

יד ברודמן

לע"נ משה חנה ובנם בן ציון הי"ד
שנספו בשואה

אבני משפט

קובץ תורני בעניני
אבן העזר וחושן משפט

י"ד

מרחשון, תשע"ב

לע"נ אסתר יפה קליימן

יוצא לאור על ידי

"יד ברודמן"

כולל להוראה ודיינות

לבוגרי ישיבות הסדר

ויוצאי צבא, רחובות



בית שפירא

רח' הרצל 148,

רחובות, 76264

טל' 08-9452189

פקס. 08-9452329

בעריכת הרב מאיר ברקוביץ

הדפסה: דפוס ש.ה.ר רחובות, טל. 08-9475106

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

אסתר יפה הי"ד בת נחמן ורוחמה קליימן יבלחט"א

שנקטפה בדמי ימיה ע"י בני עוולה

י"א בניסן תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

"ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה" (אסתר ב, טו)
"והיתה אסתר מתוקנת לפני הקב"ה" (ילקוט אסתר, ב)
"אסתר שמה, ולמה נקרא שמה הדסה, על שם צדיקים" (שם)

נאים דברי חז"ל אלה, לתאר את דמותה של אסתר יפה הי"ד
שנרצחה ע"י מחבלים בדרכה מנווה צוף, לעבודתה כגננת בעפרה.



יד ברודמן

לע"נ משה חנה ובנם בן ציון הי"ד
שנספו בשואה

כולל "יד ברודמן" להוראה ודיינות
לבוגרי ישיבות הסדר ויוצאי צבא
רחובות
להנצחת ולע"נ משפחת ברודמן
שנספתה בשואה
משה ב"ר אבנר, חנה ב"ר ישעיהו הכהן ובנם בן ציון הי"ד

בראשות מורינו הגאון
הרב משה חיים דימנטמן שליט"א

מפעולות הכולל:

תוכנית לדיינות
"מכון לחקר החברה והכלכלה על פי התורה"
פעילות תורנית - קהילתית חברתית
כולל יום שישי

תוכן העניינים

בפתח הקובץ ---------- 7

השוחט בשבת/ מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל ---------- 9

עונשין שלא מן הדין/ הרב יוחנן גבאי ---------- 15

הוצאת ממון המגיע עפ"י דין במרמה/ הרב ירון רוזיליו ---------- 25

דין בשבת/ הרב מאיר ברקוביץ ---------- 45

גר כדיין בדיני ממונות ובקבלת גרים/ הרב שלמה זאב פיק ---------- 56

צירוף גר כדיין בבית דין לגיור/ הרב יצחק אברהם רונס ---------- 88

טענינן – דין או לפנים משורת הדין/ הרב יוסי איגרא ---------- 96

בענין גלגול שבועה/ הרב יצחק ביסמוט ---------- 120

בענין הרחקת נזיקין/ הרב אהרן בר יעקב ---------- 132

מי הודיעו לבעל חיטין/ הרב צבי קופר ---------- 149

בסיבת חיוב שומרים בפשיעה/ הרב יוסף שליט ---------- 163

בענין רובא דאיתא קמן/ הרב אלישע לוינשטרן---------- 177

פסקי דין - דיני ממונות

פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי --------- 197

דרוש

הלל של ראש חודש/ הגרי"ד סולובייצ'יק ---------- 217

לפ' זכור/הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה ----------232

לפ' בהעלתך ---------- 238

לחודש אלול ---------- 242

בפתח הקובץ

ד"א מהו בירח בול בירח מבול חסר מ' כנגד ארבעים יום, שאע"פ שנשבע הקב"ה כי מי נח זאת לי אעפ"כ מ' יום בכל שנה היו אותם הימים עושים רושם בעולם עד שעמד שלמה ובנה את בית המקדש ופסקו אותם מ' יום לפיכך כתיב חסר מ' כנגד ארבעים יום שפסקו. משנעשה הבית בירח בול נעשה נעול י"ב חדש והיו הכל ממלמלים על שלמה לומר לא בנה של בת שבע הוא היאך הקב"ה משרה שכינתו לתוך מעשה ידיו והקב"ה חשב לערב שמחת בית המקדש בחדש שנולד בו אברהם, בירח האיתנים זה חדש תשרי ולמה קורא אותו ירח האיתנים שנולד בו אברהם שנאמר משכיל לאיתן האזרחי. וכיון שנפתח בחדש מועדות והקריב הקרבנות וירדה האש אמר הקב"ה עכשו נשלמה המלאכה שנאמר ותשלם כל המלאכה, ועל זה נאמר עמקו מחשבותיך. וכן אתה מוצא במלאכת המשכן, א"ר חנינא בכ"ה בכסלו נגמר מלאכת המשכן ועשה מקופל עד אחד בניסן, כמו שכתוב ביום הראשון באחד לחדש תקים את משכן, והיו ישראל ממלמלין על משה לומר למה לא הוקם מיד שמא דופי אירע בו והקב"ה חשב לערב שמחת המשכן בחדש שנולד בו יצחק דכתיב לושי ועשי עוגות ואמרו לו שוב אשוב אליך, ומעתה הפסיד כסלו שנגמרה בו המלאכה אמר הקב"ה עלי לשלם, מה שלם לו הקב"ה חנוכת חשמונאי, וכן **מרחשון עתיד הקב"ה לשלם לו.**
(ילקוט מלכים קפד)

מבואר בדברי הילקוט שעתיד חודש מרחשון ׳לקבל שכרו׳ כשם שחדש כסלו זכה למועד החנוכה. נמצאנו למדים - שייתכן וחנוכת הבית השלישי עתידה להיות בחדש הבעל״ט!

גיליון י״ד של ׳אבני משפט׳, פותח בדברי ראש הכולל וחותם בדברי האדמו״ר ממונסטרישצ׳ה, כפי שהשמיעם בכולל. ובתווך – מאמרים - המסודרים לפי סדר שו״ע חו״מ, ובהם שני מאמרים העוסקים בנושא משותף לשו״ע חו״מ וליו״ד – האם ניתן למנות גר לדיין בבית דין לגיור? ודרוש ׳מפי השמועה׳ מדברי הגרי״ד סולובייצי״ק כפי שנרשמו ע״י הרב ש״ז פיק.

נחתום, בתפילה על העתיד ובהודאה על העבר,

העורך

ליל ז׳ במרחשון תשע״ב

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

השוחט בשבת

א

תנן במסכת חולין (יד,א):

> השוחט בשבת וביום הכיפורים, אף על פי שמתחייב בנפשו, שחיטתו כשרה.

והקשה תוס' שם, אמאי שחיטתו כשרה, והא מומר לחלל שבתות אסור לאכול משחיטתו ותרצו שני תירוצים: א – דהכא בצינעא הוי, ורק מומר לחלל שבת בפרהסיא הוי מומר ולא בצינעא. ב – ועוד אמרו בתוס' דמשום פעם אחת לא חשיב מומר וראיה לכך מגמ' בחולין פרק שני.

ובחידושי הר"ן לחולין שם כתב וז"ל:

> וא"ת והא קיי"ל דמומר לחלל שבתות בפרהסיא הוי מומר לכל התורה כולה וכדתניא לעיל חוץ מן המומר ומנסך את היין ומחלל שבתות בפרהסיא וכיון שכן היכא קתני שחיטתו כשרה, בשלמא למסקנא דשמעתין דאוקים לה בשוגג ניחא, אבל מעיקרא דמהדרין לאוקמה במזיד ור"מ היכא תנן שחיטתו כשרה. י"ל למאי דסליק אדעתין מעיקרא מוקמינן למתני' בשוחט בצינעא. אבל בתוס' כתבו דאפילו במזיד ובפרהסיא שחיטתו הראשונה כשרה שאינו נעשה מומר אלא עד גמר שחיטה. וראיה לדבר מדאמרינן בפרק אותו ואת בנו (ד פא) דלרבנן דאמרי שחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה שחט ראשון לשלחנו ושני לע"א חייב משום אותו ואת בנו ואם איתא דשחיטה ראשונה שחיטת מומר חשבינן ליה אמאי מחייבי רבנן והלא אינה שחיטה כלל אלא נחירה בעלמא אלא ודאי שמע שאין שם מומר עליו אלא מאותה שחיטה ואילך. ויש דוחין ולומר דלא דמי שבת לע"א דשוחט לע"א כיון שאינו עובד אותה אלא עם גמר שחיטה בדין הוא שנכשיר שחיטתו הראשונה שהרי נעשית בהכשר, אבל שוחט בשבת הרי בתחילת שחיטתו חילל שבת, דחובל הוא, הלכך אפילו בשחיטתו הראשונה הוי מומר ושחיטתו פסולה. ואין זה כלום אצלי, דבשבת נמי

> לא מחייב עד גמר שחיטה, דמיקמי הכי הו״ל מקלקל בחבורה דקיי״ל דפטור.

ואף דהר״ן דוחה הסברא הנ״ל, וכתב דבשבת נמי לא מתחיב עד גמר שחיטה, דמיקמי הכי הוי מקלקל בחבורה דקיי״ל דפטור. מיהו הרמב״ם בפירוש המשניות על משנה זו דשוחט בשבת כתב דבמזיד שחיטתו אסורה משום דבתחילת שחיטה נעשה מומר.

וז״ל הרמב״ם שם:

> ואמר השוחט בשבת אם היה שוגג ולפיכך שחיטתו כשרה הוי ואינו מחלל שבת, ואין שחיטתו פסולה אלא אחר גמר שחיטה, ואם שחט אח״כ שחיטה שניה, הוא שיהיה אסור. דע שמשיתחיל לעשות חבורה בצואר הבהמה הוא מחלל בת קודם שישחוט אם שום דבר מן הושט והגרגרת. ואם תרצה לבאר יותר מזה תאמר בשעה שישחוט קצת הסימנים קודם שיגמור השחיטה, הוא מחלל שבת, ובשעה שיגמור השחיטה הוא פסול.

וביסוד מחלוקת הרמב״ם והר״ן דלעיל, אפשר לומר עפ״י מחלוקת האחרונים (צויינה ע״י רע״א במערכה ב׳ במסכת שבת), במומר לחלל שבת בפרהסיא במלאכה דרבנן, אי הוי מדרבנן כמומר לכל התורה ושחיטתו אסורה מדרבנן. הבית הלל כתב דהוי כמומר לכל התורה והפר״ח פליג.

וסברת המקילים דמומר לחלל שבת בפרהסיא במלאכה דרבנן לא הוי מומר, משום דאיסורי דרבנן אינם איסורי שבת אלא איסור כללי דלא תסור.

ועפ״י זה ת״ל, דנעשה מומר לאחר גמר העבירה, ובשעת העבירה עדיין אינו מומר, וס״ל לרמב״ם נהי דבתחילת השחיטה הוי מקלקל ואסור מדרבנן וס״ל לרמב״ם כשיטת בית הלל הנ״ל, דגם מומר לחלל שבת מדרבנן הוי מומר וכיון דהוי מומר מדרבנן בתחילת השחיטה, נמצא דגמר השחיטה נעשה ע״י מומר ולכן מעמיד הרב״ם המשנה בחולין בשוגג.

והר״ן ס״ל כשיטת הפר״ח דמומר לחלל שבת מדרבנן, ל״ה כמומר, נמצא דבתחילת השחיטה לא הוי מומר ורק בגמר בשחטה נעשה מומר ולכן שחיטתו כשרה אף אם מזיד הוא.

והגרע״א שם, מציין לדברי הרמב״ם (פ״ג מגניבה), טבח ביוה״כ והתרו בו פטור, דאין לוקה ומשלם, ולכאורה כבר נתחייב מלקות בתחילת השחיטה,

והגמר אח״כ הוא בלא התראה, וקיי״ל דחייבי מלקות שוגגין וממון דמשלם (כדעת רבי יוחנן פ׳ אלו נערות) וא״כ יתחייב ד׳ וה׳ על גמר השחיטה ואמאי מיפטר מן הממון. (וראה להלן בנוגע למה שכתב רע״א דחיוב המלקות על גמר השחיטה הו כחייבי מלקות שוגגין ועי׳ היטב להלן). והגרע״א מוכיח מכח קושיא זו, דדעת הרמב״ם דבתחילת השחיטה הוי מקלקל, נמצא דחיוב המלקות הוא בגמר שחיטה וחיוב המלקות והממון באים כאחד ואין אדם לוקה ומשלם.

ועי׳ תוד״ה שטר שיש בו ריבית ב״מ עב,א, שהקשו אמאי בשטר שיש בו ריבית גובין את הקרן, הרי העדים החתומים על השטר פסולים הם הואיל ועוברים על לאו דלא תשימון, אע״פ שאינם מרויחים ממון, נפסלים ידי דהוי אמומר אוכל נבלתו להכעיס דקיי״ל כאביי דפסול. ותרצו תוס׳ דהכא אירי בריבית דרבנן ולא מיפסלי באיסור דרבנן כיון שאינם מרויחים דבר אע״פ שבעבירה דאוריתא כה״ג היו נפסלים. ושיטת תוס׳ הובאה בשו״ע חו״מ לד,ג בהג״ה: ״וי״א בדבר מדבריהם בעי׳ שעבר משום חימוד ממון״. (ר״י נ״ב ח״ד ותוס׳ פ׳ איזהו נשך ועיטור).[1]

וכתב קצוה״ח (סימן נב) בנוגע לקושיית התוס׳ ב״מ הנ״ל, דפסול העדים אינו משעת העבירה, אלא משעה שעשה העבירה ואילך. ולפ״ז מיושבת קושיית התוס׳ דעדי ריבית נפסלו לאחר חתימתם בשטר שיש בו ריבית, ולכן השטר כשר ואפילו לשיטת הרמב״ם גבי השוחט בשבת דהוי מומר – אם היה מזיד – היינו משום דנעשה מומר בתחילת השחיטה אף דהוי מדרבנן וכדלעיל ולכן גמר השחיטה הוי לאחר שנעשה מומר וכנ״ל בקצוה״ח ובדברי רע״א.

ב

ובמסכת כתובות (לא,ב) מקשינן הבא על אחותו וכו׳ יש להן קנס ורמינהו אלו הן הלוקין הבא על אחותו כו׳ וקיי״ל דאינו לוקה ומשלם. ובדרוש וחידוש לרע״א שם מקשה לפי מש״כ תו׳ יבמות נט בחד תירוצא דלא מחייבי קנס על העראה א״כ נימא דהמלקות על ההעראה והממון על גמר ביאה.

ובהקדמת הפנ״י כתב לתרץ בשם חתנו הגאון רבי בעריש, דמ״מ על גמר ביאה נמי חייב מלקות ולא פקע מיניה המלקות עד גמר ביאה וכמבואר

[1] ואפשר לפרש דריבית דרבנן דהי פסול דרבנן בעי׳ הכרזה כמבואר בסנהדרין ובעבירה דאורייתא ופסול דרבנן – בזה נסתפק המל״מ ואכמ״ל. וכתב הר״ן דלאותה עדות שנפסל בשבילו אי״צ הכרזה.

בירושלמי גבי מדליק גדיש בשבת דחשיב מחוייב מיתה על כל שבולת ושבולת.

ועל דבריו כתב רע״א: ולא מתחוור לי תירוצו, דגבי מדליק גדיש כיון דיש עליו חיוב מיתה על כל שבולת ושבולת, נהי דאין בי״ד דן על שבולת השניה דכבר נתחייב על שבולת הראשונה, מ״מ הוי כמו חייבי מיתות שוגגין, משא״כ הכא גבי מלקות לרבי יוחנן הסובר דחייבי מלקות שוגגין חייב ממון הדרא קושיתא לדוכתא.

ודברי רע״א צ״ב, דאפשר לומר דשבולת שניה או גמר ביאה לא חשיב כחייבי מיתות שוגגין, דכל שוגג אין עליו תורת עונש כלל, אבל הכא אע״פ שכבר נתחייב מלקות בשעת הראה, מ״מ מלקות אלו עולים לו על כל הביאה כולה שהכל עברה אחת של שיעורים הרבה, דהתראה אחת וחיוב מלקות אחד עולים לכל הביאה. ואם תאמר שיתחייב ממון מחמת גמר היבאה, נמצא שמתקיים בו שתי רשעיות עבור הגמר ביאה ודברי הגאון ר׳ בעריש מובנים. וצ״ע בזה.

רע״א בכתובות שם מיישב קושיא זו באופן אחר. כשם שחיוב מיתה פוטר חיוב ממון או מלקות כמו כן חיוב מיתה מוריד את תנאי החיוב וכדלהלן, שהאי אם אחד הערה בה וחזר אחר ובא עליה ליכא קנס הואיל והוסרו הבתולים ע״י הראשון והוי כבא על בעולה דליכא קנס. אבל באדם אחד שהוא המערה והוא הגומר בזה גזה״כ לחייב קנס על הגמר אחרי אשר הוא בעצמו השיר הבתולים בהעראתו וכדאיתא בתוס׳ יבמות שם.

ולאור האמור פרכינן במסכת כתובות שם, כיון דנתחייב מלקות והמלקות פוטר חיוב הממון, כמו כן יפטור המלקות תנאי החיוב של הממון, והעראה זו הוי כאילו נעשתה ע״י אחר וממילא א״א לחייבו ממון על הגמר, כיון דבשעת הגמר כבר בעולה היא מחמת ההעראה ואם אתה מחייבו ממון הרי זה מכח זה שאף ההעראה נעשתה על ידו, כי זהו תנאי החיוב של הממון שיהיה הוא המערה ושפיר א״כ פרכינן בגמ׳ והא אין לוקה ומשלם. (דרוש וחידוש שם).

והאחרונים כתבו דחידוש זה של רע״א בענין תנאי החיוב, דאף בשעת תנאי החיוב שייך דין דקלבד״מ, תליא בפלוגתא דקמאי במסכת מכות טז,א וכדלהלן.

במסכת מכות בסוגיא דביטלו ולא ביטלו איתא לענין אונס שגירש, ביטלו היכי משכחת לה (דהיינו לאו הניתק לעשה אין לוקין עליו אא״כ ביטל העשה

בידים) אי דקטלה (וביטל עשה דולו תהיה לאשה) קלבד״מ. ואף דחיוב המלקות הוא בעד עבירת הלאו (לא יוכל לשלחה) והמיתה היא ביטול העשה, מ״מ שייך לומר קלבד״מ, כי עבירת הלאו היא בשעשת הגירושין ובתנאי דל יבטל העשה, ושפיר הוי לאו הניתק לעשה ולא לקי, אבל היכא דקטלה, כשם שחיוב מיתה פוטר מחיוב מלקות כמו כן פוטר מתנאי החיוב של מלקות וכחידושו של רע״א (דביטול העשה חשיב כאילו עשאו אחר).

מיהו הרמב״ן והריטב״א פירשו דביטול העשה הוא חלק מעבירת הלאו, והוכחו כן ממה דאמרינן ״אי דקטלה קלבד״מ ולדבריהם כיון דהוי ביטול העשה חלק מגוף האיסור שפיר הו בב״א ושייך לומר קלבד״מ.

ג

הבאנו לעיל, בהא דאיתא במסכת מכות דף טז, דלא משכח״ל ביטלו ולא ביטלו באונס שגירש, אי דקטלה (ובזה ביטל העשה דולו תהיה לאשה) קלבד״מ, ואם מתה לא ביטלה איהו. והקשו תוס׳ דילמא קטלה ולא הוי קלבד״מ, דקטלה בשוגג.

וכתב מהרש״ל בפירוש דבריהם: ונאמר דחייבי מיתות שוגגין ומלקות, לוקה. והמהרש״א כתב דאין דבריו מובנים דבפ׳ אלו נערות איאת דחייבי מיתות שוגגין ודבר אחר לכו״ע פטורים (תנא דבי חזקיה).

וכבר העיר האחיעזר, דהא דאמרינן חייבי מיתות שוגגין וממון לכו״ע פטורים, היינו במיתה וממון, אבל חייבי מיתות שוגגין ומלקות בפלוגתא דרבי יוחנן ור״ל קיימי (חולין פא,ב), וקיי״ל כרבי יוחנן דחייב מלקות ודברי מהרש״ל מובנים ודברי מהרש״א צ״ב.

וכתב שם מהרש״א, וז״ל:

> מיהו הכא ל״ש למימר הכי, דהא דלוקה הכא לאו אמה שהרגה, דהא שוגג היה, אלא כיון שהרגה ונתבטל העשה חייב מלקות משום שגירשה.

ולכאורה דברי המהרש״א צ״ב, דהא להדיא אמרינן בגמ׳ אי דקטלה (במזיד) קלבד״מ. ולדברי המהרש״א אמאי אמרינן במזיד קלבבד״מ.

ואפשר לומר ביישוב המהרש״א דקלבד״מ עניינו דחיוב המיתה פוטר מחיוב הממון וכיוצ״ב. ודוקא כששני החיובים (המיתה והממון) באים כאחד, ולכן

אמרינן התם אי דקטלה קלבד״מ, משום דני החיובים באים כאחד, לפי הריטב״א שהבאנו לעיל, משום דחיוב המיתה מוריד את תנאי החיוב, וכיון דבאים שני החיובים באים כאחד אף בזה אמרינן דקבלבד״מ.

מיהו בהא דחייבי מיתות שוגגין פוטר הממון, אין חיוב המיתה פוטר חיוב המון דהוי שוגג והפטור בחייבי מיתות שוגגין הוא פטור מצד המעשה דאף דהוא שוגג מקרי מעשה אסון ופוטר מממון אף אם אינם באים כאחד.

אבל בנידון אונס שגירש, הוי שני מעשים, מעשה של חיוב מיתה והמלקות משום מעשה הגירושין וכיון דהוי שני מעשים א״א לפטרו מטעם קם ליה בדרבה מיניה וכמש״כ המהרש״א הנ״ל.

ד

ובענין הנ,ל דמומר לחלל שבת, תנן במסכת שבת, פשט העני את ידו לפנים ונתן לתוך ידו של בעה״ב או שנטל מתוכה והוציא, העני חייב (דעביד ליה עקירה מרה״ר והנחה ברה״י או בנטל מתוכה והוציא והניח ברה״ר, דעביד עקירה והנחה), ובעה״ב פטור, דבעה״ב לאו מידי קעביד. והקו תוס׳, והרי בעה״ב קא עבר משום ולפני עור לא תתן מכשול. בתו״י ובראש״ש שם, כתבו דמצד איסור שבת הוא דקאמרינן דפטור ומותר ולא דיקינן השתא באיסור דלפני עור דבלתא דידה לא איירי.

וע״ש בתורע״א על המשניות דיש נפ״מ מענין זה. דקיי״ל דמומר לדבר אחד לא הוי מומר לכל התורה כולה, פרט למומר לחלל שבת בפרהסיא דהוי מומר לכה״ת כולה ושחיטתו פסולה. ודעת הרבה אחרונים דאפילו מומר לחלל שבת באיסור דרבנן חשיב מומר לכה״ת כולה. וא״כ היכא דפטור אבל אסור מצד הלכות שבת, אם עשה כן בפרהסיא הוי מומר לכה״ת, ולפיכך קאמרי דפטור ומותר מצד שבת ולא עבר רק משום ולפני עור דהוי לאו בעלמא ואינו בכלל מומר לשבתו.

הרב יוחנן גבאי
ר"מ בית המדרש, ישיבת למרחב, פ"ת

עונשין שלא מן הדין

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. מקור הדין

ג. מי רשאי להעניש?

ד. להעניש שלא כדין רשות או חובה

ה. מקור הסמכות והכוח להעניש

ו. ענישה בזמן הזה

א. הקדמה

בסמכות בתי הדין הסמוכים מדור לדור עד משה רבינו היה לשפוט ולדון בכל תחומי המשפט דיני ממונות, קנסות ונפשות.

לאחר שפסקה הסמיכה נשארה הרשות לביה"ד לדון בדיני ממונות אך לא בכל תחומי דיני הממונות אלא רק בדברים השכיחים ויש בהם חסרון כיס וזאת מכוח "שליחותייהו דקמאי עבדינן" דהיינו שאנו עושים שליחותם של הראשונים.

בטור (חו"מ ב) מובאת ההלכה, שיש כח ורשות לביה"ד לדון שלא עפ"י הדין לצורך השעה ולמיגדר מילתא ויכולים לדון אף בדיני קנסות ונפשות. להלן ננסה לבחון מה המקור והכוח לשפוט ולדון שלא עפ"י כללי ההלכה המוכרים, והשאלה האם בזמן הזה ישנה אפשרות ליישם הלכה זו.

ב. מקור הדין

בעל העקידה (שמות שער מג) כותב, שהמקור הוא מן הפסוק "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" ודרשו בספרי שאפילו נראה בעיניך על שמאל שהוא ימין ועל ימין שהוא שמאל, מכאן שיכולים להורות הוראת שעה

שלא עפ״י הדין הרגיל[1] וכדי ליפות כוחם בזה להסיר מעליהם כל שוטן וטוען מהמשפטים הכתובים אמרה התורה ״והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע... ומת האיש ההוא ובערת הרע מקרבך״. המאירי (סנהדרין נב,ב) לומד מתחילת הפסוק הנ״ל כמקור להוראת שעה ולומד זאת מהנאמר ״ואל השופט אשר יהיה בימים ההם״.

במגילת תענית (סוף פרק ו) מובא הפסוק: ״ובערת הרע מקרבך״, בעוד שבעל העקידה ראה פסוק זה כמקור לענישת מי שאינו מקבל עליו את מרות ביה״ד ולא כדברי המגילת תענית שזו הסמכות לביה״ד לדון כהוראת שעה.

בעל האשל על מגילת תענית כותב שכל הדרשות הן בגדר אסמכתא בעלמא והמקור הוא הלכה למשה מסיני.

הרב פרעלא בפתיחה למניין הפרשיות אות טו כתב מקור אחר ולמד זאת מהפסוק ״ועשו משמרת למשמרתי״.

ב.1 מקורות בגמרא

ממקורות בדברי הגמ׳ נראה שהצורך להעניש שלא כדין קיים בכל תחומי המשפט בדיני ממונות, קנסות ואפילו נפשות כדלהלן (סנהדרין מו,א): מעשה באחד שרכב על סוס בימי יוונים בשבת וסקלוהו. וכן מעשה באחד שהטיח את אשתו תחת התאנה והביאו לבי״ד והלקוהו. ובסנהדרין (נב,ב) בת כהן שזינתה הקיפוה בחבילי זמורות ושרפוה וכן בנידה (יג,א) אדם אחד שהיה רגיל להכות חבירו ורב הונא הענישו וקצץ ידו ובגמ׳ סנהדרין (כז,א) אי קטל נפשיה ליכוהו לעיניה ובסנהדרין (מה,ב) שמעון בן שטח תלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד.

3. מי רשאי להעניש?

הנמו״י סובר, שלא לכל בי״ד יש את הכוח לדון שלא עפ״י ההלכה אלא רק לבי״ד שהם סמוכים. הוא ציין זאת אגב דברי הגמ׳ סנהדרין (נב,ב) מעשה באימרתא בת טלי בת כהן שזינתה אקפה רב חמא בר טוביה חבילי זמורות ושרפה אומר ר׳ יוסף בתרתי טעה, באחד טעה ששרפה שהקיפה בחבילי זמורות ואילו דין שריפה נידון שמכניסים לתוך פיה, ועוד טעה בדתניא ״ובאת אל הכהנים הלווים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם״ בזמן שיש

[1] עיין ברש״י וברמב״ן שם, שמסבירים שאם נראה בעיניך שהם טועים חייב אתה להישמע להם ובעל העקידה לומד מכאן שמותר להם לדון שלא כהלכה.

כהן יש משפט, בזמן שאין כהן אין משפט וכו׳. אומר הנמו״י שם: הגמ׳ יכלה להוסיף טעות נוספת, שצריך בי״ד סמוך והוא העניש ואינו סמוך, וממשיך וכתב ואי קשיא והא קי״ל דבי״ד מכין ועונשין שלא מן הדין י״ל דהתם סנהדרין גדולה אבל בי״ד דעלמא לא. בד״מ (חו״מ, ב) הביא הרבה פוסקים שחולקים על נמו״י וס״ל שלצורך שעה ולעשות גדר שרי אפילו שאינם סמוכים. הב״י שם מביא דברי הרשב״א בתשובותיו (ג,שצג) וז״ל: ולפיכך ברורים אלו אם עשו וראו שצריך השעה היא לענוש ממן ולקנוס גוף לתיקון המדינה ולצורך השעה כדין עשו... ומ״מ הברורים צריכים להתיישב בדברים ולעשות אחר המלכה ולהיות כוונתם בכל עת לשמיים.

בהגהות הפרישה ודרישה כתב, שמדברי הב״י מובן שישנה מחלוקת בין הנמו״י לרשב״א האם יש צורך בסמוכים וכתב הפרישה להוכיח בראיות ברורות שאף הנמו״י מסכים שאין צורך בבי״ד סמוכים.

ועיין בתשובות מהר״ם מלובלין (סימן קלח) שכתב מה שהצריך הנמו״י בי״ד סמוכים זה דווקא לענוש מיתה כמשפטי התורה אבל לסובב ולגרום לו איזה מיתה באופן שיהיה מבוער מן העולם גם הנמו״י יתיר בבי״ד שאינו סמוך. הרי״ף בפרק הגוזל קמא (מובא בטור סימן ב) מצריך כמה תנאים אפשר לקנוס אף בחו״ל ודווקא גדול הדור כרב נחמן שהיה גם ממונה מטעם הנשיא אבל דייני דעלמא לא. ומדבריו עולה שאינו מצריך בי״ד סמוכים, מדברי הרמב״ם (הל׳ סנהדרין כד,ד) יש לדייק שאין צורך בבי״ד סמוכים שכתב ״יש לבי״ד להלקות... וכיוון שרואים בי״ד שפרצו העם בדבר״ ולא הזכיר בי״ד הגדול או בי״ד סמוך.

מאידך, מצאנו בריטב״א יבמות (פט,ב) לגבי סוגית הפקר בי״ד הפקר שהביא בשם הרמב״ם ״דה״ה לכל בי״ד חשוב בכל מקום ובכל זמן״ משמע שהבין שיש צורך בבי״ד חשוב.

ויש שהעירו (הרב רפאל יפה״ן בהערותיו על הריטב״א) מנין לקח הריטב״א דין זה והרי הרמב״ם כתב (סנהדרין כה,ו) ״יש לדיין להפקיר ממונו״. ולא כתב בי״ד חשוב, וכנראה למד זאת מהרמב״ם (שמיטה ויובל ט,יז) שכתב: ״אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של ר׳ אמי ורב אסי שהן ראוים להפקיע ממון בני אדם אבל שאר בתי דינין אין כותבין.״ ועדיין יש להעיר שאולי שונה תקנת פרוזבול שהיא תקנה קבועה ויש צורך בבי״ד חשוב, אבל הפקעת ממון מכוח הוראת שעה מניין שיש צורך בבי״ד חשוב וצ״ע.

אמנם מצאנו בהלכות ממרים (ג,ז) שכתב הרמב"ם לגבי זקן ממרא וז"ל "וכל אלו וכיוצא בהן שהם פטורים מן המיתה יש לבי"ד הגדול לנדותן ולהפרישן ולהכותן ולמנען מללמד כפי מה שיראה להם שהדבר צריך לכך". בלשונו כאן, מצריך דווקא בי"ד הגדול ואפשר לומר שכיוון שכל דין זקן ממרא הוא דווקא בהמראה כנגד ביה"ד הגדול, ה"ה כאשר ישנם מקרים שאי אפשר להמיתו ויש צורך להענישו באופן אחר כאן יש את הצורך בבי"ד הגדול בדווקא מה שאין כן בשאר מקרים שיש סמכות לכל בי"ד להעניש לצורך השעה.

מצאנו שיטה בראשונים שמצריך בי"ד סמוך בדווקא והיא שיטת הר"ן בסנהדרין (מו,א) ומשמע שמצריך גם בי"ד של עשרים ושלושה וא"כ לדבריו יש לשאול הרי ישנם מקורות בגמ' שמדברים על אמוראים שהענישו והרגו שלא כדין וזה לאחר שבטלה הסמיכה, עיין בסנהדרין (כז,א ונח,ב) ותירץ שהם דנו מכוח סמכות המלך אבל אם הם סמוכים אין צורך לקבל רשות מהמלך.

4. להעניש שלא כדין רשות או חובה

הסמ"ג (לאוין רח) כתב וז"ל "אע"פ שהתורה אמרה לא תטה משפט הרשות ביד בי"ד לגדור פרץ להוראת שעה כפי הצורך דתניא א"ר אליעזר בן יעקב שמעתי שבי"ד מכין ועונשים וכו' ".

הר"י פרעלא (בפתיחה למניין הפרשיות אות טו) העלה מדברי הסמ"ג, שישנה רשות לבי"ד לגדור את הפרצות ותמה עליו שהרי זה מחובת ביה"ד ולא רשות בידו ולמד זאת מהפסוק "ושמרו את משמרתי". ודרשו חז"ל עשו משמרת למשמרתי ואפילו אינו דורש זאת מדאורייתא אלא שלומד זאת כאסמכתא בעלמא מ"מ מדרבנן חובה היא וכתב שדעת הרמב"ם (ספר המצוות שורש ד) והרמב"ן ושאר ראשונים שלומדים זאת כדרשה גמורה ולא רשות. והביא ראייה לשיטתם מהגמ' ב"מ (צו,ב) בעי רב"ח בעל בנכסי אשתו מי מעל (פירש רש"י כגון שנפלו לאשה נכסים מאביה משנשאת ועמהם מעות של הקדש ואין ידועים שהם של הקדש ואמרו רבנן בעל זוכה בנכסי אשתו להשתמש ולאכול פירות והו"א שמועל בפירות ואפילו בעודם צרורים) והגמ' מעלה אפשרות שאולי הבי"ד מועל וזאת מפני שתיקנו לבעל שיכול לאכול את הפירות, ועי"ש ברש"י שכתב וז"ל שכל תקנות המשפט תלויה בהן וע"י נוהגת חוקות המתוקנים לציבור מאז והוי כמי שתקנו לו הם קניין זה." מכאן רצה להוכיח שיש חובה לבי"ד לתקן, לכן היתה הו"א שהבי"ד מועל אבל אם נאמר שיש

רשות לבי״ד ואינה חובה מדוע יחשבו כמועלים הרי כל זמן שלא גילו דעתם שיש להם רצון בתקנה אי אפשר לחייבם במעילה.

ויש להוסיף ולדייק מלשון הרמב״ם שיש חובה על בי״ד ואינה רשות שכתב בהלכות סנהדרין (כד,ד) וז״ל: יש לבי״ד להלקות מי שאינו מחויב מלקות ולהרוג מי שאינו חייב מיתה לא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה״ מלשונו שכתב ״יש לבי״ד להלקות״ משמע שחובה ומצווה בדבר.

ועיין בב״י סימן ב שהביא בשם מדרש רות הנעלם וז״ל ״דיינא דלא עבד סייג לתורה אין לו סייג בעוה״ז ובעוה״ב״ עי״ש.

מדברי רוב הפוסקים עולה שיש חובה על בי״ד להעניש שלא כהלכה לצורך השעה כדי לעשות סייג לתורה.

5. מקור הסמכות והכוח להעניש

אנו מוצאים בשיטות הראשונים, שיש סמכות לבי״ד לקנוס ולהעניש ולהרוג (תשובות הרשב״א המיוחסות לרמב״ן רעט) ואין צורך בעדים ואפשר להעניש ע״י עדים קרובים ועד מפי עד במקום שנראה להם שכך האמת וכן כתב הרמב״ם בהלכות רוצח ב,ד ״יש להם רשות כפי מה שיראו״ ויש להבין מניין דין זה וכיצד פועלת הלכה זו.

א. הרמב״ם בהלכות ממרים (ב,ד) מאיר מעט כיצד מקיימים הלכה זו וז״ל ויש לבי״ד לעקור אף דברים אלה לפי שעה... ובהמשך דבריו כתב כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו כך בי״ד מורין בזמן מן הזמנים לעבור על מקצת מן המצוות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל שבת אחת [2] כדי שישמור שבתות הרבה״ עכ״ל

יוצא איפוא שכמו שיש היתר חילול שבת ופיקוח נפש כדי שישמור שבתות הרבה ה״ה עוברים הדיינים על דיני התורה כדי לקיים שאר העם. הרדב״ז שם כתב שאין המשל דומה לנמשל אא״כ אנו רואים את כל ישראל כאילו הם גוף אחד ואע״פ שגופים מחולקים הם, כיוון שנשמותיהם מגוף אחד חוצבו הרי הם כגוף אחד כי הנשמה היא העיקר.

---

[2] ועיין בביאור הלכה בסימן שכט (ד״ה אלא) שמוכיח שאין זה עיקר הטעם משום ״חלל שבת אחת״ שהרי לפי זה אדם שלא ישמור שבתות כגון: שוטה או אינו שומר תורה לא נצטרך לחלל עליו שבת? אלא עיקר הטעם ״וחי בהם״ כמו שכתב הרמב״ם שבת ב,ג ״שאין משפטי התורה נקמה בעולם אלא רחמים וחסד ושלום בעולם״.

מדברי הרמב״ם עולה שדין זה של חלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה זה לאו דווקא במצות השבת אלא בכל מצוות התורה.

ב. הסבר נוסף יש ללמוד מדברי הגמ׳ גיטין (ס,א) ״״עת לעשות לה׳ הפרו תורתך״ מוטב שתיעקר אות אחת מן התורה ואל תשתכח תורה מישראל״ דהיינו שישנם מקרים שמותר לבטל ולעקור דברי תורה כדי לעשות לשם ה׳ ועיין במשפט כהן הל׳ מלכים (קמד אות י) שהביא בשם בנו הרב צבי יהודה מקור לדין זה מרש״י מסכת ברכות (סג,א) ד״ה ״מסיפא״ וז״ל ״עתים הם לה׳ לעשות משפט פורענויות בעוברי רצונו משום דהפרו תורתך״. וכתב בהמשך הדברים כגון אליהו בהר הכרמל שהקריב בבמה בשעת איסור הבמות משום דעת לעשות סייג וגדר בישראל לשמו של הקב״ה״. עכ״ל ועיין תשובת גינת ורדים (ח״א או״ח כלל ב,כו) שדין זה לאו דווקא במצוות קלות אלא אפילו עבירות שיש בהן כרת כגון אליהו בהר הכרמל שהקריב בבמה שרי, מדין עת לעשות לה׳. יש לדון האם דין זה של עת לעשות לה׳ הפרו תורתך האם זה דין שיש רשות להפר או שזה דין מחייב לכאורה מהש״ס משמע שזה רשות ולא חובה עיין גיטין (ס,א) ברש״י שם שכתב ״וכיוון דלא אפשר ויש צורך לכתוב משום שלא תשתכח תורה מישראל ואם בא עת לעשות תקנה לשם שמיים הפרו תורתך״ ועיין עוד תוס׳ (שבת קטו,א). משמע לשון של בדיעבד ולא מחייב, ואילו בהסבר הראשון שהבאנו בשם הרמב״ם שסמכות בי״ד נובעת מדין ״חלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה״, וזהו דין של פיקוח נפש שמחייב.

ואולי אפשר לומר שהמחלוקת הנ״ל בשאלה האם הכח לענוש שלא מן הדין – המסור לבית דין - רשות בידם או חובה לענוש שלא כדין, תלויה בשאלת מקור הסמכות. לפי הרמב״ם שלומד זאת מ׳חלל שבת אחת׳, זה דין מחייב וכן פסק שיש חובה לבי״ד לדון לצורך שעה אבל אם נאמר שהמקור הוא משום עת לעשות לה׳ ונאמר שדין זה בדיעבד הוא, שיש רשות לבי״ד וזה אינו מחייב, אולי זה המקור לדברי הסמ״ג, שסבר שיש רשות לבי״ד ואינו חובה.

ג. מקור נוסף שאפשר ללמוד לסמכות ביה״ד מדברי הר״ן בדרשות (דרשה יא), שמסביר ומרחיב אודות תפקידי המלך והשופט והעלה שתפקיד השופט לשפוט כפי תיקון העת והזמן ובזמן שהיתה סנהדרין תפקידה לשפוט את העם משפט צדק לבד והמלך תפקידו לתקן סדר המדיני וכל מה שהיה

מצטרך לצורך שעה[3] אבל בזמן הזה שאין מלך בישראל השופט יכלול את שני הכוחות יחד כח השופט וכוח המלך.

וכן מצאנו סנהדרין (מט,א), שנתנו ליהושע כוח המלכות אעפ״י שלא היה מלך וכן דרשו חז״ל ״ויהי בישורון מלך״ ירמוז למשה רבינו ועיין מאירי סנהדרין (נב,א) שכתב כעין זה ממש וז״ל ״כבר ידעת שאין דנים דיני נפשות אלא בזמן שביהמ״ק קיים ומ״מ דיני המלכות קיימים בכל זמן ואף בכל דור ודור יש רשות למנהיגי הדור גדולי הארצות לענוש ולהרוג דרך הוראת שעה על הדרכים שביארנו״.

א״כ משמע שכוח השיפוטי בזמן הזה מקבל את סמכותו מכוח המלך וכמו שהמלך יש בכוחו להעניש ולדון אפילו שלא בהתראה ולא לפי כללי ההלכה (עיין סנהדרין כ) ה״ה רשות השופטת בזמן הזה. וכן כתב הרמב״ם (מלכים ג,י) ״כל ההורגים נפשות שלא בראיה ברורה או בלא התראה אפילו בע״א או שונא שהרג בשגגה יש למלך רשות להרוג אותם ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה והורג רבים ביום אחד ותולה ומניחם תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבור יד רשעי עולם״ עכ״ל.

ויש לשאול מהו מקור לרמב״ם שיש כוח וסמכות למלך לדון ולענוש שלא כהלכה הכס״מ שם אינו מביא מקור לרמב״ם.

בספר יצחק ירנן (מובא בליקוטים על הרמב״ם מהדורת ר״ש פרנקל) מביא מקור לזה מספר שמואל ב,א שהרג דוד את המבשר על מותו של שאול ולא דנו לפי עדים והתראה וקי״ל שאין אדם משים עצמו רשע. ועדיין אנו צריכים לברר האם בכל תחומי המשפט יש סמכות למלך לדון ולענוש מצאנו באו״ש (מלכים ג,י) שכתב למדנו דין חדש מהלכה זו של הרמב״ם כמו שסנהדרין בזמן הבית היתה רשות בידו להרוג ולענוש מפני הוראת שעה (עיין רמב״ם מלכים כד,ד) כן יש למלכי בית דוד רשות לתקן העולם והיינו דווקא על ענייני רצח או בעניינים שבין אדם לחבירו אבל בעניינים שבין אדם למקום כמו בהטיח את אשתו תחת התאנה או רכב על סוס בשבת שזהו אינו נוגע לתיקון המדינה ממילא אין כוח וסמכות למלך אלא לסנהדרין.

---

[3] עיי״ש בדבריו שכתב שעיקר המשפט צדק היא הסנהדרין והמעט הוא המלך וזה היה חטאם של ישראל שביקשו מלך שרצו שעיקר השיפוט יהיו בידיו של המלך ככל חוקות הגויים והמעט ביד השופטים.

וא״כ אם ביה״ד מקבל את הסמכות להורות שלא כדין מכוחו של המלך זה דווקא בענייניים של בין אדם לחבירו ולא שאר המקרים וא״כ מהיכן המקור לשאר ענייני המשפט, ויש להוסיף ולהביא דברי החמדת ישראל (קונטרס נר מצווה אות עב) שכתב שיש שני סוגי הנהגות יש הנהגה טבעית שהיא שייכת לבני נח ויש הנהגת התורה ששייכת לעם ישראל לאחר קבלת התורה והיא הנהגה למעלה מן הטבע. הנהגה טבעית פירושה שבן נח נהרג בעד אחד בלי התראה וכו׳ ועניין המלך הוא הנהגה טבעית לפיכך יש לו היתר לדון עפ״י ע״א ובלי התראה[4] ומוסיף לחדש שכל דיני המלך הם דווקא במקרים של שבע מצוות בני נח בלבד שהם מפני תיקון העולם אבל במצוות שנצטוו ישראל ממתן תורה ואילך צריכים לידון בשני עדים והתראה בבי״ד ולפי זה מובן פסק הרמב״ם בהלכה ח, יש רשות למלך להרוג דווקא במיתת סייף שהיא המיתה שמתחייב ב״נ.

וכך מסביר את מעשהו של דוד המלך שהרג את המבשר בסייף ללא עדים והתראה אלא מכוח הודאת בע״ד.

וא״כ אם נאמר שהסמכות ביה״ד באה מכוח סמכות המלך הרי זה מצומצם רק למקרים שבן נח חייב בהם.

6. ענישה בזמן הזה

השו״ע (חו״מ ב,א) פסק כל בי״ד אפילו שאינם סמוכים בארי״י אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (והוא צורך השעה) דנים בין מיתה בין בממון ואפילו עדות גמורה ודווקא גדול הדור או טובי העיר שהמחום בי״ד עליהם וכן הסכים עימו הרמ״א (חו״מ תכה,א).

וכתב הסמ״ע שם, דלאו דווקא כל העם אלא אפילו יחיד. ובתומים פקפק בזה אם יחיד פרוץ מה צורך שעה יש בכך ולמה נעשה ונפסוק שלא כדין תורה והסביר שכוונת הסמ״ע היא שאם העם יראה את היחיד וילמדו ממנו יש להענישו.

הט״ז סייג מעט את ההענשה בכך שסובר לשיטתו שכל דבר שיש היתר מפורש בתורה אין כח ביד החכמים לאוסרו ולהענישו[5] וכך מסביר את דברי

---

[4] בכך רצה להסביר חטאם של ישראל שביקשו מלך ככל הגויים דהיינו שינהג בדרך הנהגה טבעית ולא הנהגת התורה.

[5] עיין במשפט כהן (הל׳ מלכים קמג) ששאל על דברי הט״ז שסובר בדבר שכתוב מפורש להיתר בתורה אין כח ביד החכמים להתירו אפילו למיגדר מילתא ושאל כיצד אליהו

חז״ל ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה דהיינו שאם זה מפורש בתורה ומתקנים לצורך שעה זה נחשב עוברים על דברי תורה. ועיין במהר״ם מלובלין סימן קלח שנשאל מה נעשה בדינו של אחד שרצח ופסק בפשיטות שיש כח אף להמיתו בזמן הזה והדברים ידועים מתשובות הרא״ש.

הרב קוק במשפט כהן (קמד,יד) חידש שהסמכות הניתנת למלך לדון במשפט המלוכה אינו דווקא למלך אלא אף למועצת המדינה המנהלת ענייני המדינה וז״ל ״נראים הדברים שבזמן שאין מלך כיוון שמשפטי המלוכה הם ג״כ במה שנוגע למצב הכללי של האומה חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה וביחיד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו לעניין כמה משפטי מלוכה״.

ואם לפי דבריו אפשר שהיום נוכל להשתמש בדין זה גם מכוח מלכות, ועיין בתורה והמדינה ח״ג (עמ׳ נא) במאמרו של הרב שמואל ורנר שסייג דברי הרב קוק בכך שרצה לומר שהסמכות שניתנה למדינה זה דווקא שהולכת בדרך התורה והמצוות ורצה לדייק שם מדברי הרמב״ם שכל סמכות המלך קיימת רק כאשר הולך בדרך התורה והמצוות (רמב״ם מלכים א,ח׳ ועיין בתומים ז,א) ועיין בדברי הערתו של הרב ישראלי שם שאין מוכח מזה ברמב״ם וכתב שאין סברא לומר מכיוון שהוא רשע ועבר על מצוות התורה פטור ממצווה זו לשקוד על תיקון העולם בעשיית משפט לפי צורכי השעה, אמנם כבר הוכחנו שאף אם נגדיר שכח הממשלה בזמננו בא מכוח המלכות הרי האו״ש שהובא לעיל כבר כתב שכח המלך לידון רק דווקא בענייניים שבין אדם לחבירו כגון רצח ולא בעניינים שבן אדם למקום וכ״ש לדעת החמדת ישראל, שצמצם דין זה רק במצוות של ב״נ, אמנם אפשר להסביר שכוח בי״ד נובע מטעם אחר כמו שביארנו לעייל וממילא יש לדון בכל תחומי החיים ולפי ההגדרה של המהר״ם מלובלין יש בכוח לביה״ד לדון ולהעניש לפי צורך השעה והזמן.

הנביא בהר הכרמל ואיך הקל בדבר שמפורש בתורה (איך יהיה כוח הקולא עדיף מכוח החומרא) ולכן הסביר הסבר חדש בדברי הט״ז שעיקר יסודו שלא יבא הדבר לכלל טעות שאם יתירו דבר מפורש יבא העם לכלל טעות שיש כח ביד חכמים לשנות דבר בתורה כקביעות וע״כ אם הם מתירים איזה איסור למיגדר מילתא לא יבא הדבר לכלל טעות. ולכן מה שהתירו לחכמים בהוראת שעה זה רק דברים שלא דומים לשום תואר וצורה כמשפטי התורה ולפי זה צריך בזמננו להעניש עונשים שאינם דומים כלל לעונשי ומשפטי התורה (עי״ש שמאריך להסביר דברי הגמ׳ בסנהדרין נב,ב בעובדא דאימרתא בת טלי בת כהן שרבי בר חמא העניש את האישה במיתה שדנה לשריפה כעין עונשי התורה וזו היתה טעותו).

ויש להוסיף דברי הרשב״א בתשובה (מובא בב״י חו״מ סי׳ ב) שכתב ״ולהיות כוונתם בכל עת לשם שמיים וכן כתב בתשובה אחרת ״ולדיני נפשות צריך שיהיו מוזהרים לעשות בהסכמת זיקני עירכם כדי שיעשו אחר הצורך הגדול ובמיתון״.

הרב ירון רוזיליו

הוצאת ממון המגיע עפ"י דין במרמה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. עביד איניש דינא לנפשיה

ג. עשיית דין עצמית – רק בשעת מעשה

ד. עשיית דין עצמית – בכל תביעה

ה. הגבלות בעשיית הדין

חפץ המבורר לכל

ראיות או עדים לגבי תביעתו

ו. עביד איניש דינא לנפשיה – איסורא או ממונא

סיכום

ז. המקור לדין עביד איניש דינא לנפשיה

ח. שימוש בשקר על מנת להוציא ממון

ט. שקר במהלך סדרי הדין

י. מדברי הפוסקים בענין

יא. סיכום

א. הקדמה

ראובן ניהל משא ומתן עם חברה סלולרית וסיכם עיסקה עפ״י תנאים מסוימים שהוצעו לו ע״י הסוכן. לאחר זמן התברר שהחברה גובה יותר מן המסוכם. בדין ודברים שהיה ביניהם התכחשה החברה לדברים שסוכמו ובהעדר ראיות ותיעוד של המשא ומתן נאלץ ראובן להמשיך לשלם שלא כמסוכם לדעתו.

לאחר זמן נפל מכשיר הטלפון שברשותו וניזוק. האחריות על המכשיר אינה מכסה מקרי נפילה כאלו. האם מותר לראובן להביא את המכשיר לתיקון ולהעלים את סיבת הנזק ובכך לקזז את חלק התשלום ששולם לחברת הסלולר שלא כדין לפי ידיעתו?

שאלות כאלו ואחרות עשויות להיות שכיחות במשא ומתן, צד מסוים שיודע שרומה ע"י הצד השני, אלא שבהעדר ראיות או יכולת לגשת לדין נאלץ לוותר על תביעתו, ובאופנים מסוימים יכול להוציא ממון מהצד השני במרמה או בהעלמת נתונים. האם רשאי לנהוג כן?

לכאורה היה מקום לומר שתביעות ממוניות מקומן בבית הדין ולא ניתנות למימוש עצמאי, ואפילו במקום שיש קושי לגשת לבית הדין מחמת הטירחא וההוצאות הממוניות, אולם ההלכה אכן מאפשרת עשיית דין עצמית במקרים מסוימים, לעיתים אפילו באלימות כלפי הצד המסרב לשלם - "עביד איניש דינא לנפשיה".

השאלה שנדון בה היא מה עומד ביסוד ההלכה של "עביד איניש דינא לנפשיה" ומהן מגבלותיה, והאם יש מקום לטענה, שאם הכאה היא אמצעי אפשרי להשבת ממון לבעליו אזי קל וחומר ששימוש בערמה שהיא יותר מעודנת יהיה מותר.

נציין שהנאמר הוא לעיון בלבד.

ב. עביד איניש דינא לנפשיה

בבא קמא כז,ב:

> שלח ליה רב חסדא לר"נ, הרי אמרו: לרכובה - שלש, ולבעיטה - חמש, ולסנוקרת - שלש עשרה, לפנדא דמרא ולקופינא דמרא מאי? שלח ליה: חסדא, חסדא, קנסא קא מגבית בבבל? אימא לי גופא דעובדא היכי הוה? שלח ליה, דההוא גרגותא דבי תרי דכל יומא הוה דלי חד מנייהו, אתא חד קא דלי ביומא דלא דיליה, א"ל: יומא דידי הוא! לא אשגח ביה, שקל פנדא דמרא מחייה. א"ל: מאה פנדי בפנדא למחייה, אפילו למ"ד לא עביד איניש דינא לנפשיה, במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה. דאתמר, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה; היכא דאיכא פסידא - כ"ע לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי - היכא דליכא פסידא, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא; ר"נ אמר: עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח.

המקרה הנידון שם הוא בשני שואבי מים שהיו שותפין בבור מים וחילקו את מימיו לפי ימים. באחד הימים כשבא האחד לשאוב מצא את שותפו שבא

לשאוב ביום ששייך לו והכהו בידית המעדר. ר׳ חסדא חשב לחייבו על הכאתו, ובין היתר גם תשלומי בושת ושאל את רב נחמן מהו התעריף למכה מסוג זה. רב נחמן השיב לו, שאין גובין בושת בבבל היות ואין דיינים סמוכים ומתוך כך שאלו כיצד היה המקרה. תשובת רב נחמן היתה, שאפילו מאה מכות יכול להכותו ולא להתחייב היות והלה בא לגזול מימיו – זכותו להגן על ממונו ואפילו להשתמש בהכאה אם אין לו ברירה ויהיה פטור מתשלומין על הכאה זו שהכה כדין.

בהמשך הסוגיא מובאת מחלוקת בין רב נחמן לבין רב יהודה, האם אדם יכול לעשות דין לעצמו באופן שאין שום הפסד אם ילך התובע לבית הדין אולם במקום שיפסיד כתוצאה מהליכתו, לכל הדעות מותר לעשות דין לעצמו ובמקרה שם אכן יכול היה להיגרם הפסד כזה (מחמת שקשה יהיה לאמוד כמה מים לקח, או שיהיה זה היזק בגרמא כתוצאה מהתייבשות השדות ולא ניתן לתשלום בבית דין, אחרונים שם). לדעת רב נחמן אפילו במקום שאין נזק כתוצאה מהליכה לבית הדין יש היתר לעשיית דין עצמית, וזכותו של האדם לטעון שאינו מעונין לטרוח וללכת לבית הדין. לרוב הראשונים כך נפסקה ההלכה וכ״ה בשולחן ערוך חו״מ סימן ד:

> יכול אדם לעשות דין לעצמו אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, יכול לקחתו מידו; ואם האחר עומד כנגדו, יכול להכותו עד שיניחנו, (אם לא יוכל להציל בענין אחר) (טור), אפילו הוא דבר שאין בו הפסד אם ימתין עד שיעמידנו בדין, והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בדין, מ״מ אין לו רשות למשכנו בחובו.

ההלכה של עביד איניש דינא לנפשיה טעונה בירור, כיצד מותר לאדם לעשות דין לעצמו, אפילו תוך כדי הכאת חבירו או גרימת נזק לממונו (כמוכח בהמשך הסוגיא שם), מתוך טענה שאין לו כח לטרוח ללכת לבית הדין. הלא זה כל ענינו של בית הדין, שבא ע״מ לסדר את עניני הממונות שבין אדם לחבירו ולא לתת לכל אחד דינו בידו?

ג. עשיית דין עצמית – רק בשעת מעשה

המאירי בחידושיו לבבא קמא שם מביא:

> כל שאונס דבר לחברו וחברו האנוס לשם ורואה באנסו ואפשר לו לברר אף לאחר מעשה שאותו עניין אונס אצלו יש לו רשות לעשות דין לעצמו ולדחותו שלא לעשות לו אונס זה, אפילו הכהו על זה כמה

הכאות אין לו חיוב אם אי אפשר לו למנעו בלא כך ואין צריך לומר במקום שאם יתעכב עד שילך לבית דין תהא לו פסידא כגון שהיה גוזלו או אונס את כליו או דולה בבור מים המכונסין שלו ומכלה את מימיו, אלא אף בדבר שאין הליכתו לבית דין גורמת לו פסידא זו הואיל והוא לשם בעוד שזה אונסו עושה דין לעצמו ומכהו עד שידחהו מעליו, הא כל שעבר האונס כגון שכבר גזלו או גנב לו או שכבר הלוהו ואינו רוצה לפרעו אינו בדין זה. לא אמרוה אלא בעוד שהוא אונסו. מעתה מי שראה את שלו בביתו של חברו ומתירא שזה יחזיק בו נכנס לשם לפני חברו כדי ליטול את שלו בחזקה ואם הלה מונעו שובר את שניו ואומר לו שלי אני נוטל ומ״מ אל יכנס שם דרך העלמה שמא יראה עליו כגנב אלא שאם עשה עשוי.

המאירי מתנה מספר תנאים לעשיית דין עצמית. האחד, שיהיו לו ראיות שהדין עמו לאחר מעשה. השני, כל ההיתר אמור רק בשעה שהאונס מתרחש והוא בא להציל את שלו. אולם אם חבירו גנבו או גזלו או שהלווהו ואינו רוצה לשלם לו – אינו יכול לעשות דין לעצמו ועליו לגשת לבית הדין.

הנראה מדברי המאירי שאפילו אם חבירו יספיק כבר לגזול את חפצו אף שהחפץ עדיין בעין – מ״מ אינו יכול לקחתו. כך נראה מהסברו לדינו של בן בג בג המופיע בהמשך – שאם רואה שלו בבית חבירו ומתייראי שיחזיק בו – נכנס לפני חבירו ולוקחו, משמע שאם חבירו נכנס לפניו והחזיק בו – כיון שקנה קניני גזילה – מכאן ואילך מסור הדבר לבית הדין.

משמעות בדברי המאירי היא שבאמת אדם מנוע מלעשות דין לעצמו, וכל עניין עביד איניש דינא לנפשיה הוא רק היתר שניתן לאדם להציל את ממונו מהיזק מיידי שנגרם ע״י חבירו או חפציו, אולם לאחר שהנזק כבר נעשה והנידון הוא תביעה ממונית כפיצוי על הנזק – זאת ניתן לעשות רק בבית הדין. המאירי בדבריו מצמצם זאת אפילו למצב בו אדם רואה חפץ שנגזל ממנו, שאינו יכול להוציאו אלא בבית הדין כיון שהגזלן כבר קנה קניני גזילה.

ניתן לסכם ולומר שלמאירי, כל מקום שבו נדרש ״הליך משפטי״ הדבר מסור לבית הדין בלבד ורק במקום שהדבר נוגע להצלת ממונו ממש ולא בתביעה כלשהיא ניתן לומר שאדם יעשה דין לעצמו אפילו ע״י הכאה.

בסוגיא בבבא קמא שם הובא עקרון זה של עביד איניש דינא לנפשיה ללא כל סברא או פסוק. החידוש בזה שאדם יכול לעשות בעצמו דין בזולתו הוא גדול

מאוד ויש לתמוה כיצד חידוש כ״כ גדול מובא בגמרא כדבר פשוט, שהכל מודים בו לכה״פ במקום בו ההליכה לבית הדין תגרום הפסד ממוני ללא כל ראיה או סברא. לדעת המאירי העניין מיושב, אין באמת יכולת עשיית דין עצמית, והגנה עצמית על ממון האדם בשעת מעשה היזק היא אכן דבר מסתבר.

פשט הסוגיא שם לכאורה מורה כמאירי. הגמרא שם מביאה מספר דוגמאות שכולן נראות כעונות להגדרותיו. לדוגמא, אדם העומד בצד שדהו ומונע את העוברים מלהיכנס שלא כדין; אשה המצלת את בעלה מהכאה של זולתו; אדם המציל שורו, שעומד להיות ניזוק ע״י שורו של חבירו; אדם שחבירו מילא את חצירו בכדים וחסם את דרכו לעניין שבירתם לצורך פינוי הדרך, ועוד.

ד. עשיית דין עצמית – בכל תביעה

הרמב״ם בהלכות סנהדרין פרק ב הלכה יב מביא:

> יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.

הרמב״ם מביא הלכה זו בסתמא, ונראה מדבריו שאינו מחלק בין דין לדין, אלא כל דין שאדם עומד בפניו, אם יש לו כח יכול לעשותו, לכאורה אפילו בחוב שחייבים לו כשכירות וכדומה (בחוב הנובע מהלוואה יש איסור דאורייתא למשכן בחובו) ולאחר מכן אם בעל חובו יתבענו לדין – בית דין יבדקו את הדבר ואם נהג כהוגן – בית דין לא יסתרו את דינו.

האחרונים התקשו בסיפא של דברי הרמב״ם – שבית דין לא סותרים את דינו אם נהג כהלכה. וכי יעלה על דעתנו להחזיר הממון למי שאינו בעליו? ותירצו באופנים שונים. לענ״ד נראה שהרמב״ם בא להסביר את החידוש ב״עביד איניש דינא לנפשיה״, שללא חידוש זה היינו אומרים שאדם שעשה לעצמו דין וחבירו תבעו לדין, הדבר הראשון שעל בית הדין לעשות הוא לסתור את דינו שעשה באופן עצמאי, ללא כל קשר אם לקח ממון המגיע לו בדין אם לאו. הסיבה היא, שלאדם אסור לפעול עצמאית נגד ממון חבירו אפילו שהוא צודק. אולם בהתחדש ההלכה של ״עביד איניש דינא לנפשיה״

בית דין צריך לבדוק את נסיבות העניין ואז להחליט אם צודק התופס או לא. והתחדש שאין סותרים את דינו באופן אוטומטי אלא יש מקום לומר שמה שעשה עשוי במקום שנהג כדין.

כך נראה גם מדברי הריב״ש בשו״ת בסימן שצו:

> וכן נשתמשו הגאונים ז״ל מדין זה, בענין התפיסות. שיוכל אדם לעכב פקדון שבידו, לטעון עליו; אם הוא חייב לו מצד אחר. שהיה אפשר לומר: יתן לו הוא את שלו ואח״כ יתרעם (כנראה צ״ל: יתבעם) ממנו בב״ד, על מה שחייב לו. אלא שמטעם עביד איניש דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו, אע״פ שהיה יכול להציל בב״ד; כגון: דאיכא עדים, וליכא פסידא. או, אפילו לתפוס מטלטליו, כל שמצאום ברשות אחרים. או, אפי׳ ליקח מידו ומביתו, כל שהחוב אינו הלואה ממש. אבל בהלואה, ודאי אין לו ליכנס לביתו למשכנו, ולא לחטוף מידו...

הריב״ש מרחיב את הדין של עביד איניש דינא לנפשיה לכל סוגי התביעות שיש לאדם על חבירו, שיכול לקחת ממונו בעצמו, לעכב פקדון אם נמצא בידו, לקחת חפצו הנמצא בידו ואפילו לקחת ממון חבירו וחפציו כתמורה לחוב שלדעתו חייב לו, וזה העומד ביסוד המושג ״תפיסה״, שאדם תופס משל חבירו. החריג היחיד שמביא הריב״ש הוא חוב הנובע מהלוואה, שעליו מפורש בתורה ״לא תבוא אל ביתו״, ואסור למלווה למשכנו בחובו. אבל בשאר חובות הנובעים משכירות וכדומה שבהם אין לאו דלא תבוא, מותר להיכנס לביתו של חבירו ולקחת מחפציו את תמורת החוב. הריב״ש מביא במפורש שכל תביעה ניתנת למימוש עצמי ע״י התובע. ברמב״ם הדברים אינם מפורשים אבל מסתימת לשונו נראה שסובר כן.

לשיטתם עולה שוב השאלה, מנ״ל דין מחודש זה שאדם יכול לעשות דין לעצמו, וכיצד לא הביאה הגמרא ראיה מפסוק או סברא לזה?

ה. הגבלות בעשיית הדין

בין שיטת המאירי לשיטת הריב״ש אנו מוצאים רבים מהראשונים, שמאפשרים עשיית דין אבל בהגבלות מסוימות.

חפץ המבורר לכל

בגמרא ברכות ה,ב מובא:

> רב הונא תקיפו ליה ארבע מאה דני דחמרא, על לגביה רב יהודה אחוה דרב סלא חסידא ורבנן, ואמרי לה: רב אדא בר אהבה ורבנן, ואמרו ליה: לעיין מר במיליה. אמר להו: ומי חשידנא בעינייכו? אמרו ליה: מי חשיד קודשא בריך הוא דעביד דינא בלא דינא? אמר להו: אי איכא מאן דשמיע עלי מלתא - לימא. אמרו ליה: הכי שמיע לן דלא יהיב מר שבישא לאריסיה. אמר להו: מי קא שביק לי מידי מיניה? הא קא גניב ליה כוליה! אמרו ליה: היינו דאמרי אינשי: בתר גנבא גנוב, וטעמא טעים. אמר להו: קבילנא עלי דיהיבנא ליה. איכא דאמרי: הדר חלא והוה חמרא; ואיכא דאמרי: אייקר חלא ואיזדבן בדמי דחמרא.

המרדכי בב״ק (פרק המניח סימן ל) מביא את קושיית רבינו קלונימוס, מדוע נענש רב הונא על שעיכב את הזמורות מאריסו. הלא רב הונא לא חשוד בעינינו לקחת את שלא מגיע לו, ומסתמא ידע בוודאות שאריסו אכן גונבו, וא״כ עיכוב הזמורות הוא מקרה רגיל של ״עביד איניש דינא לנפשיה״?

מקושיא זו יצאו מספר הלכות מחודשות בענייננו, מתי אמרינן ״עביד איניש דינא לנפשיה״ ומתי אמרינן ״בתר גנבא גנוב וטעמא טעים״.

המרדכי שם תירץ, שכל ההיתר לעשות דין לעצמו הוא דווקא ב״חפץ המבורר לכל״ שהוא שלו. פשט הדברים, וכן הבין הרמ״א בד״מ (ד,א), שהכוונה היא שהתביעה היא על החפץ עצמו ואינה מעניין אחר כשהחפץ משמש כתמורה. דעה זו הובאה ברמ״א בשם י״א. ובמקרה של רב הונא נטל רב הונא זמורות כנגד דברים אחרים שאריסו לקח לו בגניבה ועל זה אין ההיתר של עביד איניש דינא לנפשיה ואדרבה אסור לעשות כן, כי כשאדם לוקח חפצי חבירו ממש זה נראה כמעשה גניבה ״וטעמא טעים״.

המונח ״חפץ המבורר לכל״ המופיע בראשונים הנ״ל, טעון בירור. הרמ״א כאמור, הבין שהכוונה לחפץ שאותו האדם תובע בפועל, וכן מופיעה הגבלה זו בנמוקי יוסף. אולם הביטוי ״מבורר לכל״ לא משתמע כך לענ״ד.

היה מקום לומר שהכוונה היא לחפץ שיש לו ראיות ברורות שהוא שלו, ולא די בכך שהוא עצמו חושב שחפץ זה שלו הוא, ויש מהראשונים שנראה שהבינו כן.

לכאורה היה מקום להבין, שדווקא בדבר שמפורסם לכל שהוא אכן שלו יש היתר לעשות דין לעצמו. אולם בחפץ שהוא חושב שהוא שלו, אף שאיכא עדים שיוכלו להעיד בבית הדין שהוא שלו לא סגי.

בסברת העניין ניתן לומר, שהיות ונתינת רשות לכל אחד לעשות דין לעצמו עשויה לגרום לאי סדר חברתי, ומהראוי שסכסוכים ממוניים יוכרעו רק בבית הדין, לא נתנו חכמים רשות לכך אלא בחפץ המבורר לכל שהוא שלו, כלומר מפורסם ומוחזק לכך. שיטה זו קרובה היא לשיטת המאירי, שלא איפשר אלא הצלת ממונו בשעת מעשה. לשיטה זו ניתן לאחר מעשה לקחת ממונו מחבירו – בתנאי שברור לכל שאכן ממונו הוא ואפילו ראיות על כך בבית הדין אינן נצרכות.

רוב הדוגמאות שהגמרא מביאה הן אכן כאלו, ובמקצתן נוכל להעמיד באופן כזה. בור המים, יתכן שחלוקתם היתה ידועה לכל בני העיר, שהיו משתמשים בשירותיהם להשקאת שדותיהם. וכן אשה המצלת בעלה מיד מכהו, ברור לכל שזהו בעלה. אדם העומד על שדהו ואינו מתיר לעבור דרכה – השדה ידועה כשלו. אמנם יש דוגמאות שקשה יותר להעמיד כן כמו המפנה כלי חבירו מחצירו, לרש"י שם, חבירו תובע בעלות על החצר ועל כן מניח שם כדיו, משמע שהבעלות אינה מבוררת. אמנם יתכן וראשונים אלו יסבירו שגם שם בעלות החצר ברורה לכל וחבירו בכל אופן הניח שם כדיו מסיבה אחרת.

הרמ"א, כאמור, לא הבין כן, ולשיטתו ההגבלה היא – שיטול את החפץ עצמו שתובע ולא את תמורתו.

בסברת העניין ניתן לומר כעין סברת המאירי. לאדם אין רשות לממש תביעותיו כלפי חבירו. ורק על חפץ מסוים שטוען שבגזלנות הוא אצל חבירו הותר לו לקחתו בעצמו כי לשיטתו שלו הוא. קניני הגזילה של חבירו אינם מהווים קנין ממש שהרי עליו להשיבו בעינו ולא את תמורתו ועל כן מותר לאדם לקחת חפציו מבית חבירו, והעובדה שחבירו לקחו לרשותו אינה מהווה מניעה לקחתו.

הרמ"א בדרכי משה שם מביא, שגם הרא"ש (שם סימן ג) סובר שאין לקחת אלא החפץ עצמו שאותו תובע. וזה לשון הרא"ש שם:

> אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציאו ממנו לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממוני עשיתי. ודווקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו הוא דאמרינן הכי. אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו לית ליה רשותא. דתנן בפ' המקבל (דף קיג א) המלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב"ד. ואמר שמואל התם דאפילו שליח ב"ד מנתח נתוחי בשוק דוקא אבל לא יכנס לביתו. והמלוה עצמו אפילו

> בשוק לא. וכיון דאין לו רשות אם חבל בו או אם הזיק ממונו חייב כמו על אחר.

הרא״ש לא מביא את הגמרא הנ״ל בברכות, משם הוציא המרדכי את החילוק בין חפץ המבורר לכל לבין חפץ תמורת חפץ אלא למד דין זה מאיסור התורה למשכן אדם בחובו, שהרי אסור לאדם להיכנס לבית חבירו ולקחת משכון אפילו שהחוב אמיתי, וכן הוא בנמו״י.

יש מקום להתלבט בכוונת הרא״ש. בין חפץ מבורר לבין מלווה ישנם סוגי חובות נוספים שלגבם לא גילה הרא״ש דעתו להדיא. שכירות, ערבות ועוד חובות שאינם חובות של הלוואה – אינם נכללים באיסור התורה של ״לא תבוא אל ביתו״ אולם אינם חפץ מסוים שעליו ישנה תביעה. מה דינם של אלו לעניין עביד איניש דינא לנפשיה.

הריב״ש הנ״ל הביחין בין סוגי החובות השונים והתיר לקחת חובות שאינם חובות מהלוואה. אולם הרמ״א הבין שהרא״ש אינו מחלק וכוונתו להוציא מהכלל את כל סוגי החובות ורק בחפץ המבורר תיתכן עשיית דין עצמית. ואכן לא ברור כיצד נלמד כלל גורף כזה מאיסור ״לא תבוא״ שהוא איסור בהלוואה בלבד (ועיין בשיעורי הרב גוסטמאן לב״ק שתמה כן ויישב).

אמנם במקום אחר מצאנו שהרא״ש אכן מתיר לקחת חוב ולאו דווקא חפץ מבורר. הרא״ש בפרק קמא דבבא קמא (סימן כ) וחלק על הרמ״ה בשאלה האם תפיסת קנס היא תקנת חכמים או מדינא:

> והר״מ הלוי ז״ל כתב הא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה היינו דוקא כשיעור נזקיה או בציר מנזקיה אבל טפי מנזקיה כגון תשלומי כפל ודי והי אי תפס מפקינן מיניה דלא אשכחן דאמור רבנן גבי נזקין דאי תפס לא מפקינן מיניה אלא במאן דלא תפס טפי מנזקיה כגון פלגא נזקא או כגון ההוא תורא דאלס ידיה דינוקא לקמן בפרק החובל (פד,א) ועוד תקנתא דעבדו ליה לניזק הוא וכי עבדו ליה לניזק תקנתא בקרנא דלא ליפסוד ממוניה אבל לארווחיה מידי ממונא דאחריני לא תקינו ליה ולא נראה לי דלאו תקנתא היא אלא דינא הוא דמדאורייתא מחייב ליה אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו בכל כה״ג עביד איניש (דינא) לנפשיה.

חזינן בדעתו שגם קנס שהוא חוב בעלמא ניתן לתפוס מכח עביד איניש דינא לנפשיה, לכאורה לא כהבנת הרמ״א בדעתו אלא כדעת הריב״ש.

ראיות או עדים לגבי תביעתו

יש מהראשונים שחילקו אחרת בין סוגיין שמתירה עשיית דין עצמית לבין הגמרא בברכות ששם נענש רב הונא שעשה דין לעצמו.

לשיטתם עשיית דין אפשרית רק במקום שלאדם יש ראיות או עדים המוכיחים את תביעתו. ודאות של האדם עצמו אינה מספקת ויש צורך בעדים קודם שבא לעשות דין לעצמו. רב הונא ידע אמנם שאריסו גנב ממנו אולם לא היו לו עדים על כך ולכן היה אסור לו לקחת מאריסו.

הרא״ש מזכיר בדבריו הנ״ל תנאי זה ללא הזכרת הגמרא בברכות, לדעתו זהו תנאי שפשוט שא״א בלעדיו. ואכן כך נפסק בשו״ע.

הרמב״ם לא מביא תנאי זה, דעתו היא שאם יש בכחו לעשות דין – יעשה ואח״כ יתברר העניין בבית הדין - או ע״י עדים או שבעל דינו יודה לו וכדומה, הימצאות ראיות בידיו אינה מהווה תנאי קודם. אולם בראש ועו״ר הביאו, שראיות חייבות להיות בידו קודם שעושה דין לעצמו.

סברת העניין היא לכאורה מקדם בטחון ע״מ שלא יוכל כל אחד לטעון דידי הוא ולעשות דין לעצמו. לקמן נראה הבנה באחרונים שהתנאי הזה מהותי לכל עניין ״עביד איניש דינא לנפשיה״.

ו. עביד איניש דינא לנפשיה – איסורא או ממונא

כאמור הגמרא בבבא קמא שם מביאה שהיכא דאיכא פסידא אם יתעכב לילך לבית הדין לכל הדעות עביד איניש דינא לנפשיה. והיכא דליכא פסידא פליגי רב נחמן ורב יהודה, לרב נחמן עביד איניש דינא לנפשיה ולר׳ יהודה לא.

בפסיקת ההלכה אנו מוצאים מחלוקת מעניינת בין הראשונים. הרי״ף פסק הלכתא כרב נחמן שכן הלכה כרב נחמן בדיני. וכ״פ הרא״ש. אולם בשטמ״ק לדף כח,א הובא:

> לרבינו אפרים וז״ל: הא מילתא דאמר רב נחמן דאפילו שלא במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה לאו דינא הוא דהא לית בה פיטור וחייב ולית בה נמי אי עביד מהדרינן ליה או לא מהדרינן ליה אלא במותר ואסור קא מיפלגי דרב נחמן סבר שרי ליה לאיניש למיעבד דינא לנפשיה ורב יהודה סבר אסור במקום דליכא פסידא אי משתהי עד דאזיל לבי דינא ואפילו במילתא דפסיקא ליה אלא צורבא מרבנן

משום כבודו ודיקא מתניתין אליבא דרב יהודה וסוגיין כוותיה. ע״כ דברי הרב.

הרי״ף ורבינו אפרים נחלקו בשאלה האם המחלוקת בעביד איניש דינא לנפשיה היא מחלוקת בדיני ממונות או שמא זו מחלוקת בדיני איסור והיתר.

ניתן לכאורה לומר, שמחלוקת זו נובעת מהמחלוקת שראינו לעיל בין הראשונים בטווח ההלכה של עביד איניש דינא לנפשיה. המאירי שמצמצם את עביד איניש דינא לנפשיה לעניין הצלת ממונו בלבד יסבור שכל השאלה היא שאלה באיסור והיתר – האם רשאי להכות לחבירו ע״מ להציל את ממונו. עצם הצלת הממון אינה נידונת שכן פשיטא שאדם רשאי להציל ממונו מנזק או גזל. אמנם יש למחלוקת זו נ״מ לממון – האם יתחייב בתשלומין על הכאה זו – אבל זו רק תוצאה של עצם ההיתר להכות, דאי יש היתר יש פטור של תשלומין.

הריב״ש לעומתו יסבור, שההיתר לרב נחמן הוא גורף הרבה יותר. לדידו, ר״נ מתיר לאדם לגבות ממון שלדעתו חייבים לו – בעצמו. רב יהודה חולק על עצם העניין וסובר שאין לאדם להחליף את בית הדין היכא דליכא פסידא. נמצא שהמחלוקת היא אכן בדיני ממונות – האם בכחו של האדם לתפוס ממון חבירו בעצמו. וע״כ שייכת הפסיקה הרגילה שהלכתא כר״נ בדיני.

אמנם יש מקום להבנה הפוכה. הברכת אברהם בסוגיין סובר בדעת רבינו אפרים, שיכולת האדם להוציא ממון מזולתו שלדעתו מגיע לו – זה מילתא דפשיטא, ועל זה ליכא כלל פלוגתא. כל המחלוקת האם עביד איניש דינא לנפשיה היא רק בשאלה האם בסמכות האדם להכות את חבירו או לגרום לו היזק תוך כדי הצלת הממון, וע״כ ההכרעה אינה בדיני ממונות אלא בדיני איסור והיתר. הרא״ש והרי״ף יסברו שאין היתר לאף אדם לתקוף ממון חבירו בסתמא, וכל ההיתר נתחדש כתוצאה מההלכה של עביד איניש דינא לנפשיה כשהמחלוקת היא על זה גופא – האם מותר לתפוס ממון חבירו, ולכן זו מחלוקת בדיני והלכה כר״נ.

ובאמת המהרי״ק (שורש קסא) מביא שהיכא שאדם תופס בטענת ברי את אותו ממון עצמו שלדעתו חייבים לו אין זה שייך למחלוקת ר״נ ורב יהודה, ורק בהתקיים ב׳ התנאים זה שייך למחלוקת:

א. היכא שבא להכותו – היות והכאה מסורה לבית דין – רק למ״ד שיש לו כח לעשות דין לעצמו אמרינן כן.

ב. היכא שבא לגבות תמורה ולא את החפץ עצמו – זה הוי גובייגא ובעינן כח בית דין.

יוצא שלמהרי"ק המחלוקת היא בין באיסור בין בממון. היכא שבא לתפוס את החפץ עצמו – השאלה היא שאלה של איסור והיתר האם מותר להכות. אבל לתפוס ודאי שרשאי וזו "תפיסה" של כל הש"ס. ורק במקום שבא לגבות דבר אחר תמורת חוב שחייבים לו – זה הוי "גובייגא" ומסור עקרונית לבית הדין וע"כ האדם עצמו רשאי לעשותה רק מכח ההלכה של עביד איניש דינא לנפשיה.

סיכום

בין הראשונים אנו מוצאים מגוון דעות ביחס להלכה דעביד איניש דינא לנפשיה. המאירי מצמצם עד למינימום את יכולת האדם לעשות דין לעצמו ללא הזדקקות לבית הדין, ראשונים אחרים מרחיבים יותר – אפילו לתפיסת ממון חבירו ממש – אבל דווקא בחפץ מסוים שעליו הוא טוען בעלות, ביניהם יתכן שמגבילים דווקא למצב שהבעלות מבוררת להדיא. ויש ראשונים שסוברים שאפילו תפיסה של ממון אחר מותרת, פרט לתפיסת משכון ע"י המלווה שהיא אסורה מהתורה.

להלכה, הרמ"א בחו"מ סימן ד מביא את שתי הדעות האם תפיסת חפץ תמורת חפץ מותרת.

ז. המקור לדין עביד איניש דינא לנפשיה

לשיטת המאירי, לכאורה אין קושי בהבנת הסברא, מסתבר שאדם רשאי לעמוד ולשמור על ממונו ואפילו במקום שנזקק להשתמש בהכאה או להזיק לחבירו, שכן חבירו התוקף גורם זאת לעצמו. גם לשיטות המתירות תפיסה בחפץ המבורר בעצמו וקו"ח לשיטת המהרי"ק שהבאנו שתפיסה כזו היא מילתא דפשיטא ואינה נכללת במחלוקת בין ר"נ ור"י, ניתן לומר שמסברא היכא שאדם יודע ויש לו עדים שחפץ שלו נמצא אצל זולתו לאו כל כמיניה של חבירו למונעו מלקחתו, אף שהדבר נמצא ברשותו.

אולם לשיטות הראשונים המתירים גבייה ממש - שיטת הריב"ש, הרא"ש בפ"ק דבבא קמא ופשט דברי הרמב"ם, עולה הקושיא דמנא לן האי דינא שאדם רשאי ללכת בעצמו ולעשות גביית חוב בעל כורחו של חבירו, ואפילו להכותו אם יעמוד בפניו, הלא לשם כך יש בית דין ואיזו סברא יש להתיר לו לבוא ברשות חבירו ע"מ למעט בטורח.

נציין שיש שדייקו מהסוגיא שעביד איניש דינא לנפשיה הוא דין דאורייתא ואינו תקנה גרידא, ממה שהביאה הסוגיא הדין שרשאי לעצור בעד עבד עברי שאינו חפץ לצאת מביתו לאחר היובל וזהו דין הנלמד מפסוק עי״ש ב״ק כח,א.

הרב גוסטמאן בקונטרסי שיעורים לב״ק, הרב ז׳ולטי במשנת יעב״ץ ועוד, מבינים שגדר עניין זה של עביד איניש דינא לנפשיה הוא היות האדם דיין לעצמו, כלומר בכל אשר קשור לענייניו האדם מקבל דין של בית דין.

דברי הטור בסימן ד, וסדר פסקי הרמב״ם מרמזים להבנה זו. הטור בסימן ד פותח:

> אע״פ שיחיד אינו יכול לדון עושה דין לעצמו פי׳ אם רואה את שלו ביד אחר שגזלו יכול לקחת מידו מה שגזל לו ואם האחר עומד כנגדו למחות בו יכול להכותו עד שיניחנו ליקח שלו...

יחיד אינו יכול לדון, דבעינן שלשה שהם מוגדרים כ״בית דין״, אולם מה עניין זה לכך שיחיד עושה דין לעצמו שזו הלכה ששייכת לכאורה לדיני חובל או תפיסה וכדומה. הטור רואה ביחיד העושה לעצמו דין כחריג מתוך הכלל שאין יחיד רשאי לדון, והתחדש שלעצמו יכול הוא לדון ואף לגבות, ובלשון הרב גוסטמאן: ״שופט ושוטר״.

גם סידור דברי הרמב״ם מורה כן, בהלכות סנהדרין (ב,י) מביא הרמב״ם:

> אע״פ שאין בית דין פחות משלשה מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך ומדברי סופרים עד שיהיו שלשה, ושנים שדנו אין דיניהן דין.

לאחר מכן, בהלכה יא, ממשיך הרמב״ם בגדרי בית הדין:

> אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבית דין הרי זה מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב בית דין, ואע״פ שהוא מותר מצות חכמים הוא שמושיב עמו אחרים שהרי אמרו אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד.

ובהלכה יב עובר הרמב״ם לדון באדם העושה דין לעצמו:

> יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם

> הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.

נראה מדברי שניהם שהבינו שלאדם העושה דין לעצמו, אין זו עקיפה של סדרי הדין אלא מימושם בדרך אחרת.

ביטוי חזק לעיקרון הנ״ל אנו מוצאים בהסבר האחרונים לדברי הרא״ש שהובאו לעיל. הרא״ש חלק על הרמ״ה וסובר שתפיסה בקנס מועלת מדין עביד איניש דינא לנפשיה. הרמ״ה סבר שהתפיסה היא תקנת חכמים.

לדעת רבים זמן חיוב קנס (רע״א בגליון הש״ס מכות ה,א בשם תוספות ועוד) הוא בזמן העמדה בדין. לפני העמדה בדין החיוב עדיין לא נוצר, וזו הסיבה שאין אדם מוריש קנס לבניו קודם העמדה בדין, כי אין חיוב שיכול להורישו.

בסוגיא בב״ק טו הדנה בחצי נזק דשור תם שעליה נסובים דברי הרא״ש מדובר בקנסות בזמן הזה, דליכא דיינים סמוכים ואי אפשר להעמיד הנתבע לדין, ובכל אופן מביאה הגמרא שאי תפס התובע לא מפקינן מיניה. ולדעת הרא״ש תפיסתו מדינא.

האחרונים התקשו דתינח תפיסת ממון חבירו שלדעת הרא״ש אפשרית, אבל קנס הוא חיוב שלא קיים עד שעת העמדה בדין ובבבל העמדה בדין אינה אפשרית מחמת חסרון דיינים סמוכים הדנים דיני קנסות, וכיצד יכול אדם לתפוס חוב שעדיין לא קיים.

הרב גוסטמאן מחדש שהרא״ש סובר שהאדם עצמו הוא בית דין. ואמנם בעלמא בעינן דיון ואמירת ״פלוני חייב״, אולם הכא עצם התפיסה ועשיית הדין היא גופא כדיון בבית הדין ונמצא שתפיסתו ודינו באין כאחד, וכ״ה בעוד אחרונים. ארווח לן ההגדרה שאדם שעושה דין לעצמו אינו סתם אדם העוקף סדרי הדין אלא הוא דיין ממש לעצמו, ומכח זה יכול הוא לגשת לממון חבירו ולגבותו, אפילו בכח. אולם עצם ההגדרה הנ״ל היא מחודשת מאד וטעונה ראיה.

הרב גוסטמאן חידש, שהראשונים למדו כן מעצם ההיתר המופיע בגמרא להכות לחבירו. הכאה כרוכה בלאו דאורייתא ״לא יוסיף״, והגמרא אומרת שהותר מכללו רק אצל בית דין. וא״כ ההיתר ללכת לבית חבירו ולהוציא ממון בהכאה לא ברור שהרי הוא איסור דאורייתא, ובשלמא למאירי ודעימיה אפ״ל שמסברא אדם רשאי לעמוד על ממונו, אולם ללכת לביתו של

חבירו ולגבות חובו ע״י שימוש בהכאה זאת מנא לן. ע״כ הבינו הראשונים, שהיחיד מקבל - לעניין זה - תוקף של בית דין וממילא הותר לו לאו דהכאה. ולפי ההסבר בדברי הרא״ש ניתן לו כח בית דין אפילו לחייב קנס.

מכח הגדרה זו מתבארת הלכה נוספת. הרא״ש ועו״ר מביאים שרק במקום שלאדם יש עדים כדבריו רשאי הוא לעשות דין לעצמו. לא די בידיעה ודאית שלו בצדקתו. היה מקום לומר שהלכה זו נובעת מהצורך שלא לתת תורת כל אחד בידו אלא רק במקום שיוכל לברר בעדים, או שרק במקום שבית הדין אכן ישאיר מעשיו על כנם יש היתר להקדים את בית הדין ולפעול לבד. אולם לפי הגדרה זו שאדם הוא בית דין לעצמו ניחא מה שצריך עדים קודם שעושה דין, מחמת שאפילו בית דין גמור אינו יכול לפסוק ללא קבלת עדות, ויחיד מומחה אפילו שיודע האמת אינו רשאי לדון ללא קבלת עדות - ע״כ גם אדם פרטי לא יכול לפעול כבית דין ללא הימצאות עדים. (ועי׳ שער״י ש״ז ביחס למחלוקת אם יחיד מומחה דן עפ״י ראייתו).

יש להעיר, דודאי אין כאן דמיון גמור לבית דין. הראיה שיכול לתפוס בלילה אף שלא דנים בלילה, וכן שיכולה אשה לעשות דין לעצמה כמוכח בסוגיא לעניין המצלת בעלה מיד מכהו, אף שאשה אינה דנה. ובאמת יש לעיין לעניין מה מקבל האדם הפרטי דין של בית דין ולעניין מה לא.

ח. שימוש בשקר על מנת להוציא ממון

לאור הנ״ל נדון בשאלה בה פתחנו, האם ניתן ללמוד שמותר לשקר או להשתמש בערמה ע״מ להשיב לעצמו ממון השייך לו ק״ו מהכאה או שהכאה דווקא.

רע״א על הגליון בשו״ע הביא בשם ראנ״ח שאסור לחרף ולגדף ולקרות לאדם ממזר מכח עביד איניש דינא לנפשיה, שכן אין בזה תועלת לעניין ההצלה. דייק מכך בספר ״נשך כסף״ שמשמע שאם היה בזה תועלת לעניין ההצלה היה מותר לחרף ולגדף. אף שבעלמא ודאי אסור לקלל את חבירו, שאני הכא שעושה כן ע״מ להשיב ממונו לעצמו מכח ״עביד איניש דינא לנפשיה״. וא״כ ה״ה לשקר ומרמה.

לכאורה יש לתלות זאת בשיטות הראשונים דלעיל: להבנת האחרונים הנ״ל שהכאה מותרת מכח היותו ״בית דין״ – לא ברור שניתן להשליך מכך על איסורי תורה אחרים דוגמת שקר, קללה וכדומה. שכן בלאו דהכאה מצאנו שהותר מכללו אצל בית דין ולא לאו אחר. אולם לשיטת המאירי, שההכאה

אינה דבר מיוחד אלא נלמדת כסברא פשוטה שאדם רשאי להגן על ממונו מגזל אפילו בהכאה, יתכן שבזה אכן נימא קו״ח לשקר.

לפי זה יצא, שהיכא שבא להציל ממונו ממש מגזל ורוצה להשתמש בערמה, יוכל לעשות כן. אולם למאי דפסקינן להלכה, שאפילו לגבות חובו יכול מכח עביד איניש דינא לנפשיה – שם ההכאה אינה מסברא פשוטה אלא לימוד מיוחד הנובע מגדרי בית הדין ולא מצאנו בשקר גדר זה.

אמנם יש לעיין, שכן אנו מוצאים שבית הדין רשאי להטעות ולהערים על אדם דלא צייתי דינא לעיתים, כפי שמצאנו לעניין ״חלוץ לה ובכך אתה כונסה״, וכדומה.

יש לציין, שכל השאלה מתעוררת רק במקום שלאדם יש ראיות קבילות שיוכל להציגם בבית הדין אם יתבקש, שכן לולי זה אין היתר כלל לעשיית דין עצמית כפי הנפסק בשו״ע שם, ולכן בשאלה שהעלינו בתחילת הדברים לגבי משא ומתן שלא תועד אף שברור לאדם שהצדק עמו – אין היתר לעשות דין לעצמו.

ט. שקר במהלך סדרי הדין

בשו״ע חו״מ (יב,ו) מובא:

> מי שתובעים אותו ממון שהוא מוחזק בו, אסור לבקש צדדים להשמט כדי שיתרצה הלה לעשות עמו פשרה וימחול לו על השאר. הגה: ואם עבר ועשה, אינו יוצא ידי שמים עד שיתן לו את שלו.

ובנתיבות המשפט שם מביא בשם התומים:

> ואם יודע שהאמת אתו רק שהבי״ד לא יאמינו לו, יכול לבקש צדדים כדי שיבואו לידי פשרה, רק באופן שלא יהיה כרשע לפני בית דין.

חזינן שיכול אדם להישמט, לכאורה בערמה, מבעל דינו במקום שיודע שהאמת אתו, ועי״ז להגיע לידי פשרה. אמנם בתומים שם יש תוספת:

> כל זה לדינא אך מ״מ לכתחילה יש להיזהר אפילו במקום פסידא שלא להוציא דבר שקר מפיו כלל וקושטא קאי.

הגר״א במקום חולק וסובר שאין לעשות כן מעיקר הדין. ראייתו משבועות לא,א ששם מביאה הגמרא מספר אופנים שאדם בא להוציא ממון המגיע לו בדין בדרכי ערמה:

> מנין לתלמיד שאמר לו רבו: יודע אתה בי שאם נותנין לי מאה מנה איני מבדה, מנה יש לי אצל פלוני ואין לי עליו אלא עד אחד, מנין שלא יצטרף עמו? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק. האי מדבר שקר תרחק נפקא? הא ודאי שקורי קא משקר, ורחמנא אמר: (שמות כ) לא תענה ברעך עד שקר! אלא כגון דאמר ליה: ודאי חד סהדא אית לי, ותא אתה קום התם ולא תימא ולא מידי, דהא לא מפקת מפומך שקרא, אפי׳ הכי אסור, משום שנאמר: מדבר שקר תרחק.

חזינן, שאפילו במקום שהדין דין אמת אין לשקר בדין. ובאמת צ״ב כיצד יסביר התומים את הגמרא הנ״ל, וראיתי בשם הסמ״ע שהסוגיא שם איירי שאינו יודע בבירור שהצדק עם רבו. אבל במקום שברור שהצדק עם רבו – רשאי לשקר.[1]

בספר נשך כסף שם רצה להביא ראיה לנידון דידן ממחלוקת האחרונים הנ״ל. לנתיבות ותומים יהיה מותר מעיקר הדין ולגר״א אסור.

אמנם לענ״ד יש לחלק. התומים והגר״א חלקו באופן שאדם משקר בעצם הדין, במנגנון שבא לגלות האמת עם מי ולכן סבר הגר״א שאין לשקר כלל. אולם הנידון בסוגיין הוא לאחר שיש ראיות לצד אחד הקבילות בבית הדין, האמת ברורה, אלא שהוא בא להשתמש בשקר ע״מ לממש את הדין ובזה יתכן לומר דלא גרע דבר זה מהכאה שהותרה לצורך העניין.

אמנם גם בזה תהיה קיימת הערתו המוסרית של התומים דכל זה מדינא אבל לכתחילה אין לאדם להוציא דבר שקר מפיו.

י. מדברי הפוסקים בענין

הרשב״א בשו״ת (חלק ג סימן פא) נשאל ממש כבנדו״ד והשיב בשלילה מוחלטת, וז״ל:

> טוליטולה, שאלת: הא דאמור רבנן בפרק המניח את הכד: מאה פנדי בפנדא למחיה; ואפילו למאן דאמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, במקום דאיכא פסידא, עביד; ולרב נחמן דאמר: אפילו במקום דליכא פסידא. יש בכלל זה, שיוכל לטעון שקר, להוציא דין לאמתו, כי ההיא דפרק חזקת, דלחיש לרב נחמן ואמר ליה: אין, שטרא זייפא הוא,

[1] עי׳ בדברי הרב ברוך רקובר בספרו על באור הגר״א לחו״מ סו״ס מו, והתייחסותו לדברים בשם הגרז״נ. (הערת עורך)

ומיהו, שטרא מעליא הוה לי וארכס, ואמינא: אנקוט בידי מיהא כל דהו: והימניה רב נחמן משום מיגו. ואף על גב דאסיקנא דלית הלכתא כותיה דרב נחמן בזוזי, הא קיימא לן כותיה בארעא, ובזוזי נמי היה נאמן, אי עמד בשקרו. על כן שואל אני, אם מותר לטעון שקר לאפוקי זוזי, כי היכי דשרי ליה למימחי חבריה, אע"ג דעבר על: לא יוסיף, פן יוסיף.

תשובה: חס ליה לזרעיה דאברהם דלימא שיקרא, ואפילו במקום פסידא, דכתיב: שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב. וגדולה מזו אמרו בפרק שבועת העדות, שאפילו באומר אמת, אלא שהדיבור אינו על אותו דרך שאמרו, אסרו, וכדאמרינן התם: מנין לשלשה שהפקידו אצל אחד, וכפר בהן, מנין שלא יהא אחד תובע, ושנים מעידים? ת"ל מדבר שקר תרחק; וזה ודאי אמת, כמו שמעידין אלו שהממון הופקד בידו בפניהם, ואפילו הכי, כיון שהן אומרין בתורת עדות, אסור. אלא שכל מקום שיש מיגו, אנו מאמינין שהאמת כמו שטוען, שאלו בא לשקר, היה לו לטעון טענה אחרת בשקר, שהיה נאמן בה. וההוא דפרק חזקת הבתים, לא אמרו שיהא מותר לו לעשות ולטעון כן, אלא כל שטען, מאמינין אותו משום מגו, למר כדאית ליה, ולמר כדאית ליה. ותדע לך, דאי מהתם, נימא דשרי נמי למיעבד שטרא זייפא כי התם, וחס לנו לומר כן, אלא ודאי שנוי השקר ואהוב האמת, ואין תמורתו כלי פז.

הרשב"א מבחין בין ההיתר להכות לבין ההיתר לשקר. השקר חמור יותר ואין להשתמש בו כלל "אפילו במקום פסידא". אמנם הרשב"א מדבר תוך כדי סדרי הדין, בדומה יותר למחלוקת התומים וביאור הגר"א, והיה מקום לחלק ולומר שאחרי שיש ראיות מבוררות בידי האחד וכל עניין השקר הוא כאמצעי להוצאת הממון מזולתו יתיר הרשב"א וכפי שהזכרנו לעיל, אולם מרוח הדברים ומכך שהרשב"א לא חילק בין המקרים אף שהשואל הביא ראייתו מסוגיא דעביד איניש דינא לנפשיה והיתר ההכאה שבה נראה שאסר בכל אופן.

בפסקי ריא"ז ברכות פרק א הלכה ב אות ו מובא:

מי שהיה האריס שלו חשוד שהוא גונב ממונו הרי זה אינו רשאי ליטול ממנו כלום אלא נותן לו כל חלקו מושלם, שאין אדם רשאי ליטול ממון חבירו אלא על פי בית דין. ואם היה חבירו אלם ונוטל

את שלו באונס רשאי להתנהג בו בדרך מרמה כדי להציל את שלו שנאמר עם נבר תתבר ועם עקש תתפל כמו שמבואר באגדה שבפרק ראשון של מגילה.

הריא״ז מתיר להשתמש במרמה ע״מ להוציא ממונו מאנס שאי אפשר לתובעו לדין. לא ברור שיכול להוציא ממש שקר מפיו שכן ראייתו מיעקב אבינו שאמר לרחל על לבן אביה ״אחיו אני ברמאות״ ומסר לה סימנים ולא שיקר ממש.

בספר נשך כסף (סימן ל) הביא ששאל את הגרח״פ שיינברג והשיב שיש להימנע מלשקר על מנת להוציא ממון מהמדינה. ועיין שו״ת יביע אומר (ו, חו״מ א), שדן אי מותר לעכב במקום שא״א לתבוע החייב והוא לא ישים לב לעיכוב הממון.

יא. סיכום

להלכה אדם רשאי לעשות דין לעצמו במקום שיש בידו ראיות שיוכל להציגן בבית הדין אם יתבקש. לפי רבים מהראשונים יכול אפילו לקחת ממון אחר תמורת חוב שמגיעו, פרט לחוב הנובע מהלוואה. ההיתר לעשות דין לעצמו כולל גם שימוש בהכאה אם יעמוד חבירו כנגדו.

היה מקום לומר ששימוש במרמה ובשקר יהיה פשוט יותר על פני שימוש בהכאה, והכאה לאו דווקא. וכן ניתן אולי לדייק מדברי רע״א בגליון בשם הראנ״ח ששימוש בקללות וחירופים אסור מחמת שאין בו תועלת – משמע שאם יש בדבר תועלת – מותר.

ראינו שיש מקום לומר שהעניין תלוי בשיטות הראשונים בדין ״עביד אינש דינא לנפשיה״, יש הסוברים שהכאה היא דבר ייחודי שהותר לעניין זה והיתר זה נובע מהיות האדם כדיין לגבי עצמו והכאה הוא לאו שהותר בכללו אצל בית דין, ועל כן אין להסיק מכך לגבי איסורים אחרים דוגמת שקר. ויש הסוברים שאין כח האדם ככח בית דין ולפי זה צ״ל שהכאה לאו דווקא ולכן היה מקום ללמוד היתר שקר מהיתר הכאה.

בענין שקר במהלך סדרי המשפט, התומים מתיר והגר״א אוסר. ואפילו לשיטת התומים אין לשקר לכתחילה אפילו במקום פסידא, ומסתבר שה״ה לענייננו אין לשקר לכתחילה אפילו יהא מותר מן הדין.

הרשב״א אסר לחלוטין שימוש בשקר, נראה מדבריו שהבין ששקר חמור יותר מהכאה ולכן כל הנחת היסוד שלנו ששקר עדין יותר ועדיף אינה נכונה. בפסקי הריא״ז התיר שימוש בערמה במקום שנגזל ע״י אנס שאי אפשר לתובעו לדין, ״אחיו אני ברמאות״.

לדינא הבאנו פסקו של הרב שיינברג שכתב שיש להימנע מלשקר לרשויות המדינה על מנת להוציא מהן ממון.

הרב מאיר ברקוביץ

דין בשבת

ראשי הפרקים

א. הדן בשבת דינו דין

ב. שער משפט – קסברי דמצוה קעבדי

ג. עבירה דרבנן ללא מכת מרדות

ד. קיבלו עלייהו

ה. מאיזו שעה נפסל עובר עבירה?

ו. גזרות ואיסורים עצמאיים

ז. שליחות לדבר עבירה

ח. אי עביד לא מהני

א. הדן בשבת דינו דין

א. המחבר (חו״מ ה,א) פסק שאסור לדון בשבת ויו״ט אלא שאם עבר ודן, דינו דין. והקשה שער משפט, [לאחר שהביא דברי הרי״ף (ביצה כ,ב בדפיו והרא״ש (פ׳ משילין אות ב) בשם ירושלמי שדינו דין – בין בשוגג ובין במזיד], דצ״ב אמאי דינו דין, כיון שרבנן אסרו לדון בשבת - גזירה שמא יכתוב – א״כ כשדן בשבת יהא פסול לעדות (מדרבנן) ולדון כדין עובר עבירה שנפסל ושוב יתבטל הדין מטעם זה שנמצא הדיין פסול? (ופשיטא ליה דמוכר ולוקח בשבת ויו״ט בודאי נפסלים מדרבנן).

ואין לומר דפסולי דרבנן בעי הכרזה,[1] שכן הנמו״י (סנהדרין ד,ב בדפיו) כתב שלאותה עדות שנפסל בעבורו לא בעי הכרזה (הו״ד בסמ״ע לד,נו ובש״ך שם כג) ויש לומר דה״ה להכא שבאותו דין שמחמתו נפסל לא בעי הכרזה.[2] אמנם, י״ל שהנמו״י איירי בעדות לאחר מעשה על המעשה שמחמתו נפסל ואילו כאן מדובר על שעת הדין עצמו ודוק.

---

[1] בצירוף ההנחה שאף לפסול לדין בעי הכרזה, כמשתמע בהגהות השו״ע לרע״א (חו״מ ז,ט) המובא בפת״ש (ז,כא) וכן מבואר בספר עזרת נשים (סי׳ יז ס״ק ל).

[2] עי׳ או״ת לד,כב שנוקט שלהלכה אין לפסוק כנמו״י, לאחר שהראה, שיש מחלוקת ראשונים בדבר. וע״ע נתה״מ שם.

והנה לדעת הרמ״א (חו״מ לד,ג) דלפסול דרבנן בעינן שיעבור מחמת חימוד ממון ניחא, שכן לגבי דיינים דידן ליכא חימוד ממון, אך לשיטת המחבר שבפשטות לא חילק בכך (עי׳ כנה״ג שם הגב״י אות ג) עדיין קשה.

וכיוצ״ב הקשה רע״א בדרו״ח למסכת ביצה וז״ל:

> קשה לי, דמ״מ בהאי דאין דנין אמאי במזיד מה שעשו עשוי, הא כיון דעברו על איסור דרבנן לדון בשבת נעשו פסולים; מדרבנן ואין דיניהם דין, ואף אם נימא כמו דפסולי עדות דרבנן צריך הכרזה, ה״נ לענין פסול דיינים, מ״מ הא לאותו דבר שנפסל א״צ הכרזה, כמ״ש בנ״י (הביאו הסמ״ע סימן לד) וצלע״ג.

ב. שער משפט – קסברי דמצוה קעבדי

ביישוב קושייתו כתב שער משפט, שהדיינים שדנו בשבת לא נפסלו לעדות הואיל וסברי דמצוה קעבדי ולא מפסלי דומיא דקוברי המת ביו״ט ראשון (ראה חו״מ לד,ד).[3]

אך יעוי׳ במש״כ הצל״ח לפסחים מט,א שעשה דוחה ל״ת רק בשני ענינים, אבל אם הם באותו ענין – כגון לאו דלא תשחט על חמץ ועשה דפסח בכה״ג לא שייך לומר עשה דוחה ל״ת (ועי׳ תוס׳ רע״א פסחים ג,ז שציין לקושיית הטו״א ריש חגיגה דמבואר דפליג), וטעמו שבכה״ג אין כאן עשה כלל.

מעתה י״ל, שאין לדמות דין בשבת לקבורה ביו״ט. קבורת המת ביו״ט לא נאסרה בפירוש ואילו דין בשבת נאסר בפירוש. הדן בשבת ביו״ט עובר על ציווי חז״ל בדבר עצמו – לדון בשבת וביו״ט, הרי שלא ניתן לומר שמצוה קעביד. (ראה ברור הלכה, שבסוף הלכה פסוקה).

ובניסוח אחר - ההשוואה בין הדן בשבת/ יו״ט לקוברי המת צ״ב. אם הדן בשבת שוגג היה ממילא אינו נפסל. ואם מזיד היה איך ניתן לומר שסבר שמצוה קעביד – הרי יודע שדבר זה אסור. אצל קוברי המת – ידוע להם שיש במעשיהם משום מלאכת שבת אך סבורים שלצורך קבורת המת נכון לעשות זאת.

---

[3] ועי׳ חשבונות של מצוה (לאדר״ת) מ׳ עה, שהעיר שאולי לא שייך ׳זכות זו׳ דמצוה קעבדי אלא בעמי ארצות בלבד ולא במי שיושב כדיין.

ג. עבירה דרבנן ללא מכת מרדות

הפרי מגדים (פתיחה כלל א,כד ובשושנת העמקים כלל ט) נוקט כדבר פשוט שכשם שהעובר עבירה דאורייתא שיש בה מלקות נפסל לעדות בגלל שם רשע, כך בעבירה דרבנן נפסל לעדות – אם אך מחוייב הוא מכת מרדות, דחשיב רשע מדרבנן. וחיליה דיליה מדברי הרמב״ם (עדות י,ג):

> עבר עבירה שחייבין עליה מלקות מן התורה הרי זה פסול מן התורה, ואם היה החיוב שבה מדבריהם הרי זה פסול מדבריהם וכו׳.

ולשון הרמב״ם ״ואם היה החיוב שבה מדבריהם״ – לא איסור אלא חיוב.

ולכן כתב הפרי מגדים, שנחוץ להגדיר באילו עבירות דרבנן יש מכת מרדות. ובלשונו: ״צריך חקירת חכם על איזה עבירה חיי מכות מרדות ועל איזה פטור ולא מפסל אף מדבריהם״.

בספר מעשה בצלאל (סביב תשובות ריקאנטי תלא)[4] תרץ קושיית שער משפט הנ״ל – מדוע הדן בשבת דינו דין – שיתבטל מחמת פיסולו של הדיין - על פי דברי הפרמ״ג שרק בעבירה דרבנן שחייב בגינה מכת מרדות נפסל לעדות. ואלו תו״ד:

> יש לעיין אם הדן בשבת חייב מכת מרדות. עי׳ רמב״ם שבת כג ,יד:
>
> אין דנין בשבת ולא חולצין ולא מיבמין ולא מקדשין גזירה שמא יכתוב...

ובתחילת הלכות שבת (א,ג) כתב הרמב״ם:

> ... וכן כל מקום שנאמר אין עושין כך וכך או אסור לעשות כך וכך בשבת העושה אותו דבר בזדון מכין אותו מכת מרדות.

נמצא שלפי ניסוח הלכות סבור הרמב״ם שמי שדן בשבת חייב מכת מרדות. אמנם בהמשך ההלכות כתב הרמב״ם (שם ו,ח):

> ישראל שאמר לגוי לעשות לו מלאכה זו בשבת אף על פי שעבר ומכין אותו מכת מרדות מותר לו ליהנות באותה מלאכה לערב...

וצ״ב מדוע ציין מכת מרדות, מאחר ובראש פרק זה כתב:

> אסור לומר לגוי לעשות לנו מלאכה בשבת...

---

[4] וראה בספר אורחות פתחיה סי׳ עד בכיוון זה.

והרמב״ם יכול היה להסתפק בכלל שכתב בתחילת ההלכות. מעתה י״ל שהכלל שהציב הרמב״ם שלשון ׳אסור לעשות כך וכך׳ מרמז לחיוב מכת מרדות אינו אלא ביחס למלאכות שבת, ולכן לענין אמירה לנכרי צריך לציין בפירוש יש מכת מרדות, ולגבי גזירה לא לדו בשבת שלא צויין דבר מסתבר שאין מכת מרדות.

ולפי״ז לאור דברי הפרמ״ג, הדן בשבת, הואל ואינו לוקה מכת מרדות, אף אינו נפסל לעדות ולדין.

ד. קיבלו עלייהו

החכמת שלמה (בסי׳ ט) כתב שדינו של הנוטל שכר לדון, בטל רק אם דן בכפייה, אבל אם באו מעצמם לדון וידעו שדרכו ליטול שכר, בעמידתם לפנו לקבל פסק דינו סברו וקבלואותו עליהם ולכן דינו דין כקיבלו עלייהו קרוב או פסול (והוסיף דהנוטל שכר פסול רק מקנסא ולכן ה׳קיבלו עלייהו׳ בנדונו פשוט ואינו תלוי בחילוקי דינים בקיבל עליו קאו״פ) ומעתה י״ל דה״ה בבאו לדין בשבת הוי כקיבלו עלייהו את הדיין אף שהוא פסול מדרבנן.[5]

לפי דברים אלו יש להעמיד ההלכה בשו״ע שהדן בשבת דינו דין רק בבאו לפניו מרצון ולא בדם מכפייה.

ה. מאיזו שעה נפסל עובר עבירה?

הרי״ם בחידושין (חו״מ ה) ובעל דמשק אליעזר (רבי איעזר ניצברג) כתבו עפ״י תוס׳ ור״ן (חולין יד) לענין שחיטת מומר, דהשחיטה בה נעשה מומר אינה נפסלת כשחיטת מומר.[6]

אמנם יש לדקדק מה כלול באיסור לדון בשבת. הסמ״ע כתב שגזרו לא לדון בשבת שמא יבואו לכתב הטענות אך רש״י (ביצה לז,א) כתב שמא יכתבו את פסק הדין, וי״ל בדעת רש״י שכתיבת טענות אינה שכיחה (אא״כ יבקשו בעלי הדין) ולכן נקט פסק דין. נמצא שלסמ״ע בעת גמר דין כבר עברו על האיסור,

---

[5] כיוצ״ב כתב בספר בית יהודה (עפ״י הב״ח), שאם באו מנפשייהו לדון בשבת, הוי כקיבלוהו והוסיף שזו כונת השו״ע כאן. וכ״כ בספר משפט ליעקב (מסקין חו״מ סי׳ ה).

[6] וכיוצא בזה עי׳ מהרי״ט ח״א סי׳ קלח; וראה מאמרו של מו״ר הגרמ״ח דימנטמן שליט״א בקובץ זה.

נמצא גמר דין בדיינים פסולים ואילו לרש״י י״ל שרק בגמר דין עבדי איסור ונפסלו לאחר גמר דין.[7]

לפי זה, צריך לבאר כונת הנמו״י ש׳לאותה עדות שמחמתה נפסל׳ אי״צ הכרזה, שהמכוון למה שמעיד אח״כ שכבר נפסל על ידו. ועי׳ בשו״ת עמודי אור סי׳ צט ובשואל ומשיב קמא ח״ב סי׳ נט.

ו. גזרות ואיסורים עצמאיים

בספר אמרי ירוחם (סי׳ כג) סבור שיש לחלק בין שני סוגי איסורי דרבנן: יש איסורים עצמאיים ויש האסורים שמא יבוא להכשל באיסור אחר. האיסורים במשנה במסכת ביצה דף לו בהם נזכר להדיא שהם גזירה שמא ייכשל בדאורייתא הם לכתחילה בלבד ובדיעבד אם עברו המעשה תופס, וכן העובר לא נפסל וכשר הוא לעדות ולשבועה וכו׳. [ועי׳ רש״י ביצה לו שני פירושים לענין מקח וממכר בשבת – מצד ממצוא חפצך או מגזירה שמא יכתוב (כמו דין] ולאור הנ״ל, נפ״מ גדולה ביניהם – אם העובר נפסל לעדות מדבריהם, אם לאו.

באופן דומה כתב האדר״ת בספרו של חשבונות של מצוה (מ׳ עה). וז״ל:

> ...נראה דגם בלא זה אינם נפסלים [=הדנים בשבת מ.ב.], דדבר זה הוא כמו שופר שבראש האילן שאסור לעלות עליו כדי ליטלנו או סוכה שבראש האילן וע״ג בהמה וכסוכה כג,א ור״ה לב,ב וכי ס״ד שאם תקע בו או עלה לא יצא ידי חובתו זה אינו ומפורש להדיא דיצא והלא באמת גם לכתחילה היה ראוי לומר שתדחה עשה דשופר וסוכה ללא תעשה דיו״ט[8] אלא משום דעשה ולא תעשה הוא וכמש״ש בר״ה וא״כ בדיעבד אם כבר עבר תו יוצא שפיר המצוה ...ה״נ בדן ביו״ט ושבת דמן התורה מצוה קעבדי אלא שחז״ל גזרו גזירה שמא יכתוב א״כ מה בין זה לגזירה שמא יתלוש ושלא יעלה באילן ליקח את השופר ולישב בסוכה שאם עבר ועלה יצא ידי חובתו וא״כ ה״נ יצא.

יש להעיר שאף אם נקבל חילוק זה, יש מקום ליישמו לגבי חלות המעשה, שהעובר על גזירת חכמים, בדיעבד מהני, אך מדוע שלא ייפסל לעדות כרשע

---

[7] עי׳ מג״א שלט ס״ק ג דחיישינן שמא יכתוב טענות ובמחצית השקל כתב שהוא מהשלטי גיבורים (סנהדרין פרק שלישי) ועי׳ נתה״מ ר״ס ה ובפרישה אבה״ע סד ס״ק יד.

[8] לאור דברי הצל״ח לעיל אות ב לא שייך בכה״ג עשה דוחה ל״ת.

שעובר על מצות חכמים? מדברי האדר"ת נראה שסבר שלא יעלה על הדעת שיפסל לעדות בגלל איסור דרבנן שאינו מעכב – בדיעבד. בלשונו של הרב ירוחם ורהפטיג:

> ונ"ל לחדש דכל הני איסורים שרבנן אסרו משום גזירה שלא יבוא לידי איסור דאורייתא, ואמרו בהדיא דאסרו משום גזירה, הני איסורים לא אסרו כי אם לכתחילה, מעיקרא מוכח מאיסור זה, שבדיעבד אם עברו לא נפסלו העוברים וכשרים הם בין לעדות בין לשבועה כו'.

נראה, אם כן, שיסוד הענין הוא ש'הם אמרו והם אמרו'. ומעיקרא היה העובר על דברי חכמים להפסל לעדות – מדרבנן, אלא שגזירות אטו דבר אחר הם אמרו שאסור והם אמרו שלא ייפסל לעדות (לכה"פ היכא דמצוה קעבדי).

וכיוצ"ב בסוף ברור הלכה לסימן ה סעיף א עפ"י שו"ת ברית אברהם אבה"ע קכא אות יב. בבחינת הם אמרו והם אמרו.

עוד יש להעיר, שטעם הגזירה – שמא יכתוב – אינו טעם מוסכם. בהגהות אשל אברהם לאו"ח שלט כתב בזה"ל:

> ירושלמי (סנהדרין ד,ו) בכל מושבותיכם (שמות לה,ג) מכאן לבעלי דינים שלא יהיה דנין בשבת, ספר החינוך פרשת ויקהל (מ' קיד) ולמג"א (ס"ק ג) אישתמיט זה [ר"ל במה שהמג"א הציע רעיון זה מדנפשיה מ.ב.]. והטעם בספר החינוך, שרצה השם יתברך לכבד יום זה שימצאו בו מנוחה הכל, גם החוטאים והחייבים, משל למך גדול שקרא לבני מדינה יום אחד לסעודה כו'".

לטעם החינוך (שלהבנת הא"א אינו לגבי ענישה בשבת אלא אף לדון בשבת) אין כאן גזירה אלא דין עצמאי[9] ולכן שפיר יש לומר שאף בדיעבד אינו דין.[10] ולשיטתו יש לחזור לתירוצים הקודמים.

---

[9] בהערות להלכה פסוקה כתבו בדעת החינוך (והרמב"ם בספר המצוות) שמאחר ואיסור לדון בשבת הוא מדרבנן -כמפורש במשנה בביצה, י"ל שהמשתמע מהירושלמי שיש איסור דאורייתא מתייחס לדיון בדיני נפשות. נראה שהאשל אברהם לא הבין כך.

[10] יש מי שכתב שנפ"מ בין הטעמים – אם האיסור על הדיינים בלבד (שמא יבואו לכתוב) או גם על בעלי דינים (להיות יום זה יום מנוחה). ונפ"מ לדון בין בן א"י לבין בן חו"ל שהתארח בא"י בחג השבועותביום טוב שני. (ראה שו"ת אבן פינה לרב נשר).

ז. שליחות לדבר עבירה

יש מגדולי הדורות[11] שהקשו כיצד מהני בעבר ודן בשבת, הרי כשרות דין בזמן הזה, שאין דיינים סמוכים מבוסס על דין שליחותייהו דקמאי. ויש שתפסו שיש כאן שליחות לפי גדרי שליחות [הגם שהמשלחים כבר אינם בחיים וכפי שהקשה בשו״ת גו״ר או״ח (כלל ג סי׳ טו)], אא״כ נאמר שבעבירה דרבנן יש שליחות לד״ע ואכמ״ל.

הערך שי הציע, מכח קושיא זו שדברי הירושלמי שהדן בשבת דינו דין נאמר רק בדיינים סמוכים אך הדנים מכח שליחותייהו שידונו בשבת – דינם אכן בטל (ולא כמשתמע מהשו״ע).

באופן אחר שאלה זו תיושב לאור מה שהובא לעיל, שהדין לא בטל, דהוי כקיבלו עלייהו בעלי הדין דיין קרוב או פסול, וממילא אף שאלת ביטול הדין מכח הכלל שאין של״ד מיושבת (ערך שי שם).

האמרי בינה (דיני דיינים סי׳ יג) יצא לתרץ עפ״י דברי המל״מ (גניבה פ״ג), שאם עשאו שליח לטבוח והלך השליח וטבח בשבת לא חשיב שליחות לד״ע דלא מינהו על כך, וי״ל ה״ה כאן ׳שליחותייהו׳ פירושו מנוי לדון אך אין בדן בשבת משום שלד״ע כי ההחלטה לדון באיסור (=בשבת) אינה מכח מינוי השליחות.[12] וכ״כ בשו״ת עין יצחק.

עבירה שאינה חלק ממינוי השליחות

השימוש בדברי המל״מ הנ״ל, דורש הרחבה:

---

[11] שו״ת באר יצחק אבה״ע טז ענף ה ובשו״ת עין יצחק יו״ד טו ס״ק ה ; ערך שי חו״מ סי׳ ה ; אמרי בינה דיני דיינים סי׳ יג ועוד.

[12] ראיתי ממחברי זמנינו שהביא בשם האמרי בינה תירוץ אחר: שחז״ל הסמוכים נתנו רשות לדון בשליחותייהו לכל העניינים כמו שמהני דין של סמוכים – אף אם עבדי שלא כדין. והוכיח כן מכמה מקומות בשו״ע - הנ״ל, שאסרו חכמים לדון בשבת וביו״ט ואעפ״כ הדין דין; בסי׳ ז באוהב ושונא שכתב הרמ״א, שאם דנו דיניהם דין (וציין לסוברים שהדין כן אף אם דנו בכפייה), ולא דק אותו מחבר. האמרי בינה מיישב הקושיא כנ״ל בגוף המאמר לאור דברי המל״מ כשהמינוי לא מתייחס בפירוש לאיסור. האמרי בינה הוסיף שלא תימא דבטלה ההשליחות כי מוכח שעברו על רצון המשלחים, קמ״ל דמוכח דמהני וחכמים לא הטילו הגבלה זו. ועי׳ תומים סי׳ ג כסברא זו ליישב דברי הרמב״ם שאף אם מדאורייתא חד כשר לדו, לדינא נקט ששנים שדנו אין דיניהם דין. ובר האו״ת בטעמא דמילתא דאדעתא דהכי לא מינוהו, והאמרי בינה הוכיח דלא כדבריו וכנ״ל.

נחלקו האחרונים אם מותר למכור קרקע לגוי באופן זמני על מנת להפקיע ממנה את איסור העבודה בה בשנת שמיטה. נתמקד בנקודה אחת העולה מתוך דיון זה. בחזו"א (שביעית סימן כד) מובאות באורך שיטות הראשונים בעניין זה, והוא נוקט כי ישנו איסור לא תחנם במכירת קרקעות לגוי. לאחר הבאת שיטות הראשונים הוא מסיים: "ולפיכך אין מקום להתיר למכור לנכרי בשביל להפקיע קדושת שביעית, ואדרבה איסור שביעית דרבנן בזה"ז ומכירה לאו דאורייתא כטריפה ובשר בחלב וכיו"ב, וכ"כ במשיב דבר סי' נ, והמוכר ע"י שליח ודאי לא חל המכירה מדין אין שליח לד"ע ומיהו עפ"ז נצולים מאיסור המכירה".

לעומתו, הראי"ה קוק (שו"ת משפט כהן, הלכות שמיטה ויובל סימן ס) נקט כי גם אם נניח שהמוכר את הקרקע לגוי עובר על איסור לא תחנם,[13] מכל מקום אין הדבר נחשב שהמוכר בשליחותו של בעל הקרקע הוא שליח לדבר עבירה, מאחר שמינוי השליחות הוא רק למכור את הקרקע ולא מופיע כלל במינוי שהמכירה היא לגוי. לכן אין המינוי לעבירה עצמה אלא השליח הוא שבחר לבצע את השליחות בצורה של עבירה על איסור 'לא תחנם'. הרב מתבסס על דברי המשנה למלך (הלכות גניבה ג,ז),[14] המדייק מלשון הרמב"ם שאם העבירה אינה חלק ממינוי השליחות אין השליחות בטילה. הרמב"ם כותב: "עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי ארבעה וחמשה, שהרי זה הגנב לא עשה עון מיתת בית דין וכבר ביארנו שהשוחט על ידי שליח חייב בתשלומין (למרות שאין שליח לדבר עבירה)". לשון הטור (חו"מ שו) היא "עשה שליח לשחוט לו בשבת", הרי שבדבריו תוספת על מה שכתב הרמב"ם והקשה מכאן המל"מ שאם השליחות היתה לשחיטה בשבת בדוקא הרי שאין השליחות מתייחסת למשלח כלל כי אין שליח לדבר עבירה.[15] אם השליחות היא רק לשחוט,

---

[13] הרב סבר שאין איסור לא תחנם במכירת קרקע לזמן. אך רצה להוסיף, שאף לחושש לאיסור זה, לאחר שהמכירה התבצעה אין לו סיבה להחמיר ולהימנע מלאכול מהפירות שיצמחו הואיל והם פירות נכרי.

[14] עיין גם במל"מ מעילה ז,ב.

[15] וצ"ב בדעת הטור, שנקט שהשליחות לא תתבטל והגנב יתחייב בתשלומי ד' וה' כאילו הוא שחט אף אם השליחות היתה ממש לעבור עבירה- לשחוט בשבת? ניתן לומר שהטור ס"ל שכאשר ריבתה תורה חיוב ד' וה' אף ע"י שליח נתחדש שהגנב חייב ד' וה' גם על גרימת שחיטה או מכירה ולמעשה אינו חייב בגין מעשה השליח כדין שלוחו של אדם כמותו ולכן אף דבר עבירה נוסף שיצטרף לטביחה לא יבטל השליחות. באופן אחר יש לומר שהטור ס"ל בשליחות לד"ע השליחות לא בטלה אלא שאין ענישה בגינה והכא נענש רק בגין

והשחיטה נעשתה ע״י השליח בשבת, אין השליחות בטילה. מכאן מוכח שאם אין העבירה חלק ממינוי השליחות בעצמו הרי שמעשה השליחות כן מיוחס אל המשלח.[16] ויש להעיר, שבדברי המל״מ אנו מוצאים סיוע לגישת הנוב״י לפיה בשליחות לדבר עבירה, השליחות בטלה.

אך נראה שגם החזו״א קיבל את דברי המל״מ, ובכל זאת סבר כי אין ראייה בדבריו לדיון לגבי מכירת הקרקע לגוי ע״י שליח. הגרצ״פ פראנק (הר צבי זרעים ח״ב, סי׳ נ)[17] טוען כי אין ראייה לדברי הרב קוק מהמל״מ: המל״מ עוסק במצב בו כל מעשה העבירה יכול להתבצע אף ללא מינוי השליחות, כי אדם ששחט בשבת אף אם היה זה בהמה שאינה שייכת לו, ולא קיבל רשות לשחוט, הרי שהשחיטה היא שחיטה מעליא ועבר הוא בכך על איסור שבת. במצב כזה לא נכון להביא בחשבון את העובדה שהשחיטה נעשתה בשבת מכיוון שהעבירה כלל אינה שייכת לשליחות. אולם במקרה בו מינוי השליחות היה למכור קרקע והמכירה נעשתה באופן אסור, הרי שכל היכולת לעבור עבירה נובעת היא מעצם זה שישנה יכולת לשליח למכור, שהרי אם אין לו רשות למכור אין המכירה תקיפה וממילא לא עבר הוא על איסור לא

הטביחה ולא בגין הבת ויש לעיי׳ בסברה זו. באופן אחר יש לבאר דברי הטור על פי דברי החתם סופר המקשה על השיטות שיש שליחות לגוי לחומרא, מדוע אמירה לנכרי בשבת אסורה רק מכח ׳ודבר דבר׳ וכו׳? היא צריכה להיות אסורה ללא ספקות! ועונה החת״ס (שבת קנ,א בשם הבית מאיר סי׳ ד) כי בשבת לא שייך לומר זאת מאחר שהציווי הוא לשבות, ואף אם מעשה השליח מתייחס אל המשלח אין זה נחשב שהוא עשה אותו בידיים, ונחשב שהוא באמת שבת ונח. כך גם יש להסביר את דברי הטור: כל שליחות לחלל שבת אינה מבטלת את עצם השליחות מאחר שמעשה העבירה קשור רק לשליח העושה ולא למשלח, וממילא מה שנותר במקרה שלנו זהו חלק השליחות של הטביחה של הבהמה והגניבה, וע״כ המשלח משלם ד׳ וה׳. אמנם יש להעיר כי לכאורה הרמב״ם שלא נקט כך אינו מקבל את יסודו של החת״ס.

[16] בשעה״מ מעיר כי מהרמב״ם בפיהמ״ש (ב״ק ז,ב) משמע כדעת הטור, שאף אם השליחות היתה לשחוט בשבת עצמה אין השליחות מתבטלת ואין זה נחשב שליחות לדבר עבירה, דז״ל הרמב״ם: ״אבל יתחייב תשלומי ארבעה וחמשה אם מסר לאחר לשחוט לו ביום הכפורים,״ ומשמע שהשליחות היא ׳לטבוח ביו״כ׳ ולא רק שהשליח בחר לבצע את השחיטה באותו היום.

[17] הסבר דומה מופיע גם בדבר אליעזר (לבעל הציץ אליעזר, סימן ב אות ח בהגה״ה): ״...ולענ״ד נראה דלא דמי כלל לטביחה משום דבשלמא גבי טביחה, היכי דהשליח טבח מדעת עצמו בשבת שייך שפיר למימר דכיון דעשאו שליח לשחוט בסתם – גוף השליחות לא בטל, משום דכיון דטביחה היה שם והרי השור שחוט לפניך... אבל גבי גט כיון דלענין הנתינה בע״כ הלא אין שליח לדבר עבירה והמעשה בטל דכל היכי דאמרינן אשלד״ע המעשה בטל... וא״כ ל״ש תו למימר דגוף השליחות לא בטל משום דכיון דהנתינה בע״כ בטלה שוב לא נשאר כאן שום נתינה כלל״.

תחנם. במצב כזה הרי שהעבירה אינה מנותקת מן השליחות ונכון לומר כאן אין שליח לדבר עבירה, וממילא השליחות תתבטל.[18]

מחלוקת זו בין הרב קוק לגרצפ"פ והחזו"א, יסודה במחלוקת קדומה יותר:

הנודע ביהודה (אהע"ז קמא סי' עה) פסק כי אדם שמינה שליח לגרש את אשתו, והשליח נתן את הגט לאשה בעל כרחה, השליחות בטילה ואין הגט תקף. הסיבה לכך היא שישנו חרם דרבינו גרשום שלא לגרש את האשה בע"כ, ומכיוון שאין שליח לדבר עבירה הרי שהשליחות בטילה ואין הגט תקף. אולם קצות החושן (קפב,ב) חולק: "ולענ"ד נראה דהיכא דעושה שליח סתם לגרש ושיהיה ידו כידו ועשייתו כעשייתו והשליח נתן לה הגט בעל כרחה, דכה"ג שפיר הוי גט כיון דיד השליח כיד המשלח בעיקר הגט, ומה שנתן לה בעל כרחה ועבר בחרם רבינו גרשום הו"ל כאילו עשה עבירה מדעתו דכל כה"ג עיקר השליחות לא בטל, וכמ"ש כיוצא בזה במשנה למלך...". כלומר: מאחר שהשליחות היא רק לעצם הגירושין ולא לעשותם בעל כרחה של האשה, הרי שלא אמרינן בזה אין שליח לדבר עבירה, ולכן במקרה זה השליחות תשאר בעינה והאשה מגורשת.

ונראה שגם הנוב"י מסכים לכך, אלא סובר הוא כי למרות שאין העבירה כלולה במינוי המשלח לשליח, מאחר שאין השליח יכול לעבור על חרם דרבינו גרשום שאסר לגרש אשה בעל כרחה מבלי שיקבל מינוי מהבעל לגרש את האשה, הרי שהעבירה במצב כזה נחשבת היא חלק מהשליחות ושייך לומר "אין שליח לדבר עבירה". קצוה"ח בודאי נקט כמש"כ בדברי הרב קוק שכל היכא שאין מעשה העבירה כלול בעצם השליחות הרי שלא אומרים אין שליח לדבר עבירה, והעבירה מתייחסת לשליח בלבד, בעוד השליחות ניצבת בעינה.

האמרי בינה, שהשתמש בדברי המל"מ בנדון דידן, וסבר אף הוא, כקצוה"ח והרב קוק, שכן כל הכח לדון נובע הוא מה'שליחותייהו'.

---

[18] במקום נוסף מתייחס הגרצ"פ פראנק לחילוק זה שהעלה כאן. עי' שו"ת הר צבי זרעים (ח"א סי' סד) אודות שליח להפריש תרו"מ שהקדים מע"ר לתרומה גדולה אי אמרינן בזה אשלד"ע. ורצה בתחילה לדמות זאת למל"מ, ולבסוף חזר על חילוקו הנ"ל.

ח. אי עביד לא מהני

לאור חלק מן ההסברים הנ״ל לכך שהדן בשבת דינו דין, יש לבדק ענין ׳אי עביד לא מהני׳ ביחס לנדו״ד. מדוע לא נאמר ׳כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני׳ ויתבטל הדין. וכבר הקשה כן השלטי גיבורים על דברי הרי״ף סוף ביצה (והוסיף דבודאי קיי״ל כרבא וכו׳ ואכמ״ל). ומצד זה שמדובר באיסור דרבנן עי׳ סמ״ע וש״ך חו״מ רח לגבי מוכר בשבת שנקטו דאף בדרבנן אמרינן אי עביד לא מהני ועי׳ מרדכי סופ״ג דשבועות ויש ראיות לכאן ולכאן.

לדברי הנו״כ בחו״מ רח, שבמקום שניתן להגיע לתוצאה בהיתר לא אמרינן לא מהני הכא נמי היה אפשר לדון ביום חול ולהסיק אותן מסקנות ממילא בכה״ג לא שייך לומר אי עביד לא מהני.

ולט״ז חו״מ רח ועוד, דהיכא דיומא קגרים אמרינן דמהני, אף הכא א״ש.

יש לתרץ על פי מהרי״ט (א,סט) לגבי השוחט בשבת דשחיטתו כשרה (חולין יד,א), דס״ל שלא אמרינן ׳לא מהני׳ אלא במקום שבזה האיסור יתוקן. בנדון דידן, לכאורה, האיסור לא יתוקן, הדן בשבת עבר על ציווי חכמים – או במשא ומתן, או בקבלת העדות או בגמר הדין.

למובא לעיל ד׳הם אמרו והם אמרו׳ ולכך העובר על דברי חכמים ודן בשבת לא נפסל, דהוא דין לכתחילה בלבד מסתבר שאף לסוברים דברבנן אמרינן אעל״מ, הכא שאני,כאמור, דהם אמרו והם אמרו.

הרב שלמה זאב פיק
ר"מ במכון הגבוה לתורה
ע"י אונ' בר-אילן

גר כדיין בדיני ממונות ובקבלת גרים

ראשי הפרקים

א. שיטת רש״י - גר דן דיני ממונות

ב. גר דן חבירו הגר בלבד

ג. ׳גר צריך שלשה׳ – מקורות שונים והשלכות לגר כדיין לקבלת גרים

ד. טעמים נוספים להצריך שלושה בגירות וגדר דין זה

ה. פוסקים נוספים המתירים לגר לשבת בבית דין לגיור

ו. שמעיה ואבטליון

ז. דיון בדברי הפוסלים גר מלשבת בבית דין לגיור

ח. נספח – מאמרו של הרב מ׳ ברויד

א. שיטת רש״י - גר דן דיני ממונות

ידועה המחלוקת בין רש״י לבין יתר הראשונים אם גר צדק יכול לדון ישראל בדיני ממונות או לא. איתא במשנה (סנהדרין לב,א):

> הכל כשרין לדון דיני ממונות, ואין הכל כשרין לדון דיני נפשות אלא כהנים לוים וישראלים המשיאין לכהונה.

ובגמרא שם (לו,ב):

> הכל כשרין לדון דיני ממונות. הכל לאתויי מאי? - אמר רב יהודה: לאתויי ממזר. - הא תנינא חדא זימנא: כל הראוי לדון דיני נפשות - ראוי לדון דיני ממונות, ויש ראוי לדון דיני ממונות ואין ראוי לדון דיני נפשות. וכו׳ חדא לאתויי גר, וחדא לאתויי ממזר. וצריכא: דאי אשמעינן גר - דראוי לבא בקהל, אבל ממזר - אימא לא. ואי אשמעינן ממזר - דבא מטיפה כשרה, אבל גר דלא בא מטיפה כשרה - אימא לא, צריכא.

וכיוצ״ב במסכת נדה (מט,ב), ושם פרש״י:

מתני׳. כל הראוי לדון דיני נפשות - כ״ש שהוא כשר לדיני ממונות. גמ׳. לאתויי ממזר - דכשר לדיני ממונות ופסול לדיני נפשות כדכתי׳ (סנהדרין לו,ב) כולך יפה רעיתי. גר - נמי כשר לדיני ממונות.

מפשטות לשון המשנה ודברי הגמרא נראה שגר יכול לדון גם ישראל.

ביבמות קא,ב –קב,א למדנו כך:

רב שמואל בר יהודה הוה קאי קמיה דרב יהודה, אמר ליה: סק תא לזירזא דקני לאצטרופי בי חמשה, לפרסומי מילתא; אמר ליה, תנינא: בישראל - בב״ד ישראל ולא בב״ד של גרים, ואנא גר אנא. אמר רב יהודה: כגון רב שמואל בר יהודה מפיקנא ממונא אפומיה. מפיקנא ס״ד? והא ע״פ שנים עדים אמר רחמנא! אלא מרענא שטרא אפומיה. אמר רבא: גר דן את חבירו דבר תורה, שנאמר: (דברים יז) שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה׳ אלהיך בו מקרב אחיך תשים עליך מלך, עליך הוא דבעינן מקרב אחיך, אבל גר דן את חבירו גר, ואם היתה אמו מישראל - דן אפי׳ ישראל; ולענין חליצה - עד שיהא אביו ואמו מישראל, שנאמר: ונקרא שמו בישראל.

איך אפשר להתאים סוגיה זו ממנה עולה שאין גר דן ישראל אלא גר חבירו בלבד, עם הסוגיות בסנהדרין ונדה לפיהן גר דן ישראל? פירש רש״י יבמות שם (קב,א):

גר דן את חבירו - דיני נפשות דאילו דיני ממונות אפילו לכל ישראל דתנן (סנהדרין דף לב) הכל כשרים לדון דיני ממונות ואמרי׳ הכל לאתויי מאי לאתויי גר. עליך הוא דבעינן מקרב אחיך - אבל על הגר אפי׳ חבירו אתה מקים עליו, דיין בכלל מלך דכתיב (משלי כט) מלך במשפט יעמיד ארץ אם דומה דיין למלך שאין צריך כלום יעמיד ארץ ועוד שימות הרבה כתובים כאן כל משימות שאתה משים לא יהו אלא מקרב אחיך. בישראל - משמע שיהא ישראל מכל צדדין.

לפי רש״י הסוגיה ביבמות קא,ב דנה בדיני נפשות, מפני שבדיני ממונות גר יכול לדון לכל ישראל וכפי הסוגיות בסנהדרין ונדה.

אולם, לכאורה יש בזה סתירה בין הסוגיות כאן לבין הסוגיה בפ׳ החולץ (יבמות מה,ב):

רבא אכשריה לרב מרי בר רחל ומנייה בפורסי דבבל, ואף על גב דאמר מר: (דברים יז) שום תשים עליך מלך, כל משימות שאתה משים - אל יהו אלא מקרב אחיך! האי כיון דאמו מישראל, מקרב אחיך קרינן ביה.

ופרש"י שם

רב מרי בר רחל - מעובד כוכבים הבא על ישראלית הוה. בפורסי דבבל - גבאים ממונים על ישראל ואף על גב דגר בעלמא אסור למנותו פרנס על ישראל דאמר מר כו' האי כיון דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה.

הריב"ן פירש פורסי: "ממונה שלועזין מנישטריל וחבירו בפרק ראשון דיומא מאי פרהדרי פורסי". ומקורו ברש"י שבת קנד,א, ד"ה ואמרי: "דרב אכשריה לרב מרי בר רחל ומניה בפורסי דבבל, והך מילתא במסכת יבמות היא (מה,ב), בפורסי בלעז מנשטר"ל (תרגום: פקיד, ממונה), הן שוטרים". והשוה לרש"י גיטין כח,ב: "פורסי שנמג - לשון פרסי הוא פסק דין."

מעתה צ"ע לרש"י מה בין פורסי דבבל לבין דיני ממונות – בשניהם הגר מוציא ממון מהישראל, ולמה בפורסי דבבל צריך אמו ישראלית ובדיני ממונות לא צריך אמו מישראל.

רבנו אברהם מן ההר כותב: "ואיכא מאן דמתרץ רבינו שלמה דפורסי כדיני נפשות הוא, ולא נהיר." ויש לחקור, האם ראמ"ה אכן חשב שלפורסי יש כח לדון דיני נפשות, הרי לעיל הוא בעצמו כתב "שמינהו לגבות מס המלך, פורסי, מס, כמו פרס, ורבינו שלמה פירש גבאין ממונין על ישראל" – משמע שזה רק כאן דיני ממונות וקשה לומר שיש כאן ממש דיני נפשות, ולכן הראמ"ה דחה שיטה זאת. ונראה לפרש שיטה זו שהכוונה לתכונה בדיני נפשות השונה מדיני ממונות, ובזה ייתכן שפורסי דומה לדיני נפשות, ולזה ניתן להביא כמה שיטות וכדלקמן.

הר"ן בחידושיו לסנהדרין לו,ב סיכם את דברי רש"י:

לאתויי גר. מהכא משמע דגר כשר לדיני ממונות ואלו בפרק מצות חליצה אמרינן דגר דן את חבירו גר, משמע שאינו כשר לדון בני ישראל, ורש"י ז"ל תירץ דגר אע"פ שאין אמו מישראל כשר לדיני ממונות אבל כשאמו מישראל אפילו בדיני נפשות כשר והכי אמרינן בפרק החולץ (מה,ב) כיון דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה וכי אמרינן גר דן את חבירו גר בדיני נפשות קאמרינן...

ממשיך הר"ן לשאול על שיטת רש"י:

ועדיין אין שיטה זו מחוורת, דאיך אפשר דאמו מישראל כשר לסנהדרין ולדון דיני נפשות ולא יהיה כשר לחליצה וכבפ׳ מצות חליצה דאין כשרין דיני חליצה עד שיהא אביו ואמו מישראל, ועוד קשה כי לפי׳ רש״י ז״ל גר הדן את חבירו גר בדיני נפשות וודאי דינו של גר הוא בכ״ג דלא גרע משור הנסקל וב״ד של כ״ג בעינן שיהי׳ מנוקה ומיוחס, וכדאמרינן בהדיא בגמרא משום דאין הכל כשרין וכ״ג חדא מילתא הוא כלומר שכל שהוא בעשרים ושלשה בעינן שיהיו כשרים וא״כ אם שור הנסקל בעינן כ״ג וכשרין ומיוחסין כ״ש גר דבעינן כ״ג וכשרין ומיוחסין וזה ברור כך הקשה ה״ר דוד ז״ל.

הר״ן הביא את דברי רבנו דוד בהסברו לרש״י:

דכי אמרינן גר דן את חבירו גר היינו למנותו דיין קבוע בדיני ממונות על הגרים וכי אמרי׳ בגמרא דגר כשר לדיני ממונות של בני ישראל היינו דוקא באקראי ובדיעבד ואם דן דינו דין אבל למנותו דיין קבוע לא משום דבעינן מקרב אחיך, ואם אמו מישראל מקרב אחיך קרינא בי׳ ומותר למנותו דיין בדיני ממונות של ישראל, הילכך בענין דינו של גר איכא שלשה דינין, גר כשר לדון את חבירו גר ולהיות קבוע בדיני ממונות בגרים ולדון ישראל באקראי דינו דין, ואם אמו מישראל כשר להיות דיין קבוע מבני ישראל ולכל שאר מינויי העיר, אבל למלכות ולסנהדרין ולחליצה בעינן שיהי׳ אביו ואמו מישראל וכן הסכים ה״ר דוד ז״ל.

לפי דברי ר׳ דוד, יש חילוק בין דיין קבוע לבין דיין באקראי. באקראי גר יכול לדון ישראל, אבל בדיני נפשות צריכים דיין קבוע בבי״ד של כ״ג, ולזה צריך מינוי, ובזה גזרה תורה עד שיהיה אמו מישראל. ממילא אין סתירה לסוגיה ביבמות דף מה, שהרי שם מדובר במינוי קבוע.[1] נמצא שיש לפורסי תכונת דיני נפשות בכך שהוא מינוי קבוע.

[1] הרב שמואל בלקין ז״ל עמד על הסתירה בין הסוגיות והצביע על מחלוקת רש״י ותוס׳. הצעת פתרונו כעין מש״כ לדברי ר׳ דוד ותו״ד שיש להבחין בין מינוי זמני למינוי לכל החיים. הדברים פורסמו במאמרו של דוד אלנסון: David Ellenson, "Colleagues and Friends: Letters between Rabbi Samuel Belkin and Rabbi William G. Brausde," *Continuity and Change*, eds. S.T. Katz and S. Bayme (N.Y., 2010), עמ׳ 70.

אמנם מה שכתב ר' דוד שלסנהדרין צריך אמו ואביו מישראל, לא משמע כך מדברי רש"י ביבמות קב,א הנ"ל. לזה נצטרך להסתפק בהסבר הר"ן לדברי רש"י (לפני שהביא את דברי ר' דוד):

> ולי נראה דאי משום הא לא אירייא דלעולם אימא דכל ב"ד מכ"ג מבני ישראל בעינן מיוחסים ואפילו במיתת השור דכמיתת הבעלים כך מיתת השור מיהו אפשר שיהו כל הב"ד של כ"ג מגרים ודנין דיני נפשות את חבריהם גר ובכה"ג אמר גר דן את חבירו גר דיני נפשות וזה נכון לפי שטתו של רש"י ז"ל.

לפי הר"ן לדון גר חבירו לא צריכים מיוחסים, וזו כוונת חז"ל שגר דן את גר חבירו. ומה שהקשה מחליצה, יש להשיב שיש כאן גזירת הכתוב, שפוסל גר לחליצה (יבמות קא,ב: "בישראל - בב"ד ישראל ולא בב"ד של גרים").

הנצי"ב בהעמק שאלה (שאילתא ב אות ז) הסביר את רש"י כך:

> והנראה דשיטת רש"י דלדין תורה דממונות גר כשר לישראל, ולא מיעט מהא דכתיב שום תשים עליך מלך מקרב אחיך כל משימות שאתה משים כו' אלא בשררות שדן לפי רצונו ושקול דעתו, והיינו משימות שדומה למלך שפורץ גדר ולא בדין תורה, והיינו דאסור להתמנות אפורסי ולעביד שררותא דמתא והיינו דפרש"י ב"ק פח,א ד"ה תקשי[2] כו' ופסול למלכות ואפי' לשוטר בעלמא אא"כ אמו כו', ולא כתב כמ"כ דיין אלא דוקא שוטר שהוא מכה לציית בי"ד וכדומה, אבל ד"ת כשר בד"מ משא"כ בד"נ מדכתיב ונשאו אתך ומיושב הכל.

הדמיון למלך הוא שהמלך דן לפי רצונו ושקול דעתו, משא"כ בדיין בממונות צריך לדון לפי דין תורה. הפסול לדיני נפשות הוא מגזירת הכתוב "ונשאו אתך". ועיין שם בעמ' יח במה שהמשיך לפרש את דברי רש"י. גם כאן, יש לפורסי תכונת דיני נפשות בזה שהוא יכול לדון לפי רצונו ושקול דעתו.

תוס' ר' פרץ יבמות כתב:

> ועוד יש ליישב פרש"י דלעולם מיירי התם בדיני נפשות אבל בדיני ממונות לא בעינן אמו מישראל, והאי דבעינן הכא (יבמות מה,ב בפורסי) אמו מישראל אע"ג דהוי דיני ממונות, משום דהכא הוי בשביל כפייה

---

[2] וז"ל רש"י בב"ק: "תיקשי לך גר - שלידתו והורתו בקדושה אפילו לרבי יהודה יש לו אחוה ופסול למלכות ואפילו לשוטר בעלמא אא"כ אמו מישראל בפ' החולץ (מה,ב)."

ועישוי וזהו סרורות, לכך לא הייתי מכשיר (אע״ג דהוי אמו) בשביל ממון אם לא היה אמו מישראל.

גם כאן אפשר ללמוד שיש תכונה של דיני נפשות בזה שיש כפייה ועישוי, אלא שנראה שתוס׳ ר׳ פרץ למד שאין כאן בעיה של דיני נפשות אלא שיש כאן בעיה של שררה, ואע״פ שגר יכול לדון כל ישראל בדיני ממונות, אי אפשר למנות אותו שוטר לכפייה ועישוי מפני הדין של שררות, ולכן בדף מה,ב במרי בר רחל שקיבל מינוי של פורסי הואיל והיתה אמו מישראל, לכן היה יכול לכפות בני ישראל.

והנה דברי תוס׳ ר׳ פרץ לפרש את רש״י הובאו בתוס׳ להלן קא,ב:

> ואנא גר אנא - וא״ת לפר״ת דרב שמואל בר יהודה דהכא היה בן רב יהודה הינדוואה דאמר בפ״ק דקידושין (כב,ב) דגר שאין לו יורשין הוה ונתגייר הוא ואביו למה היה לו להביא ברייתא דפסיל גר לחליצה לדיני ממונות נמי מיפסל לדון לישראל כיון דאין אמו מישראל ויש לומר דאיצטריך לפסול אפילו לחליצת גרים א״נ כשר הוא לדיני ממונות לדון בלא כפייה דלא שייכא שימה ודבר של שררה דכתיב שום תשים עליך מלך (דברים יז) אלא בכפייה.[3]

הערוך לנר (קב,א) יצא לבאר דברי רש״י עפ״י התרוץ השני בתוס׳ וכיון לדברי ר׳ פרץ בדעת רש״י.

לסיכום, לפי רש״י גר יכול לדון כל ישראל בדיני ממונות וכפי פשטות הסוגיות בסנהדרין ונדה. אמנם בדיני נפשות הוא לא יכול לדון כל ישראל. אמנם, דן הוא גר חבירו אף בדיני נפשות.

---

[3] עי׳ רא״ש (יבמות פ׳ יב סי׳ ב) שדן לפי פירוש זה: ״א״נ אי קבילי עלייהו היה כשר לדיני ממונות ולחליצה לא מהניא קבלה א״נ לדין של ישראל כשר לדון בלא כפייה דלא שייך שימה ודבר של שררה אלא בכפייה״, וכ״כ בתוספותיו יבמות קב,א, וסנהדרין לו,ב. וראה באר מרים (מלכים א,ד עמ׳ יז), בבאור דברי הרא״ש תוך חידוד שני תירוצים אלו: ״...דלתירוץ קמא עצם אשווי דין על אדם הוי מעשה שררה ולא מהני אלא בקיבל עליו את הדין, ומשום דאיסור שררה שנאמר על הגרים אינו איסור אלא שלא מדעת מי שהוא משתרר עליו וכל שהוא ברצונו לא אסיר, ומשא״כ לאידך תוס׳ תירוץ הדין עצמו אינו שררה אלא הכפיה לדין הוא השררה, וממילא בלא כפי׳ אין כאן כלל שררה...״. וע״ע קובץ הערות לז,י שדן אם ׳מקרב אחיך׳ הוא לעיכובא אפילו בדיעבד, או רק למצוה. ״ונפק״מ עוד מספק זה, לענין יורש שלא היה ממובחר שבאחיך, דאם הוא לעיכובא לא מהני ירושה, ואם הוא רק למצוה, שאין מעמידין אותו למלך, אבל בירושה דממילא לא שייך לומר אין מעמידין אותו...״. וראה עוד דברי ר׳ יחיא טובול בדברי משפט ג עמ׳ קכז.

ב. גר דן חבירו הגר בלבד

תוס׳ (קב,א) חולק על רש״י: ״גר דן את חבירו דבר תורה - פירש בקונטי היינו לדיני נפשות ואין נראה כדכתבתי בהחולץ (לעיל מה,ב)״.

ועי׳ תוספות מה,ב וכיוצ״ב בתוספות הרא״ש (יבמות קב):

> גר דן את חבירו דבר תורה. רש״י פירש לדיני נפשות אבל לדיני ממונות כשר אפילו לישראל, ולעיל פ׳ החולץ פירשתי דבדיני ממונות איירי מדדריש ליה מקרא דמקרב אחיך דבדיני נפשות ממעט ליה מונשאו אתך בסנהדרין ובקידושין.

הר״ן בחידושיו (סנהדרין לו,ב) סיכם דעת החולקים על רש״י:

> אבל שיטת הריא״ף ז״ל דכי מכשרינן בגמרא גר לדיני ממונות היינו כשאמו מישראל וה״ה לכל שאר שררותא דמתא אבל אין אמו מישראל לא וההיא דגר דן את חבירו מיירי בדיני ממונות, ובדיני נפשות ולחליצה ולמלך בעינן אביו ואמו מישראל וכן דעת ר׳ אחא משבחא גאון ז״ל וכן פסק הרשב״א ז״ל ביבמות, וא״ת א״כ דגר שאין אמו מישראל פסול לדיני ממונות א״כ כי אמרינן יש כשר להעיד ואין כשר לדון לימא לאתויי גר שכשר להעיד ואינו כשר לדון דגר ודאי כשר הוא להעיד כדאיתא בהחובל (פח,א), ואיכא למימר דהואיל דשם גר כשר לדון כשאמו מישראל או לדון את חבירו גר לא אמרינן ביה שאינו כשר לדון.

וכן נפסק להלכה בשו״ע יו״ד רסט,יא:

לענין דין, גר כשר לדון דיני ממונות, והוא שתהא אמו מישראל. אבל אם אין אמו מישראל, פסול לדון את ישראל, אבל לחבירו גר דן. ולחליצה, פסול, אפילו לחליצת גרים, שיהא אביו ואמו מישראל.

וכיוצ״ב בריש חו״מ (ז,א).

נוסיף הסבר למחלוקת רש״י עם תוס׳ וסיעתיה מתוך דברי מו״ר הגריד״ס:

> שרש״י סובר שרק בדיני נפשות הוי דיינות מינוי של שררה כי בד״נ הדיינים מחדשים את החיוב, ואילו בדיני ממונות הם רק מראים מקום להלכות הפסוקות מכבר אינם מחדשים את החיוב, אלא החיוב נובע מההלואה או הנזק וכיו״ב שכבר נעשה. שיטת התוס׳ שונה, דסוברים דלדון דיני ממונות ג״כ הוי שררה מכיון שהדיין פוסק ומורה לבע״ד (דלא כאיסור והיתר שמלבן את ההלכה המופשטת).

ובביאור למה גר אינו יכול לדון אפי' גר חבירו בדיני נפשות הסביר הרב כי עצם המינוי להיות חבר בסנהדרין הוי שררה על ישראל.[4]
נדגיש שבין לרש"י[5] בין לחולקים על רש"י, גר פסול גם לבי"ד של חליצה, מכח גזירת הכתוב וכנ"ל מהגמרא ביבמות (קב,א): "ולענין חליצה - עד שיהא אביו ואמו מישראל, שנאמר: ונקרא שמו בישראל."

ג. 'גר צריך שלשה' – מקורות שונים והשלכות לגר כדיין לקבלת גרים

המקורות דלעיל לא דנו בדינו של גר בבי"ד העוסק בגירות. כאן, לכאורה סרה טענת החולקים על רש"י שיש כאן עניין של שררה, שהרי כאן מדובר בבית הדין הדן גרים, ולכאורה גר צריך להיות כשר לבי"ד כזה. וכן אין להשוות בי"ד של גירות לבי"ד של חליצה, שהרי שם יש גזיה"כ וכנ"ל. אמנם, קמו פוסקים שערערו על קביעה זו וטענו שאין לגר לשבת בבי"ד לגיור, וצ"ע בטעמם ונימוקם. כמדומני, שלפני שנעסוק בדבריהם, יש לדון בתפקיד הבי"ד בתהליך הגירות.

מקור הדין שצריכים בי"ד הוא בסוגיה ביבמות מו,ב:

---

[4] הדברים פורסמו במאמרו של הרב זאב רייכמן, "בענין בי"ד של ישראל ולא של גרים", קול צבי ד תשס"ב, עמ' 257.

[5] דומה שיחיד הוא רבינו ירוחם (מישרים נ"א ח"א ח,ב) שפסק כרש"י: "אבל התוספות כתבו דאפילו אין אמו מישראל דן דיני ממונות אבל למנותו לשררות העיר צריך אמו מישראל," וכן הבין הב"ח בסימן ז: "ופירש רש"י גר דן את חבירו דיני נפשות דאילו דיני ממונות אפילו לכל ישראל דתנן הכל כשרים לדון ואמר הכל לאתויי מאי לאתויי גר עכ"ל ומדברי ה"ר ירוחם נ"א ח"א (ח,ב) נראה שתופס כרש"י דמסיק בשם התוספות דאפילו אין אמו מישראל דן דיני ממונות אלא דלמנותו לשררות העיר צריך אמו מישראל עכ"ל... אבל בתוספות שלנו הקשו... אלא תירצו דלדון גר חבירו כשר אפילו אין אמו מישראל כ"כ בפרק מצות חליצה (קב,א ד"ה לענין) ופרק החולץ (מה,ב ד"ה כיון) ופרק אחד דיני ממונות (לו,ב ד"ה חדא) ופרק בא סימן (נדה מט,ב ד"ה חדא) וכך היא דעת הרי"ף והרא"ש וכך פסק הרמב"ם והסמ"ג (עשין צח) וכ"פ בהגהת אשר"י (סנהדרין ד,י) בשם ר"י וכן הוא בהגהת מיימונית פ"ב דהלכות סנהדרין (אות א) וכך היא דעת רבינו והכי נקטינן כרוב רבותינו דלא כפירוש רש"י וה"ר ירוחם". אמנם ראה ברכ"י חו"מ ז: "וחזה הוית לרבינו ירוחם בריש ספר משרים שכתב וז"ל, גר דן דיני ממונות והוא שתהיה אמו מישראל, אבל אביו גר דן אפילו אין אמו מישראל וכו'. אבל התוספות כתבו דאפילו אין אמו מישראל דן דיני ממונות, אבל למנותו לשררות העיר צריך אמו מישראל. עכ"ל. ודברים ככתבן קשים לשמוע, דאביו גר ואין אמו מישראל לא קרינן ביה מקרב אחיך. גם מ"ש משם התוס', דעת התוס' להפך בכמה דוכתיו, כי זה דעת רש"י, וחלקו עליו. והקרוב אלי שהוא ט"ס, וצ"ל אבל את חבירו גר דן וכו', אבל רש"י וכו'. ואחרי כותבי ראיתי שהרב בית חדש (אות א) הביא סוף דברי רבינו ירוחם, וכתב דמסיק כסברת התוספות שכתב. ע"ש. ואינו מוכרח." נמצא ששיטת רש"י היא דעת יחיד בלבד.

אמר רבה: עובדא הוה בי רבי חייא בר רבי, ורב יוסף מתני: רבי אושעיא בר רבי, ורב ספרא מתני: ר' אושעיא בר' חייא, דאתא לקמיה גר שמל ולא טבל, א"ל: שהי כאן עד למחר ונטבלינך. ש"מ תלת: ש"מ גר צריך שלשה, וש"מ אינו גר עד שימול ויטבול, וש"מ אין מטבילין גר בלילה. ונימא: ש"מ נמי בעינן מומחין! דלמא דאיקלעו. אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: גר צריך ג', משפט כתיב ביה.

ופירש רש"י שם: "משפט כתיב ביה - משפט אחד יהיה לכם ולגר (במדבר טו)[6] ואין משפט פחות מג'." וכן הוא במאירי ביבמות.

כבר העירו תוס' (ד"ה משפט) והרא"ש (בתוספותיו שם ובקידושין סב,ב) שיש פסוק נוסף: "משפט כתיב ביה - ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו (דברים א) אי נמי משפט אחד יהיה לכם ולגר (במדבר טו)..." וזה על פי הברייתא שם מז,א: "ת"ר: (דברים א)[7] ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו - מכאן א"ר יהודה: גר שנתגייר בב"ד - הרי זה גר, בינו לבין עצמו - אינו גר...". אכן זה הפסוק שהובא בחידושי הרשב"א (קידושין סב,ב).

והקשה הקרן אורה (יבמות שם) על רש"י מדוע לא הביא הדרשה מדף מז,א (דושפטתם צדק בין איש ובין גרו) ולמה להו קרא אחרינא?

אולי אפשר ליישב על פי דברי חז"ל והראשונים בפירוש הפסוק בדברים שהובא בברייתא וכמו שפירש רש"י שם: "ובין גרו - זה בעל דינו, שאוגר עליו דברים. דבר אחר ובין גרו, אף על עסקי דירה בין חלוקת אחים אפילו בין תנור לכירים." ואולי מפני פירושים אלו רש"י (לעיל מו,ב) הביא פסוק אחר למקור של משפט. וכעין זה בשו"ת דברי מלכיאל (ב,עז):

ואפשר הוקשה להם דמאי קמ"ל ר' יוחנן דהא ברייתא היא לקמן מז,א. ולזה פירשו דס"ל לר' יוחנן כרב יהודה דדריש בסנהדרין ז,ב מקרא דושפטתם דרשא אחרינא ע"ש. וכן דריש שם מהא דסמיך קרא דשמוע לושפטתם שלא ישמע דברי בע"ד מקודם ע"ש. ובין גרו דריש אפילו בין תנור לכירים ע"ש. וכן בספרי ריש דברים דריש מינה ובין גרו שכנו והיינו כנ"ל. ולזה הוצרך ר' יוחנן לומר דמ"מ בעי ג' דמשפט כתיב ביה. וכן בילקוט פ' דברים מייתי לה בדרך מחלוקת.

---

[6] במדבר טו,טז: תּוֹרָה אַחַת וּמִשְׁפָּט אֶחָד יִהְיֶה לָכֶם וְלַגֵּר הַגָּר אִתָּכֶם.

[7] דברים א,טז: "וָאֲצַוֶּה אֶת שֹׁפְטֵיכֶם בָּעֵת הַהִוא לֵאמֹר שָׁמֹעַ בֵּין אֲחֵיכֶם וּשְׁפַטְתֶּם צֶדֶק בֵּין אִישׁ וּבֵין אָחִיו וּבֵין גֵּרוֹ."

ואכן כך כתוב ילקוט שמעוני תורה פרשת דברים [רמז תשפח]:

...ושפטתם צדק, צדק את הדין ואח"כ חתכהו, בין איש ובין אחיו אפילו בין בית לעליה, ובין גרו אפילו בין תנור לכירים, ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו, מכאן אמר רבי יהודה גר שנתגייר בבי"ד הרי זה גר, בינו ובין עצמו אינו גר.

בעל דברי מלכיאל העיר עוד שם:

...מה שציינו המציינים ברש"י ותו' על פסוק משפט אחד (במדבר טו) שהוא משפט דכתיב גבי נסכים. הוא טעות לענ"ד כי מה ענין הוא לשם. וכבר דרשו חז"ל פסוק זה בספרי וכו'. אבל נראה ברור שזהו הפסוק שבסוף פ' אמור משפט אחד יהיה לכם כגר וגו' ע"ש. ונראה שגרם להם הטעות מש"כ ברש"י ולגר. ובפ' אמור איתא כגר. אבל ברור שהוא ט"ס וצ"ל כגר. וגם לפי הבנתם דקאי אקרא דפ' שלח. ג"כ יש שינוי כי שם כתוב ומשפט אחד וז"ב. וקרא דפ' אמור איירי שפיר גבי דינים ומיניה דריש בסנהדרין לב לענין דינין ע"ש. וקושטא קאי שכן מצאתי בילקוט שהביא מימרא דר' יוחנן בפ' אמור על פ' זה ע"ש. וכן מצאתי באדרת אליהו להגר"א ז"ל שהעתיק שם דרשה זו. וכ"ה ברש"י קדושין סב,ב להדיא מהאי קרא משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח ע"ש.[8]

אכן בפירוש רש"י לקידושין (סב,ב ד"ה משפט) כתוב: "משפט כתיב ביה - משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח."[9] ובאדרת אליהו כתוב: "[משפט וכו'] כגר: (יבמות מו,ב ועיין רש"י קידושין סב,ב והוא כדברי הגאון) מכאן שהגר צריך שלשה."

בין כך ובין כך, יש להסתפק האם יש הבדל למדני בין "משפט אחד יהיה לכם ולגר" או "כגר" לבין הפסוק של הברייתא – "ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו"? במלים אחרות, לפי רש"י וסיעתיה, מהי המחלוקת בין רבי יוחנן לבין רבי יהודה בברייתא? לזה מצאנו הסבר מן הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג זצ"ל בספר מזכרת, קובץ תורני לזכר מרן הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג זצ"ל, (עמ' 51-50, סעיף ב), במאמרו "שאלה בדבר גירות", בה הסביר הרב הרצוג את דברי ר' יהודה ודברי ר' יוחנן בטוב טעם וז"ל שם (בקטע ב):

---

[8] על פי דברים אלו ממשיך בעל דברי מלכיאל לדון וליישב את שיטת התוס' ואכמ"ל.

[9] ויקרא כד,כב: "מִשְׁפַּט אֶחָד יִהְיֶה לָכֶם כַּגֵּר כָּאֶזְרָח יִהְיֶה כִּי אֲנִי ה' אֱ-לֹהֵיכֶם."

וע״כ צריך לומר שיש כאן הפרש שר׳ יוחנן לא למד מפסוק זה של ושפטתם מפני שיש לו כונה מיוחדת, וכן ר׳ יהודה לא למד ממשפט משום שיש בזה נפקא מינה, והיינו שלר׳ יוחנן לא למדנו אלא ממשפט, משום שלא למדנו מזה אלא שצריך שלשה, אבל אינו במובן דין של ממש, שענין המשפט השייך בגירות יכול להיות רק במובן זה שהגירות הוא כדין הודאה בפני בי״ד שלא יוכל לומר משטה וכדומה, ובהודאה בבי״ד מה שהודה בפני בי״ד הוא הוכחה שכיון באמת, אבל אם יבוא אליהו ויאמר שלא כיון באמת אין ההודאה מחייבת אותו, אבל לר׳ יוחנן המובן של משפט בגר הוא רק לענין זה שצריך שלשה, ומכיון שנתגייר בפני שלשה שוב לא איכפת לן מה היה בליבו, אם לשם שמים אם לאו, שאין זה ממש ענין של בי״ד. ואולם ר׳ יהודה למד מהכתוב ושפטתם צדק בין וכו׳ ובין גרו, שמדובר על משפט ממש, ואם יבוא אליהו ויאמר, או שיש לנו אומדנא מוכיחה שלא כיון באמת, אינו גר, ויש בזה נפקא מינה רבתי, והלכה כרבי יוחנן.

לפי דבריו רבי יהודה סבור שתפקיד של בי״ד הוא משפט ודין ממש, ובגירות פירושו שיהיה הודאה בפני בי״ד, ובזה יהיה גמירת דעת ואינו יכול לטעון משטה הייתי. ואם נמצא על ידי הוכחה (כגון שבא אליהו והעיד) שאכן הודאתו היתה שקר, אז אין כאן הודאה ואין כאן גירות, וכן אם יש אומדנא מוכיחה שלא אמר אמת, אין כאן הודאה. אולם לפי ר׳ יוחנן, כל הדין של שלשה הוא בתור תנאי לגירות ואין כאן דין של משפט, ממילא לא איכפת לן מה היה בלבו, אלא עצם קבלת הגירות היתה לפני שלושה וחל. בהמשך דבריו (עמ׳ 51 אות ג), הציע הרב הרצוג עוד נפקותא:[10]

עפ״מ חקירת הגר״י מקוטנא ז״ל בישועות ישראל (ג,ב), מה דינו של נכרי שטבל בפני שלשה מבלי הסכמתם לקבלו, שי״ל שכיון שקבלת גר הוא דין צריך שיסכימו השלשה לקבלו, ואם לאו אינו גר, שאין אדם נעשה דיין שלא מרצונו לדון,[11] ורצה לפשוט ממה שאמרו בקידושין סב שגר

[10] הרב ישראל הירשנזון במאמרו, גיור בזמן הזה, מלילות ב, תשס״א, עמ׳ 38-13, כתב שהרב הרצוג ״הביא עוד הסבר [קטע ג׳ שם] לבאר את מחלוקת ר׳ יהודה ור׳ יוחנן״ ולא דק, שהרי זה אותו הסבר כמו בסעיף ב׳ אלא כעת הוא הציע נפקותא אחרת.

[11] עי׳ קובץ אבני משפט ג מאמרו של הרב מאיר ברקוביץ שדן באריכות בדברי הישועות ישראל, ובעיקר – בדברי מהר״י בן לב, עליהם ביסס הישו״י דבריו (הערת מערכת).

לאו בידו מי יימר דמזדקקו ליה ביה תלתא, ומשמע שצריך שיזדקקו לו, ולפי דרכנו יש לומר ששאלה זו לויה בדרשות, שלפי הדרשה של משפט הוא רק צריך שיתגייר בפני שלשה, אבל לפי דרשת ר׳ יהודה ושפטתם וכו׳ הוא כדין ממש, וצריך שישפטו אותו כלומר שיסכימו לקבלו. עיין בתוס׳ כתובות (ח,א ד״ה רב) שגם ר׳ יוחנן תנא הוא ופליג.

לפי ר׳ יוחנן שאין כאן דין ממש והצורך בשלשה לגיור הוא מדין תנאי, הגירות תתפוס אף בעל כורחם של השלושה, אבל לפי ר׳ יהודה שיש כאן בי״ד ממש, וכדין ממש, זה לא יכול לחול בעל כורחם, וצריכים הסכמה לקבלו. מכיוון שהרב הרצוג כתב שפוסקים כ׳ יוחנן, הוא חולק על מסקנת הר״י מקוטנא, שאי אפשר שתחול גירות בעל כורחם של השלושה, שהרי לפי הבנת הרב הרצוג אכן אין כאן דין ממש בשלושה לפי ר׳ יוחנן ולכן זה יחול.

לסיכום, לפי רבי יוחנן כל הדין של שלושה הוא רק כתנאי בגירות ואינו דין ממש, ולפי רבי יהודה יש כאן דין של בית ממש, ויש כאן תפקיד לברר שכונת הגר בקבלת מצוות היא כנה ורצינית.

ואולי ניתן להציע עוד נפקותא בזה – אם צריכים מומחים או לא. לרבי יוחנן לא יצטרכו מומחים, שהרי כל הדין של שלושה זה רק בתור תנאי לגירות ואין כאן דין של משפט, משא״כ לרבי יהודה שיש כאן משפט ודין ממש, יצטרכו מומחים, ואז תתעורר השאלה כיצד מקבלים גרים בזה״ז כשאין מומחים, וכדברי המשך התוס׳, ד״ה משפט (יבמות, מו,ב), ועוד.

והנה לרמב״ן בחידושיו (מו,ב) מהלך אחר בסוגיה בעקבות השאלה למה אין צורך במומחים בגרות:

...וליכא למימר משפט דכתיב ביה אסמכתא דרבנן הוא דהא מכאן אמר ר׳ יהודה נתגייר בינו לבין עצמו אינו גר, ואיכא למימר מדאורייתא הכי נמי אלא אנן שליחותייהו קא עבדינן מידי דהוה אגיטי דמעשינן ואקדושי דדייניגן בהו משום שליחותייהו כדאיתא בפ׳ המגרש (פח,ב), ולא דאיק דשליחותא דהדיוטות משום תקנתא דרבנן וגבי קדושין וגיטין כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, אבל גבי גר היכי מנסבינן ליה בת ישראל, ואפשר דגר צריך שלשה גמרא ומשפט כתיב ביה אסמכתא וכי גמירי שלשה גמירי מומחין לא גמירי, ואי קשיא למאי דאמרינן דבעינן מומחין בזמן הזה דליכא מומחין בעונות היכי מקבלינן גרים, איכא למימר נפקא לן הא מהיכא דנפקא לן הרצאת דמים דגרסינן בכריתות בפ׳ ד׳ מחוסרי כפרה (ט,א) אלא מעתה האידנא דליכא קרבן

> לא נקבל גרים, אמר רב אחא בר יעקב וכי יגור אתכם גר או אשר בתוככם לדורותיכם כתיב, ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין.

נראה שלפי הצעת דברי הרמב"ן שכל הדין של שלושה הוא הלל"מ, והפסוק של משפט הוא רק אסמכתא, יש מקום לפרשו על פי דברי הרב הרצוג, שאין כאן דין ומשפט, אלא רק תנאי בגירות שיהיו שלושה. יתר-על-כן לפי פירושו של הרב הרצוג, לכאורה אין נפקותא אם לומדים מן הפסוק בבמדבר או מן הפסוק באמור, וכל שכן לפי הרמב"ן שזה רק אסמתכתא, שהרי אין כאן דין ומשפט, רק תנאי של שלושה בקבלת הגירות, ודו"ק.

כמו כן, אולי יש להציע עוד נפ"מ, האם קרובים פסולים לבי"ד של גרים? על פי הסברו של הרב הרצוג, ברור שלפי רבי יהודה שיש צורך בדין ומשפט ממש, שיש כאן בי"ד וקרובים יהיו פסולים. אבל לפי ר' יוחנן שיש רק תנאי ששלושה ישבו לגרות ואין כאן דין ומשפט ממש, יש מקום לומר שקרובים יהיו כשרים. והנה הקר"א בהמשך דבריו (יבמות מו,ב) כתב:

> ורב ספרא מתני ר' אושעיא ב"ר חייא. ומשמע דהוא בריה דר' חייא שאמר לעיל, ומוכח מכאן דאפילו קרובים כשירים לטבילת גר. ועיין הגהת מרדכי (סימן קיא).

הרי שהביא ראיה שקרובים כשרים והוא מהסוגיה בדף מו,ב, הסוגיה של רבי יוחנן. הוא הפנה לדברי הגהות מרדכי פ' החולץ:

> מעשה בגר שטבל לפני שלשה קרובים ואח"כ נגע ביין ונחלקו בו גדולים יש מפרשים שמגעו מותר בשתיה כדאמרי' בהחולץ מי לא טבל לקירויו ויש שהיו אוסרים דכיון דקי"ל כרבי יוחנן דאמר לעולם אינו גר עד שימול ויטבול והכא לא עלתה לו טבילה כיון שהיו קרובים דמשפט כתיב ביה הלכך היין אסור. ויש מפרשים דאפילו רבי יוחנן מודה דאם מל וטבל אף בלא שלשה אינו עושה יין נסך וע"ש במרדכי קטן אשר חברתי התשובה פ' החולץ.

אמנם הגהות מרדכי לא למד משפט כדברי הרב הרצוג, אבל עצם המחלוקת בנושא שייכת לדברינו הנ"ל וניכר שלהגה"מ השאלה תלויה במחלוקת רבי יהודה ורבי יוחנן.[12]

---

[12] ראה עוד מש"כ הרב ש"ח דומב כתב בתשובתו בפסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ז עמ' תכא: "אמנם יש לחקור אם לכל הדינים שוה מעשה הגרות לדיני ממונות,

בכל מקרה, לפי הסברו של הרב הרצוג, בין לפי רבי יוחנן בין לפי רבי יהודה, נראה שגר כשר לבי״ד של גיור. לא מבעיא לרבי יוחנן שאין כאן דין (ודברי הרב הרצוג) אלא גם לפי רבי יהודה שיש כאן דין, אבל הרי כל הדין הוא כלפי גר חבירו, ולכן נראה שגר יכול לשבת בבי״ד של גרים על פי מהלך זה.

ד. טעמים נוספים להצריך שלושה בגירות וגדר דין זה

מצאנו נימוקים נוספים להצריך שלושה בגירות.

הרב שלמה ברמן זצ״ל בספרו אשר לשלמה (יבמות סי׳ קה) הביא בשם הגר״ח מהברכת שמואל לקידושין (סי׳ יא, אות ו), ״שכתב בשם בגר״ח דמילה וטבילה הוו מעשה גירות אבל המגיירים הוו בי״ד, ומהאי טעמא מהני אף בקטן בלי דין וזכיה, דהוי דעת אחרת מקנה על הגירות״ [לשונו של הברכת שמואל בשם ר׳ חיים הוא: ״ואמר מו״ר זיע״א דע״י דהקנינים של גרות אינם כמו קנינו מקרקעי ומטלטלי, אלא דזכיי׳ של גרות הוי ע״י קנינים של מילה וטבילה דהויין בגופו, ע״כ מהני גם לענין הזכיי׳ שזוכה בהן דהוא הגרות ע״י דעת אחרת מקנה של בי״ד״].

הגר״ש ברמן הרבה להקשות על הגר״ח מתוס׳ (ד״ה מי לא טבלה מה,ב), דהיכא דכולם יודעים מהני כמו בי״ד, והסביר שאמנם סברה זו מהני רק לענין דיכול ליחשב בפני בי״ד, אבל מעשה בי״ד אין כאן. אף ממקורות נוספים בתוס׳ הוכיח שצריך רק לפני בי״ד ולא צריכים מעשה בי״ד. נמצא שלפי התוס׳ סגי ליה בלפני בי״ד, משא״כ לפי הגר״ח דהגירות הוי מעשה בי״ד, פשוט לא יתכן לומר דהוי מעשה בי״ד בלא שיש להם דעת. [אמנם, הרב ברמן הקשה גם לשיטת התוס׳ שלכאורה צריכים כוונה לדון, דבלא זה איך יהיו דיינים כיון שאין מתכוונים לזה, והניח בצ״ע, שהרי מה שכתבו התוס׳ (מה,ב) שכשידוע לכל הוי כמו בפני בי״ד, אף דאין כאן דעת בי״ד מוכרח דגם אם צריכים שלושה, אין צריך כוונת בי״ד].

או רק להא דבעינן ג׳ וכן יום, אבל לשאר הדברים מעשה הגרות ״דין ותורת איסור והיתר״ יש בו, ונפ״מ טובא איכא כגון להא דנסתפק המל״מ בפט״ז מעדות ה״ה, אי יש קרוב או פסול בדיינים, עיין שם, ולהאי גיסא דיש קא״פ בדיינים א״כ בבי״ד של גרות אם יהיה דיין קרוב או פסול יפסול את כולם, אולם אי נימא דרק לדין ג׳ ולדין יום הוא דילפינן ממשפט, אבל עצם מעשה הגרות תורת איסור והיתר עליה, ליכא בזה פסולא דקא״פ, וכן אם קרובים כשרים במילה, דבד״מ כתב הרמ״א חו״מ ז,ט שלא יהיו קרובים.״ וכן ראה דבריו בהמשך, עמ׳ תכב-תכג.

ונראה שמחלוקת זו בין הגר״ח לר״ש ברמן אי צריכים מעשה בי״ד או סגי בלפני בי״ד, היא היא מחלוקת ר׳ יוחנן ור׳ יהודה הנ״ל אליבא דרב הרצוג. לר׳ יוחנן צריכים שלשה רק כתנאי שיהיה לפני בי״ד. ולפי מה שהרב הרצוג דן בדברי הישוע״י אם יש בי״ד בעל כרחו, סרה קושית ר״ש ברמן שהרי לפי זה אכן לא צריכים כוונה, והם מהווים בי״ד בעל כרחם. אמנם לפי ר׳ יהודה יש כאן דין ומשפט אמת, יש כאן מעשה בי״ד וכדברי הגר״ח.

הגאון ר׳ משה פיינשטיין בדברות משה (יבמות סימן לה), דן בתוס׳ (מה,ב ד״ה מי), שכתבו: ״דכיון דידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי״, ופירש

> שכיון שכבר קבלה המצות בפני הבי״ד, הרי יש כבר הסכמה ממש מהב״ד לגרותה והוא כיש כבר פסק דין מהם על אשה זו שקבלה המצות לפניהם שתהא גיורת בטבילה וחסר רק ידיעת הטבילה שצריך על זה ג״כ ידיעת הב״ד שהוא משום שאין קבלת המצות הכרח וחיוב עליה להתגייר שלכן צריך שתהא החזקת הפס״ד מהב״ד גם עד אחר הטבילה שהוא בראייתם כשעומדין שם בשעה שטובלת שמצד זה הויא גם ידיעה ברורה שטובלת כראייתם.

לפי ר׳ משה משמע שצריך פסק דין של הבי״ד המאשר שיש כאן מועמד ראוי לגרות, וזה כדברי הרב הרצוג בפירושו של רבי יהודה. ואפילו אם ר׳ משה למד ר׳ יוחנן כך, סד הכל זה פסק בי״ד שהיתה קבלת מצוה בכנות, ולכאורה אין שום סיבה למה גר לא יכול לשבת בבי״ד כזה.

מו״ר הגרי״ס בדיון על בי״ד של גרים דן בשיטת הרמב״ם (איסו״ב יג,ו) ודין סמוכים בדיינים היושבים בבי״ד זה על פי דברי התוס׳ הנ״ל ביבמות ועוד מקומות בש״ס:

> גר שמל ולא טבל או טבל ולא מל אינו גר עד שימול ויטבול, וצריך לטבול בפני שלשה והואיל והדבר צריך ב״ד אין מטבילין אותו בשבת ולא בי״ט ולא בלילה ואם הטבילוהו ה״ז גר.

ברמב״ם אין התייחסות לשאלת דיינים סמוכים לגיור ונראה שלדעתו הדיוטות כשרים לב״ד של גירות בכל הזמנים. בהגדרת שיטה זו (מדוע לדיני ממונות צריך סמוכים ולגיור לא) כתב הגרי״ס (רשימות השיעורים למסכת שבועות, ח״ב, עמ׳ יז):

> ודומה שהרמב״ם יבחין בין בי״ד המורה הוראה לבין בי״ד העושה מעשה בי״ד בעלמא. אמנם בי״ד המורה הוראה בכדי שיכשיר זקוק

מדאורייתא לסמיכה, ואילו בית די העושה מעשה בי״ד בלבד ואינו מורה כשר מן התורה בדיינים הדיוטות, ומאחר שאין הבי״ד של גירות עושה אלא מעשה בי״ד בעלמא בלי הוראה, גם ההדיוטות כשרים לו. ומאידך בי״ד הדן דין תורה בין בעלי דינים ומכריע ומורה, צריכים דייניו להיות סמוכים מן התורה ואין ההדיוטות כשרים בזמן הזה אלא משום דין שליחותייהו קעבדינן.[13]

דברי הרב זצ״ל יכולים להיות לפי רבי יוחנן אליבא דרב הרצוג, שאין כאן משפט ודין, וזה כל התפקיד של בי״ד – מעשה בי״ד בעלמא בלי הוראה. ממילא לפי זה, לכאורה גם גרים יכולים לשבת בבי״ד כזה, ובמיוחד שמדובר לשבת עבור גרים חבירו.

הרב שמואל ליב יאלוב (שלמי שמואל סי׳ מה) דייק מלשונו של רש״י בקדושין (סב,ב), שכתב ״צריך שלשה – ישראלים״ שכוונתו לומר דווקא ישראלים ולא גרים, וכתב:

שגירות איננו דין של גר, אלא דין של ישראל, שאנחנו עם ישראל דנים על הגברא של הגר, אם הוא ראוי להיות מקובל אצלינו, וזה איננו דיני נפשות ולא דיני ממונות אלא דין משפט ישראל, וע״כ נצרך דוקא לישראלים ולא לגרים, כדמשמע מרש״י שכתב דבעינן שלשתן ישראל.

מו״ר הרב צבי שכטר בספרו גנת אגוז (לה,ה), הגדיר את דבריו שהם כאילו דנים עבור כלל ישראל – אם מן הראוי ומן הנכון לקבל הנכרי הזה כגר.[14] לפי זה, יש תפקיד חדש לבי״ד – לייצג את כלל ישראל. וכן למד הרב יהודה דוד

---

[13] להרחבת דברי הרב, ראה ״קונטרס הסמיכה״ בספר ארץ הצבי סי׳ לב ובמיוחד עמ׳ רכו, ורל. וכן ברשימות השיעורים יבמות לדף מו, בעניני גירות, עמ׳ שכב, הרב הוסיף ופירש: ״וי״ל דס״ל לרמב״ם שבי״ד של גירות אינו בי״ד המורה הוראה שהגירות כשרה אלא שגירות אינה חלה אלא א״כ היא התקיימה בפני בית דין. ודומה בית דין דגירות לעדי קיום בגיטין וקידושין, ואילו חלות דין סמיכת דיינים חל רק בב״ד של הוראה. ומכיוון דבי״ד דגירות אינו מורה הוראה משו״ה הדיינים אינם צריכים להיות סמוכים... ונראה להביא ראיה...שבמשנה ריש סנהדרין נמנים המקומות דבעינן ב״ד של שלושה וקתני דיני ממונות, מכות, אונס וכו׳ אך לא קתני גירות דצריכה שלשה... ולפי הרמב״ם מבואר, דמכיון דב״ד של גירות אינו ב״ד המורה הוראה אלא דהוי ב״ד שמקיים את הגירות שנעשה בפניו, לא קתני במשנה גירות בשלשה, משום דלא קתני אלא דינים הזקוקים לב״ד דשלשה כדי להורות הוראה...״.

[14] אמנם, מה שהרב שכטר כתב לפני כן: ״מכל מקום כאן הבית דין הנצרך לגרות אינם חשובים כדנים על הגר...״ לכאורה סותר את מה שהרב יאלוב כתב בפירוש: ״ שאנחנו עם ישראל דנים על הגברא של הגר, אם הוא ראוי להיות מקובל אצלינו״, אלא זה לא סתם בית דין, אלא ״דין משפט ישראל״ ולכן גרים פסולים, ולזה פירש הרב שכטר שכאילו הם דנים עבור כלל ישראל.

בליך במאמרו "מעמדם של כותים ובני עשרת השבטים בגיטין ובקידושין ועוד," קול צבי, ח"ב, תש"ס, עמ' 124:

> דזה דבעינן בי"ד כדי שיחול עליו קדושת ישראל זהו מפני שלאו כל כמיניה שיחול עליו קדושת ישראל רק מפני שרוצה בכך אלא בעינן שכלל ישראל יקבלוהו אחד מהם וזהו ע"י בי"ד שהם נציגי הצבור.

בדבריו בספרו גנת האגוז, הרב צבי שכטר העיר שאין בי"ד פוסק שום דבר, אלא משמשים כבי"ד המקיים שעושים מעשה בי"ד, וכמו שהבאנו מן הרב לעיל. הרב שכטר המשיך והסביר שבי"ד משמש לקיום הדבר בתור מייצגים את השכינה, ולמד שכך למד בעל הישועות ישראל הנ"ל[15] ולכן אי אפשר למנות בי"ד לגרות בעל כרחם מפני הב"ד מייצג השכינה שהוא צד אחד של הצדדים שכורתים ברית (הקב"ה והגר).[16]

ונראה שלפי הרב שכטר, הרי הבי"ד מייצג את השכינה וכמו שהרב שכטר בעצמו רמז עם הפסוק דקיי"ל דא-לוהים נצב בעדת א-ל, וזה בכל בי"ד, אפילו בב"ד הדן את הגר, ושגר יכול לשבת בו לפי כל הדיעות, וממילא אין שום מניע לפי הסברו של הרב שכטר עצמו לגר לשבת בבי"ד של גרים.

אמנם לפי השלמי שמואל, אכן צריכים ישראלים דווקא להיות בבי"ד שהרי הם מיצגים את ישראל. בזה יש מקום לטעון שאכן הכוונה בנציג של ישראל הוא זה שמדובר בישראלים מלידה שבאים לקבל גר שאינו יהודי מלידה. ואולי יתכן עוד שלפי הרמב"ן הנ"ל, שאין כאן דיני משפט רגילים, אלא דין

---

[15] בסי' ג, סוף ס"ק ב: "ועוד יש לחלק קצת בין קבלת גירות דבזה וודאי צריך דעת הב"ד ולא נעשה נר בע"כ של הדיינים גם אם נימא שנעשו דיינים בע"כ כדילפינן בפ"ב דכריתות מקרא דככם וכאבותיכם עי"ש דפריך אלא מעתה האידנא לא נקבל גרים ומשני אמר קרא לדורותיכם והיינו דנלי קרא דומיא דקבלת התורה שהי' ברצון השכינה וכל שלא הי' ברצוי ב"ד לא מהני ולפ"ז יש לחלק קצת בין טבילת עבד שצריך ומחויב להכניסו בברית ישראל בין גר דעלמא."

[16] הרב שכטר הביא (עמ' קלג) דברי הבית הלוי על התורה, בפרשת לך לך (יז,א ד"ה במדרש רבה) לענין הנ"ל: "דבעת שמל א"א [= אברהם אבינו] אמר לו הקדוש ברוך הוא אני הנה בריתי אתך והיית לאב המון גוים, גילה לו דמעתה מי שירצה להכנס עמי בברית תהיה אתה המורשה והבעל כח העומד מצדי ואתה תכרות הברית עם הגר הבא להתגייר מדת עבודת הכוכבים, וזהו שאמר אני הנה בריתי אתך, דאתה תהיה העומד מצדי והיית לאב המון גוים לכרות עמהם ברית עבורי. וזהו דאיתא בגמרא (יבמות מ"ו ע"ב) דאינו גר עד שיתגייר בפני שלשה מישראל שנאמר (שמות יב ועי"ש בגמרא) וכי יגור אתך גר, דכל כריתת ברית צריך שיהיו שני הצדדים ביחד ואם נתגייר בפני עצמו הרי אין כאן כריתות ברית ורק בפני שלשה ישראל העומדים מצד הקדוש ברוך הוא כביכול יהיה הברית כרותה לעולם. וזהו שאמר אברהם אחרי שמלתי הרבה גרים יבאו להדבק בזאת הברית אחרי שניתן לי ההרשאה והכח לכרות עמם ברית."

מיוחד של צורך בשלושה ורק מדרבנן יש עניני משפט. לפי זה, יש מקום ללמוד טיב הבי״ד של גרות שונה ממשפט רגיל, והוא בתור מייצג כלל ישראל, אלא אין שום רמז לזה בדברי הרמב״ן.

אמנם, לכאורה הדיוק מן הגמרא בקידושין אכן ראיה שאין למנות גרים לבי״ד של גירות. אולם דיוק זה כבר קיים הרבה שנים וכבר העלה אותו הרב מנחם מענדל דובער זאק בשנת תרנ״ח, במכתב לאדר״ת. בשו״ת מענה אליהו סימן פח דחה הדר״ת ראיה זו:

> אך דבר פשוט השיב על ראי׳ זו, דרש״י קשיא לי׳ מהא דשבת מו,ב, דלא אמרינן בנדרים מי יימר דמזדקקי לי׳ תלתא, אלא שי״ל דלא מזדקקי לקבל גרים משום דקשים גרים לישראל, אבל זהו רק בישראל, אבל גר שפיר יזדקק, על כן פרש״י ג׳ ישראלים[17] עכת״ד.

הרב אברהם דב לוין, בפסקי דין – ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ז, עמ׳ תטז, אות ג, הביא דיוק זה מרש״י, וכתב על זה (שם, עמ׳ תיז):

> ונראה שהטעם בזה לפי שבי״ד המגיירים צריך שיהיו כשרים גם לדיני נפשות כיון שכתוצאה מהגיור ידונו בו ד״נ, וכמו שכתב בהגר״א בשו״ע אבה״ע סי׳ יז ס״ק קלא בטעם ההלכה שכתב הרמ״א דלהיתר עגונה צריך בי״ד של שלושה כשרים, וכתב בהגר״א ״שהרי יש בה ד״נ או ד״מ״.

---

[17] בהערות לשו״ת מענה אליהו סימן פח הערה 10 הבהירו הדברים: ״פירוש: הגמ׳ שם אומרת שהמקדש ״לאחר שאתגייר״ אינה מקודשת, משום שלאו בידו, כי ״כדין מי יימר דמזדקקו ליה הני תלתא״; אך במסכת שבת מוכח שאין בעיה לאסוף שלושה לדון (עיין שם), וא״כ מדוע בגיור אומרים שאין בידו? על כך מיישב רש״י, שמכיון שקשים גרים לישראל, לא ימצא ג׳ ישראלים לגיורו, ובכך איירי הגמ׳. אבל אין מכאן ראיה שצריך דווקא ישראלים, כי ג׳ גרים יוכל למצוא, ובמקרה כזה לא עוסקת הגמ׳.״ בספר שלמי שמואל הנ״ל, הרב יאלוב הביא את דברי הרב זאב ראגן שכתב לו: ״ראשית דרש״י אינו פוסק להלכה אלא רק מפרש, ושנית דשיטת רש״י היא דאפילו לדיני נפשות כשר גר״. גם הרב ש״ח דומב העלה דחייה זו בתשובותו בפסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ז, פס״ד, סוף עמ׳ תכד: ״אמנם בעיקר הדבר אם רש״י בפירושו על הש״ס הוא רק פרשן או גם פוסק, האריך בזה בשדי חמד כללי הפוסקים כלל ח אות ט, עיין שם מש״כ בזה.״ אמנם לפני כן הוא את דחה הראייה: ״ומעתה לפי״ז לשי׳ רש״י דגר כשר לדון גר חבירו אף בד״נ, ורק חליצה בעינן ישראל גמור, דאיכא קרא ״ישראל״ למעוטי, לכאורה גר כשר לדון בבי״ד של גרות את גר חבירו, דאם בד״נ כשר כ״ש לגרות, ורק חליצה שאני, וז״ב. ולפי״ז לכאורה מה שדייק כת״ר אב״ד שליט״א, מדברי רש״י בקדושין סב,ב דבעינן ג׳ ישראלים, ע״כ כונת רש״י לאו דוקא, דאטו גרע בי״ד של גרות מבי״ד דנפשות שגר כשר בו, ולא מצאנו שום קרא דממעט גרים בגרות כמו דמצאנו בחליצה. או שכונת רש״י דרק למצוה לכתחילה ולא שפסול.״

אכן, טעם זה הבינו האחרונים בדברי הרב שלמה קלוגר בחכמת שלמה יו״ד, רסח, ס״ק ד, שכתב כי ביאר באחת מתשובותיו כי ״הדבר הזה תלוי בפלוגתת רש״י ותוס׳ יבמות (קב,א)״, והיות ולהלכה נפסק כדברי התוספות משמע מדבריו שהגר אינו ראוי לשבת בבי״ד לגיור. אמנם בחכמת שלמה שם, לא פירש את דבריו ולא הסביר מדוע הדבר תלוי במחלוקת רש״י ותוספות. בשו״ת במראה הבזק (ג,פב), כתבו בביאור הדברים כי ״נראית כוונתו שהוא מדמה גירות לדיני נפשות, הואיל ויכול לבוא לידי נפשות, כגון איסור אשת איש״.[18]

הרב לוין המשיך שם להביא את דברי רבו הג״ר׳ ברוך דב פוברסקי בבד קודש (ג,מט) שהסביר את דברי רש״י כך:

> שבעיקר הדין הגר כשר לדון, וכמו שדן את חבירו, ורק דנתמעט מדין שררה, וי״ל דלא חשיב שררה ממש בדין אלא היכא שדן את חבירו בעונש הגוף, שהוא חלות דין על הגברא, וחשוב שררה, משא״כ בד״מ הוי חלות דין על הממון בלבד ולא חשיב שררה. עיין שם. ומעתה דין גירות דהוי חלות דין בגברא, חשיב שררה שהגר פסול לה.

אבל לכאורה סברה זו קשה, שהרי מכיוון שמדובר בגר, הרי אין איסור שררה בגר על גר, ולכן יכול לדון גר חבירו בדיני ממונות אפילו בכפיה, וכן נראה מן המקורות שהביא הרב יהושע וייס באותו פסק דין, עמ׳ תיח:

> ועוד נראה לכאורה עפ״י מש״כ הסמ״ע חו״מ ס״ז ס״ק א. פסול לדון וכו׳ פירוש בד״מ וילפינן לה מדכתיב שום תשים עליך מלך מקרב אחיך מכפל לשון דשום תשים דרשינן דכל שימה שאתה משים יהיה דוקא מאחיך ולאפוקי גר ואפילו זרע זרעם אסור בכל שימות. וכ״כ הרמב״ם בפ״ק דמלכים עיין שם והיינו דוקא ״עליך״ אבל גר אגר חבירו לא מיעטו קרא. ועי״ש בנתה״מ ס״ק א וז״ל: ולגר מותר בהתמנות לגר אין איסור רק על ישראל ולא על גר חבירו. ולפי״ד נראה דגר כשר להיות אחד מהבי״ד לגירות, דע״ז לא נתמעט מקרא דשום תשים, דאין איסור התמנות גר על גר חבירו.[19]

---

[18] תודתי להרב יצחק רונס עבור מקור זה (ראה מאמרו בקובץ זה), וכן העיר שם שכך למד הרב ש״ח דומב, שם, עמ׳ תכא: ״יש מקום לדון ולומר דכיון שבמעשה הגרות הוא נהפך מגוי לישראל, ויש בזה נפ״מ להרבה דינין התלויים גם בד״נ, שמא ׳תורת ד״נ עליה, שמא ״תורת ד״נ עליה״, וגר פסול בבי״ד של גרות...״

[19] ונראה שכבר קדם לו הרב מרדכי פולגמן, שו״ת בית מרדכי א,פ, שכתב: ״מלבד זה יש מקור ישיר להתיר לגר שאין אמו מישראל להיות דיין בבית דין של שלשה לקבלת גר.

ועוד עיין שם בסמ״ע ס״ק ג וז״ל: עיין דרכי משה שכ׳ ע״ז ז״ל במרדכי פרק מצות חליצה משמע דהיינו בלא כפייה (הא דגר דן גר חבירו) ומשמעות זה לא מצאתי במרדכי והרא״ש גם ביו״ד סוף סי׳ רסט פסק בהדיא דאפי׳ בכפייה מותר לדון חבירו ובלא כפייה מותר לדון אפילו לישראל וכמו שכתב בפרישה עיין שם ודו״ק. והוא לשיטתו בס״ק א דנתמעט מ״עליך״ דוקא על ישראל אבל גר אגר חבירו לא נתמעט, ואף בכפייה מותר. ולפי״ז גר שבא להתגייר לאו כפייה הוא ולא נתמעט מעליך ומותר לגר להיות אחד [עמוד תיט] מהבי״ד לגירות.

לכאורה סברה אחרת נמצאת בשם הגרי״ש אלישיב שליט״א (ראה הערות למסכת קידושין עו,ב) ״דלגייר את הגרים דבעינן בפני שלושה נראה פשוט בסברא דדיין שהוא גר פסול לזה, ומשום דעצם קבלת הגרים אל קהל ה׳ זה נחשב שדן בזה את כללות קהל ה׳״. אמנם צ״ע בסברה זו, שהרי לכאורה השופטים דנים את הגר אם ראוי לבוא לכלל ישראל והם אינם דנים את כללות קהל ה׳. אפילו אם לתוצאות יש השלכות על כלל ישראל, האם שררה נקראת גם כשיש תוצאות על כלל ישראל. אם בי״ד של גרים יפסקו שגר חייב כסף לבדק הבית, או להקדש, או לקרן צדקה, האם זה נקרא שררה מפני שלתוצאות יש השלכות על כלל ישראל? ואולי הרב אלישיב מתכוון לפרש כמו השלמי שמואל הנ״ל, וצ״ע. יתר-על-כן, בפס״ד הנ״ל הובא ע״י הרב לוין (עמ׳ תיז): ״ועי׳ להלן בשמו [של הרב אלישיב] לענין הלכה למעשה בנידון דידן שדין זה אם גר כשר להיות דיין בגרות הוא ספק, ולא כמו שהכריע בשיעור״. וכן כתב הרב נחום אייזנשטיין (עמ׳ תיח): ״התיעצנו עם מרן

ביבמות קב, א: אמר רבא גר דן את חבירו דבר תורה, שנאמר שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה׳ אלקיך בו מקרב אחיך תשים עליך מלך; עליך הוא דבעינן מקרב אחיך, אבל גר דן את חבירו גר. וכן פוסקים הרמב״ם סנהדרין יא,יא וטוש״ע יו״ד שם, סי״א. לפי דרשתו של רבא מותר לו לגר שאין אמו מישראל להיות דיין בכל בית דין שלא ״עליך״, ולאו דוקא בבית דין לדיני ממונות לגר חבירו. ולכן רשאים להרחיב את תחום דרשתו של רבא ולהשתמש בה גם לנידון דידן ולומר: עליך הוא דבעינן מקרב אחיך, אבל גר יכול להיות דיין בבית דין של שלשה לגיור נכרים והכנסתם תחת כנפי השכינה, מפני שגר הוא לא מסוג ״עליך״. ראה הערת הרב ש״ח דומב לדברי הרב וייס, בפסקי דין – ירושלים, עמ׳ תלא: ״אמנם יש לדון בזה, דהרי בד״נ אף גר לגר לא דן לרוב הראשונים [ורק לרש״י דן אף את גר חבירו, וכתב הר״ן בסנהדרין שם דהיינו שכל הכ״ג הם גרים, דהרי סנהדרין של כ״ג בעינן מיוחסים, וגר לא יכול להיות עמם, וע״כ שהם בי״ד של כ״ג גרים עיין שם], וזה ילפינן מקרא דכתיב ״ונשאו אתך״ בדומין לך, עי׳ סנהדרין לו ב, ולפי מש״כ לדון לעיל יתכן דגרות דין נפשות אית ביה, דאף דסגי בג׳, מ״מ אפשר דתורת ד״נ עליה, וא״כ גר פסול בזה.״

הגרישי״א שליט״א, שהורה לנו - שמאחר וקיים בזה ספק אם זקוקים לבי״ד בשעת המילה, וכן ישנו הספק השני אם גר כשר להיות חבר ביה״ד...״.

לסיכום מצאנו בזה שש שיטות בתפקידו של בי״ד בגירות:

א. יש תנאי שבי״ד יהיה שם – דין לפני בי״ד (עפ״י הרב הרצוג בדברי רבי יוחנן).

ב. תפקיד של בי״ד לעשות גמירת דעת (עפ״י הרב הרצוג בדברי ר״י).

ג. תפקיד של בי״ד הוא לפסוק את הדין שהוא גר – מעשה בי״ד (גר״ח)

ד. תפקיד של בי״ד לאשר שיש כאן מועמד ראוי והוא כעין פסק (הגרמ״פ).

ה. תפקיד של בי״ד לקיים את הגירות – כמו בעדות – (לפי הגריד״ס ודומה שזה דין לפני בי״ד).

ו. תפקיד של בי״ד לייצג את השכינה (בית הלוי, הרב צבי שכטר).

ז. בית הדין מייצג את כלל ישראל (שלמי שמואל).

רק לפי התפקיד האחרון, שבית דין מייצג את כלל ישראל יש מקום לדון אם גר יכול לייצג את כלל ישראל, אלא הקשינו על מקור לדין כזה. יתר-על-כן ראינו סברה הטוענת שאם יש השלכות לדיני ממונות ובמיוחד לדיני נפשות, אסור לגר לשבת בבית בדין שיפסוק בעניין כזה [וכבר הערנו שזה ייתכן בכל מקרה שגר ידון את גר חבירו, ובכל זאת הוא יכול לדון את גר חבירו]. ואמנם אם היו עוד סברות לפסול, הקשינו עליהם מן המקורות. אי-לכך, מכיוון שכל יתר ההסברים לתפקיד של בית דין לגירות לכאורה מאפשרים גר לשבת בבית דין של גרים, וכן ממקורות ופוסקים אחרים הנטייה הוא להתיר, נראה שגר יכול לשבת בבית דין של גרים.

ה. פוסקים נוספים המתירים לגר לשבת בבי״ד לגיור

הרב לוין, הנ״ל בפסק הדין הנ״ל, הביא בשם אביו הגריב״ל, בספרו דברי לוי על הרמב״ם (כתב-יד), שם, עמ׳ תטו-תטז:

> כיון דאין שם פסול בגר בדין דיין שלו והוא ככל הדיינים הכשרים, אלא החסרון הוא מחמת המינוי שאינו יכול להתמנות לשום שררה, לכן אם בא לדון מכח מינוי אינו מינוי, אבל אם באו בעלי דין מעצמם, הוא דן אותם לא מחמת המינוי, לכן הרי הוא כשירי הדיינים ואין יכולים [עמוד תטז] לחזור קודם גמר דין...

דמדין התמנות כשר לדון את חבירו הגר מדין תורה, דאין חסרון בדין מינוי מה שנוגע לחבירו הגר, ומדין סמיכה אה״נ דרק מדרבנן יהיה כשר אבל לישראל יהיה פסול מן התורה מדין מינוי דכתיב שום תשים מקרב אחיך דאין המינוי מינוי, והקרא דשום תשים רק בדין מינוי משתעי, דהלא מדין דיין הגר הוא ככל כשירי ישראל. ואה״נ גם מדין סמיכה יהא כשר מדרבנן בדיני הלואות, אבל מדין מינוי פסול מן התורה. ולפי״ז אם דן בלי כפיה כשר אף לישראל, כיון דבלי כפיה אין חסרון של מינוי.

הרי לגר יש שם דיין, רק לישראל חסר במינוי שלו מפני שררה, ובגר חבירו אין חסרון כזה, ולכן ממילא מותר לו לשבת בבי״ד של גרים.

גם הרב מרדכי פולגמן, שו״ת בית מרדכי (א,פ), התיר מהנימוקים דלהלן:

ובנידון דידן: א. אין בי״ד של שלשה לקבלת גר בי״ד קבוע, אלא בכל פעם שצריך לקבל גר, קובעים במיוחד בי״ד עראי לשם זה.[20] ב. בבי״ד של שלשה לקבלת גר לא שייך לומר שיש שם כפייה. בית הדין אינו כופה על הנכרים להתגייר, להפך, הנכרים הם הם המבקשים ופונים לבית הדין שיגיירם ויקבלם ליהדות. וכשגר בא להתגייר, בי״ד דוחה אותו ואין מקבלים אותו ואומרים לו מה ראית להתגייר וכו׳; ורק אם הוא מפציר וחוזר על בקשתו מקבלים אותו.

הרב ישראל זאב מינצברג בשו״ת שארית ישראל, יו״ד, סימן כב, גם כתב להיתר:

[20] וכן כתב הרב יהושע ווייס בתשובתו הנ״ל בפסקי דין – ירושלים, עמ׳ תיח: ״והביא מרש״י קדושין סב: דמשמע דצריך ישראלים ולא גרים. ונראה עפ״י מש״כ הר״ן סנהדרין לו,ב ד״ה חד בשם ה״ר דוד ז״ל דהא דגר אין כשר לדון ישראל היינו למנותו לדיין קבוע בדיני ממונות, אבל באקראי מותר, ובדיעבד אם דן דינו דין. ולדון גרים מותר למנותו לדיין קבוע. ונראה דפירש דהא דממעטינן משום תשים וכו׳ דכל שימה יהיה מקרב אחיך, דדוקא במינוי קבוע מיקרי שררה אבל באקראי לאו שררה היא. וכ״מ מהרמב״ן יבמות מה,א ד״ה כיון עיין שם ודו״ק. ועי׳ רשב״א קב,ב. וא״כ בנידון דידן דהגר לא היה קבוע בבי״ד אלא אקראי בעלמא, נראה דבדיעבד דינו דין...״ וראה דברי הרב ש״ח דומב, בעמ׳ תלא: ״ולכאורה לפי״ז יש לדון דלא שייך שגר יפסול אף אם ישימו אותו קבוע בבי״ד, מכיון שבאקראי כשר, א״כ אינו פסול הגוף של גר, אלא הוא רק דין במינוי, שלמינוי קבוע הוא פסול, מכיון שתורת שררה עליה, משא״כ באקראי...״ וכפי שכתב אביו של הדיין לוין בספרו דברי לוי על הרמב״ם כתב יד הנ״ל.

לדעתי הדבר פשוט... כמו דדן את חבירו כמו כן יוכל לקבלו", והביא ראיה מדברי התוספות, יבמות מו,ב ד"ה משפט, שכתבו "דאין לחלק בין גר לדיני ממונות".[21]

גדולה מזו מצאנו בשו"ת ציץ אליעזר (יג,פ):

אני נזכר מה שראיתי מזמן בלוח ירושלים (ברינקר) לשנת תש"י, שנדפס שם מכתב מהגה"צ ר' שלמה זלמן בהר"ן ז"ל, שבסופו כותב להסתפק, אם שלשה גרים טבלו עצמם בב"א ממש, דהיינו אם נימא בידי אדם אפשר לצמצם, אי נחשב זה לזה לב"ד הואיל וע"י טבילה זו נעשים כולם בב"א ישראלים ממילא יהיו ג"כ ב"ד זה לזה בב"א וגרים ג"כ כשרים לב"ד לטבול הגרים ונשאר בספק. ופשוט דאין שייכות לספק זה לנידוננו בהיות ועומדים שלשה מחוץ לגר הנימול...

פשוט היה לו לרש"ז בהר"ן שגרים כשרים לב"ד של גירות.

ו. שמעיה ואבטליון

ונראה לי להביא עוד צד של היתר לגר לשבת בבי"ד של גרים, וזה במקרה שהוא יושב בהרכב זה מפני שאין לפנינו דיין אחר היודע הלכות גרים כמוהו. רעיון זה מבוסס על דברי הרמב"ם בהקדמה ליד החזקה שכתב: "שמעיה ואבטליון גרי הצדק ובית דינם קבלו מיהודה ושמעון ובית דינם. הלל ושמאי ובית דינם קבלו משמעיה ואבטליון ובית דינם." לפי הרמב"ם, איך שמעיה ואבטליון ישבו בסנהדרין, אחד נשיא והשני אב בי"ד, אם גרי צדק, הרי מדין שררה, אסור להם לשבת בסנהדרין.[22]

---

[21] כך העיר לי הרב רונס במאמרו הנ"ל, וכן העיר שם שכך פסק הרב משה שטינברג בספרו חוקת הגר, עמ' לג, שציין לדבריהם של שו"ת בית מרדכי ושארית ישראל, וכן הביא הרב ישראל מאיר יונה שהביא דבריו בבית הלל כד, עמ' קסד, הסיק שם בעצמו שמעיקר הדין יש להקל בכך. הרב מתתיהו ברויד בדבריו שצויינו בסוף מאמר זה, עמ' 72, הביא שכך שיטת הרב גדליה פלדר בספרו נחלת צבי, ח"א, מהד' ב', עמ' 227-226.

[22] רמב"ם פה"מ עדויות (א,ג), כותב כך גם כן: "שמעיה ואבטליון הם רבותיהם של שמאי והלל כמו שיתבאר באבות והיו עליהם השלום גרים" וכן חזר על זה שם, ה,ו, וזה דלא כדברי המהר"ל שהביא התוי"ט אבות (א,י): "אין הפירוש שהם עצמם היו גרים. שא"כ איך אפשר למנותן נשיא ואב בית דין. אלא שבאו מן גרים ובודאי אמן מישראל היו ולכן היו מותרים למנותן נשיא ואב בית דין. אבל יש שפירשו כי הם עצמם גרים היו בודאי זה טעות גמור. ע"כ:"

כמה תירוצים ניתנו לשאלה זאת, הראשון שלמדתי היה דבריו של מו״ר הגרי״ד שבאר:

> שלא נמנו שמעיה ואבטליון לסנהדרין כדי להטיל דין על בעלי דינים שהרי לשם כך אין ממנין גר. הם נמנו רק להורות בהוראות התורה שהוא עיקר התפקיד של הסנהדרין הגדול וכפי שקבע רמב״ם בפ״א מהל׳ ממרים (הל״א) וז״ל בי״ד הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל פה, והם עמודי ההוראה ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל וכו׳ עכ״ל. ובכן שמעיה ואבטליון שהיו גדולי הדור נתמנו לסנהדרין כנשיא ואב בי״ד כדי להורות בתורה שבעל פה ולהוציא חוקי התורה ומשפטיה לישראל, אבל לא לפסוק ולגמור דין הנידונים שדינם בא לפני הסנהדרין.[23]

והנה דברים אלו נאמרו כבר על ידי התומים (ז,א הובאו בשו״ת צ״א יט,מז):

> ...או שנאמר כי באמת אלו היה בא דיני נפשות לא היו דנים, ולא נתמנו לכך רק למקבלי שמועה ובירור הלכה בתורה שבע״פ לעוצם חכמתם ובינתם ויראתם הקודמת ובזו היו נשיאים ואב״ד ולא לדון דיני נפשות...

התומים שם לעיל מיניה הציע תירוץ נוסף:

> צ״ל או דמלך שאני כיון דרשות ביד המלך להמית ולהרוג ולתקן מדינה כמ״ש הרמב״ם בה׳ מלכים אף הוא אם רואה אדם גדול בתורה ומדע יכול למנותו לראש לדון אפי׳ ד״נ כי אתו דבר חק ומשפט... והכל מטעם חוק המלך כמ״ש וכו׳ וא״כ שמעי׳ ואבטליון נתמנו מפי מלך כי בימיהם היו מלכי חשמונאים הכשרים ויכולים לדון בכפי׳ כי יד המלך היה עמם.

כאן יש חידוש יותר גדול, שאם יש מינוי על ידי מלך, הם יכולים לדון בכפייה גם ישראלים מלידה אפילו בדיני נפשות והוא חידוש עצום.[24] שני תירוצים אלו לא מועילים כאן.

הרב חיים בנבנשת, בעל כנסת הגדולה, כתב בתשובות שלו, שו״ת בעי חיי חושן משפט, (א,ד), שקבלת הקהל מועילה:

---

[23] רשימות שיעורים למסכת שבועות, ח״ב, עמ׳ ד, וראה הע׳ 6 שם, וכן דבריו ב״הערות על הרמב״ם ריש הלכות מלכים״, מסורה, חוב׳ יא, אלול תשנ״ה, עמ׳ ז-ח.

[24] ודברי הרב חנוך הניך כהן במאמרו ״בענין גר האם מותר לצרפו כדיין בבי״ד שלשה בקבלת גר״, שנה בשנה, תשל״ב, עמ׳ 265, להשוות חוקי המדינה לדין מלך, ולהוסיף בסוף דבריו מפני דרכי שלום, נראים תמוהים, וצ״ע.

לפי זה מ״ש הכתוב לא תוכל לתת עליך איש נכרי ופשטיה משמע אפי׳ בקבלה היינו דוקא במלך כפשט הכתוב אבל בשאר שררות דמשום תשים מרבינן כל משימות שאתה משים לא יהיו אלא מקרב אחיך או מלא תוכל לתת עליך איש נכרי כמ״ש נ״י ז״ל בפרק החולץ לא מרבינן להו לאיסורא אלא בלא קבלה אבל בקבלה מיהא מהניא...

ולענין פסקא דדינא דאתינן עלה כיון דלמפרשי׳ שסוברי׳ ששמעיה ואבטליון הם עצמם היו גרים מוכרחי׳ אנו לומ׳ דבקבל׳ מהני׳ כשאר שררות...

הרי אם קבלו עליהם גר יכול לשבת בבי״ד. הציץ אליעזר (יט,מז), הביא דברי התומים הנ״ל לתמוך בסברת דברי הכנסת הגדולה:

יעוין באורים ותומים דמביא דבריו, ומוסיף וכותב, דלפי דברי הכנסת הגדולה יש גם לומר דאם קבלוהו חשובי עדה אף על פי שאין רוב ציבור מסכימים הוה כקבלוהו עליהם ויכול לדון, משום דאטו שמעיה ואבטליון הסכימו רוב ישראל בכל מקומות א״י וחו״ל, הא זה הוא מהנמנע, אלא הואיל והסכימו סנהדרין וראשי חכמים וכה״ג בימים ההם הוה כקבלוהו כל ישראל עליהם.

משמע שהסכמת רוב ישראל נחשבת כקבלוהו עליהם. אלא מיד הוא מקשה על זה (על פי דברי הצי״א):

דעדיין איך אהנו קבלתם על דיני נפשות, הרי אין רשות ביד אדם לומר הרגוני וא״כ פשיטא דלא מהני ביה קבלה דוכי יכול אדם לומר הריני מכשיר קרוב או פסול ואם יחייב ראשי להריגה יקטלוני?[25]

אחר כך הציע התומים התירוצים שהוזכרו לעיל.

רשב״ץ במגן אבות, פירושו למסכת אבות (א,י) הציע הסבר אחר:

ושמא, כיון שלא היה בישראל כמוהו בקבלה, הוא היה ראוי יותר מכולן. כי לא פסלה תורה גרים אלא בשיש כיוצא בהם בישראל, אבל אם אין כיוצא בהן בישראל, הם קודמין... ואפילו גוי ועוסק בתורה הרי הוא ככהן גדול, וכל שכן גר צדק שהוא קודם אם אין בישראל כמוהו.

קדם לרשב״ץ הריב״א בפירושו לשמות (כא,א) ששאל על דברי רש״י ״לפניהם ולא לפני עכו״ם״ למה הפסוק צריך למעט גוים, הרי גר פסול לדון, ותירץ:

[25] ראה צי״א שם ג, שהביא את דברי המאזנים למשפט ליישב הכנה״ג, ועוד שיטות שם.

וי״ל דהא דגר פסול לדון היינו היכא שיש ישראל שיודעין לדון אבל היכא שאין ישראל לא ותדע שהרי שמעיה ואבטליון גרים היו והיו דנין את ישראל לפי שלא היה בישראל חשוב כמותם. כפר״מ מקוצי.[26]

החיד״א (יוסף אומץ מז) ביכר את דברי התשב״ץ על פני דברי הכנה״ג, וסובר שאם אין כמותו, יכול גר לדון דיני ממונות ואפילו דיני נפשות:

שהיה אחד מהם גר וכו׳ נשאל הרב כנה״ג על איש יהודי שבא על הגויה והוליד ממנה בן ונתגייר אותו הבן אי כשר למנותו פרנס על הצבור והאריך בזה ומסיק וז״ל ולענין פסקא דדינא כיון דלמפרשים שסוברים דשמעיה ואבטליון היו גרים מוכרח דקבלה מהניא וכו׳ כל שקבלוהו עליהם הקהל ומרוצים במינוייו יכול לדון וכו׳ ע״ש בספר כנה״ג בסימן זה. והן עתה מקרוב יצאו לאור תשובות הרב ז״ל ובתשובות ח״מ הנקרא עץ הדר ח״א סימן ב-ד כתוב ענין זה באורך.

ואני בעניי בספר הקטן ברכ״י שם סימן ז אות ו כתבתי על דברי הרב ז״ל דהרי הרשב״ץ עמד על הא דשמעיה ואבטליון שהיו גרים ואיך היו נשיא ואב״ד ותירץ דכיון דלא היה בישראל כמוהו בקבלה הוא ראוי יותר מכלן דלא פסלה תורה גרים אלא כשיש בישראל כמותם אבל אם אין כיוצא בהם בישראל הם קודמין. ולפי זה אזדא לה ראיית הרב כנה״ג דכל עצמו לא התיר בנ״ד אלא מכח הא דשמעיה ואבטליון והשתא דאיכא טעמא בשמעיה ואבטליון יש לאסור בנ״ד ע״ש בברכי יוסף.

והן עתה ראיתי בספר מנחת יהודה שנדפס עם פירוש התוס׳ על התורה ונקרא דעת זקנים, שכתב משם הר״ם מקוצי כדברי הרשב״ץ דטעם שמעיה ואבטליון משום שלא היה בישראל כמותם ומשו״ה נתמנו ע״ש וכן ראיתי שכתב הרב מהר״י חאגיז בעץ החיים בפירושו פ״ק דאבות. ומשמע מדברי הגדולים הללו דאי לאו האי טעמא שלא היו בישראל כמותם לא היו ממנים אותם דאינם ראוים הפך דינו של הרב כנה״ג ולעולם דקבלה לא מהניא אפילו לשאר שררות וכן משמע מדברי רבינו בעל הטורים בי״ד סימן רס״ט כמ״ש אני בעניי שם בברכ״י ע״ש ודוק.

[26] ובחמדת ישראל מ׳ שסב כתב דבר חדש, דאם הגר הוא גדול הדור ומגיע לו כתר תורה מדינא אין אנחנו ממנים אותו כלל כי כתר תורה שייך למי שגדול יותר בדור והוא שלו מדינא ולא צריך מינוי כלל.

לאור דברים אלו, אף בלי להכריע בשאלת מינויו של גר כדיין בבי״ד לגיור באופן כללי, לכל הפחות במקום שאין מי שראוי לכך כמו הגר, שפיר יש למנותו וכנ״ל.

ז. דיון בדברי הפוסלים גר מלשבת בבי״ד לגיור

יש פוסקים הפוסלים גר כדיין בבי״ד, וכבר הזכרנו לעיל הראשון ביניהם – הרב שלמה קלוגר. לעיל הבאנו את דבריו כפי שהובאו בגליון השו״ע, ואיך שהבינו אותו פוסקים אחדים. אמנם, בגוף התשובה שהופיעה בהוצאה החדשה של שו״ת טוב טעם ודעת, כרך ו, עמ׳ תקצ״ה, יווכח שהרב שלמה קלוגר לא דימה דין גרות לדיני נפשות, ואלו דבריו שם:

> הנה הן אמת לדעת רש״י יבמות (קב,א ד״ה גר) דגר דן את חבירו גר הוי אפילו לדיני נפשות פשיטא דיכול לקבל גרים ג״כ. אך לדעת התוס׳ [שם ד״ה גר] החולקים שם וס״ל דדיני נפשות אינו יכול לדון, ובע״כ היכי דבעינן מומחים לא מהני גר אפילו לחבירו גר, וא״כ הרי התוס׳ ביבמות (מו,ב ד״ה משפט) כתבו דגרות דומה לגזלות וחבלות דבענין דוקא ג׳ ומומחים ומה שמקבלים גרים בזמן הזה הוה רק מכח שליחותייהו דקמאי עבדינן, וא״כ י״ל היינו רק ישראלים הראויים להיות מומחים אז הוי שליחותייהו דקמאי דהוי אתם גם אתם לרבות שלוחכם דהוי דומיא דאתם, אבל גר דאינו ראוי להיות מומחה וסמוך היכי דעבדינן סמיכה י״ל דאינו בר שליחות כיון דאינו דומיא דקמאי... גם י״ל כיון דכתיב משפט אחד יהיה לכם ולגר ומזה למדו דבעינן ג׳ הראוי לדין, א״כ הוקשו זה לזה והראוי לכם ראוי לגר ושאינו ראוי לכם אינו ראוי לגר, ולכך לדעת תוס׳ נראה דגר אסור לקבל גרים.

דברי הגר״ש קלוגר נסמכים על דברי תוס׳ ששליחתייהו עבדינן ובעינן שליח הדומה למשלח, כלומר מומחה וראוי לסמיכה, ולכן גר פסול לקבל גרים. אמנם יש עוד תירוץ בתוס׳ בקידושין סב,ב, ד״ה גר, שכתבו:

> עוד אמר הר״ר נתנאל דבגר כתיב לדורותיכם דמשמע בכל ענין אף על גב שאינן מומחין דעל כרחך השתא ליכא מומחין שהרי אין סמוכין ולדורותיכם משמע לדורות עולם.[27]

---

[27] כיוצ״ב בחי׳ הרמב״ן והרשב״א שם ובחי׳ הריטב״א שם בשם ר״י, ודבריו הובאו בנמו״י ביבמות. וכן משמע מן הפוסקים שפסקו כשיטה זו, ראה פסקי עוזיאל בשאילות הזמן, סימנים סא וסד, וביבי״א (ז חו״מ א). הפוסקים הוסיפו שמכיוון שהרמב״ם לא הזכיר דין שליחתייהו עבדינן בגירות, מסתבר שהוא גם מודה לתירוץ זה.

הרי יש גזירת הכתוב שאין צורך במומחים, ולדעה זו יודה הגר״ש קלוגר שגרים יכולים לשבת בבי״ד של גרים.

נוסיף דברי מו״ר הגריד״ס בהסבר שיטה זו (רשימות שיעורים ליבמות, בענין גירות עמ׳ שכג):

> הר״ר נתנאל הוכיח מגזיה״כ דלדורותיכם הקובעת שמקבלין גרים בזה״ז אף בלי ב״ד סמוכים שב״ד של הדיוטות לעולם היה כשר לגירות משום שגירות אינה צריכה סמוכים כלל. ויש לעיין בזה, שהרי בזמן שביה״ק היה קיים חל חיוב קרבן הגר, וגזיה״כ דלדורותיכם מחדשת שנשתנה עכשיו ושמקבלים גרים בזה״ז בלי קרבן, וא״כ מנ״ל לתוס׳ דמלדורותיכם למדים שמעולם לא היה צריך ג׳ סמוכים לגירות, הרי יתכן שהיתה מצוה לכתחילה בזמן ביהמ״ק לגייר בסמוכים אך אינו מעכב עכשיו בדומה לדין הקרבן.
>
> ונראה שאינו קשה, שהרי להביא קרבן הגר הוי ממצות הגירות, ובזמן שבהמ״ק היה קיים קרבן הגר היה ממצות הגירות לכתחילה אך לא היה מעכב בחלות הגירות בדיעבד ובזה״ז אינו מצוה כלל. משא״כ ב״ד של סמוכים שאינו חל מדין מצוה אלא מדין הכשר ב״ד דכהת״כ, שיש דינים הנידונים רק בפני ב״ד של סמוכים, ויש דינים אחרים שנידונים בפני ב״ד של הדיוטות. ולא שייך לחייב סמוכים לכתחילה ממצוה גירות דעלמא כמו קרבן, שדין סמוכים חל בכהת״כ כמעכב בהכשר בי״ד לדון אפילו בדיעבד. ומאחר שמ״לדורותיכם״ למדים שמדאורייתא חלה גירות בזמן הזה בפני הדיוטות, ש״מ שמעולם לא היה צורך לסמוכים בב״ד של גירות, ודו״ק.

עוד הוסיף הרמב״ן, שייתכן וכל הדין של משפט הוא הלכה למשה מסיני וממילא אין צורך במומחים: ״ואפשר דגר צריך שלשה גמרא ומשפט כתיב ביה אסמכתא וכי גמירי שלשה גמירי מומחין לא גמירי.״ יתר-על-כן, הרמב״ן הוסיף תירוץ גם לפי שיטת תוס׳ הנ״ל שאימץ הרב שלמה קלוגר: ״ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין.״ נמצא

שכל הבסיס של רבי שלמה קלוגר נשמט, ואם כן גרים יכולים לדון בבי״ד לגיור ואין חסרון של 'ראוי' להיות סמוך.[28]

גם מו״ר הגרי״ד דן בדין שליחותייהו (שם עמ' שיט ואילך), ובעמ' שכא כתב על פי דברי הרמב״ן בחידושיו לסנהדרין:

> וזהו נמי הטעם שמקבלים גרים בזמן הזה. כי אע״פ שמדאורייתא צריכים סמוכים אין זו הלכה בעצם חלות הכשר הב״ד דגירות, אלא הלכה היא בקבלת הרשות להעמיד ב״ד של גיור, דבמקום שיש סמוכים, כבודם מעכב את ג' ההדיוטות מלשבת בבי״ד ולגייר. ואילו בזמן הזה שאין לנו סמוכים יש רשות להדיוטות לדון כבי״ד של גירות.

לפי דבריו, גם סרה טענת רבי שלמה קלוגר, ולפי זה, גרים יכולים לשבת בבי״ד של גרים.

ח. נספח – מאמרו של הרב מ' ברויד

לאחרונה פרסם הרב מתתיהו ברויד מאמר באנגלית,[29] שמגמתו היא לפסול גרים בבתי דין של גרים. יש מקום להעיר על כמה מדבריו: ״דומה לחליצה, גיור הוא מאורע שמשנה הסטטוס, וזה יכול להסביר למה הרבה חכמים הסיקו שלגיור ולחליצה יש אותן דרישות״.[30] כבר כתבנו לעיל שלכאורה אי

---

[28] הרב יצחק רונס במאמר הנ״ל עסק באריכות בדחיית דברי רבי שלמה קלוגר, עיין שם. להשלמת דבריו יש להוסיף דברים אלו ובמיוחד דברי הרמב״ן.

[29] Michael J. Broyde, "May a Convert be a Member of a Rabbinical Court of Conversion?", *Journal of Halacha and Contemporary Society*, LIX (Pesach 5770/Spring, 2010), pp. 61-78.

[30] הציטוט המלא מעמ' 66: Similar to *chalitza*, conversion is also a status-changing event, which could explain why many scholars conclude that conversion and *chalitza* follow the same requirements. In the case of *chalitza*, a Jew who is a convert is ineligible and even the child of a convert is ineligible to serve on the *bet din* - regardless of whether the widow having the *chalitza* done is a convert herself. Unlike financial matters wherein some talmudic sources rule that it is acceptable for a convert to judge his fellow convert, when it comes to cases involving *chalitza*, no such leniencies apply. This distinction could be understood as differentiating between cases that require the *dayanim* serving on the *bet din* to make a halachic judgment as compared with cases where the *dayanim* serve as witnesses in order to officially document what occurred.
לכאורה לפי מה שראינו על פי הרב סולובייציק, הבית דין של גרות אינו בגדר שליחותייהו עבדינן שיש לו חומרות מיוחדת וכדברי הרב שלמה קלוגר, אלא רק לקיים

אפשר להשוות לחליצה לגביה יש גזירת הכתוב הפוסלת גרים, משא״כ לבי״ד של גרים.

בפרק השני מצטט הרב ברויד את דברי הרמב״ם (סנהדרין ב,ט): ״בי״ד של שלשה שהיה אחד מהן גר הרי זה פסול, עד שתהיה אמו מישראל...״ וכן דברי הרמב״ם שם (יא,יא): ״הכל כשרים לדון דיני ממונות אפילו גר והוא שתהיה אמו מישראל, וגר דן את חבירו הגר אף על פי שאין אמו מישראל...״ למעשה, יש רק סיכום קצר למה שכתבנו בפרק שני של דברינו, ובהמשך הוא הביא את דברי השו״ע והזכיר תוס׳, רי״ף, רא״ש וטור שחולקים על רש״י.

בהתכתבות עמי הבהיר הרב ברויד את דבריו: בפ״ה הרמב״ם קבע שגר אינו יכול לשבת בבי״ד, אף בית בין, והבי״ד שהוא יושב בו פסול. ההלכה בפרק יא שיש יוצא דופן והוא שגר דן גר חבירו. הרב ברויד טוען שזה דומה לדין שקבלו עליהם פסול דין [כגון רועה צאן או קרוב]. אם היינו אומרים שהגר אכן כשר לדון, נמצא שיש סתירה בין שתי ההלכות ברמב״ם. אפילו אם תמצא לומר שגירות נדון כממונות (דבר שאפשרי אבל אינו משכנע), בניגוד לדיני ממונות קבלת פסול לא תועיל בגירות.

הוסיף הרב ברויד ואמר שאם גר פסול – לפי לשונו של הרמב״ם – איך הוא יכול לשבת בבי״ד? הרב ברויד דוחה ההסבר שגר אכן כשר לדון דיני ממונות, אבל רק לגר – הוא באמת לא פסול, לפי פרק יא, הל׳ יא. אולם, הרב ברויד חושב שזו קריאה קשה בדברי הרמב״ם, שהרי הוא מסווג ״גר דן חבירו״ כדבר שלא כלול בכלל ״הכל כשרים לדון דיני ממונות״ שהרי הרמב״ם הוסיף ״אפילו גר והוא שתהיה אמו מישראל״ ולא ״אפילו שהוא גר כשר״ להודיע לנו שגר אמיתי עדיין פסול.

לסיכום, הרב ברויד טוען שלפי דרכו בפירוש הרמב״ם, גר פסול מהתורה לדון, וגר דן את גר חבירו הוא דין מיוחד של קבלה ולא מועיל בגירות.

בקשר לטענה שהדין שגר דן גר חבירו הוא מדין קבלו עלייהו, ראינו לעיל שהפוסקים לומדים שהוא יכול לכפות לדון את הגר בעל כרחו של חבירו הגר, ולכן לא מדובר בקבלו עליהם. יתר-על-כן, שאל האורים (ז,א), מה החידוש אם קבלו ישראלים על עצמם גר, הרי אפילו קרוב או פסול כשר בקבלוהו, וכתב לתרץ:

הדבר ולכן הוא יותר קל מבית דין רגיל ואין צורך במומחים וסמוכים, ולפי זה לכאורה גר יכול לשבת בו, ואין שום השוואה לחליצה שיש בו גזירת הכתוב וכדפרישית.

> וצ״ל דמ״מ קודם גמר דין יכול לחזור בו משא״כ בגר דכשר בעצמותו רק דאין לו כפי׳ על ישראל ואם קבלוהו מעצמו תו לא יכול לחזור אפי׳ קודם גמר דין.

אין פסול בעצמותו של הגר, ולכן קיבלו עלייהו גר שאני.[31]

ולעצם הסתירה כביכול בדברי הרמב״ם, הרב שמואל חיים דומב בפסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ז (עמוד תלא) כתב:

> וברי״מ סנהדרין ב,ט כתב: בי״ד של שלושה שהיה אחד מהן גר ה״ז פסול עד שתהיה אמו מישראל. משמע מדקדוק לשונו שכתב שהבי״ד פסול, ולא כתב שגר פסול, דאינו פסול בגר להיות דיין, אלא פסול בבי״ד.

הדגשת בעיית המינוי – ׳שררה׳ הובאה לעיל מספר דברי לוי, וכעין זה למד מו״ר הגרי״ס ברשימות שיעורים עמ״ס שבועות (ב, עמ׳ לו), שהפסול של גר בבי״ד הוא בשררת בית הדין להטיל גמר דין על הנידונים אם הם ישראלים, אבל גר מוכשר לחלות שם מינוי בגברא להיות ממונה לבי״ד ולהקרא דיין. כך למד הרב בדברי הרמב״ם בפ׳ יא, כנדפס במסורה יא עמ׳ ו. ונראה שכך מסתבר, במיוחד שלפי הפוסקים גר יכול לדון גר חבירו בעל כרחו.[32]

בפרק שלישי הרב ברויד הביא את דברי הרב שלמה קלוגר ללא הסבר, והפנה לשו״ת במראה בזק שהרב שאול ישראלי פסק כך. אמנם לעיל הוכחנו על פי דבריו המלאים של רש״ק שאין הכוונה בדבריו כמו שהבין הרב ישראלי, כי אם מדין שליחתייהו עבדינן, ובזה ויש מקום לדון בדבריו וכנ״ל.

בהמשך הרב ברויד הביא את דברי הגרי״ש אלישיב (מתוך הערות עמ״ס קידושין). ראינו לעיל שהדיינים בפסקי דין – ירושלים הקשו סתירה בדברי הרב אלישיב, שבמקרה אחר ובפסק פורמלי (ולא במסגרת שיעור) לא פסל אלא נשאר בספק אם גר יכול לשבת בב״ד של גרים. יתר-על-כן, הרב ברויד כתב שמסקנת הפסק שחליצה וגרות דומים זה לזה ולכן תנאי כשרות

---

[31] ואת״ל שאכן הגר פסול, ראינו לעיל שלפי ההגהות מרכי קרובים כשרים בבי״ד לגיור, ודין זה תלוי במקור הדין ואיך לומדים אותו.

[32] ראה עוד דברי הרב זאב רייכמן, ״בענין בי״ד של ישראל ולא של גרים״, קול צבי ד תשס״ב, עמ׳ 251-250, הדן אם פסולו של גר הוא חסרון בהכשר, או הוא פסול בעצם והוא מופקע לגמרי מלהיות דיין. שם הוא דן במחלקות אם גרים יכולים להצטרף לבית דין של חליצה להיות התוספת של שני דיינים על השלוש.

לדיינים שוה בשניהם. לכאורה, הרב דומב שם העלה חילוק בין שני דינים אלו: "ולא מצאנו שום קרא דממעט גרים בגרות כמו דמצאנו בחליצה."[33]

השיטה השלישית שהביא הרב ברויד היא של הרב גדליה פלדר בספרו נחלת צבי (מהד' שניה), ח"א, עמ' 226 -227, המשווה גירות לדיני ממונות. לזה הוא גם הביא שו"ת בית מרדכי הנ"ל, וכן דברי האדר"ת הנ"ל, והוסיף שכך פסק בלב אריה, סי' כא. יש כמובן להוסיף את דעת המתירים כדלעיל וכן ההסברים הנוספים שהבאנו בהבנת טיב הבי"ד, ודעת הנוטים להקל, ולכן נראה שרוב הדנים בו רואים שאין פסול בגר היושב בבי"ד של גרים, וכן נראה לפי מה שהעלינו כאן.

[33] הרב ברויד גם זיהה שיטה זו בדברי הרב שכטר שהבאנו לעיל וטען שהרב שכטר מסכים עם דברי השלמי שמואל, ובזה לא דק וכמו שכתבנו לעיל.

הרב יצחק אברהם רונס
רב קהילה ברמת בית שמש

צירוף גר כדיין בבית דין לגיור

ראשי הפרקים

א. גר כדיין ממונות ונפשות – דברי הגמרא בסנהדרין וביבמות

ב. גר כדיין בבית דין לגיור – פסיקת האחרונים למעשה

ג. פסיקתו של הטוב טעם ודעת ודיון בדבריו

ד. בדין סמיכת חכם שאינו "ראוי לכל הדברים" - קושיית קצוה"ח

ה. השגות האחרונים על קושיית קצוה"ח

ו. מהות תפקיד בית הדין לגיור

שאלת צירופו של הגר בתור דיין בבית דין לגיור לא נידונה במפורש בגמרא ובספרי הפוסקים הראשונים. באחרונים נאמרו דעות שונות בענין בהסתמך על דברי הגמרא בענין מינוי הגר כדיין לדיני ממונות ונפשות.

א. גר כדיין ממונות ונפשות – דברי הגמרא בסנהדרין וביבמות

שני מקורות מרכזיים דנים בשאלת מינוי הגר לדיין.

במשנה בסנהדרין (לב,א) נאמר כי "הכל כשרין לדון דיני ממונות", כאשר בגמרא (לו,ב) מוסבר שהכוונה לרבות את הגר ואת הממזר הכשרים לדון דיני ממונות אף שאינם רשאים לדון דיני נפשות, משום שעל הדיין העוסק בנפשות להיות נקי מכל מום שהוא.[1]

מקור מרכזי שני מופיע בדברי רבא בגמרא ביבמות (קב,א): "אמר רבא גר דן את חברו דבר תורה, שנאמר: (דברים יז) שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה'

[1] זאת בהתאם לנאמר בהמשך דברי המשנה: "ואין הכל כשרין לדון דיני נפשות אלא כהנים לוים וישראלים המשיאין לכהונה", שעל כך אומרת הגמרא בסנהדרין שם: "מאי טעמא דתני רב יוסף כשם שבית דין מנוקין בצדק, כך מנוקין מכל מום. אמר אמימר מאי קרא: כולך יפה רעיתי ומום אין בך. ודילמא מום ממש? אמר רב אחא בר יעקב אמר קרא והתיצבו שם עמך, עמך בדומין לך. ודילמא התם משום שכינה? אלא אמר רב נחמן בר יצחק אמר קרא: ונשאו אתך, אתך בדומין לך ליהוי".

אלהיך בו מקרב אחיך תשים עליך מלך, עליך הוא דבעינן מקרב אחיך, אבל גר דן את חברו גר, ואם היתה אמו מישראל דן אפי' ישראל״.

הראשונים נחלקו בהבנת היחס שבין דברי רבא לבין דברי המשנה בסנהדרין.

לדברי רש״י רבא בא להוסיף על ההיתר שנאמר בגמרא בסנהדרין לפיו גר רשאי לדון בדיני ממונות, ולומר שאף בדיני נפשות יכול הגר לשמש כדיין לדון את חברו הגר.[2]

לדעת תוספות כוונת דברי רבא היא שכשרות הגר לדון דיני ממונות אינה אלא בזמן שדן גר חברו, ואולם הגר אינו רשאי לדון את ישראל אף לא בדיני ממונות.[3]

ראשונים נוספים העלו קשיים נוספים כנגד שיטת רש״י,[4] וכתבו להוכיח כנגד דבריו מהמשך דברי הגמרא ביבמות.[5] אף שניתן ליישב קושיות אלו,[6] נפסק

---

[2] רש״י יבמות קב,א ד״ה גר דן את חברו ״דיני נפשות, דאילו דיני ממונות אפילו לכל ישראל דתנן (סנהדרין לב) הכל כשרים לדון דיני ממונות ואמרי' הכל לאתויי מאי לאתויי גר״.

[3] תוספות יבמות מה,ב ד״ה כיון דאמו מישראל, סנהדרין לו,ב ד״ה חדא לאתויי גר. בתוספות הוכיחו כן מכך שהגר פסול אף להתמנות כגבאי הממונה על הציבור (יבמות מה,ב בענין רב מרי בר רחל), ״דהיכי אפשר דגריעי דיני ממונות ממילי דשררותא דמתא דבעינן אמו מישראל״, ריטב״א קידושין יד,א ד״ה בב״ד של ישראל.

[4] כך יש שהקשו על דברי רש״י מכח העובדה שאין ממנים לסנהדרין כי אם מאותם שמשיאין לכהונה: ״ואינו נראה, דהא אין דנין דיני נפשו' אלא בסנהדרין של עשרים ושלשה, וגר פסול לישב בסנהדרין לא מיבעיא גר גרידא אלא אפי' אמו מישראל דבעי' אתך בדומין לך ובעי' כשרין המשיאין לכהונה והאיך יתכן שידון גר את חברו דיני נפשות״, תוספות רי״ד (קידושין עו,ב ד״ה אמר ליה).

[5] בחידושי הרשב״א ביבמות שם (קב,א ד״ה אמר רבא גר דן) כתב שמוכח כן מהמשך הגמרא המלמדת שגר שאמו מישראל, כשר לדון את ישראל אך אף הוא פסול לשבת כדיין בחליצה (״ולענין חליצה - עד שיהא אביו ואמו מישראל״). לדברי התוספות הדבר מובן שלענין חליצה דרשו שיש להקפיד כבדיני נפשות, ואולם לרש״י שגר שאמו מישראל כשר לדון אף דיני נפשות, יוצא שיש בדיני חליצה חומרא יתירה מדיני נפשות, ו״אטו מי עדיפא חליצה מדיני נפשות?!״ (״שאילו לפירוש רש״י ז״ל, לא מצינו כשר לדיני נפשות ופסול לשום דבר״, חידושי הרמב״ן יבמות מה,ב ד״ה כיון דאמו מישראל). בהסבר דברי המשנה בסנהדרין כתב הרשב״א, בשונה מהסבר התוספות, שדין המשנה ״הכל דנין דיני ממונות״ מתייחס לגר שאמו מישראל שרשאי לדון את ישראל חברו, וכן כתב הרמב״ם בפירושו למשנה שם.

[6] כך בנוגע לקושיה ממה שאין ממנים את הגר לשום שררה, כתב ברשב״א (יבמות קב,א ד״ה אמר רבא) שאכן יש לחלק בין שררת הדיין להנהגה קהילתית: ״דמילי דשררותא עדיפי מדיני ממונות משום דדמי קצת למלך ולפיכך בעינן שתהא אמו מישראל״. ובנוגע לשאלה כיצד יכול גר לדון דיני נפשות שהרי אינו משיא לכהונה, כתב ברמב״ן שיש לתרץ

להלכה כדעת תוספות כי "בית דין של ג', שהיה אחד מהם גר, הרי זה פסול לדון לישראל, אלא אם כן היתה אמו (או אביו) מישראל. וגר דן את חברו הגר, אע"פ שאין אמו מישראל" (שולחן ערוך, חו"מ ז,א; וכן ביו"ד רסט,יא).

ב. גר כדיין בבית דין לגיור – פסיקת האחרונים למעשה

לאור הדברים הללו נשוב לשאלתנו אנו, ונראה שלכאורה יש להכשיר את הגר לשמש כדיין בבית דין לגיור, שכן מדובר במקרה בו הגר דן את חברו שלא בדיני נפשות, ואכן כך כתבו מספר פוסקים בפשיטות.[7]

אולם, במקור ההלכתי הראשון שעוסק ישירות בשאלתנו זו נכתב בקצרה דלא כן.

בחכמת שלמה (יו"ד רסח,ד) כותב הרב שלמה קלוגר בקצרה כי ביאר באחת מתשובותיו כי "הדבר הזה תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' יבמות (קב,א)", והיות ולהלכה נפסק כדברי התוספות משמע מדבריו שהגר אינו ראוי לשבת בבית דין לגיור. אמנם, בחכמת שלמה לא פירש את כוונת דבריו, ולא הסביר מדוע לדעתו הדבר תלוי במחלוקת רש"י ותוספות. בשו"ת במראה הבזק (חלק ג, פב), כתבו בביאור הדברים כי "נראית כוונתו שהוא מדמה גירות לדיני נפשות, הואיל ויכול לבוא לידי נפשות, כגון איסור אשת איש",[8] והוסיפו שלמעשה יש לנהוג כדברי החכמת שלמה, שכן אין לנו לפסוק בניגוד לדבריו "הואיל ולא מצאנו פוסק שמכשיר במפורשות".[9]

כי הגבלה זו נוגעת למינוי קבוע בסנהדרין "אבל כשר הוא להושיבו בדיני נפשות ולמנות עמהן אע"פ שאינו משיא לכהונה", רמב"ן נדה, מט,ב ד"ה וה"ג וכן. ובחידושי הר"ן סנהדרין לו,ב ד"ה חד לאתויי גר, תירץ בדעת רש"י שגר כשר להתמנות לסנהדרין שבו כולם גרים.

[7] כך למשל כותב הרב מרדכי פוגלמן בשו"ת בית מרדכי (חלק א, סימן פ), והרב ישראל זאב מינצברג בשו"ת שארית ישראל יו"ד סימן כב ("לדעתי הדבר פשוט... כמו דדן את חברו כמו כן יוכל לקבלו", ושמוכח מדברי התוספות יבמות מו,ב ד"ה משפט "דאין לחלק בין גר לדיני ממונות"). וכן פסק למעשה הרב משה שטינברג בספרו חוקת הגר עמ' לג, על סמך דברי הפוסקים הנ"ל. בבית מרדכי שם כתב לבסס עוד את האפשרות למנות גר כדיין בבית דין לגיור אף על כך שמדובר במינוי ארעי, וכן על כך שהמתגייר מופיע בפני בית הדין מרצונו, ואין מדובר בדיון בכפיה.

[8] סברא זו מוזכרת בפסקי דין ירושלים, חלק ז, עמוד תיז, בפסק דין של הרב אברהם יצחק לוין, וכן בפסק של הרב שמואל חיים דומב, שם עמ' תכא: "יש מקום לדון ולומר דכיון שבמעשה הגרות הוא נהפך מגוי לישראל, ויש בזה נפ"מ להרבה דינין התלויים גם בד"נ, שמא יתורת ד"נ עליה"".

[9] אמנם, בנוסף לפוסקים המצוינים בהערה 7 לעיל. יש לציין עוד כי גם האדר"ת הסיק להתיר בשו"ת מענה אליהו סימן פח, וכמו כן בציץ אליעזר (חלק יג,פ) הביא לשונו של

ג. פסיקתו של הטוב טעם ודעת ודיון בדבריו

אמנם המעיין בגוף התשובה המופיעה בהוצאה החדשה של שו״ת טוב טעם ודעת (כרך ו, עמ׳ תקצה) יראה שהרב שלמה קלוגר כלל לא כתב לדמות את דין הגרות לדיני נפשות, ואלו דבריו שם:

> הנה הן אמת לדעת רש״י יבמות קב דגר דן את חברו גר הוי אפילו לדיני נפשות, פשיטא דיכול לקבל גרים ג״כ. אך לדעת התוס׳ החולקים שם וס״ל דדיני נפשות אינו יכול לדון, ובע״כ היכי דבעינן מומחים לא מהני גר אפילו לחברו גר, וא״כ הרי התוס׳ ביבמות מו,ב כתבו דגרות דומה לגזלות וחבלות דבענין דוקא ג׳ ומומחים... וא״כ י״ל היינו רק ישראלים... (ולא) גר דאינו ראוי להיות מומחה וסמוך היכי דבעינן סמיכה....

הגר״ש קלוגר הבין בדעת תוספות כי פסול הגר מלשמש דיין לנפשות, מלמד כי הינו פסול מלשמש לדיין בכל מקום ״דבעינן מומחים״, ועל כן כתב לפוסלו לשמש כדיין גיור בהסתמך על דברי התוספות ביבמות שבעינן מומחים לכך.

נראה שדברי החכמת שלמה מבוססים על הנפסק ברמב״ם (סנהדרין ד,ח) שאין סומכין כלל, ואף לא לדיני ממונות בלבד, אלא את הראוי להתמנות עקרונית לדון בכל דיני התורה,[10] הן מצד ידיעותיו והן מצד יתר תנאי מינוי הדיינים.[11]

הרב שלמה זלמן בהר״ן שכתב כן כדבר פשוט [והדברים מצויים במקומם בשו״ת אבני קודש סימן מט, וראו בהערות המלבה״ד שם]. דברי הרב בהר״ן הובאו במאמרו של הרב ישראל מאיר יונה בבית הלל כד, עמ׳ קסד, שהסיק בעצמו שמעיקר הדין יש להקל בכך, אלא שלמעשה תלה זאת בהסכמת ״ראשי הב״ד והמקום״, וזאת בכדי להסתמך אף על הדעות המכשירות את הגר לדון את ישראל על ידי קבלה.

[10] ״ויש להן למנות כל מי שירצו לדברים יחידים, והוא שיהיה ראוי לכל הדברים, כיצד חכם מופלא שראוי להורות לכל התורה כולה יש לבית דין לסמוך אותו וליתן לו רשות לדון ולא להורות באיסור והיתר, או יתנו לו רשות באיסור והיתר ולא לדון דיני ממונות... וכן כל כיוצא בהן״, הלכות סנהדרין ד,ח. בלחם משנה ציין כי מקור הדברים בירושלמי, ואולם לכאורה יש להוכיח שהבבלי לא סברו כן, וראו בציץ אליעזר, חלק טז סימן נד שהביא שאלת המנחת חינוך שהקשה כן על דעת הרמב״ם.

יש להעיר כי אחת מהתנגדויותיו של הרלב״ח לחידוש הסמיכה היתה מכח דברי הרמב״ם הללו שכן אין לנו כיום מי שראויים להורות בכל התורה כולה. הרב הרצוג (התחוקה לישראל א, עמ׳ 138) דחה זאת וטען שאין מדובר במעלה קשה כל כך להשגה, ולדבריו ״רוב חניכי הישיבות בדורותינו, ואצ״ל הרבנים היושבים על כס ההוראה״, ראויים להתעטר בעטרה זו לאחר מספר שנים של שינון מסודר של ״התלמוד, ארבעה הטורים, והרמב״ם״.. בדומה לכך כתב העלי תמר מועד חלק ג, עמ׳ רלח, וראו עוד דברי הרב

לדעת רש"י שהגר כשר לדון את חבירו אף לדיני נפשות, הגר נחשב עקרונית כמי ש"ראוי לכל הדברים" וניתן להסמיכו,[12] ואילו לדעת תוספות, היות והגר פסול מלדון דיני נפשות אף את חבירו הגר, הוא אינו "ראוי לכל הדברים", ולא ניתן לסומכו כלל. מכאן שלדברי תוספות (יבמות מו,ב ד"ה משפט) המדמים גרות לדיני גזלות וחבלות אליהם נדרשים דיינים מומחים, הגר פסול לשמש כדיין לגיור "דאינו ראוי להיות מומחה וסמוך".[13]

ד. בדין סמיכת חכם שאינו "ראוי לכל הדברים" - קושיית קצוה"ח
אמנם, הנחה זו כי פסול הגר מלשמש כדיין לנפשות מלמד על כך שהינו פסול לכל מקום שבעינן דיין סמוך, אינה כה פשוטה, ויש לדון בדבר לאור הנאמר באחרונים ביישוב קושיית קצות החושן (חו"מ ז,א).

קצוה"ח כתב שיש להוכיח, כנגד דעת תוספות, שכשרותו של גר לדון את חברו אף לדיני ממונות אינו אלא כאשר הוא בא לדון ללא כח כפיה. היות ולדעת התוספות הגר אינו ראוי לדון דיני נפשות, על כן הוא אינו "ראוי לכל הדברים" ואינו בר סמיכה, ומכאן שלדעת רבא (סנהדרין ג,א) שאף לדיני הודאות והלוואות נדרש מדאורייתא דיין סמוך, מוכח שכשרות הגר לדון חברו בדיני ממונות אינו אלא דיון ללא כפיה.[14]

סולובייציק בספר נפש הרב עמ' יח, שהדרישה היא להכיר רק את עיקרי הכללים ולא את כל פרטי ההלכות.

[11] ראה לשון הרמב"ם הלכות סנהדרין ד,י, בעניין מינוי הסומא. וראה בשו"ת קול מבשר (א,יב) שתמה על החתם סופר (אה"ע צד), וקצוה"ח (ז,ב) שהעמידו את דברי הרמב"ם רק על הפסול בפסול הגוף או לחילופין על הפסול מחסרון ידיעה, מכח דבריו המפורשים של הרמב"ם בהלכותיו ובפירושו למשנה.

[12] ראו באמרי בינה (הלכות דיינים סי' טו), שפירש כן בדעת רש"י, שניתן לסמוך את הגר שהרי הוא רשאי לדון דיני נפשות של גרים מדאורייתא. וראו בנודע ביהודה תניינא יו"ד קפב, בהגהת בן המחבר, ש"גר צדק שייך במצות סנהדרין לדעת רש"י במסכת יבמות קב,א ד"ה גר וכו' דגר דן את חברו גר אפילו בדיני נפשות".

[13] ואף שאנו מגיירים כיום ללא דיינים סמוכין מדין "שליחותייהו קעבדינן", טוען הרב קלוגר כי רק אלו שראויים עקרונית להיות סמוכים כשרים לכך. עוד הוסיף הרב קלוגר לטעון שיש מקום לפסול הגר אף מכוח טיעון נוסף: "כיון דכתיב משפט אחד יהיה לכם ולגר... א"כ הוקשו זה לזה והראוי לכם ראוי לגר ושאינו ראוי לכם אינו ראוי לגר".

[14] "דהא רבא סבירא ליה בפ"ק דסנהדרין (ג,א) דמן התורה בעינן סמוכין אפילו בהודאות והלואות... ונהי דבחברו הגר אינו צריך מקרב אחיך אבל דין סמוכין לא חלקה התורה בין אזרח לגר. ע"כ צ"ל דמיירי רבא בלי כפיה ומשום הכי דן דבר תורה דלא בעי סמוך אלא בעל כרחו, ובלי כפיה לא בעינן סמוכין", לשון קצוה"ח שם.

ה. השגות האחרונים על קושיית קצוה"ח

רבים מהאחרונים חלקו על דברי קצות החושן, ויישבו את קושייתו בדרכים שונות. יש שכתבו[15] שדין זה שאין ממנין אלא את הראוי להתמנות לכל דבר, אינו אלא דין לכתחילה אבל מינויו תקף בדיעבד,[16] ועל כן יש למנותם במקום הצורך.[17] אחרים הסבירו שאף שאין סומכים אלא את הראוי לכל, הנסמך עצמו יכול למנות כשלוחו תלמיד שאינו ראוי לכך בעצמו,[18] עוד יש מי שתירץ את הקושיה על סמך החילוק בין מינוי קבוע לכל חיי הנסמך לבין מינוי זמני.[19] אחרים תירצו עוד את קושייתו על סמך החילוק שהציעו רבים בין הפסול מלשמש דיין לכל הדברים שאין לסומכו, לבין מי שמצד עצמו היה ראוי לשמש כדיין, אלא שאסורים למנותו מדין שררה.[20]

---

[15] יש שהוסיפו לדחות את קושיית קצוה"ח מכל וכל, וטענו שמוכח מהגמרות שהביא שאכן סומכים את הגר, וראו בשו"ת מהר"ש מוהליבר חו"מ סימן ט, והשוו לדברי הדברות משה קידושין הערה קיד עמ' רעג: "ומצד סמיכה משמע דסומכין לגרים כשראוין לסמיכה, דהא גר דן את חבירו דבר תורה כדאמר רבא ביבמות שם, והוא אף לגזלות וחבלות דבעינן מומחין".

[16] "ובאמת היה אפשר לומר שאינו קשה כלל מה שהקשה קצוה"ח שזה שמביא הרמב"ם שאין סומכין לדיני ממונות אלא א"כ הוא ראוי גם לדיני נפשות הוא רק דינא דלכתחילה ולא לעיכובא", הרב חיים פינחס שיינברג, טבעת החושן א עמ' 22. בדומה לכך כתב בדברי יציב חו"מ סימן ב שכתב: "ואולי י"ל עוד דמ"ש הרמב"ם דבעינן ראוי לכל הדברים היינו לכתחילה, ובדיעבד שפיר מהני סמיכה לדבר אחד אף שאינו ראוי לכל הדברים". אולם יש לציין שהמנחת חינוך (מצווה תצא, אות טו), דחה זאת וכתב שלטעון שמדובר בדין "לכתחילה, אבל אם עברו וסמכו אותו הרי זה סמוך ומותר לדון במאי שהוא ראוי, זה אין סברא לפי ענ"ד, כי בודאי מי שאינו ראוי להיות לסמיכה לא מהני בדיעבד ג"כ, והוי ליה מקדיש בעל מום וכו'", ועל כן נשאר שם בצ"ע על דברי הרמב"ם.

[17] כך כתב הרב חיים דוד הלוי בספר דבר המשפט הלכות סנהדרין (ד,ח) עמ' 174-175, ולדבריו דין זה "אינו אלא לכתחלה וכל זמן שישנם ראויים לכל התורה כולה". ועיינו עוד בעמוד הימיני עמ' לח, שלדבריו כל עיקר דין זה אינו אלא "מתקנת חכמים והידור בעלמא" ומצווה מן המובחר, ועל כן במקום צורך ממנים גם שאינם בקיאים במידה זו.

[18] כן כתב באמרי בינה דיני דיינים סי' טו. ובדומה לכך כתב בשו"ת קנין תורה בהלכה (חלק ה חו"מ קלח, עמ' רכב), על פי דברי הצפנת פענח על הרמב"ם (הל' תפילה ח, יב), שעל אף שאין סומכין אלא את הראוי לדון בכל, מותר לרב למנות את תלמידו לתפקד כשלוחו, ו"בשליחות רבו דן למה שנסמך ממנו".

[19] שדברי הרמב"ם על כך שאין ממנין אלא את הראוי לדון בכל הדברים "זה דוקא לענין סמיכה עולמית להיות דיין קבוע בעירו אכן לענין סמיכה באופן זמני להיות דן ארעי כדי למלאות מקום אחד מן הדיינין שהוצרך לצאת לדרך וכיוצא בזה, שפיר אפשר לסומכו לזמן אף שאינו ראוי לכל הדברים". הרב אליהו הורביץ, "בדין הראוי להוראה בסנהדרין", התורה והמדינה ט-י עמ' קל-קלב.

[20] כן כתב ליישב מהדיר תוספות ישנים יבמות (מה,ב הערה 25), שכן פסלותו של הגר "אינו פסול בגברא שפסול להיות דיין, אלא דין הוא במינוי, דאין ממנים גר משום שלשררה

על פי דברי האחרונים הנ״ל ביישוב שיטת התוספות מקושיית קצוה״ח, נראה שיש להתיר לגר לשמש כדיין בבית דין לגיור,[21] (וכדעות הפוסקים שהובאו לעיל שכתבו כן מפורשות) וזאת אף אם נניח כדברי הגר״ש קלוגר שאין ממנין עקרונית כדיין גיור אלא את הראוי לסמיכה.

ו. מהות תפקיד בית הדין לגיור

אמנם, נציין לבסוף שיש שפקפקו בהיתר גר לגייר חברו מטעמים אחרים.

כך יש מקום לומר שגר פסול מלשבת בבית דין לגייר, משום שמעשה הגיור אינו רק דין בגר המתגייר עצמו, שהרי למעשה פוסקים בכך בית הדין ושופטים את עם ישראל כולו.[22] בדרך אחרת יש לומר, שבית הדין לגיור דנים אמנם אך ורק את המתגייר העומד לפניהם, ואולם הם עושים זאת בתור נציגי עם ישראל כולו שבשמם באים הם להחליט אם לצרף את אותו הגר שלפניהם לקהל ה׳.[23] אולם יצויין שאם נראה את בית הדין לגיור כנציגי עם

בעינן מקרב אחיך״. וכתבו לדייק כן בלשון רמב״ם סנהדרין ב,ט שכתב ש״בית דין של שלשה שהיה אחד מהן גר הרי זה פסול...״ ״הנה לא כתב הרמב״ם שהגר פסול להיות דיין, אלא נקט... שהפסול הוא בבית הדין, כי השררה היא בתורת ב״ד״. וכן כתב הרב יעקב דוד אילן בספר קובץ על יד חלק ב, סנהדרין ג,א עמ׳ רפב-רפג (ושוב בספרו משא יד ח״א עמ׳ שג). עצם החלוקה הנ״ל בין פסול לדיינות לפסול מינוי קיימת אצל מחברים נוספים, וראו בחידושי הרב שניאור קוטלר לסנהדרין (סימן ה, עמ׳ נח), בבד קודש חלק ג סימן מט, בפסקי דין ירושלים חלק ז עמ׳ תטו-תטז, בשם לשמואל שבועות סימן לה, ובשערי בנימין סנהדרין סימן לה.

[21] והעירני הרב שלמה פיק שיש לצרף לכאן את שכתב באגרות משה (יו״ד חלק ד, סימן כו) בנוגע למינוי הגר לתפקידי שררה, ״שהמצווה של ואהבתם את הגר מחייבת אותנו לקרבם ולהקל בכל עניינים אלו״.

[22] כך בשם הרב אלישיב בספר הערות למסכת קידושין עו,ב: ״דלגייר את הגרים דבעינן בפני שלושה נראה פשוט בסברא דדיין שהוא גר פסול לזה, ומשום דעצם קבלת הגרים אל קהל ה׳ זה נחשב שדן בזה את כללות קהל ה׳״. יצויין שעל אף שבספר ההערות מובא משמו שאין לשתף גר בבית דין לגיור וכי הדבר הוא אף לעיכובא, בפסקי דין ירושלים דיני ממונות ובירור יוחסין חלק ז, עמ׳ תיז-תיח, מובא משמו להלכה למעשה שהדבר מוטל בספק. וראו דברי הרב ישראל מאיר יונה שכתב שהדבר תלוי במחלוקת אם ישראל קיבלו ערבות ונענשים אף על חטאי הגרים, ולדעות שאינם בכלל ערבות ״נראה ודאי דהוי כגר שדן את חברו הגר״, במאמרו בבית הלל כד תשס״ו, עמ׳ קסב.

[23] כך כתב בספר שלמי שמואל עמ׳ קלו מובא במאמרו של הרב צבי שכטר בקול צבי ד, עמ׳ רצט, (וחזר ונדפס בספרו גנת אגוז סימן לה), ושעל כן דרושים שלושה מישראל ופסולים הגרים לכך. והשוו לדברי הרב שניאור קוטלר (לעיל) שהסביר בדומה לכך את פסול הגר לשמש בבית דין לחליצה היות והם אינם פוסקים בכך הלכה, אלא משמשים בתפקיד ייצוגי כבית דין חשוב המייצג את עם ישראל כולו. בענין הגדרה זו של תפקיד בית הדין לגיור כמי שדנים בתור נציגי עם ישראל אם ברצונם לקבל הגר אל תוכם, ראו עוד בחוות בנימין עמ׳ תיא ״שיסוד עיקרי הגירות, כתנאי ראשון, שכלל ישראל מסכימים לקבל

ישראל,[24] אין הדבר מחייב בהכרח שנמעט משום כך את הגר מלשמש כדיין לצורך זה, ואמנם מצינו מי שכתבו שגר רשאי להימנות לסנהדרין לאותם תפקידים שבהם הסנהדרין משמשים כנציגי עם ישראל ואינם דנים ופוסקים הלכה.[25]

אותו לקהלם, וזה מתבטא בזה שבית הדין, שהוא בא כוחם של עם ישראל, מחליטים לקבלו״, וכן במאמרו של הרב יהודה דוד בלייך בקול צבי ב, ע׳ 124.

[24] הרב שכטר חלק על דברי השלמי שמואל, וכתב שבית הדין לגיור מייצגים לא את עם ישראל כי אם את השכינה [וכדעת הבית הלוי (פרשת לך לך), והישועות ישראל (חו״מ סימן ג) המובאים בדבריו]. עוד העיר, שבית הדין לגיור כלל אינם דנים ופוסקים, ותפקידם אינו אלא לקיים דבר בדומה לתפקיד בית הדין לענין חליצה. בשאלה זו אם בית הדין פועלים את הגיור או רק ממלאים תפקיד סביל דנו רבים, וראו לדוגמא, בקובץ שיעורים (כתובות יא אות לג), בדברי הרב ז׳ולטי בקובץ תושבע״פ יג, באבי עזרי (הלכות מלכים עמ׳ שעג), במשאת משה כתובות סימן יג, עמ׳ 42-46, ובשיעורי הגר״א כהנא שפירא לסנהדרין עמ׳ רנח.

[25] ראו במשא יד ח״א עמ׳ שד, (וכן בארץ הצבי בקונטרס הסמיכה עמ׳ רלד), שמלק בין מינוי גר לבי״ד הגדול לבין מינויו לסנהדרין קטנה שעניינה לדון נפשות.

הרב יוסי איגרא

טענינן

מהדין או לפנים משורת הדין?

ראשי הפרקים

א. טענת ברי או שמא?
1. טענינן להוציא
2. יתומים – א״י אם נתחייבי או א״י אם פרעתיך?
3. דעת קצוה״ח – מחלוקת רמב״ם ותוס׳
4. דעת הרא״ש
5. סיכום – האם טענת יורשים נחשבת כטענת ברי?

ב. טענינן ברי וטענינן מיגו
1. מהי טענה?
2. יתומים – א״י אם נתחייבתי או א״י אם פרעתיך?
3. לא אומרים טענינן במיגו
4. טענת נאנסו
5. מחלוקת ר״י ורשב״א – אי שתקת
6. שני סוגי טענות
7. דעת הרמב״ן
8. סיכום – טענינן ברי

ד. טענינן לבעל דין
1. מחלוקת קצוה״ח ונתה״מ
2. הערה בדברי קצוה״ח

ה. טענינן להשביע

ו. טענינן בקרקע
1. הצורך בטענה בחזקת קרקעות
2. טענינן בקרקע וטענינן בחוב

ז. סיכום

במאמר זה ננסה לבחון מדוע טוענים ליתומים ולקוחות. האם יש דין מיוחד לטובת היתומים שאף שהם לא טענו ומעיקר הדין לא מגיע להם הממון אנו דנים כאילו טענו או שחכמים הגדירו את המציאות של יתומים כמציאות של פטור שאין צורך בטענה ואין כאן דין מיוחד בעבורם.

א. טענת ברי או שמא

1. טענינן להוציא

אחרונים הביאו דברי הר״י מיגאש (שו״ת קכא) שאין עושים טענינן להוציא – (שם בתשובה נידון כאשר יש ליתומים שטר שפלוני חייב לאביהם, אך כתוב שהיה משכנות כנגד החוב אצל האבא, היתומים רוצים שנטען שהמשכונות נאנסו ויוכלו להוציא ע״י השטר את החוב):

> תשובתך, שאין אנו טוענים בעד היתומים במה שהיה אפשר לאביהן לטעון אם היה נמצא אלא במה שרוצים להוציא מתחת ידי היתומים כמו שטר כיס וכיוצא בו, משום דלא מפקינן ממונא מתותי יד יתמי מספיקא, אבל בממון שרוצין הם להוציא מיד אחרים לא ניתן אותו להם מספיקא, לפי שכמו שאין לנו להוציא ממון מתחת ידם אלא בראיה ברורה כן לא נוציא להם ממון מיד אחרים אלא בראיה ברורה, על עיקר מה שאמרו - לא מפקינן ממונא מספיקא, ודין היתומים בזה ושאר העולם שוה.

מבואר מהר״י מיגאש, שדין טענינן אין הכוונה שאנו טוענים בעבורם אלא שכל שבאים להוציא מהיתומים אנו אומרים שיש להביא ראיה משום שיש ספק אם הם חייבים, וכך בכל אדם כל שיש ספק אם חייב אין מוצאים ׳ודין היתומים בזה ושאר העולם שוה׳. לפי זה נאמר שכוונת חכמים שעושים ׳טענינן׳ הינו שאנו מסתפקים בעצמנו ואין צריך לחכות לטענת היתומים. (כאשר הנתבע לפנינו אם אינו טוען כלום הרי מודה שחייב).

2. יתומים - איני יודע אם פרעתיך או נתחייבתי?

אך יש לשאול מה מועיל להסתפק על פירעון הרי הוי ׳איני יודע אם פרעתיך׳, וקי״ל להלכה שכאשר נתבע מודה שהיה חוב אך מסתפק אם פרע חייב לשלם (חו״מ עה,ט), ואם כן מה מהני שאנו מסתפקים בפירעון ליתומים עדיין צריכים לשלם אם לא נטען להם ברי שפרע.

נתה״מ (עה ס״ק ה) מביא דעת המשנה למלך שסובר שכאשר אומר איני יודע אם פרעתיך והשמא טוב, שלא הוי ליה למידע, אינו חייב לשלם, וכך מכריע נתה״מ ומבאר טעם הדין ׳דטענת איני יודע במקום דהו״ל למידע טענה גרועה היא, ומחזיקין אותו למשקר וטען שמא׳. לפי זה מספיק שיאמר היורש שמא האבא פרע ואינו צריך לשלם שאין זה טענה גרועה.

וכן מבואר בדברי בעה״ת (שער לח ח״ג אות ד) שביורש שאומר יודע אני שאבי היה חייב אך איני יודע אם פרע פטור ואע״פ שקי״ל שאיני יודע על פירעון חייב ״הני מילי בלוה גופיה, דהו״ל למידק, ומדלא דק ולא ידע אם פרע אם לאו איהו דאפסיד אנפשיה״.

ניתן לבאר בדרך נוספת. אף אם נאמר שגם במקום שלא הוי ליה למידע וטוען איני יודע אם פרעתיך חייב לשלם, ביורש אין זה שייך ופטור, שהרי לא היורש לווה אלא היורש מתחייב לשלם מכוח אביו שלווה ולגבי חיוב זה הוי היורש איני יודע אם נתחייבתי, וכך אומר הבית מאיר (אה״ע קעח): ״ולכאורה קשה מה בכך שאנן טענינן להם, הא מ״מ כל נאמנות האב לפטור היינו מפני טענתו בברי ׳פרעתי׳ וזה אי אפשר לטעון עבורם אלא שמא פרע, ולו יהא הם עצמם כך טענו נמי יתחייבו דהוי כאיני יודע אם פרעתי, וצ״ל דטעמא דמלתא משום דלגבי יורשים הוי תמיד איני יודע אם נתחייבנו דאם אבינו נפטר לשלם לא נכנסנו מעולם בחיוב״.[1] מבואר מהב״מ כדברינו, שאין טוענים ליתומים כתקנה לטובתם, אלא שפטורים משום שלגבם הוי איני יודע אם נתחייבתי.

כעין זה כותב החת״ס (גליון השו״ע קח,ד) ״נלפענ״ד להסביר בעזהש״י דהרי כיון שמת פקע חיובו לגמרי אלא מצווה על היתומים לפרוע חובת אביהם לכן כל שאין חובו ברור כגון שמא היה טוען פרוע במגו דנאנסו אין מצווה על היתומים דלגבי דידהו הו״ל כאיני יודע אם נתחייבתי״. וכ״כ בהגהות אמרי ברוך.[2]

רעק״א בשו״ת (תליתאה לא) חולק על הבית מאיר לדעתו לא ניתן לפטור את היתומים במקום שידוע היה שיש חוב לאביהם ולומר שהיתומים הם בגדר איני יודע אם נתחייבתי ׳דהדבר פשוט דגם לגבי היתומים הוי א״י אם פרעתיך, דאף דהם לא נתחייבו מעולם, מ״מ אנו דנין על הנכסים שירשו דוודאי נשתעבדו לזה והספק אם נסתלק השעבוד׳, אומר רעק״א שהטעם שאנו גובים מיתומים משום שהנכסים משועבדים ולגבי השעבוד הוי ספק

---

[1] ע״ש שמחדש מכוח זה דין שכאשר האבא בחייו טען איני יודע אם פרעתי ונתחייב, לאחר מותו אין היורשים חייבים לשלם דהוי איני יודע אם נתחייבתי. פת״ש קח,א מביא דברי הב״מ הנ״ל.

[2] בהגהות עה,טז ״נ״ב יש להסביר יותר דהחיוב בא״י אם פרעתיך הוא משום דמוקמינן בחזקת חיוב וגבי היורש לא היה עליו מעולם חזקת חיוב דאם פרע אביו מה היה לחול צד חיוב על היורש״.

אם נסתלק ונשארו בחזקת שהוא קיים ונגבה. אך עדין קשה מה ששאל הב״מ שאם כן כיצד אנו טוענים להם פרוע הרי אביהם היה נאמן רק משום שטוען ברי פרוע וכיצד נטען ליתומים ברי, על כך אומר רעק״א ׳ומה שהוכיח רומעכ״ת נ״י בספרו מהא דטענינן ליתמי פרוע, הדבר פשוט דהטעם דאנן טענינן להו דאלו היה אבוהון קיים היה טוען בברי פרעתיך, והוי כאלו עומד וטוען בברי בפנינו׳.

מבואר שנחלקו הב״מ ורעק״א האם כאשר ידוע שהאבא לווה האם יש צורך בתקנה מיוחדת ליתומים שטענינן להם ברי או שמעיקר הדין פטורים משום שהגדרתם כאיני יודע אם נתחייבתי.[3]

3. דעת קצוה״ח – מחלוקת רמב״ם ותוס׳

קצוה״ח (עה,טז) תולה דין - איני יודע אם פרעתיך בשמא טוב - במחלוקת הקדומה לגבי דין ׳מתוך שאינו יכול להשבע משלם׳. דעת תוס׳ (בב״ק מו,א ד״ה דאפי׳) וכן הרא״ש שם, כאשר טוען נ׳ ידענא ונ׳ לא ידענא היכא דלא הוי ליה למידע פטור מתשלום כמו יתומים, התוס׳ מבאר מדוע מוכרחים לומר כן, הגמ׳ בשבועות (מז,א) לומדת מפס׳ שיתומים פטורים משבועה ושואלת הגמ׳ במאי עסקינן, אם הם טוענים בברי נ׳ חייב נ׳ אינו חייב ׳מה לי הוא מה לי אבוה׳, ולכן מעמידה הגמ׳ שטוענים נ׳ ידענא נ׳ לא ידענא שבכה״ג אביהם חייב לשלם והם פטורים, מבואר מהגמ׳ שאין זה גזה״כ גרידא שיתומים פטורים משבועה שהרי כאשר טוענים ברי חייבים בשבועה גם אם זה חוב אביהם, אלא שיש סיבה לחלק בין יורש לנתבע עצמו ויש לפרש את ההבדל שהם אין עליהם לדעת לעומת הלווה שחייב לידע, וא״כ לומד תוס׳ שכל אדם שאין לו לדעת פטור מ׳מתוך׳. דעת הרמב״ם שגם כאשר לא הוי ליה למידע חייב לשלם מדין משאל״מ ורק יתום פטור כאשר אינו יודע, מבאר קצוה״ח שלפי הרמב״ם מוכרחים לומר שהטעם שיתומים פטורים משום שטענינן להם ׳וטעמא דיורשין פטורין ע״כ משום דהב״ד טוענין ליורש כל מה דאבוהן מצי למטען׳.

---

[3] נראה ששורש מחלוקתם מה טעם אנו יורדים לגבות מהיתומים לפי רעק״א מבואר שיורדים רק משום השיעבוד ולפי הב״מ אפשר שהטעם משום שיש על היתומים מצווה לפרוע חובת אביהם וכמו שאומר התומים (לט,ב) שכאשר האב מת חל שיעבוד על היתומים מכוח המצווה לפרוע חובת אביהם. עיין באבני משפט יב מאמרו של הרב יהודה צור באריכות.

השו״ע (סימן עה,טז) כותב שאפילו כאשר יש עדי הלוואה וטוען היורש שאינו יודע אם פרע - פטור, מביא קצוה״ח דברי מהרנ״ח שלמד מכאן שה״ה לאדם שלא הוי ליה למידע שפטור, אומר קצוה״ח שדיוק זה נכון רק לפי תוס׳ שלדעתם אין הבדל בין יורש לאדם שלא הוי ליה למידע, אך לדעת הרמב״ם הטעם שיורש פטור משום שטענינן ליה ואין ללמוד ללווה עצמו שלא יודע. מבואר שקצוה״ח למד בדעת תוס׳ שלא טוענים ליתומים פרוע ולכן כאשר בא תוס׳ לבאר את החילוק בין יורש ללווה חילק שיורש לא הוי ליה למידע ולא כתב שיורש פטור משום שטענינן, ולכן אם מצינו שיורש פטור באיני יודע אם פרעתיך, הטעם משום דלא הוי ליה למידע, ולכן ה״ה לשאר אדם כאשר לא הוי ליה למידע. אך לדעת הרמב״ם שלמד שאנו טוענים ליורש בברי אין ללמוד מיורש לאדם שלא הוי ליה למידע.

בפרק הקודם הבאנו דברי רעק״א שחלק על הב״מ ולדעתו הטעם שיורש פטור כאשר ידוע שהיתה הלוואה משום שטענינן לו ברי שפרע, אך אומר רעק״א שמתוס׳ והרא״ש הנ״ל לא משמע כן כמו שלמד קצוה״ח, ׳ומזה הטעם באמת קשה לי על תוס׳ והרא״ש דהוכיח דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו משלם היכי דלא הו״ל למידע מהא דיורשים פטורים, הא בפשיטות י״ל דשאני יורשים דאמרינן דאביהם הי׳ טוען ברי ונשבע, ובש״ך (עב,נא) כתב באמת הכי לשיטת הרמב״ם, ולשיטת תוס׳ והרא״ש דלא תירצו הכי נצטרך באמת לומר דהא דביתומים שאומרים א״י אם פרע אבינו דפטורים היינו ג״כ דבא״י אם פרעתיך אינו חייב אלא היכי דהו״ל למידע וכמ״ש הרנ״ח.

נפק״מ נוספת תולה קצוה״ח (פב,יב) במחלוקת הראשונים הנ״ל, תוס׳ בשבועות (מו,א) סובר שבכלים העשויים להשאיל ולהשכיר, שנמצאו אצל לוקח, נאמן המרא קמא לטעון גנובים מיגו דשאולים ולהוציא מהמחזיק ואינו מחשיב זאת כמיגו להוציא,[4] מבאר קצוה״ח שאין זה מיגו להוציא משום שהלוקח טוען שמא, שאינו יודע כיצד הגיע לידי המוכר, וקי״ל שאומרים מיגו להוציא בברי ושמא (כמבואר בכתובות יב,א שנאמנת אשה לטעון משארסתני נאנסתי במיגו דמוכת עץ והבעל טוען שמא), אך שואל קצוה״ח הרי כאן מיירי בלוקח ואנו טוענים ללקוח ברי ומדוע מהני המיגו, אלא תוס׳ לשיטתו שאין עושים טענינן ליורש וללוקח וכל מעלתם של היורש

[4] עי׳ שם בתוס׳ שדעת מה״ר דודי דהוי מיגו להוציא, ועי׳ בש״ך סימן קלג שמבאר סברת תוס׳ שלא הוי מיגו להוציא משום שמחזיר את הדמים ללוקח, אך קצוה״ח שאל מה יהיה אם נתן לו במתנה.

והלוקח שטענת השמא שלהם טענה טובה ולענין מיגו להוציא מול שמא אפי׳ כאשר השמא טוב ניתן להוציא (הבעל שמצא שאינה בתולה טוען שמא טוב). א״כ הקצות סובר שיש נפק״מ גם לגבי היתום עצמו, (ולא רק האם ללמוד מיתום לכל אדם דלא ה״ל למידע), כאשר יש לתובע מיגו לדעת תוס׳ מיתומים אין זה להוציא משום שטענתם שמא ולדעת הרמב״ם לא יוציא משום שטענינן להם וטענתם נחשבת ברי.

אם כן למדנו מקצוה״ח ורעק״א ששאלתנו האם אנו זקוקים לתקנה כדי להציל את היתומים מתשלום תליא במחלוקת ראשונים, מהתוס׳ והרא״ש משמע שאין צורך בדין מיוחד שאנו טוענים בעבורם אלא שהם פטורים מעצם הדין ומהרמב״ם משמע שיש כאן תקנה לטובתם.

אך יש לשאול מדוע למדו כן קצוה״ח ורעק״א בדעת התוס׳, לכאורה ניתן לומר שתוס׳ לא ביארו את החילוק שבין יורש ללווה שליורש טענינן, שאם כן כאשר טוען נ׳ ידענא ונ׳ לא ידענא ואנו נעשה טענינן ליורש ונהפוך את ספקו לטענת ברי הרי עדין יהיה חייב שבועה כאילו טוען נ׳ אני חייב ונ׳ אני פטור ומידי שבועה לא נפק, ולכן נאלצו תוס׳ להסביר שב׳מתוך׳ פטור בשמא טוב, אך אין ללמוד מכאן לשאר מקומות שאין אנו טוענים ליורש, ואם נבין כך את תוס׳ לא ניתן ללמוד מדברי השו״ע שפטר יורש כאשר טוען איני יודע אם פרע לגבי לוה שטוען שאינו יודע אפילו בשמא טוב שליורש אנו טענינן, אך אפשר שקצוה״ח ורעק״א למדו זאת מדברי הראשונים ב״ב (ע,ב) לגבי טענינן נאנסו, שם נחלקו הראשונים האם טוענים נאנסו דהוי טענה שלא שכיחה, ומבואר שעצם הדין לעשות טענינן לא היה קשה להם אף שאביהם כאשר היה טוען נאנסו היה חייב שבועה ולכן קשה לקצות ורעק״א מדוע תוס׳ והרא״ש לא ביארו שהסיבה שיורשים פטורים משום שטוענים להם טענה עם שבועה, אלא ודאי שסוברים שאין תקנה שטוענים להם אלא שכל מעלתם של חורש ולוקח שהשמא שלהם הוא שמא טוב, ועדין צ״ב.

4. דעת הרא״ש

הגמ׳ בכתובות (טז,א) אומרת, כאשר הבעל טוען שנשא את האשה אלמנה, וברצונו לשלם רק מנה, נאמן, ואם רוצה ליטול מאתיים עליה להביא ראיה שהיתה בתולה (שיצאה בהינומה), אומר הרא״ש (פ״ב סעיף א) שגם לגבי אלמנה כאשר יש ויכוח עם היתומים האם היתה אלמנה או בתולה בשעת הנישואין עליה להביא ראיה כדי להוציא מאתים. ומבאר הרא״ש שאע״פ שהגמ׳ תולה דין זה שהבעל טוען ברי (דאל״כ הוי ברי של האשה נגד שמא של

הבעל בתוספת חזקת הגוף שהיתה בתולה והיא תהיה נאמנת) גם יורשים נחשב דטוענים ברי משום דטענינן ליה, ׳ואלמנה נמי חשבינן טענת היורשין ברי כיון דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למיטען׳ מבואר מהרא״ש שטענתם נחשבת ברי. קצוה״ח באבנ״מ (צו,ו) מקשה הרי שיטת הרא״ש שאין טענת היתומים נחשבת ברי ונשאר בצ״ע[5].

וכן הרא״ש בסוגיית רבה בר שרשום (ב״ב לג,א רא״ש ס״ק יז) מבאר שטענת היורשים נחשבת טענת ברי, שם מסתפק הרא״ש מה רצה רבש״ר להרויח אם היה טוען לקוח על הקרקע, ומביא ב׳ אפשריות, א. אם יטען ׳לקוח׳ יהיה פטור משבועה משום שהיתומים אינם טוענים ברי ואינו מתחייב שבועה. ב. רצה להרוויח זמן ולא להמתין עד שיגדלו, ומסכם הרא״ש שהעיקר כתרוץ השני ׳ותירוץ זה נוח לי מן הראשון דכל דמצי אבוהון למיטען ולהשביע טענינן ליתמי ומשבעינן אפילו בשמא׳. מבואר מהרא״ש שטענת היתומים הוי טענת ברי ואפילו לענין להשביע שבועת הסת. תוס׳ שם (ד״ה מיגו) מבאר כמו האפשרות הראשונה שהעלה הרא״ש שכאשר יטען רבר״ש לקוח על הקרקע לא יצטרך להישבע הסת משום שהיתומים טוענים שמא, ׳אבל הכא לאו טענת ברי הוא שאין ודאי ליתומים שקרקע זו אינה לקוחה בידו הלכך אי הוה טעין לקוחה היא בידי לא הוה צריך שבועת היסת׳. משמע שסובר שאין טוענים ליורש בברי כמו שהעלה קצוה״ח בדברינו לעיל. אמנם הקה״י (ב״ב סימן ז) מקשה מתוס׳ ה,ב (ד״ה ואפילו) שם מוכיח שאין אדם יכול להשביע בתוך הזמן ׳אשתבע לי דלא פרעתיך׳ מכך שליתומים לא נשבעים, אם הדין היה שאדם יכול להשביע גם ליתומים היו עושים ׳טענינן׳, ואין זה מתיישב עם דברי תוס׳ הנ״ל שהרי אם ליתומים טוענים רק שמא אין להשביע את המוציא שהרי רק בטענת ברי של נתבע משביעים את בעל השטר,[6] ואין להקשות מכל שבועת היתומים מדוע נשבע הבא ליטול מהם שדעת תוס׳ בשבועות (מא,א ד״ה וכי) ששבועת היתומים אינה מדין טענינן.

---

[5] וז״ל שם: ״ולפ״ז קשה לי בדברי הרא״ש דס״ל בפ׳ הפרה כשיטת התוס׳ דהיכא דלא ה״ל למידע לא אמרינן מתוך שאיל״מ והבי׳ ג״כ ראייתם מדיורשין פטורין ע״ש, וכיון דס״ל דשמא דיורשין לא עדיף משמא דידיה היכא דלא ה״ל למידע א״כ קשה כיון דגבי משארסתני נאנסתי אלים ברי דידה נגד שמא דידיה דלא ה״ל למידע, מ״ש הכא באלמנה דחשבינן לשמא דיורשין כטענת ברי הא לשיטתו לא עדיפי יורשין מיני׳, וצריך למוד כעת״.

[6] עי׳ בדברי הקה״י שמחלק שלענין שבועת הסת חשיב טענינן להוציא שכל רצונו לחייבו שבועה ולענין ׳אשתבע לי׳ חשיב טענינן להחזיק שעד שלא ישבע לא ייוציאו את הקרקע מיד היתומים.

5. סיכום – האם טענת יתומים נחשבת טענת ברי

ראינו שדעת בעה״ת שאין טענת היתומים נחשבת כטענת ברי ואין זה דין מיוחד עבור היתומים אלא כל היכא שלא הו״ל למידע בפרעון פטור, הבית מאיר ועוד אחרונים נקטו שאין צורך בטענינן כדי לפטור יתומים אפילו כאשר היה ידוע בברור שאביהם היה חייב וטעמם משום שטענת היתומים נחשבת כ׳איני יודע אם נתחייבתי׳, נראה שסוברים שיתומים חייבים משום מצווה לפרוע חוב אביהם ואין ברור שחלה עליהם המצווה ולכן ספק אם נתחייבו, אך רעק״א טוען שהטעם שיורדים לנכסי יתומים משום שיעבוד הנכסים ולכן טענתם נחשבת כ׳איני יודע אם פרעתיך׳. ראינו שקצוה״ח ורעק״א תלו זאת במחלוקת הראשונים בדין ׳מתוך׳, לדעת תוס׳ והרא״ש אין צורך בטענינן כדי לפוטרם ולדעת הרמב״ם פטורים משום טענינן.

דעת הר״י מיגאש לכאורה כדעת הסוברים שטענינן אינה טענת ברי אלא שמעיקר הדין פטורים, מחמת הספק.

לדעת בעה״ת וכן התוס׳ והרא״ש על פי קצוה״ח נלמד מפטור היתומים לכל אדם שלא הוי ליה למידע שפטור ואין זה דין מיוחד ביתומים, דעת הב״מ שרק ביתומים שירשו נפטרים משום ׳איני יודע אם נתחייבתי׳ ואין ללמוד מכאן לשאר אדם שאינו יודע.

יש לנו עוד לברר האם לדעת הרמב״ם והסוברים שיש תקנה עבור היורשים וטענינן להם ברי, אפילו היכא שחייבים שבועה, האם בהכרח סוברים שעושים טענינן להוציא או שמא אף אם טענתם טענת ברי אין זה מספיק כדי להוציא ממון, יבואר בעז״ה בפרק הבא.

ב. טענינן ברי וטענינן מיגו

1. מהי טענה

למדנו בדעת הרמב״ם שטענינן חשיב טענת ברי וכן כתב רעק״א, ולכן אמר הקצות שאין ללמוד מיורש לשאר אדם שאינו יודע אפילו היכא דלא הוי ליה למידע, ננסה להבין סברת הרמב״ם.

יש לנו לשאול לדעות הסוברות שטענת היתומים נחשבת טענת ברי מכוח דין טענינן, האם כוונתם שאנו מזכים ליתומים ממון שאין בזכותם לקבל לפי הכללים הרגילים של דיני ממונות, האם הכוונה שכאשר הם טוענים שאינם יודעים אם היה פירעון היה ראוי לחייבם לשלם אלא שהקלו עליהם

ומחשיבים את טענתם כברי, אך אם כן מה ראו חכמים להפסיד את המלווה בעבור היתומים. ושמא נאמר משום שאנו תולים שאם אביהם היה קיים היה טוען טענה הפוטרת אותו א״כ ניתן גם לחשוש שהיה מביא ראיה שתפטור אותו מהממון ובזה ודאי שאין חוששים, (בתוך הזמן לכל״ע גובים מהיתומים ואין חוששים שמא יש עדים שפרע).

לכאורה שאלה זאת מחייבת הסבר כיצד אדם נפטר ע״י טענה, הבאנו את הבית מאיר (לעיל א.5) שהקשה ׳ולכאורה קשה מה בכך שאנן טענינן להם, הא מ״מ כל נאמנות האב לפטור היינו מפני טענתו בברי ׳פרעתי׳ וזה אי אפשר לטעון עבורם אלא שמא פרע׳, מבואר מדבריו שהבין שכאשר אדם טוען שפרע הוי טענה טובה שמבררת שאכן היה פירעון או לכל הפחות מעוררת לנו ספק לגבי החוב ואין אנו מוציאים, אך קודם שטען פרוע ברור לנו שחייב, ולכן מקשה כיצד יכול להועיל דין טענינן במקום שודאי שיש חוב הרי צריך ׳ראיה׳ של טענה כדי שלא נוציא ממנו ולכן מבאר הב״מ שלגבי היתומים אין וודאי חוב.

רעק״א אמר על דברי הבית מאיר שאינה שאלה כלל ״דהטעם דאנן טענינן להו דאלו היה אבוהון קיים היה טוען בברי פרעתיך, והוי כאלו עומד וטוען בברי בפנינו״. אך להבין דברי רעק״א שאם כן נאמר שאביהם עדין עומד בפנינו והיה מביא ראיה על כך שפרע.

2. ספק ברי

הקה״י (ב״ב סימן ז) מבאר את דברי תוס׳ בסוגיית רבה בר שרשום, תוס׳ שם (ד״ה מיגו) מבארים שאם רבר״ש יטען לקוח נגד היתומים לא יחייבו אותו הסת משום שטענתם היא בשמא, מבאר הקה״י שאין כוונת תוס׳ שאין טוענים להם ברי כלל שהרי מוכח מסוגיית הגמ׳ בכתובות (טז,א) באשה דנתארמלה שטוענים להם ברי (עיין לעיל פרק א 4) ואם כן לכאורה היה ראוי להשביע אותו הסת, אלא צריך לומר שדעת תוס׳ היא:

> דענין טענינן ליתמי לא הוי בגדר ברי ממש אלא בגדר ספק ברי, ואין זה כענין ׳שמא׳ שאז מודה שאין לו שום טענה ודאית, אבל גבי יתמי דטענינן שמא אי הוה אבוהון קיים היה טוען.

ומבאר שלענין שבועת הסת אין מחייבים אלא אם היה ברי בפנינו אך בגמ׳ בכתובות שדעת ר״ג שבברי ושמא (בצרוף חזקה או מיגו) מוצאים מהבעל כאשר הוא שמא, היתומים אינם נחשבים שמא אלא ספק ברי, וכמו שלרב

הונא ורב יהודה שסוברים ברי ושמא ברי עדיף לא נאמר שיבוא כל אדם לבי״ד ויתבע אדם שאינו נמצא והוי ברי ושמא אלא יש לנו ספק שמא יטען ברי ולכן אינו מוציא.[7]

נראה לפי דבריו לבאר שאף אם נסבור שהטענה של הנתבע היא 'ראיה' שמעוררת לנו ספק לגבי החוב (כמו שמשמע מדברי הבית מאיר לעיל), הרי במקום שמספיק לנו 'ראיה' של טענה יש לנו חשש סביר שאכן הנתבע היה 'מביא' ראיה זאת ויש לנו ספק בעצם החוב ולכן אין אנו מוצאים מהיתומים, אך אין לנו סיבה לחשוש שאביהם יביא ראיה של עדים וכד'.

לפי דרך זאת ודאי שאין ללמוד מהפטור של יתומים ללווה עצמו במקום שלא הוי ליה למידע, ז״א שגם אם לווה רגיל שיטען איני יודע אם פרעתיך בשמא טוב יהיה חייב לשלם יתומים פטורים משום שיש לנו ספק שאביהם היה מביא ראיה.

לפי דרך זאת ניתן להבין את הסוברים שלא עושים טענינן לטענה שאינה שכיחא (חו״מ קח,ד) שאין זה שכיח שאביהם היה טוען נאנסו ולכן גם אנו לא חוששים שהיה טוען נאנסו. וכן מובן לפי זה מדוע אנו טוענים טענות שאביהם היה נאמן במיגו כמו שמוכיח תוס' (ב״ב ל,א ד״ה לאו קמודית) ״וכה״ג מצינו בסוף המוכר (לקמן ע,א) גבי מפקיד אצל חבירו בשטר דאע״ג דלא טענינן ליתמי נאנסו אפ״ה טענינן ליה החזרתיו לך כיון שאביהם היה נאמן בטענה זו במיגו דאי בעי אמר נאנסו״, אע״פ שמיגו בפשטות הוי כמו ראיה, 'אנן סהדי' שאינו משקר, מכל מקום בגלל שזו ראיה שבקלות האבא היה יכול 'להביא' ממילא אנו חוששים להוציא מהיתומים שמא אביהם היה מביא ראיה.

3. לא אומרים טענינן במיגו

הקוב״ש (ב״ב תקסג) מביא דברי ר' יונה שסובר שלא עושים טענינן בטענות שאביהם היה יכול לזכות רק ע״י מיגו, חולק על תוס' שהבאנו לעיל שהוכיח מדברי הגמ' (ב״ב ע,א) שטוענים ליורשים גם טענות שמצריכות מיגו, החזרתי בפקדון מיגו דנאנסו, המהרי״ט (ח״א סי' ט) ג״כ סובר כר' יונה שאין טענינן היכא דבעינן מיגו, ודוחה את ראיית התוס' שכוונת הגמ' בפקדון שאינו חושש להשאיר את השטר משום שיכול לטעון נאנסו וממילא נאמן בטענת

[7] ע״ש שמבאר על פי זה מדוע לרב הונא ורב יהודה צריך סימנים כדי להוציא אבידה ואין זה נחשב ברי ושמא.

פרוע שכבר אין חזקה 'שטרך בידי מאי בעי', וכן כותב שם רשב"ם (ד"ה ולטעמיך) 'נפקד נמי לא הוה חייש לשטרא משום דהוה מצי למיפטר נפשיה בטענת אונס'.

נתה"מ (קמו,כא) מסכים עמם בסברא

> דהנה לכאורה אינו מן הסברא לטעון ללוקח והיורש טענה שהמוכר והמוריש אינם יכולים לזכות בה רק מכח מיגו, דהא כשהמוכר טוען כן לא מהימן רק מכח מיגו, והמיגו הוא ראיה והוכחה שאומר אמת, דאילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה מעליתא, וא"כ היאך מצינו לטעון טענה זו להיורש וללוקח כיון דליכא טוען ואין לנו הוכחה שהיא אמת.

מדוע לדעתם לא טוענים טענות המצריכות מיגו, נראה מדבריהם שסוברים שטענינן לא מהני היכא שצריך ראיה אלא רק היכן שמספיק 'טענה', מדבריהם משמע שטענה אינה ראיה שמעוררת ספק שאם כן לא היינו טוענים כמו שאין טוענים כאשר צריך 'מיגו', אלא צריך לומר שאדם נאמן בטענה משום שיש לאדם 'זכות טענה', הינו שגם בלא דבריו אנו כבר סוברים שפטור שהרי הממון אצלו ומסתמא הממון במקומו או משום שפרע או משום להד"מ וכד' אלא שאם יטען טענה אחרת או שישתוק שוב נראה שלא פרע ולכן גם ליתומים אנו נטען שהרי אין חיסרון במה שאינם טוענים. אך אין ללמוד מכאן ללווה עצמו שלא הוי ליה למידע כגון ששלח פירעון ע"י שליח ולא יודע אם פרע ששם כבר מודה שיש ספק במציאות וכבר אין לתלות שהממון במקומו.

לפי דברינו ישנו כלל - כל מקום שאדם נאמן בטענה אנו אומרים שמסתמא זאת המציאות ועוד לפני שהוא טוען אנו סוברים שכך היה, לאור זה אומר נתה"מ שמסברא אנו עושים טענינן רק במקום שמספיקה טענה, אך במקום שבעינן ראיה או אנן סהדי של מיגו אין מקום לטענינן.

4. טענת נאנסו

לכאורה נראה שנחלקו במחלוקת זאת, האם טוענים טענות המצריכות מיגו, הרמב"ן ותוס'. הגמ' ב"ב (ע,א) מסתפקת האם אדם שהופקד אצלו בשטר נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו, (האם נאמן במיגו נגד חזקה ד'שטרך בידי מאי בעי') הגמ' רוצה לתלות זאת במחלוקת תנאים האם גובים מיתומים פיקדון בשטר או שטוענים להם 'החזרתי'. תוס' שואל אפילו אם

אדם לא נאמן לטעון החזרתי אפשר לטעון ליתומים נאנסו ומתרץ תוס׳ שנאנסו לא טוענים משום דלא שכיחא.

> וא״ת אכתי אמאי גובה כולו דניטעון ליתמי נאנסו וי״ל דמלתא דלא שכיח היא לא טענינן ליתמי, דנאנסו קלא אית ליה, ואע״ג דאבוהון הוי מהימן לומר שנאנסו מיהו לא טענינן להו, ומאן דאמר נשבע וגובה מחצה סבר דלא מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי וטענינן להו החזרתיו לך אף על גב דלא טענינן להו נאנסו כיון דאבוהון היה מהימן בטענה זו מיגו דאי בעי אמר נאנסו.

אך הרמב״ן חולק, אומר הרמב״ן שאם אי אפשר לטעון נאנסו לא ניתן לטעון החזרתי ׳דמאחר שהיסוד הרוס איך התקיים הבניין׳. מבואר מדבריו שאין באפשרותנו לטעון טענות שנאמן רק במיגו, נראה סברתו כמו שאמרנו שאנו טוענים רק כאשר הכוח טענה לפנינו אך טענות הזקוקות למיגו אינם טענות ׳טובות׳ שנטענות מאליהם וא״כ אם טענת נאנסו אינה טענה שאנו טוענים ואינה נחשבת ככוח טענה גם החזרתי אין לנו לטעון.

אם כן לדעת ר׳ יונה וכן נראה מהרמב״ן אין טוענים טענות שנאמן רק במיגו ודעת תוס׳ שטוענים גם טענות שמצריכות מיגו, בארנו את דעת ר׳ יונה שרק טענה שנאמן בפני עצמה טוענים אך לא ראיה, נשאר לנו לברר סברת תוס׳ שאנו עושים טענינן גם במקום שאביהם נאמן רק במיגו (ללא סברת הקה״י שטוענים ראיה).

5. מחלוקת ר״י ורשב״א – אי שתקת

תוס׳ ב״ב ל,א (ד״ה לאו קמודית) מביא מחלוקת ר״י ורשב״א כאשר היושב בקרקע אין לו חזקת ג״ש וטוען שקנה משמעון שקנה מהמערער, ויש עדי חד יומא על ישיבתו של שמעון והיושב יודע שהקרקע היתה שייכת למערער. לדעת רשב״א טענינן שהרי שמעון היה נאמן בטענת לקוח במיגו דלהד״מ ולכן טוענים גם ללוי שלקח ממנו, אך ר״י חולק, וזה לשון תוס׳ : ׳ואור״י דלא דמי להיא דהמוכר את הבית דהכא אם היה רוצה המוכר לזכות בטענה זו דלא היתה שלך מעולם לא היה מעכבה הלוקח שהרי יודע היה שהיתה שלו׳, היינו אומר ר״י שנכון שאנו עושים טענינן גם בטענות המצריכות מיגו אך כאן הדבר שונה שהרי אם יטען שמעון ׳להד״מ׳, שהקרקע מעולם לא היתה שייכת למערער, הלוקח יחזיר לו את הקרקע שיודע שזה שקר.

כדי לבאר את שיטת תוס׳ מחדש נתה״מ (קמו,כב) עיקרון נוסף שמחמתו לא נוציא מיתומים ולקוחות, ולאור חידוש זה יובן מדוע נעשה טענינן גם בטענות שמצריכות מיגו.

נתה״מ מבאר, שתוס׳ מסכים עם סברת ר׳ יונה שלא שייך לעשות טענינן במקום מיגו, שהרי זה בכלל ראיה, אך בכל זאת לא מוציאים מהלוקח, ומבאר טעמם משום שהלוקח יכול לומר ׳אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה׳, ומבאר זאת לפי סברת תרומת הדשן בקם דינא שהוי יאוש של הבעלים, ולכן כל מקום שהיושב הראשון היה זוכה אנו לא נוציא מהיושב שבא מחמתו הואיל והתייאש כאשר היה אצל המוכר. וכך גם נסביר את דברי תוס׳ (ב״ב ע,ב) שאף שאין טוענים נאנסו ואין עושים טענינן לטענות הצריכות מיגו פטור משום ׳קם דינא׳.

בזה מיושבת דעת הרשב״א שבעדי חד יומא זוכה היושב. אך אם כן כיצד נסביר את שיטת ר״י, הרי אינו חולק על ההוכחה של הרשב״א מהחזרתי מיגו דנאנסו שאנו טוענים החזרתי אע״פ שלא טוענים נאנסו, ואם כן מדוע לא יזכו הרי המוכר היה זוכה בדין כאשר הקרקע היתה ברשותו וקם הדין, מבאר נתה״מ שצ״ל שסברת תרומת הדשן שיש יאוש זה רק במקום שלא עבידא לגילויי אך כאשר המוכר היה נאמן רק במיגו דלהד״מ אין המ״ק מתייאש שהרי בקלות ימצא עדים שהיה שלו בעבר והוא המ״ק.

מבואר בנתה״מ, שכאשר בעינן מיגו אין זה מדין טענינן אלא משום יאוש של המ״ק. אך ברור בדבריו שלגבי טענות שאינם צריכות מיגו, טענינן ליורש ברי משום שאין לנו להסתפק אם פרע, וכך משמע מרעק״א (לעיל) שכאשר היורש לפנינו אנו רואים כאילו האבא לפנינו וטוען ברי. (הסבר זה שמהני מכוח יאוש נראה שמהני דווקא במטלטלין ובקרקע אך לגבי חוב תליא במחלוקת האחרונים האם מהני יאוש בחוב).

6. שני סוגי טענות

לפי הסבר זה קשה סברת הראשונים מדוע אין טוענים טענות שאינם שכיחות הרי לפי דברינו אדם נאמן בטענה משום שהטענה מסתברת ואנו תולים מעצמנו שכך היה ואם אדם נאמן בטענה שאינה שכיחה מדוע לא לטעון כך גם ליתומים. כדי לענות על שאלה זו יש ללמוד דיבור נוסף בנתה״מ.

נתה״מ (סט,יא) מבאר מדוע השו״ע הביא מחלוקת האם טענינן נאנסו ליתומים (חו״מ קח,ד) אך לגבי לטעון פרוע בתוך הזמן במיגו דמזוייף (היתומים הודו שזה כתב יד אביהם אך האב היה נאמן במיגו) כתב השו״ע שלא טענינן, ומשמע שהטעם משום שאינו שכיח שפרע, מסביר נתה״מ שכאשר זה טענה שאינה שכיחא אנו טוענים להם שמא -

> דאף דטענינן להו נאנסו, היינו דס״ל דהא דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח, היינו דכל מקום דטענינן ליתמי הוי כטוענין ברי, כמו שכתב הרא״ש בריש פרק האשה שנתארמלה (כתובות פ״ב סי׳ א), ובמילתא דלא שכיח לא טענינן להו, ולא הוי טענותייהו כטענות ברי, ודמי לאילו אביהם קיים והיה טוען שמא, ובנאנסו אילו היה אביהם קיים והיה טוען שמא, שאינו יודע אם נאנסו, לא היה חייב רק מטעם דהוי ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וביורשים דלא שייך מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ... טענת שמא דידהו טענה מעליותא היא, משום הכי פטורין, משא״כ הכא בתוך הזמן דבעינן טענת ברי דוקא לאביהן, שיהיה נאמן משום מיגו, לא טענינן ליתמי שיהיה חשוב טענותייהו כטענת ברי.

מבואר מנתה״מ שיש שני סוגי טענינן, טענות שכיחות, גם אצל היתומים הוי טענת ברי, וטענות שאינם שכיחות הוי טענת היתומים שמא.[8]

נראה מבואר לפי דברינו שגם אצל האדם עצמו יש שני סוגי טענות, סוג א׳ של טענות - אלו טענות שאין צריך לטעון אלא אפי׳ קודם שטוען אנו תולים שכך היתה המציאות, אלא שצריך שיטען כדי ששתיקתו לא תגרע את עמדתו, ובכה״ג גם אצל היתומים נחשב כטענת ברי, אך סוג ב׳ של הטענות הם טענות שרק כאשר אדם טוען אותם אנו מאמנים להם, אלו טענות של ׳ראיה׳, לכן בטענות אלו אין סברא לומר שנתייחס ליתומים כאילו טענו ברי שהרי בעינן ראיה וכמו שביאר נתה״מ לגבי טענות של מיגו שאין אנו עושים ׳ראיה׳ ליתומים, ולכן אנו לא טוענים להם ברי בתוך הזמן אלא הם טוענים שמא וחייבים לשלם, מה שא״כ בשמא נאנסו שאין להם דין ׳מתוך׳ מהני טענת שמא שלהם ופטורים.

---

8 צ״ב מדוע לא מתרץ כאן נתה״מ כמו שביאר בסימן קמט שאין עושים טענינן בטענות עם מיגו אלא רק משום טענת ׳אי שתקת׳ וכאן שהמיגו זה מיגו דמזוייף ומילתא דעבדי לגלויי ממילא אין יאוש ולא נטען ליתומים. ואולי כדי לבאר לפי דעת רשב״ם וכך הכריע השי״ך שם.

גם קצוה״ח (עח,ה) מחלק כך שיש שתי סוגי טענות, כאשר הטענה לא שכיחא כל עוד אינו טוען אנו תולים שחייב ורק כאשר טוען נאמן ופטור וכאשר הטענה שכיחא גם קודם שפותח את פיו אנו פוטרים אותו, כך מבאר מדוע כאשר אנו עומדים לאחר זמן ההלוואה נאמן שפרע תוך הזמן במיגו שפרע לאחר הזמן, משום דהוי ׳הפה שאסר׳, אך כאשר אנו נמצאים ביום דמשלם זימני אף שנאמן לטעון פרוע כל עוד לא טען חזקה שלא פרע ולכן הוי מיגו בעלמא,

> ומשו״ה דוקא באחר זמנו דלא הוי לפנינו שום חזקה ידוע, דהא כבר הוא לאחר זמנו, אלא שאומר שפרעו תוך זמנו הו״ל הפה שאסר הפה שהתיר, אבל ביומא דמשלם זימניה לאו מפיו אנו חיין דהא דוקא כי טעין פרעתיך ביומא דמשלם זימניה אבל אם לא טען כגון ליורשים לא טענינן להו דרובא דאינשי לא פרעו ביומא דמשלם זימניה.

אם כן מחלק קצוה״ח שטענות לא שכיחות אם טוען נאמן אך אנו לא טוענים כן ליורשים משום שאין בזה כוח טענה אלא זה ראיה.

יוצא אם כן ביאור שיטת תוס׳, טענות שכיחות שאדם נאמן ללא מיגו אנו אומרים שיש לו כוח טענה שהמציאות כבר טוענת את דבריו ולכן גם אצל היתומים נפסוק שזו המציאות, טענות שאינם שכיחות אע״פ שאביהם היה נאמן בטענה זאת אך אין כאן כוח טענה אלא רק כשטוען אנו מאמנים שנאנס ולכן לא עושים טענינן, טענות שהאבא נאמן במיגו באופן עקרוני לא שייך טענינן אך הואיל וקם דינא אנו נשאיר אצל היתומים.

יש לעיין מדוע לא נאמר קם דינא גם לגבי ׳נאנסו׳, במקום שיש עדים שהאבא לא החזיר ולא ניתן לטעון החזרתי אך האבא היה נאמן בטענת נאנסו וקם דינא, וצ״ל משום שלא שכיח אין הבעלים מתייאש מה שא״כ כאשר טוען החזרתי בפיקדון אף שזה במיגו דנאנסו אך זה מצוי שיטען.

7. דעת הרמב״ן

בדברי הרמב״ן לכאורה יש סתירה, בדבריו בהחזרתי מיגו דנאנסו משמע שלא טוענים טענות במיגו, אם לא טוענים נאנסו לא טוענים החזרתי, אך בסוגיית ׳לאו קמודית׳ מוכח שסובר שטוענים טענות המצריכות מיגו, הרמב״ן בחידושיו (ב״ב ל,א) סובר כרשב״א שטוענים ללוקח אף שמודה שזה המ״ק גם כאשר לא ישב שם ג׳ שנים, ׳והרב רבי שמואל ז״ל שכתב שאפי׳ הביא עדים דדר בה חד יומא לא מהני ליה מאחר שלא החזיק בה שלש שנים,

תמהני עליו דהא טוענין ליורש וללוקח כל מאי דמצי טעין ההוא דקמיה׳. והרי ברור שלאחר שמודה היושב שהמערער הוא מ״ק אי אפשר לטעון לו להד״מ ומאי שנא מהחזרתי מיגו דנאנסו.

נראה שצריך לומר בדעת הרמב״ן גדר נוסף בטענינן. הרב מרדכי שטרנברג (שיעורי הרב מרדכי ב״ב) מבאר סברא נוספת כיצד עושים טענינן בטענות המצריכות מיגו, כאשר אנו דנים על הקרקע שקנה לוי משמעון אנו דנים בה כאילו שמעון המוכר דן עם ראובן המ״ק ואנו מכריעים עבור לוי את תוצאות הדיון שהיה בדיון (אם היה מתקיים) בין שמעון לראובן. אך זה דווקא כאשר הדין אצל שמעון ברור לנו גם בלא שטוען, היינו כאשר הקרקע הייתה אצל שמעון ויש לו טענת להד״מ ברור לנו שזוכה בדין מכוח הטענה שהיה יכול לטעון וכאשר הקרקע עברה ללוי נטען עבורו שהקרקע היתה של שמעון, אך כאשר דנים על פיקדון ונאמן רק במיגו דנאנסו כאן אנו אומרים שאין לו כוח טענה כמו שביארו נתה״מ וקצוה״ח שטענות שאינם שכיחות אינו נאמן בהם עד שטוען, לפי זה החזרתי מיגו דנאנסו זה מיגו של ׳מה לי לשקר׳ ולכן לא טענינן אך קניתי מיגו דלהד״מ זה מיגו של ׳הפה שאסר׳ ולכן הדין כבר הוכרע אצל שמעון ואנו נטען ללוי.

לפי זה נבאר את שאלת הרמב״ן כך – אם אתם סוברים שלא טוענים נאנסו משמע שאתם סוברים שטענת נאנסו זה טענה ׳מבררת׳ וא״כ לא שייך לטעון גם החזרתי אלא צ״ל שנאנסו זה טענה רגילה של ׳כוח טענה׳ ולכן טוענים ליתומים.

ר׳ אלחנן בקוב״ש (חלק ב סימן ג ה) מבאר שרק אם נסבור שמיגו זה כוח נאמנות ניתן לטעון טענות במיגו ליתומים

> ועוד דבשלמא אם מיגו הוא מטעם נאמנות של הטענה האחרת א״כ אביהן היה לו נאמנות לטעון פרעתי וע״כ טענינן ליתמי מה דמצי אבוהון למיטען אבל אם נאמר דטעם מיגו משום אנן סהדי דאומר אמת דמ״ל לשקר א״כ נמצא שאין לו כוח נאמנות ... ואמאי טענינן ליתמי בכה״ג דהא ביתמי ליכא אנן סהדי.

ולפ״ז מבאר הקוב״ש דעת הרמב״ן שלא טענינן החזרתי אם לא טענינן נאנסו שלפי דעתו מיגו זה אנן סהדי. אך הקוב״ש לא ביאר מדוע א״כ סובר הרמב״ן שנאמן ב׳לאו קמודית׳ אפי אם מודה היושב למערער שהוא המ״ק, כדעת רשב״א בתוס׳, ולפי דברינו יש שני סוגי מיגו כאשר טענת המיגו אינה שכיחא

זה מיגו של 'אנן סהדי' אך כאשר המיגו היא טענה מצויה הוי הפה שאסר ויש לו כוח נאמנות ולכן גם טענינן ליתומים.

א"כ יוצא שלדעת תוס' אנו טוענים כל טענה שהמוכר היה זוכה בא אפילו במיגו משום שהבעלים התייאש אך לדעת הרמב"ן נטען רק טענות שהמוכר היה זוכה מכוח טענה, אע"פ שליושב כבר אין כוח טענה.

8. סיכום – טענינן טענת ברי

בפרק א הבאנו את הדעות שטענינן הוי טענת שמא, לפי זה היה מובן לנו שאין כאן מתנה של בי"ד ליתומים אלא שכך הוא הדין שאם הם מסופקים אינם חייבים בממון. בפרק הנוכחי הבאנו שטוענים ליתומים ברי אך מבואר גם לפי דרך זאת שאין כאן מתנה ליתומים משום שהם יתומים (וכש"כ ללקוחות) אלא לפי הקה"י אנו מסופקים שהאב או המוכר היה מביא ראיה ואין לנו להוציא, לפי נתה"מ במקום שנאמן בטענה (בלא צורך במיגו והיא טענה שכיחא) אין לנו סיבה להוציא שמסתמא האב פרע, שהטענה עולה מעצם המציאות, בטענות המצריכות מיגו לדעת תוס' טוענים משום יאוש הבעלים (היכא דשייך יאוש) ולדעת הרמב"ן רק היכא שהמוכר זוכה בכוח טענה.

למדנו שישנה מחלוקת כיצד פועלת 'טענה', לפי הבית מאיר טענה הרי היא כראיה ולכן ליתומים לא ניתן לטעון, לפי רעק"א משמע שטענה נאמן בה משום שאנו תולים כך את המציאות ולא כראיה ולכן גם ליתומים נטען, לפי נתה"מ וקצוה"ח יש שני סוגי טענות, טענה שכיחא הוי כוח טענה ופטור ולכן טענינן ליתומים, אך טענה שאינה שכיחא עובדת כראיה ולכן לא טוענים ליתומים ואומר קצוה"ח שאין זה הפה שאסר.

בפרק א רצינו לצרף את דברי הר"י מיגאש לדעות הסוברות שטענינן 'שמא', לפי דברינו עתה גם לפי הקה"י שהוי ספק ברי ג"כ לא נוציא ממון בכך, וכן נראה שאם הוי כוח טענה לא נוציא ממון ע"י כך שנראה ברור שגם במקום שאנו מוציאים ע"י טענה זה רק כאשר זה בירור, הכוח של טענה שאנו סוברים שכך המציאות הכוונה שאין לנו לחשוב אחרת ולעשות מעשה אך כאשר בי"ד קמים ועושים מעשה חייב להיות ברור שכך היא המציאות.

ד. טענינן לבעל דין

1. מחלוקת קצוה"ח ונתה"מ

קצוה״ח ונתה״מ נחלקו בריש סי׳ קלג האם קטן שמחזיק חפץ יכול המ״ק לבוא ולהוציא ממנו, אומר קצוה״ח (א) ״ונראה דאם היה ביד קטן מוציאין ממנו כל שיש עדים שהיה שלו אפילו בדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר, וכמ״ש הרמב״ם פי״ג מטוען (ה״ב) חש״ו אין אכילתן ראיה מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידם״, נתה״מ (א) חולק עליו ״ואפילו אם תאמר דלאו בני טענה נינהו, מ״מ לא גרע מגדול שלא בפניו דאנן טענינן להו להחזיק מה שנמצא תחת ידו, ופשוט״.

לדעת קצוה״ח אנו טוענים רק ליורש ולוקח שבאים מכוח אחר אך כאשר הקטן הוא בע״ד ואיתו נערך הדיון לא עושים טענינן, וכן אומר קצוה״ח (קמט,יח) ״וחש״ו אין טענתן טענה וכמו שאמרו (שבועות לח,ב) אין נשבעין על טענת חש״ו, וכיון דאין טענתן טענה הו״ל כמו חזקה שאין עמה טענה, ודוקא ביורש ולוקח הוא דהב״ד טוענין טענתיה דמוכר״.

למעשה קצוה״ח תולה זאת במחלוקת ראשונים בכתובות (לו,א). הגמ׳ מביאה ברייתא שלשוטה אין טענת בתולים, שהבעל לא יכול לטעון שבעולה היתה, ומעמידה אליבא דר״ג שסובר שאשה נאמנת לטעון ׳משארסתני נאנסתי׳ על כך שואלת הגמ׳ שדווקא כאשר היא טוענת אך שוטה אינה טוענת, ומתרצת הגמ׳ שטוענים לה:

> אימר דשמעת ליה לרבן גמליאל - היכא דקא טענה איהי, היכא דלא קא טענה איהי מי שמעת ליה? אין, כיון דאמר ר״ג: מהימנא, כגון זו פתח פיך לאלם הוא.

מבאר רש״י ״הכא נמי אין לה טענת בתולים להפסידה כתובתה דאמרינן אי הוה פקחת לטעון הוה טענה משאירסתני נאנסתי ומהימנא״. ושואל תוס׳ ״קשה לר״י דהיכי טענינן לה הכי מספק לאפוקי ממונא כיון דאיהי לא טענה...״.

הריטב״א מחזק את פרושו של רש״י, ״ולא קשיא דכי איתא לדידה דידעה קושטא דמילתא בעינן דתטעון בבריא, אבל השתא דאיהי לאו בת טענה היא אנן טענינן לה אפילו בשמא כמו כל מקום שטוענין ליורש וללוקח״. א״כ מבואר מדברי רש״י והריטב״א שבשוטה, כמו בכל יורש, אנו טוענין לה בברי מה שהיתה יכולה לטעון ואפילו מוצאים ממון, ודעת תוס׳ שאין טוענים לבעל דין ולכן אין מוצאים.

מ״מ קצוה״ח (קלג ס״ק א וכן בפב ס״ק ה) מסיק שלקטן בעצמו לא עושים טענינן וליורש ולוקח עושים טענינן, ולפי דברינו עד כה קשה שהרי רצינו לטעון שטענינן זה הגדרת המציאות שיתומים פטורים או משום שכל ספק פטור או משום ספק ברי או משום כוח טענה אך א״כ מדוע בקטן שמחזיק חפץ לא נעשה לו טענינן, מאי שנא אם הוא יתום או קטן, מדוע אין מוגדר כמציאות של פטור.

אכן לפי הסברו של הקה״י ניתן להבין, הקה״י כתב בהדיא שאם אינו בפנינו הוי ספק ברי ופטור ולכן לא נוציא מבעל דין שאיננו כאן, אך יש לעיין אם ניתן ללמוד מכאן גם לגבי קטן ושוטה, שהרי ביארנו לפי דבריו שטענה זה 'ראיה' ואנו מסתפקים שמא יביא ראיה אך קטן ושוטה שאין ביכולתם לטעון וליצור ראיה ע״י הטענה אפשר שיהיו חייבים. אל לפי דברינו שהוי ספק או כוח טענה יותר מובנת דעת הנתיבות שאין הבדל בין יתום לסתם קטן.

דעת רש״י והריטב״א נראית מחודשת, שהרי לדעתם לא רק שטוענים לבע״ד אלא שטוענים להוציא, ושמא משום שיש שטר לא חשיב להוציא אלא להחזיק ולכן מספיק טענת ברי שלא פרוע, אך קשה שהרי הדיון הוא על הסכום בשטר ולגבי זה השטר לא מסייע, (עי' בקצות פב, ה שמבאר שכל יורש שגובה בשטר זה משום שטענינן לו ברי דאל״כ הוי ברי של הלוה ושמא של התובע שאין מוציאים, אך שם באמת השטר מסייע לו שלא פרע ומובן שנעשה טענינן אך באלמנה או בתולה צ״ב) לפי דבריהם נראה שכל היכא שאין לאדם יכולת טענה אנו טוענים לו כל טענה אפשרית, מדבריהם נראה שזו תקנה לטובת מי שעמדתו בדין חסרה באופן מהותי.

2. הערה בדברי קצוה״ח

הקצות בסימן קלג (ס״ק א) כותב שיש הבדל בין יורש לקטן שהוא בע״ד, שליורש טענינן ולקטן בע״ד לא טענינן. אך בהמשך הסימן (ס״ק ז) כתב שלדעת תוס' יורש ולוקח טענתם שמא כמו כל אדם שלא הוי ליה למידע ולכן פוסק שמהני מיגו להוציא מלוקח, מיגו בצרוף ברי מול שמא, אך קשה אם הקצות סובר כתוס' מדוע טוען שיש הבדל בין קטן ליורש הרי שניהם אינם יודעים לטעון ומה העדיפות של היורש. אכן בסימן קמט (ס״ק ה) גם כן כותב הקצות שלא טענינן לקטן שאינו יורש אך מוסיף 'עיין מה שכתבתי בסימן עה ס״ק טז', אולי כוונתו שבדרכו שלא טוענים לקטן זה רק לפי שיטת הרמב״ם אך לא לפי שיטת התוס'. וצ״ב.

ה. טענינן להשביע

המשנה בכתובות (פז,א) אומרת, שהגובה מנכסי יתומים ונכסים משועבדים ושלא בפניו אינו נוטל אלא בשבועה, מבאר רש״י:

> ונכסים משועבדים - משום דאי הוה גבי מן הלוה גופיה והוה טעין לוה אשתבע לי דלא פרעתיך אמרינן בשבועות דמשבעינן ליה, ואי לא טעין לא טענינן ליה הואיל ונקיט שטרא, אבל בשביל לקוחות אנן טענינן דלמא אי הוה גבית מן הלוה הוה טעין לך אישתבע לי דלא פרעתיך ובעית אישתבועי השתא אנן טענינן דפתח פיך לאלם הוא, ומנכסי יתומים ונפרעת שלא בפניו כולהו משום האי טעמא.

מבואר מרש״י שהטעם שנשבעים ליתום וללוקח ולאדם שלא בפניו משום שטענינן להם ׳אשתבע לי דלא פרעתיך׳. תוס׳ בשבועות (מא,א ד״ה וכי) מוכיח ששבועת היתומים אינה משום שטענינן להם דא״כ כאשר היה נאמנות לאביהם שלא יכול להשביע גם מהיתומים היו גובים בלא שבועה ובכתובת מוכח שכן משביעים ׳כתב לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפי׳ במקום שאין האב יכול להשביע׳.

מה יעשה רש״י אם קושיית תוס׳, כיצד ניתן לטעון ליתומים כאשר האבא עצמו לא יכול להשביע. הקוב״ש (חלק שני בתחילתו) מבאר מחלוקתם ׳היינו דס״ל לתוס׳ דכח היתומים בטענתן הוא בתולדה מכח האב ודוגמא לדבר כעין ירושה וכיוון שהאב מחל על זכות טענתו אין להם מה לירש וע״כ לא שייך בזה טענינן ליתמי ובדעת רש״י נראה דכח היתומים אינו בתולדה מכח האב אלא שהיתומים יש להם כח טענה מצד עצמן כמו האב וכיון שאילו לא מחל האב היה יכול להשביעו ולגבי יתומים הרי ליכא מחילה וע״כ שייך טענינן ליתמי׳.

אך דברינו עד כה אינם עולים יפה גם לדעת רש״י וגם לפי תוס׳, אם ביארנו שאין דין מיוחד ליתומים אלא שהמציאות פוטרת אותם מתשלום משום שיש חשש פירעון אך אם כן כיצד מהני טענינן כדי לחייב שבועה הרי כאשר יש שטר ברור לנו שחייבים לשלם אלא שתיקנו חכמים שאדם שטוען ׳אישתבע לי׳ מחויב התובע להישבע אך כיצד נטען כן עבור היתומים הרי הם לא טוענים בברי פרוע, כאן לכאורה מבואר שאנו עושים תקנה עבור היתומים כדי להשביע. ניתן לומר שכאן אין צורך בטענה אלא יש צורך ב׳דרישה׳, הבי״ד תיקנו שבועה רק אם הנתבע דורש זאת, שהרי גם כאשר

טוען 'פרוע' אין משביעין, ושמא בכה"ג דואגים ליתומים ודורשים בעבורם שהנתבע ישבע. אך לפי האמור קשה להבין את שאלת תוס' שהרי תוס' טען שא"א לבאר שזה מכוח טענינן דא"כ אם אין האבא יכול להשביע גם ליתומים לא נשביע, מבואר מתוס' שטענינן זה רק ירושה מכוח האבא אפילו במקום כזה שאין זה טענה אלא דרישה. וצ"ב.

ו. טענינן בקרקע

עוד יש לשאול על דברינו, לפי הדעות שטענינן הוי שמא או ספק ברי, הרי המקור לדין טענינן ליורש הוא בחזקת קרקע, במשנה ב"ב (מא,א) "והבא משום ירושה - אינו צריך טענה". והרי בחזקת ג"ש בקרקע לכאורה לא מספיק שנסתפק שמא אביהם קנה, שבספק אנו אומרים אוקמיה קרקע בחזקת מרא קמא, כמו שאומרת הגמ' בכתובות (כ,א) "אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא", ומבואר שם שאפי' הקונה כבר ירד לקרקע מוציאים לטובת המרא קמא מספק משום שאין משמעות למוחזקות בקרקע.

וגם אם נאמר שטענינן זה כוח טענה יש לשאול האם בקרקע זה מספיק, יש לבחון האם טענה בקרקע אינה כחלק מהראיה של המחזיק.

שאלה זו תלויה בהגדרת דין חזקת ג' שנים בקרקע, לפי האמור רק כאשר יש ראיה ניתן להוציא מחזקת מ"ק, וא"כ צריך להבין כיצד חזקת ג' שנים יוצרת ראיה ומה תפקיד הטענה בראיה זאת, נבחן נקודה זאת בקצרה.

1. הצורך בטענה בחזקת קרקעות

נאמר במשנה (מא,א)

> כל חזקה שאין עמה טענה - אינה חזקה. כיצד? אמר לו: מה אתה עושה בתוך שלי? והוא אמר לו: שלא אמר לי אדם דבר מעולם - אינה חזקה; שמכרת לי, שנתת לי במתנה, אביך מכרה לי, אביך נתנה לי במתנה - הרי זו חזקה.

מדוע חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה? ר' יונה (כח,ב) מבאר מדוע בקרקע בענין טענה לעומת מטלטלין שאף ששותק אין מוצאין אותם מידו, 'והא דלא אמרו הכי במטלטלין אלא הרי הן בחזקת התפוס אע"פ שאין עם התפיסה טענה, התם לפי שכבר יצאו מרשות הראשון, שהרי זה תפש בהם. ועוד

דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקנן וכיון דאינן עשוים להשאיל ולהשכיר ודאי מיד האחד באו לידו׳.

נראה מרבינו יונה שני טעמים - א. בקרקע הוא לא אחוז, אין זה נחשב שהקרקע ׳אצלו׳, הקרקע עדיין ברשות המ״ק. ב. במטלטלין יש לנו ׳ראיה׳ שקנה ובקרקע אין. מבואר מר׳ יונה שהטענה בקרקע היא כחלק מ׳הראיה׳ שנוצרת בחזקת ג׳ שנים, שאם ג׳ שנים עושים את היושב כמוחזק לא היה צריך טענה כמו שבמטלטלין אין צורך בטענה.

מהר״ן (בחידושים כח,ב) מבואר שגם בקרקע יכולה להיווצר מוחזקות. על ההוי״א שנלמד חזקת קרקע משור המועד שואלת הגמ׳ שאם כן לא יהיה צריך טענה, מבאר הר״ן - ׳ה״ק, כיוון דאמרת דנפק ליה מרשות מוכר, אע״ג דלא טעין לוקח מידי תהוי חזקה, שהרי מערר זה בקרקע זה כאדם מהשוק כיוון שיצא מחזקתו לגמרי ואין מחזיק זה צריך לטעון ולהשיב לו כלום׳ ומבאר תרוץ הגמ׳ ׳כלומר שהרי א״א שיזכה בקרקע זו אלא א״כ לקחה, וכיוון דאיהו לא טעין הכי הורעה חזקתו שאלו לקחה בודאי שהיה טוען כן בפירוש, וכיון דאיתליד ריעותא בהך חזקה לא מהניא. והיינו דכי ליכא ריעותא אע״ג דלא טעין מידי מהניא, כגון יורש׳. מבואר מדברי הר״ן שאין צורך בטענה אלא שאם אינו טוען הוי ריעותא, וביורש שאין ריעותא אין צורך בטענה.[9]

יוצא א״כ שלדעת הר״ן אנו יכולים להשאר בהבנתנו שטענינן זה ספק או כוח טענה שהרי היושב מוחזק בקרקע ולא נוציא מספק, אלא שבלוקח עצמו שאינו טוען נוצרת ריעותא בשתיקתו, אך לפי ר׳ יונה עדין קשה שהרי לדעתו על ידי הטענה צריך ׳ליצור׳ ראיה.[10]

---

9 הר״ן כתב דבריו בהו״א בגמ׳ שנלמד משור המועד. בשלב זה נראה שנעשה מוחזק בקרקע לגמרי לאחר ג״ש, אך ניתן לומר שעיקרון זה נשאר גם לאחר מסקנת הגמ׳ שג׳ שנים משום השטר וכמו שאומר הרמב״ן שמיד נוצרת חזקה, ומרבינו יונה מבואר שדין הטענה בקרקע זה כחלק מהראיה, נראה ברור שהר״ן יחלוק על ר׳ יונה ויסבור שבמטלטלין בעינן טענה דאל״כ יש ריעותא וכן קצוה״ח (קלג) סובר שגם במטלטלין בעי טענה.

10 מנתה״מ קמו,כב משמע שעיקר החזקה זו הטענה והחזקה נועדה לחזק את הטענה ולכן סובר ש׳בפני זבנה׳ לא מהני רק משום המיגו ולא כטענה שאינו טוען שהוא קנה ויש לו חזקה, וחולק בכך על קצוה״ח. ״אלא על כרחך דבפני לא מהני אלא משום מיגו ... והטעם, דכיון שאין המחזיק בא מכח טענת עצמו, אין חזקתו מועלת לו... וכיון שבא מכח המוכר שלו, צריך דוקא לטענת מיגו״. לפי דבריו מתעצמת שאלתנו כיצד נעשה טענינן. ראיתי בספר שיעורי הרב מרדכי.

2. טענינן בקרקע וטענינן בחוב

מדעת ר' יונה בחזקת קרקע נראה לומר שיש תקנת חכמים שאנו מקלים על היתומים יותר מדינם וטוענים בשבילם כאילו הם טוענים, ואפשר להבין שבאמת רק בטענינן בקרקע משמע מהגמרא שזה דין מחודש, "אמר רב פפא, ואיתימא רב זביד, זאת אומרת: טוענין ללוקח וטוענין ליורש. יורש - תנינא: הבא משום ירושה - אינו צריך טענה! לוקח איצטריכא ליה...".

ואפשר שלגבי שאר טענינן אין צורך בחידוש המשנה וזה ברור לגמ' ולפוסקים שעושים טענינן, כל אחד לפי הבנתו, ולכן גם לא מצאנו דין זה כתוב כחידוש בגמ' אלא משמע שהיה ברור לגמ' שטוענים להם פרוע.

ספר החינוך כותב (מ' סה):

> שלא לענות יתום ואלמנה - שנמנענו מהכביד במעשה או אפילו בדיבור על היתומים והאלמנות, שנאמר (שמות כב,כא) כל אלמנה ויתום לא תענון... מדיני המצוה... וטוענין לתועלתם כל מה שיחשבו שהיה יכול אביהם לטעון...

מבואר מדבריו, שיש דין מיוחד בעבור היתומים שאנו מקלים עליהם ומזכים להם את הממון, לפי דברינו ניתן לבאר דבריו דווקא לגבי חזקת קרקע אך לא לגבי גביית חוב. אך לפי דברינו עד כה השוונו את טענינן בקרקע לשאר טענות וצ"ב.

ו. סיכום

מצינו מספר גדרים בטענינן ליתומים. ניסנו לבדוק האם יש עבורם דין היוצא מהכללים הרגילים של חו"מ וזה דין מיוחד ליתומים או שמא אין כאן דין מיוחד ואנו פוסקים לפי הכללים הרגילים.

א. בעה"ת – יתומים פטורים כמו כל אדם שאיני יודע אם פרע במקום דלא הוי ליה למידע. וכך משמע מתוס' והרא"ש לפי קצוה"ח.

ב. בית מאיר – יתומים פטורים לפרוע חוב אביהם משום שחשיב איני יודע אם נתחייבתי.

ג. הסבר הקהילות יעקב שטענינן הוי ספק ברי, שאנו חוששים שיש 'ראיה' שתפטור את היתום.

ד. רעק"א, נתה"מ – טענות שהם 'כוח טענה' אין סיבה להוציא מיתומים הטענה עולה מאליה.

ה. טענינן במיגו

1. לדעת ר' יונה והמהרי"ט לא אומרים כלל משום שלא טוענים 'ראיה'.
2. לדעת נתה"מ בתוס' במקום ששכיח אנו אומרים קם דינא והבעלים התייאשו.
3. לדעת הרמב"ן ביארנו שאנו טוענים לקונה מה שאביהם היה זוכה בכוח טענה.

לדעת בעה"ת והבית מאיר נצטרך לומר שטענינן בקרקע הוי תקנה בפני עצמה שלא מספיק להסתפק במקום שיש מרא קמא.

לפי רש"י והריטב"א בכתובות נראה שיש תקנה כדי להושיע את הנזקק.

למדנו לדעת הבית מאיר שטענה זה 'ראיה' ועד שלא טוען אין לנו לחשוש שפרע, ולדעת רעק"א נראה שאנו טוענים לו עוד לפני שטען, אנו תולים שהמציאות מסודרת והכסף במקומו – כוח טענה.

לפי קצוה"ח ונתה"מ יש שני סוגי טענות, לא שכיח אלו טענות של ראיה, טענות שכיחות זה כוח טענה.

מחלוקת קצוה"ח ונתה"מ האם טוענים לקטן שאינו יורש, דעת נתה"מ שטוענים משום שטענינן זה לא דין עבור היורש אלא שכך נראה מעצם המציאות, דעת הקצות שלא טוענים לקטן מבוארת לפי הסבר הקה"י.

מחלוקת תוס' ורש"י מדוע נשבעים ליתומים לפי רש"י משום טענינן ולפי תוס' תקנה שיגבו מהם בשבועה, אך קשה על דרכינו שהרי מבואר שם שבי"ד טוענים בשבילם ולא מהני שרק נסתפק. וכן קשה על דרכינו מטענינן בקרקע לדעת ר' יונה אם לא שנאמר שיש דין מיוחד בקרקע.

הרב יצחק ביסמוט

בענין גלגול שבועה

ראשי הפרקים

א. היפוך בגלגול שבועה

ב. חילוק בין עיקר לגלגול במשיל״מ ונפ״מ לנדו״ד (תומים)

ג. קושיית קצוה״ח ויישובה

ד. הסבר מחודש – שבועה בב׳ מחייבים

ה. סיכום

א. היפוך בגלגול שבועה

בגמרא פרק שבועת הדיינים (שבועות מא,א) לאחר דין שבועת רב נחמן דכופר הכל חייב שבועת היסת מדרבנן, מבררת הגמרא ׳מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן? איכא בנייהו מיפך שבועה בדאורייתא לא מפכינן שבועה, בדרבנן מפכינן׳. והיינו שדין היפוך בחיוב שבועת הסת נאמר, דמחויב השבועה - הנתבע - יכול לומר לתובע השבע וטול. ובגמרא שם: ״למר בר רב אשי דבדאורייתא נמי מפכינן וכו׳״. ולהלכה קיי״ל דבשבועה דאורייתא לא מפכינן שבועה אלא אם אין רוצה הנתבע לישבע נוטל התובע בלי שבועה (רמב״ם טוען ונטען א,ו ובשו״ע פז,יא).

בקידושין (כז,ב) ילפינן דין גלגול שבועה דאורייתא מסוטה דכשנתחייב שבועה לחבירו יכול התובע לגלגל עליו טענות אחרות[1] שישבע עליהן אף שבפני עצמן לא היה מחויב להישבע עליהן כגון כופר הכל, קרקעות, וטענות שמא ורגליים לדבר, דאין נשבעים עליהם מהתורה, וכשנתחייב לו שבועה ממקום אחר יכול להשביעו עליהן בגלגול. ובפשטות כיון שנשבע עליהם מדאורייתא ובנקיטת חפץ, מקבלים הגלגולים תוקף שבועה דאורייתא לכל הפחות לענין היפוך דדין היפוך נאמר רק בשבועה דרבנן, דלא מצינו מהתורה נשבע ונוטל.

[1] ישנם חילוקים שונים באחרונים איך ומתי התביעה לגלגול שבועה היא מהתובע או שהב״ד מגלגלים, ועיין משנת יעב״ץ חו״מ סימן כד ואכמ״ל.

בטור חו״מ (צד,י): ״נתחייב לו שבועה דאורייתא ובא לגלגל עליו שבועת היסת יכול לומר לו שבועה דאורייתא אשבע לך ועל הגלגולים תשבע ותיטול״ (וכן פסק השו״ע סע׳ ח).

ומבואר דאף דגלגול שבועה דאורייתא, אם הגלגולים הם בטענות המחייבות שבועת היסת בפני עצמן, וקודם תקנת רב נחמן בשבועת היסת לא היה יכול להיפטר בלי ש״ד (שבועה דאורייתא) ע״י גלגול, כשנתחייב היסת לאחר התקנה יכול להפוך את השבועה ולחייב את התובע להישבע אם ירצה לטול ואם לאו יפטר לגמרי.

וצ״ע דאם כך הדין, נפל פיתא בבירא, דאף דבגלגול שבועה א״צ את המחייב בהיסת דהיינו טענת ברי[2] והיינו דדי בטענת שמא ורגליים לדבר כדילפינן מסוטה דמשביעה בשמא על הגלגולים, אבל בכל גלגולים דטענת ברי שאין נשבע עליהם מדאורייתא מדין כופר הכל או קרקעות וכד׳ יוכל הנתבע להשמט מלהישבע שבועה ד״ת אף כשיש גלגול שבועה, בכך שיהפוך השבועת היסת על התובע. ומד״ת ה״ה חייב לו שבועה ואיך נפטר בתקנת ר״נ בשבועת היסת כשיכול להפכה.

ועו״ק, דבגמרא בקידושין כח,א משמע דיותר פשוט לחייב בגלגול שבועה בטענת ודאי מבטענת שמא, דאיתא שם: ״אשכחן בודאי, ספק מנלן? תניא רשב״י אומר: נאמרה שבועה בפנים (היינו שבועת סוטה שמשביעים אותה בעזרה) ונאמרה שבועה בחוץ (שומרים ומוב״מ) מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כוודאי אף שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כוודאי״, וכיון שבטענת ודאי יכול להיפטר מהגלגול מהיכא תיתי לחיובי בספק.

ובש״ך שם (ס״ק יב) הקשה על פסק הטוש״ע הנ״ל והביא ראיה לדבריו מתשובת הרשב״א (ח״א תתקמד) ומהריטב״א (קידושין כח,א ד״ה והיכא) דמשמע דבגלגול שבועה ד״ת אין מהפכים וא״כ גם אם נתחייב היסת על הגלגולים אין יכול להפך, ולשון הש״ך: ״ולא תיקן ר״נ היסת אלא בלא גלגול אבל וודאי ע״י גלגול דחייב להישבע לו מן התורה אפילו קודם תקנת ר״נ לא מצי להפך ולא בא ר״נ לעקור דברי תורה״.

---

[2] כך בפשטות הדין: שאין היסת בטענת שמא דליכא לחזקה א״א תובע אא״כ יש לו בידו (מ״מ טוען ונטען א,ז), מ״מ יש חולקים וסוברים דמשביעים היסת בטענת שמא כשיש רגלים לדבר (ראב״ד הובא בב״י סימן רצ, ובד״מ עה,יד) וא״כ קשה גם בגלגול שמא דמחוייב היסת.

ועוד שם בש״ך ציין מקור דברי הטור מדברי בעל העיטור (הלכות מלווה ע״פ דף כא ריש ע״א), וז״ל: ״והיכא דאיכא גלגול על שבועה דאורייתא אע״ג דגלגול דאורייתא מצי למימר ליה שבועה דאורייתא עבידנא לך, מה דאת מגלגל עלי תשבע ותשקול״, וא״כ בעל העיטור לשיטתו דבשבועה ד״ת כתב ג״כ שהורו הרבה גאונים דמפכינן (כדמר בר רב אשי שבועות מא,א ועי״ש בתוס׳) ומסתפקא ליה, על כן בגלגול היקל על הנתבע, אבל אנן דקיי״ל הלכה רווחת דבדאורייתא לא מפכינן א״כ לגלגול ישנו דין עיקר השבועה ול״ש היפוך.

וצריך להבין דברי הש״ך האלו, דאי מספיקא בעיקר השבועה אם מפכינן בדאורייתא או לאו, מ״מ פסק בעל העיטור דמפכינן, מדוע בגלגול יהיה הדין שונה, כי היכי דלדידן דהלכה רווחת היא דלא מפכינן בעיקר וודאי דלא מפכינן בגלגול ומדוע שיהיה הפרש בין עיקר השבועה לגלגול למאן דמספ״ל (בעל העיטור)?

ב. חילוק בין עיקר לגלגול במשיל״מ ונפ״מ לנדו״ד (תומים)

בטור (עה,יח) הביא מחלוקת בעל התרומות והרמ״ה אי אמרינן בגלגול שבועה מתוך שאין יכול להישבע משלם (משיל״מ).

בעל התרומות כתב (וכתב שם דכן הסכים אביו הרא״ש) דאין דנים לגבי גלגולים משיל״מ, וראייתם מהגמרא ריש פרק השואל (ב״מ צז,ב) דמוקמינן לדין המשנה כשטוען השומר איני יודע ומשלם, בשיש עסק שבועה בניהם, הא בלאו הכי אף דמחויב בשבועה שמתה כדרכה אינו משלם הגלגול, וראיה דלא אמרינן משיל״מ. והרא״ש שם כתב שזאת כיון דמשיל״מ ילפי דייני ארץ ישראל מ״שבועת ה׳ תהיה בין שניהם״, ואיירי בעיקר שבועה.

הרמ״ה חלק דגם בגלגול שבועה אמרינן לגבי הגלגול משיל״מ. וראייתו מהא דעבד בכסותו (ב״מ ק,א) דמוכר טוען עבד קטן מכרתי, והלוקח טוען עבד גדול, וכיון שטוען אף על כסותו, הוי המוכר מודה במקצת ומגלגל עליו אף את שבועת העבד. וכשאומר ׳איני יודע׳ משלם לו עבד גדול, ומוכח דאמרינן משיל״מ אף בג״ש.

עפ״ז הסביר התומים דראיות הש״ך דאין מהפכים הגלגולים (אף שבלי הגלגול הוא שבועת היסת) מהריטב״א והרשב״א הנ״ל אינן ראיות, דאזלי לשיטתייהו כשיטת הרמ״ה דאמרינן מתוך שאיל״מ בגלגול, וא״כ הרי הדברים תלויים זב״ז- דהסוברים שדנים דין ׳מתוך׳ בגלגול הרי התובע יטול

את תביעתו אף בלי שבועה, ואין לנתבע זכות להפוך, ולכך לא שייך היפוך שבועה בגלגול שבועה דאורייתא וכנ״ל, וזו דעת הרשב״א והריטב״א שהביא הש״ך.

אבל לדידן, דאין דנים משיל״מ בגלגול שבועה (אף בג״ש דאורייתא), הרי יכול להפך עליו את השבועה, דכל שאין דין משיל״מ יש יכולת להופכה.[3]

וא״כ, כיון שבגלגול אף אם אומר איני יודע להדיא פטור משבועה ומתשלומים ובוודאי אם אינו רוצה להישבע סתם על הגלגולים כי ליבו נוקפו אי אפשר לחייבו להישבע, יכול להפכה על התובע וישבע ויטול אם ירצה.

ובנחל-יצחק (צד ז) ביאר שדבריו שמסתברים לשיטת הש״ך (עה סק״נ וסקנ״ז) דס״ל דאי אין דנים משיל״מ בגלגול שבועה אין הנתבע נשבע שאינו יודע שאין שבועה דאורייתא שא״י, ולכך צריך להישבע היסת שאינו יודע ולכן יכול להפוך השבועה על התובע, אבל לשיטת הט״ז (עה סע׳ טו) דבג״ש נשבע אף שא״י, א״כ אף דלא דיינינן משיל״מ, מ״מ מחוייב שבועה דאורייתא שאינו יודע, ובדאורייתא לא מפכינן.

ומתחדש בכוונת הטושו״ע ע״פ הסבר התומים, דההיפוך של הגלגולים על התובע הוא אף כשאין בטענות הגלגול מחייב של שבועת היסת בפני עצמה, אלא הגלגול עצמו הופך לחיוב היסת כשטוען הנתבע איני יודע, או ליבי נוקפי- החיוב של ש״ד יורד דאין ש״ד בא״י, וא״כ נשבע שבועת היסת על הגלגול שא״י ואותה הוא יכול להפך.

זאת לעומת ההבנה הפשוטה בטור ובשו״ע, דבתביעת הגלגול שיש מחייב בטענה שבועת היסת, ונוסף ע״י גלגול חיוב שבועה ד״ת, ולקמן נעמוד בחילוק זה.

ג. קושית קצוה״ח ויישובה

בקצוה״ח (סק״ה) הקשה על התומים: ראשית, דאי נימא דטענת ליבי נוקפי ואיני רוצה להישבע היא כטענת איני יודע אף כשטוען ברי, וצ״ל שהבין

[3] וא״כ יוצא דלמר בר רב אשי דסבר דמפכינן בדאורייתא, סבר כרב ושמואל דאין דין משיל״מ וכן כתב הרשב״א (שבועות מא,א), והעלה אפשרות דלמר בר רב אשי דמפכינן בדאורייתא זה דווקא באינו רוצה להישבע אבל באינו יכול להישבע נוטל בלא שבועה וכדקיי״ל, ודחאה. ובנחל יצחק חילק בין היכא דאינו יכול להישבע דליכא חיוב שבועה כלל לרב ושמואל, להיכא דאינו רוצה להישבע דיש חיוב שבועה וע״כ מפכינן, וכעין זה כתב בקו״ש ח״ב סימן ז.

הקצות שהוא מעין מיגו (שהיה יכול לומר שאינו יודע), א״כ לרב ושמואל דלא סברי משיל״מ ובאומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא נפטר משבועה ומתשלומים, ולדידהו מודה במקצת אינו נשבע אלא במודה במקצת וכופר במקצת, ואין לו מיגו דמצי למימר איני יודע, דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק, כדכתבו תוס׳ (ב״מ צז,ב ד״ה רב הונא) בתירוץ קושיה זו, וא״כ כשהוא באמת מסופק אינו נשבע לרב ושמואל, ולדידן בגלגול. וגם אין צריך להפך דמה לו ולצרה הזו כיון דפטור לגמרי, וכשאינו מסופק אלא אינו רוצה להישבע אין לו מיגו כנ״ל, ומודה במקצת חייב שבועה אף לרב ושמואל-ודכוותה לגבי גלגול חייב להישבע ואם כן דברי התומים אין להם העמדה.

ונראה ליישב בהקדם הסבר התומים (צד,ז) בעיקר דין משיל״מ, דהנה בעיקר דין ׳מתוך׳, אף דילפינן מקרא ד׳שבועת ה׳ תהיה בין שניהם׳, ניתן לומר בגזה״כ ב׳ צדדים: או שהתורה אומרת שחיוב שבועה הוא: הישבע או שלם, והחיוב תשלומים באינו יכול להישבע הוא חיוב שבועה, אלא שאינו יכול להישבע, או דנימא דהוא חיוב מחודש דהיכא דאינו יכול להישבע אין עליו חלות דין שבועה אלא תשלומים. והעלה דנחלקו בזה הרמב״ן והרא״ש, דבריש ב״מ הביא הרא״ש קושיית הרמב״ן דלסוברים שעד המסייע פוטר משבועה, א״כ בשומר שמסר לשומר דחייב לשלם- ״תחזור פרה לבעלים״ אמאי חייב מדין משיל״מ? הרי השומר השני יוכל להיות עד המסייע ויפטרו משבועה וממילא אין משיל״מ? ותירץ הרא״ש דכאן העד בא לפוטרו מתשלומים ולא משבועה ולכן אין יכול לסייעו.

הרי לנו להדיא דנחלקו בב׳ צדדים אלו, והיינו דלרמב״ן חיוב משיל״מ הוא חיוב שבועה, ולכן אילו היה עד המסייע פוטר משבועה, היה פוטרו גם מתשלומין, ואילו הרא״ש סובר דכשאין יכול להישבע הוא מחוייב תשלומים ישירות ופקע דין שבועה מיניה (ועי״ש שתלה את ב׳ הדיעות בשו״ע אם מגלגלים שבועה כשבעיקר השבועה יש דין משיל״מ ואכמ״ל).[4]

[4] וכעין זה מסביר בקו״ש ח״ב סימן ז. ועפ״ז הסביר את מחלוקת הראשונים אי אמרינן משיל״מ בג״ש, דאי אינו יכול להישבע משלם מטעמא דשבועה, וכמו באינו רוצה להישבע, והוא מדין השבועה- גם בגלגול הדין כן. ואי באינו יכול להישבע פרחה שבועה מיניה וחל עליה חיוב ממון גרידא, בגלגול שבועה ליתא להך דינא, דילפינן מסוטה, והתם ליכא חיוב ממון אלא חיוב שבועה. עכת״ד. ולא זכיתי להבין כ״כ, דאטו משום דילפינן מסוטה לממון הוקשה לנו דכיון שבסוטה לא שייך ממון בשבועתה כיצד ילפינן לשבועות שכן שייכים חיובי ממון כגון באינו רוצה להישבע שמחויב ממון, ואיך יהיה מחוייב הרי בסוטה אין חיובי ממון רק שבועות?

וא״כ לרב ושמואל דסברי דלא אמרינן משיל״מ, אף דהטעם הוא דהם לא דרשי ׳שבועת ה׳ תהיה בין שניהם׳ להכי, עכ״פ יש לחקור מהו החיוב שבועה לשיטתם ומה הפטור: לפי הצד הא׳, דהיינו הרמב״ן שסובר בדעת דייני א״י דאמרינן מתוך, לא מסתבר לומר שהם סוברים שדין שבועה הוא לא הישבע או שלם, מה גם שהם סוברים בוודאי שאם אינו רוצה להישבע משלם, דבדאורייתא נחתינן לניכסיה?

ונראה שבאינו יכול להישבע לסברתם אין כאן חיוב שבועה כלל, ולשון הגמרא (שבועות מז,א) ׳חזרה שבועה לסיני׳. וביותר הדברים מפורשים שם בחידושי הר״י מיגאש (שבועות מז,ב), וז״ל:

> דסבירא להו (לרב ושמואל) שכל שבועה שנתחייב בה אדם ואינו יכול לישבע אותה, פרחה לה השבועה וחזרה לה לסיני, וכאילו לא נתחייב בה מעיקרא כלל דמי, דממילא שמעת דלא אמרינן הכא גבי אבוה היכא דאמר חמשין אית לך גבאי וחמשין לא ידענא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, שהרי פרחה לה.

ולפ״ז נ״ל דדברי התומים מיושבים דבג״ש לדידן, דבעיקר השבועה אמרינן דין מתוך שיל״מ, יש לומר דמשלם כשאינו יכול להישבע כדעת הרמב״ן דהוא חיוב שבועה, וכשאינו רוצה להישבע הוא מאותה הסיבה, דשניהם הם תשלומי השבועה, וא״כ בגלגול לדידן דאין דין מתוך- גם אין הבדל בין אינו יכול להישבע לאינו רוצה כדין העיקר שבועה, ובשניהם פטור, דהטעם דבג״ש אין דין תשלומי שבועה (אולי מפני חולשת הגלגול דילפינן מסוטה וכפנ״י קידושין כז,ב דבסוטה דעל הגלגולים אין המים בודקים אותה וא״כ גם בממון הגלגולים חלשים מהעיקר ועי״ש שתירץ כך את כל הקשיים הנ״ל דאין בגלגול מיתוך ומפכינן בגלגול) ודין הישבע או שלים אלא כעין חיוב היסת להישבע ויכול להפכה.

אבל לרב ושמואל דבאינו יכול להישבע פרח דין שבועה מיניה ולכן אינו נשבע ואינו משלם, באינו רוצה להישבע – לעומ״ז – הרי כבר חל עליו חיוב שבועה וא״כ לדידהו אף דאין משלם כשאינו יכול להישבע, ודאי שלא שייך לפוטרו כשאין רוצה, ומיגו אין כאן כדכתבו תוס׳ דלעיל, דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק.

ועוד הקשה הקצוה״ח דבעיקר דברי התומים שכתב דטענת הנתבע אח״כ דאינו רוצה להישבע וליבו נוקפו הוי לכל הפחות כטוען איני יודע, ולכן פטור משבועה ומתשלומים, ויכול להופכה על התובע, קשה טובא דכיון דאין

נשבעים ש״ד באיני יודע הרי אף אם טוען כעת איני יודע להדיא, אינו נאמן דהוי חוזר מחיוב שבועה לפטור שבועה עכת״ד.

ונראה דלהנ״ל מיושב גם זה, דהא בטעמא דאינו חוזר מחיוב לפטור דאין חוזר וטוען הוא משום דליכא מיגו דאי בעי היה נשאר בטענתו הראשונה, וא״כ הכא דטענתו הראשונה חייבה אותו רק מצד גלגול שבועה א״כ בטענתו עכשיו שאינו רוצה להישבע מפני שמסופק אינו חוזר מטענתו הראשונה שנתחייב בה בג״ש, דכך הוא עיקר חיוב ג״ש מכיון של״א בה משיל״מ יכול לומר איני רוצה להישבע, ומפכינן. ואם יש לדמות זאת הרי זה דומה לטוען של אבותי שלקחוה מאבותיך, דודאי הטענה הראשונה חייבתו אבל כשיכול לתרץ דבריו הראשונים עם האחרונים אין החסרון של טוען וחוזר וטוען, אף בחיובים הבאים מתוך טענות. כשבחיוב עצמו מצוי הפטור אין בזה משום טוען וחוזר וטוען.

ד. הסבר מחודש - שבועה בב׳ מחייבים

לעיל (סוף אות ב) הערנו דהאחרונים התומים והנחל יצחק הבינו בשו״ע דג״ש דאורייתא מפכינן ממספר סיבות: או משום דלא אמרינן משיל״מ בגלגול וכו׳ והנחל יצחק הבין דהג״ש אחר אמירת איני יודע הופך לחיוב היסת (ומפני זה לא חשיב חוזר מחיוב לפטור דסוף סוף חייב שבועה וכעין החזרתי במיגו דנאנסו דנאמן אף שהחזרתי היא שבועה דרבנן) שהופך התובע ואף הש״ד כשמסביר דעת הטור והשו״ע ע״פ בעל העיטור שמסתפק אי מפכינן בד״ת ולכך בג״ש פסק דמפכינן ולא מצד היפוך היסת אלא מצד היפוך בדאורייתא.

ונראה לענ״ד לדקדק מלשון הטור והשו״ע ״נתחייב לו שבועה דאורייתא ובא לגלגל עליו שבועת היסת יכול לומר לו שבועה דאורייתא אשבע לך והגלגולים תשבע ותיטול״, דאיירי שכבר נתחייב לו שבועת היסת ע״י תביעה אחרת, וכעת אחר שהתחייב גם שבועה דאורייתא רוצה לגלגל עליו תביעה זו ולחייבו להישבע דאורייתא בנקיטת חפץ (נק״ח) בגלגול, דאל״כ קשה לשון השו״ע, וקשה גם עצם הדין דאם לא מיירי בשהיה כבר חייב לו, בכל גלגול שבועה יכול להפוך הגלגולים והיה לו לכתוב בתחילת הסימן דבגלגול מפכינן.

וא״כ יש לדון בעלמא כשיש שני מחייבים נגד הנתבע בשבועה איך לדונו לגבי היפוך השבועה.

ובתחילה יש לבאר דהשו״ע פסק כרוב הראשונים דשבועת היסת אינה בנקיטת חפץ, והש״ך (פז סקל״ח) הוכיח נגד השו״ע דשבועת היסת צריכה

נקיטת חפץ. ראייתו האחרונה[5] של הש״ך היא מסוגיא דההוא רעיא (ב״מ ה,א):

> ההוא רעיא דהוו מסרי ליה כל יומא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי, לסוף אמר להו להד״ם, אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מנייהו אמר רבי זירא אי איתא לדרבי חייא קמייתא (דהעדאת עדים במקצת מחייבת שבועה דאורייתא) משתבע אשארא, אמר ליה אביי אי איתא משתבע והא גזלן הוא? אמר ליה שכנגדו קאמינא. השתא דליתיה לדר״ח נחייביה מדר״נ שבועת היסת.

ואומר הש״ך: אם שבועת היסת היא בלא נקיטת חפץ, מה קושיית הגמרא ׳נחייביה מדר״נ׳? הא נפק״מ אי שכנגדו חייב שבועה בנקיטת חפץ או לא! ומוכח שאין נפק״מ בין שבועת היסת לדאורייתא לגבי נקיטת חפץ.[6]

---

[5] וברשב״א שבועות מא,א בד״ה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן ׳ויש מביאין ראיה מכאן דאפילו שבועת היסת בנק״ח ועוד מההיא שמעתתא דההוא רעיא דפ״ק דב״מ׳ ולא פירש מה הראיה ונראה שכוונתו לראיית הש״ך הנ״ל.

[6] והעירני מו״ר הגרמ״ח דימנטמן שליט״א דאפשר להתווכח, דלהו״א דבהיסת יש דין שכנגדו נשבע ונוטל, בוודאי נשבע בנק״ח, דלא מסתבר שיטול בהיסת גרידא, דהדרנא לדין שכנגדו בשבועת המשנה אף בהיסת. שו״מ בחזו״א חו״מ י ס״ק טו שכתב כן, דאם בשבועת היסת היה דין שכנגדו- ודאי שצריך נק״ח, דכל הנשבע ונוטל צריך נק״ח, עכת״ד. ובזה תירץ את קושיית רעק״א והקצוה״ח הנ״ל, דלא שייך שיאמר הריני כשאר תובעים וישבע היסת, ובדבריו לכאורה נדחית גם ראיית הש״ך דלא שייך דתהיה נפק״מ בגמרא בין שבועה דרח״ק לשבועה דרב נחמן לענין נק״ח דבין כך ובין כך שכנגדו היה נשבע בנק״ח. ונראה שהש״ך (וכך רעק״א) סובר דדין שכנגדו הוא לתא דהיפוך (כך מצאתי בשיעורי הג״ר דוד פוברסקי זצ״ל), וכלשון הגמרא שבועות מא,א ׳שכנגדו חשוד על השבועה אפכינן ליה שבועה ושמוה אאידך׳, כלומר שהתקנה היא שהשבועה האמורה בדין ודברים זה תהיה על התובע וממילא השבועה שהיה מחויב הנתבע החשוד היא מתהפכת וניטלת מהחשוד לתובע. ובזה מתורץ עוד מה שקשה עוד בסוגיא דחשוד, דבסימן עה סע׳ ד בגליון רעק״א הקשה בשם הבשמים ראש, דבהעדאת עדים דר״ח קמייתא אין משיל״מ (בטוען איני יודע) כיון דאתיא מגלגול שבועה, וג״ש ס״ל להרבה פוסקים דאין דין משיל״מ, א״כ גם בנלמד דהעדאת עדים אין דין משיל״מ עכת״ד (ועיין בשעהמ״ש פח סק״א דעיקר המלמד הוא מ׳הודאת פיו׳ ויש מתוך אף בהעדאת עדים), ובתוס׳ ב״מ ה,א ד״ה שכנגדו הקשו אמאי לא אמרינן בחשוד משיל״מ ולחד תירוצא (ויש אחרונים שלומדים כך בשני התירוצים ואכמ״ל) בחשוד אתינן עלה מדין משיל״מ (והיינו דחשוב מן הנוטלים מן הדין עיין ר״ן ריש פרק כל הנשבעין) אלא דתקנו שכנגדו ישבע לטובת החשוד, דא״כ לא שבקת חיי לכל חשוד דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו, ע״כ. ובסוגיה דההוא רעיא הרי מדובר בהעדאת עדים, ובהעדאת עדים אין משיל״מ, ואיך יהיה דין שכנגדו נשבע ונוטל? ולהנ״ל דבחשוד הפכו את השבועה דהיינו לקחו את השבועה מהחשוד ושמוה אאידך (כך הלשון בשטמ״ק בשם הרא״ש) א״כ לא שייך דין מתוך שאין יכול להישבע משלם, וקושית תוס׳ היא מדוע לקחו לחשוד את השבועה והיה מתחייב במשיל״מ? ועל זה תירצו ב׳ תירוצים, ולפ״ז ב׳ תירוצי תוס׳ לא

רעק״א שם בגליון השו״ע הקשה, וז״ל: ״תמהני הא ג״כ אם איתא לדר״ח יכול לטעון הריני כשאר תובעים להשביעך היסת, וכיון שאתה חשוד אנכי ישבע היסת בלא נקיטת חפץ״[7], והיינו דבין אי איתא לדר״ח בין ליתא לדר״ח יכול התובע לוותר על תביעתו בשבועה דאורייתא והעדאת עדים, וממילא השכנגדו יהיה מחויב היסת בלא נקיטת חפץ, ולכן אין זו תשובה לקושיית הגמרא- דאי יש דין שכנגדו בחשוד, בהיסת יכול להישבע התובע את שבועת ההיסת החלה על הנתבע וליטול, אלא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ולכן אין דין שכנגדו בשבועת היסת.

והנראה בדעת הש״ך, דכשיש מחייב שבועה דאורייתא וגם מחייב שבועת היסת, אינו מחויב שבועת היסת כלל, וההסבר הוא דכשהתורה לא האמינה אלא בשבועה דאורייתא אין מקום למחייב אחר מדרבנן, וא״כ ההיפוך לשכנגדו הוא תמיד כעין השבועה של המחויב, ולכן הוכיח הש״ך כנ״ל. ומתורצת קושית רעק״א, דאי איתיה לדרבי חייא אין חיוב היסת כלל ולא מצי למימר הריני כשאר תובעים ואשבע היסת, וא״כ ראית הש״ך קמה וגם ניצבה וכנ״ל.

ואשר לפ״ז נ״ל לחדש בנד״ד דהיכא דמחויב היסת ממקום אחר ורוצה לגלגל עליו שבועה דאורייתא, כעת הוא מחוייב שבועה מב׳ מחייבים: היסת מצד הטענה ושבועה דאורייתא מצד הגלגול, אלא דסברת הש״ך היא דכשמתחייב שבועה דאורייתא לא שייך חיוב היסת ופקע ליה (ואזיל לשיטתו גם כאן, ועל כן תמה על סברת הטוש״ע).

אבל לסברת רעק״א והקצוה״ח, דאף כשמחויב שבועה דאורייתא נשאר עדיין חיוב שבועת ההיסת, אלא דנפטר ממנה ע״י שנשבע שבועה דאורייתא, דבכלל מאתים מנה אבל תוקף החיוב היסת נשאר אף כשיש מחייב שבועה דאורייתא, וא״כ חיוב ההיסת הוא המחלק בין עיקר השבועה לגלגול, דהא הקשה הש״ך דלדידן דבדאורייתא לא מפכינן אין נפק״מ בין העיקר לגלגול, וזה לסברתו- דכשיש מחייב ש״ד ליכא לחיוב היסת כלל כנ״ל, אבל לסברת החולקים הא אם ירצה התובע לומר לגבי הגלגולים הריני כשאר תובעים ותשבע לי היסת וכגון שיודע שלא ישבע והוא רוצה שיהפוך דלא אכפת ליה להישבע (ובמשיל״מ הרי לא יקבל את התביעה) נראה דאין מניעה לשיטתם

סוברים דבחשוד קיים הדין משיל״מ (דלא כהר״ן ריש כל הנשבעים הסובר דבחשוד הנטילה מדינא כנשבעים ונוטלים דכתובות (היינו פוגמת כתובתה וחברותיה)).

[7] ועיין בקצוה״ח ס״ק יז שכתב על זה ״וראיה זו איני מכיר...״ מכח אותה קושיה.

וא״כ מחולק העיקר מהגלגול ע״י ההיסת שמחויב בו בגלגול עוד קודם שנתחייב בש״ד, וכיון שהתובע מצי לחלק ולומר הריני כשאר תובעים ולהשתמש בזכות התביעה של ההיסת- לא יוכל למנוע מהנתבע להשתמש בזכות זו וע״י זה לחלק בין הגלגול לעיקר שבועה, דהיינו דעל המחייב מצד גלגול שבועה והוא מחייב דאורייתא, הרי אם אומר לו טול את התביעה של הגלגול נפטר משבועת הגלגול, וכיון שיש גם חיוב היסת יכול להשתמש בחיוב זה ולהופכו על התובע, וא״כ לא יטול אלא בשבועה.

וא״כ נלענ״ד דמתורצות כל הקושיות, דמה שהוקשה דא״כ נפל דין ג״ש בבירא דכל נשבע יהפוך הגלגול אשכנגדו ולהנ״ל נראה לי דלא שייך אלא כשהיה חייב לו שבועת היסת ממקום אחר, ולא באותה טענה ואותה רוצה לגלגל ולחייבו בדאורייתא (כעין החילוק ברמב״ם בין כשטוענו כלים וקרקעות דהב״ד מגלגלים, להיכא דהגלגול הוא בטענה נפרדת שצריך שהתובע יגלגל).

ומה שהקשינו דשבועת היסת היא בטענת ברי וא״כ א״א להשביע בגלגול בברי, ובגמרא בקדושין דילפינן לחיוב שבועה, ובברי יותר קל להשביע בגלגול ואם בברי מפכינן לכאורה כ״ש בשמא – ג״כ ל״ק. ראשית, דבגמרא שם מדובר על ילפותות מקראי ואין להקשות על לאחר תקנת רב נחמן, דהדין הוא לא דבגלגול מפכינן, אלא דבהיסת מפכינן וזה רק לאחר התקנה, והגמרא איירי בקראי.

ועוד, דלא בכל טענת גלגול דפ״ע היתה מחייבת היסת מפכינן, אלא רק שנתחייב היסת בפני עצמו בלי קשר לטענת העיקר שבועה.

ודברי הש״ך שכתב דבעל העיטור לשיטתו דמספקא ליה אי מפכינן בדאורייתא ולכן בגלגול הקל להפך, והוקשה מה שנא ג״ש מהעיקר- דבעיקר קיי״ל דאף לדעת בעל העיטור, דמספ״ל, דלא מפכינן? ולמבואר לעיל דאיירי כשיש חיוב היסת אחר, וכך נראה שפירשו דבריו הטור והשו״ע כנ״ל, וא״כ כשיש חיוב היסת ובהיסת לכו״ע מפכינן, ובשלמא לשיטת הש״ך דלא מפכינן בדאורייתא היא הלכה רווחת בישראל, הוא דין בכל שבועה דאורייתא, ואין חילוק בין עיקר לגלגול- הכל דין אחד, ולכן אין משמעות לחיוב היסת הנוסף, דכיון שהחמרנו בגלגול כמו בעיקר לגבי היפוך שבועה מתבטל, המחייב הנוסף של היסת כשיטתו, וכדלעיל.

אבל לבעה״ע דמספק״ל אי מפכינן בדאורייתא לגבי העיקר כשיש רק מחייב דאורייתא, א״כ לגבי הגלגול שבו נוסף גם מחייב היסת, ובהיסת מפכינן

בודאי. כיון דמספק״ל, המחייב של השבועה דאורייתא לא מבטל את המחייב של ההיסת, כיון שאין שום דין המתחדש ע״י החיוב דאורייתא, כיון דל״א מתוך שיל״מ וכן היפוך שבועה הוא מסופק אם יש כלל – לא יתכן שדין מסופק הקיים בשבועה דאורייתא יבטל את המחייב הנוסף של שבועת ההיסת.

הש״ך אכן סובר שכשיש מחייב שבועה דאורייתא מתבטל המחייב דשבועת ההיסת, ובהכי לא תיקנו כדלעיל, אבל כ״ז הוא כשיש תוספת חיוב במחייב דאורייתא, וזה מסתבר. וא״כ למאן דמספק״ל אי מפכינן בדאורייתא אין זה נחשב תוספת במחייב דאורייתא כדי להפקיע את המחייב היסת (שהיסת הוא גם זכות הנתבע כנ״ל), ונק״ח ג״כ אינה נחשבת תוספת במחייב ג״ש דאורייתא, דראיית הש״ך הנ״ל דהיסת בעי אינקוטי חפצא מסוגיא דההוא רעיא, כתב שמצא ג״כ בבעה״ע. נמצא שגם דבטכסיס השבועה דנק״ח אין הבדל בין היסת לדאורייתא בין לש״ך ולבעה״ע, ולכך הסביר הש״ך את בעל העיטור לשיטתו.

ה. סיכום

פתחנו בדין מהטור והשו״ע דבגלגול שבועה יכול להפוך את הגלגול על שכנגדו. דין זה הוקשה לש״ך, וע״כ חלק עליו וכתב שמקורו מבעה״ע וא״כ אין ראיה לדידן, דבעה״ע מספק״ל אי מפכינן בדאורייתא ולכן היקל בג״ש.

הובא הסבר התומים דכיון דבגלגול אין דין משיל״מ, לכן יכול להפוך, ולשיטתו אינו יכול להישבע הוא כמו אינו רוצה להישבע בג״ש ובשניהם פטור ולכן יכול להפוך.

והקצות הקשה עליו דא״כ לרב ושמואל לא יחויב לעולם אם אינו רוצה להישבע דינו כאינו יכול, ועוד הא הוי כחוזר מחיוב לפטור.

ותירצנו דהתומים אמר שיטתו בג״ש, דאין הבדל בטענה אינו יכול ואינו רוצה להישבע, כיון דבעיקר שבועה ג״כ החיוב לשלם באינו יכול להישבע הוא מדיני השבועה כמו אינו רוצה ולכן גם בפטור אין הבדל לדידהו, דבין אינו יכול בג״ש בין אינו רוצה- פטור מפני חולשת החיוב שבועה בג״ש, אבל לרב ושמואל באינו יכול הוא פטור שהוא מופקע משבועה (וכסברת הרא״ש), ולכן פטור משבועה ומתשלומים, משא״כ באינו רוצה להישבע הוא בוודאי דין בשבועה.

עוד התחדש הסבר בשו״ע דדין זה הוא רק כשנתחייב היסת מקודם או לאחר מכן ממקום אחר, ורוצה התובע לגלגל עליו חיוב זה לש״ד. ובזה נחלקו דלש״ד כשיש ב׳ מחייבים – דאורייתא והיסת – פקע ליה החיוב היסת ולכן כאן חלק על הטור והשו״ע, הסוברים כפי הנראה שהמחייב היסת נשאר וכשעוברת השבועה לתובע יכול להשתמש בחיוב היסת, וא״כ גם הנתבע יכול להשתמש בזכות זו ע״י שיוריד מעצמו את החיוב ד״ת ע״י הסכמתו לשלם את התביעה, ולהשתמש בזכותו הקיימת עדיין בהיפוך היסת ולא ישלם עד שישבע התובע.

הרב אהרן בר יעקב

בענין הרחקת נזקין

ראשי הפרקים

א. שתי שיטות בפסק הרא״ש
ב. שתי שיטות בטעם החילוק בין נזקי שכנים להלכות ד׳ אבות נזיקין
ג. שני הסברים בשיטת הרא״ש

א. שתי שיטות בפסק הרא״ש

הלכה כרבי יוסי שעל הניזק להרחיק את עצמו

בפרק לא יחפור (ב״ב כה,ב) שנינו:

> מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה... אם הבור קדמה קוצץ ונותן דמים ואם אילן קדם לא יקוץ ספק זה קדם וספק זה קדם לא יקוץ. ר׳ יוסי אומר אע״פ שהבור קודמת לאילן לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו.

ובגמ׳: ״אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי יוסי, אמר רב אשי כי הואן בי רב כהנא הוה אמרינן מודה ר׳ יוסי בגירי דידיה״.

ובטור (קנה,מו) פסק כרבי יוסי:

> וכן אם היה לחבירו בור אצל שדהו מותר ליטע אילן סמוך לו ואין זה יכול לומר שרשי אילנך מפסידין את בורי שאין זה הנזק בא לו מייד אלא לאחר זמן כשיגדל. אבל כל שאר ההרחקות שדברנו בהם עד עתה חשבינן להו כאילו הנזק בא לו מיד, לפיכך חייב המזיק להרחיק את עצמו.

ובשו״ע (שם לב):

> מי שהיה לו אילן בתוך שדהו וקרוב לבור חבירו (או בא לנטוע) (טור) אין בעל הבור יכול לעכב אליו ולומר לו הרי שרשי האילן נכנסים לבור שלי ומפסידין אותי שזה נזק הבא מאליו לאחר זמן ובעת שנטע אינו מזיקו וכשם שזה חופר בתוך שלו זה נוטע בתוך שלו.

תשובת הרא״ש

מכל הנ״ל עולה, שבכל מקום שנגרם נזק מאיליו על הניזק להרחיק. אמנם בשו״ת הרא״ש (כלל קח סימן י) ישנה תשובה חשובה שמשנה את פני הדברים.

בחלק הבא של המאמר נשתדל לדייק בכוונתו ולשונו ולשם כך אצטט את הפיסקאות בהן נעסוק [בסוגריים מרובעים הערות שהוספתי לשם הבנת דבריו].

> שאלה: ראובן חפר גומא בחצרו, שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים, בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון, וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים.
>
> נראה לי שראובן חייב לסלק היזקו. ואף לרבי יוסי, דאמר (ב״ב כה,ב) על הניזק להרחיק עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה, הכא מודה, כיון דנפיש היזקא דשמעון; וגם תשמיש של שמעון קבוע, ואי איפשר לו לסלק את עצמו, דאין דירה בלא מרתף וחצר. דלא קאמר רבי יוסי אלא בבור ואילן, אעפ״י שהבור קדם לאילן, לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, משום דסתם בור הוא מים מכונסין, ובקל יכול הניזק לסלק עצמו ולהרחיק את בורו מן האילן כ״ה אמה. ובור לא הויא כולי האי תשמיש קבוע, לכן הקלו בו חכמים, וגם לא נפיש היזקא כולי האי.

[עד כאן הרא״ש התייחס לנזק כלא גירי דיליה וחידש שאעפ״כ צריך להרחיק. בפיסקאות הבאות יוכיח שיש ראשונים הסוברים שנזק זה הוא גירי דיליה[1]:]

> ...וכן פר״ח על מתניתין (ב״ב כב,ב) דמרחיקין את הסולם מן השובך, ופריך בגמ׳: לימא מתניתין דלא כרבי יוסי, ופר״ח ז״ל: מכדי בריש פירקין בארחוקי משום היזקא קא מיירי, אמאי לא קאמר בחד מינייהו: לימא דלא כרבי יוסי, אלא הכא לחודי? שמעינן מינה דפירקין כולה דברי הכל היא, ואפילו רבי יוסי מודה דעל המזיק להרחיק את עצמו.

[1] עיין בסוף התשובה, שהוכחנו שזו כוונת הרא״ש. וכן פירש כוונתו במשכן שלום בסימן ב, מקורות וביאורים ס״ק ו.

...ורש״י פירש: וטובא מילי איכא במתניתין דודאי לאו כרבי יוסי, אלא לומר אף זו, סולם ושובך, דלא כרבי יוסי; גם לפי דבריו משמע, דרבי יוסי לא פליג אכל הרחקות דמתניתין, והדבר ידוע שזה היזק גדול יותר מכל הני היזקות דמתניתין דמודה בהם ר׳ יוסי. [כלומר, מכיון שגם רש״י מודה, שלכה״פ בחלק מההרחקות דמתניתין מודה ר״י, א״כ הכא ודאי יודה מפני שהנזק הנידון גדול יותר מכל הנזקין שבמשנה]

וגם לא דמי לאילן, שלימים רבים עתיד ההיזק לבא, אחר אשר יגדלו השרשים; אבל בנדון זה, מיד כשהמים רבים ומתאספים בגומא, בוקעים ועוברים לחצר שמעון, והוו גירי דיליה.

[וכוונתו שאין לומר, שלמרות גודל הנזק ר״י אינו מודה מפני שמצד מהותו – נזק הנגרם לאחר זמן – אי״ז גירי דיליה, דכה״ג מקרי שהנזק נגרם מיידית. עד כאן הביא הרא״ש ראיות שלשיטת ר״ח ורש״י מיקרי האי נזק גירי דיליה. וכעת חוזר לטעון מש״כ בתחילה שאף אם א״ז גירי דיליה בכה״ג צריך המזיק להרחיק:]

ולא דמי להא דאמרינן בפרק הבית והעלייה (ב״מ קיז): הנהו בי תרי דהוו דיירי חד בעלייה וחד בתחתונה, איפחות העליונה, כל אימת דהוה משי עילאי ידיה, נפלי מיא על התחתון ומזקי ליה, על מי לתקן? רבי חייא בר אבא אמר: על עליון לתקן, רבי אלעא, ואיתימא רבי חייא ברבי יוסי, אמר: על תחתון לתקן; ומסיק דפליגי בפלוגתא דרבי יוסי ורבנן: מאן דאמר על עליון לתקן, סבר כרבנן, דאמר: על המזיק להרחיק את עצמו; ופריך: והאמר רב אשי: כי הוינא בי רב כהנא, אמר: מודה רבי יוסי בגירי דיליה? ומשני: דפסקי והדר נפלי; אלמא לא מיקרי גירי דיליה אלא היכא דמיד בא ההיזק לחברו, אבל היכא דאיכא הפסק, לא מיקרי גירי דיליה; ובנדון זה, המים בנפילתן מתאספים לתוך הגומא, ושוב אחר זמן, כשהן רבים, בוקעין חומת שמעון ועוברין למרתפו, ואיכא הפסד טובא.

לא דמי כלל; דהתם, העליון אי איפשר לו לסלק היזקו למקום אחר, דאי איפשר לו להיות בלא מים, וגם התחתון בקל יכול לתקן המעזיבה, ואז אין המים נופלין עליו.

[כאן הרא״ש חוזר על מה שכתב בריש התשובה שמה שעל הניזק להרחיק את עצמו זה בתנאי שיכול להרחיק, כלומר שיכול להתרחק או למנוע את הנזק

בקל. ברם, תוך כדי דבריו מבליע תנאי נוסף שאין המזיק יכול לסלק ההיזק. לקמן נעמיק בפשר דבריו בע״ה.]

...אבל אם העליון משתמש במים רבים, שאינן נבלעין כלם במעזיבה, ועוברין המעזיבה ומזיקין לתחתון, ואף על גב דפסקי והדר נפלי, מודה ר׳ יוסי דאסור; כיון דהתחתון אינו יכול לתקן לינצל מהיזק העליון אם לא יעשה כיפת אבנים, כולי האי לא אטרחוהו חכמים, וצריך העליון לסלק היזקו;

והלשון מוכיח כן, מדקאמר: כל אימת דמשי ידיה. וכן מצאתי בספר אבי אסף, בפרק הבית והעלייה, וז״ל: והכל לפי הענין וההיזק, שמי רחיצה מועטין ראויין לכלות, אבל אם יש חפירת מים מרובין אצלו, והן מזיקין לו תדיר דרך כותלו, הוה ליה גירי דיליה; עכ״ל.

[כאן חוזר להביא ראיות שנזק כה״ג מיקרי גירי דיליה:]

וכן כתב בעל העיטור, וז״ל: מרחיקין את הסולם מן השובך כו׳ (ב״ב כב,ב), ומקשינן: לימא מתניתין דלא כרבי יוסי? וכתב רב שרירא: הכי איתמר קדמנא במתיבתא, באדר שנת רפ״ד: מ״ש דשבקינן עד הכא ...דכולה מתניתין משום גירי דיליה; ולא דמו לאילן, דבעידנא דנטע ליתנהו לשרשין; ומסתברא דכולהו הנך דתנינן בפירקין, משום ממון הוא, שמזיק ממון חברו, ולא דמי לאילן ובור, דשרשיו פנים חדשות באו לכאן זה סולם דדמי ליה, אוקמיה כרבי יוסי, ומשום גירי דיליה; עכ״ל.

וגם יש לחלק כאשר כתבתי בתחילה, דבור אין היזקו מרובה, ובקל יכול להרחיק מן האילן; וכן שובך נמי, יכול להרחיקו, ואין היזקו מרובה ומצוי כל כך כמו שאר הרחקות דמתניתין.

[מהלשון ״וגם יש לחלק כאשר כתבתי בתחילה״ מוכח מש״כ לעיל שהרא״ש מסתמך על שתי סברות שונות על מנת לחייבו להרחיק.]

...ושלום, אשר בה״ר יחיאל זצ״ל.

תורף חידושו של הרא״ש ומה שיש להסתפק בכוונתו

הרא״ש מחדש שמה שאומר ר״י שעל הניזק להרחיק את עצמו היינו רק כשהוא מסוגל לכך או כשנזקו מועט. אך כאשר אינו יכול להרחיק בקל ויש לו היזק מרובה המזיק מרחיק (ומלבד זה מצדד לחייבו גם מטעם שיש ראשונים שיגדירו נזק זה כגירי דיליה).

מה שיש להסתפק בדבריו הוא שכאשר מביא את הסוגיא דבית ועליה ומסביר מדוע שם מיישמים את הכלל שעל הניזק להרחיק את עצמו לכאורה היה סגי אם היה אומר שהניזק יכול בקל לסלק ניזקו אך הוסיף חילוק בין המקרים: "דהתם, העליון אי איפשר לו לסלק היזקו למקום אחר, דאי איפשר לו להיות בלא מים, וגם התחתון בקל יכול לתקן המעזיבה, ואז אין המים נופלין עליו".

בהבנת הדברים הללו ישנן שתי אפשרויות:

א. רבי יוסי אומר שעל הניזק להרחיק (בלא גירי דיליה) כאשר הניזק יכול להרחיק את עצמו **או** כשלמזיק תשמיש הכרחי – ולפי זה הרא"ש מחדש כאן מצב נוסף בו הניזק מרחיק את עצמו. בתחילת התשובה כתב שזה בתנאי שהניזק יכול להתרחק. וכאן מוסיף שגם כשלמזיק תשמיש הכרחי הניזק ירחיק, ואלו שני מצבים בלתי תלויים זה בזה. ולכן כשלמזיק תשמיש הכרחי הניזק מרחיק אע"פ שזה כרוך בהוצאה מרובה מצידו.

ב. רבי יוסי אומר שעל הניזק להרחיק (בלא גירי דיליה) כאשר הניזק יכול להרחיק את עצמו **וגם** כשלמזיק תשמיש הכרחי – ולפי זה הרא"ש מצמצם כאן עוד יותר את רבי יוסי. שאפילו כשלמזיק תשמיש הכרחי אם הניזק אינו יכול להרחיק המזיק יבטל את תשמישו ההכרחי וירחיק.

לסיכום: יש להסתפק על מי להרחיק, כאשר הניזק אינו יכול להרחיק את עצמו אלא בהוצאה מרובה והמזיק עושה תשמיש שאי אפשר לו בלעדיו.

צדדים לדייק לכאן או לכאן

קשה להכריע מלשון הרא"ש, ועיין בעמק המשפט סימן כז (בעיקר בסעיפים לא-לז) שמצדד לכאן ולכאן ולא מכריע. אסכם כאן את הקושי הלשוני שבכל הסבר:

אפשרות א – בהמשך התשובה כותב הרא"ש:

> אבל אם העליון משתמש במים רבים, שאינן נבלעין כולם במעזיבה, ועוברין המעזיבה ומזיקין לתחתון, ואף על גב דפסקי והדר נפלי, מודה ר' יוסי דאסור; כיון דהתחתון אינו יכול לתקן לינצל מהיזק

> העליון אם לא יעשה כיפת אבנים, כולי האי לא אטרחוהו חכמים, וצריך העליון לסלק היזקו.

מפשט לשונו משמע שעצם העובדה שהניזק לא יוכל להינצל בקלות מההיזק תחייב את המזיק להרחיק ולא רמז כלל שזה דווקא אם המזיק עושה שימוש לא כ״כ הכרחי במים.

אפשר ליישב קושי זה אם נאמר שתשמיש של מים מרובים הוא לא כ״כ הכרחי לבית ולכן כאשר עבר לדבר על מים מרובים ממילא בטל התנאי הראשון ולכן פירש בדבריו רק את התנאי השני. ועדיין זה דוחק מפני שלא פירש דבריו.

אפשרות ב – אם כוונת הרא״ש שצריך את שני התנאים על מנת לחייב את הניזק להרחיק יצא לפ״ז לכאורה שכשהנזק נגרם מתשמיש לא הכרחי של המזיק עליו להרחיק אע״פ שאין לניזק קושי להרחיק. וזה ודאי א״א לומר שהרי במקרה של אילן ובור תשמיש האילן לא הכרחי כ״כ למחיה ואעפ״כ אומר ר״י שהניזק מרחיק את עצמו. אם כן יוצא בעצם שהכל תלוי רק בתנאי השני, האם הניזק יכול להרחיק או לא. ולפ״ז התנאי הראשון מיותר.

וזה דוחק גדול שלא מצאתי לו תשובה.[2]

פירוש החזון איש לתשובת הרא״ש

החזו״א (ב״ב יד,יג) דן באריכות בתשובת הרא״ש. אביא כאן מדבריו השייכים לספק הנ״ל [בסוגריים מרובעות הערות שהוספתי לשם הבנת דבריו]:

> ...ועל זה כתב הרא״ש דבור אין תשמישו קבוע, וגם אפשר להרחיקו, וגם הפסד השורשים אינו פסידא כל כך, ור״ל דהיה מודה רבי יוסי אילו שרשים דידיה היו מפילים כותלי ביתו או כותל מרתפו שצריך לקוץ [דאז היה חל הכלל של הרא״ש שבהפסד מרובה שאין הניזק יכול להרחיק ממנו המזיק מרחיק], וצ״ע מנא ליה לרבינו זה, ויותר תימא דהא בפאפא יונאה בגמ׳ (ב״ב כה,ב) דנייד אפדניה אמרינן דמודה ר״י בגירי דיליה משמע דשרשי אילן המפילים אפדנא לר״י

[2] מכח קושיה זו (וקושיות נוספות) הכריע בספר משכן שלום (מילואים פרק ה ענף ה) כפירוש הראשון. אעפ״כ לא דחיתי אפשרות זו מפני שראיתי שבעמק המשפט השאיר בספק את שתי האפשרויות, וכן מפני שלשון נתה״מ מורה שלמד כך כפי שיבואר לקמן בע״ה.

אינו זקוק להרחיק [בסוגיא שם איירי בעוצרי שומשומין שפאפי בנה לידם בית גדול ומחמת שהיו מכים בשומשומין היו קירות ביתו רועדים ופסק להם רב אשי שצריכים להרחיק משום שמזיקים בגירי דיליה. ומשמע שאם היו מזיקים בלא גירי, כגון ע״י שורשי אילו לא היו צריכים להרחיק. וזה הפך ממה שדייק לעיל בדברי הרא״ש]...

ונראה דענין גירי עיקרו בשיקול הדעת על מי למנוע את ההיזק שהרי אם אדם יכנס לחצר חבירו ויטע אילן שהשרשים יזיקו את בורו או יעשה כרישין אצל הבצלים וחרדל אצל דבורים או ישפוך מים בעלייתו שירדו לביתו ודאי הוי בכלל מזיק בגרמא, אלא כשעושה בתוך שלו וזהו תשמישו אין על זה שם מזיק, ובזה צריך לשקול בפלס איזה דבר הוא בזכות המזיק ואיזה דבר הוא בזכות הניזק.

ואמרו... בהא דדייק שומשומי ונייד אפדנא דדייניגן להפסיק ליה את המעצרתא יש לו למזיק זכות שזהו עיקר תשמישו [ולכן אין להשוות בינם לבין נוטע אילן. דעוצרי השומשומין עושים שימוש עיקרי ברשותם ולכן לא היינו מחייבים אותם להרחיק], ומ״מ הכריעו חכמים דהוא מזיק כיון דפעולתו בידיים וההיזק ניכר.

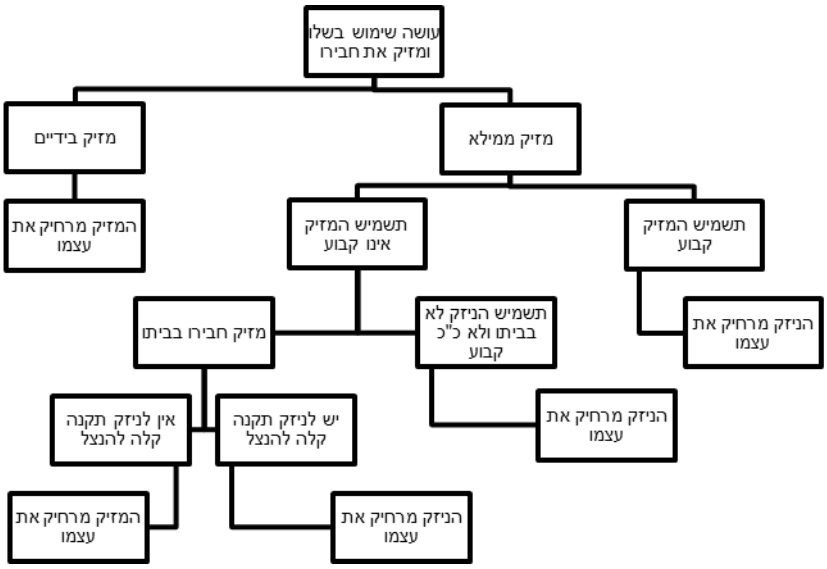
[כאן מחדש את הבנתו בראי״ש שדווקא במקום שאין תשמישו של המזיק עיקרי אמר הרא״ש שאם אין הניזק יכול להינצל המזיק ירחיק] ולדעת הרא״ש אילו מזיק עושה דבר שאינו עיקר תשמישו כמו נטיעת אילן ולחבירו ההפסד בביתו ואין לו תקנה להינצל מההיזק, לא הוי מקרי עושה בתוך שלו אלא חשבינן כעושה בשל חבירו וממילא חשיב גירי דיליה, ודווקא אילן סמוך לבור שאין האילן עיקר התשמיש ואין הבור עיקר התשמיש חשיב הנוטע כעושה בתוך שלו, וכן בשופך מים בעליה כיון דאין כאן נידון רק בהוצאות המעזיבה ותשמיש הבית אי אפשר בלי התזת מים בזה ס״ל לר״י דעל הניזק להרחיק ולא מקרי גירי, ואילו לא היתה תקנה להינצל מן ההיזק לא היה לו לבעל עליה רשות להזיקו אף דתמו מיא והדר נפלי...

תורף דברי החזו״א

החזון איש מסביר בדברי הרא״ש שבהלכות הרחקת נזיקין חז״ל משערים על מי צודק להטיל חיוב הרחקה וכשהמזיק חייב להרחיק זה נקרא שמזיק בגירי דיליה.

ולכן כאשר המזיק עושה תשמיש הכרחי ועיקרי ברשותו אין זה צודק להטיל עליו חובת ההרחקה ולא בכה״ג אמר הרא״ש שאם הניזק לא יכול להרחיק על המזיק להרחיק את עצמו. אלא בכה״ג הניזק מרחיק.

בסוף סעיף זה החזו״א מגדיר מהו ה״פלס״ על פיו חז״ל מטילים את חיוב ההרחקה. העתקתי את דבריו לתרשים כדלהלן:



נמצאנו למדים שבספק שהעלנו לעיל החזו״א פשט כאפשרות הראשונה (כפי שניכר בתרשים שכאשר תשמיש המזיק קבוע אין התחשבות בכך שלניזק אין תקנה קלה להינצל).[3]

[3] אמנם בסוף דברי החזו״א המצוטטים לעיל משמע שאף שא״א לעליה בלא התזת מים, אם לא היתה תקנה להינצל מההיזק- המזיק היה מרחיק את עצמו. והתקשיתי מאד מאי שנא ממש״כ בתחילת דבריו שהנהו דניידו אפדנא של שכנם א״צ להרחיק כיון שזהו עיקר תשמישם (ורק למסקנה מרחיק בגלל שמזיק ביד״ם) אע״פ שאין לו תקנה להינצל. מדבריו אלו למדתי שתשמיש עיקרי לא נדחה מפני שאין הניזק יכול להרחיק את עצמו. כמו כן בסוף דבריו כאשר החזו״א מסכם את הדינים ג״כ משמע כך, וצל״ע. עכ״פ במאמר זה פירשתי את דברי החזו״א כפי שמשמע מתחילת דבריו ובסיכומם, כמבואר בהמשך הדברים. והסתייעתי בדברי המשכן שלום (שם) שלמד כך בדברי החזו״א.

מה שיש להקשות בלשון החזו״א ויישוב פשוט לזה

ויש להעיר בלשון החזו״א שתי הערות:

א. מדוע לא הזכיר את דברי הרא״ש המפורשים, שחיובו של התחתון לבנות מעזיבה הוא מפני שאי אפשר לעליון בלא מים. ואף שיש להסתפק בלשונו אם זה לבד מספיק או שצריך לזה תנאי נוסף כנ״ל אך מדוע התעלם מדברים אלו?

ב. תוכ״ד כתב: ״ולדעת הרא״ש אילו מזיק עושה דבר שאינו עיקר תשמישו כמו נטיעת אילן ולחברו ההפסד בביתו ואין לו תקנה להינצל מההיזק, לא הוי מקרי עושה בתוך שלו אלא חשבינן כעושה בשל חבירו וממילא חשיב גירי דיליה״. וחידש בזה חידוש עצום שהגדרת גירי דיליה איננה הגדרה אובייקטיבית לכל סוג נזק אלא היא נגזרת מההקשר הרחב. על אותו מעשה של המזיק אם נחליט שזכותו לעשות זאת אין זה גירי ואם אין לו זכות חשיב גירי דיליה. ומלבד הדוחק בעצם הסברא,[4] קשה מה דחקו לפרש כך?

יישוב לשתי הקושיות הללו נמצא בדברי המשכן שלום (מילואים פרק ה ס״ק נט). תשובת הרא״ש מובאת בקיצור בטור (שם סעי׳ כ). בנוסח המקוצר הושמט כל המו״מ בסוגיא בפרק הבית והעליה. כמו כן טענתו הראשונה של הרא״ש שבכה״ג שהניזק אינו יכול להרחיק המזיק מרחיק וטענתו השנייה שבכה״ג חשיב גירי אוחדו לכלל טענה אחת ללא הבחנה ביניהם. ולכן נראה פשוט שהחזון איש למד את תשובת הרא״ש בנוסחה המקוצר בטור ולכן לא הזכיר את דברי הרא״ש המפורשים שמסייעים לו וגם שגה, כביכול, לפרש בכוונתו שרצה לומר שבכ״מ שחייב המזיק להרחיק מיקרי גירי.[5]

התעכבתי לברר ענין זה מפני שאפשר לראות כאן את גדולתו של החזו״א. שהרי לפי הנוסח המקוצר אין זכר לסברא שא״א לבטל תשמיש עיקרי של המזיק. ובכל זאת החזו״א חידש מכח סברתו ומכח קושיה מסוגיא את

---

[4] ואף הביא בעצמו את דברי הרמב״ן בקונטרס דינא דגרמי שמשמע ממנו לא כך (שם בסוף הסעיף).

[5] היססתי אם לכתוב בלשון זו על דברי קדשו של החזו״א. בסופו של דבר הרשיתי לעצמי לכתוב כך מפני שראיתי שגם המשכן שלום (פרק ב ס״ק ו ד״ה וברור) תמה על משמעות דברי החזו״א הללו. וביותר משום שדווקא מכאן אפשר להסיק על גדולתו כמבואר בהמשך הדברים.

היסוד הזה ופירש כך בכוונת הרא״ש. ואכן בנוסח המלא יש יסוד חזק ומוצק בדברי הרא״ש לפרש כדברי החזו״א.

פירוש נתיבות המשפט לתשובת הרא״ש

בנתה״מ (שם ס״ק ג) מביא תשובת הרא״ש בלשון זו [הערתי בסוגריים מרובעים לצורך הבהרת דבריו]:

> [על דברי השו״ע שאם אין מי העליון יורדים ישירות למטה אינו חייב להרחיק] וקשה דהא בסעיף כ מבואר דאם בוקעין המים [שהציפו את המרתף] אחר שרבו דחייב ראובן לסלק וכאן מתיר בפסקי והדר נפלי. ואחר כך מצאתי בתשובת הרא״ש כלל קח סי׳ י הקשה קושיה זו ותירץ דכאן שאני דהעליון אי אפשר לו לסלק הזיקו שאי אפשר לו להיות בלא מים והתחתון בקל יכול לתקן מעזיבה דבמעזיבה מועטת כשיתקן התחתון שוב לא ירדו המים ויבלעו במעזיבה והלשון מוכיח דאמר (בבא מציעא קיז,א) ״דמשי מיא״ וזה דבר מועט מאד אבל במקום שהתחתון אינו יכול לסלק ההיזק בדבר מועט רק בהוצאה מרובה אפילו בפסקי והדר נפלי חייב העליון.

הנתה״מ פותח בדבריו שתשמיש המים הוא הכרחי למזיק ועל גבי זה מחלק בין אפשר לניזק להרחיק בהוצאה מועטת או שאי אפשר לו. ונראה מפשט לשונו שכשדרושה הוצאה מרובה לעולם המזיק מרחיק אף כשתשמישו הכרחי. וגם מה שדחקנו בלשון הרא״ש שכשדיבר על מים מרובים ממילא משמע שמדבר על תשמיש לא כ״כ הכרחי הכא גם את זה א״א לדחוק מפני שלא הזכיר כלל ריבוי מים רק את העובדה שאינו יכול להסתלק בדבר מועט.

ולכן נראה שהנתה״מ למד בפירוש הרא״ש כפי האפשרות השנייה שהזכרנו שלעולם אין המזיק יכול לחייב את הניזק להוציא הוצאה מרובה על מנת להרחיק את עצמו.

ואם אכן נפרשו כך נצטרך ליישב קושיית החזו״א. דהרי בסוגיא דפאפי יונאה נגרם נזק לאפדנא שהוא נזק שאי אפשר לניזק למנוע אותו ומשמע שרק משום שהזיקו לו בגירי דיליה חייבו את המזיק להפסיק. ומצאתי בספר עמק המשפט (הלכות שכנים סימן כז ס״ק לז) שהתקשה בקושיה זו וכתב שאפשר לפרש בדוחק שמה שנימק רב אשי ״מודי רבי יוסי בגירי דיליה״ הוא

משום שכך היה האמת שהזיקו לו בגירי דיליה, אך אה״נ שאף בלא״ה היו מחייבים אותו להרחיק מצד שאין הניזק יכול להתרחק.

לענ״ד אולי יתכן ליישב בדרך נוספת. בסוגיא דפאפי יונאה מדובר שהמזיק סמך בהיתר (כמבואר שם בתוד״ה עני). יתכן שהנתה״מ סובר שכל דברי הרא״ש המחייבים את המזיק להרחיק אפילו בלא גירי דיליה הם רק כאשר בשעה שסומך יש כבר דבר הניזוק. אך אם בשעה שסמך לא היה דבר הניזוק מודה הרא״ש שעל הניזק להרחיק את עצמו על אף שאינו יכול לעשות זאת בלא דמים מרובים, וזו הסיבה שרק מטעם גירי דיליה חייבו רב אשי להרחיק[6]. בע״ה בפרק הבא אשתדל להטעים סברא זו.

סיכום שתי השיטות בפירוש דברי הרא״ש

המזיק לשכנו בנזק שאינו גירי דיליה:

חזון איש – כאשר נגרם נזק גדול שאי אפשר להרחיק ממנו (אלא בהוצאה מרובה) ע״י תשמיש לא עיקרי של המזיק על המזיק להרחיק את עצמו. אך כאשר נזק זה נגרם ע״י שימוש עיקרי והכרחי של המזיק על הניזק להרחיק את עצמו.

נתיבות המשפט – כאשר נגרם נזק גדול שאי אפשר להרחיק ממנו (אלא בהוצאה מרובה) על המזיק להרחיק את עצמו (יתכן שכאשר קדם המזיק אינו צריך להרחיק, וצ״ע).

פסק האחרונים לשיטתם ביסוד הלכות הרחקת נזיקין

האחרונים הנ״ל ביארו לנו במקום אחר איך הם תופסים את יסוד הסברא בהלכות הרחקת נזיקין. לענ״ד אפשר לראות קשר ישיר בין תפיסתם זו לאופן שבו פירשו את דברי הרא״ש. לשם כך בפרק הבא נשתדל להגדיר מהי הסברא העומדת ביסוד הלכות הרחקת נזיקין.

---

[6] יש להבחין בין מש״כ כאן לסוגיית סמיכה בהיתר. על אותם התשמישים שאסור לסמוך (גירי דיליה לר״י, וכל השימושים לחכמים) נחלקו אביי ורבא אם מותר לסמוך אותם לרשות חבירו כאשר עוד לא עשה שם שימוש הניזוק. ונחלקו הראשונים מה מסקנת הסוגיא (עיין בשו״ע שם סעיף ח). כאן מדובר בשימושים שמצד עצמם מותר לסמוך אותם (אינם גירי דיליה ולר״י), אלא שהרא״ש סובר שאעפ״כ אם הניזק אינו יכול להרחיק נחייב את המזיק להרחיק. ורק על החומרא הזו של הרא״ש אני רוצה לטעון שסמיכה בהיתר תועיל.

ב. שתי שיטות בטעם החילוק בין נזקי שכנים להלכות ד' אבות נזיקין

בהלכות נזקי שכנים ישנה שאלה יסודית: מצינו מספר קולות על המזיק, כגון-

א. אם אינו גירי דיליה על הניזק להרחיק.

ב. לרוב הראשונים המוכר חצי שדהו באופן שיגרם נזק לקונה אינו צריך להרחיק.

ג. סמך לפני שהיה דבר הניזוק ישנה מחלוקת אמוראים וראשונים האם צריך להרחיק.

ד. לא הרחיק והזיק ישנם מצבים בהם פטור מלשלם.[7]

מדוע נשתנה דינם ממזיק בעלמא כמבואר במסכת ב"ק שבכל המצבים הנ"ל פשיטא שחייב?

רבים דיברו בנידון זה ואנו נתמקד בע"ה בדברי נתה"מ והחזו"א.

שיטת נתיבות המשפט

נתה"מ (ס"ק יח) מוכיח שכל הנזקים המוזכרים בהלכות נזקי שכנים יכולים להיות משוייכים לד' אבות נזיקין. אם ממונו הזיק מכח התנועה של עצמו הוי שור. אם הזיק ע"י כח הקיים בטבע הוי אש או בור המתגלגל.[8]

ולכן אין לתלות את ההקלות על המזיק בכך שזיקתו לנזק חלשה יותר, כגון גרמא וכד'.

ומסביר נתה"מ וז"ל:

---

[7] בענין פטור אם לא הרחיק והזיק נתה"מ (ס"ק י"ז) מחלק לשלוש מדרגות:

א. בדברים שהוא מזיק בעצמו לכו"ע חייב (ריחיים וכותשי הריפות)

ב. בדברים שממה שהוא יצר נגרם נזק ישיר לחבירו, וזה מקרי גרמת גירי (גפת ואינך דבריש פרק לא יחפור) - בזה מחלוקת הראשונים המובאת בשו"ע סע' לד.

ג. בדברים שהנזק נעשה ע"י דבר אחר מקרי גרמא ולכו"ע פטור (סולם ושובך, מוץ שעף ע"י הרוח ודוושא).

[8] למשל: יונים המזיקות שדות, שורשי אילן שמזיקים בור – שורו שהזיק. מקיזי דם המושך אליו עורבים שמטנפים פירות – דליל שלא הצניעו ותרנגול של הפקר הזיק איתו (עיין ב"ק יט,ב). היזיקא דמתונתא – בור המתגלגל ברגלי אדם או נזק הבא ע"י רוח מצויה (אש). נעורת פשתן שעפה ברוח מצויה והזיקה – אש.

> ומשום הכי סובר רבי יוסי דעל הניזק להרחיק, דמהיכא תיתי יבטל רשות המזיק יבטל רשות הניזק, דהא כשהניזק ישמור עצמו לא יוזק משא"כ בד' אבות נזיקין א"א להניזק לשמור דאין הניזק יודע מתי יבוא המזיק ולמזיק אפשר בשמירה, ובהנך דב"ב הוא להיפך שהמזיק א"א לשמור הנזק כ"א בביטול התשמיש מרשותו מש"ה לא חייביה רחמנא להמזיק... ולפ"ז אתי שפיר נמי בהא דאילן דסמוך לבור דלא תקשה הא השרשין היוצאין הן שלו וכשמזיקין ליהוי כשורו ובורו שמזיקין דחייב דלפי מה שכתבתי לא קשה כיון דא"א להחזיקו בשמירה כי אם בביטול רשות מנטיעת אילנות ולניזק אפשר להרחיק ולשמור עצמו בזה לא חייביה רחמנא למזיק.

נתה"מ מדגיש פעמיים שההבדל בין נזקי שכנים לד' אבות נזיקין הוא שבאחרונים המזיק יכול לשמור שלא יגרם נזק והניזק אינו יכול להישמר ובראשונים הוא להיפך: המזיק אינו יכול לשמור והניזק יכול להישמר.

על מנת להבין את כוונתו יש לשאול על דבריו:

מדוע יכולת השמירה או ביטולה מגדירה למי לשייך את הנזק?

ועוד, מה יהיה הדין כאשר שניהם שווים – המזיק והניזק יכולים לשמור או שניהם אינם יכולים לשמור?

לענ"ד נראה שנתה"מ סובר שיש שתי סיבות להטיל חובת שמירה ותשלומים על המזיק:

א. יכולת לשמור - כאשר המזיק יכול לשמור על עצמו וממונו שלא יזיקו מחובתו לעשות זאת "ושמירתן עליך"[9], ואם לא שומר כדין חייב לשלם.

ב. איסור להזיק - גם אם המזיק אינו יכול לשמור עצמו וממונו שלא יזיקו, אסור לו לגרום נזק לזולת. ומטעם זה אפילו אם אינו יכול לשמור עצמו מחובתו למנוע את עצמו משימוש שיגרום נזק לזולת.[10]

---

[9] משנה ריש ב"ק.

[10] פירשתי בדברי שנתה"מ שאי-יכולתו של הניזק לשמור היא סיבה לחייב את המזיק. אמנם אפשר להציג הפוך שהיא סיבה לפטור את הניזק מחובת שמירה וממילא חובת השמירה נשארה על המזיק, דלעולם חובת השמירה על המזיק עד שלא יתחייב בה הניזק. עכ"פ שתי הסברות מכוונות לענין אחד.

אמנם סיבות אלו יכולות להתבטל.

אם המזיק אינו יכול לשמור את עצמו ולהמשיך להשתמש, אלא חיובו בשמירה יחייבו להפסיק את השימוש ברכושו – אין חובת שמירה. וכלשון נתה"מ: "כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, בביטול רשות לא חייביה רחמנא".

כמו כן אם הניזק יכול להתנהג באופן שימנע מהנזק לקרות לו אפשר לומר שהמזיק לא ממש מזיק אותו אלא איהו אזיק אנפשיה. ואין כל כך איסור בגרמת נזק שכזה.[11] [12]

כאשר שתיהן יחד בטלות אין סיבה לחייבו בשמירה ותשלומים, מפני שאז אין על המזיק איסור להזיק ואין עליו חובת שמירה, ונותר לנו רק להחליט מי יפסיד את השימוש ברשותו. ואם כן "מהיכא תיתי יבטל רשות המזיק, יבטל רשות הניזק".

נחזור אם כן לשאלה בה פתחנו – הסיבה לקולא על המזיק בהלכות נזקי שכנים הינה שבמקרים אלו אין על המזיק חובת שמירה וזאת משום שהמזיק אינו יכול לשמור את עצמו (אלא ע"י ביטול התשמיש מרשותו), וגם הניזק יכול לשמור את עצמו.

שיטת החזו"א

החזו"א (ב"ב יד,יד) שואל את השאלה ששאלנו בריש פרק זה – מדוע נשתנה דינו של המזיק בנזקי שכנים בכמה דינים בהם פטור משמירה ומתשלומין? גם החזו"א סובר שאלו נזקים ישירים וממשיים שאילו היה עושה אותם בחצר חבירו היה חייב ומחלק כך:

---

[11] מצינו חובה על הניזק לשמור על עצמו בדברי התוס' שאומרים "דיותר יש לאדם ליזהר עצמו שלא יזיק אחרים משלא יוזק" (ב"ק כג,ב תוד"ה וליחייב; שם כז,ב תוד"ה אמאי). ומדבריו למדנו שיכולתו של הניזק לשמור את עצמו היא סיבת פטור למזיק אלא שלא די בה כיון שיש על המזיק חובה גדולה יותר לשמור שלא יזיק. ונראה שלדבריו לו יצוייר שתתבטל חובת השמירה, אזי נבחן האם הניזק היה יכול לשמור את עצמו. כמו כן מצינו חובת שמירה על הניזק בשיטת הרמב"ן המחייב אדם המזיק אפילו באונס גמור ובכ"ז פוטר את הנתקל בחבית ברה"ר בקרן זווית וכן את הישן ואח"כ הניחו לידו כלים ושברם. וטעם הפטור דהניזק אחראי יותר לנזק מאשר המזיק שהיה אנוס.

[12] עיין הערה 10. לפי הסברה שכתבתי שם נאמר שכאשר הניזק יכול לשמור את עצמו הוא מתחייב בשמירה. לא שעשה פעולה שלילית המחייבת אותו אלא עצם יכולתו לשמור כשהמזיק לא יכול לשמור מחייבת אותו.

> אלא הכא בעושה בתוך שלו תשמישים הנהוגים לשמש בהן, ויש מהם שהתירו חכמים שכן טבע העולם ששכנים נפגעים זה מזה שהרבה מן התשמישין מכניסין פעולה ופגיעה חוץ מגבולם וזהו קנינו מתחילה.

כלומר השימושים הללו הם לגיטימיים ורצויים בעיני חז״ל ולכן לא מוגדר בהם כמזיק. וכ״כ לעיל (שם ס״ק יג) ״אלא כשעושה בתוך שלו וזהו תשמישו אין על זה שם מזיק״.

אמנם לפי זה לכאורה לעולם היה הניזק מרחיק ולא היה מקום לחילוקים כלל. לכן מוסיף החזו״א מה שציטטנו לעיל בפרק א שחז״ל שוקלים בפלס זכותו של מי גוברת. האם המזיק יותר זכאי לעשות שימוש זה ברשותו או הניזק יותר זכאי שלא להינזק ברשותו. ועפ״ז הכריעו כשמזיק בידיים וניכר היזיקו, כלומר גירי דיליה, על המזיק להרחיק. נחזור אם כן לשאלה בה פתחנו – הסיבה לקולא על המזיק בהלכות נזקי שכנים הינה שהסיטואציה של אדם העושה בתוך שלו שימושים הנהוגים בעולם היא רצויה ומסדר העולם.

לאחר שסקרנו את שתי השיטות נבוא לדון בתשובת הרא״ש. בע״ה נראה שכל שיטה פירשה אחרת את סברת הרא״ש.

ג. שני פירושים בסברתו של הרא״ש

פירושו של נתה״מ

לפי האמור בפרק הקודם נוכל להבין איך פירש נתה״מ את דברי הרא״ש. למעשה דברי הרא״ש אינם חידוש כלל והינם מתחייבים מהגדרת הייחודיות של נזקי שכנים: אם כל ביטול חובת השמירה בנוי על כך שהמזיק אינו יכול לשמור את עצמו והניזק יכול להישמר, אם כן כאשר הניזק אינו יכול לשמור את עצמו שלא יוזק חזרנו לחובות השמירה של ד׳ אבות נזיקין ועל המזיק לשמור עצמו.

זו הסיבה שנתה״מ לא קיבל את הדין של החזו״א לפיו אם למזיק תשמיש הכרחי וקבוע לא יצטרך להרחיק אפילו שהניזק לא יכול להרחיק את עצמו, מפני שאם אינו שייך לפרשיית נזקי שכנים הוא חוזר להיות נידון כבד׳ אבות נזיקין ושם אין התחשבות במידת ההפסד של המזיק.

עפ״י סברא זו נוכל גם לחדש דין, בע״ה, ולתרץ קושיית החזו״א מסוגית הא דדייק שומשומי ונייד אפדנא. במקום בו קדם המזיק ועשה תשמיש הגורם ביטול שימוש לשכנו ולאחמ״כ קם שכנו ועשה שימוש חדש שאינו יכול להרחיקו וטוען כעת שכיון שנגרם לו נזק שאינו יכול להימנע ממנו על המזיק להרחיק. האם צודק בטענתו? נראה פשוט שלא. מפני שכאשר המזיק התחיל לעשות את התשמיש ברשותו בעצם הכרענו שיבטל תשמיש הניזק ולא יבטל תשמיש המזיק. מכאן ואילך אם הניזק מחליט בכל זאת לקום ולהשתמש באופן שיגרם לו נזק ודאי איהו אזיק אנפשיה, מפני שיכל למנוע את עצמו מלהיכנס למצב הזה.[13]

אם כנים דברינו יובן מדוע הנהו דדייק שומשומי ונייד אפדנא דפאפאי יונאה חייבו אותם להרחיק רק מטעם גירי דיליה. דהא תוס׳ (שם כה,ב ד״ה עני) דייקו שהם קדמו לאפדנא, ורק לאחר שהעשיר בנאו. א״כ בכה״ג לא שייכת טענת הרא״ש שכאשר הניזק אינו יכול להישמר חזרנו לפרשיית ד׳ אבות נזיקין.

פירושו של החזו״א

כבר הבאנו בפרק א את דברי החזו״א על שו״ת הרא״ש. ונראה שלמד שכוונת הרא״ש להוסיף עוד שיקול ל״פלס״ המכריע בזכותו של מי השימוש. עד כאן מצאנו התחשבות רק בשאלה האם מזיק בגירי או לא, וכעת מוסיף הרא״ש שמתחשבים גם בשאלה מהי מידת הנזק שנגרמת לניזק ומה האפשרויות שלו להתמודד עימו. במידה ונגרם לו נזק גדול ללא תקנה לא מסתבר שנעדיף את שימושו של המזיק.

הנקודה החשובה המבדילה בין החזו״א לנתיבות היא שנתה״מ פירש שכאשר הניזק אינו יכול להתרחק חזרנו לדון על ד׳ אבות נזיקין ולכן כבר לא שייך לעשות חילוק בין מידת ההפסד למזיק. אך לפי החזו״א, הרא״ש לא החזיר את המזיק להיות נידון כמזיק בד׳ אבות נזיקין אלא רק הגביל את זכותו לעשות בתוך שלו.

לפי זה שייך שפיר לעשות חילוקים ולומר שאם זכותו של המזיק לעשות שימוש זה ברשותו היא מוחלטת לא נוכל להגדיר אותו בשום אופן כמזיק

[13] ולפי מש״כ לעיל הערה 10 נפרש שכיון שיכול הניזק לשמור עצמו- חובת השמירה עליו, ולכן הנזק שהתחדש בעקבות התשמיש החדש שעשה ברשותו אינו באחריות המזיק אלא באחריותו.

ולכן אינו חייב להרחיק. ונראה שזו הסיבה שהחזו״א הבין מנפשיה שבמקום בו המזיק עושה תשמיש קבוע והכרחי ברשותו אין לחייבו להרחיק.

נספח – שיטת עמק המשפט

יתכן וישנה שיטה שלישית בפירוש דברי הרא״ש. לחזו״א היה פשוט שבמקום בו תשמישו של המזיק הכרחי ועיקרי לא נוכל לבטלו. לעומת זאת בספר עמק המשפט הביא את שתי האפשרויות בפירוש לשון הרא״ש ולא הכריע מסברתו לא לכאן ולא לכאן.

בסוף דבריו מביא עמק המשפט את היסוד על פיו מובן חידושו של הרא״ש, ותורף דבריו הוא שאי אפשר להגדיר אדם העושה שימוש בביתו וברשותו כמזיק (כל עוד לא מזיק בידיים) ולכן הגדרים שקבעו חז״ל אינם מיוסדים על השאלה מי המזיק, אלא מהי הדרך הנכונה וההגונה להסדיר יחסי שכנות טובים.

נראה שעמק המשפט סובר שהלכות הרחקת נזיקין חלוקות מד׳ אבות נזיקין משום שתשמישין אלו רצויים ולגיטימיים, כמש״כ החזו״א, אך יש הבדל דק ביניהם.

נראה שהחזון איש נותן למזיק זכות, ״זכות קניינו״, ולכן אם אין לנו סיבה להטיל חובת הרחקה עליו- אזי אדרבה: מרגע זה אנו נגן עליו שזכותו לא תיפגע, ולכן במקום בו תשמישו עיקרי בשום אופן לא נבטלו ממנו. אך לדברי עמק המשפט אין לאף אחד מהם זכות המצדיקה הגנה אלא שאנו חותרים להביא ליחסי שלום ״דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום״.

על פי זה הרא״ש לא קבע שכשניזק אינו יכול להרחיק נדחית זכותו של המזיק אלא קבע רק שמן ההגיון במצב כזה לחייב את המזיק להרחיק ולא את הניזק.

אמנם במקום בו שניהם שווים, כשגם למזיק יש שימוש הכרחי ועיקרי, וצריכים להעדיף את המזיק או את הניזק אין סיבה להעדיף דווקא את אחד מהם וזו הסיבה שנשאר בספק ולא מצא בנפשו סברא להעדיף את המזיק או את הניזק.

הרב צבי קופר

מי הודיעו לבעל חיטין

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. זכין ושליחות

ג. שיטת רבינו פרץ

ד. שלוחו של בעל הממון

ה. שיטת הרא״ש

ו. דעת מקנה בקניינים

ז. בדינא דרבינו ירוחם

ח. סיכום

א. פתיחה

איתא בב״ק קב,ב:

> תנו רבנן: הנותן מעות ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטין- תניא חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו, ותני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע.[1] אמר רבי יוחנן לא קשיא, הא ר״מ והא רבי יהודה: הא ר״מ דאמר שינוי קונה והא רבי יהודה דאמר שינוי אינו קונה. מחכו עלה במערבא לר׳ יוחנן אליבא דר׳ יהודה- וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות? מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי אי הכי אפילו חטין וחטין נמי לא? אמר רבי אבהו שאני חטין וחטין דשליחותיה קעביד וכיד בעל הבית דמי, תדע דתנן אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך את עצמו אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן, ואמאי? לימא הכי נמי מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה? אלא לאו משום דאמרינן דשליחותיה קא עביד וכיד אשתו דמי הכא נמי שליחותיה קא עביד

[1] לדעת רוב הפוסקים בהותירו השכר לאמצע מכיון שמדובר בסוגיה בעסקא, ובנדון של שליחות רגילה יהיה הדין שהכל למשלח, אך מצינו לחלק מהפוסקים שבארו שבכל אופן השכר לאמצע מכיון שהמשלח צריך לשלם לשליח שכר על כך שהרוויח בשבילו על ידי שינויו. הש״ך קפג,י פסק שיכול המוחזק לומר קים לי כהני פוסקים.

וכיד בעה״ב דמי... אלא אמר רבי אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא.

נחלקו בני מערבא ור׳ יוחנן מה הדין כשהשליח שינה בשליחותו וקנה שעורים במקום חטים. לדעת רבי יוחנן למרות ששינה בשליחותו ולא הודיע למקנה כי הוא קונה למשלחו- נקנה המקח למשלח באם ירצה בכך, ועל כך הקשו בני מערבא: מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטיו לבעל המעות? היינו שכיון שאין דעת המקנה להקנות למשלח כיצד יזכה במקח? וצריך להבין מה סבר ר׳ יוחנן.

מתשובת רב שמואל בר ססרטי לבני מערבא: ׳אי הכי אפילו חטין וחטין נמי לא׳, משמע שבשלמא לדידי אין צורך שיודיעו אך לדידכם שבעינן שיודיעו, היכא שלא הודיעו חטין וחטין נמי לא. נראה שכוונתו שאם יש חסרון של דעת מקנה ובגלל זה לא קנה המשלח לכאורה אין הבדל בין חטים לחטים ובין חטים לשעורים, כי בשניהם חסרה דעת המקנה, ומהי תשובת ר׳ אבהו ששליחותיה קעביד? וכי מה יועיל שמינהו שליח ועשה שליחותו, סוף סוף חסר דעת מקנה, וכיצד יקנה המשלח?

רבי אבהו ענה לרב שמואל בר ססרטי שאני חטין וחטין דשליחותיה קעביד, ובזה באר את החילוק, לדרכו, בין חטים וחטים לחטים ושעורים: בחטים וחטים השליח פעל בשליחות המשלח ולכן יועיל הקנין לטובת המשלח גם בלי הודעה למקנה, ואילו בחטים ושעורים שלא בוצעה שליחות המשלח לא יוכל לקנות למשלח שכן לא הודיע למקנה שקונה עבורו. וצריך להבין, לדרכו שמועילה שליחות- מדוע לא נאמר שגם כשלא פעל כפי הוראת המשלח יזכה למשלח מדין זכין לאדם שלא בפניו ויקנה עבורו גם בחטים ושעורים, ומה פער יש בזה בין זכין לשליחות?

רבי אבהו הוכיח את סברתו ששליחותיה קעביד, מהדין של מקדיש שקנה בגד לאשתו ואין לגזבר יכולת לגבות אותו ממנו מכיון שהבגד נקנה לאשה, ומכאן שהאשה זכתה מכיון ששליחותה קעביד. ויש לעיין כיצד משמע לרבי אבהו שמיירי במינוי שליחות מפורש ולא בזכיה? ומדוע הדין הנ״ל מהווה ראיה ששליחותיה קעביד, ולא נסביר שקונה האשה באותו אופן שלר׳ יוחנן קונה המשלח את השעורים למרות שלא הודיעו?

ב. זכין ושליחות

בדעת בני מערבא חזינן שכשהשליח לא הודיע למקנה שהוא קונה למשלחו אין באפשרותו לזכות לו, והקשה רב שמואל בר ססרטי שאם כן גם בחטים וחטים לא יוכל לזכות עבורו. ומפשטות לשון הברייתא משמע שדווקא כששינה מחטין לשעורין אינו זוכה עבורו אבל בחטין וחטין פשוט שזכה המשלח בחטין למרות שלא הודיעו למקנה. בתשובת רבי אבהו חזינן שיש בזה הבדל בין זכיה לשליחות וכפי שמשמע מלשון הגמרא שאני חטין וחטין דשליחותיה קעביד וכיד בעל הבית דמי.

ונראה לבאר על פי מה שחקרו האחרונים בגדר שליחות, דהנה האור שמח בהל' גירושין (ב,טו) דן האם גדר שליחות הוא שפעולת השליח הוי כאילו פעל המשלח, ונמצא שהמשלח פועל את המעשה על ידי השליח – שהוא מעין 'ידא אריכתא' שלו; או שהמשלח עושה השליח כגופו וידו של השליח חשוב כידו של המשלח, ולפי דרך זו השליח הוא זה שפועל את המעשה. ובזה ביאר את דעת הרמב"ם שהיכא שנשתטה המשלח לפני נתינת הגט על ידי השליח, פסול מדרבנן, ומשמע שמדאורייתא הגט כשר, דהרמב"ם סבר שבמינוי שליחות השליח פועל את המעשה ולא אכפת לן שהמשלח אינו בר גירושין בשעת נתינת הגט, מכיון שאינו מוגדר כפועל המעשה.

ובחלקת יואב סי' ג ביאר, שר' אבהו סובר כצד השני בחקירה הנ"ל שבמינוי שליחות ניתן כח לשליח להיות פועל המעשה, ולכן גם אם לא הודיע למקנה שהוא פועל בשליחות המשלח, כיון שהוא פועל המעשה אין חסרון של 'מי הודיעו'. והרי זה דומה למקרה שאדם מקנה חפץ לפלוני, והוא סבור שאותו פלוני הוא ראובן כשלמעשה העומד מולו הוא שמעון שפשוט שיחול הקנין גם לפי בני מערבא, ולא נאמר 'מי הודיעו' שכן המקנה הקנה למי שעומד מולו גם אם טעה בזיהוי שלו. וה"ה לר' אבהו: כיון שהשליח הוא בעל המעשה, חל הקנין למרות שלא הודיע על כך למקנה. ובזה מובן ההבדל בין חטים וחטים לחטים ושעורים, שכן בחטים וחטים שפועל מדין שליחות אין חסרון של 'מי הודיעו', אך לעומת זאת, בחטים ושעורים שפועל מדין זכין, לא ניתן לומר שהזוכה הוא בעל המעשה, שכן לא נתמנה לכך על ידי המשלח, וברור שבזכין הפעולה בלבד נזקפת לטובת הזוכה, ולכן יובן הפער בסוגיה שבין זכין ושליחות לדעת ר' אבהו.

ובדעת ר׳ שמואל בר ססרטי נראה שאין נפק״מ בין זכיה לשליחות, ועד כמה שאמרינן ׳מי הודיעו׳- גם בחיטים וחיטים לא יהני, משום שבשליחות חשבינן לשליח כ׳ידא אריכתא׳ של המשלח.

ג. שיטת רבינו פרץ

רבינו פרץ מבאר שלדעת ר׳ יוחנן המקנה מתכוון להקנות לבעל המעות, ולכן אין חסרון של ׳מי הודיעו׳ כקושיית בני מערבא. שכן למרות שהמקנה אינו יודע למי הקונה מתכוון להקנות, מ״מ מאחר ובדעתו להקנות לבעל המעות אין כאן חסרון של דעת מקנה. ממילא מתקיף רב שמואל בר ססרטי: בשלמא לדידי שהמקנה מתכוון להקנות לבעל המעות- אין חילוק בין אם השליח קנה חטים או שעורים, אלא לבני מערבא שלדידם יש חסרון של ׳מי הודיעו׳, בחטים וחטים נמי אין המקנה יודע למי מיועד הקנין, ומדוע פשוט בברייתא שבכי האי גוונא קנה המשלח? וענה רבי אבהו: שאני חטים וחטים ששליחותיה קעביד.

נמצא שנחלקו ר׳ יוחנן ובני מערבא בשליח לקנית חטים שקנה חטים, מהי הסיבה שנקנה המקח למשלח. לפי ר׳ יוחנן בהסבר רב שמואל בר ססרטי קנה המשלח מכיון שהמקנה מתכוון להקנות לבעל המעות, ולפי בני מערבא בהסבר ר׳ אבהו קנה המשלח מכיוון ששליחותיה קעביד וכיד בעל הבית דמי.

לפי זה יובן היטב מהי הראיה מצבע, שכן הבעל הקונה עבור אשתו ובניו מחד גיסא משמש כשליח לקנית חטים שקנה חטים, דהיינו שאינו משנה משליחותו, ומאידך גיסא הוא קונה את המקח במעות שלו. מדברי הברייתא האומרת שאין לגזבר בבגדים שקנה הבעל לאשתו ולבניו, עולה לכאורה שהמקח נקנה לאשה. ובשלמא לרבי אבהו מובן הדבר שכן שליחותיה קעביד, אלא לר׳ יוחנן, שהמדד הוא מי בעל המעות, לכאורה המקח צריך היה להקנות לבעל ולא לאשתו, ומדוע אין לו לגזבר מבגדים אלו? ומכאן ראיה שאין המוכר מתכוון להקנות לבעל המעות, ובעינן שיודיע למוכר מי הקונה, ושאני חטים וחטים דשליחותיה קעביד. על כך ענה ר׳ אבא במסקנת הסוגיה שאכן הבעל קנה את הבגדים מכיון שהוא בעל המעות, והסיבה שאין לגזבר בבגדים אלו היא שנעשה כמי שהקנה להם.

להלכה פסקו רוב הפוסקים כר׳ יוחנן, וליתא לאתקפתא דבני מערבא, ויש לבחון מה הדין כאשר אדם ממנה שליח לקנות עבורו, והשליח קונה במעותיו, דלפי רבינו פרץ כיון שהמקנה מתכוון להקנות לבעל המעות וליתא לסברת שליחותיה קעביד- לכאורה לא יוכל לזכות למשלח.

המחבר (קפג,ד) פסק כשיטת הרמ״ה, הובאו דבריו בטור, וז״ל:

> ראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי וזבין ליה סתמא, קנייה ראובן משעת משיכת שמעון, ואע״פ שחזר שמעון אחר משיכה ואמר לעצמי כוונתי לקנות, אינו נאמן, אע״ג דיהיב שמעון דמים שלו קנייה ראובן ויהיב לשמעון זוזי, אבל אם חזר בו שמעון קודם משיכה ואמר שקונה לעצמו, אפילו חזר בין מתן מעות למשיכה קנה לעצמו אי יהיב שמעון למוכר זוזי מדיליה.

קצוה״ח בס״ק ד כתב, דהרמ״ה סבר כרבינו פרץ, ולמרות שהשליח השתמש במעותיו נקנה המקח למשלח. והוא משום שבאופן שקנה השליח בשליחות המשלח נעשה המשלח בעל המעות, משום שקנית השליח בשליחות המשלח נחשבת להלוואה, מאחר והוציא מעות על פיו, ובכך נתחייב המשלח לפרוע לו מעותיו והוי כהלוואה.

וצריך ביאור בדבריו, דכיון דהמקנה מתכוון להקנות לבעל המעות וס״ס השליח הוא בעל המעות, כיצד ניתן להחשיב את המשלח לבעל המעות? ואע״פ שהמשלח מתחייב להשיב לו מעותיו על ידי קנייתו, מ״מ כיצד נעשה המשלח בעל המעות?

ושמעתי מהרב מאיר ברקוביץ שליט״א לבאר דברי קצוה״ח, על פי הא דמצינו באבן העזר (קכ,א) דבעינן שיהא הגט משל בעל, ובפר״ח שם הביא את דברי הרמ״ה שהאומר לעדים ׳כתבו גט ותנו לאשתי׳, אין צריך לזכות לו הנייר קודם הכתיבה, ולמרות שכותבים בנייר שלהם מ״מ יכולים להקנותו לבעל ונמצאו זכיית הבעל וגירושי האשה באים כאחת. ביאור הדברים הוא, שכשהאשה מקבלת הגט היא זוכה בנייר לבעל וחוזרת ומתגרשת בו ושפיר הוי הנייר של הבעל[2]. וה״ה בנדון דידן ניתן לבאר בקצות שבשעת קבלת המעות זוכה המוכר במעות עבור המשלח, ועל ידי כך חשיב המשלח כבעל המעות, וחוזר המוכר וקונה המעות. וכן מצינו בנתה״מ (קפג,ה) לגבי קונה במעותיו ומפרש שקונה עבור חבירו, שכתב שזוכה המוכר עבור המשלח במעות וחשיב כבעל המעות.

לפי זה צריך לבאר את קושיית רבי אבהו על רב שמואל בר ססרטי מצבע, שכן מדובר שם שפועל בשליחות, ולפי ביאור קצוה״ח ברבינו פרץ כשקונה

[2] וכ״כ הט״ז שם שבשעת נתינת הגט מתבצע הקנין לבעל וגירושי האשה, וצ״ב כיצד הם באים כאחת.

בשליחות נעשה המשלח בעל המעות, ואם כן לכאורה קושיה מעיקרא ליתא, שכן המקשה הקשה שמכיון שהבעל הוא בעל המעות- אם אמת שהמקנה מתכוון להקנות לבעל המעות היה צריך הבעל לזכות בבגדים, ולא האשה, ומדוע מבואר בברייתא שאין לו לגזבר מבגדים אלו, ולפי המתבאר שבשליחות נעשה המשלח בעל המעות מובן היטב מדוע זכתה האשה, שכן היא נעשתה בעל המעות ולא קשה כלל!

וצ״ל בפשטות, שכל החידוש הנ״ל הוא רק באופן שאכן השליח מתכוון להיפרע מן המשלח, ובכי האי גוונא חשיב שהלווהו, ונעשה המשלח בעל המעות. אבל בקונה בגדים עבור בני ביתו, למרות שחשיב שליח, ודאי דאין כוונתו להיפרע מהם המעות, וממילא לא חשיב כהלוואה – ובעל המעות הוא הבעל. כן עולה מהמשך דברי קצוה״ח שם לגבי דינו של רבינו ירוחם, הכותב שהקונה לחבירו במעותיו לא קנה חבירו, וביאר קצוה״ח שלמרות שקונה עבור חבירו- לא חשיב חבירו בעל המעות, מכיוון שמתכוון לתת לו המקח בדרך מתנה ואין בכוונתו לתבוע ממנו המעות לאחר מכן, ומובן שהקונה נשאר בעל המעות ולא קנה חבירו המתנה, ויתבאר לקמן בע״ה. וממילא שפיר הקשה ר׳ אבהו מדוע אליבא דר׳ יוחנן לא זכה בהם הבעל.

ד. שלוחו של בעל הממון

לדרכו של רבינו פרץ נראה לבאר ביאור נוסף בקושיית רב שמואל בר ססרטי לר׳ אבהו: ״אי הכי חטים וחטים נמי״, ובמה שמיאן בתירוצו של ר׳ אבהו ״דשליחותיה קעביד וכיד בעה״ב דמי״.

לכאורה אפשר היה לבאר בדעת רב שמואל בר ססרטי, שלמרות שמינהו שליח לא מהני, על פי המבואר בתוס׳ (ב״מ עא,ב) וברי״ן (ב״מ י,ב) שכל היכא שאדם זוכה עבור חבירו מאדם אחר בעינן שיהא שלוחו של בעל הממון, כלומר שמלבד היותו שליח של הזוכה בעינן שיהא שלוחו של המזכה לזכות החפץ לקונה. ועל פי זה ביארו תוס׳ שם, שישראל אינו יכול לזכות עבור חבירו ישראל מן הגוי כי בעינן שלוחו של בעל הממון, ואין שליחות לגוי.

לפי״ז אפשר להסביר שקושית רב שמואל בר ססרטי היא שאם אמרינן ׳מי הודיעו׳, גם בחיטים וחיטים לא יזכה המשלח, כיון שהמוכר אינו יודע שהשליח העומד מולו זוכה עבור בעל המעות וממילא אינו מתכוון למנותו שליח. אולם לדרכו של רבינו פרץ בהסבר רב שמואל בר ססרטי, כיון שהמקנה מתכוון לזכות לבעל המעות ולא לעומד מולו ממילא אין כאן חסרון

של שלוחו של בעל הממון, דס״ס המקנה מתכוון שהעומד מולו יזכה במקח עבור בעל המעות.

ולכאורה יש מקום לדון האם בכי האי גוונא יש חסרון של שלוחו של בעל הממון, שכן מדוע שלא תועיל פה זכיה ונאמר שמדין זכיה השליח מקנה בשליחותו של המוכר, שכן המוכר חפץ בקיום המקח, וזכות היא לו, ואין זה משנה למוכר האם יזכה במקח השליח או המשלח?

ונראה שהדבר תלוי במחלוקת הפוסקים גבי דינא דתרוה״ד, הובא בקצוה״ח (רמג,ח), לגבי משרתת שראתה שהעיסה עומדת להתקלקל ועמדה והפרישה חלה מן העיסה בטרם הוכנסה לתנור שלא בפני בעלת הבית, וכתב תרוה״ד דכיון דעמדה העיסה להתקלקל ודאי הוי זכות, ובכי האי גוונא זכין לאדם שלא בפניו.

קצוה״ח השיג עליו על פי המבואר ברשב״א בנדרים לו,ב שהקשה מדוע בתורם משל בעה״ב חזינן בגמ׳ ב״מ כב,א דאי לא שוויה שליח לא מהני-ד׳מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם׳, ואפילו אם ידוע לנו שהורה בעל הבית לפלוני לתרום מתבואתו ועמד אחר ותרם לא מהני; ואילו בתורם משלו על של בעל הבית נסתפקה הגמ׳ בנדרים אי חשיב זכות ולא הצריכה הגמ׳ ׳לדעתכם׳? וביאר הרשב״א, דבתורם משל בעל הבית אין כאן שום רווח ממשי שניתן לומר לגביו זכין, ולכן צריך לדין שליחות וממילא בעינן למינוי מפורש ד׳מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם׳, אבל בתורם משלו שיש כאן זכות ורווח לבעל הבית, ניתן לזכות לו מדין זכין גם ללא מינוי מפורש.

מכאן יסד קצוה״ח שדין זכין אמור רק במקום שהזוכה אכן זוכה במשהו ממשי, ולא מספיק לכך ניחותא והסכמה. על פי זה כתב לחלוק על התרוה״ד שלא תועיל הפרשתה של המשרתת שכן בעלת הבית לא זוכה בשום דבר ממשי, וזכין לאדם אמרינן אך זכין מאדם לא אמרינן.[3]

החולקים על קצוה״ח סוברים שכל היכא שיש זכות בדבר זכין לאדם גם אם זו אינה זכות ממשית. והסיבה שבתורם משל בעל הבית בעינן מינוי מפורש היא שחסר שם בהגדרת הזכות, כיון שיכול לתרום בעצמו ואף עדיף לו לקיים המצוה בעצמו, אלא שמסכים שאחר יתרום לו- ובכי האי גוונא לא חשיב

[3] עי׳ באר יצחק ח״א סי׳ א שהקשה על הקצות מהגמ׳ בפסחים יג במעשה דיוחנן חקוקאה, דמבואר בגמ׳ דמדין זכין יכול הנפקד למכור חמצו של המפקיד, למרות שבמכירה מוציא הדבר מרשותו של האדם, ולדרכו של הקצות לא הוי זכין.

זכין. אך כל היכא שהזכות היא זכות גמורה אמרינן זכין גם ללא קבלת תמורה ממשית.

לדעת קצוה״ח, במקרה שלנו זכין לא יועיל להחשיבו כשלוחו של בעל הממון מכיון שזו זכיה מאדם, אך לחולקים על קצוה״ח לכאורה לא ניתן לומר שהחסרון בסוגיין הוא שבעינן שלוחו של בעל הממון, שכן מדין זכין יוכל להיחשב כשלוחו של בעל הממון.

ה. שיטת הרא״ש

כתב הרא״ש בסי׳ יח:

> וליתא לחוכא דבני מערבא, דאע״ג דשני השליח מ״מ אין מתכוון לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות, ואע״פ שבעל החטים מזכה לשליח החטין ידו כיד בעל המעות, שהוא מתכוון לזכות, ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות.

לשיטתו, אין חסרון בכך שהמקנה אינו מתכוון להקנות למשלח ומאחר והשליח מתכוון לזכות למשלח קנה המשלח.

כיוון דומה נראה בדברי הרשב״א בחידושיו, שכתב שהלכה כר׳ יוחנן וכר׳ שמואל, מאחר וקושיית בני מערבא נדחתה. ובביאור טעמם כתב:

> דטעמא משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות כדקני ליה בחטים וחטים, וכדאתקפתיה דרב שמואל בר ססטראי. ואע״פ ששינה לגמרי, אם הותירו הותירו לבעל המעות, דדעתו של שליח אינו לקנות ולזכות לעצמו אלא לבעל המעות.

בהמשך דבריו כותב הרא״ש, שר׳ אבא משני הך משנה אליבא דבני מערבא היינו שקושית הגמ׳ ממקדיש נכסיו אינה סיוע לבני מערבא, אלא להיפך היא קושיה על בני מערבא, שכן לדרכם שאמרינן ׳מי הודיעו׳ קשה מדוע זכתה האשה? הרי כשלא הודיעו למקנה קנה הבעל ולא האשה, ומדוע אין לגזבר בבגדים אלו? יש להעיר שמדבריו נראה להדיא שהגמ׳ מעמידה דין זה בזכיה, ולא בשליחות כפי שבאר הרבינו פרץ, וזה דלא כפי שנראה בגירסת הגמ׳ שלפנינו שאמרינן בזה ׳שליחותיה קעבידי׳, וזו הסיבה שבקושית הגמ׳ זכתה האשה. ובנוסף משמע מלשון הגמ׳ ״תדע דתנן״ שהמשנה הנ״ל הובאה כסיוע לר׳ אבהו וכאתקפתא על ר׳ שמואל בר ססרטי, ולא להיפך.

בנוסף, בתוס׳ הרא״ש המובא בשיטה מקובצת בסוגיין מבואר להדיא דטעמא דר׳ שמואל בר ססרטי הוא דהמקנה מתכוון להקנות למי שהמעות שלו, ור׳ אבהו הקשה עליו מהמשנה דערכין, שמוכח ששליחותיה קעביד דאל״ה היה לו לבעל לזכות שכן הוא בעל המעות, וזה להדיא שלא כדברי הרא״ש הנ״ל וצ״ע.

ובתשובת הגמ׳ ביאר הרא״ש, שאין באפשרות הבעל לזכות עבור אשתו כיון שאין אדם זוכה בשלו לאחר, אם לא יזכה לו על ידי אחר, אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות. ובאר הפלפולא חריפתא כוונת הרא״ש, שהחילוק בין נדון דסוגיין למשנה דערכין, שבסוגיין השליח קונה בכספו של המשלח ואילו בערכין קונה הבעל בכספו.

קצוה״ח תמה על דברי הרא״ש, שכן מאחר וסברת רב שמואל בר ססרטי היא שלא אכפת לן מכך שלא הודיע למקנה ומדין זכין קונה המשלח, מה אכפת לן באלו מעות השתמש השליח? סוף סוף כל עוד כוונתו היא לקנות לחבירו יקנה חבירו! ונשאר בזה בצ״ע.

מדברי הרא״ש עולה שדין זכין קיים במכר. והנה כתב הרמ״א (קצה,ג) ז״ל:

> והא דנקנה המקח שלא בפני הקונה היינו במתנה וכיוצא בזה, דודאי ניחא ליה, אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה ושניהן חוזרין.

ובקצוה״ח ס״ק ג הביא בזה מחלוקת הרמב״ם והרא״ש, דלרמב״ם אף במכר אמרינן זכין לאדם שלא בפניו, וכן פסק המחבר (רלה,כג), ז״ל:

> המוכר שמכר קרקע או מטלטלים וזיכה בהם ללוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה: אם רצה ליקח אין המוכר יכול לחזור בו, ואם לא רצה תחזור לבעליה.

הרא״ש בכתובות פ״ב סי׳ יד בסוגיה דבר שטיא כתב ז״ל:

> ...דהזכיה במקח אינה באה מכח המוכר בלבד, כי צריך גם ללוקח להתחייב בדמים ואדעתא דהכי מקנה ליה המוכר, ואם אין בו דעת להתחייב בדמים שיוכל המוכר להוציאו ממנו בדין, לא גמר ומקני ליה.

מבואר מדבריו דאין זכין לאדם אלא במתנה אבל לא במקח. וצ״ב כיצד כתב הרא״ש בסוגיין לגבי שליח שקנה חטים במקום שעורים שנקנה המקח למשלח מדין זכין, ולכאורה סתרי דבריו אהדדי?

ובקצוה״ח שם כתב דבמקח בזול לכו״ע זכין לאדם שלא בפניו, והביא ראיה לזה מדברי הראשונים גבי סחורה בזול שחשיב כמציאה, וזכתה לו שדהו, ומכאן שסחורה בזול ודאי כל אדם קונה, והוא זכות לכ״ע. ועולה מדבריו דהיכא דיש לנו אומדנא שהזוכה חפץ בהוצאת מעותיו, גם במקח זכין לאדם שלא בפניו.

אולי זו כוונת הרא״ש בסוגיין: כיון דנתן לשלוחו לקנות עבורו חזינן שחפץ בהוצאת מעותיו, ואם כן בכי האי גוונא היכא שזכות עבורו אמרי׳ בזה זכין, דגילה בדעתו שחפץ בהוצאת מעותיו דליתא הכא לחסרון של זכין במקח.

ו. דעת מקנה בקניינים

בסי׳ קכו סע׳ כב הובאה מחלוקת לגבי מעמד שלושתן בגוי, היכא שהלווה הוא גוי ואמר הישראל שהלווהו ׳מנה לי בידך תנהו לפלוני׳, האם קנה אותו פלוני. וכתב הרמ״א דבכל ענין אם כבר נתן העכו״ם מה שבידו לישראל- אין מוציאים מידו.

קצוה״ח שם בס״ק טו תמה על כך, וז״ל:

> ונפלאתי בזה למה מהני כאן במה שכבר נתן העכו״ם, ומה בכך שנתן על פי הרשאתו, הא קיימא לן דאין שליחות לעכו״ם, ואם אומר לעכו״ם תן חפץ זה לפלוני והלך העכו״ם ונתן על פיו לפלוני- ודאי לא זכה אותו פלוני כיון שאין שליחות לעכו״ם, ואין צריך ראיה לזה כי הוא פשוט מאוד.

נתה״מ (קפב,ב) חלק על קצוה״ח וכתב שניתן לשלוח גוי וקטן להקנות באופן שאין חסרון באמירת ׳לך חזק וקני׳, כגון ששלח איתם כתב שילך וימשוך ויקנה, שהרי הגוי והקטן מעשה קוף בעלמא הם עושים.

בדומה לזה נחלקו קצוה״ח ונתה״מ בסי׳ רמד האם שליח להולכת מתנה יכול למנות שליח תחתיו לנתינת המתנה. קצוה״ח בס״ק ב כתב על פי דברי הקדוש מרדוש דכל היכא שהמקבל יכול לסרב לקבל את המתנה הוי מילי, ומילי לא מימסרן לשליח, ולכן אין בזה שליחות. ונחלק עליו נתה״מ וכתב

שאין צריך בזה לדין שליחות כלל דהוי מעשה קוף בעלמא, ולכן יוכל השליח למנות שליח אחר תחתיו למסירת המתנה.

ובאבן האזל הל' שכנים פרק ב ביאר מחלוקתם, דלנתה"מ במכר ובמתנה אין צורך בהקנאה אלא מועילה נתינת רשות לבד, ואילו לקצות בעינן הקנאה, והניחותא הכללית שיש למקנה בביצוע הקנין אינה מספיקה.

ובסוגיין, נראה לבאר[4] שבהא פליגי ר' יוחנן ובני מערבא, דבני מערבא סברו שבעינן דעת מקנה פעילה במעשה הקנין, ולכן הקשו על ר' יוחנן מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים לבעל המעות, היינו שמאחר והמקנה אינו יודע מי הקונה חסר פה בדעת מקנה, ולכן לא יקנה המשלח. רב שמואל בר ססרטי סבר שניחותא של המקנה לקנין מספיקה ולא בעינן דעת מקנה פעילה, ומאחר והמקנה מתכוון להקנות וחפץ בקיום המכר אין שום חסרון בכך שאינו יודע למי נקנה המקח.

ז. בדינא דרבינו ירוחם

כתב רבינו ירוחם בנכ"ח ח"א:

> ואם הקנה במעותיו ומתכוון לזכות לחבירו לא קנה חבירו אפי' אם אמר בפני עדים צורך חבירי אני קונה במעותי, אא"כ הודיעו למוכר.

נמצא שלדברי רבינו ירוחם אין אדם יכול לקנות עבור חבירו במעותיו, אלא אם כן יודיע למוכר שהוא קונה עבור חבירו. וקנין עבור חבירו ללא הודעת המוכר, יועיל רק אם הוא יתבצע במעות חבירו.

החלקת יואב בסי' ה הביא ראיה לדברי רבינו ירוחם מדברי הרמב"ן, בגיטין (כ,א) לגבי 'יכילנא למיפסליה לכולהו גיטא', שאם הסופר קונה את נייר הגט במעות האשה עבור הבעל, קנה הבעל הנייר מכיוון שמעות האשה נעשו של הבעל מתקנת חכמים, כמבואר בגמ' שם. ומשמע שאלולא תקנת חכמים לא היה נקנה הנייר לבעל אף שהסופר התכוון לקנות עבורו, ומכאן ראיה לדברי רבינו ירוחם שאין אדם יכול לקנות לחבירו במעותיו.

הב"י הקשה על רבינו ירוחם מדברי הרא"ש שהובאו לעיל, שהסיבה שבשליח לקנית חטים שקנה שעורים נקנו למשלח, היא שהכל תלוי בדעת הקונה וכיון שנתכוון לקנות למשלחו זכה לו מדין זכין, ולדבריו למרות שהקונה קנה

[4] עי' חלקת יואב סי' ה ויתבאר בהמשך.

במעותיו ולא במעות המשלח, כיון שבכוונתו לזכות עבור חבירו יוכל לקנות בעבורו, דלא כדברי רבינו ירוחם.

הש״ך (קפג,ב) כתב שאדרבה, מדברי הרא״ש נראה כרבינו ירוחם, שכן לגבי צבע כתב הרא״ש דאי לאו אוקימתא דר׳ אבא הוה אמרינן ׳מי הודיעו׳ והיה המקח נקנה לבעל, משום שאיירי שקנה במעותיו. ומוכח כדברי רבינו ירוחם שאין אפשרות לקנות במעותיו עבור חבירו מבלי להודיע על כך למוכר.

קצוה״ח תירץ דעת רבינו ירוחם, שהוא סובר כרבינו פרץ, שהמקנה מתכוון להקנות לבעל המעות, ולכן מובן שכל מה שבסוגיא נקנה המקח למשלח הוא משום שהקונה קנה במעות המשלח, אבל בדינא דרבינו ירוחם שאדם קונה במעותיו עבור חבירו, הרי שבעל המעות הוא הקונה עצמו, ולכן לא יוכל לקנות עבור חבירו.

החלקת יואב בסי׳ ה הקשה על הביאור שהמוכר מתכוון להקנות לבעל המעות, שכן בסוגיה נחלקו אליבא דר׳ יהודה, ובירושלמי (פ״ו דדמאי הל׳ ח) מובאת מחלוקת ר׳ יהודה ור׳ יוסי לגבי חבר הקונה פירות עבור עם הארץ- האם עליו לעשר פירות אלו. לשיטת ר׳ יהודה עליו לעשר את הפירות מכיוון שהמוכר מתכוון להקנות את הפירות לעומד מולו, דהיינו לחבר, ולכן המוכר לא עישר את הפירות ועל החבר לעשרם. לדעת ר׳ יוסי אין על החבר לעשר את הפירות, מכיוון שהמוכר מתכוון להקנות לבעל המעות ותלינן שהמוכר תקן כבר את הפירות לפני שמכרם לעם הארץ. נמצא שלשיטת ר׳ יהודה לא אמרינן דדעת המוכר להקנות לבעל המעות.

לכן ביאר החלקת יואב שלדעת ר׳ יוחנן אין צורך בדעת מקנה בקנין, ובהסכמת המקנה לקנין סגי, ועל פי זה כתב לחלוק על רבינו ירוחם, שכיון שאין צורך בדעת מקנה אין זה משנה במעות של מי השתמש הקונה- וגם אם קונה במעותיו לצורך חבירו יקנה המקח לחבירו.

ביחס לראיה מדברי הרמב״ן לרבינו ירוחם, כתב החלקת יואב שמה שנתבאר שאין צורך בדעת מקנה בקניינים, הוא רק במשיכה וחזקה שהם קניינים הבאים מכח הקונה, ובהם מספיקה הסכמה לקנין ולא בעינן לדעת מקנה. אך בקנין כסף יש לחלק: במקום שמעות קונות ואין רק ׳מי שפרע׳, בעינן לדעת מקנה, וממילא צריך גם כן להודיעו, כי בזה קיי״ל כבני מערבא, ואילו במקום שיש רק ׳מי שפרע׳, ממילא הכסף לא גומר הקנין, כיון שיש עדין יכולת חזרה, ומה שגומר את הקנין היא המשיכה שבאה לאחר מכן, וע״כ לא בעינן לדעת מקנה ולא בעינן שיודיעו.

ממילא בסופר הקונה הנייר עבור הבעל, כיון שתקנו חכמים משום עיגונא שהמעות קונות בלא משיכה כמבואר ברמב״ן, שם בעינן דעת מקנה בקנין, וממילא צריך להודיעו. לכן אילו לא היו המעות של הבעל לא ניתן לקנות הנייר עבור הבעל בלא להודיע על כך למוכר.[5]

ח. סיכום

דעת בני מערבא שלא ניתן לקנות עבור אחר מבלי להודיע על כך למוכר, משום שאי ידיעתו מהוה חסרון בקנין.

להלכה קי״ל כר׳ יוחנן שאין את החסרון של ׳מי הודיעו׳ וג׳ דרכים נאמרו בביאור דבריו:

רבינו פרץ- המוכר מתכוון להקנות לבעל המעות.

הרא״ש והרשב״א- מאחר והקונה מתכוון לקנות לחבירו זכין לאדם.

החלקת יואב- אין צורך בדעת מקנה בקנינים (מלבד כסף היכא שקונה) ולכן אין את החסרון של ׳מי הודיעו׳ היכא שיש הסכמה לקנין מצד המקנה, כגון במכר.

נפק״מ

א. בדינא דרבינו ירוחם, בקונה לחבירו במעותיו:

לרבינו פרץ- אינו יכול מבלי להודיע, דדעת המוכר להקנות לבעל המעות.

לחלקת יואב- הכל הולך בתר כוונת הקונה ואין זה משנה באילו מעות קנה.

ב. הקונה לחבירו במעות חבירו, ובין מתן מעות למשיכה רוצה לחזור ולקנותו לעצמו:

לרבינו פרץ, שדעת המוכר להקנות לבעל המעות, חייב להודיע למוכר שקונה במשיכה לעצמו. וכך הם דברי הרמ״ה שהובאו להלכה במחבר סע׳ ד. ולדעת הרא״ש, ביאר קצוה״ח, שכיון שהכל תלוי בכוונת הקונה להקנות לו, אין צריך להודיע למוכר שחזר בו והוא קונה לעצמו.

---

[5] צ״ב מדוע לפי זה כשהכסף הוא אכן של הבעל מועיל הקנין מבלי להודיע על כך למוכר ואין חסרון של ׳מי הודיעו׳.

בפלוגתת רב שמואל בר ססרטי ור׳ אבהו נראה לבאר בשני אופנים:

א. ר׳ אבהו סובר שבשליחות השליח מוגדר כבעל המעשה ולכן חילק בין זכין לשליחות דבחטים וחטים לא בעי להודיעו, ורב שמואל חלק עליו בזה והקשה ׳אי הכי אפילו חטים וחטים נמי׳.

ב. על פי רבינו פרץ, יתכן שפלוגתתם היא בדין שלוחו של בעל הממון, דלרב שמואל בעינן שלוחו של בעל הממון, ולכן אם אמרינן ׳מי הודיעו׳ גם בחטים וחטים לא יקנה המשלח דס״ס אין המקנה מתכוון שיהא הקונה שלוחו. אבל לדרכו, שהמקנה מתכוון להקנות לבעל המעות אין חסרון זה. ואפשר שתליא בדין זכין מאדם, דאי זכין מאדם גם ללא ידיעת המקנה, יוכל להקנות בשליחותו דס״ס המקנה מעוניין להקנות.

הרב יוסף שליט

בסיבת חיוב שומרים בפשיעה

ראשי הפרקים

א. פתיחה: תיקנו משיכה בשומרים

ב. שיטת המחנה אפרים

ג. שיטת קצות החושן

ד. שיטת נתיבות המשפט

ה. שיטת האבני נזר

ו. שיטת הקהילות יעקב

ז. שיטת הקובץ שיעורים

ח. ביאור הגרש"ש

ט. ביאור דעת הרמב"ם בדין הנח לפני

י. סיכום

א. פתיחה: תיקנו משיכה בשומרים

למרות שדיני חיוב שומרים מפורשים בתורה מצאנו דעות שונות באחרונים מאיזו סיבה אנו מחייבים את השומר לשלם. ישנם אחרונים המבארים חיובי שומר מצד חיוב נזיקין ויש אשר מסבירים שהחיוב נובע מהתחייבות השומר ע"פ תנאים של רמת השמירה.

גם ביחס לתחילת התקשרות בין השומר לבעלים מצאנו מחלוקת ראשונים כיצד נוצרים חיובי התשלומים על השומר? האם די בקבלת שמירה בדיבור או שצריך מעשה קנין כדי להתחייב בשמירה.

ננסה בדברינו להלן לבאר בקצרה את דעות האחרונים בהסבר חיוב השומר ולפ"ז לבאר דעת הרמב"ם בדין יצירת חיובי השמירה.

נחלקו האמוראים בב"מ (צט,א) האם תקנו משיכה בשומרים. לדעת רב הונא אפי' אם השואל משך החפץ עדיין לא נחשב שהוא שואל אלא רק מרגע שישתמש בו, אך לדעת ר' אלעזר כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים.

ובתוס׳ (ד״ה כך תקנו) בארו, שלעניין חיוב אונסין אין צד בגמ׳ שתקנו משיכה ומוכיחים זאת משומר חינם, שמתחייב בפשיעה בכך שאומר הנח לפני אף שלא כתוב שמשך (כמבואר בדף פ,ב), ולפ״ז מבארים התוס׳, יתחייב גם ש״ש בגנו״א. אך בשואל מבארים התוס׳ שגם מהתורה חיובו הוא רק משעת משיכה ולא משעת האמירה שיהיה שואל.

ובראי״ש (סי׳ טו) מבואר שחולק על תוס׳ ופוסק שגם בשואל חיוב האונסין מתחיל מזמן קבלת השאלה ולא צריך שהשואל יעשה קנין בחפץ. ולדעת הראי״ש המשיכה שתקנו לדעת ר׳ אלעזר היא רק בשביל שהמפקיד לא יוכל לחזור בו, אך חיוב האחריות של השומר מתחיל גם בלי קנין משיכה.

מדברי רש״י בב״ק עט נראה, שדעת ר׳ אלעזר שהצריך משיכה בשומרים היא לעניין קבלת האחריות ובלי קנין אין מתחייב השומר באחריות. וכך פסק הראב״ד.[1]

לבאר דעת הרמב״ם נבאר בתחילה חלק מדעות האחרונים בסיבת חיובם של השומרים.

ב. שיטת המחנה אפרים

המחנ״א (שומרים ז) מסתפק בדעת תוס׳ והראי״ש[2] מדוע לחייב השומר בתשלום לפני שעשה מעשה משיכה. ומעלה בתחילה אפשרות, שחיובו הוא מטעם ערב שהואיל ואמר לבעלים שישמור הוא דומה לאומר לחבירו להוציא מעות ע״פ שמתחייב לשלם לו כמה שהוציא וכהתחייבות הערב. אך דוחה הסבר זה, שהרי לדעת הראי״ש (פ״ק דקידושין) אין חיוב ערב אלא כאשר ישנו מקבל בר דעת שקיבל את הממון שהופסד, אך באומר זרוק מנה לים אין חיוב של ערב. וגם לדעת הרמב״ן בקידושין (ח,ב), שיש בזרוק מנה לים ואתחייב אני לך חיוב מדין ערב זה רק בגלל שמפרש שיתחייב לו בהוצאת

---

[1] וברשב״א בב״ק עט,א מביא פירוש כדברי התוס׳ שתקנו משיכה לשומרים כדי שלא יוכל לחזור בו הבעלים, ואח״כ מביא הראב״ד שחולק ומפרש שתקנו משיכה כדי להתחייב באונסין. ונראה שגם בפירוש הראשון שמביא לומד שצריך משיכה כדי להתחייב באונסין ודלא כדעת התוס׳ בב״ק חייבו אונסין כבר באמירה.

[2] בדעת הראשונים שתחילת השמירה היא במעשה משיכה פשוט למחנה אפרים שיצטרך השומר לשלם. אך לא מבואר בדבריו האם זה מצד התחייבות רגילה בקנין או שזה חיוב של התורה שיכול לחול רק אם נעשה קנין. ועוד יתבאר לקמן אי״ה.

הממון. אך בשומר המקבל שמירה לא מחייב עצמו במפורש אם יפקיד אצלו החפץ ולכן אין בזה חיוב מצד ערב.[3]

בהמשך דבריו מבאר, שאפשר לחייב השומר מדינא דגרמי כמו בדין המראה דינר לשולחני ונמצא מזויף, שחייב השולחני לשלם מדינא דגרמי כשקנה על פיו את המטבע. וכך בשומר, שאמר לו להניח במקום, ואח״כ פשע ולא שמר מתחייב בגרמי לשלם כי הוא גרם לנזק הבעלים.

ומסקנתו שבאמת בפשיעה נוכל לחייב מדד״ג[4] את השומר אך במקרה של גו״א בש״ש וכל שכן בחיוב שואל באונסין קשה להגדיר השומר כמזיק בגרמי, שהרי שמר שמירה מעולה ואין היזק כלפי הבעלים במה שהשאיל לו ומלאך המוות מה לי הכא מה לי התם.

ומקשה המחנ״א על הראשונים, שמחייבים שמירה רק לאחר שנעשה קנין מב״מ נח,א, שיש על שומר חיוב לשמור את הזרעים ובתחילת הסוגיא מבואר שלא נעשה קנין ע״י השומר, וא״כ קשה במה התחייב השומר בשמירה? ומבאר שבאמת כאשר השומר מתחייב לשמור לימים אז חיובו הוא מדין פועל ובזה לכל הראשונים לא צריך פעולת קנין כדי להתחייב בשמירה, שכן בפועל מבואר בגמ׳ שבתחילת הפעולה כבר נעשה חיוב הפועל. ומה שהראשונים הצריכו קנין זה במקום שלא נעשה שומר לפי ימים אלא מתחייב לשמור עד שיחזיר החפץ שבזה לא מוגדר כפועל.[5]

לסיכום: חיוב שומר בפשיעה הוא מדין מזיק. חיובים אחרים מצריכים קנין משיכה או שמירה כפועל לזמן שמספיקה בו אמירה.

---

[3] ועיין בנמוק״י (ב״מ נז,א מדפי הרי״ף) שאין באומר הכישה במקל והיא תבוא חיוב מצד ערב כיוון שיכול להחזיר אליו החפץ.

[4] ולכאורה לפי השיטות שדד״ג הוא רק קנס מדרבנן (הובאו בש״ך שפו,א), נראה שגם בשומר מדאו׳ לא היינו מחייבים מדד״ג. וא״כ עדין קשה מדוע ש״ח מתחייב בפשיעה בלי מעשה קנין. והש״ך מסיק (סו,קד וכן פו,ב) שזה ספק אם גרמי דאו׳ או דרבנן, אך הש״ך עצמו מבאר לשיטתו בס׳ סו ס״ק קכו שכל הגדר שפושע חשוב כמזיק זה רק בגלל שקיבל עליו שמירה נחשב למזיק אם לא שמר, ובזה יצטרך קנין להתחייב בשמירה.

[5] ובקצוה״ח מבאר שאכן חיוב האחריות של שומר הוא באמת כמו בפועל ובאמירה לבד מתחיל החיוב. ועי״ש שהקשה על הרמב״ן מדוע צריך משיכה אם הוא דומה לפועל. ולפי המחנ״א מבואר שיש שני סוגי פועל ובשומר באמת צריך קנין לתחילת הפעולה.

ג. שיטת קצות החושן

קצוה״ח (רצא,ד) מבאר שחיוב שומרים הינו חיוב מכח קבלת האחריות ורק הסכמת ודעת השומר לחייב את עצמו מחייבים אותו לשלם.[6] וז״ל:

> דכל השומרין לא נתחייבו בעל כרחם אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן דברצונם מקבלין עליהם שומר חנם בדין פשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה וכן השואל... ומש״ה כל שלא קיבל עליו השומר דין שמירה אינו מתחייב שלא מדעת.

ואין חיוב השמירה שייך לחיוב פועל שלא עשה המלאכה אלא חיוב לשלם בתנאי. ולכך מבאר קצוה״ח (עד,א וכן רצג,ב) שאף שפועל יכול לחזור בו בחצי היום שומר שיחזיר הפיקדון באמצע זמן השמירה לא יפטר[7] מחיוב האחריות שהתחייב בו.

עוד מבואר בדברי קצוה״ח (פ,ד), שאין שעבודא דר׳ נתן בשומר פיקדון. וזאת מכיון שעד זמן האונס שהחפץ אבד אין חיוב על השומר שיחול עליו שעבודא דר׳ נתן וכל חיוב השומר הוא בכך שאם יאנס החפץ יתחייב באחריותו.

נמצא שדעת קצוה״ח, שאפילו ש״ח אינו מתחייב מטעם מזיק וחיובו הוא התחייבות מדעת השומר ולביאור זה מובן מדוע יצטרכו קנין לכל השומרים.

ד. שיטת נתיבות המשפט

בדברי נתה״מ נראה שיש חלוקה בין חיובי ש״ח וש״ש שהם מצד חיוב השמירה לבין שואל ושוכר שבהם חיוב התשלום מסיבה אחרת. שכן נתה״מ (פו,א) באר, שיש שעבודא דר׳ נתן בשומרים משום שחיוב השמירה הוא חיוב להחזיר החפץ וזה מה שמשועבד בו למפקיד. וא״כ עצם קבלת החפץ מחייבתו להחזירו לבעלים. אך מצאנו בנתה״מ (שדמ ביאורים א) שדן בדעת הרמ״א, שפסק (ע״פ דברי המרדכי) שלאחר שקיבל השואל שמירה לא יכול

---

[6] ומביא קצוה״ח שכך כתבו התוס׳ כתובות נו,ב. אך לכאורה יש שני תירוצים בתוס׳ ולפי התירוץ הראשון אין הכרח להבין שלא התורה היא המחייבת את תשלום השומר עיי״ש.

[7] ועיי״ש בקצוה״ח שהביא דברי הראב״ד שאין השומר יכול לחזור בו באמצע השמירה ושהרשב״א (קידושין יג) התקשה מדוע אין זה דומה לפועל שחוזר בו בחצי היום. וא״כ יוצא שלראב״ד חיוב השומר אינו בעקבות התחלת השמירה אלא חיוב בפני עצמו של אחריות אך הרשב״א סובר שחיוב התשלום כן נובע מחיוב השמירה ולכך קשה כנ״ל. ועיין לקמן, שבזה מובן מדוע לראב״ד (הובא בשטמ״ק) אין אפשרות ששומר יתחייב בהכישה במקל אם לא תהיה הכנסה לרשות השומר ואילו הרשב״א בשם הראב״ד המובא בנמו״י מסתפק בתחילת השמירה.

להתנות בדברים להיפטר מחיובי האחריות אחר שכבר בא החפץ לידו. וכותב נתה״מ:

> נראה דדעת הרב לחלק, דדווקא בשואל שיש לו קנין בגוף החפץ, דשאלה ושכירות ליומא ממכר הוא, וכיון שהוא בתוך הזמן צריך לעשות קנין חדש, דהאונסין דחייביה רחמנא להשואל אינו מטעם חיוב שמירה, דהא מהאונסין אינו יכול לשמור, רק הטעם דעשאו רחמנא כשלו בתוך ימי השאלה לעניין דכשנאנס אמרינן דדידיה נאנס, ומשו״ה כשמחזיר בעינן קנין גמור.

ומבואר בדבריו הסבר חדש מדוע שואל מתחייב אף באונסים. והוא שחיוב שואל הוא מצד שקנה החפץ ולא מצד קבלת האחריות ובזה דומה שואל לגזלן.[8] אך בש״ח ובש״ש אין את הגדר של קנין החפץ[9] וחיוב ההשבה של שומרים הוא כן מצד קבלת האחריות ולכן באונס באמת פטורים.

---

[8] בדברי נתה״מ קיימת לכאורה סתירה, שכן בהגהת מרדכי פ׳ הכונס (ב״ק סי׳ רז) פסק באדם שהשאיל לחברו חפץ ואבד וטוען ששוויו רב (כמשכון על חוב גדול) האם צריך השואל לשלם כל השווי? ופסק ההגה״מ שנראה שפטור משום שבב״ק (סב,א) מבואר שהנותן מטבע לאשה לשומרו והוא זהב מצופה כסף יכולה לומר שלא קיבלה עליה שמירת זהב אם פשעה והחפץ אבד ומסיים בצ״ע.

והיש״ש בפרק הכונס חלק על השוואת ההג׳ מרדכי, שרק כאשר המפקיד פושע שלא גילה לשומר את השווי האמיתי אז מבואר בגמ׳ שהשומר פטור אך אם השומר ידע איזה חפץ מקבל רק לא ידע שוויו בזה צריך להתחייב מכיוון שקבל עליו את שמירת החפץ. וקצוה״ח (רצא, ד) רוצה לבאר שבמטבע של זהב המצופה בכסף כאשר השומר לא ידע את השווי האמיתי אז לא קיבל עליו שמירה ואז פטור תמיד. אך אם נודע לו שבאמת זה של זהב בזמן השמירה בשומרים באמת יפטר אך בשואל יתחייב הואיל והשתמש בחפץ כשידע שהוא של זהב אז מכיוון שנהנה בזה מתחייב באחריות.

ובנתה״מ (ביאורים ס״ק י) פוסק, ששואל חפץ מזהב שמצופה כסף לא מתחייב באחריות על שווי של זהב ואפילו אם נודע לו אח״כ שיש בתוכו זהב הואיל וניתנה לו הרשות להשתמש בלקיחת אחריות של כסף לא מתחייב יותר ע״י השימוש. אך בגזלן פשוט לנתה״מ שיתחייב בשווי מלא של החפץ מכיוון שקונה החפץ בקניני גזלה ממילא חשוב הוא גזלן בכל החפץ. ודברים אלו סותרים דברי נתה״מ בדעת הרמ״א ששואל, קונה החפץ כמו גזלן לעומת שומרים שהמחייב בהם הוא קבלת השמירה?

ובמאירי בב״ק סב באר, שאם נודע לשומר שהמטבע של זהב אז חייב לשלם כל שוויו. ולכאורה קשה הרי נתה״מ באר שלא קיבל עליו שמירת הזהב ומדוע יתחייב? אך אפשר, שהמאירי מחייב במקרה של פשיעה משום מזיק ובמזיק אין מקום לחלק בין ידע בתחילה ללא ידע שהוא של זהב. המאירי לשיטתו בפסחים (ה,ב), ששומר הפושע חייב מטעם מזיק ולכן יתחייב אף ללא קבלת שמירה.

[9] האמרי בינה (קונטרס הקנינים ס׳ יב) באר, שע״י הבאת השומר לתוך ביתו וודאי יש קבלת שמירה אף אם לא עשה קנין וכמו בשטרות משום שחשוב תחילת מלאכה וע״ש.

וחילוק זה כבר מוזכר בדברי הנמו"י בדף צט בסוגיא של תיקנו משיכה בשומרים, שם כותב הנמו"י וז"ל: "ואיכא מאן דאמר דכי מהניא משיכה בשומרים דווקא בשואל ובשוכר שכיון שהם משתמשים בגופו של כלי הויא ליה כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להם משיכתם כיון שהם זוכים בגוף הדבר". ואף שהנמו"י מדבר על שאין יכול המפקיד לחזור בו בנתה"מ מבאר בזה שזו סיבת חיוב האחריות.

לסיכום: בשומרים חובת השבת החפץ היא היא המחייבת בתשלום, ובשואל ושוכר סיבת החיוב הוא השימוש בחפץ.

ה. שיטת האבני נזר

האבני נזר (או"ח שכח) דן לעניין חיוב ישראל לבער חמץ, שנתן לגוי כמשכון והחמץ עומד באחריות הגוי. ומבאר שם, שחיוב השומר ואפילו בש"ש - אם לא שמר כראוי - הוא מטעם גרמי. וכל חיוב גרמי לשיטתו נלמד מכך שהתורה חייבה על נזקי בהמתו שבזה החיוב הוא בכך שאדם לא שמר על בהמתו שלא תזיק. ולפ"ז בשומר שחייב עצמו לשמור ולא שמר והבהמה ניזוקה מתחייב לשלם וכמו שבשור תם התורה פוטרת רק אם שמר שמירה מעולה כך גם שומר שכר יפטר רק אם ישמור שמירה מעולה.[10]

ומחדש שבגוי שלא שמר והוא ש"ש אם אבד החפץ חייב מטעם גרמי ואע"פ שאין חיוי פרשת שומרים לפי גוי הואיל וכל חיובי השומרים נלמדים מנזקי בהמתו שהתורה חייבה הבעלים בכך שלא שמר וגוי חייב אפילו על שורו התם שהזיק וא"כ רואים שחובת השמירה אצל גוי מחייבת אותו גם שלא בפשיעה.

לסיכום: כל חיובי השמירה נלמדים מפרשת נזקי בהמתו, שבהם חיבים על חסרון בשמירה. רק חיוב אונסין התחדש בפרשת שומרים.

אך במקרה שהיה אונס לא שייך לחייב מטעם השמירה שכן אדם ששמר בהמתו ובכ"ז הזיקה צריך להיפטר וכך היה צריך להיות גם בשומרים. וא"כ צ"ל בשואל שזה גדר חיוב אחר.

---

[10] ולכאורה צ"ב איך יבאר שיטת הראשונים, שש"ש חייב גם בגניבת אונס הרי שמר שמירה מעולה? אך אפשר שכל הדעות שמחייבות מדין גרמי לא יצריכו מעשה קנין מכיון שהחיוב הוא על הנזק שנגרם וכמו במראה מטבע לשולחני. וא"כ התוס' לשיטתם שש"ש פטור מגניבת אונס יחייבו שומר שכר מטעם מזיק. אך ברש"י בב"ק ד נראה שלמד שהחיוב הוא מדין מזיק וכמו שיתבאר לקמן, ובכ"ז בב"ק עט מבאר שצריך קנין בשומרים כדי להתחייב באחריות ועצ"ב.

ו. שיטת הקהילות יעקב

הקה״י (ב״מ סי׳ לח) חקר, האם חיובי השומרים הם מכח קבלת אחריות או מצד שבכך שלא שמרו חשובים כמזיקים את הבעלים, וכמו שמצאנו בפועל שבכך שלא עושה פעולתו יכול להתחייב כמזיק.[11] ורוצה לבאר שבכך תלויה המחלוקת (כתובות לד) האם משעת שאלה משתעבד או משעת פשיעה, שלמ״ד משעת שאלה זה בגלל שמה שמחייב את השומר זה קבלת האחריות והיא נוצרת בתחילת השמירה אך המ״ד שמשעת פשיעה משתעבד סובר שהחיוב הוא מצד מזיק ולכן כל זמן שאין נזק לא מתחייב.

אך בהמשך דבריו מביא ראיה מב״ק ד,ב שם מונה הגמ׳ אבות נזיקין בברייתא דר׳ אושעיא ובהם ארבעה שומרים. וכן מבואר ברש״י ד״ה וכן בהנך, וז״ל: ״דהנך ד׳ שומרים הן עצמם הזיקו הואיל ולא שמרו כראוי ובנזקין דאזיק גופו לא קמיירי מתניי״. וא״כ יוצא שחיוב שומרים מוגדר כחיוב מדין מזיק.[12]

ומעלה הקה״י אפשרות, שרק בשואל הסתפקה הגמ׳ שמשעת שאלה מחייב הואיל וחייב באונסים - קשה יותר להגדיר שחייב מדין מזיק ולכן המחייב יהיה מצד קבלת האחריות אך בשאר השומרים ייתכן ואין צד שיתחייבו משעת קבלת השמירה.[13] אך עדיין צ״ב מדוע שואל נמנה באבות נזיקין לפי

---

[11] ובסי׳ שלג סעיף ו הביא הרמ״א מחלוקת ראשונים בפועל שחזר בו משמירתו ובעקבות כך נוצר נזק לבעה״ב. לדעת הנ״י אין הפועל מתחייב בנזקים שנגרמו בעקבות הפסקת עבודתו אך לדעת ההגהות אשרי הפועל חייב לשלם מדינא דגרמי על הנזקים. ובפשט לשון הרמ״א נראה, שפוסק שכאשר נוצר לבעה״ב נזק בממון הפועל חייב וכך ניתן לחייב גם בשומר שהפסיק לשמור. ובש״ך שם ס״ק לט מבאר, שבמקום שלא יכול היה בעה״ב לשכור פועל אחר או שהנזק קרה מיד לכו״ע חייב הפועל לשלם וא״כ אפשר שבפשיעה בשומר לכו״ע יהיה חיוב לשלם מדין פועל שחזר בו.

[12] וכן מבואר שם במאירי שמשלם ממיטב וזהו כחיוב המזיקים ולא כחיוב אחריות, שכן באחריות לכאורה לא מתחייב לשלם ממיטב. אך אפשר, שאם נגדיר את חיובי שומרים כחיוב השבת החפץ, ובזמן האונס הופך החוב לחיוב תשלומים (וכמו שמבאר נתה״מ בס׳ פו) אפשר שהחיוב הוא לשלם הדבר הקרוב ביותר להחזרת החפץ האבוד וזה תשלום ממיטב שבו יוכל הבעלים לקנות חפץ כמו שהיה לו.

ובקצוה״ח (שפח,ז) מביא דברי המוהרי״ט (חו״מ מז) שבשומרים אין חיוב לשלם ממיטב כי אינם ממש כמזיק לעומת מסור שהוא כמזיק לשלם ממיטב. אך קצוה״ח תמה שמדברי הרי״ף והרא״ש בתחילת ב״ק מבואר ששומרים משלמים ממיטב ולכך נכללים באבות נזיקין עיי״ש.

[13] ובקובץ שיעורים כתובות קכא מבאר בסברא פשוטה שבשומרים אין צד שמתחייבים משעת קבלת השמירה אלא משעת הפשיעה אך מביא שלמ״ד ש״ש חייב גם על גניבה באונס (הרשב״א וע״ר ודלא כתוס׳ בב״מ מב,א) אפשר שכן מתחייב כשואל משעת קבלת

הצד שמשעת שאלה משתעבד הרי ההגדרה שמתחייב מדין אחריות ולא מטעם מזיק?

ז. שיטת הקובץ שיעורים

בב״ב אות תרנט מבאר הקו״ש שחיוב הפשיעה של שומר הוא חיוב מטעם מזיק ולכן כתב הרמב״ם שפושע הוא כמזיק, וכן בספק פטור מצד שמירה בבעלים הרמב״ם מחייב בפשיעה, משום שבכך שפשע השומר בודאי יש מעשה היזק שחייב עליו, ורק ספק אם נפטר בפטור של שמירה בבעלים. אך חיובי שומרים אחרים הם מדין האחריות של השומר ובזה בספק בבעלים פטור השומר שכן אין סיבה ברורה לחייב.

ובקו״ש פסחים אות יז הביא מהמאירי שם ה,ב שמבאר שבקבלת ישראל שמירה על חמצו של גוי בפסח אין איסור אם הוא ש״ח ואין בכך קבלת אחריות. ומבאר שם המאירי שחיוב השומרים בפשיעה אינו נחשב כקבלת אחריות של שומרים אלא מתורת מזיק.[14] ומדייק הקו״ש בדבריו שש״ח אין חיובו מדין אחריות אלא רק מדין מזיק שכן חייב בפשיעה בלבד.[15]

הרמב״ם (חמץ ומצה ד,ג) פסק, שרק אם הישראל ששומר על החמץ קיבל עליו אחריות גו״א אז עובר בבל יראה ובל ימצא. ומדויק בדבריו שבאחריות ש״ח לא עובר וכמו דברי המאירי. ולפ״ז גם בדעת הרמב״ם נגדיר שחיוב ש״ח אינו חיוב אחריות אלא רק חיוב מזיק ולכן לא עוברים בב״י וב״י.

אך מצאנו שהרמב״ם (שם ה״ד) פסק, שגם בגוי אנס שהניח חמצו אצל ישראל בעל כורחו, כל שישראל יוכרח לשלם לגוי אם נגנב או אבד חייב הישראל לבערו ועובר עליו בב״י וב״י. וא״כ נראה שגם אם נבאר שבש״ח אין חיוב אחריות כלל וכמו במקרה של גוי אנס עדין אפשר שיעבור על ב״י וב״י.

השמירה. ובקצוה״ח (פו,ד) באר דעת ההגהות אשרי, שיש שעבודא דר״נ גם בפיקדון בכך שפוסק כמ״ד שמשעת משיכה משתעבד. ומוכח שלמד שהסוגיא מדברת גם על חיוב של שומרים ולא רק על חיובי שואל.

[14] אף שהמאירי שם הביא דעת היש מפרשים שיש איסור של חמץ בפסח גם בישראל שקיבל אחריות של ש״ח ולשיטה זו יוצא שגם חיוב ש״ח הוא רק מדיני קבלת אחריות ולא מדין מזיק.

[15] ולכאורה ביחס לחיובי השבועה של שומרים צריך לבאר שכדי להיפטר מחיוב המזיק צריכים השומרים להישבע שלא פשעו והזיקו. ואף שבתביעת נזיקין רגילה אין המזיק צריך להישבע שלא הזיק בשומרים חייבה התורה שבועה.

ולכן נראה שהרמב״ם מגדיר אחרת את החילוק בין אחריות ש״ש לבין ש״ח ואין הכרח ללמוד ברמב״ם כהסבר המאירי.[16]

ובחיוב גו״א בש״ש מסתפק אם הוא מדין מזיק וכמו בפשיעת ש״ח או שכיון שיש חיוב גם על גניבה באונס לחלק מהראשונים אז חשוב שהחיוב נוצר ע״י קבלת האחריות ולא מתורת מזיק. ומסיק בדעת הרמב״ם, שהחיוב הוא מדין קבלת אחריות. ומוכיח זאת מפסק הרמב״ם שגם ש״ש פטור משמירת קרקעות ואם החיוב הוא מדין מזיק הרי מזיק קרקע חייב.

ומביא הקו״ש שנחלקו הראשונים האם בשואל שיש לגביו חיוב אחריות שמחייבו אפילו באונס יש גם חיוב מצד פשיעה ומדברי רש״י בב״מ פא שכתב שבהשאילני והשאילך לא חשוב שאלה בבעלים, יוצא שאין כלל חיוב לשמור לשואל ומה שמתחייב זה רק מצד שקיבל על עצמו אחריות.[17] אך מביא שהראשונים חלקו על רש״י.

ומוכיח מדברי הרמב״ם שפסק בשואל קרקע שפשע חייב לשלם שסובר הרמב״ם שישנו חיוב פשיעה מצד מזיק גם בשואל שכן אין חיוב אחריות בקרקע שהתורה מיעטה קרקעות מפרשת שומרים. וע״כ שהחיוב הוא מצד שפושע כמזיק וגם בשואל ישנו חיוב מזיק.[18]

---

[16] ועיין באור שמח שם, שבאר שעובר הישראל על חמץ מצד שהוי דבר הגורם לממון אך לא מטעם חיוב אחריות ע״י״ש.

ויש לעיין איך בכלל שייך חיוב אחריות כלפי גוי הרי אין דיני פרשת שומרים אצל גוי שכן מבואר במכילתא ופסקה הרמב״ם (שכירות ב,א) שכתוב רעהו למעט שיש דיני שומרים רק לישראל, ואם נבאר שש״ש לגוי זה מצד שמתחייב לשלם לו אם יגנב אין זו אחריות אלא התחייבות בתנאי. וכך הקשה בחידושי ר׳ שמואל בפסחים שם, ומעלה אפשרות שבאמת אין זה חיוב אחריות אלא שבכך שיתחייב לשלם כבר חייב לבערו וזה חידוש של הפסוק או שע״י קנין באמת אפשר לחדש חיוב אחריות ממש ולא רק בתורת התחייבות בתנאי. אך מביא מהחק יעקב (תמ,א), שלדעת הראשונים שחיוב פשיעה כבר מחייב לבער החמץ זה חשוב מדיני שומרים וכן נחשב כחיוב אחריות כלפי גוי.

[17] אך לדברי המחנ״א (הובא לעיל) שחיוב מזיק הוא כמו מראה דינר לשולחני לכאורה אפשר שאף אם לא נגדיר שהשואל הוא פועל של בעל הפיקדון עדיין יהיה חיוב מצד מזיק שכן גרם לו לנזק בכך שאמר שישמור.

[18] בהלכות שכירות (ב,ג) באר הרמב״ם, שפושע בשמירת עבדים שטרות וקרקעות חייב לשלם אף שממועטים מחיובי השמירה שכן פושע כמזיק. וחלק עליו הראב״ד וכן הר״י מגאש כמבואר בר״ן בשבועות כג,ב מדפי הרי״ף. ובש״ך (סו,קכו) באר שכל הגדרת המזיק לרמב״ם היא רק אם מחויב להיות שומר אז הוא מזיק אם פשע בשמירה. אך בפטור בעליו עמו כלל לא מחויב לשמור וממילא לא חשוב כמזיק אם פשע.

ח. ביאור הגרש״ש

הגרש״ש מבאר[19] שבכל השומרים ישנו גם חיוב של שמירה שהופך בזמן הפשיעה בשמירה או בזמן אובדן הפיקדון להיות חיוב החזרה לידי הבעלים, וחיוב ההחזרה הוא או בחפץ או בדמיו בזמן שהחפץ אבד, אך בנוסף ישנו חיוב של השומר בפשיעתו מצד מזיק וזהו גדר של מזיק בגרמא שהתורה חידשה שמחייב בשומרים. והמשמעות של חיוב המזיק הוא שגם בקרקעות יהיה חיוב למרות שאין חיובי החזרה מצד שומרים וכן אם הוכחשה הבהמה הכחשה שחוזרת לא יכול לומר השומר לבעלים הרי שלך לפניך וכמו במזיק בידיים שמתחייב לשלם בהכחשה שחוזרת. וכן גם אם ניזוק השור בהיזק שאינו ניכר ובא ע״י פשיעת השומר יתחייב מדין מזיק.

אך מצד חיוב השמירה משתעבדים נכסי השומר מיד בקבלת השמירה שאם לא ישלים את השמירה יתחייב להשיב החפץ או דמיו.

לסיכום: בכל השומרים יש צד לחייב מדין מזיק ויש צד נוסף לחייב מצכח קבלת אחריות.

ט. ביאור דעת הרמב״ם בדין הנח לפני

במשנה פ,ב מבואר הדין אם הבעלים אומרים לאדם 'שמור', ואמר השומר 'הנח לפני', שהוא שומר חינם. ובגמ' פא,ב:

> אמר רב הונא שמור לי ואמר לו הנח לפניך – אינו לא שומר חנם ולא שומר שכר. איבעיא להו הנח סתמא מאי?

והגמ' לא פושטת הספק.

ובשטמ״ק בדף פ הביא דברי הראב״ד שהקשה - אם פוסקים שתקנו משיכה בשומרים איך יתחייב בשמירה באומר הנח לפני הרי לא עשה מעשה קנין שיחייבו בשמירה? ועונה הראב״ד:

> ולאו קושיא היא דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכישה במקל והיא תבא דהויא משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי. אי נמי ד' אמות דידיה בסמטא כחצרו דמיא לכל דבר. הראב״ד.

---

[19] מאמר בעניין שומרים אות ו בספר הזכרון להגרי״י פרנקל.

ועולה מדבריו, שרק אם הניחו הבעלים במקום שמועיל לקנין מתחייב השומר בחיובי ש״ח מדין חצר או שהכישה במקל לסימטא ששם מועילה משיכה ובשליחות השומר נעשה קנין משיכה בבהמה.

אך בנמו״י (נ,ב מדפי הרי״ף) הביא דברי הראב״ד באופן שונה וכתב בתירוץ הקושיא:

> וי״ל דמשכחת לה כגון שהניחו בארבע אמותיו בסימטא שהם קונות אי נמי הכא מיירי בבהמה ואמר לו הכישה במקל והיא תבוא כיון שיצאה מרשות משאיל ומתה חייב. הראב״ד והרשב״א.

ולכאורה נראה בדברי הנמו״י, שבמקרה שהכישה במקל מכיוון שיצאה הבהמה מרשות הבעלים חייב השומר כשומר חינם. ולכאורה לא נעשה קנין ומדוע בהכישה במקל יחשב כקנין שהרי לא העמיד הנמו״י בתירוץ השני שמדובר בסימטא?

ואכן לפי גירסת דברי הראב״ד שבשטמ״ק מבואר שמדובר ״שהכישה במקל לסימטא״ כמפורש בלשונו ואז חשוב כקנין משיכה בסימטא בשליחות השומר. אך בדברי הנמו״י נראה שיציאה מרשות משאיל מחייב את השומר ולא מדובר בקנין משיכה שכן בהכישה במקל לא העמיד שמדובר בסימטא?

עוד צריך בירור בדברי הנמו״י (בדף נז,א בדפי הרי״ף) שפוסק במפורש שבהכישה במקל והיא תבוא אפילו אם השומר חייב עצמו במפורש באחריות לא מתחייב לרמב״ם ולרי״ף, כל זמן שלא נכנסה הבהמה לרשותו. ומדוע פה מסביר את דברי הגמ׳ שבהנח לפני הוי ש״ח (וכך פסקו הרי״ף והרמב״ם) משום שדומה להכישה במקל והיא תבוא הרי לא פוסקים כך?[20]

---

[20] במל״מ (שכירות ב,ח) הקשה על ה״ה שהביא דברי הנמו״י איך מועיל הכישה במקל בשביל להתחייב כש״ח? ומסקנת דבריו מתרץ שהחיוב הוא מדין ערב שהניח החפץ על פיו. ואע״פ שהר״ן בקידושין (ח,ב) הביא בשם הרשב״א שאין חיוב של ערב כאשר נותן למי שאינו בן דעת ייתכן שליצור חיובי שומרים כל שעל פיו עשה מעשה מתחייב השומר עי״ש דבריו. אך לדעת הנמו״י אי אפשר לתרץ כך משום שבמפורש מבאר (נז,א מדפי הרי״ף) שלא מועיל בשומרים הכישה במקל והיא תבוא מדין ערב. ומחלק שם שדין ערב קיים רק כשאין בידו להחזיר הממון לרשותו כבזרוק מנה לים וכדו׳ אך בהכישה במקל שיכול להחזירה לרשותו אין דין ערב עי״ש.

והש״ך כתב (רצא ס״ק ד), שתירוץ זה אינו אליבא דהילכתא. ובכ״מ מבואר בש״ך שהבין שבהכישה במקל שכתב הנמו״י לא מדובר שמכישה למקום שמועילה משיכה שכן באר שלא פוסקים כך מדברי המחבר לקמן (שמ,ז) ושם המחבר מדבר שהכישה לרה״ר. וכ״ז דלא כדברי הראב״ד שבשטמ״ק, שמבאר שמכישה במקל למקום שמועילה משיכת השומר. ועיין לקמן בשם החזו״א.

וברמב״ם (שכירות ב,ח) פוסק כר׳ אלעזר שתקנו משיכה בשומרים, וז״ל: ״כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרין״, ומיד ממשיך ומביא דין הגמ׳ בדף פ,ב: ״האומר לחבירו שמור לי זה ואמר לו הנח לפני הרי זה ש״ח, אמר לו הנח לפניך או הנח סתם או שאמר לו הרי הבית לפניך אינו לא ש״ח ולא שומר שכר״.

ולכאורה קשה בדבריו, שהרי לפי קושיתו דינים אלו סותרים ומדוע לא באר הרמב״ם ולא העמיד שמניח לפני שומר בד׳ אמות שלו ושמדובר בסימטא? ולהסביר דברי הרמב״ם, שמבאר הסוגיא בהכישה במקל והיא תבוא שבאה לסימטא אי אפשר, משום שהרמב״ם (שאלה ופיקדון ה,ב) פוסק: ״אמר לו השואל הכישה במקל והיא תבא מאליה ועשה המשאיל כך אין השואל חייב בה עד שתכנס לרשותו אבל מתה בדרך פטור״ וא״כ רואים שפסק שבאומר לו הכישה במקל פטור השואל![21]

אך אם נחלק בדין השומר, שבאמת חיובי הפשיעה של שומר הם מדין מזיק[22] ושאר החיובים הם מדין אחריות אפשר לבאר שמיד שהסיר הבעלים שמירתו, השומר יכול לשמור ומתחייב מטעם מזיק אם פשע. ולכן מבואר, שאף שתקנו משיכה בשומרים לעניין ההתחייבות באחריות אין זה מבטל את החיוב של השומר בפשיעה שכן באר הרמב״ם שפושע כמזיק. ולפי זה ׳הנח לפני׳ הוי ש״ח משום שבכך שאמר לבעלים להכישה במקל שתלך למקום שלא משתמר והוא ישמור עליה זו כבר סיבה לחייב את השומר בפשיעה. ואפשר אולי לבאר בדברי הנמו״י, שבהניח בד׳ אמות של שומר נעשה קנין ומתחייב השומר מדין קבלת אחריות. ואפילו אם הבעלים גם משמר הבהמה,

---

[21] ועיין בלח״מ שו״פ ג,ב שהקשה כן וב״ה שכיוונו לדבריו. ברם מתירוצו נראה, שגם לעניין חיוב שואל מועיל הכישה במקל ודלא כדרכנו לקמן אי״ה.

[22] בחי׳ הגר״ח החדשים ב״מ סי׳ צא באר שגדר המזיק בשומרים אינו כשאר מזיק משום שהנזק בא ממילא, ורק אם עשה מעשה בידים חשוב מזיק גם ללא דיני שומרים. ומוכיח זאת מפסק הרמב״ם בשלוחים ושותפים (ה,ב) שאחד מהשותפים שמכר סחורה בהקפה או ששט איתה בספינה וניזוקה חייב לשאת בהפסדים שיגרמו לסחורה, ובמל״מ מבאר שאין החיוב מצד שפשע בשמירה כי בסתם שותפים שניהם מתעסקים בשותפות וכל אחד שאול לשותפו וא״כ יש לפטור מצד פשיעה בבעלים. וכתב המל״מ: ״אבל נראה דלא שייך טעם פשיעה אלא בנתרשל ולא שמר יפה אבל כשעשה מעשה בידים והפסיד מזיק איקרי וחייב אפילו בבעלים. ואע״פ שדעת רבינו דכל פושע מזיק הוי וכו׳ היינו להשוות פושע דדמי קצת למזיק אבל מזיק לעולם גרוע מפושע ודו״ק״. ועי׳ בנתה״מ (רצא,ז) שבאר, שאף לרמב״ם אם השומר הניח החפץ במקום שאינו משתמר אף אם לא עשה קנין יתחייב לשלם כי חשוב כמזיק וחייב אף אם בעליו עמו. וכדברי המל״מ בדעת הרמב״ם.

שאז מצד הסברא לא יתחייב מדין מזיק, כאשר יהיה קנין או שימוש בחפץ[23] כן נחייב השומר מדין אחריות. אך בהכישה במקל והבעלים כבר לא משמרה מתחייב השומר בפשיעה גם אם לא עשה קנין, שכן נחשב כמזיק.[24]

החזו״א (חו״מ ליקוטים יז,ו) באר, שאם נעמיד הגמ׳ (פ,א) ב״הנח לפני״ שמדובר באומר לו הכישה במקל והיא תבוא (וכמו שהביא הנמו״י בשם הראב״ד) יוצא שפוסקים זאת להלכה (כדעת הרא״ש שפסק כרב). ולפ״ז הקשה שבשטמ״ק (צט,א) מבואר, שלא פוסקים כרב ואין קבלת אחריות עד שתהא ״משיכה או זיכוי״? ועיי״ש תירוצו.

אך לפי דרכנו בביאור דברי השטמ״ק (פ,א), שלדעת הראב״ד הכישה במקל זה עצמו קנין משיכה,[25] מבואר שהראב״ד לשיטתו, שהנח לפני סתם לא נחשב מעשה המחייב אחריות בשומרים אלא א״כ עשה את המשאיל כשלוחו לקנין משיכה ולכן באמת למסקנה לא פוסקים כרב. אך בדברי הנמו״י[26] אפשר לחלק בין קבלת אחריות לבין חיוב פשיעה וכמו שהתבאר.

ועפ״י זה נוכל לבאר מה שהקשה הלח״מ בדברי הרמב״ם. הגמ׳ (פא,ב) שואלת, האם באומר הנח סתם הוי ש״ח או שלא הוי שומר כלל ונשארת הגמ׳ באיבעיא. והרמב״ם פסק בשכירות ב,ח שבאומר הנח סתם לא חשוב שומר בכלל. והקשה הלח״מ על סתימת הרמב״ם, שהשומר פטור היה צריך לפסוק שזה ספק ואז אע״פ שהממע״ה אם היה הבעלים תופס מהשומר לא היו מוציאים מידו? ואכן בספיקות אחרים פסק הרמב״ם שחשוב ספק כמו בדין שאלה משותפים בבעלים (שו״פ ב,ח) ושם מפרש שאם תפסו הבעלים

---

[23] כך מוכח בנתה״מ (שמ,ח) שאדם השואל חפץ ומשתמש בו ברשות המשאיל כגון יושב על ספסל ברשות המשאיל, אע״פ שלא עשה קנין בחפץ מתחייב באחריותו.

[24] בשער משפט (ר,ד) מדייק מלשון הרמב״ם ״עד שתיכנס לרשותו״, שאפילו אם יאמר לו השואל שיכישה במקל לסימטא לא יועיל מדין משיכה, לפי שאי אפשר לעשות קנין משיכה ע״י המקנה, ודלא כראב״ד. וא״כ לפי דיוקו ברמב״ם צריך לבאר ביאור ה״ה דברי הרמב״ם שכן מדובר באומר לו הכישה במקל וכו׳. אך בסוף דבריו רוצה לבאר בנמו״י כדעת הראב״ד שבשטמ״ק ולא כמו פשט דברי הרמב״ם. ולפי דברינו מבואר, שבאמת קנין לרמב״ם יהיה רק כשתכנס הבהמה לרשות השואל או שיעשה בה קנין ורק אחריות לפשיעה נוצרת ע״י הכישה במקל.

[25] והגרש״ש בקונטרס השליחות פרק יז מבאר, שכל הקנין שעליו מדבר הראב״ד אינו קנין גמור בפרה משום שלקנין שאלה אי אפשר לעשות שליח, אלא זהו רק קנין שמועיל להתחייב באונסין ע״י״ש.

[26] הגרש״ש שם מסתפק האם דברי הנמו״י כדברי השטמ״ק.

אין מוציאים מידם. גם בריי"ף פסק שהנח סתם זה ספק ורק מספק לא נחייב את השומר ואי"כ קשה מדוע הרמב"ם פשט שהשומר פטור?

אך לפי דברינו שהחיוב של 'הנח' ברמב"ם הוא מדין מזיק, במקרה בו השומר לא התכוון לקבל על עצמו שמירה לא יתחייב כלל. ואכן כך מצאנו בנתה"מ (שמ,יב), שאפילו לדעת הרא"ש שלא צריך קנין לקבלת השמירה אם השומר לא היה יכול לשמור ואמר הנח לפני לא יתחייב בתשלומי פשיעה מכיון שהבעלים לא היה אמור לסמוך על אמירתו של השומר. ואי"כ כך גם במקום שלבעלים אין וודאות שהשומר מתכוון לשמור שכן זה ספק בגמ' אם מתכוון לקבל אחריות או לא, לא היה לו לסלק שמירתו מהחפץ. ובזה בתורת ודאי לא שייך לחייב השומר מדין מזיק מפני שלא היה לו למפקיד להניח החפץ. ורק במקום שהחיוב הוא מצד התחייבות השומר באחריות בזה בספיקא דדינא פוסק הרמב"ם שתועיל לבעלים תפיסה מספק.

י. סיכום

הבאנו מדברי האחרונים, שקיימות דעות שונות בהסבר חיוב השומרים. יש המחייבים שומר מדין קבלת אחריות השמירה וכעין התחייבות בתנאי. יש המחייבים מדין ערב שחשוב כמוציא מעות ע"פ וזה יוצר חיוב התשלומים. ויש שלומדים חיוב שומרים מדינא דגרמי בדומה לחיוב המראה דינר לשולחני ונמצא מזויף.

בארנו שיש אפשרות להגדיר שחיוב השומרים מורכב משתי סיבות: במקרה של פשיעה ישנו חיוב מצד גדרי נזיקין שגרם השומר לבעלים לאובדן החפץ. ובמקרה של גניבה ואבידה בש"ש או אונסין בשואל החיוב יווצר מקבלת האחריות של השומר.

עפ"ז הצענו אפשרות לפיה חיוב השומר מצד מזיק יווצר ברגע שהבעלים יסיר את שמירתו מהחפץ והשומר יקבל עליו השמירה, ורק לחיוב קבלת האחריות צריך לעשות קנין בדווקא.

ועפ"י הנחה זו נסינו לבאר דברי הרמב"ם, שמחד פסק שבאומר הנח לפני חייב כשומר חינם ולא הזכיר שעושה קנין ומאידך פסק שתקנו משיכה בשומרים.

הרב אלישע לוינשטרן

בענין רובא דאיתא קמן

ראשי הפרקים

א. מבוא: חקירה בגדר רדא"ק ודין קבוע
ב. רדא"ק ככלי הסתברותי
ג. רדא"ק מדין ביטול ברוב
ד. רדא"ק להוציא ממון
1. מחלוקת ריצב"א ור"י
2. מתי ר' מאיר חושש למיעוט?
3. הבהרת הסברה של רדא"ק מדין ביטול ברוב
4. רדא"ק – הכרעה או הנהגה?
ה. רדא"ק בדיני ממונות כאשר אין מוחזק
ו. פריש וקבוע
1. השלכת דין הפורש על הקבוע
2. האם קרוב, ספק-ספיקא וחזקה מועילים במקום קבוע
3. פרישה בפנינו
ז. סיכום

א. מבוא: חקירה בגדר רדא"ק ודין קבוע

אומרת התורה בספר שמות (כג,ב) "אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטֹּת". מכאן לומדים חכמים שכאשר יש ספק בהלכה, אחד מהכלים שעל ידם אנו יכולים להכריע את הספק הוא הליכה אחר הרוב.

ההלכה מבחינה בין שני סוגי רוב: "רובא דאיתא קמן" ו"רובא דליתא קמן". רובא דאיתא קמן הוא רוב המבוסס על רוב של גופים מתוך כלל הגופים המהווים צדדים בספק, כגון חתיכת בשר שפרשה מאחת מתוך עשר חנויות בשר, שאחת מהן כשרה והשאר – טרפות; ואילו רובא דליתא קמן הוא רוב המבוסס על כלל מופשט, כגון רוב נשים יולדות לאחר תשעה חודשים.

הנפקא מינה המרכזית בין שני סוגי הרוב הוא דין "קבוע". אומרת הגמרא (כתובות טו,א ועוד מקומות) ש"כל דפריש מרובא פריש וכל הקבוע כמחצה על מחצה דמי". כלומר, הולכים אחר הרוב ברובא דאיתא קמן רק כאשר הספק התעורר לאחר פרישת הגוף המסופק ממקומו; אולם אם הספק

התעורר בעוד שהגוף המסופק היה עדיין במקומו, כגון שיהודי נכנס לחנות וקנה בשר ולאחר שיצא ממנה שכח האם קנה בחנות כשרה או בחנות טרפה, לא הולכים אחר הרוב, אלא הספק נחשב כשקול.

כך אומרת הברייתא (כתובות טו,א ועוד מקומות בגמרא):

> תשע חנויות, כולן מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרת בשר נבלה, ולקח מאחת מהן, ואינו יודע מאי זה מהן לקח – ספיקו אסור. ובנמצא – הלך אחר הרוב.

בהנחה שדין הליכה אחר הרוב הוא כלי הסתברותי פשוט להכרעת ספקות, דין קבוע קשה מאוד להבנה מסברה, שהרי מבחינת הסבירות שהחתיכה כשרה אין הבדל בין מקרה של פריש לבין מקרה של קבוע.

לכן הר״ן (חולין לג,א בדפי הרי״ף) טוען שדין קבוע הוא חידוש, ואין לך בו אלא חידושו. כלומר, אין לנו יכולת להבין דין זה, אלא זו גזרת הכתוב. ונפקא מינה שאין דין קבוע למפרע. וזה לשונו:

> דלא מיקרי קבוע אלא כשהיה האיסור נודע קודם שלקח, אבל אם לא נודע האיסור בשעה שלקח, אף על פי שלאחר שלקח נתגלה האיסור ונעשה קבוע, לא אמרי׳ ביה דליהוי קבוע למפרע. ונ״מ למי שלקח בשר מן המקולין ואח״כ נודע שהיתה טרפה ביניהם, דשרי, כיון דבשעה שלקח לא היה קבוע, דדין קבוע שיהא כמחצה על מחצה חדוש הוא, ואין לך בו אלא משעת חדושו ואילך, כלומר משנעשה קבוע, אבל למפרע לא.

בכך הוא חולק על הרא״ה (בספרו בדק הבית לתורת הבית קכ,א) והרשב״א (משמרת הבית שם), שסוברים שיש קבוע למפרע, ולכן אם לקח בשר מן המקולין ואח״כ נודע שהיתה טרפה ביניהם, אסור.[1] לשיטתם, כנראה שדין קבוע אינו נחשב חידוש.

ובאמת, מסברה ניתן להגיע למסקנה אחרת מהר״ן, על בסיס ההנחה שרובא דאיתא קמן אינו כלי הסתברותי, אלא הוא מבוסס על יסוד הלכתי אחר. זהו בניגוד לרובא דליתא קמן, שהוא מן הסתם מבוסס על הסתברות פשוטה.

---

[1] הובאו דבריהם בש״ך (יו״ד קי,יד), ע״ש.

הקובץ שיעורים (ח״ב סי׳ מה סעיף יא) ועוד אחרונים טוענים שרדא״ק אינו כלי הסתברותי, אלא גזרת הכתוב. אבל נראה שעדיין יש לחפש יסוד הלכתי שיסביר את דין רדא״ק כך שדין קבוע יהיה מובן.

יסוד כזה נמצא בחידושי ר׳ מאיר שמחה על חולין (צו,א):

> נלע״ד ביאור נכון בס״ד, דברובא דאיתא קמן ואין אנו יודעין אם פירש מן הרוב או אם פירש מן המיעוט, אמרינן טפי זיל בתר רובא, דאע״ג דהמיעוט קמן, בכ״ז באופן שאינו ידוע לנו מאין בא, אם מהמיעוט או מהרוב, אם היה המיעוט מעורבב עם הרוב היה בטל, דקיי״ל חד בתרי בטל, אם כן השתא שמצאנו מה שפירש, לא מהני ליה חשיבות המיעוט הקבוע לו.

אומר רמ״ש שרדא״ק מבוסס על דין ״חד בתרי בטיל״, כלומר, דין תערובת יבש ביבש. כמו שבתערובת הולכים אחר הרוב, כך גם ברדא״ק.

על פי שיטת רמ״ש נראה שיש סברה לדין קבוע. הקובץ שיעורים (ב״ב סי׳ פו) מביא סברה ש״דבר הקבוע נפרד מהרוב ועומד בפני עצמו״. כלומר, דבר קבוע אינו נחשב חלק מהתערובת, ולכן לא ניתן ללכת בו אחר הרוב. לפי זה, משמעות הביטוי ״כל הקבוע כמחצה על מחצה דמי״ היא שבקבוע הספק הוא שקול, שכן אין שום רוב שמשפיע עליו.

אמנם הקוב״ש אינו מביא את סברת רמ״ש שרדא״ק הוא מדין ביטול ברוב, אך נראה שסברת רמ״ש בדין רדא״ק עומדת ביסוד ההסבר שמביא לדין קבוע.

נמצאנו תולים שתי שאלות זו בזו:

א. האם רובא דאיתא קמן הוא כלי הסתברותי או מדין ביטול ברוב.

ב. האם דין קבוע הוא גזרת הכתוב או שיש לנו סברה, שאינו נחשב חלק מהתערובת.

במאמר זה נעיין בשני הצדדים של השאלה הראשונה, ובהשלכות שלה על השאלה שנחלקו בה הפוסקים, האם רובא דאיתא קמן מועיל להוציא ממון או לא, ובנפקא מינות נוספות.

בהמשך המאמר נעיין בהשלכות שונות של השאלה השניה על דיני פריש וקבוע בממונות, כאשר אף אחד מבעלי הדין אינו מוחזק בממון, כפי שנתבארו בשו״ע ובנו״כ (רצב,י), וכן בנפקא מינות נוספות של שאלה זו.

ב. רדא״ק ככלי הסתברותי

כמקור כמעט מפורש לאפשרות שרדא״ק הוא כלי הסתברותי יש להביא את שו״ת בית אפרים (יו״ד מ), שדן בשאלה מה הדין במקרה של תשע חנויות כשרות ואחת טרפה, כאשר יש בחנות הטרפה יותר בשר מאשר בכל החנויות הכשרות יחד. האם הולכים אחר רוב החנויות או רוב הבשר?

משיב הבית אפרים שהולכים אחר רוב החנויות, שהרי הבשר שנשאר על המדפים בחנויות אינו משפיע על הספק, אא״כ החנות הטרפה מוכרת יותר בשר מאשר כל החנויות הכשרות יחד, שכן במקרה כזה רוב הסיכויים שהחתיכה המסופקת טרפה.[2]

ייתכן שגם הנימוקי יוסף מחזיק בשיטה שרדא״ק הוא כלי הסתברותי. בתחילת פרק הבית והעלייה (ב״מ ע,א בדפי הרי״ף), דן הנימו״י בדין המשנה, שהבית והעלייה שנפלו – בעל הבית ובעל העלייה חולקים באבנים. מביא הנימו״י תוספתא, שאומרת שאם אחד מהם היה גדול מהשני, וחלק מהאבנים נשברו וחלק לא, אינם חולקים בשווה, אלא זה נוטל לפי שלו וזה נוטל לפי שלו. ממשיך הנימו״י ומביא ירושלמי, שאומר שהוא הדין בשנים שהטילו מעות לכיס וחלק מהמעות נגנבו, שנוטלים לפי חשבון. מסביר הנימו״י שאי אפשר ליישם במקרה של הירושלמי את הדין הרגיל של ממון המוטל בספק כאשר אין מוחזק, שחולקים בשווה, משום שכאן הספק אינו שווה.

מה שמפתיע בדברי הנימו״י הוא שהוא דן במקרים על פי כלים הסתברותיים גרידא, ואינו מזכיר כלל את דיני רובא דאיתא קמן! ישנן מספר דרכים להבין את דבריו, כפי שנראה בהמשך המאמר,[3] אך יש לציין כאן שאולי הנימו״י סובר כבית אפרים, שדין רדא״ק הוא כלי הסתברותי, וממילא לדעתו הוא נאמן לחלוטין להלכות רדא״ק.

---

[2] בפרק הבא נביא שיטות אחרות בשאלה האם הולכים אחר רוב חנויות או רוב בשר.

[3] האחרונים דנים בדבריו בסימן רצ״ב.

ג. רדא״ק מדין ביטול ברוב

הבאנו במבוא את שיטת ר׳ מאיר שמחה, שדין רובא דאיתא קמן הוא מדין ביטול ברוב. לכאורה יש להביא סיוע ברור לשיטתו משיטת הבינת אדם (שער הקבוע סי׳ טז) והרש״ש[4] (כתובות יד,א ד״ה במשנה) שתמיד הולכים אחר רוב בשר ולא אחר רוב חנויות – בניגוד לשיטת הבית אפרים שהבאנו לעיל. מדוע ללכת אחר רוב בשר, אם כל החנויות מוכרות במידה שווה? על כרחך, שדין רדא״ק הוא משום ביטול ברוב, ואם כן המשתנה הרלוונטי הוא הבשר ולא החנויות.

אמנם רוב הפוסקים סוברים שהולכים אחר רוב חנויות ולא אחר רוב בשר, ואם כן לכאורה עלינו להסיק שדרך שלישית בדעתם בהבנת רדא״ק, אולם נראה שגם בדעתם אפשר לומר שרדא״ק הוא מדין ביטול ברוב; עיין מה שנבהיר בסברה זו בפרק הבא.

כחיזוק להבנת רמ״ש, יש להצביע על דברי רש״י בחולין (צח,א ד״ה דמדאורייתא), שדין ביטול ברוב בתערובת נלמד מהפסוק ״אחרי רבים להטות״, בדיוק כמו רדא״ק (על פי הגמרא בחולין יא,א). לעומת זאת, ביחס לרובא דליתא קמן, הגמרא (שם) איננה מוכנה לקבל בפשטות את הפסוק הנ״ל כמקור. אם כן, מסתבר לומר שרדא״ק הוא מדין ביטול ברוב, ולא כלי הסתברותי כרדל״ק.

לכאורה יש לשאול, מדוע אנו נזקקים לפסוק ״אחרי רבים להטות״ ולדין ביטול ברוב כדי ללמוד את דין רדא״ק? והרי מכיון שמבחינה סטטיסטית, רוב הסיכויים הם שהחתיכה המסופקת שייכת לרוב, נמצא שכל רדא״ק הוא גם רדל״ק! אם כן למה לנו מקור נוסף?

אך יש לתרץ, שמבחינה מהותית הסבירות של רדא״ק פחות חזקה מזו של רדל״ק, שכן רדל״ק מבוסס על כלל טבעי או התנהגותי בעולם, ואילו רדא״ק מבוסס רק על נתונים מקריים שמשפיעים על ספק זה. לכן אי אפשר ללמוד את דין רדא״ק מדין רדל״ק, ולדעת רמ״ש וסיעתו, הפן ההסתברותי של רדא״ק אינו קובע את הדין כלל וכלל.

יש להוסיף, שלפי הגמרא בחולין (שם) ישנו עוד דין של רוב שנלמד מ״אחרי רבים להטות״, חוץ מרדא״ק, והוא הכרעת רוב הדיינים בסנהדרין. ובחידושי

---

[4] לגבי הרש״ש, עיין לקמן הערה 16.

ר׳ חיים על הש״ס (ב״ק כז,ב) טוען ר׳ חיים שהכרעת הרוב בסנהדרין פועלת באופן של ביטול ברוב, כמו בתערובות.[5]

ד. רדא״ק להוציא ממון

1. מחלוקת ריצב״א ור״י

תרומת הדשן (שיד) מביא שאלה:

> ראובן מסר לשמעון עשרה זהובים ולוי מסר לו ששה, ובקשוהו שיוליכם ממקום למקום, והיו גם לשמעון עצמו עשרים זהובים בכיסו, ואמר להם, ״הריני מניח זהובים שלכם עם זהובים שלי בכיסי, ועל אחריות שלכם אוליכם״, ויצא לדרכו, ובלכתו בדרך ע״י טלטולו נתקרע הכיס קצת ונאבדו לו ד׳ זהובים, ואין לידע מאיזה זהובים נאבדו, והשלושה אלו באין לדין: לאיזה מהן יגיע ההפסד? או אם לכולן לפי חשבון? היכא דייניגן להא דינא?

למסקנה פוסק התה״ד שמכיון שמדובר במטבעות, ההפסד מתחלק לפי החשבון, ע״פ הגמ׳ בגיטין (סו,א), שכאשר אין קפידא בין החפצים המופקדים ואין אחד מהם רוצה דוקא את שלו, החלוקה היא לפי החשבון. אבל התה״ד מנצל את השאלה כדי לדון בדין רדא״ק בממונות, ונפקא מינה למקרה שבו הפקדון הוא טבעות זהב או מרגליות, ולא סתם מטבעות.

תחילה דן התה״ד בשאלה האם שמעון יכול לטעון שהוא אינו צריך להפסיד כלום משום שהוא מוחזק, והמוציא מחברו עליו הראיה. והוא תולה שאלה זו בשאלה האם ההלכה שאין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק (ע״פ שמואל בגמ׳ בב״ב צב,ב) מתיחסת רק לרדל״ק או גם לרדא״ק. מביא התה״ד מחלוקת בזה בין הריצב״א (הובא בתשובת מיימוני לספר משפטים סימן כח), שסובר שהולכים אחר רדא״ק בממון, לבין המרדכי בשם ר״י

---

[5] כך הוא מסביר את דברי תוס׳ שם, שכאשר בי״ד פוסקים ע״פ דעת רוב הדיינים להוציא ממון, המוחזק אינו יכול לטעון שיש לסמוך את מיעוט הדיינים שסברו אחרת לחזקת הממון ולהשאיר את הממון בידו, שכן דעת המיעוט בבי״ד הוא כמי שאינו. מסביר ר׳ חיים שהמיעוט בטל לרוב ונחשב חלק ממנו, כמו שכותב הרא״ש לעניין ביטול ברוב בתערובות (נביא את דבריו לקמן בפרק הבא). אמנם הוא טוען שיש בהכרעת הרוב בסנהדרין גם דין פשוט של הליכה אחרי הרוב. עיין בית האוצר לר׳ יוסף ענגיל (ב-י סע׳ ו) שדן בגדר הליכה אחר הרוב בסנהדרין בהרחבה.

(כתובות סי׳ קמא),[6] שסובר שאין הולכים. למסקנה פוסק תה״ד כר״י שאין הולכים בממון אחר רדא״ק, ולכן במקרה שלנו, שמעון אינו מפסיד כלום.

מהי סברת הריצב״א, שהולכים אחר רדא״ק בממון? במה זה שונה מרדל״ק?

לפי דרכנו, נראה להסביר שבניגוד לרדל״ק, שהוא כלי הסתברותי, רדא״ק פועל מדין ביטול ברוב, כטענת רמ״ש.

2. מתי ר׳ מאיר חושש למיעוט?

כדי להסביר כיצד סברת רמ״ש עוזרת לנו להבין את הריצב״א, ניעזר בתוספות בבכורות (יט,ב ד״ה ברובא). הגמ׳ שם מביאה את דעת ר׳ מאיר, שחושש למיעוט, ומעלה אפשרות שחכמים חולקים עליו רק ברובא דאיתא קמן, כגון תשע חנויות וסנהדרין. תוס׳ טוענים שהו״א זו חסרת יסוד, שכן בוודאי שר״מ מודה לחכמים ברדא״ק, שהרי הוא נלמד מהפסוק ״אחרי רבים להטות״ (חולין יא,א), אלא שבכל מקרה הגמ׳ דחתה את ההו״א בדרך אחרת.[7]

אם ר׳ מאיר מוכרח ללכת אחר הרוב ברדא״ק, מדוע ברדל״ק הוא חושש למיעוט? יש להסביר, שבניגוד לרדל״ק, שהוא דין של הכרעה ע״פ הרוב כנגד המיעוט, רדא״ק פועל מדין ביטול ברוב של תערובות, דין שבו המיעוט הופך לחלק מהרוב. כך כותב הרא״ש (חולין פ״ז סי׳ לז) לגבי מיעוט של איסור שבטל ברוב של היתר, ופוסק על פי זה שמותר לאכול את האיסור לכתחילה. לכן ברדא״ק לא ייתכן שנחשוש למיעוט, שהרי המיעוט בטל לחלוטין ואין למה לחשוש; אך ברדל״ק, שבו אנו הולכים אחר הרוב רק משום שהוא יותר סביר מהמיעוט, ר׳ מאיר סובר שיש לחשוש גם למיעוט.[8]

נראה שכך יש להסביר גם את שיטת הריצב״א, שהולכים אחר רדא״ק גם בממונות. זה שבממונות איננו הולכים אחר הרוב הוא משום שהמוחזק יכול

---

[6] דברי ר״י אמורים ביחס לגמ׳ בכתובות טו,ב, שאומרת שתינוק שנמצא בעיר שרובה ישראל, חייבים להחזיר לו אבידתו. מקשה ר״י, והרי אין הולכים בממון אחר הרוב, א״כ כיצד ניתן להתיחס לתינוק כישראל לעניין הוצאת ממון? מדייק התה״ד מקושייתו, שהוא סובר שאין הולכים בממון אחר הרוב גם לעניין רובא דאיתא קמן.

[7] עיין תוס׳ יבמות קיט,א ד״ה כגון, שטוענים אותה טענה אך מפרשים את הגמרא אחרת.

[8] עיין לעיל הערה 5, שר׳ חיים משתמש בדברי הרא״ש האלו כדי להסביר את דברי תוס׳ בב״ק שבסנהדרין המיעוט בטל לרוב לחלוטין. מסביר ר׳ חיים שגם זה הוא מדין ביטול ברוב של תערובות.

לטעון שאולי המציאות היא כמו האפשרות הפחות מסתברת. טענה זו מועילה כנגד רדל״ק, אך ברדא״ק המיעוט בטל לחלוטין, ולכן הרוב מועיל להוציא ממוחזק.

3. הבהרת הסברה של רדא״ק מדין ביטול ברוב

אמנם סברה זו צריכה ביאור; כיצד ניתן לומר ברדא״ק שהמיעוט בטל לחלוטין? והרי יש סיכוי אמיתי שהמציאות היא כפי האפשרות של המיעוט!

להבנת העניין נביא את דבריו של ר׳ גדליה נדל, בספר בתורתו של ר׳ גדליה, שמרחיב בביאור הסברה שרדא״ק הוא כמו ביטול ברוב. תחילה הוא מבאר את דין ביטול ברוב של תערובות (עמ׳ נא):

> גזירת הכתוב של ״אחרי רבים להטות״ – באמת ענין אחד היא, בין בבית דין, בין בביטול איסור בהיתר ובין בכל דפריש מרובא פריש. הענין הוא שהמיעוט בטל אל הרוב. באיזה מובן? במציאות היומיומית, כאשר יש לפני האדם תערובת של שני מינים, הוא נוטה להתייחס אליה כאל מהות אחת, ולאפיין אותה בהגדרה אחת, זאת נקבעת בדרך כלל על ידי תכונת הרוב, שהיא הדומיננטית. למשל, אם הוא רואה שדה שרובו ירוק ויש בו נקודות צהובות או שחורות – הוא יתאר את השדה כירוק. אם הוא אוכל תבשיל שרובו אורז ומעורב בו ירק – הוא יאמר שאכל אורז. וכל כיוצא בזה. גם בענינים רוחניים אנו אומרים שמי שרובו זכויות נקרא צדיק ומי שרובו עבירות נקרא רשע (רמב״ם הל׳ תשובה ג,א על פי הגמ׳ בר״ה). גזירת הכתוב של ״אחרי רבים להטות״ היא, שגם מבחינה הלכתית, כאשר יש לפנינו תערובת שני מינים – רשאים אנו לדון אותה לפי תכונת הרוב. [...] לכן מיעוט איסור בטל ברוב היתר.

ר׳ גדליה ממשיך ומסביר כיצד דיני פריש וקבוע משתלבים במסגרת זו:

> וזהו הטעם להבדיל בין כל דפריש לבין קבוע: כשאנו מוצאים חתיכת בשר בחוץ ורוצים לקבוע את תכונתה – לגבי חתיכה זו כל החנויות שבעיר הן ״תערובת״ אחת, שממנה החתיכה באה. ״תערובת״ זו היא הרקע העומד מאחורי חתיכה זו, ואנו קובעים את תכונתה של החתיכה לפי תכונתה הקולקטיבית של התערובת, כלומר לפי רוב החנויות. לעומת זאת, כאשר אדם נכנס לחנות וקונה שם בשר – אין החנויות מעורבות זו עם זו, אלא כל חנות ידועה ומוכרת במקומה,

ואם אחר כך הוא רוצה להיזכר מאיזו חנות לקח ואינו נזכר, עליו באמת להתייחס לזה כאל זה, כי אין כאן "תערובת", דבר אחר חדש שמכריעים את תכונתו לפי הרוב".[9]

לפי ר' גדליה, גזירת הכתוב של "אחרי רבים להטות" היא שכאשר גוף מסוים הוא חלק מתערובת, חל עליו הדין של הקבוצה, שהוא נקבע על פי הרוב. לכן, בחתיכה שפרשה מעשר חנויות, איננו צריכים להסתפק לגבי דינה כגוף פרטי, אלא יש לקבוע את דינה ככשרה, שכן החתיכה היא חלק מקבוצה של בשר כשר.

מעתה מובן מדוע ברדא"ק, לפי הבנתנו בתוס' ובריצב"א, המיעוט בטל לחלוטין; גזרת הכתוב מחילה על החתיכה את הגדרת הקבוצה, כך שאין מקום לאפשרות המיעוט. זאת בניגוד לרדל"ק, שבו ההליכה אחר הרוב מהווה הכרעה בין שתי אפשרויות מציאותיות העומדות בעינן.[10] לכן ר' מאיר חושש למיעוט,[11] ושמואל אומר אין הולכים בממון אחר הרוב.[12]

---

[9] הסברו של ר' גדליה לחילוק בין פריש לבין קבוע בנוי על הסברה שהבאנו במבוא למאמר מהקובץ שיעורים, שהקבוע אינו נחשב חלק מהתערובת. אמנם נראה שהדברים עדיין צריכים ביאור. ונראה לענ"ד לחלק שבפריש, הספק הוא בחתיכה, שאיננו יודעים מאיזו חנות היא הגיעה. ואילו בקבוע, הספק הוא במעשה, שהאדם מסופק מאיזו חנות לקח את החתיכה. רק כאשר הספק הוא בחפצא, ניתן להחיל עליה את דין הקבוצה; ואילו כאשר הספק הוא במעשה של הגברא, לא שייך לדון בו מצד דיני תערובות. (השערי יושר (שער ד פרק ג) אומר סברה הפוכה, ע"ש.)

אמנם יש לציין שהסברים אלו מתיחסים רק לקבוע שאיסורו ניכר במקומו, כגון במקרה של חתיכת הבשר, ולא לקבוע שאינו ניכר במקומו, כגון המקרה של תרומת הדשן, שם גם בין הטבעות שנשארו איננו יודעים אילו טבעות שייכות למי; שהרי בסוג זה של קבוע הספק הוא אותו ספק כמו בפריש.

[10] אין להתבלבל ולחשוב שמשמעות הדברים היא שדין רדא"ק הוא בתורת ודאי ורדל"ק הוא בתורת הנהגה מספק, טיעון שהיה מכניס אותנו לסוגיה שנדונה בהרחבה באחרונים (עיין שב שמעתתא (ב,טו), מנחת חינוך (ב,יז), קהילות יעקב (קידושין סי' לג), קונטרסי שיעורים (ב"ב סי' ח סע' ג), ושנשתמש בה בסוף הפרק כדי להבין את שיטת ר"י. (ועוד, הרי רמ"ש בעצמו, שהוא בעל הסברה המדוברת, טוען הפוך, עיין בחידושיו לחולין צו,א שהבאנו לקמן בהערה 22.) טענתנו היא רק שבמקומות שבהן התורה החילה את דין רדא"ק, אפשרות המיעוט הופכת לחסרת משמעות, מה שאין כן ברדל"ק. והרי זה דומה להבדל בין המושגים 'הותרה' ו'דחויה', ודוק.

[11] גם ר' מאיר מודה שיש רדל"ק, אלא שהוא מגביל דין זה למקרים שבהם אי אפשר לחשוש למיעוט; עיין חולין יא,א יש לציין שהחילוק שהבאנו בין אופי ההכרעה של רדא"ק לבין זה של רדל"ק עוזר לנו להבין את שיטתו גם בהקשר זה; עיין בסוף ההערה הקודמת.

[12] עיין קונטרס הספקות (כלל ו סעיף ג), שטוען שזה שאין הולכים בממון אחר הרוב הוא משום שסומכים את המיעוט לחזקת הממון. נראה שדבריו מסייעים לדברינו.

נביא שני דינים שמחדדים הבנה זו:

1. שיטת רש"י בזורק אבן לגו

אומרת הגמרא (ב"ק מד,ב, סנהדרין עט,א), שלומדים מהפסוק "וארב לו וקם עליו" (דברים יט,יא) שהזורק אבן לקבוצה של תשעה ישראלים וכנעני אחד, פטור משום רציחה, ומסבירה הגמ' שמכיון שהכנעני הוא קבוע, אנו אומרים 'כל הקבוע כמחצה על מחצה דמי' וספק נפשות להקל. זהו המקור לדין קבוע.

מהו הספק במקרה? היד רמה בסנהדרין מסביר שאיננו יודעים מי נהרג; אך רש"י בב"ק מסביר שאנו יודעים שישראלי נהרג, אלא הספק הוא האם התכוון להרוג ישראלי או כנעני, שהרי אם התכוון להרוג כנעני והרג ישראלי, פטור. הרמ"ה תמה על רש"י, כיצד ניתן להכריע את השאלה את מי הזורק התכוון להרוג ע"פ דיני רדא"ק? וכי אילו הכנעני לא היה בגדר קבוע, היינו יכולים להכריע שהתכוון להרוג ישראלי?!

לכאורה שיטת רש"י באמת תמוהה; אך נראה שלפי הבנת רמ"ש דבריו מובנים. מן הסתם, הזורק אבן לקבוצה של אנשים אינו מתכוון לאדם מסוים מהקבוצה, אלא לאחד מכלל הקבוצה. לכן אנו מגדירים את כוונתו על פי הגדרת הקבוצה בכללותה, כמו בדיני תערובות.

השיטה מקובצת (כתובות טו,א ד"ה פרט) מסביר את רש"י באופן דומה:

> אי נמי יש לפרש [...] זרק האבן בתוך החבורה באופן שהיו כולן שוין ליהרג ולא היה יחוד מעשה לשום אחד מהם בפרטות, הילכך [...] כיון שלא זרק באופן שיהרוג ביחוד אותו שהתרו בו אלא הזריקה היתה באופן שיהרוג איזה שיזדמן, אם רוב כותי הוא או מחצה על מחצה, פטור. [...] ואם רוב ישראל, אף על גב דכותי אחד ביניהם, אף על גב דלא יחד מעשה לאותו ישראל שנתכוון, מכל מקום כיון דרוב ישראל, יחד מעשה לישראל מיקרי.[13]

2. שיטת הרש"ש בצירוף גופים שאינם מסופקים לחשבון

אומרת המשנה בכתובות (יד,א):

---

[13] בקטע המצוטט, השטמ"ק אינו אומר שהגדרת הקבוצה מגדירה את אופי כוונת הזורק, אלא את אופי המעשה שלו. אבל בהמשך דבריו, הוא מוסיף וטוען שניתן ליישם סברה זו גם ביחס לכוונה, וכך לפרש את רש"י בב"ק באופן מלא.

> א״ר יוסי, מעשה בתינוקת שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה, ואמר רבי יוחנן בן נורי, אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה – הרי זו תינשא לכהונה.

נחלקו האחרונים בשאלה האם אנשים בעיר שאנו יודעים בוודאות שלא אנסו אותה מצטרפים לחשבון או לא. ר׳ עקיבא איגר (תוס׳ רעק״א למשנה שם) טוען שאינם עולים לחשבון, ואילו הרש״ש (ד״ה במשנה) טוען שעולים. מוסיף הרש״ש שהוא הדין בחתיכת בשר שפרשה: גם חתיכות בשר בחנויות שאינן כצורת החתיכה שפרשה, מצטרפות לחשבון לעניין רדא״ק.[14]

כיצד חתיכות שאינן מסופקות יכולות להצטרף לחשבון? לפי מה שנתבאר, הסברה ברורה. דין רדא״ק נותן לחתיכה שפרשה את דין הקבוצה שהיא פרשה ממנה, והרי הקבוצה כוללת גם חתיכות שאינן מסופקות.[15] [16]

4. רדא״ק – הכרעה או הנהגה

לאור מה שנתבאר, מדוע ר״י סובר שרדא״ק אינו מועיל להוציא ממון?

לכאורה יש לומר שלדעתו גם רדא״ק הוא כלי הסתברותי. עוד ניתן לומר שלדעתו רדא״ק אינו נחשב הכרעה של הספק אלא רק הנהגה של התורה במצב של ספק,[17] וכדי להוציא ממוחזק נדרש נדרשת הכרעה בתורת ודאי.[18]

נראה לדייק מדברי תה״ד כהסבר השני. שכן בהמשך דבריו הוא דן בשאלה האם בזהובים[19] שנותרו לאחר ששמעון (המוחזק) נטל את חלקו, שעליהם

---

[14] כנזכר לעיל, הרש״ש סובר שהולכים אחר רוב בשר ולא רוב חנויות.

[15] כמובן שאין להוכיח מדברי רעק״א שחולק על הסברה שרדא״ק מדין ביטול ברוב, שכן הוא יכול לטוען שהקבוצה המדוברת היא קבוצת החתיכות המסופקות.

[16] אמנם אומר הרש״ש, שדבריו אמורים רק ברדא״ק ולא בביטול ברוב [כדמוכח מהמשנה בתרומות (ד,ח)], וא״כ לכאורה קשה על השוואתנו. אבל נראה שמדובר בחילוק צדדי, שברדא״ק הספק הוא רק בחתיכה הפורשת ולא בקבוצה שממנה היא הגיעה, ולכן הגדרת הקבוצה אינה תלויה בַּספק; ואילו בביטול ברוב, הספק בחתיכה הפרטית נובע מספק בכל הקבוצה שאיסור נפל לתוכה, ולכן יש לומר שהספק מגדיר את הקבוצה, ורק חתיכות מסופקות מצטרפות. ונפקא מינה, שברדא״ק שבו הנשאר אינו ניכר במקומו, כמו במקרה שמביא תה״ד, גופים שאינם מסופקים לא יצטרפו לחשבון אפילו לשיטת הרש״ש.

[17] עיין לעיל הערה 10, שם הפנינו למקורות באחרונים שעוסקים בשאלה האם דין רדא״ק מהווה הכרעה או הנהגה.

[18] הפני שלמה (ב״ב כג,ב ד״ה אמנם) מחזיק בעמדה זו, שנדרשת הכרעה בתורת ודאי להוציא ממוחזק. ע״ש.

יש דין בין ראובן לבין לוי, ניתן ליישם את דין רדא״ק, לאור העובדה שאם נשתמש בכלל של הליכה אחר הרוב נגלה שהזהובים שאבדו הם בכלל של שמעון, ולא של ראובן או של לוי![20]

עונה תה״ד שהשימוש בדין ׳המוציא מחברו עליו הראיה׳ ביחס לשמעון אינו מעכב את השימוש ברדא״ק ביחס לדין שבין ראובן ללוי, שכן המע״ה הוא ״כמו אנן סהדי דלא נפסדו כלל מזהובים שלו״. כלומר, אנו מניחים בתורת ודאי שמעותיו של שמעון לא אבדו כל עוד לא יוכח אחרת. לכן מעותיו של שמעון אינם נכללים בחשבון של הרוב כלל וכלל.

לענייננו, נראה שיוצא מדבריו שדין רדא״ק אינו ״עוקר״ את הספק אלא רק נותן לנו הנהגה במצב של ספק, וכמו ההסבר השני שלנו בדעת ר״י, ולכן הוא אינו משפיע על הכרעת הדין שהזהובים שבחזקתו של שמעון הם שלו.

ה. רדא״ק בדיני ממונות כאשר אין מוחזק

לאחר שתה״ד פוסק ששמעון אינו מפסיד כלום, הוא עובר לדון בזהובים שנותרו. הוא מניח כדבר ודאי שיש דין רדא״ק בממונות כאשר לא מדובר בהוצאה ממוחזק, ואף מוכיח כן מתוספות בב״ב (כג,ב ד״ה חוץ).

תוס׳ אומרים כן בהסבר המשנה שם, וזה לשונה:

> ניפול הנמצא בתוך חמשים אמה, הרי הוא של בעל השובך. חוץ מחמשים אמה, הרי הוא של מוצאו.

תוס׳ מסבירים את הדין השני, ע״פ הגמרא:

> דאזלינן בתר רובא דעלמא. ואפי׳ למ״ד אין הולכין בממון אחר הרוב, היינו במקום שהוא מוחזק; אבל הכא, דליכא חזקה דממונא, אזלינן בתר רובא.

לכאורה זהו דין פשוט, שהרי הדין שאין הולכים אחר הרוב נאמר רק לגבי הוצאת ממון ממוחזק, כמבואר בגמרא (ב״ב צב,ב).

---

[19] בעצם, הטבעות או המרגליות; עיין מה שהבאנו בתחילת הפרק.

[20] אם אין אפשרות ליישם את דין רדא״ק, הדין הפשוט הוא שראובן ולוי חולקים את הנשאר שווה בשווה.

אולם ר׳ מאיר שמחה, בחידושיו לסנהדרין (סט,א), מחדש שאין הולכים אחר הרוב ברדא״ק כלל, אפילו כאשר אין מוחזק. עוד טוען רמ״ש שאפילו רב, שחולק על שמואל וסובר שהולכים בממון אחר הרוב (ב״ב צב,ב), סובר כן רק ברדל״ק, ואילו ברדא״ק הוא מודה.

מנמק רמ״ש שהגמרא בביצה (לח,ב) אומרת שאדם שחיטיו נתערבו בחיטיו של חברו, חיטיו אינם בטלים ברוב.[21] מסיק מכך רמ״ש שאין כלל דין של רדא״ק בממון בשום אופן[22]. את הוכחת תוס׳ בהמשנה בב״ב הוא מתרץ בכך שיוני שובך אין בהם קניין אלא מדרבנן, ומשום דרכי שלום (ב״מ קב,א), וממילא יש לומר שכחלק מהתקנה, תקנו חכמים שנלך בהם גם אחר רדא״ק.[23]

כהוכחה לדבריו מביא רמ״ש את הירושלמי שהביא הנימוקי יוסף שהבאנו לעיל (פרק ב), שאומר בשנים שהטילו מעות לכיס וחלק מהמעות נגנבו, שחולקים לפי חשבון. מסביר רמ״ש שלא שייך לדון במעות מצד רדא״ק, שכן אין רדא״ק בממונות כלל, אפילו שלא במקום חזקה.[24]

דברי רמ״ש מחודשים, ונוגדים את דברי הראשונים (תוס׳ ותה״ד), שהובאו בבית יוסף (חו״מ רצב) ונפסקו להלכה ברמ״א (שם סעיף י), וגם רמ״ש מודע

---

[21] זה לשון הגמרא: ״הרי שנתערב לו קב חיטין בעשרה קבין חיטין של חבירו, יאכל הלה וחדיז!״

[22] בחידושיו לחולין (צו,א), רמ״ש משתמש ביסוד זה כדי להסביר את הרמב״ם בהל׳ איסורי ביאה (פרק ט״ו הלכה כ״ז). אומר הרמב״ם שכל מדינה שיש בה גויה, אסופי הנמצא שם נחשב ספק גוי, ואם ישא אשה הרי זו ספק אשת איש, והבא עליה פטור. מקשה עליו הראב״ד שקיי״ל (גמ׳ סנהדרין סט,א) שהולכים בדיני נפשות אחר הרוב. ומתרץ המג״מ שמכיון שרוב כזה אינו מועיל בממונות, כל שכן בנפשות, ולא מצינו רוב כזה בדיני נפשות. אך מקשה רמ״ש שמשמע מהגמרא בחולין (יא,א) שרדא״ק הוא פשוט יותר מרדל״ק, שכן אומרת הגמרא ״אשכחן ברובא דאיתא קמן [...], ברובא דליתא קמן מי אמר״.

לכן מסביר רמ״ש שרק ברדל״ק הולכים אחר הרוב בדיני נפשות, שכן רוב זה מבוסס על הסתברות מציאותית; משא״כ רדא״ק, שהוא מדין ביטול ברוב, וביטול ברוב הוא הכרעה הלכתית שאינה שייכת בדיני ממונות או בדיני נפשות, שכן היא איננה מוציאה את המקרה מגדר ספק.

[23] לעומת זאת, השערי יושר (ג,ד) מוכיח מהמשנה בב״ב שאי אפשר לומר שרדא״ק הוא משום ביטול ברוב.

[24] עיין לעיל שהסברנו את הנמו״י באופן אחר. ועיין לקמן בתחילת הפרק הבא, שם נביא הסבר שלישי לירושלמי ולנמו״י.

לכך.[25] ועוד: לפי מה שנתבאר לעיל, גם הריצב"א, שטוען טענה הפוכה מרמ"ש – שברדא"ק שמואל מודה לרב שמוציאים ממוחזק, מתבסס על הסברה שרדא"ק פועל מדין ביטול ברוב. ונראה שלדידם אין להשוות בין דין רדא"ק לבין דין מי שנתערבו חיטיו בחיטיו של חברו, שכן כל עוד יש לבעל החיטים המועטים תביעה ממונית ודאית כלפי בעל החיטים הרבים, חיטיו אינם מקבלים את שם הקבוצה, אלא נשארים תחת רשותו[26]. מה שאין כן במקרה של רדא"ק, שבו ביחס לגוף המסופק אין כל תביעה ממונית ודאית, אלא התביעה תלויה בהגדרת הגוף; במקרה כזה אכן הגוף המסופק מקבל את שם הקבוצה, והולכים אחר הרוב.

ו. פריש וקבוע

עתה נשוב לשאלה השניה ששאלנו במבוא למאמר, האם דין קבוע הוא גזרת הכתוב, או שיש לנו סברה, שאינו נחשב חלק מהתערובת. כזכור, טענו ששאלה זו תלויה בשאלה הראשונה, האם דין רדא"ק הוא כלי הסתברותי או מדין ביטול ברוב.

נביא שלוש מחלוקות בפוסקים שיש לתלות בשאלה זו. נפתח במחלוקת שמתיחסת לתשובת תרומת הדשן הנ"ל.

1. השלכת דין הפורש על הקבוע

היות שלטענתו יש דין רדא"ק בממונות, כאשר שני הצדדים אינם מוחזקים, פוסק תה"ד שהזהובים שנאבדו הם של ראובן, שהרי הוא הפקיד עשרה זהובים ולוי – רק ששה. לכן לוי מקבל את כל ששת הזהובים שהפקיד, ואילו ראובן מקבל רק ששה מתוך עשרה.

הרמ"א (שם) פוסק את כל תשובת תה"ד להלכה, וז"ל:

> וכן אם נתן לו מעות להוליכו על אחריותו ונתנן עם מעותיו ונאבדו מקצת המעות, וההפסד לפי ערך המעות. ודוקא מעות וכיוצא בו, שאינו דבר מסוים, אבל אם נתן לו להוליך טבעיות של זהב וכיוצא בו,

---

[25] בתחילת דבריו הוא כותב, "מסתפינא לומר דבר שלא אמרו אדם מעולם, אכן כל פטפוטי חוץ מפטפוטי דאורייתא דטבין".

[26] עיין שערי יושר (ג,כג) שמסביר את הגמ' בביצה בערך באופן הזה, ומאריך בביאור כל הסוגיה.

> וערבן עם של, ונאבד אחד מהן, יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק, דלמא שלך נאבד. ואם שנים הפקידו אצל אחד ונאבד או נגנב אחד מהן, אזלינן בתר רובא, וכל דפריש מרובא קא פריש. ואם הוא קבוע, כמחצה על מחצה דמי.

הנתיבות (ביאורים טז) מערער על אופן היישום של רדא״ק במקרה שלנו מצד דיני קבוע ופריש.

תחילה הוא מקשה על תה״ד והרמ״א מהירושלמי שהביא הנימו״י, שהזכרנו לעיל, שאומר שהחלוקה היא לפי חשבון, ואינו אומר שכל דפריש מרובא פריש.

מתרץ הנתיבות שכוונת הירושלמי לומר שאפשר ליישם את הכלל של של פריש רק כל עוד הרוב נשאר רוב בקבוצה, אולם לאחר שפרשו כל כך הרבה עד שהרוב כבר אינו רוב, חולקים בשווה. לדוגמא, במקרה של תה״ד, שראובן הפקיד עשר טבעות ולוי – שש, אילו היו אובדות שמונה טבעות ולא ארבע, היינו צריכים לפסוק ששש מהטבעות האבודות הן של ראובן ושתיים של לוי, כך שכל אחד מהם נשאר עם ארבע טבעות.

אך טוען הנתיבות שהנימו״י ודאי חולק על תה״ד, שכן משתמע מדבריו שאיננו אומרים כלל שהמעות שאבדו הן של בעל הרוב. ומסביר, שדין כל דפריש מרובא פריש מתיחס רק למה שפרש, ואין להשליך מדין הגוף הפורש על דין הגופים שנשארו בקביעותם. לכן יש לחלק את המעות שנשארו באופן שווה בין הצדדים.

לפי זה, מדוע הירושלמי והנמו״י אומרים שהחלוקה היא לפי החשבון? מסביר הנתיבות שכוונתם לומר כל אחד מהצדדים מקבל את מה שבוודאי מגיע לו, לפני החלוקה. כך במקרה שלנו, למשל, אילו אבדו רק שתי טבעות, היינו צריכים לפסוק לראובן תשע טבעות וללוי – חמש, שכן שמונה טבעות של ראובן וארבע של לוי אינן תלויות בספק כלל.[27]

---

[27] יש לעיין כיצד צריכה להיות החלוקה לפי ההסברים האחרים בנמו״י.

לפי ההבנה שרדא״ק הוא כלי הסתברותי לחלוטין, כהבנת הבית אפרים (עיין לעיל פרק ״רדא״ק ככלי הסתברותי״), יש לומר שהנשאר מתחלק בין ראובן ללוי באופן סטטיסטי, כאשר ראובן מקבל 10/16 ולוי מקבל 6/16. לגבי הטבעת האחרונה, שמבחינה מתמטית ״נשברת״ בין שני הצדדים, נראה שלוי זוכה בכל הטבעת, שהרי כך הוא בכל דין של פריש, שאנו דנים את החתיכה לפי האפשרות המציאותית, ולא שוברים אותה.

הנימו״י מביא סיוע לשיטת הנימו״י (לפי הבנתו) מדעת הרבה מהפוסקים בעניין חתיכה שחציה פרשה וחציה נשארה בקביעותה. הפתחי תשובה (יו״ד קי,ד) מביא כמה וכמה פוסקים שדנו במקרה של שש בהמות כשרות ואחת טרפה שנתערבו, והקצב הוציא מביתו שתי בהמות וחצי, האם חצי הנשאר של הבהמה החצויה אסורה מדין קבוע, או שהיא ניתרת כמו החצי שפרש. כמה פוסקים אוסרים את החצי הנשאר (ביניהם הפרי חדש והשאלת יעבץ), כסברת הנתיבות, וכמה מתירים (ביניהם החלקת מחוקק והבכור שור).

במה תלויה מחלוקתם?

השב שמעתתא (ד,ג) מוכיח כדברי המתירים מהגמרא בכתובות (יג,א), שאומרת שחזקת האם מועילה לבתה (לגבי כשרותה לנישואין). מסיק משם הש״ש שהכרעה הלכתית של אחד מהגופים הנתונים בספק פושטת את הספק גם ביחס לגופים אחרים התלויים באותו ספק.

הקובץ שיעורים (כתובות סי׳ מא) חולק על הש״ש, וטוען שדבריו מבוססים על הנחה מוטעית, שהמשמעות של דין קבוע היא שהרוב לא חל ביחס לגופים הקבועים (או במילים אחרות: שהקבוע אינו נחשב חלק מתערובת).[28] לכן הוא מדמה את המקרה שלנו לבת שאין לה חזקה כשלעצמה. אומר הקוב״ש שלא ייתכן לומר כן, שהרי אם אין תערובת לא ניתן לומר שהגוף הפורש פרש מהרוב. אלא ודאי, הרוב חל גם ביחס לגופים הקבועים, אלא שיש גזה״כ שאיננו הולכים אחריו. ממילא, ממשיך הקוב״ש, ההיתר של החצי הפורש אינו מועיל לחצי הקבוע.

עולה מדברי הקוב״ש שמחלוקת הפוסקים בדין החצי הקבוע תלויה בשאלה ששאלנו, האם דין קבוע הוא מטעם שאינו חלק מהתערובת,[29] או שהוא גזרת הכתוב.[30]

לפי הבנת רמ״ש, שאין רדא״ק בממונות, מסתבר שהחלוקה היא שווה בשווה, כפי שטוען הנתיבות.

[28] הבאנו לעיל במבוא שסברה זו גופא הובאה ע״י הקוב״ש בב״ב. אמנם הוא כותב שם ובעוד מקומות שר׳ חיים חולק על הסברה, וכנראה שזוהי גם דעתו האישית.

[29] עיין לעיל הערה 9.

[30] יש לציין שלכאורה הביטוי ״כמחצה על מחצה דמי״ תומך בדעת הש״ש וסיעתו, שקבוע נחשב כאילו אין בו רוב כלל.

ממילא יש לתלות בשאלה זו גם את המחלוקת בענייננו, האם ניתן ליישם את דין פריש ביחס לטבעות שאבדו, ומתוך כך לזכות את לוי בשש מהטבעות שנשארו.[31]

2. האם דין קרוב, ספק-ספקא וחזקה מועילים במקום קבוע?

הפרי מגדים (שפתי דעת, יו״ד קי,יד) חוקר שלוש חקירות בדין קבוע.

הראשונה היא האם ספק-ספקא מועיל במקום קבוע, כגון מי שלקח חתיכת בשר מעשר חנויות שתשע מהן מוכרות בשר כשרה ואחת מוכרת בשר ספק כשרה ספק טרפה.

> כיון דקבוע חידוש הוא דחדית לן רחמנא, דבעלמא אזלינן בתר רובא דליתא קמן וכאן אפילו ברובא דאיתא קמן לא אזלינן, אם כן כל שכן דלא ליהני ספק ספיקא בקבוע, דלא עדיף מרובא, [...] או דילמא אין לך בו אלא חידושו, אבל ספק ספיקא מהני.

הפמ״ג מניח שרדא״ק הוא אופן מועדף של הכרעת ספקות ביחס לרדל״ק וביחס לספק-ספקא. לכן הוא מעלה צד לומר שאם דין קבוע גובר על רדא״ק, כל שכן שיגבר על ספק-ספקא. מצד שני, הוא מעלה סברה שמכיון שדין קבוע הוא חידוש, ואין לך בו אלא חידושו, הוא אינו גובר אלא על רדא״ק.

חקירתו השניה של הפמ״ג היא האם חזקה דמעיקרא מועילה כנגד דין קבוע. בדומה לחקירה הקודמת, הצד שהחזקה גוברת על קבוע מבוססת על גמרא בקידושין (פ,א) שאומרת שחזקה עדיפה מרוב. הפמ״ג מתפלפל בחקירה זו בהרחבה, ואינו מגיע להכרעה ברורה.

---

[31] נעיר שניתן לטעון שאין סתירה בין שיטת הקוב״ש וסיעתו בבהמה שפרשה חציה לבין דברי תה״ד, שכן תה״ד אינו מנסה ליישם את דין רוב ביחס לטבעות שנשארו, אלא הוא טוען שלאחר שדין הטבעות שפרשו הוכרע בתורת ודאי, יש תוקף להשלכות של הכרעה זו ביחס לטבעות שנשארו. אולם הנתיבות טוען שהנמו״י חולק על תה״ד, ומסתייע בדעת החולקים על הש״ש, אם כן הוא בוודאי סובר שאין חילוק בין המקרים. ויש להסביר, שהוא תופס את דין רדא״ק כהנהגה מספק ולא כהכרעה בתורת ודאי, ולכן לא ניתן ליישם את הדין ביחס לדבר שבו אין תוקף לדין רוב. ועיין בסוף פרק ד, שדייקנו מדברי תה״ד שרדא״ק היא הנהגה ולא הכרעה.

החקירה השלישית היא האם דין קרוב מועיל כנגד דין קבוע, על פי הגמרא בבא בתרא (כד,ב) שאומרת שרוב עדיף מקרוב, ואם כן ישנו צד לומר שקו וחומר שקבוע עדיף מקרוב.

לכאורה היה ניתן לתלות את כל החקירות במחלוקת האם דין קבוע הוא מסברה, כשיטת ר׳ גדליה נדל, וממילא כללי ההכרעות חלים גם ביחס לדין קבוע; או חידוש, כשיטת הר״ן, וממילא אין לך בו אלא חידושו. אולם מתוך בחינה של סברת דין קבוע נראה שלא שייך לומר שהוא עומד כנגד הכרעה של ספק-ספקא, חזקה או קרוב, שהרי הסברה היא שהקבוע אינו נחשב חלק מהתערובת, סברה שמתייחסת רק לדין רוב ולא להכרעות האחרות הנ״ל.

נמצא שהפמ״ג מניח בשני הצדדים של כל אחת משלוש החקירות שדין קבוע הוא גזירת הכתוב, ואינו תופס שהקבוע אינו נחשב חלק מהתערובת.

ר׳ שמעון שקאפ, בחידושיו לכתובות (סי׳ טו), דן בשלוש חקירותיו של הפמ״ג, וטוען שכל הדיון שלו מבוסס על הנחת יסוד מוטעית, והיא –

> שחידשה תורה בקבוע שלא יהני רוב, ועל כן מסתפק אי מהני חזקה, ובאמת אינו כן, אלא שחידשה תורה דבכה״ג ליכא רוב, שהדבר הקבוע חשוב כמספר המרובה.

לדעת הגרש״ש, דין קבוע אינו מתנגש עם הכרעות אחרות של ספקות מלבד רוב, שכן כל עניינו של דין קבוע הוא הפקעת דין רוב מהתערובת. לכן ברור שאפשר להכריע ספק ע״י חזקה, ספק-ספקא או קרוב, גם כאשר הגוף המסופק הוא בגדר קבוע.[32]

השגתו של הגרש״ש על הפמ״ג זהה להשגתו של הקובץ שיעורים על הש״ש, שהבאנו לעיל בעניין השלכת דין החתיכה הפורשת על חתיכה שנשארה קבועה, אבל מהכיוון ההפוך. הגרש״ש מקבל את הנחת הש״ש שסברת דין קבוע היא שהקבוע אינו נחשב חלק מתערובת, והקוב״ש מקבל את הנחת הפמ״ג שדין קבוע הוא גזה״כ שאין ללכת אחר הרוב במקרה כזה.

---

[32] הגרש״ש מוסיף וטוען כלפי הפמ״ג שדיני רוב וקבוע מתיחסים לאופן בירור שונה מאשר ההכרעות שהפמ״ג מעמיד את דין קבוע מולן. דיני רוב וקבוע מתיחסים לבירור סטטיסטי של המקום שממנו הגיעה החתיכה, ואילו ההכרעות האחרות מתיחסות לחתיכה המסופקת עצמה, ומשתמשות במאפיינים ההלכתיים שלה כדי להכריע את הדין.

למסקנה מסכים הגרש״ש עם הסוברים שלא הולכים אחר הקרוב במקרה של קבוע, אבל מסיבה אחרת, ע״ש.

3. פרישה בפנינו

הראשונים מוכיחים מהגמרא בפסחים (ט,ב) שדין פריש חל רק כאשר החתיכה פרשה שלא בפנינו; אבל אם היא פרשה בפנינו, יש לה דין קבוע. הר״ן (חולין לג,ב בדפי הרי״ף, ד״ה ובנמצא) סובר שזהו דין דרבנן, שגזרו שמא יקח מן הקבוע. וכן תופס הב״ח (יו״ד קי,יד) להלכה. אבל הש״ך מביא את תוספות (חולין צה,א ד״ה הכא) שמשמע מדבריהם שפרש בפנינו הוא קבוע דאורייתא, ומסבירים שגם במקרה של פרש בפנינו, הספק נולד במקום הקביעות. וטוען הש״ך שכך סובר גם השו״ע.

מדוע הר״ן חולק על תוס׳? נראה שהר״ן לשיטתו שדין קבוע הוא חידוש, ואין לך בו אלא חידושו. לכן הר״ן נותן לדין קבוע מדאורייתא הגדרה מצומצמת ביותר, ודורש הפרשה בידיים.

ז. סיכום

עמדנו על שני כיוונים בהבנת דיני רובא דאיתא קמן:

א. רדא״ק הוא כלי הסתברותי, ודין קבוע הוא גזרת הכתוב.

ב. רדא״ק מכריע את הספק מדין ביטול ברוב, ודין קבוע הוא שהקבוע אינו נחשב חלק מתערובת.

כמקורות לכיוון הראשון הבאנו את הבית אפרים (לגבי סברת רדא״ק) ואת הר״ן (לגבי דין קבוע). את הסברות של הכיוון השני הבאנו מחידושי ר׳ מאיר שמחה (לגבי סברת רדא״ק), ר׳ שמעון שקאפ (לגבי דין קבוע) ור׳ גדליה נדל (לגבי שניהם).

השתמשנו בכיוון השני כדי להסביר את דברי הראשונים והאחרונים בסוגיות שונות של רדא״ק, כגון את הבנת רש״י בדין הזורק אבן לתוך קבוצה של כנענים וישראלים, את שיטת הריצב״א שהולכים אחר רדא״ק גם להוציא ממון, את השיטה שהולכים אחר רוב בשר ולא רוב חנויות ואת שיטת הרש״ש שגם גופים שאינם מסופקים עולים לחשבון בחישוב הרוב.

תלינו כמה שאלות בדין קבוע השנויות במחלוקת בשני הכיוונים שהצענו: האם יש דין קבוע למפרע, האם ניתן להשליך את דינו של גוף פורש על גוף שנשאר בקביעותו, האם דין קבוע גובר על הכרעות אחרות בספקות, והאם גוף שפרש בפנינו נחשב ׳פריש׳ מדאורייתא.

במסגרת הדיון, עסקנו בשאלה האם ומתי ניתן להחיל את דיני פריש וקבוע בממונות, וראינו כמה חילוקי מקרים ושיטות בעניין. תרומת הדשן מביא את הריצב״א שסובר שהולכים אחר רדא״ק בממונות אפילו להוציא, אך פוסק כר״י שעושים כן רק כאשר אינו מוציא. לעומתם מחדש ר׳ מאיר שמחה שאין הולכים אחר רדא״ק בממונות כלל, כי אין ביטול ברוב בממון. הסברנו בדעת תה״ד ובדעת רמ״ש שרדא״ק הוא רק הנהגה במצב של ספר ולא הכרעה של הספק.

בהקשר זה הבאנו את הנמוקי יוסף, שמכריע ספק ממוני באופן סטטיסטי, בלי להזדקק לדיני רדא״ק. במהלך המאמר הבאנו שלושה הסברים אפשריים לדבריו:

א. הנתיבות: לא ניתן להשליך מדינם של הגופים הפורשים לגופים הקבועים.

ב. הצעה שלנו: רדא״ק אינו אלא כלי הסתברותי.

ג. ר׳ מאיר שמחה: אין רדא״ק בממונות כלל.

הרב אריאל בר-אלי
ר"מ בישיבת ההסדר
ודיין ביה"ד לדיני ממונות, שדרות

פסק דין אודות ביטול הזמנת עבודה[1]

תאור המקרה

לאחר אסון השרפה בכרמל בתאריך 12/12/10 (משוער) יזם הנתבע הקמת אתר אינטרנט לצורך גיוס כספים לכתיבת ספרי תורה להנצחת הנספים. לנתבע חשוב היה להקים את האתר בזריזות "להכות בברזל כאשר הוא עדיין חם".

בתאריך ה 30/12/10 הנתבע הודיע שהוא לא מעוניין יותר בהקמת האתר, ובתגובה התובע ביקש את שכרו על סך 2000 ₪.

ישנו וויכוח מתי בפועל האתר היה מוכן, האם לאחר כמה ימים או לאחר שבוע.

טענת התובע

לדברי התובע, עבד הוא במסירות והשקיע שעות רבות ברצף על מנת לעמוד בלוח הזמנים הקצר.

"אני מצידי עשיתי הכל, בדרך כלל מדובר על עשרה ימים אולם אני סיימתי בתוך ימים ספורים. מעולם לא דובר על כך שאם העבודה תחרוג מימים ספורים ההסכם בטל. יש לי נסיון רב בהקמת אתרים ומראש נתתי מחיר זול מתוך הזדהות עם התוכן.

בתאריך 14/12/10 שלחתי את התמונות של האתר לנתבע. חיכיתי לתוכן ושלחתי לו תזכורת בתאריך 20/12/10, עשרה ימים אחר כך קיבלתי הודעה שהאתר בהקפאה ואז תבעתי את שכרי" התובע מסביר שתבע רק 2000 ₪ למרות שהסיכום היה על 2500 ₪.

אני תובע 2500 ₪: שכר עבודה בשיעור של 2,000 ₪ ועוד 500 ₪ דמי עוגמת נפש והוצאות משפט".

---

[1] פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות, שדרות.

טענות הנתבע

התובע טוען שמראש העבודה היתה אמורה להסתיים תוך ימים ספורים בלבד, ולכן משהתובע לא עמד ביעד זה, הזמנת העבודה בטלה: "גורם הזמן היה חשוב לי מאוד. צפיתי שהאתר יהיה מוכן תוך יום יומיים והודעתי על כך מראש. לצערי, התובע לא עמד במסגרת הזמן"

להערכתי עלות אתר היא בין 700 ל 1000 שקלים, אין בעיה לקחת דגם של אתר רגיל ולשנות את הכיתובים, פעולה פשוטה שלוקחת שעות מספר. אני מבין שהבקשה שלי להכניס אפשרות לתרומות דרשה יותר זמן, אף זו פעולה לא מסובכת.

ברגע שהכנת האתר נמשכה יותר מיומיים, אני כבר ירדתי מהעניין!

מבחינתי, העבודה מסתיימת רק כאשר האתר קיים ברשת, לכן התמונות שקיבלתי במייל לא סיפקו אותי. אני צריך אתר שאפשר להראות אותו לתורמים במחשב נייד, תמונות עומדות שאינם קיימות ברשת לא עוזרות לי. התובע לא עמד בלוח הזמנים ולכן אין תוקף להתחייבות שלי לתשלום."

בנוסף, לטענת הנתבע, התובע שיחרר אותו מהמחויבות שלו: "התובע עצמו בשיחת טלפון אמר במפורש "אם אתה רוצה שנפסיק אל תשלם לי, אבל תחליט". אני רואה בכך פטור מתשלום. אני מוכן להשבע שזה מה שנאמר לי."

התובע מכחיש אמירה זו מכל וכל.

בירור הדין

הערכת מחיר להקמת אתר

ראשית פנינו לשני אנשי מקצוע המתעסקים בהקמת אתרים על מנת לקבל הערכת מחיר לעבודה שנעשתה. התמונות של האתר הוצגו בפניהם ונאמר להם שמדובר על אדם מנוסה בתחום. הם העריכו את שווי העבודה בין 2000₪ ל4000₪. לדעתם, זמן העבודה הנדרש בין עשר שעות לעשרים וחמש שעות תלוי ברמה שרוצים להגיע.

לאור זאת, אנו מקבלים את דברי התובע שהסכום והזמן שנקב משקפים נכונה את התוצאה שלפנינו. הבסיס לדיון הוא שנעשתה עבודה בשווי 2000 ₪ בלוח זמנים סביר (מבלי להכריע בוויכוח האם העבודה הסתיימה במהירות).

עמידה בזמנים

הטענה הראשונה בפי הנתבע היא ביטול ההסכם מכוח אי עמידה בזמנים. ברור שגורם הזמן היה מאוד חשוב להצלחת ההתרמה, השאלה מתי בדיוק סיים התובע את האתר.

מצד אחד, אחרי שלושה ימים התובע כבר שלח תמונות של האתר, מצד שני, האתר אינו פעיל ורק לאחר תשעה ימים נשלחה תזכורת לבקשה לחומר מילולי לאתר.

אנו לא מקבלים את טענת הנתבע, שמראש דובר על אתר שיוקם תוך יומיים, וזאת בהתבסס על תגובתו לדוא"ל שנשלח אליו בתאריך 20/12/10, למעלה משבוע לאחר ההסמכה הראשונית להקמת האתר, וכעשרה ימים לפני הודעת הביטול. מתוך תגובות הנתבע למייל, עולה רושם שהוא לא רואה בפיגור סיבה לביטול העסקה. הנתבע לא ענה לפנייה לתשלום: "אין על מה לדבר" מאחר וישנה חריגה מלוח הזמנים, לכן נראה כי ההתניה שעליה מדבר הנתבע - יום יומיים, לא הייתה מספיק חדה ואין בטענה זו לפטור מהתחייבותו.

וויתור על השכר

לדברי הנתבע התובע - בשיחת טלפון - הסכים לוותר על שכרו (הדבר שוב מוכיח את הנאמר לעיל שההסכם לא בטל עקב איחור בן ימים ספורים).

הנתבע מוחזק בממון אך ישנה כנגדו חזקת חיוב שהרי הוא עצמו מודה שהחוב טרם נפרע.

מתוך השוואה לדיני הלוואה נלמד שכמו שלווה נאמן לטעון טענת מחילה על חוב (במיגו של טענת פרעון, ש"ך עה,כב) אף הנתבע נאמן לכאורה לטעון שחובו נמחל.

אולם במקרה שלנו גם טענת הנתבע אינה מוכיחה על מחילה מפורשת, הנתבע ציטט את התובע כמי שאמר "אל תשלם לי". סגנון זה ניתן להתפרש - עכשיו אין אני תובע תשלום נדבר אחר כך, או אפשר שכוונתו שהחוב קיים אלא שהוא לא יתבע אותו, אך אין כאן מחילה ברורה על שכר העבודה.

סיוע לדבר ניתן להביא משו"ת מהר"ם מרוטנבורג (ד,תלה) המברר את הלשון "לא אתבע אותך"- וז"ל:

> ועוד נדון זה אפי' אם כדברי ראובן אין זה לשון מחילה שא"ל לא אתבעך יותר כיון דלא אמר לו מחול לך או הפטר או אחד מלשון מחילה אין זה אלא פטומי מילי, ולא נתרצה למחול דלא אמר אלא שלא אתבענו, ואפי' אם הוא לא תבע חייב בדיני שמים, כיון דלא פטר אותו לגמרי. א"כ לא הוי מחילה וחייב לתן לו כל שכרו ויכול לתבעו דמה שאמר לא אתבעך אין כאן מחילת ממון ולא זכה הלה במה שבידו דאין כאן אלא דברים בעלמא.

מדברי המהר"ם למדנו, שעל מנת שטענת מחילה תתקבל, צריך שלשון בעל החוב תהיה בהירה שאכן מחל על החוב.

סיכום

התובע עשה עבודה ועליו לקבל את שכרו, בתנאי שהאתר מוכן ויוכנס בו כל המלל שרוצה הנתבע. הטענה שהייתה מחילה לא מתקבלת. חיוב השכר ברור ולעומת זאת הפטור מטעם מחילה אינו מוחלט. יש לצרף את העובדה שבעלי הדין חתמו על שטר בוררות ("הן לדין הן לפשרה") המסמיך את בית הדין להשתמש בהתרשמות האישית של הדיינים מכוח פשרה.

במקרה שלפנינו אנו נוטים לפרש את האמירה "אל תשלם" במובן של הצעה לפסק זמן אבל לא כמחילה.

למרות זאת אנו לא מחייבים את הנתבע בכל הסכום התביעה אלא בסכום של 1600 שקלים. בכך אנו נותנים מקום לעמעום שהיה בהסכם בין בעלי הדין, לא נחתם הסכם מסודר ולא דובר על סכום מראש. אפשר שהמחיר גבוהה ביחס לציפיות של הנתבע שרצה את האתר במהירות האפשרית.

עוגמת נפש והוצאות משפט

לא מצאנו בסיס הלכתי לתביעה זולגבי התביעה לפיצוי על עוגמת נפש. לגבי הוצאות משפט לא ראינו סיבה לחרוג מהכלל שהתובע משלם הוצאות משפט.

החלטה: הנתבע ישלם לתובע חיים 1600 ₪. מועד התשלום בתוך שלושים יום. התובע יעמיד לרשות הנתבע אתר כפי שסוכם. "והאמת והשלום אהבו".

הרב דרור טויל **הרב דוד פנדל** **הרב אריאל בר-אלי**

הרב אריאל בר-אלי

מקח טעות במכירת אופניים

תיאור המקרה

תובע: "מכרתי את האופניים במחיר 450 ש"ח (אופניים חדשות כאלה עולות 750 ש"ח). מכרתי אותם במצב טוב, הקונה בדק לפני הקניה והחליט לקנות אותם. נתתי לו את האופניים מתוך סיכום שלמחרת הוא משלם לי. לאחר שלושה ימים הוא בא בטענה שיש לבטל את העסקה ורוצה לחזור בו כיוון שהוא גילה פגמים, יש שמיניות בגלגלים ועלות התיקון יקרה.

מבחינתי האופניים היו תקינות בזמן המכירה וכל הבעיה התחילה אצל הקונה.

נתבע: אכן קניתי אותם ועשיתי מעשה קניין, התשלום התעכב רק בגלל שלא היה לי מזומן במקום. אחרי שהתחלתי לנסוע באופניים גיליתי את הבעיות. גיליתי שהאופניים היו פגומים ובעצם שווים פחות. מדובר בבעיה מרכזית שקשורה לשמיניות בגלגלים ואי אפשר לנסוע כך, אני לא נסעתי בצורה חריגה. לקחתי את האופניים לתקן והוא אמר שעלות התיקון יקרה משום שצריך להחליף צמיגים. ברצוני לבטל את העסקה!

לשאלת בית הדין האם הוא מבקש ביטול עסקה או תיקון הנזק? הוא ענה שהוא רוצה ביטול עסקה.

בירור הדין

לאחר בירור עם תקן נוסף אנו מבינים כי ישנו הבדל בין שני הגלגלים, בגלגל האחורי הסטייה קלה לעומת הגלגל הקדמי שם הבעיה חריפה יותר.

אצל מי קרה הנזק?

לדברי התקן הסבירות שהנזק בגלגל הקדמי קרה אצל המוכר, יש כאן בלאי מתמשך שלא קרה ברגע אחד. לעומת זאת הנזק בגלגל האחורי יכול לקרות אפילו על ידי מכה חד פעמית ולכן אין הכרע היכן זה קרה.

אנו מוצאים שמומחה מכריע מתי קרה הפגם - ראובן מכר לשמעון גבינות, לאחר שלושה ימים פתחם ומצאם שהרקיבו ריקבון גדול, ישאלו לעושי גבינות בכמה זמן ראוי לבוא ריקבון ועיפוש כזה, אם יאמרו שנעשה הריקבון

בבית המוכר, נמצא שהיה מקח טעות, (שו״ע חו״מ סי׳ רלב סט״ז). לכן לגבי הנזק בגלגל הקדמי אנו מקבלים את דעת המומחה שהפגם נעשה אצל המוכר.

האם יש כאן מקח טעות וכל העסקה מתבטלת?

הגדרת פגם המבטל מקח הוא לפי מה שמקובל בשוק [חושן משפט סימן רלב,ו].

נראה שהמקובל בקניה של מוצרים יד שנייה׳ הוא לא להקפיד על דברים קטנים וכן להקפיד על דברים מהותיים, מחד ברור שלא מדובר על אופניים חדשות מנגד אם צריך להשקיע סכום ניכר בתיקון הרי זה מום. התיקון של הגלגל הקדמי עולה קרוב למאה שקלים ולכן ודאי שעל דעת כן לא קנה ויש כאן מום. אף על פי כן לדעתנו העסקה כולה לא מתבטלת!

המוכר צריך לתקן את הפגם אבל הקונה לא יכול לבטל את המקח. הלכה זו נתמכת בפסק השו״ע ״ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתים וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן. הגה: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם״ (חו״מ רלב,ה).

לפי הסבר הרמ״א, שאם המום אינו פוגע בשם המוצר,[1] המקח קיים. אופניים עם שמיניות עדיין שמם עליהם ולכן אין כאן מקח טעות, מנגד המוכר חייב לתקן את המום.

[1] בפשטות ישנה מחלוקת ראשונים אלא שהרמ״א הכריע, לדעת הרא״ש אם למרות הנזק ״שמו עליו״ אז המקח קיים. דעת הר״י מגאש כל דבר הנצרך לתיקון הוא מקח טעות, לדבריו לא שייך שהמוכר יכריח את הלוקח לקיים מקחו, יעויין בקובץ תחומין ג׳ מאמרו של הרב ורהפטיג הנוקט למעשה שהכל תלוי בעלות התיקון.

ספק היכן קרה המום?

לגבי הגלגל האחורי ישנו ספק היכן קרה המום? ההכרעה היא לפי הכלל "כאן נמצא כאן היה". הספק התעורר אצל הקונה לכן עליו חובת הראיה, שהמום ישן והיה אצל המוכר.

הלכה זו נכונה גם כאשר הקונה מוחזק בכסף, מכל מקום ההנחה היא שהמום נולד אצלו והוא ישא בהוצאות התיקון. כך מתבאר מפסק השו"ע לגבי בהמה שנמצאת טרפה: "המוכר בהמה לחבירו ושחטה ונמצאת טרפה, קנאה תוך ג' ימים ולא הוגלד פי המכה, אז הוי ספק אם ניקב תוך ג' אם לאו, על הלוקח להביא ראיה, ואם לא, יפסיד ויתן הדמים אם הם עדיין בידו" (שם סעיף יא).

לסיכום: עלות התיקון של הגלגל הקדמי מוטלת על המוכר ואת כל השאר סופג הלוקח.

בדיקת האופניים על ידי הקונה - מחילה?

במקרה שלנו הקונה נסע על האופניים והחליט שהם טובות האם בכך הוא מחל על טענת פגם?

ישנה סברה המובאת בדברי הרב המגיד (מכירה טו,ד) "היה דבר שהלוקח יכול להבחין לאלתר כגון שיכולין לנסותו לטועמו ולא הקפיד לעשות כן אינו חוזר". לכאורה קל וחומר אם בדק והסכים לכך שהחפץ תקין יש בכך מחילה!

אחרונים כתבו (ראה ספר מחקרים בכלכלה ומשפט עמוד 115), שאם הכסף עדיין ביד הקונה הדין משתנה ואין מחילה וכן אם הבדיקה מצריכה מומחה אין בכך מחילה. שתי הסברות קיימות בענייננו ולכן מסתבר שאין בבדיקה של הקונה משום מחילה על הפגם, הוא פשוט לא גילה אותו.

החלטה

הקונה צריך לשלם את מלוא הסכום שסוכם לאחר שהמוכר יתקן את הגלגל הקדמי.

במידה והמוכר אינו מוכן לתקן המקח בטל.

הרב אריאל בר-אלי

ביטול חוזה לאחר לחיצת יד

עובדות וטענות

הנתבעים הקימו קבוצת רכישה לבניה משותפת. הם ביקשו הצעת מחיר מקבלנים שונים על פי מפרט טכני שהם הכינו. לאחר משא ומתן הגיעו לכלל הסכמה עם התובע על מחיר של 4000 ₪ למטר.

לאחר שלב זה התחיל משא ומתן מפורט בין הצדדים על הפרטים של ההסכם.

הצעות כתובות הועברו בין הצדדים אבל לא היתה חתימה על הסכם.

לאחר כשבועיים הנתבעים חזרו בהם ואינם רוצים את התובע כקבלן.

הקבלן תובע לממש את ההסכם ולחילופין פיצוי על השקעה בהסכם וכן אובדן הכנסה על הצעות שנדחו עקב ההצעה המדוברת.

הנתבעים חוזרים בהם מהסיבה שלא היה הסכם ולכן הם לא מחויבים להמשיך ולעבוד איתו לא הלכתית ולא מוסרית.

הויכוח העובדתי בין הצדדים מתמקד בפגישה שהיתה בין התובע לאחד הנתבעים כמה ימים לפני סוכות. לדברי הקבלן, בפגישה זו הגיעו לידי הסכמה המלווה בלחיצת יד שההסכם סגור והוא יכול לעלות לקרקע מיד אחרי סוכות. אף שפיזית היה בשעת ההסכמה רק אחד של הנתבעים, אך בפועל היה קשר טלפוני גם עם פ' שהוא נציג החבורה והוא זה שאמר שאפשר לעלות על הקרקע לאחר סוכות.

בפני בית דין הופיע עד שהיה נוכח בפגישה הנ"ל והוא צידד שהיתה גמירות דעת על קיום עסקה.

הנתבע, נציג הקבוצה, היה בקשר טלפוני עם חברו הנתבע ומודה שאכן כך היו פני הדברים אבל להבנתו כל עוד שלא היתה חתימה בפועל על חוזה לא היה כאן הסכם מחייב. הוא הוסיף שנשארו דברים מרכזיים שלא סוכמו כגון פריסת התשלומים וזמן האחריות לבניה, לכן ברור שמשמעות הסיכום על פה היתה: ניתן להתקדם עד לשלב הסופי, הוסרו בעיות שעמדו על הפרק עד עכשיו, וכך יש להתייחס גם למשפט "תעלה על הקרקע".

הנתבעים טוענים שסיבת חזרתם היא חוסר ניסיון של הקבלן, ובעיה של אמינות.

נושא זה עמד ברקע כל הזמן והתחזק במשך הזמן עד שלבסוף הגיעו חברי הקבוצה לכלל החלטה שלא לקחת את התובע כקבלן בפרוייקט זה.

בירור הדין

הדבר הראשון שיש לברר האם היה מעשה קנין, ובעניינו, האם ניתן להחשיב את לחיצת היד לקנין?

בנדון דידן – לחיצת היד אינה מעשה קנין

לחיצת היד אינה מעשה קנין המנוי בין דרכי ההתחייבות בשו״ע. אכן, על פי ההלכה ניתן להתחייב בגם בדרכים שונות, על פי המנהג. דרך זו נקראת קנין סיטומתא בנוי על מנהג הסוחרים (חו״מ סימן סא).

בעסקאות נדל״ן המקובל לחתום חוזה ולא לסגור דברים בעל פה, לכן אין לראות בלחיצת היד מעשה קנין מדין סיטומתא, ומתברר שאין כאן מעשה קנין. עקב כך אין בסיס לדרישת הקבלן לאכוף את ההסכם, שכן ללא קנין אין מחויבות. בנוסף, בסכמות שבין הצדדים, חסר דבר מהותי פריסת התשלום, דבר זה מצטרף להבנה שלא היתה גמירות דעת, ואין לראות בלחיצת היד מעשה קנין מחייב.

חובה מוסרית לעמוד בדיבורו

ישנם מצבים בהם אין חיוב גמור שניתן לאוכפו בבית הדין, אך יש חובה הלכתית מוסרית לעמוד בדיבורו. במידה ולפי ההלכה ישנו חיוב לעמוד בדיבור, על בית הדין להפציר ולזרז את בעלי הדין לעמוד בדיבורם.[1] הרושם המצטייר בפנינו לגבי המפגש בין התובע לאחד מהנתבעים לפני סוכות, שאכן מצד אחד הנתבעים היתה הסכמה בעל פה שהעסקה סגורה ומתחילים לעבוד. נכון הדבר שיש עדיין להסתפק האם הכוונה להסכמה מוחלטת משום שנציג הקבוצה לא היה נוכח באותה פגישה וברור שהנתבע לא התכוון לפעול לבד.

[1] בספר פתחי חושן קניינים פרק א הערה ב מובא שבית דין צריכים לקוראו עבריין ולביישו ברבים!

אף על פי כן אנו נוטים לקבל את דברי העד שהציג את התרשמותו בפני בית הדין על כך שהיתה גמירות דעת ברורה לסגירת עסקה לפחות מצד הנתבע שהיה נוכח בפגישה.

לאור זאת לפחות כלפיו יש לדון במחויבות של אדם לעמוד בדיבורו.

דין "מחוסר אמנה"

הגמרא אומרת ש"דברים יש בהם משום מחוסר אמנה" (בבא מציעא מט,א). ובהמשך מחלקת הגמרא בין 'מתנה מועטת', לבין 'מתנה מרובה': אדם המבטיח לתת מתנה קטנה, אסור לו לחזור מדיבורו. אך בהבטחה למתנה גדולה אין חיוב לעמוד בדיבורו, שכן ההנחה היא שאף הצד המקבל מבין שאין התחייבות גמורה, ואין מצידו גמירות דעת. לכאורה עסקה המוערכת בכמה מיליוני שקלים דינה כמתנה מרובה שאין גמירות דעת ללא קנין. מנגד כתב התוספות רא"ש לחלק בין מתנה לעסקה. בעסקה ישנה תמורה להשקעה ובמתנה הנותן בלבד נפסד. לכן הגמרא בחרה לדבר על מתנה בה יש להבחין בין מתנה מועטת למתנה מרובה, אך בחזרה מעסקה בדיבור עסקה תמיד יש מחוסרי אמנה.

החוזרים אינם מחוסרי אמנה

אמנם ישנם שתי סיבות לומר שאין כאן "מחוסר אמנה":

לא סוכמו כל פרטי ההסכם

המאירי (ב"מ מח) כתב, שאין דין מחוסר אמנה כל שעוד לא גמרו תנאי המכירה, וכל שנשאר עדיין פרט אחד שלא הוסכם ביניהם לא הוי מחוסר אמנה.

החזרה אינה שרירותית

נחלקו הראשונים האם יש איסור לחזור, במקרה שהיתה סגירה בדיבור ולאחר מכן השתנו המחירים בשוק האם. דעת תוס' ורמב"ן (בבא מציעא מט) שגם במצב של"תרי תרעי" יש מחוסר אמנה, כלומר גם אם פתאום המחירים השתנו אסור לחזור. מאידך, לדעת בעל המאור, במצב של "תרי תרעי" אין משום מחוסר אמנה.

להלכה הרמ"א (רד,א) הביא ב' דעות וסיים שנראה עיקר להחמיר שאסור לחזור גם אם יש שינוי במחירים. הש"ך הביא שהעניין נשאר ספק, ובפתחי

תשובה בשם תשובות חת״ס הקל בדבר שהתחדש לאחר הדיבור. בתשובת החתם סופר מדובר באחד שמכר חפץ כדי לקנות חפץ אחר שהיה זקוק לו ואח״כ נפל לו אותו חפץ בירושה. הוא רוצה לחזור בו מדיבורו ולא לקנות את החפץ. החתם סופר הכריע שהוא לבטל את המקח עליו הסכים בדיבור, משום שהשתנו התנאים.

במקרה שלנו אומנם הנתבעים ידעו שמדובר בקבלן לא מנוסה ובכל זאת הגיעו לכלל הסכמה בדיבור. אך הרושם הלך והצטבר, החשש שמדובר בקבלן לא מספיק אמין ומנוסה וממילא הם עתידים להשקיע זמן מרובה מעבר לקבלן רגיל, הוא דבר שהולך ונבנה. לאור היבט זה ניתן לדמות זאת לתשובת החת״ם סופר.

על כן, לסיכום אנחנו קובעים שלנתבעים אין איסור לחזור בהם מדיבורם.

הפסדים לקבלן

לעניין ההפסדים שהקבלן טוען שנגרמו- כששליח בית דין פנה בטלפון לקבלן וביקש שיתן לו שמות של אנשים שרצו לעבוד איתו והוא הפסיד אותם, הוא לא חזר אליו עם האינפורמציה. באחד המקרים אמר שרק ב17 לחודש הוא יוכל להוכיח. על כן, לסיכום, בית הדין לא מצא עסקאות ספציפיות שהתובע הפסיד לאור הקשר עם הנתבעים.

נראה שגם אם נגרם הפסד לקבלן בביטול עסקאות (מה שלא הוכח) ״איהו הוא דאפסיד אנפשיה״. כל עוד לא נעשה חוזה מחייב, היה צריך לא לבטל או לדחות עסקאות אחרות.

הוצאות משפט

לבית הדין סמכות מכוח שטר הבוררות להכריע על פי שיקול דעתו בנושא הוצאות משפט.

בית הדין קובע, שיש לחלק את הוצאות בית הדין על שני הצדדים. הסיבה היא בגלל שעיקר הדיון הוא ביחס לנתבעים, האם יש להם חיוב מצד מחוסרי אמנה? הם נהנו מהבירור ההלכתי שעסק בעיקר בחובה שלהם כלפי שמיים.

החלטה

הוצאות המשפט על סך 250 ₪ יחולקו בשוה בין התובע לנתבעים.

1. **התביעה נדחית. הנתבעים יכולים לחזור בהם מהסיכום עם הקבלן.**
2. **החלטה - הוצאות המשפט על סך 250 ₪ יחולקו בשוה בין התובע לנתבעים.**

הרב דוד פנדל **הרב דרור טוויל** **הרב אריאל בר-אלי**

הרב אריאל בר-אלי

פסק דין בענין הלנת שכר

טענות התובע

אשתי עבדה במועדונית שבראשה עומד פלוני. מהתאריך 11/2009 מלינים את שכרה. בסופו של דבר עד היום חייבים לה ארבע משכורות מלאות ועוד חצי משכורת. 5200 ₪ כל משכורת + 3000 ₪ יתרת חוב על חצי משכורת, סה"כ 23800 ₪.

אשתי רצתה לעזוב וקיבלה מכתב פיטורין ביולי. היא עבדה שם סה"כ שלש שנים עד שלב הפיטורים.

בנוסף אני תובע פיצויי פיטורין בסך 5200₪ למשך שלש שנים, סה"כ 15600 ש"ח.

בנוסף עוד 6000₪ הפרשות, שלא עברו לקרן הפנסיה וקרן מקפת, עפ"י הערכתי.

דיברנו עם הנתבע דרך מכתב ומייל וטענתו היא שאין כסף לעמותה.

ברור לי שיש כספים לעמותה: אנו יודעים על גיוסי כספים שהיו. התחושה הכללית שלי היא שיש רצון להחזיר אלא שפשוט יש שלוחצים יותר והכסף הולך אליהם. אם יהיה רצון אמיתי הכסף יכול להגיע. דוגמא: תקופה ארוכה אחרי הלנת שכר אנו שומעים על אירועים שעשו.

טענות הנתבע

איני מתווכח על הנתונים למעט שני דברים שברצוני להוסיף. הארגון הזה חייב לי אישית 350000 ₪ עבור כספים שנתתי למועדון על מנת שימשיך לפעול. ידענו באמצע שנה שעברה שתהיה בעיה והודענו לעובדים. פלונית נשארה מתוך בחירה. הבקשה למכתב פיטורין היה לבקשתה. למעשה, החל מהנהג ועוד אחרון העובדים אף אחד לא מקבל משכורות כבר שנה.

פיצויי הפיטורין נמצאים בקרן, הם צריכים לבוא לקחת בתנאי שלא התחילה לעבוד במקום אחר תוך חצי שנה. הפרשנו כסף לשם במשך התקופה. אני מניח שברגע שכסף יגיע הוא יכנס למשכורות. אכן קיבלנו 50000 ₪ אך התורם רצה שזה יגיע למקומות אחרים, בכל מקרה עדיף שתהיה פעילות ואז הסיכוי לתקציב גדל. כך גם העירייה חייבת לנו 300,000

₪. אני מצליח לגייס שווה כסף ולא כסף לכן אנו עדיין ממשיכים בהפעלת המועדונית. לסיכום, כסף אמור להיכנס השאלה היא מתי.

החלטת בית הדין

ראשית, אנו מתייחסים לחוב המוסכם שהוא 23800 ₪, שכר עבודה.

ההתרשמות שלנו שכספים ממשיכים להגיע לעמותה ומופנים לפעילות של המועדונית, דבר שלפי דעתנו אינו נכון. הסדר הוא קודם לשלם חובות ורק לאחר מכן להמשיך בפעילות.

לאור החוב הגדול ולאחר שאפשרנו לנתבע להגיש מסמכים המשקפים את מצבה הכלכלי של העמותה (והוא לא עשה כן), אנו מחייבים את העמותה להתחיל לפרוע את החוב ולשלם כל חודש סך של 4500 ₪ לנתבע, עד סיום כל החוב על סך 23800 ₪.

לגבי פיצויים על סך 15600₪. האחריות לסכום זה מוטלת על העמותה! העמותה צריכה להעביר את הטפסים המתאימים לידי התובע על מנת שיוכל לגבות את פיצויים מקרן הפנסיה. כמו כן אם חסר סכום בקרן על העמותה להשלים את החסר.

על העמותה להשלים את ההפרשות על סך 6000 ₪ לקרנות הקבועות בתוך שלושים יום.

סיכום

א. על העמותה להעביר לנתבע 4500 ₪ בכל 10 לחודש החל 10/ 08/10.

ב. הסכום המצטבר יהיה 23800 ₪.

ג. יש להשלים לקרנות את הסכום החסר על סך 6000 ₪ בתוך שלושים יום.

ד. על העמותה לדאוג לכך שפיצויי הפיטורין יגיעו לידו של התובע בתוך שלושים יום.

הרב אריאל בר-אלי

נזקי רכוש בתאונת דרכים

תאור המקרה

בתאריך ז מרחשון תשעא נסע התובע אלי כהן ברכב טויוטה ברחוב נחלת שלמה במפגש עם רחוב אור לציון, בנתיבות. דוד לוי, הנתבע, הגיע מרחוב אור לציון עם הטרקטורון ונכנס לרחוב נחלת שלמה בלא שנתן זכות קדימה לאלי. הטרקטורון פרץ לכביש לפני שאלי הגיע לאותו מקום. אלי פגע בטרקטורון וכתוצאה מהמפגש עף עם הרכב לצד ימין והתהפך.

אלי פונה לבית חולים באמבולנס ושוחרר באותו יום, הרכב ניזוק מכל צדדיו.

טענות ותביעות התובע

נסעתי במהירות המותרת ולא היתה לי שום אפשרות למנוע את ההתנגשות.

דוד התפרץ לצומת ויותר מכך לאחר התאונה הוא נעלם והשאיר אותי פצוע ברכב.

על כן, עליו לשלם את כל נזקי.

פירוט התביעה:

מחיר הרכב כפי שמופיע במחירון	15200 ₪.
גרר	340 ₪.
שמאי	812 ₪.
החזר הוצאות של נסיעות למשטרה, וחיפוש רכב חילופי	200 ₪.
דלק שנשפך	100 ₪
שלושה ימי עבודה-	600 ₪ .
העברת בעלות-	200 ₪
בדיקת משכון	100 ₪

ריבית בנקאית –	211 ₪
גדר שנהרסה למשפחת צברי	-300 ₪
הוצאות משפט-	150 ₪
סך הכול-	**18,213** ₪

טענות הנתבע

לטענת הנתבע, הוא לא ברח ממקום האירוע אלא הלך לראות מה עם הנוסע שהיה עימו.

לטענתו, התגובה של אלי לכך שהוא נכנס למסלול הנסיעה שלו מוגזמת ומעידה על נסיעה במהירות מופרזת. היה עליו לנווט את הרכב הצידה ולא להמשיך ולנסוע ישר, לכן גם הוא מוגדר כפושע.

הטוען הרבני הוסיף טענות הלכתיות:

א. כפי שטען הנתבע, גם התובע פשע. במפגש בין שניים שפשעו, פטורים מהנזקים ההדדיים (סימן שעח סעיף ז).

ב. אם הנתבע הספיק לבלום לפני המפגש נמצא שרכב הטויוטה פגע בטרקטורון עומד, והרי הדין הוא שבור פטור על כלים (סימן תי סעיף כא), ועל כן הנתבע פטור מתשלום נזקי הרכב.

ג. דוד נסע להביא חלות לשבת והרי ההלכה היא שמי שרץ בערב שבת פטור מנזק כי יש לו רשות לכך (סימן שעח סעיף ח).

ד. יש לקזז משומת הנזק את שווי שרידי הרכב, יש מנוע תקין ששווה אלפי שקלים. על אף שהמדינה החליטה להוריד את הרכב מהכביש אין אנו מתחשבים בזה אלא בערך האמיתי שלו (על פי שעח סעיף ט).

ברור הדין:

מי פשע

בית הדין המתין מספר חודשים לכך שיגיע דו"ח משטרתי על התאונה. על פי הדו"ח, האחריות היחידה לתאונה מוטלת על דוד אשר לא ציית לתמרור 36 ולא נתן זכות קדימה. לא נמצא שום ביסוס עובדתי לכך שאלי נסע במהירות.

גם מן הבחינה ההלכתית אין להניח שאלי נסע במהירות מופרזת ללא ביסוס מציאותי, שחזקה עליו שנהג לפי כללי התנועה. לכן אנו דוחים את הטענה שאלי נחשב לנוהג ש"לא ברשות".

על כן, כל האחריות לנזק מוטלת על דוד.

האם פטור מדין ריצה בערב שבת

בית הדין דוחה את הטענה שמכיוון שמדובר על נסיעה להביא חלות שבת וביום שישי מותר לרוץ לצורך כך יש לפטור את הנתבע. שכן, ברור שיש להבחין בין ריצה ברחוב המותרת בערב שבת, לבין התפרצות ברכב לצומת בניגוד לחוקי התנועה. כאן מדובר על פעולה שיש בה משום סיכון חיי אדם ולכך היא אסורה.

האם הנתבע פטור – כדין בור שפטור על הכלים

בדו"ח המשטרתי אין התייחסות מפורשת לשאלה באיזה מצב היה דוד בזמן המפגש בין המכוניות, דהיינו האם הטרקטורון עמד במקומו או שהיה בתנועה. דוד טוען שהוא הספיק לבלום את הרכב לפני התאונה. אם נקבל את דבריו ונניח שהרכב עמד, לכאורה הוא נחשב לבור ברשות הרבים. ממילא דוד פטור מחיוב הנזק, שכן המכונית שנפגעה נחשבת לעניין זה ככלי שניזוק בבור ופטור (סימן תי סעיף כא).

אולם נראה, שלנזק מטרקטורון הנשלט על ידי דוד יש דין של אדם המזיק, אף אם עמד במקומו בלא תנועה. הלכה זו עולה מתוך דברי המשנה בב"ק (לא,ב) המחייבת אדם שנשא קורה אשר עמד במקומו ונתקל בו אדם שנשא חבית. החיוב הוא מדין אדם המזיק למרות שבעל הקורה עמד במקומו, ופירש הנמו"י "היכא דקאי אנפשיה לאו תולדה דבור היא אלא כמאן דאזקיה בידים דמי". דהיינו, למרות שכאשר אדם נפל והוא מוטל על הרצפה דינו כדין בור אך אם האדם עומד במקומו יש לו דין של אדם המזיק משום שהוא שולט במעשיו (וכן פסק בשו"ת עטרת דבורה סימן נב).

שומת הרכב

בעקבות דו"ח השמאי הרכב הושבת ואין אפשרות להחזיר אותו אל הכביש, לכן ניתן למכור אותו רק לחלקים. השומה המקובלת היא ערך של 10% משווי הרכב כפי שכתב השמאי, במקרה שלנו מדובר על 1470 ₪.

אין להשוות שומה זאת להלכה שהביא הטוען הרבני מסימן שע״ח, היות ושם בעל הסוס הוא גוי שבכוח הזרוע קובע סכום מופרז, ואז אין אנו מתחשבים בדעתו. כאן המדינה לפי כללים הגיוניים מחליטה על הורדה מהכביש והחלטה זו משפיעה על כל השוק. מחיר של רכב שהורד מהכביש הוא כפי שקבע השמאי ואי אפשר להתעלם מכך.

מסקנה

דוד חייב בנזקי הרכב שנפגע. שומת הנזק היא כפי שקבע השמאי 13,230 ₪ בהנחה ששרידי הרכב נשארים בידי אלי.

תביעות נלוות הקשורות לרכב

1. דוח שמאי - אלי תובע את תשלום על דו״ח השמאי על סך 812 ₪.

אנו סבורים שאין מקום לחייב את דוד בתשלום על כך משום שהוא לא צריך את השומה. הוא מצידו יברר בכוחות עצמו את שומת הנזק, אלי הוא זה שרצה שומה מדויקת אם כן היא משרתת אותו בלבד.

2. עלויות גרירה - אלי תובע החזר של גרירת הרכב על סך 340 ₪ (גרירה משטרתית על מנת לפנות את מקום התאונה וגרירה פרטית למוסך). חובה זו מוטלת על דוד כמבואר בבא קמא (יא) לגבי טורח העלאת נבלה מהבור שזו חובתו של המזיק- ״מניין שעל בעל הבור להעלות את הנבלה תלמוד לומר - והמת יהיה לו״.[1]

האם ניתן לחלק ולומר שיש רק חיוב להעלות את הנבלה מהבור למקום שהייתה (וכאן הרכב נמצא במקום שהיה לפני התאונה), אך לא שמענו חיוב לקחת את הנבלה למקום שניתן לשום ולתקן אותה (מוסך). נראה שישנה ראיה מדברי הגמרא שהביאה בשם אבא שאול ״יביא עדודה לב״ד״ ופרש״י לשומה כמה היא שווה, משמע שאף זה מכלל חיוב המזיק.

3. דלק - אלי תובע את הדלק שנשפך על סך 100 ₪. אם אכן הדלק נשפך ישירות מחמת המכה אזי דוד חייב בכך אולם ישנו ספק מציאותי האם

[1] ואף שמחיר הרכב במקום התאונה ובמוסך הוא אותו מחיר, מכל מקום חייב המזיק בגרירה כפי שמבואר בהמשך הגמרא שם ״בבירא שויא זוזא ואגודא נמי שויא זוזא״.

המכה של הטרקטורון פערה את החור או שהדלק נשפך לאחר זמן מסיבה מקרית אחרת כגון שהגרר העלה את הרכב וגרם לשפיכה וכדומה, מספק אין לחייב את דוד בתשלום.

4. רכב חלופי - נסיעות למשרד הרישוי, ובוחן רכב וחיפוש רכב חילופי על סך 200 ₪.

לדעתנו תביעות אלו דינן להדחות, משום שאין כאן אחריות ישירה של דוד לפעולות אלו והן אינן אפילו בגדר נזק בגרמא.

סיכום התביעות הנלוות לנזק הרכב: דוד חייב 340 ₪ דמי גרירה.

תביעות נוספות

1. **ימי עבודה -** אלי תובע שלושה ימי עבודה כפי שהורה הרופא, הסכום הוא 600 ₪.

לתביעה צורף תלוש המשכורת. אכן, הפסד שנגרם כתוצאה מהפציעה של אלי מוטלת על דוד ולכן הוא חייב בתשלומי "שבת".[2] על פי דין, מכיון שהתובע לא נדרש ללכת לעבודה וגם הוא נהנה מכך, החיוב אינו מלא אלא כ"פועל בטל מאותה מלאכה" (רמב"ם חובל ב,יא), לכן יש להוריד[3] שליש מהחיוב ונשאר החוב על סך 400 ₪ .

2. **העברת בעלות, ובדיקת משכון -** אלי תובע תשלום על העברת בעלות וכן בדיקת משכון וכן ריבית בנקאית.

כל התשלומים הנ"ל אינם הזק ישיר של דוד ולכן אין לחייב אותם וכפי שהתבאר לעיל (סעיף 5).

---

[2] אף שישנה מחלוקת בין השו"ע לרמ"א (חו"מ סימן א) האם דנים תשלומי שבת בזמן הזה? גם הרמ"א כתב לחייב לפי מה שיטילו הדיינים, והש"ך הביא שהמהרש"ל פסק כשו"ע, והחתימה על שטר הבוררות שלנו מונעת טענת קים לי.

[3] הט"ז בסימן שלג כתב לשער בחצי מהסכום אומנם כיום מורים להפחית פחות, עקב הלחץ הכלכלי הקיים.

3. הוצאות משפט - אלי תובע החזר הוצאות משפט, מדיניות בית הדין היא לחייב רק את התובע בהוצאות משפט כפי שמובא בשולחן ערוך בסימן יד.

4. **דמי תיקון הגדר -** אלי תובע החזר עבור הגדר שנהרסה על סך 300 ₪ .

לדעתנו אי אפשר להטיל את האחריות לנזק על דוד. אומנם הנזקים שנגרמו מעצם המפגש עם הטרקטורון מוטלים על דוד, אך הנזק לגדר נגרם רק לאחר המפגש כאשר הרכב של אלי סטה ממסלולו ונתקע בגדר, פעולה זאת מתייחסת לאלי[4] ולא לדוד.

בנוסף, מצד הדין גם אלי פטור על הנזק כלפי בעלי הגדר, משום שזה הוא אונס גמור.

הכרעה בתביעות הנוספות

דוד חייב על ביטול שלושה ימי עבודה של אלי סך של 400 ₪.

החלטה

1. דוד לוי ישלם לאלי כהן סך של 13,970 ₪
2. התשלום בתוך חודש ימים, עד יח אב התשע"א (18/8/11).
3. פסק הדין ניתן ביום יח תמוז התשע"א (20/7/11).

על החתום

הרב דרור טוויל **הרב דוד פנדל** **הרב אריאל בר-אלי**

[4] לכל היותר מצד דוד יש פה גרמא בנזיקין ואולי פחות מכך, מכיוון שהתגובה של אלי יכולה להיות באופנים שונים (למרות שהוא אנוס). הוא יכול להסיט את ההגה לצדדים שונים. בדומה לכך מובא בגמ' קידושין כד,ב על המבעית את חבירו "מכיוון שבר דעת הוא, איהו מיבעית נפשיה" ובספר יד רמה שהיה לו לסובב את הראש.

הרב שלמה זאב פיק
ר"מ במכון הגבוה לתורה
ע"י אונ' בר-אילן

הלל של ראש חודש
שיעור מפי השמועה ממרן הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל[1]

דין הלל המצרי ופסוקי דזמרא

למדנו במסכת תענית (כח,ב):

> רב איקלע לבבל, חזינהו דקא קרו הלילא בריש ירחא. סבר לאפסוקינהו. כיון דחזא דקא מדלגי דלוגי, אמר שמע מינה מנהג אבותיהם בידיהם.

רב לא רצה שיאמרו הלל בראש חודש ואם לא היו מדלגים, הוא היה מפסיק אותם. כשהבין שהקריאה בדילוג, נחה דעתו. למה אמירת הלל בראש חודש הפריעה לרב?

התשובה לכך היא על פי הגמרא במסכת שבת, פרק כל כתבי, קיח,ב:

> אמר רבי יוסי: יהא חלקי מגומרי הלל בכל יום. איני? והאמר מר: הקורא הלל בכל יום - הרי זה מחרף ומגדף! - כי קאמרינן - בפסוקי דזמרא.

לאור מסקנת הסוגיא, ר' יוסי לא התייחס להלל המצרי, אלא לפסוקי דזמרא. לפי הרמב"ם (הל' תפילה ו,יב) פסוקי דזמרא הם מאשרי עד הללוי' האחרון – כל הנשמה ("ושבחו חכמים למי שקורא זמירות מספר תהלים בכל יום ויום מתהלה לדוד עד סוף הספר" – תהילים פרקים קמה-קנ). לכן המאחר לביה"כ ומצא שהחזן עומד להתחיל ישתבח, יאמר אשרי, ואם אפשר יאמר מאשרי עד סוף הללוי' האחרון. אולם, רש"י במסכת שבת (קיח,ב) חלק על הרמב"ם ולמד שפסוקי דזמרא הם "שני מזמורים של הילולים הללו את ה' מן השמים (תהילים קמח) הללו אל בקדשו (שם קנ)".

---

[1] ברצוני להודות לידידי ד"ר אהרן לוסטיגר נ"י שדרבן אותי לערוך שיעור זה והעיר לי הערות חשובות בעריכת המאמר, וכן עזר לי בכמה מההפניות בתוך ההערות ובמיוחד בחלק אחרון של השיעור.

רש״י הסביר עוד שהקורא הלל המצרי בכל יום הרי זה מחרף ומגדף שמפני שקרא ההלל שלא בזמנו הרי הוא ״כמזמר שיר ומתלוצץ״.[2]

מה שחשוב בסוגיה זו הוא שהגמרא קראה לפסוקי דזמרא גם הלל, כלומר פסוקי דזמרא הם חובת הלל.

יש שני סוגים של הלל:

הלל א – פסוקי דזמרא שאומרים בכל יום.

הלל ב – רק בזמנים מיוחדים, מה שהגמרא אמרה: לפרקים. הלל זה מכונה בדברי חז״ל: ״הלל המצרי״.[3]

מכיוון שהגמרא קראת לשניהם הלל, אם, למשל, שואלים מתי אומרים הלל? צריכים להחזיר בשאלה: על איזה הלל מדברים? על ההלל של פסוקי דזמרא או על הלל המצרי הנאמר מפרק לפרק?

בהלל של פסוקי דזמרא, יש שיר ושבח לקב״ה על גילוי ה׳ דרך חוקי הטבע, הכולל את הכל – את נשימות האדם, תנועת שריריו. יש כאן התגלות הקב״ה דרך הטבע, דרך הדרמה הקוסמית. בפסוקי דזמרא אין נסים, אין כאן למעלה מן הטבע. אנחנו משבחים את הקב״ה שהרי מוצאים את טביעות אצבעותיו שלו בבריאה ובטבע. יש כאן דמיון לברכי נפשי את ה׳, שדרך הטבע אני משבח הקב״ה. יש כאן שירה על הדרמה הקוסמית.

למעשה, בכל יום מתחלים בשבח ה׳ על הטבע, שהרי זה הנושא של ברכת השחר: נשמה שנתת בי, אשר יצר, זהו הלל של כל יום, הלל על עצם קיום הבריאה.

בימים מקודשים, מפרק לפרק, פסח סוכות שבועות, הלל אינו בשביל יצירת היום אלא בשביל בחירת ישראל, ולכן נקרא הוא הלל המצרי. בהלל זה

---

[2] רש״י שבת קיח,ב: ״הרי זה מחרף ומגדף - שנביאים הראשונים תיקנו לומר בפרקים לשבח והודיה, כדאמרינן בערבי פסחים, (קיז,א), וזה הקוראה תמיד בלא עתה - אינו אלא כמזמר שיר ומתלוצץ.״

[3] ״הללא מצראה״ בברכות (נו,א), וכן פירש רש״י שם: ״מצראה - הלל שאנו קורין בפסח, לפי שיש הלל אחר הקרוי הלל הגדול, קורין לזה הלל המצרי״. מכאון הרב אמר שלמעשה יש שלשה סוגי הלל, ובפרק הבא, דן הרב בהלל השלישי שהוא ״הלל הגדול״ (תהלים קלו).

עוסקים בדרמה של ההיסטורית של עם ישראל: "בצאת ישראל", ובבחירת ישראל "הייתה יהודה לקדשו", הקב"ה מתגלה לא רק דרך הטבע, אלא דרך מאורעות בתולדות ישראל, בהיסטוריה שלנו, שהרי לתולדות ישראל יש תכלית. בחירת ישראל נעשתה על ידי נסים שהם למעלה מן הטבע, וזה הלל המצרי, בו משבחים את ה' עבור החסד הגדול שהקב"ה בחר בנו.

לסיכום: בפסוקי דזמרא עוסקים בקוסמוס ובתבל, במחזורי טבע קבועים שאין בהם שום דילוגים. בהלל המצרי עוסקים בתולדות ישראל, וכאן אין חוקי טבע קבועים אלא הקב"ה צריך לדלג ולקפץ על ההרים לטובת עם ישראל.

לכן בהצהרת ר' יוסי: "יהא חלקי מגומרי ההלל", הגמרא חשבה שמדובר בהלל המצרי שנאמר מפרק לפרק, וזה לא ייתכן. הגמרא תירצה שמדובר בפסוקי דזמרא, ההלל של כל יום.

הלל הגדול

הלל הגדול (תהילים קלו) "כי לעולם חסדו", הוא שילוב של שניהם. הוא מתחיל עם הטבע, עם הדרמה הקוסמית, ומדלג לתולדות עם ישראל. מתחיל עם יום ולילה, כוכבים, ועובר למכה מצרים בבכוריהם, ביד חזקה. מצד אחד, בהלל המצרי אנו משבחים את הקב"ה על-אודות הנסים בתולדות ישראל ובחירתו, שדבר בלתי רגיל ושונה בטבע, ומצד שני, בפסוקי דזמרא משבחים את ה' על חוקי הטבע הרגילים. באמצע, בין שני ההלל האלו, יש הלל הגדול שהוא מצרף את שניהם.

מעניינים הם דברי הגמרא במסכת פסחים (קיח,א):

> וכי מאחר דאיכא הלל הגדול, אנן מאי טעמא אמרינן האי [= הלל המצרי]? משום שיש בו חמשה דברים הללו: יציאת מצרים, וקריעת ים סוף, ומתן תורה, ותחית המתים, וחבלו של משיח. יציאת מצרים - דכתיב (תהלים קיד) בצאת ישראל ממצרים, וקריעת ים סוף - דכתיב (תהלים קיד) הים ראה וינס, מתן תורה - דכתיב (תהלים קיד) ההרים רקדו כאילים, תחיית המתים - דכתיב (תהלים קטז) אתהלך לפני ה', חבלו של משיח - דכתיב (תהלים קטו) לא לנו ה' לא לנו. ואמר רבי יוחנן: לא לנו ה' לא לנו - זו שעבוד מלכיות, איכא דאמרי, אמר רבי יוחנן: לא לנו ה' לא לנו - זו מלחמת גוג ומגוג.

הגמרא לא שאלה מפסוקי דזמרא, שהרי יש בהם רק הלל על הטבע. שאילת הגמרא בפסחים הייתה: אם יש בהלל הגדול שני נושאים לשבח את הקב"ה עבור הטבע ועבור הנסים, מה הטעם שאומרים הלל המצרי ביו"ט? מתרצת הגמרא שהלל המצרי כולל את כל תולדות עם ישראל: יציאת מצרים, קריאת ים סוף, מעמד הר סיני שזה מתן תורה, תחיית המתים, חבלי משיח.

מה מתרצת הגמרא? אין לומר הלל המצרי כל יום, אבל בודאי אפשר לומר את שניהם! ולכן ביו"ט למה אין אומרים הלל הגדול? אלא הלל הגדול עוסק בדברים שעברו או שקיימים עכשיו, כלומר הדרמה הקוסמית וכן בתולדות עם ישראל בעבר. אולם, הלל המצרי כולל את כל תולדות ישראל בלבד, מיצירת עם ישראל במצרים ("בצאת ישראל") עד ימות המשיח ותחיית המתים בקץ הימים.

הפטרות המועדים

אם נבחן את ההפטרות של החגים נמצא בהם גם את תולדות עם ישראל.

יום ראשון של פסח, ההפטרה היא פסח יהושע ויום שני (בגולה) פסח של יאשיהו המלך. בשביעי של פסח – שירת דוד שהוא היה מלך משיח, ביום השמיני של פסח (בגולה) אומרים עוד בנוב שזה מלחמת גוג ומגוג. [גם בפיוט של יום אחרון של פסח הנושא הוא פסח לעתיד לבוא.]

ביו"ט ראשון של סוכות ההפטרה מתארת את סוכות לעתיד לבוא, ובשבת חול המועד של חג זה ההפטרה מספרת על-אודות מלחמת גוג ומגוג. בשבת של חול המועד פסח, יש הפטרה של תחיית המתים. ובחו"ה סוכות של מלחמת גוג ומגוג.

הגמרא בסוף מסכת מגילה (לב,א) אומרת: "תנו רבנן: משה תיקן להם לישראל שיהו שואלין ודורשין בענינו של יום, הלכות פסח בפסח, הלכות עצרת בעצרת, הלכות חג בחג."[4] מבינים למה יש לקרוא את ההפטורה של יהושע המספר על קיום הפסח, וזה מהל' פסח פסח, אבל למה חז"ל תקנו בהפטורה של סוכות לקרוא על מלחמת גוג ומגוג? אלא צריכים לומר שמלחמת גוג ומגוג הוא נושא של קדושת היום ועצם שורשו הוא בקדושת היום.

[4] ובבית הבחירה למאירי מסכת מגילה שם: "מצותן שיהיו קורין כל א' בזמנו".

שירה על הגאולה העתידה

הרב המשיך לדון בהלל של חלק שני של הסדר ובמיוחד בשיטת הרמב״ם שעל הכוס הרביעי גומרים את ההלל, אמרים ברכת השיר שהיא יהללוך, ואין לרמב״ם נשמת או הלל הגדול שבהם מזכירים יציאת מצרים [כמו המנהג שלנו].[5] נמצא שלפי הרמב״ם אין בכוס רביעי איזכור של יציאת מצרים בכלל, שהרי מ״לא לנו״ יש רק גאולה עתידה. בכל זאת הכוס הרביעי הוא חלק מן הסדר, חלק ממצוות סיפור יציאת מצרים. איך? המטרה של יציאת מצרים היא לא רק לצאת ממצרים, אלא כדי להגיע לאחרית הימים, ולכן הקטעים ״לא לנו״ וכו׳ של הלל המצרי של כוס הרביעי שייכים לליל הסדר.

זו כוונת חז״ל שלא בחרו לומר את הלל הגדול ביום טוב ובליל הסדר. אם היו מעוניינים בעבר בלבד, היו לוקחים את הלל הגדול, אולם, ביום טוב אומרים הלל לא רק על העבר אלא גם על העתיד, על מאורעות שעוד לא קרו – על כל ציוני הדרך של תולדות ישראל: יציאת מצרים, קריעת ים סוף, מתן תורה, חבלי משיח, ותחיית מתים – ואי אפשר להביע את זה באמירת הלל הגדול בלבד, ולכן קוראים את ההלל המצרי.

בעיית ההלל בראש חודש

הרב אמר שכעת מבינים את הבעיה של הלל בראש חודש. לפי שיטה אחת ברכי נפשי היה השיר ששרו הלויים עם הקרבן.

ראש חודש הוא יום זכרון למעשה בראשית, וכן רואים את זה בתוך ברכת קידוש לבנה: ״אשר במאמרו בָּרָא שְׁחָקִים. וּבְרוּחַ פִּיו כָּל צְבָאָם. חֹק וּזְמַן נָתַן לָהֶם שֶׁלֹּא יְשַׁנּוּ אֶת תַּפְקִידָם. שָׂשִׂים וּשְׂמֵחִים לַעֲשׂוֹת רְצוֹן קוֹנָם. פּוֹעֵל אֱמֶת שֶׁפְּעָלָתוֹ אֱמֶת.״

הרב זצ״ל סיפר שלפעמים יהודים שונאים עצמם ואומרים שאין ליהדות שם עניין בחוקי הטבעי, ולהוכיח ששנאה מדברת מתוך גרונם הרב היה מצטט

---

1 [5] אם הוא רוצה לומר הלל הגדול יש לו למזוג כוס חמישי כמבואר ברמב״ם הלכות חמץ ומצה ח,י: ״...ואחר כך מוזג כוס רביעי וגומר עליו את ההלל, ואומר עליו ברכת השיר והיא יהללוך ה׳ כל מעשיך וכו׳, ומברך בורא פרי הגפן ואינו טועם אחר כך כלום כל הלילה חוץ מן המים, ויש לו למזוג כוס חמישי ולומר עליו הלל הגדול והוא מהודו לה׳ כי טוב עד על נהרות בבל, וכוס זה אינו חובה כמו ארבעה כוסות...״

להם מהלל הגדול או את הפרק "ברכי נפשי" (תהילים קד) או את ברכת (קידוש) הלבנה.

אולם היהדות שונה מעולם החילוני הרואה גרמי שמים כתגובה כימית או כח המשכה לבד. לפי היהדות אין מנגנון עיוור של חוקי הטבע. יש כאן דבר שכלי,[6] והם משחקים "ששים ושמחים לעשות רצון קונם".

פּוֹעֵל אֱמֶת שֶׁפְּעֻלָּתוֹ אֱמֶת" – מה פירוש אמת? רואים גם בחתימת ברכת קדושת היום של ראש השנה: "כִּי אַתָּה אֱ-לֹהִים אֱמֶת וּדְבָרְךָ אֱמֶת וְקַיָּם לָעַד". מה זה אמת? אמת פירושו שזה קבוע וצריך להתקיים לעד, ואי אפשר לשנות אותו. חותמו של הקב"ה הוא אמת – וכאן בראש חודש ובקידוש לבנה הכוונה שהבריאה אינה משתנה.

זה למה השיר של הלויים בבית המקדש הייתה ברכי נפשי. בהסתכלות ראשונה זה נראה רק מיכני וכימית, אולם זה ההוד של הקב"ה שנראת דרך הטבע, וזה מתבטא ב"ברכי נפשי".

רב הגיע לבבל ומצא אותם קוראים הלל המצרי בראש חודש. אין לזה שום שייכות לראש חודש המעלה על נס הטבע ומתבטא בברכי נפשי או אפילו בפסוקי דזמרא. אבל הלל לא שייך שהרי הלל המצרי חוגג כל מה שהוא ההפוך מטבעו של עולם. את המטה-פיזית, העל-טבעי, ולמעשה סותר ומיפר את כל מה שראש חודש מסמל ומייצג.

וזאת הסיבה למה אין הלל בשבת. הרי קשה, למה אין הלל בשבת שהרי שבת נקראת מועד? אלא שבת מיצגת את ששת ימי בראשית, את הבריאה וחוקי הטבע, ולכן אין הלל המצרי שהרי הלל זה מייצג את לידת עם ישראל, ולא את בריאה.

בחנוכה יש הלל, מפני הייתה שאלה אם ייחודה של כלל ישראל ישרוד או לא.

מכיוון ששורשו של קדושת היום של ראש חודש אינו בנסים שהם על-טבעיים אלא שורשו בבריאה ובטבע, ולכן אין בו הלל המצרי, ומפני זה סבר רב לאפסוקינהו.

---

2 על פי רמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ג הלכה ט: "כל הכוכבים והגלגלים כולן בעלי נפש ודעה והשכל הם, והם חיים ועומדים ומכירין את מי שאמר והיה העולם, כל אחד ואחד לפי גדלו ולפי מעלתו משבחים ומפארים ליוצרם כמו המלאכים, וכשם שמכירין הקדוש ברוך הוא כך מכירין את עצמן ומכירין את המלאכים שלמעלה מהן, ודעת הכוכבים והגלגלים מעוטה מדעת המלאכים וגדולה מדעת בני אדם" (שז"פ).

אז מה קרה? רב ראה שהם דילגו על שתי פרקים, ולכן בסוף הסכים עם המנהג שלהם. איזה פרקים הם דילגו? ״לא לנו״ ואהבתי״. למה הם אמרו את ההלל? איזה שמחה היתה להם שאמרו את ההלל? הרב זצ״ל רצה להבין מה סבר המקשה ומה סבר התרצן ומה ההבדל בינהם? מה היה הרעיון? מה הסוד שלהם שאמרו את ההלל בדילוג? הסוד שלהם מתגלה בברכה של קידוש לבנה, וכמו שנבאר בהמשך.

מבחינת העבר, אין לראש חודש שום קשר למאורעות של תולדות ישראל. שום דבר לא קרה בראש חודש. יציאת מצרים הייתה בחמשה עשר בחודש ניסן, מתן תורה בו׳ סיון, וסוכות בט״ו תשרי. כמובן, שום דבר לא קרה בראש חוד ולכן אין לומר בו הלל המצרי. אם כן, מה הייתה סברתם?

וכמו שהזכרנו, ראש חודש מעלה על נס את הבריה והטבע, ועל יד חוויית ההוד של טבע, יש חוויה של הקב״ה, וזה שייך לסוג הלל של פסוקי דזמרה. לכן היו צריכים לומר רק ברכי נפשי בלבד, ולא הלל המצרי.

דוד מלך ישראל חי וקיים

אלא לראש חודש יש עוד פן... איך נאמר את זה? נראה הסוגיה במסכת ראש השנה (כה,א):

אמר ליה רבי לרבי חייא: זיל לעין טב וקדשיה לירחא, ושלח לי סימנא: דוד מלך ישראל חי וקים.

בתקופה שהרומאים אסרו לקדש החודש, היו צריכים לעשות את זה בסתר ובית הועד היה נע ממקום למקום. וברקע זה, ביקש רבי מרבי חייא סימן שהוא קידש את החודש.[7] ״שלח לי פתקה דוד מלך ישראל חי וקים״, איזה סוג צופן יש כאן ומה הקשר לקידוש החודש? אז רש״י בראש השנה מרמז לזה בד״ה דוד: ״נמשל כלבנה, שנאמר בו (תהלים פט) כסאו כשמש נגדי כירח יכון עולם.״ וזה יותר מפורש בדברי רש״י במסכת סנהדרין (מב,א) שמפרש את נוסח ברכת הלבנה:

> וללבנה אמר - הקדוש ברוך הוא, שתתחדש בכל חדש. עטרת תפארת - היא זו לעמוסי בטן, סימן הוא להם שאף הם שמונים להם, עתידים להתחדש בגלותן כמותה ולפאר יוצרם.

---

3 על פי רש״י שם, ד״ה זיל בפירוש השני שלו: ״ומורי פירש: שגזרו גזרה במקומו שלא יקדשו את החדש.״

חז״ל ראו בחידוש הלבנה דברי שהוא סמלי לתולדות היהודים, עתידו של כלל ישראל.

על אף שעם ישראל נעלם מתולדות אומות העולם כ1900 שנים, ולא לקח חלק במאורעות ההיסטוריות ובהתפתחות היסטורית, עוד לא הופענו מחדש. אם מי שהוא חושב שעל ידי מדינת ישראל עם ישראל חזר לזירת תולדות העמים, הוא טועה. הרב תיאר אירועי ההזמנות של ראש הממשלה ושר החוץ לארצות הברית בתקופת זאת (שלהי תשל״ד) והסיק לפי זה שעדיין אין עצמאות ואין סובראניות. רק בביאת המשיח עם ישראל יחזור ויופיע מחדש.

חז״ל ראו במאורע קוסמית פשוטה, בראיה הפתאומית של הלבנה בתחילת החודש, סמל לתולדות ישראל. ופתאום, שאף אחד לא יצפה לזה, אנחנו נופיע מחדש במלא התפארת: ״וללבנה אמר שתתחדש עטרת תפארת לעמוסי בטן שהן עתידין להתחדש כמותה״.

לראש חודש יש מכנה משותף עם שבת. שבת היא יום אחרון של הבריאה, ובכן היא זכר למעשה בראשית. אולם, שבת גם מסמלת את העתיד לבוא, מזמור שיר לעתיד לבוא, ליום שכולו שבת מנוחה לחיי העולמים (משנה תמיד ז,ד). ראש חודש גם כן הוא זכרון לבריאה, אבל יש לראש חודש גם מסר לעתיד, גאולת העולם וגאולת ישראל. וזה: ״שהן עתידין להתחדש כמותה ולפאר ליוצרם על שם כבוד מלכותו ברוך אתה ה׳ מחדש חדשים.״

זה מוזר – אם אתה רוצה לשגר צופן על-אודות קידוש החודש, שלח לי ״דוד מלך ישראל חי וקים״ אלא הפירוש הוא ייעודו של דוד המלך, מלכותו של המשיח, הציפייה לימות המשיח, זה חי קיים, וזה ראש חודש.

אז מה הלל בראש חודש? אם ההלל שורשו בעבר, אז אין הלל בראש חודש. אבל אם ניקח בחשבון את תפקיד של ראש חודש, חשיבות הסמלי, חשיבות הייעוד של עם ישראל, אז אומרים הלל המצרי בראש חודש – לא על ההעבר אלא על העתיד לבא.

וזאת הסיבה למה לכתחילה רצה רב לעצור אותם – מפני שזה אינו הלל הגדול שזה הלל גמור, הלל שלם [״חצי הלל״ פירושו ״הלל בדילוג״, והלל שלם הוא ללא דילוגים]. לנוסח של הברכה [וכן הוא ברמב״ם (הל׳ חנוכה, פ״ג ה״ה)] ״לגמור את הלל״ יש שני פשטים בראשונים: יש מפרשים לקרוא את ההלל, ויש מפרשים לסיים את ההלל. לפי הפירוש השני יש ברכה נפרדת שמביע הרעיון שאנחנו מצווים לסיים את ההלל, לקרוא הלל שלם. ולמה

ההלל שלם חשוב? מפני שהלל השלם מסמלת את כל חמש הרעיונות של ערבי פסחים – מראשית האומה עד סופה – לידת העם עד ימות המשיח.

אולם, מכיון שדילגו רב היה מרוצה, וכפי הנראה אין ההלל בשלמותה שייך לראש חודש, מפני שאם מדובר בעבר, אין ראש חודש זיכרון ליצירת האומה אלא זיכרון למעשה בראשית.

אך נשאלת השאלה: למה דילגו על "לא לנו" ו"אהבתי"? זה לא מקרי. הרמב"ם (הלכות מגילה וחנוכה ג,ח) מזכיר "ויש מדלגין דילוג אחר", אבל למעשה הביא מנהג שכמעט תואם למנהג שלנו.[8]

שני פרקים אלו דנים בחבלי של משיח ובשעבוד מלכויות והם לא נאמרים.[9] הם עוסקים בסבל של עם ישראל, ובחשבון של תולדות עם ישראל יש סבל, יסורים, מצוקה, השפלה, והקרבה.

אם רוצים להודות על העבר של עם ישראל, יש פרקים של תהלים יותר רב-עצמה, והרב הזכיר את פרק פג, וכן הפרקים הראשונים של תהילים של דוד המלך. בכל זאת חז"ל בחרו בהלל המצרי לבטא את ההודאה על העבר. למה? מפני הלל המצרי אינו מתייחס לעבר בלבד, שבעבר יש עונג, שמחה, וניצחון. אלא גם מתייחס לעתיד. צריכים לצפות שההשגחה מציבה דרישות עלינו ותובעת דם ודמעות וייסורים. יש הודאה על העבר ותפילה על העתיד וכמו שאמרה המשנה במסכת ברכות (פ"ט מ"ד): "ונותן הודאה לשעבר וצועק לעתיד לבא."

הלל המצרי בראש חודש נאמר לא על העבר, שהרי אז היו אומרים את השירה שהלויים היו אומרים במקדש – ברכי נפשי. ואם היו צריכים לציין גם העתיד אז גם בברכי נפשי מציינים את העתיד: "יִתַּמּוּ חַטָּאִים מִן הָאָרֶץ וּרְשָׁעִים עוֹד אֵינָם בָּרֲכִי נַפְשִׁי אֶת ה' הַלְלוּ יָ-הּ" תהלים (קד, לה). במדרש כתוב שלא נתקרר דעתו של דוד עד שאמר פסוק זה, כלומר עד שהזכיר שראש חודש [כלומר השיר של ראש חודש] מתייחס גם לעתיד.[10]

---

[8] "כיצד מדלגין, מתחילין מתחלת ההלל עד חלמיש למעינו מים ודולג ואומר ה' זכרנו יברך כו' עד הללויה ומדלג ואומר מה אשיב לה' עד הללויה ומדלג ואומר מן המצר קראתי יה עד סוף ההלל, זה הוא המנהג הפשוט..."

[9] הזכירו רק "בצאת ישראל", כלומר רק ראשיתה עם ישראל.

[10] הגמרא בברכות (ט,ב): "מאה ושלש פרשיות אמר דוד, ולא אמר הללויה עד שראה במפלתן של רשעים, שנאמר: (תהלים קד) יתמו חטאים מן הארץ ורשעים עוד אינם ברכי נפשי את ה' הללויה." ובסגנון אחר בילקוט שמעוני תהלים רמז תתמג: "בפרוח רשעים.

יגל לבי בישועתך

לסיכום, אין אומרים הלל המצרי בראש חודש מפני מאורעות של עבר מפני שלדבר זה יש פסוקי דזמרה וברכי נפשי, אלא אומרים הלל המצרי בראש חודש על שם מאורעות של העתיד. האם האדם אמור לומר הלל על מאורעות העתידיים? אכן כן וכמו ששמע הרב מאביו הגאון רב משה סולובייצ'יק זצ"ל ששמע מאביו הגאון ר' חיים זצ"ל, שיש פסוק לזה בתהלים (יג, ו) "וַאֲנִי בְּחַסְדְּךָ בָטַחְתִּי יָגֵל לִבִּי בִּישׁוּעָתֶךָ אָשִׁירָה לַה' כִּי גָמַל עָלָי". "יגל לבי בישועתך".

דוד אמר: אני מודה להקב"ה על אירועים שטרם התרחשו, הביטחון שלי על זה הוא כל כך חזק, ואני כבר שמח על זה, יש חוויה של שמחה כאילו הנס כבר קרה – "כי גמל עלי". וזה ההלל של ראש חודש! על אף שעדיין אנו בגלות, ויש שעבוד מלכויות, ועלילות, ובכל זאת יש אמונה חזקה בהקב"ה ולכן אומרים הלל על העתיד, שהרי הלל על העתיד הוא מפני הבטחון בה'. לכן כשקוראים את הלל בראש חודש מדלגים על הפרקים הדנים בייסורים שיבואו לעתיד לבוא.

ביו"ט אומרים הלל על העבר, אפשר להזכיר את הגשמת הכל (הגאולה השלימה העתידה) ושזה אכן יקרה, אבל יצטרכו לחוות ייסורים וצער לפני כן – כל זה צריכים לומר. יום טוב מתייחס לעבר, וביחס לעתיד משלבים שני דברים: תפילה והודאה. התפילה משפיע על המאורעות, שהרי כצופים מראש שהגאולה העתידה קשור לייסורים וצער, ולעג מצד הגויים: "לָמָּה יֹאמְרוּ הַגּוֹיִם אַיֵּה נָא אֱ-לֹהֵיהֶם" (תהלים קטו, ב).[11] צופים מראש אירועים טרגיים, ובכל זאת אומרים הודאה. למה? מפני "אשירה לה' כי גמל עלי" – כאילו זה קרה. נותנים הודאה על העבר ולכן אפשר להזכיר גם העתיד ולתת הודעה

אימתי שאתה רואה את הרשעים פורחים כמו עשב לכסות את פני כל הארץ, והציצו כל עובדי ע"ז שהן ומעשיהן און, צפה לימות המשיח, שלא הרבה הקדוש ברוך הוא אותם אלא לאבדם מן העולם הזה ומן העולם הבא, שנאמר להשמדם עדי עד. ואתה מרום לעולם ה', ראה דוד שרבו רשעים כמו עשב ולא אמר הללויה עד שראה שהם עתידין להשמד, שנאמר יתמו חטאים מן הארץ ורשעים עוד אינם ברכי נפשי את ה' הללויה, ואז הקדוש ברוך הוא מלך בעליונים ובתחתונים, שנאמר ואתה מרום לעולם ה'."

[11] הרב הזכיר שחז"ל למדו שפסוק זה מתייחס לכמה מאוריעות כגון מה שקרה לחנניה מישאל ועזריה וכן למרדכי ואסתר, ונוסיף את ילקוט שמעוני תהלים רמז תרסא: "ד"א ואני בחסדך בטחתי, בבבל. יגל לבי בישועתך, במדי. אשירה לה', ביון. כי גמל עלי, באדום."

עליו (הגאולה) כאילו שזה כבר קרה. אבל מסייגים את זה – אין רק הודאה אלא גם תפילה, מפני הגאולה עתידה מצורף עם ייסורים, צער והקרבה.

הגאולה כוללת מאורעות העבר, ולכן ההודאה עליהם היא דבר שלם, ולכן אפשר להזכיר גם את העתיד, אלא שאז צריכים לציין לא רק סוף התהליך, אלא גם הדרך לגאולה שהוא מלא ייסורים, צער והקרבה. השורש של הגאולה הוא במאורעות העבר.

אולם בראש חודש אין הודאה על העבר – אם רוצים להודות על העבר יש לומר ברכי נפשי או פסוקי דזמרא. ההלל שנאמר הוא בתור הודאה על העתיד וזה מבוסס על העקרון של "ואני בחסדך בטחתי" – יש לי אמונה בחסד של ה'; "יגל לבי בישעתיך" – אני לא רואה שום אירועים שיש בו ייסורים, הישועה תבוא בלי הקרבה ודמעות; "אשירה לה'" - אני אשיר לה' "כי גמל עלי" – אני רואה את הכל כאילו אין ייסורים וצער, בביטחון גמור שיהיה גאולה וכאילו יש גאולה עכשיו. אני אומר הודאה שאני בטוח בחסדו, ולכן אין אומרים "לא לנו". אם אראה את הצער, את שעבוד מלכויות וייסורי הגאולה אי אפשר לומר את ההודאה.

לסיכום: "וַאֲנִי בְּחַסְדְּךָ בָטַחְתִּי יָגֵל לִבִּי בִּישׁוּעָתֶךָ אָשִׁירָה לַה' כִּי גָמַל עָלָי". לבי שמח בישועתך – כאילו הישועה כבר קרה ולכן אי אפשר להזכיר את פורעניות.

זה מוזר ופָּרָדוֹקְסָלִי שביו"ט ההלל כולל את כל תולדות ישראל, לכן ההלל על העתיד אינו מוצדק בזה שאני מצפה לעתיד כאילו הוא עכשיו, אלא ההלל מוצדק על ידי "בצאת ישראל ממצרים, בית יעקב מעם לועז, הייתה יהודה לקדשו...", ואז אפשר לתאר העתיד עם כל פרטיה באופן חיובי ובאופן שלילי – גם במונחים של ייסורים וצער וגם במונחים של גאולה וששון, במונחים של תפוסה וגם במונחים של ניצחון. השיר מוקדש למכלול תולדות עם ישראל – עבר ועתיד.

אבל אם השיר הוא מוקדש לגמרי לעתיד בלבד, על פי "וַאֲנִי בְּחַסְדְּךָ בָטַחְתִּי יָגֵל לִבִּי בִּישׁוּעָתֶךָ אָשִׁירָה לַה' כִּי גָמַל עָלָי". "יגל לבי בישועתך" – אני שמח רק בישועה של ה' ואינני רואה שום ייסורים. אולם, אם אני מדגיש את "לא לנו" ו"אהבתי", אז אין כאן "יגל לבי בישועתך". דוגמא לזה הוא עולא שביקש למות לפני שיבא המשיח, הוא אמר שהוא חוזה את הצער והייסורים

בחבלי מושיע, ולא מוכן לקבל אותו.[12] האם עולא יכול לומר שירה על העתיד? הוא לא יכול מפני שאם הוא לא מתמקד על הגאולה בלבד, אלא גם על ההקדמה של הגאולה, על הייסורים וצער של חבלי משיח, אי אפשר לומר שירה על הגאולה העתידה. רק "ואני בחסדך בטחתי יגל לבי בישועתך" אז "אשירה להי". אולם, אם אין התמקדות כזה וחושבים על "לא לנו" ו"אהבתי". אז אין זכות לומר הלל על הגאולה העתידה.

למעשה, לומר שירה על העתיד יש צורך באופי מיוחד להתעלם מן הייסורים ולשמח בניצחון הסופי. יש צורך באופי מלא גבורה כדי לסלק מן המחשבות את הסבל והייסורים, ולהתרכז בגאולה, אבל לא כולם יכולים לעשות זה. התכונה הזאת נמצאת באישיות של רבי עקיבה שיכול להתעלם מן הייסורים. הוא צחק וכל ימיו הצטער שלא יכול לקיים מצוות קידוש ה', אישויות כזה יכול לומר הלל בראש חודש.

אבל אם ההלל משקף את כל המאורעות העוברים על עם ישראל, ואין הבטחון גורם יחידי שהרי אומרים שירה על מה שקרה כבר, אז כשאומרים כל ההלל, מתמקדים על הכל, כולל כל העתיד, עם הייסורים, חבלי משיח עם הגאולה, על המבוא לגאולה.

הלל של ראש חודש זה ברכי נפשי ופסוקי דזמרה של הלל. אבל כששמע רב שדילגו את הזכרת הסבל "לא לנו" ו"אהבתי", אז הבין שהם רק אומרים את זה מטעם "ואני ברב חסדך... יגל לבי בישועתיך", ומתמקדים רק על הגאולה, ולא רואים את הסבל. מזכירים את המשיח בלי חבלי משיח וגאולה בלי שעבוד מלכויות. ממקדים על הנקודה הזאת של הגאולה בלבד.

---

[12] ראה מסכת סנהדרין (צח,ב): "אמר עולא: ייתי ולא איחמיניה. וכן אמר [רבה]: ייתי ולא איחמיניה, רב יוסף אמר: ייתי, ואזכי דאיתיב בטולא דכופיתא דחמריה. אמר ליה אביי (לרבא) [לרבה]: מאי טעמא? אילימא משום חבלו של משיח - והתניא, שאלו תלמידיו את רבי אלעזר: מה יעשה אדם וינצל מחבלו של משיח? - יעסוק בתורה ובגמילות חסדים. ומר - הא תורה והא גמילות חסדים! - אמר [ליה]: שמא יגרום החטא... וכן אמר רבי יוחנן: ייתי ולא יחמיניה..." ופירש המיוחס לרש"י שם: "ייתי - משיח ולא אחמיניה." וראה דברי היד רמ"ה שם: "אמר עולא ייתיה ולא אחמיניה יהי רצון שיבוא משיח ואל יראנו רב יוסף אמר ייתי ואזכי ואיתיב אפי' בטולא דכבותא דחמאריה ומיתצלנא. בטולא דכבותא בצל הרעי של חמורו כדאמרי' בהמוכר את הספינה רמא כבותא וסכריה לירדנא א"ל אביי לרבא מאי טעמא לא ניחא ליה למר דלחמיניה אילימא משום חבלו של משיח צרות שבאות בבואו לשון חבלי שאול סבוני (ש"ב כ"ב) צירים וחבלים (ישעיה י"ג) והתניא כו' א"ל שמא יגרום החטא ולא יעמדו לו זכיותיו ויענש באותה שעה."

כשחזה רב שדילגו ורק הזכירו את הדברים הטובים בלבד, הגאולה ומשיח, ולא הזכירו חבלי משיח ושיעבוד מלכויות, הבין שהם רוצים לקיים את הפסוק "וַאֲנִי בְּחַסְדְּךָ בָטַחְתִּי יָגֵל לִבִּי בִּישׁוּעָתֶךָ אָשִׁירָה לַה' כִּי גָמַל עָלָי", הניח להם שהרי מנהג אבותיהם בידיהם.

כל קדושת היום של ראש חודש קשורה לעתיד של עם ישראל, וזהו שנאמר "דוד מלך ישראל חי וקיים". הלל בראש חודש אינו הודאה על העבר, שהרי לראש חודש אין קשר ליציאת מצרים או מתן תורה, אלא הקשר הוא לגאולה העתידה.

וזה פירוש רש"י בנוסח של ברכת לבנה: "וללבנה אמר שתתחדש עטרת תפארת לעמוסי בטן שהן עתידין להתחדש כמותה ולפאר ליוצרם על שם כבוד מלכותו ברוך אתה ה' מקדש חדשים" או "מחדש חדשים". "מחדש חדשים" – לא חידוש הלבנה בלבד, אלא המחדש אף את כנסת ישראל.

ראש חודש וראש השנה ויוה"כ

ראש השנה חייב לבוא בחפיפה עם ראש חודש.

מה חוגגים בר"ה? זה היום תחילת מעשיך – מלכויות. קדושת היום כלומר, נושא ומוטיב המרכזי של היום, משמעות ומובן של היום הוא "מלכותו של הקב"ה". למעשה זה המסר של כל ראש חודש, וכן כשאומרים בקידוש לבנה "שהן עתידין להתחדש כמותה ולפאר ליוצרם על שם כבוד מלכותו ברוך אתה ה' מקדש חדשים" – "דוד מלך ישראל חי וקיים" כלומר המוטיב בראש חודש הוא ביאת המשיח והוא הדין ר"ה. ר"ה הוא ראש חודש מוכפל N פעמים, כל ראשי חדשים ביחד, כמו נחלים הזורמים לתוך הים. ראש חודש הוא מבוא ופרולוג לר"ה. זה הפשט ב"תקעו בחודש שופר בכסה ליום חגנו" – מדוע יש לדבר על ראש חודש אם יש לנו ראש השנה? מה ההבדל בין ר"ה לבין ראש חודש? מלכויות וקדושת היום של ראש השנה קשורים זה בזה, אי אפשר לומר "מקדש ישראל ויום הזיכרון" בלי להזכיר "מלך על כל הארץ" וברכת קדושת היום היא הסיומת של מלכויות.

ההבדל הוא: שצריכים לראות את גאולת המשיח בשתי רמות.

א) התגשמות של מאורעות היסטוריות מבחינת היהודי.

1. אין ספק שכלל ישראל צריך גאולה באופן דחוף. מחד גיסא מפני שיש עמלק באישיות של מנהיגים ערבים שרוצים להשמיד את ישראל, לא רק

המדינה כישות פוליטי אלא גם האנשים, נשים וטף, כמו היטלר ימח שמו. מאידך גיסא, יש איום של התבוללות הן בגולה והן באי"י. אם עיתון עברי (כמו מעריב או דואר היום) יכול לפרסם מאמר של שולמית אלוני – הרב לא רצה להזכיר הדברים שהרי הם היו בגדר מחרף ומגדף. הרב ציין שלמעשה קיימת שנאת ישראל על ידי יהודים.

כשמתפללים על הגאולה, מתמקדים על גאולה לעם ישראל מבחינת פיזית מצד נצר וסדאת. זה לא רק וישות פוליטי ועצמאות אלא יש איום על נפשם של עצם עם ישראל. לעם ישראל יהיה פרסטיג'ה בעולם, "וְרָאוּ כָּל עַמֵּי הָאָרֶץ כִּי שֵׁם יְקֹוָק נִקְרָא עָלֶיךָ וְיָרְאוּ מִמֶּךָּ" (דברים כח, י), ובביאת המשיח אומות העולם יהיו מפחדים מעם ישראל, שיהיה יראה מכלל ישראל הנובע מכבוד לעם ישראל.

ב) לביאת המשיח יש עוד פן ולזה גם מתפללים, וזה שביאת המשיח היא לא רק לעם ישראל יש גאולה ולא רק בארץ ישראל יהיה בו מדינה דתית, מוסרית, תורנית ועצמאית, אלא כל העולם יהיה נגאל, וכולם יכירו בהקב"ה כולל דרך הטבע. זה הפן האוניברסאלי של מלך המשיח.

בראש חודש וכן בקידוש הלבנה מתפללים על גאולת ישראל בלבד: "וללבנה אמר שתתחדש עטרת תפארת לעמוסי בטן שהן עתידין להתחדש כמותה..." – לא איכפת לנו מה יקרה בסין, בהודו, ובאנגליה.

יום כיפור הוא בודאי יום שלנו שהרי הגוים לא קבלו על עצמם את יום כיפור והם לא מבינים אותו – כִּי בַיּוֹם הַזֶּה יְכַפֵּר עֲלֵיכֶם לְטַהֵר אֶתְכֶם מִכֹּל חַטֹּאתֵיכֶם לִפְנֵי ה' תִּטְהָרוּ (ויקרא טז, ל) – זה אבינו שבשמים וזה כל היום.[13] עד מנחה זה היום שלנו. אולם, אחרי שעברנו את מוסף ועבודת היום ואמרנו: "אָנָּא הַשֵּׁם. חָטָאוּ. עָווּ. פָּשְׁעוּ לְפָנֶיךָ עַמְּךָ בֵּית יִשְׂרָאֵל. אָנָּא בַּשֵּׁם. כַּפֶּר נָא לַחֲטָאִים וְלַעֲוֹנוֹת פְּשָׁעִים. שֶׁחָטְאוּ וְשֶׁעָוּו וְשֶׁפָּשְׁעוּ לְפָנֶיךָ עַמְּךָ בֵּית יִשְׂרָאֵל", פתאום היהודי שואל את עצמו מה עם יתר העולם? האם יהיה להם כפרה או לא? הוא מזכיר לעצמו דבר זה במנחה, שהרי עד מנחה הוא היה עסוק עם עצמו שהרי אם היהודי עסוק עם הגוי הוא יהפוך להיות גוי, ובזה לא ישלים

[13] ראה מאמרו של ידידי דר' אהרן לוסטיגר [Arnold Lustiger], "An Enigmatic Equation in the Teshuva Lectures of Rabbi Joseph B. Soloveitchik," Tradition, 33,4 (1999), עמ' 27-34. עיין עוד דברי השקפה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 192-184.

הרבה – דבר ראשון צדקה מתחילה בבית.[14] בשחרית ההפטרה היא ״סולו סולו פנו דרך הרימו מכשול מדרך עמי״ וממוען ליהודי. אולם במנחה, ההפטרה מדברת על גוים, על נינוה.[15] כשיהודי השיג כפרה, הוא מתחיל להתפלל בשביל כפרה אוניברסלית לכל העולם כולו. בנעילה אנחנו אומרים אַתָּה הִבְדַּלְתָּ אֱנוֹשׁ מֵרֹאשׁ וַתַּכִּירֵהוּ לַעֲמֹד לְפָנֶיךָ. היינו יכולים לומר ״אתה הבדלת עמך ישראל מראש״. אולם אנחנו אומרים דווקא ״אנוש״ שהרי המטרה הסופית היא גאולה לכל העולם כולו.

וזה אכן מהותו של ראש השנה שיש בו היבט אוניברסאלי, שהרי מה אומרים בראש השנה? ״מלוך על כל הָעוֹלָם כֻּלּוֹ בִּכְבוֹדֶךָ, וְהִנָּשֵׂא עַל כָּל הָאָרֶץ בִּיקָרֶךָ, וְהוֹפַע בַּהֲדַר גְּאוֹן עֻזֶּךָ עַל כָּל יוֹשְׁבֵי תֵבֵל אַרְצֶךָ, וְיֵדַע כָּל פָּעוּל כִּי אַתָּה פְעַלְתּוֹ – יהודי וגויים – וְיָבִין כָּל יְצוּר, כִּי אַתָּה יְצַרְתּוֹ – הרב חשב שכאן הכוונה אפילו לעולם הזואולוגי, החיות בשדה, כולם צריכים להכיר את הקב״ה – וְיֹאמַר כֹּל אֲשֶׁר נְשָׁמָה בְאַפּוֹ, ה׳ אֱ-לֹהֵי יִשְׂרָאֵל מֶלֶךְ, וּמַלְכוּתוֹ בַּכֹּל מָשָׁלָה״. יהודי וגוי וגם החיה בשדה, המלכות הזואולוגי צריך להכיר בה׳. זהו ראש השנה – ראש חודש כביר. האידיאל של חידוש הלבנה שהוא חידוש מלכות ישראל הופך להיות אוניברסאלי וכולל חידוש כל העולם כולו – זהו ראש השנה.

---

[14] פתגם אמריקאי: charity begins at home.

[15] הרב הרחיב בעניין ההפטרה של מנחה ביום כיפור ושהיהודי במנחה חושב על יתר העולם בכנס תשובה דרשה שלו בשנת תשל״ז וסוכם ע״י ידידי ד״ר אהרן לוסטיגר נ״י בספרו (באנגלית) לפני ה׳ תטהרו, 1998, עמ׳ 159-157. ראה גם השקפת הרב (אנגלית), ח״ב, פרק טו, ערוך ע״י ר״א בית-דין, 1989, עמ׳ 149-141, העוסק באותו עניין.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לפר' זכור תשע"א לפ"ק*

זכור את אשר עשה לך עמלק בדרך בצאתכם ממצרים, אשר קרך בדרך ויזנב בך כל הנחשלים אחריך ואתה עיף ויגע ולא ירא אלקים, והיה בהניח ה' אלקיך לך מכל אויביך מסביב בארץ אשר ה' אלקיך נותן לך נחלה לרשתה תמחה את זכר עמלק מתחת השמים לא תשכח. ואיתא בפרקי דר"א (פמ"ד): אמרו לו ישראל, משה רבינו, כתוב אחד אומר זכור את עשה לך עמלק וכתוב אחד אומר זכור את יום השבת לקדשו, היאך יתקיימו שניהם, זה זכור וזה זכור, אמר להם משה, לא דומה כוס של קונדיטון לכוס של חומץ, זה כוס וזה כוס, זה זכור לשמור ולקדש את יום השבת שנא' זכור את יום השבת לקדשו, וזה זכור להשמיד ולהכרית את כל זרעו של עמלק שנא' זכור את עשה לך עמלק עכ"ל.

וצריכים להבין מה היה קשה להם לישראל שטענו היאך יתקיימו שניהם, וכי אי אפשר לזכור שני דברים אלו. ועוד צריכים לדעת למה בחרו דוקא בשתי זכירות אלו, הלא יש עוד זכירות אחרות בתורה שחייבים לזכור, וא"כ למה היה קשה להם רק על שתי אלו היאך יתקיימו שתיהם. גם צריכים להבין תשובת משה רבינו שאמר להם לא דומה כוס של קונדיטון לכוס של חומץ, דמה ענין זה אצל הזכירות.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה יש להבין למה עשה הקב"ה שיקדים עמלק לצאת למלחמה נגד ישראל לפני קבלת התורה, הלא מה שעשו הוא נגד ההגיון, שהרי היה זה זמן קצר אחרי קריעת ים סוף, ובקריעת ים סוף כתיב (שמות טו,יד-טז) שמעו עמים ירגזון חיל אחז יושבי פלשת, אז נבהלו אלופי אדום אילי מואב יאחזמו רעד נמוגו כל יושבי כנען, תפול עליהם אימתה ופחד בגדול זרועך ידמו כאבן, וא"כ איך יתכן שעמלק לא פחד מישראל. ובודאי אין זה מקרה בעלמא, שהרי מצינו שגם בימי מרדכי ואסתר היו צריכים להילחם עם המן-עמלק לפני שקבלו התורה, וכדכתיב (אסתר ט, כז) קיומו וקבלו היהודים, ואיתא בגמ' שבת (פח, א): אמר רב אחא בר יעקב מכאן מודעא רבה לאורייתא, אמר רבא אף על פי כן הדור קבלוה בימי

* שיחה שנמסרה בכולל לקראת שבת זכור ה' תשע"א.

אחשורוש דכתיב קיימו וקבלו היהודים - קיימו מה שקיבלו כבר עכ״ל, וחזינן דגם בימי מרדכי ואסתר קדמה מלחמת עמלק לקבלת התורה. וא״כ טעמא בעי.

אולם הענין יבואר ע״פ מאי דאיתא בגמ׳ שבת (פט, א): מאי הר סיני - הר שירדה שנאה לאומות העולם עליו עכ״ל, ופירש״י: שנאה לאומות העולם - שלא קבלו בו תורה עכ״ל. ויוצא מפירוש רש״י שהשנאה שירדה בהר סיני היא השנאה ששונאים הקב״ה וישראל את אומות העולם. אולם בדרשות הר״ן (הדרוש השביעי) כתב: מאי הר סיני, שירדה שנאה לאומות העולם עלינו, וכמו שאמרו (שהש״ר פר׳ ב) אם תמצאו את דודי מה תגידו לו שחולת אהבה אני - הגידו לו שכל חלאים שהאומות העולם מביאים עלי אינם אלא בשביל שאני אוהבת אותו עכ״ל. וכן כתב בעיון יעקב (שבת שם): אין הכוונה שעובדי כוכבים נשנאים, דא״כ היינו חורבה לעובדי כוכבים, אלא הכי פירושו שירדה שנאה דהיינו שהם שונאים אותנו כדאיתא במדרש בשביל התורה והמצוות שאנו מקיימין הם שונאים אותנו יותר מכל האומות, וכן פירש״י איכה (א,כא) בפסוק שמעו כי נאנחה אני כי אתה עשית [וז״ל רש״י שם: אתה גרמת לי שהם שונאים אותי שהבדלתני ממאכלם וממשתיהם ומהתחתן בם אם נתחתנתי בהם היו מרחמים עלי ועל בני בנותיהם] עכ״ל. ולפי פירושם הכוונה היא ששנאת עולם לעם עולם נובעת מזה שקבלו בני ישראל את התורה מהר סיני.

ופשוט הוא שאין כאן מחלוקת בין הפירושים, אלא כוונת הדברים היא שמהר סיני ירדה שנאה הדדית בין הקב״ה וישראל לאומות העולם, והיינו כדכתיב (משלי כז, יט) כַּמַּיִם הַפָּנִים לַפָּנִים כֵּן לֵב הָאָדָם לָאָדָם, ופירש״י: כמים - הללו הפנים שאתה מראה לתוכן הן מראות לך, כן לב האדם לאדם - חברו, לפי מה שאדם יודע שחבירו אוהבו כן הוא מראה לו פנים עכ״ל. וממילא אם שונאים אומות העולם את ישראל אזי שונאים ישראל אותם. ולא עוד אלא דתניא בספרי במדבר (בהעלותך פיסקא פד): וינוסו משנאיך, וכי יש שונאים לפני מי שאמר והיה העולם, אלא מגיד הכתוב שכל מי ששונא את ישראל כאלו שונא את מי שאמר והיה העולם עכ״ל, ומכיון שנחשבים הם כשונאים להקב״ה הרי במקביל הקב״ה שונא אותם.

ומאחר שקבלת התורה מביאה לזה שאומות העולם שונאים את ישראל א״כ מוכרחים בני ישראל ללמוד להתמודד עם התנגדות האומות בכל הדורות. ובכן יש לנו לומר דזהו הטעם שנתן הקב״ה בלב עמלק שיצאו להילחם עם

ישראל דוקא לפני קבלת התורה, והיינו כדי שיוכרחו בני ישראל להתמודד אתם וינצחו אותם, ומזה יקבלו בני ישראל התעוזה והאומץ להילחם בכל שונאי ישראל בכל הדורות, שאם הם היו יכולים להתמודד עם אויב מר כמו עמלק ולנצח אותו בודאי יוכלו להתמודד עם כל שונאי ישראל שבכל הדורות. ואומץ ותעוזה זו הם תנאי קודם למעשה קבלת התורה, שאם בני ישראל יהיו נרפים ונכנעים לאומות העולם בודאי לא יוכלו להתקיים בין שבעים זאבי טרף כעם לבדד ישכון ובגויים לא יתחשב (במדבר כג, ט).

ובזה מובן מאי דאיתא בפ״ק דמגילה (ז, א): אמר רב שמואל בר יהודה שלחה להם אסתר לחכמים קבעוני לדורות, שלחו לה קנאה את מעוררת עלינו לבין האומות (שיאמרו האומות שאנו שמחים להזכיר מפלתן), שלחה להם כבר כתובה אני על דברי הימים למלכי מדי ופרס (ושם יהו רואין מה שאירע להם על ידי ישראל), רב ורב חנינא ורבי יוחנן ורב חביבא מתנו, בכוליה סדר מועד כל כי האי זוגא חלופי רבי יוחנן ומעייל רבי יונתן, שלחה להם אסתר לחכמים כתבוני לדורות, שלחו לה הלא כתבתי לך שלישים (בשלשה מקומות יש לנו להזכיר מלחמת עמלק בספר ואלה שמות ובמשנה תורה ובספר שמואל), שלישים ולא רבעים (וזהו שאמר שלמה בדבר ששילשתו אי אתה רשאי לרבעו), עד שמצאו לו מקרא כתוב בתורה כתוב זאת זכרון בספר, כתוב זאת מה שכתוב כאן ובמשנה תורה (דכל מה שכתוב בתורה קורא כתב אחד), זכרון מה שכתוב בנביאים, בספר מה שכתוב במגילה כו׳ עכ״ל.

וצריכים להבין הדו-שיח שבין אסתר לחכמים, שחכמים טענו קנאה את מעוררת עלינו לבין האומות, וכוונתם לומר שאם יפרסמו בספר התפארותם של ישראל בנס שהיה להם עד שחוגגים הם נצחונם בשמחה משתה ויו״ט לכל הדורות הבאים הרי אין לך התגרות באומות גדולה מזו. וא״כ מה פירוש תשובתה של אסתר שהיא כתובה על דברי הימים למלכי מדי ופרס, הא שם כתוב רק מה שקרה אז, אבל ודאי לא כתוב שם שהיהודים עשו מזה חגיגה גדולה לכל הדורות.

ולפי דברינו מובנת תשובת אסתר לחכמים, דאדרבה עצם הדבר שהיו ישראל צריכים להתמודד עם עמלק ולהלחם נגדו היה כדי לתת לישראל האומץ והתעוזה להלחם על נפשם ועל זכותיותיהם ולא לפחד מן הגויים, וזו היתה הקדמה לקבלת התורה מחדש. ומהאי טעמא גופא היו בני ישראל צריכים לחגוג הנס הזה לכל הדורות כדי שיזכרו מה שהיה אז ויקבלו מזה חיזוק

לדורי דורות. והיה בזה מסר גם לגויים שהם ידעו שהיהודים אינם מפחדים מהם ואינם נכנעים להם, ואם יש צורך הם מוכנים לצאת למלחמה נגדם. ומסר זה היה כתוב בדברי הימים למלכי מדי ופרס.

ולפי זה מובן המשך המאמר בגמ׳ ששלחו לה חכמים הלא כתבתי לך שלשים ולא רבעים, והיא ענתה להם במאי דכתיב (שמות יז,יד) כתוב זאת זכרון בספר, כלומר שעצם המלחמה היה כדי שייכתב בספר לדורי דורות שהיהודים מוכנים להילחם בעמלק ולנצחם, וא״כ אין בכתיבת מגילת אסתר הוספה על התורה, אלא אדרבה קיום דברי תורה, שדוקא ע״י זה היו יכולים לקבל התורה מחדש ולהיות בטוחים בקיומה.

ובאמת למדים אנו ממעשה אסתר איך להתמודד עם שונאי ישראל, דהנה על הפסוק (אסתר ב,טו) ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה אמרו חז״ל (מגילה ז,א; שם יג,א) שלכל אחד נדמתה לו כאומתו, וכתב על זה החתם סופר (תורת משה על מגילת אסתר): והנה ע״י כך נדמתה להמן שהיא עמלקית, ולא נזהר ממנה, כי חשב שהיא בוודאי תסכים לכלות ישראל כדרך עמלק עכ״ל [ועוד איתא במדרש (אסת״ר ז,ד): אחר הדברים האלה גדל המלך אחשורוש, הרהורי דברים היו שם, ומי הרהר, ר׳ יהודה אמר המן הרהר אמר אם אסתר יהודית היא, קרובתי היא מן אבי עשו הה״ד (מלאכי א׳) הלא אח עשו ליעקב, ואם גויה היא כל הגוים קרובים אלו לאלו עכ״ל].

והנה כל זה הוא כאשר הגויים לא ידעו אם אסתר היא יהודיה או לא, ולכך חשבו שהיא תהיה על צידם כיון שהיתה דומה להם. אבל זה נוגע גם לדידן שיודעים הגויים שאנו יהודים ושונאים אותנו בגלל זה. גם בכאי גוונא יש תועלת שבעיניהם נהיה דומים להם. והיינו שאם הם שפלים ואכזרים בהתנהגותם אלינו יש להם לקחת בחשבון שאנו יכולים להיות דומים להם גם בזה. ואדרבה הנשק שלנו הוא בזה שבעיניהם אנו דומים להם, ולא ניכנע להם ונילחם נגדם בחירוף נפש. ובאמת רואים אנו עכשיו שמסתכלים הגויים עלינו ככובשים אכזריים, ומאשימים אותנו בדברים שאין להם שחר שהם רחוקים כל כך מן האמת. אכן אנו צריכים להכיר שגם בזה יש חסד מאת הקב״ה שבעיניהם אנו נדמים להם, והם צריכים לקחת בחשבון תדמית זו בהתמודדותם אתנו. וטועים הם החושבים שננצח הגויים ע״י התרפסות בפניהם ולהיראות בעיניהם כיפה-נפש, כי אנו מרפים בזה את כח עמידתנו נגדם. והחוזק שלנו הוא בזה שמדמים הגויים שאנו לוחמים אכזריים שמוכנים לעשות הכל כדי לנצחם.

ואדרבה ההתנגדות שהתנגדו האומות לישראל היתה שמירה מעולה לנו בכל הדורות, שהשנאה שבין ישראל לאומות העולם היתה תריס נגד ההתבוללות והטמיעה בקרב העמים. ולקח ההיסטוריה הוא שדוקא במקומות שהראו הגויים פנים שוחקות לישראל גברה הטמיעה וההתבוללות. וזאת היא הסיבה גם לשנאת הערבים לישראל כדי למנוע מאתנו מלהתערב בהם. ורואים אנו בזה יד ה׳ ששם אותנו דוקא במזרח התיכון אצל הגויים הגרועים והשפלים ביותר כדי שנדע להתרחק מהם ולא להתקרב אליהם ח״ו.

ומעתה חוזרים אנו לבאר מאמר הפרקי דר׳ אליעזר שהקדמנו, דהנה כתב בספר הכוזרי (ג,י) שהשבתות והימים טובים הצילו את בני ישראל מן העבדות. דהנה בני ישראל ברוב ההיסטוריה שלהם היו בגלות משועבדים אצל האומות, וגם הם מוכשרים וחרוצים יותר מכל האומות, וא״כ יש לשאול איך זה שלא לקחו אותם הגויים להיות עבדים, הלוא אין לך עבדים יותר טובים מהם. והתשובה היא שהשבתות והימים טובים הצילו אותם מעבדות, שהרי בבוא יום השבת ובבוא יום טוב יפסיקו היהודים לעבוד, ושום דבר לא יזיז אותם מזה, וכך הם ישבשו את סדר החיים אצל הגויים. לכן לא היה כדאי לגויים להסתבך אִתָּם לקחת אותם לבתיהם להיות להם לעבדים.

ובזה בארתי מאי דכתיב (דברים ה,טו) וזכרת כי עבד היית בארץ מצרים ויוציאך ה׳ אלקיך משם ביד חזקה ובזרוע נטויה על כן צוך ה׳ אלקיך לעשות את יום השבת, מפני שהשבת תשמור עליך מליפול בעבדות. ולכן מדגיש הכתוב ויוציאך ה׳ משם ביד חזקה ובזרוע נטויה לומר שביציאת מצרים נתן הקב״ה את הכח והתעוזה לעמוד בגאוה ובגאון נגד האומות ששוב לא ירגישו את עצמם כנבזים ושפלים כמו עבדים. והכח הזה מתקיים אצלם ע״י מתנת השבת.

ולפי זה מובן היטב מה ששאלו בני ישראל למשה, כתוב אחד אומר זכור את עשה לך עמלק וכתוב אחד אומר זכור את יום השבת לקדשו, היאך יתקיימו שניהם, זה זכור וזה זכור. והכוונה היא שלכאורה שתי הזכירות הללו סותרות זו את זו, שאם זכירת השבת מחזק בני ישראל עד כדי כך שיכולים להיות בגלות בין הגויים ובכל זאת לא ייכנעו אליהם ולא ייהפכו להיות עבדים להם א״כ למה צריכים כל הענין הזה של מלחמת עמלק, הלא בלאו הכי לא ייכנעו להם. ואי נימא שלא די בזכירת השבת אלא צריך דוקא

להילחם נגד הגויים, ובלאו הכי עלולים להיכנע אליהם ולהיטמע בהם א״כ למה צריכים זכירת השבת, הלא בלאו הכי לא ייהפכו להיות עבדים לגויים.

ועל זה ענה להם משה, לא דומה כוס של קונדיטון לכוס של חומץ, זה כוס וזה כוס, שהכוונה היא שכמו שחומץ וקונדיטון נראים כמו הפכים, שהרי קונדיטון הוא סוג של יין משובח שמוסיפים לו דבש ופלפלין וחומץ הוא יין שנתקלקל, ובכל זאת יש תועלת בשניהם, לפעמים צריכים קונדיטון ולפעמים צריכים פלפלין, כך הוא בשתי הזכירות הללו - זה זכור לשמור ולקדש את יום השבת שנא׳ זכור את יום השבת לקדשו, וזה זכור להשמיד ולהכרית את כל זרעו של עמלק שנא׳ זכור את עשה לך עמלק, דהיינו שיש צורך בשתיהן.

כאשר בני ישראל הם בגלות ואי אפשר להם להילחם נגד הגויים אזי הדרך להיות לעמוד בגאון מול הגויים הוא ע״י שמירת השבת, אבל כאשר בני ישראל הם בארצם, ומרגישים הם שיש להם עצמאות ומרגישים הם שיכולים להסתכל על הגויים בגובה עיניים אזי תוקפת אותם עייפות מהתמודדות עם הגויים, ונתקיים בהם מאי דכתיב (דברים כה, יח) ואתה עיף ויגע ולא ירא אלקים, ואינם ערנים וזהירים מהתבוללות, אז בלית ברירה מביא עליהם הקב״ה עמלק לעוררם לעמוד על המשמר. וזהו שאמר הכתוב (שם, יט) והיה בהניח ה׳ אלקיך לך מכל אויביך מסביב בארץ אשר ה׳ אלקיך נותן לך נחלה לרשתה תמחה את זכר עמלק מתחת השמים לא תשכח, כלומר דוקא כאשר אתם מרגישים כאילו הגעתם אל המנוחה ואל הנחלה ואינכם צריכים לדאוג מן הגויים, ואדרבה אתם רוצים להתקרב אליהם ולמצוא חן בעיניהם, דוקא אז מזהירה התורה שלא לשכוח את עשה לך עמלק, ודוקא ע״י זכירה זו תעמדו על המשמר להיות עם לבדד ישכון ובגויים לא יתחשב.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לפר' בהעלותך תשע"א לפ"ק*

וביום הקים את המשכן כסה הענן את המשכן לאהל העדות, ובערב יהיה על המשכן כמראה אש עד בוקר, כן יהיה תמיד הענן יכסנו ומראה אש לילה, ולפי העלות הענן מעל האהל ואחרי כן יסעו בני ישראל, ובמקום אשר ישכון שם הענן שם יחנו בני ישראל. וצריכים להבין מה ענין זה שדוקא ענן מכסה את המשכן, ודוקא הענן הוא סימן למסע בני ישראל ולחנייתם. ועוד צריכים להבין, הא לכאורה זה סותר למאי דכתיב אחרי כן (במדבר י,ב) עשה לך שתי חצוצרות כסף מקשה תעשה אותם, והיו לך למקרא העדה ולמסע את המחנות, אלמא דהחצוצרות הן היו הסימן למסע ולחנייה, וא"כ מה ענין זה שהיו נוסעים וחונים על פי הענן.

והנה כתיב (שמות יט,ט) הנה אנכי בא אליך בעב הענן בעבור ישמע העם בדברי עמך וגם בך יאמינו לעולם. ומשמעות הדברים היא שדוקא מפני שבא אל משה בעב הענן ישמע העם בדברו עמו, ובלאו הכי לא. וצריכים להבין מה ענין זה אצל סיפא דקרא דקאמר וגם בך יאמינו לעולם.

והנראה לומר בזה הוא ע"פ מה שכתב במגן דוד בשם אביו הרה"ק המגיד מטשרנוביל זי"ע שפירש מאי דכתיב (תהלים קד,ג) השם עבים רכובו, דהיינו שבכל העביות והגשמיות של עסקי העולם הזה, שבהם יוכל להיות ח"ו כל בחי' מסכים המבדילים, ויכול ליפול אל כל גשמיות העולם, צריך לראות שמהם ובהם יעבוד את הבורא ב"ה, ולעשות מהם יחודים קדושים ולהעלותם, וישים מכל העביות והגשמיות רכובו - מרכבה ומשכן לשמו יתב' ודפחק"ח.

וכדי להבין זה יש להקדים מה שכתב המהר"ל בתפארת ישראל (פי"ג): דע כי התורה התמימה תקיף גם כן בכל ההשגות ולא תחסר כל בה, ועם כי נראה בעיני האדם כי דברי התורה הם כדברים פחותים ושפלים, אין בזה תמיה, כי קרה לתורת האדם מה שקרה אל האדם, כי האדם עומד בתחתונים עם שיש לו נשמה שהיא חצובה מתחת כסא כבודו יתברך ממדרגה עליונה גם זורח עליו צלם אלקים שהיא המעלה העליונה, כך הם מצות התורה עם שהם

* שיחה שנמסרה בכולל, סמוך לחג השבועות תשע"א.

דברים גשמיים יש להם סוד פנימי שהוא עומד ברומו של עולם. ומעתה אל יתמה האדם איך יזכה האדם לעולם הבא על ידי התורה שהיא בדברים הקטנים והפחותים, כי השאלה הזאת גם כן כמו השאלה על האדם איך יזכה האדם בעל חומר לחיים הנצחיים, שהתשובה בזה עם שהאדם הוא בעל גוף וחומר, אל תסתכל בקנקן אלא במה שיש בו כי יש בו רוח אלקים נשמה קדושה אשר הנשמה הזאת חצובה מתחת כסא הכבוד, ובשביל הנשמה הזאת זוכה האדם אל חיים הנצחיים, וכך, עם שמצות התורה נראה שהם בדברים הפחותים יש במצות דברים עליונים על הכל מגיעים עד עולם הבא, עד שמצות התורה שמחויב האדם לפעול הם דומים לגמרי אל האדם ונשמתו. ולפיכך כמו האדם עצמו אשר הוא עומד בעולם הזה ונשמתו מגיע עד עולם הבא, כך התורה והמצות שמחויב האדם לפעול הם בדברים שהם בעולם הזה ותכלית מדרגתם עומד ברומו של עולם עכ״ל.

ולמדים אנו מדברי המהר״ל שעיקר המצוות שנצטוינו בתורה הקדושה הן דוקא בדברים גשמיים, שדוקא על ידם יגיע האדם למעלה העליונה של שכר העולם הבא, שכמו שהאדם שהוא גוף גשמי ונמצא בתוכו נשמה אלקית שהיא חלק א-לוה ממעל כך הן מצוות התורה שאף על פי שהם נעשות בדברים גשמיים מ״מ גלום בתוכן רוח אלוקי ממרום. אלא דהא גופא קשיא, למה עשה הקב״ה כך שהאדם הוא גוף גשמי הפועל בזירה גשמית, ודוקא על ידי זה ישיג המעלה הרוחנית הגבוהה ביותר.

אולם הענין יתבאר ע״פ מאי דתנן בסוף מס׳ אבות (ו,א): כל מה שברא הקב״ה בעולמו לא בראו אלא לכבודו, שנא׳ כל הנקרא בשמי ולכבודי בראתיו יצרתיו אף עשיתיו, ואומר ה׳ ימלוך לעולם ועד עכ״ל, ואם כל שנברא בעולם לא נברא אלא לכבודו של מקום, א״כ אפילו המדריגות השפלות ביותר ביצירה יש בהם כבודו של מקום, ואם כן מוכרח שתהיה האפשרות לגלות על ידם כבודו של מקום. ולכך המצוות מתקיימות דוקא בזירה הגשמית כדי שיתגלה שם כבודו של מקום. ולא בכדי מסתיימת פרק קנין תורה דוקא במשנה זו, מפני שבה מתגלמת תכלית התורה, והיא לגלות כבודו של מקום בכל היצירה כולה, אפילו במדריגות השפלות ביותר.

ומהאי טעמא כתיב (משלי ג,ו) בכל דרכיך דעהו והוא יישר אורחותיך, ותנן (אבות פ״ב מי״ב) וכל מעשיך יהיו לשם שמים, והיינו משום שלא יתכן שום דבר בעולם שלא נברא לכבודו של מקום, ולפיכך חייב האדם לנצל כל דבר

שהוא בא במגע אתו לכבודו של מקום. וכל שהדבר שפל יותר וגשמי יותר אזי אם משתמש בו לכבודו של מקום הרי התגלות הכבוד הוא גדול יותר.

והנה איתא בגמ׳ חגיגה (יג,ב): אמר רבא כל שראה יחזקאל ראה ישעיה, למה יחזקאל דומה, לבן כפר שראה את המלך, ולמה ישעיה דומה, לבן כרך שראה את המלך. ונראה דביאור המאמר הוא שישעי׳ אמר (ישעי׳ ו, א): וארא את א-דני יושב על כסא רם ונשא ושוליו מלאים את ההיכל, והיינו שראה השכינה יושבת על הכסא בתוך ההיכל, אבל יחזקאל ראה את השכינה יושבת במרכבה. וההבדל בין כסא בהיכל למרכבה הוא שהכסא בהיכל הוא מקום מושב קבוע, אבל מרכבה הוא מושב נייד. וזהו שאמר רבא שיחזקאל דומה לבן כפר שרואה את המלך במרכבה שלא במקומו הקבוע מפני שיחזקאל היה מתנבא בגלות, אבל ישעי׳ שהיה מתנבא בירושלים דומה לבן כרך שרואה את המלך במושבו הקבוע בהיכלו.

ולפי זה יש לבאר מה שאמרו חז״ל במדרש (ב״ר מז,ו) שהאבות הן הן המרכבה, שהכוונה היא שהאבות בכל מעשיהם ובכל הליכותיהם גילו כבודו של מקום למטה בעולם השפל, וא״כ הם עצמם הפכו להיות מקום מושב השכינה, שהשכינה התגלתה אצלם, וזהו שאמרו עליהם שהן הן המרכבה, כלומר שהם היו מקום מושבו של הקב״ה בעולם השפל הגשמי.

ובכן זהו שאמר המגיד מטשרנובל זי״ע השם עבים רכובו, דהיינו שהקב״ה רוצה שגם המקומות האפלים ישמשו כמרכבתו, והיינו שנלך בדרכי האבות לעבוד את השי״ת גם בדברים הגשמיים ביותר ונקדש על ידם שם שמים, וע״י זה גם אנו נהפוך להיות מרכבה אליו יתב׳, וכמו שאמרו חז״ל בתנא דבי אליהו רבה (פכ״ג): לפיכך [יהיו] אומרים כל אחד ואחד מתי יגיעו מעשיי למעשה אברהם יצחק ויעקב עכ״ל.

וזהו שאמר הנה אנכי בא אליך בעב הענן בעבור ישמע העם בדברי עמך, כלומר שגם פשוטי העם ילמדו שהם יכולים לעבוד את השי״ת בכל מדריגה שנמצאים בה, ולא ניתנה תורה רק לגדולי דעה בלבד, אלא כל חד וחד לפום שיעורא דיליה (עי׳ זוח״א קג,ב; לק״א תניא פמ״ד) יכול להיות מרכבה להשי״ת ע״י קיום מצוות גשמיות וע״י השתמשות בדברים גשמיים לשם שמים. אבל תנאי יש בזה שצריכים הדרכה ממורי האומה שיאירו את עיני העם איך לעשות את זה, שאם לא כן הם יכולים להגיע לידי הפך התכלית. וזהו שאמר וגם בך יאמינו לעולם, כלומר שהם צריכים להיות דבקים במשה

רבינו, ובמורי האומה שהם המשך משה רבינו בכל דור ודור דאתפשטותיה בכל דרא ודרא כדאיתא בתיקוני הזוה״ק (קיד,א).

והנה איתא במדרש תנחומא (נשא סי׳ טז): אמר ר׳ שמואל בר נחמן בשעה שברא הקב״ה את העולם נתאוה שיהא לו דירה בתחתונים כמו שיש בעליונים ברא את האדם וצוה אותו ואמר לו מכל עץ הגן אכול תאכל ומעץ הדעת טוב ורע לא תאכל ממנו ועבר על צוויו, אמר ליה הקב״ה כך הייתי מתאוה שיהא לי דירה בתחתונים כמו שיש לי בעליונים ודבר אחד צויתי אותך ולא שמרת אותו, מיד סלק הקב״ה שכינתו לרקיע הראשון מנין דכתיב וישמעו את קול ה׳ אלקים מתהלך בגן, כיון שעברו על הצווי סלק שכינתו לרקיע הראשון, עמד קין והרג להבל מיד סלק שכינתו לרקיע שני כו׳, אמר הקב״ה שבעה רקיעים בראתי ועד עכשיו יש רשעים לעמוד בה מה עשה קפל את כל הדורות הראשונים הרשעים והעמיד אברהם כיון שהעמיד אברהם סיגל מעשים טובים ירד הקב״ה מן רקיע שביעי לששי, עמד יצחק ופשט צוארו על גבי המזבח, ירד מששי לחמישי כו׳, עמד משה והורידה לארץ שנא׳ וירד ה׳ על סיני וכתיב באתי לגני אחותי כלה - אימתי כשהוקם המשכן עכ״ל.

ורואים אנו מזה שהמשכן מורה על זה שהקב״ה רוצה ששכינתו תשרה ותתגלה בעולם הגשמי השפל. והיינו כדכתיב (שמות כה,ח) ועשו לי מקדש ושכנתי בתוכם, וכוונת הפסוק היא כמו שפירש האלשיך הקדוש שע״י המשכן הקב״ה שוכן בתוך כל אחד ואחד מישראל, והיינו שיש להם האפשרות לגלות השכינה באיזו מדריגה שלא יהיו. ולפי זה מובן למה הענן היה מכסה את המשכן, והיינו להורות שכל תכלית המשכן היא שילמדו בני ישראל לגלות את השכינה ואפילו בתוך עב ענן הגשמיות. ומשום הכי הענן היה סימן למסע בני ישראל ולחנייתם, והיינו שבכל מקום שיגיעו בני ישראל ידעו שגם שם הם צריכים לגלות כבודו של מקום.

ובזה נבוא אל הביאור, דאין סתירה בין פרשת הענן לפרשת החצוצרות, שהרי ההדרכה בענין הענן היתה צריכה להיות דוקא ע״י משה רבינו, ולכך נאמר עשה לך שתי חצוצרות כסף למקרא העדה ולמסע את המחנות, והיינו שלא די בעב הענן, אלא צריכים גם להדרכה והוראה ממשה רבינו וממורי האומה בכל דור ודור שבאים בעקבותיו, ורק על ידם נוכל לדעת איך לגלות השכינה בכל מקום ובכל זמן.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לחודש אלול תשע"א לפ"ק

איתא במגלה עמוקות (פר' עקב): אלו"ל, שיהיה לישראל ארון לוחות ושברי לוחות עכ"ל. וביאור דבריו הוא דאיתא בגמ' ב"ב (יד, ב): דאמר רב הונא מאי דכתיב אשר נקרא שֵם שֵם (תרי זימני כתיבי ללוחות ולשברי לוחות) ה' צ-באות יושב הכרובים עליו, מלמד שלוחות ושברי לוחות מונחים בארון עכ"ל. וכתב המהרש"א בחי' אגדות: כי הלוחות הם מעשה ידיו והן אותיות של שמו ית' שהיתה לפניו כתובה טרם שנתנם באש שחורה ע"ג אש לבנה עכ"ל. ולמדים אנו מזה שגם שברי לוחות נמצאים בארון, ששברי לוחות הם שווים ללוחות שלא נשברו כיון ששניהם מעשה אלקים. ויוצא מזה שהקב"ה עשה גם לוחות שהיו עתידים לישבר וגם לוחות שלא יישברו. והרי זה מורה שהקב"ה ברא בריאה שאינה מושלמת וצריכים בני אדם להשלים אותה.

וזהו ג"כ ענין מצות ברית מילה, שברא הקב"ה את האדם עם ערלה, והאדם צריך לקיים המצוה להסיר את הערלה, דהיינו להסיר הפגם שיש בבריאה. וכן איתא במדרש תנחומא (פר' תזריע סי' ה): מעשה ששאל טורנוסרופוס הרשע את ר' עקיבא איזו מעשים נאים, של הקדוש ברוך הוא או של ב"ו, א"ל של ב"ו נאים, א"ל טורנוסרופוס הרי השמים והארץ יכול אדם לעשות כיוצא בהם, א"ל ר"ע לא תאמר לי בדבר שהוא למעלה מן הבריות שאין שולטין עליו אלא אמור דברים שהם מצויין בבני אדם, א"ל למה אתם מולין, א"ל אני הייתי יודע שעל דבר זה אתה שואלני, ולכך הקדמתי ואמרתי לך שמעשה בני אדם נאים משל הקב"ה, הביא לו ר"ע שבלים וגלוסקאות, א"ל אלו מעשה הקב"ה ואלו מעשה ידי אדם, א"ל אין אלו נאים יותר מן השבלים, א"ל טורנוסרופוס אם הוא חפץ במילה למה אינו יוצא הולד מהול ממעי אמו, א"ל ר"ע ולמה שוררו יוצא עמו והוא תלוי בבטנו ואמו חותכו, ומה שאתה אומר למה אינו יוצא מהול לפי שלא נתן הקב"ה את המצות לישראל אלא לצרף אותם בהם, ולכך אמר דוד כל אמרת ה' צרופה עכ"ל. ובאמת זהו אתגר האדם בכל חייו להתמודד ולהתגבר על מכשולים, ובזה הוא גדלותו.

וגם בדברי תורה כן, שאמרו חז"ל בגמ' גיטין (מג,א) שאין אדם עומד על דברי תורה אלא אם כן נכשל בהן, והיינו שהוא צריך להתגבר על המכשולים בדרך להשגת התורה, וזהו האתגר שלו. ובכן זהו הברית שבין הקב"ה לכנסת ישראל שבני ישראל יהיו שותפים של הקב"ה בבריאה, שהוא יברא בריאה

שאינו מושלמת והם ישלימו אותה. ולכך מצות מילה היא אות לברית שבין הקב״ה לכנסת ישראל.

ובזה יתבאר ענין מאי דכתיב (תהלים נא,ג-ז): חנני אלקים כחסדך כרוב רחמיך מחה פשעי, הֶרֶב כבסני מעוני ומחטאתי טהרני, כי פשעי אני אדע וחטאתי נגדי תמיד, לך לבדך חטאתי והרע בעיניך עשיתי למען תצדק בדברך תזכה בשפטך, הן בעוון חוללתי ובחטא יחמתני אמי. ואיתא בפרק בתרא דיומא (פו,ב): תנו רבנן עבירות שהתודה עליהן יום הכפורים זה לא יתודה עליהן יום הכפורים אחר ואם שנה בהן צריך להתודות יום הכפורים אחר ואם לא שנה בהן וחזר והתודה עליהן עליו הכתוב אומר ככלב שב על קאו כסיל שונה באולתו, ר׳ אליעזר בן יעקב אומר כל שכן שהוא משובח שנא׳ כי פשעי אני אדע וחטאתי נגדי תמיד, אלא מה אני מקיים ככלב שב על קאו וגו׳ כדרב הונא דאמר רב הונא כיון שעבר אדם עבירה ושנה בה הותרה לו, הותרה לו סלקא דעתך, אלא אימא נעשית לו כהיתר עכ״ל. וקיי״ל כוותיה דר׳ אליעזר בן יעקב דמשנתו קב ונקי.

וקשה הלא צריך האדם לעבוד את השם בשמחה, ואילו תהיה חטאתו נגדו תמיד הרי עלול ליפול למרה שחורה ולעצבות, ולא יוכל לעבוד את השי״ת כדבעי. ועוד דאיתא בצוואת הריב״ש: ואפילו נכשל בעבירה לא ירבה בעצבות שיבוטל העבודה, רק שיעצב על העבירה, ויחזור לשמוח בהבורא ב״ה כיון שהוא מתחרט בחרטה גמורה ובדעתו שלא ישוב לכסלתו בשום פעם, ואפילו כשיודע בודאי שאינו יוצא בדבר אחד מחמת מניעות הרבה לא יהיה עצב, ויחשוב שהבורא ית׳ בוחן לבות וכליות, שהוא יודע שרצונו לעשות מן המובחר, רק שאינו יכול, ויחזק עצמו לשמוח בהבורא ית׳ עכ״ל, ולכאורה זה מתנגד למה דקיי״ל כר׳ אליעזר בן יעקב דקסבר דעבירות שהתודה עליהן יום הכפורים זה יתודה עליהן יום הכפורים אחר.

אמנם התשובה היא כמו שכתב בספה״ק עבודת ישראל (פר׳ בלק): ויש לומר פירוש הפסוק כן, אני אמרתי אלקים אתם ובני עליון כולכם, על פי הקדמת דברי הגאון החסיד מהו׳ לוי יצחק שאמר בפסוק (שמות לב,לד) וביום פקדי ופקדתי עליהם חטאתם וגו׳ אשר עשו את העגל, וקשה הנה אבינו אב הרחמן הסולח ומוחל ומעביר אשמתינו בכל שנה ושנה, ס״ד שיכתוב בתורתו דבר קשה כזה שיזכור לעולם את חטא עגל אפילו אחרי שעשו ישראל תשובה, וגם קשה ממאמר חז״ל במסכת ברכות (לב,ב) דאמר ר׳ אושעיא גם אלה תשכחנה (ישעיה מט,טו) - זה מעשה העגל, ואנכי לא אשכחך - זה מעשה סיני, וזה

היפך מכוון הפסוק הנ״ל. אלא יש לומר כוונת הענין אחד, דהנה לפי ראות עינינו אם אחד מגזע טובה וישרה הולך בדרך תמים ועובד את יוצרו אין זה דבר נפלא כי התורה מחזרת על אכסניא שלה, מה שאין כן אם פוחת והולך במעשיו ממעשה אבותיו מום בו ויתגנה בו יותר ממה שיעשה זה הרע אדם אשר הוא בא ממשפחה בזויה ושפלה כי לו יאתה השפלות מעון אבותיו, ואם אדם בזוי משפחה כזה יעשה הטוב בעיני ה׳ ואנשים אז יתהלל יותר מבן משפתה הנכבדת בעזבו דרכי אבותיו ונטה אל הטוב, והנה ישראל קדושים הם, הגם שקבלו את התורה במעמד הר סיני ואמרו נעשה ונשמע לא היה הדבר נפלא ומהולל כי קדושת אבותיהם אשר הורישו לבניהם אחריהם היא הנותנת שיהיו עובדי ה׳, אבל כיון שעשו אח״כ את העגל והעיזו את פניהם נגד יוצרם וניכר שהיה בם איזה שורש רע שלא ניתקן עדיין עד שעשו תשובה אח״כ, אז גדלה ונפלאה בעיני ה׳ מעלתם בקבלתם את התורה, כיון שהם עם קשי עורף בטבע ויכלו לעשות אחרי ארבעים יום הדבר הרע הזה, אם כן נראה שלא עשו גם הטוב מלפנים מושרש בטבע להם מקדושת אבותיהם, רק שהם בעצמם בגודל בחירתם בחרו בטוב, ואחר כך נפלו ובחרו ברע, ואף על פי כן עשו תשובה, והם קודש ישראל לה׳. וזה פירוש גם אלה תשכחנה - זה מעשה העגל, שישכח לגמרי כיון שעשו תשובה, אבל ואנכי לא אשכחך - זה מעשה סיני, כלומר בעת שאני זוכר מעשה סיני אז אזכור גם כן בחטא העגל ובגודל קשיות ערפם אשר להם כדי להגדיל זכותם במה שעשו מלפנים במעמד הר סיני כנ״ל. וזה פירוש וביום פקדי, כשאזכור בם להיטיב להם, ופקדתי את העגל ואת כח הרע אשר בקרבם, ואז יגדיל ויאדיר זכותם במה שהם נוטים מהרע הזה שיש בכוחם לנטות אל הטוב ולשמור מצותיו כל הימים, ואם כן זכירת מעשה העגל הוא טובה לזכירתן ופקודתן של ישראל ודפח״ח. ונחזור לענינינו, שזה פירוש הפסוק אני אמרתי אלהים אתם ובני עליון כולכם, במה שאכן כאדם תמותון, ויש לכם בחירה לחבל מעשיכם ולמרות עיני כבודי, ואף על פי כן אתם שומרים מצותי ותורתי והרי אתם בזה אלהים ובני עליון, עכ״ל הקדוש של העבודת ישראל.

ולמדים אנו מכל זה שיש חולשה מובנית בתוך לבות בני אדם שגורמת להם לתהות אחרי עבודה זרה ומעוננים וקוסמים, וטעות היא לחשוב שהאדם הוא יצור רציונלי בלבד. וזהו הטעם שהיו שברי לוחות בארון, כדי לשמש כתזכורת שזמן קרוב אחרי עומדם אצל הר סיני ושמעו שהקב״ה בכבודו ובעצמו ציוה עליהם לא יהיה לך אלהים אחרים על פני (שמות כ,ג) הריעו בני ישראל בפני עגל הזהב ואמרו אלה אלהיך ישראל (שם לב,ד), שזה היה הגורם

לשבירת הלוחות. ואלו הלוחות השבורים נמצאים בארון כדי להזכירנו שאין אנו יצורים שלמים וצריכים אנו לשאוף להשלמה ולעבוד קשה כדי להגיע לשלימות.

ועוד כתוב בספר הקדוש תשואות חן (בהפטורת ר״ה יום א) : והיא מרת נפש ותתפלל על ה׳, אומרו על ה׳ נראה, דהנה ענין ריבוין של ישראל נוגע הדבר לה׳ בענין השראת שכינתו בתחתונים, על דרך אומרם ז״ל במס׳ בבא קמא דף פ״ג (עמ׳ א) שאין השכינה שורה על ישראל פחות מב׳ אלפים ושני רבבות, חסר אחד והיתה אשה מעוברת ביניהם ונבח בה כלב והפילה נמצא זה גורם לשכינה שתסתלק מישראל ח״ו, והגם שיש הדרגות השראת השכינה אפי׳ בפחות במאה ועשרה ואפי׳ ביחיד עם כל זה תגדיל מדרגה גדולה בריבוין. וזה היה ענין תפלת חנה לה׳ דייקא, שתוכן כוונתה היתה לה׳, להעדר השראת שכינתו ולא לתועלת עצמה על דרך בעינא חוטרא לידה, וזה ענין הנאמר בשטן ויתיצב על ה׳, שמה שמעורר משפט נגד ישראל המשפט לאלהים הוא כנזכר עכ״ד הקדושים. ולפי דברינו יש להוסיף על דבריו הקדושים ולומר כי המשפט לאלקים הוא מפני שאנו שותפים של הקב״ה בבריאה להשלימה, ובמדה שאנו עושים את שלנו הרי אנו משלימים את בריאתו הקב״ה, ובמדה שאנו נכשלים אזי זה מקלקל את הבריאה.

ולפי זה יש לפרש פסוקי התהלים שהקדמנו. דוד המלך ע״ה מתפלל להקב״ה ומבקש ממנו שירחם עליו וימחה את פשעיו. ואומר שהוא מכיר בפשעיו וחטאתו נגדו תמיד, והחטא שלו הוא רק לה׳ שעשה הרע בעיני ה׳, שהרי בטח בו שהוא ישלים את עצמו וישלים את הבריאה עמו, אבל הוא נכשל בחטאו. אבל בכשלונו הוא מצדיק את דבר ה׳ שאמר וביום פקדי ופקדתי עליהם חטאתם, והיינו כפירוש הרה״ק מברדיטשוב זי״ע הנ״ל, כאשר יבוא הקב״ה לרחם עליהם הוא יזכור את מה שחטאו בני ישראל בעגל, והרי הזכרה זו היא לימוד זכות גם על דוד המלך, שלא טוב הוא מאבותינו במדבר שלמרות שעמדו אצל הר סיני ושמעו קול ה׳ מדבר אליהם בכל זאת נכשלו בחטא העגל. וע״י שהוא זוכר את החטא שלו והוא נכנע בהזכירו חטאו הוא מעורר רחמי השי״ת עליו, ובזה הוא גורם שיזכה הקב״ה במשפט - תזכה בשפטך, שהקב״ה זוכה במשפטו במה שזוכים בני אדם שהרי הם שותפים שלו. ואם תאמר הרי מדת לוקה, לזה הוא אומר הן בעוון חוללתי ובחטא יחמתני, שהרי בכל זאת אינו אלא בשר ודם שנולד מאבא ואמא שגם הם אינם מושלמים, ואין לך לימוד זכות גדול מזה, וממילא הוא זוכה גם ע״פ מדת המשפט.

ובכן לא קשה מה שאומר ר׳ אליעזר בן יעקב שחוזר ומתודה על חטאיו אע״פ שכבר התודה עליהם בשנה שעברה, שהרי במה שהאדם מזכיר חטאיו הוא נכנע ומעורר עליו רחמי שמים וע״י זה זוכה בדין. וממילא דאין זו סיבה להיות בעצבות, אלא אדרבה יש בזה חיזוק ונוחם לאדם שלמרות שאינו מושלם מ״מ הוא יכול להתחזק ולהשלים את עצמו, ובזה הוא שותפו של הקב״ה בהשלמת הבריאה.

וזהו ג״כ ענין חודש אלול, שאמרו עליו דורשי רשומות שאלו״ל הוא נוט׳ אני לדודי ודודי לי, שזה מורה על היחס ההדדי שבין הקב״ה ובינינו, שהקב״ה עשה את שלו ואנו חייבים לעשות את שלנו, הוא ברא בריאה שאינה מושלמת, וגם אנו אין אנו מושלמים, והאתגר שלנו הוא להשלים את עצמנו, וע״י זה להשלים מעשי הקב״ה בעולמו. ולכך השם אלול רומז לזה שנמצאים בארון לוחות ושברי לוחות, שמורה על היחס המיוחד שבינינו להקב״ה, שאע״פ שחטאנו לה׳ וגרמנו לשבירת הלוחות, בכל זאת ע״י תשובתנו נתן לנו לוחות אחרות שלא נשברו, ושמו של הקב״ה הוא על שניהם, שאע״פ שאנו עלולים לחטוא בהיותנו בלתי מושלמים מ״מ אנו שותפים בזה עם הקב״ה ואנו יכולים להשלים את עצמנו, וע״י זה להשלים את הבריאה כולה.