

ה'תש"ז  
ניסן 2007

## תוכן העינים

5	בפתח הקובץ .....
	א. הלכות דיינים
7	מידת המעורבות של השופט במשפט / הרב אריאל בר-אלי .....
	ב. הלכות הלואה
20	שעבודא דאורייתא - בירור בזעת רב פפא / הרב אילן קופמן .....
	ג. הלכות טוען ונטען
44	השוואה בין הודאת בע"ד לענין שבועה וממון / הרב יוחאי יחיא .....
46	חזרה מטענה לטענה ובפרט מטענה בטעות / הרב עמיעד גלור .....
66	מיגו נגד עד אחד / הרב יוחנן גבאי .....
76	עד המסייע / הרב אריה אסולין .....
90	חשוד על השבועה / הרב מאיר ברקוביץ .....
	ד. הלכות גבית מלזה
99	גבית מלזה מן היורשים, מדינא דגמרא / הרב יעקב יהודה יקיר .....
	ה. הלכות נזקי שכנים
120	חזקת תשמישין - שיטות הראשונים וביאורן / הרב מאיר כהן .....
	ו. דרוש
131	דרוש לשבת שובה / הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ אדמו"ר ממונסטרישציה .....

## בפתח הקובץ

אמר משה בר נחמן ז"ל

פן יחשדוני שומע בהזכירי מקצת הדברים שלא בשם אומרן, כעוסק בהן שלא לשמן, אני מנצל את עצמי כי לא כוונתי לסתמן ולהעלימן, שמן הידוע שדברי דברי רבותי... ודבריהם בפי כדבש למתוק ולמן, ואף באשר לבי מגמגמן, ידעתי כי נמוקן עמן, אבל יש אשר קולמוס הראשונים סתמן ועתה נעלם טעמן, מעיני תלמידי הזמן, וחכמים הצרפתים אספו רובן אל עמן, הם המורים הם המלמדים... ואף גם זאת, יש צריכות עוד נגר והולם להלמן, ומעשה ידי אומן. והצריכות לפי דעתי אל אמן, אספתי אותן כפי יכולתי אל מקומן. ויש לנו בזה תועלת להועיל תועלת גדולה או קטנה, כי אם לא יהיה בדברנו רק השנות הדברים, לא הפסדנו טרחינו ועמלנו אצל היודע ועד הנאמן, אולי יישר בעיניו וימצא בהם דבר נכון או מזומן כי טוב ומטיב הוא רחמן...

מהקדמת הרמב"ן לקונטרס דיני דגרמי

תהילות לבורא עולם על כל הטוב שגמלנו, שזיכנו לשבת באהלי תורה בכולל י"ד ברודמן" ברחובות.

מוגש בזאת קובץ מאמרים ותדו"ת שנכתבו ע"י חברי הכולל, בשעת לימוד שו"ע חו"מ. כמו כן צורף מאמר של האדמו"ר ממונסטרישציה שמדברותיו זוכים אנו לשמוע מדי פעם בפעם.

במהלך הכנת הקובץ לדפוס, נקראו חלק מחברי הכולל לאחוז ב"סייפא" יחד עם שאר חיילי צה"ל ולהצטרף למבצע "חומת מגן". בשעת כתיבת שורות אלה עודנו מתפללים להצלחתם ולשובם במהרה בריאים ושלמים.

העורך

ניסן תשס"ב

## הרב אריאל בראלי

### מידת המעורבות של השופט במשפט

ישנם שתי אפשרויות להבנת תפקידו של השופט. האחת הוצאת האמת לאור. והשנייה עשיית סדר בחברה. כמובן שאפשר לשלב בין האפשרויות אבל השאלה מהו התפקיד המרכזי. אפשר ששאלה זו היא הבסיס העיוני לגישות השונות על מידת מעורבתו של השופט בדיון. אם החשיבות העליונה ניתנת לעשיית הסדר, אזי אין ענין לערב את השופט בטענות ובראיות. אדרבה, על מנת לשמר את מעמדו האוביקטיבי עליו להמנע מכל מוערות משפטית. השופט לא מתחכה אחר האמת האוביקטיבית אלא פותר את הבעיה כפי שהובאה לפניו.<sup>1</sup>

לעומת זאת אם מעמידים במרכז את עשיית הצדק, יש מקום לערב את השופט במקום שאכן הצדק דורש זאת. התורה במפורש מגדירה את ענינו של המשפט כרדיפת צדק, "שפטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך... ושפטו את העם משפט-צדק". ברצוני להראות איך ההוראה העקרונית הזו אכן משפעה על מידת מעורבתו של השופט. נשלים את הדברים בברור היחס בין המשנה באבות "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" לבין הדין של "פתח פיך לאילם".

### חובת ברור הטענה

נפתח בהלכה הראשונה בחלכות טוען ונטען, חובת ברור הטענה. משמעות ההלכה היא בית הדין אינו מסתפק בטענת התובע או הנתבע, אלא דורש מהם פירוט: מהי הסיבה לפטור או לחיוב. "התובע את חברו בבית הדין מנה לי בידך, בית הדין אומרים לו ברר דבריך, ממה חייב לך, הלויית אותו, הפקדת בידו או הזיק ממונך. אפשר שהוא חושב שחייב לו, ואינו חייב" (סימן עה סעיף א). אפשר היה להבין את תפקידו של בית הדין לפסוק לפי הטענות הבאות לפניו בלבד, ולפי זה חובת ברור הטענה היתה רק לפי יוזמת הבעל דין שכנגד. לכך חידש הרמב"ם ובעקבותיו השו"ע, כי חובת ברור הטענה מחשש לטעות מוטלת על בית הדין.

הסמ"ע (סי"א א) ציין שהרמב"ם למד דין זה מההלכה של חקירת העדים על יד בית הדין. אם בית הדין נדרש לחקור בעצמו את העדים, קל וחומר שצריך לברר את טענת בעלי הדין. ולגבי חקירת העדים למדנו במסכת סנהדרין פרק ג' במשנה ו': "כיצד בודקים את העדים, היו מכניסין אותם ומאיימים עליהם ומוציאם כל אדם לחוץ, ומשאירין את הגדול שבהם, ואומרים לו היאך אתה יודע שזה חייב לזה. אם אמר 'הוא אמר לי, חייב

1. אכן כך היא גשתו של המשפט האנגלי - (על פי שיחה עם עורך-דין) - ולפי זה גם חקירת העדים מתבצעת ע"י באי-הכח של הצדדים ולא ע"י השופט, בנגוד להלכה בשו"ע שהדין חוקר את העדים ס"י כח.

אני לוי לא אמר כלום (משום שסתם דיבור אינו בגדר חודאה), עד שיאמר בפנינו, הודה לו, שהוא חייב". בית הדין מתחקה אחר מקורות המידע של העד, ואינו מסתפק בעדותו הסתמית שהנתבע חייב. אין מסתפקים בכך שהעד דובר אמת, אלא בית הדין עצמו מברר האם ההודאה שהייתה, נעשתה באופן מחייב, ולא משאירים את השאלות הללו לבעל הדין שכנגד. מכאן למד הרמב"ם כי יש להטיל את חובת הבירור גם על טענות בעלי הדין. הרמב"ם השווה בין דיני קבלת העדות לבין הטענות, וממילא הרחיב את מעורבות בית הדין, בדין.

הרא"ש בפסקיו (שבועות פרק שישי סימן יח) ובתשובותיו (כלל ע סימן ז) נחלק על הרמב"ם, וז"ל: "מכאן משמע שהאומר לחברו פרעתין, אין צריך לברר במה פרעו והיאך פרעו", הרא"ש חולק על ההשוואה לעדות שבירורה ודאי מוטל על בית הדין, וסובר שאל לו לדין לנקוט יוזמה אלא עליו לדון לפי הטענות שלפניו. להלכה גם הרא"ש מודה, שבזמן הזה שנפשי רמאים "נכון הדבר לברר מהיכן חייב לו, וכדומה"<sup>2</sup>.

אלא שישנה נפק"מ גדולה בין דעת הרמב"ם לרא"ש (עפ"י הבי"ח שם). הרא"ש כתב שזוהי התערבות מחשש רמאות, עולה מדבריו שאף אם הנתבע יסתפק בתשובתו "אני פטור" ויסרב לפרט את סיבת הפטור לא נחייבנו ממון. שהרי זהו רק חשש, ואי אפשר לחייב ממון עפ"י זה. אמנם לדעת הרמב"ם אין זו תקנה אלא מעיקר הדין (וכמשי"כ הסמ"ע שישנה השואה לגדרי עדות), ולכן כתב הבי"ח: "שאם הנתבע אינו מברר, מחייבים אותו לשלם, כשישבע התובע. הבי"ח הבין בדעת הרמב"ם שאין זה רק חשש אלא דין גמור, המחייב ממון. עדיין צריך הסבר למה הנתבע משלם, היכן מצאנו שכשנתבע לא מקיים את דינו הרי הוא משלם? דרך אחת להבנת הבי"ח שמעתי מפי הרב חגי איזירר שליט"א. ניתן להוכיח מכמה דינים בהלכות טוען ונטען שישנה משמעות רבה לעובדה שבעל הדין טוען טענה. הדין המפורסם שאפשר להוציא ממון, אפילו ע"י רוב או חזקה קיים רק כאשר ישנה טענה. אבל כשישנו מצב של חסרון בטענה אז כוחו של בעל-הדין יורד. ולכן כאשר התובע מברר את טענתו והנתבע אינו מברר, ישנו חסרון מהותי במוחזקות שלו עד כדי הפסד ממון. ובאמת אם שניהם אינם מבררים טענותיהם אזי הם שוים ובית-דין זנם לפי הטענות הנוכחיות - עש"ך סי' עה ס"ק ד. נציין כמה דוגמאות המעידות על כוחה של טענה.

א. כעין זה מצאנו בביאור הדין של הוחזק כפרן. בסימן עט נפסק שאדם הנמצא שקרן על פי עדים, שוב אינו נאמן לטעון באותו ממון שום טענה, משום שהוחזק כפרן. הקשה קצות החושן (שם ס"ק ה) אם כן למה אדם שבית-דין קיבל עדות על כך שגול, בכל זאת נאמן לומר החזרתי אחר כך את הגנבה (ללא עדים), הרי עדים העידו שגול ממון זה, ומה בין גולן לשקרן. בקוב"ש (בי"מ ס"ק יב) באר שהסיבה לחייב את הכפרן אינה משום האומדנא שהוא משקר, שאם כן, צודק קצות החושן שמעשה גנבה גם הוא מחשיד את הגולן. אלא - כדי לטעון טענה צריך גם ליכח טענה ומי שאין לו כח זה "טענתו כמאן

2. עיין בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (סי' תנא) משמע שגם הרמב"ם סובר שזוהי תקנת הגאונים, וכן נראה מהסמ"ע (עשה צח) דלא כסמ"ע. (הערת עורך)

דליתיה". מי ששיקר בטענות מאבד את כח הטענה, ולכן מפסיד, אבל מי שגול, אף שעשה מעשה חמור לא נגרע כלום מכח הטענה של הגולן. למדנו מדבריו שצריך יכח טענה' אף שאין זה מברר שאכן הטוען דובר אמת, ולכן כשאין כח לבעל הדין לטעון הרי הוא מפסיד אף שאין אומדנא ששיקר.

ב. על דרך זו ניתן לבאר את הרמב"ם בפ"ה מהלכות שאלה העוסק בחיוב ממון במקום השבועה. הרמב"ם פוסק שאדם המחוייב שבועת־התורה, ובפועל אינו נשבע, עליו לשלם את כל התביעה. ומשמע מדבריו שאף שברור לכל, שאין הנתבע יכול להשיב ולהשבע על טענת התובע ("לא הוה ליה למידע" כגון שומר שאינו יודע מה היה בתוך השק שקיבל לשמור) בכ"ז הרי הוא חייב לשלם. במצב כזה א"א לומר שישנה אומדנא שהוא משקר, אם כן למה הוא מחוייב בתשלום, סוף סוף עליו רק להשבע, ניתן. לומר, שעצם זה שהוא לא ממלא את חובתו המשפטית להשבע, גוררת־תשלום.

ג. וברשבי"א (ניטין ע"ב) כתוב שחזקת חיוב מוציאה ממון. אם כן נשאלת השאלה למה אדם נאמן לטעון "פרעתי" על מלוה על־פה הרי ישנה חזקת חיוב (על פי עדים) - אלא שבדרך כלל ישנו מושג של "כח טענה" - העומד מול חזקת חיוב. טענת פרעתי עומדת מול החזקת חיוב. במקרה המיוחד של הרשבי"א יש "דררא דמונא" ולכן אין משמעות לכח הטענה וממילא חזקת חיוב מוציאה ממון.

אם נחזור ונבחן את עצם הדין של ברור הטענות, נלמד שכל מה שנוגע לברור המציאות. צריך הדיין ליוזם מעצמו, זהו השלב הראשון של הדין, ברור העובדות. אולם אנו מוצאים מעורבות של השופט, מסוג אחר, אף לאחר שכבר הסתיימו טענות הצדדים.

## פתח פיך לאילם

הדין של פתח פיך לאילם הוא חידוש גדול, הדיין התערב לטובת אחד הצדדים ועוזר לו לטעון טענות. אם את הדין של ברור הטענה ניתן להבין כחלק מחובת הברור של הדיין - להוציא דין אמת, לעומת זאת כשהדיין טוען עבור בעל־הדין אין זה רק ברור אלא יצירת כח משפטי - טענה. בתחילה נברר מיהו ה"אילם" שעבורו טוענים, ואח"כ נדון, באלו סוגי טענות מדובר.

## המקור העיקרי לדין "טענינו", נאמר על יורש ולקוח.

כתב בספר החינוך (מצוה סה) על המצוה שלא לענות יתום ואלמנה. "מדיני המצוה. שבית־דין חייבים לטעון בשבילים כנגד התובע אותם, וטוענים לתועלתם כל מה שיחשבו שהיה אביהם יכול לטעון". לדעתו של ספר החינוך זהו דין דאורייתא הנובע מדאגה הכללית ליתומים. ישנם דעות שדין זה מדרבנן ומ"מ הלכה זו מפורשת בב"ב כג, א: "זאת אומרת טוענין ללוקח וטוענים ליורש" ופרש"י "בית דין פותחין פה וטענה ליורש וללוקח"<sup>3</sup>. מהו המייחד

3. מעניין שאין בגמרא איזכור שדין זה נובע מ"פתח פיך לאילם" ובמקומות שזכר בגמרא פתח פיך לאילם

את היורש והלוקח שטוענים עבורם, האם נטען גם לערב, לחרש וקטן?

נראה שישנה מחלוקת עקרונית בין הקצות לנתיבות בנקודה זו, קצוה"ח סובר שרק ללקוחות ויתומים טוענים, לעומתו סובר נתה"מ שגם לחרש שוטה וקטן - טוענים, והיא מתבארת בכמה מקומות שונים.

### טענין לערב

1. קצוה"ח בסימן לט סק"ה ה מבאר את חילוק הדין שמצאנו בין לקוחות ויורשין לבין ערב. לקוחות שקנו קרקע משועבדת מהלוה יצטרכו לתת את הקרקע לבעל חובו של המוכר, אך ורק כאשר הוכח ע"י עדים שהלוה לא פרע. אבל אם אין עדים לא יוציאו מידם אף אם הלוה עצמו יודה בחוב. טעם הדין הוא שטענין ללקוחות שהחוב נפרע על אף שהלוה עצמו הודה. לעומת זאת נפסק בשו"ע בסימן קכט סעיף יב שלוחה שהודה שלא פרע יכול המלוה לגשת לערב ולהפרע ממנו. נשאלת השאלה למה לא נטען לערב, כמו שטוענים אנו ללקוחות? מחדש קצות החושן שרק לאדם שאינו בעל דין הישיר טוענים טענות. כל אדם שיש לו שעבוד הגוף הרי הוא גופו בעל דין ואי אפשר לטעון לבעל דין. יש להזכיר, בית-הדין טוען שיתומים טענות שאין להם שום בסיס עובדתי אלא הן רק הגנה על נתבעים שאינם בעלי דין. הגדרת הערב כבעל-דין אינה משנה את העובדה שהוא באמת לא יודע כלום על הפרעון. כל "חטאו" הוא הגדרה משפטית של בעל-דין וזו לשון קצוה"ח "דהוי בעל דבר (הערב) דנתחייב גופו, ויורש ולוקח, אינהו לא נתחייבו אלא נכסיהם השתעבדו ולכן טענין להו".

### טענין לקטן

2. בסימן קלג כתב קצות החושן [לגבי מטלטלים שמוחזקים ביד הקטן, אבל יש עדים למערער שהיו שלו], "אם היה ביד קטן, מוציאים ממנו, כל שיש עדים שהיה שלו אפילו בדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר". למדנו מדבריו שלא טוענים לקטן. וכבר התקשה בנתיבות המשפט שם למה לא טענין לקטן שהחפץ שלו? ביחוד שקצוה"ח עצמו הזכיר את דין טענין כאשר הקטן בא בטענה שהחפץ של אביו. מיהו לפי היסוד של הקצות בדין ערב לא קשה כלל. גם כאן הקטן הוא בעל הדין, כי הטענה היא כלפיו, הוא בעצמו לקח לכן אין אפשרות לטעון עבורו, אף שהוא בגדר אילם, ורק כשהקטן בא מחמת אביו חזר דינו להיות כיוורש, וטענין עבורו.

### טענין לחרש ושוטה

3. הקצות נאמן לדרכו ולכן אף לחרש ושוטה לא טוענים כאשר הם בעלי דין וסיי קמט

---

זה רק לגבי הבעל דין עצמו (ב"ב מא,א, גיטין לו,ב ובכתובות לו,א) אמנם רש"י בכתובות פז,א והרא"ש בב"ק פ"ק סימן ג' הזכירו לגבי יתומים "פתח פ"ד לאילם".

סקי"ה). למדנו בגמרא בכתובות (ו,א): החרשת והשוטה אין להן טענת בתולים, מכיון שאינן יכולות לטעון. מקשה הגמרא: "כיון דאמר רבן גמליאל דמהימנא, כגון זה פתח פיך לאילם". ופרש"י שב"ד טוענים עברה "משארסתני נאנסתי". התוספות במקום חלקו עליו, וז"ל "היכי טענין לה מספק... כיון דאיהי לא טענה". צריך ביאור מהי קושייתם הרי בכל דין טענין, אף שהבעל דין לא טוען? פירש הקצות את כונתם שאי־אפשר לטעון לשוטה וחרשת, מכיון שהם עצמם בעלי דינים, ודומה דינם לערב.<sup>4</sup> ונקט שזוהי שיטת החלכה, שהרי פסק הרמב"ם (פ"ג מטוען הלכה ב) "חש"ו אין אכילתם ראייה מפני שאין להם טענה". (שו"ע קמט סעיף יח). משמע שבית־הדין לא טוען עבורם.

לעומת זאת לנתיבות המשפט ישנה דרך אחרת, והוא חולק בכל המקומות הנ"ל על הקצות. לדעתו כל שהוא בגדר 'אילם' אף שהוא בעל דין, בית דין טוענים עבורו. לכן בסימן קלג (שם) כתב שבית דין **טוענים לקטן** אף כשלא בא מחמת אביו, וכן לגבי שוטה נקט בפשיטות **שטענין** לה (סימן יז ס"ק טז). ומה שהביא קצות החושן מהתוס' בכתובות לו,ב יש לפרש שמסכימים לרש"י שטענין לחש"ו, אלא שלא טענין להוציא ממון, והאשה באה להוציא מהבעל כתובה. ואת דברי הרמב"ם על חזקת חש"ו פירש, שמכיון "שאינם בני שטרא", דהיינו אינם זחירים בשטר, לכן אינם יכולים לזכות בחזקה שהיא במקום השטר. וכן בסימן לט ס"ק י סובר הנתיבות שאף **לערב טענין**. ויש להקשות על הקצות, דלכאורה זהו דין מפורש ברמב"ם וכן בשו"ע בסימן קכט סעיף יב, שכשמת הלוח טענין לערב, ופרש הרב המגיד מדין טענין, ומפורש כדעת הנתיבות. ולעצם הכרח הקצות לחלק בין ערב ליורשים כאשר מודה הלוח. תירץ הנתיבות, שבמקום שהלוח מודה בחיוב, מחייבים את הערב, שעל דעת כן נשתעבד. שבכל אופן שהלוח חייב גם הערב מתחייב, וזוהי ההתחייבות מראש. לעני"ד הנתיבות **מוכרח** לחלוק על הגדרת הקצות, גם מסיבה אחרת. הנתיבות נקט שגם על היתומים ישנו שעבוד הגוף, כדעת התומים (סימן קז ס"ק ט). ואם כן אי־אפשר לקבל את ההבחנה של הקצות בין שעבוד הגוף לשעבוד נכסים, שהרי לכי"ע טוענים ליורש.

מביאור הגר"א נראה שנקט כנתיבות. בהלכות ערב נפסק שמלוה על **פה** אינו גובה מהערב בלא הודאת הלוח. ופירש הגר"א שם (סימן קכט ס"ק לט) שהמקור הוא מהלוח עצמו, כמו שאין גובים מהלוח שלא בפניו, "דהא **טוענים לו**", הי"ה לערב. למדנו שאפילו לבעל הדין כשהוא אינו בפניו טוענים, מכיון שהוא בגדר אילם (שלא בפניו).

### באלו סוגי טענות פותחים?

**טענות שקר** - לפעמים הדיין יודע שישנו עשוק אלא שהדרך היחידה לעזור לו להנצל מהעשוק אותו, היא, ללמדו טענות שקר כדי שיצא הדין האמיתי. טענות כאלו **אסור** לדיין ללמד את ה"אילם" אפילו כדי להציל עשוק מעושקו, וכמש"כ רבנו יונה במסכת

4. מלשון התוס' משמע שהסיבה היא אחרת שלא טענין להוציא ממון. ובדעת רש"י משמע שאכן טענין להוציא וכן עולה מדברי רש"י במסכת כתובות (פ,א) המפרש שם את חיוב השבועה המוטלת על המלוה, מדין "טענין".

אבות (פ"א משנה ח).

לכאורה נראה כי אפילו לבעל דין עצמו אסור לטעון שקר, ואפילו כדי להמלט מהעושה. וכן למדנו בגמרא בשבועות לא, א: "מנין לנושה בחברו מנה לא יאמר אטעננו במאתים כדי שיודה לי במנה ויתחייב לי שבועה, ואגלגל עליו שבועה ממקום אחר, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. מנין לנושה בחבירו מנה וטענו מאתיים שלא יאמר אכפרנו בבי"ד ואודה לו חוץ לבי"ד, כדי שלא אתחייב לו שבועה, ולא יגלגל עלי שבועה ממקום אחר, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. מניין לשלושה שנושין מנה באחד שלא יהא אחד בעל דין ושניים עדים כדי שיוציאו מנה ויחלקו תלמוד לומר מדבר שקר תרחק". הש"ך בריש הלכות טוען ונטען הביא את הדברים (סימן עה ס"ק א).

מיהו מהרבה ראשונים משמע שכאשר התובע משקר, **מותר לנתבע** בעצמו לענות לו טענה שקרית. ברא"ש (כתובות פב סימן יז) כתב שאם ישקר התובע ויוצא את כת"י הנתבע ויטעון בשקר שהלוה לו יענה לו הנתבע פרעתי (וכ"כ הריטב"א בכתובות שם והנמוק"י ב"ב עז,א). וברשב"ם ב"ב ע,א אף אם הפקדון בשטר, השומר אינו מבקש את השטר כאשר מחזיר את הפקדון, משום שיכול תמיד לטעון נאנסו (וכ"כ הסמ"ע בסימן מו ס"ק ב). הטור בסימן ע"ה כתב שיכול לטעון איני יודע כדי להקל משבועתו ולהפטר (ועיין ש"ך ס"ק נז). וכבר תמה הגר"א בסימן ק"א ס"ק א' על דעת המרדכי שהתיר לשקר בטענה "אין לי מעות" אף שיש לו ויש לעיין כעין זה בתוס' ב"ב טא,א ד"ה ולמה, ובסימן קכו בסמ"ק ס"ק לח ובש"ך סימן קי, ס"ק ח). ויעוין בספר לב המשפט (שעורי הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג ח"ב שעור ל), שחידש שמותר לטעון טענות שקר בתנאי שטענת השקר אינה גבוהה מהסכום האמיתי.

**טענות מסופקות** - ישנן טענות שאין הדיין יודע כי הם בודאי שקר ואפשר שאכן כך היה. בסוג זה של טענות בא לידי ביטוי החידוש הגדול של דין טענין לירשים ולקוחות. למשל, טוענים אנו עבורם כי אביהם פרע את החוב, אף שאין אנו יודעים שאכן כך היה. זוהי הגנה מיוחדת לבעל-דין אלו שאינם יכולים לטעון בעצמם.

התורה מטילה על בית-הדין תפקיד מוסרי בתוך המסגרת הנוקשה של הדין. ההגנה על ה"אילמים" אינה פוגעת בצדק אלא להפך חלק ממנו. מעמד מיוחד זה מוגדר בקצרה בגמרא בגיטין לב: "בית הדין אביהם של יתומים". מנגד מוזהר הדין שלא להעדיף העדפה שרירותית את ה"מסכנים". "ודל לא תחדר בריבו". (שמות כג).

### "עורכי הדיינים"

עד כה עסקנו בהתערבות הדיין לטובת ה"אילים". בנוסף, יש לדון במעורבות הדיין לטובת כל בעלי דין.

מסברא היה נראה פשוט שטענת אמת ודאי נטעון עבור כל בעל-דין. במיוחד לאור ההדרכה של תורה "ושפטתם צדק" לאחר עיון נראה שיש בכך מחלוקת ראשונים. כתב הטור בסי' י"ז שלכל בעל-דין טוענים, כל זכות הידועה לדין. ומקורו מהירושלמי המובא ברי"ף בפרק זה בורר. "רב הונא כד הוה חזי זכות לברנש, ולא הוה ידע ליה. הוה פתח ליה. משום פתח פיך לאילים".

אמנם הרמב"ם ובעקבותיו השולחן-ערוך הגבילו מאוד את הלכה זו. לדעתם רק כאשר הבעל-דין משתדל לטעון, מותר לעזור לו אבל אל לדיין ליזום בעבורו שום טענה. "ראה הדיין זכות לאחד מהם ובעל הדין מבקש לאומרו ואינו יודע לחבר הדברים, או שראחו מצטער להציל עצמו בטענות אמת ומפני החימה והכעס נסתלקה ממנו, הרי זה מותר לסעדו ולהבינו תחילת הדבר משום פתח פיה לאילם, וצריך להתיישב בדבר זה כדי שלא יהיה כעורכי הדיינים". הלכה זו ממחישה יותר מכל עד כמה בעייתית היא התערבות הדיין. מצד אחד הוא צריך לסייע לאילם, ומצד שני עליו לחזור לא להיות מעורכי הדיינים. אף שבירושלמי לא הוזכרה שום הגבלה לדיין של פתח פיה לאילם, צמצם הרמב"ם את הדיו הזה רק למקרה שבעל-הדין אכן פתח או רוצה לפתוח בטענה.

בעצם, הדין מפורש במשנה באבות פרק א' משנה ז' אומרת: "יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדיינים". מהו היחס בין שתי ההלכות הנ"ל, מתי הדיין חורג ועובר לתחום של עורכי הדיינים. בירושלמי הנ"ל אין אזכור לשום הגבלה. כשהדיין רואה זכות הוא טוען אותה לבעל הדין.

אמנם הרמב"ם סייג את הדברים זוקא כשהבעל דין רוצה לומר את הטענה רשאי הדיין "לסעדו ולהבינו תחילת הדבר". הזכרנו כבר שהטור במקום חולק על הרמב"ם וסובר שאף אם לא ידע בעל הדין מאותה הזכות יפתח לו הדיין (בסמ"ע שם ס"ק ט תמה על הרמ"א למה לא הביא את דעת הטור להלכה). לעני"ד ישנה ביניהם מחלוקת עקרונית בישוב שתי ההלכות, "פתח פיה לאילם" וההלכה "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים".

יסוד הדברים בפירוש המשניות לרמב"ם באבות שם. וז"ל: "שלא ילמד לאחר מבעלי הדיינים טענה שתועיל לו ויאמר לו אמור כך וכך, או כפור באופן כך וכך, ואפילו ידע שהוא עשוק, ושבעל דינו טוען עליו בשקר כפי שנדמה לו אסור לו שילמדנו טענה שתפלוטו כלל" הרמב"ם מחדש שאף שידענו שיש לפנינו עשוק אסור לטעון לו. לכן לדעת הרמב"ם אם בעל הדין לא פותח או רוצה לטעון לא טוענים אף שהוא עשוק ויש טענה שתזכה אותו. וכן פירש הבית יוסף בסימן י"ז שם וסובר הרמב"ם דלא אמרו כן אלא כשבעל הדין מבקש לומר זכותו הא לאו הכי לא, דנראה כעורכי הדיינים".

לדעת הרמב"ם "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" הוא כלל מקיף ביותר: דיין לא יטען מיוזמתו שום טענה עבור בעל הדין מפני שעושה עצמו כעורכי הדיינים. רק כשהבעל הדין הוא בגדר אילם כפשוטו, כגון שהוא מתאמץ לדבר ואינו מצליח בגלל כעס והתרגשות יכול הדיין לסייע לו. ובפרוש רבינו יונה למסכת אבות פירש להדיא את דעת הרמב"ם הנ"ל שאין מדובר בטענות שקר, אלא בטענות אמת (וכן עולה מפירוש הב"י הנ"ל בדעת הרמב"ם).

ובאמת הדברים צריכים באור למה לא יטען הדיין עבור בעלי הדין טענות אמת, כדי להציל אותו מיד עושקו? יתרה מזאת, אם הדיין יודע בעצמו את האמת, מהו הצורך בטענה, לא תחא שמיעה גדולה מראה! יעוין ברבנו יונה שם שפירש הטעם "כי יחשדוהו וידברו עליו רע". וכן בשו"ת בנימין זאב סימן ר"נ כתב: "דוחק הוא לדיין למצוא

טעם ללמד לבעל דין אפילו טענות אמת שנראה כקרוב או כאוהב שפסול לדין<sup>5</sup>.

מיהו לולא דברי רבנו יונה ושו"ת בנימין זאב, ניתן לפרש את כוונת הרמב"ם באופן אחר, ודאי שטענת אמת טוענים עבור כל בעל דין, הרמב"ם לא מדבר בטענות אמת, אלא במצבי ביניים. ידוע לדין שיש לפניו עשוק (כגון שהוא כבר מכיר את התובע כרמאי), אבל אין הוא יודע מהי סיבת הפטור. הדין רוצה ללמדו מהם הטענות האפשריות העומדות בפניו. הדין לא יטען עבורו אלא רק יגלה לו את אפשרות הטענה על זה כתב הרמב"ם שצריך להתרחק מכך אף שמדובר בעשוק, שזה כעורכי הדיינים. הטור סובר מכיוון שישנה זכות לעשוק, עלינו לגלות לו את האפשרות הזו. ואכן הגמרא (נ"ב מא,א) שמזכירה את המושג פתח פיה לאילם, מדברת על אופן כזה. אדם שהחזיק ג' שנים, ולא טוען כלום. ההוא אמינא של הגמ' שבית הדין יפתחו לו - "כלום היה לך שטר ואבד". בית הדין רק פותחים אבל הוא צריך לטעון. וכן הוא להדיא בשו"ת תמים דעים רט"ז כשהביא את דברי הירושלמי - רב הונא כד הוה חזי זכות לברנש ולא הוה ידע ליה, הוה פתח ליה משום פתח פיה לאילם. - הוסיף הראב"ד "כשבא לפניו לדין, נתבע. ולא היה יודע להשיב לתובע שלו דבר, לפי שלא היה יודע אותו נתבע מה שידוע רב הונא מזכותו שיש לו להשיב, היה ר"ה מזכירו".

בהלכה נוספת באה לידי ביטוי דעתו של הטור. בסימן מב סעיף ג כתב הטור: "כשיבא השטר לפני הדין צריך לעיין בכל אותיותיו ולדמות אות לאות, ואם רואה בו שום שינוי לא יגבה בו עד שיבדוק הדבר היטב, ואם צריך לכונן בעל השטר ולהכותו יעשה כדי שיצא הדין לאמיתו". על דין זה כתב הרמ"ה, אם הנתבע עצמו אינו טוען כלום כנגד ריעותא זו המצויה בשטר, לא נטען אנחנו בעבורו. הטור נחלק עמו "שאפילו אם לא יטען הנתבע חייב הדין לטעון כדי להוציא הדין לאמיתו". הטור נאמן לשיטתו שעל הדין לזום טענות כדי להוציא את הדין לאמיתו.

יש להעיר שהשו"ע סתם כאן כדעת הטור והביא בשם יש אומרים את דעת הרמ"ה. משמע שדעתו נוטה לעיקר כדעת הטור (וכ"כ בספר כנסת הגדולה כאן). לעומת זאת בסימן י"ז פסק השו"ע כרמב"ם שאין לדין לטעון אלא רק כשבעל הדין מתחיל לטעון ולא הביא כלל את דעת הטור. ונראה שזוהי כונת הסמ"ע שהוסיף בס"ק ה: "כ"כ הטור לעיל סוף סימן י"ז בשם הרא"ש, בדומה לזה, ואין נראה לחלק בין ההיא לנדון דידן" (ועיין ש"ך סק"ד). ישוב לדבר ראיתי במאמר של הרב בנימין ליפקין (בסוף תושבי"ע כב). בסימן מ"ב אנו עוסקים בשטר שמעורר חשד לזיוף. חשד זה לא קשור להלכות טענות, אלא לדין של חקור וברור האמת, ולכן פסק השו"ע כדעת הטור. בסימן י"ז לא מדובר שישנה "רעותא", אלא ישנה אפשרות לזכות ע"י טענה, פסק השו"ע כדעת הרמב"ם לחשוש לדין של עורכי הדיינים.

5. בשו"ת רדב"ז ח"ב ס"י קמח זן בטענה מפורשת שהאפוטרופוס אינו טוען וכתב שבכחאי גוונא על הדין לטעון ד"פתח פיה לאלם הוא". עוד יש להעיר מדברי רבי חיים פלאגי בשו"ת חיים ביד ס"י מה שזן במחלוקת הרמב"ם והטור. נטייתו לפסוק כרמב"ם אך אם הדין טען עבור בעל דין יכול הוא לסמוך על הטור והמחוקק גובה לעומתו בשו"ת באר שבע ס"י עא נקט למעשה כטור. (הערת עורך)

## קושיות על הרמב"ם

לכאורה יש להקשות על דעת הרמב"ם (אף למה שבארנו שמדובר בסוג טענה, שאינה ודאית לדיין) מסוגית הגמרא בגיטין לו, ב: "כי אתו לקמיה דרב אמר ליה, מידי פרוזבול היה לך ואבד. כגון זה פתח פיך לאילם". וכן נפסק להלכה בסימן ס"ז סעיף ל"ג. למדנו מגמרא מפורשת, שהדיין בעצמו פותח לבעל הדין בטענה (אף שאינו טוען ממש עבורו) ונימוק הגמרא הוא "פתח פיך לאילם". זוהי סייעתא גדולה לדעת הטור שהדיין מעצמו יוזם אף במקום שאינו משוכנע שאכן כתב הלוח פרוזבול. וכעין זה יש להקשות על הרמב"ם שסתם בסימן י"ז כרמב"ם, ובכל זאת בסימן פ"א סעיף י"ד כתב על מקרה שאדם הודה מעצמו על חוב, לחברו, כי בית הדין טוענין עבורו (אף שאינם יודעים), טענת "השבעה". (מפרשים את הודעתו שכוונתו הייתה לתת רושם מוטעה שהוא חייב הרבה כסף, כדי שלא יחזיקו אותו עשיר). הנתבע עצמו הודה ושותק, ובכל זאת הדיין טוען טענה גמורה עבורו - "הודית כדי שיחשבו שאתה עני ולא תראה עשיר" - וכן בסעיף א' שם: "מי שאמר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך ואני משלם לך - פטור, יכול לומר משטה הייתי בך, ואע"ג דלא טעין טענינו ליה". בית הדין טוענים טענת השטאה אף שאינם יודעים האם אכן המודה שיטה. וכן שם, כשבאו עדים שהודה מעצמו, והוא טוען כנגד העדים "לא היו דברים מעולם" טענין ליה שבודאי שיטה הנתבע, ולכך אינו זוכר אותה וש"ך ס"ק א, אף שבעל הדין טען מ"מ טענתו הוכחה על ידי עדים ורק בה"ד מתרצים דבריו וטוענים לו השטאה, אף שאינם יודעים שאכן שיטה.

ובאמת הדברים קשים במיוחד להבנה ברמב"ם (פשוט הב"י בסימן יז, ושו"ת בנימין זאב) שאף טענות אמת לא טוענים ביוזמת הדין, א"כ ק"ו טענות שאין אנו יודעים באמתתם. אמנם על פי מה שכתבנו לעיל שאף הרמב"ם מודה כאשר הדיין יודע שהטענות אמת שטוענים לבעל דין, ניתן ליישב את המקרים לעיל. הגמרא בגיטין לו, ב פותחת בדין "נאמן אדם לומר פרוזבול היה בידי ואבד ממני, מאי טעמא, כיון דתקנו רבנן פרוזבול לא שביק היתרא ואכיל איסור". רק לאחר חידוש הגמרא שישנה חזקה מביאה הגמרא את דינו של רב "מידי פרוזבול היה לך ואבד, כגון זה פתח פיך לאילם"<sup>6</sup>. חזקה זו נחשבת כאן שהדין, ואם כן כביכול הדיין יודע שהטענה היא אמת, ולכן הוא בעצמו פותח לתובע. רק אם יוציא עצמו התובע מכלל רוב האנשים ויודה שלא עשה פרוזבול, מפסיד.

6. ישנם שני דינים בסי' סז המבוססים על חזקה זו.

א. כתב הרמב"ם (סעיף לג) "ואם לא פתחו לו הב"ד, ויצא מב"ד, וחזר ואמר פרוזבול היה לי, ואבד, נאמן". והנה בסימן פ למדנו שאין לחזור ולטעון לאחר שיצא הבעל-דין מב"ד, שמא לימודו אחרים לשקר. תירץ הגר"א (ס"ק נו) "דהא אפילו ב"ד פותחים לו ואין חוששין שמא מדבריהם ילמד לשקר, כל שכן במה שלא ידענו, אם למדוהו בתוץ".

ב. השו"ע בסעיף לד כתב "וכן אם אמר המלוה תנאי היה ביננו שלא תשמיטנו שביעית, נאמן, במנו דאי בעי, אמר, פרוזבול היה לי ואבד". לכאורה זהו מינו להוציא, ת"י הגר"א (ס"ק נח) "דבמקום חזקה אמרינן מנו אף להוציא".

בדרך זו ניתן ליישב גם את הדינים האחרים שהבאנו, לגבי טענת השבעה וטענת השטאה צריך לומר שהם גדר מיוחד של אומדנא הקיימת לפני הדין גם ללא טענת המודה, ובזה מודה הרמב"ם שטענין ליה, משום שנחשב הדבר כאילו הדין יודע שהטענה אמת. ניתן להוכיח גדר זה מהדינים הבאים: א. בסמ"ע פ"א סק"ה "היכא שיש טעם וסברא לומר שכונתו היתה להשטות בכח"ג טענין אפילו עברו שלהשטות נתכוין". ב. בקצות החושן סימן פ ס"ק א הסתפק האם מהני אמתלא לחזרה מהודאת בעל דין והוסיף שאין להוכיח מטענת השטאה והשבעה שהם **אמתלאות מיוחדות** לפי שדרך כל העולם בהן ורגילי אינשי, ולכן נחשב הדבר כאומדנא לטענת אמת שטוען הדין. ג. בש"ך שם ס"ק ג', משמע שאין הנתבע צריך לחזור ולטעון השטאה, אלא בית הדין בעצמו פוטר אותו. אם כן מוכח שזוהי אומדנא גמורה שאינה מצריכה טענה, ובית דין פוסקים על-פיה מיד. והדברים מפורשים בשו"ת הרשב"א ח"ב סימן שצג וזה לשונו: "ומכל מקום פעמים יש שאפילו בית דין טוענים בשבילו, כגון שאמרו פתח פיך לאילם, כל שבית הדין מכירין שאינו נמנע מלטעון כן אלא ממיעוט ידיעתו, **והדבר קרוב לפי ראות הבית דין שהיה כן**, כמו שאמרו "שמא פרוזבול היה לך ואבד" ומכאן בית-דין, דן, בכל מה שיראה בעיניו שהוא אמת, שלא בחרה התורה השלמה והאמיתית רק בדרכי האמת".

וחילוק כעין זה מצאתי בשו"ת פניי (ח"ב סימן פז, ומובא בפתי"ש בסימן יז סק"ד). דבריו מוסבים על מימרא שניה בירושלמי שהביא הר"ף בפרק זה בורר, ופסקו השו"ע. וז"ל: אפילו הביא אחד מבעלי הדין עד אחד, לא יאמר לו אין מחייבים ממון על פי עד אחד, אלא יאמר לנטען הרי זה העיד עליך. עד שיטעון ויאמר עד אחד אינו טאמן עליי. פשט הדין הוא שאין הדין מגלה לנתבע את הדין שעד אחד אינו מחייב ממון אלא מחכה עד שהנתבע יכחיש את העד. וכן משמע מהבנת הסמ"ע שכתב על דין זה שהטור חולק וסובר שטוענים לנתבע כי עד אחד אינו מוציא ממון, ולכן הרא"ש בסנהדרין השמיט מימרא זו. הוסיף הסמ"ע, שמאמר זה של הירושלמי גרם לרמב"ם לחדש את הסייג לפתח פיך לאילם. הרמב"ם מתקשה בסתירת מימרא זו עם המימרא הסמוכה לה שהובאה לעיל, שרב הונא היה טוען זכות עבור בעל הדין. ולכן חילק בין מקרה שהנתבע יוזם הטענה לבין מקרה שהוא שותק. לדברי הפרישה זהו מקור הרמב"ם ועל זה נחלק הטור.

אמנם את הבנת הסמ"ע שהבין את השו"ע כפשוטו, קשה להלום. האם דין יחייב ממון על פי עד אחד? האם הנתבע צריך לדעת את הדין שעד אחד אינו מחייב ממון, הרי אין זו טענה, אלא דין. אכן קשה ללמוד את דברי הירושלמי והשו"ע כפשטם. ולכן פירש הפניי שדין זה שייך לחקירת בעלי הדין (ברור הטענות), על הדין לבחון האם הלוח מעיז לכפור גם כנגד עד אחד. ואם מכחישו אינו צריך לטעון שעד אחד אינו מחייב ממון, אלא הדין בעצמו פוסק לו שבועה דבר תורה. וגם הטור מודה לדין זה (כמש"כ העיר שושן שם). והוסיף הפניי "וגדולה מזו דאפילו טענה שלא הזכיר הבעל דין כלל, **כל שטענתו קרובה היא טענין ליה** משום פתח פיך לאילם, כדאשכחן בהשולח דרב נחמן טען דילמא פרוזבול היה לך ואבד, אע"ג דהבעל דין לא הזכיר ולא עלה על לבו, אלא כיון שהטענה קרובה היא דלא שביק היתרא טענין ליה אג"י. עולה מדבריו כנ"ל שאף הרמב"ם מודה בטענה הקרובה להיות אמת שאנן טענין ליה.

## ראיות לדעותיהם

והנה בעיקר המחלוקת בין הטור לרמב"ם יש להביא ראיות לדעת הרמב"ם מהגמרא בכתובות. בשני מקומות שהוזכר הביטוי "עורכי הדיינים" מדובר על טענות אמת.

למדנו בגמרא בכתובות נב,ב אלמנה ניזונת מנכסי בעלה כל עוד שלא נישאת מחדש. בכלל זכות המזונות ישנה זכות לרפואה. הגמרא מחלקת בין רפואה שיש לה קצבה לבין רפואה שאין לה קצבה. רפואה שידוע בה מראש מהי עלות הטיפול, הרי היא רפואה שיש לה קצבה. רפואה כזו, אינה דומה לחוב המזונות ולכן על האלמנה לשאת את ההוצאה. רפואה שאין ידוע כמה זמן תצטרך לה, ובעקבות זאת גם סכום עלות הרפואה אינו ידוע, הרי היא דומה למזונות, שאין ידוע כמה זמן תצטרך להם ולכן ההוצאה היא על היתומים. הגמרא מספרת על ר' יוחנן שיעץ לקרוביו היתומים לסכם מחיר כולל עם הרופא המרפא את האלמנה, ועל ידי כך ליפטר מתשלום הרפואה עבור האלמנה. בסיום אומרת הגמרא: "אמר ר' יוחנן עשינו עצמינו כעורכי הדיינים". העצה שיעץ ר' יוחנן היא עצה נכונה ואעפ"כ ביקר ר' יוחנן את עצמו שנעשה כעורכי הדין. משמע, שאף בטענות אמת ישנה בעיה של עורכי הדיינים.

כיוצא בזה מסופר בגמרא בכתובות פו,א כי רב נחמן נתן עצה ליורשת למחול את שטר הכתובה שירשה מאמה ועל ידי כך להרויח את סכום הכתובה (על אף שהכתובה נמכרה בחיי אמה ללקוחות). ושוב אומרת הגמרא, "אמר ר' נחמן עשינו עצמו כעורכי הדיינים". משמע שאף בדברי אמת ישנה בעיה של עורכי הדיינים (הדמיון אינו גמור מכיון שישנו חילוק בין עצה לבין טענה. ר' יוחנן יעץ לעשות מעשה חדש שישנה את הדין, והטור מיירי במציאות שכבר קיימת והדין רק טוען).

בפשט הגמרא לא מוזכר האם רב נחמן היה דיין, אבל גם אם רב נחמן לא שימש כדיין באותו מקרה, ניתן ללמוד מכאן למקרה של דיין. השלטי גיבורים כתב שלדיין ישנו צורך גדול יותר להזהר. "מותר להשיא עצה למחול אם יגיע לו ליורש שום הנאה במחילה זו, ובלבד שלא יהא המיעץ הזה מן הדיינים, שאין לו לדיין ללמד טענות ותחבולות", מובא בש"ך סו ס"ק פה.

אמנם הראיה המגמרות הנ"ל תלויה בהסבר משפט הסיום של הסוגיא שם. הגמרא מוסיפה "מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר? מעיקר סבר 'ומבשרך לא תתעלם' ולבסוף סבר אדם חשוב שאני". רש"י פרש: "אדם חשוב שאני לפי שלומדין הימנו ויש שיעשו אף שלא לקרובים". עולה מרש"י שבעצם מסקנת הגמרא היא לאסור ליעץ לבעלי הדין? וכן דייק התו"ט (אבות פ"א משנה ה) מדברי רש"י. ולפי זה ישנה ראייה לשיטת הרמב"ם. וכן הוא לשון הריטב"א שם "ושמעינן מינה דכל שהוא קרובו ולא הוא אדם חשוב מותר לגלות לו דינא, ואע"ג דלית דינא עימיה, אלא בטענה דאגמריה, והוא דלא ליגמרה

7. וצריך באור מהו הגדר של "ומבשרך לא תתעלם" שמתיר לדיין לזום. (יורה דעה זה כאילו בעל הדין עצמו היה משתמש באמצעים אלה, שאינם בלתי חוקיים שיאמר לו לעשות כן... ב"ב קעד,ב "בני שאני". כך באר הגרי"ב לפקין "עריכת דין במשפטי התורה" תושבע"פ כה וע"ש דיון נרחב בכל הענין, העי עורך).

שיקרא". אלא שהטור למד שעיקר הדגש הוא על אדם חשוב שצריך להזהר יותר אבל מעיקר הדין מותר ליעץ אף למי שאינו קרובו כלל. וכן כתב התו"ט שם: "אפילו שלא לקרובו שרי כשאינו אדם חשוב" ודלא כפרש"י שם.

### אסור לגלות ליחיד דינו

בירושלמי ב"ב פ"ט הלכה ד מובא המקרה עם ר' יוחנן בצורה אחרת. שם מסופר שהאשה עצמה באה לר' יוחנן לשאול מה דינה, האם היא חייבת בהוצאות הרפואה. ר' יוחנן ענה לה שכיוון שאין זה קצוץ, אין היא חייבת. ומקשה הירושלמי "ולא כן תניין אל תעשה עצמך כעורכי הדיינים, ואסור לגלות ליחיד דינו". מתרץ הירושלמי "ידע הוה ר' יוחנן דשאשה כשרה היא ולכן גלי לה".

למדנו הלכה מדברי הירושלמי (אף לדעת הטור), אין מגלים ליחיד את דינו. מפרשי הירושלמי שם מפרשים אין לענות לשאלת היחיד - "אם המציאות היא כך, זה דינך", שאם יגלה לו דינו יוכל לשקר ולטעון כך היה. על פי זה כתב הריב"ש (סימן קעט) "זה כבר שאלנו ר' מכלוף, ואילו ידעתי שהוא בעל דין, לא הייתי משיב לו כי מתוך תשובת המשיב ילמוד הבעל דין לטעון טענות שיהיה בעזרו, ונמצא המשיב נעשה כעורכי הדיינים". וכן פסק הרמ"א בסימן יז סעיף ד (יעוין שם בפתחי תשובה בשם שו"ת מעיל צדקה, וכן בכנסת הגדולה אות יט שדנו למה בדורות האחרונים מקילים בכך). דברי הירושלמי הנ"ל שמשו מקור לפרוש רש"י במסכת אבות בשם הגאונים על המשנה "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים".

### גלגול שבועה

מצאנו התערבות נוספת של הדיין במהלך הדיון שאינה קשורה לסטטוס של אילם, והיא, בדין גלגול שבועה. בגמרא שבועות (מט,א) למדנו שכשישנו חיוב שבועה על אדם בית הדין פותחים ומגלגלים על הנתבע עוד שבועות, אף שהנתבע לא ביקש, ולא טען כנגד הנתבע טענות אלו. הש"ך סי' צד ס"ק ד הוסיף בשם הבית יוסף שם: "כגון שיודעים בית הדין שיש לתובע עליו שבועת הגלגול, הא לאו הכי, אסור לעשות עצמו כעורכי הדיינים". גם בדין זה של גלגול שבועה באה ההגבלה של עורכי הדיינים וצימצמה את ההתערבות הדיין רק לטענות שב"ד יודעים עליהם. ומעצם הדין ישנו סיוע לדעת הטור שב"ד פותחים מעצמם.

### סיכום

עסקנו בהרחבה בשלושה דינים: א. ברור הטענה. ב. פתח פ"ך לאילם. ג. עורכי הדיינים. הדין הראשון מתייחס לחובת ברור האמת המוטלת על הדיין. לדעת הרמב"ם חובה זו אינה מצמצמת לטענות הבאות בפני בית-הדין, אלא ישנה מחויבות לחקור ולדרוש מה עומד בבסיס טענת הפטור או החיוב. (הרא"ש סובר שמעיקר הדין אין לנו אלא מה

שבפנינו, כע"ז בש"ך פא ס"ק נא - "אין הבית־דין צריכים לשאול יותר ממה ששואל התובע"י)

הדין השני מאיר באור חדש את תפקידו של בית־הדין, מעמד מיוחד זה מוגדר בקצרה בגמ' בגיטין (לבג) "בית הדין אביהם של יתומים". ישנם בעלי־דין המוגדרים כאילמים ובית־הדין מגן עליהם. (ניתן למצוא דוגמאות נוספות המלמדות על מעמדו של בית־הדין מעבר לכוח השיפוט<sup>8</sup>.)

הדין השלישי - "עורכי הדיינים" - לדעת הטור, אין זו הדרכה לדיין. הרמב"ם והשו"ע כן הבינו שהדיין בכלל אזהרה זו. הארכנו לבאר איך הדבר מסתדר עם דינים אחרים, בעיקר על ידי צמצום דברי הר"מ לטענות מסופקות בלבד. כמובן שאין חוראה זו סותרת את "פתח פיך לאילם" מכיון שאנו דנים על בעלי־דין רגילים לא על "אילמים".

---

8. יעויין רא"ש ב"ב פ"ט סי' א.

ובדאי שהדבר נכון לגבי בית־הדין הגדול, כדוגמה לכך יש להביא את המשנה בסנהדרין "אין מוציאין למלחמת הרשות, אלא על־פי בית דין של שבעים ואחד". יעויין עמוד הימיני סי' י"ד. (ראה על כך בחידושי הגר"מ והגר"י עמ' נו בנוגע לקדוש החודש. הע' עורך).

## הרב אילן קופמן

### שעבודא דאורייתא - בירור בדעת רב פפא

- מבוא: הצגת הבעיה**
- פרק א: שיטת ר"ת - סוגיות הפוכות**
- פרק ב: שיטת ר"ח - במלוא הכתובה בתורה**
- הוי שעבודא דאורייתא**
- א. קושית הרמב"ן מהסוגיא בקידושין  
תירוץ לקושית הרמב"ן
- ב. קושית הרמב"ן - מלוא הכתובה בתורה  
ככתובה בשטר דמיא.
- תירוץ א: על פי הרשב"א - ככתובה  
בשטר בפירוש דמיא
- תירוץ ב: מלוא הכתובה בתורה לאו  
ככתובה בשטר דמיא
- ג. קושיות נוספות
- ד. נספח: שתי הערות על לשון התוספות  
בקידושין
- פרק ג: שיטת הרי"ף - ר"פ סבר ש"ד**
- א. קושית הרמב"ן על הסבר הרי"ף לדברי  
ר"פ בב"ב
- תירוץ א: ע"פ התומים
- תירוץ ב: רב האי
- ב. קושית הראשונים מדברי ר"פ על פריעת  
בע"ח מצוה
- תירוץ הרא"ש
- ג. ביאור שיטת הרא"ש - חיוב המצוה יוצר  
את שעבוד הנכסים
- ד. המשך ביאור שיטת הרא"ש: דין הגביה  
מיתומים גדולים
- הסבר א: ע"פ התומים - יורש במקום  
אביו קאי
- הסבר ב: מצוה על היתומים לפרוע  
חובת אביהם
- ה. המשך ביאור שיטת הרא"ש: דין הגביה  
מלקוחות לאחר מיתת האב
- הסבר א: תקנה דרבנן
- הסבר ב: שני דינים בשעבוד
- ו. יישוב פסיקת הרי"ף והרא"ש
- הסבר א: ע"פ הכ"י והפרישה
- הסבר ב: ע"פ הריב"ש
- פרק ד: הרמב"ן וסיעתו - ר"פ סבר של"ד**
- א. יישוב דברי ר"פ "זאינו גובה מהלקוחות  
דלית ליה קלא"
- ב. הדין בשטר, וביאור סברת ר"פ ששל"ד  
שיטת רש"י והרשב"א - התורה לא  
שיעבדה
- שיטת הריטב"א - אין קנין לחצאין
- ג. למ"ד של"ד האם יורדים לנכסים
- שיטת הראב"ד והרשב"א: לא יורדים
- שיטת הריטב"א: יורדים
- פרק ה: פסיקת ההלכה**

### מבוא: הצגת הבעיה

בגמרא בקידושין יג,ב מובא:

אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות.  
גובה מן היורשין - שעבודא דאורייתא, ואינו גובה מן הלקוחות - דלית ליה קלא.

לעומת זאת, בבבא בתרא קע,א מובא:

אמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות.  
גובה מן היורשין - כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, ואינו גובה מן הלקוחות -

דלית ליה קלא.

כלומר, בקידושין מפורש בדבריו שהגביה מן היורשין היא מדאורייתא, ואילו בב"ב משמע שהגביה מן היורשין היא רק מדרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, ונמצאו דברי רב פפא סותרים אחדדי.

זאת ועוד, בכתובות פ, א מובא:

א"ל רב כהנא לרב פפא: לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיבעיד מצוה מאי? אמר ליה (רב פפא): תנינא במה דברים אמורים במצות לא תעשה, אבל במצות עשה כגון שאומרים לו עשה סוכה - ואינו עושה, לולב - ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו.

ומשמע לכאורה, שלרב פפא כל הגביה במלוה (אפילו מהלוה עצמו) היא רק מכח המצוה והכפיה על המצוה, ולא מכח שעבוד כלל.

וכן מובא במקומות נוספים שלר"פ גבית מלוה מיתומים היא מכח מצוה: בערכין כב, א ובב"ב קע"ד, ביחס לשאלה מדוע לא גובים מנכסי יתומים קטנים:

אמר רב פפא: פריעת בעי"ח מצוה ויתמי לא בני מיעבד מצוה ניהו. רב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה.

במאמר זה נסקור את שיטות הראשונים השונות ביישוב דברי רב פפא, נבחן כל שיטה לאור הקושיות שהועלו כנגדה וננסה לישבן, כמו כן, ננסה לבחון את הסברות ופסיקת ההלכה לפי השיטות השונות.

### **פרק א: שיטת ר"ת - סוגיות הפוכות.**

התוספות (ב"ב קע"א, ד"ה גובה) מתייחס להבדל שבין דברי ר"פ המובאים בקידושין לאלו שבב"ב וכותב:

ויש לפרש דרב פפא לא אמר אלא: "מלוה ע"פ גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות". וגמרא מפרש לה הכא (בב"ב) למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, והתם (=בקידושין) למאן דאמר שעבודא דאורייתא. והוי כמו איכא דאמרי מילתא דהכא ודהתם.

כלומר, רב פפא רק סיכם את ההלכה למעשה, ולא נימק את פסק ההלכה, והגמרא היא זו שפירשה את דבריו באופנים שונים בשני המקומות.

על תירוץ זה כתב בעל השרידי אש (חלק ד ע"מ קכ"א): "ומדרך הגמ' להוסיף ביאור משלה בדברי האמורא בצורה בלתי ניכרת עד שנדמה לנו כאילו יצאו הדברים בצביונם השלם מפי האמורא". בעל השרידי אש אף מביא ראיה לדברי התוספות מהגמרא בבכורות מח"ב, שם מובאים דברי רב פפא ללא הנימוקים, אלא רק: "דאמר רב פפא: מלוה ע"פ גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות", מה שמוכיח לדעתו, שאכן רב פפא אמר רק את עצם ההלכה, והנימוקים הם תוספת ביאור של הגמרא.

לפי שיטה זו, אין אנו יודעים להכריע מה היתה דעתו של רב פפא עצמו, וזו מחלוקת סוגיות, או בלשון התוספות (מנחות נח,א ד"ה ואיכא דאמרי<sup>4</sup>) "סוגיות הפוכות".<sup>2</sup>

הרמב"ן (קידושין יג,א)<sup>3</sup> והרשב"א הביאו את דברי ר"ת עם תוספת ביאור מדוע לא פירשה הגמרא שמדובר ב"איכא דאמרי", וזו לשונם: "מפני שלא נישנו כאחד לא נאמר בהם איכא דאמרי".

אעפ"כ, הקשה על כך הריטב"א: "ואינו מחוור, דכל כה"ג הוה ליה לפרושי בגמרא".

### פרק ב: שיטת ר"ח - במלוח הכתובה בתורה הוי שעבודא דאורייתא

התוספות (קידושין יג,ב ד"ה אמר ר"פ) מתרץ בשם ר"ח<sup>4</sup>:

דחכא (בקידושין) מיירי במלוח הכתובה בתורה, כגון נזקין וערכין וקרנן, דאמר לעיל דשעבודא דאורייתא, דלא שייך טעמא דנעילת דלת... אבל התם (בב"ב) במלוח על-פה שאינה כתובה בתורה, כגון שהלוהו מעות בלא שטר.

כלומר, רב פפא מחלק בין מלוח הכתובה בתורה, דהיינו, חיובים שלא היינו יודעים ענייני (=פרטי) נתינתם אם לא שחייבתם התורה בפירוש, כגון קרבנות ופדיון הבן וערכין ונזקין - שבהם שעבודא דאורייתא. ובין מלוח רגילה (=שאינה כתובה בתורה) - שבה לדעת רב פפא שעבודא לאו דאורייתא.<sup>5</sup>

---

1. ועיין שם שמביא רשימה של דוגמאות לסוגיות הפוכות וביניהם גם את הדוגמא שלנו. בהזדמנות זו, ברצוני להודות לרב עמנואל קוסובסקי-שחור שליטי"א שהואיל לעבור על המאמר, והאיר את עיני בהארותיו המאליפות.

2. בספר קרבן נתנאל על השי"ס (לה"ר נתנאל וויל, בעל הקרבן נתנאל על הרא"ש) בב"ב קעו, א הקשה על התוספות, כיצד יכלה הגמרא בקידושין לפרש את דברי רב פפא שסובר ש"ד, הרי מובא במקומות אחרים שרב פפא סובר שפריעת בע"ח מצוה, ומשמע שסובר שלי"ד? והוא מיישב, שמחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דר"י הובאה פעמיים בשי"ס: א) בב"ב קעד,א: רב פפא עצמו סובר פריעת בע"ח מצוה, והסוגיא בסמוך קעו,א פירשה שרב פפא סבר שעבודא לאו דאורייתא. ב) בערכין כב,א: רב נחמן סבר (בהו"א) שלא לגבות מנכסי יתומים, ורב פפא ביאר את דעתו משום דפריעת בע"ח מצוה. וכתב הקרבן נתנאל שרב פפא רק ביאר את דעת רב נחמן, אך ליה לא סבירא ליה, שכן רב פפא עצמו סבר ש"ד וכמו הסוגיא בקידושין, וא"כ לא שייך לרב פפא עצמו פריעת בע"ח מצוה.

לפי הקרבן נתנאל אם כן, גם דברי רב פפא שפריעת בע"ח מצוה נתונים במחלוקת סוגיות.

3. ראשונים שיובאו להלן ללא ציון המקור הכוונה לקידושין יג,ב.

4. וכן הביאוהו הרמב"ן, רשב"א וריטב"א. בתוסי' בב"ב (קעו,א ד"ה גובה) הביא תירוץ זה גם בשם ה"ר אליהו, ומסיים "וכן עיקר".

5. ע"פ תוספות בקידושין ד"ה מלוח. "ואע"ג דכתיב: 'האיש אשר אתה נושה בו' - לא חשיב כתובה בתורה, כיון שאין צריך לפרש בתורה שיעור הנתינה, דפשיטא מה שהוא לוח צריך לפרוע" (תוסי' שם), ועיין ברשב"א (ד"ה מלוח הכתובה בתורה). ובקוב"ש (כתובות קט) כתב, דפירוש מלוח הכתובה בתורה הוא חיוב שהתורה הטילה על האדם את עצם חיוב הממוני. אבל בחוב הלואה עצם החיוב הממוני הוא מפני שהאדם חייב את עצמו לשלם, ובתורה כתוב לשלם מה שחייב את עצמו.

לפיו, דברי רב פפא מתאימים להקשר הסוגיא בכל מקום: בקידושין הסוגיא דנה בדברי המשנה: "האישה שהביאה חטאתה ומתה - יביאו יורשין עולתה", כלומר, במלוח הכתובה בתורה (קרבן), ושם מובאים דברי רב פפא הסובר שעבודא דאורייתא. לעומת זאת, בב"ב הסוגיא דנה בדברי המשנה: "המלוה את חבירו בשטר - גובה מנכסים משועבדים, ע"י עדים - גובה מנכסים בני חורין", כלומר, במלוה שאינה כתובה בתורה, ושם מובאים דברי רב פפא הסובר שעבודא לאו דאורייתא.

### א. קושיית הרמב"ן מהסוגיא בקידושין

הרמב"ן<sup>6</sup> הקשה על תירוץ זה, שרב פפא סתם דבריו בקידושין, ואמר: "הלכתא מלוח על פה גובה מן היורשים וכו'", ומשמע שכולל כל מלוה על פה ולא רק מלוה הכתובה בתורה. ועוד, במהלך הסוגיא בקידושין הובאה המחלוקת בין שמואל הסובר של"ד לבין ר' יוחנן הסובר ש"ד. ומפורש בסוגיא שהם חלקו בין במלוה הכתובה בתורה ובין במלוה שאינה כתובה בתורה, ומיד אח"כ מובאים דברי ר"פ, ומשמע שגם הוא מדבר בכל גוונא.

### תירוץ לקושיית הרמב"ן

רב פפא בקידושין ובב"ב הביא טעמים שונים לדין שגובים מן היורשים, השי"ך ולט ס"ק ב סוף ד"ה ועתה אביא ראייה) ראה בעובדה זו ראייה לשיטת ר"ח, שאם לא כן הוה ליה למימר הכא והכא חדא לישנא. לדעת השי"ך, ניתן לדייק שבב"ב, מדובר בסתם מלוה ע"פ ושל"ד - ולכן הוצרך לטעמא דשלא תנעול דלת בפני לוי. אבל בקידושין קאי אפלוגתא דשמואל<sup>7</sup> ור' יוחנן, דמייירי להדיא במלוה הכתובה בתורה, וזו לא שכחא - ולכן לא שי"ך טעמא דנעילת דלת בפני לוי אלא רק טעמא דשי"ך. והוא מוסיף: "ולפי זה יש ליישב מה שהקשה הריטב"א על התוספות". ונראה שכוונתו, שר"פ אמנם סתם דבריו בקידושין, אך מתוך השוואת דבריו לבב"ב מוכח שדיבר רק על מלוה הכתובה בתורה, ועוד, שזהו הנושא המרכזי בסוגיא בקידושין<sup>8</sup>, אע"פ שבסוגיא הוזכרה גם מחלוקתם במלוה רגילה.

### ב. קושיית הרמב"ן - מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא.

הרמב"ן למד בדעת ר"ח שהסיבה להבדל בין מלוה הכתובה בתורה, לבין מלוה שאינה

6. וכן הקשו הרשב"א וריטב"א.

7. בנוסח השי"ך שבנדפס כתוב במקום "שמואל" - "רבי", ונראה שזו טעות, שכן רב אמנם נזכר בסוגיא יחד עם שמואל לגבי מלוה רגילה, אך לענין האשה שחביאה חטאתה ומתה - נזכר רק שמואל. וכן תוקן במהדו פרידמן.

8. המשנה, ומח' שמואל ור"י בפירוש המשנה.

כתובה בתורה, היא שמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי<sup>9</sup>. וזו לשון הרמב"ן לאחר שהביא את דברי ר"ח:

פירוש לפירושו, בהא (=יולדת) וכיוצא בה, כלומר בכל מלוה הכתובה בתורה, דכמאן דכתיבא בשטר דמיא, הוי שעבודא דאורייתא.

מתוך הבנה זו הוקשתה לו קושיא נוספת<sup>10</sup>: "דהא למי"ד שלי"ד, אפילו במלוה בשטר מן התורה לא גביא, והכי איתא בסוף גט פשוט". כלומר, בב"ב קעה, מובאת מחלוקת עולא ורבה האם ש"ד או שלי"ד, ודעת רבה: "דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מאי טעמא שעבודא לאו דאורייתא". אם כן, לא מובנים דברי ר"ח, שהרי אפילו אם מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, אכתי למי"ד שלי"ד אפילו במלוה בשטר לא הוי ש"ד, ומהיכי תיתי שבמלוה הכתובה בתורה יהיה ש"ד?

יש לציין שגם הסוגיא בקידושין, כשהסבירה את הצריכותא למחלוקת הכפולה בין שמואל ורי יוחנן (ביולדת ובמלוה ע"פ) כתבה: "ואי אשמועינן בהא (=יולדת) בהא קאמר ר' יוחנן דמלוה כתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, אבל בהך (=מלוה ע"פ) אימא מודה ליה לשמואל". כלומר, הגמרא נקטה שבהו"א הייתי חושב שדוקא במלוה הכתובה בתורה הוי ש"ד משום דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, וכפי שלמד הרמב"ן את דעת ר"ח<sup>11</sup>.

#### תירוץ א: על פי הרשב"א - ככתובה בשטר בפירוש דמיא

ישנה מחלוקת בראשונים, למי"ד שלי"ד, כשיעבד בפירוש בשטר - האם מועיל וחל שעבוד מדאורייתא או לא. דעת הרשב"א: גם למי"ד שלי"ד, אם שיעבד בפירוש בשטר - הוי דאורייתא. ואילו דעת הריטב"א: למי"ד שלי"ד, אפילו כשיעבד בפירוש בשטר - לא מהני מדאורייתא<sup>12</sup>.

לפי דעת הרשב"א מיושבת קושיית הרמב"ן, שכן, מלוה הכתובה בתורה הוי ככתובה בשטר בפירוש - ולכן הוי ש"ד<sup>13</sup>, ואילו בשאר מלוה, אפילו בשטר (אם לא פירש השיעבוד בשטר) - הוי שלי"ד.

ואכן הרשב"א, כדי ליישב את דברי הגמרא בצריכותא, כתב שאפילו למי"ד שלי"ד, אי

9. וכן למדו ברי"ח הרשב"א, הריטב"א, והיד רמה (ב"ב קעו, א אות קמה) שהביא את תירוץ ר"ח מבלי להזכיר את שמו.

10. וכן הקשה הריטב"א. הרשב"א חשמיט קושיא זו, ועיין לקמן (בתירוץ א) שלפיו לא קשה.

11. הרשב"א והריטב"א חקשו על דברי הגמ' בצריכותא מהגמ' בב"ב קעה, ב כפי שהקשה הרמב"ן על ר"ח, ועיי"ש תירוץיהם.

12. לקמן בפרק ד אות ב נדון במחלוקת זו בהרחבה.

13. והטעם, משום שלמצוות התורה יש כח של שעבוד כאדם שכותב בפירוש. וראת לקמן חערה 37.

שיעבד נכסיו בפירוש בשטר - גובה מדאורייתא.

לפי זה מובן הרשב"א, שאע"פ שפירש את דעת ר"ח שהטעם שבמלוה הכתובה בתורה הוא ש"ד הוא משום דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, מכל מקום, השמיט את קושיית הרמב"ן, ועל פי דברינו מבואר.

### תירוץ ב: מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא.

ניתן ליישב את דעת רב פפא גם לשיטה הסוברת שאפילו אם שיעבד בפירוש בשטר לא הוא דאורייתא<sup>14</sup>. בסוגיא בקידושין ברור ע"פ הצריכותות, שלדעת שמואל, בין במלוה הכתובה בתורה ובין במלוה רגילה - הוא שלי"ד. ולדעת ר' יוחנן, בין במלוה הכתובה בתורה ובין במלוה רגילה - הוא ש"ד. העולה מזה, שר"ח נקט את החילוק בין מלוה הכתובה בתורה למלוה רגילה רק בדעת רב פפא ולא בדעת שמואל ור' יוחנן. אם כן, ניתן לומר שבניגוד לצריכותא שדנה בדעת שמואל ור' יוחנן ולמדה בהוי"א שמלוה הכתובה בתורה היא ש"ד משום דככתובה בשטר דמיא, לדעת רב פפא, במלוה הכתובה בתורה היא ש"ד מטעם אחר, ולא משום דככתובה בשטר דמיא. הטעם הוא: משום שכך שיעבדה התורה. כלומר, כשם שהתורה חייבה את עצם החוב במלוה הכתובה בתורה, כך הטילה את החוב גם על הנכסים.

אכן, בדעת ר"ח כפי שמובאת בתוספות בב"ב (קע"א ד"ה גובה) לא מוזכר הטעם דהוי ככתובה בשטר, וזו לשונו:

ובשם הר"ר אליהו מ"כ מפרש, דהא דפסיק ר"פ התם דשעבודא דאורייתא היינו לענין קרבן, כגון האשה שמתה יביאו הירשים עולתה, דאיירי התם לעיל במשנה. וכן משמע התם מתוך פירוש ר' חננאל.

אף בדברי ר"ח המובאים באור זרוע (ב"ב סימן רנ"ה דף לו, א) לא נזכר שהטעם הוא משום דהוי ככתובה בשטר, וזו לשונו:

פירש ר"ח: אמר רב פפא הילכתא מלוה על פה גובה מן הירשין - שעבודא דאורייתא, קיימא לן בהא (=דמלוה הכתובה בתורה דוקא הוא שעבודא דאורייתא)

14. נקטנו לשון: "לשיטה הסוברת שאפילו אם שיעבד בפירוש בשטר לא הוא דאורייתא", ולא: "הריטב"א", מכיון שלפי סברת הריטב"א עצמו, למ"ד שלי"ד הכוונה שאין כלל מושג של שעבוד מן התורה, כי אין קנין לחצאין (מבואר לקמן פרק ד אות ב, שיטת הריטב"א). וא"כ זה לא עולה בקנה אחד עם דברי ר"ח שבמלוה הכתובה בתורה קיים מושג השעבוד. ובדעת ר"ח יש לומר, שלא נקט כריטב"א, אלא סבר שבמלוה רגילה התורה לא שיעבדה את הנכסים, ואף אין בכח האדם לשעבד את נכסיו מעצמו אפילו אם יפרש בשטר. ואעפ"כ, מושג השעבוד קיים בתורה, ובמלוה הכתובה בתורה הוא ש"ד. וראה לקמן (שם) כיצד יישב הריטב"א עצמו את דברי הצריכותא. ויש להעיר, שלפי ר"ח, כשחז"ל תיקנו במלוה רגילה שעבוד - הם לא חידשו דין חדש לחלוטין אלא תקנו כעין דאורייתא, כלומר, תקנו במלוה רגילה שעבוד כעין מה שהתורה שיעבדה במלוה הכתובה בתורה. ואילו לריטב"א, צריך לומר שזו תקנה חדשה לחלוטין.

משום דעיקר חלוקתם של רב ושמואל ורשב"ל<sup>15</sup> הכא (=בקידושין) בעולת האשה (=שמתה) וכבר הקריבה חטאתה - שחיובה מן התורה (=מלוה הכתובה בתורה). דהא אמר רב פפא ס"פ גט פשוט: הלכתא מלוה על פה גובה מן הירושין<sup>16</sup> משום שלא תנעול דלת בפני לויך וכי'.

אם כן, לא שייכת קושיית הרמב"ן והריטב"א, שהקשו על דברי ר"ח היאך במלוה הכתובה בתורה הוי ש"ד משום דככתובה בשטר דמיא, והרי למ"ד שלי"ד אפילו בשטר הוי שלי"ד, שכן, לדעת ר"פ במלוה רגילה - הוי שעבודא לאו דאורייתא אפילו בשטר, ובמלוה הכתובה בתורה - הוי שעבודא דאורייתא משום שכן שעבדה התורה (ולא משום דהוי ככתובה בשטר).

כך למד הש"ך (לט ס"ק ב ד"ה עוד הביא מהרש"ל שם) בדעת ר"ח, וכתב שלפי תירוץ ר"ח מוכרחים לומר שהטעם שלר"פ במלוה הכתובה בתורה הוי שעבודא דאורייתא, הוא לא משום דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא. שהרי לפי ר"ח ר"פ בקידושין דבר על מלוה הכתובה בתורה, ופסק שבמלוה ע"פ הכתובה בתורה "גובה מן הירושים ואינו גובה מן הלקוחות", מוכח, שאע"פ שסבר שבמלוה הכתובה בתורה הוי שעבודא דאורייתא (ולכן גובה מן הירושים), מ"מ סבר שמלוה הכתובה בתורה לא הוי ככתובה בשטר, ולכן לא גובים מן הלקוחות. שהרי אם הוי ככתובה בשטר, היה צריך לגבות אף מן הלקוחות.

ליתר ביאור הסברא, מדוע דוקא במלוה הכתובה בתורה הוי שעבודא דאורייתא ולא בשאר מלוה, יש לומר<sup>17</sup> שדוקא במלוה הכתובה בתורה, שהתורה היא זו שהטילה את עצם החיוב על האדם<sup>18</sup>, הרי שהטילה באופן שעל ידי זה יכולים לגבות בכל ענין, דלא עביד הקב"ה בכדי, והיינו, שהטילה התורה שעבוד גם על הנכסים. אבל במלוה רגילה, שהתורה לא הטילה את עצם החיוב הממוני, אלא האדם חייב את עצמו לשלם, התורה רק ציוותה עליו לשלם מה שחייב את עצמו, ובזה מצות התורה נשארה רק בגדר חיוב על האדם לשלם את חובו, כשם שמחוייב לשמור על היוצא מפיו בשבועה, אך אין זה מטיל שעבוד על הנכסים.

### ג. קושיות נוספות.

ב"יד רמה" (ביב אות קמת) העלה בהו"א כתירוץ ר"ח, אולם דחה זאת, משום דאי הכי

15. המילים "רבי" ו"רשב"ל" הן כנראה טעות, שחרי בסוגיא הם זיברו רק על מלוה רגילה ולא על האשה שהביאה חטאתה ומתה. ויש להגיה: "ר"י ושמואל".

16. בנדפס נוספו כאן המילים: "שעבודא דאורייתא קיימא לן בהא", ונראה שהוא טעות הדומות. ועייש מה שתוקן בסוגריים מרובעים, שכוונתו כפי שהעתקנו, וכן תוקן באוצר הגאונים (קידושין, ליקוטי פירוש רבינו חננאל עמ' 18).

17. ע"פ הברכת אברהם (קידושין יג, ב) "בענין שעבודא דאורייתא", אות ו).

18. ע"פ הגדרת הקוב"ש (כתובות קס), הובאו דבריו לעיל בהערה 5.

"הלכתא" למה לי, הרי הלכתא למשיחא היא?

ונראה, שהרמיה הבין שר"פ קאי על יולדת ועייכ הוקשה לו לשון "הלכתא", אך ניתן לבאר, שר"פ דבר אמנם על הסוגיא של יולדת אך פסק ביחס לכל מלוה הכתובה בתורה, והרי בכלל זה גם פדיון הבן ונזקין, וא"כ זה לא הלכתא למשיחא, שהרי יש נפ"מ כגון: בפדיון הבן כשהאב מת לאחר ל' יום, ולמ"ד ש"ד נתחייבו הנכסים וחייבים בניו ליתנם לכהן. וכן בנזקין.

שתי קושיות נוספות הקשה המהרש"ל בים של שלמה (ב"ק פ"א סימן טז), וכבר דחאם הש"ך (לט ס"ק ב). כדי לא להאריך במה שכתוב במפורש, לא נעתיקם ועיי"ש<sup>19</sup>.

#### ד. נספח: שתי הערות על לשון התוספות בקידושין

א) לשון התוספות בקידושין (יג,ב ד"ה אמר) בקושייתו:

תימה דבשילהי גט פשוט (ב"ב קע"א) קאמר ר"פ גופיה מלוה ע"פ גובה מן הירושים שלא תנעול דלת בפני לוי, ואינו גובה מן הלקוחות דשעבודא לאו דאורייתא.

אולם, בנוסח הגמרא שלנו כתוב:

...גובה מן הירושים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא.

ניתן היה להבין שהמילים "דשעבודא לאו דאורייתא" הם פירוש של התוספות לדברי רב פפא, שמתוך שאמר "מלוה ע"פ גובה מן הירושים שלא תנעול דלת בפני לוי" ניתן להסיק ששובר שעבודא לאו דאורייתא, שהרי אם שעבודא דאורייתא גובה מן הירושים מדינא. לפי זה, גם התוספות גרס בב"ב כמו הנוסח שלנו.

אולם, יתכן ולתוספות אכן היתה גירסה שונה בגמרא, והמילים "דשעבודא לאו דאורייתא" הם מגוף הגמרא על פי נוסח זה. אכן, על גירסא כזו העיד גם המרדכי בב"ב (סוף סימן תרג): "ויש ספרים דגרסינן שעבודא לאו דאורייתא". אף הישי"ש מציין לגירסא כזו (ב"ק פ"א טז): "ויש ספרים דגרסינן ואינו גובה מן הלקוחות דשעבודא לאו דאורייתא". וכן מציין המהרש"א (ב"ב קע"א) שלתוספות היתה גירסא שונה בגמרא כנ"ל<sup>20</sup>.

ב) לשון התוספות בתירוצו:

ואומר ר"ח דהכא (בקידושין) מיירי במלוה הכתובה בתורה כגון נזקין וערכין וקרבו, דאמר לעיל דשעבודא דאורייתא, דלא שייך טעמא דנעילת דלת, דלענין ירושים עשאים כמלוה בשטר, ולענין לקוחות לא עשאים כמלוה בשטר, אבל התם (בב"ב) במלוה ע"פ שאינה כתובה בתורה, כגון שהלווהו מעות בלא שטר.

19. ועיין גם בנתיבות, בביאורים ס"ק ב. ויש להעיר שאת הקושיא הראשונה של הישי"ש, מהגמ' בב"ב קע"א, ב הקשה גם הגידו"ת בשער ס"א חלק א דין א (עמ' תתקכ"ד ד"ה וחתום).

20. ויש להעיר, שתירוץ הרי"ף (יובא לקמן בפרק ג) לא יכול לקיים גירסה זו.

והעיר המהרש"א: "הלשון מגומגם קצת, דמאי "עשאום", דהא לענין יורשים - מדינא אוקמא אדאורייתא כיון דשעבודא דאורייתא, ולענין לקוחות - עבוד רבנן תקנתא משום דלית ליה קלא".

בהגהות וחיידושים לרי' יעקב צבי יאליש (על אתר) מבאר לשון התוספות בענין אחר, וזו לשונו: "ידלא שייך טעמא' - ר"ל דקשיא להו, למה להו טעמא דשעבודא דאורייתא, בלא זה יש לומר דמשום נעילת דלת עשהו כמלוה בשטר לענין יורשין ולא לענין לקוחות. ועל זה כתבו דלענין נזקין וערכין לא שייך נעילת דלת. ומ"ש: 'דלענין יורשים עשאום כמלוה בשטר' - קאי אטעם דנעילת דלת, ולא אטעם<sup>22</sup> דש"ד. דלענין זה (=שעבודא דאורייתא) ל"ש 'עשאום', דמדינא דאורייתא משועבד", עכ"ל.

### פרק ג: שיטת הרי"ף - ר"פ סבר ש"ד.

הרי"ף (ביב פגא, ברי"ף) פסק שקי"ל כדברי רב פפא בקידושין שעבודא דאורייתא. את דברי רב פפא בבי"ב הוא מיישב: "לאו דפליגא דידיה אדידיה, אלא הא קא משמע לן דהיינו טעמא דאוקמיה רבנן אדאורייתא וגובה מן היורשין - שלא תנעול דלת בפני לוי". כלומר, דברי רב פפא בבי"ב: "כדי שלא תנעול דלת בפני לוי", אינם באים לנמק מדוע יש לגבות מן היורשין (שהרי ש"ד - וזו הסיבה שגובים מהיורשין), אלא הם באים לנמק מדוע חז"ל לא הפקיעו את הגביה מהיורשים. ונבאר את הדברים לקמן.

### א. קושית הרמב"ן על הסבר הרי"ף לדברי ר"פ בב"ב.

הרמב"ן (ו"ה וזה הפירוק) הקשה על הסברו של הרי"ף לגמרא בבי"ב: "בלא טעם זה נמי אדאורייתא קיימא, שאין חכמים יכולים לעקור דין תורה בחינם, וכאן אין טעם שיחו צריכין לעקור דין תורה בשבילי". כלומר, בלקוחות היה צריך לגבות מדאורייתא, אך חכמים ביטלו את הגביה כי לית ליה קלא וחשו להפסד הלקוחות, אך ביורשים טעם זה לא שייך, שהרי אין היורשים משלמים עבור הירושה שנחוש להפסד, וא"כ כשאין סיבה לבטל את הגביה, פשוט שנשאר הדין מדאורייתא שגובים, ולא צריך טעם מיוחד של נעילת דלת כדי לאוקמה אדאורייתא.

### תירוץ א: ע"פ התומים

בהגהות חשק שלמה על הש"ס (בקידושין)<sup>22</sup> מיישב קושיא זו בעזרת דברי התומים. התומים (פח ס"ק יז ד"ה ולכן נראה) כתב: דעכשיו דתקנו חכמים מלוה ע"פ אינו גובה

21. בנדפס: "חטעם", ונראה שהוא טעות דפוס.

22. עיין בחידושי הריטב"א לקידושין יג, הוצאת מוסד הרב קוק, הערה 294 שציין לתירוץ זה ולמקורות נוספים.

ממשעבדי, אייך אין כאן שעבוד כלל אפילו על בית, דהא כל רגע בידו למוכרו מבלי מוחה, רק הא דגובה בישנו ביד לוח, משום דמיניה אפילו מגלימא וכו', אבל שעבודא ליכא כלל". וביאר החשק שלמה את דבריו: שכשם שבמטלטלין אין שעבוד משום דלא סמכיה דעתיה כי יכול להבריחם, כך גם בקרקעות במלוה ע"פ, לאחר שתקנו שלא לגבות מהלקוחות (כי לית ליה קלא), אם כן, גם קרקעות יכול להבריח מהבעיית ע"י מכירתם ללקוחות, ולכן, תו לא סמכיה דעתיה עליהם, ובטל השעבוד לגמרי בכל מלוה ע"פ, אפילו מקרקעות בני חורין.

לפי זה הוא מבאר את דברי הרי"ף, שהרי אפילו למ"ד שעבודא דאורייתא, האידנא שהפקיעו השעבוד במלוה ע"פ - תו לא גובין אף מיורשים, שכן לפי דברי התומים פקע השעבוד לגמרי. לכן, כדי לגבות מהיורשים יש צורך לטעם של נעילת דלת, ורק בגלל חשש זה, אוקמוה אדאורייתא שיגבו מיורשים. וזה מה שכתב הרי"ף בדבריו: "דהיינו טעמא דאוקמוה רבנן אדאורייתא וגובה מן היורשים - שלא תנעול דלת בפני לוי<sup>23</sup>".

---

23. ויש להעיר, שלפי דברי החשק שלמה, שבמלוה ע"פ פקע השעבודא דאורייתא לגמרי כתוצאה מכך שלא סמכיה דעתיה עליהו, אייך, לצורך הגביה מיורשים יש לתקן תקנה חדשה, והגביה מיורשים תהיה רק מכח תקנה דרבנן. וכן כתב בדברי יחזקאל (סימן מה אות ב) שלרי"ף הגביה מיתומים היא דינא דרבנן, מהטעם שכתבנו. אולם, ספר התרומות חתיק את דברי הרי"ף ביתר ביאור, וזו לשונו (שער סא חלק א דין ג, עמי תתקכ"ח): "וכתב הרי"ף ז"ל דלא פליג דידיה אדידיה, דלעולם ס"ל לרב פפא דשעבודא דאורייתא ולפיכך גובה מן היורשים מן התורה, ולא רצו לתקן בה תקנה אחרת והעמידוהו על דין תורה כדי שלא תנעול דלת בפני לוי... אבל בלקוחות עקרוה לדינא דאורייתא, עכ"ל. ומפורש בדבריו, שהגביה מיורשים הוי מדאורייתא.

ועיין בתשובת הרי"ף (קצו) שכתב שכשיש שני מלוין בע"פ - אין ביניהם דין קדימה (ודלא כטור בסי קדי, יג שכתב בפשוט שמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה ע"פ מאוחרת). וזו לשון הרי"ף בתשובתו: "...שאי"פ שש"א, לא אוקמוה רבנן אדאורייתא משום פסידא דלקוחות משום דלית ליה קלא, והי"ח למלוין (=שני מלוין) שאין קודמין זה לזה, משום דלית לחו קלא ואיכא עליה פסידא, חלכך אין לחם דין קדימה...". ומדוייק בלשונו, שאין הכוונה שבמלוה ע"פ כשתקנו שלא לגבות מן הלקוחות - הפקיעו לגמרי את השעבוד, שחרי אם כך - ממילא בשני מלוין לא היה דין קדימה, וחרי הרי"ף טרח לנמק שגם בשני מלוין הטעם שאין קדימה הוא: "משום דלית לחו קלא ואיכא עליה פסידא". אלא, נראה שכוונתו, שכשתקנו במלוה ע"פ שלא לגבות מלקוחות משום דלית ליה קלא ואיכא פסידא, התקנה היתה שבכל מקום שבו במלוה ע"פ, בגלל שאין קול - גרם פסידא - נתעלם מהשיעבוד (ולא שנפקיע לגמרי). ולכן, גם בשני מלוין בע"פ, כיון דאין קול ואיכא פסידא - הרי זה בכלל התקנה להתעלם מהשעבוד - ואין ביניהם דין קדימה. והיוצא מכך - שכאשר מלוה בא לגבות מיורשים מלוה ע"פ - הריחו גובה מכח השעבוד דאורייתא, שחרי, כאן אין את התקנה להתעלם מהשיעבודא דאורייתא כיון שאין פסידא לאף אחד מכך שלית קלא. וצ"ע. ועיין עוד בשער המלך (מלוה ולוח יא,ד) שמיישב הרי"ף (ב"ב) באופן שונה, ולפיו ג"כ הוי מדאורייתא, ואכמ"ל. [כשאלת מבחן יש לבדק את שאלת הראשונים ב"מ ד, ב ועוד מדוע מתחייב מודח במקצת שבועה דאורייתא הרי אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות ולמ"ד שעבודא דאורייתא כל הודאה היא הודאה ע"ש. ונפ"מ מהנידון לפנינו - אם השעבוד פקע או לא האם נוקקים לתירוצים הנוכרים בראשונים שם. הני עורן].

### תירוץ ב: רב האי

רב האי נקט <sup>24</sup>, בדומה לרי"ף, שרב פפא סבר שעבודא דאורייתא. אולם את דברי רב פפא בב"ב הוא מיישב באופן שונה: "דהכי קאמר: אפילו תימא שעבודא לאו דאורייתא - דינא הוא דליגבי מיתמי משום נעילת דלת".

באוצר הגאונים (קידושין ע"מ 26) מובאת תשובת רב האי במלואה, ושם מבוארים הדברים, שבסוגיא בקידושין עיקר הדיון אינו בעסק בעלי חובות ולכן רב פפא רק פסק באופן עקרוני ששעבודא דאורייתא, לעומת זאת, בסוגיא בב"ב עיקר הדיון הוא בעסק בעלי חובות, ולכן טרח רב פפא לבאר שלהלכה, אפילו למי"ד שעבודא לאו דאורייתא - גובין מן הירשים משום נעילת דלת.

לפי תירוץ זה, נשארת גישתו העקרונית של הרי"ף שרב פפא סבר ש"ד, ולא קשה קושיית הרמב"ן.

### ב. קושיית הראשונים מדברי ר"פ על פריעת בע"ח מצוה

הראשונים <sup>25</sup> הקשו על דברי הרי"ף, הסובר שלרב פפא שעבודא דאורייתא, מסוגיות שונות מהן עולה שרב פפא סבר שלי"ד.

א. בכתובות פו, א: "א"ל רב כהנא לרב פפא, לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה, אמר (=הלוה) לא ניחא לי דאייעביד מצוה, מאי? אמר ליה: תנינא במה דברים אמורים במצות לא תעשה, אבל במצות עשה כגון שאומרים לו עשה סוכה - ואינו עושה, לולב - ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו". כלומר, שכופין אותו כשם שכופין על שאר מצוות עשה. ומשמע, שלרב פפא שעבודא לאו דאורייתא, ואי אפשר לירד לנכסים מדין השעבוד אפילו בגביה מיניה, אלא כל הגביה היא רק מכח המצוה, וממילא אף הכפיה היא רק מכח כפיה על המצוה.

ב. בב"ב קעד, ובערכין כב, א הובאה מחלוקת ביחס לסיבה שבגללה לא גובים מנכסי יתומים קטנים. דעת רב פפא: משום דפריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מצוה נינהו. ודעת רב הונא בריה דר"י: משום אימר צררי אתפסיה [רש"י: אביהם נתן לבעל חובו מעות או כסף וזהב במשכון בשעת מיתה ולא הספיק ליטול את השטר מידו].

וביאר הרמב"ן, שרב פפא בהכרח סובר שלי"ד, כיון שאם ש"ד אע"פ שאין היתומים בני מצוה היה עלינו לגבות מהנכסים מדין השעבוד.

אם כן, מוכח לכאורה שר"פ סבר שלי"ד.

24. הביאוהו הרמב"ן, רשב"א, ריטב"א ועוד.

25. עיין רמב"ן וריטב"א, והרשב"א הביא את הקושיא מהגמ' בכתובות בשם הראב"ד.

## תירוץ הרא"ש

הרא"ש (כתובות פרק ט, יג ובשו"ת הרא"ש כלל יא, ז) נקט כשיטת הר"י שרב פפא סבר שעבודא דאורייתא, כפי שעולה מהסוגיא בקידושין. את הסוגיא בכתובות הוא מעמיד באוקימתא, שמדובר במקרה שאין ללוה נכסים. שהרי, היכא דאית נכסי ללוה - לא קא מבעיא ליה, דפשיטא דבי"ד היו יורדים לנכסים, אלא מיירי (=בכתובות) בדלית ליה קרקע, ומבריה מטלטלין או תולן בעובדי כוכבים, ומבעיא ליה אי היו כייפינן ליה בגופיה לקיים מצותו.

כלומר, אם היו נכסים ללוה - בי"ד היו יורדים לנכסים שהרי ש"ד, ורק כשאין נכסים נשאלה השאלה, לרב פפא דאמר פריעת בע"ח מצוה, אם אמר לא בעינא למיעבד מצוה מאי? וענה רב פפא שיכפוהו על מצותו.

הרא"ש מביא ראיה שגם לדעת רב פפא, כשיש נכסים יורדים לנכסים, מהגמרא בערכין כב, א שכן רב פפא אמר שאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, מכלל, דלנכסי יתומים גדולים - נזקקין וכופין אותם לפרוע.

## ג. ביאור שיטת הרא"ש - חיוב המצוה יוצר את שעבוד הנכסים.

בגמרא בערכין כב, א אמר רב פפא שמיתומים קטנים לא גובים משום דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה. מדבריו אלו, למדו הרמב"ן ועוד ראשונים שרב פפא סבר שעבודא לאו דאורייתא, מכיוון שלמ"ד שעבודא דאורייתא צריך לגבות גם מיתומים קטנים שהרי נכסיהם כבר השתעבדו.

והנה, מדבריו אלו ממש למד הרא"ש את ההיפך, שרב פפא סבר שעבודא דאורייתא, שהרי מיתומים גדולים - גובים. ונראה, שכל אחד מהם לא ראה בדברי השני סתירה לדבריו. כדי להבין את הענין, יש לרדת לעומק תפיסתם:

הרמב"ן וסיעתו למדו שלמ"ד ש"ד סיבת החיוב היוצרת את החוב - היא היוצרת גם את שיעבוד הנכסים. כלומר, כשם שסיבת החיוב גורמת שהחוב יחול על גוף האדם, כך היא גורמת שיחול השעבוד על הנכסים. לפי זה, באמת אין מקום לדבר על חיוב מכח מצוה, ושפיר למדו ברב פפא שהזכיר את המצוה, שסובר שעבודא לאו דאורייתא, וכל יכולת הגביה היא רק מכח המצוה ולא מכח שעבוד. ומובן, שרק מיתומים גדולים יגבו, שהם בני מיעבד מצוה, ולא מיתומים קטנים. להלן בפרק ד נבאר בע"ח ביתר הרחבה את שיטתם.

לעומתם, הרא"ש למד שלמ"ד ש"ד חיוב המצוה לפרוע - הוא היוצר את שעבוד הנכסים מדין ערב. כלומר, סיבת החיוב של החוב יוצרת רק את החוב, ובמקום שהטילה התורה מצוה לפרוע את החוב, הוסיפה התורה גם שעבוד על הנכסים מדין ערב. לכן, ביתומים קטנים שפטורים מן המצוה - גם השעבוד לא חל, וביתומים גדולים החייבים במצוה - חל שעבוד על הנכסים.

לפי זה, גם למ"ד ש"ד שייך לדבר על המצוה, כי במקום שאין יכולת לממש את שעבוד

הנכסים, כגון כשאין לו קרקע ומבריה המטלטלין, עדיין יש פתח לגביה מכח המצוה, שיכפוהו בגופו לקיים מצותו, וכפי שהעמיד הרא"ש את דברי הסוגיא בכתובות פו, א<sup>26</sup>.

שיטה זו מבוארת בתוספות הרא"ש (כתובות פו, א ד"ה לא ניהא) שם הקשה: "וא"ת כיון דשעבודא דאורייתא אפילו מיתמי, אמאי לא מגבינן לבעי"ח שיעבודה אפילו מיתמי קטנים, כיון דמשעבד ליה דאבוהון, ואע"ג דלאו בני מעבד מצוה ניהו, מ"מ כיון דשעבודו מונח לפניו למה לא יקחנו?" ותירץ שם: "כיון דהשתא נפל נכסי קמי יתמי, ואינון לאו בני מיעבד מצוה ניהו - אף לנכסיהם לא נחתינן, דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה. וכיון דלוה לא מחייב - לא נתחייב גם הערב".

הסבר זה מובא גם בתומים (לט ס"ק ב דף פט עמודה א) שכתב שדברי רב פפא "יתמי לאו בני מצוה ניהו" - הם אפילו למ"ד ש"ד, וביאר: "והיינו דסבירא ליה הא דשעבודא תורה הוא, דעיקר חיובו על הלוח דמצוה עליו לפרוע, ואי לא רצה הרי כופין אותו כדאמרינן בכתובות. ונכסיו אינון ערבין, ולכך גובין ד"ת מנכסיו. אבל ביתומים קטנים דלאו בר מצוה ניהו, אי"כ כל היכי דאי"א לגבות מבע"ד, אף מהערב אי"א לגבות כלל, ולכך לא נחתינן לנכסים כיון דהמה גופיה פטורים ולא בני מצוה ניהו, אף נכסים שהם ערבים פטורים".

וכן כתב האמרי בינה (דיני הלואה סימן ב ד"ה וכן נראה): "וכן נראה דהוא שיטת הרי"ף והרא"ש, דעיקר הא דשעבודא דאורייתא הוא מטעם מצוה".

עתה מובן, שמה שהקשו הרמב"ן וסיעתו מדברי רב פפא המזכיר את המצוה - אליבא דשיטת הרא"ש לא קשה.

#### ד. המשך ביאור שיטת הרא"ש: דין הגביה מיתומים גדולים

בארנו בשיטת הרא"ש שהשעבודא דאורייתא נוצר כתוצאה מהמצוה, מדין ערב, ולכן ביתומים קטנים דלאו בני מצוה ניהו - לא חל שעבוד הנכסים. ואולם, לשיטה זו יש להבין היאך גובים מיתומים גדולים, שהרי אביהם שהיה חייב במצוה מת ופקעה המצוה, ולפי הסבר הרא"ש צריך לפקוע גם שעבוד הנכסים?

#### הסבר א: ע"פ התומים - יורש במקום אביו קאי.

התומים (סו ס"ק מג) כתב, שכאשר הלוח מת והיורש זוכה בנכסים - אף הוא משתעבד כמו הלוח בעצמו (=שעבוד הגוף), ועליו מוטל לפרוע כמו אביו. לפי דברים אלו, כאשר היתומים גדולים, הרי הם נכנסים תחת אביהם ממש, וחל עליהם שעבוד הגוף ומצוה לפרוע. כתוצאה מהמצוה - חל גם שעבוד על הנכסים, ולכן גובים מהם. אולם, כאשר היתומים קטנים, ולא בני מצוה ניהו, לא חלה המצוה וממילא גם לא שעבוד על

26. עיין בספר התרומות שער יד ח"א דין א, שכתב בפשיטות דר"פ דאמר פריעת בע"ח מצוה - אויל לטעמיה דאמר שעבודא דאורייתא. ומוכח, שלמד כרא"ש שאין כאן סתירה וקושיא כלל.

הנכסים, ולא יגבו מהם.

### הסבר ב: מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם.

ניתן לבאר שלדעת הרא"ש אמנם המצוה שהיתה מוטלת על האב לפרוע חובו אכן פקעה במותו, וממילא גם שעבוד הנכסים, אולם על היתומים עצמם חלה מצוה חדשה - לפרוע חוב אביהם<sup>27</sup>, וכתוצאה מחיוב מצוה זו חל שעבוד גם על הנכסים מדין ערב. אם כן, מובן מדוע מיתומים גדולים יגבו אף לפי שיטת הרא"ש.

יש להעיר, שהגביה מיתומים גדולים היא רק מהנכסים שירשו מאביהם. לפי ההסבר הראשון שהבאנו הדברים מבוארים היטב, שהרי היתומים ממשיכים את שעבודי הגוף והנכסים של אביהם אשר נכנסו ונחתו. אולם, לפי ההסבר השני, צריך לדחוק ולומר שהמצוה החדשה המוטלת על היתומים לפרוע חובת אביהם גם היא מוגבלת לאותם נכסים שירשו מאביהם, (ומטעם שהמצוה היא פריעת חוב אביהם)<sup>28</sup>, ולכן גם השעבוד שנוצר יהיה רק על אותם נכסים<sup>29</sup>. ועיין לקמן (אות ה) שכך ביארו הבי"י והפרישה את דעת רב חונא בריה דר"י (וזה דעת הר"י והרא"ש להלכה), שאף על יתומים קטנים (!) חלה המצוה לפרוע חובת אביהם, ומכוחה שעבוד על הנכסים, עיי"ש.

27. בכתובות צ"א, ובב"ב קנ"א מובא: "מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם". רש"י (כתובות צ"א, ב ד"ח מצוה על היתומים) כתב שהמצוה היא משום כבוד אביהן, אלא שאין כופין על מצוה זו משום דלא מצות עשה מפורשת היא כסוכה וכלולב, אלא מצוה בעלמא דרבנן. והתוס' (כתובות פ"א ד"ה פריעת) כתב שהמצוה היא משום כבוד אב, אלא שהטעם שאין בית דין כופין משום דהוי מצות עשה שמתן שכרה בצידה, דאין ב"ד שלמטה מוזהרין עליה. וראה בקוב"ש (כתובות שיד) משי"כ בזה. וכתב האבי עזרי (תליתאה, מלוה ולוה פי"א ה"א ד"ה ונראה): "וואף שעל מצוה של היתומים לפרוע חובת אביהן אין כופין, משום שהוא מצוה שמתן שכרה בצידה, אבל מ"מ ע"י המצוה נשתעבדו הנכסים... והנכסים נשתעבדו מצד מצותן, לאו משום חיוב האב, והמצוה היא לפרוע חובת אביהן רק מהנכסים שירשו", עיי"ש. (לפי"ז יש לדון ממתן חל שעבוד זה ועיי"ש באבי עזרי כמה נפ"מ מכך; הערת עורך).

יש להעיר, שלפי"ז הגביה תהיה רק מחיתומים ולא משאר יורשים (שאינם חייבים בכבוד אב). אכן, כך כתב המאירי (ב"ב קנ"א ד"ה מלוה): "ומצוה זו יש אומרים שאינה אלא על חבנים מפני כבוד אביהם, אבל על יורשים אחרים כגון אחים או שאר קרובים אין למצוה זו מקום בה. ובדומה נקט גם הראב"ד (הובא בשמ"ק ב"ב קנ"א).

ואולם, הגאונים תקנו לגבות ממטלטלי דיתמי (ראה: רמב"ם מלוה ולוה י"א, א), וכתב על כך הריב"ש (ריש ס"י שצ"ב ד"ה ועוד אזיל בתר טעמא) שחטעם לתקנה זו מפני תיקון העולם, שראו שראוי לכופן במצוה זו אפילו בגביית מטלטלין בב"ד. והוסיף, שהתקנה היא אף בשאר יורשין שאינם בניס, משום לא פלוג, כיון שרוב חירותשין הם בניס, עיי"ש. וראה עוד שו"ע קז"א ובני"ב, ובביאור הגר"א שם (ס"ק א), ואכמ"ל.

28. לגישה זו צ"ב מה ההבדל בין מטלטלין לקרקעות (ועיי במאמרו של חרב י. יקר בקובץ זה), ועיי משי"כ בזה רע"א הו"ד על גליון הרי"מ מהדוי פרנקל מלוה ולוה כא"א ובמל"מ שם. (הערת עורך)

29. וכן כתב באבי עזרי, הובאו דבריו בהערה 27.

### ה. המשך ביאור שיטת הרא"ש: דין הגביה מלקוחות לאחר מיתת האב.

לפי שיטת הרא"ש, ששעבוד הנכסים נובע מהמצוה מדין ערב, יש להבין היאך גובים מלקוחות לאחר מיתת הלוח. שהרי כאשר אביהם מת פקעה המצוה, ולפי הסבר הרא"ש צריך לפקוע גם שעבוד הנכסים? במקרה זה, לא שייך חידוש התומים שהיתומים נכנסים תחת הלוח ומתחייבים (הסבר א לדין הגביה מיתומים גדולים), שהרי הלקוחות ודאי לא נכנסים תחת הלוח להשתעבד בחיוב הגוף<sup>30</sup>.

#### הסבר א: תקנה דרבנן

האמרי בינה (ויני הלואה סי' ב ד"ה אך קשה) כתב שלמ"ד דלרב פפא ש"ד מטעם מצוה, וליתומים קטנים אין נזקקים הואיל וליכא מצוה, אעפ"כ גובה מן הלקוחות - מכח תקנתא דרבנן שלא תנעול דלת בפני לוי. והוא מוסיף ומעיר: "וזה דוחק גדול, דהא אם סובר דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים כלל, על כרחך דלא חייש למיתת הלוח, ולמה נגד לקוחות חיישי? וצריך לדחוק דמיתמי יגבה על כל פנים אחר שיגדלו, וליכא כל כך נעילת דלת, מה שאין כן אם נאמר שלא יגבה מלקוחות אחר מיתת הלוח - לא יגבה לעולם". לפיו אם כן, כל הגביה מלקוחות לאחר מיתת הלוח תהיה מדרבנן ולא מכח השעבוד דאורייתא.

#### הסבר ב: שני דינים בשעבוד

הרב הרש"ר, בהערותיו לעליות דר' יונה (חוצ' מכוון התלמוד הישראלי השלם, עמ' תקמח-ט) דן בשיטת הרא"ש באריכות, ונביא את תמצית דבריו: לדעת הרא"ש בכל שעבוד יש שני דינים. הראשון - כפי שהזכרנו, שחיוב הגוף והמצוה לפרוע הם היוצרים את שעבוד הנכסים, וכשפוקעת המצוה - פוקע גם שעבוד הנכסים. כך הם הדברים ביחס ללוח עצמו, וכן ביחס ליתומים הנכנסים תחתיו ממש, וכדברי התומים שהבאנו לעיל.

אולם ישנו דין נוסף: חיוב המצוה עושה חלות שעבוד על הנכסים, באופן שיש למלוח זכות קנין וגביה בנכסים, אשר אותה אין הלוח יכול להפקיע ע"י מכירה, ואם ימכור הלוח את הקרקע - תהיה כבר קנויה למלוח לענין גביה.

לכן, אם הלוח מכר את הקרקע - אע"פ שהלוח מת אח"כ ופקע חיוב המצוה, מכל מקום יכול המלוח לגבות את הקרקע מהלקוחות, שהרי כבר חל קניינו של המלוח בקרקע זו משעה שמכר הלוח את הקרקע ללקוחות.

לעומת זאת, בירוש, כיון שאין כאן הברחת הנכסים ומכירתם, אלא הירוש נכנס תחת אביו, וכאילו עדיין ברשות אביו קיימי - לא יצא אל הפועל צד זה של השעבוד (שכן, רק לענין הברחה ומכירה חל הקנין הנ"ל בגוף הנכסים), ונשאר רק שעבוד הנכסים

30. עיין בקצות סו ס"ק כו, שהקשה מעין קושיא זו על התומים לענין ערב.

הכללי הנובע מהמצוה מדין ערב, וביתומים קטנים דלאו בני מצוה נינהו לא יגבו כלל.

### ו. יישוב פסיקת הרי"ף והרא"ש

בדעת הרי"ף והרא"ש להלכה ישנה לכאורה סתירה. מצד אחד, הרי"ף והרא"ש הביאו להלכה (ב"ב פג,א ברי"ף, רא"ש פרק י ס"י מט) את דברי רב פפא שסבר שעבודא דאורייתא, ופריעת בע"ח מצוה וכופין, אך מצד שני, בדין הגביה מיתומים, בו נחלקו רב פפא ורב הונא בריה דר"י, הם פסקו (ב"ב פא,ב ברי"ף, רא"ש פרק י ס"י מג) כרב הונא בריה דר"י שכל החשש הוא אימר צררי אתפסיה, אך במקום שאין חשש שכבר היה פרעון - גובים מיתומים קטנים. ודחו אם כן את דעת רב פפא שיתמי לאו בני מצוה נינהו ואין לגבות מיתומים קטנים.

אם כן, יש ליישב את פסיקת הרי"ף והרא"ש שפסקו במקום אחד כר"פ ובמקום שני כר"ה בריה דר"י.

### הסבר א: ע"פ הבי"ב והפרישה

נראה, שבניגוד לרמב"ן שלמד שלר"ה בריה דר"י ליכא מצוה, הרי"ף והרא"ש למדו שבין לרב פפא ובין לר"ה בריה דר"י פריעת בע"ח מצוה וכתוצאה מהמצוה חל השעבוד דאורייתא. אלא שנחלקו האם יתומים קטנים בני מצוה הם או לא. רב פפא סבר שיתומים קטנים אינם בני מצוה ולכן לא גובים מהם. ור"ה בריה דר"י סבר שכיון שמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם<sup>31</sup>, אע"פ שהיתומים קטנים - חשיבי כבני מצוה והשעבוד חל, ורק במקום שיש חשש פרעון - חיישינן שמא צררי אתפסיה ולא גובים מהיתומים.

כך עולה מלשון הרי"ף בב"ב (פא,ב ברי"ף) שכתב:

לרב הונא בריה דר"י יהושע דסבר מצוה על היתומים לפרוע חובת אבותון אבל חיישינן לצררי...

כך למדו בדעת ר"ה בריה דר"י גם הבית יוסף (סימן קה,א) והפרישה (סימן קז,א), עיי"ש. האמרי בינה (דיני הלואה ס"י ב ד"ה וכן נראה) הוסיף ובאר את הדברים: "ועל כרחך, אף דקטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו, היינו מצוה שהוא חובת הגוף, אבל לפרוע חובת אביהם דחל שעבוד אביהם בחייו על נכסיו מטעם המצוה - הוי כגזילה דמצווין להפרישן מאיסורא".

31. ראה לעיל הערה 27.

### הסבר ב: ע"פ הריב"ש

ניתן לבאר שהרי"ף למד שגם רב פפא וגם ר"ה בריה דר"י סברו ששעבודא דאורייתא, ושיש מצוה לפרוע ואם לא פורע - כופים. אלא שנחלקו ביחס שבין השעבוד והמצוה. רב פפא סבר שהשעבוד הוא תוצאה של המצוה, כפי שבארנו לעיל בדעת הרא"ש, ולכן ביתומים קטנים שאין מצוה - אין שעבוד. לעומתו, רב הונא בריה דר"י סבר, שהשעבוד אינו תוצאה של המצוה, אלא חל בפני עצמו, ולכן ביתומים קטנים, אע"ג דלאו בני מצוה נינהו - גובים מכח השעבוד, וא"כ יש חשש שהיה פרעון (צררי אתפסיה). כלומר, לדעתו, יש במקביל גם מצוה וגם שעבוד נכסים, וצריך את שניהם, כיון שיש מקרים בהם לא קיימת המצוה, כגון ביתומים קטנים, ויגבו מכח שעבוד הנכסים. וישנם מקרים בהם א"א לגבות מכח שעבוד הנכסים, כגון כשהבע"ח מבריה נכסיו, ויגבו מכח הכפייה על המצוה.

לפי הסבר זה יוצא, שהרי"ף הביא את דברי רב פפא להלכה במה שסבר ש"ד, ושפריעת בע"ח מצוה וכופין, אך למעשה לא קיבל את דעת רב פפא עצמו, שהשעבוד הוא תוצאה של המצוה, אלא את דעתו של ר"ה בריה דר"י, שהשעבוד חל בפני"ע, ובמקביל המצוה חלה בפני"ע.

כך למד הריב"ש את דעת הרי"ף להלכה. הריב"ש (סימן תפד) באר את מחלוקת רב פפא ור"ה בריה דר"י, שלרב פפא שעבודא לאו דאורייתא ופריעת בע"ח מצוה בלחוד (=דעת הריב"ש, ולא כרי"ף), ואילו לרב הונא בריה דר"י שעבודא דאורייתא, וב"ד יורדים לנכסיו מדינא, ופריעת בע"ח לאו מצוה בלחוד היא. כלומר, לכ"ע בפריעת בע"ח מצוה איכא, ואי אמר לא בעינא למיעבד מצוה, וא"א לב"ד לירד לנכסיו (=כגון כשמבריחן, עיין בריב"ש) בודאי מכין אותו עד שתצא נפשו.

ומוסיף שם הריב"ש וכותב: "וזהו שהרב אלפס ז"ל הביאה להא דר"י בפרק הכותב (כתובות מ"א, ברי"ף, שפריעת בע"ח מצוה ואי אמר לא בעינא - כופין), אע"פ שפסק כ"י הונא בריה דר"י בפרק גט פשוט (ב"ב פ"א, ברי"ף, שלא גובין מיתומים מחשש שצרי אתפסיה)".

הרי שלמד, שדעת הרי"ף להלכה, כר"ה בריה דר"י שיש שעבודא דאורייתא אשר חל בפני"ע (ולא כתוצאה מהמצוה), ובנוסף ישנה גם מצוה שניתן לכפות עליה<sup>32</sup>.

### פרק ד: הרמב"ן וסיעתו - ר"פ סבר שלי"ד.

הרמב"ן (בקידושין יג ובב"ב קעו) וראשונים נוספים למדו מדברי רב פפא בכתובות פ"א, ובב"ב קע"א, על פריעת בע"ח מצוה, שלדעת רב פפא שעבודא לאו דאורייתא, שכן

32. לשונו של הריב"ש "וזהו שהרב אלפס ז"ל הביאה וכו'" אינה מתייחסת לביאור דעת רב פפא, שהרי הריב"ש הסביר שלר"פ שלי"ד, ואילו ברי"ף מפורש שלמד שלר"פ ש"ד. אלא, היא מתייחסת לביאור דעת ר"ה בריה דר"י, אשר אותה פסק הרי"ף להלכה, שאע"פ שש"ד, מ"מ היכא דליכא אפשרות לגבות מכח השעבוד - כופין מכח המצוה, עיי"ש בריב"ש.

משמע מדבריו, שכל הגביה היא רק מכח המצוה ולא מכח שעבוד הנכסים. לדעתם, רב פפא ור"ה בריה דר"י אשר נחלקו מדוע לא גובים מנכסי יתומים קטנים, נחלקו בשאלה האם שעבודא דאורייתא או לא. רב פפא סבר שעבודא לאו דאורייתא, וכל הגביה היא מכח המצוה בלבד, ולכן ביתומים קטנים דלאו בני מצוה ניהו לא גובים. לעומתו, ר"ה בריה דר"י סבר שעבודא דאורייתא ולא מצוה גרידא, וא"כ גם ביתומים קטנים חייבים לפרוע, אלא דחיישינן שמא נתן כבר אביהם למלוה נכסים בשביל החוב (=צריי אתפסיה) ולכן לא גובים מיתומים קטנים.

בביאור סברתם יש לומר, שבניגוד לרא"ש שלמד שהשעבוד הוא תוצאה של חיוב המצוה, הם למדו שלמ"ד שעבודא דאורייתא עצם סיבת החיוב המחייבת את הלוח בשעבוד הגוף גורמת גם לשעבוד הנכסים, ולכן, למ"ד ש"ד אין צורך במצוה, שהרי הסיבה שתיצור את חיוב המצוה תיצור גם את חיוב הנכסים וניתן יהיה לגבות ישירות מהנכסים<sup>33</sup>, ואילו רב פפא המדבר על המצוה, בהכרח סובר שעבודא לאו דאורייתא, ועל כן צריך את המצוה.

בדרך זו נקט גם ר"ח מטעלו (נ"י יד) שכתב: נראה פשוט שלמ"ד ש"ד, יוצרת סיבת החיוב בהלוואה או בנוזיקין את השעבוד (ולא ששעבוד הגוף או מתן המעות בחלואה יוצר את השעבוד), עיי"ש<sup>34</sup>.

את דברי רב פפא בקידושין יג,ב: "מלוה ע"פ גובה מן היורשין - שעבודא דאורייתא", יישבו הראשונים באופנים שונים:

א. הראב"ד (הובא ברשב"א בקידושין) כתב שכוונת רב פפא לומר שהלכתא כמאן דאמר ש"ד. וזו לשונו: "הלכתא כמ"ד גובה מן היורשים דס"ל ש"ד (=ר"י יוחנן שהובא לפני כן בסוגיא), מיהו לאו מטעמיה, דלדידי (=ר"פ) של"ד סבירא לי, אלא כדי שלא תנעול דלת בפני לוי. ואזכריה לטעמיה התם (=בב"ב), ולא איכפת ליה לאזכורי הכא".

ב. הרמב"ן (נ"ב קעו) כתב שרב פפא הכי קאמר: אפילו למ"ד ש"ד גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות. גובה מן היורשים - כדינא שש"ד, ואינו גובה מן הלקוחות -

33. עיין בריטב"א בקידושין יג ובהערה 267 שלמ"ד ש"ד ליכא מצוה ובמשי"כ שם.

34. וכן נקט בקוב"ש (נ"ב שפא) וז"ל: "שעבוד נכסים אינו בתולדה משעבוד הגוף, אלא אותה הסיבה בעצמה שגורמת לשעבוד הגוף גורמת ג"כ לשעבוד נכסים, וסיבת החיוב היא הגורמת לשעבוד הנכסים" (וכן בקוב"ש ח"ב סי' יא, עיי"ש).

ואולם, את דעת הרמב"ן ניתן לבאר גם באופן נוסף: סיבת החיוב יוצרת אצל הלוח שעבוד הגוף, וכתוצאה משעבוד הגוף - חל שעבוד על הנכסים מדין ערב, או כתולדה משעבוד הגוף. (ולא כהסבר הרא"ש לעיל ששעבוד הנכסים חל רק כתוצאה מחיוב המצוה). וראה בר"ן (כתובות מד,ב ברי"ף) מה שהביא בשם ר"ת לבאר הדין של מוכר שטי"ח לחבירו וחזר ומחלו - מחול, ובקצות (סו ס"ק כו). וראה עוד בהערת הרב הרש"ר (עליות דר' יונה עמי תקמו-ז) שרצה לתלות ולומר שבזה נחלקו הרשב"א והריטב"א (מובאים לקמן באות ב, הדין בשטר וביאור סברת ר"פ ששלי"ד). הרשב"א למד שסיבת החיוב יוצרת את שעבוד הנכסים, ואילו הריטב"א למד שסיבת החיוב יוצרת שעבוד הגוף, וכתוצאה משעבוד הגוף חל שעבוד על הנכסים מדין ערב, עיי"ש.

דלית ליה קלא. באופן דומה נקט גם הריטב"א.

ג. התוס' רי"ד כתב שחעיקר כגמ' בב"ב שלר"פ שלי"ד, ובקידושין זו טעות סופר, וצריך לגרוס בדברי ר"פ כמו דבריו בב"ב.

#### א. יישוב דברי ר"פ "ואינו גובה מהלקוחות דלית ליה קלא".

על שיטה זו קשה מהסיפא של דברי ר"פ בב"ב: "ואינו גובה מן הלקוחות - דלית ליה קלא", והרי, אם ר"פ סבר שלי"ד לא צריך לטעם של לית ליה קלא, אלא מדינא אין לגבות מהלקוחות. הרמב"ן עצמו עמד על קושי זה ותירץ, שאע"ג דשעבודא לאו דאורייתא, מ"מ היתה הו"א שנתקן שיגבו מהלקוחות כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, כשם שמצאנו שתקנו במלוה בשטר שיגבו מן היורשים מטעם זה, ורק בגלל דלית ליה קלא, חששו להפסד הלקוחות והעמידו את הדין כפי שהוא מדאורייתא, ולא תקנו עליהם להפסידם. לכן ר"פ הזכיר בדבריו שלא גובה מן הלקוחות משום דלית ליה קלא.

יש להעיר, שרעיון זה מצוי כבר בדברי רבה בב"ב קעה,ב:

דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ אינו גובה אלא מנכסים בני חורין. מ"ט שעבודא לאו דאורייתא, ומה טעם אמרו מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים? כדי שלא תנעול דלת בפני לוי. אי הכי מלוה ע"פ נמי? התם לית ליה קלא.

הריטב"א הוסיף לבאר את ההבדל בין היורשים שתקנו שיגבו מהם, לבין הלקוחות שלא תיקנו לגבות מהם, וזו לשונו:

מלוה ע"פ גובה מן היורשין מתקנתא דרבנן שלא תנעול דלת בפני לוי, דהא ליכא פסידא ליורשין מדידהו מידי, ולהאי (=המלוה) אית ליה פסידא.

ואינו גובה מן הלקוחות, דאילו מדינא לית ליה למיגבי דשלי"ד, ותקנתא נמי לא עבוד בה ואוקמה אדינא משום דלית ליה קלא, ואינהו (=הלקוחות) לא אפסידו אנפשיהו, והאי (=המלוה) אפסיד אנפשיה.

#### ב. הדין בשטר, וביאור סברת ר"פ ששלי"ד.

בגמרא בקידושין יגב מובאות שתי מחלוקות בין שמואל ור' יוחנן האם ש"ד או שלי"ד. האחת - ביולדת שהביאה חטאתה ולא הביאה עולתה ומתה, והשניה - במלוה ע"פ. הגמ' הסבירה את הצריכותא למחלוקת הכפולה, שאם היינו מביאים את מחלוקתם רק ביולדת היינו אומרים שדוקא ביולדת סובר ר' יוחנן ש"ד מהטעם שמלוה חתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, אבל במלוה ע"פ אימא מודה לשמואל ששלי"ד.

מלשון הגמרא "ככתובה בשטר דמיא" משמע שגם למי"ד שלי"ד - בשטר הוי ש"ד<sup>35</sup>.

35. אא"כ נפרש שמשפט זה מתייחס לקול, ותו לא. (חצרת עורך).

לעומת זאת, בב"ב קעה,ב מובאים דברי רבה: "דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מ"ט שעבודא לאו דאורייתא".  
הרי מפורש, שלרבה הסובר שלי"ד, אפילו במלוה בשטר חוי שלי"ד.  
אם כן, יש ליישב את שני המקורות הללו.

### שיטת רש"י והרשב"א - התורה לא שיעבדה.

הרשב"א (בקידושין יג,ב ובגיטין נא,א) כתב ליישב סתירה זו, שאפילו למי"ד שלי"ד אי שיעבד נכסיו בפירוש בשטר - גובה מדאורייתא. כלומר, בב"ב שהזכיר רבה שמלוה בשטר חוי שלי"ד הכוונה לסתם שטר שלא שיעבד בו בפירוש. ואילו בקידושין שהזכירו "ככתובה בשטר דמיא" הכוונה למלוה הכתובה בשטר ששיעבד בו נכסיו בפירוש זהו ש"ד.

נמצא ששיטת הרשב"א, שגם למי"ד שלי"ד, אם ישעבד נכסיו בשטר בפירוש - מועיל<sup>36</sup>.

כשיטה זו סובר גם רש"י בקידושין (ד"ה לא דאורייתא) שכתב, שלדעת שמואל הסובר שלי"ד מלוה ע"פ לא משתעבדי, אך מלוה בשטר שהוא שיעבדו, דכתב ליה נכסי אחראין לך - משתעבדי.

את הסברא בשיטת רש"י והרשב"א ניתן לבאר, ששעבודא לאו דאורייתא הכוונה שבתורה קיים המושג של שעבוד, אלא שהתורה לא שיעבדה את נכסיו של האדם שיחיו כערב לחוב, אך אם האדם עצמו ישעבד את נכסיו בשטר - יועיל שיעבודו מדאורייתא<sup>37</sup>.

### שיטת הריטב"א - אין קנין לחצאין.

הריטב"א (ד"ה אמר רב יהודה) כתב: "והוי יודע דמאן דסי"ל שעבודא לאו דאורייתא, אפילו במלוה בשטר נמי איתא (=שלי"ד)". הוא מוכיח זאת מדברי רבה בב"ב קעה,ב: "די"ת

36. הרשב"א הקשה על עצמו, מתא דקיי"ל אחריות ט"ס, ואיכ כל מלוה בשטר, אע"פ שלא מפורש בו השעבוד צריך לגבות בו ויישב הרשב"א שכשיעבד נכסיו בפירוש בשטר - אלים כח השטר לשעבדן די"ת, אך כשלא שיעבד נכסיו בפירוש - לא אלים כח אחריות ט"ס למגבי מדאורייתא כיון שלא נכתב בפירוש בשטר. את דבריו ביאר הגר"ח מטעלו (בי"מ סי' יד) שלמי"ד ש"ד, סיבת החיוב שבהלואה יוצרת את השעבוד (ולא כתיבת השטר), והשטר הוא רק לקול. בהקשר זה אמרין אחריות ט"ס, שכוחה של אחריות ט"ס שאע"פ שלא נכתב בפירוש חוי קול. לעומת זאת, למי"ד שלי"ד, סיבת החיוב שבהלואה אינה יוצרת שעבוד, אך אם הוא עצמו ישעבד נכסיו בפירוש בשטר חוי שעבוד. בהקשר זה לא אמרין אחריות ט"ס, מכיון שאין בכח אחריות ט"ס ליצור שעבוד, אלא כל כוחה לחוציא קול.

37. עיין בקוב"ש (קידושין צח) שהמקור לדברי רש"י שאם שעבד בשטר בפירוש חוי ש"ד הוא מדברי הצריכותא: "מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא", ומשמע להדיא דבשטר לא פליגי ולכ"ע חוי ש"ד. ולמד רש"י שחטעם הוא משום דחוי שיעבדו בפירוש. והקוב"ש נשאר בקושיא מדוע במלוה הכתובה בתורה נאמר דחוי ככתובה בשטר בפירוש, הרי ליתא לחאי טעמא שחאדם בעצמו שיעבד. ואולי יש לומר שהכוונה שיש כח ומושג של שעבוד למצות התורה כאדם שכותב בפירוש, כיון שכשתתורה חייבה (במלוה הכתובה בתורה) היא הטילה את החיוב באופן המועיל ביותר.

אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מ"ט שעבודא לאו דאורייתא". ראייה נוספת הוא מביא מהגמרא בערכין כב,א שם ביאר רב פפא שהטעם שאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום דלאו בני מצוה נינהו, ולמד הריטב"א שהכוונה שם אפילו במלוה בשטר<sup>38</sup>, אלמא, מאן דסבר שלי"ד - אפילו במלוה בשטר הוי שלי"ד. את סברתו ביאר הריטב"א עצמו:

וטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, משום דסבר שאין הקנאה לחצאין. ושעבוד [הוי] קנין לחצאין, ולא חייל אנכסי דאיתנהו בשעת הלואה, וכ"ש אנכסי שקנה אחר שלוה, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לרשותו<sup>39</sup>.

לפי דברים אלו, ברור שלדעת הריטב"א, גם אם ישעבד הלוח נכסיו בשטר בפירוש לא יחול השעבוד מדאורייתא, שכן למי"ד שלי"ד לא שייך כלל מצב בו יחול שעבוד מהתורה כי אין הקנאה לחצאין.

את דברי הצריכותא בקידושין, שמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, שמשמע שאפילו למי"ד שלי"ד בשטר הוי ש"ד, ביאר הריטב"א (ד"ה צריכא) שהכוונה שאמנם לדעת שמואל שלי"ד אפילו בשטר, אך מ"מ מדרבנן תקנו שעבוד למלוה בשטר משום נעילת דלת. אי"כ, לדעת שמואל גם במלוה הכתובה בתורה להקדש (=יולדת) - מדרבנן צריך לחול השעבוד, ועל זה אמרה הגמרא ככתובה בשטר דמיא - שמשועבד מדרבנן. ואע"פ שלא שייך בהקדש החשש של נעילת דלת, מכל מקום חייבים לומר שתקנו שיגבו אף להקדש ולא פלוג, כדי שלא יהיה כח הדיוט חמור מכח הקדש.

יש לחעיר, שכבר התוסי' (ב"ב קע"ב, ד"ה ד"ת) כתב שבשעבוד לקוחות אע"פ שכתב ליה אחריות בהדיא, לאו דאורייתא הוי האי קנין, דמדאורייתא לא יכול לשעבד בחובו את נכסיו מן הלקוחות, אע"פ שיכול למכרן<sup>40</sup>.

אף התוסי' רי"ד (בקידושין, סוף ד"ה גובה) למד מהגמרא בערכין כב,א שלרב פפא אפילו

38. הריטב"א לא ביאר מהיכן למד כך, ובהערה 276 כתב המהדיר שלמד זאת מדברי ר' יוחנן, שבשטר שיש בו ריבית כן נזקקין לנכסי היתומים, ודייק הריטב"א שבשטר בלא ריבית אין נפרעים.

39. הקצות (לט,א) הרחיב רעיון זה וכתב שאפילו מי"ד ש"ד, גם כן ס"ל דאין האדם עצמו יכול לשעבד נכסיו משום שאין הקנאה לחצאין, אלא מה שנכסיו משועבדים זה לא מכח הלוח, אלא מכח שעבוד התורה.

בדומה כתב גם האמרי בינה (זיני הלואה ס"י ב) בבואו לבאר את דעת רשב"ם, שמצד הסברה לכ"ע אין קנין לחצאין. אלא שמ"ד ש"ד למד מהפסוק (יוציא אליך העבוט) שהתורה שיעבדה הנכסים אף לחצאין - כדי שישתעבדו לשלם החוב. ומי"ד שלי"ד למד מהפסוק מדבר על משכנו שלא בשעת הלואה, וא"כ אף מדאורייתא אין לנו מקור לשעבד הנכסים, וכל השעבוד הוא רק מכח תקנת חכמים כדי שלא תנעול דלת.

40. ועיין בקוב"ש (קידושין אות צה) שכתב, שדברי התוסי' הם לסוגיא בב"ב שמפורש שאפילו בשטר הוי שלי"ד. ודברי רש"י בקידושין, שבשטר בפירוש הוי ש"ד, הם אליבא דהסוגיא בקידושין שהזכירה שמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא. ומשמע שכוונתו שזו מחלוקת סוגיות, ועיין בהערה הבאה דעת הרי"ד.

שיעבד בשטר בפירוש - לא הוי ש"ד, וזו לשונו:

דהא התם (=בערכין) אין נזקקין לנכסי יתומים קא אמרינן, לשום שטר חוץ משטר עכו"ם שיש בו ריבית ושטר כתובה. הא לשטר מלוה, אע"פ שכתב בו אחריות נכסים אין נזקקין. ומפרש (=רב פפא) טעמא משום דפריעת בע"ח מצוה, ולא נשתעבדו הנכסים לאותה מלוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו. אלמא, אע"ג דמפרש בשטרא אחריות נכסים אמרינן דשעבודא לאו דאורייתא<sup>41</sup>.

התומים (לט,ב דף פט עמודה א) מצא בהמשך הגמרא בערכין ראייה נוספת שאפילו כששיעבד נכסיו בפירוש בשטר לא הוי ש"ד. הגמרא הקשתה על רב פפא מהמשנה "שום היתומים שלשים יום, ושום ההקדש ששים יום, ומכריזין בבקר ובערב". ורב פפא נדחק לתרץ שמדובר בבע"ח עכו"ם שקבל עליו לדון ביני ישראל. והרי, אם כששיעבד בפירוש בשטר הוי ש"ד, היה יכול לתרץ בפשטות שמדובר כששיעבד בפירוש בשטר.

### ג. למ"ד של"ד האם יורדים לנכסים.

בגמרא בכתובות פ"א מובא:

א"ל רב כהנא לרב פפא: לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאייעבד מצוה מאי? אמר ליה (=רב פפא): תנינא במה דברים אמורים במצות לא תעשה, אבל במצות עשה כגון שאומרים לו עשה סוכה - ואינו עושה, לולב - ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו.

ויש לברר, האם הכונה רק לכפיה בגופו או שגם יורדים לנכסים.

הרמב"ן (ד"ה ובמסכת כתובות) ביאר את תשובת רב פפא וכתב:

כלומר, וכאן נמי היו כופין אותו בין בשוטי בין במילי דאחרמתא ושמותי, אלא שאין יורדין מן התורה לנכסיו. ומה שכתוב בתורה תשלומין דנזקין ושומרים, לומר שהוא חייב לשלם ובי"ד כופין אותו על מצותו.

ואפשר, שבי"ד יורדין לנכסיו מן התורה, וזוהי כפיה שלו במצוה זו, ולא מיייתי החיאה דלולב איני נוטל מכין אותו אלא לומר שכופין על מצוה עשה.

הרי שהרמב"ן עצמו העלה את שתי האפשרויות ולא הכריע<sup>42</sup>.

41. על הסתירה בין דברי הצריכותא בקידושין, דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, דמשמע דמלוה בשטר לכייע הוי ש"ד, ובין דברי רבה בב"ב שאפילו בשטר הוי שלי"ד, כתב הרמ"ד (בקידושין, ד"ה דמלוה): "וי"ל שלש חלוקות בדברי". וביאור דבריו, שלדעתו יש ג' שיטות באמוראים: א) דעת עולא (בב"ב) וכן דעת ר' יוחנן ור"ל (בקידושין) - בין מלוה בשטר ובין מלוה בע"פ הוי ש"ד. ב) דעת רבה (בב"ב) - בין במלוה בשטר ובין במלוה בע"פ הוי שלי"ד. ג) דעת רב ושמואל (בקידושין) - במלוה בשטר מודו דהוי ש"ד, ובמלוה ע"פ הוי שלי"ד. ועיין כסף הנבחר אות ש כלל קנב, שכך ביאר את דברי הרמ"ד.

42. ואולם, ברמב"ן בב"ב (קעה,ב ד"ה ואיכא דקשיא) כתב בסתמא: "כיון דפריעת בע"ח מצוה מן התורה וכופין על מצות עשה, אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מצות עשה שלו בעל כרחו".

### שיטת הראב"ד והרשב"א: לא יורדים

בספר התרומות (שער סא ח"ב דין ב, עמי תתקכז-ח) הביא בשם הראב"ד שלרב פפא אי אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה אלקויי הוא דמלקינן ליה עד דעביד לה למצוה אבל למיחת לנכסיה לא נחתינן.

בדרך זו נקט גם הרשב"א שכתב (שו"ת הרשב"א ח"ג סי' ט, וחי"ד סו"ס קנב) שלמ"ד שלי"ד ב"ד כופין אותו אלא שאין יורדים לנכסים.

### שיטת הריטב"א: יורדים

הריטב"א פירש שכוונת רב פפא בתשובתו היתה שכשם שבלולב מכין אותו עד שתצא נפשו, הכי נמי בבעי"ח כופין אותו, ועד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו, כיון דמצוה דממון היא<sup>43</sup>.

האמרי בינה (דיני הלואה סי' ג) כתב שלסוברים דנחתינן לנכסי, הוא מצד התקנה או הפקר ב"ד. ואולם, יש להעיר שברמב"ן שהבאנו לעיל כתב שעל הצד שב"ד יורדים לנכסיו, זה מהתורה, שזוהי כפיה שלו במצוה זו. ובקוב"ש (ב"ב תרסח) כתב, שכיון שנתנה תורה רשות לכפותו בגופו, מזה נלמד דאפשר לכפותו בממונו, דלא מסתבר לומר שנתנה תורה רשות לכפותו בגופו ולא בממונו.

בשערי יושר (שער ה פרק ב) הקשה, היאך מתקיימת המצוה של פריעת חוב ע"י שב"ד יורדים לנכסיו ונותנים למלוה, הלא כל זמן שלא יאמר רוצה אני לא יזכה הבעי"ח בנכסי הלוה, כיון שאין לו בהם שום זכות למ"ד שלי"ד?

ויישב, שאע"פ שאין לו בגוף הנכסים שום זכות בעולם, מ"מ, כיון שיש לו זכות בגוף המתחייב (=שעבוד הגוף של הלוה) על הסכום הזה, בשעה שיגיעו הנכסים לידיו ע"י גבית ב"ד הריהו זוכה בהם, ועי"ז מתקיימת המצוה שהרי נפרע החוב.

הקצות (רצ ס"ק ג, לט ס"ק א) כתב, שכיון שהירידה לנכסים היא מכח כפיה על המצוה, היינו דוקא בפניו. אבל שלא בפניו - אין יורדים כלל לנכסיו, דליכא תורת כפיה על המצוה שלא בפניו. והביא כן מהרמב"ם ביחס למצות צדקה (מתנות עניים פ"ז, ה"ט), עיי"ש דבריו באריכות.

ואולם, בקוב"ש (ב"ב תרסח) הקשה על כך, דכיון דבפניו יורדים לנכסיו אפילו צווח איני רוצה, למה לא נרד לנכסיו שלא בפניו, נהי שבגופו א"א לכפותו שלא בפניו, אבל בממונו

43. עיין בריטב"א שכתב שהירידה לנכסים היא דוקא בגביה מהלוה עצמו, שיש עליו המצוה לפרוע מהפסוק "וחאיש אשר אתה נושה בו יוציא אלך את העבוט החוצה". אבל מהיורשים לא כופים כי אין עליהם מצוה דאורייתא ממש דעשה, אלא רק מצוה בעלמא כדי שלא יהיה אביחם לוח רשע ולא ישלם, ולכן לא כופים. ובתוספות (כתובות פ"א, ד"ה פריעת) כתב שהטעם שלא כופים ביורשים משום דמצותם הוי משום כבוד אב, והוי מ"ע שמתן שכרה בצידה, דלא כייפינן עלה. ועי"ע במש"כ המחזיר בריטב"א בהערה 268.

אפשר לכפותו גם שלא בפניו. ואילו היה אפשר להכותו שלא בפניו, היו מכין אותו גם שלא בפניו. וראה בקצות (רצ ס"ק ג), שהביא שלדעת מוהר"ם המובא בהגהות מיימוניות (ה' ת"ת פ"א אות א) מבואר דאפילו שלא בפניו יורדים לנכסיו לקיים מצות עשה שלו<sup>44</sup>.

### פרק ה: פסיקת ההלכה

התוספות בב"ב (קע"א ד"ה גובה) פסק כתירוץ ר"ח, שבמלוח הכתובה בתורה הוא ש"ד, ובמלוח רגילה הוא שלי"ד<sup>45</sup>. כלומר, להלכה במלוח רגילה פסק שלי"ד.

לעומתו, הרי"ף (ב"ב פג"א ברי"ף) למד שדעת רב פפא ש"ד, ופסק להלכה כמותו.

אף הרמב"ן (בקיודשין יג ובב"ב קע"א), הרשב"א והריטב"א שלמדו שרב פפא סבר שלי"ד, לא קיבלוהו להלכה, והוכיחו שלהלכה קי"ל שעבודא דאורייתא, עיין בדבריהם.

הרמב"ם (מלוח ולוח י"א, ד) והטור (פ"ח, לח) פסקו אף הם שקי"ל שעבודא דאורייתא.

בפוסקים מקובל שקי"ל להלכה ש"ד. ראה: עיר שושן (לט, א, קד, א), המהרש"ל (שי"ש ב"ק ס"י טז), סמ"ע (סט ס"ק א), ביאור הגר"א (לט ס"ק ג, פו ס"ק כח, קז ס"ק א, ועיין יו"ד שה ס"ק כט), קצות החושן (קד, ח), פתי"ש (לט, א בשם משכנתא יעקב ס"י כא) ועוד.

אמנם, הש"ך (לט, ב) דן בכך באריכות, והסיק שזה ספיקא דדינא, אך התומים (לט, ב אורים, וראה גם תומים קד, ל) הוכיח שרוב הפוסקים ס"ל דשעבודא דאורייתא, וכתב שאין לומר קים לי כמיעוט הפוסקים דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. וכן כתב בערוך השלחן (לט, ב) שקי"ל ש"ד כרוב הפוסקים והאחרונים ודלא כש"ך.

44. על חכפיה וירידה לנכסים במצות צדקה וריבית עיי' בקצות (רצ, ג ולט, א), ובשערי יושר (שער ה פרק ב), ובחידושי ר' שמואל לב"ב (ס"י י"א) ואכמ"ל.

45. התוספות סיים: וכן עיקר. וראה הגחי חב"ח על הרי"ף ב"ב פב, ב ברי"ף אות ב.

## השוואה בין הודאת בע"ד לענין שבועה וממון

הודאת בעל דין כמאה עדים ואינו יכול שוב לחזור בו וכתבו הראשונים שלמדים מהכתוב: אשר יאמר כי הוא זה ובמודה במקצת הטענה הדברים אמורים שחייב שבועה על השאר הרי שאני סומכים על הודאת בעל דין (רש"י קידושין סה,ב ד"ה הודאת).

מצאנו הבדלים בין הגדרת ההודאה המחייבת שבועה לבין ההודאה המחייבת ממון.

א. בשבועה ישנו דין של שתי כסף כמובא לעיל לעומת זאת ודאי שהודאת בע"ד לענין ממון מחייבת אף בפרוטה.

ב. למדנו בגמרא בשבועות מ,א - טענו חיטין והודה לו בשעורין פטור, ר"ג מחייב. ובגמרא בב"ק לה,ב חידש רבה בר נתן שפטור אף מדמי שעורים. היינו שרבנן לא רק שפוטרים משבועת מ"מ אלא ישנה פה מחילה או הודאת בע"ד נגדית שפטור מדמי שעורים.

**תוס' בשבועות הקשה** - מנין לרבה בר נתן חידוש זה

**ותירץ** - שרבה בר נתן למד שגם ר"ג פטור מדמי שעורים. ובסברה זו (של מחילה והודאה) לא פליגי ולכן מחלוקת רבנן ור"ג קיימת רק לענין השבועה.

**ה"ל התוס'** - "דאע"ג דמיפטר מדמי שעורין אף לר"ג אפ"ה חשיב ליה הודאה" ולכאורה זה קשה כיצד יתחייב ש"ד כשאין פה חיוב ממון במקצת!<sup>1</sup>

**ומסביר הגרש"ש** (שעורי הגרש"ש ב"ק סי' לא) - שיש להקדים ולחקור מהי הסיבה שחייבה התורה שבועה במודה במקצת.

**אפשרות אחת** - הודאה על מקצת התביעה היא הוכחה לתביעתו של התובע. רגליים לדבר שאכן הוא טוען אמת. כאפשרות זאת משמע מתוס' (ב"מ ד,א ד"ה הצד) וזה לשונו: "לכשמודה במקצת נראה דמשני ולכך יש שבועה". לעומת זאת מתוס' בכתובות (יח,א ד"ה מפני) יש להוכיח אחרת.

**תוס' כתבו** וזה לשונם - "מודה במקצת יש לחשביעו שחייב לו ממון שהודה וע"י כך מגלגל עליו שבועה כעין גילגול".

**נלמד מהתוס'** - שהגדר הוא שחיוב הממון גורר את חיוב השבועה כעין גילגול. לאור הקדמה זו מתרץ הגרש"ש שאף שההודאה במקצת לא חייבה ממון מכל מקום הוכחה טענת התובע וחוזקה וממילא סיבת השבועה קיימת אף שאין חיוב ממון וכמו שהבאנו

---

1. עיי' תוס' הרא"ש שם מבואר שחשוב הודאה כיון שהודה לו "אלא שהוא פטור מדמי שעורים היות שלא תבעו שעורים הרי שמחלם". התומים (פח ס"ק ה) ונתה"מ (ס"ק ג) כתבו בדעת תוס' שהמחילה היא בשתיקת התובע לאחר הודאת הנתבע נמצא שבשעת ההודאה היה חיוב תשלומין ודבריו מבוארים בתוס' הרא"ש. (עיי' בנתה"מ שלרמ"ה שחסביר טעמו של רבה בר נתן שפטור מדמי שעורים מחמת השטאה קשה מדוע ר"ג מחייב שבועה, ע"ש).

בשם תוסי' בב"מ הני"ל.

וא"כ למדנו שישנה הודאה שלא מחייבת ממון וכן מחייבת שבועה. מאידך גיסא מצאנו הודאה שמחייבת ממון ואינה מחייבת שבועה. הרשב"א בתשובה כתב (מובא בב"י סימן עה וסימן סז) שהודאה הבאה מתוך כפירה אף שמחייבת ממון אינה מחייבת שבועה. לאור כל הני"ל צריך לומר שאין כוונת רש"י שהגדר של הודאת הממון כפוף לשבועה אלא שמתוך דין התורה של שבועת מודה במקצת שמענו שישנה הודאה המחייבת ממון.

והתורה חידשה בפרשה אחת גם את ההודאה המחייבת ממון וגם את השבועה אבל אין כוונת התורה להשוות את הגדרים.

ולפי זה צריך עיון על קצוה"ח (סימן פא ס"ק כב) שכתב - "ובעיקר הדין של השולחן ערוך דלא כתוספתא דתני בהדיא הודאת בע"ד כמאה עדים אימתי בזמן שתובעו והודה אבל אם הודה מפי עצמו יכול לחזור שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, כבר השיג בזה בש"ך ס"ק נו וע"ש דמאסף לכל הפוסקים דס"ל דלא מהני הודה מעצמו לבד זה השאיר והיא דעת התוסי' פרק הגוזל וכמבואר אצלנו בס"ק י...וכן נראה דכיון דהודאת בעל דין כמאה עדים אתי מקרא דכתיב "כי הוא זה" הרי שסמך התורה על מקצת הודאתו וכמו שכתב רש"י בפרק "האומר" והתם ודאי בעינן תובעו וכמו שכתבו הרמב"ן והר"ן בפרק שבועת הדיינים שבועות מ,ב דכל שקדמה הודאת הנתבע לתביעת התובע לאו מודה במקצת הטענה הוא א"כ אין לנו אלא בתובעו והודה"<sup>2</sup>.

ולפי דברנו אי אפשר להשוות בגדרי הדין בין שבועה לממון וכן הקשה ה"חלקת יואב" (מהדו"ת ס"י יח) מנלן שהודאת בע"ד יותר ממאה עדים. הרי כשישנו חיוב שבועה אין זה מוכיח על נאמנות יותר מעדים ובכל זאת מצאנו שהודאת ממון מחייבת גם כשבאו עדים ופטרו אותו והוא רוצה לחזור בו. וכן הודאה לקטן אינה מחייבת שבועה. ובכל זאת את הממון חייב לשלם.

ועל קושיית "החלקת יואב" מנלן להודאת בעל דין יותר ממאה עדים, תירץ הרה"ג חגי איזיר שליט"א - שבמקום הודאה לא מקבלים העדים, ז"א שכל בירור העדים ניצרך ומתקבל כשקיים ספק, אבל כשיש הודאת בע"ד אין דיון ואין ספק ועל כן אין צריך את בירור העדים.

2. מדברי הקצות עולה שתוסי' חולקים על הר"ן בשבועות שכתב שאם הודאה יצאה בפטור פטור אף אם נשאר בהודאתו ולקצוה"ח לא מיקרי הודאה (ראשונה) כלל.

## חזרה מטענה לטענה ובפרט מטענה בטעות

### ראשי פרקים

- |         |   |
|---------|---|
| א. מבוא | 2. מחלוקת ר"מ - ר"י מגש אי מהני בכלל חזרה |
| ב. רקע  | 1. אין אדם טוען וחוזר וטוען - טעמים       |
|         | 2. יכולת החזרה מפטור לפטור                |
|         | ג. החזרה ע"י אמירת נזכרתי / טעיתי         |
|         | 1. כשהודה מתחילה                          |
|         | 2. כשנתחייב ע"י איני יודע                 |
|         | ד. ביאור התועלת שבאמירת נזכרתי            |
|         | ה. ביאור דיני טעיתי                       |
|         | ו. מחלוקת אם צריך סיוע עדים או די במיגו   |

### א. מבוא:

בשו"ע חו"מ סי' פ מבואר שאין אדם טוען וחוזר וטוען טענה אחרת והיינו מטענת חיוב לטענת פטור. אולם מטענת פטור יכול לחזור בו ולטעון טענת פטור אחרת. אמנם מצינו שאף מחובה חוזר בו באופנים שונים כגון במפרש דבריו הראשונים או בטענת השטאה השבעה וכיוצ"ב.

מוקד המהלך שיובא לקמן הוא מעמדה המשפטי של טענת נזכרתי או טעיתי בדברי הראשונים ועוד כיוצ"ב אמירות בעלות תכונות משותפות להן. שהרי בחזרה מעין זו בסיטואציות שונות אין לכאורה את החסרון המצוי בד"כ בחזרה רגילה שמשמעותו היא אי מיהמנות של הדובר. שהרי אמנם "שר השכחה" שולט אצל בשר-ודם (כלשון הרשבי"א בשו"ת ח"ו רלח) ע"כ יתכן שיש בטענה מעין זו ליגטימיות מסויימת.

מאידך ברור הוא שכדי להוציא דין לאשורו חייב ביה"ד להשתמש בכלים ובטענות שאינן נזילות אלא מוצקות<sup>1</sup> אפשר לעשות בהן שימוש ברור כדי להגיע לחקר האמת או עכ"פ לטוב והישר<sup>2</sup>.

הטענות נזכרתי וטעיתי מצויות בחו"מ באופנים שונים ונטענות ע"י דוברים שונים - תובע נתבע ועד. אנסה מעט עד היכן שידי מגעת וזמני מתיר לרכז את השייך לבירורינו

1. ע"ע כיוצ"ב בספר עין זוכר לחיד"א ערך מלקות אות כ וכן בערה"ש העתיד הלי סנה' נח ס"ב ביחס לקבילות התשובה בבי"ד שלמטה.

2. שו"ת הרא"ש קו.

לעורכו, ולברר מתוך ההלכה את שורשי הגיונה (בעיקר אצל בעלי הדין) אגב כך יתלבנו בעייה יסודות נוספים בהלכות מרכזיות אחרות בהלכות טוען ונטען ועדות.

יצויין שבמהלך הדברים חסרה לי משענתם של אחרוני האחרונים שכמעט לא מצאתים עוסקים ביסודות הנושא האמור. עייכ יש עוד הרבה מקום לברר ולעיין בדברים.

## ב. רקע

כדי להבין את התועלת שיכולה לצמוח מטענת נזכרתי וטעיתי יש להרחיב מעט את היריעה בשורשי החזרה מטענה לטענה במקום שהחזרה אינה מתקבלת - מחובה לפטור. ובמקום שהיא אפשרית - היינו מפטור לפטור.

### 1) אין אדם טוען וחוזר וטוען

בשו"ע פ,א - "מי שטוען בביד טענה אחת ונתחייב בה אינו יכול לטעון טענה אחרת שסותרת הראשונה אבל אם בא לתקן טענה ראשונה ולומר כך נתכוונתי ויש במשמעותה לשון שסובל זה התיקון שומעין לו" עכ"ל השו"ע. ומקורו מן הגמ' ב"ב לא,א "זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה היא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה". דלאביי אין השני זוכה אלא הראשון אולם "הדר א"ל אין דאבהתך היא וזבנתה מניה והאי דאמרי לך דאבהתי דסמיך לי עלה כדאבהתי - טוען וחוזר וטוען או אין טוען וחוזר וטוען, עולא אמר טוען וחוזר וטוען נהרדעי אמרי אינו טוען וחוזר וטוען ומודי עולא היכא דא"ל של אבותי ולא של אבותיך דאינו טוען וחוזר וטוען..." מחלוקתם האם פרשנות מחודשת לדברים שנאמרו על ידו מועילה אם לא וקי"ל כעולא דמהני אולם במקום שאין אפשרות לפרשנות של הדברים שנאמרו בפנים אחרות לכוי"ע אין טוען וחוזר וטוען.

ואף דמשמעות השו"ע דדוקא בנתחייב בטענתו אינו חוזר בו. הסכימו הסמ"ע והש"ך דאפי' לא חיבוהו ביי"ד אלא שנראה מטענתו שיתחייב בה, כבר נמנעת החזרה.

ויש מקום לדרוש ולהבין בטעם הדבר שהרי אמנם בעדות מצאנו שאינו יכול לחזור בו מעדותו אולם התם גזירת הכתוב היא "אם לא יגיד ונשא עונו" דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד<sup>3</sup> אך הכא בבע"ד מה גרעה נאמנותו לטעון טענתו השנית מנאמנותו בתחילה לטעון כל שעולה בדעתו.

ויש לומר בזה הסברים בשני כיוונים מרכזיים, האחד משום דכשטוען בראשונה הרי זו הודאת בע"ד שכל טענה אחרת אינה נכונה<sup>4</sup> וכ"ש כשמשמעות הטענה הראשונה היא חיוב כלפיו יש בזה הודאת בע"ד שהיא כמאה עדים ושוב אינו יכול לטעון אחרת. (כמו שעדים אינם חוזרים בהן וכש"כ).

3. סמ"ע כט סק"ד "דמשמע דכל שלא הגיד ראשונה נושא עוון ולא מהני מה שיבא לחזור בו".

4. כעין כל האומר לא לוייתי כאומר לא פרעתי.

דרך נוספת לביאור הדין הוא דכשטוען וחוזר בו וטוען טענה אחרת יש בטענה השנייה "רעותא" דהא נסתרת היא ע"י הטענה הראשונה שטען וע"כ אינו נאמן בה. אפשרות נוספת לביאור מניעת החזרה שהיא למעשה סניף של הלך המחשבה השני שציינתי היא הרעיון שהעלה הרדב"י בשו"ת ח"ג סי' תקי"ג וז"ל "שאם לא תאמר כן (=שאסור לחזור) לא שבקת מקום לשום פסק דין דאם תבע את חבירו מנה ואמר הן וחזר ואמר לחד"מ אם אתה אומר יכול לחזור לא יוכל הדיין לפסוק שמיד שיראה שרוצין לחייבו יעקק מטענה לטענה - אלא כיון שיודה שוב אינו יכול לחזור ולכפור ואם חזר אינו כלום ופוסקין הדין ע"פ טענה הראשונה כיון שטענתו האחרונה סותרת הראשונה" עכ"ל. כלומר סיבת מניעת החזרה מגמתה דיון תקין בבי"ד. אולם למעשה הרעיון שעומד בבסיס הדבר הוא אי יכולת קבלת טענות סותרות מצידו, ולכן ציינתי אך כסניף לטעם שיוגדר מעתה - "רעותא".

נפ"מ משמעותית שיש בין שני האופנים היא במקום שיש עדים המסייעים לטענה השנייה (וכן סיועים אחרים כמינו וכדו' וכדלקמן) דמהני לטעם הרעותא אך לא נגד הודאת בע"ד שהיא כאמור כק' עדים.

ואמנם הרמ"א ריש סי' פ' כתב דלא מהני חזרה אף כשעדים מסייעים לטענה השנייה אי"כ נראה להדיא מדבריו דס"ל דמניעת החזרה היא מהטעם הראשון דהודאת בע"ד וכ"כ ערה"ש (פ,א) מפורשות.

נפ"מ נוספת שתתכן בשתק תחילה ואח"כ טען. דלכאוי לטעמא דהודאת בע"ד ס"ס שתיקה כהודאה אולם לטעם דרעותא הרי אינו סותר דבריו הראשונים כי לא אמר דבר. (אולם יתכן דכיון ששתיקה היא כהודאה יש כאן רעותא כשכעת טוען וצ"ע) - באופן זה היה מקום לבאר מח' מהרי"ו והגמ"י שהובאו ברמ"א פ,א אם חוזר בו אחרי שתיקה דלמהרי"ו (סי' עז) אינו חוזר<sup>5</sup> וכן רא"ש כלל סד. ולהגמ"י פ"ו דטו"נ יכול לחזור בו וכן הסכים השי"ד, והרמ"א פסק כמהרי"ו (ולדברינו כשיטתו דס"ל טעם דהודאת בע"ד) וכן מצאתי ברשב"א בשו"ת ח"ב סי' שייג.

ובספר ברכת אברהם (לבי"ב לא,א) תלה חקירה זו בבי' פירושי הרשב"ם בי"ב לי ע"ב ד"ה הי"מ דשם בגמ' האחד טוען על הקרקע שנות חזקה אחר שקנאה מפלוני והשני טוען שיש לו שטר שפלוני מכרה לו לפני ד' שנים, ומבואר בגמ' דכיוון ששנות חזקה מתפרשים אף ביותר מג' שנים אי"כ ביש לו עדי חזקה לג' שנים קודם תאריך השטר של השני כלומר סה"כ ז' שנים נאמן (כעולא דלעיל דיכול לפרש דבריו הראשונים כשיש בהן משמעות הפרוש) וכתב הרשב"ם בפירושו הראשון דאיירי' שהעדים מעידין על כל ז' השנים וליש מפרשים אי"צ עדים לכל השנים דאם כוונת הגמ' לכך אי"כ אין חשיבות לכך ששנות חזקה משמען בלשון בני"א אף יותר מג"ש דס"ס יש עדים שמעידין כן אי"כ מה צריך פרשנותו של בעה"ד. ומשמע דלפרוש הראשון עדין צריך שיהא כן משמעות לשון בני"א דאם המשמעות היא דוקא ג"ש לא מהני עדות העדים די' שנות חזקה

5. ומקורו כתובות צד,א מהני תרי אחי או שותפי דאית להו דינא בהדי חד... דאם איתא במתא אבעי למיתני. אלמא כיון ששתק הוה כהודה שחברו שפיר טען. ואינו יכול שוב לבא ולטעון.

ואף אם יחזור ויאמר כוונתי ל' שנים (אף בחזר בו קודם הגדת העדים דלא תימא דחזר בגללם וכדלקמן) והוא משום דאין טוען וחוזר וטוען הוא מטעם דטענתו הראשונה היא הודאת בעי"ד ולא מהני עדים כנגדה. ברם ליש מפרשים דביש עדים לכל השנים אי"צ שיחא במשמעות דבריו הראשונים כפרשנותו, דאפי' פרשנותו סותרת להן בכ"ז מהני חזרתו ע"י סיוע העדים, דטעם דהטוען אינו חוזר וטוען לאו משום הודאת בעי"ד אלא רק משום דיש בחזרתו רעותא וע"כ מהני סיוע העדים. והנמו"י (טז, א בדפי הרי"ף) כתב כצד הראשון ברשב"ם הביאו הבי"י ס"ס פ וז"ל "כתב הנמו"י בפרק חזקת אהא דאמרין עביד איניש דקרא לשני טובא שני חזקה, נראה מכאן דאפי' הוה מייתי סחדי לקיים מה שחזר וטען לא מהני ליה היכא דהוה חוזר וטוען וכן מבואר בתשובת הרשב"א" עכ"ל וזהו למעשה מקורו של הרמ"א שהבאתיו למעלה.

ואמנם צריך ביאור לצד דמניעת החזרה היא מטעם הרעותא וכפי היש מפרשים ברשב"ם מדוע ליכא הכא הודאת בעי"ד דהא סו"ס הודה ואולי י"ל דכיון שאין כאן גזירת הכתוב דלא לחזור כמו שבעדות אי"כ יש מקום לומר דהטענה נחשבת להודאה רק כשיותר לא חוזר ממנה, אך בחוזר אזי הטענה החדשה היא ההודאה הנוכחית. כלומר כיון שאין מניעה לחזור לולי טעמא דרעותא (לצד הזה) אי"כ הטענה מתגבשת כטענה מוגמרת רק בשלב הסופי שלה וממילא לא שייך הודאת בעי"ד כנגד חזרה של בעי"ד עצמו, דהשלב הסופי הוא כשכבר לא חוזר יותר.

## 2) יכולת החזרה מפטור לפטור

עוד מבואר בשו"ע סי' פ: "בד"א שאינו טוען וחוזר וטוען לסתור טענתו הראשונה כשנתחייב בדין בטענה ראשונה אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה יכול לחזור ולטעון ולזכות בטענה האחרת" עכ"ל.

והביא הסמ"ע לטעם הר"י מיגש וז"ל בסק"ד "דאמרין מה לו לשקר אי בעי הוה עומד בטענתו הראשונה" כלומר הטעם שיכול לחזור בו הוא משום מיגו, וכיוצא בהג"א (פ' חזקת הבתים סי' ט) ומפורש יותר ברשב"א (שו"ת ח"ו ר"ח) וז"ל "אפי' כבר בבי"ד ואמר לא לויתי וחזר ואמר לויתי ופרעתי נאמן מיגו דאי בעי עומד בטענתו שלא לזה ואין לך מיגו יותר חשוב ממנו" עכ"ל.

והקצוה"ח בסק"ג דחה לטעם זה דהר"י מיגש והרשב"א משום דאי"כ בבאו עדים לבסוף והכחישו טענה הראשונה הא בטל המיגו וממילא בטלה ג"כ נאמנות דבריו השניים" וכמו באמרה אשת איש אני וגרושה דנאמנת משום הפה שאסר הוא הפה שהתיר אי"כ באו אח"כ עדים דהיתה אשת איש (דדוקא בשבויה הקלו בכח"ג) והא אצלנו דוקא בבאו עדים קודם שחזר בו אינו נאמן דהוחזק כפרן אבל באו לבסוף ח"ו נאמן. ואומנם הרמ"ה ס"ל דהיכא דאח"כ באו עדים נגד טענתו הראשונה שוב אינו נאמן בשניה. מ"מ הר"י מיגש חלק עליו<sup>6</sup> ואי"כ קשיא לטעמיה.

6. וכן הר"מ פ"ב מגרושין בזה כר"י מגש ודלא כרמ"ה.

לכך כתב קצוה"ח הטעם דחוזר מפטור לפטור דכיון דעדן לא נתחייב לא שייך הודאת בע"ד. וכן באר לפוסקים לשנא "דאי בעי עמד בטענתו הראשונה" דעדן לא נתחייב בה ולכן יכול לחזור ולא נחשבת להודאת בע"ד. כלומר דלהדיא ס"ל לקצוה"ח בד"כ טעמא דהודאת בע"ד אלא שמגביל את החלת תואר זה על חזרה מחיוב, לעומת חזרה מפטור דאין ביה מניעה<sup>7</sup>. אולם פשט הר"י מגש, והרשב"א להדיא, דס"ל טעמא דמיגו צ"ל דס"ל דיש איזו מניעה אחרת בחזרה שבאה לידי ביטוי בחזרה מהפטור דאל"ה אי"צ למיגו כלל ואפשר לומר דהמניעה נובעת מהרעותא שנוצרת בסתירת הטענות וכש"כ ליש מפרשים ברשב"ם.

והנה רבי שמואל רוזובסקי<sup>8</sup> בחידושו לבי"ב סי' ח הביא דס"ל לר"י מגש ולהלכים בשטתו ג"כ טעמיו דהודאת בע"ד אולם זהו רק בחזרה מחיוב וכפי קצוה"ח אולם בחזרה מפטור דליכא להודאת בע"ד יש לחסרון שנוצר מהרעותא הנ"ל ולכן בעי למיגו. כלומר דחסרון זה נמצא תמיד אולם מסתתר הוא מאחורי הטעם דהודאת בע"ד ואין בו צורך אולם במקום שיורדת ההודאה חוזרת ונעורת הרעותא וכ"כ להוכיח ברמב"ן. ועפ"ז מתורצת קושית הקצוה"ח על הר"י מגש דהא דבד"כ לא מהני המיגו כשבאו אח"כ עדים שסותרים לטענה הראשונה הוא משום דאף דנשאר למיגו ההוכחה שהוא דובר אמת מדיכל לטעון טענה אחרת אולם לא די בזה אלא בעי ג"כ לכח הטענה שנובע מהמיגו שיכל לטעון אחרת ובבאו עדים תו ליכא לבע"ד הכח הזה דהא סתרו העדים לטענה הראשונה. כיוצ"ב הוא בטוען פרוע על השטר במיגו דמזויף ואח"כ באו עדים המקימים לשטר דבטלה נאמנותו דלא מהני המיגו. אולם אצל החוזר מפטור לפטור כיון שהטענה השניה יש לה כח בפני עצמה ואינה צריכה לכח הנובע מהראשונה אלא שכל הגרעון שבה הוא הרעותא הנובעת מהסתירה שבין הטענות, לזה די בהוכחת אמיתות דבריו שע"י המיגו ובזה אין העדים פוגעים.

החקירה שהצגתי האם בחזרה מפטור לפטור יש צורך במיגו בגלל חסרון שקיים בחזרה בנוסף (ברי' שמואל) או במקום (כש"כ לרשב"ם) הודאת בע"ד, או שאין צורך בו משום דמניעת החזרה היא רק מטעם הודאת בע"ד והכא ליכא לטעם זה - תהא בה כבר השי"ך ע"ט סקכ"ג דכתב שם ביחס לחוזר בו מפטור לפטור מחמת קול שבאים עדים לסתור טענתו הראשונה דהרמ"א כתב דבקול מפורסם אי"א לו לחזור וכתב השי"ך דלא דמי לסי' עב"ח, דהתם איירי בדבר שנאמנותו רק במיגו וכשיש קול מפורסם בטל המיגו, אולם הכא אי"צ למיגו להאמן (קצוה"ח) ואח"כ כתב וז"ל "דאולי יש לקיים דברי הר"ב דכיון דהא דחוזר וטוען אפי' מפטור לפטור טענה גרועה היא מדהדר מטענה קמייתא וכדמשמע בטור בשם הר"י מיגש דלא מהימן אלא משום מיגו דאי בעי קאי בטענה קמייתא ומפטור אי"כ הכא אמרינן דלא בעי קאי בטענה קמייתא משום שהקול מפורסם וליכא מיגו ודמי לדלעיל סי' עב"י. עכ"ל.

7. כלומר שללא דבריו היה מקום לומר דיש הודאת בע"ד ג"כ בטענת הפטור או משום דמודה שכל טענה אחרת היא שקרית, או משום דאף בפטור יש נפ"מ מחייבת כגון שבאו אח"כ עדים וכו'.

8. מעין דבריו כתב ג"כ ר' אלחנן בקוב"ש ב"ב קיא-קיב אם כי לא פרש מדוע מפטור לפטור בעי מיגו וצ"ל כדברינו.

ואמנם יש לאמץ את דברי ר' שמואל ביחס לר"י מגש והרשב"א ולומר דאומנם אין הטעם דרעותא עומד בפני"ע אלא רק בצילה של ההודאה המונעת בעד בעה"ד לחזור בו לפטור דהא מצאנו להדיא דתרוויהו ס"ל לטעם דהודאת בע"ד ואף בצורה קיצונית יותר מראשונים אחרים - והוא בדין החוזר ע"י שאומר נזכרתי וכפי שיבואר לקמן במוקד הברור. וזאת למרות שהם הם הסוברים לטעמא דרעותא דהא בעו מיגו.

עפ"י י"ל דהיי"מ ברשב"ם שהובא לעיל דעה יחידאה היא שאינה מקובלת בראשונים ובאחרונים כפי שמשקף מהם. או שיש למצוא ביאור אחר למח' הפירושים ברשב"ם הני"ל ודלא כפי שביאר הברכת-אברהם.

עוד מקום יש להוסיף לביאור הנתיבות ליכולת החזרה מפטור לפטור דכתב וז"ל (ע"ט סק"ד) "דכל דהוא פטור אינו מדקדק בטענות הבאות לפטורו וחשבינן כאילו לא אמרו כלל" כלומר דמפטור לפטור לא נתשבת חזרתו לחזרה אלא כאילו טענה כעת לראשונה, ואף דנראה דטעם זה עומד בפני עצמו ודלא כר"י מיגש זכיון דתו ליכא הודאת בע"ד אי"כ יכול לחזור וא"צ למיגו. בספר אבי עזרי לרא"מ שך זצ"ל (טו"י פ"ו הל' ג, ה) באר לנתיבות דאדרבא אזיל בשיטת ר"י מגש ומשלים לו דהא תמוה היאך יועיל המיגו להודאת בע"ד. לזאת כתב דמפטור לפטור ליכא הודאת בע"ד מפני שלא דייק (לעומת קצוה"ח דסבר דליכא כלל הודאת בע"ד בטענת פטור וכש"כ ר' אלחנן) אולם כיוון שעדין אפשר שדקדק חזרתו אינה מתקבלת לולי המיגו שכתב הר"י מגש והרשב"א ע"י"ש.

העולה מן האמור הוא כי אי יכולת החזרה מחובה לפטור אף כי מצאנו ברשב"ם רמז לכך שיתכן שאינה נובעת מהודאת בע"ד אלא רק מהרעותא שבעצם החזרה אולם הדרך המקובלת יותר לבאר וכן פסק הרמ"א היא משום הודאת בע"ד שבטענת החיוב הראשונה, ועפ"י לא תועיל לחזרה סיוע של העדאת עדים וכ"י"ש לא יועיל מיגו.

אמנם חזרה מפטור לפטור אפשרית לטעם דהודאת בע"ד משום דהכא ליכא הודאה וכש"כ קצוה"ח דבטענת פטור ליכא הודאה או כש"כ הנתיבות משום דאין אדם מדקדק בטענות פטור איזו מהן לטעון. אולם לולי דברי הרב שך בר"י מגש שכתב דס"ל רק החסרון דהודאת בע"ד, יש מקום לומר שברדת טעם ההודאה (כגון מפטור לפטור בין מטעם הקצוה"ח ובין מטעם הנתיבות), נעור חסרון הסתירה שבין ב' הטענות (רעותא) ובעי מיגו כדי להאמן בטענה השנית וכש"כ הר"י מגש והרשב"א ע"פ באור ר"ש רוזובסקי.

### ג. חזרה ע"י אמירת נזכרתי / טעיתי

לאור האמור יש לבחון את מעמדה של החזרה מחובה לפטור ע"י אמירות המרככות את החזרה כמו נזכרתי / טעיתי, שהרי אי יכולת החזרה מחובה לפטור היא בחזרה סתמית שאמר בתחילה דבריו ואח"כ גרס אחרת בסתם, אולם בד"כ אדם החוזר בו מטענה לטענה יאמר טעיתי בתחילה וכעת נזכרתי וכיוצ"ב. ואומנם מצאנו בזה, בפוסקים אפשרויות חזרה בתנאים מסוימים וכפי שיבואר וזאת חרף המתבקש מן הדברים שהעלנו בתחילה שמניעת החזרה נובעת מהודאת בע"ד וא"כ היאך יחזור בו מהודאתו.

## 1) דין הודה ואח"כ אמר נזכרתי

הר"מ פ"ז מטו"נ ה' ז - "מי שהודה בבי"ד שאני חייב לזה התובע מנה ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו טובו זה שהודיתי בו והרי עדים היו עדות מועלת ועושין על פיהם שהרי לא הכחיש עדין ואינו כאומר לא לויתי מעולם" וכתב המ"מ - "דין זה שכתב רבינו לא ידעתי לו עיקר בגמ' אבל דברים של טעם הם" ואחרונים תרו למצוא מקור לר"מ מהגמ' (שעהמ"ש קלח, זכ"ו) והגר"א ע"ט סק"ט כתב דמקורו מהנהו גנאי דגיטין י"ד וכ"כ בעל הגדו"ת, דהתם ע"פ חישובם בתחילה נתחייב האחד סכום כסף שהקנה לחברו ע"י מע"ש, אולם אח"כ כשעשה החשבון בפניע מצא שטעה, ומבואר בגמ' דקנין בטעות חוזר ומבואר ברי"ף ור"ת ור"ת דאירי או שהודו לו בעלי הדין או שידוע היה שטעו ע"י עדות עדים, א"כ העולה דע"י עדים נאמן לומר שטעה למרות הודאת בע"ד דידיה.

הרשב"א בחידושו לבי"מ ג ור"י מגש לשבועות מא חלקו על הר"מ מסוגיות הגמ'. הרשב"א מהגמ' "מה לפיו שכן אינו בהכחשה" דמשמע דלא מהני חזרה אף ע"י עדים (לעומת עדות ששיכת בה הכחשה).

והר"י מגש מסוגיה דשבועות מההוא גברא דאמר לחבריה הב לי מאה זווי דאוזיפתן א"ל להדי"מ אזל אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה" דמשמע התם דאף בחזר בו לומר כדברי העדים לא מהני. וכתב וכן הביא סה"ת (שי"א, ח"א, ג) בשמו דאין הבדל בין הודה וחזר או שההודאה נוצרה ע"י הכחשת עדים, והשו"ע בסי' ע"ט, פסק כפי הר"מ דמהני החזרה ע"י סיוע העדים. וביחס לסיוע של מיגו לחזרת בע"ד איתא בשו"ע קכו, יג. אחר שכתב דמהני עדים לומר טעיתי בחשבון (גינאי) הביא מח' די"א דמהני לומר טעיתי במיגו דלהדי"מ או במיגו דפרעתין וי"א דלא מהני המיגו. עוד ביחס לחזרה בסיוע המיגו הביא הרמ"א בסי' פא, כג דאין המודה יכול אח"כ לומר טעיתי שהודתי במיגו דהחזרתי.

## 2) בע"ד שנתחייב כשטען איני יודע ואח"כ חזר בו ע"י שטען נזכרתי

בשו"ע ע"ט, ט מביא המחבר דין חזרה מפטור לפטור וז"ל השו"ע "אינו מוחזק כפרן א"כ כפר בבי"ד ובאו שני עדים והכחישוהו אבל הטוען להדי"מ וחיבוהו שבועה וכשבא לישבע חזר וטען פרעתי או איני יודע, או שטען הלוה איני יודע וחזר וטען לויתי ופרעתי הואיל ולא הכחישוהו עדים אלא שמדקדק בשבועתו לעשותה כתקנה כיון ששתי הטענות באות לפוטרו ישבע שאינו יודע ויפטר". והביא הש"ך דאיני יודע שכתב השו"ע היינו איני יודע אם נתחייבתי אבל באיני יודע אם פרעתי כיון שדינו להתחייב א"א לחזור בו. והוכיח כן מלי השו"ע "כיון ששתי הטענות באות לפוטרו". וקשה דהרמ"א ע"ט, ט כתב באיני יודע אם פרעתי דיכול לחזור בו ע"י שיאמר נזכרתי שפרעתי (גשם מרדכי). ושם הביא הש"ך סקכ"ט למהרש"ל דהרמ"א קאי לדברי שער רב אלפס דס"ל דבאיני יודע אם פרעתי עדין בעי התובע שבועה כדי ליטול וכיון שכן, אין אמירת איני יודע אם פרעתי

9. ומבואר בש"ך פ"ח סקל"ב ו- פ"א סקנ"ו ובעוד מקומות דהודה היינו ע"י תביעת התובע דאילו בהודה מעצמו נאמן לחזור בו ולומר טעיתי אף בלא סיוע עדים וע"ע לקמן.

חיוב גמור על הלוה דחסרה שבועה ומי יימר דמשתבע, אבל לדין דס"ל דבאיני יודע אם פרעתי אי"צ לשבועת התובע ק"ל להלכה דאינו יכול לחזור בו דהוא מחויב לפטור. ואולם השי"ך אצלו בסי' עט סק"כ כתב דאומנם הטוען ששכח וכעת נזכר שפרע מהני ליה שיאמר נזכרתי ע"מ שיוכל לחזור. ובזה איירי הרמ"א, אולם הכא בסי' עט איירי בטוען בתחילה איני יודע בשקר וכעת חוזר בו דלא מהני אף דהחזרה היא מאיני יודע. וכיוצ"ב סתם הסמ"ע עה סקכ"ו דבאיני יודע אם פרעתי כיון שלא הודה לו בתחילה שעדין חייב לו לכן יוכל לחזור בו ונראה דר"ל דדוקא ע"י נזכרתי מדלא הזכיר לשו"ע ע"ט, דשם לא מהני אמירת איני יודע לשיוכל לחזור בו וכשי"כ השי"ך.

וכן קצוה"ח עה סק"ז דחה לשי"ך שם סקכ"ט מהא דבתובע דאמר בתחילה איני יודע אם נתפרעתי דבזה אינו מקבל ומ"מ עדין יכול לחזור בו שנזכר שלא נתפרע וכפי השו"ע נט וכיוצ"ב שי"ך סה סקע"ו וע"ע לקמן משמע דיכול לחזור מאיני יודע ע"י נזכרתי אף כשהאיני יודע הוא טענה שלמעשה מחייבת אותו ולא רק לפי שערי רב אלפס. עוד כיוצ"ב בשו"ת יהודה יעלה ח"ב סי' קצ"ו דהביא לשי"ך הנ"ל בשם הרש"ל וכתב דאף לשערי רב אלפס תמוה שיוכל לחזור מטעם שכתב הרש"ל אלא הטעם שחוזר הוא משום דאיני יודע לנזכרתי לא מחשב חזרה ולכן קי"ל כרמ"א אף דלא קי"ל כשערי רב אלפס (עוד הביא שם להקשות מהרמ"א ע"ט, דאמר איני יודע מה אתה אומר שיכול לתקן דבריו ע"י ש והא לרמ"א אי"צ לתקן דבריו דמהני שיחזור ממש ע"י נזכרתי). אי"כ היוצא דחוזר בו מחויב לפטור כשהחויב הוא איני יודע והחזרה ע"י נזכרתי.

ואומנם היה מקום לבאר את יכולת החזרה מאיני יודע כפי שהעלה קצוה"ח ע"ה סק"ח והוא משום דאיני יודע אם פרעתי חיובו אינו אלא משום ספק גזל, ואי"כ אין הדין מחייבו אלא הוא עצמו מסופק ולכן כשחוזר ואומר נזכרתי וטוען ברי יוצא מהספק גזלי עכ"ל קצוה"ח. עפ"ז עיקר יכולת החזרה היא מפני החסרון שבחיוב ולא מפני אופן החזרה. אולם קצוה"ח עצמו נסתפק בזה דאולי גם באיני יודע כשחל עליו חיוב ודאי ע"פ דין, מצד משאיל"מ כגון נ"י ידענא נ"י לא ידענא - יוכל לחזור ואדרבא רצה להוכיח כן מתובע דחוזר בו מטענת איני יודע אם נתפרעתי, וכתב דתלוי זה בטעם דאיני יודע אם נתפרעתי אינו זוכה ואכמ"ל<sup>10</sup>. והאבני"ז (חוי"מ פט) לא נסתפק בזה וז"ל "וה"ה באומר איני יודע באופן דהוי מחויב שבועה ואיני יכול להשבע וחוזר ואמר נזכרתי שנאמן" עכ"ל.

#### ד. ביאור התועלת שבאמירת נזכרתי לצורך חזרת בעה"ד

אחר שנכתנו לראות שההלכה מקבלת במגבלות מסוימות את הטענה נזכרתי / טעיתי (לעיתים באופן מוחלט ולעיתים ע"י עדים או אף במיגו או אולי כלל לא וכפי המחלוקות

10. עוד הביא קצוה"ח שם והנתיבות סק"ח לכה"ג דחוכיח מלשון הטור והשו"ע דבמשאיל"מ שנוצר כתוצאה מע"א, לא יכול לומר נזכרתי אח"כ (לעומת איני יודע אם פרעתי דאף שחייב מ"מ יכול לומר נזכרתי) ובארוהו הקצוה"ח והנתיבות דבאינו יכול להשבע נגד העד יש כאן לעד נאמנות לממון כבי' עדים (כביאור הראשונים בסוגיה דנסכא דרב אבא) ולכן אין יכולת חזרה לבע"ד כנגד נאמנות ב' עדים.

(ע"י מאמרו של הרב יוחנן גבאי בגליון זה). הערת המערכת.

שהובאו ויבוארו לקמן) יש מקום לבאר כיצד הטענה פועלת והיאך נגזרות ממנה החלכות השונות והמחלוקות שבהן כל זאת לאור העובדה שבארנו שחזרה כשלעצמה מעמדת חיוב יש בה חסרון של הודאת בע"ד שבה אף עדים המסייעין אינם מועילים.

ואמנם בשלמא באומר איני יודע אם פרעתי<sup>11</sup> ורצונו לומר דכעת אינו זוכר י"ל דהפתח להשלמת דבריו השאיר כבר בתחילה, וליכא תו הודאת בע"ד דהכשיר את הקרקע מראש לאמירת "נזכרתי". וכ"כ האבני"ז חו"מ פט וז"ל: "ולא דמי למודה שחייב ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי שאינו נאמן דשאני התם דסותר למה שאמר תחילה אלא אומר מוטעה הייתי ע"כ אמרינן הודאת בע"ד כק' עדים דמי (באופן עקרוני לולי שנאמר שה"נזכרתי" יש בו תועלת לחזרה) כשם שעדים שהעידו ואח"כ אמרו מוטעים היינו הוי תוזר ומגיד כך זה, אבל באומר איני יודע ואח"כ אמר נזכרתי אינו סותר דבריו הראשונים שאומר, שאמת אמר תחילה איני יודע אך עכשיו נזכר וידע" עכ"ל. (אמנם באומר איני יודע אם פרעתי ללא אזכור של כעת וכיוצא"ב יש בזה איוו סתירה כשאומר בסוף שיודע שפרע וחילוק כעין זה מצאנו בדברי הרא"ש גבי חזרת עדים וע"ע בפרק העוסק בחזרת עדים) אבל כשאינו מקדים ואומר בתחילה שאינו יודע, היאך מתאפשרת חזרתו וצ"ל שהמפתח הוא באמירה "נזכרתי" ואותה יש לבאר, והוא דטענת נזכרתי / טעיתי מהווה "אמתלא" ותירוץ למה שטען תחילה אחרת מטענתו הנוכחית אף שלא היתה טענתו הראשונה נכונה, וממילא מסירה האמתלא את הודאת בע"ד שבטענה הראשונה ופורצת דרך לליגטמיות של טענה חדשה. ואמנם כן הגדיר האו"ש פ"ג מעדות ה' ה"י<sup>12</sup> וז"ל: "דהך דנזכרתי הוי כמו אמתלא טובה ומוכרחת" וכן בשו"ת יהודה יעלה ח"ב חו"מ קצו הגדיר כן חזרה זו דשם איירי בלוה שתחילה טען פרעתי והמלוה הכחישו וטענו זה על זה עד שנתרצה הלוה וכתב לו חיובו באומרו שכיוון שהמלוה טוען כך לבטח הצדק עימו, אחר חודש טען הלוה שזכר שאמנם כבר פרע בתחילה, בתשובתו השווה דין זה לרמ"א עה, ט דמאיני יודע יכול לחזור בו שזכר (כיון שהודאתו היתה מתוך אי ידיעה) אולם כתב דכיון שעשה מעשה כתיבה לא מהני חזרתו דאפי' בנותן אמתלא אחר שכתב אינו חוזר וכפי הדין ביו"ד קפ"ה בלבשה בגדי נידות דלא מהני אמתלא מטעם זה כפי הרשב"א.

מעתה בשלמא בחזרה מאיני יודע אם פרעתי אתי שפיר דאחר החסרה של הודאת בעת"ד<sup>13</sup> ע"י האמתלא דנזכרתי לא שבה ועלתה הרעותא שבסתירת הטענות, דליכא הכא שום סתירה בדבריו ביחס למה שאירע במציאות שהרי בתחילה אמר שאינו יודע ולא נתן גרסה סותרת לאשר ארע ממה שגרס כעת. אולם בחזרה מהודאה המחייבת לפטור ע"י טעיתי בהודאתי אחר שירדה הודאת בע"ד ע"י האמתלא יש אומנם רעותא אך אי"כ

11. ע"ע קצוה"ח פ, סק"ב כשסבר הלוה בטענת איני יודע שלו שפטור בה, האם יש בזה מינו לחאמיט ואכמ"ל.

12. שכתב לישב קושיית קצוה"ח עה סק"ז (חחילוק בין חזרת בע"ד לחזרת עד) ולקמן יובא האו"ש בענין חזרת העד.

13. אפי' אם נאמר בכה"ג שיש בע"ד.

מה החילוק בין דין זה לדין חזרה מפטור<sup>14</sup> הא סו"ס האמתלא מורידה את הודאת בעה"ד. וי"ל דשאני התם דע"פ טענתו הראשונה ליכא כלל הודאה ומעתה כשחוזר ס"ל לקצוה"ח דליכא רעותא ולר"י מגש והרשב"א יש רעותא המצריכה חיזוק הטענה החדשה ע"י מיגו. אולם הכא דחוזר מחובה הטענה כשלעצמה יש בה הודאת בע"ד אלא שאנו מסירים את ההודאה ע"י האמתלא אולם זה א"א אלא ע"י אמתלא ניצחת אולם טעיתי סו"ס יש בה חסרון דשוברה בצידה דטוען בטעות לכן א"א להשתמש בטענה זו כאמתלא גמורה אלא ע"י סיוע עדים (או מיגו - וכפי שיבואר) ברם לר"י מיגש ורשב"א דכל חזרה מטענה לטענה יש בה רעותא שמצריכה מיגו (ודלא כקצוה"ח) א"כ בודאי שלא יכולה לשמש אמתלא כלל ולכן לדעתם א"א לחזור ע"י טענה זו כלל.

אופן נוסף להבנת התועלת שב"טעיתי" יש לומר לפי המרדכי פי' חז"ה ס' תקכד הובא ברמ"א פא,כג ביחס לאומר לתובעו אין החפץ שאתה תובעני שלך אלא של פלוני וז"ל "מיהו יוכל אח"כ לומר טעיתי בהודאתי ושל אחרים הם במיגו דהחזרתים לאותו פלוני, אבל לא יוכל לומר טעיתי בהודאתי ושלי הם ואע"פ שיש לו מיגו, דהודאת פיו עליו כעדים ולא יוכל לומר אח"כ טעיתי אע"פ דיש לו מיגו". והביאור במרדכי דחזרה משל פלוני לשל אלמוני כיון שאין בה חזרה מהודאת בע"ד אלא מחובה לחובה החסרון הוא הרעותא שבחזרה. או במילים אחרות אמירת טעיתי כשהיא משקפת את החזרה היא טענה גרועה וכלשון המרדכי "ואע"ג שטעיתי טענה גרועה היא מ"מ כיון דאיכא מיגו נאמן כדאשכחן בתלמוד טובא טענות גרועות דבלאו מיגו לא מהמנינן ליה ע"י מיגו מהמינינן ליה" אבל כשחוזר מחובה לפטור כאן חזרתו נתקלת בהודאת בע"ד שהוא כק' עדים ואינו יכול לומר טעיתי ואפי' ע"י מיגו ברם טעיתי ע"י סיוע עדים מהני וצ"ל כוונתו דטעיתי היא טענה לגיטימית בחזרה מטענה לטענה, כלומר מעין טענה חדשה שיכולה להאמר במצב מסוים של טענה שקדמה לה, אך אינה נחשבת לאמירה הסותרת לטענה הראשונה, אלא ששוברה בצידה דהיא טענה גרועה ולכן מחובה לחובה די בחיזוק הטענה ע"י המיגו. אולם מחובה לפטור היא כנגד הודאת בע"ד וא"א לקבלה א"כ באה בסיוע עדים דאז העדים הם הגושפנקא לטענה ויכולה להאמר וממילא החזרה מתקבלת אבל מיגו אפי' לצד שהוא בירור הוא אינו בירור מוחלט (וכפי הסברא המבארת מדוע לא אמרינן מיגו להוציא דהוא אינו ברור מוחלט ומועיל להחזיק אך לא להוציא) כצ"ל למרדכי דא"א לפרשו באופן הראשון דאם טעיתי הוא אמתלא א"כ בטלה הודאת בעה"ד ומדוע כתב דיש עדין הודאת בע"ד וכן מדוע צריך עדים נסתפק במיגו כמו בחזרה מחובה לחובה (דהא לא ס"ל למרדכי את הנימוק האחר שמצריך עדים "דייק" וכפי שאכתוב לקמן).

נפ"מ אפשרית בין שני הביאורים היא בסוג המעמד שארעה בו ההודאה דלמרדכי כל אימת שנחשבים דבריו להודאה כגון בפני עדים תו לא מהני המיגו אולם לפי הדרך הראשונה שהבאנו שלפיה הצורך בעדים נובע מהחסרון במיגו וכפי שיבואר לקמן יתכן שחסרון זה עולה רק במעמד משמעותי יותר, ואולי להפך.

14. דהכא הדין אם צריך סיוע מיגו או עדים או דשום סיוע לא מהני ואילו בחזרה מפטור תחום הדין הוא אם צריך בכלל מיגו אם לאו.

## ה. ביאור דיני טעיתי

### 1) מחלוקת אם צריך סיוע עדים או די במיגו

להשלמת התמונה בדיני טעיתי יש עוד לבאר המחלוקת והדינים השונים כפי המובא לעיל יסוד דין טעיתי הוא מהא דגיטין יד מעשה דהנהו גנאי דעי' הרייף ורי"ח ורי"ת אפשרות החזרה היא רק עיי' עדים המסייעין (וכפי שבארנו משום הרעותא שבחזרה) הסיק מכך התוס' שם ד"ה ולא פש דלא מהני מיגו מהא דבעי עדים ולא מהני ליה במיגו דפרעתי והוכיח כן מהגמ' דשבועות לח בהודה במנה ולמחרת אמר להדי"מ דחייב משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי והא הודה בתחילה במנה, ולא מהימן לומר טעיתי בהודאתי במיגו דפרעתי וכ"כ הרא"ש והר"ן שם (והוכיחו כן מבי"ב קעה ואכמ"ל) והטעם דכיון שהודה בפני עדים דייק בדבריו ואנן סהדי דלא טעה. וא"כ לומר טעיתי במיגו הוא מיגו נגד עדים דלא מהני. (ורק מפטור לפטור מהני המיגו דבטענת פטור אדם אינו מדקדק כ"כ לברור לו טענת הפטור וכש"כ ר"א וסרמן בקוב"ש ב"ב קיב) אולם בתירוץ הראשון כתב הר"ן דאה"נ מהני המיגו, והביא הב"י בס' קכו לתרוצים וכתב דבתירוץ הראשון ס"ל לבה"ת דמהני מיגו אף בכה"ג מיהו יחידאה הוא לית הלכתא כוותיה.

ואולם היסוד למסקנת התוס' אינו מוצק שהרי הגמ' איירי בקנין דמע"ש שנערך בינהם וכיון שקנין לכתיבה עומד לכן אינו נאמן לומר פרעתי במקום הקנין וא"כ נפל המיגו, כ"כ הרשב"א בגיטין לישב קושיית התוס'. וכתב הפני"י (שם) דכן ס"ל לרוב הראשונים, אמנם מהתוס' נלמד דס"ל דנאמן לומר פרעתי בקנין (או דשאני גנאי וכפי שכתב הפני"י לישב עיי"ש) ומח' זו הביא הרמ"א בס"י ע"א. ופסק שם הש"ך דאינו נאמן לומר פרעתי דכן ס"ל לרוב פוסקים וכ"כ בס' ל"ט סק"י<sup>15</sup>, ועפ"ז צ"ל דהכא בעי עדים משום דליכא מיגו אולם במקום שיש מיגו י"ל דמהני וליכא החסרון דדייק (דאין לו מקור) וכך צ"ל לטה"ת דלעיל.

והש"ך ס"ל כן דכתב בס' פ"א, כג על דברי הרמ"א בשם המרדכי (בי"ב תקד - הבאתיו למעלה)

---

15. שורשי המח' אם נאמן לומר פרעתי במקום קנין נמצאים בסוגיין דגיטין י"ד ועוד בכתובות כ"א בכותב עדות על השטר אפי' כמה שנים והביא הרי"ף לר' האי דהיינו עדות בקנין, וקשה דניחוש לפרעון. והביא הר"ן לרמב"ן דתירץ בשם הגאונים דאומנם אחר לי יום אין כותבין דחוששין לפרעון. והרשב"א תירץ דכיון שסתם קנין לכתיבה עומד אינו נאמן לומר שפרע דלא היה פורע שהיה חושש שנכתב או יכתב שטר (וכש"כ הסמ"ע ע סק"י). ומכאן למדו ברמב"ן דס"ל דנאמן לומר פרעתי במקום קנין מדלא תירץ כרשב"א וכן למד האמרי"ב ב"ב בס' לט. והגרי"א ע סק"י והש"ך שם (אף שהביא ברמב"ן גם מקור הפוך) וכן הש"ך ל"ט סק"י בנה קושייתו על התלות שבין אמירת פרעתי ליכולת הכתיבה של השטר. (ואף שהיה מקום לומר דאמנם לעולם נאמן לומר פרעתי במקום קנין בסתם הלואה. ואפי"ה אין כותבין אחר לי יום מכיוון שיש חשש פרעון במציאות דרוב אין פורעין אלא אחר לי יום. ולרמב"ן ג"כ י"ל דאמנם אין נאמן שפרע ומי"מ אין כותבין מחשש פרעון) והרמב"ן בגיטין יד שהביא לקושיה דמדוע לא מהני מיגו הביא לגי' התירוץ (אכן מהני, ליכא מיגו, דייק) וכתב ביחס לפרעתי במקום קנין לשון וי"א. ומי"מ מדהביא לתרוץ התוס' אין הוכחה דס"ל ונאמן לומר פרעתי בקנין דהרמב"ן לטעמיה דשלא בפני המלוח ל"א סתם קנין וכו' (הובא בשו"ע ל"ט, ד).

דלא מהני מיגו (מטעם - דאחר הודאת בעייד אייא להאמן עיי מיגו וכשייכ למעלה) וכתב השייך דליכא ראייה מגיטאי וכשייכ הרשבי"א ועייכ מהני המיגו ודחה להוכחת התוס' משבועות לח וכתב דהתם לא איירי באומר טעיתי אלא באומר לא היה לך מעולם עייש. והובאה מח' זו התלויה בתרוצי הר"ן בשו"ע קכו, יג בדין עיינתי בחושבני וטעיתי וזייל ייש מי שאומר שטאמן לומר טעיתי במיגו דלהדי"מ או מיגו דפרעתך ויש מי שאומר דאינו לומר טעיתי דאין כאן מיגו דהוי כמיגו במקום עדים<sup>16</sup> דלא שכיח שטעה אלא אדרבא אדם מדקדק היטב קודם שיוודה עכ"ל השו"ע וכתב הרמ"א וכייל עיקר<sup>17</sup>.

למ"ד דלא מהני המיגו מטעם דהוא במקום אגן סהדי דדייק בהודאתו, כבר הזכרתי למעלה שיש לדון באיזה מעמד צריכה להיות ההודאה ע"מ שנאמר שודאי דקדק בדבריו (וזאת לעומת שיטת המרדכי דלעיל דכל מקום שאמירתו הראשונה נחשבת להודאה - ממילא לא מהני המיגו) המהרי"ק סי' סה הביא דרך בבי"ד או בהודאה בצירוף קנין בפני עדים מדקדק, אבל בסתם בפני עדים אינו מדקדק דכתב דאף מיגו אי"צ. והשייך (פא סק"ס) חלק בזה דעכ"פ בעי למיגו (בהודה בפני עדים). ובשו"ע קכו, יג, משמע דמח' תוס' - סה"ת אם מהני המיגו איירי אף בלא עדים וכן למד הסמ"ע סק"ט אך יש לזכור דשם איירי בקנין דמע"ש ועוד הביא הסמ"ע דבבי"ד משמע דדוקא בהודה בעדים לית למיגו וכן הרא"ש. ואומנם אין מוכרחים לומר כן בשו"ע ומה שכתב "לא המחיה בעדים" קאי אמיגו דלהדי"מ דאיירי בו השו"ע דאם היו עדים אייא לומר להדי"מ וכייכ השייך סק"ס דמסתבר דאגן סהדי הוא בעדים (למ"ד שיש אגן סהדי ודלא כשטתיה) וכן הדעת נותנת דבלא עדים אין אדם מדקדק (דהא אף יכול לחזור מטענה שחוץ לבי"ד).

וכן פסק הרמ"א שם, אמנם בכת"י הביא מח' ופסק דנאמן שטעה במיגו (וכי"ש בכתב על פנקסו דזה לא נחשב לאמירה וא"צ אף מיגו לבטלה וכשייכ הרמ"א פא, כג בשם המהרי"ק). ואולם למ"ד שאין מקבלין המיגו בהודאה כתובה (שטר, כת"י) גם סיוע עדים לא יועיל לפי הטעם דטעיתי הוא מצד אמתלא דלי"א אמתלא היכא שעשה מעשה (וכשייכ בשו"ת יהודה יעלה לעיל בחזור מאיני יודע לפטור)<sup>18</sup> ועפ"ז קשה לשייך סק"ז שבאר לרמ"א בסי' עט, שחזר לכאוי על דברי השו"ע בסי' ב' וכתב השייך דקמ"ל דמהני טענת נזכרתי בצרוף עדים בשטר וכת"י, והא בכת"י אי"צ לרמ"א עדים אלא די במיגו ובשטר דהוא מעשה הא מבטל לכל יסוד ה"נזכרתי" היינו האמתלא וי"ל הרמ"א לשטתו בסי' פא דחביא למרדכי והוא הרי ביאר לטעיתי לא מצד אמתלא כשייכ לעיל וא"כ אין החסרון של עשה מעשה.

בעוסקינו באופן החזרה באמירת נזכרתי אייא שלא לציין לשייך שבאר דההודאה שעסקנו בה היא כשבאה עיי תביעת התובע אולם במודה מעצמו כתב (פא סק"ב, פא סק"ג) שיכול

16. כטעם הר"ן וכי ודלא כמרדכי שחביא הרמ"א בסי' פא.

17. עוד הובאה המח' באו"ת בקיצור כללי מיגו לכנת"ג כו-כו.

18. אומנם זה אינו מוכרח שיתכן שלמעשה יחשב רק אקט שיש לו משמעות מחייבת באופן בלתי הפיך וכת"י הא אפשר לומר פרעתי (כבסי' סט) עפ"ז מובן הדיון בפא, יז, ברמ"א ובנו"כ מתי מהני לומר אמתלא דהשטאה בכת"י עייש.

לומר נזכרתי שטעיתי בהודאתי אף בסתירה מוחלטת לדבריו הראשונים אף ללא עדים המסיעין והוכיח כן לפוסקים<sup>19</sup>. והדין נובע מהפה שאסר וכ"כ ע"פ תוספתא ריש ב"מ דבהודה מפי עצמו יכול לחזור עייש (ודוקא עיי נזכרתי וכדו' ולא בחזור סתם) ומבואר זה היטב עיי שטא' ישחפה שאסר אינו מיגו אלא נאמנות על הדבר אף יותר ממיגו דהא ס"ס הכא יש אן סהדי דדייק והיאך מהניא חזרתו אעייכ הפה שאסר אינו מטעם מיגו (וכשייכ רביס עיי מחניא פייח מאיסויב טו, ביחיל ח"ג מב, קובי"ש כתובות מג ועוד). עוד כתב שם הש"ך דחשטאה לא מהני במודה מעצמו בבי"ד אף דמהני בטעיתי וברורה כאן עדיפות - טעיתי" דאפשרית בדוחק אף בבי"ד אולם ודאי הוא שאין אדם משטה בבי"ד וא"א לומר כן אף עיי הפה שאסר.

## 2) מחלוקת ר"מ ור"י מגש אי מהני בכלל חזרה

אחר שהעלנו לדיון המח' אם מועיל המיגו לטעות אם לאו. נעסוק מעט במח' אם סיוע העדים מועיל. דהבאנו לעיל דעת הר"י מגש והרשב"א דאף סיוע העדים לא מהני, והבאנו מקור הר"מ מגיטין י"ד ומקור הר"י מגש משבועות מא, ויש להשוות המקורות הסותרים ולישבם לפי הדעות השונות.

וכתב סה"ת (שי"א, ח"א, ג) לישב לר"מ את הגמ' בשבועות דהתם איירי באמר תחילה להדי"מ וסתרוהו עדים מעשה כפרן עייכ ולא נאמן יותר לחזור בו אף בסיוע עדים. ולמעשה זו החלכה שמובאת בר"ס עייט דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וכיון שיש עדים נגד אמירתו לא לויתי אין מקבלים את עדות הפרעון של העדים נגד הודאת בע"ד. ובר"מ הוסיף טעם משום דנעשה כפרן עיי הכחשת העדים ובאור הש"ך דקמ"ל דאינו נאמן לומר אחי"כ פרעתי אף בסיוע העדים.

עוד הקשה המ"מ על הר"מ מהא דפסק (מלוה ולוה יד, ד) במוציא שט"ח לוח אומר פרעתי מחצה ואתו סהדי דפרע הכל דלא מהני ליה עדותם. ומשמע אף דחזר לומר כמותם ותרץ המ"מ או דאיירי בעומד בדבריו או דשאני שט"ח דאין ללוה כלל נאמנות נגדו לעומת מקום שאין שט"ח שיש לו נאמנות עצמית לולי הודאתו וחובא הר"מ בשו"ע פב, יג והביא הש"ך סקכ"ט לקושית המ"מ ומשמע שקיבל לתרוץ הראשון. והנמו"י רבי"מ הביא למח' בזה, וישב הר"מ דשאני היכא דחזור בו מפני העדים (כבשבועות) לבין היכא דחזור מעצמו ואחי"כ באו המסיעין. עוד הוסיף דמהני דוקא כשאין סתירה מוחלטת<sup>20</sup> בדבריו כגון חזרה מלויתי לנוכרתי שפרעתי אולם מלויתי ללא לויתי וכיוצא"ב הי"ז סתירה חזיתית ואינו נאמן לחזור. ופסק כוותיה הרמ"א עט, ג, והש"ך שם סק"י הביא דהמ"מ משמע דחולק בזה<sup>21</sup>.

19. עייע בש"ך פח סקעי"ט שכתב דלמרות דנאמן בטעיתי בחודה מעצמו מ"מ בנתן כבר המעות דעשה מעשה תו לא נאמן - ומוכן היטב החילוק עייפ משייכ דטעיתי הוא מדין אמתלא ובמקום מעשה לא מחני.

20. החסבר דאף בטעיתי הוא אמתלא לחזרתו מ"מ יש טעיתי שאפשר לקבלו כחסבר לשינוי בין הטענות ויש שאיי"ל לקבל, כגון יש מקום לקבל ששכח שפרע לבסוף אולם לומר ששכח שלוח לגמרי אינו מסתבר..

21. אומנם בסק"ט משמע דס"ל כנמו"י.

והמבייט ח"א טז הביאו השייך סק"ב ס"ל דיכול לחזור בו אף אחר עדות העדים ויותר מזה מועילה הסתייעותו בעדים אף ללא אמירת טעיתי. ורק בעומד בדבריו אין מקבלין לעדותן ואפי' כשנעשה בתחילה כפרן מועילה הסתייעותו בהן.

ואף דהמקור לחזרה הוא מהנהו גנאי דחזור בו לגמרי ולא רק שמוסיף פרט ששכח כפי שכתב הנמו"י, מ"מ י"ל דטעות בחשבון לא נחשבת לסתירה חזיתית כפרט שאירע או לא אירע במציאות, ובדומה לזה ישב סה"ת (לפי הבנת) לר"י מגש את הגמ' דגנאי דהא התם לתדיא דמהני חזרה, דשאנו גנאי דאין חזרה מגרסת הדברים שארעו במציאות אלא טעות בחשבון ודבר זה יכול להתקבל בסיוע העדים.

## ו. דין אמתלא

אחר שהעלנו את התלות של נידונינו באמתלא (לפי פרוש אחד) יש ליתן את הדעת לשתי נקודות. א) האם מהניא אמתלא בממון: ב) האם באמת מועילה האמתלא לקבל את הטענה המחודשת.

### 1) אמתלא בממון

ביחס לאמתלא בממון מצאנו מח' ויש לעמוד על שורשה קצוה"ח פ סק"א הביאה והסכים לדעה השניה. דעת מהר"ש הלוי ומהרשד"ם דמהני קל וחומר מאיסורי ערוה לממון, ומהר"י חסון חלק וכתב דליכא אמתלא בממון וראיה מהרא"ה דאף באיסור התלוי בשעבוד ממוני כגון אמרה מקודשת אני לפלוני לאו כל כמיניה להפקיע עצמה ממנו באמתלא ולחוב לו. ומהר"ש הלוי הוכיח דבריו מלשון הר"מ דכתב גבי חזור ומפרש דבריו - אמתלא. ועוד מהשטאה והשבעה שיסודם אמתלא<sup>22</sup>. ודחהו קצוה"ח דאמתלא דהר"מ שונה דמפרש לדבריו הראשונים ולא סותרן והא דמהני לומר השטאה והשבעה התם דרך כל העולם לומר כן ומשי"ח נאמן וראיה דהא השבעה לכמה פוסקין טענין ואמתלא בעי שיאמרנה בעל הדין עיי"ש<sup>23</sup>.

ובאבה"ע קט"ו, איתא דמהני אמתלא בממון ביחס לאומרת נטמאתי לבעלי דכתב שם הרמ"א וז"ל "ואם חזרה בה ונתנה אמתלא לדבריה למה אמרה מתחילה כן נאמנת" עכ"ל. ברם כתב שם הח"מ (סק"ב) דהא דמהני אמתלא לממון דוקא כשלא יצאה מבי"ד אבל ביצאה אינה נאמנת שמא למדוה אחרים אמתלא זו וכמו דאיתא בחו"מ פ והב"ש הביא לח"מ. וכן הנובי"ק אבי"ע ס' הביא לח"מ דמהני אמתלא בממון והוכיח כן מהשטאה והשבעה ורק ביצא מבי"ד לא מהני האמתלא שמא למדוהו, אולם באיסורין כתבו דלעולם מהני האמתלא וכתב כן אף לדעת הרא"ה דהיינו אף דמשמע לכאו' ברא"ה

22. ועי' קצוה"ח פא סק"ה שביאר דבשבעה האמתלא ברורה ובשטאה מפני שהתובע השטה בו ודלא כשייך שכתב דהשטאה איתא גם ללא תביעה.

23. וחנל יצחק פ"א הוכיח מריש ב"מ מדלא אמרה הגמ' מה לפיו שחזור עיי' אמתלא לעומת עדים דלא מהני בהם אמתלא, דאומנם לא מהני אמתלא בחודאת ממון.

דהטעם דלא מהני אמתלא בממון משום דחב לאחריני כתב נוביי לישב טעם זה וכתב דהא השטאה וכדוי נאמן לטעון אף דחב לאחריני אלא דכוונת הרא"ה דהיכא דחב לאחריני הי"ז דין שבין אדם לחברו ומהני אמתלא רק בלא יצא מביה"ד דביצא חוששין שלמדוהו לשקר ודלא כביאור המהרי"ו חסון לרא"ה כפשוטו (וכן למדו ההפלאה כתובות כ"ב וחת"ס יו"ד ט מהרא"ה דלא מהני אמתלא בממון). עוד כיוצ"ב כתב הנובי"ק אבי"ע י"א לבאר הבי"ש ו סקכ"ו דכתב לראב"ד דס"ל באשה שאמרה לבעלה הכהן, נאנסתי דכהן אחר הרוצה לשאתה אחר מות בעלה יכולה לומר לו אמתלא דאמרה שנאנסה כדי שיציאנה (לעומת המ"מ דלא נאמן בכה"ג משום שלא היה בעלה חייב לגרשה בטענה זו) וכתב הבי"ש דבמקום שהיתה מפסדת ממון כגון באשת ישראל שאמרה לו נטמאתי לא מהני האמתלא ולכן לא מהני האמתלא ג"כ לאסורין וביאר הנובי"ק דהוא במקום שיצאו מבי"ד דרק אז לא מהני האמתלא לממון.

עוד יש לציין לביאור הבית מאיר (אבי"ע ו"ג) להא דאין אמתלא בממון דהוא לא מפני שממון חמור ואדרבא הקשה המהרי"ש הלוי דמהני בערוה קו"ח לממון, אלא דממון הוא דוגמא לקבלת הודאתו באופן מוחלט כעדות ללא שיעור, דהא כל משמעות הודאתו היא רק לחובתו ובוה לא מהני אמתלא (כפי שבעדות לא מהני אמתלא כבס"י כט, ומו, בעצם הטוענים אנוסים דלא מהני חזרתם זו) וה"ה בשו"ה באיסורין במקום שקבלת דברי המודה מוחלטת גם לגבי אחרים וזה הביאור לאמרה נטמאתי והחזקה נידה בשכנותיה (יו"ד קפה) דלא מהני אמתלא (לבד מבאור הרשב"א דעשתה מעשה) דכיון שהחזקה, בעלה לוקח א"כ קבלת דבריה אינם לחומרא בלבד אלא כעדות, אבל כל מקום שאין מקבלים הדברים אלא לתומרת המודה כשויה רגיל מהני אמתלא, עפ"י מבואר הא דמהני אמתלא בשויה אף דהוא מדין הודאה לקצוה"ח ס"י לד ולא מצינו שחלק בזה כמו בשאר אמתלא בממון, והוא משום דשויה רגיל אין קבלת הדברים כעדות, עפ"י חלק הבי"מ על הבי"ש באשת ישראל שאמרה נטמאתי וחוזרת ע"י אמתלא דאומנם מהני משום שקבלת דבריה הראשונים היו רק לחומרא לעצמה ולא לבעלה.

עוד ביאר עפ"י לראב"ד שחובא ברא"ש (כתובות פ"ב ס"י ט) באמר המלוה אמנה על שטרו במקום שחב לבע"ח דידיה דלא מהני ומ"מ כתב שיגבה אח"כ מהשטר ע"י אמתלא דדברי הראשונים היו לסלק לבע"ח דידי. (ורי' יונה חילק בין אמתלא מוכחת לאינה מוכחת ע"י ברא"ש) והא אמתלא בממון היא, וביאר<sup>24</sup> הבי"מ דכיון שאין מקבלין דבריו בתורת ודאי לגבי הבע"ח א"כ דבריו הם בתורת נאמנות מוגבלת ולא כעדות ומהני אמתלא ואכמ"ל בזה עוד<sup>25</sup>.

חעולה מכל האמור - לסוברים דיש אמתלא בממון הלא הם מהרי"ש הלוי ומהרשב"ם

24. ורי' אלחנן בקוב"ש כתובות ס נא ביאר דחשב אמתלא ידועה בעדים, דאומדין דעתו שנתכוון לדחות הבע"ח.

25. ורעק"א בשו"ת קיא וחוו"ד קפה הסכימו לבי"מ ורי' חיים מוולוז'ין פליג, ע"ע בהערה 51 בבי"מ (מהד' חדשה).

והרמ"א<sup>26</sup> באבה"ע ודאי ניחא לבאר חזרת טעיתי על יסוד האמתלא ואף החולקים והולכים בשיטת מהרי"א חסון יש מקום לבאר כפי הנוב"י הח"מ והב"ש שעקרונית יש אמתלא בממון אלא רק שחוץ לבי"ד אין אפשרות חזרה ע"י האמתלא מחשש רמאות וא"כ ניחא לדין. ברם לבי"מ אף שביאר שמקומות שלא מועילה בהם האמתלא אין זה משום הממון אלא מפני אופי ההודאה, וכ"ש לקצוה"ח, נחל יצחק וכ"י שא"י לומר בהם את ביאור הנוב"י. אין אפשרות לדידם לבאר את דיננו אלא באופן אחר. וע"ע בהמשך ביאור נוסף לאמתלא בממון.

## 2. האם אמתלא מועילה לקבלת הטענה המחודשת

עוד העלנו את החקירה האם האמתלא מועילה לקבל את הטענה החדשה או רק לבטל את הטענה הראשונה ולהשאיר במצב שקודם הטענות והנה במשנה יבמות ק"י"ח דין שתי צרות שהאחת אומרת שבעלן מת והשניה אומרת לא מת, שדין הראשונה להיתר והשניה לאיסור. ומבאר הגמ' מדוע המשנה הכניסה לפי השניה שלא מת והא אפי' שתקה אין דבר המתיר. דהא אין אישה נאמנת לצרחה, והוא משום דגדול החידוש דאמרה לא מת דסי"ד דאומנם מת ומותרת אלא שמשנאתה לחברה אמרה לא מת כדי לעגנה ואף שגם היא תאסר ע"י אמירתה ניחא לה בזה דאומרת "תמות נפשי עם פלישתים" והקשו התוס' סו"ס היא שויה אנפשא חתיכה דאסורא והיאך תתירנה ותרצו דהסי"ד הוא שתאמר אמתלא שמה שאמרתי לא מת בשנאתי את צרתי, קמ"ל דאינה נאמנת, ודלא ככתובות כב שאישה שאמרה א"י אני וחזרה לומר פנויה ע"י אמתלא דמהני לה. וביאור הא"ש (פ"ג מעדות ה"ה) וכן מהרש"א ומהר"ם ש"יף דההבדל בזה שאמתלא משמעותה חזרה מטענה הראשונה אולם אין מקבלים לשניה אלא ה"ז כאילו שתקה וע"כ בכתובות אם שתקה ה"ז פנויה כבתחילה ואילו אצלנו ביבמות היא בחזקת אסורה שהיתה אשת איש<sup>27</sup>.

ואמנם בכתובות כג, באומרת אני וחברתי טמאות וע"י אומר שתיכן טהורות היא נאסרת דשאחדי"א וחברתה מותרת ע"י העד ומבואר דקמ"ל שהיא עצמה טמאה ולא אסרה עצמה כך כדי שתאמן באוסרה את חברתה (תמות נפשי עם פלשתים). ושוב י"ל כאן כפי התוס' ביבמות דמה הסי"ד והא שאחדי"א. אלא צ"ל משום אמתלא אך א"כ מה הקמ"ל הא אם נאמר שהאמתלא לא מספיקה ואין מקבלים דבריה האחרונים הרי מ"מ יש ע"י שמתירה, א"כ תאמר שהקמ"ל הוא דליכא אמתלא כה"ג משום דגרועה היא, דסי"ס לא נאמנת לקלקל חברתה ועוד שמעיזה להכחישה ועוד שמקלקלת עצמה, וא"כ יש מקום לבאר כן התוס' ביבמות<sup>28</sup>, וליכא ראייה דאמתלא היא דאין מקבלין

26. ע"ע קצוה"ח פא סקכ"א דכתב דלמרדכי יש אמתלא בממון. ע"ש.

27. וראיה לזה מכתובות טז באומרת נאנסתי תחתך במיני דמוכת ע"י ומשמע דלא מהני לומר אח"כ לכהן אמתלא שאמרה שטאנסה תחת בעלה כדי להרויח הכתובה דמ"מ תאסר לפי שתשאר בספק שאינה נאמנת בדבריה האחרונים אלא היא כשותפת.

28. נפ"מ שם ליש ע"י שמת דאם אמתלא היא כאילו שתקה מהני העד אולם אם אין הכא אמתלא כלל

דבריה האחרונים, כ"כ האוי"ש ושמעתי מהגר"מ דימנטמן שליט"א ישוב לזה ע"פ הפניי בשו"ת דנאמנות העי"א על האשה בנויה על הברי שלה עצמה והכא דהיא כאילו שתקה א"כ ליכא ברי ובטלה נאמנותו.

ואמנם בשו"ת רעק"א פה ובחמדת שלמה אבה"ע נו ובאחיעזר ח"ג כד ובאמרי בינה הלי שחיטה ג דנו בביאור המהרש"א להלכה. א"כ עפ"ז יש מקום לדון בחוזר בבי"ד מהודאה לפטור ע"י טענת טעיתי לפי הפרוש שיסוד הטענה הוא אמתלא (דלא לפי המרכזי) האם אומנם יפטר בזה לאור הני"ל.

וי"ל דאמנם לפי המהרש"א ה"ז כשותק וכיון שהתובע תובעו והוא אינו משיב צ"ל חייב לולי סיוע העדים וממילא עלה לנו ביאור נוסף בצורך בעדים בנוסף לאמתלא דטעיתי, וכן מבואר בשו"ת דבהודה מעצמו א"צ לעדים או למיגו דללא דבריו ליכא שום חיוב. ואומנם אף במיגו היה די לולי האנן שהדי דדייק דמה שאין מקבלין לטענה השניה באמתלא הוא רק כשאין בירור של עדים או מיגו שטענתו השניה נכונה (ואף דעי"א לא מהני בזה לפי משי"כ ע"פ הפניי י"ל דעי"א גרע ממיגו בזה, דכוחו רק היכא שנאמן לשבועה או היכן שהאמינוהו אך מיגו מחזק לטענת בעה"ד) ואומנם בחייב ע"י איני יודע אם פרעתי א"צ לאמתלא וכמו שהתבאר שאינו הודאת בע"ד שהמפתח לחזרה הונח כבר בתחילה וכדלעיל.

ואומנם כסברא זו כתב האמרי בינה חו"מ דיני טו"נ סו"ס יט לבאר מ"ד דלא מהני אמתלא בממון. דאמתלא ה"ז כשתיקה ומהווה חובה ביחס לתביעת התובע כלומר דשייך אמתלא תמיד אלא שבממון א"א להשתמש בה. עפ"ז י"ל דגם לשיטות דלית אמתלא בממון ניחא לבאר דיננו ע"פ אמתלא כי החסרון שבאמתלא הוא גופא מסביר את הצורך בעדים וזו הכוונה דכשחב לאחרים אין די באמתלא לישב את תביעת התובע.

ואמנם מצאתי ג"כ סברא הפוכה באוי"ש (שם) לבאר דין הרמ"א באיני יודע אם פרעתיך דחוזר משום שאמתלא היא סילוק הטענה הראשונה בלבד וכאילו לא טען ואינו לפנינו כלל דטענינן ליה. אולם זה נראה דוחק לומר דחסרון הטענה יעמוד לזכותו.

עוד מקום לציין לרעק"א שו"ת סי' פה דביאר למהרש"א דרק היכא דדבריו מתקבלים כעדות<sup>29</sup> (אלא שהקלו לסמוך עליו) אין די באמתלא אולם היכא דדבריו מתקבלין מדין בע"ד שטוען בברי די באמתלא<sup>30</sup>, א"כ עפ"ז בחזרתו של בע"ד דדבריו אינם בתורת עדות די באמתלא לקבל טענתו השנית<sup>31</sup>. וניחא בזה ביאור ה"טעיתי" ע"פ האמתלא. אולם כפי שראינו גם ללא חילוק הרעק"א ניחא לבאר הטעיתי כאמתלא ולא זו בלבד אלא

---

לא מחני העד.

29. עפ"ז ק"ק לרעק"א בשו"ת (כתבים קעט) שכתב דהא דליכא קרבן שבועת העדות באשה אף שיש בה עדות שמת הבעל (ויש נפ"מ לכתובת) הוא משום דהתם זו אינה עדות אלא נאמנות. ויש לדחוק.

30. עפ"ז נופלת הראיה שהבאנו לעיל מכתובות טז ליסוד המהרש"א והאוי"ש.

31. קיימות השלכות נוספות לדין המהרש"א שמתבססות על המצב החלכתי הראשוני שקדם לזיון באמתלא, ועי' אמרי בינה יו"ד הלי שחיטה ג ואחיעזר ח"ג, כד.

שהרווחנו ביאור נוסף שיעלה ג"כ למייד דלית אמתלא בממון.

#### ז. טענת נזכרתי של התובע

בשו"ע חו"מ נט איתא "מלוה שהוציא שטי"ח מקוים וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו. ואם חזר ואמר עינתי בחשבוני וזכור אני בברי שאינו פרוע חוזר וגובה בו" עכ"ל. ולכאוי הדין בתובע הוא כבנתבע דבאיני יודע חוזר ע"י נזכרתי.

וכיוצ"ב בשו"ע סה, כג "האומר שטר בין שטרות פרוע ואיני יודע. איזהו כל שטרותיו פרועים" וכתב השי"ך סקע"ו וז"ל "אלא דאם הוא חי וטוען אח"כ עינתי ונזכרתי שזה פרוע והאחרים אינם פרועים חוזר וגובה בחן כדלעיל סי' נט" (וכבר הבאתי לקצוה"ח שזן מכאן אם יכולת החזרה מאיני יודע הוא בכל מקום או רק בזה שחייב בספק).

בהודה שאין חייבים לו ואח"כ אומר שנזכר שחייבים לו, אפי' עדים מסייעין לחזרה איתא בסמ"ע עה, סקכ"ח דלא מהני, דהודאתו הראשון היא כמחילה.

בשתק תחילה (דבנתבע הבאנו מוח' בזה מהרמ"א סי' פ) בד"כ אין משמעות לשתק דיכול לתבוע מתי שחפץ, כלשון השו"ע פת"ד. "איני שואלך עתה" אולם לעיתים יש חשיבות לסדר התביעה כגון לענין מודה במקצת וכדו' ובוזה ודאי לא מהני שנזכר אח"כ דסי' לא תבעו בתחילה ואף אם אמרתי נתכוונתי לתבוע תלוי הדבר אם אמרין מערים בכה"ג ואכמ"ל. (וע"ע עה, ה. פה יד-טו ונו"כ).

#### ח. טענת נזכרתי אצל העדים

נפתח צהר לדיון בחזרת עדים מעדותן הראשונה ע"י שטענו שנזכרו אח"כ. קצוה"ח עה סק"ז ציין לדיון נזכר בעדים והוא מהרא"ש כלל נט סי' א שחובא בד"מ ובסמ"ע סי' כט וז"ל השו"ע כט, א, "אחר שהעיד העד בב"י"ד אינו יכול לחזור בו כיצד אמר מוטעה הייתי שוגג הייתי ונזכרתי שאין הדבר כן לפחדו עשיתי אין שומעין לו אפי' נתן טעם לדבריו" כיוצ"ב בשו"ע מו, לז, בעדים החתומים על השטר וכת"י יוצא ממקום אחר דאינם נאמנים לומר אמתלא שכתבו מפני האונס, הרי להדיא דלא מהני אמתלא לחזרת עדים וזאת משום גזרת הכתוב (סמ"ע כט סק"ד). והרמ"א שם "כשנותנים חרם בביהכ"י אחר עדות שיגידו קודם שיצאו מביהכ"י ולאחר שיצאו באו עדים לחגיד ואומרים לא שמנו ליבנו אז להעיד ועתה זוכרין, יכולים לחזור ולהעיד הואיל ושתקו תחילה ולא אמרו אין אנו יודעין. ואפי' אמרו אין אנו יודעים ונתנו אמתלא לדבריהם למה אמרו כך חוזרין ומגידין הואיל ולא אמרו בהפך ממה שאומרים בראשונה" עכ"ל. כלומר דמשתקו לנזכרו מהני אך מאין אנו יודעין בעי אמתלא גמורה<sup>32</sup> דמועילה רק משום

32. וכן הרשב"א בשו"ת ח"י רלח וחובא בב"י סעי'ט וז"ל "ולא אמרו שאינו יכול לחזור ולטעון נזכרתי אלא לגבי עדות אבל לא בב"י"ד עכ"ל.

שבתחילה סו"ס לא אמרו עדות ממש דבאמרו ממש כבר כתב השו"ע דאף אמתלא גמורכה לא מהני.

והסמ"ע סק"ח הביא לרא"ש "דה"ה כשאמר תחילה איני זוכר עתה דיכול לחזור ולומר נתתי אל ליבי ונזכרתי משא"כ כשאומר תחילה סתם איני זוכר דאינו חוזר ומגיד" ואומנם הט"ז שם ד"ה הואיל ושתקו חלק ומקורו ברוך מן הגמ' כתובות כ,ב דר' אשי אמר בתחילה "לא ידענא עדות" ולבסוף נזכר והעיד ועפ"ז ביאר הט"ז לחילוק באופן אחר דבלא זכרתי מעולם אז ודאי דא"א לחזור מזה, אך כשאמר איני זוכר בסתם משמעותו שזכר וכעת שכח. וכן המרדכי בשבועות ע"פ הגמ' כתובות כ מהני חזרה אף מאיני יודע ומאיך בקצה השני דעת ההג"א (פ"ד משבועות טו) שמנע את החזרה שע"י נזכרתי אף לשותק בתחילה.

העולה דאף שהחזרה בעדות אינה אפשרית ואפ"י ע"י אמתלא, מ"מ יתכן שע"י נזכרתי היא ניתנת בשופי עוד יותר מחזרת בע"ד. וכגון שאמר שתחילה שאינו יודע. דהענין תלוי בהגדרת עדות של חוסר ידיעה דאם היא מוגדרת כעדות אין היא אפשרית וכש"כ הרמ"א ועוד יותר ההג"א אפ"י בשתיקה<sup>33</sup>. אולם אם אינה נחשבת לעדות דהא סו"ס אין לעדים הללו לומר משהו רלוונטי לנדון וכש"כ בספר דורש משפט (לקצוה"ח עהו) דבעדות ענינו בידיעתו וכשאינו יודע זו אינה עדות אומנם בבע"ד ענינו בטענתו אם חייב אם לא... לכן לצד זה אפשרית החזרה וכפי המרדכי והט"ז וכן הקצוה"ח כט סק"א הביא לר"ן<sup>34</sup> בשבועות פ"ד (סד"ה מתנ"ל) דשם ב' התרוצים תלויין בכך אם מאין אנו יודעין לידעין נחשבת חזרתו לחוזר ומגיד אם לאו, ולדבריני תלוי הדבר האם אמירת "איני יודע" נחשבת לעדות<sup>35</sup>.

ועדיין צריך לחדד את ההגדרות הכא דאף דנאמר דלא מהני שיאמר נזכרתי משום דאמתלא לא מהני הרי סו"ס ברמ"א איתא דמהני באמתלא גמורה, ואף כי ראינו שבנזכרתי יש רעותא באמתלא אולם כיצד הדבר מתישב בעדות ואף שביאר הרמ"א דמהני משום שלא אמר בהפך ממה שדובר בראשונה<sup>36</sup> עדין צ"ע אולם לא באתי לברר דיני עדות אלא רק לעורר עליהם בהקשרינו.

## חתימה

אחתום בצייני ברמיזה עקרי הדברים שנאמרו, לפי סדר המחלף -

אין אדם טוען וחוזר וטוען מחובה לפטור משום הודאת בע"ד ויתכן דאף רעותא יש

33. וביארו הדברי יחזקאל (יט,ב) דס"ל דגם שתיקה נחשבת לאמירה בעדות לחגי"א כפי חר"ת דמתני עדות בכתב"ד

34. החת"ס חו"מ לד דן בר"ן בארוכה.

35. וע"ע בספר הלכה פסוקה עמ' תמב-תמג ובהערה 299 שרבים חלוקים על חר"ן. (הערת עורך).

36. עפ"ז הביא בפת"ש סק"ו בשם החת"ס ח"מ לד בעדים שאמרו פלוני לוח וחזרו שנוכרו שפרע דמחני מצד שאינם סותרים לדבריהם הראשונים וכתב הפת"ש דעדין צ"ע.

בחזרה. ולפי"ז בחזרה מפטור לפטור אף אם נאמר דליכא הודאת בע"ד עדין צריך למיגו, ומ"מ ע"י טענת טעיתי חוזר מהודאתו ע"י סיוע עדים או מיגו וי"א דכלל אינו חוזר ומאיני יודע חוזר אף ללא סיוע (ובנעשה כפרן א"א לחוזר כלל).

העלנו דהתועלת שבטעיתי היא האמתלא שמורידה להודאת בעה"ד. ולכן איני יודע אם פרעתי מהני לחזור, אומנם מהודאה רגילה דעדין יש רעותא באמתלא זו - בעי מיגו או סיוע עדים. ולי"א דאף עדות לא תועיל הוא משום דהרעותא באמתלא מבטלת אותה וממילא את היכולת לחזור. אומנם ציינתי למרדכי דמשתמע ממנו דנוכרתי אינו מטעם אמתלא אלא מטעם אחר. עוד בארנו למח' האם מהני בכלל סיוע ואם כן איזה, מכיון שלדבריני הדין תלוי באמתלא העלנו האם אין כאן חסרון של אמתלא לממון ועוד האם אמתלא מועילה לקבל את הטענה החדשה - עפ"ז עלה ביאור נוסף לצורך בעדים המסייעים לטענה השניה.

חתמנו בטענת נוכרתי של התובע דס"ס הוא בע"ד וא"כ הדין דומה אף כי משמעות החזרה שונה ופתחנו פתח לטענת נוכרתי אצל עדים וביאור החלוק בינה לבין החזרה שאצל בע"ד.

## הרב יוחנן גבאי

### מיגו נגד עד אחד

#### ראשי פרקים

- א. מקור - נסכא דר' אבא
  1. קושיית תוס'
  2. תירוצים על קושיית תוס' (ר"י, ריב"ם, קצוה"ח)
- ב. הבנת דברי ריב"ם
  1. רשב"א בהבנת ריב"ם
  2. קצוה"ח בהבנת ריב"ם
  3. חידושי הרי"ם
- ג. מחלוקת בהבנת ריב"ם
- ד. נ"מ בין שיטת ר"י לריב"ם
- ה. שיטת הר"ן
- ו. שיטת הרמב"ם
  1. הבנת הרב המגיד
  2. מחלוקת גידולי תרומה וקצוה"ח בדברי הרמב"ם
- ז. מיגו נגד ע"א אמרין
- ח. ש"ך בכללי מיגו
- ט. מיגו לאפטורי משבועה
- י. לשיטות שסוברים מיגו נגד ע"א אמרין, מדוע?
  - יא. מיגו נגד ע"א שמחייב שבועה דרבנן
    1. תשובת הרמב"ן
    2. שיטת תוספות
    3. הבנת הש"ך בשיטת תוס' ורמב"ן
    4. הבנת הגר"א במחלוקת תוס' ורמב"ן
    5. התיבות בכללי מיגו (אות כא)

#### א. מקור - נסכא דר' אבא

הגמ' בב"ב לגב, ההוא גברא דחטף נסכא מחבריה אתא לקמיה דרבי אמי הוה יתיב ר' אבא קמיה אייתי חד סהדא דמיחטף חטפא מיניה. אמר ליה אין חטפי ודידי חטפי אמר ר' אמי היכי נדייננהו להאי דינא לישלם - ליכא תרי סהדי ליפטריה - איכא חד סהדא לישתבע - הא אמר מיחטף חטפה וכיון דאמר דחטפה הוה ליה כגולן אמר ר' אבא הוי מחויב שבועה שאינו יכול להשבע וכל מחויב שבועה שאינו יכול להשבע משלם... מסביר רשב"ם - לחייב אותו תשלום - אין שני עדים על החטיפה ויש לו מיגו דאי בעי

אמר לא חטפתי, לפטור אותו לגמרי בגלל המיגו - אי אפשר הרי יש ע"א כנגדו שאומר שחטף, להשביעו שבועה נגד העד - אי אפשר שהרי מודה שחטף את שלו ע"כ פוסקים מתוך שאינו יכול להשבע משלם.

## 1. קושיית תוס'

תוס' ד"ה "הוי" שואל ונאמין לו בשבועה בטענה דאמר דידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפי.

## 2. תירוצים לקושיית תוס' (ר"י, ריב"ם, קצוה"ח)

אומר ר"י - ודאי אם לא היה העד מכחישו היה נאמן לטעון מיגו דאי בעי אמר לא חטפי אבל עכשיו שיש ע"א כנגדו וצריך להשבע נגד העד אינו יכול להעניז פניו ולהכחיש את העד ולהשבע לפיכך אין המיגו פוטרו (אין זה מיגו טוב).

אבל קשה לפירוש זה רב ושמואל חולקים בגמ' בשבועות מז,א על ר' אבא ואינם סוברים את הדין של מתוך שאינו יכול להשבע משלם, א"כ מדוע פוטרים אותו מנסכא דר' אבא הרי פשיטא שלא יפטרו אותו בטענת דידי חטפי בלא מיגו?

מסביר ריב"ם ועוד ראשונים דודאי הוי מיגו טוב ולהכי פטרי רב ושמואל ור' אבא סובר אע"ג דאית ליה מיגו חייב כיון דאיכא עד אחד המחייבו שבועה מן התורה הדין או שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין המיגו מועיל לו להיפטר.

הקצות סימן עה ס"ק יב מתרץ שאלת תוס' ואומר כיון שהחוטף מחבירו אינו נאמן לאמר שלי הוא אלא במיגו דלא חטפתי וא"כ המיגו טוב לאלה שאינם רואים את החטיפה. אבל העד שראה את החטיפה בשבילו אין מיגו שהרי נחשב הוא כגזלן וא"כ העד הזה מעיד לפנינו דלית ליה מיגו ומקבלים אנו את דברי העד כיון שאינו מכחישו.

## ב. הבנת דברי ריב"ם (תוס')

א. הרשב"א מבין בדברי ריב"ם - אעפ"י שיש לו טענת מיגו כיון ששבועת ע"א תשלומין ניהו ואי איכא תרי לא מיפטר מידי תשלומין בשבועה אלא שלומי משלם ממילא גם שיש ע"א שמחייבו שבועה - תשלומין ניהו לפיכך או ישלם או ישבע.

ב. הקצות בהבנת דברי ריב"ם - כיון שזו גזירת הכתוב דלא מהני מיגו נגד העד אלא או ישבע או ישלם (הקצות סימן פב ס"ק טו).

שטמ"ק שואל על דברי ריב"ם - מדוע מועיל טענת החזרתי במיגו דנאנסו הרי לפי דברי ריב"ם כנגד העד צריך להשבע או לשלם ואין מועיל מיגו?

ומתרץ שכל זמן שלא טוען השומר נאנסו לא חלה עליו שבועת השומרים ובאמת אם היתה חלה עליו השבועה לא היה נפטר במיגו.

ג. חידושי הר"ם - וקשה על דברי ריב"ם בשלמא אם היה מכחיש את העד והיו אומרים שיהיה נאמן במיגו בלא שבועה היה שייך סברא של הריב"ם שכל זמן שלא נשבע הרי הוא כתרי ואינו מועיל מיגו נגדו אבל כאן שבאמת אינו מכחישו כלל רק שאינו נאמן דידי חטפי רק בטענת המיגו וממילא שאנו אומרים שטענת המיגו טענה טובה למה לא יהא נאמן מאי בכך שהוא כשניים הרי על מה שאמר שחטף אינו מכחיש זה ואף אם היו שניים שחטף היה נאמן לטעון כנגדם אם היה לו מיגו ורק בגלל שמיגו נגד עדים לא אמרינן בטל המיגו אבל אנו שאומרים שיש מיגו נגד העד מדוע אינו נאמן?

דבר נוסף שצריך להבין - דברי הרמב"ן ושאר פוסקים שכתבו חזקה שכל מה שתחת ידו של אדם שלו הוא ואינו מועיל מיגו דהוי חזקה אלימתא וא"כ אף בלי עדים איך נאמן במיגו ששלו חטף הרי יש חזקה שכל מה שתחת ידו של אדם הרי זה שלו וא"כ לא יועיל מיגו?

אלא צ"ל שלא ידוע לנו שזה שייך לנגזל וא"כ הוא מגלה לנו שדידי חטפי וממילא הפה שאסר הוא הפה שהתיר ולכן יועיל נגד חזקה שכל מה שתחת ידו של אדם שלו הוא.

ולפי זה אפשר להבין תירוצו של ריב"ם כיון שהתורה אמרה כל זמן שאינו נשבע נגד העד להכחישו הוא כתרי וא"כ כיון שאינו נשבע נגד העד אנו יודעים גם בלי הודאתו שחטף וא"כ יש לנו חזקה מה שתחת ידו של אדם שלו הוא וא"כ גם כשיש לו מיגו לא מועיל שהרי מיגו נגד חזקה אלימתא אינו מועיל.

### ג. מחלוקת בהבנת דברי ריב"ם

רמ"א עה"ג פוסק "במקום שיכול לטעון פרעתי או החזרתי לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול להשבע דנאמן כן הסכימו האחרונים"

#### מחלוקת סמ"ע וש"ך

סמ"ע ס"ק ל"ג: הרמ"א מדבר במקרה שהעד לא יודע אם פרע או לא וכיון שטוען טענת מיגו דפרעתי, נאמן לאפוקי משיטת הריב"ם שחולק על דעה זו וסובר שאינו נאמן לטעון יש לי כנגדו במיגו דפרעתי והסיבה לכך: כיון שהעד מעיד שהיתה הלואה והנתבע אינו מכחיש דהיינו מסכים על החיוב אלא שטוען טענה אחרת יש לי כנגדו וכשם שלא אמרינן מיגו במקום עדים גם לא אומרים מיגו נגד ע"א ולכן צריך להשבע נגד העד וכיון שאינו יכול להשבע משלם.

ש"ך ס"ק מ חולק על הסמ"ע ומסביר בדברי הריב"ם שאם יש לו טענת מיגו דפרעתי נאמן והיאך יעלה על הדעת דעד אחד יחייב יותר משניים שהרי אפילו שני עדים טוענים שלוה והוא טוען פרעתי נאמן וכ"ש בע"א אלא סבירא ליה לריב"ם אעפ"י שזה נחשב מיגו מ"מ התורה האמינתו להשבע ומוכרח הוא להשבע להכחיש את העד או לשלם.

האורים ותומים (עה"ג) מעיר על דברי הסמ"ע שהרי הוא בעצמו כתב בדרישה בשיטת הריב"ם שוודאי נאמן בטענת מיגו דפרעתי כשיטת הש"ך.

#### ד. נ"מ בין שיטת ר"י לריב"ם

א. קצוה"ח נח סק"ד - דן בעד אחד שאומר שראובן חטף משמעון חפץ של שמעון (לא כמו המקרה של נסכא דר' אבא שהעד מעיד שחטף אבל לא מעיד ואינו יודע אם החפץ שייך לשמעון) וראובן טוען אין חטפי ודידי חטפי דין זה תלוי במחלוקת ר"י וריב"ם

לשיטת ר"י שסובר בדין של נסכא דר' אבא שאין זה מיגו טוב כיון שלא יעיד כנגד העד א"כ כאן שטוען דידי חטפי הרי כבר מעיד נגד העד שהרי העד יודע שהחפץ שייך לשמעון וא"כ יהא נאמן במיגו דלא חטפי כיון שזה אינו מיגו שמעיד פניו. אבל לשיטת ריב"ם שסובר בדין נסכא שזה נחשב מיגו טוב אבל כל עוד שלא נשבע כנגד העד הרי זה העד נחשב כשניים ה"ה גם במקרה דידן שלא יהא נאמן במיגו.

ב. נ"מ נוספת בקצוה"ח שם - ראובן שתובע את שמעון בשטר והלה אומר פרעתיך והנה עד שראה את הפירעון והלה אומר הפירעון היה על הלואה אחרת לכאורה יש לו מיגו שיכל לטעון להדי"מ והיה נשבע ועכשיו טוען שזה היה פרעון מהלואה נאמן בשבועה לפי ר"י שסובר בנסכא שאין זה נחשב מיגו טוב כיון שרצה להכחיש את העד ה"ח בנידון דידן שמחייבו העד שבועה דרבנן ליכא מיגו.

אבל לשיטת ריב"ם שסובר בנסכא שהמיגו טוב אלא שצריך להשבע או לשלם אין המיגו פוטרו א"כ בשבועה דרבנן אולי המיגו יועיל הואיל והיא שבועה חלשה יותר.

קהילות יעקב (מס' ב"ב סימן כה) מסביר מדוע לשיטות הראשונים (רמב"ן ור"ף) שאי אפשר לטעון מיגו נגד העד א"כ כיצד רב ושמואל (שסוברים שלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם) פוטרים אותו מנסכא דר' אבא הרי אין לו מיגו?

וי"ל שיש הבדל בין "מיגו" ל"הפה שאסרי" והם שני ענינים נפרדים והכלל הוא במיגו אם תסלק את כל דבריו היה מתחייב ואילו בהפה שאסר אם תסלק כל דבריו היה נפטר ומשום הכי אלים יותר הפה שאסר מכח מיגו.

לפי יסוד זה אפשר להבין המחלוקת בנסכא דר' אבא למי"ד שסובר משום שאינו יכול להשבע משלם כשבאנו לחייבו מטעם החטיפה זה נעשה עפ"י העד משום משיל"מ ואם נרצה להאמינו דדידי חטפתי במיגו דאי בעי מכחיש את העד אין זה אלא מיגו ולא הפה שאסר כיון שענין החטיפה אינו נחלט מכח הודאתו ולכן כתבו הראשונים שאין זה מיגו טוב כנגד העד.

אבל למי"ד שסובר לא אמרינן מתשילמ' יודה דעיקר ענין החטיפה נחלט לנו רק על פי הודאתו ולא עפ"י העד וא"כ כשטוען דידי חטפי הוי "הפה שאסרי" ולכן אם טוען דידי חטפי נאמן שאנו מקבלים כל דבריו וממילא גם אם מעיד נגד העד נאמן מכח "הפה שאסרי".

#### ה. שיטת הר"ן

הר"ן בשבועות פרק שביעי (כט בדפי הר"ף) מסביר מדוע לא נאמן להשבע נגד העד במיגו דיכול לאמר לא חטפתי ותירץ: לפי שהתורה האמינה ע"א לענין שבועה כשני

עדים לממון כמו שלמדנו בגמ' שבועות מ,א "כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה וכיון שיש לו נאמנות לענין שבועה כשניים יש לבע"ד לשלם או להשבע כנגדו אבל כל שלא הכחיש את העד לא מצי למימר דידי חטפיי".

יוצא מדברי הר"ן לאחר שהעד מחייבו שבועה לא מועיל מיגו לבטלו אלא אם כן נשבע או משלם דהיינו מיגו נגד ע"א לא אמרינן.

בהמשך דבריו שואל הר"ן מדוע שישלם הרי נאמין לו במיגו דהחזרתני? יש מי שתירץ כיון שהעד העיד שחטף דהיינו גזלן אין הגזלן נאמן לאמר החזרתני ולא דמי למלוה את חבירו בעדים שאין צריך להחזיר לו בעדים דהתם לחזרה קאי.

בהמשך מביא תירוץ נוסף שכתב רבינו מאיר לרמב"ן - שאפילו גזלן נאמן לומר החזרתני וכאן אינו נאמן במיגו דהחזרתני כי מדובר שהנסכא עכשיו בפנינו תחת ידו וליכא מיגו וצריך להבין דברי הר"ן שבתחילת דבריו למדנו שאין אדם נאמן לטעון מיגו נגד ע"א ואילו בסיפא כותב הר"ן שנאמן לטעון מיגו דהחזרתני רק בגלל שמעידים שהנסכא בידו אינו טוען אבל מיגו נגד העד נאמן.

צריך לאמר בדברי הר"ן שכאשר טענת המיגו לא מכחישה את העד וגם הטענה הנוכחית אינה סותרת את העד נאמן לטעון מיגו ולא אמרינן בזה שמיגו נגד ע"א לא אמרינן.

## 1. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם הלכות טו"נ ד,יח פסק כך:

"מנה לי בידך והרי ע"א מעיד עליו והנטען אומר כן הוא אבל אתה חייב כנגד אותו מנה הרי זה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם ומפני מה אינו יכול להשבע שהרי הוא מודה במה שהעיד בו העד ואין הנשבע בהעדת עד אחד נשבע עד שיכחיש את העד ויכפור בעדותו וישבע על כפירתו".

### 1. הבנת הרב המגיד:

וכתב הרב המגיד: "אי אפשר בשום פנים שתהיה כוונת רבינו כגון שאין זה העד יודע אם פרעו אם לאו שאם לא כן ודאי נאמן היה לאמר יש לי בידך כנגדן שהרי ודאי אפילו בשניים מעידים שהלווה ואינם יודעים אם פרעו נאמן הוא לאמר יש לי בידך כנגדן מיגו דאי בעי אמר פרעתי עכ"ל"

יוצא מדבריו מתי אינו נאמן לטעון מיגו כנגד העד כאשר העד יודע שלא פרע אבל אם העד אינו יודע נאמן בטענת מיגו דפרעתי וצ"ל שגם הטענה הנוכחית לא סותרת את העד כגון שטען "חייב אתה לי מנה כנגדו" אבל אם יטען לא היתה הלוואה לא יחא נאמן במיגו דפרעתי נגד העד (כך גם הגר"א בסימן עה ס"ק לו בהבנת דברי הרמב"ם).

הרמב"ם טו"נ ז,א כתב:

המודה בפני שניים שיש לפלוני אצלו מנה ואמר להם בדרך הודיה לא בדרך שיחה אעפ"י

שלא אמר להם אתם עדיי ואעפ"י שאין התובע עימו הרי זו עדות.

תבעו בדין למחר והלה טוען להדיים אין שומעין לו ומשלם על פיהם ואם היה ע"א נשבע הואיל ואמר דרך הודיה.

הלכה ב' - כל המודה בפני שניים אינו יכול לחזור ולאמר משטה הייתי בך... אבל מחייבין אותו ליתן בהודיית פיו.

## 2. מחלוקת גידולי תרומה וקצוה"ח בדברי הרמב"ם

גידולי תרומה שער מב חלק א כותב:

יש להסתפק בדעת הרמב"ם כאשר הודה בפני ע"א נחשב הודאה אבל טוען משטה הייתי בו מה דינו להרמב"ם? בשני עדים לא מהניא כאשר אומר דרך הודיה אבל בע"א הרי אינו מכחיש את העד ואם נדון בזה כנסכא דר' אבא שיהא מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם הא איכא רגליים לדבר שמפני שלא היה שם אלא רק ע"א לא חש להודות אפילו בדרך הודאה גמורה ומדברי ספר התרומות נראה דעת הרמב"ם לא מהניא טענת משטה אבל גידולי תרומה כותב: "ויש בזה מקום עיון דנראה שיהא נאמן במיגו דהכא לא שייך הטעמים שכתבו המפרשים ז"ל לבטל את המיגו כההיא דר' אבא" עכ"ל.

קצוה"ח סימן פא ס"ק יג חולק על גידולי תרומה וסובר שאותם טעמים בנסכא דר' אבא ישנם במקרה דידן ודבר נוסף שדוחה את דבריו כי טוען לאחר שאדם הודה בפני ע"א ואנו סוברים בדעת הרמב"ם שנחשב הודאה להתחייב א"כ כשאני בא לטעון כנגד העד משטה הייתי בך בטענת מיגו זה נחשב מיגו נגד אגן סהדי ואין המיגו מועיל.

אפשר להסביר את המחלוקת בין הקצות לגידולי תרומה לדעת הגידולי תרומה מכיון שהודה את ההודאה בפני ע"א יש רגליים לדבר שלא רצה להודות הודאה גמורה ולפיכך כאשר טוען משטה הייתי כנגד העד טענה זו לא סותרת את העד שהעד אומר שהודה בפניו רק אנו אומרים שמשטה היה לפיכך מועיל המיגו אבל לשיטת הקצות ואחרונים נוספים כאשר הודה בפני ע"א הרי זה נחשב להודאה גמורה וכשטוען משטה הייתי בך זו לא רק טענה שסותרת את העד זו טענה נגד אגן סהדי לפיכך לא מועיל מיגו.

## ז. מיגו נגד ע"א אמרינן

שו"ע עה, יב "מנה לי בידך שהליתך והלה אומר איני יודע אם הליתני ועד אחד מעיד שהלוהו הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם".

סמ"ע (ו) מסביר אעפ"י שאין העד מעיד שעדיין לא פרעו או שמדובר תוך זמנו אפילו הכי חייב כי ברי ושמא ברי עדיף.

ש"ך (נד) והרי יש לו מיגו שיכול לטעון פרעתי והיה נאמן כיון שכרגע בטענתו אומר איני יודע הלי משום שאינו יכול להשבע ומשלם (וכן משמע בתשובת מהרש"ם) דלא כתשובת המבי"ט שכותב שמדובר שהעד יודע שלא פרע. אבל אם אינו יודע יש לו מיגו דפרעתי והיה נאמן.

קצות (סי"ק ט) שואל כך: משמע מדברי הש"ך שאם טוען לא לויתי היה נאמן במיגו דפרעתי והרי זה נגד דברי הר"ן בשבועות שסובר דע"א מחייב שבועה בלא לויתי אע"ג שאינו מעיד על הפירעון ואף דאית ליה מיגו דהחזרתי משום דע"א לשבועה כשניים לממון. וא"כ כיצד יכול לטעון מיגו נגד עדים?

יוצא מדברי הקצות ועוד אחרונים שמבינים בדברי הש"ך שמיגו נגד ע"א אמרינן גם כשטוען לא לויתי בהכחשה נגד העד נאמן במיגו דפרעתי וכן משמע מפורש בדברי הרב המב"י חלק ג' סימן קנא שנאמן לאמר נגד העד במיגו דפרעתי.

### ה. ש"ך בכללי מיגו

הש"ך בסימן פב ס"ק כז כתב:

מיגו לא אמרינן היכא דאיכא ע"א שמכחיש את דברי המיגו כגון בנסכא דר' אבא לא נאמן לטעון דידי חטפי בשבועה במיגו דלא חטפתי שהרי טענת המיגו "לא חטפתי" סותרת את דברי העד שטוען חטפתי לפיכך לא אמרינן מיגו נגד ע"א

צריך לברר דברי הש"ך והרי למדנו בהבנת דברי הש"ך (קצות) בסימן ע"ה ס"ק ל"ד שאדם יכול לטעון לא לויתי נגד העד שטוען לויתי במיגו דפרעתי ושם אנו אומרים מיגו נגד ע"א אלא צ"ל שההבדל הוא ששם מדובר שטענת המיגו לא סותרת את דברי העד שהרי העד אומר לויתי והלה טוען פרעתי ולכן שם אפשר לאמר מיגו נגד העד אבל במקרה של נסכא דר' אבא טענת המיגו "לא חטפתי" סותרת דברי העד שטוען שחטף לכן לא אמרינן מיגו נגד העד

הנתיבות בכללי מיגו (אות כא)

מיגו במקום ע"א הן הטענה שהוא טוען עכשיו הוא נגד העד הן הטענה שהוא יכול לטעון הוא נגד העד אז אם הם בדברים שהוא מחויב שבועה דאורייתא נגד העד לא אמרינן דכל זמן שלא נשבע נגד העד אינו נאמן והעד נאמן כשניים

רואים מדברי הנתיבות שמיגו נגד ע"א תמיד לא אומרים בין אם טענת המיגו סותרת את העד ובין אם הטענה הנוכחית סותרת את העד (משמע לא כדברי הש"ך).

### ט. מיגו לאפטורי משבועה

הרא"ש מס' שבועות פרק ז' סימן ג' מביא שיטת הר"י מגאש שסובר מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן אלא לאפטורי מממון ואחת מהראיות מעד אחד דאיכא למימר מיגו ואפילו הכי משתבעי.

הרא"ש חולק ואומר דבריו אינם מובנים לי כיון דמיגו מדאורייתא הוא מה לי ממון מה לי שבועה לכן סובר הרא"ש מיגו לאפטורי משבועה אמרינן ודוחה את הראיות של הר"י מגאש וכותב "וגם בע"א לא ידענא מאי מיגו איכא".

וצריך לברר את המחלוקת ואולי מחלוקת זו תלויה במחלוקת אחרת במיגו נגד ע"א.  
לר"י מגש שסובר מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן יסבור מיגו נגד ע"א לא אמרינן  
והרא"ש יסבור מיגו נגד ע"א אמרינן אפשר לדחות דבר זה שהרי הר"ן סובר מיגו  
לאפטורי משבועה ובכל זאת סובר שמיגו נגד ע"א לא אמרינן והסיבה כיון שע"א מחייב  
שבועה כשניים שמחייבים ממון לפיכך לא מועיל מיגו.

שואל קובץ שיעורים חלק ב סימן ו - ממה נפשך אם כח מיגו שווה לכח שבועה למה  
לא יהא ע"א מוכחש ע"י מיגו כמו שמוכחש ע"י שבועה ואם כח מיגו פחות מכח שבועה  
למה יפטר ע"י מיגו מחיוב שבועה (לשיטות מיגו לאפטורי משבועה אמרינן).

ותירץ מה שאנו אומרים מיגו מהני לאפטורי משבועה אין הכוונה שע"י טענת המיגו  
נחשב כאילו נשבע אלא כאשר יש טענת המיגו אין לו חיוב שבועה דהיינו שיאן לו כח  
לחייבו שבועה ולכן אמרינן מיגו לאפטורי משבועה.

### י. לשיטות שסוברים מיגו נגד ע"א אמרינן, מדוע?

א. אפשר להסביר עפ"י דברי הקובץ שיעורים הנ"ל בדין מיגו לאפטורי משבועה שם  
הסביר שכאשר יש טענת המיגו אין ולא נוצר חיוב שבועה והשבועה נדחית מפני המיגו  
דהיינו שיש לו נאמנות בטענת המיגו ממילא לא צריך שבועה ורק כאשר אין מיגו ממילא  
אין לו נאמנות וצריך להשבע ואפשר לאמר ה"ה במיגו נגד ע"א דאמרינן. כיון שהעד  
מחייב שבועה ממילא כאשר יש טענת מיגו יש לו נאמנות ולא צריך להשבע והשבועה  
נדחית ולכן אומרים מיגו נגד ע"א.

ב. אפשר להסביר דרך נוספת עפ"י דברי קובץ שיעורים חלק ב' סימן ג'. ג' (דיני מיגו)  
כאשר יש חיוב שבועה על הנתבע השבועה מבררת לנו את הטענה וסובר שגם המיגו  
עושה לנו בירור כמו שבועה ולכן אמרינן כאילו נשבע לפי זה אפשר לומר מיגו נגד ע"א  
כיון שהמיגו עושה לנו בירור כמו השבועה שמבררת נגד העד

ג. חוקרים בעולם הישיבות בגדר חיוב שבועה צד אחד אפשר לאמר שחייב ממון עפ"י  
העד כז' שלא נשבע ויש כח לשבועה לפטור צד שני אפשר לאמר שהנתבע חייב שבועה  
ומה שאינו נשבע זה מחייבו ממון<sup>1</sup> יוצא לפי הצד הראשון שזה חיוב ממון כל עוד שלא  
נשבע כנגד העד א"כ מיגו נגד ממון אמרינן לפיכך אפשר לאמר מיגו נגד ע"א אמרינן.

### יא. מיגו נגד ע"א שמחייב שבועה דרבנן

#### 1. תשובת הרמב"ן

בעה"ת בשם תשובת הרמב"ן (טור סימן נח) מי שהוציא שטי"ח על חברו ואמר לו פרעתין

1. ראה מאמרו של הרב א. אסולין (בענין עד המסייע) בקובץ זה. (הערת עורך).

והשיב לו אמת שקבלתים ממך אבל זה מחלואה אחרת אם נתנם לו בפני שני עדים איתרע שטרא ואינו נאמן לתבוע את החוב בשטר אבל אם נתנו לו בפני ע"א האם אמרינן איתרע שטרא רק שפרעו בפני שני עדים אבל בפני ע"א נאמן ונחשב דסטראי ניחו ושקיל (במיגו דלהדי"ם) או שנאמר גם בפני ע"א נחשב כמו המקרה של נסכא דר' אבא ומתוך שאינו יכול להשבע נגד העד משלם?

והשיב הרמב"ן - בודאי דין זה אינו דומה לנסכא דר' אבא ששם כאשר אומר העד שחטף נסכא מחייב שבועה דאורייתא להכחיש את העד ומתוך שאינו יכול להשבע משלם אבל במקרה דידן שהעד טוען פרוע הוא אינו מחייב שבועה דאורייתא וממילא לא אמרינן מתושיל"מ

ב"י כותב: דין זה של הרמב"ן אין שום חולק.

## 2. שיטת תוספות

ש"ך סימן נח ס"ק כג שואל איך הבי"י כותב שאין שום חולק, והרי תוס' ב"ב לד, א ד"ה "הוי מחויב שבועה" סובר שאם היה עד אינו נאמן במיגו דלהדי"מ דהוה לי מחויב שבועה ודין זה נאמר גם בשבועה דרבנן כגון: הגמ' בכתובות פה, א אבימי בריה דר' אבהו שלח שליח לפרוע חובו ולאחר שפרע ביקש את השטר ואמר לו סיטראי ניחו אתא לקמיה דר' אבהו א"ל מיגו דיכול לאמר להדי"ם יכול נמי למימר סיטראי ניחו תוסי מסביר שמקרה זה מדובר לאחר שתיקנו שבועת היסת וממילא השליח צריך להשבע שפרע וכיון שנוגע בעדות אינו נאמן להעיד.

יוצא מדברי תוס' שאם העד אינו נוגע בדבר יכול להעיד והלה אינו נאמן לטעון מיגו. ועוד קשה הרי הרמב"ן בעצמו סותר דבריו שהרי בסוגיה בכתובות מסביר כדעת תוס' ואיך כאן בתשובת הרמב"ן סובר שבשבועה דרבנן נאמן במיגו ולא אמרינן משיל"מ.

## 3. הבנת הש"ך בשיטת תוס' ורמב"ן

מסביר הש"ך אפשר לתרץ דברי הרמב"ן שדיבר לאחר שפרעו בא לתובעו עם השליח שהוציא ממנו כסף שלא כדין ולכן הוי מחויב שבועה מדאורייתא וזה דומה למקרה של נסכא אבל הש"ך דוחה תירוץ זה שהרי הרמ"א שחביא את דברי הרמב"ן לא כתב שאם זה לאחר הפרעון איתרע שטרא.

## 4. הבנת הגר"א במחלוקת תוס' ורמב"ן

הגר"א מסביר את המחלוקת בין התוס' לבין הרמב"ן:

לשיטת תוס' כיון שהעד טוען פרוע מחייב אותו שבועה דרבנן ממילא איתרע שטרא ויהא נאמן במיגו דלהדי"ם בשבועה דסיטראי ניחו ולאחר שישבע יטול.

הרב יוחנן גבאי

אבל הרמב"ן מבין שע"א שטוען פרוע אנו אומרים דלא איתרע שטרא ויכול לגבות ללא שבועה נגד העד כיון שכל השבועה שטוען פרוע זה תקנת דרבנן ממילא כיון שלא טוען טענה ישירה כנגד העד אלא אומר סיטראי נינחו וכיון שיש לו מיגו דלהד"מ נאמן גם ללא שבועה כי תקנת חכמים להשבע זה רק כאשר אדם טוען כנגד העד אבל טענת סיטראי אינה כנגד העד נאמן ונוטל ללא שבועה.

**5. הנתיבות בכללי מיגו (אות כא)**

במקום שחייב שבועת המשנה נגד העד יש מחלוקת הפוסקים האם אמרינן מיגו נגד העד או לא והטעם בשבועה דאורייתא אנו אומרים מתוך שאינו יכול להשבע משלם אבל בשבועה דרבנן אין דין משיל"מ.

## הרב אריה אסולין

### עד המסייע

#### ראשי פרקים

- א. פתיחה
- ב. הבסיס לדין עד המסייע בש"ס - ב"מ דף ב
- ג. מחלוקת הראשונים בהבנת דברי ר"ת
- ד. קושיות הרמב"ן על מ"ד שעד המסייע פוטר מש"ד ותירוצי הרא"ש
- ה. מחלוקת אחרונים האם עד המסייע פוטר ממשאיל"מ
- ו. מעשה בלולב
- ז. הסבר הקובץ שיעורים לשיטת הרא"ש
- ח. תוספת באור למחלוקת הש"ך והקצות עפ"י דברי הקוב"ש
- ט. הערת הקהילת יעקב על דינו של הרא"ש
- י. שיטת הסוברים שעד המסייע אינו פוטר
- יא. יישוב סתירה בש"ך מיו"ד לחו"מ
- יב. יישוב שיטת הריטב"א בדין של עולא
- יג. האם עד המסייע פוטר משבועת שומרים
- יד. האם עד המסייע פוטר מכמה שבועות
- טו. הכחשה של תרי ותרי והיה חייב ש"ד
- טז. סיכום

#### א. פתיחה

כתוב בתורה דברים יט, "לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת" דורשת הגמרא בשבועות דף מ. לכל עוון ולכל חטאת - אינו קם, אבל לחייב שבועה קם. האם ע"א קם גם לפטור מחיוב שבועה כשמסייע לנתבע? בעזרת ה' נדון בכך במאמרנו.

#### ב. הבסיס לדין עד המסייע בש"ס - ב"מ דף ב

הגמרא בריש ב"מ שנים אוחזים בטלית זה אומר אני מצאתיה וזה אומר אני מצאתיה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי - זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה וזה ישבע שאין לו פחות מחציה ויחלוקו.

הגמרא שואלת מה פשר הכפילות: א. מצאתיה. ב. כולה שלי?

ומסקנתה: רישא במציאה וסיפא במקח וממכר.

באור המקרה במקח וממכר - שניהם אוחזים בטלית המקח וכל אחד טוען: אני קניתיה מהמוכר. **שואלת הגמרא** ב,ב ולחזי זוזי ממאן נקט. **ועונה**: לא צריכא דנקט מתרוויהו חד מדעתיה וחד בעל כרתייה ולא ידע (ולגירסת רש"י: ולא ידעינן) מיהו מדעתיה ומיהו בעל כרתייה.

רש"י מבאר שהגמרא שאלה מדוע לא נשאל את המוכר ממי קבל את הכסף כי סברה הגמרא שקיבל מעות רק מאחד ואז נאמן בעל המקח לומר למי נתרצה (כדין שלישי) אף אם אין מקחו בידו, **ותשובת הגמרא** מדובר שקיבל מעות משניהם שאז אין המוכר נאמן, לכן גורס רש"י ולא ידעינן (אנן) מי נתן מדעתו ומי נתן בעל כרחו של המוכר, אך אין לגרוס ולא ידע, שהרי אף אם ידע אין לו נאמנות כשאין מקחו בידו וקיבל מעות משניהם.

**התוס'** דוחה את גרסת רש"י וגורס "ולא ידע" - המוכר לא ידע מי נתן מדעתו ומי נתן בעל כרחו, אבל אם היה המוכר זוכר מי נתן מדעתו - נאמן כעד אחד (אף שאין מקחו בידו) וא"כ שאלת הגמרא היא למה ישבעו שניהם את שבועת התקנה של ר' יוחנן (ג,א), אותו אחד שהעד מסייעו - יפטר משבועה, והאחר - ישבע שבועה דאורייתא.

השיבה הגמרא - המוכר לא זוכר למי נתרצה וקיבל מעות מדעתו ומי בעל כרחו.

### ג. מחלוקת ראשונים בהבנת דברי תוס' (שהם דברי רבנו תם בספר הישר)

**הרמב"ן** (במלחמות ה' ב"מ א,א בדפי הר"י) מצמצם את דברי ר' תם ואומר שעד המסייע פוטר רק משבועת **התקנה** שהיא משום חשד, שלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטליתו של חברו (ב"מ דף ג,א) אך בודאי שעד המסייע אינו יכול לפטור משי"ד, כגון שבועת מודה במקצת או שבועת שומרים.

**בעל המאור** (שם), הרא"ש סימן ג' ומהר"ם מרוטנבורק - למדו בר' תם שעד המסייע פוטר משבועה דאורייתא ומביאים מספר ראיות לכך:

א. בשבועות דף מ,א למדים שע"א מחייב שבועה אף על פרוטה, מהפסוק: "לא יקום ע"א באיש לכל עוון ולכל חטאת", דורשת הגמרא: לכל עוון ולכל חטאת - אינו קם, אבל קם הוא לשבועה, לומד המהר"ם שע"א נתמעט לממון ולא נתמעט משבועה בין לחיוב שבועה ובין לפטור מהשבועה, דהיינו שעד המסייע פוטר משי"ד.

ב. **מקל וחומר** - שבכל מקום בדיני ממונות רואים שכוחו של המוחזק עדיף על זה שבא להוציא מהמוחזק, שהרי המוציא מתברו עליו הראיה, אם כן ק"י הוא: אם עד המסייע למוציא (= לתובע) זוקק את המוחזק להשבע שי"ד (מוציא שבועה מהמוחזק), כשהעד מסייע למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה שמחוייב בה.

ג. הוכחה בדרך השלילה - מדינו של ר' חייא קמייטא (ב"מ ד,א) - שלמדנו ששני עדים המעידים על מקצת התביעה - מחייבין שבועה מבינייהו מפיו ועד אחד.

ואי ס"ד לומר שעד המסייע אינו פוטר משי"ד אם כן נוכל לפרוך את הלימוד לדינו של ר' חייא קמייטא: מה לפיו ועד אחד כשהן מחייבין שבועה - אין כיוצא בהן פוטר מאותה

שבועה, שהרי אם יבוא ע"א המסייע ומעיד כדברי הנתבע - אין הוא פוטר משבועה, וכן אם היה בא ע"א ואומר שאינו חייב כלום כנגד הודאת פיו (שהודה שחייב) - אינם פוטרם אותו מהשבועה שחייב את עצמו שהרי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי תאמר בעדים (רח"ק) שאפילו אם נאמר שמחייבין שבועה ישנן בהכחשה בכיוצא בהן. שאם יבואו שני עדים אחרים ויסייעו לנתבע שאינו חייב כלום - נפטר הנתבע משבועה וכל מה הצד פרכינן בפירכא כל דהו. ומזה שלא פרכנו את הלימוד של רח"ק בפירכא זו מוכח דלא כרמב"ן.

**ד. קושיות הרמב"ן על האומרים עד המסייע פוטר מש"ד ותרוצי הרא"ש ב"מ סי' ג**

הרמב"ן מקשה מהמשנה ב"מ לה,ב השוכר פרה מחברו והשאלה לאחר ומתה כדרכה (באונס) - נשבע השוכר שמתה כדרכה ונפטר מבעל הפרה והשואל משלם לשוכר, זו דעת ת"ק במשנה, ור' יוסי חולק.

**שואל הרמב"ן** - מדוע השוכר צריך להשבע שבועת שומרים שמתה כדרכה הרי השואל הוא עד מסייע שמתה הבהמה כדרכה [ואין השואל נחשב לנוגע, שהרי הוא בכל מקרה משלם לשוכר], **מתוך הרא"ש** - שהמשנה דינא קמלין שהשוכר נשבע ונפטר מן המשכיר והשואל משלם לשוכר, לאפוקי מדעת ר' יוסי שאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא תחזור הבהמה לבעלים, אבל אין הכי נמי, אם יש לשוכר ראייה לפטור את עצמו מן השבועה כגון עד המסייע - יביא ראייה ויפטר מהשבועה, אלא שהמשנה לא דיברה בכך<sup>1</sup>.

ב. הרמב"ן שואל **מב"מ לו,א** שם נפסק ששומר אי שמסר לשומר ב' - שומר אי חייב לשלם למפקיד, משום שהמפקיד יאמר לו את מהימן לי בשבועה והשני לא מהימן לי בשבועה. (כהסבר רבא שם לו,ב לדינו של ר' יוחנן ששומר שמסר לשומר - חייב למה השומר הראשון חייב, הרי השומר השני הוא עד מסייע שיעיד שהבהמה נאנסה ויפטר את השומר הראשון מחיוב השבועה המוטל עליו וממילא יפטרנו מהממון?

**תרוץ הרא"ש**: חיוב השומר הראשון הוא בגלל שאינו יכול להשבע ומתחייב מדין משאילי"מ וע"א פוטר רק מחיוב שבועה אך אינו פוטר מחיוב ממון.

**הפלפולא חריפתא ועוד**: מקשים על דברי הרמב"ן (ב"ש מקשין" ברא"ש סימן ג) איך השומר השני יכול להיות עד מסייע הרי הוא נוגע בעדות, שכן אם לא יעיד שהבהמה נאנסה יתחייב לשלם בעצמו לשומר הראשון?

א. **יש מתרצים** שמדובר בשומר שכר שמסר לשומר חינם שְׂדֵי לַשִּׁיחַ (חשומר השני) בכך שישבע שנגנבה וכבר נפטר הוא מלשלם, נמצא שכשמעיד שנאנסה הוא כבר לא נחשב

1. ע"י שטמ"ק שם: "והגליון תוסי' כתוב וז"ל: הקשה ח"ר משה פילר" אמאי ישבע הלא השואל מסייעו ושמא איירי כגון ששואל קרוב למשאל ותירץ ח"ר משה כגון שיש עסק שבועה ביניהם". (הערת עורך).

לנוגע בעדות. אך תרוץ זה דחוק, שסוף כל סוף מוטל עליו שבועה ובתוס' קידושין מג,ב מבואר שעד הצריך שבועה אינו עד.

ב. מדובר שכבר נשבע השומר השני להפטר מהראשון ואז הוא בא להעיד לטובת הראשון כשהוא כבר לא נוגע. גם תרוץ זה דחוק, שאפשר שנשבע לשקר ומעיד לטובת השני רק כדי להחזיק שיקרו ושבועתו שנשבע לשומר הראשון<sup>2</sup>.

ג. קהלות יעקב ב"מ סימן ב' (עפ"י המרכזי בקידושין מג) מתרץ שמדובר שהשומר הראשון מחל לשומר שני על כל תביעות שיש לו עליו בשמירה זו בין ממון ובין שבועה ואז השומר שני כבר אינו נוגע כשמעיד ולכן לפי הרמב"ן הוא יכול להיות עד מסייע שיפטור את הראשון משבועה. ובדומה לכך מצאנו בסוגיא ב"ב מג,א לגבי בני העיר שנגב להם ספר תורה - מועיל סילוק הנגיעה להכשיר את העדים להעיד, ע"י שמסתלקים מחלקם בספר תורה הרי שהם כבר אינם נוגעים ויכולים הם להעיד ולדון על הספר תורה הגנוב. [אך גם על תרוץ זה ניתן להקשות ולומר שעדין הם נוגעים, שכן אפשר שהם מעידים לטובתו בגלל שפטרם מתביעותיו וכן דחה הפלפולא חריפתא הני"ל תרוץ זה]<sup>3</sup>.

#### ה. מחלוקת אחרונים. האם עד המסייע פוטר ממשאיל"מ

הש"ך (בח"מ סימן פו ס"ק טו) למד מדברי הרא"ש הני"ל שהיכן שיש דין מתוך שאיל"מ אין עד המסייע פוטר, שעד פוטר רק מחיוב שבועה ואינו פוטר מחיוב ממון. וכן למדו תה"ד סימן של"ד ועוד בדברי הרא"ש.

קצות החושן (סימן פו סק"ט) חולק על ההבנה הפשוטה ברא"ש, וטוען שעד המסייע פוטר גם מחיוב ממון הבא ע"י משאיל"מ. שהעד אינו קם לממון אלא העד בא לפטור אותו מהשבועה וממילא אין עליו יותר חיוב ממון, כמו בנסכא דר' אבא שהנתבע נתחייב שבועה ע"י ע"א ומתוך שאינו יכול להשבע משלם ממון, כך עד המסייע פוטר. והקצות מחזק את דבריו מלימוד ק"ו. שהרי מהר"ם והרא"ש למדו שעד המסייע פוטר משבועה בק"ו שאם העד המחייב שבועה זוקק את המוחזק להשבע (מוציא שבועה מהמוחזק) ק"ו שעד המסייע למוחזק יוכל לפוטרו מהשבועה. א"כ נלמד ק"ו לגבי דין משאיל"מ שאם עד זוקק את המוחזק לשלם ממון ע"י משאיל"מ כמו בנסכא דר' אבא קל וחומר שיפטור אותו מחיוב ממון שנובע ממשאיל"מ.

אם כך על מה אמר הרא"ש שעד המסייע אינו פוטר מחיוב ממון בשומר שמסר לשומר? מסביר הקצות שהרא"ש מתכוין שהשומר ראשון נתחייב ממון מצד איני יודע אם פרעתין (ולא משום משאיל"מ כהבנת הש"ך ותה"ד) והאמת שישנה מחלוקת אם שומר כבר משעת מסירה נתחייב או רק משעת פשיעה נתחייב, אם השומר משעת מסירה כבר נתחייב על הפקדון - מובן מדוע כששומר ראשון אומר איני יודע מה קרה לבהמה הוי

2. ח"מ לד, כו: י"א שהנשבע להכחיש העד, העד ואותו שנשבע לו מצטרפים להעיד עליו לפוסלו, אם שם אין נגיעה - הכא לא גרע (אמנם יש החולקים שם אך לא בהכרח שמטעם נגיעה). (הערת עורך).

3. וב"ב מג האם נאמר שמעידים כך בגלל הנגיעה חקודמתו. (הערת עורך).

איני יודע אם פרעתיך, אך גם אם נאמר ששומר משעת פשיעה נשתעבד - בכ"ז זה בגדר איני יודע אם פרעתיך, לפי שבשעה שמסר שומר א' לשומר ב' - הוי פשיעה ומשעה זו נתחייב השומר הראשון וכיוון שאינו יודע בעצמו מה קרה לבהמה - הוי איני יודע אם פרעתיך וחייב לשלם. ואף עד המסייע לא יפטור מממון זה שכן אין זה חיוב ממון הנובע משבועה. והקצות מוכיח דבריו מהנמויי ב"ק קיב,א.

במקרה ששואל חמור ע"מ שירכב עליו שלוחו ומתה הבהמה בדרך ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה - השואל פטור, לפי שהשומר מתחייב רק מזמן פשיעה וא"כ הוי א"י אם נתחייבתי, אבל אם שאל חמור לרכוב עליו הוא עצמו ונתנו לשלוחו, כיוון שאין השואל רשאי להשאל - הוי פשיעה ונתחייב תיכף וא"כ הוי איני יודע אם פרעתיך. משם מוכח ששומר שמסר לשומר הוי איני יודע אם פרעתיך, ובה אין עד המסייע פטור, כיוון שאין חיובו נובע משבועה.

הקצות מביא ב' נפקא מינות בינו לבין הש"ך:

א. במקרה של נסכא דר' אבא אם יביא החוטף עד המסייע שדידיה חטף.

ב. החשוד שנתחייב ש"ד שהדין **שחייב לשלם משום משאיל"מ** - האם עד המסייע לחשוד יפטור אותו מתשלומין.

לפי הש"ך עד המסייע אין בכוחו לפטור מחיוב ממון של "מתוך שאינו יכול להשבע משלם" ולכן בשני המקרים עד המסייע לא יפטרו אך לפי הקצות עד המסייע פטור גם מדין משאיל"מ ולכן פטור בשני המקרים הני"ל. (יש, אמנם, לבדק ההשלכות מצד "שכנגדו נשבע ונטל")

## ו. מעשה בלולב

כיוון שהגענו עד הלום אביא מעשה שקרה בסוכות והדין בו תלוי במחלוקת הש"ך והקצות. אדם שאל מחבירו לולב ולאחר שנענע בו החזירו למשאל כשהוא פסול<sup>4</sup> השואל אומר שאינו יודע כיצד נפסל הלולב אך אפשר שנפסל תוך כדי שנענע בלולב באופן המקובל, ואם כן דינו כמתה מחמת מלאכה שהשואל פטור<sup>5</sup>, אך מכ"מ השואל חייב בשבועת שומרים שמתה מחמת מלאכה, וכיוון שהוא אינו יודע כיצד נפסל הלולב הרי

4. יש להעיר מתשובת הר"ן סי' יט אודות השואל ספר שפטור מאונסין (הו"ד בסמ"ע עד סק"כ"א) והש"ך כתב (שם סי' קט) בטעמו שאין כל הטאה של השואל דמשאל נמי מצוה קעביד ונהנה מפרוטה דרב יוסף (וא"כ תלוי בפסיקת ההלכה במחלוקת רבה ורב יוסף וכ"כ בקצות"ה שמביא אמנם בסי' עב סי' ק לד כתב שאף לרבה אינו כשואל. וע"י מחנ"א שאלה סי' ג ונתה"מ סי' עד סק"ז. סוף דבר בנידון חיוב שואל לולב באונסין צ"ע אף בנושא זה שו"ר שהאריך בענין זה ומחבטים נוספים בשד"ח אסיפת דינים מערכת אתרוג סי' ג' אות כט. (הערת עורך).

5. יש לעיין האם בכ"מ חשוב מתה מחמת מלאכה. האונס כאן גרם (לדברי העד) בשעת המלאכה אך לא מחמת המלאכה. ואין לבוא מכח שיטת הרמ"ה שגאנסה בדרך חשיב ממ"מ כי כבר באר דבריו התיבות שבדרך שכיחי אונסין וכמדומה שזה לא שייך בלולבים בשעת נטילה. (הערת עורך).

שדינו משאילי"מ. אולם במקרה דגן היה עד אחד שמעיד שראה שהלולב נפסל בזמן שהשואל נענע בו כמקובל ואם כן הרי מתה מחמת מלאכה, האם העד המסייע לשואל יפטרנו מחיוב הממון מדין משאילי"מ?

**לפי הש"ך** (בהבנת הרא"ש) עד המסייע אינו פוטר מחיוב ממון של "מתוך" ולכן חייב לשלם.

**לפי הקצות תלוי** אם שומר משעת מסירה נשתעבד או משעת פשיעה נשתעבד אם משעת מסירה נשתעבד - הוי איני יודע אם פרעתיך וחייב.

אך אם רק משעת פשיעה נשתעבד - הוי איני יודע אם נתחייבתי שפטור מתשלום.

### ז. הסבר הקובץ שיעורים לדברי הרא"ש (עפ"י הבנת הש"ך)

הרא"ש בב"מ סימן ג' פסק שעד המסייע פוטר מחיוב שבועה, אך אינו פוטר מחיוב ממון של משאילי"מ לפי שעד אינו קם לממון.

שואל **הקובץ שיעורים** חלק ב' סימן ז' שלפ' זה יצא שאין סימטריה בין עד שמחייב שבועה שבאינו יכול להשבע נמצא שהעד קם לממון ומשאילי"מ כמו בנסכא דר' אבא ואילו בעד שמסייע לנתבע אין הוא יכול לפטור מחיוב ממון שנובע מכך שאינו יכול להשבע.

**קשה** שהרי נלמד בקל וחומר שאם עד שמסייע לנתבע (המוחזק) אינו יכול לפטור מחיוב ממון של משאילי"מ, קל וחומר שעד שמביא התובע להוציא ממון, לא יוכל לחייב ממון כשאין הנתבע יכול להשבע ואם כן אין מקום לדינו של ר' אבא שהרי מהקל וחומר הוזה יצא שאי אפשר לחייב ממון ע"י ע"א כשאין הנתבע יכול להשבע?!

הקובץ שיעורים והסטיפולר מסבירים שאכן ישנה סימטריה בכוחו של העד שמצד אחד יכול לחייב שבועה ומצד שני בכוחו של העד לפטור משבועה אם מסייע למחוייב שבועה. אבל העד אין בכוחו לחייב ממון או לפטור מממון שכן שנינו בשבועות דף מ לא יקום עד אחד באיש וכו' - אין בכח ע"א לחייב ממון אלא כוחו לחייב שבועה בלבד, להבהרת הענין נאמר כך ישנו סולם ובו ב' שלבים:

בשלב א' - חיוב שבועה

בשלב ב' - חיוב ממון

עד אחד יכול לפעול רק בשלב א' - בכוחו לחייב שבועה וכן בכוחו של העד המסייע לפטור משבועה - בזה כוחו של עד ולא יותר וא"כ הסימטריה היא מוחלטת. אלא שמדיני השבועה נפסק שאם הנתבע אינו יכול להשבע (היכא שהוי ליה למידע) זה מעלה את חיוב השבועה ומשנה אותה לחיוב ממון גמור משאילי"מ.

ואז זה כבר דרגה ב' בסולם, אך לא העד מעלה את החיוב לחיוב ממון (שלב ב') אלא טענתו הגרועה שאינו יודע או אינו יכול להשבע את השבועה המוטלת עליו - זהו הגורם שהופך זאת לחיוב ממון.

לפי"ז בנסכא דר' אבא העד חייב רק שבועה ודיני השבועה מעלים זאת לשלב ב' של חיוב ממון (בגלל שאינו יכול להשבע לא חטפתי) אך לא העד עצמו שכן ע"א לא קם לממון. לעומת זאת כשעד מסייע בא לפטור מחיוב ממון של משאילי"מ - זה כבר שלב ב' בסולם חיוב ממון גמור ואין בכוחו של עד אחד לקום לממון, לכן עד המסייע לא יכול לפטור מחיוב ממון של משאילי"מ.

#### ח. תוספת באור למחלוקת הש"ך והקצות בעד המסייע כשהדין משאילי"מ

לעיל הבאנו שהקצות חולק על הבנת הש"ך ברא"ש וסי"ל שעד המסייע פוטר ממשאילי"מ. עפ"י הסבר הקובץ שיעורים בדעת הרא"ש ניתן להבין את יסוד המחלוקת בין הש"ך לקצות, שהש"ך סובר שחיוב ממון של משאילי"מ - זהו חיוב ממון גמור וכבר אין כאן חיוב שבועה בכלל, לפי שהשבועה שחייב העד נשתנתה ונהפכה לחיוב ממון מכח דיני השבועה ולא מכח העד ולכן לא שייך לומר שעד המסייע יפטור מהשבועה וממילא יפטור מהממון של "מתוך". לעומת זאת קצות החושן סובר שעיקר החיוב המוטל על הנתבע זה לעולם חיוב שבועה גם כשהדין הוא משאילי"מ, ולכן אם עד מסייע פוטר מהשבועה ממילא יפטור גם מהתשלומין<sup>6</sup>. ניתן להמשיל זאת לכלל בחכמת הכימיה: תערובת - ניתנת לפרוק בקלות תרכובת - זו בריאה חדשה שנוצרה מהתערובת והיא קשה לפרוק.

הקצות רואה את דין משאילי"מ כתערובת, ולכן ניתן לחזור ולפרוק את חיוב התשלומין לחיוב שבועה שעד המסייע פוטר ממנה וממילא נפטר מתשלומין, לעומת זאת הש"ך רואה זאת כתרכובת שלא ניתנת לפרוק כיוון שחיוב השבועה נשתנה לחיוב ממון זו בריה חדשה שלא ניתנת לפרוק לכן עד המסייע לא יכול לפטור ממשאילי"מ.

#### ט. הערת הקה"י על דינו של הרא"ש (לפי הש"ך)

הרא"ש תירץ בשומר שמסר שהואיל ונתחייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ועד המסייע לשומר לא יכול לפוטרו משום שאין ע"א קם לממון, שואל הקה"י למה לא נאמר לשומר להתחכם עם המפקיד וינהג כך - הוא ישלם למפקיד את ההפרש ואח"כ יחזור ויתבע את המפקיד שהוציא ממנו ממון שלא כדין ויביא כעד את השומר השני שמעיד שהבהמה נאנסה, והמפקיד הרי אינו יודע וממילא לא יוכל להשבע כדי להכחיש את העד, ונאמר למפקיד מתוך שאינו יכול להשבע משלם, ויחזיר לשומר את מה ששולם לו. (וכה"ג מצאנו בכתובות פח"א לגבי ע"א מעיד שהיא פרועה מכתובתה, אי פיקח הבעל מביאה לידי שבועה דאורייתא ע"י שישלם לה בשנית בפני העד הראשון ועוד עד נוסף ויזקוף את התשלום הראשון כמלוח ויחייב אותה שבועה דאורייתא במקום שבועת המשנה). ואם נרצה לדחות את השאלה בטענה שהשומר תובע בשמא ואינו יכול להשביע הרי מצאנו בכך מחלוקת ראשונים בין הרי"ף לר"י מיגש, והרא"ש ס"ל כרי"ף שגם

6. יש לדון מה הדין בנתחייב שבועה ולו עד מסייע ולפני שבי"ד פסקו בדין, נפסל הנתבע לשבועה. (הערת עורך).

בטוען שמא אם יש לו עד - מחייב שבועה את הנתבע.

**מתוך הקה"י** (בי"מ סי' ב) הרא"ש בסוף פרק הכונס סובר שדין משאילי"מ קיים. רק בשמא גרוע היכא שהוי ליה למידע ואינו יודע (משום שטענתו גרועה ונראה כטוען ברמאות), משא"כ אם לא הוי ליה למידע - לא אמרינן שחייב לשלם אם כן בנידון של שומר שמסר לשומר השומר שקיבל שמירה על עצמו - הוי ליה למידע ואם אינו יודע - טענתו גרועה ומשאילי"מ, משא"כ המפקיד אינו צריך לדעת מה קורה עם פרתו בזמן שהיתה אצל השומר לכן יש לו שמא טוב ואין כאן דין משאילי"מ, אם כן השומר לא יוכל להוציא את כספו בחזרה ע"י התחכמות זו.

### י. שיטת הסוברים שעד המסייע אינו פוטר

הרמ"ה מובא בטור סי' מו סעיף לו שעד המסייע אינו פוטר משבועה וכל מה שאמרה הגמרא בשבועות דף מ שע"א אינו קם לממון אך קם לשבועה הוא רק לחיוב שבועה ולא לפטור משבועה. ובבאור הטעם שעד המסייע אינו פוטר **ניתן לומר בפשטות** שהתורה חידשה רק שעד מחייב שבועה ולא חידשה שעד גם פוטר מחיוב שבועה, ובעד כנגד עד, העד הראשון הריהו כשנים ואין דבריו של אחד (העד השני) במקום שנים.

ר' מאיר שמחה בחידושו לבבא מציעא ב,ב דוחה את הקל וחומר של מהר"ם דלא דמי כלל עד המחייב שבועה לעד הפוטר משבועה.

שבעד שבא לחייב שבועה את המוחזק - האמינתו התורה לפי שמה נפשך אם האמת שהוא חייב ובגלל השבועה שנתחייב מכח העד אין הנתבע רוצה להשבע אלא לשלם - טוב ואפילו אם העד משקר - עדותו לא גורמת להוציא ממון אלא רק להשביע - ישבע הנתבע ויפטר.

משא"כ בעד במסייע שבא לפטור, שמא הוא מעיד עדות שקר ויגרום לנתבע להפטר מהשבועה ואף מלשלם ממון (אם בנתבע היה נרתע בגלל השבועה והיה מחליט לשלם) נמצא שהעד המסייע הפסיד ממון בעדותו - לכן אין זה קל וחומר<sup>7</sup>.

הר"ן (בחידושו על בי"מ) וכן בנמוקי יוסף (שם בריש בי"מ) מציגים בפנינו שיטה אמצעית שעד המסייע אינו פוטר משי"ד של מודה במקצת או שבועת שומרים, אבל אם באו עד המחייב ואחריו עד המכחישו אפילו שבאו לאחר שפסקו בי"ד שהנתבע חייב שבועה להכחיש את העד הראשון, בכ"ז הוי עדות בהכחשה והעד הראשון (המחייב שבועה) כמאן דליתיה, החידוש הגדול בר"ן הוא שאפילו שהעד השני בא אחר פסק בי"ד זה עדיין נחשב לבאו בבת אחת, ולכן יש כאן דין ע"א בהכחשה. **ובטעמו של הר"ן** נראה לומר שכל זמן שלא נעשה מעשה שבועה - עדיין זה נחשב לבאו בבת אחת כי בי"ד עדיין לא סיימו את עבודתם כל זמן שהנתבע לא נשבע וא"כ העד המכחישו לעד הראשון מבטל את דבריו

7. עיי קונטרסי שיעורים מסי' בי"מ (עמ' יא) ובעד אחרונים שע"א המחייב שבועה אינו נאמן אלא גז"ח"כ שחצי עדות לממון מחייב שבועה ומחכיכי תיתי לומר שיש חידוש כזה לפטור, ע"ש ונראה שבדברים אלו יש תשובה לק"ו. (הערת עורך).

וכמאן דליתיה. ואין זה דומה לעדות אשה שעד אומר מת בעלה והשני שבא אחר שכבר פסקו ביי"ד להתירה אינו נאמן, כיוון שהראשון נחשב כשנים ואין דבריו של אחד (העד השני) במקום שנים, שברגע שבי"ד פסקו להתירה נסתיימה עבודת ביי"ד ולכן אם אחר שפסקו להתירה בא עד המכחיש לעד הראשון - נחשב הדבר לבאו בזה אחר זה ואין לשני כח להכחיש את הראשון שנחשב כשניים (דינו של עולא יבמות קיז, ב).

הש"ך בחו"מ פז ס"ק ט"ו חולק על הר"ן ותמה על דבריו שאף אחר שפסקו ביי"ד לנתבע להשבע בכוי"ז מחשיב זאת הר"ן כבאו בבת אחת, אמנם אף הש"ך פוסק שהעד השני נאמן להכחיש את העד הראשון אף בבאו בזא"ז, אך לא מדין ע"א בהכחשה (כר"ן) אלא מדין עד המסייע, שנאמן מהתורה לפטור משבועה.

### יא. יישוב סתירה בש"ך מיו"ד קכז לחו"מ פז

הש"ך ביו"ד (סימן קכז ס"ק יז) בעניין הכחשה בין עד לעד באיסורין מביא מחלוקת בין התוס' לריטב"א האם אמרינן "כ"מ שהאמינה תורה לע"א הריהו כשניים ואין דבריו של אחד במקום שנים" יבמות קיז, ב לגבי חתיכה שהיא ספק חלב ספק שומן ובא ע"א ואמר שהיא חלב ואחר כך בא עד שני והכחיש את הראשון ואמר שזה שומן. התוס' בכריתות יא, ב פוסק שאמרינן אף באיסורין את הכלל של עולא כל מקום שהאמינה תורה לעד אחד הריהו כשניים (אם באו העדים בזה אחר זה). וכיוון שקיבלנו את עדות הראשון אין בכוחו של השני להכחישו. אבל הריטב"א ביבמות פח, ב סובר שרק במקום שמדינא צריך שניים כמו בדבר שבערוהו אז אמרינן שהראשון הריהו כשניים ולכן בעדות אשה ובסוטה שעד מעיד שנטמאה אחר קינוי וסתירה אמרינן שהראשון הריהו כשניים והשני לא נאמן כנגדו. משא"כ באיסורין שע"א נאמן מדינא אין סיבה לתת לעד הראשון כח של שניים, וממילא העד השני בכוחו להכחיש את העד הראשון אף שבאו בזה אחר זה לפי שכוחם שווה.

**השב שמעתתא** (בשמעתתא ו פרק כ) **מקשה** על דברי הש"ך שסותר את דבריו שביו"ד סימן קכז פסק הש"ך (באיסורין) כתוס' שע"א נאמן כשניים ואין השני יכול להכחישו, ואילו בחו"מ סימן פז נוקט הש"ך שעד המסייע נאמן כמו העד הראשון שחייב שבועה ויכול לבטל את דברי העד הראשון וקשה הרי אמרנו שכ"מ שהאמינה תורה לע"א הריהו כשנים ואין דבריו של השני כלום כנגד הראשון שנחשב כשניים?

### תרוץ השב שמעתתא בשם אחיו (בעל קונטרס הספקות)

התורה האמינה לע"א באיסורין ולכן בחתיכה ספק חלב ספק שומן - נאמן העד הראשון שאמר שהוא חלב וכעת אתחזק איסורא והאוכלה חייב עליה כמו בהעידו שניים, ואם יבוא עד אח"כ וירצה להכחיש את הראשון - אינו נאמן כי כבר הוחזקה החתיכה כוודאי חלב וע"א אינו נאמן להוציא מאתחזק איסורא (כמבואר ברא"ש פרק הניזקין בגיטין) אבל בעניין שבועה התורה האמינה לעד הראשון לחייבו שבועה והתורה גם האמינה לעד השני לפטור משבועה (כמבואר ברא"ש ב"מ פ"א סימן ג) וא"כ התורה האמינה לעד המסייע שיפטור

משבועה בכל אופן בין אם זה שבועה מכח ע"א ובין אם זה חיוב שבועה מכח שני עדים כמו שעד המסייע פוטר משבועת מודה במקצת ושי"ש, לכן גם אם נאמר שהעד הראשון המחייב שבועה הריחו כשניים מכ"מ כיוון שיש כאן חיוב שבועה בלבד (ולא ממון) עד המסייע פוטר מהשבועה.

### **יב. יישוב שיטת הריטב"א בדינו של עולא**

השי"ך ביו"ד קכז ס"ק יד הקשה על דברי הריטב"א שבאיסורין אין לראשון כח כשני עדים משום שאין צריך לאיסורין שנים וסגי בע"א. שואל השי"ך הרי בעגלה ערופה אמרה הגמרא בסוטה מז,ב שאם בא ע"א ואומר ראיתי את ההורג ובא אח"כ עד שני להכחישו - אינו נאמן כי כל מקום שהאמינה תורה לע"א הריחו כשניים, והרי עגלה ערופה זה דין איסורין ובכ"ז נתנה התורה כח של שנים לעד הראשון שאמר ראיתי את ההורג ולא עורפין עגלה בגלל עדותו?

### **תירוצים לקושיית השי"ך**

א. ניתן לומר שכיוון שהעד שאומר ראיתי את ההורג מעיד בעניין נפשות, לכן יש לתת לו כח של שניים אחרת לא יהיה נאמן בעדותו, אף שלא הורגים על פי דבריו, כי סוף כל סוף הוא מעיד על רצח.

ב. שב שמעתתא (שמעתתא ו פרק כא) מתרץ שעגלה ערופה היא בגדר קרבן וע"א אינו נאמן לקרבן לכן צריך לתת לראשון כח של שניים, והשי"ש מוכיח שעגלה ערופה אינו דין רגיל של איסורין שהרי נאמנות ע"א בעגלה ערופה נלמד מהפסוק "ולא נודע מי הכהו" ואם עגלה ערופה הוה סתם דין איסורין רגיל היינו למדים נאמנות ע"א מוספרה לה כמו בשאר איסורין ולא היה צורך בפסוק מיוחד, אלא כיוון שע"ע היא כקרבן לכן צריך שנים ומשום כך צריך פסוק מיוחד ללמדנו שהעד שראה את ההורג נאמן כשנים.

ג. תרוץ נוסף בשי"ש - הראשון שמעיד עדות בגוף הדבר "ראיתי את ההורג" - נחשב לעד, והעד השני שאומר "לא ראיתי" - אינו נחשב לעד בכלל, כיוון שאינו מעיד עדות בגוף הדבר אלא בא רק להכחיש את הראשון, והיכן שהתורה האמינה לעד אין השני נאמן להכחישו (אא"כ באו בבת אחת ממש).

ודוגמא בחתיכה שהיא ספק חלב ספק שומן - נאמן העד השני כמו העד הראשון כיוון שהשני גם הוא מעיד בגוף הדבר שאומר זה היתר ולא איסור. אבל אם העד השני יגיד: "לא ראיתי" - אין השני נאמן גם באיסורין, כי אינו מעיד עדות בגוף הדבר, ונאמנות העד היא רק להעיד ולא להכחיש לראשון שכבר האמינתו התורה ולפי זה בשבועה גם העד המסייע מעיד בגוף הדבר כמו העד הראשון - לכן נאמן העד השני כמו הראשון ואף שבאו בזא"ז השני נאמן לפטור משבועה.

ד. תרוץ השי"ך עצמו לקושייתו על הריטב"א.

הריטב"א מודה לעקרון שכל מקום שמפורש בתורה שע"א נאמן - הריחו כשניים ולכן

בעגלה ערופה שנלמד מפסוק "ולא נודע מי הכהו" - נאמן העד הראשון כשניים ואין עד שני יכול להכחישו, אלא שהריטבי"א בא להוסיף על עקרון זה ולומר שגם היכן שלא מפורש בתורה שע"א נאמן - ג"כ נתנו לו חכמים כח של שנים אם צריך שני עדים לדבר ולכן בדבר שבערוהו צריך שניים נתנו חכמים כח של שני עדים לעד האומר מת בעלה ואין עד שני נאמן להכחישו.

לפי תרוץ הש"ך נוכל לחדד את מחלוקת הריטבי"א עם התוס' בכריתות יא,ב שבעצם מחלוקתם האם באיסורין אומרים שהעד הראשון הריהו כשניים או לא נובע ממחלוקת על מקור הדין שע"א נאמן באיסורין:

**התוס'** לומד מהפסוק "וספרה לה" שע"א נאמן באיסורין, א"כ יש לימוד מפורש בתורה לנאמנות ע"א והריהו כשניים. **אבל הריטבי"א** ס"ל כרש"י שע"א נאמן באיסורין, מסברא ולא מפסוק לכן נשאר לעד הראשון כח של ע"א שכן אין סיבה לתת לעד הראשון כח של שנים בין מטעם שאינו מפורש בתורה אלא נלמד מסברא ובין מטעם שע"א נאמן באיסורין ואין צורך לכח של שני עדים באיסורין.

**סברת רש"י** שע"א נאמן גם בלי פסוק, כי אחרת לא יוכל אדם לאכול אצל תבירו ואפילו אצל אשתו שכן לפניו רק ע"א, לכן חייבים לומר שמספיק ע"א לאיסורין שאם לא כן לא שבקת חיי לשום בריה.

#### קושיית אחיו של הקצות (בשי"ש ש"י סוף פכ"א)

קיי"ל שע"א בהכחשה לאו כלום הוא וכמאן דליתיה (כדמוכח מקידושין סה,ב) אם כן איך עד המסייע שבא אחר עד המחייב פוטר משבועה, והרי הוא מוכחש כבר מהעד הראשון שנתקבלה עדותו וא"כ דברי השני כמאן דליתיה?

**מתרץ השי"ש** שלא אמרינן ע"א בהכחשה לאו כלום אלא במקום שאפילו קרוב ופסול ובע"ד יכולין להכחיש את העד, כגון בעדות אשה ובאיסורין, אבל בממונות שדווקא עד כשר קם לשבועה ואין בעל דבר או בריה יכולים להכחיש את העד - בזה אין בכלל את דין ע"א בהכחשה אפילו אם באו בבת אחת, אלא שע"א שמחייב שבועה הוא עד וגם השני המכחישו הוא ג"כ עד, ונחשב לעד נגד עד לא בגלל דין ע"א בהכחשה, אלא משום עד המסייע פוטר. ואם נאמר שעד המסייע אינו פוטר משבועה הרי שגם אם באו שני העדים בבת אחת, זה שמחייב שבועה - נאמן כשנים והעד הפוטר אינו נאמן והריהו כמו אשה וקרוב שאין בדבריהם כלום נגד עד שהאמינתו התורה.

ראוי לציין שלפי השב שמעתתא הכלל "כל מקום שהאמינה תורה ע"א הריהו כשנים" זו מליצה, שפירושה שהעד הראשון נחשב לעד, והשני אינו נחשב לעד כלל, אך אין הכוונה שהראשון הוא ממש כשניים, וכך נראה בתשב"ץ שהביא השי"ש אך מהריטבי"א ביבמות פח: הנ"ל מוכח שלמד כפשוטו שהעד הראשון הרי הוא כשנים וכוחו עדיף מהשני שהוא רק אחד ואין זו מליצה בעלמא.

### ג. האם עד המסייע פוטר משבועת שומרים

בהגהות מימוניות טו"נ פ"א סק"ג מביא ירושלמי ששומר חינוס נפטר משבועת דווקא ע"י שני עדים שמסייעים לדברי השומר שלא פשע, אבל בעד אחד - חייב שבועה, ובתה"ד סימן שלי"ד מבאר דיעה זו: "בשבועת שומרין כיוון שוודאי היה של חבירו - לא יוכל להפטר מן השבועה אלא בשני עדים". (ודבריו צריכים לבאור ונפרשם בהמשך).

מכ"מ ברא"ש ובמרדכי פליגי על דיעה זו וסי"ל שעד המסייע פוטר אף משבועת שומרין שהרי הקשה הרא"ש בסימן ג' לגבי שומר שמסר לשומר מדוע לא יפטרנו השומר השני ולא תרץ שבשבועת שומרין עד המסייע לא פוטר, מוכח שסובר שאין חילוק בין השבועות ובכולם פוטר עד המסייע (דברי הרא"ש הובאו לעיל עיי"ש).

**לבאור דעת הסוברים (ירושלמי) שבבועת שומרים שונה משאר השבועות נביא שני הסברים:**

א. הרב זולטי במשנת יעבץ סימן י"ט מבאר שבשבועת מודה במקצת ושבועת ע"א מן הדין היה נפטר לגמרי בלא כלום שהרי המוציא מחבירו עליו הראיה אלא שהתורה החמירה עליו וחייבה את הנתבע שבועה, אי"כ כל חיובו הוא רק שבועה ועד המסייע פוטר מן השבועה, לעומת זאת בשבועת שומרים לולי השבועה היה השומר חייב בתשלומין ועיקר חיובו הוא חיוב ממון ולא שבועה, אלא שהתורה חסה על השומר וחקילה עליו שיוכל להפטר ע"י שבועה, אי"כ שבועת השומר היא מהותית ביותר ובעצם הוא חייב ממון אלא שהקלו עליו להתירו בשבועה, ועד המסייע פוטר מחיוב שבועה, ואינו פוטר מחיוב ממון (כמבואר בתרוץ הרא"ש ב"מ סימן ג' על היש מקשין הבל) לכן בשבועת שומרין שביסודה חיוב ממון - לא יועיל עד המסייע. משאי"כ בשאר השבועות שאין ביסודן חיוב ממון - עד אחד פוטר מן השבועה.

ב. ברצוני לומר הסבר שונה במקצת המבוסס על דברי הקה"י (ב"מ סוף סימן ב) הרא"ש בסוף פרק הכונס סובר כדעת התוס' והראב"ד שבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא - משאיל"מ, רק היכא שהוי ליה למידע שאז נראית טענת הנתבע שאומר איני יודע כטענת רמאות, אבל היכא שלא הוי ליה למידע שאז יש לו שמא טוב ואינו נראה כרמאות - לא אמרין משאיל"מ.

אולם זה דווקא בשבועת ע"א ושבועת מודה במקצת אבל בשבועת שומרין אמרין משאיל"מ אף היכא שלא הוי ליה למידע, והטעם משום דשומר שאני שבשומר השבועה היא חלק מדיני השמירה שעליו, וכשאינו נשבע אפילו היכא דלא הוי ליה למידע עכ"פ לא השלים השומר את דיני השמירה שנתחייב להעמיד את הפקדון לפני הבעלים או לברר אונסו ומשום כך כשאיל"מ, וכעין זה כתוב בחזו"א חו"מ סימן ה' סוף סק"ו "שבועת שומרין היא מחמת ששיעבד נפשו לשמירתו ושיהיה באחריותו כל של ישבע שטאנס - שיעבד נפשיה אף שלא פשע באי ידיעתו". עפ"י דברי הקה"י והחזו"א ניתן להסביר גם מדוע שבבועת שומרין לא יועיל עד המסייע, כיוון שבבועת השומר היא מהותית ביותר ונתחייב השומר או להחמיר את הפקדון או לברר אונסו בשבועה, כאן לא יועיל עד המסייע, כי זו שבועה בגדר אחר משאר שבועות ואין לעד כח לפטור את השומר ממנה.

### יד. האם עד המסייע פוטר מכמה שבועות

בתרומת הדשן סימן שלי"ד כתב שעד המסייע פוטר אף מכמה שבועות ולכן אם נתחייב שבועת מודה במקצת או שבועת שומרין וגם שבועת עי"א ובא עד המסייע לנתבע - נפטר הנתבע מכל השבועות שנתחייב.

הש"ך חולק על תה"ד ואומר שבמקרה כזה אוקי חד לגבי חד וסלק עדותן כמאן דליתא (בדומה לעי"א בהכחשה) וחייב הנתבע להשבע שבועה דאורייתא של מודה במקצת או ש"ש. והש"ך מביא ראיה לדבריו דאמרינן סלק את העדים ונשאר עליו חיוב השבועה מסימן מו סעיף לו בטור ובשו"ע. במקרה שהיה שטר והעדים מתוכחים אם היה תנאי או לא היה תנאי על השטר, הדין שמתחייבים כאילו אין כאן עדות כלל לגבי התנאי (סלק) וישבע היסת כדעת ר' מתתיה בטור סוף סימן מ"ו. אי"כ מוכח דלא כתה"ד שהרי למרות שעד מסייעו לא נפטר מההיסת. ומוסיף הש"ך ואומר שאין לומר ששבועת היסת שאני.

ונראה שלא קשה על תה"ד מסימן מ"ו לפי שתה"ד סובר כספר התרומות שכתב בשה"ת שער כ"א ח"ה שעד המסייע פוטר רק משבועת התורה או שבועת המשנה אך אינו פוטר משבועת היסת, שתקנת רב נחמן להשבע היסת נתקנה בכל דבר.

ובמשנת יעבץ מבאר את מחלוקת הש"ך עם סה"ת האם עד המסייע פוטר משבועת היסת שתלויה בגדר של שבועת היסת.

סה"ת ותה"ד סוברים ששבועת היסת אינה בגדר ברור רגיל כמו שאר שבועות אלא זהו חיוב מיוחד שהטילו חכמים להסיתו להודות, ואי"כ לא שייך שעד המסייע יבוא במקום שבועת היסת, שהרי עד בא כראיה מבררת ובכופר הכל כבר יש לו ראיה, שהרי התורה האמינתו בגלל החזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, ואעפ"כ חכמים חייבוהו להשבע היסת למרות שיש לו ראיה, אם כן עד מסייע לא יפטר מהיסת, אבל הש"ך ושאר ראשונים החולקים על בעה"ת סבירא להו ששבועת היסת היא ברור כמו בשאר שבועות ולכן עד המסייע פוטר מהיסת כשם שפוטר משאר שבועות.

**בשורש מחלוקתם של הש"ך ותה"ד האם אמרינן סלק וכו'** נראה לדמות זאת למחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בעי"א אומר מת בעלה ועי"א אומר לא מת האם זה יוצר ספק ואם נשאת לעד שלה לא תצא. הרמב"ם בהלכות גרושין פרק יב הלכה י"ט סובר שעד נגד עד יוצר ספק גמור ולכן אם נשאת לעד - לא תצא (אם טוענת ברי לי שמת) והרמב"ן חולק וסובר שע"א בהכחשה לאו כלום וכמאן דליתיה ואין כאן ספק כלל ולכן לא יכולה להנשא לעד לפי שהעדים מבטלים זה את זה והיא בחזקת אשת איש. ובעניינינו לגבי חיוב שבועה סובר תה"ד שעד המסייע יוצר ספק לגבי חיוב השבועה וספק שבועה לקולא כי הנתבע מוחזק בשבועתו (עיין בש"ך<sup>8</sup> פ"ז סק"ו). לעומת זאת הש"ך סובר שבעד ושבועה וכנגדם יש עד המסייע אמרינן סלק את שני העדים וכמאן דליתיה בדומה לעי"א בהכחשה שלא כלום הוא, ונשאר עליו חיוב שבועה של מודה במקצת או ש"ש ועיין דברי הקצות

8. אמנם, ע"ש ברמ"א סעיף ו לענין עד המסייע לפטור משבועת הנוטלין. (הערת עורך).

### טו. הכחשה של תרי ותרי והיה חייב ש"ד

הש"ך בס"ק טו סובר שגם בתרי ותרי אמרינן סלק ואם היה חייב ש"ד ישבע שואל הקצות (בסק"ח) איך אפשר לומר סלק בתרי ותרי וישבע שבועה שנתחייב הרי בסימן עא סק"ב בתרי אומרים השטר פרוע ותרי אומרים לא פרע פוסק הש"ך שהשטר פרוע מספק ולא גובה בשטר ואם אמרינן סלק והוי כמאן דליתנהו אם כן היה התנבע חייב לשלם את השטר?

ועיין בקצות שנדחק לתרץ קושיא זו. ונראה לומר שהשטר הוא ברור כמו עדים וא"כ תרי ושטר נחשב כמו ארבעה עדים ותרי כמאה ולכן תרי ושטר כנגד תרי הוי כתרי נגד תרי, לכן לא שייך לומר סלק וישאר חיוב עפ"י השטר, שכן השטר היא כעדים ותרי כמאה.

ועיין ברעק"א מהדו"ק סימן קלו - קלו שכתב ששטר הוי הוכחה כמו אגן סהדי והוי כמו כח עדות ואמרינן בתרי ושטר תרי כמאה ומוכח כדברינו וברוך ה' שזכינו לכוין לדבריו, ונראה שיש מחלוקת בין הש"ך לקצות באופן ההתייחסות לשטר:

הש"ך סובר כרעק"א ששטר הוי אגן סהדי והרי הוא כמו כת עדים ולכן אמרינן בשטר ועדים תרי כמאה, לעומת זאת קצות החושן סובר ששטר זו חזקה או הנהגה? ולא אמרינן ששטר הוא כמו כת עדים, או אפשר שקצות החושן סובר כדברי ר' חיים מבריסק (בסטנסיל סימן קטו) שכל זמן שהשטר בידי המלוה יש לו נאמנות לומר לא נפרעתי שמהות השטר היא הסכם נאמנות למלוה וא"כ ניתן לומר שבתרי ותרי ושטר השטר אינו כעדים נוספים שנאמר תרי כמאה אלא נאמנות ולכן מובן למה הקצות לא תרץ כדברינו (שהוי תרי כמאה).

### טז. סיכום

ראינו במאמרנו את שיטות האומרים שעד מסייע פוטר משבועה ואת שיטות החולקים עליהם. בשו"ע הביא את ב' הדיעות בסימן עה"ב ובסימן פז, אך הרמ"א פסק שעד המסייע פוטר משבועה ובעקבותיו הלכו כל האחרונים. האם עד המסייע פוטר גם ממשאיל"מ, משבועת שומרים ומשבועת היסת - ראינו שיש בכך מחלוקת, ותוך כדי המו"מ בדברי הראשונים והאחרונים הובהרו השיטות וטעמיהם. כמו כן עסקנו במאמר בדינו של עולא ביבמות קי"ב, ועוד מקומות "כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים", ובדין ע"א בהכחשה לפי שנושאים אלו קשורים בקשר ישיר לנושא המאמר.

9. צל"ע מכתובות יט"ב "תרי ותרי נינהו". (הערת עורך).

## הרב מאיר ברקוביץ

### חשוד על השבועה:

#### ראשי פרקים

- א. דין דאורייתא או דרבנן
- ב. האם יש פסול לשבועה
- א. שיטת האבי עזרי - חשש שקר בלבד
- א.1. סיוע לשיטה זו - הבנת רע"א בתשובת הרב"ש
- א.2. גר"א סי' צ"ב סק"ז
- א.3. תוס' שבועות דלא כגר"א
- ב. שיטת רבי שמואל חזו"בסקי
- ג. מדברי רבי ראובן גרוזובסקי
- ד. שיטת הקונטרסי שיעורים
- ה. שיטת הנחל יצחק
- ג. מקורות נוספים

#### א. דין דאורייתא או דרבנן

בדיון בגדרי חשוד על השבועה יש מקום להתייחס לשלש קבוצות: רשע שעבר עבירה שפוסלת אותו לעדות, וקבוצה זו מתפצלת לשנים - להכעיס, לתאבון; גזלן וכד' - רשע דחמס<sup>1</sup>; העובר על השבועה.

מדברי הרשב"א בשבועות (לא,א) עולה שדין החשוד על השבועה, מדאורייתא אינו נשבע אלא משלם (ולא דן שם מיהו החשוד). רמב"ן, רשב"א וריטב"א ב"מ ב,ב מתייחסים לגזלן כחשוד מהתורה.

הב"ח (צב סק"ד) כותב שהחשוד על השבועה מחמת עברות אחרות - חשוד לכך מהתורה. התבואות שור סי' ב ס"ק יב<sup>2</sup> סבור שמהתורה הנשבע לשקר חשוד על השבועה ונחשב לחשוד לאותו דבר, ולמד כן מדברי הרשב"א בתשובה ח"א סי' תל (ותרפ"ז) והסיק שהו"ה לגזלן וכיו"ב, אך בשאר עברות ה"ז דין דרבנן<sup>3</sup>.

\* עיקרי הדברים נאמרו בשיעור בכולל, חורף תש"ס.

1. יש לבחון האם מומר לתאבון נחשב כרשע דחמס ואכמ"ל.
2. רע"א בגליון השו"ע סי' לד וחשו"מ בסי' צב ציינו לדבריו.
3. ח"י הרי"ם חו"מ לד סק"ט רצה לומר שהעובר על כל איסור תורה נחשב כחשוד לאותו דבר ביחס לשבועה הואיל והוא מושבע ועומד מהר סיני אך האמרי בינה (עדות סי' לה) כתב שילאינשי לא משמע להו' וע"ע נחל יצחק סי' צב סעיף ג אות ב. ומהרי"ם עצמו שאם לא מטעם שחשוד לאותו דבר אין

דעת ר"י החסיד המובאת בתוסי' ב"מ ה', ב וכתובות יח היא שגולן פסול מהתורה אך לא שאר עוברי עבירה. בתוסי' דעה נוספת שגולן פסול לשבועה מדרבנן בלבד ומנמקים השינוי מעדות בכך ששבועת שקר עונשה גדול. דעה קיצונית לקולא נמצאת בתוסי' (ב"ק קח,א ד"ה ותר"י) לדבריהם אף הנשבע לשקר נפסל מדרבנן בלבד ורק בעדות יש פסוק לפסול משא"כ שבועה ("דמדאורייתא לא מחזקינן למי שעבר עבירה פעם אחת שיעבור כן תמיד"<sup>4</sup>)<sup>5</sup>.

הלבוש (ר"ס צב) מחדש שהחשוד על השבועה אין משביעין אותו הואיל והתורה פסלתו בפסוק אל תשת ידך עם רשע. והתורה פסלה רשע להיות עד משום "שצריכין להשביעו שלא יעיד שקר כדכתיב ושמעו קול אלה וגוי וכיון שהוא רשע לא יחוש לשבועת קול אלה ועד שקר לפיכך אין משביעין". מדבריו עולה שכל הפסול לעדות (מחמת רשע) פסול בגלל היותו חשוד לשבועה. כבר העיר הסמ"ע (שם סק"א): "לא ידעתי מי הכריחו לזה וגם כל דבריו דלשם אינם ברורים". (וכונתו, כנראה, שעד אינו צריך לשבועה לנאמנותו). הנחל יצחק בסי' צב הרחיב בהוכחות בגדר הפסול ותוקפו ואכמ"ל.

### ג. האם יש פסול לשבועה

מגדולי הדורות האחרונים בארו גדר החשוד על השבועה באופנים שונים. להלן נביא השיטות המוכרות לנו (לא לפי סדר הדורות):

#### א. שיטת האבי עזרי - חשש שקר בלבד

פסק הרמב"ם בהל' טוען ונטען ב,א:

"כל חשוד על השבועה אין משביעין אותו לא בשבועת התורה ולא שבועה מדבריהם ולא שבועת היסטת ואפילו רצה התובע אין שומעין לו".

להלן הנקודות המרכזיות שהעלה האבי עזרי:

1) בפשוטו משמע שלענין שבועה אין פסלות ורק בעדות מצאנו פסול לעדות ורשע פסול כמו שפסלה תורה קרוב ואשה.

2) הלכה כאביי שמומר אוכל נבלות להכעיס פסול לעדות ולא בעינן רשע דחמס - בהכרח הפסול אינו מחמת חשש שקר (ששייך באוכל נבלות לתאבון) ופסול אפילו לעדות נפשות (חמור) ולעדות ממון (אף שאם ישקר נמצא רע לשמים ולבריות) וע"כ שגז"כ שרשע פסול לעדות.

---

סיבה שרשע יפסל לשבועה מהתורה.

4. כן מבאר דבריהם בנתח"מ פו ס"ק טו.

5. בשיטת החזו"א לא נדון כאן. נציין לדברים בחו"מ סי' י ס"ק יט ובסי' ט סק"ד.

ואילו בשבועה - הר"מ אינו מזכיר כלל לשון פסול אלא חשוד על השבועה.

3) יסוד הדין - שאין למסור שבועה לחשוד שמא ישבע לשקר ולכן אף בהסכמת התובע אין משביעין הנתבע שחוששין שישבע לשקר ולא מתוך דין פסול.

4) לרבא שסי"ל שרק רשע דחמס פסול לעדות יש מקום לומר שאף הוא מודה שזה גדר פסול אלא שגז"ה"כ שרק רשע דחמס פסול ולא מחשש שקר.

5) הגבוי"א מכות ה,ב על משנה דנמצא אחד מהן קאו"פ עדותן בטלה מסתפק אם רשע מחמת עברה פוסל השאר, לרבא שסי"ל שרק רשע דחמס פסול ופסולו מחשש שקר בלבד ואדרבא עיי האחרים ניכר שאף הוא דובר אמת. (דלא כהנחה הנ"ל (4) שאין חשש שקר אלא גז"ה"כ).

6) אכן, מסנהדרין כז מוכח שרבא פוסל רשע רק משום שחשוד לשקר (מעובדא דבר חמא קטל נפשא ויש שני עדים שהרג והביא שני עדים על אחד מעדיו, שגנב, ובגמי: מאי דעתך כר"מ דהוזם לממונות פסול לנפשות, הלכה כר"י שכשר לנפשות. ומבואר שרבא בעינן רשע דחמס וגנב הוא רשע דחמס ואינו נפסל לנפשות דמקל לחמור לא איפסיל, ועיי מני"ח מ' לז)?.

7) בסנהדרין כג,א תוד"ה מאי שבועות הקשו וז"ל:

תימה ליתוב אביי לרבא... אלמא לא בעינן רשע דחמס...

והקשה האבי עזרי - הרי קושיא זו נכונה אף לאביי שהרי לענין שבועה אין פסולים אלא דין חשוד ואביי מודה שמקל לחמור לא נעשה חשוד וא"כ מדוע יהיה חשוד משבועות שוא (רע לשמים) לשבועת ממון (רע אף לבריות) שכן רק לעדות שיש תורת פסול ה"ז פסול לאביי אף מקל לחמור והניח שאלה זו בצע"ג.

8) תוס' כתובות יח,ב כתבו שגז"ל דאורייתא כשר לשבועה מהתורה, והקשו: מ"ש דלעדות פסול כדכתי' אל תשת ידך עם רשע ולשבועה כשר וקושייתם צ"ע הרי בעדות יש פסוק שפוסל ובשבועה אין אלא מציאות של חשוד ואם מממון לשבועה אין נעשה חשוד ה"ז דין דרבנן וצ"ע.

המורם מדבריו שאין מדאורייתא דין פסול לשבועה אלא חשוד בלבד מחמת חשש שקר ומכך שהניח בצע"ג דברי התוס' בסנהדרין ובכתובות נראה שמקל לחמור לא נעשה חשוד ולפי"ז רק חשוד שהוא רע לשמים ולבריות אין להשביעו אך אוכל נבלות להכעיס ניתן למסור לו שבועה.

בשו"ע סי' צד סעיף ג נפסק (לאחר סעיף ב שעוסק בחשוד מצד שבועה):

6. ראה חידושי ר' אריה לייב סי' פג: "... יש לחקור בעיקר הדין דחשוד דפסול לשבועה - אם שבועת החשוד אינה שבועה כלל או רק שאין מוסרין לו שבועה".

7. בעיקר דברי הגבוי"א שניתן לפרש המשנה דנמצא אי מהן קאו"פ דמייירי באשה או עבד קשה כי בהם לא נאמר דין זה.

”וכן הפסול לעדות מחמת עבירה בין עבירה של תורה כגון מלוה ברבית או אוכל נבלות וכיוצא בהם בין של דבריהם כגון מפריחי יונים ומשחקים בקוביא נקרא חשוד וכל מי שחשוד ליקח ממון חבירו וכו”.

הרי שסתם המחבר ”אוכל נבלות” ולא חילק בין להכעיס לאוכל לתאבון.

#### א,1. סיוע לשיטה זו - הבנת רע”א בתשובת הריב”ש

בחו”מ סי’ לד סעיף ה מביא המחבר ב’ שיטות האם העובר על שבועה להבא נפסל (לעדות), עפ”י מחלוקת רש”י ותוס’ שבועות מו,ב. רע”א בגליון השו”ע הפנה לריב”ש סי’ רסו שכתב: דאפשר דוקא לגבי שבועה הוא דאינו חשוד אבל מ”מ י”ל דלעדות פסול שהרי עבר על עבירה דאורייתא, ובאר רע”א דבריו: ”הנה לדברי הריב”ש הנ”ל בשיטת רש”י מבואר דלא כלל א’ הוא דכל מי שפסול לעדות פסול לשבועה דהרי חזינן בעובר שבועה דלהבא כשר לשבועה ופסול לעדות ולפ”ז י”ל דה”נ בכל עוברי עבירה כמו אוכל נבלות וטריפות וכדומה כשר לשבועה דקיי”ל חשוד לדי”א לא חשוד לכה”ת שהרי הריב”ש למד דהעובר (על) שבועה דלהבא דפסול לעדות מצד דדמי לעובר שאר עברה וכיון דכשר לשבועה נשמע דעובר כשר לשבועה ולא מצינו מפורש דפסול לשבועה זולת גולן וכד’ דחשוד לאותו דבר בזה אפילו בשבועה אינו נאמן... אבל חשוד לעברה אחרת לא מצינו דפסול...”

המורם מהנ”ל שעל אף דברי השו”ע (הנ”ל) שהפסול לעדות מחמת עברה נקרא חשוד (על השבועה) אין זה כלל גורף. (במשנה נזכר חשוד על השבועה - אחד שבועת כו’ ופסולים מדרבנן, אך בכולם יש צד חמס והרמב”ם הוסיף: וכן כל הפסול לעדות משום עברה). בסיום דבריו ציין רע”א לתשובת הרשב”א (ח”א סי’ תשל) ולתבואות שור סי’ ב סק”ב.

ואכן בתשובת הרשב”א הנ”ל כתב שאע”פ שחשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר מ”מ מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא דהוי כחשוד לאותו דבר. לדבריו רשע שאינו רשע דחמס לא י”פסל לעדות, אמנם, בח”י רבי ראובן (גרונובסקי) ב”מ סי’ ד’ כתב שדברי הרשב”א הם דלא כדקיי”ל בטושו”ע סי’ צב סעיף ג והדברים מפורשים בתבואות שור שם.

#### א,2. גר”א סי’ צב סק”ז

על דברי המחבר שאוכל נבלות בכלל חשוד על השבועה כתב הגר”א:

”או אוכל כו’. שם כז, א מומר אוכל נבילות ושם וחלכתא כוותיה דאביי וזה שסתם כא”ן. מדבריו משמע שיש זהות בין הפסולים לעדות לבין החשוד על השבועה ומחלוקת אביי ורבא האם אוכל נבלות להכעיס, שאינו רשע דחמס, נפסל לעדות ואותה מחלוקת קיימת לגבי פסול לשבועה.

### א.3. תוס' בשבועות דלא כגר"א

אמנם תוס' שבועות (מ"ב ד"ה ואפילו שבועת שוא) סובר שהרע לשמים (תוס' עוסק שם בשבועת שוא) שחוששים שמשקר כעת הריהו פסול לשבועה כי ייתכן ועתה (בכפירתו) הוא רע לבריות. בסברה זו אין לחלק בין שבועת שוא לשאר עברות ויוצא מדבריהם שרבה מודה לאב"י שרשע שאינו רשע דחמס אלא רע לשמים בלבד נפסל לשבועה (נ"י שער המשפט צ"ב סק"ג ובדברי משפט לד סק"א). ועל כרחנו לפרש שיש מושג של פסול לשבועה ואינו תלוי בהכרח - בפסול לעדות.

יש להעיר שקושיית תוס' מופיעה בח"י הר"ן לסנהדרין כ"ז, א בשם ר"ח "והעלו קושיא זו בצ"ע". הר"ן תרץ כך: רבא ס"ל שרע לשמים אינו רע לשמים ולבריות אבל נתבע שכופר, יש להסתפק - שמא אינו חייב כלום או אשתמוטי קא משתמיט ומטרת השבועה שיוודה וכשנשבע ברור לנו שאינו חייב (דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא) אבל במי שחשוד על השבועה (שבועת שוא) לא נבחין האם כפירתו אמת או שממשיך להשתמט ונשבע לשקר דחשוד הוא על השבועה לכן יש דין משאיל"מ".

מדברי הר"ן עולה שזה גדר מיוחד בעובר על שבועת שוא ולא כפי שתוס' תרצו (וע"ע תוס' סנהדרין כ"ז, א ד"ה מא"א).

### ב. שיטת רבי שמואל רוזובסקי

בשיעורי ר' שמואל, סנהדרין ס"י יא דן במחלוקת אב"י ורבא והאם רשע - שאינו רשע דחמס פסול מחשש שקר או מגוה"כ. בתוך דבריו (לאחר הבאת דברי תוד"ה מאי סנהדרין כ"ז, א) כתב:

"והרי דלאב"י ניחא דחשיד אשבועת שוא חשיד נמי אשבועת ממון ואי נימא דלאב"י הא דרשע דלאו דחמס פסול לעדות הוא רק גוה"כ כמו קרוב או אשה א"כ לאב"י נמי תיקשי דהא לגבי שבועה ליכא גוה"כ למיפסל ואינו אלא משום דחשיד נמי אשבועת ממון וכמו שנקטו תוס' בלשונם: "דמגו דחשיד אשבועת שוא חשיד נמי אשבועת ממון" והרי להדיא מדברי תוס' דס"ל דלאב"י פיסולו נמי משום גדר חשד וכמו ברשע דחמס".

ביסוד גדר חשוד דברי הגר"ש הם כדברי האב"י עזרי - אין פסול לשבועה אלא חשוד בלבד. ציר מחלוקתם נע סביב גדר פיסולו של רשע לעדות. ר' שמואל הוכיח שלאב"י רשע שאינו רשע דחמס פסול משום חשש שקר מכך שאין משביעים אותו. ז"א - יש תלות בין עדות ושבועה אלא שבעדות יש תורת פסול, אך היסוד בשניהם הוא חשש שקר. (והאב"י עזרי סבר שרשע פסול לעדות מגוה"כ).

### ג. מדברי רבי ראובן גרוזובסקי

לאחר הצעת שתי הגישות הנ"ל יש מקום לעיין בדברי הגי"ר ראובן גרוזובסקי ב"מ ס"י ד, תוך כדי עיון במקומות שהניח האב"י עזרי בצ"ע. להלן תו"ד:

1) תוסי' כתובות יח הקשו מ"ש עדות שגולן פסול מהתורה דכתיב "אל תשת ידך עם רשע כו"ו משבועה שפסול מדרבנן בלבד. וצ"ע בקושייתם, בדבריהם מונח התרוץ - בעדות יש פסוק.

2) קצוה"ח סי' מו סק"יז מחלק בין גולן שנחשב לחשוד לשקר לבין רשע שפסול מגז"ח (ונפ"מ, לדעתו, לעדות אשה שרק רשע דחמס פסול לה. הנתיות שם השיג מאבהע"ז סי' יז). עפ"יז באר קצוה"ח הדין של היה יודע לו עדות בשטר עד שלא נעשה חתנו לעומת מקרה בו נעשה גולן ע"ש. והקשה הג"ר ראובן, ממנ"פ - אם כונת הקצות שמחמת תאות ממון יעיד שקר (כרי"ף - כפין ואכיל כפין ושקיל ד' זוזי ומסה"ד) יש לפסול רשע דחמס אף לעדות איסורים ואם כונתו שנחשד לאיסורים שבין אדם לחבירו, אי"כ יוכשר לעדות אשה ויפסל לעדות ממון בלבד.

3) הרי"ם (סי' לד סק"ט) הקשה מסי' צב סעיף ג הנ"ל שהפסול לעדות מחמת עברה פסול לשבועה, אם זו גז"ח לפסלו מדוע חשוד הוא לשבועה?

4) מעתה יצא הג"ר ראובן לבאר כך: פסול רשע לעדות (אביי ורבא - כ"א לשיטתו) זה משום חשש שקר ולא כפסול קרובים. ואע"פ שלאיסורים חשוד לד"א אינו חשוד לד"א, טעם הדבר - התם די בנאמנות זוטא, אבל בעדות חידשה תורה שצריך נאמנות גמורה ולרשע חסר בנאמנות. לכן י"ל כמבואר בר"מ שבחתם בשטר קודם שנעשה רשע - בכל רשע מיירי ולא בגולן בלבד כסברת קצוה"ח.

5) רשע דחמס אינו חשוד לאותו דבר אלא שמקרא ד"אל תשת רשע עדי' ילפינן דחשדינן ליה. 6) עפ"יז באר פסול גולן לעדות אשה וכן כל רשע ע"ש.

7) כל הפסול לעדות פסול לשבועה דחשיב כמשקר לענין עדות וכחשוד לשבועה.

8) תוסי' הקשו מ"ש עדות משבועה שלעדות גולן פסול מדאורייתא ולשבועה מדרבנן, ויסוד קושייתם שפסול רשע לעדות אינו גז"ח אלא משום שחשוד לשקר.

סברות אלו מצאנו בדברי רע"א כתובות יח, שרצה ליישב קושיית תוסי' - לעדות בעינן שיפסקו בי"ד על פיהם לכך צריכים שיהיו מנוקים מעוון ובחזקת צדיקים גמורים<sup>8</sup> אך לשבועה - לפטור עצמו - כל שאינו חשוד על השבועה מאמינים לו לפטור עצמו (צ"ע לגבי שבועת הנוטלים), "ומה ענין שבועה לפטור עצמו לענין עדות לפסוק על פיהם". מתוסי' רואים שסברו שלשבועה צריך נאמנות כמו לעדות (לכאורה יסוד מחלוקתם בגדר שבועה - אם האדם נאמן בשבועתו ומברר לבי"ד או שהשבועה היא כדי שיודה או יפיס דעתו של התובע).

#### ד. שיטת הקונטרסי שיעורים

בספר קונטרסי שיעורים עמ"ס ב"מ סי' ד' (עמ' יט-כ) מציג שיטה שונה מהנ"ל. נציג תו"ד:

8. ע"י שער"י ש"ז שעדים יוצרים כח לבית הדין לפסוק על פי עדותם.

1) ב"מ ג,ב, יוהאי בכוליה בעי דלודי ליה והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקא משתמיט מיניה כו' אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי אימא לא, קמ"ל ק"ו. ופרש"י: ונימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, קמ"ל ק"ו. וצ"ב כיצד ניתן ללמוד מק"ו דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, השאלה היא בתכונות האדם וממני"פ - אם מסברה אינו חשוד אשבועה (תוסי לקמן ה,ב) כי שבועה חמורה וכד' ל"ל ק"ו ואם מסברא חשיד אממונא חשיד אשבועתא האם הק"ו ישנה את המציאות, אם חשוד הוא לשקר כיצד נאמין לשבועתו? וכעין זה הקשה הרמב"ן.

2) תוד"ה בכולי בעי דלודי (ב"מ שם) הקשו לרש"י ממסקנת הגמ' ו,א דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, וז"ל:

"ואין לומר דהיינו מדרבנן (ואין כונתו דבזמן מתן תורה היה חשיד ונשתנה המצב אלא כונתו לענין שבועה דרבנן כמבואר בהמשך מ.ב.)... וכן בנסכא דר"א משמע דאי אמר לא חטפתי היה נשבע להכחיש שבועה דאורייתא - דהא התם לענין מתוך מיירי ובשבועה דאורייתא".

וצ"ב אם חשיד אממונא חשיד אשבועתא מה בין דאורייתא לדרבנן? ואם נשתנה הטבע היה צריך להיות ש"חשוד" נאמן אף בשבועה דאורייתא.

3) כל הפסול לעדות פסול לשבועה (עי' תוסי ה,ב ד"ה בלא דמי שהוכיחו שחמסן כשר לעדות מהתורה מכך שלא נפסל לשבועה מהתורה), כל המנויים בסנהדרין כה,ב כפסולי עדות נמנים בשבועות מה,א לענין שבועה וז"ל כמו שמצאנו שני דינים ביחס לעדות - א) עד החשוד לשקר אינו עד. ב) בנוסף לחשש שקר יש פסול הגוף וכדאמרין לגבי קרובים (ב"ב קט"א, גזירת מלך הוא).

כך גם בחשוד אשבועתא: א) חשוד ליטבע לשקר וא"א להאמין לשבועתו. ב) פסול הגוף שאינו בר שבועה. ולצד ב' לא נאמרה פרשת שבועה בחשוד אממונא ואף אם נשבע אין בכך כלום. (וציין כאן לעיר שושן הני"ל).

4) עפ"יז יובנו דברי הירושלמי ריש ב"מ: "רבה בר ממל ורב עמרם סליקו הן דרב בינא אמר ליה אין מוסר שבועה לחשוד אמר ליה אפילו לשון שבועה אין מוסרין". וצ"ב מה בין שבועה ללשון שבועה, ובאר הגר"יז גוסטמאן כך: רב סבר שאין מוסרין שבועה לחשוד מטעם שהוא חשוד לשקר וא"א להאמינו ור' חייא השיבו, שלא רק מטעם זה אלא שחשוד אינו שייך אפילו בלשון שבועה ר"ל שיש בו פסול הגוף.

5) עיי' גליון שו"ע לרע"א ובפתי"ש חו"מ סי' צב סק"ב שדנו האם הפסול לשבועה מדרבנן בעי הכרזה ועיי' ר"ן סנהדרין פ' ז"ב שא"י"צ הכרזה ותוסי ב"ק סב,א ד"ה חמסן יהיב דמי שבעי הכרזה.

וצ"ב אם חשוד על השבועה הוא חשוד ליטבע לשקר מאי נפ"מ אם הכריזו עליו או לא.

6) עפ"י הני"ל אי"ש. חמסן דרבנן נפסל לשבועה רק לאחר ההכרזה - כאשר דנים מצד פסול הגוף לשבועה.

7) ק"ו לפסול לשבועה שייך רק מדין פסול (ולא מחשש שקר וכני"ל). בסוגיא בדף ו ע"א

מסיק שחשוד אממונא לא חשיד אשבועתא (דהעולם נודעזע כ"ו) אבל בדף ג דנו מכח פסול הגוף ולכן צריך ק"ו שאין בו פסול הגוף.

8) מובנים דברי תוסי' לחלק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. כשדנים מכח פסול הגוף י"ל שאע"פ שמדאורייתא חשיד אממונא פסול לשבועה מ"מ רבנן הכשירוהו.

9) [אם נאמר שכל פסולו של גזלן הוא מחשש שקר לא מובנת ההשואה בנסכא דר"א לכך דהוי "כגזלן" אך אם גזלן הוא פסול הגוף לשבועה ההשואה מובנת].<sup>9</sup>

10) בהמשך דבריו דן בגדר חיוב שבועה ומביא ממו"ר בעל השע"י שיסודו חיוב תשלומין ע"ש ואכמ"ל.

### ה. שיטת הנחל יצחק

קדם לגדולים הנ"ל רבי יצחק אלחנן בספרו לחו"מ סי' צד סעיף ג. נסכם את הנקודות המרכזיות העולות מדבריו:

1) שיטת רשב"א שחשוד על השבועה נפסל מהתורה.

שיטת תוסי' (ב"ק קח,א) מדרבנן בלבד (ואף הנשבע לשקר לא חשיב כחשוד לאותו דבר). שי' ר"י החסיד (תוסי' ב"מ ה,ב) שגזלן נפסל מהתורה.

2) טעמו של ר"י החסיד - גזלן מוגדר כחשוד לאותו דבר.

3) לתוסי' (ב"מ ה,ב וכתובות יח,ב) שסוברים שכל הפסול לעדות פסול לשבועה - הוצרכו לומר שאינו אלא מדרבנן (שתקנו לדמות דין חשוד לשבועה לפסולי עדות) דלשיטת ר"י החסיד שנפסל מהתורה מנלן שכל פסולי עדות יהיו פסולים לשבועה (ודברי היעיר שושן אינם עיקר הטעם) ומדברי הרשב"א בתשובה משמע ש"ל שבעל עברה שאינה גזל ממון

9. לכאורה יש ראיות לכאן ולכאן:

בסי' פז סעיף כח נפסק שהנשבע הסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת "...אם הודה שלא על דרך תשובה אינו נפסל לשבועה עפ"י עצמו". והגר"א צ"ל: "כמ"ש בפ"א ובפ"ג דסנהדרין לענין עדות אין אדם מע"ר וה"ה לשבועה דחד דינא להו כמ"ש"ל סי' צד ס"ג כ"ו.

נראה מדברי הגר"א שיש גדר פסול לשבועה כי אם עניינו חשוד בלבד יש מקום לחלק בין שני הדינים. אמנם לשיטת רע"א (יבמות כה וכתובות יח) שאמע"ר משמעותו שביט דין אינם שומעים על אדם שעשה מעשה רשע אף בלי קשר לכשרותו לעדות (ע"ש) הו"ה לכאן; אכן האו"ש (עדות יב, ב) סבור שאמע"ר זה דין מיוחד בעדות ולכן ההשואה שחגרי"א עושה מוכיחה שיש גדר פסול לשבועה.

(וע"ע ר"מ טוען ונטען פ"ב ה"ג וה"ט, תורע"א פ' כל הנשבעין, ריטב"א ב"מ ה,א סוד"ה וא"ת וחי' ר' אריה לייב סי' פג.)

נקודה נוספת - תוסי' ב"מ ה,א ד"ה שכנגדו כתבו (בתרוץ ב' אמאי אמרינן שכנגדו ישבע ויטול בחשוד) דהחשוד ברצון ישבע - מה משמעות טענה זו אם יש דין פסול? לכאורה דבריהם מתפרשים לצד שיטת דין חשוד בלבד ולבי"ד יש איסור והגבלה מלמסור לו שבועה.

וע"ע ברשימות שיעורים לגריד"ס שבועות ח"ב עמ' רלה-רל.

חבירו לא נפסל לשבועה.

4) בהמשך דן בעובר על שבועה אי חשיב חשוד לאותו דבר.

סוף דבר - לדברי הנחל יצחק אם יש מדאורייתא פסול לשבועה הי"ז מדין חשוד לאותו דבר וכך ייתכן לומר בדעת ר"י החסיד (אודות גולף) ולפיי"ז אין מקום לפסול (מדאורייתא) באופן גורף כל עובר עברה ולסובר שכל הפסול לעדות פסול לשבעה בהכרח שזה דין דרבנן.

### ג. מקורות נוספים

לסיום נציין בקצרה לסוגיא אחת ולשתי הלכות:

א. סוגיית הגמ' שבועות מז,א

"הא תו למה לי (לאחר שמנתה המשנה חשוד על השבועה - אחד שבועת וכו' הוסיף התנא רשימה נוספת - משחק בקוביא וכו'), תנא פסולא דאורייתא וקתני פסולא דרבנן".

וצ"ב בתרתי: א. בפשטות משמע שיש הפסולים לשבועה מדאורייתא וקשה לראשונים שסוברים שחשוד פסול מדרבנן בלבד. (ועל אף שאת הרשימה הראשונה אפשר לזהות כחשודים על השבועה בהיותם חשודים לאותו דבר, הרי נכלל שם העובר שבועת שוא).

ב. לכאורה החילוק פשוט, הראשונים חשודים לאותו דבר וברשימה השניה (משחק בקוביא וכו') חידוש שאף הם פסולים, קושיית הגמ' הא תו למה לי צ"ב.

הנחל יצחק (סי' צב סעיף ג ענף ד) כתב: "... הכונה דהוי פסולים לעדות מהתורה". והוסיף שלכאורה מסוגיא זו סיוע לדברי תוס' שחשוד שנשבע לשקר מכבר נפסל מדרבנן בלבד דאל"כ "תקשה מאי פריך המקשה הא תו למה לי אטו לא ידע שיש לחלק דשאני פסול דרבנן" אך לתוס' שחשוד זה דין דרבנן א"ש מדתני חשוד שנשבע לשקר ידעין דיש דין לחשוד גבי שבועה כמו פסולי עדות דתקנו חז"ל לדמותם להדדי ועל כן מקשה הא תו למה לי. (בפשטות ניתן לומר שכונת הגמ': קתני פסולא דאורייתא פרושו פסול מחמת איסור דאורייתא).

ב. ברמ"א פז, יד כתב: "וכן אם נשבע שבועה דאורייתא ונודע אח"כ שהיה חשוד אין שבועתו כלום וישלם". וצויין כמקור הגה"מ סוף שבועות (וכן הוא בד"מ). והעיר הש"ך סק"מ שמדברי הרמב"ם והטור סי' צד נראה שזה מדינא ולא כפי שכתוב בהגה"מ שזה מתקנת הגאונים. לכאורה י"ל שאם חשוד הוא חשש שקר בלבד יכול להיות שהדין הוא שאסור לבי"ד למסור לו שבועה (ריטב"א ב"מ ה משום לפני עור) אך אם כבר נשבע מנין שלא מהני ושמא כך סובר הגה"מ. (עי' ישועות דוד סי' סה).

ג. עי' נחל יצחק סי' צב סעיף ג ענף ה ד"ה ובאמת וד"ה יש לומר בנתיב התובע שהחשוד ישבע.

## הרב יעקב יהודה יקר

### בגבית מלוה מן היורשים, מדינא דגמרא

#### ראשי פרקים

- א. מבוא
- ב. הצגת הסוגיא והדינים
- ג. שיטת הרשב"א
- ד. בביאור שיטת ההלכה
- ה. פריעת בע"ח מצוה גם למאן דאמר שעבודא דאורייתא  
טורח וטיפול בגבייה - חובת הלוה או המלוה?
- ו. גדר המצוה המוטלת על היתומים
- ז. ביאור הסוגיא ערכין כב, א-ב
- ח. סיכום

#### א. מבוא

במסגרת הלכות גביית מלוה נמצאות הלכות גביית מלוה מן היתומים. במאמר זה נתמקד בסוגיות השי"ס העוסקות בגבייה מן היתומים. ננסה לעמוד על משמעותם של הדינים השונים שנפסקו בענין זה מתוך בחינת שיטותיהם של ראשונים ושיטת ההלכה. מטבע הדברים כיוון שהגבייה מהיתומים היא פרק מהלכות הגבייה הכללית דמלוה, נצטרך לפעמים להקדים הקדמות מדיני הגבייה היסודיים.

בדיני המלוה מחלוקת גדולה בשי"ס האם שעבודא דאורייתא או שעבודא לאו דאורייתא, הסוגיות השונות בגבייה מן היתומים יצטרכו להבחין לפי השטות הללו.

בבוא המלוה לגבות מן היורש חוב מורישו, יש להבחין בין מספר מצבים של ירושה, ועל פיהם להגדיר את חובת היורש ודין הגבייה ממנו:

- א. יורש שירש נכסים משועבדים ממורשו. קרקעות משועבדות, מטלטלים משועבדים, נכסים שנשתעבדו מדין דאיקני.
- ב. יורש שירש נכסים שאינם משועבדים ממורישו. קרקעות או מטלטלין.
- ג. יורש שלא ירש דבר ממורישו.

#### ב. הצגת הסוגיות, והדינים אותם נשתדל לברר

סוגיית הגמרא ב"ב קנו, א-ב

כי קא מיבעיא לן? דאיקני - קנה ומכר, דאיקני - קנה והוריש, מאי? אמר רב

חנא, תא שמע: נפל הבית עליו ועל אביו, עליו ועל מורישיו, והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, יורשי האב אומרים: הבן מת ראשון ואח"כ מת האב, ובעלי חובות אומרים: האב מת ראשון כו'; ואי סלקא דעתך דאיקני קנה ומכר, דאיקני קנה והוריש - לא משתעבד, נחי נמי דאב מית ברישא, דאיקני הוא! אמר להו רב נחמן, זעירא חברין תרגמה: מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן. מתקיף לה רב אשי: מלוה על פה הוא, ורב ושמואל דאמרי תרוייהו: מלוה על פה - אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות!"

הגמ' מסתפקת בדין דאיקני, ומביאה מהמשנה לפשוט שדאיקני קנה ומכר קנה והוריש משתעבד. ואומר רב נחמן זעירא חברין תרגמה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם. כלומר דאיקני לא משתעבד ומיהו אם ירש ממורישו מצוה עליו לפרוע חובותיו. הראשונים (תוס' ד"ה מצוה, הרשב"א שם ד"ה תרגמה וכן היד רמ"ה ס"י קסג) דייקו מדברי רב נחמן שנכסים שירש אדם ממורישו אע"פ שאינם משועבדים לחוב, מצוה עליו לפרוע את החוב מהם, וכופין אותו למצוה זו! דודאי דין המשנה בענין הנכסים מדבר בגבית חוב מדינת וא"א להעמיד המשנה במצוה שאין כופין עליה. והקשו הראשונים הנ"ל, **מהגמ' כתובות צא, ב גבי קטינא דארעא:**

"ההוא גברא דהו מסקי ביה מאה זוזי, שכיב, שבק קטינא דארעא דהוה שויה חמשין זוזי, אתא בעל חוב וקטריף ליה, אזול יתמי יהבו ליה חמשין זוזי, הדר קטריף לה, אתו לקמיה דאביי, אמר להן: מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, הני קמאי מצוה עבדיתו, השתא כי טריף בדין קטריף. ולא אמרן - דלא אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארעא קטינא, אבל אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארעא קטינא - סלוקי סלקוה!"

דמשמע מהגמ' דמצוה על היתומים לפרוע היא מצוה שאין כופין עליה! עוד הקשה הרשב"א דבסוגיה ב"ב קנז, משמע דהמצוה היא דווקא בנכסים שירש מהאב, ממורישו, אבל מנכסי עצמו אין מצוה, דאם יש מצוה גם בנכסיו מה לי מת הוא ראשון מה לי מת האב ראשון! ובקטינא דארעא משמע דיש מצוה גם בנכסי היורש.

עוד יש לעיין בדיני היתומים, דבגמ' ב"ב קעו, א פסק רב פפא:

"הלכתא: מלוה על פה - גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, גובה מן היורשין - כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, ואינו גובה מן הלקוחות - דלית ליה קלא".

ומשמע דהגביה מן היתומים במלוה ע"פ היא מדין תורה ואין צורך לתקנת החכמים. ההלכה שאמר ר"פ מתיחסת לגביה של נכסים שנמצאו בידי המוריש בזמן ההלואה ויש לברר שיטת ר"פ עצמו ומסקנת ההלכה לגבי דין זה.

עוד בסוגיה זו מזכירה הגמ' קידושין יג, ב "דמלוה כתובה בתורה ככתובה בשטר דמ"י והקשה הרשב"א שם ד"ה "מלוה" דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא מלוה בשטר נמי לאו מדינת גביה אלא שלא תנעול דלת בפני לווי? כמו שרואים בסוגיה ב"ב קעה, ב וא"כ מאי רבותא דככתובה בשטר הויא? והיינו דיש להבין למ"ד שלי"ד דתיקנו חכמים שגובים למלוה בשטר מלקוחות ויורשים, האם תקנתם היא בגדר שעבוד על הנכסים, או דהו

הרב יעקב יהודה יקיר

דין גביה גרידא ונפק"מ מזה לענין היתומים האם הגביה מהם במלוה בשטר למי"ד זה היא מדינא, דאיכא שעבוד, או משום מצוה.

ביחס לדיון זה יש לציין את הגמ' ב"ב קעז, א-ב

"ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודענהו ליתמי, אי"ר פפא: פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ורב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה. מאי בינייהו? איכא בינייהו כשחייב מודה. אי נמי, דשמתוהו ומת בשמתיה. שלחו מתם: שמתוהו ומת בשמתיה, הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע. מיתבי: ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו - אינו גובה, ואם כתוב בו התקבלתי ממך - גובה; בשלמא לרב הונא בריה דרב יהושע - משכחת לה כשחייב מודה, אלא לרב פפא קשיא! שאני התם, להכי טרח וכתב ליה התקבלתי".

בגמ' רואים שגם רב פפא מודה דאם טרח וכתב התקבלתי גובים מן היתומים. יש להבין האם כוונתו דנעשה כמלוה בשטר ואז גובים אפי' מקטנים או שכוונתו אחרת, הרשבי"ם שם כתב דבמלוה בשטר מודה רב פפא דמשתעבד והתוסי' חלקו עליו וכתבו שאף בשטר אין גובה מיתומים קטנים משום שלא משתעבד למי"ד שלי"ד. היד רמ"ה בב"ב קעז, ב, כתב שגם למי"ד שעבודא לי"ד, בשטר יש שעבוד. ועוד יתבאר.

אחת הסוגיות המרכזיות ביותר בדין הגביה מן הירושאים היא הסוגיה **בערכין כב, ב**:

"אמר רב יהודה אמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אלא אי"כ היתה ריבית אוכלת בהן, ורבי יוחנן אומר או לשטר שיש בו ריבית או לכתובת אשה משום מזוני. ורב אסי מ"ט לא אמר לכתובת אשה דהא תקינו ליה רבנן מעשה ידיה ואידך זימנין דלא ספקה... ת"ש ע"מ ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב חובו. בשלמא בעל חוב בין מר ובין מר כדשנין אלא כתובתה בשלמא לרי' יוחנן ניחא אלא לרב אסי קשיא, הכא במאי עסקין כשחייב מודה, השתא דאתית להכי כולה נמי כשחייב מודה... אמר רב נחמן מרישא לא הוה מיזדקינא לנכסי יתמי כיון דשמענא להא דרב הונא חברין משמיה דרב יתמי דאכלי דלא דידהו לזילו בתר שיבקייהו, מכאן ואילך מיזדקינא מעיקרא מאי טעמא לא אמר ר"פ פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לא בני מיעבד מצוה נינהו, רב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה מאי בינייהו איכא בינייהו כשחייב מודה, אי"נ שמתוה ומיית בשמתיה, שלחו מתם דשמתוה ומיית בשמתיה והלכתא כרהברי... רבא אמר משום שובר... אמר רבא הלכתא אין נזקקים לנכסי יתומים ואם אמר תנו נזקקין..."

סוגיה זו צריכה עיון. הסוגיה עוסקת ביתומים קטנים, כפי שלמדו בפשטות הראשונים בב"ב ה, ב (סוגיה דאין אדם פורע תוך זמנו), מפשט הסוגיה נראה שרב פפא ורהבדרי"י מסבירים מדוע מעיקרא לא נזקק רב נחמן לנכסיהם, וא"כ בתר דשמע מרב הונא נזקק רב נחמן גם במקום שקודם לא נזקק. ובמאי עסקין דאי דמלוה בשטר, כפי ששמע מטעמו של רבא "חיישינן לשובר", מדוע לחשוש לצררי במלוה בשטר, דאי אתפסה צררי שטרא בידיה מה בעי. ואי במלוה ע"פ עסקין ומעיקרא חשש רב נחמן לצררי, כיצד

נוקק לנכסי היתומים לאחר דברי רב הונא גם במקום שיש לחשוש: עוד יש להבין חשש צררי זה מה הוא ביחס לטענת פרעון דטענין ליתמי האם היא היא, או חשש אחר הוא. הגמ' בכמה מקומות (שבועות מב, ג, גיטין נ, א וכתובות צד, א) מביאה דברי אבבי קשישא דקיי"ל כמותו "יתומים שאמרו - גדולים וא"צ לומר קטנים בין לשבועה ובין לזיבורית". והיינו דדין "הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה", דאנן טענין ליתמי דאביהם פרע, נוהג בין בגדולים ובין בקטנים, ולכאורה היכן מצינו גביה מיתומים קטנים בשבועה דהא לרהבדר"י גובים בשמתוה ומית בשמתיה, ובחייב מודה ושם לא משביעים כלל! ובמקום שיש חשש צררי כלל לא גובים!

עוד יש להבין, דהגמ' מקשה לר"פ דאמר דלאו בני מיעבד מצוה ניהו ובמה יעמיד את משנת שום היתומים דמשמע דלדבריו כלל אין גובים מיתומים, ויש בר"פ עצמו להבין כיצד מתיישבים דבריו בסוגיין אם פסקו דבין מלוה ע"פ ובין מלוה בשטר גובים מן הירושים, וכפי שנסביר בדבריו ה"ה לכאן.

לצערנו אין בידינו מספרי הראשונים על מסכת ערכין, אולם נוכל להעזר בדבריהם בסוגיות אחרות להבנת הסוגיה ולבניית סדר כללי בדן הגביה מן היתומים.

### ג. שיטת הרשב"א

ננסה תחילה ללכת בדרכו של הרשב"א בסוגיות אלו עפ"י דבריו בחידושים ובשו"ת.

הרשב"א בסוגיה דשעבודא דאורייתא בסוף ב"ב, לומד שנחלקו ר"פ ורהבדר"י במחלוקת האם שעבודא דאורייתא או שעבודא לאו דאורייתא. ר"פ סובר ששליד אלא פריעת בעל חוב מצוה כדברי הגמ' כתובות פו, א "לדין דאמרת פריעת בע"ח מצוה" ורהבדר"י סובר שש"ד. וחי' הרשב"א (בד"ה אמר רבה שם קעח, ב): "שליד פי' ואין יורדין לנכסיו אלא שכופין אותו בשוטים לקיים מצותו, וכדאמרינן בכתובות... אבל במצות עשה מכין אותו עד שתצא נפשו אלמא אפי' לבני חרי דידיה אין יורדין אלא שכופין אותו בשוטים לקיים מצותו". היינו דלמ"ד שעבודא ל"ד כלל אין ירידה לנכסים, ורק למ"ד ש"ד יורדים לנכסים. (עיי"ש שהביא סברת הרמב"ן שכופין על המצוה בירידה לנכסים).

בקידושין טו, א (בפיסקא שנמצאה בסוף המסכת) כתב הרשב"א דלשיטת ההלכה דשעבודא דאורייתא, מן התורה חל שעבוד גם על מטלטלין, "משום דשעבוד נכסיו ואפילו שעבוד מטלטלים גורר אחר שעבוד גופו", אמנם בפועל אין גובים ממטלטלי דיתמי, כלומר מטלטלין שהיו של אביהם בשעת החיוב שלו, כיוון דעיקר סמיכות דעתם של אינשי אינה על המטלטלין וירדה<sup>1</sup> תורה לסוף דעתן של בריות והיינו דבסתם הוי כמחל שעבוד המטלטלין.

1. אמנם קצוה"ח ס"י לט ס"ק א כתב דהא דאין המטלטלין משועבדים אינה מן התורה אלא מדרבנן ובכן יישב את הדין שבגביה עבדי כמטלטלי למרות ששעבודא דאורייתא ובדיני דאורייתא עבדי דמקרקעי, אלא דצ"ע דהרשב"א עצמו בחידושו ב"ק יב, ב ד"ה ולענין פסק הלכה התקשה בשאלת הקצות ונשאר בקושי עיי"ש, ועוד דבחמשן דבריו בסוף קידושין הנ"ל מפרש דמהתורה אין גובים ממטלטלי דיתמי למרות ששייך בהם שעבוד, (וכבר השיגו בזה האמרי בינה הלכות הלאה ס"י ב עיי"ש).

לפי הבנה זו במצב המטלטלין יש לעיין מה יהיה דין המטלטלין, בגביה מיניה דהחייב עצמו. האם כלל אין בהם שעבוד כיוון שירדה תורה לסוף דעתן של בריות, או דמיניה איכא שעבוד אמטלטלין דהוי רק כמחל על זכותו לגבות מיתומים ומלקוחות. ולשיטת הרשב"א לכאורה נפק"מ מעיון זה, דאם משתעבדי איכא גביה ונחתין לנכסיה ואי לא אין כאן אלא מצוה והיינו דיכפוהו בשוטים אך לא ירדו לנכסיו.<sup>2</sup>

בענין זה יש לציין דברי הרשב"א ב"ב מד,ב בענין עשה שורו אפותיקי (בד"ה שורו) דכתב: "ומיהו מן היורשים הוא גובה, ואע"פ שאמר מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי, היינו טעמא דמלוה לא סמכינן עלייהו כל דנפלי קמי יתמי... אלא אפילו פירש לו מקרקעי ומטלטלי מסתברא לי דגובה מן היורשים ומשום טעמא דאמרן. והללו שכותבין מטלטלי ומקרקעי אהנו למגבי מנייהו מן היורשים מן הדין ושלא מתקנת הגאונים ז"ל". והיינו לשיטתיה דמן התורה משתעבדי מטלטלין וממילא אם פירש המלוה דסמוך עלייהו משתעבדי וגבי מיתומים (ואינו גובה מלקוחות משום דלית להו קלא). והביא שם ביחס לדברי רב חסדא: "והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא" בד"ה ואמר: "דהר"ן ב"ן תירץ משום דנכסים ערבין הן... ועיקר שעבודיה דמלוה על מקרקעי הוא, וכי שעבד ליה מטלטלי הו"ל כמאן דאמר ליה אי לא אפרע ולא משכחת מקרקעי איתפרע מן מטלטלי וכל דאי לא קנה דאסמכתא היא, והשתא גלי אדעתיה דשוי עיקר שעבודא אפי' אמטלטלי והילכך גבי..." וכתב על זה הרשב"א: "ואין טעם זה מספיק כל הצורך לפי דעתי דא"כ אפי' מיניה דידיה לא ליגבי ממטלטלי עד דכתב ליה דלא כאסמכתא וכדקי"ל בדינא דכתובה דאינה גובה אפי' מיניה דידיה ממטלטלי דמטלטלי לכתובה לא משתעבדי". משמע במפורש דסבר, דהגביה מיניה אף היא תלויה בשעבוד החל על הנכסים בין על הקרקעות ובין על המטלטלין. והיינו דאע"פ דירדה תורה לסוף דעתן של בריות דלא סמכו על המטלטלין, היינו דהמטלטלין משתעבדים אלא שמחל המלוה על הזכות לגבות מיתומים ומלקוחות. ומסתבר הדבר דהא הרשב"א כתב, דאין גביה דירידה לנכסים, אא"כ ש"ד, דרק השעבוד הוא המאפשר לרדת לנכסים. ואם דברינו נכונים יש לשאול מדוע לא מצאנו בגביה מיניה חילוק בין קרקעות ומטלטלין שהיו בידי הלוה בזמן החלואה ונשתעבדו, לבין קרקעות ומטלטלין שקנה אח"כ, "דאיכני", שלכאורה אין עליהם שעבוד. ונראה לומר דהרשב"א סובר דשעבוד הנכסים נוצר כתוצאה משעבוד הגוף החל על החייב, זוהי סיבת חלות שעה"י, וממילא ברגע שקונה את הנכסים נתפס בהם השעבוד. אכן כך כתב הרשב"א בקידושין (טו,א בפיסקא מסוף המסכת): "דשעבוד נכסיו ואפי' שעבוד מטלטליו גורר אחר שעבוד גופו וכל היכא דאיחו משתעבד נכסיו נמי משתעבד. אמנם כפי שכבר הוזכר, סובר הרשב"א שתלתה התורה את השעבוד בזה שסמכה דעתו של המלוה ובעי שישתעבדו לו הנכסים, וא"כ צ"ל שסמכה דעתו נמי

2. אולי ניתן להסביר לפי חקירה זו את דברי הגמ' ב"ק יא,ב: "ואמר עולא אמר ר' אלעזר הלכתא גובים מן העבדים, א"ל רב נחמן לעולא אמר ר' אלעזר אפי' מיתמיו לא מיניה. מיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה..." יש להבין וכי לא ידע עולא דמיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה? ואולי דעולא סבר שגלימא אין גובים בירידה לנכסים אלא מצוה היא וכופין עליה ותו לא והחידוש בעבדים שחם כקרקעות ושייכת בהם ירידה לנכסים. ואילו רב נחמן סובר שגם במטלטלין מיניה יורדים לנכסים.

אנכסים שיקנה הלוה ושעבוד דאי קני הוא מדאורייתא, וכן כתב הרשב"א ב"ב קנו, ב ד"ה ואי: "אלא כדאמרן דלמאן דאמר דאי קני משתעבד דעת שניהם שוה שישתעבדו לו כל נכסיו בין שישנן עכשיו בידו, בין שיקנה לאחר מכאן, ואף על פי שלא כתב כמי שכתב דמי דאחריות טעות סופר הוא<sup>3</sup> בכל מה שראוי להשתעבד".<sup>4</sup>

היוצא מדברינו עד כה, דלשיטת הרשב"א כל קרקעות ומטלטלין הנמצאים ביד הלוה בין שהיו בידו בשעת המלוה ובין שקנאם אחרי המלוה, למ"ד שעבודא דאורייתא, נשתעבדו מן התורה. אלא דכאשר מגיעים הנכסים לירושים, כיוון שירדה תורה לסוף דעתו של אדם שלא סמך על מטלטלין שנפלו לירושים - מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי, והוי כמחל שעבודו עליהם. אלא שאם יגלה שסמך עליהו דכתב "מטלטלי וקרקעות" גובה מטלטלין גם מיתמי דחל שעבוד עליהו.

וכן למדנו שהרשב"א נוקט שירידה לנכסי החייב תלויה בשעבוד החל על הנכסים בין בגביה מיורשים ומלקוחות ובין בגביה מיניה, ואם אין שעבוד על הנכסים אין יורדים לגבות מהם אלא מצוה על החייב לפרוע חובו וכופין אותו לקיימה בשוטים.

הבנה זו בסדרי הגביה תאפשר לנו לישוב את הסוגיות העוסקות בגביה מן היתומים. הרשב"א בתשובות חלק ד ס"י קנב עוסק בסוף תשובתו בישוב הסוגיות ומטיל שלום בין השמועות, וכן כתב הרשב"א: "אני אומר שהדין זה לצדדין נאמר פעמים שכופין מטלטלים דאב, ופעמים אפי' מטלטלים שלהם. ואני אפרש: בשלא הניח האב מטלטלים, מצוה בלבד בלא כפיה, והיינו קטינא דלא הניח האב מטלטלין כלל. ולפיכך מצוה בלבד, ומשום כבוד האב, כדי שלא יקרא: לוח רשע ולא ישלם, והיינו נמי ההיא דפי' מי שמת, דאילו מת הברך ראשון ולא ירשו ממנו כלום, אין כופין אותם לפרוע. דבדיני כפייה היא מתני'. אבל כשהניח האב מטלטלים, מצוה על היתומים לפרוע וכופין אותם. והיינו דרב נחמן, דאוקמא להווא משמיה דזעירא חברין: במצוה על היתומים. שאילו מת האב ראשון היו כופין אותם בב"ד לפרוע כתובת אשתו ובע"ח. ומתני' דפרק הכותב ושמעטא דמי שחיה נשוי, וההיא דגבו מעות, בדינא ממש קאמריי. כלומר שירורים לנכסיהם. ונפק"מ ליתומים קטנים, דאינן בני כפייה, ולא בני מיעבד מצוה. ואי"נ בגדולים, בשיש חוב על עצמם, דחויב על עצמם דלא לישוו נפשיהו רשיעי, טפי עדיף להו. ומצוה בהם

3. בקידושין (ג,ב ד"ה מלוה) הביא דברי רש"י דאפי' למ"ד שעבודא ל"ד אי שעבד נכסיו בפירוש בשטר גובה מדאורייתא. והקשה הרשב"א דאי"כ כיוון דקיי"ל אחריות טעות סופר הוא, כל מלוה בשטר גובה מדאורייתא גם למ"ד שלי"ד! ובגמ' בסוף ב"ב למדנו שלמ"ד שלי"ד מלוה בשטר גובה כדי שלא תנעול דלת בפני לוין והיינו מתקנת חכמים! ותירץ הרשב"א דלמ"ד שלי"ד אם שעבד בפירוש מהני מדאורייתא, ומי"מ לא שייך לומר בזה אחריות ט"ס, דדוקא אם ש"ד אחריות ט"ס דלא נאמר שמחל על שעבודו, אבל למ"ד שלי"ד אי"א לומר אחריות ט"ס דאי לא שיעבד מה ישעבד נכסיו! ואי"כ מוכח דדאי קני חוי שעבוד מדאורייתא דהא כתב הרשב"א שקיי"ל דאי קני ט"ס הוא.

4. הבנה זו בשעבוד דאי קני תוכל להסביר כיצד אומרת הגמ' ב"ב מד,ב דשעבוד דאי קני יחול על מטלטלין אם כתב לו אגב למרות שמכר את הקרקע עוד לפני שקנה המטלטלין! דהשעבוד ששעבד היינו שגילה דעתו שסמך עליהו ונתן קול לדבר, וחלות הדבר מדאורייתא הוא ולית לן בה דשעת חלות השעבוד על הקרקע אינה שעת החלות על המטלטלין. דלא דמי לקנין שהאדם עושה דאזו בעינן שיחול בחדא זימנא, דכאן התורה היא המשעבדת, והוא גילה דעתו דסמך ויצר קול.

יותר משל אביהם. ואי נמי בגדולים ואינן עמנו במדינה שנוכל לכופם, ואין יורדים לנכסיהם".

כלומר הגביה מן היתומים תלויה בנכסים שירשו ממורישם, והדין שנוקטת הגמ' מסתעף למישורים שונים. המשנה בכתובות פד, א: "מי שמת והניח אשה ובעי"ח ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים. ר' טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן רבי עקיבא אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשין שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה", מדברת בדין גביה דירידה לנכסים, והיינו דבמטלטלין אין יורדים לנכסי היתומים והיינו משום דאין שעבוד על המטלטלין בסתמא כאשר הם ברשות היתומים כנ"ל. והיינו דברי הגמ' ב"ב קנ"ז, א על משנת נפל הבית דתרגמה זעירא חברין משום מצוה על היתומים, ההיא מצוה שכופין עליה. וב"קטינא דארעא" כתובות צא, ב מיירי במטלטלין דיתמי שלא ירשו מאביהם ולכן שם איכא מצוה בלבד בלא כפיה משום כבוד האב כדי שלא יהיה לזה רשע ולא ישלם. הרשב"א הביא כנפק"מ בין דין ירידה לנכסים לבין מצוה שכופין עליה מצב שבו יש חוב על היתומים עצמם. דאם יש ירידה לנכסים משום חוב אביהם חוב אביהם קודם, ואם אין זה אלא מצוה שכופין עליה חיוב עצמם דלא לישוו נפשיהו רשיעי טפי עדיף להו ומצוה זו קודמת לשל אביהם. דירוג זה ודבריו הנוספים של הרשב"א משום כבוד האב כדי שלא יהיה "לזה רשע ולא ישלם" צריכים לשמש אותנו בבואנו להגדיר את המצוה המוטלת על היורשים בחובת אביהם לשיטתו.

הרשב"א מזכיר כבוד האב ואם כן הרי זו מצות עשה שמתן שכרה בצידה וכיצד כופין עליה? ונראה שניתן להבין דבריו עפ"י חידושו בסוגיה ב"ב קע"א, "ההוא ערבא דיתמי" דשם בשיטת רב פפא, הסובר לדעת הרשב"א דשעבודא לאו דאורייתא, ופריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו נקט הרשב"א שאפי' כשיגדילו לא יצטרכו לפרוע מנכסים שירשו מאביהם לאותו ערב וטעמו: "ואע"פ שחייבים לפרוע אפילו מלוה ע"פ של אביהם לדעת ר"פ... התם הוא שלוח אביהם ומשום שלא תנעול דלת בפני לוויין, אבל זה שפרע מעצמו שלא מדעת האב ושלא מדעתם ואין כאן נעילת דלת וכו"ו ובהמשך דבריו שם: "אלא לר"פ דאמר פריעת בעל חוב שהלוה את אביהם מצוה, וכשפרע זה מעצמו אפי' מצוה ליכא גבי יתומים דהרי זה כאלו הלוה אותם מעצמו ואין כאן אפי' משום נעילת דלת". כלומר החיוב במצוה תלוי בנעילת דלת בפני לוויין, והיינו דכיוון דאיכא מצוה עליהו תקנו חכמים לכופם עליה משום נעילת דלת. ואי"כ הי"ה לדין דקיי"ל שעבודא דאורייתא, ומי"מ במטלטלין דיתמי ליכא שעבוד אלא מצוה משום כבוד אביהם, משום נעילת דלת בפני לוויין תקנו חכמים לכופ אותם על מצוותם. ממילא יובן דבמטלטלין דידהו נמי איכא מצוה אך אין כופין עליה דליכא נעילת דלת בכח"ג אמנם אם נלמד כך ברב פפא יקשה עלינו כיצד פסקה הגמ' דמלוה בשטר גובה מן הלקוחות כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין הא בלקוחות ליכא מצות כבוד אב כלל! ולכן נראה שהכפיה לפרעון למי"ד שלי"ד הוא רק משום תקי"ח דנעילת דלת בפני לוויין בלי קשר למצות כבוד האב. ותקנו חכמים למי"ד שלי"ד תקנה אחת לגבות חובות כאשר הלוה אינה פורע חובו משום נעילת דלת, במלוה<sup>5</sup> בשטר בין מלקוחות ובין מיורשים ובמלוה

5. הרשב"א קידושין יג, ב ד"ה מלוה כתב: "מלוה הכתובה בשטר נמי, למי"ד שלי"ד לאו מדינא גבי אלא

ע"פ רק מיוורשים משום דלית לה קלא. רב פפא בסוף ב"ב מכריע את הדין לגבי מלוה ע"פ, לאפוקי מרב ושמואל שם קעה,ב והיינו שיכופו יתומים לפרוע חובת מורישם בין מקרקעות ובין ממטלטלין שירשו, למרות שש"ל שלי"ד מתקנת חכמים דלא תנעול דלת. וה"ה למ"ד ש"ד<sup>6</sup> במטלטלין שירשו יתומים, והיא המצוה שהוזכרה בב"ב קנז,א.

לסיכום: לשיטת ההלכה דקיי"ל שעבודא דאורייתא קרקעות שירשו יתומים גובים מהם בירידה לנכסים בין אם היורשים גדולים ובין אם הם קטנים ומטלטלין שירשו יורשים כופין אותם בשוטים לפרוע מהם והיינו דווקא ביורשים גדולים וטעם הדבר משום נעילת דלת וא"כ אין לחלק בין יורשים ששייכת בהם מצות כבוד אב ואם לבין יורשים שלא שייכת בהם מצות הכיבוד, בדין הזה. ומ"מ מצוה נוספת משום כבוד קיימת במטלטלים דידהו ואין כופין עליה.

וביסוד שיטת הרשב"א עומדת התפיסה דדווקא במקום שיש שעבוד נכסים ניתן לרדת לנכסים ובמקום שליכא שעה"נ לא שייך דין של ירידה לנכסים אלא חיוב על האדם לכופו בגופו.

וראיה לדבר זה מדברי הרשב"א ב"מ (סא,ב ד"ה ורי אלעור אומר ריבית קצוצה יוצאה בדיינין): "מסתברא לי דלא יוצאה בדיינין לרדת לנכסיו קאמר אלא שהוא מצוה להחזיר מדכתוב: "וחי אחיך עמך" ובמצות עשה כופין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו, וכדאמרינן בכתובות פרק הכותב א"ל רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה אמר לא בעינא למעבד מצוה מאי"? ... מכין אותו עד שתצא נפשו, ותדע לך דאי לא בניס נמי ליחיבי לאהדורי בהניח להן אביהן אחריות..."

וכבר כתב הריב"ש בסי' שה ותסה בדברי הרשב"א שטעמו משום דליכא שעבוד נכסים.

וכן מצאנו בר"ן כתובות (נח,א מהרי"ף ד"ה "בעל כרחיה") שהביא בשם הרשב"א וז"ל: "דכי אמרינן דהיכא דאמיד כייפינן ליה היינו מדין צדקה מיהו לא נחתין לנכסיה" והיינו בפניו לא נחתין ומשום דליכא שעה"נ.

### קושיית רע"א על הרשב"א

אמנם ראיתי לרעק"א (חובא על דברי המשנה למלך ממלוה ולוה יא,ז ד"ה וקשה לי) דכתב: "במ"ש המל"מ עוד, דיותר קשה לשיטת הרשב"א דכופין להיתומים על המטלטלים שירשו א"כ פשיטא דתיהני תפיסה ע"ש, ובמחכ"ת טעה בזה דפשוט וברור דלשיטת הרשב"א והר"ח גם מוציאים ויורדים לנכסיו במטלטלים שירשו והא דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי וכולה סוגיית דכושל מיירי ע"כ ביתומים קטנים, כדאיתא להדיא במרדכי ובהגהת אשרי

---

משום שלא תנעול דלת בפני לווי", וגם לאחר שהביא דברי רש"י שם הסיק דבשטר שלא פירש בו שעבוד גובה כן מתקנת חכמים.

6. ולפי הרשב"א "מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי" פסחים לא, כתובות צב היינו דאין ירידה לנכסים שהם מטלטלים ומ"מ כופין אותם לפרוע.

פ' הכותב, ובשו"ת הרשב"א חובא ב"י ס"י ק"ז ופשוט". כלומר רעק"א סובר בשיטת הרשב"א דבמטלטלין שירשו יורדים לנכסים.

והמשיך שם רעק"א וכתב: "אמנם תמוה לי על שיטת הרשב"א מסוגיה דריש פרק הגוזל בתרא דאיתא שם "נימא תהוי תיובתא דרב חסדא אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחר יאוש" ע"ש. והרי התם ע"כ מיירי ביתומים גדולים דא"כ גם לרב חסדא לא פריך מידי דקטנים שהזיקו פטורים אלא ע"כ מיירי ביתומים גדולים וכיון שכן אמאי בעי במתניי הניח להם אביהם אחריות נכסים גם בהניח מטלטלים יצטרכו לשלם חוב אביהם דהא יורדין לנכסיהן וצ"ע". והיינו דרב חסדא לימד "גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, מ"ט כל כמה דלא נתיאשו הבעלים ברשותיה דמריה קא"י והקשתה הגמ' לרב חסדא מבריתא דאם אין הגזלה קיימת פטורים והעמידה רב חסדא לאחר יאוש. ובבריתא זו למדנו דאם השאיר אחריות נכסים חייבים לשלם והקשה רעק"א דלרשב"א אין צורך להעמיד שהשאיר אחריות נכסים דהא גם במטלטלין גובים ונשאר בצ"ע. לשיטתנו ולשיטת המל"מ לא קשיא דהא במטלטלין אין יורדים לנכסים וגם הכפיה בשוטים נובעת מתקנה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ולא שייכא בגזל ומאכיל ואתי שפיר.

#### ד. בביאור שיטת ההלכה

בפרק הקודם עסקנו בשיטת הרשב"א בגביה מן היתומים, אך שיטת ההלכה אינה כשיטתו, בפרק זה נבחן את שיטת ההלכה וננסה להבין את הסוגיות על פי דרכה.

המתבר בחו"מ בריש ס"י קז פסק: "מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם וכופים אותם בכך כמו שכופים את אביהם במה ד"א כשהניח קרקעות אבל אם לא הניח אלא מטלטלין אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, זהו מן הדין... 'אפילו קנאם הלוח אחר שלוח ולא כתב דאקני דיורש במקום אביו קא"י. ומשמע דפסק לגבי מטלטלין כפי שעולה מהסוגיה דקטינא דארעא כתובות צ"ב, דאין כופין אותם לפרוע וחילק בין ירשו מטלטלין לירשו קרקע. חלוקה זו צריכה ביאור דהא בסוף דבריו כתב דבקרע כופין אותם, ואפילו קנאם הלוח אחרי שלוח, והיינו לכאורה דאין שעבוד עליה, וגובה משום דיורש במקום אביו קאי וא"כ מה לי קרקע מה לי מטלטלין! דהרי בגביה מינייה דלוח לא מצאנו חילוק בין קרקע למטלטלין.

והנה בספר התרומות פורש לפנינו, רבינו שמואל בן יצחק הסרדי, שיטה ברורה בענינים אלו, בשער מג חלק ד ס"י א הביא את הסוגיה ב"ב קנז, א וכתב: "למדנו מזה, שהמלוח סתם הרי כל מה שמוצא ללוח בידו בשעת פרועון הכל נכנס תחת שיעבודו ומכולן גובה חובו ואף שקנאם אחר שלוח, אבל אם לוח ולא כתב לו דאקנה וקנאם אחר שלוח ומכרם או נתנם במתנה הרי זה אינו טורף מהם, שהרי לא נכנסו תחת שיעבודו אלא כל זמן שהן נמצאים תחת ידו מטעם מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה". ועוד הקדים

7. וכן הביא בס"י קיא כ וכן הכריע בס"י קיב,ה.

שם וכתב "ומשני אמר רבא מיניה קא אמרת, מיניה לא קא מיבעיא לך, דאע"ג דלא כתב ליה דאקנה קני וגבי מכל מאי דמשכח ליה ואפילו קננהו בתר הכין, כדאמרינן מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה דאע"ג דמטלטלי לא משתעבדי מיניה משתעבד והני דקני בתר הכי מיניה גבי דכוותיהו דמטלטלי". ובהמשך דבריו, שם סי' ח', הזכיר דברי רש"י (פרק אי"נ ב"מ ס"ז, ד"ה: אין בע"ה) שכתב: "ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, דבשלמא בעודו קיים גבי אפילו מגלימא דעל כתפיה שהרי הלוח לו מעותיו ונשתעבד והתורה אמרה יבוא שליח ב"יד ויכנס לביתו ויטול משכנו... אבל היכא דמית, בהדי יתמי מאי עבידתיה דתבע הרי לא לוו ממנו, ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסיה מחיים ומיחייב מדין ערב דנכסייהו דבר איניש אינון ערבין ביה דכי אוזפיה עלייהו סמך, אבל מטלטלי אפילו דין ערב ליכא דלאו עלייהו סמך מלוה הואיל ובידו להצניען ולאבדן" וכתב התרומות: "דמיניה שעבודא דאורייתא אף על המטלטלין".

העולה מדברי רש"י ובעקבותיו מדברי בעל התרומות שניתן לחלק את הגביה מן הנכסים לשני מסלולים:

א. דין ערב - היינו נכסים המשועבדים כיוון דעליהם סמך המלוה, וגביה מהם אינה תלויה בהמצאו של הלוח החייב. ב. שעבוד הנוצר על הנכסים כתוצאה משעבוד הגוף החל על החייב. שעבוד זה אינו תלוי בסמיכות דעת המלוה. והוא המאפשר גביה מיניה כל זמן שהלוח קיים וא"כ הדרא קושיין לדוכתא כיצד גובים מקרקע שירשו היתומים כאשר אינה משועבדת מדין ערב? (דהיינו קרקע שקנה מורישו אחר שלוח) הא ליכא שעבוד הגוף כלפי היורשים כפי שכתב רש"י! בעל התרומות (שם, סי' ג, דן בדין זה וכתב: "יש לברר אם לוח וקנה ואין כתוב בשטר חובו דאקנה ועמד והורישן לאחד מיורשיו אם גובים מהן מאותם נכסים שקנה אחר שלוח כיוון שמוצאם ביד יורשיו? ובזה מצאתי כתוב בשם גאון בגליון הלכות [ספרדיות] ישנות, תשובה בשם גאון, דשטרא דלא כתיב ביה דאקנה שלוח וקנה והוריש דמשתעבד, דומיא דמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי, והאידינא תקינו דמשתעבדי. וכי קמבעיא ליה לשמואל לוח וקנה והוריש מהו, לא תידון את, דבלא דאיקנה פשיטא ליה דלא משתעבדא, דשמואל אליבא דידיה דסבר מלוה ע"פ אינה גובה מיורשין קא מיבעיא ליה, אבל אגן דקיי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשים... ובאותה מלוה ע"פ הא לית בה לא שעבוד שקניתי ולא שעבוד שאקנה ואעפ"כ גבי מיניהו והילכך לגבי יורשים אע"ג דלא כתיב ביה דאקנה לא מעלה ולא מוריד". העולה מדבריו שאה"נ מדינא אין לגבות קרקעות מיתמי אם אינן משועבדות מדין ערב, דהא שעבוד הגוף ליכא גבי יתמי דהם לא לוו, ומ"מ תיקנו רבנן חכמי הגמ' שיגבו מהן כשם שמצינו שתיקנו הגאונים לגבות בזמן הזה ממטלטלי דיתמי, וראייתו מהא דקיי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשים ואע"פ שאין בה לא שעבוד שקניתי ולא שעבוד שאקנה. ויש להבין דבריו דכתב דבמלוה ע"פ אין בה שעבוד שקניתי, והא קיי"ל שעבודא דאורייתא ואמרה הגמ' ב"ב קעה, דמלוה ע"פ מדינא גובה אפילו מלקוחות למ"ד שעבודא דאורייתא! וא"כ מדוע כתב דאין בה שעבוד? ולכאורה נ"ל דכיוון דתיקנו חכמים שאינה גובה מן הלקוחות ממילא לא סמך המלוה על נכסי הלוח בהלוואה ע"פ ולא נשתעבדו כלל מדין ערב דאף לדין דקיי"ל שעבודא דאורייתא מ"מ ההשתעבדות תלויה בדעת המלוה, וא"כ אין על הנכסים במלוה ע"פ אלא שעבוד הנכסים מדין מיניה הנגרר אחר שעבוד הגוף של הלוח ואינו קיים ביתומים. אלא דתקנו חכמים באותה התקנה

שבה עקרו את הגביה מלקוחות דמ"מ, למרות שפקע שעבוד הנכסים מדין ערב, ולמרות ששעבוד הנכסים מדין מיניה קיים רק אצל הלוח, דתהיה גביה מן היתומים מדרבנן שלא תנעול דלת בפני לווי, (אמנם יש להעיר שאין הבנה זו מוכרחת דאע"פ שתיקנו חכמים שאין גובים מלוה ע"פ מלקוחות עדיין ניתן להבין שקרקעות שהיו בשעת החלואה סמוך המלוה עליהן לגבות מהן מן הלוח ומיורשיו ונשתעבדו מדין ערב, דגם בערב מצאנו מקרים בהם השעבוד עליו הוא רק לבני תורין ולא לגבות מלקוחות ידיה).

העולה מן הדברים עפ"י תשובת הגאון שדין גבית הקרקע מן היתומים במלוה ע"פ, ובמלוה בשטר אם קנאה מורישו אחר שלוח, היא תקנת חכמים.

כיוון אחר בהסבר הסוגיה מצאנו במאירי ב"ב (קנ"א, בד"ה זה) וז"ל: זה שאמרו במלוה בשטר שטורף בה מן הלקוחות פירושו בקרקעות שהיו לו בעת שלוח, שחל השעבוד עליהם בשעת החלואה, אבל אם קנה קרקעות אלו אחר שלוח ומכרן אין בעל חוב טורף מהם שהרי לא חל השעבוד עליהם, ומ"מ אם הם בידו עדיין, הרי אמרו מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה בין שהיתה לו בשעת החלואה בין שבאה לו אחר כך והרי חובו אצל אותם הנכסים כמלוה על פה וכן אם מת והורישן גובה אותם מן הירששים. ומ"מ אם כתב לו בשעת החלואה דאקנה ר"ל ששעבד לו נכסים שיש לו ושהוא עתיד לקנות מכיון שקנאם חל עליהם השעבוד ואם מכרם טורף בעל חוב מהם. ואע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בזה תיכף כשקנאה נשתעבדה לכל הקפותיו מאליו כמו שאמרו מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, וכיון שנשתעבדו לו מאליהם מן הסתם, ר"ל אע"פ שלא כתב דאקנה למה נפקע שעבודם כשמכרם? אלא שחסו על הלקוחות מפני שהם סוברים שאינה משועבדת להם, אחר שלא כתב דאקנה, וכי כתב לו מיהא חזר הענין לדינו ונשתעבד משעת המקח מן הדין, ולא מצד הקנאות, וכן בכל שעבוד שכתוב בו דאקנה כגון מכר או מתנה באחריות.

ובסוף המסכת בדף קע"ב, בד"ה זה שפסקנו כתב: "זה שפסקנו שדבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה בעדים גובה ממשעבדי ומטעם שעבודא דאורייתא מפני שהדברים נראין כך שמדת הדין משעבדת נכסים לכל החלואה במה שדעתו של מלוה סומכת עליו כגון קרקעות, שבמטלטלין לא נאמר לעולם שעבודא דאורייתא שלא סמכה עליהם דעת מלוה, ואם מפני שהוא גובה מהם בחיי לוח, אין זה כלום, שמה שהוא גובה ממנו אינו מתורת שעבוד, ואין חולק בעצמו של לוח לומר שעבודא לאו דאורייתא דודאי מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה".

העולה מדברי המאירי דשעבוד הקרקעות לדין דקיי"ל שעבודא דאורייתא, חל מדינא בין על קרקע שהיתה ביד הלוח בשעת החלואה ובין על קרקע שקנה לאחר מכן. דאיכני משתעבד מאליו מהתורה, אלא דחסו חכמים על הלקוחות שלא ידעו שקרקע שקנו דאיכני הוא, דהא לא כתב דאיכני בשטר, ולכן אין גובין מלקוחות למרות שהקרקע משועבדת, ומ"מ אם כתב דאיכני חזר הדין למקומו ויגבו מלקוחות דהקרקע משועבדת מאליה מדין התורה ותו ליכא למיחש לפסידא! וא"כ יתומים שירשו קרקע לאחר מיתת מורישם בין שהיתה הקרקע משועבדת משעת החלואה ובין שהיתה הקרקע דאיכני משועבדת היא מדין תורה ופשוט שאפשר לגבותה מן הירששים כשם שגובים אותה מן החייב עצמו, שונה הדבר במטלטלין שאינם משועבדים מן התורה, לשיטת המאירי, ואין בהם גביה אלא מדין מיניה וא"כ ביתומים אי"א לגבות דליכא עלייהו אלא מצוה משום כבוד אביהם.

בתומים בסי' קד ס"ק ז ביאר: "דכיון דקיייל שעבודא דאורייתא אי"כ ראובן החייב לשמעון וקנה אח"כ שדה, כ"ז שראובן חייב וקונה נכסים, תיכף בעת קנין חל שעבוד דכי בעיטן דווקא בעת ורגע שחלוהו יחול שעבוד של מלוה דהא מהתורה עבד לוח לאיש מלוה לעולם כ"ז שלא פרעו וכל זמן שמגיע לו שדה חל עליו שעבודו של מלוה. דאלי"כ, דאין חל הואיל לא היה בעת ההלואה, אי"כ הרי הוא כמטלטלין וכמו דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי כן לא יהיה זה משתעבד ולמה קיי"ל דאם קנה שדה אחר הלואה דגובה מיתומים, ש"מ דחל שעבודא דש"ד הוא תמיד כ"ז דחייב לו". (הנתיבות בסי' ס' ס"ק יב נקט כתומים, והקצות בסי' קד ס"ק ט' חלק על התומים עיי"ש).

בבואנו לברר את דברי המחבר, ריש ס"י קז הנ"ל, באיזו שיטה קאי, יש לנו לבדוק פסקיו בדין דאיקני. בסי' קד, כתב המחבר: "לוה וכתב לו מה שאני עתיד לקנות משועבד לך, ואח"כ קנה שדה וחזר ולוח מאחר השדה משועבד לראשון" והוא לשון הרמב"ם, ובבדק הבית כתב:

"דלכאורה משמע... שאם לוח וכתב לו דאקנה וחזר ולוח מאחר ולא כתב לו דאקנה ואחר כך קנה נכסים יחלוקו, אבל מדברי הרא"ש בפ"ק דב"מ, גבי בע"ח גובה את השבח משמע דבהא נמי לקמא משתעבד ולא לבתרא, שכתב ופעמים נוטל כולו כגון שכתב למלוה דאקנה ולא כתב ללוקח דאקנה. וכן כתב בספר התרומות שער מ"ג. ואין לומר שהרמב"ם חלוק בדבר דאם כן לא הוה שביק בעל התרומות מלהביא סברת הרמב"ם כמנהגו, הלכך צ"ל דסבר בעל התרומות דהרמב"ם תדא מיניהו נקט וה"ה לאידך".

והיינו דלמד ברמב"ם וכן הכריע להלכה דלוח וכתב דאיקני ולוח וקנה, הראשון גובה קודם לשני. ולכאורה לפי דעת המאירי והתומים בכה"ג הדין הוא יחלוקו דהא סבירא להו דאף אם לא כתב דאיקני מ"מ משתעבד מן הדין וא"כ מיניה דידיה הוי משועבד לשניהם ויחלוקו, ואכן כך כתב המאירי במפורש (ב"ב קט, ד"ה זה):

"אבל אם לוח וחזר ולוח ואחר שלוח משניהם קנה קרקע אע"פ שכתב לראשון דאקנה הרי יד השני שוה עמו וכן כולם ויחלוקו"

וכן כתב התומים בסי' קד ס"ק ז בבאור דעת רבינו ירוחם:

"דבשני מלוים ולאחד כתב דאיקני ולשני לא כתב דאיקני וקנה אח"כ והיא ביד לוח ס"ל יחלוקו כמש"ל הטעם דבעת שבא השדה לרשות הלוח תיכף חל שעבוד שניהם כהנ"ל ולכך יחלוקו".

ואם כן המחבר לא קאי בשיטתם אלא נראה דקאי בשיטת בעל התרומות שהביא דברי רש"י והבחין בין שעבוד מדין ערבות החל על קרקעות שהיו לו בשעת ההלואה או שאר נכסים שסמך דעתו עליהם בשעת הלואה בפירוש והיינו דכתב דאיקני, לבין קרקעות שקנה לאחר הלואה דשעבודם הוא מדין מיניה דהחוב שחייב הוא היוצר שעבוד זה, ולפי זה ניתן לתבין דאם כתב לאחד דאיקני ולשני לא כתב דאיקני וקנה, דהראשון קודם דבסי' קיב בב"י כתב:

"כתב נמוקי" בפרק חזקת כל שכתב דאקנה שוב אינו יכול לחזור בו אפי' קודם

שקנה והרשבי"א חולק וסובר שיכול לחזור בו קודם שקנה ומכל מקום חייל שעבודא משעה ראשונה"

והיינו שמהתורה משתעבדים נכסים שיקנה כבר משעה ראשונה! ופירושו דעליו חל שעבוד הגוף לענין זה משעה ראשונה, היכא שגילה שסמך עליהו, וא"כ קדם שעבודא זה לשעבודו של השני שלא כתב לו דאקנה דשיעבודו חל רק כאשר קנה את הקרקע מכח החוב שיש על הלוה. א"כ, למחבר, כאשר יורשים מקבלים קרקע דאיקני ממורישם, אע"פ שלא כתב דאיקני למלוה שלו, חובה עליהם לפרוע דאיכא שעבוד מדין מיניה על קרקע זו ואעפ"י שלכאורה במיתת החייב פקע השעבוד (כמו שכתב בעל בתרומות ולכן נזקק לגאון<sup>8</sup> ולתקנת חכמי הגמ' כנ"ל). המחבר סובר כמו שכתב האמרי בינה בדיני הלוואה סי' ב ד"ה והנה: "ודאי כל זמן דאישתעבד הגוף לקיים המצוה אישתעבדו הנכסים וכשמת נעשה חפשי מן המצות נפקע השעבוד מנכסים ג"כ רק כיוון דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן נשאר השעבוד על הנכסים גם כן". ונראה דזה הפשט בדברי הטור והמחבר: "דירש במקום אביו קא"י דפריעת החוב מצוה היא עליו. אבל במטלטלין סובר המחבר<sup>9</sup> דליכא בהו שעבוד, ולכן אין כופין את הירשים לפרוע חובת אביהם.

#### ה. פריעת בע"ח מצוה גם למ"ד ש"ד

אחר שהסברנו את ההבדל בין קרקעות לבין מטלטלין בדברי המחבר יש לנו עדיין לעיין בלשונו שכתב מצוה על הירשין וכופין דמה נצרך לכפיה והרי ש"ד ויורדים לנכסים ומה לנו צורך בכפיה המזכירה לנו את מ"ד שעבודא ל"ד?

בביאור לשון הטור "כופין" ציין הכנה"ג בהגהות הטור על אתר לסי' רעח. שם בהלכות נחלות סעי' י"א הביא הטור דברי הראשונים על הסוגיא ב"ב קכד, ודן בדיני הכפיה. הגמ' אומרת: "יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים, ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי מאי טעמיהו דרבנן דאמר קרא: "לתת לו פי שניים". מתנה קרייה רחמנא, מה מתנה עד דמטיא לידה אף חלק בכורה עד דמטיא לידה". והביא הטור דברי הר"י מיגש שם בחידושי: "דדוקא בחלק הבכורה שהוא מתנה אבל בחלק הפשיטות אינו יכול לסלק עצמו ולומר לבעלי חובות הרי הנכסים לפניכם, איני רוצה לירש כלום ולא

8. בעל התרומות שסובר שלאחר שהפקיעו גביה מלקוחות במלוה ע"פ תו ליכא שעבוד במלוה ע"פ כלל (בפסק במפורש בשער סא ח"ב אות א-ב. וכן משמע מדבריו בשם גאון בשער מג חלק ד אות ג) מצא בגמ' תקנה לגביה במלוה ע"פ מן הירשים, גם לדין דס"ל ש"ד והיא התקנה שקיימת לדעתו במלוה בשטר בקרקע דאיקני לגבי יתומים, אבל המחבר שסובר שגם לאחר שהפקיעו את הטרפא מלקוחות במלוה ע"פ נשאר שעבודא דאורייתא ומלוה ע"פ שייכים בה דיני קדימה, לא מצא בש"ס תקנת גביה, דהא מירשים גבי דש"ד, וא"כ גם בדאיקני במלוה בשטר יצטרך לחסביר כיצד גובה מדינא.

9. יש להעיר דבריש סי' קד כתב הגאון דאיכא שעבוד אמטלטלין ובשיטת המחבר נקט הסמ"ע דלית בהו שעבוד ודלא כע"ש.

בב"י בסי' קד הביא דברי שו"ת הרשב"א המיוחסות, דיש קדימה במטלטלין מיניה ואם נלמד כן למסקנה בשיטת המחבר נצטרך לבאר את החילוק בין מטלטלין לקרקעות בדרך אחרת.

לפרוע כלום, אלא כופין אותו להטפל בדבר ולמכור אותן ולהגבותן או לשומן עליהו. שהוא במקום מורישו וכמו שהמוריש אינו יכול לסלק עצמו גם היורש אינו יכול לסלק עצמו.

### טורח וטיפול בגבייה - חובת הלוה או המלוה?

ומשמע מדברי הר"י מיגש דיש חובה על הלוה לטפל בגבייה וחובה זו מוטלת גם על יורשו וא"י לומר רד לנכסי וגבה. והיינו דגם למ"ד ש"ד איכא מצוה על הלוה לטפל בגבייה מדין מצוה וכופין אותו עליה. ולפי דבריו ניתן להסביר את המחבר והטור דידן שכתבו "כופין" דלא רק שיורדים לנכסים אלא כופים את יורשי הלוה לטפל בהן. אלא דהטור הביא דברי הרשב"א והראב"ד החולקים על הר"י מיגש. דהרשב"א כתב: "אפשר שלא אמר אלא לרב הונא (ותיקנו הפרישה ועוד, לרב פפא) דאמר פריעת בעל חוב מצוה וכופין אותו בשוטין, כי אמר לא בעינא למעבד מצוה אבל לדין אין כופין בשוטין אלא בהורדה לנכסים". עוד הביא הטור: והראב"ד כתב: "דאפי' בחלק פשיטות אם אמר איני רוצה בירושתי אבי ולא אפרע חובותיו אין כופין אותו" והנמוקי"י נדב, מהר"ף כתב לשיטת הראב"ד: "שאם אמר איני רוצה ליטפל בו הורידוהו בנכסים ועשו לו שומא רשאי, והוא הדין לכל לוח שאמר הרי נכסי לפניכם עשו לו שומא והורידוהו בהם אין כופין אותו ליטפל בהם". עוד מצאנו לרמב"ן בתשובות סי' סב שנשאל: "מלוה שתבע חובו מן הלוה ולא נמצאו לו נכסים אלא במדינת חים. אמר לו טרח וזבין ואייתי לי. והלוה אומר לאו עלי רמיא ישומו לך ב"י מתן כאן. מי אמרינן הדין עם לוח דלא אמרינן זיל טרח וזבין ואייתי ליה אלא בתילוי מעותיו לגוי כדאייתא בכתובות, או דילמא הדין עם מלוה שלא יוציא מנה על מנה?" והשיב: "הדין כן הוא שיכתבו לו כאן אדרכתא על אותן נכסים, אבל הכרזה ושומא אי אפשר ליכתב אלא במקומו, ילך לב"י שבמדינת חים והם מגבין לו מהן בשומא והכרזה".

בעל התרומות בשער ס אות א מביא שאלה זו כנפיק"מ אפשרית מהסירוב של הבכור האומר שאינו רוצה לירש, דאם הוי יורש יצטרך "להשתדל אחריהם ולהעמיד מעותיו במקום שלהם מעותיו ממנו כדי שלא יצטרך המלוה להוציא מנה על מנה וליזיל בסכנת הדרך" ודחה אפשרות זו דאין חובה על הלוה לעשות זאת והביא תשובת הרמב"ן הנ"ל דס"ל כמותו. בשו"ת המהר"ט חלק חו"מ סי' לה הביא את דברי הטור והביא דהב"י שם בסי' רעח כתב שרשב"ם סובר כר"י מיגש, ודן שם בדבריהם והסיק שהחובה היא על המלוה ולא על הלוה. האמרי בינה בדיני הלואה סי' ג דן בדרך הגביה במלוה למ"ד שלי"ד ולמ"ד ש"ד. והביא את דברי הרשב"א הנ"ל דלמ"ד שלי"ד כופין אותו בשוטין ולמ"ד ש"ד יורדים לנכסים וכתב: הן אמת קשה להבין אם נאמר דלר"פ לא נחתינן לנכסיה רק שכופין אותו בשוטין לקיים המצוה ובשביל זה אינו יכול לסלק עצמו מן הנכסים רק כופין לטפל בדבר ולמכור, מי חלוק ע"ז הא אף אם נאמר ש"ד היינו דנתוסף עוד שעבוד על הנכסים ויכולים הב"ד לגבות מנכסיו אף שלא בפניו, אבל מ"מ אם הוא לפנינו ודאי דחיובו דגופו שחויב לשלם לא נפקע"י וא"כ אם סובר הרשב"א שר"פ הלוה צריך לטפל בנכסים כ"ש לדין דש"ד. דהא למ"ד ש"ד, השעבוד הוא תוספת על המצוה ומצוה ודאי איכא? ואי אין הב"י יכולים לרדת לנכסיו והוא כאן ואומר שאינו רוצה לקיים המצוה ודאי כופין אותו! ולכן הביא הר"י הברייתא דכופין אותו בהלכותיו בכתובות פרק הכותב. ולכן הסביר האמרי בינה ברשב"א דהבין בר"י מיגש

דהנפק"מ היא רק דאם של"ד צריך לכוף אותו בשוטים כדי שיוכלו לרדת לנכסיו. כמו שביארנו בשיטת הרשבי"א דלמ"ד של"ד אין ירידה לנכסים, ואם יסתלק לא יוכלו לכופו, אבל אם ש"ד ליכא נפק"מ דבין כך ובין כך יורדים לנכסיו וגם הר"י מיגש מודה שאין על הלוח ליטפל בנכסים. הב"י עצמו בסוף סי' קא הביא את דברי הנמוק"י הנ"ל "לוה שאמר הרי נכסי לפניכם עשו לו שומא והורידוהו בהם אין כופין אותו ליטפל בהם"<sup>10</sup>.

ומ"מ למדנו שגם לדין דק"י"ל ש"ד איכא נמי מצוה לפרוע החוב ונפק"מ דאם הלוח אינו מאפשר לגבות מנכסיו יש כח לבי"ד לכוף אותו בשוטים וזוה כו"ע מודו.

### ו. גדר המצוה המוטלת על היתומים.

המחבר בסי' צו סע' טו פסק: "שפריעת בעל חוב מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיימה". (לענין גביה ממי שאינו רוצה לפרוע דשליח ב"י"ד נכנס לביתו) וכן בסי' קז ס"א: "מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם וכופים אותם בכך כמו שכופין את אביהם." כלומר גם למ"ד ש"ד איכא מצוה דפריעת בע"ח.

בגדר המצוה על הלוח עצמו לפרוע חובו כתב רש"י (בכתובות פ"א ד"ה פריעת): "מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו דכתיב הין צדק שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק" מצוה זו שייכת לכאורה רק בלוח עצמו דהוא זה שהתחייב לפרוע לפי דבריו והוא זה שעליו לאמת את דיבורו, אך אינה שייכת ביורשיו שלא דיברו ולא מידי<sup>11</sup>. [רש"י עצמו (בכתובות צ"ב, בקטינא דארעא, בדי"ה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם) כתב: "משום כבוד אביתן. אלא שאין לבי"ד לכופן על כך דלאו מצות עשה מפורשת היא כסוכה ולולב אלא

10. (עפ"י תערת העורן:) אמנם לאחר כל הדברים הנ"ל יש להאיר מדברי הרא"ש בתשובה כלל ח סי' ב, שהובאו להלכה בטור ובמחבר בסי' עג סעי' ח. "ראובן נשבע שלא למכור משלו לפרוע שום חוב, ואח"כ נשבע לפרוע לשמעון לזמן פלוני וכשהגיע הזמן טוען אין לי מעות וכבר נשבעתי שלא למכור משלי לפרוע שום חוב, אם חוב שמעון קדם לשבועה שלא למכור משלו לא חלה השבועה כלל דהוה ליה נשבע לבטל המצוה דמושבע ועומד הוא מהר סיני לפרוע חוב שלו ומכין אותו עד שתצא נפשו אם אינו רוצה לפרוע". וכבר תמה שם הט"ז: "למה לא יקח המלוה אותן דברים בחובו..". (ויתכן לומר דלשיטת הרא"ש כפי שמשמע בתוס' הרא"ש כתובות פ"ו וכן בפסקים בפרק גט פשוט סי' מ, שעה"י תלוי בשעה"י דהמצוה וא"כ אם נשבע וחלה שבועה ופקע שעה"י פקע נמי שעה"י). וק"ל מה לי ולשבועתו. ירדו הב"י"ד לנכסיו ויתנו לזה כדי חובו דהא נכסוהי דאינש ערבין ליה ושעבודא דאורייתא" והיינו דכיוון דק"י"ל ש"ד יש בידינו לירד לנכסים בלי שימכור הוא, ומשמע מתשובת הרא"ש שמכח המצוה יש על הלוח למכור נכסיו ע"מ לפרוע חובו! והיינו דהוא יטפל בנכסים, דהרי לא נשבע למנוע ירידה לנכסיו אלא שלא ימכרם הוא בעצמו, וזה הוה נשבע לבטל המצוה. השו"ע בסי' קג ס"ד מחלק בין שומת ב"י"ד שטעו בין נכסי לוקח לבין נכסי הלוח ונכסי היורשים. וכתב הסמ"ע שם ס"ק ו: "משום דעל הלוח היה מוטל לטרוח לזבן את שלו ולשלם להמלוה וכן אם גובים מהיתומים לשלם חוב אביהן משום דגם עליהן היה מוטל לזבן ולשלם חוב אביהם מהנכסים שירשו ממנו". ומשמע מהסמ"ע שפוסק כר"י מיגש, ועדיין דין זה צ"ע.

11. עיין חינוך מצוה רנט ובמני"ח שם שהביא הגמ' ב"מ מט. "והין צדק יהיה לכס" הן שלך יהיה צדק ולאן שלך יהיה צדק". ועיין במצוה רכט שלא לעשוק, דכתב במני"ח שהלוח עצמו עובר גם בלאו והיתומים אינם עוברים בלאו.

מצוה בעלמא דרבנן". לשיטתו קשה לומר שמצות היורשים היא אותה המצוה המוטלת על החייב, ולכן פירש שמצוותם משום כבוד ותלה את אי הכפיה על מצוה זו בהיותה מצוה בעלמא מדרבנן.

אבל יש מן הראשונים שלמדו את מצות הלוח ממקור אחר. הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם ב"ב קע"ב, כתבו שלמדנו כן מדכתיב: "והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבטו". ומשמע שיש עליו להוציא חיובו וזו מצות פריעת בע"ח. אם נלך בכיוון זה יתכן לומר שהיורש חייב באותה המצוה שחייב מורישו, ומצוותו היא מן התורה. הגמ' עירובין ע"ב, אומרת "יורש כרעיה דאבוה" והמתבר בריש ס"י קז נוקט "שהיורש במקום אביו קאי" והיינו דאם יורש דבר המשועבד ניתן לקרותו, "האיש אשר אתה נושה בו", ומצוותו היא: יוציא. כלומר המגדיר את היורש ככרעיה דמורישו הם הנכסים המשועבדים שירש, ומצב זה הוא המחדש עליו את המצוה. כפי שכבר הסברנו ישנו שעבוד מדין ערב על הנכסים שמימושו אינו תלוי במצוה, ומ"מ נראה שבירוש תתחדש עליו מצות פריעת בע"ח כשירש נכסים כאלו. וישנו שעבוד נכסים הנובע מן המצוה והוא לא יפקע, אלא תתחדש מצוה על היורש ושעבוד הנכסים יימשך. בתשובת הראב"ד שהביא התרומות בשער סא חלק ב (הובא בטור ובי" ס"י קז) כתב לגבי לוח ויורשו: "ועל שניהם מצוה מן התורה לפרוע" ומשמע דמדאוריתא יש מצוה על היורש לפרוע חוב מורישו והיא זהה למצות פריעת בע"ח, דהיורש עומד במקום מורישו. בחדושי הר"י מיגש ב"ב קכ"ד, (הובא בטור רע"א) כתב: "אלא כופין אותו... שהוא במקום מורישו" וגם בדבריו משמע שמצות היורש היא כמצות הלוח. בתוס' ב"ק צ"א, ד"ה הא כתבו שבע"ח גובה שבח מיורשים "משום דכרעא דאבוהון ניהו".

מלשון הטור והשו"ע בריש סימן קז: "מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם וכופין אותו כמו שכופים את אביהם" משמע שאותה המצוה המוטלת על הלוח היא המוטלת על יורשיו. הב"ח בריש ס"י קז כתב: "המצוה היא כשאר לוח בעצמו שמצוה מוטלת עליו לפרוע חובו מן התורה כשאר מי"ע כסוכה ולולב, הכי נמי היתומים המצוה מוטלת עליהם מן התורה כאילו היו הם הלווים בעצמם ולכן כופין אותם כמו שכופין את אביהם". הגאון בריש ס"י קז כתב: "אלא שמצוה עליהן מן התורה כעל הלוח עצמו וכמ"ש בפ"ק דקידושין מלוה ע"פ גובה מן היורשים שעבדו דאוריתא". מכל הדברים הללו משמע שכאשר יורשים היורשים קרקעות, הכפיה עליהם נובעת ממצות פריעת בע"ח והם עומדים במקום מורישם.

התומים בסי' סו ס"ק מג כתב: "במת לוח ונפלו נכסים קמי יורשים דהא פקע שעבוד הגוף באיזה אופן יחול שעבוד נכסים וצ"ל דאף במת לוח, כשירש זוכה בנכסים אף הוא משתעבד כמו לוח בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוח. המתבר בסי' קג, ד פסק: "בי"ד ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא מכרן בטל אפי' הכריזו, אבל אם היו נכסים בני"ח וטעו בשומא דינם כבי"ד שמכרו נכסי יתומים וטעו שיתבאר בסי' קט"ו ושם פסק בסעי' ג: "וטעו והותירו שתות או פחתו שתות מכרן בטל, פחות משתות מכרן קיים". כלומר המתבר משהו את דין היתומים לדין הלוח ובהסבר דבריו כתב התיבות בסי' קג ס"ק ד: "דבשלמא בלוח ויתומים שיש עליהם שיעבוד הגוף דמחויבים לטרוח בעצמם", קאי בשיטת התומים שיתומים חייבים כמו מורישם. מצוה זו דפריעת

בע"ח לפי אופיה, שייכת בכל יורש ויורש ואינה דוקא בבני המוריש, יתומיו. דהא יסודה של המצוה הם הנכסים שירשו ממילא ממורישם ומה אכפת לן מיהו היורש<sup>12</sup>.

המחבר הוסיף וכתב "אבל אם לא הניח אלא מטלטלים אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, אבל מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם". רש"י בכתובות צא,ב ד"ה מצוה כתב: "משום כבוד אביהם אלא שאין לבי"ד לכופין...דלאו מצות עשה מפורשת היא... אלא מצוה בעלמא דרבנן".

התוס' בכתובות פו,א ד"ה פריעת כתבו: "אבל בדליכא אחריות נכסים מצוה על היתומים ואין כופין". וטעמא משום דהוי מצוות כיבוד מצוה שמתן שכרה בצידה", שאין בי"ד של מטה מוזהרין עליה". והקשו שם על רש"י שכתב דאין כופין משום דהויא מצוה דרבנן דהא מצינו מצוה לקיים דברי המת דהיא דרבנן וכופין עליה. כדבריהם כתבו גם הראב"ד בשטמ"ק ב"ב קנז,א והרא"ש בהכותב סי' יד. הטור בעקבותיהם כתב: "אבל אם לא הניח להם אחריות נכסים מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, אבל אין כופין אותם דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח מן התורה... וטעמא משום דמצות כבוד היא מצות עשה שמתן שכרה בצידה..." וכן מפרש הסמ"ע ס"ק א את המחבר והוסיף דלכן אם לא הניח להם כלום אפילו מצוה ליכא: "שהוא דווקא בממון של אביהן ואמנ".

הסמ"ע והש"ך הזכירו דעת הרמב"ן במיוחדות בתשובה פח: "דמ"מ אם הבי"ד רוצים לכופ הרשות בידם". והביאו רמ"א בסי' צז לגבי מצות השבת העבוט. הסמ"ע כתב שכאן שתק הרמ"א כיוון שהתוס' והרא"ש חולקים על הרמב"ן ולכן לא נצריך ליתמי להוציא מידם במקום פלוגתא, אבל במשכון שהוא עומד ברשות הלוה לא מיקרי הוצאה מידו במה שכופין אותו להשיב העבוט, והש"ך כתב ששתק הרמ"א לפי שסמך על דבריו בסי' צז וה"ה הכא. התומים הקשה לדעה זו מכתובות פד,ב "דן דייני כר"ט היינו במטלטלין של יתומים המונחים ברה"ר דיתנו לבע"ח ואהדר עובדא ונחלקו התם אי הוי"ל טועה בדבר משנה או בשיקול הדעת. ומה טעות יש אם הדיין רצה לכופ ליתומים הרשות בידו והוא כפה ונתן מטלטלים המונחים ברה"ר לבי"ח? ותירץ התומים דנעמיד גמ' זו ביתמי אחי המת או בבני אחי המת שאין עליהם מצות כיבוד. והוסיף לחקשות דהא קי"ל תפס מטלטלין דיתמי לאחר מיתתה מוציאין מיד התופס וכלל זה הוא בכל היתומים גם בבני המת! וקשה מדוע שיוציאו מהתופס לדעה שסוברת שמותר לבי"ד לכופ, "איך יזדקקו להוציא מיד מוחזק לבטל מ"ע דאוריתא" והסיק שדעה זו דהרמב"ן ס"ל כרש"י ור"ן דאין זו מ"ע של תורה, רק מצוה בעלמא מדרבנן שאין כופין עליה כלל. הנהיבות ריש סי' קז, תירץ קושית התומים "דאף דמוטל מצוה על היתומים לפרוע, חיובא דגופא הוא דאיכא אבל מ"מ גוף המטלטלין אינן יוצאין מרשות היתומים, אף שתפסן שכנגדו. והרי הן של היתומים ושכנגדו אסור להשתמש בהם וגם הן גזל בידו כשמחזיק בידו.

12. ראה מאמרו של ד"ר א. ורהפטיג "חיובי ממון - האם עוברים בירושה?" תחומין כא. ואע"פ שזה הנושא, הרי לשאלה - בנים בלבד או כל יורש הוקדש משפט אחד בלבד תוך הפניה לדברי האו"ת (ע"ש ליד הערה 88) בפרק שלפנינו השלמה לענין זה. (העי' עורד).

וגם הב"ד אינן יכולים להגבותן להמלוח שיהיה שלו רק הב"ד יכולים לכוף עד שיאמר רוצה אני. ולכן אם תפס מוציאין כדי שלא יעבור אלאו דלא תגזול...<sup>13</sup> בהסבר הדברים האם הוי כבוד דאורייתא או מתקנת חכמים כתב החת"ס בשות חו"מ סי' קעז ד"ה והנה: רש"י ממ"ש גבי קטינא דארעא נ"ל דס"ל לרש"י דלפי מאי דקיי"ל דכיבוד אב משל אב, ולא משל בן א"כ במטלטלין דיתמי לא שייך מצות כיבוד כלל...דכיון דמת נכסי ברשות יורשים קיימא". וכן כתב הנחל יצחק סי' קיא ס"ד ענף כ בהגהה. ויש שביארו ברש"י כשיטות הסוברות דכיבוד אב ואם לאחר מיתה הוא רק מדרבנן.

יש מהראשונים שכתבו שכיוון שזו מצות כיבוד אינה נוהגת אלא בבנים ובנות בלבד ולא בשאר יורשים. הראב"ד בשטמ"ק ב"ב קנז, א כתב: מצוה על היתומים... משום כבוד אבוהון דכי בעיא לן דאיכני קנה ומכר או הוריש ליורשים אחרים שאינם בניו. המאירי שם, א ד"ה מלוח ע"פ כתב: "ומצוה זו יש אומרים שאינה אלא על הבנים מפני כבוד אביהם, אבל על יורשים אחרים כגון אחים או שאר קרובים אין למצוה זו מקום". בשו"ת באר יצחק חו"מ סי' ב' הסיק: "וי"ל דהא מצוה על היורשים לא שייכא רק בבני הלוח משום מצות כיבוד אב אבל ביורשין קרוביו של המת לא שייכא מצוות כבוד עליהם לפרוע מטלטלי שירשו".

התומים בסי' קא סק"י בסופו מדייק בסוגיה ב"ב קנז, א דמיידי אפילו בשאר יורשים: "הא במשנה קתני נפל על אביו או על שאר מורישו ש"מ דאיירי בשאר יורשין, מ"מ קאמר מצוה. וכן פסק באורים סי' קז ס"ק ד: "נראה אפילו אינו אביהם רק דודם דלא שייך ביה מצות כיבוד אב מ"מ מצוה הואיל ויורשים שישלכו תובתו ולא יהיו הם יורשים ומורישם יהיה בכלל לוח רשע". ותזו"א ב"ק טו ס"ק לו מפנה לתוס' כתובות לח, א ד"ה יש לענין בגר בקנס ומדייק מן התוס' דבע"ח גובה מהאב כסף שירש מביתו ומשמע דהמצוה קיימת גם כאשר לא שייך כיבוד.

מלשון המחבר שלא חילק בין המצוה הקיימת בקרקעות דהיא ודאי שייכת בכל היורשים כנ"ל לבין המצוה במטלטלין והשמיט את נימוקו של הטור דהוא משום כיבוד משמע שסובר שאף המצוה במטלטלין היא על כל היורשים, וא"כ נראה להסביר כטעמו של התומים.

## ז. ביאור הסוגיה ערכין כב

בסי' קח ס"א פסק המחבר: "מלוח ע"פ אינה נגבית מהיורשים אלא באחת מג' דרכים ואלו הן: (1) כשחייב מודה בהן, וצוה בחוליו שיש לפלוני חוב עליו עדיין, או (2) שהיתה הלואה לזמן ועדיין לא הגיע הזמן, או (3) שנידוהו עד שיתן ומת בנידויו כל אלו גובים מהיורשים בלא שבועה.

ושם ס"ג כתב: "אין נפרעים מיורשים קטנים בעודם קטנים שאינם בני י"ג שנה שום הלואה מחוב אביהם ואפי' היה עליו שטר מקויים ואפי' היה בו נאמנות ואפי' היה בו

13. ועיין עוד בזה שערי יושר שער ה פ"ב בסברת הרמב"ן י"עד שתכפנו בגופו כופחו בממונו".

כל תנאי שבעולם שמא יש להם ראייה ששוברים בה השטר. אלא אי"כ היה במלוה זו אחד מג' דרכים הנזכרים לעיל בסמוך (בסי"א) ואפי' היתה מלוה ע"פ גובה מיתומים קטנים באחד מג' דרכים הנזכרים. ואם הם גדולים והוציא עליהם שטר מקוים אפי' אין שם אחד מג' דרכים אלו גובה מהם..."

ובסי' קי ס"ב: "טעמא דאין נפרעים מהקטנים משום דחיישינן שמא התפיס אביהם למלוה צררי" המחבר פוסק כרב הונא בריה דרב יהושע דהא דאין נוקקים לנכסי יתומים קטנים הוא משום חשש צררי. והיינו דאפי' במלוה בשטר לא יגבו מהם אלא באחד מג' דרכים דבהם אין לחשוש לצררי. ולכאורה יש להבין, דבפרקים הקודמים למדנו שגביה מן היורשים תלויה בזה שירשו קרקע דאית עליה שעבוד. דאז גובים מהם בעל כרחם, והסברנו שאפילו בקרקע שלא נשתעבדה בזמן המלוה, אלא נקוטה אחריו, ישנו שעבוד הנובע מהמצוה לפרוע את החוב משעה"ג החל על החייב ומצוה זו קיימת גם ביורשים ולכן לא פוקע השעבוד מהקרקע, ולכאורה מה נאמר בקטנים הא לאו בני מימד מצוה ניהו? ותינח קרקע המשועבדת מאת המלוה שאין השעבוד תלוי במצוה דשעבודא דאורייתא אך מה נאמר בקרקע דאיכא? והנה המעיין בדברי הראשונים בסוגיה ב"ב קע"ד, בערבא דיתמי ימצא תשובה לשאלתינו. בהסבר שיטת רהבדרי"י כתב הרי"ף פ"א, ב מדפיו לרב הונא בריה דרב יהושע דסבר מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם אבל חיישינן לצררי והיינו דגם בקטנים איכא מצוה זו. וברשי"י שם על הרי"ף: "וקי"ל הלכה כרהב"י דלא אמרינן יתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו" כלומר גם קטנים הם בני מצוה זו. וכן כתב שם הרשב"א קע"ד ד"ה כהבדרי"י "לעולם יתמי בני מיעבד מצוה ניהו כדאמר בערכין פרך שום היתומים יתמי דאכלי דלאו דיזהו ליזלי בתר שיבקהו". וכן בב"י ק"א, כתב: "ולרב הונא דסבר מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אלא דחיישינן לצררי", ואי"כ נמצינו למדים<sup>14</sup> דמצות פריעת בעי"ח איכא גם ביתומים קטנים וממילא נשאר השעבוד גם על קרקע דאיכא וניתן לגבותה מיתומים קטנים.

בסי' קל הביא המחבר את דין "ערבא דיתמי" מהגמ' ב"ב קע"ד, "מת הלוה וקדם הערב ופרע החוב קודם שיודיע את היורשים אם נודע לנו שלא פרע הלוה שטר חובו קודם שמת. כגון שהודה בו קודם (שמת) או שנידוהו ומת בנידויו או שלא הגיע זמן המלוה לגבות הי"ז חוזר וגובה מהיורשים כל מה שפרע". המחבר נקט לשון הרמב"ם ונראה שהוא מפרש את הסוגיה אפילו ביתומים גדולים, וטעמו כסברת הרי"י מיגש שהובא בשטמ"ך שם. דכל שפורע בלי הודעה נראה שכבר התפיסוהו צררי. ומי"מ יש להבין דמשמע דאם היה מודיע ליתמי היה נפרע מהם. והרי בערכין למדנו שלרב פפא אין נפרעים כלל מקטנים! הנמוקי"י שם פ"א מהרי"ף, כתב שאין לדייק מהגמ' דאם היה מודיעם היו חייבים אלא דאז היה הערב עצמו פטור כשם שהם פטורים. וכן כתב בעל המאור. אי"כ יוצא שהסוגיה בערכין מיירי במלוה בשטר. לפי זה מובן מדוע נקטה

14. בשיטת רשי"י בב"מ ס"ז, ב ד"ה "אין בעי"ח" הני"ל מובן שאין צורך לטעם זה דיתמי בני מצוה, אלא בקרקע דאיכא, ולא בנכסים שנשתעבדו מדין ערב! ולפי"ז ניתן לומר שגם הרי"ף שהזכיר את המצוה סובר כמותו. לפי"ז תיושב קו"י האמרי בינה בהלכות הלואה סי' ב ד"ה "אך קשה" כיצד גובים לשיטת הרי"ף מנכסי גר שמת שנכסיו הם הפקר.

הגמי טעם צררי, ולא השתמשה בדין טענין ליתמי, דטענת פרעתי בשטר אינה פוטרת מממון אלא מצריכה שבועה דרב פפא, אשתבע לי דלא פרעתיך. ואילו חשש צררי מונע את בקביה עצמה. גם השינוי בהנהגתו של רב נחמן מובן, דהסתפק רב נחמן האם יגבו מקטנים מלוה בשטר, וכדכתב רב האי גאון בתשובה הביאה התרומות שער יד חלק א אות ב: "כבר נתקשה לרב נחמן ואמר מריש לא הוה מזדקינא, כיון שמעית יתמי דאכלי בלאו זידהו לזלו בתר שיבקייהו הוה מזדקינא." כלומר התלבט רב נחמן בדין זה ובחששות לפרעון בצורת צררי עיי מורישים של יורשים.

לפי דברינו יוצא שלרב פפא גם במתוה בשטר אין גובים כלל מיורשים קטנים. ודבריו בסוף ב"ב "הלכתא" פירועם ביתומים גדולים ואנן קי"ל כרהבדרי"י. שנוקקים לקטנים באחד מגי דרכים (והא דפסק הרי"ף בב"ב פג,א מדפיו כר"פ אע"פ שבדף פא פסק כרהבדרי"י צ"ל דמה שפסק כר"פ היינו במחלוקת ש"ד או שלי"ד מה הדין מעיקרא ומה עקרו חכמים אך לעצם ענין הגביה הכריע כרהבדרי"י).

## ח. סכום

### 1. עיקרי הדינים בשיטת הרשב"א:

- א. למי"ד שלי"ד אין יורדים. לנכסים אלא כופין בשוטים לקיים מצוותו.
- ב. למי"ד שעבודא דאורייתא, וכן קס"ל, מן התורה חל השעבוד גם על מטלטלין ומי"מ אין גובים ממטלטלי דיתמי מן התורה, דירדה תורה לסוף דעתם של בריות שאינם סומכים על המטלטלין והוי כמחל שעבוד המטלטלין לגבות מיתמי ומלקוחות, ומי"מ חל עליהם שעבוד.
- ג. שעבוד דאיקני הוא מדאורייתא וטעות סופר הוא. והיינו דמסתמא דעת שניהם שוה שישעבדו כל נכסיו בין שישנם עכשיו בידו בין שיקנה לאחר מאן. וא"כ כל הנכסים הנמצאים אצל הלוה משועבדים למלוה, לא משנה מתי קנאם.
- ד. אם יגלה המלוה שסמך על המטלטלין היינו שיכתוב "מטלטלין וקרקות" גובה מטלטלין מיורשים.
- ה. ההבדל בגביה מיתומים בין קרקעות למטלטלין נובע מכך שהקרקעות איכא עליהם שעבוד וממילא יש בהן דין ירידה לנכסים והמטלטלין בסתמא נמחל שעבודם אצל היורשים וממילא אין דין ירידה לנכסים כני"ל בשיטת מי"ד שלי"ד.
- ו. המצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם שהוזכרה בסוגיה ב"ב קנו, היא מצוה שכופין אותם לקיימה. יסודה בתק"ח, דבמקום שלא פרע הלוה חובו והוריש מטלטלין יפרעו הם חובו שלא תנעול דלת בפני לוויין. במצוה זו אין לחלק בין יורשים השייכים במצות כיבוד אב לבין כאלה שאינם שייכים בכבוד אב.
- ז. ישנה מצוה נוספת שאין כופין עליה שהוזכרה בכתובות צא,ב בקטינא דארעא והיא משום כבוד אב. מצוה זו מתיחסת לפרעון חוב מנכסי היתומים עצמם. במצוה זו שייכים רק יורשים החייבים בכבוד מורישים בגדרי מצות כיבוד אב.

## 2. עיקרי הדינים בשיטת המחבר:

- א. שעבודא דאוריתא רק לגבי קרקעות, אבל לא במטלטלין.
  - ב. למדנו מרש"י ב"מ סז,ב ד"ה אין בע"ח, ובעקבותיו מהתרומות, ששעבוד הנכסים מתחלק לשני דינים:
    - 1) דין ערב דהיינו נכסים המשועבדים כיוון דעליהם סמך המלוה. שעה"נ הזה אינו תלוי בהמצאותו של הלוה ובשעה"ג.
    - 2) שעבוד הנוצר כתוצאה משעה"ג החל על החייב. שעבוד זה הוא החל על קרקעות דאיכני כל זמן שהלוה קיים, גם בלי שכתב דאיכני. שעבוד זה אינו תלוי בסמיכות דעתו של המלוה.
    - ג. אמנם כאשר מת הלוה ופקע שעה"ג לקיים מצות הפרעון פוקע שעה"נ 2 הנ"ל, אבל כיון שגם על היורשים מצוה לפרוע חובת אביהם "דיורש במקום אביו קאיי", והיינו דמצות פריעת בע"ח שהיתה על מורישם מוטלת גם עליהם, ממילא לא פוקע שעה"נ ולכן אם ירשו קרקעות גובים אותן מהם ואפי' קרקעות שקנה מורישם אחר המלוה. במטלטלין שאין בהם שעבוד כלל, ממילא יורשים שירשום אינם במצות פריעת החוב דמורישם ולכן אין גובים מטלטלין מירשם.
    - ד. במטלטלין שירשו, פסק שאין כופין וחשמיט דברי הטור דמצוה זו היא מפני כבוד אב, ומשמע מדבריו שאין חילוק בין המצוה הזו, לבין המצוה בקרקעות השייכת בודאי בכל היורשים. נראה שענין המצוה הוא כדבריו של התומים: שלא יהיו הם יורשים, ומורישם יהיה בכלל לזה רשע.
- ## 3. גדר המצוה המוטלת על היורשים:
- א. גם למ"ד ש"ד איכא מצות פריעת בע"ח על תלוה עצמו.
  - ב. לרש"י מצות הלוה היא לאמת דבריו שניא "הן צדק", מצוה זו אינה שייכת ביורשים. לשיטתו מצות היתומים היא משום כבוד ומדרבנן.
  - ג. הרמב"ן והרשב"א למדו מצות הלוה מ"והאיש אשר אתה נושה בו - יוציא". מצוה זו שייכת גם ביורשים שירשו נכסים משועבדים ממורישם, דנועא דמורישם הם כיון שירשו משועבדים. הראב"ד כתב במפורש: "ועל שניהם מצוה מן התורה לפרוע" והיינו דגם היורש מצוה מן התורה כמורישו. כשיטתו משמע שפסקו הטור והמחבר.
  - ד. מצוה זו כוללת את כל היורשים גם אלו שאינם חייבים בכבוד מורישו. עצם הירושה היא המחודשת את המצוה.
- ## 4. על מי מוטל לטפל בגביה ובשומא:
- א. מהר"י מיגש ב"ב קכד משמע שעל הלוה מוטל לטפל בגביה, אמנם הרשב"א והראב"ד הביאים הטור בסי' רע"ח חולקים על הר"י מיגש וכן כתבו הרמב"ן ספר והתרומות דעל המלוה לטפל בגביה. המהר"יט נמי הסיק שחובה זו מוטלת על המלוה והאמרי בינה כתב שגם הר"י מיגש מודה לזה.
  - ב. מהטור והמחבר ע"ה, שפסקו את תשובת הרא"ש לגבי הנשבע שלא למכור משלו לפרוע כל חוב, משמע שמצוה על הלוה לטפל הוא בגבית הנכסים.

## חזקת תשמישין - שיטות הראשונים ובאורן

### ראשי פרקים

- א. גדרה של חזקת תשמישין
- ב. שיעורה - פירוט כללי של השיטות
- ג. שיטת רש"י ורשב"ם
- ד. שיטת הגהת התוס' ברש"י
- ה. שיטת ר"ת והרא"ש - ג' הסברים
- ו. שיטת הרמב"ם והגאונים. - בביאור שיטתם:
  1. שיטת קצוה"ח
  2. שיטת הרשב"א
  3. שיטת בית אהרן
  - ז. שיטת ריב"ם
  - ח. שיטת הראב"ד

### א. גדרה של חזקת תשמישין

חזקת תשמישין אמורה באשר לזכות הקנויה למשתמש בנכסי חבירו, כשהבעלים רואים ולא מוחים בו, להמשיך ולהשתמש בנכס כדרכו ואין הבעלים יכולים לעכב בעדו. אין הוא זוכה בגוף הקרקע אלא חזקתו מועילה לקיים התשמיש שהחזיק בו בלבד.

הגמ' ב"ב ו,א אומרת - "אמר רב נחמן אחזיק להורדי לא אחזיק לכשורי (רש"י אחזיק להורדי להניח ראשי רהיטים דקים על כותל חבירו. 'לא אחזיק לכשורי' להניח עלי קורות כבדות תחת אלו) לכשורי אחזיק להורדי וכו'",

ושם בעמוד ב - "אמר רבינא האי כשורא דמטללתא (קורות סוכה שהניחן על כותל חבירו) עד תלתין יומין לא הוי חזקה, בתר תלתין יומין הוי חזקה. ואי סוכה דמצוה היא עד שבעה יומין לא הוי חזקה. בתר שבעה יומין הוי חזקה. ואי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה."

וביאר רש"י שם - עד שלשים יום לא הוי חזקה כיון שאדם לא מקפיד ולא מוחה בחבירו "סבור חברי זה צריך לצל ולימים מועטים יטלנו משם" אבל לאחר שלשים יום אדם מוחה, ואם לא מוחה החזיק זה להניח הקורות על כותלו של חבירו. וה"ה לסוכה דמצוה בשבעה ימי החג אין דרכו של אדם למחות כיון שידע שתבירו עשה סוכתו לצורך החג ואח"כ מפרקה. אבל לאחר ימי החג דרכו להקפיד ואם לא מיחה בו החזיק. וכאשר חיבר המשתמש קורות הסוכה בכטון תחזיק המשתמש בתשמישו זה לאלתר, כיון שדרכם של בני אדם למחות לאלתר על מעשה שכזה.

### ב. שיעורה

בשיעורה של חזקת תשמישין מצינו כמה שיטות בראשונים:

א. שיטת הרמב"ם - לחזקה זו לא צריך ג' שנים ולא טענת מכר או מתנה כבחזקת קרקעות, אלא כיון שראו הבעלים ושתקו החזיק לאלתר.

ב. שיטת הגהת התוס' ברש"י - (לדעת הבי"י) אומנם לא צריך ג' שנות חזקה, אבל טענה צריך.

ג. שיטת הריב"ם - הפוכה מקודמתה - צריך ג' שנות חזקה אבל טענה לא צריך.

ד. שיטת ר"ת והרא"ש - חזקת תשמישין זהה לחזקת קרקעות ומצריכה הן ג' שנות חזקה והן טענת מכר או מתנה.

ישנם עוד שתי שיטות ביניים:

ה. שיטת רש"י ורשב"ם - יש חילוק בין תשמישים גדולים לתשמישים קטנים. תשמישים גדולים חזקתן בג' שנים וטענה ותשמישים קטנים חזקתן לאלתר ובטענה.

ו. שיטת הראב"ד - אין צורך בג' שנות חזקה אלא די בשלשים יום.

ועתה נבוא לבאר השיטות אחת לאחת.

### ג. שיטת רש"י ורשב"ם

רש"י (ו,ב ד"ה לא הויא חזקה) גבי מטללתא כתב: "אם סמכה על כותל חבירו ולא מיחה בתוך שלשים יום לא הויא חזקה לטעון ולומר פייסתיך במעות עד עולם, דכל תלתין יומין לא קפיד איניש ולא מחי"י עכ"ל. אבל לאחר שלשים יום הוי חזקה.

משמע, שצריך טענה שקנה התשמיש. אבל חזקת ג"ש לא בעי, דהרי אמרינן שם בגמ' "אי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה".

וכן משמע ברשב"ם (כ"ב מא,א ד"ה כל חזקה) דכתב: "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, בין בחזקת ג"ש דקרקעות ובתים ואילנות, בין בחזקת יום אחד כגון הנך דאמרינן לעיל (ו,א) אחזיק להורדי וכו' מיירי, וקאמר דצריך לטעון מאיזה כח החזיק בה".

וכן כתבו התוס' (ו,ב ד"ה ואי) בשם הרשב"ם.

אולם, ברשב"ם לקמן נ"ח ע"ב ד"ה חלון - מבואר שכשהחזיק לפתוח חלונות ביתו לחצר חבירו בעינן ג' שנים - וא"כ דבריו צ"ע.

בטור (ס"י קנ"ב) כתב בדברי הרשב"ם שיש לחלק בסוגי התשמישים, וז"ל: "פירש רשב"ם שלחזקה זו אין צריך ג' שנים שאין צריך ג' שנים אלא בדבר שיש בו חסרון קרקע, כגון: פתיחת חלונות ומרזב ומזחילה שהם תשמישים גדולים ורגילין לכתוב עליהם שטר. אבל תשמיש קטן כזה (היינו אחזיק להורדי וכו') אין רגילין לכתוב עליו שטר הלכך לאלתר הוי חזקה" עכ"ד.

ע"פ דברי הטור הללו מתישבת הסתירה הנ"ל שבדברי הרשב"ם.

גם ברש"י אפשר דצריך לומר את החילוק שכתב הטור, דהנה לקמן ז, א (ד"ה בדנפשא) לגבי חלונות כתב: "ואתה אין לך עלי חזקת אורה של ג"ש". הרי שלרש"י בעינן חזקת ג"ש בתשמישין וזה סותר דבריו הראשונים הנ"ל שחזקת תשמישין היא לאלתר. אלא שע"פ דברי הטור הנ"ל מתישבים דבריו - שיש לחלק בין תשמיש גדול לתשמיש קטן. וכן כתב לישב דברי רש"י בספר 'כתנות פסים'.

#### ביאור דברי הטור

בגמ' לקמן כט, א מסיק רבא שהטעם שבחזקת קרקעות צריך ג"ש הוא משום "דבשתא קמיינתא מיזדהר איניש בשטריה. תרתני ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר". פירוש הדברים שחזקת קרקעות לא הוי חזקה לפני ג' שנים, לפי שיש ריעותא בחזקה דאמרינן ליה, אם כדברך שקנית הקרקע אחוי שטרך, דדרך בני אדם לשמור שטרותיהם כל ג' השנים הראשונות. אך לאחר שעברו ג"ש דאין דרך בני אדם ליזחר יותר בשטרותיהם ואין לו הריעותא דאחוי שטרך - הוי חזקה. והרש"י והרשב"ם סברו לומר - דדוקא לגבי קניין דגוף הקרקע או אם רוצים לקנות זכות לתשמיש גדול בחצר חבירו כגון: חלונות ומרזב שבזה דרך בני אדם לכתוב שטר, לפיכך לא הוי חזקה לפני ג"ש דיש לו הריעותא דאחוי שטרך. אבל כשבא לזכות בתשמיש קטן שאין דרך בני אדם לכתוב עליו שטר הוי חזקה לאלתר.

#### ד. שיטת הגהת התוס' ברש"י

ברש"י (ו, א) מובאת הגהת תוס' בענין חזקה דהורדי וז"ל: "כל חזקות הללו דשמעתין אינן חזקות שלש שנים, דלא שייך שלש שנים אלא גבי חזקת קרקע, שמחזיק בשדה חבירו ואומר לקחתיו ממך. אבל הכא בחזקת תשמישין בעלמא מיירי, שמשמש בשל חבירו בשעה אחת שמשמש בפניו ושותק הויא חזקה, כדמוכח לקמן (ו, ב) דאמרינן ואי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה, וטעמא משום דאמרינן לא שביק איניש לאישתמושי בתוך שלו תשמיש של קביעות בלא רשותו. וכיון שמשמש זה לפניו ושותק י"ל דנטל רשות ממנו או נתן לו ממון ומכר לו תשמיש זה, והני מילי דהויא חזקת כגון שטוען הוא מכר לי או נתן לי במתנה, אבל אם טען נשתמשי בפניו ושותק אינה חזקה, כדתנן לקמן בחזקת הבתים (מא, א) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה... ובכל חזקות מיירי לא שנת חזקת ג' שנים לא שנת חזקת יום אחד כי הנ"ל עכ"ד.

היוצא מדבריו - דחזקת תשמישין בעי טענה ככל החזקות אך לא בעי ג' שנים כיון שלא בא להחזיק בגוף הקרקע אלא בתשמיש שהשתמש בו ומקורו מהמשך הסוגיא לגבי סוכה שאם חברה לכותל חבירו בטינא החזיק לאלתר.

שיטה זו נאמנת לפשט הסוגיא בעניין החזקה לאלתר, ונאמנת לדין המשנה ש"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה".

הב"ח והב"י נחלקו בהבנת שיטה זו:

הב"ח סבר שגם שיטה זו מחלקת בין תשמישים גדולים לתשמישים קטנים - כשיטת רש"י ורשב"ם. (וכמו שביארנו סברתם לעיל).

אך הב"י כתב ששיטה זו היא שיטה חדשה שלא מחלקת בין סוגי התשמישים ואפי' בתשמישים גדולים אם ראו אותו הבעלים משתמש ושתקו זכה לאלתר.

ובטעם הדברים צ"ל כיון שסו"ס לא בא לזכות בגוף הקרקע אלא בתשמיש שבו, אף דיש בזה חסרון קרקע, לא צריך חזקת ג' שנים. דגם על תשמיש גדול לא נוהגים לכתוב שטר, ולכן הוי חזקה לאלתר.

### ה. שיטת ר"ת והרא"ש

הנמוקי יוסף (ג,ב בדפי הרי"ף, ד"ה האי כשורא) כתב - שדעת ר"ת והרשב"א בחזקת תשמישין היא "שאין חזקה דוקא בג' שנים ובא בטענת חזקה, כדתנן בפרק 'חזקת הבתים' (מא,א) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. ובחזקת ג' שנים איירי, ומשמע כללא הוא לכל חזקות שבעולם".

וכן כתב הרא"ש (אות יא,ג) שבהחזיק להורדי בעיני טענת מכר וחזקת ג"ש. ע"ש.

משמע שלדבריהם אין חילוק בין תשמיש גדול לתשמיש קטן. שהרי אף בהורדי דהוי תשמיש קטן (כהגדרת הטור בדעת רשב"ם כנ"ל) כתבו דבעיני ג"ש.

### ביאור דברי ר"ת - והרא"ש

בטעם דברי ר"ת והרא"ש אפשר להציע מספר הסברים:

א. דר"ת והרא"ש סברי שאפי' כשקונה תשמיש קטן דרך בני אדם לכתוב שטר, ולכן אף בתשמיש קטן בעי ג' שנים.

ב. מאידך אפשר להסביר - שבאמת בתשמיש קטן אין דרך בני אדם לעשות שטר ואע"פ כן סבירא להם לרא"ש ולר"ת - דאף בתשמיש קטן בעיני ג"ש. והסיבה לכך די"ל שמה שאמר רבא (בריש פרק חזקת הבתים) שהטעם של חזקת ג"ש הוא משום ד"יעד שלש שנים מיזדהר איניש בשטריה טפי לא מיזדהר", זה דוקא בדבר שאינו עושה פירות תדיר, שהרי דברי רבא נסובים על שאלת הגמ' השואלת מדוע לרבנן צריך ג"ש בדבר שאינו עושה פירות תדיר, ועל זה עונה רבא שרבנן סברו דבעיני ג"ש משום דעד ג"ש יש לו ריעותא דאחוי שטרך. אבל בדבר העושה פירות תדיר גם בלי הטעם הריעותא דאחוי שטרך צריך שלש שנים. דהרי אפי' לר' ישמעאל שסובר שם שבדבר שאינו עושה פירות תדיר סגי בג' אכילות, מ"מ בדבר שעושה פירות תדיר מודה דבעיני ג"ש. והטעם הוא כמו שאומרת הגמ' (שם כה,א) דילפינן חזקת ג' שנים משור המועד "מה שור המועד כיון שנגח ג' נגיחות נפק ליה מחזקת תם וקס ליה בחזקת מועד, הכא נמי כיון דאכלה תלת שנין נפק לה מרשות מוכר וקיימה לה ברשות לוקח". והרמב"ן - שם ביאר דברי הגמ'

סתם שוורים יש להם חזקת תמות דסתם שוורים אינם נוגחים, מ"מ כשנגח ג' פעמים דהיינו שעשה שלש פעולות הפך חזקתו אמרינן דעתה נעשה מועד. וכן לגבי קרקע דסתם קרקע קיימי בחזקת מרא קמא. ורק אם עושה ג' פעולות בקרקע הפך חזקת מרא קמא אז מקבל דין מוחזק, ואם בא המערער - עליו לחביא ראיה. והנה בדבר שעושה פירות תדיר ישיבת שנה בקרקע נקרא שעושה פעולה בקרקע, דאין דרך בני אדם להשכיר דבר שעושה פירות תדיר לפחות משנה. (כמו שכתבו הראשונים שם) ולכן בעינן לכו"ע ג"ש. ורק בדבר שאינו עושה פירות תדיר סובר ר' ישמעאל דסגי בג' אכילות. ורבנן סברו - שגם בדבר שאינו עושה פירות תדיר בעינן ג"ש, וע"ז קאמר רבא דהטעם של רבנן הוא משום דעד ג"ש יש למחזיק ריעותא דאחוי שטרך.

לפי זה אפשר לבאר את המח' שבין רש"י והרשב"ם ובין הרא"ש ור"ת - דלעולם הרא"ש ור"ת סוברים שבתשמיש קטן אין דרך בני אדם לכתוב שטר מ"מ סברו שצריך ג"ש אף בתשמיש קטן. כמו כל דבר שעושה פירות תדיר. דלא הוי מוחזק בפחות מג"ש כדילפינן משור המועד.

אבל רש"י ורשב"ם, שכתבו שבתשמיש קטן לא צריך ג' שנים, סברו שיש לחלק ולומר, שדוקא כשבא לזכות בגוף הקרקע בעינן ג"ש בעושה פירות תדיר, לפי שאם אדם ישתמש בקרקע עדיין אין הוכחה שגוף הקרקע שלו, אבל לענין תשמיש, כיון שרואים שהוא משתמש תשמיש של קביעות בחצירו של חבירו, וחברו שותק, מוכח מיד שיש לו רשות לכך. ולכן לאלתר הוי מוחזק. ורק בתשמיש גדול הצריכו רש"י ורשב"ם ג"ש לפי שבתשמיש גדול דרך בני אדם לכתוב שטר. ולכן פחות מג"ש יש לו ריעותא דאחוי שטרך. כך ביאר בספר נחלת משה.

ג. ביאור נוסף - דאכן על תשמישים קטנים לא כותבים שטר מ"מ בעינן ג"ש משום דלא פלוג בחזקות. כמבואר בריטב"א בריש "חזקת הבתים" לגבי גודרות. וכדברי הרשב"ם (ל,א ד"ה ומשנ) דגודרות חזקתן לאחר ג"ש אף דליכא בהו שטר.

הנפק"מ בין ההסברים הנ"ל תחיה באופן שיש מנהג ברור שלא לכתוב שטר בתשמיש קטן, דלפי הביאור הראשון - גם לר"ת והרא"ש לאלתר הוי חזקה, דהרי אין נוהגים לכתוב שטר בתשמיש קטן. ולביאור השני והשלישי - אע"פ שלא נוהגים לכתוב שטר בעינן שיחזיק ג"ש.

### הבעיות שבשיטת הרא"ש ור"ת

לשיטת הרא"ש ור"ת קשה מהמשך הסוגיא לגבי סוכה ומטללתא (ו,ב) שחזקתן בפחות מג' שנים. ואפי' לאלתר "אי חבריה בטינא". והרי לשיטתם חזקת תשמישין בג"ש?

והנה התוס' (שם ד"ה האי כשורא) - הביא דעת ר"ת שחזקה דמטללתא וסוכה לא נסובה על תחילת הסוגיא המדברת בחזקת תשמישין, אלא על המשנה (ה,א) המדברת בחזקת תשלומים (ז"א חזקה ששילם דמי הכותל שהניח עליו קורותיו) אי"כ לדבריו סרה הקושיה מעל ר"ת שהרי לא עסקינן בחזקת תשמישין כלל (ועיין במהר"ם על דברי התוס').

גם הרא"ש (פ"א אות יז) ביאר דהאי כשורא דמטלתא "לא בחזקת קניה איירי אלא אמתניתין קאי, מארבע אמות ולמעלה בחזקת שלא נתן וכו', אבל בחזקת דקניה אפ"י חבריה בטינא בעי חזקת ג"ש" עכ"ל. [ורש"י ורשב"ם, הרמב"ם והגאונים (דלהלן) שסברו שחזקת תשמישין הוי לאלתר תמכו יסודם מגמי זו דמבואר להדיא דהוי חזקה לאלתר. וסרבו לדחוק ולומר דהאי כשורא דמטלתא וכו' נסוב על דברי המשנה, שאינו כפסט הסוגיא].

והנה בעל המאור (ג,ב בדפי הרי"ף) הציע הסבר נוסף בישוב הסוגיא - דאין כוונת הגמ' שלאחר שלשים יום או ז' ימי החג בסוכה - הוי חזקה, אלא דמניין ג' שני החזקה מתחיל לאחר ימים אלו. (ועי' במלחמות - מה שהרבה להקשות על פירוש זה).

ויש לציין שלפי דבריו - בכשורא דמטלתא לא הוי חזקה אלא לאחר שלש שנים ושלשים יום, ובסוכה דמצוה לאחר ג"ש ושבוע, וזה שלא כדמשמע בדברי הרא"ש ור"ת דסגי בג"ש ותו לא.

### ו. שיטת הרמב"ם והגאונים

הרמב"ם בה' שכנים ח,ז כתב: "חפר שמעון בכותל זה והכניס בה קורה אחת ושתק ראובן ולא מיחה החזיק במקום הקורה". ואח"כ כתב "ואם סוכת ימי החג היא כל שבעת ימי החג לא החזיק, לאחר שבעה החזיק".

נראה מדברי הרמב"ם שלא הצריך טענת מכר או מתנה בחזקת תשמישין אלא אם טען המשתמש שהבעלים לא מחה בו - זכה.

עוד משמע, דלא בעינן חזקת שלש שנים כבקרקות וחוי חזקה לאלתר. (וכן כתב המ"ם שם וכתב שכן דעת הגאונים).

לשיטה זו דלא בעינן טענת מכר שותף גם הריב"ם (הובא בתוס' כג,א ד"ה והא) וז"ל: "כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חבירו ולומר שלו הוא, אלא לתשמיש בעלמא שנהנה ממנה, מועלת חזקה שלא בטענה...כי הנהו דלעיל דאחזוקי להורדי דמועלת חזקה שלא בטענה. דמדלא מיחה ג' שנים מחל לוי".

אומנם, לשיטת הריב"ם צריך ג"ש חזקה שלא כהרמב"ם. אבל טענת מכר או מתנה לא צריך. וטעמו כיון שלא בא להחזיק בקרקע עצמה אלא בתשמיש שבקרקע די בחזקת ג"ש.

דעות הרמב"ם והגאונים וריב"ם - הסוברים דלא בעי טענה לחזקת תשמישין טעונה הסבר, שהרי לגבי חזקת קרקעות אמרינן דבעינן גם ג' שנות חזקה וגם טענת מכר או מתנה, משום דאמרינן ד"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, כיצד אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי, והוא אמר שלא אמר לי אדם דבר מעולם - אינה חזקה. שמכרת לי, שנתת לי במתנה - הרי זו חזקה" (משנה ב"ב מא,א).

והתוס' (שם, ד"ה אמרו) הסביר: "כשאומר לא אמר לי אדם דבר מעולם" כוונתו "ראיתי שלא מיחו בידו והחזקתי בה ונמצא שמחל לוי".

היוצא, שלא מועילה חזקה הנתמכת בטענה שהבעלים שתקו ולא מיחו בידו, דחזקה אינה מעשה קנין אלא ראייה התומכת את טענת הקניין במקרה שאין שטר, וכיון שטענת מחילה אינה טענה שמורה על העברת בעלות בקניין, לא תועיל לו חזקתו שהחזיק. אי"כ לרמב"ם וסיעתו היאך מועילה חזקת תשמישין ללא טענה?

ועוד, הרי מחילה מועילה רק על העבר, דאינה מעשה קניין, אי"כ מדוע לא יוכלו הבעלים לחזור בהם ממחילתם? כך שואל קצות החושן (קט"ג סי"ג) על הגאונים, וז"ל: ד"בשלמא ע"י טענה משכחת לה שטען שקנו ממנו במחיר כסף או בשטר וחזקה. אבל בלא טענה אלא שראה ושתק ומחל לו אמאי אינו יכל לחזור כיון דליכא קניין".

בביאור שיטת הרמב"ם הגאונים וריב"ם נביא כמה הסברים:

### 1. שיטת קצוה"ח

קצוה"ח (שם) מבאר שיטת הרמב"ם כאן ע"פ מה שפסק הרמב"ם בהלכות מכירה פ"א שם ביאר הרמב"ם את דרכי הקנינים וכתב שקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה.

בהלכה טו (שם) כתב הרמב"ם - "היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם, וכיוצא בזה משאר התשמישין".

וכתב הרב ה"מגיד" (שם) "ונראה שדעת רבינו ז"ל דלא בעינן מידי דמועיל לקרקע אלא כשהלוקח אינו נהנה, אבל כשהלוקח נהנה ודעת אחרת מקנה ודאי קנה... וזהו שאמר הרב למעלה (ה"י) גבי נעל שהרי נשתמש בה שימוש המועיל וא"כ כ"ש אכילת פירות או כל הדברים שהבעלים נהנין דרך הנאת הקרקע או משתמשין דרך שימוש".

היוצא מדברי הרמב"ם - שהשתמשות בקרקע בדרך המקובלת מהווה קנין לקנות בו הקרקע.

הראב"ד - במקום חולק על הרמב"ם וסובר שאכילת פירות ז"א השתמשות בקרקע יכולה להיות ראייה לטענת מכר בלבד, אבל להיות מעשה קנין הקונה קרקע - לא. משום "דלא קני אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר".

אי"כ אומר קצוה"ח, הרמב"ם - שפסק שבחזקת תשמישין די בזה שראה אותו משתמש ושתק בשביל לקנות זכות השימוש - מובן. שהרי התחלת השתמשות היא היא הקנין הקונה את השימוש. לכן מועיל גם להבא ולכן גם לא יכל לחזור בו.

קצוה"ח מוסיף ואומר - שגם לראב"ד שסובר שאכילת פירות (השתמשות לדידן) אינה מועילה כקנין בקרקע. זה דוקא כשבא לקנות גוף הקרקע, אבל כשבא לקנות רק זכות השתמשות בקרקע גם הראב"ד מודה שקונה.

יסוד דבריו של הרמב"ם הוא מהגמ' (ב"ב ק"א) "תניא הלך בה (היינו בקרקע שרצה לקנות) לארכה ולרחבה קנה מקום הילוכו דברי ר' אליעזר. וחכמים אומרים - אין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק, ... אמר ר' יוסי בר' חנינא מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים

הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך"

**לסיכום:** הקצוה"ח דוחה את האפשרות שמחילה היא זו שקונה את ההשתמשות, ומחדש שתחילת ההשתמשות היא זו שקונה.

ר' שמואל רוזובסקי (בשיעוריו לבי"ב - עמי ריב) - כותב שצריך להסביר בדברי קצוה"ח ששתיקת הבעלים מהוה הוכחה שמקנה לו התשמיש. וע"כ מועיל המעשה קנין דהתחלת השתמשות. דאם לא נאמר כן היאך קונה ע"י מעשה קניין בלי דעת מקנה.

אך ר' שמואל עצמו מקשה על העמדה זו - מדוע שבעל הקרקע יקנה למשתמש את זכות השימוש, ואף שנותן לו רשות להניח הקורות על כותלו עדיין קשה מהיכן מוכח שדעתו להקנות?

וגם אם נאמר שבאמת לא צריך דעת מקנה אלא די בדעת קונה וברשות מן הבעלים לקנות - מהיכן מוכח שיש כאן נתינת רשות אקטיבית לקנות - ונשאר בצ"ע (אבל כתב שמוכרח להגיד שזוכה בזכות ההשתמשות ע"י קנין ולא ע"י מחילה. דמחילה לא קונה בשום מקום).

והברכת אברהם (ע"מ כו) כתב לתרץ וז"ל "ואולי דכיון שאין לוקחין ממנו גוף החפץ, בקל אמרינן שדעתו להקנות" אבל גם הוא נשאר בצ"ע. דעדיין מהיכן יש לנו לומר שיש לו רצון חיובי להקנות.

עוד ראיתי בספר "אסיפת שיעורים" (לרב רפאל משה לוריא) שהביא להוכיח מהרמב"ם עצמו שלא כדברי קצוה"ח הנ"ל - דהנה בפ"ח מהלי שכנים הבי' כתב הרמב"ם שאם החזיק להוציא זיו ברוחב טפח יכל להוציא ברוחב די טפחים. והראב"ד - חלק, וכתב שזה דוקא בבא מחמת טענה. וכתב המ"מ - דדעת הראב"ד שדבר חשוב אינו נקנה במחילה אלא בטענת מכר או מתנה. ואילו הרמב"ם סבר שגם בדבר חשוב מהני מחילה. והנה לפי דברי קצוה"ח שקונה זכות ההשתמשות ע"י קנין דהתחלת השתמשות. ואמרינן מדשתק הקנה לו וקנה ע"י אכילת פירות - מה שייך לחלק אם בא מחמת טענה מפורשת או לא. ובהכרח סבר הראב"ד דמהני חזקת תשמישין מטעם מחילה כפשוטו, ולא מחמת קניין ולכן בדבר חשוב שהוא קונה בעלות בחצר בעיני קנין ולא סגי במחילה.

ובנתיבות המשפט - חלק על עצם היסוד שחידש קצוה"ח.

## 2. שיטת הרשב"א

באופן נוסף אפשר לבאר את שיטת הרמב"ם והגאונים - והוא ע"פ מה שכתב הרשב"ם לחדש דמחילה הוי קנין בשעבודים. וז"ל הרשב"א (בחיזושו בי"ב כחב, ד"ה אלא מעתה): "קרקע אינו נקנה במחילה אלא במכירה ונתינה. ולא עדיף שתיקה ממחילה מפורשת. ואילו אמר ליה שדי מחולה לך לא אמר כלום, כ"ש מחילה מתוך שתיקה. אבל שעבודין שיש להם חזקה בטענת סבלנות כדעת הגאונים ז"ל, נקנין הן במחילה. שאילו הוציא זיו על חצר חברו וא"י שנעץ קורה בכותלו, יכל הוא למחול לו שלא יסלקם משם. שאין זה כנותן קרקע אלא כמחול על השעבודים". ע"פ זה מבואר בפשיטות שיטת הרמב"ם

דלא בעינן טענה בחזקת תשמישין משום דאמרינן דכשראו הבעלים משתמש בנכסיו ושתקו מחל לו, ובוזה קנה השימוש דמחילה הוי קנין (ומדברי קצוה"ח דלעיל מבואר להדיא דלא כהרשב"א).

ובשיטת הרש"י והרשב"ם, ור"ת והרא"ש - הסוברים דבעינן טענה, אפשר להסביר בשני אופנים:

א. דסברו לחלוק על חידושו של הרשב"א וסבירא להו שכשם שקרקעות ושאר חפצים אינם נקנים במחילה כך שעבודין אינם נקנים במחילה. ולכן בעינן טענת מכר או מתנה.

ב. באמת גם הם סוברים כהרשב"א שמחילה קונה בשעבודים, אלא דהרמב"ם סובר דאמרינן מדשתק ולא מיחה מסתמא מחל לו.

ורש"י ורשב"ם, והרא"ש ור"ת - סברי דאין שתיקתו מורה על מחילה, דהבעלים יכל לומר אומנם הרשתי לך להשתמש בחצרי לזמן מה, מכל מקום לא התכוונתי לתת לך זכות תשמיש זה לעולם. והנפק"מ בין שני הסברים אלו - באופן שמחל לו מחילה מפורשת על זכות ההשתמשות. דלהסבר הראשון - לא קנה השימוש דהוי מחילה אינה קונה.

ולהסבר השני - קנה זכות השימוש שהרי אמר במפורש שמוחל לו.

והנה בברכת שמואל (סימן כד, כח) ביאר הגרבי"ד - שיטות הסוברים דלא בעי טענה דהוא משום שבחזקת תשמישין **המשתמש הוא המוחזק** בתשמיש ולא בעלי הקרקע. ומה שאמרו בגמ' (נ"מ ק"ב) "קרקע בחזקת בעליה עומדת" זה דוקא לגבי גוף הקרקע. באופן שבא לשנות את הבעלות על עצם הקרקע, בזה אמרינן דבלי טענת מכר אין דבריו כלום נגד המרא קמא (דהוא המוחזק). אבל לגבי חזקת תשמישין המשתמש הוא המוחזק, לפיכך אמרינן דלא צריך טענה מצדו ותולים שבזה שראה ושתק מחל לו וקנה ע"י זת.

דברי הגרבי"ד מבוססים על דברי הרשב"א שמחילה קונה בתשמישין כמו שכתב ה"ברכת אברהם" (עמ' כו).

אך דבריו צריכים ביאור דמאחר ודבריו מבוססים על יסוד דברי הרשב"א. אי"כ מדוע הוצרך לבאר הא דלא בעינן טענה הוא משום שהוא מוחזק ותולים אנו דקנה במה שמחל, היה לו לומר בפשיטות, כדלעיל, דמששתק מחל לו ומחילה הוי קנין. וי"ל בפשטות - מפני שהוא סובר שהשתיקה איננה ראייה ברורה על מחילתו ולכן הוצרך לומר שרק מפני שהוא מוחזק תלינן דמחל לו. ולפי דבריו אפשר לבאר בדרך נוספת את מחלוקתם של הראשונים בענין הצורך בטענה בחזקת תשמישין.

דלדעות דלא בעינן טענה - י"ל דסברו, כנ"ל, שבגלל שהוא מוחזק אין צורך בטענה ודי לנו במה שיש לתלות שמחל לו בשתיקתו. והדעות שכתבו דבעינן טענה - סברו שאע"פ שהוא מוחזק - ללא טענה, אין חזקתו מועלת. אבל אם יש ראייה (בעדים) שמחל לו מהני.

### 3. בית אהרן

שיטה נוספת בביאור דעת הרמב"ם והגאונים מובאת ב"בית אהרן" (לר' אהרן הכהן) וז"ל: "תקנת חכמים שיהיה זכות תשמיש שכן אחד בשל חבירו, אלא שלא נתנו לו חכמים זכות תשמיש במקום שיש לחבירו נזק מזה. אבל במקום שחבירו שתק דשתיקתו הוי סבלנות על הנזק, הוי כמו שחבירו אינו חסר, דכיון שאינו מקפיד על הנזק, אין זה נזק אצלו, וכיון שחבירו צריך לתשמיש זה והוא אינו מקפיד נתנו לו חכמים זכות זה. והוי כמו זה נהנה וזה לא חסר. וכיון שיש לו זכות זה מחמת תקנת חכמים, מעתה אינו יכל לחזור ולמחות דכבר זכה בזכות התשמישין", עכ"ד.

### 4. שיטת ריב"ם

דעת ריב"ם כאמור מובאת בתוס' (ב"ב כג, א ד"ה ווא) וז"ל: "כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חבירו ולומר שלו היא, אלא לתשמיש בעלמא שנחנה ממנה מועלת חזקה שלא בטענה... כי הנהו דלעיל דאחזוקי להורדי דמועלת חזקה שלא בטענה דמדלא מיחה ג"ש מחל לוי". העולה מדבריו דחזקת תשמישין בעי גי שני חזקה ולא בעי טענה. וטעם דבריו דלא בעינן טענה כבר ביארנו בשיטת הרמב"ם והגאונים (עיי"ש באריכות).

ומה שכתב דבעינן גי שנים - מפני שהוא סבור שדוקא אם עברו ג"ש ולא מיחה בו מוכח דמחל לו ולא בפחות מכך.

אך קשה (עי' שיעורי ר' שמואל - ב"ב סימן קנז) מה שכתב דבעינן ג"ש, דמנין לו דדוקא בג"ש מחל לו, הרי כל דין גי שנים בחזקה שייך רק במקום חזקה הצריכה עמה טענה מוכר או מתנה - דאמרינן ליה, אם כדבריד שקנית או קבלת במתנה אחוי שטרך ועד גי שנים מיזדהר איניש בשטרא, והיכן שטרך. אבל לאתר ג"ש דלא מיזדהר איניש בשטריה הוי חזקה. דאין את הריעותא דאחוי שטרך, אך במקום דלא בעינן טענה כלל מנין לנו דבגי שנים הוי חזקה ולא סגי בפחות מזה? ונשאר בצי"ע.

ואפשר לישב כמו שכתבנו לעיל בטעמא דר"ת והרא"ש שהצריכו גי שנים גם בתשמישין קטנים, וביארנו באופן אחד שאף אם נאמר דלא כותבים שטר בתשמישין קטנים מ"מ בעינן ג"ש מטעם דלא פלוג בחזקות. ולפי"ז הי"ל דמה שהצריך הריב"ם ג"ש ולא פחות הוא משום דלא פליגי רבנן בחזקות השונות. ולעולם י"ל דמצד המחילה היתח ראויה החזקה להיות בפחות מגי שנים.

ולשיטת הריב"ם - אין להקשות מכשורא דמטללתא דלבתר תלתין יומין הוי חזקה ולא בעינן גי שנים, דיש לישב בפשיטות כמו שביאר ר"ת דהאי כשורא דמטללתא וכו' לא איירי בחזקת תשמישין אלא בחזקת תשלומין. וכני"ל.

וברש"ש - הקשה על מה שכתבו התוס' כאן, דלריב"ם בעינן ג"ש ללא טענה, וז"ל: "ולעיל (ו, ב ד"ה ואי חבירי) כתב (התוס') בשם הרשב"ם בלי חולק דהאי חזקה הוי לאלתר? ותירץ ד"אולי דוקא לפי שלא בא בטענה בעי ג"ש, אבל בטענה גם הריב"ם מודה דלאלתר הוי חזקה".

ז"א במקום שיש לו טענה מודה ריב"ם דלא בעינן ג"ש. וזה עומד בסתירה לדברינו הנ"ל דסבירא ליה לריב"ם דאמרינן לא פלוג בחזקות. דא"כ גם כשיש לו טענה נצריכו ג"ש מטעם לא פלוג.

אך עצם דברי הרש"ש קשים במה שכתב שהזכירו דעת רשב"ם ללא חולק דהרי התוס' שם ד"ה "האי כשורא" הביא דעת ר"ת שהעמיד חזקת כשורא דמטלתא בחזקת תשלומים ולא בחזקת תשמישין. ומדבריו משמע דסובר שבחזקת תשמישין בעינן ג"ש וטענה (כמבואר במהר"ם) וא"כ, הרי לך שהתוס' הזכירו שיטה נוספת מלבד שיטת הרשב"ם - וצ"ע.

#### ח. שיטת הראב"ד

בשיטה מקובצת (לקמן ט,א) הביא את שיטת הראב"ד דסבירא ליה שבחזקת תשמישין בשלשים יום הוי חזקה בין בתשמישין גדולים ובין בתשמישין קטנים. ואפי' בתשמישין קבוע אינו מחזיק רק לבתר תלתין יומין.

מקור דברי הראב"ד ללא ספק מהא דאמר רבינא "האי כשורא דמטלתא בתר תלתין יומין הוי חזקה" ומדברי רבינא בכשורא דמטלתא למד הראב"ד לכל חזקת תשמישין דסגי בתלתין יומין. וה"חזון איש" (ביב יא,ו) ביאר דטעמו של הראב"ד - משום שבשלשים יום הוקבע בלבו למחול.

וביאור דבריו - דרש"י ורשב"ם דסבירא ליה דכשעשה תשמיש של קביעות הוי חזקה לאלתר, והא דבעינן תלתין יומין בסוכה דמטלתא (וה"ה, לכאורה, בכל תשמיש עראי) משום שאם לא עברו לי יום לא הוי תשמיש של קביעות. משא"כ לראב"ד שלדעתו גם בתשמיש קבוע בעינן לי יום הטעם דבעינן לי יום משום דלפני לי יום עדיין לא הוקבע והוחלט בלבו למחול לו על התשמיש.

אך הקושי בדברי הראב"ד, כיצד יפרש את המשך דברי רבינא "ואי סוכה דמצוה היא עד שבעה יומין לא הוי חזקה בתר שבעה יומין הוי חזקה, ואי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה". דמשמע דסגי בשבעה ימים. ואי חבריה בטינא הוי חזקה לאלתר.

ובספר משנת ר' אהרון (קוטלר - עמ' צט) עמד על בעיה זו וביאר, דכוונת הגמ' כך, דאם הסתיימו השלשים יום בתוך ימי החג אינה חזקה רק לבתר שבעת ימי החג, משום שאנו אומרים הא דלא מחה בו לבתר תלתין יומין הוא משום שלא רצה למונעו מלקיים מצות ישיבה בסוכה. ורק אם שתק גם לאחר שעברו שבעת ימי החג מוכח דהא דשתק הוא משום דמחל לו. ואי חבריה בטינא בתוך ימי החג לאלתר הוי חזקה, משום דהיה לו למחות שהרי ממה שחיברו בטינא מוכח דדעתו להשתקע כאן גם לאחר ימי החג, ולא רק לקיים המצוה דישיבה בסוכה. לכך היה לו למחות מיד בראותו שחבריה בטינא. וכשלא מחה מוכח דמחל לו. ולפיכך לאלתר הוי חזקה.

ועיין ב"מגיד משנה" (שכנים ה,ה) דכתב - דלדעת בעל העיטור והראב"ד המעמיד בהמתו בחצר חבירו או גידל תרנגולותיו בחצר חבירו לאלתר הוי חזקה, ולא בעינן תלתין יומין. משמע מכאן דסבירא ליה לראב"ד שחזקת תשמישין לאלתר - וזה עומד בסתירה למה שמובא בשיטה מקובצת בשם הראב"ד וצ"ע.

## הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א

אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

### דרוש באגדה לשבת שובה תשס"א לפ"ק\*

תנן בפ"ג דר"ה (כט,א): והיה כאשר ירים משה ידו וגבר ישראל וגו', וכי ידיו של משה עושות מלחמה או שוברות מלחמה, אלא לומר לך כל זמן שהיו ישראל מסתכלין כלפי מעלה ומשעבדין את לבם לאביהם שבשמים היו מתגברים, ואם לאו היו נופלים. וצריכים להבין למה נשנית משנה זו דוקא במס' ר"ה ובסוף פ"ג אחרי דתני הלכות שופר. והרע"ב פירש משום דאיירי לעיל מיניה בכוונת הלב תנא נמי להך דאית בה בשעה שמתכוונים לכן לאביהם שבשמים הם מתגברים. ומ"מ ידוע שאין דבר מקרי בחז"ל, וא"כ יש לנו לחפש קשר הדוק בין האי מאמר לכל ענין ר"ה.

והנה כתיב ונשא השעיר עליו את כל עוונותם אל ארץ גזירה, ואמרו חז"ל (ילק"ש פ"ר אחרי רמז תקעו): ונשא השעיר עליו - נוטל הקב"ה כל עוונותיהם של ישראל ונותן על עשו הרשע שנא' ונשא השעיר עליו, ואין שעיר אלא עשו שנא' הן עשו אחי איש שעיר, את כל עוונותם אמר עשו כמה כח יש לי שאתה נותן עלי כל עונות יעקב אחי, באותה שעה נוטל הקב"ה עוונותם ונותנו על בגדיו ונעשו אדומים שנא' מדוע אדום ללבושך, ישב ומכבסן עד שנעשו לבנים שנאמר לבושיה כתלג חור. ודברי המדרש הללו הם פליאים דלמה נותן הקב"ה את עונות בני ישראל על עשו הרשע, והלא כתיב איש בחטאו יומת. ועוד צריכים להבין מהו ענין הנתנה על בגדיו, וכי הגדים הם בעלי בחירה ששיך להטיל עליהם החטא.

אמנם הענין יובן ע"פ מה שכבר כתבתי במקום אחר לפרש מאי דאיתא במדרש (ב"ר נו, ד): ר' לוי בשי"ר יוסי בר חלפתא אמר בירידתן למצרים נולד נאיו (ובעלייתן מת), אתה מוצא עיקר שניו של איוב לא היו אלא מאתים ועשר שנים ועשו ישראל במצרים מאתים ועשר שנים, ובא שטן לקטרג וגירה אותו באיוב, ר' חנניא בריה דר' אחא אמר, לרועה שהיה עומד ומביט בצאנו, בא זאב אחד נזדווג לו, אמר תנו לו תיש אחד שיתגרה בו, ור' חמא אמר, לאחד שהיה יושב בסעודה, בא כלב אחד ונזדווג לו, אמר תנו לו ככר אחד שיתגרה בו, כך בא שטן לקטרג גירה אותו באיוב.

ועוד מצינו בזוה"ק (פ"י פינחס ר"ח, א): דרא (דאיוב) הוה מחוייבין כליה, ואתא שטן לקטרגא, אמר ליה קוב"ה, השמת לבך על עבדי איוב כי אין כמוהו בכל הארץ לאשתזבא ביה דרא, ואיתו מתלא לרעיא דאתא זאב למיטרף עאניה ולמיבד ליה, מה עבד ההוא רעיא דהוה חכימא, יהיב ליה אימרא תקיפא ושמינא ורברבא מכולהו כו' וברעו לשלטא על ההוא אימרא טבא שבק לכולהו, מה עבד ההוא רעיא, בשעתא דהוה זאב אשתדל בההוא אימרא, ברח רעיא עם עאנא ושוי לון באתריהון, ולבתר תב לאימרא ושויב ליה מזאב.

וביאור דברי חז"ל הללו הוא שהקב"ה ברא את העולם שיהיו בו טוב ורע כדי שיהיה

\* דרוש שנאמר בכולל, עשיית תשס"א.

לאדם היכולת לבחור בין טוב לרע. והנה מטבע הרע להתנגד לטוב וברצונו להתגבר על הטוב, ומתוך כך בני האומות שנפשם משורש הרע מתנגדים לבני ישראל ששורש נשמתם הוא חלק א-לוח ממעל. והרי זה דומה להתנגדות הטבעית שיש לזאב נגד הצאן שמטבעו רוצה לטרפס ולאכלם. וכאשר משתוללים כוחות הרע בעולם הרי הם יורים חיציהם דוקא בישראל, לכן מגרה הקב"ה את המקטרג נגד אנשים גדולים ומיוחדים שבכוחם לקבל מנה גדושה של יסורין ומבזבזו המקטרג את כוחותיו במלחמתו נגד צדיקים אלו, ועיי' הצדיקים מתגברים על כוחות הרע וממלטים את ישראל מייסורין ואת העולם מכליון. לכן כאשר היו בני ישראל במצרים גירה הקב"ה את השטן שיבזבז את כוחותיו במלחמתו נגד איוב ועיי' שקיבל הוא את הייסורין מילט את בני ישראל. וזהו ביאור מה שא"ר שמואל בר נחמני בשם ר' יונתן בגמי (בי"ק סא) אין פורענות באה לעולם אלא בזמן שהרשעים בעולם ואינה מתחלת אלא מן הצדיקים תחלה, דכוונתו לומר דאע"פ שהרשעים הם הגורמים לפורענות הבאה לעולם בכל זאת הצדיקים מוכרחים לסבול מן הפורענות תחלה, מפני שעיי' סבלם הם מצילים את העולם מכליון.

ובאמת כל מה שנאמר על איוב ביחס לבני ישראל נאמר על בני ישראל ביחס לאומות העולם, שעיי' רוב חטאי בני אדם משתוללים כוחות הרע בעולם ויכולים להביא הרס וכליון בעולם. אז מגרה הקב"ה מקטרגים אלו נגד ישראל, מפני שישראל עם קדושים יש להם הכוח לעמוד בעימות עם כוחות הרשע בעולם. וכאשר מבזבזים המקטרגים את כוחותיהם במלחמתם נגד ישראל מציל הקב"ה את העולם מכליון. וזהו מה שאמרו חז"ל במדרש (ילק"ש איכה רמז תתלה): ר' יהושע דסכנין בש"ר לוי אמר, אמרה כנסת ישראל לפני הקב"ה, רבשי"ע אני הוא איוב כו' כל מה דאייתית על איוב את בעי מיתי עלי. ועוד איתא בתיקונים מזוהר חדש (קסו,א): איוב מה דאמר, כולא הוה משל על ישראל. וזהו סוד הייסורין שסובלין ישראל בכל הזדורות, והיינו מפני שמגרה הקב"ה כוחות הרע בישראל כי רק הם יש להם הכוח והעוז להתגבר על העינויים והייסורין ולא להתמוטט ח"ו. וזהו מה שאמרו חז"ל (סוטה טא) חיצו כלים והם אינם כלים, כלומר דכוחות הרע שבעולם, שקרויים חצי הקב"ה ובחצי' אשור שבט אפי (ישעי' י ה) יבלו את כל מרצם במלחמתם נגד ישראל, ולבסוף יתגברו עליהם בני ישראל וינצחום.

ודברים אלו מפורשים הם בנבואת ישעי' (נביג - נגיב) ככתוב שם: הֲנָחַ וְשָׁפִיל עֲבָדֶיךָ וְנָשָׂא וְנָבְהָ מְאֹד. כְּאֲשֶׁר שָׁמְמוּ עֲלֶיךָ רַבִּים כִּן מִשְׁחַת מְאִישׁ מְרָאֵהוּ וְתֹארוֹ מִבְּנֵי אָדָם. כִּן יִזָּה גוֹיִם רַבִּים עָלָיו יִקְפְּצוּ מְלָכִים פִּיהֶם כִּי אֲשֶׁר לֹא סִפֵּר לָהֶם רְאוּ וְאֲשֶׁר לֹא שָׁמְעוּ הִתְבַּוְּנוּ וְגו'. נִבְזָה וְחָדַל אִישִׁים אִישׁ מִכְּאֲבוֹת וִידוּעַ חֲלִי וְכִמְסַתֵּר פְּנִים מִמֶּנּוּ נִבְזָה וְלֹא חֲשַׁבְנָהוּ. אֲכֹן חֲלִינוּ הוּא נִשָּׂא וּמְכַאֲבֵינוּ סָבְלָם וְאַנְחָנוּ חֲשַׁבְנָהוּ נְגוּעַ מִכָּה אֲלָקִים וּמַעֲנָה. וְהוּא מַחֲלֵל מִפְּשָׁעֵנוּ מִדְּכָא מַעֲוֹנֵתֵינוּ מוֹסֵר שְׁלוֹמֵנוּ עָלָיו וּבְחִבְרָתוֹ נִרְפָּא לָנוּ. כְּלָנוּ כְּצֹאן תַעֲיֵנוּ אִישׁ לְדִרְכּוֹ פְּנִינוּ וְה' הִפְגִיעַ בּוֹ אֶת עֵזוֹ כְּלָנוּ. נִגַּשׁ וְהוּא נֶעְנָה וְלֹא יִפְתַּח פִּיו פֶּשַׁח לְטַבַּח יוֹבֵל וְכִרְחַל לִפְנֵי גְזוּזִיהָ נִאֲלָמָה וְלֹא יִפְתַּח פִּיו. מַעֲצָר וּמְשַׁפֵּט לָקַח וְאֶת דֹּרוֹ מִי יְשׁוּחַח כִּי נִגְזַר מֵאֲרָךְ חַיִּים מִפְּשָׁע עַמִּי נֶגַע לָמוֹ. וַיִּתֵּן אֶת רִשְׁעִים קִבְּרוֹ וְאֶת עֲשִׂיר בְּמֹתָיו עַל לֹא תָמַס עֵשָׂה וְלֹא מָרְמָה בְּפִיו וְגו', לְכֹן אֲחַלֵּק לוֹ בְּרַבִּים וְאֶת עֲצוּמִים יִחַלֵּק שְׁלָל תַּחַת אֲשֶׁר תַּעֲרָה לַפְּנוֹת נִפְשׁוֹ וְאֶת פְּשָׁעִים נִמְנָה וְהוּא חֲטָא רַבִּים נִשָּׂא וְלִפְשָׁעִים יִפְגִיעַ. וּמְבוֹאֵר בְּפִירִשׁוּ"י (שם) וּבְכוֹזָרִי (מֵאֵמֶר ב, לד) שֶׁנְּבוֹאָה זוֹ מוֹסַבֶּת עַל כֻּלָּל יִשְׂרָאֵל (ועיי' בזה"ק

פ' וישב קפא, א, ולמדים מדברי הנביא שאומות העולם יהיו תמהים על מצבם השפל והירוד של כלל ישראל, אבל לבסוף יבואו לידי ההכרה שהייסורין האיומים שסובלים ישראל הם בשביל פשעי האומות שעל ידם הם ממלטים את העולם מהרס וכליון. והמתבונן בדברי הנביא יראה בהם תיאור נאמן לסבלות בני ישראל בכל שנות גלותם, ובפשט לזוועות השואה האיומה שעברה על עמנו בדור האחרון. ויש בזה תשובה לכל אלו התוהים להבין הנהגת המשפט של הקב"ה בתקופה זו, שמתוך תהיה זו באו רבים לידי כפירה בהשגחת הבורא ובמשפטו ר"ל. אבל כפי מה שנתבאר הסיבה היא רשעת הגויים שהביאה את העולם על סף הכליון ח"ו, ומכיון שרוצה הקב"ה בקיום העולם ולא בהשחתתו. גירה את כוחות הרשע בעמו ישראל שיכלו כוחות הרשע את כוחותיהם במלחמתם נגד ישראל, ועי"ז הציל הקב"ה את הארץ ומלואה מרדת שחת. וכן מצינו בזה"ק (פ' שמות טו, ב): אמר רב הונא אמאי אשתעבידו ישראל בכל האומין, בגין דישתאר בחון עלמא, דאינון לקבל כל עלמא. וכוונת המאמר היא כמו שנתבאר, דזה לעומת זה עשה אלהים, וישראל הם לעומת אומות העולם, ולכך הם יכולים לבוא בעימות עם כוחות הרשע שבעולם, ועי"ז הם נותנים לעולם שארית שלא יבוא לידי כליון ח"ו.

ולפי מה שנתבאר שפיר מובנים דברי המדרש שאמר שנטל הקב"ה כל עונותיהם של ישראל ונותן על עשו הרשע, דידוע שעשו הוא סמל למלכות רומי, וא"כ כוונת המדרש היא שהקב"ה מטיל עליהם את עוונות בני ישראל, ובזה הקב"ה מתנהג עמם מדה כנגד מדה, דמכיון שבני ישראל סובלים סבל נורא בגלל עוונות הגויים לכן הגויים הם חייבים לקבל עליהם סבל בשביל עוונות בני ישראל. ובכל זאת באים הגויים בטענה שאין להם כח לישא את העול הזה, לכן אומר להם שהוא מטיל אותם על הבגדים שלהם, והיינו שמלמד עליהם זכות שהכל בא מהחטא הקדמון, שתבגדים הם סמל לחטא הקדמון, שבלעדיו לא היה מקום לבגדים, ולכן בגדים הוא לשון בגידה וכמו שדרשו חז"ל במדרש (ילקיש פ' תולדות רמז קטו) וירח את ריח בגדיו - ריח בוגדיו, דהיינו שבגדי עשו מורים על הבגידה של החטא הקדמון. ובזה מלמד הקב"ה זכות על הגויים שעוונותיהם באים מהחטא הקדמון, ועי"ז הופך אדמימות הבגד לבגן.

ומעתה מובן למה נשנית המשנה שהקדמנו דוקא במס' ר"ה וסמוך להלכות תקיעת שופר, והיינו שביום הדין דר"ה דנים את ישראל אם הם צריכים לסבול בעד עוונות הגויים או להיפך שהגויים יצטרכו לקבל עליהם את עוונות בני ישראל, וראיה לזה ממה שדן הקב"ה את איוב בראש השנה, וכדאיתא בזה"ק (ח"ב לב, ב): ויחי היום ויבאו בני האלהים להתיצב על ה' ויבא גם השטן בתוכם, ויהי היום דא ראש השנה דקודשא בריך הוא קאים למידן עלמא, ומאחר דנתבאר שאיוב הוא משל על ישראל, א"כ הדין של ראש השנה הוא על ההתמודדות בין ישראל לעמים, ומלחמת עמלק חרי היא המלחמה התמידית שבין ישראל לעמים ובין כחות הקדושה לכחות הרשע (שעמלק הוא התגלמות הרשע שבעשו). ולכך אנו אומרים מזמור מ"ז בתהלים לפני התקיעות שכתוב שם: ידבר עמים תחתינו ולאמים תחת רגלינו, יבחר לנו את נחלתנו את גאון יעקב אשר אהב סלה, עלה אלקים בתרועה ה' בקול שופר. ועל זה אומרת המשנה שאם בני ישראל מכוונים לבס לשמים בעבודת הקודש שלהם אז הקב"ה עומד מכסא דין ויושב על כסא רחמים, והופך עליהם את הדין לטובה ולברכה, אכ"י"ר.