

יד ברודמן

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

אבני משפט

קובץ תורני בעניני
אבן העזר וחושן משפט

כג
אלול, תשפ"א

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**



לזכרון עולם בהיכל ה'

למצבת זכרון יוחק בחומות בית ה'

זכרו של מורנו ורבנו מייסד וראש הכולל

עמל ויגע בתורה הרביץ תורה חכמה ודעת

באורו הבהיר בשיעוריו המעמיקים

בהדרכתו בהארת פניו ובנועם דבריו

העמיד תלמידים לומדי ומרביצי תורה ויושבי על מדין

אשר נשא על ליבו את משא תלמידיו משפחת בני הכולל

מורנו הגאון הגדול רבי

חגי נפתלי איזירר

זצללה"ה

אב בית הדין ברחובות

ובית הדין הגדול בירושלים תובב"א

דבריהם הם זכרונם

שפתיו דובבות במאמר המצורף לקובץ זה שנערך מתוך שיעור אחד מני רבים שנמסרו בהיכל הכולל

ויהיו הדברים לעילוי נשמתו הזכה

נלב"ע ביום ח' שבט התש"פ

ומנ"כ בעיה"ק ירושלים תובב"א

ת.נ.צ.ב.ה



נר ד׳ נשמת אדם

מוכתר בכתר שם טוב

האי גברא רבה

אשר הקים את דברי התורה הזאת

ידידינו הדגול איש מורם מעם אשר רוח בו

נפשו קשורה באהבה רבה לאברכי הכולל

ואיהו גופיה צורבא מרבנן

הר״ר **מנחם קליין** זללה״ה

מייסד ומחזיק את עול קיומו של הכולל על כתפיו

מתוך אהבה לתורה ולומדיה

מתוך דאגה לכלל ולפרט

נזכיר זכרו לעד בעד מפעליו לתורה וחסד

בנשאו בעול עם הציבור

והלך לפניו צדקו

וזכות תורת הרבים תהיה לעילוי נשמתו

נלב״ע ביום כב בניסן תשעט

ת.נ.צ.ב.ה

תוכן הענינים

בפתח הקובץ ---------- 9

מרבותינו

בדין טענינן/ הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א----------11

חסרון במילה 'ודן' בגט במקום עיגון/ הגאון רבי חגי נ' איזירר זצ"ל ----19

מאמרים

האומר זה אחי/ הרב יצחק ביסמוט ---------- 34

קנין ע"י גרמא או ע"י פועל נכרי/ הרב מאיר ברקוביץ---------- 52

משיכת פקדון על ידי השומר – גדרה ותכליתה/ הרב אריה ויזל---- -----62

אבדה בחדר מדרגות בבנין מגורים משותף/ הרב עידן חביב ---------- 85

חיוב קנס – זכות ממון, או חיוב בית דין/ הרב אבישי נתן מייטליס------ 98

בדין לשם גירושין (כריתות) בגט/ הרב שלמה זאב פיק---------- 106

פרסום ברה"ר ללא רשות/ הרב יוסף שליט ---------- 122

נטילת שכר למול/ הרב ישי שרעבי---------- 131

דיני ממונות

פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בראלי ---------- 139

דרוש/הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לפ' בחקתי תשע"ח ----------167

לפ' חקת תשע"ח----------172

בפתח הקובץ

הרבה עקולי ופשורי עברו עלינו מיום יציאת הקובץ הקודם לאור. מלבד מגיפת הקורונה המשפיע בכל העולם נשברנו שבר אחר שבר, בהלקח מעמנו שנים מקברניטי הכולל. באסרו חג פסח תשע״ט נלב״ע ר׳ מנחם קליין ז״ל, שעמד בראש העמותה מיום היוסדה ונשא בעול החזקת הכולל ואף ניהולה המעשי מתוך רצון להרבות תורה בעיר רחובות חביבים היו אברכי הכולל אצל ר׳ מנחם ושמח בלימודם ובתורה שזוכים הם להפיץ. וביום ח׳ בשבט תש״פ נלב״ע מו״ר הגאון הרב חגי נפתלי איזירר זצ״ל, שעמד ביסוד הכולל ובראשה בשותפות עם להבחל״ח מורנו הגרמ״ח דימנטמן שליט״א וזכינו בכולל לֶאור באורו ולשמוע משיעוריו ולפסוע בהדרכתו במשך שנים רבות.

יהיו דברי התורה שבקובץ זה, המעוטר בדברי רבותינו, ביטוי מסויים להכרת הטוב העצומה כלפי פועלם המבורך ויעמוד כנר לעילוי נשמתם.

בתפילה להרמת קרנה של תורה ולביאת גוא״צ במהרה בימינו,

העורך

מנחם אב תשפ״א

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

טענינן*

א. חזקה לקטן

מבואר בב״מ לט שאין מחזיקין בנכסי קטן.

וברמב״ם (טוען ונטען פרק יג) כתב: ״וכן חרש שוטה וקטן אין אכילתן ראיה מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידן אלא תחזור לבעלים, וכן המחזיק בנכסיהן אין אכילתן ראיה״. וכדברי הרמב״ם פסק השו״ע חו״מ קמט,יח.

ובבאור הדין שאין אכילת חש״ו מועילה כחזקה כתב ה״ה שם:

> אבל הם שהחזיקו בנכסי אחרים לא מצאתי מבואר בגמרא שלא תועיל חזקתן ורבינו נתן טעם לדבריו מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידן ואין דעתו ז״ל לומר שאין להן צד קנייה דהא ודאי יש להן ואפילו שוטה נתבאר פ״ד מהל׳ זכייה ומתנה שהמזכה לו ע״י בן דעת זכה ואין צריך לומר בחרש וקטן שיש להן צד קנייה כנזכר פרק כ״ט מהלכות מכירה אלא לפי שאין טענתן כשאר בני אדם ואין מקחן מקח דבר תורה כנזכר שם כתב רבינו ז״ל שאין חזקתן ראיה.

ודברי ה״ה צריכים הסבר מדוע אין לקטן טענה שקנה הקרקע? ומה הטעם בזה שקנינו מדרבנן?

עוד מקשה קצוה״ח (ס״ק ה) הרי ה״ה במכירה כט מבאר שהיא שדעת אחרת מקנה זוכה הקטן מדאורייתא וא״כ מדוע לא תהיה לקטן טענה שקנה הקרקע בדעת אחרת מקנה?

ומבאר קצוה״ח וז״ל: ״ולכן נראה דעיקר טעמא דהרמב״ם כמ״ש בעצמו לפי שאין טענתן כשאר בני אדם, והיינו משום דחזקה שאין עמה טענה, וחש״ו אין טענתן טענה וכמו שאמרו (שבועות לח,ב) אין נשבעין על טענת חש״ו, וכיון דאין

---

* משיעורי ראש הכולל שליט״א; נרשם מהקלטה ונערך ע״י הרב י. ש. (בתוספת משא ומתן בשולי הדברים).

טענתן טענה הו״ל כמו חזקה שאין עמה טענה, ודוקא ביורש ולוקח הוא דהבי״ד טוענין טענתיה דמוכר״.

ומבואר בשיטתו שלא תקנו טענינן לבעל הדין עצמו[א] אלא רק ליורש או ללוקח. וחש״ו שהחזיקו הם הבעל דין ובי״ד לא טוענים עבורם וממילא חזקתם אינה חזקה שכן טענתם אינה טענה.

ב. כתובה לחרשת

בכתובות לו מבואר שלחרשת ושוטה אין להן טענת בתולים ומעמידה הגמ׳ שזו שיטת ר״ג שאשה נאמנת לטעון משארסתני נאנסתי וממילא כתובתה תהיה מאתיים. ומקשה הגמ׳ הרי ר״ג דיבר רק באשה שטוענת שנאנסה תחתיו או שמוכת עץ אך חרשת ושוטה אינן טוענות ומדוע יזכו בכתובה? ומתרצת הגמ׳ ״כגון זו אמרו פתח פיך לאילם הוא״.

רש״י מבאר שהואיל ואם היתה פיקחת היתה טוענת משארסתני נאנסתי. אז בחרשת ושוטה אנו טוענים. ומקשים התוס׳ (ד״ה חרשת):

> וקשה לר״י דהיכי טענינן לה הכי מספק לאפוקי ממונא כיון דאיהי לא טענה דחזקת גופה איתרעי דהוי שור שחוט לפניך אבל חזקת ממון לא איתרע.

ולכך מבארים התוס׳ שמה שאומרת הגמ׳ פתח פיך לאילם זה רק לעניין מוכת עץ שחזקת חרשת ושוטה להיות מוכת עץ ולכן אין להם טענת בתולים.

ומבאר קצוה״ח שתוס׳ דחו פירוש רש״י בגלל היסוד הנ״ל שלא עושים טענינן לבעל דין וא״כ אין אפשרות לטעון עבור החרשת טענות אלא רק להעמיד אותה על חזקה שהיא מוכת עץ.[ב]

אך נתה״מ (ס״ק ו) מקשה מדוע שלא תהיה חזקה לחרש וכי אדם שהחזיק ואח״כ נתחרש שאינו יכול לטעון בטלה חזקתו? ומבאר שם שרק בגלל שהחזיקו כחש״ו שלא שייך בהם שטר אין להם חזקה. ולפי שכל החזקה היא משום שאיבד שטרו בחש״ו שאין כותבים עליהם שטר לא שייך דין חזקה. וזו כוונת הרמב״ם לפי שאין להן טענה.

ומהמבואר בדבריו שבאדם שנתחרש באמת נטען לו שהיה לו שטר אף שהוא הבעל דין לפי שכן עושים טענינן לבעל דין. וכפי פשט לשון הגמ׳ בכתובות ״פתח פיך לאילם״.

ומה שרצה קצוה״ח להביא ראיה שלא טוענים לבע״ד מדברי התוס׳ בכתובות שלא עושים טענינן לחרשת בטענת משארסתני נאנסתי, יבאר נתה״מ כביאור האחרונים בתוס׳ שאין עושין טענינן להוציא אלא רק להחזיק. וא״כ אף שטוענים לבע״ד במקום שזה להוציא ממון מהבעל לא נעשה לחרשת טענינן.

ג. טענינן לערב

והנה יש לבאר שנחלקו בהנ״ל קצוה״ח ונתה״מ לשיטתם. שכן מבואר בשו״ע קכט,יב אם מודה הלוה למלוה שלא פרע החוב גובה המלוה מן הערב.

וקצוה״ח לט,ה הקשה מדוע מאמינים ללוה שלא פרע הרי במקום שבאים לגבות מלקוחות חוששים שהלוה עשה קנוניא עם המלוה ולא מאמינים לדבריו שלא פרע. וא״כ גם בערב היה לנו לטעון שמא החוב באמת נפרע?

ומיישב קצוה״ח, שרק ללקוחות טוענים שנפרע החוב אך לא לערב. ומבאר וז״ל:

> והא דחלקנו בין ערב ללוקח דללוקח טענינן ולערב לא טענינן היינו משום דאיני יודע אם פרעתיך חייב אפילו לא הו״ל למידע וא״כ הערב שנתחייב הוא עצמו ומסופק בפרעון חייב, אבל הלוקח והיורש שלא נתחייב מחמת עצמו כלל אלא נכסים הוא דאשתעבדו ולוקח ויורש נכנסו בשעבודו ומשום הכי טענינן ליורש וללוקח שמא פרע.

ומבואר שקצוה״ח אזיל לשיטתו הנ״ל, שלבעל הדין בעצמו לא שייך לעשות טענינן וא״כ ערב שהוא עצמו הבעל דין ונתחייב לשלם את חוב הלוה לא נטען לו אנחנו שהחוב נפרע אם הוא אינו טוען כך. אך לקוחות אינם בעלי הדין אלא שפורעים מהנכסיים את חוב הלוה ולכן עבורם אנו עושים טענינן.

אך נתה״מ שם חולק על דברי קצוה״ח הנ״ל וכתב:

> ותמוהין דבריו, דהבע״ח אין להן על הלוקח כלום, רק על הנכסים תובע שנשתעבדו לו, והן תמיד בגדר אחד כמו ערב, דהנכסים ודאי נשתעבדו לו וספק אם יצאו משעבודן״. ומבואר לשיטתו שאין לחלק בין ערב ללוקח וגם לערב היה לנו לטעון שהחוב נפרע. אלא שמחלק שם שלא טוענים לערב כמו ללוקח שכן על כך מתחייב הערב. וכתב ״העיקר נראה דלא דמי כלל לערב, דבשלמא בערב כיון שנתערב בעד מלוה על פה, ודאי על דעת כך נתערב דכשיתחייב הלוה בבי״ד באיזה אופן שיתחייב ולא יהיה ללוה לשלם, אזי יתחייב הערב מצד ערבות.

וא״כ גם נתה״מ לשיטתו ששייך לעשות טענינן גם לבעל דין.

ד. טענינן לקטן

עוד יש להביא דברי קצוה״ח ונתה״מ לשיטתם.

בשו״ע קלג,א פסק: ״כל דבר המטלטל שהוא ביד האדם, בחזקת שהוא שלו. אפילו אם יביא המערער עדים שהוא שלו, ואמר למוחזק: הפקדתיו לך או השאלתיו לך, נאמן המוחזק לומר: אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה, וישבע היסת״.

ובקצוה״ח ס״ק א הסתפק האם גם בקטן אמרינן חזקה זו שמה שנמצא תחת ידו בחזקת שהוא שלו. ומסיק שבקטן אין כלל לחזקה זו. ומביא ראיה מדברי הרמב״ם הנ״ל שחש״ו שהחזיקו אין חזקתם ראיה משום שאין להם טענה. וא״כ גם במטלטלים שבידם אין להם טענה שזה שלהם ומחזירים לבעלים הראשונים של החפץ.

אך נתה״מ שם חולק על דבריו בתקיפות וכותב: ״וישתקע הדבר, דלא דמי קרקע למטלטלין, דבקרקע אין לו קנין כלל במקח, והקטן יכול לחזור בו תמיד וכו׳ משא״כ במטלטלין דבני קנין מדרבנן נינהו, והוי קנין דאורייתא במקום שדעת אחרת מקנה להן וכו׳ ואפילו אם תאמר דלאו בני טענה נינהו, מ״מ לא גרע מגדול שלא בפניו דאנן טענינן להו להחזיק מה שנמצא תחת ידו, ופשוט״.

והרי לן בשלישית דקצוה״ח ונתה״מ אזלי לשיטתם, שלדעת קצוה״ח לא טוענים לקטן כשהוא בעל דין אלא רק כשהוא יורש. ולכך הואיל ולא טוען שקנה את המטלטלים אין חזקתו מועילה. אך נתה״מ לשיטתו חולק שכן טוענים לבעל דין וממילא נטען לקטן טענה שקנה את החפץ שברשותו.

ה. גביה מיורשים

ונראה שיסוד המחלוקת כבר מצינו בסי׳ סו. התומים שם (ס״ק מג) הקשה מדוע גובים מהנכסים אחר מות הלוה הרי בטל שיעובד הגוף דלו וקימ״ל שאם פקע שיעבוד הגוף פקע שיעבוד נכסים? ומבאר שם שלעולם לא פקע שיעבוד הגוף שכן כשמת המוריש התחדש שיעבוד הגוף על היורשים לפרוע את חובותיו. ושוב חשובים היורשים כבעלי החוב עצמם. ובקצוה״ח ס״ק כו מביא דברי התומים וחולק עליו שודאי היורשים אינם חיבים בעצמם ואין עליהם שיעבוד הגוף והגביה מן הנכסים היא מדין ערב ש״נכסי דאיניש ערבין ביה״ ולכן לא פוקע החוב. וכן כתב קצוה״ח במשובב סי׳ לג.

וא״כ לדעת התומים כל גביה מיורשים היא בעצם גביה מבעל דין ואעפ״כ טענינן ליורשים ומוכח לן שטענינן גם לבעל דין. וכדברי התומים העלה נתה״מ בשני מקומות (סי׳ לג סוף אות ב וכן בסי׳ קז אות ט). ואזיל בזה לשיטתו הואיל ועל היורש עצמו יש שיעבוד הגוף ובכל זאת טענינן לו מוכח שעושים טענינן לבעל דין.[ג]

ו. במאי קמיפלגי

בסברת מחלוקת האחרונים יש לחקור ביסוד הדין של טענינן שטוענים מה שיכול היה האב לטעון או מה שיכול היה המוכר לטעון.

אפשר לבאר שטענינן זו זכות שהיורש מקבל מהמוריש והלוקח מקבל מהמוכר. הואיל והם אינם יודעים מה לטעון והבעלים הקודמים ידעו לטעון והיו זוכים בדין אז הזכות הזו עוברת ליורשים וללקוחות.

או באפשרות שניה יש לבאר שאין היורשים ולקוחות מקבלים את הטענה מהבעלים הקודמים אלא תקנו חכמים לסייע להם הואיל ואינם יכולים לדעת הטענה אנו טוענים להם.

ובכתובות פז,א מבואר בגמ׳ בשם אבא שאול, שאם אמר הבעל לאשה נקי שבועה שלא תצטרך להישבע בזמן גבית הכתובה לא מועיל לגבי יתומים ותצטרך להישבע. וברש״י שם (ד״ה מנכסים משועבדים) מבאר שליתומים בי״ד טוענים שהכתובה נפרעה אף שהבעל האמין לאשה. וז״ל ״אבל בשביל לקוחות אנן טענינן דלמא אי הוה גבית מן הלוה הוה טעין לך אישתבע לי דלא פרעתיך ובעית אישתבועי השתא אנן טענינן דפתח פיך לאלם הוא ומנכסי יתומים ונפרעת שלא בפניו כולהו משום האי טעמא״.

אך התוס׳ בשבועות דף מא (ד״ה וכי מה) כתבו שחובת השבועה בגביה מיתומים אינה מדין טענינן אלא מתקנת חכמים שלא גובים אלא בשבועה.

ובאר הקוב״ש (ח״ב סי׳ ג): ״והיינו דס״ל לתוס׳ דכח היתומים בטענתן הוא בתולדה מכח האב ודוגמא לדבר כעין ירושה וכיון שהאב מחל על זכות טענתו אין להם מה לירש וע״כ לא שייך בזה טענינן ליתמי ובדעת רש״י נראה דכח היתומים אינו בתולדה מכח האב אלא שהיתומים יש להן כח טענה מצד עצמן כמו האב וכיון שאילו לא מחל האב היה יכול להשביעו ולגבי יתומים הרי ליכא מחילה וע״כ שייך טענינן ליתמי״.

ומבואר בדבריו שתלה החקירה הנ״ל במחלוקת רש״י ותוס׳ האם טענינן היא קבלת כח מהמוריש[ד] וע״כ במקום שהאמין עליו המוריש את האשה לא יוכלו היתומים להשביע מצד טענינן וכדעת התוס׳. או כדברי רש״י שטענינן זהו כח עצמי של היתומים ולכן גם במקום שהאמין המוריש את האשה נעשה טענינן ליתומים לחייב שבועה.

ועפ״י זה יש לבאר מחלוקת האחרונים הנ״ל. שלדעת קצוה״ח טענינן זהו כח שהגיע מהמוריש וא״כ לבעל הדין עצמו לא התחדש טענינן וזה כדעת התוס׳ בשבועות.[ה]

אך נתה״מ והתומים למדו שטענינן זו תקנה שמתחדשת עבור היתומים וא״כ מוכח שטוענים לבעל הדין עצמו וכנ״ל.

[א] א״ה. הנתיבות אות ו הקשה שאם לשוטה אין חזקה כי אינו טוען אז גם באדם בריא שהחזיק ולבסוף נשתטה לא תהיה לו חזקה? וזה אינו שהרי החזיק כבריא. ובטבעת החושן מבאר שבמקום שהחזיק כבריא בודאי טענינן לחרש ורק במקום שהחזקה היא על קנייה בקטנות אין לחרש טענה. אך לאור דברי מו״ר שליט״א בשיטת קצוה״ח שלא טוענים לבעל דין א״כ נראה שגם בבריא ונתחרש לא טוענים לו בי״ד וכקושית הנתיבות.

[ב] א״ה. קצוה״ח כתב כשיטתו בהבנת הגמ׳ בכתובות גם בסי׳ פב אות ה בדין מלוה שנשטתה והלוה טוען שפרע ואין המלוה יכול להישבע שלא נפרע ופסק הט״ז שגובה המלוה בלי שבועה. וקצוה״ח מקשה הרי הלוה טוען ברי שפרע והמלוה הוא רק כטוענת שמא ובזה הדין מבואר בסי׳ נט שהלוה פטור? ואין לבאר שעושים טענינן למלוה השוטה שלא נפרע כמו בכתובות לו משום שאין עושים טענינן לבעל הדין וכדברי התוס׳ שם. וזה כשיטתו הנ״ל בהבנת התוס׳. אך לדברי האחרונים שביארו בתוס׳ שלא עושים טענינן להוציא נראה שבדינו של הט״ז כן נעשה טענינן למלוה שכן יש בידו שטר וחזקה דשטרך בידי וכו׳ וא״כ אולי לא חשוב להוציא.

[ג] א״ה. הרמב״ם אישות כב כתב: ״וכן האשה שמכרה או נתנה נכסי מלוג לבעלה מכרה ומתנתה קיימין ואינה יכולה לומר בנכסי מלוג נחת רוח עשיתי לבעלי, אבל בשאר נכסים יש לה לומר״. ומקורו מב״ב מט,ב. ובב״י דייק מלשון הרמב״ם שכתב יש לה לומר שחיבת האשה לטעון שמכרה הנכסי מילוג בגלל נחת רוח לבעלה אך אם אינה טוענת אז המכר קיים. וז״ל ״אלא מיהו נראה מדקדוק דברי הרמב״ם דהא דלא מהני מחילתה או מכירתה לבעלה בנכסי צאן ברזל דוקא בשטענה נחת רוח עשיתי לבעלי

אבל כל זמן שלא טענה כן מחילתה ומכירתה לבעלה קיימים״. וכך פסק הב״ש אבה״ע צ,נח שצריכה האשה לטעון.

אך במהרי״ט (ב חו״מ נו) חולק על דברי הב״י וכתב: ״וראיתי לרב מהרי״ק ז״ל בא״ה סי׳ צ שכתב: וקשיא לי בגווייהו דכיון דמטענת נחת רוח מפקינן מלוקח אלמא מסתמא אין מעשיה כלום וכו׳ ומלשון הרא״ש ירא׳ דאפי׳ לאחר מיתה אמדינן לדעתה דמשום נחת רוח הוא דקעבדה שכתב אין מתנתה מתנה ודאי אם היתה נותנת מעכשיו בענין שלא הית׳ יכול׳ לומ׳ נחת רוח עשיתי היתה המתנה קיימת משמע דהואיל והיתה יכולה לומר אנן טעני׳ ליה ומבטלינן מתנה. ואם איתנהו להני מילי לא הוו שתקי מיניה כל המפרשי׳ ז״ל״. ומבואר בדבריו שטענינן לאשה שמכרה רק בגלל נחת רוח לבעלה וכל שלא טענה האשה אחרת אנו טוענין לה.

ולכאורה מבואר שמחלוקת האחרונים הנ״ל תלויה במחלוקת הב״י והמהרי״ט אם עושים טענינן לבעל דין במקום שאינו טוען בעצמו. ודברי הב״י שלא טוענים כדעת קצוה״ח. אך המהרי״ט פסק שטוענים לבע״ד וכדברי התומים והנתיבות.

ואולי אפשר עוד לבאר ע״פ הנ״ל פסיקה נוספת של הב״י. בכתובות קז מבואר שאשה שהלך בעלה למדינת הים יכולה לתבוע מזונות מנכסי בעלה. והרי״ף והרמב״ם (אישות יב,טז) פסקו שפוסקים לה מזונות בלי לבדוק אם יש לה מעשה ידים שיכולה להתפרנס ממנו. אך הרא״ש (כתובות יג,ה) חלק על הרמב״ם וכתב ״כי מסתמא כשפסקו לה מזונות דקדקו מה שצריכה יותר על מעשה ידיה שהיא רגילה לעשות ודלא כהרמב״ם ז״ל שכתב (אישות יב,טז) שמי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות שאין בי״ד אומרים לה שתעשה ותאכל אלא פוסקין לה מזונות דלא מסתבר כלל שהדבר ראוי כשנפרעים מנכסי אדם שלא בפניו שיש להפך בזכותו הואיל ובגרמא דידיה מפסידו״. ומבואר טענת הרא״ש שיש לבי״ד להפך בזכותו של הבעל ולטעון לאשה שתיזון ממעשה ידיה. ובשו״ע אבה״ע ע,ה פסק כדברי הרמב״ם.

ובעקבות דברי מו״ר שליט״א אפשר לבאר גם מחלוקת זו עפ״י הנ״ל . שדעת הרמב״ם כשיטת הקצות שלא טוענים לבעל דין ולכן לא טוענים לבעל אולי האשה עושה מעשי ידים. וכמו שדייק הב״י בשיטתו וכנ״ל אך הרא״ש סבר שטענינן אף לבעל דין וכדברי התומים והנתיבות וא״כ גם לבעל עושים טענינן שמא יש לאשה מעשי ידים.

אך יש להקשות שהרמב״ם (אישות יח,כב) פסק שליתומים קטנים כן טוענים שמא האשה עושה מעשי ידים ולכן לא תקבל האלמנה מזונות. וקשה הרי לא טוענים לבעל דין? ומזונות האלמנה הם חוב על היתומים ומדוע נטען להם אם לא טענו מעצמם?

אמנם ע״פ דברי האבנ״מ (ע,ג) שביאר בשיטת הרמב״ם שאין טוענים לבעל שמא האשה עושה מעשי ידים משום שבזמן שצריכה לתבוע הבעל בבי״ד לא זכאי לקבל

מעשי ידיה . אך ביתומים לא חשוב שהטריח אותה ללכת לבי״ד משום שבי״ד הם אביהם של יתומים קטנים וחשוב כאילו תובעת את היתומים עצמם עיי״ש .

וא״כ ע״פ זה מבואר שגם אפשר לבי״ד לטעון עבורם הואיל ובי״ד אביהם של יתומים קטנים . עיי״ש .

אך בדעת השו״ע שם מבואר שאם מצא הבעל מעשי ידים הוא זכאי לקחתו .וזה ליכ׳ דלא כאבנ״מ שאיבד את הזכות למעשי ידים . וכ״כ למה לא הזכיר האבנ״מ שם שלא עושים טענינן לבעל משום שלא טוענים לבע״ד וכשיטתו בקצות. וצל״ע.

[ד] ועיין בבית ישי סי׳ קב בסופו שרצה לבאר בדעת התוס׳ לשיטתם בשבועות מה (ד״ה וניתב) שאף בשמא טוב לא טענינן לבעה״ב להשביע. לפי שלא טוענים לבע״ד אלא או ליתומים או ללקוחות.

[ה] א״ה. ועיין במאירי כתובות שם שביאר הדעה שלמרות שכתב נקי שבועה נשבעים ליתומים. וכתב וז״ל: ״הואיל ומן הדין אף בלא שבועה היה ראוי לגבות שהרי פטרו אף מיורשיו אלא שחיזקו הדברים לדעת אבא שאול לומר שאין נאמנות מועיל בהם״. ומבואר מדבריו שסובר כתוס׳ שמשביעים האלמנה בגלל שכך היתה התקנה ולא מצד טענינן. וזה כדברי התוס׳ בשבועות שלא שייך טענינן במקום בו האב מחל על השבועה. ומאידך בדין גביה מיתומים כותב המאירי שליתומים עובר שיעבוד הגוף חדש שחל עליהם וכ״כ בב״ק ח,א (ד״ה ומכרה): ״שהיתומים יורשים הם ויורש כרעיה דאבוה הוא וראוי לפרוע חוב אביו מן הדין ומאחר שהכל ברשותם דין הוא שיפרעו מן העדית״. וא״כ מבואר שעושים טענינן ליתומים אף שהם הבע״ד ומדוע לא נעשה טענינן לחייב האלמנה להישבע וכדברי רש״י בכתובות פז?

אך יש לבאר שהמאירי סובר שלא מהני טענינן לחייב שבועה ולכן מבאר שהשבועה ליתומים אינה בגלל הטענינן אלא בגלל התקנה.

מו"ר הגאון רבי חגי נפתלי איזירר זצללה"ה
אב"ד רחובות וחבר בית הדין הגדול

חסרון במלה "ודן" בגט במקום עיגון*
בירור גדרי ידים שאין מוכיחות

א. שאלה בגט במקום עיגון

בנוסח הגט כותבים "ודן די יהוי ליכי מנאי" המקור לכך הוא במשנה בפרק המגרש.

הבירור שנעשה בסוגיה זו, נערך אגב שאלה למעשה שבאה לפנינו, גט שהגיע לביה"ד מאוסטרליה שהאות "וא"ו" במלה "ודן" היתה קטנה מאוד ואפשר לטעות שכתוב "ידן". שינוי זה יכול לשנות את משמעות המלה שבמקום שביאורה הנכון "ודן"-דהיינו שבכתב זה מגרשה, "ודן" הספר גרושין. אך אם כתוב "ידן" המשמעות היא הידיים שלנו מגרשות, וזה משנה את משמעות המשפט.

כיון שכך היינו צריכים לשאול תינוקות (דלא חכים ודלא טפש בקריאה כמבואר בהלכה במקרה כזה), האם זה נראה להם כאות "יו"ד" או "וא"ו".

התינוק הראשון קרא כיו"ד (ופסל) ואז מותר לשאול תינוק נוסף וללכת אחרי הרוב, השני קרא כוא"ו (והכשיר), וכך המשכנו לשאול נוספים כדי לקבוע ע"י הרוב, חלקם קראו כוא"ו וחלקם כיו"ד, ויכלנו ללכת אחר רוב תינוקות, אך ראינו שככל שאנחנו שואלים יותר הצדדים שווים. ולפנינו מקום עיגון כי גט מאוסטרליה לא פשוט להחזיר אותו.

ב. סוגית הגמרא בגיטין לגבי "ודן"

בגיטין פה,א-ב במשנה:

---

* הערת המערכת – שיעור שנמסר בכולל, ערוך מתוך סרט הקלטה, והכל תלוי בהבנת השומע ואתנו תלין משוגתנו באם לא הבאנו את הדברים כראוי.

גופו של גט: הרי את מותרת לכל אדם, רבי יהודה אומר: ודן דיהוי ליכי מינאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין למהך להתנסבא לכל גבר דיתצביין.

כותב רש״י בביאור המשנה:

״ודן די יהוי ליכי מינאי כו׳ - וזה הספר אשר יהיה ליך מאתי.

ספר תירוכין ואגרת שבוקין - שצריך להוכיח בתוכו שעל ידי ספר זה הוא מגרשה״.

רש״י מחדש ברבי יהודה שצריך להוכיח מתוך הגט שבספר זה מגרשה.

ובגמרא: ״ר׳ יהודה אומר: ודן דיהוי ליכי מינאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין. במאי קמיפלגי רבנן סברי ידים שאין מוכיחות הויין ידים, ואף על גב דלא כתב לה ודן, מוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה ור׳ יהודה סבר ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים וטעמא דכתב לה ודן, דמוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה, אבל לא כתב לה ודן, אמרי בדיבורא גרשה, ושטרא ראיה בעלמא הוא״.

כותב רש״י בביאור הגמרא:

ידים שאין מוכיחות - בית אחיזה לדבר לאחוז בו ולומר הוכיח שעל ידי ספר זה גירשה אפ״ה הוי בית יד ואמרינן מדכתב גט ויהיב גלי דעתיה דבהאי גיטא גירשה.

בדיבורא - דאמר לה בשעת מסירה הרי את מותרת לכל אדם.

ג. ביאור פירוש רש״י בהסבר מחלוקת ר״י ורבנן

בפשטות הסבר דברי הגמרא בביאור המחלוקת הם כך: לדעת חכמים אפי׳ שאין כאן הוכחה בתוך הגט שמגרשה בגט זה, וההוכחה נוצרת רק ע״י מעשה חיצוני לגט בכך שמוסר לאשה, יד שאין מוכיחה נחשבת יד, וזה מוכיח לנו שמגרשה בגט זה. ואילו לרבי יהודה אין כאן יד כלל, כי יתכן שנותן שטר בעלמא לראיה, ולא מגרשה בו, ומגרשה ע״י הדיבור שאומר לה: ״הרי את מותרת לכל אדם״. לכך צריך לרבי יהודה שיהיה כתוב בגט ״ודן די״ וכו׳ הוכחה שמגרש בגט זה.

רש"י מוסיף דברים על הפירוש הפשוט בגמרא במחלוקתם של רבנן ור"י. שלכאורה הם מעוררים דוקא קושי בהבנת המחלוקת. בדעת חכמים הוא כותב שההוכחה שנקראת כאן "יד שאין מוכיח" נעשית ע"י "מדכתב גיטא ויהיב", שאנו מצרפים את מה שעשה פעולת כתיבה או שציווה לסופר לכתוב גט עבורו, יחד עם כך שהוא נתן את הגט, ומצירוף הפעולות האלו נוצר לנו הוכחה שרצונו לגרש בגט הזה, הצירוף שרש"י כותב שבנוסף על המסירה יש הוכחה מעצם רצונו בכתיבת הגט זה דבר שאינו מפורש בגמרא, ולכאורה זה עושה את ה"יד שאין מוכיחה" ל"יד מוכיחה", ע"י צירוף הפעולות החיצוניות שנעשו מעת הכתיבה ובמסירה.

גם בדעת רבי יהודה רש"י במשנה כותב: שצריך להוכיח בתוכו שעל ידי גט זה מגרשה. בפשט הפשוט בגמרא רבי יהודה אומר שה"יד שאין מוכיח" שישנה כאן לפי חכמים ממעשה המסירה, אינה יד, ויתכן שגירשה בכך שאמר לה הרי את מותרת לכל אדם ולא ע"י הגט. אבל אם יהיה דיבור מפורש שבעת מסירת הגט יאמר לאשה (כמו שנוהגים היום לומר בעת המסירה): "הרי זה גיטך והתקבלי גיטך זה ובו תהיי מגורשת ממני מעכשיו והרי את מותרת לכל אדם".

בנוסח זה יש הכל: הרי זה גיטך, והתקבלי גיטך זה, ובו תהיי מגורשת ממני, מבורר לכל שמגרשה ממנו בגט זה. גם לפי רבי יהודה זו יד מוכיחה לחלוטין, והדין היה צריך להיות שבכזה מקרה יודה רבי יהודה לחכמים שהוי יד מוכיח.

אך ברש"י משמע בדעת רבי יהודה שצריך בכל מקרה שההוכחה תהיה בתוך הגט. דאל"כ היה צריך רש"י לבאר בדעת רבי יהודה שסבר שצריך "יד מוכיחה" ודאית, דלא כרבנן שסומכים על הוכחה חיצונית שאינה גמורה, ולכן יש לכותבה בגט. אך אין צורך תמיד שיהיה "מוכח מתוכו", אלא באם תהיה לנו הוכחה חיצונית מספקת רבי יהודה יודה שהוי הוכחה, רק נחלק על רבנן שמעשה המסירה אינו נחשב "יד המוכיחה". ואילו רש"י מפרש בדעת רבי יהודה שכל הוכחה לא תועיל רק צריך "הוכחה מתוכו".

ולכאורה יוצא שיש כאן לדעת רש"י שתי מחלוקות: א. ידים שאין מוכיחות אי הווין ידים. ב. אם צריך את ההוכחה בגט עצמו, לדעת רבנן הוכחה חיצונית ממעשה המסירה מספקת, ואילו לרבי יהודה כל הוכחה חיצונית גם ודאית ומפורשת שאומר לה שבגט הזה הוא מגרשה לא תועיל, כי יש צורך שיהיה מוכיח בתוכו.

מלבד מה שהקשנו שהוא מוסיף על מחלוקתם, פירוש רש"י קשה עוד יותר, ולדבריו לא מובנת הסוגיה כולה. דמנין לגמרא שנחלקו בידיים שאין מוכיחות

אולי לכו״ע ידים בעלמא (כגון: בנדרים) שאין מוכיחות הויין ידים או לא הווין, רק בגיטין לדעת חכמים צירוף הפעולות החיצוניות שמסביב לגט, מועילות וזה הוכחה טובה ולכך אין צורך לכותבה בגט. ולר״י הצירוף החיצוני לא מועיל כי צריך להוכיח בתוכו, ומה שלא נעשה גם פעולה חיצונית שמבררת לגמרי -יד מוכיח- כל עוד שאין מוכיח בתוכו אין זה הוכחה. ומי אומר שנחלקו בנקודה של ידים שאין מוכיחות.

דברי רש״י יבוארו בהמשך על פי המבואר בסוגיה בנדרים, ונראה שרש״י בדבריו ירד לעומק שורש מחלוקתם. ובדוקא פירש כן.

ד. שאלת הגמ׳ למעשה לגבי ״ודן״ ראיה לדעת רש״י

בהמשך הגמרא:

> איבעיא להו בעינן ודן או לא בעינן ודן? תא שמע, דאתקין רבא בגיטי: איך פלניא בר פלניא פטר ותריך ית פלוניתא אינתתיה דהות אינתתיה מן קדם דנא מיומא דנן ולעלם, ואילו ודן לא קאמר. ולטעמיך, כולהו מי קאמר? אלא בעינן, הכא נמי בעינן.

בשאלת הגמרא למעשה האם יש לכתוב ״ודן״, יש ראיה לגבי הנידון שהעלנו, שאם יאמר לשון מוכחת בע״פ שמגרשה בגט זה בעת המסירה היא לא תועיל לברר לנו כיד מוכיחה. דהגמ׳ דנה האם למעשה צריך לכתוב ״ודן״, וא״נ שלשון מוכחת בע״פ מתקנת ג״כ, אין ראיה לגמ׳ מדברי רבא, שאולי רבא התקין לומר בע״פ בשעת הנתינה לשון מבוררת ולא לכתוב מפורש, ולכן לא הצריך רבא שיהיה כתוב בגט. ואם הגמ׳ מביאה ראיה מרבא ש״מ שלמדה הגמרא שזה צריך להיכתב בגט, או מדאורייתא או מדרבנן ולא סגי בלשון בע״פ אף מבוררת. כמו שלמד רש״י בשיטת רבי יהודה.

ה. סוגית הגמרא בנדרים בידים שאין מוכיחות

ישנה סוגיה מקבילה לגמ׳ דידן בגמרא בנדרים (ה,ב-ו,א), הגמרא שם משווה בין ״הפלאה״ הנצרכת בלשון נדרים לגבי ״מודרני ממך״, לבין הנושא של לשון ״מנאי״ בגט.

וכתבו התוספות כאן (ד״ה אע״ג) וברשב״א בקידושין שנביא לקמן, וברי״ן בנדרים [שם ד״ה ורבי יהודה (לדעת שמואל), ובד״ה ורבא)] לפי צד אחד

בדבריהם, שהסוגיה בנדרים משלימה את הסוגיא כאן לגבי כתיבת "ודן". בגמרא שם דנים בדעת שמואל על ידים בנדרים, ובדעת רבא ואביי לגבי "ידים שאין מוכיחות" ולגבי המלה "מנאי" אם צריכה להיות כתובה בגט. דברי הגמ' שם:

"לימא קסבר שמואל ידים שאין מוכיחות לא הוויין ידים אין שמואל מוקים לה למתני' כר' יהודה, דאמר ידים שאין מוכיחות לא הוויין ידים; דתנן, גופו של גט: הרי את מותרת לכל אדם, רבי יהודה אומר: ודין דיהוי ליכי מינאי ספר תירוכין ואיגרת שבוקין... איתמר ידים שאין מוכיחות - אביי אמר הוויין ידים, ורבא אמר לא הוויין ידים. אמר רבא: רבי אידי אסברה לי, אמר קרא: נזיר להזיר ליי", מקיש ידות נזירות לנזירות, מה נזירות בהפלאה, אף ידות נזירות בהפלאה. (-ביאור הגמרא שצריך לשון ביטוי בנדרים ב"הפלאה" -דבר מבורר ללא ספק. אומרת הגמרא שאותו דבר בגט ראינו כזו מחלוקת שצריך בגט בירור שהגט עושה "כריתות") לימא, בפלוגתא דר' יהודה ורבנן קמיפלגי דתנן, גופו של גט: הרי את מותרת לכל אדם, ר' יהודה אומר: ודין דיהוי ליכי מינאי ספר תירוכין וגט פטורין ואיגרת שבוקין; אביי דאמר כרבנן, ורבא דאמר כרבי יהודה! אמר לך אביי: אנא דאמרי אפי' לר' יהודה, עד כאן לא קאמר רבי יהודה בעינן ידים מוכיחות - אלא גבי גט, דבעינן כריתות וליכא, (-ביאור דברי אביי שכשהתורה דורשת משהו "ודאי" כמו במעשר בהמה: "עשירי", הביאור הוא ודאי ולא ספק, גם כאן התורה דורשת "כריתות" היינו בירור מדוייק ולא דבר שאינו ודאי, משא"כ בנדרים אינו סובר את הדרשה של "הפלאה"), אבל בעלמא מי שמעת ליה? ורבא אמר: אנא דאמרי אפי' לרבנן, ע"כ לא קאמרי רבנן דלא בעינן ידים מוכיחות - אלא גבי גט, דאין אדם מגרש את אשת חבירו, אבל בעלמא מי שמעת להו". רבא סובר שאין בזה ספק כי כל גט עומד להימסר, ויש "חזקה שאין אדם מגרש אשת חברו", א"כ אין צורך לפרשו בגט.

מדברי רבא רואים שלא צריך לכתב "מנאי" כי אין אדם מגרש אשת חברו וברור שהנותן לה גט הוא המגרשה ולא אחר, ואין צריך להוכיח בתוכו ע"י המלה "מנאי". ורש"י בנדרים כותב שכיון שכתוב "הרי את מותרת" משמע דלאשתו קאמר (ביאור-זה ודאי ממנו ששמו מוזכר בגט) דאשת איניש דעלמא לא מגרש. א"כ גם לרבנן בגט נחשב שיש יד המוכיחה באופן ברור. ולמרות שהתורה כתבה שיש בגט דין "כריתות"-היינו דבר הכורת בבירור, ואם לא כתוב "מנאי" אין בירור שגט זה ממנו. בכל זאת לדעת חכמים התורה מלכתחילה לא דרשה בירור בגט רק לגבי דבר שאי אפשר לבררו מצד אחר,

כמו דבר שא"א לבררו ע"י הנתינה, אז צריך שהסיפור של ה"כריתות" יהיה מוכח בגט. אך דבר שודאי יתברר לנו בהמשך בצורה ודאית כי תמיד בכל גט יש נתינה ובה יש חזקה שאין אדם מגרש אשת חברו, ולכן ברור שזה ממנו ולא מאחר. התורה מראש לא דרשה לברר דבר זה "מנאי" בתוך הגט. וסגי בבירור החיצוני שיעשה ע"י הנתינה. ור"י סבר שאי"ז הוכחה ע"י הנתינה שזה ממנו, כי יתכן שהוא שליח לגרש את האשה, לכן אין לי מזה בירור מספיק, וכיון שהתורה דרשה "כריתות" צריך להיכתב בגט הבירור שהגט "מנאי" ולא מאחר. ולרבנן המסירה יכולה להיות הבירור, ממילא אי"צ לכתוב בגט כי התורה הצריכה בירור רק בדברים שאין להם בירור באופן מתחייב מהנתינה.

למדנו בגמרא בנדרים לגבי "מנאי" וכתבו הראשונים הנזכרים לעיל שהוא הדין לגבי המלה "ודן" ורבא חדא מתרתי נקט, שבאמת כל עיקר מחלוקת רבנן ורבי יהודה היא בנקודה אחת האם הבירור של המסירה הוא ידים שאין מוכיחות או שהם מוכיחות. וסברת חכמים שכדי לענות על דרישת התורה שיהיה בגט "כריתות" אפשר להסתמך על בירור חיצוני שיעשה בודאי בגט, והבירור הוא המסירה, שהרי כל גט למסירה עומד. וא"כ התורה לכתחילה לא דרשה לברר את זה בתוך הגט כי יתברר ממילא. הן שהגט ממנו "מנאי", והן לגבי "ודן" שמגרשה בגט זה.

ואילו רבי יהודה סובר שמעשה הנתינה אין בו הוכחה ל"כריתות", וממילא המעשה החיצוני לא מהווה הוכחה שזה ממנו ובגט הזה, ויש לקיים את דין ה"כריתות" בכתיבת הבירור בגט.

ו. ביאור דעת רש"י בגיטין לפי הסבר הגמרא בנדרים

לאור ביאור זה נבין את דברי רש"י בסוגיה בגיטין שלעיל הקשינו עליהם.

באמת שורש המחלוקת בין רבי יהודה וחכמים הוא, האם ממעשה הנתינה אנחנו מקבלים בירור שיענה על דרישת התורה לקיים "כריתות" בגט, שזה דרישה שהגט יהיה כורת באופן ודאי ומוחלט ללא ספק. באו חכמים ואמרו שמכיון שבכל גט יש דין מסירה "ונתן בידה" - עצם המסירה שהיא פעולה המתחייבת בכל גט מהתורה, היא גורמת לנו שיש הוכחה שהגט ממנו, שהרי אין אדם מגרש אשת חברו. והתורה מראש סמכה על הבירור החיצוני הזה שבודאי יעשה.

ראינו שכתבו הראשונים שהגמרא בנדרים משלימה גם את הסוגיה כאן. שהוא הדין לגבי "ודן" לדעת חכמים כיון שהגט ימסר באופן ודאי מידו לאשה, שכל גט עומד למסירה, ממילא כבר משעת הכתיבה אנו יודעים שהגט ימסר, וברור שהמטרה לגרש בדבר הזה שאותו כותבים, והמסירה העתידית כבר מבררת עכשיו שהגט הזה יהיה המגרש בינו לבין אשתו, וזה כוונת רש"י שביאר בחכמים "מדכתב גיטא ויהיב", לא כמו שהקשינו שיש כאן צירוף פעולות, אלא המעשה החיצוני הסופי שהגט הזה בסופו של דבר ינתן לאשה, הוא מוכיח לי כבר עכשיו בכתיבה, שהגט הזה עומד לגרש, ולא לשמש כשטר ראיה.

משא"כ רבי יהודה סובר שאין ממעשה המסירה הוכחה לא שזה "מנאי", שהרי יכול לגרש כשליח. ולא שבגט זה מגרשה, כי יתכן שמגרשה בדיבור ולא בגט, וא"כ אי אפשר לקיים את בירור דין ה"כריתות" ע"י המעשה העתידי החיצוני שיהיה בגט על ידי מסירתו. ובכדי לקיים את דרישת התורה שהגט יהיה "כורת" וברור "צריך להוכיח מתוכו". כמו שביאר רש"י במשנה אליבא דר' יהודה.

ולכן גם בנדון שהעלנו, האם לפי רבי יהודה כשאדם יגיד בפירוש ובבירור בשעת המסירה "הרי זה גיטך" "ובו תהיי מגורשת" זה לא יעזור כהוכחה. כי התורה דרשה שתהיה בגט "כריתות", וכשם שסבר ר' יהודה שאי אפשר להסתמך על הוכחה חיצונית -המסירה- כדי לברר את לשון הגט אף על פי שהיא בודאי תעשה בגט, כך אי אפשר להסתמך בתור בירור של "כריתות" על דבר חיצוני שאינו נדרש באופן מתחייב בגט, ואולי יהיה ואולי לא יהיה דיבור מפורש (המנהג לומר כך במסירה אך אי"ז מעיקר הדין), ואף אם יאמר לא יועיל כי הדיבור לא יברר לנו למפרע בירור שהתורה דרשה שיהיה בכתיבת הגט עצמו, שהוא יהיה כתב של כריתות באופן ודאי בלא שנהיה תלויים בדיבור עתידי.

ז. דעת הריטב"א וביאורה על פי שיטת רש"י

הריטב"א בקידושין (ה,ב ד"ה מיהו כל) כותב:

"וכל היכא שאינו כתוב בגט ודין אף על פי שאמר כן בשעת נתינת הגט לא מהני, דמילי דצריכא בגיטי צריך שיהו כתובין דאי לא בדיבורא בעלמא מגרש לה ולא הוי גיטא".

ובמהרי"ט אלגזי בספרו "גט מקושר" (סי' ט) ביאר בריטב"א שיש כאן חסרון ב"כריתות". כמו שאמר אביי בעינן "כריתות" וליכא. זה לימוד נפרד שצריך בירור לשוני של הוכחה שמגרשה בגט זה.

ביארנו על פי הגמרא בנדרים את דברי רש"י, וכן נראה פירוש דברי הריטב"א כאן שלמד כביאור רש"י. דלדעת לחכמים נחשב בירור חיצוני כבירור. ולכן לדעתם כשהתורה דרשה בירור של "כריתות" היא סמכה על כך שיכול להעשות הבירור ממעשה המסירה, שהרי כל גט עומד למסירה, ואז אין צורך לבררו בתוך הגט.

אך לרבי יהודה אין הוכחה ממעשה המסירה, וכל הוכחה חיצונית אינה הוכחה, גם אם תהיה הוכחה ברורה בדרך מקרית זה לא הוי הוכחה, שהתורה לא סמכה על בירור כזה וכמו שביארנו בהרחבה בדעת רש"י. וזה כוונת הריטב"א "דמילי דצריכא בגיטי צריך שיהו כתובין", דאל"כ הגט מתוכו אינו מוגדר כ"כורת" ודאי.

ח. השיטות בראשונים כיצד יש לפסוק להלכה

לאחר הבירור שעשינו במחלוקת רבי יהודה ורבנן, עכשיו נעמוד על המסקנות להלכה. בגמרא בקידושין דף ה' ב' דנה הגמרא בדברי שמואל לגבי "ידים שאין מוכיחות" בקידושין כשלא אמר "לי".

הראשונים שם דנים גם לגבי הסוגיות בגיטין ובנדרים על "ידים שאין מוכיחות" בגיטין לגבי "ודן", ולגבי הסוגיה בנדרים ב"ידים שאין מוכיחות" בנדר.

לגבי גט וקידושין הראשונים מתייחסים לזה כאל ספק מדאורייתא, ואילו בנדר פוסקים לקולא.

נביא את מה שכתב הרשב"א שם:

> ולענין פסק הלכה קי"ל כשמואל דידים שאין מוכיחות לא הויין ידים דפלוגתא דאביי ורבא היא בפ"ק דנדרים, דרבא סבר לא הויין ידים וקי"ל כרבא, והלכך לענין קדושין אמר לה הרי את מקודשת ולא אמר לי אינה מקודשת, ומיהו איכא למימר דחוששין לה וצריכה גט, ותדע לך דהא בפרק המגרש אמרינן דהיכא דלא כתב לה ודין דיהוי ליכי מנאי הויין ידים שאין מוכיחות, ולר' יהודה דבעי ידים מוכיחות אינה

> מגורשת, ואפ״ה מסתברא דהיכא דכתב לה הרי את מותרת לכל אדם ושאר תורפיה דגט חיישינן לה, ואי פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר צריכה ממנו גט ונפסלה מן הכהונה, אבל לגבי נדרים כל היכא דלא הוו מוכיחות לא הויין ידים כלל, וי״א דאפילו בגטין וקדושין למ״ד לא הויין ידים אין חוששין לה כלל, ולר׳ יהודה דאמר צריך לכתוב ודן אי לא כתב לה אין כאן בית מיחוש, ומיהו אנן בגרושין חוששין לרבנן והויא ספק מגורשת דרבא גופיה דאית ליה ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים מתרץ בפ״ק דנדרים אנא דאמרי אפי׳ לרבנן כו׳ כלומר דבלא כתב ודן איכא ידים מוכיחות, ואיכא למימר נמי דהיינו בעיין דבעי׳ בפ׳ המגרש בעינן ודן או לא בעינן ודן, כלומר אי הויין ידים מוכיחות בלא ודן כתירוץ דרבא פ״ק דנדרים או לא דאי לא הוי מוכיחות בודאי לא הוי גט.

רואים שנשאר הרשב״א (בשתי הדעות שמביא) בספק, לאחר דברי הגמרא כאן ובנדרים באם לא כתב בגט ״ודן״, האם חוששין לגט והויא מגורשת או לאו, ז״א שזה שאלה בדאורייתא אם נקרא מוכיח או לא. וכ״מ ברמב״ן ובריטב״א.

ולכן גט שלא כתבו בו ״ודן״ להלכה נשאר בשאלה של ספק מגורשת מה״ת.

ט. דעת הרמב״ם

הרמב״ם בפירוש המשניות (גיטין פ״ט מ״ב) כותב על דברי רבי יהודה:

> ר׳ יהודה אומר אף על פי שגוף הגט הוא הרי את מותרת לכל אדם, צריך עם זאת לכתוב בו ודן דיהוי ליך מני וכו׳. והלכה כר׳ יהודה.

כתוב ברמב״ם כאן שרבי יהודה מודה שגופו של גט הוא ״הרי את מותרת לכל אדם״. אך צריך לכתוב גם ״ודן״ וכו׳ ואינו גופו של גט. ויש לעיין בדבריו האם הכוונה שכתיבת ״ודן״ וכו׳ הוא דין מדרבנן בלבד, שיהיה מוכיח בתוך הגט שבגט זה מגרשה, ואין זה גופו של גט, או שיש דברים בנוסח הגט שהם מהתורה אך אינם גופו של גט.

בדעת הרמב״ם יש דבר חשוב, שבהלכות גירושין בפרק א הלכה ד הוא כותב: ״וגופו של גט הרי את מותרת לכל אדם״, ז״א שא״צ לכתוב ״ודן״ דלא כרבי יהודה. ואילו שם בפרק ד הי״ב כותב הרמב״ם:

״וזה הוא נוסח הגט: בכך בשבת בכך וכך לירח פלוני בשנת כך וכך... והרי את מותרת לכל אדם ודן די יהוי ליכי מנאי ספר תרוכין וגט פטורין ואגרת שבוקין״. הרי כאן מצריך הרמב״ם לכתוב ״ודן״ כרבי יהודה.

המגיד משנה (שם הי״א) כותב:

ובמשנה בפרק המגרש (דף פ״ה) שנינו גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם, ר׳ יהודה אומר ודן די יהוי לכי מינאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין למהך להתנסבא לכל גבר דיתיצביין, ובגמרא במאי קא מיפלגי... וכתבו הרמב״ן והרשב״א ז״ל והרבה מן המפרשים ז״ל דקי״ל כר׳ יהודה בהא והוכיחו כן ממ״ש פ״ק דנדרים (דף ה,ב) דרבא ס״ל דידים שאין מוכיחות לא הויין ידים.

המגיד משנה מביא בשם הרשב״א ורמב״ן דקיי״ל כרבי יהודה ואז להלכה אם לא כתב ״ודן״ יש חסרון בגט מהתורה ואינה מגורשת, (הבאנו לעיל את הרשב״א שבכזה מצב בלא כתב ״ודן״ היא ספק מגורשת, ולא כתב שודאי אינה מגורשת כמו שלמד המ״מ בדבריו).

אבל המגיד משנה לא מתייחס לסתירה בדעת הרמב״ם, ונראה שהוא לומד שדעת הרמב״ם לפסוק הלכה כר״י לגמרי ויש צורך בכתיבת ״ודן״.

בפשטות יש סתירה בדברי הרמב״ם מפ״א שלא הצריך לכתוב ״ודן״, לדבריו בפ״ד בנוסח הגט שכן מצריך, ולא מובן בדעתו שהרי אם אי״ז גופו של גט, מדוע הצריכו הרמב״ם בנוסח הגט? מצד אחד הרמב״ם פוסק כחכמים, ומצד שני כרבי יהודה.

שאלה זו בדעת הרמב״ם נמצאת כבר בראשונים ובאחרונים ויש עליה כמה תרוצים.

י. הסבר דעת הרמב״ם בראשונים ובאחרונים

נתחיל בתירוץ חלק מהאחרונים בדברי הרמב״ם.

המקנה בקידושין (ה,ב ד״ה באי״ד ועוד) (המקנה לא מדבר במפורש על הרמב״ם, הוא מיישב בדבריו שאלה שנביא לקמן על דעת שמואל במשנת הכותב טופסי גיטין, ואפשר ליישב בזה גם את דעת הרמב״ם), שם הוא מחדש שאליבא דר״מ ור׳ יהודה שצריך חתימה לשמה ע״ח כרתי, לדעתם צריך

הוכחה מתוכו. אך לדידן שהלכה כרבי אליעזר דע"מ כרתי אי"צ הוכחה בגט, אלא סגי בהוכחה ברורה חיצונית וכמו שאומרים היום את כל הנוסח הרי זה גיטך וכו', וזה חידוש גדול ומסתבר. ולכן אפשר לתרץ שהרמב"ם שפסק כר"א הצריך לכתחילה לכתוב "ודן" ולא מעיקר הדין. בדרך דומה למקנה כותב ה"גט מקושר" (שם) בדעת הרמב"ם, אך בזמנו כשעיינתי בסוגיה הרבה לא מצאתי בראשונים את התירוץ הזה, אלא בדרכים אחרות שלפנינו.

הר"ן בגיטין (מה,ב מדפי הרי"ף) לומד בדעת הרמב"ם שפסק כחכמים ולא כר"י, וגופו של גט "הרי את מותרת לכל אדם". אך כדין לכתחילה ולא לעיכובא (לכתחילה או מדרבנן) צריך לכתוב "ודן". וכן ראינו ברמב"ם בפירוש המשניות שגם לר"י יתכן שצריך לכתכילה מהתורה לכתוב ואי"ז לעיכובא, או רק מדרבנן צריך לכותבו. ומוסיף הר"ן שכנראה למד הרמב"ם שמדברי רבא נפשט גם ספק הגמרא אצלנו על "ודן".

ניתן לפרש את דברי הר"ן בביאור דברי הרמב"ם עפ"י מה שביארנו לעיל. שפסק הרמב"ם שהלכה כרבא בגמ' בנדרים שידיים שאין מוכיחות לא הוי ידים, אך בגיטין לרבנן ב"מנאי" וב"ודן" יש הוכחה מספיק מהתורה, כמו שראינו לעיל בדעת חכמים, דבגט בלבד אע"פ שנדרשת הוכחה מהתורה, בכל זאת התורה סמכה גם על הוכחה עתידית ודאית אפילו חיצונית אם תהיה בגט. ולחכמים בכל גט יש הוכחה ע"י המסירה כי כל גט עתיד להימסר ואין אדם מגרש אשת חברו, וזו הוכחה מספיקה לגבי "מנאי", והו"ה סבר הרמב"ם לגבי "ודן", ורבא חדא מתרתי נקט, ואי"צ לבירור מתוכו מהתורה, ולכן לדעת הר"ן לדעת הרמב"ם כל הענין לכתוב בגט בתוכו "ודן" הוא מלכתחילה או מדרבנן. דלא כדעת הרשב"א ועוד שסברו שזה חיוב בירור בתוך הגט מדין תורה.

יא. ביאור הגט פשוט בדעת הרמב"ם על פי הר"ן והרא"ש

הגט פשוט בסי' קכו (ס"ק לט) מביא עוד מהלך בדעת הרמב"ם.

בגמ' בגיטין כו,א יש משנה: "הכותב טופסי גיטין צריך שיניח מקום האיש ומקום האשה ומקום הזמן שטרי מלוה צריך שיניח... רבי אלעזר מכשיר בכולן חוץ מגיטי נשים שנאמר וכתב לה לשמה".

ובגמרא שם: "אמר רב יהודה אמר שמואל צריך שיניח אף מקום הרי את מותרת לכל אדם ורבי אלעזר היא דאמר עדי מסירה כרתי ובעינן כתיבה לשמה".

הר״ן בנדרים (ה,ב ד״ה ורבי יהודה), והרא״ש בתשובה מקשים, הרי ראינו בגמרא בנדרים המוזכרת לעיל ששמואל סובר כדעת רבי יהודה שצריך לכתוב בגט ״ודן״ ובלאו הכי הוי ידים שאינן מוכיחות, וא״כ מדוע לא הצריך כאן שמואל אליבא דרבי יהודה בהכותב טופסי גיטין שיניח אף מקום ״ודן״ שהרי זה חיוב מדין תורה.

תירוץ אחד לקושיא זו ראינו לעיל בדברי המקנה, שלדידן דפסקינן כר״א סגי באמירה מוכחת בע״פ בעת המסירה, ולכן א״צ לכתוב בגט ״ודן״ גם לשמואל הסובר כרבי יהודה שא״צ למעשה דפסקינן כר״א שיהיה מוכח מתוכו. אך הוא יחיד ברעיון זה, ונראה איך הראשונים מתרצים שאלה זו.

הר״ן מתרץ בשתי דרכים:

א. ששמואל סובר אכן שידים שאין מוכיחות לא הוי ידים, אלא שבגט סבר כתירוץ רבא שהזכרנו שבגיטין בלבד נחשב ידים מוכיחות ע״י המסירה, הן לגבי ״מנאי״ והן לגבי ״ודן״, וא״צ להלכה לכותבם בגט.

ב. משום דלא בעי לעיולי נפשיה התם בפלוגתא דר׳ יהודה ורבנן, ונקט אליבא דכ״ע דצריך שיניח מקום הרי את מותרת לכל אדם, וה״ה דלר׳ יהודה ולשמואל גופיה דסבר לה כותיה צריך שיניח אף מקום ודין. ולפי תירוץ זה אכן צריך להניח גם מקום ״ודן״.

הרא״ש עונה בדרך חדשה לגמרי על השאלה בדעת שמואל, וז״ל הרא״ש בשו״ת הרא״ש (כלל לה סימן ה):

> והא דאמר שמואל בפרק כל הגט (כ״ו) צריך שיניח אף מקום הרי את מותרת לכל אדם, ואלו מקום ודן דיהוי ליכי מינאי לא קאמר, אלמא לא בעי ידים מוכיחות, לא קשיא, דהתם לענין כתיבה לשמה קאמר דקתני מתניתין הכותב טופסי גטין צריך שיניח מקום האשה ומקום האיש, וקאמר שמואל שצריך שיניח אף מקום הרי את מותרת לכל אדם שהוא עיקר הגט ובעי כתיבה לשמה, אבל מקום ודן שאינו אלא משום הוכחה לא בעינן שיכתב לשמה.

וקשה בהבנת תירוץ הרא״ש, הרי אנו קיימינן עתה לדעות שצריך ״ודן״ מהתורה כהוכחה מדוע אין צריך לכתוב את זה לשמה.

על פי מה שביארנו לעיל את דעת רבא בדעת חכמים, אפשר להבין את תירוצו של הרא״ש. נחזור בקצרה על עיקר הדברים. דאע״פ שהתורה אמרה שצריך

הוכחה, כיון שהגט עומד למסירה הוכחה חיצונית עתידית ודאית שתהיה לנו ע"י בירור מהנתינה אפשר להסתמך עליה מהתורה, ואי"צ הוכחה מתוכו ונחשב לדבר הכורת. כי התורה לקחה בחשבון גם הוכחה עתידית שישנה בכל גט במסירה, וזה רק על הוכחה שודאי תהיה בכל גט ע"י שיש בו מסירה. ובזה ר' יהודה חולק וסובר שאין בירור ע"י המעשה החיצוני של המסירה כי זה עדיין לא מוכיח לשיטתו. ואם היה הוכחה מקרית של ידיים מוכיחות כמו במקרה שבירר בדיבור ואמר בו תהיי מגורשת ממני, לר' יהודה אולי זה יכל להוות הוכחה וא"צ לכתוב בגט, אך לדעתו אין הוכחה ממעשה חיצוני הנעשה באופן ודאי בכל גט במסירה, לכן גם הוכחה מקרית אף אם בירר בלשונו ביד מוכיחה שבגט זה מגרשה, לא יועיל לנו כי התורה לא סמכה על הוכחה מקרית.

וכמו שלדעת חכמים הוכחה חיצונית טובה התורה סמכה עליה, ואין בה דין "לשמה" שהרי לא נכתבת בכלל. גם אם דרשנו לדעת רבי יהודה שתהיה הוכחה בתוכו בכל מקרה, אך לא יתכן שתהיה חמורה דינה של הוכחה זו יותר מהוכחה חיצונית אליבא דרבנן שא"צ לכותבה כלל ולשמה, גם אם יש צורך לכתוב את ההוכחה בגט, סגי בכתיבה בתוכו ואי"צ לשמה. העיקר שתהיה "הוכחה". זהו הפירוש של הרא"ש.

על פי דברי הרא"ש מסביר הגט פשוט בדברי הרמב"ם באותו רעיון. באמת צריך לכתוב "ודן" ואולי אפי' מהתורה דהלכה כרבי יהודה. אלא שבפרק א' הרמב"ם כותב הלכה בדיני "לשמה", וכתיבת "הוכחה" בגט ביארנו שאי"צ לכותבה לשמה כמו שכתב הרא"ש. אך ההוכחה היא חלק מטופס הגט וצריך לכותבה ואולי אפי' מהתורה. ושני ענינים הם: א. ענין "הוכחה" שאינה גופו של גט אין בה דין "לשמה", ולכן לא הזכיר הרמב"ם בגופו של גט את "ודן". אך זה חלק מנוסח הגט שצריך להיכתב בתוכו. ב. מה שהוא גופו של גט "הרי את מותרת לכל אדם" צריך להיכתב גם לשמה.

יב. חידושו להלכה של העין יצחק עפ"י דברי הגט פשוט

לעין יצחק (אבהע"ז ח"ב סי' יא ענף ו לה) היתה שאלה דומה לנידוננו. בגט שנמחק בו חלק מאות א של "מנאי", והתינוקות לא יקראו כ"אל"ף", ואדם גדול יקרא זאת כאלף "מנאי" שיודע שהיא נמחקה.

וכתב: "ועכשיו נשוב למה דנשאלתי בנ"ד שנפסק אמצע אות אל"ף מן מנאי דאף דנפסק באופן דלא ניכר לתינוק דלא חכים וכו', מ"מ יש להכשיר לפי מה

דהעלה הגט פשוט בסי׳ קכו ס״ק ל דאף דצריכים לכתוב ודן די יהוי ליכי מנאי, מ״מ אין לו דין תורף רק דין טופס, כיון דא״צ לכותבם רק משום דיהיה הוכחה, וע״כ לא בעינן שיכתבנו לשמה, וכמש״כ בתשובת הרא״ש והאריך לתרץ עפ״ז לדברי הרמב״ם. א״כ לפ״ז יש להכשיר בודאי בנ״ד כיון שניכר לכל שנכתב בהגט תיבת מנאי והוי ידים מוכיחות. וכעין זה כתב התורת גיטין בסי׳ קכה ס״ק י״א דבזמן אף שיש לו דין תורף מ״מ לא מיפסל כ״ז שניכר ומוכח לכל ע״ש. ומבואר בסי׳ קכ״ה סעי׳ י״ט ובחלקת מחוקק שם ס״ק לט דאפי׳ חסר מן הטופס ה״ז כשר וכ״כ הח״מ שם בס״ק כט בשם הבית יוסף. ולכן כיון שניכר לכל שהיה נכתב תיבת מנאי רק שנפסק אח״ז א״כ הא מוכח לכל דהבעל הוא שמגרשה, ולא מאיש אחר לאשת חבירו, ע״כ אין להחמיר כלל בזה״.

מחדש בעין יצחק שגם אין על לשונות ״הוכחה״ בגט דיני ״כתיבה״ של גט, ולא חלים עליו כללי הכתיבה. כמו שאין צורך ב״הוכחה״ את דין ״לשמה״.

דבריו מתבארים ג״כ לפי דברינו, דכל ההוכחה מעיקר הדין היה מספיק הוכחה חיצונית שלא נכתבת, וברור שלא חלים עליה דיני כתיבה והקריאה ע״י תינוקות, שהרי זה לא נכתב כלל. דיינו שאנו מצריכים לכתוב את ההוכחה בגט לדעת רבי יהודה, אך אין צורך בזה בכללי ״כתיבת גט״ הנמדדים לפי הכשר קריאת תינוקות, גם אם זה נכתב בכתב שרק גדולים יכולים לקרוא את ההוכחה, שיודעים שהיה כתוב פה ״מנאי״ זה ג״כ נקרא הוכחה, דלא חלים ע״ז דיני כתיבה של גט שצריך שיקראו אותו תינוקות.

יג. ההלכה במקרה שלפנינו בחסרון במלה ״ודן״ במקום עיגון

על פי הגט פשוט והעין יצחק ומה שביארנו בדבריהם, אפשר ללמוד גם לנדון שלפנינו. במקרה שלפנינו כל המבוגרים קראו את זה ״ודן״ כי כל כתב הגט היה קטן באופן יחסי והבינו את האות שהיא ״וא״ו״ ולא ״יו״ד״, ולהם יש ״הוכחה״ כדינה בתוך הגט שמגרשה בגט זה שהם קוראים ״ודן״. אפילו שהתינוקות שראו רק את האות טעו וקראו כ״יו״ד״. בדיני הוכחה אין צורך בהכשר דיני הכתיבה. ונחשב שפיר שיש לנו הוכחה בתוך הגט גם לפוסקים שצריך את ההוכחה בגט מעיקר הדין.

גם לדעת רש״י והריטב״א שביארנו לעיל שסברו שצריך הוכחה בתוכו ולא מועילה כל הוכחה חיצונית גם מבוררת, אי״ז סותר ליסודו של העין יצחק. כיון שיש לנו רק דרישת ״הוכחה״ לא חל ע״ז דין ״לשמה״, ולא כללי דיני ״כתיבה״, רק צריך שיהא מוכח לנו, וכיון שיש הוכחה מתוך הגט, גם אם

ההוכחה רק לגדולים ולא לתינוקות דלא חכים, הוי שפיר הוכחה. דיני "הוכחה" לא נמדדים בכללי "כתיבה" אלא בכך שאכן מוכח מתוכו, וכיון שזה מוכיח בדרך מסויימת שאמנם אינה לפי כללי "כתיבת גט", אך ישנה הוכחה לפנינו, נחשב שיש לנו הוכחה כדין.

ומכיון שמקום עיגון לפנינו כי גט מאוסטרליה קשה להחזירו, אפשר להסתמך על הגט פשוט והעין יצחק ולהסתפק ב"הוכחה" זו בגט הנדון.

הרב יצחק ביסמוט

האומר זה אחי

ראשי הפרקים

א. הצעת הסוגיא

ב. קושית ובירורים

ג. שיטת יד רמ״ה

ד. שיטת הרמ״ה ע״פ הנדפס מכת״י

ה. ביאור הג״ר שמעון שקופ בשיטת הרמ״ה

ו. ישוב הקושיות ע״פ הסבר זה

ז. ביאור החזו״א בשיטת הרמ״ה והרמ״א

ח. האם חלוקין עליו חבריו?

ט. ביאור החזו״א בשיטת התוספות והחולקים על הרמ״ה

י. ירושה מאח הספק ישירה או דרך האב? - דיון מחודש בסוגיה

יא. ביאור דברי היד רמ״ה

יב. ישוב הקושיות ע״פ ביאור זה

א. הצעת הסוגיא

במשנה ב״ב קלד,א :״האומר זה בני נאמן, זה אחי אינו נאמן ונוטל עמו בחלקו. מת יחזרו נכסים למקומן נפלו לו נכסים ממקום אחר ירשו אחיו עמו״. ומבואר שכשבאו שתי אחים לירש בנכסי אביהם, ובא אחד מן השוק שאין לו חזקה ולא עדות שהוא אחיהם וטוען שהוא אחיהם מאב.

כשאחד האחים מודה לשלישי שהוא אחיו והשני כופר או שאומר איני יודע. הרי הוא האח המודה[1] נותן לאח השלישי מחלקו את החלק המגיע לו מירושתו. דהיינו אחר שיקח האח שכופר את החצי עפ״י הודאתו, האח המודה

[1] בעניין זה ברמב״ם ובראשונים ואחרונים דנו בראובן שמעון אחים ודאיים ולוי הוא המסופק שראובן מודה לו שהוא אחיו. במאמר זה 'המודה' 'הכופר' ו'הספק'.

יטול שליש שהרי כפי הודאתו מגיע לו רק שליש והנותר דהיינו שישית יטול האח השלישי מן השוק.

המשנה ממשיכה בדין ירושת האח הנ״ל וכשמת הספק ״יחזרו נכסים למקומן נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו״

כלומר כשמת האח שלא היה ידוע כאח אלא רק בהודאתו של אחד האחים יחזור השישית שקיבל מאחיו אל האח המודה ובשאר נכסיו חולקים בשווה.

ומעמידה הגמרא שירשו אחיו עמו, הוא דווקא שהכפירה הייה בדרך של ׳איני יודע׳ אך בכפרו לגמרי ואמרו לאו אחינו הוא אינם יורשים כלל בנכסי הספק בשום אופן.

ב. קושיות ובירורים

ויש לדון בסוגיה זו מכמה צדדים:

א. כשאחד האחים אומר שהספק אחיהם, והשני אומר שאינו יודע ואינו כופר להדיה, מדוע אין נאמן האח המודה גם לגבי חלק ירושתו של השני ככל ברי ושמא שהרי האח הכופר עדיין אינו מוחזק ובגמרא ׳אמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור?׳ ואביי דוחה דהכא שאני שאומר מנה לאחר בידך. (ברי מפי אחר). אך עדיין לא מובן מדוע אינו נאמן לכה״פ קודם חלוקה כשהברי אינו להוציא?

ב. כשמת האח הספק חוזר השישית שנתן לאח המודה ״יחזרו נכסים למקומם״. וכתב הרשב״ם בטעם הדבר שאומר להם ״הרי החזקתם בנחלה הראויה לספק מאבינו, אותה טלו לכם שהרי לא מחל לכם חלקו ואכתי עד השתא בתורת גזל ישנה בידכם ועתה תרשו אותו חלק מן הדין וגם אני אירש חלקי שנתתי לו כמו כן, דנמצינו כולנו שוין בנחלתו״ ויש לדקדק לאחר שקיבל הספק וחילקו את ירושת האב כפי שחלקו הרי החלק שקיבל האח המסופק מאחיו בבעלותו לחלוטין וכשמת כל יורשיו יורשים אותו, ואם מועילה טענתם לגבי שאר נכסיו שקנה או שנפלו לו ובהם חולקים בשווה, מה מועילה טענתו של האח לגבי ירושת אותם נכסים? במילים אחרות מה נשאר בנכסים הללו שבירושת האב?

ג. ואם בא בטענת ממאי נפשך למה לא תועיל לגבי שאר הנכסים שנפלו לו שלא יטול בהם אחיו כלום. (קושיית נתהמ״ש סק״א)

ד. כשכפר האח השני ואמר שהספק אינו אחיו, הדין הוא שאינו נוטל כלום בירושת הספק דכיון שמודה בהודאת בע״ד שאינו אחיו, והקשו (קצות החושן ונתהמ״ש סימן רפ בשם המל״מ נחלות ד,ח) שכנגד הודאתו מודה האח המודה שהוא אחיו, ולפנינו דין הודאה כנגד הודאה וצריכה להועיל תפיסה וכד׳.

ה. לכאורה מדובר שלאח המסופק אין בנים, ויש לברר מה הדין כשהיה לו בן, וירש אותו ואת חלקו ולאחר מכן מת הבן בלי יורשים, כשנחלה ממשמשת חזרה לסבא ושוב חוזרת לשני האחים המכחיש והמודה. האם שוב יגבר כוחו של המודה בחלק השישית שנתן לאביהם מירושת הסבא או שבאופן זה יחלקו בשווה את כל הנכסים כמו שירשו מאביהם.

ו. ומה הדין כיש לאח המסופק אחים וודאים מן האם, האם באופן זה ירשו האחים הנ״ל מהאב, לכאורה יש לדון ע״פ מה שכתב ראי״ו (בקוה״ע כ,ג) שמשפחת אם אינה קרויה משפחה הוא דווקא כנגד משפחת אב והוא מדין קרוב קרוב קודם אך כשאין משפחת אב אז משפחת אם קרויה משפחה.

ג. שיטת יד רמ״ה

בטור סימן רפ מביא את דברי יד רמ״ה וז״ל

כתב הרמ״ה ז״ל: היכא שנטל הספק עם אחיו שהודה לו בחלקו וקנה נכסים ממקום אחר ומת ולא הניח אלא הנכסים שקנה ממקום אחר דינא הוא דשקיל האי אחא דאודי ליה מהנהו נכסים כשיעור מאי דשקיל מריה דנכסים מחלקו ושארא פליג ליה בהדי שאר אחין הילכך היכא דשביק האי ספק נכסים ל״ש שבק הנהו נכסי גופייהו דשקיל מהאי אחא דאודי ליה ל״ש נפלו לו ממקום אחר ל״ש שביק שיעור נכסים דשקל מהאי לא שנא טפי מהכי דינא הוא דשקיל האי אחא דאודי מהנהו נכסים כשיעור מאי דיהיב ליה איהו מחולקיה ושארא פליג בשוה ואי לא שביק שיעור מאי דיהיב ליה שקיל אחא דאודי ליה כולי ממונא דשבק.

ואי ליתיה לממונא דהאי אחא דאודי בעיניה גבי דהאי ספק ולא ממונא דידיע דאתי מחמתיה פלגי להו כולהו אחי לכולא ממונא בשוה ע״כ.

והב״י הקשה, מרישא לסיפא, שמבואר ברישא שאף אם הממון שקיבל מאחיו שהודה אינו בעין, נוטל את חלקו אף מנכסים אחרים ואחר כך חולקים השאר בשווה.

ובסוף דבריו ״ואם ליתיה לממונא״ וכו׳ דהיינו כמו המציאות ברישא שהנכסים שנתן לו אחיו אינם בעין, חולקים האחים את כל הירושה בשווה.

והד״מ חילק, שברישא ידוע לנו שהנכסים הנמצאים הם חליפי הנכסים שחלק ואתו מחמתם, ובסיפא לא ידוע שהממון הנמצא בעזבון האח אתי מחמת הנכסים שקיבל וכן חילק ברמ״א (רפ,ב).

וכל זמן שהנכסים שלוי לקח מראובן הן בעין, או שאר נכסים הבאין מחמתו,[2] נוטל ראובן בראש. אבל אי ליתנהו להני נכסים ולא הבא מחמתו, אין ראובן נוטל כלום בראש, אלא חולק עם שמעון בשוה (טור בשם הרמ״ה).

ג. ביאור הגר״א לפסק הרמ״א ע״פ הרמ״ה

והנה הגר״א בביאורו על דברי הרמ״א כתב ״דאמרינן קם דינא כמ״ש בפרק החולץ וא״כ גם שם צריך לחלק כן״

בגמרא (יבמות לז,ב) לגבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי המת, דהיינו אח היבם ואולי הוא אבי הספק (שיבם קודם שעברו ג״ח הבחנה והולד הוא ספק בן תשע למת או שהוא בן שבע לאחיו היבם) הספק טוען אני הבן של המת והיבם אומר אתה בני בזה הדין ממון המוטל בספק יחלוקו.

לאחר מכן שואלת הגמרא מת היבם לאחר שחלק עם הספק את נכסי האח, ויש ליבם בנים אחרים וודאים. האם יכול הספק לטעון או שתחלקו איתי

[2] לא כ״כ ברור מה החילוק בין אם הנכסים אתו מחמת הנכסים הראשונים או לא, ומחמת מה נשתנה דין החלוקה. אם אין נכסי הסבא בעין שכבר מכרם, מדוע חלופי הנכסים מהוים המשך כביכול לירושה ובהם אלים חלקו של האח שהודה יותר מאשר אם לא ידוע לנו על נכסים שאתו מחמת הנכסים הנ״ל?

בנכסי אביכם אבינו, ואם אתם טוענים שאני לא בנו תחזירו את מה שחלק איתי בנכסי אחיו דהיינו אבי מספק.

ובזה אמר רבי אבא אמר רב אמר קם דינא כלומר הדין שנפסק בתחילה כשמת האח "מיתנא" הוא פסק דין ולכן לא יכול היבם לבוא בטענת ממ"נ על החלוקה הראשונית.

וא"כ דברי הגר"א "וא"כ גם שם צריך לחלק כן" שכל עוד הנכסים שחלקו הספק והיבם בעין, עדיין יכול לבוא הספק בטענת ממ"נ והדר דינא.

ומה שפוסקים שם 'קם דינא' הוא רק לאחר שנמכרו הנכסים שעליהם טוען הספק ממ"נ. (כך ביארו בכוונת הגר"א בברכת אליהו שם).[3]

ד. שיטת הרמ"ה ע"פ הנדפס מכת"י

בשערי יושר (ה,יא) כתב שבדברי יד הרמ"ה המובאים בטור, יש חסרון הניכר מהנדפס לפנינו ובדבריו ע"פ הנדפס לפנינו מבואר דהיכא שלא נאנסו הנכסים שירשו האחים הוא דין הרישא, דהיינו שיכול האח המודה לקחת בנכסי האח הספק את החלק שנתן לו אף שהחלק הזה כבר אינו בעין.

והיכא שהנכסים שירשו מהאב אינם בעין אצל האח הכופר (באיני יודע) אז אם הנכסים שחלק אח הספק אינם בעין אינו מקבל את חלקו שנתן למסופק בראש אלא חולקים הכל בשווה.

אך אם הנכסים שחלק הם בעין (או נכסים שבאו מחמת הממון זה) נוטל האח שהודה בראש ואח"כ חולקים בשווה.

ואם כן הדין המבואר ביד רמה הוא שונה לגמרי מההבנה הפשוטה בטור, וכ"כ מיושבת תמיהת הב"י. הסבר הד"מ והדין שלמד מדברי הרמ"ה. כשאין מהנכסים שחלק המודה לספק חולקים בשווה. וביד רמ"ה מבואר שדין זה דווקא אם הנכסים שחלקו האחים נאנסו אבל אם הנכסים אצל האחים בעין זכות הראשונים נשארת לאח המודה.

וכתב בשע"י שם "והנה אף שירא אנכי לסתור דברי הרמ"א ז"ל שכל בית ישראל סמכו עליו, אבל בדבר הנראה לעינים כזה מצוה לומר דהוראת רמ"א

[3] וצ"ע כי במקומו (אבה"ע קסג,ה) הגר"א לא כתב חילוק זה, ואולי זה רק לשיטת הרמ"א.

ז״ל בזה אינה נכונה, שרצה לתרץ תמיהת הב״י על הטור, ובאמת נשמט בדברי הטור בבא אחת״.

ה. ביאור הג״ר שמעון שקופ בשיטת הרמ״ה

רשש״ק מתקשה בדברי הרמ״ה שהרי טענת האח המודה לגבי האח שכפר היא טענת ממ״נ אם הוא אחיך תחזיר את מה שחלקת כשמת אבינו, ולכן כשנאנסו כל הנכסים אין טענת ממ״נ, ונוטלים כולם בירושת הספק בשווה.

אך גם במציאות זו, כשהנכסים שקיבל הספק קיימים נוטל האח המודה בראש.

וזה לא מובן הרי כבר אין לו טענת ממ״נ כיון שאי אפשר להחזיר את הנכסים או את החלוקה? ועוד קשה מה המקור לדין זה בגמרא, שהרי לא כתב הרמ״ה את הדין מסברא אלא בדרך פירוש הסוגיה צריך לדקדק מניין בסוגיה מוכרח דין זה.

ומבאר שבהמשך הסוגיה (בבא בתרא קלה,ב)

> מת יחזרו נכסים למקומן בעי רבא שבח ששבחו נכסים מאליהם מהו? בשבח המגיע לכתפים לא תיבעי לך דכי נפלו לו נכסים ממקום אחר דמי כי תיבעי לך בשבח שאינו מגיע לכתפים כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון מאי? תיקו.

והרי כיון שמודה האח שגם האח שהכחיש הוא יורש למה יהיה בזה הבדל בין שבח המגיע לכתפים או לא, אפילו שהתייקרו הנכסים צריך להיות הדין שיש לאח הכופר זכות לתבוע חלוקה מחדש כיון שאחיו מודה לו שהוא יורש.

ואם הנכסים שלהם שמרו על ערכם ואינם רוצים לעשות חלוקה מחדש למה האח המודה אינו יכול לתבוע חלוקה מחדש ולבוא עליהם בממ״נ אפילו בשבח המגיע לכתפים?

מכל זה מוכרח שזכות האח המודה כחלק הירושה שנתן לאח המסופק ללא עוררין, והאחים אינם יכולים לטעון או לתבוע חלוקה חדשה בין אם הוזלו חלקיהם בין אם אבדו לגמרי וכל עוד חלק הירושה שקיבל הספק קיים חוזר לאח שחלק וזהו המקור לדברי הרמ״ה.

אך עדיין לא מבואר סברת הש״ס בזה, למה באמת לא יוכל לתבוע האח הכופר חלוקה חדשה? הרי אחיו מודה שהוא יורש ולכן בשאר הנכסים שנפלו לו

ממקום אחר הוא יורש איתו בשווה? ומדוע לא יועיל אף לחלק שנתן לספק אחיו המודה?

ולבאר דבר זה מקדים רשש"ק שני יסודות וכללים בדיני ירושה:

א. ירושה משמעותה זכות שווה של כל היורשים בין בחלוקה בין בזכויות, ואם ניתן לאח הכופר זכות לבטל החלוקה לאחר מיתת הספק כדי לזכות בחלקו נמצא שזכות הכופר בחלקו יתרה על זכות המודה שגם תבע חלוקה שווה במיתתת האב ונשלל ממנו.

ב. זכות ירושה אינה מתחדשת במיתת המוריש, אלא כבר בלידת היורש (לכן לא מהני סילוק שכבר חל הדין יורש)

עפ"ז מבאר שדין הירושה שהתחדש בשעת הודאת בע"ד של האח המודה שחל על הנכסים שחלק עם האח הספק חל מיד גם דין שעל נכסים אלו הוא יורש את הספק כשימות. ואלו על הנכסים של הספק שלקח האח הכופר חל הדין שאין לאח המודה זכות בהם וכשם שאין לו שום תביעה בנכסי הספק שלקח האח כך לכופר אין שום תביעה בנכסי הספק שירש המודה.

ולכן כל זה שהשביחו הנכסים מחמת עצמם כגון יוקר וכד' אך בשבח המגיע לכתפים כגון ענבים העומדות להבצר הרי זה כאתי מעלמא שעליו לא חל שום דין מקודם ולא הוברר שום דין יורש על המודה יותר מהכופר.[4]

ו. ישוב הקושיות ע"פ הסבר זה

בעניין הקושי הא', מדוע לא מהני הודאת האח גם לגבי שאר האחים שהרי הם אומרים איני יודע ולכאורה הם עדיין אינם מוחזקים וברי ושמא כשהשמא אינו מוחזק ברי עדיף. ולמבואר לעיל זכות האח הכופר בירושה אינה חלה ממיתת המוריש אלא היא זכות משעת לידת היורש זכות זו אלימא וחזקה עד שאי אפשר להסתלק ממנה. (וגם קניין לא מהני כי עדיין אינם ברשותו)

ולכן בשעת מיתת אביהם זכו הבנים הודאים מיד בגוף הירושה, ולהוציא הירושה מידיהם בעינן דווקא עדות ברורה או חזקה. (ולכן הגמרא משווה לדין ברי ושמא כשיש מוחזק).

---

[4] ומוסיף לחדש שזה דווקא שהשבח שמגיע לכתפים היה קודם מיתת הספק שאז היה יורש בחלקו רק מחמת דין יורש. אך שהשביחו שבח המגיע לכתפים לאחר מיתתו דאז מיד זכה המודה בגוף הנכסים מדין הנ"ל אז זוכה גם בפירות ובשבח המגיע לכתפים בלי חלוקה שווה.

עפ״ז הקושיה השניה ג״כ מבוארת, שהרי דין יורש שחל על הנכסים שחלק האח המודה עליהם חל דין ירושה (הפוכה מהספק למודה) מיד בשעת ההודאה שהוא אחיו, על שאר הנכסים שנפלו לו אחר כך לא חל מעולם דין זה ואין זכותם בירושת הספק בשאר הנכסים פוגעת בשיוויון הזכות בחלוקה הראשונה (אך ההודאה אינה מועילה לחייב את האחים ולהפסידם בשאר הנכסים).

הקושיה השלישית אמאי לא מהני טענת ממ״נ גם לגבי שאר הנכסים - הנה ברשב״ם פירש שזוכה בחלק שנתן לו בהודאה מכח ממ״נ שאומר להם הרי אתם כבר זכיתם בחלקו בגזל ועתה תזכו בה בדין וכו׳ ולהסבר הרשש״ק הזכיה בחלקו אינה מכח ממ״נ אלא מכח זכותו בנכסים אלו בשעת ההודאה מיד שהודאתו מועילה לגבי נכסים אלו לזכות את הספק וכן לזכות מידו בנכסים אלו כשימות הספק.

והרשש״ק כתב ״אמנם לפי״ז דברי הרשב״ם שהבאנו שכתב לפרש טענת ממה נפשך על האמור במשנה יחזרו הנכסים למקומם, אינם מדויקים, דלפי המתבאר כל זמן דאיתנהו הני נכסים בעין אי״צ לטענת ממה נפשך, ואולי הוא רק להוסיף ביאור״.

הקושיה הד׳ דאמאי בכפירה גמורה שאומר אינו אחי אינו יורש כלום, הרי יש כאן דין הודאה כנגד הודאה? (קושיית המל״מ והביאו קצוה״ח והנתיבות ותרצו). ל״ק דהבירור שנעשה בשעת מיתת האב הוא הגורם לכך שהאח המודה נעשה יורשו של הספק. ובשלמא כשאומר הכופר איני יודע מהני הודאת המודה לזכות גם את הכופר בירושתו בנכסים שנפלו לאחר מכן שעליהם לא הכרענו מחמת הספק שהמודה יורש. (מחמת כך שעל נכסיהם שקבלו בחלק הספק אין למודה תביעה).

אך כשאמר אינו אחי הרי סילק לגמרי את הספק מחלקו ומחמת זה הסתלק גם מחלק הספק בתורת דין ולא הכרעה ספקית. ולכן המודה מקבל דין יורש בחיי הספק בכל נכסיו, ולא רק מחמת הודאתו, אלא מחמת הודאת הכופר שהוא אינו אחיהם והוא רק אחיו. ואם כן אין ההודאות סותרות אלא הודאת האח הכופר בכפירתו מכל וכל מחזקת את דין הירושה שיש למודה לא רק על החלק הספציפי שנתן לו אלא בכל הנכסים שיפלו לו גם אחרי זה.[5]

---

[5] דבהודאת בע״ד מוציאים מדבריו את הדין אף בהודאה מתוך כפירה, וכמבואר בקצוה״ח לד,ד במה שהקשה על המהר״י בן לב באומר ״לא לויתי״ כאומר לא פרעתי – הרי הוא אומר ״לא לויתי״ ואיך אפשר ליחס לדבריו נאמנות לחוב? אלא כיון שעדים מעידים שלוה

לעניין הבירור החמישי, שכל דין זה שמת הספק יחזרו הנכסים למקומם הוא באין לספק בנים שכשיש לספק בנים בניו יורשים אותו בין במה שחלק עם אחיו המודה ובין בשאר הנכסים. א״כ מה הדין כשהיו לו בנים בשעת נפילת הירושה ומתו ואח״כ מת הספק.

יש להסתפק ע״פ ההסבר הנ״ל שכל זכותו בנכסים של אחיו הספק הוא מחמת שחל עליהם דין ירושה כלפיו מיד בשעת ההודאה, אך בהיו לו בנים אף שמתו אח״כ והרי בשעת קבלת חלקו לא היה לאח המודה שם יורש כיון שיש לו בנים.

ובקוה״ע (סימו מ) חקר ביורש מאוחר כשיש יורש מוקדם מממנו האם נחשב יורש אלא שכיון שהמוקדם יורש לא נשאר למאוחר נכסים לירש. או שיורש מאוחר במקום יורש מוקדם אינו נחשב יורש כלל.

והביא בזה כמה נפק״מ והעלה שנחלקו בזה הרשב״א והרא״ה. ונראה עפ״ז בנד״ד תהיה נפק״מ נוספת בין הרשב״א לרא״ה.

ולרא״ה אף שיש לספק בנים אין זה מפקיע את דיני הירושה שמקבל האח המודה מאחיו לגבי חלקו בשעת ההודאה, אבל לרשב״א בשעת החלוקה לא היו לאח דיני יורש כלל ואינו יכול לקבל דיני ירושה אף בחלקו.

וכשמת בן הספק לאחר מיתת אביו - נראה שירשו שני האחים (הכופר והמודה) דהיינו דודיו בשווה כיון שכבר פקע זכות הירושה שהייתה לאח שהודה בחלקו וחוזרים הנכסים במשמוש לסב ומתחלקים בשווה.

בעניין הבירור השישי - כשיש לאח המסופק אחים ודאים מאם ויש לדון בזה הן מצד הנכסים שקיבל מאחיו המודה והן בשאר נכסיו.

והנה אם אנו מאמינים למודה מצד הודאת בע״ד הרי הודאת בע״ד מועילה רק לחייבו, ומה שמועילה גם להחזיר הנכסים למקומם הוא מצד שם הירושה ההדדי שחל על הנכסים הללו בלבד וכנ״ל. אך כשיש יורשים ודאים מאם, אם ננקוט שמשפחת אם בהעדר משפחת אב קרויה משפחה, הרי כאן משפחת האב היא רק מכח הודאתו.

וא״כ לגבי חלק הנכסים שחלק לו עליהם נשאר דין הירושה ההדדית וכנ״ל ואם נאנסו הנכסים הללו ואינם כבר בעין אצל הספק, בזה נראה שישתנה

הרי אמירתו ״לא לוויתי״ היא הודאה שלא פרע. וכנ״ל בעניינו אמירת ״זה אחי״ ואמירת הכופר ״אינו אחי״ אינם סותרות בתוצאות הדין ע״פ הסבר השע״י אלא מחזקות את המודה בדינו בירושת האח הספק.

הדין. שנגד אחיו שכפר יש לו טענת ממ״נ (כשהנכסים בעין אצל אחיו) ולכן יכול לגבות את חלקו אף בנכסים אחרים. אבל כנגד קרובי הספק מצד אמו אין לו טענה כזו ולכן מפסיד חלקו.

ז. ביאור החזו״א בשיטת הרמ״ה והרמ״א

החזו״א (חו״מ טו) הביא ג״כ את לשון היד רמ״ה כנדפס לפנינו וכתב שבלשון הטור נפלה ט״ס ומפני שלב״י והרמ״א לא היה בידם ספר הרמ״ה נתקשו בלשון הטור, אבל שזכינו לספר הרמ״ה נתגלה לנו שהוא ט״ס, ולפ״ז לכאורה גם פסק הרמ״א לדינא תמוה וכמו שתמהו חכמי הדור יחיו,[6] עכ״ל.

בביאור מקור דברי היד רמ״ה התנבאו שני הנביאים בסגנון שונה ובכוונה אחת.

אך בביאור טעם הדין נפרדו דרכיהם.

בנאנסו הנכסים שקיבל הספק מהמודה, ונכסי האחים שלקחו מהספק קיימים, כתב החזו״א הוא דין פשוט לרמ״ה מסברא דאתי עלייהו ממ״נ.

ובנאנסו נכסי האחים ונכסי הספק שקיבל מאחיו המודה קיימים, נוטל האח המודה בראש (אף שאין לו ממ״נ) זה מוכח מבעיית הגמרא בדקלא ואלים וארעא ואסקא שירטון אי חשיב כגופה של קרקע ומקבל את השבח ואין שאר האחים יכולים לתבוע חלוקה חדשה. וכתב החזו״א הנה לא פירשו לנו רבותינו טעם דין זה.[7] החזו״א מציע שתי אפשרויות, או שזו אומדנא בדעת המודה והספק, ודעתם שלאחר מותו יהיו הנכסים למפרע של המודה, או שהוא תקנת חכמים כיון שכן רצון שניהם המודה והספק.[8]

---

[6] אפשר שכוונתו לגרשש״ק. כעת מצאתי בספר בית אליהו (פישר) שציין לקובץ כנסת ישראל שנת תר״צ בשם הג״ר מאיר באסין (מו״צ בוילנה וחותנו של הגרי״ז גוסטמאן) את לשון הרמ״ה המתוקן וע״פ זה הקשה על הרמ״א.ודברי החזו״א המובאים כאן נדפסו לראשונה בשינויים קלים בקובץ הנ״ל תרצ״ב כתשובה לר״מ באסין. בסוף דברי החזו״א מציין העורך (הג״ר משה קרליץ אח החזו״א) לדברי השע״י הנ״ל ויש להניח שגם החזו״א ראה את דבריו.

[7] החזו״א ממאן בתירוץ נתיבות המשפט רפ סק״א.

[8] וצ״ע למה נכנס בדוחקים הללו שהרי אם זה אומדנא צריך קנין (וכמו שהוסיף המעתיק שם, אמנם בגוף דברי החזו״א אין משמעות בצורך בקנין שכתב שיהיו הנכסים של ראובן למפרע והכוונה נ״ל כאילו לא נתנו לו או תנאי במתנה והמעתיק סבר שבהודאת המודה ׳דייניגן ליה ללוי כיורש ע״פ הודאת ראובן׳ ולכן צריך קנין אך בדברי החזו״א אין לזה הוכחה ואפשר שסבר שאין כאן דין יורש כלל כמבואר לקמן) ואם זו תקנ״ח צ״ב מה הצורך לחכמים לתקן בכה״ג וגם החזו״א כתב שם בסו״ד שזה דוחק (וגם לא פסק כהרמ״ה). ולא הלך בדרכו של הגרששי״ק. ואפשר שהנחת היסוד בדבריו, שאמירת האח המודה מחייבת

ח. האם חלוקין עליו חבריו?

עיקר הנידון בחזו״א סביב דברי היד רמה, הוא האם חלוקים עליו חבריו?

והנה בדין השני שלמד הרמ״ה מסברא דהיינו בנפסדו הנכסים שחלק הספק מאחיו ונכסי האח הכופר קיימים יכול לבוא האח המודה בטענת ממ״נ וליטול את כל חלקו מהנכסים שנפלו לספק ממקום אחר.

בזה פשוט לחזו״א שגם אם נפסדו נכסי האחים אבל אכלו פירות קודם שנפסדו יכול עדיין המודה ליטול חלקו בממ״נ או שתשלמו את הפירות שאכלתם כי אם לוי הספק אחיכם הרי אכלתם פירות שאינם שלכם. כי מ״מ פירות שאכל חייב לשלם (וכוונת רמ״ה שאי אתנסו נכסי אחים אינו גובה, היינו קודם שאכלו פירות).

וע״פ הבנה זו בדברי הרמ״ה מוכיח שהתוספות ושאר הראשונים חולקים על הרמ״ה, דהנה בגמרא שהובאה לעיל (בבא בתרא קלה,ב)

> בעי רבא שבח ששבחו נכסים מאליהם מהו בשבח המגיע לכתפים לא תיבעי לך דכי נפלו לו נכסים ממקום אחר דמי כי תיבעי לך בשבח שאינו מגיע לכתפים כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון מאי תיקו.

ומביא את דברי התוס׳ לעיל (ב״ב מב,ב) ד״ה שבח, שדנו במחלוקת הראשונים מהו שבח המגיע לכתפים, שר״ת פירש דהיינו שבח שבא ע״י עמל. ובזה יש חילוק ברור בין דקלא ואלים לפירות שבאו ע״י טורח ומפני זה חשיב אתא מעלמא ויש יותר מקום לומר שיחלקו אחיו עמו בפירות יותר מדקלא ואלים.

אבל רש״י פירש דהיינו פירות גמורים ואפילו בלא עמל, וא״כ מדוע שלא יטלו אחיו עמו בדיקלא ואלים הרי שניהם שוים כלומר גם הפירות שצמחו בלי טורח צמחו גם בנכסי האחים, וגם השבח של דיקלא ואלים השביח גם בנכסי האח הספק וגם בנכסי הכופר ולמה לא יטלו אחיו גם בדקלא ואלים?

תירצו תוספות דהא דפשיטא לרבא בפירות (אף שבאו מאלהן לשיטת רש״י), שיחלקו אחיו עמו יותר מדקלא ואלים, היינו משום דפירות מקרי יותר אתו

ומזכה אותו כאחד בדין יורש עם כל החובות והזכויות בנוגע לחלק זה אינה מוסכמת על החזו״א. והודאתו מחייבת אותו לתת מחלקו אבל כיון שבהכרח לא חל על כל הירושה דין ההודאה, גם על חלקו לא חל דין ירושה אלא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה דבר זה מוכח ג״כ ממש״כ שהאומדנא היא בדעת המודה והכופר (ראובן ולוי) ואם זה כירושה מה שייך אומדנא בדעת ראובן?

מעלמא מדקלא ואלים. ואע״פ שכנגדם יש להם בארצם אין זו טענה דהם טרחו ואכלו אבל טורח המת למה לא יטלו.

ודבריהם סתומים שהרי קושייתם היא בשיטת רש״י למה נוטלים בפירות שבאו בלי טורח?

ובהכרח כוונתם ׳הם טרחו והם אכלו׳ שהנכסים שלהם בדין ולא שייך לתבען על זה בממ״נ, וכן לא על הפירות שאכלו ובהכרח חלוקים הם על הרמ״ה בדין זה, שהרי הוכיח החזו״א , בדעת הרמ״ה, שאף בפירות שאכל האח הכופר, יש לאח המודה טענת ממ״נ ויכול ליטול מנכסי המת כשיעור מה שחלק עמו אף שהנכסים שחלק עם הספק כבר אינם בעין.

ומוכיח שהרי״ף והרא״ש והרמב״ם[9] חולקים על הרמ״ה בנקודה זו דהיינו שהרמ״ה סובר שיש לאח המודה תביעה בנכסי האח הספק אף כשהנכסים שנתן לו כבר אינם בעין.

והראשונים הנ״ל הביאו שבשבח המגיע לכתפים נוטלים אחיו עמו, ובדקלא ואלים הוה ספק ולא פירשו שזה דווקא כשלא אכל האח הכופר מפירות הנכסים שלקח בכפירתו מהאח הספק.

וא״כ אף שהרמ״א לא ראה דברי הרמ״ה כנדפס לפנינו, הרי במה שהביא בשמו הדין אמת אף לשאר הפוסקים דשנכסי הספק שקיבל קיימים ונכסי האח הכופר נאנסו נוטל האח המודה תחילה את נכסיו והוא פשט המשנה ״מת יחזרו נכסים למקומם״ וזה בכ״ג כדמוכח לעיל.

ובדין השני דהיכא שנאנסו נכסי הספק ויש בעזבונו רק נכסים שנפלו לו ממקום אחר.

ונכסי האח הכופר לא נאנסו (או שאכל פירותיהם אף אם נאנסו ע״פ החזו״א) נוטל האח המודה תחילה את חלקו שנתן.

בזה הרי ביאר החזו״א שהתוס׳ ושאר הראשונים חלוקים על הרמ״ה.

הרי שפסק הרמ״א מכוון אף שלא ראה את דברי הרמ״ה במקורם, ובדין שנשמט בדברי הטור, חלוקים עליו כל הראשונים.

ובזה חולק החזו״א על הרששׁ״ק ור״מ באסין.

---

[9] ואף שהטור העתיק לשון הרמ״ה אין הוכחה שסובר כך, ״אלא דרכו של הטור לאסוף את כל הדעות״.

ט. ביאור החזו״א בשיטת התוספות והחולקים על הרמ״ה

כשהנכסים שביד האח הכופר קיימים, והספק השאיר אחריו רק נכסים דאתו מעלמא, לדעת החולקים על הרמ״ה אין לאח המודה זכות בנכסי האח הספק יותר מאחיו הכופר וחולקים בשווה.

וצריך הסבר למה אין יכול לטעון ממ״נ אם הוא אחינו אז כבר חלקו אצלך וירשת עד עכשיו בגזל ועכשיו תיטול בדין ואם לאו מה לך ולירושתו?

ולישב יש להקדים ולשאול, מה אם בא אחד מן השוק ותפס חצי מהירושה של הספק או את כל הירושה ודאי שמוציאים ממנו אף שהמודה יורשו רק מכח הודאתו, הרי התופס מהשוק אינו טוען כלום והאח המודה אומר לו לאו בעל דברים דידי את (כלומר טענת האחד מן השוק צודקת, אלא שע״פ טענת המודה הא׳ מן השוק אינו בעל דברים ולכן במשקל הטענות טענתו מנצחת).

אך כשבא האח הכופר לתפוס בחצי מהנכסים יטען הכופר כלפיו מה שטען המודה לאחד מן השוק לאו בע״ד דידי את כי אני לא מאמין לך שהוא אחינו. שהרי הוא בא להוציא מידו בטענה שאינו אח של הספק וא״כ גם הוא אינו אח של הספק ושניהם שווים.[10]

ובטל הממ״נ דמה שטוען אם הוא אחינו כבר קיבלת את שלך מחלקו בירושת האב - אין זו טענה. כי הלה אומר הספק הוא לא אחינו לא שלי ולא שלך ולכן אני כמו אחד מהשוק שתפס ואתה אינך יכול לומר לי לאו בע״ד דידי את.

אבל שבאים לחלוק בנכסי הספק שירש מאביו שחלק לו אחיו בהודאתו, בזה כשיש נכסים אצל האחים או שאכלו מהנכסים נוטל האח המודה בממ״נ הנ״ל ולא יוכל לטעון אני בעל דברים ואיני כאחד מן השוק כנ״ל.

דבזה הוא טוען ממ״נ מעליא אם הוא אחינו כבר קיבלת חלקו ואם אינו אחינו מה לך בירושתו.

ואם יבוא הכופר ויתפוס כנ״ל ויטעון אני בעל דברים ואני טוען שאתה לא יורש כמו שאני לא יורש מ״מ שנינו שווים. כאן לא תועיל טענתו כיון שהמודה טוען שאם אינו אחינו שלי אני נוטל.

---

[10] צ״ע דבגמרא מוקמינן בדאמר איני יודע ולא בכופר ואומר אינו אחי דא״כ אין לו בירושת הספק כלום.

כאן נכנס החזו״א לסברא דקה בהסבר זכיית הספק בחלקו ע״פ הודאת המודה.

אין אנו דנים כאן שהנכסים של הספק הופכים להיות נכסים שלו בהחלט ע״פ הודאת אחיו שאם כן אין נפק״מ בין נכסים שנפלו לו לנכסים שחלק לו.

אילו מת הספק קודם שחלק לו המודה, הרי ודאי שאין הכופר יכול לתפוס את חלקו ולטעון לאו בעל דברים דידי את כיון שלא החזקנו את הודאתו, ובשלב זה יכול המודה לומר לכופר ממ״נ. כמו כן כשמת לאחר שנתן לו המודה אין החלוקה מחלטת לו הנכסים אלא הודאתו הראשונה מקיימת בידו בכל שעה.[11]

ונ״ל בכוונתו שהודאת האח היא מקיימת כל הזמן את הנכסים אצל הספק, ואין כאן קיום הדין ע״פ ההודאה וקם דינא, שהרי אין אנו מאמינים שהוא אחיו ומצד שני אין זה כמתנה ונדון שהנכסים של הספק בהחלט.

אלא הנכסים כביכול בזיקת האח מכח ההודאה הפועלת וכשקיימים הנכסים הרי זה כאילו עדיין לא חלק ונתן לו, ולכן כשמת, חוזרים הנכסים לחזקתם ואף בדקלא ואלים שהשבח לאח המודה שהרי נכסיו השביחו.

ע״פ דברי החזו״א נראה לתרץ את הקושיה הראשונה, מדוע אין דנים מכח ההודאה גם לגבי האח שאומר איני יודע, ולהנ״ל גם לגבי האח המודה אין אנו מייחסים נאמנות לדבריו ומחליטים הנכסים אצל הספק, אלא מכח הודאתו ואף הוא יכול לבטל את הודאתו בממ״נ לאחר מות הספק כדי להחזיק נכסיו שחלק לספק בידו.

וכן הקושיה השניה, שהרי הנכסים לאחר חלוקה לספק הם שלו ממש, ומה בינם לבין נכסים דאתו מעלמא? לנ״ל טובא יש לחלק בין הנכסים שקיבל מכח ההודאה שפועלת באופן זמני לנכסים שנפלו ממק״א.

י. ירושה מאח הספק ישירה או דרך האב? - דיון מחודש בסוגיה

הנה בסוגיה זו הילכו כבר סבי דאזלי תיגרא, והבאנו מגדולי האחרונים שהרחיבו וביארו כל חמירא בגמרא ובראשונים ולא הניחו מקום להתגדר בו. ובהורמנא אציע מה שעלה בדעתי הדלה להוסיף ביאור בסוגית הגמרא ובדעת הראשונים.

[11] כך לשון החזו״א בקובץ כנס״י הנ״ל ובחזו״א לפנינו יש שינויי לשון.

נודעה בשערים מחלוקת הראשונים בעניין ירושת האח אם היא ישירה מאחיו או עוברת במשמוש דרך האב בקבר.

האריך בזה הגרעק״א בתשובותיו (קלב) ובתוספותיו למשניות (ריש פרק יש נוחלין) והביא כמה נפק״מ.

עוד הוסיפו האחרונים (קו״ש ב״ב שלג) לחקור מהו הגדר הכללי במשמוש נחלה.

האם המת יורש את עצם הנכסים בקבר ומעבירם ליורשו, או שהיא רק זכות ירושה בעלמא שהמת מקבל זכות להוריש ומעבירה ליורשו אך המוריש הוא האח ולא המת.

ועל פי ב׳ חקירות אלו ניתן אולי לומר שכל הדיון כאן לגבי נכסי הספק שירש בניגוד לנכסים שנפלו לו מחולקים ע״ד חקירות אלו.

והיינו כיון שנכסי הספק עולים כולם לאב (למ״ד) הרי את כל נכסיו כולל הנכסים שישנם אצל האח הכופר (באיני יודע) יורש אביו ומוריש לשני בניו בשווה ואין מקום לחילוק בין הנכסים שקיבל בירושה מהאח המודה לשאר הנכסים. אלא שמיד במיתת הספק ירש האב גם את נכסיו שקבל האח הכופר ועד עכשיו אכלם בגזל.

ומעתה לגבי נכסי הספק שירשו מהאב שוים כל הנכסים אצל האב ומתחלקים מחדש כמו בשעת מיתת האב ולכן התוצאה היא שיחזרו נכסים למקומם.

אבל בנכסים שנפלו לספק ממקום אחר בהם החלוקה חדשה לגמרי ובהם לא נטלו האחים מתחילה ועולה הירושה (ואולי זכות הירושה כדלקמן) לאב ומתחלקת בין האחים בשווה.

יא. ביאור דברי היד רמ״ה

הסבר זה מתיישב יפה גם בדברי הרמ״ה.

לשיטת הרמ״ה, כשנשארו לאח הכופר נכסים מחלוקת האב שהיה צריך לחלוק לספק אף שנכסי הספק שירש נאנסו, נוטל המודה בנכסי הספק כשיעור מה שחלק עמו אף כשהנכסים אינם בעין.

והטעם מבואר, כיון שנכסי הכופר שמצד הספק חוזרים לאב הרי החלק היחסי של האח המודה מגיע לו בדין לאחר חלוקה שוב מחדש.

וגם כשנכסי האח הכופר נאנסו ונכסי הספק שחלק לו האח המודה קיימים, נוטל האח המודה חלקו, ובאופן זה חזרו לאב רק נכסי הספק והיו צריכים לחלוק בשווה גם את הנכסים עצמם שנתן לו?

ובזה צריך להוסיף שכל מה שמגדיר את האח הכופר כיורש את הספק לאחר מיתה בנכסים שנפלו לו. הוא מחמת נכסי הספק שברשותו והם חוזרים לאב ויוצרים חלוקה חדשה, אך אם אין לאח הכופר מה להחזיר לאב בירושת הספק לאחר שכפר והסיע עצמו מן האחווה, איך יוגדר מחדש כיורש את הספק? אלא ודאי חזרת הנכסים לאב היא הגורמת חלוקה חדשה וכשאין נכסים אצל האחים חוזרים הנכסים למקומם.

וכשנאנסו כל הנכסים של הספק בין אלו שברשות הספק ובין אלו שאצל הכופר. וקיימים רק נכסים שנפלו לספק ממקום אחר בזה אומר הרמ״ה שחולקים בשווה.

ועפ״ד הרי חזרו הנכסים לאב, ושוב חולקים שניהם בשווה. אמנם לעיל הסברנו דהיכא שאין לאח הכופר מה להחזיר לאב בירושת הספק אינו יורש כיון שחזרת הנכסים היא גורמת לחלוקה חדשה וכשאין לו נכסים להחזיר אינו יורש בנכסי הספק.

ונראה דכל זה הוא ביחס לנכסים שירשו מהאב ובהם ניתן לומר שהמשמוש הוא אמיתי, כלומר הנכסים עצמם עולים לאב ויורדים חזרה לאחים ולכן חוזרת החלוקה כמו בשעת מיתת האב והודאת המודה. (ולכן אם אין נכסים לאח הכופר מהחלוקה הראשונה נוטל האח המודה את נכסי הספק שנשארו מהחלוקה הראשונה).

וכבר זכרנו בתחילת הדברים שיש צד שמשמוש נחלה הוא רק זכות ירושה שיורש המת וע״י זכות זו יורשו זוכה בנכסים מהמוריש.

ולכן אולי במציאות שאין נכסים מהחלוקה הראשונה כלל כיון שגם המודה זוכה רק מכח זכות הירושה שממשמשת לאביהם לכן שניהם יורשים את האב בשווה.

משא״כ כשנכסי האב עדיין אצל הספק שנתן לו המודה אז חוזרים הנכסים עצמם לאב וחוזר הדין לחלוקה הראשונה שקודם ההודאה וכיון שבלי ההודאה לספק נכסים אלו שלו יורש אותם רק הוא.

כלל הדברים כשמת הספק והנכסים קיימים כל הנכסים עולים חזרה לאב ולכן מתחלקים שוב בשווה והתוצאה היא שכל אחד מחזיק בחלקו ושאר הנכסים חולקים בשווה שזה דין הירושה מהאב.

כשנאנסו כל הנכסים שקבלו מהאב בין אלו שאצל הספק ובין אלו שאצל הכופר, ויש אצל הספק רק נכסים שנפלו לו ממקום אחר חולקים כולם בשווה שהרי לא חזר דבר לשעת החלוקה הראשונה ולכן שניהם יורשים את הספק דרך זכות האב ויורשים בשווה.

כשנכסי הכופר קיימים ונכסי הספק נאבדו (הנכסים שחלק בירושת האח) נוטל המודה בראש (בנכסים שנפלו לו ממקו״א) כיון שהנכסי הספק שאצל הכופר עולים לאב ואותם הם מקבלים חזרה בירושת הספק ונוטל המודה חלקו (בראש) אפילו מנכסים אחרים. (ובעומק העניין זה כוונת הרמ״ה ממ״נ)

וכשנכסי הספק (שקיבל מהאב קיימים) ונכסי הכופר נאנסו עולים נכסי הספק שירש מהאב חזרה לאב ונוטל אותם המודה שבהם אנו כביכול חוזרים לשעת החלוקה הראשונה מהאב ובהם כוחו של המודה שחלק לו מחלקו אלים. והכופר שלא העלה לאב כלום מנכסי הספק הסיע עצמו מן האחוה.

אך בשאר הנכסים שנפלו ממקום אחר חולקים בשווה כיון שבזכות הירושה מהאב בשאר הנכסים שניהם שוים.

יב. ישוב הקושיות ע״פ ביאור זה

מה שהקשנו בתחילה מדוע לא מועילה הודאת האח גם לגבי אחיו באומר איני יודע, אינה קושיה כלל שבירושה אין יורש מסופק מוציא מיורש ודאי בשום אופן וז״ב. המתחדש בדברנו שאכן נאמן הוא גם לגבי אחיו לאחר מתת הספק אז הנכסים שירש הכופר בחלקו של הספק עולים חזרה לאב וזה גורם לכל חילוקי הדינים לעיל.

בקושיה השניה, שהרי לאחר שקיבל הספק חלקו בהודאת אחיו הרי הוא שלו בהחלט ואם הדין לאחר מיתת הספק הוא שחולקים בנכסים אחרים בשווה מדוע שישתנה דין נכסים אלו.

בזה נתחדש שנכסי ירושה אינם מאבדים את בעלותם וזיקתם במשמוש מהמוריש אלא עולים חזרה למוריש וחוזר דין החלוקה הראשונה. מה שאין כן בשאר הנכסים המשמוש פועל רק שיקבל המת היינו האב את זכות הירושה

ויורשים שניהם מכח האב את הנכסים בשווה. (אינם יורשים מכח הנכסים אלא מכח זכות הירושה).

כמ כן לא מועיל ממ״נ לגבי שאר הנכסים כיון שכעת הוא כביכול מודה, ולכן חוזרים הנכסים לאב ומקבלים אותם שוב בחלקם, (וזה הפשט ממ״נ) לגבי שאר הנכסים של הספק יורש האב הזכות במשמוש ומחלק לשני בניו בשווה.

ובקושית המל״מ מדוע כשכופר להדיה ואומר אינו אחיו אינו נוטל כלום הרי כנגד הודאתו שאינו אחיו יש את הודאת האח המודה שהספק אחיהם ויש כאן הודאה כנגד הודאה.

ע״פ הנ״ל שכופר באיני יודע בנכסים הראויים לספק שנטל מפני שאינו יודע, הם כביכול בחזקתו עד מות הספק, שמת הספק הוא מחזיר אותם לאב ויורש אותם בחזרה מהאב ולכן כעת הוא יכול לירש גם נכסים אחרים של הספק.

אך כשאומר אינו אחי כלל הרי משעת החלוקה הראשונה הנכסים בחזקתו ע״פ דיני ירושה, ואין לאחר מיתת הספק שום שינוי. יוצא א״כ, שרק נכסי הספק שחלק לו המודה עולים חזרה לאב ואין להודאה השפעה כלל על הכופר נכסיו זכויותיו וחובותיו בחלק הספק.

כלומר גורם זכויות הירושה של האומר איני יודע היא מהזכויות והחובות שיש לו עדיין בנכסי הספק והדין שלא הוכרע בנכסים שבאו לחלקו בנכסי הספק.

אך שכופר להדיה אין הודאת אחיו מזכה אותו כלל בנכסי הספק וכיון שהודאת האח לגביו לא הועילה דבר בשעת נפילת נכסי האב ונאמנות האח המודה בהודאתו הייתה רק כלפי נכסיו ולא הועילה כלל לגבי נכסי אחיו אין משמעות להודאתו לזכות לכופר. (ואולי באופן זה לכו״ע אמרינן ק״ד).

הרב מאיר ברקוביץ

קנין ע"י גרמא או ע"י פועל נכרי

עני המהפך בחררה

איתא בקידושין נט,א:

רב גידל הוה מהפיך בההיא ארעא אזל רבי אבא זבנה אזל רב גידל קבליה לרבי זירא אזל רבי זירא וקבליה לרב יצחק נפחא אמר ליה המתן עד שיעלה אצלנו לרגל כי סליק אשכחיה אמר ליה עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו מאי אמר ליה נקרא רשע ואלא מר מאי טעמא עבד הכי א״ל לא הוה ידענא.

רבי אבא קנה קרקע, שרב גידל חיזר לקנותה ומקרה זה מתואר בגמ׳ כ׳עני המהפך בחררה׳. לדעת רש״י דין זה שייך אף במחזר אחר הפקר וכלשונו: ׳עני המהפך בחררה, מחזר אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעל הבית׳ וכ״כ הרמב״ן (ב״ב נד,ב) ודייק כן מכך שההלכה נאמרה בעני. ר״ת (תוס׳ שם וב״ב כא,ב) חולק וטוען שמדובר בעני המחפש להשתכר או לקנות מבעל הבית וכמו בעובדא דרב גידל אבל בהפקר ומתנה הלוקח אינו נקרא רשע כלל כי אי אפשר למצוא אותו דבר במקום אחר.

תוס׳ הקשו לשיטת ר״ת מהגמ׳ בב״ב (כא,ב) ׳מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג׳, אודות צייד דגים שמנסה לתפוס דג ועל שאר הדייגים להתרחק ממנו כמלא ריצת הדג ואף שמדובר בדג של הפקר. מכאן ראיה לכאורה לרש״י, שגם בכגון זה יש דין של מהפך בחררה. שני תירוצים נאמרו ליישב קושיא זו: אצל הדייג מדובר בפרנסתו (ולא במפגש מזדמן עם הפקר) וטענת ׳פסקת לחיותי׳, אתה מפסיק את חיי ומונע ממני להתפרנס. תירוץ שני בשם רבינו מאיר אביו של ר״ת, שהדייג הניח דג מת (כפתיון) ׳והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג וכיון שזה פירש מצודתו תחילה וע״י מעשה שעשה זה מתאספים שם סביב ודאי אם היה חבירו פורש הוה כאילו גוזל לו׳.

קצוה״ח: דגים המתאספים סביב מצודה, קנין גמור

קצוה״ח (רעג,ד) סבור (׳לולי דברי תוס׳) שהלוקח דגים המתאספים ע״י המצודה הוי גזל גמור ומוציאים ממנו בדיינים. תנועת הדגים מחמת מעשהו (הנחת הדג כפתיון) הרי היא כמשיכה ״וכמ״ש תוס׳ בקידושין (כו,א ד״ה אי נמי בחבילי זמורות) בהא דפריך פיל לר׳ שמעון במה יקנה ומשני בחבילי

זמורה, ופירשו תוס׳ בשם הרב ר׳ משולם דלהכי נקט חבילי זמורה שהוא מאכל פיל ומגביהין חבילי זמורה למעלה והוא קופץ ומגביה עצמו מן הארץ ואוכלן, וחשיב הגבהה בהכי דכה״ג אשכחן סוף פ׳ שלוח הקן (קמב,א) כי היכי דליגבינהו וליקנינהו וע״ש, וא״כ ה״נ הדגים המה מגביהין עצמן ובאין סביב הדג המת וחשיב הגבהה בהכי״.[1] ההגבהה לא נעשתה מכוחו אלא בגרמתו ודי בכך לקנין.

נתה״מ: הגבהה מכוחו בשעת מעשה

נתה״מ (רעג,ג) חולק על דברי קצוה״ח, שסבר שמעשה קנין כמשיכה או הגבהה שנעשה בגרמא מועיל. נתה״מ מחלק בין פיל שמגביה עצמו לאכול חבילי זמורות ובשעה שהקונה מחזיק הזמורות הפיל מגביה עצמו הרי זה כמוגבה מכוחו אבל אם תלה דבר המאכל ובא פיל והגביה עצמו באופן שבשעת ההגבהה אינו אוחז בזמורות בידו ׳ודאי לא קנהו׳ אין זה כקורא לה והיא באה שעושה מעשה בשעת הקנין אבל בנידון הדגים ׳זה לא נקרא רק גורם לבד כיון שלא עשה מעשה בשעת קנין׳.

ערך שי: ׳דשדי ליפתא׳

> הערך שי (רעג) מסייע לחילוק של נתה״מ (בהערות מלואי חושן צייך לדבריו). איתא בב״ב (נד,א):
>
> האי מאן דשדא לפתא בי פילי דגר לא הוי חזקה מ״ט דבעידנא דשדא ליכא שבחא השתא דקא שבח ממילא קשבח.

מכאן סייע הערך שי לחילוק נתה״מ בין גרמא בשעת מעשה (הגבהת הפיל באמצעות זמורות) לשלא בשעת הקנין (דג במצודה), ועי׳ רשב״ם. אמנם הרי״ד באר שאין דרך זריעה בכך ומשמע שאילו היה דרך זריעה היה מועיל לקנין. ובדף נג איתא אודות נטל צרור וארווח לה מיא קנה ופרשב״ם שע״י נטילת צרור נכנסים המים מהנהר דרך חור שבכותל ולכן כמו קרקע אם נשבח הקרקע סמוך לעשייתו כמו נטל צרור אף דלאו ממש הוא עם עשייתו רק המים התחילו תיכף ללכת דרך חור שבכותל אל השדה קנה משא״כ אם לאחר זמן נשבח ע״י

[1] קצוה״ח אף בוחן את הגדרת מקום הימצאות הפתיון והדגים. י״ל שהים נחשב כסימטא (וכמו אצל ספינה בים או ברקק עי׳ חו״מ קצח,יג) ומשיכה מועילה לסימטא. ואף אם הים נחשב כרה״ר י״ל שקונה הדגים בתורת הגבהה וכמו בהגבהת פיל, עכת״ד.

עשייתו דלא קנה ה״נ משיכה במטלטלין כחזקה בקרקע דוקא קורא לה ותכף אחר קריאתו באה וכו׳.

מכתב לבעל נתה״מ

בשו״ת אבנ״מ סי׳ כה, בתשובה לבעל נתה״מ מצויה התייחסות נוספת של שני גדולים אלו. מכתב של נתה״מ הנדפס על גליון השו״ע (בסו״ס קצב ובמהדורות הרגילות של השו״ע לא נזכר שם מחברו אך ברור שזהו מכתב של נתה״מ).[2] מדברי האבנ״מ עולה שהנתיבות כתב שאדם ששלח גוי לעשות בעבורו קנין משיכה, הגבהה או חזקה לא קנה. בשו״ת אבנ״מ השיב שיש לדחות דבריו, שאע״פ שהגבהה ומשיכה ושאר קנינים אכן לא מהני ע״י גוי, קנין חזקה שאני, ובלבד שיתכוון הישראל לקנות בחזקה שנעשתה ע״י הגוי. והחילוק הוא, שבמשיכה והגבהה בעינן שיעשה מעשה קנין ויכול אף ע״י שליח, אך כיון שגוי אינו בר שליחות אינו יכול לקנות על ידו, אך חזקה שענינה תיקון הקרקע ולא עשיית מעשה קנין שעל ידו זוכה, יכול לעשות אף ע״י בהמתו ואף ע״י עכו״ם מהני.

אמנם עדיין יש להבין מדוע באמת בהגבהה ומשיכה צריך מעשה קנין ע״י הקונה ולא מהני ע״י גוי, וקנין חזקה מהני, ועי׳ לקמן מהמנחת אשר.

האבנ״מ מביא ראיה לדבריו מדברי הרא״ש בפ׳ חזקת הבתים (סי׳ נט), שאדם שבנה פלטרין בנכסי גר שמת ובנה באמצעות פועלים, ובא אדם אחר והעמיד דלתות לפלטרין קנה האחרון, והטור (בחו״מ סי׳ רעה) כתב שהפועלים לא כיוונו לקנות ובסמ״ע (שם ס״ק כו) הוסיף שמשום שהפועלים לא כיוונו לקנות נמצא שהיה הפקר עד עכשיו, וכשבא האחרון קנה. משמע מכך, שאילו היה הראשון מתקין את הדלתות היה קונה ואף שההתקנה נעשתה ע״י פועלים והפועלים לא כיוונו לקנות, עצם זה שגרם שנעשתה פעולת תיקון בנכסי הגר על ידו גרם ממילא שיקנה את הפלטרין, שאין צורך שיהיה דין שליחות בשביל חזקה, אלא די בכך שנעשתה פעולת תיקון בנכסי הגר ואף בלא שליחות.

נתה״מ: חילוק בין פועל לשליח גוי

בנתה״מ קפח,א מצאנו התייחסות שונה לנידון. ואלו תו״ד:

[2] כנראה שיש במכתב שינויים בעקבות דברי קצוה״ח כפי שנדפס באבנ״מ.

לקנין די בכך שהוגבה מכוחו כגון טרף אקן ואפרוחים מגביהים עצמם (תוס׳ ב״ק צח,א) ו״אם כן הכי נמי אם ציוה לפועלים להגביהן, אין לך גורם גדול שיהיו מוגבהין מזה, כיון דיד וכח פועל כיד וכח בעל הבית״. גם ביחס למשיכה מאחר ו׳קורא לה והיא באה׳ מהני לקנין (ב״ב עה,ב) ״הוא הדין כשציוה לפועל למושכו לרשותו מהני, דאין לך גורם גדול מזה, ואפילו הפועל אינו בר שליחותיה״. אמנם אם פועל גוי ימשוך לרשות עצמו לא יועיל לקנין ואפילו עשאו שליח כי ׳רשות פועל כרשות בעל הבית׳ לא שמענו, וגוי אינו בר שליחות ״ולא דמי גם כן למשסה כלבו בבהמה שתבוא לרשותו, דגוי אדעתא דנפשיה עביד, ולא הוי הבעל הבית גורם במשיכה זו כלל״.

גם בחזקה, אם נעל או גדר ע״י פועל גוי מועיל, וכן כתב בתשובת רשד״ם (חו״מ סי׳ שעו) דחפירה ע״י פועלים מהני, וכן מוכח מהרא״ש בב״ב (דף נב פ״ג סי׳ נט), שהוכיח שחזקה דנעילה לא הוי תיקון מנעול מגיטין עז,ב, דאמר תיזיל ותיחוד (בשבת), ותיקון מנעול לא התירו בשבת אפילו על ידי אמירה לנכרי כו׳, ע״ש, מזה מוכח דחזקה דתיקון מנעול מהני ע״י נכרי, רק שלא התירוהו בשבת. נכרי אדעתא דנפשיה קעביד אבל כונת פועל ככונת בעל הבית. מוסיף הנתיבות שחזקה עי פועל מועילה אף שהפועל לא התכוין לקנות כל שלבעל הבית היתה כונה לקנות ״כיון דבגרמתו נתקן השדה הוי כאילו החזיק בעצמו, דמה לי אם חפר ע״י שורו או ע״י פועלו, דמה שחפר פועלו ע״י קולו וציווי הוי כאילו חרש שורו על פי קולו, וכיון שהוא נתכוין לזכות ע״י הפועלים מהני״. ע״כ תו״ד נתה״מ.

חלקת יואב:[3] קנינים ע״י גוי אינם מועילים

נתה״מ העלה שקנינים כגון משיכה, הגבהה וחזקה מועילים ע״י פועל עכו״ם אף שאין שליחות לגוי והביא ראיה מהרא״ש (פ׳ ח״ה נב,ב) שחזקה באופן הנ״ל מועילה. החלקת יואב סבור שלא מועילים קנינים ע״י גוי משני טעמים: קנינים אינן מועילים ע״י גרמא, ומה שנאמר שקורא לה והיא באה קנאה אין זה גרמא אלא מעשה וראיה לכך מב״מ (צ,ב) שחסמה בקול לוקה וע״כ חשיב מעשה (וכיוצ״ב רצה להוכיח מסוגית רכוב ומנהיג ע״ש.

החלקת יואב (חו״מ סי׳ א) מציין לדברי נתה״מ (רעג,ג) הנ״ל, דחבילי זמורות להגבהת פיל מהני רק בשעה שאוחז בזמורות בשעה שהפיל קופץ. וציין לאיסור להניח דבילה על אוזן הבכור כדי שיבוא כלב ויפול מום בבכור (בכורות לד,א),

[3] הובא בתמצית ויורחב בהמשך.

והוי גרמא האסורה מהתורה, לדעת החלקת יואב קנין ע״י פועל גוי גרע מקנין בגרם. הרא״ש (ב״מ פ׳ השוכר את הפועלים צ,ב) סובר, שאיסור אמירה לנכרי בבכור הוא רק מדרבנן אף שגרימת מום אסורה מהתורה והטעם הוא דגוי אדעתא דנפשיה עביד וא״כ אף בפועל יש לומר כן ואדרבה בהלכות שבת מצינו שבקצץ שכר עדיף עפי כי יותר עושה אדעתיה דנפשיה לשם קבלת השכר (שבת יט,א).

את הוכחת הנתיבות מהרא״ש בפ׳ ח״ה לגבי תיקון המנעול דחה החלקת יואב באופן הבא: ״הואיל וקיי״ל בחולין (טז,א) שתלוש ולסוף חברו אם לא מבטל הדבר הוי כתלוש וא״כ צ״ב מה מהני תיקון המנעול. וע״כ שהתועלת בתיקון המנעול הוא רק אם מבטלו ואז נחשב הוא לתיקון בקרקע ואם כן אם עכו״ם קבעו (אפילו פועל) אם האשה (בגיטין עז,ב) לא מבטלת המנעול לא מהני,[4] ואם כן הביטול שנעשה על ידה מחשיב התיקון כמעשה קנין שנעשה על ידה וממילא אין ראיה משם שמהני קנין חזקה ע״י נכרי.

משיכת בהמה שאני

הגרז״נ גולדברג שליט״א[5] הציע חילוק בין משיכת בהמה למשיכת חפצים ע״י גרמא. תו״ד כדלהלן: יש מקום לומר שמשיכה ע״י גרמא מועילה במשיכת בהמה בלבד. גם כשמוליכים בהמה אין זה נחשב שהבהמה הולכת מכוחו הישיר. לכן המחמר בשבת אינו עובר בכל פעם בחיוב סקילה של מוציא מרשות לרשות והולך ד׳ אמות כעושה בידים אלא באיסור לאו של מחמר בלבד. אעפ״כ משיכת בהמה על ידי הנהגתה מועילה למרות שזה גרמא הואיל וזו הרגילות, כך הדרך. ואילו באמירה לפועל שימשוך חפץ, כין שמשיכת החפץ יכולה להעשות בכוחו ממש ייתכן וגרמא אינה מועילה.

---

[4] והוסיף ש׳ביטול המנעול׳ שרי לעשותו בשבת וציין לשבת קמב,א (ול״ה כעת ראיתו), והעיר מתוס׳ שבת מד,ב: ״יש עליה מעות אסור לטלטלה. ע״כ במניח איירי דבשכח תנן פרק נוטל (קמב,ב) מנער הכר והן נופלות ובמניח בשבת איירי דבהניח מבעוד יום והיו עליה בין השמשות אפילו אין עליה מעות אסור לטלטלה כדקאמר בסיפא דמילתיה וקשה דאיך יכול להיות שמניח לדעת בשבת וי״ל כגון שהניח נכרי או תינוק לדעת ישראל״. משמע שהוא עצמו אינו יכול לבטלו בשבת.

[5] בהערת שוליים במאמרו בענין ׳קנין רוכב ויושב על עגלה׳ (שעלי דעת ו עמ׳ 166).

חזקה שונה משאר קנינים

בב״ב נד,א: אמר שמואל האי מאן דפשח דיקלא אדעתא דדיקלא קני אדעתא דחיותא לא קני, ה״ד שקיל מהאי גיסא ומהאי גיבא אדעתא דדיקלא כולא מחד גיסא אדעתא דחיותא וכו׳. ופרשב״ם: ״אם מפשיחו לצורך בהמותיו להאכילן ואינו מתכוין להנאת הדקל ומיהו בלקיטת הענפים מתכוין הוא להחזיק בדקל ולקנותו בחזקה זו לא קני ואע״ג דממילא מהני לדקל כיון דאינו מתכוין לתקן הקרקע דומיא דנעל וגדר אלא ללקיטת פירות מתכוין לא הויא חזקה וכמחזיק שלא מדעת דמי וכי קאמר מתכוין אני לקנות בלקיטה זו הרי הוא כמי שהולך בשוק ואומר רוצה אני להחזיק בשדה פלוני דבדיבור בלא מעשה לא הויא חזקה דתרתי בעינן שיעשה תיקון בקרקע בידים ובאותו תיקון יהא מתכוין לשם תיקון כדי להחזיק״.

בדברי הרשב״ם נתחדש שבקנין חזקה לא די בפעולה/ מעשה הקנין וכונה לקנות אלא צריך שיכוין לתקן ולהשביח הקרקע ואם אינו מכוין לכך אף שעושה הפעולה ומתכוין לקנות (פשח אדעתא דחיותא) לא מהני.[6] ונראה שתוס׳ חולק על דברי הרשב״ם שכן בארו דאדעתא דחיותא לא קנה, משום דבעינן כונה לקנות.

בבאור שיטת הרשב״ם העלה בספר מנחת אשר (עמ״ס ב״ב שיעור לז), שגדר קנין חזקה שונה משאר קנינים דוגמת הגבהה ומשיכה. חזקה כלשעצמה אינה מעשה קנין כמשיכה והגבהה אלא באמצעות חזקה יש מצב של ׳ישיבה בקרקע׳. בקידושין כו,א ילפינן קנין חזקה מהפסוק ׳וירשתם אותה וישבתם בה׳ במה קניתם בישיבה. ודבר זה מתבאר לאור כך, שיש אופנים שונים של חזקה ומלבד נעל, גדר ופרץ יש אופנים שונים של תיקון הקרקע, ואף בלא תיקון בקרקע כגון הציע מצעות ושכב עליהם (רשב״ם נג,ב) ועוד. וצ״ב ״איך שייך מעשה קנין במעשים ועניינים שונים׳ ולנ״ל א״ש, האדם קונה ע״י ישיבה בקרקע וחז״ל קבעו שיש כמה ביטויים לישיבה.

לאור זה רצה המנחת אשר לבאר שיטת האבנ״מ הנ״ל, שחזקה מהני בגרמא כגון ע״י אמירה לפועל אף אם אינו בר שליחות וכפי שהעלה האבנ״מ הנ״ל בתשובתו. תיקון הקרקע עבור הקונה אף היא יכולה להחשב כישיבתו בקרקע אף ללא גדרי ודיני שליחות.

---

[6] בד״ה כולה מחד גיסא כתב הרשב״ם שבאופן זה מקלקל האילן ובודאי אדעתא דחיותא עביד, וצ״ב, דאף אם פשח משני צדדים והתכוין אדעתא דחיותא מבואר כאן דלא מהני.

וע״ע בדברי רע״א (בגליון השו״ע חו״מ קצב) בשם מהריק״ש, שאם דרך הכל לבנות ע״י גוי, מועילה חזקה על ידו ואולי יתפרש על פי הנ״ל (ע״כ מהמנחת אשר).

דובב מישרים: קנין בגרמא לעומת קנין ע״י נכרי

בשו״ת דובב מישרים (ח״א בשלהי סי׳ צט) בשאלה האם יהודי שמחמת מחלה מתאשפז במוסד שלאחר שיבריא יאלצו לשרוף את כל מטלטליו, ודנו הפוסקים האם רשאי ליקח עמו תפילין (ראה חזון נחום סי׳ ו, אגרו״מ או״ח א,ד ועוד), התייחס בקצרה לדברי נתה״מ (קפח,א).

תוס׳ ביומא (נד,א ד״ה כרובים) סוברים שלצייר צורות בצבע מותר ורק תבליט נאסר והביאו ראיה מב״ב (נד,א) שרב קנה גינתא דבי רב בצורתא (ציור על הכתלים). והקשו תוס׳ מכסא שלמה ותירצו דעשה ע״י אחרים (וליכא למיחש לחשדא כי רבים שכיחי גבייהו). ויש להוסיף שהואיל וכתיב ׳לא תעשון׳ עשיה אסרה תורה וגרם שרי (כבשבת קכ,ב) ואם עשיה ע״י פועל נכרי חשיב כגרמא ממילא לא עובר כלל בעשיית צורה ע״י פועל נכרי וא״כ אם חזקה מועילה ע״י פועל נכרי ״מדוע לא תירצו התוס׳ ז״ל ג״כ על הקושיא שהקשו מרב דצייר לגינתא דבי רב דע״י אחרים עשה החזקה [וחשדא ליכא דהא היה גינתא דבי רב, וכפי מה דמבואר בש״ס ע״ז (מגב) בבי כנישתא ליכא חשדא משום דרבים שכיחי שם]״ מכאן יש להסיק שקנין חזקה ע״י פועל נכרי לא מהני.

רבי עקיבא איגר: הטלת מום ע״י נכרי

רע״א (מהדו״ק סד) מסכים לראיית השואל (רבי מאיר ווייל) שהטלת מום בבכור ע״י נכרי אסורה מדרבנן בלבד. הוכחתו מדברי הרא״ש על ספק הגמ׳ בב״מ (צ,א) האם אמירה לנכרי לחסום פרה ולדוש בה אסורה; האם אמירה לנכרי אסורה בשבת בלבד דחיוב שבת בסקילה או אף בלא תחסום שאינו אלא לאו בלבד אמירה לנכרי אסורה. וכתב הרא״ש בשם הראב״ד ״דהך לא איפשיטא ואזלינן לקולא. ואף על גב דמסקי׳ במטיל מום בקדשים דע״י נכרי נמי אסור ואפי׳ בזמן הזה שאין אסור אלא מדרבנן. כדאיתא בבכורות פרק כל פסולי המוקדשים (לה,א) התם משום חומרא דקדשים הוא ולא גמרינן מינה.״

והנה בדליקה בשבת התירו לומר ׳כל המכבה אינו מפסיד׳ ולא התירו אמירה לנכרי בהדיא (או״ח שלד, כה כו) ומ״מ גרם כיבוי מותר (שם כב), ז״א שבשבת גרם יותר קל מאמירה לנכרי. וביחס להטלת מום בבכור אומרת המשנה

שאסור לעשות כן ע״י נכרי ואילו הגמ׳ בבכורות (לה,א) אומרת ׳זה הכלל לאתויי גרמא׳ משמע שגרמא פחות מאמירה לנכרי והרי הטלת מום בבכור בגרמא אסורה מהתורה, ולעיל הוכח שלרא״ש הטלת מום ע״י נכרי אסורה מדרבנן בלבד, וצ״ע.

חת״ס: אם העשיה אסורה גרמא שרי

החת״ס (אבה״ע סי׳ כ) כותב שבכל מקום שנאמר בתורה לשון לא תעשה הרי שעשיה אסורה ׳הגרמה שרי׳ כמו במחיקת השם, כדאיתא בשבת (קכ,ב) ״דאמר קרא ואבדתם את שמם מן המקום ההוא לא תעשון כן לה׳ אלהיכם עשייה הוא דאסור גרמא שרי״. כיוצ״ב בר״פ שבועת העדות הובאו כמה עניינים הנכללים באיסור עשיית עול במשפט ובכלל לא תענה ברעך עד שקר אבל נאסרו רק בגלל הפסוק ׳מדבר שקר תרחק׳ ואילו היה כתוב לא תדבר שקר לא היה נאסר (אלא שנאמר ׳תרחק׳).

לגבי איסור בישול בשר בחלב כותב החת״ס: ״ע״ד מי שמעמיד קדרת בשר עם חלב אצל עצים ולא ישים אש ומניח אצלם כלי זכוכיות בשעה שאין החמה זורחת והניח כן עד שתזרח השמש ותכה בניצוציה ומדליק העצים ע״י הזכוכית ותבשל בשר בחלב פטור הוא דלא תבשל כתיב וה״ה לא תבערו אש אי נימא בכל מלאכת שבת הגרמה לאו דאורייתא ה״נ בהבערה ולמאן דס״ל דאסור מדאורייתא היינו מדכתיב במלאכת שבת לא יעשה בקמץ כמו במחמץ מנחות לא תאפה (ת׳ צרויה א׳ קמוצה) חמץ״. ותלוי במחלוקת אם הבערה לחלק יצאת (ומלמדת על כל המלאכות) או ללאו יצאת (ושוב אינה בכלל המלאכות). ״ומ״מ אין זה ענין לאמירה לנכרי דאי אסורה מן התורה[7] הו״ל האמירה לו כעושה מעשה בידים ואי לאו דאורייתא אפילו הגרמה לא הוה דגוי עושה אדעתי׳ דנפשי׳ בשביל ישראל ולא מקרי הגרמה אלא כשנעשה המעשה מאלי׳ שלא ע״י בן דעת רק על דעת ישראל שהמציא מעשה ההוא והחילוק מובן ולחנם האריך מעלתו בזה.״

החת״ס נקט שאמירה לנכרי במקום שלא נאסרה בהדיא היא קלה יותר מ׳הגרמה׳.

---

[7] וכדאיתא במכילתא: ״כל מלאכה לא יעשה בהם לא תעשה אתה ולא יעשה חברך ולא יעשה הגוי מלאכתך״ והביאה רש״י בחומש שמות יב,טז והסמ״ג ל״ת עה.

מהרש״ם: גרמא ואמירה לגוי

המהרש״ם (ח״א סי׳ כב) דן בשאלת אנשים ״שקנו יער מאדון, לכרות להם העצים עד זמן פלוני, לא יאוחר, מפני שנחוץ להאדון מקום העצים שיהיה פנוי, ויש בתוכם אילני פירות, אם מותר למכור האילנות לעכו״ם שהם יקצצו להם העצים״.

בתוך דבריו ציין לבשמים ראש סי׳ שלד, שצידד להתיר ע״י עכו״ם, דהוי רק כגרמא. ובפרט במוכר לעכו״ם, יש להקל טפי. ובצרופים נוספים סיכם ש״לכן לענ״ד יש למכור לעכו״ם, ויאמר לו שיחצוב עם השרש והעפר שסביבו, באופן שיוכל לחיות ולנטעם במק״א, וכמ״ש בשאילת יעבץ עצה זו. בסיום דבריו כתב מהרש״ם: ״והנה מ״ש הבש״ר הנ״ל דאמירה לעכו״ם הוי גרמא, יעוין בשו״ת ספר יהושע סי׳ מא דס״ל, דקיל מגרמא. וע׳ שו״ת ב״א חיו״ד סי׳ עה. ואני מצאתי בשו״ת מהר״י מברונא סי׳ ר״א דמבואר דהוי כגרמא ע״ש. והנלע״ד כתבתי״.

בתשובה המצויינת בשו״ת מהר״י ברונא אין התייחסות לנדו״ד ונראה שכונת מהרש״ם לסי׳ רד שעוסק באדם שמזיק על ידי אמירה לגוי: ״ותדע מדאמרינן בפ׳ הנזקין (שם נב,ב) מ״ד מערב מ״ט לא אמר מנסך ממש, מנסך קים ליה בדרבא מיניה ואם אמר לגוי לנסך חייב א״כ אכתי תיקשה מ״ט לא אמר מנסך ממש ע״י גוי, אע״כ פטור, מיהו בתוס׳ בדבור גזלן הוא וממון בעי שלומי בפרק הנזקין (נג,ב) משמע דחייב אפי׳ ע״י גרמא גבי אתפס׳ בידי ב״ד על ידי גרמא עיין שם״. אולי כונת מהרש״ם לסוף התשובה בה כתב שמתוס׳ משמע שאפילו ע״י גרמא חייב ומשמע שכ״ש ע״י אמירה לגוי ועדיין צ״ב.

מאורות נתן: הדלקת נרות שבת ע״י גרמא

בשו״ת דברי מלכיאל (ח״ד סי׳ ה) כתב שכשם שלא עוברים בל״ת אם המעשה נעשה בגרמתו כך מצות עשה אינה מתקיימת אלא כשעושה המעשה בעצמו ולא בגרמא. ואחת מראיותיו מדקי״ל שהמדליק נר חנוכה ע״י חש״ו לא יי״ח אף שנעשה בגרמתו ובציוויו. לאור זה כתב בספר מאורות נתן (חשמל בשבת פרק ששי) שלראבי״ה שכתב שה״ה לנר שבת לא מהני הדלקת חש״ו יש להסיק שגם ע״י גרמא לא מהני. ולולי דברי הדברי מלכיאל אפשר לומר שהדלקת חש״ו לא חשיב גרמא ואף שעושים עפ״י ציוויו הואיל ואינם בני דעת אין מעשיהם חשובים כנעשים מכח המשלח. והנה המג״א כתב בשם מהר״ם שאפשר להדליק נר שבת ע״י אמירה לגוי ולפי״ז צ״ל שגם ע״י גרמא מהני שכן

אין שליחות לגוי. וציין למהרש״ם שכתב בשם כמה אחרונים שאמירה לנכרי קיל מגרמא. וע״ע חת״ס הנ״ל שאמירה לגוי גרועה מגרמא מכיון שעושה אדעתא דנפשיה וגרמא מקרי רק כשהמעשה נעשה מאליו שלא ע״י בן דעת.

בדעת הדברי מלכיאל צ״ל שסובר שע״י עכו״ם הואיל ובן דעת הוא ועושה עפ״י ציווי הישראל עדיף מגרמא כמבואר בשו״ת רע״א הנ״ל, שגרם כיבוי מותר ואמירה לעכו״ם לכבות אסורה.

הערות

א. לשון הברייתא בב״ב (עה,ב): ״כיצד במשיכה קורא לה והיא באה או שהכישה במקל ורצתה לפניו וכו׳. ואילו הרמב״ם (מכירה ב,ו) כתב: ״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 וכו׳״. התנא נקט כדוגמא למשיכה ׳קורא לה והיא באה׳ והרמב״ם מדגיש שמשיכה באופן זה היא חידוש ׳אלא אפילו׳. וצ״ב.

ב. רמב״ם בכורות ב,ח: ״הרגיל לבכור שיפול בו מום כגון שנתן דבילה על אזנו עד שבא כלב ונטלה וחתך אזנו וכו׳ או שאמר לנכרי להטיל בו מום הרי זה לא ישחוט עליו, זה הכלל כל מום שנעשה לדעתו אסור לו לשחוט עליו ואם נעשה שלא לדעתו הרי זה שוחט עליו״.

הרמב״ם כלל אמירה לנכרי עם גרמא, אמנם לא בהלכה העוסקת בחומרת המעשה אלא בקנס שמטילים עליו שאין להנות ממום זה.

ג. בשו״ת באהלה של תורה (ח״ג סי׳ ה) דן בענין מלאכות ע״י גרמא בשביעית. והגם שנוטה לאסור מציין שאף אם לא תהיה נפ״מ לענין שביעית חשוב לבחון מחלוקת זו הנידונה בשיעור ביחס לתחומים אחרים ולראות עד כמה יש השלכות למחלוקת קצוה״ח ונתה״מ בענין גרמא לקנינים, ע״ש.

הרב אריה ויזל

משיכת פקדון על ידי השומר – גדרה ותכליתה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. הסבר א: משיכה בשומר כהכנסה לרשות

ג. הסבר ב: משיכה מועילה מדין תחילת שמירה

ד. הסבר ג: משיכה היא קניין היוצר התחייבות לאחריות על החפץ

ה. הפקיד על חמור חבירו על מנת שיוליך החפץ

ו. משיכת המתבצעת על ידי המפקיד

ז. שמירה בקרקע ובשטרות

ח. אומן

ט. שומר שחייב עצמו יותר מדינו

י. חלק ב: לשומר בעלות ממונית בגוף החפץ

יא. סיכום

א. הקדמה

מפורסמת מחלוקת הראשונים, האם כתנאי לחיובי השומר בדיני שמירה, נזקק השומר למעשה קניין או שמא הוא מתחייב בדיני שמירה גם ללא מעשה קניין. הגמרא (בבא מציעא צט,א) אומרת 'כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים', ומכאן למדו הרמב"ם (שכירות ב,ח; פירוש המשנה ב"ק ז,ו) ורש"י (בבא קמא עט,א ד"ה תיקנו) ששומר מתחייב בדיני שמירה רק בתנאי שעשה מעשה קניין, ובלי מעשה קניין אינו חייב אף שגמר בדעתו להתחייב.[1]

[1] מלשון הגמרא 'כך תקנו משיכה בשומרים' לכאורה משמע שגם לשיטה שבלי מעשה קניין אין השומר מתחייב, הוא רק מדרבנן ולא מהתורה, ובאמת מהתורה חייב אף בלי משיכה, והרב ברוך כהנא ציין (שומרים, מילואים לסעיף 1(א), עמוד 630 להערה 128) שרבים שביארו כך, וע"ש לפ"ז מדוע הוצרכו חז"ל לתקן קניין משיכה. אמנם ראה שם שיש רבים

מאידך, המשנה אומרת (בבא מציעא פ,ב) שכאשר מפקיד אומר לנפקד: 'שמור לי', והנפקד אומר: 'הנח לפני' - הרי הוא שומר חינם. ומכאן לכאורה מוכח שאין צורך במעשה קניין כדי להתחייב בדיני שומרים, ועצם קבלת השמירה מספיקה, ש'מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה', כלשון הרא"ש (פ"ח סימן טו), וכן למדו תוספות (צט,א ד"ה כך).[2]

מחלוקת זו הובאה בשולחן ערוך במספר מקומות. בהלכות שומר חינם (רצא,ה) הביא השולחן ערוך את ב' השיטות. בהלכות שומר שכר (שג,א) סתם השולחן ערוך כדעת הרמב"ם והרמ"א לא השיגו, ובהלכות שאילה (שמ,ד) השולחן ערוך פסק כדעת הרמב"ם שצריך מעשה קנין, והרמ"א הזכיר את החולקים שאין צריך מעשה קנין . הש"ך הכריע (רצא,יג) שצריך מעשה קניין.

במסגרת זו לא נעסוק בפרטי הראיות והמשא ומתן לכאן ולכאן. נתמקד בעיקר בשיטת הרמב"ם, המצריכה מעשה קניין,[3] ונדון בשאלה - מהי מהות ותכלית מעשה קניין בהלכות שמירה? כיצד קניין משיכה מועילה לחייב את הנפקד בדיני שמירה? בדרך כלל מקובל שגדר ומטרת מעשה הקניין היא העברת בעלות או זכות ממונית מסוימת למושך, ולכאורה ביחס להלכות שמירה אין לומר כך, שהרי השומר לא קונה את החפץ והוא נשאר בבעלותו של המפקיד?![4] ואע"פ שקונה אכן מתחייב בתשלום לאחר המשיכה, מכל מקום החיוב הוא

שלמדו שהצורך במשיכה הוא מהתורה ולא מדרבנן, וראה שם כמה הסברים ללשון הגמרא 'כך תקנו משיכה בשומרים'. וכך נראה שלמדו רוב הפוסקים שיובאו לקמן במאמרנו.

[2] ובקצרה כתב כן הרא"ש גם בפרק 'השוכר את האומנין' סימן טז. אמנם הגר"א (רצא סקי"ג), הפלפולא חריפתא (שם אות א), והתפארת שמואל (ב"ק פ"ז אות ג) העירו שבבא קמא סתר הרא"ש (פ"ז סימן יא) את דבריו כאן, וכתב שמתחייב רק משעת משיכה, וכבר העיר כן השלטי גיבורים (בבא מציעא נ,ב בדפי הרי"ף). כמו כן העירו שגם התוספות סותר עצמו, משום שבבא קמא (עט,א ד"ה תיקנו) כתב התוספות ששומר חייב רק משעת משיכה. וראה באבן האזל (שאלה ופקדון א,ד"ה ונראה) שיישב שבאמת שיטת הרא"ש שיכול להתחייב כבר משעה שקיבל עליו לשמור אלא שכל זה מועיל דוקא משעה שהבעלים נסתלקו משמירת הפקדון אך אם המפקיד עדיין עומד ליד הנפקד לא מועילה קבלת השומר אלא רק בתנאי שעושה קנין משיכה.

עוד העירו רבים שבאמת שיטת תוספות שונה משיטת הרא"ש, שלרא"ש גם שואל מתחייב כבר בעצם הסכמתו לשמור, אך לתוספות שואל מתחייב רק כשעושה משיכה, ובזה שונה שואל משומר חינם ושכר.

[3] האחרונים האריכו לדון בשיטת הרא"ש והתוספות כיצד התחייבות השומר מועילה לחייבו גם מבלי מעשה קניין, ראה למשל במחנה אפרים (שומרים סימן ז) ו קצוה"ח (שז,א).

[4] כך מסתבר, ויתירה מכך המפקיד אף יכול להקדישו את פקדונו ונמצא שאפילו אינו נחשב לאינו ברשות המפקיד, כמבואר בתוספות (ב"ק ע,א ד"ה לא) וברמב"ם (ערכים וחרמים ו,כב).

פועל יוצא מקניין החפץ, שכיון שקונה את החפץ ממילא מתחייב תמורתו, אך אין לומר שמשיכה יכולה ליצור התחייבות בלי קניין החפץ לפני כן.[5]

ואכן כבר תמה כן רבי עקיבא איגר בחידושיו (בבא מציעא מח,א ד״ה ובאמת וז״ל:

> כל קנין משיכה אין המשיכה עושה כלום להתחייבות המושך אלא דהמשיכה עושה שיזכה בדבר המושך וממילא נתחייב בתשלומים...ובאמת מה״ט אינו מובן כראוי לשיטת הסוברים (סימן רצא) דשומר לא נתחייב בשמירה, אלא אם עשה איזה קנין חצר או ד״א או משיכה, ואיני מבין מה טיבו של משיכה בש״ח הא הוא אינו זוכה כלום במשיכה זו ובמה יתחייב במשיכה.

ב. הסבר א: משיכה בשומר כהכנסה לרשות המחייבת בדיני שמירה ולא חלות קניינית

הזכר יצחק (סוף סימן לא) מבאר בקצרה את גדר משיכה בשומרים:

> וכן משיכה בשומרים אינו בגדר קנין, רק כיון שמשיכה מועילת בקנין, והיינו דעל ידי המשיכה כאילו נכנסת לרשותו שזה מחייב גם בשומר, דבשומר הדין גם כן דנכנס לרשותו מדין התורה דכי יתן איש אל רעהו, והנתינה היא העתקה מרשותו לרשות השומר ובלאו הכי לא מתחייב, ובזה נסתר לי כמה קושיות מהאחרונים, והרבה דברים יש לי בזה והעת לא תתננו כעת לבוא בארוכה.

הזכר יצחק מבאר שמשיכה מחייבת את השומר בדיני שמירה, אך לא בגלל החלות הקניינית הטמון בה, אלא מפני שכדי להתחייב בדיני שמירה יש צורך בהעברת החפץ לרשות לשומר, וכיון שמשיכה מוגדרת כהכנסה לרשותו, שעל כן היא מועילה בדיני קניינים, יש בכוחה לחייב את המושך בדיני שמירה.

לא מצאתי כעת שהזכר יצחק ממשיך לפתח את עיקרי סברא זו, וננסה להעלות בע״ה דברים העולים מגדר זה.

---

[5] אכן ביחס לשוכר ולשואל ניתן לפרש שהשומר קונה את גוף החפץ, אך בפשטות ביחס לשומר שכר וכל שכן ביחס לשומר חינם קשה לפרש כן, ועל כן ברובו של המאמר נצא מנקודת הנחה ששומר לא קונה את גוף החפץ.

1. אילו סוגי קניינים מועילים לחייב בדיני שמירה

להבנה זו, הסוברת שרק העברת רשות מחייבת בדיני שמירה, אפשר שיש קניינים שלא יועילו לחייב את השומר בדיני שמירה, משום שיש קניינים שאינם בגדר הכנסה לרשות, ולכן יש לברר ביחס לכל קניין וקניין האם הוא אכן עונה להגדרה זו והאם הוא מועיל לחייב בדיני שמירה.

א. קניין הגבהה – בפשטות קניין הגבהה אכן עונה על גדר של הכנסה לרשות ועל כן מועילה הגבהה לחייב בדיני שמירה, וכן כתב בפשיטות המנחת חינוך (מצוה ס).

ב. קנין חצר – קניין חצר מועיל לחייב בדיני שמירה,[6] וזה אכן תואם לזכר יצחק, משום שגדר קניין חצר הוא כהכנסה לרשות.[7]

ג. קניין סודר - יש לדון האם שומר מתחייב בדיני שמירה בקניין סודר, היינו במקרה שהשומר נותן את סודרו למפקיד,[8] ובכך מקנה המפקיד את החפץ לשומר, שהרי לפי הזכר יצחק נראה שלא מתחייב בדיני שמירה משום שהחפץ אינו נכנס לרשות השומר. ומצאתי שבהגהות ה'אמרי ברוך' על קצוה"ח (צה סק"ד) משמע שסובר שמועיל קנין סודר לחייב את השומר, אך במילואי החושן (שם) מביא בשם הקהילות יעקב בהגהותיו על קצוה"ח, שקניין סודר לא מועיל לחייב בדיני שמירה מכיון שאינו זוכה כלום בחפץ תמורת הסודר שנתן, ודבריו מובנים היטב לפי הזכר יצחק.

ד. קניין כסף - כאשר שוכר משלם כסף במטרה לשכור מטלטלין, אף אם נאמר שכסף קונה את עצם השכירות (ראה סימן קצח סעיף ו), מכל מקום לפי הזכר יצחק השוכר עדיין לא מתחייב בדיני שמירה, משום שהחפץ עדיין לא ברשותו, וכאשר לא נמצא ברשותו אי אפשר להתחייב בדיני שמירה. אך אפשר לומר שהזכר יצחק מודה שבשוכר

---

6 בבב"מ צד,ב: "כגון דקיימא בחצירו דשואל".

7 וראה עוד לקמן מה שהוספנו לדון בקניין חצר.

8 בקניין סודר להיפך, שהשומר מושך את סודרו של המפקיד, מבואר בכמה מקומות (בבא מציעא נח,א; צד,א) שמועיל לחייב את השומר, ואף שכאן החפץ אינו ברשות השומר, נראה שאין בכך סתירה לזכר יצחק, משום שאפשר שלפרש שבמקרה שהשומר מושך את הסודר, הרי זה כאחריות ממונית שמתחייב לשלם במקרים ששומר חייב, אך אין זה מועיל לעשותו ממש כשומר, כיון שסוף כל סוף החפץ לא ברשותו, ויש להאריך בזה. לעומת זאת כאשר המפקיד מושך את סודר הנפקד, א"א אפילו לומר שהשומר מתחייב בהתחייבות הממונית שהרי השומר לא משך את הסודר, ואיך יחייב עצמו.

כן מועיל קניין כסף, והחילוק הוא שאפשר שדווקא ביחס לשומר חינם ושומר שכר למד הזכר יצחק שעצם ההכנסה לרשות היא המחייבת ולא מעשה הקניין, משום שבהם כאמור אין השומר זוכה כלל בגוף החפץ ועל כן מוכרח שעצם העברת הרשות היא המחייבת בדיני שמירה. אך בשוכר, וכן בשואל, שקונה את גוף החפץ לפירות, ממילא בהם אכן ניתן לפרש את הצורך בקניין כפשוטו, שעצם מעשה הקניין הוא המחייב בדיני שמירה, ממילא מובן שגם קניין כסף יועיל בשוכר גם לזכר יצחק. ונראה להוסיף ולהכריח חילוק זה מדברי הזכר יצחק עצמו, שראייתו לכך שהעברת הרשות היא המחייבת היא מכך שהתורה התנתה זאת בדבריה 'כי יתן איש אל רעהו' , והרי לשון זה אמורה בתורה (שמות כב,ו ; כב,ט) ביחס לשומר חינם ושומר שכר אך לא בשוכר ובשואל, ולכן אפשר לבאר שבהם גדר מעשה המשיכה מתבאר ביחס לחלות קניינית וממילא כאמור גם קניין כסף יועיל בהם, וכן חילק בטבעת החושן (סימן רצא ד"ה ויש לחקור).

ה. אלא שעדיין יש לומר נפק"מ בקניין כסף לפי סברת הזכר יצחק בשומר שכר (שאינו קונה בגוף החפץ) שקיבל שכר מוקדם עבור השמירה, שלא מועילה קבלת השכר לחייבו בדיני שמירה כיון שהחפץ לא נכנס לרשות השומר.[9]

ו. ומצאתי שיש אחרונים[10] שלמדו בדברי הרמ"ה (שטמ"ק בבא קמא צט,ב ד"ה וכן כתב הרמה) ובדברי התוספות רי"ד (בבא קמא עט,א) שאכן קבלת שכר לא מועילה לחייב מדיני שמירה, ולפי מה שכתבנו דבריהם מובנים היטב.

ז. קנין אגב – לקמן נביא דברי קצוה"ח (צה,ד) ונתה"מ (שם,א) שדנו באריכות במקרה שמפקיד מסר קרקע ומטלטלין שעליה לשומר ועשה

---

[9] ויש לדון האם מכל מקום נתינת הכסף מועילה לחייב אותו באחריות חיצונית שאינה נובעת מדיני שמירה כמו שכתבנו בהערה הקודמת ביחס לקניין סודר (וראה בהערה הבאה). והנה יש לשומר ב' חיובים: א. חיוב שמירה על החפץ. ב חיובי אחריות במקרה של אבדן. וידוע מה שדנו האחרונים לדון ביחס בין החיובים הללו, ויש לעורר דשמא ההתחייבות החיצונית הנ"ל מועילה רק בחיובי האחריות במקרה של אבדן אך לא מועילה לחייב אותו בשמירה על החפץ בפועל שאולי הוי כהתחייבות על דברים ורק חלות דין שומר מועיל לחייבו בשמירה על החפץ בפועל.

[10] מנחת פתים (שו,ד), דברי חיים (שומרים סימן יט ד"ה ולפע"ד), ערך ש"י (רצא,ה ; שג,א), אמרי בינה (הלכות הלוואה סימן פב ד"ה וראיתי). הרמ"ה מדבר על אומן שמתחייב בדיני שמירה רק אם משך או הגביה אך בנתינת כסף לא חייב מדיני שמירה, ומכל מקום מודה הרמ"ה שנתינת השכר מועילה לחייבו בחיוב אחריות ומכאן לכאורה ראיה למה שכתבנו בהערה הקודמת. (וראה לקמן עוד ביחס לאומן).

השומר קנין בקרקע האם יועיל להתחייב בדיני שמירה על המטלטלין על ידי קניין אגב, ולזכר יצחק מסתבר שלא יועיל כיון שהמטלטלין לא נמצאים ברשות השומר, שהרי הקרקע לא ברשותו ובבעלותו, ואם כן אי אפשר להתחייב בדיני שמירה עליהם. אך עדיין יש לעיין בכך, שאפשר שגם לזכר יצחק ניתן לומר שכדי להתחייב בדיני שומרים אין צריך שהחפץ יהיה ממש ברשות השומר אלא מספיק שיהיה בסמכותו ובחזקתו של השומר, הגם שאין הרשות בבעלות הממונית של הנפקד, דגם זה כלול בכלל 'וכי יתן איש אל רעהו', שכל נתינה מהמפקיד לנפקד באופן שהחפץ יהיה בסמכותו, בחזקתו, ובשליטתו של הנפקד – מועילה להיחשב כנתינה לשומר.[11] ולפ"ז בנידון זה ניתן לומר שסוף כל סוף החפץ נמצא בשליטתו, שאף שאין שמירה בקרקעות, מכל מקום כיון שהשומר חייב אם פשע בשמירת הקרקע לדעת הרמב"ם (שכירות ב,ג), נמצא שבמובן מסוים החפץ מונח ברשות שכן יש לנפקד בה סמכות ושליטה מסוימת, שהרי הוא מחויב בשמירתה ואם פשע חייב, ועל כן אפשר שגם לזכר יצחק מועיל קנין אגב לחייב את השומר בשמירת המטלטלין.[12]

2. האם צריך דוקא רשות המועילה לדיני קניינים או שכל רשות מועילה

לעיל אמרנו שקניין חצר מועיל להתחייב בדיני שמירה משום שיש בכך הכנסה לרשות. ונראה להוסיף, שלפי הזכר יצחק אין צריך שהחצר תהיה חצר משתמרת או חצר שאינה מהלכת. הביאור לכך הוא שדווקא כאשר מטרת המעשה היא ליצור חלות קניינית צריך שהחצר תהיה חצר המועילה לדיני קניינים, ודווקא בתנאים הנ"ל החצר מועילה לקניין, אך כיון שבדיני שומרים מטרת החצר היא לא ליצור חלות קניינית אלא רק ליצור היכי תמצי של הכנסה לרשות השומר המחייבתו בדיני שמירה, ממילא אפשר להבין שאין צורך שלחצר יהיו תנאים אלו, שהרי סוף כל סוף גם באינה משתמרת או בחצר מהלכת החפץ נכנס לרשות השומר ונחשב כנתינה המחייבת בדיני שמירה.[13]

---

[11] כמובן שאין הכוונה שעצם נתינת הרשות והסמכות לנפקד מועילה, שאם כן לא צריך מעשה כלל, אלא כוונתי שתהיה נתינה באופן שכרגע החפץ נמצא במקום ומצב שיש לנפקד איזה סמכות ורשות בו.

[12] וראה עוד לקמן ביחס לקניין קרקע.

[13] שו"ר שכעין זה כתב הרב מרדכי פארשלגר וז"ל (תורת מיכאל סימן כה): "דלהשיטה דבקבלת שמירה לחוד לא מחייב עד דעביד משיכה ובמקום דמשיכה קונה, אין הכוונה דבעינן שיהיה שם קנין משיכה הקונה בכל מקום להיות שלו, אלא אף דלענייו להיות שלו בקנין לא קני בחצר מהלכת, אבל לענין קניין שומרים להתחייב בעינן רק שיקבל שמירה

והנה יש ראשונים[14] שחידשו אף יותר מכך, שבשומר מועילה משיכה גם ברשות הרבים אף שבדיני קניינים משיכה כזו לא מועילה. להבנה זו במהות קניין שומר ניתן להבין את דבריהם היטב, שגם אם לא מועילה משיכה ברה״ר בדיני קניינים מכל מקום היא תועיל לגבי דיני שמירה משום שסוף כל סוף החפץ נמצא ביד הנפקד ושפיר חשיב כנתינה מהמפקיד לנפקד.

בהמשך עוד נחזור ונבחן דרך זו, רק נעיר בינתיים, שגם הר׳ פיינשטיין הבליע תוך כדי דבריו (קובץ המוריה שנה י ג-ד עמוד לט) כיוון דומה, אך לא ממש זהה לדרך זו. הוא ביאר שבאמת משיכה אינה מחילה את חיובי השמירה, אלא כיון שהחפץ ברשות השומר, ונעשה לשומר, וכיון שהוא שומר ממילא הוא מתחייב בדיני שמירה.

ג. הסבר ב: משיכה מועילה מדין תחילת שמירה

בשיטת הרמב״ן, מציע קצוה״ח (שז,א) שמשיכה מועילה מדין תחילת שמירה. כשם שכאשר פועל המתחיל במלאכתו הוי קניין, ראה בשו״ע (שלג,א), כך שומר המתחיל במלאכת השמירה הוי קניין להתחייב בדיני שמירה.[15] ומה

עליו וזה עיקרו של חיוב, אלא ס״ל דאם קבלת השמירה לא היה ברשותו אלא ברה״ר לא מחייב בשמירה, דלענין חיוב שמירה בעינן שיהיה מונח ברשותו ואזי אם מקבל עליו לשמור מחייב בשמירה, אבל כל שמונח ברשותו אף שהוא חצר מהלכת דלא קני בעלמא, אבל לגבי קנין דחיוב שמירה כל שמונח ברשותו וקיבל עליו שמירתו קונה לענין חיוב שמירה.. דאף שהוא חצר מהלכת מ״מ הא מונח ברשותו שיש בידו לשמרו וקיבל עליו שמירתו מחייב מדין שומרים בשמירתו״. נמצא שגם הוא הגדיר שמספיק שיהיה ברשות מסוימת של הנפקד ואין צורך ברשות קניינית, אלא שלא ירד לנמק זאת כדברינו שכל הצורך במשיכה הוא לא משום הקניין שבזה אלא משום מעשה נתינה היוצר חיוב שמירה. וראה בדברי משפט (רצא,ה סק״ג) ובאמרי בינה (קונטרס בדיני הקיינים סימן יב ד״ה ואין) שגם הם כתבו שכדי להתחייב בדיני שמירה מועילה חצר שאינה משתמרת, אך הם נימקו דבריהם בשונה מהנ״ל, וזאת מפני שהם למדו את משיכת השומר באופן שונה מהזכר יצחק, כפי שיובא לקמן מדבריהם.

[14] תוספות (ב״מ צט,א ד״ה כיון), תוספות ראי״ש (שם), חידושי הריטב״א הישנים (שם), מרדכי (ב״מ סימן שעה),רבי ברוך מארץ יוון (ב״ק עט,א) – כתבו באחר מתירוציהם שמשיכה קונה ברה״ר, וכן פסק בערוך השלחן (רצא,יג).

[15] קצוה״ח מציג כאילו הנ״י כותב כן בשם הרמב״ן , אך באמת הנ״י כתב (נז. דפי הרי״ף) לדמות בין פועל לשומר חינם ביחס לכך שכאשר השומר משך אין בעל הבית יכול לחזור בו אך לא ביחס לכך ששומר חייב מעת המשיכה. הרב ברוך כהנא העיר (שם, עמוד 636 להערה 134 סעיף א) ״שלגבי זכות החזרה מובנת ההשוואה לפועל שגם שם המעסיק אינו יכול לחזור בו אחרי התחלת המלאכה, אבל אין מובנת ההשוואה לפועל לעניין חיוב באחריות, שהרי בפועל אין חיוב אחריות והוא אף רשאי לחזור בו באמצע היום״. וביאר בכוונת קצוה״ח שצריך לומר, ״שכמו שבפועל התחלת המלאכה מחילה את החיובים שהטילה התורה על הפועל ועל המעסיק, כך התחלת המלאכה בשומר מחילה את החיובים שהטילה התורה על השומר – חיוב אחריות״. עוד יש להעיר שהנ״י כתב כן בשם הר״ן ולא בשם

שצריך משיכה משום שרק כך נחשב שהשומר התחיל במלאכת השמירה, שכאשר החפץ נכנס לרשותו הוי התחלת שמירה.[16] נעיר שהסבר זה, כמו הקודם, יוצא מתוך הנחת מוצא שוודאי שמטרת המשיכה אינה מעשה קנין בגוף החפץ, ועל כן הוא כאמור מבאר שיסוד המשיכה הוא מדין התחילת שמירה.

גם האמרי בינה (קונטרס בדיני הקנינים סימן יב ד״ה ואין, הלכות דיינים סימן ל ד״ה גם) ביאר ש״כל ענין קנין של שומר חינם ושומר שכר הוא לא שיהיה להם קנין בגוף הדבר, דהא כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא, רק מטעם התחלת מלאכה דהוי קנין אצל פועלים מכי משכן לרשותן״.

בדומה להסבר הקודם, גם להסבר זה, צריך לדון ביחס לכל קניין לגופו האם הוא מהווה התחלת שמירה וממילא יחייב את השומר, או שמא אין טמון בו התחלת שמירה ואין הנפקד יתחייב בדיני שמירה. בפשטות קנין חצר מהווה התחלת שמירה שהרי החפץ נמצא בחצרו ולכן מועיל לחייב בדיני שמירה כמו שהבאנו לעיל. אך נראה שקניין כסף[17] או קניין סודר לא יועילו לחייב בדיני שומרים שבפשטות אין בהם התחלת שמירה שהרי החפץ לא נמצא לידו או ברשותו. נמצא לדרך זו שיש קניינים שלא יועילו לחייב בדיני שמירה.

הרמב״ן, וכן העיר הר׳ ברוך כהנא (שם), והוסיפו במהדורת פרידמן שברמב״ן לא נמצא כן. נראה שלכן הרב ד״ר איתמר ורהפטיג הציע (ספר זכרון לרב יצחק נסים ח״א עמוד רפח הערה 36) לגרוס ב קצוה״ח ר״ן במקום רמב״ן.

[16] כך מבאר קצוה״ח בדעת הרמב״ן, בניגוד לראשונים הסוברים שאין צריך כלל משיכה בשומר, וסברתם ביאר קצוה״ח שגם הם סוברים שהתחלת השמירה היא המחייבת, אלא שלשיטתם התחלת השמירה מתחילה כבר בעת קבלת השמירה ואין צורך במשיכה לרשות השומר כדי שיחשב כתחילת השמירה.

[17] ביחס לכסף דנו לעיל בשני מקרים. א. כסף שהשומר נותן במטרה לשכור חפץ. ב. כסף שניתן לשומר כדי שיהיה שומר שכר. באופן הראשון שהשומר משלם עבור שכירות החפץ, יש לעיין דשמא אף שלא מתחיל לשמור על החפץ, מכל מקום כן יועיל לחייבו כשומר, שהרי כפי שכתבנו לעיל אפשר לחלק בין שומר חינם שלא קונה גוף החפץ, לשוכר שכן קונה את גוף החפץ לשימושים בו, ועל כן ניתן לפרש שקניין הכסף מועיל לקנות בגוף החפץ וממילא חייב בדיני שמירה. ומאידך יש לומר שמסתבר שלא נראה לחלק בין סוגי השומרים, ובכל השומרים מתחייב רק בתחילת השמירה על החפץ, ורק להסבר הקודם שחידש שישנו דין נתינה לשומר, והתנה את חלות דיני השומר בנתינה לרשותו, ניתן לחלק ביניהם, שכמו שכתבנו לעיל בשואל ובשוכר לא נאמר ׳וכי יתן׳ ואפשר שבהם אין צורך בנתינה ועצם הקניין בגוף החפץ מועיל ויש לעיין בזה.

ובאופן השני שהמפקיד משלם לשומר על מנת לחייבו כשומר שכר, נראה שיש לדון שאולי נתינת הכסף יוצרת התחייבות חיצונית שאינה מחילה עליו דיני שמירה מלאים וכפי שהערנו לעיל (הערה 9).

כמו כן לדרך זו מסתבר שאין צורך במעשה קניין מובהק כדי להתחייב בדיני שמירה שכל עוד שמתחיל לעשות מעשה של שמירה מתחייב אפילו אינו מעשה קניין מובהק.[18]

כמו כן גם לשיטה זו מובן היטב שהכנסה לחצר יכולה להועיל אף בחצר שאינה משתמרת וכן בחצר מהלכת, שכיון שסוף כל סוף החפץ נמצא בחצירו אפשר שיש בכך התחלת שמירה אף שאין בחצר זו יכולת קנייניות. ואכן האמרי בינה כתב (קונטרס דיני הקניינים שם) שלדרך זו מובנת היטב הצעת סבו, הדברי משפט, שהזכרנו לעיל (הערה 12) שגם חצר שאינה משתמרת תועיל בקניין שומר.

ד. הסבר ג: משיכה היא קניין היוצר התחייבות על אחריות החפץ

אמנם בדעת הרמב״ם, מבאר קצוה״ח באופן אחר וז״ל:

> דמשיכה בשומר חינם ושומר שכר אף על גב דלא קני שום דבר ה״ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו כמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אף על גב שלא קנו שום דבר.

קצוה״ח מחדש שמשיכה בשומרים היא קניין שעל ידו מתחייב השומר באחריות החפץ. אין זה קניין בגוף החפץ אך זהו קניין המחיל התחייבות על השומר. הוא מקביל בין שומר לגזלן. כשם שגזלן חייב באונסין בעת משיכת החפץ כך השומר מתחייב במשיכת החפץ.[19]

---

[18] כפי שכבר הערנו לרמב״ן בניגוד לתוספות ולרא״ש עצם קבלת השמירה לבד לא נחשבת כהתחלת שמירה וצריך מעשה נוסף כמשיכה, אך אפשר שהמעשה הנוסף אינו דווקא מעשה קניין טיפוסי.

[19] קצוה״ח מבאר זאת דווקא בשיטת הרמב״ם ולא בשיטת הרמב״ן כאמור לעיל. הוא מבאר שמחלוקת זו של הרמב״ם והרמב״ן בהבנת גדר משיכת השומר תלויה במחלוקת אחרת שלהם – האם שומר מתחייב בשעת משיכה או בשעת פשיעה. בגמרא בכתובות (לג,ב) נחלקו ב׳ לשונות, האם שומרים מתחייבים משעת משיכה או משעת פשיעה. הרמב״ן (ב״מ צז,ב ד״ה גמרא) הכריע ששומר מתחייב בשעת פשיעה. והרמב״ם (לפי קצוה״ח) הכריע שחייב משעת משיכה. לפ״ז מבאר קצוה״ח שמחלוקת הרמב״ן והרמב״ם בגדר משיכת השומר, לשיטתם במחלוקת מתי שומר מתחייב. הרמב״ן שסובר ששומר מתחייב בשעת פשיעה לא יכול לבאר שמשיכה מהווה קניין להתחייב כמו גנב וגזלן, שהרי גנב וגזלן חייבים בעת משיכת החפץ אך שומר מתחייב רק בשעת פשיעה, ואם כן הוי כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר שלושים יום שאז כבר נגמר הקניין ולא מועיל, וע״כ הוכרח הרמב״ן לבאר שיסוד משיכה היא מדין התחלת השמירה. אך הרמב״ם סובר ששומר מתחייב בשעת משיכה וממילא יכול לדמות שומר לגנב ששניהם מתחייבים ע״י קניין המשיכה.

אם נבין את דבריו כפשטותם, ששומר באמת לא קונה בגוף החפץ ומ״מ המשיכה מועילה לחייבו, נמצא שקצוה״ח לא מקבל את הנחת היסוד בתחילת דברינו שקניין משיכה יכול להוות רק קניין בחפץ אשר מכוחו חלה התחייבות המושך, אלא שבאמת קניין משיכה יכול להוות רק התחייבות אף על פי שלא טמון בו שום קניין ממוני.

להבנה זו, בניגוד להבנות הקודמות שהצגנו לעיל, מסתבר שלא רק קניין משיכה, אלא שכל קניין המועיל בדיני קניינים, יכול מעיקר הדין,[20] לחייב את השומר בדיני שמירה, משום שהקניין הוא על התחייבות השומר ולא אכפת לן באיזה קניין נעשתה התחייבות זו. ואכן מצינו בקצוה״ח (צה,ד) ובמשובב נתיבות (שם) שדן באריכות במקרה שמפקיד מסר קרקע ומטלטלין שעליה לשומר ועשה השומר קנין בקרקע להתחייב בשמירתה, ובשמירת המטלטלין שעליה על ידי קניין אגב, ועיקר דבריו שמה שלא יועיל קניין אגב לחייבו בדיני שמירה על המטלטלין, הוא רק משום שכיון שלא קונה את הקרקע לדיני שמירה לא יועיל קניין אגב לחייב את המטלטלין בשמירה ע״ש, ונמצא שמעיקר הדין קצוה״ח יכול לקבל את ההנחה שקניין אגב מועיל לחייב בדיני שמירה. ולדברינו קצוה״ח בזה הוא לשיטתו בהגדרת משיכת השומר. שכיון שמטרת הקניין בשומר הוא להטיל חיוב על השומר ומועיל אף על פי שלא קונה את החפץ, גם קניין אגב מעיקר הדין יכול להטיל חיוב זה. נתה״מ (שם,א) נקט שקניין אגב מועיל לחייב בשמירה ביחס למטלטלין, ונמצא שגם הוא מגדיר כקצוה״ח שמהות קניין השומר, היא קניין לחייב את השומר אף שלא קונה בגוף החפץ, שהרי כאמור לעיל לפי ההבנות האחרות בהגדרת קניין שומר, לא יועיל קניין אגב לחייב בדיני שמירה.[21]

להסברים הקודמים העלנו לעיל לדון, האם כאשר אדם משלם כסף במטרה לשכור חפץ (במקרים שקניין כסף מועיל), והחפץ עדיין נשאר ברשות המשכיר מועיל לחייבו בדיני שמירה, ולפי קצוה״ח נראה בפשטות שמעיקר הדין יועיל קניין הכסף לחייב את השומר, שכיוון שכל מטרת המשיכה היא פעולה קניינית לחייב את השומר נראה שכל פעולה קניינית יש בכוחה לחייב את השומר בדיני שמירה.[22] גם במקרה שבו המפקיד משלם לנפקד כדי שיהיה שומר שכר והחפץ

---

[20] אלא אם כן נמצא סיבות אחרות לכך שהקניין לא יועיל כדלקמן.

[21] ורק נחלקו קצוה״ח ונתה״מ באופן נקודתי, ביחס לקניין אגב האם מועיל כאשר על הקרקע לא הוטלו חיובי שמירה, אך הם מסכימים זה עם זה ביחס להגדרת מהות המשיכה.

[22] ומכל מקום יש לדון דשמא מצד אחר לא יועיל קניין השכירות לחייבו בדיני שמירה שהרי במקרה כזה החפץ עדיין נמצא ברשות המפקיד, וכאשר החפץ עדיין ברשות המפקיד ולא

עדיין נשאר ברשות המפקיד, נראה שלקצוה״ח מעשה זה מועיל לחייבו בדיני שמירה שהרי כל הצורך במעשה משיכה הוא רק כדי להוות מעשה המחייב את השומר, וודאי שניתן להגדיר את קבלת הכסף של השומר כמעשה המחייבו בדיני שמירה אף שאין זה קניין מובהק. הנתה״מ כתב בכמה מקומות (רצא,יב ; שו,א) שמועילה קבלת כסף של השומר שכר לחייבו בדיני שמירה[23], ונמצא שסובר שכל מטרת המשיכה היא רק יצירת התחייבות של השומר ואין מטרתה הכנסה לרשותו. זה תואם למה שכתבנו לעיל שנתה״מ סובר כקצוה״ח, שגדר הקניין בשומרים הוא מעשה ממוני המסוגל להחיל דיני שמירה על גוף השומר.

אף שכאמור דרך זו מרחיבה את מספר האפשרויות שעל ידם יכול שומר להתחייב, מכל מקום במידה מסוימת, דרך זו, בניגוד לקודמות, מצמצמת את האפשרות להתחייב, וזאת במקרה שהחפץ מונח בחצר משתמרת או בחצר מהלכת. להבנת קצוה״ח בדעת הרמב״ם, שמשיכה זהו מעשה קניין המחייב את השומר, מסתבר שדווקא מעשה קניין המועיל בדיני קניינים יוכל להועיל לחייב את השומר שהרי בלעדי כן אין כאן מעשה קניין, וממילא חצר שאינה מועילה בדיני קניינים לא תועיל לחייב את השומר. ורק להבנות הקודמות, שהצורך במעשה משיכה הוא כדי שיהיה מעשה נתינה והפקדה, וכן להבנה השנייה שתחילת שמירה מהווה יסוד להחלת חיוב על הנפקד, ביארנו לעיל שגם חצר שאינה משתמרת או חצר מהלכת מסוגלים להטיל דיני שמירה על הנפקד.

ננסה לבחון נידונים והקשרים נוספים ביחס לשלש ההבנות השונות שהצגנו.

ה. הפקיד על חמור חבירו על מנת שיוליך החפץ

על סמך תשובת הרא״ש (כלל צד סימן ב, ד) פסק השולחן ערוך (רצא,ב):

נסתלק החפץ מהמפקיד, אי אפשר להתחייב בדיני שמירה. זאת אומרת שגם לרמב״ם וסיעתו הסוברים שצריך קניין כדי לחייב את השומר ולא מספיק סילוק של המפקיד מהשמירה כרא״ש ותוספות, מכל מקום הם מודים שצריך שהמפקיד יסתלק מהחפץ, ואם החפץ עדיין נמצא ברשותו אי אפשר להתחייב בדיני שמירה, וכך נקטו הדבר אברהם (ח״א סימן מ) והאמרי בינה (קונטרס בדיני הקניינים שם ד״ה וראיתי). הם עצמם הביאו שמהמקנה (קידושין כז,א) משתמע שגם כאשר הבעלים לא נסתלק משמירתו מתחייב הנפקד בשמירת החפץ.

[23] המחנה אפרים (שם) והערך ש״י (רצא,ה) הביאו שבתשובת הרשב״א כתב (סימן אלף קלד) שקבלת כסף מועילה להחיל חלות שומר.

> ומכל מקום מי שהיה מהלך בדרך ואמר לו חבירו הולך עמך אלו המנעלים ואמר לו הניחם כאן על החמור והניחם שם ולא קבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניחם המפקיד על החמור כך הוליכם ולא קשרם והלך לו מן הצד להסך רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים הוי שומר חנם והוה ליה פושע וחייב לשלם.

בנידון זה השומר לא משך את החפץ, וביארו המחנה אפרים (שומרים סימן ז) ורבי עקיבא איגר (על הגליון שם) שהרא״ש לשיטתו שהשומר לא צריך מעשה קניין, ועל כן מתחייב אף בלא משיכה כבר כשאמר לו ׳הניחם כאן על החמור׳. מאידך לדעת הסוברים ששומר מתחייב רק במעשה משיכה, כאן שלא משך אין הנפקד מתחייב, שהרי אין כאן שום קניין. משיכת הבהמה לצורך הכלים שעליה הוי ספק (שולחן ערוך רב,יד), ומדין חצר לא מועיל שהרי הוי חצר מהלכת. גם הנתה״מ (שם,ז) למד כמותם, ומתוך כך תמה: ״ותימה על המחבר והרב שסתמו כאן״. וכדי לתרץ תמיהתו חידש הנתה״מ שיסוד החיוב אינו מדין שומר אלא שכיון, ״שהוליכו ממקום המשתמר והניחו במקום שאינו משתמר לגמרי הוי כמזיק בידים וחייב״ ע״ש חידושו , ורבים כבר העירו שאין זה פשט לשון השולחן ערוך ״הוי שומר חנם״.

ולדברנו לעיל שלב׳ ההסברים הראשונים בגדר משיכת השומר תועיל גם חצר מהלכת ולא צריך דווקא חצר המועילה בדיני קניינים כדי לחייב את השומר, מובנים היטב דברי השו״ע.[24] ומה שנתה״מ הוצרך לחדש את היסוד הנ״ל, וסירב לקבל שחצר מהלכת תועיל לחייב בדיני שומרים, זה משום שהוא לשיטתו בגדר משיכת השומר, שהוא קניין ממש בגוף החפץ להתחייבות השומר, ואם כן דווקא חצר המועילה לדיני קניינים מועילה לחייב את הנפקד.

ו. משיכה המתבצעת על ידי המפקיד

כבר הבאנו שמ״הנח לפני״ (ב״מ פ,ב) לכאורה מוכח ששומר מתחייב כבר בקבלת השמירה גם ללא מעשה קניין, וכדי לתרץ את השיטות המצריכות קניין, כתב הראב״ד (שיטה מקובצת שם ד״ה מתני׳ הנח):

> דכי אמר לו הנח לפני כמי שאמר לו הכישה במקל והיא תבא דהויא משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמי שמשכה הוא דמי.

---

[24] ובאמת הדברי משפט (שם) כתב את דבריו שמועילה גם חצר מהלכת כדי לבאר הלכה זו.

מבואר בראב״ד שגם בהנח לפני יש משיכה - משיכת המפקיד במקום הנפקד. ומפורסמים דברי המבי״ט (ח״א סוס״י קמה) שמשיכת המוכר מועילה להקנות חפץ לקונה, ומדברי הראב״ד לכאורה ראיה לשיטתו, וכ״כ בשער המשפט (ר,ה). ולהנ״ל דווקא להבנת קצוה״ח ברמב״ם, שקניין משיכה בשומר מהווה קניין בגוף החפץ לאחריות השומר, יש ראיה מדברי הראב״ד למבי״ט, שגם במקח וממכר מועילה משיכת השומר, אך להבנת הזכר יצחק שכל מהות המשיכה היא מעשה נתינה של הכנסה לרשות הנפקד, אין ראיה משומרים לדיני מקח וממכר, משום שדווקא בשומרים מועילה משיכת המפקיד לנפקד שהרי אין כאן מטרה לקניין, אלא הכנסה לרשות הנפקד וגם הכנסת החפץ על ידי המפקיד מועילה. אך אפשר שמכל מקום במכר לא תועיל משיכת המפקיד בשביל הנפקד, שהרי צריך שדווקא הקונה יעשה מעשה קניין ומעשה קניין של המוכר לא מועיל כפי שטענו החולקים על המבי״ט.

גם להסבר השני לעיל, שמשיכה מועילה מדין קניין של תחילת שמירה, נראה שאין ראייה מהראב״ד למבי״ט, שאפשר לומר שבמקח וממכר לא תועיל משיכת המוכר לצורך הקונה, משום שמעשה קניין צריך להיעשות דווקא על ידי הקונה, אך אפשר שמשיכת המפקיד לצורך הנפקד תועיל, כיון שסוף כל סוף יש כאן התחלת השמירה שהרי החפץ נמצא ברשות הנפקד והוא מתחיל לשמרו, ואף שאת מעשה ההפקדה וההכנסה לרשות הנפקד עשה המפקיד, מכל מקום את עצם המעשה המחייב, היינו התחלת השמירה, נעשית על ידי הנפקד שהרי החפץ נמצא בסמיכות לו ומתחיל בשמירתו.[25]

ז. שמירה בקרקעות ובשטרות

קצוה״ח הקשה (רצא,ה) מדוע הוצרכה הגמרא (נז,ב) למעט קרקעות ושטרות מדיני שומרים על ידי לימוד מפסוק, הרי מכיוון שאי אפשר להתחייב בדיני שומרים מבלי לעשות מעשה קניין אין שום הו״א ששומר יתחייב על שטרות שהרי הם לא נקנים במשיכה? ומוסיף קצוה״ח שגם למסקנה קשה, שהרי הרמב״ם (שכירות ב,ג) נקט שבפשיעה כן חייב על שטרות, ובמה חייב עצמו, הרי לא מועיל בהם קניין? וביחס לקרקעות מתרץ קצוה״ח שכיון שנקנים על ידי נעל גדר ופרץ ממילא זה מועיל גם לדיני שמירה, אך שטרות אי אפשר

[25] וכעי״ז ראה באמרי בינה (קונטרס דיני הקניינים סימן ח ד״ה ראיה וד״ה וראיתי). וראה בקונטרס השליחות לגרש״ש (סימן יז) שדחה באופנים אחרים את הדימוי בין דברי הראב״ד לנידון המבי״ט.

לקנות.[26] וראה קצוה״ח מה שתרץ, ועיקר תירוצו שיש אופנים מסוימים שגם בשטרות מועילה משיכה בלבד ואין צריך כתיבה, וגם בנתה״מ (שם,יב) הלך בדרך דומה לזו.

ונלענ״ד שלפי ההבנה הראשונה, שכל הצורך במשיכת החפץ הוא רק משום שמדיני שומרים צריך שהחפץ יכנס לרשות השומר בכדי שיחשב ׳וכי יתן׳, מעיקרא לא קשה כלל קושיית קצוה״ח, שהרי להבנה זו אין מטרת המשיכה לעשות מעשה קניין פורמלי, ועל כן אף ששטרות נקנים דווקא בכתיבה ומסירה, הרי בעצם מסירת השטר, החפץ נכנס לרשות השומר,[27] וממילא מתחייב בדיני שמירה.[28]

לשיטתו, שמשיכה מועילה מדין התחלת שמירה , תירץ האמרי בינה (קונטרס דיני הקניינים סימן יב שם) קושיא זו היטב :

> ולמה שכתבתי אתי שפיר דאם הביא החפץ לביתו ודאי עדיף מקנין והוי התחלת מלאכה ממש ואם לא היינו ממעטינן לשטרות לפי שאינו גופו ממון ולהקדשות היה מתחייב בשמירה בהביא לביתו

נמצא שלב׳ ההבנות הראשונות לא קשה כלל כיצד שומר מתחייב בשמירת שטרות, ומה שקצוה״ח ונתה״מ כן התקשו בכך, זה מפני שהם לשיטתם ששומר מתחייב רק על ידי מעשה קניין ממש.

ח. אומן

במשנה (ב״מ פ,ב) מבואר שאומן דינו כשומר שכר, ובגמרא (בבא קמא צט,ב) מפורט יותר שכאשר נתן לאומן לתקן וקלקלו, אם עושה בחינם – פטור,

---

[26] שהרי משיכה לא מועילה בשטרות עד שיכתוב קני לך איהו וכל שיעבודיה וימסור זאת, והרי בשומרין לא שייך כתיבה.

[27] ונראה שגם בקרקעות ניתן לומר שעל ידי קניין נעל, גדר ופרץ נחשב שהקרקע נכנסה לרשות השומר (ולא שנקנתה לו כקצוה״ח), ואע״פ שהקרקע לא נמצאת ברשותו ממש שהרי היא קרקע, מכל מקום כפי שכתבנו לעיל ביחס לקניין אגב, שאין צריך דווקא שהחפץ יהיה ממש ברשות הנפקד אלא כל עוד הוא בשליטתו של הרי זה נחשב שנמסר לידו, ושפיר מתחייב בדיני שמירה, ואם כן ה״ה ביחס לקרקע, שכאשר עושה חזקה בקרקע הרי היא בשליטתו ותחת ידו ונחשב שהקרקע אכן נמסרה לידו.

[28] ונראה שזהו תורף כוונת המהר״ל צינץ (מעייני החכמה נח,א ד״ה בגמרא) וז״ל :״ דלא קשה דודאי משיכה דשומרין אינה לקנות לגמרי, דהא לא קני ליה מידי..ובשומר אכתי ברשות בעלים קאי ויכולין להקדישו אי לא כפריה כמו שכתבו התוספות לעיל, ואם כן משיכה דשומרין אינו אלא שיהיה דבר הנשמר ברשותו, וכיון דהשטר על כל פנים ברשותו הוא שפיר היה מתחייב בדין שומרין אי לא מיעטיה רחמנא״.

ובתשלום - חייב. הראשונים נחלקו האם חיוב האומן הוא מדין מזיק או מדין שומר. לתוספות (בבא קמא כז,ב ד״ה דשמואל; בבא מציעא פב,ב ד״ה וסבר; ב״ב (צג,ב ד״ה דחייב) חיובו מדין מזיק אך לרמב״ן (בבא מציעא פב,ב ד״ה ואתא) חיובו מדין שומר. דין אומן נפסק להלכה בסימן שו.

לשיטות המצריכות קניין בשומר יש להקשות, כיצד אפשר לחייב אומן מדין שומר, הרי הפוסקים לא הזכירו שהאומן חייב רק כאשר עשה קניין לפני תחילת מלאכתו, וממילא לא חייב עצמו בדיני שמירה? יתירה מזאת, הרי אחת הדוגמאות (בבא קמא שם), היא בנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל ושיבר את האבנים או שהזיקן, והרי במקרה זה כמעט מפורש שלא עשה משיכה ואם כן מדוע חייב?

שיטת הש״ך (שו,א) שאפילו אומן העושה מלאכתו בבית בעל הבית נחשב לשומר שכר, ואם כן לכאורה מוכח שמתחייב אפילו בלי שום קניין?!

ובאמת מכח זה, הוכיחו החלקת יואב (שו״ת חושן משפט סימן יב ד״ה ובזה), והחושן אהרן (וואלקין שו,ד ד״ה והנה) שיסוד החיוב באומן הוא מדין מזיק ולא מדין שומר.

בשו״ת עמק הלכה כתב (ח״א סימן ל) שאחד הטעמים לפטור שו״ב מלשלם טריפות הבהמות הוא מפני שהבהמה מונחת על הארץ ואינו מושכה ואינו מגביה ועל כן אין עליו חיוב שומרים. ולדבריו צ״ל שמה שחייבו אומן זה אכן רק במקרה שעשה משיכה, ונפק״מ כנ״ל בשוחט שפטור כיון ששחטה בלי מעשה משיכה והגבהה, וכן נפק״מ מצויה באומן המתקן כלים כבדים שאין הדרך להגביהם, וכגון מקרר, מכונת כביסה ותנור, שפטור כיון שלא משך או הגביה.

אך לפי הנ״ל נראה לבאר את דין אומן היטב ואין צורך להעמיד את דין אומן דווקא בסיטואציה מסוימת, או להכריח שדין אומן מבוסס רק על דין מזיק.

הבאנו שהזכר יצחק ביאר שגדר המשיכה הוא מעשה נתינה לרשות השומר, והוספנו שלדבריו נראה שאין צריך הכנסה דווקא לרשות ממש, אלא כל הכנסה לשליטתו וחזקתו של הנפקד הרי היא בגדר נתינה לרשותו המועילה לחייבו בדיני שמירה. לפ״ז ניתן לומר שאף על פי שאומן לא עושה מעשה קניין פורמלי, מכל מקום כיון שהחפץ ניתן לו על מנת לתקנו הרי הוא בשליטתו וסמכותו וזה בגדר נתינה לידיו הנחשבת כמשיכה לחייבו בדיני שמירה.

גם להבנה שמשיכה מועילה מדין התחלת שמירה, ניתן לבאר היטב את דין אומן, שכאשר מתחיל במלאכת התיקון הרי הוי גם כהתחלת שמירה ועל כן מתחייב בקלקול החפץ. האמרי בינה שכאמור הגדיר שמשיכה מועילה מדין התחלת שמירה, ביאר (הלכות דיינים סימן ל ד״ה גם) לשיטתו באופן הזה את גדר אומן, וגם בשו״ת הרב״ז (ח״א יורה דעה סימן סב ד״ה אולם) תירץ כך.

גם נתה״מ נדרש לשאלה זו וכתב (שו,א) ז״ל:

> ואף דבעינן משיכה בשומרים, מ״מ נראה דבשוכר הוי התחלת השימוש קנין הן לענין חזרה הן לענין חיוב אונסין, כמ״ש בשאלה בסי׳ שמ ע״ש דמהני התחלת שימוש דהוי כקבלת כסף, וה״נ בשוכר כיון שאין המשכיר יכול לחזור בו, האי הנאה ה״ל ככסף לגבי השוכר.

פשט דבריו שכיון שאין לבעל הבית יכולת חזרה, משום שכבר התחיל בשימוש, ממילא זה שאין יכולת חזרה נחשב שהאומן קיבל כסף, וקבלת כסף מועילה לחייב את האומן בדיני שמירה, ככל קניין כסף המועיל לחייב בדיני שמירה. כפי שכבר הבאנו, כך סובר נתה״מ, על יסוד הבנתו כקצוה״ח, שגדר המשיכה הוא מעשה קניין המחיל דיני שמירה על הנפקד, ואם כן כל מעשה קניין יכול ליצור חלות זו.[29]

ט. שומר שחייב עצמו יותר מדינו

בגמרא (בבא מציעא צד,א) מבואר ששומר יכול להתנות להיות כשואל, הגמרא שואלת: ״במאי בדברים״, ומתרצת שם ב׳ תירוצים כדי שלא יהיה קניין דברים. בשיטה מקובצת (שם) הביא שהראשונים הקשו מדוע הגמרא אומרת שבלעדי ב׳ התירוצים אינו יכול להתחייב כיון שזה רק דברים, הרי בשעת ההפקדה השומר גם מושך את החפץ עליו, ואם כן כאשר מתנה בשעת ההפקדה וגם מושך את ההקדש יועיל לחייב עצמו ומדוע הוי דברים?

בדומה לכך אומרת הגמרא (בבא מציעא נח,א) שאדם יכול לחייב עצמו בדיני שמירה בקרקעות ובהקדשות אף שמעיקר הדין אין בהם דיני שמירה וזאת על ידי קניין סודר. גם פה הקשה הרב שטניימן (אילת השחר תוד״ה אמר) מדוע צריך מעשה קניין כדי לחייב עצמו, והרי הנפקד מושך את ההקדש ומדוע אין די בזה לחייב עצמו?

---

[29] וראה תירוצים נוספים לחיוב אומן מדין שומר בחזון איש (בבא קמא סימן ז סקי״ח) ובחידושי הרי״ם (בבא קמא צט,ב ד״ה אך קשה).

כדי להתמודד עם שאלת רבי עקיבא איגר לעיל, הרב שטיינמן מגדיר את משיכת השומר כפי הסברו של הזכר יצחק, ומתוך כך מתרץ קושיות אלו:

> לשיטתם דמתחייב על ידי המשיכה צריך לומר דאין המשיכה עושה הקנין, אלא דזה אופן קבלת הדבר דאז מתחיל דין שומר שהוא חייב מדין תורה דכשמקבל לשמור חייבתו תורה, והקבלה מתחילה עם קבלת החפץ לרשותו, אבל אם רוצה להתחייב יותר מדין התורה הא צריך ממש קניין, וכיון שבמשיכה אינו זוכה כלום בהחפץ לא שייך שיתחייב עי"ז וכסברת הגרעק"א.

ב' ההסברים האחרים יתרצו קושיות אלו כתירוצי הראשונים ע"ש בשיטה מקובצת.

י. חלק ב: לשומר בעלות ממונית בגוף החפץ

עד עתה יצאנו מנקודת הנחה ששומר לא קונה בעלות בגוף החפץ, ובכדי לבאר את יסוד קניין שומר, הוזקקנו לג' ההסברים הנ"ל . אך יש שביארו שלשומר יש קניין מסוים בגוף החפץ, ולדבריהם משיכת השומר מתפרשת במובנה הפשוט – קניין בגוף החפץ.[30]

חיובי השומר באחריות החפץ מבטאים בעלות מצומצמת בגוף החפץ

הרב יוסף צבי וינר העלה בספריו, ביכורי יוסף (ב' חלקים), הבנה מחודשת בגדרי בעלות, וז"ל (ח"ב סימן א עמוד כא):

> דהנה לעיל בחלק א' חקרנו בגדרי בעלות מה היא. האם גדר הבעלות הוא עצם שייכות גוף החפץ לבעלים, ושאר הדברים הם בגדר זכויות הנובעות מעצם השייכות והבעלות בגוף החפץ אך אינם בגדר בעלות עצמה. או נאמר שגדר הבעלות הוא שם כולל לכל הזכויות והחובות

---

[30] בנדון, האם לשומר יש בעלות בגוף הפקדון, יש לבחון מספר דברים: א. האם בכל השומרים יש בעלות בגוף החפץ, שהרי בפשטות ניתן לחלק בין שומר חינם לשוכר ושואל. ב. ממתי נובעת בעלות זו, האם היא נובעת מתחילה על ידי המשיכה, או רק בשלב מאוחר יותר כתוצאה מתנאים אחרים. ממילא לא כל דעה הנוקטת שאכן לשומר יש בעלות בגוף החפץ שייכת אלינו, שהרי כעת עיקר מטרתנו לבאר שקונה בגוף החפץ על ידי המשיכה שבתחילה ועל כן לא נכנס לנדון זה בהרחבה ורק נביא את הסוברים במפורש שהבעלות בגוף הפקדון מתחילה בתחילה על ידי המשיכה. וראה בהרחבה בסוגיות נוספות: זכיית השומר בתשלומי הגנב כשמשלם במקום להישבע (בבא מציעא לג,ב), שוכר שהשאיל לאחר (לה,ב), בדברי הראשונים ואחרונים שם, ובפרט בחידושי רבי עקיבא איגר (לג,ב תוספות ד"ה המפקיד), פני יהושע (לה,ב ד"ה במשנה השוכר), שיעורי רבי שמואל (שם אות רסט), וחזון איש (חושן משפט סימן ח סק"ה).

> הנובעות מן החפץ. דהיינו כל זכות הוא חלק מהבעלות הכוללת, וכלל הזכויות מהוות את הסך הכל של היקף הבעלות. וכבר העלנו שם באר היטב כי גדר הבעלות אינו עצם שייכות גוף החפץ בלבד, אלא כל הזכויות נכללות בגדר עצם הבעלות, וכל זכות בחפץ היא חלק בבעלות החפץ אם רב ואם מעט. וע״כ ניתן למכור להשכיר ולהפקיר כל זכות בחפץ ומהני משום דמוכר ממשות של חלק הבעלות.

הרב וינר מחדש שכל זכות מסוימת שיש לאדם בחפץ מבטאת חלק בבעלות הממשית שיש לו בחפץ, ולא שזכויות אלו הם רק פועל יוצא מתוך גוף החפץ. וממשיך הרב וינר לסכם את דבריו (שם):

> וביותר העלינו שם סימן לד כי כשם שיש חלקי בעלות לזכות כן יש חלקי בעלות לחובה, פירוש שחלק בעלות זה כ״כ קטן עד שאין בכוחו להקנות לו זכויות בחפץ. אך חובות בכוחו להקנות לו.[31]

מתוך כך הרב וינר מבאר (שם סימן ה עמוד מד) את יסוד קנין השומר ועל ידי כך גם את קצוה״ח:

> מעתה יבואר מהו ענין הקנין דבעינן כדי להתחייב באחריות כגון קנין בשומרים, קנין דגזלן, קנין דמשכון וכדו׳, דמה שייך קנין בשעבוד וחוב, ובמאי זכה וקנה ע״י קנין זה, אלא כדאמרן דחיוב אחריות הוי חלק בבעלות החפץ וצריך לקנות בעלות זו. ומשו״ה מהני בה קנין דהא קני ממשות של חלק בעלות וזכי בה . אלא שבעלות בחלק קטן זה שבחפץ לא סגי למיקני לי׳ זכויות בחפץ אלא חוב אחריות בלבד...ובקצוה״ח סי׳ שז כתב ז״ל ״אמנם נלענ״ד דמשיכה בש״ח וש״ש אע״ג דלא קנו שום דבר דה״ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו כמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו״ מבואר דהוי קנין ממש בחפץ לחיובים אף דלא קנה מידי בזכויות החפץ וההסבר נלענ״ד כדאמרן. דאי לאו הכי מה שייך קנין ובמה יחול הקנין דהא לא קני שום דבר .

---

[31] בכך הוא ביאר (ח״א עמוד סימן לד עמוד קמה) את דברי הגמרא בפסחים (ה,ב), שישראל המקבל אחריות על פקדונו של נכרי עובר באיסור בל ימצא, שכיון שיש לו אחריות ביחס לחפץ נמצא שיש לו בעלות מסוימת בגוף החפץ עצמו, ואף שבעלות זו קטנה ביחס לשאר הבעלויות בגוף החפץ, מכל מקום חידשה התורה שחייב גם על בעלות קטנה שכזו. ואין הכוונה שלמדנו מהפסוק שחייב על פקדון אף שאין החפץ בבעלותו. וע״ש שמסביר בזה דברים נוספים.

נמצא שהתחייבויות השומר מבטאים בעלות מסוימת בגוף החפץ וממילא מובן הצורך בקניין משיכה. לדבריו, שלא כמו שכתבנו לעיל, גם קצוה״ח מקבל את ההנחה שכדי להחיל התחייבות עצמית, מוכרח המושך לקנות דבר מסוים בגוף החפץ. ולשון קצוה״ח ׳דלא קני שום דבר׳ צריך להסביר שאין כוונתו שלא קונה כלל אלא כוונתו שבאמת את עיקר החפץ הוא לא קונה, והבעלות הקטנה שיש לו בחפץ נחשבת כשום דבר ביחס לעיקר הבעלות בחפץ.

כאמור הר׳ וינר מרחיב את מושג הבעלות ונוקט שגם רק התחייבויות בשמירת החפץ מבטאים בעלות מסוימת בגוף החפץ. הגדרה מחודשת זו במושג הבעלות דורשת בירור ובדיקה רחבה שאין כאן מקומה. לא רק עצם ההגדרה, שחובות בחפץ מבטאות בעלות בגוף החפץ, טעונה בדיקה וביאור, אלא גם ספציפית ביחס לשומר יש להבין הגדרה זו. הר׳ וינר הגדיר זאת כבעלות מועטה לעניין אחריות. בפשטות הסיבה שהגדיר זאת כ׳בעלות מועטה׳, משום שרק בסיטואציה של הפסד, על ידי פשיעה, גניבה או אבידה, מתחייב השומר, ורק כך בעלות זו מגיעה לכדי ביטוי. שאר הבעלות בגוף החפץ ודאי נשארת אצל המפקיד. במקרה של הפסד הרי מתחייב השומר על כל החפץ ולא רק על חלק קטן בו, ונמצא ש׳בעלות המועטה׳ משליכה באופן ישיר על כלל הבעלות של החפץ, וצריך להבין כיצד בעלות מצומצמת יכולה ליצור התחייבות ביחס לבעלות הרחבה בחפץ.[32]

1. השומר בעלים על גוף החפץ במלואו במקרה שהחפץ נפסד

גם הרב חיים פנחס שיינברג למד שכוונת קצוה״ח שקונה ממש בגוף החפץ, אלא שהקניין בגוף החפץ הינו במלוא הבעלות החפץ וז״ל (טבעת החושן ח״ד עמוד צא):

> ובפשיטות י״ל דס״ל להקצות דעיקר הקנין הוא על האחריות של החפץ דהיינו שקונה החפץ להתחייב באחריותו וס״ל להקצות דבכל

[32] אם היינו נוקטים שחיוב אחריות השומר אינו מבטא בעלות בגוף החפץ מובן היטב שישנו חיוב אחריות ביחס לכלל החפץ, שהרי יכול אדם להתחייב אף ביחס לדבר שאינו בעלים עליו כלל, אך אם אתה נוקט שמוכרח שחיוב אחריות ביחס לחפץ מבטא בעלות בו, יש לכאורה לדון ביחס בין המרכיבים השונים של הבעלות, ואם כן קשה כיצד בעלות קטנה מסוגלת ליצור חיוב על השומר במקרה של אבדן כלל החפץ? בחיובים אחרים כגון חמץ בפסח, אין אנו צריכים לדון ביחס לשאר חלקי הבעלות שהרי אפשר להבין שכיון שיש לו בעלות קטנה בחפץ ממילא אסור גם בבל ימצא, אך חובת אחריות על החפץ, זה חוב המשליך על שאר הבעלות בחפץ, וממילא קשה כנ״ל. ואפשר שכוונת הר׳ וינר היא כהסבר הבא שבעלות היא בעלות מלאה בחפץ אלא שהיא באה לידי ביטוי רק במקרה של אובדן החפץ, אך צ״ע שלא משמע כן בדבריו.

> השומרים אפי' בש"ח שייך זה ובהכי מובן נמי מ"ש כאן הקצות דאם שומרים מתחייבים בשעת פשיעה ל"ש ע"ז קנין משיכה משום דהוי כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר ל' דכלתה משיכה קמא דלכאורה צ"ע דהדין כלתה מצינו רק לגבי הקנאה היכא שרוצה לקנות גוף הדבר אבל על חיובים ל"ש זה דכמו דיכול אדם להתחייב עצמו על איזו תנאי שרוצה ה"נ יכול אדם לעשות קנין עכשיו בתנאי שיחול החיוב לאחר זמן דג"ז תלוי בדעתו, ולהנ"ל א"ש דגם הכא הוא ענין של הקנאה דהיינו שקונה החפץ לאחריותו וכשנאבד החפץ אח"כ הוי כמו שחפץ דידיה נאבד.

מדבריו משתמע שקונה את גוף החפץ במלואו, אלא שזה קורה רק בתנאי שהחפץ נאבד, ועל כן כאשר החפץ נאבד נחשב שהוא עצמו הפסיד את החפץ ולא המפקיד. בחלק המילואים הוסיף הר' שיינברג תוספת ביאור, ובכך גם מבאר את הגמרא (בבא מציעא לה,ב) שלדעת חכמים משעת מיתה קונה שומר שכר את הבהמה. ז"ל (ח"ה עמוד רנט):

> ועיין בטבעת החושן חלק ד, שביארנו דסובר הקצות דיש לשומר קנין בגוף הבהמה לגבי אחריות דאם נגנבה הבהמה חשוב שבהמה שלו נגנבה והוי שלו לגבי אחריות ולכן מהני המשיכה שהיא בגוף הבהמה לקנות אחריות דהקנין אחריות הוא בגוף הבהמה...לפי יסוד הקצות כאן שיש לכל שומר קנין בבהמה לגבי אחריות וזהו הפשט משעת מיתה קני ליה, דכיון שהבהמה מתה חשוב שבהמה שלו מתה מצד קנין אחריות שלו, והשוכר פטור מלשלם למשכיר כיון שמתה באונס והשואל חייב לשלם לשוכר כיון דחשוב שבהמת השוכר מתה, ולשון משעת מיתה קני ליה הוא לאו דוקא כמ"ש הריטב"א שהבאנו לעיל דבאמת קונה הקנין אחריות בשעת משיכה אלא הכוונה דקני ליה לגבי מיתה דהקנין אחריות הוא רק לגבי שאם ימות הבהמה או יארע לה דבר אחר יחשב שהבהמה שלו מתה או אירע לה דבר אחר.

נמצא שאם לבסוף הבהמה נאבדת קונה אותה למפרע על ידי המשיכה שנעשתה בתחילה, וזהו גדר חיוב האחריות של השומר שכיון שקונה למפרע הוי כאלו בהמה שלו אבדה וחייב מתחילה כיון שקנה אותה בשעת המשיכה.

גם ברבינו חננאל (לד,א) מצינו שקונה את החפץ משעת המשיכה. בביאור הלישנא השנייה בגמרא, כתב: "אע"ג דהות באגמא קני לה דהא ברשותיה

קיימא מעידנא דאפקיד מרה לגביה דהא מיחייב בשמירתה ומיגו דאיחייב בשמירתה כל היכא דאיתה ברשותיה קיימא״.

ניתן לבאר דרך זו באופן נוסף, על פי דברי הגרש״ש המובאים על ידי הר׳ אליהו דושינצר (נחלת אליהו עמוד רלא):

> ומאדמו״ר הגרשש״ק שליט״א כמדומה ששמעתי...וה״נ בשומר י״ל כן דבשעה שנטלה כיון שנתחייב באחריותה תכף משמשכה קנה אותה רק שמוטל עליו חיוב תשלומין היינו שבכל רגע הוא משיבה לבעלים במה שמקיים דיני שמירה אבל משמתה הבהמה דנגמר ענין חיוב תשלומין שלו ממילא קני לה.

ונראה שכוונתו כפי מה שייסדו האחרונים[33] ביחס לגזלן, שכבר בעת מעשה הגזילה קונה את החפץ, אלא שחיוב השבה של גוף החפץ מעכב בקניינו וממילא כשפוקע חיוב השבה החפץ שייך לגזלן מתחילה. וכעין זה מבאר ר׳ אליהו דושינצר ביחס לשומרים. בתחילה שמושך את החפץ הוא קונה אותו ומתחייב תמורתו, אלא שישנו חיוב השבה של גוף החפץ לנפקד, וכאשר הבהמה מתה, שכבר אין יכולת להשיב את גוף החפץ המקורי לבעלים, ממילא קנה אותה מתחילה שהרי משכה.[34]

ונעיר שיש הבדל בין ב׳ ביאורים אלו. לביאור הראשון קונה את החפץ רק בתנאי שהחפץ נפסד ומתחייב באחריותו, ואז קונה למפרע, אך לביאור השני קונה את החפץ כבר מתחילה בעת המשיכה אפילו בלי שהחפץ נפסד, אלא שבינתיים מוטל עליו חיוב השבה למפקיד.

2. ביטויים נוספים לבעלות השומר בגוף החפץ

יש אחרונים שנקטו שבעלות השומר בחפץ מתבטאת לא רק ביחס לחיוב אחריותו במקרה של אבדן החפץ אלא גם ביחס לנידונים נוספים.

א. המפקיד נתן את הפקדון לנפקד אין הנפקד צריך קניין - מדברי הרמב״ם (מכירה ה,יא; זכיה ומתנה ג,ב) משתמע שכאשר המפקיד

---

[33] קהלת יעקב (אבה״ע כח,ה), זכר יצחק (סימן עא), קהילות יעקב (קידושין סימן כא) ועוד.

[34] וקצת משמע בלשונו ׳שמוטל עליו חיוב תשלומין, היינו שבכל רגע הוא משיבה לבעלים במה שמקיים דיני שמירה׳, שכוונתו לומר שחיוב התשלומין עבור קניין החפץ אכן מתבצע בכל רגע שהוא שומר עליו, שכיון ששומר עליו כראוי הרי הוא כאילו משיבו לבעליו ואין עליו עדיין תביעת ממון עבור החפץ שלקח וכאשר החפץ נפסד וא״א להשיבו לבעליו ממילא מתעורר חיוב התשלום המקורי וגדר זה צ״ב.

מוחל או נותן[35] לנפקד את הפקדון אין הנפקד צריך לעשות מעשה קניין, והחפץ קנוי לו ממילא. וביאר האבן האזל (זכיה ומתנה שם) שהפקדון באמת ברשות השומר, ומה שיכול המפקיד להקדישו זה רק בגלל שכיון שהשומר הוא שלוחו נחשב שזה גם ברשות המפקיד אבל מ״מ החפץ ברשות הנפקד, ועל כן כאשר המפקיד מוותר על זכותו מובן מדוע אין השומר צריך מעשה קניין חדש .

ב. שומר עדיף על אדם שלישי המיועד להחזיר את החפץ למפקיד – כתב הרמב״ם (שלוחין ושותפין ג,ה): ״מי שהיה לו ביד חבירו פקדון או מלוה בין מטלטלין מין מעות ועשה שליח בעדים להביאן לו הרשות ביד זה שהם אצלו אם רצה ליתן נפטר ואינו חייב באחריותן שהרי נתן לשלוחו ואם לא רצה ליתן אינו נותן שאין זה בעל דינו עד שיבוא בהרשאה על הפקדון ״. מבואר ברמב״ם שהנפקד יכול שלא למסור את החפץ לידי שלוחו של המפקיד וצ״ב כיצד יכול לסרב למסור החפץ לשליח המפקיד? הברכת שמואל ביאר (גיטין סימן כה סק״ב ד״ה ואמר) בשם הגרי״ז שמכאן מוכח שלנפקד יש זכות בפקדון, שכל זמן שלא הגיע המפקיד לתבוע את הפקדון הרי החפץ נחשב שלו ולכן אינו צריך למסור את החפץ לידי שליח אלא אם כן בא בהרשאה שאז הוי כמו שהמפקיד בא בעצמו. וכן הביא הברכת שמואל (שם ד״ה ונראה) מהגמרא גיטין (יד,א) שאם הנפקד מינה שליח להוליך פקדון למפקיד, שאם הולך כזכי אז הנפקד אינו יכול לחזור בו ולהוציא את החפץ מהשליח אך אם הולך לא כזכי יכול הנפקד לשוב ולהוציא את החפץ מהשליח. ותמה הברכת שמואל שהרי לנפקד אין שום זכות בחפץ, רק דיני שמירה וחיוב אחריות, ואין לו הפסד ממה שהחפץ אצל השליח ואם כן כיצד יכול הנפקד להוציא מידי השליח את החפץ?! אלא מוכח מכאן שהחפץ קנוי לו לעניין שהחפץ תחת רשותו ובעלותו כל עוד שלא בא בעל דינו ועל כן יכול להוציאו מהשליח.

ג. מעמד שלושתן – הגמרא בגיטין אומרת (יג,ב) שיש קנין מעמד שלושתן בפקדון. וביארו התוספות (שם ד״ה גופא) שחידוש הוא שהמפקיד יכול להקנות לשלישי אפילו בלי רצון הנפקד. ותמה הפני יהושע (שם) מה החידוש בכך ומה ההו״א שהשומר יכול להתנגד והרי

[35] בהלכות מכירה (שם) משתמע שאין צריך קניין אף כשמוחל לו ואילו בהלכות זכיה ומתנה (שם) משמע שרק כשנותן לו את החפץ מועיל ללא קניין אך במחילה לא מועיל ללא קניין, ונושאי הכלים דנו בזה ע״ש, ועכ״פ גם זה שלא צריך קנין בדרך נתינה הוא חידוש הטעון ביאור.

החפץ אינו שלו? ותירץ הפני יהושע שישנה הו״א שהנפקד יכול לומר למקבל החפץ לאו בעל דברים דידי את ואיני רוצה למסור לך את הפקדון ושוב צ״ב מה הזכות שלו? וביאר הברכת שמואל כנ״ל שכיון שהחפץ קנוי לנפקד לעניין זה שהחפץ ברשותו כל עוד שלא בא בעל דינו לכן יש הו״א שיוכל לעכב, ובאמת זו הסיבה שלכן אומרת הגמרא שמעמד שלושתן הוא הלכתא בלא טעמא.

יא. סיכום

יצאנו מנקודת הנחה ששומר לא קונה את גוף הפקדון, ומתוך כך פתחנו בשאלה, לסוברים ששומר מתחייב רק במעשה משיכה, כיצד מועילה המשיכה לחייבו בדיני שמירה הרי המשיכה הינה חסרת משמעות כיון שלא מקנה לשומר בגוף החפץ? הבאנו שלשה הסברים שונים לגדר משיכה בהתחייבות השומר, העלנו נפק״מ הנובעים מכך, וכן העלנו לדון במספר מקרים לאור הסברים אלו. לבסוף הצגנו דרך אחרת ששומר אכן קונה בגוף החפץ, והצבענו על כמה כיוונים לכך, וממילא לדרך זו מעשה המשיכה מתפרש כמעשה קניין פורמלי כמובנו הפשוט.

הרב עידן חביב

אבדה בחדר מדרגות בבנין מגורים משותף

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. האם מהני יאוש ברשות?

ג. מצלמות בחדר המדרגות

ד. אבדה בבנין מגורים באזור בו רוב האנשים אינם שומרי תורה ומצוות

ה. השבת אבדה למנוע חילול ה' וכדי לקדש שמו יתברך

ו. סיכום ומסקנה

א. פתיחה

מדובר בשטר בודד וללא סימנים עליו ולכן לכאורה בפשטות היה נראה לומר שאין חיוב להכריז על האבדה והיא של המוצא.[1]

אמנם לאור המיקום שבו נמצאה האבדה ולאור המציאות של היום, הן מבחינת ה"טכנולוגיה" והן מבחינת האנשים (שמירת תורה ומצות וכן יחסם של אותם שאינם עדיין שומרי תורה ומצוות לציבור ששומר תורה ומצוות) יש לדון בענין מכמה בחינות

וננסה בעזהי"ת לרדת לעומקם של הדברים.

ב. האם מהני יאוש ברשות?

איתא בגמרא ב"מ כו: "אמר רבא ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר בכולן, משום "בל תגזול ומשום "השב תשיבם" ומשום "לא תתעלם" ואע"ג דאהדרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא." ושואלים הראשונים איך אע"ג שמחזיר את האבדה הרי זה כמתנה בעלמא?

ומתרץ הרמב"ן (יד, ב בדפי הרי"ף) וז"ל: "וזו כיון שנתכון לגוזלה ולא להשיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבדה, דבשלמא היכא שנטלה

---

[1] עי' שו"ע חו"מ רסב,ו.

בתורת אבדה ולא ע״מ לגוזלה קודם יאוש, דא״א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד בעלים ושומר שכר שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות בעלים. אבל בזו שע״מ לגוזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים ״והשיב את הגזילה״, שהרי נקנית לו לגמרי בייאוש מטעם אבדה, הלכך אע״פ שהחזירה עובר בכולן״.

נמצאנו למדים מדבריו אלו שכשנוטל אבדה ע״מ להחזירה לבעלים נעשה כשומר שכר[2] של הבעלים וידו כיד הבעלים והאבדה הרי היא ברשות הבעלים ואפי׳ יתייאש הבעלים לא יכול המוצא לזכות בה דיאוש ברשות לא מהני.[3]

וכן מצאנו להדיא בשיטה מקובצת ריש פרק לו מציאות״ בשם הריטב״א,

וכן הוא בנימוקי יוסף (יב,ב בדפי הרי״ף) לגבי ההוא גברא דאשכח כופרא בי מעצרתא. וכן מתורץ בדברי הרשב״א לגבי הא דמחציו ולפנים של בעה״ב (ב״מ כו,ב) ולא אמרינן דמתיאש משום דלא מהני יאוש ברשות. מצאנו אם כן שדעת הרמב״ן וסיעתו דלא מהני יאוש ברשות.

1. דעת התוס׳

אמנם יש לעיין בדברי התוס׳, שמדברי התוס׳ ב״ק סו. ד״ה הכא, משמע שהטעם שלא זכה המוצא באבדה הוא כיון שכבר נתחייב בהשבה (ולא כמו שכתב הרמב״ן שהוא משום שנעשה כשומר של הבעלים וידו כיד הבעלים ויאוש ברשות לא מהני). ומפה אפשר להבין שאכן התוס׳ לא ס״ל דיאוש ברשות לא מהני וכן משמע מדברי רבים מהאחרונים.

בספר אבן הטוען (ב״מ כא) הוכיח זאת מדברי התוס׳ ב״ק ס״ו. שכתבו שתורת ״באיסורא אתא לידיה״ קאי אף כאשר נטלה ע״מ לגוזלה, ושם הרי אין יאוש ברשות כלל.

---

[2] המחנ״א כתב שלרמב״ן הוא כש״ש וזה תלוי במחלוקת רבה ורב יוסף ב״ק נו, אך למאן דס״ל שהוא כש״ח אע״פ שהוא כפקדון אינו עומד ברשותו ממש שלא יחול יאוש בעלים. אמנם יש מי שסבור שהרמב״ן כתב שומר שכר כי לדינא סובר כן אך סברתו לגבי יאוש בעלים תתכן גם למ״ד שהוא ש״ח.

[3] ולדבריו מה שכתב גבי יאוש שלא מדעת, אע״ג דשמעינן דמייאש אח״כ, באיסורא אתא לידיה, הכונה קודם יאוש ותו לא מהני יאוש דשומר שכר שלו הוא וידו כיד בעלים, קצוה״ח רנט, א.

גם במחנ״א (קנין חצר סי׳ ט) כתב שהתוס׳ חולקים על הרמב״ן, וכן כתב רע״א גבי התוס׳ ב״מ כ״ו (ד״ה וניזל).

בשיעור מאת ראש ישיבת מיר, הרב פינקל (בתוך ספר קובץ כולל ישיבת מיר) נתבאר, שהתוס׳ והרמב״ן חלוקים, וביאר שם שהחילוק הוא משום שלדעת התוס׳ דין ייאוש הוא מצד ״מתיר״, כלומר שכשהבעלים התייאש מחפצו, אע״פ שלא יצא החפץ מרשותו כלל ועדיין הוא בעלים על החפץ, במצב זה לא אסרה התורה לקחת ממנו את החפץ. לעומת זאת לשיטת הרמב״ן ורש״י דין ייאוש הוא מצד ״סילוק״ וזה מהני רק כשהחפץ אינו ברשותו.

גם בספר רשימות שיעורים לרב יוסף יצחק קלמנסון כתב שהתוס׳ והרמב״ן חולקים,[4] וכן כתב בספר אור תורה שכך משמע מדברי התוס׳ לגבי הא דמחציו ולפנים הוא של בעה״ב, שכתב שהוא משום שבעה״ב לא שוכח את חפציו ימים רבים (ולא כרשב״א שס״ל שהוא כיון שיאוש ברשות לא מהני).

גם האמרי משה כתב שהתוס׳ חולקים, וכתב שלכאורה נפק״מ בין דעת תוס׳ לדעת רמב״ן, שלשיטת התוס׳ (שלטעמו לא זכה המוצא באבדה כי התחייב בהשבה) אדם אחר כן יכול לזכות בחפץ כי הוא לא התחייב בהשבה, אך יש לדחות כיון שחיוב השבת אבדה של הראשון מעכב מהשני לזכות בחפץ.

הפתחי חושן (אבדה פ״ה) כתב גם הוא שיאוש ברשות הוא מחלוקת בין התוס׳ ורמב״ן ושכן דעת המנחת פתים ותרומת הכרי.

אמנם מדברי נתיבות המשפט (רנט,א) שמחלק בין דין חצר משתמרת לדין חצר שאינה משתמרת, משמע שלא מוכרח שהתוס׳ והרמב״ן חולקים.[5]

בספר קונטרסי שיעורים (עמ׳ ע) לרב גוסטמן, כתב שם הרב שכו״ע מודים שיאוש ברשות לא מהני ומה שהוצרכו התוס׳ ב״ק סו,א, ד״ה הכא נמי להטעם שכבר נתחייב בהשבה הינו דסבר שאומנם המוצא הוא השומר של הבעלים, אך כיון שהבעלים אינם יודעים מי המוצא והשומר שלהם, נמצא שהשומר גופא אבוד מהבעלים כמו האבדה והשומר גופא אינו ברשות הבעלים, לכך אין זה יאוש ברשות הבעלים.

לענין הלכה (לשיטה שחולקים התוס׳ והרמב״ן) נחלקו האחרונים:

---

[4] וכתב שנחלקו אם יאוש בטעות הוי יאוש.

[5] וראה לעיל בשיטת הרמב״ן.

דעת הש״ך (רנט,א) כשיטת הרמב״ן.[6] לעומת זאת, שו״ע הרב סתם בהלכות מציאה, הלכה יא כתוס׳.

2. ביאור שיטת הרמב״ן

כדי להבין שיטת הרמב״ן שיאוש ברשות לא מהני, בנוגע לנידון דידן של אבדה בחדר המדרגות, ננסה להבין את שיטתו ונביא שלוש הבנות באחרונים של שיטת הרמב״ן:

קצות החושן מביא דעת הרמב״ן שבנטל האבדה ע״מ להשיב נעשה כשומר לבעלים וידו כיד הבעלים ואי אפשר לקנותו ביאוש, הואיל וישנה ברשות הבעלים ומקשה עליו מארבע מקומות:

א. שור הנסקל (כריתות כד,א) שהוזמו עדיו וכל הקודם זכה בו, אע״פ שברשות בעלים.[7]

ב. תאנה הנוטה לרה״ר ומצא תאנה תחתיה (ב״מ כא,ב) דהוי מטעם יאוש אע״ג דברשותו.

ג. המוצא מעות בביה״כ, הרי אלו שלו (ב״מ כד,א) אע״ג דחצר השותפין הוא ואין בו דין חלוקה וא״כ לא נפיק מרשותיה, ואפילו הכי נקנה ביאוש.

ד. נתייאש מעבדו (גיטין מא.)שאע״ג דעבד חשוב לעולם ברשותו, דיד עבד כיד רבו, מהני יאוש.

לכן כתב קצות החושן שיש לומר שהרמב״ן לא בא לאפוקי רשות בעלים, אלא ברשותו נמי מהני יאוש כל היכא דלא אתי חצירו וזכתה לו (כמבואר בהג״ה רסח,ג), ובמקרה של נטלה ע״מ להחזירה, שהוא כשומר, כיון שהשומר אינו מתייאש שהרי האבדה תחת ידו וידו כיד הבעלים, א״כ יאוש הבעלים לא מהני.

נתיבות המשפט הביא את קושיות קצות החושן וגם הקשה מדברי תוס׳ (כו,א) בד״ה וניזל בתר בתרא, שכתב ״ואין מתייאש ממנו כיון דאין נוכרים איתו וכו׳״. משמע דאם שמענו דמייאש, דמהני יאוש.

ותירץ שאבדה שמונחת במקום שאינו משתמר דהוי כהפקר לכל עובר ושב מיקרי האבדה שאינה ברשותו ומהני יאוש, אבל כשהיא במקום המשתמר

---

[6] אמנם בסי׳ רס ס״ק ח פסק כתוס׳, דטעמא שבכותל מחציו ולפנים הוי של בעה״ב משום שאין בעה״ב שוכח חפציו ימים רבים וכבר הרגיש בסתירה זו בספר תרומת הכרי.

[7] וכתב שיש לתרץ שהוא מצד הפקר, דכשנגמר דינו הפקירוהו בעליו.

מיקרי ברשותו ולא מועיל יאוש, שהתורה ריבתה יאוש גבי אבדה וזו לאו שמיה אבדה.

לכן לא קשה מה שהקשה קצוה"ח מעבד שברח ומהני ביה יאוש אע"ג שיד עבד כיד רבו והרי הוא ברשותו, דכיון שהעבד גזל את עצמו וברח הוי כאילו הוא ביד גזלן אחר ומיקרי אינו ברשותו.

גם לא קשה מדברי התוס' כו. הנ"ל, דשם מיירי בחצר שאינה משתמרת, דלא מבעיא דבג' נכרים אינה משתמרת, אלא אפילו בג' ישראלים אינה משתמרת.

בחידושי רבנו מאיר שמחה כתב שמה שהקשה קצוה"ח משור הנסקל ומנתייאשתי מפלוני עבדי, דאע"ג שהם ברשותו מהני יאוש, לא קשיא מידי,

שהרי בשור הנסקל אין הייאוש מסיבת שאינו ברשותו, רק מצד שהבי"ד יקחוהו ויסקלוהו, וכן ב"נתייאשתי מפלוני עבדי" שיודע שהעבד בביתו ובכל זאת מייאש מטעמים אחרים ושפיר מהני יאוש. אבל הכא (בנטלה ע"מ להחזירה) היאוש הוא מטעם דסבר דאינו ברשותו, וכיון שהוא ברשותו, הוי יאוש בטעות ואין כאן יאוש, ע"כ.[8]

3. בנידון דידן (אבדה בחדר המדרגות)

לשיטת קצוה"ח שכשחצרו אינה קונה לו יש יאוש ברשות (אא"כ כגון הא דנטלה ע"מ להחזירה שהשומר לא התייאש וידו כיד הבעלים ולכן אין יאוש בעלים), הרי שבחדר המדרגות בבנין משותף שדינו כחצר שאינה משתמרת,[9] וחצירו אינו זוכה לו יאוש מהני.

גם לדעת נתיבות המשפט (שחילק בין אבדה במקום המשתמר לבין אבדה במקום שאינו משתמר), יאוש בחדר המדרגות בבנין משותף מהני משום דחדר המדרגות הוי חצר שאינה משתמרת.[10]

---

[8] דיו יאוש בטעות אי הוי יאוש ידון לקמן.

[9] כן הובא בספר "שלח תשלח" בשם הגרח"ק וכן דעת הגריש"א וכן הובא שם בשם החזו"א וכן כתב גם בספר "שבת אבדה כהלכה וכן דעת רוב האחרונים. (ואמנם בספר משפטיך ליעקב, עמ' רס"ט, הביא שיתכן שאגודה חולק וס"ל שבמקום שמצויים רבים הוי חצר המשתמרת, אך זה אינו מוכרח שס"ל כן).

[10] עפ"י המובא בספר שלח תשלח בשם הגרח"ק וכן דכת הגריש"א. בספר משפטיך ליעקב הביא שייתכן והאגודה חולק וס"ל שבמקום שמצויים רבים הוי חצר המשתמרת.

גם לדעת רבינו מאיר שמחה הכהן נראה לכאורה שיאוש בחדר מדרגות מהני, דלא שייך פה לומר את הסברא (שאמר לגבי נטלה ע"מ להחזירה) שהתייאש כי חשב שהאבדה אינה ברשותו והרי היא ברשותו (ששם הוא כי יד השומר כידו) והוי יאוש בטעות ולא מהני היאוש, כי חדר המדרגות בבנין משותף הוי חצר שאינה משתמרת ורבים עוברים בה אמנם יש לדון אי הוי יאוש בטעות מטעם אחר ויתבאר אי"ה לקמן).

כן נראה להלכה שבמצא אבדה כגון זאת (שטר אחד ללא סימנים) בחדר המדרגות אין על המוצא חובת השבה והוא זוכה באבדה.

וכן פסק להלכה בספר הלכות השבת אבדה (לסי' רסח עמ' שסא), וכן כתב גם בספר השבת אבדה כהלכה וכן הוא בספר תורת האבדה (פרק יד ס"ג).

ואמנם בספר רועה בשושנים הלכות השבת אבדה (עמ' מד) כתב שנראה למסקנה שהוי חצר המשתמרת אך זה רק לגבי חפצים גדולים כעגלות וכו' שהדיירים רגילים להניח שם והגנב מפחד לקחתם פן ייתפס, (עיין שם).

ג. מצלמות בחדר המדרגות

אמנם ראינו לעיל שלכאורה אין חיוב השבת אבדה כגון הנידון דידן בחדר מדרגות בבנין משותף וראינו שכן פסקו להלכה אחרוני דורינו, אך עדיין יש לענ"ד לעיין בדבר מטעם אחר והוא מצלמות האבטחה המצויות כיום בכניסה לבנינים רבים.

המציאות היום שבבנינים מסוימים "מתעסקים" הרבה עם התוכן שמצולם שם- מגניבות של חפצים כגון אופניים חשמליות ועד חקירה מהיכן הגיעו כתמי הקפה ל"לובי" של הבנין וכו'- כשבלחיצת כפתור יכול האחראי מטעם הבנין (או מטעם "עצמו") לעקוב אחר הקורה ב"זמן אמת" בבנין במספר מוקדים וכן לצפות בהקלטות של השעות והימים הקודמים ששמורים ב"מערכת". במקרה ש"הצליח" האחראי לזהות מהיכן הגיע למשל כתם הקפה שחיפש אחר הגורם לו, הוא מנסה לזהות מיהו המופיע ופונה אליו ואם אינו מצליח אז לפעמים נעשה "שיתוף הדדי" של דירים אחרים בנסיון לזהות את הגורם והאם הוא מהבנין או מהאורחים של הבנין.

כמו כן יש לצרף לכל האמור לעיל את זה שנעשה הדבר כהרגל אצל אנשים לצלם הכל-מלצלם את עצמם אוכלים רוגעלאך ולשלוח לחבר'ה, דרך איזה חתול צבעוני שראו ברחוב ועד רכב שחסם אותם והם מצלמים ומאיימים

לשלוח למשטרה, וכן כל דבר שמעניין\מעצבן אותם, מיד "נכנסים למצב" ומצלמים.[11]

ההתעסקות העצומה הזאת בתחום הצילום שאנו חווים יוצרת לע"ד מציאות שבה יש מודעות גדולה שכל דבר מצולם או עתיד להיות מצולם. לכן כשאנו באים להתמודד עם שאלה של מציאת אבדה (וכמו בעניינים אחרים של ממון כגון פריצה לחנות או נזק שנעשה לרכוש) יש להתייחס לענין המצלמות כגורם משפיע.

בנידון דידן של אבדה בחדר מדרגות בבנין משותף עם מצלמות אבטחה "פעילות" ו"נצפות" באופן תדיר (ממש כמעט "בנות יומן") יש לומר שיתכן מאוד שאם נאבד משהו לאחד הדיירים, אז יינסה לחפש ולהתחקות אחר האבדה באמצעות המצלמה וכפי שהיה עושה אילו היה נגנב ממנו חפץ כלשהו.

בספר בינת המשפט[12] נשאל לגבי ענין דומה, של מציאת כסף בחנות שיש בה מצלמות וכתב שם וז"ל: בסברא היה נראה נראה שכיון שיש מצלמות, אין האובד מתייאש וחייב להחזיר אם נפל. אלא שיש לדון בזה, דאם האובד אינו יודע שיש מצלמות באמת מתייאש, אם כן לכאורה הוי יאוש בטעות, דאם היה יודע שיש מצלמות לא היה מתייאש ודין יאוש בטעות הרחיבו בו מאוד הפוסקים, ע"כ. ובהמשך דבריו כתב וז"ל: ועוד יש להוסיף ולדון בזה, דהנה אף דקי"ל (חו"מ, רנט,ג) דהמוצא אבדה במקום שרבים מצויים שם, אם הם ישראל חייב להכריז, מכל מקום אם ידוע שיש הרבה אינשי דלא מעלי, או תינוקות שאינם מחזירים האבדה, כתב בספר משפט האבדה[13] שיש להסתפק בזה אם לא הוי יאוש כיון שהמאבד מתייאש ותולה שיטלוהו קטנים או אינשי דלא מעלי, ולפי זה במרכז קניות גדול שיש הרבה תינוקות ואינשי דלא מעלי מהאובדים וכדו' יש להסתפק אם לא הוי יאוש אבל במוצא בבית מדרש שיש מצלמות, בזה לא שייך טעם זה.

לסיכום דבריו כתב הבינת המשפט, שאם יש מצלמה ומצלמת באופן שאפשר לראות ממי נפל (מבחינת גובה המצלמה וכו') והאנשים יודעים שיש מצלמה ורוב האנשים שם בחזקת אינשי דמעלי ולא תינוקות, מסתבר שלא הוי יאוש

---

[11] ולציין למציאות של 'רחפנים' עליהם מורכבת מצלמה לשימוש גרומי אכיפה ציבורים כגון משטרה ופיקוח עירוני ונמצאים אף בשימוש פרטי.

[12] לרב יצחק בירך דסקל, דומ"צ בב"ב וראש בית ההוראה בינת המשפט לעניני ממונות.

[13] לגר"מ גרוס, רנט,ג בבירור הלכה ס"ק ח.

ויחזיר למי שרואה במצלמה שנופל ממנו, ואם יש שם הרבה תינוקות והרבה אנשים שבחזקת אינשי דלא מעלי, יש להסתפק אם לא הוי יאוש. ואם האנשים הנכנסים למקום לא יודעים שיש מצלמה, הוי יאוש בטעות, ונחלקו הפוסקים אם הוי יאוש, עכ"ד.

עולה מדבריו של בעל בינת המשפט:

א. כשהאנשים יודעים שיש מצלמות ואין שם הרבה תינוקות ואינשי דלא מעלי- אין ייאוש.

ב. כשיש הרבה תינוקות והרבה אינשי דלא מעלי -יש להסתפק אם יש יאוש.

ג. כשלא יודעים מהמצלמות – זה יאוש בטעות ומחלוקת הפוסקים.

ונראה לפי דבריו, לענינו, שכשיודעים מהמצלמות שבחדר המדרגות יש להסתפק אם יש יאוש כי עוברים הרבה "תינוקות" ואינשי דלא מעלי[14] ואינו דומה זה למקרה של מוצא בבית המדרש שבו מצלמות, שהביא בתשובתו (והובאה לעיל).

גם לגבי מה שכתב שאם לא יודעים שיש מצלמות הוי יאוש בטעות, נראה לענ"ד שיש לדון בענין מכיון שיתכן לומר שגם אם הדירים יודעים שיש מצלמות אבטחה בבנין, עדין רמת המודעות לאפשרות שימוש בהם היא נמוכה יחסית לעומת חנות, שהרי בחנות ברור לכולם שיש מצלמות ואם קורה משהו ישר "רצים" למצלמות, אך בבנין לפעמים המציאות היא של "התעסקות" פחותה עם המצלמות. לכן אולי אפשר לומר שאפי' שכן יודעים שיש מצלמות, זה "כמעט" כאילו לא יודעים (כי המודעות פחותה מאשר בחנות כאמור) ובכל זאת הוי יאוש בטעות.[15]

לכן ננסה בקצרה להתיחס לדין יאוש בטעות:

בגמרא, כריתות כד,א, לגבי שור הנסקל והוזמו עדיו, אומר ר' יוחנן: כל הקודם בו זכה.

---

[14] וכמו שמצוי לצערינו גניבות מתוך חניות וכניסות לבנינים.

[15] ולאור מה שהובא לעיל שלר' מאיר שמחה הסיבה שבנטלה ע"מ להחזירה לא הוי יאוש דהוי יאוש בטעות וכ"ד החזו"א ב"ק סי' יח ועי' חי' הגרש"ש ב"מ סי' כ.

אמנם בירושלמי, ב״ק פ״ד ה״ח, זו מחלוקת ר׳ יוחנן וריש לקיש שלר׳ יוחנן כל הקודם בו זכה ולריש לקיש הוי יאוש בטעות ולא ולא זכה.

ונחלקו הפוסקים האם שור הנסקל יש לדונו מצד הפקר בטעות או מצד יאוש בטעות וכן האם יאוש בטעות מהני.

שו״ת באר יצחק (יו״ד כג ענף א) כתב שמחלוקת ר׳ יוחנן וריש לקיש האם יאוש בטעות הוי יאוש והלכה כר׳ יוחנן, שיאוש בטעות הוי יאוש.

בשו״ת בית יצחק כתב (ליישב התוס׳ בפסחים נז, א, ד״ה אלא, שלשיטתו הפקר בטעות לא מהני) שאפילו שהפקר בטעות לא מהני, יאוש בטעות מהני, וכמו שפסק קצוה״ח סי׳ קמ״ב דיאוש אפילו בטעות מהני.ולפי זה שור שנסקל ואומר ר״י שמהני, זה כי זה מצד יאוש (ולא כמו שכתב קצוה״ח, סי תה ששור הנסקל שהוזמו עדיו, מדין הפקר הוא). וראה עוד במשסט שלום קצד,ב.

והטעם שיאוש בטעות מהני, כתב במהר״מ שיק (יו״ד שצא), דהרי כל יאוש הוי בטעות דאילו היה יודע שימצאנה אדם לא הוה מייאש.

אמנם בספר תרומת הכרי (רסב) כתב בדבר שמעיקרא נעשה בטעות (״טעות לשעתו״) כולי עלמא לא פליגי דלא עדיף מקנין גמור, שכשנעשה בטעות חוזר, אבל בדבר המתחדש אח״כ מהני היאוש אף בטעות. ובזה נחלקו ר״י וריש לקיש: שר״ל סובר שהטעות היתה מעיקרא שאם היה יודע ששקר בפי העדים היה טורח ומייתי עדים להזימם ולא היה מתייאש,

ולדעת ר״י זה רק ספק ואין לומר שמכח הספק שמא אם היה יודע אז שיבואו לא היה מתייאש והוי יאוש בטעות, אבל במקרה של טעות לשעתו בודאי, גם ר״י מודה דלא מהני ואין כאן יאוש (דלא גרע משאר קנין בטעות ונדר בטעות והקדש בטעות).

בספר אבן הטוען הביא דעת המהרי״ק לגבי הא דבחוב לא מהני אמירת ווי לחסרון כיס שהוא משום יאוש בטעות. ולפי זה האובד שפיר גמר ומייאש ואעפ״כ אסור לזכות בה דהוי יאוש בטעות. וכתב שם שגם לחזו״א (ב״ק יח), יאוש בטעות לא מהני וכ״כ בערוך השולחן (סי׳ רנט, סע׳ ב).[16]

[16] שכך הבינו בדברי הרמב״ן לגבי נטל האבידה ע״מ להשיב וכשיטת ר׳ מאיר שמחה.

בספר תמצית סוגיות (לרב קרלשטיין ב"מ סי' ו) כתב לגבי המחלוקת ר"י ור"ל בירושלמי, שכתבו האחרונים שלכ"ע יאוש בטעות לא הוי יאוש, אלא דהתם עד שהוזמו העדים באמת דין השור היה ליסקל ולא חשיב יאוש בטעות.

בספר רשימות שיעורים (לרב קלמנסון ב"מ עמ' קעב) הביא דברי ר' מאיר שמחה הכהן שמפרש טעמא דהרמב"ן דיאוש ברשות לא מהני משום דהוי יאוש בטעות, וכתב שלפי זה, זו מחלוקת הרמב"ן והתוס', שלתוס' יאוש בטעות הוי יאוש ולרמב"ן יאוש בטעות לא הוי יאוש.

לסיכום, מצאנו שיש הסוברים שיאוש בטעות מהני, יש המחלקים בין טעות מעיקרא לטעות שהתחדשה אח"כ ויש הסוברים שיאוש בטעות לא מהני.

ד. אבדה בבנין מגורים באזור בו רוב האנשים אינם שומרי תורה ומצוות

עוד ענין שיש לדון בו הוא ענין המציאות של היום שבה יהודים רבים שעדיין אינם שומרי תורה ומצוות, ויש לדון משני צדדים:

א) האם צריך להחזיר אבדה ליהודי שאינו שומר תומ"צ.

ב) האם יש חיוב אבדה כשהאבדה נמצאת בסביב שרוב האנשים בה אינם שותומ"צ.

השו"ע (רסו,ב) פסק שחייב להשיב אבדת ישראל אפי' הוא אוכל נבלות לתאבון אבל יהודי מומר להכעיס וכן יהודי עובד עבודה זרה וכן יהודי מחלל שבת בפרהסיא אסור להחזיר אבדתם כגוי, לפי זה אין לכאורה חיוב השבת אבדה ביהודי שאינו שומתומ"צ.

אמנם הסכמת גדולי דורנו שמצא אבדה וידוע שהיא של יהודי שאינו שומר תורה ומצוות, חייב להשיב, אא"כ שיודע שהוא מומר להכעיס, וכ"כ הגרישי"א והגר"נ קרליץ,[17] שמחשיבים אותם כתינוקות שנשבו. כך כתב גם בחזו"א, יו"ד סי' ב, ס"ק כח, שאלו שלא התחנכו לתורה ומצוות מקטנותם, הלא הם אנוסים ומצווים אנו להחיותם ולאהוב אותם כאחד מישראל.[18]

לגבי השבת אבדה שנמצאה באזור שבו הרוב אינו שותומ"צ, כתב בספר הלכות השבת אבדה - הרי הלכות, שיש מחלקים, שאם ערך האבדה מועט פטור

---

[17] הו"ד בספר השבת אבדה כהלכה פ"ב ס"ח.

[18] אמנם בספר רועה בשושנים הל' השבת אבדה (נה,ב) הביא שייתכן ואינם נחשבים תינוקות שנשבו כי יש היום סמינרים וכדי' ע"ש.

מלהכריז, אף אם ניכר שהאבדה שייכת ליהודי שומתומ״צ ואף אם יש בה סימן, כי בד״כ אותם שאינם שומתומ״צ אינם מחזירים אבדות ולכן המאבד מתייאש, אבל אם ערכה רב חייב להכריז כי דרכם להשיב דבר שערכו רב. לעו״ז יש מחלקים, שרק כסף דרכם לקחת לעמם, אבל חפצים דרכם למסור למשטרה. וכתב מחבר הספר שלדעתו נראה שבכל אופן המוצא פטור מלהכריז משום שבד״כ אינם מחזירים שום חפץ (וכן דעת הגרישׂ״א).

נראה א״כ שבנידון דידן (אבדה בבנין מגורים משותף באזור שבו הרוב אינם שותומו״צ), יש להסתפק אם יש חיוב השבת אבדה כלל, וכ״ש כשמדובר בכסף.[19]

ה. השבת אבדה למנוע חילול ה׳ וכדי לקדש שמו יתברך

עוד יש לעיין בנידון דידן מצד נוסף והוא מניעת חילול ה׳ ח״ו וכן כדי לקדש שמו יתברך.

השו״ע (רסו,א והוא לשון הרמב״ם אבדה יא,ג), כותב לגבי השבת אבדה לגוי וז״ל: אבדת העכו״ם מותרת שנאמר אבדת אחיך והמחזירה ה״ז עובר עבירה מפני שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה[20] ואם החזירה לקדש את השם כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה ה״ז משובח ובמקום שיש בו חילול ה׳ אבדתו אסורה וחייב להחזירה ובכל מקום מכניסים כליהם ככלי ישראל מפני דרכי שלום, עכ״ל. מכאן רואים שלמרות שאין חיוב השבת אבדה לעכו״ם ואדרבה המחזירה עובר עבירה, אפ״ה, בשביל קידוש ה׳ זה משובח להחזיר אבדת עכו״ם, וכדי למנוע חילול ה׳ חובה להחזירה.

ואמנם מה שכתב מרן בשו״ע הוא לגבי אבדת עכו״ם, אך לענ״ד יתכן לומר שבמציאות ימינו שכשלצערנו הרב, יש ציבור גדול שאינו שומר תומ״צ ויש אצלו מיעוט ״מלמעלה״ שמנסה להכפיש, להתסיס, ולהפריד ולנתק ח״ו בינו לבין הציבור השומר תומ״צ, צריך להיות זהיר מאוד בכל צעד ושעל. במיוחד

---

[19] אמנם בספר תורת האבידה (לרב ד״צ הלוי פלדמן), פרק ב׳ עמ׳ ק, כתב שיש לעיין, שבמקום שיש מצלמות קבועות אשר ניתן לעקוב על ידם אחר גנבים ולוקחי אבידות אולי אין הבעלים מתייאש, שאולי ימצאם יהודי שומתומ״צ, ואם ימצאם יהודי שאינו שומתומ״צ יפחד לקחתם לעצמו, אך נראה שאין לחלק בכך כי איזן ה כל כך קל לעקוב אחר הסרטים המצולמים מלפני כמה ימים וגם יתכן שאותו מוצא, מצא את החפץ במקום שבו אין ׳כיסוי׳ של המצלמות.

[20] רש״י כתב טען אחר, מפני שמראה בזה שאין מצות השבה חשובה בעיניו למצות בוראו שהרי השיבה גם לעכו״ם שאינו מצווה בזה (סמ״ע רסו,ב).

נכון הדבר לאור זה שהכל מתועד ומצולם היום,[21] ההסתה ״חוגגת״ וקרנו של הציבור שומר התומ״צ ירד פלאים. לכן נראה לי שיש מקום גדול להתאמץ ולהחזיר גם אבדת ישראל (כשאין חיוב בכך) מטעמים אלה.

גם כשדנים בנידון דידן, נראה לי שיש להתייחס לשני הטעמים הנ״ל: לטעם של חילול ה׳, שמא יקח מוצא האבדה את האבדה משום שלהלכה אינו מחויב להשיבה, ובעל האבדה יזכר פתאום שיש מצלמות וינסה להתחקות דרכן אחר האבדה ויראה יהודי בעל מראה של יהודי שומר תורה ומצוות מרים את האבדה והולך ואפילו לא טורח לנסות לחפש של מי זה. במקרה כזה הגיוני מאד שבעל האבדה לא יעשה שקלא וטריא עם עצמו האם מותר היה למוצא לקחת, אלא פשוט יכעס על ״הדתי״ הזה איך הוא עושה ככה, וח״ו עלול להגרם ח״ו חילול ה׳.

וכן יש לומר לטעם השני, שבמציאות כזאת, כאמור לעיל, של התססה וכו׳, אם ינסה מוצא האבדה לחפש אחר בעל האבדה אף על גב שאינו חייב וכן בדבר כמו כסף שגם המאבד מבין שהסיכוי למוצאו לכאורה לא גבוה (הן בגלל שהוא חושש שמי שימצא פשוט יקח לעצמו והן משום שקשה לאתר של מי הכסף ולא ברור שמי שימצא יטרח עד כדי כך כדי להחזיר), יכול הדבר לגרום לקירוב לבבות[22] ואהבת חינם וקידוש ה׳.

ו. סיכום ומסקנות

נראה לומר בנידון דידן, על פי מה שהתבאר בעזרתו יתברך במאמר, שלשיטת קצוה״ח ונתה״מ בהסברם דברי הרמב״ן לגבי נטל אבדה על מנת להחזירה, שבחדר המדרגות אין חובת השבה, כי חדר המדרגות הוא חצר שאינה משתמרת ולכן אינה זוכה לו, וכן כתבו להלכה בספר השבת אבדה כהלכה ובספר תורת האבדה.

עוד ראינו שיש לדון מצד המצלמה, שיתכן לומר מסברא שהמאבד לא מתייאש ודן בכך בספר בינת המשפט ולפי מה שכתב למסקנה יש להסתפק בכגון דא

---

[21] הנכתב כאן ללא התייחסות לדיני יאוש שנידונו לעיל.

[22] ואמנם ראיתי בספר תורת האבדה (לרב אלעזר נידאם) שכתב שיחזיר אבדה ליהודי שאינו שומתומ״צ כשבכוונתו להחזירה משום דרכי שלום וקידוש השם, אפי׳ לצד דאין חיוב בהשבתו מצד השבת אבדה, עכ״ד. אך נראה שאין מפה ראיה למה שכתבתי (שיתכן שיש ענין להחזיר מפני חילול ה׳ וכן לקדש שמו ית׳, גם בישראל), אלא שהוא כותב (לדעה שיהודים שאינם שומתומ״צ אינם נחשבים תינוקות שנשבו אלא נתייחס לעבודתם כאל אבדתו) שלמרות שאין חובת השבת אבדה יחזיר משום דרכי שלום וקידוש ה ׳.

(חדר מדרגות שמצויים הרבה תינוקות ואינשי דלא מעלי) אם הוי יאוש, ואם אינו יודע שיש מצלמות,[23] הוי יאוש בטעות והוא מחלוקת הפוסקים שיש סוברים שהוי יאוש ויש סוברים שלא הוי יאוש ויש מחלקים בין טעות לשעתו (טעות מעיקרא) לבין טעות המתחדשת.[24]

עוד ראינו שיתכן לומר שאין חובת השבת אבדה כלל בכהאי גוונא בגלל שהרוב באיזור שבו נמצאה האבדה אינו שומתומ״צ, ויש מאחרוני דורנו שמחלקים בין אבדה בעלת ערך מועט שאין דרכם להחזיר, לבין אבדה בעלת ערך רב שדרכם להחזיר, ויש מאחרוני דורנו שמחלקים בין כסף(שאין דרכם להשיב) לשאר אבידות ויש שסוברים שאין דרכם להשיב שום אבדה ולכן אין חיוב השבת אבדה כלל.

עוד כתבנו שיתכן לומר שיש להחזיר משום שלא יהיה חילול ה׳ ח״ו וכן לקדש שמו ית׳, ואומנם השו״ע כתב טעם זה לענין השבת אבדת גוי, אך יתכן שבמציאות של ימינו יש ענין לנהוג כך גם לגבי אבדת ישראל.

ונראה לי למסקנא, שמכיוון שמצד יאוש ברשות אין חיוב אבדה וכ״פ פסקו אחרוני דורנו, ולעו״ז החשש שלנו בגלל נוכחות המצלמות הוא רק מספק אי הוי יאוש (כשמודע למצלמות) או שאולי הוי יאוש בטעות(כשאינו מודע למצלמות) והוא מחלוקת גדולה בפוסקים, ובצירוף זה שנראה שלכו״ע כשמדובר בשטר בודד שנמצא באיזור שהרוב שם אינו שומתומ״צ, אין חיוב השבת אבדה (הן משום שזה כסף והן משום ערך האבדה), נראה לומר להלכה שאין לחייב את המוצא להשיב את האבדה.

ובכ״ז לאור מה שכתבנו לעיל,[25] נראה שראוי מאוד להתאמץ להשיב האבדה כדי למנוע חילול ה׳ וכדי לקדש שמו יתברך ולהרבות אהבת חינם בעם ישראל.

---

[23] ולפי מה שכתבנו לעיל בענין זה, אולי אפילו שיודע שיש מצלמות, אך רמת המודעות שלו לאפשרות של שימוש בהם נמוכה, ובשונה מחנות ששם יש מודעות גבוהה לאפשרות שימוש במצלמות.

[24] וראינו גם בקובץ רשימות שיעורים (לרב קלמנסון), עמ׳ קע״ב שלפי מה שכתב האו״ש שטעם הרמב״ן בנטל לאבדה ע״מ להשיבה שלא מהני יאוש הוא משום יאוש בטעות, זו מחלוקת התוס׳ והרמב״ן שלרמב״ן יאוש ברשות לא מהני ולתוס׳ יאוש ברשות מהני.

[25] ועוד שמא אין יאוש בגלל המצלמות או שחשיב יאוש בטעות.

הרב אבישי נתן מייטליס

חיוב קנס – זכות ממון, או חיוב בית דין

ראשי הפרקים

א. קנס, מחיובי בית הדין
ב. תפיסה קודם העמדה בדין
ג. מאימתי גובין משור התם
ד. גדר חיוב הקנס
ה. חיוב קנס על הגברא או על נכסיו
ו. קנס מדרבנן

א. קנס, מחיובי בית הדין

קי״ל שאין חיוב לשלם קנס קודם גמר דין, כן איתא בירושלמי כתובות פ״ג ה״י, וכן בארו והכריחו התוס׳ בב״ק לג. בד״ה ׳איכא בינייהו׳, וכן מבואר בכתובות מא,ב, ואכן הגמ׳ בב״ק פד,ב אומרת שאין מועד בבבל שכן העדאה בבי״ד. ומשו״ה אף אינו חייב בדיני שמים לשלם כדבארו התוס׳ בכתובות לג,ב בד״ה ׳לאו׳, וכ״כ הרשב״א בב״ק עה,א, וכן הביא הקצוה״ח בסי׳ א סק״ז ובסי׳ ת סק״ב ובסי׳ תז סק״ד, דבר המורה שאין כל זיקת ממון טרום העמדה בדין. ובכך באר בחידושי הרי״ם בב״ק סה. שחייב בקנס כשעת העמדה בדין, שכן קודם לכן לא היה עליו חיוב ממון אף שלא בידי שמים.

לפי״ז יש להבין שמשום הכי הגמ׳ בב״ק מ,ב קיבלה את טענת הבעלים שלא היה צריך השומר לשלם מהשור התם את דינו, שכן היה הבעלים מעריקנא ומבריח את השור לאגמא, שכן אינו חייב לשלם לפני פסק דין והעמדה בדין, והיה יכול להבריחו ולחמוק מלהטיל עליו חיוב ממון.

אולם מצאנו בכמה סוגיות שהתייחסו לחיוב הקנס כזכות ממון כבר משעת הנזק, וכי חל חיוב התשלומין משעת ההיזק עוד קודם שעמד בדין.

ב. תפיסה קודם העמדה בדין

הגמ׳ בב״ק טו,ב אומרת שמהני תפיסה, אף שלא מגבינן קנסא בבבל, ולא דנים דינו של שור תם שפלגא נזקא קנסא, ואפ״ה אם תפס לא מפקינן. והקשו הראשונים בזכות תפיסה זו שנעשית קודם גמר דין.

התוס׳ שם בד״ה ׳ואי תפס׳ הבינו שתפיסה זו מכח תקנת חכמים מחודשת להשלים נזקו. ור״ת סבר שרק בשעת חימום ובשעת הנזק רשאי לתפוס מהמזיק עצמו.

ברם הרא״ש בב״ק פ״א סי ב הביא שיטת הרמ״ה וראב״ד, וכן הוא בנימו״י (ו,ב מדפי הרי״ף) שרשאי לגבות אף מעבר לשווי המזיק, ולא דווקא את המזיק עצמו, ומתקנה הוא שישלים נזקו. אך לא יגבה תשלומי כפל ויותר מנזקו בתפיסתו.

הרא״ש חלק על דיעות אלו, וסבר שתפיסה זו מהני מדינא, שכן עביד איניש דינא לנפשיה ומדינא דאורייתא גובה את שמגיע לו בדינו. וכיון שאין דיין שידון בדינו - רשאי לעשות דינו בעצמו. הרי שס״ל לרא״ש, שאף קודם העמדה בדין - רשאי לזכאי בממון ולכן מותר לו לתפוס ׳עד דיהיב ליה כל דמחייב לו מדאורייתא׳ (אף ששיטת הרא״ש, שלא מהני תפיסה בספיקות, בקנס גובה את דינו).

נחלקו הפוסקים אם תפס השני ממנו בחזרה, אם תועיל תפיסתו של השני להשיב לעצמו את ממונו. הישׁ״ש בב״ק סי׳ מג ס״ל שכיון שמהני תפיסת הראשון וחשיב כשלו, ולא מהני תפיסת השני. שכיון שזכה ראשון בתפיסתו - נחשב ממונו ואין לגזול ממנו. לעומתו סבר הנתיה״מ סי׳ א סק״ד שכן מהני תפיסת השני, והוכיח כן מדברי הרא״ש בדף יט. (פ״ב סי׳ ב) שיכול מזיק לחזור ולתפוס מהניזק את שתפס. הרי שבעוד שלישׁ״ש אחר שתפס - זוכה בממון, לנתיה״מ לא נעשה עליו בעלים בתפיסתו אלא רק מחזיק בממון.

וצ״ב כיצד קודם שנגמר דין בכלל ישנו חיוב ממוני שיוכל לתפוס ולהחזיק, ולישׁ״ש אף לקנות. והא המזיק לא חייב לו אפילו בדיני שמים?

הרא״ש בכתובות (בסוף אלו נערות) הביא דעת הראב״ד בדין מודה בקנס לאחר שבאו עדים, שפטור מקנס. שאף אם יתפוס יוציאו ממנו, שכן פטור. הגם שיתפוס קודם שיודה, לא מהני תפיסתו - שכן אח״כ כשהודה נפטר מחיובו, ולכן מוציאין ממנו. הנה לשיטת הנתיה״מ שרק תפוס ומחזיק בממון ע״י תפיסתו, שפיר יוציאו ממנו, שכן מתברר לבסוף שאין עליו חיוב קנס, ומתברר שמעולם לא החזיק בממון כדין. אך לשיטת הישׁ״ש, כבר זכה בממון ובקנס בתפיסתו, ומדוע יוציאו ממנו את ממונו שזכה בו. על כורחך, שאף לישׁ״ש אין כאן בעלות גמורה בתפיסה - אלא זכות ממון שזיכתה לו תורה בממון (צריך להדגיש, שאילולא שתפס, לא היתה מגיעה לו זכות זאת אליו. ובשל התפיסה

נעשית כשלו, אך עדיין אינו הבעלים), ואין שני יכול לתפוס בחזרה, אך אם מתברר שפטור - מוציאין ממנו.

הרא״ש בב״ק (פ״א סי׳ ב) הביא את הגמ׳ בב״ק עד,ב שאף שרבן גמליאל הודה שסימא את עין עבדו, לא יוצא לחירות. משום שהודה חוץ לבי״ד. ולפי״ז בזה״ז שאין מומחין, אין לנו בי״ד שתועיל הודאתו. נמצאנו שלא מהני הודאה בזה״ז, וכן בארו הרמב״ן (במלחמות בהגוזל עצים), הטור (בסי׳ שמח), הסמ״ע (בסי׳ א ס״ק יח) והש״ך (שם ס״ק טז) שאין דין הודאה בקנס פוטרת מהקנס, ועל כן לעולם תועיל תפיסת הניזק אף לאחר הודאת מזיק. הרי היכא שהודה בבי״ד שחייב בקנס, והו״ל הודאת בע״ד שחייב בקנס, לא מצליח להפטר מכח דין מודה בקנס בהעדר בי״ד.

הקצוה״ח בסי׳ א סק״ו תמה שאין פיו מחייבו קנס, ואין דין הודאת בע״ד בקנס. ולדבריו, דרוש עדות בדווקא בכדי לחייבו בקנס. על כורחך, שאין התפיסה מבוססת על דין הודאת בע״ד, שכן אינו חייב בקנס מכח הודאת בע״ד, אלא מכח הנזק, ומשו״ה תופס הניזק אם יודע מכך ורשאי להחזיק באשר תפס. ולישנ״ש יש בכך גם זכות ממון, אך באמת אין בבעלותו ממש. ולכך אם יודה בבי״ד סמוכין, יהא פטור מקנס ויוציאו מהתפוס.

והנה הנמו״י (בסוף פרק המניח יז,א מדפי רי״ף) סבר שמהני תפיסה בזה״ז דווקא כשיש עדים שהזיק, אך בהעדר עדים על הנזק - לא מהני תפיסה אף אם מזיק מודה, ולא תועיל תפיסה שלא בעדים. וכן הביא הטור בסי׳ שצט,ד את דעת הרמ״ה שלא מהני תפיסת ניזק שלא בעדים בזה״ז, כאשר אין עדות עדים על הנזק. כיון שהוא קנס, ואין חיוב קנס ללא עדים (וכן בארו הסמ״ע בסי׳ שצט סק״ו וש״ך שם סק״ג).

אך בטור בסי׳ שצט הביא שהרא״ש חולק על כך, ומהני תפיסה הגם שאין עדים על הנזק, וכן פסק הרמ״א שם סעי׳ ג.

ונראה שלשיטתייהו פליגי, שהנמו״י והרמ״ה סברי שאין התפיסה מועלת אלא מכח תקנת חכמים, שתיקנו שישלים נזקו - ודווקא אם ישנה עדות על כך תיקנו, שרק אם בי״ד היה מחייבו, רשאי לתפוס. אך הרא״ש ס״ל שתופס מדינא, ותופס את זכותו הממונית שזכאי לממון זה, אף שבי״ד לא היה פוסק לו כך - כל שיודע שהזיקו, ואפי׳ ע״י הודאת בע״ד תופס. כלומר, שלנמו״י ולרמ״ה דרוש בי״ד להקנות לו זכות ממון, ולרא״ש מגיע לו הממון כתוצאה מהנזק שהתרחש, אף שלא פסקו בי״ד זכות זו ובלא עדים.

הרי זועקת הקושיא בכפליים, שכן בי״ד לא היה רשאי להגבותו קנס, והכיצד רשאי הניזק לתפוס (כל עוד אין הודאה בבי״ד שפוטרת אותו מקנס). והכיצד יש לו זכות בממון, עוד בטרם חייב כלל אף בדיני שמים.

ג. מאימתי גובין משור התם

איתא במשנה בב״ק לג,א שור שוה מנה שנגח שור שווה מאתיים, ואין הנבילה יפה כלום, נוטל את השור. ובארה הגמ׳ שנחלקו התנאים בזכות הניזק בשור. לר׳ ישמעאל אמרינן שיושם השור, ולר׳ עקיבא יוחלט השור. הרי לר״ע נעשו שותפים בשור החי מיד, ונפק״מ שאם מכרו והקדישו מזיק אינו מכור, ואם מכרו והקדישו ניזק - מכור ומוקדש. ולר׳ ישמעאל, כיון שיכול לסלקו בדמים - השור של מזיק והוא יכול לבדו להקדישו ולמוכרו ולא הניזק.

הברייתא אמרה בגמ׳ שם לג,ב שאחר העמדה בדין אם המזיק מכרו והקדיש - לא מהני מעשיו.

הקצוה״ח בס׳ קז סק״א באר שברייתא זו הינה ע״פ דעת ר׳ ישמעאל, וא״כ רק קודם העמדה בדין יכול לסלקו בזוזי ולכן מכור ומוקדש. אך לאחר העמדה בדין – כיון שאף לר׳ ישמעאל לא זכאי לסלקו בזוזי, לכן לא מוכר ומקדיש, שכן נעשה השור של ניזק. ולפי״ז לא נחלקו ר׳ ישמעאל ור״ע אחר העמדה בדין, אלא רק לפני העמדה בדין, ורק לר״ע מוחלט לניזק קודם העמדה בדין.

תמהו על כך התוס׳ שם, הכיצד לפני העמדה בדין מוחלט השור, והרי הקנס חל רק אחר גמר דין, ובארו שיש פסוק שחידש שמיד בשעת הנזק חל חיוב קנס של שור תם.

וא״כ יש להקשות, הכיצד בדף מ,ב סברו הבעלים לחמוק מחיובם ולהבריח השור לאגם, והא כבר הוחלט מיד עם הנזק לניזק, וכן הקשו התוס׳ בדף מ,ב שלשיטת ר״ע הרי גוזל את הניזק, והכיצד יבריחנו. ובארו התוס׳ שאה״נ אסור היה לו להבריחו, אלא רק רצה להתמקח ולהתפשר עימם בדין ולא למוסרו מיידית.

אך הרמב״ם (בהל׳ נזקי ממון פ״ח ה״ו) פסק שאם מכרו מזיק לפני שעמד בדין מכור, וחוזר בע״ח וגובהו. ובאר המ״מ שס״ל לרמב״ם שברייתא אזלא כר״ע, ואחר גמר דין מהני מכירתו, עד שיגבהו בע״ח. ולהבנה זו, לשיטת ר׳ ישמעאל, אף לאחר גמר דין כן רשאי לסלק בזוזי, ומשלם לעולם מהעליה, ועל כן לעולם נשאר ברשות מזיק ויכול למוכרו.

ובאר הקצוה״ח בדעת הרמב״ם בשיטת ר״ע עפ״י תרומת הכרי, שלר״ע קודם העמדה בדין לא זוכה הניזק כלל בשור, ורק אחר העמדה בדין הינו של הניזק. ולדבריהם אין פסוק שחידש שמהני תפיסה מיד בעת הנזק, כפי שסברו התוס׳ דלעיל, אלא דינו ככל דיני תפיסה – ורק אחר העמדה בדין זוכה בממון, ולהכי אין מוריש קנס לבניו, שכיון שאינו זכות ממונית לגביה. וכן באר הברכת שמואל בסי׳ כד, ב שמשעת הנזק זיכתה תרה לניזק זכות תשלומין מהשור, אך לא קנה את השור ולא מוחלט לו, אלא בשעת העמדה בדין.

אף בתוס׳ צ״ל שסברי שלר״ע מוחלט משעת נזק מפסוק - זהו על דין הממון, אך לגבות עדיין בעי גמר דין והעמדה בדין. ולפי״ז, רק בשור תם שהזיק גובין משעת העמדה בדין, למפרע משעת הנזק. ובשאר קנסות גובין רק משעת העמדה בדין ולא משעת נזק - אף שהיה זכות ממון משעה ראשונה. להדיא מבואר כן בתוס׳ בריש פרק שור שנגח ד׳ וה׳ בדף לו. בד״ה ׳שור׳ שכל עוד לא עמד בדין, אינו זוכה בו בפועל (ולהבדיל מהרמב״ם שסבר שרק משעת העמדה בדין יש לו זכות ממונית, מכח הנעשה בשעת הנזק, סברי התוס׳ שמשעת הנזק יש לו זכות ממון, אך לא זכאי בו עד שעת העמדה בדין). ולהבנה זו יש לבאר את דברי התוס׳ בדין מעריקנא שבדף מ,ב, שכתבו שהוי כגזל להבריח את השור, שכן הינו של ניזק ממש משעת הנזק, ורצה הבעלים להבריחו רק בכדי שיוכל להתפשר עם הניזק. שכן הזכות הממונית מקנה לו את השור התם, ולהבריחו הוא גזל, אף שטרם הביאו לו בי״ד.

לפי״ז למדנו יסוד חדש בדיני קנסות - שישנה זכות ממונית שהתורה מקנה מיד עם הנזק (גם ללא פסוק מיוחד, ודלא כפי שנקטו התוס׳). ורק בעלות ממונית גמורה על החפץ, בעי גמר דין ובי״ד לזכות בכך. וכך ביאר הגרש״ש בשערי יושר ש״ז סי׳ יט וכן בחי׳ ב״ק סי׳ כט, שמשעת הנזק חל החיוב ושיעבוד על הגוף ועל הנכסים, ורק בשעת העמדה בדין זוכה ניזק בו וקונהו.

ד. גדר חיוב הקנס

יש לעיין, האם חיוב קנס היינו שגזרו דין וחיוב ממוני, או שגזרו על האדם על שעשה. כלומר, האם החילו דין על נכסיו בשל שעשה ודין תשלומין איכא בו, או הטילו על גופו חיוב ממון על שעשה. נראה שיש להבין את חיוב בקנס, כי הוא חיוב על הגברא ומחמתו שעבדו וחייבו נכסיו, וא״כ פשיטא שצריך העמדה בדין להחיל את החיוב. ואינו ככל תביעה ממונית שתובע את ממונו. וא״כ הגם שליצור חיוב על ממונו מהני הודאת בע״ד, לא שייך לומר הודאת בע״ד לחייב

גופו, שכן לא מבוקש לחייב את ממונו אלא רצתה תורה להטיל על גופו קנס, ולכן דרוש בי״ד בדוקא.

לדברים דלעיל למדים אנו, שהתורה מחילה את חיוב הקנס באומרה ׳ואת המת יחצון׳ – ואז חל חיוב ממון על השור. ובי״ד נצרך רק על הכפיה ובכדי להחיל דין זה על האדם. שהרי בלא שיחייבו בי״ד, פטור אף מדיני שמים, שכן צריך היטל וקנס בי״ד על מזיק לשלם את שחייבתו תורה. ולא זוכה בזכות ממונית זאת, אלא רק אחר שמטילים עליו חיוב זה. ולכן מודה בקנס פטור – שכן דרשה תורה שיטילו עליו חיוב, ואם מודה ומחייב עצמו, אין זה היטל ממון. הרי לן, שלא שייך שפיו יחייבו קנס, ואי אפשר שיהא כפייה וקנס לחייבו מכח הודאת בע״ד.

יש בכך כדי ליתן טעם ולבאר את המהרש״א בב״ק מו,א, שהקשה מדוע נצרכו לומר שפטור המזיק מכח הכלל ׳המוציא מחבירו עליו הראיה׳, די בכך שהוא מודה בקנס, ויש לפטור את המזיק. ובאר המהרש״א, שכיון שיש אומדנא שחייב, אין פטור של מודה בקנס. ולדברים דלעיל שפיר נהירין הדברים, משום שחיוב הממון ברור ואין צריך להטילו, אינו נפטר בהודאתו, שכן לא חידשה בהטלת חיובו בממון. וכן כתב הרב המגיד בהלכות נזקי ממון ט, י והתומים בקצוה״ח בסי׳ ת סק״א שכשיש עדים שחייב המזיק, והוא מודה איזה תם הזיק, אין בכך מודה בקנס. שכן חיוב קנס הוא היטל וחיוב שמטילים על החייב, ואם כבר הטילו עליו את החיוב מכח עדים או אומדנא, אין להחשיב שהודה בקנס כשמפרט איזה שור תם הזיק.

לדברים אלו צ״ל בבאור הטעם שמהני תפיסה - כיון שאכן חייב לו דין ממון, רק כל שאין בי״ד להטיל עליו החיוב, לא חייב ליתן אפילו בדיני שמים, אך יכול מכח עביד איניש לבצע מה שבי״ד היו צריכים לעשות ולהטיל - ולוקח את ממונו כדין. ואתי שפיר שאחר התפיסה ברור שאינו בבעלותו וקניינו של תופס - שכן לא החילו על מזיק קנס זה, אך יש לתופס זכות ממונית לישׁ״ש, או רשות להשאירו בידו לנתיה״מ שכן יש לו זכות ממון בחפץ. וכיון שאין כאן בי״ד שיוכלו לזכות לו את ממונו ולפסוק קנס בזה״ז - שפיר תופס את שמגיע לו מדינא שזיכתה לו תורה. ולפי״ז משעת העמדה בדין מגבין לניזק את שמגיע לו בדין משעת הנזק.

ה. חיוב קנס על הגברא או על נכסיו

הבאנו לעיל את דעת הרב המגיד בהלכות נזקי ממון ט,י והתומים בסי׳ פח ס״ק יא (הובא בקצוה״ח בסי׳ ת סק״א) סברו שכשיש עדים על הנזק, ולא יודעים

איזה שור הזיק ומהיכן לגבות, אין לראות בהודאת מזיק מאיזה שור תם לגבות כהודאה בקנס, שכן ידעו כבר מחיובו של המזיק, ויש לראות בהודאתו כמי שמודה שיש לו נכסים שניתן לגבות מהם. אך הש״ך בסי׳ ת סק״ו והקצוה״ח שם סק״א חלקו על התומים וסברו כי כל עוד לא ידעו מאיזה שור תם לגבות, חסר בגוף חיוב הממוני, ובהודאתו פטר עצמו ככל מודה בקנס.

ניתן היה לבאר ולראות בכך מחלוקת בהחלת חיוב הקנס; שבעוד לתומים, הטילו את הקנס על הגברא, והוא חייב ממון באחד משווריו עפ״י עדות עדים, והוא גילה לן בהודאתו איזה מהן הינו התם שניתן לגבות ממנו. ואין בהודאתו זו החלת חיוב מחודש, אלא גילוי מהיכן ניתן לגבות את חיובו. בעוד שלש״ך ולקצוה״ח חיוב הקנס הינו על השור התם, וכל עוד לא ידוע איזה שור חייב בתשלומי הקנס, חסר בהחלת חיוב הקנס, ושפיר משמשת הודאתו כבסיס לחייבו, ומודה בקנס פטור.

הנה לרמב״ם שחייב משעת העמדה בדין, ברור כי חיוב הקנס הוא חל על הגברא, ולהכי היו צריכים מעמד בי״ד להחיל את חיובו, כדנקטו הרב המגיד והתומים. ברם לתוס׳ חייב משעת הנזק, וניתן להבין כי חייבים נכסיו בקנס, והחילו חיוב על השור בלבד, ולא על הגברא, כדבארו הש״ך והקצוה״ח.

אולם לכשנדייק, נמצא שלכו״ע חיוב הינו על הגברא, אלא שנחלקו אם החילו את חיובם רק על הגברא, או בשל חיוב הגברא החילו חיוב על נכסיו. שכן לכו״ע, בטרם העמדה בדין אינו חייב להגבותו, אף לא בדיני שמים. אלא זכות ממון יש לו משעת הנזק, לתוס׳ ולרא״ש מדינא יש לו בכך זכות ממונית שרק משעת העמדה בדין גובה אותה. ולדעת הרמב״ם, רק משעת העמדה בדין זוכה בה. אלא שסברו הש״ך והקצוה״ח שחיוב זה חייבה תורה את נכסיו, ואת השור התם – רק משעת חיובא דהבעלים, ולתומים נותר החיוב תמיד על הבעלים, ולא על נכסיו כלל.

ו. קנס מדרבנן

בדברים אלו יש לבאר את מחלוקת הפוסקים אם נפטר כשמודה בקנס מדרבנן.

הש״ך בסי׳ שפח ס״ק נא בשם המרדכי בב״ק רמז קפ והמהרי״ל סבר שרק המודה בקנס מדאורייתא חייב בקנס, אך המודה בקנס מדרבנן חייב, ולא נאמר בו פטור של מודה בקנס. וכן נראה דסברו הגר״א בסי׳ פז ס״ק פז, והכנה״ג בסי׳ לח.

אולם המהרש״ל בגוזל בתרא בסי׳ נ וכן הקצוה״ח בסי׳ שפח ס״ק יא הביא שטמ״ק ב״ק צא,ב שפטרו את המודה אף בקנס מדרבנן (ברם נראה מקצוה״ח בסי׳ פז ס״ק לב ובסי׳ שפו סק״ד שהסכים לש״ך), וכן הביא הפת״ש בסי׳ שפח סק״ה משו״ת שיבת ציון ומעיל צדקה לפטור במודה בקנס מדרבנן. שכן קנס מדאורייתא הינו היטל וחיוב על גופו שצריך שבי״ד יטיל עליו, ואילו בקנס מדרבנן, נחלקו אם הינו זהה לדאורייתא, או שאין בו הטלת חיוב כדין קנס דאורייתא, אלא הינו חובת תשלומין שחל עליו לשלם, ולא חיוב על הגברא. ובחיוב ממון אין צריך היטל, ודי שמודה בחיוב ממונו.

כך יש להבין את דברי השב שמעתתא ד,כה שתמה כיצד סבר הרמב״ם והשו״ע בסי׳ תיד שאם תפס קנס לא מוציאין מידו, היכא שהסוגיא נותרה בבעיא דלא אפשטא בחובת הקנס. והלא הש״ך בתקפו כהן נקט להדיא שרק בספק בממונא, לא מוציאין מידו לאותם שיטות, אך בספק בקנס – מוציאין לכו״ע. שכל עוד החיוב בקנס אינו ברור, אין יכולת לתפוס, שכיון שלא יביאוהו בי״ד לידי חיוב, אין עליו חיוב כלל. ובאר השב שמעתתא, כי להבדיל מחיוב בקנס שחייב בדאורייתא, שבעינן שירשיעון אלוקים, וכל עוד אין הרשעה וודאית, כמו בספיקות אינו חייב בקנס כלל. בקנס דרבנן, חיובו חכמים תשלום ממון, וכיון שתפס ממון, לא מפקינן ממנו. הרי לן שאין בחיוב בקנס דרבנן הרשעת האדם, והיטל חיוב על הגברא כדין קנס דאורייתא. אלא חובת תשלומין חייבוהו בשל מעשיו, ומובן מעתה שהמודה בקנס שעניינו תשלומין, מחוייב בו ולא נפטר מתשלומיו.

הרב שלמה זאב פיק
מחבר ספר אהבת שלמה ומועדי הרב

בדין לשם גירושין (כריתות) בגט

ראשי הפרקים

א. פירוש הגרמ״ד לסוגיא בגיטין כד וזבחים לפי הרמב״ם
ב. נוסח אחר בדף כ ומשמעותו – על פי דברי מו״ר הרא״ל
ג. לשמה במחשבה או בדיבור
ד. שיטות הגרי״ד בפירוש דברי הרמב״ם ומחלוקתו עם תוס׳
א. פירוש הרב לגיטין כו, ב
ב. פירוש הרב ליבמות נב, א-ב
ג. פירוש הרב על פי קונטרס דין לשמה בגט בעריכת הגר״צ שכטר
ה. נספח

א. פירוש הגרמ״ד לסוגיא בגיטין כד וזבחים לפי הרמב״ם

למדנו בריש פרק שלישי של מסכת גיטין (כד,א):

> מתני׳. כל גט שנכתב שלא לשום אשה - פסול. כיצד? היה עובר בשוק, ושמע קול סופרים מקרין איש פלוני מגרש את פלונית ממקום פלוני, ואמר זה שמי וזה שם אשתי - פסול לגרש בו. יתר מיכן, כתב לגרש את אשתו ונמלך, מצאו בן עירו ואמר לו שמי כשמך ושם אשתי כשם אשתך - פסול לגרש בו. (כד,ב) יתר מיכן, היו לו שתי נשים ושמותיהן שוות, כתב לגרש את הגדולה - לא יגרש בו את הקטנה. יתר מיכן, אמר ללבלר כתוב לאיזו שארצה אגרש - פסול לגרש בו.
>
> גמ׳. כתב לגרש את אשתו ונמלך וכו׳; ואלא רישא במאי? אמר רב פפא: בסופרין העשויין להתלמד עסקינן. אמר רב אשי: דיקא נמי, דקתני סופרין מקרין, ולא קתני סופרין קוראין, ש״מ. מאי יתר מיכן? תנא דבי ר׳ ישמעאל: לא זה שנכתב שלא לשום גירושין, אלא אף זה שנכתב לשום גירושין - פסול; ולא זה שנכתב שלא לשום גירושין

דידיה, אלא אף זה שנכתב לשום גירושין דידיה - פסול; ולא זה שלא נכתב לשום גירושין הא, אלא אף זה שנכתב לשום גירושין הא - פסול. מאי טעמא? אי כתב ונתן ספר כריתות בידה, הוה אמינא למעוטי האיך קמא דלא עביד לשום כריתות, אבל כתב לגרש את אשתו ונמלך, דעביד לשום כריתות - אימא כשר, כתב רחמנא וכתב, אי כתב רחמנא וכתב, הוה אמינא למעוטי האי דלא איהו קא כתיב לה, אבל יש לו שתי נשים, דאיהו קא כתיב לה - אימא כשר, כתב רחמנא לה - לשמה. וסיפא למה לי? הא קא משמע לן, דאין ברירה.

הדברים מובאים באופן מקוצר בריש מסכת זבחים (ב ב):

וגבי גט דסתמא פסול מנלן? אילימא מהא דתנן: היה עובר בשוק ושמע סופרים מקרין איש פלוני גירש פלונית ממקום פלוני, ואמר: זה שמי וזה שם אשתי - פסול לגרש בו; דילמא כדרב פפא, דאמר רב פפא: הכא בסופרים העשויין להתלמד עסקינן, ולא איכתוב לשום כריתות כלל!

והנה הגאון ר' משולם דוד סולובייציק [= הגרמ"ד] שליט"א למד בשיעוריו למסכת זבחים (ב,ב):[1]

... דהנה בסוגיין אמרינן: "הכא בסופרים העשויין להתלמד עסקינן, ולא איכתוב לשום כריתות כלל". ומבואר דהחסרון בהא דנכתב להתלמד אינו משום חסרון לשמה, אלא משום דבעינן כתיבה לשם כריתות, וכתיבה להתלמד אינה לשם כריתות. וכוונת הגמ' לדחות, דאפילו אי נימא דסתמא כשר בגט, מ"מ אם נכתב להתלמד פסול כיון דלא נכתב לשם כריתות.

הרי הדיון הן בגיטין הנ"ל והן בזבחים הוא לעניין לשמה בגט. בזבחים למדו שאין סתם גט לשמה, וצריך לכוון את הדין לשמה. בקס"ד של הגמרא בזבחים רצו ללמוד שהמקרה של להתלמד הוא דין בלשמה, ואם כן, מכאן רואים שאין סתמא לשמה, ודחה הגמרא ולמדה שיש כאן דין אחר, שיש חסרון של לשם כריתות. מן הסוגיה הזאת למד הגרמ"ד שמלבד הדין של לשמה יש עוד דין שצריך לכתוב הגט לשם כריתות, וזהו החסרון של להתלמד – שלא נכתב לשם כריתות, אפילו אם נאמר שסתמא בגט הוא לשמה.

---

[1] הרב משולם דוד הלוי סאלאווייציק, שיעורי רבנו משולם דוד הלוי על מסכת זבחים, עריכה א"ח שפיגל, ירושלים תשס"ז, ח"א,עמ' לב (אות ה).

כמדומני שדברי הגרמ״ד בעניין להתלמד אם זה חסרון בלשמה או בדין כריתות הוא למעשה חידושם של תוס׳ בגיטין כד,א, וכן שם בדף כ,א, וראה תוספות מקבילה במסכת עירובין (יג,א, ד״ה אבל):

> וא״ת והיכי מכשר הכא רב פפא בספר תורה אפילו למאן דבעי לשמה והא תנן בריש כל הגט (שם ד׳ כד,א) שמע קול סופרים מקרין איש פלוני מגרש פלונית פסול לגרש בו ומוקי לה בגמ׳ בסופרים העשויין להתלמד וספר תורה נמי חשיב לה הכא כעשויין להתלמד ומשמע דלכולהו תנאי אית להו מתני׳ דהתם מדפריך ולית ליה לר׳ אחא בר יאשיה הא דתנן וכו׳.

הרי הקס״ד של תוס׳ שהרישא של המשנה בגיטין דף כד למדה שהחסרון בלהתלמד הוא בלשמה, ולכן יש קושיה על רב פפא. והנה תרצו תוס׳ \

> וי״ל דלהתלמד דהתם לא נכתב כלל להכשר הגט אבל ספר תורה כותב בסתמא לדעת כן שאם יצטרכו ימחקו ממנה פרשת סוטה.[2]

הרי תירוצם של תוס׳ הוא שלהתלמד ״לא נכתב כלל להכשר הגט״ ופירושו שהוא אינו לשם כריתות, וכמו הסוגיה בגיטין ובזבחים, וממילא אין בו הכשר הגט.

הגרמ״ד ביקש להביא ראייה לדבריו מדברי הרמב״ם:

> וע׳ רמב״ם הלכות גירושין (ג,ו) שכתב: ״אמר לסופר כתוב גט לפלונית ויהיה עמי לכשאשאנה אגרשנה בו ונכתב ונשאה וגירשה בו[3] אינו גט, מפני וכו׳ ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין״ ומבואר דאף דגט זה נכתב לשמה, מ״מ פסול משום הנ״ל דבעינן כתיבה לשם כריתות, וגט זה לא נכתב לשם כירתות... לפ״ז נמצא דאי נקטינן דסתמא כשר, גם בנכתב להתלמד ליכא חסרון דאינו לשמה, והחיסרון הוא רק דלא הוי לשם כריתות.

מקורו של הרמב״ם הוא במסכת יבמות (נב,א):

---

[2] וכן בראי״ש למסכת עירובין (יג,א): וי״ל דלהתלמד דהתם לא נכתב כלל להכשר גט...״ ובתוספות הרא״ש למסכת סוטה (כ,ב): ״וי״ל דלהתלמד דהתם לא נכתב כלל להכשר...״.

[3] במקור כתוב: ״אגרשנה בו וכו״ והשלמתי את המשפט.

אמר רמי בר חמא, הרי אמרו: אמר אחד ללבלר כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה - הרי זה גט, מפני שבידו לגרשה, [נב,ב] ולאשה בעלמא - אין גט, מפני שאין בידו לגרשה.

והנה בתוספות שם (נב,ב) ד"ה ולאשה פירשו:

ולאשה בעלמא אין גט - ואפילו כתוב בו זמן דאחר נשואים כיון דאין בידו לגרשה בשעה שעשאו שליח ונראה לר"י דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל למאן דאמר אדם מקנה הוי גט דבידו לגרשה...

אולם הרמב"ם בהלכות גירושין (ג,ו) למד אחרת:

אמר לסופר כתוב גט לפלונית ויהיה עמי לכשאשאנה אגרשנה בו ונכתב ונשאה וגירשה בו אינו גט, מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשנכתב גט זה ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין, אבל אם אמר לו כתוב אותו לארוסתי לכשאשאנה אגרשנה בו וכנסה וגירשה בו כשר, כתבו ליבמתו ואחר שיבמה גירשה בו הרי זה ספק גירושין הואיל ואינה אשתו גמורה כשכתבו.

לפי הגרמ"ד יש כאן חילוק ברור וחד בין לשם כריתות לבין לשמה. הגט בתחילת דברי הרמב"ם אכן נכתב לשמה, אבל חסר כאן הדין של לשם כריתות, אין כאן "להכשר הגט" בכלל.

אולם, הערנו על דברי הגמר"ד שלפי פירושו הפשט במשנה בדף כד אינו מדוייק: "משנה: כל גט שנכתב שלא לשום אשה פסול כיצד..." הרי כותרת המשנה הוא "שלא לשום אשה", אבל הבבא ראשונה אינה מדין לשמה אלא מדין כריתות!

אחרונים רבים לא למדו הפשט בדברי הרמב"ם כשיטת הגרמ"ד:

למשל, ערוך השולחן אבן העזר סי' קלב למד:

ולי נראה דהנה הרמב"ם ז"ל כתב הטעם מפני שלא היתה בת גירושין בעת כתיבת גט זה ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין ע"ש ולפ"ז הוה כשלא לשמה ואינו גט כלל.

וכן למד בעל שו"ת להורות נתן חלק יד סימן סא:

> ...מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשנכתב גט זה ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין" עכ"ל. הרי דאע"ג שכתב את הגט לשם איש ואשה זו מ"מ לא סגי בכך, אלא דצריך שיכתבנו בכונה לעשות בגט זה מעשה גירושין, ועל כן אם כתב את הגט לשמה בשעה שעדיין לא נשאה וממילא אינו יכול לגרש בו, אין זה בגדר לשמה, כיון שאינו ראוי לעשות בו מעשה גירושין.

כך למד גם מו"ר הרב יוסף דב סולובייצ'יק זצ"ל בשיעורי למסכת יבמות (רשימות שיעורים נב,א):[4] "וצ"ע, למה פסל הרמב"ם את הגט רק מטעם שנכתב שלא לשמה" וכן למד בשיעוריו למסכת גיטין דף כו,ב.[5]

אולם בשיעוריו לתחילת פרק שלישי בגיטין (כד,ב), ייתכן שהרב למד אחרת:

> הרי שבגט טפי פשיטה דלהתלמד דשמע קול סופרים מקרין וכו' פסול דבעינן לשם גירושין, והא דמצאו בן עירו ואמר לו שמי כשמך ושם אשתי כשם אשתך וכו' פסול הוא, יתר מיכן דמלבד דבעינן לשם גרושין בענין לשם גירושין אלו, ולכן כי איכתיב לשם רחל אף דהוי לשם גירושין לא הדר איכתיב לשם לאה דחסר לשם גירושין אלו.[6]

במבט ראשון היה נראה שהרב למד כמו בן דודו הגרמ"ד. אולם לא נראה כן, אלא הרב רק אמר פשט בסוגיה על פי לשונו של הסוגיה, וממילא אין כאן ראיה ממנו שהוא סבור שיש דין מיוחד של לשם כריתות או לשם גירושין, שהרי ייתכן יסוד דין זה הוא דין בלשמה כפשטות לשון המשנה וכהבסברו של הרב בדברי הרמב"ם.

נוסיף שגם קשה על הרמב"ם למה לא למד כמו התוס' ביבמות. הרי הרמב"ם פסק שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אז למה הרמב"ם היה צריך טעם חדש של "שנכתב שלא לשם גירושין" הן לפי הגרמ"ד והן לפי כל המפרשים שפירשו את דברי הרמב"ם שמדובר בדין לשמה. וכן הקשה הרב בשיעוריו הנ"ל למסכת יבמות:

---

[4] ספר רשימות שיעורים שנאמרו ע"י הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק זצ"ל על מסכת יבמות, נערך ע"י רצ"י רייכמן, תשע"א, עמ' תקנא, לדף נב ע"א.

[5] ספר שיעורי הרב על מסכת גיטין חלק א, פרקים א-ג, ליקוט חידושים וביאורים... משיעורי... רבי יוסף דוב סולובייצייק, ערוך ע"י הרב גארדאן, ירושלים תשס"ז, עמ' שב.

[6] שם, עמ' רפו.

וצ״ע, למה פסל הרמב״ם את הגט רק מטעם שנכתב שלא לשמה, והרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וה״ה שאינו מגרש אשה שלא באה לעולם, ומשו״ה הגט פסול מפני שאינו בעל דהאשה לגרשה, וחסרה עיקר דעת הבעלים ודעת המתחייב עבור הגט.

להלן, נדון בקושיה זו.

ב. נוסח אחר בדף כ ומשמעותו – על פי דברי מו״ר הרא״ל

מו״ר הרב אהרן ליכטנשטיין זצ״ל בשיעוריו על מסכת גיטין (עמ׳ 254) הציע נפקא מינה בין שני הדינים האלה [= בין דין לשמה לבין דין לשם כריתות, וכמו שלמד הגרמ״ד] שעשויה להיות במקרה של כתב על גבי כתב על פי הסוגיה במסכת גיטין (כ,א):

אמר רב חסדא: גט שכתבו שלא לשמה והעביר עליו קולמוס לשמה, באנו למחלוקת רבי יהודה ורבנן; דתניא: הרי שהיה צריך לכתוב את השם, ונתכוין לכתוב יהודה וטעה ולא הטיל בו דלת, מעביר עליו קולמוס ומקדשו, דברי רבי יהודה, וחכמים אומרים: אין השם מן המובחר. אמר רב אחא בר יעקב: דילמא לא היא, עד כאן לא קאמרי רבנן התם - דבעינא זה אלי ואנוהו וליכא, אבל הכא לא.

הרא״ל התייחס לחידושים מכתב יד המיוחסים לריטב״א ומובאת בהם גרסה אחרת לגמרא שם. לפי גרסה זו קיימת אפשרות נוספת לחלק בין גט לספר תורה, בכיוון הפוך.[7] גם רבי יהודה, המכשיר ספר תורה שהעבירו עליו קולמוס לשמה, עשוי לפסול את הגט – כיוון שאין זו כריתות. העברת קולמוס מועילה לעניין דין לשמה בספר תורה, אך היא אינה יכולה לשנות את הגדרתו של הגט ולהפוך אותו לספר כריתות.

הרא״ל המשיך והציע שלפי זה נוכל למצוא נפקא מינה לחילוק בין שני הדינים בסוגייתנו (דף כד). גט שכתב שלא לשם גירושין כלל אינו מוגדר כספר כריתות. כיוון שכך, העברת קולמוס אינה יכולה לשנות את הגדרתו ולהכשיר אותו. לעומת זאת, גט שנכתב לשם גירושין של אישה אחרת – הוא ספר כריתות,

---

[7] וכך גרס ראשון זה: ״וע״כ לא מכשיר ר׳ יהודה התם אלא משום דלא בע׳ כריתות אבל הכא כריתות בעינן וליכא״, ואכן כך הוא דק״ס השלם, מכ״י אראס 889 אשר בצרפת וכ״י לנינגרד-פרקוביץ 187: ״אי נמי עד כאן לא קאמר ר׳ יהודה התם [אלא משום] דלא בעינן כריתות אבל הכא בעינן כריתות וליכא״ (התוספות ״אלא משום״ הוא מכ״י לנינגרד הנ״ל), וראה את ההערות בדק״ס שם.

והפסול שלו הוא רק מחמת דין לשמה. בגט כזה העברת קולמוס לשמה עשויה להועיל, כשם שהיא מועילה להכשיר השמות בספר התורה שלא נכתבו לשמה עכ״ד.[8]

שאלתי את עצמי, למה ר׳ אהרן לא הביא ראיה ונפקא מינה לשני דינים אלו מדברי הרמב״ם הנ״ל, וכמו שלמד הגרמ״ד? נראה שהתשובה היא פשוטה – הרב ליכטנשטיין למד פשט ברמב״ם כמו חותנו והאחרונים שהפסול של ״לא לשם גירושין״ או ״לא לשם כריתות״ הוא פסול של לשמה, וממילא לפי הרמב״ם אין לחלק בזה. ויש להביא ראיה לפירוש זה מדברי רמב״ם, הלכות גירושין, ריש פרק ג:

> [א] כל גט שלא נכתב לשם האיש המגרש ולשם האשה המתגרשת אינו גט, כיצד סופר שכתב גט ללמד או להתלמד ובא הבעל ומצא שם שנכתב בגט זה כשמו ושם האשה כשם אשתו ושם העיר כשם עירו ונטלו וגירש בו אינו גט.
>
> [ב] יתר על זה כתב לגרש את אשתו ונמלך ומצאו בן עירו ואמר לו שמי כשמך ושם אשתי כשם אשתך ונטלו ממנו וגירש בו אינו גט אף על פי שנכתב לשם גירושין.
>
> [ג] יתר על כן מי שיש לו שתי נשים ששמותיהן שוין וכתב לגרש את הגדולה ונמלך וגירש בו את הקטנה אינו גט, אף על פי שנכתב לשם האיש המגרש לא נכתב לשם זו שנתגרשה בו.

---

[8] במהד׳ שוטנשטין כ,א, העורכים כתבו בהע׳ 6: ״עיין פני יהושע שדן אם דברי רב חסדא [״גט שכתבו שלא לשמה והעביר עליו קולמוס לשמה״] אמורים דוקא בגט שנכתב שלא לשם גירושין כלל, או אפילו בגט שנכתב לשם גירושין אבל עבור אשה אחרת ששמה כשם אשה זו הבאה עכשיו להתגרש״. הרי שאלה זו למעשה דנה בשאלת הנוסח של המיוחס לריטב״א. אולם המעיין בפני יהושע כ,א יראה מיד שהם טעו בעניין זה. שהרי הפני יהושע דן שמה אם העברת קולמוס מועיל אם הגט כתוב סתם, ולא שנכתב להתלמד. אולם הוא אינו דן במקרה שהגט נכתב לא לשם כריתות בכלל: ״...הא ליתא דא״כ בגיטין נמי יש לחלק בכה״ג אם כתיבה ראשונה היתה סתם או אם נכתב לשם אשה אחרת ששמה כשמה ומדפסיק רב חסדא ונקיט סתמא משמע דבכל ענין שייך בגט האי פלוגתא דר״י ורבנן. ועוד דלכאורה נראה דהיכא דכתבו מעיקרא לשם אשה אחרת ודאי דלא מהני העברת קולמוס כיון דאינתיק מעיקרא בפירוש לשם אשה אחרת כדמשמע לכאורה בפ״ק דעירובין (יג,א) אף שיש לחלק קצת מ״מ משמע מיהו דעיקר מילתא דרב חסדא היינו היכא שכתבו מעיקרא סתם דבגט סתמא נמי פסול כדאיתא בריש זבחים [ב,ב]....״ סתם אכן נכתב לשם גירושין, אבל לא לשם אשה מסויימת, ולא דומה בכלל לרישא של המשנה בדף כד, שנכתב להתלמד ולא לשם גירושין כלל. אולם, עיין בדברי האבן האזל, הל׳ גירושין, פ״ג, הל׳ טו, ד״ה והנה ביאר, וד״ה ואכן לפי, שדן בדברי הפני יהושע בריש מסכת גיטין בעניין הדין לשם כריתות, ע״ש.

הרי הרמב״ם סיכם כאן את המשנה. שאלנו על דברי הגרמ״ד, הרי הדין של הרישא אינו פסול של שלשמה אלא פסול אחר לגמרי – של לשם כריתות, ואם כן, מה זה עושה במשנה? הרמב״ם כתב את המשנה כצורתה, ומשמע שהפסול של הדין להתלמד (הל׳ א) אינו מפני שהוא אינו לשם גירושין, אלא הוא פסול של שלא לשמה. זה לבד מצביע על הפירוש בדברי הרמב״ם. ויש להביא עוד ראייה מדברי הרמב״ם, שם, הלכה ד:

> יתר על כן אמר לסופר כתוב ואיזו שארצה אגרש בו וכתב הסופר על דעת זו וגירש בו אחת מהן הרי זה ספק גירושין, וכל גט שכתבו שלא לשמה אף על פי שהעביר עליו קולמוס לשמה אינו גט.

הרי לפי פשטות מסקנת הסוגיה בדף כ,א, ר׳ אחא למד שחכמים מודים כתב על גבי כתב שבגט אכן הוא כתב, והגט כשר – וזאת לעומת ספר תורה, שיש פסול של זה קלי ואנוהו. לכן נראה שהרמב״ם גרס את גרסת החידושים המיוחסים לריטב״א, שר׳ יהודה אינו מיחל את דינו של כתב על גבי כתב בגט. וכן למד המפרש (מיוחס להרב המגיד) הלכות גירושין פרק ג, הל׳ ד.

> וכתב הרב אף על פי שהעביר עליו קולמוס וכו׳ פ׳ המביא תניין (דף כ׳) ואפילו לרבי יהודה דאמר גבי כתיבת השם מעביר עליו קולמוס ומקדשו הכא כריתות בעינן וליכא.[9]

הרי אם למד הרמב״ם כראשון זה וכן כמו כתבי היד, צ״ל שהוא למד הדין לשם כריתות שהוא דין שלא לשמה, וכמו שכתב במפורש. נמצא שאין ללמוד כמו הגרמ״ד ברמב״ם –

> אמר לסופר כתוב גט לפלונית ויהיה עמי לכשאשאנה אגרשנה בו ונכתב ונשאה וגירשה בו אינו גט, מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשנכתב גט זה ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין...

מפני שהוא לא לשם גירושין, צ״ל שהוא לא לשמה, וכמו הרמב״ם שם בהל׳ א ובהל׳ ב.

---

[9] במהדורות סטנדרטיות של הרמב״ם כתוב הערה על דברי המפרש הזה: ״החילוק הזה סברא דנפשיה הוא דלפי הסוגיא אין ר׳ יהודה מודה והרמב״ם ז״ל פסק כחכמים דפליגי עליה וכ״כ הרא״ש וכתב הר״ן דהלכה כחכמים וכן דעת הרמב״ם בפ״ג.״ אולם לאור הנוסחאות של חידושים לגיטין מכתבי יד וכן בדק״ס השלם שרשם כתבי יד כך, במהדורת ר׳ שבתי פרנקל יש הערה אחרת: כך גרסו בגמ׳ הפרש והרמ״ה כת״י ואזדא לה תמיהת בית שמואל (יד אהרן).״

נמצא מפשטותו של הרמב"ם במשנה לריש פ"ג וכפי שניסח את זה בהל' א-ב, בדבריו בהל' ד' על פי המפרש, וכן בעצם העובדה שר' אהרן לא הביא ראיה מדברי הרמב"ם האלו, אין הפירוש שיש כאן דין מיוחד של "לשם גירושין" אלא יסוד הדין הוא שהגט אינו לשמה.

ג. לשמה במחשבה או בדיבור

מו"ר הרא"ל (בהמשך השיעור הנ"ל, עמ' 254-255) דן בשאלה אם אדם צריך לומר בפיו שהוא מתכוון לשמה או שמא די במחשבה בלבד? התחום הראשון שרב אהרן דן לגביו היה בכתיבת ספר תורה, והביא את ספר התרומה (סי קצב) שפסק שהכוונה לשמה צריכה להיאמר בפה – הן בכתיבת הספר והן בעיבוד הקלף, הן בכתיבת שם ה', וה"ה בכתיבת גט. דבריו הובאו בראי"ש להל' ספר תורה, סי' ג. שם בסי' ד, משתמע מן הרא"ש שיש לחלק בדין לשמה בין כתיבת ספר תורה בכללו לבין כתיבת האזכרות של שם ה' שבספר תורה.

ר' חיים הלוי מבריסק בחידושיו על הרמב"ם (הל' תפילין ומזוזה וספר תורה פ"א הט"ו) הצביע על אותו חילוק בטור, יו"ד, סי' רעד, שכתב וז"ל:

> צריך שיאמר הסופר כשיתחיל לכתוב ספר זה אני כותב לשם קדושת ס"ת וכו' ואם לא עשה כן פסול.

לעומת זה כתב הטור בסי' רעו:

> אף על פי שאומר בתחילת הספר שכתבו לשם קדושת ס"ת בכל פעם שכותב שם צריך לחשוב שכותב לשם קדושת השם.

הגר"ח העיר שכבר הקשו דמאי שנא כוונת קדושת אזכרות דסגי במחשבה לחוד מדין כוונת כתיבת כל הס"ת דצריך דוקא שיאמר בפיו ולא סגי במחשבה בלבד. להבנת החילוק בזה, הגר"ח הסביר:

> דשאני דין לשמן של סת"מ דהוא דין כוונה ומחשבה נוספה של לשמן, וע"כ בעינן בזה דיבור כדילפינן לה מפיגול, משא"כ לענין דין כוונה המיוחדת בכתיבת אזכרות וקדושתן דהוא רק שיכתבם בתורת השם, ושיהיו מעשיו וידיעתו מכוונים שכותב את השם.

הרא"ל הסביר את דברי הגר"ח: דין לשמה בכתיבת ספר תורה הוא דין ביצירת הספר והחלת הקדושה עליו. כדי להחיל את הקדושה על הספר, יש צורך באמירה מפורשת בפה. דין לשמה בכתיבת השמות, לא נועד להחיל עליהם

קדושה כלשהי. הדרישה היא שהאדם יתכוון למשמעות הנכונה של השמות שהוא כותב, ולא למשמעות אחרת של המילים האלה, ולמטרה זו די בכך שהאדם יתכוון בליבו למשמעות הנכונה, ואין צריך שיפרש את זה בפה.

על פי חילוק זה בדינים שונים בלשמה, שחלקם צריך אמירה בפה ואחרים סגי לן במחשבה, ר׳ אהרן ביקש לברר מה הדין בלשמה בגט. האם צריך לומר בפה שהוא כותב את הגט לשמה או די בכוונה בלבו בלבד. למרות דברי ספר התרומה הנ״ל שצריך לומר הכוונה בפה, ר׳ אהרן ביקש לחלק בין הדינים השונים של לשמה בגט על פי דברי הגר״ח הנ״ל בכתיבת ספר תורה. בדיני המשנה בדף כד, שצריך לכתוב את הגט לשם גירושין כדי שהוא ייחשב לספר כריתות, טען הרא״ל שדין זה איננו יוצר חלות מיוחדת בחפץ, אלא רק מגדיר את זהותו הבסיסית. לשם כך אולי די במחשבה בלבד, ואין צורך שהאדם יאמר את זה בפיו שהוא כותב לשם גירושין וכריתות.[10]

אולם הדינים הנוספים במשנה מחדשים שלא די בכך שהגט יוגדר כספר כריתות, אלא יש צורך בכוונה נוספת לשם האיש והאשה. לפי ר׳ אהרן נראה שדינים אלו אינם נוגעים להגדרת הספר עצמו, אלא זוהי חלות מיוחדת הנוספת לגט מכח הכוונה לשמה. לפי זה, טען ר׳ אהרן, שכדי לייצר את החלות הזו האדם צריך לומר בפיו שהוא מתכוון לשם האיש והאשה. אמנם ציין ר׳ אהרן שיש בכלל מאתיים מנה, ואם הוא צריך לומר בפיו שהוא מתכוון לגירושי האשה, ממילא כבר אמר שכוונתו שהוא לשם גירושין, ולכן בפועל אין נפקותא מעשית לפי הצעתו לחילוק זה.

לולי דברי הרא״ל אולי היה אפשר לומר בדיוק ההיפך, וזה על פי דברי הגר״ח בכתיבת ספר תורה, ועל פי נוסח המיוחס לריטב״א הנ״ל. כדי להפוך נייר לגט, צריך מעשה כוונה חזקה, וצריך להביע את זה בפה, דומה ליצירת ספר תורה. לכן העברת קולמוס אינו די לייצר לשם כריתות וכנוסח הנ״ל. אולם הדין לשמה, הוא תוספת דין, ודי לחשוב בליבו שהוא מתכוון לאיש ולאשה, ולכן העברת קולמוס הוא מספיק לדין לשמה לפי הנוסח הנ״ל.

[10] ראה נספח בסוף המאמר.

ד. שיטות הגרי"ד בפירוש דברי הרמב"ם ומחלוקתו עם תוס'[11]

א. פירוש הרב למסכת גיטין כו, ב

הרב הביא את דברי הרמב"ם בפ"ג ה"ו ופירש את דברי הרמב"ם "שבאשה בעלמא שאינה ארוסתו לכשאשאנה אגרשנה אינה גט משום דהוי שלא לשמה." ושאל הרב: "שלכאורה יש בזה פסול יותר מקיף דדבר שלא בא לעולם שהוא חסרון בדעת המתחייב שייך אף בשאר שטרות?" והסביר הרב:

> שמוכח מדברי הרמב"ם שאין צריך דעת המתחייב בעד כתיבת הגט, דליכא התחייבות בכתיבה. ופשיטא שבחתימת הגט בעינן דעת המתחייב כבכל שטרות דעלמא אבל לכתיבה בענין רק ציווי הבעל בעד הלשמה ולא דעת המתחייב.

לפי הסברו של הרב, הרמב"ם סבור שאין כתיבת הגט חלק ממעשה הגירושין, ולכן אין בו התחייבות בכתיבה וממילא לא שייך הדין של אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. לכן הרמב"ם היה צריך להסביר שיש פסול אחר בכתיבת גט זו, והוא שאינו לשם גירושין, כלומר שאינו לשמה.

לפי זה, תוס' סבורים שיש בכתיבת הגט דעת מתחייב, משמע שכתיבת הגט הוא תחילת מעשה הגירושין [ואולי זה מפני שיש בכתיבה דין לשמה – ראה להלן], ולכן שייך בו דעת המתחייב ולכן חל בה הדין שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

ב. פירוש הרב ליבמות נב א-ב

והנה ברשימות שיעורים ליבמות נב,א רואין שהרב הזדקק לדברי הרמב"ם האלו וההקשה את הקושיה למה הרמב"ם לא פירש כמו שיטת התוס' והציע תירוץ אחר ממה שאמר במסכת גיטין:

> וצ"ע, למה פסל הרמב"ם את הגט רק מטעם שנכתב שלא לשמה, והרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וה"ה שאינו מגרש אשה שלא באה לעולם, ומשו"ה הגט פסול מפני שאינו בעל דהאשה לגרשה, וחסרה עיקר דעת הבעלים ודעת המתחייב עבור הגט.

---

[11] אמנם מפרשי הסוגיה ביבמות והרמב"ם דנו בדברי הרמב"ם בניגוד לדברי התוס' והציעו נפקותות ביניהם או תירוצים ליישב למה הרמב"ם לא פירש כמו התוס' חולקים, ראה למשל משנה למלך הל' גירושין פ"ו ה"ג, בני אהובה לפ"ג ה"ג, מרומי שדה ליבמות נב,ב.

> ונראה דאה״נ שאינו בעלים, והאשה הויא אשתו שלא באה לעולם ובכן חסרה לו דעת בעלים להתחייב בדעת המתחייב עבור הגט ומשו״ה פסול, ואם חתמו הגט לפני שקידשה פשיטא דפסול דליכא דעת המתחייב. אלא שהרמב״ם בא לפסול אף בציור שכתב את הגט לפני שקידשה אלא שאחרי שנשאה חתמו העדים על הגט. דדעת המתחייב דבעל הגט דין הוא בחתימת עדי הגט ולא בכתיבתו. וכאן היתה דעת המתחייב בשעת חתימת העדים. אך מאחר שבשעת הכתיבה לא היתה אשתו משו״ה א״א לכתבו לשמה, ולפיכך הגט פסול.

לפי דברי הרב כאן, הרמב״ם מודה לשיטת התוס׳ הנ״ל, ובשעת הכתיבה אם הוא תחילת התהליך של מעשה הגירושין, אכן הוא דבר שלא בא לעולם. יתר-על-כן, אפילו אם חתמו העדים על הגט, ואז הגט הוא כמו כל שטרות שצריך דעת מתחייב, הגט הוא פסול מפני שאז הוא דבר שלא בא לעולם ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. וייתכן שזה הפשט בדברי הרב במסכת גיטין הנ״ל, אלא הדברים שם אינם ברורים דיים, והצעתי את הפירוש הנ״ל שהוא יותר נראה שם.

אולם אם חתמו על הגט אחרי הנישואין, אז בשעת החתימה יש אישות ואכן הוא דבר שבא לעולם, ולפי התוס׳ הגט יהיה כשר. אולם לזה חידש הרמב״ם שמלבד הבעייה שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, יש בעייה עקרונית עם גט שנכתב לפני האישות, והוא שלא לשם גירושין, ולפי דברינו פירוש הדבר שהוא אינו לשמה. נמצא לפי זה, שהמחלוקת בין תוס׳ והרמב״ם הוא במקרה שחתמו אחרי האירוסין, שלפי הרמב״ם הגט פסול, ולפי תוס׳ הוא כשר.

ג. פירוש הרב על פי קונטרס דין לשמה בגט בעריכת הגר״צ שכטר

בקונטרס בדין לשמה בגט[12] שהובא בספרו של הרב צבי שכטר, ארץ הצבי, בפרק א (״הכותב גט לאשה דעלמא״, עמ׳ קע), המחבר הביא את דברי הרב בזה:

> ביבמות (נב.) כתוב גט לארוסתי כשאכנסנה אגרשנה, הר״ז גט מפני שבידו לגרשה, ולאשה בעלמא אינו גט מפני שאין בידו לגרשה. ועי׳

[12] בתחילת הדברים כתב הרב שכטר: ״הקונטרס הזה מיוסד כולו על שיעורי מו״ר הגרי״ד הלוי סאלאוויטשיק, (שליט״א) [זצ״ל], בהוספת ציונים ומראה מקומות לספרי האחרונים....״ אני זוכר שקראתי במקום כלשהו שרב שכטר סיפר שהרב עבר על הקונטרס הזה (וכן על עוד ג׳ קונטרסים), תיקן דברים והוסיף הערות.

בהגהת משל״מ פ״ו מגירושין ה״ג שבביאור דין זה נאמרו ב׳ טעמים: התוס׳ שמה (נב: ד״ה ולאשה בעלמא) כתבו דפסול מדין אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ולמ״ד אדם מקנה דבר שלבל״ע שפיר הוי גט כשר. וברמב״ם פ״ג מגירושין ה״ו הסביר, דאינו גט, מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשנכתב גט זה, ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין. ועיי״ש בהגהת משל״מ נפק״מ לדינא בין שני הטעמים.

ובאמת צריך להבין טעמו של הרמב״ם, מ״ט חשיבא כה״ג שלא לשמה, הלא הסופר כיוון בשעת כתיבה לשמו ולשמה ולשם גירושין. וכן צריך להבין נמי טעם התוס׳, דמה שייך לומר לענין כתיבת הגט שיהא בו חסרון דדבר שלא בא לעולם. הלא מעשה הקנין בגירושין היינו נתינת הגט, ואת הנתינה אין בדעתו לעשות עד לאחר שיקדשנה, וחסרון דדבר שלבל״ע לכאורה לא שייך אלא בעושה מעשה קנין אדבר שלבל״ע. ועיי״ש בלשון התוס׳ שכתבו, כיון שאין בידו לגרשה בשעה שעשאו שליח, ומשמע דס״ל דבעינן שליחות לכתיבת הגט, ומילתא דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי, וכמש״כ בהג׳ הנ״ל. וזה גופא צריך להבין, מ״ט לא יוכל הוא בעצמו לכתוב את הגט קודם שיקדשנה. ומן ההכרח צ״ל דאין כאן ב׳ טעמים נפרדים לפסול גט כזה, אלא הכל טעם אחד הוא, דבגדר דין לשמה ביאר רבנו הגרי״ד (שיחי׳) [זצ״ל], דגט אשה שונה משאר שטר קנין דעלמא, בזה דבכל שאר שטרי קנין, כתיבת השטר הוא רק הכשר החפצא של הקנין, ומעשה הקנין היינו – מסירת השטר. משא״כ בגט אשה, דילפינן מקרא דבעינן כתיבה לשמה, והיינו – דצירוף הכתיבה והנתינה ביחד הוא הוא מעשה הקנין של הגירושין, וממילא, כמו בנותן גט לאשה דעלמא קודם שקידשה, על מנת שתתגרש בו לאחר שיקדשה, דאינו גט, דקיי״ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כמו כן הכותב גט לאשה דעלמא – קודם שקדשה, אדעתא לגרשה באותו גט לאחר שיקדשה, אינו גט, דתחילת הגירושין צריכה להיות משעת כתיבת הגט. וזוהי כוונת הרמב״ם במש״כ שנמצא שנכתב הגט שלא שמה, דבכה״ג לא נוכל לומר שהיתה הכתיבה תחילת מעשה הגירושין. דהא קיי״ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והיאך נוכל לומר שכבר התחיל לגרש את אשתו בשעת כתיבת הגט, כי עדיין אינה אשתו, שהרי עדיין לא קידשה. ודבר זה דבעינן שיתחיל מעשה הגירושין משעת כתיבה, נלמד מדין לשמה, וזהו שכתב הרמב״ם שנמצא שנכתב הגט שלא לשם גירושין, והם הם דברי התוס׳ שכתבו לפסול גט כזה מטעם דבר שלבל״ע,

ואילו למ״ד אדם מקנה דשלבל״ע הי׳ גט שכזה כשר, דאיה״נ דכתיבת הגט היא תחילת מעשה הקנין של הגירושין, וכאמור, וטעם הרמב״ם וטעם התוס׳ – הכל אחד.

לפי דברים אלו שונה גט משטרות בעלמא שנתינת ומסירת השטר בלבד הוא מעשה הקניין. אולם בגט יש דין של כתיבה לשמה וממילא גם הכתיבה היא חלק ממעשה הקניין, ומעשה הגירושין מתחיל עם כתיבת הגט. אולם כשם שבנתינת גט לאשה בעלמא אין כאן גירושין שהרי זה דבר שלא בא לעולם, גם בכתיבת גט לשם אשה בעלמא (לפני קדושין) הוא דבר שלא בא לעולם. מכיוון שהוא דבר שלא בא לעולם, ממילא אי אפשר לכתוב גט זה לשם אישה זו, שהרי היא אינה אשתו, וזה דבר שלא בא לעולם. הגורם לגט זו להיות פסול מפני שנכתב שלא לשם גירושין, שפירושו כמו שראינו לעיל שהוא לא לשמה. הוא לא לשמה מסיבה פשוטה – הוא דבר שלא בא לעולם, ולכן לא ייתכן שיהיה לשמה, שהרי הוא לא התחיל לגרש את אשתו עם גט זו, שהרי היא לא אשתו וזה דבר שלא בא לעולם. נמצא שאין בכלל מחלוקת בין הרמב״ם לבין תוס׳, שהרי יסוד דינו של הרמב״ם הוא דבר שלא בא לעולם.

ה. נספח

כשלמדתי את דברי ר׳ אהרן זצ״ל בחברותא העיר לי ידידי הרה״ג אהוד שפירא שליט״א מדברי השולחן ערוך, אבן העזר, הלכות גיטין, סימן קלא, סעיף ז:

> לפיכך צריך ליזהר כשהבעל מצוה לסופר לכתוב שיאמר (בפני עדים שיחתמו על הגט): ״כתוב גט לשם פלונית אשתי. וכן יאמר הסופר בפיו כשמתחיל לכתוב, שכותבו לשם פלונית אשת פלוני ולשמו של פלוני.״

הוסיף שם הרמ״א: ״הגה: ויאמר כן בפני עדים החותמים על הגט...״ משמע שלפי ההלכה צריך לומר בפה מפני שהעדים צריכים לדעת שהוא כתב הגט לשמה, וכן למד הלבוש שם:

> וגם הסופר כשיתחיל לכתוב יאמר כן בפיו בפני אותם העדים הריני כותב גט זה לשום פלוני בן פלוני שיגרש את אשתו פב״פ, ולא סגי שיחשוב כן במחשבה אלא צריך שיוציאוהו בשפתיו ושישמעוהו העדים, ויהיו שם שני עידי חתימה בשעה שמתחיל הסופר לכתוב הגט כדי שידעו שנכתב לשמה ויכירוהו בשעת חתימה.

אמנם אני טענתי שייתכן שהמחבר חולק על הרמ״א בזה ולא דרש עדים לשמוע אמירה לשמה והוספתי שלא משמע מן הסוגיות שהעדים צריכים לשמוע שהסופר כותב לשמה. ראה דברי ערוך השולחן, שם, סעיף ו:

> וכיון דעיקר הגט הוא לשמה לפיכך כתבו כל הפוסקים שיש ליזהר מאד כשהבעל מצוה לסופר לכתוב הגט שיאמר לו בפני עידי החתימה כתוב גט לשמי פב״פ ולשם אשתי פלונית בת פלוני וכן כשיאמר להעדים לחתום בגט יאמר להם שיחתמו לשמו ולשמה ולשם גירושין ונהגו שעונים כן נעשה ואין זה לעיכובא וכן יאמר הסופר בפיו כשמתחיל לכתוב שכותבו לשם פלונית אשת פלוני ולשמו של פלוני וכן יאמר כל אחד מהעדים כשמתחיל לחתום שחותם לשמו ולשמה ויפרט שמם ולשם גירושין ולא מהני מחשבה ויש עיכוב בזה גם בדיעבד [ב״ש סק״ח] וי״א דהאמירה בפה אינו מעכב ודי במחשבה בלב בדיעבד [ת״ג]...

משמע מדבריו שאין צורך בעדים לשמוע שהסופר כותב לשמה. והנה שם בסעיף י הוסיף בעל הערוך השולחן:

> כתב רבינו הב״י בסעיף ח׳ יהיו שם שני עידי החתימה בשעה שמתחיל לכתוב הגט כדי שידעו שנכתב לשמה ויכירוהו בשעת חתימה עכ״ל ומבואר דדי שיעמדו רק בהתחלת כתיבת הגט ולשון הטור הוא שהעדים החותמים צריך שיהיו שם בשעה שהסופר כותבו ושיכירוהו שזהו הגט שכתב הסופר לשמה ומיהו אפילו אם אינם שם אלא בתחלת הכתיבה ושמעו שמתחיל לכתוב לשמה שפיר דמי עכ״ל ומהש״ע משמע דאפילו לכתחלה א״צ להיות רק בעת ההתחלה אבל בסדר הגט בסעיף כ״א כתב רבינו הב״י בלשון זה וצריך שיעמדו בשעת כתיבת שיטה שם האיש והאשה והזמן וישמעו שכותבו לשמו ולשמה עכ״ל ואינם סותרים זל״ז כמו שיתבאר בס״ד.

הוסיף ערוך השולחן שם בסעיף יא:

> דהנה בגמ׳ לא מצינו כלל שהעדים יעמדו בעת כתיבת הסופר וזה לא נמצא רק בשליח שצריך לומר בפני נכתב ובפני נחתם ואף גם בשליח אמרו חז״ל שא״צ לעמוד רק בכתיבת שיטה אחת כששמע שכתבו לשמה א״צ יותר [ה׳ ב] ורב אשי אמר שם דאפילו לא שמע רק קן קולמסא וקן מגילתא יכול לומר בפני נכתב והרי״ף פוסק כן ויש מחמירים לפסוק דווקא שיטה ראשונה אך רש״י ז״ל פי׳ על שיטה

ראשונה שבה שם האיש והאשה והזמן [ט״ו א] וכל הדברים האלה הוא בשליח ולא בעדים אמנם זהו וודאי דהעדים צריכים לדעת שהסופר כתבו לשמה דאל״כ על מה הם חותמים ועוד צריכים שיכירו שזהו הגט שהסופר כתבו לשמה.

אמרתי לעצמי ברוך שכיוונתי לדעתו של בעל העורך השולחן בזה, שאין רמז בסוגיות התלמוד לדין זה. עוד הוסיף הערוך השולחן בסעיף יב:

ולכן לכתחלה נכון שיעמדו בעת כתיבת הגט ובדיעבד אינו מעכב כלל כמ״ש המרדכי בסדר הגט וז״ל ואם אין שם עדים בשעת כתיבת הגט נראה דכשר דמסתמא כיון שהבעל צוה לסופר בפני עדים לכותבו לשמה מסתמא כתבו לשמה ובהכשר ואפילו אינו מכיר כתיבת הסופר דרוב בקיאים הם ולא הצריכו חכמים להיות בשעת כתיבת הגט אלא למי שצריך לומר בפ״נ שלא יוציא בעל לעז על הגט אבל כשהבעל עצמו נותנו אין לחוש שמא לא כתבו לשמה ואעפ״כ טוב הדבר להיות עדים בשעת כתיבת הגט וכן עמא דבר עכ״ל [הובא בב״י] ובזה דברי הטור מבוארים ורבינו הב״י מפני שבגמ׳ ראינו שגם בשליח הקפידו שלא יעמוד על הכתיבה יותר משיטה אחת כדי שלא להוציא לעז על גיטין הראשונים ע״ש לפיכך לא רצה להחמיר בעדים יותר כיון שלעדים אין שום מקור בש״ס ואדרבה לא רצה לכתוב מפורש שיטה ראשונה אלא לשון התחלה כדי שלא לדמות לגמרי לדין שליח שבגמ׳ אלא שממילא מובן דההתחלה הוה שיטה ראשונה ובסדר הגט חשש לדעת רש״י שהבאנו וכל אלו הדברים הם חומרות ולא מעיקרא דדינא [ועי׳ ב״י].

אחרי כל זה, כמדומני שאין בכלל הערה על דברי ר׳ אהרן זצ״ל, שהרי הוא דיבר על תחילת כתיבת הגט לשם כריתות ובזה סגי ליה במחשבה לבד, אבל בכוונה הנוספת של לשם האיש והאשה אכן זה צריך להיות בפה. ממילא העדים לא צריכים לשמוע שהוא כתב הגט לשם כריתות שהרי זה רק מגדיר מה נכתב ודי במחשבה לבד, אולם אין הכי נמי הדין המיוחד של לשם האיש והאשה, זה אכן צריך להיות בפה ולפי ההלכה גם בעדים. אולם דברי הרב שפירא שליט״א אכן הם הערה לפי מה שהצעתי בסוף פרק ג.

הרב יוסף שליט

פרסום ברה"ר ללא רשות

ראשי הפרקים

א. הצגת השאלה

ב. אבדה מדעת

ג. באור אבדה מדעת לשיטת הרמב"ם

ד. דעת לאבד

ה. דין המוציא זבלו

ו. מהו השבח מפרסום?

ז. קנס חכמים – הפקר או רשות לזכות?

ח. מתי באה ההנאה מפרסום?

ט. סיכום

א. הצגת השאלה

נשאלתי בתקופת בחירות בה תולים מודעות רבות ברה"ר ואף במקומות שאינם מיועדים לתליית מודעות. ואדם שהיה נצרך ל"יוטה" לגידור חצרו נטל את המודעות והשתמש בהם לצורכו. והסתפק אם היה הדבר מותר לו ליטול את המודעות מהרחוב לצורכו וכן אם צריך לאחר שעבר ונטלם לחזור ולתלותם ברה"ר?

ב. אבדה מדעת

מבואר בדברי המשנה בב"מ (כה,ב) שהמוצא כלי באשפה מכוסה לא יגע בו מגולה נוטל ומכריז. והגמ' מבארת הדין במצב בו האשפה עשויה להיפנות לא יתכן שישנו חיוב ליטול הכלי ולהכריז. ומקשה הגמ' הרי אם זה עשוי להיפנות אבדה מדעת היא? ומדוע יצטרך המוצא להחזיר.

וא"כ אפשר לטעון שבכך שאדם תולה שלט ברשות הרבים במקום שברור שיגיעו עובדי הניקיון ויזרקו אותו לפח חשוב השלט כהפקר.

וכך פסק הטור[1] וז״ל ״אבל אם מתחילה עשויה להפנות המטמין בה דבר אבדה מדעת היא והרי היא של מוצאה״. ומבואר שכל מה שזורק אדם למקום שסופו לאיבוד הרי הוא הפקר. וא״כ הנחת שלט ברה״ר מאפשרת לכולם ליטול אותו שכן סופו לאיבוד.

אך אין הדבר פשוט שכן לעומת פסיקת הטור הנ״ל הרמב״ם (גזלה ואבדה טו,ז) פסק ״מצא באשפה כלי מכוסה הרי זה לא יגע בו כמו שביארנו, ואם אשפה שאינה עשויה להתפנות היא ונמלך עליה לפנותה אף על פי שמצאו מכוסה נוטל ומכריז״. ומדויק בדבריו שבאשפה העשויה להיפנות אינו חייב להכריז שכן זה ״אבדה מדעת״ אך אין החפץ הפקר אלא הדין הוא שלא ייגע בו.

ג. באור אבדה מדעת לשיטת הרמב״ם

ניתן היה לבאר דברי הרמב״ם מתוך דברי הריטב״א בב״מ שם שביאר מדוע המניח באשפה העשויה להיפנות חשוב לאבדה מדעת. וז״ל ״ולאו למימר שאבדו בידים והפקירו שא״כ למה כסהו, אלא לומר דאיאושי מייאש מיניה ולא מצא מקום להצניעו ואמר אניחנו בכאן במקום כל דהו כנ״ל״.

ועפ״י דברי הריטב״א מתבארים דברי הרמב״ם שאין רשות למוצא לקחת את החפץ אף שהונח במקום שעתיד להיפנות. ואע״פ שחשוב אבדה מדעת אין החפץ מופקר מפני שיש להסתפק שמא הניחו האדם שם מאחר שלא מצא מקום טוב יותר להניחו. ולכך אינו הפקר אך אין חובה להשיבו שכן בעליו נתיאשו ממנו.[2]

---

[1] וכדעת הטור מבואר בשיטת קדמונים מהר״י בן גיאת בב״מ פרק ב שכתב ״אבל באשפה העשויה ליפנות אבדה מדעת היא והרי היא שלו״.

[2] ולפי ביאור זה כוונתו שבכך שנתיאש המטמין מן מהחפץ עדין אינו הפקר ומפני כך כיסהו אך הבעלים מחלו על חובת ההשבה. והנה בב״מ ל מבואר שרבי ישמעאל ברבי יוסי לא רצה לטעון עצים שהיו לא לפי כבודו ולכן קנה העצים מהאדם שביקש שיטענו לו ואח״כ הפקירם. ובתוס׳ ביארו שהפקירם כדי שלא יכשלו בהם בני אדם בלא תגזול. והקשו האחרונים למה היה צריך להפקיר הרי יכול פשוט להרשות לכל הרוצה להשתמש בממונו חוץ מהאדם שרצה לקחתם לפניו ואז לא יהיה חייב לטעון עליו? והנו״ב (אבה״ע קמא נט) חידש שכמו שלא מועיל הפקר שאינו לכל העולם כך לא יועיל זה שלא יקפיד שישתמשו אם אינה לכל העולם. ובאבנ״מ (כח,מט) הקשה הרי הפקר לכל העולם נלמד משמיטה שזה רק בהפקר. אך באי הקפדה מאיזה דין נצריך שיהיה לכל העולם? ולכן יישב שריב״י היה צריך להפקיר הממון משום שאם רק יתן רשות להשתמש אם אדם לא יטול את העצים אלא יזיק אותם עדיין יעבור באיסור גזל. אך צריך להבין מדוע יעבור המזיק באיסור גזל אם הבעלים אינו מקפיד על כך שיטלו את החפץ או יזיקו אותו? וכך הקשה בשיעורי רבי שמואל ב״מ שם. ותירץ הגרש״ר שחשש ריב״י דלמא ימות ואז יפלו העצים לפני היורשים

לפי הסבר הריטב״א במקרה כשאלתנו היה אפשר לטעון שהשלט הופקר שכן תולה השלט הניח את השלט במקום בו הוא גלוי וברור שימצא ויזרק לאשפה ואם כן נעשה החפץ הפקר. וכך מדויק מלשון הריטב״א במקרה בו לא כיסה הכלי אכן הכלי נעשה הפקר. אך מסתבר יותר שגם לריטב״א אין הבעלים מפקירים את השלט ואף לא מתייאשים ממנו שכן רוצים להרוויח את הפרסום עד שילקח ע״י עובדי הניקיון.

ונראה לבאר בהסבר דברי הרמב״ם שהרמב״ם והטור נחלקו לשיטתם. שכן פסק הרמב״ם (גזילה יא,יא) ״המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו, כיצד, הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו, השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו וכל כיוצא בזה, הרי זה אבד ממונו לדעתו, ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנ׳ אשר תאבד פרט למאבד ממונו לדעתו״. ומבואר ברמב״ם שאף אם משליך כיסו ברשות הרבים ולא טומנו אין החפץ נעשה הפקר. וה״ה מציין שהמקור לדברי הרמב״ם הם דין המטמין באשפה העשויה להיפנות.

אך הטור בסי׳ רסא אחר שהביא דברי הרמב״ם הנ״ל שאבדה מדעת אף שאין חובה להחזירה אינה של מוצאה והוסיף שכך גם כתב הרמ״ה חלק עליהם הטור וכתב ״ואין נראה כן - דאבדה מדעת הוי הפקר״. הב״י שם מישב דברי הרמב״ם מהשגת הטור ״ומ״ש רבינו ואין נראה כן דאבדה מדעת הוי הפקר. לאו מילתא היא שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירה״.

ומבואר שהטור לשיטתו פוסק שבכך שאין האדם מקפיד על ממונו חשוב שמפקירו ומותר לקודם לזכות בהם. ולכך כלי באשפה העשויה להיפנות וכן ארנק שבעליו זרקוהו ברשות הרבים חשוב הפקר. והרמב״ם גם הוא לשיטתו ואין אבדה מדעת חשובה הפקר כלל ונשארת ברשות הבעלים אלא שאין חובה להשיבה לו.

עי״ש. ולפי דברינו בריטב״א שגם באדם שהניח חפץ במקום אבוד אסור לקחתו וכך פסק גם הרמב״ם אפשר שחשש ריב״י שאנשים יקחו העצים בלי לדעת שנתן רשות ובזה יתכוונו לגזול. ואע״פ שנתן רשות הם יצטרכו כפרה שכן מבואר בנזיר כג במי שהתכוון לאכול חזיר ועלה בידו טלה שזקוק לכפרה ולכך הפקיר לפני האנשים שהיו לפניו. ועצ״ע שכן כתב האור החיים בפרשת ויחי שלא היו אחי יוסף צריכים כפרה כלל אף שנתכוונו למוכרו הואיל ולמעשה היה ״להחיות עם רב״. וביארו האחרונים דבריו שבמצוה בין אדם לחברו לא צריך כפרה אף שנתכוון לעבירה? ולכאורה עוד צ״ע מדוע לא ביארו התוס׳ שר׳ ישמעאל הפקיר העצים כדי שלא יתחייב על ניזקם שכן הואיל ואינם לפי כבודו חשוב שמפקיר נזקיו אחר נפילת אונס שהוא פטור כמבואר בב״ק כט ונפסק בשו״ע תיא,ב.

והשו״ע (רסא,ד) פסק כלשון הרמב״ם שאסור למוצא לקחת אבדה שהיא מדעת הבעלים. והרמ״א חולק שי״א שאבדה מדעת היא הפקר כשיטת הטור. וא״כ לשאלתנו אפשר לטעון שהדבר יהיה תלוי במח׳ השו״ע והרמ״א הנ״ל.

ד. דעת לאבד

אך בגמ׳ ב״ב פז מובא דין אדם ששלח לחנווני צלוחית עם בנו הקטן ע״מ שימלא אותה בשמן ונטל החנווני את הצלוחית והחזירה לקטן ושברה הקטן חייב החנווני לשלם. ומקשה הגמ׳ הרי זה אבדה מדעת בכך שמסרה לקטן שכן עלול לשוברה ומדוע חייב לשלם. ומעמידה הגמ׳ שהחנווני נטל הצלוחית כדי למוד בה ולכך מתחייב כגזלן. ואם אבדה מדעת היא הפקר מה שייך לחייב החנווני כגזלן הרי נטל מן ההפקר? ולכך בקצות החושן רסא,א ובנתיבות שם א ביארו שבמקום שיש לאדם שימוש בכך שמאבד חפציו ודאי אינם נעשים הפקר. וראייתם מדברי הגמ׳ בב״ב פז שאף שהשולח ביד בנו הניח הצלוחית במקום שיכולה להאבד שם לא חשוב שהפקירה שכן עשה זאת לצורכו.

עוד מבואר בבית הלוי א,כד שאדם שמאבד ממונו למטרה מסוימת וודאי שלא נעשה הפקר. ומוכיח מהגמ׳ בב״ק קטז לגבי חמורו של רב ספרא שאע״פ שנתנו לארי לאכול לא נעשה הפקר משום שכוונתו היתה להשתמש כך בחמורו ולא להפקירו.

וא״כ נראה מדבריהם בנידון דידן לכו״ע לא יהיה השלט הפקר שכן וודאי לנו שהבעלים כלל לא נתרצה להפקיר ממונו אלא כוונתו שהשלט יעמוד ברה״ר עד שיסלקוהו עובדי הניקיון של העירייה. וככל שישאר שם השלט יביטו בו עוד עוברים ושבים. וא״כ גם לשיטת הטור והרמ״א שפסק כמותו יהיה אסור לקחתו שכן כלל לא הופקר. וכדין צלוחית ביד הקטן.

ה. דין המוציא זבלו

אך יתכן שבמקרה של שאלתנו השלט יחשב כהפקר אף ללא כוונת הבעלים להפקירו.

הנה מבואר במשנה ב״ק ל שהמוציא תבנו וקשו לרה״ר חייב בנזק שיגרם מהם וכל הקודם לזכות בהם זכה. אך לגבי גלל שהוציאו לרה״ר מבואר במשנה שחייב המוציא בנזקו אך לא כתוב שהקודם לזכות זכה.

ובגמ׳ נחלקו רב וזעירי בגדר ההיתר שהתירה המשנה לזכות בתיבנו וקשו שהונחו ברה״ר רב סבר ״שקנסו גופן משום שבחן״ והתירו חכמים לזכות גם בגוף התבן. מאחר שהבעלים הוציאם לרה״ר במקום בו יוכל להזיק לאחרים קנסו את הבעלים. וזעירי סבר ״לא קנסו גופן משום שבחן וההיתר לאחרים לזכות הוא רק במה שהושבח בפועל אך בקרן שהוציא הבעלים לא התירו חכמים לזכות. ומקשה הגמ׳ לדברי רב שקנסו גם את הגוף מהמשנה שכתבה ״וההופך את הגלל לרה״ר והוזק בהן אחר חייב ואסור משום גזל״ ומבואר שאסור לקחת הגלל אע״פ שהיה אסור לבעליו להניחו ברה״ר? ומתרצת הגמ׳: ״אמר רב נחמן בר יצחק גלל קרמית דבר שיש בו שבח קנסו גופו משום שבחו דבר שאין בו שבח לא קנסו״. דהיינו רק בדבר שיש בו שבח קנסו חכמים שאפשר לקחתו ואין בו גזל אך בדבר שאין בו שבח אין היתר לרבים לקחתו.

הרמב״ם[3] פסק כדעת רב שקנסו גופן משום שבחן. וכך בשו״ע תיד,א. ובסמ״ע שם ס״ק א ביאר שהסיבה שקנסו חכמים להפקיר את גוף החפץ ״משום שבחו, כדי שלא יעברו ויוציאו לרשות הרבים להשביחו לעשות ממנו זבל״. ומבואר שבמקום שיש לאדם שבח בכך שהוציא החפץ לרה״ר יש חשש גדול יותר שיעשה זאת ולכן הוצרכו חכמים לקנוס.

וא״כ יש לטעון שגם בשלט שנתלה ברה״ר יש שבח גדול בכך שאדם מוציאו לרה״ר שכן מצליח לפרסם ברבים את עצמו או מפלגתו וא״כ יש מקום לקנוס ״גופן משום שבחן״ ולפסוק שהשלט נעשה הפקר[4] לכל.

ואף שניתן היה לטעון שאין שלט חשוב דבר שיש בו שבח שכן אין גופו של השלט משביח אלא ישנו רווח לאדם מכך שהרבים מביטים בשלט וא״כ חשוב כגלל שאין בו שבח ואין היתר לקחתו. אך נראה להוכיח שאין הדבר כך משום שמבואר בגמ׳ שרצו לתלות מח׳ רב וזעירי אם קנסו גם גוף החפץ או שרק קנסו בשבחו במחלוקת ר״מ וחכמים האם גובים שטר שיש בו ריבית שלר״מ לא גובה אף את הקרן ולחכמים גובה את הקרן ולא את הריבית. והנה הגמ׳ לא חילקה כנ״ל שהשבח בריבית אינו מגוף מעות המלוה אלא רווח חיצוני. ומכאן

---

[3] הלכות נזקי ממון פרק יג הלכה יד וז״ל: ״לא יוציא אדם תבנו וקשו לרשות הרבים כדי שידושו ויעשו לו זבל, ואם הוציא קנסו אותו חכמים שיהיו כהפקר וכל הקודם בהן זכה מעת שנידושו והשביחו, ואם קדם אדם וזכה בהן משעת הוצאה לרשות הרבים אין מוציאין מידו, ואף על פי שהן כהפקר אם הוזק בהן אדם או בהמה הרי זה המוציא חייב לשלם״.

[4] ובהמשך יתבאר אם נעשה לגמרי הפקר ע״י הקנס.

נראה שאין לחלק בכך ואף אם השבח אינו בגוף הדבר חשוב כיש בו שבח וראוי לקנוס ולהפקיר החפץ.

ו. מהו השבח מפרסום?

יש לעיין עוד מאיזו שעה חשוב שבא השבח. שכן מבואר בגמ׳ ל,ב שאף שקנסו חז״ל את המוציא חפץ לרה״ר כאשר יש בו שבח וגם התירו לזכות בגוף החפץ מסתפקת הגמ׳ האם קנסו מיד כשהוציא את החפץ לרה״ר או הקנס הוא רק לכשיגיע השבח ורק אז יהיה אפשר לזכות החפץ. ולמעשה נשארת הגמ׳ באיבעיא.

להלכה פסק הרמב״ם (נזקי ממון יג,יד) שמותר לתפוס הגוף רק כאשר מגיע השבח אך אם עבר ותפס אפי׳ לפני שבא השבח לא מוציאים ממנו מחמת הספק שקנסו מייד. וכן פסק השו״ע.

ובמה שפסק הרמב״ם שבדיעבד מועילה תפיסת החפץ גם לפני שבא השבח ישנו קושי בפסקי הרמב״ם שכן מבואר ברמב״ם (גזילה ד,ז) שלא מועילה שבועת שכירו ולקיטו של נגזל כדי להוציא ממון מיד הגזלן. ואע״פ שהגמ׳ שבועות מו: נשארה באיבעיא אם מועילה שבועת שכירו ולקיטו כמו שבועת הנגזל עצמו פסק הרמב״ם שלא מועילה. וביאר הרב המגיד שם שלא תועיל תפיסה של הנגזל למרות שהדין נשאר באיבעיא משום שזהו ספק בתקנה של חכמים ובמקום ספק תקנה לא מועילה תפיסה.

וא״כ קשה איך פסק הרמב״ם אצלנו שמועילה תפיסה של חפץ שהונח ברה״ר אף שעדין לא בא השבח הרי היתר הלקיחה הוא תקנת חכמים ובמקום ספק תקנה לא מועילה תפיסה?

ובנחל יצחק[5] מתרץ שיטת הרמב״ם שיש הבדל בין התקנות שכן מבואר בגיטין לו,ב בדעת אביי שפרוזבול מהני רק בגלל ששביעית היא מדרבנן אך אם שביעית דאו׳ לא יועיל פרוזבול. וכ״כ הרמב״ם (שמיטה ט,טז).

וא״כ מבואר שאין הפקר בי״ד מועיל בשביל ליצור חוב לבעל הפרוזבול. וק׳ דהפקר בי״ד הפקר ומדוע לא יוכל לגבות את החוב מדין הפקר בי״ד וכשיטת רש״י בגיטין שם?

[5] סימן כה ביאור ספק תקנה אות ג.

ומבאר הנחל יצחק בזה כדברי רע״א[6] (סי׳ רכא אות ו) שבכח בי״ד להפקיר בממון אך אין בכוחם לזכות אותו לאחר. וע״כ אף אם יתקנו פרוזבול מדין הפקר בי״ד לא יועיל להוציא הממון שכן אין הלווה חייב מאחר שהשמיטה שמטה אותו ואין לו זכות גביה מהתורה.

ולפ״ז מבאר שיטת הרמב״ם הנ״ל שדוקא בתקנת נגזל שצריך להוציא מיד הגזלן בבי״ד לא מועילה התקנה מספק להתיר לו לתפוס שכן עד הגביה לא זוכה בממון. אך במקום בו התקנה היא להפקיר הממון ולא צריך לזכות אותו לאחר גם בספק תקנה מועילה תפיסה. ולכך מבואר פסק הרמב״ם שמועילה תפיסה של חפץ אף שעדין לא הגיעה השבח שכן התקנה היתה להפקיר ולא לזכות ובמקום שהתקנה להפקיר מועילה אף בספיקות.

ומדברי הנחל יצחק נראה יותר שגדר הקנס בדבר שמשביח הוא בכך שהפקירו חז״ל את החפץ ולא רק שיש בזה היתר זכיה לאחרים שכן אם זה היה היתר זכיה אז במקום ספק לא היתה מועילה תפיסה.

ז. קנס חכמים – הפקר או רשות לזכות?

וברשימות שיעורים לגרי״ד סולוביצ׳יק ב״ק שם חקר אם חכמים הפקירו החפץ או רק נתנו רשות לקחתו ונפק״מ אם קידש בו אישה ולענין דין לכם בד׳ מינים ועוד, שאם הפקירו חז״ל את החפץ אז הזוכה בו קונה אותו ונעשה שלו אך אם זהו רק רשות לקיחה אז החפץ נשאר בבעלות המוציא רק שיש לזוכה היתר שימוש בו. ועיין שם שדייק בדעת הרמב״ם הנ״ל שכתב ״אע״פ שהן הפקר״ שחשוב הפקר גמור ולא רק היתר לקחת. ולפי הנחל יצחק בדעת הרמב״ם חייבים לבאר שהפקירו החפץ לגמרי ולכן מועילה תפיסה מספק.

וא״כ במקרה ותפס אדם את השלט לא נוציא מידו ולא יצטרך להחזירו לרה״ר.

---

[6] ועיין שם בתשובה שכ״כ הגר׳ שלמה איגר לאביו רע״א ורצה לתלות זאת במח׳ הראשונים. דהר״ן בגיטין עח סובר שמועיל קנין ד׳ אמות לדאו׳ בגט לפי שהקנו לו את המקום. וא״כ מוכרח שמועיל מדאו׳ גם להקנות לאחר. אך בדברי התוס׳ גיטין סד : ומדברי הרא״ש שם ובגיטין עח מבאר שהפקר בי״ד איו בכוחו לזכות ממון מדאו׳ הואיל והלימוד מהפסוק הוא ״יחרם כל רכושו״ דהיינו הפקרת הממון אך לא מוזכר בפסוק שביד בי״ד הכח לזכות לאחר. ורע״א בתשו׳ רכב מוכיח מהרשב״א בגיטין לו,ב וכן מתוס׳ ב״ק יב,א שסוברים שבי״ד יכולים גם לזכות לאחרים. ובישו״ש יבמות פ״י ס׳ יט תולה זאת אם לומדים הדין שהפקר בי״ד הפקר מהפסוק של יחרם כל רכושו או מהנחלת א״י שמה אבות מנחילים מה שירצו אף ראשים מנחילים מה שירצו. וא״כ בכח בי״ד גם להקנות.

ח. מתי באה ההנאה מפרסום?

אך עדין צריך לבאר מאמתי בא השבח משלט פרסום שכן אם עדין לא בא השבח לכתחילה אי אפשר לתפוס כמבואר ברמב״ם ושו״ע.

והיה אפשר לטעון שהשבח בא רק מזמן שנוצרו למפרסם רווחים כגון חנות שמפרסמת השבח הוא מהזמן שנוספו לקוחות. וא״כ בפרסום בחירות הרווח יהיה רק לאחר יום הבחירות אך קודם לא חשוב שהגיע השבח וממילא לא יהיה אפשר לזכות בחפץ?

ולענ״ד נראה יותר שעצם הפרסום הוא ההנאה מהשלט והשבח מגיע מייד עם תליתו ברה״ר. וראיתי אולי להביא כדמות ראיה לזה מדברי המנחת שלמה א סי׳ מב שדן שם אם מותר להדליק נרות חנוכה משמן של שביעית שכן יש אחרונים (ובהם פאת השלחן רדב״ז פ״ה ה״ט, הגר״מ אריק באמרי יושר ח״א סי׳ ק, וכך בחזו״א שביעית) שאסרו משום איסור שריפה והפסד פירות שביעית. והגרשז״א חולק שם להתיר משום שהדלקת הנר חשובה השתמשות בשמן ולא הפסדו. וכתב שם וז״ל:

> וכמו שמותר להדליק בשביל פרסומת הרבה נרות משמן של שביעית מסביב לחנותו כדי למשוך בכך את עיני הרואים ולפרסם בכך את בית מסחרו כיון שהוא דרך הדלקה וחשיב כנהנה כל הזמן מהאור, ואין מתחשבין כלל אם ההדלקה היא כדי לאכול ולקרוא לאור הנר או בשביל פרסומת, וכיון שכן מהיכ״ת נימא דפרסום בית מסחרו עדיף טפי מפרסומי ניסא של חנוכה.

ומבואר בדבריו שפרסום חשוב הנאה המותרת בשמן של שביעית. וברמב״ם (שביעית ה,ח) פסק וז״ל ״להדלקת הנר כיצד, שמדליק את הנר בשמן שביעית עצמו... ולא יתן השמן לתוך המדורה אלא מדליקו בנר״. וצריך ביאור בדבריו מדוע אסור לתת שמן במדורה ובמה שונה מה שמבעיר במדורה לעומת בערת הנר?

ובאו״ש שם מבאר שרק בנר מותר להבעיר משום שנהנה מאורו ושהנאתו וביעורו שווים אך במדורה אסור להבעיר השמן משום שאין הנאתה וביעורה שווים וזה דומה לדברי הגמ׳ בסוכה מ שאין מוסרין פירות שביעית למשרה ולכבוסה לפי שאין הנאתם וביעורם שוה שכן הנאתם היא אחר ביעורם ואין הנאה זו דומה לממה שמרה התורה ״לאכלה״.

וא״כ חייבים לבאר[7] שהנאת פרסום חשובה הנאה מידית משעת הפרסום ולא רק משעה שיש מכך רווח ממשי ולכן מותר להדליק שמן שביעית לפרסום אף שאסור להדליקו במדורה.

ט. סיכום

אדם המניח חפץ ברה״ר ואינו רשאי להניחו שם אין הדבר חשוב כהפקר לדעת הרמב״ם והשו״ע ולכן אין רשות ללוקחו. אך לדעת הטור והרמ״א אם הונח במקום שעתיד להילקח או להינזק חשוב כאבדה מדעת ובוי הפקר.

כאשר יש לאדם רווח מכך שהניח את חפציו ברה״ר אין הדבר חשוב אבדה מדעת שכן מעונין האדם שהחפץ ישאר במקומו ככל שישאר ואינו מפקירו.

במקום בו יש רווח לאדם מהנחת החפץ ברשות הרבים קנסו חכמים והתירו לקחת את גוף החפץ. אך זאת רק במקום בו כבר התחיל החפץ להשביח ואם עדין לא השביח זהו ספק בגמ׳ ובדיעבד אם נטל לא מוציאים מידו.

לגבי שלט ברה״ר לענ״ד נראה שחשוב כדבר שיש בו שבח והשבח ממנו מתחיל מייד וע״כ יהיה מותר לכל לזכות בו.

---

[7] ועיין בדרך אמונה שביעית ה,ח ביאור הלכה ד״ה ולא יתן שהקשה על ביאור האור שמח מכך שנראה מדברי התוספתא שביעית ה,י שרבי יוסי מודה לאיסור הדלקת שמן במדורה. והרי ר׳ יוסי בסוכה מ חולק ולא מצריך הנאתו וביעורו שוה שכן מתיר משרה וכביסה? וא״כ מוכח שהטעם לאיסור ההדלקה במדורה הוא מטעם אחר. ורוצה לחדש שם שאיסור נתינה למדורה הוא משום שנראה כמפסיד פירות שביעית וזה איסור דרבנן. אך בעניותי נראה לבאר דברי האור שמח, שכן מבואר בתוספתא שלפנינו ״שמן של שביעית אין נותנין אותו לתוך המדורה ר׳ יוסי אומ׳ טובל בהן עץ (עפ״י הגר״א) ונותנו לתוך מדורה״. והרב אברמסקי בחזון יחזקאל מבאר שלר׳ יוסי לא יתן השמן ישר במדורה לפי שאין זה דרך הנאתו אלא דרכו שטובלים בו העץ ואז שורפים במדורה. וא״כ לדעת ת״ק שאוסר אף לטבול בו העץ אפשר לבאר שזה משום שאין הנאתו וביעורו של השמן שוה. ולכך ר׳ יוסי לא חושש שכן שיטתו בגמ׳ בסוכה שלא צריך הנאתו וביעורו שוה.

הרב ישי שרעבי

נטילת שכר למול

איתא בבכורות כט, א:

מתני׳. הנוטל שכרו לדון - דיניו בטילים, להעיד - עדותיו בטילין, להזות ולקדש - מימיו מי מערה אפרו אפר מקלה.

גמ׳. מנהני מילי? אמר רב יהודה אמר רב: דאמר קרא ראה למדתי אתכם וגו׳ - מה אני בחנם אף אתם בחנם. תניא נמי הכי: כאשר צוני ה׳ אלהי - מה אני בחנם, אף אתם בחנם ומנין שאם לא מצא בחנם שילמד בשכר - תלמוד לומר: אמת קנה, ומנין שלא יאמר, כשם שלמדתיה בשכר - כך אלמדנה בשכר - תלמוד לומר: אמת קנה ואל תמכור.

להזות ולקדש מימיו מי מערה אפרו אפר מקלה. ורמינהו: המקדש במי חטאת, באפר חטאת - הרי זו מקודשת, אף על פי שהוא ישראל! אמר אביי: לא קשיא, כאן - בשכר הבאה ומלוי, כאן - בשכר הזאה וקידוש; דיקא נמי, דקתני הכא להזות ולקדש, והתם קתני, המקדש במי חטאת ובאפר חטאת, שמע מינה.

ובכתובות קה,א:

אמר רב יהודה אמר רב אסי: גוזרי גזירות שבירושלים, היו נוטלין שכרן תשעים ותשע מנה מתרומת הלשכה, לא רצו - מוסיפין להם. לא רצו, אטו ברשיעי עסקינן? אלא לא ספקו, אף על פי שלא רצו - מוסיפין עליהן. קרנא הוה שקיל איסתירא מזכאי ואיסתירא מחייב, ודאין להו דינא. והיכי עביד הכי? והכתיב: ושוחד לא תקח! וכ״ת, ה״מ היכא דלא שקיל מתרוייהו, דלמא אתי לאצלויי דינא, קרנא כיון דשקיל מתרוייהו לא אתי לאצלויי דינא, וכי לא אתי לאצלויי דינא מי שרי? והתניא: ושוחד לא תקח מה ת״ל? אם ללמד שלא לזכות את החייב ושלא לחייב את הזכאי, הרי כבר נאמר: לא תטה משפט! אלא אפי׳ לזכות את הזכאי ולחייב את החייב, אמרה תורה: ושוחד לא תקח! הני מילי היכא דשקיל בתורת שוחד, קרנא בתורת אגרא הוה שקיל. ובתורת אגרא מי שרי? והתנן: הנוטל שכר לדון - דיניו בטלין! הנ״מ אגר דינא, קרנא אגר בטילא הוה שקיל. ואגר בטילא מי שרי? והתניא: מכוער הדיין שנוטל שכר לדון, אלא שדינו דין; ה״ד? אילימא אגר דינא, דינו דין? והתניא: הנוטל שכר לדון - דיניו בטילין! אלא אגר בטילא, וקתני: מכוער הדיין! הני מילי בטילא דלא מוכחא, קרנא בטילא דמוכחא הוה שקיל, דהוה תהי באמברא דחמרא

ויהבי ליה זוזא. כי הא דרב הונא, כי הוה אתי דינא לקמיה, אמר להו: הבו לי גברא דדלי לי בחריקאי, ואידון לכו דינא.

שואל תוספות: גוזרי גזירות שבירושלים היו נוטלין שכרן מתרומת הלשכה - הא דלא פריך הכא והיכי עבדי הכי והכתיב ושוחד לא תקח כדפריך עליה דקרנא אומר ר"ת משום דלא אסור אלא מבעלי דינים אבל הכא משל צבור ורבי מפרש דהכא לאו בתורת שכר היו נוטלין אלא הכא כל שעה היו יושבין בדין ולא היו עוסקין בשום מלאכה ולא היה להם במה להתפרנס והיה מוטל על הצבור לפרנסן אבל קרנא אקראי בעלמא היה יושב ולא היה לו ליטול שכר ומהאי טעמא נמי אתי שפיר הא דקאמר לקמן (דף קו.) מלמדי הלכות שחיטה והלכות קמיצה היו נוטלין שכרן מתרומת הלשכה אף על פי ששכר תלמוד תורה אסור כדאיתא בפרק אין בין המודר (נדרים דף לז.) מ"ר.

יוצא מדברי התוספות שני היתרים:

א. יש להבחין בין הנוטל משל ציבור, שרשאי, לבין הנוטל מאותו אדם שדנו, שאסור הדבר. ואין זה היתר רק בדיין משום שוחד אלא בכל מצווה שהמשלח משלם המצווה מתייחסת אליו ולא למי שעושה בפועל את המצווה (כך ראיתי בשם הרב הגרז"ן שליט"א).

ב. שכר בטלה. כדברי הרא"ש מסכת בכורות פרק ד סימן ה: הנוטל שכר לדון דיניו בטלין והא דתניא מכוער הדיין שנוטל שכר לדון אלא שדינו דין מפרש בפ"ב דכתובות (קה,א) באגר בטילה דמוכח. והא דאמרינן (שם) שני דייני גזירות שבירושלים היו נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ומוכח התם דבלא אגר בטילה דמוכח שרי שאני התם דכל עסקיהם היו בזה ולא היו יכולין לעסוק בשום מלאכה. ואי אפשר למות ברעב והיו צריכין ליטול כדי פרנסתם. וכן אילא ביבנה שהתירו לו חכמים ליטול שכר לפי שהכל היו מביאין אליו בכוריהן כל היום והיה צריך להיות בטל מכל מלאכה וכו' ומה שנהגו האידנא ללמוד בשכר. אם אין לו במה להתפרנס שרי. ואפי' יש לו אם הוא בטילה דמוכח שמניח כל עסקיו ומשאו ומתנו מסתברא דחשיב מוכח יותר מקרנא דתהי באמברא ושקיל זוזא. עכ"ל כלומר: לא רק כאשר יש לו ממה להתפרנס ומבטל עבור המצווה רשאי ליטול שכר היות ומוכח שמפסיד ממון בזמן קיום המצווה. אלא גם כאשר אין לו מקור הכנסה ידוע אבל הסיבה שלא עוסק בו היא בגלל עיסוקו במצווה רשאי ליטול שכר.

רק שיש בכך חילוק נוסף שכאשר שכרוהו על דעת שילמדם או ימול את בניהם בלבד הוא ממש שכירם ולא רק שמותר בנטילת שכר אלא אסור גם להשיג

גבולו ככל פועל כמבואר בשו״ת חתם סופר יו״ד סימן רל: מלתי כבר אמורה כי עין רואה בגוף דברי מהרי״א ומהרי״ו יראה כי אין אלו נאמרים אלא בימיהם שלא קבלו הרב כפועל אלא כל ת״ח הנהיג בני עירו שהיה דר שם וממילא היה לו פרס הקצוב מחופות וקידושין וכדומה אף על גב כי דין תורה הוא שת״ח הממונה פרנס על הציבור בני עירו עושין לו מלאכתו ומחוייבים ליתן לו פרנסתו מ״מ כיון שלא שכרוהו כפועל אלא שבחא דאתיא ממילא א״כ אם יבוא לשם אחר וינהיג גם הוא רבנות מי ימחה בידו אבל בזה״ז שמקבלים רב ועוקר דירתו ממקומו ובא לכאן וקוצבים לו שכירתו כמו שמשכירים פועל ואלי׳ הוא נושא נפשו ונפשו׳ ביתו ובתוך אותו הקצבה הוא שכרו מחופות וקידושין וגטין וכדומה א״כ פשוט שהבא בגבולו לא טוב עושה בעמיו וגרע מיורד לאומנות חברו שהאומנות הוא הפקר אלא שזה בא ויושב בצידו אבל הכא כבר זכה זה הרב בכל רווחא דעבידי דאתי בגבולו ואסור ממש לשום אדם לפקוח פרנסתו בזה והרי זה כגוזל ממש ודבר זה פשוט מאוד ואין ראוי להאריך ומ״ש מהרי״א על שכר זה אנו בושים כמו שהעתיק הש״ך היינו כנ״ל שהיה הרב יושב בעירו ולא רצה ליתן קידושין וגיטין עד ששלמו לו כך וכך ובודאי ע״ז אנו בושים כי הוא מחויב לעשות בחנם והם מצווים לעשות לו מלאכתו ואפי׳ אם הם עוברים עליו הדרך ואינם עושים מלאכתו מ״מ הוא לא יעבור ארחות צדיקים ליטול פרס מעשיית מצוה ומלמוד תורה והלכות גיטין וקידושין וכדומה ע״כ כתב על פרס זה אנו בושים אבל לאחר ששכרוהו הקהל כפועל והביאוהו ממקומו לכאן והראו לו מקום לפרנסתו מגטין וקידושין א״כ הוא אינו נוטל פרס שלא כדין כלל אולי הקהלות פעלו און שהטילו פרנסת הרב על אלו היחידים אבל הוא אינו נוטל פרס מקידושין וגיטין כלל אלא שזה הוא שכרו על עיקור ישיבתו בכאן והראו לו מקום לגבות מבעלי חתנו׳ וכדומה ואין בושה כאן על נטילת פרס זה אם יטלנו בדרך כבוד וכל המקפחו גוזל וחומס וזה פשוט בעיני עכ״ל.

כן מצינו בדברי הראב״ד הל׳ שבועות ו,ט וז״ל:

> ... אבל ודאי אם הוא צריך למעשה ידיו ואם יתעסק במלאכתו לא יוכל למול להם ולשחוט ודאי יתירו לו את נדרו ויפרנסוהו מפני חסרון המצוה.

וכאשר מפרש את הראב״ד בעל השואל ומשיב בהגהותיו יד שאול על השו״ע יו״ד רס״א על דברי הרמ״א באב שאינו יודע למול ויש כאן מוהל שאינו רוצה למול בחנם רק בשכר יש לבי״ד לגעור במוהל זה, וכתב שם וז״ל:

אדרבא בעיר גדולה שייך לומר במוהל שיקח שכר בטלה שיוכל להיות מבטל עצמו במצוה זו רוב היום כאשר ראיתי מעשה, ולפעמים צריכים ליסע לכפרים וצריך לשבות שבת ויו״ט והוא מבטל עצמו בע״ש ואחר השבת ובשבת אינו בביתו ומצאתי בראב״ד פ״ו משבועות ה״ט שכתב בהדיא דאם צריך למעשה ידיו ואם יתעסק במלאכתו לא יוכל למול להם יתירו לו את נדרו ויפרנסוהו, הרי שהיה המוהל נוטל שכר עבור שמל יעו״ש.

דומה העניין למה שפסק השו״ע חו״מ סימן רסה ס״א: הרואה אבידה חייב להחזיר בחנם, אם הוא בטל. אבל אם היה עוסק במלאכה ובטל ממלאכתו ששוה דינר, והחזיר אבדה ששוה מאה דינר, לא יאמר לו: תן לי דינר שהפסדתי, אלא נותן לו שכרו כפועל בטל שיבטל מאותה מלאכה שהיה עוסק בה. ואם התנה עם הבעלים או בפני ב״ד שיטול מה שיפסיד, והרשוהו, ה״ז נוטל.

כדברי הטור יו״ד סימן שלו: ולענין שכר הרופא מותר ליטול שכר בטלה וטירחא אבל שכר הלימוד אסור דאבדת גופו הוא ורחמנא אמרה והשבותו לו לרבות אבדת גופו ואמרינן בענין עשיית המצות מה אני בחנם אף אתם בחנם הילכך שכר החכמה והלימוד אסור אבל שכר הטורח ושכר הבטלה מותר מי שיש לו סמנין וחבירו חולה וצריך להם אסור להעלות לו בדמיהן יותר מן הראוי ולא עוד אלא אפי׳ פסקו לו בדמיהן הרבה מפני צורך השעה שלא מצאו סממנין אלא בידו אין לו אלא דמיהן אבל אם התנה בשכר הרופא הרבה חייב ליתן לו שחכמתו מכר לו ואין לו דמים ואף ע״פ שמצוה עליו לרפאותו שכל מ״ע דרמיא אכולי עלמא ואם נזדמנה לאחד ולא רצה לקיימה אלא בממון אין מוציאין ממון מידו ולא מפקיעין מידו חיוב שלה שאין זה כדין ריבית שיוצאה בדיינין דרחמנא אמר וחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דלחיי בהדך.ומקורו **מהרמב״ן** בתורת האדם שער הסכנה נמצא: שאם מוטלת המצווה לא מוטלת עליו בדווקא כי אם על כל ישראל ויש עוד מוהלים שיכולים לקיימה רשאי להתנות ליטול שכר. דין זה אמור גם כאשר לא מל אותו האב בפועל אלא ממנה שליח למולו.לא אמרינן שמוותר על המצווה ואינו חפץ בה ויצאה מרשותו ומעתה ואילך מוטלת על כלל ישראל שהרי ממנה שליח במקומו כמו שמובא בשו״ת בית הלוי (ח״א ו): כתב הרא״ש בחולין פ׳ כסוי הדם באחד שאמר למוהל שימול בנו וקדם אחר ומל אותו דפטור ליתן לראשון עשרה זהובים דבמה שאמר לו האב שימול לא זכה בהמצוה ולא דמי לכיסוי דאמרה תורה ושפך וכסה מי ששפך יכסה וכן האב שחייב למול בנו ורצה למולו וקדם אחר

ומל חייב אבל אם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייבים למולו ובדיבור שאמר האב לא זכה בה וכו' עי"ש באורך וע"כ נראה דודאי גם הרא"ש אינו חולק על כל הני פוסקים וגם איהו לא קאמר רק באחד שצווה להמוהל בתורת כיבוד שמכבדו במצוה זו ומש"ה ס"ל דהוי כמי שלא רצה למולו וכן דייק לשון האו"ז שהביא בד"מ שכ' שאסור לו לכבד לאחר הרי דדקדק וכ' אסור לכבד דרק בכה"ג אסור אבל אם עושה שליח ודאי כ"ע מודים דיכול לעשות שליח. וע"כ יש לזהר כשאין האב יכול למול שיצוה למוהל בתורת שליחות ויוצא בזה ידי חובתו שהטילה התורה עליו לכתחילה.

על פי דברים אלו ראיתי בקונטרס עומקא דדינא מאמר של הרב פישר שליט"א שלא זו בלבד שמתיר ליטול שכר אלא אף מחשיבו כרופא שהגם שאסור בנטילת שכר,אם התנה נותן לו כל מה שהתנה.(אמנם אם אין אחר שיכול למולו אלא הוא בי"ד כופין אותו לעשות בחינם ובאופן זה מותר להטעותו להבטיח לו שכר ולא לשלם וכן באופן שיש אב רק שאין ידו משגת לשלם שכר המוהל הוי כאין לו אב ומימלא מוטלת המצווה על בי"ד ואם אין מוהל אחר אלא הוא כופין אותו למול בחינם).

אבן האזל (פי"ב מהלכות גזילה ואבידה ה"ג) למד שנחלקו הראשונים האם על כל המצוות נאמר הכלל של מה אני בחינם או רק בתלמוד תורה והוראה שרש"י ורמב"ם סוברים שרק בת"ת והוראה נאמר א"כ במילה אין איסור כלל ליטול שכר ואילו הרמב"ן סובר שזה נאמר בכל המצוות שלמד שאסור לרופא ליטול שכר משום מה אני בחינם שמחוייב מדין והשבותו לו רק שכר טורחו מותר לו ליטול עי"ש אמנם להלכה פסקו הטור ומרן כרמב"ן רק שגם לרמב"ן כאשר אין המצווה מוטלת עליו אלא על כל ישראל אם אינו חפץ לעשותה בחינם אין בי"ד כופין אותו היות ומוטלת על כל ישראל.

הרמב"ם בתשובותיו תשובה רעג (הוצאת מקיצי נרדמים) נשאל וז"ל:

> ... בדבר דיין אשר דר בכפר שסביבו חוות והיה מנהג זה הדיין [עמוד רל] כאשר נזדמנה באחת מהן מילה לצאת אל אותו הכפר ולמול בו וארע בינו ובין איש ריב שהביא לידי כך שיצא זה האיש אל כפר אחד ומל בו ונמשך הענין כך וקבל במילה הנזכרת סכום מה ובא ואמר איני צריך לזה וחלקו לעניים יורינו אדונינו האם אותו האיש עובר עבירה כיון שעבר כלפי הדיין הנזכר בזה אם לאו...

ותשובת הרמב"ם:

> מה שעשה מצוה בחלקו לעניים הרי היא מצוה הבאה העבירה לא עבודת ה', וחטא לפי שמנע פרנסה קבועה של עני בן תורה ועבר על לא תיקום ולא תיטור... ועבר ג"כ עבירה שירד לאומנות חברו אפילו היה נצרך אבל כשאינו נצרך הרי זה אכזריות והפלגה בנקימה ונטירה ואסור למי שיש לו... סוף דבר כל מי שמעכב חברו לעסוק במעשיו הרי הוא בכלל מסיג גבול רעהו לפי דעתי וכתב משה.

ואמנם דברי הרמב"ם ברור מיללו שדין יורד לאומנות חברו נאמר במלאכת מוהל אף על פי שקיים אסור לקבל שכר עבור זה.

הרמ"א ביו"ד רסא,א כתב וז"ל:

> ... אב שאינו יודע למול ויש כאן מוהל שאינו רוצה למול בחנם רק בשכר יש לבי"ד לגעור במוהל זה כי אין זה דרכן של זרע אברהם.

המקור ממנו שאב הרמ"א הלכה זו הם דברי הרשב"א בתשובתיו חלק א' תשובה תעב. עיון בדברי הרשב"א מלמדינו שהסיבה שביה"ד גוערים במי שמבקש למול רק בשכר ואינו רוצה למול בחנם היא שאין זה מדרכי חסד של זרעו של אברהם וכלשונו שם:

> ... וזה שאין אומן אחר בעיר אלא הוא מסרב למול עד שיחזר האב על הפתחים ויתן לו כמעט שמראה עצמו שאינו מזרעו של אברהם אבינו וצריך לגעור בו הרבה שאינו חפץ במצות.

והוסיף שם הרשב"א לחזק את ההלכה שכופין אותו למול בלא שכר משום שגם עליו חלה חובה מיוחדת למול פרט לאב ולבי"ד ולשונו שם:

> ... וזה שהוא יודע למול ואין אחר שיודע, עליו חל החיוב יותר ואם אינו רוצה בי"ד כופין אותו.

ולכאורה דברי הרשב"א צריכים עיון מדוע נזקק הרשב"א לטעם של מדת חסד שאינה במוהל זה שמבקש למול רק בשכר היה לרשב"א לנמק את גערת בי"ד על כך שמוהל זה מבקש לעבור על אסור נטילת שכר עבור מעשה מצוה ומקרא מפורש הובא במס' בכורות כט,א על דברי המשנה שם הנוטל שכר לדון דיניו בטלים להעיד עדותו בטלה להזות ולקדש מימיו מי מערה ואפרו אפר מקלה ומסבירה הגמ' שם מנה"מ אמר רב יהודה אמר רב דאמר קרא ראה למדתי אתכם חוקים ומשפטים כאשר צוני ה' מה אני בחנם אף אתם בחנם, תניא נמי הכי כאשר צווני ה' אלוקי מה אני בחנם אף אתם בחנם?

וראיתי תשובה של הרב שרמן בשורת הדין כרך ב פס״ד המתחיל בעמוד רכח וז״ל:

מתוך עיון באותם מעשי מצות האמורים במשנה בבכורות שם שעליהם נתנה הגמ׳ את טעם האסור לנטילת שכר משום ״מה אני בחנם״ אף אתם בחנם, אנו מוצאים צד משותף שנמצא בכולם והוא שעצם החיוב לקיום מעשה המצוה קשור באחרים וחובת המצוה בעצם מהותה הוא שתהיה בה נתינה ועשיה למען אחרים. החובה לדון היא את האחרים, להעיד - למען אחרים. התוספת שהוסיף רש״י שם שמדובר בתלמוד תורה לאחרים (ומודגש שם בשיטה מקובצת אות טז) ולא על תלמוד תורה עצמי; הזיית מי נדה היא מעשה מצוה עבור אחרים, וקדוש מי הנדה שענינה שמוש בידיעת ההלכה כדי שמי הנדה המיועדים לאחרים יהא כשרים וראויים כדין, וה״ה לצורות אחרות של מעשים בעלי משמעות הלכתית מצותית כעשית גטין וחליצה סדור חופה וקידושין וכו׳ שענינם השמוש בידיעת התורה למען זולתם. כ״כ מצינו בפוסקים בענין מצות השבת אבידה הכוללת גם השבת גופו אצל רופא שענינם עשיה למען זולתינו ע״פ מצות התורה ובהם אסרה תורה ליטול שכר מהטעם מה אני בחנם אף אתם בחנם. לעומת זאת מצות כמו מצות מילה או תקיעת שופר או תפלה או קריאה בתורה אין בעצם ההוראה לקיומה של המצוה צווי כלפי אחרים וכאשר המצוה נעשית מדין שליחות או מדין דכל ישראל ערבין שנסיבות הקיום של חברו דורשות שהאחד יעשה את מעשה המצוה עבור חברו, במצות אלו לא נאמר אסור נטילת שכר מדין דמה אני בחנם שהגדרתו שונה כמבואר לעיל. להטעמת הדברים י״ל דדרכו של עולם שכשאדם עושה למען זולתו הוא נוטל ממנו שכר עבור עשיה זו אך במקום שהתורה מצוה לעשות למען זולתו בתחום הפיזי או בתחום המצותי רוחני מדגישה התורה שהמניע והסיבה לקיום מצותיה תהיה עצם המצוה ללא שתוף גורם של שכר. המצוה חייבת להעשות כיון שנצטוינו על עשיתה ולא עקב השכר שהוסכם לכן צוותה תורה שאין לקחת שכר עבור מעשה אותם המצות שבמהותם הצווי בהם ועשייתם הם למען זולתינו... ע״פ הגדרת דברים אלו ובאורם נתן לקבוע מתי אסור נטילת שכר על מעשה מצוה יסודו בדין דמה אני בחנם ומתי יש למצא טעמים אחרים שבעבורם קבעו הפוסקים שיש אסור נטילת

השכר. ובזה מיושבת הערתנו בדברי הרשב״א שלא נמק אסור נטילת שכר במצוות מילה משום מה אני בחנם.

נמצאנו למדים שיש כמה אופנים בהם מותר למוהל ליטול שכר על המילה.

א. אם שכרו אותו לכך וזו מלאכתו למול את בניהם לא רק שמותר בנטילת שכר אלא גם אסור להשיג את גבולו כדברי החת״ס.

ב. כאשר המציאות שעבור מצוות המילה אינו יכול לקבוע עצמו במלאכה אחרת, כי אם יתעסק במלאכתו לא יוכל למול, נמצא שכדי שיוכל למול מבטל עצמו ממלאכתו (כדברי הגהות יד שאול בהסבר דברי הראב״ד).

ג. כאשר אין המצווה מוטלת עליו אלא על כל ישראל אמנם אסור לדרוש שכר אבל אם דרש ישלם לו שכרו משלם. אמנם זה נתון במחלוקת אבל זו לפחות דעת הרמב״ן.

ד. גם כאשר אסור ליטול שכר, מותר לדרוש שכר בטלה.

ה. נקודה נוספת מובאת באגרות משה יו״ד ח״ד סימן נב׳שלרופא מותר לקחת יותר משכר בטלה היות ואף אחד אינו מוכן להוציא ההוצאות של לימוד הרפואה וכו׳ בלי שידע שישלמו לו על כך כראוי והוי כהתנו מעיקרא ואפשר שגם מוהל בכלל זה.

הרב אריאל בראלי

ראש מכון משפט לעם, ורב הישוב בית אל

פסק דין יועץ משכנתאות[1]

תיאור העובדות

התובע, פנה אל הנתבע, שהוא יועץ משכנתאות, בבקשה לסדר לו משכנתא לרכישת דירה. דובר על סכום של מעל מיליון ש״ח. התובע אמר שכבר יש לו משכנתא קודמת בבנק לאומי ודובר על כך שכדי לבקש משכנתא חדשה יש לסלק את החוב כי קשה לקבל אישור לשתי משכנתאות. התובע שמע לעצתו ולקח הלואה מבנק מסד ע״ס מאה אלף ש״ח וסילק את המשכנתא הישנה בבנק לאומי. לאחר חודש, נחתם ביניהם חוזה התקשרות ע״ס של 7800 ש״ח פלוס מע״מ. לצורך ליווי בקבלת המשכנתא החדשה, הכסף שולם במלואו בארבעה תשלומים.

התובע נדרש להמציא מסמכים ופירוט חשבון כדי להכין הצעות לבקשת המשכנתא. כאשר יועץ המשכנתא קיבל אותם, התברר שכבר היו מקרים שהתובע לא שילם את תשלומי המשכנתא כמה וכמה פעמים.

לאור זאת, היועץ אמר שהסיכוי לקבל אישור למשכנתא הוא נמוך מאוד. עוד התברר שלתובע יש חובות נוספים, מה שיקשה עליו גם להחזיר את המשכנתא.

לכן ההמלצה של היועץ לשנות כיוון ולא לבקש בשלב ראשון משכנתא אלא קודם כל לסלק את החובות הקודמים. התובע הסכים ואז כאשר באו לבנק לחתימה על הלואה ע״ס מאתים וארבעים אלף ש״ח אחרי שכל המסמכים היו מוכנים, התובע התחרט וסירב לקחת את ההלוואה. מאז הצדדים הפסיקו את ההתקשרות ביניהם והתובע פנה לקבלת שירות מיועץ אחר.

טענת התובע

כל ההצעות של היועץ הם לא מקצועיות והסבו לנו נזק. למשל- לקחת הלוואה ולסלק חובות קודמים, ואז התברר שהצעה גרמה לנו ליכנס לסחרור כלכלי, ריבית של 6% והחזר של כ-2500 ש״ח. הגענו למינוס גדול בבנק ולריביות מיותרות. נגרם לנו מזה צער גדול. ביקשנו הלואת משכנתא, בסוף קיבלנו

[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.

הלואה לכל מטרה על סכום של פחות מרבע ממה שביקשנו. היועץ לא עשה את עבודתו כראוי וגרם לנו נזק, בזבוז זמן ועגמת נפש גדולה. כמו כן הנתבע הביא שמאי לדירה והוא נתן שומה נמוכה. שילמתי לו 800 ש״ח מיותרים.
אני תובע:

א. תשלום היעוץ חזרה, כי לא קיבלתי מה שביקשתי, 9126 ש״ח

ב. הריביות הגדולות בגין ההלואה הרשלנית, 17,500 ש״ח

ג. הכסף ששילמתי לשמאי, 800 ש״ח

ד. הוצאות ניירת בסך 1700 ש״ח

סה״כ: 29,126 ש״ח

טענת הנתבע

אני עובד בתחום כבר 21 שנה. יש לי חברה פרטית כבר 9 שנים. ההמלצה לסלק חובות קודמים לא הייתה מעשית אלא רק חשיבה ראשונית והצעה, מעולם לא שלחתי אדם לסלק משכנתא לפני שיש אישור עקרוני על המשכנתא. לא שלחתי אותו לעשות את זה. התובע עשה את זה על דעת עצמו. בשלב זה, לא היתה בינינו שום התקשרות, לא חוזה חתום ולא תשלום, רק שיחה טלפונית. רק אח״כ נחתם חוזה בינינו. הוא לא סיפר לי שהיו לו בעיות, אני ניזון בתחילה רק מהצהרת הלקוח. שאלתי אם היו חזרות, פיגורים או החזרי צ׳קים, הוא אמר שלא. לאחר שהעביר לי את הנתונים המלאים אמרתי לו שאין מה לדבר על ההלואה שרצה. כעיקרון, לקוח שחזרה לו משכנתא או שיש BDI (מערכת המודיעה על החזרים ועיקולים) אני לוקח שכר טירחה פי שלשה מהמקובל בשוק בגלל שזה הרבה יותר קשה להשיג משכנתא ודורש מאמץ גדול. אם הייתי יודע לא הייתי נכנס לזה.

אני מצידי עשיתי הכול, הגעתי אליו הביתה והסברתי לו, המלצתי על לקיחת הלואה להחזרת החובות, כי חייבים קודם לסגור את ההלואות שיש להם. לאחר יומיים הוא הסכים. לגבי השמאי, השמאי אינו שלי, יש לבנק רשימה משלו ויש ברשימה 3 אנשים, המלצתי על אחד מהם שהוא נח יותר, דיברנו איתו. אני לא קובע את התשלום ואת דעתו, והדירה שלו היא אחת והוא חילק אותה לשנים ללא אישור. השמאי הראשון שפניתי אליו לא היה מוכן לבוא בכלל. שיכנענו את השמאי השני והוא בא. הוא העריך את שוויה ב480000 ש״ח

ולכן לקח הלוואה על סך 240000. הסכמתי להמשיך את כל התהליך בגלל שראיתי שמצבו לא טוב.

מבחינתי, ההצעה שלנו טובה ואף הגיעה לכלל ביצוע והוא סירב ברגע האחרון. על פי סעיף 7 בחוזה ההתקשרות בינינו, כאשר לקוח אינו רוצה לקבל את ההלוואה שהכנו עבורו, אין החזר על שכר הטירחה.

פסק דין

במקרה שלפנינו, הנתבע קיבל את מלוא הסכום מן התובע על שירותי יעוץ פיננסים. הנתבע מוחזק בממון והתובע רוצה להוציא ממנו בטענה שהשירות היה גרוע ורשלני וגם טוען שנגרמו לו נזקים.

נראה שהתובע הבין במהלך ההתקשרות שבגלל מעמדו אצל הבנק הוא לא יוכל לקבל את המשכנתא שרצה בתחילה. בנקודה זו, נראה שהנתבע עשה את עבודתו כראוי.

מיד כשנתברר מעמדו הבעייתי של התובע, היועץ והסביר לו את מצבו והציע לו הצעה חדשה שהייתה טובה בהתאם לכך שהוא מוגדר כבעייתי בעיני הבנק. גם התובע הבין לבסוף שזה הכיוון הנכון, וכך נהג לבסוף עם יועץ אחר.

שורש הבעיה התחיל בכך שהתובע לא הציג את כל הנתונים בפני היועץ מהרגע הראשון. מכח זה, היועץ בנה מודל מסויים שהתברר אח״כ כלא רלוונטי.

ההתרשמות של בית הדין היא שמרגע שהתברר ליועץ הענין, הוא פעל כשורה.

היועץ הציע הצעה אחרת, הלואה לכל מטרה, ע״ס 50% מערך הדירה שברשות התובע.

לכאורה, לא על זה היה התשלום הראשוני אלא על הצעה אחרת. אך נראה שגם כאן, היועץ עשה את עבודתו נאמנה והשיג את ההלואה עבור התובע. התובע הוא שהחליט לבסוף לוותר על כך.

מקורות

בשו״ע (חו״מ שלה,ב) נפסק שפועל שנשלח לעבודה והלך אך לא מצא עבודה, עשה שליחותו ומקבל שכר שלם. בנתיבות המשפט ס״ק ג׳ מבואר שאפילו אם הסיבה שלא מצא עבודה הייתה אונס שנגרם לבעל הבית, כיון שהפועל עצמו

עשה את המבוקש ממנו, זכאי לקבל תשלום מלא כפי שסיכמו ביניהם. מכאן, שהנתבע זכאי לתשלום שסוכם מראש על עבודתו.

הצעה לקחת הלוואה מבנק מסד

באחד המסמכים שהגישו התובעים מובאת הערה בכתב ידו של היועץ "סילוק משכנתא בלאומי באמצעות הלוואה". בפועל, עצה זו לא הייתה נכונה היות והמצב של התובעים לא אפשר החזרים גבוהים, ועקב הפעולה הזו המצב הדרדר והסתבך. יש לברר את אחריות היועץ לדבר זה.

עדין לא נחתם הסכם ביניהם, אך כאשר יועץ ממליץ על לקיחת הלוואה, ברור שהייעוץ מתחיל מרגע זה, על דעת שלבסוף ייחתם ההסכם. ובמיוחד במקרה זה שבו היועץ כבר עבד בעבר עם משפחתו של התובע והוא נתן בו אמון עוד לפני חתימת החוזה.

לאחר שמיעת הטענות ובדיקת הניסוח של העצה, לבית הדין עדיין ישנו ספק באיזה הקשר היא ניתנה, האם הוסבר לתובע באופן ברור שזה רק תוואי עבודה אפשרי ולא הוראה מעשית מיידית, כמו שמצופה מיועץ לומר, או שניתנה כאן הנחיה גמורה.

זה לב הוויכוח בין הצדדים - האם הייתה כאן רשלנות של היועץ? כאשר לא הסביר לתובע בצורה ברורה שיש להמתין עם סילוק ההלוואה עד שיתברר מול הבנק שיש היתכנות, או שמא התובע רץ לסלק את ההלוואה בבנק לאומי לפני שקיבל התרשמות אם יש סיכוי למהלך כולו.

הכרעת בית הדין היא שכיוון שאין ראיות ברורות שהייתה כאן עצה רעה מצד הנתבע, וכלל גדול בדין הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה, אז מספק אין לחייב את היועץ להחזיר את שכרו או לשלם את שכר השמאי והריביות.

אך כהשלמה לכך מצד הסמכות של בית הדין לפשר במקום שהדין לא יכול להתבררוכאמור המציאות לא מספיק ברורה, ולכן נראה שיש לתת לכך ביטוי מסוים בפסק הדין לעצה זו.[2]

---

[2] הרא"ש בתשובה (כלל קז סימן ו) כותב: ולכן נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות. פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה. הובאו דבריו להלכה בשולחן ערוך (חו"מ יב, ה) וכתב הסמ"ע (ס"ק יב): ורוצה לומר, שכל אלו הדברים יכול לעשות הדיין בעל כרחם של בעלי דינים.

ישנה אחריות מסוימת ליועץ שכתב את הדברים ללא הסתייגות. היה עליו יותר להיזהר ולהדגיש לתובע באופן הברור ביותר שעליו להמתין עם לקיחת ההלוואה עד לבירור מצבו המדויק של התובע, לכן בית הדין מחליט לחייב את הנתבע להחזיר עשירית משכרו - 900 ש״ח.

החלטה

הנתבע יעביר לידי התובע סך של 900 ש״ח תוך 30 יום ממתן פסק דין זה.

על החתום:

הרב אוריאל פרץ, דיין הרב אריאל בראלי, אב״ד הרב שלמה בן יאיר, דיין

נספח

הסכום הנ״ל הוא במסגרת פשרה ובהתחשב בכך שכתוצאה מכך התובע עבר תקופה קשה ונגרם לו צער ומצב מביש במשך כמה חודשים. מנגד, מבחינת הדין ישנם עוד ספקות ביחס לאחריות של היועץ על הנזקים שנגרמו יש לדון: האם נגרם נזק כספי ממשי מכח העצה הרשלנית. אם אכן נגרם נזק, יש לדון בו דינא דגרמי, ע״פ הגמרא במסכת בבבא קמא דף ק שאומרת שאדם סומך על עצה שקיבל מבעל מקצוע (אומן), לכן אם העצה רעה האומן אחראי על הנזק שגרמה. וכן האם זה מצדיק החזרת חלק מהסכום הראשוני, בגין שירות לקוי. את שתי העניינים קשה מאוד לברר. הנזק הממשי הוא הריבית הגבוהה והקושי בניהול חשבון הבנק במצב דחוק. אך לא ברור מה הנזק הכספי הממשי שהגיע לתובע, שהרי התובע מודה שהיו לו חובות נוספים ש׳נפלו׳ עליו בפתאומיות וגם הם גרמו לקושי ולריביות הגבוהות. אי אפשר לדעת כמה אחוז מכך קשור להלוואה וכמה קשור לעניני התובע עצמו. ועוד, אם לא היו לתובע חובות אחרים, אולי הוא היה יכול לחיות עם ההחזר של ההלואה, גם אם בדוחק מסויים, ולא היה נגרם לו נזק משמעותי. גם אם השירות היה לקוי במידה מסוימת, לא מדובר שהשירות עצמו לא ניתן בכלל וקשה להעריך איזה אחוז יש להוריד מן השרות הכולל.

פסק דין בענין עבודות גינון

העובדות המוסכמות

מחודש תשרי תשע״ו התובע החל לעבוד כגנן אצל הנתבע. ההסכם בין הצדדים הוא על עבודות אחזקה שוטפות של הגינה. התובע מחויב להגיע פעם אחת כל שלושה שבועות ולדאוג לעבודות המקובלות כאשר הנתבע הודיע מרא ש שהוא יתן דגשים לפני כל טיפול. הוסכם שהתובע יקבל כל פעם סך של 300 ש״ח על אף שבאופן כללי בחודשי החורף ישנה פחות עבודה באחזקה מאשר בחודשי הקיץ, למרות זאת שני הצדדים לא התייחסו לכך. התובע החל את העבודה בחודש תשרי תשע״ו ובקש לסיים את עבודתו בחודש אייר תשע״ז. לא סוכם במפורש בין הצדדים על תנאים כאלו או אחרים בזמן הפסקת העבודה הן מצד הגנן והן מצד בעל הבית.

טענות התובע

החלטתי לסיים את העבודה עקב יחסים עכורים עם הנתבע. וכיון שהגעתי שתי פעמים ולא שולם לי עליהם, פעם אחת בערב פסח תשע״ז וכמו כן בחודש אייר תשע״ז, אני דורש את התשלום על שתי פעמים אלו בסך 600 ש״ח. כמו אני דורש הוצאות משפט בסך 150 ש״ח, כמו כן אני דורש שהנתבע לא יפגע בשמי הטוב.

טענות הנתבע

א. ההחלטה הפתאומית של הגנן לעזוב בדיוק לקראת חודשי הקיץ שבהם עיקר העבודה היא אינה מעשה הגון, בייחוד שעל עבודות אחזקה בקיץ אני נדרש לשלם יותר מעבודת החורף - 500 ש״ח.

ב. אמנם לא עשינו תנאי מפורש אך בוודאי דברנו על הבדל זה בין הקיץ לחורף ומבחינתי השכר לחודשי החורף של 300 ש״ח הוא בתנאי שימשיך לעבוד בקיץ. ולכן אם הוא עוזב לפני הקיץ עליו 150 ₪ על חודש. נעשה חשבון מחדש על חודשי החורף שכבר שולמו כיון שבהם יש פחות עבודה והתשלום בחורף בסכום זה הוא על דעת שבקיץ גם אצטרך להוציא סכום כזה ולא הוצאות גדולות יותר.

ג. נמצא שאני ביתרה וזה מתקזז עם הטיפול האחרון שעשה בחודש אייר שבאופן עקרוני אני מודה שהוא עשה טיפול ראוי ועליו אני חייב לשלם.

ד. בקשר לטענתו על הטיפול בערב פסח לא ידעתי מראש שהוא יגיע ואף לאחר מעשה איני יודע מה נעשה בגינה, ולכן איני צריך לשלם זאת. מלכתחילה הובהר לתובע שאני מעונין לדעת כל פעם שהוא מגיע כדי שאתן לו הוראות מה צריך לעשות, וכך נהגנו לא מעט פעמים.

לסיכום טענות הנתבע:

א. התובע רשאי לעזוב כרצונו, אך אני דורש לחשב מחדש את הסכום המגיע לו על עבודתו בחורף ולשלם סכום נמוך יותר.

ב. בכל מקרה איני צריך לשלם עבור מה שהתובע טוען שעשה בערב פסח.

תגובת התובע

א. ראשית לא היה שום סיכום של תנאים ביננו אלא 300 ש״ח לכל חודש. וגם התנאי לא הגיוני כי קיץ לעניין זה הוא 8 חודשים חורף 4 חודשים, ולא הגיוני שארבעה חודשים תלויים בשמונה חודשים. וכך מקובל שכ״א מהצדדים יכול להפסיק את ההתקשרות כרצונו.

ב. בערב פסח עשיתי עבודה משמעותית גזמתי צמחים וכיסחתי את הדשא, הבאתי עוזר ושילמתי לו על כך.

בירור הדין

בנדון שלפנינו שני הצדדים מסכימים לכך שלא היה תנאי מפורש אודות מחויבויות של מי שהוא מהצדדים לזמן עבודה.

טענתו של הנתבע שהזכרת ההבדל בין קיץ לחורף רומזת לתלות שיש בין שתי התקופות, אינה מתקבלת, היות והיה צריך להתנות במפורש ולא לסמוך על אזכור ארעי. לכן כל עוד שלא נעשה תנאי מפורש בדבר אין משמעות מחייבת לאזכור זה (חו״מ שלא א, וביאור הגר״א שם סק״א).

נמצא שהנדון שלפנינו הוא הסכם עבודה סתמי ללא פרוט מה יהיה כאשר הגנן יתפטר. לכן יש לפרש מצב זה על פי מנהג המדינה (חו״מ שלא א). מברור שערכנו, ישנה אפשרות להפסקת עבודה בכל עת, בלא צורך לחשב מחדש את השכר שכבר נעשה.

לסיכום, מכיוון שלא נקצב זמן העבודה, אזי שני הצדדים יכולים להפסיק את ההתקשרות בכל זמן שירצו, לכן הפסקת העבודה מצד התובע (הפועל) אינה מחיבתו לשאת בהוצאות כל שהן.

בנוגע לטענת הנתבע שאינו חייב לשלם עבור מה שעשה התובע בערב פסח. לכאורה יש לפנינו טענת ברי של התובע הטוען לעבודה מלאה ומנגד טענת שמא של הנתבע שאין לו ודאות שאכן נעשתה עבודה.

במצב זה הדין הוא שאין מוציאים ממון מהנתבע אך הוא חייב לצאת ידי שמים (חו"מ עה,ט). אמנם הנדון שלפנינו שונה, מכיוון שמראש לא נדרש התובע להוכיח בעדים וכדומה שהוא הגיע לגינה ועשה עבודתו, נמצא שהנתבע האמינו על כך וכפי שמבואר בשו"ע (חו"מ צא,ז): "אם לא נתן בעל הבית לחנוני קצבה כמה יתן לפועליו, אלא אמר ליה: תן להם מה שצריכים, אם אין הפועלים לפנינו או מתו, החנוני נאמן לומר: כך וכך נתתי להם ונוטל מבעל הבית בלא שבועה." מכאן נראה שגם בנדון שלפנינו התובע נוטל בלא שבועה, וכך גם נהגו הצדדים מספר פעמים. ואע"פ שהנתבע טוען שגילה דעתו שעל הגנן לעדכן לפני הגעתו, נראה שעניין זה אינו נחשב כתנאי שהרי לא הוזכר כתנאי לקבלת השכר בזמן ההסכם, וכמו כן היו פעמים שלא נהגו כך והגנן קיבל את שכרו על בסיס אמון בלבד.[3]

ג. בענין תביעת הוצאות המשפט של התובע - הרי הם מוטלות עליו בלבד, כמבואר בשו"ע (חו"מ יד,ה): "המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת. וה"מ דלא מסרב למיקם בדינא וכו'." הרי שהנתבע אע"פ שנתחייב בדין פטור מלשלם הוצאות משפט.

פסק הדין

על הנתבע לשלם לתובע 600 ש"ח לא יאוחר משלושים יום ממתן פסק דין זה.

[3] התובע אינו צריך להישבע כפי שמבואר שם.

שכר פועלים והשמצה

עובדות מוסכמות

לתובע ישנם שבעה פועלים זרים והוא משכיר אותם לחקלאים באזור כפי מידת הצורך. בחודש ינואר הוא השכיר שלושה מהם לנתבע מתוך הבנה שהם עוברים לאחריותו הכלכלית במובן של לינה ותלושי שכר. הסיכום היה על כל עובד של 140 ש״ח לשמונה שעות עבודה ועל כל שעה נוספת 20 ש״ח. בפועל, העובדים היו רק שבעה עשר יום מתוך החודש. הוויכוח בין הצדדים נסוב על התמחור לאותם ימים ועל הנזק שנגרם לנתבע בעקבות צמצום הימים. לגבי שאר החודשים אין ויכוח והמחיר הוא 27 ש״ח לשעה.

טענות התובע

אני נוהג להתנות עם כל החקלאים שבזמן שאני זקוק לעובדים, הם חוזרים לעבוד אצלי. בחודש הראשון לקחתי את ארבעת הפועלים ואני מחויב לשלם עליהם 27 ש״ח לכל שעת עבודה וכן עבור הלינה החלקית. לקראת העשירי לחודש פניתי ובקשתי את מה שסיכמנו ושיוציא תלושי שכר והוא סירב. נאלצתי להוציא תלושי משכורת שלא לפי הסיכום, אומנם למחרת הוא העביר לי 20000 ש״ח אך זה אינו מכסה את כול החוב הנותר שכעת עומד על 6352 ש״ח.

טענות הנתבע

גידלתי גידול נסיוני ופורץ דרך המצריך הרבה השקעה וידים עובדות. סיכמנו על ארבעה עובדים באופן מלא למשך חודש ועוד שלושה עובדים לפי הצרכים. אני סמכתי על כך ולבסוף נקלעתי לקשיים רבים והעונה הזו הסבה לי הפסדים בעיקר בגללו כי היה מחסור בכוח אדם.

הכל התחיל בהפרת הסכם מצדו של התובע אשר לקח ממני את העובדים למשך שלשה עשר יום בחודש שהיו אמורים להיות אצלי. אני מכחיש שלא היה שום תנאי שהוא יכול לקחת את העובדים ולכן בניתי עליהם ועל שלושת העובדים הנוספים. לדבריו היו חסרים לו רק 1576 ש״ח בעוד אני חושב שמגיע לי ממנו 4881ש״ח בנקודת הזמן הזו לא היה אפשרות לשבת באופן מסודר. אך אמרתי לו שנסתדר ובכל זאת הוא בחר להכפיש אותי בקבוצת הווטסאפ דבר שהוסיף לקושי שלי להשיג עובדים.

תגובת התובע

לדעתי הסיכום הראשוני הופר על ידו כאשר נאלצתי להוציא במקומו תלושי שכר ואז המשמעות שאני משלם ביטוח ולכן הם חזרה ברשותי. החוב הוא 26352 ש״ח.

תגובת הנתבע

אני זה שרציתי לסיים זאת בדרך יפה באמצעות בורר או בית הדין והתובע קם והלך באמצע המפגש. אני חוזר על כך שהוא הכפיש את שמי בקבוצת ווטסאפ וגרם לי נזק כבד שחקלאים התרחקו ממני. וכל זה על סכום של 1500 ש״ח בעוד הוא יודע שהעברתי לו עשרים אלף ולדעתי זה יותר מדי.

במהלך הדיון בית הדין הציע פשרה אך זו נדחתה על ידי אחד הצדדים.

ברור הדין

בית הדין רואה כדבר מחייב את ההסכם הראשוני להעסקת ארבעת הזרים בחודש 1/18 וכפי שנקבע בתחילה - 140 ש״ח לשמונה שעות עבודה ועל כל שעה נוספת 20 ש״ח.

הנתבע טוען שהעובדה שהתובע לקח את הפועלים באמצע החודש ולא שריין את העובדים עבורו לחודשים הבאים הסבה לו נזק כבד ויש לראות בכך הפרת חוזה.
לדבריו, נגרמו נזיקין של מאות אלפי שקלים והוא תובע אותם בתביעה נגדית לגבי סוגיה זו, עמדת בית הדין היא כי עניין זה נשאר בין הצדדים בתחום האפור, הדברים לא נאמרו וסוכמו בצורה ברורה. על פי בדיקת בית הדין עם חקלאים נוספים אין מנהג ברור כל עוד אין 'ניוד' חוקי. לאור זאת מחמת הספק בית הדין אינו יכול לקבוע פיצוי על הנזקים שנגרמו היות ולא הוכח שהתובע הפר חוזה והמוציא מחבירו עליו הראיה (בבא קמא מו).[4]

ישנו פער בין הצדדים ביחס לכמה שעות העבודה עבדו התאילנדים אצל הנתבע, התובע חישב 976 שעות על פי דיווח העובדים, והנתבע חישב 921. בעלי הדין הביעו נכונות כללית להסתדר זה עם זה ולהתפשר על כן בית הדין קובע חיוב על 949 שעות.

[4] ובנוסף חלק מהנזקים אינם ישירים ויש לפטור מדין 'גרמא' (חו״מ שפו).

ביחס להודעת הווטסאפ שנשלחה מהתובע לקבוצת החקלאים ושם נכתב "לאחר שנתתי עובדים זרים לאמיתי, אני מקבל עקיצה כמו שלא קיבלתי עשרים שנה". פרסום זה אינו ראוי וגרם להלבנת פנים. המהרש"ל כתב על בושת דברים " אם אמר לו נבל, או שקרן, או זייפן, או ריק... מוטל על המחרף לפייסו. אבל אין כח ביד ב"ד לכוף אותו. אם לא שמורגל בכך, לבייש הבריות. או משום גדר וסייג". לאור זאת התובע צריך לקחת זאת לתשומת ליבו ולפייס את הנתבע (ים של שלמה ב"ק ח,מב).[5]

החלטה

הנתבע חייב על 949 שעות עבודה וכבר שילם על כך. על כן שני הצדדים פטורים מלשלם.

[5] כתב בשו"ת עבודת הגרשוני סימן עד, כי המבייש ללא כוונת זדון אך מתוך דאגה לטובת עצמו, הרי זה נחשב מבייש בכוונה. וזה לשונו " מי שמבייש להנאת עצמו חייב, וראיה לדבר ממה דאי' בסוף פ' כיצד הרגל "אמר רבה נפל מראש הגג כו' פטור על הבושת ואם נתהפך חייב אף על הבושת" ופירש רש"י ואם נתהפך- לאחר שהתחיל לנפול דנתכוון לנפול על האדם להנאתו, חייב אף על הבושת אף על פי שלא נתכוין לשם בושת עכ"ל.

פסק דין בענין תיווך

עובדות

בחוה״מ פסח תשע״ז, פנה חבר של השוכר למתווך בבקשה שימצא בדחיפות דירה עבור חבירו. המתווך נזכר בדירה של ראובן (להלן המשכיר) שפנה אליו בעבר בענין. הוא החל במשא ומתן מול כ״א מן הצדדים. הוא זירז את המשכיר שידאג שהדירה תהיה פנויה בתאריך הרצוי לשוכר. הוא שלח הודעות לצדדים וקיים פגישה קצרה פנים מול פנים.

המתווך רקם את פרטי העיסקה והגיע להסכמה מול הצדדים על תאריך כניסה ויציאה, סכום התשלום, אחריות על תשלומי ארנונה וכו׳. הצדדים עדין לא ידעו במי מדובר והשוכר עדין לא ראה את הדירה.

מדובר על עיסקה שידוע מראש שהיא רק לתקופה של כשלושה או ארבעה חדשים בלבד.

שני הצדדים הודיעו למתווך שישלמו לו בעבור התיווך מה שמגיע לו, ללא שנקבו סכום כל שהוא.

לאחר שהמתווך סגר את כל פרטי העסקה, פנו הצדדים אל המתווך לשאול כמה הוא רוצה שישלמו לו. המתווך אמר להם שהוא גובה סכום של חודש אחד בתוספת מע״מ. שני הצדדים טענו שהמחיר יקר ולבסוף אמרו לו שהם מוכנים לשלם 500 ש״ח כ״א ולא יותר. המתווך לא הסכים לסכום זה. הוא אמר שאם לא מתאים להם הם יכולים לרדת מהעסקה. הוא גם הציע להם לבוא אליו למשרד לדון בתשלום ולהגיע להסכמה. הם לא הגיעו.

בשלב זה הציע חבר של שני הצדדים את הדירה של המשכיר לשוכר, ללא ידיעה שכבר מתרקמת עיסקה בעניין. הצדדים הבינו מיד שמדובר באותה עיסקה של המתווך והציעו שוב סכום של 500 ש״ח, המתווך לא הסכים. הצדדים סיימו את העיסקה ביניהם וסגרו את העיסקה לפי אותם פרטים, פחות או יותר, שרקם המתווך. והשוכר נכנס לדירה ב23/4.

טענת התובע, המתווך

אני עשיתי את העיסקה, היה מוסכם שהם משלמים עבור התיווך. לאחר שסגרתי את כל הפרטים, ונשאר רק להפגיש בין הצדדים ולחתום על חוזה ביניהם, הם שאלו כמה ישלמו. ביקשתי חודש בתוספת מע״מ. הם לא הסכימו.

הצעתי יותר מפעם אחת שיבואו אלי ונגיע להסכמה על גובה התשלום. הם הציעו 500 ש״ח כ״א. אני לא עובד בסכומים כאלו, לא משתלם להתאמץ עבור סכום כזה. הם ניתקו קשר ולא חזרו אלי. לאחר זמן שמעתי שסגרו את העיסקה ביניהם והשוכר גר בדירה.

הסיבה שלא היה חוזה חתום היא שהפניה היתה בחול המועד ובכל שנות עבודתי בתחום לא עבדתי בחול המועד. רק בגלל דחיפות הענין הסכמתי לסייע אך לא הייתי במשרד.

אני תובע סכום של חודש בתוספת מע״מ כמקובל. מבחינתי לא משנה לכמה זמן הם שוכרים, המאמץ שלי הוא אותו מאמץ בין אם הם שוכרים לעשר שנים או לכמה חודשים. לפעמים אני יורד מהסכום הזה לפי הצורך והענין. הצעתי לו יותר מפעם אחת לבוא למשרד ולהגיע לפשרה על גובה התשלום, אך הוא לא בא.

טענת הנתבע, המשכיר

הסכמתי לשלם לו דמי תיווך, אבל הוא ביקש סכום גובה של חודש+מע״מ, זה לא הגיוני לתת למתווך סכום של שליש מהעיסקה. סירבתי לסכום כזה, ומבחינתי אין יותר עיסקה, העיסקה נפלה באשמתו ואני לא מחוייב לו יותר. סגרתי את העיסקה מול השוכר בעקבות פניה של חבר, ללא קשר למתווך. השוכר לא ראה את הדירה קודם והעיסקה לא יצאה לפועל מכוחו של המתווך.

בנוסף, המתווך לא החתים אותי על כלום, ולפי חק המתווכים החל במדינת ישראל, אני לא חייב לשלם לו כלום. דינא דמלכותא דינא והחוק הקיים במדינה הוא הקובע. הייתי מוכן לשלם לו 500 ש״ח לפנים משורת הדין, אך עתה שפנה לבית דין איני מוכן לשלם לו כלום.

ברור הדין

א. מעמד המתווך מתחיל או מסיים?

במקרה שלפנינו, המתווך התחיל את העסקה בהסכמת שני הצדדים אך לא סיים אותה בגלל חוסר הסכמה על גובה דמי התיווך. האם במקרה זה הוא זכאי בכלל לדמי תיווך? ואם כן, האם הוא זכאי לדמי תיווך מלאים או חלקיים?

שו״ע חו״מ סי׳ קפה כותב הרמ״א לגבי מקרה של מתווך שהציע לצד אחד הצעה אך הוא סירב לה בטענה שהצד השני שנוא עליו. לבסוף הוא סגר איתו את העיסקה. הרמ״א פוסק שעליו לשלם לו דמי תיווך שלמים כיון שהוא התחיל והיה אמורה לסיים את העיסקה. [6] וכן בתשובת האגרות משה (חו״מ סי׳ מט) מתברר שבכל מקרה שהיתה הזמנה של הצדים והערכה היא שהמתווך שהתחיל יכול היה לסיים את העיסקה בעצמו, ומסיבה צדדית הוא לא סיים, מגיע לו דמי תיווך מלאים כאילו סיים את העיסקה.

יש מנהג נפוץ שמתווך שהתחיל ואחר סיים, מקבל הראשון רק חלק מהסכום, אך כל זאת רק במקום שהמתווך לא יכול היה להשלים את העיסקה, אך כאשר יכל להשלים הדבר שונה.

האם זה מקרה שהיה ביכולת מתווך לסיים בעצמו או שהיה זקוק למתווך נוסף שיסיים?

לדעת בית הדין, המתווך יכול היה לסיים את העיסקה לבדו, הוא הביא את הצדדים להסכמה על רוב פרטי ההסכם, וכפי הנראה אם היה ממשיך לסיים את העיסקה היא היתה יוצאת לפועל, כמו שמוכח מכך ששני הצדדים באמת התרצו ולאחר ימים ספורים חתמו חוזה ביניהם, התואם לתנאים שהציע המתווך. הסיבה שהמתווך לא סיים את העיסקה אינה באשמתו, הוא רצה להגיע עם הצדדים לגובה מוסכם של התשלום ולסיים בעצמו את העיסקה, אלא ששני הצדדים לא היו מוכנים לכך מתוך מחשבה שיותר מ500 ש״ח הם לא מוכנים לשלם ואין טעם לשבת ולדון בענין. [7]

אי הסכמה על התשלום אינה נחשבת ביטול עיסקה, כי בסופו של דבר העיסקה יצאה לפועל. במקרה זה, חלה עליו חובת תשלום מלא למתווך, אפילו שבפועל הוא סיים את העיסקה לבד.

ב. דינא דמלכותא

הנתבע טוען שע״פ חוק המדינה הוא פטור מלשלם כיון שהמתווך לא החתים אותו על חוזה תשלום.

---

[6] אמנם, במקרה ההוא נראה שהטענה שהצד השני שנוא עליו מטרתה להתחמק מתשלום, ואולי בגלל זה פסק הרמ״א להחמיר.

[7] יש לציין שהמתווך לא נהג כשורה כשביקש סכום גבוה מעבר למקובל ואף שיש מחלוקת האם דיני הונאה חלים על נותן שרות (במעמד של קבלן ולא שכיר, שולחן ערוך חו״מ רכז לו) אך לכתחילה ודאי יש לפסוק כדעת שו״ע שם.

עיקר חוק המתווכים הדורש חתימה, נועד ליצור מצב שבו אדם שאינו בהכרח מקצועי מתווך בין אנשים ללא דיבור קודם על תשלום, ולאחר גמר העיסקה הוא דורש תשלום. הצדדים נעזרו בו אך לא תיארו לעצמם שיצטרכו לשלם. מצב כזה גורם לחיכוכים מיותרים והחוק רוצה למנוע זאת ודורש שיהיה ברור מראש שיש תשלום ומהו גובה התשלום.

כך מובא בתשובת הרשב״א (חלק ב׳ סי׳ שנו), שהמטרה של דינא דמלכותא לענין כתיבת שטרות היא ׳כדי שלא יבואו העם לידי קטטות׳, ונראה שזו הבעיה שחוק המתווכים בא להתמודד עמה.

לא כך בנדוננו, המתווך הוא בעל מקצוע העובד בעיר כמה שנים ומוכר לכולם במקצועו. הצדדים הסכימו לקבל את שירותיו כשהיה ברור שהם צריכים לשלם על שרות זה כמקובל.

בית הדין סבור שאין בטענה זו לפטור מתשלום, משתי סיבות:

א. דין תורה

דבר ברור בדיני פועלים, שהתחייבות התשלום לפועל אינה כרוכה בקנין או בחתימה.

לדעת כמה פוסקים (עייך ש״ך סימן עג סקל״ט) כאשר יש סתירה בין דינא דמלכותא לבין דין התורה, דין התורה גובר.

במקרה שלפנינו, יש גם הצדקה קלה מדוע המתווך לא החתים את הלקוחות, בגלל דחיפות הענין ובגלל שהימים היו ימי חוה״מ.

ועוד, חוק המתווכים אומר שהמתווך לא יקבל זכאי לתשלום אם לא יחתים את לקוחותיו, אך אין הוא אוסר לקבל דמי תיווך על עיסקאות שעשה ללא חתימה. במקרה זה דין התורה קובע שעליו לשלם.

ב. מנהג העולם

בית הדין סבור שכאשר יש סתירה בין לשון החוק ובין מנהג המדינה, יש ללכת אחרי מנהג המדינה.

לדעת הרשב״ם ועוד פוסקים, דינא דמלכותא מקבל את כוחו מצד קבלת הציבור ומנהג המדינה, וודאי שאינו מבטל אותו.

מנהג המדינה כפי שהתברר לבית הדין הוא שיש אחוז של עיסקאות תיווך שנסגרות בעל פה מכל מיני סיבות, כגון חברים ומכרים שלא תמיד נעים או נח

להחתים אותם, או אנשים שבד"כ יש ביניהם קשרי אמון והמתווך סומך עליהם שישלמו ולא יתחמקו. כיון שזה מנהג מקובל, הוא המחייב וכל הנכנס לעיסקה צריך לדעת שהמנהג מחייב.

ג. גובה התשלום

המתווך דורש 10%+מע"מ. האם הוא זכאי לקבל את כל התשלום או פחות, כיון שלא ציין את הסכום מראש?

בהלכות פועלים מבואר, ששני צדדים שהגיעו להסכמה על עבודה מסוימת אך לא סיכמו מראש את גובה התשלום, התשלום הוא על פי הנהוג והמקובל באותו מקום על עבודה דומה, אלא א"כ התנו מראש את גובה התשלום. במקרה דנן, התברר לבית הדין שהמנהג המקובל לתשלום עבור שכירות של פחות משנה הוא 10%+מע"מ מכלל התשלום של השוכר. זה גם הסכום הכתוב בחוק המתווכים.

ניכר שהמשכיר לא ידע שכך הוא הסכום ולכן לא התנה מראש על סכום מכסימלי, הוא העריך את התיווך בסכום נמוך, אך כפי שהתברר, במקרה שלא סיכמו מראש, מה שקובע הוא המנהג המקובל.

פסק הדין

בית הדין מקבל את טענת התובע, שהוא זכאי לקבל מן המשכיר סכום של 10%+מע"מ.

כיון שעברו כבר חודשיים מיום השכירות (מיום 23/4), וסכום השכירות הוא 3000 ש"ח, לכן על המשכיר לשלם סכום של 600 ש"ח ובתוספת מע"מ (17%), הסכום עומד על 702 ש"ח.

סכום זה ישולם תוך 30 יום מקבלת פס"ד זה.

החלטה

הנתבע ישלם לתובע סכום של 702 ש"ח תוך 30 יום.

הרב שלמה בן יאיר הרב דרור טויל, אב"ד הרב אוריאל פרץ

פסק דין ביניים

טענות התובעים

הנתבע חייב ליישוב 18,234 ש״ח בגין תשלומים שעדיין לא הסדירו על פיתוח המגרש וההוצאות הנלוות לכך.

תגובת הנתבע

קבלתי מהיישוב מצע בלבד, שאר הדברים דהיינו יציקת בטון מוגבה נעשו ע״י הקבלן שהבאתי. יש לי נזקים מחמת הפיתוח יש לדון בהם תחילה אחר כך אשלם את החוב.

היישוב היה אחראי על פיתוח המגרשים, אנו בנינו עם קבלו פרטי שאינו קשור ליישוב. בחורף הראשון ראינו שיש נזקים בבית ומחוצה לו. יש שקיעה של הקרקע וכתוצאה מכך השבילים מתעקמים ומי הגשמים שמצטברים על הקירות גורמים לרטיבות בבית. בתוך הבית יש שיפועים שלא אמורים להיות וגם הדלתות ניזוקו והכל מחמת הפיתוח.

תגובות התובעים

ביחס לנזקים בתוך הבית עליך לפנות לקבלן שבנה לך את הבית הוא אחראי על כך. לגבי הנזק החיצוני נביא איש מקצוע שיבדוק מה גרם לשקיעת הקרקע ואיך אפשר לפתור את הבעיה.

פסק הדין

על הנתבע לשלם בהקדם את חובו ליישוב. יש להפריד בין הנזקים בבית לנזקים החיצוניים. ביחס לנזקים שבתוך הבית הכתובת היא הקבלן שיש לו אחריות על כך. ביחס לנזקים שמחוץ לבית, זו אחריות היישוב ולכן בית הדין ימנה מהנדס קרקע המוסכם על שני הצדדים שייתן חוות דעת.

החלטה

א. הנתבע ישלם את חובו 18,234 ש״ח בתוך שלושים יום.
ב. בית הדין ימנה מהנדס המוסכם על שני הצדדים ויקבל ממנו חוות דעת על תיקון הנזק בקרקע, התשלום מוטל על שני הצדדים בשווה. לאחר מכן בית הדין יוציא פסק דין סופי.

הרב דרור טויל, הרב אריאל בר-אלי אב״ד, הרב שלמה בן- יאיר

בית דין קבוע ואדם חשוב בעירו

איש ציבור נתבע על ידי תושב המקום לשלם לו הוצאות קייטרינג בארוע פרטי. הנ"ל סירב להגיע לבית הדין. להלן עמדתו כפי שיוצגה על ידי טוען רבני ולאחריה עמדת בית הדין.

א. עמדת יו"ר המועצה הדתית כפי שיוצגה על ידי טוען רבני:

מרשי קיבל הודעה ממזכיר ביה"ד הנכבד על כך שהוגשה תביעה כנגדו הוא יוכיח את חפותו הגמורה בפני בית דין שלא בעירו. וזאת מהסיבות הבאות:

כתב הבית יוסף (חו"מ סי' יד) בשם, התשב"ץ שאם היה אחד מבעלי הדין אדם חשוב בעירו הוא זכאי לדרוש שהדיון יהיה במקום אחר. ואף שנימוק זה מופיע כלפי הנתבע, גם הנתבע יכול לדרוש זאת - וכן הוא להדיא בתשב"ץ הנ"ל ואפילו אם בית הדין השני אינו גדול כבית הדין המקומי. וכן פסק התומים באורים אות טו.

ומבואר בתשובת מים חיים סימן א (הובא בפת"ש שם סק"ו) שכל זה אפילו אם יש בעיר בי"ד קבוע, שכן מוכח מסתימת הרמ"א והפוסקים.

ובייחוד שהנ"ל מכיר את הדיינים וכל מוסדות הדת תחת עיניו ופיקוחו, שודאי למען הטוב והישר הוא שלא להתדיין בעירו. בנוסף, היות והתובע והנתבע נמנים על הציבור החרדי, הרי שיש לילך אחר בי"ד התואם את קהילתם, ובקיא בטיב ההליכות והמנהגים הנהוגים בקהילה.

זאת ועוד, אין לנתבע שום התחייבות כלפי בית הדין הנכבד היות ומבואר באגרו"מ (חחו"מ ח"ב סי' ג) "שבי"ד קבוע יש רק לבי"ד שממונה מטעם המלכות ולא לבית דין קהילתי". בהתאם לכל הנ"ל, מתבקש ביה"ד הנכבד להודיע לתובע שהנתבע ציית דינא ומסכים להתדיין בעיר סמוכה ונראית.

ב. עמדת בית הדין

בית הדין קיבל לידיו את התנגדות הנתבע להגיע לדין תורה מהנימוקים המצורפים על ידי טוען רבני. עמדת ב"ד היא שכאשר שני בעלי הדין הם תושבי העיר ישנה חובה הלכתית לדון בבית הדין לממונות הקבוע בעיר. ובדבר הטענה כי בית הדין מיועד למגזר מסוים, הדברים לא מתקבלים. בפני בית הדין מופיעים אנשים מציבורים שונים ואף הנתבע עצמו הופיע בעבר בפני בית הדין. לכן המסקנה היא כי יו"ר המועצה הדתית חייב להתייצב לדין תורה בפני בית הדין לממונות בעירו.

נימוקים

חשוב בעירו

נפסק בשו״ע חושן משפט כי מי שהוא ״עשיר מוחזק ואלם בעירו, מוציאין אותו לדון בעיר אחרת, אף על פי שהב״ד שבעירו יותר גדול (הלכות דיינים סימן יד). לכאורה משמע שרק כאשר הוא מוחזק לאלם אז חוששים מפניו וזכות התובע להידיין במקום אחר. אולם בספר כנסת הגדולה (הגה״ט אות ג) הביא את דברי הנתיבות שאפילו אם אינו מוחזק לאלים אלא יש לו סמכות כלפי רוב העיר שסרים למרותו.

בית הדין סובר שיש חילוק גדול בין סמכות בימי קדם של מי שיש לו סמכויות ישירות כלפי תושבי העיר והם תלויים בו לבין מי שאחראי על ספוק צורכי הציבור באופן כללי בעיר ואין לתושב הפרטי שום תלות בו. וכן כתב בשו״ת עטרת דבורה חלק ב, חו״מ סימן ג אות ה:

> חבר מועצה דתית אינו נחשב בציבור כפי מה שהיה פרנס הקהילה בדורות קודמים שהרבה מענייני הקהילה היו נחתכים על פיו, וישבנו במספר דיני תורה בהם היה מעורב ראש המועצה הדתית ומעולם לא עלתה טענה שיש מקום לדון בעיר אחרת.

בית דין קבוע

ולעניין הגדרה של בית דין קבוע בעירו, אף שבתשובת הרב פיינשטיין מובא שבעיר ניו יורק אין מעמד של דיינים קבועים מהטעם הבא:

> רק בעיירות שבמדינותינו [רוסיה], שהיו מתמנים מהעיר, שאף הרב אב״ד לבדו נמי היה יכול לכופו, מאחר שקבלוהו. אבל בנוא יארק ליכא דיינים קבועים שנתמנו מהעיר, ובפרט שאיכא עוד אגודות וחבורות של רבנים, שליכא אף מינוי מכל הרבנים שבעיר.

יש לומר שכל זאת שישנם בתי דין אחרים באותה העיר אבל כשיש ב״ד קבוע הפועל למעלה מעשרים שנה בעיר ללא מתחרים אין חסרון בכך שאין זה מינוי רשמי. וכן דעת הרב וואזנר:

> לפי עניות דעתי גם בזמן הזה איכא בית דין קבוע דלא כאיזה מחברים שבטלו לגמרי ענין בית דין קבוע, וכתבתי במקום אחר דכל אדם השייך לאיזה קהלה בכל הענינים, ובקהלה הזאת איכא בית דין קבוע, דלדידיה נחשב בית דין קבוע ואין צריך לדון בזה בורר לו אחד,

> וגם אם איכא בעיר בית דין מצורף מכמה קהלות והם דנים לפי דיני חושן משפט ונזהרים בכל הדברים אשר דיינים צריכים להזהר, דינם כבית דין קבוע בעיר (שו"ת שבט הלוי ח"ח סי' שב).

וכן דעת הרב יעקב אריאל שליט"א כי ביה"ד הרבני האזורי בדיני אישות ובית הדין לדיני ממונות בכל עיר הם בתי דין קבועים (שו"ת באהלה של תורה סי' מד).

סיכום

לאור כל זאת אנו סבורים שעל הנתבע חובה להופיע בפני בית הדין לממונות. עם כל זה אין אנו מחשיבים זאת כסרבנות היות ויש לו נכונות להתדיין בדין תורה בבית דין אחר.

תביעה על תשלומי פנסיה

תיאור המקרה

בשנת 2013 למניינם התובע התריע בפני רכז המשק על כך שהתכניות הפנסיונית וכן שאר הביטוחים אינן בצורה מיטבית וניתן להגיע להישגים טובים יותר בחברה אחרת. התובע ביקש באופן אישי לעבור לחברה אחרת ואמר זאת לרכז המשק הם הפנו אותו לעובד בהנהלת החשבונות של היישוב שאמר שהוא לא יודע איך לעשות זאת להוציא חבר אחד מכלל האחרים לחברת ביטוח אחרת. למעשה התובע התחיל בתוכנית חדשה בתחילת 2014 והעביר כספים באופן פרטי תוך כדי זה שהוא מבקש מהמשק לעצור את העברת הכספים לחברה הקודמת. המשק רק ב5/19 הפסיק את העברת הכספים לחברת ביטוח הקודמת. התביעה שלי היא על סך 101000 ש״ח שזה הסכום שהמשק העביר ללא צורך לחברה הקודמת.

טענות התובע

הכי חשוב לי זה היה עניין הבריאות להיות מבוטח בצורה טובה. העברתי קופות גמל וקרן השתלמות ורציתי להעביר את שאר הביטוחים לאחר כמה חודשים קבלתי מכתבים מחברות הביטוח שחסרים מסמכים. פניתי לרכז המשק הוא הפנה אותי למנהל החשבונות הוא אמר שהוא מקבל כסף גלובלי ואין לו אפשרות להפריט כל עובד. כחבר בענייני פנסיה וביטוחים שאלתי למה לא עוצרים את הכספים אני לא רוצה לשלם כפול. הרכז אמר אמר יודעים שיש בעיה יחזירו לך את הכסף. מזכיר המשק התחלף בשנת 2016 ואז פניתי אני וחבר נוסף ובקשנו להעביר את הקופות ממגדל וגם את הביטוחים. החבר הנוסף החתים אותו על הבקשה והצליח להעביר את הכספים לחברה חדשה אך אלי הוא כבר לא הסכים.״

התובע הדגיש שלאורך כל התקופה נאמר לו שהוא לא יינזק מהמהלך הזה של החלפת חברת הביטוח.

נתבע

רק בשנת 2016 התחלנו בתהליך של פתיחת האפשרות לתושבים להחליט היכן הם מבוטחים. תהליך ארוך המצריך אישור של אספת חברים וגם חתימה לכל חבר על כך שאין לו תביעות כלפי המשק וזו בחירה שלו לעבור למסגרת אחרת. היישוב אחראי לביטוחים הללו ולכן אינו יכול לאשר לאדם פרטי לעבור ללא חתימה מפורשת על המסמך שהוזכר לעיל, אחרת היישוב חשוף לתביעות ואין

זה דבר אחראי. אומנם טעיתי ואישרתי לתושב אחר לעבור אך הבנתי שאין זה אחראי ולכן סרבתי לתובע, עד שלא תתכנס אספת חברים, ואז נוכל להחתים אותו ולשחרר אותו למקום חדש. אני במפורש אמרתי לתובע שהכספים ממשיכים להיות מופקדים עבורו, וכן היו"ר אינו מוסמך לאשר לתובע פיצוי על הכספים שהפסיד, ולכן אין מקום לתביעה".

בירור הדין

בית הדין עבר על תכתובת המיילים ועל שאר החומרים שהוצגו בפניו, כמו כן זימן את מזכיר המשק הקודם לדיון נוסף. הוא טען שבשום שלב לא לקח אחריות על הכספים שהתובע הפקיד באופן עצמאי, לדבריו לכל מהלך כזה צריך אישור של הנהלת היישוב.

למעשה, התרשמות בית הדין כי הגורמים המוסמכים לא התחייבו בצורה ברורה לתובע לפצות אותו בגין ההפקדות האישיות שלו. בייחוד שהסברא אומרת כי גוף ציבורי חייב לאבטח את עצמו מבחינה משפטית בטרם הוא מפסיק את הביטוח הרפואי לאחד מחבריו. כל עוד שהדבר לא נחתם בצורה ברורה אזי ההעברה לא הושלמה. התובע החליט על דעת עצמו להתקדם והחל להפקיד כספים בקופה עצמאית שלו ולכן האחריות לכך רובצת עליו.

מנגד, יש גם לבקר את התנהלות של מזכירות היישוב שלא הייתה תקינה בנושא ההפרשות לחברת ביטוח. התברר שניתן היה להגיע להצעה טובה יותר עבור כלל התושבים והראיה שלבסוף הצעת התובע התקבלה, ורק אחרי הרבה מאמץ מצדו. כמו כן, ניתן היה לצפות ממזכירות היישוב להיענות בזריזות לבקשתו של התובע ביודעם שהוא במקביל משלם עבור קרן ביטוח חדשה וכל בקשתו היא לעצור את העברת הכספים לחברה הקודמת. בנוסף היו אמירות (לא מחייבות) שהעניין הולך להיות מוסדר בקרוב והם אשר גרמו לתובע לטעות ולהמשיך להפקיד כספים פרטים.

פסק דין

לאור זאת שהתובע לא הצליח להביא ראיה ברורה שניתנה לו רשות להפקיד כספים שלו במקביל, על מנת שהיישוב יחזיר לו, יש לפטור את הנתבעים מתשלום.

המלצה

הייתה תועלת החשובה בכך שהתובע פעל למען היישוב ובכך חסך ליישוב תשלום ליועץ שהיה צריך להקדיש זמן על מנת לשכנע את כלל החברים.[8] לאחר התייעצות עם גורם מקצועי, בית הדין ממליץ על סכום של כעשרת אלפים שקלים שמגלמים את ההתייעלות הזו. ובסכום זה יש גם לקיחת אחריות מסוימת על הסחבת והאמירות של חלק מהגורמים אשר גרמו לתובע להניח שיקבל את כספו חזרה.

החלטה

א. הנתבע פטור מלשלם לתובע.

ב. בית הדין ממליץ לפצות את התובע בסכום של כעשרת אלפים שקלים.

[8] בית הדין אף שוחח עם המנכ"ל ולדבריו התובע תרם רבות למשק בכך שהוביל אותו להסכם חדש, לדבריו המשק לא פעל בצורה ראויה מצד האחריות שלו כלפי החברים והשינוי נעשה רק בזכות התובע.

פסק דין

טענות התובע

נתבקשתי ע״י הנתבע לעשות עבודות חשמל בבהכנ״ס. הנתבע היה קבלן השלד באותו הזמן וכמקובל בשלב זה לעשות תשתיות חשמל נתבקשתי על ידו לעשות זאת. עשיתי את העבודה, החומרים והפועלים היו על חשבוני, ואני דורש תשלום על כך, כמו כן אני דורש גם תשלום עבור שכר העבודה שלי. לכן אני תובע מהנתבעסכום כולל של 24,312.60 ש״ח לאחר מע״מ (פירוט החשבון הובא לפני בה״ד).

טענות הנתבע

התובע לא עשה את כל העבודה כמו שהוא טוען. כמו כן כיון שעבודתי הופסקה ע״י העיריה, לכן התשלום לתובע מוטל על הגורמים האחרים שהם העיריה ונציגי בית הכנסת. נוסף על זאת אין לי כרגע כסף לכן אין לי כלל מהיכן לשלם.

תגובת התובע

העבודה נעשתה כפי שנדרש. לא סיכמתי דבר עם נציגי בית הכנסת אלא רק עם הנתבע בלבד.

עדות

בהסכמת שני הצדדים נשמעה בבית הדין עדותו של נציג בית הכנסת בענייני הבניה. לדבריו הוא אינו מכיר את התובע וכל סיכום הדברים היה עם הנתבע הקבלן שהוא הביא מטעמו את התובע לעבודה.

בהסכמת שני הצדדים נשמעה בבית הדין בטלפון עדותו של מפקח על הבניה מטעם בית הכנסת. לדבריו התובע עשה את העבודה כפי שנתבקש. כמו כן לדבריו בשלב זה מה שמקובל הוא שהקבלן של הבניה מביא בעלי מקצוע מטעמו לעשות את הנדרש בשלב זה, כמו אינסטלטור או חשמלאי.

בירור הדין

לאחר בירור שנעשה עם חשמלאי מקצועי ביחס לתמחור שהובא לפני בה״ד נמצא שהמחיר שדרש התובע על העבודה הוא סביר בהחלט וכפי שמקובל.

אנו מקבלים את דברי העד בענין גמר נקודות החשמל, ולפי זה סך כל התשלום על 71 נקודות הוא 6390 ש״ח (ללא מע״מ).

התובע כלל ג״כ סעיף בתביעה בסך 2000 ש״ח (ללא מע״מ) על שמוש בתוכנת ״אוטוקד״. מבירור שערכנו השמוש אינו הכרחי כל כך בנסיבות אלו שיש תוכנית מפורטת של נקודות החשמל, נוסף על כך נראה שיש להחשיבה כ״כלי עבודה״ שמקל על החשמלאי ואינה בכלל המלאכה עצמה, ולכן אנו רואים לנכון לפטור את הנתבע מתשלום זה.

נמצא שהתביעה בניכוי הפרטים הנ״ל בסך18,942 ש״ח (כולל מע״מ) מתקבלת.

פסק דין

על הנתבע לשלם לתובע סך של 18,942 ש״ח, לא יאוחר משלושים יום ממתן פסק דין זה.

פסק דין

העובדות המוסכמות

התובע והנתבע יצאו לטיול משותף לחו״ל לברצלונה מיום שני עד חמישי בתאריך 27-31/11/19 למניינם. ההסכם ביניהם היה שהתובע ישלם על ההוצאות המשותפות: טיסה הלוך חזור, מלון, משחק כדורגל, ולאחר מכן הנתבע יפרע לו מחצית מהסכום. העלות הכוללת לכ״א מהם היא 2208 ש״ח. עלות כרטיס טיסה חזור היא בסך 404 ש״ח לכל אחד.

ביום חמישי 31/11 היום האחרון של הטיול הטיסה בחזור היתה אמורה להיות בשעה 15:35. למעשה הם איחרו לטיסה, וכתוצאה מכך הכרטיס לטיסה חזור שהיה ברשותם הופסד, וכל אחד מהם קנה כרטיס חדש לעצמו לטיסה בחזור.

לפני בית הדין הוגשה הקלטה של הודעה שמסר התובע לנתבע, ההודעה בלשונה תובא להלן בטענת הנתבע.

טענת התובע

הסיבה שבגינה הפסדנו את הטיסה בחזור היא ההתנהלות של הנתבע. אני סמכתי על דבריו ביחס לרכבת לשדה התעופה לטיסה בחזור, והוא טעה ועלינו על רכבת לא מתאימה, וכתוצאה מכך התעכבנו ואחרנו את הטיסה. הוא אשם באיחור שלנו לכן אני תובע ממנו את כל הסכום שהיה צריך לשלם לי כולל הטיסה בחזור, סך כל התביעה ממנו היא 1731 ש״ח.

טענת הנתבע

טענתי היא שהגורם לאיחור הטיסה היא ההתנהלות של התובע באותו יום. כיון שיש לי נסיון בטיסות לחו״ל, ידעתי שאנחנו צריכים להיות בשדה התעופה מוקדם כדי להספיק לטיסה חזור. לכן סיכמתי עימו להפגש בדירה בשעה מוקדמת יחסית. הוא התעכב לצורך קניות ואמרתי לו שאנו צריכים לצאת לכל היותר בשעה 12:40 כדי להגיע בזמן. למעשה הוא התעכב והגיע ב13:30. אני לא התייאשתי וניסיתי לדבר עם הנוגעים בדבר שיאפשרו לנו בכל אופן להגיע לטיסה. ההתערבות שלו בשלב זה הזיקה ולבסוף לא אפשרו לנו

להיכנס. כתוצאה מכך נאלצתי לרכוש כרטיס טיסה חזור בעלות של 1770 ש״ח (440 יורו).

מיד לאחר מכן קבלתי הודעה מוקלטת בלשון זו: ״זה אשמתי מה שקרה היום ופשוט אני משלם עליך אם לא סגרת משהו אחר. על אף... אין לי בעיה אם זה אל תרגיש לא בנוח עם זה, מקסימום אח״כ נתקזז בהחזרה. על תחזיר לי אני אשלם וזהו. זהו אחי זה אשמתי ולא פעלתי בחכמה כל הדרך... והרבה פעמים בטיול הזה במיוחד עכשיו, ועל טעויות משלמים. במיוחד שזו הטעות שלי אז אם אתה רוצה תגיד לי עכשיו כי אני סוגר כרטיס אחד בטוח. אתה רוצה תגיד לי אני אקנה לך כרטיס.״

לסיכום טענת הנתבע, ההשתהות בהתחלה היא בגלל התובע, וכך גם האפשרות בכל אופן לטוס בטלה מחמת התערבותו. לכן איני רואה חובה לעצמי לשלם לו עבור הטיסה בחזור. מלבד זאת באותה הודעה הוא אמר במפורש שהוא אשם והוא לוקח על עצמו לשלם על הפסד הטיסה בחזור. מחמת כך אני דורש לקזז מהחוב 1770 ש״ח שזה מחיר עלות הכרטיס טיסה ששלמתי.

תגובת התובע

ביחס לטענה בענין האיחור שהוא באשמתי הכל היה בתאום איתו, גם לא מנעתי ממנו ללכת לבד, הוא יכל ללכת לבדו כמו שלבסוף עשה לאחר שאיחרנו את הטיסה.

ביחס להקלטה הדברים מצידי נאמרו מתוך לחץ וחוסר אונים, הדבר ניכר בקולי בזמן שאמרתי את הדברים. ואחר ההודעה ששלחתי לו הוא כתב ש׳לא צריך, הסתדרתי לבד׳.

בירור הדין

סוכם בין הצדדים על כך שהתובע ישלם מכיסו והנתבע יתחייב לשלם לו, ואכן התובע רכש כרטיס טיסה הלוך חזור ושילם גם עבור דברים נוספים בסך כולל של 2208 ש״ח לכ״א מהצדדים. כיון שעובדות אלו מוסכמות יש כאן סיבת חיוב היוצרת חוב של הנתבע כלפי התובע בסך של 2208 ש״ח.

טענת הנתבע שאינו חייב לשלם כיון שהתובע גרם לאיחור אינה מתקבלת כי אין זה גרמי אלא אולי גרמא בעלמא כי מבחינת המציאות אין כאן התנהלות

שיש בה פשיעה ובודאי לא ניתן לראות זאת כאדם המזיק בכדי שיחוייב התובע לשלם על הפסד הטיסה.

טענת הנתבע שהתובע לקח על עצמו אחריות לשלם על כרטיס הטיסה חזור, גם אם היתה נאמרת בלב שלם אין בה כדי לצור שעבוד מצידו, שהרי אין התחייבות בלא מעשה קנין או לכל הפחות אמירה בפני עדים (חו״מ מ,א ובנו״כ שם), אך אם נאמרה בלב שלם ייתכן לראות בה כמחילה מהחוב בערך הטיסה חזור, ומחילה אינה צריכה קנין (חו״מ רמא).

אמנם נראה מלשון ההודעה שאין בה מחוייבות חד משמעית, שכן בתחילה התובע מסייג את דבריו: ״אני משלם עליך אם לא סגרת משהו אחר״, וגם לאחר מכן: ״מקסימום אח״כ נתקזז בהחזרה... אם אתה רוצה תגיד לי עכשיו וכו׳׳. נוסף על כך הדעת נוטה לקבל את דברי התובע שדברים אלו נאמרו מתוך לחץ נפשי שמסתבר מאוד שהיה קיים אצלו בנסיבות אלו.

למעשה אין אנו רואים בדברי התובע מחילה על החוב.

פסק דין

על הנתבע לשלם לתובע את כל חלקו בחבילת הטיול כפי שסוכם לא יאוחר משלושים יום ממתן פסק הדין.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לפר' בחקתי תשע"ט לפ"ק[1]

אם בחוקותי תלכו ואת מצותי תשמרו ועשיתם אותם (ויקרא כו, ג), ופירש"י: אם בחוקותי תלכו - יכול זה קיום המצות, כשהוא אומר ואת מצותי תשמרו הרי קיום המצות אמור, הא מה אני מקיים אם בחוקותי תלכו, שתהיו עמלים בתורה, ואת מצותי תשמרו - הוו עמלים בתורה על מנת לשמור ולקיים, כמו שנא' ולמדתם אותם ושמרתם לעשותם עכ"ל. וכתב על זה המזרחי: אם בחוקותי תלכו וכן ואת מצותי תשמרו אי אפשר לפרש לא זה ולא זה בקיום המצות, שהרי כתוב אחריהם ועשיתם אותם שמורה על קיום המצות, אם כן על כרחך לומר דאם בחוקותי תלכו ואת מצותי תשמרו, תרוייהו ביהו עמלים בתורה קמיירי, אלא דחד מנייהו בסתם עמלין וחד מנייהו בעמלין על מנת לשמור ולקיים עכ"ל. וצריכים לדעת איזה ענין יש בעמלה של תורה, אם לא מדובר בעמלים על מנת לשמור ולקיים.

ואיתא במדרש (ויק"ר לה, ג): אמר ר' אלעזר בנוהג שבעולם מלך בשר ודם גוזר גזירה אם רצה לקיימה הרי הוא מקיימה ואם לאו סוף שמקיימה ע"י אחרים, אבל הקב"ה אינו כן, אלא גוזר גזירה הוא מקיימה תחלה, הה"ד מפני שיבה תקום והדרת פני זקן ויראת מאלקיך אני ה', אני הוא שקיימתי מצות עמידת זקן תחלה, אם בחוקותי תלכו עכ"ל. וכן איתא בירושלמי ר"ה (פ"א ה"ג): א"ר לעזר פדא, בסיליוס (מלך) או נימוס (בעל דת) או גריפות (סופר), בנוהג שבעולם מלך בשר ודם גוזר גזירה, רצה מקיימה רצו אחרים מקיימים אותה, אבל הקב"ה אינו כן אלא גוזר גזירה ומקיימה תחילה, מאי טעמא, ושמרו את משמרתי אני ה', אני הוא ששימרתי מצותיה של תורה תחילה, א"ר סימון כתיב מפני שיבה תקום והדרת פני זקן ויראת מאלקיך אני ה', אני הוא שקיימתי עמודת זקן תחילה (שהיה אברהם יושב ושכינה עומדת) עכ"ל.

וצריכים לדעת למה בחר דוקא במצוה זו, והלוא מצינו שקיים הקב"ה מצוות אחרות, וכדאיתא בגמ' ברכות (ו, א): אמר ר' אבין בר רב אדא אמר ר' יצחק

[1] שיחה שנמסרה בכולל, קיץ תשע"ט.

מנין שהקב״ה מניח תפילין שנא׳ נשבע ה׳ בימינו ובזרוע עזו, בימינו זו תורה שנא׳ מימינו אש דת למו, ובזרוע עזו אלו תפילין שנא׳ ה׳ עוז לעמו יתן, ומנין שהתפילין עוז הם לישראל דכתיב וראו כל עמי הארץ כי שם ה׳ נקרא עליך ויראו ממך, ותניא ר׳ אליעזר הגדול אומר אלו תפילין שבראש עכ״ל. ואיתא במדרש תהלים (יט, ז): ומנין שהקב״ה עוסק במקרא ביום ובמשנה בלילה, שנא׳ דודי צח ואדום, כשהוא עוסק במקרא ביום פניו צחות כשלג, ואין דודי אלא ארבעה ועשרים ספרים, שכן דודי בגימטריא ארבעה ועשרים, וכשהוא עוסק במשנה בלילות פניו מאדימות עכ״ל. ועוד איתא בתנדא״ר (פי״ח): מיכן אמרו כל תלמיד חכם שיושב בינו לבין עצמו וקורא ושונה הקב״ה יושב כנגדו וקורא ושונה עמו עכ״ל. וכתב בשל״ה הקדוש (פר׳ חוקת תורה אור): לכך נקראים כל המצות גזירות, כי כמו שהנשמות חלק א-לוה ממעל לקוחות ממנו יתברך כך המצות גזירות, אוכלא דאפרת, חתוכות ממנו מלשון לגוזר ים סוף לגזרים, והוא עבר בין הגזרים, וזהו כריתת הברית, וזהו ענין הקב״ה מניח תפילין, מתעטף בציצית, לומד תורה עכ״ל. וא״כ יש מקום לשאול למה בחר כאן במדרש להזכיר מצות והדרת פני זקן.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה איתא בגמ׳ יבמות (סב, ב): אמרו שנים עשר אלף זוגים תלמידים היו לו לר׳ עקיבא מגבת עד אנטיפרס, וכולן מתו בפרק אחד מפני שלא נהגו כבוד זה לזה, והיה העולם שמם עד שבא ר״ע אצל רבותינו שבדרום, ושנאה להם, ר״מ ור׳ יהודה ור׳ יוסי ורבי שמעון ורבי אלעזר בן שמוע, והם הם העמידו תורה אותה שעה, תנא כולם מתו מפסח ועד עצרת עכ״ל. וכתב המחבר בשו״ע או״ח (תצג, א-ב): נוהגים שלא לישא אשה בין פסח לעצרת עד ל״ג לעומר מפני שבאותו זמן מתו תלמידי רבי עקיבא כו׳, נוהגים שלא להסתפר עד ל״ג לעומר שאומרים שאז פסקו מלמות, והגיה עליו הרמ״א: ובמדינות אלו אין נוהגין כדבריו, אלא מסתפרין ביום ל״ג ומרבים בו קצת שמחה ואין אומרים בו תחנון עכ״ל. וכן כתב בלבוש (שם): ובאלו הארצות נוהגין אנו להיפך, שביום ל״ג דוקא מסתפרין ונושאין ואין אומרים בו תחנון, ולא לפניו ולא לאחריו עד העצרת, ולפי מנהגנו זה הוא טעמא אפשר משום דקי״ל דבו ביום בלבד לא מתו, ובימים שלאחריו חזרו ומתו עד העצרת עכ״ל. ואמנם פשטות לשון הגמרא משמע כמנהג זה דהא קאמר שכולם מתו מפסח ועד עצרת, ומשמע שמתו עד עצרת. אולם לשתי הדעות צריכים להבין למה מתו תלמידי ר׳ עקיבא דוקא בין פסח לעצרת, ומה יש ביום ל״ג בעומר שבו פסקו למות.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה איתא בפ״ק דמגילה (ג, א): כהנים בעבודתן

ולוים בדוכנן וישראל במעמדן כולן מבטלין עבודתן ובאין לשמוע מקרא מגילה, מכאן סמכו של בית רבי שמבטלין תלמוד תורה ובאין לשמוע מקרא מגילה, קל וחומר מעבודה, ומה עבודה שהיא חמורה מבטלינן תלמוד תורה לא כל שכן, ועבודה חמורה מתלמוד תורה והכתיב ויהי בהיות יהושע ביריחו וישא עיניו וירא והנה איש עומד לנגדו וגו׳ וישתחו כו׳, דאמר ליה כי אני שר צבא ה׳ כו׳, אמר לו אמש בטלתם תמיד של בין הערבים ועכשיו בטלתם תלמוד תורה, אמר לו על איזה מהן באת, אמר לו עתה באתי (בתשובה שהשיבו עתה באתי אנו למדין תחלת דברי המלאך האשימן בשני דברים, אמש, כלומר כשהעריב היום היה לכם להקריב תמיד הערב ובטלתם אותו, ונשתהיתם במארב העיר חנם שאין זמן מלחמה בלילה כו׳, ועכשיו שהוא לילה היה לכם לעסוק בתורה שהרי אינכם נלחמים בלילה, עתה באתי על של עכשיו), מיד וילן יהושע בלילה ההוא בתוך העמק, אמר ר׳ יוחנן מלמד שלן בעומקה של הלכה, ואמר רב שמואל בר אוניא גדול תלמוד תורה יותר מהקרבת תמידין שנא׳ עתה באתי, לא קשיא הא דרבים (דהתם כל ישראל הוו) והא דיחיד, ודיחיד קל והתנן נשים במועד מענות (הספד על המת) אבל לא מטפחות (על לבן), ר׳ ישמעאל אומר אם היו סמוכות למטה מטפחות, בראשי חדשים בחנוכה ובפורים מענות ומטפחות בזה ובזה אבל לא מקוננות (עינוי שכולן עונות כאחת, קינה אחת אומרת וכולן עונות אחריה), ואמר רבה בר הונא אין מועד בפני תלמיד חכם, כל שכן חנוכה ופורים, כבוד תורה קאמרת, כבוד תורה דיחיד חמור, תלמוד תורה דיחיד קל (ביטול תלמודו קל מעבודה ופורים) עכ״ל.

איתא בגמ׳ כתובות (יז, א) שהשיעור שחייבים ללוות את המת הוא ששים ריבוא, וקאמר הטעם: נטילתה (של תורה ממנו, והיינו כשמת ותלמודו בטל) כנתינתה (בסיני), מה נתינתה בששים רבוא אף נטילתה בששים רבוא עכ״ל. וקאמר על זה: והני מילי למאן דקרי ותני, אבל למאן דמתני (לאחרים) לית ליה שיעורא עכ״ל [והג״ר משה פיינשטיין זצ״ל שאמר דהא דקאמר דלית ליה שיעורא היינו שיש חיוב על כל אחד ואחד, ועל זה קאמר דבמאן דלא מתני ליכא חיוב על כל אחד ואחד, ורק הוי חיוב כללי של כבוד התורה, אבל בדמתני יש חיוב על כל אחד ואחד]. ועל פי זה מקשה הפני יהושע (מגילה ג, ב) דמאי קשיא ליה מהא דמספידין לתלמיד חכם במועד ובחנוכה ובפורים, הא ע״כ דכבוד תורה עדיף מתלמוד תורה, דהא מבטלין תלמוד תורה אפילו תלמוד תורה דרבים מפני הוצאת המת דקרי ותני. שמע מינה עד כמה חמור הוא כבוד התורה, שהרי בשביל כבוד התורה דיחיד מבטלין תלמוד תורה דרבים.

וכתב בבני יששכר (מאמרי חדש אייר ג, א): והנה ימי הספירה הם מ״ט ימים

מנין ל״ב טו״ב, הנלמד על הטוב הכללי, מן תיבת בראשית עד וירא אלקים כי טוב (כי מהתחלת התורה בראשית עד תיבת טוב ל״ב תיבות) כו׳, הוא הטוב הכללי אל התורה אשר בה גנוז האור הטוב, על כן צונו הש״י לספור קודם מתן תורה מ״ט ימים מנין ל״ב טו״ב, אין טוב אלא תורה כמה שנאמר כי לקח טוב נתתי לכם תורתי, ועל כן נקרא התורה טוב מפני שבה נגנז האור כי טוב, ויש בתורה ל״ב נתיבות חכמה בראשית תירגם יונתן בחוכמתא סוד ראשית חכמה כידוע, הרי לך בתורה לב טוב, על כן להבנת התורה צונו הש״י לספור מ״ט ימים (מנין ל״ב טו״ב), ואח״כ הוא יום קבלת התורה עכ״ל. ויוצא מדבריו שיום ל״ג בעומר הוא המעבר בין ל״ב ימים הראשונים של העומר לטו״ב ימים האחרונים של העומר, ובטו״ב ימים האחרונים של העומר מתחיל להתנוצץ אור התורה, כי אין טוב אלא תורה (אבות פ״ו מ״ג).

ולפי זה מובן למה נענשו תלמידי ר׳ עקיבא בעונש כל כך חמור ולמה דוקא בימי העומר. הרי ימי העומר הם הימים שבהם מכינים את עצמנו לקבלת התורה, וא״כ דוקא אז צריכים להתעורר ביותר בענין כבוד התורה כיון שההכנה היסודית לקבלת התורה היא כבוד התורה, שאם אין מכבדים את התורה הרי אי אפשר לקבלה. ובאמת ל״ב הימים הראשונים הם הזמן המיוחד לכבוד התורה שהרי ל״ב הוא בגימ׳ כבו״ד. ועוד שהם נגד ל״ב נתיבות החכמה [המבוארים בספר יצירה (פ״א מ״א)], ואיזהו חכם הלומד מכל אדם (אבות פ״ד מ״א), ואם תלמידי חכמים אינם נוהגים כבוד זה בזה, הרי הם עושים ההיפך מזה. ולכך כאשר תלמידי ר׳ עקיבא לא נהגו כבוד זה לזה הרי הם עשו את ההיפך מכבוד התורה, שהרי היו חייבים לנהוג זה לזה מצד עצם התורה שהם למדו, ואם לא כיבדו זה לזה הרי זה זלזול בתורה. ולכך העונש שלהם היה כל כך חמור, והיה צריך לבוא דוקא בימי העומר שהוא הזמן המיוחד לכבוד התורה.

ומהאי טעמא פסקו למות דוקא בל״ג בעומר שהוא התחלת טו״ב הימים האחרונים של העומר שאז הוא התחלת התנוצצות אור התורה שהוא התיקון לחטא שלהם. ובזה מבואר מה שכתב החיד״א בספרו טוב עין (סי׳ יח): ומה שעושין שמחה בל״ג אפשר דרבי עקיבא היה כלל גדול בתורה, ולימדה לכ״ד אלף תלמידים ומתו ונשאר העולם שמם, ויום ל״ג התחיל לשנות לרשב״י ורבי מאיר ורבי יוסי וכו׳, ויאור להם שתחזור התורה, ולכך עושים שמחה, וגם אמרו דהלולא דרשב״י ביום ל״ג עכ״ל.

ויש לומר שהסיבה שנבחר דוקא ר׳ שמעון בן יוחאי לתקן את חטא תלמידי ר׳

עקיבא היא משום שר׳ שמעון בן יוחאי היה הדוגמא המובהקת לעמל התורה, וכדאיתא בגמ׳ שבת (יא, א): חברים שהיו עוסקין בתורה מפסיקין לקריאת שמע ואין מפסיקין לתפלה, אמר ר׳ יוחנן לא שנו אלא כגון רבי שמעון בן יוחי וחביריו שתורתן אומנותן, אבל כגון אנו מפסיקין לקריאת שמע ולתפלה עכ״ל. והיינו כדאיתא בגמ׳ על ר׳ שמעון בר יוחאי ובנו ר׳ אלעזר (שם לג, ב): אזלו טשו במערתא, איתרחיש ניסא איברי להו חרובא (לאכול פירותיו) ועינא דמיא (לשתות), והוו משלחי מנייהו והוו יתבי עד צואר״יהו בחלא (בחול, שהיו פושטין בגדיהם שלא יבלו, ומכסין ערותן בחול), כולי יומא גרסי, בעידן צלויי לבשו מיכסו ומצלו, והדר משלחי מנייהו, כי היכי דלא ליבלו, איתבו תריסר שני במערתא עכ״ל. וע״י העמלות בתורה מראים עד כמה מכבדים את התורה, שהרי טבע האדם הוא לזלזל בדבר שבא אליו בקלות, והוא מכבד רק דבר שעמל עליו להשיגו, ולכך ע״י העמלות בתורה מכבדים את התורה. ומאחר שר׳ שמעון בן יוחאי הוא הדוגמא המובהקת של עמלות בתורה לכן הוא זה שתיקן מה שפגמו תלמידי ר׳ עקיבא בכבוד התורה.

ועדים אנו היום לגודל התיקון של ל״ג בעומר, שהרי אין לך כבוד התורה גדול מזה שבאים מאות אלפים מבני ישראל לחלק כבוד לתנא ר׳ שמעון בר יוחאי בשביל התורה שלו, והרי זה התיקון הגדול ביותר למה שפגמו בו תלמידי ר׳ עקיבא שמתו בימי העומר. ומאחר דאמרינן דכבוד התורה דיחיד חמור מתלמוד תורה דרבים, ומאן דמתני לית ליה שיעורא, בודאי אין בהתאספות זו במירון בל״ג בעומר משום ביטול תורה. ואדרבה יש בזה הכנה גדולה לקבלת התורה.

ולפי זה מובן מאי דמזכיר במדרש דוקא זה שקיים הקב״ה מצות והדרת פני זקן מפני שרצה ללמדנו עד כמה חשוב הוא כבוד התורה, שהרי הקב״ה בכבודו ובעצמו כיבד את אברהם אבינו בשביל תורתו. ובזה מבואר ג״כ מאי דמפרש רש״י הא דכתיב אם בחוקותי תלכו שתהיו עמלים בתורה, והיינו מכיון דאנו רואים שהידר הקב״ה במצות כבוד התורה, לכן אנו חייבים ללכת בדרכו ולכבד את התורה, ועושים זה ע״י העמלות בתורה, שעל ידי העמלות אנו מראים שאנו מכבדים את התורה, וזהו ענין העמלות בתורה מלבד ענין העמלות על מנת לשמור ולקיים, כיון שע״י שאנו עמלים בתורה אנו מראים עד כמה היא חשובה אצלנו, והבן הדברים היטב.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א
אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

לפר' חקת תשע"ח[1]

זאת חוקת התורה אשר צוה ה׳ לאמר. וכבר דקדקו המפרשים למה נאמר זאת חוקת התורה, הול״ל זאת חוקת הפרה. עוד דקדקו בזה, הלוא פרשת פרה במרה נאמרה, ושוב נאמרה פעם שניה ביום שהוקם בו המשכן כדאיתא בגמ׳ גיטין (ס, א), וא״כ למה נתאחרה פרשה זו לכתוב אותה כאן.

ואיתא במדרש (במד״ר יט, ד): אמר ר׳ יהושע דסכנין בשם ר׳ לוי על כל דבר ודבר שהיה אומר הקב״ה למשה אומר לו טומאתו וטהרתו, כיון שהגיע לפרשת אמור אל הכהנים אמר לו משה רבש״ע אם נטמא זה במה תהא טהרתו, לא השיבו, באותה שעה נתכרכמו פניו של משה, כיון שהגיע לפרשת פרה אדומה אמר לו הקב״ה באותה שעה שאמרתי לך אמור אל הכהנים ואמרת לי אם נטמא במה תהא טהרתו לא השבתיך, זו טהרתו - ולקחו לטמא מעפר שרפת החטאת עכ״ל. ולכאורה דברי המדרש תמוהים ביותר כיון שפרשת פרה כבר נאמרה במרה. ועוד העירו בזה דהא איתא בגמ׳ גיטין (ס, א) שנאמרו פרשת אמור אל הכהנים ופרשת פרה באותו יום שהוא יום שהוקם בו המשכן.

ועוד איתא במדרש (שמו״ר יט, ב): יהי לבי תמים בחוקיך, זה חוקת הפסח וחוקת פרה אדומה, למה, ששניהן דומין זה לזה, בזה נאמר זאת חוקת הפסח ובזה נאמר זאת חוקת התורה, ואי אתה יודע איזו חוקה גדולה מזו, משל לב׳ מטרונות דומות שהיו מהלכות שתיהן כאחת נראות שוות, מי גדולה מזו, אותה שחברתה מלוה אותה עד ביתה והולכת אחריה, כך בפסח נאמר בו חוקה ובפרה נאמר בה חוקה, ומי גדולה, הפרה שאוכלי פסח צריכין לה שנא׳ ולקחו לטמא מעפר שריפת החטאת עכ״ל. ומאמר המדרש טעון ביאור.

והנראה לומר בזה הוא ע״פ מה שכתב הגאון מהרש״ק זצ״ל בספרו חכמת התורה (פר׳ חוקת עמ׳ כט): במדרש שם (במד״ר יט, ג) זש״ה אמרתי אחכמה והיא רחוקה ממני, נראה הכוונה שקשה לו תיבת לאמר מיותר, ולזה מפרש כך, דהנה כמה חוקים יש לנו בתורה כפירש״י בפר׳ אחרי (ויקרא יח, ד), והוא

[1] שיחה שנמסרה בכולל, קיץ תשע״ח.

מן הש״ס (יומא סז, ב) כגון שעטנז וחזיר, אך באלו אין המניעה מצידם, שבאמת מותר לחקור טעמם, אך המניעה מצידנו, שחלש כח שכלנו ואין לנו די להשיג אותם, אבל בפרה הוי המצוה ממנו יתברך לומר שהיא חוקה, וז״ש זאת חוקת התורה אשר ציוה ה׳ לאמר, דהוי המצוה לומר ביה שהיא חוקה, ולכך הנה בהני המצוות שמצוה לחקור טעם נאמר עליהם כי המצוה הזאת וכו׳ לא נפלאת היא ממך ולא רחוקה היא וכו׳ כי קרוב אליך הדבר, ויש במדרש (דב״ר ה, ג) כי לא נפלאת היא, ואם נפלאת היא הוי מכם, וא״כ בזה אף שאין האדם מבין טעמם הוי האדם רחוק מן המצוה והוא מרחיק עצמו מהם, ולא המצוה רחוקה ממנו, רק התורה מתקרבת לו והאדם מתרחק ממנו, אבל בפרה הוי להיפך, כיון דהוי המצוה לעשותה חוקה, אז אף שהאדם מקרב עצמו אל המצוה היא מתרחקת ממנו שלא להבין טעמה, ולכך אמר אמרתי אחכמה והיא ממני רחוקה, ולא אני רחוק ממנה רק היא רחוקה ממני, ולמה מתרחקת היא ממני, בעל כרחך שבזה הוי המצוה לומר שהיא חוקה, ולכך אמר לשון זאת חוקת התורה אשר ציוה ה׳ לאמר, זו היא כוונת המדרש על נכון בע״ה עכ״ל.

ובזה יש לפרש מה שמשווה המדרש חוקת הפסח וחוקת הפרה, שהרי שתי חוקות הן הפוכות אחת מהשניה, חוקת הפסח טעמה גלויה שהתורה פירשה כל הפרטים שלה עם טעמיהם, ומאידך גיסא חוקת הפרה צריכה להיות נעלמה ומתנגדת לשכלנו. ועל זה שואל המדרש איזו חוקה גדולה יותר, ועונה שחוקת הפרה גדולה יותר מפני שאוכלי פסח צריכים לה. ולכאורה הדברים תמוהים, שהרי לפי פשטות הדברים חוקת הפרה אינה אלא אמצעי לתכלית כדי שייטהרו שיוכלו לקיים חוקת הפסח. אולם לפי מה שנתבאר לא קשה מידי, שהכוונה היא לשאול איזו חוקה גדולה יותר, חוקה שיכולים לעמוד על טעמה או חוקה שאי אפשר לעמוד על טעמה, ועל זה קאמר שחוקה שאי אפשר לעמוד על טעמה גדולה יותר, שהרי מי יימר שכל אחד יזכה לעמוד על טעמה, ואפילו מי שעומד על טעמה הרי בודאי לא יעמוד על סוף טעמה, אלא רק מקצת טעמה, ואין לדבר סוף לגילוי עומקי טעמיה. ולכך חוקה שאי אפשר לעמוד על טעמה גדולה יותר כיון שהכל משתווין בזה, ויש בה לימוד על כל חוקי התורה בין אם יכולים לעמוד על טעמם ובין אם אין יכולים לעמוד על טעמם. ומהאי טעמא קורא לחוקת הפרה חוקת התורה, מפני שממנה ילמוד לקח על כל חוקי התורה.

והנה בכל זאת מצינו טעם על חוקת הפרה, והוא כמו שמביא רש״י (במדבר יט, כב) בשם ר׳ משה הדרשן: משל לבן שפחה שטינף פלטין של מלך, אמרו תבוא

אמו ותקנח הצואה, כך תבוא פרה ומכפר על העגל עכ״ל. אלא דהאי טעמא גופא טעמא בעי, דמה ענין חוקת הפרה אצל חטא העגל.

אמנם הענין יובן ע״פ מאי דאיתא במדרש (שמו״ר לב, א)׃ הנה אנכי שולח מלאך, הה״ד אני אמרתי אלהים אתם, אלו המתינו ישראל למשה ולא היו עושים אותו מעשה לא היתה גליות ולא מלאך המות שולט בהן, וכן הוא אומר והמכתב מכתב אלקים הוא חרות על הלוחות, מהו חרות, ר׳ יהודה ור׳ נחמיה, ר׳ יהודה אומר חירות מן גליות, ור׳ נחמיה אומר חירות ממלאך המות, בשעה שאמרו ישראל כל אשר דבר ה׳ נעשה ונשמע אמר הקב״ה אדם הראשון צויתיו מצוה אחת כדי שיקיימנה והשויתיו למלאכי השרת שנא׳ הן האדם היה כאחד ממנו, אלו שהן עושין ומקיימין תרי״ג מצות חוץ מן הכללים ומן הפרטים ומן הדקדוקים אינו דין שיהיו הן חיין וקיימין לעולם, וכן הוא אומר וממתנה נחליאל, שנחלו מהקב״ה שיהיו חיים וקיימין לעולם, כיון שאמרו אלה אלהיך ישראל בא מות עליהן, אמר הקב״ה בשיטתו של אדם הראשון הלכתם, שלא עמד בנסיונו ג׳ שעות ובתשע שעות נקנסה עליו מיתה, אני אמרתי אלהים אתם והלכתם אחר מדותיו של אדה״ר, אכן כאדם תמותון, מהו וכאחד השרים תפולו, אמר רבי יהודה או כאדם או כחוה עכ״ל.

ויוצא מזה שכאשר עמדו בני ישראל אצל הר סיני וקבלו את התורה חזרו למצבו של אדם הראשון לפני החטא ולא היה מלאך המות שולט בהם. וממילא לא שייך אצלם טומאת מת, ולא היה צורך בפרה אדומה לטהר אותם. ולפי זה יש לנו לומר שמה שנאמרה פרשת פרה במרה נתבטלה במעמד הר סיני כיון שכבר לא היה שייכת מיתה וממלא גם לא טומאת מת. ובכן אחרי שחטאו בעגל וחזרה מיתה אז היו שוב צריכים להצטוות מחדש על טומאת מת ועל טהרתה ע״י פרה אדומה. ומשום הכי כאשר נאמרה פרשת אמור אל הכהנים אל משה היה משה צריך לשאול במה תהא הטהרה מטומאת מת, שהרי יתכן שנשתנו דיני טהרה אחרי שחזרה מיתה בחטא העגל. אבל הקב״ה לא רצה לגלות לו תיכף ומיד.

ונראה דהענין הוא כדאיתא בגמ׳ גיטין (ס, א)׃ דאמר ר׳ לוי שמנה פרשיות נאמרו ביום שהוקם בו המשכן, אלו הן, פרשת כהנים ופרשת לוים ופרשת טמאים ופרשת שילוח טמאים ופרשת אחרי מות ופרשת שתויי יין ופרשת נרות ופרשת פרה אדומה עכ״ל. ורואים מזה שנאמרה פרשת אמור אל הכהנים ראשונה ופרשת פרה אדומה אחרונה. וזהו האיחור שאיחר הקב״ה לגלות למשה במה היא הטהרה מטומאת המת. ויש לומר שהטעם הוא מפני

שהעבודה שביום הקמת המשכן היתה לכפר על עוון העגל וכדאיתא במדרש תנחומא (פר׳ שמיני) : ויאמר אל אהרן קח לך עגל בן בקר, ולמה לא אמר לו פר אלא עגל, לפי שע״י העגל נתפקפקה הכהונה בידך ובעגל היא מתבססת בידך, ולא עוד אלא שלא יהו ישראל אומרים יש להם עונות ממעשה העגל, לפיכך א״ל הקב״ה אף הם יקריבו עגל, ואל בני ישראל תדבר לאמר קחו שעיר עזים לחטאת ועגל, שידעו הכל שנתכפר להם על מעשה העגל עכ״ל. וכן איתא בזוה״ק (ח״ב ריט, ב) : כגוונא דא קח לך עגל בן בקר דאתמר לאהרן לכפרא על חוביה על ההוא עגל דאיהו גרים לון לישראל עכ״ל. ומאחר שכן מבואר הוא למה לא גילה לו הקב״ה תיכף מהי הטהרה מטומאת מת, והוא משום שהכל נגרם ע״י חטא העגל, דבלאו הכי לא היתה מיתה, ואהרן היה הגורם ונתפקפקה הכהונה, ומשום הכי הוזהרו הכהנים מליטמא במת. וכל זמן שלא נתכפר החטא לא גילה הקב״ה הטהרה מטומאת המת. ורק אחרי שנגמרה הכפרה אז גילה לו הקב״ה למשה במה היא טהרתו. וזהו שאמר ר׳ משה הדרשן שפרה אדומה באה כתיקון לחטא העגל.

והנה כתב הגאון ר׳ שמעון שקאפ זצ״ל בהקדמתו לשערי ישר : והנה חז״ל קבלו שסגולה מיוחדת היתה בלוחות הראשונות, דאמרינן בגמרא עירובין דף נ״ד מאי דכתיב חרות על הלוחות, אלמלא לא נשתברו הלוחות הראשונות לא נשתכחה תורה מישראל, היינו שהיתה סגולה בהם שאם למד אדם פעם אחת, היה שמור בזכרונו לעולם, וענין זה הרגיש משה רבינו ע״ה שעלול ע״ז להיות חילול הקודש נורא מאד, שאפשר שיזדמן שיהיה איש מושחת ומגואל במעשים רעים, בקי בכל חדרי התורה, ולמד משה רבינו ע״ה ק״ו מקרבן פסח שאמרה תורה וכל בן נכר לא יאכל בו, ולכן מצא משה רבינו ע״ה שראוי שלוחות אלה ישתברו ולהשתדל לקבל לוחות אחרים, היינו דהלוחות הראשונים היו מעשה אלקים כמו גוף הכתב כמו שמפורש בתורה, והלוחות האחרונים היו מעשה ידי אדם כמו שכתוב פסל לך שני לוחות אבנים, וענין הלוחות הוא דבר המעמיד ומקיים שלא יהיו אותיות פורחות באויר, וכיון שהיו מעשה ה׳ היה עומד לעד, אבל השניות שהיו מעשה אדם אינם מתקיימים רק בתנאים וגדרים, ותחלת קבלת התורה ע״י משה רבינו ע״ה היתה דמות ואות לכל בני ישראל מקבלי התורה, שכמו שאמר הקב״ה למשה רבינו ע״ה פסל לך שני לוחות אבנים, כמו כן הוא רמז לכל מקבלי התורה, שיכין כל איש ישראל לוחות לעצמו, לכתוב עליהם דבר ה׳, וכפי הכשרתו בהכנת הלוחות כן תהיה קבלתו מתחילה, וכן גם אח״ז אם יתקלקלו אצלו הלוחות אז לא תתקיים התורה, וע״ז לא יהיה מצוי כל כך ענין פחד משה רבינו ע״ה, שלפי ערך מעלת האדם ביראת ה׳ ובמדות

שהוא לוח לבבו, לפי ערך זה ינתן לו מן השמים קנין התורה, ואם יפול אח״כ ממדרגתו לפי ערך זה תשכח התורה ממנו, וכמו שאמרו חז״ל שכמה ענינים גורמים לשכחת התורה רח״ל עכ״ל. ויוצא מזה שבעקבות חטא העגל נשתנתה דרך קבלת התורה בישראל, ובמקום שיהא האדם לומד ויישאר לימודו אצלו לעולם באה שכחה לעולם, והאדם לומד ושוכח, וזה מחייב אותו לעמול בתורה בתמידות, וע״י העמל בלימוד התורה ובזכירתה הוא נשמר מרדת שחת.

ובדומה לזה מצינו בפרה אדומה שהיא מטמאת טהורים ומטהרת טמאים, וכמו שמבואר בספה״ק תולדות יעקב יוסף (ר״פ חוקת): ובזה יובן וידבר ה׳ אל משה ואל אהרן לאמר, ר״ל שיאמרו לישראל שיקחו מדריגות משה השפלות, ומדריגות אהרן הכבוד והתפארת, להשתמש במדת אלו, שזאת היא חקת התורה, ר״ל כללים גדולים וחוקים טובים לכללות התורה להיות לו עזר נגד היצה״ר, שאם היצה״ר משפילו שאינו ראוי להתקדש יאחז כנגדו מדת התפארת - מצד נשמתו ראוי לכך, ואם היצה״ר מגיס רוחו שכבר הוא קדוש וטהור ישפיל עצמו מצד השפלות חומרו עכלה״ק. והיינו מאי דאמרינן בפרה אדומה, שאם מי שהוא משפיל את עצמו ומרגיש שהוא טמא היא מטהרת אותו, ומאידך גיסא מי שהוא מתגאה ומרגיש שהוא טהור היא מטמאת אותו. ואותו דבר הוא בלימוד התורה, שאם מתגאה האדם בתורתו אזי הוא שוכח ומאבד את תורתו וכדכתיב (דברים ח, יד) ורם לבבך ושכחת את ה׳ אלקיך וגו׳, שהגאוה מביאה לידי שכחה. ומאידך גיסא מי שמרגיש את עצמו שפל בגלל שהוא שוכח ואינו זוכר את התורה שלמד, אדרבה הרגשה זו מביאתו להיות עמל יותר ויותר, וע״י זה מתעלה מעלה מעלה במעלות התורה.

ומאחר שמפרה אדומה אנו למדים איך מצליחים בהשגת התורה לכן נאמר (במדבר יט, ב) זאת חוקת התורה אשר צוה ה׳ לאמר דבר אל בני ישראל ויקחו אליך פרה אדמה תמימה וגו׳, כלומר אם אתם רוצים לדעת מהי חוקת התורה, תדעו שזהו מה שציווה הקב״ה לדבר אל בני ישראל ויקחו אליך פרה אדומה, שפרה אדומה ודיניה הם דוגמא שממנו ילמדו לקח איך מצליחים בתורה. ולפי זה שפיר מובן למה נתאחרה כתיבת פרשה זו עד כאן, והיינו משום שהיא פרשה כוללת שממנה למדים איך לגשת אל התורה, לכן נתאחרה להיכתב כפרשה אחרונה שלמדו בני ישראל באוהל מועד לפני שנפסק הדיבור ממשה רבינו כל השנים שהיו ישראל נזופים, ורק אחרי זה חזר הדיבור למשה ולימדם התורה בערבות מואב. ומשום הכי נחשבת פרשה זו ״תשלום תורת הכהנים״ וכלשון הרמב״ן (במדבר שם). והיינו כמו שנתבאר שבה יש לימוד על תלמוד תורה בכללותו, ודוק היטב בזה.

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

אסתר **י**פה הי"ד **ב**ת **נ**חמן 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 **צ**דיקים" (שם)

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