ טז ע״ש). להלן ראיות לצד השני:

1. רמב״ם סנהדרין כ,ד

> אסור לבית דין לחוס על ההורג שלא יאמרו כבר נהרג זה ומה תועלת יש בהריגת האחר ונמצאו מתרשלין בהריגתו, שנאמר ולא תחוס עינך ובערת דם הנקי, וכן אסור לבית דין לחוס על מי שנתחייב קנס שלא יאמרו עני הוא זה שלא בכוונה עשה אלא מגבין ממנו כל שיש לו בלא חנינה שנאמר ולא תחוס עינך, וכן בדיני ממונות אין מרחמין על הדל...

צ״ב מה ההו״א, שנחוס על נפשו של הרוצח טפי מכל חייבי מיתות בי״ד, ולא שמענו הלכה כזו אצל מחלל שבת או עריות וכד׳. ואף הסברה הכתובה ״שלא יאמרו כבר נהרג זה ומה תועלת יש וכו׳ ״ טעונה באור.

ונראה בפשטות, שחיוב מיתה ברוצח הוא מדין ׳נפש תחת נפש׳ (ומעין תשלומין) כי אם חיוב המיתה הוא מחמת חומר האיסור וכמחלל שבת וכד׳ אין לכאורה מקום להו״א כזו. (ויש לשים לב להמשך דברי הרמב״ם, שעוסק בתשלומים).

2. בבא קמא פג,ב

> תניא, ר׳ דוסתאי בן יהודה אומר: עין תחת עין - ממון, אתה אומר: ממון, או אינו אלא עין ממש? אמרת? הרי שהיתה עינו של זה גדולה ועינו של זה קטנה, היאך אני קורא ביה עין תחת עין? וכי תימא, כל כי האי שקיל מיניה ממונא, התורה אמרה: (ויקרא כד) משפט אחד יהיה לכם, משפט השוה לכולכם. אמרי: מאי קושיא? דלמא נהורא שקיל מיניה, נהורא אמר רחמנא נישקול מיניה; דאי לא תימא הכי, קטן שהרג

[1] עי׳ משכנות יעקב חו״מ סי׳ טו, שהכריע להלכה כרא״ש בניגוד לדברי הרמ״א.

את הגדול וגדול שהרג את הקטן, היכי קטלינן ליה? התורה אמרה: (ויקרא כד) משפט אחד יהיה לכם, משפט השוה לכולכם. אלא נשמה שקיל מיניה, נשמה אמר רחמנא נשקול מיניה, ה"נ נהורא שקיל מיניה, נהורא אמר רחמנא נשקול מיניה.

ההשואה בין נהורא שקיל מיניה לבין נשמה שקיל מיניה מצביעה על כך, שיסוד החיוב הוא כלפי הנרצח כי אם החיוב הוא (רק) כלפי שמיא וכדין שאר חייבי מיתות בית דין מה המשמעות של 'קטן שהרג את הגדול'?

3. רמב"ם חובל ומזיק א-ג

זה שנאמר בתורה כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו אינו לחבול בזה כמו שחבל בחבירו אלא שהוא ראוי לחסרו אבר או לחבול בו כמו שעשה ולפיכך משלם נזקו, והרי הוא אומר (במדבר לה,לא) ולא תקחו כופר לנפש רוצח, לרוצח בלבד הוא שאין כופר אבל לחסרון איברים או לחבלות יש כופר.

ויש להעיר כנ"ל – מה הו"א שילַקח כופר, לא מצאנו בדין בי"ד 'חנינה' לחייבי מיתות/עונשין.[2] וידועים דברי גדולי הדורות, שהראו בדברי הרמב"ם, שחיוב תשלומי חובל בחברו אינו תשלום ממון למלא החסרון גרידא, אלא יסוד תשלמי חבלה כעין כופר – תחת עינו של מזיק! ואף שלהלכה לא קיי"ל כמ"ד דבמזיק שיימינן, עכ"פ א"א להבין שיטתו של האומר כן (בדמזיק שיימינן) אא"כ נפרש כנ"ל. (ועי' בהרחבה אצל הרב זוין במשפט שיילוק לאור ההלכה. וע"ע בדברי הרמב"ם במו"נ ג,מא).

ומטו ביה מדרשא משמיה דמהרי"ל דיסקין, שמכך שצריך פסוק 'לא תקחו כופר לנפש רוצח' מוכח, שאין מיתת הרוצח משום האיסור וחומרת המעשה.

4. בבא קמא דף ט,ב

מתני'. כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו. הכשרתי במקצת נזקו, חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו וכו'.

ובגמ' שם י,ב:

ותו ליכא? והא איכא הא דתניא: הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות, בין בבת אחת בין בזה אחר זה, ומת - כולן פטורין; רבי יהודה בן בתירא

[2] אמנם עי' כתובות לז,ב הו"א שבכל חייבי מיתות יועיל כופר.

אומר: בזה אחר זה - האחרון חייב, מפני שקירב את מיתתו! בקטלא לא קמיירי. ואיבעית אימא: בפלוגתא לא קמיירי. ולא? והא אוקימנן דלא כרבי! דלא כר' וכרבנן מוקמינן, כר' יהודה בן בתירא ולא כרבנן לא מוקמינן.

יסוד המשנה בנזקין. וכן מבואר שהנדון הוא, שאע"פ שהכשיר מקצת הנזק בלבד מחוייב בתשלומי כל הנזק. וצ"ב כיצד ניתן לפרש דברי המשנה על פי שיטת רבי יהודה בהכוהו עשרה בני אדם (על אף הדמיון שעשה רק חלק מהמעשה וחייב בכל), סוכ"ס אין כאן ענין של תשלומין כלל וע"כ צ"ל שחיוב מיתה הוא לנרצח ומדין 'נפש תחת נפש'.

אלא שיש מקום לבע"ד לחלוק ולומר, שהיא גופא תשובת הגמ': בקטלא לא קמיירי, אך בפשטות כונת הגמ' שאה"נ היה אפשר להוסיף למשנה דין הכוהו עשרה בני אדם אלא שהמשנה כאן אינה עוסקת במיתה אלא בנזקין.

5. שבועת העדות

ר' יוסי הגלילי אומר, הרי הוא אומר (ויקרא ה): והוא עד או ראה או ידע, בעדות המתקיימת בראיה בלא ידיעה ובידיעה בלא ראיה הכתוב מדבר.

מבואר, שלריה"ג, אלמלא הפסוק היינו מחייבים קרבן שבועת העדות אף בעדות נפשות. וצ"ב דמבואר לקמן (לה,א), שהעדים אינם חייבים עד שבעל דין יתבע אותם להעיד, ומי הוא התובע בנפשות? וע"כ כנ"ל, שלנרצח שם תובע וזה ייתכן אם נגדיר חיוב המיתה הוא כלפיו (משנת יעבץ חחו"מ).

אמנם יש לדחות, שמא אין צריך תביעה אלא במקום ששייכת תביעה. ועיי' רמב"ם ריש הלכות עדות: "העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע וכו' והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות" וכו'. וע"ש בכס"מ, ונראה מדבריו, שבדיני נפשות מצוה להעיד אפילו בלי תביעה ואפשר דטעמא משום דחייבים העדים לינקם ממנו וכו' (ועי' ספר החינוך). משמע שיש הו"א, שאינם חייבים להעיד בעדות נפשות בלי תביעה אלא שאין הדבר כן הואיל ויש עליהם חיוב להינקם וצ"ב מי יתבע אותם להעיד (בפרט שלכאורה מדובר בכל דיני נפשות ולאו דוקא רציחה).

6. הודאת רוצח (לענין הזמה ודין מודה בקנס)

מבואר (ב"ק עה), שאם הנתבע הודה לדברי העדים - לרבנן דסומכוס - הוי עדות שאאי"ל. ועי' ריש מכות ב,א בדברי הריטב"א שם וז"ל:

מעידין אנו באיש פלוני שחייב גלות. פירש רש"י ז"ל שמעידין שהרג את הנפש בשוגג, ודקדקו עליו ז"ל דבמאי עסקינן אם בשהוא מודה לדבריהם אין כאן הזמה, ואם בשאומר שלא הרג אין עדותן כלום ואינו גולה על ידם כי הוא נאמן על עצמו יותר מהם, וכדתנן בכריתות פרק שלישי (יא,ב) אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אמר לא אכלתי רבי מאיר מחייב וחכמים פוטרין אמרו לו לרבי מאיר ומה אלו ירצה יכול לומר מזיד הייתי, והכא נמי יכול לומר מזיד הייתי ואינו גולה וכו'.

י"ל בדעת הריטב"א שיש להרוג/ נידון תורת בעל דין ותורת תובע על חיוב המיתה של העדים והרי זה חיוב כלפיו. משא"כ בנרבע שאין חיוב המיתה אלא לשמים.

ובלשונו של ר' שמואל (מכות אות כא):

ויסוד לזה נראה מדברי תוס' לקמן (ו,א ד"ה אלא), שכתבו דהרוג יציל משום שהוא בע"ד ואילו לגבי נרבע יציל לא פירשו דמיפסיל משום בעל דין אלא מטעמי אחריני. והיינו משום דבנרבע החיוב הוא על מעשה שעבר לשמים והנרבע אינו אלא ההיכי תימצי בעלמא משא"כ בחיוב רוצח שהוא מ'נפש תחת נפש' ולא על רציחה (כאיסור) בעלמא הוא חייב ואפילו לא על כך שחיסר נפש מישראל אלא חיוב המיתה הוא על שהרג את פלוני ונתחייב מיתה אליו והוי איהו בעל דין ותובע להענישו בעונש מיתה ואם היה הורג אדם אחר היה נעשה חיוב אחר דהנהרג נכנס כאן באמצע החיוב...

ומעתה י"ל דשפיר מהני הודאת בע"ד לפטור הזוממין, דמאחר דיש לו תורת בע"ד על עונש כאשר זמם דידהו, שפיר אמרינן בזה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. אלא דלפי"ז יצא לנו חידוש גדול לדינא דהא רוצח אילו יצוייר שיודה הנרצח שהרוצח פטור ממיתה כגון שנעשה טריפה והודה קודם שמת יהא נאמן לפטרו בהודאה אפילו נגד עדים וצ"ע.

ועי' רש"י מכות ה,א דמהני הודאת בע"ד לפטור רוצח מחיוב מיתה כדין מודה בקנס וכבר הקשו תוס' (ד"ה דבעידנא): "דזה לא מצינו, דאם כן כל חייבי מיתות בית דין יכול להודות ולפטור עצמו". ובדעת רש"י י"ל, שכתב דבריו רק לגבי רוצח וחיוב מיתה דרוצח אינו מפני חומרת האיסור אלא מדין נפש תחת נפש, אלא שיש להוסיף דרש"י ס"ל דאין זה תשלום כתשלום ממון, שכן מאי אהני ליה לנרצח, אלא דחשיב כקנס (ר"ל תשלומין שלא מן הדין) ושאני רוצח מכל חייבי מיתות. לשיטת רש"י מדוייקים דברי רבא, שנקט שם

באו שנים ואמרו בחד בשבתא הרג פלוני את הנפש והאו״ש (עדות יט,ב) העיר מדוע נקט רבא דוקא רציחה ולא מעשה אחר ולנ״ל א״ש.

7. גואל הדם

ההלכה המחודשת של גואל הדם, שלא מצאנו כדוגמתה בכל התורה כולה, תתפרש לפי הצד הנ״ל, שחיוב המיתה (או גלות) הוא כלפי הרוצח ומקרא כתוב: ״ושפטו העדה בין גואל הדם ובין הרוצח״.

8. שוגג

יעו׳ רש״י פרשת משפטים (כא,יד) עה״פ ״וכי יזיד איש על רעהו״, וכי יזיד – ולא שוגג, ומקור דבריו במכילתא. וצ״ב למה לי קרא למעט שוגג מאי שנא משאר ענשים שבתורה. ולנ״ל א״ש דהואיל ורציחה חשיב כתשלום בעד נפשו שפיר שייך היה לחייב אף ברוצח בשוגג. וכהא דחובל בחברו דמשלם אף בשוגג.

ג. בעל דבר שאינו נוגע

עי׳ לעיל פסק הרא״ש לענין קרובי נרצח וברמ״א שם. וע״ע בדברי המרדכי פ׳ ז״ב אות תרצה, שהנרצח וקרוביו כשרים לעדות ועל פיו פסק הרמ״א. וי״ל דלא פליגי בנ״ל ואף הרמ״א מודה שעיקר חיוב מיתה ברוצח הוא כלפי הנרצח אלא שס״ל שהואיל ואין שום תועלת לנרצח בחיוב מיתה לרוצח לכן אינו נחשב לבעל דבר לענין פסול עדות וכן קרובים אינם נפסלים כי אין מכאן כל נפ״מ לקרובם.[3]

אמנם אה״נ ייתכן ונחלקו בחקירה הנ״ל גופא כפי שנראה שיש בה מחלוקת ראשונים מפורשת.

ד. מחלוקת נתה״מ והבית אפרים

ייתכן ונחלקו בחקירה זו בעל נתיבות המשפט והבית אפרים. ראה שו״ת בית אפרים חו״מ סי׳ יב שכתב בתוך דבריו:

> אין זה (אמירת העדים שפלוני נהרג באותו יום) עיקר עדות רק שזה הרג נפש מישראל ומה איכפת לן אם הרג איש זה או איש אחר וכו׳. וצ״ל דודאי קפדינן אם משקר בענין ההרוג, שזה גופה של עדות מיקרי,

[3] עי׳ – למשל – מש״כ הרב ז׳ולטי במשנת יעבץ חחו״מ בהרחבה בשאלה האם בעל דבר שאין לו שייכות ממונית לתביעה מוגדר כבעל דבר.

שהחיוב שמחייבין את זה על פי עדים אלו הוא מחמת שזה עשה מעשה בגופו של זה והרגו ומעשה החיוב הוא מחמת שהרג האיש הזה והוא הרוצח וכיון שההרוג הוא הסיבה של החיוב גם הוא מכלל העדות וכו' משא"כ בנרבע אין החיוב מחמת שחילל את הנרבע ברביעתו רק מכח שהוא רבע איש אחד יהיה מי שיהיה ואף דלגבי הריגה כן הוא דלא איכפת לן אם הרג את זה או את זה מ"מ בזה עיקר החיוב הוא לפי שנטל נפשו של זה והוי שפיר גופה של עדות וכו'.

ועי' נתה"מ סו"ס לג בקושיית התומים מ"ש קרובי נרצח שמעידים על הרוצח מקרובי שכיב מרע, שאינם מעידים על מתנתו (אף שרחוקים הם מהיורשים כמבואר לג,יד) וז"ל:

נראה לחלק, דבנרצח כשמעידין הקרובים על הרוצח שהרג אין צריך להזכיר בעדותן שם הנרצח כלל וכשמעידין פלוני הרג ישראל סגי ולא חשיב עדות זה על הנרצח כלל, משא"כ במתנת שכ"מ דצריכין להזכיר בעדותן שם השכ"מ שהוא נתן נכסיו שלא יהיו שלו בשעת מיתה וכו' הרי זה עדות על השכ"מ ממש וכו'.

וע"ש במשובב שהשיג: "...דאנן בשמא לא דייקינן ולא קפדינן אלא בתר טעמא אזלינן, ואם אין הענין נוגע לו לא מיפסלי קרוביו".

נראה שכונת נתה"מ, שחיוב המיתה אינו נוגע כלל לנרצח ולא קרוביו, הזכרת ה'שם' אינה אלא סימן. ועמד על כך הרב זוין ב'תוספת דברים' למאמרו 'משפט שיילוק לאור ההלכה', לאחר שהאריך בשיטתו שאין לאדם בעלות כלל על גופו, וז"ל:

ותמהני על גאון שכמותו ה"קצות" למה כתב כדברים האלה. הרי דברי ה"נתיבות" מובנים מאד. ודאי שאין השם קובע ולא השם גורם. אין השם אלא סימן להגוף וכוונת ה"נתיבות" ברורה. בנרצח אין גוף זה שנרצח נוגע להנידון. אין הבדל אם הרוצח הרג גוף זה של פלוני בן פלוני או גוף אחר. נוגע לנו רק שהרג אדם מישראל יהיה מי שיהיה. אבל בשכיב מרע הרי מוכרחים להעיד, שדוקא גוף זה של פלוני בן פלוני השכיב מרע הוא שציוה מה שציוה, שאם המצווה הוא מי שהוא אחר בטלה כל עדותם, שהרי הם מעידים על אלה הזוכים על פי הצוואה בנכסיו של אותו פלוני בן פלוני.

ומתוך כך מוסברת ביותר נקודה חדשה זו שהכנסנו לתוך הדברים: אין כאן קרובים כלל, שאין העדות על גוף זה של פלוני בן פלוני דוקא, אלא על אדם מישראל בכלל.

ה. ממון לזה ונפשות לזה

לדעת רבא (סנהדרין י,א) עדים שהעידו שפלוני בא על בת פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין - ממון לזה ונפשות לזה, ר״ל ממון לבת,[4] שרצו להפסידה כתובתה ונפשות לזה שאומר שבא עליה. ואילו רב אשי (כתובות ל,ב) ס״ל, שזר שאכל תרומה משלו וקרע שיראין של חברו פטור מתשלומין ופרש״י דס״ל לרב אשי דממון לזה ונפשות לזה נמי פטור מתשלומין. וע״ש שתוס׳ הקשו לפירושו ונקטו, דכל שאינו מתחייב מיתה בשביל אדם אלא לשמים חשיב מיתה ותשלומין לאחד וה״ה לאכילת תרומה וקריעת שיראין הוי מיתה ותשלומין לאחד. ובשם ר״ת כתבו ״דרבא דוקא גבי עדים זוממים אית ליה דממון לזה ונפשות לזה חייב משום דבעינן שתתקיים הזמה כלפי כל אחד ומיהו ממון ונפשות בחד גברא פטור, כיון דמתקיים בו קצת הזמה אבל בעלמא מודה רבא דממון לזה ונפשות לזה פטור, דהא גדי סמוך לו ועבד כפות לו דתנן פטור ומוקמינן בפרק כיצד הרגל (ב״ק דף כב,ב ושם) בגדי דחד ועבדא דחד.״ על כך כתב האבני נזר [אבה״ע ח״ב רפב,א (חי׳ כתובות)]:

ונראה לפענ״ד להטעים הדברים, דהא ודאי מיתה לשמים וממון לאדם אמרינן בי׳ קלב״מ כמ״ש לעיל, וע״כ אפי׳ רצח אדם חשוב מיתה לשמים, דאיסור לא תרצח לשמים הוא כמ״ש הרמב״ן בפירוש התורה (שמות כ,יג). וז״ל:

בפסוק לא תרצח אמר הנה צויתיך להודות שאני בורא הכל בלב ובמעשה כו׳ א״כ השמר לך פן תחבול מעשה ידי ותשפוך דם האדם אשר בראתי לכבודי להודות לי בכל אלה, וע״כ הוי מיתה לשמים, ודווקא בהזמה דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו דייקא הוי ממון לזה ונפשות לזה, ותירוץ ריב״א אינו מובן לי כלל דאטו אנן בתר מי שיוכל להרגו אזלינן דא״כ לא משכחת מיתה לזה דסוף סוף הב״ד מחייבים הכל רק למי נתחייב וברודף גם כן לא נתחייב אלא למי שרדף אחריו וה׳ יאיר עיני.

[4] עי׳ מהרש״א כתובות ל,ב לתוד״ה רב אשי.

וכל זה נקט אליבא דתוס׳. אבל הרשב״א (הו״ד בשטמ״ק), כתב כך:[5]

> ואלא ודאי הא דהכא ומתניתין דב״ק ל״ש כלל בפלוגתא דמיתה לזה ותשלומין לזה, דכל שחיוב נפשו לא בא לו מחמת הניזק אלא מחמת איסורו שעשה לשמים כמיתה ותשלומין לאחד דמי, לפי שאותו בעל הממון מחוייב בהריגתו ואין לך מי שמחוייב בו יותר מחברו[6] והילכך כמיתה ותשלומין לאחד דמי, וה״נ כרת או מיתה מחמת איסור שעשה לשמים בא לו וכמיתה ותשלומין לאחד דמי, הא מיתה שבאה לו מחמת שהרג את חברו או שזמם להרוג את חברו בכי הא הוא דאמרינן מיתה לזה ותשלומין לזה חייב.[7]

מפורש בדברי הרשב״א, שחיוב מיתה בגין רציחה אינו חיוב לשמים כבשאר עברות אלא הרי זה חיוב לנרצח וכעין חיוב גזל וחיובי ממון לחברו. ועל פי הנ״ל (המתבאר בלבוש מרדכי), הרי זה תשלומין בעד נפשו של הנרצח. עוד נתבאר בדבריו דעדים זוממין, שזממו להרוג אדם, דחיוב מיתתם הוא לזה שזממו להרוג (נמצא שלרשב״א דברי חז״ל אודות ממון לזה ונפשות לזה, הדברים כפשוטם, חיוב כלפי אותו פלוני ולא רק חיוב בסיבת פלוני).

ו. מחלוקת תנאים – נתכוון להרוג את זה והרג את זה

בסנהדרין עט,א נחלקו חכמים ורבי שמעון

> (סיפא דמתני׳-) רבי שמעון אומר: אפילו נתכוון להרוג את זה והרג את זה - פטור.
> גמרא. רבי שמעון אהייא? אילימא אסיפא - רבי שמעון פוטר מיבעי ליה! אלא אריש׳א: נתכוון להרוג את הבהמה והרג את האדם, לנכרי והרג את ישראל, לנפלים והרג את בן קיימא - פטור. הא נתכוון להרוג את זה והרג את זה - חייב. רבי שמעון אומר: אפילו נתכוין להרוג את זה והרג

---

[5] הציטוט על פי מהדורת הרב הרשלר.

[6] יש לעיין בחיוב מיתת בי״ד אי חשיב מצוה לכל ישראל או מצוה של בית הדין. יעויי׳ ספר החינוך מ׳ סב, דבית דין העובר ואינו עושה משפט המכשפה (כשהיה בכוחו לעשות) עובר על לאו דמכשפה לא תחיה מלבד ביטול המצוה לעשות דין והשוה ללשון הרמב״ם סנהדרין יד,ג ונראה שדבריו הם מקור דברי החינוך. אמנם י״ל שבי״ד הם נציגי כלל ישראל ואכמ״ל.

[7] וע״ש המשך דבריו בענין רודף ששיבר כלים, דמבואר בסנהדרין עד,א דפטור על כליו של כל אדם הואיל וניתן להצילו בנפשו ומתחייב בנפשות לכל אדם וכדברי הגמ׳ ב״ק כב,ב בגדי דחד ועבדא דחד דפטור דכיון שניתן להצילו בנפשו הו״ל כמיתה וממון לבעל הגדי.

את זה פטור. פשיטא, קאי ראובן ושמעון, ואמר: אנא לראובן קא מיכוונא, לשמעון לא קא מיכוונא - היינו פלוגתייהו. אמר לחד מינייהו, מאי? אי נמי, כסבור ראובן ונמצא שמעון מאי? תא שמע: דתניא, רבי שמעון אומר: עד שיאמר לפלוני אני מתכוון".

מאי טעמא דרבי שמעון? - אמר קרא: (דברים יט) וארב לו וקם עליו - עד שיתכוון לו. ורבנן? - אמרי דבי רבי ינאי: פרט לזורק אבן לגו.

וצ"ב בשרש מחלוקתם. ושמא י"ל, שלדעת חכמים עיקר חיוב מיתה ברוצח הוא מחומר האיסור ולכן בנתכוון להרוג את זה והרג את זה שפיר חשיב מזיד ואילו ר"ש (בעקבות הפסוק) סובר שיסוד חיוב מיתה ברוצח הוא מדין נפש תחת נפש ולכן בנתכוון להרוג את ראובן והרג את שמעון, כלפי שמעון לא מקרי מזיד.

אך יש לחזור ולעיין היטב בסוגיא זו וידוע שנחלקו בדעת הרמב"ם (חובל ומזיק ד,ה) אם פסק כחכמים או כר"ש ועי' בלבוש מרדכי כתובות טז.

ו. בית אהרן – שתי סיבות לחיוב רוצח

רבי אהרן כהן, בכמה מקומות בספרו בית אהרן עה"ת, האריך והפליא בנידון דידן (פרשת נח ט,ו עה"פ שופך דם האדם; פרשת בראשית ד,כ עה"פ כי איש הרגתי לפצעי; קונטרס אחרון סי' ח בעיקר אותות ח-יא). נביא מקצת מדבריו:

איתא במכילתא לא תרצח למה נאמר לפי שנאמר שופך דם האדם וכו'. וצריך טעם למה מביא הפסוק הנאמר בב"נ ולא דין עונש על רציחה "מכה איש ומת מות יומת", וכן "ואיש כי יכה כל נפש אדם".

וי"ל שלחיוב מיתה ברוצח אי"צ לאזהרה דלא תרצח, והרוצח היה חייב מיתה מדין נפש תחת נפש וכמו עין תחת עין בחבלה (שתחילת דינו הוא עין ממש רק – התשלום – הוא כמו כופר לראשי אברים וכו'. וכאן אמרה תורה לא תקחו כופר לנפש רוצח ונשאר הדין של נפש תחת נפש.

לפי"ז, הציע הבית אהרן, שאזהרתו תהיה מלאו דלא יוסיף,[8] דרציחה היא החבלה הגדולה ביותר, ועל כך חידש התנא במכילתא, דחיוב מיתה של רוצח

[8] צל"ב, דא"כ הוי לה לאו דלא יוסיף, לאו הניתן לאזהרת מיתת בי"ד וא"כ כיצד החובל בחברו פחות משו"פ לוקה משום לאו זה?

אינו מדין נפש תחת נפש לבד, ורק מפני שיש איסור רציחה שהוא בין אדם למקום[9] משום ש׳בצלם אלקים עשה את האדם׳ ומטעם זה יש חיוב מיתה, והיינו דחיוב מיתה בא בצירוף שני הדברים ודבר אחד לבד אינו מחייב מיתה.

נפ״מ מהגדרה זו: הורג טריפה פטור ממיתה אף ששייך בו בצלם אלקים עשה ואפשר שיש בו איסור לא תרצח. וכן בב״נ שחייב מיתה אף בהורג טרפה.

בספר המצות לרמב״ם, במהדורות הדפוס מצוה רפט איתא: ״הזהיר הדיין שלא להרוג נקי וזכאי והוא אמרו לא תרצח״. וצ״ב, הרי לאו דלא תרצח אינו מיוחד לדיין? ואכן גירסא אחרת [עפ״י המקור הערבי (ראה מהדורת הרב שעוועל, ור״ש פרנקל)], שהזהירנו שלא להרוג קצתנו את קצתנו כו׳.[10]

ובאר הבית אהרן, שמה שאין ממיתים הרוצח מדין נפש תחת נפש ומאזהרת לא יוסיף דחבלה, היינו משום שיש איסור רציחה – על בית הדין, מקרא דלא תרצח. ובלי לאו זה היה אפשר לדונו כדין חובל ואז לא היה כל חומר דיני נפשות והיה נדון כמו ׳עין תחת עין׳! לכן הדגיש הרמב״ם, שאף בי״ד הוזהרו שלא להרוג נקי וצדיק וזו תוספת שבאיסור לא תרצח על גבי לאו דלא יוסיף.[11]

ח. תשלומין

בהגהות אשר״י (פ׳ שור שנגח סי׳ ד) כתב:

> ראובן שהרג את שמעון אע״פ שחייב מיתה משלם דמים ליורשין בבא לצאת ידי שמים אי נמי אי תפסי יורשין לא מפקינן מיניה.

ועי׳ קצוה״ח (תי,ד), דס״ל להגהות אשר״י דקרא דממעט (אם כופר יושת) עליו ולא על האדם היינו פטורא דכופר, דעליו בכופר כתיב, אבל דמים דלא

---

[9] עי׳ בבית אהרן בקו״א חילוק בין דברות ראשונת לאחרונות בדבר זה!

[10] יש להעיר מדברי הרמב״ם במנין המצות הקצר מ׳ רפט: ״שלא להרוג נקי שנא׳ לא תרצח״. וכבר כתב הגריפ״פ עונש ע׳, דאין לומר שלשון הרמב״ם בספר המצות ט״ס שכן הדברים מבוארים אף במנין הקצר. וע״ע מנין המצות בתחילת ספר החינוך ובמהדורת הר״ח העליר.

ויש לעיין לפי״ז אי לאו דרציחה חשיב הותר מכללו אצל בי״ד, דלפי״ז ייתכן והלאו אינו שייך כלל כלפי מי שאינו ׳נקי וצדיק׳. ועי׳ או״ש רציחה ב,ט שלאו דלא תרצח לא חשיב הותר מכללו אצל בי״ד כי לאחר גמ״ד חשיב כבר כהרוג, ע״ש.

[11] ועי׳ באור הגריפ״פ עונש ע׳ באור אחר בדברי הרמב״ם.

כתיב שם מחייב נמי באדם ואינו פטור מדמים אלא משום דקלב״מ. (והא דצריך קרא למעט מכופר, דקלב״מ אינו פוטר כופר כדאיתא בתוס׳ ב״ק ד,א). וכל זה שלא לדעת הרמב״ם (נזקי ממון י,יד ומ״מ שם), דס״ל דאין דמים לבן חורין.

ויש להעיר מדברי הלבוש מרדכי, ש(חקר אם) חיוב מיתה ברוצח הוא בגדר ״תשלומין נפש הנרצח כמו דכתיב נפש בנפש או דהחיוב הוא על לאו דרציחה והוי כמו חילול שבת״. ולצד הראשון צ״ב אם יש מקום לחייב תשלומי ממון מאחר וכבר מחוייב ב׳תשלומין׳.

הרב יוסף שליט

גדרם ההלכתי של שוברי הנחה ומבצעים

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. בגדר שטר בכתב ידו

ג. פסיקת ההלכה לגבי שטר שיכול להזדייף

ד. באור הגר״ח בדעת הרמב״ם

ה. חתימה במסירת קולמוס

ו. שיטת הנחל יצחק

ז. דינא דמלכותא דינא

ח. סיכום ומסקנות

א. פתיחה

מצוי מאוד בזמנינו שעסק מחלק ללקוחותיו שוברי הנחה, שבאמצעותם אפשר לזכות בהטבות בקניה בבית העסק.

ישנם מספר סוגים של שוברים ולהקל על המעיין נחלקם לשלשה סוגים:

א) שובר הניתן לעובד (בד״כ כשי לחגים), שאין הוא רשום על שם אדם מסוים וע״י ניתן לרכוש מוצרים במספר רב של בתי עסק וברשתות הקניות הגדולות. שובר זה חתום בחותמת מתכת ולא ניתן לזייפו. נראה ששובר זה חשוב כשטר ״למוציא כתב זה״ ונתבאר דינו בסי׳ נא ס״ק ד.[1]

ב) שובר אשר מתייחס לעסק מסוים, שנשלח כהטבה ללקוחותיו (״מועדון לקוחות״) ומאפשר לרכוש מוצרים בזיכוי הסך שרשום על השובר. בשובר זה נרשמים פרטי הלקוח ורק הוא יכול להשתמש בו.

---

[1] עי״ש בשו״ע ונו״כ בפירוט הדינים. ונראה שהיום שהמנהג לחלק תלושים אלו חשוב כמקום שנהגו שלא צריך לבוא בהרשאה וא״כ יכול אדם להעביר שטר זה לאחרים כמבואר שם.

ג) שובר שאינו נשלח ע״י בית העסק ע״ש הלקוח אלא מחולק בדואר או מפורסם בעיתונים וניתנת לכל אדם אפשרות לזכות על ידו לזיכוי כספי (בד״כ מותנה בקניה בערך מסוים בחנות).

במאמר זה נדון אי״ה בשוברים מהסוג השני והשלישי וננסה לבאר דעת הפוסקים מהו המעמד ההלכתי של אותו שובר והאם בית העסק יכול לחזור בו מהתחייבותו כלפי מחזיק השובר.

עוד יש לעיין האם שטר זה מועיל מעיקר הדין או מצד התקנה והאם צריך להחזיר שטר כזה שאבד.

ב. בגדר שטר כתב ידו

במשנה ב״ב (קעה) נתבאר, שאדם המוסר כתב ידו לחברו ובו כתוב שחייב לו סכום מסוים גובה מנכסים בני חורין. ופרש״י (ד״ה כתב ידו): ״של לוה שהוא חייב לו ממון ואין כאן עדות אחרת״. ופשט דבריו, שכתב ידו לא צריך עדות חתימה או מסירה לענין גביה מנכסים בני חורין.

ובכתובות כא: ״אמר אביי: לכתוב חתימת ידיה אחספא ושדי ליה בבי דינא, ומחזקי ליה בי דינא, (וחזו ליה) ולא צריך איהו לאסהודי אחתימת ידיה, ואזיל איהו והאי ומסהדי אאידך. ודוקא אחספא, אבל אמגלתא לא, דלמא משכח לה איניש דלא מעלי וכתב עילויה מאי דבעי, ותנן: הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו, גובה מנכסים בני חורין״.

מבואר בדברי אביי, שאם כתב שטר בכתב ידו באופן שיכול להזדייף כגון על חרס, השטר פסול, ולכן אין חשש שלאחר שחתם העד שמו על חרס יוסיפו שטר על גבי חתימתו.

ובקידושין ט,א:

> ת״ר: בשטר כיצד? כתב לו על הנייר או על החרס אע״פ שאין בו שוה פרוטה בתך מקודשת לי, בתך מאורסת לי, בתך לי לאינתו - הרי זו מקודשת. וכן שם כו,א: ״כתב לו על הנייר ועל החרס שדי מכורה לך שדי נתונה לך הרי זו מכורה ונתונה״.

מבואר שאפשר לכתוב שטרות בכ״י אף על חרס שהוא דבר שיכול להזדייף ולא כדברי הגמ׳ בכתובות? וכך הקשה תוס׳ בקידושין ט,א ובכתובות כא (ועוד מקומות) ותירצו בשם ר״ת, שהגמ׳ בקידושין היא אליבא דר״א, שסובר שעדי מסירה כרתי ולכך לא צריך חתימת עדים על השטר וכשר גם כשאפשר

לזייף. אך לר״מ[2] באמת צריך שתהיה חתימת העדים על דבר שלא מזדייף ושטר קידושין על חרס פסול הוא.

והקשו הראשונים, שבגמ׳ גיטין כב,ב מבואר, שנחלקו ר׳ אלעזר ור׳ יוחנן בדעת ר״א שסובר שעדי מסירה כרתי; לדעת ר׳ יוחנן הכשיר ר״א הן גט והן שאר שטרות הכתובים בדבר שיכול להזדייף (ומה שכתוב למען יעמדו ימים רבים זו רק עצה טובה), אך לדעת ר׳ אלעזר הכשיר ר״א רק בגיטין דבר היכול להזדייף ולא בשאר שטרות משום שכתוב למען יעמדו ימים רבים. וא״כ מי בעל הדעה, שאפשר לכתוב שטרי קידושין ומכר על החרס אך פוסל בשטרות אחרים כשטר בכתב ידו?

ותרץ תוס׳,[3] שרק שטרות העומדים לראיה פסולים אם אפשר לזייפם. אך שטרי קנין וכן שטר קידושין אין עיקרם לראיה אלא לביצוע הקנין ובזה לא צריך כלל שטר שלא עומד להזדייף. ולכך בשטר הלוואה, שעומד לראיה יהיה פסול על חרס מכיון שיכולים לזייפו.

וכדעת התוס׳ מצאנו בר״ן גיטין (יא,א בדפי הרי״ף), שכתב ״ומ״מ כי אמרינן לא הכשיר ר״א אלא בגיטין לאו דוקא גיטין בלחודיהו אלא גיטין ודכוותיהו, דהיינו שטר הקנאה שהשטר עושה בעצמו המעשה ואינו לראיה בעלמא, דהא תניא בפ״ק דקידושין כתב לו על הניר או על החרס שדי מכורה לך שדי נתונה לך הרי זו מכורה ונתונה אלמא בשטר הקנאה אע״פ שיכול להזדייף סגי״, ומפורש בדבריו להכשיר שטר שאינו עומד לראיה גם בכתב שיכול להזדייף.

הרשב״א (גיטין כב,ב) מביא תירוץ נוסף. בגמ׳ בקידושין מדובר על חרס כזה שאינו מזדייף. באופן דומה כתבו בתוס׳ ב״ב נא, שכתב ידו על חרס חשוב שאינו יכול להזדייף כי אם ימחקו יהיה ניכר שאין זה כתב ידו.

---

[2] הריטב״א בכתובות כא מבאר, שבשטרי קנין גם לר״מ כשר ביכול להזדייף וז״ל ״אבל שטר מקנה שעושין לשעתו לקנות בו ולזורקו אע״פ שיכול להזדייף כשר כי לעולם אין מביאין ראיה ממנו בב״ד אלא שהעדים יעידו למחר שזכה זה בשטר כתוב וחתום כראוי, ואתיא מתני׳ אפילו לר׳ מאיר דאמר עדי חתימה כרתי וכו׳״. ולכאורה קשה שהרי ר״מ פוסל בדבר שיכול להזדייף וגט הוא כשטר קנין? ואפשר שכונת הריטב״א, שמכשיר רק בשטרות שלעולם אין מביאים ראיה מהם אך מה שמצריך ר״מ שלא יהיה מזויף מתוכו זה בשטרות שכן מביאים ראיה מהם לפעמים ופעמים שגט בא לראיה (כמבואר בתוס׳ גיטין כב,ב). עוד אפשר לבאר בדברי הריטב״א, שרק במקום שיכולה אח״כ להועיל להיות הודאת הוב״ד ר״מ יכשיר בדבר המזדייף (וכפי שיתבאר בדעת תוס׳ גיטין ד) אך בגו״ק שלא שייך הודאת בע״ד לא יועיל לר״מ על דבר שיכול להזדייף וצ״ע. ועיין חזו״א אבה״ע פז ו-לח.

[3] וכך ברמב״ן ורשב״א גיטין ועו״ר.

ולפי תירוצים אלו אין חילוק בין שטרי ראיה לשטרי הקנאה ולעולם צריך שטר שלא ניתן לזייפו.

תוס׳ (גיטין ד,א ד״ה דקיימא לן) הוסיפו לחלק בין דיני ממונות לבין גיטין וקידושין וכתבו וז״ל:

> ועוד דרגיל ר״ת לומר דאפילו לר״מ בעי עדים בשעת נתינת הגט, דאין דבר שבערוה פחות משנים וכן שטר מתנת קרקע או שטר מכר שהוא לקנין קרקע ואינו לראיה אין מועיל כלום לר׳ אלעזר אם ידוע שלא נתנו בפני עדים. מיהו יש לחלק דלענין ממון דמהניא הודאת בעל דין כמאה עדים סגי בעדי חתימה במקום[4] הודאת בעל דין אבל בקידושין וגרושין לא מהניא הודאת בעל דין משום דמחייב לאחרים דבקידושין אסר לה אקרובים ובגרושין אסר לה אכהן.

ועולה מדברי תוס׳, שיש לחלק בין דיני ממונות - בהם יכולה להועיל הודאת בע״ד והיא תוכל להכשיר השטר במקום עדות עדים, לבין גיטין וקידושין - בהם לא שייך הודאת בע״ד, שכן חב לאחריני ובזה חייבים להיות לר״א עדי מסירה ולר״מ גם עדי חתימה כשרים.

ג. פסיקת ההלכה לגבי שטר שיכול להזדייף

השו״ע (מב,א) כתב ״אין כותבין שטר חוב על דבר שיכול להזדייף, ואם כתבו עליו, פסול אפילו לגבות בו לאלתר״. והרמ״א מוסיף, שרק שטרי חוב פסולים על שטר שיכול להזדייף אך שטרי הקנאה כשרים.

הב״ח (קצא) הביא בשם הסמ״ע, ששטרי הקנאה כשרים בחתימת עדים אפילו בדבר שיכול להזדייף ולא צריך דוקא כתב ידו. והב״ח מקשה, שהרי תוס׳ שהכשירו בשטרי הקנאה גם כשכתוב על חרס העמידו הגמ׳ כר״א שיש עדי מסירה, אך בלי עדי מסירה אי אפשר להכשיר בעדי חתימה כאשר הם חתומים בדבר שיכול להזדייף.

הש״ך (מב,ב) הקשה על הב״ח מדברי הרמ״א הנ״ל, בהם מפורש כדברי הסמ״ע וכך כתבו התוס׳ והר״ן להכשיר גם בלי עדי מסירה. ומה שהעמידו התוס׳ הגמ׳ בקידושין שיש עדי מסירה זה בגלל שצריך עדי קיום בקידושין

---

[4] אפשר להבין דברי תוס׳ במלת ״במקום״ בשני אופנים: א) עדי חתימה מועילים כתחליף להודאת בע״ד. ב) עדי חתימה מועילים במקום שיש גם הודאת בעל הדין. ובזה אפשר שנחלקו האחרונים בהבנת התוס׳.

ובלא עדים הקידושין אינם חלים. ואילו אמרינן במונות לא איברו סהדי אלא לשקרי ולכך לא צריך שיהיו עדי מסירה. ויוצא לנו מדבריו, שאפשר להכשיר שטר שיכול להזדייף בדיני ממונות אף בלא עדות מסירה.

קצוה״ח (שם א) הסכים לדעת הב״ח וכתב וז״ל:

> ואחר העיון דברי הב״ח נכונים, והוא דודאי לר׳ מאיר לא מהני עדי חתימה בשטרות אפילו בשטר קנין וגיטין וקידושין אם הוא בדבר שיכול להזדייף ומשום דאינו מוכח מתוכו, ואפילו ידוע שאין בו שום זיוף עפ״י הודאת נותן ועפ״י העדאת עדים.

ומבאר קצוה״ח, שכמו שלר״מ שטר על דבר שיכול להזדייף פסול משום שאינו מוכח מתוכו ואינו חשוב שטר כלל, כך גם לר״א אם אין עדי מסירה ועדי החתימה חתומים על דבר המזדייף השטר פסול. ומה שמצינו בדברי ר״ת, שלא צריך בשטרי הקנאה ״למען יעמדו ימים רבים״ זה רק כאשר יש עדי מסירה, שיכולים להעיד על השטר ולכן חשוב כשטר.

ומוסיף קצוה״ח:

> ואי משום הודאת נותן שיהיה במקום עדי מסירה, זה ודאי ליתיה דא״כ אף אנו נאמר שטר שכתוב בכתב יד אחר ואין בו עדי חתימה ונתנו לו בינו לבינו זה הנייר אעפ״י שמודה שנתנו ודאי לא מהני דמה זו הודאה שנתן לו נייר כתוב כתב יד אחר, וכיון דזה ודאי אי אפשר לומר לר׳ אלעזר דאם נתן נייר וכתוב עליו שטר בכתב יד אחר בלי עדי חתימה ועדי מסירה דמהני בזה וכמבואר בש״ס ופוסקים הרבה פעמים דכה״ג ודאי לא מהני, וא״כ הוא הדין זה שחתום עליו עדי חתימה אם הוא דבר שיוכל לזייף הני עדי חתימה כמאן דליתיה וא״כ לא מהני.

ומבואר בדבריו שאם אדם מסר לחברו כתב יד של אחר ובו כתובה התחייבות ונתנו בלי עדי מסירה דומה לשטר שחתום בעדים על דבר שיכול להזדייף, שלא חשוב שטר כלל, אף אם יודה שנתנו לו.

ומביא קצוה״ח ראיה לשיטתו מדברי המ״מ (מלוה ולוה יא,טו), על דברי הרמב״ם, שאדם יכול להתחייב לחברו ע״י מסירת שטר. וביאר ה״ה וז״ל ״וזהו שכתב המחבר או שכתב לו שטר וכו׳ ומ״מ אין זה אלא במסרו לו בעדים וכמ״ד עדי מסירה קונים. א״נ כגון שהיה השטר בכתב ידי המתחייב ונתנו בינו לבינו ולגבות מנכסים בני חורין כמו שיתבאר בהלכות מלוה ולוה. אבל אם היה כתב ידי אחר ונתנו בינו לבינו ודאי לאו כלום הוא דלא עדיף זה

המתחייב מלוה ממש.״ ומפורש בדבריו, שאין אפשרות להכשיר שטר של התחייבות מחדש או בשטר מלוה ע״י מסירת כתב יד אחר.

ומה שכתבו התוס׳ בגיטין, שיועיל הודאת בע״ד בדיני ממונות כוונתם רק עם עדי החתימה. ואף שלר״א בגו״ק צריך עדי מסירה, זה לצורך קיום הדבר ובממונות לא צריך עדי קיום, אך בלי עדי חתימה לא חשוב שטר אף אם תהיה הודאת בע״ד.

קצוה״ח הביא ראיה נוספת מהסוגיה בגיטין י,ב: שטרות העולים בערכאות של גוים כשרים. ושואלת הגמ׳ אף שבשטרי ראיה אפשר להאמין לערכאות משום ״שלא מרעי נפשייהו״ לשקר, איך נכשיר שטרות אלו בשטרי קנין הרי אין עליהם עדים והם כחספא בעלמא? ומתרצת הגמ׳ שני תירוצים: א) דינא דמלכותא דינא. ב) באמת שטרי קנין שהם כגיטי נשים פסולים בערכאות.

וכתבו שם תוס׳ (ד״ה וחספא) בשם ר״י, שהתקנה להאמין לשטרי ערכאות היתה רק בשטרי מלוה ומכר שהם רק לראיה אך לא נעשה על ידם חלות קנין, אך שטר מתנה פסול בשטר של ערכאות כיון שמדאורייתא צריך שטר עם עדים כשרים או עדי חתימה או עדי מסירה בשביל קיום הדבר וזה לא יתכן בשטר ערכאות משום שגוזרים שלא ימסרו בפני עדי ישראל. ולומד קצוה״ח, שכמו שבשטר מתנה בו הוא יוצר התחייבות ומצריכים או עדי חתימה או עדי מסירה כדי שיחשב שטר., כך גם במוסר כתב יד של אחר לחברו, שאין זה חשוב שטר ליצור חלות מתנה אם לא יימסר בעדים.

בדעת הר״ן, שהתיר לכתוב על דבר שיכול להזדייף, באר שהר״ן לשיטתו שעדי חתימה מועילים אף לר״א משום שאנן סהדי שנמסר לידי הלוה וא״כ בדבר שיכול להזדייף, החתום על ידי הלוה, אף שאין לנו עדות על תוכן השטר מ״מ אנן סהדי שנמסר לידי המלוה כמו בעדי חתימה, ודי בכך להכשיר השטר בשטרי הקנאה. אך בכתב יד אחר, שאין כלל עדות שנמסר (ייתכן וכתבה מעצמו), לא תועיל הודאת הנותן להכשיר שטר הנתינה.

נתה״מ (שם א) חלק על ראיית קצוה״ח משטרות העולים בערכאות, וז״ל:

> ואין הנידון דומה לראיה, דבליכא עדי חתימה ולא עדי מסירה לאו שטרא הוא כלל, ולצחוק בעלמא מסר לו, מה שאין כן כשיש עדי חתימה רק שהוא דבר שיכול לזייף שטר, ואי אתו עדי חתימה קמן ואמרו דליכא זיוף מועיל, והכי נמי מועיל הודאת בעל דין במקום עדי חתימה, דשטר קנין גמור הוא.

ובאור דבריו, שגם בדבר שיכול להזדייף חשובה החתימה ככשרה אם יבואו העדים ויעידו שלא זייף וה״ה כאשר יש הודאת בע״ד על זה. ורק בשטר שעולה בערכאות אין עליו שום עדות ולכך נפסל אף למקח וממכר.

לפנינו מחלוקת בין הסמ״ע[5] והש״ך לבין הב״ח וקצוה״ח, בשאלה האם שטר קנין ללא עדות חתימה ובלי חתימת בע״ד, יכול להועיל בתורת שטר כאשר תהיה הודאת בע״ד, או שכלל אינו חשוב שטר אלא חספא בעלמא ופסול.

והנה כתב המחבר (סו,כב):

> ראובן שיש לו שטר על שמעון, ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה, והיה שמעון אחד מעידי המתנה ואחר עמו, ורוצה ראובן לחזור מהמתנה וטוען שהשטר פסול, לפי ששמעון הוא נוגע בעדות שרוצה להעיד כדי שיפטר מבעל דינו, שהשני נוח לו, הדין עמו, והרי הוא חשוב נוגע בדבר.

ובש״ך שם ס״ק עב כתב, ששטר המכירה פסול רק משום שראובן כופר בכך שמכר ללוי אך אם ראובן מודה שמכר ללוי אין פסול בכך ששמעון שמעיד בשטר הוא נוגע. ומסיים הש״ך וז״ל:

> וה״ה בכל דבר שצריך עדים בענין, אם הבעל דבר מודה שאלו הם עדים, אף על פי שאחד מהן נוגע או אפילו שניהן נוגעין, הענין כשר. ועוד, דכאן אין צריך עדים כלל דלא איברו סהדי אלא לשיקרא.

מפורש בדברי הש״ך, שלא צריך עדות כשרה במקום הודאת בע״ד בכדי להחשיב השטר ככשר.

קצוה״ח (שם ס״ק כה) חלק על דברי הש״ך וכתב ״ולענ״ד נראה דליתיה, דלקמן בסימן קצא מיירי בכתב ידו, הא בכתב יד אחר בעינן עדי חתימה או עדי מסירה, וכאן מיירי בכתב יד אחר, וא״כ ודאי כיון דליכא עדי מסירה רק עדי חתימה וחד מינייהו פסול א״כ ליכא שטר כלל. ובזה ניחא דליכא חיוב שבועה נגד עד הכשר משום דאף שמודה כל דליכא שני עדים על השטר ליכא שטר קנין, ועיין מ״ש בסימן מב (סק״א) וזה ברור. ומן התימה על האורים (סקפ״א) שכתב דהסכימו האחרונים כל דמודה השטר כשר, וזה ליתא וכו״.

---

[5] כך נראה בדעת הסמ״ע משום שבס׳ קצא ס״ק ג ביאר מדוע כשר בשטר מכר שיכתוב על חרס שדי מכורה לך. וכתב שזה משום שלא איברו סהדי אלא לשקרי וא״כ נרא שכלל לא צריך עדות בשטרי קנין מדינא.

רואים שנחלקו הש"ך קצוה"ח לשיטתם שלדעת הש"ך[6] הודאת בע"ד מועילה גם להכשיר השטר אך לדעת קצוה"ח אין כתב של אחר חשוב שטר בלי עדי חתימה כשרים (וכמבואר בקצוה"ח, שהפנה לסי' מב).

בדעת נתה"מ ישנה לכאורה סתירה, האם צריך עדים ליצירת השטר או לא. בסי' מב מביא נתה"מ דברי הגמ' (כתובות צד), שלגבי שני שטרות היוצאים ביום אחד שלא מוכח מתוכם מי קדם בשיעבוד פוסק שמואל שאמרינן "שודא" ומבארת הגמ' ששמואל סובר כר"א שעדי מסירה כרתי וא"כ זה שנמסר לו ראשון זוכה. ומקשה הרמב"ן (הובא בר"ן גיטין מז,ב בדפיו) אם נבאר בדעת ר"א שמועיל גם עדי חתימה (כשיטת הרי"ף) א"כ כל עוד אין לפנינו עדי מסירה גם לר"א שיעבוד השטר יקבע לפי עדי החתימה וא"כ מדוע נפסוק שודא דדייני צריך לפסוק יחלוקו גם לדעת ר"א? ומתרץ הרמב"ן בתירוץ ראשון, שכיון שמדובר בדיני ממונות אז מועילה הודאת בע"ד, שנמסר בעדי מסירה לאחד מהם תחילה וא"כ הקנין חל כבר מאותה שעה. ומכאן מוכיח הנתיבות, שבדיני ממונות והתחייבות תועיל הודאת בע"ד ליצור התחייבות אף שלא מוכח דבר מתוך השטר.

ואילו בסי' סו על דברי קצוה"ח, שחלק על הש"ך, כתב נתה"מ (ביאורים ל) וז"ל: "בקצוה"ח כתב דאם הוא כתב יד אחר, וליכא עדי חתימה ולא עדי מסירה רק אותו הנוגע, דלא נקנה השטר בהכי, דהאי שטרא חספא בעלמא הוא, ע"ש, ולא ניתן לכתוב מרוב פשיטותו". מבואר שסובר בפשיטות, שצריך עדים בשביל ליצור דין שטר ודלא כמשמע בדבריו בסי' מב ובעז"ה יתבאר לקמן.

מבואר שלדעת הסמ"ע (קצא) והש"ך (מב,ב והנתיבות שם)[7] יועיל למסור שטר התחייבות אף שיכול להזדייף אם תהיה הודאה של החייב אך לדעת הב"ח וקצוה"ח בלי עדי חתימה או כתב יד המתחייב אין אפשרות להתחייב בשטר היכול להזדייף.

---

[6] אף שברע"א (על הגליון) באר בדעת הש"ך שמכשיר בפסול נוגע בדוקא, וזה לשיטתו בסי' לז שנוגע אינו פסול גמור כקרוב אלא משום חשש משקר וממילא במקום הודאת בע"ד אין חשש משקר והעדים כשרים. בדברי קצוה"ח לכאורה מוכח שלמד בדעת הש"ך שלא צריך עדים ולא שהעדים כשרים.

[7] ועיין לקמן שהנתיבות מה,ב מסיק, שבכתב יד אחר כשיכול לטעון לא כתבתי לא חשוב שטר כלל ועיין במה שיתבאר אי"ה שם בדברי רע"א בשם האורים והנחל יצחק.

וא״כ לענייננו היה נראה, שבשוברי קניה, שאינם כתובים בכתב ידו של בעל החנות אלא ע״י בית הדפוס, גם אם יכולים להזדייף וגם כתובים בכתב יד אחר אך יש הודאת המתחייב שמסרם, יחשבו כשטרות גמורים (לענין גביה מבני חורין) לדעת הסמ״ע הש״ך ונתה״מ. אך לדעת הב״ח וקצוה״ח נראה שאינם נחשבים כשטר.

ד. באור הגר״ח בדעת הרמב״ם

כתב הרמב״ם (גירושין פ״א) וז״ל: ״ומנין שיתננו לה בפני עדים, הרי הוא אומר על פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר ואי אפשר שתהיה זו היום ערוה והבא עליה במיתת בית דין ולמחר תהיה מותרת בלא עדים, לפיכך אם נתן לה גט בינו לבינה ואפילו בעד אחד אינו גט כלל״.

הקשה הברכת שמואל (גיטין טו) מדוע הרמב״ם נתן טעם לעדי המסירה משום שגיטין הם דבר שבערוה הרי בכל מקרה היה צריך עדים כדי שהגט יחשב שטר כשר כמו בכל שטרות?

ותרץ לפי דברי הרמב״ם (מכירה א,ז) שכתב ״כיצד בשטר, כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה שדי נתונה לך שדי מכורה לך כיון שהגיע השטר לידו קנה, אע״פ שאין שם עדים כלל, ואע״פ שאין השטר שוה כלום״. ובגר״א (קצא) ביאר, שהסיבה ששטר כשר על חרס היא כמו בסי׳ קפט שאין עדים נצרכים לקיום דברים שבממון. ולכאורה צ״ב, שכן אין צורך בעדים כדי להחיל קנין אך פה נצריך עדים בשטר כדי שהשטר יהיה חשוב שטר כשר. ומבאר הברכת שמואל, שהרמב״ם סובר כמו תוס׳ בגיטין ד שהודאת בע״ד היא כמו עדי חתימה. וכמו שלדעת ר״א צריך עדי מסירה בגו״ק ובממונות מועיל עדי חתימה, שע״י יודעים שנמסר השטר כך מועילה הודאת בע״ד וזאת משום שאין דין העדים כדי להכשיר השטר אלא לצורך הקנין.[8] ומסיק[9] לפי זה שבהודאת בע״ד לבד יועיל בשטרי הקנאה בלי עדים כלל לפי שיטת הרמב״ם והגר״א.[10]

---

[8] ועיין באמרי משה סי׳ טז אות י, שביאר בשם הגר״ח ההכרח ללמוד כך.

[9] ועי״ש ובסי׳ יד שביאר אחרת דברי הרמב״ם וצ״ב.

[10] ובמלואי חושן (הערה 41) תמה בדעת הגר״א, שמדבריו בסי׳ קצא משמע שלא צריך כלל עדות בשטרות וכמו שדייק הברכת שמואל אך בסי׳ סח אות טו ביאר מדוע הרמב״ם כתב שגם שטרי מחילות פסולים בערכאות של עכו״ם למרות שלא נעשים לקנין והשו״ע השמיט. וביאר, שהרמב״ם לומד שערכאות כשרים במקח ובשט״ח משום שבדבר גדול לא ״מרעי נפשייהו״ וא״כ שאר שטרות פסולים שחשוב דברים קטנים, שבהם הערכאות

וא״כ לכאורה נראה בדעת הרמב״ם, שיועיל למסור שטר אף שהוא בכתב יד אחר ובלי עדים, כאשר יש הודאת בע״ד. אך א״כ יקשה מה שביאר ה״ה בדעת הרמב״ם (מכירה יא,טו) והביאו קצוה״ח, שבהתחייבות לא מועיל כתב יד אחר. ולקמן אי״ה יתבאר ע״פ דברי הנחל יצחק.

ה. חתימה במסירת קולמוס

הרשב״א (ח״ד תשובה קצט) פסק וז״ל ״נראה לי, שאם קבלוהו אנשי המקום עליהם לעשות עדותו, כעדות העד שאמר לו, שזה יועיל. דהו״ל כנאמן עלי אבא, נאמן עלי אביך (סנהדרין כד), וכערכאות שבסוריא (שם כג,ב). ואי נמי, כל שמינו אותו סופר לכך, כל אחד ואחד מבני העיר שהעמיד עליו עדים, הרי הוא כאלו אומר לעדים: אם תרצו, אמרו לסופר ויחתום. ובענין זה, יכולין להחתימו, וכשר״. והבין הב״י (סי׳ מה) בדבריו, שאם יש סופר, שמנהג העיר לסמוך על חתימתו חשובה חתימתו כעדות ויכול לחתום בשם המתחייב, כשכותב בשטר שמסר לו המתחייב קולמוס בשביל לחתום בשבילו.

ובתשב״ץ (ח״א קכח) כתב וז״ל: ״וכ״כ הרשב״א ז״ל בתשובה שאין עדו׳ החותם במצו׳ העד כלום ודבר זה לא שמעתי כמוהו מעול׳ אלא לפעמים בחתימ׳ החתן כשהוא עם הארץ שאינו יודע לחתום שחותם הסופר או אחר במצותו וקרוב אני לומר שאלו לא מצאנו אלא לקיים חתימ׳ ע״א וחתימ׳ החותם במצו׳ החתן דמכשרינן לה להה״א כתובה אם חתם אני פלוני בן פלוני חתמתי במצו׳ החתן פלוני דודאי כיון שחתם במצותו הרי הוא עד בדבר אלא שלענין מעשה אני חוכך משום דאפשר למיפק מינה חורבה אם החותם במצו׳ החתן הוא קרוב לחתן או לכלה או לאחד מן העדי׳ שאם דינו כדין עד ודאי הוא פוסל השטר״ עי״ש.

ובשו״ע (מה,ה) פסק כרשב״א, שאם קבלו בני העיר את הסופר השטר כשר חתימתו אך אם לא קבלוהו אינו כלום. הסמ״ע ס״ק ח כתב שכמו שמועיל בחתימה בשטרות כך מועיל שחותם הסופר בשטר כתב ידו או בממרני וכותב פלוני בן פלוני ציוה לחתום.

חשודים לשקר. השו״ע פסק כטור, שערכאות פסולים רק בשטרות שיוצרים הקנין ולא עומדים לראיה וא״כ שטרי מחילות שעומדים לראיה יהיו כשרים. וא״כ עולה בדעת השו״ע, שבאור הגמ׳ בגיטין ששטרי מתנה פסולים בערכאות אינו מטעם שחשודים על שקר אלא משום שלא יכולים להיות עדי קנין וא״כ יוצא שצריך עדים בשטר קנין לקיים הדבר וצ״ע .

ומפשט דברי הש״ך (סק״ח) נראה, שהסיבה שצריך קבלת הקהל זה רק כדי להחשיב חתימת הסופר כחתימת עד כשר אך להיחשב חתימה שתיצור דין שטר ותחייב את הלוה מספיק עצם חתימת הסופר בשמו.

ובקצוה״ח (ס״ק ב) חולק על הבנת הש״ך, שבכל שטר תועיל חתימת אחר במקום המתחייב ומבאר שדוקא בכתובה רצה התשב״ץ להתיר חתימת אחר משום ששטר זה אינו אלא לראיה שכבר יש לאשה כתובה מתנאי בי״ד ולכך בתורת ראיה מועילה גם חתימת הסופר. ולא חשובה עדותו כעד מפי עד משום שמעיד על פי דברי הבע״ד אך בשטר שיוצר התחייבות לא יועיל כלל חתימת אחר ואפילו אם ימנה שליח לחתום במקומו לא יועיל שלא שייך שליחות בחתימה.

ומביא קצוה״ח מחלוקת רבינו שמחה והאו״ז (בהג״א בגיטין פ״ב). לדעת רבינו שמחה גט בו הסופר חתם במקום העדים כשר משום שאינו עומד לראיה אלא רק למעשה הגרושין לא צריך שהחותם הוא דוקא העד לגירושין. אך האו״ז חולק על רבינו שמחה ופוסל גט כנ״ל. ומוכיח קצוה״ח מדברי האו״ז, שכמו שאין אפשרות לעדים לחתום ע״י שליח בשטרות העומדים לראיה משום שחשוב עד מפי עד כך גם בשטרות שלא עומדים לראיה פסולה חתימת העדים ע״י שליח משום שכל עוד לא נחתם השטר ונמסר לא חשובים עדים לחיוב וממילא לא יכולים לעשות שליח.

ואולם לגבי שטר בכתב ידו מסיק קצוה״ח, שבשטר העומד לראיה (ככתובה) שליח לחתום לא חשוב עד מפי עד משום שמעיד מפי הבע״ד וחשוב כע״א בכתב. אך בשטר התחייבות וקנין לא תועיל חתימת השליח ליצור התחייבות משום שאין שליחות לחתימה, שאין ראיה שציוהו לחתום.

והנה נתה״מ ס״ק ב חולק על קצוה״ח ומבאר שגם בשטרי ראיה לא מועיל שליחות בעדים, שכן חשוב עד מפי עד וכן במקום שצריך עדי חתימה ג״כ לא יועיל שיעשו שליח לחתום במקומם. ומבאר שכך גזה״כ שע״י חתימת העדים יגמר הקנין. אך בשטר התחייבות של בע״ד כמו שמועיל קנין בשליחות כך היה אפשרי שיועיל שיעשהו שליח לחתום בשבילו[11] על שטר ההתחייבות.

---

[11] ולכאורה יקשה איך נסביר דברי התשב״ץ, שבחתן מועילה חתימה בשליחות הרי מדובר שהחתן אינו יכול או שאינו יודע לחתום וא״כ ״כל מה דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי״? וכשיטת תוס׳ ישנים עירובין יג ד״ה אבל תורה? אך כבר הוכיח המחנ״א מב״ק קט,ב שמניעה טכנית לא מעכבת למנות שליח וכך פסק הבית מאיר באבה״ע סי׳ קיט שבכתיבת הגט מכשירים אף במי שלא יודע לכתוב (ועיין בקובץ הערות אות תשיג). ובנחל

למסקנה נתה״מ חולק על הש״ך וסובר שלא ניתן להתחייב בשטר ע״י חתימת השליח משום שאין בשטר כזה שום ראיה להתחייבות, הואיל ואין ידוע מתוך השטר אם ציוה לסופר לחתום ולכך חשוב כמזויף מתוכו שפסול. וכל זמן שאין מנהג בעיר שמועילים שטרות כאלה וחתימת הסופר חשובה כעדות אין לחתום ע״י אחר.

וא״כ מתבאר בדעת נתה״מ כמו שעולה מדבריו בסי׳ סו (הובאו לעיל), שצריך ראיה שהשטר אמת כדי להשוותו כשטר אך בלי שום ראיה בשטר לא חשוב כלל כשטר קנין ודלא כמו שמשמע מדבריו בסי׳ מב.

בעל נתה״מ בספרו מקור חיים (תמח,ט), דן במציאות של שליח של אדם למכור את חמצו והשליח חתם על שטר מכירה במקום הבעלים שמוכר החצר ובקנין אגב את החמץ. ומסיק שם וז״ל ״יש להסתפק טובא כיון דהקרקע אין נקנה רק בשטר ושטר בלא עדי חתימה ועידי מסירה ובלא חתימת ידו של המוכר לאו שטר הוא כלל דלאו שטר ראיה הוא כלל וחותם ידו של שליח לאו משוי שטרא כלל דהא לאו שטר ראיה הוא נגד המשלח וכל שטר שאין ראיה מתוך השטר לא מהני לקנות בו כמבואר בתוספות גיטין י ד״ה וחספא, או יש לומר כיון דאם היה עדים שעשאו שליח למכור קרקעות ודאי דהאי שטרא הוי שטר ראיה כיון דמהני קנין של השליח ובממון הודאת בע״ד הוי כמו עדים כמו שכתבו התוס׳ שם ובגיטין ד ד״ה דקי״ל הלכה כר״א.״

הדברים מפורשים, שמסתפק ביחס בין שני דברי תוס׳ הנ״ל: האם הודאת בעל הדין יוצרת גם דין שטר או שצריך שבשטר בפני עצמו תהיה ראיה. ומסיק ״איברא נראה דלא מהני חתימת השליח דכל שאינו מוכח הראיה מתוך השטר ובעינן צירוף עדים שידעו שזה הוא שלוחו והראיה שבשטר לא נקרא ראיה כלל וחספא בעלמא הוא״. וכך נראה מסקנתו, שלא מועיל שטר שאין בו ראיה מצד עצמו.

ו. שיטת הנחל יצחק

בנחל יצחק סי׳ מה מבאר, שקצוה״ח פוסל בכת״י כשלא מוכח מתוכו, משום שכל זמן שלא ברור מהשטר שבאמת נמסר לא מועיל אף בתורת התחייבות. ולומד דבריו מדין שני שטרות, שכתובים על שם יוסף בן שמעון שכיון שלא

יצחק מה,ב ביאר שכך גם בכתיבת שטר הודאה יועיל שליחות. אך לפי באור הקובץ הערות בדעת התוס׳ ישנים לכאורה ניתן לחלק חילוק גדול בין כתיבת גט לבין שטר התחייבות וצ״ע.

מוכח מהשטר מי המתחייב וצריך להביא ראיה נוספת כדי לממש את השטר, לא חשוב שטר. וכן בחותם ע״י מסירת קולמוס, שלא מוכח מתוך השטר שציוה לחתום לא חשוב מוכח מתוכו ופסול השטר מעיקר הדין ורק יועיל מצד המנהג.

אך לדעת נתה״מ (סי׳ מב), שהסיק ע״פ דברי הרמב״ן, שמועיל שטר בכת״י אחר, מובנת האפשרות שגם בחותם ע״י מסירת קולמוס כשר כיון שלא צריך בשטר התחייבות שיהיה מוכח מתוכו.

לדינא מסיק הנחל יצחק, שלא יועיל לחתום במסירת קולמוס וכמו שמסיק נתה״מ (מה,ב) ששטר שאין בו ראיה כלל לא חשוב שטר[12] וכן כתב נתה״מ (לו,י) בשם התומים[13] שאפילו בשטר מכירה צריך או ע״ח או ע״מ או כתב ידו שתהיה ראיה בשטר אך אם רק נחתם ע״י שליח לא חשוב שטר. וכדי להכשיר שטר שנחתם במסירת קולמוס חייבים לסמוך על המנהג בעיר כמבואר ברשב״א.

---

[12] ויש לבאר בדברי הנחל יצחק שכתב בתחילת דבריו שפסול אינו מוכח מתוכו אינו גזה״כ אלא נלמד מגדר עדות חצי דבר שפסולה. וכשלא מוכח מהשטר כל העדות אלא צריך לעדות נוספת לברר חשוב כחצי עדות. ומבאר שם שבכת״י לא שייך פסול של חצי דבר משום שבהודאת בע״ד לא צריך דבר שלם אלא רק בעדות עדים עיי״ש. והנה נתה״מ בסי׳ מט ביאורים כא׳ ביאר שההסבר שבאינו מוכח מתוכו פסול משום חצי דבר הוא רק לדעות שפסול חצי דבר הוא פסול בהגדה וכשהעדים יכולים להגיד רק חצי עדות זה פסול.

אך הנתיבות שם מסיק כדעת תוס׳ בגיטין סד׳ שפסול חצי דבר הוא רק אם בשעת ראיה היה חצי דבר וכך מביא בדעת הרי״ף והפוסקים א״כ בשטר שבשעת ראיה היה מוכח והיה דבר שלם לא יפסל משום חצי דבר. אך מסים בדבריו שם שגם כאשר ראו דבר שלם ואח״כ שכחו יחשב פסול משום חצי דבר וא״כ בשטר שאינו מוכח מתוכו דומה למקרה שהעדים שכחו.

[13] בדעת התומים לכאורה יש מקום עיון. במקום אחד (סח,א) משמע מדבריו שאם השטר בעצמו פסול לא יועיל הודאת הבע״ד להכשיר השטר וכך הבין הנתיבות בדבריו. ובמקום אחר (סו,פא) הסכים התומים לדעת הש״ך, שבעד נוגע ויש הודאת בע״ד השטר כשר ובאמת תמה הנתיבות בסו׳ על דבריו. אך באורים שם כתב שלא חשוב כמזויף מתוכו משום שברור לכל שהעד הנוגע הוא הלוה ודומה לשמות מובהקים בעדי גוים שהשטר כשר בעדי מסירה. ועיין בשיעורי הגרש״ר גיטין קעג, שחקר בזה האם שטרות שעולים בערכאות יש להם דין שטר או שרק תקנו שחשוב ראיה. ורצה להביא ראיה מהשו״ע סו,ו ששטרי ערכאות נקנים בכתיבה ומסירה ואם הם רק ראיה איך שייך למוכרם. עוד רצה להביא ראיה מכך שאי אפשר לטעון פרוע נגד שטר ערכאות לדעת הרמב״ם (מלוה ולוה כז,א) והדין שלא יכול לטעון פרעתי הוא מגדרי הדין שטר כמו שהוכיח הגרש״ש מב״מ ז בשנים האוחזים בשטר עי״ש.

ואולם מקשה הנחל יצחק ממנהג העולם שסומכים בהיתר עסקא על שטרות שנחתמו שלא ע"י המתחייב אלא מוסר שטרות שנחתמו במסירת קולמוס. ואם כל תוקף השטרות הוא מצד המנהג יחשב רק כמו קנין דרבנן ובדין איסור ריבית קצוצה קשה לסמוך על זה?

ומתרץ המנהג ע"פ דברי קצוה"ח בסוף דבריו, שלמרות שבשטר התחייבות לא תועיל חתימת אחר, בשטרי ראיה יועיל ציווי המתחייב לחתום בשמו. ומבאר טעם החילוק, שמצינו בסי' פא ס"ק יד שמועילה הודאת בע"ד אפילו ע"י שליח. וא"כ יוצא שאדם המצווה לסופר לחתום בשמו חשוב שמודה ע"י שליח ואינו יכול לטעון טענת השטאה בהודאה כזו משום שעשה מעשה של הודאה ובזה לא מקבלים טענת השטאה (ועיי"ש הוכחתו לדין זה). ומבאר עוד, שאם נחשב להודאת בע"ד אז גם יחשב כקנין אודיתא שכן אם חשוב ראיה גמורה שהודה אז אפשר ע"י הודאה זו אף ליצור קנין והתחייבות, אך זה רק אם נעשה בצורה של הודאה.

ומסקנתו שדין זה תלוי במחלוקת קצוה"ח ונתה"מ בסי' מ שכן לדעת קצוה"ח אודיתא חייבת להיות בפני עדים וא"כ במסירת קולמוס לסופר כשאין עדים לא יועיל מדין אודיתא אלא רק בתורת ראיה. אך נתה"מ בסי' מ חולק על קצוה"ח וסובר שגם בקנין אודיתא לא חייבים עדים כדי להחיל הקנין וא"כ לדעת נתה"מ תועיל חתימה במסירת קולמוס כהודאה של בע"ד ותועיל גם מדין אודיתא. אך שטר מכירה או שטר התחייבות אי אפשר להחשיבם במסירת קולמוס כאודיתא כיון שהם לא נכתבו בלשון הודאה אלא בלשון מכירה. וכן לא יועילו כשטרי קנין מכיון שאין בהם ראיה שבאמת המתחייב ציוה לכותבם ולמוסרם.

ולפי זה אפשר לבאר שמה שכתב ה"ה בפרק יא ממכירה, שלא יועיל מסירת כתב יד אחר זה דוקא בהתחייבות חדשה שבזה צריך שימסור שטר שיש בו ראיה. אך בשטרות שכתובים בתורת הודאה יועילו אף אם יהיו בכתב יד אחר. וכך מבואר במשכנות יעקב (חו"מ נד), שהרמב"ם אינו מדבר על הודאה בחיוב אלא על התחייבות חדשה ולפי דבריו אין קושיא מדברי ה"ה.

אך קצוה"ח למד בדעת ה"ה, שמדבר גם על שטר שחשוב כהודאה שהרי קצוה"ח (מ,א) מבאר בכוונת הרמב"ם (מכירה הנ"ל), שמועילה ההתחייבות

מדין אודיתא[14] וא״כ מבואר שגם בתורת אודיתא לא מועיל אם מוסר כתב יד אחר. וקצוה״ח אזיל בזה לשיטתו שם שבקנין אודיתא חייבים עדים בשביל שיחול הקנין ולכך מסירת כתב יד אחר בלי עדים לא יכולה להחשב כאודיתא. ולא כמו שפסק הנחל יצחק כדעת נתה״מ בסי׳ מ שאודיתא מועילה גם בלי עדים.

וא״כ יוצא בבאור דעת הש״ך שמועיל לחתום ע״י שליח על שטרות שיכולים להחשב כהודאה אף בלי מנהג העיר. אך לדעת הסמ״ע וקצוה״ח רק כאשר יש מנהג בעיר לסמוך על חתימת הסופר בתורת עדות תועיל חתימתו אך בלי מנהג אין אפשרות לחתום בשטר חיוב ע״י אחר.

ובנידון דידן כאשר מנהג החנויות לפרסם שוברי הנחה ע״י בתי הדפוס אפשר שיחשב כשטר אודיתא לדעת הנחל יצחק ויועיל כשטר גמור. אך בדעת שאר האחרונים נראה שבמקום שהסופר שכתב השטר אינו יודע כלל למי נמסר השטר אם יכול להחשב כעד כשר מטעם המנהג.

ז. דינא דמלכותא דינא

ישנו צד נוסף לתת תוקף לשוברים אלו, מצד דינא דמלכותא דינא, וזה לפי מה שביארה הגמ׳ בגיטין י,ב ביחס לשטרי ערכאות. הגמ׳ שאלה איך מועילים שטרי קנין שעלו בערכאות הרי אין בהם עדות? ותירצה בתירוצה הראשון שאפילו שטרות, שכן פועלים קנין ואינם רק לראיה העולים בערכאות יהיו כשרים משום דינא דמלכותא. אך בתירוץ השני תירצו שבאמת כל שטרי קנין לא עולים בערכאות אלא רק שטרי ראיה.

ובשו״ע סח,א פסק בסתם, ששטרי מתנה שעיקר הקנין נעשה ע״י השטר וכן שטרי הודאות פסולים כאשר עלו בערכאות. ואפילו אם נמסרו בפני עדי ישראל משום שגוזרים שיבואו לסמוך על העדות של ערכאות. ומסתימת המחבר נראה שלא פסק את תירוץ הגמ׳ של ד״ד הנ״ל. ופסיקת השו״ע מבאר בבאור הגר״א יט היא כדעת הרמב״ם שפסק שלא שייך ד״ד לגבי שטרות בין אדם לחברו שכן פוסקים שדינא דמלכותא דינא רק בדברים שהם צורך

[14] ועדיין צ״ב בדעת קצוה״ח, שביאר דברי הרמב״ם מצד קנין אודיתא מדוע כתב ה״ה שגם כשמוסר כ״י בינו לבינו נוצר חיוב הרי לא היו עדים ולדעת קצוה״ח בשביל אודיתא חייבים שיהיו עדים. ואולי כאשר רואים הכת״י יוצא מתחת ידיו חשוב שעכשיו יש עדים על הודאתו וכדברי הר״ן בעדי חתימה.

וטובת המלך אך בשאר דברים אין ד״ד. ובזה לרמב״ם נחלקו תירוצי הגמ׳ בגיטין י,ב ופסק כתירוץ בתרא.

אך הרמ״א בהגה כתב ״ובכל מקום שמשפט המלך לכתוב כל הדברים בערכאות, כל השטרות העשויין לפניהם, כשרים, אפילו שטרי מתנות, מכח דינא דמלכותא (הרא״ש פ״ק דגיטין וטור). וכל שכן במקום שכבר נהגו להכשירם, כשרים״. ומבואר שפסק כדעת הרא״ש שד״ד הוא גם בדברים שאינם לטובת המלך. ולפ״ז אין שני תירוצי הגמ׳ חולקים אלא לכו״ע אם יש מנהג מצד המלך פוסקים שד״ד דינא רק התירוץ השני מדבר במקום שאין מנהג המלך. ומהאמור עולה בדעת הרמ״א שמדין ד״ד דינא שטרות שאינם מתוקנים נחשבים ככשרים לדון לפיהם.וא״כ שוברים שלפי חוק המדינה יחייבו את העסק יחשבו כשטרות כשרים גם באין בהם עדי מסירה או חתימה.

הש״ך (עג,לט) תמה על הרמ״א, איך פסק שיועיל ד״ד דינא ומנהג בני המדינה נגד דין תורה. ומסקנתו, שרק בדין המלך עצמו אומרים ד״ד דינא נגד דין תורה אך בדינים שבין אדם לחברו פשוט שפוסקים כדין תורה.

בשו״ת אמרי יושר (ב,קנב אות ב) נוקט למסקנא, דבכהאי גוונא דהוא לתקנת בני המדינה הוי ספיקא דדינא אם שייך בזה דינא דמלכותא דינא. והביא דבריו במנחת יצחק (ב,פו) ונראה במסקנתו שם ע״פ דברי החת״ס (חו״מ סי׳ מד), שמנהג בני המדינה חשוב ד״ד דינא אך לא משום הפקר בי״ד הפקר אלא מטעם מחילת בני המדינה. ועיי״ש שלפ״ז אין לחלק בין מלך שהארץ שלו לבין מושל וכן בין מלך גוי למלך ישראל.

בספר משפטי חיים (חלק ב קונטרס באיסור ערכאות) רצה לבאר גם בדעת השו״ע, שבמקום שדין המלכות הוא לטובת כל בני המדינה כן אומרים ד״ד דינא משום שהב״י הביא בשם המרדכי סברא זו בסי׳ עג ללא חולק. ואף שבשו״ע לא הביא דין המרדכי לא מוכח שחולק עליו. הכס״מ מסיק שזה ספיקא דדינא.

ח. סיכום ומסקנות

וזאת תורת העולה מכל מה שבארנו שנחלקו האחרונים במקרה שבו אדם מודה שמסר לחברו שטר בלי עדי חתימה או מסירה ובלי כתב ידו.

בדעת הש״ך בארנו שהודאת הבע״ד מצטרפת להכשיר השטר שנמסר וזה יוצר התחייבות. ולפי שיטתו נראה, ששוברי הקניה דינם כשטרות רגילים, שכן יש להניח שבעל החנות יודה שנכתב בשליחותו.

אך בדעת הב״ח וקצוה״ח וכך נראה גם מסקנת נתה״מ, שטר שאינו מוכח מתוכו פסול גם בצרוף הודאה. וא״כ שוברי קניה אלו שאינם כ״י המתחייבים ואין בהם עדות אינם חשובים כשטרות אלא כנייר בעלמא.

פסק השו״ע בסי׳ מה, שחתימת הסופר בשליחות יכולה להועיל כעדות מצד המנהג, אך נראה שדין העדות לא שייך במקום שהסופר לא יודע למי נמסר השטר כלל. ולכך במקום שבית הדפוס מדפיס השטרות לא יחשב כעדות.

לגבי הכשרת השטר מצד חתימת הסופר בשליחות המתחייב בארנו שהש״ך לומד שיועיל שליחות בחתימה וקצוה״ח חולק וסובר שאין גדר של שליחות באפשרות לחתום בשם אדם אחר, כאשר אין הוכחה בשטר שנעשה בציווי המתחייב. וכן נראה במסקנת דברי נתה״מ, שכלל לא חשוב שטר כל זמן שאין מוכח מתוכו.

עוד הבאנו דעת הנחל יצחק, שכאשר השטר נכתב בצורת הודאה יחשב אף מדאורייתא כשטר כשר משום שהסופר נחשב כשלוחו להודות בדין, ומחייב את המשלח. וע״פ דעה זו נראה, ששוברים שנכתבים בלשון הודאה יפעלו קנין והתחייבות אף מדין תורה אף בלא המנהג להכשירם. אך פסק זה נכון רק אם ננקוט שאודיתא לא בעי עדים כסברת נתה״מ בסי׳ מ ודלא כקצוה״ח שם.

יש מקום להחשיב השוברים כשטרות מצד דינא דמלכותא דינא לדעת הרמ״א בבאור הסוגיא בגיטין. בניגוד לדעת השו״ע, שפסק כרמב״ם, שאין בהכשר השטרות גדר של ד״ד דינא.

לבסוף העלנו, שהואיל ומנהג המדינה להתייחס לשוברים כשטרות, יש להסתפק וגם לשו״ע יחשב כשטר כשר. וחלק מהאחרונים נקטו שהוי ספיקא דדינא.

הרב אלעד גרובמן

'טענינן' בטענה שזקוקה למיגו ובגדרי 'טענינן'

ראשי פרקים

א. הקדמה

ב. שיטת המהרי״ט

ג. שיטת נתיבות המשפט

ד. מחלוקת רשב״א ור״י

ה. שיטת קצות החושן

ו. הסבר רבי ראובן גרוזובסקי

ז. הסבר ר׳ שמואל

ח. פסיקת ההלכה במחלוקת רשב״א ור״י

א. הקדמה

כלל ידוע הוא, שטענינן ליורש וללוקח את טענת המוריש והמוכר.

מטרת המאמר לדון במקרים בהם הטענה שאנו רוצים לטעון ללוקח היא טענה׳ שהמוכר בעצמו היה נאמן בה רק מכוח מיגו ולא מכוח הטענה עצמה. האם נטען ללוקח במקרה כזה? ומה יהיה הדין כאשר הלוקח עצמו מכחיש את הטענה׳ שעליה נשען המיגו?

נתמקד במקרה המופיע במסכת ב״ב דף ל, שבפירושו נחלקו הראשונים בעניין דלעיל. איתא בב״ב דף ל:

> ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא, אמר ליה מפלניא זבינתה דזבנה מינך (עפ״י הגהות הב״ח), אמר ליה את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי היא ואת לא זבינתה מינאי, זיל, לאו בעל דברים דידי את, אמר רבא דינא קאמר ליה.

הראשונים מסבירים, שמדובר במקרה בו אין למערער עדי מרא קמא ומצד שני ליושב בקרקע אין חזקת ג׳ שנים.

המחזיק בשדה אומר שקנה מפלוני שקנה מהמערער, והמערער אומר לו – אתה הרי מודה לי שאני המר״ק בשדה זו, ואינך טוען שקנית ממני, א״כ השדה צריכה לעבור לרשותי. ורבא פסק לטובת המערער.

ישנה מחלוקת גדולה בין הראשונים, האם מדובר שהמחזיק יודע בעצמו, שהמערער הוא המר״ק ומודה לו על כך (רמב״ן), או שנשען על דברי מי שמכרה לו, שסיפר לו שקנה מהמר״ק ודי בכך כדי להיחשב כהודאת בע״ד (ראב״ד). אנו לא נתמקד במחלוקת זו, ונניח לצורך דיונינו שישנה הודאה ברורה של המחזיק למערער, שהוא היה מר״ק.

רשב״ם (ל,ב ד״ה אמר ליה) מסביר שהסיבה שהקרקע יוצאת מיד המוחזק היא שכיון שהוא מודה למערער שהשדה הייתה שלו, והוא אינו יודע האם מי שמכרה לו קנה את השדה מהמערער ״הוה ליה כהכיר בשדה שאינה שלו ...ויחזירנה למערער...״ ולמרות שיש לו מיגו שיכל לטעון להד״מ, זה לא מועיל לו כלל כיון שמיגו מחזק את טענתו, ואף לטענתו הוא אינו יודע שהשדה שייכת לו.

ומוסיף רשב״ם, שבמקרה שלנו אפילו אם באו עדים שהחזיק בה יום אחד אותו מוכר ״אינו מועיל כלום, מאחר שזה לא החזיק שלוש שנים וגם הראשון (המוכר) אין לו שטר מכירה מן הבעלים״.

ונשאלת השאלה – מהסוגיא בדף מא,ב ״ההוא גברא דדר בקשתא בעיליתא...״ למדנו, שכאשר המחזיק בשדה טוען שקנה מפלוני שאמר לו שקנה מהמערער ומביא עדים שאותו מוכר החזיק בשדה לפחות יום אחד, מעמידים את השדה בידו. ומסבירים הראשונים (גם רשב״ם שם), שבמקרה זה אנו טוענים ללוקח את טענת המוכר והוא זוכה בקרקע. ולמרות ששם מדובר שיש חזקת ג׳ שנים ובמקרה שלנו אין חזקה זו, עדיין יש לשאול, שהואיל ואצלנו אין למערער עדי מר״ק, והמוכר היה נאמן לטעון שקנה מהמערער את השדה אף ללא חזקת ג׳ שנים, במיגו דלהד״מ, מדוע לא נטען כן ללוקח כאשר מביא עדים שהמוכר דר בה חד יומא?

ב. שיטת המהרי״ט

המהרי״ט (שו״ת ח״א לט) סובר (וכן משמע ברבינו יונה ב״ב קנד,ב) שלא טענינן ליורש וללוקח טענה שלא היה המוכר או המוריש נאמן בה ללא כוח מיגו. ומסבירים האחרונים (נתה״מ קמו,כא ועוד), שכיון שהסברא של מיגו היא ״מה לי לשקר״, (כלומר – גם כאשר הטענה אינה טובה מצד עצמה אנו

מאמינים לו שהוא דובר אמת כי אם היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר), נאמנות זו שייכת רק כאשר טען כן בפועל, אז אפשר לומר שנאמן כי היה יכול לטעון טוב יותר, אך כאשר לא טען לא שייכת סברה זו. א"כ מה שייך לטעון כן עבור היתומים?! הרי הם לא טענו כך בעצמם, וא"כ לא נבנתה נאמנות זו.

לכאורה אפשר להסביר את שיטת רשב"ם כשיטת המהרי"ט ובזה יתורץ מה ששאלנו קודם.

אלא שעל שיטת המהרי"ט קשה מסוגית הש"ס בב"ב דף ע,ב – פלוני תובע את היתומים שישלמו לו כיון שהפקיד אצל אביהם כסף, ויש לו ראיה על ההפקדה. ואנו טוענין ליתמי שאביהם החזיר את הפיקדון, אע"פ שהאב היה נאמן בטענה זו רק מכוח מיגו שיכל לטעון 'נאנסו' והיה נפטר.

ובאמת כאשר מעיינים בדברי המהרי"ט (שם ד"ה ועדיין יש) רואים שאמר את דבריו רק במקרים בהם יש דין ודברים על קרקע או חפץ, שיש עליו חזקת מרא קמא ובא הקונה או היתום להוציא מיד המר"ק, אבל גם הוא מודה שטוענים ליתמי כדי שלא להוציא מהם ממון גם טענות שאביהם היה נאמן רק מכוח מיגו, וצריך עיון מה החילוק בזה מצד הסברא שהוזכרה קודם.

ג. שיטת נתיבות המשפט

לנתיבות המשפט (קמו,כא) יש שיטה ייחודית, שאומרת שכל הכוח לעשות טענינן במקרים שהמוכר נאמן מכוח מיגו הוא מטעם שהלוקח יכול לומר למערער 'אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה'. המקור לזה הוא במקרה של מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, שלפי חכמים כאשר מדובר באחד שלקח מארבעה אנשים שונים יכול לומר לתובע 'אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה' וכך לזכות בדין (כתובות קט,ב). ומביא הנתיבות משנה למלך (טוען ונטען טו,יא) שלמד ממקרה זה עקרון, שבכל מקום שהמערער לא היה יכול להוציא מהמוכר בדין, גם מהלוקח לא יכול להוציא. וכל מקרה שבו יכול הלוקח להחזיר את המקח למוכר, אנו דנים אותו כאילו כבר החזיר ו'מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו' (ב"ק ח,ב ; צו,א ; ב"מ טו,ב).

ומקשה נתה"מ על עקרון זה – מדוע, אם כן, במקרה שלנו הגמ' אומרת שהלוקח מפסיד את הקרקע, הרי אם המוכר היה עומד בדין עם המערער

היה נפטר (כיון שאין למערער עדי מר״ק נאמן לומר לקחתי במיגו דלהד״ם) א״כ שיפטר גם הלוקח מהאי טעמא?

ומחדש נתה״מ, שהסברא שעומדת מאחורי טענת ׳אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה׳ היא שכיון שהלוקח באמת יכול להחזיר למוכר והוא יזכה בדין, המערער מתייאש ולכן הלוקח זוכה בדין. ולפי זה מבאר שכל זה שייך במקום שבו באמת למערער אין דרך להתמודד מול המוכר, אך במקרה שלנו, נכון שהמוכר נאמן מול המערער בלקוח במיגו דלהד״ם, אך המערער לא מתייאש כיון שברגע שיצליח להביא עדים שהוא המר״ק ישבור את טענת המיגו וינצח את המוכר (מדובר שאין למוכר שטר כמובן), וכיון שכך ממילא לא שייכת כאן סברת ׳אי שתקת...׳ ולכן הלוקח מפסיד בדין מול המערער.

דברי נתה״מ באים להסביר את מי שסובר שבמקרה שלנו הלוקח יפסיד בכל מקרה גם עם יביא עדים על חד יומא (כמו שיטת הרשב״ם לדוגמא) ומצד שני להתמודד עם ראיית הש״ך שהוזכרה לעיל שטוענים ליורש וללוקח בלא עדי ראה אפילו בדברים העשויין להשאיל לקוח במיגו דהחזרתי, כיון ששם, מסביר הנתיבות, הסברא כן בנויה על ׳אי שתקת...׳ הואיל ולתובע אין דרך להתמודד מול המוכר והמיגו שלו,הוא מתייאש ולכן גם הקונה זוכה.

על שיטה זו רבו מאוד החולקים והאריכו בראיות כנגדה וגם הנתיבות עצמו בסימן צט לא הלך בדרך זו ואכמ״ל.

ד. מחלוקת רשב״א ור״י

נתמקד במחלוקת רשב״א (הלא הוא הר״ש משאנץ) ור״י המובאת בתוס׳ בדף ל ד״ה לאו קמודית. ולחשיבות הדיוק נצטט חלק זה בתוספות:

> ובעובדא דידן אי הוי מייתי המחזיק סהדי דדר ביה חד יומא, נראה לרשב״א דהוה ליה לאוקמי לארעא בידיה, אע״ג דליכא מיגו, מ״מ טענינן ללוקח מאחר שהיה המוכר נאמן לומר זבינתה מינך במיגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם. ואע״ג דהאי לוקח ידע שהיתה שלו והוי כחד סהדא מכל מקום הוי מיגו כדמשמע לקמן (דף לג:) גבי נסכא דר׳ אבא דאי לא דהוה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע היה נאמן לומר דידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפי והיה מכחיש את העד, והכא לא הוי מחויב שבועה דאין נשבעין על הקרקעות. וכה״ג מצינו בסוף המוכר את הבית (לקמן דף ע.) גבי מפקיד אצל חבירו בשטר דאע״ג דלא טענינן ליתמי נאנסו אפ״ה טענינין ליה החזרתיו לך כיון שאביהם היה נאמן

בטענה זו במיגו דאי בעי אמר נאנסו. ואור"י דלא דמי להההיא דהמוכר את הבית דהכא אם היה רוצה המוכר לזכות בטענה זו דלא היתה שלך מעולם לא היה מעכבא הלוקח שהרי יודע היה שהיתה שלו.

לפני שניגש לברר את מחלוקתם רואים בבירור מדברי התוס' שכל הדיון במקרה שלנו האם טענינן ללוקח את טענת המוכר שהיה נאמן בה רק מכח מיגו או לא, הוא רק בגלל שאותו לוקח הודה למערער שהוא המר"ק, והוא בעצמו סותר את הטענה שעליה נסמך המיגו של המוכר. אך לולא דבר זה, פשוט לתוספות שאין כל מניעה להפעיל כאן טענינן ללוקח, אע"פ שטענת המוכר זקוקה למיגו. וא"כ ברור שגם רשב"א וגם ר"י לא סוברים כדברי המהרי"ט ורבינו יונה הנ"ל.

ובאמת צריך להבין כיצד לשיטתם אפשר לומר טענינן בטענה שזקוקה למיגו, הרי לכאורה צודקים דברי האחרונים שאם מיגו מבוסס על "מה לי לשקר" זה לא שייך אלא כאשר טוען כן בפועל ממש?

אלא שבזה אנו נזקקים לדברי האחרונים,[1] שמיגו אינו רק נאמנות ואנן סהדי שהוא דובר אמת מזה שיכל לשקר בטענה טובה יותר, אלא מיגו זה גם 'כוח טענה' שהואיל והיה לו את הכוח לטעון טענה אחרת שבה היה נאמן, יש לו את הכוח גם לוותר על טענה זו ולטעון טענה אחרת ולהיות נאמן גם בה. ולפי כיוון זה אין צורך שיטען בפועל אלא עצם היכולת לטעון נותנת לו את הנאמנות, ואפשר להבין ששייך גם לטעון ללקוחות ויורשים טענה שאביהם נאמן בה מכוח מיגו, ובזה אתי שפיר הגמרות שהובאו לעיל כנגד שיטת המהרי"ט.

נחזור לבאר את מחלוקתם של רשב"א ור"י:

רשב"א סובר שכמו במקרה בדף מא,ב שהוזכר לעיל, גם אצלנו אם הלוקח יביא עדים שהמוכר ישב בקרקע אפילו חד יומא, הוא יזכה בקרקע כיון שנטען לו את טענת המוכר שקנה מהמערער. ואע"פ שהמוכר היה נאמן רק מכוח מיגו שהיה טוען להד"מ, והקונה סותר טענה זו הואיל ומודה שהמערער הוא המר"ק, כיון שהוא רק עד אחד והמוכר היה נאמן לטעון נגדו ולהכחישו (כיון שאין כאן חיוב שבועה כי מדובר בדיון על קרקע), גם אנו נטען כן ללוקח.

[1] חידושי הגר"ש שקופ כתובות סימן כז, ובקובץ שיעורים ח"ב סימן ג.

לעומתו ר״י סובר שהקרקע יוצאת במקרה זה מיד הקונה, כיון שאם היה רוצה המוכר לזכות בקרקע מכוח מיגו זה, הקונה לא היה מעכבה תחת ידו, כי הוא יודע שטענת להד״מ אינה אמת, ולמוכר אין שטר או חזקה אלא רק מיגו.

וצריך להבין מהו שורש מחלוקתם. ונציג להלן כמה שיטות.

ה. שיטת קצות החושן

קצות החושן (קמו,יא) תולה את שורש מחלוקת ר״י ורשב״א במחלוקת הראשונים בסוגיא בפרק יש נוחלין (קלה,ב) העוסקת באדם ההולך למות והיו לו אחים ולא בנים כך שאשתו מוחזקת ליבום, ושאלו אותו האם אשתו זקוקה ליבום או לא? וענה ש׳ראויה לכהן גדול׳, ואומרת הגמרא שהוא נאמן להתירה מזיקת יבום. ודנים הראשונים מה הדין כאשר טוען יש לי בנים, שנאמן במיגו שיכל לפטור את אשתו מיבום ע״י נתינת גט – יש מי שאומר[2] שהיא אמנם מותרת לשוק אך לא לכהן, כיון שלגביו אין מיגו כי אם היה מגרשה הייתה אסורה עליו, ויש מי שאומר שנאמן הבעל לגמרי שיש לו בנים והיא אף מותרת לכהן, הואיל ולבעל לא אכפת אם תינשא לכהן אלא רק שתהיה מותרת לשוק, וכיון שהוא נאמן בטענתו שיש לו בנים מכוח המיגו, הואיל והתרה הותרה אף לכהן (עפ״י תוס׳ ורמב״ן).

ואומר קצוה״ח שמי שסובר בסוגיא שם ׳הואיל והותרה הותרה׳ גם אצלנו יסבור שכיון שהמוכר היה נאמן מול המערער במיגו דלהד״ם, ולא אכפת לו למי ימכור אח״כ את השדה, אנו מאמינים לו, ורשאי גם לוקח זה להחזיק בשדה למרות שהוא יודע שטענת להד״ם אינה נכונה. ומי שסבור שם שאסורה לכהן כי לגביו אין מיגו, גם אצלנו יסבור שכיון שלגבי לוקח זה אין מיגו צריך להשיב את השדה למערער.

באופן דומה לזה כתב בעל קצוה״ח (אבנ״מ ז,ב) במקרה של אישה הטוענת נשבתי וטהורה אני שנאמנת מטעם הפה שאסר הוא הפה שהתיר, שאם אחד יודע שנשבית זה יהיה תלוי במחלוקת הראשונים בסוגיא ביש נוחלין האם לאותו אחד היא אסורה או מותרת.

על שיטת קצות החושן רבו המקשים:

---

[2] שלטי גיבורים בשם ריא״ז. אמנם קצוה״ח טוען שזו דעת רשב״ם, אך בקובץ שיעורים ח״ב סימן ג תמה עליו.

א. הרשב"א בחידושיו לסוגייתינו סובר כר"י בתוס' שעדים על חד יומא של המוכר לא יועילו למחזיק, ובכל זאת כותב שאם יבוא המוכר כעת לבי"ד ויטען שקנאה מהערער (במיגו דלהד"ם) יהיה נאמן להחזיק את השדה ביד הקונה. ולפי שיטת קצוה"ח זה כלל לא אמור להועיל. אמנם יש לציין שרבנו יונה[3] חולק וסובר שלא יועיל שהמוכר יבוא לפנינו ויטען שקנאה מהמערער.

ב. בחידושי הגר"ח מטלז הקשה על קצוה"ח - שמי שסובר בסוגיא שם שמותרת לכהן לא בהכרח יסבור אצלנו שהקרקע נשארת אצל המחזיק, כיון ששם יש שני דיונים שונים: 1. להתירה לשוק. ועל זה יש מיגו לבעל שבידו לגרשה ולכן נאמן, וגם לגבי הכהן זה מיגו טוב לעניין איסור זה. 2. איסור של גרושה לכהן. וכיון שלא טען שגירשה אלא שיש לו בנים, הוא נאמן להתירה לשוק, ואין לנו סיבה להמציא איסור חדש של גרושה לכהן. אך בסוגייתינו כל טענת המיגו של המוכר נסתרת ע"י ידיעת הקונה, וכשם שאם היה טוען המוכר להד"ם לא היה יכול הקונה לעכב את הקרקע אצלו כי הוא יודע שזה שקר וגזילה, כך כשטוען קניתי במיגו דלהד"ם אין יכול הקונה לעכבה אצלו מאותו הטעם.

ג. הראיה שמביא הרשב"א לשיטתו היא מדף ע, שם טענינן ליתמי החזרתי במיגו דנאנסו למרות שנאנסו לא טוענים להם כי זו טענה לא שכיחה. לפי שיטת קצוה"ח ראיה זו לא קשורה כלל למחלוקת עם ר"י שהיא - האם מיגו יכול להועיל גם לגברא שאצלו טענת המיגו לא מועילה, ואצל היתומים ודאי שטענת נאנסו גם מועילה, וכל הסיבה שלא טוענים להם נאנסו זה רק כי היא לא שכיחה.

ד. ר' שמואל שואל על קצוה"ח - ההשוואה בין המקרים לא מובנת, כיון שאצלנו לא צריך את נאמנות המוכר כלפי הלוקח כי ברגע שהמוכר נאמן מול המערער שהשדה שלו, יכול למוכרה לכל מי שירצה. ואילו במקרה של יש נוחלין צריך את נאמנות הבעל כלפי הכהנים. ומביא כהוכחה את דברי רבנו יונה בסוגיתינו שאם המוכר זכה בפועל מול המערער ודאי שיכול למוכרה גם לקונה זה.

---

[3] בסוגייתינו בד"ה עלה בידינו, מדויק בדבריו שדווקא אם עמד בדין המוכר עם המערער קודם המכירה אז זה יועיל ללוקח, אך אם יבוא כעת המוכר זה לא יועיל ללוקח.

ו. הסבר רבי ראובן גרוזובסקי

ר' ראובן בחידושיו לב"ב (סי' יב) מסביר את שורש מחלוקת רשב"א ור"י בגדר 'טענינן'. הוא מדייק נפלא בתחילת דברי התוס' שבהם משמע שכיון שאין עדים על מר"ק במקרה שלנו, אם יטען הקונה 'קמי דידי דר בה חד יומא' יהיה נאמן אף על פי שלא החזיק שלוש שנים במיגו דלהד"ם. ושם לא מובא שר"י חולק על כך. אמנם המהרש"א טוען שדברים אלה שבתחילת התוס' הם רק לשיטתו של רשב"א שמובאת בהמשך, אך זה נראה קצת דחוק, ועפ"י הסבר ר' ראובן יובן כדלקמן.

ומסביר ר' ראובן שיש שני סוגים של 'טענינן':

> לשון רש"י בכתובות (פז,א ד"ה מנכסים משועבדים) – "פתח פיך לאלם", כלומר כיון שהקונה לא מתמצא בענייני המוכר (או היורש בענייני אביו) אנו טוענים בשבילו בברי כאילו הוא בעצמו טוען כך, או במילים אחרות אנו מכניסים מילים לתוך פיו. אך כל זה שייך כמובן, רק במקום שאם היה טוען כן בעצמו היה נאמן. ולסוג כזה של טענינן מודים גם רשב"א וגם ר"י, ולכן בתחילת התוס' שמדובר על מקרה שטענתו הראשונה של המחזיק מול המערער היא קמי דידי דר בה חד יומא אנו מאמינים לדבריו במיגו דלהד"ם ולכן טוענים עבורו בברי שהמוכר קנה מהמערער, וזו טענה שאם היה המחזיק טוען באותה שעה היה נאמן (גם כן במיגו דלהד"ם). ואע"פ שהוא יודע שהמערער הוא המר"ק אין זה משנה דבר , כי כך פועל כל מיגו שאדם נאמן בטענתו במיגו שאם היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר, אע"פ שהוא יודע שטענת המיגו היא שקר.

אפשרות נוספת לציור דומה היא, שקודם באו עדים לבי"ד שדר בה המוכר חד יומא, ואח"כ טען המחזיק שקנה מהמוכר ושהוא מודה שמהערער הוא המר"ק, כיון שגם במקרה זה בשעה שאנו טוענים עבורו, אם היה טוען בברי את טענת המוכר שקנה מהמערער היה נאמן במיגו דלהד"ם.

היה פשוט לתוספות שבי"ד עושים סוג טענינן כזה ולא נצרך כלל להביא לכך ראיה. אך כמובן שזה לא מועיל במקרה הנידון שבו נחלקו רשב"א ור"י כיון שבמקרה שלנו קודם היתה הודאת המחזיק למערער שהוא המר"ק, ואז עוד לא ניתן היה לטעון עבורו כיון שלא היו עדים על ישיבת המוכר חד יומא בקרקע (ואף לא טען המחזיק כן בעצמו שנאמין לו במיגו). ובשלב יותר מאוחר שהביא עדים על חד יומא, ואפשר לטעון עבורו את טענת המוכר, זה

כבר לא מועיל לפי סוג הטענינן הזה, כיון שאם היה טוען המחזיק כן בעצמו באותה שעה לא היה נאמן הואיל וזה מיגו למפרע, שכבר הודה קודם לכן למערער שהוא המר"ק.

יש סוג נוסף של טענינן שלגביו נחלקו רשב"א ור"י – רשב"א סובר שטוענים ללוקח כל מה שהיה המוכר נאמן לטעון ולזכות אע"פ שהלוקח עצמו אם היה טוען כן לא היה נאמן, ומסביר שהכוח לטענינן זה היא סברת 'מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו' (ב"ק ח,ב; צו,א ; ב"מ טו,ב) או שזו תקנת חכמים מיוחדת לטובת הקונה והיורש. ולכן סובר רשב"א שאם הביא עדים על חד יומא הוא יזכה בקרקע מכוח טענינן כיון שהמוכר היה זוכה בדין מול המערער במיגו דלהד"ם ולא מפריע לו שהמחזיק מכחיש את טענת להד"ם בהודאתו הקודמת, העיקר זה נאמנות המוכר שעוברת לקונה. ואילו ר"י סובר שסוג כזה של טענינן לא קיים, ולכן חולק על רשב"א במקרה דנן.

יוצא שבשונה מקצוה"ח שהסביר ששורש המחלוקת הוא בדין נאמנות של מיגו, ר' ראובן מסביר ששורש המחלוקת הוא בגדר 'טענינן' ולפי זה מובן שר"י יכול לסבור שאם יבוא המוכר בעצמו לבי"ד ויטען שקנה מהמערער ויזכה במיגו דלהד"ם, אין בעיה למחזיק להישאר בשדה, כי כל הבעיה הייתה רק מצד טענינן ועכשיו לא נזקקים לטעון עבורו, כי המוכר כבר זכה, וממילא יכול למכור לכל מי שרוצה.

אלא שלפי הסבר זה צריך להבין מה הראיה שמביא רשב"א לשיטתו מזה שטענינן ליתמי החזרתי במיגו דנאנסו למרות שלא טוענים להם נאנסו, הרי זה לכאורה סוג הטענינן הראשון של 'פתח פיך לאילם' שהרי אם היתומים היו טוענים בעצמם בברי החזרתי היו נאמנים במיגו שהיו טוענים בברי נאנסו, וא"כ לזה ר"י מודה ואין לזה שייכות למחלוקתם?

מתרץ ר' ראובן שרשב"א למד שאם מדובר היה בסוג הראשון של טענינן אז לא מספיק שליתום או לקונה יש אפשרות לזכות בטענת הברי אלא שלבי"ד הטוענים עבורו את הטענה צריך שתהיה את האפשרות לטעון את הטענה השניה כדי שיהיה מיגו, ובי"ד לא טוענים נאנסו כי זו טענה לא שכיחה, ולכן הבין שזו הוכחה שיש גם את הסוג השני של טענינן שאנו נותנים ליורש או לקונה את כל הזכויות שהיה לאב או למוכר, ואביהם באמת היה נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו.

אך קשה על הסבר זה לשונו של ר"י שאומר "דהכא אם היה רוצה המוכר לזכות בטענה זו דלא הייתה שלך מעולם לא היה מעכבה הלוקח שהרי יודע

היה שהייתה שלו״ לכאורה זו לא הנקודה, אלא שאי אפשר לעשות כאן טענינן?

ולכן מסביר ר׳ ראובן שסברת ר״י שחולק על הרשב״א היא שגם אם קיים סוג שני של טענינן שנותנים לקונה את כוח המוכר מכוח ׳מה מכר ראשון לשני׳ זה רק בתנאי שאין הקונה סותר בעצמו את הטענה שעליה נסמכת נאמנות המוכר כמו במקרה שלנו שהקונה כבר הודה שהמערער הוא המר״ק.

ז. הסבר ר׳ שמואל

גם ר׳ שמואל[4] מסביר את שורש מחלוקת רשב״א ור״י בגדר דין ׳טענינן׳, אך בשונה מר׳ ראובן הוא מסביר שהמחלוקת היא האם טענינן מה שהמוכר או המוריש היה יכול לטעון כאשר השדה הייתה תחת ידו או מה שיכול לטעון כעת כשהשדה היא תחת יד הלוקח או היורש.

ונבאר – לפי דעת ר״י אנו טוענים בשביל הקונה את טענת המוכר כאילו הוא טוען אותה כעת בברי, וכיון שטענתו נאמנת רק מכוח מיגו דלהד״ם, ומיגו זה לא קיים לאחר שהקונה הודה כבר שהמערער הוא המר״ק, לכן זה לא מועיל למחזיק. ואילו רשב״א סבור שאנו טוענים מה שהיה המוכר יכול לטעון כאשר הוא בעצמו החזיק בקרקע, וכיון שאז היה נאמן במיגו דלהד״ם זה מועיל גם ללוקח ממנו.

גם על שיטה זו קשה להבין מה שייכת הראיה ממה שטוענים ליתמי שאביהם החזיר למרות שהיה נאמן רק מכוח מיגו דנאנסו, שהרי לזה גם ר״י יכול להסכים, ורק במקרה שלנו חלק על רשב״א כיון שכעת המיגו לא טוב עבור הקונה שהודה למערער על היותו מר״ק. הרי היתומים לא הודו שהפקדון לא נאנס, אז מדוע מקרה זה מהווה ראייה למחלוקת?! וצע״ג.

ח. פסיקת ההלכה במחלוקת רשב״א ור״י

הראשונים נחלקו גם הם במחלוקת רשב״א ור״י, ונביא להלן חלק מהם.

א. רשב״ם (ל,ב סוד״ה אמר ליה) במפורש לא סובר כרשב״א שעדים על חד יומא יועילו במקרה שלנו, ויש המסבירים אותו כדעת ר״י בתוספות.

[4] בחידושיו לב״ב סימן כב סעיף יא, וכן בשיעורים על דף ל, אות י.

ב. הרמב"ן בחידושיו סובר במפורש כרשב"א ומביא את הדעה החולקת, אך מוכיח כרשב"א מזה שפשוט לו שמי שמפקיד אצל חבירו בעדים ומת הנפקד ותובע המפקיד את היורשים והודו שהפקדון בידיהם מאביהם, אך אין עדים שראו בידם את הפקדון, ודאי שטענינן ליורשים את טענת אביהם שהיה יכול לומר חזרתי וקניתי ממך והיה נאמן במיגו שהיה טוען החזרתי לך, אע"פ שהיורשים מודים שהפקדון בידיהם ולא הוחזר.

ג. הרשב"א והריטב"א סוברים כדעת ר"י בתוספות, ולגבי הראיה של הרמב"ן הם נאמנים לדרכם ואומרים שבאמת במקרה שצייר הרמב"ן מוציאים מיד היורשים. אך מוסיפים שאם יבוא המוכר בעצמו לבי"ד ויטען בברי שקנה מיד המערער יהיה נאמן (במיגו דלהד"ם) והקרקע תשאר ביד המחזיק. ורואים מכאן שכל הבעיה הייתה רק מצד 'טענינן' ולכן כשאין צורך במנגנון זה המערער מפסיד בדינו, וכפי שכבר הזכרנו במאמר (כקושיא על שיטת קצוה"ח).

ד. בפסקי התוספות (קטו) מביא את תחילת דברי התוס' שאם טוען המחזיק קמי דידי דר בה המוכר חד יומא נאמן במיגו דלהד"ם, ולכאורה צ"ל שכיון שהוא נאמן שהמוכר גר בקרקע אנו טוענים עבורו את טענת המוכר שקנה מהמערער. ואומר המהרש"א שזה נכון רק לשיטת רשב"א שמובאת בהמשך התוס', אך ר"י חולק אף במקרה זה, מק"ו שאפילו עדים על חד יומא לא מועילים למחזיק. ומחזק את דבריו שבהגהות אשר"י דברי תוס' אלו מובאים במפורש בשם רשב"א. וא"כ לשיטתו יש ראיה שנפסק כרשב"א. אך כבר הבאנו את הסברו של ר' ראובן שטען שר"י אינו חולק במקרה זה, ולכן דברים אלו הובאו בתוס' ללא מחלוקת, ולשיטתו אין בזה ראיה לפסיקה במחלוקתם.

ה. הנמו"י מביא את דברי הרמב"ן ואת ראייתו ממפקיד, אך מוסיף - "ומיהו מגדולי אחרונים מסופקים גם בדין זה של יורשי נפקד". ולכאורה כוונתו לרשב"א ולריטב"א.

ו. הרמב"ם (טוען ונטען יד,יד) מביא את המקרה המקביל של דף מא,ב ששם יש לנתבע מוחזקות בקרקע. והמ"מ שם מביא את מחלוקת רשב"א ור"י במקרה שאין חזקת ג' שנים, ואומר

שהרשב״א (כוונתו לחידושי הרשב״א ולא לרשב״א של תוס׳) סובר כדעת ר״י, ומסיים – ״וכן נראה מלשון רבינו״ כלומר שכך היא גם דעת הרמב״ם. הש״ך (קמו,יג) מסביר שכוונתו היא שהרמב״ם כותב בתחילת ההלכה ״הואיל והודה שהיא שלו ושלא לקחה ממנו, תחזור השדה וכל הפירות למערער אע״פ שאין לזה המערער עדים שהיא שלו״. ולא חילק בין הביא המחזיק עדים שדר בה המוכר חד יומא או לא, ומשמע שבכל מקרה צריך להחזיר את השדה. וא״כ ברמב״ם אין דברים מפורשים אלא דיוק ממה שלא כתב.

ז. המחבר (קמו,יד) נקט את לשון הרמב״ם שממנה משמע שעדות על חד יומא מועילה רק במקום שיש לו חזקת ג׳ שנים, אך ללא חזקה זו לא תועיל העדות, אע״פ שאין למערער עדות שהוא המר״ק.

ח. הש״ך (ס״ק יג) דן באריכות במחלוקת רשב״א ור״י – בתחילה הוא מביא מחלוקת בין הראשונים מה דעתו של ר״י להלכה, כיון שר״י רק דחה את ראייתו של רשב״א ולא חלק במפורש, ולכן יש מי שאומר שר״י מסופק בזה (מרדכי ואגודה). יש מי שלמד שר״י חולק להלכה על רשב״א (מהרש״א), ויש מי שהבין שר״י מסכים עם רשב״א ורק דחה את ראייתו (הגהות מיימוני).

ופוסק הש״ך כרשב״א בתוס׳, וכרמב״ן וכבעל העיטור. ומביא את ראייתו של הרמב״ן ממפקיד בעדים ומת הנפקד שהובאה לעיל, ואומר שהדין דין אמת, אך יש עדיין מקום לחלק בין המקרה של המפקיד שבו יודע התובע שהפקדון בא להם מאביהם, לבין המקרה שלנו שמהערער לא יודע האם המחזיק באמת קנה מהמוכר כטענתו. ויש להעיר שכאו׳ אין מקום לחילוק זה שהרי קי״ל שלא צריך ראייה שאדם לוקח כדי לטעון לו. אך בל זאת מחלק הש״ך בין מקרה שיש חזקה לנתבע, שטוענין לו גם ללא ראייה שהוא לוקח לבין המקרה שלנו שהטענינן נסמך על מיגו. ולפי״ז אומר הש״ך, אם יוכיח שהוא לוקח או שהמערער יודה לו בכך, אז ודאי שנטען לו.

וממשיך הש״ך שלהלכה הוא מסכים לגמרי עם רשב״א במקרה דנן מראייה אחרת, ומדמה את הנידון שלנו לחזקת מטלטלין – שהתובע אומר לנתבע: כלי זה שבידך שלי הוא, והלה משיב: קניתיהו מפלוני שאמר לי שקנה ממך, והמערער מביא עדים שהפקידו ביד אותו פלוני, ולא ראוהו ביד הנתבע. ופשוט לש״ך שטוענים ללוקח שאותו פלוני לקח ממנו במיגו שהיה יכול לטעון החזרתיו. וזה דומה למקרה שלנו שבו אין חזקה (כיון שיש לו עדות

שהחפץ הופקד ביד אותו פלוני), ומוכיח הש"ך מסימן קל"ד סעיף ד' שמדוייק שם שכאשר אין עדי ראה נאמן לומר שהאומן מכר לו וטענינן שהאומן קנה מהמערער במיגו דהחזרתי, אע"פ שלאומן אין חזקה בכלים שתחת ידו. ומוסיף הש"ך שאל"כ אין לך מי שקונה חפץ מחבירו, שמא יבוא אחר ויביא עדים שהייתה שלו והפקיד פעם אחת ביד המוכר, אלא ודאי שטענינן במקרה זה.

בסיום דברי הש"ך צריך לציין, שלפי הסברו של ר' ראובן, גם המקרה שמצייר הש"ך וגם המקרה שצייר הרמב"ן לא מהווים ראייה לרשב"א במחלוקתו עם ר"י, כיון שר"י מודה שאם בשעה שהודה הנתבע אפשר לטעון לו ודאי טענינן, וכל הבעיה של ר"י במקרה שלנו היא מעין 'מיגו למפרע'. הואיל וקודם הודה ורק אח"כ הביא עדים על חד יומא שמאפשרים להפעיל 'טענינן'.

הרב דודי בגנו
ר"מ במכון הגבוה לתורה
אונ' בר-אילן

ברי ושמא – ברי עדיף

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. ברי טוב ושמא טוב – דיוק הגרא"ו

ג. טעם הגרא"ו

ד. דרך נוספת להבנת טעם התוס'

ה. סמך להבנה זו מתוס' הרא"ש

ו. קריאת התוס' לפי הבנה זו

ז. הרחבת הבנה זו גם לרב נחמן ור' יוחנן

ח. סיכום

א. פתיחה

הגמ' במסכת כתובות יב,ב מביאה מחלוקת אמוראים ביחס לברי ושמא:

> אתמר: מנה לי בידך, והלה אומר איני יודע, רב יהודה ורב הונא אמרי: חייב, ורב נחמן ורבי יוחנן אמרי: פטור. רב הונא ורב יהודה אמרי חייב, ברי ושמא - ברי עדיף; רב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור, אוקי ממונא בחזקת מריה.

רב הונא ורב יהודה סברו שבו"ש – ברי עדיף, אפילו כנגד חזקת הממון של הנתבע, ואילו רב נחמן ור' יוחנן סברו שחזקת הממון גוברת על היתרון בטענת התובע.

תוס' (ד"ה רב הונא ורב יהודה) הקשו: הרי רב יהודה אמר בשם שמואל במסכת ב"ק מו (על המשנה ביחס לשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה, ולא ידוע האם ילדה לפנ"כ או אח"כ, שהביאה את דעת סומכוס שממון המוטל בספק חולקין) "..אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המע"ה", וביארה הגמ' ש"זה כלל גדול בדין" מלמד שאפילו מזיק אומר ברי

וניזק אומר שמא – המע״ה. נמצא, שגם לדעת רב יהודה לאו ברי עדיף? ותירצו:

> וי״ל דהתם ברי גרוע ושמא טוב דלפי שהמזיק לא היה שם טוען זה ברי ושמא דמזיק טוב דלא הוה ליה למידע אבל מנה לי בידך הברי טוב והשמא גרוע דהוה ליה לידע אם חייב אם לאו

כלפי שור שנגח את הפרה: הברי גרוע והשמא טוב, ולכן, המע״ה. אך כלפי ״מנה לי בידך״ – הברי טוב והשמא גרוע, ולכן, ברי עדיף.

ב. ברי טוב ושמא טוב – דיוק הגרא״ו

ר׳ אלחנן הסתפק (קובץ שיעורים ב״ב אות תסא): מה יהיה הדין ב״ברי טוב ושמא טוב״ או ״ברי גרוע ושמא גרוע״?

לכאורה, זו סתירה מיניה וביה בתוס׳: מהרישא מדוייק שאם הברי טוב והשמא טוב – ברי עדיף, ומהסיפא מדוייק להיפך?

פשט ר׳ אלחנן את ספיקו מהסוגיא בב״ב דף קלה:

במשנה בדף קלד מבואר שאם אחד האחים אומר על אדם מסוים ״זה אחי״, והאחים אומרים ״איננו יודעים״ (ע״פ הגמ׳) – ״אינו נאמן״. מדייק משם רבא: ״זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר איני יודע – פטור״ (חזקת הממון של האחים בירושה גוברת על טענת הברי ״זה אחי״). הקשו תוס׳ (ב״מ צז,ב ד״ה רב הונא): הרי שם כולם מודים (אפילו ר״ה ור״י) שלאו ברי עדיף כיון שזה ברי גרוע (שיודע שהאחים אינם מכירים אותו) ושמא טוב (לא היה להם לדעת)? ותירצו:

> דהתם נמי ירא שמא היום או מחר ישאלו וידעו ששיקר. זו רק סיבה מדוע הברי טוב, אך עדיין גם השמא טוב שהרי לא היה להם לדעת[1] ואעפי״כ, כתבו תוס׳ שלדעת רב הונא ורב יהודה – ברי עדיף.

דייק מכאן ר׳ אלחנן שהכל תלוי בברי: אם הברי טוב – ברי עדיף. ואם הברי גרוע – המע״ה.

---

[1] אמנם, עיין בריטב״א (כתובות יב,ב) שכתב שגם במקרה זה השמא גרוע כיון שהיה לאחים לדעת אם יש להם אח במדינת הים.

ג. טעם הגרא"ו

טעם הדבר לשיטתו: העולם מקשים – מדוע ברי ושמא ברי עדיף, נאמין לנתבע במיגו שהיה אומר ברי? ומתרצים – אה"נ, אך זה גופא דינה של טענת שמא כנגד ברי – ברי עדיף. נמצא, שאין מושג של "שמא גרוע", שהרי לכל שמא יש מיגו המחזק את נאמנותו. אלא סיבת הנאמנות של טוען הברי היא מכוח עדיפות הברי, והיינו דווקא בברי טוב ולא בברי גרוע.

אלא שיש להקשות על יסודו שאין מושג של "שמא גרוע" – הרי תוס' **כן** כתבו שיש "שמא גרוע" ("דהוה ליה לידע אם חייב אם לאו") ולא חיזקו את טענת השמא ע"י מיגו דטענת ברי?

לגוף טענת העולם – שהשמא אינו גרוע כיון שיש לו מיגו שהיה טוען ברי – כתב נתה"מ (עה,ז) ע"פ דברי הסמ"ע (שם כג) שאין כאן מיגו כיון שקל יותר לטעון שמא מאשר לטעון ברי (על-דרך מיגו דהעזה).

ד. דרך נוספת להבנת טעם התוס'

לכן, ביאר מו"ר הג"ר אשר אריאלי שליט"א את דברי התוס' באופן אחר:

פירוש המושג "ברי גרוע" (כגון במשנה ב"ק מו,א) אינו שיש גריעותא בברי, דהיינו, חשד שהתובע משקר, שהרי כך היה המעשה – הניזק היה במקום האירוע והמזיק לא היה שם. אלא הכוונה היא שטענתו היא ברי סתם, בלי יסוד להאמינו בטענתו.

משא"כ, כש"ירא שמא יכחישוהו" – אין כאן רק "ברי סתם" אלא זו טענת ברי עם יסוד להאמינו. בלשון התוס' (ב"ב קלה,א ד"ה אביי אמר) נקרא ברי זה בשם "ברי חשוב". וממילא, "ברי גרוע" היינו "ברי שאינו חשוב", "ברי סתם".

על-דרך זה מתפרש עניין "שמא גרוע" – תוס' (ב"ק מו,א ד"ה דאפילו) פירשו מדוע ב"מנה לי בידך וכו'" השמא גרוע: "מדטעין שמא מוכחא מלתא דברי דהאי אמת הוא". כלומר, "שמא גרוע" יוצר יסוד להאמין לטענת הברי של התובע, שהרי היה לו לדעת אם לוה או לא.

נמצא, שהן "ברי טוב" והן "שמא גרוע" יוצרים יסודות להאמין לטענת הברי של התובע – או מצד עצם טענת התובע או מצד תגובת הנתבע.

הרמב"ן (ב"מ צז,ב) מדייק מסוגיית הגמ' בב"ק מו,א שהטעם שסברו חכמים ש"ברי ושמא לאו ברי עדיף" היא משום חזקת הממון (המע"ה). וממילא, אם אין חזקת ממון לנתבע – גם חכמים יודו ש"ברי עדיף".

ואע"פ שמדובר ב"ברי גרוע ושמא טוב" (כהגדרת תוס'), וממילא, כיצד יתכן שטענת ברי גרועה תגבור על שמא טוב? הפירוש כמו שנתבאר לעיל, אין כאן גריעותא בברי אלא שאין כאן יסוד להאמינו בעקבות טענתו (וגם אין יסוד להאמינו בעקבות תגובת הנתבע).

ממילא, אם הנתבע אינו מוחזק – עצם העובדה שהתובע טוען טענת ברי והנתבע טוען שמא גורמת להעדיף את טענת התובע, שהרי הוא מספר דברים ברורים בעוד שהנתבע מסופק! אין שום סיבה לא ללכת אחר דבריו. אולם, אם הנתבע מוחזק – עובדה זו אינה מספיקה כדי להוציא את הממון מידי הנתבע. כדי להתגבר על חזקת הממון צריך טענה אלימה יותר – "ברי חשוב" - טענה עם יסוד להאמינו.[2]

השאלה היא: כמה "יסודות" צריך כדי להאמין לתובע כנגד חזקת הממון? האם אפשר להסתפק ביסוד אחד (ברי טוב/שמא גרוע) או צריך את שני היסודות גם יחד (ברי טוב ושמא גרוע)?

אמרו תוס' (ב"מ צז,ב על-סמך ב"ב קלה,א) שמספיק יסוד אחד ("ברי טוב" אפילו אם השמא טוב) כדי להאמינו, ולהוציא ממון מחזקתו.

ה. סמך להבנה זו מתוס' הרא"ש

סמך גדול להבנה זו נמצא בדברי תוס' הרא"ש.

המשנה פסקה במקרה של הבית והעליה שנפלו, שאם אחד מכיר את אבניו - נוטל אותם. דנה הגמ' מה תגובת השני? ומסיקה: השני טוען שמא ("איני יודע"). הקשתה הגמ' מכאן על רב נחמן ור' יוחנן שאמרו "ברי ושמא – לאו ברי עדיף", שהרי המכיר מוציא את האבנים מהשני?

הקשה על-כך תוס' הרא"ש (ב"מ קטז,א ד"ה וליהוי), ז"ל:

> וא"ת לרב הונא ולרב יהודה נמי תיקשי לפי מה דפרישית לעיל דלא אמרינן בריא עדיף אלא היכא שהבריא טוב והשמא גרוע אבל הכא

---

[2] לשיטת רב יהודה ורב הונא. ולרב נחמן ור' יוחנן גם זה לא יעזור. אמנם, יש מצבים שגם הם יודו, כדלקמן.

> הבריא גרוע שיודע שאותו אינו יכול להכחישו, וי״ל דמיירי הכא כשהאבנים קצת מסומנות וזה מסייע לבריא אליבא דרב יהודא דבסיוע כל דהו אנו מחזיקים הבריא.

כלומר, כיון שהאבנים מסומנות קצת – טוענים רב יהודה ורב הונא ש״ברי עדיף״. והדברים צריכים ביאור: מי אמר שבאופן כזה לא יודו רב נחמן ור׳ יוחנן? הרי זה סיוע שבא מסיבה חיצונית שאינה קשורה ישירות לטענתם?

רואים מדבריו שהיסוד הוא כמו שנתבאר לעיל: מחלוקת האמוראים היתה בברי עם סיוע כל דהו (מצד עצם טענתו – ירא שמא יכחישוהו, או מצד תגובת הנתבע – הו״ל למידע, או מסיבה אחרת – מסומנות קצת). רב הונא ורב יהודה טענו שמספיק סיוע כל שהו (״ברי חשוב״) כדי שטענת הברי תגבר על חזקת הממון, ורב נחמן ור׳ יוחנן טענו שאין זה מספיק.

ומכלל דברי תוס׳ הרא״ש ניתן לדייק יסוד נוסף: כיון שמספיק ״סיוע כל דהו״ – אין צורך גם בסיוע מכוח טענת התובע (״ברי טוב״) וגם בסיוע מכוח תגובת הנתבע (״שמא גרוע״), אלא מספיק אחד מהם (״כל דהו״) כדי להאלים את טענת התובע. כמו שנתבאר בדעת התוס׳.

ו. קריאת התוס׳ לפי הבנה זו

נחזור לסתירה בדברי התוס׳ בכתובות יב ע״ב:

> וי״ל דהתם ברי גרוע ושמא טוב דלפי שהמזיק לא היה שם טוען זה ברי ושמא דמזיק טוב דלא הוה ליה למידע אבל מנה לי בידך הברי טוב והשמא גרוע דהוה ליה לידע אם חייב אם לאו

לפי דברינו כוונתם היא כדלהלן:

בסוגיא בב״ק מו,א אין יסוד להאמין לטענת התובע – לא מצד טענתו (ברי גרוע) ולא מצד תגובת הנתבע (שמא טוב), אך ב״מנה לי בידך וכו״ יש שני יסודות להאמין לתובע: 1. ״הברי טוב״. 2. ובנוסף, ״השמא גרוע״. אמנם, די ביסוד אחד כדי להאמינו (כמו שנתבאר) אך תוס׳ נקטו את האמת – שיש כאן שני יסודות להאמינו.

וממילא, כך צריך לקרוא את דבריהם: ״אבל מנה לי בידך – הברי טוב, ו[כמו-כן]השמא גרוע...״

ז. הרחבת הבנה זו גם לרב נחמן ור׳ יוחנן

לפי דברי בעל השיטה ישנה בסוגייתנו (כתובות יב,ב) מדוייק שרב נחמן ור׳ יוחנן לא חלקו על יסוד זה מכל וכל:

המשנה מביאה מחלוקת תנאים: היא אומרת ״משארסתני נאנסתי״ ומגיעה לי כתובה, והוא אומר ״שמא לפני שארסתיך והיה מקחי מקח טעות״ – ר״ג ור״א אומרים: נאמנת, ר׳ יהושע: לא מפיה אנו חיים וכו׳ (אינה נאמנת).

רצתה הגמ׳ לתלות את מחלוקת האמוראים דלעיל במחלוקת תנאים זו – רב הונא ורב יהודה סברו כר״ג ור״א (כיון שבו״ש ברי עדיף), ורב נחמן ור׳ יוחנן סברו כר׳ יהושע (לאו ברי עדיף).

דחתה הגמ׳: רב נחמן ור׳ יוחנן יכולים להסכים עם ר״ג ור״א כיון שכאן יש לה מיגו (מוכת עץ אני) או חזקה (חזקת הגוף).

נחלקו הראשונים האם המיגו או החזקה עומדים בפני עצמם או באים **כסיוע** ל״ברי ושמא״ של האשה. לדעת השיטה ישנה (מופיע בשטמ״ק על אתר) אי אפשר לפרש שהמיגו והחזקה עומדים בפ״ע שהרי מיגו להוציא לא אמרינן[3] (ועוד – לא מצאנו מיגו דטענה מעלייתא שיועיל בפני עצמו), וכן כלפי חזקת הגוף – היא לבדה אינה יכולה לגבור על חזקת הממון. אלא הפירוש לדעתו:

> הכי קאמר בברי ושמא דמסייע לברי דידיה טעם ורגלים – בההוא מודה רב נחמן דברי עדיף כיון דאידך שמא ולהאי מסייע טעם ורגלים כגון מיגו.. אי נמי משום דמסייע לה חזקה דגופה..

כלומר, גם ר״נ ור״י מודים כאשר יש ״ברי עם טעם ורגלים״ ש״ברי עדיף״ אפילו כנגד חזקת ממון.

נמצא, שלדבריו, גם לשיטת רב נחמן ור׳ יוחנן יש מצבים ש״ברי ושמא ברי עדיף״ כנגד חזקת הממון. דהיינו, כאשר יש סיוע משמעותי לטענת הברי – כגון מיגו[4] או חזקה.[5]

---

[3] אמנם, יש ראשונים שסוברים שמיגו להוציא אמרינן.

[4] אמנם, נראה שאין זה מוכח, שכן יתכן שהשיטה ישנה פירש שמחלוקת האמוראים היתה ב״ברי סתם״ (=בלי סיוע), ובברי עם סיוע – יודו גם ר״נ ור״י (ותירץ את קושיית התוס׳ באופן אחר). וממילא, אין ראיה שיש כאן דרגה שלישית.

[5] נראה, שאפילו הראשונים שביארו דלא כשיטה ישנה יסכימו לעצם העובדה שמדובר כאן על ברי עם סיוע גדול, שכן הגמ׳ אמרה רק שרב נחמן ור״י יכולים להסתדר עם רבן

ח. סיכום

נמצאנו למדים שישנן שלש דרגות בעוצמת הברי מול השמא:

1. ב"ברי סתם" (=בלי סיוע כלל) – גם לרב הונא ורב יהודה לאו ברי עדיף אלא המע"ה.
2. ב"ברי חשוב" (=עם סיוע כל דהו) – מחלוקת רב הונא ורב יהודה עם רב נחמן ור' יוחנן.
3. ב"ברי מצויין" (=עם טעם ורגלים)[6] – גם לרב נחמן ור' יוחנן ברי עדיף.

גמליאל ולא אמרה שרב הונא ורב יהודה יכולים להסתדר עם ר' יהושע. ואם הטעם של המשנה הוא רק משום מיגו או חזקה – ואינו קשור ל"ברי ושמא" כלל - מדוע לא יסכימו? אלא שגם לראשונים אלו – סוכ"ס יש כאן ברי עם סיוע גדול לטובת האשה, ולכן, רב הונא ורב יהודה יסברו בודאי ש"ברי עדיף".

[6] עם סיוע של מיגו או חזקה, כבסוגיין.

הרב חיים ישראל וולפסון
ר"מ בישיבת ההסדר, ירוחם

שבועת היסת

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. משמעות השם והנגזר ממנו

ג. באור מהלך הגמרא, סיבת ההשבעה

ד. דררא דממונא בהיסת

ה. ברי בהיסת

ו. מצבי ברי שונים

ז. תפיסה בהיסת

ח. תקנת הגאונים

ט. סיכום

א. פתיחה

על דברי המשנה בריש שבועת הדיינים "מנה לי בידך אין לך בידי, פטור", מביאה הגמרא (מ,ב) את דברי רב נחמן:

> אמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת היסת, מאי טעמא חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו, אדרבה חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו אשתמוטי הוא דקא משתמיט ליה, סבר עד דהוה לי ופרענא ליה.

מהלך הגמרא מבאר את הצורך בשבועת היסת. אמנם מתוך דברי הגמרא לא ברור מהו הצורך בשבועת היסת, מהיכן הוא נובע? בתוך דברי הגמרא מתחדשת חזקה, שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו כסיבה לשבועה, אולם הגמרא נושאת ונותנת בענין ומסיקה, שאשתמוטי קא משתמיט, ולא מבואר האם כל דברי הגמרא הם הסיבה לשבועה, או שמא הסיבה היא, שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו, והמשך הדברים הוא רק ביאור למה חזקה זו נשארת ולא מתבטלת בגלל חזקה שאין אדם מעיז פניו.

יש לשאול גם בדבר הצורך בשבועת היסת. מן התורה קיימא לן שכופר הכל פטור והמוציא מחברו עליו הראיה,[1] מהו אם כן השינוי שיש מדרבנן בהבנת המציאות המשפטית שמצריכה שבועה?

לאחר שהצרכנו שבועה, לאן הגענו, לאחר התקנה עד כמה שינתה השבועה את המצב המשפטי בבי״ד?

בדברים אלו עוסקת הסוגיה בשבועות מ,ב ומא,א ונשתדל לעסוק בהם ולעמוד על אפיה של שבועת היסת.

ב. משמעות השם והנגזר ממנו

הגמרא לא מבארת מהי משמעות השם היסת. מדברי הראשונים עולים מספר פירושים, שיש להם משמעות בהבנת מעמדה של השבועה.

המאירי על המשנה מבאר:

> ופירושו מלשון המלכה ועצה, מלשון כי יסיתך שפירושו ארי ימלכינך שנמלכו חכמים אחרונים ונתיעצו ביניהם על כך כשראו הדורות מעידים לכפירת הלוואותיהם.

השם היסת מתייחס לעצתם של חכמים לתקן את השבועה.

אולם ברש״י (ד״ה היסת) באר:

> לשון שומא ששמו חכמים עליו שבועה כמו אם ה׳ הסיתך בי.

משמעות הדברים לפי רש״י היא על שם העובדה שחכמים הטילו את השבועה על האדם. שבועת היסת היא שבועה שהוטלה על האדם, ונראה שהצורך לומר שהוטלה הוא בגלל שבאמת אינה מחויבת, יש כאן שבועה ש׳הפילו׳ חכמים על האדם, שמו עליו למרות שאינו חייב בה.

הרמב״ן (מד,ב) כותב דברים דומים: ״... דכל שבועה שאינה של תורה היסת היא קרויה כלומר שהסיתוהו חכמים להשבע שלא מן הדין״.

---

[1] נחלקו בדבר הראשונים, לדעת רש״י בבא קמא קז, סיבת הפטור של כופר הכל היא בגלל החזקה שאין אדם מעיז פניו בפני מי שעשה לו טובה, דהיינו בעל חובו, ולפי תוס׳ שם ובב״מ ג,א, סיבת הפטור היא בגלל גזירת הכתוב שרק ׳כי הוא זה׳ חייב שבועה ולא כופר הכל. בדיון לקמן לא חילקנו בין השיטות, למרות שיתכן וחלק מההסברים הולמים שיטה אחת יותר מחברתה.

המשותף לדברי רש״י והרמב״ן הוא בהבנה, ששבועת היסת אינה מחוייבת מן הדין. רש״י כאמור, מוסיף ואומר, שהאדם המחויב בה נשבע שבועה שאינו מחוייב בה באמת אלא שחכמים ׳שמו׳ עליו שבועה.

מה משמעותה של שבועה כזו?

נראה להציע, ששבועת היסת היא בכך, שהאדם לא היה מחוייב בה מצד הדין. מתוך התנהלות הטענות, והתפתחות הדיון בטוען ונטען בבית דין מי שכופר בכל פטור לגמרי, והמוציא מחברו עליו הראיה. אולם רבנן הצריכו שבועה, השבועה לא נובעת מכך שהוא חשוד, שאז היה חייב שבועה דאורייתא. זו לא שבועה של ה׳נתבע׳, אלא של בית דין.

המשמעות הראשונה שיש לדבר זה בסוגיה היא באפשרות הברורה להפוך שבועת היסת. הגמרא בהמשך שואלת על ההבדל בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, והראשונים מתלבטים האם כל שבועות דרבנן בכלל שאלת הגמרא, אולם ברור שכוונת הגמרא לשבועת היסת. הנפקא מינה הראשונה בגמרא היא בכך, ששבועה דרבנן ניתן להפוך. כלומר, שהנתבע אומר לתובע: השבע וטול. הדרך הפשוטה לבאר את הדין של הפוך שבועה היא לומר שלו היתה השבועה של הנתבע, שהוא מחוייב בה מחמת שהוא חשוד, מדוע שיוכל להפוך אותה על התובע? בין אם אנו אומרים לו הישבע או תשלם, ובין אם אנו מעמידים אותו במבחן מחמת היותו חשוד בדיון, כיצד יוכל להשמט מהצורך לברר טענותיו בשבועה?

העובדה שיכול הנתבע להפוך את השבועה, מצביעה על כך שהשבועה אינה חיוב שלו, אלא שבית דין רוצים שלא יגמר הדין בלא שבועה. עיקר חיובה של שבועת היסת הוא על שניהם, על הדיון, בית דין רוצה, שהדיון יסתיים בשבועה. הם מצריכים את הנתבע להשבע אבל לא בגלל שהוא באמת חשוד, עיקר הצורך הוא שמישהו ישבע.

לאור זה נראה לומר, שהשבועה נצרכת בשביל שדיון לא יסתיים בלי ראיות. שבועת היסת נצרכת במקום שבו לא היו ראיות ובית דין סוגר את התיק. התקנה היא לא לסגור תיק בלי שמישהו ישבע, בית דין לא רוצה לסגור את התיק בלי כלום ולכן מטיל שבועה ביניהם, כדי שנוכל לסיים את הדיון.

המחבר (פח,ו דן בשאלה על איזה ממון משביעים שבועת היסת, המחבר נוקט שמשביעים)גם על שוה פרוטה. וביאר הגר״א שם (סק״ח) ״דתקנוהו כעין שבועה דעד אחד שאינו בא על ידי הודאה״.

הגר״א מבאר שהסיבה היא, ששבועת היסת תוקנה כעין שבועת עד אחד, שלא באה על ידי הודאה. דברי הגר״א מלמדים ששבועת היסת שונה משבועת מודה במקצת. שבועת מודה במקצת באה על ידי טענתו שאבדה מכוחה בגלל שהודה במקצת, אולם שבועת היסת היא כשבועת עד אחד. נראה שהגר״א מבין ששבועת עד אחד אינה בגלל חשד, אלא בגלל שבעד אחד יש דין להשבע, עד אחד הרי הוא כשנים לחיוב שבועה בגלל שחדשה התורה שזהו דין עד אחד, להשבע להכחיש את העד. כך מבארת הגמרא לעיל מ,א, את העובדה שלשבועת עד אחד לא צריך טענת שתי כסף. שבועת היסת תוקנה כשבועת עד אחד במובן זה שגם היא אינה בגלל חיסרון בטענה, אלא בגלל שהיא דין שבועה שהטילו חכמים.

אמנם בשערי שבועות השער השני באר ״ופירוש היסת מלשון הטלה והשלכה כמי שמטיל על אדם דבר המכביד עליו״, ויתכן שכוונתו למה שפירש רש״י בבא מציעא ה,א:

> שבועה שהסיתו חכמים לכך להסיתו להודות, וטעמא מפרש בשבועות חזקה אין אדם טוען אא״כ יש לו עליו.

ברש״י מבואר כיוון אחר ולפיו שבועת היסת היא בשביל שאדם יודה. מטרת השבועה היא לגרום לנתבע להודות, ורש״י גם מבאר את הסיבה לכך, חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו. מבואר ברש״י בבא מציעא, ששבועת היסת אינה 'סתם' שבועה. יש לשבועת היסת סיבה, אנו חושדים בנתבע ורוצים שיודה. סיבת החשד היא החזקה. אמנם רש״י מתעלם מהמשך דברי הגמרא אצלנו, ובהמשך נתיחס לזה. לפי זה נאמר, שהתורה חייבה שבועה רק במצבים שבהם חשש ברור ומוצק, ועל חששות קלים יותר לא חייבה שבועה. רבנן חששו גם לחששות שהתורה לא השביעה בהם ותיקנו שבועת היסת לחששות מהסוג הזה.

הריטב״א (ד״ה אמר רב נחמן) מבאר היסת בדרך נוספת:

> ונקראת שבועת היסת לשון המלכה...שלא יהא קופץ וכפר בלא שום המלכה, כמו שהיו רגילים עמי הארץ לעשות קודם תקנה זו, לפי שהיו יודעין שהיו פטורין אף משבועה.

בריטב״א מבואר ששבועת היסת אינה בשביל שיודה, מטרת השבועה היא למנוע מראש את הכפירה. העובדה שלא היתה בעיה לכפור בכל הביאה את חכמים לתקן שבועת היסת כדי שהכופרים בכל יעצרו ויחשבו לפני הכפירה.

ברגע שתתוקן שבועה לכל כופר הכל, יש מחיר לכפירה ואנשים יירתעו מלכפור.[2]

ג. ביאור מהלך הגמרא, סיבת ההשבעה

הגמרא נימקה את סיבת השבועה בכך, שחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו. צריך לחזור ולומר שלמרות החזקה, מדאורייתא כופר הכל פטור משבועה. החזקה אינה חזקה עד כדי כך שתגרום לתורה להשביעו, ואם כן מדוע רבנן השביעו? מהי משמעות החזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו?

נראה לומר, שמשמעות החזקה אינה כראיה שבאמצעותה נתברר, שהתובע דובר אמת. בכח החזקה לחזק את מעמדו של התובע. חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו ולכן יש כאן טענה, תביעה טובה שדורשת התיחסות. נראה לפי זה לבאר גם את המשך הגמרא, לא כדין בראיות אלא בטענות.

הגמרא עונה, חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, גם כאן עלינו לשאול האם זו ראיה, או ששוב מדובר על משקל רציני של טענה, בגלל שהאדם טוען טוב ובאופן שאין אדם מעיז, הרי שאם הוא מעיז טענתו חזקה והיא הודפת את התביעה הטובה של התובע.

הגמרא ממשיכה ואומרת, שאעפ"כ, אשתמוטי קא משתמיט. האם כוונתה לומר שלכן הוא חשוד בשקר?

יש לשאול על הוכחת הגמרא, הגמרא מביאה הוכחה מכך שהכופר במלוה כשר לעדות. ומכאן היא מבקשת להוכיח שהוא משתמיט. אולם בגמרא מדובר על כופר במלוה שהוכחש בעדים. כיצד הכופר במלוה שהוכחש בעדים יוכיח שבמידה ולא הוכחש הוא משתמיט?

מבואר ממהלך הגמרא, שאין כוונתה להוכיח את העובדה שהכופר הוא משתמט, ההוכחה היא רק לכך שאם נתפס, מניחים שהוא משתמיט. אולם כיצד זה מועיל בסוגיה? הסוגיה לכאורה בקשה להוכיח מדוע כופר הכל נשבע?

---

[2] על דברי הריטב"א יש להעיר שדווקא לאחר התקנה, אדם שכופר הכל עובר מבחן עוד לפני שנשבע, בכך שלוקח את הסיכון שהוא עתיד להשבע. בכך חזקה לכאורה השבועה את אלו שכן כפרו. לפי זה הצורך בשבועה הוא בשביל התקנה, ולא בשביל לחזק את טענת הכפירה.

נראה להציע שתי אפשרויות: א. אפשר לומר שהעובדה שמשתמיט מחלישה את חזקת אין אדם מעיז פניו. המשמעות אינה שהוכחנו שהוא מתשמיט אלא הוכחנו שחזקה שאין אדם מעיז, לא אומרת שהוא דובר אמת. יתכן שאדם לא מעיז פניו ובכל זאת לא אומר את האמת, ופטור כופר הכל שהיה בנוי על אין אדם מעיז, נחלש.

ב. אפשר לומר שאם אנו עוסקים כאן ביחסי הכוחות של עמדת התובע מול עמדת הנתבע, הרי שמתברר שהתובע טוען טוב יותר. האפשרות לראות את טענת התובע כטענה חזקה נשארת, אולם החוזק שנראה בטענת הנתבע, שגם הוא עומד וטוען בעצמה נחלש, כיון שמתברר שמה שנראה כעמדת טיעון חזקה, אינו אלא השתמטות.

לפי זה עלינו לקרא את דברי הגמרא כך שסיבת ההשבעה היא באמת חזקת אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, שאומרת שיש כאן תובע שלא ראוי להוציא אותו בלא שבועה. המשך דברי הגמרא הוא שקלא וטריא, שנועדה לסלק את האפשרות, שחזקת אין אם מעיז פניו היתה עשויה למנוע את הצורך בשבועה.

הריטב״א הבין אחרת. הוא הבין בגמרא, שאשתמוטי היא סיבת השבועה, ומה שבקשה הגמרא להוכיח הוא שכופר הכל הוא משתמיט. אמנם הוא מקשה מסיבה אחרת, שהעובדה שאנו תולים בהשמטה בשביל שלא לפסול לעדות, עדיין לא מוכיחה לאידך גיסא שיש השמטה שמצריכה להשבע, לפסול לעדות ״כל מאי דאפשר למתלי בהשמטה תלינן, אבל לחייבו שבועה לא תלינן״?

הריטב״א מיישב לשיטתו שאנו עוסקים כאן בסיבות התקנה של חכמים ולא בחשד באדם זה בבית דין. כופר הכל אינו חשוד בהשמטה שצריך להשביעו מחמת חשד זה. חשש ההשמטה הוא חשש כללי שראו רבנן לחשוש לו. לא הכופר הזה משתמט, אלא יש כופרים שמשתמטים, ומחמת זה שישנם משתמטים חששו רבנן ותקנו שבועה לכל הכופרים.

עד כאן ראינו שסיבת ההשבעה לפי הגמרא היא חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, והמשמעות היא לא שיש לנו ראיה, אלא שזו תביעה טובה ומוצדקת שדורשת התייחסות. לפי הריטב״א הגמרא מבארת את הסיבות שהביאו את חכמים לתקן, ולא את ההצדקה לשבועה מתוך התפתחות הטענות בבית דין.

בגמרא בב״מ מבואר לכאורה אחרת. הגמרא (ו,א) מקשה על רב נחמן, כיצד משביע שבועת היסת, והרי מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא.

הראשונים שם הקשו, שהרי קיימא לן בסוגיה שבשבועת היסת אשתמוטי קא משתמיט, ובמשתמיט לא אמרינן חשיד אממונא חשיד אשבועתא?

תוס׳ שם (ד״ה אלא) פירש, שהקושיה היא בגלל שישנם מצבים שבהם לא משתמט כגון בפקדון שתובע את חברו ואומר לו שהחפץ הזה שאצלך הפקדתי אצלך, או בקרקעות, שלשיטת תוס׳ משביעים בהם היסת, ולא שייך בהם משתמיט.

בפירוש שני מבאר תוס׳ שבאמת ככונת הגמרא לא לבסס את קושייתה מרב נחמן אלא מהמשך הדוגמאות שם בסוגיה, וכדברי תוס׳ אלו פירש גם הריטב״א.

הרמב״ן והרשב״א הביאו שם את פירוש רב האי גאון שבעקבות דברי הגמרא בבבא מציעא משנה את הגרסא בסוגיה בשבועות. לדברי רב האי גאון לא גורסים בגמרא את המילים ״עד דהוו ליה״, אלא ״אשתמוטי הוא דקא משתמיט ליה״ בלבד. הרשב״א מבאר את הגמרא לפי גירסא זו:

> וה״ק, חזקה דאין אדם תובע בכדי ממון חברו אלא אם כן יש לו אצלו, ואקשינן אדרבה לא לישתבע דחזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, ופריק אין חזקת אין אדם מעיז גדולה כחזקת אין אדם תובע, לפי שאין אדם עשוי לשקר כל כך לתבוע לכתחילה מה שאין לו ויש אנשים נשמטים לעיתים לפרוע מה שהוא בידם לפי שאינו מצוי להם לפרוע ומתוך דוחקם מעיזים לכפור בכל.

לפי זה סיבת ההשבעה בסוגיה היא שבאמת הכופר הכל חשוד בהשתמטות. מטרת ההשבעה היא בגלל הרצון שיפרוש ויודה בו מהחשד הזה. חזקה אין אדם תובע יוצרת חשד שקר על הכופר הכל. לא ברור לדבריו מה השתנה שגרם לתיקון שבועת היסת, יתכן שהשינוי הוא בכך שחזקת אין אדם מעיז אבדה מערכה בגלל שנוצרה השתמטות.

בצורה דומה פירש גם הרא״ש בשבועות סימן ח: ״משביעין אותו שבועת היסת שבשבועה זו מסיתין אותו לפרוע כי לא ישבע על שקר, מ״ט חזקה אין

אדם תובע אלא אם כן יש לו, ואידך אשתמוטי קא משתמיט,[3] הלכך רמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלודיי״.

משמע בדברי הרא״ש ששבועת היסת היא שבועה שנועדה להביא לתשלום מדרבנן. את דברי הגמרא הוא מבאר כך שכיון שיש חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו ברור לנו שחברו צריך לשלם. דברי הגמרא בהמשך הם בסך הכל נסיון להסביר את חזקת אין אדם מעיז פניו, לאור העובדה שחזקת אין אדם תובע, מכריחה שבועה.

לסיכום דברינו עד כאן נאמר שהגמרא בחנה את הצורך בשבועת היסת וניתן היה להבין שהשבועה נדרשת בגלל עמדת תביעה חזקה, תביעה כזו שדורשת יותר מסתם תשובה, ולכן משביעים, אולם לא נוצר חשד. השתמטות אינה הסיבה שאנו משביעים אלא הסבר מדוע אין חזקת אין אדם מעיז פניו. בריטב״א מבואר שהסיבה להשבעה כלל לא נעוצה במה שמתרחש בתוך בית דין אלא זו תקנת חכמים, העובדה שיש משתמטים לפעמים היא הסיבה שהביאה את חכמים לתקן. אולם רב האי גאון ובעקבותיו הרשב״א בבבא מציעא, ונראה שאף הרא״ש כאן, קרבו מאד את שבועת היסת לשבועות דאורייתא בכך שנקטו שהסיבה להשביע היא חשש השתמטות, שאותו אנו רוצים לחשוף ולהביא להודאה.

לאור כיוונים אלו יש לדון בפרטי הדין, באילו תנאים נשביע היסת, ובהמשך מה יהיה התוקף של חיוב השבועה.

ד. דררא דממונא בהיסת

הגמרא מביאה בהמשך הדברים שיטה נוספת לפיה היסת לא נשביע במצב שבו אדם כופר הכל ואומר להד״מ, אלא דוקא במצב שבו התברר חיובו.

> רב חביבא מתני אסיפא מנה לי בידך אמר לו הן למחר אמר לו תנהו לי, נתתיו לך פטור, ואמר רב נחמן משיביעין אותו שבועת היסת.
>
> מאן דמתני אריש כל שכן אסיפא, ומאן דמתי לה אסיפא הכא הוא דאיכא דררא דממונא אבל התם דליכא דררא דממונא לא.

מהו ההבדל בין שני המצבים שבהם עוסקות הרישא והסיפא? אפשר היה לומר שההבדל הוא בכך שברישא אין כל סיבה לחשוד לעומת הסיפא שבה

---

[3] נראה שהרא״ש גורס גם הוא גירסת רב האי והרשב״א הנ״ל, וכפי שמשמע גם בדבריו, כדלקמן.

יש סיבה לחשוד, שהרי הוכח שאתמול היה חייב. אולם זה קצת קשה, כיון שגם בסיפא קיימא לן המלוה את חברו בעדים אין צריך לפרעו בעדים, ויכול להשמט ממנו בטענה, כך שגם בסיפא קיימא לן שקיים דין המוציא מחברו עליו הראיה, ויכול לכפור ולטעון פרעתי. לכן נראה שההבדל הוא בשאלה עד כמה התביעה מבוססת. במידה וברור לנו שהיתה הלוואה, התביעה לא מתחילה מאפס. כפי שאמרנו, בהיסת אנו דנים בתביעה טובה, וחזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, משמעותה תביעה טובה. מאן דאמר שצריך דוקא הודאה בחיוב, מעין חזקת חיוב קודמת, אומר שצריך תביעה שיש לה ביסוס, ולא מספיק הידיעה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו.

לפי זה נאמר שהבסיס להבנת דברי רב חביבא הוא שיש צורך בתביעה טובה, ותביעה טובה אי אפשר להשיב ריקם, ולכן צריך שבועת היסת.

אולם ניתן לומר שהעובדה שהיה חייב יוצרת ריעותא לעמדת כופר הכל. רב חביבא נוקט שכופר הכל זו תשובה טובה לטענת התביעה, זהו מצב שבו כלל לא מתפתח דיון. כופר הכל פטור בגלל שאין דרך להביא אותו לבי״ד, הוא כלל לא בר שיח. כשהודה שהיה חייב, יש כבר דיון, והוא כבר לא כופר הכל מאותו עמדה. זו רעותא בעמדה המסרבת לדבר, השומרת על זכות השתיקה. ברגע שהוא הודה שהיה חייב, עליו כבר לספק הסברים.

ניתן לבאר זאת באחד משני פנים, או שנאמר שברגע שהוא לא כופר הכל, עליו כבר לענות לתובע. או שנאמר שמבחינת בית דין, ברגע שהתפתח דיון ביניהם בי״ד לא מסיים אותו בלי לנסות לדעת קצת יותר. במידה ולא התפתח דיון, בי״ד כלל לא דן בנושא, אולם אם התפתח דיון בי״ד לא סוגר תיק בלא בירור מינימאלי אפשרי.

לפי דברינו עד עתה, המושג דררא דממונא פה אינו חשד, או רגלים לדבר, אלא משמעותו טענה טובה או רעותא בעמדת הכופר הכל, או דיון שהתפתח בבית דין.

הראשונים התלבטו בשאלה כאיזה לשון ההלכה, ובין השאר השוו את הסוגיה לסוגיה בבבא מציעא בההוא רעיא. שם מדובר על רועה שכפר בכל הפיקדון שנטען שהופקד לו, והיו שני עדים על כך ששני כבשים היו אצלו ואכלם. הגמרא מקשה שגם אם אין את דינו של ר׳ חייא קמייתא, עדיין נשביע את הרועה שבועת היסת.

דעת הרי״ף בריש בבא מציעא (ד, ב ברי״ף) היא שמהסוגיה בבבא מציעא מוכח שההלכה כלשנא קמא.

הרמב״ן נקט שהלכה כלשנא קמא בגלל שהגמרא בבבא מציעא מביאה את עיקר דברי רב נחמן שהם דברי הלשנא קמא, וכמו כן לשנא קמא נחשבת באופן כלי כעיקר לשנא דגמרא, בעוד שלשנא בתרא היא לשנא דיחידאה.

הרמב״ן הוסיף בדברי הרי״ף הסבר שהרי״ף עצמו לא כתב, בהסבר מדוע אין המקרה בבבא מציעא דררא דממונא, הרמב״ן והר״ן כותבים שהמקרה בבבא מציעא אינו דררא דממונא כיון ששם הוא כופר הכל לגמרי, ואינו מודה כלל ״והא ליכא דררא דממונא דהא אמר לא היו דברים מעולם״.

התוס׳ מביא את דעת רבינו תם שרוצה לומר שבבבא מציעא המציאות היא מציאות של דררא דממונא, ומשם להוכיח שהלכה כלשנא שמשביעים דוקא כשיש דררא דממונא. לדעת תוס׳ העובדה שנמצא שהרועה אכל שני כבשים היא דררא דממונא של היסת.

נראה שנחלקו הראשונים בהבנה מה תורם דררא דממונא בהיסת. דעת הרמב״ן והר״ן היא שמשמעות הדררא דממונא היא שאין כאן כופר הכל לגמרי. ברגע שהודה שיש דברים מעולם, נהרסה הכפירה, הוא כבר לא כופר הכל לחלוטין, מה שמביא לשבועה הוא העובדה שהוא כבר לא כופר הכל. אולם כאן הוא כופר הכל לגמרי כמקודם.

רבינו תם מבאר ואומר שאף על פי שהוא כופר הכל, הרי העמדה שלו ככופר הכל נהרסה, שהרי מתברר שהיה משהו, והעובדה שהיה משהו יוצרת ריעותא לכפירה.

את רבינו תם נראה להבין גם באופן אחר ולומר שהמכנה המשותף בין הסוגיה שלנו לסוגיה שבב״מ היא העובדה שיש חשד כתוצאה מהעובדה שהעדים העידו על שני כבשים. ברגע שהוא כופר הכל הוא נקי מחשד, אך כשיש הוכחה על שני כבשים יש כבר חשד, וישנו צורך בשבועה. כך גם אצלנו בסוגיה ברגע שהוא ידוע כבעל חוב, חושדים אותו בטענת הכפירה.

אולם מה יענו לטענת רבינו תם הרמב״ן והר״ן, מה לנו אם הוא כופר הכל ומתעקש להחזיק בעמדתו, והרי כרגע מוכח שטענתו שקרית?

נראה שאע״פ שמוכח שהיה משהו, הרי שלא מוכחת טענת התביעה, התביעה במקרה של ההוא רעיא היא שהם הפקידו אצלו כבכול יום ויום, אולם

הראיה מהעדים היא רק על שני כבשים. שני כבשים לא מוכיחים את הטענה שהפקידו אצלו את הכל. שבועת היסת היא על העובדה שיש ביסוס לתביעה, ובמקרה של ההוא רעיא אין לתביעה ביסוס, שהרי תביעה על כל הכבשים כלל לא נתבססה.

לפי זה הדררא דממונא בסוגיה בשבועות חזק יותר מאשר בסוגיה בבבא מציעא כיון שבסוגיה בשבועות מדובר על כך שיש בסיס לתביעה על הכל, אף על פי שלא מוכח שכעת חייב, הרי עיקר התביעה נתבסס. בסוגיה בבבא מציעא אמנם מדובר על הוכחה כל שהיא לחיוב עכשיו, אך זה לא מוכיח את בסיס התביעה.

לפי זה נחלקו הראשונים בשאלה מה יוצר את החיוב להיסת, לפי רבינו תם הדררא דממונא בנוי או על תוספת חשד או על כך שעמדת כופר הכל כבר אינה אפשרית. אולם לפי הרמב"ן והר"ן היסת בנוי על כך שיש תביעה טובה ולדעת רב חביבא על תביעה שהוכיחה את עיקרה.

ה. ברי בהיסת

בראשונים נקטו כדבר פשוט ששבועת היסת נשביע דוקא בברי. הרמב"ם (טוען ונטען א,ז) פסק:

> אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על הספק פטור.

וכתב המגיד משנה:

> זה דבר מוסכם מכל הפוסקים ז"ל ודקדקו כן ממה שאמרו גבי ההיא דרב נחמן שאמר ומשביעין אותו שבועת היסת, מאי טעמא חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו אלמא בטוען טענת בריא היא בדוקא.

מבואר בדברי המ"מ, שברי נצרך כחלק מהגדרת התביעה בהיסת. היסת הוא תוצאה של העובדה שיש תובע בברי, התובע צריך תשובה, אבל אם אין ברי, אין ממש תביעה.

לפי הדברים שאמרנו לעיל, ניתן גם לומר, שרק במידה ויש ברי יש דיון ואז בית דין פותח את הדיון וסוגר אותו על ידי שבועת היסת.

הריטב"א באר אחרת:

> ומיהו אין שבועת היסת אלא בבא בטענת ברי וכדאמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, כלומר שיודע האמת כמוהו, והני טעמי לא שייכי אלא בטענת ברי אבל בטענת ספק ליכא אלא חרם סתם.

דברי הריטב״א תולים את הצורך בברי לא בתובע, אלא בנתבע. אם יש תובע בברי אדם לא מעיז פניו. אולם קשה להלום את דבריו, שהרי דוקא בגלל שבשמא אדם מעיז פניו יש יותר צורך להשביע כיון שחשש שקר הוא יותר גדול במקרה כזה?

שוב נראה שהריטב״א לשיטתו, והבין הריטב״א ששבועת היסת כתקנת חכמים תוקנה רק למצבי ההשתמטות. שבועת היסת לא נועדה למצוא את השקרן, אלא כפי שבאר הריטב״א מתחילת דבריו, היא נועדה למנוע מלכפור בשביל להשתמט, ולכן היא מיועדת דוקא למצבים שבהם יש חשש השתמטות, זהו עניינה של התקנה. לכן מצבים אחרים, שיתכן שהם בעלי חשש שקר גדול יותר, אינם בכלל התקנה של שבועת היסת, אפילו שיש כאן אולי יותר צורך לחשוף שקרן, כאן אין אשתמוטי ולכן זה לא בכלל התקנה.

לפי דברי הריטב״א יבואר שוב מהלך הגמרא, שבארה את הצורך בתקנת שבועת היסת. הגמרא בארה שצריך שבועת היסת למצבי כפירה של אשתמוטי, כשהגמרא בארה שיש השתמטות היא בארה מהו המצב שלצרכו נתקנה שבועת היסת.

ו. מצבי ברי שונים

הרמב״ם שם, ממשיך לבאר את המצבים שבהם לא תהיה שבועת היסת:

> כיצד, כמדומה לי שיש לי אצלך מנה, או שאמר מנה שהלויתיך כמדומה לי שלא פרעתני וכו׳... דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה, קרוב בעיני שאתה גנבתו... והנתבע אומר אין לך בידי כלום, הרי זה פטור.

המרדכי בשבועות סימן תשעב, מתייחס לאפשרות להשביע על טענות שמא ומביא את דברי רבינו ברוך לחלק בין שבועות בברי לשבועות בשמא, ומסיק שכמו שנתקנה שבועת השותפין והאריסין על שמא כך גם בכל דבר העשוי להסתפק ״כגון אם היה שמעון עמו בבית ומצא ראובן תיבתו פרוצה ושבורה ונוטל מה שבתוכו וראובן חשד את שמעון איך יפטר מראובן בלא שבועת היסת״.

נראה מדבריו שבמקרה שעליו מדבר הרמב״ם שבו יש מקום לחשש, אפילו שיש שמא, ישביע התובע בהיסת. במרדכי נראה שזה חלק מתקנת חכמים להשביע על שמא גם בשבועות אחרות.

הרמ״א (חו״מ עה,יז) פוסק את דברי המרדכי:

> ויש אומרים שמשביעין היסת על טענת שמא, כשיש רגלים לדבר כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומצא ראובן תיבתו פרוצה וניטל ממנה מה שהיה בתוכה והוא חושד שמעון יכול להשביעו היסת וכן נראה לי להורות.

הרמ״א מנסח זאת באופן כזה שיש רגלים לדבר. שוב עולה כאן השאלה מה היסוד לשבועה. לפי דברי המרדכי אפשר לומר שזו תקנה כחלק מתקנות חכמים להשביע על שמא כשיש חשד. אולם יש לשאול האם זו תקנה נוספת, או שאולי זו גופא התקנה של היסת, שיש חשש שאינו חשש דאורייתא, אך חכמים חששו לו ותקנו לו שבועה.

לפי זה אנו חוזרים להבנה שהעלנו לעיל, לפיה היסת היא תקנה להשבע בגלל חשש מסויים, העובדה שיש חשד היא שיוצרת את הצורך בהיסת. כאן יש רגלים לדבר ולכן לא צריך טענת ברי. הדרישה לברי לפי זה אינה בגלל שצריך תביעה וכד׳, אלא בגלל שבברי יש בדרך כלל חשש סביר שנובע מחזקת אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, אולם במידה ואנו מגיעים לחשד כזה, רגלים לדבר גם בלא ברי, הרי שיש יסוד להשביע היסת.

הש״ך (שם, סקנ״ה) דן בדברי הרמ״א ומעמת אותם עם דברי הרמב״ם. הש״ך מנסח כלל חדש בהיסת: ״ונראה דדברים אלו תלויים בראות עיני הדיין כשיראה שיש רגלים לדבר שזה מצאו, יוכל להשביעו היסת״. לפי זה שבועת היסת היא מכשיר בידי הדיינים לברר מצבי חשד מסויימים לפי ראות עיני הדיין, הקריטריון הקובע הוא ראות עיני הדיין.

הש״ך רוצה לומר שאף הרמב״ם יקבל דברים אלו, וההבדל בינו לרמ״א הוא עד כמה יש רגלים לדבר, במקרה של הרמב״ם החשש הוא רק בעקבות טענותיו של התובע, ולכן זה לא חשש גדול, לעומת זאת במקרה של הרמ״א שהתיבה פרוצה החשש גדול יותר.

אולם לולי דברי הש״ך נראה להציע כיוון אחר להבנת דברי הרמ״א. הש״ך עצמו מעלה בתחילת דבריו אפשרות אחרת להבנה, הוא דן במקרה אחר שדנו בו הפוסקים, באדם שנפל ממנו משהו ולא מצא אותו ומאחוריו הולך רק

אדם אחד, והוא חושד בו שהוא לקחו, אפילו שלא יודע בודאות, משביעים אותו היסת. הש״ך מסביר זאת כך ״דזה הוי כטענת ברי, לפי שלא היה שם אחר כי אם הוא״.

הש״ך מעלה אפשרות שזו טענת ברי, אולם כאן מבואר שטענת ברי אינה מצד הוודאות שהיא יוצרת לנו בגלל החזקה. לא נוכל לומר כאן שבגלל שהוא תובע בברי, מסתבר שכנראה יש לו, הטענה בברי לא מוסיפה ולא מלמדת אותנו דבר, שהרי הוא בעצמו אומר לנו שהוא לא יודע את האמת, אבל את החשד שלו הוא טוען בברי.

לפי זה העיקר כאן בברי הוא הצורה שבה הטענה נטענת, ולא התוכן שטוען שהוא יודע. נראה לומר שכיון שהוא טוען ברי אנחנו לא רשאים להתעלם. טענת ברי כאן היא תביעה להתייחסות. בית דין לא יכול להתעלם מאדם שטוען בברי שמישהו גוזל אותו.

שבועת היסת לפי זה אינה בגלל שבית דין לא סוגר דין בלי ראיות, טענת הברי בהיסת היא צעקת ׳גוזלים אותי׳, וכשאדם טוען גוזלים אותי, אמנם אין כאן ראיות לא לי ולא לו, אך זה מנוצל בשביל לגזול, ואת זה הוא טוען בברי, בית דין נחלץ לעזור לו.

טענת ברי לפי זה אינה טענה בדיני טוען ונטען, למרות שהוא בעצם שמא, העובדה שהוא צועק גורמת את הדין. יתכן שדוקא במצבים שבהם יש רגלים לדבר נשביע, אמנם הסיבה אינה החשד, אלא העובדה שבאמת נראה שהצעקה שלו מציגה מציאות אפשרית. נראה שהוא צועק ויש מקום לטענתו.

נראה להביא לזה ראיה מטענת קטן בהיסת. אף על פי שאין נשבעים על טענת קטן שבועת התורה, פסק הרמב״ם (טוען ונטען ה,י) שנשבעין שבועת היסת על טענת קטן:

> הורו רבותי שאין נשבעין על טענת קטן שבועה של תורה אבל שבועת הסת נשבעין ואפילו היה קטן שאינו חריף לענין משא ומתן נשבעין הסת על טענתו. שלא יהיה זה נוטל ממונו של זה כשהוא קטן וילך לו בחנם, ולזה דעתי נוטה ותקון העולם הוא.

טענת קטן אינה טענה בגדרי טוען ונטען, הוא לא חשוב בעל דין לטעון את טענותיו, אבל לענין היסת יש משמעות לטענתו. אפשר היה לומר שכוונת הרמב״ם כאן היא לתוספת תקנה בשבועת היסת. אך נראה שמשמעות הדברים היא ששבועת היסת ביסודה היא תקנה להציל את ממונו של זה

שנוטלים ממנו את הממון ואין לו איך להציל. השבועה היא לא תוצאה של טענה אלא הזדקקות של בית דין להציל עשוק מיד עשקו. לענין זה גם טענת קטן היא טענה, קטן לא יכול לטעון אבל הוא יכול לצעוק 'גוזלים אותי' ובית דין יזדקק לטענתו.

הב"י (פח,ו) מזכיר סברא זו כסיבה מדוע בשבועת היסת לא נצריך טענת שתי כסף: "ועוד דכיון דרבנן תקון הך שבועה כדי להציל עני מגוזלו סברא דבכל גוונא תקנו אותה אפילו בשוה פרוטה כיון שהוא ממון".

לאור דברינו עד כאן ניתן להצביע על כיוון חדש בהבנת היסת, עד כאן בארנו ששבועת היסת היא שבועה 'סתם' שהטילו הדיינים בגלל העובדה שלא רוצים לסגור תיק בחוסר ראיות, או בגלל העובדה שלתובע טוב מגיעה תשובה.

שבועת היסת היא שבועה שתקנו כדי להציל את ממונו בשעה שאין לו כל אפשרות אחרת להחזיר אותו לידיו. חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, פירושו שלצעקה כזו, לתביעה כזו אנו חייבים להתייחס, ולעשות את המעט שאפשר.[4]

ז. תפיסה בהיסת

הכיוונים הללו מתחדדים בשאלה, האם תפיסה ע"י התובע תועיל במידה והנתבע לא נשבע היסת. יסוד הדברים בסוגיה בשבועות שבה נאמר שבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה, שבועה דרבנן, ועל אחת כמה וכמה אם זו שבועת היסת לא מצדיקה ירידה לנכסים שהרי בהיסת אין כל חיוב ממון, המצב המשפטי בהיסת אינו כמו בשבועות דאורייתא שהאדם נשבע מחמת שידו על התחתונה בדיון, וממילא אין כאן יסוד לירידה לנכסי אם לא נשבע.[5]

---

[4] בפירוש נוסף במשנה על הביטוי היסת, מעלה המאירי אפשרות שהמשמעות של השבועה הוא להפיס דעתו של בעל הבית שיראה שבית דין עשו כל מה שיכולים לעשות בשביל לסייע לו. צריך עיון האם ניתן ליחס לו את המשמעות של ההסבר הנ"ל.

[5] הגמרא בשבועות תולה בשאלה האם נחתינן לנכסיה במחלוקת ר' יוסי וחכמים על גזל חש"ו, שלדעת חכמים הוא כגזלן מפני דרכי שלום, ולדעת ר' יוסי הוא כגזלן להוציאו בדיינים. הראשונים שם דנו בשאלת הדמיון לגזלן מחש"ו, ושוב נוגעת השאלה לדיון שאנו דנים כאן. האם נכון לומר על אדם שחייב בהיסת ומסרב להישבע שהוא מחזיק את הממון בגזל? באמת אפשר לומר שהדימוי לגוזל מציאת חש"ו מלמד בדיוק את ההפך, שהרי לחש"ו אין כל בעלות על המציאה, ולכן הוא לא באמת גזלן. רבנן הגדירו אותו כגזלן אבל אין המשמעות שהממון אצלו שלא כדין בגלל זה. המשמעות היא שרבנן דנו אותו כגזלן לענין זה שאם רבנן תקנו תקנה הם גם עשו לה שיניים. דעת רבנן הוא

אולם מהו הדין במידה ותפס את הממון מידי הנתבע? לכאורה למה שניתן לו אפשרות לתפוס, והרי חברו לא חייב לו ממון. אם אנו נוקטים שבהיסת לא נחתינן לנכסיה הרי שבאופן פשוט אין כאן חיוב ממון וממילא לא יוכל לתפוס.

הראב״ן (שבועות מא) נוקט שלפי דברי רבנן אפשר יהיה לתפוס בהיסת. הפוסקים הסתפקו בשאלה.

המחבר (פז,ט) באר את הדין שבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסים. ובהמשך הדברים כתב: ״יש אומרים מי שחייב שבועה דרבנן אם קדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיניה״.

הש״ך שם (סקכ״ה) באר, שהמדובר הוא בשבועות דרבנן שבהם מעיקר הדין היה חייב ממון וחכמים תקנו שעל התובע להשבע בטרם יגבה את הממון, כגון הפוגמת כתובתה, או שעד אחד מעידה שהיא פרועה, אבל לא בשבועות של שכיר נגזל ונחבל בהם תקנו חכמים לגבות את הממון על ידי שבועה ובעצם בלי שבועה אין לו כלל ממון.[6]

הש״ך מוסיף ומביא דברי הגדולי תרומה שהוא הדין אם הפך שבועת היסת, ואחר שהפך התובע תופס ואינו רוצה לישבע, שמפקינן מיניה.

שפשוט נתנו לו שם גזלן, דעת ר׳ יוסי היא שאם רבנן תקנו לו שם גזלן הם גם תקנו לתקנה שיניים ויוציאו זאת בדיינים. אמנם כל זה מדיני תקנת חכמים ולא שהוא גזלן דרבנן בגלל זה.

אמנם התוספות שם מבאר אחרת. תוס׳ (ד״ה ולרבי יוסי) מבאר, שבסוגיה שלנו לכאורה גם רבנן יודו שיורדים לנכסיו, שכל מה שאמרו רבנן שאינו גזלן מדבריהם זה בחש״ו שהוא גזלן רק בגלל דרכי שלום, ״אבל היכא דהוי גזל גמור מודו דנחתינן לנכסיה והכי נמי היכא דאיכא שבועה דרבנן״. מדברי תוס׳ רואים שהוא הבין ששבועה דרבנן לא גורמת שמצד התקנה נרד לנכסים, אלא שתקנו שבועה דרבנן בגלל שרבנן חששו כאן לגזל, ולכן אם לא ישבע הרי שבגלל חשש הגזל דרבנן צריך לרדת לנכסיו. מבואר מדבריו שבהיסת יש חשש ממון שחששו לו מדרבנן, ולכן השביעו. ברם השוואת הגמרא מוכיחה לכאורה דלא כתוס׳. וצ״ע.

ויעויין שם בראב״ן שפירש ״לר׳ יוסי אם אמר איני נשבע משבעינן ליה לשכנגדו ומפכינן ומפקינן מיניה וכוותיה אנו נוהגין״. שלדבריו דעת ר׳ יוסי היא שנחתינן לניכסיה על ידי שבועת שכנגדו בהיפוך. כלומר מצד אחד אין בשבועת היסת אמירה שעניינה תשבע, ואם לא שלם. ומאידך גיסא רבנן שתקנו היסת תקנו אותה כך שהשבועה תהיה ונוציא ממון על פיה. העובדה שהראב״ן משתמש בהיפוך שבועה היא עצמה מעניינת, כיון שמביאה לידי ביטוי את זה שהשבועה היא בין שניהם ור׳ יוסי אומר שרבנן ימצו את התהליך הזה עד הסוף, ואם הוא לא ישבע הרי שיישבע חברו, וזו ממש התקנה של היסת, שמישהו יישבע.

[6] חילוק זה כבר חילקו הראשונים בכתובות, הרי״ף הר״ן והרמב״ן שם ואכ״מ.

והביא דברי מהר״ם רקאנטי ״מחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה להשבע והתובע תפס משלו מספקא לי וצריך עיון״. ומבואר מתוכן הספק שהמדובר הוא בשבועת הנפטרין דרבנן, דהיינו שבועת היסת, והנתבע לא רוצה להשבע, והתובע תופס. ומהר״ם רקאנטי נשאר בצריך עיון, והש״ך לא השיג על דבריו.

קצוה״ח שם סקי״ב חולק ומסיק שפשוט שלא נותנים לו לתפוס, קצוה״ח נוקט שהאפשרות לתפוס בדרך כלל היא מדין עביד איניש דינא לנפשיה, שבגלל שיש לו דין לתפוס, אלא שבית דין לא פוסקים אותו, יכול אדם למצות הדין ולתפוס. אמנם כל זה נכון למצב שבו יש דין, אולם במידה ואין דין, אין אפשרות תפיסה. היסת זה לא מצב שבו יש לאדם דין, העובדה שפסקנו היסת לא מעידה שיש לתובע תפיסת ממון אצל הנתבע, שבועת היסת אינה ביטוי לחיוב ממון, זהו דין שבועה בלבד וממילא אין אפשרות תפיסה.

התומים (אורים סקכ״ד) פסק: ״ואם על הנתבע שבועת היסת ולא רצה לישבע ותפס התובע ואמר השבע היסת או אני אספוס בשלך אין מוציאין ממנו״ והביאו הנתיבות סק״ט.

דברי התומים מיוסדים על תשובת הרדב״ז שהובאה גם בחידושי רע״א על הגיליון וזו לשון התשובה:

> שאלה שאלת ממני אודיעך דעתי במי שנתחייב שבועת היסת ולא רצה דלא נחתינן לנכסיה אי תפס אידך אי מפקינן מיניה או לא...
>
> תשובה...אבל היכא דיכול לישבע ואינו רוצה לישבע ותפס התובע ואומר או תשבע כתקנתא דרבנן או אעכב מה שתפסתי בזה יש מקום שאלה וכבר ראיתי מי שהעלה הדבר בצריך עיון. ולעניות דעתי נראה דלא מפקינן מיניה חדא דליכא טעמא דלא שבקת חיי. ותו דכיון שאין רוצה לישבע רגלים לדבר דמשקר. ותו דאלמוה רבנן לתקנתא עד שמנדין אותו שלשים יום אם לא רצה לישבע ואם לא בא לישאל על נדויו מלקינן ליה וטעמא דאי לאו הכי מעקרא תקנתא דרב נחמן וכל אחד יאמר (אני) [איני] נשבע ואיני משלם וכיון דאלמוה להא מלתא אלמוה נמי לענין אם תפס דלא מפקינן מיניה. ותו דהא איכא רבי יוסי דסבירא ליה דנחתינן לנכסיה ואע״ג דלא קיי״ל כותיה בהא מכל מקום הבו דלא לוסיף עלה אפילו היכא דתפס...

מבואר בדבריו מספר נקודות:

א. במצב של תפיסה אין חשש שלא שבקת חיי שקיים בחשוד, שלכן מוציאים ממנו, שהרי אינו חשוד כאן ויכול להשבע.

ב. כיון שלא רוצה להשבע יש כבר רגלים לדבר שמשקר.

ג. רואים שרבנן אלמוה לתקנתא שלא רק שצריך להשבע אלא שמנדים אותו. ומסיק מכאן הרדב״ז שכיון שרואים שאלמוה לתקנתא, הרי שאנו רשאים לומר שאלמוה לתקנתא גם באופן זה שיכול לתפוס את הממון ולהוציאו, ומבואר בדבריו שאע״פ שרבנן לא פירשו זאת הרי שזה מתבקש שבשביל לתת כח להיסת, הם יחזקו את התופס אחרת אין משמעות לתקנה.

ד. הרדב״ז מוסיף שבמידה ותפס נסמוך על דברי ר׳ יוסי.

נראה להוסיף ולומר, שלפי דברינו אפשר לבאר, שהמושג של תפיסה אפשרי בהיסת בגלל שמשמעותה של היסת היא האפשרות שנתנה לאדם להציל את ממונו, במידה ואין לו כל אפשרות אחרת, השבענו היסת. חלק ממה שאלמוה רבנן לתקנתא הוא, שבמידה והנתבע לא רוצה להשבע, יוכל התובע לתפוס, זו אותה תקנה ממש שעניינה לאפשר לאדם להציל את ממונו במידה ואין לו כל ברירה אחרת. אמנם זה כמובן מותנה בכך שהנתבע מסרב להשבע.

ח. תקנת הגאונים

בטור סימן פח הביא דין מבעל התרומות, ומקורו בגאונים ופסקו המחבר שם סעיף כב:

> מי שתבעוהו מנה והודה בחמשים וכשבא לישבע טען איני רוצה לישבע אלא אשלם כל המנה וישבע לי שיש לו בידי מנה וזה אומר לא אשבע עד שיפרעני תחלה הדין עם התובע שזה צריך לישבע שבועת התורה או ישלם... ואחר שישלם יוכל להשביעו היסת אם נטל ממנו ממון שלא כדין.

דין זה תמוה מאד, כיצד מודה במקצת, שבחר לסגת מטענתו ולהודות במקום השבועה, יכול להשביע היסת. מה יגרום לבית דין להשביע היסת את התובע, הרי מה שצריך להתברר התברר, הנתבע ויתר על שבועתו, ומדוע שבי״ד ישביע את התובע. מטרת ההשבעה היתה בדיוק להביא להודאה ואם זו הושגה מה חסר?

הפוסקים התלבטו באילו מצבים הדין הזה אכן קיים. קצוה״ח (פז סקט״ז) רוצה לומר, שכל הדין הזה נכון רק במודה במקצת, שבמודה במקצת ברגע

שהחליט לשלם הוא כבר לא מודה, ולכן הוא יכול לחזור ולהשביע. אולם בעד אחד, גם אם רוצה עכשיו להשביע את התובע, הרי העד אחד לא התבטל, והוא מעיד לטובת התובע ופוטר אותו משבועת היסת.

נראה לומר באופן קצת שונה, שבמודה במקצת נגמר הדין בלי הוכחה ממשית לבית דין. מודה במקצת הוא דין שבו אין ראיות אובייקטיביות לבי״ד (אף לתוס׳ ב״מ ד,א שיסוד מוב״מ דאיכא רגלים לדבר), הדבר היחיד שיש הוא שבועה שבאה על ידי טענה וכפירה אך לא מחמת ראיות ממשיות. במודה במקצת אנחנו במצב שבו נגמר הדין בלי ראיות, וכיון שכך יכול הנתבע לטעון שכיון שלא הושגה שום ראיה, הוא דורש מהתובע להשבע היסת. יתכן וגם כאן אנחנו אומרים, שבגלל שהדין ללא ראיות, והנתבע טוען שהוא מפסיד בגלל חוסר ראיות זה, יש לו כח לתבוע היסת מהתובע.[7]

ט. סיכום

פתחנו את הדיון בשאלה מהו יסודה של שבועת היסת, האם היא תקנת חכמים למניעת הכפירה, או שיש כאן היענות לתביעה טובה של התובע, שמשמעותה שכשאין ראיות בדין ויש תובע טוב, בית דין סוגר את הדיון בשבועת היסת. העלינו את האפשרות שיש כאן יותר מטענה טובה אולי אפילו חשד. אולם לבסוף נקטנו, שרואים בשבועת היסת כיוון נוסף ולפיו השבועה היא תקנה לתובע, שאין לו כל אפשרות להציל את ממונו, להציל עשוק מעשקו, כשאין ראיות אנחנו מאפשרים לו להציל את ממונו על ידי שבועת היסת, לכן יתכן שהברי אינו ברי רגיל, אלא מצב שהוא תובע בצעקה,

---

[7] יעוי׳ בספר התרומות שער כא ח״ה, דעד המסייע אינו פוטר משבועת היסת (הו״ד בטור סי׳ פד). ונימוקו: ״דתקנתא דרב נחמן בכל דבר נתקנה, דחזקה אין אדם תובע אא״כ יש לו, עדיפה ליה״, וע״ש ראייתו. ויש לעי׳ אם בעל התרומות לשיטתו במש״כ בפנים. (ועי׳ מהרי״ט ח״א קנא בדברי בעל התרומות).

ובחי׳ ר׳ ראובן באר, דעד המסייע פוטר ע״י סילוק הגורם המחייב את השבועה – ביטול הדררא דממונא. ואילו בשבועת היסת, ליכא כלל דררא דממונא אלא שהסיתוהו לישבע שמא יודה וסיוע ע״א לא יועיל בכה״ג. וייתכן וכך תתבאר שיטת הריטב״א המובאת בש״ך (צה,יז), שאף אם מיגו מהני לאפטורי משבועה, הנ״מ שבועה דאורייתא אבל לא משבועת היסת, ד׳לא פלוג רבנן בתקנתא׳.

[ועי׳ גדו״ת, שתמה על ראיית בעל התרומות. ועי׳ מל״מ פי״א מחלוקת ראשונים אם יש שבועת היסת בחזקת ג״ש, וצ״ב כיצד הביא בעל התרומות ראיה משבועת היסת למי שיש לו ע״א על חזקת ג״ש, הרי גם כשיש שני עדים על חג״ש, נשבע המחזיק. ועי׳ באור הדברים בספר בית יחזראל עמ״ס נזיקין סי׳ יט, ודן שם ביסוד שבועת היסת (ובגדר עד המסייע שפוטר)]. **הערת מערכת**

גם אם לא יודע, ומעבר לזה יתכן שאינה ממש טענה כדיני הטענות, ולכן טענת קטן אפשרית. כמו כן יתכן שתפיסה אפשרית, ואפילו אם החליט שלא להשבע במודה במקצת יוכל על בסיס זה להשביע את התובע.

הרב משה רוט

מיגו והפה שאסר נגד חזקת ג' שנים

ראשי הפרקים

א. מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים - תשובת העזרת נשים

ב. הודאת המחזיק שהיתה מחאה

ג. מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים - הופעות במפרשי השו״ע

ד. מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים – מחלוקת ראשונים

ה. דיון בשיטות הראשונים

1. האם מדובר בכלל ׳גורף׳

2. אנן סהדי שהיה על המערער למחות – מהו יסוד הסברא?

ו. הפה שאסר נגד חזקת ג׳ שנים

ז. שיטת הרשב״א

ח. מחלוקת תוס׳ והרמב״ן- לשיטתם בהבנת דין חזקת ג׳ שנים

ט. סברות נוספות שלא לומר מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים

י. סיכום

במאמר נסקור מספר מקרים של מיגו כנגד חזקת קרקעות, אך המקרה המרכזי בו נדון, הוא המקרה הבא:

אדם מחזיק בקרקע ג׳ שנים, אך ללא עדים, המרא קמא טוען כנגד המחזיק: ״אמנם ישבת ג׳ שנים ללא מחאה, אך גזולה היא בידך״.

לכאורה למ״ק יש מיגו שלא היה צריך להודות שהמחזיק ישב ג׳ שנים, ויהיה נאמן שגזולה היא בידו.

א. מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים - תשובת העזרת נשים

רע״א (ר״ס קמ) מפנה לספר עזרת נשים הדן במקרה הנ״ל, שם הביא המחבר שהרב ראש יוסף הסתפק האם יש למערער הפה שאסר או שנאמר שאין אדם רואה שאוכלים משלו ג׳ שנים ושותק.

בעל העזרת נשים, כותב שניתן לפשוט את הספק מהגמ׳ הבאה:

ומודה רבי יהושע, באומר לחבירו כו׳.[1] וליתני: מודה ר׳ יהושע, באומר לחבירו שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממך! משום דקא בעי למיתני סיפא: אם יש עדים שהיא שלו, והוא אומר לקחתיה ממנו - אינו נאמן; היכי דמי? אי דאכלה שני חזקה, אמאי לא מהימן? ואי דלא אכלה שני חזקה, פשיטא דלא מהימן. (כתובות יז,ב).

אם תימצי לומר שבמקרה שלנו המערער נאמן מפני שיש לו הפה שאסר, הרי ניתן היה לשנות ״מודה ר׳ יהושע באומר לחברו שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממך״, והסיפא תעסוק במקרה בו יש חזקה, אך אין עדים על החזקה, אלא רק הודאת המערער שהמחזיק ישב ג׳ שנות חזקה, ויהיה המערער נאמן לטעון ״גזל״ מפני שיש לו הפה שאסר.

אלא מוכח שגם מקרה זה דינו ככל ג׳ שנות חזקה, שאין המערער נאמן לערער יותר.

בהסבר הדבר מדוע אינו נאמן, הרי לכאורה יש לו מיגו שלא היה חייב להודות שהמחזיק החזיק ג׳ שנים, כתב העזרת נשים שאין זה מיגו טוב, מפני שירא לטעון שלא החזיק בה מעולם, מחשש שימצא עדים שהחזיק בה.[2]

אך לענ״ד לא הבנתי את דבריו, מפני שגם בטענתו הנוכחית: ״אמנם ישבת ג׳ שנים ללא מחאה, אך גזולה היא בידך״, אם יביא המחזיק עדים, הרי המערער יפסיד את הקרקע, ואם תימצי לומר שכוונתו שלא נוח לו להיות מוכחש ע״י עדים, נראה שגם זה אינו מובן, מפני שאין הוא צריך לטעון ב״ברי״ שהמחזיק לא ישב ג׳ שנים.

---

[1] במשנה, (כתובות פ״א ו – ז), נחלק ר׳ יהושע עם רבן גמליאל ור׳ אליעזר, האם אישה שלא מצא לה בתולים נאמנת לטעון משארסתני נאנסתי, או מוכת עץ אני. בפרק ב׳ מופיע שר׳ יהושע מודה שאדם נאמן לטעון שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

[2] סברא דומה, כותב העזרת נשים, אנו מוצאים בדברי הרמב״ן (דף כט), בסוגיא דעדות על חזקת בתים, הגמ׳ אומרת שצריך שנות חזקה רצופות, ומתקשה הגמ׳ כיצד ניתן להביא עדי חזקה על בתים, מי יעיד על הלילות. לפי אחד התירוצים מדובר, שהמחזיק השכיר את הבית והשוכרים יעידו שגרו מכוחו במשך ג׳ שנים רצופות, ימים ולילות. הגמ׳ הקשתה שהם נוגעים בעדותן, ותירצה שמדובר שרוצים כעת לשלם את דמי השכירות ע״ש. והקשה הרמב״ן: לכאורה ניתן להעמיד בשוכרים, שיצאו מזמן מהבית ואין המערער תובעם כלל וכלל, א״כ נאמנים לומר ששכרו מכוחו של המחזיק, במיגו שהיו אומרים שלא גרו מעולם, ותירץ הרמב״ן שאין זה מיגו מפני שיראים שהדבר יתגלה והמערער יתבע מהם את דמי השכירות.

עוד יש להעיר שהראש יוסף הסתפק, האם למערער יש הפה שאסר או שאומרים אין אדם רואה שאוכלים שלו ג' שנים ושותק, אלא שעכשיו רוצה לחזור, ואילו העזרת נשים פשט את הספק מפני שאין מיגו, כנ"ל, אך לא התייחס לשאלת הפה שאסר, ותלוי הדבר במה שחקרו האחרונים (קוב"ש כתובות מג ב"ב תכו) האם הפה שאסר נאמן מדין מיגו, או שזהו דין בפני עצמו.

ב. הודאת המחזיק שהיתה מחאה

כפי שהקדמנו, לשאלה שלנו אין התייחסות מפורשת בדברי השו"ע, אך ישנו מקרה הפוך: למחזיק יש עדי חזקה, למערער אין עדי מחאה, אך המחזיק מודה לו שהוא מחה בפניו. וזו לשון השו"ע (חו"מ קמו,ב)

> אין מחאה בפחות משנים, אבל באחד לא, אפי' מיחה בפני המחזיק, ואפילו שמודה במחאה; דמתוך שיכול לומר: לא מחית בי, נאמן לומר: לקוחה היא בידי, ואע"פ שעד אחד מכחישו. ויש מי שחולק.

בטור מבואר שהדעה הראשונה היא דעת הרמב"ן, ואילו הדעה השניה היא דעת הרא"ש. כנימוק לשיטה הראשונה מופיע מיגו שהיה יכול שלא להודות במחאתו. הנו"כ מביאים נימוק נוסף: מחאה שלא בפני שני עדים, אינה מחאה, אלא "חוכא".

כנימוק לשיטת הרא"ש מובא שהיה לו ליזהר בשטרו, מכיון שראה שהמערער עתיד לתבוע אותו על קרקע זו.

לכאורה כל שלש הסברות הנ"ל ניתנות ליישום במקרה שלנו, באופן הבא:

א. למערער יש מיגו, שלא היה מודה שהמחזיק ישב ג' שנים.

ב. כנגד המיגו ישנה אומדנא, או אנן סהדי, שהיה לו למחות בזה שיושב ג' שנים בשדהו.

ג. ניתן לומר שחזקה בקרקע שאין עדים היכולים להעיד עליה, אינה החזקה כבעלים, בדומה לסברא שמחאה שלא בפני עדים היא "חוכא".

אך השואה זו בין אומדנא שעל המחזיק היה לשמור על שטרו לבין האומדנא שעל המערער היה לערער אינה הכרחית, וכן אין זה מחויב להשוות בין הסברא שמחאה ללא עדים היא כ"חוכא" לבין חזקה ללא עדים.

ג. מיגו כנגד חזקת ג' שנים - הופעות במפרשי השו"ע

במספר מקומות מפרשי השו"ע מעוררים את השאלה של "מיגו" כנגד חזקת קרקעות:

1. בסי' קמ נפסק ש-ג' השנים צריכות להיות רצופות. בהקשר של חזקת בתים כותב השו"ע (קמ,ח):

> בתים שהם לדירה, צריך להביא עדים שדר בו או השכירו שלש שנים רצופות; ומשהביא עדים שדר בו או השכירו שלש שנים רצופות, הוי חזקה, ואם יטעון המערער: אני יודע שלא דר בו בלילות, אז צריך המחזיק להביא עדים שיעידו בפירוש גם על הלילות...

והקשה השער משפט (שם ו): כאשר יש למחזיק עדי ג' שנים סתם, אך אין לו עדות של שוכרים, מדוע המערער אינו נאמן לטעון "גזולה היא בידך" במיגו שהיה טוען "אני יודע שלא גר בו בלילות".[3]

2. בסי' קמט נפסק ששותפים אינם מחזיקים זה על זה. על כך כותב הרמ"א:

> שני שותפים בקרקע אחת, ובא אחד והחזיק בקרקע שלהן, אע"ג דלגבי האחד לא הוי חזקה כגון שהיה אריסו או אפוטרופוס שלו או שלא היה עמו במדינה, מ"מ מועיל חזקתו נגד השותף השני, לחלקו (קמט,א).

והקשה הט"ז: מדוע יש חזקה על השותף השני, מדוע לא יהיה נאמן לטעון "סבור הייתי שאתה בא כוחו של שותפי, ולכן לא מחיתי". ותירץ שני תירוצים:

א.מדובר בקרקע שהיא בת חלוקה והחזיק בכולה, באופן זה יש לשותפים חזקה.

ב. אין הכי נמי, אם היה טוען כנ"ל היה נאמן, אך מדובר שלא טען.

נתה"מ (שם ביאורים א) הקשה על התירוץ האחרון: א"כ יהיה נאמן לטעון "גזולה היא בידך" במיגו שהיה טוען "לא מחיתי מפני שחשבתי שאתה בא כוחו של שותפי".

---

[3] אמנם בהערות וציונים על שעה"מ, נשאר בצע"ג על שאלה זו, מפני שמיגו היא טענה חלופית הסותרת את הטענה שנטענה, אך במקרה שלנו מי מונע מהמערער להוסיף על טענתו "גזולה היא בידך", את הטענה יודע אני שלא גר בלילות, ומכיון שהוא אינו טוען, מדוע אנו נטען בעבורו.

רואים מקושיית נתה"מ שהוא סובר שאומרים מיגו כנגד חזקת ג' שנים.[4]

3. בגמ' (ב"ב לט,ב) מופיע שצריך למחות בסוף כל ג' וג', וכן שאסור לשנות ממחאה למחאה, כלומר אם בסוף ג' ראשונות מחה במחזיק, וטען שהוא יושב בגזלנותא, אם ימחה בסוף ג' שניות ויטען שהמחזיק יושב במשכנתא, הרי הודה שהמחאה הראשונה היתה שקרית, א"כ ג' השנים הראשונות עולות למחזיק כשנות חזקה. וכתב הרשב"ם שדין זה נכון גם אם מחה שתי מחאות סותרות בתוך אותן ג' שנים, מפני שהמחאה הראשונה בטלה מהטעם הנ"ל, כל שכן המחאה השניה, שהרי הוחזק כפרן והרי הוא כמי שלא מיחה.

הרא"ש (פ' ח"ה סי' ג) חולק על רשב"ם, מפני שרק ע"י עדים, אדם מוחזק לכפרן, אך אם טוען בפני בי"ד שתי טענות של פטור, הרי הוא יכול לבחור באיזו מהן שירצה, מפני שיכול הוא לומר "טעיתי במחאתי הראשונה".

והקשה השער משפט (קמ,ו): לכאורה מכיון שהנימוק ליכולתו לחזור מפטור לפטור, הוא מיגו שהיה נשאר בטענתו הראשונה,[5] א"כ גם אם המחאה השניה היתה לאחר הג' הראשונות, עדין קיים המיגו, א"כ מה ההבדל אם המחאה השניה היתה בתוך ג' או לאחר ג'?! וביאר השער משפט שלאחר ג' הרי זה מיגו כנגד חזקה, והוכיח מכאן שהרא"ש סובר שאין אומרים מיגו כנגד חזקה.

ד. מיגו כנגד חזקת ג' שנים – מחלוקת ראשונים

לגבי עיקר הדין, האם אומרים מיגו כנגד חזקת קרקעות, השער משפט כותב שזו מחלוקת ראשונים בין תוס' בב"מ (קי,א ד"ה אמר ליה רבינא) לבין הרמב"ן בב"ב (לה,ב ד"ה והני מילי בתוך):

---

[4] ובהערות מלואי משפט, הביא מהערך שי שכתב שהט"ז קאי כאן בשיטת הרא"ש הסובר שאין אומרים מיגו כנגד חזקת ג' שנים, לפי הוכחת שעה"מ (קמ,ו), המובאת בסמוך.

[5] אמנם כך כתב הטור (סי' פ) בשם הר"י מיגש, שזהו הטעם מדוע אפשר לחזור מפטור לפטור, אך האחרונים הביאו נימוקים שונים, וכתבו שלכך התכוון הטור: א. קצוה"ח (פ,ג) כתב שכל זמן שלא נתחייב הוי כמי שלא נחקרה עדותו ולא שייך הודאת בע"ד ועל כן יכול לחזור. ב. נתה"מ (עב,לד) כתב שהטעם מפני שאינו מדקדק בטענתו, מפני שבלאו הכי הוא פטור.

1. שיטת תוס׳

בגמ׳ בב״מ (קי,א) מובאת מחלוקת אמוראים, לגבי מקרה בו יש ויכוח, בין לווה למלווה (לאחר ג׳ שנים שהקרקע ממושכנת), לכמה שנים הקרקע ממושכנת.

הלווה טוען ״שלוש שנים״ ואילו המלווה טוען ״חמש שנים״: רב יהודה סובר שהמלווה נאמן במיגו שהיה טוען ״לקוחה היא בידי״, רב זביד ורב עוירא סוברים שאין המלווה נאמן לטעון שאיבד את שטר המשכנתא, מכיון שהשטר לראיה על זכותו לאכול פירות.

הגמ׳ מביאה, שרבינא הקשה לרב אשי (על שיטת רב יהודה) כיצד ניתן לומר שהמלווה נאמן, א״כ חכמים שתיקנו משכנתא דסורא, תיקנו דבר שיכול לגרום הפסד ללווה, מפני שבכל משכנתא העולה על ג׳ שנים, יוכל המלווה לכבוש את שטר המשכנתא ולטעון לקוחה היא בידי.

הגמ׳ מתרצת ומבארת אילו דברים אמור הלווה לעשות כדי להינצל מחשש זה.

באופן פשוט משמע שרבינא סובר שאין המלווה נאמן לטעון ״לקוחה היא בידי״, כאשר הלווה טוען שהקרקע ממושכנת ביד הלווה,[6] על כך שואל תוס׳: א״כ ביטלת דין חזקה, ולעולם המערער יהיה נאמן לטעון שהמחזיק יושב בגזל, במיגו שהיה טוען שהוא יושב במשכנתא!

בתוס׳ מופיעים שלשה תירוצים:

- ״וי״ל דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי אם היה בא בגזל לא היה שתיק אלא היה מוחה,
- אי נמי אין זה מגו שאין טוען ברצון משכנתא היה או לפירות הורדתיך לפי שסבור להוציא גם הפירות שכבר אכל,
- אי נמי חשיב מגו להוציא כיון שאכלה שני חזקה״.

בתירוץ השני, תוס׳ סובר ששאלה מעיקרא, ליתא, מפני שאין כאן ״מה לי לשקר״, אך בשני התירוצים האחרים, תוס׳ כותב שהמיגו לא יכול להועיל כנגד חזקת ג׳ שנים, ובתוס׳ כתובות שתי סברות:

---

[6] ומבאר תוס׳, שדוקא על מערער הטוען ״גזלוה היא בידו״ תיקנו חזקת ג׳ שנים והיה על המערער למחות, אך על מערער הטוען ״משכנתא היא בידו״ לא תיקנו חזקת ג׳ שנים מפני שאין לחוש שיטען שקר.

- זהו מיגו כנגד עדים, מפני ש"אנן סהדי", שאם היה יושב בגזל, היה המערער מוחה.
- מכיון שישב ג' שנים ללא מחאה, אע"פ שיש למערער מיגו, הרי זה מיגו להוציא ואין אומרים מיגו להוציא.

2. שיטת הרמב"ן

בב"ב (לה,ב) מופיע, שאם המערער "דלי ליה צינא דפירי" (העמיס פירות על המחזיק) הרי זו חזקה לאלתר. רב זביד סובר שבתוך ג' שנים המערער עדיין נאמן לטעון "לפירות הורדתיו", אך לאחר ג' שוב אינו נאמן. הגמ' מביאה את קושית רב אשי לרב כהנא:

א"ל רב אשי לרב כהנא: אי לפירא אחתיה, מאי הוה ליה למעבד?

ובפשטות משמע שרב אשי סובר שגם לאחר ג' שנים המערער נאמן לטעון שהוריד את המחזיק לאכילת פירות. על כך חולק הרמב"ן (חי' ב"ב לה,ב) וכותב:

וי"מ דס"ד דכי תקון רבנן חזקה היכא דלא טען אבל אי טעין ואמר לפירות הורדתיו אין חזקה מועלת ולא דאיק, דא"כ אף היכא דלא טען נאמן לומר פלוני גזלנא הוא מגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו, דדבר ברור הוא ודאי דחזקה לאו כעדים דמיא ומגו במקום חזקה דשלש שנים אמרינן בכל מקום.

מפורש בדברי הרמב"ן שלעולם מועיל מיגו כנגד חזקת ג' שנים.

א"כ, מסכם השער משפט, הנדון של מיגו כנגד חזקת ג' שנים הוא מחלוקת בין תוס' והרמב"ן.

ה. דיון בשיטות הראשונים

בפרק זה נעסוק בשני נושאים וכדלהלן:

1. האם מדובר בכלל 'גורף'

הסברא הראשונה שלא לומר מיגו כנגד חזקת ג' שנים, שהופיע בתוס' הנ"ל, היתה שזהו מיגו כנגד "אנן סהדי". מדברי התוס' רא"ש, נראה שאין זה כלל 'גורף', אלא יש לבדוק כל מקרה לגופו האם יש כאן אנן סהדי:

תוס׳ רא״ש (ב״מ קי,א ד״ה ואמר) גם הוא שאל את שאלת תוס׳ הנ״ל, תירץ גם הוא שאין זה מיגו מפני שאנן סהדי שהיה מוחה, אך כתב לחלק שאם מדובר שהמערער טוען, לאחר ג׳, שהמחזיק ירד לקרקע במשכנתא,[7] אע״פ שלא מיחה ג׳ שנים, יהיה נאמן במיגו כנגד החזקה, מפני שנאמן לטעון שלא מחה, מפני שהיה סבור שהמחזיק לא יכחיש שהקרקע באה לידו במשכנתא.[8]

לעיל הבאנו את דברי הרמב״ן ״...דבר ברור הוא ודאי דחזקה לאו כעדים דמיא ומגו במקום חזקה דשלש שנים אמרינן בכל מקום״ ולכאורה קשה עליו קושית השער משפט המובאת לעיל בסעיף ג1. הערך שי (קמ,ח) מיישב, שהמוריד את חברו לפירות, אין אנן סהדי שמכר, מכך ששתק ולא מחה, מפני שניתן לומר שלא מחה מפני שסמך על המיגו שתמיד יכול לטעון ״לפירות הורדתיך״, מפני שיודע שלא יוכל המחזיק להביא עידי מכירה, מפני שבאמת לא מכר לו.

לעומת זאת בקושית השער משפט הנ״ל, מדובר על מערער הטוען (לאחר ששתק ולא מחה במשך למעלה מג׳ שנים) ״גזל״, לא ניתן לומר כנ״ל שאין אנן סהדי, מפני שהיה לו למחות מחשש שיביאו עדי שכנים שגר בימים ובלילות, דמסתמא שכנים יודעים להעיד על כך, במקרה כזה גם הרמב״ן יודה שלא נאמן במיגו מפני שהוי מיגו כנגד אנן סהדי.

עולה מתירוצו של הערך שי, שגם לרמב״ן, בנוגע למיגו כנגד חזקת ג׳ שנים, יש לבדוק כל מקרה לגופו האם קיים אנן סהדי כנגד המיגו, אלא שהרמב״ן מרחיב את את הסברא שלא לומר אנן סהדי וסובר שאם אי מחאתו של המערער בתוך ג׳, נובעת מפני שהוא סומך על המיגו, שוב אין אנן סהדי כנגדו ויהיה המערער נאמן במיגו.[9]

---

[7] נראה כוונתו שמדובר שאין למחזיק עדי חזקה, אך המערער מודה שישב ג׳ שנים ללא מחאה, אך טוען שהקרקע היתה ממושכנת בידו.

[8] בסעיף ג 3 הבאנו ששער המשפט דייק בדברי הרא״ש שלא אומרים מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים, ודברי הרא״ש שם עוסקים במערער הטוען לאחר ג׳ ״משכנתא״ במיגו שלא היה חוזר בו ממחאתו הראשונה (שהיתה בתוך ג׳) -״גזל״, א״כ ישנה סתירה בין שני דברי הרא״ש. הערך שי (קמ,ח) תירץ שהעיקר כדברי הרא״ש בתוספותיו, ודברי הרא״ש בסוגית ״צריך למחות כל ג׳ וג״ הם מפני שהחוזר בו ממחאתו הראשונה, הרי היא כמאן דליתיה, א״כ עברו עליו ג׳ שנים ללא מחאה, אמנם יש לו מיגו, אך לא אמרינן מיגו הסותר את דבריו הראשונים, ע״ש.

[9] יש להעיר, שפשטות לשונו של הרמב״ן היא שהוא בא לומר כלל גורף: ״דדבר ברור הוא ודאי דחזקה לאו כעדים דמיא ומיגו במקום חזקה דג׳ שנים אמרינן בכל מקום״, ולגבי קושית שער משפט, לכאורה הקושיא כלל לא מתחילה, עיין הערה 17.

2. אנן סהדי שהיה על המערער למחות - מהו יסוד הסברא?

האם יסוד הסברא - סברא "פסיכולוגית", אין אדם רואה שאוכלים משלו ושותק. או סברא שאין אדם הנמנע מלמחות אם יפסיד ע"י כך בדין.

מתירוצו הראשון של תוס' בב"מ הנ"ל (שכתב שמערער ששתק ג' שנים, ולאחר מכן טוען "גזל", במיגו שהיה יכול לטעון "משכנתא", שזהו מיגו כנגד אנן סהדי שלא היה לו לשתוק), משמע שחולק על סברת הרמב"ן וסובר שלא די בכך שהוא סומך על המיגו, כדי להסביר מדוע לא מחה בתוך ג', ובפשטות נראה לומר שמחלוקתם היא האם האנן סהדי שהיה לו למחות בתוך ג' הוא סברא "פסיכולוגית" בהתנהגות בני אדם, כלומר אין אדם הרואה שיושבים בקרקעו בגזל ושותק.

או שאין זו סברא "פסיכולוגית" בהתנהגות בני אדם,אלא האנן סהדי הוא שבמקום שאם ימנע מלמחות יתכן ויפסיד את קרקעו – אנן סהדי שלא היה נמנע מלמחות, א"כ במקום שסומך על המיגו שוב אין אנן סהדי.

ו. הפה שאסר נגד חזקת ג' שנים

לאחר שהשער משפט הסיק ששאלת מיגו כנגד חזקת ג' שנים היא מחלוקת ראשונים, הוא כתב שזו תהיה נפ"מ למקרה בו פתחנו את המאמר:

אדם מחזיק בקרקע ג' שנים, אך ללא עדים, המרא קמא טוען כנגד המחזיק: "אמנם ישבת ג' שנים ללא מחאה, אך גזולה היא בידך".

ומקשה עליו הערך שי (קמ,ח) שמקרה זה אינו סתם מיגו אלא הפה שאסר, שהרי כלל לא היה לו להודות שישב בקרקעו ג' שנים, ומבואר בנתה"מ (קמב,א) שהפה שאסר כנגד אנן סהדי אמרינן.

אך יש מקום לדון בדברי הערך שי:

נתה"מ, עליו מתבסס הערך שי, מדבר על הדין דלי ליה ציני דפירי דהוי חזקה לאלתר, ואינו נאמן לטעון שהמחזיק יושב בגזל, אך עדין נאמן לטעון לפירות הורדתיו.

על כך הקשה תוס' (ב"ב לה,ב ד"ה ואי דלי ליה) מדוע לא יהיה נאמן לטעון "גזל" במיגו שהיה טוען לפירות הורדתיו? ותירץ תוס', דאנן סהדי שאם עזר לו להעמיס מפירות השדה, שאין הוא יושב בגזל והוי מיגו כנגד עדים.

וכתב נתה״מ שאם אין עדים שעזר לו להעמיס פירות, אלא המערער מודה שכך היה, אך טוען שמדובר בגזל, יהיה המערער נאמן משום שהפה שאסר כנגד אנן סהדי אמרינן.

מקורו של נתה״מ הוא דברי תוס׳ בב״ק (עב,ב ד״ה אין לך בו) שעדים החתומים על השטר ובאים לקיימו ואומרים קטנים היינו אנוסים היינו, אין זה נחשב מיגו כנגד עדים (שהשטר ״מעיד״ שחתמו בכשרות), אלא הפה שאסר כנגד עדים.

וכן מבואר בריטב״א במכות (ג,א) שעדים המודים שהוזמו בבי״ד פלוני, אך טוענים שהעידו אמת- אינם חייבים ממון.

ובמלואי משפט כתב להקשות על נתה״מ, מדברי קצוה״ח (פב,א) שהוכיח שלא אמרינן מיגו כנגד עדים, גם כאשר כל ידיעתנו על העדים היא רק מפיו של המודה, והוכיח זאת קצוה״ח מסוגיא דנהר פקוד[10] שאין השוכר נאמן לטעון שהלך בנהר פקוד ולא היו מים, במיגו שלא היה מודה- מוכח שגם אם האנן סהדי הוא רק מכח הודאתו של הנתבע, לא אמרינן בזה הפה שאסר הוא הפה שהתיר, והרי זה ככל מיגו כנגד עדים דלא אמרינן.

מסקנת המלואי משפט, שע״כ יש לחלק בין מקרה שהמודה ״יוצר״ את העדים, כגון בתוס׳ בב״ק שיש לנו עדים על כך שחתמו בכשרות רק אם מדובר בשטר מקויים, וכן במקרה בו עוסק הריטב״א במכות, רק מפיהם אנו יודעים שיש עדים שהזימו אותם, לבין מקרה שהעדים הם מסברא חיצונית, כגון סוגיא דנהר פקוד, שבמקרה כזה אמרינן דהוי ככל מיגו כנגד עדים שלא אמרינן.

לכאורה גם המקרה שלנו, בו המערער מודה שישב ג׳ שנים ללא מחאה, אך טוען שהמחזיק ישב בגזל, האנן סהדי שאם כדבריו אז היה מוחה, הוא סברא חיצונית, וא״כ בהחלט יש מקום לדברי השער משפט שהדין יהיה תלוי במחלוקת הראשונים האם אומרים מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים.

---

[10] ב״מ פא,ב: משכיר התנה עם השוכר חמור, שלא ללכת בדרך נהר פקוד מפני שיש בו מים. החמור מת, השוכר טען שאמנם הלך בנהר פקוד אך לא היה בו מים. הגמ׳ אומרת שאינו נאמן במיגו, מפני שאנן סהדי שבנהר פקוד יש מים.

ז. שיטת הרשב״א

לכאורה ניתן למצוא ראיה שגם הרשב״א סובר שאין אומרים מיגו והפה שאסר כנגד חזקת ג׳ שנים:

בגמ׳ בב״ב (לג,א) מופיעה סוגיא דקריביה דרב אידי בר אבין אשר מת והניח דקל ליורשיו, התעורר ויכוח בין רב אידי לאדם אחר מי הקרוב הראוי לירש את הנפטר.

בתחילה זכה האדם האחר בדין כל דאלים, אך לבסוף הביא רב אידי עדים אשר הוא קרוב, ומכיון שלשני לא היו עדים, פסק רב חסדא ליתן את הדקל לרב אידי מדין אין ספק מוציא מידי ודאי. רב אידי דרש לקבל גם את הפירות שאותו אדם אכל עד עתה, על כך נחלקו האמוראים: רב חסדא סבר אינו יכול לקבלם מפני שאין עדים על אכילת הפירות, א״כ יש לאדם הראשון מיגו, שלא היה מודה שאכלם.

אביי ורבא סוברים דכיון דאודי אודי, ומבאר תוס׳ שמכיון שהדקל יוצא מתחת ידו, לא ניתן לנתק בין הדקל לפירות.[11]

על כך מקשה תוס׳ שהגמ׳, לד,א, מדמה את דין נסכא דרבי אבא שם נפסק-מתוך שאינו יכול לישבע לשלם, למקרה שאדם אכל פירות של קרקע שנתיים ויש כנגדו עד אחד, על אכילת הפירות.

אדם כזה אינו נאמן לטעון שקנה את הקרקע ואכל מפירותיה, ומכיון שיש כנגדו עד אחד המחייבו שבועה, ואינו יכול להישבע את אותה שבועה מפני שטוען אין אכלי ודידי אכלי- הרי זה כנסכא דרבי אבא ומתוך שאינו יכול להישבע משלם.

ומקשה תוס׳: לכאורה לפי סברת אביי ורבא הנ״ל, שלא ניתן לנתק בין הקרקע לפירות, אין צורך לדין מתוך״ ומכיון שהקרקע יוצאת מתחת ידו, שהרי אין לו חזקת ג׳ שנים, גם הפירות יצאו מתחת ידו? ומתרץ תוס׳

> וי״ל דהתם מיירי שאומר שאכלה שלש שנים והעד אינו מעיד אלא משתים דהתם ודאי אי לא הוה חד סהדא פשיטא דפטור אע״פ שהקרקע יוצא מתחת ידו דאי מהימן במאי דאמר דאכלה שלש שנים לא היה לנו להוציא הקרקע מידו כיון דאכלה שני חזקה.

---

[11] כך פירש הר״ח את הגמ׳, והרשב״א הסכים לפירוש זה.

בפשטות כוונת התוס׳ שלא ניתן להוציא פירות של שלוש שנים, מפני שיש ממה נפשך- אם אכל ג׳ שנים הרי נוצרה לו חזקה.

אף הרשב״א מקשה את קושית התוס׳, אך תשובתו מנוסחת קצת אחרת:

> י״ל דהתם היינו טעמא משום דהאי מערער לא קא מודה ליה דאכל תלת שנין כדקא טעין מחזיק, דאלו אודי ליה ארעא נמי מוקמי׳ בידא דמחזיק דהא אכלה שני חזקה, וכיון שכן איהו לא מודה ליה דאכל פירי היכי מפיק מיניה.

ומפשט לשונו נראה שכותב מפורש שהמודה לחברו שישב ג׳ שנים, שוב אינו נאמן לומר שבגזל ישב.

גם הערך שי (קמ,ח) דקדק כן ברשב״א, אך יש להעיר שבסוגיא בב״ב לה,ב דלי ליה צינא דפירי הרשב״א מקשה כרמב״ן, הנזכר לעיל בדברי בדברי השער משפט, שלדברי רב אשי שגם לאחר ג׳ שנים נאמן לטעון לפירות הורדתיו, א״כ ביטלת כל החזקות, מפני שתמיד יהיה נאמן לטעון גזולה במיגו של לפירות הורדתיו, משמע שהוא סובר שאמרינן מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים. מצא שדברי הרשב״א סותרים זה לזה וע״כ כנראה צריך לומר שכל כוונתו, היא כדברי התוס׳ הנ״ל, שלא ניתן להוציא מהמחזיק קרקע ופירות של ג׳ שנים, מפני הממה נפשך הנ״ל, שא״כ הרי נוצרה לו חזקה, אך לעולם סובר הרשב״א שמיגו כנגד חזקה אמרינן.

ח. מחלוקת תוס׳ והרמב״ן- לשיטתם בהבנת דין חזקת ג׳ שנים

נראה לומר שתוס׳ והרמב״ן במחלוקתם אם אומרים מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים, אזלי לשיטתם, בהבנת דין חזקת ג׳ שנים:

הגמ׳ בפרק חזקת הבתים מסיקה שחזקת ג׳ שנים מבוססת על העיקרון הבא:

> אלא אמר רבא: שתא קמיתא מיזדהר איניש בשטריה, תרתי ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר.

וכבר הקשה קצות החושן (קמ,ב): מה בכך שג׳ שנים אדם נזהר בשטרו ולא יותר, מדוע מוציאים את הקרקע מבעליה?

והעלה שיש שתי שיטות יסודיות בראשונים:

א. שיטת הרמב"ן - מכך שהמערער לא מיחה כאשר ראה את המחזיק יושב בקרקעו, יש "רגלים לדבר" שצודק המחזיק בטענתו, אך עד ג' שנים ישנה ריעותא בטענת המחזיק, מפני שאומרים לו אחוי שטרך, לאחר ג' מסתלקת הריעותא, מפני שאין דרכם של בני אדם לשמור על השטר יותר מג' שנים.

ב. שיטת נמו"י - חזקת ג' שנים היא תקנת חכמים, לטובת הלקוחות, מפני שאין דרך הלקוחות לשמור את השטר יותר מג' שנים.

קצוה"ח העלה שגם התוס' בב"מ הנ"ל סובר שחזקת קרקעות מבוססת על תקנת חכמים.

לכאורה הדבר מפורש בדברי התוס', בהתיחסו לשאלה מדוע אדם לא נאמן לערער אחר ג' ולטעון שהמחזיק יושב בגזל:

.. שידוע לכל שתקנו חכמים למחות תוך שלש ואם לא מיחה הפסיד...

לכאורה, הסברות התהפכו, מפני שדוקא בדברי הרמב"ן מבואר שישנה איזושהי אומדנא חיצונית שמוטל על המערער למחות, ודוקא מדברי תוס' נראה שלא קיימת אומדנא כזו, אחרת לא מובן מדוע חכמים נצרכים לתקן תקנה.

אך א"כ קשה להבין את דברי התוס' בפני עצמם, שהרי בתחילת דבריו דיבר על תקנת חכמים ואילו בהמשך מדבר על אנן סהדי שהיה לו למחות, ואם יש אנן סהדי, מה היה לחכמים לתקן?!

ובהכרח שכוונת התוס'[12] היא שמפני שחכמים תיקנו חזקת ג' שנים היה לו למחות, ואנן סהדי שאם לא מחה, שמכר למחזיק.

וכן מבואר בדברי התוס' רא"ש (ב"מ קי,א ד"ה אמר) בסוגיא:

...וי"ל דהוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי שאין אדם מניח קרקע ביד חברו שלוש שנים בלא מחאה אם לא שמכרה כי ידוע לכל שתיקנו חכמים דחזקת שלוש שנים עומדת במקום שטר...

מפורש בדברי התוס' רא"ש, וכן צריך להסביר בדברי התוס', שהאנן סהדי הוא תוצאה של התקנת חכמים.

[12] כך ביאר הרב דז'ימיטרובסקי בהערות מלואי חושן על קצוה"ח.

לעומת זאת, כאשר הרמב״ן מדבר על ראיה, מכך שהמערער לא מחה, הוא נוקט בלשון ״רגלים לדבר״ משמע שלא מדובר בראיה גמורה, וכן מדייק הגר״א וייס,[13] בלשון הרמב״ן שאין מדובר בראיה גמורה, ובכך הוא רוצה להסביר מדוע חזקה ללא טענה אינה חזקה.[14]

עולה מדברינו שמחלוקת התוס׳ והרמב״ן האם אומרים מיגו כנגד חזקת ג׳ שנים, תלויה במחלוקתם בהבנת דין חזקה: תוס׳ סובר שחזקה מבוססת על תקנת חכמים, א״כ אדם אינו נאמן לטעון שלא מחה במי שהחזיק בקרקעו בגזל, אנן סהדי שלא היה נמנע מלמחות בגזלן, הרי קימת תקנת חכמים שעליו למחות, אחרת יפסיד את קרקעו.

לעומת זאת הרמב״ן הסובר שחזקה מבוססת על הראיה שהיה לו למחות,[15] אין זו ראיה גמורה לכן מיגו מועיל כנגדה.

שיטה נוספת, אך פחות מוכרת, בהבנת דין חזקת ג׳ שנים, מופיעה ברשב״א (ב״ב כט,ב):

> אלא אמר רבא תלת שנין מזדהר איניש בשטריה טפי לא מיזדהר, כלומר שזה יודע דטפי לא מיזדהר כי לא מיחה תוך שלש מיחזי כמערים לשתוק עד שיאבד זה ראיותיו.

כלומר המערער לאחר ג׳ שנים נראה כמערים. ברם, עדין לא מבורר ברשב״א מדוע מוציאים את הקרקע מחזקת המרא קמא? ונראה כוונתו,[16] שמכך שמנסה להערים סביר להניח שהיה שטר מכירה.

בפרק ז דנו האם הרשב״א סובר כתוס׳ או כרמב״ן ונטינו לומר שהרשב״א סובר כרמב״ן שמיגו מועיל כנגד חזקת ג׳ שנים.

---

[13] מנחת אשר, ב״ב סי׳ יח אות ב.

[14] בשלמא כאשר המחזיק אינו טוען כלום, נראה פשוט שדבריו נראים מחוסרי יסוד, אך גם טענת ״מפלוני זבינתיה דזבנה מינך״ נחשבת כחזקה ללא טענה, וצריך להבין מדוע. אמנם לשיטות הסוברות שחזקה היא תקנ״ח, ניתן לומר שכך היתה התקנה, אך לשיטת הרמב״ן שהחזקה מבוססת על הראיה שהיה לו למחות, מה רעותא יש בטענת מפלוני זבינתיה דזבנה מינך?! ומבאר הגר״א וייס שאי המחאה של המערער אינה ראיה גמורה, אלא ראיה מסוימת ודי בכך שהמחזיק יוכל לטעון טענה גמורה בברי ולהצריך בכך את המרא קמא לסתור את טענתו.

[15] כך נראה שלמד קצוה״ח ברמב״ן, אך כבר העירו (עיין מלואי משפט) שלשון הרמב״ן לה,ב ד״ה הני מילי מדברת גם היא על תקנת חכמים.

[16] כך ביאר מהדיר חי׳ הרשב״א בהוצאת מוסד הרב קוק.

באופן פשוט הדבר מסתדר עם הבנתו ביסוד דין חזקת ג' שנים, מפני שלא נראה שראיה זו שנראה כ"מערים" תהיה כאנן סהדי.[17]

ט. סברות נוספות שלא לומר מיגו כנגד חזקת ג' שנים

עד כאן, עיקר המאמר התמקד בשאלה האם מיגו כנגד חזקת ג' שנים נחשב למיגו כנגד אנן סהדי.

אמנם קיימות סברות נוספות לפיהן לא יתקבל מיגו כנגד חזקת ג' שנים:

1. מיגו להוציא

כנזכר לעיל (ד 1), אחת הסברות שכתב תוס' בב"מ היא, שמכיון שישב ג"ש הרי זה נחשב למיגו להוציא. אך אין זו קושיא על הרמב"ן וסיעתו הסוברים שאמרינן מיגו כנגד חזקת ג' שנים, מפני שהרמב"ן (ב"ב לב,ב ד"ה ועוד) סובר שמיגו להוציא אמרינן, ואדרבא אחת הראיות שלו היא אותה גמ' בב"מ,[18] מכיון שדעת רב יהודה היא שהמלווה נאמן במיגו, לטעון שהקרקע ממושכנת לו לחמש שנים, והרי הוא מוציא פירות מהלווה, שהוא הבעלים של הקרקע, על כך כתב הרמב"ן (ב"ב לג,ב): "אין מיגו להוציא ממון גדול מזה".

2. מיגו שאינו שכיח

שער משפט (קמ,ו) כתב שדין זה תלוי במחלוקת הפוסקים אם אמרינן מיגו שאינו שכיח (עי' כללי מיגו לש"ך אות כב).

י. סיכום

במאמר סקרנו את שאלת מיגו והפה שאסר, כנגד חזקת ג' שנים. בראשונים ובאחרונים נזכרו מספר סברות מדוע שלא לומר מיגו כנגד חזקת ג' שנים:

א. המיגו נחשב כמיגו להוציא.

ב. מיגו כנגד אנן סהדי.

ג. מיגו שאינו שכיח.

- בעל העזרת נשים הכריע שלא קיימת סברא של מיגו, מפני שהמערער ירא שמא יבואו עדים. אמנם יש להבין את סברתו, וכן יש

[17] וביותר לפי מה שכתב בחידושי ר' ראובן (ב"ב סי' יא), שסברא זו שנראה כ"מערים" רק מערערת את טענת המערער ולכן אינו יכול להוציא את הקרקע מהמוחזק, אף שיש לו חזקת מרא קמא, ע"ש.

[18] תוכן דברי הגמ' הובא לעיל פרק ד 1.

לבחון את דינו על פי חקירת האחרונים האם הפה שאסר זהו מיגו, או דין בפני עצמו.

- השער משפט כתב שדין זה תלוי במחלוקת ראשונים: תוס' בב"מ סובר שזהו מיגו כנגד אנן סהדי, לעומתו הרמב"ן בב"ב סובר שאמרינן מיגו כנגד חזקת ג' שנים.

ככל הנראה גם הרשב"א סובר כרמב"ן.

- מכאן כתב השער משפט שגם המקרה בו אין עדי חזקה, וכל החזקה נשענת על הודאתו של המערער שהמחזיק ישב ג' רצופות ללא מחאה, יהיה תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל.

הערך שי חלק על דבריו האחרונים של השער משפט, וטען שבמקרה כזה גם תוס' יודה לרמב"ן מפני שזהו ה"פה שאסר" וכתב נתה"מ, שהפה שאסר כנגד אנן סהדי אמרינן. אך כבר כתבו על דברי הערך שי, שיש לחלק בין "אנן סהדי" הנובע מסברא חיצונית לבין "אנן סהדי" הנובע רק מהודאתו של המודה.

- במאמר סקרנו מקומות בהם מתעוררת במפרשי השו"ע שאלת מיגו כנגד חזקת ג' שנים, וכתבנו שלמעשה קשה לומר כלל "גורף" מיגו כנגד חזקת ג' שנים אמרינן/לא אמרינן, ויש לבדוק כל מקרה לגופו.
- את מחלוקת הראשונים הנ"ל תלינו במחלוקתם בהבנת היסוד של דין חזקה: לתוס' הסובר שחזקה מבוססת על תקנ"ח, נוצר ע"י כך אנן סהדי שאדם ימחה- הרי ידוע לכל שתיקנו שמי שלא ימחה בתוך ג' יפסיד את קרקעו.

לעומת זאת לרמב"ן דין חזקה מבוסס על הרגלים לדבר שהיה לו למחות, וג' השנים נצרכים רק כדי לסלק את הריעותא של אחוי שטרך. ע"י הרגלים לדבר אמנם נוצרת אומדנא שמכר את הקרקע, אך אין זה אנן סהדי.

לרשב"א חזקת קרקעות מבוססת על כך שחיכה עם מחאתו עד לאחר ג' שנים, (זמן ממנו והלאה רגילים שלא לשמור יותר על השטרות) לכן הוא נראה כמערים ומסתבר כדברי המחזיק. גם סברא זו אינה נראית כאנן סהדי, ובמיוחד לפי חידושי ר' ראובן, שביאר ברשב"א שסברא זו שנראה כ"מערים", אינה מבררת שהאמת כדברי המערער, אלא מערערת את טענתו ולפיכך אינו יכול להוציא מהמוחזק.

הרב יצחק ביסמוט

בענין עדות/ חזקת שוכרים

ראשי הפרקים

א. הצעת הסוגיא

ב. שכירות כאכילת פירות

ג. גדר קנין ותשלום שכירות בית

ד. הסבר הב״ח בשיטת הראב״ד

ה. באור הגר״א בשיטת הראב״ד

ו. שיטת הרמב״ם - הסבר שעהמ״ש

ז. בגדר חזקת ג״ש בשיטת הרמב״ם

ח. סיכום

א. הצעת הסוגיא

בגמרא בבא בתרא ריש חזקת הבתים (כט,א) הקשו, לרב הונא דבעינן עדות חזקת ג׳ שנים רצופות, בחזקת הבתים היכי משכחת לה? כיצד ימציא המחזיק עדות על דירת לילות? אביי אמר ע״י שיבבי, ושיבבי מידע ידעי ביממא ובליליא, רבא אמר כגון דאתו בי תרי ואמרי אנן אגרינן מיניה ודרינן ביה תלת שנין ביממא ובליליא אמר ליה רב יימר לרב אשי הני נוגעין בעדותן הן דאי לא אמרי הכי אמרינן להו זילו הבו ליה אגר ביתא להאי א״ל דייני דשפילי הכי דאיני מי לא עסקינן כגון דנקיטי אגר ביתא ואמרי למאן ליתביה? ע״כ.

ביאור: ע״פ דברי רב הונא, שעדות חזקת ג״ש צריכה להיות רצופה מקשה הגמ׳ א״כ איך תמצא חזקת ג״ש בחזקת הבתים? אביי אמר ע״י עדות שכנים. רבא אמר שעדות שוכרים, ששכרו מהמחזיק מועילה ליצור עדות ג״ש רצופה, שהם אומרים שדרו ביום ובלילה.

לשאלת רב יימר איך תועיל עדותם הרי הם נוגעים בעדות כיון ששילמו למחזיק וחוששים שיחויבו לשלם שוב למערער, תירץ רב אשי[1] דאיירי שלא

[1] לשון התשובה ״דייני דשפילי דייני הכי״ קצת צ״ע, דקצת משמע דבלא הנגיעה בעדות מדובר בדנקטי שכ״ד בידייהו וצ״ע איזה הכרח יש לזה. ויתבאר אי״ה לקמן פרק ט.

שילמו השכ״ד לבעה״ב וממתינים להכרעת ב״ד כדי לשלם ומסולקת נגיעתם דמאי אכפת להו למאן ליתביה.

בשטמ״ק הובאה מחלוקת ראשונים באופן עדות החזקה ע״י שוכרים:

> ז״ל הרשב״א: פירש הראב״ד ז״ל דדוקא בששכרו בשטר דאית ליה קלא וכדאמרינן לקמן ג׳ לקוחות מצטרפים וכולן לקוחות בשטר ואמרי נמי בסמוך ה״מ דלא כתב עיטרא אבל כתב עיטרא קלא אית ליה.
>
> ויש מפרשים אפילו שלא בשטר וכן נראה עיקר ולא דמי לג׳ לקוחות, דהתם כל אחד ואחד מהני לקוחות לא מפיק קלא דאתי מכח קמא וכיון דחזי מערער דכל חד וחד מהני מפיק קלא דלקוחה היא בידו מימר אמר כדרך הגזלנים הם אוכלים ואין אחד מהם שאכלה ג״ש ולפיכך לא חשש למחות וה״ה והוא הטעם להה״א אמתא דרמי בר חמא דבסמוך אבל שוכרין מימר אמרינן דמחמת הלוקח הן דרים שם ואנהו מפקי ליה לקלא ומערער מידע ידע דשוכרים מחמת הלוקח דרים שם וה״ל למחויי.

א״כ, מצינו דשיטת הראב״ד, שעדות שוכרים על חזקת ג״ש מועילה רק במקום שכתבו שטר על השכירות, כדרך שבלקוחות שהחזיקו והשלימו יחד ג״ש צריכים שימכרו זל״ז בשטר.

ויש לעיין בשיטת הראב״ד, האם יש צורך שקנין שכירות יהיה בשטר, היינו שכותב לו בשטר ׳ביתי מושכר לך׳ או סגי בשטר ראיה בעלמא ולאו דוקא שטר הקנין שכותב המשכיר לשוכר.

הי״מ שם בשטמ״ק החולק על הראב״ד הוא רבנו יונה (בטור קמ,יא), שסובר שאין צורך בשכירות בשטר כלל אפילו בג׳ שוכרים בזא״ז. הטור הביא דעה שלישית בשם הרשב״א, דבשלושה שוכרים דינו כג׳ לקוחות וצריך שטר אבל בשוכר א׳ (שנים שדרו בבית ג״ש) לא בעי שטר.[2]

ולכאורה ההשוואה בין עדות שוכרים, לג׳ לקוחות ועיטרא באמתא דרמי בר חמא (ב״ב כט,ב) לא נתבררה כלל, דבג׳ לקוחות ובמעשה דאמתא דמר עוקבא בר חמא ורב״ח בעיטרא, הלקוחות או השותפים הם המחזיקים, משא״כ בשוכרים שדירתם היא עדות לאכילת המחזיק (ושתיקת המערער

---

[2] בחדושי הרי״ם (חו״מ קמ) העיר, דבתשובת הרשב״א משמע שסובר כרבנו יונה ותירץ שהרשב״א כאן מסביר את שיטת הראב״ד וכן בתומים (קמ, ס״ק יז אורים).

ג״ש) והיא יוצרת חזקה למשכיר. וא״כ בג׳ לקוחות שפיר מובן למה צריך שטר, דבלי שטר נראים כמחזיקים בגזלנות וצריך קול ושטר למכר או כדי ליצור טענה ביד הלוקח השני.

אבל בשוכרים הבאים להעיד על אכילת המחזיק, לא מבעיא אם הם שני שוכרים לכל הג״ש דלא שייכא טענת המערער דלא אחזקיתו כדמחזקי אינשי אלא אפילו בשלשה שוכרים כיון שבאים להעיד בלבד על אכילת המחזיק שדרו בבית לילה ויום ולא להחזיק לעצמם, מה הצורך בשטר ובקלא של שטר הרי באים להחזיק למשכיר ולא לעצמם?

והמקשה שם (שטמ״ק בשם הרשב״א) לא הקשה על עצם ההשוואה אלא כתב דיש לחלק, דבג׳ לקוחות ראובן מכר לשמעון ושמעון ללוי א״כ לוי כבר אינו יודע ולא אומר ומפיק קלא דמכח ראובן בא, כיון ששמעון מכר לו וא״כ יכול לטעון המערער שלא חש למחות דלוי מחוסר טענה משא״כ בשוכרים, ששלושתם שוכרים מאחד וכל אחד מפיק קלא מאותו משכיר ומשמע שמסכים באופן עקרוני להשוואה, אלא טכנית בשוכרים שאני כיון ששלושה שוכרים מאותו אחד, כל אחד מהשלשה מוציא קול מחמת מי ירד לבית והוא המחזיק היחיד ובמכר נשתקע שמו של הראשון לכן שלשתם צריכים שטר - ולא נחית כלל לחילוק הנ״ל ומשמע שמסכים לעצם ההשוואה.

ב. שכירות כאכילת פירות

אף הרשב״א בחידושיו הביא בשם הראב״ד דבגמרא מוקמינן שהשוכרים מחזיקים השכ״ד וממתינים לפס״ד ולכך אינם נוגעים, והקשה:[3]

> וא״ת היאך עלתה לו חזקה בכך הא קיי״ל דעיקר חזקה הכנסת פירות לבית וזה עדיין לא אכל פרותיהן דעדיין ביד שוכרים הן? תירץ הראב״ד ז״ל כגון שכתבו שט״ח על השכר.

ובשטמ״ק לשון התירוץ בשם הראב״ד:

> אלא וודאי ששכרוה ממנו לג״ש וכתבו לו שטר שנתחייבו לו שכר ג״ש ושטר קלא אית ליה ואבעיא ליה לאימחויי.

והרשב״א (רמב״ן, והר״ן בחידושים, ונמו״י) דחו את הקושיה ולדעתם אין צורך לכל זה כיון שאכלו מחמתו עלתה לו חזקה.[4]

---

[3] כיוצ״ב בחדושי הרמב״ן ועוד ראשונים.

א״כ לראב״ד המצריך שטר חוב כדי להחשיב את דירת השוכרים כאכילת חזקה וכעדות ואותו השטר הוא היוצר קול לשכירות הבית, בלי שטר ישנם שני חסרונות: א - לית ליה קלא לשימושם בבית מחמת המשכיר ואף אם דרו בבית ג״ש אין להם חזקה כי הם מחוסרים טענה וממילא אין חזקתם מועילה למחזיק.

חסרון ב - בלי שט״ח על שכירות ג״ש (מפשטות לשונו מדובר באותו שטר המצוי ביד המחזיק-המשכיר) דירתם אינה נחשבת כאכילת המחזיק, כיון שעדיין לא פרעו את חוב השכ״ד ולא השתמש בבית כלל או אכל פירותיו.

דהיינו, השטר משוי לחזקתם כחזקה וע״י החוב נחשב אכילתם למחזיק, דגם חוב נקרא אכילת פירות והא דבעינן לחוב בשטר הוא כדי שיהיה קלא לאכילת הפירות ע״י המחזיק.

הר״ן והרשב״א שכתבו דלא בעינן שטר חוב, דכיון שאוכלים מחמתו א״כ אפילו גרו בלי שכר מועיל כיון שדרים מחמתו ובשליחותו ולפי״ז הוסיף הר״ן וז״ל: ״וכיון שכן מסתברא דלא בעיא דלידור בא האי לוקח אפילו חד יומא, דאע״ג דהיכא שמכרה לאחר בעי׳ דדר ביה לוקח ראשון חד יומא וכו׳ אבל הכא כיון דמחמת שליחותו דרין בו הרי הוא כאילו הוא עצמו דר שם״, וא״כ מצאנו נפק״מ נוספת בין לוקחים לשוכרים בדעת הראשונים החולקים על הראב״ד.

בנקודה זו מתבררת המחלוקת. הראב״ד סבר, שדינם של השוכרים כלוקח שני וצריך הוכחה וראיה כלוקח שני והיינו דר בה חד יומא הלוקח ראשון (והיינו המשכיר בנדון דידן) או שטר (כדכתב מהרי״ט ח״ב חו״מ כו). וכיון שהם האוכלים בפועל את פירות הבית כבעלים והם יוצרים את החזקה, אכתי בעינן ליחס האכילה למחזיק ולזה מהני שטר חוב על שכירות ג״ש ואית ליה קלא שיש לשוכרים חוב למחזיק עבור שכירות הבית והיא אכילתו.

ואילו לר״ן ולרשב״א כיון שבאים מחמת המחזיק ממש ובשליחותו הרי הם כמוהו ולא כלוקחים וא״כ אין צריך לא קול ולא אכילת פירות היינו שכר ודר בה חד יומא, דאכילת השוכרים היא אכילתו.

---

[4] יש חילוקים בלשונות הראשונים בתירוץ, דיש שכתבו בשליחותו ומכאן יצאו לדון (גדו״ש) בשוכרים שאינם בני שליחות. ויש שכתבו שאפילו בשאלה עלתה לו חזקה ולא תלויה אכילת פירות דחזקה בשכר כלל אלא בדירה ואכמ״ל.

ג. גדר קנין ותשלום שכירות בית

ונראה שיסוד מחלוקתם הוא בגדר תשמיש השוכר ותשלומי השכירות. עי' קובץ הערות (נג,ג) אודות שוכר בית ונפל הבית תוך זמן השכירות ונחלקו ראשונים אם צריך לפרוע כל השכירות או רק הזמן שדר ודעת הרא"ה (בריטב"א ב"מ קג,א) שצריך לפרוע לו כל זמן השכירות כדין מוכר בית ונפל, והרמב"ם (שכירות ה,ו) כתב שאין חייב להעמיד לו בית אבל פשוט שאין השוכר צריך לשלם עבור כל משך השכירות אלא את זמן השימוש בלבד.

וביאר הקוה"ע שנחלקו אם התשלום בשכירות הוא עבור השימוש והחיוב מתחדש בכל יום ויום עבור השימוש בנכס המושכר דהיינו השוכר משתמש כל יום בבית המשכיר ומתחייב על השימוש אבל השימוש והבית שייכים לבעלים ואין לשוכר כל קנין בגוף הבית.[5]

ולדעת החולקים התשלום הוא עבור קנין השכירות והיינו ששכירות הוא קנין הגוף לזמן ועל קנין זה מתחייב בתשלום א"כ בזמן השכירות השוכר הוא כבעלים וכלוקח . כך גם סובר הראב"ד כמובא שם (בקוה"ע אות יא) לגבי יורש שאינו רוצה להמשיך בשכירות אביו ופסק הראב"ד, ש"הדין עם המשכיר דכיון ששכר שמעון את הבית הרי הוא כמכר גמור" ומוכח שהתשלום הוא עבור קנין הגוף ולא עבור השימוש.[6]

---

[5] עיין גם ברמב"ם טו"נ ה,ה, שכשיש תביעה לגבי משך זמן השכירות בבית, והשוכר מוב"ב נשבע כמוב"ב ואין אומרים דמי קרקע כקרקע, "שאין הטענה בגוף הקרקע אלא בשכרה שהוא מטלטלין". והקשו מאי שנא מחפר בה בורות שאף שהתביעה היא על דמים, דמי קרקע כקרקע ולדברי קובה"ע הנ"ל מיושב, דהיינו שתשלומי השכירות אינם על קנין הקרקע כלל אלא על זכות השימוש.

[6] אף שיש לדחות, די"ל דהראב"ד פסק שהיורש חייב להשלים שכירות אביו מדין התחייבות אביו ולא מדין קנין השכירות וכבר הקשה שם הקובה"ע, דלראב"ד שכתב בלשון התשובה "דאף דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" דהדברים מחוסרים ביאור דכיון דאינו יכול לחזור בו באמצע, ע"כ נתחייב בשעת הקנין וא"כ ל"ש ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. וצ"ל דמדין התחייבות על הדיור גרידא ל"ש לחייבו ליורש דהוי כמתחייב לדבשב"ל וא"כ אין החיוב חל על היורש בהאי גוונא (נתהמ"ש ס,י עי"ש היטב) אא"כ חלה התחייבות על קנין השכירות והקנין הוא לגוף הקרקע ובכה"ג חל החיוב גם על יורש. ובזה מתורץ גם מה שהקשה שם הגרא"ו הי"ד על קונטרס הספקות, וכתב עליו שנראה שלא ראה גוף התשובה אלא רק את המובא בב"י בקצרה. ולדברינו מתורץ דכוונת הראב"ד דאף דבעלמא ישנה לשכירות מתחילה וע"ס, בשכירות בית ל"ש כיון שהוא כ'מכר ממש'. והקובץ הערות מקשה עליו מלשון זו דמוכח שיש מושג שישנה לשכירות מו"ס אף בשכירות בית ולהנ"ל מוכח הפוך כקונטרס הספקות.

ונמצא שהראב״ד לשיטתו. תשלום השכירות הוא עבור הקנין והשוכר קונה הגוף לפירות וא״כ השוכרים הם כאוכלים בשלהם ולכך צריך שכירות בשטר כלקוחות וכן שטר חוב כדי ליחס את דיורם כאכילת המשכיר.

אבל הר״ן ודעימיה סוברים דאין לשוכר קנין בגוף המושכר אלא תשמיש בלבד ולהכי כשאוכלים אינם כאוכלים בשלהם אלא כדרים ומשתמשים בבית המשכיר ולכן חשיב כל דירתם ג״ש כדירת המשכיר ולא בעינן שטר חוב על השכירות ולא חד יומא ושטר דדירתם מחמתו היא כדירת המשכיר וכאכילתו.

וברשב״א דלעיל (בשטמ״ק) מוכח שאינו חולק על עצם ההשוואה של הראב״ד בין שוכרים ללוקחים, אלא חילק שבשוכרים כולם יורדים מחמת אחד ולכן אית ליה קלא שמחמת הראשון באים משא״כ בג׳ לוקחים, הקוה״ע שם למד בתשובת הרשב״א כראב״ד שהשוכר הוא כקונה לזמן וא״כ מובנת קושית הרשב״א דהחילוק בין שוכרים ללוקחים לענין חזקה הוא בענין אחר והיינו דהשוכרים יורדים מחמת משכיר אחד ובלוקחים נשתקע שמו של הראשון והם מחוסרי טענה לכן לא חש למחות. אבל לענין קנין וחזקה שווים הם וכאוכלים בשלהם.

(וא״כ מה שכתב הטור בשם הרשב״א דבג׳ שוכרים צריכים שטר ובשוכר אחד א״צ שטר אינה פשרה בין דעת רבנו יונה דבכל ענין לא בעינן שטר, לדעת הראב״ד - דלעולם בעינן שטר, אלא העתקה של דין לוקחים ודלא כביאור הגר״א לקמן).

ובהסבר זה במחלוקת הראב״ד ושא״ר ניתן אולי להבין את מחלוקת הטור ור״ח, דז״ל הטור (קמ,י):

> וכתב ר״ח שאם אין השוכרים דרין בו עתה אלא שדרו בו ג״ש ויצאו ממנו אם אין המערער יודע שדרו בו אלא על פיהם אפילו אם נתנו כבר השכר למחזיק אינם נוגעים בעדות כיון דאי בעו אמרי לא דרנו בו מעולם נאמנין ג״כ לומר דרנו ופרענו למחזיק. ואינו נראה לי דכיון דבאים להעיד למחזיק להחזיקו בבית ואי אפשר להחזיקו בו אלא אם כן יעידו שדרו בו אם כן צריכים להעיד שדרו בו ואין כאן מיגו.

אם נניח, שדירת השוכרים היא החזקה וכאילו מחזיקים לעצמם מה שייך להאמינם במיגו וע״י המיגו תרד הנגיעה הרי גוף החזקה אינה ע״י המיגו דהמיגו מאמינם עכ״פ שאינם חייבים למערער בשום אופן אבל מהיכי תיתי

להאמינם שדרו בבית והחזיקו בו, שנאמין להם שהחזיקו במיגו שלא החזיקו הרי הם המחזיקים ונתבאר במקום אחר (בסוגיא דשיכוני גוואי) דהיכא שהטענה היא חזקה דג״ש והיא הראיה לא סגי במיגו אלא צריך עדות מבוררת וזו תמיהת הטור בדברי ר״ח.

אבל ר״ח סבר כהחולקים על הראב״ד, שהשוכרים חשיבי כאילו השוכר יושב א״כ עדותם היא על חזקת המשכיר ולא על חזקתם עבור המשכיר ושפיר ניתן להאמינם על זה, דעדותם היא שהמחזיק החזיק בבית ג״ש בלילה וביום ואם מפני הנגיעה שיתבעם המערער המיגו מסלק את הנגיעה.[7]

ד. הסבר הב״ח בשיטת הראב״ד

הב״ח (קמ,יא) כתב בסברת הראב״ד, וז״ל:

> דכל היכא דהחזקה איננה באה אלא על ידי צירוף אנשים לית ליה קלא אלא בשטר... וכיון דבעינן הכא שני שוכרים אפילו דרו ביה שניהם כל שלש שנים לית ליה קלא אלא בשטר... אבל בשני שוכרים, דהחזקה תלויה במה שהן שנים שאם לא היה אלא שוכר אחד אין כאן אלא עד אחד ולא הוי חזקה השתא כיון דליכא חזקה אלא על ידי צירוף אנשים לית ליה קלא בלא שטר, כדאמרינן גבי שלשה לקוחות וכו׳.

וצ״ב מה ענין ׳צירוף אנשים׳- עדים לכאן, הרי הא דבעינן כאן שני שוכרים הוא מפני שצריך שני עדים, ולא מפני שהחזקה נוצרה בשנים ואין כאן צורך לצירוף עדות או חזקה ומה הצורך בקול של שטר ומה מקום ההשוואה לעיטרא דהתם שותפים שרוצים להחזיק יחד נגד העולם והשטר מוכיח ומפרסם על שימוש הדדי והם המחזיקים בהא שייך צירוף החזקה דהיינו שמצרפים את השנה שהאמתא עבדה לזה ואת השנים שעבדה לזה ולכך בעינן לקול של השטר שמצרף השנים, וכן בג׳ לקוחות שמצרפים את כל השנים שהיתה בבעלות ג׳ לקוחות שונים ומצרפים ג׳ מחזיקים לג״ש, ולכך בעינן שטר כדי שיתברר לנו שידע המערער שכולם מחזיקים מכח הראשון אבל הכא הרי השוכרים הם עדים בלבד לחזקת המשכיר?

---

[7] יש שהסבירו בכוונת הטור, שעדים הצריכים מיגו אינם עדים וכעין עדות הצריכה שבועה דאינה עדות (וכתירוץ קושית תוס׳ עי״ש) ובשיטת ר״ח כתבו דהכא שאני, שאין המיגו נצרך לגוף העדות אלא לסלק הנגיעה וא״כ לראב״ד שהעדות כאן היא בתורת מחזיקים המיגו כאן הוא נצרך לגוף העדות ממש ולא לסלק הנגיעה גרידא וזו תמיהת הטור.

ונראה ע״פ המבואר לעיל בשיטת הראב״ד, דעדות החזקה היא על חזקתם והחוב מעביר חזקתם למשכיר, א״כ דינם כב׳ המחזיקים יחד כיון שלא תתקיים עדות אלא בב׳ שוכרים א״כ הוו כשותפים המחזיקים וצריך קלא ששניהם החזיקו מחמת אחד, דכל אחד בפני עצמו אינו יכול להחזיק לעצמו כי השני מעכב על ידו כדין השותפים באמתא דרב״ח ומר עוקבא בר חמא והשטר המקשר את שניהם למחזיק הוא יוצר קלא שירדו מחמת אחר ולכן אף שצריך לצרף חזקות שכל אחת בפני עצמה לא מועילה ע״י השטר מצטרפות.

ובחידושי הרי״מ (חו״מ קמ,כז) הסביר בדרך אחרת. ותו״ד, דכיון שבשני שוכרים שדרו בבית ג״ש יכלו לטעון שהם עצמם קנו הקרקע, אלא כיון דבעינן כאן דוקא לעדות השוכרים - בטוען ברי שלא דר בלילות, מוכרחים לעדות שוכרים ולעצמם אינם יכולים להעיד, לכן לא חשש המערער לשוכרים ולא מיחה שידע שלא ימצאו עדות רצופה ולכן כשיש שטר שכירות בהכרח, ידע שאינם מחזיקים לעצמם והיה לו למחות. אולם כשיש שטר ששכרו ואין חשש שיטענו שהם קנו יכול להועיל לאחר שוב אינו יכול לטעון שלא חשש לדירתם ולכן לא מיחה וכך דחק בהסבר הב״ח (״הגם שרחוק עכ״פ שלא יהיה תמוה כ״כ״ כלשונו).

ה. באור הגר״א בשיטת הראב״ד

בביאור הגר״א (קמ,מא) בדעת הראב״ד שהובאה בשו״ע שם כתב:

> י״א שאין. (ב״ב מא,ב) וכולן בשטר דכיון שאין דר בו בעצמו וה״ה כאן. ודלא כפירוש הרשב״ם דכיון שהם ג׳ לקוחות אלא אפילו לוקח אחד כיון שלא טעין שלקח מן המערער עצמו לא היה לו למחות אלא בשטר דקלא אית ליה שלקחו מראשון.

בניגוד להבנה הפשוטה בראב״ד (ע״פ הרשב״ם), שבלוקח אחד מודה (שהוא לוקח שני מהמערער) שא״צ שיהיה בשטר וכרשב״ם שם שפירש שכיון שראה אותם מחזיקים כל אחד ושמיט ואכיל שנה לא חש למחות ולכך צריכים מכר בשטר, אומר הגאון שהראב״ד סובר שאפילו אם יחזיק אחד ג״ש אם הוא לא לקח מהמערער מוכרח שיהיה המכר השני בשטר דכיון שהוא לא טוען שהוא קנה מהמערער לא היה למערער צורך למחות כי בטענה שקנה מהלוקח הראשון מפסיד (מסתבר שאף לשיטתו לאחר ג״ש יוכל לטעון ארכס שטרא כבכל שטר אלא הטענה צריכה להיות, לכה״פ, שהיה המכר בשטר והיה למערער למחות).

על פי זה למד הראב״ד, שכל שהמשתמש בקרקע אינו טוען לבעלות על הקרקע מחמת המערער, יכול לטעון המערער שלא חש למחות כיון שהלה אינו טוען שקנה ממנו ולא חשש לאותו שמשתמש דבקל יוכל לסלקו כי הוא מחוסר טענה ולכן צריך שטר שיוציא קול שהוא שוכר מהטוען שלקח ממנו וא״כ לא היה למערער לשתוק אלא לשאול ולברר מחמת מי טוען המשכיר וכשהיה נודע לו שטוען שמחזיק מחמת שלקח ממנו היה לו למחות ומדלא מיחה הפסיד.

ובגאון לכאורה רואים בשיטת הראב״ד את הסברא הנ״ל דבעינן שטר וקלא לאשווי לחזקת המשתמש לחזקה וע״י השטר יוצא קול דמחמת הראשון או המשכיר מחזיק וקמה לה חזקה.

עכ״פ משמע שהשוכרים הם היוצרים את החזקה וכמשתמשים בשלהם וע״י השטר מצטרפת חזקתם לטענת המשכיר.

ו. שיטת הרמב״ם - הסבר שעהמ״ש

כתב הרמב״ם (טוען ונטען יב,ב):

> הביא עדים שהיה דר בחצר זו שלש שנים או ששכרה שלש שנים הרי זו חזקה טען בעל החצר ואמר שמא לא שכן בה ביום ובלילה או שמא אלו שהשכירו להם לא שכנו בה ביום ובלילה הרי זו טענה אומרים למחזיק או תביא עדים ששנים אלו גמורות ביום ובלילה או הסתלק אפילו באו עדים ואמרו לנו השכיר ואנו דרנו בה ביום ובלילה וטען בעל השדה ואמר יביאו עדים שדרו בה ביום ובלילה צריכין אלו השוכרין להביא ראיה שדרו בה תמיד שזה הדבר תלוי בהן ואין תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו.

ובהשגות הראב״ד שם:

> אפילו באו עדים וכו׳ עד כדי שיעידו לו. א״א ונתננו לו השכר.

והסביר הש״ך (קמ,ז), דהראב״ד לפרש דברי הרמב״ם בא ואינו חולק, א״כ כל דברי הרמב״ם הם בשילמו לו ולכן הם נוגעים וצריכים עדות אחרת.

לכאורה, פשטות דברי הרמב״ם הם שלא שילמו, וכבר הקשו ה״ה ועוד שלכאורה הוא נגד פשט הסוגיא, דשוכרים נאמנים כנגד טענת המערער על דירת לילות כשהשכר בידם ומסולקת הנגיעה וכהשגת הראב״ד והרמב״ם בהלכות עדות (טו,ה) כתב שנאמנים שוכרים כשהשכר בידם.

ה״ה תירץ שהרמב״ם סובר שדברי מר זוטרא דאי טעין ואמר ליתו תרי סהדי דדר ביום ולילה טענתו טענה, חוזרים גם על דין השוכרים האמור לעיל מיניה, וא״כ אף בדנקטי השכר ושואלים למאן ליתבי אינם נאמנים כשטוען המערער ליתו תרי סהדי דדר ביום ובלילה והטעם הוא ׳כיון שהדבר תלוי בהם׳ אבל אי לא טוען נאמנים כיון שהביא עדים שדר בה ג״ש ולא מבואר מדוע נשתנה הדין כשטוען המערער יום ולילה, הדבר תלוי בהם ויש פסול בעדותם ואילו כשלא טוען ליתו סהדי דדר בה אין נגיעה ׳ואין הדבר תלוי בהם׳.

ובשעהמ״ש (קמ סק״ז) הסביר בדעת הרמב״ם שהסיפא בדין זה מדברת לגבי נאמנות השוכרים בתביעת המערער נגדם ואף אם אינם נוגעים, כיון שנקיטי השכ״ד בידם, אולם הם עדיין בע״ד, כיון שהתביעה היא נגדם וכמו בתובע אחד את פיקדונו ממנו והוא אומר שהוא של אחר.[8]

ודייק כך ברמב״ם, ממה שכתב ״יביאו עדים... שזה הדבר תלוי בהם ואין תלוי בטענת המחזיק״, דלגבי המחזיק בוודאי עדותם מועילה כפשט הסוגיא כשהשכר בידם ואינם נוגעים דאף שהם בעלי דברים פלגינן דיבורייהו בבע״ד. (דבע״ד אינו עד, כפי שעלה מקושית הרא״ש פ״ק דמכות סי׳ יג) כלומר דנאמנים לגבי החזקה ואינם נאמנים לגבי תביעת המערער כיון שלגבי תביעת המערער הם בעלי דברים וכאילו אינם מעדים כלל ופלגינן נאמנותם.

אחרונים (הגרששי״ק ב״ב יג וגרנ״ט קעג) הקשו, דא״כ מדוע רק כשטוען המערער יבואו עדים על יום ולילה צריכים לשלם למערער, גם במעדים על עיקר החזקה יצטרכו לשלם למערער אם הם בע״ד ופלגינן דיבורייהו ולמה תלה הרמב״ם דין זה רק כשטוען המערער ליתו תרי סהדי דדרו ביה?

ובאמת צריך להבין מה תוקף דרישת המשכיר ׳ליתו תרי סהדי ואסהידו ביממא ולילא׳ דע״פ הבנת ה״ה ברמב״ם בעדות שוכרים (או שכנים) בסתמא סגי, ורק כשטוען המערער ׳ליתו תרי סהדי׳ צריך להביא עדים על יום ולילה, ואם אכן יכול לטעון כך, למה לא מאמינים לו שלא מכר במיגו שיכל לדרוש עדות כזו. (כך הקשה שעהמ״ש קמ,ו).

---

[8] וע״ע בלחי״מ ובאבן האזל כאן.

ונראה לישב, דאכן הרמב״ם סובר דהשוכרים משתמשים בבית המשכיר ומחזיקים עבורו ולכן עדותם כמסולקת מהנגיעה (כשהשכר בידם) אמירת ״לנו השכיר״ היא עדות על חזקה רצופה על ימים ולילות ואינם נחשבים בעלי דבר לגבי השכר כיון שעדותם בסתמא היא כעדות שיבבי ואין צריך לעדותם כשוכרים.

אולם כשטוען המערער לעדות לילות וטענת המערער היא ביסוד זכות בירור הטענה, שנתבאר במקו״א דכשטוען ראיה ע״י חזקה ג״ש צריך לברר ולהוכיח חזקתו בעדים ול״מ בירור אחר וכיון שדרושה חזקת ג״ש רצופות חידשו אביי ורבא שעדות שיבבי ושוכרים בסתמא היא עדות רצופה.

אלא שעל כך אומר מר זוטרא שבדרישת רב הונא לג״ש רצופות לכה״פ אם טוען המערער לעדות על לילות טענתו טענה ועל המחזיק להשיב עליה (ובזה מיושבת קושית שעהמ״ש דאנו לא נטען במיגו תביעות נוספות לראיות אחר שיש כאן עדות מועילה כנגד טענתו העקרית).

וזהו הסבר שעהמ״ש ברמב״ם, דעדות שוכרים היא עדות חזקה רצופה מעליא כעדות שיבבי, אך אם דורש המערער לעדות ימים ולילות וטענתו טענה צריכים את עדותם בתורת שוכרים דוקא, וא״כ לגבי חלק התביעה שנוגע להם בתורת שוכרים אינם נאמנים וישלמו למערער אלא א״כ יביאו עדות אחרת שדרו בימים ובלילות עכ״פ למחזיק מועילה עדותם.

והנה מלבד שדבריו קצת קשים בפשט לשון הרמב״ם, דמשמע שאינם נאמנים כלל, עוד קשה (כך הקשה גרנ״ט שם) דא״כ אמאי מוקמינן בגמרא בדנקטי השכר בידייהו, גם אם שילמו למחזיק תועיל עדותם לגבי חזקתו ולגבי תביעת המערער פלגינן דיבורייהו וישלמו לו אם לא יביאו ראיה נוספת?

ז. בגדר חזקת ג״ש בשיטת הרמב״ם

ע״פ המתבאר לעיל, דנחלקו הראשונים ביסוד קנין שוכר בבית ומתוך כך נחלקו בדינים שונים בתוקף עדות השוכרים ובאיזה אופן מועילה. ושרש מחלוקתם בשאלה האם השוכרים הם כבעלים והם המחזיקים וחזקתם מועילה למשכיר באופנים מסוימים, או דילמא דירת השוכרים היא כדירת המשכיר ודירתם היא חזקת ושימוש המשכיר ובשליחותו וכאילו הוא דר בה.

נראה לומר, דלרמב״ם ישנם שני הדינים. אף שבשורש המחלוקת הנ״ל, ר״ל בקנין ותשלומי שכירות סובר הרמב״ם כשיטות הראשונים שאין לשוכר בגוף אלא שימושים בלבד כמבואר לעיל, מ״מ הראיה של חזקת ג״ש תלויה באכילת פירות. שו״מ בספר אבן ישראל, שביאר שיטת הרמב״ם באופן דומה ובתוספת הסבר.

והנה קצוה״ח (קמ,ב) חלק על הרמב״ן, דסובר ביסוד חזקת ג״ש דהיא ע״י שתיקת המערער, ומיד איכא רגלים לדבר וראיה שמכרה לו, אלא דאיכא ריעותא דאחוי שטרך בטענת המחזיק ולזה מהני ג״ש ומסתלקת הריעותא ומוקמינן ארעא בחזקתו, וקצוה״ח הוכיח מנמו״י ותוס׳ ורמב״ם דיסוד דחזקת ג״ש בתק״ח.

ובאחרונים (קה״י ב״ב יח אות ח ועוד) הקשו קושיות רבות על הרמב״ן ואכמ״ל, והוכיחו שמאחר שגם לשיטת הרמב״ן יש ריעותא דאחוי שטרך בטענת המחזיק כל ג״ש א״כ לא חושש המערער למחות בתוך ג״ש וא״כ גם לשיטתו הראיה דג״ש נוצרת רק לאחר ג״ש אלא שהרמב״ן כתב דבריו ביסוד דין חזקה דהיא לאלתר אלא שחז״ל הוכרחו לקבוע זמן שמתבטל הריעותא וקבעו ג״ש וא״כ לאחר התקנה שוב אינו חושש לערער עד ג״ש והראיה משתיקתו היא רק לאחר ג״ש ומ״מ מהני לגבי חזקת קטן דאף דל״ש בו ריעותא דאחוי שטרא ולאו בר מחאה הוא כיון שעיקר דין חזקה היא משתיקת המערער דהיאך רואה אחר אוכל עמלו ודר בביתו ושותק א״כ כיון שלא שייך הריעותא דאחוי שטרך בקטן אין לו להפסיד חזקתו דהו״ל למחות.

ובקצוה״ח דייק מלשון הרמב״ם כנמו״י, דחזקת ג״ש היא תק״ח ולא כרמב״ן, מדכתב (טוען ונטען יא,ב) ״הואיל ולא מחית אתה הפסדת על עצמך״ ולטעמא דהרמב״ן היה צריך לומר הואיל ולא מחית רגליים לדבר שלקחו ממך וכיו״ב ע״ש.

אולם בחזקת קטן פסק הרמב״ם (טוען יג,ב) כרמב״ן וגם בטעמו ״חש״ו אין אכילתם ראיה מפני שאין להם טענה שתעמוד הקרקע בידם״ וה״ה דייק דמפני שאין להם טענה, היינו בבאים מחמת עצמם דאין להם טענה, אבל בבאים מחמת אביהם יש להם טענת אביהם ויש להם חזקה וה״ט דסבירא ליה כרמב״ן דטעמא מדשתק רגל״ד ולאו משום דלאו בני מחאה נינהו לכך כשבאים בטענת אביהם יש להם חזקה.

ולמתבאר אין כל סתירה בזה, דגם לרמב״ן שייך לשון ׳אתה הפסדת עצמך׳, דלאחר שתקנו חכמים ג״ש איהו דאפסיד אנפשיה, שהתעכב מלמחות.

והרמב״ם כתב (טוען יא,ב) ז״ל:

> בד״א שמצריכין ראובן להביא ראיה או יסתלק בשלא נשתמש בה זמן מרובה אבל אם הביא עדים שאכל פירות קרקע שלש שנים רצופות ונהנה בכולה כדרך שנהנין כל אדם באותה קרקע, והוא שיהיה אפשר לבעלים הראשונים שידעו בזה שהחזיק ולא מיחו בו מעמידין אותה ביד ראובן וישבע ראובן היסת שמכרה לו שמעון או נתנה לו ויפטר מפני שאומרים לו לשמעון אם אמת אתה טוען שלא מכרת ולא נתת למה היה זה משתמש שנה אחר שנה בקרקעך ואין לך עליו לא שטר שכירות ולא שטר משכונא ולא מחית בו טען ואמר מפני שלא הגיע אלי הדבר שהרי הייתי במדינה רחוקה אומרים אי אפשר שלא יגיע לידך הדבר בשלש שנים וכיון שהגיע לך היה לך למחות בפני עדים ותודיע אותם שפלוני גזל אותי למחר אתבענו בדין הואיל ולא מחית אתה הפסדת על עצמך לפיכך אם היתה מלחמה ושבוש דרכים בין המקום שהיה בו ראובן ובין המקום שהיה בו שמעון אפילו אכלה ראובן עשר שנים מוציאין אותה תחת ידו וחוזרת לשמעון מפני שיכול לומר לא ידעתי שזה משתמש בקרקעי.

חזינן ברמב״ם שטענת ׳אתה הפסדת את עצמך׳ דהיינו השלב השני בתקנה, הוא לאחר טענת המערער שהיה במדינה רחוקה ומערער על עצם החזקה ובלי טענה זו של המערער נאמן המחזיק מצד הרגלים לדבר, שמכרה לו, דהיינו השימוש של המחזיק וג״ש הוא לסילוק הריעותא דאחוי שטרך.

השימוש בעדי חזקת ג״ש כיוצרים ראיה היא מכח התקנה. כל שלש השנים שהחזיק והשתמש הוא לאחר טענת המערער נגד טיב החזקה והיינו שהיה במדינה רחוקה, ואז משתמשים בתקנה ׳אתה הפסדת עצמך׳ ואכילת ג״ש היא ראיה.

וא״כ בעדות וחזקת שוכרים סובר הרמב״ם, שהעיקר בחזקת ג״ש היא אכילת פירות וא״כ השוכרים בדנקטי שכר הם המחזיקים והם אכלו הפירות ג״ש ולא שייך לומר שמחזיקים עבור המשכיר דהוא לא אוכל פירות, וחזקתם מועילה למשכיר שבאו מחמתו כמו לוקח ובכה״ג מיד בשהשכיר הוי מעשה חזקה ורגלים לדבר ולא בעינן אכילה ג״ש לרגלים לדבר וכמבואר,

וג״ש דשכירות הוא נגד האחוי שטרך וכנגד זה די בחזקת השוכרים ובעדותם וזה הדין הפשוט בהלכות עדות.

ובהלכות טו״נ הנ״ל הרי מיירי בערעור כנגד טיב החזקה, דטעין ליתו תרי סהדי דדר בימים ובלילות וטענתו טענה ובאופן כזה הרי החזקה מתמשכת ומתבצרת בכל ג״ש ובעי אכילת פירות של ג״ש.

וא״כ מצד חזקת המשכיר אין אנו יכולים לדון כיון שלא אכל פירות, ומצד חזקת השוכרים, הרי הם בעלי הדין ממש והם המחזיקים ומה שייך להאמינם בזה.

ובעיקר החילוק בטיב ובצורך העדות והחזקה - בין אם טען המערער על טיב החזקה ובין ערעור סתם, למד הרמב״ם מדברי מר זוטרא בסוגיין, וכך היא הצעת הסוגיא: רב הונא בעי ג״ש רצופין. בבתים מתקיימת העדות גם בשוכרים שאומרים אנן אגרינן מיניה ודרינן ג״ש, כשלא שילמו עדיין השכר ואינם נוגעים. ומעשה החזקה של המשכיר הוא עצם ההשכרה ול״ב ראיה ג״ש אלא לסילוק ריעותא דאחוי שטרך ולזה סגי בחזקת השוכרים ועדותם מועילה לו ואינם נוגעים דלא אכפת להם למאן ליתבי ובזה גם מיושב הלשון ״דייני דשפילי דייני הכי מי לא עסקינן בדנקטי זוזי וכו״, דמשמע דבלי הנגיעה איירי בהכי, ולמתבאר מובן דכיון דאתינן עלה מכח חזקת השוכרים ואכילתם ולא מכח אכילת המשכיר דאכילתו וחזקתו נגמרה במעשה ההשכרה בהכרח מיירי כשעדיין לא שילמו.

ומחדש מר זוטרא דאם טוען שיביאו עדים השוכרים שדרו בו ביום ובלילה טענתו טענה, דכיון שכאן כבר המערער דורש ובצדק עדי ג״ש והחזקה לא נוצרא מיד במעשה ההשכרה אלא בכל משך הג״ש א״כ אין השוכרים יכולים להעיד על עצם חזקתם.

ונראה להביא ראיה נוספת מסוגיא דשיכוני גוואי (ב״ב כט,ב), דמערער שטען שהיה דר בחדר הפנימי ועובר דרך עליו וא״כ אין חזקתו חזקה וא״ל ר״נ ׳זיל ברור אכילתך׳ ולפירוש הרשב״ם[9] בפשטות הוא לאחר שהביא עדי ג״ש ובא המערער לבטל חזקתו בטענת שיכוני גוואי המבטלת חזקתו.[10] תוס׳ הסבירו,

---

[9] וכן ברמב״ם אלא שהרמב״ם מפרש, שטוען המערער, שלא היה במדינה בזמן המכירה לטענת המחזיק.

[10] לשיטת הרשב״ם סוגיית שיכוני גוואי ראה בהרחבה מאמרו של הרב אלחנן שלום אלגרוד, אבני משפט י עמ׳ 223 ואילך (הערת מערכת).

שמדובר שלמערער יש עדים שדר בחדרים הפנימים אלא שאינם יודעים באיזה דרך יוצא, דאל״ה איך ידעו עדי החזקה שלא היה בבית כל אותם שנים ובלי עדי המערער סגי בעדי המחזיק בסתמא.

אבל הרמב״ם והרשב״ם סברו, דאין צורך בעדים לטענת המערער המקלקלת חזקה, אלא כל טענת שיכוני גוואי (בדומה לתביעה על עדות לילות) היא בגוף החזקה, מצריכה עדות מבוררת של ג״ש כיון שאין הראיה והחזקה נוצרות מיד והג״ש הם לסילוק הריעותא, אלא כל הג״ש הם בגדר חזקה דזו טענתו: לא החזקת, ולכן צריך המחזיק לברר חזקתו שדר לבד ובלי שהיה עובר דרך עליו אף שכבר הביא עדים שדר שם בסתמא. רבא ורב נחמן חולקים שם אם שיכוני גוואי היא טענה לגיטימית בגוף החזקה כטענת דירת לילות או לאו.

ח. סיכום

נחלקו הראשונים בענין עדות שוכרים. לראב״ד עדות וחזקת שוכרים מועילה רק בשיש שטר וחוב ולרבנו יונה ושא״ר מהני אף בלי שטר.

בשורש מחלוקתם נראה עפ״י חקירת הקובה״ע אם קנין השכירות הוא בגוף או רק לתשמישים ומיניה אם השוכרים כמחזיקים לעצמם ויוצרי החזקה (כלוקחים) ולכן צריכים שטר ע״מ ליצור טענה או שכיון שבאים מכח המחזיק ומשתמשים בשלו הוא המחזיק.

בדעת הרמב״ם נראה דסבר דשני ענינים יש בדירת שוכרים. מצד חד הם כמחזיקים לעצמם ויוצרי החזקה בשלא שלמו וממילא אם דרו ג״ש פקע הערעור, ומצד שני הם כמחזיקים עבור המשכיר ובשליחותו ותלוי באכילת פירות דהיינו השכ״ד.

ובדין החזקה נחלקו הרמב״ן והקצוה״ח, אם הראיה היא מיד וג״ש רק לסלק ריעותא דאחוי שטרך ולקצוה״ח לאחר ג״ש מתקנ״ח ישנה ראיה. הכרחנו, ע״פ האחרונים, דלרמב״ן לאחר שתקנו דרק לאחר ג״ש מסתלקת הריעותא דאחוי שטרך כבר לא ממהר למחות כיון שיש ג״ש ואין הראיה מידית וכן דעת הרמב״ם.

וא״כ בערעור סתם, החזקה נוצרת מיד במעשה ההשכרה והיא אכילת החזקה של המשכיר והא דבעינן אכילת ג״ש זה לסלוק הריעותא דאחוי שטרך, דעכ״פ מיד יש רגלים לדבר, דאין אדם רואה שאוכלים בשלו ושותק ועדי הג״ש הם לסלק הריעותא בלבד ולזה מועיל גם עדות השוכרים כשלא

שילמו דחזקתם מועילה למשכיר כלוקח וגם יכולים להעיד לו שהחזיקו דאינם נוגעים כיון שלא שילמו.

אך כשהערעור הוא בגוף החזקה, דהיינו ליתו תרי סהדי דדר ביום ובלילה, ר״ל שבא בלילה ולא מצאם ולכן לא מחה, יצירת החזקה נמשכת כל הג״ש וא״כ אף כשלא שילמו אין הם יכולים להעיד על חזקתם דהם הבעלי דברים על האכילה ונצרכת אכילתם לגוף החזקה. וכששילמו הרי חשיב כאילו המחזיק יושב ואוכל פירות ואיך יעיד המחזיק לעצמו.

הרב יוחנן גבאי

ויתור בכור על זכות ירושה

ראשי הפרקים

א. מקור הדין
ב. איני נוטל ואיני נותן על איזה חלק ויתר?
ג. שיטת הרמב"ם
ד. ויתור על ירושה בחיי המוריש
ה. סתירה בדברי הרמ"א
ו. הבנת דברי הרשב"ם
ז. פי שנים בנכסים או בגופים

א. מקור הדין

איתא בב"ב קכד,א: יצא עליהם שטר חוב בכור נוטל פי שניים ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי. ופרשב"ם שעל חלק הבכורה יכול הבכור לטעון איני נוטל ואיני נותן פי שנים עבור שט"ח היוצא על אביו, אבל בחלק הפשוט אינו יכול והטעם בזה, שעל חלק בכורה ציותה תורה כמתנה וכלשון הכתוב: "לתת לו פי שנים", לפיכך אינו חייב לזכות במתנה. אבל בחלק הפשוט אינו יכול כי התורה זיכתה לו בע"כ.

מובא בראשונים כמה נפ"מ העולות מדין זה, ומפסידות את בעל החוב:

1. אף אם האחים האחרים אינם נמצאים אינו יוכל להוציא מהבכור (רשב"ם).

2. אם יש אחים קטנים – אין מוציאין מנכסי יתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו (תוס' בשם ר"י).

3. אם יוצא שט"ח על הבכור ואמר שאינו נוטל ומפסיד בע"ח רשאי (תוס' בשם ר"ת).

מקור נוסף לכך שהבכור יכול לוותר על חלק בכורתו: איתא בב"ב קכו,א, בכור שנטל חלק כפשוט ויתר. מאי ויתר? נחלקו רב פפא ורב פפי האם ויתר על חלק השדה שחילקו או ויתר אף על שאר הירושה. והגמ' תלתה זאת במחלוקת האם יש לבכור קודם חלוקה. למ"ד יש לבכור קודם חלוקה

וממילא כשויתר, נתכוין לותר על כל הירושה, שכן אף שלא חילקו הרי זה בידו.

ולמ״ד אין לבכור קודם חלוקה, כשויתר, רק על מה שכבר קיבל ויתר, אבל לא על מה שטרם הגיע לרשותו. ובמסקנה נפסק הלכתא יש לבכור קודם חלוקה.

הרשב״ם מקשר בין הסוגיא בדף קכו,א לסוגיא בדף קכד,א שגם שם יכול לותר ולומר איני נותן ואיני נוטל. משמע מדבריו שדין זה נאמר דוקא למ״ד יש לבכור קודם חלוקה.

תוס׳ (קכו,ב ד״ה והלכתא) כותב, שאפילו למ״ד אין לבכור קודם חלוקה יכול לומר איני נוטל ואיני נותן הואיל ולא קיבל בפועל, אבל אין כאן ויתור על הירושה ויכול לחזור בו ולבקש ירושתו ולשלם חוב אביו.

ב. איני נוטל ואיני נותן על איזה חלק ויתר?

לדעת רוב הראשונים האומר איני נוטל ואיני נותן מוותר בכך על חלק הבכורה אבל על חלק הפשוט אינו יכול לותר.

דעת הראב״ד (מובא בטור חו״מ רעח,יא), שהויתור מתייחס אף לחלק הפשיטות. ויש להבין דבריו, הרי בכתובות פג,א אמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה וכדרבא, דאמר רבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו. ופרש״י דוקא יורשת אשתו יכול למחול או להתנות שאינו רוצה לזכות בה אבל לא ירושת אביו. ובהסבר דין זה נחלקו ראשונים. דעת תוס׳, דשאני ירושת אשתו דאינו אלא מדבריהם אבל ירושת אביו דאורייתא לא מצי להסתלק מיניה. והר״ן סבור שאף בדאורייתא מהני סילוק קודם הזכיה ומה שאינו יכול להסתלק מירושת אביו הואיל ובכל שעה יכול לזכות נחשב כאילו זכה כבר בירושה וצריך קנין ולא מהני סילוק. לדעת המ״מ דוקא מירושת אשתו מהני סילוק כי היא תלויה במעשיו, משא״כ ירושת אביו.

וצ״ב לראב״ד, שס״ל שאמירת איני נוטל ואיני נותן מהני אף בחלק פשיטות, הרי לכו״ע לא מהני סילוק בירושת אביו, וע״כ צ״ל כתוס׳ כדלעיל בגמ׳ (קכו,ב ד״ה והלכתא)– לא קיבלתי לא אשלם, אך לא סילק עצמו משם יורש ושפיר חוזר ותובע חלקו.

ויש להוסיף ולומר כדברי קצוה״ח (רעח,יב), שהיורש מחוייב בחוב אביו רק אם ירש בפועל, ובשיטת הראב״ד צ״ל שלפני חלוקת הירושה אין לפשוט חיוב

לפרוע חוב אביו הואיל וטרם נטל חלק בירושה, לפיכך למרות שלא תתכן הסתלקות ממש, מ״מ קודם חלוקה אינו מחוייב בפרעון חוב אביו.

ג. שיטת הרמב״ם

ב״ב קכד,א: ״יצא עליו שט״ח, בכור נוטל פי שנים ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי״. צ״ב מדוע הרמב״ם השמיט הלכה זו?

ועי׳ בהל׳ נחלות (ג,ו): ״לבכור יש חלק בכורה אף קודם חלוקה לפיכך אם מכר ממכרו ממכר וכו׳ לפיכך אם חלק עם אחיו במקצת הנכסים בין בקרקע בין במטלטלין ונטל חלק כפשוט ויתר בכל הנכסים ואינו נוטל בשארן אלא כפשוט בד״א בשלא מיחה אבל מיחה לא״.

נראה שהרמב״ם למד הסוגיא כרשב״ם. בדף קכד הסוגיא אזלא כמ״ד יש לבכור קודם חלוקה ולכן יכול לטעון איני נוטל ואיני נותן ומאחר והרמב״ם פסק שיש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור בנכסים, לכן נמנע מלכתוב בפירוש את ההלכה של איני נוטל ואיני נותן כי זה פועל יוצא מפסיקתו הנ״ל.

מעתה יש להבין מהסוגיא בדף קכו, מנין שיכול לוותר על זכייה בנכסי אביו ובכך להמנע מלפרוע חוב אביו, דין זה אינו מפורש בדף קכו אלא נלמד מהסוגיא בדף קכד, ודין זה לא הובא ע״י הרמב״ם?

אולי אפשר לתרץ על פי קצוה״ח (רעח,יב). בחו״מ ט,א למדנו שכופין הנותן שוחד לתבוע את השוחד מהדיין המקבל כדי להחזיר לבעלי החוב של נותן השוחד ומאי שנא יורש שאינו מחוייב לקחת חלקו כדי לפרוע חוב (אביו)? ותרץ, שהבן אינו מחוייב בחוב אביו אא״כ ירש נכסיו משא״כ לגבי נותן השוחד החוב כבר מוטל עליו אלא שאין באפשרותו לפרוע. ולפי זה יובנו דברי הרמב״ם: מאחר והרמב״ם פסק שיש לבכור קודם חלוקה הרי זה כמי שזכה כבר בנכסי אביו וכבר מחוייב הוא לפרוע חוב אביו.[1]

ועדיין צ״ב, כי מדברי הרמב״ם עולה שס״ל שיש לבכור קודם חלוקה ולכן לא פסק את הדין שיכול היורש לומר איני נוטל ואיני נותן, והשו״ע (רעח,ח) פוסק שיש לבכור קודם חלוקה ואעפ״כ לאחר שני סעיפים (שם י) כותב שרשאי הבכור לומר איני נוטל ואיני נותן. מבואר שאין הכרח לומר שאם

[1] ע״ע קוב״ש ב״ב אות עז, שסובר שבכורה מתנה קריא רחמנא ואינו חייב לקבל מתנות בכדי לפרוע חובותיו כפי שאין מחייבים אותו לחזר על הפתחים או להשכיר עצמו למלאכה (ונמכר בגנבתו ולא בחובו).

פוסקים שיש לבכור מוכרחים לנקוט שטענת איני נוטל ואיני נותן אינה מתקבלת.

ייתכן ונקודת המחלוקת בין הרמב״ם לשו״ע היא בכך, שלרמב״ם די בכך שיש לבכור זכות בירושה קודם חלוקה כדי לחייבו לשלם חוב אביו ולכן טענת איני נוטל ואיני נותן לא מתקבלת ואילו השו״ע סובר, שכל זמן שהיורש אינו זוכה בפועל בנכסי אביו, יכול לטעון איני נוטל ואיני נותן וכדברי קצוה״ח הנ״ל.

ד. ויתור על ירושה בחיי המוריש

קצוה״ח (רעח,יג) נסתפק בשאלה, האם בכור יכול למחול על חלק בכורתו בחיי אביו. מדברי רב כהנא (כתובות פג,א), שנחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר (פרש״י: ואינם ירושת אבותיו) מתנה עליה שלא יירשנה וכדרבא דאמר האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו.

ומצאנו (קצוה״ח שם) שלש שיטות בראשונים:

הרי״ד בתוספותיו מסביר, שדוקא מירושה דרבנן יכול להסתלק אבל לא מירושה דאורייתא. הר״ן סבור שאף מדאורייתא אפשר להסתלק פרט לירושת אבותיו הואיל וכל שעה יכול לזכות בה חשיב כאילו בא לידו. ושיטת המ״מ שרק מירושת אשתו מהני סילוק, דירושת אשתו מעשיו גרמו לו משא״כ ירושת אבותיו.

מסקנת קצוה״ח שלכל שיטות הראשונים מועילה התניה[2] מחיים.[3]

---

[2] קצוה״ח שם הביא דברי הריב״ש לבאר כיצד קנה יעקב את הבכורה הא הוי דבר שלא בא לעולם. הריב״ש סבור שקודם מתן תורה קונה אף בדבר שלא בא לעולם. קצוה״ח מעלה שעשיו הסתלק מהירושה באמרו 'למה לי זה בכורה', מוכח שס״ל שאף מחיים מהני ויתור. ועי' הגהות אשר״י פרק ח סי' יד אם מחל הבכור בפרוש מחילתו מחילה הואיל ומתנה קריא רחמנא ומדבריו משמע שכן הדין אף בחיי אביו והביא שהירושלמי פליג ועי' קצוה״ח שלא מצא דברי הירושלמי ויש שכתבו שצריך לגרוס 'ירושה' ולא 'ירושלמי' וכונתו שרק מחלק בכורה מועיל סילוק.

[3] עי' רשב״ם ורבינו יונה (ב״ב קכד,א). מדבריהם משמע, שחלק הבכורה נחשב כמתנה מהמוריש ולא מהאחים. ועי' חי' ר' מאיר שמחה שהיורשים יורשים זכות האב. ובשיעורי ר' שמואל (ב״ב קכו) הביא שלנתה״מ האחים נותנים חלק הבכורה וא״כ כיצד יכול למכור קודם שקיבל מהם וכן הקשה בשיעורי המקדש דוד, הרי קיי״ל דבע״ח מכאן ולהבא הוא גובה. ועי' שער משפט ס״ק א בספקות ביחס לבכורה, האם בכור שאינו נוטל בספק זה בכל ספק שיש על הממון או רק בספק אם הוא בכור ופשוט, אך בספק על הממון בזה אין היורשים עדיפים ממנו ויחלוקו. לדברי נתה״מ ברור שהבכור אינו נוטל כי היורשים מוחזקים אלא שצריכים לתת לו מתנה וכ״כ בפירוש בסי' רעו ס״ק ג.

ועי' נתה"מ (רעח,ט) שכתב שלדברי הרשב"ם שס"ל דלמ"ד אין לבכור קודם חלוקה אינו יכול למחול כדבר שלא בא לעולם, א"כ כ"ש בחיי אביו שאין לו לבכור ואינו יכול להסתלק ומה שיכול לסלק עצמו לאחר מיתת אביו משום שאז כבר יש לו צד זכייה.

ק"ש (ב"ב אות תג) כתב ליישב דברי קצוה"ח: בחיי אביו אין המחילה על הנכסים, רק שמסלק עצמו מדין בכור אבל לאחר מיתה יש לו דין בכור ואינו יכול להסתלק משם יורש והמחילה יכולה להיות על הנכסים בלבד ולמ"ד יש לבכור קודם חלוקה, מהני מחילה זו.

עדיין יש להעיר מאי שנא בכור, שיכול להסתלק משם בכור קודם מיתת אביו מיורש פשוט שאינו יכול להסתלק ותרץ שלפשוט – משעה שנולד יש לו שם יורש ואינו יכול להסתלק אבל לחלק הבכורה 'מתנה קריא רחמנא' ואף היורשים האחרים נחשבים כנותני המתנה[4] (נתה"מ) משום הכי בחיי אביו יכול להסתלק. ויש להבין במה נחלקו קצוה"ח ונתה"מ.

ה. סתירה בדברי הרמ"א

הרמ"א (רט,ד) פסק: "כשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם". ושם סעיף ח: "אע"ג שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול להתנות וכן לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם". ונראים הדברים כסותרים.

הסמ"ע (שם כא) מבאר שאם משועבד לחברו יכול להסתלק מהשעבוד ובמקרה שחברו רוצה ליתן לו מתנה ואינו משועבד לו ומחל על המתנה, מחילתו לא מועילה.

הט"ז תמה אפילו לא נשתעבד יכול להסתלק כמבואר בכתובות פג,א מתנה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא ירשנה, אע"פ שעדיין לא נשתעבד לו, שכן התנאי שם הוא בעודה ארוסה.

לכן פרש הט"ז באופן אחר. יש לחלק בין סילוק למחילה. מחילה מועילה רק לאחר שנוצר חוב, אבל קודם לכן לא תתכן מחילה ואילו סילוק מהני אף קודם שנוצר החוב.

---

[4] ואף שחלק בכורה מתקבל כמתנה מהאחים, ממון זה הוא ירושת אביו אלא שעובר הוא דרך האחים שמחוייבים לתת לו. ובספק בכור אינם מחוייבים לתת לו ואין ספק מוציא מידי ודאי. ועי' שער משפט ס"ק א שדן בסוגי הספקות השונים לגבי דין זה.

אפשר ליישב קושיית הט״ז כך: הח״מ (אבה״ע סט,יב) מבאר דברי השו״ע שם, שאדם יכול לסלק עצמו מירושת אשתו בין אירוסין לנישואין בלבד. קודם אירוסין אין לו שייכות עמה ואחר נישואין דמיא לירושת אבותיו שכבר זכה, משא״כ בין אירוסין לנישואין.

יתכן וזו כונת הסמ״ע, שבשעבוד יכול לסלק – לאו דוקא שעבוד אלא שמעט אגידא ביה ושוב דבריו אינם נסתרים מדברי הגמ׳. הסמ״ע דיבר על המקבל מתנה מחברו באופן שאין שום התקשרות קודמת ביניהם.

ועי׳ פת״ש (חו״מ רט,יג) בדעת הסמ״ע שמשועבד לחברו והרי זה דומה לסילוק בעל בנכסי אשתו לאחר האירוסין, ונראה כונתו כנ״ל.

מעתה אפשר להסביר מחלוקת נתה״מ וקצוה״ח דלעיל, שנחלקו במחלוקת הסמ״ע והט״ז. קצוה״ח יסבור כדעת הט״ז, שסילוק מועיל לפני זכיה ולכן הבכור יכול לוותר על ירושתו אף בחיי אביו אבל נתה״מ סובר כדעת הסמ״ע ואם אינו משועבד אינו יכול למחול אך לאחר מיתת אביו מאחר ויש לו זכיה בגויה יכול למחול.

קצת קשה, כי קצוה״ח (רט,יג) כתב על דברי הט״ז, שאע״פ שמועיל סילוק בדבר שלבל״ע מ״מ כל זה במקום שיש לו קצת שייכות וכמו בעל שמסתלק מירושת אשתו לאחר אירוסין אבל קודם לכן בשעה שאין לו שייכות כלל בנכסים לא מהני סילוק ולכאורה בכור בחיי אביו מסתבר לומר שאין לו שייכות כלל בנכסים ובכה״ג אף סילוק לא יועיל.

ו. הבנת דברי הרשב״ם

ב״ב קכו,ב: האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה.

ובגמ׳ שם לימא מתני׳ דלא כר׳ יהודה דאמר בדבר שבממון תנאו קיים. ובמסקנה אפילו תימא ר״י התם ידעה וקא מחלה הכא לא קא מחיל. וברשב״ם – לגבי שאר וכסות תנאו קיים שהרי מחלה ועל מנת כן קבלה קידושין אבל הכא מי מחיל מה הנאה יש לו לבן שימחול ואע״פ ששתק הבן אין זו מחילה דאינו רוצה להכעיס אביו.

ושאל הרשב״א – משמע מדברי הרשב״ם, שאם הבן היה מוחל מחילתו מהני והרי למדנו שאינו יכול להסתלק מירושת אביו.

האמרי משה (לח,כג) מיישב כך: הבן אינו יכול להסתלק באופן חד צדדי מירושת אבותיו אבל אם גם האב וגם הבן מסכימים לכך שפיר מהני:

> ואף דאין מועיל סילוק בנחלת אבותיו, היינו אם הוא מצד היורש לחוד דהמחילה על הנכסים הוא דשלב"ל ועל מה שהוא יורש ל"ש סילוק דע"כ הוא יורש, ואין זה זכות לחוד, (ורק לענין בכור דהוי זכות לזכות בכורה י"ל דמהני וכו') אבל כשהאב אומר שלא ירש בני י"ל דמהני כיון שלא פקע כחו והבן מסכים לזה אין מפקיע זכותו בע"כ רק מדעתו בזה י"ל דמהני.

קצוה"ח (רעח,יג) כותב, שדברי הגמ' מתייחסים לחלק בכורה ולכן מחילת הבן יכולה להועיל משא"כ סילוק מחלק פשיטות שלא מהני. ור' שמואל (לקמן) העיר, שמדברי הגמ' משמע שמיירי אף בחלק פשוט.

באופן אחר באר הגר"ש רוזובסקי (זכרון שמואל סג,ג): יש לדון במקדש על מנת שאין לו עליו שאר וכסות והתנאי קיים, האם מחילתה גורמת לתנאי להתקיים או שהתניית הבעל יוצרת אלא שזקוק הוא להסכמתה (עי' תוס' כתובות פג,א ד"ה כדרב כהנא, נשמע כצד השני). ובדעת הרשב"ם – מחילת הבן מועילה הואיל וכאשר האב אינו רוצה להורישו דעת האב מהני וצריך מחילתו רק כדי שהאב לא ייחשב למתנה על דברי תורה.

ז. פי שנים בנכסים או בגופים

איתא בשו"ת נודע ביהודה מהדו"ק חו"מ לד וז"ל:

> והנה ראיתי למעלתו לחייב הבכור לשלם שני חלקים כיון שעומד במקום שני בנים דהחוב מוטל על הגופים ולא על הנכסים וכו' ונכסוהי דבר נש אינון ערבים וכו': אומר אני שזה טעות שהב"ח בעצמו בחייו החוב מוטל על הגוף אבל היורשים אין החוב מוטל על גופם ואפילו מצוה לפרוע חוב אביהם ליכא היכא דלא ירשו כלום כמבואר בסימן קז סעיף א. ומעתה אני אומר שהיתומים לא נשתעבדו רק הנכסים והנכסים כולם אישתעבדו וכולם ישלמו.

וצריך להבין דעת השואל. ואולי ניתן לבאר דבריו על פי דברי התומים (סו,מג). ר"ת הסביר, שהמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו, מחול כי רק שעבוד הנכסים נמכר ואילו שעבוד הגוף כדקאי קאי ולכן המוכר יכול למחול. ומאחר ומחל על שעבוד הגוף בטל שעבוד הנכסים כי שעבוד הנכסים כערבות לשעבוד הגוף. וא"כ צ"ב כיצד גובים מיורשים, כשאביהם מת – פקע לכאורה

שעבוד הגוף ואיך א״כ יגבו מהנכסים שבידי היורשים? הסיק התומים שבן היורש עומד במקום אביו ויש עליו שעבוד הגוף.

השואל בנו״ב סבור, שהבכור נחשב כשני גופים כדברי התומים, שהיורש משתעבד במקום אביו.

ועי׳ קצוה״ח (משובב לג,ב) שהקשה, מדוע גובים רק מנכסים שעברו בירושה, אם שעבוד הגוף חל על היורש, יתחייב לפרוע אף מנכסי עצמו? ועוד מדוע מטלטלי דיתמי לבע״ח לא משתעבדי?

ועי׳ נחל יצחק (קח,א ענף ב) שהוסיף על דברי התומים. קיי״ל דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם (אלא שאין כופין על כך דהוי מצות כיבוד אב ואם מצוה שמתן שכרה בצידה ואין בי״ד מוזהרין עליה), ומכח מצוה זו לא פקע שעבוד הנכסים, וכונתו ששעבוד הגוף ממשיך ועובר ליורשים מפני שעבוד המצוה כמו בפדיון הבן שהסיבה המחייבת את המצוה גורמת לשעבוד הנכסים (ועי׳ תומים לט,ב שכתב כן בהסבר דברי הרי״ף שאף אם שעבודא דאורייתא אין גובים מיתומים קטנים דלאו בני מצוה נינהו, וטעמו כי השעבוד נובע מהמצוה). ולפי״ז אפשר לתרץ את קושיית קצוה״ח. אם היורש לא ירש בפועל ממילא לא חלה עליו מצות פריעת חוב מורישו וממילא לא משתעבדים נכסים. המצוה היא היא שמשעבדת את הנכסים (וצ״ל שהשעבוד הוא רק לפי ערך הנכסים).

הרב יוסי איגרא

יש לבכור קודם חלוקה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. שבח נכסים, ירושה מהאבא או ממון היורשים

ג. ארעיה אשבח

ד. תפוסת הבית

ה. אם אמר איני נוטל

ו. סיכום

א. הקדמה

מדין תורה בחלוקת הירושה בכור נוטל פי שנים מחלק הפשוט. ננסה להגדיר את המעמד הממוני של חלק הבכורה לאחר המיתה, קודם חלוקה, בהשואה לירושת שאר האחים.

בגמרא ב״ב (קכו,א) נחלקו רב פפא ורב פפי האם יש לבכור קודם חלוקה או אין, בגמרא שם מובאות שתי נפ״מ – א. כאשר בכור ויתר על זכותו בשדה אחת, למ״ד יש לבכור קודם חלוקה, ויתר בכל הירושה, ולמ״ד אין לבכור קודם חלוקה ויתר רק בשדה זו. ב. למ״ד יש לבכור קודם חלוקה הבכור יכול למכור חלקו עוד קודם החלוקה. להלכה נפסק בגמרא שיש לבכור קודם חלוקה. על פניו משמעות הגמרא, שמיד במיתת האב זכה הבכור בחלקו אך משתמע מכמה מקומות בגמרא שאינו זוכה לגמרי.

ב. שבח נכסים, ירושה מהאבא או ממון היורשים

בגמ׳ ב״ב קכג,ב נחלקו רבי ורבנן האם בכור נוטל פי שנים בשבח ששיבחו נכסים לאחר מיתת האב. דעת רבי, שבכור נוטל פי שנים בשבח ודעת רבנן שאינו נוטל פי שנים בשבח אלא רק במה שנפל בירושה בשעת מיתה. בגמרא מבואר, שחלוקים הם גם בשאלה מה הדין לגבי מלוה שגבו היתומים מבעלי חובות של אביהם, האם בכור נוטל פי שנים בממון הגבוי (יבואר בהמשך מדוע דין מלוה תליא בדין שבח).

יש לשאול מה סברת רבי, שמזכה לבכור בשבח הנכסים, מדוע הוא מתייחס לשבח שהשביחו הנכסים כירושה מהאב, הרי בזמן מיתת האב ירשו היורשים כבר את כל הנכסים וזכו בהם, ולאחר זמן השביחו תחת ידיהם ובבעלותם.

הגמ' (קכד,א) שואלת מה הטעם של רבנן, שבכור לא נוטל בשבח פי שנים –

> מאי טעמייהו דרבנן אמר קרא 'לתת לו פי שנים' מתנה קרייה רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידיה אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה.

ונחלקו הראשונים בביאור הלימוד, רשב"ם מבאר "עד דמטיה לידיה – דנותן, ואינו יכול ליתנה לאחרים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם" דהיינו רק דבר שהמת יכול להקנות רגע לפני מותו יכול להוריש לבכור ואם לא אין בירושה זאת חלק בכורה.

נראה שכוונת הגמ' שדבר זה אינו נחשב 'מצוי' אלא 'ראוי', דבר שהאב אינו יכול למכור 'סימן' שאינו מספיק ברשותו. וכן משמע מהגמ' בע"ב "תני רמי בר חמא בשאר ספרי דבי רב 'בכל אשר ימצא לו' פרט לשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם".[1]

לפי הסבר זה, רבנן סוברים, שאינו זוכה בחלק בכורה בשבח משום דהוי 'ראוי' אך א"כ נחזור לשאול גם לדעת רבנן, שלכאורה אין זה כלל ירושה אלא שבח שהשביח הממון של היורשים.

בעליות דר' יונה ובחי' הריטב"א יש דרך שונה: "מה מתנה עד דאתא לידיה דמקבל מתנה אף חלק בכורה עד דמטי לידיה לפיכך אינו נוטל בשבח ששבחו נכסים קודם חלוקה, ולא אמרינן ארעה אשבח כמו שאנו אומרים בחלק פשיטות". לפי דרך זו, הפסוק מלמד אותנו, שהבכור לא זוכה בחלק הבכור מיד עם מות האב וממילא גם אינו זוכה בשבח ואין לומר 'ארעיה אשבח'.

לפי הסבר זה מבואר, שהשבח אכן אינו בתורת ירושה כלל אלא ממון היתומים שהשביח, אך לדעת רבי הבכור זוכה כבר בשעת מיתה בחלק בכורה ולכן זוכה גם בשבח כפול. ורבנן למדו מפסוק, שאין הבכור זוכה בחלקו מיד במיתת האב ולכן יזכה בשבח כשאר הפשוטים.

---

[1] ונראה שלא פליגי אלא שהפסוק "בכל אשר" מלמד שלא יורש אלא במצוי והפסוק לתת לו מלמד את הסימן של דבר שאינו יוכל למכור גם כן נחשב שאינו מצוי אף שהגוף נמצא, עי' בהערות של הרב הרשלר על ר' יונה של (133). ומבאר ר' יונה, שאפילו לר"מ שמקנה דבר שלא בא לעולם לא חשיב מצוי שהרי יכול לחזור בו עד המיתה.

ר׳ יונה מקשה על דרך זו מהגמ׳ בעמוד הבא (קכד,ב). הגמ׳ אומרת, שאם אינו נוטל בשבח פשיטא שאינו נוטל במלוה, ״אמר רב יהודה אמר שמואל אין בכור נוטל פי שנים במלוה, למאן? אילימא לרבנן השתא שבחא דאיתיה ברשותיה אמרי רבנן לא שקיל מלוה מבעיא.״ ושואל ר׳ יונה ״מה ענין זה אצל זה הלא בשעת חלוקה ראוי שיטול הבכור פי שנים במלוה כמו בשאר נכסים שהניח האב, מה שאין כן בשבח ששבחו הנכסים אחר מיתת האב דלאו ארעיה דידיה אשבח״.

ביאור קושייתו: לפי דרך זו, שאכן אין השבח כלל ירושה מהאב אלא תוצר הנכסים לאחר שירשו היתומים והבכור יכול לזכות בשבח רק מכח שהשתבח חלקו, אם כן אין לדמותו למלוה כלל שהרי מלוה ודאי מכח ירושת האב.

לאור קושיה זו מבאר ר׳ יונה, שישנה מחלוקת סוגיות ולדעת הגמ׳ בע״ב מחלוקת רבי ורבנן היא בשאלה האם שבח נחשב מצוי.[2]

יוצא אם כן, שנחלקו הראשונים האם שבח של הנכסים הוא בכלל ירושה מהאב, שהרי נוצרו נכסים אלה לאחר מותו, או שזה דבר שהיורשים זכו מעצמם. לפי הסוגיא בע״א לפי ר׳ יונה אין זה כלל ירושת האב, לפי רשב״ם וכן לפי ר׳ יונה בסוגיא בע״ב משמע שזה ירושה מהאב. כאמור, עלינו להבין את סברתם, שכן נכסי היורשים הם שהשביחו?

ג. ארעיה אשבח

בפרק הקדום ראינו מחלוקת ראשונים כיצד להגדיר את שבח הנכסים, האם ממון היורשים השביח או שהשבח הינו חלק מהירושה. ר׳ יונה בהסברו השני ביאר, שהמחלוקת היא האם הבכור כבר זכה בחלקו. לדרך זו יש לשאול, האם המשמעות היא שנחלקו רבי ורבנן האם יש לבכור קודם חלוקה, וממילא אם יש לבכור קודם חלוקה מוכרח שגם זוכה בשבח פי שנים?

לאור מסקנת הגמ׳ (שם קכז), שיש לבכור קודם חלוקה, שואלים הראשונים מדוע - אם כן, אין לבכור טענה ״ארעיה אשבח״ (בפשטות קי״ל כת״ק דרבי שבכור אינו נוטל פי שנים בשבח)?

א. תורי״ד (קכו,ב ד״ה הילכתא) מביא דעת ר׳ נחשון גאון, שסובר שאכן הא בהא תליא, שאם יש לבכור קודם חלוקה הרי יש לו בשבח ואם אין לו קודם

[2] עי׳ בעליות דר׳ יונה (ד״ה אמר רב פפא), שב׳דיקלא ואלים׳ נקט ר״פ כמו הסוגיא בע״ב.

חלוקה לא זוכה בשבח. והואיל וקי״ל יש לבכור קודם חלוקה לכן קי״ל כרבי שבכור נוטל פי שנים בשבח. וז״ל:

> וראיתי שכתב רבי׳ נחשון גאון זצוק״ל וכיון דקי״ל הלכתא יש לו לבכור קודם חלוקה, משעתא דשכיב יעקב קמו להו תרי חולקין ברשותא דראובן, וכל שבח דאשבחו בין מיתה לחלוקה ברשותא דראובן אשבחו ושקיל ראובן פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם, וכן במלוה וכן ברבית וליתא לדרבנן דעבד לי׳ עובדא ר׳ אשי כר׳ הילכך שקיל בכור פי שנים בין במלוה בין ברבית בין שטרות דאית לי׳ על אחרים.

דעה זו מובאת בריי״ף (נא,ב): ״חזינן מאן דפסק הילכתא כרבי דאמר בכור נוטל פי שנים במלוה, ואייתי ליה ראיה מהא דאיפסיקא הילכתא דיש לו לבכור קודם חלוקה, שמעינן דאע״ג דלא מטא לידיה כמאן דמטא לידיה דמי, הילכך הילכתא כרבי דאמר בכור נוטל פי שנים במלוה״.

לדרך זו יש לשאול: אם קי״ל כרבי לענין שבחא משום שארעיה אשבח, מנין לנו שקי״ל כרבי גם לענין מלוה הרי זה לא תליא בארעיה אשבח (וכקושיית ר׳ יונה, לעיל פרק ב) ושמא יש לומר, שהואיל ופסקנו כרבי הלכה כמותו לכל דבר ועדין צ״ב. שוב ראיתי שר׳ שמואל (בשיעורים אות עב) מבאר דעת רב נחשון גאון שסובר כדברי רשב״ם שגבית מלוה הוי שבח של השטר (קכד,א ד״ה ירשו): ״היינו מלוה בשטר, בכור נוטל פי שנים, דכיון דמוחזק בשטר ועל פי השטר גובין את המלוה הרי הוא כאילו השטר השביח דהיינו נכסים ששבחו ממילא״.

ב. הריי״ף וכן התוריי״ד דוחים דעה זו ״והאי סברא לאו דסמכא הוא דלא איפסיקא הילכתא דיש לו לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתא לידי אבוה ואיתיה השתא ברשותיה, אבל מלוה דליתיה ברשותיה לא שייכא בהא מילתא כלל״.

הריי״ף מקשה מגמ׳ במסכת בכורות בה נפסק להדיא הלכה ״שאין לבכור קודם חלוקה״ לעומת הגמ׳ שלנו שפסקה ״יש לבכור קודם חלוקה״, ותרץ הריי״ף: ״התם בעיקר ממונא הכא בשבחא״, מחלק הריי״ף, שלענין הממון שכבר ירשו יש לבכור קודם חלוקה ולכן יכול למכור חלקו וכן אם מחל בחלק

אחד מחל בהכל, אך לענין שבח אין לבכור קודם חלוקה. וכן מחלק הרז״ה בספר הצבא.[3]

ג. הרשב״ם (ד״ה אמר רב הונא) מפרש, שלמ״ד יש לבכור קודם חלוקה אין פרושו, שמיד במיתת האב זוכה הבכור בפי שנים אלא רק כאשר דורש את חלקו, וז״ל: ״דהא פסקינן לקמן יש לו לבכור פי שנים קודם חלוקה, משעה שחפץ לזכות בבכורתו, והרי חפץ ליטול חלקו לאלתר, וזוכה בחלק בכורתו מיד כל מקום שהוא, הלכך נכסין דידיה אשבח״. מבואר מדברי רשב״ם, שכאשר זוכה הבכור בחלקו יזכה אף בשבח ומשמע שמעמיד מחלוקת רבי ורבנן קודם שדרש הבכור את חלקו.

לסיכום, לפי רבי נחשון גאון וכן לפי הרשב״ם לאחר שדרש הבכור חלקו, יש לבכור קודם חלוקה ממילא וה״ה לשבח שיטול פי שנים, אמנם לפי הרי״ף, וכן כתבו הרא״ש והתוס׳ והריטב״א, יש לבכור קודם חלוקה אך אינו זוכה בשבח. בהמשך נבאר את דעתם כיצד אף על פי שזכה בגוף לא יזכה בשבח.

ד. תפוסת הבית

בפרק ב שאלנו לדעת הרשב״ם מדוע להחשיב את השבח כירושה הרי הנכסים בבעלות היתומים ונכסיהם הם שהשביחו ואין זה מכח האב. שאלנו בפרק ג מה סברת הרי״ף, שיש לבכור קודם חלוקה אך אין ארעיה אשבח. ננסה לבאר על פי היסוד של תפוסת הבית.

הגמרא (קכו,א) אומרת שלמ״ד אין לבכור קודם חלוקה אם מחל בשדה אחת לא מחל בשאר הירושה אלא בשדה זו בלבד, ומבאר רשב״ם (ד״ה קסבר) ״אבל בשאר נכסים לא מצי מחיל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דעד שעת חלוקה לא זכי בהו, וכ״ש בחלק פשיטות דלא זכי קודם חלוקה שלא הוברר חלקו״. א״כ דעת רשב״ם, שלפשוטים אין חלק בירושה עד לשעת חלוקה ואינם יכולים למכור חלקם והמחלוקת בגמ׳ היא רק לענין הבכור, שאולי חלקו יותר ׳ברשותו׳ מאשר חלק הפשוטים. תוס׳ (ע״ב ד״ה לא עשה)

---

[3] זה לשונו בספר הצבא: ״מדה שנית דבר אמור בשני מקומות בלשון אחד ועניניהם חלוקין ורחוקים זה מזה. בבכורות (נב,א) אסיקנא אין לו לבכור קודם חלוקה, ובב״ב (קכו,ב) אסיקנא יש לבכור קודם חלוקה, ולא קשיין אהדדי, דהתם בבכורות אשבח דהוא ראוי קיימינן ולפיכך אין לו, ובבבא בתרא קיימינן אגופא שהוה מוחזק ולפיכך יש לו, וכמו שחזר הרב אלפסי ז״ל ותקן ההלכות״.

חולק וסובר, שפשוט יכול למכור חלקו גם קודם חלוקה וכן סוברים רבים מהראשונים. ויש לבאר סברת רשב״ם מדוע היורשים אינם יכולים למכור חלקם הרי הם כשותפים.

האחרונים (קוב״ש תד וכן ר׳ שמואל ב״ב ע) למדו ממהר״ח אור זרוע (סו״ס קכא)[4] גדר תפוסת הבית. המהר״ח לומד מהמשנה בבכורות (נו,ב), דאיתא במשנה ״האחין והשותפין שחייבין בקלבון - פטורין ממעשר בהמה, חייבין במעשר בהמה - פטורין מן הקלבון. קנו מתפיסת הבית - חייבין, ואם לאו - פטורין. חלקו חזרו ונשתתפו - חייבין בקלבון ופטורין ממעשר בהמה״.[5] רש״י מבאר ״וכשחייבין במעשר בהמה - כגון שלא חלקו ועדיין תפיסת בית ירושת אביהן קיימת דלא הוו כשותפות, כדאמר בגמרא יכול אפי׳ קנו בתפיסת הבית ת״ל יהיה, אלמא כאביהן דמו״. קודם חלוקה היורשים חייבים במעשר בהמה, שאין זו שותפות אלא כאביהן דמו. ומכאן למד מהר״ח או״ז ״מ״מ שמעינן מינה, דעד שלא חלקו לא זכו בנכסים ממש כמו בחלקו וחזרו ונשתתפו״. ר׳ שמואל (בשעורים ע) מבאר דבריו ״ובפשטות החילוק הוא, שבשותפים יש לכל אחד ואחד חלק והוא בעלים גמור בו, ובתפוסת הבית אין חלק בשותפות לכל אחד אלא כולם ביחד המה כבעלים א׳ על כל הרשות״.

על פי הגדרה זו יובן מדוע הגדירה הגמ׳ את שבח הנכסים כירושה (ע״פ רשב״ם עי׳ פרק ג), כי כל עוד לא חילקו את הנכסים חשיב עדיין רשות אביהם וכל מה שמשביח משביח ׳לירושה׳ ורק בזמן החלוקה זוכה כל אחד בחלקו לגמרי.

היוצא לדעת רשב״ם, שרק לבכור יש יכולת לזכות בחלקו גם קודם חלוקה (למ״ד יש לבכור קודם חלוקה) משעה שמגלה דעתו, ואז נעשה שלו לגמרי ומכאן ואילך יזכה בשבח פי שנים כי ארעיה אשבח. ר׳ שמואל שואל לפי הסבר זה יצא, שבכור שדרש חלקו יפטר ממעשר בהמה שהרי ׳קנה׳ מתפוסת הבית ונכנס לרשותו ״וזה דבר שלא שמענו מעולם״.

לפי דרך זו יש לשאול מה דעת הראשונים החולקים על רשב״ם הסוברים שפשוט יכול למכור חלקו גם קודם חלוקה, האם דעתם שיש לכל פשוט

---

[4] ע״ש בכל התשובה שאחיו חלק על הרשב״ם מכל וכל, אך מהר״ח או״ז בא ליישבו.

[5] הדין במחצית השקל שאדם שמשלם על עצמו מחצית השקל חייב בקלבון (תוספת משהו) ואם משלם על אחר פטור, הדין במעשר בהמה שרק על בהמות שלו חייב אך אם קנה פטור וכן אם זה בשותפות.

בעלות גמורה על הקרקע, כמו שאר שותפים בעלמא שקנו קרקע ביחד, וממילא הדין יהיה שכל אחד יכול למכור חלקו כמו כל שותף בעלמא, או שמסכימים הם להגדרת הירושה כ- 'תפוסת הבית', אלא שלדעתם גם זכות בממון, שכאשר יחלקו יקבל חלק, זו זכות שיכולה להימכר וממילא פשוט יכול למכור, וכן בכור - למ"ד יש לבכור קודם חלוקה הרי יש לו זכות של שני חלקים בממון ויכול למוכרה. אך לדרך זו צריך בירור מה יסבור מ"ד שאין לו קודם חלוקה, שהרי יש לו זכות לזכות בשני חלקים ומדוע אינו יכול למוכרם, ונצטרך לומר שגם בגדר תפוסת הבית כבר יש בעלות מסוימת על הממון שעתיד לקבל משם ובבכור - לדעה זו - בחלק הבכורה אין זכות כלל ועדיין צ"ב.

אם ננקוט בדעת הראשונים החולקים על רשב"ם כדרך השניה שהצענו שגדר הירושה הוא 'תפוסת הבית' אלא שיכולים למכור זכות זו, ולהלכה גם הבכור יכול למכור חלקו משעת מיתה כי יש לבכור קודם חלוקה (חלק בכורה), ניתן להבין דברי הרי"ף, שאף שיכול למכור לא נאמר ארעיה אשבח, שהרי עד הירושה לא זכה הבכור בחלקו ממש אלא רק זכות בממון שיכול למוכרה.

[ביאור לפי רשב"ם והר"ן - רשב"ם הסביר במחלוקת רבי ורבנן לגבי שבח שנחלקו האם חשיב 'ראוי' או 'מצוי', ולשיטתו מובן שיסבור שאין גדר הירושה כשותפים, שאם היורשים כשותפים ואין הבכור זוכה בחלקו מזמן המיתה ודאי שהשבח יהיה של הפשוטים ולא יזכה הבכור בשבח, לכן מובן שסובר שהירושה זה 'תפוסת הבית' והשבח הוא חלק מהירושה ולדעת רבי חשיב השבח 'מצוי' ולדעת רבנן 'ראוי', וכאשר הבכור דורש חלקו יזכה מיד. הר"ן בחידושיו (קכו,א) מבאר כרשב"ם, שיש לבכור קודם חלוקה היינו משעה שדורש את חלקו, אך חולק עליו בגדר ירושה ולדעתו הפשוטים הרי הם ככל שותפים 'אבל בחלק פשיטות כ"ע מודו דיכול למכור שהרי שותף יכול למכור חלקו' לפי זה יהיה הר"ן מוכרח לבאר דעת רבי שבכור זוכה מיד בחלקו דאל"כ השבח כבר שייך לפשוטים.]

ר' יונה והריטב"א (פרק ב) ביארו במחלוקת רבי ורבנן, שסברת רבי שבכור יזכה פי שנים משום ארעיה אשבח. לדעתם אם אינו זוכה בקרקע אין סברא שיזכה פי שנים, ונראה שהולכים בזה 'לשיטתם', שלדעתם הנכסים ברשותם של היתומים לכל דבר כמו שותפים, וזה לשון הר' יונה לדעת רבנן דרבי 'ולא אמרינן ארעה דידיה אשבח כמו שאנו אומרם בחלק פשיטות', הרי מבואר שסוברים שלפשוטים יש חלק ממש כשותפים והשבח שמשביחים הנכסים

צומח מנכסי היתומים וכיצד יזכה הבכור בחלק בכורה אם לא שגם הוא זכה מיד בחלק כפול.

מעתה יש לשאול לדעת ר׳ יונה והריטב״א כיצד נבין את הדין, שיש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור חלקו אך לא זוכה בשבח, הרי לדעתם אין דין של תפוסת הבית והפשוטים כבר זכו בחלקם. ויבואר בהמשך דברינו.

ה. אם אמר איני נוטל

בברייתא (קכד,א) מבואר, שבכור יכול לוותר על חלקו קודם שזוכה בו, ״ואם אמר: איני נותן ואיני נוטל – רשאי״. ובגמ׳ (קכו,א) נחלקו אמוראים, כאשר הבכור ויתר בשדה אחת על חלק הבכורה האם ויתר על כל חלק הבכורה, ״אמר רב אסי: בכור שנטל חלק כפשוט - ויתר. מאי ויתר? רב פפא משמיה דרבא אמר: ויתר באותה שדה, רב פפי משמיה דרבא אמר: ויתר בכל הנכסים כולן. רב פפא משמיה דרבא אמר ויתר באותה שדה, קא סבר: אין לו לבכור קודם חלוקה, ורב פפי משמיה דרבא אמר ויתר בכל הנכסים כולן, קא סבר: יש לו לבכור קודם חלוקה, ומדאחיל בהא אחיל בכולהו״.

בגמרא (קכד,א) נלמד דין זה מפסוק ״ורבי נמי הכתיב: לתת לו! ההוא, שאם אמר: איני נוטל ואיני נותן – רשאי״.

משמע, שרק בכור יכול למחול על חלק בכורתו, מה שאין כן פשוט, שמשמים הקנו לו וגם אם יצווח שאינו רוצה בחלקו הרי זכה, ויכול בע״ח לבוא ולטרוף ממנו.

יש להבין לאור הדברים שלמדנו עד כה, כיצד מועילה מחילת בכור על חלקו.

הרשב״א שואל מדוע דוקא אם נסבור שיש לבכור קודם חלוקה כאשר ויתר ויתר בכולהו ואם אין לו קודם חלוקה אינו יכול וותר אלא בשדה זו בלבד,[6] הרי כתוב בברייתא שאם אמר ׳איני נוטל׳ מהני, ומשמע שיכול לוותר על כל חלק בכורתו ולא רק על שדה שבאים לחלוק. ועוד, לכאורה איפכא מסתברא,

---

[6] זה לשון הרשב״א: ״קשיא לי, חדא דהא לכולי עלמא אם אמר איני נוטל רשאי ואיבד כל חלק בכורתו, ועוד דאדרבה איפכא מסתברא פלוגתייהו דלמ״ד אין לבכור קודם חלוקה הוה לן למימר דאם ויתר במקצת ויתר בכולן דכל שלא זכה ואין לו יכול להסתלק במתנה דלא אתיא לידיה ואם אמר אי אפשי בה דבריו קיימים, אבל אם יש לו קודם בכורה והו״ל כחלק פשיטותו ובמה שויתר ויתר ובמה שלא ויתר לא ויתר, כמתנה לאחר שבאת לידו״.

שאם אין לו משעת מיתה יכול להסתלק מהכל אך אם כבר זכה ויתר רק בחלק זה כמו בפשוט.

הרשב״ם (ד״ה קסבר, וכן מבאר הר״ן בחידושיו) בתוך דבריו עונה על שאלותיו של הרשב״א. הרשב״ם[7] מבאר, שלמ״ד אין לבכור קודם חלוקה הבכור אינו זוכה עד לרגע החלוקה ולכן אינו יכול למחול על הנכסים שעוד לא הגיע זמן חלוקתם כי אין אדם מוחל על דבר שלא בא לעולם, ״אבל בשאר נכסים לא מצי מחיל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דעד שעת חלוקה לא זכי בהו״, ורק בשדה שבאים לחלוק כבר זוכה בחלקו ויכול למחול, ולמ״ד יש לבכור קודם חלוקה הואיל ויכול לזכות בחלקו, אם ידרוש זאת, ממילא גם יכול למחול על כל חלקו. אם כן מיושבות קושיות הרשב״א, שלכו״ע יש את הדין שאם אמר איני נוטל - רשאי, אלא שלמ״ד אין לו קודם חלוקה יהיה הדין רק בשעת חלוקה (אפי׳ קודם שזכה), ולמ״ד יש לו קודם חלוקה יכול תמיד להסתלק מכל הירושה.

הרשב״א עצמו וכן הריטב״א מתרצים, שאכן לכו״ע יכול להסתלק מכל הנכסים אילו יפרש דבריו, אלא שנחלקו רב פפא ורב פפי מה כוונת דברי הבכור, אם יש לו קודם חלוקה מסתמא מוותר על כל מה שיש לו, ואם אין לו קודם חלוקה ויתר רק על שדה זו. ״והנכון דכל שמחל בפירוש מחילתו מחילה בדבור בעלמא, שאין לו לבכור קודם חלוקה אלא לענין שיוכל למכור ולתת, אבל היכא שמחל סתם אין דעתו אלא על מה שיש לו״.

יוצא אם כן, שלפי הרשב״ם יכול למחול משום שלדעתו קבלת חלק בכורה תלויה ברצון הבכור והואיל ובידו לזכות בידו גם למחול.

לדעת הרשב״א יכול הבכור להסתלק הואיל ולא זוכה בחלקו מיד גם למ״ד שיש לבכור קודם חלוקה. הדבר יובן אם הרשב״א מגדיר את הירושה כ׳תפוסת הבית׳ ואין הבכור זוכה בחלק בכורה כבעלים אלא רק בזכות לזכות בשני חלקים בנכסים, ומחדש הפסוק שיכול הבכור להסתלק מחלקו,

---

7 לשון רשב״ם: ״קסבר אין לו לבכור - חלק בכורה לא לתת ולא למכור קודם חלוקה כדכתיב לתת לו עד דאתיא לידיה דמקבל מתנה הלכך האי שדה שבא לידו חלקו ממנה והיה לו לזכות בו חלק בכורה דהא שעת חלוקה הוא וקרינן ביה לתת לו הלכך מצי מחיל אבל בשאר נכסים לא מצי מחיל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דעד שעת חלוקה לא זכי בהו וכ״ש בחלק פשיטות דלא זכי קודם חלוקה שלא הוברר חלקו ...אבל קודם חלוקה אין יכולין למכור לא האב ולא הבן״.

אך שאר האחים הפשוטים אינם יכולים להסתלק, שהרי יש להם חלק מהבעלות (הכללית) על החפץ.

אך לדעת ר' יונה שלפשוטים יש בעלות גמורה על חלקם ולבכור אין בעלות גמורה על חלק בכורה (שהרי אינו נוטל בשבח), יש להבין מה הוא חלק בכורתו שיכול להסתלק ממנו.

נתה"מ (רעח,ט) מסביר, שבכור יכול להסתלק מפני דהוי חוב על היורשים "והא שיכול לסלק עצמו אחר מיתת אביו, אף שבדבר דאורייתא לא מהני סילוק, היינו משום הטעם דחלק בכורה הוא בחיוב על היורשים דרחמנא חייביה להיורשים ליתן מתנה זו להבכור". ומביא ראיה לדבריו מהגמ' (קכז,א) היכא דיש ספק מי הבכור 'הוכרו ולבסוף נתערבו' אומרת הגמ' "ברם כך אמרו משום ר' ינאי: הוכרו ולבסוף נתערבו - כותבין הרשאה זה לזה". ויש לשאול מדוע בעינן הרשאה הרי ודאי שאחד משניהם הוא הבכור, שיזכו בחלק הבכורה ויחלקו ביניהם, ומבאר נתה"מ, שבעינן הרשאה דאל"כ ידחו אותם היתומים ויאמרו לכל אחד הוי ראיה וטול, "אלא ודאי דהוא כחיוב שהטילה רחמנא דאחר על היורשים לתת לו והויין היורשים כטוענין איני יודע אם נתחייבתי לך, משו"ה מצי מדחי". וכן כותב בנתה"מ (עו,ד) "דחלק בכור מתנה קרייה רחמנא, והוא בחיוב על היורשים ליתן לו במתנה זו דרחמנא חייבהו, ואיכא למ"ד דאין לבכור קודם חלוקה כלל, ואפילו למ"ד יש לו קודם, היינו משעה שרוצה לזכות כמ"ש רשב"ם ב"ב קכו, מ"מ אינו רק חיוב על היורשים, תדע דהא יכול לסלק עצמו בלא קנין".[8]

אם כן, דעת נתה"מ, שחלק הבכורה אינו אלא כחוב של הפשוטים כלפי הבכור. אך יש לשאול על דברי נתה"מ אם חלק בכורה מוגדר כחוב מדוע יכול למכור חלקו הרי קי"ל כרבא (פסחים ל,ב) שבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואין המלוה יכול למכור את הקרקע, ועי' בהגהות הרב דז'ימטרובסקי שמבאר, שהסיבה שמכאן ולהבא הוא גובה הואיל ויכול לסלקו בזוזי אך בחלק בכורה אין ביכולת הפשוטים לסלק את הבכור וממילא בזה רבא יודה שלמפרע הוא גובה ולכן יכול למכור חלקו, ע"ש. ולמ"ד אין לבכור קודם חלוקה צריך לומר, שגם בחוב כזה שלא ניתן לסלקו בזוזי לא זוכה למפרע

[8] ולכן חולק על קצוה"ח ס"ק יג, שבכור יכול למחול על חובו קודם מיתת האב, שלדעתו החוב הוא על היתומים ומתחיל רק לאחר מות האב "ולפי"ז אתי שפיר, לאחר מיתת אביו שכבר חל החיוב יכול למחול, משא"כ בחיי אביו, או למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה דהיינו שלא חל החיוב כלל עד שעה שרוצה לחלוק, אינו יכול למחול, דהוי כמוחל דבר שלא בא לעולם".

ודברי הגמרא שם שלא ניתן לסלקו זה 'סימן' ולא סיבה אלא כל שעבוד אינו מכירה למפרע.

לפי דברי נתה"מ נבין, שאף אם הפשוטים זכו לגמרי בנכסים הבכור אינו זוכה בחלקו אלא זה רק חוב היתומים כלפיו. הקשנו בסוף פרק ד, שדעת ר' יונה והריטב"א שהפשוטים הרי הם כשותפים לכל דבר אם כן כיצד יהיה לבכור קודם חלוקה אם אין זו בעלות גמורה בשני חלקים, ולפי נתה"מ ניתן ליישב זאת, שאף אם נסבור שבחלק הפשוטים הרי הם כשותפים גמורים עדין ניתן לומר שיש לבכור קודם חלוקה ואין ארעיה אשבח, שהרי חלק הבכורה אינו אלא חוב בעלמא ולא בעלות בנכסים.[9]

אך עדין יש לשאול, שהרי הסברנו (בפרק ב) לפי דעת רב נחשון גאון שסברת רבי שנוטל בשבח משום שזכה בחלקו לגמרי וממילא גם השבח שלו, ומשמע בברייתא (קכד,א) שגם לדעת רבי יכול לומר הבכור 'איני נוטל' וקשה שהרי כבר זכה בחלקו וכיצד יכול להסתלק בלא קנין. ואולי חייבים לומר שגזרת הכתוב היא, שאף שזכה לגמרי בחלקו יכול להסתלק, וצע"ג.

ו. סיכום

באנו לבאר במה זוכה הבכור ברגע מיתת האב לעומת הפשוטים.

א. לפי דעת רב נחשון גאון (אליבא דרבי וכך פסק להלכה) זוכה מיד בחלק כפול בירושה, כמו שאר שותפים, ולכן יש לו חלק כפול בשבח. וכן הפשוטים - כל אחד זכה בחלקו לגמרי.

ב. לפי דעת הרי"ף (לפי דרך אחת), הגדרת הירושה כולה כתפוסת הבית וגם השבח שייך לכלל הירושה (ולכן יש לדון אם הוי 'מצוי' או 'ראוי') והבכור זוכה בזכות של שני חלקים ויכול למוכרם, וגם הפשוטים יכולים למכור זכותם שבירושה.

ג. לפי הרשב"ם ברגע מיתת האב הירושה נופלת לתפוסת הבית וכולם – כולל הבכור, בעלים שווים בירושה, ולכן הפשוטים אינם יכולים למכור חלקם, אך דין מיוחד הוא לבכור שברגע שדורש חלקו

[9] לפי דברינו יוצא, שר' יונה שסובר שיש לפשוטים חלק גמור, זה רק לפי ההסבר השני שמביא שהטעם של רבי משום 'ארעיה אשבח', אך לפי ההסבר הראשון שנחלקו אם הוי ראוי או מצוי ודאי שלא למד שהפשוטים זכו וחייבים לבכור, שהרי בזה ודאי שהשבח של הפשוטים ואין סברא שהבכור יקבל חלק. וצ"ע קצת, שכן ר' יונה כתב שהפשוטים זוכים לגמרי ויש להם 'ארעיה אשבח' והרי כתב שהסברו תלוי במחלוקת סוגיות.

נעשה בעלים גמורים על חלקו (ויזכה גם בשבח) ולכן יכול למכור ולמחול על חלקו, שכן ביכולתו לזכות.

ד. לפי ר' יונה והריטב"א (ואפשר שכן דעת הרי"ף ותוס') משמע, שהפשוטים זוכים לגמרי בחלקם (אליבא דרבנן דרבי) אך הבכור אינו זוכה בחלק בכורה, ונראה שלמדו כדעת נתה"מ שלבכור יש זכות כמלוה ולכן אין לו חלק בשבח אך זכות זו ניתנת למכירה.

הרב יהודה צור

היחס בין מוחזקות לבין "מוחזק" בחלק בכורה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. מקור הדין של ראוי ומוחזק

ג. שיטת הרמב"ם בספינה והסוגיא בערכין

ד. עיון בשיטת הרמב"ם

1. קושיות הרשב"א על הרמב"ם
2. מהרשד"ם – חילוק בין גוף הספינה לדמי השכירות
3. מבי"ט – ספינה בים הוי ראוי
4. חתם סופר – זכיה בספינה בעודה בים
5. שיטת הרמב"ם בולד בהמה
6. קצוה"ח בבאור דברי הרמב"ם

ה. הגדרת ראוי בולד

ו. שיטת הרמ"א בספרים שנגנבו ולא נתייאש

ז. סיכום

א. הקדמה

מאמר זה בא לבחון האם יש קשר בין המושג מוחזק בממון' כלומר מצב שבו יש לאדם תפיסה מסוג כל שהוא (מרא קמא, הממון נמצא ברשותו וכו'), שבמקרה של היווצרות ספק לגבי ממון זה, כל מי שיבוא להוציא את הממון עליו יהיה מוטל להביא ראיה, לבין ההגדרה של "מוחזק" ביחס לבכור כלומר כל מה שאינו "ראוי", שבו נוטל הבכור פי שנים, מה שאין כן בראוי שבו הוא יטול רק חלק אחד כפשוט.

ולכאורה יש שלוש אפשרויות בענין זה:

א. המושגים כלל אינם קשורים זה לזה ואינם מושפעים זה מזה ויש כאן שיתוף השם בלבד.

ב. המושגים זהים לגמרי.

ג. המושגים אינם זהים, ונובעים מהגדרות שונות אך יש ביניהם קשר חלקי, כלומר שלא כל מה שמוגדר כמוחזק מבחינה ממונית יהיה מוחזק ביחס לבכור, אך לכיוון השני - מה שמוחזק בבכור ודאי נחשב מוחזק מבחינה ממונית ומה שמוגדר כלא מוחזק מבחינה ממונית ודאי שלא יכול להיחשב כמוחזק בבכור.

על מנת לברר ענין זה בשלמות יש לעבור על כל פרטי ההלכה הן בדיני מוחזקות של בכור והן בדיני מוחזקות ממונית ולבחון האם יש השוואה ביניהם, האם מקישים מדינים אלו לדינים אלו; אנו נתמקד במאמר זה בברור דעת הרמב"ם לגבי ספינה בדין ירושת בכור ועפ"י הדעות השונות בדין זה, ננסה לברר את ההגדרות הנ"ל היוצאות מהן.

ב. מקור הדין של ראוי ומוחזק

איתא בגמרא בב"ב קנג,ב:

> תנו רבנן: הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה, ובמוקדשין, ובשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן. כיצד? הניח להן אביהן פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה באפר, וילדה - בכור נוטל פי שנים, אבל בנו בתים ונטעו כרמים - אין בכור נוטל פי שנים...

וממשיכה הגמרא ואומרת על הברייתא

> הניח להן אביהן פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה באפר, וילדה - בכור נוטל בה פי שנים. השתא מוחכרת ומושכרת, דלאו ברשותא דמרה דידהו קיימא - אמרת: שקיל, רועה באפר מיבעיא? הא קא משמע לן, דמוחכרת ומושכרת דומיא דרועה באפר, מה רועה באפר - שבחא דממילא קא אתי ולא קא חסרי בה מזונא, אף מוחכרת ומושכרת - שבחא דממילא קא אתי, דלא חסרי בה מזוני.

שואלת הגמרא למה צריך גם את הדין של מוחכרת ומושכרת ביד אחרים וגם את הדוגמא של רועה באפר, הרי אם מושכרת ומוחכרת והיא ביד אחרים נחשבת מוחזק לענין ירושת בכור ק"ו לרועה באפר, אלא שרועה באפר מלמד על מושכרת ומוחכרת שכמו שרועה באפר נחשב שלא חסרי בה מזוני בשבח שמשביחה כך גם מושכרת ומוחכרת.

ג. שיטת הרמב"ם בספינה והסוגיא בערכין

הרמב"ם בהלכות נחלות ג,א בהביאו את הדין של אין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק כתב:

> אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויין לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקין לאביו שבאו לרשותו שנאמר בכל אשר ימצא לו, כיצד אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו הבכור והפשוט יורשין כאחד, וכן אם היתה לאביו מלוה או היתה לו ספינה בים יורשין כאחד.

מפשט דבריו של הרמב"ם נראה שהוא סובר שספינה כשלעצמה נחשבת ראוי ולכן בכור נוטל בה חלק אחד כפשוט. הראב"ד שם כותב: "דבר זה למד ממשנת ערכין פ' הישג יד" וכוונתו לדברי המשנה בערכין יז,ב שם מדברת המשנה על מי שהעריך. אם הוא עשיר נותן הוא כפי הערך הכתוב בתורה, אך אם הוא עני, ידו הוא בהשג יד, ישנו בהעמדה והערכה, וזה מה שהוא צריך לתת להקדש, ועל כך אומר התנא "אפילו מת אביו והניח לו ריבוא, או ספינתו בים ובאה לו בריבואות אין להקדש בה כלום" ובגמ' שם יח,א:

> ספינתו בים ובאה לו בריבואות עשיר הוא! אמר רב חסדא: כשהיתה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים. והאיכא שכירות! שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. ותיפוק ליה משום ספינה! הא מני? ר"א היא; דתנן, רבי אליעזר אומר: אם היה איכר - נותן לו צמדו, וחמר - נותן לו חמורו.

כלומר, אם ירש ספינה הוא עשיר, אם כן למה הוא לא נערך כעשיר? ומתרצת הגמרא, שמדובר שהספינה היתה מושכרת ומוחכרת לאחרים ע"י אביו, ושואלת הגמרא אם כן שיחשב עשיר בגלל דמי השכירות שמגיעים לו עבור הספינה? ואומרת הגמרא, שמכיון שאנו סוברים ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ברגע זה עדיין אין לו כלום. שואלת הגמרא, שיחשב עשיר מצד עצם הבעלות על הספינה? ועונה הגמרא, שזה לפי שיטת ר' אליעזר, שאומר שכאשר ההקדש גובה נכסים מאדם שהתחייב להקדש, משיירים לו גם כלי עבודתו כגון אם הוא איכר משאירים לו צמד בקר וכו', ומבינה הגמרא שלשיטת ר' אליעזר רכוש מסוג כזה לא נכנס להערכת הכהן האם האדם הוא עני או עשיר. יוצא שלענין סידור וממילא לענין עשירות ועניות בערכין, בעלות על ספינה לא מגדירה אדם כעשיר מכיון שהיא לא נגבית בסידור לשיטת ר' אליעזר.

ד. עיון בשיטת הרמב״ם

1. קושיות הרשב״א על הרמב״ם

מדברי הראב״ד, שמציין לגמרא זו, משמע שהוא מבין בדעת הרמב״ם, שכמו שבערכין אדם שיש לו ספינה לא מוגדר כעשיר ממילא גם בכור אינו מוגדר כמוחזק. המ״מ מביא שהרשב״א הקשה שתי קושיות: א. לפי שיטת חכמים בסידור, ספינה היא בת גביה, ורק ר׳ אליעזר סובר שלא גובים ספינה והלכה כחכמים, וממילא לענין ערכין ספינה תגדיר אדם כעשיר, ולכן בבכור לספינה יהיה דין מוחזק. ב. מה הקשר בין דין סידור לבין ראוי ומוחזק בבכור? כלומר מדוע שהדין שמשייכים לאדם ספינה כשבאים לגבות ממנו להקדש, וזה מגדיר בערכין האם הוא נחשב עשיר או עני, ישפיע על הגדרת הספינה כראויה ביחס לבכור? יש לציין שהרשב״א מבין שהראב״ד מודה לרמב״ם ומביא לו מקור, ולכן בדבריו הוא מקשה על שניהם.

2. מהרשד״ם – חילוק בין גוף הספינה לדמי השכירות

בכדי לתרץ את קושיות הרשב״א על הרמב״ם, ישנם שני כיוונים כלליים בהסבר דבריו.

הכיוון הראשון מופיע בין השאר גם במהרשד״ם (חו״מ שא), שמקשה על הרמב״ם קושיות נוספות: א. למה הרמב״ם מסמיך בהלכה א מלוה לספינה ואומר ששניהם הם ראוי לגבי בכור, ואם אנו מבינים כדבריו שספינה זה כפשוטו, מה פשר ההשוואה ביניהם. ב. הרמב״ם בהלכה ג דיבר על פרה מושכרת ואמר שהבכור נוטל פי שנים בה ובולדה אך השמיט את הדין לגבי השכירות עצמה האם הבכור נוטל בה פי שנים או לא. ג. אם באמת מבינים שהרמב״ם מדבר על ספינה ממש ושהוציא דין זה מהסוגיא בערכין, הרי הגמרא בערכין משוה שם בין ספינה לבהמה לענין סידור בשיטת ר׳ אליעזר, ואם זה מקור דינו של הרמב״ם כפי שהרשב״א הבין, אם כן הרמב״ם היה צריך לפסוק כך גם ביחס לבהמה.

ובישוב דעת הרמב״ם מכל הנ״ל אומר המהרשד״ם:

> ואני הדיוט לא יכולתי להתאפק יסבול הרמב״ם אלו התמיהות שהם מאפילות עד מאד על כן נראה בעיני לפרש דברי הרמב״ם באופן שלא ישיגנו שום אחת מהתמיהות הנז׳... על כן היה אומר לי לבי שכונת הרמב״ם במה שאמר או היתה לו ספינה בים ר״ל ספינה מושכרת או מוחכרת והכונה במה שאמר יורשין אותה כאחד ר״ל שכירות הספינה

ואתי שפיר דהוי דומה דמלוה ממש ולהכי עירב ותני דין מלוה עם הספינה דתרוייהו כי הדדי נינהו ואתי שפיר נמי שדין זה יוצא בפירוש מסוגיית ערכין הנזכרת דתני במתניתין היה עני כו' אין להקדש בהם כלום וקאמר טעמא בגמ' דאע"ג דאיכא שכירות כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עדיין עני הוא הכי נמי לענין בכור אעפ"י שהיה לאביו ספינה מושכרת בים והיה מגיע אלף זהובים מהשכירות כיון שעדיין לא הגיעו לידו הוי ראוי ולא מוחזק דהוי כדין מלוה ממש ואתי שפיר נמי דלא איצטריך ליה להרמב"ם להזכיר דין השכירות בפרה כיון שכבר הוזכר למעלה בדין הספינה אשר הוציאו מסוגית ערכין כנזכר כך נראה לי ליישב לשון הרמב"ם אף עפ"י שיש קצת דוחק בלשון מ"מ ראוי לבחור הרע במיעוטו ואפילו נניח שהאמת כמו שנראה מתוך דברי הרשב"א ז"ל שהבין כונת הרמב"ם ז"ל על הספינה ממש מ"מ יש לחלוק בין ספינה לפרה דספינה כיון שדרכה להיות תמיד בים מש"ה נקראת ראוי אבל פרה שאחר גמר ימי השכירות חוזרת לבית בעליה וברשותו נקראת משום הכי מוחזק.

הרמב"ם בהזכירו ספינה אינו מתכוין לגוף הספינה כי בה הוא ודאי מוחזק, אלא הרמב"ם מתכוין לדמי שכירות שחייבים השוכרים ששכרו מהאב, ולכן הרמב"ם הסמיך את דין הספינה למלוה כי זה היינו הך, וזו הסיבה שבגללה הרמב"ם לא התייחס לדמי שכירות הפרה בהלכה ט, הואיל וסמך על מש"כ בהלכה א, וכן מובן מה הוא למד מהסוגיא בערכין. בשלב שהגמרא מבינה שהמשנה מדברת על דמי השכירות, נחשב שזה עדיין לא ביד היתומים כי שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ומזה לומד הרמב"ם ששכירות אינה נחשבת כמוחזק, ובזה מתורצת קושיית הרשב"א.

ולמסקנת דבריו שם, שכל חפץ אפילו מושכר כגון פרה, סחורה שנמצאת בספינה, ספינה (אמנם לגבי ספינה מעלה המהרשד"ם אפשרות שגם גוף הספינה עצמו נחשב ראוי וכפי שנביא בהמשך) נחשב כמוחזק ולעומת זאת דמי השכירות על חפצים נחשבים כראוי מכיון שהם ממש כמלוה.

לכאורה, הגדרה זו ביחס לראוי ומוחזק מתאימה להגדרת המוחזקות הממונית מכיון שברור שבמקרה של מלוה ולוה, הלוה הוא זה שנחשב מוחזק מכיון שהוא מחזיק בכסף וכן גם פה מכיון שדמי השכירות הם חוב שהשוכר חייב ליתומים ממילא ברור שהם לא נחשבים מוחזקים בכסף, ומוכח שגם המהרשד"ם סבר כך בשיטת הרמב"ם, וכנ"ל, הוא מתרץ את קושיית

הרשב״א מהסוגיא בערכין בכך שמוכח שם שדמי שכירות לא נחשבים מוחזקים ביד המשכיר ולכן זה לא יחשיב אותו כעשיר, וזו ודאי הגדרה של מוחזקות ממונית, ואם ההגדרה של מוחזק בבכור היא אחרת עדיין קשה קושיית הרשב״א על הרמב״ם.

3. מבי״ט – ספינה בים הוי ראוי

הכיוון השני בישוב שיטת הרמב״ם מופיעה בין השאר במבי״ט (ח״א רפד, רפה) וכן בדברי מהר״י אדרבי שהבואו ע״י הלח״מ שם, וכך אומר המבי״ט הנ״ל:

> על כן נראה כי מה שמקשה הגמרא עשיר הוא היינו משום דבאה לו כבר הספינה ברבואות בשעה שהכהן מעריכו כמו שפירש רש״י ז״ל במתניתין, ואלו לא באה לא חשיב עשיר, ועל זה תירץ דאף על גב דבאה לו, לא היו הנכסים שלו אלא בשכירות ואין שכירות משתלמת אלא לבסוף, ואף על פי שהגיעה כבר הספינה לנמל כדתנן ״ספינתו בים ובאה לו ברבואות״ כל שהיא טעונה עדיין היא מושכרת עד שיפרקנה ממשאה ואין שכירות משתלמת אלא לבסוף ובשעת הערכה לא נשלם עדין השכירות.
>
> משמע, דכשהספינה ומה שבתוכה היא שלו לא חשיב עשיר אלא דוקא כשבאה כבר בשעת הערכה דהכי פריך על ובאה לו עשיר הוא דומיא דרישא דפריך על מת אביו והניח, עשיר הוא? וכו׳ ומשני אימא מניח שעדיין לא מת, אפילו שהיה גוסס והכי נמי בספינה שלא הגיעה, אפילו היתה כולה ומה שבתוכה שלו אינו נקרא עשיר כיון שהוא בתוך הים ומשום דבמתניתין קתני ובאה לו מוקי לה בשכירות דאע״ג שהגיעה לא נשלם שכירות כל שהיא טעונה עדיין בשעת הערכה אף על פי שהוא קרוב לקבל שכירותה אינו נקרא עשיר עדיין בשעת הערכה דומיא דהיה אביו גוסס בשעת הערכה ואפילו הכי אינו נקרא עדין עשיר עד שימות, וכן בשכירות דאינה משתלמת אלא לבסוף והיינו כשכלה כל השכירות שאינו משתמש שום דבר עוד בספינה דהיינו כשפרקה מכל וכל דאע״ג דאיכא מאן דפסק דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף אפילו הכי לענין תשלומין אין שכירות משתלם אלא בסוף כמו שכתב הרא״ש ז״ל פ׳ האיש מקדש בפסקיו וכו׳ ובסוף הוא כשכלה השכירות מכל וכל אף על גב שבאה כבר הספינה לנמל ועדין לא מיקרי עשיר עד שיהיה כלה סוף השכירות כדאמרינן.

לדעת המבי"ט, הרמב"ם לומד את דין הספינה מהגמ' בערכין, מכך שהמשנה אמרה "ספינה הבאה לו בריבואות" ועל כך שאלה הגמרא, הרי הוא עשיר יש לו ספינה וכו', ומשמע מהמשנה שכל הדיון הוא רק על ספינה הבאה לו כלומר שכבר באה והיא כבר נמצאת בנמל במקום בטוח, ועל מציאות כזו שואלת הגמרא "הרי עשיר הוא", אבל פשיטא לגמרא שספינה הנמצאת בלב ים מכיון שהיא במקום מסוכן זה לכו"ע לא יחשיב אותו כעשיר. ומכאן מסיק הרמב"ם, שספינה בלב ים נחשבת כראוי בבכור ולכן כשהוא כותב בהלכה שספינה יורשים אותה כאחד, הכוונה בספינה שנמצאת בלב ים ואפילו אינה מושכרת, והרשב"א אליבא דהמבי"ט הבין ברמב"ם שהוא מדבר על ספינה שנמצאת בנמל ושהיא מושכרת, ובכל זאת הרמב"ם כותב שהיא נחשבת ראוי ועל זה מקשה הרשב"א את קושיותיו, אך גם הרשב"א יודה לדין שספינה שנמצאת בלב ים וכל שכן סחורות שעליה ודאי שיחשבו כראוי ובזה כו"ע לא פליגי.

לפי הסבר זה ספינה, שהיא בבעלות גמורה של היורשים ואפילו אינה מושכרת, עצם זה שהיא בלב ים מחשיבה כראוי, למרות שמבחינת מוחזקות ממונית היא של היורשים ולכאורה פשיטא שאם יקדישו אותה כשהיא בלב ים היא תהיה מוקדשת, יוצא שאין שום קשר בין הגדרת מוחזקות בממון לבין הגדרת מוחזק בבכור.

4. חתם סופר- זכיה בספינה בעודה בים

החתם סופר בחידושיו על הש"ס (ב"ב קכג,ב ד"ה ואמנם) הולך בדרך אחרת. לדעתו הרמב"ם הוכיח את שיטתו בספינה מכך שהיה קשה לו למה המשנה דיברה דוקא על דוגמא של ספינה ולא על דוגמאות אחרות כגון פרה או צמד וכדו', אלא שהגמרא הבינה שבדבר כמו פרה שהגוף נמצא תחת ידי היושים וע"י הגוף הזה השכירות מתגדלת ומתרבה זה לא נחשב ראוי (וצ"ע שם בלשונו אך נראה שזו המשמעות שם), אך בספינה שיש בה כמה ספקות וסכנות אם בכלל תחזור לחוף ולא תטבע, לכן השכירות היוצאת ממנה נחשבת ראוי, אך כאן היה קשה לרמב"ם אם כן למה הגמרא מקשה שמצד הספינה עצמה יחשב לעשיר, הרי בספינה יש סיכון גדול שלא תחזור, אלא שצריך לומר, שכשהספינה שלו מלכתחילה כפי שמדובר שם, יציאת הספינה לים לא תוריד ממנו חזקת עשיר, אך במקום שמדובר ביורשים שירשו ספינה שהיא בים הדין הוא אחר, וכך כתב החת"ס:

> מה שאין כן בשמעתין, אנו דנים על הבנים שעדיין לא היתה הספינה ברשותם מעולם, אם כן כיון שהפליגה בים ואיכא כמה מי יימר לא ניקרו מוחזקים בשביל ספינה, אבל בשכר פרה אע״ג שאינו משתם אלא בסוף, מיקרי מוחזק, כיון שהוא ביבשה.

כלומר, שמכיון שהיורשים זכו בספינה כשהיא כבר בים, זה מחליש את הבעלות שלהם כלפיה ולכן זה יוגדר כראוי.

ומשמע מדבריו, שהוא הולך בדרך אמצעית, ולדעתו יש קשר מהותי בין הגדרת עשיר לענין ערכין לבין מוחזק בבכור ומשמע שזה יהיה נכון גם בכל שאר דיני ממון, וההגדרה לגבי ספינה היא שאם היא עברה לבעלותו כאשר היתה תחת ידיו ביבשה, ואז יצאה לים הספינה תחשב כמוחזק ואם הוא זכה בספינה כשהיא בלב ים היא תחשב כראוי בבכור וכלא מוחזקת בשאר דיני ממון, ולפי זה לכאורה יש לשאול לשיטתו האם יורשים שזכו בספינה יוכלו להקדיש אותה כאשר היא עדיין בים.

5. שיטת הרמב״ם בולד בהמה

דוגמא נוספת ממנה ניתן ללמוד לענייננו, היא הדין של פרה שילדה, כפי שראינו ברמב״ם (נחלות ג,ב):

> הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר וילדה הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים.
>
> והראב״ד השיג: זה המחבר פסק כרבי ואין הלכה כרבי.

טענת הראב״ד היא, שלכאורה דין זה של פרה שילדה נכון רק לפי דעת רבי אך חכמים חולקים וסוברים שדבר כזה נחשב שינוי ולכן הולד נחשב ראוי, ומסתמא הלכה כחכמים, ואם כן איך הרמב״ם פוסק כרבי. ה״ה שם כתב בישוב דעת הרמב״ם, ש״הולד לא נחשב כאישתני מכיון שעובר ירך אימו והוי ליה כלא אישתני״ וסיים שם ״וזה הטעם צריך עיון ומכל מקום כוונת רבינו כך הוא כמו שכתבנו״ עכ״ל.

6. קצוה״ח בביאור דברי הרמב״ם

קצוה״ח רעח,ג מביא את דבריהם וכותב כך: ״ולענ״ד נראה דהרמב״ם לטעמיה שכתב בפ״א מגנבה (הי״א) היתה מעוברת בשעת גניבה וילדה כו׳ דמשלם אותה ואת וולדותיה ע״ש. והראב״ד שם השיג וכתב דלידה חשיב שינוי.״ כלומר, הרמב״ם לשיטתו בענין זה של הולד כפי שרואים בהל׳ גנבה,

שמי שגונב בהמה מעוברת והיא ילדה ברשותו צריך להחזירה עם ולדותיה וזה לא נחשב שינוי, והראב"ד שם חולק על הרמב"ם וסובר שלידה זה כן שינוי ולכן הגנב לא צריך להחזיר את הולדות, אלא משלם רק דמי פרה מעוברת.

קצוה"ח מביא מקור לשיטת הרמב"ם (לפי מש"כ בסי' שנד,א): טעמא דהרמב"ם דהולד לא חשיב שינוי מהא דאמרינן בע"ז (מו,ב - מז,א) המשתחוה לקמת חטין מהו למנחות, יש שינוי לנעבד או אין שינוי לנעבד, אמר מר זוטרא בריה דרב נחמן ת"ש כל האסורין לגבי מזבח ולדותיהן מותרים ותני עלה ר' אליעזר אוסר כו' וה"נ כעיברו ולבסוף נרבעו דמי, ודחי לה הכי השתא התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה דשא הוא דאחידא באפה, הכא מעיקרא חיטין והשתא קמחא ע"ש, ומבואר דלידה לא חשיב שינוי ומשום דמעיקרא בהמה והשתא בהמה אלא שדלתי הרחם סגורים בפניה וע"ש. ומשום הכי סבירא ליה הכי נמי דלא הוי ראוי לענין בכור כיון דלא חשיב שינוי כלל. והראב"ד לטעמיה דס"ל לענין גנב וגזלן דהולד חשיב שינוי ומש"ה ס"ל דהוי ראוי. ולפי זה דוקא היכא דנתעברה בחיי אביו דאז נוטל בולדה אבל הניח פרה ריקנית ונתעברה וילדה אינו נוטל בזה פי שנים וזה ברור".

ביאור דבריו, שהגמרא בע"ז שואלת האם קמת חיטים שנעבדה כע"ז ונטחנה לקמח, האם מותר להקריב קמח זה למנחות, האם הטחינה נחשבת שינוי מספיק לענין זה או לא, ורוצה הגמרא לפשוט מדעת ר' אליעזר שאוסר להקריב ולדות של בהמה שנעבדה כשהיתה מעוברת, ולאחר מכן ילדה, ודוחה הגמרא את ההשואה כי הולד נמצא גם לפני הלידה אלא שיש "דלת" שסגורה בפניו, ואלו חיטים לפני זה היו חיטים ולאחר מכן התקבל קמח שזה משהו חדש לגמרי שלא היה כלל. ומביא מכך קצוה"ח ראיה לשיטת הרמב"ם שלידה לא נחשבת שינוי בניגוד לדעת הראב"ד שסובר שזה כן שינוי ולכן ביחס לבכור הולדות נחשבים ראוי.

עולה מקצוה"ח, שהוא משוה בין דיני גנבה לדיני ראוי בבכור לענין הגדרת שינוי, ואם בגניבה דבר נחשב שהיה מצוי ולא השתנה זה ילמד אותנו גם לגבי הגדרתו כמוחזק.

ה. הגדרת ראוי בולד

בעל טבעת החושן מעיר על קצוה״ח, שלכאורה אפשר לחלק בין הדברים ולומר שהגדרת שינוי לגבי גזלה אינה דומה להגדרת שינוי לגבי ע״ז ושניהם אינם דומים להגדרת ראוי בבכור ואלו דבריו שם:

> על כל פנים אפילו אי נימא דגזילה שוי לנעבד מ״מ בכור לא דמי לשם, דבבכור תלוי אם מצוי הדבר אצלו בחייו או לא, ואם כן מה לי אם ׳מעיקרא בהמה והשתא בהמה וכו׳... הא מ״מ אינו מצוי בחיי האב ולא עדיף מדבר הנגזל דחשיב ראוי וכמו שכתב הקצות בס״ק יד ומשום דאינו ברשותו, אף שיש לחלק דהולד חשיב ברשותו, דהא הוי באמת ברשותו, מ״מ מסתבר דאין זה מצוי בידו, דזה תלוי במציאות, ולא דמי לדלת דמ״מ אין יכול ליקח הולד כשהוא עכשיו, אלא שראוי להיולד, ועל כל פנים לא דמי זה לגזילה ונעבד וכו׳.

וביאור דבריו, שגם אם השואת קצוה״ח בין שינוי לגבי איסור נעבד לבין שינוי בגזילה מתקבלת, עדיין אפשר לחלק ביניהם לבין בכור, כי בבכור לפי דברי טבעת החושן, על מנת שהוא יהיה מוחזק הוא צריך להיות מצוי אצל הבכור וכמו שדבר שנגזל לא נחשב מוחזק לבכור כפי שאומר הקצות בהמשך בס״ק יד משום שאינו ברשותו, כך גם הולד שנמצא בתוך בטן אימו לא נחשב ברשותו על אף שהפרה ברשותו, אבל זה לא מצוי בידו, ולכן לפי דבריו בבכור, ולד כזה אמור להיות ראוי. ונראה שהקצות הבין שיש קשר מחייב בין הדינים ואם החפץ הנגזל נחשב עדיין כמוחזק ברשות הבעלים גם לענין בכור זה יהיה כך.

ו. שיטת הרמ״א בספרים שנגנבו ולא התייאש

דין נוסף בו מוצאים קשר בין שני הגדרים מובא בסימן רעח הנ״ל בסעיף י, בדברי הרמ״א: ״ואפילו נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מייאשם מקרי מוחזק״. ספרים נגנבו מהאב, ומסתמא אינו מתייאש מהם ולאחר מכן הוא נפטר, ואז הגנב החזיר את הספרים, יש להם דין של מוחזק והבכור יקבל מהם פי שנים.

וכתב הגר״א (שם כ): ״דדוקא מלוה משום דלהוצאה ניתנה, אבל גזילה בכהאי גונא שחוזרת בעינא וברשותא דמרא קאי. וצ״ע דהא קיימא לן (סימן שנד,ו) ״גזל ולא נתייאשו בעלים שניהם אינם יכולים להקדישו, זה שאינו שלו וזה אינו ברשותו, ועוד דאם כן מאי קמ״ל בב״ב קכג,ב ״הניח להן אביהן

בהמה מוחכרת ומושכרת וכו'", ובגמ' שם לא מתמה אלא אסיפא השתא וכו', משמע אבל רישא איצטריך לגופא".

ביאור דבריו, שההסבר בדברי הרמ"א הוא שדבר הגזול, בניגוד למלוה שלהוצאה ניתנה, נמצא תמיד ברשות בעליו ולכן הוא נחשב מוחזק, אך קשה על זה שהרי רואים בסימן שנד שחפץ גזול לא נחשב לגמרי ברשות בעליו ולכן הוא לא יכול להקדיש אותו, וכן מוכח מהגמרא בב"ב שהבאנו לעיל, שהגמרא מקשה פשיטא רק על הדין של בהמה שרועה באפר, אך על בהמה מוחכרת ומושכרת שמוזכרת בברייתא על זה הגמרא לא מקשה, ומשמע שיש בזה חידוש שזה נחשב מוחזק, משמע שגזול זה עוד פחות מוחזק מכך וממילא קשה על הרמ"א.

קצוה"ח בדעת רמ"א

קצוה"ח (שם יד) מסביר, שהרמ"א סובר שבדברים שאין דרכו של אדם להתייאש מהם על אף שהם גזולים ממנו והוא לא יכול לתת אותם במתנה, בכל זאת הם נחשבים מצויים ויש להם גדר של מוחזק, אך קצוה"ח אומר שלולי דברי הרמ"א היה נראה לו לומר אחרת ואלו דבריו שם: "ולכן לולי דברי הרמ"א נראה לענ"ד, דכל מטלטלין הגנובין והגזולין בין ספרים ובין שאר מטלטלין כל שאינו ברשותו להקדישו ולמוכרו הו"ל ראוי. ועיין בהגהת אשר"י פרק יש נוחלין (סי' יא) גבי הניח להם אביהם פרה מושכרת וז"ל, אבל מושכרת בלא שטר מספקא ליה אליביה דרבנן אם נוטל פי שנים מפרה עצמה כיון שיכול לכפור, ומדרבי נשמע לרבנן כמו דלרבי לא שקיל ממלוה בלא שטר וכן בשבח הפרה, ה"ה מפרה לרבנן וכרבנן קי"ל, מוהרי"ח עכ"ל. וכיון דאפילו מפרה מושכרת לא שקיל בלא שטר כל שכן מגזילת ספרים. ואע"ג דמשמע מדברי הפוסקים דנוטל מפרה מושכרת ולא ס"ל הך דהגהת אשר"י, היינו משום דפרה מושכרת ברשותו לגמרי להקדישו ולמוכרו כמו פקדון וכמ"ש בסימן ריא סק"ג, אבל גזולין וגנובין דאינו יכול ליתנו במתנה נראה דהוי ראוי, והנלענ"ד כתבתי."

ביאור דבריו, שהכלל הוא שכל מה שהוא לא ברשותו כך שהוא יכול להקדישו או לתיתו במתנה זה לא נחשב מוחזק והוא מביא דעת הגהות אשר"י הנ"ל, שסובר שכך הדין גם בפרה המושכרת ללא שטר, שמכיון שהנפקד יכול לכפור בה ממילא זה לא נחשב מוחזק, ואומר הקצות שאמנם רוב הפוסקים לא סבירא להו כהגהות אשר"י, מכיון שפרה מושכרת ומוחזרת כן נחשבת ברשותו של הבעלים מכיון שיכול להקדישה ולתת אותה

במתנה, מה שאין כן בדבר גזול, ולכן היה יותר נראה לומר שספרים אלו נחשבים ראוי.

ורואים גם בדין זה שהגר״א וקצוה״ח הקשו על הרמ״א מכח הגדרות המוחזקות בממון בדיני גזלה על הדין של הרמ״א במוחזקות של בכור ואף מציעים הסבר שמשוה בין הגדרים. כלומר שבמקום שאין בעלות ממונית כגון בחפץ גזול, מצב שמתבטא בחוסר יכולת להקדיש, זה יגדיר את הדין גם ביחס לדין מוחזק בבכור.

ז. סיכום

ניסינו לבחון האם יש קשר בין הגדרת מוחזק בממון לבין הגדרת מוחזק הבכור, והבאנו מספר מקרים לבחינה.

שיטת הרמב״ם בהלכות נחלות, שספינה נחשבת כראוי ביחס לבכור. הבאנו שלוש שיטות בדעת הרמב״ם:

א. מהרשד״ם – הרמב״ם דיבר על השכירות המתקבלת מהספינה שהיא נחשבת ראוי, אך לספינה עצמה יש דין מוחזק.

ב. המבי״ט – לכו״ע הספינה עצמה נחשבת ראוי כאשר היא בים מכיון שהיא במצב של סיכון גבוה שלא תחזור.

ג. החת״ס – ספינה שקודם היתה בבעלותו של אדם ורק לאחר מכן יצאה לים נחשבת כמוחזק גם בים, אך מי שזוכה בספינה כאשר היא בים כמו יורשים וכד׳ לגביו הספינה נחשבת כראוי, ואולי גם נחשבת לא בחזקתו גם ביחס לדיני ממון אחרים כגון להקדישה וכדומה.

לפי שתי השיטות הראשונות, פשוט שבעל הספינה נחשב מוחזק מבחינה ממונית, ולפי המהרשד״ם אפשר לדבר על התאמה בין המוחזקות הממונית למוחזק בבכור שהרי הספינה עצמה נחשבת מוחזקת בשני הדינים, ואילו בדמי השכירות היורשים אינם מוחזקים גם מבחינה ממונית, וכך גם בירושה, אך למבי״ט אין שום קשר בין המושגים ומה שנחשב כמוחזק מבחינה ממונית לא יחשב כמוחזק בירושה.

שיטת הרמב״ם בולד פרה, שנחשב מוחזק והסבר קצוה״ח שהרמב״ם לשיטתו בדיני גזלה, ששם גם כן הרמב״ם סובר שולד שנולד זה לא נחשב שינוי, ומשמע שקצוה״ח מבין שמה שלא נחשב שינוי שיוציא מרשות הבעלים בדיני גזלה יהיה נכון גם לגבי הגדרת ראוי ומוחזק כבכור.

וביחס לשאלה ההפוכה האם דבר שמוגדר כלא מוחזק מבחינה ממונית יכול להיות מוחזק בירושה, הבאנו את הדין של הרמ"א בספרים גנובים שלא נתייאש מהם שנחשבים מוחזק בירושה ואת קושיות קצוה"ח והגר"א שמשמע מדבריהם שלא יכול להיות דבר שלא יהיה מוחזק מבחינה ממונית למשל שלא ניתן יהיה להקדישו ובכל זאת יוגדר כמוחזק בירושה.

הרב ירון רוזיליו

מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. האם התנאי עוקר את הדין?

ג. עקירת הדין ע"י תנאי

ד. בשיטת התוספות

ה. הבנת אבי העזרי

ו. מתנה על מה שכתוב בתורה – מדיני תנאים

ז. הבנת החזון איש

ח. סיכום

א. הקדמה

איתא בכתובות נו,א:

> ...דתניא: האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה - הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי רבי מאיר, ר' יהודה אומר: בדבר שבממון תנאו קיים!

אדם המתנה על מה שכתוב בתורה בדינים שאינם של ממון קיי"ל דתנאו בטל. לדוגמא, אדם שיקבל על עצמו נזירות בתנאי, שיהא מותר בשתיית יין תנאו בטל, שהרי התורה אסרה על נזיר שתיית יין ולכן נזירותו חלה ללא תנאי (עיין נזיר יא,א).

גם במקרה הנ"ל, אם יתנה הבעל עם האשה "הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי חיוב עונה" סוברים חלק מהראשונים, שצערא דגופא של האשה אינו ניתן למחילה ואינו נידון כממון והרי הוא ככל מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל והיא מקודשת קידושין גמורים ללא כל תנאי.

אולם בתנאי הנוגע לממון, כלומר שהתורה חייבה ממון לזה וזיכתה לאחר והמחוייב מתנה שאינו רוצה בחלות ההתחייבות והמוטב מסכים לכך או אפילו כשהמוטב עצמו מתנה, סובר ר"י, שתנאו קיים ור"מ סובר שתנאו בטל ככל מתנה על מה שכתוב בתורה.

בגמרא בב״מ נא,א מבואר, שדינו של ר׳ יהודה אמור רק במקום שהמוטב מוחל על הממון המגיע לו. אולם אם הלה אינו יודע מכך ואינו מוחל, לדוגמא אדם המוותר על זכותו לתבוע אונאה והוא אינו מודע לשער השוק ואינו יודע שנתאנה, אזי התנאי בטל. מכאן נוכל להבין, שסברת ר׳ יהודה היא, שאף שמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל מ״מ בדבר הנוגע לממון אין דין התורה מוחלט אלא בא לזכות המוטב ולטובתו ואם רצונו למחול עליו הרשות בידו והתנאי במקרה זה אינו נגד רצון התורה. אולם ר׳ מאיר סובר, שכל ממון שעל פי דין מגיע לאדם הדבר נידון ככל דיני התורה ואין הדבר מסור למחילתו, והמתנה לעקור מציאות הלכתית זו מתנה נגד רצון התורה. לאחר שיגיע ממון זה לידו רשאי לנהוג בו כרצונו, אולם אין אפשרות לבטל את עצם ההליך המזכה לו ממון זה.

בגמרא מובאת מחלוקת ר״מ ור״י ביחס למקרים שונים. לדוגמא, המלוה את חברו ע״מ שלא תשמטנו שביעית (מכות ג,ב); המוכר חפץ לחברו ע״מ שאין בו דיני אונאה (בבא מציעא נא,א); אשה המוחלת על כתובתה עוד בהיותה נשואה (כתובות נו,א) ועוד.

להשלמת הענין יש להוסיף, שבכל תנאי שאדם מתנה, עליו להתנות כדיני התנאים. הכלל הוא, שכל תנאי צריך להיות דומה לתנאי בני גד ובני ראובן כפי שהתנה עמם משה את ירושת עבר הירדן המזרחי, בכך שיעברו חלוצים למלחמה. בין הדברים הנלמדים מכך – שיהא תנאי קודם למעשה, וכן לר״מ – שיהא תנאי כפול, היינו שיצויין בו מה יחול אם יקוים התנאי ושלא יחול אם לא יקויים התנאי. ועוד.

הדין הוא שכשאדם מתנה תנאי שאינו כדינו המעשה חל אף ללא קיום התנאי אף שהאדם לכאורה אינו מעוניין בכך. לדוגמא, אם יתן אדם לאשה כסף לקידושין ויתנה ״הרי את מקודשת לי בתנאי שתתני לי מאתיים זוז״ ולא כפל תנאו - כלומר שלא אמר ״ואם לא תתני לי לא תהיי מקודשת״ תנאו בטל ומעשה קיים - האשה מקודשת כאילו נתן לה כסף קידושין ללא כל תנאי, אף שנראה שהמקדש לא היה מעוניין בקידושין אלא אם תתן לו. (ובפוסקים יש חיוקים בין תנאי בלשון ׳אם׳ לתנאי בלשון ׳ע״מ׳ ובין ממון לאיסורים כגו״ק).

סברת הענין מופיעה בתוספות (כתובות נו,א ד״ה הרי זו מקודשת), שהיות ותנאי הוא חידוש התורה וללא חידוש זה לא היה ניתן לבטל מעשה ע״י דיבור בעלמא דלא אתי דיבור ומבטל מעשה, במקום שהתנה, שלא לפי

הגדרים שנתנה תורה תנאו מתבטל ודינו חוזר כאילו לא חידשה תורה דיני תנאי, כי אין בכח תנאי לבטל מעשה וע״כ המעשה תופס. הרמב״ן בב״ב קכו,ב הסביר זאת אחרת עי״ש.

מעתה לענייננו בנידון הנ״ל, שקידשה ע״מ שאין עליו חיוב שאר וכסות דינו ככל מתנה על מה שכתוב בתורה, דתנאו בטל לר״מ והרי היא מקודשת ללא תנאי ואף שלא רצה לקדשה אלא ע״מ שאין עליו חיובי שאר וכסות.

לכאורה פשט הביטוי ״מתנה״ על מה שכתוב בתורה מורה על דין מדיני תנאים. בנוסף לדיני התנאים האחרים, כגון, שיתנה תנאי כפול ושיקדים הן ללאו וכו׳ - ישנו דין נוסף - שלא יתנה על מה שכתוב בתורה. ובדבר שבממון נחלקו ר״מ ור״י האם נכלל הדבר בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה ופועל יוצא מכך הוא שלר״מ התנאי בטל ומעשה קיים.

נמצא לפי״ז, שמחלוקתם היא בדיני וגדרי תנאים מתי נאמר שתנאי קיים ומתי נאמר תנאי בטל ומעשה קיים.

ואכן במקרים רבים מביאה הגמרא תנאי בהקשר של מחלוקת ר״מ ור״י. כמו המלוה ע״מ שלא תשמטנו שביעית, המוכר ע״מ שלא יהא עליו דין אונאה.

אלא שהגמ׳ מזכירה את מחלוקת ר״מ ור״י גם במקומות בהם לא היו תנאים כלל. הגמ׳ בכתובות פג,א מביאה את שיטת רשב״ג, שא״א לבעל להסתלק מירושת אשתו, דהוי דין דאורייתא לשיטתו שם, היות והוא מתנה על מה שכתוב בתורה. ושם מדובר במעשה ״סילוק״ בלבד, שאומר ״דין ודברים אין לי בנכסייך לאחר מותך״ ולא בתנאי ובכל אופן לא מועילה הסתלקותו לדעת ר״מ, דמתנה על מה שכתוב בתורה הוא. וכן בגמ׳ הנ״ל בכתובות נו,א באשה המוחלת כתובתה לבעלה, שאי נימא שכתובה דאורייתא א״כ לר׳ יהודה צריכה מחילתה להועיל ולר״מ לא ושם מדובר במחילה רגילה, שאומרת או כותבת לבעלה, שמוחלת לו על חיוב הכתובה ולא בדרך תנאי.

מתוך כך יוצאת לכאורה הגדרה רחבה יותר למושג ״מתנה על מה שכתוב בתורה״ - כעין ״אי עביד לא מהני״ בממונות. היות ורצון התורה הוא, שבעל יירש את אשתו וכדומה, אין אפשרות לוותר על זכות זו ואין כאן דין בדיני תנאים בלבד. לאור הגדרה זו יש להבין מדוע מטבע הלשון של המחלוקת הוא ״מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון״ הרי המחלוקת אינה קשורה דוקא לתנאי. ומדוע באמת המחלוקת מוזכרת רבות בצורה של התנייה.

לקמן ננסה לבאר, האם אכן המחלוקת הינה בדיני תנאים גרידא או שהינה מחלוקת כללית ללא קשר לדיני תנאים.

ב. האם התנאי עוקר את הדין ?

הרשב״א (הו״ד בשטמ״ק כתובות נו,א) מסביר את מחלוקת ר״מ ור״י:

> הרי זו מקודשת ותנאי בטל ואף על גב דע״מ קאמר לה כיון דמתנה על הכתוב לאו בדוקא קא מתנה ואינו אלא כמפליגה בדברים ור׳ יהודה דאמר בדבר שבממון תנאו קיים לאו למימרא דסבר דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו קיים דהא קי״ל כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל וקי״ל נמי כר׳ יהודה דאמר בדבר של ממון תנאו קיים אלא דר״מ סבר דעל מנת שאין ליך דין שאר כסות ועונה קאמר ועל כרחו יש לה עליו דין שאר כסות ועונה דהכתוב חייבו. וכן באומר על מנת שאין לך עלי אונאה כאומר שאין לך עלי דין אונאה. ור׳ יהודה סבר דלאו דין שאר ודין אונאה קאמר אלא מחילת ממון יש כאן. כלומר שתמחול לי ממון האונאה שיש לך עלי או שתמחלי ממון השאר והכסות שיש לך עלי וממון ניתן הוא למחילה והרי זה כאומר לחברו קרע את כסותי והפטר דמחילת ממון יש כאן וקיים אבל אלו אמר לו קרע את כסותי על מנת שאין לי עליך דין נזיקין תנאו בטל דע״כ הכתוב רמיא עליו דין נזק. זהו דרכן של רבותינו בעלי התוס׳ שכתבו במס׳ גיטין. והיינו נמי דבממון דוקא תנאו קיים מפני שניתן למחילה אבל דבר שאינו של ממון כגון צערא דגופא דהיינו עונה לא ניתן למחילה ולא התנה עמה אלא להפליגה בדברים וכ״ש כשהתנה עמה בדבר שאינו בידה למחול כגון ע״מ שלא תהא זקוקה ליבם שזו מקודשת ותנאי בטל וכו׳.

חזינן בדברי הרשב״א, שאין הבדל עקרוני בין דבר של ממון לדבר שאינו של ממון ובשניהם א״א להתנות ע״מ לשנות דין התורה, ואדם שיתנה ע״מ לשנות דין התורה אפילו בממונות דינו ככל מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאי בטל ומעשה קיים. אלא שממון ניתן למחילה ויכול אדם להתנות עם חברו שימחל לו ור״מ שחולק סובר, שכוונת המתנה היא לעקור את עצם הדין וזה כאמור אי אפשר, ע״כ הוי מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאי בטל.

נמצא, שנחלקו רק באומדנת האדם המתנה. לר״י תלינן שכוונתו למחילה ולר״מ לעקירת הדין. מתוך דברי הרשב״א רואים, שמחילה אינה מנוגדת לרצון התורה ואין מניעה שאשה תמחל על חיוב כסות. אולם אין באפשרותו

של המתנה ליצור מציאות של קידושין ללא חיוב כסות, כי התורה חייבה כל בעל בחיובי שאר וכסות.

אלא שלפי זה יוצא, שכל הקידושין מיתלא תלי וקאי ואם תחליט האשה לא למחול לו אזי יתבטלו למפרע וזה קצת קשה דלא משמע כן (כה"ק האחרונים). ויש שרצו לומר כעין דברי הרשב"א אלא שהתנאי הוא שתסלק עצמה מזכויותיה לגבי שאר וכסות וזאת היא יכולה לעשות עכשיו ברגע הקידושין ושוב אינה יכולה לחזור בה. ולכאורה גם אם יכולה לחזור בה אפ"ל שהסתלקותה בשעת הקידושין קיימה את התנאי וקידושין קיימים והשתא שחזרה בה לא תגרום הפקעת קידושין.

לשיטת הרשב"א יש לעיין כיצד יוסברו הדברים במקומות נוספים. לדוגמא, הגמרא במכות ג,ב לענין המלוה את חברו ע"מ שלא תשמטנו שביעית. האם מחילת הלווה יכולה להועיל ששביעית אכן לא תשמט? או שנאמר שכוונת התנאי היא ע"מ שתשלם בכל מקרה אפילו חיוב חדש וצ"ל כשיטות הראשונים שחיוב כזה לא נשמט בשביעית (עיין ר"פ אע"פ בכתובות וברש"י ותוספות שם).

יש לעיין ממקומות שנשמע מהם, שאפילו למחול אי אפשר לדעת ר"מ בדבר שבממון כמו בסוגיא בכתובות שם לענין מחילת כתובה, ששם מסתבר שמחלה באופן רגיל ומדוע שלא תועיל מחילתה.

קצוה"ח (רט,יא) מקשה כיצד הרשב"א, שסובר שמחילה אינה מנוגדת לרצון התורה, יסביר את דברי רשב"ג בכתובות צג,א, שסילוק הבעל מירושת אשתו הוי מתנה על מה שכתוב בתורה ושם הרי מסתלק הוא וסילוק כמחילה.

ואכן נתה"מ תרץ קושיא זו, שלרשב"א סילוק שווה למחילה אלא שזה גופא קשיא, ששם חזינן שא"א להסתלק א"כ מדוע לרשב"א אפשר למחול. ויש התמהים על כוונת נתה"מ דבאמת קושיית קצוה"ח במקומה.

קצוה"ח שם מחלק בין מחילה שאפשרית, לבין סילוק שהוא יותר דומה לעקירת דין. ועיין קוב"ש (לכתובות פג,א) שיש שני אופנים להבין את ענין הסילוק. האחד, שמסתלק מ"דין בעל" שיש לו ביחס לנכסי אשתו. או אופן אחר – שמסתלק מזכותו בנכסים. ומביא כמה נפ"מ בזה. ויש שרוצים לומר שאי נימא שהסילוק הוא מדין בעל הוי יותר כעקירת דין וע"כ אינו אפשרי לר"מ וזו הבנת הרשב"א אולם אי נימא שסילוק הוא מזכותו בנכסים דומה הדבר למחילה.

ועוד הקשו האחרונים לשיטת הרשב״א, שאין מחלוקת עקרונית בין ר״מ לר״י וכל הנידון הוא רק בהבנת לשון המתנה, הרי יש מקומות שכלל לא הובא לשון של תנאי וכמו ״מתנה שומר חינם להיות כשואל״ (ב״מ צד,א) ועל איזה לשון פליגי.

וע״ק להבנת הרשב״א ממקומות מהם משמע, שמחלוקת ר״מ ור״י היא על עצם היכולת לוותר על ממון המגיע לאדם עפ״י התורה כמו בב״ב קכו,ב באב שמשנה את ירושת בניו ושם אין כלל תנאי ומה שייך למחלוקת באומדנא.

כדברי הרשב״א שמדובר בתנאי דמחילה נראה גם בדברי תוס׳ במכות ג,ב:

> על מנת שאין בו אונאה הרי יש בו אונאה...ולכך פי׳ רשב״ם ע״מ שאין בו אונאה משמע שלא יחול איסור לאו דלא תונו על המקח וע״כ הוא חל שאין יכול לבטל מאותה אונאה ע״מ שאין לך עלי אונאה כלומר שלא תתבע לי האונאה אלא תמחול לי תנאו קיים וה״נ על מנת שלא תשמט שביעית כלומר שלא יחול איסור שביעית אם אקח ממך אחר השמטה שביעית משמטתו והשתא ניחא שהן שוין.

תוס׳ מסביר את שינוי הדין בין האומר ״ע״מ שאין בו אונאה״ שתנאו בטל, לבין ״ע״מ שאין לך עלי אונאה״ שמועיל לר״י. ע״מ שאין בו אונאה הכוונה לדין אונאה וזה א״א לאדם להתנות לעקור הדין אולם ע״מ שאין לך עלי הכוונה שתמחל לי האונאה. וכן הבין הרש״ש בכתובות נו,א בכוונתם. (עיין שיעורי ר׳ שמואל מכות ג,ב שהבין אחרת). אמנם תוספות לא מפרטים את סברת ר״מ ויתכן שיסבירו שאפילו מחילה אינה מועילה לשיטתו ולא שאיכא אומדנא שכוונתו לעקור דין התורה כהבנת הרשב״א.

מ״מ יוצא לפי הבנת הרשב״א הנ״ל, שאין שום אפשרות לשנות את דין התורה אפילו בעניני ממון אלא שניתן להתנות עם מקבל הממון שימחל על ממונו ומחילה אפשרית היא.

לפי זה מוסכם הוא, שאדם שיתנה כנגד רצון התורה, היינו לעקור דין תורה ואפילו דינים הנוגעים לממון, נכנס לגדר ״מתנה על מה שכתוב בתורה״ ותנאו בטל. וכל הדיון הוא האם כוונתו למחילה או לאו. וא״ש שנחלקו ר״מ ור״י דוקא בתנאי וזה גופא מחלוקתם האם תנאי כזה הוי תנאי טוב או תנאי בטל.

ג. עקירת הדין ע״י תנאי

תוס׳ (כתובות שם ד״ה הרי) הביאו שהסוגיא מיירי בתנאי כפול, כלומר שאמר לאשה הרי את מקודשת אם לא יהא לך עלי חיוב שאר וכסות ולא תתקדשי אם יהא לך עלי חיוב שאר וכסות. תנאי לכל דיניו ודקדוקיו. אם לא כן, קיי״ל שתנאו בטל ללא קשר לכך שהתנה נגד רצון התורה אלא מעצם הענין שתנאו אינו כדין. ובזה נחלקו ר״מ ור״י האם כשמתנה נגד רצון התורה בדבר שבממון גורם הדבר לביטול תנאו.

בתורע״א (פאה סוף פ״ו) תמה, מדוע תוס׳ הדגישו זאת דהרי בפשטות אפ״ל שלא מדובר בתנאי גמור אלא ״שמקדשה בגרעון זכות זה״. כלומר הבעל מקדש את אשתו באופן שלא יהא עליו חיובי שאר וכסות והאשה מתקדשת על מנת כן והוי כשיור בקידושין. אלא שנחלקו ר״מ ור״י דלר״מ קידושין ללא חיובי שאר וכסות אינם כרצון התורה וע״כ דיבוריו ושיוריו בטלים והיא מקודשת כדינה עם כל חיוביה. ולר״י בדבר שבממון אין קפידא אם האשה מוותרת על זכויותיה ולא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה.

האפשרות לקדש ולשייר בקידושין אינה מוסכמת. רע״א סבר, שהיא קיימת אולם הגרשש״ק (כתובות סימן מט) חולק וסובר שאין אפשרות לשייר בקידושין ורק אם אדם מקנה לחברו חפץ יכול הוא לשייר לעצמו חלק בחפץ. אולם שאר וכסות אינם ברשות הבעל, שנאמר שהוא מעבירם לאשה בתהליך הקידושין אלא להפך, האשה היא המקנה את עצמה בקידושין ולא הבעל וחיובי שאר וכסות אתי ממילא ע״י הקידושין ואינם חלק ממעשה הקנין ולא שייך לשייר אותם בקידושין וע״כ תוס׳ לא הסבירו כן לדעתו. אמנם גם בדעת רע״א לא ברור שמדובר בשיור ממש. רע״א שם לגבי המוכר ע״מ שאין בו אונאה נוקט, שהכוונה היא שמוכרו ע״מ כן שלא יהא בזה זכות אונאה. נשמע בכוונתו שהכוונה היא לסילוק או מחילה של המקבל וה״ה בקידושין. מ״מ להבנת רע״א אין התנאי נצרך כאן.

אמנם חזינן, שתוס׳ נמנעו מלומר כן והדגישו דאיירי בתנאי גמור. וצ״ב מדוע לא הסבירו כרע״א.

נראה שרע״א סובר שמחלוקת ר״מ ור״י אינה שייכת כלל לדיני תנאים ולכן נטה לומר שבשיור אייריי. וכל הנידון הוא בתוצאה הסופית האם אפשרי ליצור קידושין ללא שאר וכסות. ואכן גם בהמשך דברי התוספות, דהקשו שלא יוכל אדם למחול חובו בתנאי הקשה רע״א מדוע נקטו דוקא תנאי הלא לר״מ א״א למחול אפילו שלא ע״י תנאי.

וגם במקומות אחרים רע״א מסביר כנ״ל. לדוגמא, המוכר ע״מ שלא יהא עלי אונאה (ב״מ נא,א) הכוונה שהלוקח מקבל ע״ע שלא יהיו לו זכויות אונאה במקח ולא מדין תנאי אתינן עלה.

לפי הבנה זו מובן מדוע מביאה הגמרא את מחלוקת ר״מ ור״י גם במקומות שאין בהם תנאי. שכן כל מחלוקתם היא, האם אדם יכול לשנות מציאות הלכתית ממונית – לר״מ אינו יכול, שכן דיני ממון נידונים ככל דיני התורה שהם מוחלטים ואינם ברי שינוי ור׳ יהודה סובר, שבממון התורה מאפשרת שינוי אם יסכים מקבל הממון לוותר על ממונו.

אמנם שאלנו בתחילת הדברים מדוע להבנה זו מוצאים את מחלוקת ר״מ ור״י במקומות שונים באופן של התנאה, להבנת רע״א הקושיא מעיקרה ליתא, שכן בכל המקומות לא מדובר בתנאי ממש אלא בהסכמה בין שני הצדדים, ויתור או שיור אבל אין שם ביטול המעשה ע״י תנאי.

לפי הבנה זו מה שאמרה הגמרא ״תנאו בטל״ אין הכוונה לביטול התנאי שאנו מוצאים בדיני תנאים באדם שלא מתנה כדינו אלא בהבנה פשוטה יותר – דבריו אינם מועילים כלל.

אולם, כאמור, תוספות לא פירשו כן.

ד. בשיטת תוספות

לדעתו ר׳ שמעון שקופ בחידושיו (כתובות סימן מט), אין להבין את שיטת ר״י כתנאי רגיל ״ע״מ שתמחלי״, דאם כן הקידושין מיתלא תלי וקאי, שאם האשה לא תמחול יתבטלו הקידושין למפרע. ועוד הוקשה לו, דאינה יכולה למחול בשעת הקידושין, שהרי עדיין אין לה זכויות דשאר וכסות והוי מחילה על דבר שלא בא לעולם וע״כ רק בנישואין תוכל למחול ולא משמע בסוגיא שהקידושין הן בתנאי כזה דלשון הגמרא ״ובע״פ לא...״ משמע שהבינה שניתן לעשות קידושין רגילים לגמרי ע״י תנאי זה. עי״ש.

וע״כ הבין ר׳ שמעון, שהתנאי הוא תנאי רגיל בו האדם מתנה את חלות הקידושין בכך שלא יחולו עליו חיובי שאר וכסות והכוונה שלא יחולו כלל ולא שיחולו והיא תמחל אותם.

אלא שבזה יש קושי אחר - איך יתכן שאדם יצור מעשה קידושין מסורס כזה שאין בו חיוב דשאר וכסות. הרי בכל תנאים בעלמא יכול אדם להתנות חלות מעשה בהתקיים תנאו והכא נמי יכול להתנות קיום קידושין בתנאי שירצה

ויכול לומר, שאם יחולו קידושין שיש בהם שאר וכסות אזי אינו רוצה בהם והדין צ״ל שאכן לא יחולו כי אין מציאות של קידושין ללא שאר וכסות אלא או שיש קידושין ואז ממילא יש חיוב שאר וכסות או שאין כלל מעשה קידושין אולם לעשות ע״י תנאי קידושין כאלו שאין בהם חיוב של שאר וכסות לא מצאנו ובאיזה אופן נוצרו כאלו קידושין. (לרשב״א לא קשה, שכן לשיטתו האשה מחלה על זכויותיה ובדבר שבממון ניתן למחול לשיטת ר״י אולם להבנה זו של ר׳ שמעון שעצם דין התורה נעקר ע״י תנאו קשיא).

וא״א לומר שהכוונה לשיור בקידושין, כמובא לעיל, ענין מחלוקתו עם רע״א.

מכח הנ״ל הבין ר׳ שמעון, שהתנאי עומד כאן ביסוד הענין וכל הסוגיא בנויה על ענין התנאי. וכנראה מדברי תוס׳, שהתנאי הוא ענין עקרוני במחלוקת ר״מ ור״י. ר׳ שמעון סובר, שכל ענינו של התנאי נסוב על יסוד דברי תוס׳ בפרק המגרש (גיטין פג,א) שאשה שקיבלה גט בתנאי שלא תינשא לפלוני - אף שנישאה לו לא נתבטל הגט. והסבר הענין, שיש כאן מהלך שסותר את עצמו מיניה וביה (׳גלגל החוזר׳). אם נישאת לאותו פלוני עברה על התנאי והגט מתבטל ונמצא שהיא אשת איש דראשון ואז ממילא א״א לה להנשא לשני ונישואיה כבר לא קיימים למפרע וא״כ מעשה הנישואין עם השני אינו יכול להיווצר כי מיד עם היווצרותו הוא מתבטל למפרע. אלא שהיה מקום לומר, שהנישואין חלים לרגע ואז מתבטל הגט ונמצא שהגט בטל ונישואין לא חלו. מ״מ חידשו תוס׳, שהגט לא מתבטל כי מעשה הנישואין לא יכול לחול ומעשה שאם יחול מיד יתבטל למפרע אזי הוא מראש לא חל. והיות וכן אין סיבה לבטל את הגט. וע״כ למעשה הנישואין אינם חלים וגם הגט אינו מתבטל.

בכל התנאים הבאים לבטל דין התורה האדם חייב להתנות באופן כזה שלא יאפשר את חלות הדין. המקדש אשה ע״מ שלא יהא חיוב של שאר וכסות נוצר מצב שאם יחול חיוב של שאר וכסות ממילא יפקעו הקידושין וללא קידושין ודאי שאין חיוב שאר וכסות ונמצא שחיוב שאר וכסות – מתבטל מיד כשחל (למפרע) וע״כ עפ״י היסוד הנ״ל אינו חל כלל ולא מתבטלים הקידושין. (וא״א לומר שגם הקידושין יתבטלו, שהרי מיד כשחלים הקידושין בא חיוב שאר וכסות ואזי הם צריכים להבטל וכו׳ דהרי עצם הקידושין קודם לחיובי שאר וכסות, שחלים רק עם הנישואין ואפילו היו חלים בקידושין מ״מ נראה שקודם חל עצם מעשה הקידושין ואח״כ חיובי הבעל הנובעים ממנו. כך נלענ״ד).

וכן באדם שהלווה ע״מ שלא תשמטנו שביעית, צ״ל שמתנה, שאם תשמטנו שביעית מעותיו יהיו פקדון למפרע ולא מלוה וממילא לא חל בהם דין שמיטה ונמצא דאין דין שמיטה יכול לחול על חובו, דמיד שבא לחול מתבטל למפרע ונוצרה הלואה שלא חלים בה דיני שמיטה.

אלא שכל זה הינו בגדר ״תחבולה״, שעל ידה הופקע דין התורה מלחול, אבל עדיין יש לדון מצד התוצאה שחלה כאן בניגוד לרצון התורה, ובהא פליגי ר״מ ור״י. לר״מ התוצאה אינה אפשרית וממילא קידושין כאלו לא חלים כפי תנאו ור׳ יהודה סובר, שבדבר שבממון שניתן למחילה לא הקפידה תורה ואם רצון האדם, שלטובתו נוצר הדין, לוותר עליו אין קפידא. ונמצא שבכל עקירת דבר מהתורה נצטרך לדון מצד ב׳ דברים, האחד באיזה אופן נעקר דין התורה, והשני האם התורה מאפשרת עקירה זו ולר׳ יהודה בדבר שבממון התורה מאפשרת.

מקומו של התנאי לפי הבנה זו הוא טכני לכאורה ועיקר הדיון האם אדם מתנה לעקור דבר מן התורה היא שאלה בתוצאת מעשהו האם היא סותרת את רצון התורה או לאו.

יש לבאר לשיטת הגרש״ש כיצד תתכן עקירת דבר מהתורה ללא תנאי. לדוגמא, בשיטת רשב״ג המובאת במשנה (כתובות פג,א), שאי אפשר להסתלק מירושת אשתו היות וירושה זו מהתורה והוי מתנה על מה שכתוב בתורה. ולר׳ יהודה שם יכול היות והוא דבר שבממון. ואיך יכול אדם לשנות דין התורה, לפיו ממון האשה עובר לבעלה אחר מיתתה, ע״י סילוק בלבד. ואם תאמר סילוק הוי כמחילה א״כ אין בזה כלל חסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה, שכן התורה לא הקפידה על מחילה א״כ כל הסוגיא שם לא מובנת, שנימקה את דברי רשב״ג בכך שאין אדם מתנה על משכ״ב.

לכאורה נצטרך לומר, שכל מה שהוקשה לר׳ שמעון הוא מציאויות שהתורה החילה עליהם דינים והאדם בא לשנות את מהותם. כגון קידושין ללא שאר וכסות או הלואה שלא תשמט בשביעית. אולם ויתור על כסף הוא מושג מוכר בדיני ממונות ואין צורך למצא כאן ״תחבולה״ אלא שיש לדון, שאף שבכח האדם ליצור מציאות ממונית כזו, האם התורה מאפשרת לה להתקיים. לרשב״ג שם שירושת אשה הוי דאורייתא, והתורה לא מאפשרת זאת, ולר׳ יהודה בדבר שבממון התורה כן מאפשרת אם המוטב מוותר.

לפי הבנה זו של הגרש״ש מחלוקת ר״מ ור״י היא אכן ענין עקרוני שאינו נוגע לדיני תנאים בדוקא. התנאי הוא מרכיב טכני בלבד, שעל ידו ניתן ליצור מציאות שונה מדיני התורה הרגילים.

בחידושי הגרי״ז (ריש הלכות נזירות) מביא מהלך. ביחס לגמרא בנזיר יא,א במי שמקבל על עצמו נזירות על מנת שיהא מותר בשתיית יין, מביא הגרי״ז, שאין אפשרות ליצור נזירות כזו אלא ע״י תנאי ככל דיניו. היות ומצאנו שבכחו של תנאי לעכב או ליצור חלויות א״כ ה״נ אם יתנה את איסור שתיית יין בתנאי אזי באמת האיסור לא יחול אלא בתנאו. אלא שסו״ס נזירות כזו אינה לרצון התורה וע״כ היא בטלה ככל מתנה על מה שכתוב בתורה.

חזינן שגם הגרי״ז סובר שמקומו של התנאי הוא ב״תחבולה״ אלא שלדידו התחבולה היא פשוטה יותר ועצם התנאי מסוגל ליצור אותה ללא המהלך הנ״ל שהביא ר׳ שמעון. לשיטתו אדם המתנה על חוב שלא יחול בו דין שמיטה יכול התנאי כשלעצמו להפקיע דין שמיטה. ונראה, שכוונת התנאי היא, שאם לאו יהיו המעות פקדון ונמצא שכל ענין מציאות החוב קיימת רק בתנאי שלא תהא שמיטה משמטת ובהא סגי אף ללא ההבנה שאם יחול יפקע וכו׳ כשיטת הגרשש״ק.

גם להבנה זו של הגרי״ז נמצא שמחלוקת ר״מ ור״י היא עקרונית, האם אפשר לשנות מדיני התורה בממון. התנאי הוא רק היכי תימצי לעשות זאת במקרים מסוימים.

לשיטתם א״ש, שמחלוקת ר״מ ור״י מופיעה בהקשר של תנאים, שהרי במקרים רבים זו הדרך הטכנית לשנות את דין התורה .

ה. שיטת אבי העזרי

הרב שך (נזירות א,יג) הביא את דברי הגרי״ז הנ״ל וחלק עליו בתוקף. הרב שך סובר, דא״א ע״י תנאי ליצור חלות כזו מסורסת ולא מצאנו תנאי אלא או שעוקר חלות או מקיימה אבל לשנות אופי של קידושין או נזירות שתחול בחלקה לא מצאנו ולא שייך להתנות, שאיסור שתיית יין לבדו יהא תלוי בתנאי כזה או אחר, אלא או כל הנזירות חלה או שלא. היות ונזירות היא דבר שבידו לקבל יכול הוא להתנות את קבלתו בתנאי אולם לאחר קבלתו אין לו אפשרות לשנות את דיני התורה האמורים בנזירות אפילו ע״י תנאי.

הרב שך סובר שלא נחלקו ר״מ ור״י בתנאים דוקא אלא יסוד מחלוקתם הוא האם בדבר של ממון ניתן לעקור את דין התורה - לר״י היות וממון ניתן למחילה ניתן לוותר על דין התורה בממון ולר״מ א״א. בזה דומה הבנתו להבנת רע״א.

הסיבה שאנו מוצאים, שנחלקו בתנאים היא שממחלוקתם היסודית הנ״ל נגזרת מחלוקת נוספת בדיני תנאים. קיי״ל, שמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל ומעשה קיים, א״כ אדם שיתנה עם אשה שתתקדש לו בתנאי שאין לו עליו חיוב שאר וכסות לר״מ הוי מתנה על מה שכתוב בתורה, שכן א״א לעקור חיוב שאר וכסות וע״כ תנאו בטל והיא מקודשת ללא שיור. ור״י לשיטתו, שאפשר לעקור א״כ התנאי הוא תנאי טוב וקידושיו חלים בהתאם לתנאו.

הרב שך לא מוטרד מהשאלה כיצד יעקר חיוב שאר וכסות או דין שמיטה בשביעית. לדעתו אם בשעת חלות המעשה ישנה הסכמה של המוטב לזה לר״י סגי בזה כי כן דיני תורה בממון. ואפילו באופן שיעשה קידושין ללא כל תנאי רק ישייר חיובי שאר וכסות יועיל לר״י (וכהבנת רע״א הנ״ל) וכל ענין התנאי הוא רק נפ״מ במחלוקת ר״מ ור״י.

להבנתו, א״ש כל המקומות שאנו מוצאים מחלוקת ר״מ ור״י ללא תנאי שכן בזה גופא נחלקו אלא שיש בדבר נפ״מ גם בדיני תנאים שהוי תנאי פגום ובטל.

מה שהוקשה לי בדבריו (וכיו״ב ראה אצל ר׳ שמואל במכות ג,ב בהקשר אחר) שמתוס׳ בכתובות פג,א מוכח שאכן התנאי הוא המפקיע דין התורה ולא רק מהווה נפ״מ.

למדנו במשנה בריש הכותב, שאדם יכול להסתלק מפירות נכסי מילוג של אשתו או מירושתה לכשתמות, שלא ירשנה. הגמ׳ מסבירה זאת על סמך דברי ר׳ כהנא, שנחלה הבאה לאדם לפני שזכה בה יכול להסתלק ממנה אפילו בלשון גרוע. ועוד משמע בגמרא, שהוא דוקא בדינים דרבנן, שסילוקו מתפרש כאומר ״אי אפשי בתקנת חכמים״. (ונחלקו ראשונים אם הוא בדוקא או אפילו בדאורייתא מועיל סילוק עיין ר״ן ותוספות שם).

תוס׳ שואל שם למה לי כל עניני הסילוק הרי אנו מוצאים לעיל שאדם יכול לקדש אשה ע״מ שאין חיובי שאר וכסות וזה אפילו במידי דאורייתא וא״כ מדוע שלא יקדשנה ע״מ שיהא מסולק מירושתה או מנכסיה ותירצו ששם

איירי שעושה בדרך תנאי ולכן מועיל טפי אולם אם יעשה בדרך סילוק הדבר כפוף לכללי הסילוק בסוגיין. ואה״נ אם יעשה תנאי כדינו כלומר שהאשה תתנה שאינה מתקדשת אלא בתנאי שהוא מסולק מירושתה – יועיל אפילו אי נימא ירושה דאורייתא ללא כפיפות לדיני סילוק. וגם לפני אירוסין נוכל לומר שקדשה על דעת כן.

חזינן, שאם הוא מסתלק לבד כחו מוגבל. אולם אם יתנה, שכל הקידושין תלוים בזה שלא יהא לו דין בנכסיה יהני טפי. בשלמא להבנת הגרשש״ק והגרי״ז א״ש, שבכח התנאי ליצור מציאויות מסוימות, אולם הרב שך הבין שלתנאי אין שום עדיפות אז אם אין בו כח להסתלק מה יועיל תנאי.

קצוה״ח (רט,יא) מבין הבנה דומה לשיטת האבי עזרי ורע״א. וזה לשונו שם:

> היינו משום דבדבר תורה הו״ל מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל, ואע״ג דכל מילי דתנאה היינו תנאי בשעת מעשה והסילוק שהוא שלא בשעת מעשה אינו נראה דרך תנאי, אפילו כה״ג נמי שייך מתנה על מה שכתוב בתורה. וראיה לזה מהא דתנן פרק יש נוחלין (ב״ב) קכו,ב פלוני בני לא יירש לא אמר כלום, ואמרי עלה בגמ׳ לימא דלא כר׳ יודא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים ע״ש, ומבואר דכל האומר נגד דבר תורה אפילו שלא היה תנאי בשעת מעשה כי האי דירושת בנו, נמי הו״ל מתנה על מה שכתוב בתורה

נראה מדבריו, שישנה הו״א לומר, שענין מתנה על מ״ש בתורה הוא רק בתנאי ממש בשעת חלות אלא שמהסוגיות משמע שהוא כלל רחב יותר ואפילו ללא תנאי סובר ר״מ שא״א להתנות על מה שכתוב בתורה. אין בדבריו הסבר לתפקיד התנאי אלא הרחבה סתמית לדין דמתנה על מה שכתוב בתורה. ובזה נראה שהוא סובר כבעל האבי העזרי.

ו. מתנה על מה שכתוב בתורה- מדיני תנאים

לכל הבנות האחרונים הנ״ל רואים, שמחלוקת ר״מ ור״י אינה בדיני תנאים אלא רחבה יותר. התנאי שייך למחלוקת אבל הוא אינו לוז הענין. יתכן ותוס׳ לכה״פ בתחילת הדברים הבינו אחרת.

תוס׳ בכתובות שם, אחרי שדן בשאלה מדוע לפי ר״מ חלים הקידושין אף שהאדם לא מעוניין בהם ללא קיום תנאו. דן בעצם שיטתו, שא״א להתנות אפילו בדבר שבממון. וז״ל:

וא״ת כיון דשייך מתנה על מה שכתוב בתורה אפילו גבי ממון א״כ לא יוכל אדם למחול חובו לעולם על ידי תנאי שאם יאמר עשה עמי היום וחובך מחול לך יהא מתנה על מה שכתוב בתורה מיהו מלוה לא חשבינן כתובה בתורה דאפילו למאן דאמר (קדושין יג,ב) מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי היינו דוקא כגון נזקין וערכין ופדיון הבן דמסברא לא הוה מחייבינן להו אם לא שחייבתו תורה בפירוש אבל מלוה כולי עלמא מודו דלא טרפא ממשעבדי דאינה באה מכח התורה דסברא הוא שיש לו לשלם מה שלוה ממנו אבל קשה דלעניין נזקין (וערכין) נימא שלא יוכל למחול דמתנה הוא על מה שכתוב בתורה וכי תימא ה״נ והתנן בהחובל (ב״ק צב,א) קרע את כסותי ושבר כדי על מנת לפטור פטור ותירץ ה״ר אלחנן דהתם נמי אם היה אומר קרע ושבר ע״מ שאין לי עליך דין נזק הוי חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה אבל למחול יכול וכן הכא גבי שאר כסות ועונה דוקא כשאמר על מנת שאין ליך עלי דין שאר כסות ועונה הוי מתנה על מה שכתוב בתורה אבל ע״מ שתפטרי אותי משאר כו׳ פטור וכן על מנת שאין לך עלי אונאה על מנת שאין לך עלי דין אונאה וכן על מנת שלא תשמיטנו שביעית ועי״ל דנזקין לא דמו לקדושין דהכא היינו טעמא דאין קדושין לחצאין דאין לך קדושין שאין לה עליו שאר כסות ועונה וכן גבי נזיר אין נזיר לחצאין אבל גבי נזקין לא שייך למימר הכי וא״ת א״כ היכי מדמה בפרק המגרש (גיטין פד,א) הרי את מגורשת ע״מ שתאכלי בשר חזיר למתנה על מה שכתוב בתורה והא בתנאי זה לא הוי גרושין לחצאין וי״ל דגבי ממון דניתן למחילה דוקא אמרינן טעמא משום דלחצאין אבל גבי איסורא לא בעינן האי טעמא...

תוס׳ הקשה, שאם כל ויתור על ממון חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה לא יוכל אדם למחול חובו ״על ידי תנאי״. וצריך ביאור שכן אם תוס׳ סברי בהו״א, שמחילת חוב הוי נגד רצון התורה, א״כ מדוע בעינן דרך תנאי הלא אפילו מחילת חוב רגילה ללא תנאי הוי מתנה על מה שכתוב בתורה, דהרי כל ענין התנאי הוא רק ״תחבולה״ ועיקר החסרון הוא שהתוצאה הסופית היא נגד רצון התורה וא״כ אפילו ללא תנאי אין אפשרות למחול חוב. וכדחזינן בריש פרק הכותב, שאפילו בסילוק ללא כל תנאי איכא חסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה.

ואכן בספר דברי שר (סימן מ,ב) כותב על קושיית תוס׳, שלכאורה כך צ״ל גם ללא תנאי וצ״ל שמה שכתבו הוא לאו בדוקא ואף שקשה לדחוק כן בכוונתם מ״מ הכרח הוא. וכן בספר ביאורי סוגיות לב״ב פ׳ יש נוחלין הביא דברי תוס׳

הנ״ל והשאיר בצ״ע. על דרך זו מובא בחידושי רע״א במקום, דהיה מקום להקשות אפילו ללא תנאי. אלא שגם בתוס׳ רי״ד מובאת השאלה כנ״ל וא״כ קשה לומר שנקטו לאו בדוקא.

הנראה לענ״ד שאם נעקוב אחר מהלך דבריהם יתכן להבין פשט אחר.

רבים הבינו בתוס׳ שחולק על הרשב״א, שנקט שהכא אם אמר ״ע״מ שתמחלי לי״ לכו״ע הוי תנאי טוב אלא שנחלקו ר״מ ור״י באומדנא דידיה ותוספות סברי שהתנאי הוא ע״מ שלא יהא דין כלל (עיין ר׳ שמואל מכות ג,א וכן הגרשש״ק כתובות מט). וזו אכן הבנת תוספות באחד התירוצים לקמן.

אלא שנראה לי שבתחילת הדברים הבינו תוספות שתנאו הוא ״ע״מ שתמחלי לי״ וכהבנת הרשב״א, וכמובא בריש דבריהם שדיברו על מחילת האשה אלא שאת המחלוקת לא רצו להבין כדעת הרשב״א שנחלקו רק באומדנא דידהו אלא הבינו אחרת.

ברור שגם לר״מ אשה המוחלת חיובי שאר וכסות לבעלה אחר נישואין המחילה חלה, כמובא ברשב״א דמחילה מועילה, שהרי לא חייבת לקבל הימנו ואם תמחל לא נאמר שהוא חייב לתת לה בכל אופן ע״מ לקיים ציווי התורה עליו. ונאמר שמ״מ סובר ר״מ, שאם הוא מתנה זאת הוי תנאי שלא כרצון התורה אף שהתנה בפירוש שתמחל ולא שיעקר הדין וממילא תנאי בטל ומעשה קיים. (אמנם תוספות בראשית הדברים הביאו שאם מוחלת אין מחילתה מחילה צ״ל שזה רק בהו״א בדעת ר״מ שם, שההבנה היא שמקודשת כיון שקיימה את התנאי למחול ויש בכל אופן חיובי כסות ועונה כי מחילתה לא הועילה אולם בהמשך הדברים אחרי שהסבירו מדוע תנאי בטל ומעשה קיים אפ״ל שסברי שמחילה מועלת כהבנת הרשב״א).

ר״י סובר שאי אפשר לומר שיש דבר שהוא אפשרי מדינא ובכל אופן יחשב נגד רצון התורה והיות והוא דבר שבממון שניתן בפועל למחילה אין מניעה להכניס זאת לתוך התנאי.

שיטת ר״מ שסובר מחד שהממון ניתן למחילה ומאידך שהוי נגד רצון התורה היא שיטה מחודשת וצ״ל שהתורה רוצה שבעל ישלם לאשתו ואף שניתנה לה היכולת למחול.

החזו״א (אבה״ע נו,ט) מביא ״שזה אופי החיים וטוב ההנהגה הראוי לעם ישראל״ אמנם בדבריו שם נימק מדוע לר״מ א״א למחול כלל. אבל אנו

נאמר, ע״מ ליישב פשט דביר תוס׳, שיש כאן מצב ביניים, שבו הדבר ניתן למחילה לפי ר״מ אלא שבכל אופן אין זה רצון התורה שתמחול זאת לבעלה.

נמצא שבשלב זה נחלקו ר״מ ור״י בדיני תנאים בלבד. ולכל הדעות אפשר למחול ללא תנאי. אלא שר״מ חידש, שאם אדם מכניס זאת לתוך תנאי, היות וזה נגד רצון התורה תנאו בטל. ור׳ יהודה סבר שאין זה נגד רצון התורה דהוי דבר שבממון. לפי זה א״ש, שהסוגיא מביאה מחלוקתם בדיני תנאים וכן בעוד מקומות רבים בש״ס. (אלא שעדיין קשה להבנה זו מאותם מקומות שאין שום תנאים ובכל אופן מוזכרת מחלוקת ר״מ ור״י.)

וע״ז הוקשה לתוס׳ קושיית הראשונים מדוע לר״מ היא מקודשת הלא אינו רוצה בקידושין כאלו. וזו שאלה כללית בדיני תנאים מדוע אמרינן ״תנאי בטל ומעשה קיים״ נגד רצון המתנה. ותירצו כנ״ל שתנאי חידוש הוא וכו׳.

אלא שאח״כ שאלו אליבא דר״מ, שאפילו תנאי דממון שניתן למחילה גורם לביטול התנאי א״כ בכל חוב דעלמא אף שודאי ניתן למחילה מ״מ יגרום לביטול התנאי ושאלתם הינה בדוקא על מחילת חוב בתנאי דמחילה ללא תנאי א״ש שניתן לעשות וכל קושייתם היא לר״מ. ולפי זה אין כוונת שאלתם שלא יוכל אדם למחול חוב בתנאי והחוב לא ימחל אלא להפך שהחוב ימחל מיד מחמת שתנאו בטל ככל ״תנאי בטל ומעשה קיים״.

ויש לבאר לפי הנ״ל את המשך דבריהם.

״מיהו מלוה לא חשבינן כתובה בתורה...היינו דוקא כגון נזיקין... אבל קשה דלעניין נזקין נימא שלא יוכל למחול דמתנה הוא על מה שכתוב בתורה..״ תוס׳ מצמצם את השאלה ואומר, שמלוה לא הוי כחיוב שאר וכסות והיא אינה חשיבא ככתובה בתורה היות ומסברא ג״כ היינו אומרים שחייב להחזיר חובו ורק נזיקין או פדיון הבן יחשבו ככתובים בתורה ואותם נשווה לכסות ועונה אלא שאז קשה מזה גופא שלא יוכל למחול את חובו בנזיקין. אלא שלאמור לעיל הכוונה דוקא בתנאי (ובשונה מהבנת רע״א במקום שהבין שקושייתם היא אפילו לא בתנאי).

״ותירץ ר׳ אלחנן דהתם נמי...״. תוס׳ מחלק בין ע״מ שאין בו ״דין״ נזק או שאר וכסות לבין ״ע״מ שתמחלי״. רק בעקירת דין איכא חסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה אבל במחילה ליכא חסרון. בזה תוס׳ משנה את תפיסתו הראשונית במחלוקת ר״מ ור״י וסברי השתא, שהתנאי הוא ״ע״מ שלא יהא דין שאר כסות ועונה״ אבל מחילה ודאי לא הוי נגד רצון התורה.

והשתא כבר אין צורך להגיע לחילוק הנ״ל בדברי ר״מ, שמחד אפשר למחול ומאידך הדבר גורם לביטול התנאי. דעד השתא שתוספות נקט שבמחילה איירי ומחילה אפשרית הוכרח להבנה זו, אולם השתא שאיירי בעקירת דין אה״נ רק דבר שא״א לעשותו גורם לביטול התנאי וע״כ תנאי דמחילה לא יגרום לביטול התנאי.

וכאן נזדקק להבנת הגרשש״ק הנ״ל והגרי״ז באיזה אופן נעקרו חיובי שאר וכסות ע״י תנאו ללא מחילה מצידה.

בזה יש להעיר, שמדברי ר׳ שמואל ל(מכות ג,ב) וכן מדברי ר׳ שמעון בכתובות שם משמע שה״תחבולה״ הצליחה לעקור את דין התורה אלא שאח״כ היות והתוצאה היא נגד רצון התורה היא לא מתאפשרת לדעת ר״מ. אולם מדברי תוס׳ משמע, שלר״מ היות והוא מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל מעיקרו והוי כלא התנה כלל ואזי גם בהעדר תנאי גם התחבולה לא הצליחה.

״ועוי״ל...אין קידושין לחצאין...״ תוס׳ מחלק בין קידושין לבין נזיקין. אין קידושין לחצאין, ואילו בנזיקין שייכת מחילה. לכאורה ניתן להסביר תירוץ זה בשני אופנים: אפשרות אחת דהוי תירוץ נוסף ונפרד מהתירוץ הראשון ותוס׳ חוזר להבנתו הראשונה, שהתנאי כאן ״ע״מ שתמחלי לי״ אלא שתוס׳ סברי שר״מ פוסל התנאי רק בקידושין דהיות ורצון התורה הוא שיהיו קידושין שלמים עם חיוב שאר וכסות בזה אמרינן שמתנה נגד רצון התורה ותנאו בטל ואף שיכולה באמת למחול. אבל בנזיקין אם יתנה ע״מ שימחול אין קפידא ואין בדבר לבטל את תנאו. אבל אם יתנה ״ע״מ שאין לך דין נזיקין״ הוי דברים בטלים לעקור דין וודאי שתנאו בטל.

לפי זה אנו מצמצמים את סברת ר״מ רק למקרי מחילה מסוימים, שאף שבכח האדם למחול מוגדרים הם ״נגד רצון התורה״ כגון חיובי שאר וכסות שאף שהתורה מאפשרת מחילה אין זה רצונה. מעתה יש מקום להשאר עם ההבנה הנ״ל, שגם במקום שאפשר למחול מ״מ אם אדם יתנה ע״מ כן יגרום הדבר לביטול התנאי. אלא שהדבר נכון רק במקומות מסוימים כמו קידושין דאינם לחצאין וכדו׳.

וההבנה ״אין קידושין לחצאין״ היא לא שא״א ליצור כזו מציאות, שהרי ע״י מחילה ללא תנאי אפשר ליצור קידושין לחצאין אלא שהתורה אינה רוצה במציאות כזו וע״כ אם יתנה כן תנאו בטל ומעשה קיים לדעת ר״מ.

אפשרות נוספת היא, שתירוצם בנוי על התירוץ הקודם ובאמת רק בעקירת דין איכא חסרון בתנאי ולא במחילה אלא שגם עקירת דין מתאפשרת היכא שלא נוצרת מציאות מעוותת כמו קידושין לחצאין.

לפי הבנה זו, אין הכרח לומר בדעת ר״מ, שישנם דינים שבממון שניתנים למחילה אבל הכנסתם לתנאי גורמת לביטולו. מודה ר״מ, שאם יתנה ״ע״מ שתמחלי לי״ לא יגרום הדבר לביטול התנאי אולם היכא שכוונתו לעקור הדין ממש יאמר ר״מ שהוי מתנה על מה שכתוב בתורה.

לפי הבנה זו בדברי התוס׳, אכן נחלקו ר״מ ור״י בדיני תנאים בלבד: האם התנאי לעקור או למחול דין גורם לביטול התנאי. והסגנון המקובל בגמ׳ ״מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון״ אכן מדוייק, שכן בזה עיקר מחלוקתם.

בלא תנאי - לפי ההבנה הראשונה בתוס׳ אין מחלוקת בין ר״מ לבין ר״י, שכן לכו״ע ניתן למחול על זכויות ממוניות אפילו שהתורה היא זו המזכה אותם.

בהבנה זו בדברי התוס׳, אף שיש בה ליישב פשט דבריהם קיים קושי. אנו מוצאים מקומות רבים בהם נחלקו ר״מ ור״י בדינים שאינם קשורים לתנאי וכנ״ל. כמו הנידון בסוגיא שם עצמה – אשה המוחלת כתובה לבעלה – ושם הרי מדובר במחילה רגילה לכאורה. (אמנם עי״ש בראשונים שישנם הבנות נוספות). וכן הנידון בכתובות פג,א לגבי הסתלקות מירושה ששם איירי שלא ע״י תנאי ובכל אופן הגמרא מקשרת זאת למחלוקת ר״מ ור״י. ואילו לפי ההבנה הנ״ל אין שום ראיה, שנחלקו ר״מ ור״י בעצם היכולת למחול על דבר שבממון אלא רק על דיני התנאים הנגזרים מכך.

אמנם אפשר לומר, שתוס׳ הבין, שמלשון הגמרא ״מתנה על מה שכתוב בתורה״ וכן מכך שהמחלוקת הובאה רבות בצירוף תנאי שמחלוקתם היא בתרי אנפי. ראשית, האם תנאי דמחילה הוי תנאי גרוע ובטל וכהבנה הנ״ל. ושנית, במקומות אחרים האם ניתן ליצור מציאות ממונית נגד דיני התורה אפילו ללא תנאי. והמכנה המשותף הוא, שלר״מ דבר שבממון חמיר טפי וקרוב הוא לכל מתנה על מה שכתוב בתורה ולר״י היכא שהמוטב מוחל אין זה נגד רצון התורה כלל.

ז. הבנת החזון איש

החזו״א (אבה״ע נו,יז) מבין אחרת בדברי הרשב״א. החזו״א התקשה כנ״ל כיצד יתכן לומר שנחלקו ר״מ ור״י באומדנא של המתנה הרי אנו מוצאים את מחלוקתם אפילו ללא תנאי או במקומות דאף שאיכא תנאי לא מוזכר לשון התנאי ובזה לא שייך שנחלקו באומדנת לשון המתנה.

להבנתו, שיטת ר״מ היא, שאף שיכול אדם למחול על חיוב ממוני שמגיע לו עפ״י תורה, ויכולה אשה למחול על שאר וכסות מ״מ היכא שהמחילה מתבצעת בזמן חלות הדין כך שלעצם חלותו מתלווה המחילה הוי נגד רצון התורה ולא חל או שתנאי בטל ומעשה קיים. ולר״י אפילו בכה״ג אפשר למחול. לחזו״א לא קשה מהמקומות בהם נחלקו ללא הבאת לשון התנאי כמו מתנה שומר חינם להיות כשואל היות ובקבלת השמירה והחיובים היוצאים ממנה הוא מתנה לשנות את דינו הוי נגד רצון התורה.

יש שהעירו על דבריו, שלשון הרשב״א אינה מורה כן. אולם בכל אופן ישנה כאן הבנה נוספת במחלוקתם, באופן שאף שר״מ מאפשר מציאות של מחילה היא אינה אפשרית בשעת חלות הדין וא״ש הגמרא בכתובות פג,א דעת רשב״ג, שהסילוק מירושה הוי מתנה על מה שכתוב בתורה שכן שם הסילוק גורם לדין הירושה לא לחול כלל ואפילו נימא שסילוק כמחילה.

ח. סיכום

הביטוי ״מתנה על מה שכתוב בתורה״ נראה כלקוח מדיני התנאים. וכן נראים דברי תוס׳ בכתובות נו,א הנ״ל. אולם מאחר ואנו מוצאים מחלוקת זו במקומות בהם לא הוזכר תנאי כדינו הבינו אחרונים רבים, שכלל זה הינו רחב יותר ואינו שייך רק לדיני תנאים אלא עיקר ענינו הוא האם יכול אדם לשנות דיני תורה הקשורים לממון, במקום שהמוטב מוכן לוותר עליהם. אלא שאז הוקשה לשיטתם מדוע הגמ׳ מביאה זאת בהקשר של תנאי ומדוע תוס׳ עומדים כל כך שהתנאי הוא תנאי כדינו וכגדריו.

בסופו של דבר אנו מוצאים ראיות לשתי ההבנות הנ״ל.

א. שיטת הגרשש״ק והגרי״ז היא, שהתנאי נותן את היכולת ליצור חלויות שא״א ליצור בכלים אחרים כגון הפקעת חיוב שאר וכסות בקידושין. והשאלה האם הוי מתנה על שכתוב בתורה תידון על עצם החלות שנוצרה

כשהמחלוקת בין ר״מ ור״י היא ככל המקומות שבהם לא הוזכר תנאי – האם חלות ממונית שאינה כדיני התורה אפשרית היא.

ב. הרב שך באבי עזרי סובר, שהתנאי לא שייך כלל לעצם המחלוקת וניתן ליצור חלויות של קידושין ללא שאר וכסות ע״י שיור וכדומה. התנאי רק מהווה נפ״מ מסוימת, שבה אליבא דר״מ, מתהפך הדין ובמקום שלא יחול כלל הוא חל ללא תנאי מדין ״תנאי בטל ומעשה קיים״ וזו הסיבה שהגמ׳ מביאה את מחלוקתם בצירוף תנאי.

ג. רע״א נטה לומר, שהגמ׳ כלל לא מדברת בתנאי אלא בשיור ולדעתו אין שום קשר בין דין מתנה על מה שכתוב בתורה לבין דיני תנאים. אלא שבעצמו העיר שמתוס׳ לא משמע כן.

ד. בדברי הרשב״א שהבאנו בראשית הדברים, אנו רואים כהבנה פשוטה שכל מחלוקתם היא בדיני תנאים בלבד, כשיסוד המחלוקת הוא אומדנת המתנה. אלא שבדבריו אין התייחסות לשאר המקומות שבהם אנו רואים שר״מ סובר שא״א לשנות דין התורה אפילו במחילה ללא תנאי.

ה. ראינו שניתן להסביר פשט בדברי תוס׳ ע״י שנחדש הבנה מסוימת שישנם דינים שאף שאפשריים הם, כמו מחילת שאר וכסות, מ״מ גורמים הם לביטול התנאי היות אין הם כרצון התורה ולפי זה אכן נחלקו בדיני תנאים עצמם. אלא שלהבנה זו נצטרך לומר שהגמרא מבינה שר״מ ור״י נחלקו בשתי מחלוקות שאף שיש קשר ביניהם מ״מ שתי מחלוקות הן.

הרב נוריאל בן סימון

מצר שהחזיקו בו רבים

ראשי הפרקים

א. הצגת הסוגיא

1. שיטת רשב"ם

2. שיטת תוספות

3. שיטת בעל המאור

ב. כיצד זוכים הרבים בדרך?

1. שיטת רבינו יונה

2. שיטת רשב"א וריטב"א

3. שיטת רשב"ם

ג. בירור בדין מצר שהחזיקו בו רבים

1. מצר שהחזיקו בו – תקנת חכמים

2. חזקת הרבים – מדין חזקת תשמישין

3. איסור לצער או מצוה

4. הפקר בי"ד

ד. מסקנה להלכה

א. הצגת הסוגיא

1. שיטת רשב"ם

איתא במשנה בבא בתרא (צט,ב):

מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד - מה שנתן נתן, ושלו לא הגיעו. ובאר רשב"ם שחלקו שנטל עכשיו לא זכה בו והרי יש להם שני דרכים, הדרך שהלכו בה מעולם, וגם הדרך שנתן להם עכשיו.

כיצד היתה זו דרך הרבים? באר רשב"ם – "שהוחזקו לעבור שם מעולם או ע"י בעל השדה שנתן להם מתחלה את הדרך". למדנו מדבריו שחזקת הרבים צריכה לבא בדרך של היתר, שהוחזקו שם מעולם או שבעל השדה נתן להם

את הדרך, משמע שאם עברו שם הרבים מעצמם ללא הסכמת הבעלים לא זכו בה.

ובגמרא שאלו אמאי שלו לא הגיעו? וברשב"ם – למה לא תיקנו חכמים שהחלפת הדרך תועיל, כיון שאינו מפסיד את הרבים, ובכגון דא כופין על מידת סדום.

ובגמרא יש שלשה תירוצים:

רב זביד משמיה דרבא- שמא יתן להם דרך עקלתון. וברשב"ם, שכך תיקנו חכמים, דלא ליהוי דידיה אפילו היכא דנתן להם דרך ישר כשלהן, דזימנין דאתי למיתב להו דרך עקלתון והם לא יתנו אל לבם דקדירא דשותפי לא חמימא ולא קרירא וחשו חכמים לתקנתא דרבים טובא.

רב משרשיא משמיה דרבא- בנותן להם דרך עקלתון.

רב אשי- כל מן הצד דרך עקלתון היא, קרובה לזה ורחוקה לזה.

נפ"מ בין התירוצים בנותן להם דרך ישרה, לרב משרשיא- שלו הגיעו דלא חיישינן שיתן להם דרך עקלתון. לרב זביד ולרב אשי הפסיד את שלו או משום החשש שירמה את הרבים או משום שכל דרך שמשנים את מיקומה יש בני אדם שנעשית להם רחוקה וחשיבא להו דרך עקלתון. (רשב"ם כתב שאין נפ"מ בין רב זביד לרב אשי אלא חילוק טעמים כעין משמעות דורשים איכא בינייהו).

עוד בגמרא: ולימא להו: שקלו דידכו והבו לי דידי! – הצלחנו להבין למה בעל השדה אינו רשאי לתת לרבים דרך חלופית מחוץ לשדה, אך צריך להבין מדוע הפסיד את הדרך שנתן להם, יטען הבעלים בואו ונחזיר את המצב לקדמותו.

וזה לשון תשובת הגמרא שם:

> הא מני? רבי אליעזר היא; דתניא, ר' יהודה אומר משום רבי אליעזר: רבים שבררו דרך לעצמם - מה שבררו בררו. לרבי אליעזר, רבים גזלנים נינהו? אמר רב גידל אמר רב: כגון שאבדה להן דרך באותה שדה. אי הכי, אמאי אמר רבה בר רב הונא, אמר רב: אין הלכה כר"א? מאן דמתני הא לא מתני הא. וטעמא מאי? משום דרב יהודה, דאמר רב יהודה: מצר שהחזיקו בו רבים - אסור לקלקלו.

והעולה מהגמרא שתי אפשרויות בהסבר הדבר:[1]

א. המשנה היא אליבא דר' אליעזר שסובר שרבים שבררו להם דרך, היינו שהחליטו ללכת דרך שדה מסויים, אפילו שבעל השדה לא הסכים לכך מה שבררו בררו, ונחלקו אמוראים בדעתו רבה בר רב הונא אמר רב למד את דבריו כפשטן ודחאם מהלכה. ואילו רב גידל אמר רב העמידם בשאבדה להם דרך באותה שדה.

ב. רבה בר רב הונא שדחה את דברי ר' אליעזר מעמיד את המשנה כר' יהודה שסובר שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

הוסיפה הגמרא לשאול "ור' אליעזר, רבים במאי קנו ליה?" ובאר רשב"ם ששאלת הגמרא היא לרבה בר"ה שלמד את דברי ר' אליעזר כפשטן, שרבים שבררו דרך זכו בה. כיצד קנו הרבים את הדרך, וכי בדיבור קנו להּ? ותרצה הגמרא שקנו ע"י הליכתן בשדה, ור' אליעזר לשיטתו דס"ל שאפשר לקנות ע"י הליכה ופליגא דחכמים דס"ל דאין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק.

העולה מתוך הנ"ל שיש שני מסלולים לרבים לזכות בדרך:

א. רבים שבררו להם דרך- לר' אליעזר זוכים בדרך אף בניגוד לדעת הבעלים, ודרך הקנין היא בהליכה בעלמא, ונדחה מהלכה דהרי רבנן פליגי עליה.

ב. מצר שהחזיקו בו רבים- לר' יהודה, בפשטות נראה שצריך הסכמת הבעלים, מהא דדחה רבה בר"ה את ר' אליעזר והסכים לר' יהודה, וראה להלן.

עד כאן העולה מן הסוגיא לדעת רשב"ם.

2. שיטת תוספות

רשב"ם באוקימתא ראשונה פרש, שאם במקרה בו רבים בררו להם דרך זכו בה אפילו בניגוד לדעת הבעלים, כ"ש במשנה שזכו הרבים, שהרי הוא נתן להם את הדרך.

עוד פרש רשב"ם שיש שתי אוקימתות למשנה כר' אליעזר, וכר' יהודה.

[1] אליבא דרשב"ם דגרס "ולרבה בר רב הונא טעמא מאי" ועפ"ז יש שתי אוקימתות למשנה.

תוס׳ (ק,א ד״ה כגון) הקשו על רשב״ם שלש קושיות:

א- בריש המניח (כח,א) מפרשת הגמרא את משנתינו בפשטות משום מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, בלי להביא עוד הסברים בדברי המשנה, מזה משמע שאין חולק על רב יהודה בהסבר המשנה. ודלא כרשב״ם שכתב שיש ב׳ אוקימתות למשנה.

ב- אם אפשר להעמיד את המשנה באבדה להם דרך, ולכן מה שבררו בררו. הרי שרבה בר רב הונא גם מסכים להעמדה זו, ואמאי מחפשת הגמ׳ הסבר לשיטתו בדברי המשנה?

ג- ה׳כל שכן׳ אינו נכון, תינח באבדה להם דרך דזכו, דממ״נ יש להם דרך באותה שדה. אבל במשנה ממ״נ יש להם דרך שלא כדין, ואין שום סיבה שהבירור שלהם יזכה להם.

ומסיק תוס׳ שני ביאורים בגמרא:

א- שמהלך הגמרא הוא כך: מעיקרא נסתה הגמרא להעמיד את המשנה כר״א, וכשהוצרכנו להעמיד את דברי ר״א בשאבדה להם דרך ממילא א״א להכניס את זה במשנה (וכאמור כי אין כ״ש), מכח זה חפשה הגמרא הסבר אחר למשנה והעמידה כר׳ יהודה, והוא ההסבר היחיד למשנה.

ב- מהלך הדברים הוא כך: הגמרא העמידה את המשנה כר״א ור״א מיירי באבדה להם דרך, לפי רב גידל. וא״כ חכמים שחולקים על ר״א באבדה יחלקו על המשנה.

אולם לרבה בר״ה ר״א מיירי בלא אבדה, וע״ז רבנן פליגי. אבל באבדה רבנן מודו לר״א שרבים זכו בדרך, ואזי יש להעיד משנתנו באבדה להם דרך ולדברי הכל. ולבסוף שאלה הגמרא מ״ט דמיא מתניתין לאבדה? והעלתה משום מילתא דרב יהודה שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

העולה מדבריהם שיש שני מהלכים להסביר את המשנה להלכתא:

א. כר׳ יהודה ומשום מצר שהחזיקו בו רבים.

ב. כר״א ומשום רבים שבררו להם דרך.

3. שיטת בעל המאור

משנתינו הועמדה כר׳ אליעזר לפיו רבים שבררו להם דרך - מה שבררו בררו, ור׳ אליעזר ס״ל כר׳ יהודה אף במחילה בטעות, ומשנתינו היא מחילה בטעות, שהרי בעל השדה התכוון להחליף את הדרך ולא לתת להם דרך חדשה, והואיל ולא קיי״ל כר״א משנתינו אינה להלכה ומה שנתן לא נתן.

ומצר שהחזיקו בו רבים דזכו בו זה דוקא במתנה גמורה או במחילה גמורה, אבל במחילה בטעות כעין משנתינו לא.

בעל המאור כתב שהרב אלפסי לא פירש כן, והיינו משום שהרי״ף הביא את המשנה בלי להביא דבר מסוגית הגמרא, ולפי״ז יש לדייק שס״ל לרי״ף שמתניתין הלכתא היא.[2]

ב. כיצד זוכים הרבים בדרך?

הגמרא הקשתה לר״א כיצד הרבים קנו את הדרך, ותמהו רבותינו הראשונים זיע״א מדוע הגמרא לא שאלה זאת על דברי רב יהודה שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, כיצד זכו הרבים בדרך. ומצאנו בדברי רבותינו כמה דרכים ביישוב הדבר.

1. שיטת רבנו יונה

רבינו יונה (ד״ה ור״א רבים במאי קנה ליה) כתב כך וז״ל:

> ... משום דרב יהודה לאו מדינא קאמר לה אלא אסור לקלקלו קאמר, לפי שאסור לצער לרבים ולקלקל מצר שהחזיקו בו כיון שהרגילו להלוך בו ברשות. אבל ר״א מדינא קאמר לה, חדא דאיסור לא שייכא במילתא אי לית בה דינא, כיון דלאו ברשות בעל השדה עשו כן, ועוד דלשון מה שבררו בררו דאמר משמע דמן הדין בירתן קיימת.

---

[2] הרמב״ן במלחמות העיר על דברי בעל המאור, שכיון שלא מצינו מחלוקת במשנתינו ע״כ משנתינו דברי הכל היא וצא ובקש לה טעם. והסביר בדברי שלום (לרב אביאל אונשיין), שכוונת הרמב״ן למה שכתב בחידושיו, דאי ס״ל לר״א דאף כשלא אבדה להם דרך זכו בה אין טעם בדבר, והדבר תמוה וכי אמר ר״א דינא בלא טעמא?! אלא ע״כ לומר שאף אלה שפרשו בדברי ר״א כן תלו שנפלה טעות בדבריו ולא אמרם מעולם, ונמצא שאין מחלוקת בדבר.

יוצא מדברי הר״י, שאכן אין קנין שעל ידו זכו הרבים בדרך, ולאו מדינא קאתינא עלה אלא מצד איסור. דכיון שהורגלו הרבים ללכת בדרך הזו, קיים איסור לצער אותם.

יש להסתפק בדעת רבנו יונה, מה מקור האיסור הנ״ל, האם זו תקנת חכמים לטובת הרבים, או שמא זה איסור דאורייתא של הונאה שאסור לצער את הבריות, וצ״ל למה דוקא ברבים האיסור הזה שייך, ולא נאמר כן אף ביחיד. ועי׳ לקמן.

2. שיטת רשב״א וריטב״א

הרשב״א (ד״ה ורבי אליעזר) תרץ וז״ל:

> אבל בדרב יהודה ומתני׳ לא מבעיא ליה דכיון שהבעלים מדעת עצמן נתנו להילוכן של רבים הרי הוא כשביל של כרמים דמודו ליה רבנן לר׳ אליעזר דנקנה בהילוך.

כלומר לדעת הרשב״א, מצר שהחזיקו בו רבים נקנה בהילוך, ואף חכמים מודים בזה, כיון שניתן להם ע״י הבעלים להליכה, מהני ההילוך.

ובשו״ת הרשב״א (ח״א סי׳ אלף קנב) כתב שיש שני אופנים לקנות את המצר א. ע״י הילוך. ב. ע״י מעשה ואפילו קודם הילוך. ואי״ז סתירה להכא, דבמתניתין מיירי באופן הא׳, ופשוט.

הריטב״א כתב וז״ל:

> והנכון דלרבנן בדאיכא דעת אחרת מקנה אותו או כשהחזיקו ברשות כדר׳ יהודה פשיטא ליה דדרך נקנה בהילוך, אבל בדר״א (שנטלו) מעצמן וכו׳ ואפי׳ כדרב גידל קשיא ליה היאך נקנה להם, ופרישנא דאפילו לר״א נקנה להם בהילוך, אע״ג דאיכא גריעותא שלא ירד בה מדעת בעלים, דהילוך לר״א קנין גמור כעין נעל גדר ופרץ, שהרי הוא קונה בשדה כדתניא וכו׳, וזה ברור.

יוצא מדברי הריטב״א שס״ל כרשב״א שהדרך לקנות את המצר היא ע״י הילוך, ואף רבנן מודו בהא, היכא דאיכא דעת אחרת, או כשהחזיקו ברשות.

3. שיטת רשב״ם

הרשב״ם (ד״ה שהחזיקו בו רבים) כתב שאופן קניית המצר כדלהלן:

שהשווהו ותיקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבים מחל וכ״ש מתני׳ שנתן להם ההוא דרך בידים הלכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו.

כלומר דוקא ע״י עשיית מעשה הרבים קונים את הדרך אבל לא בהילוך גרידא. וכנראה דס״ל דהילוך לא קונה בשום אופן לחכמים ורק ע״י חזקה בגוף הקרקע מצו לקנות.

בעל אולם המשפט (סי׳ שעז) כתב לבאר דברי רשב״ם, שמה שבעינן דוקא ״תיקנוהו והשווהו״ זה כדי ליצור חזקה לאלתר, אבל מודה רשב״ם שגם בהילוך לחוד, נוצרת חזקה אלא שבעינן כמה ימים.[3]

נמצנאו למדים שלש דרכים בזכיית הרבים במצר:

א. לרבינו יונה- אין לרבים כלום אלא איסור הוא דרביע על בעל השדה לקלקלו.

ב. לרשב״א ולריטב״א- יש לרבים קנין בשדה וזה ע״י הילוך.

ג. לרשב״ם- יש לרבים קנין ע״י חזקה שיעשו בקרקע.[4]

ג. בירור בדין מצר שהחזיקו בו רבים

וצ״ל מה מקור הדין שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו: א. האם זה נובע מאיסור תורה (אולי של הונאה). ב. או שמא, זו תקנת חכמים לטובתם של הרבים.

---

[3] ע״פ דבריו כתב בשו״ת משפטי חיים (סי׳ כט) שלמעשה אין מחלוקת בין הראשונים, אלא רשב״ם דבר על חזקה מידית והרשב״א דיבר על חזקה לזמן, ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

[4] בשו״ת הנ״ל כתב להסביר מחלוקת הראשונים כך: נחלקו הראשונים משום מה מהני חזקת הרבים. הרשב״ם למד שזה מדין מחילה, והר״ש (אהלות יח,ד) למד שזה מועיל מדין יאוש. וא״כ לצד שזה משום יאוש, הרי שאין הרבים קונים את הקרקע, כי לא מועיל יאוש על דבר שברשותו, ולכן כל מה שיש על הקרקע זה איסור להזיק את הרבים וזו דעת רבינו יונה. אמנם לטעם שמשום מחילה נגעו בה, א״כ הרבים קנו ממש את הדרך. לפ״ז צ״ל שגם הרשב״א סובר שהטעם הוא משום מחילה, אלא שנחלק על רשב״ם מתי נקרא שהבעלים מחל, האם בהליכה גרידא כבר הו״ל למחות ומדלא מחה מחל. ואילו רשב״ם סובר, שאין דרך האדם למחות כל זמן שלא בצעו חזקה ברשותו, ולכן רק אם תקנו את הדרך, הו״ל למחות ואם שתק הרי שמחל להם.

אם כצד ב׳ צריך להבין מה תיקנו רבותינו, האם תיקנו שהדרך תהיה ממש של הרבים. או שרק השביחו את חזקתם או טענתם של הרבים, שבאופן של ספק א״א להוציא מהם.

עוד צ״ל למה הדין הזה שייך רק ביחס לרבים, מאי אולמייהו דרבים מיחיד? או שמא הדין הנ״ל שייך גם ביחיד? דבר שלא נמצא בפוסקים.

1. מצר שהחזיקו בו רבים – תקנת חכמים

והנה בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג [(ח״ד (דפוס פראג) סימן קו] כתב וז״ל:

> ובכמה דוכתי אשכחן דחשו רבנן טובא להפסד דרבים, דהא מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו (ב״ב ק,א) כגון מי שהיתה דרך רה״ר עוברת בתוך שדהו ונטלה ונתן להם מן הצד (ב״ב צט,ב) וכיו״ב וטעמא משום דכל היכא דאיכא טענה כל דהו לרבים חשיבי כמוחזקי׳ דאל״כ לא הי׳ להם תקנה לרבים שכל א׳ יעשה עולה ויחשוב בלבו מי יתבעני לדין מאן פייס ומאן שביק קידרה דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא לכן יש לנו (להחשיב) כמוחזקי׳ לבד מהיכא דידוע שאין הדין עמהם דמשום דרבים נינהו אין להעביר הדרך על שום אדם אטו רבים גזלנים נינהו.

ומדבריו למדנו תרתי: חדא שהדין הנ״ל הוא תקנת חכמים לטובת הרבים, משום פסידא דרבים, דאם חכמים לא היו מתקנים להם הם היו ניזוקים, דקדירא דבי שותפי...

ואידך, שמהות התקנה היתה שהרבים לעולם יחשבו כמוחזקים, אא״כ ידוע שעשו נגד הדין, ולפ״ז תהיה נפ״מ עצומה שבמקום של ספיקות נכריע לטובת הרבים.

וכן כתב בשו״ת הרדב״ז (ג, תעב)

> ...והקהל רוצים להיות מוחזקין ותופסין נתבעים ולא תובעין דאלת״ה (לא) יהיה תקלה לרבים שכל אחד יעשה עולה ויאמר מי יתבעני לדין קדרה דבי שותפי וכו׳ לכך יש להחשיבם כמוחזקין כדאשכחן בכמה דוכתי דחשו רבנן להפסידא דרבים כדאמרינן מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

וכן איתא בעוד אחרונים.

2. חזקת הרבים – מדין חזקת תשמישין

והאיר ה׳ את עיני ומצאתי בשו״ת דברי חיים (חו״מ ח״ב סי׳ יג) שעמד על הקושיות שהעלינו בהלכה זו, ונביא מדבריו:

> הרשב״ם מפרש שקנו אותו הדרך הרבים בעשותם מעשה בפני הבעלים (וקשה דאי מיירי דנתן לו בפירוש או דאיכא גילוי דעת ממנו שנתן להם בתורת מתנה א״כ מאי איריא רבים) דבאופן זה גם גבי יחיד שעשה מעשה בפני הבעלים ושתק מהני לקנין כמבואר גבי ר׳ ענן שקל בידקי (ב״ב מא,א) וגבי דלה ליה צני דפירא (שם לה,ב) ובכמה מקומות אין מספר וכן פסקינן להלכה (בסי׳ קמב סעיף א ובסי׳ קצב סעיף ב) גבי אם שימש בקרקע חבירו לפניו דהוי חזקה ומאי שנא רבים בזה מיחיד ומה שכתב הרשב״ם ז״ל דלרבים מחל וקשה הלא גם ליחיד מהני מעשה בפניו (ואי מיירי דליכא גילוי דעת ממנו על הנתינה רק מה דהחזיק בפניו ושתק דלא מהני החזקה לאלתר כמבואר שם מא,א בגמרא כרבנן דפליגי על רבי יהודה ורבי ישמעאל דסבירא להו בפניו לאלתר הוי חזקה דבסתמא לא אמרינן דמחל אם כן גם ברבים למה נאמר דמחל להו ועי׳ בתוס׳ ב״ב כו,ב ד״ה עד ודו״ק)...
>
> ולכן נראה לי לומר דמצר שהחזיקו בו רבים ועשו בו מעשה היינו לא שקנאו להקרקע רק להילוך לבד אבל גוף הקרקע לבעליה עומדת וכמו שמצינו קנין כזה בכמה מקומות בשכנים והנה ידוע דבדבר שתדיר היזקא כמו קוטרא לא מהני חזקה דאין דעת אדם סובל זה [כמבואר בחו״מ סי׳ קנה סעיף לו] ולכן גבי יחיד אם מחל לתשמיש תדיר כזה העברת רבים בגבולו הי׳ יכול לחזור שאין אדם מוחל כזאת אולם לרבים מחיל וזה החילוק בין יחיד לרבים:
>
> אך דבר זה גופא קשה מאי שנא רבים מיחיד וי״ל דהטעם פשוט דהנה מבואר גבי קטן (בסי׳ כח סעיף יט ובסי׳ קי סעיף ה – ו) דאין גובין עדות ולא דנין עד שיגדיל ומבואר בסמ״ע שם (ס״ק יב) לפרש דאם אין לקטן חזקת אבות או שאין מחזיק בו גובין עדות ודנין שלא בפניו אך אם יש לקטן חזקת אבות ומוחזק בו כיון שמוחזק בו בהיתר אין דנין שלא בפניו והנה ידוע דרבים הוא כשלא בפניהם [עי׳ בב״ב סוף פרק חזקת ס,א) ואם כן אם מוחזקים בו בהיתר שמחל להם רק שרוצה לחזור מחמת שהוא היזק תדיר כמו קוטרא לזה שוב אין דנין שלא בפניהם כי אולי הי׳ טעם שלא יכול לחזור ומשום הכי ממילא מוחל בתחלה לגמרי כי עם מי יעמוד לדין.

סיכום דבריו: מצר שהחזיקו בו רבים אין פירושו שהרבים זכו בקרקע ממש, שע״י מחילת הבעלים תהיה שלהם , דא״כ מה ההבדל בין אם רבים הלכו באותו מצר לבין יחיד שילך שם והבעלים ימחול לו. אלא דין מצר, מהלכות חזקה ילפינן ליה כמו שמצינו רבות בהלכות שכנים, שאף בקרקע שאינה שייכת לאדם יתכן שתהיה לו רשות להשתמש בה (ולדוגמא הוצאת זיז). ודבר ידוע הוא שיש סוגי שימושים, בהם אין חזקה אפילו אם הבעלים מחלו עליהם הואיל ואין דעת האדם סובלתו, כמו קוטרא ובית הכסא (עיין חו״מ קנה,לו). ולכן אם מחל זאת לרבים מהני אף בתשמיש זה של העברת רבים בגבולו שיש לדמותו לקוטרא, דאין דעת האדם סובלת, שבכל עת יכנסו לתוך רשותו. ואם מחל ליחיד לא הוי מחילה.

אלא שאין זה מספיק עדיין דמ״ש רבים מיחיד ביחס לקוטרא?

ולזה יצא הדברי חיים לחדש, דהנה ידוע הדין דאין מקבלים עדות על קטן עד שיגדיל דהוי כעדות שלא בפניו. ומבואר בסמ״ע (קי,יב), דדוקא אם הקטן מוחזק בהיתר כגון שיש לו חזקת אבות, אבל אם אין לו מקבלים עדות אף על קטן. וידוע דרבים חשיבי כשלא בפניהם וא״כ הואיל ומוחזקים בו בהיתר שהרי מחל להם רק שרוצה לחזור שוב אין דנים כי חשיב כשלא בפניהם.

ד. מסקנה להלכה

בשו״ת משפטי חיים סי׳ כט הביא את דעות האחרונים בנידון הנ״ל ואלו הם:

א. יש שלמדו שהוי ספיקא דדינא והכריעו שהואיל והבעלים הוא ודאי מוחזק בשלו הרבים חשיבי מוציאים ועליהם הראיה.[5]

ב. יש שפסקו הלכה כרשב״ם ואף כתבו שהרשב״א מודה לרשב״ם בזה.[6]

ג. יש שפסקו הלכה כרשב״א.[7]

בשו״ת משפטי חיים הנ״ל הסכים לדעה ראשונה שהוי ספיקא דדינא, ובפרט שהב״י (סי׳ שעז) הביא את שיטת רשב״ם ללא חולק, ולכן כל זמן שהרבים לא יביאו ראיה שעשו תיקון בקרקע לא נוציא מידי הבעלים.

---

[5] שו״ת נטע שעשועים (סי׳ נג), שו״ת מהר״י הכהן ועוד.

[6] שו״ת ספר יהושע (חו״מ סי׳ קיג).

[7] שו״ת מהרש״ם (ח״א סי׳ ה), אבני נזר (חו״מ סי׳ יג) ועוד.

יש להעיר על הפסק הנ״ל לפי מ״ש לעיל בשם מהר״ם מרוטנבורג שרבנן נתנו כח לרבים והגדירו אותם כמוחזקים, לפ״ז אף אם נקבל שהוי ספיקא דדינא ההכרעה תהיה לטובת הרבים, וצ״ע.

3. איסור לצער או מצוה

אפשרות נוספת לבאר את הנ״ל הוא ע״פ מ״ש לעיל בשם הרבינו יונה, שזכיית הרבים אינה זכות ממונית (לפחות לא בתחילה) אלא יש איסור לקלקל את המצר, מכיון שהרבים התרגלו ללכת בדרך זו יש איסור לגרום להם צער, והיה אפשר לומר שזו תקנה אלא שלפי זה קשה למה רק לרבים תיקנו ולא ביחס ליחיד.

ונראה להסביר על פי מה המאירי בביאור משנתינו וז״ל:

> ולשון איסור שבמקום הזה, פירושו שאם עשה לא הועיל שהנותן לרבים כנותן לשמים, ואע״פ שהוא חוץ מן הדין שכן מצינו שהעוסק בצרכי רבים כעוסק בצרכי שמים.

ונראה בבאור דבריו, שכיון שהעוסק בצרכי רבים חשיב כעוסק בצרכי שמים, היינו שצרכי רבים חשיבי כמו הקדש שכאשר אדם אומר שיתן דבר להקדש נקנה, דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, אף הכא שתיקה של בעל השדה לגבי רבים אף שאין בזה משום קנין אבל הואיל והרבים התרגלו ללכת בו הוי כצרכם, וצרכם הם חפצי שמים ושוב אסור לקלקלו.

ע״פ הנ״ל א״ש למה שייך הדין הנ״ל דוקא ברבים ולא ביחיד.

4. הפקר בי״ד

בשו״ת מהר״י הכהן (סי׳ כט), כתב בשם הרמב״ן, שהטעם למצר שהחזיקו בו רבים הוא משום הפקר בי״ד הפקר והקשה דא״כ מאי פריך הש״ס רבים במאי קני להו הלא קנו מטעם הפקר? ותרץ דהפקר בי״ד מועיל רק להוציא את החפץ מיד הבעלים ולאבד את זכותו ובשביל לזכות בזה לא קנה עד שיחזיק בפועל, ולכן צריכים הרבים להלוך בדרך בשביל לזכות בה.

וכיון דמשום הפקר בי״ד נגעו בה ואיננו זקוקים לדעת הבעלים, מובן שרבנן הפקיעו את ממון היחיד רק ביחס לרבים ולטובתם ולא ביחס לסתם יחיד.

הדין בימינו

לגבי הדין הנ״ל בימינו מצאנו באחרונים שינוי משמעותי בעקבות הנוהג לרשום את שם בעלי הקרקע בטאבו וכמ״ש בשו״ת מהר״י הכהן (שם) וז״ל:

> ונראה לי בפשיטות, דבזמה״ז אין נהוג בינינו דין מצר שהחזיקו בו רבים, דלכל הדעות משום מחילה קאתינן עלה ולא משום מתנה, דלמתנה צריך להיות קנין ודבר המועיל, והא דנאמר דמחל משום דראה ושתק, וכיון דבזמננו כל קניני קרקע נעשה בערכותיהם, ויביאו כתוב באינטאבוליצע, מהיכי תיתי לומר שמחל, הלא ידע בנפשו שבכל עת יוכל לעשות בשלו בתוקף האינטאבוליצע, ובפרט שכל הקנינים אין להם סמיכות דעת בלתי אם נעשו בערכאות, וכמו דקיי״ל דמחילה לא מועילה נגד שטר שיש בידו, מכל שכן שאין לומר סתם שמחל נגד האינטאבוליצע, וממלא אין שום טענה לרבים כלל, ואסור להם להיות גזלנים בלי ראיה לטענותיהם.

וכ״כ בשו״ת מהרש״ם (ח״א סי׳ ה) וז״ל:

> ואולם, הטעם האחרון שכתב רו״מ, דכיון שיש לראובן טאבילאציע על המקום ההוא, י״ל דל״מ מחילה. די״ל: שסמך דעתו על הטאבילאציע שבידו, ודמי למי שיש בידו שטר או משכון, שבח״מ סימן רמא. הגם שיש לפקפק בזה, שהרי יש בזה ב׳ דיעות, והמוחזק י״ל קים לי, ולפמש״ל הרבים נקראים מוחזקים. ובפרט דהכא, הרי אנו דנים נגד שמעון, שבא לפתוח חלונות, ופתח, והוא בתוך שלו, בודאי הוי מוחזק, כמ״ש בשו״ת שמש צדקה חח״מ סימן יד, וסימן לד וסי׳ לו באורך. ועיין נתיבות המשפט סי׳ קנג סקי״ד וכו׳. אולם יש לדון בזה לפמ״ש בתשו׳ שבו״י ח״א סוסי׳ קס, דגם היכא דבסתמא הוי מחילה, משום דאיכא אומדנא שמחל, מ״מ בדאיכא שטר בידו, גם להסוברים דמהני מחילה נגד שטר, מ״מ מסתמא לא מחל. ע״ש שהביא ראי׳ לזה. וא״כ ה״נ י״ל, בזה שיש בידו הטאבילאציאן, אמרי׳ דמסתמא לא מחל להם זכותו.

הרי שהאחרונים הנ״ל אתו עלה מתרי טעמי, האחד שמחילה לא מועילה על שטר שבידו. ועוד, שכיון שכל הקנינים אין להם סמיכות דעת אא״כ נעשו בערכאות.

ויש להעיר בתרתי: לטעם הא׳ וכי בימי חז״ל לא היו שטרות על קרקע, ובכל אופן כתוב בגמרא ששתיקת בעל הקרקע היא ראיה למחילה?

ועוד דאם נלמד כמו רבינו יונה שאין לרבים קנין אלא רק איסור לקלקל אזי שתיקת בעלי הקרקע מונעת ממנו שוב לקלקל אף שמהלכות קנינים זה לא היה מועיל.

הרב אריאל בר-אלי
ר"מ בישיבת ההסדר
ודיין בביה"ד לדיני ממונות, שדרות

חרם צרכנים

חרם צרכנים מופעל מסיבות שונות כגון: ניסיון להורדת מחירים, ניסיון להשגת יעד ערכי כגון קניית כחול לבן, ניסיון להשיג יעד הלכתי- מניעת חילול שבת ומאכלים שאינם כשרים.

מה מייחד את חרם צרכנים בשונה מכל אמצעי שיווק אחר?

חרם צרכנים הוא התארגנות של קבוצת אנשים סביב פסילת גורם עסקי, המסר המרכזי של החרם הוא: אין לקנות במקום פלוני.

ניתן לומר כי ישנה פה חריגה מכוחות השוק היות ומפעילים לחץ ציבורי של קונים כנגד גורם פרטי, ישנה התארגנות החורגת משיקול הדעת הטבעי של קונים.[1]

החוק הישראלי אוסר על מתחרים עסקיים "לפגוע בכושר של מתחרה אחר". הממונה על הגבלים עסקיים בודק שאין "הסדר כובל" בין חברות שונות. הנימוק לחוק הוא פגיעה בתחרות החופשית של השוק.[2]

ראשית, ברצוני לברר האם ישנה בעיה הלכתית ביוזמה של חרם צרכנים?

שאלה נוספת הנגזרת מכך- באלו מקרים ניתן ליזום חרם צרכנים? האם ניתן להשתמש בכלי זה לכל מטרה שהיא או שנקיטת צעד חריף זה אפשרית רק בנסיבות מיוחדות?

הבירור יתחלק לשני חלקים, הראשון בענין יורד לאומנות חברו והשני בענין אחריות בית הדין למסחר הוגן.

---

[1] סברה זו שימשה את בעל ערוך השולחן (חו"מ רכח,יד) לאסור הורדת מחירים מעבר למקובל בשוק "לזלזל מכירת סחורה - איסור גמור הוא, מתוך כך מקלקל דרכי המסחר".

[2] תביעה אזרחית 1617/93 "וולקן מצברים" נגד איגוד המוסכים אשר החרים את המצברים של וולקן. לאחרונה עלו כמה סוגיות ציבוריות הקשורות לחרם - חרם אומנים על היכל התרבות בעיר אריאל, חרם הרשות על מוצרים המיוצרים ביו"ש, חרם מתכנני העיר רואבי על חברות מיו"ש.

יורד לאומנות חברו

אנו מכירים את הנושא של תחרות עסקית כאשר מדובר על פתיחת עסק מתחרה, הטלת חרם על חנות שקולה כהקמת חנות מתחרה. בשני המקרים ישנו מעשה אשר יפגע בכמות הקונים של החנות. הדעה שהתקבלה להלכה מתירה פתיחת חנות נוספת אפילו בסמיכות מקום.[3]

לכן מותר לפרסם על חנות חדשה בדרך המקובלת על ידי שלטי חוצות או עיתונים. אולם כאשר ישנו ניסיון שכנוע ממוקד ללקוחות אשר קבועים בחנות אחת לעבור לחנות אחרת, יכולה להתעורר בעיה של "יורד לאומנות חברו".

כך מתבאר מתשובת הרשב"א (מובא בב"י חו"מ קנו) חייט אחד רגיל אצל עירוני אחד מכמה שנים שהוא לבדו עושה מלאכתו ובא חייט אחר ורצה להכניס עצמו עם העירוני הזה לעשות מלאכתו בזול יותר והראשון מתרעם עליו.

והשיב- אין בית דין מוציאין מידו שהעירוני נתן לו מדעתו אבל מסתברא שמוחין בידו דדמי קצת למצודת הדג כדאמרינן (כא,ב) שאני דגים דיהבי סייארא הכא נמי כיון שרגיל לעשות מלאכתו על ידי זה הוי כאילו בא לידו[4]. ועוד דכל מכר הרי הוא כבא לידו כבר. וההולך ומפתה את הגוי לעשות מלאכתו כפוסק לחיותו של זה וגוערין בו ומוחין בידו עכ"ל.

ברור הדבר כי לכל אדם שמורה הזכות לבחור היכן הוא קונה ואין לו מחויבות כלפי חנות קבועה. מנגד טוען הרשב"א מצד בעל החנות, לקוח קבוע, נחשב כבר עכשיו כהכנסה בטוחה לעסק ומי שמפתה אותו כאילו גוזל את בעל החנות הראשון. בעל חנות החדש אינו יכול ליזום פניה אישית לקונים הנמצאים כבר ברשתו של חברו.[5]

---

[3] חו"מ קנו, כאשר מוכר חדש ואינו מבני העיר ניתן למנוע ממנו, גם אז עומדת בפניו האפשרות לשלם את מיסי העיר ובכך להסיר את המגבלה.

[4] בספר אורים גדולים (לרב זאבי) עמוד קצה, תמה מדוע לא הזכיר הרשב"א את דין "עני המהפך בחררה" ותירץ שרק במכר ושכירות קיים דין זה ולא בעבודה שמתפרנס ממנה.

[5] דין זה יסודו מתקנת חכמים, שכן מהתורה אין שום התקשרות מחייבת. ניתן היה לפקפק על עצם ההשוואה בין דגים ואדם ולטעון שרק דגים שלא פועלים עם שיקול דעת נחשבים "כמאן דמטי לידיה" אדם אף פעם לא מובטח שיגיע למוכר לכן אצלו אין בעיה לשכנע להגיע למוכר חדש וכ"כ אבני נזר תשובה כד, דברות משה סימן כ.

מרחיקים מצודת דג מן דג

הרשב״א הביא מקור לדין זה את מצודות דגים. מעיון בסוגיא שם מתברר שישנם הסברים שונים לדין זה. בב״ב (כא,ב) יש מחלוקת בענין היורד לאומנות חברו. הלכה נפסקה כדעה המתירה: ״היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו, או שהיתה שם מרחץ או חנות או רחים ובא חברו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למונעו ולומר לו: אתה פוסק חיי״ (חו״מ קנו,ה).

בגמרא מובאת ברייתא המוסכמת על כולם ״מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג״, הסברא - ״שאני דגים דיהיבי סייראי״.

פירש רש״י ״כיון שהכיר זה חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו בטוח הוא שילכדנו דה״ל כמאן דמטא לידיה ונמצא חברו מזיקו אבל הכא מי שבא אצלי יבא ומי שבא אצלך יבא״. למד הגר״א (שם ס״ק כח) מדברי רש״י כל שהקונה היה ״בכיסו של המוכר״ כדוגמת הדג ההולך למצודה, אסור להשפיע עליו ולהציע לו עסקה אחרת, ממש כדברי הרשב״א.

בשו״ת חתם סופר (חו״מ עט) כתב ״כשהם פורשי׳ מצודה לוכדי׳ הדג ההוא שהי׳ הוא בטוח שיבוא לידו וכיון שהי׳ מובטח שיבוא לו והרי זה לוכדו אסור וה״ה אם כבר היו הקונים בחנותו וגמר הפסוק ולא חסר כלום באופן שהי׳ בטוח שיקחו ממנו ובא זה ומוליכם לחוץ ה״ל גזל״. הגדרה מעניינת מופיעה בספר משנת רבי אליעזר (סימן צח) ״יש לו חזקה בגופם ובממונם״.

לדרך זן המדד הקובע הוא רמת הוודאות, ככל שברור שהקונה היה אכן מגיע למוכר הראשון יש להחשיבו כאילו כבר נמצא בידו (וכן הסיק בתשובת משאת בנימין סי׳ כז). לאור זאת אין אפשרות לפנות ללקוחות קבועים ולשכנע אותם להחרים את בעל החנות משום שההנחה שהם אכן יקנו בחנות הראשונה, אלא אם כן הסיבה לחרם מצדיקה פגיעה זו.

דרך נוספת מובאת בריטב״א ובתשובת מהרי״ק (סימן קל״ב) הדגש הוא על הטרחה שהשקיעה הדייג הראשון בפריסת הרשתות. לכן אם בעל החנות השקיע וטרח ביצירת קהל לקוחות קבוע, אסור לפנות אליהם להשתתף בחרם צרכנים.

כיוון אחר מופיע במרדכי בשם אביאסף ומקבל חיזוק בתשובת חת״ס (שם) לדעתם, כאשר ישנה פגיעה מוחלטת במוכר[6] הוא יאלץ לסגור את העסק שלו אזי יש לו זכות למנוע את פתיחת חנות חדשה. לדבריהם, הגבול לחרם צרכנים הוא לא למוטט ולגרום לסגירת העסק המתחרה.

לסיכום, למדנו מהמקרה של פריסת מצודה לדגים כי ישנה בעיה בפגיעה בלקוחות קבועים, לרשב״א אם ישנה סבירות גבוהה שימשיכו לקנות, למהרי״ק רק אם הושקע עמל במשיכת הקונים לחנות הראשונה, לאביאסף רק אם החרם יפגע אנושות בחנות הקודמת.

דין מערופיא

כתב רמ״א (חו״מ קנו) ״אדם שיש לו עובד כוכבים מערופיא [בלעדיות] יש מקומות שדנין שאסור לאחרים לירד לחיותו ולעסוק עם העובד כוכבים ההוא, ויש מקומות שאין דנין״.[7]

הגר״א הביא מקור לשיטת האוסרים את המקרה של מצודת דגים כמבואר לעיל. המהרש״ל (ב״ב שם) באר את דעת המתירים משום שלמדו את הסוגיא של מצודת הדגים שהם ניצודו והדייג החדש גורם להם לצאת מתוך המצודה, לכן אין ללמוד לעיסקה שעדיין לא יצאה לפועל.

יש לשאול לדעת האוסרים מה בין חנות יחידה שיש לה ציבור לקוחות קבוע ומותר לפגוע במונופול שלה ליהודי המלווה לגוי בריבית באופן קבוע ואסור לפגוע בו?

התשובה מובאת בשו״ת חתם סופר (שם). יש לחלק בין פתיחת חנות, שהיא מתבצעת במקומו של המוכר החדש לבין כניסה לתוך רשותו של חברו. כמו שאסור להוציא לוקח מתוך חנות כך אסור לשכנע מעביד להחליף את העובד הקבוע שלו. כאן ישנה כניסה לתוך גבולו של חברו. כך נראה בדברי יד רמ״ה ״כל חד לא עביד אלא בדנפשיה, כל חד מאי דפסקו ליה משמיא״.

לאור זאת, יש לדמות פניה ללקוח קבוע ככניסה לגבולו של חברו. הגדרה זו משלימה את ההגדרות הקודמות אשר עסקה בדמיון לדגים.[8]

---

[6] בתשובת בית אפרים (סימן כו) להלכה אין חוששין כלל לדעה זו.

[7] מקורו ממרדכי ב״ב תקט״ו ושם דעת החולקים רק בגלל שמדובר בגוי שנכסיו כהפקר.

עני המהפך בחררה

כיוון נוסף לאיסור מופיע בפסקי דין רבניים (חלק ד עמוד 9) שדימו את הדבר לדין עני המהפך בחררה "אולי שייך גדר מהפך בחררה, על עצם הקונה - שהתובע היפך להשיגו לצדו וכעת באו הנתבעים והוציאו חררה בטוחה זו ממנו והעבירו אותו שותף - קונה לצדם הם. כעין זה כתבו התוס' בקידושין נט,א, ד"ה עני, גבי מלמד שאסור לו להשכיר עצמו אצל בעה"ב שיש לו מלמד בביתו.

חובת בית דין לדאוג למסחר הוגן

אחד מתפקידיו של בית דין הוא לפקח על מחירים של מוצרי יסוד וכן על כלי מדידה ושקילה (חו"מ רלא), הדבר מוכיח שבית דין ממונה על הגינות במסחר. לכן אם ישנו ניסיון להשפיע על כוחות השוק בצורה אלימה בודאי שבית דין מצווה למנוע זאת. לעניות דעתי חרם צרכנים הוא סוג מסוים של אלימות מילולית ולכן ישנו צורך להגביל את השימוש ב"חרם צרכנים" על ידי פרסום של הבעיתיות ההלכתית בדבר.

נכון, שבאופן ישיר אין כאן הפעלת אלימות פיזית אולם ניתן לראות בהתארגנות ציבורית כנגד אדם פרטי סוג מסוים של אלימות. מקור הכוח של חרם צרכנים נובע מנקודה זו של עמידה של קבוצה מול יחיד, וזה בדיוק סוג מסוים של אלימות, בדומה לביטוי "אלימות מילולית".

כוונת הדברים, אפילו לחץ קל יכול לגרום לאדם לשתף פעולה עם החרם היות ולא מנסים להחליט לו היכן לקנות. קל יותר לאגד קונים סביב החלטה היכן לא לקנות, מאשר היכן לקנות. ולכן יש פה מימד של השתתפות בחרם, שלא מתוך שיקול דעת, בחלק מהמקרים הקונה לא מברר את הפרטים ומשתף פעולה מתוך לחץ חברתי. אנו רואים שהמחוקק אכן נתן דעתו על הפגיעה הכלכלית בשוק ואסר התארגנות הפוגעת בחופש התחרות.

ניתן ללמוד על עמדת התורה כנגד כוח התארגנות במסחר, מהדין של התארגנות סוחרים. סוחרים יכולים ליצור מסגרת מחייבת, המגדירה את דרך המסחר הלגיטימית (שו"ע חו"מ רלא) אולם, בכל זאת ההחלטה שלהם

---

[8] ישנה דעה המרחיקה לכת ואוסרת על בעל חנות לפנות אפילו ללקוחות שאינם קבועים ולפרסם את עצמו. בשו"ת מהר"י ענזיל סימן סט כתב, שכל פעולה אשר פונה ישירות לקונים, אסורה. לדעתו מותר לפתוח חנות ליד חברו אבל אסור לעשות פעולת שכנוע כנגד חברו.

מותנית בהסכמת אדם חשוב, ניתן לבאר זאת באותו אופן, יש כאן כוח של קבוצה ואי אפשר לתת לה יד חופשית ללא ביקורת של נציג הציבור.[9] סיכום- ישנו צורך בפיקוח על המניעים של חרם צרכנים ואם יתברר שהם לא מוצדקים, אזי יש למנוע את הטלת החרם במקרה זה.

סיבות מוצדקות להטלת חרם:

1. הפקעת מחירים כמניע לחרם צרכנים

ניתן להוכיח מהגמרא כי מניע כלכלי הבא להלחם בהפקעת מחירים הוא מניע ראוי.

דבר זה נלמד מדברי שמואל במסכת סוכה (דף לד):[10]

> אמר להו שמואל להנהו דמזבני אסא: אשוו וזבינו, ואי לא - דרישנא לכו כרבי טרפון.

פירש רש"י, שמואל רצה להשפיע על מחיר ההדסים שהיה גבוה ולשם כך השתמש באיום הלכתי- הדס קטום יהיה כשר לכתחילה לארבעת המינים. מסתבר שכמו ששמואל לחץ את הסוחרים על ידי איום הלכתי כך ניתן ללחוץ אותם על ידי חרם צרכנים.

בשו"ת צמח צדק (סימן כח) התמודד עם סוחרים, שהעלו את מחיר הדגים למחיר מופקע. "שפיר דמי לעשות תיקון שלא יקנו דגים כלל, כמה שבתות, כדי שיוזלו".

2. חרם צרכנים מטעמים הלכתיים

פסיקה הלכתית של רב, המשמש בעמדה ציבורית, כנגד עסק יוצרת חרם ממניעים הלכתיים. דבר פשוט הוא, לצורך כפיה על מצוות או להימנע מעבירות מותר להפעיל לחץ צרכני, אך ישנם גם מקרים גבוליים.

דוגמא מתחום הכשרות- חנות מוכרת אוכל שאינו כשר, ברור כי יש חובה הלכתית לפרסם זאת על מנת להפריש את הציבור מאיסור.

---

[9] לשון הרמב"ן בב"ב ט: "דילמא מייקרי זביני הילכך לאוו תנאה עד דשקלי רשותיה מיניה".

[10] וכן בפסחים לא,א ובכריתות ח,א - "המעון לא אלין עד שיהיו בדינרין".

לעומת זאת, מקום הפתוח בשבת ואין בו בעיות כשרות,[11] לא קיים שיקול של הפרשת ציבור מאיסור ולכן אי אפשר לפסוק שאסור לאכול שם. מסתבר שעבור רווח עקיף כגון לחץ על המוכר שיסגור את החנות בשבת, ניתן ליזום חרם צרכנים.[12]

3.תו תקן צנוע, אינטרנט רימון

בשדרות, קיימת יוזמה חדשה של ארגון "מעמקים" להפיץ לתקופת הקיץ בחנויות תעודה שכותרתה "תו תקן צנוע". עסק המקבל על עצמו תלבושת אחידה אשר עונה על כללי הצניעות הבסיסיים, זכאי לקבלת תעודה.

נשאלת השאלה, האם ניתן לחזק את היוזמה בפסיקה הקובעת כי ישנה חובה לקנות במקום שיש בו תעודה בלבד?

אותה שאלה התעוררה ביחס לעידוד המעבר לאינטרנט רימון, האם ניתן לומר שישנה חובה הלכתית לעבור לחברה זו?

על שחיה בחוף מעורב כתב הרב עובדיה יוסף שליט"א "ההולך לרחוץ שם, נקרא רשע שאי אפשר שלא יסתכל בנשים הפרוצות וגדול עוונו מנשוא" (יחווה דעת ה,סג). אולי כניסה לחנות אינה דומה לשחייה בחוף מעורב, כאן אין ודאות שאדם יעבור איסור.

למרות זאת מהגמרא (ב"ב נז,ב) נראה אחרת:

> עוצם עיניו מראות ברע - א"ר חייא בר אבא: זה שאין מסתכל בנשים בשעה שעומדות על הכביסה. היכי דמי? אי דאיכא דרכא אחריתא, רשע הוא! אי דליכא דרכא אחריתא, אנוס הוא! לעולם דליכא דרכא אחריתא, ואפ"ה מיבעי ליה למינס נפשיה.

---

[11] הנחה זו לעצמה צריכה בדיקה, כיצד ניתן לדעת שהמקום כשר אם אין השגחה בשבת!

[12] על פי שיקול דעת, אולי יש לדאוג לטובת הקונים במשך השבוע שיאכלו אוכל כשר. מנגד, החרמת המקום אולי תגרום לבעל העסק לסגור בשבת. בנוסף, יש לדון בהשפעה על מערכת הכשרות הארצית- נתינת תעודת כשרות למקום הפתוח בשבת היא פתח למקומות אחרים שהיו סגורים עד עתה. [(עי' שו"ת ציץ אליעזר ח"יא סימן נה בשאלה: "אם יש לרבנות לתת הכשר לבית מלון שמקבל עליו לא לבשל בשר בחלב ומתנה אבל שלא יפריעו לו להאכיל לאורחיו הרוצים בכך בשר בחלב צונן", ותגובת הרב עובדיה יוסף שליט"א, בצ"א סוף כרך יב). **הערת מערכת**]

מבואר בגמרא, כשיש דרך אחרת ואדם בוחר לעבור במקום שיש בו נשים המכבסות נקרא רשע. הרי אדם זה הולך בדרכו ללא כוונות זנות, הוא עובר רק זמן קצר לידן, ואף על פי כן נקרא רשע.

קשה לדמות גלישה ללא "אינטרנט רימון" למפגש עם נשים העומדות על הכביסה, מכיוון שלא בכל גלישה ישנם מראות שאינם צנועים. אומנם בלחיצת כפתור ניתן "ליפול" אבל עדיין צריך לעשות פעולה.

רק לאחר שיהיו די נתונים על הרגלי הגלישה של הציבור שאליו פונים יהיה ניתן להסיק מסקנות. בשלב זה אי אפשר לומר באופן גורף שיש איסור, אלא לדבר על הצורך והחשיבות של "אינטרנט רימון".

לעומת זאת, אדם הנכנס לחנות ואפילו לזמן קצר, כן נפגש במוכרת בלבוש לא צנוע, יש לדמות זאת לנשים העומדות על הכביסה ונקרא רשע (אם יש לו אפשרות אחרת).

מהי משמעות הכינוי רשע? האם הכוונה למה שכתב הרב עובדיה שליט"א "גדול עוונו מנשוא"? – משום שבוודאות אי אפשר שלא יחטא, או אולי אין פה ממש איסור, והביטוי החריף "רשע" משמש כאמצעי להרתיע את האדם מכניסה לניסיון.

נראה שהדבר תלוי בהבנת גדר האיסור של הסתכלות במקומות מכוסים - "טפח באשה ערווה" (ברכות כד,א); האם מצד עצמו או מחשש הרהור?

נאמר בברייתא אם אין דרך אחרת- "אנוס הוא", בפשטות, הברייתא עוסקת באדם שאין לו הכרח לילך שם אלא יש לו צורך של פרנסה וכדומה. שואל הרב פיינשטין זצ"ל (אגרו"מ ח"א אבה"ע נו) כיצד הותר איסור ערווה אם אין פה באמת אונס?

אפילו אם מדובר בהליכה לצורך פרנסה, אונס ממון לא דוחה איסורים!?

תמצית דבריו: ראיה, ללא כוונה לזנות אסורה רק מצד חשש הרהור[13] ולא מצד "לא תקרבו" לאוו זה קיים רק בנגיעה פיזית (כן משמע גם מההפניה של הגר"א אבה"ע כא,ד לגמרא בע"ז כ העוסקת באיסור הרהור).

[13] איסור הסתכלות בערוה קשור למטרה של המתבונן. ראיה לשם זנות אסורה מהתורה מצד עצמה (פני משה מובא באוצר הפוסקים אבה"ע כא ס"ק ז). ראיה לשם הנאה נחלקו הראשונים האם נכלל בלא תתורו, לרבנו יונה אסור מהתורה ולרמב"ם מדרבנן (ב"ש אבה"ע כא,ב). יעויין בספר "ואת הצנועים חכמה" חלק ב עמוד שס"ב הדן באריכות בדעת הרמב"ם ושאר ראשונים.

מעתה מובן, אם כל האיסור הוא חשש הרהור, כאשר אין אפשרות אחרת, ואדם הולך לצורך פרנסתו, הוא רשאי לסמוך על עצמו[14] שלא יגיע לכלל הרהור.

השימוש בסוגיא בביטוי אונס, כוונתו "צורך", המתיר לאדם להיכנס למצב של ניסיון.[15]

לפי האגרות משה האדם לא עבר ממש איסור אלא נכנס למצב של ניסיון ללא הצדקה. נראה שהביטוי רשע הוא בעיקר אזהרה כלפי האדם ההולך שם אבל הוא לא טומן בחובו איסור וממילא אין יכולת התערבות חיצונית של רב או בית דין.

לאור דבריו נראה כי אין אפשרות לגָבות הלכתית את חרם הצרכנים "תו תקן צנוע".

בשו"ת שרידי אש (ח"א לז) נקט שיש איסור בעצם הראיה, וזה לשונו:

הנה כת"ר ראה מה שכתב הגה"ח חפץ חיים[16] ולענ"ד נראה פשוט, עפ"י מה שכתב הרמח"ל במסילת ישרים פי"א, שכל עניני זנות אסורים וראיה היא זנות של עינים שנאסר ככל שאר עניני הזנות חוץ מגופו של מעשה, שאע"פ שאין בהם כרת או מיתה, אסורים הם איסור עצמם,

---

[14] הוא מסתפק באדם המכיר עצמו שיגיע להרהור - "והנה מדסתם בגמ' משמע יותר שאף שלא בטוח שלא יבוא להרהור נמי מותר לילך בליכא דרכא אחריתא לעשות צורך פרנסתו ושאר צרכיו, מטעם שאיסור הרהור אינו מצד עצמו אלא כדי שלא יבוא לידי טומאה בלילה שלא ברור הדבר שיבוא לידי טומאה אלא שיש לו לחוש לזה לכן לא מחוייב למנוע מצרכיו ולהפסיד פרנסתו בשביל הספק.

אבל לא מסתבר להקל כ"כ, דכיון שהקרא אסר להרהר מצד ספק זה הרי נמצא שהרהור הוא כבר איסור בעצם וממילא כיון שיודע שא"א לו בלא הרהור איך יהיה מותר לו לעבור על איסור שבתורה בשביל פרנסתו וצורכו בלא פ"נ, אך אולי כיון שבקרא נאמר הטעם דשמירה משום שיבוא מזה לדבר רע הוא כנאמר שאינו איסור ברור ולכן צ"ע לדינא."

[15] עי' תוספות (ע"ז מח,ב) שכל שאחת הדרכים ארוכה יותר - מקרי "לא אפשר".

[16] יש לעיין בדעת החפץ חיים, מצד אחד במשנ"ב עב,ז התחיל בכך שהסתכלות לשם הנאה אסורה משום לא תתורו, המשיך וכתב בשם פרי מגדים לאסור ראיה בעלמא במקומות המכוסים. נראה שהנימוק לכך הוא שעצם הראיה אסורה שהרי לא מדובר על הסתכלות המביאה לכלל הרהור.

לעומת זאת בספרו חפץ חיים (כלל ו, באר מיים חיים יד) כתב, שאין איסור ראיה כאשר אין כוונה ליהנות. התקשה מדוע הסוגיא בב"ב אוסרת על האדם לילך בדרך משום שיפגוש מראות לא צנועים ומתעלמת מהתר המופיע בפסחים (כה,ב) הנאה הבאה לו בעל כורחו- מותרת. (התשובה שלו היא יש להחמיר בעריות שמא יבוא לכלל הרהור ועל זה נאמר התרחק מהכיעור, לא חזר בו שראיה ללא כוונה להנות מותרת).

מלבד היותם גם גורמים ומביאים אל האיסור הראשי עצמו. ולפי זה בזנות אסרה התורה מעשה העינים ומעשה הלב, משא"כ בכל התורה כולה.

ניתן להתייחס לכניסה לחנות כאיסור ולכן ישנו צורך להתערבות הלכתית אשר תאסור קניה בחנויות אלו.

נדגיש שיש לשקול את התועלת בהתבטאות ציבורית בענין זה, יתכן שבעלי החנויות יצאו למאבק נגד כפיה דתית ואז יצא שכרנו בהפסדנו, על זה נאמר, אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות.

סיכום

1. יוזמה לחרם צרכנים היא שימוש בכוח ציבורי הגובל באלימות לכן יש לצמצם את השימוש בדבר זה רק למניעים מוצדקים.
2. שיקולים מוצדקים להטלת חרם:
   מניעת איסור- אפילו באופן עקיף
   מאבק בעליית מחירים
3. לגבי השאלה שהצבנו האם ניתן להטיל חרם הלכתי, דהיינו לאסור גלישה באינטרנט שלא דרך אינטרנט רימון. בשלב זה, כאשר אין מספיק נתונים על הרגלי הגלישה של הציבור הדתי, גלישה ללא החסימה של אינטרנט רימון אינה איסור. אולם אדם המכיר את עצמו ויודע שבעבר היו לו נפילות חובה עליו לדאוג לגלישה מוגנת.
4. בנושא של "תו תקן צנוע" אין אפשרות להטלת חרם הלכתי על חנויות שלא מוכנות לפיקוח בענייני צניעות. לחלק מהדעות האיסור להימצא בחנות כזו הוא רק משום חשש הרהור ובזה אין ידיעה גורפת שרוב הלקוחות נכשלים בהרהור.
5. כאשר ישנם חנויות אשר יש בהם השגחה על לבוש הולם, מי שקונה בחנויות אחרות בהם הלבוש אינו צנוע, נקרא רשע.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א

אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

דרוש לחג השבועות תש"ע

איתמר בפרק ר' עקיבא (שבת פח,א): ויתיצבו בתחתית ההר, אמר רב אבדימי בר חמא בר חסא מלמד שכפה הקב"ה 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 אחשורוש דכתיב קימו וקבלו היהודים, קיימו מה שקיבלו כבר, אמר חזקיה מאי דכתיב משמים השמעת דין ארץ יראה ושקטה, אם יראה למה שקטה ואם שקטה למה יראה, אלא בתחילה יראה ולבסוף שקטה, ולמה יראה כדריש לקיש דאמר ריש לקיש מאי דכתיב ויהי ערב ויהי בקר יום הששי, ה"א יתירה למה לי, מלמד שהתנה הקב"ה עם מעשה בראשית ואמר להם אם ישראל מקבלים התורה אתם מתקיימין ואם לאו אני מחזיר אתכם לתוהו ובוהו עכ"ל.

וצריכים להבין סמיכות שני מאמרים אלו, שלכאורה סתרי אהדדי. מהמאמר הראשון משמע שאם אין ישראל מקבלים את התורה אזי הם נקברים תחת ההר ואין להם קיום, אבל לא מוזכר כאן שזה נוגע לקיום העולם כולו אלא רק לקיום עם ישראל, אבל מן המאמר השני מוכח שאם אין ישראל מקבלים את התורה אזי אין לעולם קיום בכלל, וא"כ לא שייך לומר שיהיו נקברים תחת ההר, הלא לא יהיה עולם בכלל, אלא הכל יחזור לתוהו ובוהו.

עוד צריכים להבין מאמרו של חזקיה דקפריך אם יראה למה שקטה ואם שקטה למה יראה, ומשני דבתחילה יראה ולבסוף שקטה, וקשה דמאי קשיא ליה בהאי קרא, הא כך פשוטו של מקרא הוא שבתחילה יראה ואח"כ שקטה. ומוכרחים לומר דקשיא ליה מרישא דקרא דקאמר משמים השמעת דין, ואם הקב"ה השמיע דין ובגלל הדין יראה הארץ א"כ איך שקטה, ואם שקטה הארץ למרות הדין א"כ למה יראה. ועל זה מתרץ חזקיה שכוונת הפסוק היא שהדין גרם ליראת הארץ ובעקבות היראה שקטה הארץ. וא"כ צריכים להבין למה באמת צריכה היראה להקדים לשקט והשקט יבוא דוקא בעקבות היראה.

והנה כתבו התוס׳ בגמ׳ שבת שם (ד״ה כפה): ואע״פ שכבר הקדימו נעשה לנשמע שמא יהיו חוזרים כשיראו האש הגדולה שיצאתה נשמתן, והא דאמר בפ״ק דמס׳ ע״ז כלום כפית עלינו הר כגיגית דמשמע דאם היה כופה עליהן לא היה להן תשובה והכא אמר דמודעא רבה לאורייתא, היינו על מה שלא קבלוה אבל מה שלא קיימוה איכא תשובה עכ״ל. ודברי התוס׳ הללו צריכים ביאור, דאם בראית האש הגדולה היו חוזרים ממה שאמרו נעשה ונשמע א״כ למה צריך הקב״ה להראות האש הגדולה, אדרבה לא יראו האש ולא יהיו חוזרים ממה שאמרו נעשה ונשמע. וכן צריכים להבין מה שכתבו התוס׳ שאם היה כופה על הגויים ההר כגיגית אז לא היה להם תשובה על מה שלא קבלו את התורה, אבל עדיין היה להם תשובה על מה שלא קיימוה. וצריכים לדעת איזו תועלת יש בקבלת התורה אם יש תשובה למה אין מקיימים אותה.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה פירש״י בריש פר׳ בראשית (בראשית א,א): ברא אלקים - ולא אמר ברא ה׳, שבתחלה עלה במחשבה לבראתו במדת הדין, ראה שאין העולם מתקיים הקדים מדת רחמים ושתפה למדת הדין, היינו דכתיב ביום עשות ה׳ אלקים ארץ ושמים עכ״ל. וביאור המאמר הוא שהעולם הזה מוכרח להתנהג דוקא במדת הדין, והיינו כמו שנתבאר בספה״ק שמטרת הבריאה היא להיטיב לנבראים וההטבה השלימה אינה אלא כאשר נקבל ההטבה בדין ולא בחסד, שהטבה שמקבל בחסד אינה הטבה שלימה דמאן דאכיל דלאו דיליה בהית לאסתכולי באפיה (ירוש׳ פ״א דערלה ה״ג) וכמבואר בספה״ק ואכמ״ל. ומאחר שההנהגה של העולם הזה צריך להיות דוקא ע״פ מדת הדין אם יתנהג ע״פ מדת החסד אין לו זכות קיום. ברם דא עקא שאם יתנהג העולם במדת הדין הצרופה לא יוכל להתקיים לכן הקדים ושיתף מדת הרחמים למדת הדין, כך שהעולם בעיקרו יתנהג במדת הדין, אבל המיזוג עם מדת הרחמים יְאַפְשֵׁר לו להתקיים.

והנה איתא במדרש תנחומא (פר׳ נשא סי׳ יט): אתה מוצא עשרים וששה דורות משנברא העולם עד שנתנה תורה והיה הקב״ה מנהיג אותן בחסד, וכנגדן אמר דוד ששה ועשרים פעמים כי לעולם חסדו בהלל הגדול עכ״ל. והטעם הוא מפני שלא זכו הדורות להתקיים ע״פ מדת הדין, והיינו משום שנתן להם הקב״ה שבע מצוות והם לא קיימום, ולכך אין להם זכות מצד מדת הדין, ומשום הכי הוכרח לקיים את העולם ע״פ מדת החסד. אבל מכיון שההנהגה אז היתה במדת החסד לכן היה קיום העולם תלוי ועומד מחמת שעולם הזה המתנהג ע״פ מדת החסד אין לו זכות קיום.

ברם דא עקא, א״כ למה הנהיג הקב״ה את כ״ו דורות הראשונים במדת החסד, הלא מלכתחילה הו״ל להנהיג את העולם במדת הדין הממוזגת ברחמים, כך שיהא העולם מושתת על בסיס איתן ולא יהיה תלוי ועומד. אולם התשובה היא, שמאחר שיסוד קיום העולם הוא במדת הדין א״כ לכתחלה היה העולם צריך להתנהג ע״פ מדת הדין, ורק אחר כך ימזג אותה הקב״ה במדת הרחמים. וזוהי ההנהגה שהנהיג הקב״ה את העולם בז׳ מצוות בני נח, שהוא דן את העולם על פיהם רק במדת הדין בלי מיזוג עם מדת הרחמים. ומהאי טעמא מצינו שחייבים בני נח מיתה גם על העבירה הקלה ביותר, וכמו שאמרו חז״ל דבני נח אזהרתן זו היא מיתתן (סנהדרין נז, א). ומאחר שהגויים לא היו מקיימין שבע המצוות שלהן לכן היה מוכרח הקב״ה לקיים את העולם במדת החסד כדי שלא יצטרך להחריבו.

ובכן זהו פירוש הגמרא בריש פ״ק דעבודה זרה (ב,ב) שלעתיד לבוא אומרים אומות העולם לפני הקב״ה כלום כפית עלינו הר כגיגית ולא קבלנוה כמו שעשית לישראל, ועונה להם הקב״ה הראשונות ישמיעונו, שבע מצות שקיבלתם היכן קיימתם, שהכוונה היא שלא שייך לקבל תרי״ג מצוות התורה לפני שמקבלים שבע מצוות בני נח, ומאחר שאומות העולם לא קיימו שבע המצוות לכן לא כפה עלינו הקב״ה לקבל את התורה, מה שאין כן ישראל שהיו מקיימים שבע המצוות לכן כפה עליהם לקבל את התורה עם תרי״ג מצוותיה - וכאשר קבלו בני ישראל תרי״ג מצוות התורה אז התחיל הקב״ה להנהיג את העולם במדת הדין הממוזגת ברחמים, ואז היה לעולם זכות-קיום, שמתנהג ע״פ מדת הדין ולא ע״פ מדת החסד, ויכול להתקיים כיון שהדין ממוזג ברחמים.

ויוצא מכל זה שההנהגה היסודית בעולם הזה היא מדת הדין, ורק אחרי שמקבלים מדת הדין אפשר לזכות לדין ממוזג ברחמים. ובכן זהו ענין האש הגדולה שהראה הקב״ה לישראל ויצאה נשמתם, ומתוך כך היה צריך לכפות עליהם ההר כגיגית, והיינו משום שצריכים להקדמת מדת הדין, ורק אחרי זה יכולים לקבל תרי״ג מצוות התורה שהן דין ממוזג ברחמים [ולא קשה ממה שכתב רש״י: הקדים מדת רחמים ושתפה למדת הדין עכ״ל, שהרי אין כוונתו לומר שהנהגת מדת הרחמים קודמת להנהגת מדת הדין, אלא כוונתו שבהנהגת הדין הממוזגת במדת הרחמים קודמת מדת הרחמים, אבל אין הכי נמי שלפני הנהגה ממוזגת זו יש הנהגת מדת הדין הצרופה].

ולפי היסוד הזה שצריכים להקדמת מדת הדין אפשר להבין כמה וכמה

עניינים בקבלת התורה ובלימודה. הא דדרשו חז״ל (ברכות סג,ב) על הפסוק (במדבר יט,יד) זאת התורה אדם כי ימות באהל שאין דברי תורה מתקיימין אלא במי שממית עצמו עליה, ולכאורה איך יתכן לומר כלל זה, הלא יש בעלי כשרון שיש להם זכרון נדיר שזוכרים כל מה שלומדים מבלי להתייגע, אלא ע״כ שהסיבה היא מפני שצריכה מדת הדין להקדים לקבלת התורה. וכן מה שאמרו חז״ל במדרש (קה״ר פר׳ ב) כל תורה שלמדתי באף נתקיימה בי הוא ג״כ מטעם הנ״ל. ומהאי טעמא איתא בגמ׳ קידושין (ל, ב): אשרי הגבר אשר מלא את אשפתו מהם לא יבושו כי ידברו את אויבים בשער, מאי את אויבים בשער, אמר ר׳ חייא בר אבא אפי׳ האב ובנו הרב ותלמידו שעוסקין בתורה בשער אחד נעשים אויבים זה את זה, ואינם זזים משם עד שנעשים אוהבים זה את זה שנא׳ את והב בסופה - אל תקרי בְּסוֹפָהּ אלא בְּסוֹפָהּ, והיינו ג״כ כנ״ל שלקליטת דברי תורה צריכים לעבור מעבר של הנהגת מדת הדין.

ולפי זה מבואר מאי דאיתא בספרים הקדושים שימי העומר הם ימים שהדינים שורים בהם (שער הכוונות דרושי פסח דרוש ז). ומהאי טעמא איתא בגמ׳ יבמות (סב, ב) שמתו תלמידי ר׳ עקיבא דוקא בימים אלו מפני שלא נהגו כבוד זה לזה, והיינו כנ״ל מפני שאז הוא זמן שהדינים שורים בהם, ולכן נהג בהם הקב״ה אז במדת הדין כדאיתא בגמ׳ ב״ק (נ,א): וסביביו נשערה מאד (תהלים נ, ג), מלמד שהקב״ה מדקדק עם סביביו אפילו כחוט השערה עכ״ל.

ומעתה חוזרים אנו לבאר סוגית הגמ׳ שבת שהקדמנו, שמביא מאי דקאמר רב אבדימי שכפה הקב״ה ההר כגיגית על ישראל ואמר להם שאם יקבלו את התורה מוטב ואם לאו שם תהא קבורתם, אבל יש בדבריו קושי כמו שהקשו התוס׳ דלמה צריך לכוף אותם כבר קבלו את התורה מרצון לפני כן ואמרו נעשה ונשמע, ומוכרחים לומר כמו שתירצו התוס׳ שבראותם האש הגדולה חזרו בהם. אלא דהא גופא קשיא למה הראה להם האש הגדולה, לזה הביא מאי דקאמר חזקיה שבתחילה יראה הארץ ואחר כך שקטה, והיינו כמו שנתבאר שקודם צריכה להיות הנהגת מדת הדין ואחר כך הנהגת מדת הדין ממוזגת ברחמים. ועל זה מביא מאי דקאמר ריש לקיש שתנאי התנה הקב״ה עם מעשה בראשית שאם יקבלו בני ישראל את התורה מוטב ואם לאו יחזיר את העולם לתוהו ובוהו, והיינו משום שרק ישראל יכולים להציל את העולם, שהרי נתן הקב״ה שבע מצוות לכל בני נח שהיא הנהגת מדת הדין, וכיון שלא קיימו אותן היה צריך הקב״ה לקיים את העולם זמנית במדת החסד, ומאחר שרק ישראל קיימו שבע המצוות לכן רק הם היו יכולים לקבל את התורה ולהציל את העולם ע״י הנהגת הדין הממוזגת ברחמים, ודוק היטב בזה.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לפר' נצבים-וילך[1]

אתם נצבים היום כלכם לפני ה' אלקיכם ראשיכם שבטיכם זקניכם ושטריכם כל איש ישראל, טפכם נשיכם וגרך אשר בקרב מחניך מחוטב עציך עד שואב מימיך, לעברך בברית ה' אלקיך ובאלתו אשר ה' אלקיך כורת עמך היום. ואיתא בספרים הקדושים דמאי דכתיב כאן "היום" קאי על ראש השנה, וכדדריש בזוה"ק (ח"ג רלא, א) הא דכתיב (מלכים ב ד, יא) ויהי היום אצל אלישע דקאי על ראש השנה. וכן איתא בפענח רזא דאתם נצבים היום קאי על ראש השנה. ולפי זה צריכים להבין מאי דקאמר לעברך בברית ה' אלקיך ובאלתו דמה עניינו אצל ראש השנה.

ורש"י פירש (דברים כט, יב): ומדרש אגדה, למה נסמכה פרשת אתם נצבים לקללות, לפי ששמעו ישראל מאה קללות חסר שתים, חוץ ממ"ט שבתורת כהנים, הוריקו פניהם ואמרו מי יוכל לעמוד באלו, התחיל משה לפייסם אתם נצבים היום, הרבה הכעסתם למקום ולא עשה אתכם כלייה והרי אתם קיימים לפניו עכ"ל. והנה אם מדובר כאן ביומא דדינא דראש השנה צריכים להבין איך דרשה זו שייכת לדינא דראש השנה, וע"י מה יכולים להיות בטוחים שיזכו בדין ויהיו בני ישראל קיימים לפני הקב"ה.

וכתוב בספרים הקדושים (רוקח על שה"ש ו,ג; פרע"ח שער כד פ"א) שאלו"ל הוא נוטו' אני לדודי ודודי לי (שה"ש שם). והרי זה מורה על היחס בין האהוב לאהובתו שהיא הקירבה המירבית שאנו מכירים ביחסים שבין בני אדם. ואם חודש אלול מורה על קירבה זו הרי זה מלמדנו שעבודת החודש היא להביא להתקרבות המירבית שבינינו להקב"ה. ואם חודש אלול הוא הכנה לראש השנה, א"כ יש לשאול הרי לכאורה אזיל בתר איפכא, שהרי ראש השנה הוא יום הדין שכל באי עולם עוברים לפני כבני מרון (ר"ה יח, א), ובזה מתגלה מלכותו יתב' וכדכתיב מלך במשפט יעמיד ארץ (משלי כט, ד), והרי

[1] נמסר בכולל באלול תש"ע.

היחס שבין המלך לנתיניו אינו יחס של קירבה, אלא אדרבה יחס של אימה ורתיעה, וכדכתיב (דברים יז, טו) שום תשים עליך מלך, ואיתא בגמ׳ סנהדרין (כ,ב): רב אמר לא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם שנא׳ שום תשים עליך מלך - שתהא אימתו עליך עכ״ל.

והנה איתמר בפרק בתרא דר״ה (לד,ב): אמר רבה אמר הקב״ה אמרו לפני בראש השנה מלכיות זכרונות ושופרות, מלכיות - כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות - כדי שיבא לפני זכרוניכם לטובה, ובמה - בשופר עכ״ל. ולכאורה המאמר אינו מובן, דהא קאמר שממליכים הקב״ה ע״י אמירת מלכיות ומעלים זכרוננו לטובה ע״י אמירת זכרונות, וא״כ שוב מהו שואל במה, הא קאמר שעושה כן ע״י אמירת מלכיות וזכרונות. וגם צריכים להבין איך באמת עושה כן ע״י השופר. ועוד צריכים להבין שהרי מהברכות משמע שכל אחת עומדת בפני עצמה, ואין אחת תלויה בחברתה, אבל ממה שאמרו חז״ל מוכח ששתי הברכות של מלכיות וזכרונות תלויות בשופר. וצריכים לדעת איך הן תלויות בשופר.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה קבלת מלכותו יתב׳ הוא דוקא בראש השנה. והטעם הוא מפני שהמרידה הראשונה במלכות שמים היתה בראש השנה, שהרי אמרו חז״ל שבכ״ה באלול נברא העולם (ויק״ר כט,א), ויוצא שבריאת האדם היה בראש השנה שהוא יום הששי לבריאה, ואיתא בגמ׳ סנהדרין (לח, ב): אמר ר׳ יוחנן בר חנינא שתים עשרה שעות הוי היום, שעה ראשונה הוצבר עפרו, שניה נעשה גולם, שלישית נמתחו אבריו, רביעית נזרקה בו נשמה, חמישית עמד על רגליו, ששית קרא שמות, שביעית נזדווגה לו חוה, שמינית עלו למטה שנים וירדו ארבעה, תשיעית נצטווה שלא לאכול מן האילן, עשירית סרח, אחת עשרה נידון כו׳ עכ״ל, והרי החטא של אדם וחוה היתה מרידה במלכות שמים, שהרי הסית אותם הנחש למרוד בהקב״ה וכדכתיב (בראשית ג,ה): כי יודע אלקים כי ביום אכלכם ממנו ונפקחו עיניכם והייתם כאלקים יודעי טוב ורע, ואיתא בגמ׳ סנהדרין (שם) אמר רב יהודה אמר רב שאדם הראשון מין היה. ומאחר שבראש השנה היתה המרידה הראשונה במלכות שמים לכן דוקא ביום זה יש חיוב לקבל מלכותו יתב׳ מחדש.

והנה הדרך לקבל מלכות שמים היא כדכתיב (דברים לג,ה) ויהי בישורון מלך בהתאסף ראשי עם יחד שבטי ישראל, ופירש״י: בהתאספם יחד באגודה אחת ושלום ביניהם הוא מלכם, ולא כשיש מחלוקת ביניהם עכ״ל. ורואים מזה שתנאי קודם להמלכת הקב״ה על ישראל הוא אחדותם, והיינו משום

דאין מלך בלא עם, וכאשר אין העם מאוחד ומלוכד לא שייך שיקבלו עליהם מלכותו. ורואים שהכתוב מדקדק לומר יחד שבטי ישראל, והיינו שיש הכרה שחייב להיות שוני בעם ישראל, שכל אחד ואחד שוכן לשבטיו, ובכל זאת חייבים הם להתאחד לחטיבה אחת, ודוקא ע״י זה מקבלים מלכות שמים. ובכן זוהי מטרת אמירת מלכיות - ״כדי שתמליכוני עליכם״.

ועוד תיקנו חז״ל לומר זכרונות - ״כדי שיבא לפני זכרוניכם לטובה״. וצריכים להבין מה מוסיף באמירת זכרונות הלא לכאורה עיקר מטרת היום היא לקבל עלינו מלכות שמים. ונראה דהענין יבואר ע״פ מאי דאיתא במדרש (ב״ר לח,ו): רבי אומר גדול השלום שאפילו ישראל עובדים עבודת כוכבים ושלום ביניהם אמר המקום כביכול איני יכול לשלוט בהן כיון ששלום ביניהם, שנא׳ חבור עצבים אפרים הנח לו, אבל משנחלקו מה הוא אומר, חלק לבם עתה יאשמו, הא למדת גדול השלום ושנואה המחלוקת עכ״ל. ויוצא מזה שלא רק שהאחדות היא תנאי קודם למעשה קבלת מלכות שמים, אלא אפילו אם לא זוכים לקבלת מלכות שמים בשלימות בכל זאת עצם האחדות הוא מגן ומחסה לישראל ביום הדין. ועל זה אומרים: וישמע אלקים את נאקתם ויזכור אלקים את בריתו את אברהם את יצחק ואת יעקב, ונאמר ויזכור להם בריתו וינחם כרוב חסדיו, כה אמר ה׳ זכרתי לך חסד נעוריך אהבת כלולותיך לכתך אחרי במדבר בארץ לא זרועה, ונאמר וזכרתי אני את בריתי אותך בימי נעוריך והקימותי לך ברית עולם, ונאמר הבן יקיר לי אפרים אם ילד שעשועים כי מדי דברי בו זכור אזכרנו עוד, על כן המו מעי לו רחם ארחמנו נאום ה׳, וזכר לנו ה׳ אלקינו את הברית ואת החסד ואת השבועה אשר נשבעת לאברהם אבינו בהר המוריה ותראה לפניך עקידה שעקד אברהם אבינו את יצחק בנו כו׳ ברוך אתה ה׳ זוכר הברית. והיינו שאפילו אם אינם זוכים מ״מ מעורר הקב״ה רחמיו על ישראל מצד ברית אבות. אבל כדי לעורר הברית צריכים לאחדות ישראל, כך שיהיו כולם חטיבה אחת כזרע אברהם יצחק ויעקב.

ועל זה אמרו חז״ל ״ובמה - בשופר״. והכוונה היא שהשופר הוא המביא לידי אחדות ישראל, והיינו כדכתיב (שמואל א טו,ד) וַיְשַׁמַּע שאול את העם, ופי׳ הרד״ק: וישמע - כמו ויאסף וכן תרגם יונתן וּכְנַשׁ עכ״ל. ורואים שפעולת השמעת קול ברבים היא לאסוף ולאחד. וכן כתיב (במדברי י,ב): עשה לך שתי חצוצרות כסף מקשה תעשה אתם והיו לך למקרא העדה ולמסע את המחנות, ועל זה פירש״י (שם): עשה לך - שיהיו תוקעין לפניך כמלך, כמו שנא׳ ויהי בישורון מלך עכ״ל. ומהאי טעמא מצינו שקשורים החצוצרות למצות שופר

וכדתנן ברי״ה (כו,ב): שופר של ראש השנה של יעל פשוט ופיו מצופה זהב, ושתי חצוצרות מן הצדדין, שופר מאריך וחצוצרות מקצרות שמצות היום בשופר עכ״ל. וממילא שפיר מבואר מה שאמרו ובמה בשופר, שהכוונה היא כמו שנתבאר, שהרי תנאי קודם למעשה קבלת מלכות שמים הוא אחדות ישראל, וכן הוא בהעלאת זכרון ישראל לטובה שצריכים לאחדות, לכן צריכים לשופר לעורר אותם להתאחד יחד. ועל זה אנו אומרים בברכת שופרות: והיה ביום ההוא יתקע בשופר גדול ובאו האובדים בארץ אשור והנדחים בארץ מצרים והשתחוו לה׳ בהר הקודש בירושלים, וקרב פזורנו מבין הגויים ונפוצותינו כנס מירכתי ארץ והביאנו לציון עירך ברנה ולירושלים בית מקדשך לשמחת עולם, ותקעתם בחצוצרות על עולותיכם ועל זבחי שלמיכם והיו לכם לזכרון לפני אלקיכם וגו׳.

ומעתה שפיר מתורצת הקושיא שהקדמנו, שאם עיקר מטרת ראש השנה הוא קבלת מלכות שמים א״כ איך יתכן שחודש אלול שעבודתו הוא להביא לידי התקרבות מירבית בין הקב״ה לעמו ישראל ישמש כהכנה לקבלת מלכות שמים. אולם לפי מה שנתבאר הרי יש בראש השנה שתי מגמות, מגמה אחת היא אמנם קבלת מלכות שמים, אך יש גם מגמה אחרת והיא זכירת הברית שבין הקב״ה לכנסת ישראל, ועל זה צריכים ההכנה של חודש אלול להביא לידי התקרבות הקב״ה וכנסת ישראל ולהתחדשות הברית שביניהם.

והנה פירשו בתולדות יעקב יוסף (פר׳ נצבים) ובערבי נחל (דרוש ט לפר׳ נצבים) הפסוק אתם נצבים כולכם לפני ה׳ אלקיכם, שהכוונה היא שיש לכם תקומה לפני ה׳ אלקיכם ביום הדין של ראש השנה אם אתם ״כולכם״ יחד באחדות, עיין בדבריהם. ובכן זהו דקאמר המדרש אגדה שמביא רש״י, שביומא דדינא דראש השנה נזכרים בצ״ח קללות שבמשנה תורה ונאחזים בפחד - אוי לנו מיום הדין אוי לנו מן התוכחה, ומי יזכה בדין. לכן קאמר שאם אתם נמצאים באחדות אתם זוכים בדין, שהרי ע״י האחדות אתם מקבלים עליכם מלכותו של הקב״ה, ואפילו אם לא הגעתם למדריגה של קבלת מלכות שמים בשלימות בכל זאת יש לכם תקומה, שהרי ע״י האחדות אתם מעלים זכרון הברית שביניכם להקב״ה, ועל ידי זה אתם נוצחים בדין. וזהו שאמר הכתוב אתם נצבים היום כולכם לפני ה׳ אלקיכם וגו׳ לעברך בברית ה׳ אלקיך ובאלתו אשר ה׳ אלקיך כורת עמך היום, כלומר שבראש השנה מתחדשת הברית שכרת ה׳ עם ישראל, וע״י זה יש להם תקומה וזוכים בדין, ודוק היטב בזה.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א

אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לחנוכה[1]

איתא בגמ' שבת (כג,א): אמר רב חייא בר אשי אמר רב המדליק נר של חנוכה צריך לברך, ורב ירמיה אמר הרואה נר של חנוכה צריך לברך, אמר רב יהודה יום ראשון הרואה מברך שתים ומדליק מברך שלש, מכאן ואילך מדליק מברך שתים ורואה מברך אחת עכ"ל. ויש להתבונן בזה, דהא לא מצינו שהרואה מברך על המצוות, אלא רק העושה את המצוה מברך, וברכות הראיה הן בדרך כלל על תופעות הטבע וכדתנן בברכות בפרק הרואה או על נס שקרה ליחיד או לרבים, אבל אין זה קשור למצוה. ואם תאמר שהוא ג"כ ברכה על הנס א"כ יקשה אמאי לא מצינו בפורים שמי שאינו יכול לשמוע המגילה יברך ברכת שעשה נסים לאבותינו [עי' ביאור הלכה (ריש סי' תרצב)].

והנה איתא במדרש (ב"ר ב,ד): וחושך זה גלות יון, שהחשיכה עיניהם של ישראל בגזירותיהן, שהיתה אומרת להם כתבו על קרן השור שאין לכם חלק באלקי ישראל. ופירש"י: כתבו לכם על קרן השור - לפי שכיון שעשיתם תבנית שור מאותה שעה גליתם בדעתכם שאין לכם חלק בו עכ"ל. וצריכים לדעת איך בעשיית העגל גילו ישראל שאין להם חלק באלקי ישראל, וכן צריכים לדעת איזה ענין היה להם ליוונים להזכיר חטא העגל.

והנראה לומר בזה הוא בהקדם המשנה אבות (פ"ג מ"ז) ר' שמעון אומר המהלך בדרך ושונה ומפסיק ממשנתו ואומר מה נאה אילן זה ומה נאה ניר זה מעלה עליו הכתוב כאילו מתחייב בנפשו. ולכאורה יש לדקדק מה כל כך גרוע אם אומר מה נאה אילן זה ומה נאה ניר זה, הלוא הוא מפליא בזה מפעלות יוצר בראשית, וכמו שהנביא (ישעי' מ,כו) אומר שאו מרום עיניכם וראו מי ברא אלה, וכן כתיב (תהלים קד,כד) מה רבו מעשיך ה' כולם בחכמה עשית מלאה הארץ קנינך.

אבל באמת משמיענו כאן התנא שיש שני אופני הסתכלות שבהם אדם מסתכל על העולם: (א) הסתכלות טבעית-אסטתית, דהיינו שֶׁשָּׂם כל עיונו

[1] במסיבת חנוכה בכולל, תשע"א.

בדבר כמו שהוא, הוא רוצה לתאר אותו, ולעמוד על סיבותיו הטבעיות, ולדעת כל אופני תיפקודו, ולעמוד על יופיו, והסתכלות זו היא חיצונית במהותה שרואה בטבע הפיזי חזות הכל; (ב) ההכרה שבנוסף לרובד החיצוני של המציאות יש גם רובד פנימי, והוא הרובד האלקי-הרוחני, דהיינו שהאלקים פועל מאחורי העולם הטבעי והפיזי, והוא בורא ומנהיג לכל הברואים. הכרה זו גורמת להתמקד בהסתכלות מוסרית, דהיינו שֶׂשָׂם עיקר תשומת לבו לא בדבר כמו שהוא, אלא על הצד המוסרי שבו, שרוצה לדעת מה משמעות דבר זה מבחינת חובת האדם בעולמו, מה מותר לעשות בדבר זה ומה אסור לעשות בו.

בהבדל שבין שתי הסתכלויות האלו תלוי ההבחנה שבין חכמת התורה לגישה היוונית. חכמת יוון מתמקדת בהכרת המציאות הטבעית מבלי לקחת בחשבון הרובד האלקי- הרוחני, הכרת הטבע והשכלתנות הן חזות הכל, ואין מבלעדיהן כלום. וכן כתב הרמב״ן בדרשת תורת ה׳ תמימה: כאשר קמו היונים, והם עם חדש שלא נחלו חכמה, כאשר ביאר בעל ס׳ הכוזרי, קם האיש הידוע ולא האמין רק במורגש וחפש חכמות מורגשות והכחיש הרוחניות עכ״ל. תרבות יוון מעריצה פיתוח הגוף והנאותיו, ולכן היא העצימה הספורט והתיאטרון. מה שאין כן חכמת התורה ותרבותה מתמקדים בהכרה שהכל מאת ה׳ ושהאדם אחראי מוסרית למעשיו. אכן גם בתורה יש הערכה לטבע ליופי ולגוף, אבל הם מְשֻׁנִּיִים לאלקי לרוחני ולמוסרי. וזוהי כוונת דרשת חז״ל (מגילה ט,ב) על הפסוק (בראשית ט,כז) יפת אלקים ליפת וישכון באהלי שם - יפיותו של יפת יהא באהלי שם. האסטתיקה של יוון יש לה ערך רק אם נמצאת באהלי שם דהיינו באהלי תורה. אבל ההתיוונות היא כאשר האדם מחפש את הטבע ואת היופי ועושה אותם כערך בפני עצמם ומנתק אותם מערכי התורה.

ובכן זהו מה שאמר ר׳ שמעון במשנה מי שהוא מהלך בדרך ושונה ומפסיק ממשנתו ואומר מה נאה אילן זה ומה נאה ניר זה מעלה עליו הכתוב כאילו מתחייב בנפשו, דהיינו מי שהולך בדרך התורה, ואחר כך מְשַׁנֶּה כיוונו ומפסיק ממחשבת התורה ומתחיל להסתכל על יופי הטבע כערך בפני עצמו ואינו תולהו בהקב״ה הריהו מתחייב בנפשו, שהריהו מאבד כל ערכו בחיים ואובד דרכו ואינו יכול למלא חובתו בעולמו. מה שאין כן כאשר אומר מי ברא אלה או מה רבו מעשיך ה׳ הריהו עיקר ההסתכלות על יופי הטבע אינו אלא להודות להקב״ה שבראו.

ובזה מובן לנו מאי דאמרו חז״ל בגמ׳ ברכות (נז,ב): שלשה מרחיבין דעתו של אדם, אלו הן, דירה נאה ואשה נאה וכלים נאים עכ״ל, ולכאורה זה סותר מאי דכתיב (משלי לא,ל) שקר החן והבל היופי אשה יראת ה׳ היא תתהלל. אולם לפי מה שנתבאר לא קשה מידי, שהרי הכוונה היא שחן ויופי כערכים בפני עצמם הם שקר והבל, אבל בכל זאת אינם נחשבים אלא כערכים מַשְׁנַיִים שביכולתם לעזור לאדם לבוא לידי תכליתו, ולזה נתכוונו חז״ל באמרם מרחיבין דעתו של אדם.

וארווח לן בזה לפרש מה שאמרו חז״ל בגמ׳ סוטה (לו,ב): ותתפשהו בבגדו לאמר וגו׳, באותה שעה באתה דיוקנו של אביו ונראתה לו בחלון, אמר לו יוסף עתידין אחיך שיכתבו על אבני אפוד ואתה ביניהם רצונך שימחה שמך מביניהם ותקרא רועה זונות דכתיב ורועה זונות יאבד הון עכ״ל. וצריכים להבין למה דוקא דמות דיוקנו של אביו היא שנראתה לו ומנעתו מחטוא באשת פוטיפר.

אולם לפי מה שנתבאר יש לנו לומר שדמות דיוקנו של אביו היתה התיקון לגורם הנסיון, שהרי גורם הנסיון היה שיוסף היה יפה תואר ויפה מראה (בראשית לט,ו), והרי יופיו של יוסף בא מיופיו של יעקב, דהא אמרו חז״ל במדרש (ב״ר פד,ח) שהיה זיו איקונין של יוסף דומה לזיו איקונין של יעקב, וביעקב נאמר בגמ׳ ב״מ (פד,א) דשופריה דיעקב אבינו מעין שופריה דאדם הראשון, וא״כ כמו שהיופי של יעקב היה יופי של קדושה כך היה היופי של יוסף, ואיך זה שיופיו של יוסף יביאנו לידי נסיון כל כך קשה.

אולם היא הנותנת, שהיופי מצד עצמו אינו אלא יופי טבעי, ואם קושרים אותו לקדושה הוא קדוש, אבל אם מסתכלים עליו כערך בפני עצמו הרי מנתקים אותו משרשו בקדושה ויכול לשמש לגורם של חטא. ואשת פוטיפר ראתה ביופי של יוסף יופי טבעי בלי שום קשר לקדושה, ולכך הסיתה אותו לעבירה, ונראתה לו דמות דיוקנו של אביו שהיא באמת הבבואה של דמות דיוקנו של יוסף, שהרי זיו איקונין שלו דומה לשל אביו, ועוררה אותו על קשר יופיו לקדושה, וע״י זה היה יכול לעמוד בנסיון.

והנה השור הוא סמל הכח והיופי הפיזי וכדכתיב (דברים לג,יז) בכור שורו הדר לו וקרני ראם קרניו בהם עמים ינגח יחדו אפסי ארץ [דמאי דקאמר וקרני ראם קרניו קאי גם על השור וכדאיתא בגמ׳ ר״ה (כו,א) ורבנן כל השופרות אקרו שופר ואקרו קרן, דפרה קרן אקרי שופר לא אקרי דכתיב בכור שורו הדר לו וקרני ראם קרניו, ופירש״י: וקרני ראם קרניו - של בכור

שורו, קרן אשכחן דאקרי עכ״ל]. וזה היה חטא העגל שהאלילו את השור והעגל, דהיינו שהלכו אחר הכח והיופי הפיזי ושכחו את ה׳ שבורא ועושה הכל, שהרי הקב״ה אמר להם (שמות כ,ב) אנכי ה׳ אלקיך אשר הוצאתיך מארץ מצרים מבית עבדים לא יהיה לך אלהים אחרים על פני, והם אמרו לפני העגל (שם לב,ד) אלה אלהיך ישראל אשר העלוך מארץ מצרים, כלומר שהם תלו יציאתם ממצרים בנסיבות טבעיות. ובזה דגלו היוונים והמתיוונים, שהם הסתכלו רק על רובד החיצוני של העולם, דהיינו הטבע שחקרו אותו והתפעלו מיופיו, אבל בקשו להשכיח הרובד הפנימי האלקי-המוסרי. וזוהי דרכם של עובדי עבודה זרה, שמסתכלים על כל תופעות הטבע והופכים אותן לאלילים וסוגדים להן.

ולפי זה מובן מאמר המדרש: וחושך זה גלות יון, שהחשיכה עיניהם של ישראל בגזירותיהן, כי גלות יוון נקראת חשך מפני שהיוונים רצו להשכיח מישראל שיש בורא ומנהיג לכל הברואים וחייבים ללכת אחריו ואחרי תורתו, וע״י הַשְׂכָּחָה זו הביאו חשך לישראל [שכ״ח הן אותיות חש״ך כדאיתא ספרי], ואמרו לישראל: כתבו על קרן השור שאין לכם חלק באלקי ישראל, כלומר שרצו להזכירם שכבר דגלו פעם בשיטה זו, דהיינו כאשר עשו את העגל, ולכן יש להם לחזור למה שהאמינו בימי קדם.

והנה יש לתמוה על עצם ברכות הראיה, למה תקנו לברך על ראיית תופעות משונות בטבע, דהתינח ברכות נהנין שמובן למה צריכים לברך אותן וכדאיתא בגמ׳ ברכות (לה,א) דסברא הוא אסור לו לאדם שיהנה מן העולם הזה בלא ברכה, וכמו כן אפשר להבין למה מברכים על המצוות, דהיינו כמו שמצינו דמברכים על התורה, והטעם הוא כדאיתא בגמ׳ ברכות (מח,ב) דאמר רבי ישמעאל קל וחומר על חיי שעה מברך על חיי עולם הבא לא כל שכן, כן תקנו חכמים לברך גם על המצוות, וכן מובן גם מה שמברכים ברכת הודאה דהיינו כמו שכתב הרא״ש (ברכות פ״ט סי׳ ג) שברכת הודאה היא במקום קרבן תודה, וממילא מובן למה תיקנו כל ברכות הודאה. אבל ברכות ראיה על תופעות הטבע לכאורה אין לו שום מובן, ובפרט על תופעות חריגות בטבע שמברכים עליהן שלכאורה לא היו צריכים עליהן, ובכל זאת תקנו חכמים לברך עליהן, וכמו שתיקנו חכמים לברך על בריות משונות ברוך משנה הבריות (ברכות נח,ב), וטעמא בעי למה צריכים לברך עליהם.

אולם ראיתי מפרשים שטעם ברכות אלו הוא כדי להצביע שהטבע וכל תופעותיו נבראו מאת השי״ת, ואין לראות בשום דבר בעולם כאילו נפרד

מהקב״ה שיש להם אלוה אחר שבראם ומקיימם. והדברים נכונים. והרי זה תריס בפני עובדי עבודה זרה שעשו אלילים מכל תופעות הטבע.

ומעתה שפיר מובן למה תיקנו לברך ברכת הראיה על נר חנוכה מה שלא מצינו כן במצוות אחרות, שהרי לפי מה שנתבאר נר חנוכה בא על נצחון החשמונאים על חכמת יוון ותרבותו, שהם האלילו את הטבע וכל תופעותיו, והכחישו ברובד האלקי-הרוחני של המציאות, שנגד אמונה כוזבת זו תקנו כל ברכות הראיה. ולפיכך תקנו גם בחנוכה ברכת הראיה שממנו אנו למדים על כל ברכות הראיה שבאו להזכירנו שהקב״ה הוא בורא ומנהיג לכל הברואים.