

יד ברודמן

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

אבני משפט

קובץ תורני בעניני
אבן העזר וחושן משפט

כא

ניסן, תשע"ז

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

לתגובות: mbhacohen@gmail.com

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

נר ד׳ נשמת אדם

גליון כא של אבני משפט

מוקדש לעילוי נשמת

ר׳ אפרים יצחק אייזיק (פרנק) קולב ז״ל

נלב״ע יט בתמוז תשע״ו

תנצב״ה

תוכן הענינים

משיעורי ראש הכולל שליט״א

דבר שלא בא לעולם ---------- 9

אבן העזר

בדין כהן פצוע דכא/ הרב שלמה זאב פיק---------- 15

חבילות חבילות/ אריאל קפלן ---------- 26

׳מאיס עלי׳: הסיבות להפסד זכויותיה/ הרב אריה ויזל ---------- 49

הרחקה לאחר גירושין/ הרב ישי שרעבי ---------- 73

מחזיר גרושתו ואיסור סוטה/ הרב מאיר ברקוביץ---------- 88

חושן משפט

בענין מטלטלין אגב קרקע - עד שישלם דמי כולן/ הרב יצחק ביסמוט-- 97

בדין קנין רכוב/ הרב יהודה צור---------- 114

קנין בקטן/ הרב יוחנן גבאי ---------- 125

אומדנא דאילו הוי ידע/ הרב ירון רוזיליו ---------- 134

מקומות קבועים? - תפיסת מקום באוטובוס ובאולם/ הרב יוסף שליט - 158

גניסת זהות וירטואלית/ הרב נחמיה טילור, הראל ברגר----------172

דיני ממונות

פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בראלי ---------- 188

תגובה לפס״ד ותגובה לתגובה (מתה מחמת מלאכה)/ הרב יהודה בהרב 211

דרוש/הרה״ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו״ר ממונסטרישצ׳ה

לפ׳ נצבים תשע״ו ----------223

דברים לזכרו של ר׳ אפרים (פרנק) קולב ז״ל ----------227

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

דבר שלא בא לעולם[1]

רבי מאיר אומר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אבל הקנין חל רק לאחר שבא לעולם, כ״כ הריטב״א ביבמות ובקדושין, ולכן הגמרא אומרת דלר״מ היינו דווקא כגון פירות דקל דעבידי דאתו. אנו פוסקים כרבנן שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם (=דשב״ל), ומשום שכעת אין לקנין על מה לחול. יש בזה חקירה, שאפשר לומר שדשב״ל זה חסרון של סמיכות דעת, ואפשר לומר שהחסרון הוא שהמקנה לא בעלים על הדבר, וכ״כ הנודע ביהודה (אבהע״ז מה״ת סימן נד אות יב).

כיצד מועילה המכירה שמכר עשו את הבכורה ליעקב, הרי זה דבר שלא בא לעולם? קצות החושן (רעח,יג) כתב, שמועילה המכירה משום שלפני מתן תורה היה אפשר להקנות דשב״ל.

הטור (הארוך עה״ת בראשית כה,לג) בשם אביו הרא״ש תירץ, שהמכירה חלה משום שעשו נשבע, ושבועה מועילה כדי להקנות דשב״ל. בשו״ת הריב״ש (סימן שכח) כתב שזוהי טעות סופר והטור וראי״ש לא כתבו כן ואינם חתומים ע״ז, ויעקב השביע את עשו לרווחא דמלתא, כדי שלא יערער. ואומר העולם, שאפ״ל שמחלוקתם תלויה בחקירה הנ״ל. שלדעת הרא״ש בדשב״ל יש מעשה קנין והחלות יהיה אח״כ כשיבוא לעולם.[2] אבל יש חסרון של סמיכות דעת, וכיוון שעשו נשבע, השבועה יוצרת סמיכות דעת, ואם יש קנין ויש חסרון בסמיכות דעת השבועה תועיל, אבל אם אין קנין השבועה לא יוצרת קנין. אבל הריב״ש סובר, שדשב״ל זה חסרון בעלות ולכן שבועה לא מועילה, ששבועה אינה יוצרת בעלות.

הגהות מרדכי בשבת (סימן תעג) מסתפק, אם סיטומתא בדשב״ל יועיל. ואפ״ל שתלוי בחקירה הנ״ל, שאם נאמר שהחסרון הוא של סמיכות דעת, מנהג העולם להקנות בדשב״ל יועיל ליצור סמיכות דעת, ואם החסרון של בעלות, סיטומתא לא יועיל, שמנהג לא יכול ליצור בעלות.

---

[1] משיעורי ראש הכולל שליט״א, נרשם ונערך ע״י הרב דני אסס הי״ו.

[2] באופן שלא כלתה קנינו, כגון בכסף או שטר.

עוד במרדכי (שם), אם עושה קנין בתנאי והתנאי דשב״ל, רבנו מאיר מסתפק, ואומר העולם שהספק כנ״ל, דאם נאמר שדשב״ל זה חסרון בסמיכות דעת, כאן אין סמיכות דעת, אבל אם דשב״ל זה חסרון בעלות, כאן הוא בעלים, ורק התנאי לא בעולם. אפשר להביא ראיה מהגמרא ב״מ לג,ב מתקיף לה רמי בר חמא, והא אין אדם מקנה דשב״ל, ואפילו מאיר דאמר אדם מקנה דשב״ל, הני מילי כגון פירות דקל דעבידי דאתו אבל הכא מי יימר דמגנבא, ואם תרצה לומר דמגנבא מי יימר דמשתכח גנב, ואת״ל דמשתכח גנב מי יימר דמשלם, דלמא מודי ומפטר? אמר רבא, נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשו. כלומר, הבעלים אומרים לשומר, לכשתגנב ותרצה ותשלמני, הרי פרתי קנויה לך מעכשו. והתנאי לא בעולם, ומועיל. ומשום הגמ׳ שלנו חזר בו המהר״ם, ורואים כמו הנוב״י, שדשב״ל זה חסרון בעלות, שלמרות שאין סמיכות דעת כי הפרה אולי לא תגנב וכו׳, הבעלים מקנה את הכפל לשומר, ומשום שיש בעלות.

ראשי הישיבות הביאו ראיה להנוב״י מהגמ׳ נדרים מז,א תנן התם קונם פירות האלו עלי, קונם הן על פי, קונם הן לפי, אסור בחילופיהן ובגידוליהן. בעי רמי בר חמא, אמר קונם פירות האלו על פלוני מהו בחילופיהן, מי אמרינן גבי דיליה הואיל ואדם אוסר פירות חבירו על עצמו אדם אוסר דבר שלא בא לעולם על עצמו, גבי חבירו הואיל ואין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו אין אדם אוסר דבר שלא בא לעולם על חבירו. או דילמא, משום דחילופין כגידולין דמי לא שנא הוא ולא שנא חבירו? כלומר, אדם יכול לאסור פירות חבירו על עצמו, ולכן יכול לאסור גם חילופיהן וגידוליהן למרות שלא באו לעולם. אבל, לא יכול לאסור פירות חבירו על חבירו, ולכן לא יכול לאסור דשב״ל על חבירו. ורואים, שדשב״ל זה חסרון בעלות.

בב״מ טו,ב בעא מיניה שמואל מרב, חזר ולקחה מבעלים ראשונים מהו? (פירש״י: חזר. גזלן ולקחה מבעלים הראשונים לאחר שמכר ללוקח: מהו. להיות במקום בעלים כאילו לקחה אחר ויוציאנה מיד הלוקח) אמר ליה מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו (פירש״י: אמר ליה. לא מצי לאפוקה, שכשמכר מכר לו כל זכות שתבוא לידו, וכשלקחה לא לקחה אלא כדי שתהיה מקוים ביד הלוקח). מאי טעמא? מר זוטרא אמר, ניחא ליה דלא נקרייה גזלנא, רב אשי אמר, ניחא ליה דליקו בהימנותיה. ובהמשך (טז,א) מתיב רב ששת, מה שאירש מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מכור לך לא אמר כלום...? (פירוש: והוי דשב״ל). אמר רבא:...הכא סמכא דעתיה והכא לא סמכא דעתיה, הכא סמכא דעתיה דאזיל טרח ומייתי ליה כי היכי דלא נקרייה גזלנא, הכא

לא סמכא דעתיה, ע״כ. ולכאורה רואים שהחסרון בדשב״ל הוא סמיכות דעת, ובנידון דגזלן יש סמיכות דעת. וכן התוס׳ שם (ד״ה בההיא הנאה) כתבו שבאותה הנאה שיש לגזלן שהלוקח סומך עליו, הנאה זו עושה, שכאילו הגזלן אומר ללוקח, שכאשר הוא יקנה את השדה מהנגזל, תהיה השדה קנויה ללוקח, וקשה לנוב״י. והנוב״י אומר להסביר את הגמ׳, שהגזלן קנה את השדה בשביל הלוקח ובשעת הקניה זוכה לקונה, ולא שקונה לעצמו ואח״כ יקנה הנגזל, והסמיכות דעת באה כדי לזכות ללוקח ולא משום החסרון של דשב״ל. וכן אומר הרשב״א המובא בשטהמ״ק, וכיוון לזה הנוב״י מדעתו.

החקירה שהבאנו שייכת כאשר החפץ בעולם ויש חסרונות אחרים. אבל כאשר החפץ אינו בעולם וכגון פירות דקל, א״צ את החקירה, שאין לקנין על מה לחול. לדוגמא, בכתובות נט,א ונדרים פו,א אדם שמכר שדה לחברו, ואומר המוכר, שכאשר יקנה את השדה בחזרה תהא מוקדשת, אינה מוקדשת, שאין בידו לקנות שוב. ואם משכן לו שדה ואומר לכשאפדנה ממך תהא מוקדשת, מוקדשת, משום שבידו לפדות. ובמקרה זה החפץ ישנו בעולם, ולא יכול להקדיש משום שנמצא ברשות חברו, ויהיה תלוי אם בידו לפדות או לא. וכן בקדושין סג,א האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר, לאחר שתתגיירי וכו׳, האיש והאשה בעולם, ויש חסרון שלא התגיירו וכד׳ דהוי דשב״ל, ושייך לדון אם החסרון משום סמיכות דעת או משום בעלות. ולפי״ז, בקדושין סב,ב אומרת הגמ׳ תנן התם, אין תורמין מן התלוש על המחובר. ואם תרם, אין תרומתו תרומה. בעא מיניה רב אסי מרבי יוחנן, אמר פירות ערוגה זו תלושים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברים, פירות ערוגה זו מחוברים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו תלושים לכשיתלשו ונתלשו, מהו? א״ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי, ע״כ. רואים, ש״בידו״ מועיל לדבשב״ל כדי שיחשב בעולם. ובזה אפ״ל שלא תלוי בחקירה דידן, אבל תלוי אם הוא בעולם כלל. דאם החסרון בדשב״ל הוא משום בעלות, ״בידו״ עוזר לעשותו בעלים. ואם החסרון משום סמיכות דעת, ג״כ יתכן ש״בידו״ מועיל. וכ״ז בתנאי שהוא בעולם, אבל אם אינו בעולם כלל, ״בידו״ לא יועיל.

הנמוקי יוסף (בבא מציעא לז,ב בדפי הרי״ף) כתב, שמוכר פירות דקל ואינם בעולם, החסרון הוא משום דלא סמכא דעתיה. וקשה לנוב״י. ועוד קשה, שהמוכר הוא בעלים, ומדוע הלוקח אינו קונה? אומר הקונטרסי שיעורים (להרב גוסטמאן, ב״מ שיעור יג), שאפשר לומר ששני הצדדים בחקירה נצרכים, וצ״ל לנוב״י שיש גם חסרון של סמיכות דעת, וכדי שלא יהיה חסרון, צריך להיות עבידי דאתו. והנמו״י דיבר בפירות דקל, וכיון דהדקל ישנו בעולם

ובעל הדקל יכול להקנות הדקל לפירותיו, נמצא שהוא הבעלים גם על הפירות, אע״פ שעדיין לא באו לעולם. ולכן הנמו״י פירש דהא דמבואר בש״ס דפירות דקל מקרי דשב״ל, הוא משום דלא סמכא דעתיה, דחסרון בעלות אין. אבל בדבר שלא בא לעולם כלל, כגון שדה לכשאקחנה וכדומה, גם הנמו״י מודה דאפילו במקום דסמכא דעתיה, מ״מ אינו יכול להקנות מפני שאינו בעלים כל זמן שלא בא לעולם. וכתב שכ״כ רבו, הרב שמעון שקאפ (שע״י ש״ה פ״כ).

הבאנו את הגמ׳ בב״מ לג,ב, מתקיף לה רמי בר חמא, והא אין אדם מקנה דשב״ל? ואפילו לרבי מאיר דאמר אדם מקנה דשב״ל, הני מילי כגון פירות דקל דעבידי דאתו, אבל הכא מי יימר דמגנבא? ואם תרצה לומר דמגנבא, מי יימר דמשתכח גנב? ואת״ל דמשתכח גנב, מי יימר דמשלם, דלמא מודי ומפטר? והקשו התוספות (ד״ה כגון) וא״ת, והכא אפילו אי עבידי דאתו, היאך יקנה הכפל במעות ששילם, והלא מעות אינן קונות אלא למיקם עליה במי שפרע? (ולכאורה קשה לתוס׳, דלהוה אמינא בגמרא אין הבעלים מקנה לשומר את הפרה אלא את חיוב הכפל, ועדיפא היה להתוס׳ להקשות, שחוב נקנה רק במעמד שלשתן (דכאשר מקנה חוב במלוה ע״פ, יש שלושה חסרונות: א. אינו בעין, וזהו חסרון בחפץ הנקנה, שלא נתפס בו קנין. ב. אינו ברשותו (תוס׳ בב״ב). ג. יש חסרון במעשה הקנין. אלא שמועיל לחסרון זה מעמד שלושתן), אבל כאן לא שייך מעמד שלשתן, שהגזלן איננו?[3] ורציתי לומר, שאין כוונת התוס׳ שהבעלים מקנה חיוב הכפל לשומר, אלא שמקנה לו מעות הכפל שיקבל מן הגנב, לכשיבוא לידו[4]. ולכן הגמ׳ שואלת דהוי דשב״ל.)

מתרצים התוס׳, שהמקשן סבר, שבשעת המשיכה הבעלים מקנה לשומר את הפרה, כדי לקנות את הכפל כשיבוא. והיה קשה למקשן, כי זה לא דומה לפירות דקל דעבידי דאתו, וגם ר״מ מודה בכה״ג שלא קונה. ושואלים התוס׳, שכאן פשוט לגמ׳ שלא יועיל, ובגיטין מב,ב הגמ׳ מסתפקת במוכר עבדו לקנס אם יועיל או לא, בין לרבנן ובין לר״מ?[5]

---

[3] יעוין אוצר מפרשי התלמוד (ב״מ ח״ב עמ׳ תסג), שהביאו עוד קושיות מהאחרונים על קושיית התוס׳.

[4] שואל רבי עקיבא איגר (חידושיו לב״ב מג,א ד״ה דבריך היקרים), דאיך מקנה מעות במעות? ולכן כתב רע״א שכוונת התוס׳ דלס״ד אחר הגניבה מקנה לו הפרה, ושאלו התוס׳ שאין מעות קונות. וכתב רע״א, שהיו התוס׳ צריכים לשאול יותר, שהרי הפרה אינה ברשותו ואיך יכול להקנות, ואפילו אם מעות קונות לא יכול להקנות? יעוי״ש בדבריו, וכן בדרו״ח לב״מ בסוגיין.

[5] והתוס׳ תירצו, שאולי בגיטין שכיח טפי. אי נמי, לפי הצד שבמוכר עבדו לא מהני לר״מ, שואלת הגמ׳ איך יועיל כאן. ותירצה הגמ׳, שמדובר שמכר לו הפרה והכפל קנוי ממילא.

תוס׳ בגיטין (שם ד״ה עבד) מוסיף שבעבדא לקנס שייך לומר שלא מועיל המכר, כי בדקל לפירות הפירות באים מגוף הדקל, אבל עבדא לקנס הקנס לא בא מגוף העבד אלא זה משהו צדדי. ורע״א בגליון הש״ס שם ציין שזה סותר את התוס׳ שלנו. ויש נפקא מינה בכגון מצודה לדגים, שזה עבידי דאתו ולתוס׳ אצלינו אפשר לקנות, ולתוס׳ בגיטין אין הדגים באים מגוף המצודה ואי אפשר להקנות. ושואלים הראשונים, שבבבא מציעא טז. אומרת הגמרא שאם אומר אני מוכר לך מה שתעלה מצודתי לא אמר כלום, משום דשב״ל, ואם אמר מה שתעלה מצודתי היום, תיקנו שיועיל משום כדי חייו. ולתוס׳ אצלנו למה צריך תקנה, הרי מדינא היה יכול להיות מכור משום עבידי דאתו, ולא יצטרך לומר ״היום״? אבל לתוס׳ בגיטין טוב, שאין הדגים מגוף המצודה, ולכן צריך תקנה.

בגיטין סו,א גניבא אמר שיתנו לרבי אבינא ארבע מאות זוז מחמרא שיש לו בנהר פניא. ולמסקנה הגמ׳ אומרת שהיה קשה לרבי אבא איך יקנה רבי אבינא, הרי גניבא לא אמר שיתנו לו חמרא, ולא אמר שיתנו לו דמי חמרא (פירש״י: ואז היו מוכרים יין בשווי ד׳ מאות זוז ונותנים לו), אלא שיתנו ״מחמרא״ (פירש״י: זוזי מחמרא קאמר דניתבו ליה, וכי עושין מעות מיין?!). והקשו התוספות שם (ד״ה דמי חמרא) שאפילו אם היה אומר ״דמי חמרא״ הוי דשב״ל? ומתרצים התוס׳ (לתירוץ ראשון) שזה כמו דקל לפירותיו וכאשר אמר שיתנו ארבע מאה זוז מהיין הכוונה שיהא היין קנוי לו לדמיו. וקשה לתוס׳ בגיטין מב,ב, שהדמים לא יוצאים מהיין ואיך מועיל בגלל דעבידי דאתו? וצריך לומר, שכיוון שהדמים הם תמורת החמרא, נחשב יוצא מהחמרא. אבל במוכר עבד לקנס, הקנס זה דבר צדדי ולא דמי העבד. והראיה, שמשלם שלושים אפילו אם העבד שווה פרוטה, והשיטה מקובצת בכתובות אומר כעין זה, שמעשה ידיים נקרא יוצא מן הידיים.

לענין ״בידו״: בבבא מציעא מט,א אתמר דברים, רב אמר אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה. אמר רב פפא ומודה ר״י במתנה מועטת דסמכא דעתייהו. הכי נמי מסתברא, דאמר רבי אבהו אר״י ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי, רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר. אי אמרת בשלמא לא מצי למהדר ביה, משום הכי רשאי, אלא אי אמרת מצי למהדר ביה אמאי רשאי, אשתכח דקא אכיל טבלים! (אם גם נותן מעות וחוזר בו עובר משום ״מי שפרע״), ע״כ. שואלים הראשונים שהלוי אינו בעלים על המעשר ראשון שאצל הישראל ואיך יעשהו תרו״מ על המעשר שיש לו בבית? תירוץ אחד, משום מכירי לויה, ורש״י פירש שזה עובד משום שכל שאר הלויים התייאשו (ויש ע״ז שיעור שלם, וקשור לגיטין ל,א).

קצוה״ח (רד,ג) תירץ אחרת, דבנדרים לד,ב אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה להקדש מועלין בו. מפרש הר״ן כגון שהככר מונח תוך ד׳ אמותיו וזכו ד׳ אמות שלו להקדש כמו המגביה מציאה לחבירו.[6] הרא״ש הביא בשם רבי אליעזר ממיץ שמועיל מה שהקדיש משום שאין אדם סמוך לו ובידו לזכות, ואע״פ שלא זכה. ואומר קצוה״ח שזה פועל משום שהישראל הבטיח לבן לוי לתת לו את המעשר ואסור לו לחזור בו וכהגמ׳ הנ״ל (ורבי עקיבא איגר (דו״ח ב״מ מט,ב) חלק על קצוה״ח, ולא יחול לרא״ם מה שהקדיש אא״כ יזכה בהן מקודם, והחידוש שאין בזה משום דשב״ל. ויש ע״ז גם מנ״ח). וכן הבאנו לעיל מכתובות נט,א ונדרים פו,א, ש״בידו״ יועיל, ואע״פ שלא זכה עדיין השדה מוקדשת, משום שבידו לפדות.[7]

[לענין דשב״ל באומר מעכשיו, יעוין קהלות יעקב נדרים (סימן כו אות ב).]

---

[6] ויש לדון בזה מצד שאין חצר להקדש.

[7] יעוין שו״ע אבהע״ז סימן מ ס״ח.

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

בדין כהן פצוע דכא

ראשי הפרקים

א. המחלוקת אם פצוע דכא מותר בממזרת

ב. מחלוקת בדין כהן פצוע דכא

ג. הסבר הגרי"ד סולובייצי"ק למחלוקת הרמב"ם והראב"ד וסיעתיה

ד. תוספת הסבר של הגרי"ד סולובייצי"ק וההשלכות לכהן פצוע דכא

א. המחלוקת אם פצוע דכא מותר להתחתן עם ממזרת

על פי הכתוב בספר דברים (כג,ב): "לא יבא פצוע דכא וכרות שפכה בקהל ה'" לימדונו במשנה (יבמות פ"ח מ"ב; בבלי עו,א) כי "פצוע דכא וכרות שפכה מותרין בגיורת ומשוחררת ואינן אסורין אלא מלבא בקהל שנאמר לא יבא פצוע דכא וכרות שפכה בקהל ה'." כך גם פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה (טז,א), והוסיף וקבע (על פי הסוגיה ביבמות דף עו):

> ואפי' כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא גיורת ומשוחררת לפי שאינו בקדושתו, ואפילו נתינה או אחד מן הספיקות מותרת לו.

אולם הרמב"ם הוסיף בה"ב: "הואיל ופצוע דכא אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות, אבל פצוע דכא וכרות שפכה אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה." וצ"ע למה ספיקות שהם ספק ממזרות מותרות לפצ"ד וממזרת ודאית אסורה לו. אם היא אסורה לו מן התורה, אז לכאורה גם הספיקות צריכות להיות אסורות. וכן הקשה הב"ש (אבה"ע ה,ב):

> לכאורה תימה למה מותר בספקות הא קי"ל ממזר ודאי אסור בספק ממזרת ולמה ספק ממזרת מותרת בפצ"ד אף על גב דאיתא בפ' ע"י

> קהל ודאי לא יבוא ובקהל ספק יבוא היינו מדאורייתא ומ״מ קי״ל ספיקות בודאי אסורים וכו׳.

תירוצים שונים נאמרו ביישוב קושיא זו.[1] בעל ערוך השולחן (אבה״ע ה,ד) חידש שכל האיסור בממזרת הוא רק מדרבנן, שהרי פצ״ד אינו מן הקהל לכן מן התורה מותר הוא בממזרת:

> אמנם בזה שהתירו הרמב״ם לישא מהספקות כמו שתוקית ואסופית יש שהקשו דכיון דהוא אסור בממזרת ממ״נ אסור בשתוקית דאם היא ממזרת הרי אסור בה ואם היא כשירה הרי אסורה בו (שעה״מ ונו״ב) ונדחקו לומר שזה שהתירו בהספקות זהו כשהספקות המה ג״כ לא מישראל אלא משוחררת וכיוצא בזה ואין סברא כלל לומר כן דא״כ היה לו לפרש ולי נראה שזה שאסרו הרמב״ם בממזרת אינו מן התורה דמן התורה אין סברא כלל לחלק בין איסור כהונה לאיסור קהל דכיון דהפצוע דכא אינו מקהל והממזרת ג״כ אינה מקהל למה יאסרו זב״ז אלא שחכמים אסרו אותו בממזרת דכן משמע להדיא לשון הרמב״ם שכתב דהוא אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה עכ״ל ואי ס״ד שאסור מן התורה מאי לשון שהרי אלא דה״ק שהוא אסור בודאית שהרי הודאית אסורה מן התורה לכן החמירו בה חכמים משא״כ נתינים והספקות שאיסורן מדרבנן לא החמירו חכמים בהן לענין פצוע דכא ומדרבנן שפיר חילקו בין פסולי קהל מפני משפחה ובין פסולי הגוף אבל מן התורה אין סברא לחלק בזה דסוף סוף שניהם פסולי קהל הם (ואף שמכל המפרשים נראה שתפסו בהרמב״ם שאסור בממזרת מה״ת מ״מ נ״ל עיקר כמ״ש ובזה מתורץ גם קושיות הב״ש סק״ב ועוד קושיות).

ברם מפשטות לשונו של הרמב״ם לא נראה כך ונצטרך להשתמש באחד מתירוצי האחרונים שנרמזו לעיל.

---

[1] נו״ב (אבה״ע קמא ו); שער המלך (איסו״ב טו,ט) וראה עוד בשב שמעתתא א,ו ובהערות הגרש״ז אויערבאך שם, וכן ראה דברי האבני נזר, אבה״ע, סי׳ יז. ודברי הר׳ משה סולובייצ׳יק, בנו של הגר״ח, הובא במאמר״בדין ספר ממזר״ מסורה, ז, אלול תשנ״ב, עמ׳ לט.

מ״מ דברי הרמב״ם שהתיר פצוע דכה כהן לישא גיורת טעונים באור: מה ההבדל בין גיורת (שמותרת) לבין ממזרת (שאסורה)? המגיד משנה (שם) מפנה למקורות לדברי הרמב״ם ומשיב על שאלה זו:

...ופשטא דמתניתין הכי הוא דקתני מותרין בגיורת סתם לא שנא כהן ולא שנא ישראל זה דעת רבינו. אבל בממזרת סובר רבינו שהוא אסור, דאי לא, אדתני מתני׳ ומותרין בגיורת ליתני בממזרת דהויא רבותא טפי; אלא מתניתין לא תנא אלא גיורת דקהל גרים לא אקרי קהל אבל לענין ממזרת בקדושתיה קאי, ואף על גב דכהן לאו בקדושתיה קאי. ולא ילפינן ממזרת שהוא לאו השוה בכל מגיורת לכהן דלא מפרש לאויה בקרא ואין איסורו שוה בכל ואין לנו להתיר אלא מה שמנו חכמים זהו דעתו ז״ל ובירושלמי נחלקו בדין ממזרת ופסק רבינו להחמיר בשל תורה...

בבבלי לא הוזכר דין ממזרת לפצוע דכא, והמ״מ טען שלפי הבבלי אין ללמוד היתר של פצוע דכא בממזרת מדין גיורת לכהן משלש סיבות: הלאו של גיורת אינו מפורש בתורה משא״כ הלאו של ממזרת; האיסור של גיורת הוא לכהן בלבד, ואינו שווה לכל ישראל, משא״כ איסור ממזרת; ובמשנה ובגמרא איסור ממזרת לפצוע דכא אינו מופיע כלל, ויש להתיר רק מה שמופיע במפורש. מה עוד שבירושלמי יש מחלוקת בדין ממזרת לפצוע דכא, ולכן הרמב״ם (בהעדר התייחסות בבבלי) פסק להחמיר מפני שיש כאן איסור דאורייתא של איסור ממזרת.

המ״מ הוסיף: ״והמפרשים חלוקים בזה, יש מי שסובר שהוא מותר אפי׳ בממזרת וזהו דעת הראב״ד בהשגות וכ״כ הרשב״א ז״ל...״ דברי הראב״ד הם בהשגות להל׳ ב,[2] ודברי הרשב״א מופיעים בסוגיה ביבמות (שם עו,ב, ד״ה אמר להי רב אשי). הטור פסק כשיטה זו (אבה״ע ה):

פצוע דכא וכרות שפכה אסורים לישא ישראלית ומותרים בגיורת ומשוחררת ואפי׳ כהן פצוע דכא וכן מותרים בנתינה והרמב״ם כתב

---

[2] וז״ל: ובריייתא זו הביאהו לומר כך פצוע דכא מותר בנתינה ולא אמר בממזרת אלמא אסור בממזרת והאי סברא לא נהירא חדא דמתני׳ קתני ואינן אסורים אלא מלבא בקהל וממזרת לאו קהל הוא ועוד פצוע דכא כהן שמותר בגיורת דרב ששת הכי פשט להו והלא גיורת לכהן אסורה מדאורייתא היא ושריא ליה דלאו בקדושתיה קאי וה״ה לישראל פסול בממזרת ואי אמרת אמאי קאמר בנתינה ליתני בממזרת אימא לך רבותא קמ״ל דאפילו לרבי יהודה דאמר קהל גרים אקרי קהל גר כשר אבל הני דפסולים לא וכ״ש ממזרת דלאו קהל הוא כלל עכ״ל.

שאינו מותר אלא בנתינה ובספקות אבל אסור בממזרת שהוא דאורייתא ואינו נראה דהא דשרי בנתינה דריש לה מקרא לא יבא ממזר בקהל ה' דהיינו בישראל לא יבא אבל באחריני שרי ואין חילוק.

המחלוקת בין הרמב"ם לבין הראב"ד, הרשב"א והטור, היא מחלוקת המחבר שפסק כרמב"ם לחומרה והרמ"א שפסק לקולא.

ב. מחלוקת בדין כהן פצוע דכא

לעיל ראינו שכהן פצוע דכא מותר אפילו בגיורת, והנימוק הוא שאינו בקדושתו. ויש לדון בפירוש ש"אינו בקדושתו" – האם פירוש הדבר שהוא מופקע לגמרי מקדושת כהונה וכשם שמותר הוא בגיורת, כך אינו נושא כפיו, ורשאי הוא להיטמא למתים? או האם זה רק דין מסוים לעניין היתר בגיורת, אבל לכל יתר דיני כהונה, עדיין בקדושתו עומד? נראה שנחלקו בזה החלקת מחוקק והב"ש. הח"מ למד כמו הצד הראשון של החקירה הנ"ל, שם, ס"ק א:

> לפי שאינו בקדושתו - משמע דה"ה גרושה וחללה (דמה לי זונה מה לי גרושה וחללה דהא בחד קרא כולהו כתיבי אשה זונה וחללה וגרושה מאישה לא יקחו וגיורת זונה היא דנבעלת לכותי כך פרש"י פ' הערל דף עו,א כהן כשר אסור בגיורת ומשוחררת משום זונה שנבעלה בגיותן) וכן אין עליו שום קדושת כהן כגון לטמא למתים ולישא כפיו דמאחר שאתה מתירו בגיורת שהיא זונה דקרא ה"ה שאר מצות כהונה והוי כזר בעלמא...

הב"ש (שם, ס"ק א) חולק על הח"מ:

> פצוע דכא - יש בזה ג' שיטות לדעת הרמב"ם דפוסק איסור התחתנות בז' אומות ונתינים היינו בגיותן כמ"ש בסי' הקודם לכן מותר פצ"ד בנתינים משום דהם גרים מדאורייתא ודוד גזר עליהם ובפסולים לא גזר ואסור בממזרת כי לענין איסור ממזר בקדושתן קאי כ"כ המגיד והא דכהן פצ"ד מותר בגיורת ואסור בממזרת לפי שאין מפורש לאו גירות בתורה גם הוא לאו שאינו שוה בכל אבל בממזרת אסור ואין לנו להתיר אלא מה שמנו חז"ל כ"כ המגיד ולישא גרושה וחללה אסור דהא מפורש בתור' אף על גב אף גיורת אסורה משום זונה וזונה מפורש בתורה מ"מ האיסור אינו מפורש

> אלא ילפינן מקרי דיחזקאל דגיורת בכלל זונה, וע״ש במגיד פי״ח האי״ב דין ג׳ לדעת הראב״ד ורשב״א ילפינן מקרא דיחזקאל בתולת מזרע בית ישראל ואינה בכלל זונה, ולא כח״מ שכתב דמותר בגרושה...

דבריהם גם משתלבים עם דברי הרב המגיד דלעיל – כל אחד לפי שיטתו. הרי איסור גרושה מפורש בתורה, ולכן טוען הב״ש שלפי דברי המגיד משנה, פצוע דכא אסור בלאו מפורש, וממילא פצוע דכא כהן יהיה אסור בגרושה. אולם מה יעשה הח״מ שהתיר את גרושה לכהן פצ״ד עם דברי ה״ה? כבר עמד על כך הרב שלמה רייזנר בספרו אבני משפט (סי׳ ה,א: ״נראה להח״מ זה [= סברת וחילוק המגיד משנה (שז״פ)] לדוחק דמנ״ל להרמב״ם לבדות סברא זו״. א״כ, מה החילוק בין גרושה לבין גיורת לדעתו של הח״מ? מתרץ האבני משפט: ״דודאי אין עליו קדושת כהונה אבל קדושת ישראל יש לו״. ממילא הכהן פצ״ד מותר בגיורת וכן בגרושה ומותר לטמא למת, אבל הוא עדיין אסור בממזר מפני שיש לו עדיין קדושת ישראל ולכן אסור בממזר. אולם מדברי הבית מאיר שהובא באבני משפט הנ״ל משמע שלעניין קדושת הזיווג אין קדושתו עליו, ולכן מותר בגרושה, אבל לשאר דברים עדיין קדושה עליו ולכן אסור לו לטמא למתים. אולם לא ברור מה דינו לישא ידיו. בפת״ש (שם ה,א): ״ובס׳ בית מאיר כתב ולעד״נ שכל הנאמר בו אינו בקדושתו היינו רק לענין קדושת הזיווג ומשום שאסור בקהל אבל לענינים אחרים כהן גמור כו׳ ע״ש״, משמע שאינו בקדושתו לענין איסורי קהל ותו לא, ולכן מותר בגיורת, אבל משמע שאסור בגרושה, וממילא כל דיני קדושה עליו ואסור לטמא למת ומותר לישא ידיו, ועדיין צ״ע.[3]

במחלוקת אם כהן פצ״ד הוא כזר או שקדושת כהונה עליו, נראה שדעתו של הגר״ח היתה כדעתו של הח״מ. מצאנו בסוגיה בריש מכות ב,א, ביישובו של תוס׳ ד״ה בעינן לענין מצרי שני, חילק הגר״ח בין פסולי כהונה לבין פסולי קהל. בדבריו על ״לו ולא לזרעו״ כתבו בשמו (בכתבי הגר״ח ולקוח מירחון המתיבתא טבת תש״ג, שנה א חו׳ ג):

---

[3] ראה עוד דברי הגרש״ז אויערבאך (לעיל הע׳ 1), עמ׳ נז, במה שכתב ליישב את הרמב״ם: שיש שני מיני קדושות בכהן קדושת עצמית מפני ייחוסו של אהרן הכהן, וזה פצ״ד יש, ולכן מותר לאכול קדשים קלים ואסור לטמא למתים. ויש לו עוד קדושה לעניין נישואין, שמפני קדושתו אסור בזונה, גרושה וחללה, וסוג קדושה זה חסר לפצ״ד מפני שהוא אסור לבוא בקהל, ראה דבריו שם.

ולכאורה נראה דהנה בבן גרושה מצינו חומרות וקולות, חומרות שפסול לכהונה וקולות שמותר בפסולי כהונה, ויש להסתפק בהך דבן גרושה אי לאו הך קרא דלו ולא לזרעו והיו נעשים העדים בן גרושה מה יהא דין העדים אם נעשים בן גרושה גם לקולא להיתר דפסולי כהונה או לא, ולכאורה הרי פשוט דעל הקולות לא שייך דין דכאשר זמם, א״כ לענין זה לא יעשו העדים כלל ב״ג, אלא על החומרות דרק ע״ז שייך דין דכאשר זמם, אולם נראה דיעשו בן גרושה לכל דבר, ואף על גב דלא שייך על הקולות דין דכאשר זמם, דהנה הא דבן גרושה מותר בפסולי כהונה, הלא הא לא הוי זה דין בפ״ע אלא דהדין פסול גורם זה דכיון דנפסל לכהונה ואין עליו קדושת כהונה, ע״כ מותר הוא בפסולי כהונה, ונמצא דהקולא של בן גרושה נובע מהחומרא והפסול וא״כ גבי עדים זוממין נמי נהי דעל הקולות ל״ש הך דינא דכאשר זמם, מ״מ מאחר דעל החומרות והפסול הרי שייך כאשר זמם, א״כ הרי הן כהפסולים ואין צריכים לזה דין דכאשר זמם כלל.

האחרונים בדור הקודם הסבירו את דברי הגר״ח. הרב דוד פוברסקי (בשיעורי ר׳ דוד מכות ב,א, אות לה) פירש:

ודוקא בפסולי כהונה, שפיר היה שייך כאשר זמם, כיון דהתם הקולות הוי תוצאה מהחומרות, דהא דבן גרושה מותר בפסולי כהונה, לא הוי זה דין בפנ״ע, אלא הדין פסול גורם זה, דכיון דכל מה שאסור בפסולי כהונה, הוי רק מחמת הקדושת כהונה שיש לו, לכן כשנפסל לכהונה, ואין עליו הקדושת כהונה, ממילא מותר הוא בפסולי כהונה.[4]

אם חל על העד זומם שם חלל, הרי הוא נפסל לכהונה, ואין עליו קדושת כהונה וממילא מותר בפסולי כהונה.[5]

---

[4] וכן למד הגר״ש רוזובסקי שסיכם את שיטתו של ר׳ חיים בעניין זה (אות עו): ״בפסולי כהונה דעצם דין הפסול לכהונה מפקיע מהם נמי קדושת כהונה לענין שמותרים בנשים האסורות לכהונה, וההיתר בא בתולדה מדין הפסול והחומר,״ וראה המשך דבריו שם שהביא את הערוך לנר שחלוק על הגר״ח בענין זה.

[5] ראה מאמרי באבני משפט גליון כ, סיון תשע״ו, עמ׳ 89-86, שדנתי בדברי הגר״ח האלו והבאתי את דברי ערוך לנר שחולק על דבריו.

הגר״ח הביא ראיה לדבריו מדברי הרמב״ם הנ״ל (איסו״ב טז,א-ב) ודן על פי דברי הרמב״ם הללו בפסולי קהל, ואגב כך מביא ראיה לדבריו מכהן שהוא פצוע דכא:

> והנה יש לחקור בפסולי קהל דכל הפסולין מותרין לבא זה בזה אם היתרם הוא מדין פסולם דכיון דיש להם דין פסול פקע מינייהו קדושת קהל וע״כ מותרים בפסולי קהל, או שאין תלוי זה בזה דאין היתרם משום דיש להם דין פסול נפקע מהם קדושת קהל, כ״א דזה דין מיוחד דפסולים מותרים לבא זה בזה, ונראה להביא ראי׳ מדברי הרמב״ם שכתב (בפט״ז מהל׳ איסורי ביאה הל׳ א׳ וב׳) דפצוע דכא אסור לבוא בקהל, והואיל ופצוע דכא אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות, אבל פצוע דכא וכרות שפכה אסור בממזרת ודאית, שהרי אסורה מן התורה עכ״ל. וצריך ביאור דמאי שנא דהותר בפסולי כהונה ולא בפסולי קהל, ולפי״ז ניחא דפסולי כהונה ההיתר מסתעף מן הפסול, ולכן כשנעשה פצוע דכא ונפסל דפקע מיניה קדושת כהונה הרי הוא מותר בפסולים, משא״כ היתר בפסולי קהל דהתירן הוא משום דלא הוי קהל, ולא משום דמפסלי מקהל, וע״כ פצוע דכא כיון דהוא בכלל קהל אלא דאיפסל לבא בקהל לא הותר בפסולים...

נמצא כאמור שפירושו של הגר״ח הוא לפי דברי החי״מ הנ״ל.

ג. הסבר הגרי״ד סולובייצי׳ק למחלוקת הרמב״ם והראב״ד וסיעתיה[6]

הגרי״ס הסביר שהרמב״ם והראב״ד נחלקו בהגדרת דין המשנה. למדנו לענין פצוע דכא בברייתא ביבמות (עו,א), דזהו פסול החוזר להכשרו, שכל זמן שאינו ראוי להוליד אסור לו לישא ישראלית, ולכשיתרפא, יחזור להיתרו הראשון,[7] הרי שאין שם חלות שם פסול על הגברא, ואי אפשר לומר שהוא נמנה בין פסולי קהל, אלא גדר דינו שאסור לו לבא בקהל. דעת הרמב״ם שרק פסולי קהל מותרים בשאר פסולי קהל, אבל זה שרק אסור לו לבא

---

[6] מקור הדברים במאמר ״בדין ספר ממזר״, מסורה ז, אלול תשנ״ב, עמ׳ לח.

[7] ראה בענין זה את דברי הערוך השולחן, אבה״ע ה,יט: ״בכל הפסולים הודאים שנתבאר אם נשא אשה והולידה בנים הרי הם ממזרים דהרי הוא אינו יכול להוליד [ב״ש סק״ג] אלא שי״א דבניקבו הביצים הם ספק ממזרים ולדעת כמה פוסקים אין רפואה לכרות שפכה וגם במה שיש רפואה אין תולין שנתרפא אא״כ ידוע שנתרפא [שם] ומ״מ נ״ל דאם האשה מוחזקת לצנועה ויראת ד׳ תולין לומר שנתרפא ואף גם לכרות שפכה לפמ״ש בסעי׳ ט״ו אפשר שיתרפא ע״י רפואות ע״ש והדבר תלוי לפי ראות עיני חכמי המקום.״

בקהל, אך איננו נמנה בין פסולי קהל, אין לו היתר בשאר איסורי (או פסולי) קהל. ולשון המשנה הנ״ל דכל האסורים לבא בקהל וכו׳, לאו דוקא הוא, אלא ר״ל שכל הפסולים מותרים לבא זה בזה, ו״פסול״ לא מיקרי אלא זה שיכול להעביר את השֵם פסול שלו לבניו ולדורות, וכדתנן במשנה בקידושין (סו,ב) שהוולד הולך אחר הפגום. אך בפצוע דכא, מלבד מה שבמציאות אינו מוליד, וממילא ליכא בכלל היכי-תמצי שיעביר את פיסולו לבניו (דאילו הי׳ ראוי להוליד, אז ככר לא הי׳ דינו כפצוע דכא, וכנ״ל דזהו פסול החוזר להכשרו). בפשוטו נראה לומר עוד יותר מזה, דאיסורו של הפצוע דכא תלוי הוא במומו שבגופו, ואפילו הי׳ ראוי להוליד, אין לו שם פסלות בהגברא שאפשר להעביר לדורות.
הראב״ד חולק בזה וס״ל שבל שאסור לבוא בקהל, איסורו גורם לו היתר בשאר איסורי קהל, ואפילו איננו מפסולי קהל.[8]

ד. תוספת הסבר של הגרי״ד סולובייצי׳ק וההשלכות לכהן פצוע דכא

הגרי״ד העמיק בהסברו למחלוקת הרמב״ם והראב״ד (שם במסורה, עמ׳ לט ואילך).

לפי הראב״ד, צריכים לפרש במסקנת הגמ׳ יבמות (עו,א) דפצ״ד לאו בקדושתיה קאי, שבכדי להתחייב במצוות בעינן קדושת ישראל, והפצ״ד חסרה לו בקדושת ישראל שלו לגבי איסורי קהל, ואף דפשיטא דאסור הוא באשת איש ובאחותו, מסתמא צריכים להגביל קולא זו דוקא לאיסורי לאוין ולומר שאינו נוהג באיסורי כריתות. [וצ״ע אם יהיה מותר ביבמה לשוק (שז״פ).]

אך לדעת הרמב״ם צריך להבין את דין הגמ׳ דיבמות (עו,א) הנ״ל, דפצ״ד מותר הוא בנתינה ולא בממזרת, דמאי שנא הך איסורא מהך איסורא, וכתמיהת הראב״ד עליו. כדי להסביר את דברי הרמב״ם, הגרי״ד הזכיר את השיטות באיסור נתינים.

יש שלש שיטות בנתינים לענין גדר איסורם אי הוי מדאורייתא או דרבנן: דלדעת רש״י (בכמה מקומות), דוד גזר עליהם איסור חתנות, דלא תתחתן דאורייתא בנכריותם קאי; ולשי׳ ר״ת, איסור חתנות דנתינה דאורייתא הוא, דלא תתחתן בגירותן קאי, ודוד גזר עליהם ר״ל שעבוד, כדי שלא יטמעו

[8] הרב המשיך לדון מדוע פצ״ד מותר בספיקות ראה לעיל בראשית המאמר, הע׳ 1, שיטות האחרונים בזה.

בישראל, [תוס׳ כתובות (כט,א) וביבמות (עט,א)]. ולרמב״ן דעה שלישית [עי׳ מלחמות ליבמות (כד,ב בדפי הרי״ף)] דאף דודאי אחד מז׳ אומות שנתגייר אסור הוא בקהל מן התורה, מכ״מ הזרע שנולד להם בקדושה משנתגיירו אסור רק מדרבנן, דדוד גזר עליהם דורות, והובאו דברים אלה גם במ״מ (איסו״ב יב,כב), (והגר״מ אבי הגרי״ד היה רגיל לומר שזו השיטה המחוורת בענין זה).

הגרי״ס הסביר את דעתו של הרמב״ן שבכל גוי המתגייר, אף שחלה עליו קדושת ישראל בשעה שהוא מתגייר, מכ״מ, מאחר שהי׳ פעם נכרי אמרינן דחסרה לו במקצת בקדושת ישראל שלו, ואשר לפיכך הוא דאמרינן שהכהן אסור בכל גיורת ואפילו בנתגיירה פחותה מבת ג׳ שנים ויום א׳,[9] דלגבי כהנים, שיש להם קדושה יתירה דיינינן לכל גיורת כנכרית, מכח זה שחסר להם במקצת קדושת הישראל שלהן, ולגבי דידהו יש בגיורת משום לא תתחתן. וכן מפורש בלשון הרמב״ם ריש פי״ח מהל׳ איסו״ב, שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו וכו׳, (ובה״ג), וכן הגיורת וכו׳ הואיל ואינה בת ישראל וכו׳, הרי להדיא שאין השם זונה מתחדש עליה בשעה שהיא מתגיירת, אלא גדר העניין כנ״ל, שמפני מקצת הגויות הנשארת עדיין עליה לאחר גירותה הוא דנשאר עליה השם זונה דמעיקרא, וכן ראי׳ מהא דסנהדרין (פב,א) דבי״ד של חשמונאי גזרו על הנכרית משום נשג״ז, דאפילו נתפוס דא״א לעבור אלאו בעודה בנכריותה, דא״א לעבור אז אלא אלאו דלא תתחתן, מכ״מ הגויות דאז הוא הוא המקור להשם זונה, ולא שהשם גיורת גורם שיחול עליה השם זונה, ואף בדעת רשב״י נמי נל״פ כן, דס״ל דבנתגיירה פחותה מבת ג׳ שנים ויום אחד שמותרת לכהונה, דגדר ענין השם זונה הוא כנ״ל שהגויות מחדשת לשם הזה, וס״ל לרשב״י דהשם הזה צריך שיחול עליה קודם שתתגייר בעורה בנכריותה, בכדי שיהי׳ נוהג האיסור הזה לאחר שתתגייר, ובאינה ראויה לביאה בגויותה, אית לי׳ לרשב״י דא״א לומר שכבר חל עליה שם זונה עכשיו בעד לאחר זמן.

הוסיף הגרי״ס והסביר שכך הוא גם בנוגע לז׳ אומות שנתגיירו אפילו לגבי ישראלים, שחסר להם כ״כ בקדושת ישראל שלהם (מאחר שהיו נכרים מז׳ עממין קודם שנתגיירו) דדיינינן להו (לגבי איסור אישות) כנכרים, והוו עדיין

[9] עגמ׳ קידושין (עח,א) שנחלקו בזה התנאים, ובפשוטו נראה בדעת חכמים דרשב״י דאיסורו מדאורייתא הוא ולא רק מדרבנן, ועיין בזה בספרי האחרונים.

בכלל לא תתחתן בם, אבל זרעם שנולדו להם בקדושה משנתגיירו, ולא היו אף פעם נכרים, אין לומר עליהם שחסר להם במקצת בקדושת הישראל שלהם, וממילא אין בזרעם משום איסור נתינה דאורייתא, אלא רק שדוד גזר עליהם לדון את הנתינים כ"פסולי קהל" בכדי שיהי' שייך לומר עליהם שהולד הולך אחר הפגום, כלומר, שה"שם פסול" שעל הגברא נמשך הלאה, וחל אף על הדורות. כן הסביר הגר"מ סולובייצ'יק, ונראה להביא ראיה לדבריו, מדכולל הרמב"ם איסור הנתינים בפרק יב מאיסו"ב, ואותו הפרק הרי פותח באיסור הגויות.

על פי זה הגרי"ס הסביר הסוגיה ביבמות, שכהן פצ"ד לאו בקדושתי' קאי, כלומר, שחסרה לו במקצת קדושת כהונה שלו, ולא ר"ל שלפיכך מותר לו לישא גרושה או זונה או לטמא למתים, דזה אינו. הרי הגרי"ד נקט בפשטות כשיטת הב"ש הנ"ל בכהן פצוע דכא.

הרב הוסיף תוספת הסבר שאין לנו נפ"מ במה שחסרה לו במקצת בקדושת הכהונה שלו אלא לענין זה בלבד, שמותר הוא בגיורת, דכל יסוד האיסור דגיורת לכהן הוא רק מפאת מה שחסרה לה לגיורת במקצת בקדושת ישראל שלה (מפני שהיתה פעם נכרית), ולכהן יש קדושה יתירה מאשר לישראל, ולגבי כהן חשיבא הגיורת כנכרית, מפני מדרגתו בקדושה, אבל לגבי כהן זה (הפצ"ד) שחסרה לו בקדושת הכהונה שלו, אין לנו להחמיר באשתו ולהצריך שתהי' היא במדרגה הגבוהה ביותר בקדושת ישראל שלה, ולפיכך מותר הוא בגיורת. לפי זה יש להבין את השוואת הגמ' לומר שאף ישראל פצ"ד מותר בנתינה, דאין הנתינה אסורה (מן התורה) בתורת פסולי קהל (כממזרת), אלא גדר איסורה הוא מפני שחסר לה בקדושת ישראל שלה (מפני שהיתה פעם נכרית), שלא רק לגבי כהנים חשובה כנכרית, אלא אף לגבי נישואי ישראל יש בה משום לא תתחתן, וכאמור, ולפיכך בישראל פצ"ד, שחסרה לו בקדושת הישראל שלו, אינו מוזהר באיסור זה, דאין לנו להצריך שתהי' אשתו במדרגה כה-גבוהה של קדו"י, מאחר שהוא בעצמו אין לו קדו"י גמורה ושלימה, אבל אין ללמוד מהך סוגיא להתיר פצ"ד בממזרת, דממזרת מפסולי קהל היא, והפצ"ד סוף כל סוף חלק מהקהל הוא, למרות מה שחסרה לו במקצת בקדושת ישראל שלו.

נמצא לפי הרב סולובייצ'יק שכהן פצ"ד עדיין עומד בקדושתו, ולכן אסור בגרושה, ובזונה ואסור לטמא למתים. בזה הגרי"ד חלוק על סבו הגר"ח כנ"ל. הפסול היחיד מפסולי כהונה שמותרת לכהן פצוע דכא היא גיורת, מפני

שיסוד איסור גיורת לכהן הוא מפני חסרון בקדושת ישראל שלה כי היא היתה פעם גויה, ואילו לכהן יש קדושה יתירה. אבל לכהן פצ״ד חסר בקדושת כהונה שלו במקצת ולכן מותר בגיורת. וזה אותו נימוק לכך שפצ״ד ישראל מותר בנתינה, שהרי היא אסורה לישראל מפני חסרון בקדושת ישראל מפני אותה סיבה של גיורת לכהן, שמפני שהנתינה היתה גויה, חסר בקדושת ישראל שלה ולכן אסורה לבן ישראל רגיל.[10] אבל לישראל פצ״ד חסר לו בקדושת ישראל שלו, ולכן הוא מותר בנתינה.

[10] לכאורה זה רק בדור הראשון, ובדורות הבאות לא חסר בקדושת ישראל שלה, ואם כן, למה היא אסורה לישראל? וצ״ל שזו היתה גזירת דוד המלך אליבא דרמב״ן שלא רק יהיה להם דין פסולי קהל וכמו שהבאנו לעיל מדברי הרב סולובייצ׳יק זצ״ל, אלא יש נימוק לזה והוא שדוד גזר שמדרבנן חסר להם בקדושת ישראל שלהם, ולכן אסורים לישראל – כלומר, החסרון של קדושת ישראל בדור ראשון שהוא מדאורייתא ממשיכה לדורות הבאות מדרבנן.

אריאל קפלן

מספר הכוסות לברכת חתנים
ואין עושין מצוות חבילות חבילות

ראשי הפרקים

א. פתיחה
ב. אין עושין מצוות חבילות חבילות
ג. יסוד הדין
ד. שתי קדושות על כוס אחת: הרחבת האיסור?
ה. הסתירה ברמב"ם
ו. שיטת הרמב"ם בדין חבילות חבילות
ז. שיטת הרמב"ם בדין שתי קדושות על כוס אחת
ח. יישוב הסתירה ברמב"ם
ט. ביאור המחלוקת בענין מספר הכוסות
י. הסבר חדש - ואם שניהם כאחד טובים
יא. נפקא מינות לשני הדינים בברכת חתנים
יב. סיכום

א. פתיחה

כתוב בתוס' פסחים קב,ב:

> שאין אומרי' שתי קדושות על כוס אחד. ויש נוהגין בחופה מטעם זה שלא לומר שבע ברכות על כוס ברכת המזון, אלא מביאין כוס אחר, ואין מברכין על השני בפה"ג כיון שכבר בירך על כוס ברכת המזון, כי אין נכון לברך פעמים. אך רבינו משולם היה אומר הכל על כוס אחד, דלא דמי לברכת המזון וקידוש דתרי מילי נינהו כדאמרי' בסמוך, אבל הכא חדא מלתא היא דברכת המזון גורם לברכת נישואין.

לפי תוס', נחלקו היש נוהגין ור' משולם האם ברהמ"ז וז' ברכות טעונים כוסות נפרדות או מספיק כוס אחת. אמנם, בספר הישר לר"ת (חלק השו"ת סי' מז-מח) מבואר שלא נחלקו בזה כלל, אלא בשאלה האם מברכים ברכת האירוסין וברכת הנישואין על כוס אחת; ר' משולם הציע שדי בכוס אחת,

ור״ת השיב שצריכים שתי כוסות.[1] אבל כתוב בספר המנהיג (הלכות אירוסין ונישואין עמ׳ תקמא) שלמעשה נהגו בפרובינצא לברך ז׳ ברכות על כוס ברהמ״ז, ובצרפת נהגו לברך על שתי כוסות. ואף אם נאמר שנשתבשה שמועתו של בעל התוס׳ בפסחים, מ״מ ברור שנחלקו בדבר חכמי ישראל, וצ״ב מה שורש מחלוקתם.

ויש לציין שנחלקו בדבר חכמי ישראל לאורך מאות בשנים, שהרי השו״ע כותב (אה״ע סב,ט) שמברכים ברהמ״ז וז׳ ברכות על כוס אחת, והרמ״א (שם) חולק וסובר שצריכים שתי כוסות. וכבר ציינו הפוסקים שאף הספרדים עברו לנהוג כרמ״א,[2] אבל מנהג תימן הוא עדיין לברך על כוס אחת.[3]

כדי להסביר את המחלוקת, צריכים להקדים קצת עיון ביסוד הדין שאין אומרים שתי קדושות על כוס אחת, ששרשו באיסור לעשות מצוות חבילות חבילות.

ב. אין עושין מצוות חבילות חבילות

איתא בברייתא סוטה ח,א:

> אין משקין שתי סוטות כאחת, ואין מטהרין שני מצורעין כאחת, ואין רוצעין שני עבדים כאחת, ואין עורפין שתי עגלות כאחת, לפי שאין עושין מצות חבילות חבילות.

מברייתא זו הקשו לברייתא אחרת, בה מובא שאין משקין שתי סוטות כאחת מסיבה אחרת - לר״ש, שלא יהא לבה גס בחבירתה, ולר״י, ממדרש הכתוב ״אותה״ - ״אותה לבדה.״ ותרצו בגמ׳, נפק״מ כשהאשה רותתת, כשרואים שאין לבה גס בחבירתה ולר״ש יכולים להשקותן בבת אחת, אבל לר״י אסור, שהקרא במקומו עומד. אם פוסקים שאין עושין מצוות חבילות חבילות, מה נשאר לנו כנפק״מ? מתרצת הגמ׳:

> אמר אביי ואיתימא רב כהנא: לא קשיא, כאן בכהן אחד כאן בשני כהנים.

---

[1] כך מבואר גם במגן אבות למאירי ענין חמישי.

[2] ראה בספר הנישואין כהלכתם פ׳ יד הע׳ 212.

[3] כך מובא בשובע שמחות ד,ב ובהערה שם.

בפירושי הראשונים והאחרונים נמצאת מחלוקת בהבנת ההבדל בין כהן אחד לבין שני כהנים, ועפ"ז בדין איזה מהם נחשב "חבילות חבילות." לפי רש"י, רק בכהן אחד זה נחשב חבילות:

> בכהן אחד. הוי חבילות, וכן לגבי עבדים בב"ד אחד ובאדון אחד.

ואולם הרמב"ם פירש באופן אחר (סוטה ד,ב):

> ואין משקין שתי שוטות כאחת שנ' והעמיד אותה.

הרמב"ם לא מזכיר שום הבדל בין כהן אחד לבין שני כהנים; המג"א (קמז,יא) מפרש שהרמב"ם סובר להיפך, ש"אין עושין מצוות חבילות חבילות" בשני כהנים דוקא, אבל בכהן אחד מותר; והוא מסביר שבכהן אחד, ודאי שישקה אותן בזאח"ז, משא"כ בשני כהנים שיכולים לפעול ברגע אחד. א"כ, אין חידוש מיוחד שכדאי היה להזכיר, שהרי ברור הוא שבזאח"ז מותר.

אולם, מעיר הקרן אורה (נדרים עג,א ד"ה וראיתי) שי"ל בפשיטות שהרמב"ם לא הזכיר את החילוק מפני שאנו פוסקים כר"י דלא דרשינן טעמא דקרא, ולכן אין להשקות בין בכהן אחד בין בשני כהנים מכח דרשת "אותה לבדה." ואף מסברא קשה לקבל את דברי המג"א.

התפארת ישראל (בועז, שבת ב,ב) מקשה עליו בלשון חריפה: "וכי ס"ד ששני בני אדם יאסרו להניח תפלין כאחת?"

ג. יסוד הדין

במהות דין "אין עושין מצוות חבילות חבילות" נחלקו הראשונים והאחרונים. רש"י (סוטה ח,א ד"ה חבילות) ותוס' (שם ד"ה והא) סוברים שהאיסור הוא מפני שמראה שהמצוות הן עליו כמשאוי, ורוצה לפרק משאו. תוס' אומר בפירוש שמדובר באיסור דרבנן, ומזה מקשים על הגמ': אפילו אם היה הכל אסור משום חבילות, הרי נחלקו ר"י ור"ש בדרשות דאורייתא, ומאי קושיא מדין דרבנן?

המצפה איתן מתרץ ע"פ תוס' מו"ק (ח,ב ד"ה לפי):

> לפי שאין מערבין שמחה בשמחה. גזירת הכתוב כדדריש לקמן מקרא דשלמה, ובירושלמי דריש מדכתיב "מלא שבוע זאת." וטעם נראה קצת דכמו שאין עושין מצות חבילות, דבעינן שיהא לבו פנוי

למצוה אחת ולא יפנה עצמו הימנה, וכן שמחה בשמחה יהיה לבו פנוי בשמחה.

לפי המצפה איתן מבואר ש"אין מערבין שמחה בשמחה" הוא דין דאורייתא, ומהדמיון נראה שגם "אין עושין מצוות חבילות חבילות" הוא דין דאורייתא, ונעלמה קושיית התוס' בסוטה.

אם כן, מצאנו שתי אפשרויות בדין "אין עושין מצוות חבילות חבילות": א' דין דרבנן שלא יראה שהמצוות עליו כמשאוי, וב' דין דאורייתא דומה ל"אין מערבין שמחה בשמחה" שיהא לבו פנוי למצווה.

ד. שתי קדושות על כוס אחת: הרחבת האיסור?

דין חבילות חבילות מובא בגמ' בברכות מט,א באופן קצת שונה:

רבי אומר: אין חותמין בשתים. איתיביה לוי לרבי... מקדש השבת וישראל והזמנים! חוץ מזו. ומאי שנא? הכא חדא היא, התם תרתי כל חדא וחדא באפי נפשה. וטעמא מאי אין חותמין בשתים? לפי שאין עושין מצות חבילות חבילות.

הגמ' אומרת שאין לחתום ברכה בשני ענינים משום דין חבילות, אבל כשהם בעצם ענין אחד, מותר. וקשה, שהרי אין לך ענין אחד גדול יותר מהשקיית שתי סוטות או טהרת שני מצורעים וכד', ואעפ"כ נאסר משום חבילות!

קושיא דומה עולה מהגמ' בפסחים (קב,א-קב,ב), שוב בענין ברכות:

תנו רבנן: בני חבורה שהיו מסובין וקדש עליהן היום, מביאין לו כוס של יין ואומר עליו קדושת היום, ושני אומר עליו ברכת המזון, דברי רבי יהודה. ר' יוסי אומר: אוכל והולך עד שתחשך; גמרו, כוס ראשון מברך עליו ברכת המזון, והשני אומר עליו קדושת היום.

אמאי? ונימרינהו לתרוייהו אחדא כסא! אמר רב הונא אמר רב ששת: אין אומרים שתי קדושות על כוס אחד. מאי טעמא? אמר רב נחמן בר יצחק: לפי שאין עושין מצות חבילות חבילות.

ולא? והא תניא: הנכנס לביתו במוצאי שבת מברך על היין ועל המאור ועל הבשמים ואחר כך אומר הבדלה על הכוס. ואם אין לו אלא כוס אחד, מניחו לאחר המזון ומשלשלן כולן לאחריו! אין לו שאני...

> והא י״ט ראשון דאית ליה [מספיק יין לב׳ כוסות], ואמר אביי יקזנ״ה, ורבא אמר יקנה״ז! אלא הבדלה וקידוש חדא מילתא היא, ברכת המזון וקידוש תרי מילי נינהו.

מפני דין חבילות, אין אומרים שתי קדושות על כוס אחת (כל עוד שיש לו ב׳ כוסות), אבל אם שתי הקדושות נחשבות ״חדא מילתא״ מותר לכתחילה. ושוב נשאלת השאלה: הלא לענין חבילות אינו עוזר שיהיו ענין אחד!

ואולם, יש קושיא יותר בסיסית: מה זה שייך לענין חבילות כלל? הרי כל דין חבילות הוא שלא לעשות שתי מצוות (אפילו אותה מצווה) בבת אחת, וכאן מדובר בעשיית שתי מצוות בזאח״ז ורק כוס מצרף אותם! וגם בברכות, הרי רק אצל הקב״ה שייך ״בדיבור אחד נאמרו״ ועל כרחו יאמר את המילים השייכות לכל ענין בזאח״ז!

ואכן רש״י (ברכות מט,א) מפרש שלא מדובר באותו איסור ממש:

> אין חותמין בשתים. שדומין לעושין מצות חבילות, כי היכי דאמר (פסחים קב,ב) אין אומר ב׳ קדושות על כוס אחד.

נראה לפרש את דבריו יותר, שלשיטתו, כל האיסור לעשות מצוות חבילות הוא שלא יראה שהמצוות עליו כמשאוי, ויש בעיה דומה בשתי קדושות על כוס אחת, שרוצה להפטר משתי הקדושות בכוס אחת (שאינו רוצה לבזבז שתי כוסות במקום שיכול לצאת ידי חובה בכוס אחת), וגם בחתימה בשתים, שרוצה להפטר משני חיובים בברכה אחת. אולם, כאשר שתי המצוות הן ענין אחד, נראה שמחבר בין המצוות כדי לבטא את הקשר שבינן, וממילא אינו נראה שהמצוות הן עליו כמשאוי.

שיטתו מדויקת מהגמ׳ עצמה, שהרי הגמ׳ שואלת למה לא לומר קידוש וברהמ״ז על כוס אחת, ומתרצת ש״אין אומרים שתי קדושות על כוס אחת.״ ואז שואלת שוב ״מאי טעמא?״ ומשם מגיעה לדין חבילות. וקשה, למה לנו את שני השלבים? אם היינו אומרים מיד ״לפי שאין עושין מצוות חבילות חבילות,״ האם לא היינו מבינים שאין אומרים ב׳ קדושות על כוס אחת? י״ל שדין שתי קדושות אינו דין חבילות ממש, אלא הרחבת הדין מטעם חדש.

אולם, נראה שהרשב״ם אינו סובר כן, שהרי כותב לפרש את המילים ״שתי קדושות״ (פסחים קב,ב):

> שני קדושות. ברכת המזון קורא קדושה כקידוש היום, כלומר שתי מצות.

נראה שר״ל שיש כאן שתי מצוות ממש (קידוש וברהמ״ז), ולכן אין לעשותם חבילות ע״י שיחברם יחד דרך הכוס של ברכה.

התפארת ישראל (שבת פ״ב בבועז ב) מגדיר באופן יותר ברור את אחדות האיסור: ״דוקא כשאדם א׳ עושה ב׳ פעולות כאחת... ועי״ז יקיים ב׳ מצוות.״ וכדי לבאר ענין שתי קדושות, הוא מפרש שברהמ״ז וקידוש ״המה עניינים נפרדים, והם מחשבו כב׳ פעולות שנעשים בב״א בהכוס,״ ר״ל שהכוס מצרפם כאילו נעשו בבת אחת, ואף שבפועל נעשו בזאח״ז. יוצא, אם כן, שדין חבילות הוא תמיד שלא לעשות שתי מצוות בבת אחת, ואם מצרף שתי מצוות ע״י כוס של ברכה, זה יוצר ״בת אחת״ וירטואלית.

לפי שיטה זו, מה ההיתר במקום ענין אחד? אומר התפא״י: ״כיון דתכליתן דומין זל״ז דהיינו להבדיל בין יום ליום שלאחריו, לא מחשבו חבילות.״ לדעתו, נראה שדין חבילות שייך דוקא כשעושה שתי פעולות בבת אחת, וזה קורה או כשעושה שני מעשי מצווה בבת אחת ממש, או כשאומר שתי קדושות על כוס אחת שמצרף אותם להיות כבבת אחת. אבל במקרה השני, שמדובר באמירות בלבד ולא פעולות ממש, כשיש קשר בין הדברים ממילא, אף שלמעשה אמר שתי אמירות, הן נחשבות כפעולה אחת. ומאידך, כשעושה מעשה אחד בלבד, אף שיש ב׳ תכליתים, כגון המדליק שמן שריפה לנרות שבת ויו״ט, אין בזה משום חבילות, שהרי אין שני מעשים לצרף.

ה. הסתירה ברמב״ם

דברי הרמב״ם (שבת כט,יג) נשמעים במבט ראשון כרשב״ם:

> היה אוכל וגמר אכילתו עם הכנסת שבת, מברך ברכת המזון תחלה ואחר כך מקדש על כוס שני. ולא יברך ויקדש על כוס אחד, שאין עושין שתי מצות בכוס אחד. שמצות קידוש ומצות ברכת המזון שתי מצות של תורה הן.

הרמב״ם מדבר על ״מצות״ ולא ״קדושות״ וא״כ נראה שסובר שיש כאן ענין של חבילות ממש ולא הרחבה מיוחדת.

היינו מצפים שאם מדובר בעיקר האיסור ולא הרחבה, יחמיר יותר. ואולם הרמב״ם מיקל באופן מפתיע (שם הל׳ יב):

> היה אוכל בשבת ויצא השבת והוא בתוך סעודתו, גומר סעודתו ונוטל ידיו ומברך ברכת המזון על הכוס, ואחר כך מבדיל עליו.

במקום שהגמ׳ אמרה בפירוש (פסחים קב,ב) ש״אין לו שאני״ אבל כשיש לו צריך להבדיל על כוס שני, הרמב״ם פוסק שלכתחילה מותר להבדיל על הכוס של ברהמ״ז! לכן השיג עליו הראב״ד, ותמהו עליו המפרשים והפוסקים.

ועוד קשה, הרי בפשטות הרמב״ם (ראה הל׳ שבת כט,א) סובר שגם קידוש וגם הבדלה חיובן מדאורייתא,[4] אבל בקידוש לבד כותב ״ששתי מצות של תורה הן,״ ומאי שנא קידוש מהבדלה?

כדי להבין את דברי הרמב״ם, נדון תחילה במהות דין חבילות לפי הרמב״ם.

ו. שיטת הרמב״ם בדין חבילות

הרמב״ם מזכיר את הדינים מהגמ׳ בסוטה בכמה מקומות, איש על מחנהו ואיש על דגלו. בכמה מהם הוא מדבר על דין חבילות בפירוש, תוך כדי הגדרת צורת המצווה:

> טהרת מצורע זו נוהגת בארץ ובחוצה לארץ. בפני הבית ושלא בפני הבית. וכהן שטמאו מצוה לטהרו שנאמר לטהרו או לטמאו. והכל כשרין לטהר את המצורע אפילו זב ואפילו טמא מת. ואין מצורע מטהר מצורע. ואין מטהרין שני מצורעין כאחת שאין עושין מצות חבילות. (טומאת צרעת יא,ו).
>
> אין עורפין את העגלה אלא ביום לפי שנאמר בה כפרה כקדשים. וכל היום כשר לעריפתה. ואין עורפין שתי עגלות כאחת שאין עושין מצות חבילות חבילות. (רוצח ושמירת נפש י,ה)
>
> כיצד רוצעין? מביאו לב״ד של שלשה ואומר דבריו לפניהם ומגישו לסוף שש אל הדלת או אל המזוזה כשהן עומדין בבניין. בין דלת ומזוזה של אדון בין של כל אדם. ונוקב את אזנו הימנית בגופה של אוזן במרצע של מתכת עד שיגיע לדלת שנאמר ונתת באזנו ובדלת.

---

[4] אולם, ראה חדושי המאירי לפסחים קב,ב שמפרש שלמ״ד אומר ברהמ״ז והבדלה על כוס אחד, הטעם הוא שהבדלה היא רק מדברי סופרים. וקשה לפרש ככה בדעת הרמב״ם שנוקט קידוש והבדלה בחדא מחתא ומדבר עליהם כ״מצות עשה מן התורה.״ ואולם כן כתב הרב קאפח בפירושו לדברי הרמב״ם על האתר, וכך התעלם מהסתירה בדברי הרמב״ם ע״פ דרכו של המאירי ועיי״ש.

> ולא נאמר מזוזה אלא שיהיה עומד בין אצל דלת בין אצל מזוזה ומה מזוזה כשהיא עומדת אף דלת כשהיא עומדת אבל הרציעה בדלת אע״פ שאין שם מזוזה. האדון הוא שרוצע בעצמו שנאמר ורצע אדוניו לא בנו ולו שלוחו ולא שליח ב״ד. ואין רוצעין שני עבדים כאחד שאין עושין מצות חבילות חבילות. (עבדים ג,ט)

בשלשת המקומות הרמב״ם לא הקדיש הלכה לדין חבילות חבילות, אלא הכניס ענין חבילות תוך כדי דיבור על צורת המצווה בזמן, בגברא, ובחפצא. משמע מדבריו שאין לראות בחבילות דין כללי מדרבנן משום משאוי, אלא דין השייך להרבה מצוות שנכלל בתוך גדר המצוות עצמן! וזה מעלה שאלות אחרות: מנין לו ההסבר הזה? ומה לגבי מצוות אחרות?

לכאורה, מזה שהוא תמיד מנמק את ההלכות בהסבר ״שאין עושין מצות חבילות״ משמע שדין זה אכן שייך במקומות אחרים. אבל מ״מ צ״ע האם זה שייך לכל המצוות או רק לסוג מסוים.

פעם אחת מביא הרמב״ם דין חבילות בלי להזכיר את הדין בשם, וגם שם מביא אותו תוך שאר גדרי המצווה:

> ואין משקין את הסוטה אלא ביום וכל היום כשר להשקות סוטה. ואין משקין שתי סוטות כאחת שנאמר והעמיד אותה. (סוטה ד,ב)

כפי שהזכרנו לעיל, הקשה המג״א על הרמב״ם למה לא הביא דין כהן אחד ושני כהנים. הוא עצמו תירץ שהרמב״ם מתיר דוקא בשני כהנים, ודבריו קשים, כאשר הקרן אורה תירץ שלמעשה אין לנו חילוק בין כהן אחד לבין שני כהנים, שהרי אנו פוסקים כר״י שאינו דורש טעמא דקרא.

אלא דלפי הקרן אורה, קשה מה מלמדת אותנו הברייתא המובאת בגמ׳ סוטה לגבי חבילות. אם באמת כל מה שהיה לנו לאסור מטעם חבילות הוא כבר אסור מדין ״והעמיד אותה,״ למה לברייתא לומר שאין משקין שתי סוטות כאחת משום חבילות?

וגם יש להקשות על הרמב״ם עצמו: הרי אף אם פוסקים כר״י, זה רק בסוטה, והיה לרמב״ם להביא את החילוק בין כהן אחד לבין שני כהנים במקום אחר שמביא דין חבילות![5]

אלא נראה לענ״ד לפרש שלרמב״ם, דין חבילות ודין ״אותה לבדה״ הם שני דינים שונים. דין חבילות אומר שצורת המצווה כוללת בתוכה שהעוסק בה יעסוק בה לבדה.[6] לגבי סוטה, חידשה התורה שגם הסוטה עצמה צריכה להיות לבד, ואין זה כדין הכללי בשתי מצוות הנעשות על ידי שני בנ״א, כ״א עם חפצא לעצמו (כגון שנים שמניחים תפילין, כ״א עם תפיליו), דשפיר עושים בו-זמנית.

א״כ, נוכל לפרש את שלבי הגמ׳ באופן הבא:

א. אין משקין שתי סוטות כאחת, ונחלקו ר״ש ור״י לגבי רותתת ע״פ פירוש הדרשה ממילת ״אותה.״ בשלב הזה, מניחה הגמ׳ שמדובר רק בכהן אחד, ולא בשני כהנים.

ב. הלא בכלל אין עושין מצוות חבילות, ומאי שנא רותתת שמשקים לר״ש?

ג. אכן בכהן אחד ברור שאין משקין מטעם חבילות כמו בכל התורה כולה, אבל בסוטה דכתיב ״אותה״ גם בשני כהנים אין משקין (לר״ש חוץ מרותתת ולר״י אף ברותתת), שצורת המצווה היא שרק סוטה אחת שותה בבת אחת (לר״ש שלא תהא לבה גס בחברתה, ולר״י הוי גזה״כ בלתי תלויה בטעם).

לפ״ז, עדיין צריכים את הטעם של חבילות, שאם לא היה דין חבילות, היינו דורשים ״אותה״ כמו ההו״א של הגמ׳, ללמד שכהן אחד לא ישקה שתי סוטות בבת אחת, אבל שני כהנים שפיר דמי. ואז י״ל שחידוש הברייתא הוא שבין לר״ש[7] בין לר״י אין כהן אחד משקה ב׳ סוטות משום חבילות, ונחלקו רק בשני כהנים.

---

[5] כך מפרש המחצית השקל (סי׳ קמז,יא ד״ה לכן נראה לי) את קושיית המג״א שהבאנו על הרמב״ם. גם הקרן אורה עצמו מעלה א״ז כאפשרות בפירוש דברי המג״א, אבל מ״מ הוא דוחה את דבריו מסברא.

[6] נ״ל שהסברא הזאת מופיעה בקצרה בקרן אורה בסוף דבריו, וז״ל:

וי״ל דבסוטה ופרה אדומה דכתיב בהו קראי, נאמר בפירוש דאפילו העמדתן לחוד אין להיות שנים כאחת... דמשום אין עושין מצות חבילות יש לומר דלא שייך אלא בבת אחת דוקא, אבל לא בזאח״ז אפי׳ במעמד אחד.

[7] ובלי חבילות חבילות ר״ש היה מתיר אף לכהן אחד להשקות ב׳ סוטות בבת אחת ברותתת.

בזה מתורץ גם למה לא הביא הרמב״ם את הדין של כהן אחד ושני כהנים. החידוש של הגמ׳ אינו ההיתר של שני כהנים בשאר המצוות, אלא האיסור של שני כהנים בהשקיית סוטה דוקא. לכן, אין אפילו צורך להזכיר את ההיתר של שני כהנים בשום מקום, שלא היתה שום הו״א לאסור עשיה ע״י שני כהנים משום חבילות!

נפק״מ לפ״ז נוכל לראות מדברי האור שמח (הל׳ טומאת צרעת יא,ו). האו״ש שואל איך לפי התוספתא דברכות פ״ז מברך על הפרשת תרו״מ ״אקב״ו להפריש תרו״מ.״[8] הלא מדובר בכמה וכמה מצוות נפרדות, ואין חותמין בשתים משום דין חבילות? האו״ש מתרץ:

> אולם נראה לי ברור דהך דאין עושין מצות חבילות לא נאמר רק על מצות שבגופו או מצות כמו השקאת סוטה... דלא שייך בזה שליח שהכהן העושה הוא המקיים המצוה, אבל תרומ״ע שהחיוב הוא על הבעלים והוא יכול להפריש ע״י שליח... הוה״ד דאין בזה מצות חבילות כיון שנתנה התורה לו רשות לפרוק החבילה על אחר שאינו מצווה כלל בזה.

הוא מנמק את סברתו בענין משאוי, שאם התורה התירה לו לפרק משאו, כמובן שאין בעיה להראות כאילו רוצה לפרק משאו.

אולם, יש להסביר שלא מטעמו, שבמצוות שהעושה הוא המקיים, עושה המצווה הוא חלק מקיום המצווה, ולכן אין לו לעשות מצווה אחרת באותו זמן - ואפילו אותו סוג של מצווה! - דהוי כ׳הוקצה למצותו׳. ואולם, כשלא הקפידה התורה על עשייה בגברא, העיקר הוא שהמעשה ייעשה, וא״כ זה

---

[8] לדברי רש״י בברכות מט,ב לכאורה ניחא קושיית האו״ש. לגבי ברכת ״מקדש השבת וישראל והזמנים״ כתוב בגמ׳ ש״חדא היא״ ופירש״י (ד״ה חוץ) ״אין כאן אלא ברכת מקדש, שמברך להקב״ה שמקדש השבת והזמנים, אבל מושיע ישראל ובונה ירושלים תרתי מילי נינהו, ואין כוללים ב׳ דברים בברכה אחת.״ גם אצלנו י״ל שמילת ״להפריש״ מצרפת תרומות ומעשרות כדי שהכל ייחשב חתימה אחת.

ולפי ר׳ יונה (לו,א בדפי הרי״ף ד״ה אמר) שמפרש בדברי רש״י שצריכים קשר במובן, י״ל שתרומ״ע ענינים אחד, שהחקלאי יפריש חלק מיבול ארצו לשם מטרות קדושות.

ולדברי לר׳ יונה עצמו, שגורס שבשבת ויו״ט חותמין בשתים מפני ש״הא בהא תליא״ (ראה לדוגמא הרי״ף לו,א), ומפרש ״שקדושת ישראל תלויה בקדושת השבת, וקדושת הזמנים וראשי חדשים תלויה בקדושת ישראל,״ י״ל שיש סדר קבוע לתרו״מ המחייב ע״פ ההלכה, וגם חשבון כמה לתת מכל סוג מוגדר ע״פ מה שכבר נתן, וא״כ המצוות המאוחרות תלויות במוקדמות, ובחדא מתחא מחתינן, והויין כקדושה אחת.

שצריך מישהו לעשות המצווה בפועל הוא ענין טכני, אבל האדם עצמו אינו הופך להיות חלק מצורת המצווה.

עפ״ז נוכל לפרש היטב את מחלוקת תוס׳ והרמב״ם לגבי העמדת שתי סוטות. תוס׳ (סוטה ח,א ד״ה אין) מדייק מהגמ׳ שאין אפילו להעמיד שתי סוטות בעזרה כאחת אע״פ שאינן שותות כאחת. אולם, משמע מהרמב״ם שדוקא ההשקייה ביחד אסורה, אבל מותר להעמיד אותן בעזרה כאחת.

המג״א (קמז,יא) מפרש ע״פ דרכו שלתוס׳ בכהן אחד אסור אף דע״כ משקה אותן בזאח״ז, וא״כ צ״ל שההעמדה עצמה אסורה, כאשר לרמב״ם שבכהן אחד מותר י״ל שלא מקפידים על ההעמדה, והקפדה היחידה היא רק על השקיית שתי סוטות בבת אחת על ידי שני כהנים.

אולם, לפי דברינו נראה לומר שלתוס׳ שהבעיה בחבילות היא משאוי, ההעמדה בבת אחת גם נראית כמשאוי, אבל לפי הרמב״ם שמדובר בחלק מגדר המצווה, אין סיבה להקפיד על ההעמדה אלא על חבילות בהשקאה עצמה.[9]

ז. שיטת הרמב״ם בדין שתי קדושות על כוס אחת

מעתה ניתן להבין בבירור את הדין שאין אומרים שתי קדושות על כוס אחת. זה כמו דין חבילות ממש, אלא שבמקום אדם שצריך להיות מיוחד למצוותו, הכוס צריכה להיות מיוחדת למצוותה.

נראה שמקור דברי הרמב״ם הוא מהגמ׳ בפסחים קה,ב-קו,א שם הגמ׳ מביאה שוב את הברייתא לענין הנכנס לביתו במוצ״ש, ואומרת:

> שמע מינה מיהא מתני׳ תמני ש״מ... ושמע מינה אומר ב׳ קדושות על כוס אחד.

רשב״ם ותוס׳ שם נוקטים כעיקר את הגמ׳ בדף קב,ב, ואומרים שהכוונה בדף קו,א היא שאומר ב׳ קדושות על כוס אחת רק כשאין לו כוס אחרת. אולם,

---

[9] יש להעיר שהרמב״ם דורש שאין משקין ב׳ סוטות כאחת מהכתוב ״והעמיד אותה״ וא״כ לולא דברי המג״א היה לנו לפרש שהוא אכן מקפיד על ההעמדה. אלא דא״כ אינו אוסר העמדה ביחד מפני שאין עושין הכשרי מצווה ביחד, אלא מפני שההעמדה עצמה היא חלק מהמצווה (כדברי הקרן אורה המובאים לעיל הערה 6)! ואינו ברור כלל שהיה מקפיד על העמדה ביחד במצוות אחרות כגון במילת ב׳ תינוקות.

מפרש המגדל עוז[10] שהרמב"ם סובר הפוך, שמהגמ' בדף ק,א רואים שהתירוץ ש"אין לא שאני" נדחה להלכה.[11]

אם נחזור לשו"ט בפסחים קב,ב, יש לפרש שתחילה הגמ' סברה שרק במקום ש"אין לו" יכול לומר שתי קדושות על כוס אחת, ובאופן זה דחתה את הראיה מהברייתא שאומרת שיכול לומר ברהמ"ז והבדלה על כוס אחת. אולם, למסקנא שב"מילתא חדא" אומרים שתי קדושות על כוס אחת, י"ל שגם ברהמ"ז והבדלה נחשבים דבר אחד שאומרים ביחד אף במקום שיש לו כוס אחרת, ורק ברהמ"ז וקידוש (שהוזכר בפירוש בתחילת הסוגיא שם שאסור לאמרם על כוס אחת) נחשבים לענינים נפרדים.

נראה שלפי הרמב"ם, הביטוי "שתי קדושות" ר"ל כל מצווה שעושים על הכוס, והו"א אפילו במצוות הקשורות זל"ז כגון קידוש והבדלה אין לעשותן בכוס אחת, ממש כמו בחבילות, שאפילו אותה מצווה אין לעשות פעמיים בו-זמנית. ומסיקה הגמ' שבכוס הדין הוא קל יותר, שכל שמדובר בקדושה אחת, ר"ל ענין אחד, מותר להשתמש בכוס אחת.

לכן, מדייק הרמב"ם לומר "שאין עושין שתי מצות בכוס אחד", שהרי שתי קדושות ששייכות זל"ז אומרים על כוס אחת, ורק חוששים כשעושה חבילה משתי מצוות ממש. למרות דבריו "שתי מצוות של תורה הן," אינו מוכח שמדובר במצוות דאורייתא דוקא,[12] אלא נראה שר"ל שכל שמדובר בשני ענינים שאין ביניהם קשר, אין לחברם ע"י כוס אחת.

---

[10] אח"כ ראיתי את ההסבר הזה בדברי הגרי"ד סולוביצ'יק, בשיעורים לזכר אבא מארי ח"ב ענין קידוש והבדלה. ראה גם את הקרני ראם הנזכר לקמן, שמחלק בין המקרה של הגמ' (שנכנס לביתו במוצ"ש ורוצה לאכול) לבין המקרה של הרמב"ם (שהתחיל את אכילתו מבעוד יום), וראה להלן הערה 17.

[11] לולי דמסתפינא הייתי אומר שלרמב"ם נדחה התירוץ "אין לו שאני" לגמרי, ויתכן שבמקום שאין לו אלא כוס אחת, עדיף לעשות מצווה אחת על הכוס והשנייה בלי הכוס מאשר לעשות שתי מצוות בכוס אחת. ולפ"ז היה אפשר לפרש לפי הרמב"ם שההו"א היתה שדין חבילות הוא משום משאוי כדברי רש"י, ולכן אין לו שאני, ולמסקנא דין חבילות הוא משום שהאדם או הכוס הוקצה למצוותו, ולכן אף פעם אין להשתמש בכוס אחת לב' מצוות, אא"כ הן ענין אחד.

[12] האו"ש (שבת כט,יב) מניח כדברי המ"מ (שבת כט,יח) שקידוש יו"ט הוא מדרבנן, ושואל מזה על הרמב"ם: איך הגמ' מקשה מיקנ"ה אם רק ההבדלה היא דא"נ? מכח קושיא זאת מסיק האו"ש שבאמת אין הבדל לרמב"ם בין מצוות דאורייתא לבין מצוות דרבנן, וכולן בכלל חבילות.

אולם הביא החת"ס בחידושיו לפסחים (קב,ב ד"ה ואמר רבא) שלשה פירושים לפיהם יכולים לומר שיש הבדל בין דאורייתא לדרבנן:

ומה נחשב קשר? ועוד, מאי שנא מעצם דין חבילות ששייך אף כשמדובר באותה מצווה ממש? י״ל שהגורם המכריע אינו קשר בין המצוות, אלא משהו עמוק יותר: אומרים שתי קדושות על כוס אחת כשיש להם אותו שורש ויסוד, אותו מחייב. וא״כ זה שונה מב׳ סוטות וכד׳, ששם כל סוטה או עבד או מצורע או הרוג נחשב ״מחייב״ בעצמו.[13]

א. לפי הרמב״ם אף קידוש יו״ט הוא דא׳, נגד דברי המ״מ, וא״כ נשארות לנו שתי מצוות דאורייתא.

ב. לדברי המ״מ שקידוש יו״ט הוא מדרבנן, צ״ל שאין לומר שתי קדושות על כוס אחד אף כשאחת מהן דרבנן, ורק כששניהם דרבנן אין קפידא. (וראה שם בחת״ס הסבר יותר לדבריו.)

ג. נשוב לדברי המ״מ, יש לחדש שגם הבדלה משבת ליו״ט אינה אלא מדרבנן (ואף אם בד״כ היא דא׳), ונמצא שיש כאן שתי מצוות דרבנן, וחוזר ונעור דין חבילות כמו בשתי מצוות דא׳. אבל עדיין מותר לומר קדושה דאורייתא וקדושה דרבנן על כוס אחד.

הכת״ס (שו״ת או״ח סי׳ כ״ו) הביא פירוש רביעי:

ד. בדאורייתא ודרבנן אין איסור אא״כ מקדים הדאורייתא לדרבנן, וקושיית הגמ׳ היא מסדר יקנ״ה שמקדים קידוש של יו״ט שהוא דרבנן להבדלה של שבת שהיא דאורייתא.

אף אם נפרש באׁ מהדרכים האלו את דברי הרמב״ם, אין הדיון הזה נראה שייך כ״כ לענייננו, שהרי כל הדיון בראשונים בז׳ ברכות וברהמ״ז סובב ענין חדא מילתא ותרי מילי, ונראה א״כ שלמעשה אין הראשונים האלה חוששים למעמד המצוות כדאורייתא או דרבנן, או סוברים כפירוש השני של החת״ס שלפיו יהיה פתח לדבר על חבילות (שהרי ברהמ״ז היא דאורייתא וז׳ ברכות הן דרבנן).

ולכן כתב הכת״ס בפירוש (שו״ת או״ח סי׳ קלט) שצ״ל שלתוס׳ אכן אין חילוק בין מצוות דא׳ לבין מצוות דרבנן לגבי דין חבילות, או צריכים לחדש שאף דברי קבלה (כז׳ ברכות) נחשבים כדינים דאורייתא.

ואולם כל הטעם לחלק בין דאורייתא לבין דרבנן הוא משום משאוי, שאולי מותר להראות שמצוות דרבנן הן עליו כמשאוי (עיי״ש היטב בחידושי חת״ס). אבל לפי דרכנו שהאדם או הכוס הוקצה למצוותו, אין נראה כלל לחלק בין דינים דא׳ לבין דינים דרבנן.

[13] לפ״ז היה נראה לומר שאין לברך ב״ח לשני חתנים כאחד משום חבילות, דהוו ג״כ שני מחייבים מחולקים, אבל איתא בפירוש בריטב״א (כתובות ח,א ד״ה הא דאמרינן חתנים) ובשו״ת הרא״ש (כו,ד, הו״ד בטור יו״ד סי׳ רס״ה) דמותר לברך ברכה אחת לשני חתנים, והגה״מ (אישות פ״י אות ג) בשם האביאסף רק אסר משום עין הרע. אלא דזה לא דק, דדיני ברכות אינם בהכרח כדיני כוסות או מצוות, דאין שם גוף ממש שצריך להיות מיוחד למצוותו. (ואף שאין חותמין בשתים, זהו לכאורה דין בנוסח הברכה, ולא דין במי שהברכה מוציאה ידי״ח. ועל כרחך שאני דיני ברכות, דאל״כ איך יוציא אחד לחברו ידי״ח בברכות לעולם? ואכן הברכת אברהם (פסחים קב,ב בענין אעמח״ח אות ח) טוען שדין ״אין חותמין בשתים״ אינו בדין חבילות ממש, אלא מחזי כחבילות. וא״כ מסתבר שנמצא קולות מחודשות בברכות.) ואם מצד דיני ברכות אין מניעה מלברך על שניהם כאחד, חזר הדין לגבי הכוס להיות כמו הדין על ברכה משום מחייב אחד, דאין סברא לומר שנברך ברכה אחת על שתי כוסות.

הרי פסק הרמב״ם (שבת כט,א) שצריכים לקדש את השבת ״בכניסתו וביציאתו״ ע״פ הכתוב ״זכור את יום השבת לקדשו״ (שמות כ,ז). ועוד פסק (שם הל׳ יח) שאומרים קידוש והבדלה ביו״ט ״שכולם שבתות ה׳ הן״ ונראה שר״ל ששניהם אותו דין. בין בשבת ובין ביו״ט, קידוש והבדלה נתקנו לא על היום עצמו, אלא על המעבר בין הימים, להראות ששבת ויו״ט נכנסים ויוצאים. אם כן, מסתברא ההו״א של הגמ׳ בפסחים שאין קשר ביניהם, שהרי חיוב הבדלה במוצ״ש וחיוב קידוש בליל יו״ט נובעים מקדושות וימים שונים.

נמצינו למדים, למסקנה, ש״חדא מילתא היא,״ ר״ל ששניהם מגדירים את היום הנוכחי, שאיננו שבת האסורה במלאכת אוכל נפש, ולכן מבדילים, אבל עדיין איננו חול שעושים כל מלאכה, ולכן מקדשים. לכן אפילו מזכירים את יו״ט בהבדלה במילים ״המבדיל בין קודש לקודש.״ כשיו״ט חל במוצ״ש, לא נאמר שפקעה קדושת שבת ובאה קדושת יו״ט, אלא ירדנו קצת בקדושת הזמן אבל לא לגמרי, וחייבים להזכיר את התמונה המלאה ע״פ מאמר הכתוב ״זכור את יום השבת לקדשו.״

ואף ראיתי בספר משא יד (ח״ג, לפ׳ אמור) שרצה לאחד ממש את שתי המצוות, ולומר שלדעת הרמב״ם, הבדלה משבת ליו״ט אינה כהבדלה בכל שבתות השנה, אלא היא חלק מקידוש היום. אולם מנוסחת הרמב״ם, כשמדבר על דין יקנה״ז (שבת כט,כב), נראה שאינו סובר כך:

> כיצד מברכין בלילי יום טוב שחל להיות באחד בשבת? בתחילה מברך על הגפן, ואחר כך מקדש קידוש יום טוב, ואחר כך מברך על הנר, ואחר כך מבדיל, וחותם בהבדלה, המבדיל בין קודש לקודש; ואחר כך מברך שהחיינו.

הרמב״ם לא כתב ״כיצד מקדשים״ אלא ״כיצד מברכין,״ ולעד״נ שכוונתו לומר שיש עדיין שני חיובים, חיוב הבדלה וחיוב קידוש היום (ולכן אומר בפירוש את המילים ״מקדש״ ו״מבדיל״), אלא ששניהם מתייחסים למעבר בין שבת ליו״ט, ולכן אין מקום לדין שתי קדושות, ששרשם בדין אחד (״זכור את יום השבת לקדשו״) וזמן אחד (המעבר בין שבת ליו״ט).

יוצא, אם כן, שלפי הרמב״ם דין חבילות מופיע בשני מקרים: א׳ עשיית שתי מצוות ע״י אדם אחד, וב׳ כשעושה שתי מצוות על כוס אחת. בשני המקרים, עשיית שתי המצוות חבילות פוגמת בצורת כל אחת מהמצוות, אא״כ יש מחייב אחד לשתיהן ואז יכול לעשותן על כוס אחת.

ח. יישוב הסתירה ברמב"ם

כפי שראינו, הרמב"ם אסר אמירת ברהמ"ז וקידוש על כוס אחת, כאשר התיר אמירת ברהמ"ז והבדלה על כוס אחת לכתחילה. מאי שנא קידוש מהבדלה?

נראה לתרץ שההבדל אינו בין קידוש להבדלה אלא בין ברהמ"ז לברהמ"ז. לפי הרמב"ם, ברהמ"ז של סעודה שלישית היא גם מענין השבת עצמה. הרי פסק הרמב"ם (שבת ל,ט) שחייב לאכל שלש סעודות על הפת, ומטעם זה פסק (הל' ברכות ב,יב) שאם שכח לומר רצה בברהמ"ז צריך לחזור ולברך, בלי לחלק בין הסעודות.[14] אם כן, יש לומר שברהמ"ז והבדלה שניהם ענין אחד. גם סעודות השבת וברהמ"ז שלהן, וגם מצוות ההבדלה, נובעות מקדושת השבת.

ואולי לזה כוון הקרני ראם (פסחים כ,ב בדפי הרי"ף). דבריו מבוססים על דברי המ"מ (הל' שבת כט,יב):

> ורבינו ז"ל סבור דברכת המזון והבדלה הכל הוא על מה שעבר, שחיוב ההבדלה אינו בשביל הזמן ההוה והעתיד שהוא חול, אלא בשביל הזמן שעבר שהיה שבת.

קשה להבין את דברי המ"מ; האם נגיד שכל דבר ששייך לעבר כבר נחשב ענין אחד ואין בעיה של חבילות?[15] הקרני ראם[16] כותב שלדברי הרמב"ם ע"פ המ"מ, יכול לברך ברהמ"ז ולהבדיל על כוס אחת דוקא כשהתחיל סעודתו מבעו"י, שאז סעודתו שייכת לשבת עצמה. אולם, אם התחיל לאכול רק במוצ"ש, "שאין הבהמ"ז על הסעודה של שבת... לא הוי הבדלה ובהמ"ז על

---

[14] כתוב בברכות מט,ב שבשבתות וימים טובים שחייב לאכול פת, חוזר לראש אם שכח רצה או יעו"י. וראה משנ"ב קפח,לא שמטעם זה פסק השו"ע שאין לחזור לראש בסעודה שלישית אם שכח לומר רצה, שהרי למ"ד אין צריכים לאכול פת לסעודה שלישית גם אינו חוזר אם שכח לומר רצה, וחוששים לדבריו. כנראה שהחיוב לאכול פת הופך גם את ברהמ"ז להיות יותר תלויה בקדושת היום.

[15] אמנם ראה ספר העיטור הל' ברכת חתנים דף סה, ששתי קדושות או קדושה אחת הוא ענין של "מקמי סעודתא" ו"אחר סעודתא" וכן מובא גם בראבי"ה ח"ב סי' תקיב וראב"ן פסחים קב,ב ד"ה ואין אומרים. העיטור מסיק שע"פ שיטה זאת, "ברהמ"ז וז' ברכות תרווייהו בתר סעודתא אתו... וחדא מילתא נינהו" ומברכים על כוס אחד. וזה מאד קשה להבין לפי שיטתם את המילים "ישתי קדושות" ו"מילתא חדא" בגמרא.

[16] אח"כ ראיתי חילוק זה מובא גם באו"ש (שבת כג,יב).

דבר אחד״ אף שגם ברהמ״ז שלו שייכת לעבר. אין הענין העבר והעתיד ממש, אלא השייכות לשבת.[17]

ט. ביאור המחלוקת בענין מספר הכוסות

עתה נוכל להבין את השיטות לגבי מספר הכוסות לז׳ ברכות. ובאמת נוכל לפרש בכמה אופנים.

נוכל לפרש ע״פ הנחה שדין חבילות הוא חשש שלא יראו עליו המצוות כמשאוי, וכן הוא לגבי שתי קדושות.

מצד אחד, ברהמ״ז וז׳ ברכות הם ענינים נפרדים לגמרי. הראשון בא להודות לקב״ה על הארץ ועל המזון, והשני בא (בפשטות) להודות לקב״ה על שמחת חתן וכלה.[18]

מצד שני, תוס׳ בפסחים כותב: ״הכא חדא מלתא היא, דברכת המזון גורם לברכת נישואין.״ כל עוד שיש קשר פרקטי בין הדברים, אע״פ שאין קשר עקרוני, אולי זה כבר מספיק שלא יראה כמשאוי. ולכן, בני פרובינצא היו מברכים הכל על כוס אחת.

אם נאמר שדין חבילות הוא שלא לערבב מצווה במצווה, בין בדרכו של התוס׳ במו״ק ובין בדרכו של הרמב״ם נראה לכאורה שצ״ל שנברך על שתי כוסות, שהרי מדובר בשני ענינים נפרדים!

ואולם, אור חדש בוקע ועולה מדברי ספר המנהיג עצמו (עמ׳ תקמא):

> בפרובינצ׳ אומר׳ הכל על כוס שלברכת המזון שכבר התחלנו לומ׳ בו שהשמחה במעונו וכולן ברכות שלשמחה וקדושה אחת הן.

נראה מדבריו כהסבר שלנו בדעת הרמב״ם, שברהמ״ז מתחברת לשבת והוי ענין אחד עם הבדלה. לפי חכמי פרובינצא, ברהמ״ז בבית החתן נעשתה ברהמ״ז של שמחת חתן וכלה.

---

[17] הסבר אחר מופיע בדברי הרב סולוביצ׳יק (ראה הערה 10 ועי״ש), שקידוש הוא ״על הכוס״ ממש, כאשר הבדלה היא רק סיפור דברים על הכוס אבל אין הכוס נעשה חלק מגוף המצוה. לכא׳ הרב סולוביצ׳יק היה חולק על הקרני ראם, שהרי בין בברהמ״ז של שבת ובין בברהמ״ז של חול אין בעיה של שתי קדושות ואף פעם אין התנגשות עם הבדלה לגבי הכוס.

[18] ואולם ראה פירוש יפה בערוה״ש אה״ע סב,כד, שבאו ״לברך את הזוג שיצליחו, ובדרך אגב נותנים ברכה לכבוד העם הנאספים ולהזכרת חורבן ירושלים.״

נוכל להציע פירוש דומה, אבל הפוך, בדברי התוס׳. עד כאן, הנחנו שברכת המזון ״גורם״ לברכת נישואין ר״ל שיש קשר פרקטי. וזה מסתבר אם נאמר שחיוב ז׳ ברכות הוא חיוב המוטל על כל אחד שמשתתף בשמחת החתן והכלה, רק שלמעשה מברכים בשיא השמחה בשעת הסעודה. אבל אולי נוכל לומר שז׳ ברכות מהוות חלק אינטגרלי מברהמ״ז - לא שברהמ״ז היא ברהמ״ז של שמחה כדברי ספר המנהיג, אלא ז׳ הברכות נהפכות להיות ברכות על המזון.

למשל, ״רצה״ ו״יעלה ויבוא״ מהווים- לדעת חלק מהפוסקים- חלק בלתי-נפרד מברהמ״ז בשבת ויו״ט, עד כדי כך שאם שכח לברך צריך לחזור ולברך את כל הברכות של ברהמ״ז. זה שלא הזכיר את קדושת היום פוגם את כל ברהמ״ז, מפני שברהמ״ז של שבת ויו״ט צריכה לכלול עניינא דיומא. כן הוא בז׳ ברכות, שבבית חתנים צורת ברהמ״ז היא ד׳ הברכות הרגילות ואח״כ ברכת חתנים. א״כ, ז׳ ברכות הן לא רק ענין אחד עם ברהמ״ז אלא חלק ממנה, וברור שאין סיבה להביא שתי כוסות!

ואכן הברכת אברהם (פסחים קב,ב על תד״ה שאין, בפירושו השני) מסביר באופן זה את המחלוקת שלנו:

> י״ל דרבנו משולם ס״ל דכל עיקר הדין בזה, שתקנו הוספה לברהמ״ז בבית חתנים... א״כ פשיטא דאי״צ ב׳ כוסות, דהכל שייך לכוס ברהמ״ז. אבל טעם דיש נוהגין י״ל דלא שייך כלל לברהמ״ז, אלא שבבית חתנים מברכים הנך ברכות, ותיקנו לאומרם אחרי ברהמ״ז, אבל הם ברכות בפנ״ע במקום שמחת חתנים.

הרעיון הזה, שז׳ ברכות הן חלק מברהמ״ז, לכאורה מופיע בדברי הרמב״ם. בפ״ב מהל׳ ברכות, הוא מביא את צורת ברהמ״ז, ומשלב בתוך תיאורו את כל ההוספות והשינויים: רצה, יעלה ויבוא, על הנסים, ברכת האבלים, וברכת חתנים. לשונו לגבי ברכת חתנים מעניין ביותר:

> הלכה ט: בבית חתנים, מברכין ברכת חתנים אחר ארבע ברכות אלו, בכל סעודה וסעודה שאוכלין שם...
>
> הלכה י: ברכה זו שמוסיפין בבית חתנים, היא ברכה אחרונה משבע ברכות של נישואין. במה דברים אמורים, בשהיו האוכלים הן שעמדו בברכת נישואין, ושמעו הברכות; אבל אם היו האוכלין אחרים שלא שמעו ברכת נישואין בשעת נישואין, מברכין בשבילן אחר ברכת מזון

שבע ברכות, כדרך שמברכין בשעת נישואין. והוא שיהיו עשרה, וחתנים מן המניין.

דייק הגרי״ז (בחידושיו, ענינים בסוגיות הש״ס בסוף מס׳ סוטה, יח,ג) מדברי הרמב״ם, שברכת חתנים - ר״ל ברכת אשר ברא - היא הברכה החמישית של ברהמ״ז בבית חתנים. והוסיף הגרי״ד בשם הגרי״ז שיכולים לברך ברהמ״ז וברכת חתנים על כוס אחת, שהרי ברכת חתנים היא רק חלק מברהמ״ז, אבל כשאומרים את כל ז׳ הברכות, שאר הברכות אינן בכלל ברהמ״ז, ומסתבר שצריכים שתי כוסות. לענ״ד זה מדוייק מדברי הרמב״ם עצמו, שכותב בהל׳ ט׳ לגבי ברכת חתנים: ״מברכין ברכת חתנים אחר ארבע ברכות אלו״ (ר״ל כברכה חמישית בתוך ברהמ״ז) ובהל׳ י׳ לגבי ז׳ ברכות: ״מברכין בשבילן אחר ברכת מזון שבע ברכות״ (ר״ל יברכן כיחידה לעצמן אחר שסיים את ברהמ״ז).

אולם, נראה שהגרשז״א הרחיק לכת יותר וסבר שכל הז׳ ברכות הן דין בברהמ״ז. במנחת שלמה (ח״א סי׳ י״ח הערה 15) הוא מפקפק על המברכים ז׳ ברכות תוך הסעודה ביום האחרון כדי להמשיך את הסעודה עד הלילה. הוא מעיר שאילו היו הז׳ ברכות נפרדות ממש מברהמ״ז, מסתבר שלא היה מספיק שנשתמש בב׳ כוסות, אלא היינו מברכים פעמיים בפה״ג ומפסיקים באמצע. לכן, הוא סובר שכל ז׳ ברכות הן דין בברהמ״ז, וזאת הסיבה שמברכים רק פעם אחת בפה״ג, בדומה ליקנ״ה.

אם ברכת חתנים היא חלק מברהמ״ז, נמצינו למדים נפק״מ לדינא. הרי ידוע שנהגו רבים לשיר חלקים מברכת אשר ברא, וכבר כתב השובע שמחות (פ״ד סכ״ו) שרצוי לבטל את המנהג, שזה מונע שמיעת הקהל וצריכים ט׳ חוץ מהמברך שישמעו. ראיתי רק להוסיף לדבריו שאם נחוש לשיטת הרמב״ם, יש עוד סיבה שלא לשיר אצל הסעודה, והוא שכל אחד חייב בברכת חתנים כחלק מברהמ״ז, ואם שר באמצע הברכה, או שלא שמע את הברכה מפני השרים, יתכן שאף ידי ברהמ״ז לא יצא. וזה הטעם שייך גם אם הוא עצמו כבר שמע את הברכות בשעת החופה, וגם אם יש ט׳ ששומעים.

ואם נרצה ללמד זכות על המנהג, אולי י״ל כדברי הגרי״ז שבמקום שאומרים כל ז׳ הברכות, זה ענין אחר, ובטל הדין של ברכה החמישית בברהמ״ז. וכ״ז צלע״ג.

י. הסבר חדש - ואם שניהם כאחד טובים

לענ״ד נוכל להציע גישה אחרת. ברכת חתנים אכן נכללת בברהמ״ז, אבל בו זמנית יש לה אופי שלעצמה.

דוגמא לזה רואים בוידוי יוה״כ. הוידוי אינו חלק מהעמידה, שהרי בתפילת הלחש אומרים אותו אחרי שמסיימים את הברכות (ובסליחות וכד׳ אומרים חלק מהוידוי בלי קשר לעמידה כלל!), אבל גם איננו נפרד ממנו לגמרי, שהרי בחזרת הש״ץ אומרים אותו בתוך הברכה הרביעית. ונראה לפרש שוידוי הוא אכן ענין ומצווה בפני עצמו, אבל עצם קדושת יום הכיפורים היא ״מכל חטאתיכם לפני ה׳ תטהרו״ וזה מעניק לוידוי מעמד נוסף של קדושת היום.[19]

כיוצא בזה אצלנו. ז׳ הברכות קשורות באופן מסוים לסעודה, ואף שעומדות בפני עצמן (כפי שרואים בשעת החופה), הן עדיין ענין אחד עם הסעודה וברהמ״ז. מעיקר הדין, נוכל לאמרן על כוס אחת, ולכן מברכים בפה״ג רק פעם אחת, אבל כדי להראות שבאופן מסוים הן נחשבות ענין אחר, משתמשים לכתחילה בכוס שני.

במילים אחרות, כששתי מצוות הן ענין אחד, יכולים לעשותן על כוס אחת כדי לבטא את הקשר שביניהם. ודווקא בברהמ״ז וברכת חתנים, שהן יותר מענין אחד וקרובות להיות אחד ממש, כדאי להדגיש את ההפרדה שביניהן והייחודיות של כ״א מהן ע״י ב׳ כוסות.

יא. נפקא מינות לשני הדינים בברכת חתנים

עפ״ז מבוארים יפה דברי הרמ״א בד״מ אבה״ע סב,יג, בשם המנהגים שצריכים לברך על ב׳ כוסות אף כשמברכים רק ברכת אשר ברא. והוא עצמו כותב: ״ולא ראיתי נוהגין כן, וטוב להחמיר.״ נראה שהוא סובר שמעיקר הדין לא צריכים ב׳ כוסות כשמדובר בברכת חתנים לבד, וקשה, שאם הוא מחלק בין ברכת חתנים לבין ז׳ ברכות כפי שחילק הגרי״ז, איזו חומרא יש בהוספת כוס? הרי הוא מברך ד׳ ברכות מברהמ״ז על כוס אחת, ומביא כוס

---

[19] אח״כ ראיתי שכוונתי לדברי מו״ר הרב יוסף בלאה במאמרו ״ברכת קדושת היום בתפילת יום הכפורים״ (עמ׳ 333 בס׳ יובל היובלות שהודפס ע״י ישיבת רי״א, תשמ״ו), שם מעיר שברכת ״מלך מוחל וסולח וכו״ אינו נראה מעין הברכה, ומסביר שחלק מקדושת יוה״כ הוא שהוא תענית ציבור דא׳ ו״יום תשובה ובקשת כפרה.״ ולכן כותב הרמב״ם (הל׳ שביתת עשור ב,ז) שיוה״כ הוא ״קץ מחילה וסליחה ישראל, לפיכך חייבים הכל לעשות תשובה ולהתוודות,״ ומשם מיד ממשיך לדיני הוידוי בתפילה, ונראה דר״ל שהוידוי עצמו מביע את קדושת היום.

שני לברכה החמישית, ומהיכא תיתי שזאת חומרא לומר קדושה אחת על שתי כוסות? ![20]

ונראה שכוונתו היא שברכת אשר ברא נכללת לגמרי בברהמ״ז, ויכולים לברך על כוס אחת, אבל מ״מ מבחינה מסויימת היא אכן ענין אחר וזה מתיר - ואפילו מעדיף - אמירתה על כוס שני.

גם נוכל להסביר עפ״ז את הדיון בפ״ת אה״ע סב,יח לגבי סידור ז׳ ברכות בליל הסדר. הרי אסור להוסיף על ארבע הכוסות, אז מאין יבא הכוס השני של ז׳ ברכות? הפ״ת מביא שלש דעות בדבר:

א. יברך את הכל על כוס אחת (תשו׳ חיים שאל בשם יעב״ץ)

ב. יברך על כוס אחרת ויניחנה לכוס רביעי (תשו׳ חיים שאל בשם יעב״ץ - והתשו׳ חיים שאל עצמו מעדיף את הפתרון הזה)

ג. יברך על כוס החתן שגם שייכת לברהמ״ז (ד״מ בשם מנהגים)

שתי הדעות הראשונות לכאורה מובנות. לפי הדעה הראשונה, או שחוזרים לעיקר הדין של השו״ע ומשתמשים בכוס אחת, או שאומרים שאין לעשות כן והוי כמו הדין במי שאין לו אלא כוס אחת. לפי הדעה השנייה, מברכים על שתי כוסות, ורק שותים מכוס אחת, ואז משתמשים בכוס השני יותר מאוחר; אין זה בעיה לגבי חבילות, שהרי נגמרת מצוות ז׳ ברכות לפני שמתחילים במצוות ההלל.[21]

אבל איך נוכל להבין את הדעה השלישית? הרי ממילא החתן גם מברך ברהמ״ז (ע״י שומע כעונה מברכת בעה״ב) על הכוס הזו, ומה הרווחנו? ואם זה אכן נחשב כוס ז׳ ברכות ולא כוס ברהמ״ז, איך תיקן שלא לברך ברהמ״ז

---

[20] הברכת אברהם (פסחים קב,ב על תד״ה שאין) מדייק ברמ״א שלכו״ע אין קפידא לברך דווקא על כוס אחד, ועפ״ז נוטה נגד הפירוש שהבאנו לעיל שלמ״ד כוס אחד ז׳ ברכות הן דין בברהמ״ז, ובמקום זה נוטה לומר שכו״ע מודו שהם ענינים נפרדים אלא שאולי הקשר הפרקטי מתיר אמירת הכל על כוס אחד. אולם, אם נגיד שיש שני דינים בז׳ ברכות, איננו מוכרחים לחזור לפירוש הזה.

[21] כך מפורש בברכת אברהם (פסחים קב: בענין אעמח״ח אות ב׳) לגבי השתמשות בכוס אחת לברהמ״ז והבדלה, וז״ל:

דכל מה דנאמר בסוגיין דמשו״ה אין אומרים ב׳ קדושות על כוס אחד, היינו שאומר ביחד ברהמ״ז וקידוש, אבל באופן שלא שתה מהכוס מכיון דאסור לשתות, נראה דלק״מ לומר שאח״כ כשבא להבדיל שפיר יכול להבדיל על אותו כוס, דהא אינו עושה ב׳ מצות ביחד, ואדרבה אמרינן הואיל ונעשה בו חדא מצוה ליעבד ביה מצוה אחריתי.

על הכוס השלישי? ועוד יש לציין שהרי המנהגים עצמו הוא היחיד שכתב שאף בברכת אשר ברא לחוד צריך ב' כוסות, וא"כ הוא מחלק באופן הכי חד בין ברהמ"ז לבין ברכת חתנים, ובכל זאת פה הוא מטשטש את הקו בין ברהמ"ז לבין ברכת חתנים!

נראה שלפי המנהגים, אין הכוס השני בא מפני דין שתי קדושות, אלא כדי לבטא את האופי העצמאי של ברכת חתנים, ואף שסו"ס היא ענין אחד עם ברהמ"ז. לכן, אף כשמברך אשר ברא לחוד, מ"מ מביאים כוס שני כדי להראות שברכת חתנים אינה רק חלק מברהמ"ז אלא גם ענין בפנ"ע. ומאידך, בליל הסדר, בעה"ב מברך את ד' הברכות הרגילות של ברהמ"ז על כוסו, ומה שנשאר מברהמ"ז- דהיינו אשר ברא או כל ז' הברכות- על כוס החתן, ושניהם נחשבים כוסות ברהמ"ז!

שיטתנו גם נשמעת מתוך דברי העזר מקודש (אה"ע סב,ט ב"ש סקי"א).[22] תחילה הוא כותב לגבי מ"ד מברכים על כוס אחת:

> דכיון שאחר שבע ברכות שתחת החופה אין עוד שבע ברכות כי אם אחר ברכת המזון, ע"ז השבע ברכות הם עם בהמ"ז כמצוה אחת.

ואז הוא מוסיף לפי המ"ד שמברכים על שתי כוסות:

> בדברים אחרים חוץ [מהרחמן וכו'] אין להפסיק גם לדידן שמברכים על ב' כוסות, כי עכ"ז הם לאחדים עם בהמ"ז. והגם דנהגינן לברך על ב' כוסות, משום דכיון דיש שם שבע ברכות תחת החופה בלי בהמ"ז דייקינן להו ע"ז תמיד כמצוה בפנ"ע.

---

[22] בעיקר דיון העזר מקודש יש לראות גם נפק"מ לדברינו ביסוד דין חבילות. הוא מביא את דברי המג"א (קמז,יא) שצריך למזוג את הכוס השני של ז' ברכות אחרי ברהמ"ז, כמו שאין אפילו מעמידין ב' סוטות בעזרה לדברי התוס'. אולם, מעיר העזר מקודש, לא נהגו העולם כן, אלא מוזגים את שתי הכוסות מיד לפני ברהמ"ז.

העזר מקודש מלמד זכות על המנהג בטענה שמפני הקשר החזק בין ז' ברכות לברהמ"ז, אין להפסיק ביניהם בדיבור או בשום דבר אחר, ולכן זה כדאי למזוג את שתי הכוסות מראש כדי למנוע הפסק אח"כ, ומפני שיש סיבה פרקטית, אין כאן משום חבילות. אבל הוא מציע שלפחות שני אנשים שונים ימזגו את שתי הכוסות.

אולם, כל זה רק למי שיפרש את דין חבילות משום משאוי. אבל, כפי שראינו, יש לפרש את הדין משום כוונה כתוס' במו"ק או כענין של צורת המצווה כרמב"ם. ולפי כ"א משניהם, אין סיבה להקפיד על עשיית חבילות בהכנות כלל.

הוא מפרש שלא נחלקו האם ז' הברכות נחשבות כמצווה אחת עם ברהמ"ז; כולי עלמא מודו ד"הם לאחדים עם בהמ"ז." אלא למ"ד שתי כוסות, מהברכות תחת החופה רואים שיש גם דין אחר שלא קשור לברהמ"ז, ומפני ההגדרה "כמצוה בפנ"ע" מוסיפים כוס מיוחד בשבילן. ובכל זאת לא בטל הקשר ביניהם, עד כדי כך שהוא אוסר להפסיק בדברים בין ברהמ"ז לבין ז' ברכות, שהרי באמת הכל הוא חלק מברהמ"ז, כדברי הגרי"ז והותר.[23]

יב. סיכום

ראינו שלש שיטות בביאור האיסור לעשות מצוות חבילות חבילות:

א. שיטת רש"י רשב"ם ותוס' בסוטה- אין להראות שהמצוות עליו כמשאוי.

ב. שיטת תוס' במו"ק- צריך לכוון על כל מצווה בפרט.

ג. שיטת הרמב"ם- האדם צריך להיות מיוחד למצווה.

כמו כן ראינו שלש שיטות בביאור הדין שאין לומר שתי קדושות על כוס אחת:

א. שיטת רש"י- אין להראות שהמצוות עליו כמשאוי ע"י צירופם בכוס.

ב. שיטת התפא"י- הכוס מצרפת את המצוות להיות כאילו נעשו בו-זמנית.

ג. שיטת הרמב"ם- הכוס צריכה להיות מיוחדת למצוותו.

וצ"ע איך נפרש את דין שתי קדושות לפי התוס' במו"ק.

בביאור ההיתר לומר שתי קדושות על כוס אחת במקום ששתי המצוות הן חדא מילתא, ראינו כמה אפשרויות:

א. ע"פ שיטת רש"י- כשיש קשר פרקטי, אין כבר בעיה של משאוי.

---

[23] מובא שהגרי"ז לא היה אומר הרחמן וכו' אלא היה מברך ז' ברכות מיד אחרי ברכת הטוב והמטיב. העזר מקודש גם אומר שאין להפסיק, אבל הוא טוען שהרחמן וכו' גם הוא כחלק מברהמ"ז ואינו הפסק, כמו הדין בתפילת ערבית שברכת השכיבנו לא מפסיקה בין גאולה לתפילה מפני שהיא "כגאולה אריכתא דמיא."

ב. ע״פ שיטת התפא״י- רק כשיש ב׳ תכליות יש התנגשות בין ב׳ אמירות על כוס אחת.

ג. ע״פ שיטת הרמב״ם- יש להתיר רק במקום שיסוד המצוות הוא אחד ואין שום התנגשות ביניהן.

ועפ״ז תרצנו את הסתירה ברמב״ם הל׳ שבת פ׳ כט, שברהמ״ז של חול היא ענין נפרד מקידוש, ולכן שם צריכים ב׳ כוסות, כאשר ברהמ״ז של שבת היא ענין אחד עם הבדלה, ולכן די בכוס אחת.

לגבי עשיית ההכנות למצווה חבילות, ראינו שאולי נחלקו הראשונים בדבר, והסברנו שאין סיבה להקפיד על ההכנות אם חבילות היא דין במצווה עצמו, אבל אם מדובר באיסור להראות שהמצוות עליו כמשאוי, אולי אכן נקפיד על ההכנות ג״כ.

לגבי מספר הכוסות בז׳ ברכות, תחילה ראינו את המח׳ בתוס׳, ופירשנו ע״פ שיטת רש״י שנחלקו האם הקשר הפרקטי בין הדברים מתיר את אמירתם ע״י כוס אחת. אולם, לפי שיטת הרמב״ם, צ״ל שלמ״ד כוס אחת, יש קשר עמוק בין ברהמ״ז לבין ז׳ ברכות, ובעצם יש רק מחייב אחד, וזה באחד משלשה דרכים:

א. ספר המנהיג- ברהמ״ז הופכת להיות ברכה של שמחה.

ב. הרמב״ם לפי הגרי״ז והגרש״ז- ז׳ ברכות הן בעצם חלק מברהמ״ז.

ג. פירוש חדש ע״פ דברי העזר מקודש- יש שני דינים בז׳ ברכות, והן גם ברכות על המזון וגם ברכות לעצמן.

לפי הפירוש השלישי, המחלוקת היא מצומצמת מאד, דלכו״ע ז׳ ברכות מהוות חלק אינטגרלי מברהמ״ז בבית חתנים, ורק נחלקו האם יש דין שני (דהיינו ז׳ ברכות כבעלות זהות לעצמן), או בהנחה שיש שני דינים האם עדיף לעשות הכר לדין השני ע״י הוספת כוס. ועפ״ז הסברנו את המקומות בהם נראה שיש איזה גמישות לגבי הדין של שתי כוסות דווקא במקום ז׳ ברכות (דהיינו שיטת הרמ״א לגבי כוס שני בברכת חתנים לבד ושיטת המנהגים בענין ז׳ ברכות בליל הסדר), שברהמ״ז וז׳ ברכות הן גם שתי קדושות וגם קדושה אחת, וכל מעמד בא לידי ביטוי במקום שלו.

הרב אריה ויזל

'מאיס עלי': הסיבות להפסד זכויותיה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. הפסד הכתובה

1. ריטב"א: הפסד הכתובה משום קנס
2. הפסד הכתובה משום מחילה
3. הפסד הכתובה מדינא
4. השלכות למעשה לאור הטעמים השונים

ג. הפסד מזונות

1. הפסד מזונות משום קנס
2. הפסד מזונות מעיקר הדין
3. באור במחלוקת הראשונים
4. נפ"מ ממחלוקת זו

ד. השוואה בין סיבת הפסד הכתובה לסיבת הפסד המזונות

ה. הפסד נכסי צאן ברזל

א. הקדמה

בגמרא (כתובות סג,א) מתבאר שבמקרים מסוימים אישה המונעת מבעלה תשמיש המטה מוגדרת כ'מורדת'. מהגמרא (שם סג,ב) עולה שלמצב זה ישנן שלש השלכות עיקריות: א. האישה מפסידה את כתובתה. ב. הבעל פטור מחיוב מזונות כלפיה. ג. הבעל פטור מלהחזיר לאישה את נכסי צאן ברזל שלה (בתנאים מסוימים). הגמ' מחלקת בין אישה שאינה מוכנה לשמש עם בעלה בטענת 'בעינא ליה ומצערנא ליה' לבין אישה שאינה מתרצה לכך בטענת 'מאיס עלי'. הראשונים והפוסקים דנו באריכות בפרטי דיני נשים אלו, האם ובאלו תנאים נשים אלו מפסידות את זכיותיהן. באופן פשוט הסיבה שאישה הטוענת 'בעינא ליה ומצערנא ליה' מפסידה את זכויותיה היא משום קנס ולא מעיקר הדין. קנס זה הוא כדי לגרום לאישה לחזור בה

ממרדה ולשוב לחיק בעלה או כעונש על מעשיה, וכלשון הגמרא: 'כייפינן לה'.[1]

במאמר זה נעסוק באישה הטוענת 'מאיס עלי', ונברר מה הסיבה לכך שהיא מפסידה את זכויותיה. נעסוק בעיקר בשתי שאלות עיקריות:

א. האם ראוי לקנוס את האישה הטוענת 'מאיס עלי' כשם שקנסו את הטוענת 'בעינא ליה ומצערנא ליה''. תורף הנידון הוא האם שייך לקנוס אישה המונעת מבעלה תשמיש בטענת 'מאיס עלי' שהרי בעלה מאוס בעיניה, ומה לה לעשות?! זאת בניגוד ל'בעינא ליה ומצערנא ליה' שבפועל בעלה אינו מאוס בעיניה אלא שהיא מתנהגת שלא באופן הראוי.[2]

ב. אם אין ראוי לקנסה, יש לברר מהם הסיבות האחרות לכך שאינה מקבלת את זכויותיה הבסיסיות.

לאור זאת נעלה השלכות מעשיות הנובעות מתוך הסיבות השונות להפסד זכויות האישה. בשאלות אלו נדון ביחס לכל אחת מהזכויות אותם היא מפסידה: כתובה, מזונות, ונכסי צאן ברזל.

ב. הפסד הכתובה

הרא''ה (שם ד''ה היכי דמי), רבינו קרשקש (שם ד''ה כלתיה),[3] הר''ן (כז,א בדפי הרי''ף) ופסקי ריא''ז (פ''ה ה''ד אות יד) כתבו שבטענת 'מאיס עלי' אינה מפסידה את כתובתה. טעמם הוא שאישה שאינה מוכנה לשמש עם בעלה משום שבעלה מאוס בעיניה מה יש לה לעשות, ומדוע נקנוס אותה בכך, וכלשונו של הר''ן (שם): ''דדוקא בדאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה הוא

---

[1] כן מבואר בראשונים (לקמן) שכתבו שראוי לקנוס את הטוענת 'בעינא ליה ומצערנא ליה' אך לא את הטוענת 'מאיס עלי'. גם שאר הראשונים שחלקו על כך וסוברים שגם הטוענת מאיס עלי מפסידה זכויותיה נראה שחלוקים רק ביחס 'למאיס עלי'' אך הם וודאי מודים ש'בעינא ליה ומצערנא ליה' מפסידה משום קנס.

[2] גם אם נקבל את ההנחה שאין לנו עניין לקנוס אישה המונעת מבעלה תשמיש כאשר הוא מאוס בעיניה, מכל מקום ודאי שעלינו לדון בשאלה אחרת והיא האם אכן הבעל באמת מאוס בעיניה או שמא היא משקרת ועיניה נתנה באחר. לא נאריך בנדון זה שרבים כבר עסקו בו, ורק נרמוז אליו בעת הצורך.

[3] אף שלפני כן (ד''ה היכי דמי) רבנו קרשקש מביא את כל הפירושים ולא משמע שם שמכריע דווקא כפירוש הרא''ה שלא מפסידה כתובתה, מכל מקום בדיבור זה כותב בפשיטות שלא מפסידה כתובתה.

דקנסינן לה דכיון דבעיא ליה אין זה כי אם רוע לב אבל אמרה מאיס עלי אין קונסין אותה כלום שהרי אנוסה היא". גם אין עניין לקנוס אותה כדי שתחזור אליו, וכפי שכתב הרא"ה: "לא כפינן לה למקנס לה משום מרד תשמיש כלל, דכיון דמאיס עלה ביאתה אסורה ובניה פגומין, שהרי הן בני תשע מדות.."[4] נמצא שלדעת ראשונים אלו אין ראוי לקנוס אותה, משום שלא נכון לבוא אליה בטענה - מדוע אינך משמשת עם בעלך?

אמנם לדעת רוב הראשונים[5] אישה זו כן מפסידה את כתובתה, וגם הר"י עצמו בתשובה (סימן יג) כתב שמפסידה כתובתה,[6] וכך למעשה פסק השולחן ערוך (אבה"ז עז,ב). ויש לחקור האם הסיבה שלמעשה היא מפסידה כתובתה היא משום קנס או מטעמים אחרים? כמובן שאם ישנם טעמים אחרים (ולא קנס) להפסד הכתובה יש לברר מהם והאם יש מכך נפק"מ שונות.

1. ריטב"א: הפסד כתובה משום קנס

לאחר שהריטב"א הביא את דברי הרא"ה שהאומרת מאיס עלי "לא כייפינן לה בשום קנס בכתובתה ואין נזקקין להן כלל, כי אולי הוא כדבריה שנכנס לה מאיסותא בלבה", כתב הריטב"א (סג,ב ד"ה היכי דמיא): "אבל לא מצינו לאחד מרבותינו שפירשו כן אלא כולם הסכימו שהאומרת מאיס עלי ראוי לקנסה יותר בכתובתה". מבואר בדבריו שגם 'מאיס עלי' מפסידה כתובתה משום קנס, וחזר על כך בהמשך דבריו (סד,א ד"ה ולענין מורדת): "והאומרת מאיס עלי שאיני רוצה בו ולא בכתובתו אין לנו לזוז משיטת הגאונים ז"ל

---

[4] עוד יש להוסיף שראשונים אלו מבוססים על הנחת יסוד שוודאי שהכפייה לא תברר ותגרום לכך שיחסה הנפשי לבעלה ישתנה ושלא יהיה מאוס בעיניה, וכלשון המאירי: "אין כאן עוד תוחלת שאין אחר המיאוס כלום, ואף כשהיא סבורה לקבל אינה יכולה לכוף את טבעה וכבר אמרו אין מאיסה לית סיברא", וכעין זה כתב הר"ן בתשובה הנ"ל. (המאירי והר"ן כתבו זאת ביחס לכך שאין צורך להכריז ולהתרות בה משום הטעם הנ"ל ולא ביחס לחיוב הכתובה שהרי הם בעצמם סוברים שהיא כן נקנסת בכתובה, אמנם לראשונים הסוברים שמקבלת כתובתה ודאי שאפשר להניח זאת).

[5] רש"י (סג,ב ד"ה לא כייפינן), תוספות (שם ד"ה אבל), רי"ף (כז,א), רמב"ן (שם ד"ה והני מילי), רשב"א (סד,א ד"ה ומשהינן), ריטב"א (סג,ב ד"ה היכי דמיא), רמב"ם (אישות יד,ח) ועוד ראשונים.

[6] וראה באוצה"פ (עז,ב ס"ק יז אות א הערה שד) שרבים כבר עמדו על הסתירה בדברי הר"ן וביארו שדברי הר"ן בחידושים על הרי"ף הם לא למעשה, ולמעשה דעת הר"ן היא כשאר הראשונים שמפסידה.

שכתבו דקנסינן לה טפי ממורדת גמורה..״.[7] וכן בתשובה (סימן מא) כתב הריטב״א: ״והאומרת מאיס עלי... וקונסין אותה בכתובתה״.

אמנם נראה שלרוב השיטות הפסד הכתובה אינו מטעם קנס אלא מטעמים אחרים.

2. הפסד הכתובה משום מחילה

את דברי אמימר שלא כייפינן את האומרת 'מאיס עלי' ביאר ר״ת (סג,ב תוספות ד״ה אבל):

> אבל אמרה מאיס עלי ולא בעינא ליה לא הוא ולא כתובתו לא כייפינן לה שתחזור בה ע״י שנאמר שלא תועיל מחילה משום דהוי מחילה בטעות דאגב צערא קא אמרה הכי ומתוך כך לא יגרשנה בעלה שאינו רוצה ליתן כתובה אלא מחילה גמורה היא ומתוך כך יעלה בדעתו לגרשה.

גם הרא״ש (פ״ה סימן לד) הביא כן בשם ר״ת. מדברי ר״ת משמע שהסיבה שהאישה מפסידה את כתובתה היא משום מחילתה על חיוב הכתובה, שהרי האישה אומרת מאיס עלי ואיני רוצה לא אותו ולא את כתובתו. ואפשר שלכך גם התכווין רש״י (סג,ב ד״ה אבל): ״לא הוא ולא כתובתו בעינא״.

נמצא שמעיקר הדין ר״ת ורש״י קבלו את הנחת היסוד שלא ראוי לקנוס את האומרת 'מאיס עלי', וכפי הראשונים לעיל שנקטו שגם למעשה אינה מפסידה את כתובתה משום שאין ראוי לקנסה. אלא שלדעת ר״ת ורש״י, היא כן מפסידה כתובתה וזאת משום שמחלה על כתובתה.

החלקת מחוקק (אבה״ע עז,ד) כתב שאפילו בשואלת גט סתם הרי זה נחשב שמבקשת גט בלא כתובה וכל שכן אם אומרת בפירוש שמוחלת על הכתובה, ומשמע מדבריו שמפסידה את הכתובה גם כשאין מחילה בפירוש. ההפלאה (קו״א עז ס״ק ד) למד בדברי הראשונים הנ״ל שהסיבה שמפסדת את כתובתה היא משום מחילה כנ״ל, ועל כן תמה על הח״מ, מדוע במבקשת גט סתם מפסידה את כתובתה, הרי אין כאן מחילה? וע״ש מה שתירץ בזה.[8]

---

[7] בסוף דבריו משמע שהריטב״א לא קיבל את הגאונים שמפסידה מיד אלא רק לאחר יב חודש, ומכל מקום מלשונו משמע שכאשר מפסידה כתובתה זה משום קנס.

[8] על הבנתו שהפסד הכתובה הוא משום מחילה מקשה ההפלאה שתי קושיות. הראשונה תובא לקמן בפרק העוסק בעניין הפסד נכסי צאן ברזל. השנייה היא כיצד אפשר להבין

בהמשך דבריו שואל ההפלאה (שם ס"ק ה), מדוע השולחן עורך פסק שאין לה כתובה? ובשלמא לשיטת הרמב"ם שכופין את הבעל לגרש את האישה כשטוענת מאיס עלי, ע"כ שאין לה כתובה, שאם לא כן נחשוש שמא עיניה נתנה באחר, אך לשיטת השולחן ערוך שפסק כשאר הראשונים שלא כופין את הבעל אם כן מנין שמפסידה את כתובתה? ומשמע שם בתירוצו שהפסד הכתובה הוא משום מחילה כנ"ל.[9]

וכבר קדמו בזה הרדב"ז (חלק א סימן שסד) וז"ל:

> שאלת ממני ידיד נפשי באשה שאמרה מאיס עלי ואיני רוצה לא בו ולא בכתובתו והתרו בה ואמרו לה דעי שהפסדת כתובתיך ואמרה אעפ"י כן ובעלה לא רצה לגרשה ואח"כ חזרה בה ורוצה שיהיה כתובתה בחזקתה כאשר בתחלה והבעל אומר כבר הפסדת כתובתיך ואין לך אלא מנה לפי שאסור לאדם להשהות את אשתו בלא כתובה יורה המורה הדין עם מי.
>
> תשובה אשה זו אין לה כתובה שהרי הפסידה אותה בשעה שאמרה איני רוצה בו ולא בכתובתו אין לך מחילה גדולה מזו וכבר ידעת כי מחילה אינה צריכה קנין ואפילו שלא אמרה בהדיא הכי אלא שהתרו בה דעי שאם לא תחזרי בך הפסדת כתובתיך והיא עדיין במרדה הפסידה כתובתה ואעפ"י שהיא רוצה לחזור עתה אינה חוזרת לכתובתה אלא כותב לה כתובה חדשה כפי מה שיתפשרו...

שיש כאן מחילה הרי שיטת ר' ישעיה (חו"מ רמא) שכאשר תפוס בשטר או במשכון לא מועילה מחילה בעל פה והרי כאן שיש שטר כתובה כיצד מועילה המחילה? ההפלאה מתרץ בשתי דרכים. א' היא "דבאמת לא בעי' מחילה גמורה אלא מה שאמרה לא בעי' לא הוא ולא כתובתה היינו שאומרת שאם יהיה הדין שתפסיד כתובתה אם יגרשה אפ"ה מרוצה היא בכך כדי שיגרשה דלא ניחה לה לא הוא ולא כתובתה אבל אינה מוחלת מה שיהיה ע"פ הדין שמגיע לה". משמע שכוונתו לומר שבאמת אין כאן מחילה, ועל כן אינה מפסידה את כתובתה משום מחילה אלא מצד הדין (ואינו מפורש בדבריו אם משום קנס או מעיקר הדין כדלקמן). ומה שצריכה לומר שלא רוצה את כתובתה, זה רק כדי שנאמין לדבריה שאומרת מאיס עלי ולא מפני שזו הסיבה להפסד הכתובה וכפי שיבואר לקמן. ב' אומר ההפלאה שאכן סיבת הפסד הכתובה היא כן משום מחילה וע"ש מה שמתרץ קושיות אלו לדרך זו. נמצא שלכאורה שתי תירוצי ההפלאה חלוקים באמת בשאלה האם הפסד הכתובה הוא משום מחילה או לא. הרב לביא (עטרת דבורה ח"א עמ' 248) כתב שהעיקר כדרך הראשונה שהפסד הכתובה הוא לא משום מחילה, וראה בהערה הבאה.

[9] מדברי ההפלאה האלו משמע שהוא יותר נוטה לכך שהפסד הכתובה הוא משום מחילה ולא מטעם אחר, ודלא כדרך א' שלו (ס"ק ד) שהובאה בהערה הקודמת.

גם החמדת שלמה (סימן נח) ור׳ חיים מוולאזין (חוט המשולש תשובות הגר״ח סי׳ ב) למדו בדעת ר״ת ורש״י שהפסד הכתובה משום מחילה.[10]

3. הפסד הכתובה מדינא

אמנם את דברי רש״י הנ״ל ניתן לבאר באופן אחר, שמה שצריך שהאישה תאמר שהיא מוותרת על כתובתה, הוא משום שאם לא כן אנו חוששים שמא עיניה נתנה באחר, וכך פירש הר״ן בתשובה (סימן יג) את רש״י. לאור זאת אין כוונת רש״י לבאר שהסיבה שמפסידה את כתובתה משום מחילה, אלא שאם מבקשת את כתובתה אינה נאמנת לטעון ׳מאיס עלי׳, ונמצא שהסיבה שמפסדת היא לא משום מחילה אלא מסיבה אחרת (יבואר לקמן).

עפ״ז ניתן לבאר את הח״מ הסובר שאפילו כאשר אינה אומרת בפירוש שאינה רוצה את הכתובה מ״מ חלין לגביה דיני ׳מאיס עלי׳. הפסד הכתובה הוא כאמור לא משום מחילה אלא מדינא, ועל כן מובן שגם כשלא אומרת בפירוש שאינה רוצה את כתובתה מפסידה כתובתה, שהרי בפועל לא נזקקה לבעלה בטענת מאיס עלי. והח״מ נוקט שגם בסתם אנו מקבלים את דבריה ואין חוששים שמה נתנה עיניה באחר, משום שאנו חוששים לכך רק כאשר אומרת בפירוש שרוצה את כתובתה.

בתשובת הרשב״א (ח״א סימן אלף רלה) כתב: ״אבל האומרת מאיס עלי יגרשני ואיני חפצה בו ולא בכתובתו״. ומשמע שצריכה לומר שאינה רוצה את כתובתה בפירוש.[11] אמנם רבינו ירוחם (מישרים נתיב כג חלק ח) כתב:

> והרשב״א כתב שהפסידה אפילו תוך השנה. וזהו דוקא שאומרת לא הוא ולא כתובתו, אבל אמרה מאיס עלי לבד ואינה אומרת שאינה רוצה בכתובתה משהינן לה שנה, ולא כייפין לה תוך השנה לא לפחות ולא להכריז עליה בית דין. ואם רוצה לחזור לא הפסידה כלום. עמדה במרדה כל השנה הפסידה עיקר ותוספת.

משמע מדברים אלו של הרשב״א, שאפילו שאינה אומרת בפירוש שאינה רוצה את כתובתה חלים לגבה דיני ׳מאיס עלי׳, ומפסידה את כתובתה, ודלא כדברי הרשב״א לעיל. וכבר הקשה סתירה זו בנתיבות משפט על רבינו ירוחם (שם דף רטו).

---

[10] לקמן תובא נפקא מינה שהם מביאים לאור הבנה זו.

[11] וכעין זה בתשובות הרשב״א המיוחסות לרמב״ן סימן קלח.

הרב גולדשמידט (עזר משפט סימן ו עמ' מח) תירץ סתירה זו. הרשב"א סובר שמפסידה את כתובתה מעיקר הדין ולא משום קנס או מחילה, ולכן מפסידה את כתובתה (לאחר יב חדש) אף שאינה אומרת בפירוש שאינה רוצה בה. אמנם הרשב"א מודה שיכולה להיות סיבה נוספת להפסד הכתובה, והיא מחילתה של האישה. על כן גם בתוך יב חודש יכולה להפסיד את כתובתה וזאת כשאומרת בפירוש "ולא בכתובתה". נמצא שלדעת הרשב"א 'מאיס עלי' יכול להיות אפילו בלי ויתור מפורש על הכתובה ואז מפסידה את כתובתה מדינה וכפי שבארנו לעיל.

לדרך זו מפסידה את כתובתה מעיקר הדין, והאחרונים הציעו כמה הסברים:

א. הבית יעקב (עז,ב ד"ה שמבקשת) כתב שאין לומר שכיון שהוא מאוס בעיניה היא חשובה כאנוסה ולא תפסיד את כתובתה, כפי שכאמור לעיל יש ראשונים הסוברים כך, משום שאנו רואים שהגמרא בנדרים (צ,ב) יכלה לקבל את זה, שאשת כהן שנאנסה לא מקבלת את כתובתה, אף שזה כאמור קרה בעקבות אונס, ורק מטעם אחר מקבלת את כתובתה כמבואר שם, ואם כן נמצא שאף שהאישות מתבטלת משום אונס עדיין אפשר שתפסיד את כתובתה. על כן הוא ביאר שהסיבה שמפסידה את כתובתה היא שכיון שהיא מורדת ומבקשת גט, נמצא שהגירושין הגיעו ממנה, ובמקרה כזה לא שייך הטעם שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וממילא לא מגיעה לה כתובה.

וכעין זה ביאר הרב צימבליסט (פד"ר יד עמ' 26), שכיון שכל ענין הכתובה הוא כדי שלא קלה בעיניו להוציאה, במורדת, הרי זה נחשב שהיא מוציאה אותו ולא שהוא מוציא אותה, וכלשון החזו"א (סימן סט סק"ד): "כיון שהיא מואסת בו ודאי היא יודעת דאין לה זכות לתבוע כתובה, דאיהי מגרשת ליה לדידיה, וכה"ג ראוי שתתן לו כתובה וכדאמר גיטין מט,ב".

ב. בשו"ת פרי האדמה כתב (שאלה מט ד"ה אך באמת):

"הרי כתב הש"ך חו"מ סי' כ"א סק"ג בראובן ושמעון שנתקשרו בקנס על שידוכין ביניהן בתנאי מפורש שיהיה החתונה בזמן ידוע, ובהגיע בזמן אירע לשמעון אונס שאינו יכול לעשות החתונה באותו הזמן, אע"ג דשמעון פטור מהקנס דאונס רחמנא פטריה, אפ"ה אין לחייב את ראובן בקנס אלא באם יחזור בו הוא מרצונו..ואף אנן

> נימא כן בנ״ד הא לא נתחייב הבעל ליתן כתובה לאשתו מחיים בלא גירושין, דכתובה לא ניתנה לגבות מחיים אלא באם ירצה הוא לגרשה מרצונו נתחייב ליתן לה כתובה, ומאחר שאין הבעל מגרשה מרצונו ובחירתו רק מחמת שהאשה אינה יכולה לקיים תנאי האישות, אע״פ שהיא אנוסה, פטור הבעל ממה שנתחייב כנגדה״.[12]

ג. לעיל הזכרנו את תשובת הר״ן (סימן יג) וז״ל:

> לפי שהמורדת אינה מבטלת מיד תנאי אישות שבינו לבינה אבל כל הפסדה הוא שבעה דינרים משבת לשבת מעיקר התקנה... אבל האומרת מאיס עלי אין עניינה כן שאין הבעל מרויח עליה דבר קצוב כדי שנאמר שיהא ריוח הבעל והפסד האישה מוטל על כל נכסיה אלא הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד והפסידה כל מה שיש לה על הבעל.

מדברי הר״ן ׳הרי היא מבטלת תנאי האישות׳, למד הרב ישראלי,[13] שהאישה במעשיה מבטלת את חיי האישות שביניהם, ובמקרה שכזה דינה להפסיד את כתובתה, וע״ש שמבאר כן גם בדעת רש״י.[14]

הצגנו מספר טעמים להפסד הכתובה: קנס, מחילה ומעיקר הדין. נראה שלאור הטעמים השונים ניתן להעלות ולפשוט מספר השלכות למעשה.[15]

---

[12] ומוסיף הפרי תבואה: ״ואפילו לא מחלה האשה כלל פטור הבעל דבנדון דמיירי בו הש״ך פטור ראובן אפ׳ אין שמעון מחל לו״. כוונתו להצדיק את הח״מ שאפשר שגם ׳מאיס עלי׳ בסתם מבלי לומר שאינה רוצה בכתובה חלים לגבה דיני ׳מאיס עלי׳, וזאת משום שכאמור הפסד הכתובה הוא מדינא, שלא התחייב הבעל לשלם לה כתובה במצב כזה, ועל כן לא אכפת לן שלא אמרה שפירוש שאינה רוצה את כתובתה.

[13] פד״ר ו׳ עמ׳ 349, ושב ונדפס בחוות בנימין ח״ב עמ׳ רסח.

[14] הרב ישראלי מאריך לבאר לאור דבריו דינים נוספים במאיס עלי וכגון המתנת יב חודש וחזרת האישה ממרידתה בתוך פרק זמן זה. מדבריו עולה שגם להבנה שמפסידה את כתובתה משום ביטול האישות, ישנם מקרים מסוימים שבהם קיים היבט של איבוד הכתובה דווקא משום מחילה, ונמצא שגם אלו שדיברו על מושג של מחילה יכולים להסכים לטעם של הפסד הכתובה משום ביטול האישות. אמנם בדעת ר״ת הסכים הרב הישראלי שהפסד הכתובה הוא רק משום מחילה ולא משום ביטול האישות ע״ש דבריו הארוכים.

[15] זאת מלבד נידון הח״מ וההפלאה המובא לעיל, האם מפסידה כתובתה גם ללא אמירה מפורשת מצידה, שכאמור הוא שייך ומשיק לביאורים השונים לסיבת הפסד הכתובה.

4. השלכות למעשה לאור הטעמים השונים

א. הפסד הכתובה כאשר לא גירשה וחזרה בה או כשמת הבעל – הפוסקים דנו (ראה אוצר הפוסקים עז, ב ס"ק יז אות ז) ביחס לאומרת 'מאיס עלי' כאשר כבר התמלאו התנאים להפסד הכתובה (כל שיטה לדרכה), אמנם בעלה עדיין לא גירשה ותוך כדי כך חזרה בה, האם אפילו שלא גירשה הפסידה את כתובתה וצריך לכתוב לה כתובה חדשה או שכל עוד שבעלה אינו מגרשה לא הפסידה את כתובתה אף שכאמור כבר התמלאו התנאים להפסד הכתובה.

ונראה לתלות נדון זה בטעמים השונים להפסד הכתובה. אם הפסד הכתובה הוא משום שמחלה על כתובתה, כתבו החמדת שלמה (שם) ור' חיים מוולאזין (שם דף ה טור ב) שלא מפסידה את כתובתה כל עוד בעלה לא מגרשה, משום "דודאי אין דעתה למחול רק על תנאי שיגרשנה".[16] מאידך אם הפסד הכתובה הוא משום קנס נראה שכאשר התמלאו התנאים להטלת הקנס מפסידה את כתובתה שהרי הקנס הוא על מעשיה או כדי שתחזור בה ולא ביחס לגירושין, ועל כן לא אכפת לן שבסוף לא גרשה.

לטעם שהפסד הכתובה הוא מדינא, מסתבר שלפי הבית יעקב שמפסידה כתובתה מדינא משום שנחשב שהיא מוציאה אותו ולא הוא אותה, וכן לפי פרי האדמה שמפסידה משום שלא התחייב לה במקרה שאינו מגרשה מרצונו, כל עוד לא מגרשה והיא חוזרת בה הוא חייב לשלם לה את כתובתה, שהרי לשניהם ההגדרה היא שכמגרשה אינו חייב לה כתובה, ועל כן אם בסופו של דבר חזרה בה נמצא שהוא מוציא אותה או שנחשב שמגרשה מרצונו, ועל כן חייב לתת לה כתובה אף שלפני כן התמלאו התנאים להפסד הכתובה.

ולטעם שמפסידה את הכתובה מדינא משום שבמעשיה היא מבטלת את האישות שביניהם, נראה שמפסידה את כתובתה מיד כשחלים התנאים לכך אף שבפועל לא גרשה, שהרי בעצם מעשיה, ביטול האישות, מונח הפסד הכתובה ולכן חזרתה לא תשנה כלום ומפסידה כתובתה.[17] מאידך גיסא

---

[16] ראה בהערה הבאה.

[17] וכן משמע בדברי ר' חיים מוולאזין (שם). הרב ישראלי נוקט (משפטי שאול סימן יז) שמפסידה את כתובתה אף שאינו מגרשה בפועל, ונמצא שהוא לשיטתו (בחוות בנימין הנ"ל) שהפסד הכתובה הוא משום שביטלה את מצב האישות שביניהם וקצת משמע (שם עמ' קכ ד"ה וטעמא, עמ' קכה ד"ה ועיקר) שזהו טעמו. אמנם עיקר המשא ומתן שלו

אפשר לומר שכאשר חוזרת בה ורוצה לשוב אל חיק בעלה, שב ומתעורר חיוב הכתובה משום שכרגע חיי האישות שבו למסלולם התקין, וממילא מתעורר שוב חיוב הכתובה. אמנם גם לצד זה במקרה שהבעל מת (כשלא חזרה בה), יורשי הבעל אינם חייבים לתת לאישה את כתובתה, משום שכבר לפני כן, בעצם מעשיה ביטלה את מצב האישות, וממילא פקע חיוב הכתובה.[18]

ב. ספק האם דינה כמורדת מאיס עלי – ישנם מקרים שבהם הפוסקים מסופקים האם דינה של האישה היא כמורדת 'מאיס עלי',[19] ודנו (ראה אוצה"פ שם אות יב) האם במקרה כזה האישה מפסידה את כתובתה, משום שהבעל מוחזק ומספק אין להוציא ממנו, או שכיון שהיא אמורה לקבל את כתובתה - מעיקר הדין - ורק לנו יש ספק אם מפסידה, אין ספק מוציא מידי ודאי, וצריך לשלם לה את כתובתה. ונראה שנידון זה הוא דווקא לשיטות

(משפטי שאול שם) עם הרב אלישיב, הוא דווקא בנוגע לטעם שהפסד הכתובה הוא משום מחילה, האם אנו אומרים שהתכוונה למחול אף שלא מגרשה. הרב ישראלי סובר שמחלה בכל מקרה ואף שלא מגרשה, ומה שלכאורה משמע מדברי ר' חיים מוולאזין להיפך, על זה הרב ישראלי עונה (שם עמ' קכח ד"ה החוט): "החוט המשולש דן בנוגע אם שניהם מסכימים לחזור לתיקונם, דאז חידש דעל דעת כן לא מחלה, אכן אם היא עמדה מחמת מיאוס יב"ח שקבעו לה חכמים, רק לאחר זמן חוזרת בה, והוא רוצה לגרשה, בזה גם לדעה זו יכול לגרשה מבלי לשלם כתובתה, שהרי על דעת שיגרשנה מחלה, וחזרתה אחר יב חדש איננה חזרה. על כך השיג הרב אלישיב (שם ד"ה לפי): "לפי ההנחה בטוענת מאיס עלי לא מוחלת כתובתה אלא בתנאי אם יגרשנה, ומצד עצם הדין לא הפסידה כתובתה כלל, למה אם כן אין בידה לחזור, כל עוד ולא גירש אותה", וע"ש המשך דבריו.

[18] ודאי שלשיטת הריטב"א שמפסידה משום קנס, אם הבעל מת לאחר שהתקיימו התנאים להפסד הכתובה אינה זכאית לכתובה, שהרי הקנס כבר חל לפני כן. כן משמע בלשון הריטב"א עצמו שכתב ביחס למאיס עלי: "ואם מת הבעל תוך יב חודש הרי היא גובה כל כתובתה שהרי עדיין לא הפסידה כלום", ומשמע שאם מת הבעל לאחר היב חודש מפסידה כתובתה. ולבית יעקב ולפרי האדמה שמפסידה מעיקר הדין משום שלא התחייב לה בגירושין הנובעים כתוצאה ממאיס עלי, לכאורה נראה שאם מת הבעל האישה כן זכאית לכתובה, משום שלדבריהם עיקר הנידון הוא הגירושין עצמם, האם בגירושין שכאלו הבעל חייב בכתובה, ועל כן כשסיבת החיוב בכתובה הוא לא גירושי הבעל אלא מיתתו נראה שחייב לה כתובה משום שעל מיתתו הוא התחייב בלי קשר למצב האישות שבאותו זמן. ולר"ת שמפסידה את הכתובה רק משום מחילה, לכאורה בכה"ג אמרינן שלא התכוונה למחול בתחילה וזכאית לכתובה, משום שהיא מוחלת רק במטרה שהבעל יגרשה, אך אם בין כך תהיה מותרת לעלמא אין לה שום סיבה למחול על כתובתה, וכפי שהבאנו לעיל שאין כוונתה למחול אם בפועל הבעל לא גירשה כאשר חזרה בה, ואומדנא זו קצת צ"ע.

[19] ניתן לסווג מקרים אלו לשני מצבים שונים: א. ספק דיני שבו אנו מסופקים מהם התנאים ההלכתיים להפסד זכויות האישה. ב. ספק מציאותי. האם היא באמת מורדת בו, וכגון שבעלה טוען שהיא מורדת והיא טוענת לעומתו שהיא עושה זאת רק משום שהוא משפיל אותה והבעל מכחיש וכדומה, שבמקרה כזה בית הדין לא יודע האם באמת היא מורדת וראה בהערה הבאה.

שמפסידה כתובתה משום מחילה או שמפסידה מדינא, אך לטעם שמפסידה משום קנס אין מקום לדון בזה וודאי שמקבלת את כתובתה, שהרי מסתבר שאין להטיל עליה קנס ולהפסידה כתובתה כל עוד לא ברור לנו שהיא אכן בגדר מורדת מאיס עלי, וכן כתבו הדיינים הרב דוד לבנון[20] והר"י רבינוביץ.[21]

ויש להוסיף, שגם לשיטות שמפסידה מדינא נראה שאין להסתפק בכך. לשיטות אלו עצם החיוב הוא בעצמו מסופק, שהרי אנו מסופקים אם במקרה כזה הוא בכלל התחייב לה מתחילה, ולא שהחיוב הוא ודאי ואנו מסופקים אם החיוב מתבטל. על כן לשיטות אלו נראה שמקרה כזה הוא בגדר 'איני יודע אם התחייבתי', וממילא לא שייך כלל לומר, שכיון שהוא חייב ואנו מסופקים אם הוא נפטר, אז 'אין ספק מוציא מידי ודאי' וחייב לשלם כנ"ל, אלא עצם החיוב מוטל בספק ולכן מסתבר שבמקרה זה הבעל יהיה פטור מלשלם את הכתובה, וכעין זה כתב הרב יצחק רבינוביץ.[22]

ג. לא התרו בה במצב שאין סיכוי לשלום בית - לרוב הפוסקים (ראה אוצה"פ שם אות ח ואות ט) גם ב'מאיס עלי' האישה מפסידה את זכויותיה רק לאחר שהכריזו עליה או לפחות לאחר שהתרו בה על כך שמעשיה עלולים להפסיד את זכויותיה אם לא תחזור בה. הרב צימבליסט חידש (פד"ר יד שם) שאף שבדרך כלל מפסידה רק כאשר התרו בה, מכל מקום אם מדובר במקרה שאין סיכוי לשלום בית, ויתרה מכך בית הדין לא מעוניין כלל בשלום בית,[23] ממילא אין סיבה להתרות בה ומפסידה את זכויותיה גם ללא ההתראה. הוא ביסס זאת על סמך דבריו המובאים לעיל, שמפסידה את כתובתה מעיקר הדין משום שחיוב הכתובה הוא כדי שלא תהיה קלה בעיניה להוציאה, וב'מאיס עלי' היא מוציאה אותו ולא הוא אותה. על כן הוא טוען שמן הראוי היה שתפסיד את כתובתה מיד ללא צורך בהכרזות והתראות, ומה שבדרך כלל לא מפסידה אלא אם כן עשו בה הכרזות והתראות היינו משום שכיון שתקנו חז"ל להשהות הענין, להכריז עליה ולהתרות בה כדי לאלצה לחזור

---

[20] שורת הדין ו עמ' שיב. ובהמשך דבריו (עמ' שיד) הרב לבנון מחלק בין ספק דיני לספק מציאותי. רק כאשר יש ספק דיני אז יש מקום לדון שאולי הבעל מוחזק ואין להוציא ממנו שיכול לטעון קים לי כפוסקים שדינה להפסיד, אך אם הספק הוא מציאותי, שאיננו יודעים מי מורד במי וכדומה, ודאי שלא נקנוס את האישה מספק.

[21] "בית יצחק" - מכון אוצה"פ (עמ' תצב).

[22] שם.

[23] וכגון שידוע שנמצאת אצל איש אחר ונדון זה הוא להפסידה כתובתה, מבלי להיכנס להפסד כתובה משום זנות וכדומה כמבואר בפד"ר שם.

ממרדה ולשוב אל בעלה. לכן כל עוד לא עשו בה כל הסדר הזה הרי זה נחשב שהבעל מוציא אותה ולא שהיא מוציאה אותו, דאם מפאת מירדה היה עליו להמתין שמא יועילו ההכרזות וכו', ומשלא המתין איהו דאפסיד אנפשיה הרי זה כמגרשה מרצונו ויש לה כתובה.

מתוך כך הוא העלה שבמצב שאין שום סיכוי לשלום בית, והאישה תישאר במרדה, "אין כאן מה להמתין, ומיד הרי זה נחשב שהיא המוציאה אותו, וממילא אין לה כתובה".

באופן פשוט נראה שדבריו מתקבלים דווקא לשיטות שמפסידה כתובתה מעיקר הדין, שלהבנה זו בעצם מפסידה מיד, ומעשה ההתראה איננו חלק מעצם הסיבה להפסד הכתובה, אלא רק חלק מסדר מסוים שתקנו חז"ל שלא לגרשה מיד,[24] אך לשיטה שמפסידה כתובתה משום קנס, כיון שמעיקר הדין היא ראויה לקבל כתובה, והסיבה שלא מקבלת כתובתה היא קנס על מעשיה או כדי שתחזור בה, מסתבר שמטרת ההתראה היא כדי להזהיר אותה שלא תיקנס, דאין עונשין אלא אם כן מזהירין, וממילא ההתראה היא תנאי בסיסי המגדיר שהאישה אכן ברת קנס. לשיטה זו כל עוד אינה מותרת אין כאן באמת שום סיבה להפסד הכתובה, ורק לאחר שמתרים בה ואינה חוזרת בה נוצר ההיכי תמצי של קנס. על כן אי אפשר לוותר על ההתראה ולהפסיד אותה מכתובתה מבלי שהתרו בה, אף במקרה שאין טעם להתרות בה.[25]

גם לשיטה שהפסד הכתובה הוא משום מחילה, באמת הפסידה את כתובתה מיד, שהרי אמרה מאיס עלי ואיני רוצה בו ובכתובתו, ואם כן ההתראה איננה חלק מהותי ביצירת תנאי הפסד הכתובה, ואפשר להבין שנוותר עליה במקרים מסוימים. אמנם באמת יש לעיין בכך, דשמא לשיטה זו מטרת

---

[24] שהרי גם לפרי האדמה שמפסידה מדינא משום שלא התחייב לה במקרה שלא מוכנה לשמש עמו, וכן לפירוש שמפסידה משום ביטול האישות, נראה שמפסידה כבר מתחילה והסיבה שמתרים בה הוא רק משום שאיננו רוצים שיגרשה מיד ולתת סיכוי לשלום בית. לכן גם לפירושים אלו ההתראה איננה שלב מהותי ביצירת תנאי החיוב להפסד הכתובה אלא דבר חיצוני נוסף ולכן אפשר שבמקרים מסוימים תפסיד ללא התראה בפועל.

[25] מסתבר שגם אם הקנס הוא רק כדי שתחזור בה ולא כעונש על מעשיה, כיון שבשורה התחתונה הפסד הכתובה הוא בגדר קנס, ממילא אנו חייבים לעבור את התהליך שבסופו היא מוגדרת כראויה לקנס. על כן אף שאין סיכוי לשלום בית, ואפילו אנו איננו מעוניינים בשלום בית, ואם כן לכאורה אין סיבה להתרות כדי שתחזור בה, מכל מקום כדי להטיל קנס ישנו צורך בהליך מסוים ובלעדיו אי אפשר להטיל קנסות ואיננה מפסידה כתובה בלי התראה.

ההתראה היא לברר שאכן דבריה רציניים ומבוססים והוא באמת מאוס בעיניה ומוכנה לוותר על זכויותיה משום כך, שהרי אפשר שזהו מצב זמני ומעשיה נעשים ללא שיקול דעת מספק, ולאחר שתבין את משמעות דבריה היא תחזור בה. ואם באמת תחזור בה נמצא שהמחילה בתחילה אינה מחילה. לפי זה גם לשיטה זו, ההתראה, ואי חזרתה ממעשיה לאחר ההתראה, הם תנאים בסיסיים הנצרכים כדי להגדיר שאכן האישה מחלה על כתובתה ובלעדיהם אין כאן מחילה, ולכן אי אפשר לוותר על הליך ההתראה בשום אופן.

ג. הפסד מזונות

לדעת רוב הפוסקים (ראה אוצה"פ ס"ק יז אות יז ואות יח) הפסד המזונות המופיע בגמרא אמור גם ביחס ל'מאיס עלי' ולא רק ביחס ל'בעינא ליה ומצערנא ליה', וזוהי מדיניות בתי הדין בפועל.[26] ויש לחקור כנ"ל, מהי סיבת הפסד המזונות משום קנס או מעיקר הדין?[27]

1. הפסד מזונות משום קנס

כתב הרא"ש (פ"ה סימן לד) :

> ומשהינן לה תריסר ירחי שתא ולית לה מזוני מבעל. תקנה זו נעשית בימי האמוראים האחרונים כאשר ראו כי גבהו בנות ישראל ודעתם זחה עליהם וכאשר היה להם כעס עם בעליהן היו אומרות..תקנו שתשהה שנה ואם יגרשנה בתוך השנה שלא תהא מחילתה מחילה

---

[26] הרב אלישיב האריך (פד"ר ו עמ' 5-15) לטעון שלדעת רוב הראשונים האשה מפסידה מזונות אפילו במקרים שעדיין לא מפסידה כתובתה וסיכם (עמ' 15) : "וכן מורין בבי דינא לא לפסוק מזונות לכל אשה המסרבת לחיות עם בעלה חיי אישות גם בטרם הכריזו עליה ובטרם הפסידה כתובתה". הרב לבנון פרסם (שורת הדין ו עמ' רצד-שנח) מאמר מקיף מאוד בעניין זה, ולדבריו "אין לתפוס את הדברים כך ככלל שאין לה מזונות, אלא אדרבה בעיקרון אישה המורדת על בעלה יש לה מזונות חוץ ממקום שנאמר בפירוש לא כך". נדון המזונות ב'מאיס עלי' מתפרט ביחס לכמה שלבים : א. מזונות בתוך שבועות ההכרזה. ב. מזונות בתוך יב חודש. ג. מזונות לאחר יב חודש לפני שמגרשה בפועל. מפסקי דין אלו וכן מפסקי דין רבים נוספים, עולה שנושא זה הינו מורכב וסבוך. בסופו של דבר כמעט לדעת כולם באיזה שהוא שלב היא אכן מפסידה את מזונותיה. על כן במסגרת זו אציג ואברר בכלליות את סיבת הפסד המזונות מבלי להיכנס לדון באיזה שלב בדיוק מדובר ולפי איזו שיטה ושיטה.

[27] בתחילה נברר את סיבת הפסד המזונות באופן נקודתי, מבלי להשוות את השיטות השונות עם שיטותיהם בטעם הפסד הכתובה, ולאחר מכן נקשר ונבדוק, האם ובאיזה מידה, ישנה התאמה בין סיבת הפסד הכתובה לסיבת הפסד המזונות.

> ויצטרך ליתן לה כתובה אולי יתפייסו בתוך השנה וכיון שתקנו כך לאומרת מאיס עלי שהיתה ראויה להתגרש מיד בלא כפייה כל שכן למורדת. ואינה ניזונת אותה שנה אבל הוא אוכל פירות וחייב בפרקונה דבמזונות קנסו אותה דרוב נשים אין מספיק מעשה ידיהם למזונותיהן.

מפשט לשון הרא״ש ׳דבמזונות קנסו אותה׳, משמע שהפסד המזונות הוא משום קנס, וכן למדו החזו״א (סימן סט אות טו), הרב יוסף כהן (דברי יוסף סימן עז אות יא ד״ה בדבר), הרב גולדשמידט (עזר משפט סימן ט עמ׳ עו) והרב צבי יהודה בן יעקב (משפטיך ליעקב א עמ׳ רו) בדעת הרא״ש.[28]

כן משמע בלשון רבי יהונתן מלוניל (קובץ שיטות קמאי כתובות אלף תעד טור א): ״ובהלין תריסר ירחי לית ל(י)ה מזוני מבעל, דמגורשת לגמרי חשבינן ל(י)ה משום קנסא אע״ג דקימא לן דמגורשת ואינה מגורשת דבעלה חייב במזונותיה״.

2. הפסד מזונות מעיקר הדין

אמנם הריטב״א בחידושיו (כתובות סד,א) כתב:

> והאומרת מאיס עלי שמשהין אותה י״ב חדש נראין דברים שאפילו למה שכתבנו שלא הפסידה כלום תוך זמן זה אין לה מזונות מבעל ולא פרקון, שלא תקנו חכמים מזונות למורדת ולא תנאי כתובה, וכן אמרו בירושלמי (ה״ח) המורדת והיוצאת משום שם רע אין לה מזונות, ואם מת הבעל תוך י״ב חדש הרי היא גובה כל כתובתה שהרי עדיין לא הפסידה כלום.

---

[28] אמנם על כך כותב הרב אלישיב (שם): ״לכאורה בפשוטו איכ״ל דהרא״ש לא נחית כאן כלל להגדיר הטעם דמורדת מפסדת מזונות אם היא מדינא או מטעם קנסא, אלא לפי שהקדים הרא״ש ז״ל שבתוך השנה חייב בפרקונה, ומ״ש פרקונה, מ״ש מזונות, וע״ז כתב דשלילת חיובו בפרקונה יגרור אחריו גם הפקעת זכותו בפירות נכסי מלוג, ״וכל אשה היתה חפצה שלא יתחייב בפרקונה ולא יאכל פירותיה״, ולאו כל כמינה להפקיע זכותו, משא״כ שלילת זכות המזונות זהו קנס בשבילה דרוב נשים אין מספיק מע״י״. גם הרב חגי איזרר ביאר (שורת הדין ב עמ׳ עא דרך ב) כעין זה בראי״ש. הרב ישראלי (פד״ר ו עמ׳ 19) והרב חגי איזרר (שם דרך א) דחו את ההוכחה מהרא״ש באופן שונה. הרא״ש לא רוצה לומר שהפסד המזונות במאיס עלי הוא משום קנס, אלא דבריו מתייחסים דווקא ביחס למורדת בעינא ליה ומצערנא ליה, שהיא ודאי מפסידה משום קנס, ובאמת הטעם שמאיס עלי מפסידה אינו משום קנס אלא מעיקר הדין וכפי שיבואר לקמן.

מלשונו 'שלא תקנו חכמים מזונות' למדו הרב יוסף כהן (שם ד"ה אולם), הרב גולדשמידט (שם) והרב חגי איזרר (שורת הדין ב עמ' סח), שאינה מקבלת מזונות מעיקר הדין. כהשלמה לדברים אלו, ציין הרב איזירר (שם) לדברי הריטב"א במקום אחר (שם קג,א):

> והוא הדין לאשה בחיי בעלה שיצאתה מביתו והלכה לה שאם נתנה טעם לדבריה חייב לתת לה מזונות שלמים במקום שהיא, אבל אם לא נתנה טעם לדבריה אינו חייב לה מזונות שאין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו על שלחנו, וכן הוא באלה הדברים רבה על פסוק למען ירבו ימיכם, ואפילו לדברי הרמב"ם ז"ל (פי"ב מהלכות אישות הי"ב) שאומר שיכול להשרותה ע"י שליש הוא עדיף מינה בזה ואפילו לפי ברכת הבית אפשר דלא יהיב לה דלא תקון לה רבנן מזונות אלא ביושבת תחתיו ומשמשתו, ואפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה, התם יושבת עמו בבית אלא שמצערתו מתשמיש והא קנסינן לה להיא מורדת, אבל כשאינה יושבת עמו ואינה באה בטענה אין לה מזונות.

הריטב"א אומר שהבעל אינו חייב במזונות אשתו מעיקר הדין כאשר האישה עוזבת את ביתם ללא סיבה מספקת, וזאת משום "שאין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו על שלחנו". הריטב"א מחלק בין מורדת גמורה (בעינא ליה ומצערנא ליה) לבין אישה העוזבת את ביתה. במורדת גמורה יש שיטות המחייבות את הבעל במזונות, וזאת משום שאינה מפסידה את זכויותיה מעיקר הדין אלא רק משום קנס, ולשיטות אלו כל עוד יושבת בבית לא קנסו אותה במזונותיה על כך שמצערת אותו, אך אישה שעזבה את ביתה מפסידה מעיקר הדין את המזונות ולא משום קנס, ועל כן לכולי עלמא מפסידה את מזונותיה. מתוך כך ביחס ל'מאיס עלי' כתב הרב חגי איזרר (שם):

> נראה פשוט מסברא שהאומרת מאיס עלי ואינה רוצה בו ובכתובתו ורוצה להתגרש היא גרועה יותר לענין מזונות מזו שהלכה לה מבית בעלה, ואין ישיבתה עמו בבית כשהיא רוצה גירושין חשובה ל"ישיבה עמו". לפיכך האומרת מאיס עלי גם אם נשארת לגור בית אחד עם בעלה אין זו "ישיבה עמו" או "יחדיו".

כמובן שהדברים הנ״ל תואמים לדברי הריטב״א הקודמים שמאיס עלי מפסידה מזונות מעיקר הדין.[29]

וכן הרשב״א בחידושיו (כתובות שם ד״ה ולענין האומרת) כתב: ״ואין לה מזונות מבעל תוך הזמן הזה דכיון שאינה רוצה בו אין לה מזונות ממנו, וגרסינן בירושלמי המורדת והיוצאה משום שם רע אין לה מזונות ולא בלאות״. בפשטות מלשונו, ׳דכיון שאינה רוצה בו אין לה מזונות ממנו׳, משמע שמפסידה מעיקר הדין ולא משום קנס. הרשב״א חזר על דבריו במקומות נוספים.[30]

ובתמצית במאירי (שם ד״ה ושאלו בגמ׳):

> שמאחר שהיא מואסת בו היאך הוא זנה.

גם בשיטה לר״ן (סג,ב ד״ה כלתיה)[31] ובמגיד משנה (אישות יד,ח) מופיעים לשונות דומים לכך.

---

[29] הרב איזרר (שם עמ׳ סט) והרב אלישיב (שם עמ׳ 13) העירו שבתשובת הריטב״א (תשובה קנ) משמע שנוקט שמורדת ראויה לקבל את מזונותיה מעיקר הדין ומה שמפסידה זה רק משום קנס ועל כן הוא אומר שלדינא אינה מפסידה את מזונותיה, ומה שהירושלמי אומר שמפסידה, זהו רק דעת הירושלמי אך הבבלי חולק על כך שאין לקנוס אותה. אם כן דברי הריטב״א הנ״ל לכאורה סותרים לדברים הקודמים שהצגנו. לאור דבריו אומר הרב איזרר שתשובת הריטב״א הנ״ל מתייחסים דווקא למורדת ״בעינא ליה״, שהיא אכן זכאית למזונותיה מעיקר הדין, שהרי יושבת בביתה וכפי שהתבאר לעיל, ועל כן אם היא מפסידה זה רק מתורת קנס, ולהלכה דעת הריטב״א להכריע שלא קונסים אותה. אך ב׳מאיס עלי׳ באמת מפסידה מעיקר הדין וכמ״ש לעיל. (הרב אלישיב עצמו דן בכללות בחיוב מזונות למורדת בין ב׳בעינא ליה׳ ובין ב׳מאיס עלי׳, ולא יורד לדון ביחס לאיזה מורדת נאמרו הדברים. אמנם למעשה הוא אומר שאין להתחשב בתשובה זו, גם משום שבחידושים המוזכרים לעיל (קג,א) משמע שהריטב״א נוטה יותר לפטור את הבעל במזונות המורדת, וגם על סמך דברי החזו״א המפורסמים שאין לסמוך על כתבי יד הנמצאים בהפסקת מסורת דור דור).

[30] תשובות הרשב״א ח״ו סימן עב, תשובות חכמי פרובינציה עמ׳ 275.

[31] לשונו שם: ״ומורדת אין לה מזונות מבעל תוך הזמן כיון שאינה רוצה בו, וכדגרסינן בירושלמי. וזה הדין נמי לאומרת מאיס עלי״. וכמשמע שהסיבה שמורדת ׳בעינא ליה׳ אינה זכאית למזונות ׳כיון שאינה רוצה בו׳ היא אותה סיבה להפסד המזונות ב׳מאיס עלי׳. אלא שלפי זה יוצא שגם ׳בעינא ליה ומצערנא ליה׳ מפסידה את מזונותיה מעיקר הדין ודלא כפי שהנחנו בתחילת המאמר שמפסידה משום קנס ולא מעיקר הדין. ובאמת לכאורה לפי מה שיבואר לקמן שמפסידה את המזונות מעיקר הדין משום שחיוב המזונות הוא חוב הנובע מיחסי האישות שביניהם, וכאשר האישה אינה נמצאת אצלו ממילא אינו מחויב לה, נראה שזה נכון גם ביחס למזונות של ׳בעינא ליה ומצערנא ליה׳. וע״כ לומר שמה שאמרנו ש׳בעינא ליה ומצערנא ליה׳ מפסידה משום קנס ולא מעיקר הדין, נכון רק ביחס לחיוב הכתובה אמנם ביחס לחיוב המזונות אפשר שמפסידה מעיקר הדין ואין צורך להגיע לקנס.

לאור הנ"ל נקטו הרב יוסף כהן (שם), הרב חגי איזרר (שם) והרב צבי יהודה בן יעקב (משפטיך ליעקב א סימן יח) שלראשונים אלו מפסידה מזונותיה מעיקר הדין.

גם הבית יעקב (עז,ב ד"ה תטול) נקט שמפסידה את המזונות מעיקר הדין ולא משום קנס. אצלו זה מתבטא מזווית שונה. לדעת הבית יעקב, גם הר"ן שנוקט שב'מאיס עלי' לא מפסידה בשום היכי תמצי את כתובתה, משום שסובר שאין לקנוס כלל אישה זו, מודה שמפסידה את מזונותיה: "דלא גרע מהא דסימן ע סעיף יב בהג"ה דכשאינה רוצה להיות עמו דלית לה מזוני, דלא תקנו מזונות רק כשהיא עמו".

3. ביאור במחלוקת הראשונים

ראינו שלהרבה ראשונים מפסידה את מזונותיה מעיקר הדין, אך עדיין צריך לבאר מדוע? הרב יוסף כהן (שם עמ' רסב) והרב חגי איזרר (שם עמ' סז), ביארו שחיוב מזונות אינו חוב כספי על הבעל אלא הוא חיוב הנובע מיחסי האישות שבין האיש והאישה. הבעל מחויב לספק לאשתו את מזונותיה כפועל יוצא מהימצאותה אצלו. על כן סוברים ראשונים אלו שכאשר אין האישה נמצאת אצלו, בטלים יחסי האישות שביניהם, וממילא פוקע חיוב הבעל בתשלום המזונות.

לאור זאת ביאר הרב יהודה דרעי (אבני עזר ח"א עמ' קעו) שהרא"ש שסובר שהבעל פטור ממזונות משום שקנסו את האישה, נוקט שיסוד חיוב מזונות הוא חוב כספי ולא חוב הנובע מיחסי האישות,[32] ועל כן גם אם אינה נמצאת אצלו וממילא בטלים יחסי האישות, אין בכך סיבה להפסידה מעיקר הדין, וממילא סיבת ההפסד יכולה להיות רק משום קנס.

על בסיס הטעמים השונים להפסד המזונות, העלו פוסקים אלו מספר נפ"מ:

4. נפ"מ ממחלוקת זו

א. אמתלא מבוררת במאיס עלי – ברמ"א (אהע"ז עז,ג) נפסק שכאשר אומרת מאיס עלי ונותנת לכך אמתלא מבוררת אין כופין אותו לגרש ואין כופין אותה להיות אצלו אך לא מבואר מה דין המזונות בכה"ג, וראה על כך באוצה"פ (שם אות יט). האחרונים הנ"ל תלו נדון זה בחקירתנו האם הפסד

[32] הוא ציין שבמקומות אחרים בספרו (סימנים כה-כז) הוא הוכיח ששיטת הרא"ש היא שחיוב המזונות הוא חוב ממוני, ונמצא שהרא"ש כאן הוא לשיטתו.

מזונות הוא מעיקר הדין או משום קנס. לשיטת הראשונים שמפסידה מעיקר הדין, אינה זכאית במזונותיה גם באמתלא מבוררת, וזאת משום שכיון שבפועל אינה נמצאת עם בעלה ממילא אין על הבעל חיוב לתת לה מזונותיה שהרי פקע היסוד לחיוב מזונות, ומה אכפת לן שהדבר נעשה באונס הרי סוף כל סוף סיבת ההפסד אינה משום קנס אלא משום שאינו חייב כיון שאינה נמצאת עמו. אמנם לשיטה שמפסידה משום קנס נראה שכאשר נותנת אמתלא מבוררת נמצא שהתנהגותה באמת נובעת מאונס ואין לקנוס אותה, שהרי מה יש לה לעשות והיא אנוסה בכך.[33]

ב. חזרה בה לאחר שהפסידה מזונותיה – הרב איזרר (שם עמ' סט) והרב גולדשמידט (שם סימן ז עמ' נו) נקטו שלטעם שמפסידה את מזונותיה משום שבטלה חיי האישות שביניהם וממילא מדינא פטור מלשלם את המזונות, אם לאחר שכבר פסקו שאינו חייב במזונותיה וחזרה בה ממרידתה, שוב חוזר ומתעורר חיוב המזונות, שהרי עתה היא מוכנה לחיות עמו חיי אישות.[34] ומשתמע מדבריהם שאם מפסידה משום קנס אין הבעל שב ומתחייב במזונותיה שהרי כבר קנסו אותה על מעשיה, ומסתבר שהקנס אינו מתבטל בחזרתה.

ג. תהליך הפסד חיוב המזונות – הרב גולדשמידט (שם סימן ז) סובר שכדי לפטור את הבעל מחיוב הכתובה יש צורך בתהליך ארוך הכולל בתוכו תביעת הבעל שביי"ד יפסוק עליה דין מורדת, התראה על ידי ביי"ד בדווקא, התראה שניה אחר יב חודש ועוד, ועל כן פסק בנידון שם, שכיון שלא התבצע תהליך זה לא הפסידה כתובתה.[35] אמנם הוא סובר שביחס לחיוב המזונות אין צורך בתהליך זה ואף שלא הכריזו עליה כמורדת מפסידה מזונותיה וניכר הוא:

> לפי שפטור המזונות הוא, מפני שכלל הוא שאין הבעל חייב במזונות אשתו אלא אם כן היא ממלאה את חובותיה כלפיו, וכל עוד היא

---

[33] הרב יוסף כהן (שם עמ' רסב), עזר משפט (שם), הרב חגי איזרר (שם עמ' סז,ע,עא) ומשפטיך ליעקב (שם).

[34] אמנם הם סוברים שאם התקיימו התנאים להפסד הכתובה לא תועיל לה חזרתה, ועל כן לא ישוב ויתעורר חיוב המזונות. זאת מטעם אחר, שכאשר בטל חיוב הכתובה בטלו גם תנאי הכתובה ובכללם המזונות.

[35] כבר הזכרנו לעיל שהפוסקים האריכו בזה שאולי אין צורך בכל התהליך, אמנם לכוי"ע עכ"פ צריך התראה, וגם על ההתראה סובר הרב גולדשמידט שניתן לוותר לגבי הפסד המזונות.

אינה ממלאתן הוא פטור ממזונותיה, אף על פי שעדיין לא נקבע דינה למורדת.

מסברא נראה שדבריו נכונים רק לשיטה שמפסידה מזונות מעיקר הדין משום שכאמור האישה אינה עומדת בחובות האישות,[36] אך לשיטה שמפסידה את מזונותיה משום קנס, נראה שאי אפשר לוותר על תהליך הכרזתה כמורדת, ובלעדי תהליך זה לא תפסיד את מזונותיה.

ד. ספק אם דינה כמורדת – הרב לבנון טוען (שם עמ' שיב – שטו) שאם אנו מסופקים האם האישה נחשבת כמורדת מאיס עלי, ומתוך כך תפסיד את מזונותיה, אין היא מפסידה אותם מספק. מדבריו משתמע שעיקר הסיבה לכך היא שאין לקנוס או לתקן שתפסיד את מזונותיה כל עוד אנו לא בטוחים שהיא אכן ראויה לכך. גם הרב גורן נקט (עדות ביהוסף עמ' 226) שספק מורדת אינה מפסידה את מזונותיה, בין היתר משום: "שכל שהדבר בספק אם היא מורדת או לא שאין להפסיד את מזונותיה מטעם קנס. מכיון שעפ"י הדין בודאי שלא הפסידה מזונותיה, איך אפשר לקנסה מספק הרי כל שהוא קנס אין לבוא נגדה מטעם כל המוציא עליו הראיה".

נראה שדבר זה תלוי בחקירתנו לעיל שאם מפסידה משום קנס, מעיקר הדין היא ראויה לקבל את מזונותיה, ורק מכיון שאנו קונסים אותה היא מפסידה, ועל כן במצב של ספק אין לקנוס אותה כאמור לעיל. אמנם לטעם שמפסידה משום שאינה עומדת בחובותיה, נמצא שמעיקר הדין אינה ראויה לקבל מזונות, ולכן במקום ספק האם שם מורדת 'מאיס עליה', הוי ספק בעיקר החיוב, האם הבעל בכלל מחויב במזונות, ובמקרה שכזה אין לחייבו משום שהוי כאיני יודע אם התחייבתי והבעל מוחזק.[37]

---

[36] כאמור הרב גולדשמידט נוקט שדין המזונות הוא דין עצמאי שאינו קשור לדיני המורדת ועל כן גם ללא הליך מסוים של התראה מפסידה מזונותיה משום שהפסד המזונות נובע מעיקר הדין שאינה עומדת בחובותיה. אמנם לאמיתו של דבר, היה אפשר לטעון שגם אם הפטור ממזונות הוא משום שאינה ממלאת את חובותיה, מכל מקום עדיין צריך הליך מסוים שבסופו האישה תוגדר כ"מורדת", היינו כאחת שאינה ממלאת את חובותיה, ועל כן גם אם הפטור הוא מעיקר הדין אין הכרח להגיע לקביעתו של הרב גולדשמידט שמפסידה אפילו בלי הליך כל שהוא.

[37] וכפי שכתבנו לעיל ביחס לחיוב הכתובה בנפקא מינא של ספק מורדת.

ד. השוואה בין סיבת הפסד הכתובה לסיבת הפסד המזונות

שיטת הריטב״א: ראינו שפשט לשון הריטב״א שמאיס עלי מפסידה את כתובתה משום קנס ונמצא שהריטב״א סובר שאכן ניתן לקנוס אותה בהפסד הכתובה והיא אינה נחשבת לגבי כך כאנוסה. לגבי הפסד המזונות למדנו בדברי הריטב״א שמפסידה מעיקר הדין משום שאינה יושבת עמו. ונראה שהטעם שהריטב״א כתב שהבעל פטור מחיוב מזונות מעיקר הדין ולא משום קנס, אף שביחס לכתובה הוא כן הסכים שאפשר לקנוס את המורדת ׳מאיס עלי׳, הוא שקנס צריך להיות מפורש בגמ׳, וכיון שהפסד המזונות אינו מפורש אין לקנוס אותה על כך, אך עדיין יכול להיות שהיא מפסידה מעיקר הדין אף שאין זה מפורש.[38] יתירה מזאת, מדבריו משתמע שמפסידה את מזונותיה בתוך יב חודש עוד לפני שמפסידה את כתובתה, וזאת משום שמפסידה אותם מעיקר הדין ולא משום קנס, ומכאן עולה שההבדל בסיבת הפטור בין כתובה למזונות גורם גם לכך שפטורים אלו יחולו בתנאים וזמנים שונים. קנס שייך רק לאחר יב חודש, משום שרק לאחר פרק זמן מסוים שבו עומדת בסירובה אפשר לקנסה, אך כדי להפסידה מעיקר הדין אין זקוקים לפרק זמן מסוים, והיא אינה זכאית למזונותיה, אם וכאשר מצד הדין היא אינה ראויה לכך.[39]

והסיבה שהריטב״א אינו סובר שניתן להפסידה את כתובתה מעיקר הדין ורק ביחס למזונות הוא הסכים לקבל גדר שכזה, הוא משום שרק חיוב שכל יסודו הוא חיי האישות יכול להתבטל מדינא כאשר האישה מבטלת את תנאיו, והריטב״א סובר שרק חיוב מזונות הוא חיוב המבוסס על תנאי האישות שבניהם ורק הוא פוקע כאשר אינה מקיימת את חובותיה, אך חיוב הכתובה אינו חיוב המבוסס על חיי האישות אלא הוי חוב ממוני, ועל כן אין לראות במעשיה עילה להפסד הכתובה.[40]

---

[38] וכפי שהריטב״א בתשובה (תשובה קנ) כתב ביחס למורדת דבעינא ליה שאינה מפסידה את מזונותיה משום שאין לכך מקור בבבלי. (ואף שבירושלמי מוזכר שמפסידה את מזונותיה הבבלי חולק על כך).

[39] ובאמת לאור העובדה שהריטב״א פטר את הבעל ממזונות אף בזמן שעדיין לא הפסידה את כתובתה, הסיקו הרב גולדשמידט (עזר משפט סימן ט) והרב יוסף כהן (שם עמ׳ רסב ד״ה עוד מבואר) שהפסד המזונות הוא מעיקר הדין ולא משום קנס.

[40] אמנם כל זה להבנה שסיבת הפסד כתובתה מעיקר הדין זה משום שבמרידתה מונח ביטול חיי האישות וכפי שלמדנו בדברי הר״ן, אך לשאר השיטות הנוקטות שמפסידה מעיקר הדין את כתובתה מטעמים אחרים, עדיין צריך ביאור מדוע הריטב״א לא הסכים לקבל שמפסידה את כתובתה מדינא.

שיטת הרא"ש: למדנו שהרא"ש נוקט שהטעם שמפסידה כתובתה הוא, שבדבריה מאיס עלי ואיני רוצה אותו ואת כתובתו - מחלה על כתובתה. אמנם סיבת הפסד המזונות הוא משום קנס, וצריך לבאר מדוע לגבי כתובתה מפסידה משום מחילה ולא משום קנס, ואילו ביחס למזונות היא כן מפסידה משום קנס, ודווקא משום כך ולא משום מחילה. ביחס למזונות נראה להסביר בפשטות שאף שמחלה על כתובתה זה דווקא כדי שיוציא אותה, ועל כן כל עוד לא מוציא אותה ודאי שלא מחלה על מזונותיה שהרי אינה רוצה בינתיים לרעב ללחם. ומה שהרא"ש סובר שאינה מפסידה את כתובתה משום קנס אך כן מוכן לקבל שמפסידה את מזונותיה משום קנס, אפשר לבאר שהוא סובר שלא ראוי לקנוס אותה כל כך שתפסיד את כתובתה אלא רק קנס קטן יותר שהוא הפסד המזונות ליב חודש.

ואפשר להוסיף עוד, שבאמת במסגרת הדין המקורי ב'מאיס עלי' באמת לא ראוי לקנוס אותה משום שהיא כאנוסה, אמנם בעקבות התקנה שהבעל לא יגרשה מיד אלא רק לאחר יב חודש, אם לא נקנוס את האישה במזונות, התקנה מביאה אותנו למצב בעייתי וחד צדדי שבו האישה מורדת בבעלה ואף על פי כן הוא אינו יכול לגרשה והיא אף זכאית בכתובה, ועל כן לפחות קנסו אותה במזונות.[41] ויתרה מכך נראה שהקנס בעצמו, כמו היב חדש, תוקן במטרה שהאישה תשקול את צעדיה והתנהגותה, האם הבעל באמת מאוס בעיניה, ומתוך כך אולי תתפייס עמו.[42]

לפי ראשונים אלו אין קשר בין חיוב הכתובה וחיוב המזונות. הסיבות לאי חיוב הבעל בהם הם שונות ולא מקבילות זו לזו. אמנם בשיטת הרשב"א אנו מוצאים חפיפה בין חיוב הכתובה לחיוב המזונות. בשניהם אינה זכאית לכך מעיקר הדין ולא משום קנס או מחילה.

ה. הפסד נכסי צאן ברזל

במסקנתה אומרת הגמרא (סד,א) שאם האישה תפסה את הבלאות לא מוציאים אותם ממנה, אך מה שלא תפסה - הפסידה. כידוע הראשונים דנו האם הגמרא אמורה רק ביחס ל'בעינא ליה ומצערנא ליה' או גם ביחס

---

[41] הר"ד לבנון (שם עמ' שלא) הציע סברא זו, אך לא בשיטת הרא"ש. אנחנו יחסנוה לרא"ש.

[42] ביאור זה שהקנס במזונות הוא חלק מתקנת היב חודש ולא קנס העומד בפני עצמו, מדוקדק בלשון הגמרא: "ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא ובהנך תריסר ירחי שתא ליה לה מזוני".

ל'מאיס עלי'. הרמב"ם (אישות יד,ח) נוקט שמאיס עלי אינה מפסידה את בלאותיה, גם מה שלא תפסה, וראשונים רבים אחרים סוברים שמפסידה מה שלא תפסה. שתי דעות אלו הובאו בשו"ע וברמ"א (עז,ב). לאור דברינו לעיל יש לברר מחלוקת זו, וביותר יש לברר מהי הסיבה שמפסידה את הבלאות שלא תפסה לראשונים הסוברים כך.

לעיל הובאו דברי הר"ן לפיו מורדת 'מאיס עלי' מבטלת במעשיה את תנאי האישות ולכן מפסידה את זכויותיה, עפי"ז הוסיף הר"ן לבאר את הרמב"ם: "אבל כל מה שהוא שלה כגון בלאותיה לא הפסידה, כי ההיא דאמרינן זינתה לא הפסידה בלאותיה הקיימים, דאם היא זינתה כליה מי זנו, ולפיכך כתב הרמב"ם שתטול בלאותיה, ולא חילק בין תפסה ללא תפסה".

מבואר בדבריו שזה שיסוד ביטול זכויותיה מבוסס על הפסקת תנאי האישות, גורם לכך שמפסידה דווקא זכויות הנובעות מחיי האישות, אך נכסי צאן ברזל הם נכסים שלה שאינם נובעים מחיי הנישואין שביניהם ועל כן מעיקר הדין היא אמורה לקבלם ולא להפסידם. בספר פרשת המלך (שם ד"ה אמנם כ"ז) הוסיף לבאר שכאשר יסוד הפסד הזכויות הוא מדין קנס על מעשיה או כדי שתחזור בה, אפשר שיקנסו אותה גם בנכסי צאן ברזל השייכים לה כדי שתחזור בה, ועל כן ב'מורדת בעינא ליה ומצערנא ליה' שהפסד זכויותיה מוגדר כקנס, במסגרת קנס זה, מפסידה גם את בלאותיה שלא תפסה. אך 'מאיס עלי' שאינה מפסידה משום קנס ולא באים ללחוץ עליה שתחזור בה,[43] אין סיבה שתפסיד את הנכסים השייכים לה, משום שב'מאיס עלי' היא עלולה להפסיד רק זכויות הכלולות בעצם מסגרת הנישואין, ככתובה, אך לא נכסים השייכים לה מלכתחילה.[44]

---

[43] בפרט לשיטת הרמב"ם שכופין את הבעל לגרשה ונמצא שאנו לא באים אליה בטענות ועל כן אין סיבה לקנסה. ומה שגם לרמב"ם מפסידה את כתובתה אומר הפרשת דרכים שזאת משום "דהיא הסיבה לגירושין, ולא תקנו הכתובה אלא כשהוא הגורם לגט ושלא תהא קלה בעיניו להוציאה", וכפי שהארכנו לעיל בתחילת המאמר בעניין הפסד הכתובה.

[44] אלא שמשמע מדברי הגמרא והפוסקים שכל הנידון במאיס עלי הוא ביחס לבלאות הקיימים אך הבלאות שאינם קיימים וכן פחת הבלאות הקיימים לכולי עלמא מפסידה ולכאורה צריך בירור, מדוע היא מפסידה אותם הרי הם שייכים לה? ובאמת באוצה"פ (ס"ק יט הערה תלג) משמע שרצו לדייק מדברי הט"ז שנוקט שאה"נ היא כן צריכה לקבל את נכסי צאן ברזל שאבדו או שנגנבו, אך נשארו בצ"ע. ובב"ח ביאר "דלא קבלן על עצמו בסך הכתוב בכתובה להיות אחריותן עליו, אלא על דעת שימות או יגרשנה מדעתו, אבל כשהיא מואסת בו וצריך ליתן לה גט בע"כ, אדעתא דהכי לא נתחייב באחריותן, ואע"פ שלא התנה כן בפירוש אנן סהדי דאדעתא דהכי כינסה". כל זה כמובן ביחס לנכסים שאבדו אך הנכסים הקיימים שלא אבדו כיון שהם שלה אין ראוי לקנסה כנ"ל.

כאמור כל זה מסביר את שיטת הרמב"ם, אך צריך להבין את שיטת שאר הראשונים הנוקטים שמפסידה מה שלא תפסה. ולריטב"א שלפחות ביחס לכתובה כן הסכים לקבל את העובדה שניתן לקנוס את האומרת 'מאיס עלי', אפשר שגם לעניין צאן ברזל ניתן לקנוס אותה, ובדומה ל'בעינא ליה ומצערנא ליה'.

ההפלאה שהזכרנו בתחילת המאמר, נוקט שיסוד הפסד הכתובה הוא משום מחילה, ומתוך כך הוא מקשה מדוע הגמרא מסופקת לגבי הבלאות, הרי באופן פשוט האישה מחלה על זכויותיה ואפילו תפיסה לא תועיל? על כך הוא מתרץ שני תירוצים ע"ש, ועכ"פ בתירוצו השני משמע שהוא נשאר עם הנחת יסוד שמפסידה משום מחילה, ועדיין להבין את ספק הגמרא ביחס לדין הבלאות,[45] ונמצא שסיבת ההפסד הוא משום מחילה.

מאידך, באמת לאור קושיא זו הוכיח החזון איש (שם סק"ג) שסיבת הפסד הכתובה ב'מאיס עלי' אינו משום מחילה אלא מעיקר הדין, שהרי אם סיבת ההפסד הוא משום מחילה מדוע הגמרא הסתפקה, אלא מוכח שמפסידה את זכויותיה מעיקר הדין, והגמרא הסתפקה האם במסגרת דין 'מאיס עלי' כלול גם הפסד הבלאות. ומבואר בחזו"א שגם אם הפסד הזכויות הוא מדינא אפשר לקבל שתפסיד גם את הבלאות אף שהם נכסים שלה, ודלא כר"ן ופרשת המלך.

אלא שצריך בירור מה הטעם לכך שמפסידה מעיקר הדין נכסי צאן הברזל. אי אפשר לומר שמפסידה את נכסיה משום שביטלה את מצב האישות, משום שנכסי צאן ברזל אינם מתנאי האישות, ככתובה ומזונות, אלא גדר ממוני גרידא, שנוטלת את שלה, ואם כן ביטול האישות לא יגרום להפסד נכסיה. וכפי שהביא הר"ן לעיל, מאישה שזינתה אשר אינה מפסידה את נכסי צאן ברזל הקיימים, משום 'אם היא זינתה כליה מי זנאי' כמבואר בגמ' (קא,ב) ובשו"ע (אהע"ז קטו,ה), ומצב זה הוא ביטול האישות לכאורה עוד יותר ממאיס עלי.

הישועות יעקב (אבה"ע סימן עז הארוך סק"ב) דימה בין התחייבות הבעל להחזיר את נכסי צאן ברזל לאשתו לבין חובת הלווה להחזיר את ההלוואה למלווה. כשם שהמלווה אינו יכול לתבוע מהלווה את הכסף בתוך הזמן שהוקצב להחזרת ההלוואה כך בנכסי צאן ברזל האישה אינה יכולה לתבוע

[45] ראה לעיל הערה 8.

מהבעל את החזרת צאן ברזל לפני הגעת זמן הגירושין. לאור זאת מחלק הישועות יעקב בין 'מאיס עלי' לזינתה:

> ומעתה בשלמא בזינתה דאז הבעל מגרשה ברצונו כיון שאי אפשר לו בשום אופן לדור עמה אף שהיא גרמה הגירושין מה כך מ"מ אינה מפסידה נכסי צאן ברזל וזמן הפירעון כבר הגיע כיון שהוא מגרשה מרצונו אבל באומרת מאיס עלי דאז הבעל אינו רוצה לגרשה בשום אופן ואי שקר היא אומרת שמאיס עליה רק שעיניה נתנה באחר אם כן עדיין לא הגיע זמן הפירעון ואין בידה להוציא ממנו הנכסי צאן ברזל כיון דלפי דעתו עדיין לא הגיע הזמן.

הישועות יעקב מחדש שאף שבפועל הבעל מוציא אותה, עדיין אפשר שזה נחשב כלא הגיע זמן הפירעון, משום דשמא נתנה עיניה באחר, ועל כן מעיקר הדין פטור מלהחזיר את נכסיה.[46]

הישועות יעקב מוסיף שאפשר שמחלוקת הרמב"ם ושאר הראשונים ביחס לנכסי צאן ברזל, תלויה במחלוקתם, האם ב'מאיס עלי' כופין את הבעל לגרש, משום שיש חשש שמא נתנה עיניה באחר. לדעת הרמב"ם אין חשש כזה שהרי הוא סובר שכופין את הבעל לגרש, ועל כן כאשר הבעל מגרשה הרי זה נחשב כהגיע הזמן וממילא מובן מדוע הרמב"ם פסק שצריך להחזיר את נכסיה. אמנם לשאר הראשונים שסוברים שאין כופין את הבעל לגרש משום שיש חשש שמה נתנה עיניה באחר, גם אם בפועל הבעל נאלץ לגרשה משום שאינן יכולים לדור יחד, הרי זה שעדיין לא הגיע זמן הגירושין, וכיון שהבעל מוחזק אין יכולין להוציא מידו.

---

[46] דרך זו פוטרת את הבעל בנכסי צאן ברזל מעיקר הדין ולא משום ביטול האישות, שהרי כפי שכתבנו לא שייך ביטול האישות ביחס לנכסי צאן ברזל, אלא משום שמעיקר הדין הבעל לא התחייב לה במצב שכזה. (בדומה לבית יעקב ולפרי האדמה לעיל שכתבו שבמאיס עלי הבעל לא התחייב לה כתובה מלכתחילה).

הרב ישי שרעבי

הרחקה לאחר גירושין

ראשי הפרקים

א. הרחקות לאחר גירושין

ב. מה הדין בחצר?

ג. מה הדין בנישאת?

ד. ראיות לסברות לענין הרחקה מאיסורים

ה. האם יש כלל בגדר ההרחקות?

ו. הרחקה מגרושת ישראל שנישאת לאחר ושוב התגרשה

ז. סיכום

א. הרחקות לאחר גירושין

המשנה כתובות כז,ב: אמר ר' זכריה בן הקצב המעון הזה לא זזה ידה מתוך ידי משעה שנכנסו עובדי כוכבים לירושלים ועד שיצאו אמרו לו: אין אדם מעיד על עצמו גמ': תנא ואעפ"כ ייחד לה בית בחצרו וכשהיא יוצאה, יוצאה בראש בניה וכשהיא נכנסת, נכנסת בסוף בניה.

כלומר, ר' זכריה היה כהן וכאשר נכנסו הנכרים לירושלים היה לכל הנשים דין שבויות וחוששים שמא נאנסו ואשת כהן נאסרת על בעלה גם באונס, לכן נאסרה עליו למרות שהוא נשבע בביהמ"ק שכל זמן שהיו הנוכרים בעיר הוא היה ליד אשתו ושמר עליה אינו נאמן להתירה משום שאין אדם מעיד על עצמו. ואעפ"כ התירו לו לייחד לה בית בחצרו והיו עושים באופן שלא יהיה יחוד שתמיד יהיה איתם אחד מהילדים. בעי אביי מהו לעשות בגרושה כן התם הוא דבשבויה הקילו אבל הכא לא או דילמא לא שנא? והגמ' מתכוונת לשאול האם גם לכהן שגירש את אשתו יהיה מותר לגור עימה באותו חצר באופן כזה שלא יבואו לידי יחוד או לא, היות ואיסור גרושה לכהן הינו איסור דאורייתא ושונה משבויה שזה רק חשש בעלמא שמא נאנסה.

מתרצת הגמ': ת"ש דתניא המגרש את אשתו לא תינשא בשכונתו ואם היה כהן לא תדור עמו במבוי. אם היה כפר קטן זה היה מעשה ואמרו כפר קטן נידון כשכונה. ויש בזה שלוש שיטות:

א. הרא״ש סובר ששכונה גדולה ממבוי ובאיסור חמור יש להרחיק יותר מאיסור קל לכן אם זה רק איסור לאו כמו גרושה לכהן יש להרחיק רק מהמבוי ואם יש איסור א״א שחמור מלאו יש להרחיק גם מהשכונה וענין ההרחקה הוא משום שיש לחשוש שמא יעברו עבירה יחד היות ומכירה ברמיזותיו וקריצותיו כמובא ברש״י שם. ועיין פר״ח שזה שהגמ׳ אמרה ״לא תינשא בשכונתו״ זה לרבותא. כלומר אפילו כשרק התארסה אסור משום חומר האיסור דא״א, רק שהיה מקום לומר שאם נישאת יש לה בעל שמשמרה אולי מותר קמ״ל שגם בזה אסורים לגור באותה שכונה ואם עדיין לא נישאת מותרת אפילו במבוי שהרי רק בכהן שגירש דאיכא לאו אסורה במבוי משא״כ גרושת ישראל. והא דנקט ״שכונה״ להשמיענו שאם נישאת אסורה אפילו בשכונה אבל בלא נישאת מותרת גם במבוי.

ב. התוס׳ סובר שמבוי גדול משכונה וכמו שראינו בכמה מקומות בש״ס ששכונה היא רק ג׳ בתים ואילו מבוי גדול יותר שפתוחים אליו חצרות הרבה. והיינו טעמא דלא תינשא בשכונתו ואם היה כהן לא תדור עמו במבוי דכיון שבכהן יש רק איסור לאו לבא על גרושה כשהיא פנויה וזה קל מאיסור א״א ויש חשש שעלולים לעבור על זה יותר בקל לכן צריך הרחקה גדולה יותר מאיסור חמור לכן אם היא א״א שהאיסור חמור מרחיקים רק מהשכונה הקטנה ואילו בגרושת כהן דהאיסור קל מרחיקים יותר גם ממבוי הגדול. (ודלא כהישועות יעקב אבהע״ז סי׳ קיט בפירוש הארוך שמחלק בין נשואה לארוסה שדווקא בנשואה די להרחיק משכונה הקטנה היות ויש לה בעל ובעלה משמרה משא״כ בארוסה שהיה צריך להרחיק יותר גם ממבוי וכמו גרושת כהן שאין לה בעל המשמרה והא דאסרה הברייתא דווקא בגרושת כהן יתכן שהוא הדין בארוסה רק דרבותא אשמעינן שגם בגרושת כהן שהיא רק בלאו הרחקנו ממבוי כ״ש ארוסה עי״ש).

בדעת רש״י נחלקו המפרשים: הב״ח הבין שרש״י כתוס׳ גם שמבוי גדול יותר משכונה וגם שבאיסור קל הרחיקו יותר מאיסור חמור שרש״י בד״ה לא תדור עמו במבוי כתב: ״אבל ישראל כל זמן שלא נישאת תדור בשכונתו״. כלומר באים לומר שגרושת כהן חמורה מגרושת ישראל שגם במבוי אסורה. ואילו גרושת ישראל מותרת אפילו בשכונתו כלומר שכונה קטנה יותר וכל עוד לא נישאת מותרת אפילו בשכונה ואם נישאת אסורה רק בשכונה אבל לא במבוי היות ובאיסור חמור דא״א לא הרחיקו כמו מאיסור קל של לאו דגרושת כהן שהרחיקו גם ממבוי הגדול. והא דכתב רש״י שבגרושת כהן אפילו לא נישאת לא תדור במבוי משמע כ״ש בנישאת ולכאורה הרי באא״א מרחיקים רק

משכונה לתוס׳? תירץ הב״ח היות ומעלה עשו בכהונה לכן גרושת כהן שנישאת לאחר מרחיקים גם מהמבוי משא״כ גרושת ישראל שנישאת לאחר אסורה רק בשכונה ומותרת במבוי והט״ז מקשה עליו: שאין שייך ״מעלה עשו בכהונה״ אלא לענין נישואין, שהחמירו מי ישא, משום מעלת הבנים שיתייחסו לכהונה. אבל בחשש זנות, ודאי כל שהאיסור חמור טפי, בו החמירו טפי וא״כ איך יעלה על הדעת להקל בחשש זנות של א״א בישראל יותר מחשש לאו דכהן אלא ודאי זה לא היה ולא נברא ואגב שיטפיה לא דק בזה כלל כך לשונו ע״ש ולכן דעת הט״ז שרש״י סובר כהרא״ש ששכונה גדולה ממבוי, ומאיסור חמור דא״א החמירו יותר ואפילו בשכונה הגדולה ממבוי אסורים והא דכתב רש״י שכל עוד וגרושת ישראל לא נישאת תדור בשכונתו ודאי שגם במבוי מותרת לדור דחד טעמא הוא כיון שאין שם אפילו לאו אין חשש שיבוא עליה, דאם יש להם חשק להדדי הלא יוכל לחזור ולישאנה בהיתר ולא נקט רש״י תדור בשכונתו אלא לאורויי דאיסור דנקט התנא בשכונתו היינו כשתינשא, אבל כל זמן שלא נישאת לא החמירו בשכונתו והוא הדין במבוי, וזה לא היה בכלל מאמר התנא במה שאסר שכונתו אלא דבגרושת כהן שיש לאו אפילו בלא נישאת חייב להרחיק, אלא דאין צריך להרחיק הרחקה גדולה אלא עד סוף המבוי לחוד עכ״ל הט״ז עי״ש.

ג. הרמב״ם (איסו״ב כא,כז) כתב ז״ל: מי שגירש אשתו מן הנישואין לא תדור עמו בחצר שמא יבואו לידי זנות ואם היה כהן, לא תדור עמו במבוי וכפר קטן נידון כמבוי עכ״ל. והטעם שאוסר הרמב״ם גם בחצר זהו כפי שיטתו שביאת ״פנויה״ היא בלאו שכתב בפ״א מהל׳ אישות ה״ד: קודם מתן תורה היה אדם פוגע אישה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובועל אותה על אם הדרך והולך. וזו היא הנקראת קדשה. משנתנה התורה נאסרה הקדשה שנאמר: ״לא תהיה קדשה מבנות ישראל״ לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה לפי שבעל קדשה עכ״ל. נמצא שמגרושתו הפנויה בישראל צריך להרחיק מהחצר ואילו בכהן - גם מהמבוי וזוהי השכונה שכתבה הגמ׳ לפי הרמב״ם חצר המוקפת ויש בו בתים הרבה כמבואר בט״ז נמצא שדין שכונה אמיתית הגדולה ממבוי לא נזכרה כלל בגמ׳ לפי הרמב״ם וגם דין א״א לא נזכר אבל זה משום שזה פשוט שיאסר לא״א לגור באותו מבוי כ״ש מגרושת כהן.

צ״ב איך הגירסה כפר קטן נידון כמבוי או כשכונה? הגמרא בפשטות גרסה כשכונה וזה משום ששכונה גדולה ממבוי כדעת רא״ש אבל בתוס׳ מתקן הב״ח נידון כמבוי וזה משום שלשיטתם מבוי גדול משכונה שאינה אלא ג׳ בתים,

אבל גם בגמ' מתקן הב"ח כך משום שסובר שגם רש"י כתוס' בזה וכן כתב רש"י בגיטין ו,א גבי ההיא דרב ששת שמצריך משכונה לשכונה פרש"י בסתם שכונה אינה אלא ג' בתים עיי"ש. והר"ן בכתובות שם ד"ה הפודה הכריע כרא"ש מזה שגירסתו היתה כפר קטן נידון כשכונה ואי שכונה קטנה ממבוי אמאי וכי יש כפר שלא יהא גדול כמבוי אלא ודאי שכונה משכא טפי וכו' אבל הט"ז עושה שלום בענין זה וכך כתבו כפר קטן נידון כמבוי פירוש אע"פ שיש בו מבואות הרבה כולן הויין כמבוי אחד, דהיינו במקום שאסור במבוי אחד, בכהן, אסור בכפר אפילו בכל המבואות, אבל בישראל דאין איסור רק בשכונה מותר אף בכפר (כך הט"ז מבאר לרמב"ם) ודרך זה יש לפרש גם לפרש"י אף אם נאמר שגירסתו היתה כפר קטן נידון כמבוי כמו שכתוב בסמ"ג מכל מקום הוא שפיר דהכי קאמר, שבישראל ונישאת אסור בשכונה שהוא חמור מאד, ובכהן אסור רק במבוי וחוץ למבוי מותר, ובכפר קטן הוה חוץ למבוי כמו במבוי לדין שאסור במבוי (כלומר לכהן) ואין מזה הוכחה ששכונה קטנה ממבוי, דוודאי לרש"י השכונה גדולה ממבוי וטעם שהחמירו בכפר קטן משום דלא שכיחי ביה רבים עכ"ל.

ב. מה הדין בחצר?

מרש"י משמע שאסור בחצר שכתב בד"ה לא תדור - אבל ישראל כל זמן שלא נישאת תדור בשכונתו משמע דווקא שכונה אבל לא חצר. ועיין בר"ן שדן בזה ורוצה להוכיח שלכאורה אסור מזה שהגמ' דנה מי נדחה מפני מי בחצר ולכאורה חצר מאי עבידתיה אלא ע"כ שאסור בחצר אפילו אם עדיין לא נישאת אלא א"כ יהיו נזהרים שיהיו אחרים עימהם דומיא דאשתו של ר' זכריה בן הקצב עיי"ש ועכ"פ נשאר הר"ן בצ"ע בדין זה שמהירושלמי בגיטין פ"ח ה"ט משמע שבלא נישאו אפילו בחצר שרי וכן דעת הרמ"ך על הרמב"ם הנ"ל בפכ"א מהל' איסו"ב הכ"ז שהקשה: דכיון דלא נישאת מאי איכפת לן אם תדור בשכונתו (כוונתו לשכונה של הרמב"ם דהיינו חצר וכנ"ל) הא לא יעשה איסור בביאתו עיי"ש. וכמו שמבאר הפר"ח כלומר שלא יעשה איסור דאו' דאילו איסור דרבנן אפילו על יחוד דפנויה גזרו כ"ש על הביאה. אבל כמו שהתבאר דעת הרמב"ם לאסור גם בחצר אפילו לא נישאת והפר"ח כתב שהיות וזוהי דעת רוב הפוס' הכי נקטינן וכן פסק מר"ן בשו"ע אבה"ע קיט,ז ז"ל: מי שגירש אשתו מן הנישואין לא תדור עימו בחצר שמא יבואו לידי זנות ואם היה כהן לא תדור עימו במבוי וכפר קטן נידון כמבוי עכ"ל. ועיין בח"מ סקי"ז שמביא בשם הר"ן שאם נזהרים לא להתייחד דומיא שר' זכריה בן הקצב

מותרים בפנויה בחצר אבל הב״ש בסקי״ד חולק עליו היות והר״ן סבר כרש״י שהנידון בגמ׳ גבי גרושת כהן דאיכא לאו ובאשת ישראל שנישאת שזה היה הנידון האם רק בשבויה שאסורה לכהן התירו בחצר באופן שנזהרים לא להתייחד או גם בגרושה לכהן אבל לא מדובר כלל מגרושת ישראל שעדיין פנויה ולשיטתו יתכן שזה מותר באופן שלא יהיה ייחוד אבל הרי מר״ן בשו״ע פסק כרמב״ם שגרס בגמ׳ אחרת שהנידון לגבי גרושת ישראל שלא נישאת מה הדין בחצר? וע״ז פשטה הגמ׳ לאסור שאין זה דומה לשבויה היות ובשבויה איכא רק חששא בעלמא ועוד דמנוולא נפשה גבי שבאי ורגליים לדבר שלא נטמאת כמובא בקידושין יב,ב אבל גבי פנויה דאיכא ודאי איסור דאורייתא לרמב״ם לא הקלו ע״י שמירת אחרים וכן דעת ריב״ש בתשובה סי׳ ש״ס.

ג. מה הדין בנישאת?

כבר כתבנו שדעת הרא״ש להחמיר יותר ולהרחיק גם משכונה ותוס׳ סובר שמאיסור א״א שחמור יותר די בהרחקת שכונה שלשיטתם היא קטנה ממבוי וברמב״ם לא התפרש דבר זה והיות ומר״ן פסק להחמיר כרמב״ם בפנויה לא גילה דעתו בנישאת ועיין רמ״א שם שכתב וז״ל : ואם נישאת לאחר, אפילו בישראל לא תדור עימו במבוי עכ״ל וכתב הח״מ סק״ט משמע: אבל חוץ למבוי מותר אפילו בנישאת דאיכא איסור א״א ואח״כ הביא את דעת הטור שאסור גם בשכונה כרא״ש וקשה מדוע לא הזכיר את דעת הטור להחמיר בשכונה? וכן הקשה ב״ש סקט״ו וכן שאל בעל הנחלת צבי במקום סק״י ז״ל: ומעתה יש לתמוה על הרב הגה שהגיה וכתב ואם נישאת וכו׳ לא תדור עמו במבוי דהא אפילו בשכונה אחת שהיא יותר גדולה ממבוי אסור? דליכא למימר כיון שלא הזכיר הרב שו״ע מידי מנישאת לאחר אם כן אפשר לומר שהוא סבר כסברת התוס׳ שכתבו שם להיפך שיש יותר להחמיר בפנויה יותר מבנישאת הואיל ופנויה דקיל ליה אבל נישאת חמירא ליה ומה שאסרו שם בש״ס בנישאת שלא תדור בשכונה סברי התוס׳ דמבוי גדול משכונה, דשכונה אינו אלא ג׳ בתים לפי״ז לא הוה ליה להרב הג״ה למיסר בנישאת אלא בהרחקת ג׳ בתים על כן דבריו בעיני צ״ע עכ״ל. ועיין בח״מ וב״ש דלעיל שכל א׳ יישב לפי דרכו שהח״מ הבין כפשוטו שרמ״א מיירי באי״א והא דלא כתב החומרא הזו דאין לזה כ״כ נפ״מ היות ושיעור שכונה לא מפורש רק אמרו כפר קטן נידון כשכונה ולפי רמב״ם נידון כמבוי א״כ אין נפ״מ דהא כל מה שהוא יותר מכפר קטן מותר לכו״ע וכפר קטן נידון כמבוי שאפילו בלאו אסור כלומר כ״ש באיסור א״א וסיים הח״מ שמכל מקום צריך להתיישב למעשה מה נקרא כפר קטן דאסור

ומה נקרא כפר בינוני דשרי. ואילו הב״ש הבין את רמ״א דאיירי בגרושת ישראל שנישאת לאחר ושוב התגרשה דעתה היא כמו גרושת כהן בלאו ואסורה רק במבוי ואה״נ שבא״א צריך להרחיק יותר גם משכונה.

ד. ראיות לסברות לענין הרחקה מאיסורים

ישנן ג׳ ראיות:

א. השו״ע באבהע״ז סי׳ ו׳ כתב:

כהן שגירש אשתו לא תדור עמו במבוי וכו׳ והקשה הב״ש בסקי״ד ז״ל ולרא״ש והר״ן כל שהוא איסור חמור צריך הרחקה יותר ולכאורה קשה מסוגיא ריש כתובות שם איתא להיפך כל שהאיסור קל צריך גדר יותר וי״ל עכ״ל. וכתבו הפוסקים שכוונתו לכתובות ד,א גבי מת אביו של חתן שעושים את ז׳ ימי המשתה ואח״כ נוהגים ז׳ ימי אבילות והוא ישן בין האנשים והיא ישנה בין הנשים ואילו בנידה רגילה לא צריך להחמיר ככה וכמובא ברש״י שם דיבור המתחיל כי קאמר ז״ל דכיון דנידה חמורה אי בעל מהימן עלה דלא אתי לזלזולי באיסורי כרת עכ״ל. הרי לנו כשיטת תוס׳ שבאיסור קל צריך הרחקה גדולה יותר? אבל עיין באר היטב שם סימן ו שמיישב זאת שדווקא באבילות שם שהקילו יותר משאר אבילות צריך גדר והרחקה גדולה יותר וכמו שמתרץ רב אשי בגמ׳ שם ד׳: מי קמדמית אבילותא דהכא לאבלותא דעלמא, אבילותא דעלמא חמיר ולא אתי לזלזולי ביה, אבילות דהכא כיון דאקילו ביה רבנן אתי לזלזולי ביה ומה הקולא? שדוחים את האבילות עד אחר ז׳ ימי המשתה. כלומר אפילו שבאבילות היא איסור קל מחמת עצמה שאינה אלא איסור דרבנן אין סיבה שיקלו בה אנשים אלא א״כ הקלנו בה יותר.

ב. לכאורה יש עוד ראיה לשיטת תוס׳ שמרחיקים יותר מהקל מהגמ׳ יבמות לו,ב: כמובא בערוגת הבושם של הרב מיכאל זנוויל שבמשנה לה כתוב: הכונס את יבמתו ונמצאת מעוברת וילדה וכו׳ ואם אין הולד של קיימא יקיים. ובדף לו,ב: איתא תנא משום ר׳ אליעזר אמרו יוציא בגט. אמר רבא ר׳ מאיר ור׳ אליעזר אמרו דבר א׳. רבי אליעזר הא דאמרן ר״מ דתניא לא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית דברי ר״מ וכו׳. והגמ׳ דוחה שיש לחלק עד כאן לא אמר ר״מ התם אלא משום דרבנן וחכמים עשו חזוק לדבריהם יותר משל תורה אבל הכא (יבמה מעוברת) מדאורייתא מפרש פרשי מינה. כלומר שמאיסור קל יש סברא להרחיק יותר מאיסור חמור? וכן דעת הרשב״א בתשובה סי׳ תתלט שהביא ראיה זו אבל יש

לדחות ולחלק: שזה דווקא באיסור דרבנן יש מקום להרחיק יותר משא"כ באיסור תורה אפילו שהוא איסור קל אין ראיה להחמיר (ומכאן ראיה לריב"ש שגם באיסור דרבנן צריך להרחיק ממבוי וכמובא בב"ש סי' קיט סקט"ז).

ג. הפר"ח הכריע כדעת תוס' שמרחיקים יותר מהקל מסוטה ז,א שבמשנה נחלקו ת"ק אומר שמוסרין לבעלה של הסוטה ב' ת"ח שמא יבוא עליה בדרך עד ביהמ"ק ור' יהודה חולק דבעלה נאמן עליה. ובגמ' מובא תניא רבי יהודה אומר בעלה נאמן מק"ו ומה נדה שהיא בכרת בעלה נאמן עליה סוטה שהיא בלאו לא כ"ש ורבנן היא הנותנת נדה דכרת חמירא ליה ומהימן סוטה דלאו לא חמירא ליה ולא מהימן וקי"ל כחכמים הרי לנו שמאיסור סוטה שהוא קל מנדה יש להרחיק יותר. אבל עיין תוס' שם ד"ה אמר שכותבים שדווקא בפירכא השניה המובאת שם בגמ' פרכו חכמים לר"י שסוטה שאני שאין היתר לאיסורה לכן מחמירים יותר מנדה אבל בפירכא הראשונה של היא הנותנת לא פרכוהו והטעם שמצאנו בכמה מקומות שיש עבירה קלה שחמורה בעיני אנשים ומתרחקים ממנה יותר מעבירה חמורה כמו שמצאנו בכתובות גבי אבילות שאינה אלא מדרבנן וחמירא בעיני אנשים יותר מנדה שהיא בכרת מהתורה. וכן בגיטין נד,א באתריה דר"י חמירא להו שביעית דליכא אלא לאו משבת שהוא בסקילה. וכן מביצה ב,ב: סתם לן תנא ביו"ט כר' יהודה שמחמיר במוקצה ואילו בשבת שחמורה היקל וסתם כר"ש במוקצה ומסיים תוס' בזו הלשון: אלמא זמנין בדילי מקילתא טפי מחמירתא וזימנין איפכא. כלומר אין כאן סברא קבועה שצריך להרחיק יותר מאיסור קל.

ה. האם יש כלל בגדר ההרחקות?

המשנה למלך בפ"א מהל' יו"ט הי"ז מקשה איך מצד א' הרמב"ם פוסק כרב נחמן בביצה שביו"ט החמירו יותר משבת ואסרו מוקצה. ומצד שני ראינו מקומות שהחמירו באיסור חמור יותר מהקל:

א. ביבמות קיד,ב מובא שאבא שאול אומר נוהגין היינו שיונקים מבהמה טהורה ביו"ט. והגמ' מעמידה זאת באדם שמצטער וכיון שלינוק זה מפרק כלאחר יד שבת דאיסור סקילה גזרו רבנן יו"ט דאיסור לאו לא גזרו ביה רבנן?

ב. ביצה כא,ב הגמ' דנה לגבי האומר נדרים ונדבות אין קרבין ביו"ט עבר ושחט מאי לרבא זורק את הדם ע"מ להתיר בשר באכילה ולרבה בר רב הונא זורק ע"מ להקטיר אימורין לערב והגמ' שואלת על רבה מכבשי עצרת ששחטן שלא לשמן וכו' הדם יזרק והבשר יאכל ואם היתה שבת לא יזרוק וכו'?

ומתרצת: שאני שבות שבת משבות יו"ט ואומר רש"י ד"ה שאני: החמירו חכמים בדבריהם בשבת מביו"ט?

ג. סנהדרין פד,ב רב לא שביק ליה לבריה למישקל ליה סילוא ופריך אי הכי אחר נמי ומשני אחר שיגגת לאו בנו שיגגת חנק?

ד. ב"מ צ,ב אבעיא להו מהו שיאמר אדם לנכרי חסום פרתי ודוש בה מי אמרינן כי אמרינן אמירה לנכרי שבות הני מילי לענין שבת דאיסור סקילה אבל חסימה דאיסור לאו לא או דילמא לא שנא. ולא נפשטה הבעיה. מוכח שבאיסור חמור יש צד וסברא להחמיר יותר מאיסור קל?

ה. סנהדרין עה,ב אמר רב יהודה א"ר מעשה באדם אחד שנתן עיניו באישה אחת והעלה לבו טינא וכו' ואמרו חכמים ימות ואל יספר עמה וכו' ושואלת הגמ' בשלמא למ"ד א"א היתה, שפיר. אלא פנויה היתה מאי כוליה האי?

לעומת זאת ראינו שאין לחלק בין איסור קל לחמור כדמוכח מיבמות קיט. שהמשנה מביאה שני דינים שונים:

א. האשה שהלך בעלה וצרתה למד"ה ובאו ואמרו לה מת בעלך לא תנשא ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה.

ב. היתה לה חמות אינה חוששת. ובגמ': אמר רבה בר אבוה רישא דאיסור כרת חששו סיפא דאיסור לאו לא חששו כלומר ברישא אם צרתה מעוברת אסור לה להתייבם לאח של בעלה דיש כאן איסור כרת משא"כ בסיפא גם אם חמותה מעוברת ותלד יש כאן רק איסור לאו של יבמה לשוק. דוחה זאת רבא מכדי הא דאורייתא והא דאורייתא מה לי איסור כרת, מה לי איסור לאו?! ועיין רש"י ד"ה מה לי שכתב: מי לא בעינן למיחש לספק איסור לאו כי היכי דחיישינן לספק איסור כרת הא מידי דספיקא לאו הרחקה דרבנן היא בדבר המותר דנימא לכרת עביד הרחקה ללאו לא עביד הרחקה בדבר המותר דהכא שמא איסורא דאו' ממש קעביד עכ"ל.

וכדי ליישב את הדברים נקדים קושיה של המשנל"מ על רש"י שבדף פב,א ביבמות שם מדברת הסוגיא על חתיכה של חטאת טמאה שנתערבה במאה חתיכות של חטאות טהורות תעלה כלומר תתבטל. ואילו חתיכה של חטאת טהורה שנתערבה במאה חתיכות של חולין טהורות לא תעלה ורבה מחלק שם שרישא תעלה היות וזה רק איסור לאו לאכול בשר קדשים טמא דכתיב "והבשר אשר יגע בכל טמא" ואילו סיפא מדובר שאוכל קדשים בטומאת הגוף שזה כרת דכתיב "והנפש אשר תאכל בשר" והגמרא דוחה תירוץ זה היות

שרבה (מסורת הש״ס מציין שבדף קי״ט מובא רבא) הוא דאמר כל בדאורייתא לא שנא איסור לאו ולא שנא איסור כרת. וכמו שמביא רש״י שם בד״ה: כל בדאורייתא לא שנא איסור לאו וכו׳. אם חשו רבנ״ן לכרת חשו נמי ללאו ועבוד תקנתא עכ״ל. וקשה שהרי רש״י בדף קי״ט חילק בין חששא להרחקה ולכאורה כאן יש דין ביטול במאה וזה צריך להיות מותר רק עושים הרחקה ובהרחקה יש לחלק בין כרת ללאו? אולם ראיתי להרב נחום אליעזר רבינוביץ׳ (הדרן על מסכת ביצה) שכתב ליישב כך: שהחשש שמא יבוא לאוכלם בטומאת הגוף הוא חשש וספק איסור ולא הרחקה כי אם נאמר שתעלה הרי שבה חתיכת החטאת להיות כחולין לכל דבריה ויהיה מותר גם לאוכלם בטומאת הגוף כשאר חולין. הביטול הוא הגורם היתר אכילה ועליו אנו דנים והנה אף שמן התורה המיעוט בטל ברוב מכל מקום הרי אינו יודע כשאוכל חתיכה מהתערובת שהיא ודאי של היתר כיון שבמציאות אין הדבר ידוע רק שזהו דין בהוראה ללכת אחר הרוב אבל זה לא מגלה את המציאות כפי שהיא באמת וכמובא ברש״י פסחים ט׳: ד״ה התם ודאי כל שאנו הולכים אחר הרוב עדיין הספק קיים אלא שהדין הוא שאין משגיחים בחוסר ידיעת המצב האמיתי וסומכים על הרוב. וגם בחזקה הדין כן נמצא שיש לנו שני דרכים:

א. בירור עובדתי כגון ע״י עדים וכדו׳.

ב. בירור הלכתי דהיינו ע״פ דרכי ההוראה המקובלות. וזוהי כוונת רש״י שחילק בין חשש להרחקה דהיינו: הרחקה זה כאשר המצב האמיתי גלוי וידוע לנו כמו לדוגמא בריש ברכות כל מה שאמרו חכמים עד חצות מצוותן עד שיעלה עמוד השחר הרי הלילה עוד ארוך ובודאי מותר לאכול קדשים ולקרא את שמע אלא שחכמים הרחיקו עד חצות שלא יכשל. אבל במקום שא״א בירור עובדתי ואנו פוסקים את הדין ע״פ בירור הלכתי, כשגזרו חכמים הגזירה היא לא לאסור איסור חדש, הגזירה היא שלא לסמוך על הבירור ההלכתי כגון: במקום שמדרכי ההוראה היא לסמוך על החזקה, גזרו הם שנכריע את הספק העובדתי להיפך מאשר בדרכי ההוראה המקובלים. נמצא שלמעשה אנו תופסים שהמציאות היא של איסור כגון דאישה שהלך בעלה וצרתה למד״ה הרי המציאות אינה ידועה לנו וצריך לפסוק ע״פ דרכי ההוראה. כאן חששו חכמים שמא באמת המצב שונה, וכיון שאנו דוחים את הבירור ההלכתי הרי שאנו תופסים שמא באמת ילדה צרתה ואסורה ליבמה שהיא לו אשת אח בכרת וזה מה שאומר רש״י אם נראה לחכמים שלא לסמוך על הבירור ההלכתי אין הבדל בין איסור קל לחמור שהלא אין זו גזירת חכמים חדשה אלא כיון שאיננו מקבלים את הבירור ההלכתי ממילא אנו פוגעים באיסור תורה ומה לי

איסור כרת מה לי איסור לאו?! הוא הדין בדף פב,א שחכמים לא רצו לסמוך על הבירור ההלכתי והיות והמציאות אינה ידועה לנו אם חתיכה זו היא של היתר או איסור ממילא הכל אסור ומ״ל לאו מ״ל כרת?!

ועיין שיטה מקובצת ביצה לו,א שמביא את קושיית רשב״א על דף לה,ב שמביאה הגמ׳ את הגמ׳ בשבת קכו,ב מפנין ארבע וחמש קופות של תבן וכו׳ מפני האורחים ומפני ביטול בית המדרש. ורוצה הגמ׳ ללמוד מזה להתיר גם ביו״ט כמות כזאת ומחלקת הגמ׳ בדרך השניה שם: א״נ התם היינו טעמא דארבע וחמש קופות שרי משום שבת דחמירא ולא אתי לזלזולי ביה אבל יו״ט דקיל ואתי לזלזולי ביה כלל כלל לא. והקשה הרשב״א מדוע רוצה הגמ׳ להחמיר ביו״ט משבת הרי במשנה מוכח להיפך שכתוב משילין פירות דרך ארובה ביו״ט אבל לא בשבת? אבל הרשב״א תירץ: דבעיקר מלאכות טפי שרינן ביו״ט מבשבת משום דכל מלאכה אסורה בשבת. וביו״ט כל אוכל נפש מותרת. אבל במה שהותר קצתו כאן וכאן יותר יש להחמיר ביו״ט. והקשה מורי נר״ו דהא באידך בעיא אמרינן איפכא שהגמ׳ דנה לגבי פנוי האוצר רצתה הגמ׳ לומר שאולי דווקא בשבת לא יפנה את כל האוצר אבל ביו״ט שקל יפנה הכל והא הכא דהותר מקצתו ואפ״ה פשיטא ליה שיש להתיר ביו״ט משום דקיל וכו׳ לפיכך כתב נר״ו דכי אמרינן דשבת דחמירא ולא אתי לזלזולי ביה אינו אלא באיסורי דרבנן שאינן משום גזירה, כגון מוקצה שאינו משום גזירה אלא איסורא דרבנן בלחוד וכגון ד׳ וה׳ קופות שאינו אלא משום טרחה וכו׳ אבל במידי דאסור מדרבנן משום גזירה כי הא דהכא שאסרו לגמור האוצר דלמא אתי לאשוויי גומות אין ספק שיש לחוש לחיוב שבת שהוא איסור סקילה יותר מיו״ט שהוא חיוב לאו ואע״ג דאמרינן פרק האישה רבה כל בדאורייתא לא שנא איסור לאו ולא שנא איסור כרת י״ל שלא נאמרה בגזירה כזאת עכ״ל.

ביאור דבריו: ישנם שני סוגי הרחקות: יש הרחקה כדי לא להגיע לאיסור שבזה ודאי הסברא נותנת להרחיק יותר מדבר החמור ובהם נכללים גם הדוגמאות שהובאו לעיל במשנה למלך.

לדוגמא במקרה הראשון שהבאנו שם מדובר לגבי יניקה מבהמה טהורה שזה מותר מהתורה כי זה מפרק כלאחר יד רק שיש חשש שיגיע לידי חליבה בידיים לכן בשבת שזה איסור סקילה גזרו משא״כ ביו״ט שזה איסור לאו לא גזרו. וכן במקרה השני של זריקת דם של קרבן שלא עלה לשם קרבן לפי רבה שמותר לזרוק את הדם ע״מ להכשיר את הקרבן חילקה הגמ׳ בין יו״ט שמותר לזרוק לכתחילה לשבת שאסור לזרוק לכתחילה ורק אם זרק בדיעבד מהני להכשיר

את הקרבן וזאת משום שאע״פ שעצם הזריקה מותרת לרבה אפילו אם אין היתר רק לצורך הקרבן אבל יש לגזור כיון שעצם ההקרבה של קרבנות שאינם לצורך היו״ט הם אסורים מהתורה דאינם בכלל אוכל נפש כמו שנתבאר בגמ׳ שם ובזה יש להחמיר בשבת יותר מיו״ט הקל. וכן בסנהדרין פד,ב ודאי יש מקום להחמיר יותר במקום שעלול להגיע לאיסור חמור אע״פ שעצם הפעולה היא מותרת מטעם שכאשר מתכוין לרפואה אין איסור (וגם לדיעות שאסור לבן לחבול באביו לצורך רפואה גם במקום שאין אחרים הרי זה רק מצד החשש שמא יחבול ויוציא דם שהרי אין זה פסיק רישה שיצא דם וקי״ל כר״ש שאמר דבר שאין מתכוין מותר בכל התורה כולה) וכדברי המהרי״ט בקידושין יד בד״ה ותהא א״א ז״ל: דלענין לחוש שלא יבא לידי איסור טפי יש לחוש בשגגת איסור חמור מבאיסור קל. וכמו שמביא הר״ן שם שעדיף ע״י אחר מאשר שהבן יכנס לבית הספק בדבר שעלול להגיע לאיסור חמור. וכן לגבי אמירה לנכרי הרי גם בשבת שאסרו זה רק מדרבנן כלומר מהתורה אין איסור ולכן מסתפקת הגמ׳ אולי רק בשבת החמורה אסרנו גם דיבור משא״כ באיסור לאו ובגמ׳ סנהדרין עה,א שהיתה הו״א לגמ׳ להתיר אם היתה זו אשה פנויה היות ואין בזה איסור תורה והוא בכלל ״וחי בהם״ וגם לדעת הסוברים שפנויה אסורה מהתורה אלא שאין לוקין עליה (או גם לרמב״ם שלוקין אבל הרי זה רק על הביאה עצמה) עונה המשנה למלך הנ״ל שלא אומרים מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת בלאו שאין בו מלקות ע״פ המגיד משנה בריש פכ״א מהל׳ איסו״ב שסובר שכל מה שהרמב״ם כותב שלוקים על קירבה זה דווקא בעריות כמו כריתות ומיתות בי״ד אבל לא בחייבי לאוין נמצא שאין זה עצם האיסור הקירבה לפנויה לפחות מהתורה והיה מקום להתיר להתרפאות בה.

לעומת זאת ישנה גזירת חכמים לא מפני איסור מסוים אלא מפני טעם כללי של זלזול ביו״ט כמו שכתב הרמב״ם בפי״א מהלכות יו״ט ה״ה ז״ל: כל מלאכה שאפשר לה ליעשות מערב יו״ט ולא יהיה בה הפסד ולא חסרון אם נעשית מבערב, אסרו חכמים לעשות אותה ביו״ט אע״פ שהיא לצורך אכילה. ולמה אסרו דבר זה? גזירה שמא יניח אדם מלאכות שאפשר לעשותן מעריו״ט ליו״ט ונמצא יו״ט כולו הולך בעשיית אותן מלאכות וימנע משמחת יו״ט ולא יהיה לו פנאי לאכול ולשתות עכ״ל. כלומר אין זה הרחקה מאיסור מסוים שלא יעבור אותו אלא גזירה שמטרתה לחזק את היו״ט באופן כללי. ועיין בלשון הרמב״ם בפי״א מהל׳ יו״ט הי״ז-י״ח כל שאסור בשבת בין שהוא דומה למלאכה או מביא לידי הלכה בין שהוא משום שבות הרי הוא אסור ביו״ט

אא״כ היה בו צורך אכילה וכו׳ ויש ביו״ט מה שאין בשבת איסור מוקצה וכו׳ מפני שהיו״ט קל משבת אסרו בו המוקצה שמא יבוא לזלזל בו עכ״ל.

לפי״ז מבוארת הסוגיא דביצה, שכן בטעם איסור מוקצה יש כמה טעמים: לרמב״ם שמא יתעסק ויטלטל ובטל טעם התורה למען ינוח ועוד שעלול לעשות מלאכה בכלים שנוגע בהם. ועוד שאפילו מי שבטל ממלאכה כל הימים בעינן שישבות שביתה הניכרת. ולראב״ד האיסור טלטול הוא גדר להוצאה. כל הטעמים הנ״ל אינם אוסרים את טלטול הפירות ביו״ט גם מפני שביו״ט לא נאסרה הוצאה. לכן במקום הפסד שהגשמים עלולים לקלקל את הפירות התירו לשלשל דרך ארובה כי אין שום חשש איסור משא״כ במקום הפסד שהגשמים עלולים לקלקל את הפירות התירו לשלשל דרך ארובה כי אין שום חשש איסור משא״כ בשבת כיון שטלטול נאסר או מחשש איסור או גדר הוצאה שגם לרמב״ם יש מקרים שהגזירה משום הוצאה. לכן אומרת הגמ׳ בדף לז,א, שלב״ש אין משילין גם ביו״ט משום ש״אטו טלטול לאו צורך הוצאה היא״. ולב״ה בשבת ודאי יאסרו היות ועשו סייג להוצאה אבל ביו״ט שהוצאה מותרת אין מקום לגזור אם לא מצד הגזירה הכללית לחיזוק יו״ט. לכן כאשר הגמ׳ מדברת על לפנות ארבע וחמש קופות שאין איסור חוץ מטרחה שהרי מסתפקים ממנו כאן יש מקום להתיר דווקא בשבת דחמירא ולא אתי לזלזולי בה משא״כ ביו״ט. אבל כאשר הגמ׳ דנה על פנוי כל האוצר עד גילוי הקרקע כאן נוגעים בחשש איסור שמא יבוא להשוות גומות. שם הסברא נותנת לאסור זאת דווקא בשבת שאיסורה חמור מיו״ט וכו׳ עיי״ש גם בהמשך הסוגיא דמתבארת יפה לפי זה. משא״כ כאשר עושה דבר שיתכן שהוא אסור אין סברא לחלק בין קל לחמור ואם יש סיבה להתיר אפילו בקל נתיר גם בחמור שהרי אין סברא לחלק וכמו שהסיבה הועילה בקל תועיל בחמור, ואם אין סיבה להתיר לא נתיר אפילו בקל. וענין זה מתבאר גם מהגמ׳ יבמות קיט הנ״ל וגם מהגמ׳ בקידושין יד,א שרוצה הגמ׳ להתיר א״א בחליצה מק״ו ומה יבמה שאינה יוצאה בגט יוצאה בחליצה זו שיוצאה בגט אינו דין שתצא בחליצה? אמר קרא ספר כריתות ספר כורתה ואין דבר אחר כורתה. אומר תוס׳ ד״ה ותהא א״א וא״ת איכא למיפרך מה ליבמה שכן בלאו ולכן דין הוא שתצא בקל תאמר בא״א שהיא במיתה? וי״ל כיון שמצינו שחליצה מפקיעה איסורא אין לחלק בין חמור לקל. והכי נמי אמרינן ביבמות ״וכי מאחר שהתרת״ (מילים אלו לא מופיעות בגמ׳) מה לי איסור לאו מ״ל איסור כרת עכ״ל. ועיין מהרי״ט שם ד״ה ותהא שמקשה איך מדמים תוס׳ נידון דנתיר א״א בחליצה ליבמות קיט,א הרי שם לא מתירים מפס׳ אלא מסברא דלא

מחזיקינן איסורא כיון שהיתה בחזקת היתר שלא היו אחים לבעלה וכן אין לחוש שמא ילדה צרתה דא״כ יש לחוש גם בחמותה דשניהם אסורים מהתורה וכו׳? ומתרץ: דלא כתבה כן התורה אלא היכא דבעי למילף קניינים דכמו שיבמה קונה עצמה בחליצה כך האשה תקנה עצמה בחליצה דאי קניא נפשה לגמרי מפקעא דאין חיוב כרת אלא באי״א וזו פנויה דמאחר דמפקעת אין כאן לא איסור קל ולא איסור חמור עכ״ל. הרי מבואר כנ״ל שבחשש לעבור על האיסור בעצם העשיה אין לחלק בחומרת האיסור. ואם יש סברא להקל נקל בשניהם.

ו. הרחקה מגרושת ישראל שנישאת לאחר ושוב התגרשה

הב״ש (קיט,טו) כתב לחלוק על דעת ר״י המובאת בר״ן שסובר שגרושת ישראל שנישאת לאחר ונתגרשה שוב מותרת במבוי כיון דאין מלקות בביאה בלא קידושין משום שאין ההרחקה תלויה במלקות שהרי גם הרמב״ם חולק עליו שפסק בפט״ו מהל׳ איסו״ב ה״ב ופי״ז ה״ב שכהן הבא על גרושה בלא קידושין אין לוקין אותו וכאן פוסק שצריכה ריחוק ממבוי שמע מינה דלא תליא במלקות. וראיתי בספר ״נחלי דבש״ של הרב דוד שלזינגר מהלך נפלא: ההפלאה שואל: מדוע לפי הרמב״ם החמירו בגרושת כהן לאוסרה במבוי יותר מאשר גרושת ישראל פנויה שאסורה רק בחצר הרי לרמב״ם פנויה היא בלאו ולוקין עליה כמו שהבאנו לעיל? ויש להוסיף להקשות הרי שיטת הרמב״ם שכהן לוקה על גרושה רק אם קידש ואעפ״כ לענין הרחקה מחמיר יותר מפנויה ואוסר גם במבוי? ומתרץ ההפלאה שפנויה הואיל ויש לה היתר נישואין לא החמירו כ״כ וכמו שמצאנו בסוטה ז שהחמירו בסוטה יותר מנידה היות ואין לה היתר כל עוד לא תשתה תקיף יצריה טפי מבנידה שיש לה היתר לכן אע״פ שאיסורה חמור הקלנו בייחוד עימה. ע״כ.

ולפי״ז יוצא שגם הרמב״ם מודה לסברת ר״י שרק כאשר יש מלקות עשו הרחקה ממבוי לכן בגרושת כהן הגם שאינו לוקה על ביאתה ללא קידושין אבל לוקה מצד פנויה והיות ויש מלקות וגם אין לה היתר ע״י נישואין נמצא שתקיף יצריה וצריך הרחקה ממבוי משא״כ פנויה לישראל אע״פ דאיכא מלקות כיון שיש היתר נישואין תו לא תקיף יצריה ומותרת במבוי ודי בהרחקה רק מאותה חצר. ממילא לרמב״ם יצא שגם גרושת ישראל שנישאת לאחר ונתגרשה בעי הרחקה ממבוי דאיכא מלקות מצד קדשה ותקיף יצריה דאין היתר לישאנה שהרי כתוב ״לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה וכו׳״ וכן כתבו גם הטור והרא״ש היות וס״ל כרמב״ם שעל פנויה לוקים (דבר זה שנוי במח׳

דיש מבינים אחרת את הרא"ש אבל זוהי הבנתו) ז"א שרמב"ם מסכים עם סברת ר"י אבל חולק עליו בפועל מפני שר"י יסבור כראב"ד דאין קדשה אלא המפקרת עצמה לכל אדם כדאיתא בפ"א מהל' אישות לכן כיון שאין מלקות מצד פנויה וגם מצד מחזיר גרושתו דלכו"ע בעל ולא קידש אינו לוקה אין צריך לר"י הרחקה ממבוי. משא"כ בכהן דעת ר"י כרמב"ן שהביא המ"מ בפי"ז מהל' איסו"ב דהא דאיתא בגמ' : והכל מודים באלמנה לכה"ג בבעל שלוקה אף בלא קידושין משום "לא יחלל" הוא הדין אף בהדיוט באינך כלומר שבהדיוט אסור משום : "ולא יחללו את שם אלוקיהם" וכו' עי"ש במ"מ. לכן לדעת ר"י מגרושת כהן צריך הרחקה ממבוי דאיכא מלקות גם בביאה לבד משא"כ גרושת ישראל שנישאת לאחר אין צריך הרחקה ממבוי. והנחלי דבש מחדש שרבא למד את שיטתו שעל פנויה לוקים מצד קדשה מהסוגיא הזו בכתובות כז,ב שבגרושת כהן צריך להרחיק ממבוי ומדוע? הרי הרמב"ם ס"ל כרבא שאין לוקין על גרושה אא"כ קידש כמו שהתבאר במ"מ הנ"ל ואנו יוצאים מנקודת הנחה שרמב"ם ס"ל כסברת ר"י שכדי להרחיק ממבוי צריך מלקות? אלא ע"כ שלוקה מצד קדשה!

עפ"י יסוד זה רוצה ליישב את קושיית הב"ש שהבאנו לעיל מסימן ו שהקשה על שיטת רא"ש וטור שסוברים שצריך הרחקה גדולה יותר מאיסור חמור והרי מהגמ' כתובות ד,ב מוכח להיפך שבאבילות הקלה החמירו יותר מנידה החמורה? שבנידה שיש היתר לאיסורה לא תקיף יצריה ומותרים לישון יחד משא"כ אבילות שקלה החמירו שהוא ישן בין האנשים והיא בין הנשים כדי שלא יזלזלו בה. משא"כ בנידון דידן מחמירים הרא"ש והטור באי"א יותר מגרושה לכהן מטעם שבשניהם תקיף יצריה ובזה צריך להחמיר יותר באי"א שהוא איסור חמור יותר ואין היתר לאיסורה שכעת היא אי"א ואינו יודע אם יגרשנה בעלה וגם אם יגרש זה עדיין אסור מצד מחזיר גרושתו. כלומר בתקיף יצריה הדין נותן להרחיק מהחמור אבל במקום דלא תקיף יצריה מרחיקים יותר מהקל דלא ליתי לזלזולי ביה. וסיים דאפשר שזוהי כוונת הב"ש שכתב וי"ל. (והתוס' יסברו שאין הבדל כזה ואם שני האיסורים תקיף יצריה תו הדר להיות כלא תקיף ויש לחוש שיזלזלו בקל ובעי להרחיק יותר מהחמור).

ז. סיכום

א. כאשר יש חשש שבמעשה שעושה יעבור איסור על זה אמרינן מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת והיות ושניהם אסורים מהתורה אם אין סיבה להתיר

שניהם אסורים דמי התיר לעבור עבירה קלה?! ואם יש סיבה להתיר נתיר בשניהם כי אין סברא להתיר באחד יותר מהשני.

ב. גזירת הרחקה מטעם כללי כמו לחזק את יו״ט שבזה מרחיקים יותר מהקל מאשר בחמור דלא ליתי לזלזולי ביה.

ג. גזירת הרחקה כשמתעסק במותר ועלול להגיע לאיסור נרחיק יותר בחמור מחשש שיעבור עליו.

ד. הרחקה מעריות באופן שתקיף יצריה. אם זה איסור של תקיף יצריה לעומת לא תקיף יצריה ודאי לכו״ע שנרחיק יותר מהאיסור דתקיף יצריה אבל כשמדובר שבשני האיסורים תקיף יצריה דבר זה נתון למחלוקת הראשונים שלרא״ש וסייעתיה נרחיק יותר מהאיסור החמור ואילו לתוס׳ וסייעתיה נרחיק יותר מהאיסור הקל.

הרב מאיר ברקוביץ

א. לאו דמחזיר גרושתו ואיסור סוטה לבעלה

קושיית הירושלמי: ל״ל לאו דמחזיר גרושתו

ב״ש אומרים לא יגרש אלא א״כ מצא בה ערות דבר (גיטין צ,א). נאמר כאן דבר (כי מצא בה ערות דבר) ונאמר להלן דבר (על פי שני עדים או שלשה עדים יקום דבר) מה להלן בשני עדים אף כאן בשני עדים. וברש״י: עדים ברורים אינה נאסרת עליו משום ערוה אלא בעדות ברורה. ייתכן ותוס׳ גרסו תיבת ברורים אחר תיבת עדים. תוס׳ הביא קושיית הירושלמי: למה לי לאו דמחזיר גרושתו משנשאת תיפוק ליה – שלב״ש – היא אסורה עליו משום סוטה לבעלה, דאל״ה לא היה מגרשה? וכתבו שהירושלמי מתרץ לעבור עליו בשני לאוין.

גירושין בהסכמה/ באיסור/ בארוסה

יש להעיר מחידושי הרשב״א, שלמסקנת הבבלי שלב״ש אם עבר וגירשה מגורשת לא קשה קושיית הירושלמי כי אם עבר וגירשה ללא שמצא בה דבר ערוה – מגורשת ובכה״ג בעי קרא לאסור להחזירה משנישאת. (וע״ש ובפנ״י אם נכון להעמיד הכתוב באופן שהאדם עשה איסור – ראה יבמות עח,א). הפנ״י מציין לפוסקים שס״ל שבזיווג שני ב״ש מודים שמותר לגרש ולפוסקים שמאירוסין מודים ב״ש וא״כ קושיית הירושלמי צ״ב והעלה שלירושלמי לא ניחא לתרץ באופנים אלו כי פשטא דקרא ׳לא יוכל׳ מוסב על לעיל מיניה – ׳כי מצא בה ערות דבר׳.

קושיית רע״א

הקשה רע״א (בגליון הש״ס)[1] כיצד חל איסור מחזיר גרושתו משנשאת על איסור סוטה הרי אין איסור חל על איסור ואין כאן לא מוסיף ולא כולל?

ומוסיף רע״א: אין לומר שלפנינו גזה״כ שבנדון זה איסור חל על איסור כי אפשר להעמיד הפסוק באופן שהעדים הוזמו לאחר שכבר נתגרשה ונישאת לאחר. בעקבות ההזמה בטלה עדותם ולמעשה אין כאן איסור סוטה לבעלה ואם בעלה השני ימות או יגרשנה שפיר יחול איסור מחזיר גרושתו. והניח בצ״ע.

---

[1] וכן בתורע״א על המשניות ובשו״ת חת״ס סוף אבה״ע ח״א בתשובה של רע״א.

רע״א הפנה לדברי הרשב״א בתשובה וכתב שדבריו צע״ג. הרשב״א נשאל האם מותר לגרש אשה בע״כ כשראה 'דברים שמראים שזינתה' מאחר ורבנו גרשום החרים לא לגרש אשה אלא מדעתה. הרשב״א סובר שבכה״ג לא תיקן ר״ג. סיוע לדבריו משיטת ב״ש שאין לגרש אא״כ מצא בה ערות דבר ואין לפרש שמודבר בעדים ממש 'דא״כ למה הוצרך הכתוב לומר לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה והלא אסורה היא לו וחייב לגרשה לכתחילה' וזו ממש קושיית הירושלמי! ומקושייתו (שיושבה - כאמור - בירושלמי 'לעבור עליו בלאו') הסיק הרשב״א שאין כאן עדים ממש אלא דברים מכוערים בשני עדים ומצוה לגרשה וממילא פשוט שרבנו גרשום לא תיקן במקון מצוה.

רע״א הניח דברי הרשב״א בצע״ג כי הם בניגוד לירושלמי.

לקושיא מהזמה

א] תפארת ירושלים: א״א להעמיד הפסוקים בעדים שהוזמו. הואיל והוא מגרש רק מפני עדות העדים, שכן לב״ש בלא״ה אינו רשאי לגרשה, אם יוזמו נמצא גט בטל למפרע מתברר שהגירושין נעשו בטעות. כל זה אף בלי אמירה או התנייה מפורשת מצד המגרש, יש כאן אומדנא ברורה שמגרש רק על צד זה. [כן כתבו אף הישועות יעקב (אבה״ע קיט סק״ג) והבית אהרן לגיטין צ,א]. מחברים רבים ציינו לגמ' לעיל מה,ב אודות המוציא את אשתו משום שם רע שאינו רשאי להחזירה מדרבנן משום קלקולא, ז״א שלא יוכל לומר – לאחר שנשאת לאחר –אילו הייתי יודע שהדברים בדאין וכו', הרי נמצא שבנדון דידן שברור שגרש בגלל דברי העדים ונמצאו זוממין שהגט בטעות יסודו.[2]

בספר חזות קשות (ובאופן דומה בחי' ר״א גוטמאכר על המשניות) על דברי רע״א הוסיף על דברי התפארת ירושלים, שהאשה יודעת שהעדים דוברי שקר ושהיא טהורה וא״כ אסור היה לה להינשא לשני ואין להחשיבה כאנוסה בכך שנשאת לשני ולכן משנבעלה לשני נאסרה לבעלה (הראשון) וממילא א״א להעמיד הפרשה בציור שהעדים הוזמו.

ב] החת״ס (גיטין צ ובתשובה אבה״ע ח״ב סי' צו) השיב לרע״א, שא״א להעמיד הפסוק באופן שהעדים – שמכח עדותם הבעל גרש – נמצאו זוממין, כי הגמ' (צ, ב) מתייחסת לבעל השני כאל 'אחר' – על שהכניס רשעה לתוך ביתו ו'לא

---

[2] יש שרצו לומר – בדעת רע״א – שאפשר שאף שגרש בגלל העדים ייתכן ונתן מדעתו והיה חפץ בכך. וראה בחי' ר״א גוטמאכר על המשניות ״דלב״ש דאסור לגרש בלי דבר ערוה קרוב דאף אסור לו לומר דאף אם ימצאו העדים זוממין תהיה מגורשת״.

זכה - קוברתו', ועל כרחך שהפסוק אינו עוסק בעדים שהוזמו. ולעצם קושיית רע"א השיב החת"ס שאפשר להעמיד בע"א שמעיד שהיא זינתה והבעל שותק ואע"פ שבכה"ג שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא – ומגרשה – חידשה תורה לאו גמור אם מחזירה משנשאת.

שני לאוין או לאו (ועשה)

בהגהת רבי בצלאל רנשבורג הנדפסת על גליון הגמ', כתב שיש לגרוס 'לעבור עליו בלאו' ושכ"ה בירושלמי והפנה לתשובת מהר"ם אש בפנים מאירות ח"ב סי' קעו. כיוצ"ב בגליון מהרש"א שציטט הירושלמי: 'ליתן עליו בל"ת' וציין ליבמות יא,ב 'ותמצא מוכח שכן הוא'.

ולכאורה דבריהם צ"ב. ביבמות יא, ב נחלקו ר"י בן כיפר וחכמים כשלדעת ר"י בן כיפר אכן אין לאו בסוטה כי אם עשה אך רבנן ס"ל שסוטה בלאו. מנין – אם כן – הפשיטות לתקן הגירסה בתוס' (מלבד, כמובן, המובא מהירושלמי)? אכן הציון לפנים מאירות מבהיר ענין זה. וז"ל הפנים מאירות: "וטובא קשיא לי דהא ביבמות דף יא, ב איתא דלר' יוסי בן כיפר לאו בסוטה לית לי' ולרבנן דאית להו לאו בסוטה ילפי מהאי קרא לשוב לקחתה וא"כ אין מקום לקושית הירושלמי וע"כ צריכין אנו לומר שטעות סופר הוא בתוספות וכצ"ל: 'ומשני לעבור עליו בלאו' וטעו המדפיסים וכתבו הב' לאוין. אחר זה מצאתי בהדי' בירושלמי סוף המגרש ליתן עליו בלא תעשה ותמה אני שלא הרגישו מהרש"א ומהר"ם בזה".[3]

ז"א שלרבנן שיש לאו בסוטה אין מקום לקושיית רע"א כי הלאו הוא מאותו פסוק - 'לא יוכל בעלה הראשון כו' אחרי אשר הוטמאה'. הדברים נתבארו בקה"י ('חלקים' ח"ב סי' ב) שהעלה שמכיון ששני האיסורים כלולים בלאו אחד 'לא יוכל לשוב' 'לכן נחשבין כסוג איסור אחד דחלין זה על זה'.[4]

---

[3] הגירסה בגליון הש"ס היא 'בב' לאוין' אבל בתורע"א, כתב בשם אחרונים שט"ס בתוס' וצ"ל לעבור עליו בלאו ועשה, דהא סוטה הוא רק עשה. ובהמשך הפנה לתוס' בשבועות שסובר שאאחע"א נאמר אף בלאו על עשה וכדלקמן.

[4] הסבר נוסף לשינוי הגירסה מב' לאוי ללאו אפשרי, לאור זה שר"י בן כיפר אמר משמו של רבי אלעזר שסוטה בעשה ור"א שמותי הוא וכל סוגיין בדעת ב"ש.

אאחע״א – בלאו על עשה

תוס׳ שבועות כג,ב (ד״ה דמוקי) הוכיחו משני מקומות שדין אין איסור חל על איסור הוא גם בלאו על עשה. ובהמשך שם (כה,א) תנן האומר שבועה שאתן לפלוני חייל שבועתו. מאי אתן אילימא מתנה צדקה לעני מושבע ועומד מה סיני הוא שנאמר נתן תתן לו אלא מתנה לעשיר. ופשוט לתוס׳ ש׳מושבע ועומד׳ יסודו מענין אאחע״א ומכך שאמרו שלאו דשבועה (לא יחל) לא חל על מ״ע דצדקה מוכח שלאו לא חל על עשה.

ועי׳ פמ״ג (פתיחה להל׳ שחיטה שרש ב) ורע״א (דרו״ח לחולין דרוש ג) שהקשו דבצדקה איכא נמי תרי לאוין לא תאמץ ולא תקפץ (עי׳ תוס׳ ב״ב ח,ב ועוד) ואין להוכיח מסוגיין שלאו לא חל על עשה גרידא כי בצדקה, כאמור, יש לאוין ואולי מחמת הלאוין שבצדקה לאו דבל יחל לא חל.

ותרצו הנ״ל שדיוק התוס׳ לא מבוסס על כך שבצדקה אין לאוין, תוס׳ דייקו מכך שהגמ׳ נימקה ׳מושבע ועומד מהר סיני הוא שנאמר נתון תתן לו׳ הרי שהגמ׳ לא ציינה ללאוין שבצדקה אלא לעשה בלבד ומכאן מדוייק שלאו לא חל על עשה.

עוד יש לתרץ עפ״י דיוק הצ״פ ברמב״ם מתנו״ע (ז,א – ב) שעשה דצדקה הוא אף בעני שאינו מבקש ואילו הלאוין דלא תאמץ ולא תקפץ תקפים רק כשהעני מבקש (נ״ב עי׳ שיעורי ר׳ שמואל ב״ב סי׳ י בשם רא״ב קמאי) ולפי״ז כתב הצ״פ שהגמ׳ עוסקת באינו מבקש.[5]

באופן שלישי יש לתרץ עפ״י דברי הש״ך יו״ד (רנ ס״ק ד) שאין חיוב לתת ׳די מחסורו׳ לעני שמתבזה לחזר על הפתחים ודי במתנה מועטת כי הוא יוכל לקבל מכל יחיד ויחיד שמחזר אצלו. והאמרי בינה (או״ח סימן יג) ר״ל שלפי הש״ך שעשיר שיכול לתת די מחסורו ונמנע עובר בלאוין דלא תאמץ ולא תקפוץ אבל בעני המחזר על הפתחים שאין חיוב לתת לו אלא מתנה מועטת ׳אפשר בזה ליכא לאו דלא תקפוץ כיון דאם לא יקבל מזה יסבב אצל אחרים׳.

על פי דברים אלו מיישב האמרי בינה קושיא מפורסמת: לדעת רבי יוסף שומר אבידה כש״ש ושכרו – פרוטה שפטור מליתן לעני אם מטפל באבידה בשעה שבא עני לבקש צדקה, וכל זה מדין עוסק במצוה פטור מן המצוה. והקשה בעל נתה״מ (בית יעקב כתובות מט, ב) שעוסק במצוה פטור ממצות עשה אבל לא

[5] ועי׳ רשב״א (כה,א) שמדובר בעני המבקש דאל״ה הוי עשה קיומית ולדעתו לא שייך בכה״ג למימר ד׳משובע ועומד הוא׳.

התירו לו איסורים וכיצד נפטר מצדקה שיש בה שני לאוין; ולנ״ל א״ש, י״ל שפרוטה דר״י נאמר רק באופן הנ״ל בו אין לאוין[6] דצדקה.[7]

תוס׳ בשבועות הוכיחו ממקור נוסף שלאו אינו חל על עשה. איתא בסנהדרין (פג,א) ״מנין לכהן טמא שאכל תרומה טמאה שאינו במיתה שנאמר ׳ומתו בו כי יחללוהו׳ פרט לזו שמחוללת ועומדת״ ועי׳ חולין (קיג,ב) שנתבאר שם שיסוד דרשה זו משום שאין איסור חל על איסור. ופרש״י (חולין שם) דתרומה טמאה קיימא באיסור עשה מדכתיב בשעריך תאכלנו הטמא והטהור דמשמע ׳טמא וטהור אוכלין בקערה אחת בשר פסולי המוקדשין לאחר פדיונן דאין בהן איסור טומאה וכתיב תאכלנו, לזה ולא לאחר׳ ואילו אכילה בטומאת הגוף במיתה בידי שמים ומפורש בה לאו (עי׳ יבמות עד,ב).

שיטת הרמב״ם בלאו על עשה

הפמ״ג (שם) מסתפק האם לדעת הרמב״ם לאו חל על עשה והתעורר לדון בכך מנימוקו של הר״מ (תרומות ז,א) לדין כהן טמא שאכל תרומה טמאה וז״ל: ״וטמא שאכל תרומה טמאה אף ע״פ שהוא בלאו אינו לוקה שהרי אינה קדש״, והיה לו לכתב שאינו לוקה כי אין איסור חע״א וכגמ׳ הנ״ל. מכאן עלה ונסתפק הפמ״ג בדעת הרמב״ם ע״ש.

עדות מיוחדת לאסור אשה על בעלה

הנו״ב (אבה״ע קמא עב סתירת ההיתר השלישי) הוכיח מקושית הירושלמי שעדות מיוחדת מועילה לאסור אשה על בעלה בדבר שבערוה כי אם תאמר שלא מועילה היה אפשר להעמיד הפסוק שכשמגרשה עושה כן משום ערוה על ידי עדות מיוחדת. לעומתו השיב האבנ״ז (אבה״ע כט אות נא) שאף להוציאה (לב״ש) משום ערות דבר צריך שני עדים שראו כאחד ולא די בעדות מיוחדת.

---

[6] עי׳ שיעורי דרך חיים פ׳ השוכר את הפועלים שיעורים לא ו – מ.

[7] ויש לעיין אם ניתן ליישב עפ״י מש״כ אחרונים שהלאו דצדקה בא לחזק העשה וא״כ שמא אינו נידון אלא כעשה לענין אאחע״א.

ב. היאך חל איסור מחזיר גרושתו על איסור סוטה

קושיית גליון הש״ס

כאמור, איתא בירושלמי בסוף גיטין על מתני׳ דלב״ש אין מגרשים אא״כ מצא בה דבר ערוה, שהתורה הוסיפה לאו למחזיר גרושתו משנשאת אף שהיא כבר אסורה לו מדין סוטה. והקשה רע״א בגליון הש״ס, שאין איסור חל על איסור (ואין כאן לא כולל ולא מוסיף)?

א] בהגהות מעשה חושב (על טעם המלך סביב שער המלך איסו״ב יז, יא אות שיא, לחתנו של רע״א) מיישב שמשכחת לה שחלים האיסורים בבת אחת: אם בשעה שהאשה זינתה היא היתה נדה לא חל איסור סוטה לבעלה על איסור נדה. אם היא לא נטהרה עד לאחר שנתגרשה, נשאת לאחר וגירשה הבעל השני, כשכעת תטהר יחולו שני האיסורים – סוטה ומחזיר גרושתו משנשאת בבת אחת.

מוסיף זמן – איסור כולל

הראב״ד (שבועות ד,י) השיג על הרמב״ם וכתב שאם נשבע לא לאכול היום וחזר ונשבע לא לאכול ככר זו, אם עבר ואכל הככר חייב בשתים. השבועה השניה חלה על הראשונה כי היא כוללת יותר זמן ואילו הרמב״ם – בפשטות – מחייב רק אחד.

לדברי הראב״ד יש לדון אם איסור סוטה חל על נדה. איסור סוטה הוא עולמי ואילו איסור נדה זמני הוא עד שתטהר וממילא י״ל ששפיר חל איסור סוטה מיד כשזנתה אף שלא היתה טהורה.

בדעת המעשה חושב, שנקט בפשיטות שסוטה לא חל על נדה, י״ל שבאופן שמחוסר מעשה יודה הראב״ד. ז״א – אמנם זמן ממילא קאתי אך שאני הכא שצריכה לטבול כדי להטהר ולכן אף איסור נדה חשיב כאיסור עולמי, כל זמן שלא טבלה. ונחלקו בזה האחיעזר והחזו״א (שו״ת אחיעזר ח״א סי׳ לד אות יא).[8] ביבמות לב,ב איתא דאיסור חמותו לא חל על אשת איש, למרות שחמותו מוסיף זמן (לאחר מיתה או גירושין) וקשה לראב״ד וע״כ צ״ל שהואיל וההיתר תלוי במעשה (מיתה או גירושין) אין זה מוסיף והחזו״א סבור ששאני התם

[8] ה׳חכם אחד׳ לו מופנית תשובה לד באחיעזר הוא החזו״א. וראה חזו״א אבה״ע קלד לדף יג,ב.

שהבעל אינו עומד למיתה והאשה (חמותו) אינה עומדת לגירושין ואילו נדה עומדת להיטהר ולכן שפיר י״ל שאיסור סוטה חל על איסור נדה בגלל תוספת הזמן.

יש לציין לדברי רע״א בהגה״ה לשער המלך, שר״ל שהוספת הזמן – כבדברי הראב״ד – אינו נחשב למוסיף אלא לכולל כי איסור מוסיף זה רק כשמוסיפים אנשים להם הדבר היה מותר, והסוגיא ביבמות לב,ב (חמותו ונעשית אשת איש) בשיטת רבי יוסי אזלא ולרבי יוסי לית ליה איסור כולל, (מעתה מובן מדוע רע״א לא יישב קושייתו כדברי המעשה חושב כי הוא לא נקט החילוק בין מחוסר מעשה ללא מחוסר מעשה).

לדעת רבא לשיטת ב״ש אאחע״א

ב] מדברי רע״א ׳דאין כאן לא מוסיף ולא כולל׳, משמע שאילו היה, היה חל. ויש לעי׳ ביבמות יג,ב בשיטת ב״ש שצרת ערוה מתייבמת. רבא אמר שטעמא דב״ש דס״ל אין איסור חל על איסור ולכן בשעה ששמעון נשא אחות אשתו של ראובן אחיו, הואיל ואסורה כבר לראובן מדין אחות אשה לא חל איסור אשת אח. ולכן אם שמעון מת אינה זקוקה ליבום וחליצה כי איסור אשת אח לא חל והרי היא כזרה לו וממילא אף אינה פוטרת צרתה הזקוקה לשמעון. בפשטות רואים שלב״ש שס״ל אאחע״א הרי זה אפילו בכולל והרי נידון דידן (איסור מחזיר גרושתו על סוטה) הוא אליבא דב״ש וצ״ב.

איסור מוסיף לבני נח

ג] בשו״ת עמודי אור (סי׳ פ) יישב הקושיא כפי שכתב המעשה חושב, שזינתה בהיותה נדה כו׳, אבל הוסיף שמשכחת לה ששני האיסורים חלים בבת אחת גם אם טהרה בעודה תחת הבעל השני. לדעתו, בשעה שנישאת לשני חל איסור אשת איש על איסור נדה כי נוסף עליה איסור לבני נח כי לב״נ אין איסור לבוא עליה בנידותה ומגו שנוסף איסור אשת איש לב״נ חל גם לגבי ישראל (ראה לקמן). כשנטהרה (בעודה תחת השני) איסור סוטה לבעלה הראשון לא יכול לחול כי היא אסורה לו – כמו לכל העולם – באיסור אשת איש, וכשנתגרשה מהשני וירד איסור אשת איש חלים שני האיסורים – סוטה ומחזיר גרושתו משנשאת - באחת.

באיסור מוסיף לב״נ מסתמך העמודי אור על דברי תוס׳ בחולין (צ,א ד״ה קדשים וקב,א ד״ה ורבי) שנקטו שמוסיף לב״נ חשיב מוסיף. בדף צ הקשו תוס׳

מדוע – לסוברים כן – איסור גיד הנשה אינו נוהג בטמאים, נימא מיגו שחל לבני נח חל אף לישראל (ותירצו שגיד הנשה שנאסר לבני נח – המכוון לבני יעקב קודם מתן תורה).

יש לציין לספר ערכי תנאים ואמוראים (לרבי יהודה בן קלונימוס רבו של הרוקח, ח״א ערך רב יהודה בר קטינא – איסור חל על איסור) שסבור שזו שיטת רבי יהודה אך ר״א וחכמים חולקים. ר״י ור״א סוברים שאבר מן החי נוהג אף בטמאים (חולין קא,ב). לאחר שהובא פסוק כמקור הקשו בגמ׳ (שם קב,א): לרבי יהודה ל״ל קרא יבוא איסור אבר מן החי ויחול על טמאה שכן אבר מן החי אסור לב״נ ואכן תירצה הגמ׳ שאיצטריך קרא לר״א ובאר בספר הנ״ל שלכו״ע פרט לרבי יהודה ס״ל שלא אמרינן מוסיף לבני נח, ע״ש.

מוסיף משני שמות

ד] בספר פנים יפות התורה יישב קושיית רע״א בשני אופנים, נביא האופן הראשון: בשעת קידושי שני היא נאסרת לכל העולם משום אשת איש ומיגו דחייל איסור א״א לעלמא חל נמי על הבעל הראשון איסור מחזיר גרושתו ואע״פ ששני איסורים אלו הם משמות שונים.[9] ויש להוסיף שלר״י בן כיפר שסובר (יבמות יא, ב) שאיסור מחזיר גרושתו הוא רק משנבעלה לשני, י״ל שקידשה שני בביאה (שמעתי בשם הרב גנחובסקי).

מבואר שאיסור מחזיר גרושתו חל מיד בשעה שהשני מקדש אותה ויש להעיר מדברי המקנה לקידושין עז, ב בדיון לחייב כהן שנשא גרושת ראובן ושמעון ב׳ מלקויות והקשה הא אאחע״א ותרץ שכשאר שמעון גירשה ניתוסף בה איסור מחזיר גרושתו ומיגו שחל לראובן איסור זה חל נמי איסור גרושה לכהן. נמצאו לכאורה דברי ההפלאה בסתירה למש״כ בספר המקנה בשאלה אימתי חל איסור מחזיר גרושתו – משעה שהשני נשאה או רק משעה שגרשה.

הפניות

א. בשו״ת רע״א (ח״ב סי׳ סה) רצה לומר שקרא דמצא בה ערות דבר פירושו בקינוי וסתירה ולא עידי זנות ומעתה נפ״מ שמכח הלאו של מחזיר גרושתו אפשר להתרות בו ממה נפשך – או שיעבור משום סוטה (אם אכן זינתה) או

[9] עפ״י תוס׳ יבמות לב, ב ד״ה כולל, שלמרות שאיסור כולל חל רק בכולל משם אחד אך מוסיף חל אף משני שמות.

משום מחזיר גרושתו כי אם לא זינתה יש כאן לאו של מחזיר גרושתו (ואין כאן התראת ספק כמבואר בתוס' זבחים עה,א ד"ה הפיגול). אבל רע"א חזר בו הואיל ואיסור ספק סוטה אחר קינוי וסתירה אינו כספק אלא כודאי (ואפילו אם קמי שמיא גליא שלא זינתה נענש בבי"ד של מעלה כדין חייבי עשה (תוס' סוטה כח,א) וממילא אסורה לו ואין נפ"מ בהוספת איסור מחזיר גרושתו.

ב. ע"ע פנים יפות עה"ת תירוץ שני.

ג. עי' קהילות יעקב חלקים ח"ב סי' ב ד"ה ובסוף גיטין.

הרב יצחק ביסמוט

בענין מטלטלין אגב קרקע עד שישלם לו דמי כולן

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. קושית תוס' ותירוצם

ג. החילוק בין מתנה למכר

ד. חוב מחמת מקח ככסף

ה. מלווה כתשלום דמי מקח

ו. אגב במכירת חמץ חסר תשלום דמי כולם?

ז. תירוץ הדב"א רבא בשיטת ר"ל אמרה

ח. נכסים שיש להם אחריות

ט. זוקקים - דין גלגול שבועה

י. סיכום

א. הקדמה

במשנה בקידושין (כו,א) שנינו "נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות בכסף בשטר ובחזקה, וזוקקים את הנכסים שיש להם אחריות להישבע עליהם".

ובגמרא מבואר שהוא דין "קנין אגב קרקע" השנוי בכל מקום. היינו שנותן מתנה או מוכר קרקע ומטלטלים יכול להקנותם על ידי קנין המועיל בקרקע אף בלי משיכה הנדרשת במטלטלין.

ובגמרא (שם) למדו קנין זה מהפסוק (דבה"י ב, כא,ג) "ויתן להם אביהם מתנות עם ערי מצורות שביהודה."

אם נתנה רשות לשאול, מדוע שנה התנא דין זה וחילק בין קרקע למטלטלין בדין הצדדי המבדיל בין קרקע למטלטלין, שיש או שאין להם אחריות נכסים,

ולא נקט בפשיטות מטלטלין וקרקעות?[1]

וכמו כן סמיכות הדין של קנין אגב קרקע לדין גלגול שבועה מצריך בירור. אף שדרכה של המשנה לשנות דינים דומים, מכל מקום היא גופא קשיה במה הדמיון, שהרי למעשה בגלגול שבועה מתהפך הדין. בקנין, הקרקע גוררת את המטלטלין, ואילו בשבועה המטלטלין זוקקים את הקרקע.

הגמרא מבררת האם יש צורך שהמטלטלין יהיו צבורין בקרקע, על מנת שיועיל מעשה הקנין בקרקע לקנותם.

ומסקינן דלא בעינן צבורין אלא אפילו המטלטלין במקום אחר יכול להקנותם אגב קנין הקרקע.

ולמסקנה זו, קנין אגב הוא קנין חזק המאפשר לעקוף מכשולות בדרכי הקניינים ולהקנות מטלטלים שאינם מצויים ואף מעות שאינם נקנים בסודר.

דא עקא, שיש כאן שטר ושוברו בצדו.

שבגמרא בקידושין (שם כז,א) "אמר רבא לא שנו אלא שנתן דמי כולן אבל לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו".

ומוכיחה הגמרא דין זה מ"מכר לו עשר שדות בעשר מדינות" שחזקה באחת מהם מועילה לכולם דווקא אם נתן לו דמי כולן.

מעבר לקושי על ההשוואה בין קנין קרקעות שמעשה החזקה מועיל בהם, לדין אגב במטלטלין שבהם בלי אגב לא מועילה חזקה.

הרי גוף הדין של רבא טעון הסבר, שהרי במטלטלין לאחר התקנה כסף אינו קונה ותקנו שמשיכה קונה, אם כן מדוע דווקא נתינת כסף תועיל למעשה חזקת הקרקע לקנות המטלטלין בכל מקום שהם? ואם הוי כקודם התקנה היינו דבכה"ג דלא שכיח לא הפקיעו את קנין הכסף והוא הקונה ואגב קרקע הוא תנאי, מדוע לא שייך בכה"ג נשרפו חיטיך בעליה? ועו"ק שרש"י פירש "לא שנו – דמטלטלין נקנין בחזקה דקרקע אלא שנתן לו דמי כל המטלטלין והקרקע" הרי דקפיד שישלם דמי כל הקרקע והמטלטלין על מנת לקנות המטלטלין בחזקת הקרקע.[2]

---

[1] ואי אפשר לומר שבא לרבות עבדים שהרי הגמ' בב"ק יב,א אומרת שעבדים אינם נחשבים כקרקע לגבי קנין אגב.

[2] וכן הקשה בעצמו"י, אכן הרש"ש כתב שנ"ל למחוק "והקרקע" ולקמן יתבאר.

במשנה שנינו דמטלטלין נקנים עם הקרקעות באגב בכסף ובשטר ובחזקה היינו די במעשה אחד משלושת הקנינים בקרקע על מנת לקנות את המטלטלין אגבם.

ובקרקע עצמה הרי אין צריך לשלם דמי כולה אלא סגי בפרוטה ראשונה, אם כן מה מוסיף כסף במטלטלין לאחר התקנה, ובמידה שדין זה הוא אף קודם התקנה אז כסף קונה אף בלי אגב ואין צורך בקנין נוסף.

ב. קושית תוספות ותירוצם

בתוספות (כז,ב ד״ה במה) הקשו על הברייתא שהביאה הגמרא כראיה לרבא.

״מכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהם קנה כולם במה דברים אמורים שנתן לו דמי כולן אבל לא נתן לו דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו.״

והקשו הרי בלא חזקה קני גם מטעם כסף ומה הצורך בחזקה כלל?

ומתרצים דאיירי במקום שנוהגים לכתוב שטר אין קנין נגמר עד שיכתוב שטר.

ומחלקים בין מכר למתנה, דדוקא במכר חזקה אינה מועילה בלי כסף אבל במתנה מועילה חזקה בלבד ובזה יפה כוחה של חזקה מקנין כסף.

ולתרוץ זה, דעת רבא שבקנין אגב אינו קונה המטלטלין עד שיתן לו דמי כולם, דווקא במכר אבל במתנה שאין דמים כלל ואינו מחוסר כלום תועיל החזקה לקנין המטלטלין כשם שמועילה לשאר השדות אפילו בעשר מדינות.

ורבנו שמואל מאיברא (בתוספות) מתרץ, שמדובר באוקימתא שהיה הלוקח חייב למוכר מעות ממלווה קדומה ובזה איירי שנתן לו דמי כולן ואף שמלווה אינה קונה כשם שאי אפשר לקדש בזה אשה, מ״מ אם הלווה מכר לו שדות והחזיק באחד מהם הלוקח אם היה המלווה כערך השדות קנה כולם.

ומשני התירוצים נראה שקשה יותר ליצור חוב מחמת מקח מאשר להקנות חפץ וכפי שיתבאר.

ג. החילוק בין מתנה למכר

בתירוץ הראשון מבואר במעשה הקנין של שדה אחת עבור כל השדות אין חסרון, שהרי במתנה מועילה החזקה לכל השדות. וכמו כן במטלטלין אגב קרקע במתנה אין צורך שישלם לו דמי כולם.

לעומת זאת כשמוכר לו את הקרקע והמטלטלין לא מועילה החזקה ואף שבפשטות אין חסרון בחזקה. ולבאר עניין זה יש להקדים את הגדר של "דמי מקח".

נודע בשערים מה שיסד הגרא"ב וסרמן הי"ד[3] דעל כל חפץ אנו מתבוננים בשני מימדים, מימד הבעין היינו גוף החפץ, ומימד שוויו של החפץ.

ואפשרי זה בלא זה כפי שהסביר כך בכמה סוגיות עיי"ש.

ובחילוק בין מכר ומתנה נראה דהנותן מתנה נותן הכל, את הבעין ואת השווי ולא משייר מהחפץ אצלו כלום.

לעומתו, כשהמוכר חפץ בצשכת הקונה את גוף החפץ נקנה לו הבעין שבחפץ, וכעת נשאר בבעלותו של המוכר שווי החפץ ונולד חוב מחמת מקח אצל המוכר דהיינו ששווי החפץ הוא בבעלות המוכר, והקונה חייב לפדותו ולקנותו על ידי תשלום דמי המקח.[4]

ובזה יובן תירוץ התוספות בחילוק בין מתנה למכר, במתנה אין צורך ליצור חוב של דמי מקח ולכן ניתן להחזיק בקרקע אחת ולקנות את הבעין ואת השווי של כל הקרקעות וכן במטלטלין אגב קרקע.

אבל במכר כיון שיש צורך בתשלום דמים, והדמים אינם חוב בעלמא אלא בעינן שיהיו חוב מחמת מקח ולכן לא ניתן להקנות במקח אלא אם כן נתן לו כבר דמי כולן דהחזקה בקרקע אינה מועילה ליצור חוב מחמת מקח.

---

[3] קובץ שיעורים פסחים אות יח

[4] הסבר זה בעניין "דמי מקח" שמעתי מהגר"ש פישר שליט"א, ובדבר שמואל (קידושין כח,ב) הביא כעין דברים אלו בשם הגר"ח שמואלביץ זצ"ל "שכל זמן שלא נתן הלוקח דמים למוכר עוד נשתייר למוכר בחפץ שיווי הדמים של החפץ ולכן שמחל לו נמצא שנותן לו דבר שהוא בעין". הערת הגרמ"ב " נוצר חוב או חיוב לפדות"? אמר הכותב: נראה יותר כצד השני - אחת הראיות שהביא הגר"ש פישר ליסוד זה היא ששביעית אינה משמטת הקפת החנות וע"פ הסבר זה אמר שכיון שהקפת החנות היא "דמי מקח" ולא חוב בעלמא, ושביעית משמטת חובות ולא חיובים ורואים שזה חיוב גברא כשאר החיובים ששביעית אינה משמטת קנסות וכד'.(מאידך בשיעור אחר הביא את יסודו של הגרשש"ק - "כסף החוזר" שבא לתרץ בזה כיצד בב"ק ע,ב "עקוץ תאנה בתאנתי ותקנה לי גנבותיך" ושייך קלבד"מ. והעירו שקלבד"מ שייך היכא שמדובר בחיובי גברא ומאי שייטא לקניינים שנקנה החפץ מיד בכל מקום שהוא? והסביר רשש"ק שכסף לקנין בעינן שיהיה "כסף החוזר" כלומר כסף שבאין מקח יחויב ומשועבד המוכר להחזירו ובקלבד"מ אין המוכר חייב להחזיר. והקשה הרש"פ מה הרוויח רשש"ק בתירוץ זה הרי במשיכת הכסף - התאנה, נוצר רק חוב להשיב את הכסף במקרה של ביטול המקח ושוב הדרינן לקושיה שחוב הוא נכס ככל הנכסים והדרא קושיה לדוכתא? עכ"ד ולענ"ד לפי היסוד הראשון שלימדנו, הרי שהחוב כאן הוא בגדר חיוב ולא חוב בעלמא מיושבת דרכו של רשש"ק ודו"ק).

אב״א קרא-דקנין אגב ילפינן מקרא דויתן להם אביהם מתנות ומהא לא ילפינן אלא דקונה מטלטלין אגב קרקע במתנה, ומהיכא תיתי דבמכר נמי מהני, ובמכר לאחר תשלום הדמים הרי הוא כמתנה.

אב״א סברא - דאכן מצד אחד היינו סבורים דאפשר דכי היכי דבמשיכה קונה הבעין והחוב נוצר מאליו מחמת קנין של הבעין, הכ״נ בקנין מטלטלין אגב קרקע או בקנין קרקעות בעשר מדינות מחמת החזקה יקני הקרקע ומאליו יווצר חוב?

ובזה נראה חלוק מעשה קנין אגב ממעשה קנין משיכה וכה״ג, כמו שיתבאר

ד. חוב מחמת מקח ככסף

בחידושי הרי״ם (ב״מ פרק הזהב) הקשה דלרבי יוחנן דד״ת רק מעות קונות ולא משיכה במה קונה את המעות?

ותירץ בפשיטות דכיון שע״י נתינת המעות מקנה את החפץ המיוחד שהסכים למכרו, מיד נקנו למוכר המעות והוי כמו נתינת מתנה דכיון שאינו מחוסר כלום נקנה במשיכה. (דלר״י דמעות קונות מדאורייתא במאי נקנית מתנה אלא כיון דאינו מחוסר נתינת מעות נקנה במשיכה בעלמא).

ומשיכת הלוקח מהתורה שאינה מועילה הוא כיון שמחוסר נתינת מעות, והרי אינו קונה המעות אלא רק נתחייב לשלם לו וכיון שכן אינו כמתנה ולא מועילה משיכת החפץ.

ונראה להוסיף ע״פ חידושי הרי״מ שתקנו שמשיכה קונה ולא מעות, כעין קנין מעות דאורייתא תקנו.

שמהתורה מעות קונות, וקבלתם מקנה את החפץ מהתורה ללוקח בכל מקום שהוא, הכ״נ במשיכה, משיכת החפץ במכירה צריכה להיות משיכה שאינה חסרה כלום לעניין החוב אלא במשיכה נוצר חוב, חיוב דמי מקח למוכר את דמי המקח ולא בתורת חוב בעלמא אלא בדרגת דמי מקח ויש לזה נפק״מ.

וזכינו לדין שיש צורך שמעשה הקנין יצור חיוב נתינת מעות עבור החפץ על מנת שהקנין יחול.

כלומר בתקנת משיכה במקח, חכמים ויתרו על נתינת הכסף לצורך הקנין אך מתכונת המשיכה והקנין נשארה בעינה רק שדי בחוב מחמת מקח ודמים שיש למוכר על הלוקח והוא שיור דמי המקח.[5]

והנה בחזון יחזקאל[6] (בהשמטות לב"ב פ"ב ה"ה) חקר ביסוד קנין אגב אי חשיב כאילו נעשה המעשה קנין שנעשה בקרקע גם במטלטלין או דלמא המתחדש בקנין אגב שתוצאות פעולת הקנין בקרקע פועלות לקנין המטלטלין.

והוכיח בכמה ראיות כצד הב' שרק השלכות הקנין חלות על המטלטלין ולא נחשב כנעשה קנין במטלטלין.[7]

ועפ"ז דין זה במטלטלין אג"ק שיש צורך שישלם לו דמי המטלטלין וכן תירוץ התוספות בעשר שדות מובן.

דבשלמא במתנה שאין מחוסר הקונה כלום ואינו צריך לשלם מעות על הקרקע שפיר יש לומר דבחזקת קרקע אחת קנה כולם, וכן שבחזקה על הקרקע קונה מטלטלין, דהשלכת החזקה שעשה בקרקע מועילה לקנין שאר הקרקעות או המטלטלין.

אך במכר לא מספיק בהשלכות הקנין אלא יש צורך שפעולת הקנין תהיה בחפץ על מנת שיווצר חיוב תשלום דמי מקח על הלוקח, דבלי חיוב דמי מקח כלפי המוכר אין נקנה החפץ בשום אופן דהתחלת הקנין בחפץ הוא מעצם הווצרות החיוב דמי מקח כתוצאה ממעשה הקנין ולא סגי בתוצאות הקנין.

---

[5] ולפ"ז דייק לשון המשנה ריש פרק הזהב "הזהב קונה את הכסף" ולא "מחייב את הכסף" כפי שהסבירה הגמרא כי אף שהתוצאה היא כאמור חוב אך זהו חוב מחמת קנין, וקונה את החוב מיד כתוצאה ממשיכת החפץ ודו"ק. ובש"ך חו"מ סימן ר ס"ק ה' כתב בישוב קושיית הראשונים למה הוצרכו לתקן משיכה ולא הסתפקו בתקנת קנין ד"א כתב "א"נ דע"י משיכה הוי קנין דאורייתא וקנין ד' אמות אינו אלא מדרבנן" ודבריו צ"ע הרי משיכה הווה גם כן מדרבנן וכהנחת הקושיה? ולדרכינו מיושב דתקנת משיכה במטלטלין אינה כתקנת ד"א אלא יוצרת חיוב מעות דמי מקח ומעתה הרי המשיכה היא כמשיכה במתנה שקונה מדאורייתא. (ובכך מבואר שיטת המחבר שד"א אינם קונות במקח וממכר כפי שהרגיש בש"ך בסימן ר' סק"ד שהמחבר לא כתב קנין ד"א במקח וממכר אלא בהלכות מתנה וכן ברמב"ם כתב דין ד"א רק בהלכות זכיה ומתנה ולא בהלכות מכירה סימן רמג ואף הרמ"א בסימן ר' כתב רק בלשון "וי"א דד"א של אדם קונין לו כמו במציאה". שו"מ בדברות משה ב"מ סימן י ענף ג שחילק בקנין ד' אמות בין מתנה למכר).

[6] כעין זה בדברי יחזקאל סימן מד ובאבן האזל מכירה ג,יא.

[7] הוכיח ממעשה דר"ג וזקנים שהיו באים בספינה והקנה להם ר"ג המתנות אגב קרקע ומקשה בשטמ"ק שכיון שנתקבלו שכר זה מזה היינו על שכירות הקרקע הוי דרך מו"מ ויש חסרון בנתינת מת"כ? ומתרץ דכיון שנותן המתנות אגב קרקע לא הוי דרך מו"מ ומוכח כנ"ל שאין מעשה שכירות הקרקע פועל על המתנות כהונה דאם כן הוי חסרון בנתינה.

ה. מלווה כתשלום דמי מקח

ולפי זה מבואר תירוץ רבנו שמואל מאיברא, "כגון שהמוכר היה חייב ללוקח מעות כבר והשתא ניחא דבאותם מעות לא היה קונה כי היכי דלא מצי לקידושי בהם איתתא לפי שהוא מלווה הכ"נ לא מצי למקנה בהם קרקע".

ובגמרא קידושין (מז,א) "ושוין במכר שזה קנה, ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר במאי קונה?" ומבואר שם בגמרא דמכר הרי הוא כקידושין ולכן חוב של הלוואה אינו נחשב ככסף לקנין כפי שאי אפשר לקדש בו אישה.

וצ"ע טובא לר"ש מאיברא דמלווה אינה קונה במכר כלל, מה מועיל מלוה באגב, והרי רבא הצריך שישלם לו דמי כולם.

ולמבואר לעיל נראה דכיון שהחיסרון במעשה קנין באגב הוא רק במכר היינו מחמת אי היוצרות החוב מיידית כתוצאה מהמ"ק, אם כן שחייב המוכר מכבר מעות כנגד הקרקעות הרי יורד חסרון זה ושוב הוי כמתנה באגב בתירוץ הראשון של תוספות.

ואכתי יש להקשות הרי החוב שצריך להיוצר מחמת המשיכה או החזקה הוא חוב מחמת מקח ויש לו כללים וגדרים, ואיך חוב מחמת הלוואה יהפוך לפירעון דמי מקח וממילא את החיסרון של יצירת ונתינת חוב על ידי המעשה קנין?

ולהסבר דבר זה נזקקים אנו להאריך קצת בשיטת הרמב"ם במכר במלווה.

הרמב"ם פסק שבמכר במלווה קנה הלוקח בקרקע ובמטלטלין לעניין מי שפרע.

וז"ל הרמב"ם (מכירה ז,ד):

> מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה, וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואף על פי שאין מעות המלווה מצויות בשעת המכר.

והראב"ד השיגו "לא ידעתי זה למה, שהרי הושוו הגאונים כולם מלווה להוצאה ניתנה ואינה כנתינת מעות כלל והכי אמרינן בקדושין ושוים במכר שזה קונה ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר במאי קנה?"

והרב המגיד שם כתב שהרמב"ם סובר שזו מחלוקת סוגיות ובגמרא (ב"מ מו,ב) "יש דמים שהם כחליפין" מוכח שמלווה קונה במכר.

ובאבנ״מ (כח,טז) חילק בין מכר לקידושין דבקידושין בעינן כסף שנהנית בו והדברים עתיקים.

בתוס׳ ר״י הזקן כתב לישב את דעת הרמב״ם ״והאי שיטה דהכא דלא כרבי יוחנן היא וליתא ואפשר דאליבא דרשב״ל היא דאמר משיכה מפורשת מן התורה ולא מעות וכו׳.״

ולא נתברר בדבריואיך תלוי דין מכר במלוה במחלוקת ר״י ור״ל אם מעות קונות מן התורה או משיכה מפורשת מן התורה.

והסביר מו״ר הגרמ״ח דימנטמן שליט״א דלרבי יוחנן דדבר תורה מעות קונות ילפינן קנין כסף מ״ונתן הכסף וקם לו״ בפדיון הקדשות. ובהקדש בעינן שיווי ההקדש ולא סגי בפרוטה לקנין.[8]

אם כן לר״י הנקודה בקנין כסף היא קבלת שיווי החפץ או הקרקע ולכן גם מחילת מלוה היא קבלת שיווי.

אבל לר״ל דמשיכה מפורשת מהתורה וכסף ילפינן מ״שדות בכסף יקנו״ בעינן דוקא כסף.

אם כן מחלוקת רבי יוחנן ור״ל היא מחלוקת הסמ״ע והט״ז (חו״מ ריש סימן קצ) האם הסברה והדין בקנין כסף היא נתינת שיווי או כמעשה קנין בעלמא.[9]

ובכך מבוארים דברי ר״י הזקן ומיושבת שיטת הרמב״ם פוסק כרבי יוחנן שכסף הוא נתינת השוויות ולכן מלווה יכולה להוות נתינת כסף שיווי. עכת״ד.

---

[8] העיר מו״ר הר״מ ברקוביץ, הרי בהקדש שווה מנה שחיללו על שוו״פ מחולל. וזה מורה לכאורה דפדיון בכסף הקדשות הוא מדין כסף קנין? ומצאתי בס״ד ישוב לזה ע״פ תוספות בתמורה כז,ב בד״ה לא אמרו ז״ל ״וצריך לומר דהכא מיירי בבעל הבית הפודה הקדש שלו וכי האי גוונא אמר שמואל דמחולל על פחות משוויו אבל גזבר המוכר הקדש צריך שלשה או עשרה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה״ וכן בשיטה מקובצת ב״מ נז,א ״דקרא מיירי בגזבר שמכרו לאחר בכדי דמים אבל הא דשמואל בהקדש ברשות בעלים שעושה דרך חילול״ וע״פ השיטה מבואר החילוק בין גזבר העושה דרך מקח ולכן בעינן שומה בשוויו לדין המחלל הקדש שעדיין אצלו דבזה אין דרך מקח ובזה הראיה דכסף שווי במכר מטלטלין לר״י ילפינן מפדיון הקדש אתיא שפיר. והרב יוסי שלי״ט מצא בטו״א למגילה כג בסברת תוס׳ דהיי״ט דבהקדש שווה מנה שחיללו על שוו״פ מחולל כשהקדש ברשותו, כיון דיכול להשאל עליו אבל כשהגיע ליד גזבר דאינו יכול להשאל עליו שוב אינו יכול לפדותו אלא בשוויו.

[9] ובביאור ״כסף קנין״ ביאר בזכרון שמואל סימן מט,ב ״דודאי גם לשיטת הט״ז דכסף הוי כסף קנין, גם כן אינו סתם מעשה קנין, והכסף הוא שקונה. רק דלא צריך שיהיה מדמי המקח, דהכסף הוא בעד עצם ההקנאה ולא פירעון דמי המקח״ ודבריו מוכרחים דאל״ה קשה הא מטבע אינו נעשה חליפין?

אלא שאחר ההסבר צריך להבין את שיטת הראב״ד ושא״ר שלא פסקו כך, הרי קיי״ל כרבי יוחנן?

ונראה לישב, דאף שכסף הוא נתינת שיווי וזה יכול להתקיים אף במלוה, מ״מ הרי לא נעשה כאן מעשה קנין אלא דברים, ולכך אף שנתינת שיווי מועילה, ומצד זה לא היה חסרון בכסף במחילת מלווה עדיין חסר מעשה קנין.[10]

וביתר עומק, לפי מש״כ לעיל שמשיכה (או מעשה קנין אחר כגון חזקה בקרקע וכד׳) גדרה כמו כסף קודם התקנה, והיינו שמשיכת החפץ יוצרת חוב מידי כמו שמשיכת הכסף מהתורה מקנה את החפץ ובכך קונה המוכר את החפץ, והיינו נתינת חוב דמי מקח מחמת המעשה קנין, א״כ לא שייך שיקנה בחוב מחמת הלוואה בלי שום מעשה קנין בחפץ דכיצד יתחיל ויוצר חוב מחמת מקח המקנה את החפץ?

אך בנידון דידן, בתירוץ תוס׳ הנ״ל בשם ר״ש מאיברא דהיינו שמקנה לו עשר שדות באגב ועושה מעשה קנין בשדה אחת, או במקנה מטלטלין אג״ק, הרי מתמלא חסרון זה ע״י החזקה בקרקע נעשה מעשה קנין ויכול לקנות ע״י מלוה שהרי היא כסף מבחינת השיווי ולא בעינן נתינת דמים ממש אלא למלא את החסרון של מ״ק.

וכן מה שהוספנו בהסבר דעת החולקים על הרמב״ם הרי מבואר בנידון זה כיון שעשה מעשה קנין בגוף החפץ הרי נתחייב בדמי מקח תמורת המקום או השדה שעשה בה את המ״ק וכנגד חלק זה יכול להוות המלוה כתחילת פרעון דמי מקח.

וכיון שיש כאן פירעון חלקי כנגד חלק החזקה הוי הנותר כפגימה וזקיפה הרי ניתן לומר שהמלוה החדשה תהפוך להיות כפירעון דמי המקח.[11]

ו. אגב במכירת חמץ חסר תשלום דמי כולם?

בדבר אברהם (סימן ג) דן במכירת חמץ שנוהגים להחמיר לעשות את כל הקניינים. ובהקנאת מקום החמץ מקנים לגוי את החמץ בקנין חצר.

---

[10] ולרמב״ם נאמר שעצם מחילת החוב הוא כמעשה קנין ואפשר שתלוי בחקירת האחרונים (קו״ש ב״ב או׳ ב-ה) אי מחילה כפירעון או רק סילוק זכות התובע. ואפשר עוד שתלוי בחקירת המחנ״א (זכיה מהפקר יא) אי כהקנאה או כסילוק ואכמ״ל.

[11] עיין לקמן הערה 15 בבאור זקיפה במלוה חדשה דהוי כתשלום.

והביא בשם הח״י (סמן תמח) דכיון דחצר משום שליחות אתרבאי כשאינו סמוך לה, ואין שליחות לגוי. ולכן צריך להקנות לגוי החמץ בקנין אגב קרקע.[12]

ובדבר אברהם הקשה שהרי במכירת החמץ אגב קרקע בעינן שישלם לו דמי כולם, וכמבואר במימרא דרבא בקידושין וכנ״ל וא״כ ראוי היה לתת לגוי את החמץ במתנה אג״ק ולא במכירה שהרי אינו נותן לו דמי כולן.[13]

והן אמת שהרמב״ם והשו״ע לא הזכירו תנאי במטלטלין אג״ק דבעינן שישלם דמי כולן, הרי המגיד משנה שם הביא שם חבל ראשונים דסוברים דבעינן שישלם לו דמי כולן.

ומן התימא שאף השו״ע והרמ״א לא הביאו שיטת החולקים דבכל גוונא (אף בדלא עייל ונפיק אזוזי) בעינן שישלם דמי כולן.

והמאירי כתב שלרמב״ם הייתה גרסה אחרת בגמרא, והמגיד משנה כתב שהרמב״ם סובר דרבא מצריך שישלם דמי כולם רק בעייל ונפיק אזוזי.

אולם הדבר אברהם תירץ באופנים אחרים.

ז. תירוץ הדב״א רבא בשיטת ר״ל אמרה

התוס׳ (ב״מ מו,א ד״ה ש״מ) הקשו מדוע בקנין סודר לא הפקיעו הקנין שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה ותירצו דכיון דלא קיבל מעות טרח ומציל.

מוכח שחשש ׳נשרפו חטיך׳ אינו דווקא בקנין כסף אלא בכל קנין היכא שיש החשש.

ואם כן, אי נימא דבאגב אינו קונה עד שישלם לו דמי כולם, היה צורך לתקן שלא יקנה באגב את המטלטלין שמא יאמר לו נשרפו חיטיך? ולסוברים דאגב הוא מדרבנן לא היה להם לתקן?

---

[12] בקצוה״ח קצד סק״ג עורר בעיה זו במכירת חמץ בקנין חצר בשם מוהר״ש קאנדביר שהקשה כנ״ל דאין שליחות לגוי, וכתב דמפ״ז קנין אגב עדיף. וקצוה״ח הקשה דלשיטת הראשונים דקנין אג״ק אינו אלא מדרבנן וקרא ד״ויתן להם אינו אלא אסמכתא, איך יועיל להפקיע איסור תורה בבכור ובחמץ ויש לחוש לשיטות שקנין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא? ועיי״ש שהוכיח דמהני קנין חצר לגוי.

[13] צ״ע אם אין בזה איסור ״לא תחנם״ - מתנת חינם ובשו״ת ישועות מלכו יו״ד סימן נה ״ואף על פי שאסור ליתן ולמכור קרקע באי״י כיון שהוא לטובת היישוב פשיטא דאין כאן איסור דלא תחנם בפרט כשמוכר ע״מ להחזיר דמהני בחמץ לא נאסר במתנה ע״מ להחזיר כמש״כ המג״א בשם הרדב״ז.״

וע״כ שקנה אף אם לא שילם דמי כולם, וכיון שכן אף אם שילם קנה דלא פלוג רבנן.

אולם לרבא שאמר בב״מ ׳קרא ומתניתא מסייע ליה לר״ל׳ וסובר כמותו דמשיכה מפורשת מן התורה, ואין כלל גזירה משום נשרפו חטיך בעליה לא קשה למה לא גזרו, ולכן דעתו שלא קנה עד שישלם דמי כולם.

ואם כן מימרא דרבא יכולה להיות רק לשיטתו ובשיטת ר״ל דאין מקום לגזור ולהפקיע קנין משום נשרפו חיטיך בעליה.

ולכך הרמב״ם דסבר כרבי יוחנן דמשיכה היא תקנתא משום שמא יאמר לו נחב״ע לא פסק כרבא.

אבל רש״י פסק כר״ל (כ״כ תוס׳ ע״ז עא,א ד״ה רב אשי וכן משמע ברש״י בכורות ג,ב ד״ה קנין) וא״כ יהיה ניתן לומר כרבא שעד שילם לו דמי כולם.

ובזה נתיישב למה הצריך רש״י שישלם לו דמי כל הקרקע והמטלטלין הרי בעלמא - בדלא עייל ונפיק אזוזי - סגי בפרוטה ראשונה לקנות קרקע בכסף?

ובהסבר הדב״א דרבא לשיטתו שהיא שיטת ר״ל עדיין צריך להבין איך פועל קנין אגב לשיטת ר״ל, ומה המכריח לכך שישלם לו דמי כולם.

שנינו במשנה ״נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה״, ואם כן בכל אחד מהקנינים המועילים בקרקע ראוי להקנות מטלטלין אג״ק בפני עצמו.

לשיטת ר״ל שכסף אינו קונה מטלטלין כלל מהתורה, באגב קרקע כאמור יועיל גם למטלטלין וצריך שישלם לו דמי כולם.

והביאור בזה אף שכסף לא קונה מטלטלין, אך באותו מקח שקונה גם קרקע נקנים גם המטלטלין אבל צריך שיעשה את הקנין שעושה בקרקע היינו נתינת כסף גם במטלטלים ולכן צריך שישלם דמי כולם.

ולפי זה הצורך שישלם לו דמי כולם הוא רק כשקונה קרקע ומטלטלין בכסף.

אלא שרש״י פירש שקונה בחזקה ״לא שנו - דמטלטלין נקנין בחזקה דקרקע אלא שנתן לו דמי כל המטלטלין והקרקע דכי אחזקיה בקרקע אדעתא למיקני כוליה אחזקיה אבל לא נתן לו דמי כל המטלטלין לא קנה מטלטלין בחזקה דקרקע אלא כנגד מעותיו״ צ״ע מה הצורך בחזקה כיון שהכסף הקונה קרקע

בכל מקום יקנה גם את המטלטלין באגב וכפשטות המשנה, ולא מצאתי שהעירו בזה.[14]

ומו״ר הגר״מ ברקוביץ שליט״א תירץ שלגרסת הרש״ש שמחק ״והקרקע״ מיושב, דאיירי שלא שילם על הקרקע כלל ואת הקרקע קונה בחזקה בלבד, ובחזקה דקרקע רוצה גם לקנות המטלטלין.

ובזה חידש רבא דצריך לשלם דמי כולן – היינו דמי המטלטלין ולפ״ז ברור מדוע לא סגי בכסף, שהרי התשלום הוא רק על המטלטלין, וצריך את החזקה במטלטלין אגב קרקע כדי שיקנה הקרקע והמטלטלין.

וזה קצת דוחק מב׳ פנים א׳ דנצטרך להגיה בלשון רש״י ב׳ מה הצורך והטעם לצייר מציאות כזו כיון שגם בכסף אם שילם על הכל יהיה דין רבא נכון ויקנה אף בלי חזקה.

ונראה לומר דכשקונה בקנין כסף את הקרקע והמטלטלין כיון שבקנין כסף הוי התשלום החלקי תחילת פירעון והשאר נזקף עליו כחוב כמבואר בחו״מ (סימן קצ,ב).

הוי החוב כתשלום דמי כולם כיון שלקרקע מועיל החוב ככסף לאחר תחילת פרעון הכ״נ מהני למטלטלין ולפ״ז כשקונה בקנין כסף באגב א״צ שישלם לו דמי כולם דעצם התשלום החלקי והחוב שנוצר הוי כתשלום דמי כולם. לכן פירש רש״י את דינא דרבא דווקא כשקונה את המטלטלין אגב קרקע בחזקה ובאופן זה צריך לשלם לו דמי כולם.[15]

ולפ״ז ניתן לישב מדוע הרמב״ם לא הזכיר ״דמי כולן״ דבהלכה זו כייל הרמב״ם כללא בכסף בשטר ובחזקה (רמב״ם הלכות מכירה פרק ג) וז״ל:

״המקנה קרקע ומטלטלין כאחד כיון שקנה קרקע בכסף או בשטר או בחזקה נקנו המטלטלין עמהם בין שהיו שניהם במכר או במתנה, בין שמכר מטלטלין

---

[14] התוספות שהו״ד לעיל הקשו כן לגבי מכר לו עשר שדות ותירצו שאיירי באתרא דלא קנו בכספא.

[15] בחזו״א אבהע״ז סימן קמח (לדף יב) ביאר בטעם הדבר שפרוטה ותחילת פירעון קונה הכל (כשאינו עייל ונפיק אזוזי) בקרקע דכיון שמתחייב לו השאר וזוקף במלווה השאר חשיב ככסף וכתשלום על הכל. וע״ע באבי עזרי גזילה ואבידה ז,יב במכתב לגר״י אברמסקי ש״זקיפה במלווה״ עניינה הוא כמו שפרע וחזר והלווה וא״כ אי נימא דלאחר תשלום פרוטה השאר הוי כמלווה וכחוב הוי זקיפה וכאילו שילם וחזר ולוה.

ונתן קרקע, בין שמכר הקרקע ונתן המטלטלין כיון שקנה קרקע קנה מטלטלין״

ואפשר להוסיף דרבא דבעי בחזקה ובשטר שישלם לו דמי כולם הוא דווקא לשיטת ר״ל דכסף בעלמא אינו קונה במטלטלין כלל רק באגב קרקע, ולכך הוי החוב מחמת תחילת הפירעון שחל על הקרקע ככסף לגבי המטלטלין.

משא״כ בחזקה ובשטר אינם יוצרים את החוב שיהיה ככסף לגבי המטלטלין וחסר באגב וכנ״ל.

אבל לרמב״ם דמדאורייתא מעות קונות במטלטלין, א״כ יש שייכות חוב ככסף כלפי המטלטלין אף בלי כסף, כיון ששייך בהם מושג של קנין כסף יכול לחול חוב מחמת הקנין אף בחזקה או בשטר כשם שחל ע״י משיכה.[16]

ח. נכסים שיש להם אחריות

והנה במשנה המשמיעה לנו דין קנין מטלטלין במשיכה, קרקע בכסף שטר וחזקה, וכן מטלטלין בקנין אגב קרקע בכסף שטר וחזקה, נקט התנא לשון ״נכסים שיש להם אחריות״ לקרקעות, ומטלטלין ״נכסים שאין להם אחריות״.

ונראה שהוא הדין והטעם דהיינו, כיון שלמטלטלין אין אחריות שיכול להבריחם ואין אדם סומך עליהם באחריות של הלוואה לכך אינם נקנים אלא במשיכה.

וביאור הדברים, דבגמרא ריש הזהב אמר רבי יוחנן בטעמא דמעות לא קונות ותקנו משיכה, גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה.

ובראשונים שם דאינו חייב באחריות אפילו כשומר חינם, ועכ״פ באונסים וודאי פטור (ב״מ מז,ב) וזה כוונת הלשון ״נכסים שאין להם אחריות״.

קרקעות לעומת זאת נקראים ״נכסים שיש להם אחריות״ לכן נקנים גם בדרכי הקנין האחרים כסף שטר חזקה.[17]

---

[16] עיין בדב״א שם אות ג׳ והלאה במה שתירץ, וכן בהסבר שיטת הרמב״ם במכר לו עשר שדות בעשר מדינות צריך שישלם לו דמי כולם.

[17] בפהמ״ש לרמב״ם מהדורת הגר״י קאפח זצ״ל ״נכסים שיש להם אחריות – הם הקרקעות, ונקראו כן לפי שאחריות הוא ׳מרגו׳ע אלדרך׳ ואין אחריות חוזרת אלא על הקרקעות בלבד״ ובהערת הרב המהדיר תרגם את הלעז - ״פיצוי נזקים, אבטחת הפסד, בטחון להפסד צפוי״. ונראה בכוונת הרמב״ם שעצם מכירת קרקע היא באחריות כיון שהמוכר חייב

שבקרקע הרי ברגע שמכרם נקנים ללוקח בכל מקום שהם וחשש שמא יאמר לו נח״ב אינו שייך בקרקע.

ומקרא ד״ויתן להם״ ילפינן דנכסים שאין להם אחריות נקנים אגב קרקעות, בקנייני הקרקע ואין צורך במשיכה.

דכיון דמהני הקנין לקרקע והוי הכסף כחוב לגבי הקרקע ולא שייך גזירת ״נשרפו חיטך בעליה,״ מהני גם למטלטלין ולא שייך גזירת נשרפו חיטיך שכיון שעוד לא שילם הוי כק״ס שלא גזרו דטרח ומציל, כפי שכתב הדבר אברהם. ונראה שדין ה׳אחריות׳ הוא הגורם לקנין בקרקע אף בלי משיכה וכן לקנין המטלטלין.

ט. זוקקים - דין גלגול שבועה

בדין גלגול שבועה ״וזוקקים את הנכסים שיש להם אחריות להשבע עליהם״.

להעמיד את המכר היינו הקרקע שאם תבוא טרפא מאיזה שהוא צד יצטרך לשלם או לעמוד בדינא ודיינא כנגד הטורף (ואינו יכול לומר לו לאו בע״ד דידי את) או לפצות את הלוקח ומה לי הן ומה לי דמיהן מה שאין כן במטלטלין לאחר הקנין אין אחריות המוכר ולכן יש חשש נשרפו חיטיך בעליה ולכן תקנו משיכה, כי אין להם אחריות. שוב מצאתי ב״המדריך המספיק״ (לרבי תנחום הירושלמי, לתולדותיו עיין בהקדמת המתרגם והמהדיר הרב ברוך טולדאנו) כתב לפרש ״אחריות - נכסים שיש להן אחריות, שטר שאין בו אחריות, כוונת המלה הזאת ביטוח הענין שאם יקרה אחר כך מה שהוא רע באותו הנכס המכור יוחזר לבעליו אשר מכר אותה וזה הדבר כלומר האחריות הוא הכרחי בקרקעות בתנאי ובלי תנאי ולכן אמרו שטר שאין בו אחריות טעות סופר הוא״. וכן באבי עזרי גזילה ואבידה ט,ו כתב דבכל מכר קרקע, ישנה אחריות המוכר להעמיד המקח, וזה הפשט אחריות ט״ס (ומבואר ברמב״ם שבמתנה ע״מ שאין אחריות מועיל דתנאי שבממון תנאו קיים). נמצא דנכסים שיש להם אחריות מתפרש לגבי המכר של הקרקע ולאו דווקא לאחריות צדדית מחמת הלוואה שהיא התוצאה של חיוב האחריות מחמת המכר. ולכך שייך חיוב אחריות רק בקרקעות כיון שבע״ח אינו גובה ממטלטלין המשועבדים אין אחריות. ולולא דמסתפינא אמינא דעצם תקנת חכמים דמשיכה קונה ולא מעות, הוא מהאי טעמא דכיון שהפקיעו את השיעבוד ממטלטלין אף שמהתורה גם מטלטלין משועבדים שוב אינו חייב באחריותם דמהתורה כיון שאף בטירפא אחר שהמטלטלין נמצאים אצל הלוקח חייב המוכר להעמיד המקח ברשותו כדין קרקעות ופשוט שחייב אף בשריפה, אך כיון שהפקיעו את השיעבוד ואפשרות הגביה מלקוחות במטלטלין שוב אין על המוכר אחריות העמדת מקח ויכול לומר לו נשרפו חיטיך בעליה, ולכך נכסים שאין להם אחריות אין נקנים אלא במשיכה. וע״ע בקצוה״ח רג סק״ב שביאר דהא דחליפין שווה בשווה, מטלטלין תמורת מעות מסוימים, אף במשיכת המטלטלין לא קנה, דכיון דאינו חייב באחריות המעות לא שייך שיקנה מדין משיכה דאם אין אחריות אין חיוב הגוף ולא חייל הקנין (ומדין חליפין נמי לא קנה כיון שאין מטבע נקנה בחליפין) והדברים מוכיחים כדברינו דקנין בהכרח מכיל חיוב אחריות על המקח, או על החיוב מעות וכשהפקיעו את האחריות ממטלטלין הוכרח להפוך את סדר הקנין מנתינת מעות למשיכת המקח, כדי שיהיה לצד השני חיוב הגוף ואחריות לקיים את תנאי המקח.

הנה הראשונים הקשו (תוס׳ ב״מ ד,א ובשבועות לז,א) בהא דאין נשבעים על כפירת שיעבוד קרקעות, למ״ד שעבודא דאורייתא, היכי משכחת לה מודה במקצת נשבע?

הרי אף אם מודה בחלק מהתביעה הרי הוא כופר בחוב שמשמעותו שעבוד קרקע?

ותירצו התוספות באוקימתא שאין לו קרקע או כשמוחל לו על השעבוד קרקעות.

ותמהו האחרונים[18] בעיקר הקושיה, שהרי הוי כטוענו כלים וקרקעות והודה לו במקצת כלים דחייב שבועה אף על הקרקעות, ונכסים שאין להם אחריות זוקקים את הנכסים שי״ל אחריות להישבע עליהם?

ונראה בס״ד בדעת התוספות דהא דזוקקים נכסים שאין להם אחריות את הנכסים שיש להם אחריות, הוא דווקא בגוונא בנכסים שאין אחריות כלל כגון כלים כלשון המשנה כאן, ובשבועות ״טענו כלים וקרקעות..״ ולא בתביעת חוב ומעות, דבתביעת מכר מטלטלין אין תוצאה ישירה של חיוב קרקע שהרי הוא תובעו כלים.

משא״כ כשתובעו מלווה הרי טמון בעצם התביעה והכפירה שעבוד קרקעות שעליהם סמך בשעת ההלוואה.

ותביעה של כלים המשוללת כל זיקה לתביעת אחריות קרקעות רק היא יכולה לגרור שבועה אף על קרקע מדין גלגול שבועה.

ואם לחשך אדם הרי חילוף תביעת הכלים הוא גם כן מעות וחוב והוי כתביעת שעבוד קרקע?

אף אתה אמור לו, דלמבואר לעיל דחוב מחמת מקח אינו חוב בעלמא אלא שיור בחפץ, ועדיין הוא תביעת החפץ שהרי הוא ״דמי המקח״ ודמי מקח דהיינו הכלי הרי הם כמקח.

ובדין גלגול שבועה חידשה התורה שתביעה והודאה במקצת בנכסים שאין להם אחריות דהיינו מטלטלים וכלים בלבד, מחייבת שבועה אף על תביעת הקרקע היינו הנכסים שיש להם אחריות.

---

[18] גר״ח אישות טז, אבנ״מ צו סק״ח, קה״י ב״מ סימן ו, נחלת דוד ב״מ שם.

משא״כ בתביעת חוב מחמת מלווה הרי עצם התביעה היא חוב ושיעבוד קרקע ואיך תגרור תביעת שעבוד קרקע הרי זה לא תביעת כלים.

ועתה מבואר מה שתולה המשנה דין גלגול שבועה במטלטלין בדין ״אחריות״ שהמחייב שבועה בתביעת כלים הוא שאין להם אחריות.

לעומת ״כלים״ שיש להם אחריות דהיינו חוב מחמת מלווה נחשבים כנכסים שיש להם אחריות לגבי שבועה ובלי תביעת כלים ממש אין נשבעים עליהם.

ובשני הדינים הן קנין אגב והן בגלגול שבועה ״האחריות״ היא הגורם המבדיל בין קרקעות למטלטלין וכשבאים יחד או בקנין אחד או בתביעה אחת משפיעים וגוררים דיניהם זא״ז.

י. סיכום

בדין קנין מטלטלין אגב קרקע בכסף שטר או חזקה, חידש רבא שיש צורך שהקונה ישלם למוכר את כל דמי המטלטלין.

ביררנו בסברת הדין, שקנין אגב התחדש מפסוק של ״ויתן להם אביהם״ ובכוחו להקנות את גוף המטלטלין בגדר מתנה, לעומת מכר שיש צורך שהקנין יצור חיוב דמי המקח אצל הקונה לטובת המוכר, ורק בכך מועיל הקנין. קנין אגב כיון שאינו קנין בגוף החפץ כמשיכה אינו יכול ליצור חיוב דמי מקח ולכן במכר מחייב רבא שישלם לו את דמי כולם.

וכן בארנו ע״פ הדבר אברהם מדוע הרמב״ם לא הביא דין זה כתנאי לקנין אגב.

כיון שרבא שהצריך ״דמי כולן״ סובר כר״ל שמשיכה מפורשת מן התורה ואינו חושש ל״שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה״, אבל לרמב״ם שמשיכה תקנו חכמים גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה כרבי יוחנן, לא יתכן שתשלום דמי המטלטלין יהיה תנאי שאם כן חוזר החשש שיאמר לו נשרפו חיטיך בעליה.

עוד אפשר שרבא הצריך שישלם לו דמי כולם רק כשקונה את הקרקע בקנין כסף שאז צריך להפעיל את הקנין של הקרקע גם כלפי המטלטלין ואף שאין כסף קונה כלל מהתורה במטלטלין, באגב קרקע והיינו שעושה את הקנין המועיל בקרקע דהיינו תשלום כסף גם במטלטלין קנה.

וברש״י שפירש שאף כשקונה בחזקה צריך שישלם דמי כולם נשוב לומר שרש״י סובר כר״ל ולכן כיון שכסף אינו שייך כלל במטלטלין, אם היה קונה

את הקרקע בכסף אפילו בפרוטה היה ניתן להחשיב את הנשאר ככסף אף לגבי המטלטלין כיון שיש חוב שהוא ככסף לגבי הקרקע, אף לגבי המטלטלין נחשב החוב ככסף.

ולכן פירש רש״י שמדובר במציאות שאת הקרקע קונה רק בחזקה ואת המטלטלין הוא מוכר בכסף, ולכן לא מתאפשר יצירת חוב תמורת המטלטלין שקנה כיון שלמטלטלין בפני עצמם אין תורת קנין בכסף כלל לשיטת ר״ל.

אבל לשיטת הרמב״ם שפוסק כרבי יוחנן שמהתורה מטלטלין נקנים בכסף שייך חוב כלפי מטלטלין באופן שנעשה מעשה קנין כפי שבמשיכה נוצר חוב ולכן השמיט הרמב״ם תנאי זה.

ובתוך הדברים התבאר מדוע נקטה המשנה לשון ״נכסים שיש להם אחריות״, מפני שהגורם להפקעת קנין משיכה ממטלטלין הוא הפקעת האחריות וזהו חשש שיאמר לו נח״ב, ולכן באגב קרקע שלא תמיד שייך חשש זה שהרי שכיח שעדיין לא שילם (כבקנין סודר) קונה אף בלא משיכה.

דין זוקקים בגלגול שבועה שייך לדיני משנתינו מצד שהגורם לחיוב משבועה הוא פטור מוחלט מאחריות והוא תביעת כלים בלבד - לעומת זאת חוב מחמת מלווה יוגדר כתביעת נכס שיש לו אחריות אף שהוא גם תביעת מטלטלין דהיינו מעות.

וכשישנה תביעת כלים ממש ולא מעות חוב יש חיוב שבועה ובזה רבתה התורה דין גלגול שבועה.

הרב יהודה צור

בדין קנין רכוב

ראשי הפרקים

א. מהלך הסוגיא והקושי בה

ב. ישוב א

ג. ישוב ב

ד. ישוב ג

ה. שיטת הרשב"ם בדין מסירה

א. מהלך הסוגיא והקושי בה

איתא במשנה בקידושין כה,ב: "בהמה גסה נקנית במסירה, והדקה - בהגבהה, דברי רבי מאיר ור' אליעזר; וחכ"א: בהמה דקה נקנית במשיכה." ובהמשך הגמ' שם: "הוא דאמר כי האי תנא; דתניא, וחכ"א: זו וזו נקנית במשיכה."

וז"ל הרמב"ם בהלכות מכירה פרק ב,ה: "הבהמה בין דקה בין גסה נקנית במשיכה אף על פי שאפשר להגביה אותה לא הצריכוהו להגביה, מפני שמתחבטת בארץ, ואם הגביה קנה, וההגבהה קונה בכל מקום, אבל המשיכה אין קונין בה אלא בסימטא או בחצר של שניהם ואין קונין בה ברשות הרבים ולא בחצר שאינה של שניהם". ושם בהלכה ו: "כיצד קונין את הבהמה במשיכה, אין צריך לומר אם משכה והלכה או שרכב עליה והלכה בו שקנה, אלא אפילו קרא לה ובאה או שהכישה במקל ורצה בפניו כיון שעקרה יד ורגל קנאה, והוא שימשוך בפני הבעלים אבל אם משך שלא בפני הבעלים צריך שיאמר לו קודם שימשוך לך משוך וקנה."

ושם בפרק ג,א "אחד הבהמה ואחד שאר המטלטלין נקנין במעות דין תורה, ומשנתן את המעות קנה ואין אחד מהן יכול לחזור בו, אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלין אלא בהגבהה או במשיכת דבר שאין דרכו להגביה".

וכן פסק השו"ע בסימן קצז,א ועיין שם ברמ"א שהביא את דעות הראשונים החולקות (רש"י ור"ת) וסוברות שבהמה נקנית גם במסירה.

הגמרא בב"מ ח,ב מביאה מימרא של רב יהודה בשם שמואל: "שמעית מיניה דמר שמואל תרתי, רכוב ומנהיג - חד קני וחד לא קני, ולא ידענא הי מינייהו.

היכי דמי? אילימא רכוב לחודיה ומנהיג לחודיה - מנהיג לחודיה מי איכא מאן דאמר לא קני? אלא אי איכא למימר דלא קני - רכוב הוא דאיכא למימר... ומדאפיך שמואל ותני: וחכמים פוטרין את היושב בקרון, שמע מינה: רכוב לחודיה לא קני, וכל שכן רכוב במקום מנהיג". ולכאורה מסקנת הגמ' היא שרכוב לא קונה במקום מנהיג כפי שמוכח מדין יושב. בהמשך הסוגיא הגמרא מוסיפה להקשות על שיטת שמואל במסקנתו בדין רכוב והגמרא מיישבת את כל הקושיות.

הרא"ש ותוס' פוסקים עפ"י פשט הסוגיא שנראה שזו המסקנה שרכוב לא קונה ולגבי כל הקושיות שהקשתה הגמרא על שמואל הרי הן תורצו ולכן פוסקים כשמואל לעומת זאת הרי"ף והרמב"ם פוסקים שרכוב קונה כפי שראינו לעיל מדבריו של הרמב"ם.[1,2]

הראשונים במקום מסבירים מהו מעשה הקנין ברכוב שהרי לפי האמור לעיל הוא צריך לכאורה להיות משוייך לקנין משיכה ולפי הדעות הסוברות שמסירה מועילה בבהמה יהיה ניתן לשייך אותו למסירה.

ובענין זה מוצאים בראשונים שתי גישות. כפי שהבאנו לעיל את לשון הרמב"ם: "כיצד קונין את הבהמה במשיכה, אין צריך לומר אם משכה והלכה או שרכב עליה והלכה בו שקנה" ומלשונו זו של הרמב"ם וכן מתוס' נראה שהם סוברים שקנין רכוב הוא מדין משיכה ולכן מועיל רק כאשר הבהמה זזה.[3] לעומת זאת רש"י בדף ח,א בסוגיא שמחפשת יתור במשנה ממנו ניתן ללמוד את הדין שהמגביה מציאה לחברו קנה חברו ומציעה הגמרא ללמוד זאת ממה שכתוב במשנה "היו שנים רוכבים על גבי בהמה" שלכאורה זה מיותר ודוחה הגמרא שלומדים מזה שרוכב קני ובד"ה "דרכוב קני" אומר רש"י וז"ל "דרכוב קני - ואף על גב דלא משיכה היא, שאינה זזה ממקומה, שאין מנהיגה ברגליו". וכן שם בעמ' ב כשהגמרא אומרת שאם דברי שמואל היו שאחד משני הקנינים (רכוב או מנהיג) קונה אז ודאי שמנהיג יקנה ורכוב לא ועל זה אומר רש"י בד"ה

---

1 ועיין נתה"מ קצז,ב שמיישב את דברי הרמב"ם עם פשט הסוגיא.

2 ועיין כס"מ הלכות גזלה יז,ז שמעלה אפשרות שהרמב"ם בהלכות מכירה פוסק שרכוב קונה רק במנהיג ברגליו ומודה לרא"ש וכן הביא אפשרות זו בב"י בסי' קצז אך דחה אותה מכיון שהה"מ והר"נ לא הבינו כך ברמב"ם.

3 אמנם לכאורה נראה היה לדייק מתוס' שהוא לא סובר שרכוב קונה מדין משיכה כי הרי מכריח שהבהמה זזה רק מההוכחה מכלאיים ואילו מדובר בקנין משיכה היה ניתן מגוף הקנין עצמו שחייב להיות שהבהמה זזה.

"מנהיג לחודיה מי איכא למאן דאמר דלא קני - הא משיכה היא זו, ובהמה נקנית במשיכה, ומאי תיבעי ליה לרב יהודה, אי ודאי אמר שמואל בחד מינייהו דלא קני - ברכוב הוא דקאמר, דקסבר משיכה בעינן, שתעקור יד ורגל, כדאמרינן בקדושין" ומוכח מלשונו שהבין שרכוב אין בו משיכה והבהמה אינה עוקרת יד ורגל ולכן ניתן לקבוע ששמואל אמר שמנהיג קונה ולא רכוב. ולקמן נביא עוד ראשונים שסוברים שרכוב אינו משיכה. אך יש להקשות לשיטה זו שממה שראינו לעיל הקנינים המועילים בבהמה הם משיכה או הגבהה ולחלק מן השיטות גם מסירה ופה משמע שיש קנין מחודש שהוא לא אחד מהנ"ל ואם כן מהו המקור לכך שיש קנין כזה ובהמשך נרחיב עוד בענין זה.

בהמשך הסוגיא שם אומרת הגמרא: "תא שמע, רבי אליעזר אומר: רכוב בשדה ומנהיג בעיר - קנה! - הכא נמי מנהיג ברגליו. - אי הכי היינו מנהיג! - תרי גווני מנהיג. - אי הכי רכוב בעיר מאי טעמא לא קני? - אמר רב כהנא: לפי שאין דרכן של בני אדם לרכוב בעיר וכו' אלא במקח וממכר עסקינן, דאמר ליה: קני כדרך שבני אדם קונין. ואי רשות הרבים הוא - קני, ואי אדם חשוב הוא - קני, ואי אשה היא - קניא. ואי איניש זילא הוא - קני." וז"ל רש"י שם: "ואי רשות הרבים הוא קני - בעיר, דדרך לרכוב שם ולא להנהיג, פן יפסקו עוברי דרכים בינו לבין בהמתו. ואי אדם חשוב הוא - אין דרכו להנהיג בהמה ברגליו, ודרך כבוד לרכוב עליה אף בסמטא שאין בני אדם שם, וכן אשה שאין בה כח לאחוז הבהמה פן תינתק הימנה. ואי איניש זילא הוא קני - שדרכו לרכוב לפני כל, אף בלא דוחק, לפי שאינו צנוע, אבל אדם בינוני, כגון שאינו חשוב בעושר ואינו בוש להוליך בהמה ברגליו - אין דרכו לרכוב בסמטא בעיר, משום צניעות." וכשיטת רש"י הבין הרמב"ם, והרא"ש חלק והסביר בגמרא שרק אדם חשוב קונה ברה"ר, וכן הרא"ש עפ"י שיטתו לעיל מעמיד את הדין הזה במנהיג ברגליו, ומכל מקום לפי כל השיטות עולה קושיא פשוטה וחזקה בפשט הסוגיא וכן הקשה גם רע"א על השו"ע שם וז"ל: "או שרכב. נ"ב משמע להדיא דרכיבה מדין משיכה קנה דאזלא מעט מחמתיה וכמ"ש בסוגיא דמדמי לה לכלאים וכן משמע לשיטת הרא"ש דרכוב לא קנה אלא במנהיג ברגליו. ומשמע דרק מדין משיכה אתינן עלה א"כ לא קנה ברה"ר וכדמשמע להדיא לישנא דהשו"ע דמתחלה כתב בס"ב דמשיכה אינה קונה אלא בסמטא לא ברה"ר ועלה כתב בסעיף ג כיצד קונין במשיכה או שרכב משמע דלא מהני קנין רכיבה רק בסמטא ולפי זה יקשה מההיא דסעיף ה ואם בעיר ברה"ר וכו והוא מדברי הש"ס ואי ברה"ר קנה משמע דרכיבה קונה ברה"ר ולהרא"ש כל

הסוגיא במנהיג ברגליו. ואיך קני ברה״ר הא משיכה אינה קונה ברה״ר וצ״ע.״[4] וכן הקשה שם קצוה״ח קצז,ב ועוד.

בישוב קושיא זו מצאנו שלושה כיוונים עיקריים: א. רכוב קונה מדין משיכה ולמרות זאת הוא יקנה ברה״ר מסיבות שונות שמאפשרות קנין משיכה אפילו ברה״ר. ב. רכוב זה קנין חדש שעומד בפני עצמו מעין קנין תפיסה. ג. רכוב זה קנין משולב שמורכב ממשיכה וממסירה ולכן הוא מצריך תזוזה של הבהמה ומצד שני ניתן לעשותו ברה״ר כמסירה.

ישוב א

התוס׳ רי״ד בב״מ שם כותב וז״ל:

״ואי ברשות הרבים הוא קנה. ואי קשיא והא במנהיג ברגליו מוקמינן ליה דה״ל מנהיג והיינו משיכה והא קי״ל דמשיכה ברה״ר אינה קונה כ״א בסימטא כמו שהוכחתי בפ׳ מרובה במהדורא תנינא בהל׳ היה מושכו ויוצא, תשובה נ״ל דיש חילוק בין משיכת מטלטלין לבין משיכת בעלי חיים דמשיכת מטלטלין אינה קונה ברה״ר ומשיכת בעלי חיים קונה ברשות הרבים, דמשיכת מטלטלין בעינן שימשוך המטלטל ויביאנו אליו אבל אם גלגלו הלאה ברחוק ממנו אף על פי שהסיעו הרבה ממקומו לא קנה דלא חשיבא משיכה דידי אלא כשהוא מביאו אצלו והילכך בסימטא שיש לו בה רשות מהני משיכה והוי כאלו הביאו ברשותו אבל ברה״ר שאין לו בה רשות לא קניא משיכה דלא הביאו לרשותו אבל משיכת בע״ח אינה כן דעיקר משיכתן היא להנהיגה לפניו ולא שיביאם אצלו ובעינן עד שתעקור הבהמה יד ורגל או עד שתהלך מלא קומתה ובכל טצדקי דאיכא עקירה בין לפניו כגון שהנהיגה לפניו בין שהביאה אצלו הויא משיכה כדאמרי כיצד במשיכה קורא לה והיא באה, וכיון דעיקר הקנין תלוי בעקירת יד ורגל ולא שיביאנה אצלו אפילו ברה״ר קונה״.

אמנם יש להדגיש את מה שמובא בתחילת דבריו שהוא מבין שהקושיה קשה רק לפי ההעמדה שרכוב הוא מנהיג ברגליו ואז פשוט לו שהקנין הוא מדין משיכה וממילא קשה קושית קצוה״ח ורע״א, ומשמע ממנו שאם נשארים בהבנה שמדובר על רכוב בלבד על זה לא יהיה קשה וממילא מובן מדבריו שרכוב אינו קונה מדין משיכה.

---

[4] הדברים עוד יותר קשים עפ״י יישוב הסמ״ע את דברי הרמ״א בסעיף ה שלכאורה איחד בין הרמב״ם לרא״ש ויוצא מדבריו שרכוב קונה אפילו במקום שהרבים דוחקים ביותר ולא ניתן לעשות אוקימתא בגמרא ולהעמיד אותה ברה״ר כזו שדומה יותר לסימטא.

גם באחרונים מוצאים את הכיוון הזה שרכוב הוא מדין משיכה ולמרות זאת הוא מהווה קנין ברה״ר ונביא דבריהם של שנים המשנת יעבץ והאבי עזרי.

המשנת יעבץ מביא את דברי הרמב״ם (מכירה ד,ד) וז״ל:

> דבר הנקנה במשיכה אם היה ברשות הרבים ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא, כיון שהוציא מקצת החפץ מרשות הרבים קנה.

והשיג עליו האב״ד שם[5] וז״ל:

> א״א נ״ל שאין זה הדין בחפץ דהא קי״ל בספינה כשמואל דאמר עד שימשוך את כולה אבל בבהמה ודאי סגי לה ביד ורגל כת״ק עכ״ל.

וכתב על דבריהם המ״מ וז״ל:

> ...ובודאי אף דעת רבינו כן כשמואל כמו שנתבאר למעלה פרק ג אלא שהוא סובר דה״מ כשהדבר הוא ברשות שהמשיכה קונה ואין חילוק בין ספינה לשאר חפצים אבל הכא טעמא אחרינא הוא שזה כבר משכה כולה אלא שהיתה ברשות שאין המשיכה מועילה בו כיון שהכניס מקצתה ברשות שהמשיכה קונה בו די בכך וזהו שאמרו בסוגיא דספינה משיכה ברה״ר מי מהניא וכו ופרכינן מאי עד שימשכנה מרה״ר לסימטא ודומה לסוגיא זו גבי פירות וסובר רבינו דבמקצתה סגי אפילו לשמואל וצ״ע. אח״כ מצאתי לרמב״ן ז״ל בכתובות פ׳ אלו נערות שכתב כדברי רבינו ממש בסוגיא דהיה מגרר ויוצא ודקדק כן מאותה סוגיא ומסוגיא דעד שימשכנה שכתבתי.

וביאור דבריו שהראב״ד פרש את דברי הרמב״ם שמשיכה כלשהו תקנה בשאר חפצים לעומת ספינה שבה פוסקים כשמואל שצריך למשוך את כולה ואומר הה״מ שהרמב״ם סובר ששאר חפצים כספינה שלא קנה עד שימשוך את כולה אך בהלכה זו הרמב״ם מדבר במציאות שהקונה משך חפץ ברה״ר והכניס את קצהו לסימטא ולשיטתו זה יספיק. לומד מזה המשנת יעבץ שקנין משיכה מורכב משני חלקים הזזת החפץ ממקומו והבאתו לרשות קונה ולכן הרמב״ם סובר שאם נעשתה ההזזה ברשות הרבים ובסופה החפץ הגיע לסימטא זה יועיל מדין משיכה. לפי זה אומר המשנת יעבץ שרכוב קונה מדין משיכה אך

---

[5] השגת הראב״ד מצויינת בטעות על הלכה ג אבל דבריו מוסבים לדברי הרמב״ם בהלכה ד כפי שמוכח ברב המגיד שנביא בסמוך.

זה שהוא רוכב על הבהמה מגדיר אותו כהבאה לרשות ולכן במצב כזה הבהמה מחוסרת רק הזזה ולכן רכוב ברה״ר יקנה מדין משיכה.

באביעזרי הלכות כלאים ט,ט מסביר בכיוון דומה וז״ל:

> שאף שאמרינן שרכוב קונה משום שאזלא מחמתו, זהו רק שגדר הקנין הוא משיכה, אבל הקנין הוא רק ע״י שרוכב עליה וזהו רכיבה כשהולכת מחמתו, הוא קונה ע״י רכיבה, והוא גם כן גדר קנין משיכה, ושני מיני משיכה הן, האחד מה שמושך אותה או קורא לה והיא באה להדיא מחמתו, והשני רכיבה, אבל מצד זה לבד מה שהולכת מחמתו לא היה קנין שאין זו משיכה להדיא. ואילו רכיבה קונה אפילו ברה״ר.

ונראה שכוונתו לומר שיש שני סוגים של קנין משיכה א. קנין משיכה רגיל שמהותו היא הזזת הבהמה והוא יועיל רק בסימטא. ב. קנין רכוב שהוא גם כן בגדר של קנין משיכה אך הוא מורכב מרכיבה וע״י כך הזזת הבהמה, והוא אינו נחשב גם כסוג הראשון של המשיכה מכיון שאין פה הזזת הבהמה להדיא ולכן הקנין יחול רק ברכוב. הבדל נוסף בין שני הקנינים הוא שמשיכה אינה קונה ברה״ר ורכוב קונה.[6]

ישוב ב

ישנו כיוון נוסף להסביר את קנין רכוב שהוא קנין בפני עצמו ולא ענף של קנין אחר.

הריצב״ש המובא בשיטה מקובצת בב״מ ט,א אומר כך:

> אלא נראה לי דהכי פירושו אי אמרת בשלמא ברכוב לחודיה והבהמה עומדת במקומה קונה מפני שהוא משתמש בה כדרך שאדם משתמש בבהמתו והוי דומיא דחזקה משום הכי בעיר לא קנה שאין דרך בעיר לרכוב ולעמוד במקומו אבל בשדה דרך הוא לרכוב ולעמוד במקומו שאינו מתבייש וגם שעומד על פועליו ולראות בשדותיו מה הם צריכים אלא אי אמרת במנהיג ברגליו משיכה גמורה היא זו.

---

[6] האביעזרי לא מסביר למה יועיל רכוב ברה״ר שהרי קנין משיכה אינו מועיל ברה״ר ונראה בפשט דבריו שההגדרה שקנין משיכה לא מועיל ברה״ר מעולם לא נאמרה ביחס לנושא הכולל שנקרא קנין משיכה אלא רק ביחס לסוג הראשון של קנין משיכה וממילא יצא שברכוב אין כלל את הענין של הבאה לרשות, ולכן לא היתה הא״מ שלא יקנה ברה״ר וממילא לא קשה הקושיא.

ביאור דבריו שהסוגיא על תירוצו של שמואל שמדובר בברייתא שם שרכוב קונה היינו מנהיג ברגליו מקשה שאם כך אז בעיר גם צריך לקנות ומבאר הריצב"ש את שאלת הגמרא שבשלמא אם תגיד שרכוב קונה בעצם הרכיבה בלי שתזוז ממקומה וזה דומה לחזקה שהוא עושה בה אז מובן למה הברייתא מחלקת בין עיר לבין שדה כי אין זה דרכו של אדם לעמוד בעיר כשהוא רכוב בלי תזוזה, אך אם נאמר שמדובר ברכוב שהוא מנהיג ברגליו מדוע לא יקנה גם בעיר.

גם ברש"י שהבאנו לעיל רואים את הכיוון הזה. אמנם קשה על דברי רש"י אלו, שהרי בדף ח,ב שם הגמרא משוה בין יושב בקרון לענין כלאיים לבין רכוב ואם כך יש הכרח לומר שהרכוב שהגמרא מדברת עליו הוא רכוב שהבהמה אזלא מחמתו שאם לא כן הוא לא יעבור על איסור כלאיים אלא שחייבים לומר שגם ברכוב מדובר שאזלא מחמתו ועיין שם תוס' ועוד.

בית הלוי (ח"ג סי' מג) מיישב את דברי רש"י עפ"י סברא שהוא מחדש שכאשר יש שני קנינים שונים ששנים עושים בבת אחת הם לא יבטלו זה את זה אלא הדין יהיה שיחלוקו, אך אם שנים עושים בבת אחת את אותו קנין כגון שנים שמושכים בבת אחת זה מצד זה וזה מצד זה במצב כזה קנינו של אחד מהם יתבטל. על פי זה הוא מסביר בדעת רש"י שהגמרא (ח,ב) כאשר שאלה על פי שמואל מי עדיף רכוב או מנהיג בהכרח הבינה בדעת שמואל שרכוב קונה מדין משיכה מכח הסברא דלעיל, ועל כן יש הכרח להבין שמדובר על רכוב שאזלא מחמתו ולכן הסוגיא משוה בין רכוב לבין כלאיים, אך רש"י בעמוד א שאמר שרכוב קונה כאשר לא זזה ממקומה כתב כך שלא עפ"י שיטת שמואל ובאמת אין השוואה בין רכוב כזה לבין כלאיים. יוצא אם כן שיש שיטה שלא הולכת בשיטת שמואל וסוברת שרכוב זה קנין נוסף שלא שייך למשיכה ואין הכרח שהבהמה תזוז.

אמנם לכאורה קשה על בית הלוי שהרי לעיל הבאנו דיוק מדברי רש"י שסובר שרכוב קונה לא מדין משיכה בעמ' ב (ד"ה מנהיג לחודיה) ואם כן יוצא שרש"י מסביר גם בסוגיא שהולכת אליבא דשמואל שרכוב לא קונה מדין משיכה ואין צורך שהבהמה תזוז ואם כן הדרא קושיא לדוכתא.[7]

גם מפשט לשונו של תוס' ב"מ ט,א (ד"ה ונקני נמי) נראה שסובר שרכוב קונה ללא תזוזת הבהמה ואם כן לכאורה לא מדין משיכה. הסוגיא שם ממשיכה

[7] קושיא זו שמעתי מהרה"ג אשר אריאלי בשיעוריו בקול הלשון.

בהבאת הראיות נגד שמואל שסובר שרכוב קונה רק כאשר הוא מנהיג ברגליו ומביאה הגמ' ברייתא: "תא שמע: אחד רכוב חמור ואחד תפוס במוסירה - זה קנה חמור וזה קנה מוסירה. שמע מינה: רכוב קני! - הכא נמי במנהיג ברגליו. - אי הכי נקני נמי רכוב במוסירה!" כלומר הגמ' מקשה שאם רכוב הוא מנהיג ברגליו אז היה צריך לקנות גם במוסירה שהרי גם בה עושה משיכה, ועל זה אומר שם תוס' "אי גרסינן אי הכי ה"פ אי אמרת בשלמא כשאין מנהיג ברגליו ורכוב קני הבהמה משום דתפיס בה א"ש דלא קני מוסירה דבמטלטלין לא שייך קנין של מוסירה אלא בהגבהה או משיכה אבל אי מיירי במנהיג ברגליו לקני נמי מוסירה במשיכת הבהמה אי אמרינן משוך בהמה זו וקני כלים שעליה קני דלקמן מיבעיא לן אי קני אי לא קני לפשוט מהכא דלא מהני." כלומר תוס' מסביר את שאלת הגמ' שאם לא נעמיד במנהיג ברגליו אז מובנת הברייתא כי רכוב קונה ללא תזוזת הבהמה מטעם דתפיס בה ולכן אין מה שיקנה את המוסירה אך אם מדובר במנהיג ברגליו גם המוסירה צריכה להיקנות בכך ואם רואים מהברייתא שזה לא כך היה ניתן להביא את זה בתור ראיה לדין של מושך בהמה לקנות כלים שעליה. ונראה לכאורה מלשון התוס' שרכוב ללא מנהיג ברגליו זה קנין שהוא מעין חזקה.

אמנם אם נבין כך בתוס' זה לא יתיישב עם התוס' שהזכרנו לעיל בדף ח,ב שהקשה על ההשוואה בין רכוב לבין כלאיים שהרי בכלאיים פשוט שהבהמה זזה שאם לא כן אין איסור ואומר התוס' שגם ברכוב מדובר שאזלא מחמתיה קצת, ובאמת הפנ"י אומר שהתוס' כאן סובר כתוס' שם והקנין הוא מדין משיכה ולשונו כאן היא לא בדוקא.[8]

גם בפירוש רע"ב על המשנה מוצאים כיוון כזה שהרי הביא על הדין של היו שנים רכובים שבמשנה את לשון רש"י בדף ח,א הנ"ל שרכוב קונה אף אם הבהמה לא זזה ממקומה. אך קשה להבין את דבריו מכיון שעל הדין של אחד רכוב ואחד מנהיג מביא הרע"ב את דבריו של הרמב"ם בפיה"מ על משנה זו[9] וז"ל רע"ב:

> בזמן שרוכב מנענע ברגליו כי היכי דתיזיל הבהמה מחמתיה, הוא דשוים רוכב ומנהיג. ואם לא היה אלא רוכב בלבד, מנהיג קנה, רוכב לא קנה.

---

[8] וכן משמע במהר"ם שיף על התוס'.

[9] ולכאורה לשון זו של הרמב"ם לא מתיישבת עם מה שסברו בדעתו הה"מ והר"ן שהבאנו לעיל ועיין הערה 2.

ומקשה עליו התוי״ט שם שלכאורה הרע״ב תפס את החבל משני קצותיו שהרי אם יש קנין רכוב אף בלא תזוזת הבהמה א״א להסביר את המשך המשנה כדעת שמואל שהרי הסוגיא הכריעה אליבא דשמואל דרכוב לא קני אלא אם כן הוא מנהיג ברגליו, ועיין מה שהבאנו לעיל אליבא דרש״י. ואומר התוי״ט שבאמת הרמב״ם והרי״ף פסקו שרכוב קונה ודלא כשמואל, וגם אם מהרמב״ם משמע שמצריך שברכוב הבמה תיזיל מחמתיה מאחר ורכוב קונה מדין משיכה, אך בדעת הרי״ף נוכל להעמיד את כל המשנה בקנין רכוב אף שלא זזה ממקומה.

לכאורה יש להקשות מה המקור לכך שיש קנין כזה, ויותר מזה לכאורה נראה מהמשניות והש״ס שיש קנינים מסויימים שקונים בבהמה (משיכה, מסירה והגבהה) ותו לא ומהיכי תיתי לחדש קנין נוסף,[10] ואולי אפשר לומר בהסבר שיטה זו שבסוגיית הקנין מצאנו מצבים שבהם חל קנין למרות שהוא לא ממעשי הקנין המפורטים בש״ס ודוגמא לכך זה קנין סיטומתא והדברים הנקנים באמירה שאלו דרכי קנין מחודשות ואחת הסברות שנאמרות בהסבר הדבר היא שמעשי הקנין תכליתם היא לבטא גמירות דעת ורצון לעשות את הקנין ובמצבים בהם יש אומדנא שיש גמירות דעת יחול קנין ועפ״י זה אולי ניתן להבין כאן שהרכוב זה מעשה שמראה בצורה חזקה תפיסה ובעלות ולכן הוא קונה.[11]

ישוב ג

נתה״מ קצז,ב כותב וז״ל:

> ובקצוה״ח (סק״ב) הקשה הא רכיבה הוא מטעם משיכה ומשיכה לא מהני בר״ה. והוא לכאורה תמוה בעיני כל מעיין. ואפשר דס״ל כדעת התוספות ב״מ ט,א בד״ה ונקני נמי רכוב במוסירה, דמשמע מדבריהם דאי אמרינן רכוב קנה קנה מטעם מוסירה ע״ש ואף שכתבו לעיל (ח,ב) בד״ה רכוב עדיף דבעינן ג״כ אזלא מעט מחמתיה ע״ש, וע״כ צ״ל דס״ל להתוספות דמצרפין קנין מוסירה לקנין דאזלא מחמתיה ובצירוף שניהם קונה, וכ״כ השיטה מקובצת (שם ד״ה רכוב עדיף), רק שכתב

---

[10] אמנם מפשט לשון הסוגיא דרכוב ומנהיג בח, א נראה יותר כפרוש רש״י שהרי לשון הגמ׳ היא ״רכוב עדיף - דהא תפיס בה, או דלמא מנהיג עדיף - דאזלא מחמתיה.״ ומשמע שברכוב הבהמה לא אזלא מחמתיה ועיין תוס׳ שנדחק שם בביאור דברי הגמ׳.

[11] לכאורה לפי הגיון זה היה נראה פשוט שגם הנופל על המציאה יקנה אותה ומה הוא גרע מרכוב וצ״ע.

> דבמציאה אין מצרפין משום דלא שייך מוסירה כלל במציאה דמאן מסר ליה, אבל במקח וממכר דשייך מוסירה מצרפין, וכיון דע״י צירוף של משיכה דאזלא מחמתיה וע״י מסירה נגמר הקנין, ומוסירה אינו קונה רק ברה״ר ומשיכה אינו קונה רק בסימטא, אם כן אין לחלק ברכיבה בין סימטא לרה״ה כיון דע״י צירוף שניהם באה הקנין, לכך אין לחלק בין סימטא לרה״ר.

משמע מדבריו שהבין בתוס׳ ד״ה ״ונקני נמי״ שהבאנו לעיל לא חולק על התוס׳ שאמר שברכוב אזלא מחמתיה קצת ולכן התוס׳ סובר שרכוב קונה מצירוף של דין מסירה ודין משיכה ולכן זה יועיל גם בסמטא וגם ברה״ר, אך רכוב לא יועיל כלל במציאה כי שם לא שייך מסירה כלל.[12]

ה. שיטת הרשב״ם בדין מסירה

בב״ב עו,א בתוס׳ (ד״ה ספינה נקנית במסירה) וכן בקידושין כה,ב (ד״ה בהמה גסה נקנית) מובאת בתוס׳ מחלוקת. ר״י ורשב״ם שסוברים שמסירה זה קנין גרוע שיכול להועיל רק היכן שמשיכה לא מועילה ולכן הוא יקנה רק ברה״ר ולא בסמטא ור״ת סובר שמסירה עדיפא ממשיכה ע״ש. הב״י סובר בדעת הרא״ש ור״י שקנין מסירה לא קונה בבהמה כלל וכך הוא פוסק בשו״ע קצז,א והסמ״ע שם מביא את מה שכותב הטור בסימן קצח בהסברת הסברא שמסירה תקנה ברה״ר בספינה ובבהמה שמכיון שלא רצו להטריח את הקונה בהמה או ספינה למשוך מרה״ר עד הסמטא לכן תיקנו שמסירה תקנה דוקא בדברים אלו מכיון שבהם המסירה קרובה מאוד אל המסירה מאחר והבהמה והספינה ע״י משיכה קלה זזים מעצמם הרבה ולכן זה עדיין נשאר בגדר של משיכה. לכאורה יש להקשות אליבא דשיטת הרשב״ם ור״י על כל שלושת הישובים שהבאנו לעיל כי אם נלך עפ״י הישוב הראשון יוצא שניתן לעשות משיכה ברה״ר אם כן לפי הרשב״ם במקום שבו ניתן לקנות במשיכה לא ניתן לקנות במסירה, ואם נלך לפי הישוב השני שמדובר על קנין חדש שעומד בפני

---

[12] ויש להבין מה הסברא בדבריו, ממה נובע הצירוף ואיך ניתן לצרף שני קנינים שונים וצ״ע. ואולי אפשר להבין מדבריו, שקנין מסירה הוא מעין נתינה לידו במקום שאין לו רשות שיכול למשוך אליה והמסירה מהווה מעין הכנסה לרשותו ואם נאמר שקנין משיכה מכיל שני שלבים א. הזזת הבהמה. ב. הכנסה לרשותו אם כן כאשר הקונה רוכב על הבהמה הוא גם מושך אותה וגם עושה בה מסירה שזה ההכנסה לרשותו ולכן זה יועיל גם בסמטא וגם ברשות רבים, וזה קצת דומה לתירוץ השני שהנתיבות מביא שמדובר על רכוב שרוכב מרה״ר לסמטא והמשיכה כולה נעשית רק ברה״ר ולסמטא הוא מגיע רק עם מקצת הבהמה וגם בכזה מצב רכוב יקנה ולכאורה הביאור בזה הוא כנ״ל שמכיון שיש גם הזזת הבהמה וגם הכנסה לרשותו זה נחשב משיכה מעליא וצ״ע.

עצמו גם כן יהיה קשה מדוע אליבא דרשב״ם לא יהיה צורך לעשות קנין כזה וממילא מסירה לא תקנה.[13] גם לפי הישוב השלישי נראה פשוט שקנין המשולב ממשיכה ומסירה עדיף מקנין שמבוסס רק על מסירה, ואם כן עדיין קשה עפ״י שיטת רשב״ם קושיית קצוה״ח ורע״א.

[13] היה אולי ניתן לומר אליבא דשיטה זו שצריך לומר שקנין מסירה נחשב גרוע רק ביחס לקנינים הדומים לו – משיכה, הגבהה וכו׳, אך פשיטא שגם אם ניתן לעשות למשל קנין סודר בבהמה כשהיא עומדת ברה״ר זה לא יכריח שקנין מסירה לא קנה ואם כן לכאורה היה ניתן לומר שקנין רכוב בענין זה דומה לסודר ולכן למרות שאפשר לעשות קנין רכוב זה לא יבטל את קנין מסירה אך נראה פשוט שרכוב שייך לסוג הקנינים של מסירה ומשיכה ולכן הקושיא עומדת בעינה.

הרב יוחנן גבאי

קנין בקטן

ראשי הפרקים

א. מקורות לקניני קטן

ב. כוונה בדעת הקונה

ג. קנין המועיל לקטן

ד. לא ליקני לולב לקטן

ה. שיטת רש"י

ו. שיטת הרמב"ם

א. מקורות לקניני קטן

קי"ל אין קנין לקטן מדאורייתא אמנם חכמים תיקנו שיוכל לקנות משום כדי חייו. בש"ס מובאים כמה מקורות לתקנת חז"ל ננסה לבחון את המקורות כדלהלן:

א. גיטין נט,א "הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר" ובגמ' שם מעמידים כבן שש או עשר לפי חריפותו.

ב. גיטין סה,א אמר רבא שלוש מידות בקטן הפעוטות – מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלים כבן שש או עשר (תואם למקור א) רש"י כתב בן שש עד שמונה הרש"ש תמה מדוע רשי מתעלם מהדיעות בגמ' שהזכירו עד גיל עשר . צרור וזורקו אגוז ונוטלו - זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים (בערך בגיל שלש) בן עשרים - יכול למכור בנכסי אביו.

ג. בבא בתרא קנו,ב "זכין לקטן ואין זכין לגדול" רשב"ם מסביר משום שקטן אינו יכול לזכות לעצמו תיקנו לו שיכולים לזכות לו התוס' גיטין סה,א ד"ה "צרור" שואל והרי למדנו שתיקנו קנין לקטן ומדוע לא זוכה לעצמו ותירצו דמיירי בגיל קטן יותר(פחות מגיל צרור וזורקו בערך פחות מבן שלש).

ד. גיטין נט,ב "מציאת חרש שוטה וקטן אינו זוכה רק מדרכי שלום" והרי למדנו במקור ב' שזוכה לעצמו ולא מדין דרכי שלום ותירצו בראשונים במקור ב' מדובר שקיבל הקטן מתנה מאחר וזכה משום דעת אחרת מקנה לו אבל

במקור ד' מיירי שזכה במציאה ללא דעת אחרת ותיקנו לו משום דרכי שלום (ולדבריהם מדובר בגיל ארבע-חמש).

הש"ך חו"מ רמג,לא שאל מנין חילוק זה שאינו מופיע בש"ס ותירץ מקור ד' מיירי בגיל קטן יותר ממקור ב' (אולי כבן שנתים - שלש).

ה. סוכה מו,ב

> א"ר זירא לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא מ"ט דינוקא מקנא קני אקנויי לא מקני.[1]

רוב הראשונים הבינו שקטן קנינו מדרבנן אמנם הריטב"א בקידושין יט,א מביא שיטה הסוברת שזכיית קטן מדאורייתא והביא ראייה לדברים מהגמ' ע"ש ואף הש"ך (רמג,לא) רצה להוכיח מדברי הירושלמי שקטן זוכה מדאורייתא (עיין בחת"ס שם שחולק על הש"ך ומוכיח מהגמ' ב"מ עב,א שקטן זכייתו מדרבנן ורק בדעת אחרת מקנה לו זוכה מדאורייתא) וצריך לומר לדבריהם שישנה מחלוקת סוגיות האם קטן קונה מדאורייתא או מדרבנן ויש לברר הבנת שורש מחלוקתם (יש להוסיף דעת הרמב"ם הטור הביאו בסימן רלה, וז"ל: "קטן עד שתים עשרה שנה אין הקנאותיו כלום משתים עשרה ואילך ממכרו ממכר אם יודע בטיב משא ומתן" הב"י שם כתב ספר מוטעה נזדמן לטור והנכון בדברי הרמב"ם כדברי הגמ' שעד גיל שש אין הקנאותיו כלום מכאן ואילך חכמים תיקנו לו הדרישה לא מקבל שהטור יטעה בטעות כזו ולכן מסביר כך שקטן אין מקחו מקח מדאורייתא עד גיל שתים עשרה ולכן חכמים תיקנו לו אבל מגיל שתים עשרה ואילך קנינו מדאורייתא כמו שמצאנו בנדרי קטן ואין הסבר זה סותר לרמב"ם שפסק בהלכות מכירה כט,יב קטן שהגדיל והביא שתי שערות אחר שלוש עשרה שנה אעפ"י שאינו יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח" שאפשר שאם יודע בטיב משא ומתן אפשר מגיל שתים עשרה).

יש להתבונן מה החיסרון בקטן מדוע אינו יכול לקנות בקובץ הערות סימן כט מסביר שקטן עד גיל שש-שבע הרי הוא כשוטה שאין בו דעת ואין במעשיו כלום אבל קטן מבן שש-שבע ומעלה אין לו חיסרון דעת במעשה הקנין אלא לפעול בחלות הקנין ורצה לומר בקטן כזה שיקדש אישה הקידושין יחולו לאחר

---

[1] בהמשך נדון במקור זה באיזה גיל מדובר.

שיגדיל למ״ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם שהרי מעשהו קיים ורק החלות תתקיים לכשיגדיל.

ועיין עוד בברכת שמואל קידושין סי׳ י סק״ד שכתב כעין זה שקטן אינו מופקע ממעשה הקנין אלא הוה כגדול ללא כוונה.

בקהילות יעקב יבמות סימן ל חוקר מהו חיסרון בקטן האם משום שאין בו דעת או משום שאינו בתורת קניינים וקידושין והוכיח מדברי רש״י בכתובות עג,ב שכתב שקטן נתמעט מהפסוק כי יקח איש ולא קטן וה״ה לשאר הקניינים מדבריו עולה שאין החיסרון משום חיסרון בדעת אלא שאינו בתורת קניינים (ע״ש שהביא ראיות נוספות) ישנם אחרונים שרצו לתלות חקירה זו במחלוקת רש״י ותוס׳ לגבי יבום בקטן. לדעת רש״י בקידושין יט,ב שייבום קטן מדאורייתא והטעם משום חיסרון של קטן בחוסר דעת וביבום אין צורך בדעת אבל תוס׳ סובר שקונה מדרבנן משום שאין הקטן בתורת קניינים ורק רבנן תיקנו לו. הקהילות יעקב שולל זאת וכותב שרש״י ביבמות צו,ב סובר שקטן אינו מייבם מדאורייתא ואפילו לדיעה שס״ל שמייבם מדאורייתא אין הסיבה משום שאין צורך בדעת אלא משום שהתורה זיכתה לו.

בקובץ הערות בסימן עו דן בדברי תוס׳ שמדבריהם עולה שקטן יכול לחלוץ אילולי הפסוק שדרשו איש ולא קטן ושאל כיצד יועיל חליצת קטן והרי יש צורך בכוונה וקטן לאו בר כוונה ועוד שאל האם יועיל שגדול יעמוד על גביו ואף בשאר סוגי הקניינים למה לא יועיל כמו שמועיל בשחיטה והסביר שיש שני אופנים של חלויות:

א. החלות שנעשית מכח האדם הפועל כגון בגיטין וקידושין ושאר הקנינים.

ב. שהמעשה עצמו פועל את החלות ולא מכח האדם כגון שחיטה שמעשה השחיטה פועל את החלות וכיצד נדע להבחין בין שני סוגי החלויות? כאשר האדם יכול להטיל תנאים במעשה שעושה כגון בגיטין וקידושין ושאר הקנינים משמע שהחלות פועלת מכוחו ולא מכח מעשה ובמקרה כזה לא יועיל שגדול יעמוד על גביו וכן אם המעשה תלוי בזמן כגון קידושין או גט שיחול לאחר זמן רואים שהחלות מתקיימת מכוחו ורק במקרה שהמעשה פועל את החלות אפשר שגדול יעמוד על גביו.

בירושלמי תרומות פ״א איתא ״חש״ו שקידשו אין קידושיהן קידושין רבי ישמעאל בנו של ריב״ב אומר בינו לבין עצמן אין קידושיהן קידושין בינם לבין אחרים קידושיהן קידושין״. ונחלקו האחרונים בדברי הגמ׳: הנו״ב כתב

דמיירי בקידושי אישה ונחלקו האם בגדול עומד ע״ג קטן חלים הקידושין. התורת גיטין חולק וסובר שודאי בקידושי אישה לכו״ע לא חל אפילו אם גדול עומד על גביו ובירושלמי מיירי בקידוש אפר פרה ובהסבר דבריו כתב ר׳ חיים שמואלביץ (ספר הזכרון סימן ג) שגדול העומד על גביו מועיל רק במקום שצריך כוונה בלבד אבל במקום שצריך את רצון העושה וזה בא מחשבון נפשו אין מועיל גדול עומד על גביו. בהמשך דבריו הביא דברי תוס׳ בחולין יג,א שכתב וז״ל ״ולתרומה נמי יועיל גדול עומד על גביו״ מהרש״ל מוחק תיבות אלה מדברי תוס׳ לעומתו כתב מהר״ם שיש לקיים את הגירסא. ר׳ חיים רצה לתלות מחלוקתם במחלוקת שהבאנו לעיל בין הנו״ב לתו״ג שהמהר״ם סובר כדעת הנו״ב שאף בכל הקנינים מועיל שגדול עומד על גביו ואף בתרומה ר׳ חיים לא מקבל דברי הנו״ב כי לא מצאנו בכל הש״ס שיועיל קידושין לקטן. עכ״פ מדברי הנו״בי עולה שלא מסכים לדברי קובץ הערות שכתב שבקידושין ובשאר הקנינים שהחלות באה מכוחו של הפועל לא יועיל גדול עומד על גביו.

ב. האם בעינן כוונה בדעת הקונה

בגמ׳ יבמות נב,א: אמר רב יוסף עודר בנכסי הגר וכסבור ששלו הם לא קני, תוס׳ ישנים שם כתב משמע מהכא שצריך כוונה בקנין והרי בגמ׳ ב״ק כט,א משמע שקונה מעל שלושה טפחים ללא כוונה ותירץ שיש הבדל בין קנין מטלטלים שאין צורך בכוונה לבין קנין קרקע שיש צורך בכוונה.

החת״ס אבה״ע סי׳ קו תירץ שבנכסי הגר הצריכו כוונה משום שעדר כדי להשביח את השדה אבל היכא שלא נתכוין לדבר אחר אם עשה מעשה קנין ללא כוונה נתקיים הקנין.

נתה״מ קצז,ד חולק וסובר שאפילו אם יש אומדנא שרצה לקנות אינו קונה עד שיתכוין לקנות.

בספר פרי משה סימן נג חוקר האם יש צורך בכוונה במעשה הקנין או אף יש צורך כוונה בחלות הקנין ולפי זה רצה לתלות חקירה זו בהבנת המחלוקת של קנין קטן האם חל מדאוריתא (לריטב״א והש״ך) או מדרבנן (לרוב הראשונים) לדעה הסוברת שצריך כוונה על מעשה הקניין א״כ קטן היודע לעשות מעשה וכוונתו על המעשה ממילא אין חיסרון בקנין וקונה מדאורייתא אבל לדיעה שס״ל שצריך כוונה אף בחלות הקניין א״כ קטן שאינו יודע להחיל חלות בקניין ממילא קונה מדרבנן כתקנת חז״ל ולא מדאורייתא.

ג. קנין המועיל לקטן

הרמב״ם מכירה כט,ח:

> ואני אומר שאין מקח הקטן וממכריו במטלטלים קיימים אלא במשך או המשיך אבל אם נתן מעות ולא משך וחזר בו אין עליו מי שפרע.

מדבריו עולה שדווקא כשעשה קנין משיכה קנינו חל ואין קנין דמים נחשב כקנין אפילו לקבל עליו מי שפרע.

ועיין בר״ן גיטין סד,א שהביא דברי הגמ׳ ב״ב קנז,א שזכין לקטן ואין זכין לגדול והטעם משום שאינו יכול לזכות לעצמו מזכים לו ומה שזכה הקטן לעצמו זה דווקא במטלטלים ושהגיע לידו אבל בהקנאה אחרת כגון אגב או חליפין אינו זוכה לפי שקטן אינו יודע בדרכי הקנאה כלל ומה שתיקנו עבורו קנין לזכות דווקא שמחזיק בהם בדברי הר״ן רואים ששולל לקטן לקנות בקנין אגב או חליפין ועיין בספר נתיבות חיים ח״ג סימן כה שדן לגבי קנין מסירה או הגבהה וכתב אם קנין משיכה קונה לקטן כ״ש מסירה או הגבהה שהרי יכול לקנות ברשות מוכר מה שאין כן במשיכה.

ויש לברר מדוע קטן אינו יכול לקנות בקנין חליפין. בספר נתיבות חיים מסביר שהעושה פעולה קניינית צריך להבין ולהכיר בפעולה שעושה שפועלת בקנין ולכן במשיכה או בהגבהה או מסירה יודע הוא שקונה את החפץ אבל בחליפין אינו ניכר שעושה פעולה קניינית ואינו קונה לו.

בברכת שמואל (ב״מ סימן י) כתב שבכל הקניינים צריך דעת לחלות חפצא של הקניין אבל בקניין חליפין הוא שונה משאר הקניינים שאין זה מעשה קנין שהרי אין קונה נותן כלום למקנה אלא שקנין חליפין היא דעת המקנה שמקנה לו בחליפין וכך מסביר את דברי הרמב״ם שנתנו חכמים דעת לקטן רק כאשר יש מעשה קנין לקטן ורק הוסיפו חלות על הקנין אבל בחליפין אין זה מעשה קנין אלא דעת המקנה להשתעבד ואין אפשרות לעשות דעת הקטן כמעשה קנין ולפי זה כתב שקטן אינו קונה אף בשטר משום סתם קנין לכתיבה עומד ואין מעידין על הקטן ומכיון שדעת המתחייב צריך לאשווי שטרא דעת כזו לא תיקנו חכמים.

עדיין צריך לברר שיטת הרמב״ם והשו״ע מדוע כתב שדווקא עשה קנין משיכה נקנה המקח אבל בקנין כסף ללא משיכה אין עליו אפילו מי שפרע. נתה״מ רלה,י כתב במקרה שהמעות קונות אף מדרבנן (כגון כשביתו של לוקח מושכר לקטן) הדין של מי שפרע קיים אף במקח של קטן אמנם הסמ״ע שם ס״ק כג

כתב שבכל מקרה אין הקטן קונה בקנין כסף ולא חל דין מי שפרע כי המטלטלים נמצאים ביד הקטן ואין מוציאים מידו (הנתיבות תמה על הסמ״ע מנין לו שאי אפשר להוציא מהקטן) אפשר להציע אפשרות נוספת בדברי הרמב״ם עפ״י חקירה כיצד פועל קנין כסף הסמ״ע והט״ז בסימן קצ,ב נחלקו בזה הסמ״ע סובר שקניין כסף הוא כסף שיווי ולא שנותן פרוטה ובפרוטה זו נשתעבדו זה לזה זה לקנות וזה למכור דומיא דקנין שטר וחזקה וקנין סודר וט״ז שם חולק וסובר שכסף זה כסף קנין (עיין בנתיבות שם סק״ב שסובר כדברי הט״ז) ועיין בחלקת יואב חו״מ סי׳ יח שרצה לעמוד על ההבדל בין קנין כסף לבין קנין חליפין. והסביר שקנין כסף פועל מכח המקנה וקנין חליפין בא בתמורה וחילול לנתינת החפץ והקנין פועל מכח הנותן ולא מכח המקנה (ולפי זה תרץ מדוע במקרה שהסודר היה שווה פרוטה מדוע לא יקנה מדין קנין כסף) ועיין בזכרון שמואל סימן מט שהביא דברי ר׳ חיים עוזר שחילק בין כסף קידושין שזה כסף קנין לבין קנין כסף מכר שזה כסף שיווי והבין מדבריו שהט״ז סבר שקנין כסף קנין בעלמא וחלק עליו וכתב שאף לדברי הט״ז הכסף פועל את הקנין והט״ז חלק על הסמ״ע בזה שאין צורך שהכסף שניתן ישמש כפירעון דמי המקח (עיין שם בסימן מז שחקר בקנין סודר האם הוא קנין מעשה בעלמא או שדומה לקנין כסף ששעבוד הכסף הוא הפועל וסיים שם שאינו דומה לקנין כסף) לפי זה יוצא שקנין כסף אליבא דהט״ז הוא כמעשה בעלמא כעין קנין סודר כהבנת ר׳ חיים עוזר (ור׳ שמואל חולק) ואפשר לומר שהרמב״ם שפסק שקטן שעשה קנין מעות אין בזה מי שפרע יכול לסבור כדעת הט״ז (כהבנת דברי ר׳ חיים עוזר) שזה כקנין בעלמא ולכן אין קנינו של הקטן חל כקנין סודר וממילא לא חל עליו דין מי שפרע.

ד. לא ליקני איניש לינוקא

בגמ׳ סוכה מו,ב:

> א״ר זירא לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא מ״ט דינוקא מקנא קני אקנוי לא מקני ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו.

בהבנת דברי הגמ׳ נחלקו הראשונים:

א. שיטת רש״י

פרש״י: ״דינוקא מקנא קני״ - דרבנן תקינו ליה זכייה לנפשיה. ״אקנוי לא מקני״ - אינו יכול לחזור ולהקנותו לאביו במתנה דלאו בר דעת הוא.

מדבריו עולה שהקטן זוכה מאביו מתקנת רבנן ואינו יכול להקנות אף מדרבנן והרי חכמים תיקנו זכייה לקטן מסביר הר״ן מדובר בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות פנ״י בגיטין סו ב מעיר על דברי רש״י בגמ׳ שם מובא דברי רב אסי ״צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים חפץ ומחזירו לאחר שעה זוכה בין לעצמו בין לאחרים שכתב זוכה לאחרים״ – מדרבנן ואילו בזוכה לעצמו לא כתב מדרבנן משמע שזוכה מדאורייתא וסותר דבריו מהגמ׳ בסוכה שכתב זוכה מדרבנן והסביר שיש שני סוגי קטן שבגיטין מדובר בגדול יותר וכאשר מקנים לו זוכה מדאורייתא ודחה את הפירוש וכתב מנין לחלק בכך (עיי״ש שהציע פירוש אחר).

יש להעיר על הר״ן מדוע רש״י לא הדגיש שמדובר בקטן בגיל פעוטות ועוד קשה הרי רש״י כתב ברישא דינוקא מקנא קני – שרבנן תיקנו לו זכייה לנפשיה משמע שמדובר בקטן שמעל גיל הפעוטות (ודלא כדברי הר״ן).

אפשר להציע הסבר נוסף: בגמ׳ גיטין נט,א מובא שהתקנה לקטן משום כדי חייו ונחלקו הראשונים האם יכול להקנות יותר מכדי חייו רב האי גאון סובר שהתקנה עד כדי חייו ולא יותר רוב הראשונים חולקים (הרמב״ן הרא״ש רשב״א ועוד) וסוברים דלא פלוג ובשו״ע אור״ח תרנ״ח,ו פסק לא יתן גדול לקטן ביו״ט ראשון את לולבו רע״א שם מביא דברי המשאת משה סימן ד שאף למ״ד דלא פלוג רבנן בתקנה זה דווקא שעושה לפרנסתו אבל אם זה לא לפרנסתו לא תיקנו לו ולפי זה קטן שאינו בר חיובא במצוות ארבעת המינים אינו יכול להקנות שזה לא בגדר כדי חייו (ר״ת בספר הישר סימן שע כתב שבכל דבר תיקנו לו) לפי זה אפשר להעמיד בקטן מעל גיל הפעוטות (ודלא כדברי הר״ן) ועדיין יש להעיר על דברי רע״א מהגמ׳ גיטין כט,א שכתבה שאף במתנה מרובה תיקנו לקטן (הב״ח רלה,ב שואל על דברי רב האי וכי מכר גרע ממתנה מרובה שקונה רק כדי חייו והסביר שאין אדם נותן סתם מתנות חינם אא״כ רוצה להרבות בקירוב דעת ולכן תיקנו אף במתנה מרובה אבל במקח וממכר חששו שמא יאבד כספו לכן תיקנו רק כדי חייו) משמע שלכו״ע אפשר להקנות אף במתנה מרובה, א״כ מדוע שקטן שמקנה בחזרה ארבעת המינים אינו יכול ליתן משום קירוב דעת אפשר להסביר מטעם אחר והוא: כאשר יש לקטן אפטרופוס לא תיקנו לו שיקנה (רמב״ם מכירה כט,ז וכ״כ תוס׳ רי״ד כתובות ע,א וכן פסק בשו״ע רלה,ה) וא״כ נדייק ברש״י שכתב ״אינו יכול לחזור ולהקנות לאביו״ משמע שיש לו אפוטרופוס וזו הסיבה שלא יכול להקנות (ואף לדברי המרדכי בגיטין סימן תיג שכתב אף שיש אפוטרופוס יכול הקטן להקנות מודה שאם יש לו אבא שמפרנסו לא תיקנו לו).

ב. שיטת הרמב״ם

הרמב״ם בהלכות לולב ח,י פוסק ״אין נותנים לקטן שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מדאורייתא ״וכוונתו כיון שדעת אחרת מקנה לקטן קונה מדאורייתא ושירצה לקנות בחזרה הקנין קנוי מדרבנן ולכן אין להקנות לקטן יש לשאול מדוע קנין דרבנן לא יועיל לדאורייתא באבני מילואים סימן כח,לג רוצה להוכיח בשיטת הרמב״ם שקנין דרבנן לא מועיל לדאורייתא שפסק בהלכות תרומות ט,י:

> יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח דמים אעפ״י שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות ואם מכר ישראל לכהן אעפ״י שנתן הדמים לא תאכל תרומה עד שימשוך.

האבנ״מ הוכיח מהרישא כאשר הכהן מוכר אעפ״י שקיבל את הדמים עדיין הישראל לא עשה משיכה ממילא הפרה עדיין נשארת ברשותו של הכהן מדרבנן (שהרי מדאורייתא שייכת לקונה משום שנתן את הדמים) ואסור לו להאכילה תרומה של דאורייתא מוכח מכאן שקנין דרבנן לא מועיל לדאורייתא החת״ם סופר (יו״ד סימן שיד) ועוד אחרונים שחלקו על האבנ״מ ודחו ראייה זו וכתבו שחז״ל לא עקרו את קנין מעות אלא שיש אפשרות לחזור מהקנין עד שיעשה משיכה אבל אם לא חזר קנין המעות הוא הקונה ולא המשיכה ישנם אחרונים שהבינו בשיטת הרמב״ם שקנין דרבנן מועיל לדאורייתא ולשיטתם יש לשאול מדוע לא נקנה לולב לקטן ויחזיר בקנין דרבנן ועוד יש לשאול קושיית הברכי יוסף על דברי השו״ע שפסק כדברי הרמב״ם שלא להקנות לקטן ומאידך פסק באבן העזר כח,יג ״המקדש אישה במלווה שיש לו ביד אחרים וכו׳ במעמד שלושתם מקודשת״ וב״י כתב מקודשת מדאורייתא אעפ״י שהמעות ניתנו במעמד שלושתם שהוא קנין דרבנן מסביר מחנה חיים(ח״ב יו״ד נז) שיש הבדל בין גדול שעושה קנין דרבנן שזה מועיל לדאורייתא לבין קטן שחכמים תיקנו לו שיקנה וזה לא יועיל לדאורייתא וההסבר לכך (מובא בקהלת יעקב סימן כח׳) שגדול שמקנה בקנין דרבנן ממילא מוחל וגומר בליבו להקנות כתקנת חכמים מדין הפקר ביו״ד הפקר אבל קטן שמקנה הרי אין מחילה לקטן ועדיין החפץ נמצא ברשותו החזו״א (חו״מ סימן כב) כתב ״כלל גדול בידינו... דעיקר הקנין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו...״וכעין זה כתב הדבר אברהם שהקנין מגלה את הגמירות דעת של המקנה וא״כ אפשר שדווקא גדול שיש לו דעת להקנות יועיל קנין דרבנן

לדאורייתא אבל קטן שאין לו גמירות דעת חכמים תיקנו לו שיקנה אבל שיועיל לדאורייתא לא תיקנו לו לפי זה אדם שיקנה ארבעת המינים מקטן לא יצא ידי חובה אבל אם יקנה מגדול וישלם אחר החג שאז קנינו מדרבנן שמדאורייתא מעות קונות בכל זאת יצא ידי חובה ביו״ט ראשון.

המל״מ (שקלים א,א) שואל הרי למדנו מקבלים שקלים מן הקטנים ובלבד שיהא מוסרן לציבור והרי מדאורייתא קטן לאו בר הקנאה וכאן אי אפשר לתרץ שקנין דרבנן יועיל לדאורייתא שהרי קטן גברא דלא חזי ותירץ מכיוון שנתן את המעות מעותיו בטלים ברוב ועדיין מטבע לא בטל ברוב זה מדרבנן וא״כ רבנן תיקנו לקטן שיקנה.

הרב ירון רוזיליו

אומדנא דאילו הוי ידע

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. הקנאת כפל

ג. לב ב״ד מתנה

ד. יאוש שלא מדעת

ה. יאוש שלא מדעת בקנין

ו. אומדנא בניגוד לדעתו

ז. מצבים שונים של אומדן דעת

ח. סיכום

א. הקדמה

בכל קנין או מעשה היוצר חלות שאדם עושה קיי״ל שצריך לעשותו בגמירות דעת מספקת. כך הוא בקנינים, קידושין וכן בעניני איסור כמו תרומה כיון שאדם גומר בדעתו להפריש תרומה או מעשר הרי התרומה או המעשר חלים אם יעשה מעשה הפרשה או אפילו במחשבה בלבד לענין תרומה.

כיון שאי אפשר לפרש כל התנאים והסעיפים של כל מעשה ומעשה – אזי קיי״ל דאם יש אומדנא שמוכח שעל דעת כן עשה אדם את הקנין או המעשה הרי הוא כאילו פירש. אדם הקונה מקח והתברר שיש מום מהותי במקח הרי המקח בטל כי ברור הוא שלא את זה כיוון לקנות או שאנו אומדים בדעתו שאיכא תנאי שהוא קונה רק בתנאי שהחפץ שאותו הוא קונה הוא כפי שסוכם ללא מומים מהותיים וכפי המחלוקת הידועה בין רע״א לבית הלוי האם מה שטעות מבטלת מקח הוא בעצמותו של המקח או מדין תנאי.

במקום שהאדם טוען שעשה מעשה או קנין על דעת מסויימת והענין אינו ברור ומוכח דיו בזה אתינן לכלל שדברים שבלב אינם דברים ועל האדם להתנות בפיו במפורש.

בכל אלו האדם פועל מתוך דעת ברורה ואף בענינים לא מפורשים אנו אומדים את דעתו שלשם כך נתכוון.

במקום שבו האדם אינו מודע למציאות העומדת בפניו, אינו יודע שיכול לקנות או כדאי לו לקנות וכדומה, ואילו היה יודע בודאי היה מתכוון לקנות. האם נאמר כיון דאילו היה יודע והיה ודאי מתכוון וגומר בדעתו לעשות קנין אזי יחשב כאילו ידע ויחול הקנין או שמא כל שאין האדם חושב בפועל לקנות לא יחול קנין.

דוגמאות למצב זה אנו מוצאים בכמה וכמה מקומות.

זכין לאדם שלא בפניו – אדם יכול לבצע קנין לטובת חבירו – אף שחבירו אינו מודע לזה כלל ולא יודע שמזכים לו דבר. בסברת הענין רבו השיטות שזכין הוא מתורת שליחות וההסבר הפשוט הוא שכיון שאנן סהדי שאדם מעונין שחבירו יזכה בשבילו אזי ישנה אומדנא דמוכח שהוא אכן מעונין בשליחות זו של חבירו שיזכה בשבילו.

בשעת מעשה ודאי שאין אומדנא שהאדם חושב וממנה את חבירו לשליח שהרי הוא אינו מודע לזה כלל אלא שאנו אומדים שאילו היה יודע מזה ודאי שהיה מסכים ולכן יחשב הדבר כאילו הוא גומר בדעתו עכשיו למנותו כשליח -אם אכן נסביר כן אזי זו דוגמא שאומדנא דאילו הווה ידע חשיבא אומדנא מעליא לפעול קנינים וחלויות. אמנם יש חולקים על הסבר זה ועיין קצוה״ח קה,א ובהערות שם.

מאידך אנו מוצאים סתירות לזה.

בשו״ע חו״מ רעה,כה נפסק שהעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, לא קנה. וזאת על פי הגמרא ביבמות נב,ב. אדם שעושה פעולת קנין של חזקה – כשעודר בנכסים, אלא שהוא חושב שהגר חי והנכסים בחזקתו- אף שיתברר שבאותה שעה הגר מת והנכסים הפקר לא קנה -אף שברור הוא דאילו היה יודע שהגר מת היה מתכוון לקנות - חזינן דאומדנא דאילו הווה ידע לא אמרינן.

אמנם מצאנו קנין שקונה שלא מדעתו כמו חצירו של אדם. כבר יישב המהרי״ט חו״מ סימן מא דשאני חצר שקונה לו שלא מדעתו אבל בעושה מעשה קנין בעינן לדעתו ממש. וגם אין להקשות מב״מ י,א דראה את המציאה ונפל עליה דלא קנה כיון שאי אפשר לקנות בנפילה ובקנין ד׳ אמות לא ניחא ליה דליקני והביא שם הנמוקי יוסף שדווקא בקנין ד״א לא קונה דהוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים אבל אילו היה עושה קנין דאורייתא ללא מחשבה

לקנות היה קונה. חזינן שקנין דאורייתא קני אף ללא כוונה – דשאני התם שבכל אופן מכוון לקנות אף שהתכוון לקנות בקנין אחר מ״מ מועילה כוונתו לקנות לשוויה את פעולת הקנין האחרת קנין דמועיל אבל במקום שלא התכוון כלל לקנות כי חשב שאינו עודר בנכסי הפקר בזה נפסקה ההלכה שלא קנה.

לקמן ננסה לברר בס״ד את גדרה של אומדנא זו האם ומתי ניתן לאומרה.

ב. הקנאת כפל

בריש פרק המפקיד בב״מ לג,ב מובאת משנה:

> המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים, ונגנבו או שאבדו, שילם ולא רצה לישבע, שהרי אמרו: שומר חנם נשבע ויוצא, נמצא הגנב - משלם תשלומי כפל. טבח ומכר - משלם תשלומי ארבעה וחמשה. למי משלם - למי שהפקדון אצלו. נשבע ולא רצה לשלם, נמצא הגנב - משלם תשלומי כפל. טבח ומכר - משלם תשלומי ארבעה וחמשה. למי משלם - לבעל הפקדון.

היוצא מן המשנה הוא ששומר שנגנב פקדונו והחליט לשלם – כשנמצא הגנב ומשלם קרן וכפל – השומר מקבל לא רק את הקרן אלא אף את הכפל. בסברת הענין אומרת הגמרא שאמדינן דעתו של המפקיד שאם השומר משלם מיד את נזקו ולא פוטר עצמו בשבועה וכדומה- הבעלים מוכן תמורת כן להקנות לו הכפל במקום שימצא הגנב ובלבד שיקבל השתא את כספו.

הגמרא דנה באיזה אופן נקנה הכפל לשומר דהא בעלמא הגנב משלם תשלומי כפל לבעל הגניבה ולא לשומר ומכיון שלהקנות את עצם הכפל לכשיגיע הוא בלתי אפשרי דהוא דבר שאינו בעולם לכן מסיקה הגמרא שקנין הכפל מתבצע על ידי הקנאת הבהמה -

> אמר רבא: נעשה כאומר לו: לכשתגנב ותרצה ותשלמני - הרי פרתי קנויה לך מעכשיו. - מתקיף לה רבי זירא: אי הכי, אפילו גיזותיה וולדותיה נמי. אלמה תניא: חוץ מגיזותיה וולדותיה! - אלא אמר רבי זירא: נעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה. - ומאי פסקא? - סתמא דמלתא, שבחא דאתא מעלמא - עביד איניש דמקני, שבחא דמגופה - לא עביד איניש דמקני. איכא דאמרי, אמר רבא: נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, סמוך לגניבתה קנויה לך. מאי בינייהו? - איכא בינייהו קושיא דרבי זירא. אי נמי, דקיימא באגם.

נמצא שהקנאת הכפל מתבצעת על ידי הקנאת הבהמה עצמה – ובתנאי שאם תגנב הפרה ויחליט השומר לשלם - הרי הפרה קנויה לו מעכשיו על ידי משיכתו. וללישנא בתרא – קנויה לו רק סמוך לגניבה.

מסקנת הגמרא טעונה בירור דסתם מפקיד ונפקד אינם חושבים כלל להקנות אחד לשני את הדבר הנפקד בתנאי האמור שם וקשה לומר שבאמת יש דעת קונה ומקנה מפורשת לענין זה.

הסבר אפשרי שם בסוגיא הוא שהקנין חל מתורת אומדנא דאילו הוה ידע – שכיון שאנו אומדים דעת המפקיד והנפקד שאם היו יודעים שלבסוף תיגנב הפרה וישלם הנפקד – אזי הם מתרצים לעשות קנין השתא בתנאי הנ״ל ממילא יחול הקנין כאילו פירשו.

הדברים מפורשים בדברי נתה״מ ביאורים קצז,ד. דברי נתה״מ אמורים ביחס למחלוקת הרמב״ם והר״ן בדין משיכה לאחר זמן. קיי״ל שאדם לא יכול למשוך על מנת לקנות לאחר זמן דכלתה קנינו ולכן אם אומר לחבירו משוך ותקנה לאחר ל׳ יום לא קנה. ואי אמר לו קנה מעכשיו ולאחר ל׳ קנה דאמדינן דעתיה שהתכוון להקנות מעכשיו ובתנאי ולכן קונה. זו דעת הרמב״ם אולם הר״ן סבור שגם באופן הראשון קנה.

בין לדעת הרמב״ם בין לדעת הר״ן יקשה מהסוגיא הנ״ל בריש המפקיד ששם משמע שאי עומדת באגם לסוף ל׳ לא קנה במשיכה. משמע שאי עומדת בחצירו קנה. וזה קשה לרמב״ם שבכל אופן לא קונה. וכן קשה לר״ן שלשיטתו גם בעומדת באגם צריך לקנות במשיכתו לאחר זמן. דעת נתה״מ שם שקונה מטעם חצר. ואלו דבריו:

> ומשך לא קנה. מדברי המחבר משמע דאפילו עומדת בביתו בסוף ל׳ לא קנה כדעת הרמב״ם (מכירה ב,ט), וכן משמע בב״י בטור (מחודש ה). ולכאורה קשה דבב״מ בריש המפקיד (לד,א) עביד נ״מ בין לישנא דאמר לכשתגנוב ותשלימני תהיה פרתי קנויה לך מעכשיו ובין לישנא דאמר סמוך לגניבותה קנויה לך, קאמר נ״מ דקיימא באגם, משמע דבעומדת בחצירו אפילו בלא מעכשיו קונה, דאלת״ה לא משכחת אופן שיקנה. אמנם אחר העיון לא קשה כלל, דבכאן לא מצי למיקני מטעם חצר, כיון דאמר משוך וקני הרי גילה דעתו שאינו רוצה להקנות רק במשיכה וכמבואר לעיל סעיף א׳ בהג״ה, משא״כ בהמפקיד דלא אמר מידי רק דאיכא אומדנא ודאי דרוצה להקנות בכל מה שיוכל באיזה קנין שירצה, מש״ה קונה מטעם חצר.

אמנם הר״ן יש לו דרך אחרת בזה בכתובות פרק הכותב (מו,א מדפי הרי״ף) דאפילו עומדת באגם קנה. ולכאורה קשה עליו ג״כ מש״ס זו דמשם מוכח דבלא מעכשיו לא קנה בעומדת באגם.

ונראה לישב דברי הר״ן, דהנה יש לעיין בהא דאמר שם נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותשלמני תהיה פרתי קנויה לך, הא בעינן בקנין דעת מקנה ודעת קונה, וכאן במפקיד ודאי דלא היה דעתם לכך לשם קנין וע״כ צ״ל הטעם הוא משום דכתב הש״ך בסימן שנח ס״ק א דאי איכא אומדנא קנה אף על גב דלא הוי ידע המקנה, ולא דמי ליאוש שלא מדעת דלא קנה כיון דהוא בע״כ, משא״כ במתנה אי איכא אומדנא דאילו הוי ידע הוי נתן, אפילו שלא מדעת קנה ע״ש, א״כ הכא נמי קים להו לחכמים דאילו הוי ידע שיוגנב וישלם ודאי הוי מקנה ליה, משו״ה קנה אפילו שלא מדעת, וזהו אמרם נעשה כאומר, משום האומדנא.

אמנם בקנין בעינן דעת מקנה ודעת קונה, והאומדנא נראה דאינו מועיל רק לתקן דעת מקנה, אמנם במקום דלא נתכוין הקונה לקנות בהקנין נראה דאפילו איכא אומדנא דמוכח דאילו הוי ידע הוי קונה נראה דלא קנה כל כמה דלא נתכוין לקנות בקנין זה, דכל הקנינים בעינן שיהיה כונה לשם קנין. וראיה לזה דהא עודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו (יבמות נב,ב) לא קנה אף דאיכא אומדנא דמוכח טובא דאילו הוי ידע שהן נכסי הגר ודאי דהוי מתכוין לקנות, אפ״ה לא קנה מטעם דקנין בלא כונה לאו קנין הוא. וא״כ קשה בכאן, דנהי דאיכא אומדנא, מ״מ הא אומדנא לא מהני כל שלא היה בכונה לשם קנין דקנין כונה בעי, דמשיכה בלא כונת קנין לאו כלום הוא. ואף דהרשב״א בגיטין כ,ב ד״ה ובא מעשה) כתב דמו״מ דדעת אחרת מקנה אותו מהני בלא כונה, היינו דוקא כשהמקנה נתכוין שיהיה לשם קנין, וכו׳ והכא ליכא דעת מקנה דהא לא ידע מהגניבה ולא נתכוין כלל להקנות, וע״כ צ״ל דכאן בהמפקיד מטעם חצר קונה, דבלשון השני בש״ס לא נקט לשון משוך, רק סמוך לגניבה קנויה לך, וחצירו קונה שלא מדעתו, וכיון דאיכא אומדנא דמוכח שהמפקיד רוצה להקנות קונה הלוקח מטעם חצר, וכיון דבעינן חצירו מש״ה לא קנה בעומדת באגם, משא״כ במשיכה אדעת קנין קנה אפילו בעומדת באגם, דמשיכה אריכתא הוא כמ״ש הר״ן, משא״כ בהמפקיד דלא קנה מטעם משיכה כנ״ל רק מטעם חצר בעינן שיהיה עומדת בחצר, כנ״ל.

בדברי נתה״מ נראה שפשוט לו דאומדנא דאילו הוי ידע אמרינן. אלא שקנין הוא דבר מיוחד שמעשה קנין ללא כוונה מפורשת אינו מעשה ולכן לא סגי באומדנא זו. נתה״מ עצמו מעיר שמה שקיי״ל שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש סותר לזה ולכן סומך עצמו על דברי הש״ך וכפי שיתבאר.

הסוגיא בריש המפקיד עדיין לא מתבארת לפי דעת נתה״מ. לדעת נתה״מ אומדנא דאילו הוי ידע אמרינן בדעת מקנה. אולם בדעת קונה לא אמרינן בקנין משיכה וכדומה אבל חצר קונה לאדם שלא מדעתו ולכן מועילה שם. אולם ללישנא קמא בריש המפקיד שם משמע שקונה מתורת משיכה מעכשיו ולא מתורת חצר ואי נימא שקונה לא אסיק אדעתיה – כיצד חל מעשה הקנין? ולא משמע בסוגיא שהמשיכה היתה דווקא לתוך חצירו של הנפקד שיקנה ועיין בהערות לנתיבות של הרב דזימטרובסקי שמעיר כן ומשאיר בצ״ע.

בהמשך הסוגיא שם דף לד,ב מביאה הגמרא כמה מקרים שבהם יש ספק האם כוונת המפקיד להקנות לנפקד

> שלמו בנים מאי? מצי אמר להו: כי אקנאי כפילא - לאבוכון דעבד לי נייח נפשאי, לדידכו - לא, או דלמא לא שנא? שילם לבנים מאי? מצו אמרי ליה: כי אקני לך אבונא כפילא - דעבדת ליה נייח נפשיה, אבל אנן לדידן - לא, או דלמא לא שנא? שלמו בנים לבנים מאי? שילם מחצה מאי? שאל שתי פרות ושילם אחת מהן מאי? שאל מן השותפין ושילם לאחד מהן מאי? שותפין ששאלו ושילם אחד מהן מאי? שאל מן האשה ושילם לבעלה מאי? אשה ששאלה ושילם בעלה מאי? - תיקו.

אחת האיבעיות בגמרא ״שילם לבנים״ כלומר שהמפקיד מת והשומר שילם את דמי הפרה לבני המפקיד. הראשונים דנו בשאלה אימתי מת האב – הלא ללישנא בתרא שההקנאה היא סמוך לגניבה – אם נאמר שהאב מת קודם הגניבה – נמצא שהמקנה כבר לא בעולם כלל. ולכן מוכרחים לומר שהאב היה קיים בשעת הגניבה ואז סמוך לגניבה מקנה – ולאחר מכן עד שעת מציאת הגנב- מת האב. וזו דעת הראב״ד. אולם הרשב״א במקום מחדש שאין לזה הכרח ונוכל לומר שאפילו שמת האב קודם הגניבה תחול הקנאת הבהמה – ואלו דבריו:

> שילם לבנים מהו, פירש הראב״ד ז״ל דדוקא כשנגנבה ואח״כ מת האב דאז אפשר דקנה משום שהיה המקנה קיים בשעה שהיה הנפקד ראוי לקנות דהיינו שעה שנגנבה אבל אם מת האב ואח״כ נגנבה בכי הא לא

קני כלל דאב לא אקני ליה כלום עד שעה שתגנב וכבר מת ובנים לא אקנו ליה כלום. אבל רש״י ז״ל פי׳ בשמתו הבעלים ואח״כ נגנבה, ונראה מדבריו דאדרבה אילו נגנבה בחיי האב פשיטא דקני משעת גנבה שהרי היה האב המקנה קיים ותשלומין לא מעכבי דהוי״ל כמאן דאמר פרתי קנויה לך מעכשיו לכשתשלמני ומת הוא ושלם לבנים דקנה, וכן נ״ל עיקר דהא מפקיד לא אקני לי׳ פרתו ממש אלא דנעשה כאומר לו אמרו לומר דלב ב״ד מתנה בכך, משום דירדו חכמים לסוף דעתן של בריות דכל דאית ליה בהמה או כלים ביד שומר ניחא ליה דלא נטרח בבי דינא וליקנו שומרים כפילא דאתי מעלמא, והילכך אף בנים איכא למימר דניחא להו דליקני ליה שומר לפרה כי היכי דלא ליטרחינהו לבי דינא, וכ״ש ללישנא קמא דרבא דאמר נעשה כאומר לו לכשתגנב פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך מעכשיו דקני מחמת הקנאת המפקיד עצמו, ואפי׳ מת קודם שנגנבה דלאו דוקא תשלמני קאמר כלומר לי ולא ליורשי כדאמר בגטין בע״מ שתתן לי מאתים זוז (ע״ד א׳) דא״כ מאי קא מיבעיא לן הכא אלא ודאי ה״ק ותרצה ותשלם וכיון שכן אף כשמת קודם שנגנבה איכא למימר דקנה דהא הוי״ל כתנאי וכיון שנגנבה קני ליה מעכשיו, אלא דאסתפקא מילתא בגמ׳ ללישנא בתרא דרבא אי הוי טעמא משום נייח נפשיה או לא, ומ״מ אי לא הוה משום נייח נפשיה אפי׳ ללישנא בתרא אנו רואים כאלו בנים אמרו לשומר אחר מיתת אביהם לכשתגנב סמוך לגנבתה קנויה לך.

מתחדש בדעת הרשב״א שאין הכוונה בסוגיא שהמפקיד אכן חושב להקנות והנפקד חושב לקנות אלא כיון שירדו חכמים לסוף דעתן של בריות שכך רצונם אזי ״לב בית דין מתנה״ – כלומר שבית דין הם המתנים שיחול הקנין כן והאדם העושה מעשה ההפקדה עושה כן על דעת בית דין (לקמן יתבאר יותר גדר ענין זה). לכן לא אכפת לן שהאב מת ובנים ירשו קודם שנגנבה הפרה שאילו היה הקנין מתבצע על ידי שאנו יורדים לסוף דעתן של קונה ומקנה ואמדינן שזו אכן כוונתם – ודאי אי אפשר להקנות אלא המפקיד ולא בניו שלא היו כלל בזמן ההפקדה ולא נתנו דעתם לזה כלל. אולם הרשב״א סובר שאין הכוונה כן וזו כוונת לשון הגמרא ״נעשה כאומר לו״ שלא באמת חשב על כך אלא שבית דין התנו כן לתקנת השוק אחרי שירדו לסוף דעת הבריות שזהו רצונם אם היו שואלים אותם.ואף הבנים שבשעה הסמוכה לגניבה היו הבעלים – נעשו כאומרים שיקנה הפרה בחצרו.

לפי זה אין צורך לחידוש נתה״מ בסוגיא ולא אמרינן אומדנא דאילו הוה ידע הכא. אמנם הראב״ד שחולק על הרשב״א והעמיד הסוגיא שמת האב לאחר הגניבה לכאורה חולק על היסוד הנ״ל וסובר שהקנין חל מכח מחשבת המפקיד וככל הקנינים ויתכן שיסבור כדעת בעל נתה״מ. גם בדעת הרשב״א נראה שחידש כן ללישנא בתרא בעיקר אבל ללישנא קמא אין לזה הכרח ואינו מוטרד מהשאלה שהציג נתה״מ שבפשטות לא היתה דעתם לקנין ואדרבה אפילו יש ראיה איפכא דאם היה סובר הרשב״א שאומדנא דאילו הווה ידע אמרינן אזי אין צורך לחדש שלב בית דין מתנה לענין בנים דהרי גם בדעתם נוכל לומר שאחרי שירשו את הבהמה אילו היו יודעים שתגנב היו מכוונים להקנות ואי קיימא בחצירו יקנה. משמע מהרשב״א ללישנא קמא שם שהבין שהיא אומדנא רגילה ועיין לקמן בזה.

ג. לב בית דין מתנה

הבנת הרשב״א הנ״ל יכולה לתת פתרון לכל הסוגיא שאנו עוסקים בה – שכל מקום שנראה לנו שדעת בני אדם היא כן אלא שאינם יודעים מכך או מחמת שלא יודעים את הדין או מחמת שלא יודעים מציאות מסויימת, נוכל לומר לב בית דין מתנה עליהם – שיחשב הדבר כאילו שהם עצמם התנו כן.

אמנם הענין לא מוסכם ולאו כולי עלמא סברי כרשב״א וגם ברשב״א נראה שלאו בכל מקום אומרים כן.

הרה״ג עזרא אלטשולר זצ״ל דן בשאלה האם מותר להשתמש בארון קודש שהוקדש לספר תורה לארון ספרי קודש רגיל היכא שבנו ארון קודש מפואר יותר לספרי התורה. בתוך תשובתו הנדפסת בקובץ צפונות יג עמוד מא. מביא את דעת התוספות מעילה יד,א בד״ה בונין בחול שבמילי דיחיד לא שייך לומר לב בית דין מתנה עליהן וזו לשונם:

> בונין בחול ואח״כ מקדישין - פירוש כשהיו בונין היו בונין בהקפה ולא היו נותנין בהם מעות של הקדש שנתנדבו לעשות בנין עד שנעשה כל הבנין מאי טעם כלומר למה לא היה מקדיש מקמי בנין האבנים מאן דמתנדב מעות מקדיש להו ואמר תיחול קדושת המעות אבנין ויהיב להו לאומנין בשכרם כלומר ואי הוה מקדיש להו לאבנים מקמי בנין אם כן לא היה יכול לפרוע שכר האומנין ממעות של הקדש שאין הקדש מתחלל על המלאכה אבל עתה שבונה בחול מחלל קדושת המעות על כל הבנין ופורעים אחר כך שכר האומנים מאותן המעות שנתחללו ויצאו לחולין ופורע מעות למי שמכר אבנים כמה שקנו

> אותם ואם תאמר הא אמרינן פרק בתרא דכתובות (דף קו.) מגיהי ספרים שבירושלים נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ומאי שנא משכר האומנין דהכא י״ל דשאני תרומת הלשכה שבאה בנדבת צבור ולב בית דין מתנה עליהם אבל לא שייך לומר לב בית דין מתנה בהקדש נדבת יחיד אפילו הקדישם למוסרם לצבור.

ועיי״ש שמביא כן מעוד מקומות. ואף שהוא גמרא מפורשת בזבחים ו,ב דרק קרבנות ציבור לב בית דין מתנה עליהן מ״מ התוספות מחדשים שאפילו יחיד המתנדב לציבור כדוגמת מעות לבנין המקדש או בענינו שם בתשובה יחיד שתורם ארון קודש לציבור – אין לומר בזה לב בית דין מתנה עליהן.

בהמשך התשובה שם מובאת דעת הרשב״א החולקת. בב״ק קב,ב מובאת דעת ר׳ אבא שהמקדיש נכסיו נעשה כמקנה לאשתו ובניו כסותם ולא חל על זה ההקדש וכתב על זה הרשב״א-

> הא דא״ר אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא. מדקאמר נעשה כמי שהקנה ולא קאמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסות אשתו ובניו משמע דלב ב״ד מתנה על דבר זה קאמר, ולא היא דאי משום תקנת חכמים במקדיש נכסיו קאמר ולא לגבי שאר מילי, א״כ היאך מייתי ראיה בשלהי פ׳ נערה שנתפתתה דאלמנה אין שמין מה שעליה מדתנן המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו דבמקדיש עבוד בה רבנן תקנתא ולא בשאר מילי, אלא מהתם שמעינן דדינא קתני משום דאנן סהדי דדעתי׳ לאקנויי להו כלים שלקח להן ואף על פי שלא הקנה להן בפירוש ומשום דאמדינן ליה לדעתי׳ אמרו נעשה כמי שהקנה. וכמוהו בריש פרק המפקיד נעשה כאומר לו לכשתגנב פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך סמוך לגנבתה, ואחרים יש בגמ׳.

הוכיח מזה בתשובה שם שדעת הרשב״א היא דאפילו בהקדש יחיד אמרינן לב בית דין מתנה עליהן דאל״כ למאי מביא ראיה מכתובות לענין שומת אלמנה היה לו לומר להדיא שלא שייך לב בית דין מתנה בהקדש יחיד.

ועיי״ש שדן בארוכה ומסיק שכן סתימת הפוסקים שגם בהקדש יחיד אמרינן לב בית דין מתנה. ובאמת מהרשב״א הנ״ל משמע שגם בפרק המפקיד אמדינן דעתיה של המפקיד ולא כפי שהביא בחידושיו לפרק המפקיד שהוא מדין לב בית דין מתנה לכה״פ ללישנא בתרא שמקנה סמוך לגניבה. דברי הרשב׳׳א בפרק המפקיד הן ראיה מפורשת לדעתו ששייך לב בית דין מתנה אפילו

בהקדש יחיד ואפילו במילי דחול של יחיד, אלא שלענין הסבר הסוגיא בריש המפקיד נראה שיש סתירה בין דברי רשב״א בב״מ לבין דבריו בב״ק.

ובכל אופן חזינן שיש מחלוקת הראשונים בין התוספות לרשב״א האם שייך לומר לב בית דין מתנה בעניני יחיד. שלדעת התוספות רק בציבור אמרינן כן והסברא מובנת שהבית דין הם הממונים על עניני הציבור ודבריו נעשים על דעתו והוא כבעלים לענין זה ודעתו היא הקובעת אולם ביחיד אין סברא שדעת בית דין תחשב דעתו (אף שודאי הפקר בית דין שייך בכל דבר והוא ענין אחר) אולם דעת הרשב״א שאף בעניני יחיד שייך לב בית דין וצ״ל שכיון שבית דין הם הממונים על כל עניני החברה לתקנם שייך שפיר לומר שהכל נעשה על דעתם אלא שמתוך דברי הרשב״א בבבא קמא שם נראה שלא בכל דבר עבדו תקנתא אלא דווקא בעניני הקדש.

העולה מתוך הדברים בדעת התוספות שלא שייך להסביר את הסוגיא דריש המפקיד מחמת לב בית דין מתנה כיון שלדעתם הוא שייך דווקא בתרומת ציבור וכדומה. בדעת הרשב״א ניתן להסביר כן אולם בדבריו בב״ק משמע שדווקא במילי דהקדש וכדומה וכפי שמצאנו בחידושיו לשבת יח,ב לענין שביתת כלים שהוא עניני מצווה אמרינן כן שלא כפי המשתמע בפרק המפקיד.

ד. יאוש שלא מדעת.

נראה שהשאלה שהצגנו ניתנת להתבאר מתוך הסוגיא של יאוש שלא מדעת.

בגמרא בב״מ כא,א מובא:

> איתמר יאוש שלא מדעת. אביי אמר: לא הוי יאוש, ורבא אמר: הוי יאוש. בדבר שיש בו סימן - כולי עלמא לא פליגי, דלא הוי יאוש. ואף על גב דשמעיניה דמיאש לסוף - לא הוי יאוש, דכי אתא לידיה - באיסורא הוא דאתא לידיה. דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש, מימר אמר: סימנא אית לי בגויה, יהבנא סימנא, ושקילנא ליה. בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר, אף על גב דאית ביה סימן - רחמנא שרייה, כדבעינן למימר לקמן. כי פליגי - בדבר שאין בו סימן. אביי אמר: לא הוי יאוש, דהא לא ידע דנפל מיניה. רבא אמר: הוי יאוש, דלכי ידע דנפל מיניה - מיאש. מימר אמר: סימנא לית לי בגויה, מהשתא הוא דמיאש.

על מנת לזכות באבידה חידשה תורה שדי ביאוש בעלים ואף שבא להם בכל כורחם ואינם מקנים ממש – חידשה תורה שאחרי יאוש נקנית האבידה למוצא. תנאי נוסף הוא ש"בהיתירא אתי לידיה" היינו שתבוא האבידה לידו בזמן "היתר" כלומר בזמן שיכול לזכות בה – שכבר היה יאוש. אבל אם זכה בה לפני יאוש – אפילו שהבעלים יתייאשו לאחר מכן כבר לא מועיל.

ומכאן אתינן לשאלה דיאוש שלא מדעת. האם היכא שזכה האדם באבידה קודם יאוש – אבל מדובר באבידה ללא סימן שברור לן שכשידע הבעלים ממנה ודאי יתייאש – האם נימא שכבר עכשיו שעדיין לא יודע מזה חשיב יאוש או שעד שידע ויתייאש בפועל לא הוי יאוש.

דעת אביי דיאוש הוי רק משעת הידיעה בפועל. וכך נפסק להלכה כדעת אביי והיא אחת ממחלוקות יע"ל קג"ם.

נמצא להלכה דהיכא שאדם זכה באבידה ללא סימן בזמן שעדיין לא נודע לבעלים שנפלה ממנו – אינו זוכה בה.

אם נשווה יאוש לשאר מעשי קנין וחלות נוכל להוציא מכאן יסוד שהשאלה האם הידיעה בפועל מעכבת או די בידיעה בכח תליא במחלוקת אביי ורבא. והיות וקיי"ל כאביי יוצא שלהלכה בעינן ידיעה בפועל על מנת להחיל חלות ולא סגי בידיעה בכח.

אלא שהש"ך על שולחן ערוך חושן משפט הלכות גניבה סימן שנח סעיף ד מחדש שגם להלכה נוכל לומר באופנים מסוימים שידיעה בכח סגי דוגמת יאוש שלא מדעת:

> מותר ליקח מן האריס כו' - מדברי התוס' פרק אלו מציאות (כב,א) והגהת אשר"י והגהת מרדכי שם מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו אף על פי שיודע שחברו יתרצה אסור לאכלו דהלכה כאביי דיאוש ש"מ לא הוי יאוש ואף על גב דהשתא ניח' ליה מעיקרא לא הוי ניח' ליה ואי לאו דמסתפינ' הייתי אומר שמותר ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתייאש א"כ אמרי' מעיקרא באיסורא אתי לידי' דבמה יקנה אי ביאוש הא השת' אינו מתייאש ואלו הי' יודע שהוא אצלו לא מתייאש משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצ' א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמ' אינו מקפיד על זה ואף על גב דבש"ס

שם מדמה תרומה וטומאי ליאוש שלא מדעת טעמי אחרינו איכא התם דלענין תרומה וטומאי ידיעה ממש בעינן ע״ש ודוק וכו׳.

בדברי הש״ך אנו רואים ענין מחודש מאד - שכל מה שקיי״ל שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הוא דווקא ביאוש שבא לו לאדם בעל כורחו. אולם בדבר שאינו כן שפיר אמרינן שכשם שהשתא ניחא ליה ה״נ קודם היה ניחא ליה. ולמעשה מותר לאדם לקחת משל חבירו לאכול היכא שיודע בו שאינו מקפיד אף שחבירו לא יודע מזה ואף שבסוגיא בב״מ שם הביאו התוספות לדעת אביי שאסור במעשה דמרי בר איסק הש״ך חולק בזה על התוספות ולדעתו כל ענין יאוש שלא מדעת מתעורר למעשה ובמקום שהדבר אינו בעל כורחו של האדם שפיר נוכל לומר שיאוש שלא מדעת הוי יאוש. דעת הש״ך הוזכרה בנתיבות הנ״ל שהביא את דבריו ועליהם בנה את יסודו שאומדנא דאילו הוי ידע הוי אומדנא.

להבנת הש״ך עצמו וגם להרחבת הענין יש לעיין בהאי סוגיא של יאוש שלא מדעת.

עצם השאלה של יאוש שלא מדעת ניתנת לכמה הסברים.

ההסבר הפשוט הוא – האם מה שאמרה תורה יאוש הכוונה ליאוש בפועל או דילמא גם חפץ העומד ליאוש סגי להוציאו מרשות בעלים. ניתן לומר שיאוש אינו ככל מעשה הקנאה של הבעלים אלא כעין מצב שבו האדם אומר ווי לי לחסרון כיס אף שאינו רוצה כלל להפרד מרכושו – עצם הענין שהוא יודע שהחפץ אבוד ממנו -סגי בזה להוציאו מרשותו. ובזה נחלקו אביי ורבא האם כיון שכל הענין הוא מצב האדם ביחס לחפץ – יתכן שאין הדבר תלוי כלל בידיעת הבעלים אלא כל חפץ שבפועל אבוד מהאדם ואי ידע האדם מזה יאמר ווי לי לחסרון כיס – כבר התירה התורה לכל המוצאו לזכות בו.

לפי זה יוצא ששאלה זו שייכת רק באבידה וכדומה והשאלה היא בעצם שאלה נקודתית בגדרו של יאוש.

אלא שמתוך הסוגיא שמביאה ראיות לכאן או לכאן מענינים אחרים כמו תרומה והכשר לקבלת טומאה משמע שהשאלה היא כללית יותר.

באחרונים מובאות שתי אפשרויות עיקריות המתבססות על דברי הראשונים (עיין קהילות יעקב בסוגיא שם).

אפשרות אחת היא שבעלמא היכא שיש אומדנא ברורה מאד שאי האדם היה יודע היה מתייאש – סגי בזה להחשיבו יאוש מהשתא וזהו דין זוטו של ים, אולם באבידה שאין בה סימן חסר מעט באומדנא ולכן חולק אביי וסבור שלא הוי יאוש.כך משמע דעת הריטב״א ועיין נחלת דוד במקום שמאריך. לפי זה יוצא שגם אביי מודה היכא שתהיה אומדנא גמורה אף שידיעתו היא בכח בלבד.

ההבנה היותר פשוטה שנראית מתוך לשון הגמרא היא שאין שום חסרון באומדנא וברור לן שהיה מתייאש אלוי היה יודע שנאבד לו משהו. אולם כיון שאינו יודע בפועל נחלקו אביי ורבא דלרבא כיון שאילו היה יודע היה מתייאש סגי בזה וגם אומדנא כזו דאילו הוי ידע הוי אומדנא מועילה. ואביי סבר שבעינן לידיעה ומחשבה בפועל וכל זמן שלא יודע ולא מעלה בדעתו שאבד לו ומתייאש לא הוי יאוש.

לאור הבנה זו נראה שאביי ורבא נחלקו ממש בשאלה שאנו דנים בה.

ר׳ שמואל בשיעוריו לב״מ סי׳ ז מביא שפשוט הוא שכל השאלה של יאוש שלא מדעת שייכא רק בדברים שהם דומיא דיאוש היינו שהם כעין ניחותא והתרצות אבל לעשות קנינים ולומר כיון דאילו ידע היה רוצה להקנות ולומר שיחול הקנין – זאת לא עלה על הדעת דודאי לקנין בעינן לדעת מקנה וקונה בפועל ובגלוי וה״ה לכל מעשה שהאדם פועל בו כמו תרומה וכדומה לא שייך למיתי מדין יאוש שלא מדעת וגם לדעת אביי לא יועיל סברת יאוש שלא מדעת לקנינים וכדומה.

אלא שהוקשה לר׳ שמואל מהסוגיא בקידושין נב,ב:

> ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא, אתא מריה דשיכרא אשכחיה, אמר ליה: אמאי לא תיתיב מהאי חריפא? אתא לקמיה דרבא, אמר: לא אמרו כלך אצל יפות - אלא לענין תרומה בלבד; דתניא: כיצד אמרו תורם שלא מדעת תרומתו תרומה? הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות, אם חושש משום גזל - אין תרומתו תרומה, ואם לאו - תרומתו תרומה, ומנין היה יודע אם חושש משום גזל אם לאו? הרי שבא בעל הבית, ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות, אם נמצאו יפות מהם - תרומתו תרומה, ואם לאו - אין תרומתו תרומה, היו הבעלים מלקטים ומוסיפים - בין כך ובין כך תרומתו תרומה; אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד, ואינה מקודשת.

תוספות במקום כתב:

> אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה - התם (בב״מ כב,א) מוקי לה דשויה שליח וא״ת אם כן מאי קאמר שלא ברשות וי״ל דה״ק מה שתורם מן היפה שלא ברשות היה וא״כ צריך לומר גבי פרזומא דשויה שליח דאי לאו הכי מאי מייתי.

משמע בדברי התוספות שלכו״ע בעינן שימנהו שליח כי אל״כ לא מהני מידי וה״ה לענין האריס כאן שמיירי בשוויה שליח לקדש רק לא אמר לו מהיכן לקחת (וי״ל שם במהות השליחות האם איירי שהוא מקדשה לבעל הבית או לעצמו דפשטות הסוגיא שם נראה שהסרסיא קידשה לעצמו.)

בתוספות ר״י הזקן מיישב אחרת. אמנם בדעת אביי בעינן לשליח בכה״ג שהרי יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אבל בדעת רבא שהוא מרא דשמעתתא שם בקידושין הלא יאוש שלא מדעת הוי יאוש ואין צורך להעמיד שמינהו שליח וקנין הסרסיא חל מכח סברת יאוש שלא מדעת למפרע.

וזה קשה לסברת ר׳ שמואל הנ״ל הלא בקנינים לא אמרינן יאוש שלא מדעת וא״כ גם לרבא בעינן למינוי שליחות שהרי הכא על מנת לקדש לא די בריצותא וכדומה כיון שהסרסיא צריך לקנות את מה שלקח על מנת לקדש בו אשה. וגם הסוגיא שם בב״מ ממשיכה אחרי שתירץ רבא לאביי שאיירי בעשאו שליח ״ה״נ מסתברא דאתם גם אתם מה אתם מדעת אף שלוחכם מדעת״ משמע שלמסקנה לא שייך לדבר על שליחות או קנין שדומה בזה לשליחות מדין יאוש שלא מדעת אף לרבא.

תירץ ר׳ שמואל על פי היסוד של ר׳ שמעון שקופ (שערי יושר ז,יב) שבקנינים יש שאפשר לעשות רק מצד הקונה ולא בעינן לדעת מקנה אלא שריצוי של המקנה והסכמה לקנין סגי ורק דעת קונה בעינן בשעת הקנין. בההוא סרסיא שרצה לקדש סגי בריצותא של הבעלים על מנת לקנות ובזה מהני לרבא כיאוש שלא מדעת ורק לאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש בעינן שליחות ואינו דומה למינוי שליחות בתרומה ששם ודאי דעת בעינן כפי שהביאה הגמרא שם.

היסוד הנ״ל של ר׳ שמעון אינו מוסכם. עיין באבן האזל (שכנים ב,י) שהבין שנחלקו בענין בעל קצוה״ח ובעל נתה״מ בריש סימן רמד. קצוה״ח הבין שם ששליח להולכת מתנה לא יכול לעשות שליח דהוי מילי לסברת הקדוש מרדוש שכל שאין המוטב מחויב לקבל את מה שיש לשליח חשיב מילי ורק בגט שאשה מתגרשת בעל כורחה לא הוי מילי ויכול לעשות שליח אבל מתנה שיכול המקבל

לסרב לקבלה – הוי מילי ושליח לא עושה שליח. ונתה״מ חלק עליו וסבר שכל הולכת המתנה הוי כמעשה קוף בעלמא ועל כל אין מניעה להעביר זאת לידיו של שליח אחר.

הבין האבן האזל שלדעת קצוה״ח בעינן לדעת מקנה בפועל ולא סגי בהתרצות ונתינת רשות ועל כן השליח הוא המקנה ברגע הקנין וללא זה לא יחול קנין ובעינן שיהיה שליח לזה דבדעת מקנה של הבעלים לא סגי כיון שאינם יודעים אימתי מתבצע הקנין ואילו נתה״מ הבין שלא בעינן דעת מקנה וסגי בהתרצות וכיון שהבעלים מתרצה שיזכה הזוכה במתנה סגי בזה וכל השליחות היא מעשה קוף בעלמא להעביר החפץ ותו לא ואינה שליחות ממש.

לפי זה ישוב הגמרא לר׳ שמואל הוא רק לדעת נתה״מ.

אולם לענ״ד נראה מדברי קצוה״ח לא כן. קצוה״ח (רעג,א) דן בדעת הרמב״ם שהפקר הוא מטעם נדר והבין שלדעת הרמב״ם המפקיר נכסיו – הריהו כנודר ומסכים שכל הרוצה לבוא לזכות הוא מקנה לו ולא יחזור בו. משמע שעד שלא יגיע לידי זוכה לא יוצא מרשות הבעלים. על זה הקשה קצוה״ח משבת יח,ב שמביאה דעת בית שמאי שסברי הדין דשביתת כלים והאדם אפקורי מפקר להו לכליו קודם שבת. ולדעת הרמב״ם הרי עדיין הם ברשותו – ותירץ על פי הרשב״א ששם הוא הפקר בית דין עיי״ש. ובאמת רוב האחרונים מבינים בדעת הרמב״ם שאינו ממש כנדר וודאי שיצא חפץ המופקר מרשות בעלים דלא כקצוה״ח.

בדעת קצוה״ח יש לעיין דאי לא יצא מרשות בעלים – ורק ניחותא איכא לבעלים להקנות שכן אינם נמצאים תמיד ליד החפץ להקנות אחרי שהפקירוהו – כיצד יקנהו הזוכה הלא ליכא דעת מקנה. ומילא לפי החולקים על קצוה״ח בדעת הרמב״ם הפקר הוי מעשה קנין המוציאו מרשותו והזוכה קונה מהפקר ולזה ודאי סגי בקנין מצד הקונה היכא שאין בעלים אבל לדעת קצוה״ח אי אפשר לקונה לקנות ללא דעת מקנה וליכא.

מוכח לכאורה שגם לדעת קצוה״ח סגי במעשה קנין מצד הקונה ובהתרצות מצד המקנה גרידא. ומה שסבר ששליחות למתנה הוי מילי אפשר להבין שדווקא שם שהמינוי היה כן שהשליח יקנה לו בפועל ויהיה הוא ה״דעת מקנה״ לא יכול לעשות שליח אבל אם היה ממנה להדיא להוליך בלבד סגי בזה ועיין כתב סופר גיטין כט,ב שהבין כן בדעתו.

יוצא שבין לדעת קצוה״ח ובין לדעת נתה״מ יושבה קושיית ר׳ שמואל מההוא סרסיא.

ובכל אופן נראה שניתן ליישב הסוגיא שם באופן אחר לגמרי דגם אם בכל קנין בעינן לדעת מקנה מפורשת. שם לא מדובר בקנין רגיל שהרי שם הסרסיא לא קיבל רשות מבעל הבית לזה ולא היתה התרצות כלל ולכן דינו כגזלן והשתא אם הוי יאוש בעלים יכול לקדש האשה ביאוש ושינוי רשות. וכיון שהבעלים לא ידעו מזה רק לאחר מכן שייך האי ענין לסוגיית יאוש שלא מדעת דלרבא מהני ורבא לשיטתו שם ולאביי לא מהני ולכן בעינן להעמיד שעשאו שליח.

גם מהקשר הסוגיא שם שכולה מדברת על עניני קידושין בגזל משמע כן. אמנם יש לעיין שהיאוש הוא לא ככל יאוש ששם האדם מתייאש כיון שאבודה ממנו וכאן הרי אינה אבודה ממנו והוי כאבידה שיש בה סימן שאף שמתייאש לבסוף אין זה מגלה על העבר ואולי זו דחיית הגמרא שמצווה שאני שרק שם אמרינן שמגלה על העבר ולא בדבר הרשות. וגם עקרונית אין זה כל כך דומה למצב של יאוש שהדבר אבוד ממנו והכא הרי יכול לתבוע את שלו מהסריס. ובהערות לקצוה״ח רסב,א הביאו הבנה זו דקונה כגזלן ביאוש בעלים בשם הנו״ב מהוד״ת אבה״ע סי׳ עז.

היוצא למסקנה – אף אם נאמר שלהלכה נוכל להשתמש בסברת רבא ולומר שאילו הוי ידע מועיל כדברי הש״ך מ״מ להבנתו של ר׳ שמואל רק במידי דדומה ליאוש אמרינן כן ולא בקנינים שבהם נדרשת גמירות דעת גמורה.

ה. יאוש שלא מדעת בקנין

שלא כסברתו הפשוטה של ר׳ שמואל מצאתי דעות באחרונים שלא שללו את הענין והבינו שסברת יאוש שלא מדעת שייכא אפילו במידי שטעון גמירות דעת גמורה לפי רבא וממילא לשיטת הש״ך להלכה.

א. נתה״מ קצז,ד שהוזכר לעיל נקט באופן פשוט מכח הסוגיא בריש המפקיד שאמרינן אומדנא דאילו הוי ידע לאור שיטת הש״ך שקיי״ל כרבא במידי שלא בא לאדם בכל כורחו. ואמנם צמצם את חידושו מכח הראיה מעודר בנכסי הגר שלא קנה שמוכח שם דאומדנא זו לא מועילה לאשווי דעת קונה דלכל קנין בעינן דעת אבל לא מכח שבמידי שבעינן דעת לא יהני יאוש שלא מדעת.

דעת מקנה אליבא דנתה״מ יכולה להיות מכח אומדנא דאילו הוי ידע ואמנם למסקנה גם ר׳ שמואל מודה בזה אליבא דסברת ר׳ שמעון שסגי בניחותא ובזה מועילה סברת יאוש שלא מדעת אולם לא מכח זה אתי עלה נתה״מ ולולי מה

שנראה מדבריו שלמעשה קנין בעינן דעת בפועל היה מקום ליצור דעת קונה על ידי יאוש שלא מדעת.

ב. הרמב"ם פסק שהתורם שלא מדעת בעל הבית אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות מהם תרומתו תרומה. והשמיט את אוקימתת הגמרא בב"מ כב,א שאיירי בעשאו שליח דאתם גם אתם מה אתם לדעת אף שלוחכם לדעת. רבים הקשו על הרמב"ם מדוע השמיט ענין השליחות לאביי דקיי"ל כוותיה ובפרט שאפילו רבא נראה שמסכים שבתרומה בעינן לדעת.

קצוה"ח רסב,א הביא דברי הש"ך הנ"ל שלהלכה קיי"ל כרבא במידי דלא בא לו בעל כורחו ולאור דבריו הסביר שזו כוונת הרמב"ם שכיון שאיכא ניחותא לבעלים שיקח – יכול הוא לקחת לעצמו על ידי גילוי דעתו שלאחר מכן והתורם שלא מדעת הוא כתורם משל עצמו אחרי שאין בעל הבית מקפיד עליו.

ר' שמואל (בשיעורי ב"מ סימן ז) תמה על קצוה"ח דהרי כל מה שניתן להוציא מהש"ך הוא שיכול להנות מחפצי חבירו היכא שיודע בו שלא יקפיד אבל לענין קנין לא איירי הש"ך ועל מנת להפריש תרומה הרי בעינן שיהיה שלו ממש. ר' שמואל יישב קצוה"ח אליבא דיסוד ר' שמעון שסגי בקנין מצד הקונה ולכן ניחותא דמקנה די בה לאפשר קנין גמור.

אמנם בדברי קצוה"ח לא ברור שאפשר לומר כן. מקצוה"ח רמד,א שהובא לעיל לענין שליח מתנה שלא יכול לעשות שליח דהוי מילי הוכיח הגרא"ז מלצר הנ"ל שסובר שבעינן דעת מקנה ממש. אמנם הבאנו הבנות אחרות שם בדברי קצוה"ח.

בתחילת הדברים בסימן רסב שם הביא קצוה"ח להוכיח שבמילי דמצווה כן פסקינן שיאוש שלא מדעת הוי יאוש – היינו שבכל מילי דמצווה אף שהבעלים לא יודע מותר להשתמש בחפציו לצורך מצווה כיון שמצווה שאני. ועיי"ש ראיותיו. ולכן מותר להשתמש באתרוג חבירו או בסוכתו ללא ידיעתו שניחא ליה לאיניש למעבד מצווה בממוניה. אלא שסו"ס קיי"ל כאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ומה אכפת לן בזה שמצווה שאני הרי אינו ידוע לו - חידש קצוה"ח שבמילי דמצווה פסקינן דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. (ויש לדון בסברת הדבר שסו"ס לא יודע מזה ומה אכפת לן שהוא מצווה וניחא לו לאחר מכן. עיין קהילות יעקב במקום ועוד).

בתוך דבריו הביא שאדם ששכח לבטל חמצו קודם שעה שישית – בכל אופן יהיה חמצו מותר בהנאה לאחר הפסח – דאיכא אומדנא שאילו היה נזכר

קודם שעה שישית ודאי היה מבטל – לכן אנו אומרים שבמילי דמצווה הידיעה בפועל לא מעכבת והחמץ מבוטל.

ובביטול חמץ ידועה מחלוקת הראשונים האם הוי מתורת הפקר או מתורת שלא ניחא ליה בו וכיאוש. ואי נימא שביטול הוא מדין הפקר – הרי הוי מעשה בפועל הדורש גמירות דעת ובניחותא בעלמא לא סגי – ע״כ לומר שסובר כר״ן שהוי כיאוש,וכך מבין בדבריו ר׳ שמואל אלא שקצוה״ח לא מחלק בהכי ומשמע שמדבר לכל הדעות ויוצא מדבריו שגם במילי דבעינן דעת גמורה שייכת סברת יאוש שלא מדעת.

קצוה״ח קה,א דן בעניני זכין. בתחילת הדברים מקשה קצוה״ח לדעת התוספות שזכין מתורת שליחות דאנן סהדי שהיה ממנה את הזוכה עבורו לשליח – הלא קיי״ל שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וכאן הרי אינו יודע מכל המעשה ואיך נאמר שאיכא מינוי למפרע?

הקשו רבים מהאחרונים על קצוה״ח – מדוע מקשה רק למאי דקיי״ל כאביי הלא מוכח בסוגיא בב״מ כב,א שאף לרבא בשליחות לא שייכא סברת יאוש שלא מדעת ד״אתם גם אתם״ ודעת בעינן. בדעת קצוה״ח אנו רואים שלרבא אכן שייך מינוי שליחות מכח סברת יאוש שלא מדעת אף שמינוי שליחות דורש גמירות דעת גמורה ולא סגי בניחותא. ומה שמביאה הגמרא שם יש שישבו שרק לענין תרומה חידשה תורה, או לגירסת הגר״א בגליון שם לא קשה ועיי״ש.

אמנם יש מקום לדחות ראיה זו ולומר שגם בשליחות אף שבעלמא גמירות דעת בעינן מ״מ היכא שאדם מתמנה מצידו להיות שליח של פלוני סגי בניחותא והתרצות והוי כקנין מצד הקונה שסגי בהתרצות של המקנה. ועיין שיעורי ר׳ שמואל שמביא סברא זו בדעת הרמב״ן. אמנם ר׳ שמואל לא מחלק בין שליחות מצד השליח או המשלח אלא אומר בסתמא שיתכן שליחות על ידי ניחותא בעלמא אבל יתכן לענ״ד לחלק בהכי.

ג. החמדת שלמה בסוגיא בב״מ כב,א ד״ה ע״כ מביא איפכא מסברת ר׳ שמואל – שדווקא ביאוש יש מקום לומר שלא מהני התרצות למפרע כיון שעצם הענין דאדם זוכה ביאוש הוא חידוש התורה דהרי אין כאן מקנה מרצון – ובזה אמר אביי דלא מהני יאוש שלא מדעת דאין לך בו אלא חידושו. אבל בשאר מידי דריצוי כמו תרומה וכדומה- בזה אפילו אביי מודה שיועיל התרצות למפרע קודם ידיעתו. ומה שמקשה הגמרא לאביי מתרומה הוא רק בהוו״א אבל

למסקנה במידי שאינו יאוש –אמרינן למפרע. ובזה מיישב דעת הרמב״ם לענין תורם שלא מדעת בעל הבית דלא צריך לאוקמי בשוויה שליח עיי״ש.

העולה מדבריו – כדוגמת הש״ך – שאף שקיי״ל כאביי מ״מ להלכה נוכל לומר כרבא בקנינים וכדומה ודעתו ממש הפוכה מדעת ר׳ שמואל וסובר שקנינים עדיפי טפי מיאוש.

מכל הנ״ל נראה שסברת ר׳ שמואל שיאוש שלא מדעת הוא רק במידי דניחותא ולא בדברים הדורשים גמירות דעת אינה מוסכמת ומצאנו למי שמבין שגם בקנינים וכדומה שייך סברת יאוש שלא מדעת ולא מופקע לומר שמכח זה נאמר אומדנא דאלו הוי ידע.

אמנם יש לדון כיצד יתיישב הדבר עם ההלכה שהעודר בנכסי הגר לא קנה. נתה״מ יישב שקנין שאני שבעינן למעשה קנין עם כוונה וכדלעיל.

ו. אומדנא בניגוד לדעתו

עד עכשיו דיברנו במקום שהאדם אינו מודע ואנו אמדינן דעתו שאלו היה יודע היה גומר בדעתו לעשות כו״כ. בשו״ת אגרות משה מצוי חידוש גדול אף יותר - היכא שהאדם אומר בפירוש שאינו רוצה ובכל אופן כיון שאנן ידעינן שהוא טועה בזה ואילו ידע היה מתרצה לנהוג אחרת – כאילו אמר.

בשו״ת אגרות משה אבן העזר חלק א סימן ב דן באשה שלא מוכנה לקבל גט בטענה שאינה מאמינה בזה וגם מחמת שלא רוצה להיטיב לבעלה ולשחררו שיוכל לישא אחרת:

> והנה מסתבר לומר עוד יותר שאף באמרה שאינה רוצה גם בזיכוי בלא שום טעם רק משום שאינה מאמינה בגט, נמי יש טעם גדול לומר שהוא זכות. דהנה בדברי חיים שם כתב דהכא שידעינן שהאשה צווחה שאינה רוצה בגט לית מאן דפליג דאין נעשין שליח עבורה לקבלה בעל כרחה ומה דמשמע ממקצת פוסקים דבזכות גמור לא מהני מחאה לא קיי״ל כוותייהו ויעויין בסוגיא דגר קטן עיי״ש. אבל לע״ד המחלוקת היא באחד שיודע שהוא זכות גמור ומ״מ אינו רוצה בהזכות שיש סוברים דלא מהני מחאה מטעם בטלה דעתו ובזה שפיר כתב הדברי חיים שלא קיי״ל כוותייהו כדחזינן בסוגיא דגר קטן וכוונתו שבהגדילו יכולין למחות אף שהוא זכות גמור. אבל הכא בכופרת שמצד טעותה להרשיע ולכפור אינה רוצה בגט, שברור לנו שאם היתה יודעת האמת שהוא דין אמת שניתן מהשי״ת שצריך גט

בדיני התורה וחייבת חנק והולד ממזר היתה רוצה בגט אינו כלום מה שצווחת מצד טעותה והוי זה כזוכה שלא מדעתה שמועיל משום דא״צ שתעשהו לשליח כיון שהאומדנא שהיתה עושה אותו לשליח אם היתה יודעת שזוכה עבורה הגט וה״נ אף שהיא מוחית, אומדנא ברורה היא שאם היתה יודעת האמת שהוא חטא גדול היתה עושהו שליח לזכות עבורה יש להועיל דע״ז ליכא ראיית הדברי חיים מסוגיא דגר קטן. אבל למעשה קשה לעשות נגד דברי הדברי חיים. וגם מרעק״א שהביא כתר״ה שהוצרך לומר דתולין שרק בטורח ובזיון אינה רוצה וע״י זכות היתה רוצה נמי משמע שאינו סובר סברא זו דיחשב זכות מצד שאם לא היתה טועה לכפור היתה רוצה בגט. ולכן צריך לומר כדלעיל שהוא זכות משום דתלינן שרק בשביל שאינה רוצה להטיב לבעלה כמו שאמרה אינה רוצה בגט אף שיש גם לה טובה מזה אבל כיון שהאמת שהבעל יהיה מותר גם בלא זה היתה רוצה, והוא כגילוי דעת מדבריה שלכן אף שמצד טעותה שיש בזה טובה לבעלה היא מוחית אינו כלום ויש לדון בזה כדין זכות שמתגרשת בהזיכוי. אך מ״מ צריך לעשות גם שליח להולכה שיתנהו לה מתי שתתרצה לקבלו, ויש להשתדל שתקבל כדי לצאת מחשש ממזרות וכשתדע שכבר נשא אשה ודאי תקבל.

למסקנה הגר״מ לא מוכן לסמוך על חידושו להלכה. אבל בכל אופן חזינן מדבריו ב׳ דברים מחודשים האחד, לענין מחלוקת האחרונים שהבאנו לעיל האם שייכא אומדנא כזו בשליחות או רק במידי דניחותא חזינן שנוקט בפשטות ששייך אומדנא גם בשליחות ומזה אין צורך לומר שחזר בו. והשני, שאפילו בניגוד לרצונו הגלוי שייכא אומדנא דאילו היה יודע שהוא טועה כל כך היה מתרצה ודי בזה למינוי שליחות. ומזה חזר בו למעשה.

ז. מצבים שונים של אומדן דעת

יתכן שיש מקום לחלק בין מצבים שונים לגבי אומדן דעת.

במקום שיש אומדנא דמוכח מסתבר שאין כוונת הדברים שאדם חושב על הכל בפועל אלא שהם מונחים באיזה אופן בדעתו.

לדוגמא – אדם המקדש אשה – דקיי״ל שאם נמצאו עליה נדרים הקידושין בטלים, וכן לענין נמצא עליה מום מהותי. ניתן להניח שאדם שמקדש אשה לא חושב כלל על עניני נדרים וודאי בשעת הקידושין אינו אומר בדעתו שהוא מקדשה בתנאי שאין עליה נדרים – אלא שאנו אומרים שכל אדם מקדש על דעת שאשה זו היא כפי מה שחושב שהיא ראויה לאישות רגילה ולחיים רגילים

ואם יתברר שלא כן הוא – לא על דעת כן קידש. וה״ה בכל מקח שסתם אדם עושה קנינים במהירות ולא חושב על גדרי כל קנין וקנין - אלא שאנו אומדים שסתם אדם עושה על דעת כן – ולא שבאמת חשב כן בשעת הקנין אלא שהדבר מונח באיזה אופן בדעתו.

ביותר נצרכת הגדרה זו לדעת רע״א שכל מקח טעות הוא מדין תנאי שודאי סתם אדם לא מתנה בדעתו בשעה שעושה מקח שאם המקח אינו כפי שהוא רואה אזי הוא אינו מתכוון לקנות, אבל כיון שאילו ישאל האדם מייד יאמר שכן – נמצא שהדברים מונחים באיזה אופן בדעתו אף שאינו חושב להדיא ומפרט הדברים במחשבתו.

מצב מנוגד למצב זה הוא המצב שבו אנו דנים. מקום שברור לן שהאדם אינו חושב כלל על הענין. האדם איבד דבר מסוים ואינו יודע כלל מזה – ודאי שאין לו ניחותא שאחר יקנה או יאוש שהרי אינו יודע כלל שאיבד. אלא שאנו דנים האם העובדה שאם ידע מזה ודאי יחשוב כן – יתייאש או יפקיר או יקנה יכולה להחשב כאילו כבר יודע וחושב כן.

בין שני הקטבים תיתכן מציאות ביניים - האדם מעונין בדבר מסוים – והוא מודע לאפשרות הזו – אבל אינו חושב עליה באופן מפורט ומדויק.

בסוגיא דריש המפקיד שבה המפקיד מקנה לנפקד את הבהמה על מנת שבמקרה של גניבה יזכה הוא בכפל אחרי שישלם קשה לומר שיש אומדנא להקנות ממש על הצד הראשון שאמרנו שכן רובא דעלמא לא חושבים כן. הסוגיא עצמה הרי הקשתה כיצד ניתן להקנות כפל הרי הוא דבר שלא בא לעולם ותירצה שמקנה הבהמה עצמה ואיכא תרי לישני האם מקנה בשעת ההפקדה או סמוך לגניבה. וכל זה רחוק מאד לומר שהאדם חושב בשעת ההפקדה.

אולם ניתן לומר שסתם אינשי ניחא להו שבמצב שהבהמה תיגנב וישלם השומר – יזכה הוא בכפל ועל דעת כן מפקידים אצלו. על דעה גולמית זו נוכל לומר שיש אומדנא דמוכח. הביטוי המעשי של ניחותא זו אמורה להתפרט לקנין הבהמה כפי שמופיע בריש המפקיד כי לולי זה לא יתכן להקנות הכפל אבל זאת סתם אינשי לא יודעים לחשוב. נמצא שבמקרה דוגמת המפקיד יש אומדנא דמוכח על הרצון הגולמי ואין אומדנא כלל על כוונה מפורשת לקנין.

מדברי הרשב״א בב״ק קב,ב שהובאו לעיל נראה שהבין שבריש המפקיד ישנה אומדנא בפועל:

הא דא״ר אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא. מדקאמר נעשה כמי שהקנה ולא קאמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסות אשתו ובניו משמע דלב ב״ד מתנה על דבר זה קאמר, ולא היא דאי משום תקנת חכמים במקדיש נכסיו קאמר ולא לגבי שאר מילי, א״כ היאך מייתי ראיה בשלהי פ׳ נערה שנתפתתה דאלמנה אין שמין מה שעליה מדתנן המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו דבמקדיש עבוד בה רבנן תקנתא ולא בשאר מילי, אלא מהתם שמעינן דדינא קתני משום דאנן סהדי דדעתי׳ לאקנויי להו כלים שלקח להן ואף על פי שלא הקנה להן בפירוש ומשום דאמדינן ליה לדעתי׳ אמרו נעשה כמי שהקנה. וכמוהו בריש פרק המפקיד נעשה כאומר לו לכשתגנב פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך סמוך לגנבתה, ואחרים יש בגמ׳. ומכל מקום איכא למידק דלדברי ר׳ אבא לא הקנה להן בשעת קנייה דנימא דשליחותייהו קא עביד לזכות להן מיד המוכר אלא לאחר שקנאן הקנה אותן להן מדקאמר כל המקדיש, ועוד דר׳ אבא הוא דנדי מההוא טעמא דר׳ אבהו דמוקי מתניתין בטעמא דשליחותייהו עביד וא״כ קשיא היאך קנו ומי זכה להן, וי״ל דכל שדעתו קרובה להן הרבה גמר בדעתו בהקנאה וזכייה לקנות ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא..

בתוך הדברים דן הרשב״א באופן ההקנאה לאשתו. הקושי הוא שהבעל לא זיכה לה מרגע הראשון שקנה את החפץ אלא הקנה לה לאחר מכן ואזי לא היה מעשה קנין. חידש הרשב״א שהכא כיון דאיכא גמירות דעת מוחלטת להקנות כיון דמקרבא דעתיה אין צורך במעשה קנין. חזינן שמבין שיש אומדנא רגילה ורק בחסרון של מעשה הקנין התקשה. ואי נימא כן בריש המפקיד נמצא שהבין שהיא אומדנא רגילה שאומדים דעתם של המפקיד והנפקד. אי נימא שהרשב״א סבור שהיא ממש אומדנא רגילה לקנין ולא כפי הבנת נתה״מ לעיל שודאי שאין המפקיד והנפקד מכוונים לקנין ניחא. אולם יתכן לומר שהרשב״א מתכוון שיש אומדנא חלקית וכפי שהבאנו וסגי בזה.

אמנם יש לעיין כיצד תועיל אומדנא חלקית זו. ניתן להציע מספר הסברים:

א. ״קנין המועיל״ - האדם לא יודע כיצד יחול הקנין באופן המועיל ונאמר שדעתו היא דיחול באיזה אופן ובפרט שיועיל על סמך אומדן דעת שניחא ליה שיזכה בכפל וכנ״ל. ומציאות זו גרועה ממציאות רגילה של קנין המועיל ששם האדם עסוק להקנות בכל אופן.

ב. בדומה לאדם החותם בשטר שהוא מחוייב לכל הכתוב אף שאינו מבין את כל הסעיפים בו ולא קרא אותם כיון שהוא סומך דעתו שהשטר מנוסח כהלכה וכהוגן. ה״נ אדם המפקיד מחייב עצמו לכל דבר המועיל על פי דין אף שאינו יודע כרגע כל פרטי הדין. מבחינה זו יצא חידוש שלולי שהמשנה חידשה דין זה – שהכפל נקנה לשומר – הדין לא היה קיים באמת. (לפי זה אפילו שלא היה בדעתו כלל ענין הכפל סגי במחשבה כללית זו לחייבו בכל המתחייב בדין וכוונת הגמרא לאומדנא היא באמת לרצון העקרוני אילו היה נשאל בזה). ראיה לענין זה היא שבויכוח שמתעורר לאחר מעשה הצדדים מבררים דעת ההלכה בנידון - חזינן שכל עצם הקנין נעשה על דעת שיעשה ככתוב בהלכה.

ג. מדין יאוש שלא מדעת – אלא דעדיפא מיניה- ביאוש שלא מדעת קיי״ל כאביי דלא מועיל אבל בזה שהוא כן מודע לאפשרות זו אף שאין דעת מקנה וקונה בפועל נאמר שהוי כאילו יש וכפי שמביא רבא בסוגיא של יאוש כיון שאי הווה ידע היה מתייאש סגי בהכי – ה״נ כיון שאי היו אומרים לו את הדין היה מקנה כדין סגי בהכי ועדיפא מיאוש שהוא ללא דעת כלל.

לפי כל הסעיפים שאמרנו שכל אחד זוקק בירור לעצמו – תובן ההבחנה בין ריש המפקיד לבין העודר בנכסי הגר. העודר בנכסי הגר כלל אינו מודע לכך שפעולת קנין לפניו – לכן אין לו שום גדר ורצון לקנות ולא שייך לבוא מתורת קנין המועיל. גם אינו עוסק בפעולת חלות שנאמר שהוא עושה אותה על דעת ההלכה בנידון.

ח. סיכום

הסברא הפשוטה אומרת שבמקום שבו האדם לא מודע כלל לאפשרות לעשות חלות כגון קנין,תרומה הפקר וכדומה – אף שברור לן שאם היה יודע היה עושה את אותה חלות אין הדבר מועיל לעשיית החלות שכן בכל דבר בעינן גמירות דעת וליכא.

במקרים מסוימים אנו מוצאים שחידשה הגמרא שאכן ישנה חלות ללא ידיעת הבעלים - מכח לב בית דין מתנה עליהן. ובזה נחלקו ראשונים האם שייך לומר כן בעסקי יחיד ולכו״ע לאו בכל מקום תיקנו על כן אין להסתמך על זה בסתמא.

יש מקום להשוואה לנידון מחלוקת אביי ורבא ביאוש שלא מדעת. אלא שמחד לא נפסקה הלכה כרבא אלא כאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ומאידך גם אם נאמר כחידושם של כמה מהאחרונים שלהלכה נקטינן סברת יאוש שלא

מדעת באופנים מסוימים, מצאנו שתי גישות בסוגיא שם האם שייכת היא רק בעניינים שחלותם נגמרת על ידי ניחותא דבעלים כמו יאוש, ניחותא דמקנה בקנין מצד הקונה או אפילו במעשים גמורים הדורשים גמירות דעת.

בסוף הדיון הבאנו אפשרות נוספת (שעדיין טעונה בירור) לביאורם של סוגיות שבו נראה שחסרה האומדנא הברורה – שגם אומדנא חלקית או רצון בלתי מפורט יכול להספיק לצורך יצירת חלות.

הרב יוסף שליט

מקומות קבועים? - תפיסת מקום באוטובוס ובאולם

ראשי הפרקים

א. איך תופסים מקום

ב. חזקה במקום ישיבה

ג. שכירות קרקע בתשמיש

ד. שיטת שער משפט

ה. שכירות או זכות נסיעה

ו. שכירות טלטלים בכסף

ו. שכירות מקום הנסיעה באוטובוס

ז. תפיסת מקום ע"י אחר

ח. צורת קניו ע"י שליח

ט. סיכום

מעשים בכל יום שאדם עולה לאוטובוס או נכנס לארוע באולם ומחפש מקום ישיבה. לא פעם כשרוצה האדם לשבת נאמר לו שהמקום כבר תפוס לאדם אחר כאשר מונח עליו חפץ וכדו'.

ומדין "צדק צדק תרדוף"[1] נראה פשוט שיש לאדם לנהוג כמנהג העולם שהראשון שעולה לאוטובוס או נכנס לאולם הוא ראשון לזכות במקום ישיבה על פני מי שעלה אחריו. אך יש לדון במקרה בו אדם בחר מקום בכך שהניח חפץ(תיק ספר וכדו') באחד המושבים במטרה לשבת שם ואדם אחר הורידם משם ו"תפס" את המקום האם חשוב שגזל את מקומו וצריך לפצות אותו או שמעיקר הדין אין עליו תביעה ולא זכה הראשון במקום הנ"ל.

---

[1] ועיין בדברי המאירי סנהדרין לב: "ויש דברים שאין מידת הדין שולט בהן ואתה צריך לחזר בהן אחר מה שראוי יותר להכריע..." ובהמשך דבריו שם.

במאמר זה אי"ה נעמוד על האפשרות הקניינית של "תפיסת מקום", מהו מעשה הקנין המועיל לכך והאם ישנה אפשרות לעשות זאת ע"י אדם שתופס מקום לאחר?

א. איך תופסים מקום?

כשבאים לדון בצורת הקנין של שכירות המקום יש לדון אם יש שינוי בדין בין קרקעות למטלטלים. וע"כ אם נדון אוטובוס כמטלטלים יתכן וצורת התפיסה של המקום תהיה שונה מזו שבאולם(בציור בו הכיסאות מחוברים לקרקע) או להבדיל בבית מדרש.

במציאות שהאדם הנכנס לאולם משלם כסף עבור כך יש לטעון שבעצם התשלום כבר נקנה לו מקום. שכן מבואר בגמ' בב"ק עט וכך נפסק בשו"ע חו"מ קצה,ט: "בדרכים שהקרקע נקנה בהם, שכירות ושאלת קרקע נקנין". ומוסיף הרמ"א "הגה: ואפילו במקום שכסף אינו קונה בלא שטר וכו' מ"מ שכירות סגי לה בכסף לחוד".

ולפי זה כל הקודם לשלם כבר שכר את המקום ולא שייך לתפוס מקום עבור אחר שכן שכירות המקום נקנית בכסף.

אך למעשה במקום שבו בזמן התשלום לא מתקבל מספר המקום בו האדם זכאי לשבת (ולא כמציאות במטוסים וכדו') נראה שאין בתשלום קנין גמור לגבי שכירות המקום.

וראיה לדין זה יש להביא מדברי הגמ' במנחות קח,ב " בית בביתי אני מוכר לך ונפל - מראהו נפול, עבד בעבדיי אני מוכר לך ומת - מראהו מת". ומבואר שם בגמ' בטעם הדין מפני שידו של בעל השטר על התחתונה. ומבאר רש"י ד"ה "בעל השטר" וז"ל "כגון האי לוקח שבא בשטר מכירה ידו על התחתונה דהוי מוציא מחבירו עליו הראיה שהמוכר מוחזק בבתים הלכך ראיה על הלוקח". ומבואר מדבריו שאף שנענשה כבר קנין בבית ע"י שטר מכירה לא נגמר המקח עד שמחזיק הלוקח בבית מסוים או בעבד מסויים.[2] דין זה נפסק ברמב"ם מכירה יט כא ובשו"ע חו"מ ריד,יב.

---

[2] בראי"ש גיטין פ"ז ס' טז הביא בשם הריצב"א שפסק שבכל מקום שמקנה לחברו בדבר שלא מבורר יכול המוכר לתת לו הפחות וכמו הדין שם במוכר יין והחמיץ חלק מהיין שיכול לומר המוכר ללוקח שלך החמיץ. והרא"ש שם דוחה שרק במקום שהיה ללוקח או המפקיד חפץ מסוים ואחר כך נתערב אז יד המוכר על העליונה והלוקח מפסיד הכל. אך במקום שהקנה לו רק חלק בסתם ולא ביררו נעשה הלוקח שותף עם המוכר והאחריות תתחלק בין המוכר והלוקח. וא"כ אפשר לטעון שבדיננו נחלקו הראשונים שלדעת הריצב"א לא נגמר

וא״כ נראה שכך גם הדין בשכירות מקומות שהמשלם בכניסתו לאולם זוכה בזכות לבחור מושב מהמושבים שבאולם אך עד שלא יחזיק במושב מסוים לא זכה בשכירות המושב. ולכך במצב בו כבר אין מקומות ישיבה לא יוכל להקים אדם שכבר התיישב שכן ״ידו על התחתונה״.[3]

ב. חזקה במקום ישיבה

ולהאמור יש לעיין מהו מעשה הקנין שיש לעשות במקום ישיבה ע״מ לזכות בו. ובב״ק עט (הובא לעיל) מבואר שכמו שקרקע נקנית בכסף שטר וחזקה כך שכירות קרקע נקנית בכסף שטר וחזקה. וצריך לבאר איזה מעשה חזקה מועיל לשכירות מקום ישיבה שכן במציאות לא שייך מעשה חזקה של נעל גדר או פרץ.

בב״ב נג,ב מבואר[4] שאדם שהציע מצעות בנכסי הגר קנה ומבארת הגמ׳ שכמו שמבואר במשנה בדין קנין עבד כנעני שקונה אותו האדון ע״י שמשתעבד בו להנאתו כך גם בקנין קרקע. ולשיטת הרשב״ם נראה שגם אם לא הציע מצעות בקרקע אלא רק נהנה מגוף הקרקע קונה אותה בחזקה ומבאר שם הרשב״ם

הקנין ועד שלא יחזיק האדם במקומו יכול אחר להקדימו. אך לדעת הרא״ש משעת התשלום נעשה האדם שותף גמור בכל המושבים ולכן יהיה קודם למי שישלם אחריו. אך רע״א בחידושים על מנחות שם תמה על שיטת הרא״ש מהגמ׳ הנ״ל במנחות שבבית בבתיי יכול לתת לו גם זה שנפל ואין האחריות מתחלקת וא״כ מבואר שעד שלא החזיק לא הופך לשותף ואין ללוקח בעלות בבתים ונשאר שם בצע״ג.

[3] ונסתפקתי אם במקרה כנ״ל שמקנה או משכיר לו בית בבתיו יוכל הקונה להחזיק בבית מסוים ע״מ לקנות הבית שיבחר בסוף ואז תהיה ידו על העליונה לבחור המקום.לפי המבואר בקידושין שהמוכר לחברו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן זכה שכן ״סדנא דארעא חד הוא״ ונפסק בשו״ע קצב,יב (וא״כ בניד״ד יכול האדם להתישב במקום הראשון שימצא ע״מ להחזיק במקום שיבחר לבסוף).

אך בקצוה״ח קצה,ח הוכיח שקנין סודר מועיל בשכירות מדברי הגמ׳ בב״מ קג,א שמקנה לחברו רשות לחפור בור מים בארצו שחופר והולך עד שימצא מים אך בלבד שיעשו קנין. ומבאר הקצות שמדובר בקנין סודר שכן לא יועיל מעשה חזקה בשביל הזכות לחפור משום ״דמה מועיל חזקה בקרקע זו לחפור בקרקעות אחרות כיון שאין לו כלום בקרקע שהחזיק״. ומבואר מדבריו שאין מעשה חזקה מועיל לזכות אם לא זוכה באותו מקום שמחזיק והועיל ואם יחפור ולא ימצא מים אז אין לו שום זכות בקרקע לא תועיל החזקה לקנות זכות החפירה במקום אחר. וא״כ גם במוכר בית בבתיי לא יועיל ללוקח להחזיק באחד הבתים לזכות בבית אחר שכן לא זכה במקום שהחזיק וד״ל (אך במילואי חושן העיר מדברי הריטב״א שם שמבאר שמועיל חזקה בחפירת בור אחד לזכות בזכות החפירה בכל הקרקעות וצל״ע).

[4] וז״ל הגמ׳ ״אמר רב עמרם: האי מילתא אמר לן רב ששת, ואנהרינהו עינין ממתניתא: המציע מצעות בנכסי הגר - קנה. ואנהרינהו עינין ממתניתא, מאי היא? דתניא: כיצד בחזקה? נעל לו מנעלו, או התיר לו מנעלו, או שהוליך כליו אחריו לבית המרחץ, והפשיטו, והרחיצו, סכו, גרדו, והלבישו, והנעילו, והגביהו – קנאו.

שהמקור לקנין חזקה הוא בפסוק "ושבו בעריכם אשר תפסתם" ומכאן שכל מה שנהנה גופו מהקרקע דומה לשבו בעריכם. אך תוס' ד"ה "המציע" כתבו שדוקא מציע מצעות הוא מעשה קנין אך אם מצא מצעות ורק שכב עליהם לא קונה הבית.

וברמב"ם בפ"א ממכירה פסק שלוקח שדה שאכל פירות השדה קנאה בחזקה וכתב שם בהלכה טו "היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה, ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם וכיוצא בזה משאר התשמיש". הראב"ד שם משיג על הרמב"ם שאין שימוש בקרקע מועיל לענין מעשה קנין של חזקה וכתב "א"א הא מילתא לא מיחוורא דהא חזקה אכילת פירות היא, ואכילת פירות לא מהני אלא כנגד טענה אבל למיקנא בה ארעא לא קני אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר".

אך בהלכות זכיה ומתנה ב,ד פסק הרמב"ם את דברי הגמ' ב"ב הנ"ל שהמציע מצעות בנכסי הגר קנה. והראב"ד לא חולק שם ומכך נראה שמציע מצעות הוא קנין יותר טוב מאכילת פירות ויועיל גם לשיטת הראב"ד.

ובסי' קצב,ט פוסק השו"ע שמציע מצעות בבית ושדה ושכב עליהם קנה הבית בחזקה. ואפשר להבין בדבריו שהקנין הוא השימוש בשדה. אך בסי' ערה בדיני הזוכה בנכסי הגר כתב השו"ע סעיף טו "המציע מצעות בנכסי הגר, כיון שייפה הקרקע בהצעתן, קנה". ומבואר שלא הצריך שישכב עליהם וא"כ אין הקנין בהנאת גופו ובשימוש בשדה אלא בהצעת המצעות עצמם וכך מבואר בגר"א קצב,יב.[5] וא"כ מי ששוכב בקרקע בלי להציע מצעות לא זוכה בקרקע שכן מעשה הקנין הוא בהצעת המצעות.

אך בנוסף לקנין הקרקע בהצעת מצעות מבאר השו"ע "ולא עוד אלא אפילו נתן כליו לתוכו או צבר פירות קנה". ומבואר שלשיטתו גם בהנחת חפץ בקרקע חשוב מעשה חזקה. וא"כ צ"ע למה צריך כלל הצעת מצעות כשרוצה לקנות בשכיבה בקרקע ומה גרע השוכב בגופו שלא קונה מאדם המניח חפץ שקונה? מבאר הנתיבות ביאורים א בשם המשאת בנימין שאין דרך לשכב ללא מצעות[6]

---

[5] וכן ראיתי בנתה"מ בחידושים אות יא שמבאר בדעת השו"ע שצריך גם הצעת מצעות וגם שכיבה וכדעת התוס' בב"ב.

[6] ועפ"י ביאורו בחידושים שהמחבר פוסק כדעת התוס' שבמצא מצעות ושכב עליהם לא קנה. צריך לבאר כוונתו שאין דרך לשכב על מצעות של אחרים וצע"ק.

ולכן זה לא תשמיש חשוב. אך כל תשמיש שהוא כדרך תשמישו הרגילה קונה בהשתמשות כקנין חזקה לדעת השו״ע. ומבאר כך את דברי הט״ז קצב,ז שפסק לענין קנית מקום בבית הכנסת הואיל ותשמישו הוא לישיבה עליו ודרך תשמישו בלי להציע מצעות חשובה הישיבה כמעשה חזקה לקנות המקום.

ולכך נראה בדעת השו״ע שאם אדם משתמש במקום בין ע״י ישיבה בו או שמניח שם תיקו או כובעו חשוב כמעשה חזקה במקום.

לעומת פסק השו״ע, הרמ״א (קצב,יא) הביא דעת הראב״ד והראשונים שאכילת פירות אינה מעשה חזקה ולא קונה בקרקע. ובסי׳ ערה חולק על השו״ע וכתב ״ויש אומרים דוקא ששכב על המצעות, דהואיל ונהנה מן גוף הקרקע וגם הציע אותן, קנה (טור).״ ומבואר שלשיטתו הקנין הוא בהנאת הגוף מהקרקע ולא חשוב הנאה חשובה אם לא שיציע מצעות.

הסמ״ע קצב אות יז מבאר במה עדיף השוכב בקרקע מסתם מניח חפץ בקרקע ומסיק שהקנין הוא בכך שנהנה גופו מהקרקע (וכשיטת הרשב״ם). וא״כ ע״פ סברתו היה נראה שגם אם לא הציע מצעות קנה בחזקה כל זמן שגופו נהנה מהקרקע. אך בשו״ע מבואר שצריך שיציע מצעות וגם ישכב עליהם והרמ״א לא חולק? ולפי דברי הנתיבות בשם המשאת בנימין יש לומר שהואיל ואין דרך לשכב בלא מצעות אז זה לא מעשה חשוב לקנות ולכן צריך שישכב על מצעות דוקא וכמבואר לעיל אך לעולם הקנין הוא בהנאת הגוף. וא״כ יוצא בדעת הרמ״א שאין הנחת חפצים בקרקע חשובה מעשה חזקה לקנין.[7]

א״כ לענייננו נראה בדעת הרמ״א שאדם שיושב במקומו באולם מאחר שנהנה גופו ממקום הישיבה זכה בקנין חזקה בשכירות המקום. אך במקרה בו יניח חפץ על כסא כדי ״לתפוס״ המקום לא יועיל הדבר כמעשה חזקה שכן לא נהנה גופו מהמושב.[8]

---

[7] ונתה״מ ביאורים אות ה הביא שיטת המחנה אפרים שהכנסת חפצים בשכירות היא מעשה קנין שכן כל מה שזוכה השוכר היא רק בזכות להנחת חפציו ודומה הדבר לדין צחיח סלע שפוסק השו״ע שנקנה בנחת פירות שם. אך הנתיבות שם חולק שלדעת הראב״ד והרמ״א לא מועיל הכנסת חפצים אף בשכירות שכן הם חולקים על הדין של צחיח סלע עיי״ש.

[8] וא״כ (אם נשווה דין אוטובוס לדין אולם) בדין חיוב בדיקת חמץ כמבואר לקמן יצטרך האדם לבדוק רק את מקום ישיבתו אך לא את תא המטען של האוטובוס. אך לדעת השו״ע אם מניח מטען באוטובוס יצטרך לבדוק גם את תא המטען (אם לא נפטור מבדיקת חמץ מטעמים אחרים דהוי שכירות לשתסתיים לפני זמן האיסור וכדו׳).

העולה מהנ"ל במקרה שנותן לאחר את תיקו וכדו' כדי להניח לו על מושב בכדי "לתפוס" אותו נראה שלדעת השו"ע זהו מעשה חזקה וקנה את המקום בהנחת התיק ע"י חברו. אך לדעת הרמ"א אין זה מעשה חזקה והקודם לשבת במקום זכה בו.

ג. שכירות קרקע בתשמיש

כל הנידון האמור הוא בחזקה שהיא מעשה קנין בקרקע ויש לעיין אם בשכירות יש דין שונה. המהרי"ט (ח"א סי' סה) נשאל האם בשימוש השוכר בקרקע חשוב מעשה חזקה לקנות. ומבאר שם שגם לשכירות צריך חזקה גמורה כמו בקנין. ורוצה להוכיח זאת מהגמ' בגיטין עז שהרוצה לזכות גט לאישתו צריך להשאיל לה המקום של הגט ומבארת הגמ' שהיא צריכה לעשות קנין של נעילה ופתיחה של הדלת כדי לזכות בבית. קצוה"ח בסי' קפט מקשה על המהרי"ט הרי שם לא עשתה שימוש במקום ולכן לא קנתה אך במקום שהשוכר משתמש בהנחת כליו זוכה בחצר וכך רוצה לפסוק.

נתה"מ (קצב ביאורים ו) מבאר שהוכחת המהרי"ט היתה מכך שאמרה הגמ' דוקא שהאשה תנעול ותפתח ולא אמרו שיכולה להניח שם כליה ומכאן מוכח שאין שימוש בקרקע חשוב כחזקה לקנות אף לשכירות. ומבאר שם שלענין להשתמש בקרקע וודאי שמועיל מעשה של הכנסת כלים לזכות בזכות השימוש בקרקע. וכמו שמצינו לענין חזקת תשמישים שאדם זוכה בשימוש בקרקע ע"י תשמיש גם ללא מעשה חזקה. אך לענין לקנות קרקע שתחשב כשלו ותקנה לו חפץ שנכנס לשם צריך מעשה חזקה גמור. וא"כ מבואר שגם לדעתו לענין תשמיש מועיל מעשה של הכנסת כלים גם לשיטת הרמ"א.[9] וא"כ ע"י הנחת תיק וכדו' אדם יכול לזכות בתשמיש הזה וממילא קודם לאדם אחר.

אך יש לחלק ולומר שבמקומות ישיבה אין המקום מושכר לצורך הנחת תיקים כלל אלא רק לישיבת אנשים. ואין בעלי האולם משכיר לאדם להניח התיק על המושב בזמן שאנשים אחרים עומדים. וא"כ אפשר שלשאלתנו אם לא חשוב השימוש במקום כחזקה גמורה אין הנחת התיק תועיל לקנין תשמישים שכן לתשמיש זה לא הושכר המקום ועדיין צ"ע.

---

[9] ועיין שיעורי הגרש"ש ב"ב סי' לט שהקשה על דברי נתה"מ איך מהני לקנות השתמשות במקום שמתכוון להקנות לו הגוף. אך בנידו"ד שבאמת זוכה רק בהשתמשות נראה שוודאי יועיל שימוש כמעשה קנין.

ד. שיטת השער משפט

בנוסף לאמור לעיל יש להביא מה שחידש השער משפט (שם הביאו בפת״ש ה) ופסק שבמקום שאדם שילם כסף עבור הקרקע והמנהג הוא שגם כותבים שטר אם במקום לכתוב שטר יעשה חזקה של אכילת פירות הקרקע נגמר בזה הקנין גם ללא השטר. ומבאר שאכילת הפירות מגלה שגמר בדעתו לקנות ע״י הכסף. ומביא סמך לחידוש זה מדברי הגמ׳ בקידושין כז שאדם ששילם כסף תועיל חזקתו בשדה אחת לזכות בשדות נוספות משום ״דבנתן דמי כולן מהני אף חזקה קלישתא״.

ולשיטתו כל מה שסברו הראב״ד והראשונים ההולכים בשיטתו שאין אכילת פירות חשובה חזקה זה רק במקום שאין נתינת מעות. אך במקום שבו הקונה שילם כסף אף במקום שלא קנה לפי שלא כתב שטר אכילת הפירות כן חשובה מעשה חזקה שבכך שהחפץ בה לרשותו סומכת דעתו לקנות. וא״כ נראה שלשיטת השער משפט גם לדעת הרמ״א יועיל מעשה של הנחת חפץ על מושב כחזקה במקום בו כבר שילמו כסף עבור המקום.[10] וכמו כן מה שהעלנו לחלק שהואיל ולא משכירים המקומות להנחת חפצים לא מועיל כמעשה חזקה גמור אפשר שע״פ סברת השער משפט הנחת הכלי תצטרף לתשלום עבור המקום ובזה קונה השכירות לכו״ע.

ה. שכירות או זכות נסיעה

יש אחרונים שרוצים לבאר שאין לנסיעה באוטובוס דין שכירות אלא רק זכות לנסוע באוטובוס.

והסברא לדון כך היא שאין הנהג שכיר של הנוסע באוטובוס שכן היה עושה הנסיעה בכל מקרה גם ללא הצטרפות הנוסעים. והנהג רק מאפשר לאדם הרוצה לעלות לאוטובוס להצטרף לנסיעה וכמובן מכך שאין הנהג מקבל שכרו מהנוסעים אלא הוא שכיר של חברת הנסיעות ומקבל את שכרו מהם ללא קשר למספר הנוסעים.

---

[10] ואע״פ שיש לחלק ולומר שרק במקום שכבר עשה קנין גמור בשדה אלא שהדרך לכתוב גם שטר בזה חידש השער המשפט שתועיל חזקה גרועה. אך במקום שלא קנה כלל המקום יתכן שנצריך מעשה חזקה גמורה. אך בתוך דברי השער משפט מבואר שבכך שרצה להביא ראיה מדין המוכר עשר שדות שמחזיק בשדה אחת ומחשיב זאת כחזקה ״קלישתא״ בשדות האחרות. ומבאר שקונה לפי שכבר שילם הכל. ומבואר שלומד ממעשה חזקה רגיל שמועיל מדין סדנא דארעא חד הוא כמבואר בקידושין לחזקה של אכילת פירות. וא״כ כמו שחזקת ״סדנא דארעא חד הוא״ מהני גם לקנין שכירות כך גם חזקה של אכילת פירות תועיל כמעשה חזקה.

ולפיכך כל צורת הקנין בדבר זה אינם ע״פ דרכי הקנין של שכירות רגילה אלא בתשלום דמי הנסיעה זוכה הנוסע ב״זכות לשבת באוטובוס״. בעקבות הגדרה זו רצו לפטור בעיה שנתעוררה בכך שאדם הנוסע באוטובוס בערב פסח ואינו יודע אם הנהג בדק בלילה בדיקת חמץ יצטרך לבדוק שוב את מקומו ומקומות ילדיו ואולי אף את תא המטען. וכדינו של השוכר בית ביי״ד ניסן שאם לא נבדק צריך לבודקו. אך אם נגדיר שאין קנין שכירות במקום הנסיעה אלא רק זכות שימוש נראה שאין בזה חיוב בדיקת חמץ על הנוסעים.

אך מצינו בתרומת הדשן תשו׳ שיח דן אם יש הונאה באדם השוכר עגלון וסוסו להובלת משא. ופוסק שם שאף שאין לפועל דין הונאה יש הונאה בשכירות הסוס ולכן בחלק ההונאה ששילם בעד הסוס והעגלה יש לו טענת הונאה. וכך פסק הרמ״א רכז,לג.

ולכך מסתבר לענ״ד שאף אם הנהג אינו שכיר של הנוסעים ואינו חשוב כפועל שלהם בכל זאת יש לנוסע קנין שכירות באוטובוס עצמו ובמקום הישיבה בזמן נסיעתו שהרי התשלום כולל גם תשלום עבור הרכב וגם עבור פעולת הנהג. וע״כ יש לדון מהי פעולת הקנין שבה קונה הנוסע את מקומו.

וראיה לדבר זה נראה שיש להביא דברי המהרש״ם ח״ד סי׳ קמו שנשאל לגבי חיוב הדלקת נרות חנוכה למי שנוסע ברכבת וכתב: ״האם מותר להדליק נ״ח על הבאהן /הרכבת/ לא מצאתי הדבר מבואר אבל הלא מי ששילם בעד כל הלילה הוי כשכר לו בית דירה לאכול ולישן שם וחייב בנ״ח״.

ומדבריו עולה שאף שהרכבת נוסעת בכל אופן אין הדבר מוגדר כנתינת רשות להצטרף לנסיעה אלא בכך שמשלם לנסיעת הלילה חשוב הנוסע כשוכר המקום[11] ולכך מתחייב להדליק שם נרות חנוכה וזהו

[11] ויש לעיין באדם הקונה כרטיסיה וזוכה בזכות לנסוע בעתיד האם חשוב כבר כשוכר את המקום שיברר לנסיעתו וכדין בית בבתי וכנ״ל או שחשוב כמלוה לחברת הנסיעות ומקבל שיעבוד של ״לא יהיה לך פירעון אלא מזו״ לגבות חובו בנסיעתו. ולכאורה יש לטעון שאין אפשרות לחברת האוטובוס להשכיר האוטובוס מראש שכן בזמן שאדם קונה הכרטיסיה האוטובוס מושכר לאנשים אחרים.ובנתיבות ס׳ ריא ה הביא פסק הש״ך שיב,ג שיכול המשכיר להשכיר ביתו לאדם אף שבזמן הקנין הבית מושכר לשוכר אחר. ומבאר שם שכל זה רק אם המשכיר מיחד הבית שמשכיר. אך אם לא מיחד איזה חפץ משכיר לא יועיל הקנין הואיל והבית מושכר כבר לאדם אחר וחשוב דבר שאינו ברשותו (ועיי״ש במקור דבריו מדברי ר״ת בכתובות צא,ב בדין שדה זו שאירש מאבא מכור לך). אך יש אפשרות שבכך שהכרטיסיה מיוחדת לקו נסיעה מסויים חשוב כאומר ״שדה זו״ ובזה בידו להשכירו אף שמושכר לאחרים וצ״ע.

ביתו.[12]

וא״כ נראה שכדין הרכבת כך דין האוטובוס או מקום ישיבה באולם ופשוט.

ו. שכירות מקום הנסיעה באוטובוס

ע״פ הגדר הנ״ל לגבי מקום-נסיעה באוטובוס יש לעיין האם דרך הקנין בו שוה לצורת קנין במקום באולם (שהמושב מחובר לקרקע). שכן מטלטלים נקנים במשיכה או בהגבהה ולא בקנין חזקה. וא״כ התשלום לאוטובוס אינו קונה את המקום אלא רק הזזת האוטובוס תועיל כקנין משיכה.

במבי״ט סי׳ קמה פוסק שכאשר הקונה אומר למוכר שימשוך החפץ הנקנה ויוציאו מרשותו או שאומר לבעל השדה עשה חזקה בשבילי בשדך חשוב הדבר כפעולת קנין בשביל הקונה. ולמד דין זה מכל קנין שאפשר לעשותו ע״י שליח כמבואר בב״מ ט,ב ונפסק בשו״ע סי׳ ר,יב. וא״כ במקרה בו אדם שוכר נהג הסעות או מונית כאשר מתחיל הנהג להזיז הרכב בשביל הקונה חשוב כמעשה קנין לשכירות הרכב.

אך בשער משפט (ר,ד, הו״ד בפת״ש ר,ח) מביא דברי הגמ׳ בב״מ צט שבמקום בו אומר השומר ״הכישה במקל והיא תבוא״ התחייב בשמירת הבהמה. ובשטמ״ק שם בשם הריטב״א מבאר שאין מעשה הבעלים יכול להחשב כמשיכה בשביל הקונה אלא מעמיד שם שנכנסת הבהמה לד׳ אמות של השומר. ומסקנתו שם שבמקום בו הבעלים עושה את מעשה הקנין ישנה מחלוקת ראשונים אם מועיל[13] ורק כאשר שלוחו או עבדו של הבעלים מושך בשביל הקונה זוכה הקונה. וא״כ כאשר הבעלים הוא הנהג ישנה מח׳ אם בכך שמתחיל בנסיעתו נחשב כמעשה קנין של הנוסעים. אך במציאות שהנהג הוא רק שכיר של חברת ההסעות נראה שיכול לכו״ע לעשות קנין משיכה בהזזתו את האוטובוס בשביל הנוסעים.

אך למעשה נראה שאין הנסיעה יכולה להחשב כקנין משיכה עבור הנוסעים שכן לפי המבואר לעיל (בציור הרגיל של הנוסע בקו-אוטובוס) אין הנהג שכיר של העולה המשלם לו אלא נוסע בדרכו בכל אופן. וא״כ אין מעשהו להזזת האוטובוס נעשה בשליחות הנוסעים ולכך לא נחשב כמעשה קנין עבורם.

---

[12] ואף הצי״א ח״ט סימן כט שחלק להצריך להדליק גם ללא בית מבין בדברי המרש״ם שהמקום ברכבת הריהו כביתו ולא חולק בדבר.

[13] והמהרש״ם ח״ה יח פסק שלא קימ״ל כמבי״ט ולהלכה לא מועיל מעשה של הבעלים להחשב כמעשה קנין ע״י״ש.

ז. שכירות מטלטלים בכסף

בר״ן ב״מ מט,ב שכתב ״יש אומרים דשכירת מטלטלין נקנה בכסף דליכא למיחש שמא יאמרו הבעלים נשרפו המטלטלין כיון שהגוף של בעליה, אי מיתנס טרח ומציל״. ומבואר שאף שאין מעות קונות במטלטלים משום החשש שיאמר המוכר נשרפו חיטך וכו׳ שכירות של מטלטלים נקנית במעות לבד שכן ודאי יציל המשכיר את החפץ משריפה. וכך פסק להלכה השו״ע בסי׳ קצח, ו. וא״כ נראה שע״י התשלום עבור מקום הנסיעה כבר נעשה קנין לשכירות המקום. ואע״פ שישנה אפשרות שאין מקום פנוי באוטובוס וא״כ אין התשלום מועיל לבדו כמעשה קנין לשכירות מקום מסוים (ואין בזה קנין במקום אלא רק אפשרות לבחור מקום וכדלעיל). נראה לומר שאם משלם עבור מקום ואח״כ מברר על איזה מקום שילם זכה בשכירות ע״י נתינת המעות.[14]

ובזה יש לדחות העצה שכתבו לעולה לאוטובוס בער״פ ואינו רוצה לבדוק בדיקת חמץ שישב במקום ולא יתכוון לזכות בו. ואז אינו קונה במעשה חזקה ולא יחשב כשוכר המקום. אך לדברינו אם קונה המקום בתשלום כאשר יושב במקומו כבר נתחייב בבדיקה כדין שוכר וכנ״ל.

ומצאנו בהגהות רע״א על השו״ע (שם) מביא דברי הנמו״י בב״מ נז שחולק על פסקו של השו״ע וכתב:

> ושכירות מטלטלין נמי הויא כמכירה וכי היכי דאין נקנין אלא במשיכה כך אין שכירותן נקנה אלא במשיכה ואף על גב דמדאורייתא נקנין בכסף אלא משום גזירה שמא יאמרו נשרפו חטיך בעליה מה שאין כן בשכירות דכיון שגוף הכלי ששכרו ממנו הוא בידיו טרח ומציל מכל מקום כיון דשכירות כמכירה אין לחלק וכן כתב הרשב״א ז״ל והסכימו עמו האחרונים ז״ל.

ומבואר מדברי הנמו״י שאף שלא שייך הטעם שיאמר לו נשרפו חיטך בעליה מכיון שגוף החפץ שלו בכ״ז דין שכירות כדין מכירה ואין קנין כסף קונה. וא״כ נראה שהדין הוא מח׳ ראשונים ואפשר שבדין דרבנן כבדיקת חמץ יהיה אפשר לסמוך על דעת הנימוק״י.

---

[14] ובזה נראה בפשטות שלא יועיל כוונה שלא לקנות שכן הוי דברים שבלב ואינם דברים שכן עושה קנין ע״י המעות.

אך לפי דברי השער משפט שהובאו לעיל יש אפשרות לטעון שגם במטלטלים יועיל מעשה חזקה כדי לסיים את קנין הכסף וכמו שביאר בדעת הראב"ד לגבי אכילת פירות שאינה מעשה חזקה שקונה קרקעות אך מועיל לסיים קנין שהחל בתשלום כסף.

ח. תפיסת מקום ע"י אחר

בגמ' בב"מ י,א נאמר "רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרוייהו: המגביה מציאה לחבירו - לא קנה חבירו. מאי טעמא - הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, והתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים - לא קנה". אך מסקנת הסוגיא שם בשם רב נחמן שבמציאה יכול אדם לזכות עבור אחר דמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאחריני.

רש"י מבאר שם (ד"ה לא קנה) ביאר שמשום שלא עשאו הזוכה שליח לזכות לו אז לא יכול לתפוס במקום שחב לאחרים. ומדויק מדבריו שאם הזוכה עושה שליח לתפוס לו ממון מבע"ח זוכה המשלח ואין בזה בעיה של התופס לבע"ח.[15]

אך תוס' במקום ד"ה "תופס" חולקים ומביאים ראיה מהגמ' בכתובות פד,ב שגם אם נעשה שליחו לזכות לא יכול לתפוס במקום שחב לאחרים. וכשיטת הרא"ש פסקו הרא"ש והר"ן ורי"ו.

ובשו"ע חו"מ קה,א נפסק להלכה שלא יכול אדם לתפוס לחברו אפילו במקרה שעשאו שליח. ובסעיף ב מבואר שאם יכול השליח לזכות לעצמו יכול לתפוס אף לחברו "דמיגו דזכי לנפשיה זכי לאחריני". ונחלקו האחרונים האם יכול התופס לזכות יותר משיעור חובו שלו. דעת הסמ"ע (קה,ג) וכך פסקו הב"ח התומים ונתה"מ (שם) שאין השליח יכול לזכות יותר משיעור חובו שכן בזה אין מיגו דזכי וכו'. אך שיטת הש"ך שם כפי המבואר בדברי הב"י שיש יכולת לשליח לזכות גם ביותר מחובו שכן כל מה שזוכה שייך במיגו דזכי לנפשיה וכ"פ הקצוה"ח.

וראיתי שהגר"י זילברשטיין בחישוקי חמד בב"מ י פסק שאדם המבקש מחברו לתפוס עבורו מקום באוטובוס אם חברו עוד לא שילם אז חשוב תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ולא קנה. ומביא שם דברי הפנ"י בכתובות פד שהטעם שלא קנה לפי שאין שליח לדבר עבירה וזו עבירה לתפוס לחברו. וא"כ יש

[15] ובש"ך קה,ג לומד שגם דעת ריטב"א כרש"י ומביא מתשובת מהר"א ששון שאפשר לטעון קים לי כרש"י והריטב"א אך הש"ך שם חולק ומעמיד דברי רש"י בעשאו פועל עי"ש.

איסור לתפוס מקום עבור אחר. אך אם חברו שילם וגם הוא שילם אז הדין תלוי במחלוקת האחרונים הנ״ל אם יכול לתפוס גם יותר מכדי חובו.

ולדבריו יש להוסיף שהשליח צריך לתפוס המקום לפני שיושב בעצמו שכן אם כבר תפס לעצמו מקום לא יוכל לתפוס עבור חברו שכן כבר לא שייך מיגו דזכי לנפשיה וכמבואר בב״י שם.

אך לכאורה לפי האמור לעיל כל זמן שהאדם שילם על מקומו אפשר שזכה כבר במקום[16] אלא שיכול לברר באיזה מקום זכה ובזה לא מובן למה חשוב תופס לבעל חוב שכן עושהו שליח לברר לו מה שקנה וזה כמו העושה שליח לקנות עבורו.[17]

ט. צורת קנין ע״י שליח

ולפי המבואר לעיל שהשליח לתפוס מקום הוא כשליח לקנות יש לעיין באיזה אופן יכול להחזיק במקום. שכן אם יעשה קנין חזקה ע״י שישב במקום עבור חברו יתכן שאין בזה קנין חזקה. ומצאתי שכתב כך בחדושי הגרש״ש ב״ב סימן לט (מא בהוצאה החדשה) אחר שהביא מה שכתבו הט״ז והנתיבות שישיבה במקום נחשבת כמעשה חזקה הואיל ונהנה בגופו. וביאר שלא שייך לעשות קנין חזקה זה ע״י שליח. שכן מי שנהנה למעשה זהו השליח ולא הקונה עצמו ובזה כבר לא חשוב כלל כמעשה חזקה.[18] ומבאר הסברא בזה שכך הדין גם בקנין עבד שאם מהנה את האדון בגופו אז חשוב השימוש כמעשה קנין אך

---

[16] ועיין בקצוה״ח רלה,ו במה שביאר בדברי הרמב״ם שקנין כסף שנגמר בקנין חזקה זוכה למפרע במה שנתן המעות.

[17] ואין להשוות דין זה לשיטת אביי ״דלמפרע הוא גובה״ וא״כ כשגבה עבור חברו נקנה לו למפרע ובכ״ז התופס לבע״ח במקום שחב לאחרים לא קנה.שכן תוס׳ בב״ק לג. ד״ה ״איכא״ ביארו שהלמפרע הוא רק אם נגבה לבסוף אך קודם יש אפשרות שיחזיר לו כסף וכלל לא יגבה. ובזה חשוב תופס לבע״ח. אך בניד״ד כבר זכה במקום ורק מברר קנינו וא״כ הריהו כשליח לקנות.

[18] וז״ל שם: ״ועוד נלענ״ד להעיר בזה דע״כ צריך לומר ראין הטעם משום דנהנה הגוף דהנה יש לחקור כל היכא דהקנין הוא משום דנהנה הגוף אי מהני בזה שליחות וכגון במציע מצעות בנכסי הגר דהוי משום דנהנה הגוף אי מהני שליחות דהנה זה ברור דבחזקה שנקנה עבד וכגון במגביה הוא לרבו דהוי קנין מטעם שהעבד משמש לרבו בגופו הנה אם ישלח הרב שליח שהעבד ישמש אותו ודאי דלא מהני לשטת הסוברים דע״כ לא מהני שימוש העבד לרבו אלא רק במלאכות שמשמש את גופו כגון סכו גרדו והגביהו אבל אם עשה איזה מעשה אחר עבור רבו לא מהני ולפי זה גם בזה שעושה העבד מעשה על פי ציוויו של הרב לשמש אדם אחר ודאי דלא מהני דודאי דאי אפשר לומר ככגון זה דכיון דשלוחו של אדם כמותו יהיה זה נחשב מה שמשמש את השליח כאילו שימש את הרב״.

אם יאמר לעבד לשמש אדם אחר לא יועיל מה שהאחר נהנה כמעשה קנין בעבד.

ולפי זה כלל לא יועיל שיבקש מחברו לתפוס לו מקום בכך שישב חברו באותו מקום שכן אין זה מעשה חזקה כלל. ונראה שה״ה[19] אם יניח החבר חפץ ששיך לו במקום כדי לזכות בשימוש עבור חברו יתכן שלא יועיל זה כמעשה חזקה מכיון שאין אלו הכלים של הקונה לא חשוב השימוש כמעשה חזקה וכנ״ל.

וא״כ לתפיסת מקום יצטרך השליח להניח חפץ של המשלח ע״מ לתפוס לו את המקום ובזה צ״ע אם חשוב תופס לבע״ח כלל, שכן הקנין לא נעשה ע״י השליח אלא ע״י שימוש המשלח. ודומה הדבר למלוה שיאמר לחברו לזרוק מטלטלי הלוה לתוך חצרו שאף שהתופס לבע״ח לא קנה נראה שיזכה במטלטלים מדין חצר. ותלי״ת מצאתי שכבר כתב בזה ר׳ משה אריה גראדזענסקי במכתב לאחיו הגר׳ חיים עוזר[20] שאם מכניס חפץ לרשות הזוכה לא חשוב כתופס לבע״ח במקום שחב לאחרים. ומבאר בזה מה שהקשה שם איך מבואר בגיטין ל,ב שגם במעשר עני מזכה ע״י אחר ולא חשוב תופס לבע״ח. ומתרץ שיכול לזכות ע״י עצמו המעש״ע לעני מסוים בכך שיקנה לו מקום בחצרו וממילא יזכה העני במעשר שיהיה בתוך חצרו. ובדרך זו לא עובר אף על הלאו של ״לא תלקט לעני״ משום שהעני בעצמו זוכה לעצמו ולא שהבעה״ב זוכה עבורו.

עוד מתרץ שם קושית הרע״א על דברי הר״ן בנדרים לד במה שאמר רבא שם שהיתה לפניו כיכר של הפקר והקדישה הרי היא הקדש. וביאר הר״ן שם הטעם בדבר לפי שהוא כמגביה מציאה לחברו שזכה חברו. והקשה רע״א (גליון הש״ס ב״מ ח,א) הרי רבא בב״מ ח,א סובר שגם במציאה חשוב תופס לבע״ח (וכמבואר בתוס׳ ב״מ י,א ד״ה איתיביה) וא״כ אין לו את הטעם של מיגו דזכי לנפשיה ומדוע יכול לזכות בד׳ אמותיו עבור הקדש?[21] אך לפי האמור מיושב שאם מכניס החפץ לרשות הקדש לא חשוב כתופס לבע״ח שכן הבע״ח קונה בחצרו. וכך גם בד׳ אמותיו שזוכה להקדש ההקדש זוכה לעצמו ובזה לא שייך דין התופס לבע״ח.

---

[19] וכ״כ הגידולי שמואל ב״ב פה,א.

[20] אחיעזר החדש בסוף הספר סי׳ צו.

[21] ועי׳ או״ש ביכורים יב,יא מה שתרץ בקושיא זו.

י. סיכום

במאמר זה דנו בדרכי הקנין בהם ניתן לזכות במקום ישיבה בין בקרקע ובין במטלטלים.

בראשית הדברים בארנו שזכות הישיבה במקום היא בפשטות כשכירות רגילה ולכן דרכי קניתה יהיו כדרכי קנית השכירות.

בארנו שלדעת השו״ע נראה שבעצם הישיבה או בהנחת חפץ במקום מסוים חשוב הדבר כמעשה קנין. אך לדעת הרמ״א אין אכילת פירות חשובה מעשה חזקה ובהנחת חפץ במקום לא חשוב לקנין חזקה.

אך בצירוף קנין כסף שנעשה בתשלום עבור המקום גם לדעת הרמ״א חשוב השימוש כקנין לשכירות בין מצד הדין ששכירות נקנית בכסף ובין מצד חידושו של השער משפט שחזקה שמצטרפת לקנין כסף מועילה אף בדרך אכילת פירות.

לאחר שנתבארה צורת הקנין ע״י הקונה דנו בשאלה האם ניתן לתפוס מקום ע״י אחר לאחר שכבר נתבצע התשלום עבור המקום. עוד דנו האחרונים לאסור תפיסת מקום ע״י שליח מדין התופס לבע״ח במקום שחב לאחרים.

אך למעשה הדבר צ״ע ע״פ חידושו של הגרש״ש שבקנין חזקה שמועיל מצד הנאת הקונה לא שייך לעשותו ע״י שליח שכן צריך את הנאת הקונה. וא״כ תפיסה ע״י שליח לכאורה לא אפשרית מלבד הנחת כליו של הקונה ובזה נתבאר שכלל אין בעיה של התופס לבע״ח.

הרב נחמיה טיילור
ר"מ במכון הגבוה לתורה, אונ' בר-אילן
הראל ברגר
המחלקה למחשבים אונ' בר-אילן ואריאל

גניבת זהות וירטואלית

ראשי הפרקים

א. השאלות העולות לדיון
ב. הקדמה
ג. דין אונאת דברים
ד. דיני גניבה
ה. דין מזיק
ו. חיובי שומרים
ז. סיכום

א. השאלות העולות לדיון

ראובן פרץ לחשבון הטוויטר של שמעון, ופרסם בשמו דברים שגרמו לו לבושת פנים ולפגיעה אישית. האם ניתן לחייב את ראובן על עצם הפריצה, וכן האם ניתן לחייבו על השימוש בחשבון?

במקרה וראובן הינו פורץ אינטרנטי, שפרץ לחשבון הפייסבוק של שמעון ופירסם בשמו תמיכה בעמדה פוליטית שגרמה לפיטוריו מהעבודה. האם ניתן לחייב את ראובן לפצות את שמעון?

האם לחברות כמו טוויטר ופייסבוק ודומיהם יש אחריות הלכתית במקרה וחשבון כנ"ל נפרץ?

ב. הקדמה

בשנים האחרונות, התרבו הרשתות החברתיות השונות ברחבי העולם הוירטואלי המאפשרות הנגשת מידע לעולם, תקשורת עם חלקים שונים של האוכלסיה בלחיצת כפתור ועוד. עם זאת, גם אפשרויות שאינן חיוביות בהכרח

נכרכו בד בבד עם התקדמות זו. פריצות לבנקים ופריצת חשבונות אישיים, חשיפת פרטים חסויים ואף בעיות קשות של פגיעה בילדים ברמות שונות.

על מנת שהדיון יהיה ברור גם לקוראים שאינם בקיאים בתחומי הרשתות החברתיות, נסביר את הבעיה בכמה מילים:

רשת חברתית בנויה מרשת מחשבים המתפקדים כשרתים המחזיקים מידע. מידע זה מורכב מחשבונות של אנשים פרטיים שנכנסו למערכת זו. כל משתמש מזוהה ע״י שם משתמש ו/סיסמא, הנבחרים על ידו. כשישנו משתמש זדוני שרוצה לפרוץ למשתמשים אחרים, הוא מייצר פגיעה במערכת האבטחה של הרשת, וגם פוגע במשתמש הספציפי שאליו הוא פרץ. לכן, מערכת הנזיקין כאן מורכבת יותר מהמקרה הנורמטיבי.

כשאנו באים לדון בבעיות ההלכתיות בנושאים שכאלה ישנה בעיה מובנית. בימי נתינת התורה שבכתב, ואף ברוב ימי מסירת התורה שבעל פה לא הייתה קיימת אבסטרקציה של מידע. מידע היה כתוב על קלף, נייר, שטר ועוד. כיום, אנו מורגלים בכך שמידע הינו חסר ממשות, קיים בצורה וירטואלית בעולם האמיתי. ברמה הפשוטה ביותר-סכום שמופקד בחשבון בנק אינו ׳באמת׳ נמצא שם, הכל מפוקח ע״י מערכת הבנק שבה המידע אודות חשבונות שונים נמצאים. אין בשום חשבון בנק ׳חפצא׳ ממשי. לכן יש קושי מובנה במשמעות ההלכתית של מושגים אלו.

במאמר זה, נדון בעיקר בנושא גניבת זהות וירטואלית. הכוונה בזהות וירטואלית במאמר זה תהיה למושגים הבאים: ״שם או מספר שיכול להוות לבד או יחד עם תוספת מידע לזהות יחיד״.[1] הגדרה זו כוללת שם, מס׳ תעודת זהות, תאריך לידה, כתובת ועוד. גניבה של זהות כזו תתמקד ברוב המאמר הזה בפרטים השייכים לרשתות החברתיות השונות. כמובן, פרטים שהינם טריוויאלים וחשופים לכל, המושג ׳גניבה׳ פחות מקושר אליהם לאור העובדה שמימד הפגיעה ביחיד בשל החשיפה שלהם בפני הציבור הינו מינימלי עד לכדי אפסי.

[1] 18 U.S. Code § 1028 - Fraud and related activity in connection with identification documents, authentication features, and information section 7a.

מאמר זה יחולק לשלושה חלקים עיקריים בהם ידונו מאפיינים שונים של גניבה מעין זו, או במילים אחרות-שלושה עקרונות הלכתיים שעולים בקנה אחד יחד עם מושג גניבה שכזו.

אך תחילה, יש לדון בהגדרת המושג של גניבת זהות וירטואלית. כאשר מדובר על זהות פיזית, כמו תעודת זהות, ניתן להבין כי גניבת תעודת זהות ו/שימוש בה לצרכים שאינם צרכי היחיד הינה גניבת זהותו. לפי חוק העונשין של מדינת ישראל (סעיף 441) - "המתייצג בכזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות, דינו - מאסר שלוש שנים". כלומר, כוונת המחוקק היתה דווקא לכוונת הונאה, אך כל כוונה אחרת לא נכללת בחוק. גם בחוק העונשין וגם בחוק המחשבים לא מצאנו התייחסות לנושא של גניבה וירטואלית. אפילו הגדרה מקבילה לזו של החוק, לא מצויה בהלכה. האם אפשר בכלל להצביע על פעולה שמהווה גניבת זהות פיזית וגם וירטואלית? נשתדל לענות על שאלה זו בהמשך.

שלושת העקרונות בהם נדון הנם:

א. אונאת דברים

ב. גניבה

ג. דין מזיק

יש להזכיר, כי בכל הדיון הקרוב, ישנו עיסוק בשווי ממוני של זהות זו. כמובן, זוהי זהות שאינה שוות ערך ממון מבחינה אובייקטיבית, לפחות במובן המרכזי של המילה שיווי ממוני. קשה מאוד לכמת דבר שכזה. ישנו דיון מרתק בנושא זה במאמרו של הרב זלמן נחמיה גולדברג בתחומין (חלק ח), העוסק בתחום האפור של שווי אישי של חפץ שאינו בעל ערך שוק.

ג. אונאת דברים

בחלק זה נדון במקרים בהם האדם שנגנבה זהותו מתבייש/מצטער, אך אינו נפגע ממונית בצורה כלשהי. כמובן, מוטיב זה חוזר גם במקרים האחרים שיובאו בחלקים הבאים של מאמר זה.

בהגדרת אונאת דברים במשנה במסכת בבא מציעא (ד,י) מופיעים הדברים כך:

> כשם שאונאה במקח וממכר כך אונאה בדברים, לא יאמר לו בכמה חפץ זה והוא אינו רוצה ליקח. אם היה בעל תשובה לא יאמר לו זכור

> מעשיך הראשונים. אם הוא בן גרים לא יאמר לו זכור מעשה אבותיך שנאמר (שמות כב) "וגר לא תונה ולא תלחצנו.

משמע מדברי המשנה, שאונאת דברים קיימת גם כשהדברים הנאמרים הם דברים אמיתיים, כמו במקרה של גר ובעל תשובה. הדין הראשון המופיע במשנה קשור להלכות מכירה ושנים האחרונים קשורים להלכות דעות ולהלכות תשובה.

בהל' מכירה (יד,יג) נכתב:

"כיצד היה בעל תשובה לא יאמר לו זכור מעשיך הראשונים, ואם היה בן גרים לא יאמר לו זכור מעשה אבותיך, היה גר ובא ללמוד תורה לא יאמר לו פה שאכל נבילות וטריפות יבא וילמוד תורה שניתנה מפי הגבורה, היו חלאים ויסורים באין עליו או שהיה מקבר את בניו, לא יאמר לו כדרך שאמרו חבריו לאיוב הלא יראתך כסלתך זכור נא מי הוא נקי אבד".

בהל' דעות (ו,ח) נכתב:

"לפיכך צריך אדם להזהר בדבר זה שלא יבייש חבירו ברבים בין קטון בין גדול ולא יקרא לו בשם שהוא בוש ממנו ולא יספר לפניו דבר שהוא בוש ממנו..."

3. בהל' תשובה (ז,ח) נכתב:

"וחטא גמור הוא לומר לבעל תשובה זכור מעשיך הראשונים או להזכירן לפניו כדי לביישו, או להזכיר דברים ועניינים הדומין להם כדי להזכירו מה עשה, הכל אסור ומוזהר עליו בכלל הונייית דברים שהזהירה תורה עליה שנאמר ולא תונו איש את עמיתו."

הרמב"ם מונה במנין הלאוין את האיסור הזה בספר המצוות (ל"ת רנא) ובפירוש המשניות למשנה שם הוא כותב:

"דע שאונאת דברים נאמר גם בה פסוק מיוחד והוא אמרו ולא תונו איש את עמיתו ויראת מא-להיך והחמיר בה יותר מאונאת ממון כמו שאתה רואה שהזהיר והפחיד עליה. ועוד שהאדם יכול לעשותה בתחבולה כגון שעומד על המחיר והוא אינו קונה, ואומר אין דעתי אלא לקנות. או שיציע לאדם שאינו מלומד דבר חכמה ויאמר לו הסבר לי דבר זה כדי לביישו, ויאמר אני חשבתי שהוא מאנשי החכמה. או שיספר ספור ויכלול בו מגרעות איזה אדם ומומיו, ויאמר אני לא נתכוונתי למה שחשבתם. לפיכך אמר ויראת מא-להיך היודע כוונותיך ומחשבותיך, וזהו ענין אמרם כל דבר שהוא מסור ללב נאמר בו

ויראת מאל-היך, ולפי ענין זה תמצא בתורה כל מקום שאמר ויראת מא-להיך הוא דבר שלא יוכלו דייני בשר ודם לשפוט בו.״

מדבריו כאן נראה, שהמאנה אינו יכול לומר שלא התכוון למעשה, כי על זה נאמר: ״ויראת מא-להיך״.

המהר״ל בחידושי אגדות בבבא מציעא (נח,ב) מוסיף את הנדבך הפסיכולוגי:

״כי אין המתענה נחשב בעיניו לכלום, וכל דבר שחבירו שפל ופחות ונבזה בעיניו ואמר לו דברים עד שנראה לחבירו שאינו נחשב לו כלום זה הוי אונאה.״

מטרת המאנה לפי המהר״ל, היא להשפיל את המתאנה עד ״שאינו נחשב בעיניו לכלום״.

המשמעות המעשית של דברים הללו היא כל 'ציוץ' או ביטוי שאדם מעלה לרשת החברתית בזהות של מישהו אחר צריך להימדד על פי קני המידה הללו. השאלה העומדת לפתחנו האם יש סנקציות משפטיות במקרה שכזה.

הגמרא בבבא מציעא (שם) אומרת:

״...א״ר יוחנן משום ר״ש בן יוחאי גדול אונאת דברים מאונאת ממון שזה נאמר בו ויראת מא-להיך וזה לא נאמר בו ויראת מא-להיך ור' אלעזר אומר זה בגופו וזה בממונו רבי שמואל בר נחמני אמר זה ניתן להישבון וזה לא ניתן להישבון תני תנא קמיה דרב נחמן בר יצחק כל המלבין פני חבירו ברבים כאילו שופך דמים...״.

בסוגיה זו אנו מתוודעים לכמה דעות, ביניהן דעת ר' שמואל בא נחמני המחלק בין אונאת ממון שניתן להישבון בין אונאת דברים שלא ניתן להישבון. הסבה שאין באונאת דברים חיוב מלקות היא כי הוא לאו שאין בו מעשה. אך בנקודה זו ניתן היה לומר שישנה מחלוקת בין החינוך למגיד משנה. בדברי החינוך נראה שאין מלקות כל עוד אין מעשה כי הוא כותב (מצוה שלח):

״עבר על לאו זה, אבל אין לוקין עליו לפי שאין בו מעשה. וכמה מלקיות מבלי רצועה של עגל ביד האדון המצוה על זה, יתברך ויתעלה.״

אך מנגד, המגיד משנה מעלה כי כל מצב בו יש מעשה, ניתן להגדירו כלאו שיש בו מעשה על אף שבפועל יכול להיות שהעובר לא עשה מעשה וכך הוא כותב:

"...והעיקר שמה שאמרו כאן דעקימת שפתים דחסימה היא מעשה הוא מפני שדבורו בא לכלל מעשה שע"י קולו היא נחסמת אבל דבור שאינו בא לכלל מעשה לא..."(מ"מ שכירות יג).

עפ"ז יש לדון האם במקרה שלנו יש חיוב מלקות, באונאת דברים ע"י גניבת זהות יש מעשה(פרסום וכו'), או שמא לא. לכאורה לפי המ"מ בגלל שיכול להיות שהכתיבה והפרסום נחשבים כמעשה הרי יש כאן לאו שיש בו מעשה ולוקים על כך. לפי החינוך, רק אם בפועל הלאו בכללותו יש בו מעשה לוקים, במקרה שלנו אין סנקציה של מלקות. אך מדברי המרדכי (בבא מציעא סימן שו) עולה כי אכן לוקים על אונאת דברים כלאו גמור וכך הוא כותב:

"...דת"ר לא תונו איש את עמיתו באונאת דברים הכתוב מדבר ומסיק זה לא ניתן להשבון הלכך מלקים אותו שהרי עבר על לאו גמור..."

הבית יוסף (חו"מ א) מבין כי המרדכי מדבר על מלקות מדרבנן:

> והמרדכי כתב בפרק הזהב שהמאנה את חבירו בדברים מלקין אותו מפני שעבר על לאו דלא תונו איש את עמיתו (ויקרא כה,יז). ותמהני עליו דהא קיימא לן (שבועות כא,א) כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם ואיפשר דמכת מרדות מדרבנן קאמר.

אך, מפשטות דברי המרדכי משמע שמדובר על מלקות מדאורייתא, שהרי אומר- "שהרי עבר על לאו גמור". כבר תלה השדי חמד (מערכת למ"ד אות יב) את דברי המרדכי במחלוקת מגיד משנה וספר החינוך, שהמרדכי סבור כדעת המגיד משנה הנ"ל, ולכן יש סנקציה של מלקות דאורייתא. כבר הרחיב על כך ר' חיים יעקב סופר, בספרו ברית יעקב (ב"מ יז).

נראה ברור שברוב המקרים של גניבת זהות עולה המוטיב של הצער לנגנב, וכן בושה במקרים מסוימים של פריצה ופרסום דברים לא נאותים כביכול בשם בעל הזהות. דברים אלו משותפים למקרים הפשוטים היום יומיים וכן למקרים הקשים יותר שקיימים ברשת.

יש להזכיר, כי מדובר גם אם האדם עצמו לא מתבייש אלא יש לו צער בעלמא, כדברי החפץ חיים[2] עדיין המפרסם עובר על אונאת דברים. בנוסף, לפחות לפי

---

[2] "עיקרו קאי אפילו אם המצטער אינו מתבייש על ידי זה רק צער בעלמא" (חפץ חיים פתיחה י"ד באר מים חיים).

העולה מדברי המרדכי ניתן להשית עליו מלקות מן התורה ומדרבנן לפי שיטת הבית יוסף. השולחן ערוך (חו״מ תכ) אומר שאפשר לנדות:

> רקק בחבירו, חייב. אבל רקק בבגדיו, או שביישו בדברים, פטור. ויש לבית דין בכל מקום ובכל זמן לגדור כפי מה שיראו. ויש אומרים שמנדין אותו עד שיפייס המבוייש.

גם לפי הרמ״א להלכה אפשר גם להלקות:

> וי״א דמכין אותו מכת מרדות (ב״י ס״ס א׳ בשם מרדכי פרק הזהב).

לסיכום חלק זה, איסור אונאת דברים הוא חלק בלתי נפרד מנושא גניבת זהות. בצורה הישירה ביותר, כשאדם שנגנבה זהותו מודע לגניבה עצמה הרי הוא צריך להחליף פרטים ו/או להסתיר מחדש את המידע. מבחינה ממונית קשה אולי לכמת את ההפסד, אך ודאי נוצר לאדם צער במקרה שכזה. צער שכזה ודאי נכלל באיסור ׳לא תונו איש את עמיתו ויראת מא-להיך׳.

ד. דיני גניבה

בנושא הגניבה, יש לשאול כמה שאלות על מנת לברר את היחס בין גניבה פיזית לבין גניבת הזהות הוירטואלית:

א. האם מדובר כאן בגנב או בגזלן?

ב. מהו החפץ שאנחנו מדברים עליו?

ג. מהו הדבר שמחזירים, או הערך שמחזירים?

בהקשר לשאלה הראשונה, מובאים ברמב״ם בהלכות גניבה (א,ג) הדברים הבאים:

> ״איזה הוא גנב, זה הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעין, כגון הפושט ידו לתוך כיס חבירו ולקח מעותיו ואין הבעלים רואין וכן כל כיוצא בזה, אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא בחוזק יד אין זה גנב אלא גזלן...״.

בהגדרה המדויקת כאן, ניתן להביא את מחלוקת הסמ״ע והש״ך לגבי הגדרת גנב וגזלן:[3]

[3] עיין בפתחי חושן, חלק ה, פרק א, הערה ו.

"...ואפילו יודעים מזה, כיון שהגנב מטמין עצמו כדי שלא יראוהו נקרא גנב..." (סמ"ע שמח,ז).

".... לאו גנבה מיקרי כיון שהאחר יודע מזה...." (ש"ך חו"מ שנט,ג).

הסמ"ע מגדיר את ההבדל בין גנב לגזלן בצורה סובייקטיבית. אם הגנב גונב בצורה בה הוא מסתתר ומנסה להחביא את גניבתו, הרי הוא גנב. אם הוא בא בפומבי ובכח, הרי הוא גזלן. לעומתו, הש"ך מגדיר זאת בצורה אובייקטיבית. כאשר יש מישהו שיודע מהגניבה, הרי היא הופכת לגזילה. מכאן ניתן להבדיל בעניינו, בין גונב חשבון וירטואלי שמטרתו להזיק ולהפיץ כזבים, הרי הוא בעצם כגזלן לפי שיטת הסמ"ע. אם אותו פושע עושה הכל בהסתר ומשתדל לעשות הכל בחשאי, הרי הוא גנב. הש"ך במקרה שכזה יתייחס אך ורק למקרה בו מישהו ראה את הגניבה או לא. אם אף אחד לא ראה, הרי הוא עודנו נחשב כגנב.

מחלוקת הסמ"ע והש"ך מתייחסת למקרה בו הגניבה זוהתה בשעת ביצועה. אך, במקרה דנן יש להבדיל בין שני מושגים:

1. גניבת הזהות הוירטואלית-הכוונה כאן לפריצה לחשבון פייסבוק, טוויטר וכדומה.

2. שימוש בזהות הוירטואלית-למטרות מסוגים שונים, שאינן לרצון בעלי אותה זהות.

ברוב המקרים בתחום גניבת החשבונות הוירטואליים, זיהוי הגניבה הוא רק בעת השימוש(וגם לא תמיד בשימוש ראשוני אלא בזמן מאוחר יותר). לכן, לא מוכרח שהמחלוקת אכן מתיישבת עם המקרים בהם אנו דנים.

אך, ניתן לראות כי גם שימוש ללא פעולת גניבה יכול לייצר חיוב ממוני והוא בקשר למחלוקת בנושא של שואל שלא מדעת.

הדבר יהושע (חו"מ ט) דייק מסדר ההלכות בחושן משפט סימן שנט שהביא את דין שואל שלא מדעת בסעיף ה' ורק בסעיף ט' הזכיר את דיני גזלה שהם מדרבנן. הוא טוען, ששואל שלא מדעת דומה לדברי הרמב"ם (גזו"א א,ג): "נכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל כלים משם או שתקף בעבדיו ונשתמש בהן", כלומר-אין צורך בפעולה פיזית של חטיפת חפץ מיד הנגזל אלא כל פעולה של שימוש שלא ברשות. בכיוון דומה סובר הדרישה בסימן שסג, וכן המנחת חינוך במצוה ס.

בניגוד לנ״ל, הדברי משפט[4] טוען כי שואל שלא מדעת הוא רק דין דרבנן. הנפק״מ הוא ביחס למצווה הבאה בעבירה, ועיין בנתיבות המשפט ס׳ ל״ד ס״ק ה׳ ששואל שלא מדעת פסול לעדות מדין גזלן.

לאור מחלוקת זו, נראה שפעולת גזלת הזהות הוירטואלית המוגדרת כשאלה שלא מדעת נחשבת לרוב הפוסקים כגזלה דאורייתא.

אך מהי הגדרת החפץ הנגזל ע״י פעולה זו. לכאורה, מדובר על דבר שאין גופו ממון, או במילים אחרות-אין לו שום משמעות ממונית, הוא אבסטרקטי לגמרי. מה ההלכה יכולה בכלל לומר לגביו?

כתוב בחושן משפט ״כל הגונב אפילו שוה פרוטה עובר על לאו דלא תגנובו (ויקרא יט,יא) וחייב לשלם, אחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון של גוים, ואחד הגונב מגדול או מקטן.״ (שו״ע שמח,ב).

חיוב הגניבה הממוני חייב להיות על חפץ שווה פרוטה. מכאן, עולה בעצם השאלה האם הזהות הוירטואלית היא בכלל שווה פרוטה, ואם היא שווה פרוטה-האם הערך שלה קבוע או שהוא משתנה לפי האדם המשתמש בה?

כפרמטר לקביעת שיווי ממוני כלשהו ניתן להתייחס לנאמר במאמר המוזכר לעיל של הרב גולדברג, שלמסקנה קובע כי ערך של חפץ ללא ערך שוק יקבע עפ״י המחיר שיקח להשיג חפץ שכזה. בדומה לכך, ניתן לקבוע כאן כי המחיר שנקבע לגניבה מעין זו יהיה מחיר ההשקעה שצריך להשקיע על מנת לייצר זהות שכזו. כמובן שניתן לכאורה להבדיל בין אדם שזמנו יקר לבין אדם שזמנו פחות יקר, ובין זהות מושקעת ומשמעותית לבין דף שכמעט חסר שימוש.

כדי להשית חיוב ממוני באופן מובהק, ניתן ללכת בכמה כיוונים:

א. במאמר בתחומין (כה) אודות קנין רוחני, מייצר הרב ד״ר מ׳ אברהם משענת הלכתית לחיוב גניבה של ישויות מופשטות על אדני גניבת דעת ברמת הבעלות, וממשיך את החיוב הממוני על גבי הצורך בפיצוי על הפגיעה ביחידאיות של המידע, וכן על חיוב הנאת השימוש. על בסיס זה אפשר אולי להמשיך את הדיון הממוני באפיק הגניבה.

בסיס זה בנוי על כך שגניבת מידע היא לכל הפחות גניבת דעת הבעלים, שהרי זהו דבר שנוצר מדעתו, ואין זה אבסטרקטי יותר מדעת עצמה. לכן אפשר

[4] חו״מ סימן רצב על פי דברי הריטב״א בקידושין מז,ב.

להגדיר מעין בעלות על מידע זה. החיוב הממוני לא מבוסס על דיני גניבה משום שלא מדובר על חפץ פרקטי, אלא על תשלומי ההנאה מן החפץ.

מנגנון מורכב שכזה אכן בא בחשבון, אך הבעיה העיקרית עמו היא שהמשמעות שלו היא לא חיוב המבוסס על גניבה אלא על חיוב שאנו מייצרים בצורה מלאכותית כדי לא לגרום למצב של "חוטא נשכר".

ב. מנגנון חדשני שניתן להפעיל כאן נובע מתשובה של המהרש"ל (שו"ת סי' לו), ובפרט הרעיון של "שלא יהיה לבסוף יותר ממשות מלעת עתה שחל עליו קנין". המהרש"ל בתשובה זו נשאל אודות אדם שקנה זכות מכירת יין במקום מסוים ע"י תשלום לשלטונות. לאחר זמן, אדם אחר בא ובצע את אותה הפעולה. המהרש"ל נדרש לשאלה האם האדם הראשון יכול לתבוע את השני על גניבת זכות המכירה כי זכות זו מוציאה פירות והאם יש כאן בעיה של זכות השימוש בדבר שלא בא לעולם. זכות זו, מגדיר המהרש"ל, הינה זכות שאמנם אינה ממונית, אך משלמים כדי לקבלה. מחדש שם המהרש"ל את הרעיון של מכירת זכות שמעצמה לא בא שום רווח ממוני ועדיין ניתן לתבוע ממונית עליה משום שמהותית הינה סטטית. כלומר, היא מתחילה משיווי ממוני אפסי ונשארת לכל אורך התהליך באותו מצב. זאת, בניגוד לדבר שלא בא לעולם, שכרגע הינו במצב של שיווי ממוני אפסי, אך יגיע בעצמו לשיווי ממוני כלשהו בהמשך. לכן, יש בו חסרון בכך שהקנין לא חל על שום חפץ, מה שאין כן כאן הזכות קיימת ולא משתנית לעולם אך יש לה פוטנציאל שיכול להניב ממון

כדי להבהיר את הענין, נקח דוגמא מעשית יותר. כשאדם פותח חשבון פייסבוק, יכול להיות שהוא ישתמש בו ויכול להיות שלא. הסיכוי שהוא לא ישתמש בו בכלל זהה לחלוטין לכך שישתמש בו בצורה יומיומית. גם אם אדם ישתמש בחשבון זה, לא ברור בכלל שיהיה לו שווי ממוני כלשהו. כלומר, יכול להיות שרמת השימוש/צורת השימוש בחשבון לא תהיה שווה אפילו פרוטה. לכן, שינוי השווי הממוני של חשבון שכזה לא מובטח אף פעם. מכאן שהשיווי הממוני האפסי שחשבון שכזה התחיל בו, יכול מאוד להיות שישאר כך לעולם. לכן, האדם הפורץ יצטרך לשלם על זכות השימוש בחשבון.

הקונספט של חיוב ממוני בכל נזק שהוא, הוא מובן. אך, בהגיענו לדיון זה אנו צריכים להבין כי החיוב הממוני לא חייב להיות מורכב על ישות ממונית. בעצם, החיוב הפשוט יותר להכניס כאן הוא על ישות חסרת שיוך ממוני/שיווי ממוני כלשהו. בצורה כזו, על פי תשובת המהרש"ל לעיל, ניתן להפעיל חיוב על

הגונב זהות וירטואלית, שהרי אין היא שונה מקניית רשות גבייה וירטואלית, שאין בעצמה שיווי ממוני.

תשובה נוספת שניתן להביא ביחס לענין זה, היא תשובה של הרב ארנברג (דבר יהושע ו,מח). היא מתייחסת להסכם קואליציוני בין שתי סיעות בכנסת, האם כאשר מחויב ח"כ כלשהו להתפטר כתוצאה מהסכם שכזה, או שיכול לומר שהסכם זה אין בו ממש. הוא מסביר כי לגבי רשות אכילת פירות אילן: "ואין סוף רשות האכילה להיות בו ממש יותר ממה שהיא עכשיו לפיכך בדין הוא שיחול הקנין אכילה עכשיו אף שעדיין לא באו הפירות לעולם". כלומר, דבר שאינו בעולם אך בסופו ממשותו לא תבוא לידי מימוש ממשי יותר ממה שקיים כרגע, אין בעיה להקנותו מראש.

בעמק המשפט (חלק ד, עמ' קעט-קפא) דן לגבי האם גזלת זכות הארנדא המובאת במהרש"ל(זכות מכירת הי"ש) מן השלטונות, נגבת עפ"י דינא דמלכותא או ג"כ יש לזה תוקף מצד המנהג. מה שברור הוא שגזלת זכות זו, אפילו שאינה פיזית ממונית, נחשבת גזל.

ג. דינא דמלכותא דינא-כמו שהוזכר לעיל, בחוק האמריקאי ישנה הגדרה ברורה לגניבת זהות וירטואלית וממילא עונש על מעשה שכזה. התייחסות שכזו שואבת את כוחה מחוק בינלאומי ועל כן נחשבת זוטרה ביחס לשאר האפשרויות.

ד. תקנת חכמים חדשה - כדי לייצר אחת שכזו צריך סמכות שתודיע על כך. כרגע, אין בנמצא.

מכל הנ"ל עולה, כי ישנו בסיס משמעותי לומר כי גניבה של חפץ שאין לו שווי ממוני, ולא יהיה לו בהמשך שווי ממוני יותר מעתה, הרי היא גניבה ככל שאר הגניבות. מכאן ניתן לחדש, כי גניבת זהות וירטואלית יכולה להיחשב כגניבה גם בלי להגדירה כחפץ פיזי/ כגניבת דעת.

לסיכום חלק זה, נאמר כי ישנם מספר מנגנונים שאפשר על פיהם לגבות ממון בגניבת זהות וירטואלית, אם בצורה של הגדרת המקרה בצורה אחרת, ואם בהתייחסות ישירה למקרה לכשעצמו. אין מדובר על גניבה במובן הפשוט ביותר, שהרי אין עליה חיובי כפל. הערך המוחזר ככל הנראה יוגדר לפי הזמן והמקום (אפשר להתייחס כאן למאמר של הרב נחמיה גולדברג שהובא לעיל).

ה. דין מזיק

כידוע, בחיוב חמישה תשלומים בחיובי מזיק, אין זיקה מחייבת בין כל אחד מהתשלומין, כדברי שולחן ערוך:

"ואם אין בה אלא ד', משלם ד'; ואם ג', ג'; ואם ב', ב'; ואם א', א'..." (שו"ע תכ,ג).

יש לדון במקרה דנן בכל אחד מחיובי התשלומים בפני עצמו:

1. נזק- "כיצד משערים הה' דברים; נזק, אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק, כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה, וכך יתן לו." (שם טו).

בחיוב נזק מדובר על נזק ממוני פיזי לאדם ונראה כדבר פשוט שאינו נוגע לענייננו כי אין בפועל נזק פיזי.

2. צער- "צער כיצד, הרי שקטע אצבעו, אומדים כמה אדם רוצה ליתן בו לקטע לו אבר זה בסייף או לקטוע אותו בסם, אם גזר המלך לקטוע אבר (בסייף), ומה שיש בין זה לזה משלם לו." (שם טז).

בחיוב צער מדובר על תשלום מול כאב פיזי. גם כאן לכאורה לא מדובר על המקרה שלנו.

3. שבת- "כיצד משערין השבת, אם לא חסרו אבר אלא חלה ונפל למשכב, או צבתה ידו וסופה לחזור, נותן לו שבתו של כל יום ויום כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנה." (שם סעיף יז).

בשבת משלמים על ביטול זמן עבודה. כשהאדם הנפגע בטל ממלאכתו, ניתן אולי לחדש ולומר כי הזמן שמסתגר בביתו מפאת הגניבה נכלל בשבת, אך אולי אפשר לכלול זאת בחיוב בושת.

ניתן להבין כי לפי רוב הפוסקים השבת נעשית ע"י גרמא, שהרי לא עשה מעשה בידים.[5] אך, גם על מעשים בגרמא ישנם בתי דין כיום שגובים (כתקנת הציבור, ע"י הסכמת בעלי הדין לפני הדיון). אמנם, בשו"ת שואל ומשיב (תנינא חב סי' עב), מופיעים הדברים הבאים:

[5] ערך מוציא שם רע, זכור לאברהם-דיני נזיקין, הרב אברהם אילן.

"...דבשלמא כשאנו מחייבים אותו על שעשה מעשה וגרם לחברו היזק שייך לחלק בין גרמי לגרמא דגרמא לא עביד בידים אבל כל שמחייבין אותו משום שבטלו ממלאכתו אין נפקא מינא בין בטלו מיד בין בטלו לאחר זמן ואטו שבת דמשערים בשומר קישואין אטו ההיזק הוא ברגע הלז דאטו בכל יום יש לו לשמור ורק דכל שהיה יכול לשמור חייב והוא הדין בזה וגם לא שייך לחלק בין עשה מעשה בידים דסוף סוף הוא נשבת ממלאכתו.."

השו"מ טוען כי כל החלוקה בין גרמא לגרמי מתייחסת למעשה בידיים, אך ביטול ממלאכה-אין הבדל בין אם מדובר ע"י מעשה פיזי או לא, וכן אם הפעולה צמודה לנזק או לא. ביטול המלאכה אם הינו מקושר לפעולות האדם-ניתן לחייבו.

4. ריפוי- "משערין הריפוי, אומדים בכמה ימים יחלה מחולי זה, וכמה הוא צריך, ונותן לו מיד" (שם סעיף יח).

ריפוי קשור בתשלום על אמצעי הריפוי לאדם החולה, נראה שלא שייך כאן.

5. בושת- "כיצד משערין הבושת, הכל לפי המבייש והמתבייש" (שם סעיף כד).

בחיוב הבושת בפשטות שייך הדין שלנו, לאור העובדה שגניבת זהות גורמת בושה ברמות שונות לאדם שנגנבה זהותו, כמובן-לפי כבודו ודרגתו בחברה.

לגבי דיני בושת-ניתן להשעינם על דברי המהרש"ל וסיעתו מלמעלה שיש כאן פגיעה במוניטין של המתבייש ולכן יתחייב הגונב בתשלומי בושת.

לסיכום, ראינו כי ניתן לבנות שני אדנים עליהם ניתן להרכיב את חיוב המזיק ברשת החברתית ע"י גניבת הזהות הוירטואלית.

אך, עדיין קיימת בעיה מהותית שלא התייחסנו אליה, ויש להזכירה ולמצוא לה מענה. בעיה זו הינה מציאותית, אך מעיבה על כל המנגנון המורכב שבנינו עד כה. בעיה זו תידון בחלק האחרון המתייחס לדיני שומרים.

ו. דיני שומרים

אם נקרא את פני השטח כראוי, נצטרך להסביר בצורה נכונה יותר את מערכת יחסי הגומלין בתוך הרשתות החברתיות. כל אדם שפותח חשבון ברשת כזו או אחרת, יוצר הסכם מסוים עם החברה, בה הוא משתף את המידע, והחברה שומרת על המידע אותו הוא מעלה, בצורה חינמית. אין חוזה ממוני/התחייבות ממונית בין החברה לאדם הפרטי. כלומר, החברה היא בבחינת שומר חינם.

ניקח לדוגמא את חשבון פייסבוק. חשבון זה נוצר על ידי אדם פרטי המכניס פרטים, שם משתמש וסיסמא על מנת להיכנס לחשבונו, ומידע נוסף ככל העולה על רוחו. אין הכוונה לדון במאמר זה בשימוש של החברה במידע. אין לחברה שום התחייבות ממונית כלפי האדם. הדבר העיקרי אותו החברה מפסידה במקרה של גניבת מידע/שימוש בזהות גנובה, הוא איבוד המוניטין. כלפי האדם הפרטי, דבר זה הוא בדרך כלל זניח מבחינתם.

על מנת להיכנס להגדרות השומרים, נבוא ונחלק בין שני מקרים:

1. פצחן (hacker) שהצליח לגנוב זהות וירטואלית על ידי גניבת שם משתמש וסיסמא של משתמש קיים.

2. פצחן שהצליח לפרוץ את מסד[6] הנתונים של החברה, ולגנוב מידע על משתמש מסוים על ידי פרצת אבטחה שמצא במערכת החברה.

במקרה הראשון, הפצחן הצליח לפרוץ חשבון ספציפי של אדם מסוים. כאן ניתן לומר כי הוא מצא סיסמא/שם משתמש חלשים שחושפים כלפיו דפוס מסוים, ולכן הצליח להיכנס לחשבון האמור של אדם פרטי. מקרה נוסף יכול להיות שבצורה אקראית הוא הצליח להיכנס לחשבון מסוים. ברוב המקרים מסוג זה, מדובר על סיסמא/שם משתמש חלשים שנפרצו.

במקרה זה, נבוא ונאמר כי אמנם החברה היא האחראית על הנזק שנוצר משום שהמידע הוחזק אצלה. אך, ניתן להוסיף על כך כי מי שאחראי כאן על כשל האבטחה הוא גם האדם הפרטי. זאת, משום שהוא יצר פרצת אבטחה בעצמו בכך שיצר מזהים פשוטים מדי. לדוגמא:

אדם יצר לעצמו חשבון פייסבוק, עם שם משתמש **mosheCohen** וסיסמא **mosheCohen**. ברשתות מסוימות/מערכת חשבונות מסוימים, המערכת עצמה לא נותנת לאדם הפרטי ליצור חשבון אם הסיסמא/שם משתמש דומים, או חלשים מתחת לפרמטר מסוים. אך במקרים רבים אין הדבר כן. במקרה האמור לעיל, שם המשתמש והסיסמא זהים ועל כן יש כאן חולשה אמיתית. בנוסף, התוכן שלהם בעל דפוס ברור ואינו אקראי, ולכן קל יותר לפרוץ חשבון שכזה.

במקרה בו החברה אינה מונעת מאדם ליצור שם משתמש/סיסמא חלשים, הרי ניתן לומר בצורה פשוטה כי האדם אחראי גם כן על פריצת חשבונו. מכאן שאנו

---

[6] טבלת מידע עצומה בה נשמר המידע ששמור באתר.

מורידים ברמת החיוב של החברה. אך מתוך כך אנו מגיעים שתביעת הניזקין של האדם הפרטי יכולה להיות אל מול המזיק, ולא מול החברה. כלומר, הניזוק יכול לתבוע את המזיק בהיותו חלק מ׳שותפי השמירה׳ על המידע.

ניתן גם לומר שמתוך כך שחלק לא קטן מהחברות אכן נוהגות כן, ניתן להחיל בצורת ׳לא פלוג׳ רעיון זה גם על החברות שמודיעות על סיסמא/שם משתמש חלש, כי הגדרתית- לאדם יש שותפות בשמירה על המידע שיוצר בחשבונו.

במקרה השני, בו נפרצה מערכת מסדי הנתונים של החברה, תביעת האדם הפרטי תהיה מול החברה בדיני שומרים בלבד. הניזוק תובע את החברה כתוצאה מפשיעה בשמירה, כחלק מדיני שומר חינם. הדיון על רמת השמירה המדויקת של חברה על מידע המוחזק אצלה, זוקק דיון נפרד. ככלל, ניתן לקבוע את רמת השמירה על פי ׳נוהג שבעולם׳ או על פי תקן שנקבע לאבטחת מידע. החברה תתבע את הפצחן ששבר את מערכת האבטחה שלה. כאן אין ממשק כלל בין האדם הפרטי שניזוק לבין הפצחן שהזיק אותו.

ז. סיכום

ראינו במאמר זה כמה גישות לעניין פריצת חשבון ברשת חברתית:

1. הגישה האיסורית הנובעת מאונאת דברים.

2. חיובי גניבה על בסיסיו השונים.

3. חיובי מזיק.

כמו כן, ראינו כי יש צורך מהותי העולה מן השטח להבין מבחינת דיני שומרים מה היחסים בין האדם הפרטי שניזוק לבין האדם המזיק ובין החברה השומרת על המידע.

בנוגע לשאלה הראשונה שהעלנו בהתחלת המאמר, נראה לומר שלגבי עצם הפריצה לחשבון טוויטר קשה לבסס חיוב תשלום על הפריצה עצמה משתי סיבות. הסיבה הראשונה היא משום שקשה לזהות מבחינה טכנית שהחשבון נפרץ:

במידה שראובן (הפורץ) השתמש במחשב של שמעון בלי ידיעתו ונכנס לחשבון שלו, לא התבצעה פריצה כי השימוש היה במחשב של שמעון (הניזוק) שבו הסיסמה מאוחסנת.

במידה ושמעון השתמש במחשב של ראובן והשאיר את החשבון פתוח, גם כאן לא התבצעה פריצה.

במידה וראובן יודע את הסיסמה של שמעון ונכנס לחשבון, המערכת לא תזהה שום התנהגות שאיננה תקינה.

רק במקרה שראובן איננו יודע את הסיסמה של החשבון ומנסה לפרוץ בכל מיני דרכים, ישנה אפשרות שהמערכת תזהה פריצה ותודיע לשמעון שחשבונו נפרץ.

מבחינה הלכתית בסעיפים א-ג אין מעשה פריצה שניתן לחייבו במסגרת הלכות גניבה. רק בסעיף ד ניתן להשית על ראובן חיוב כל שהוא על הפריצה במסגרת של הלכות גניבה.

אך בנוגע לשימוש בחשבון, ניתן להשית על ראובן חיוב תשלום כשואל שלא מדעת או כדין גנב וכמו שהארכנו לעיל.

בנוגע לשאלה השניה אפשר לחייב את ראובן תשלום שבת, גם ללא פגיעה פיזית (כדברי השואל ומשיב).

בנוגע לשאלה השלישית יש מקום לחלק באופי הפריצה וכמו שכתבנו לעיל. במקרה שראובן פרץ באופן ישיר לחשבון של שמעון שסיסמתו היא חלשה והחברה הודיע לו על כך, אין לחברה אחריות כלל. אך במידה שהחברה התרשלה ולא הודיע לו יש לה שותפות בנזק שנעשה. במקרה וראובן פרץ למחשבי החברה, כמובן שיש מקום לדון בחיובי החברה שהתרשלה בשמירת המידע.

מאמר זה הוא סוג של קריאת כיוון לגבי דיונים אודות הנעשה ברשת האינטרנט ובעולם הסייבר בכלל. עד כה, הדיון ההלכתי אודות נושאים אלו היה מצומצם עד לכדי אפסי. ניתן כמובן לפתור את כל הנושאים הנ"ל בטענת "דינא דמלכותא דינא". אך, בצורה שכזו נתנו את דברינו לשיעורין. כמו כן, המצב הקיים משאיר את התייחסות ההלכה מאחורי רוב המערכות המשפטיות הקיימות כיום, שכבר ייצרו התייחסות לבעיה.

יהי מאמר זה בבחינת פתיחת פתח לדיון בנושאים אלו.

הרב אריאל בראלי
ראש מכון משפט לעם, ישיבת ההסדר שדרות

פסק דין בענין הפסקת בניה[1]

עובדות (מוסכמות)

באלול תשע״ה (סוף אוגוסט 2015) נחתם הסכם בין אברהם ושרה(להלן התובעים) לדוד הקבלן (להלן הנתבע). בהסכם זה מתחייב הנתבע לבנות בית במגרש 201 במושב מסויים תמורת 910,000 ש״ח כולל מע״מ. בהסכם ישנו פירוט של הכלול בבית (״עד המפתח״) אך לא נתפרט בו אופן התשלום. העבודה הותחלה בספטמבר 2015. הסכם זה לא הגיע לבית הדין כיון שלטענת הנתבע הוא אבד, אך שני הצדדים מסכימים על קיומו ותוכנו בקוים כלליים כנ״ל.

לאחר יציקת הכלונסאות התברר שנעשתה טעות והכלונסאות הוצבו במקום אחר שלא כפי שנכתב בתוכנית הבניה המאושרת. התובעים ידעו על קיומה של סטיה ואעפ״כ העדיפו שהבניה תימשך.

בכד שבט תשע״ו (3 פברואר 2016) הופסקה עבודת הקבלן ע״י התובעים.

יש לציין שבמהלך הבניה עוד קודם הפסקת העבודה הועבר לקבלן סכום כספי בסך 410,000 ש״ח.

בכז שבט תשע״ו (7 פברואר 2016) נחתם הסכם נוסף בין שני הצדדים שבו מתחייב הנתבע לתקן את הנזקים הכלולים בשלד, כמ״כ לעשות טיח פנים וחוץ, כאשר הטיח בפנים כולל טיח לבן ובחוץ שליכט צבעוני. תמורת כל הנ״ל ולאחר אישור המהנדסת והתובעים יוסיפו התובעים סך של 40,000 ש״ח כולל מע״מ, כך שבסך הכל יקבל הנתבע סך של 450,000 ש״ח כולל מע״מ תמורת עבודתו. מכאן ואילך הצדדים נפרדים ואינם מחוייבים זה לזה.

לאחר הסכם זה שוב נתגלע ויכוח בין הצדדים על טיב התיקונים במבנה שבוצעו ע״י הנתבע וכמ״כ על תשלום הכסף המגיע לו. בעקבות הויכוח הודיעו שני הצדדים שאינם מתקדמים עוד לא לטיח ולא לתיקון הליקויים.

---

[1] פסקי הדין דלהלן הם מבית הדין לדיני ממונות שע״י ישיבת ההסדר בשדרות. שמות בעלי הדין – שונו. פסקי הדין ניתנו ע״י הרכבים של שלשה דיינים.

כאמור, עד כה קיבל הנתבע סך של 410,000 ש״ח.

טענות התובעים

א. בענין הסטיה של מיקום המבנה אומנם דווח על ידי הקבלן אך הסכמתנו הייתה בטעות. כי נאמר לנו ע״י הקבלן שהענין אינו משמעותי, כמ״כ אין כ״כ אפשרות לתיקון הסטיה, והעלויות גבוהות והבנייה תיעצר. הקבלן ציין שאנו יכולים אם נרצה לתבוע את המודד או המהנדסת או האדריכל. בדיעבד התברר ע״י מהנדס של חברת ״הדס״ שהוזמן מטעמינו שהסטיה היא כמטר, וכמ״כ שהיה ניתן לתקן זאת. מלבד זאת אנו נדרש לאישורי בניה חדשים וייתכן אפ׳ תשלומים כספיים נוספים. שמאי מקרקעין שהזמנו אמד את ירידת ערך הבית בעקבות הסטיה בסך של 72,800 ש״ח, כמו כן עפ״י דו״ח השמאי שינוי ואישור תכניות בעקבות הסטיה הוא בסך של 20,000 ש״ח. לסיכום סעיף זה סכום התביעה הוא 92,800 ש״ח.

ב. בענין התיקונים הנדרשים, אנו הבאנו אנשי מקצוע, מהנדס מטעם חברת ״הדס״ לאיתור הליקויים במבנה, כמ״כ שמאי מקרקעין להערכת נזקי הבניה. הערכת מבנה השלד כמו שהוא (עם ליקויים) הוא בסך 203,000 ש״ח.

סך כול התביעה לסעיף זה 207,000 ש״ח.

ג. כתוצאה מהפרת ההסכם והאיחור באפשרות הדיור בבית, אנו נדרשים לשלם על חודשי שכירות נוספים. אנו תובעים שלושה חודשי שכירות, תשלום של 3500 ש״ח לחודש, סך הכול תביעה לסעיף זה 10,500 ש״ח.

ד. מלבד זאת נדרשנו למימון בעלי מקצוע לפי הפירוט הבא: מהנדס - 3744 ש״ח, דו״ח תיקונים - 1050 ש״ח, דו״ח טיב ביצוע תיקוני שלד - 850 ש״ח, שמאי - 5850 ש״ח, עו״ד - 1,800 ש״ח. סך תביעה לסעיף זה הוא 13,294 ש״ח

ה. כתוצאה מהפרת הסכם פברואר ע״י הקבלן עבודות הטייח שאנו נידרש לשלמם עלותם כדלקמן: טיח פנים - 45,000 ש״ח, סיד לבן פנימי - 20,000 ש״ח, טיח חוץ - 45000 ש״ח, שליכט צבעוני חוץ - 30,000 ש״ח. סך הכול סעיף זה 140,000 ש״ח.

ו. תשלום עבור חוב חשמל שנלקח מהמושב בזמן ביצוע השלד סך 500 ש״ח.

ז. דלת ממ״ד לא הגיעה לידינו, במידה שלא נקבלה בעתיד נצטרך להזמין סט חדש לממ״ד.

סיכום כלל התביעה הוא: 324,100 ש״ח לא כולל סעיף ה.

טענות הנתבע

א. בענין הסטיה של המבנה, ביום שהועמדו הכלונסאות נתגלתה סטיה של 30 ס״מ, האדריכל היה במקום ודובר עמו על כך, כמ״כ דברנו עם אברהם והוא אישר להמשיך את העבודה.

ב. בענין הליקויים מדובר בדברים שמקובל שקיימים תוך כדי הבניה, והם אכן תוקנו כפי שהמהנדסת מטעם התובע מאשרת במכתבה. כמ״כ קיבלתי את אישורם של אנשי מקצוע מטעמי.

ג. בענין התמחור ע״פ מה שסיכמנו עלות השלד עם החומות והשבילים הוא 380,000 ש״ח.

ד. שלמתי לחשמלאי ולאינסטלאטור עבור העבודה בכל הבית עד לסיומו סך של 50,000 ש״ח לכ״א מהם. הסכם פברואר לא כולל את התשלום עבור עבודתם עד לשלב זה, ודובר עם התובעים שעליהם לשלם בנפרד את היתרה שחייבים לבעלי המקצוע. דהיינו, עבור עבודת החשמלאי 16000 ש״ח והאינסטלאטור 8000 ש״ח.

סך הכול לסעיף זה 24000 ש״ח.

ה. שילמתי עבור הכנות למשקופים 6000 ש״ח וגם הם אינם כלולים בהסכם פברואר, במידה שהתובע ירצה הוא יכול לקחתם מהיצרן.

ו. בענין דלת הממ״ד יש לתובע אצל החברה המספקת דלתות זכות לקבלת דלת והוא יכול לקבלה מהם כשירצה.

בסה״כ על התובע לשלם עבור הוצאות אלו סך 30,000 ש״ח מעבר למה שכבר שילם.

בירור הדין

א. תיאור העובדות בתמציות הוא שהעבודה נפסקה בשלב השלד. התובע כבר שילם 410,000 ש״ח ולטענתו מגיע לו חזרה 324,100 ש״ח. מנגד הקבלן טוען שמגיע לו עוד 30,000 ש״ח. בין הצדדים היו שני הסכמים, חוזה ראשוני לפני תחילת העבודה והסכם שני הקרוי בפי הצדדים ״הסכם פברואר״. יש לדון על משמעותו של הסכם פברואר יחסית להסכם הראשוני.

ב. הכרעת בית הדין היא לראות את חתימת הצדדים על הסכם פבואר כביטול של ההסכם הראשון ולא תיקונו בלבד.

הערכה זו מבוססת על כך שהרקע להסכם הוא רצון שני הצדדים להיפרד.

כתוצאה מכך נקבע הסכם זה להסדר עניינים כחוזה סופי המחליף את ההסכם הראשון. לפי זה יש לתת תוקף מחייב רק לאמור בהסכם זה.

ג. על פי ההסכם על הקבלן מוטל להביא את השלד למצב שבו הליקויים מתוקנים ועבודת הטיח נשלמה ותמורת כך יהיה התשלום 450,000 ₪ (מתוכם שולמו כבר 430,000 ש״ח).

ד. בפועל הנתבע לא ביצע את עבודת הטיח המובאת בהסכם החדש אך אין זה בכך לבטל את ההסכם למפרע, אלא הרי זה כפועל שהתחיל את עבודתו ועבודתו הופסקה.

בנסיבות שלפנינו אין אנו יכולים להצביע על אחד מהצדדים כמפסיק את העבודה בלא סיבה מצידו, אובדן האמון והרצון להמשך עבודה משותפת הם הדדיים, לכן יש לראות זאת כהפסקת עבודה בסיבת שני הצדדים, וממילא אין מי מהם שתהיה ידו על התחתונה בשל כך.

ה. לכן, יש לאמוד את הערך של מה שנעשה ע״י הקבלן עד כה, ולנכות מהסכום הסופי את מה שעדיין נותר לבצע ע״פ מושגי הסכם זה.

לשם כך בה״ד נזקק לחוות דעת המהנדס מר יצחק כהן כגורם שלישי שאינו מחמת אחד מן הצדדים.

משמעות חוות הדעת

א. על המנדס הוטל לחשב את מה שכן נעשה ע״י הקבלן ע״פ מושגי הסכם פברואר. דא עקא, שבהסכם זה לא מפורט כמה יקבל הקבלן עבור השלד המתוקן וכמה עבור הטיח אלא רק סכום כללי של 450,000 ש״ח.

ב. ע״פ שומת המהנדס ערך שלד 145 מ״ר כשהוא תקין (בלא תשתיות נוספות של חשמל ואינסטלציה) הוא 290000 ש״ח ללא מע״מ.ערך עבודות הטיח הוא 108,000 ש״ח ללא מע״מ. כאשר היחס הוא כ25% מהסכום הכולל לטיח, וכ75% לשלד. ע״פ החוזה בין הצדדים עבור השלד + טיח יש לשלם סך של 450,000 ש״ח לאחר מע״מ, נמצא לפי הנ״ל שע״פ הסכם פברואר יש להעריך את השלד לאחר

מע״מ 330,000 ש״ח, ואילו הטיח 120,000 ש״ח (הסכומים מעוגלים). ערך השלד 145 מ״ר כשהוא תקין 330,000 ש״ח לאחר מע״מ.
יש להפחית מהסכום הנ״ל את ערך הליקויים הקיימים שהם 25,740 ש״ח לאחר מע״מ. אם כן ערך השלד לאחר ניכוי הליקויים הוא: 304,260 ש״ח לאחר מע״מ.

ג. סיכום

היות והנתבע קיבל לידיו סך של 410,000 ש״ח כולל מע״מ, ועל פי הסכם פבואר מתברר שהוא אמור לשלם רק 304,260 ₪, לכן הקבלן צריך להחזיר 105,740 ש״ח.

התייחסות בית הדין לטענות התובע

1. בענין טענת התובע על הסטיה של המבנה, כיון שלפי דו״ח המהנדס אין לכך השלכה של ירידת ערך המבנה אלא התכנות למניעת נוחות מסויימת, לכן בה״ד אינם רואים לנכון לחייב את הנתבע בשל כך.

2. בענין טענת התובע על תשלום דמי שכירות בסיבת איחור אפשרות הדיור, כיון שהסכם פברואר מבטל את ההסכם הקודם וקובע יעד אחר מבחינת הקבלן, כמו כן הפסקת העבודה היא בסיבת שני הצדדים, לא ניתן לחייב את הנתבע בשל כך.

3. בענין טענות התובע על תשלומים שנאלץ לשלם לבעלי המקצוע השונים, כיון שמהלכים אלו נעשו ע״י התובע בלבד בלא הסכמה להתחייבות מצד הנתבע, אין לחייב את הנתבע.

4. בענין החשמל מהמושב ודלת הממ״ד (סעיפים ו,ז) הסכם פבואר הוא סופי ללא נספחים ולכן אין לבוא בתביעות נוספות.

5. בעניין עבודת הטיח כאמור ערך העבודה הוא 120,000 ש״ח על פי חוות דעת המהנדס מטעם בית הדין. אין מקום לחייב מעבר לכך (סעיף ה)

6. בענין הליקויים יש לנכות מערך השלד את ההוצאות הנדרשות לתיקון הליקויים.

אמנם ישנם ליקויים שישנה מחלוקת בין הצדדים אודותם וגם לאחר חוות דעת המהנדס נותרו בספק, במצב זה אנו נכריע ע״פ כללי הספק בממון שיש לילך אחר המוחזק (ב״ק מו,ב).

כמו כן יש לדון בנפרד אודות הכנת התשתיות של חשמל ואינסטלציה שנוספו על השלד, שגם בהם נתגלעה מחלוקת בין הצדדים. הליקויים המסופקים:

א. יישור קיר הבטון של הממ"ד ישנה מחלוקת בין הצדדים ע"י מי תוקן קיר זה.

ב. בצוע הכנות תשתית ישנה מחלוקת לגבי תקינות ההכנות (אביזרי אינסטלציה, הכנות חשמל וכד').הסכום הכולל של ליקויים אלו (2-1) ע"פ שומת המהנדס הוא 6000 ש"ח לפני מע"מ.כיון שבנדון שלפנינו ישנו ספק ביחס לליקויים אלו והנתבע מוחזק לא ניתן לנכותם מערך השלד.

התייחסות בית הדין לטענות הנתבע

בענין הכנות התשתית שבוצעו בשלד, חשמל ואינסטלציה ורכישת משקופים, הנתבע טוען שהוא הוציא לשם כך סך כולל של 30000 ש"ח. לטענתו הוא אמור לקבל תשלום נפרד עבור כל הוצאות אלו שכך סוכם במסגרת הסכם פברואר.

אולם לטענת התובע ע"פ הסכם פברואר הענין כלול בתשלום הסופי.

בית הדין מקבל את טענת התובע מכיון שסתימת הדברים בשטר מוכיחה כדבריו.

דומה הדבר למה שמצאנו בשו"ע חו"מ פב,יב: "טען הלוה שהשטר נעשה על תנאי שאם אקיימנו אפטר, וקיימתיו, ומלוה אומר שלא היה שום תנאי בדבר, אם כתוב בו שנעשה בלא שום תנאי, או בלא שום שיור בעולם, אין הלוה נאמן. ואם אין כתוב בו כן, נשבע המלוה ונוטל." הרי שהמלוה מוציא מן הלוה המוחזק על בסיס סתימת הדברים שבשטר שלא הוזכר בו התנאי. אע"פ שיש כאן טענת ברי כנגד ברי והנתבע מוחזק, מ"מ נראה שכאן לא מועילה חזקת הנתבע וטענת הברי שלו.

יש להוסיף שבמקרה זה יש סמך לדברי התובע ע"פ הערכת המצב שהסכם פברואר הוא הסכם סופי של היפרדות הצדדים זה מזה, כך שסביר מאוד שאין ביניהם דבר מלבד המפורש בהסכם זה.

החלטה

הנתבע ישלם לתובע 105,740 ש"ח בתוך שלושים יום.

מכולת – שווי סחורה

טענות הצדדים

א. טענות התובע

זכיתי במכרז לפתיחת מכולת ביישוב בדרום. במכולת זו השקעתי כסף רב לשיפוץ המקום ורכישת ציוד וסחורה. יוסף דיבר איתי על כך שהוא ודוד מעוניינים לרכוש ממני את המכולת.

בתחילה דרשתי סכום של 555,000 ש״ח תמורת מכירת מבנה המכולת הציוד, הסחורה שבמכולת, והזכיינות לפתיחתה. רציתי למכור את המכולת בהקדם האפשרי אע״פ שמכירת המכולת בסכום זה משמעותה הפסד של כ-150,000 ש״ח. בסופו של דבר הסכמנו שהמחיר הוא 528,000 ש״ח.

הסכמנו על הכול חוץ משווי הסחורה בחנות, אני הערכתי את שוויה כ150,000 ש״ח והנתבעים הביאו חוות דעת של אדם אחר אשר העריך כי הסחורה הרבה פחות.

החלטנו להחשיב את הסחורה בשווי 150,000 ש״ח בתנאי שנערוך ספירת מלאי שתוכיח שזו ערכה..

במידה וימצא כי שווי הסחורה הוא פחות מסכום זה, אני התחייבתי להוסיף סחורה עד לערך המדובר. לחילופין, אם יימצא ששווי הסחורה הוא יותר מסכום זה, הם התחייבו לתת לי מוצרים או תשלום של ערך המוצרים, לפי בחירתי.

ערכנו ספירת מלאי בנוכחות אנשים נוספים מטעם הנתבעים, והתוצאה הייתה שערך המוצרים שספרנו הוא 192,000 ש״ח. מעבר לכך נשארו עוד מוצרים רבים שלא ספרנו, ולהערכתי הם לפחות בשווי של 38,000 ש״ח. אם כן סך כל המוצרים הוא בערך של 230,000 ש״ח.

בהתאם לתנאי שעשינו אני תובע את היתרה מעבר לסכום של 150,000 ש״ח, תביעתי היא 80,000 ש״ח.

ב. טענות הנתבעים

1. לדעתינו חלה טעות בסיסית בזמן ספירת המלאי.המחיר שהחשיב התובע הוא מחיר המוצר לצרכן, אך אנו הסכמנו על מחיר סיטונאי דהיינו, להפחית 30%. מחיר זה נאמר במפורש לשמעון כשלושה ימים לפני הספירה, שאלתי

אותו כיצד הוא זוכר את מחיר הקניה של המוצר, ושמעון השיב שלדעתו נגיע בלאו הכי לסכום המדובר, ונסתדר בענין זה.

2. כמו כן ישנם טעויות נוספות, למשל מוצרים שנספרו יותר מפעם אחת. כמו כן ישנם מוצרים שפג תוקפם.

3. לגבי המוצרים שלא הספקנו לספור להערכתנו הם שוים לכל היותר 10,000 ש״ח.

4. לפי החישוב שעשינו סך כל המוצרים הוא 160,000 ש״ח לפי החשבון של מחיר לצרכן, ויש להפחית כ30% מסכום זה כדי להגיע למחיר הסיטונאי. נמצא שערך המוצרים הוא 112000 ש״ח. לכן התביעה הנגדית מצידינו היא 38000 ש״ח.

ג. תשובת התובע

1. לא זכורה לי שיחת טלפון קודם לספירה שהוזכר בה ענין מחיר הקניה. רק לאחר מספר ימים מהספירה הנתבע טען ששיטת התמחור צריכה להיות ע״פ מחיר הקניה ולא המחיר לצרכן.

2. ודאי שהתמחור הוא ע״פ מחיר לצרכן, כיון שהעסקה הייתה על סכום גלובלי של 528,000 ש״ח ולא הייתה התייחסות למכירת המוצרים בפני עצמם. התנאי היה שמחירם הכולל לא יהיה פחות מ150,000 ש״ח לכן נקבע ע״פ מחיר לצרכן ולא מחיר הקניה שלהם.

3. פשוט לי שמחיר המוצרים שנותרו הוא לכל הפחות בשווי של 38,000 ש״ח, כיון שנותרו הרבה מוצרים, והראיה שצדקתי יותר מהם בהערכת המוצרים שנספרו בספירת מלאי.

פסק הדין

ד. שווי הסחורה שנספרה

בעלי הדין ערכו יחד ספירת מלאי והסכום שהתקבל הינו 192000 ש״ח. מוסכם שסכום זה משקף מחיר לצרכן. כעת הנתבעים מערערים על סכום זה בשתי טענות עיקריות: האחת היא שצורת החישוב הזו מוטעית וצריך לחשב לפי מחיר סיטונאי.

טענה שניה מפקפקת באמינות הספירה לאור זאת שישנם מוצרים שנספרו פעמיים וכדומה. לטענת הנתבעים, כך עולה מעובדה שברשימות המלאי מופעים מוצרים בעלי קוד מחיר זהה פעמיים.בית הדין החליט לדחות טענה זו ולקבל את הסברו של התובע שישנו קוד מחיר משותף לכמה מוצרים, וכן שאותם מוצרים היו במקומות שונים. לכן העובדה שהמוצרים הודפסו פעמיים אינה מוכיחה שאותם מוצרים נספרו פעמיים. טענת הנתבעים שהתובע רימה את הנתבעים מסתברת פחות, היות שיש לתובע חזקת כשרות, וכן משום שהנתבעים (או באי כוחם) נכחו בזמן הספירה, עקבו אחר הרישום בקופה ובכך קיבלו את התוצאות. לסיכום בית הדין רואה בסכום 192,000 ש״ח משקף את שווי המלאי שנספר.

ה. כיצד יש לתמחר את הסחורה?

לגבי נקודת המחלוקת העיקרית בין הצדדים בשאלת תמחור הסחורה. באופן בסיסי בית הדין מקבל את טענת הנתבעים כי ערך סחורה שנמכרת בנסיבות כאלו, דהיינו לצורכי מסחר ולא לצריכה פרטית, יש לאמוד ע״פ מחיר הקניה של המוצר מהסיטונאי, ולא על פי המחיר לצרכן. וטעם הדבר הוא מפני שסוחר שקונה סחורה צריך לטרוח רבות על מנת למוכרה ויש לו הוצאות על כך. לא סביר שהנתבעים יקנו מלאי בשווי של עשרות אלפי שקלים ויוציאו הוצאות ויעמלו למכור אותו ללא רווח.

מנגד, עמדה לפני בית הדין טענת התובע, כי במקרה הנוכחי יש תימוכין לטענתו שהעסקה נקבעה על פי סכום הכולל, וערך הסחורה הוא רק תנאי בעסקה זו ולא כמכירת סחורה בפני עצמה. סיוע לכך ניתן לראות משתיקתם של הנתבעים בזמן ספירת המלאי. הרי לנגד עיניהם חושב ערך המוצרים על פי הקוד הרשום עליהם, באופן שהחישוב הוא ע״פ המחיר לצרכן, ובכל זאת הם שתקו.

לאור הספק הנ״ל בית הדין מחליט לקבל את המחיר הסיטונאי כבסיס לתמחור הסחורה ועליו להוסיף עוד שליש מהרווח וזאת על דרך של פשרה הקרובה לדין.

ו. חישוב ערך הסחורה

בהנחה שעל כל מוצר ישנו רווח של 25%, נמצא שסחורה בשווי 192,000 ש״ח הרוח הוא 48,000 ₪, ושליש משיעור הרווח הוא 16,000 ש״ח.

.

כאמור לעיל, קבענו ששווי הסחורה שבחנות יתומחר כמחיר הסיטונאי בתוספת שליש מהרווח, נמצא שהמחיר הסיטונאי הוא כ- 144,000 ש״ח ושליש משיעור הרווח הוא 16,000 ₪,בסך הכל 160,000 ש״ח.

על פי ההסכם הנתבעים אמורים היו לקבל סחורה בשווי 150,000 ש״ח, ובפועל הם קיבלו 160,000 ₪. לפיכך בגין הסחורה שנספרה בספירת המלאי עליהם לשלם לתובע 10,000 ש״ח, נוספים.

ז. חישוב המוצרים שלא נכללו בספירת מלאי

בעניין המוצרים שלא נספרו ישנו פער גדול בהערכת שני הצדדים. מחמת שעבר זמן רב מביצוע העסקה, אין אפשרות טכנית להעריך אותם וכן לאור הטענה שלחלקם פג התוקף.

במצב זה נאלץ בית הדין לסמוך על שיקול דעתו, על מנת שלא יישאר הדבר בספק, וכפי שנפסק בדברי השולחן ערוך (סימן יב ה): ״יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר״.

בית הדין נוטה לקבל את הערכת התובע יותר מאשר את זו של הנתבעים כי הוא מצוי בתחום וידיעתו בתחום זה מרובה יותר משל הנתבעים. כך עלה גם מהבדיקה שנעשתה בספירת המלאי, בה הערכתו של התובע הייתה קרובה לממצאי הספירה. אך מחמת הספק, בשומה זאת החליט בית הדין לא להוסיף שליש רווח. אשר על כן התמחור למוצרים שלא נספרו הוא 19,000ש״ח.

ח. החלטה

על הנתבעים לשלם לתובע 29,000 ש״ח בתוך 30 יום מהיום הנקוב בפסק הדין.

פסק דין בעניין פירוק שותפות ביישוב שיתופי

תאור המקרה

ישוב שיתופי עובר הליך הפרטה, ובין השאר הוחלט על הפרטת חברה המתמחה ביצוא פרחים לחו״ל. היא תימכר לאחד התושבים אשר מכהן כמנהל החברה והכסף יחולק בין התושבים.

ההסכם אומר כי השומה הכספית של החברה תתבצע בעוד שנה מזמן חתימת ההסכם, כדי לסיים מחזור עסקי שלם. ואז הקונה שהוא מנהל החברה ישלם לכל תושב את חלקו היחסי בחברה.

במשך השנה, מנהל החברה מצא את עצמו במלכוד מובנה. מצד אחד רצה בהצלחת החברה, מצד שני ידע שככל שהחברה תתפתח בשנה הקרובה יעלה ערכה והוא יאלץ לשלם יותר. כמובן יש לו עניין שהערכת השומה של החברה תהיה נמוכה ואז הוא ישלם לחבריו למשק סכום נמוך.

הפתרון שננקט היה להקים במקביל חברה חדשה לייצוא פרחים. בפועל לאחר שנה התברר שוויה של החברה השיתופית ירד ב25% מההערכות קודמות. הדיון הוא על ירידת ערך החברה, והתנהלות המנהל.

טענות הצדדים

תובעים

הירידה נגרמה עקב הקמת החברה החדשה. לטענתם, מבירור שעשו עולה שהמנהל לא הסתפק בפתיחת חברה חדשה אלא דאג לכך שלקוחות קבועים של החברה הישנה יעברו אליו. אומנם דובר על יצירת שווקים חדשים אך בפועל החברה החדשה פנתה ללקוחות קבועים של החברה הישנה ושכנעה אותם לעבור אליה. בנוסף לטענתם, ישנם עדויות לכך שמנהל החברה השתמש במאגר לקוחות של החברה ואף יצר מעין חרם כלכלי על החברה הישנה. הוא התנה שיתוף פעולה עם החברה החדשה בשווקים חדשים בכך שיעזבו את החברה הישנה.

נתבע

המעשה של פתיחת חברה החדשה לא פגע בחברה הקודמת כי המשכתי לשמר את השווקים הקיימים עבורה. כמו כן בהסכם העבודה איתי לא

מוגדר שאעבוד על פתיחת שווקים חדשים. המעשה שעשיתי היה מאוזן כי הוא שמר על ערכה האמיתי של החברה הישנה ואפשר לי במקביל לפתח יוזמות חדשות שמבלי לגרום להעלאת ערכה של החברה הישנה, לטעמי, שלא בצדק.

בדבר הטענה שכביכול הטלתי חרם על החברה הישנה שאותה אני מנהל, היא אינה נכונה כלל. אין בכך שום הגיון עסקי ובוודאי שלא אפגע בלקוחות קיימים של החברה הישנה. נכון שפניתי ללקוחות חדשים מתוך ידע שצברתי בשנות הניהול של החברה הישנה אבל אף אחד מהם לא עבד עם החברה הישנה. לגבי הירידה ברווחיות של החברה זה קשור לירידה בכל ענף הפרחים עקב משבר כלכלי עולמי.

בירור הדין

א. ירידת ערך החברה בעקבות הפירוק

לאחר התבוננות בהסכם ההפרטה ובחוזה העבודה נמצא שטענתו של המנהל נכונה שאינו חייב לעסוק בפתוח שווקים חדשים וערך החברה יהיה על פי השווקים הקיימים.

ביחס לטענה שערך החברה ירד בגלל פתיחת החברה החדשה, לאחר התייעצות עם מומחה התברר שאין הוכחה ברורה לקשר בין פתיחת החברה החדשה לירידת הערך ואפשר שהוא משקף האטה בשוק העולמי. לאור זאת ההלכה היא שמספק לא ניתן להוציא ממון. לגבי הטענה שהמנהל יצר חרם לקוחות על החברה הישנה. לא נמצא ביסוס עובדתי לטענה זו ואף לעצם העניין לא מצאנו איסור בדברי חכמים ליזום חרם צרכנים. יכולה להיות בעיה הלכתית בשכנוע לקוחות קבועים לעבור לחברה החדשה, אך גם לפעילות זאת אין ראיה.

ב. בעלות על מאגר לקוחות

נראה פשוט שמאגר לקוחות שייך לחברה כי מנהל החברה קיבל שכר על מנת ליצור אותו, הוא פעל בשליחות החברה לכן יצירה זו שייכת לחברה. כל שימוש ברשימה שלא מדעת החברה הרי יש בכך משום הפרת זכויות יוצרים של החברה. וכן כתב שו״ת מנחת יצחק ״ומצאנו שעסקים כאלו של מכירת [וחילוף] רשימות של קונים מצויים בין הרוכלים, ומעשים בכל יום, ומחיר הרשימות מגיעים בין עשרה אחוזים לעשרים אחוזים לתנועת המסחר השנתי שעשה עליהן, לפי מהות הסחורה. כמו כן דרשנו אצל בעלי בית

חרושת וסוחרים גדולים, שעושים מסחר ע"י רוכלים כאלו וקצתם הודו לטענת הנתבע, עכ"ז הצהירו שאין דרך המסחר בכך, כדי שלא להפסיד לסוכניהם. ובנ"ד יש לאסור להמוכר, ומ"מ כדי שלא ננעל הדלת עליו לעולם, שפיר יש לקבוע איזה זמן כפי ראות עיני הדיינים, שבתוך אותו זמן לא ימכור שמעון לקונים של ראובן..." (חלק ג סימן קכז). לאור זאת המנהל פעל שלא כשורה כאשר השתמש בידע פנימי של החברה ונהנה ממנו. עליו לפצות את החברה לפחות מדין נהנה מיגיעו של חבירו בייחוד שיש רגליים לדבר שנגרם

לחברה הפסד משימוש זה (האריך בכך הנודע ביהודה תנינא, חחו"מ, סי' כג-כד).

בפועל, ישנו קושי לקבוע תמחור מדויק ולכן מכוח פשרה נקבע פיצוי על סך 5000 ש"ח.

ג. ניגוד עניינים

נראה פשוט שהמנהל פעל בניגוד עניינם כאשר קיבל משכורת לנהל את החברה ובו זמנית הוא מקים חברה מתחרה וללא ידיעת בעלי החברה. נראה שבמצב זה יש להפחית משכרו כי הוא לא ביצע את המצופה ממנו כמנהל. ברור שדרישת התפקיד כוללת נאמנות לחברה ודבר זה לא רק שלא התקיים אלא גם פגע בחברה. ואף שהמומחה לא מצא ראיה חד משמעית לקשר בין ירידת הערך לבין פתיחת החברה החדשה, עם כל זאת ברור לכל בר דעת שניהול במקביל שתי חברות פוגע במידת ההשקעה והרצינות ולכן יש להפחית משכרו. שוב ישנה בעיה כיצד לחשב זאת וגם כאן מכוח פשרה יש להפחית 25% משכרו.

סיכום

א. שווי החברה יקבע כפי שסוכם דהיינו שוויה לאחר שנה מחתימת ההסכם.

ב. הנתבע ישלם 5000 ש"ח לתובעים.

ג. הנתבע ישלם לתובעים 25% משכר הנטו שלו בתלוש המשכורת במשך כל חודשי השנה האחרונה.

על החתום:

דיין יחידי - הרב אריאל בראלי.

פסק דין צלם חתונה

א. עובדות מוסכמות

התובע שכר את הנתבע לצלם בחתונה בכז סיון התשע"ה (14 ביוני 2015).

גובה השכר היה 7000 ש"ח תמורת "חבילה" שכללה: צלם וידאו, צלמי סטילס, עריכת וידאו, אלבום דיגיטלי, תמונת קנבס גדולה ועוד. בין הצדדים נקבע שישולם ביום החתונה 5000 ש"ח, ועוד 2000 ש"ח נוספים ישולמו רק בתום העבודה כשהתובע יקבל לידיו את כל מה שסוכם. התובע אכן שילם 5000 ש"ח כפי שסוכם, 2000 ש"ח עדיין לא שולמו.

מלבד הצילום עצמו ביום האירוע הובאו לתובע שלושה דיסקים בהם כ2400 תמונות שמהם עליו לבחור את התמונות לאלבום ולפיתוח.

המשך העבודה דהיינו: פיתוח התמונות, אלבום דיגיטלי, תמונת קנבס, 3 הגדלות תמונות - עדיין לא נעשה. כמו כן בבירור שנעשה ע"י בה"ד הועלה שעבודת העריכה של הווידאו נעשתה בתאריך 7 ליולי 2015.

ב. טענות התובע

התמונות הגיעו לידינו ואנחנו לא מרוצים כלל מן התוצאה:

א. חסרות תמונות - אין מספיק תמונות משלבים משמעותיים כגון: קבלת פנים, כיסא כלה, בני משפחה אורחים ועוד. מבירור שעשינו עלה שהצלמים עשו לעצמם הרבה הפסקות וזו כנראה הסיבה שחסרות תמונות משמעותיות.

ב. תמונות פגומות - מצולמים מסתירים זה את זה, תמונות "חתוכות" או "שרופות", רקע לא מתאים וכד'.

ג. מלבד זאת אנו לא מרוצים מהיחס של הנתבע כלפינו בזמן האירוע ואחריו.

ברצוננו להפסיק את ההתקשרות עם הנתבע להמשך העבודה. אנו רוצים לקחת את התמונות שהוא צילם ונמסור אותם לעריכה והדפסות וכו' לצלם אחר, לשם כך אנו צריכים לשכור צלם אחר גם לצילום תמונות נוספות ולשלם על כך.

אנו מעוניינים לשלם על כל העבודה שנעשתה על ידו 2000 ש"ח שזו הערכתינו לעלות העבודה עצמה כיון שמהתוצאות אנחנו לא מרוצים הנתבע יחזיר לנו

3000 ש״ח ממה שכבר שולם ויישאר בידו 2000 ש״ח שזו להערכתנו ערך העבודה שנעשתה עבורנו.

ג. טענות הנתבע

א. התובע קיבל לידיו 2400 תמונות שמתוכם הוא יכול לבחור את אלו שמוצאות חן בעיניו להמשך עבודת עריכה כמו שמקובל בתחום זה. ואם כן פשוט שלא חסרות תמונות.

ב. מקובל לתקן תמונות פגומות, אך לשם כך אנו נדרשים לשיתוף פעולה של מזמין העבודה ושתוף פעולה כזה לא התקיים ולכן לא בוצעה עדיין עבודה זו.

ג. בעניין היחס, לא קיבלתי מעודי תלונה מסוג זה, גם במקרה המדובר היחס היה הוגן וראוי כמקובל.

לכן מצדי אפשר להמשיך לשלב הבא בעבודה.

לשאלת בה״ד מה שווי העבודה שנעשתה עד עתה בלא עריכת הסרט, השיב הנתבע שלדעתו יש להפחית מהסיכום סך 1500 ש״ח באופן שהתובע ישלם (בסה״כ) 5500 ש״ח, כמובן שכל החומרים יימסרו לתובע. אך התובע לא הסכים להצעה זו.

ד. חוות דעת בעל מקצוע

ביה״ד פנה לבעל מקצוע בתחום הצילום על מנת לשמוע חוות דעת מקצועית אודות העבודה שנעשתה. ואלו הן עיקרי דבריו מתוך חווה״ד (המקובלת על הצדדים):

א. ביחס לחסרון בתמונות – המספר של 2400 תמונות שמתוכן יש לבחור כ300 תמונות זה דבר מקובל. אמנם היו אמורות להיות תמונות ממצבים נוספים כגון בני הזוג עם האורחים.

ב. ביחס לאיכות התמונות - אין כאן חסרון משמעותי ברוב המצבים אפשר לתקן באמצעים מקובלים בתחום זה.

ג. מחירן של העבודות שנותרו (עפ״י הערכת שני בעלי מקצוע): אלבום דיגיטלי-1100, עריכת ותיקון התמונות ה״פגומות״ - 400, תמונת קנבס מוגדלת - 300, 3 הגדלות של תמונות - 200. סך הכל 2000 ש״ח.

ה. בירור הדין

1. חזרה מהסכם

התובע רשאי לחזור בו מהסכם שנחתם משום שסיבת ההפסקה היא חוסר שביעות רצון ולטענה זו יש בסיס לפי חוו"ד שנתקבלה (סמ"ע וש"ך חו"מ ר"ס שלד).

2. תמחור העבודה שנעשתה

יש לנכות מהסכום הכללי (7000 ש"ח) את הערך היחסי של העבודה שעדיין לא נעשתה. בית הדין פנה לשני בעלי מקצוע ועל פי הערכתם מחירן של העבודות שנותרו הוא 2000 ש"ח[2]. לכן השומה תהיה כ - 2/3 מהערך הנ"ל. נמצא שערך העבודות שנעשו הוא 5500 ש"ח מתוך הסכום הכולל של 7000 ש"ח.

כל זאת לולי שמצאו ליקויים בעבודת הנתבע. אך לאור חוות הדעת שהצביעה על חסרון מסוים של תמונות עם האורחים יש להפחית ליקוי זה מהתשלום. לאחר התייעצות עם איש מקצוע החליט בית הדין לאמוד את הליקוי ב10% מהסכום, דהיינו, 550 ש"ח. נמצא שלאחר ניכוי דמי החיסרון הנתבע צריך לשלם סך של 4950 ש"ח עבור כלל העבודה שכבר נעשתה.

3. איכות התמונות

ביחס לטענת התובע אודות חסרון באיכות התמונות, לפי חוות הדעת המקצועית שקבלנו לא קיים חסרון כזה. ויש להוסיף, שאפילו אם נניח שיש ספק בדבר, הרי הנתבע מוחזק ב5000 ש"ח שכבר שולמו לו, ואם כן על התובע להביא ראיה לדבריו שהרי כלל גדול הוא בדין "המוציא מחברו עליו הראיה" (ב"ק מו,ב).

4. יחס מזלזל

בעניין טענת התובע ליחס מזלזל, אין בידינו ביסוס לדבר זה היות והנתבע מכחיש זאת וכפי שהתבאר בסעיף 3 שעל התובע להביא ראיה לדבריו.

---

[2] ערך זה הוא כאשר מחשבים את ערכן בפני עצמן אך ערכן פחות מכך כחלק מ"חבילה כללית" של הצילום.

ו. החלטה

א. בית הדין קובע שתמחור העבודה הוא 4950 ש״ח.

לאור זאת שנגבה תשלום של 5000 ש״ח ביום הארוע - על הנתבע להחזיר לתובע סך של 50 ש״ח לא יאוחר מח שבט תשע״ו.

ב. על הנתבע להעביר את הדיסקים של כל התמונות שנעשו וכן סרט וידאו ערוך לא יאוחר מהתאריך הנ״ל.

פסק דין בענין ביטול חתונה

הקדמה

בית הדין נדרש לתביעה הממונית אשר כרוכה בטבורה בבירור האחריות לביטול החתונה. לשם הכרעה בשאלה מורכבת זו, הוצג בפני בית הדין חומר אישי רב הכולל הקלטות, הודעות, תצהירים שהובאו על ידי הצדדים, וניתנה אפשרות לכל צד להגיב על הראיות השונות.

מתוך רצון לשמור על כבודם ופרטיותם של הצדדים, לא יפורטו הטענות השונות והמקרים שהיו ברקע לביטול החתונה אלא רק התביעות הממוניות. כמו כן לא יוזכרו בפסק דין זה ציטוטים או מובאות או אסמכתות התומכות בהכרעת הדין. הדברים יוצגו כפי שבית הדין התרשם ממכלול הדברים שהוצגו.

בעלי הדין הכירו זה את זה דרך אתר הכרויות. הקשר ידע עליות ומורדות עד להחלטת הנתבע לסיים את הקשר שלושה שבועות לפני החתונה. הדיון הוא בהוצאות והתחייבויות הדדיות שלקחו על עצמם הצדדים.

טענות התובעת

ההחלטה נפלה עלי כרעם ביום בהיר. הנתבע חייב לשאת בכל ההוצאות[3] שנגרמו כי הוא ביטל. סך כל התביעה 56400 ש״ח מלבד תביעה על עוגמת נפש.

טענות הנתבע

התובעת בהתנהגותה גרמה לביטול החתונה ולכן היא צריכה לשאת בכל ההוצאות כולל מה שהשקעתי למען יצירת הקשר. סך התביעה[4] נגדית 50,600 ש״ח.

ביטול החתונה

לאורך כל התקופה שהצדדים הכירו שררה בניהם אהבה גדולה והערכה הדדית שבאה לידי ביטוי בשיחות והודעות המעידות על קשר רגשי חזק.

---

[3] פירוט התביעה בהחלטת בית הדין.

[4] התביעה כוללת הוצאות על מפגשי היכרות ועל מסיבת האירוסין, דמי ביטול אולם ותקליטן והוצאות משפט כולל שכר טוען.

במקביל היו אירועים נקודתיים שהעיבו על הקשר, ובלשון הצדדים 'פיצוצים' אשר גרמו לצדדים להסתפק האם יש עתיד לקשר זה. נדמה שהסיבה המרכזית לחיכוכים אלו היא קושי בתקשורת ופער בתפיסת הצדדים את תפקידי הגבר והאישה בבית. אולם, אין בחיכוכים אלו ללמד על פגם באישיות של הצדדים.

כאמור, כבר בתחילת הדרך לאחר ההכרות הראשונית התגלו קשיים והנתבע החליט להיפרד, ולאחר מכן חזר בו. דפוס זה חזר על עצמו כאשר הנתבע ביקש לדחות את האירוסין כדי לקחת פסק זמן על מנת לבחון את המשך הקשר ולבסוף חזר בו. פעם שלישית שבה ביקש הנתבע לקחת פסק זמן ולעצור את ההכנות הייתה כשלושה שבועות לפני מועד החתונה והפעם קיבל החלטה סופית על ניתוק הקשר.

ניתן להבין את החלטתו של הנתבע שהתקבלה לאחר ייעוץ עם הסובבים אותו, ובייחוד לאור קשיי התקשורת שהתעצמו סמוך לחתונה, אולם אין בכך כדי לפטור אותו מהאחריות הממונית הנגזרת מכך.

גם אם מנקודת מבטו של הנתבע זו החלטה מוצדקת היא הגיעה מאוחר מדי. הנתבע המשיך בהכנות לחתונה על אף שהיו לו חששות וסימני שאלה גדולים. מסיבת האירוסין והזמנת האולם ושאר ההתחייבויות נעשו רק לאחר שהנתבע הביע את רצונו להתקדם לקראת חתונה. בית הדין בדק גם את האירוע האחרון מתוך רצון לברר האם הוא סיפק איזה שהוא מידע חדש המצדיק את ביטול חתונה. המסקנה היא שמדובר על אותם חיכוכים שליוו את הקשר מיסודו, אומנם העוצמה של החיכוך הייתה גבוהה, אך מכל מקום לא היה בכך משום מידע חדש שהתגלה אלא העצמה של חיכוכים שכלפיהם כבר החליט נתבע בעבר שהוא מתעלם וממשיך את הקשר.

בירור הדין

חיוב הוצאות סעודה

הלכה פסוקה שצד המבטל חתונה צריך לשלם את מלוא ההפסד שנגרם לצד השני. יסוד הדין הוא בדברי הרמב"ם (זכיה ומתנה ו,כד), אשר הובאו להלכה בשו"ע אבה"ע סימן נ:

> הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לרעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנין וכיוצא בהן ועשה כדרך שעושין כל העם וחזרה בה משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון

וכל הגורם לאבד ממון חברו משלם, והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל.

ואף שהראב״ד השיג וכתב:

א״א איני משוה עם רבותיו בזה וזאת הגרמה דומה לזרעוני גנה ולא צמחו שאינו משלם לו (אלא) ההוצאה, וכללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו אף על פי שגרם לו זה פטור.

מכל מקום הפוסקים קיבלו את הכרעת השו״ע וכפי שסיכם זאת להלכה ערוה״ש שם.[5] וכן פסק בשו״ת מהרשד״ם (אבה״ע לב):

ואף על גב שהראב״ד השיגו מ״מ נאמן עלינו הרמב״ם ז״ל שכן הורו רבותיו וגם הרב מ״מ ז״ל יישב קצת השגתו ולדידי לע״ד דברי הרמב״ם יש להם טעם גדול דאע״ג דבעלמא הגורם אינו חייב בנדון כיוצא בזה נחתינן לאמדן דעת הבריות כי הוא מוכרח במעשיו הכרח גמור כי גדול כבוד הבריות ואחר שהמנהג בעיר בדברים הללו אדעתא דהכי נחתי והוה ליה כמזיק בידים ממש.

לאור פסיקת הרמב״ם ושולחן ערוך יש לחייב את הנתבע לשלם את כל הנזק שגרם, הן את ההוצאות שכבר נעשו כדוגמת סעודת האירוסין (בהתאם למקובל באותה חברה), והן את ההתחייבויות העתידיות- אולם וכדומה.

טענת אונס

כתבו הפוסקים (שו״ע אבה״ע סי׳ נ) שאם לצד המבטל התגלה דבר חדש הרי הוא פטור מתשלום. וביאר זאת הרשב״א בתשובה (ב,לה) לגבי חתן שהפך למהמר ואבי הכלה חזר בו, ופטר שם הרשב״א את אבי הכלה מלשלם:

שאם אין הבת רוצה לינשא לו, אנוס הוא זה. ויש טענות אונס בממון. ועוד דאומדן הדעת הוא, שאלו היה מקלקל עצמו כל כך, שלא היה נותן לו זה בתו. והיא לא תנשא לו. והולכין בתר אומדנא.

והנה בתשובה שם מבואר שאף שאבי הכלה הכיר את החתן וידע שהוא משחק קצת בקוביה, בכל זאת פטר אותו הרשב״א מתשלום, כאשר נודע שהחתן משחק בקוביה בהיקף משמעותי (ב״ש ס״ק יב). האב הכיר את החתן

[5] וכן נראה מכל נושאי הכלים: ב״ח, ח״מ, ב״ש, ט״ז שכתבו יישוב להשגת הראב״ד. ולא ניתן לומר ׳קים לי׳ נגד מרן כפי שהאריך בשו״ת יביע אומר חלק ז חו״מ סי׳ ה.

"שמתחילה היה משחק" ולבסוף "החזיק בדבר הרבה עד שאין לו אומנות אחרת". מה שהתגלה לבסוף הוא שמדובר על אדם אחר, אשר מכור להימורים בשונה ממה שהכיר האב בתחילה שחתנו לפעמים משחק.

לאור זאת יש לדון בנידון שלנו, האם ביטול החתונה נחשב כאונס? האם ניתן להשוות את המקרים ולומר שאף שנתבע התלבט לפני הארוסין והחליט להמשיך, עדיין הוא נחשב אנוס כלפי ההחלטה לבטל וכפי שכתב הרשב"א?

כאמור בפתיחה, עמדת בית הדין היא שהתקרית האחרונה אינה מחדשת דבר משמעותי במערכת היחסים בין הצדדים, ולכן אין לראותה כאונס שלא היה ידוע מתחילה עד כדי שיתמוך בהחלטה לביטול הנישואין. לכן אין להשוות זאת לתשובת הרשב"א שם.

וכבר עמד על נקודה זו בשו"ת מהרי"א הלוי (סי' צט):

> מכל מקום כיון שלא נשתנה שום דבר ממה שהיה החתן בעת התנאים אין טענתה טענה כיון דיודעת החסרון ואעפ"כ נשתדכה לו ... משמע שאף במום גדול כל שלא נתקלקל החתן יותר ממה שהיה בשעת ההתקשרות, מחויבת לקיים התנאים.[6]

לסיכום אין לקבל את טענת הנתבע שביטול החתונה היה מטעם אונס והכרח, היות והנתבע כבר נפגש עם מקרים מעין אלו בעבר והחליט להתעלם מהם.

עקרונות לחיוב ההוצאות

1. מתנות הדדיות שנתנו בין הצדדים חוזרות, כפי שכתב ערוה"ש סי' נ:

"אומדנא גדולה היא שלא נתן לה המתנות אלא ע"מ לכונסה אבל אם יתבטלו הנשואין יוחזרו לו המתנות (חמ"ח סק"ב) וזהו בכל מיני מתנות של כסף וזהב ותכשיטין וכלים ובגדים שלא בלו כמו שיתבאר ... ואין חילוק במתנות בין ששלח לה קודם אירוסין לאחר שנתקשרו בשידוכין ובין שנתן לה אחר אירוסין דאין שום טעם לחלק ביניהם".

---

[6] ובשו"ת ישועות מלכו, אבה"ע סי' מה: 'כל שמבררת באמתלא נכונה שדרך להקפיד ולא ידעה בעת ההתקשרות פטורה מהקנס'. ובשו"ת שם אריה סי' לד: 'דוקא אם קלקל מעשיו, אבל אם היה מקודם אמרינן שידע ונתפייס כי דרך העולם לחקור היטב קודם השידוך... ואף אם הדבר ספק אין יכול לבטל השידוך בשום אופן לפוטרו לא מן האיסור ולא מהקנס'.

2. מתנות שעשויות להישחק חוזרות כפי שהן, כן כתב ערוך השולחן שם:

"כלים מועטים ששלח לה להשתמש שם בבית אביה אם נשתמשה בהם ובלו או אבדו אינם משתלמים".

3. הצד המבטל חייב רק בהוצאות מקובלות ולא במה שהוסיף הצד השני על דעת עצמו. וכך כתב הבאר היטב (שם סק"ט):

"אין מחויב לשלם אלא ההוצאה שדרך בני אדם להוציא כמותו אבל אם הוציא הוצאות מרובות יותר מן הראוי פטור".

4. אין לחייב על הוצאות שבאופן עקרוני ניתן להנות מהם בעתיד אף אם ישנו קושי רגשי להשתמש בהם, כי הדבר נחשב לגרמא בעלמא (בדים, מצעים, לימוד לקראת החתונה, וכדומה).

5. אין לחייב על עוגמת נפש כי אין דנים בזמן הזה בושת וכן הוי בושת דברים שהדין הוא לפטור.[7] וכן, גם כאשר הפוסקים חייבו על עגמת נפש ובושת, זהו רק מדין קנס כאשר המבייש התכוון לבזות את חברו. בנדון זה התרשמותנו היתה שביטול החתונה לא נעשה מתוך כוונת זדון ורצון לבייש.[8]

6. לענין סעודת האירוסין ישנה דעה שיש לפחות שליש כפי שמחשבים דמי הנאה בזול (ב"ש שם סק"ז), אלא שבספר ערוה"ש דחה דעה זו כי אין לדמות חיוב נהנה לדין גרמי (שם ס"ק טז).

7. מכל מקום בית הדין רואה לנכון להתחשב בסברה זו ולהפחית שליש מחיוב סעודת האירוסין.[9] יש להפחית שליש רק מחיובים הנובעים מסעודת האירוסין ובזמנם הייתה מהם הנאה כגון האוכל עצמו והתזמורת והצלם. לעומת תעודת רווקות וכדומה שלא נהנו ממנה. שיקול זה מצרף גם את הפרשנות של נתבע לתקרית האחרונה כאשר

---

[7] חו"מ סי' א, ולענין בושת בשידוכין – קצוה"ח סימן רז ס"ק יב.

[8] הדברים הובאו בהרחבה בפסקי דין של רשת ארץ חמדה גזית 69020, 72099, 74050.

[9] אף שבמסיבת האירוסין היה מספר מוזמנים גדול מעבר למקובל ועל כך אין לחייב את הנתבע, אולם בית הדין כולל את הפחתה זו כחלק מהורדת שליש ההוצאות. כמו כן בית הדין לא מתחשב במתנות הכספיות שניתנו במסיבת האירוסין מכיוון שזו הכנסה נלווית ומקובל לפרוע אותה בעתיד בשמחות של הנותנים.

מבחינתו אירוע זה הסמוך כל כך לחתונה נחשב למצב קיצון אשר לא משאיר מוצא אלא לבטל את החתונה, ודבר זה היה טוב לשניהם. אומנם בית הדין הטיל את האחריות למעשה על הנתבע אך יש לצרף את הפרשנות שלו כצד לחיוב שליש.

8. תביעת הנתבע להחזר הוצאות על הפגישות טרום אירוסין ועל הוצאות לאירוסין, וכן הוצאות משפט כולל שכר טוען הרבני, נדחות.

פרטי החיוב

למיטב ידיעתו של בית הדין הנוהג המקובל לאירוסין וחתונה כולל את ההוצאות הבאות:

1. אולם אירוסין – 10,000 ש״ח[10]
2. אוהל חינה – 2,700 ש״ח[8]
3. צלם – 1,700 ש״ח
4. אורגניסט – 270 ש״ח
5. עוגות – 800 ש״ח
6. אביזרים לעיטור – 1000 ש״ח
7. תעודת רווקות – 150 ש״ח[11]
8. אגרת נישואין – 220 ש״ח
9. שמלת כלה – 4800 ש״ח[12]
10. ביטול אולם לחתונה – 7000 ש״ח

סך הכול ישלם הנתבע לידי התובעת – 28640 ש״ח.

החלטה

1. הצדדים יחזירו את המתנות ההדדיות.
2. הנתבע ישלם לידי התובעת – 28640 ש״ח.

כל התשלומים יתבצעו בתוך שלושים יום מהתאריך הנקוב על גבי פסק הדין.

---

[10] לאחר הפחתת שליש.

[11] אין להפחית שליש.

[12] התברר שאי אפשר לנצל את ההזמנה הזו לפעם נוספת.

הרב יהודה בהרב

גדרי מתה מחמת מלאכה[1]

תגובה לפסק בית הדין בשדרות

ראשי הפרקים

א. גופא דעובדא

ב. מקור דין מתה מחמת מלאכה

ג. טעם הפטור בממ״מ

ד. מחלוקת רמב״ן ורשב״א

ה. דעת הרמב״ם

ו. נפ״מ בין הרמב״ן והרשב״א

ז. מחלוקת הרא״ש והרמ״ה בנאנסה הבהמה בדרך

ח. פסק ההלכה בשו״ע

ט. סיכום ביניים

י. האם אפשר להתחייב בממ״מ ללא קנין

יא. המנהג והדין למסקנה

יב. תגובה לתגובה

א. גופא דעובדא

בקובץ אבני משפט (יט, עמ׳ 162- 164) התפרסם פסק הדין כדלקמן.[2]

אחד השאיל לחבריו כדור חדש, ותוך כדי משחק התפוצץ הכדור ע״י שנתקע במסמרים שהיו על קיר חיצוני של ישיבה מסויימת.

---

[1] לעלוי נשמת אבי מורי ר׳ פינחס רבינוביץ׳ זללה״ה, עשור לפטירתו, ולהצלחת בני משפחתי שי׳. תודה לר׳ אורי נאמן על הסיוע.

[2] הואיל ואתא לידן, יש לשבח את עבודת ביה״ד לממונות, על הגישה השוויונית והמקצועית שלו. אין ספק שדבר זה תורם להשרשת ערכי תורה בצבור, ויישר כוחם!

בעל הכדור תבע את הישיבה לפצותו כדין "בור ברה"ר". ביה"ד פסק שזה נזקי כלים בבור, ולכן הישיבה פטורה מלשלם מן הדין, אלא שלצאת ידי שמים חייבוה לשלם כשליש הסכום. עוד כתבו בפסה"ד, שהתלמידים ששיחקו בכדור מעיקר הדין הם פטורים משום מתה מחמת מלאכה, אך ביה"ד ממליץ שלפנים משורת הדין יפצוהו חבריו ב"סכום סמלי", וציינו לש"ך (שמ,ה).

לענ"ד בנסיבות מסויימות החברים חייבים לשלם תשלום מלא, ולא לפנים משורת הדין אלא מעיקר הדין, וכפי שיתבאר:

ב. מקור דין מתה מחמת מלאכה (להלן: ממ"מ)

בתורה לא נזכר הפטור של ממ"מ, וכפי שציינו התוס' (ב"מ צד,ב ד"ה שומר). אף בברייתא המגדירה את חיובי השומרים לא צויין פטור זה "כיוון ששואל יש לו רשות לעשות בהן מלאכה, פטור", דהיינו באמת "השואל חייב על הכל" (לשון הברייתא שם). אלא שמסברה במה שיש לו רשות אינו בכלל חיובו (וראה להלן במחלוקת הרשב"א והרמב"ן). עכ"פ חזינן שפטור זה נלמד מסברה[3] ולא מלשון הכתוב.

ג. טעם הפטור בממ"מ

ובעצם הסברה יש לנו מחלוקת בין גדולי הראשונים. הגמ' (ב"מ צו,ב) פתחה בדין "כחש", דהיינו בלאי טבעי.

> איבעיא להו: כחש בשר מחמת מלאכה מאי? אמר ליה ההוא מרבנן ורב חלקיה בריה דרב אויא שמיה: מכלל דכי מתה מחמת מלאכה מחייב? נימא: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה. אלא אמר רבא: לא מיבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה - נמי פטור. דאמר ליה: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה.

הגמ' מדמה ממ"מ לכחש, וכפי שאין סברה שהמשאיל יתחייב בכחש ובלאי, שהרי לשם כך שאלה, ה"ה למתה. אמנם קמה וניצבת השאלה – מה בין זה לאונס ששואל חייב בו, הרי בודאי אין לו' באונס של מיתה שמחמת השואל מתה, וכפי שאמרו (בדף לו, ב) מלאך המות מה לי הכא מה לי התם. א"כ זו

[3] ויש להעיר שבכך יש לבאר ס' הרי"ד ששומר לא פטור בשבועה שממ"מ אלא צריך עדים דוקא, מפני שאין פטור זה בפרשת השומרים. וראה בריטב"א על אתר הע' 117. אמנם לא קיי"ל כוותיה.

גופא אחריותו לשלם על האונס, ולשם כך ניכנס תחת הבעלים. ומדוע יהיה הדין שונה בממ״מ?!

ד. מחלוקת הרמב״ן והרשב״א

ובישוב קושיה זו נחלקו הרמב״ן והרשב״א.

דעת הרמב״ן (ב״מ שם ד״ה והא) ובריטב״א (ד״ה איבעיא להו):

> קשיא לי וכי מגרע גרע, כיון דכי מתה מחמת עצמה חייב אף על גב דמלאך המות הוא דקטלה ומ״ל הכא ומ״ל התם, כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמ״מ איהו גרם לה היכי מפטר, בשלמא למפטר בה שאר שומרין בהך טענה דלאו לאוקמה בכילתא שאילתה טענה מעלייתא היא לומר דלאו פשיעה דידהו היא, אלא שואל מי יכלת למימר בה טפי מאונס?

וי״ל דשואל ודאי חייב באונסין, אבל לא בפשיעה דמשאיל, וכאן משאיל פשע בה, שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה, וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה.

לאמור: כאשר ממ״מ, מתברר לפנינו שהבהמה לא היתה כשירה למשימה שלשמה השואל לקחה. אונס שאינו מחמת מלאכה, בודאי זה בתחום אחריותו (אף שאין זו ״אשמתו״), אך ״פגם ייצור״, בדבר שקשור לשימוש בחפץ בצורה סבירה, בודאי אין זה מן הדין להטילו על המשאיל. וכך אומר השואל למשאיל: וכי לקחתיה ע״מ שלא להשתמש בה? והרי ידעת זאת, וא״כ זו אחריותך.[4]

לעומת זאת הרשב״א (ב״מ שם ד״ה אפילו) מבין אחרת:

> נ״ל דהיינו עיקר טעמיה דרבא דודאי מאן דמשאיל פרה לחברו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבשרא דלאו לאוקמה בכילתא שאלה ואפ״ה לא שם ליה מעיקרא בכחשא, וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד דמה לי קטלה כלה מ״ל קטלה פלגא.

---

[4] כמובן אין זה אומר שהמשאיל צריך לבצע בדיקה מוקדמת, ואף אם אינו יודע כלל מהפגם שבפרתו יהיה השואל פטור. הביטוי ״פשיעה״ שבכאן אינו במובן של שומר שפשע, אלא במובן של חלוקת האחריות: זו בעיה שלך!

לאמור: יש לנו מעין אומדנא, שהמשאיל מוחל לשואל על מה שיקרה מחמת המלאכה. הקשר לכחש ובלאי אינו מובן מאליו- אלא כשם שכחש ובלאי ניתנים מראש (״לא שם ליה מעיקרא״), כך גם סיכוני ההשתמשות ניתנים מעיקרא, ו״לא קפיד״.[5]

ה. דעת הרמב״ם

באשר לדעת הרמב״ם בשאלה הנ״ל יש לדון. שהנה הרמב״ם (שאלה ופקדון א,א-ב) לא התייחס ישירות לשאלת הראשונים, אולם הגדיר את כללי השאלה וכן את שבועת השומרים ״יביא ראיה שמתה או נאנסה בשעת מלאכה ושלא שינה בה וייפטר״. עוד דקדק הרמב״ם והבחין בין נאנס שלא בשעת מלאכה לבין שעת מלאכה. ולכאורה מסתבר יותר ששעת המלאכה היא מגדירה את חלוקת האחריות בין המשאיל לבין השואל, שהרי מן הסתם שעת מלאכה זה מחמת המלאכה.[6] הגדרה זו עולה יפה עם הבנת הרשב״א, שזהו חלק מההסכם הבלתי כתוב שבין המשאיל לשואל. משא״כ לרמב״ן, חשוב לנו לדעת את סיבת הקלקול – שהיא מגדירה אם זו פשיעת משאיל או שואל, ולא השעה קובעת אלא הסיבה קובעת. ממילא מובן מדוע הרמב״ן חולק על הרמב״ם בנקודה זו.[7]

---

[5] לרמב״ן הקשר לכחש שונה: כשם שלא יעלה על הדעת שאשלם לך על הבלאי שלך, כך לא אשלם על הפגמים שלך.

[6] וז״ל ערוך השלחן (שמ,יב) בהסבר דברי הרמב״ם: כוונתו נ״ל דה״פ דהנה התורה פטרה בשואל כשמתה מחמת מלאכה וכשאין עדים צריך לישבע שמתה מחמת מלאכה וזהו דבר שקשה לידע אם הסיבה היא מחמת המלאכה או אפשר שגם בלא המלאכה היה נארע סיבה זו ומי יוכל להעיד ע״ז והשואל איך יכול לישבע בזה והנה ודאי יש דברים שנוכל לעמוד עליהם כמו קרדום שנשבר מחמת הבקיע ודלי שנשבר בעת המילוי שהכל רואים שמחמת מלאכה נשברו אבל בהמה שמתה בשעת מלאכה מי יימר דבלא המלאכה לא היתה מתה ולכן נתן הרמב״ם ז״ל כלל בזה והוא דדבר שאירע בשעת מלאכה אף שאפשר לומר שגם בלא המלאכה היה כן מ״מ פטור וזהו מקרי מתה מחמת מלאכה דמסתמא מתה מחמת המלאכה ויכולים עדים להעיד ע״ז והשואל יכול לישבע בזה אבל בסיבה שאירע אחר המלאכה אינו יכול לישבע אא״כ רואים בחוץ שמחמת המלאכה הוא כמו בכחש בשר שביכולת לראות שבכל פעם שעושים בה מלאכה נכחשת מעט מעט ולכן אם אח״כ בהמשך הזמן נתכחשה לגמרי או מתה אף על פי שזמן רב הוא אחר המלאכה יכול לישבע ע״ז שמחמת המלאכה הוכחשה ומתה אבל אם מתה לאחר המלאכה בלי התחלת כחישות או רפיון בעת המלאכה אף שיכול להיות שמתה מחמת טורח ועייפות המלאכה מ״מ אינו יכול לישבע ע״ז.

[7] לשונו של הרמב״ן: וראיתי בספר הר׳ משה ז״ל מתה בשעת מלאכה וטעות הוא. וכ״כ בחי׳ רבנו מאיר שמחה ב״מ (עמ׳ קסט), שהרמב״ם והרמב״ן חלוקים. אמנם גם הרשב״א חולק על הרמב״ם, ולשיטתו יש להרחיב את ״ההסכם״ גם בכוון זה של ״סיבת המלאכה״.

ו. נפ״מ בין הרמב״ן והרשב״א

והנה נפ״מ ברורה בין הרמב״ן לרשב״א היא במקרה שבו האונס קרה מחמת (או בשעת) מלאכה, אך לא מחמת ״קלקול פנימי״ אלא מחמת גורם חיצוני. במקרה זה לס׳ הרמב״ן השואל חייב, שהרי אין כאן פשיעת משאיל. ואף שהדבר צפוי שיקרה, אין זו סיבה לפטור. ולעומת זאת לפי הרשב״א זו גופא הסברה בממ״מ, שכל מה שצפוי כלול בהסכם והוי ״מחילת משאיל״.[8]

ז. מחלוקת הרא״ש והרמ״ה בנאנסה הבהמה בדרך

כתב הטור (שמ,ז):

> כתב הרמ״ה מי ששואל בהמה לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטין באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הוליכה ונאנסה. כי היכי דפטרינן להההוא דשאיל שונרא מחבריה ואכלה עכברים טובא ומתה אף על פי שלא הרגתה המלאכה גופה כיון שבמלאכה ששאלה לצרכה מתה בגרמתה.
>
> וא״א הרא״ש ז״ל אומר דאין נראה, דלא דמי לשונרא ששאלה להרוג עכברים, דבאותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אבל אם נאנסה ממנו בדרך, אונס אחר הוא, ואינו מחמת מלאכה, שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו הילכך חייב.

לאמור: הרמ״ה רואה בכל תוצאות ההשאלה חלק מן ההסכם והמשאיל פטור, כפי שהגדיר הרשב״א.[9] אך הרא״ש מגדיר אחרת – אין קשר פנימי בין הלסטים

---

[8] וראה בנמו״י (נה,ב בדפי הרי״ף) שהזכיר את שני הטעמים ביחד וכתב ע״ז בחי׳ רבנו מאיר שמחה(שם) שלכאו׳ ״הרכיב שני שיטות וטעמים שונים״, וצ״ע.

[9] בשולי הדברים יש להוסיף ביאור בסוגיה (צז,א) שם: הנידון הוא בשואל חתול מחברו וחברו עליו עכברים והרגוהו. רב אשי מסתפק ״כה״ג מאי, כי מתה מחמת מלאכה דמי או לאו׳ ולכאורה לא מובנים צדדי הספק, שה״ז בודאי ממ״מ׳ וכן התקשה תוס׳ (שם ד״ה ״כי״). ולפי הרמב״ן מובן: הס׳ היה אם זהו אונס, שאין זה רגיל שהעכברים יהרגו את החתול, ואז המשאיל לא אסיק אדעתיה וממילא הוי אונס וחייב. וכן מפורש בשטמ״ק בשם הר״ח (ד״ה דשאיל) ״ומיבעיא ליה אי האי לאונס דמי והשואל חייב באונסין או ממ״מ הוא ופטור״. תשובת רב מרדכי לפ״ז ״גברי דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא״ היא בדיוק ס׳ הרמב״ן: הבעיה איננה בעכברים (שזה נדיר) אלא בחתול, והוא לא עמד ב״מבחן התוצאה״, ובלשון הר״ח: ״וזו כחושה, וכוחה היה תשוש, לפיכך פטור השואל דאינו אונס אלא מחמת מלאכה היא״. וזהו שדייק הגר״א בהגהותיו לגמ׳ (צז,א אות א) וכתב ״דכמתה

שבדרך לבין השואל, וסימן לכך: "אף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו". לפיכך קובע הרא"ש: רק כשמתה מחמת ההילוך (אונס פנימי) פטור אך אם באו עליו לסטים וכיו"ב (אונס חיצוני) חייב ככל מקרה אונס בהם שואל חייב.[10]

מחמת מלאכה הוא, טור וכן לקמן בסיפא". ומאי קמ"ל הגר"א בכאן? אלא שזה בדיוק הבנת הרא"ש בהגדרת ממ"מ העולה מכאן, ולאפוקי מהבנת התוס'. לפי התוס' (שם) הביאור אחר לגמרי: "דאיבעי ליה אם שינה במה שהוליכה למקום שהרבה עכברים מציויין". הספק הוא האם השואל פשע, וקמ"ל שהשואל לא פשע מפני שיש לצפות שהחתול ימלא תפקידו. וכ"כ הריטב"א (ד"ה ואי"ל גברא) "וכיון דלא פשע פטור". נימצא שהספק לרמב"ן הוא בגדר ממ"מ, וניפשט, שכל שיש בעיה בחתול ה"ז ממ"מ. ולריטב"א ותוס' אין כאן ס' בממ"מ אלא בדיני פשיעת משאיל. מסתבר שהרא"ש הבין כרמב"ן (וכפי שמציין הגר"א לטור, והכוונה לרא"ש המובא שם), ואילו הרמ"ה מבין שכל שניגרם בעקבות המלאכה ("בגרמת המלאכה") הוא בכלל ממ"מ, ואפילו אם אנסוה לסטים, כל שלא פשע המשאיל. ועיין היטב בכל זה.

[10] **תגובת הרב אריאל בראלי**:

יש להעיר על מה שנראה מדברי הרב בהרב לזהות את דעת הרא"ש עם הרמב"ן, שכן הרא"ש התנסח אחרת מהרמב"ן. לדבריו, מכיוון שלא נפסדה הבהמה מחמת המלאכה אלא ע"י ליסטים או חיות רעות ואף אילולי מלאכתה אפשר שהיתה נשדדת או נטרפת, חייב, כי אין זה מחמת מלאכה. וכן נקט בשו"ת הר הכרמל (סי' ט) שדן במקום שהחוק קבע שכל ספר שלא היה חתום ששילמו עליו מס למלכות היו פקחי השלטון מחרימים, ומי ששאל ספר מחבירו לקחו לבית המדרש ללמוד בו ופקחי הרשות מצאוהו ובדקוהו ומשראו שלא היה בו חותם החרימו את הספר. המשאיל טוען שהשואל פשע כאשר לקח את הספר למקום שהרבים מצויים בו, ולא שמרו מפני הפקחים ביודעו שהספר איננו חתום. השואל טען לעומתו שהמשאיל לא הסב את תשומת לבו לכך שהספר אינו חתום. ותלה זאת בדעות השונות. להבנת הרמב"ן פטור השואל דהמשאיל פשע בכך שלא טרח להעיר לשומר שהספר אין בו חותם, אך לשיטת הרא"ש חייב כיון שאין החרמת הספר תוצאה מהלימוד והשימוש בו.

תשובת הכותב: לענ"ד אף שהניסוח של הרא"ש שונה, מדברי הגר"א הנ"ל (ראה בהערה הקודמת) יש להסיק שדברי הרא"ש עולים בקנה אחד עם דברי הרמב"ן. מה שנקט הרא"ש שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו, כוונתו שכל שלא מוכח הקשר שבין התוצאה למלאכה, אין זה ממ"מ. אך לאידך גיסא, כל שיש קשר,פטור, וכמו בשונרא "לאו דינא ולאו דיינא", כלו' אינך זכאי לפצוי, "דכמתה מחמת מלאכה הוא", טור (רא"ש, גר"א). וזה גופא ס' "פשיעת משאיל". משא"כ לרמ"ה, מספיק להוכיח שהשואל לא פשע ופטור (וכמשמעות הרמב"ם, ראה לעיל אות ה). עכ"פ בנדון שכת"ר הביא משו"ת הר הכרמל, אם לדעת השו"ת הנ"ל אין פשיעה בכך שהשואל לקח את הספר הבלתי מוחתם לביהמ"ד (שאם היתה פשיעה היה חייב השואל לכו"ע), אזי לענ"ד לא רק לרמב"ן בכה"ג פטור השואל, אלא גם לרא"ש פטור השואל. שהרי מיבחן התוצאה הוכיח שספר לא חתום אינו "ספר עמיד בפני פקחים",והוי כחתול חולה וכה"ג. או בדוגמא אחרת לסבר את האוזן: המשאיל לחברו רכב ללא בלמים, אין זה משנה אם נגרם נזק מחמת אי בלימה או שהמשטרה השביתה את הרכב, בשני המקרים השואל פטור. אם אירעה תאונה אחרת באונס אז באמת תליא במח' הרא"ש והרמ"ה.

ח. פסק ההלכה בשו״ע

פסק השו״ע (שמ,ג):

השואל בהמה מחבירו לילך דרך ידוע, ובאו עליו לסטים באותו הדרך, או חיות רעות, ואנסוה ממנו, חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה. הגה: ויש חולקין בזה, וסבירא להו דלא מיקרי מחמת מלאכה, דהרי אף בלא הליכת הדרך איפשר שיבא לה אונס כזה (טור בשם הרא״ש).

וכתב הש״ך (ה): ויש חולקין כו׳ - וכן נרא׳ לי עיקר... וכן כתב הרשב״א (צ״ע) והריב״ש סי׳ תכ״ג א״כ כאן שלא פשע המשאיל חייב השואל.

וכדעת הש״ך פסקו גם נתה״מ (בחידושים שמ,ה) והשואל ומשיב (מהד׳ תניינא ח״ב סי׳ נא). וגם מדברי הגר״א נראה שפוסק כרמב״ן והרא״ש - עיין באור הגר״א שמ אות ג שמעתיק לשונו של הרמב״ן (בהסבר דעת המרדכי בסע׳ א) וכתב ״עיין ש״ך ס״ק ה״, ומשמע שפוסק כמותו, וכן כתב באות יב בהסבר דברי הרמ״א ושם גם ציין לדעת הש״ך והרמב״ן.

ט. סיכום ביניים

והנה הנידון שלנו הוא ממש הנידון של השו״ע, שהרי כאן ידועה לנו בבירור סיבת הקלקול, שהוא מחמת המסמר הנעוץ בכותל. ולאחר שביה״ד בירר (כמבואר בגוף פסה״ד) שלא היתה כאן פשיעה של המשחקים, ואין צורך להישבע על כך,[11] ונמצא שלדעת הרמ״ה והמחבר, שהיא גם דעת הרשב״א, הם פטורים כדין ממ״מ. ולדעת הרמ״א, הרמב״ן והרא״ש ולהכרעת הש״ך, הם חייבים שהרי לא היתה כאן פשיעת משאיל.

וליתר הבהרה, יש לחלק בין שני מצבים:

מצב א׳, שבו הכדור התפוצץ ״מעצמו״ בלא סיבה חיצונית הנראית לעין, ויכול השחקן לטעון בודאות שכך אירע והמשאיל מאמין לו – אז פטור הוא לכו״ע מצד מתה מחמת מלאכה.

[11] שהרי אם מאמין לאחד בעצם העובדה אז אין צריך שני עדים ולא שבועה, וכמבואר בתוס׳ ב״מ צז,א ד״ה ביום, שאם מאמינו לפטרו מן השבועה – פטור, ופשוט.

מצב ב' שבו ארע אונס אחר, כגון שהחפץ ניזוק ע"י מסמר, זכוכית וכדו', אז הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ן והרשב"א, או הרמ"א והמחבר, והואיל ופסק הש"ך כדעת הרמב"ן, הרא"ש והרמ"א, יש לחייב את השחקנים כדין אונס.

י. האם אפשר להתחייב בממ"מ ללא קנין?

אמנם לכאורה יש לשדות נרגא בפסק זה, שהרי יכול הנתבע לטעון "קים לי כדעת המחבר", והמוציא מחברו עליו הראיה, ופטור. אמנם יש להעלות טיעון נוסף לחייבו גם לדעת המחבר, והוא, שאם המשאיל התחייב לשלם גם בממ"מ, חייב בכך גם ללא קנין כפי שיתבאר.

וכמובן שאם עשו קנין יכול להתחייב, כמבואר בב"מ (נח,א) "בשקנו מידו". אמנם שם מיירי בשמירת עבדים, שטרות וקרקעות, אך מה הדין אצלנו? דהרי ידוע אצל הנוהגים לשחק, שאם הכדור מתפוצץ מחייבים את המשחק התשלום עבור הכדור, ויש אשר מראש מתנים את השימוש בהסכמה לתנאי זה (ולהלן נדון מה קורה אם לא היתנה). וזהו כעין תנאי מוסכם בשאלה, ואחרת, אין הם מתרצים לשאול. נמצא, שלעתים השואל קיבל על עצמו תנאי זה, וכאילו התנו במפורש. ויתכן שהדבר נובע מחמת שאין הבעלים רוצה להיכנס לדיונים האם היה כאן נזק או אונס וכד', אלא רוצה להיות "שקט" שהכדור יוחזר לו, והואיל ונתרצו כולם בדבר הסכימו לתנאי זה. האם מועיל תנאי זה או לא בלא קנין?

בשאלה זו הסתפק קצוה"ח (שמ,א).[12]

והנה מצינו "מתנה שומר חנם להיות כשואל" (ב"מ צד,א). ובקצוה"ח סי' שמ נסתפק האם במתה מחמת מלאכה יש דין כזה. וטעם לספקו כתב עפ"י התוס' (ב"מ נח,א ד"ה אמר ר' יוחנן). התוס' שם מתקשים מדוע בעבדים, שטרות וקרקעות צריך קנין לקבלת שמירה ואילו בתנאי של שומר חינם המתנה להיות כשואל אין צורך בקנין (ב"מ צד,א)? ותירצו: א. במקום שפטור משבועה (כמו בעשו"ק) לא משעבד נפשיה בלא קנין. ב. במקום שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאיל לו, ובההיא הנאה משעבד נפשיה וכך תולה קצוה"ח: דלפי תירוץ א' רק בדבר המופקע מפרשת שומרים יש צורך בקנין, אך דבר שהוא בפרשת שומרים (וסימנך: חיוב השבועה) יכול להתחייב. ולפ"ז יכול להתחייב בממ"מ גם ללא קנין. אך לפי תירוץ ב', מכיון שהמקסימום שיכול להראות

[12] ז"ל קצוה"ח: ונסתפקתי בהתנה השואל להתחייב מחמת מלאכה אם בעי קנין או לא.

שהוא כשואל, ולא יותר מזה, והרי הוא כבר שואל, א״כ הרי א״א להתנות בלא קנין, שהרי לא נהנה מהתנאי, ואין כאן ״בההיא הנאה״.

וכבר הביאו שספק זה מפורש בראשונים, במאירי בסוגיין:

וכן יראה שהשואל מתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה, ויש לפקפק בה אם צריך קנין אם לאו:

אמנם קצוה״ח לא פשט את ספקו, וכתב ״מידי ספיקא לא נפקא ופטור השואל אפי׳ התנה אא״כ קנו מידו״. אך הנתה״מ (חידושים סק״ב וביאורים סק״ב) פשיטא ליה שאין צורך בקנין ויכול להתחייב בדברים בלבד.[13] וכמו נתה״מ פסקו השואל ומשיב (מהדו״ת חלק ב׳ סי׳ נא) וערוך השלחן (שמ,ז).[14]

ובפתחי חושן (ח״ב, פ״י, ז): התנה השואל והשוכר להתחייב במתה מחמת מלאכה, דעת כמה פוסקים שא״צ קנין.

ויש להוסיף ולבאר: אם התחייב לשלם בממ״מ באופן של ״אונס חיצוני״, אף שלדעת הרשב״א פטור, מ״מ מכיון שלרמב״ן חייב, תנאו מהני שפיר, שהרי הוא כמתחייב לנהוג כשי׳ הרמב״ן. ואף אם תאמר של קצוה״ח לפי הרשב״א אין זה כלום, מ״מ כיצד יכול לו׳ קים לי כהרשב״א וכקצוה״ח, שהרי התחייב לשלם כפי הרמב״ן, ואין ספקו מוציא מידי ודאי שהתחייב לנהוג כרמב״ן, ומהני להוציא ממון!

וכך פסק גם הרב דב ליאור שליט״א:

תלמיד הביא כדור והודיע לכולם שמי שיפוצץ את הכדור יתחייב לשלם, ואכן כך קרה. מה הדין? תשובה: אם הוא הודיע על כך, כל מי שמחליט לשחק חייב לשאת בתוצאה. אמנם המשאיל לחברו וניזוק תוכ״ד שימוש פטור, אך כאן

---

[13] וסברתו שכל שאין כאן חיוב חדש אין צורך בקנין, וכאן לולא דין שומר היה לו להתחייב כמזיק, ומה שמתנה אינו דין חדש אלא הסרת ״חומת המגן״ של שומר ונימצא מקבל עליו דין מזיק. ובער אנכי ולא אבין, בשלמא אם פשע השומר או הזיק באונס שחייב כאדם המזיק, והחפץ ניזוק מחמת השימוש, מובן מדוע יתחייב ללא קנין, אך מדוע כאשר נטלוה לסטים (כפי שכתב הרמ״ה) וכה״ג צריך להתחייב לולא דין שומרין? וראה בחי׳ ר׳ אריה ליב מאלין (סי׳ ס) במה שביאר. אמנם מ״מ כך פשיטא ליה לנתי׳. וראה בהערה הבאה.

[14] ערוה״ש נימק דבריו שנ׳ לו עיקר תירוצו הראשון של התוס׳ (ב״מ נח,א שם), ומכיוון שהשומר נמצא ב״מסגרת״ של הסכם שמירה יכול להתנות בדברים.

שהתנה את השמוש בהתחייבות חייב. (בתשובה בספר "חנוך לנער" (תשובות לתלמידים) עמ' קכו).[15]

יא. המנהג והדין למסקנה

מה קורה במקום שבו לא היתה אמירה מפורשת של "מי שיפוצץ את הכדור יתחייב לשלם"? לדעתי הדבר תלוי במנהג המקום. בהרבה מקומות מספיק שיאמר השואל "על אחריותי" והדברים מתפרשים במובן זה של "מי שמפוצץ חייב". וכאמור, יש כאן תנאי מוסכם שנועד לטובת המשאיל וממילא הוא גם טובת השואל, שאחרת אינו מתרצה להשאיל. ומצינו במס' מקומות שיש כוח למנהג לחייב בדיני ממונות:

חו"מ שנו,ז: ברמ"א, דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא. וכו בסי' שסח, א: מיהו נהגו להחזיר כל גניבה ואין לשנות מן המנהג (תה"ד סי' שט). ובש"ך (שם י) מבאר: דהכי נהיגי עכשיו כו' מכח דינא דמלכותא כו' - ואף ע"ג שהוכחתי לעיל סימן ע"ג סי"ד באריכות דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתנו, מ"מ דיינין הכי שפיר בלישנא דהכי נהיגי עכשיו כלו' דגם בישראל נהיגי כן ובת"ה א"ש טפי דכתב דהכי דייני עתה כו', ואף על גב דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה, וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק לה[16] וכמה דוכתי, י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן ודוק.

---

[15] ויש להעלות נקודה נוספת: במלואי חושן (לקצוה"ח שם) תמה על ספקו של קצוה"ח, דגם לסברת הרשב"א שממ"מ פטור מחמת "מחילת משאיל" וגם לסברת הרמב"ן שפטור מטעם "פשיעת משאיל" הרי כאן פשוט שחייב, שהרי לרשב"א אין זו התחייבות חדשה, שהרי שואל חייב באונסין ויש סברה לפטרו בממ"מ, וכאן שנתחייב ממילא קאי בחיובו. ואכן כך יש לומר בהסבר דברי הנתה"מ. ואף שלא נהנה יותר שהרי הוא שואל, אך מ"מ עצם השאלה היא כבר הנאה והויא סבה טובה להתחייב, כמ"ש שכתב בהגהות אשר"י (ב"מ פ"ז, יז ד"ה צ"ע). אמנם מש"כ שם בהמשך שגם לרמב"ן צ"ל חייב שהרי התנה על פשיעת משאיל, בזה דוקא לא נ' לי דבריו, שהרי קשה להניח שמתחייב על דבר שהוא בפשיעת השני. וכן מצינו במתנה ש"ח להיפטר מפשיעה שדעת רבנו ברוך (או"ז ב"מ סי' רצז, הגי' אשר"י ב"מ שם) שאינו יכול שהרי זה "מתחת למינימום", וכאן זה "מעל למקסימום". ומהיכא תיתי שאדם יתחייב על פשיעת המשאיל "דאין שטות כזו עולה על דעת אדם שיתנה שיהיה פטור מפשיעה" (ל' רבנו יהונתן בשטמ"ק צד,א ד"ה מתני').

[16] עיין בש"ך שם שמנהג גרוע הוא כזה שאין לסמוך עליו וכדעת ר"ת בתוס' ב"ב ב,א ד"ה בגויל (וראה בגר"א עב ס"ק לג שתמה), ובאו"ז (ב"ב סי' ג) חולק, והובאו הדעות בסי' קנז ד, ועיין בסמ"ע יב ובגר"א שם אות כ. וראה בסי' קסג,ג ובסמ"ע כג. ובד"מ קסג,ז.

לענינינו יש לומר שאף שאין כאן "חוק" אך יש "מנהג" לפחות במקומות של תלמידים וכדו' וכאן שיש לפנינו שי' הרמב"ן בודאי אין זה מנהג גרוע, שהרי נוהגין כרמב"ן אף מי שלא סובר כוותיה. ויתכן שבכה"ג גם לקצוה"ח יועיל הדבר, כל שיש מנהג ברור (ודלעיל). וכ"ש לנתה"מ וסיעתו, שסוברים שאם התנו במפורש מהני, אזי גם אם לא התנו במפורש הוי כהתנו ואין זה מנהג גרוע, שהרי כאמור הוא לטובת שני הצדדים המשאיל והשואל גם יחד.

באבדה, במקום שרוב גויים מצויין, ובא ישראל ונתן בה סימן, כתב בשו"ע רנט,ג שטוב וישר לעשות לפנים משורת הדין. וכתב הש"ך (סק"ג) וכן אנו נוהגין להחזיר. וראה בקצוה"ח (סק"ג) שם שמנהג זה אינו גרוע מפני שבעצם לפנים משורת הדין חייב וא"כ בכוחנו להנהיגו כחובה, (ובעני ובעל אבדה עשיר א"צ לנהוג כן). ואף אנו נאמר כנ"ל, שאם נהגו כרמב"ן כ"ש שאינו מנהג גרוע.

ולכאורה אף שלא טען התובע כן, ה"ז מחמת שרצה לתבוע את הישיבה ואין בכך מחילה, ואנן צריכים לטעון לו לחייבם על פי שי' הרמב"ן.

לכן מכל הני טעמי יש לחייב מן הדין את הנערים בתשלום, "ואי ליכא לאשתלומי מהישיבה (שהיא הנתבעת) איכא לאשתלומי מהאי (מהחברים ששאלו)". (ב"ק נג,א; חו"מ תי,לב).

מסקנה: על ביה"ד לברר איך הוא המנהג, ובאם המנהג הוא שהשואל כדור "על אחריותו" מקבל על עצמו לשלם בכל ענין, יש לחייב בכה"ג כאשר סיבת האונס היא חיצונית ולא מחמת פשיעת המשאיל.

בסיום דברי אציין שאת עיקרי הדברים הצעתי לפני מו"ר הגרז"נ ואמר (מבלי לחוות דעה על המנהג) שהם מסתברים.

ולגבי השאלה האם העדר תביעה של התובע כלפי חבריו מהווה מחילה ציין הרב לדעת הנתה"מ בסי' יז סק"א (ובחי' סק"ב) במעשה דרוניא עיי"ש, דבמקום שהדיין רואה שלפי הדין אף עכשיו (שלא תבע) הוא גזל ביד חבירו כשלא יחזיר לו, רק שחבירו טועה בדין, מחוייב הדיין להודיע לחברו שמחוייב אתה להחזיר לו כי תלינן בטעות ולא במחילה. וכאן שחשב לתבוע מישהו אחר אין בכך מחילה על הדין כלפי חבריו.

יב. תגובת הרב א׳ בראלי:

למעשה, מספק לא ניתן להוציא ממון אלא אם כן שני בעלי הדין שייכים לאותה עדה.

מנהג לחייב במתה מחמת מלאכה

על מנת לחייב מכוח מנהג יש לעמוד בשני תנאים:

א. שכיחות – הרמ״א (חו״מ שלא,א) מביא את דברי הריב״ש (סי׳ תעה), הקובע, ש׳אינו קרוי מנהג, אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים. אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים, אינו קרוי מנהג׳.

ב. ידיעת המנהג – הריב״ש (סי׳ תעז) דן בחזן שהגיע לעיר, שהיה בה מנהג שכל הנכנס לעיר משתתף גם בחובות ישנים של העיר, וזה לשונו ״כל שיש חק קבוע בעיר, ומוסכם מן הקהל: שכל הבאים מחוץ לעיר, לקבוע דירתם בעיר, יהיו חייבים בחובות הקהל הקדומים; בזה י״ל: שכל הבא לשם, בא על דעת הסכמת הקהל, וחקם. וידע: ומחיל כל שיראה לב״ד, שנודע אליו החק והתקנה. אבל אם לא נודע אליו, וכשידע זה: רצה לצאת מן העיר; נראה: שאין כח ביד הקהל לחייבו. שמאחר שאינו מחוייב מן הדין, אלא מכח הסכמתם: כל שלא ידע זה, אין ראוי לחייבו. דהא לא ידע: דמחיל.״

ובדומה לזה כותב הש״ך (מב, סקל״ו) שמנהג שאינו ידוע למתחייב, אינו מחייב אותו.

לעניות דעתי, אין מנהג ברור וידוע לחייב במתה מחמת מלאכה.

תגובת הרב בהרב:

לענ״ד ולפי מה שביררתי אצל בני הנוער, כל שישנה אמירה מפורשת של המשאיל ״על אחריותי״ או אמירה מפורשת של השואל ״על אחריותך״ ושתיקה כהודאה של השואל הרי זה כאילו נאמר ״מי שמפוצץ ישלם״. אינני מתכוון, כאמור, שישנה הסכמה שבכל אונס או פגם פנימי השואל יתחייב, שזו ״שטות גמורה״ ואין אדם מעלה אותה על דעתו. אך במה שנוגע ל״מחילת המשאיל״ מסתבר מאוד לומר שכל שהוסכם ביניהם המשאיל מקבל על עצמו לשלם אפילו במתה מחמת מלאכה. ואם לא הוסכם במפורש יש לבדוק מהו המנהג, ובודאי שבמקום שנהגו כן יש לילך אחר המנהג הידוע והאמת והשלום אהבו. וה׳ יתברך יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

ר"ה - חידוש הברית שבין הקב"ה וכנסת ישראל[1]

אתם נצבים היום כולכם לפני ה' אלקיכם ראשיכם שבטיכם זקניכם ושוטריכם כל איש ישראל, טפכם נשיכם וגרך אשר בקרב מחניך מחוטב עציך עד שואב מימיך, לעברך בברית ה' אלקיך ובאלתו אשר ה' אלקיך כורת עמך היום, למען הקים אותך היום לו לעם והוא יהיה לך לאלקים כאשר דבר לך וכאשר נשבע לאבותיך לאברהם ליצחק וליעקב (דברים כט, ט-יב). והנה כתוב בספרים הקדושים (פענח רזא פר' נצבים ; תולדות יעקב יוסף פר' נצבים בשם מדרש) שהיום דא יומא דר"ה. ולפי זה יש לשאול איזו העברה בברית יש בראש השנה. ועוד צריכים להבין למה פתח בלשון רבים אתם נצבים וסיים בלשון יחיד לעברך בברית.

הנה נחלקו הראשונים בגדר מצות שופר, אי המצוה היא בתקיעה או בשמיעה וכמו שכתב הרא"ש בפרק בתרא דר"ה (סי' י) : ור"ת כתב שיש לברך על תקיעת שופר משום דעשייתה היא גמר מצותה, וראבי"ה הביא הירושלמי תוקע שופר צריך לברך אקב"ו לשמוע בקול שופר ושהחיינו ואח"כ תוקעין, וכן כתב בה"ג הא דמברכים לשמוע בקול שופר ולא מברכים לתקוע בשופר או על תקיעת שופר כמו על מקרא מגילה משום דבשמיעת קול שופר הוא יוצא ולא בתקיעת שופר, כדתנן (ר"ה כז,ב) התוקע לתוך הבור וכו' ופעמים שהתוקע בעצמו לא יצא כגון שהיה עומד על שפת הבור והכניס פיו לתוך הבור ותקע עכ"ל.

ואנן קיי"ל שהמצוה היא בשמיעה ולכך אנו מברכים לשמוע קול שופר, אלא דקשה על זה מהא דתנן (ר"ה כט,א) : חרש שוטה וקטן אין מוציאין את הרבים ידי חובתן, זה הכלל כל שאינו מחוייב בדבר אינו מוציא את הרבים ידי חובתן עכ"ל, וכמו שכתב בכפות תמרים (יום תרועה) : בשלמא אם היה המצוה בר"ה לתקוע בשופר, ר"ל שכל א' הוא חייב לתקוע הוה אתי שפיר דחש"ו אין מוציאין משום דהם פטורים, ומי שאינו שייך במצוה אינו יכול לעשותה כמו העבד שאינו יכול לכתוב גט דלאו בני כריתות נינהו דאינו בתורת קדושין וגיטין, אבל השתא דכתב הרמב"ם ריש הלכות שופר וז"ל מ"ע של תורה

[1] שיחה שנמסרה בכולל לקראת פר' נצבים תשע"ו.

לשמוע כו׳, א״כ המצוה היא השמיעה ולא התקיעה, וכיון שכן חש״ו אם יתקעו ואחרים שומעים למה אינם יוצאים, הרי המצוה היא השמיעה והרבים שומעים באזניהם, ומאי איכפת לן אם התוקע הוא חש״ו עכ״ל. ותירץ בכפות תמרים: ויראה לומר דמצות ר״ה היא התקיעה והשמיעה שניהם יחד, ועיקר המצוה היא השמיעה, ולחלוקת מצות תקיעה עושה שליח לחבירו שיתקע בעדו, וכיון דשומע ממנו התקיעה יוצא, וכיון שכן שפיר אמרו חש״ו אין מוציאין משום דהם פטורין מהמצוה, ונמצא דהשומעים מחש״ו אע״ג דמחלק מצות שמיעת קול שופר יצאו מ״מ מחלק המצוה של התקיעה גופיה לא יצאו, דב׳ חלקים הם מצות תקיעה ושמיעה עכ״ל. ויוצא מדבריו שיש שני מרכיבים למצוה, תקיעה ושמיעה. וצריכים להבין למה באמת צריכים שתיהן, גם תקיעה וגם שמיעה.

[אמנם צ״ע איך נפרנס לשון הרמב״ם בפ״א מהל׳ שופר (ה״ג): שופר הגזול שתקע בו יצא שאין המצוה אלא בשמיעת הקול אע״פ שלא נגע בו ולא הגביהו השומע (יצא) ואין בקול דין גזל עכ״ל. וצריכים לומר דאע״ג שהתקיעה היא חלק מן המצוה מ״מ גם מצות התקיעה היא ג״כ רק בקול, והשופר אינו אלא כלי להוציא הקול, ולכך יוצאים בתקיעה אפילו בשופר גזול. אמנם שוב הראו לי שלא יתכן לומר כן בדעת הרמב״ם, שהרי כתוב בשו״ת הרמב״ם (ח״א סי׳ קלה): כי המצוה שנצוינו בה אינה התקיעה אלא שמיעת התקיעה עכ״ל.]

והנה בתפילת ראש השנה אנו אומרים זה היום תחילת מעשיך, אבל לכאורה זה קשה שהרי זה יום הששי לבריאה, כי בכ״ה באלול נברא העולם כדאיתא במדרש (ויק״ר כט,א). אבל התשובה היא שכל זמן שלא נברא האדם אין הקב״ה נקרא מלך כי אין מלך בלא עם [וכמו שכתב רבינו בחיי בכד הקמח (ערך ראש השנה)].

אולם הנה כתיב (תהלים כב,כט) כי לה׳ המלוכה ומושל בגוים, וכתב המלבי״ם (שם) בביאור המילות: המושל הוא ביד חזקה, ומצד זה יוסיף לפעמים תואר מושל, כי המלך הוא בהסכמת העם עכ״ל, ולפי זה פירשו הפסוק שהכוונה היא כי המלוכה בהסכמת העם היא דוקא אצל ישראל, אבל בגויים הוא רק מושל. אבל לעתיד לבוא גם הגויים יקבלו מלכותו ברצון, וכדכתיב (זכרי׳ יד,ט) והיה ה׳ למלך על כל הארץ ביום ההוא יהיה ה׳ אחד ושמו אחד [וכן פירש בקדושת לוי (פר׳ בשלח), וכן מביאים בשם הגר״א.] וא״כ יוצא מזה שיש תלות הדדית בין הקב״ה לכנסת ישראל כיון שמלכותו יתב׳ תלויה בכנסת ישראל. ומאחר שבראש השנה התחדשה מלכותו של הקב״ה לכן מחדשים ישראל את מלכותו

של הקב״ה בראש השנה.

ולפי זה יש לבאר מאי דאיתא בגמ׳ ר״ה (טז,א): ואמרו לפני בראש השנה מלכיות זכרונות ושופרות, מלכיות כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות כדי שיעלה זכרוניכם לפני לטובה, ובמה בשופר עכ״ל. והענין הוא שבברכות אלו באה לידי ביטוי התלות ההדדית שבין הקב״ה לכנסת ישראל, שמלכותו של הקב״ה תלויה במה שבני ישראל מקבלים מלכותו עליהם, וזה בא לידי ביטוי בעיקר בברכת מלכיות שאומרים בה: וידע כל פעול כי אתה פעלתו ויבין כל יצור כי אתה יצרתו ויאמר כל אשר נשמה באפו ה׳ אלקי ישראל ומלכותו בכל משלה. וקיום בני ישראל תלויה במה שעולה זכרוניהם לפני הקב״ה לטובה, וזה בא לידי ביטוי בברכת זכרונות שאומרים בה: זכרנו בזכרון טוב לפניך ופקדנו בפקודת ישועה ורחמים משמי שמי קדם, וזכר לנו ה׳ אלקינו את הברית ואת החסד ואת השבועה אשר נשבעת לאברהם אבינו בהר המוריה כו׳, כן יכבשו רחמיך את כעסך מעלינו, ובטובך הגדול ישוב חרון אפך מעמך ומעירך ומארצך ומנחלתך כו׳, וחותמים הברכה באמירת זוכר הברית.

וזהו ענין שני המרכיבים של מצות השופר, השמיעה והתקיעה, השמיעה היא שאנו שומעים שופרו של הקב״ה והתקיעה היא מצדנו שהקב״ה שומע את תפלתנו. ובאמת יש גם מרכיב של תפלה בתקיעת שופר, ובדומה למה שתוקעים בשופר בתעניות, ששם ודאי התקיעה היא ביטוי של תפלה, וכדאיתא בירושׂ׳ תענית (פ״ב ה״א): א״ר יעקב דרומיא ולמה תוקעין בקרנות, לומר חשבינו כאילו גועים כבהמה לפניך עכ״ל. וכתב הרמב״ן במלחמות (ר״ה): אלא מדרבי רחמנא על הצר הצורר אתכם גמרי׳ התרעה לכל צרה וצרה שלא תבא על הצבור, ובמה בשופר כעין ר״ה, א״נ כיון דלא קפידא נהגו בשופרות כדאמרי׳ בירושלמי בתעניות ולמה תוקעין בקרנות לומר חושבנו כאילו גועים כבהמה לפניך עכ״ל. ושתי המגמות הללו באות לידי ביטוי בברכת שופרות שיש בה שני המרכיבים יחד. מצד אחד הנושא הפותח של הברכה היא שופרו של מתן תורה שבא מצדו של הקב״ה ומצד שני חתימת הברכה היא כי אתה שומע קול שופר ומאזין תרועה ואין דומה לך, בא״י שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים.

וכתב בספה״ק תפארת עוזיאל עה״ת בסופו (במאמרים לר״ה): נתגלה לי בחלום ענין תקיעת שופר, כמו שני אוהבים או בן ואב שאינם רוצים שידעו אחרים מה שאחד אומר לחבירו, ויש להם לשון נסתר שאינו ידוע לשום אדם רק לאב ולבן, כן הדבר בר״ה יומא דדינא לא היה רצון המקום שידעו

המקטריגים מבקשותינו, ולכך עשה לשון עִמָּנוּ ע״י שופר שאינו מובן רק לו יתʼ עכ״ל ודפחק״ח. ולמדים אנו מזה שתקיעת השופר היא הצופן שמסר לנו הקב״ה שעל ידו הוא מתקשר אלינו ועל ידו אנו מתקשרים אליו מבלי שיתערב בינינו שום זר.

ועל זה איתא במדרש (ויק״ר כט,ד): א״ר יאשיה כתיב אשרי העם יודעי תרועה, וכי אין אומות העולם יודעים להריע, כמה קרנות יש להן, כמה בוקינוס יש להם, כמה סלפירגסי יש להם, ואמרת אשרי העם יודעי תרועה, אלא שהן מכירין לפתות את בוראן בתרועה והוא עומד מכסא הדין לכסא רחמים, ומתמלא עליהם רחמים והופך להם מדת הדין למדת רחמים עכ״ל. ועל זה אומרים שהקב״ה שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים. ובזה מבואר מה שאמרו חז״ל: ואמרו לפני בראש השנה מלכיות זכרונות ושופרות, מלכיות כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות כדי שיעלה זכרוניכם לפני לטובה, ובמה בשופר, שהכוונה היא שהשופר הוא כלי שעל ידו מקבלים בני ישראל מלכותו של הקב״ה ועל ידו הם מעלים זכרונם לפניו לטובה.

ומעתה מובן מה שאמר הכתוב על יומא דראש השנה אתם נצבים לפני הʼ אלקיכם לעברך בברית הʼ אלקיך, והיינו משום שבראש השנה מתחדש הקשר והברית שבין הקב״ה לכנס״י, שמצד אחד אנו מקבלים על עצמנו עול מלכות שמים, ומצד שני מעלה הקב״ה לפניו זכרוננו לטובה. וזהו ענין חתימת הברכה: זוכר הברית, דהיינו הברית שבין הקב״ה לכנסת ישראל. ופתח הכתוב בלשון רבים - אתם נצבים היום כולכם לפני הʼ אלקיכם, משום בראש השנה שכולם עוברים לפני כבני מרון וכדתנן בפ״ק דר״ה (טז,א), כיון שלגבי הדין כל אחד ואחד נדון בפני עצמו, אבל לגבי הברית עם הקב״ה כולם עוברים יחד כחטיבה אחת, ולכך נאמר לעברך בברית הʼ אלקיך בלשון יחיד, ודוק היטב בזה.

אבא שלנו[1]

אבינו, סבא, אפרים יצחק אייזיק נולד לפני למעלה מתשעים ושש שנים בעיירה בילקה, אז בצ'כוסלובקיה, לעוני גדול שרק הלך והחמיר, אין מספיק לאכול, קוטפים תפוחי אדמה טרם הבשלתם... פשוט כי אין מה לאכול.

אביו נפטר בלילה השני של פסח, ואז התחילו הצרות...

סבא נשלח למחנה עבודה שנשלט בתחילה על ידי ההונגרים. אמו תפרה לו מעיל מיוחד כדי שיחם לו, בו היה גם כיס מיוחד לתפילין.

בתחילה לא עבדו בשבת, ובשבת אחת בהיותו בעיירה הסמוכה, חוסט, הוא ראה נערה בשמלה אדומה.

אבל אז המצב החמיר יותר ויותר וכבר לא היו שבתות, וחבריו היהודים שלא יכלו לעבוד בשבת נורו במקום.

סבא נחלש, בעוד הם צועדים מערבה לכיוון טרזינשטט, וכבר לא יכל להחזיק את המעיל בו היו התפילין שלו והוא נאלץ להשאיר אותם מאחור.

אבל סבא שרד, אחד מכמה מאות מתוך אלפי אלפים שהחלו במצעד

הוא שוחרר על ידי הרוסים, שרק פתחו בפניהם את השערים, והוא והשורדים האחרים יצאו והלכו להם עד שנאספו בסופו של דבר על ידי הצלב האדום, שהביא אותם לבית החולים. השורדים היו מורעבים, ותקפו את האנשים שחלקו אוכל עד שבית החולים הביא שומרים§ וסבא ברח, לבוש בבגדי בית החולים.

מישהו פגש אותו וסיפר לו על מקום בו חילקו בגדים... הוא הלך לשם ואז החלו הניסים, אמנם באיחור אבל הם התחילו.

במקום חלוקת הביגוד הוא זיהה את הנערה בשמלה האדומה מחוסט אשר בינתיים שרדה את אשוויץ.

---

[1] דברי הספד שנאמרו בהלויית מר אפרים קולב, מפי בנו עו"ד סנדי קולב הי"ו.

הוא פגש אדם ברחוב, שנתן לו מכתב שנשלח מקליבלנד, למישהו בבילקה שלא שרד.

סבא, שהיה לו דוד בקליבלנד, כתב לשולח המכתב ושאל אודות דודו, והדוד שלח מכתב חוזר בו אמר שיביא את סבא לארצות הברית.

סבא ענה שהם שניים שיגיעו, לא אחד, והדוד שלח מסמכים עבור שניים.

אבי והנערה בשמלה האדומה, אמי, נישאו באלטנוישול בפראג ומיד תפסו רכבת לפריז משם טסו לניו יורק ומשם לקליבלנד.

הורי לא ידעו אנגלית, אמי הייתה תופרת ואבי מצא עבודה כפקיד משלוחים, הוא עבד במשך כל ימות השבוע ובלילות הלך ללימודים, בתחילה בתיכון ולאחר מכן במכללה וכך היה הפך לרואה חשבון.

אחותי ואני נולדנו, ואז קנו הורי את ביתם הראשון, בית דו משפחתי. נהיינו אמריקאים.

אבי החזיר טובה, והביא את קרוביו מרוסיה ועזר לקרוביו בישראל, והורי לקחו אותנו לשני טיולים מחוץ אך חוף בארצות הברית. בשנות החמישים, במקומות מסוימים בחיפושים אחר מלון ללינת לילה, אמרו לא" אנחנו לא מכניסים אנשים כמוכם".

שגשגנו בגלל עבודתם הקשה של סבא וסבתא, עברנו לבית חדש, ובאנו לישראל בפעם הראשונה לבר המצווה שלי.

אבי נהג לקחת אותנו לשמוע את נאומיו של אבא הלל סילבר על ציונות בבוקרי יום ראשון.

נישאתי ועברתי לישראל וגידלתי פה משפחה לתפארת, וסבא וסבתא באו בעקבותינו ובילו שנים טובות בנתניה עד שאמי אובחנה בסרטן ונפטרה לפני למעלה מעשרים שנה.

אבי נישא בשנית לאישה נפלאה, יטה זלצר, גם היא מקליבלנד ומהארץ הישנה והם בילו יחד עשרים שנים טובות.

בשנים האחרונות אבי התגורר ברחובות קרוב אלינו, לנכדיו ולניניו.

לפני שבועיים כשנשאל על ידי לין אודות איכות חייו, סבא אמר "יש לי איכות חיים נהדרת" ובאמת היה לו...

וזאת הודות לפולה אליה התייחס כבת ואשר טיפלה בו כבת, לחברינו, לנכדיה וניניה של יטה, ללין שנינה כמו מלאך, לדר. אולג ולאנהלה המטפלת המסורה שלו לה אנו אסירי תודה ולכל חברינו שאהבו את סבא כמו שאנו אהבנו אותו.

הוא הרגיש את האהבה הזו וכמוהו גם אנחנו.